

# 錯誤法の再構成と日本の債権法改正に於ける「不実表示」論

— 大陸法型錯誤 (*Error*), 英米型錯誤 (*Mistake*“s”), そしてその混合を参考に(1)—

森 勇 斗

## 〔目次〕

- I. はじめに
- II. 伝統的な「錯誤法」アプローチ—大陸型錯誤 (*error*), 英米型錯誤 (*mistakes*)  
(以上、本号)
- III. アプローチの混合—スコット法, 南アフリカ法, そしてオランダ法
- IV. 日本での近時の錯誤法アプローチの展開 — 債権法改正部会での議論、判例を踏まえ
- V. 錯誤法の再構成 — 狭義の「意思」理論から「リスク配分」論へ
- VI. むすびにかえて

## I. はじめに

### 1. 序

昨年5月, 日本では民法の一部を改正する法律(平成29年法律第44号, 以下「改正民法」)が成立し, その多くの規定は平成32年4月1日付で施行される見通しである。同法律の改正(以下「民法改正」)作業に於いては最終的には採用されるに至らなかったものも含め, 旧来の判例法理の明文化, 諸問題の解決, 或いは諸外国法の態様を踏まえての日本民法の再構成が試みられた。法律行為及び契約の成立に関連して「不実表示」もこうした議論の対象の一部となり, 中間試案段階ではその導入が検討されていた。中間試案にいう不実表示とは, 「相手方が誤った表示をしたことによって表意者が錯誤に陥った場合に於いて取消しを認める規定」であり, 中間試案段階では錯誤規定の中に「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」「表意者はその意思表示を取り消すことができる」として組み込むことが予定されていた<sup>(1)</sup>が, 最終的には採用に至らなかった。

その理由として挙げられる主張の一つとして、日本には消費者契約法4条1項1号(通称・不実告知)に類似の規定が存するところ、同規定は「当事者間の情報等の格差に着目したものであり、それ以外の契約に同様の規律を設ける必要性や理論的根拠が不十分である」というものが存する<sup>3)</sup>。確かに、不実表示の意義を弱者保護に求めた上で、民法については一般法的性質を求めるのであれば、かような批判は至極当然であろう。しかし、根本的にこの様な弱者保護的発想からの出発には、不実表示の意義につき混乱がある。一般法の上でも弱者保護には意義があるという主張もありうるだろうが、筆者は首肯しない。そこでいう意義とは、消費者契約法の射程は事業者対消費者間で為された契約に限られ、そのような契約には該らない一般的事例に於いても強弱関係は存する<sup>3)</sup>というところであろう。

このようにあくまでも弱者保護に意義を置く場合、消費者法上の不実告知論の類推・拡大から出発することとなり、その帰結として一般には力の強い相手方によって提供された誤った情報によって表意者が錯誤に陥る場合が想定されることとなる。しかし、例えば雇用契約の場面で、労働者の不実表示によって雇用者が契約の取消しを試みた場合のように、表意者と相手方の力関係が逆転した場合にも不実表示による取消権を貫徹することとなり、却って弱者たる労働者にとって酷な状況となりうる<sup>4)</sup>。従って、不実表示の一般法化は弱者保護という観点からは妥当であるとは言えない。

そこで、弱者保護からの出発ではなく、より一般的な視点からの出発に拠るべきである。不実表示の一般法への導入意義とは、事前に相手方に提示された情報を疑い自ら調査しなければならないとするのは消費者に非ずとも困難であることにある<sup>5)</sup>。一見、力関係で勝る一方当事者であっても、他方当事者自身の情報をより多く保持するのはあくまでもその他方当事者であるから、自らの表示した情報の信憑性を担保するのは情報を表示した者自身によって為されることが取引の円滑化に資することとなる。このような問題は約款のレベルでは表明保証条項によって一定の解決を得られるが、それはあくまでも約款レベルでの話であって、民法の原則としてのリスクの所在を明らかにすべきである。そこで、中間試案で提示されたような、錯誤、とりわけ動機型錯誤の一類型として一般法の規定として位置付ける形で、不実表示理論を民法上に導入することが望まれる。

## 2. 問題の所在

しかし、不実表示理論を取り入れるとなると、従来の錯誤法理論との整合性が問題となる。更に、根本的問題として、不実表示の組み込み先である動機型錯誤と、本来型錯誤の理論的一貫性自体も問題である。即ち、従来日本で採られてきた「意思の欠缺」という立場からすれば、相手方の不実表示によって惹起されたものであるとはいえ、動機型錯誤と同様に「意思」自体は存在するため整合しない。反対に、改正 95 条の効果の面に着目すると、動機の錯誤や、出訴権者の問題<sup>6</sup>からその効果を「無効」より「取消し」に改めるが、本来の意味での「錯誤」に於いて「意思」は存しないのであるから、その効果が「取消し」というのは理論的に不整合である。従って、現状として錯誤法そのものを通しての一貫した理論は既に破綻を来しており、その上で不実表示を理論的に同法に組込むことには問題がある。

