

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 (2・完)—

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*)
(以下, 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

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

1. 序

本章では, 上 (前号掲載分) に述べたよう *error-mistakes* 型アプローチの実現可能性を検討するべく, 混合的アプローチの可能性を有する地域に於けるアプローチの検討を行う。先ず, 主に植民地支配などを背景として, ローマンドッチローの前提の上に英米法を継受した混合法域 (*Mixed legal system/Mixed Jurisdiction*) として, 南アフリカ及びスコットランド⁶⁰ に於ける錯誤アプローチの展開の鳥瞰を為すことを試みる。次に, 能動的に「混合」を形成したオランダ民法 (BW)⁶¹ を参照し, これらが *mistake-mistakes* 型アプローチに移行したのか, それとも *error* に *misrepresentation* を加える *error-mistakes* 型アプローチであるのかを検討することにより, 各国内法に於いてもこのようなアプローチを採ることが果たして可能であるのかを明らかにした上で, 次章に於いて, 日本法の近時の錯誤アプローチとの「距離」を考察する。

2. 受動的ミクストリーガルシステム

スコットランド及び南アフリカは、ローマダッチローを継受した⁶⁸⁾という意味でイングランド法流入以前は大陸法的であることが予測される地域である。現に、他のオランダ旧植民地であるが、オランダによる支配の継続により英米法を大局的には継受していないインドネシアに於いても、そのアプローチは既述の通り、大陸法型の錯誤規定である。そうであれば、後の英米法の継受は「不実表示」という意味での拡張の可能性を齎す一方で、これらの地域に対しては *error* 型錯誤から *mistake* 型錯誤への「縮小」がありうる。そのため、両地域の並行比較、俯瞰を試みることで、大陸法と英米法の交錯が錯誤アプローチに齎す影響を考察したい。これら「北十字星」と「南十字星」に於いては、共に混合法域というのみであって、厳密には相違点が存する⁶⁹⁾。そのため、以下分けて記述する。

i) 南アフリカ

南アフリカに於いて、不実表示は一般には「継受」と捉えうる形で不実表示が受け継がれている⁷⁰⁾。ここで「一般に」と留保したのは、*Roman=Dutch Law* が色濃い南アフリカではローマ法上の「悪意の抗弁権」が発展した形である可能性も指摘されるためである⁷¹⁾。しかしながら、少なくとも先例として確立した *Vijoen v. Hillier*⁷²⁾ の中で Solomon 裁判官は前掲の *Redgrave v Hurd* 判決にも言及しており⁷³⁾、その点では明確にイングランドに於ける発展態様も踏まえたものであるといえよう⁷⁴⁾。このように、第1には *mistakes* アプローチを採るようである。

では、錯誤法そのものの解釈 (*error* であるか、*mistake* であるか) についてはどうか。南アフリカに於いては大陸的な意思理論が出发点として受け入れられた⁷⁵⁾。従って、「一方の錯誤 (*unilateral mistake*)」であっても認められうる。その一方で、大陸法元来の錯誤アプローチと比べ、その範囲には違いが存するものと考えられる。南アフリカに於いては、錯誤の要件として「正当な錯誤 (*iustus error*)」であることが要求される⁷⁶⁾。この「正当な錯誤」とは、「錯誤」に陥ったことそれ自体が正当であるかという問題ではなく、「合意の存在」の正当性の問題である⁷⁷⁾。即ち、合意段階の態様を踏まえる点で一方当事者と他方当事者の関係性を慮るものである⁷⁸⁾。不実表示はこの「正当な錯誤」の前提と

しての「関係性の考慮」の延長線上に位置付けられ、前章英米法の節で述べた「リスク配分論的展開」を行いつつ、一方で（若干の修正を加えつつ）大陸法的基礎を持つため、南アフリカのアプローチは *error-mistakes* アプローチとして示唆的である。なお、このような考え方は後述するオランダに於ける信頼主義原則と通じるものがある。その点については、オランダについての言及の中で行う。

ii) スコットランド

スコットランドに於ける錯誤に対応する文言も、南アフリカ同様に *error* である⁷⁰。言語上、能記的には大陸法のように見えるが、所記、即ち法的性質自体は *mistake* である可能性も存する。また、イングランド法とスコットランド法に於ける用語を対比的に参照すると、*mistake* は *agreement* の場面に於ける誤り（錯誤）として記述がなされるところ⁷¹、*error* は *consent* の場面に於ける誤り（錯誤）としての記述が為される⁷²。仮に、その法的性質もこれらの語彙の厳密な解釈と同様であるのだとすれば、*error* は “*consent*” という「意思的な合意」に於けるものという意味で、上で述べたような大陸法的解釈に接近し、*mistake* は “*agreement*” という非常に「客観的な合意」に接近することとなる。果たして本当にそのようなことが云えるのかは一見するのみでは明らかではなく、従って、テキストに注目するほかない。

