

契約類型と動機錯誤

——オーストリア一般民法典第九〇一条を参考に——

一 はじめに

判例は、動機錯誤と表示行為の錯誤を区別する二元説に立ちつつ、前者が法律行為の要素の錯誤と認められるためには、動機が表示されて法律行為の内容となることが必要である、とする⁽¹⁾。これに対して学説は、今日、両者を区別せず、その錯誤が要素の錯誤に当たるか否かを直接的に問う一元説が多数となっている。ただし、こうした理論的構成の違いにもかかわらず、両者の間には、動機の表示の有無を判断することなく法律行為の要素の判断を行うか否かの違い⁽²⁾しかなく、結論には差は生じないとの指摘がされている。

ところでこの法律行為の要素ついて判例は、主観的重要

性（あるいは因果性）と客観的重要性という二つの観点から判断してきた。これに関して学説では、これを契約類型に依じて検討し、より具体的な基準を引き出すべきであるとの主張がなされた⁽³⁾。そして今日では取引を「等価的財産取引」と「非等価的財産取引」に分け、前者においては等価性の欠如（客観的要件）と意思と真意の齟齬の不知（主観的要件）、後者においては、「無償の契約を締結したかどうか」という狭義の動機⁽⁴⁾の有無が判断基準となるとの指摘がなされている。

しかし、こうした錯誤対象の確定の理論的根拠とその判断基準との関係に関する研究は多くない⁽⁵⁾。しかし、ここには有償契約においてはどのような錯誤が顧慮されるのか、また等価性の欠如というファクターが判断基準となる必然

堀川 信 一

性はあるのかどうか、ここでの「等価性」とはどのようなものを意味するか、といった問題がある。これに対して無償契約でもどのような錯誤が顧慮の対象となるか、その理論的根拠と判断基準はいかなるものか、と言った問題がある。そしてその際には、有償契約との違いがどのように現れるか明らかにする必要があるだろう。そしてさらに、もし仮に上のように動機錯誤を有償契約と無償契約に分けて議論することが認められるとしても、はたして全ての契約にこれから検討するような理論ないし判断基準がストレートに適用できるかどうか問題となる。

これらの問題について、オーストリア一般民法典(以下A B G B)第九〇一条は、動機錯誤を有償契約と無償契約に分け、それぞれ異なった扱いをしている。そこで本稿では、このA B G B第九〇一条をめぐる議論を検討しつつ上記の問題への示唆を得ることを目的とする。

二 A B G B第九〇一条

1. 第九〇一条の内容

ではまず第九〇一条から紹介しておこう。同条は次のように規定している。

第九〇一条

当事者がその同意の動機ないし最終目的を明らかに条件となした場合には、その動機または最終目的は、他の条件と同様にみなされる。その他の場合には、この種の表明は有償契約の効力に影響を及ぼさない。ただし、無償契約の場合には、遺言における諸規定(第五七〇条―第五七二条―筆者注)が適用される。

この規定は一八一一年のA B G B制定以来存在し、一九一二年に始まったA B G B部分改正でも変更されなかった。第九〇一条は第一文では、動機が条件となりうること、第二文では、有償契約においては、動機が表示されていたとしても条件とならなければ顧慮されることが規定されている。なお有償契約における目的物の性質や価値に関する錯誤は共に動機の錯誤にあたるが、それぞれ他に規定が存在し、取消が認められている。⁽⁶⁾第三文では無償契約締結の唯一の動機に誤りがあることを証明した場合には、契約を取消することができるとする第五七二条の準用を定めている。つまり、有償契約では、動機が条件とされない限り顧慮されないのに対し、無償契約では動機が条件とならなくても

顧慮される。⁽⁷⁾

なお第八七一条と第八七二条における本質的錯誤と非本質的錯誤という区別と、⁽⁸⁾行為錯誤 (Geschäftirrtum) と動機錯誤という区別はレベルが異なる。というのも前者の区別は、錯誤が契約の中心部分にかかわっているか否かという区別であるのに対して、後者は錯誤が効果意思に関して発生しているか否か、という区別だからである。

2. 第九〇一条に関する立法当時の理解

(1) ツァイラーの見解

第九〇一条の起草過程では規定の趣旨説明は無かったが、⁽⁹⁾立法者ツァイラーは彼のコンメンタールの中で同条の趣旨を明らかにしている。

まず彼は動機を①明示され条件となったものと②隠れた動機に分け、②については動機の誤りが証明されたとしても顧慮されない、とする。そしてこの原則が有償契約に妥当する理由を、当事者が直接的交換価値である交換対象だけを考慮に入れているのであり、個人的目的については考慮に入れていないからである、としている。したがって例えば買主が「馬が病気に罹りもう治る見込みがないので、

新しく馬を買いたい」と馬主にその動機を述べたとしても、馬の病気が治ったことを理由に後日契約を取消すことはできない。⁽¹⁰⁾つまり、ここでの契約の対象は馬の引渡しと代金の支払いであり、その背後にある動機は、契約の対象とならず、契約に影響を与えることは無い。⁽¹¹⁾

これに対して無償契約では、条件とならなかった動機も顧慮される。⁽¹²⁾ツァイラーはその理由を、無償契約も終意処分も贈与者の特別な「意思基礎 (Willensgründe)」を前提としているからであるとする(この「意思基礎」とは意思表示をした原因や理由であり、今日に言う狭義の動機にあたる)。⁽¹³⁾ここから、誤った動機が唯一の理由となり契約が締結されたということを証明した場合、つまり「意思基礎」の誤りを証明した場合には、取消を認めるべきであるとしている。

