

日本錯誤法の「アプローチ」的位置付け 及び理論的再構成 (1)

— error 型アプローチ、mistakes 型アプローチ、error-mistakes
型アプローチ、そして日本の錯誤の「リスク転換構造」 —

森 勇 斗^{*}

- I 序章
- II 伝統的アプローチに於ける「リスク転換構造」(以上、本号)
- III 混合法域でのアプローチに於ける「リスク転換構造」
- IV 伝統的な日本錯誤法の「位置付け」と、近時判例に於ける「変容」
- V 結びにかえて：日本の錯誤法の「位置付け」と「理論的再構成」

I 序章

1. 背景及び問題の所在；錯誤法の現代的展開の示唆

日本に於いて、「民法の一部を改正する法律（平成 29 年法律第 44 号）」（以下断りなく「改正法」と述べる場合、本法律を指す）が成立し、約百年ぶりとも云われる民法の改正が実現するに至ったことは公知のことである。その作業の過程に於いては、旧来の判例法理の明文化、そうした判例法理に内包される諸問題の解決、或いは諸外国法の態様を踏まえた日本民法の再構成が試みられた。一方で、同改正は本邦の法典の現代化作業であると謳われるが、果たして必ずしもその役割を担っているものか、或いは改正によって論理的不整合が生じているのではないか、という疑問が存することについては、既に既発表の拙稿にて、その問題提起を試みた¹⁾。

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 20 巻第 1 号 2021 年 3 月 ISSN 1347 - 0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士課程・日本学術振興会特別研究員 DC1

既発表論文に於いて提起した問題点を纏めると大凡以下の通りである。

第一に、従来本邦に於ける錯誤とは「意思の欠缺」を理由に契約の成立自体が否定される（即ち、「無効」）という説明であったが、①根本的に、動機の錯誤を観念した際に、動機の錯誤事例に於いては「意思」に、動機が誤っていたことによる「瑕疵」が存するのみであって、あくまでも「欠缺」状態にはない。②反対に、「瑕疵ある意思表示」を淵源にするのであれば、本来型錯誤にはそもそも瑕疵が存するべき「意思」自体が存在しない。これに加え、③出訴権者の問題である。即ち、「無効」という効果でありながら、錯誤主張は原則その表意者に限定されている²⁾点で、本来的「無効」の意味とは異なった様相を呈している（所謂、「取消的無効」である³⁾）。改正法ではこれを踏まえた上で錯誤法の効果自体を「無効」より「取消し」に改めるが、しかし従来の本邦で議論されてきた「意思理論」の立場からすれば「意思が存在しない」即ち「意思表示として成立していない＝無効」であるものを「取消」すというのは、論理的不整合に他ならない。④更に、ここに法典上明文化には至らなかったが、「不実表示」（或いは「惹起型錯誤」とも呼ばれる）概念が混入した場合、これは相手方による実ならざる表示によって錯誤を惹起せしめるものであるから、翻って「瑕疵ある意思表示」であるし、実際、改正議論に於いては「動機の錯誤のサブルール」としての導入が見込まれていた⁴⁾のであるから、従来の“狭義の”意思表示理論（意思の欠缺理論や、瑕疵ある意思表示論を指す。以下、断りなく「狭義の意思表示理論」と述べる場合は同義として用いる）に服し、やはり「瑕疵ある意思表示」類型に服さし

1) 拙著「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（1）」一橋研究 43 巻 2-3-4 号（2019）、1-14 頁及び同「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（2・完）」一橋研究 44 巻 1 号（2019）、1-15 頁；特に同稿（1）3 頁及び（2）14 頁に於いて改正 95 条に於ける旧来の理論的不整合と、判例との不整合可能性という問題点について若干の指摘を行った。

2) 最判昭和 40 年 6 月 4 日民集 19 巻 4 号 924 頁

3) 改正にあたりこのような取消的無効状態から、無効を維持することが問題である点を指摘するものとして、山本敬三「民法改正と錯誤法の見直し——自律保証型規制の現代化」同著『契約法の現代化』（商事法務、2018）、235 頁（205-267）が挙げられる。特に、単に「無効」と規定する場合の混乱を問題とする文脈で「相対的無効について、取消しと異なる規定を整備できるのであればともかく、そうでない限り無効構成を維持することには大きな問題がある」とする。

められることとなるだろうが、そうであれば、「本来型錯誤」、「動機型錯誤」そして「不実表示（惹起型錯誤）」をかような狭義の意思理論の下、一元的な理論的体系化を行うことには不整合が存する。しかし、こうした現象は、この「狭義の意思理論」に基づき錯誤法を構築すること全般、即ちドイツやフランスといった国々に於いても必然と云えることであるのか、或いは我が国に於ける同理論の発展過程に於いて、今日不整合を来すことになったのかは明らかではない。

とりわけ、不実表示論についてはとくに未だ疑問が残るところである。即ち、不実表示については、結局のところそれ自体が否定されたのか、或いは不文であるが解釈より可能であるのか、ということについても十分な議論が為されておらず、同法理の認否から、理論的枠組みまでもが明らかでない⁵⁾。

そこで、既発表の拙稿⁶⁾に於いては、各国の錯誤アプローチを概観した上で、本邦での近時判例の検討から錯誤法の理論的整理を試みた。しかしながら、同稿に於いては筆者の未熟もさることながら、紙幅の関係から、十分な論証を為したとは言い難いというのが筆者の本心である。そこで、本稿では錯誤法の再構成という議論を改めて、しかし、とりわけ後述「リスク」の支配、原始的所在、或いはその転換構造という、異なった観点を主眼として整理する。

2. 錯誤の、一種の「リスク」としての検討

i) 問題の所在

錯誤法は、本質的には錯誤が存したときに相手方からすれば「法律行為（本稿では、特に契約）が無効／取消しとなり、当該法律行為の結果が到来しない」、

4) 「法制審議会 民法（債権関係）部会 第32回会議 議事録」（2011）、1頁の笹井関係官発言によれば、あくまでも一意見として位置づけられているが、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（2013）[<http://www.moj.go.jp/shingil/shingi04900184.html>] last visited: 24 Sep 2019]、2頁に於ける本条該当案では錯誤規定の一環として位置付けられている。具体的には95条案2項内に、ア号の動機の錯誤と並びイ号として「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」には取り消しができるものとしての規定が検討されていた（中間試案2頁参照）。

5) 拙著（1）・前掲註1）、2頁；また、不実表示は通説的「動機型錯誤」には該らないが、「意思表示の『基礎条件』」という観点からは、これを肯定できる（川島武宜『「意思欠缺」と『動機錯誤』同『民法解釋學の諸問題』（弘文堂、1949）、189頁（188-226））

6) 拙著（1）（2）・前掲註1）

或いは錯誤者側からすれば「無効／取消しとはならず、当該法律行為に拘束される」、という「リスク」をどのように分配するべきかを取り扱う規定である。具体的に、改正前民法の明文に照らして述べれば「法律行為の要素に錯誤があったとき」且つ「表意者に重大な過失」がなかった場合に於いて、表意者から相手方に錯誤による「リスク」が転嫁される、という構造となっている⁷⁾。

そして、不実表示は、議論としては改正法議論に於けるものであるが、小林の述べるよう「錯誤が相手方に認識可能な時は、相手方には表示に対する保護する信頼はなく、相手方としては錯誤主張による意思表示の効力否定を覚悟すべきである」との見解自体は従来より支配的であり⁸⁾、(理論的な符合は本稿で後に議論するとして)まして相手方により帰責性が大きい不実表示類型についても含めて検討されるべきであろう。

