

中間試案の錯誤規定に対する一考察

中 谷 崇*

目 次

- I. はし が き
- II. 状 況 整 理
 - 1. 中間試案の錯誤規定
 - 2. 内容の分析
 - (1) 意思表示の錯誤
 - (2) 動機錯誤
 - ① 目的物の性質、状態その他の意思表示の前提となる事項
 - ② 前提となる事項
 - ③ 法律行為の内容化
 - (3) 不実表示
 - ① 顧慮原理
 - (4) 重過失
 - ① 悪意ないし善意有過失
 - ② 共通錯誤
 - (5) 第三者保護
 - 3. 評 価
 - (1) 内容化重視説
 - (2) 不実表示
 - (3) 共通錯誤
- III. 検 討
 - 1. 内容化重視説への疑問
 - (1) 内容化重視説の概要
 - (2) 合意／契約内容化の意味
 - ① 錯誤外構成説における合意
 - ② 法的に性質決定されていない合意の意味
 - (3) 合意原則

* なかや・たかし 立命館大学法学部准教授

- ① 性状錯誤の独自性
 - ② 性状以外の動機の錯誤
 - ③ 狭義の動機錯誤との関係
 - ④ 規範的判断
 - (4) リスク分配
 - ① 錯誤論におけるリスクの意味
 - ② 内容化重視説におけるリスク分配
 - ③ 意思表示の効力否定によるリスク分配
 - (5) 顧慮原理
2. 「判例法理」なるものがあるか
- (1) 動機の法律行為内容化を重視しているか
 - (2) 動機の表示とその内容化の意味
- IV. 私 見

I. はしがき

本稿は、内容化重視説（Ⅱ3. (1)参照）を批判的に検討することで、同説の拡大およびそれを基礎にした民法（債権関係）の改正に関する中間試案（以下「中間試案」とする。）の錯誤規定に掣肘を加えることを目的とする。そのため、自説に都合の良い引用および筆者の誤解に基づく批判を展開しているところも少なくないと思われる。この点については、読者諸賢のご批判を賜り、今後の研究の貴重な示唆を得ることができれば幸いである。

II. 状況整理

まずは中間試案の内容を検討することから始めよう。中間試案の錯誤規定の内容は以下のようなものである。

1. 中間試案の錯誤規定

- 「(1) 意思表示に錯誤があった場合において、表意者がその真意と異なることを知っていたとすれば表意者はその意思表示をせず、かつ、通常人であってもその意思表示をしなかったであろうと認められるときは、表意者は、その意思表示を取り消すことができるものとする。
- (2) 目的物の性質、状態その他の意思表示の前提となる事項に錯誤があり、かつ、次のいずれかに該当する場合において、当該錯誤がなければ表意者はその意思表示をせず、かつ、通常人であってもその意思表示をしなかったであろうと認められるときは、表意者は、その意思表示を取り消すことができるものとする。
- ア 意思表示の前提となる当該事項に関する表意者の認識が法律行為の内容になっているとき。
- イ 表意者の錯誤が、相手方が事実と異なることを表示したために生じたものであるとき。
- (3) 上記(1)又は(2)の意思表示をしたことについて表意者に重大な過失があった場合には、次のいずれかに該当するものを除き、上記(1)又は(2)による意思表示の取消しをすることができないものとする。
- ア 相手方が、表意者が上記(1)又は(2)の意思表示をしたことを知り、又は知らなかったことについて重大な過失があるとき。
- イ 相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき。
- (4) 上記(1)又は(2)による意思表示の取消しは、善意でかつ過失がない第三者に対抗することができないものとする。
- (注) 上記(2)イ（不実表示）については、規定を設けないという考え方がある。」

2. 内容の分析

次に、概要および補足説明に従って、本規定の内容を整理する。

(1) 意思表示の錯誤

本文(1)における「意思表示に錯誤があった場合」とは、意思と合致しない表示行為をした場合である。現行民法95条（以下、単に条文数のみで引用）の規律内容を基本的に維持したうえで、「要素の錯誤」の内容を判例法理（大判大正7年10月3日民録24輯1852頁等）に従って明確化するものと指摘されている（補足説明15頁）。また効果が取消となっている点については、判例（最判昭和40年9月10日民集19巻6号1512頁）が表意者以外からの無効主張を認めておらず、行使期間についても取消と区別する理由がない。詐欺との対比でも、欺罔されて錯誤に陥った者より自ら錯誤した者の保護を厚くするのは均衡を失するからだと説明されている（「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明（平成25年5月2日補訂）」¹⁾ 15-16頁（以下、「補足説明」とする））。

(2) 動機錯誤

表示行為の錯誤と動機の錯誤を区別し、動機の錯誤が原則として95条の錯誤に当たらないとの理解を前提とする（補足説明16頁）。動機錯誤の原則不顧慮を前提とする一方で、一定の場合に錯誤として顧慮されることは判例・学説ともに異論がないとする。その際、判例（最判昭和29年11月26日民集8巻11号2087頁等）は、動機（意思表示の前提事情）が法律行為の内容になっていることを重視しているという理解のもとに、動機が法律行為の内容になっていたときには、「表示行為の錯誤と同様に、主観的因果性と客観的重要性という要件を満たせば取消可能」とであると説明する（補足説明14頁（概要））。

① 目的物の性質、状態その他の意思表示の前提となる事項

目的物の真贋、性能、相手方の属性、今後の市況の変化など表意者が意

1) 法務省のウェブサイトに掲載されているものを用いた（visited Sep. 1. 2013 <http://www.moj.go.jp/shingil/shingi04900184.html>）。

思決定をするにあたって考慮した要素を指す。「動機」をどのように表現するかは「今後も引き続き検討する必要がある（補足説明16-17頁）。

② 前提となる事項

広く表意者が現に意思決定の基礎とした認識の対象を意味する。これは、錯誤取消の根拠が「重大な思い違いがあったために本来するつもりがなかった意思表示をした場合には、意思表示の拘束力の根拠を欠くという考え方」（下線筆者）に基づくことを理由とする。

前提となる事項についての錯誤は、意思表示の錯誤とは異なる場面を指すため、本文(1)と同じ「錯誤」という言葉を使うべきか否かについては、引き続き検討が必要である。

以上の錯誤が要素の錯誤に該当するか否かは、「判例の考え方」に即して主観的因果性と客観的重要性を規準に判断される（補足説明17頁）。

③ 法律行為の内容化

「判例を総体として見れば、動機の表示の有無よりも当該事項が法律行為の内容として取り込まれているかが重視されている」という学説を採用して、その評価に倣い、動機が法律行為の内容になっているときは、その認識の誤りが95条の錯誤として顧慮されることを本文(2)アで規律している（補足説明17-18頁）。

認識可能性説に対しては、「単に表意者が錯誤に陥っていること又は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しているというだけで、その法律行為の効力が否定されるリスクを相手方に転嫁できることとする理由はないとの批判がある。」（下線筆者）（補足説明16頁）。また、動機表示説に対しては「錯誤のリスクの負担について当事者の合意を重視する立場から、表意者が動機を一方的に表示することによってその誤りのリスクを相手方に転嫁できることを正当化する理論的な根拠が明らかでないとの批判がある。」（下線筆者）（補足説明18頁）

内容化の意味が何を意味するのか不明確だという批判もあるが、いずれにせよ「現在の判例法理がいう『法律行為の内容になる』の解釈適用をそ

のまま明文化するものであり、これを変更するものではない」とする（補足説明18頁）

また、特定物ドグマ（個別化理論）を否定すると、性状錯誤と債務不履行責任の競合が問題になるのか、それとも性状が債務の内容になった場合には債務不履行責任しか主張し得ないという二つの考え方がある（補足説明18頁）。

(3) 不実表示

本文(2)イは、相手方が動機錯誤を惹起した場合（動機錯誤の原因が相手方にある場合）、その動機が法律行為の内容（本文(2)アの要件を満たさなくても）になっていなくても、主観的因果性と客観的重要性を満たせば取消可能となるという規律である（補足説明19頁）。相手方による不実の表示のために動機錯誤に陥った場合に、錯誤が認められてきたという理解があり、不実表示にルールを錯誤に関するルールとして位置付けている（補足説明19頁）。

① 顧慮原理

意思決定の基礎となった情報に誤りがある場合に、「どのようにその誤りのリスクを分配するのが妥当か」を規準とする。即ち、(α) 不実表示を信じて誤認し、それにより意思表示をした場合にその意思表示から解放する必要があること、(β) 相手方は不実表示により錯誤惹起をした以上、表意者による取消という結果を受忍すべきであること、に基づき表意者が「意思決定の基礎となる情報の誤りのリスクを相手方に転嫁することができるという考え方に基づく」（下線筆者）。従って、当事者間の一般的な意味での交渉力や情報の格差に左右されるものではなく、またいわゆる弱者保護を目的とする規律でもない（補足説明19-20頁）。