これにつき、以下 Walker による *Institutional Writers* の意見の整理⁷³を参照する。錯誤があった状態では「合意 (*agreement*)」そのものが成立しえず錯誤の有無は、「重要な (*Substantial*)」事項について考慮される。法についてであれ、事実についてであれ、意思的且つ双方向的合意 (*consent*) を無効ならしめる (*invalidates*) か、或いは意思的合意を排除 (*exclude*) するという帰結が導かれる。

この段階で明らかなこととして、イングランドに於いては客観事実に関する錯誤に限定されていたところ、スコットランドでは主観的事実も十分に考慮に含める余地が存する。また、一方の錯誤についても言及され、この中に含める形で不実表示は論じられている⁷⁴。即ち、ある程度大陸法的な広範な錯誤を主軸に、一方錯誤の事例の一類型として不実表示は位置付けられているのである。ともすると、結果論的ではあるが理論的辻褄としても、一方錯誤の場面に於い

て、相手方の不実表示によってそのリスクが相手方に転換されているという構造を採っていることが判る。

3. 能動的ミクストリーガルシステム

Ottawa 大学が作成した *Juriglobe* によると、オランダは大陸法地域として区分されており Mixed-Legal System 地域とはされていない⁸⁶が、2002年までの契約法改正を経て、その内容は英米法的解釈に接近するものとなった。実際に、BW § 6:228 では *mistakes* アプローチを採る⁸⁷ほか、根本的に錯誤は第3編（財産法総則; *Vermogensrecht algemeen*）ではなく、第6編（債務法; *Verbintenissenrecht*）、とりわけ契約法（*Overeenkomstenrecht*）の一環としての位置付けであり、錯誤法の位置付け的にも英米法に接近するものとなっている。

錯誤法自体の根本的部分としては、専ら大陸法的な解釈が為され、とりわけ Savigny や Pothier といった大陸法学者の影響が挙げられ、とりわけ「正当でない錯誤 (*oneigenlijke dwaling*)」の議論についてフランスの「障害存在型錯誤 (*erreur-obstacle*)」を参考としている⁸⁸。この点で、フランス法の概念を経由するイングラント法との類似性を見出せる。

前述の通り BW § 6:228 は不実表示を定めるが、その基礎としては、英国に於ける *Misrepresentation Act 1967* よりも以前、凡そ 1930年代から 1960年代の判例の中から見出される⁸⁹。最初期の事例としては HR 5 November 1936, NJ 1937/439 (タクシーのメーターの売買に於いて、相手方により明示されるべき情報が明示されてなかったとされた事例)、HR 15 april 1937, NJ 1937/1059 (建物のサイズが表示より小さかった事例) などが挙げられる⁹⁰。裁判所は、こうした相手方の表示の誤りによって齎された錯誤を、信義則 (*goede trouw*) の問題として捉えた上で不定表示に接近する形で同国法に取り込んだ⁹¹。このような状況は、一般的に大陸法圏では意思主義と表示主義を対立的に述べるころ、オランダでは「信頼主義」と呼ばれる、「意思表示は相手方が信義に従い誠実にこれを理解すべかりし通りに効力を生ずる」原則が根本にある⁹²ことにあるだろう。この点では、オランダに於ける不実表示論は、英米法上の不実表示論とは別種の発展を遂げたと言えるが、「相手方が理解すべかりし」ことに効力を持たせることを前提とした上で、相手方の誤った表示を以って責任を転換するという点では、その具体的射程はともかく、根底にある価値判断自体に

近いところは存するものと云える。

また、前述の南アフリカ契約法に於いては錯誤の要件として「正当な錯誤 (*iustus error*)」であることを求めた上で、相手方の不実表示も正当な錯誤を構成する一要素となると説明されるところ、オランダ法に於ける信頼主義も *goede trouw* 解釈の中で類似する処理が行われているものと言える。そもそも、南アフリカはローマ法継承者として、17世紀のオランダ法及びその学説を継受する。一方で、II章に於いて言及したよう、当時のオランダ法はインドネシアにも継受されたが、少なくとも法典 (KUHP) 上にその旨の記載はなく、また同国では先例拘束性も否定されるため、同国についてはその解釈幅は定かではない。ともすれば、確かに当時の用語や考え方として、錯誤法の中で確立されていたものとは言い難い。然し、継受当時に於いてオランダ法は既にそのような発想を有しており、それがオランダや南アフリカでは(用語や具体的構成は異なるが)萌芽したものであるといえる。