錯誤理論の根底は、従来、当該法律行為を為す意図が錯誤者に存しないのであれば、それを直ちに意思の欠缺、或いは瑕疵ある意思表示として、無効または取消しという結果を到来させようとする意思理論と、他方、取引の安全の観点からして、無効または取消しという結果の到来に対して、一定の制限をかけるべきとする表示理論との緊張の中で発展してきた。この点につき、起草者・富井は同様に「表意者ノ意思ヲ過重シ輕微ナル錯誤ト雖モ其意思表示ノ効力ニ影響スルトセハ取引ノ安全ハ寸時モ之ヲ保ツ事能ハサルヘシ故ニ極端ナル意思主義ニ依ルヘキニ非ズ左レハトテ又全然表示主義ニ基キ眞意ヲ度外視スルコトヲ得ヘカラサルハ勿論トス」との見解を述べる⁹⁾。このような配慮は、本来型錯誤であれば取引の安全の観念として顕れ、後には、動機型錯誤に於いて、内心の意思を基準としつつも、他方で、当該錯誤が法律行為の基礎部分(所謂、動機)に存するにすぎない場合にはその表示を求めるなどといった構成に顕れている。

確かに、従来、錯誤法はかような意思主義と表示主義の緊張関係(狭義の意思表示理論)に拠って説明されてきたが、起草者・梅の時点に於いても、本来の錯

7) 小林一俊「表示主義的要件論のまとめと危険分配の観点」、459頁、同『錯誤法の研究(増補版)』(酒井書店、1997)、459-515頁

8) 同上、463頁

9) 富井政章『民法原論 第一巻總論』(有斐閣、1904)、357頁

誤を「意思ノ欠缺」とおきながらも、他方で動機型錯誤（ここでは「理由の錯誤」）について別個とするよう¹⁰⁾、本来型錯誤と動機型錯誤は同一に述べることはできない（動機型錯誤は意思表示に瑕疵が存するのみで、意思の欠缺状態にない）。

また、従来の動機型錯誤の類型に加え、かかる動機の形成が相手方により惹起された場合も尚問題である。即ち、（狭義の）意思表示理論によれば、「相手方により惹起された錯誤」事例、例えば、「信用保証協会 X が、金融機関 Y による中小企業者 A に関する情報提供に基づき、YA 間の金銭消費貸借契約に於いて A を保証したが、後に至ってこの A が中小企業者としての実体を有していなかった」という場合¹¹⁾、A を保証する内心の意思と、その表示が存したのであるから、意思表示としては有効であるが、他方で、その原因に相手方による誤った情報の提供（これは故意ではないものとする）により、保証すべき対象の性質に錯誤が生じたにすぎず、結果的に、意思表示に瑕疵が存するにすぎない。

即ち、従来の意思表示理論に拠る説明は、一見して包括的な根拠を示すようであるが、その実態に於いては、意思の欠缺事例と、瑕疵ある意思表示事例が混在しており、また、そうであればその効果が一律に無効、或いは取消しであるということには不整合が存するものと云わざるを得ない¹²⁾。

10) 梅謙次郎『民法要義 卷之一總則篇 訂正増補五版』（和佛法律学校明法堂、1897）、190 頁

11) 東京高判平成 19 年 12 月 13 日判時 1992 号 65 頁を基に簡略化した例。なお、最判平成 28 年 12 月 19 日裁判所時報 1666 号 6 頁についても、同様に中小企業者の実体が存しなかった事例であるが、結論を異にする。これについては本稿にて後述する。尤も、東京高判 19 年の事例については、Y にとってかかる契約は「相手方の存しない契約」であり、Y にとっては性状の錯誤ではなく相手方同一性の錯誤とも云えるし、翻って X にとってもそもそも保証すべき契約も相手方も存しない事例であるから、そもそも動機型錯誤として出発できるのであろうか、という疑問も呈される（滝沢昌彦「判批」私法判例リマークス 38（2009 上）、11 頁（10-11））が、同事例に於いては、確かに法的に保証対象たる「中小企業者」は存しないものの、その企業者らしき外観を有したものは存している以上、あくまでも「中小企業や否や」という問題は性状の問題となる。

12) 例えば、我妻榮『新訂 民法総則』（岩波書店、1965）、298 頁にも述べられるように、動機型錯誤であれば「意思の欠缺」ではない。尚、その前提を踏まえて、錯誤を「動機をも含めて表示されたことから推断されるところと、表意者の意図のどこかに食い違いがあれば錯誤である」と述べるが、実態としては確かにそうであるものの、理論的な根拠付けとは評価し難い。従って、本来型錯誤と動機型錯誤に限っても、理論的検討の余地がある。

以上を踏まえ、こうした「本来型錯誤」、「動機型錯誤」、そして「惹起型錯誤」を論じるにあたっては、そもそも意思の欠缺であるとか、瑕疵ある意思表示といった、狭義の「意思表示理論」という、ある種のドグマに束縛されること自体に問題が存する。この従来の配分法は、専ら表意者側の事情にのみ着目するものである点に問題が存する。

即ち、錯誤が意思表示理論に根差してきた理由が、取引安全という、「リスク」の配分の問題に鑑みるものであることを踏まえれば、(法律行為の一般規定そのものとしての意義(単独行為を含むもの)に限定するのであればともかく)相手方が存する契約型類型に於ける錯誤の問題であれば、当該相手方との関係性も踏まえて、錯誤無効／取消しの認否を論じるべきである¹³⁾。

そこで、本稿では、かかる「リスク」の配分プロセスの問題につき、理論上どのように再構成するべきか、という点につき検討する。

ii) 本稿に於ける検討手法

以下、本稿に於ける検討手法を述べる。予め留意すべき全体の前提として、本稿に於ける比較法の意義は、必ずしも本邦への直接的示唆の発見ではなく、基本的には或る法及びその法的な理論構成を一種の社会からの抽出結果と捉え、本邦の錯誤法の理論的構築への手懸りとするものである。

この前提の上で、本稿Ⅱ章に於いては、先ず日本法の現況について一旦の整理を行ったのち、日本民法典制定過程に於いてその主たる母法として参照された、ドイツ及びフランスでの理論構成及び、当該理論構成によって、現実的には、上に示した「無効／取消しとなる」或いは「無効／取消しとならない」可能性という意味での「リスク」がどのように法文上及び手続き上で配分されているのかを論じる。とりわけ、この部分については、独仏ともに意思理論とは無関係ではないことにも注目する¹⁴⁾。

13) かような、相手方の態様を考慮しない規定スタイルの問題については小林・前掲註7) 461頁に於いても指摘されている(但し、表意者重過失の場合でも相手方が悪意であった場合、錯誤の主張は可能であろうという指摘については改正民法95条3項1号によって改善されている。但し、ここで触れているのは表意者重過失類型の相手方の態様考慮であり、専ら相手方自身の態様についての問題は残る。これにつき、詳しい検討は後述)。

他方、大陸法圏以外にも伝統的に錯誤は論じられている。具体的には、(詳しくは後述するとして) 所謂英米法に於ける錯誤法は、大陸法と比較し、異なった発展を遂げている。とりわけ、本邦の改正にて問題とされた不実表示¹⁵⁾について、判例法的な蓄積及び立法を有する¹⁶⁾。そうした意味での「リスク」の配分構造を本邦、或いは独仏と比較することで、理論的な示唆を得られるが、なにより大陸法的意思理論構成の相対化に繋がる点、重要である。

その後、この大陸法的な広範囲の射程と、不実表示或いは惹起型錯誤に該する法理乃至立法とが併存する地域、——所謂 Mixed Jurisdiction (混合法域) について取り扱うことにより、「第三のアプローチ」としての理論的提案可能性の検討及び、大陸法的錯誤法と英米法的錯誤法の理論及び構成的調和を図る。尚、詳しくは同章内にて述べるが、本稿では歴史的共通点より、とりわけ、オランダによる基礎(これをローマダッチローと呼ぶ; 後述)に基づく地域である南アフリカ及びスコットランド、そしてローマダッチロー時代以降も尚不実表示規定を取り入れる同様のアプローチを採るオランダという三国間での比較を行う。