(2) 問題点

このようにツァイラーは、有償契約と無償契約の違いから顧慮されるべき錯誤対象を引き出している。つまり有償契約においては反対給付の獲得そのものが契約の原因である以上、これについて錯誤があれば契約は取り消される。したがって、顧慮されるべき錯誤対象に動機錯誤は含まれ

ず、行為錯誤の場合にのみ取消が認められることとなる。これに対して、無償契約の場合には無償給付の決定的動機が契約の原因となることから、動機が顧慮の対象となる。

しかしここには次のような問題も存在する。はじめに有償契約に関しては、当事者が明確に条件とはしなかったが、しかし当然の前提としていた観念に誤りが生じていた場合の処理をいかにすべきか問題となる。

次にツァイラーは「錯誤は錯誤者を害する」という後期自然法学の理論を、「諾約者は、約束者の明示の同意を真実の同意とみなす権利を有する」という信頼原理へと発展させたが、そこで第二の問題として、契約類型に従い動機が顧慮されるべきか否かを判断するという考え方と、同意の真正性に対する期待を保護する信頼原理(第八七一条)との関係はどのように理解されるべきか問題となる。

最後に第九〇一条では有償契約と無償契約の区別が重視されているが、この区別は絶対的なものかどうか、特に反対給付の無いものは全て無償契約と呼べるかどうか、もし反対給付の無いものの中で、無償契約と呼べないものがあるとする、それに対して第九〇一条第三文は適用されるか、という点が問題となる。以下、順に見ていくことにし

よう。

三 対価の存否と動機錯誤

1. 有償契約

(1) 行為基礎論の導入

ピスコは、ドイツの行為基礎論を第九〇一条の解釈によって基礎付けようと試みた。まずピスコは、第九〇一条が有償契約における動機錯誤の無顧慮をうたっているにもかかわらず、第九三六条、第一〇五二条、第一一七〇a条、第九四七条以下のように、いくつかの規定では「契約類型に典型的な前提 (typische Voraussetzung)」が顧慮されている、と指摘する。そしてこれらの規定の趣旨から、第九〇一条第二文の「表示されたとしても顧慮されない動機」という文言を「個人的動機 (individuelle Motive)」に限定して解釈すべきであると主張した。⁽¹⁷⁾そして、この個人的動機が主観的で外部から認識できないものであるのに対して、契約類型に典型的な前提は、契約の意味や目的から必要とされ、それが消滅すればもはや契約を維持することができなくなるような契約の客観的基礎であるとする。したがって、契約締結時におけるその不存在や契約締結後の

不達成あるいは変化は、第九〇一条によって行為の取消可能性を来たすことになる、とする。なお当然、こうした事情を予見した場合には取消可能性は認められない。⁽¹⁸⁾

こうした理論を判例も支持した。相続財産を原告が被告に売却しその代金を原告が終身定期金として受け取るという契約において、原告の娘と被告の婚姻の継続が契約の前提となつているか否かが争われた事件で OGH 23.9.1959 (JBl 1960, 187) は、まず第九〇一条がこうした行為基礎の脱落を定めていないことを「明らかな法の欠缺」とする。

そして「そのような事実の脱落は、その存在が明示の条件とされていなかったとしても、契約当事者が、その契約における明確な言及を期待することができなかった、つまり、自明な事柄について当事者の明確な合意がなかったとしても契約内容とみなすことができる、ということを基礎付ける」と述べている。⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾

次にどのような場合が個人的動機とみなされるか見ておこう。有償契約において一般的に個人的動機とされるものに、契約締結時における目的物の経済的評価や見込みの誤り(価値錯誤 Wertirrtum)がある。これに関して判例では自動販売機の売買について、売り上げの見込みは単なる

動機の錯誤にすぎないとした (OGH 23.1.1975 (JBl 1976, 146))。つまり、たしかに自動販売機を設置する理由はそれによって収益を得ることにあり、その点では「収益を得ること」そのものは、当事者双方が前提としている観念であるが、「収益そのものはあったが、思ったほどの収益は得られなかった」ということに関しては、単なる個人的動機とされている。⁽²¹⁾

誤

①有償契約の成立と等価性

このように、契約締結時における価値錯誤が単なる動機の錯誤とされるのは、有償契約の成立において、等価性が要求されていないことに基づく。つまり、有償契約が成立するためには、出捐間に原因関係があればよく、(主観的にも客観的にも)等価性は要求されない。⁽²²⁾ここから、原因関係を構成する契約の目的物と原因関係の当然の前提となっている客観的基礎(行為基礎)に錯誤がある場合にのみ取り消しが認められることとなる。ここで価値錯誤は、客観的等価性の欠如は生ずるが、原因関係には影響を与えない。なぜならば、契約の客観的基礎や目的物自体の認識

に誤りが無く、ただその経済的評価が一般的評価からずれているに過ぎないからである。

このように有償契約の本質からは、原則的には動機錯誤の無顧慮のみが導き出される結果となる。

②客観的等価性の欠如と動機錯誤

a. 「要件」としての客観的等価性 では錯誤より生じた客観的等価性の欠如は何の意義も有しないだろうか。これに関しては、第九三四条に莫大損害 (*laesio enormis*)

規定がおかれており、給付と反対給付の間に二倍以上に不均衡が存在すれば、錯誤者は契約の取消を求めることができる。⁽²³⁾ この規定の根拠をツァイラーは、錯誤者の保護と、

弱者保護の観点から説明した。⁽²⁴⁾ 彼の後の世代のヴィニヴァルターは、売買契約における代金額は、売主の瑕疵担保責任に関する第九二二条の「通常有する性質」と同視すること