4. 小括; 若干の検討にかえて

第一に、上記の諸地域に於けるアプローチが *error-mistakes* 型アプローチに該当するか、そしてそれに何らかのメリットは存するののかについて検討する。以上を鳥瞰する限りに於いては、既述の如く、何れの地域も具体的な射程範囲の差こそあれ、大雑把には *error-mistakes* 型アプローチを採っているものと云えるだろう。その中で特に「正当な錯誤 (*iustus error*)」の考え方、或いはオランダ的な信義則的発想からの出発の帰結として、両当事者の態様を(信義則の点から、様々な要素を)総合的・具体的に判断した上で不実表示に該するや否や(合意の不一致のリスクをどちらが背負うか)を判断する枠組みができてることが判る。また、スコットランドでは、あくまでも一方錯誤の一類型としつつも、一方錯誤の場合の錯誤表意者側の立証責任を軽減する形での立法が為されている。このようなことからすると、やはり「惹起された錯誤」の事例に於いて、表意者保護の射程を広げているように思われる。尤も、ドイツに於いても不正確な表示 (*unrichtige Angaben*) であるとか、共通錯誤 (*gleiche Irrtum*) のような相手方の領域にあるリスクの転換は学説上試みられているが、現実としてはあくまでも定説上 BGB § 119 から間接的に導かれるにすぎず、文字上導きうるかは定かではない⁶⁹。抽稿前編(前号)にて述べた伝統的な *error* 型アプロ

チの範囲を脱するものであるとは言い難い。

第二に、本章での結論ともなる *error-mistakes* 型アプローチに於ける論理構成としては、大凡オランダと南アフリカのアプローチに共通性を見出すことが可能であろう。即ち、信義則 (*goede trouw*) を基礎とする信頼主義概念であるとか、正当な錯誤 (*iustus error*) という概念によって一貫性を持たせることが可能である。そうであれば、これらの具体的部分とはどのように判断されるべきであろうか。これについては、スコットランドでの態様が参考になろう。即ち、相手方の態様を踏まえた責任の転換——即ち、「リスク配分」である。このリスクは、単に「酷か否か」という専ら主観的な判断基準ではなく、「どちらがかかるといふリスクを支配していたか（支配可能であったか）」という問題である。こうしたスコットランドの態様を踏まえ、オランダ及び南アフリカの議論を再整理することで、一貫性を見るのが可能であろう。尤も、それが更に具体的な事例ではどのようなものが挙げられるか、或いはそもそも日本に於いて整合しうるのであるかという問題については、次章にて日本に於ける改正法部会及び近時判例の態様に言及した後、それを踏まえてV章に於いて改めて検討を行う。

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

1. 序

以上に於いて、*error-mistakes* 型アプローチの構造一般について述べた。本章では上記アプローチと、日本の債権法改正に於ける議論及び近時判例の態様を突き合わせることで、日本に於けるアプローチと *error-mistakes* 型アプローチとの「距離」及び、日本法への同アプローチの受容可能性を検討する。

2. 民法（債権関係）改正に於ける「不実表示」の議論

中間試案段階では、95条関係2項イ号に於いて、動機型錯誤の分類系として、相手方の不実表示を要件とする一方、表意者による動機の表示を求めない形での立法案が挙げられた⁹⁰。「信頼の正当性」という要件については争いが存した⁹¹。反対派の主張としては、正当な信頼という要件が存する場合は、専ら法律行為の内容化が争われ、結局錯誤による処理に接近するため、不実表示の

意義を没却するという。しかし、正当に信頼したからといって必ずしも法律行為の内容とはなり得ない場合も存する⁸⁰。更に「相手の行為と錯誤の因果性」の観点から表意者が適切な情報収集を怠った場合は「相手方の行為」、すなわち不実の表示によってではなく「表意者の情報収集懈怠」にあるとして因果性を否定することで過度な表意者保護に至らないだろうとする考えに対し、「因果性は本来、事実に判断されるものであるから、「正当な信頼」要件を独立に要求し、そこで因果性とは別に、正面から規範的に判断する場を確保するのが望ましい」とする指摘も存する⁸¹。

そもそもオランダ法上の信頼主義的価値判断が実質的に信頼の正当性要件に相当するところ、その意義が没却されるには至っていない。寧ろ、正当な信頼とは、南アフリカ法で述べられた「正当な錯誤」の原則に近いものであると考えれば、その中身は両当事者の態様を慮るものへと繋げることが可能である。

3. 近時の判例に於ける展開—旧来的な「意思の欠缺」論からの脱却、「リスク配分」論

また、上記のような立法段階に於ける議論の実質面のみならず、近時の判例に於いてもリスク配分的解釈が採られているように思われる。即ち、従来の如き絶対基準的な意思の有無での判断ではなく、「立場」など「相手方の態様」と「約款」を踏まえた契約解釈及び錯誤無効の認定が為されており、相対的な解釈となっているものと考えられる。

まず、惹起型錯誤の事例であり不実表示を認めたものと指摘された⁸²α)最判平成16年7月8日判時1873号131頁(以下「α判決」)と、β)東京高判平成19年12月13日判時1992号65頁(以下「β判決」)を挙げたい。

α判決は破棄差戻しを命じるものであるため、その結論について述べるところではないが、錯誤無効を否定した原判決を破棄するものである点で、錯誤の可能性を指摘するものであると云える。同事例は(1)Yらが、X₁会社に対し「X₁会社の株主でも取締役でもないX₂及びX₃が開催したX₁会社の株主総会において行われたものである」と主張して、本件各決議が存在しないことの確認を求め(以下「第1事件」という)、これに対し、(2)X₂、X₃が、Yらに対し、本件各株式の売買契約は、Aの詐欺によるものであるからこれを取消す旨、又は錯誤、公序良俗違反若しくは暴利行為により無効である旨など