Ⅳ章では、これらⅡ章及びⅢ章での理論の比較抽出を踏まえて、改めて本邦の錯誤法、特に近時判例がどのように位置付けられるべきかを検討する。即ち、本邦の錯誤法は大陸法的であると謂われているが、現実的に「変容」している可能性は大いにあり得る。とりわけ、最高裁平成 16 年¹⁷⁾、東京高裁平成 19 年¹⁸⁾、そして最高裁平成 28 年に出された四判例¹⁹⁾及び中小企業者が実体を有さなかつ

14) フランスについても、契約の定義(CC §1101)に於いて、改正(Ord 2016-131)以降は accord de volontés (意思の合致) という文言を用いるに至っており(改正前は convention)、その意味で現代フランス法に於いて意思主義の影響が存するものといえる。但し、留意すべき点として、同条では、「意思」そのものではなく、改正(Ord 2016-131)以降は accord de volontés として、それ以前についても convention と、「合致」としての単位で括るため、或いは旧法ではコーズ理論が採用されていたことから根本的に「意思」というものに対する考え方が異なる可能性が存する点が挙げられる。

15) 厳密には、Innocent Misrepresentation、即ち、「非詐欺的不実表示」を指す。本稿では、特別な断りなく「不実表示」と呼ぶ場合、これを指す。

16) 判例について後掲 Redgrave v. Hurd、立法は Misrepresentation Act 1967 による。

17) 最判平成 16 年 7 月 8 日集民 214 号 687 頁

18) 東京高判平成 19 年 12 月 13 日判時 1992 号 65 頁

19) 最判平成 28 年 1 月 12 日①民集 70 卷 1 号、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

た事例²⁰⁾については、専ら錯誤者の意思の如何に拠るというよりは、錯誤者の性質、相手方の態様等を踏まえる点で、そうした「変容」が垣間見える。この点、Ⅱ章及びⅢ章の成果を踏まえた本邦錯誤法の位置づけの再検討には意義が存する。

結章に於いては、第一に、主にⅣ章での検討を踏まえた上での理論的再構成・展開について纏め、第二に、債権法改正に伴う若干の課題を指摘し、本稿を結ぶこととする。

Ⅱ 伝統的アプローチに於ける「リスク転換構造」

1. 序論及び「日本に於ける状況」の概観

i) 「伝統的アプローチ」とは

本章全体に於いては、主たる大陸法及びコモンロー圏に於けるアプローチを「伝統的アプローチ」と呼称した上で、その各アプローチに於ける「リスク」の配分乃至転換構造について検討する。錯誤法の発展は、我々日本法も、“一般的に”分類される大陸法に於いてのみならず、コモンロー圏（とりわけ本稿ではイギリスを扱う）に於いても特異の発展が見られる。そこで、本稿本章では、これらの、比較的それぞれ旧くから存在するアプローチに於いてどのような構造が採られているのかを、とりわけ「リスク」の配分、転換構造という視点から検討して之く。

ii) 「日本法に於ける状況の概観」の前提；改正前までの理論的不整合

本章本節に於いてはとりわけ原則的な観点から日本に於ける錯誤法を概観する。これを踏まえた現代に於ける具体的な態様（特に判例を通して）の検討については、日本法の位置付けの再検討の意味も含め、比較法的俯瞰の後、改めてⅣ章にて論じる。

本節ii)号に於いては、とりわけ起草過程から新民法（改正前民法）に至るまでの過程とその疑問点を挙げる。

20) 最判平成28年12月19日裁判所時報1666号6頁

先ず、旧民法に於いては、錯誤の各類型によって、その要件・効果ともに文言上区別されていたことを述べておく必要があろう。例えば、財産編 309 条に於いては、当事者の錯誤にて合意の性質、目的又は原因の著眼に相違が存する場合で、身上の錯誤が「決意ノ原因」であるときは「承諾ヲ阻却ス」という効果が与えられるが、「附随ノ原因ニ過キサル」場合には「取消スコトヲ得べき」という効果が与えられている。これは、合意の成立要件に「承諾」の具備が求められるところ（財産編 304 条）、「阻却」とあるため、そもそも合意が不成立となることを示す（但し、合意の附随である場合には「取消し」となる）。その一方で、物の品質に錯誤が存する場合（財産編 310 条 1 項）であるとか、法律の錯誤（財産編 311 条）については、「承諾ノ瑕疵ヲ為ス」と云う効果が与えられている（正確には、財産編 311 条の場合、「承諾ヲ阻却シ又ハ承諾ノ瑕疵ヲ為ス」とあるため、上述の事項も参照）。上記が「合意ノ成立」要件であるところ、「承諾ノ瑕疵」が存しないことは、合意の有効要件として挙げられ、従って、合意は成立するが、かような合意は有効ではない、即ち無効となる。このように、現在では一括りに「無効」という効果で表すことができそうであるが、「合意の不成立」と「合意が有効でない」という区別が明確に存する。

又、草案 330 条に遡ると、同一性の錯誤は合意の不存在となり、理由の錯誤については相手方当事者の詐欺に拠る場合を除き無効原因とならない旨（反対に云えば詐欺的な場合は無効原因となる）、人の錯誤については、当事者の性質が合意を決定づけた原因であった場合は全くの無効を来とし、他方で、附随的に過ぎない場合「合意は取り消されうるのであって、無効ではない」旨述されており、やはり効果は峻別されている²¹⁾。

しかし、結局、新民法に至っては、その効果は一律に無効とされるに至る。確かに、プロジェに於いてはコンセントマンの瑕疵 (le vice du consentement) をなすとした²²⁾上で、参照されたイタリア民法 (art. 1109)²³⁾であるとか、フラン

21) Gustave Boissonade (W.M.H. Kirkwood [English Translation]), *Draft Civil Code Art. 1-1501*, p.77 in 星野英一編『ボワソナード民法典資料集成 後期 I 法律取調委員会 明治 19 年～21 年』（雄松堂、2003）

22) M. G. Boissonade, *Projet de Code Civil Accompagné d'un Commentaire Livre II^e Partie des Obligations*, (Tokio, 1882), p. 81

ス民法 (art. 1110) の効果自体は「無効 (nullité)」であって、確かに無効という効果への統一とは符合する。他方で、新民法は旧民法の「改正」という建前こそ採るものの直接にはドイツ民法を参照する。そして、そのドイツ民法は確かに *Motive* の段階に於いては (現行法と同じく Willensmängel という語を用いるも) 「意思と表示の不一致 (das Auseinanderfallen von Wille und Erklärung)」(日本に所謂「意思の欠缺」に符合する) を淵源とし、その効果は「無効 (Nichtigkeit)」である²⁴⁾。ところが、当のドイツ法については *Protokolle* 段階に於いて、無効ではなく、取消し (Anfechtbarkeit) ができると過ぎないと改められ²⁵⁾、現行法に於いてもその効果は維持されている (BGB § 119)。

従って、従来、改正前の日本法に於いてはドイツ的な意思表示理論に基づきながらも、他方で、ドイツ法が取り入れなかった「意思の欠缺と無効」の関係性を維持する立法に至っていた (改正前民法 95 条)。このような状況が、第一に日本錯誤法、とりわけ意思の欠缺を伴わない動機型類型に対する効果に於ける不整合を長らく内包し続けていたという前提を指摘できる。

iii) 日本法に於ける状況の概観；改正法に於ける議論

ア) 条文的言及

以上のような改正前の状況に対して、以下に於いては改正法に於ける議論を述べる。以下、日本に於ける民法 95 条の条文を、改正法と対比する形で提示する。

民法 95 条 (現行法)

意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったときは、無効とする。ただし、表意者に重大な過失があったときは、表意者は自らその無効を主張することができない。