## 3. 本稿に於ける研究方法

そこで、本稿では錯誤法の理論的再構成と、その上での不実表示理論の組入れの検討を行う。それにあたって、以下の手順で論じる。第一に、伝統的な錯誤法に対するアプローチ(以下「錯誤アプローチ」として、意思理論に基づき錯誤そのものを広範に解する大陸型錯誤と、錯誤と不実表示による二重のアプローチによる英米型錯誤の二つの理解の整理を行う。第二に、上記二つのアプローチを混合し用いる立法例として一部のミクストリーガルシステム圏での理解の整理を行い、(日本も含めた)大陸法圏への不実表示理論の導入の意義と、理論的根拠を検討する。第三に、第二段階で論じた意義・根拠が果たして日本に整合するものであるかを検討するべく、日本での改正部会での議論や近時判例を整理することで、一定の法則性の抽出を試みる。その上で、第四にそれらを参考とした日本の錯誤法の理論的再構成を試みる。

# II. 伝統的な「錯誤法」アプローチ — 大陸型錯誤 (*error*), 英米型錯誤 (*mistakes*)

## 1. 総説

ヨーロッパ共通売買法の議論の中で「詐欺(*fraud*)・強迫(*threats*)や不公正な付

け込み (unfair exploitation) に対する拘束力の否定 (avoidance<sup>7)</sup>) であれば政策決定に基づき、ヨーロッパ、或いはヨーロッパを越えてある程度の定式が見られる一方で、錯誤 (*mistake*) の拘束力の否定に関して根底にある政策方針については著しく異なっている」との指摘<sup>8)</sup>が為されるなど、このアプローチの差は主として錯誤法の領域の問題とされる。

具体的にその差というのは、英米型錯誤に於いては、その射程は(詳しくは後述するが)非常に限定的である代わりに不実表示を取り入れ、その要件の下で射程を拡大する。他方、大陸型錯誤はその射程こそ比較的広く採るが、不実表示規定を有さない<sup>9)</sup>。このような典型的な錯誤と不実表示の二元的アプローチを Cartwright らは複数形で “*mistakes*” と呼ぶ<sup>10)</sup>。この様に、*mistake* (*error*) 対 *mistakes* という区別が存する。

これにつき、オランダ民法 (*Burgelijk Wetboek*; 以下 “BW”) § 6:228、オーストリア民法 (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*; 以下 “ABGB”) § 871 の様に一般的に大陸法圏に区分される地域であっても、こうした二重構造、即ち *mistakes* アプローチを採る地域も存する<sup>11)</sup>。モデルローでは *Principles of European Contract Law* (以下 “PECL”) <sup>12)</sup> 及び *Common European Sales Law* (以下 “CESL”) <sup>13)</sup> も、同様に不実表示を取り入れたアプローチを採る<sup>14)</sup>。

しかしながら、そうであるからといってこれらを一律に「英米型錯誤アプローチを採るものである」とは断言しかねる。英米型錯誤と大陸型錯誤の相違点は、不実表示の存否に留まらず、「錯誤」自体についても解釈が異なるのではないかという問題も存するためである。即ち、上記のように広範に捉える錯誤と、狭く捉える錯誤の間には根本的に想定する対象や、伴って理論構成自体が異なるのではないだろうか。例えば、イングランド法上の *mistake* とフランス法上の *mistake* (*erreur*) は概念的には異なり、*mistake* は契約成立阻害的錯誤 (*erreur-obstacle*) に接近するものであるという指摘も存する<sup>15)</sup>。少なくとも、両概念間では明確に射程が異なる。そこで、CESL は第三のアプローチとして位置付けられている<sup>16)</sup>。

従って、上のような不実表示を含めた錯誤 (*mistakes*) と、単数形での錯誤 (*mistake/ error*) という区別のほか、*mistake* 対 *error* という区別も存するものと云える。そのため、前述の不実表示を有する *mistakes* アプローチを採るからといって、必ずしも英米法型錯誤アプローチにあるとは言えない。

そこで、以下本稿本章に於いてはまず伝統的な区分である英米 (*mistakes*) と大陸 (英語 *error*, 独語 *Irrtum*, 仏語 *erreur*) それぞれのアプローチとその対象を明かし、CESLやBW、或いはミクストリーガルシステム地域に於いてのアプローチがこれらの中でどのような位置付けとなるかを明かすことで、錯誤アプローチに関する検討、日本の錯誤法の理論的再構成と不実表示明文化及び再検討への基礎とする。

## 2. 大陸法型アプローチ; *error*

先ず、日本も採る方式である *error* 型の錯誤について言及する。*error* 型アプローチに於ける一般論としては、まずその範囲が広範に及ぶものであることが指摘される<sup>88</sup>。即ち、例えばドイツ民法 (*Bürgerliches Gesetzbuch*; 以下“BGB”) に於いては書き間違いや表現の不正確性、契約目的物の性質やそれに関わる当事者についての誤り (この類型については後述) を含み、単数系 (*mistakes* でない) としての錯誤に於いて広範に救済することが挙げられる<sup>89</sup>。そして、事実等からその契約解釈及び積極的な補完も可能である<sup>90</sup>。このような広範性を端的に表すものとして、「錯誤に基づく意思表示の有効性 (*Gültigkeit einer irrumsbehafteten Erklärung*) を肯定するにせよ否定にせよ、どちらに於いても妥当な意見は多く存するため、単純な基準 (*einfaches Kriterium*) が存しない」という一文が取り上げられよう<sup>91</sup>。尤も、ここでいう「錯誤」とは動機の錯誤を含まず、厳密には別個の類型としてではある<sup>92</sup>が、立法または判例によって修正され、一般に認められるに至っている。日本に於いては、大判大正3年12月15日民録20輯1101頁<sup>93</sup>、大判大正6年2月24日民録23輯284頁、最判32年12月19日民集11巻13号2299頁等によって動機の錯誤にまで拡張して広範な態度が採られている。