を主張して、 X_2 、 X_3 が X_1 会社の株式 49 万 8000 株ずつを有する株主であることの確認を求める事案である⁸⁸。これにつき、原審は「 X_2 は、その本人尋問及び陳述書において、本件各売買契約締結の際に、 Y からどのような説明を受け、どのように考えて契約を締結するに至ったのか、どのように誤信したのかなど、具体的な意思決定の過程について、何ら供述ないし陳述するところがない」として、要件たる事実の不足を指摘した上で「 X_2 及び X_3 において、 X_1 会社の全株式を合計 2 億円で被上告人らに売り渡したことにつき、錯誤や Y の欺もう行為による誤信があると認めることはでき」ないとして錯誤無効の成立を否定した。これに対して、 α 判決では、錯誤の事実を推認した上で「記録によれば、 X_2 が、当時、同上告人及び X_3 の資産の運用管理を Y にゆだねており、同人の誠実さを疑うことなく、全面的に信頼していたこと等がうかがわれるのであり、これらの事情等に照らすと、上記の事実をもって、直ちに、 X_2 が X_1 会社の株式の実質的な価値について正確に認識していたものとは認め難い」として、錯誤の判断基準に「相手方に対する信頼」という基準を含めた上、「 Y からの働き掛けにより[...]錯誤に陥った」として、錯誤無効の可能性を示唆した。同判決は、欺罔とは云えない「相手方に対する信頼」と「相手方の働きかけ」といった「相手方の態様」に着目し判決を下す点で、相対的に解釈が為されている。

β 判決は、信用保証協会の X が Y の調査書類を基に、 Y に対して中小企業者 A の保証を為したところ、 A は中小企業者としての実体を有しておらず、そうあれば保証しなかったであろうという、性状の錯誤としての動機の錯誤の事例である。事実によると、 X は従前より Y に対して実地調査を含めた厳正な調査を求めていたところ、 Y 銀行は実地調査を行うことなく訴外 A 社から捏造された書類を受け取り、それを X に送付して X はこの書類を基に書面調査を行ったという事例である。その点で、相手方により惹起された錯誤の事例であると云える。これにつき、裁判所は上記の事実を踏まえた上で「中小企業者が企業としての実体を有することは、 X が保証をするための重要な要素であるといえることができる。[...] X は訴外 A 社が企業実体を有するものと信じていたといえることができるから[...]要素の錯誤があったといえることができる」として錯誤を肯定した。実態調査の不徹底に起因する誤った表示があった事実、それに対して信頼があったという事実を以って要素の錯誤を認定した。

上記の α 及び β 判決は動機の表示を問題にしない点で、不実表示法理の存在を肯定しうる⁸⁶。ところが、より最近の、それも最高裁判決である γ)最判平成28年12月19日裁判所時報1666号6頁では、 β 判決と同様に信用保証協会と金融機関の間で保証契約を締結したが、保証対象である中小企業者がその実態を有していなかったという事例であるにも関わらず、「動機は、たとえそれが表示されても、当事者の意思解釈上、それが法律行為の内容とされたものと認められない限り、表意者の意思表示に要素の錯誤はないと解するのが相当である」ところ、「金融機関が相当と認められる調査をしても、主債務者が中小企業者の実体を有しないことが事後的に判明する場合は生じ得ることは避けられないところ、このような場合に信用保証契約を一律に無効とすれば、金融機関は、中小企業者への融資を躊躇し、信用力が必ずしも十分でない中小企業者等の信用力を補完してその金融の円滑化を図るという信用保証協会の目的に反する事態を生じかねない。そして、Yは融資を、Xは信用保証を行うことをそれぞれ業とする法人であるから、主債務者が中小企業者の実体を有しないことが事後的に判明する場合は生じ得ることを想定でき、その場合にXが保証債務を履行しないこととするのであれば、その旨をあらかじめ定めるなどの対応を採ることも可能であったにも関わらず、本件基本契約及び本件保証契約等にその場合の取扱いについての定めは置かれていない」として(一般的な意味での)錯誤はあるが、無効を来す要素の錯誤は存しないと判示した⁸⁷。ともすると、裁判所は β 判決は否定されたのであろうか。これにつき、 β 判決の事実認定によれば、信用保証協会は金融機関に対して再三確認を求める文書を送付していたことや、金融機関側が当該文書で求められた調査(実地調査)をしていなかったことが認定された上で上記判断を行ったものであるところ、本件ではかような事実もなく、金融機関側もある程度の調査を行っていた事例であり、それを踏まえて「相当と認められる範囲の調査をしても[⋯]避けられない」場合を想定したものと云える。また、判決末尾に「もっとも、金融機関は、信用保証に関する基本契約に基づき、個々の保証契約を締結して融資を実行するのに先立ち、主債務者が中小企業者の実態を有する者であることについて相当と認められる調査をすべき義務を負うというべき」という一文からもそのようなことが伺える一方で、免責条項に引きつけて保証債務を免れる方向に構成すべきである旨示唆する。しかしながら、当該条項が存しない他の契約に於いてなお問題