民法 95 条 (改正法*2020 年 4 月 1 日施行)

①意思表示は、次に掲げる錯誤に基づくものであって、その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるときは、取り消すことができる。

- 一、意思表示に対応する意思を欠く錯誤
- 二、表意者が法律行為の基礎についての

23) *Ibid.* p. 82

24) *Motive* Bd. 1, § 98

25) *Protokolle* Bd. 1 S. 105

	その認識が真実に反する錯誤 ②前項第二号の規定による意思表示の取消しは、<u>その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたときに限り、</u>することができる。 ③錯誤が表意者の重大な過失によるものであった場合には、<u>次に掲げる場合を除き、</u>第一項の規定による意思表示の取消しをすることができない。 一、<u>相手方が表意者に錯誤があることを知り、又は重大な過失によって知らなかったとき。</u> 二、相手方と表意者が同一の錯誤に陥っていたとき。 ④第一項の規定による意思表示の取り消しは、善意でかつ過失がない第三者に對抗することができない。
--	--

上記の表に於いて顕著な違いを列举するならば、①効果を「無効」より「取消し」に改めたほか、②改正前の民法に於ける「要素」という文言を「法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なもの」と言い換えた点、③1項2号に於いて動機の錯誤が明記された点、④従来但書きに於いて、文言上、一律に「表意者に重大な過失があったときは表意者は、自らその無効を主張ができない」とされていたものに、判例通説上の限定を明文として加え、そして、⑤4項として第三者対抗要件に関する規定が加わった点である。

これらを先に列举した理由としては、何れも従来の議論に拠るものであるためである。先ず①につき、出訴権者を錯誤当事者に限定する旨を明文化したものと云える²⁶⁾。即ち、錯誤の効果(改正前は無効であったそれ)は形成権的性質のものであり、従って処分可能性を伴い、客観的な錯誤の有無を問題とするものでないことが改めて確認されたものと評価できる。こうした形成権的性質の「明

26) 最判昭和40年6月4日民集19巻4号924頁

文化」としての効用の反面で、出訴期間を問題とした場合、例えば成年後見人がついていない場合など、寧ろ取消権の形成権的帰結としての出訴期間制限の観点から、不当な結果が導かれる恐れが存するなどといった問題は存することには留意したい²⁷⁾。しかし、取消しという効果は上の如く錯誤法の形成権的性質にこそ符合するものの、一方で従来の「意思の欠缺」理論からの説明は破綻しており（法律行為の「不成立」となるため、その効果は無効となる）、他方で「瑕疵ある意思表示」であるのは、動機型類型のみであるのだから、その意味で、従来の狭義の意思表示理論での説明が困難な規定ならしめられている²⁸⁾。

次に、②の、「要素」という言葉を「法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なもの」と言い換えた点についても同様に、従来より「重要な」程度の意味であると解されてきた²⁹⁾ものを明文化したものである。第三には、（本稿の趣旨上、項数を前後し）⑤従来、第三者対抗要件が存しなかった錯誤規定に、詐欺規定とのバランスを踏まえ第三者保護規定を付け足したものである。

問題は、③と④（その前提としては上述「狭義の意思表示理論からの説明を困難ならしめる①も含まれる）である。これらも上記と同じくあくまでも従来の通説的見解を明文化、乃至は修正したものにすぎないが、その規定上に問題が存す

27) 滝沢昌彦「契約の成立・法律行為」法時81巻10号（2009）、38頁（37-42）；無効構成の上、信義則上の出訴制限を示唆する。

28) 従来の理論による説明によれば、意思の欠缺であれば、そもそも法律行為は「有効でない」、即ち「無効」であるにも関わらず、「取消し」とは一旦、有効となった契約を、その瑕疵故に遡って無効ならしめるのだから、理論的に整合しない。「意思の欠缺」理論に動機型錯誤をも服さしめる見解もザヴィニーによって示されるが、それは専ら「ローマ法依拠的」な説明であり、論理的に成功していないという（磯村哲「動機の錯誤と行為基礎——ドイツ錯誤論の発展——」同『錯誤論考——歴史と論理——』（有斐閣、1997）、8頁（1-134））。具体的に、ここでいう「ローマ法依拠的」なザヴィニーの錯誤論は「錯誤者には意思がない（Erratis nulls voluntas est）」という法諺に基づきつつ、その妥当範囲の限定を前提とし（川島・前掲註5）195頁）、ローマ法諺の列挙及び意思理論に基づき「なおいかなる法律行為にも動機を条件又はmodusとすることは可能であり、然るときは動機はこれらの法律関係に従って効力を生ずる」と説示する（川島・前掲註5）201頁；以上、常用漢字への置換は筆者による）。

29) 我妻・前掲註12）299頁；以下、参考程度に同氏の説明を引用する。「第九五条の効果を生じる錯誤は、法律行為の錯誤である。本条の立法理由が、錯誤者自身と相手方及び一般第三者の利益調整にあることにかんがみて、『意思表示の重大な部分に、錯誤、すなわち、表意者の真に意図したところとくい違いがあるとき』という意味に解すべきである。」

る。とりわけ、本稿にて注目したいのは、その効果の変更と、動機の錯誤の明文化及びその方法である。即ち、効果を「取消し」と改める場合、確かに出訴権者の問題や、4項の第三者対抗要件の規定を理論上正当化可能である³⁰⁾が、その一方で、前述の如く、錯誤を無効ならしめていた「意思の欠缺」という理論と整合しないこととなる。加えて、動機の錯誤、文言上では「法律行為の基礎」の錯誤について、これを本来型錯誤と同時に規定することは、従来の本来型錯誤と動機の錯誤の理論構成上の差異を無視するものであり、問題である。本来型錯誤は意思の欠缺、即ち「表示上の効果意思と内心的意思の食い違い、または前者に対応する後者の意思が欠けている」場合であるのに対し、動機型錯誤とは「表示上の効果意思と内心的効果意思とは形式的にも実質的意思にも符合」するものであり、「ただ内心的効果意思を決定するにあたっての効果意思の持つ意味と違っている」のみである³¹⁾から、従来、支配的であった、狭義の意思表示理論からの一元化は難しい。尚、我妻は「動機をも含む表示から推断される意思」と表意者の真なる意図の食い違いを以って一元化を試みる考え³²⁾は示唆的であるが、「表示から推断される」という語のより具体的な検討が必要であることから、本稿の後の検討に留保する。

加えて、動機型錯誤主張のための要件として、第2項より、当該基礎が、あくまでも「表示されてい」ることが求められている。即ち、相手方の表示に誤りがあったことによって錯誤が惹起されたという場合については、相手方は確かに自身の不実表示の結果であるのだから、信義則上³³⁾「受容」せねばならないとは云えるやもしれないが、少なくともここでは「その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていた」とは云い難く、上記要件に該当せず、従来の判例(α 判決や β 判決)の射程を狭める虞がある³⁴⁾。これにつき、この「表示され」

30) 即ち、無関係の者による「無効」の主張も、取消しと異なり、本来的に無効であるのだから一見許されるようであるため、従来議論されてきたように、性質上形成権的である(所謂「取消的無効」)。

31) 我妻・前掲註12) 298頁

32) 同上 298頁；但し、この考え方は、動機が表示されていた場合に限り、錯誤を認める判例上の考えを基にする。

33) 所謂、「矛盾挙動」や、一種の「禁反言」に該当する。

という文言の拡大により不実表示法理を認めることが可能であろうという意見も存する³⁵⁾。確かに、条文の文言としては、「その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたときに限る（95条2項）とするのみであり、「表示」がどちらによってなされたものであるかを求めるものではない。しかし、従来の判例は、黙示であれ明示であれ、（前掲・最高裁平成16年判決及び東京高裁平成19年はこの点明確にしておらず）あくまでも表意者側の「表示」が求められてきたのに対して、不実表示は相手方の表示であり、必ずしも表意者の表示としては当該事情を前提としていたことが、契約時など紛争前の段階で表示されていたわけではないため、こうした相手方の態様を慮る考えは、当該条文の解釈には符合しない（従来、相手方の態様を慮る場合は、当該事情を相手方が知りまたは知りうべきであったような類型であって、不実表示はあくまでも相手方が「甘んじて受容すべき」とは云えても、知りまたは知り得たという類型とは若干の差異が存する）。