(4) 重過失

現行95条ただし書の規律を原則として維持する。ただし、以下の二つの

例外を認める。

① 悪意ないし善意有過失

表意者の意思表示と本来しようとした意思表示が食い違っていることないし表意者が前提事項について誤信し、それを前提として意思表示をしていることを相手方が知っていたか、知らなかったことにつき重過失がある場合、相手方を保護する必要がないので、表意者は重過失があっても錯誤無効の主張ができるという通説に従うものである（補足説明23-24頁）。

② 共通錯誤

共通の動機錯誤の場合には、「相手方も同様の錯誤に陥っている以上、法律行為の効力を維持して保護すべき正当な利益を相手方が有しているとは言えない」ため、重過失ある表意者による錯誤主張は制限されないという有力な見解に従う（補足説明24頁）。

共通の表示錯誤（いわゆる「誤表は害さず」）は、契約の解釈により解決される。即ち、契約内容は「当事者が共通の理解をしていたときは、契約は、その理解に従って解釈しなければならない。」（補足説明359頁）。従って、この場合は錯誤の問題にならない（補足説明24頁）。

(5) 第三者保護

規定を新設する。表意者が権利喪失するという効果を正当化するためには、第三者の信頼が保護に値すること（善意無過失）を原則とする。錯誤は、心裡留保・虚偽表示と異なり、表意者の態様が典型的に悪意とは言えないので、原則通りとする。立証責任の所在は解釈に委ねる（補足説明25頁）。

3. 評 価

(1) 内容化重視説

上記2(2)③で見た内容からして、中間試案は、動機錯誤を95条で顧慮するために動機が合意（法律行為）の内容になっていることを要件とする、いわゆる「内容化重視説」（山本敬三教授による呼称）「契約内容化論」

(鹿野菜穂子教授による呼称)を採用するものようである(以下、内容化重視説で呼称を統一する)。その論者の一人(鹿野菜穂子教授)がこの学説をして「判例が採ってきた動機表示定式の実質的な意味を、新たな角度から再評価するという意味でも重要である²⁾」と述べていることから、いわゆる判例法理の考え方を基礎づける学説だと一般に理解されているのだと思われる。しかしながら、以下で検討するように内容化重視説には、特に動機の合意内容化およびリスク分配の意味並びに錯誤の顧慮原理の点で理論的に不鮮明な面があり賛同しがたい。

(2) 不実表示

不実表示による取消を「錯誤」として導入することにはなお慎重であるべきだと思われる。不実表示は、その重心が錯誤そのものではなく、相手方による関与にあり、錯誤とは異質な顧慮原理に基づいており、それに対応してその法律効果も錯誤とは別異に考慮されるべきものであるように思われる³⁾。この問題については、本稿ではこれ以上深入りしない。

(3) 共通錯誤

内容化重視説を採用する場合、動機が合意内容に取り込まれる必要があるので、動機錯誤が顧慮されるたいていの場合には、相手方が表意者

2) 鹿野菜穂子「錯誤規定とその周辺——錯誤・詐欺・不実表示について——」池田真朗ほか編『民法(債権法)改正の論理』(新青出版, 2010年)242頁(以下、「鹿野・錯誤規定」とする), 鹿野菜穂子「錯誤」法学セミナー679号(2011年)7頁(以下「鹿野・錯誤」とする)。

3) たとえば、相手方による錯誤惹起を錯誤顧慮の要因とすることに対する批判として、須田教授は「相手方の詐欺的行為の存在を要素の錯誤成否の一要因として考慮する場合には、それを相手方の不法性として、しかも要素の錯誤成否の決定的要因として考慮することは、右に述べた錯誤と詐欺のそれぞれの固有の制度的趣旨(筆者—須田教授によれば、詐欺の制度は相手方の欺罔行為自体の違法性の制裁として表意者に取消権を与えるのに対して、錯誤の制度は表意者の利益保護と相手方の利益・取引の安全保護の調和を目的とするものというものである)を混乱させることになって妥当でない」と主張する(須田晟雄「要素の錯誤(八・完)」法学研究13巻2号(1977年)138-139頁)。

の錯誤を知っているか、共通の動機錯誤ということになる。そうであれば、重過失要件はほとんど機能しなくなるおそれがある⁴⁾。また、相手方が錯誤に陥った状態で誤った言明をしたために表意者が錯誤した場合には、不実表示の問題になるのか、共通錯誤の問題になるのか判然としない。さらにいえば、共通錯誤を第一次的に95条の意味での錯誤として顧慮することが妥当か否かが検討されねばなるまい⁵⁾。

Ⅲ. 検 討

1. 内容化重視説への疑問

(1) 内容化重視説の概要

現実の事実（動機）に関するリスクが「合意内容」ないし「契約内容」になっているときにのみ、錯誤主張により意思表示の効力を否定することができるという考え方が有力に主張されている⁶⁾。

これは、双方の当事者の合意を尊重し、動機にあたるものが、合意の内容に取り込まれていれば、その点に関する錯誤は合意内容に関する錯誤となり、95条が適用され得るという考え方⁷⁾、またはある事実に関する認識の誤り（動機）が、各当事者の単なる一方的な動機にとどまらず、法律行為の内容に取り込まれた場合に、その内容化されたことが現実の事実と異

4) 鹿野・錯誤規定249頁参照。

5) これについては、拙稿「双方錯誤の歴史的考察(1)-(4・完)」横国17巻1号—18巻1号(2008-2009年)参照。

6) 民法（債権法）改正委員会編『詳解債権法改正の基本方針Ⅰ序論・総則』（商事法務、2009年）103頁以下、鹿野・錯誤規定236頁以下、鹿野・錯誤7頁以下、山本敬三「民法改正と錯誤法の見直し——自立保障型規制とその現代化」法曹時報63巻10号19-20頁（以下、「山本・見直し」とする）、山本敬三『民法講義Ⅰ総則〔第3版〕』（有斐閣、2011年）182頁以下、198頁以下（以下、「山本・講義Ⅰ」とする）、「特集民法（債権関係）の改正に関する中間試案をめぐって 対談 法律行為及び契約総論」ジュリ1456号（2013年）20-21頁〔沖野雅巳発言〕（以下、「対談」とする）。

7) 山本・講義Ⅰ183頁、187頁。

なっていたときに、95条が適用され得るという考え方である⁸⁾。

山本敬三教授が挙げる例をとって検討していこう。

【設例1】 Aは、Bから特定のガラス製品甲を10万円で購入する。買主Aはこれがボヘミア製だと思っていたが、実はドイツ製であった⁹⁾。

【設例2】 Xは、Yから新築住宅甲を4000万円で購入する旨の売買契約を締結し、手付金400万円を支払った。Xは、手持ちの自己資金が1000万円しかないため、500万円を財形融資から借り、残りの2500万円を銀行の住宅ローンで借りることにしていた。ところがその後、甲が財形融資の融資条件を満たしていないことが判明し、Xは財形融資を受けられないことになった。そこで、Xは銀行に3000万円を融資してくれるように頼んだが、Xの年収からみてそこまでの融資はできないと断られた。困ったXはYに相談したところ、Yは、Xが手付金400万円を放棄して契約を解除するのは構わないが、400万円まで返せという要求には応じられないと答えた¹⁰⁾。

内容化重視説によれば、【設例1】では、Aの「甲はボヘミア製である」という認識が合意された（ボヘミア製のガラス製品の売買契約である）と解釈される場合に、錯誤を主張して意思表示の効力を否定できるとする¹¹⁾。【設例2】では、「財形融資を受けられると思ったから、甲を4000万円で買う」というXの動機が表示されているだけでなく、Yもこれを了承したと評価できる場合¹²⁾、つまり、その不動産が融資条件を満たしているものとして売る、買うという合意が当事者間でなされていたと解釈で

8) 鹿野・錯誤規定237頁、244頁。これ以外に重過失がないこと、要素性を満たすことが必要とされる。

9) 山本・見直し18頁より。

10) 山本・講義I 186頁。

11) 山本・見直し20頁。

12) 山本・講義I 188頁。

きる場合¹³⁾に、95条の適用が認められるという。

山本敬三教授によれば、この内容化重視説の考え方は、中間論点整理に言う「事実の認識が法律行為の内容になっている場合にはその認識の誤りのリスクを相手方に転嫁できることから当該事実に関する錯誤に民法第95条を適用するとの考え方」に他ならないとされ¹⁴⁾、既にIで見たように、この考え方は中間試案でも維持されている。

(2) 合意／契約内容化の意味

内容化重視説によれば、動機が合意内容になっている、つまり「このガラス製品」ではなく「ボヘミア製のガラス製品」が合意内容となっていると解釈されるのであれば、錯誤による意思表示の効力否定を主張できるといえる。しかし、今ここで引き合いに出した性状錯誤を例にすれば、動機が合意内容（契約内容）になっているならば、それは給付義務を構成し、契約で定められたのとは異なる物の引渡しは債務不履行（契約違反）となり、契約責任を問うことを認めればよいのではないだろうか¹⁵⁾。たとえば、追完請求をして、催告期間内に履行がなければ契約を解除する、あるいは債務不履行による損害賠償請求をするということが考えられる。そのような解決は中間試案においてもあり得る¹⁶⁾¹⁷⁾。上述したように中間試