となる余地は存する。従って、 β 判決に於ける判断は否定されたわけではなく、寧ろより具体的に立場等相手方の態様や契約の解釈を行うことで相対的に判断する枠組みが構築されているものといえる⁸⁸。

4. 小括; 若干の検討にかえて

改正部会での議論に於いて争われた「信頼の正当性」要件は、前述のオランダや南アフリカといった *error-mistakes* 型アプローチを採る地域での不実表示法に接近するものである。上に挙げた $\alpha \sim \gamma$ 判決に於いて、立場や両当事者の態様を踏まえての判断も、この「信頼の正当性」という要件に実質的に接近しており、日本の錯誤法が *error-mistakes* 型アプローチを受け入れる素地を充分に有しているものと考えられる。そして、現実に判例の要請としてこうした解釈が為されていることに鑑みれば、もはや不実表示は「明文化」されていないに過ぎないとも云えよう。

一方で、契約を維持した上で、損害賠償と過失相殺によって柔軟に解決すべく、不法行為による実現可能性も指摘される⁸⁹。このような立場は前述のドイツ法的態様に接近するものであるし、英国裁判所に於いて日本法が準拠法となって判断された事例に於いても、民法 709 条に基づく検討も示唆された⁹⁰ことを踏まえると、ある一定の説得力を持っているため、中間試案で取り上げられた動機の錯誤の一類系としてのアプローチに加え、この不法行為アプローチを紹介する。しかし、そのような契約末期段階に於いて、もはや金銭的按分ではなく、契約からの離脱を認めるべきであろう。この点については後述する。

V. 錯誤法の再構成—狭義の「意思」理論から「リスク配分」論へ

1. 序

以上の各章では各アプローチの態様について述べ、とりわけ前章に於いては日本の近時態様に言及した。本章では以上を踏まえた上で、筆者による整理と検討により錯誤法の理論的再構成を試みる。それにあたり、まず①一般論としての錯誤法の再構成を検討し、次に②日本の判例等の態様を踏まえ、その理論的再構成と不実表示アプローチの可能性について検討する。

2. 一般論としての錯誤法の再構成の可能性—「ヨーロッパ契約法」を踏まえ

まず、本論文で述べてきたよう、*error*型アプローチと*mistake*型アプローチは根本的に異なるものであり、一方で*mistake-mistakes*の二重構造による*mistakes*アプローチによって一定の接近を見ていた。しかし、惹起された錯誤の場合に於いて*error-mistakes*型*mistakes*アプローチに於ける独自の射程が指摘されていたところ、日本に於ける上記 α 判決及び β 判決は惹起された錯誤についての事例であり、具体例、そしてその需要の存在を明らかにするものであると考えられる。実際、スコット法に於いては一方錯誤の拡張類型としての機能を有している。しかしながら、そもそも契約の無効・取消しの範囲を拡大することは、取引の安全に鑑みて果たして適切と云えるのであろうか。前述の日本の不実表示に関する議論に於ける、不法行為と過失相殺による柔軟な解決方法であるとか、ドイツでの*Favor Contractus*の拡大もそうした取引の安全という価値判断に出發するものと位置付けると、成る程、この様な考え方も妥当であるやもしれない。

一方で、仮にそのような利点があるにせよ、これらの考えは支持できない。何故ならば、紛争にまで発展した契約の終期に於いては当事者関係が契約を維持するのに好ましい状態にあるとは云えない場合が想定され、そうであればなおも契約によって当事者を拘束することは不合理である。そのため、契約関係からの「離脱可能性」を担保する必要がある。契約からの離脱は当事者間での解除権の行使によっても可能であるが、錯誤、或いは不実表示が存する事例であるからといって(仮に錯誤等の主張を認めないのだとして)、必ずしも解除可能な場合であるとは限らない。これに加え、確かに直接効果説の帰結として取消しと解除の性質は一見似ているものの、例えば債務不履行解除の場合であれば定期行為(民法542条。なお改正法では定期行為以外も含む)に該る一部の場合を除き、原則として催告を要する(民法541条)し、瑕疵担保責任(改正法では不適合責任)による解除であっても、契約責任説の立場からは一見すると無催告解除を認めた特則のようにも見えるが「目的を達することができないとき」初めて解除が可能である点で、直ちに解除することはできない。そこで、取消しは解除より迅速な離脱権として峻別されうる。

しかし、結局その効果を取消しとおくと、「硬直的」であるという批判⁹⁾を免れないが、そもそも取消しが為される場合であっても衡平にお互いの引き受けたりリスクに対する責任を按分することは可能である。即ち、BGB § 121(1)の