このように述べると、一見ドグマティックな制約に呪縛されているように見えるが、他方で、実業界の批判にもあったように、文言の定義を悪戯に広げるのは①法的な不安定を齎し、取引の安全乃至、その円滑化に資さないこととなること、②伴って、後述の法制審で慎重を期して議論を行なっているのもそうした法的安定の観点であり、そうであれば、文言上要件を十分に議論せず、解釈論で補うことには危険が伴う。従って、筆者は、動機の錯誤にかかる表示要件は従来の判例上の錯誤の射程を狭めるものとの評価を違えない。

尚、第3項1号に於いて、相手方惹起の場合について言及されているが、同項は表意者重過失の場合の錯誤による取消し主張が否定される場合に対する例外であって、積極的に相手方惹起を以て取消しを認めるものではないことに留意が必要である³⁶⁾。従って、現状としてはあくまでも、（錯誤を認めるや否やという積

34) 同様の懸念について、法制審議会民法（債権関係）部会「第86回議事録」9頁〔永野委員発言〕参照。但し、永野委員の指摘は「法律行為の内容になっている」という点であるが、最終的な改正民法95条に於いては「その事情が法律行為の基礎とされている事が表示されてい」ることが求められるため、状況はより深刻となっている。

35) 例えば、法制審議会民法（債権関係）部会「部会資料83-2」3頁や、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）等。

極的方向からすれば) 錯誤者の態様にのみ注目するものであると云える。

以上、改正条文上からは上記の諸論が読み取れ、また、問題点を指摘できる。次項イ) に於いて、その議論的背景に言及する。

イ) 改正法審議過程への言及

改正法の審議過程に於いて、錯誤法の議論は、上記の如く条文に顕れる点の外は、相手方惹起の場合について検討されることとなる。しかし、改正法審議過程に於いて、惹起型錯誤、或いは不実表示と呼ばれるこの法は、結局、取り入れられることとならなかった。

不実表示と呼ばれるルールは、中間試案段階に於いて、95 条関係 2 項イ号の中に、「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」として、動機型錯誤のサブルールとしての導入が検討されていた³⁷⁾。「不実表示」法を「惹起型錯誤」として扱うことで、錯誤の裁判例(後述・ α) 最判平成 16 年 7 月 8 日集民 214 号 687 頁で、 β) 東京高判平成 19 年 12 月 13 日判時 1992 号 65 頁) 上、「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となっているとき」(中間試案 95 条 2 項ア号) でない類型であっても、錯誤を認めているとして、判例法理の明文化という方向から議論を展開するに至った³⁸⁾。

しかし、このような「惹起型錯誤」論への批判的観点からも、やはり不実表示という規定を動機型錯誤の類型として明文化するのは問題であるとする指摘を筆頭に³⁹⁾、逆適用の問題⁴⁰⁾、表明保証の問題⁴¹⁾と相まって、「惹起型錯誤」論と

36) 小林・前掲註 7) 461 頁等で挙げられる問題意識が明文化されたに過ぎない。

37) 動機型錯誤のサブルールとして不実表示法を位置付けるものとして、内田貴『民法改正のいま』(商事法務、2013)、89 頁や、法制審議会民法(債権関係)部会「第 64 回会議事録」18 頁[山本(敬)幹事発言]などが挙げられる；他方で錯誤とは項目を別立てにすべきという指摘も存した(同[大島委員発言])。尚、この点は、本稿の論点を逸するため、本稿では特段の事由がない限り、不実表示と惹起型錯誤を同様に扱う。

38) 森田修『債権法改正の文脈——新旧両規定の架橋のために』(有斐閣、2020)、175 頁；前註での山本敬三氏をはじめ、中田委員及び内田委員などの研究者側は、錯誤法として扱う事のコンセンサスであるとか(「第 64 回会議事録」21 頁[中田委員発言])、上述の判例での錯誤法への包摂を根拠に「惹起型錯誤」を許容した(「第 64 回会議事録」21 頁[内田委員発言]；内田氏については内田『民法改正のいま』前註) 88 頁以下も参照されたい)。

もに民法に組み込まれることなく終わった。

かように、惹起型錯誤及び、同時に不実表示は明文に至らず、不実表示法に限らずとも、錯誤法に於いて相手方の態様については、所謂表意者重過失の場合に於いて考慮されるのみに留まった。しかし、上に述べたが如き、事実としての相手方態様の考慮については、尚検討の余地がある。

iv) 日本法に於ける、従来の「錯誤法に於ける相手方の態様考慮」に係る
理論的展開

上記の通り、明文上の錯誤法は依然として専ら表意者の態様にのみ着目し、例外的に表意者重過失の場合に、相手方の悪意（1号）もしくは相手方が共通の錯誤に陥っていた場合（2号）を問題とするのみである。

他方で、解釈論上及び判例はこの限りでない。法制審議会上で取り上げられたよう、以下の二判例が問題となる。第一には、 α 最判平成16年7月8日集民214号687頁であり、これは、全面的な信頼を受けていた相手方の示唆に従い相手方が事実上支配する訴外企業に安値で表意者が代表取締役を務める企業の株式を破格で売ったという事案である。第二には、 β 東京高判平成19年12月13

39) 「第64回会議事録」18頁〔大島委員発言〕、「第76回議事録」15頁、同17頁、及び、法制審議会民法（債権関係）部会「第88回議事録」32頁〔いずれも佐成委員発言〕。また、関連するものとして、反対に、惹起型錯誤を認める場合、動機型錯誤の要件を限定すべきであるとする意見（「第88回議事録」26頁〔山本（敬）幹事〕）

40) 法制審議会民法（債権関係）部会「第76回議事録」14頁〔安永委員発言〕；尚、同様の問題については安永委員のほか、従前の同「第32回議事録」2-3頁〔新谷委員発言〕に於いても指摘される。かような批判に対しては同4頁〔佐成委員発言〕の如く労働法等で解決できるという反論も既に展開されていたが、筆者としては、この佐成委員による反論では、新谷委員「グレーの領域」を必ずしも解決できない（参考：拙著（1）・前掲註1）11頁、註4）ため、なおもここでの安永委員の指摘として顕れるのも、議論の繰り返しには陥っていないものと考ええる。

41) 「第76回議事録」14頁〔大島委員発言〕、同15頁〔中原委員発言〕；尚、この指摘については、内田貴『民法改正——契約のルールが100年ぶりに変わる』（ちくま新書、2011）、136頁も取り上げる点であり、不実表示を認めるとしても、表明保証合意を認める立法を必要とする旨指摘する。尚、比較法的には、錯誤法や不実表示を任意法規として、不当条項規制、信義則や特別法に反さないなどの一定の条件下で取引に委ねることで表明保証条項を認める立法、モデルローヤリストイメントが存在する（英：Misrepresentation Act 1967 Art. 3, 米：Restatement 2nd of Contracts §164 (2), PECL §4:118）ため、同様の規定を置くことで問題とはならない。