13) 法制審議会民法（債権関係）部会第31回会議事録26頁（以下、議事録については「第〇〇回会議事録」として引用する）。

14) 山本・見直し20頁。基本方針の【1.5.13】(2)で採用されている考え方も同内容（基本方針I 28頁）。

15) そのような指摘をするものとして、滝沢昌彦「契約の成立・法律行為」法律時報81巻10号（2009年）40頁以下、同「錯誤規定のあり方」円谷峻編『社会の変容と民法典』（成文堂、2010年）36頁など。

16) 中間試案における解除規定は以下の通りである。

〔(1) 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めて履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができるものとする。ただし、その期間が経過した時の不履行が契約をした目的の達成を妨げるものでないときは、この限りでないものとする。〕

(2) 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、その不履行が次に掲げるい

案の補足説明でも、性状錯誤の場合に動機が合意内容化されるならば、債務不履行責任しか主張できないという考え方があることが指摘されている(Ⅱ2. (2)③)。

では、内容化重視説が、契約責任とは別に錯誤を問題とするならば¹⁸⁾、そこにいう「合意(契約)」とはどのような意味であるかが問題になる。論者は必ずしも明確に位置付けていないように思われるが、ここで言う「合意」とは、法的に性質決定されていない合意だと評価されている¹⁹⁾。

ㄨ ずれかの要件に該当するときは、相手方は、上記(1)の催告をすることなく、契約の解除をすることができるものとする。

ア 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合において、当事者の一方が履行をしないでその時期を経過したとき。

イ その債務の全部につき、履行請求権の限界事由があること。

ウ 上記ア又はイに掲げるもののほか、当事者の一方が上記(1)の催告を受けても契約をした目的を達するのに足りる履行をする見込みがないことが明白であること。

(3) 当事者の一方が履行期の前にその債務の履行をする意思がない旨を表示したことその他の事由により、その当事者の一方が履行期に契約をした目的を達するのに足りる履行をする見込みがないことが明白であるときも、上記(2)と同様とするものとする。』

17) 中間試案における債務不履行による損害賠償の規定は以下の通りである。

「1 債務不履行による損害賠償とその免責事由(民法第415条前段関係)民法第415条前段の規律を次のように改めるものとする。

(1) 債務者がその債務の履行をしないときは、債権者は、債務者に対し、その不履行によって生じた損害の賠償を請求することができるものとする。

(2) 契約による債務の不履行が、当該契約の趣旨に照らして債務者の責めに帰することのできない事由によるものであるときは、債務者は、その不履行によって生じた損害を賠償する責任を負わないものとする。

(3) 契約以外による債務の不履行が、その債務が生じた原因その他の事情に照らして債務者の責めに帰することのできない事由によるものであるときは、債務者は、その不履行によって生じた損害を賠償する責任を負わないものとする。』

18) 山本敬三教授によれば、この場合には、① 表意者である買主の認識と現実が齟齬を来している、② 法律行為の内容と現実が齟齬を来しているという二つの齟齬があるが、①の場合の齟齬が錯誤として顧慮されるのだという(山本・講義I 201頁)。しかし、この場合に①の場合の齟齬を認めるために、動機の合意内容化が果たして必要なかは疑問である(後述Ⅲ1. (3)④)。

19) 佐久間毅『民法の基礎1 総則 [第3版]』(有斐閣, 2008年) 162頁。

その意味を明確にするために、錯誤外構成説と対比して考えてみよう。

① 錯誤外構成説における合意

錯誤外構成説であれば、「動機が合意になっている」とは、条件・前提（既成条件²⁰⁾）ないし保証になっている場合だと考えられる²¹⁾。つまり、具体的に事案を検討し、「合意」がどのような意味を持つのかを吟味し、合意の法的性質を決定する。たとえば、【設例1】で考えると、「ボヘミア製であること」が条件になっていたと解釈されるのならば、つまり合意内容が「条件」だと法的に性質決定されるならば、（おそらく停止条件としての既成条件の）条件不成就により、売買契約は無効になる。また、保証合意と解釈されるならば、つまり合意内容が「物の性質保証」だと法的に性質決定されるならば²²⁾、売買契約は依然として有効であるが、買主は売主の債務不履行責任を追及し、契約の解除などが可能であろう²³⁾。

では次の例ではどうか。

【設例3】 Aは、Bから手袋を購入した。Aは古い手袋をなくしたので新しいものが必要になったのだとBに告げ、Bも「それはお気の毒に」と答えた。しかし、Aは手袋をなくしてはいなかった。

【設例4】 Aは、Sに頼まれてSのBに対する債務の保証人になった。その際、AはSから他にも保証人がいる旨、説明を受けていた。しか

20) 高森教授は、三宅教授の前提理論を引用し、前提概念を「過去現在の事実に関する」法律行為の附款（既成条件とイコールか？）だと考えておられるようである（高森八四郎『法律行為論の研究』（1991年、関西大学出版部）187頁（以下、「高森・法律行為論」とする）。たとえば、建築確認が得られなかったために、注文者の債務不履行を理由に、請負人が損害賠償を求めたのに対し、注文主が錯誤を主張した事案で、「建築確認の得られることを確実なる前提として、従って、それが得られなければ、契約の効力は奪われるべきである」という意味合いの合意」を前提合意だという（高森・法律行為論184頁）。

21) 高森・法律行為論224頁。林良平・安永正昭編『HAND BOOK 民法I——総則・物権——』（有信堂、1987年）41頁〔磯村保執筆〕。

22) なお、高森教授は、個別化理論（特定物ドグマ）を肯定する立場をとっておられる（高森八四郎「民法改正について」札幌法学23巻1号（2011年）275頁など）。

23) 高森・法律行為論224頁。

し、Aのほかに保証人はいなかった²⁴⁾。

【設例3】はいわゆる狭義の動機錯誤の事例である²⁵⁾。この種の錯誤は、通常、95条では顧慮されないとされている。もっとも、ここでも「手袋をなくしたから買う」という動機が「手袋が出てきたら契約は解除する」という内容で合意（表意者の条件意思と相手方の承諾）されていたとすれば、解除条件ないし解除権留保（法的に性質決定された合意）として法的に顧慮される余地はあろう。【設例4】では「他に保証人がいないと判明したら契約は解除する」などの解除条件ないし解除権留保が合意の性質として考えられる。あるいは債権者Bが「ほかに保証人がいること」を請け合ったならば、Bからの請求に対して、Aは分別の利益により自己の負担分のみ支払うとすることを抗弁とすることも考えられる²⁶⁾。

② 法的に性質決定されていない合意の意味

これに対して、内容化重視説では、——動機が錯誤外構成説の言うような性質決定された合意にもなり得ることを留保した上で²⁷⁾——かかる法的な性質決定は行われぬ。しかし、「性質決定が行われぬ合意」とい

24) 最判昭和38年2月1日判タ141号53頁参照。

25) 川島武宜・平井宜雄編『新版注釈民法(3)総則(3)法律行為I §§90-98』(有斐閣、2003年) [川井健執筆] 413-416頁参照(以下、「川井・注釈民法」とする)。

26) もっとも、元にした事案である、昭和38年判決(主たる債務者が他に保証人がいると告げた事案であった。)の控訴審では、保証人が保証契約をしたのは他の者が共同保証をすると信じたからであったとしても、「かかる事由は通常保証契約をする動機ないし縁由たるとどまるものであって、被控訴人(筆者一債権者)との間の保証契約の締結に当り、それが表示されたことを認むべき証拠はないから、本件保証契約の要素とはならなかったというべきであり、したがってその点に錯誤があったとしても、保証契約の無効をきたすものではない」と判断され、最高裁もこれを支持している。

27) 山本・見直し21頁。鹿野・錯誤規定239頁は、性状錯誤の場合には瑕疵担保ないし契約責任の問題として処理することができるとしても、錯誤が問題となった判例の中には、契約責任を問うという方法では、適切な問題の処理が図りにくいものがあることを指摘し、最判平成元年9月14日家月41巻11号75頁、最判平成14年7月11日判時1805号56頁を挙げています。しかし、これらの事例についても別の法理論、さしあたり行為基礎論により解決の示唆が得られると思われる。

うものが観念し得るだろうか。観念し得るとして、動機の誤りを錯誤として法的に顧慮するためにそうした「合意」をわざわざ認める意味があるだろうか。「合意」の意味を考えてみる必要がある。

(3) 合意原則

近時、契約責任を契約の拘束力を中心に考える説が主張されている。これは、当事者が何を契約の内容にしたのかを契約法の基本に据え、そこから契約責任を演繹する考え方である（以下、「合意原則説」と呼ぶ²⁸⁾。これは、契約内容の実現が妨げられたときに（債務不履行時）、債権者が如何なる救済手段を如何なる場面で有するのかを、個別に、つまり、履行請求権、追完請求権、損害賠償請求権、解除権などといった各種の手段ごとに論じるにあたり、およそ「契約の拘束力」ないし合意原則（*pacta sunt servanda*）を正当化の根拠だと考える²⁹⁾。したがって、契約責任（損害賠償、契約解除など）を考える場合、「当事者が契約で何を約束したのか」という点を考慮して、「契約ないし契約上の債務の内容を類型化し、それに応じて責任の判断構造を明らか」にするので³⁰⁾、債務不履行による損害賠償や契約解除においても、伝統的理論のいうように過失責任の原則を用いず、契約の拘束力からその効果が導かれる。このような考え方は、合意内容を柔軟に理解する³¹⁾。中間試案でもそのような規定が提案されている。