如く、取消しが為された場合に於いても、その取消しに対する損害賠償請求権を認めることによって離脱権を担保しつつも柔軟に責任を按分することが可能である。

また、前述の通り契約離脱権を制限し、契約に拘束させる考えを貫徹する場合、当事者の選択権を制限することになるところ、取消権を広く認めた上での責任按分であれば契約の継続であれ、契約からの離脱であれ、専ら当事者による選択が可能であり、私的自治の原則にも適うものであろう。

3. 日本の錯誤法の再構成の可能性—「錯誤」及び「不実表示」の理論的基礎の再検討

このような契約からの離脱可能性を広く担保した構成は、果たして日本に於いて可能なのであろうか。少なくとも、取消しをした者に対する損害賠償請求権の肯定は、契約締結上の過失理論によって構成可能であろう。

しかしながら、冒頭に於いて述べた「本来型錯誤」と「動機の錯誤」の理論的一貫性の問題もそうであるし、本稿で論ずるところである、 α 判決及び β 判決に見られるような現実に日本に流入した広範な錯誤 (*error-mistakes* 型) アプローチは理論的にどのように裏付けられるのであろうかという問題が存する。

これにつき、筆者は相対的基準による解釈に基づき、既述の「リスク配分」論という枠組みで考えることで、一貫した説明が可能であると考ええる。そもそも、動機の錯誤が意思の欠缺論に不整合である一方、原則型錯誤をも瑕疵ある意思表示の類型に含めるというのも問題があるということは既に述べたところだが、動機の錯誤自体、そのような動機段階での錯誤は本来的には錯誤者が負うところ、その動機が表示されることによって相手方にその「リスク」が転嫁されるとの説明が可能である。また、上記伝統的動機型錯誤に限らず、不実表示であっても $\alpha \sim \gamma$ 判決についてもこのリスク配分論から説明が可能である。更に不実表示によって「リスク」が転嫁されるという原則の上で、約定や相手方の立場、その他調査義務等の態様を踏まえ、その「リスク」の最終的所在を決定するものと考えられる。このように考えれば、 β 判決と γ 判決の結論も一貫性を持って説明可能である。また、リスク転嫁を為す「事実」をある程度明確化することも可能であるから、全く無秩序なケースバイケースというわけではなく、機械的に論理分別化することも可能である。

このように、現代までの日本の錯誤法に於けるアプローチは、従来の狭義の「意思理論」から、「リスク配分論」への転回が為されており、それに従って錯誤法を再構成するのであれば、最早立法論に於いて敢えて不実表示を「導入」するまでもないが、そのような解釈論を「明文化」することが望まれる。或いは、そのようなリスク配分的理論は英米での客観主義に接近するものとも云えるだろう⁹⁰。大陸法、特にドイツ法に於いても、リスク配分が錯誤の成否の判断に直結するに至ってはいないが、契約締結に於ける「リスクを負う領域 (*Risikosphäre*)」という概念自体は、主に動機の錯誤に於ける議論の中で既に存在する⁹¹ため、従来の理論から全く根本的に転回するというわけでもなく、整合化を図ることも可能である。これらの「リスク転換」という現象は、日本に於ける不実表示法の要件として挙げられた、前述の「信頼の正当性」という要件に引きつけて解釈することで、論理的に矛盾することなく、また全く新たな概念を生み出すこともなく、日本の錯誤法に組み入れることが可能であろう。

尤も、今後の態様として、日本法に於ける錯誤を仮に「リスク配分論」に基づかせたとして、それが専ら英米的な客観主義的リスク配分論に振れるか、それとも南アフリカの正当な錯誤 (*iustus error*) 概念であるとか、オランダ的 (或いはスイス的な) 信頼主義原則に基づくリスク配分論に振れるかによって、その射程・解釈手法は具体的部分で大きく変わってくるのが予想される。

VI. むすびにかえて

以上、本稿では各地域のアプローチを巡った上で、錯誤論の再構成と、その中の不実表示の組入れについての検討を行った。その結果、どうも日本に於いても「リスク配分論」という展開の中で、不実表示を含め錯誤法を整理することが可能であるようだ。従って、今迄の錯誤法の解釈自体、このような *error-mistakes* 型の整理を行うことも可能であろう。即ち、本稿の結論を大括に述べれば、解釈論として、*error-mistakes* 型アプローチは「リスク配分」という考えの上で成立しうるし、近時判例自体——それが裁判所の意識か無意識かはともかく、既に「リスク配分」論的に整理することが可能な状態にある。