とができると述べている。⁽²⁵⁾ また比較的近時ではベーター・ビドリンスキーが、当事者の一方にとって契約内容が著しく重い負担となっている場合には、当該契約が無償契約へ

と接近し、単なる動機錯誤である価値錯誤も顧慮される、とする。⁽²⁶⁾ このように、オーストリアでは錯誤論から莫大損害の根拠を説明するのが一般的であるが、成功しているか

は疑わしい。⁽²⁷⁾

この莫大損害に基づく取消は、射倅契約(第一二六八条)や、不均衡部分の贈与(混合贈与)あるいは特別な愛

着に基づく不利な契約の甘受(第九三五条)といった事情が存在する場合には認められない。つまりこの規定は、給付不均衡から直ちに取消を帰結するのではなく、重大な不

均衡から当事者に価値錯誤が存在するとの推定を行う規定であるということが出来る。これに対して第一二六八条や第九三五条は、相手方による反証可能性を定めた規定である。

ここからフランツ・ビドリンスキーは、莫大損害に基づく契約内容の客観的審査を意思瑕疵から厳格に分離することができないと指摘している。⁽²⁸⁾ 確かに莫大損害には客観

的内容規制と意思瑕疵の結合関係が見られるが、その両者の関係は対等なものではない。給付不均衡は有償契約では目的物の性質・同一性錯誤や価値錯誤から発生しうる

が、そうした不均衡を生じさせた錯誤類型の特定は、この規定では必要とされていない。⁽²⁹⁾ つまり、給付不均衡の発生が契約締結時に当事者において認識されていたかどうか、

というレベルで意思瑕疵が問題となるにすぎない。したがって、莫大損害は確かに錯誤と重なる部分を有するが、

錯誤とは別の意義を有する制度であると言える。

b. 「判断要素」としての客観的等価性 これに対して、行為基礎の脱落の際に契約をそのまま維持すべきか否かの判断に際して、給付間の客観的不均衡の重大さを基準とする見解がある。⁽³⁰⁾ これは契約を維持することが当事者にとって過度の負担となり信義則に反する結果となるかどうかを判定する上での重要な要素の一つである。したがって、莫大損害のような客観的内容規制の要件としての意義は有しない。

(3) 小括

以上のように第九〇一条では、有償契約の本質から動機は錯誤の判断対象とはなりえなかった。ここに行為基礎の顧慮を加えるには、有償契約の本質からだけではなく更に新たな理論構成を必要としたことは先に見たとおりである。そして有償契約の成立にとって等価性がいかなる意味においても要求されないことから、錯誤論においても等価性の欠如は主観的にも客観的にも要件とはならないことも確認した。他方で見たように客観的等価性の欠如は、動機錯誤の顧慮にとっての要件ではなく、(意思瑕疵と結びついた形での) 内容規制の要件である、ということも確認した。

では次に第二の問題についてみていこう。

2. 無償契約

まず第九〇一条第三文で準用されている第五七二条の要件をもう一度確認しておく。同条では誤った動機が行為の唯一の原因であったことを立証すれば、錯誤取消が認められるとする。⁽³¹⁾ ここでは、動機と契約の間に強い因果関係が存在していなければならず、⁽³²⁾ 例えば遺言者の誤った観念と終意処分の間になんらかの因果関係が存在したと単に立証するだけでは十分ではないとされている。⁽³³⁾

では有償契約と無償契約を分けることなく、相手方の認識可能性を要求している第八七一条と九〇一条第三文の關係はどのように理解されるだろうか。

(1) 判例

判例では、原告(夫)が被告(妻)に対し、婚姻期間中に原告の土地に被告の持分権を無償で設定したが、後に離婚した場合に、婚姻の継続が贈与の原因となるかが争われた事件がある(OGH 5.2.1975 (EvBI 1975/246))。その際 OGH は、「原告が贈与にとっての動機を契約の前提としていたならば、この動機は贈与の取消を正当化するが、そ

の際、他方の当事者はこのことを認識し、あるいは承諾している必要はない」とし、第九〇一条第三文に基づき当該契約の取消を認めた。このように判例では、相手方の認識可能性は無償契約における動機錯誤取消の要件とはされていない。³⁴⁾

(2) 学説

この無償契約における動機錯誤と信頼原理の関係について、エーレンツヴァイクやクシュニツァーは、無償契約における動機錯誤には純粹な意思理論のみが妥当し、信頼理論はここでは妥当しないとす。その理由として無償契約においては、対価関係が存在せず、対価関係以外の状況が必然的に顧慮に入るからであるとする。³⁵⁾ そもそも個人的動機を顧慮しつつ相手方の信頼の保護も要求するのは理論的にも矛盾が生ずる。こうした点からもこの見解は今日通説となっている。³⁷⁾

このように対価の存否は、動機錯誤に基づく契約の取消ではきわめて重要な意義を有する。では対価の存在しない行為を全て贈与のような無償契約と同視しうるか。この問題について「非有償契約」という概念の肯否をめぐる議論がなされた。次にこの議論についてみていくことにしよう。

3. 「非有償行為 (entgeltfremde Geschäft)」概念をめぐる議論

(1) 「非有償行為」概念

①内容

クシュニツァーは有償・無償の区別は対価の存否によって判断されること、また為された出捐が対価としての性質を有するか否かの判断は当事者の意思を基準に判断されることの二点を指摘している。³⁸⁾