28) 山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリ1318号（2006年）87頁以下（以下、「山本・契約責任論」と呼ぶ）。これに対して、契約責任を抽象的な債権・債務の問題ととらえる伝統的な考え方を厳格な合意観と評価されている（同100頁）。

29) 潮見佳男『債務不履行の救済法理』（信山社、2010年）3頁（初出：「総論——契約責任論の現状と課題」ジュリ1318号（2006年））。同『債権総論Ⅰ債権関係・契約規範・履行障害〔第2版〕』（信山社、2003年）22-32頁参照。

30) 山本・契約責任論93頁。

31) 山本・契約責任論100頁以下。

第29 契約の解釈

「1 契約の内容について当事者が共通の理解をしていたときは、契約は、その理解に従って解釈しなければならないものとする。

2 契約の内容についての当事者の共通の理解が明らかでないときは、契約は、当事者が用いた文言その他の表現の通常の意味のほか、当該契約に関する一切の事情を考慮して、当該契約の当事者が合理的に考えれば理解したと認められる意味に従って解釈しなければならないものとする。

3 上記1及び2によって確定することができない事項が残る場合において、当事者がそのことを知っていれば合意したと認められる内容を確定することができるときは、契約は、その内容に従って解釈しなければならないものとする。」

① 性状錯誤の独自性

この考え方からすれば、動機が表示され合意／契約内容になったというのなら、それは具体的な債権債務あるいは具体的な何等かの権利（抗弁権、解除権など）=法的な効果を生じさせるという意味での契約内容として解釈すべきであり、法的に性質決定されていない合意というものは観念し得ないように思われる。特に性状錯誤に関しては、個別化理論（特定物ドグマ）を否定して、性状も意思表示の内容になると解釈するならば、それはまさに契約責任の問題でしかないように思われる³²⁾。中間試案でも、いわゆる瑕疵担保責任の問題で、個別化理論を否定する規定が提案されている。

3 売主の義務

(1) 売主は、財産権を買主に移転する義務を負うほか、売買の内容に従い、次に掲げる義務を負うものとする。

32) この点につき、北居教授は、契約の実現を求める方が、錯誤による契約の効力の全面的な否定よりも、より多彩で事情適合的な救済手段を認められる点で、「望まれた契約」を手にした買主には一層望ましいと評価する（北居功「民法改正と契約法6 履行としての受領」法セ692号（2012年）80-81頁）。この指摘には筆者も同意したい。

ア 買主に売買の目的物を引き渡す義務

イ 買主に、登記、登録その他の売買の内容である権利の移転を第三者に対抗するための要件を具備させる義務

- (2) 売主が買主に引き渡すべき目的物は、種類、品質及び数量に関して、当該売買契約の趣旨に適合するものでなければならないものとする。
- (3) 売主が買主に移転すべき権利は、当該売買契約の趣旨に適合しない他人の地上権、抵当権その他の権利による負担又は当該売買契約の趣旨に適合しない法令の制限がないものでなければならないものとする。
- (4) 他人の権利を売買の内容としたとき（権利の一部が他人に属するときを含む。）は、売主は、その権利を取得して買主に移転する義務を負うものとする。

(注) 上記(2)については、民法第570条の「瑕疵」という文言を維持して表現するという考え方があ

以上から、動機が合意／契約内容になり、それが錯誤として（95条で）法的に顧慮されるための要件とするならば、性状錯誤を「錯誤」として法的に顧慮するためには、契約責任から切り離した独立の意義（顧慮原理と効果）を持たせる必要があると思われる³³⁾。これに対して、山本教授は、性状錯誤は歴史的にも比較法的にも錯誤の範疇で扱われることが多かった

33) また、判例理論としても、性状錯誤の場合に、動機の合意内容を重視していると評価することは疑問である。即ち、性状錯誤は、一般に動機の錯誤とされ、法律行為の要素の錯誤でないと言われる。しかし、(A) 表意者が物の性状（動機）をもって意思表示の内容を構成させること（動機の意味表示内容化）、(B) 当該性状を当該物が有しないならば表意者が法律効果を発生させようと思わないこと（動機の誤りと仮定的意思）、(C) 物の性状（動機）が取引の観念や事物の常況に鑑みて意思表示の主要部分となす程度のものだと認められること（動機の重大性）、という三つの要件が満たされる場合に、性状錯誤も要素の錯誤になるとされる（大判大正6年2月24日民録23輯284頁）。この場合の錯誤が意思と表示の不一致であるのかは問題であるが、表示と仮定的意思の不一致として説明できなくもない。この点については、我妻栄／幾代通・川井健補訂『民法案内2 民法総則第二版』（勁草書房、2009年）188頁以下、磯村哲『錯誤論考』（有斐閣、1997年）120頁以下参照。

として、契約責任と錯誤としての法的顧慮の並存を主張する³⁴⁾。確かに、歴史的・比較法的に性状錯誤は錯誤として扱われることが多かったのは事実であろうが、それのみでは、内容化重視説において性状錯誤が契約責任と独立した意義を有することの説明にはならないように思われる³⁵⁾。やはり、性状錯誤を独立した責任だと位置づける積極的な根拠が必要だと思われる³⁶⁾。

② 性状以外の動機の錯誤

また性状以外の動機の錯誤に関して、山本敬三教授は、最判平成元年9月14日判決を例に挙げて、「妻の側に課税されることが契約上予定されていたということが確定できれば、それがここでいう『法律行為の内容』（筆者一「合意の内容」のことであろう）になったということ」だと主張する（第31回会議事録26頁）。しかし、契約上予定されていたことと法律行為（契約）の内容というのは、別の性質のものであるように思われる³⁷⁾³⁸⁾。また、このような動機が意思表示の内容、ひいては契約の内容になるかも疑問である³⁹⁾。これは、合意（契約）内容のとらえかた如何

34) 山本・見直し21頁、山本・講義I 201頁。

35) 中間試案の補足説明では性状錯誤など前提となる事項に関する錯誤は、意思表示の錯誤とは異なる錯誤だということは認識されているが、それが何故に法的に顧慮されるのかという原理的な説明はない（補足説明17頁）。

36) 学説では、個別化理論（特定物ドグマ）を否定した場合に性状錯誤として顧慮されるための理由として、意思の形成過程に瑕疵（不慮の事実と一致しない認識ないし判断）があること、または相手方から完全には履行されない契約に表意者が拘束されることの不当性が指摘されている（道垣内弘人「錯誤とその周辺」法教295号（2005年）92頁）。

37) 山本教授の意見に対して、能見委員も「契約をする際の前提条件などでは、どう見ても契約内容になるという言い方をするのは不自然な場合」があると指摘している（第31回会議事録26頁）。

38) 法律行為の内容になっていなくとも、法律行為の不可欠の前提・基礎に錯誤がある場合錯誤者を保護した裁判例が数多くあることが指摘されている（半田吉信『錯誤立法の基礎』千葉大学法学論集27巻4号（2013年）83頁）。こうした事情に関する錯誤に法的保護が与えられるべきことには筆者も賛成である。もっとも、その法律効果は必ずしも意思表示の効力否定である必要はないのではないだろうか。

39) 動機の意味表示内容化の理論的限界を扱うものとして、堀川信一「動機の『意思表示』

の問題に逢着するだろう⁴⁰⁾。

判例の理解の仕方につき、滝沢教授はこうした事情は「契約内容にはならないが契約の効力を否定する事情と考えればよい」と主張されるが、そちらの方が素直な理解であるように思われる⁴¹⁾。

この点について山本敬三教授は、(α) 動機が合意内容化していたとしても、そこには合意と現実の齟齬と表意者の認識と現実との齟齬の二つが存在し、後者の場合にも意味を認め「錯誤」として顧慮する可能性を認めること（それが確立した判例の立場であるという）、(β) 性状錯誤は歴史的にも比較法的にも錯誤の範疇で扱われることが多かったとして、契約責任と錯誤としての法的顧慮の並存を主張する⁴²⁾。しかし、このいずれについても注意深く検討しなければならない。即ち、(α)については、表意者の認識と現実の齟齬をもって錯誤の問題ととらえるならば、敢えて動機の合意内容化を問題とする必要はないように思われる⁴³⁾。(β)について

の内容化」と錯誤無効」笠原俊宏編『日本法の論点 第二巻』（文眞堂、2012年）74頁以下、特に77-79頁。

40) 筆者はその意味では、「厳格な合意観」に立つ。そして、いわゆる「契約上予定されたこと」は「行為基礎」の問題であり、これと合意（契約）内容は分けて考えるべきだと思う。もっとも、行為基礎については、本場ドイツでも、契約内容と行為基礎は截然と区別できないので、これは契約解釈の問題であるという考え方も主張されている（Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 313, Rdnr. 9, 41, 46 [Fikentauer]）。しかし、そうした主張は、喩えていうならば、「白と黒の間には灰色という中間色があって、どこからが白でどこからが黒なのかは流動的で明確ではない。だから、白と黒を区別する必要がない」と言うのに等しい理屈であるように筆者には思われる。少なくとも、行為基礎論に契約責任とは別の独自の意義が認められるならば、区別する意味は十分にあるように思われる。これについての詳細は別稿を予定している。