尤も、その効果については各国により異なる部分はある、例えば日本の現行民法95条、少なくとも改正以前のフランス民法 (*Code Civil*; 以下“CC”) であればその効果は無効 (CC § 1110) であるところ、日本の改正民法95条やBGB § 119に於いては取消しとされる<sup>94</sup>。このような態度はI章に於いて述べたように「意思の欠缺」か「瑕疵ある意思表示」という問題に含まれるものであり、この説明を特に貫徹した場合、既述の通り通常の錯誤と動機の錯誤は効果的に峻別される。そのため、ドイツに於いても第一草案の段階ではその効果は

無効 (*ungültig*) である<sup>83</sup>ところ、現行法に (BGB) に至るまでに於いて取消し (*Anfechtung*) に改められたに過ぎず、本来「意思の欠缺」に対しては無効が想定されていた。性状の錯誤を動機の錯誤と捉えた上で、「意思の欠缺」理論に動機の錯誤を服さしめる可能性についての Savigny による示唆も、専ら応急的に過ぎず、またローマ法依拠的な価値判断も相まってのものであり、論理的に成功していないと指摘される<sup>84</sup>。

日本では効果を「無効」とする帰結として初めから契約は有効ではないが<sup>85</sup>、ドイツでは、(当該契約は)「有効ではあるが、意思の瑕疵があるために錯誤により取り消される (*gültig aber wegen Irrtums anfechtbare Willensmängel vorliegt*)<sup>86</sup>」という説明が成され、実際にもその効果が一旦は有効であること、即ち取消しうる行為にすぎないことが明確である一方で、*Willensmängel* という言葉自体は多義的であり、意思の欠缺論に依拠するのか、瑕疵ある意思表示に依拠するのかが明確でない。フランスに於いても 2016 年に改正を経たものの、それが『意思の合致』の欠缺 (*absence of consent*)」に基づくものであるか「瑕疵ある『意思の合致』(*defect in consent*)」に基づくものであるかは明らかではない<sup>87</sup>。これは、日本でもその効果の変更に対して、従来の理論的説明から逸脱したことと同様であろう。このように、少なくとも意思の欠缺や瑕疵ある意思表示といった理論による錯誤法の裏付けには既に綻びが生まれていることがわかる。しかしながら同時に、理論上はあくまでも共通して何かしらの意思的合意の状態につき考慮する考えであったことも同様であるといえる。

大陸錯誤の特徴の一つである広範性であるが、取引の安全性の観点から問題があるようにも見える。しかし、でドイツでは契約が取り消された場合にも相手方保護が図られ、表意者に対する損害賠償を認める (BGB § 122(1))。日本に於いても、契約締結上の過失 (*culpa in contrahendo*) の一類型としてこれを構成可能であろう<sup>88</sup>。

このように契約締結上の過失理論はその一方で契約締結前の責任として、BGB § 280 や § 311(2) を通して錯誤の射程をより広範化する際にも用いられる<sup>89</sup>。一方で、近年のドイツ法の態様では「[契約関係] 尊重の原則 (*priority rule in favour of remedies for breach of contract; favor contractus*)」に従って、かかる取消しの主張は如実に狭められているとの指摘も存する<sup>90</sup>ことに注意が必要である。

そして、もう一つの一般的な特徴として、不実表示規定を有さないことが挙げられる。フランス、ドイツ、日本、或いはオランダに於いても旧オランダ法時代及びそれを継受し、その形質が現代までよく保存されているインドネシア民法 (*Kitab Undang Undang Hukum Perdata*; 以下“KUHP”) 1322条<sup>90</sup>は、少なくとも文言上に不実表示規定を有しない。このような背景には、根本的に開示義務の射程が広いことも挙げられるだろう。開示義務はとりわけ大陸法圏の中でもフランスに於いて拡大傾向にあり、従来海上保険 (*l'assurance maritime*) 法上存した情報開示義務が、契約法改正 (*réforme du des contrats*; *Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016*) を経て一般 [規定として] の情報開示義務 (*une obligation générale d'information*) として CC § 1112-1 に組み込まれた<sup>91</sup>。英米法に於いては原則として法定の開示義務を負わないため、大陸法に於ける顕著な差異である。

### 3. 英米法型アプローチ; *mistakes (mistake + misrepresentation)*

厳密には英米間のみにも於いてもその解釈には差が存するが、本稿では不実表示が英米法に於いて確立された背景への着目、ヨーロッパ契約法への基礎を主として論じるため、イングランドでの経緯に視点を置く<sup>92</sup>。前述の通り、ここで述べる伝統的な *mistakes* 型アプローチとは、① *mistake* に加え、*misrepresentation*<sup>93</sup> というアプローチを含む一方、② 本来の *mistake* そのものの範囲は極めて狭いものである。