しかし、それはあくまでも現行法下の話に過ぎない。無論、日本の改正法は文言上不実表示を含まないことは既に明らかであるが、加えて本稿では、改正

95条では動機型錯誤の表示要件が明文化されたために不実表示の解釈可能性が阻害され、硬直化する恐れを指摘したい。鹿野菜穂子教授は「確かに、改正法案においては従来の判例が用いて来た定式とは若干異なり、法律行為の基礎とされていることが『表示され』という表現が用いられることとなった。しかし、この表現が、従来の判例において『(動機の)表示があった』、『(動機が)表示されて意思表示/法律行為の内容とされた』などの文言の下で行われてきた判断を変えるものでなく、そこに同じ機能が期待されるのであれば、相手方による錯誤の惹起という事情も、この表現の下で重要な考慮要素とされることになるはずである」⁶⁶⁾と述べるが、機能的期待によっても、文言に逆らうことにかわりはなく、解釈の硬直化の可能性自体も否定できないし、本改正の目的の一つに早速反する状況が創出される結果となる。従って、民法改正という大きな転機を経てもなお、錯誤法については未だ課題は残るところである。

64) なお、スリランカも同様にローマンダッチローの上に英米法を継受するが、スコットランドや南アフリカのように法的解釈が混合したわけではなく、ある事項については英米法、ある事項についてはローマンダッチロー、またある事項については慣習法という形のある種「縦割的」混合であり、錯誤のアプローチを比較するにあたっては本稿に云う混合は存しないため、ここでは扱わない。

65) 植民地支配等を背景として「受容」したことによる混合法域と、国際取引の態様その他の事由を踏まえ能動的に取り入れたことによる「混合法域」の二つは、その作為的や否やの違いから区別して論じられるべきであろう。従って、本稿では、植民地支配等を理由とするある種の不作為的な混合法域を「受動的混合法域」、自ら取り入れたことによる作為的な混合法域を「能動的混合法域」として区別する。

66) See. Peter Birks & Grant McLeod, *Justinian Institutes*, pp.18 ff., (New York, 1987)

67) See. Reinhard Zimmermann, 'Double Cross: Comparing Scots and South African Law', in R. Zimmermann, Daniel Visser & Kenneth Reid (eds), *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective Property and Obligations in Scotland and South Africa*, pp.1-33 (Oxford, 2004); 本稿に於ける比喩表現は同論文のものを拝借した。なお、本旨から逸脱するため言及に留めるが「ケープに於いては裁判所制度と民事手続法制に於いてイングランドの方式が持ち込まれたが、スコットではこれは起こらず、重要な(イングランド・スコット間での)摺り合わせが為されたのは、19世紀初期になってのことであり、寧ろ1707年以前のスコット民事手続法制はオランダに準ずる大陸型であり、その意味で南アで見られるコモンロー式民事手続法制は、必ずしもスコット法と並行でない」と、主に手続的観点からの指摘が存する(p. 17)。

68) ツィンマーマン・前掲註51) 133頁以下

69) 同上 135頁

70) *Vijoen v. Hillier* 1904 TS 312(315 ff.)

71) *Ibid.*

72) 同旨・ツィンマーマン・前掲註51) 135頁

- (73) 同上 132 頁
- (74) 同上
- (75) 同上
- (76) 同上 133 頁
- (77) *E.g.* David M. Walker, *The law of Contracts and related obligations in Scotland 2nd ed.*, pp.230 ff.(London, 1985)
- (78) *E.g.* Cartwright, *Misrepresentation, op. cit.* n.45 pp.455 ff.
- (79) *E.g.* Walker, *op. cit.* n.77 p.230
- (80) Walker, *op. cit.* n.77 p.231
- (81) *Ibid.* p.257
- (82) Juriglobe, Ottawa University (<http://www.juriglobe.ca/eng/index.php> [last visited: 11/30])
- (83) BW Art. 6:228 1a. indien de dwaling te wijten is aan een inlichting van de wederpartij(錯誤が他方当事者にの不法による場合), tenzij deze mocht aannemen dat de overeenkomst ook zonder deze inlichting zou worden gesloten 同条は英米の不法表示を直接に継受するものではなく、Unidroit Draft Convention 1972 の影響をうけるとの指摘が偽される。See. Arthur S.Hartkamp, 'The development of Dutch Private Law in European Perspective', *The Organising Committee of Symposium: Dutch and Japanese Law Compared* (Ed.), *Dutch and Japanese Laws Compared*, (Tokyo, 1933), p.16(pp.7-29)。但し、本稿に述べるように、判例上の基礎はこれに先行する。一方で、英米錯誤 (mistakes) と必ずしも同一でないことが判る。
- (84) A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh (Bewerkt), *Verbindenissenrecht; Algemeenovereen-komstenrecht*, p.195(Deventer, 2014); 尚、前号に於いては同語を「契約阻害的錯誤」と翻訳したが、前号脱稿後に再検討したところ、*erreur obstacle* とは双方の情報共有、疎通に対する障害が存する場合を指すことを踏まえれば、「両当事者の間に障害が存在する状態」を強調するべく、本号では「障害存在型錯誤」と改める(その意味で、前号に述べたよう、英米に於いても無効が認められる *common mistake* に接近するものであるという結論には変わらない)。なお、*erreur obstacle* の概念自体は改正以前フランス民法下では明文がなく、あくまでも CC § 1108 より「暗黙に」導かれるにすぎなかった旨も加えて述べる(以上、Barry Nicholas, *French Law of Contract*, pp.94 ff.(London, 1982)を参照)。
- (85) *Ibid.* p.203
- (86) *Ibid.*
- (87) *Ibid.*
- (88) *Bernhard Staebelin*, *Estoppel und Vertrauensprinzip, in Aequitas und Bona Fides*, ss.381-399(Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius,1955)(喜多祐祐訳)「ベルンハルト・シュエテリン『禁反言と信頼主義』(小樽商科大「商学討究」42 頁(41-60), 8 巻 2 号(1957)); なお、紙幅の都合上紹介に留めるが、スイスに於ける錯誤法の信頼主義原則との関係では磯村・前掲註 24) の第 3 章も参照されたい。
- (89) *Közg. Vertragsrecht op. cit.* n.18 s.128
- (90) 中間試案・前掲註 1)
- (91) 信頼の正当性要件を否定するものとして、第 32 回議事録・前掲註 4) 15-16 頁〔山本(敬)幹事発言〕、肯定するものとして同 16-17 頁〔鹿野幹事発言〕及び 19 頁〔内田委員発言〕
- (92) 同上・鹿野発言
- (93) 三枝健治「錯誤・不実表示」33-34 頁, 別冊 NBL147 号 1-72 頁(2014 年)
- (94) 部会資料 29・前掲註 2) 10 頁
- (95) X や Y, A への置換は筆者による。
- (96) 尤も、黙示の表示があったのだとする説も存する(第 32 回会議議事録・前掲註 4) 4 頁〔岡本委