そしてこの両類型に区別できないものを「非有償行為」と呼んでいる。その例として1. 履行行為や補助行為、2. 身分法上の行為や義務³⁹⁾、3. 原状回復義務の履行、4. 担保行為 (Pfandbürgschaft)⁴⁰⁾、5. 財貨の交換をしない組合、の五つが挙げられている。しかしクシュニツァーはこの概念について「有償・無償のいずれにも該当しない」という消極的な定義を与えるにすぎず、積極的な定義を行っていない。

ここに列挙されているものが、必ずしも法律行為に限定されていないことから、基準としての不完全さを指摘する見解や、有償・無償以外に第三のカテゴリーを認めることは理論的に不可能であり、「非有償行為」というカテゴリー

リーを作り出す必要は無いとする見解も見られる⁽⁴²⁾。しかし今日では、対価の存在しない「行為」をすべて、贈与を典型とする無償「契約」と同視することへの批判にこのカテゴリーの意義がある、と一般的に理解されている⁽⁴³⁾。

②非有償行為の解釈基準

適用されるべき規定の決定方法に関しては、ルンメル及び、コツィオール・ヴェルザーは、法律は非有償行為に関する規定を欠いており、対価の不存在という観点からだけで、一概に典型的な無償契約と同視できるものではないとする⁽⁴⁴⁾。これらの事例では、給付交換はされていないが、他方で無償出捐もされていない。そこで、動機錯誤無顧慮の原則に立ち返り、その上で各契約ごとに修正を加えるべきであると主張する⁽⁴⁵⁾。

これに対して、ケルシュナーは上のような解釈論では恣意的解決につながりかねないとして、まず原則的に、対価の有無を判断の出発点とし、その後はじめて個別の行為類型ごとに目的論的修正を加えるべきであるとする。その際、出捐が反対給付としての意義を有するかどうかは、当事者の意思によって決定されるとする⁽⁴⁶⁾。

この両者の見解は、ケルシュナーも述べているように、

理論的にはどこに出発点を求めるか、という点で違いが見られるが、最終的には行為類型の性質や当事者の意思を基準に判断していくことになる、という点では共通している。そこで具体的に、どのような判断がなされるのか検討する。但し非有償行為として列挙されたものをすべて扱うことはできないので、ここでは担保行為に関してみていくことにしよう。

(2) 担保行為に対する九〇一条の適用

①担保行為 (Sicherungsgeschäft) の構造

担保行為に関して第一三六九条はこれを「双務的 (zweiseitig verbindlich)」行為と規定することから、かつては担保行為を双務契約とする説が多かった。ツァイラーは、その理由を担保行為は確かに債権者の安全 (Sicherheit) のための制度であるが、他方で担保契約を締結することにより債務者は信用を得ることができるところから双務契約である、と述べている⁽⁴⁷⁾。

これに対して、ケルシュナーは、担保の設定は、厳密に言うところ双務契約でも無償契約でもなく、担保契約の中には有償契約として扱うべきものと無償契約として扱うべきものがあるとする。例えば、つまり金銭消費貸借と同時に担

保を設定する場合には、双務契約に類似する構造が見られるが、他方で、金利を引き下げることなく事後的に担保を提供する場合や、保証の場合には(保証人は債権者から対価(あるいはそれに類する利益)を得るわけではないから)、いかなる点でも無償契約であるとする。このことは一見すると、第一三六九条に反するように見えるが、担保契約を双務契約である、と第一三六九条が規定していたとしても、また、成立史をみてもほとんど双務契約であると理解されていたとしても、⁽⁴⁹⁾そこでは同時担保を念頭においていたのであり、上のような担保行為の構造は念頭に無かったことから、矛盾しているとはいえないとしている。

② 契約類型の特性に従った修正

このようにケルシュナーによると、保証契約は無償契約と位置づけられる。したがって本来は、動機錯誤と締結された契約との強度の因果関係を立証すれば取消が認められるのが原則と言うことになる。しかし彼は、動機錯誤である債務者の支払能力に関する錯誤は顧慮されない、としている。その理由は、保証契約の目的である債権者のリスク軽減目的を重視し、ここでは事実の評価を誤ったことによるリスクを誰に負わせるべきか、という観点から取消の可

否が検討されるべきであるからであるとしている。こうした観点から保証の目的と典型的な当事者意思に従い、債務者の支払能力のリスクは、保証人が負担し、その結果、これに関する錯誤は無顧慮とされるのである。⁽⁵⁰⁾

ケルシュナーは、非有償契約という類型を認めること自体には批判的だが、上で見たように無償契約を全て贈与と同様に理解することに關しても反対している。そして、前述(1)で示された解釈方法に従い、保証契約という類型の目的である、債権者のリスク軽減を重視し、主債務者の支払能力に関する錯誤については顧慮しないという立場をとっている。

四 検討及び結語

1. 検討

(1) 動機錯誤と有償・無償の区別

① 錯誤対象の確定

最後に以上の結果と日本法の現状を比較しておきたい。日本においてもフランスのコオズ論を参考にしつつ錯誤対象の確定の際に、有償・無償の区別を重視する見解が主張されている。⁽⁵¹⁾それによると、動機が合意の原因となるか否

かについては、有償契約の場合、主観的に評価された等価物を得るための契約を締結している以上、主観的意味での「給付の均衡」の顧慮こそが主要な動機に他ならないとする。他方、これに対して、経済的意味での「給付の均衡」を得ようとする意図がそもそも存在しない無償契約においては、「合意を決定した動機」であれば、合意を基礎付けるコオズと認めることができる⁽⁶²⁾。