41) 滝沢昌彦「錯誤論——要件論を中心に——」円谷峻編著『民法改正案の検討 第2巻』（成文堂、2013年）301頁（以下、「滝沢・錯誤論」とする）。滝沢教授は、動機が「契約内容になる」というのは、無効主張を正当化するための比喩的な意味に過ぎないと評価している（滝沢昌彦『民法がわかる民法総則 [第2版]』（弘文堂、2008年）124-125頁）。

42) 山本・見直し21頁、山本・講義I 201頁。

43) 内容化重視説が動機の内容化をリスク分配のメルクマールにすることについての疑問は後述（Ⅲ1. (4)）する。

は、やはり上述したように、性状錯誤の独立した意義が問われなければならないと考える。錯誤という法制度は性状に関する誤りを法的に顧慮するための一法理でしかないからである⁴⁴⁾。また、性状錯誤についての議論が他の動機錯誤にも果たして妥当するのかも疑わしい⁴⁵⁾。

③ 狭義の動機錯誤との関係

また、仮に法的に性質決定されていない合意というものが存在するとした場合、狭義の動機錯誤との区別が問題になる。【設例 3】のような場合にも、動機が表示され、少なくとも事実のレベルでは合意内容になっていたと評価し得るはずである。そうであるならば、動機が「法的に性質決定されていない合意」になっていることを要求する立場からは、このような事実的合意（手袋をなくしたとっていたから）を当然に排除することにはなるまい。

④ 規範的判断

これに対して、内容化重視説の立場からは次のような反論が予想される。即ち、「表意者が告げたことが直ちに『内容化』に結びつくわけではないし、表意者自らがその動機を相手方に告げなかった場合であっても、『内容化』が肯定されるべき場合もある。後者につき、判例は「黙示的に表示された」として『内容化』を認めているものもあるが、そのこと自体、『表示』が単なる事実認定を超え、『内容化』と一体となった一種の規

44) たとえば、レネルは、プロイセン一般ラント法の錯誤規定（第 1 部第 4 章 81 条）「人または物におけるそこで通常前提とされる性状に関する錯誤は……意思表示を覆滅させる」を、按察官の責任（*ädilizische Haftung*）の基礎になっている原理の拡大であるとして、その法律効果も意思表示の効力否定ではなく按察官の責任原理を用いた方が一貫していた、と評価している（Lenel, *Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften*, AcP, 1925, Bd.123, S. 186f.）。なお按察官の責任については、柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』（有斐閣、1963 年）1-20 頁、58-65 頁参照。

45) この点につき、前掲注 39 の堀川論文は性状の場合には目的物に直接関連する事情であるがゆえに、それについて合意することが契約の領域に入るが、主観的理由（おそらく前提事情のようなものも含まれるだろう）の場合には目的物に関係ない動機であるため、契約内容にするためには「条件化」というハードルが必要である旨指摘する（78 頁）。

範的な要件として機能してきたことを窺わせるのである」（下線筆者⁴⁶⁾）。この説明は、錯誤顧慮の要件として動機の表示を、動機の合意内容化とは別に採用すべきか否かについて論じた個所での記述であるが、要するに判例が「内容化」を規範的に判断していると理解しているのだと思われる⁴⁷⁾。

しかし、内容化を規範的に判断するならば、それは、「動機の錯誤においても、裁判官が意思表示の効力を否定することを認めるのが妥当だと考えた場合には、動機が何らかの形で錯誤顧慮要件として考慮される」ということのパラフレーズに過ぎないであろう。従って、そのことを「動機法律行為内容化」と言おうが、「動機の表示」と言おうが、「相手方による表意者の錯誤／重視事項の認識可能性」と言おうが、実質的な差は存在しないと思われる。

たとえば、内容化重視説の論者による認識可能性説への批判として、次のようなものがある。即ち、【設例1】で、「この物」の代金がボヘミア製より安価に設定されていた場合には、売主Bにおいて買主Aが誤った認識をもっていること、ないしその事項が買主Aにとって重要であることを認識ないし認識し得ただけで、無効の主張が許されるべきではないという⁴⁸⁾。しかし、この場合でも、事案を考慮して相手方による認識可能性を規範的に判断すれば、実際の認識（事実に認識／事実に認識可能性）の有無を問題にしないのだから、「相手方には認識可能性がない」という判断も可能であろう⁴⁹⁾。

46) 鹿野・錯誤規定245頁。山本敬三教授のいう相手方が「了承したと評価される場合」（第31回会議事録26頁）もこれを意味すると思われる。

47) 山本・見直し22頁は、内容化の判断は、法律行為の解釈の問題にほかならないとして、たとえば、「目的物の性質について明示されていなくても、代金の合意からそれに見合った性質を備えた物が目的物とされたものとする」などの解釈準則を整備することの必要性を説く。

48) 山本・見直し19頁。

49) 小林一俊『錯誤法の研究 [増補版]』（酒井書店、1997年）326頁（以下、「小林・研」

また、動機表示説への批判として次のようなものがある。即ち、「錯誤のリスクの負担について相手方の信頼を重視する立場から、動機が表示されたとしてもそのことから相手方が錯誤の有無を判断できるとは言えず、相手方の正当な信頼がないとは言えないとの批判があり、また、錯誤のリスクの負担について当事者の合意を重視する立場から、表意者が動機を一方的に表示することによってその誤りのリスクを相手方に転嫁できることを正当化する理論的な根拠が明らかでないとの批判がある。実質的にも、一方当事者が契約を締結する理由を述べ、相手方がそれを知り得たというだけで（例えば、一定の利回りが期待できると思うので投資したいと述べた場合）錯誤を主張することができるとすると、取引の安全を著しく害することになって不当であると考えられる。」（補足説明18頁）。しかし、これについても、事案を考慮して動機を表示を規範的に考えるならば、実際の動機を表示（事實的動機を表示）を問題としないのだから、「動機が表示されているとは言えない」との判断も可能であろう⁵⁰⁾。

「究」とする)によれば、判例は錯誤無効を認めるに当たり、相手方の帰責性ないし保護不要性という実質を重視していると指摘されている。このような観点に立つ場合、この実質を考慮して認識可能性も規範的に判断されとも言える。

- 50) たとえば、最判昭和47年5月19日民集26巻4号723頁は、「右判示によれば、本件定期貯金契約の解約および被告の上告人に対する支払の委任は、要するに、本件定期貯金の払戻金により金九〇〇〇万円を京王に給付することをその内容とするものなのであり、その実質においては、被告がみずから定期貯金の払戻を受けてこれを京王に支払う場合と同視すべきものであつて、京王に対する支払の動機のごときは、上告人に表示されたかどうかにかかわらず、右定期貯金の解約および支払委任という法律行為の要素となるものではないと解するのが相当である。」（下線筆者）と判示している。鹿野教授は、本判決を「『表示』があつても、それがなお法律行為（契約）の内容とされていない場合には、その動機の錯誤は法律行為の無効を来すものではない」判決として位置付けておられるが（鹿野・錯誤8頁）、判旨の「表示があつたかどうかにかかわらず」という文言からすれば、表示を「事實的動機を表示」ととらえておらず、規範的に判断しているとも見ることができよう。

(4) リスク分配

内容化重視説が強調する点は、動機が合意内容化していることはリスク分配の識別点である、というものである⁵¹⁾。この「リスク」という言葉は中間試案の補足説明でもたびたび登場する。しかし、「リスク」の意味するところおよびそこから論者が展開するリスク分配論には疑問がある。

山本敬三教授によれば、【設例1】で言えば、「売買契約の内容が『この物』を売買するものと解釈される場合に、『この物』がどのような性質を持つかは、それぞれの当事者が負うべきリスクに属する。単に買主Aが誤った認識を有していること、またはその事項が買主Aにとって重要であることを売主Bが認識し、または認識することができただけで、売主Bがリスクを負うべき理由はない」。「現実の事実に関するリスクを相手方に転嫁することを正当化するためには、それが合意の内容になっていることが必要と考えられる。そのような合意がなされたときには、表意者は、事実を誤って認識したときでも、そのリスクを負う必要はなく、意思表示の効力を否定することができる——相手方が、自らした契約の効力を否定されるというリスクを負担する——」（下線筆者）と述べ、解釈により「この物はボヘミア製である」という認識が売買契約の内容になったならば、Aは誤った認識のリスクをBに転嫁し、錯誤を理由に意思表示の効力を否定できるという⁵²⁾。

① 錯誤論におけるリスクの意味

ここで従来の錯誤論で言われてきたリスク分配とはどのようなものか確認しておこう。

小林教授の分類によれば、従来の錯誤のリスク分配には、広義の錯誤リスク分配と狭義の錯誤リスク分配がある。狭義の錯誤リスク分配とは、事情の如何にかかわらず、錯誤者自身において錯誤のリスクを常に負担する