日判時 1992 号 65 頁であり、信用保証協会が保証の前提としていた訴外企業につき、相手方当事者（金融機関）の調査及び提出した資料に反して企業実態を有していなかった事例である。尚、 γ 最判平成 28 年 12 月 19 日裁判所時報 1666 号 6 頁信用保証協会が保証の前提としていた訴外企業につき、相手方当事者（金融機関）の調査及び提出した資料に反して企業実態を有していなかった点で類似の前提を持つものの、 γ 判決は β 判決とは真逆の結論を採っているが、これは事実認定に於いて、 β 判決で認められた、金融機関側の杜撰な調査実態が γ 判決では認定されていないことや、「信用保証協会の性質」に照らして「一律に」錯誤を認めることを否定したに過ぎない⁴²⁾。

（ γ 判決は改正法成立直前の平成 28 年のものであるため、時期的に審議会での議論に含まれないが） α 判決、 β 判決に加えて、山本敬三氏は第 86 回審議（平成 26 年）に於いて意見書としてこれまでの判例を類型化した意見書を提出した（後に、NBL に論文として公開）⁴³⁾。同意見書（論文）は、正しく「膨大」な数の判例を、大きく同 I 章 3 節に於いて「①法律行為の内容型」錯誤と、「②相手方の態様型錯誤」を大別し、②については「a. 惹起型」及び「b. 利用型」と峻別した上で、各章各節に於いて具体的な検討を為す⁴⁴⁾。このうち、山本氏は特に a について、「不実表示型」と、相手方が表意者の誤信を誘導する「誘導型」に類型化し、特に前者に該当する判例については、判例上の理由付けは様々であるが、多くは動機表示（黙示的表示を含む）があったものとして処理しているとした上で、他方、山本氏の学説としては「これらのケースでは、表意者は、相手方の誤った表示によって動機の錯誤に陥っているわけであるので、そのような相手方に対して表意者が動機を表示したことを問題にするのは不自然である」として、「実際には、相手方の誤った表示により、表意者に動機の錯誤を惹起したことが

42) これについては拙著 (2)・前掲註 1)、9-10 頁に於いても述べた事項であるほか、IV 章 3 節に於いて後述。

43) 山本敬三「『動機の錯誤』に関する判例の状況と民法改正の方向 (上)」NBL 1024 号 (2014)、15-28 頁、同 (下) NBL 1025 号 (2014)、37-46 頁；尚、森田修氏はこれを、「その〔判例上、惹起方錯誤が既に展開されているという〕趣旨の補強を意図した膨大な裁判例の分析」と評価する (森田・前掲註 38) 177 頁；[] 内筆者。

44) 山本 (上)・前掲註 43)、17 頁

錯誤無効を認める決め手となっていると見るべき」と主張する⁴⁵⁾。

山本氏は、かかる判例の分析を行うが、そこには、法制審議会で取り上げられた二判例（ α 判決、 β 判決）は含まれず、あくまでも、黙示的表示として法律行為の内容化された事例を取り上げるものであり⁴⁶⁾、（確かに山本論文が出た段階では、山本説の、そもそも表示を問題とすべきでないとする主張は、尤もであるが）上に述べた、「最終的な」改正民法95条に於ける表示要件により、このような山本氏の解釈はもはや通用しなくなってしまったのである。従って、改正民法95条の上では、黙示的表示の有無を問題とするほかないが、上記の如く、解釈によって「不実表示」という相手方の表示をも（表意者側の）「黙示的表示」という形で織り込むことは、法的な安定性を欠くという問題に再び直面することとなる。

このように、改正民法95条によって表示が要求されたために、その解釈の抜け穴を塞がれているが、相手方の態様を具体的に認定する α 判決及び β 判決を出発点とすることには未だ意義が残る（従って、比較法によって理論的な解釈・立法手法を俯瞰した後、改めて検討する；本稿Ⅳ章）。

しかし、山本説的解釈や鹿野説的拡張は、改正95条の「文言」上不自然であるにすぎず、その前提となる考え方、即ち「表意者が動機を表示したことを問題にするのは不自然」であるから、惹起型錯誤を動機の錯誤に読み込むべきであるという解釈自体は、一つに信義則上の禁反言という土台、或いは従来の学説的根拠によっても、やはり正当化されよう。

従来の学説、とりわけ相手方の態様を考慮するものとしては、小林の『錯誤法の研究』にて取りまとめられている⁴⁷⁾。小林の説に於いては、その前提に「錯誤者の負担すべき危険」の観点から、「危険分配」という考え方を置く。そして、（当時の観点より）動機型錯誤につき、以下のような認識を出発点とする。曰く、「従来の通説は、要素の錯誤について、ドイツ民法一一九条に倣い、表意者の側からみて、表示行為の錯誤と表示内容の錯誤に限定していた」ところ、「意思表

45) 山本（下）・前掲註43）、37頁；同旨・同43頁。

46) 同上38-40頁；いずれも、表示、若しくは黙示的表示として認めている。

47) 小林・前掲註7）460頁；尚、ここでは相手方の「容態」として記述される。

示の動機は、単に表意者の内心に留まり、相手方に認識されない限り顧慮されないが、動機も表示され契約内容とされたときは一相手方に認識できるようになり—その錯誤は表示内容の錯誤として顧慮されるというのが、従来の通説であった」と述べた上、このような考え方を、「(「動機の錯誤についてののみ」と断った上で)「錯誤事項に対する相手方の認識可能性を要件に据えようとするもの」(下線筆者)と評価する⁴⁸⁾。

小林は、この文脈で舟橋の説を取り上げる。舟橋の説は、本稿に謂う本来型錯誤と動機型錯誤を区別せず、表示主義的制限を「無過失に信頼した取引の相手方を保護せむとするに基くもの」と位置付け、(錯誤がないものとの)「相手方の信頼」という要件に拠るものとした上で、「表意者の心理における錯誤の存在一すなはち真意の欠缺—を知ってゐるか若しくは知らざるにつき過失あるときは、ここに相手方の信頼といふ要件を缺く」として、相手方を保護しない旨述べるものである⁴⁹⁾。しかし、かかる小林の説は、かような相手方の態様によるのみで要素であるかを問わない考えであり、この点、筆者としては取引の安全の観点から、相手方の態様を考慮しつつも、単なる錯誤(要素にかかる錯誤)である場合は錯誤者の保護に値しない(例えば、相手方が知っていたからといって些末な錯誤により契約が無効又は取消しうものとなるのは取引の安全を害する)ものと考ええる。このような態度をとることで現在の解釈論にも符合し、許容しやすいものたりうるのであろう(この点については、少なくとも本稿の観点では現在の解釈論と争うべき点は存しない)。

又、小林は同様にして、川島の予見可能性説を取り上げる⁵⁰⁾。川島の説は、以下の通りである。曰く、「錯誤が『意思表示の内容』に関する錯誤であることを要するのは、言うまでもなく、錯誤無効の主張を相手方ないし取引社会にとって予見可能な一定の範囲内に限局する、ということを目的とする」が、「その[予見可能な一定の範囲内への限局という]目的のためには[錯誤が『意思表示

48) 同上 461 頁

49) 舟橋諄一「意思表示の錯誤—民法 95 条の理論と判例」53 頁、九州帝國大學(編)『法學論文集 十周年記念』593-687 頁；小林は現代語に改めた上で引用するが、本稿では原文の儘引用する。

50) 小林・前掲註 7) 463 頁；但し、小林はここではあくまでも要件加重として取り上げる。

の内容』に関することを要件とするのは] 不適當である」(〔〕内筆者)という⁵¹⁾。即ち、この「意思表示の内容」の範囲が不明確であるのみならず、「『黙示の意思表示』ということば操作で擬制しないかぎり『意思表示の内容』とは言えないような事項に関する錯誤についても錯誤無効を肯定する必要があるため」である⁵²⁾。

かかる川島の説は、まさしく前述のような改正法上の錯誤の問題に符合する。つまり、動機の錯誤について云えば、改正前民法95条の説明で謂うところの、動機の内容化要件が、改正民法95条に謂う「その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたときに限り」という要件に関わってくところ、ここでも前述の山本・鹿野両氏のような「黙示の表示」による不実表示法理の解釈による実現というのは、上の川島に謂う「擬制」であり、その原因は上記の改正法上の文言が理由である。そこで、「予見可能性への限局」という目的自体を要件として定立して、この上でかかる要件に引きつけるべきではないか、とも云える。