このような二元的なアプローチが生まれた背景には、元来のイングランド法の解釈によっては錯誤や詐欺のみでは救済が不十分であったことが挙げられる<sup>94</sup>。尤も、詐欺については一概に日本に比べて射程が狭いとは云えず、日本の欺罔行為が二重の故意を要する<sup>95</sup>ところ、表示者(詐欺者)が真実でないことを知っていて、或いは気にも留めずにいたこと (*reckless*)、真実だと本気で信じていなかったこと (*lack of honest belief*) もが英米法上の不正直性の概念に該る<sup>96</sup>ため、我が国の欺罔の射程よりも広い。しかしながら、詐欺を行った相手方が真実や否やということを気にも留めずにいたことや、本気で信じていなかったことは専ら当該相手方の内心的事由でありその立証は困難であるため、実質的に日本に比べて救済範囲が広いとは言えない。

加えて、英米法上の錯誤については、原則として主観的事由 (*Subject-matter*) に基づく錯誤や、一方の錯誤 (*unilateral mistake*) は認められず<sup>97</sup>、例えば両当事

者が共に或る事実につき不知であった場合など、共通の錯誤（common mistake）であることが求められる。同原則は現在も維持されており、近年の判例であれば *Statoil ASA v. Louis Dreyfus Energy Services*<sup>58</sup>が挙げられる。同事例はノルウェーのオイル・ガスの貿易会社である原告（Statoil）が、従前に為された和解契約<sup>59</sup>への合意は錯誤（mistake）により無効（void）であるとして約45万ドルの支払いを求め、被告であるアメリカの日用雑貨貿易会社 Louis Dreyfus グループ傘下の Dreyfus Energy Services（以下“LD”）を提訴した事例である。結論として、錯誤の主張は斥けられた。（一方の錯誤は）「専ら自身の過失によるもの（entirely due to his own negligence）<sup>60</sup>」であり、「一方の錯誤は当事者らの客観的合意（objective agreement）に対して影響を与えるものではない<sup>61</sup>。」Andrew Smith 裁判官は、過去に錯誤が認められた事例も引用した上で、それらの事例は主に共通錯誤（common mistake）の事例であるとして峻別した<sup>62</sup>。この様に、イングランドに於ける錯誤は伝統的に共通錯誤に限定されてきたのである<sup>63</sup>。

こうした、錯誤、或いは詐欺の救済範囲では不十分であることを背景に、イングランド法、とりわけコモンロー裁判所に於いてその救済範囲の拡張が求められた。一方でエクイティ裁判所に於いては本来的に柔軟な救済可能性を有していたところ、1854年から1875年にかけてのコモンロー裁判所とエクイティ裁判所の融合に伴い、控訴院は不実表示によって錯誤に陥った者につき寛容な立場を採るようになった<sup>64</sup>。

最終的に、1967年には *Misrepresentation Act 1967*が成立するが、当該立法以前にこのようなエクイティとの調和により不実表示を認めた事例として *Redgrave v. Hurd*<sup>65</sup>、*Newbigging v. Adam*<sup>66</sup>等が代表的である。これらの事例以前、1867年段階にも不実表示を理由として契約の取消を認めた事例<sup>67</sup>は存するが、これはあくまでも詐欺的（fraudulent）なものに射程が限定されていた<sup>68</sup>ため、所謂「不実表示」の確立についてはこれらのうち、特に *Redgrave* 事件による<sup>69</sup>。この事例では、事務弁護士（solicitor）である Redgrave 氏が Hurd 氏に不動産運用として、平均£300の収入が見込める旨を提示した上で家の購入を持ちかけたところ、Hurd 氏は当該契約を履行をしなかったため、Redgrave 氏は特定履行を求める訴えを提起したところ、Hurd 氏は当該契約は詐欺的不実表示（fraudulent misrepresentation）<sup>70</sup>に基づくものであるとしてを取消と損害賠償を求める反訴を



提起した。これにつき、George Jessel 卿は詐欺的不実表示に基づく主張を退け、Hurd 氏による損害賠償請求については棄却したが、一方で本件事例は非詐欺的不実表示 (*innocent misrepresentation*)<sup>62</sup>には該るとして契約の取消を認めた。即ち、本来的な錯誤、或いは詐欺の射程からは外れるものの、エクイティ的拡張<sup>63</sup>によって不実表示が確立されたことによる救済事例であると云える。後者の *Newbigging v. Adam* 事件はパートナーシップに於ける株式持分の売却をしたところ、契約以来支払不能となり履行不能に陥ったことから不実表示に基づき当該契約の取消を求めた事例である。同事例はこの *Redgrave v Hurd* 事件を引用し、とりわけ控訴審<sup>64</sup>に於いては裁判官である Watson 卿は、「本件は詐欺的 (*fraudulent*) であるとは云えないものの、取消権を認めるには充分である<sup>65</sup>」として取消権を肯定する。従って、同事例に於いても *Redgrave v Hurd* 判例と同様の態度が貫かれており、同時代に於いて既にかような判例法理としての(詐欺とは明確に区別される)不実表示が確立されているものと考えられる。このような発展を踏まえ<sup>66</sup>、1967年には *Misrepresentation Act 1967*として立法されるに至り、現在では錯誤や詐欺の主張よりも専ら非詐欺的不実表示による主張が展開されるに至っている<sup>67</sup>。