51) 山本・見直し19-20頁、鹿野・錯誤規定242頁。

52) 山本・見直し19-20頁、山本・講義1 183頁、187頁以下。

という問題である。これは他の錯誤主張要件が備わる場合にも錯誤主張の阻害事情として考慮されると言われている（いわゆる狭義の動機錯誤）⁵³⁾。

他方、広義の錯誤リスク分配とは、当事者のいずれがいかなる場合に錯誤のリスクを負担すべきであるか、という問題である。即ち、95条によれば、法律行為の要素に錯誤があり、且つ表意者に重過失がない場合に、錯誤無効を主張することができる、つまり錯誤のリスクを意思表示の効力を否定するという形で相手方に転嫁できるのである。従って、ここでのリスク分配とは、いかなる場合に錯誤無効が主張できるかという問題、換言すれば錯誤顧慮の識別点そのものの問題に逢着する。これがおよそ一般的な意味での「錯誤のリスク分配」であろう⁵⁴⁾。

② 内容化重視説におけるリスク分配

翻って、内容化重視説に言うリスク分配を検討してみよう。まず、錯誤者がリスクを負担するという意味である。錯誤者がリスクを負担するとは、動機が一方の個人的な域にとどまるのであれば、法律行為の効力を覆すことはできない⁵⁵⁾、との説明に照らして考えれば、錯誤者は誤解があっても法律行為を——それが自己に不利な場合でも——維持しなければならず、それによる損失も甘受しなければならないという意味になるはずである（契約維持による損失甘受）⁵⁶⁾。しかし、これが相手に転嫁され

53) 小林・錯誤法459頁。

54) こうしたリスク分配論の学説における嚆矢は杉之原舜一博士である（杉之原舜一「『法律行為ノ要素』の錯誤に関する一考察（2・完）」法学協会雑誌第四十三巻下（1925年）2099頁は「民法は表意者が錯誤に陥つた場合に表意者と相手方及び第三者との何れに国家的保護を与ふべきや——換言すれば、何れに損害を負担せしむべきや——の価値判断の標準——基準——の一を『法律行為ノ要素』なる概念に求めて居る」（下線筆者）として、法律行為の要素を錯誤から生じる損害を表意者と相手方（及び第三者）のいずれに負担させるべきかの一つの規準とみる。

55) 鹿野・錯誤規定242頁。

56) 逆にこの者にとって契約を維持することで利益になるなら、「錯誤によるリスク」はないはずである。

る、即ち、表意者が契約を維持することで生じる損失を相手が負担するというこの意味は、内容化重視説からすれば、必ずしも表意者に無効／取消を許すということにはならないはずである。なぜならば、内容化重視説の根底には「双方がした合意を尊重する」という「合意主義」の考え方が存在するからである⁵⁷⁾。従って、内容化重視説の言うリスクの相手方への転嫁とは次のように考えるべきである。

たとえば、【設例 1】で言えば、Aはそもそもボヘミア製の目的物を欲して契約を締結したのであり、第一にボヘミア製の目的物を取得したいと考えるはずであろう。従って、当事者の合意を尊重するならば、Aの誤認識のリスク、つまりドイツ製の品を購入したことによる損失⁵⁸⁾を転嫁されたBは、第一にAに対してボヘミア製の目的物を給付するか、あるいはAの損失分を補償すべきである⁵⁹⁾。【設例 2】で言えば、Xが財形融資を受けられると思ったから住宅購入契約を締結しており、Xとしては住宅購入を第一に考えていたはずであろう⁶⁰⁾。従って、Xの誤認識のリスク、つまりXが財形融資を受けられなかったので支払いができないという損失がYに転嫁されるということは、YはXの債務不履行責任を追及できない（Xの支払い期間を——新たな融資先が見つかるまで——猶予する）ということになるのではないだろうか。【設例 4】でいえば、Aは自身が保証債務を負担する意思是極めて希薄だと考えられるので、Aの誤認識のリス

57) 山本・講義 I 183頁, 187頁。鹿野教授は明言していないが同趣旨だろうと思われる。

58) 買主がボヘミア製の品にこだわっている場合には、ボヘミア製ではない目的物を取得したこと自体が損失となろう。他方で、ボヘミア製には特にこだわりがない場合は、ドイツ製の品をボヘミア製相当額で購入したことが損失となろう。

59) 錯誤外構成説では、「売主は給付義務を負う」、「売主は損害担保の特約を結んだ」ということになる。内容化重視説では、合意内容は法的に性質決定されないが、合意という上はそれに拘束されるはずである。

60) 本事例では、個人使用目的で住宅購入契約をしたと思われる。つまり、住宅を購入したいという動機がまず存在し、融資を受けられることが分かったので、住宅を購入するという思考順序である。「お金が借りられるから家でも買ってみようか」という事例ではないだろう。

ク、つまり他に保証人がいると誤信したために保証債務の履行の蓋然性が高まったことがBに転嫁されるならば、BのAに対する権利行使（保証債務の履行請求）は信義則上許されないとすべきではなかろうか⁶¹⁾。

以上からすれば、当事者の合意を尊重する内容化重視説の言う「錯誤のリスク負担」そのものは、第一次的には合意／契約の拘束力を維持することになるはずである⁶²⁾。従って、内容化重視説においては、錯誤リスク分配が行われる結果、直ちに、表意者が意思表示の効力を否定できるという結論は導けないと思われる。

実際、ドイツでもフルーメは性状錯誤以外の動機錯誤においてこのようなりスク分配論を提示する。動機も法律行為の内容になるという立場をとっているフルーメは、確かに、性状錯誤の場合には法律行為（契約）と事実（Wirklichkeit）との不整合を錯誤として顧慮することを認める（「119条2項に従って顧慮される性状錯誤に関しては、法律行為が性状に関して現実（Wirklichkeit）と合致していないことが決め手である。たとえば、給付合意に際し、ある対象の給付が、特定の状態を有する対象として合意されるが、その対象は当該状態を有していない。または、行為が法的関係に関与している人の性状に関係しているが、その人が当該性状を欠

61) たとえば、連帯保証契約と錯誤が問題になった裁判例として次のようなものがある。即ち、訴外Aが信用金庫Yから融資を受けるに当たり連帯保証人になることをXに依頼した。Yの担当者からBが連帯保証人になることの承諾を得ているなどの説明を受けたXは「Bが連帯保証人になるならば自分も連帯保証人になってもよい」としてそれを動機としてY側に表示して、連帯保証契約を締結した。しかし、後日Bが翻意したため、結局B Y間では形だけの連帯保証契約（Bの責任は問わない）を締結することになった。Yはその旨のXには伝えず、Aに融資をした。その後Aが倒産したため、XがYに対して連帯保証契約の錯誤無効を主張した事案で、錯誤無効（一部無効）が認められた（大阪高判平成2年6月21日判時1366号53頁。この事案では、錯誤無効による解決ではなく、Yには融資を実行する前に、Xに錯誤が生じたことを伝えて義務があったにもかかわらず、それを怠った点に問題があるとして、Yの損害賠償義務を認めるという解決方法が指摘されている（栗田哲男「判批」評論388号（1991年）16頁）。動機の合意内容化によるリスク分配を言うならば、錯誤ではなく第一にこのような方法が考えられるべきであろう。

62) これは性状錯誤以外の錯誤であっても変わらない。

いている。』)⁶³⁾。フルーメは事実と契約との不整合を必ずしも錯誤の問題とせず、契約類型を基礎にその不整合のリスクをどちらの当事者が負担すべきかを問題とする⁶⁴⁾。

フルーメによれば、たとえば、ルーブル事件（30000ルーブルの消費貸借にあたり、当事者双方が1ルーブル=25ペニヒを基礎として7500マルクを返済する契約をしたが、実際は1ルーブル=1ペニヒだったという事案である⁶⁵⁾。）は以下のように解決される。債務証書が無因の債務約束であった場合（BGB 780条）、無因の債務約束の法的根拠は、貸付金取引および

63) Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 2., Bd., Das Rechtsgeschäft, 4., unveränderte Aufl., 1992, S.477f（以下、「Flume, Rechtsgeschäft」とする）。フルーメ錯誤論の紹介として、大久保憲章「ドイツ民法典成立以降の性状錯誤論」九大法学 第42号（1981年）63頁以下参照。

64) Flume, Rechtsgeschäft, S.500ff.