かように、従来の学說的根拠によって、前述の山本・鹿野両氏の考えを若干の軌道修正とともに補強することが可能である。しかし、これら舟橋・川島及び小林らの従来の学説は、(氏らも英米に於ける不実表示法理を知っていたであろうが、少なくともこの議論の文脈では)あくまでも動機型錯誤を念頭に置いたものであって、今日の不実表示法理を念頭に置くものではない。そこで、本稿では不実表示理論を基礎とした解釈論的補強を試みたいが、それに際しては日本に於ける錯誤及び不実表示法理(それにかかる判例)が、「アプローチ」上どのようなものであるかの位置付けが問題となるため、以下の小括に、そもそも錯誤法に於ける「アプローチ」とは何かを分類し述べた上で、本章第2節以下に於いて、諸外国法の展開を踏まえ、第IV章にて改めて現代日本法のアプローチの位置付け及び、理論的構成の検討を行うものとする。

51) 川島武宜『法律学全集17 民法総則』(有斐閣、1965)、289頁

52) 同上

v) 小括；比較法を行うべき理由

—— 錯誤法に於ける「アプローチ」の異同の検討としての比較法

ア) 改正法上に存する問題

以上、改正前民法及び改正法を条文上対比した上で、その変更につき列挙した。この上で、改めて、第Ⅰ章「問題の所在」にて指摘した点、即ち、①改正法に於いても尚残る効果に対応する理論の一貫性の不存在、及び、②改正錯誤法の文言・形式上、惹起型錯誤／不実表示類型を見出しえない点が浮き彫りになっている。

上記が現在、日本法の置かれている状況であるとして、以下、本章に於いては錯誤法に於ける、伝統的なアプローチに則る地域の錯誤法理論の俯瞰を通じて、日本法の位置付け及び理論構成の再検討への手懸りとする。

イ) 次節での検討への前提；錯誤法の「アプローチ」に基づく分類

他国の理論的整理との比較にあたり、以下、錯誤法について、(半ば擬制を伴うが) 大凡以下の如き分類する。①「錯誤法自体のアプローチ」(つまり、狭義の「錯誤法」に於けるアプローチ) と、②「意思の瑕疵に対するアプローチ」(広義の、つまり後述 *misrepresentation* をも含む錯誤法に対応する法に於けるアプローチ) での、それぞれでの分類が問題となる。

①まず、「錯誤法自体のアプローチ」を分類すると、以下の二分類が可能である。第一には、錯誤者の一方的な錯誤(その動機に於ける錯誤を含む)を前提として認めることで、広範な射程を有する、大陸法圏に於けるアプローチ(特にドイツや日本；次節にて詳述)である。本稿では、こうした類型を、その語彙⁵³⁾からして、「error 型錯誤」と名付ける⁵⁴⁾。その一方で、錯誤法それ自体(狭義の錯誤法)の認められる範囲を、専ら相手方が同一の錯誤(*mutual mistake*)、

53) 英米法圏では後述 *mistake* に対して、主にこうした狭義の錯誤法自体を広く認めるアプローチを採る地域では、*signifiant* 上 *error* に対応する語が用いられる。例として、次節にて詳述するドイツでの *Irrtum*、フランスの *erreur* のほか、次章にて詳述する南アフリカ、スコットランドでも *error* という語が一般に使われている。これは、ローマ法上の *error* に由来するものと思われる。

54) 初出；拙著 (1)・前掲註1)、3-5 頁

或いは共通して錯誤に陥っていた場合 (common mistake) に限定する、英米法圏に於けるアプローチである。本稿では、これを「mistake 型錯誤」と名付ける⁵⁵⁾。

②次に、上記に謂う狭義の錯誤をのみを認めるほか、「意思の瑕疵に対するアプローチ」全般を捉える類型が存する。本来的な意味では錯誤が認められないが、相手方による働きかけ（主に、誤った表示など）により錯誤が惹起された場合を以て、「不実表示 (misrepresentation)」を認めるアプローチが存する。このアプローチの、確立された法理乃至立法の誕生については本章3節にて詳述するが、こうしたアプローチは、前述の *mistake* アプローチの範囲が狭いことを出発点とし、mistake に含まれない類型 (misrepresentation) を含めて、その契約からの離脱 (misrepresentation の場合は voidable) を認める意味で、「*mistakes* 型錯誤アプローチ」と複数型にて表すことが可能である⁵⁶⁾。他方で、*mistakes* アプローチとのみ表す場合、その前提となる錯誤法自体、即ち「狭義の錯誤法」は *mistake* 型錯誤である。しかし、例えばオランダ、スコットランド、或いはオーストリアに於いては、前提となる狭義の錯誤法を、上の分類法で謂う *error* 型として捉えながら、mistakes 型同様、所謂「不実表示」に該る射程を含めるアプローチを採る⁵⁷⁾。そこで、本稿はこうしたアプローチを、「error-mistakes 型錯誤」アプローチと呼ぶ⁵⁸⁾。

これを表として示すと以下の通りになる。

尤も、本稿現段階では、上記の *error* 型錯誤及び *mistake* 型錯誤、或いは *mistakes* 型錯誤法或いは *error-mistakes* 型錯誤法といった複数形の錯誤法は、こうしたアプローチの主な概観に基づきつつも、専ら記号的、能記 (signifiant) 的

55) 同上

56) John Cartwright & Schmidt Kessel, 'Defects in Consent; Mistake, Fraud, Threats, Unfair Exploitation', in Gerhard Dannemann & Stefan Vogenauer (eds), *The Common European Sales Law in Context*, (Oxford, 2013), p. 400 (pp. 373-422)

57) 立法としては、オランダの Art. 6: 228 BW とオーストリアの ABGB § 871 が挙げられる (同旨を述べるものとして、Hein Kötz, *Europäisches Vertragsrecht* 2 Auf., (Rottenburg, 2015), S. 239 を参照)。尚、オランダ及びスコットランドについては本稿次章にて取り上げる。

58) 初出：拙著 (1)・前掲註1)、10頁

【表】

錯誤法自体のアプローチ	複数形の錯誤アプローチの場合の異同
<i>error</i> 型錯誤アプローチ = 広い (一方錯誤を認める)	<i>error-mistakes</i> 型錯誤アプローチ = <i>error</i> 型錯誤 + <i>misrepresentation</i>
<i>mistake</i> 型錯誤アプローチ = 狭い (共通・同一錯誤に限る)	<i>mistakes</i> 型錯誤アプローチ = <i>mistake</i> 型錯誤 + <i>misrepresentation</i>

部分を捉えて語を充てた仮定的・形式的な分類にすぎない。そこで、以下、上記仮定的類型の論証として、所記 (signifié) たる法的構成について、各章及び各節の対応箇所にて検討する。

2. 大陸型錯誤 (Error) ; ドイツ Irrtum 及びフランス erreur の分析

i) 前提

先ず、嘗ては日本法の母法を構成し、現在ではそれぞれ別の理論的發展を遂げたドイツ法及びフランス法といった、一般に「大陸法圏」として括られる地域について俯瞰する。

ドイツ乃至はフランス法は、日本の錯誤法とその法的構成は同一の起源を持つ。即ち、ローマ法及び教会法が、中世自然法論と融合し、更に近代自然法論による理念的基礎及び位置付け・理論構成を受け、近代大陸錯誤法に至ったのだという⁵⁹⁾。しかし、近代立法に至った過程に於いて、ローマ法由来の定式が特殊であったこと、或いは錯誤法の扱いが、この定式が錯誤法に影響を及ぼしたと述べた近代自然法論者達の間でも異なっていたために、近代立法 (下記独仏の異同) のような多様な「姿」を見せることになったと指摘される⁶⁰⁾。