ではオーストリア法の議論を比較してみよう。まず、有償契約に関しては、ツァイラーが明確に述べているように、当事者が契約を締結するのは、有償契約における出捐間の原因関係のためである、としていた。この原因関係そのものに錯誤が無ければ、取消は認められない。つまり、原因関係の背後にある事情に対する観念である動機に錯誤があっても、動機は顧慮されないのである。日本の近時の解釈論と比較すると、錯誤の要素性判断の際には、等価性判断に取り込まれた動機が要素となる可能性が指摘されている。つまりオーストリア法との違いは、動機が有償契約における原因関係そのものではない以上、動機が条件とされない限り、顧慮されないとするのに対して、日本における先の見解では、原因関係の背後にある等価性の判断にまで

顧慮範囲を広げている。ここでは有償契約の本質の理解や原因として顧慮されるべきものの範囲に違いが、錯誤対象確定の問題に影響を与えている。

②判断要素としての等価性

これに対して、客観的等価性が錯誤の重大性を判断する上での客観的基準として認められていることは（行為基礎の脱落の領域に関してであるが）、オーストリアにおいて確認することが出た。日本においても、等価的財産取引において給付の客観的不等価が重視される点は本稿の冒頭で確認したとおりであり、両者に重なる面が見られる。ただ、ここで客観的等価性が判断基準として重視される理由は、有償契約の本質から当然に導き出されるのではなく、射替契約やその他の特別な事情が存在する場合（たとえば個人的関係から混合贈与契約を締結する場合）を除いた有償契約においては、事実上一般的に等価交換が為される場合が多く、錯誤により生じた結果の社会的重要性を認定しやすいからである⁽⁶³⁾。

(2) 無償契約

無償契約に関しては、先に紹介した日本の学説においてはあまり詳しく論じられていなかったが、有償契約と無償

契約の違いからすると、有償契約における出捐間の原因関係に相当するものが、無償出捐とそれを決定した動機である。つまり、有償契約においては出捐そのものが互いの原因であるが(したがって動機が原因になることはない)、無償契約においては動機が即原因となる。ただし、あらゆる動機がすべて原因となるのではなく、契約締結を決定的なものとした動機が原因となる。この点では近時の日本の見解と異なることはない。

日本の判例及び従来の学説は、動機錯誤と表示行為の錯誤の区別を心理学的基準に従って区別してきた。そして、動機錯誤が排除される根拠も顧慮される根拠も共に相手方の信頼に求められていた。こうした観点からは有償・無償の区別は重要ではないことになる。しかし、オーストリアではこの点を区別し、無償契約の場合には、相手方の信頼は問題とされない、という原則が貫かれていた。これは、動機そのものが契約の原因となるという構造からの帰結である。無償契約における動機錯誤と相手方の信頼、という問題は日本では必ずしも詳細に検討されていたとは言えず、参考となる点ではないかと思われる。

(3) 非有償契約

日本法とオーストリア法を比較した場合のもう一つの特徴は、この「非有償契約」というカテゴリーである。対価の存否で法律行為の拘束力に差をつけるという考え方からすると、契約が有償契約か無償契約かのどちらに分類されるかという問題はきわめて重要な意義を有することになる。しかし、婚姻契約や担保権設定契約、保証契約のように、対価が存在しないからといって、狭義の動機錯誤が存在すれば直ちに契約を取消ないし無効にすることが妥当でないものが存在する。オーストリアでは、(まさに第九〇一条が存在するが故に)この問題に取り組まざるを得なかった。日本においては例えば保証契約に関して、他に連帯保証人がある旨の債務者の言を誤信した結果連帯保証契約を締結したとしても、動機の錯誤であって、当然には動機の錯誤とされないとする最判昭三二・一二・一九(民集一一卷一三二頁)や、またこの判例以前にも保証に当たって他にも連帯保証人がいる旨や物的担保が存在する旨誤信していた場合についてやはりこれを動機の錯誤として無効の主張を否定するものがある。いずれも保証契約は債権者と保証人との契約であり、主債務者に関する事情は単

なる動機に過ぎない、としている。ここでは保証契約の無償契約としての性質は議論されていない。当初学説もこうした判例の立場を支持していた。⁽⁶⁴⁾

しかし、近時の下級審判例では、錯誤による連帯保証の無効を認めるものが存在する。例えば、大阪高判平二・六・二一（金法一二六二号六六頁）では、Xが主債務者AのためにYとの間に連帯保証契約を締結する際に、XのほかにBも連帯保証人となる旨の説明がなされ、このことを前提にしていたという事例について、要素の錯誤が認められるとした。そのほかにも数件こうした判例は知られている。⁽⁶⁵⁾ こうした判例の立場を支持する学説が存在し、⁽⁶⁶⁾ ここでは保証契約の無償性が強調されている。しかし他方で、近時においても債務者の資力に関する錯誤を理由に簡単に無効を認めては、保証制度そのものの根幹を崩すことになるとの指摘も判例・学説で根強い。⁽⁶⁷⁾ これは、たとえ動機が表示されていたとしても、主債務者の資力に関する錯誤は、保証契約上の当然のリスクであり、九五条の要素にはあたらないとの判断ではないかと思われる。このように判例においては立場が分かれている。

これに対して、オーストリアでは、保証契約は「非有償

契約」と位置づけられるか、あるいは無償契約の中でも贈与とは同視し得ない特殊なものとして理解されていた。そして保証契約は確かに無償契約ではあるが、その契約類型の性質から第九〇一条第三文の適用は否定される、という形で保証契約の無償契約性とリスク軽減機能の関係を処理していた。⁽⁶⁸⁾ 今後は、保証の無償性・片務性が贈与などの典型的な無償片務契約と同視しうる性質のものか否か更に検討する必要があるだろう。