員発言)。中間試案段階では、この岡本委員発言を以て「動機の錯誤による対応で十分で、これと新たな規定を設ける必要はない」という批判に至ったが、基本的に岡本委員の説示によると、不実表示なるルール自体存在せず、伝統的な動機の錯誤の範疇での処理が為されているとの認識に立っているため、要件上差異がないことを前提とするものであり、従って不実表示の存在以前に、かような特殊処理の存在を否定するものである。本稿ではこのような岡本委員の立場を、伝統的な動機の錯誤と α 、 β 判例の説示するところを同質であると位置付けるものとして、「同質説」とし、不実表示論者によるそもそも要件を異にするのだという考えを「異質説」と呼ぶ(例えば、このような立場に立つものとして、三枝・前掲註93) 31頁。これにつき、ここまでで指摘したことからすると、仮に「約款」解釈が黙示の表示に該るとしても、 α 判決及び β 判決の示すような「相手方の態様」を考慮する点で、従来の動機型錯誤とは異なるものであると考えられるものであるから、異質説が妥当であると考える。

- 97) なお、 γ 判決の前提として、最判平成28年1月12日①最高裁判所民事判例集70巻1号1頁、②金融法務事情2035号14頁③判例時報2328号60頁、④金融法務事情2035号6頁の、実態が反社会的勢力であったが、信用保証協会の錯誤無効を否定した四事例が存し γ 判決もこれを引用するが、これらは反社会的勢力事例である。従って、同事例は公法的・政策的判断を含むものと考えうるため、不実表示論に引き寄せるべき事例ではない。このことから、これらの事例が錯誤無効の成立を否定したことは本稿の主張に反するところではない。
- 98) なお、石尾賢二「信用保証協会に関する二つの最高裁判決について」85頁、法政研究21巻3・4号は信用保証協会特有の問題である旨も指摘するが、基本的に「信用保証協会」という立場を慮ること自体、相対的基準による解釈の一環であると云える。
- 99) 部会資料29・前掲註2) 10頁
- 100) *Lupofresh v. Sapporo* [2013] EWCA Civ 948; なお、同事例では結論的に不実表示の主張を斥けるものの、要件(necessary elements)の不足によるものであって、その可能性を否定したものではなく、本稿では不法行為による構成可能性の示唆として取り上げる。
- 101) 部会資料29・前掲註2) 10頁
- 102) 現にアメリカ法が「リスク配分論」を採ると指摘するものとして、古谷英恵「アメリカ錯誤法の足跡(一)—The Flow of American Law of Mistake(1)—」(41-68頁)、明治大学法学研究論集23号(2005)が挙げられる。また、本稿では深く踏み込むことはしないが、そもそもアメリカに於いて、とりわけ消費者契約に於いて、専ら約款への同意という意味で少なくとも「意思」的な合意=consentが死に至らしめられているという指摘も存する(Peter A Alces, *The Death of Consent?* p.32(30-60) in Larry A Dimatteo & Martin Hogg (eds), *Comparative Contract Law; British and American Perspectives*, (Oxford, 2016))。日本も定型約款明文化(とりわけ、その変更)に大に関係しうる。
- 103) *Kütz*, *Vertragsrecht op. cit.* n.18 s.128
- 104) 鹿野菜穂子「惹起型錯誤・不実表示と消費者契約法4条」29頁(23-29)、法教441号(2017)