不実表示の範囲を制限するものとして「明確 (Unambiguous) な表示によるものであること」という要件を取り上げる<sup>68</sup>。即ち、単に相手方の表示が不明確であったために錯誤に陥ったという場合は不実表示に該らず<sup>69</sup>、例外として、当該相手方がその表示事項につき事実と異なることを知りながら、意図して不実の意味を伝達するような文面且つ不実であることが客観的に明らかな表示を行った場合は不実表示に該りうる<sup>70</sup>。

このように、明確な表示の上で、誤った情報を伝達した場合に契約が取り消されうる、即ち、原則としての錯誤無効は認められないが、相手方の態様によってリスクが転換されるという構造が存することが判る。

#### 4. 小括；若干の検討にかえて

このように、大陸法は錯誤規定をそのものを広範ならしめたものであり、英米法は錯誤を狭く採った上で、不実表示による拡大を行う形式である。即ち、英米法に於ける不実表示、*mistakes* アプローチの創出は、専ら錯誤の範囲が狭かったことに起因し、それを補うべくしてのものであることが明らかである<sup>71</sup>。

しかし、そうであれば、既に射程が広範である大陸法型錯誤（error）が mistakes アプローチを採るメリットはあるのだろうか。このような疑問については以下のように述べられる。相手方によって惹起された動機の錯誤（caused mistake in motive）の場合に於いて、とりわけ動機の表示がない場合の様に、典型的な大陸型錯誤の理屈では、必ずしもその射程に入らないところ、大陸型錯誤（error）と不実表示（misrepresentation）の組み合わせによれば、このような場合を救済することが可能である<sup>89</sup>。仮に、この二重のアプローチの一切を厳格に排除するとすると、こうした場合に於いて相手方が誤った表示をしたにも関わらず、錯誤者自身がその動機を表示していなかったためにその無効または取消しの主張はできないという帰結が導かれることになるが、こうした事例に於いてはそもそも相手方に帰責性があるのだから、単なる動機の錯誤よりも救済されて然るべきであろう。従って、error-mistake アプローチ及び mistake-mistakes アプローチ双方に対して error-mistakes アプローチは独自の射程を有し、意義があるものと云える。

一方で、ここで浮上する新たな疑問として、果たしてそのような混合的なアプローチが可能なのであろうかという点である。確かに、前述の通りモデルローである CESL は「第三のアプローチ」であると指摘されるが、現実の国内法規則として考える場合、どのように検討すべきかが問題である。立法面でも問題であるし、理論面でも問題である。前述の通り、従来大陸法が拠り所とした狭義の意思理論では一貫した説明は困難である。イングランドに於いても、如何に「一貫した」ものであろうと、（その類型化こそ可能であれ）「意思的合意の瑕疵」の一元的理論を持とうとしなかった背景<sup>90</sup>から、その交錯を根拠づけることは難しい。そこで、次章に於いては前に述べた混合的なアプローチを採用する可能性がある地域として南アフリカやスコットランドといった「受動的」ミクストリーガルシステムと、オランダ法という「能動的」ミクストリーガルシステムに於ける構成、議論を参照したい。（次号に続く）

---

(1) 法制審議会民法（債権関係）部会「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」2頁（2013年2月26日決定）