2. 今後の課題

従来、日本では有償契約と無償契約の区別は、適用される規定（たとえば売買の規定）を決めるための基準という程度の意義しか認められてこなかった。これに対してオーストリアでは両者の拘束力の違いから錯誤の対象の違いを説明しており、このことが今日の日本にとっても示唆を与えるものであることを明らかにした。

しかし、こうした検討の過程で、従来、疑いが持たれていなかった有償契約や無償契約という概念そのものの理解に、若干の相違が生ずる可能性があることも明らかになった。もう一度、こうした概念の本質や類型化などの検討が

必要なのではないかと思われる。今後の課題としたい。

またこれと関係して、日本では、錯誤をめぐり有償と無償の区別を重視する見解が近時有力になりつつあるが、これに当てはまらない類型の判断方法については必ずしも検討されていなかった。これに対してオーストリアでは、対価の有無がまず判断され、その上で各契約類型の目的に応じた修正がなされる、という見解が有力であることを確認しえた。こうした契約の拘束力を否定する場面における、契約の理論的類型と現実的類型の関係についても今後検討する必要があるのではないかと思われる。

- (1) 大判大三・一二・一五民録(〇輯一〇一頁、最判昭二九・一一・二六民集八巻一―号二〇八九頁等。
 (2) 以前から三元説と二元説の接近については指摘がなされてきた(星野英一「契約の成立」『民法演習Ⅳ(債権各論)』(有斐閣・一九五八年)一二頁)。また判例においても、協議離婚に伴う財産分与契約の錯誤無効が争われた最判平一・九・一四(判タ七一八号七五頁)では、黙示による動機の表示をみとめており、両説の実際上の違いは埋められつつある。本判決に関しては川勝隆之「動機の錯誤―最近の裁判例からみた―」『民事判例実務研究(第八巻)』

(判例タイムズ社・一九九二年)三頁及び一六頁が同様の指摘を行っている。

- (3) たとえば、野村豊弘「意思表示の錯誤」法協八五巻一〇号(一九七六年)、須田晟雄「動機錯誤の類型的考察」『民法解釈学の展望』品川孝次先生古希記念論文集(信山社・二〇〇二年)五〇頁、『新版注釈民法(3)』(有斐閣・二〇〇三年)四二五頁(川井健執筆担当部分)がある。
 (4) 主観的要件にはさらに、重過失の有無、説明義務の有無、当事者が専門家か否か、という要素も含まれる(前掲川井・新版注釈民法・四二五頁)。なお、なぜ「有償契約」ではなく「等価的財産取引」という表現を使うのか、という点について説明が見られないが、おそらく射倖契約のようなものを除く有償契約という意味で、「等価的財産取引」という表現を使っているのではないかと思われる。
 (5) 有償契約に関しては、森田宏樹「合意の瑕疵の構造とその拡張理論(一)」『NZL』四八二号(一九九一年)二四頁がフランス法のコース理論の観点から検討している。大中有信「動機錯誤と等価性」法学論叢一三九巻五号(一九九七年)四九頁は、動機が等価性の判断に取り込まれ、その錯誤によって当事者が想定していた等価性(主観的等価性)が欠如することによって、要素の錯誤が認められることを説く。

- (6) 性質錯誤は、それが取引に一般的な性質に関する場合には本質的錯誤とされ、第八七一条が適用される (OGH 10121929 (SZ 11/255))。商品の市場性や価値に関する錯誤は、動機の錯誤として、相手方による欺罔が存在した場合に限り取消が認められる (OGH 28.9.1950 (SZ 23/272) OGH 30.11.1966 (EVB 1967/281))。給付間に特に重大な不均衡 (双方の差が二倍以上) が存在する場合には第九三四条 (莫大損害 *laesio enormis*) によって取消可能となる。
- (7) 第九〇一条には効果に関する文言がないが、第八七一条にしたがい取消とされている。
- (8) 第八七一条は、主要な物および本質的性質に関する錯誤について規定している。その錯誤が無かったならば行為しなかったであろうという錯誤 (*error causam dans*) という意味で本質的錯誤と呼ばれている。これに対して、第八七二条は、契約の付随的内容に関する錯誤について規定している。これはそれが無かったならばそのような形で契約をしなかったであろうという錯誤 (*error incidens*) という意味で非本質的錯誤と呼ばれている。なお、この規定では、契約の付随内容に錯誤が存在したとしても、契約の本質的内容に関して有効な合意が存在する限りは、契約の拘束力に影響を与えず、錯誤者は錯誤の原因者から相当の賠償を受けることができる、規定されている。
- (9) ABGB 第九〇一条の基礎となった原草案第三部第一章第三〇条では、現行第一文と第二文に該当する文言のみ存在したが (Jurius Oner, *Der Ur-Entwurf und die Bera-tungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, 1889, Bd. I, S. XCII.)、これに第三文 (無償行為の場合には草案第二部三六三条 (現行第五七二条) の規定が適用される) の追加をツマイラーが提案し、可決された (Oner, a.a.O., Bd.II, S.18)。
しかし立法理由に関する議論は見られず (Oner, a.a.O., Bd.I, S.338.u. Bd.II, S.18)。
- (10) 「目的が明確に表示され、契約上の義務が明らかにこの目的を達成するための手段として位置づけられている」場合、という基準を立てている。例として、ある者が将来婿となるべき者に嫁資を約束したが婚姻が実現しなかった場合をあげている (Franz von Zeiler, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das gesamt-ten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, (以下 Zeiler Comm.) Bd.III, 1811, zu§901, S.85ff.)。
- (11) Zeiler Comm., Bd.III, zu§901, S.86。
- (12) ただし、詐欺によって動機の錯誤が生じた場合には、有償契約であっても取消することができる (Zeiler, *Das natürliche Privat-recht*, 1819, (以下 Privat-recht) §101,