65) 1920年にモスクワに滞在していた原告は、そこで戦争捕虜だった被告に、被告の帰国費用として、30000ルーブル（旧ソ連・ロシアの通貨）を貸借した。そのとき被告に交付された債務証書において、当事者双方は1ルーブル=25ペニヒ（100ペニヒ=1マルク）と考えていたため、被告は帰国後2ヶ月以内に原告に7500マルクを返済するものとされていた。ところが、金銭消費貸借の当時、実際には30000ルーブルは300マルクの価値しかなかった。原告は債務証書を根拠に7500マルクの支払いを求めて訴えた。一審、二審原告勝訴。

ライヒ裁判所は、以下のように述べて被告の上告を認めた。

当事者は、双方一致して、1ルーブルはドイツでは25ペニヒを意味していることを基礎として、原告は被告に30000ルーブルを貸借し、被告は原告に7500マルクを返済するということになった。それ故に、本来の消費貸借金額の代わりに原告に7500マルクの債務を負担するつもりであったという被告の表示は、原告に直ちに認識可能な方法で、消費貸借の金額はそのレートに従ってドイツ通貨に換算するという被告の意思の表明（Kundgabe des Willens）を含んでいる。1ルーブルは25ペニヒであるという錯誤に基づく被告の意思志向（Willensrichtung）は、法律行為上の表示に先行する被告の内心の考えのみを意味するものではなく、表示自体の一部であり、契約交渉の際に原告に表出されていた。従って、法的に顧慮されない動機における錯誤が存在するのではなく、むしろ被告の錯誤は法律行為の基礎に関係しており、表示の内容に関する錯誤として看做されなくてはならない。

以上のように、ライヒ裁判所は、両当事者が1ルーブル=25ペニヒ（実際は1ルーブル=1ペニヒ）という間違ったレートを基礎にして、金銭消費貸借が行われた場合にも、BGB 119条〔錯誤に基づく取消可能性〕の内容の錯誤の事例として、取消を認めている。

この取引によって基礎付けられた貸付金の返還を求める原告の請求にあった。無因の債務約束が、数字上の定めである7500マルクで有効とされるならば、それが実際の300マルクでの貸付金額を超える限りで、法的根拠を欠く。その限りで、被告が返還請求されないのは道理であり、その訴えは悪意の抗弁により妨げられた。これに対して、無因の債務約束が問題になっていたのではなく、むしろ債務証書において被告に7500マルクの返済の義務があったと文書化されていた場合、その取決めによって貸付金の返済が合意されていたに過ぎず、貸付金の何倍もの額の支払いが合意されていたことにはなっていない。貸付金の返済の取決めは、取引の意味に照らせば、相場事情に不正確に関係付けられたことによって成立した7500マルクが返済されるべし旨の文書に優先する。従って、被告は貸付金が交付された日の相場に従って換算されたマルクでもって、受け取った金額を返済する義務があるに過ぎない⁶⁶⁾。

筆者はフルーメの立場を支持するものではないが、当事者の合意を尊重した錯誤リスク分配とは、このようなものを意味するというべきであろう。

③ 意思表示の効力否定によるリスク分配

仮に内容化重視説が想定するように、錯誤のリスク分配を、錯誤のリスク（契約維持による損失）を相手方に負担させるために意思表示の効力否定が行われると考えるならば、法律行為の効力は否定されよう。しかし、そうであるならば、動機錯誤の場合には動機の合意内容化とは別に錯誤の要素性（主観的因果性と客観的重要性）を要件として設定する意味はなくなるはずである。ところが、既に見たように内容化重視説は、動機の合意内容化とは別に要素性を要件としている（中間試案ももちろんそうである）⁶⁷⁾。

66) Flume, Rechtsgeschäft, S.502.

67) もっとも、中間試案の補足説明は、動機錯誤における要素性要件を錯誤による意思表示の効力否定の積極的要件ではなく、消極的要件と位置付けている嫌いがある。即ち、要

では、動機の錯誤においては、錯誤が法的に顧慮されるのは動機が合意内容化しているからなのか、それとも当該錯誤が法律行為の要素の錯誤に当たるからなのかが問題となる。山本敬三教授は次のように言う。「『この物甲はボヘミア製である』という認識が法律行為の内容とされたといえる——つまり『このボヘミア製の甲を売買する』という合意がされたと考えられる——ときにはじめて、それが法律行為の『要素』に相当するものにあたるかどうかの問題となる」⁶⁸⁾。鹿野教授はより一般的に「『法律行為の内容化』要件の下で行われるのは、あくまでも、当該事実（広義で『動機』と言われてきたこと）が、法律行為の外の問題なのか、それとも、法律行為の中に取り込まれていることなのかについての判断にすぎない。しかし、『要素』において問題となっているのは、その法律行為の中に取り込まれた事実についての錯誤がいかに重大であり、法律行為の効力を覆すほどのものなのかという点なのである。そして動機錯誤についても、このような意味での『要素』は、『法律行為の内容化』要件とは別に要求されるべきである。」（下線筆者）と説明する⁶⁹⁾。

この説明からすれば、リスク分配は動機錯誤を要素性判断の俎上に載せるための作業であると位置づけることができようか。しかし、そう考えるのであるならば、上記で内容化重視説が唱えた意思表示の効力否定の識別点としてのリスク分配という考え方との関係が問題になると思われる。合意内容化に、動機の錯誤の要素性判断の俎上に載せる作業と意思表示の効力否定の識別点という二つの意義を認めるのだろうか。いずれにせよ次のような疑問は残る。リスク分配を意思表示の効力否定という意味でのリスク分配ととらえるとしても、上記Ⅲ1. (2)(3)で言及したように契約責任が

↘素に錯誤があるから意思表示の効力を否定するという考え方ではなく、リスク分配により第一次的な意思表示の効力否定要件が充足されるが、要素性要件を充足していない場合には効力否定を主張し得ないと考えているように思われる。

68) 山本・見直し28頁。

69) 鹿野・錯誤規定247頁。

優先するのではないか。さらにリスク分配を動機錯誤の要素性判断の俎上に載せる作業だとするならば、動機の錯誤が顧慮されるかどうかの決定的判断は要素性概念の操作で行うことになるから、たとえば、動機の「表示」のみを要件とする場合（動機の「表示」も規範的に判断すればよい。Ⅲ1. (3)④参照）と結論は大きく変わらないように思われる⁷⁰⁾。

以上からすれば、表意者の誤信に基づく損失負担が相手方に転嫁されるということと錯誤の効果として意思表示の効力を否定することは直接的な関係を持たないと言える⁷¹⁾。また、内容化重視説においては意思表示の効力否定の決定的規準をリスク分配に求めるのか、錯誤の要素性に求めるのか判然としない。内容化重視説においては一体何故に錯誤をした結果、意思表示、ひいては契約の効力を否定することができることになるのか。

(5) 顧慮原理

たとえば、山本敬三教授は、動機の合意内容化により誤った認識が合意内容となり、合意が瑕疵を帯びるという理由を⁷²⁾、鹿野教授は、「動機が単なる個人的・一方的なものにとどまらず、法律行為の内容に取り込まれ、前提とされた場合において」、その契約の前提が欠如するという理由を意思表示の効力否定の根拠として挙げている⁷³⁾。しかし、合意の瑕疵ないし契約の前提の欠如とリスク分配や錯誤の要素性は相互にどのような関係に立つのだろうか。依然として疑問である。また、合意の瑕疵ないし契約の前提の欠如によって意思表示の効力が否定されるならば、「錯誤」つま

70) 滝沢教授は、さらに進んで要素性要件で錯誤顧慮を限定すればよく、表示や認識可能性を要求する必然性は乏しいと思われると疑問を呈している（滝沢・錯誤論302頁）。

71) 中間試案では、動機の錯誤に関して、動機が合意内容化されリスクが相手に転嫁されることが錯誤による意思表示の効力否定の根拠とされているように思われるが（補足説明14頁、16、17頁）、そのような形でのリスク転嫁は契約責任ないし信義則上の責任を生じさせる方向と親和的であり、意思表示の効力を奪うこととは距離がある。

72) 山本・見直し20頁。

73) 鹿野・錯誤8頁。

り誤っていることではなく、合意／契約の不完全さそのものを根拠として
いるように思われる。やはり「錯誤」として法的に顧慮するからには、
「錯誤」を出立点とすべきであるように思われる⁷⁴⁾。

なお、中間試案では動機錯誤が何故に顧慮されるのかという顧慮原理は
明確ではない。「動機錯誤を法的に顧慮するに当たり判例は動機の合意内
容化を重視している」という見解に盲従しているだけのように思われる。

2. 「判例法理」なるものがあるか

内容化重視説は、本説が判例の動機表示定式を再評価するものと主張
するが、判例の中には法律行為の内容化／契約内容化を問わず無効を認め
たものもある（例えば大判昭和10・1・29民集14巻3号183頁，大判昭和
18・6・3新聞4850号9頁，最判昭和37・11・27判時321号17頁，最判昭
和40・10・8民集19巻7号1731頁，最判平成14年7月11日判時1805号56頁
など）⁷⁵⁾。これらの判決が動機が表示されておらずとも、実質的に合意内
容化していたことを理由に、錯誤無効が認められたのかは、なお検討を要
する問題だと思われる。

(1) 動機の法律行為内容化を重視しているか

たとえば、中間試案の「概要」で、動機が法律行為の内容になっている
ことを重視している例として挙げられた最判昭和29年11月26日民集8巻11
号2087頁を検討してみよう。