(2) 法制審議会民法（債権関係）部会「民法（債権関係）部会資料29 民法（債権関係）の改正に関する論点の検討(2)」10頁（2011）

- (3) 民法の一般法的性質を強調する伝統的見解に対する類似的批判として、役務提供型契約に関して、吉永一行「役務提供型契約法改正の挫折—法制審議会民法(債権関係)部会の議論の分析」440頁(419-443)、産大法学48巻3・4号(2015)に於いて、「役務受領者としての1消費者のみを念頭におき、消費者保護の観点からの立法を行ってしまうと、雇用類似的役務提供契約において妥当でない結果を導いてしまう」問題を挙げ、消費法や労働法等の特別法的視点の混入可能性を指摘している。このような問題は前者の場合には役務提供側の力が強く、後者は役務提供側の力が弱いことに起因するため、力関係が逆転しても不実表示に基づく取消権の主張を貫徹することには問題があり、不実表示について全く同じ議論を類推することは必ずしも妥当でない。理由は本脚注以降の文にて述べる。
- (4) このような問題は通称「逆適用」と呼ばれる。想定される逆適用の事例の大部分は労働基準法等によって一定の解決が為されるという主張(法制審議会民法(債権関係)部会「法制審議会民法(債権関係)部会第32回会議事録」4頁〔佐成委員発言〕)も存するが、この逆適用に関する発言(同上2-3頁〔新谷委員発言〕)で主に問題となっている事項はこれらの明示の基準に明確に該当するとは云い難い「グレーの領域」であって、かような主張は必ずしも妥当ではない。尤も、新谷委員が主張する「グレーの領域」について、詐欺に関する事例ではあるが、ドイツに於いて、労働者による妊娠の事実の欺罔による積極的隠蔽を理由とした雇用者による詐欺取消権の主張を退けた BAG Urt. V. 15. 10. 1992, Az: 2 AZR 227/92 事件を参考に一定の解決を得るだろう(同事例は BGB § 611a に拠るものであるが、同様の基準は公序良俗(民法 90 条)を根拠として類推可能であろう。このような使用者による質問の問題については、倉田原志「使用者質問の限界論の展開—ドイツにおける最近の議論を中心に—」57-69 頁、政策科学 13 巻 3 号(2006)が扱っている)。なお、この事項に関する細かな検討は本稿本論を逸脱するため、以上の紹介に留める。
- (5) 第 32 回議事録・前掲註(4) 6 頁〔山本敬三幹事発言〕
- (6) 最判昭和 40 年 6 月 4 日民集 19 巻 4 号 924 頁
- (7) John Cartwright & Martin Schmidt-Kessel, 'Defects in Consent: Mistake, Fraud, Threats, Unfair Exploitation', p.391 (373-422), in Gerhard Danneman, Stefan Vogenaur(ed), *The Common European Sales Law in Context*, (Oxford, 2013) \*ここで著者が void や voidable ではなく avoidance という用語を用いる理由として、これらの語を用いてしまうと、特定の法的性質及び法律効果が問題となるため、一般的な意味での拘束力の否定を指すべく void や voidable を区別しない表記にしたものと思われる。従って、本稿に於いては「拘束力の否定」という文言を用いた。
- (8) *Ibid.* なお、□内は筆者による補足。本稿、以下これに従う。
- (9) *Ibid.*
- (10) *Ibid.* p. 400
- (11) Hein Kötz, *Europäisches Vertragsrecht* 2. Auf., s. 239 (Rottenburg, 2015)
- (12) ヨーロッパ契約法原則 4:103 条 (1)当事者は、次の各号のすべてを充たす場合には、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、当該契約を取消することができる。
- (a) (i) 錯誤が相手方によって惹起された場合  
(下線は本稿筆者による。オーレ・ランドー、ヒュー・ピール編著 潮見佳男、中田邦博、松岡久和監訳『ヨーロッパ契約原則 I・II』(法律文化社、2006)、204 頁より引用)。
- (13) *See* Cartwright & Kessel, *op. cit.* n.7 pp. 400 ff.; 特に CESL について。
- (14) Carole Aubert de Vincellus, 'Validity of Contract: Dol, Erreur and Obligation d'Information' in John Cartwright & Simon Whittaker(Edt), *The Code Napoléon Rewritten*, p.97 (Oxford, 2017)
- (15) *See* Cartwright & Kessel *op.cit.* n.7 pp.373 ff.に於いても CESL は英米・大陸の二者から独立する第三の手法として扱われる(特に *Ibid.* p.400)。なお、ここでは ABGB § 871 や BW § 6:228 について詳しく言及・検討するものではないため、この第三の手法についてはとりわけ本稿本章 4 節に於いて詳述する。

- (16) *Ibid.* p.398
- (17) *Ibid.*
- (18) *Hein Kötz*, *Vertragsrecht* 2. Aufl., ss.160-161 (Rottenburg, 2012)
- (19) *Ibid.* s.126
- (20) 尤も、これについては一元説と二元説の対立はあるが、改正法では動機の錯誤を区別し(改正民法95条1項2号)、その要件を定める(同2項)ため、原則型と区別する形、即ち二元説的構成を採用するものであるため、本稿でも二元説的構成から出発する。なお、同上 Cartwright & Kessel では動機の錯誤 (*mistake in motive*) を含まないと記述するため、これを日本の議論に当てはめると、二元説的構成と考えられる。
- (21) とりわけ、同判決は「縁由ニ属スヘキ事實ト雖表意者カ之ヲ以テ意思表示ノ内容ニ加フル意思ヲ明示又ハ黙示シタルトキハ意思表示ノ内容ヲ組成スル」(下線は筆者による)として、明示であっても黙示であっても表示によって要素の錯誤たりうことを示した。改正民法95条2項に於ける動機型錯誤に於ける表示要件はこれを踏まえるものである。
- (22) BGB § 119 Anfechtbarkeit wegen Irrtums
- ① Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.; 同項については、表示 (*Erklärung*) の錯誤 (*Irrtum*) を指す。
- ② Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.; 同項では表示の内容も要素 (wesentlich; あくまでも、「重要」程度の意味) の錯誤と考えうる (angesehen) 場合であれば、同様に錯誤 (der Irrtum) として扱っ旨規定する。
- (23) なお、日本の現行民法はこれを踏まえたものである。第一草案の特徴として、厳格に意思主義に基づいており、表意者重過失の場合に例外を定めるという方針であったところ、第二草案では表示主義への一本化が為された。そのことから、狭義の意思理論による説明が現行法に於いて妥当でないといえる。
- (24) 磯村哲「動機錯誤と行為基礎ドイツ錯誤論の発展一」8-9頁(1-134) 同『錯誤論考—歴史と論理—』(有斐閣, 1997); 詳細については同論文を参照。
- (25) 但し、本来の無効(民法90条等)とは効果的に異なることには注意が必要である。最判昭和40年6月4日・前掲註(6)を参照。
- (26) *Kötz*, *Vertragsrecht* op.cit. n.18 s.125; なお、  
“Willensmängel” という語からは「意思の欠缺」と「瑕疵ある意思表示」との区別が必ずしも明確でなく、同文献に於いても文脈上これを区別していない(例えば、同タイトルの章内に於いて「初めから無効 (eine von ungültige) な諸事例」も紹介する (*Ibid.* s. 125) ため、瑕疵ある意思表示では不適切である)。そこで、「意思の瑕疵」という訳語を充てた。なお、山田晟『ドイツ法律用語辞典』(大学書林, 1981) も同語につき同様の訳語を充てる。
- (27) *See. Vincellus op. cit.* n.14 p.97
- (28) 契約締結上の過失で構成する場合、その損害賠償請求権の範囲は信頼利益に限られるが、BGB § 122 についても「[意思] 表示の有効性に対する期待 (die Gültigkeit der Erklärung vertraut)」の範囲での賠償と規定されていることから、効果上、実質的差異は存しない。
- (29) *See. Cartwright & Kessel op. cit.* n.7 p.410
- (30) *Ibid.* p.400
- (31) 本稿では旧オランダ法(とりわけ、ローマダッチロー及びそれを基にする時代)の形質を現代まで色濃く保存するものとして、インドネシア法を取り上げる。  
KUHP § 1322: Kekhilafan tidak mengakibatkan batalnya suatu perjanjian selain apabila kekhilafan itu terjadi