S.136)。

- (13) Zeiler, Comm., Bd. III, zu §901, S. 86.; ders., Privat-recht, §99, S. 134.
- (14) ツァイラーは両者の共通性について述べたことがない。これについてニッセル (Franz xaver Nippel) は「無償契約と終意処分を「単なる気前のよさを基づく契約」であり「その形式において異なるのみである」として両者の共通点を指摘している (Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für gesammten deutschen Länder der österreichischen Monarchie, mit besondere Berücksichtigung des practischen Bedürfnisses, (以下 Nippel Comm.) Bd. VI, 1833, zu §901, S. 113)。
- (15) ニッセルはこの意思基礎を「原因 (causa)」と呼んでいる Nippel Comm., Bd. VI, zu §901, S. 115。
- (16) Zeiler Comm., Bd. III, zu §875, S. 40. この信頼主義の背後には、後期自然法論の原因主義やツァイラーの表示主義がある。そして完全な信頼主義の体系の完成へと整備が進んだのは (ウンガーらの意思欠缺理論に基づく信頼主義に対する批判があったにもかかわらず)、『一九一六年改正時であると考えられている。こうした経緯について詳しくは、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—」(一)〜(三)完」北研第二一巻第三号(一九

八六年)、『第三巻第三号(一九八七年)』、『第三巻第三号(一九八八年)』参照。

- (17) Oskar Pisko, in Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (Hrsg., Heinrich Klang (以下 Klang Komm.) Bd. II/2, 1934, zu §901, S. 336ff.
- (18) なお、行為基礎脱落の効果に関しては取消ではなく第八七二条の類推により契約内容の調整とすべきであるとの批判も存在する (Atilia Fenyes, Der Einfluß geänderte Verhältnisse auf Langzeitverträge, Gutachten für den 13. ÖJT Bd. II/1, 1997, 36ff.)。
- (19) その他の判例として家を設置された送電線が十分ではなかったことは、洗濯機売買契約を挫折させる¹⁾とした判例がある (OGH 14.1.1964 (EVB1. 1964/241))。
- (20) なお、判例では、法律の廃止・変更は行為基礎の脱落とはならぬ²⁾とすると OGH 12.2.1970 (EVB1. 1970/203), OGH 17.3.1970 (EVB1. 1971/2 = JBl. 1970, 420)。
- (21) ただし、土地の収権力に関する錯誤については判断が分かれている。錯誤取消否定例として OGH 12.11.1873 Nr. 7893 (5137 G.U.) がある (購入した農地の収権量が買主の期待を下回った事例。こうした売買は期待売買 (Hoffnungskauf) であり射倂契約であると考えられている³⁾)。他方錯誤取消肯定例としては OGH 10.6.1953 (SZ 24/154) が

ある(土地の生産能力に関して、行為錯誤又は顧慮される動機錯誤であるとした事例)。

- (22) 主観的等価性が要求されない理由は、当事者が個人的関係から目的物をあえて自己が評価する価格よりも安く売ったり、高く買ったりする場合があるからである。こうした場合、主観的等価性を有償契約の成立要件とするならば、有償契約は成立しないことになる。つまり、有償契約締結を決定付けた動機が、経済的なものであるか、非経済的なものであるかは、契約の典型に影響を与えない(Paul Oertmann, *Entgeltliche Geschäfte*, München, 1912, S. 48)。
- (23) 他方その相手方は差額を賠償することによって不当利得返還義務を免れることができる。その性質は不当利得給付の代用給付とされており、取消権者の側から請求するとはできない。
- (24) Zeiller *Comm.*, Bd.III, zu§94, S. 141f.
- (25) Joseph Max von Winiwarter, *Das oesterreichische bürgerliche Recht*, Bd.IV, 1837, S.103f.
- (26) その根拠として九〇一条が参照されている(Peter Bydinski, *Die Stellung der laesio enormis im Vertragsrecht*, JBl 1983, 413)
- (27) プフェルシェは、錯誤と莫大損害の違いを要件・効果

の両側面から検討し、両者の違いを強調する Emil Pfersche, *Die Irrtumslehre des österreichischen Privatrechts*, 1891, S. 111ff.

- (28) Franz Bydinski, *Privatautonomie und objective Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäft*, 1967, S.103, Ann.201.

(29) したがって、瑕疵担保規定や錯誤規定などの競合が問題となる。詳しくは P. Bydinski, aa.O., 410ff.

- (30) Koziol = Weiser, *Bürgerliches Recht*, Bd.I, 11.Aufl., 2000, S.145f.

(31) なおロムメルは無償契約に関しては、隠れた動機も顧慮されることから、前述の行為基礎論が活用される余地はないと主張(Peter Rummel, *Schenkung unter Ehegatten und Scheidung*, JBl 1976, S.626)。

- (32) Rummel, aa.O., S.628.; ders., *Rummel in, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd.I, 2000, (Rummel Komm.) Rz 9, §901.

- (33) OGH 10.1.1989 (JBl 1989, 446)

(34) なお、贈与者が自ら贈与の前提となった目的の挫折に加担したと認められる場合には、取消は認められなければならない(OGH 21.2.1973 (EvBl 1974/29))。たしかに相手方の信頼保護に機能している面は認められるが、し

かし相手方の認識可能性を要件として要求するものではない。

(35) Gschitzer in, *Klang Komm.* IV/1, S.73.