事案はおよそ次のようなものである。Bから本件家屋が売りに出される
ことを知った買主Aは、売主Yから本件家屋を自己使用目的で購入するに

74) 「錯誤」が何を意味すべきかは難しい問題であるが、錯誤判例のリーディングケース評
される大判大正3年12月15日民録20輯1101頁（中松纓子「錯誤」星野英一編集代表『民法
講座1 民法総則』（有斐閣，1984年）397頁参照）は、形の上では、「内心的効果意思ト意
思表示ノ内容タル表示的效果意思トノ間ニ於ケル不慮ノ不一致」を意思表示の錯誤とし
て、これを出立点に動機の錯誤を判断していると思われる。

75) これについては、小林・錯誤法が詳しい。特に217-218頁参照。

当たり、Bを介して、同宅に居住していたCに同居の承諾を得た。しかしその後Cは翻意しAとの同居を拒絶し、その旨をYに伝えた。しかし、Aはそれを知らず、代理人Bに、手付金を渡した。Yのとこりに赴いたBは、Cが同居を拒絶したことを知ったが、それにもかかわらずYに手付金を支払った。Aは、本件売買契約の錯誤無効による手付金の返還とその利息の債権をXに譲渡した。XはYにその支払いを求めた。なお、Aの動機(買い受けた家屋に同居すること)はYには表示されていなかった。

最高裁は「意思表示をなすについての動機は表意者が当該意思表示の内容としてこれを相手方に表示した場合でない限り法律行為の要素とはならないものと解するを相当とする。」と一般論を述べた後、「Cの同居承諾を得るということは、買主Aの本件売買の意思表示をなすについての動機に過ぎず、そしてこの動機は相手方に表示されなかつたのであるから、相手方に表示されなかつた動機の錯誤は法律行為の要素の錯誤とならない旨判断した原判決は正当といわなければならない。」と判示した。

本判決は、文言上は、動機が表示されていないために、買主の錯誤無効が否定された事案である。これが果たして、動機が法律行為の内容になっていることを重視した判決だろうか。Aの動機は、CからYにAとの同居拒絶が伝えられていたことからすれば、Yにおいても認識し得ただろうが、Yは「右契約成立に先ち、右家屋に右Cが居住しているままで売却し、両人の立退については責任を負わない旨右Bに入れたことが認められる」と原審で認定されていることからすれば、Aの動機は合意内容になっていたとは言えないと評価できそうである。しかし、本判決はこれが決め手になって錯誤無効が否定されたとは必ずしも言えない。そもそも、B(買主の代理人)は手付金を支払う段階でCが同居を拒否していることを知ったのだから、買主側には動機の錯誤がないということになる。従って、その点が考慮されて錯誤無効が否定されたものであり、判旨に言う動機の表示云々は、錯誤無効を「否定するだけの論法⁷⁶⁾」だと評価するこ

76) 川井教授は、動機の錯誤に関する判例につき、錯誤無効は等価性の欠如の有無など実

ともできる⁷⁷⁾。

(2) 動機の表示とその内容化の意味

動機の表示についても、それが「意思表示ノ内容」（大判大正3年12月15日民録20輯1101頁）、「法律行為の内容」（最判昭和37年12月25日集民第63号953頁、最判平成元年9月14日家月41巻11号75頁）、「（保証）契約の内容」（最判昭和32年12月19日民集11巻3号2299頁）など判例の表現にも差がある。こうした差が単なる表現の問題なのか、歴史的に変遷しているのか、問題となる事例により差があるのか、またそもそもこれらの文言に実質的な意味があるのか⁷⁸⁾、さらなる検討を要すると思われる。もっとも、多種多様な動機の錯誤に対して統一的な「判例法理」を見出すことができるのかは筆者には極めて疑問である。少なくとも、——既に昭和29年判決の検討をもってしても明らかのように——すべての動機錯誤につき動機の合意内容化を重視していることが「判例法理」であるとの評価は行き過ぎであろう⁷⁹⁾。

中間試案の補足説明では、「いずれにせよ、現在の判例法理がいう『法律行為の内容になる』の解釈適用をそのまま明文化するものであり、これを変更するものではない」と言うが（補足説明18-19頁）、「判例法理」なるものが明確でない以上、「これを変更するものではない」という説明は

質的判断から導かれるのであり、動機の表示がされていないとか、単なる動機に過ぎないという理由づけは、「裁判の処理技術」であると評価する（川井・注釈民法413頁）。

77) 河原格「動機の錯誤の一考察」大東ロージャーナル第4号（2008年）53-55頁。同教授は、本判決を、同居が拒絶されたことを買主（買主の代理人）は知っていたのだから、承諾が得られていないことは当事者間の了解事項であり、動機錯誤により契約を無効にする根拠がないと評価する。

78) この疑問については、川井・注釈民法413頁を参照。

79) 深山弁護士は、判例の理解の仕方について、動機の表示よりも、「（筆者一動機が）法律行為の内容になっているかどうかや、意思決定をする上での重要度の方が大事なのだろうという気がしております」として、中間試案の内容を「的確に判例法理を整理したものと評価できる」と述べておられる「対談」21頁〔深山雅也発言〕。しかし、本文で検討した通り、この評価は疑問である。

実質上無内容であろう。また、そもそも、現在の「判例法理」の解釈適用を変更するつもりがないなら、文言を大きく変更することは極めて不自然であり、「これを変更するものではない」との説明は詭弁であると言うほかない。

IV. 私 見

中間試案の内容での錯誤規定の立法化には賛同できない。内容化重視説の考え方には本文で検討したように理論的な問題がある。即ち、動機が合意（契約）内容になるなら、合意に取り込まれた動機（特に性状に関する観念）は契約責任の問題になるはずである。加えて性状錯誤と他の動機錯誤を一律に扱うことが妥当か疑問である（Ⅲ1. (2)3）。また、動機の合意内容化をリスク分配だと考えるとしても、それは合意に即したりリスク分配であり、直ちに表意者の契約からの解放を意味しない。仮に動機の合意内容化によるリスク分配を意思表示の効力否定の規準と考えるならば、それとは別に意思表示の効力否定の根拠として錯誤の要素性を考慮する意味は乏しくなる。他方で、合意内容化を要素性判断の俎上に載せる作業だとするなら、それは動機の表示でも認識可能性でも代替できるため、特別に合意内容化を要求する意味は乏しくなる（Ⅲ1. (4)）。そもそも動機錯誤の顧慮の根拠を錯誤の要素性、リスク分配、合意の瑕疵ないし契約の前提の欠如のいずれに求めるのか（あるいは多元的に根拠とするのか）判然としない（Ⅲ1. (5)）。また、すべての動機錯誤の事案に妥当する「判例法理」というものが存在するかも疑わしい（Ⅲ2. (1)2）。判例法理の明文化は、今回の改正で推奨されている事項だが⁸⁰⁾、やはり「判例法理」自体の研究がその前提作業として必要である。優れた先行研究は多いが、その評価が

80) 判例法理の明文化は、民法を「国民一般に分かりやすいものとする」必要性とのかわりて推奨されている。即ち、「① 約120年の間に、たくさんの裁判を通して条文の外に形成された判例ルールを法律の中にきちんと明文化すること」が必要だという（たとえば、内田貴『民法改正のいま 中間試案ガイド』（商事法務、2013年）2-4頁）。

収斂しているは言い難い。

こうした懸案を処決しないまま軽々に立法すれば、それは現行錯誤規定の前轍を踏むおそれがある。すなわち、明治民法の錯誤規定の起草においては次のような問題があった。(α) 起草者の顧慮しようとしていた錯誤（目的物の取り違い、契約の種類の間違い、人の取り違い、債務不存在の誤解）、(β) 条文形式（法律行為の要素＝成立要件＝目的・意思の合致）、(γ) 顧慮原理（意思と表示の乖離）のズレである⁸¹⁾。実際、富井博士が法律行為の要素を主観的因果と客観的重要性に置き換えるようになったのは、上記の(α)と(β)のズレを解消することが一つの目的であった。即ち、相手方が誰であるかを法律行為の成立要件と考える説と考えない説で対立があり、さらに成立要件と考える学説においても相手方の取り違いは要素の錯誤になったり、ならなかったりする（贈与と売買の場合を対比）。また、(γ)顧慮原理を意思の欠缺としたために動機錯誤の処理が理論的に説明しにくくなっていることは否めない。

既にこのことからしても、理論的な問題を抱えたまま立法することは避けるべきである。理論的不備のために新たな問題を生じさせることになり、さらなる混乱を招くおそれがある。従って、少なくとも中間試案の内容での錯誤規定の改正には全面的な見直しを視野に入れたさらなる議論が必要不可欠である。

[付 記]

校正段階で、法務省ウェブサイト上の「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討(3)」および 山本敬三幹事「民法（債権関係）部会資料 66A『民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(1)』及び 66B『民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討(3)』に係る意見」(visited Sep. 27. 2013 <http://www.moj.go.jp/shingil/shingi04900190.html>) に接した。

81) この点については、拙稿「わが国における錯誤法の生成」駿河台25巻1号（2011年）46-51頁、同「錯誤——効果論を中心に——」円谷峻編『民法改正案の検討 第二巻』（成文堂、2013年）311頁（注27）参照。