mengenai hakikat barang yang menjadi pokok per janjian; 錯誤 (*kekelirafan*) の取消し (*batalnya*) についての規定であるが、本稿では動機の錯誤を明確に省く他、不実表示についても何ら規定するところではない(なお、インドネシア法に於いては一切の先例拘束が認められず、判例分析によってもその意義は明確とならない(各裁判官の判断に委ねられるほか、島によって解釈も異なる)ことから判例は扱わない)。なお、本稿では R. Subekti, S.H. R. Tjitrosudibio, Kitab Undang Undang Hukum Perdata Edisi Revisi, h.339(Pt Pradnya Paramita, 1995)での文言を参照した。同条文については、公式的な英訳も存するが、*batalnya* を *invalid* として訳す故問題があり、本稿では参照しない。例えば公序良俗のような場面での無効については、カウサが無効であるか(KUHP § 1337, sebab; インドネシア法は既述の通りローマダッチローを継受するため、所謂、*iusta causa* のことを指す)とその欠缺(KUHP § 1335)に由来するものであり、従って、単に *invalid* とすると本来の法的性質を没却するため、本稿では原語で引用する。

- (32) これにつき、Alix Profit, «Le développement de l'obligation d'information dans l'assurance maritime», p.760(760-766), *Revue des Contrats*-4(2016) を参照(とりわけ、契約法との関わりにつき、760頁の序文を参照)。なお、海上保険法に於ける発展態様については、本稿の趣旨から逸脱するため、同論文のそれ以下の頁を参照されたい。
- (33) 英米を俯瞰的に、或いはより米国の視点に着目して論じる日本の研究としては木下毅「英米契約法に於ける錯誤(一)」16-122頁、*立教法学* 12巻及び同(二・完)56-127頁、*立教法学* 18巻(1979)(特に16頁)、また最近のものでは同論文を踏まえた古谷英恵「アメリカ契約法に於ける錯誤と不実表示の適用領域」85-86頁(67-98)、武蔵野大学政治経済研究所年報6巻(2012)を参照されたい。
- (34) なお、詳しくは後述するが、現在一般に *misrepresentation* と呼ばれる語の意義は非詐欺的不実表示 (*innocent misrepresentation*) を指すものであることには留意されたい。なお、*Misrepresentation Act 1967* の正式名称自体、“*An Act to amend the law relating to innocent misrepresentations and to amend sections 11 and 35 of the Sales of Goods Act 1893*”である(下線は筆者による)。以下、本稿では特別の記載がない限り現在の不実表示については非詐欺的不実表示を意味する。
- (35) 幡新大実『イギリス債権法』235頁(東信堂、2010)
- (36) 我妻榮『新訂 民法総則』308頁(岩波書店、1965)
- (37) 幡新・前掲註35) 235頁
- (38) See. John Cartwright, *Contract Law (An Introduction to the English Law of Contract for Civil Lawyer)*, p.166 (Oxford, 2013); 同文献は一般的な教科書であるが、これも後掲 *Statoil ASA v. Louis Dreyfus* 事件を引用して、上記の説明を行う。
- (39) *Statoil ASA v. Louis Dreyfus Energy Services LP (The Harriette N)* [2008] EWHC 2257(Comm)
- (40) 「時期」という客観的事実について、*Statoil* 側に錯誤があった。
- (41) *Statoil v. Lois op. cit.* n.39
- (42) *Ibid.*; 本判決に参照した上この一文と同旨を述べるものとして、Cartwright, *Contract Law, op.cit.* n.39 p.166を参照。尤も、英米法圏の中でも一方錯誤への拡大が為されている地域もある (*Chwee Kin Koenguchi and others v. Digislandmall.com Pte Ltd* [2005] 1 SLR 502.)。この様なシンガポールの態様との相違点はDavid Capper, ‘Common mistake in contract law’, p.467(457-473), in *Singapore Journal of Legal Studies*(2009)でも指摘される。本件でもHopkins氏は同事例を挙げて一方錯誤の認容可能性を指摘するが、本判決では認められなかった。
- (43) *Ibid.*; 例えば、*Great Peace Shipping Ltd v. Tsavliris Salvage (International) Ltd, now reported at [2003] QB 679* 同事例は以下のように述べて共通錯誤の定義を明らかにする。; ‘We shall describe it as “common mistake”, although it is often alternatively described as “mutual mistake”.’
- (44) 尤も、同時代と現代の間に、イングランドではサヴィニー、米国に於いてはポティエによる大陸法的且つ後半な錯誤概念の流入は指摘される(木下(二)・前掲註33) 43-50頁)ものの、同論文46頁でも指摘されるよう、1870年代にはかようなドイツ歴史法学的影響は希薄化しており、上記に