(36) Armin Ehrenzweig, *System des österreichisches Privatrecht*, Bd.I/1, 1925, §231 44ff. シュニツナーはこの原則を明示する規定として任意行為に基づく贈与の撤回の規定をあげている (Gschitzer in *Klang Komm.* IV/1, S.73)。ケルシュナーはこの問題について論じているがこれらの見解に対しては批判的である (Ferdinand Kerschner, *Die Irrtumsanfechtung beim insbesondere Unentgeltlichegeschäft*, 1986, S.109u.124ff.)。

(37) Koziol = Welser, *aa.O.* Bd.I, S.136.

(38) Gschitzer, *aa.O.*, S.53.

(39) 婚姻契約・法律上の扶養義務等。扶養義務は、贈与の意図も対価も存在しないことが理由とされている。終意処分や法定相続は、無償出捐ではあるが、贈与の意図に基づいて行うわけではなく無償契約にあたらぬとする。第九〇一条第三文では無償行為を終意処分と同視するが、彼は終意処分は無償行為ではなく非有償契約であるとす (Gschitzer, *aa.O.* S.54)。

(40) なお担保契約は、オーストリアでは第一三六九条によって明確に双務契約として位置づけられており、原則と

して有償契約に関する規定が適用される」と規定しているが、これに対してケルシュナーは、これを非有償契約に関する法の欠缺であるとして非難している (Gschitzer, *aa.O.* S.54)。

(41) Kerschner, *aa.O.* S.97.

(42) なおクルカは「無償」の内容を「惠与の意図 (Liberalität)」の有無によって区別する。例えば無利息消費貸借を例に挙げ、貸主は惠与の意図 (Liberalität) に基づき出捐を為す。これに対して、借主には返還義務が発生し、それに基づく出捐を為す。この出捐は対価が存在しないという意味では「無償」であるが、惠与の意図に基づくものではなく「贈与」とは同視できない (Ernst Kulka, *Unentgeltlichegeschäft und Freigebigkeit*, ÖJZ 1969, S.478)。

(43) この概念に反対していないルンメルやコツイオール＝ザナルザー (Rummel in, *Rummel Komm.* Rz 1 zu § 901u Rz.29 zu §859; Koziol = Welser, *aa.O.*, S.102) のほか、この概念に反対するケルシュナー (Kerschner, *aa.O.* S.97) もいうした意義を認める。

(44) Rummel in, *Rummel Komm.* Rz 1 zu §901, Koziol = Welser, *aa.O.*, S.102.

(45) Koziol = Welser, *aa.O.*, S.102.

- (46) これは、先の等価性原理からの帰結でもある。というのも、有償契約の成立にとって必要なのは、互いの出捐が互いの出捐の原因となっていること、であるから、互いが自己の出捐を相手に対する反対給付として観念していることが必要となるからである (Kerschner, aa.O., S.98)。
- (47) Zeller Comm, Bd.IV, 1813 zu §1369. ローマ法では使用貸借のように、出捐に対して後に返還義務が発生するようなもの、不完全双務契約と呼んでいたが、ツァイラーは、担保契約を不完全双務契約ではなく、売買同様、完全双務契約として理解している。ここからツァイラーは担保目的物に対し瑕疵担保の規定の適用(第九二一条以下)を認めている (Zeller Comm, Bd.IV, 1813, zu §1369)。
- (48) なお、そもそも保証そのものが「出捐」なのか、という問題に関してクルカは、債権者のリスクの軽減を「出捐」と見てゐる (Kulka, aa.O.S. 422)。
- (49) なお Ehrenzweig, aa.O, Bd.I, 21934, S.454f. では、双務契約を有償契約であると理解する旧八六四条を参照し、第一三六九条との関係では第一三六九条第一文は、もっぱら担保債権者の義務が規定されているが、しかし決して反対給付について論じられておらず、したがって同条第一文は不完全双務契約の意味で、「双務契約」と規定していると解釈されるべきであるという。
- (50) Kerschner, aa.O.S.101.
- (51) 前掲・森田・二四頁以下。
- (52) 前掲・森田・二六頁。
- (53) なお、契約の成立の認定に関するものであるが、これに関係する判例として、「時価と代金が著しく懸絶している売買は、一般取引通念上首肯できる特段の事情の無い限りは経験則上是認できない事柄である」とするものがある (最判昭三六・八・八民集一五巻七号二〇〇五頁)。
- (54) 於保不二雄「保証債務の負担と要素の錯誤」民商三七巻六号(一九五八年)一四六頁。
- (55) 大阪地判昭六二・八・七(判タ六六九号一六四頁)等。
- (56) 例えば、野村教授は「保証人あるいは物上保証人は、多くの場合に無償で保証あるいは担保提供を引き受けているものであるから、ある程度これらの者の利益を保護する必要がある」と述べ、債務者が無資力となる危険性があまりにも高かった場合には、保証しなかったことも十分考えられることから、「危険の蓋然性の判断に影響を与えるような事情に関する錯誤も場合によっては要素の錯誤となりうる」とし、錯誤対象として、債務者の資力、信用力、他の担保や保証人の存在、主債務の額などをあげている(野村豊弘「連帯保証契約と要素の錯誤」金法一二七二号(一九九〇年)五一六頁)。

(57) 東京地判昭六二・四・一五（金法一二二五号三四頁）等。

(58) もちろん、締結された保証契約が、保証人にとって過度の負担となる場合や契約締結に至る事情に不当性が認められる場合には、公序良俗違反として無効となる可能性がある。したがって錯誤による解決を否定したとしても、こうした問題に関してまったく解決手段がなくなるわけではないと思われる。

二〇〇五年 八月一〇日受稿

二〇〇五年 九月九日 をへて掲載決定

（一橋大学大学院博士課程）