挙げた判例の如く一方的錯誤は一般に否定されるに至っており、また、現代までその原則は維持されている。

- (45) 幡新・前掲註35) 236頁。より抽象的な範囲であるが、John Cartwright, *Misrepresentation, Mistake and Non-Disclosure (Fourth Edition)*, p.73 (London, 2017)は19世紀の間のエクイティ裁判所での発展と指摘する。
- (46) *Redgrave v. Hurd (1881) 20 CbD 1 per Jessel MR*
- (47) *Newbigging v. Adam (1886) 34 CbD 582*
- (48) *Kennedy v. The Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Co. Ltd.* (1867) LR 2 QB 580.
- (49) John Cartwright, *Unequal Bargaining - A Study of Vitiating Factors in the Formation of Contracts*, p.69 (Oxford, 1991); 加えて、コモンローに於いて早期に不実表示に対する救済を認めた事例としては、詐欺に対する損害賠償請求権としての形であったことも言及する。
- (50) *Ibid.* p.70; 同書では「契約取消権を効果とする非詐欺的錯誤」の確立は *Redgrave v. Hurd* 事件によるものと位置付ける。
- (51) 屢々、同語は「悪意の不実表示」とも訳される(例えば、Reinhard Zimmerman, *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, (Oxford, 2001), (佐々木有司訳)『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法 シヴィルローの伝統の現在』133頁以下(信山社, 2008)など)。このような訳は、後述の innocent misrepresentation との対比、或いは既述の通り日本の詐欺の要件とは必ずしも一致しないことを踏まえてのものであると考えられるが、原語の意味としては詐欺による有責性を踏まえ、詐欺被害者の損害賠償請求権を認めるものである(不実表示と損害賠償については、See. Cartwright, *Unequal Bargaining*, op. cit. n.49 pp.105 ff.; 不法行為的視点と、契約法的視点の双方が存することも指摘される)。そのようなことから、*Redgrave v. Hurd* 事件以前で innocent misrepresentation が確立される以前の不実表示はあくまでも詐欺の一類型であるということを尊重し、本稿では「詐欺的不実表示」として訳す。
- (52) 素直に定訳を当てれば「善意の不実表示」であるが、同裁判官の述べる innocent の意義は「詐欺としての有責性はない」程度のものであると解されるため、本稿では「非詐欺的不実表示」として訳す。
- (53) 幡新・前掲註35) 236頁で指摘された前掲両裁判所の融合を踏まえ。
- (54) *Adam v. Newbigging* (1888) 12 App Cas 308
- (55) *Ibid.*
- (56) 尤も、米国に於いては上記1881年の *Redgrave v. Hurd* 判決を踏まえ、別の経緯で発展した可能性も指摘されている(古谷・前掲註33) 85-86)。
- (57) See. Vincellus, op. cit. n.14 p.97
- (58) See. Ewan McKendrick, *Contract Law Text, Cases, and Materials (Sixth Edition)*, p.576, (Oxford, 2014)
- (59) 大陸法圏であれば不開示による詐欺 (*fraud by non-disclosure*) の射程に妥当する場合救済が為される可能性も存するが、コモンローでは根本的に *caveat emptor* を基礎とするため、単なる黙示は不実表示を構成しない(これにつき、Vincellus, op. cit. n.14 p.101にも同様の記述が為される)。
- (60) See. McKendrick, op. cit. n.58 p.576
- (61) See. Cartwright & Kessel, op. cit. n.7 p.391; 同書は結論としての不実表示による錯誤の代替を記す。
- (62) *Ibid.* p.400
- (63) Séverine Saintier, 'Defects of Consent in English Law: Protecting the Bargain?', p.121(120-130) in Larry A Dimatteo & Martin Hogg (eds), *Comparative Contract Law; British and American Perspectives* (Oxford, 2016)