錯誤法は、CIC 以後ローマ法、例えば、ユスティニアヌスの法学提要⁶¹⁾に拠れば「無効な契約規定 (*de intutilibus stipulationibus*)」の一環として組み込まれ⁶²⁾、例えば、或る奴隷が生きているものと信じられており契約が結ばれたが、

59) 星野英一「私法上の錯誤 [序]」比較法研究 41 巻 (1979)、6 頁 (2-8)

60) 同上

61) 同時代の法律家に広く普及するものであるため、本稿では提要を参照する。

62) Jus., *Inst.*, liber tertius XIII; (本稿では Theodor Mommsen & Paul Krueger, *Corpus iuris civilis* vol. 1 *Institutionen und Digesta*, (Cambridge, 1872) に基づく)

かの奴隷は実際には死亡していた場合、契約は無効となるなどが具体例として挙げられている⁶³⁾。これは実現不能な契約としての無効の側面も含むが、他方で、奴隷の生死についての錯誤自体もまた問題となっている。この上で、「取引の種類に関する錯誤 (*error in negotio*)」、「人に関する錯誤 (*error in persona*)」、「目的物に関する錯誤 (*error incorpore sive in objecto*)」、「本質または機動に関する錯誤 (*error in substantia sive in materia*)」という四類型への分類が為された⁶⁴⁾。そして、中世教会法、自然法論の影響より、どのようにこれらの錯誤が顧慮されるべきかが問題となった⁶⁵⁾。その上で近代自然法論によっては、「意思主義」的傾向が流入し、他方で、教会法的な立場から、不注意でない当事者を保護し、悪意の当事者に制裁を加える観点と、取引安全の観点が流入する⁶⁶⁾。

これがポティエに繋がりフランス法の根幹をなし、他方で、後にはドイツではザヴィニーやその後継者による法形成が為され、そして、日本法は、旧民法、新民法（改正前民法）の策定段階でこの流れを受け継ぐわけである。かようにして、大陸型錯誤法の基礎が形成されるに至った⁶⁷⁾。

しかし、今日に至ってはドイツ法についても、フランス法についても、学説の発展や改正が為されており、必ずしも従来のように日本の「母法」としてのみ位置付けて検討することは妥当ではない。

多方、改めて本稿での議論に関わる日本法に接近する問題点も指摘される。例えば、フランスでは、その理論的根拠が、「コンサントマンの欠缺」であるか、「コンサントマンに於ける瑕疵」であるかが明らかでないという問題が指摘されるに至っている⁶⁸⁾。これは、先に述べた、「意思の欠缺」理論と「瑕疵ある意思

63) *Ibid.*

64) 星野・前掲註 59) 6 頁

65) 同上

66) 同上 7 頁。あくまでも、この段階では傾向にすぎない。

67) 尚、星野・前掲註 32) 7 頁でも指摘するように、英米法圏の錯誤法に対しても、米国法に於いてポティエ、英国法に於いてはザヴィニーが影響を及ぼし、その意味で錯誤法の大陸法的広範化が図られた時期も存する（同旨・木下毅「英米契約法に於ける錯誤（二）」立教法学 18 巻（1979）、43 頁（56-127））。但し、少なくとも英国に於いては、1870 年代までにかような影響は薄れ、次節にて後述するように、大陸法と異なった状況を呈している。

表示」理論の枠組みでは錯誤法の説明が難しいという、本邦の状況に接近するものであり、やはり「欠缺」即ち不成立或いは無効か、「瑕疵」即ち、有効性の問題に過ぎず、取消されうるにすぎないかという理論的側面で、日本に類似した困難に直面している。

こうした現状を踏まえて、母法として、そして現在としての独仏法を以下俯瞰する。

ii) ドイツ

ドイツに於いて、錯誤は以下の如く規定される。

・第 119 条 (邦訳) *下線部筆者

(1) 意思表示をした際に、内容について錯誤がある者、またはその表示の内容を意図していなかった者は、当該事情につき認識し、当該事態を合理的に評価すれば意思表示をしなかったであろう場合は、その表示を取り消すことができる。

(2) 取引に於いて重要なものとみなされる、人または物の性状に関する錯誤も、内容の錯誤とみなす。

上記を参照する限り、条文上、錯誤の重要性の要求など、日本法と大きく態度を異にするわけではない。

一方で、日本の錯誤法との差異として注目すべきは、ドイツに於ける錯誤の効果である。日本に於ける錯誤の効果は改正前に於いて「無効」であるのに対して、ドイツ法上の効果は「取消し (Anfechtung)」である。これは、日本法側の制定過程に於いて、立法者が(無論、第二草案も参照するが)第一草案たる *Motive* 段階での議論に依拠することに由来する。ドイツ法に於いても、*Motive* の段階に於いては、その効果は無効 (nichtig) であるところ⁶⁹⁾、*Protokolle* 段階に於い

68) Carrolle Aubert de Vincelles, 'Validity of Contract: Dol, Erreur and Obligation d'Information' in John Cartwright & Simon Whittaker (eds.), *The Code Napoléon Rewritten*, (Oxford, 2017), p. 97 (pp. 79-107)

69) *Motive* Bd. 1, S. 196 (§98).

ては取消しに改められ、現行 BGB § 119 に至る⁷⁰⁾。

また、ドイツ錯誤法は表意者の重過失の如何を問題にしない点で、日本法に比して広範である。これも *Protokolle* 段階に於ける変更であり、*Motive* 段階では、表意者に重過失 (*große Fahrlässigkeit*) ありしときは、法律行為は無効とならない⁷¹⁾が、*Protokolle* 以降では、表意者について過失の如何を問わないとされている⁷²⁾。

こうした態度は、専ら意思主義的観点から出発したことに拠る。しかし、ドイツ錯誤法は、こうした広範な態度と裏腹に、取引の安全という観点を全く無視するものではなく、結果として、錯誤者に信頼利益分の損害賠償を課すことを、現行 BGB § 122 にて明文で規定するに至る⁷³⁾。尚、この損害賠償請求につき、錯誤者の過失は要求されない⁷⁴⁾。ただ BGB § 254 に基づき過失相殺が認められるのみである⁷⁵⁾。このように、損害賠償による、取引安全の観点からの調整が加わるため、概して「錯誤法自体」を広範ならしめることに問題は存しない。

これに加えて、ドイツでの動機型錯誤についても立法過程に於ける議論のほか⁷⁶⁾、立法後も比較的早期に詳細に検討が為される⁷⁷⁾。これは、今日の BGB § 119 (2) の如く、性状の錯誤を念頭に置いたものとして展開された⁷⁸⁾。

70) *vgl.* *Protokolle* Bd. 1, S. 108; “anfechtbar” として、既にその前提は取消し (Anfechtung) に移っている。

71) *Motive* Bd. 1, S. 200 (§ 99)

72) *Protokolle* Bd. 1, s. 107

73) 尚、日本法に於いてもこれは明文化されていないだけで、契約締結上の過失 (*culpa in contrahendo*) 理論から補完可能であるとの立場も存する (但し、これは改正法に於いても、明文化には至っていない。尤も、「これは信義則に基づけば足りる」との判断であり、多数説としては損害賠償を認める立場にある；この点、民法 (債権法) 改正検討委員会『詳解・債権法改正の基本方針』(商事法務、2009)、124 頁を参照)。尚、次註に述べるように、BGB § 122 は「過失」を要求しない。

74) *Dieter Medicus & Jens Petersen*, *Bürgerliches Recht* 24. Auf., (München, 2013), S. 64; 尚、本稿では補助としてメディクスの同書旧版の邦訳であるメディクス (河内宏 = 河野俊行監訳)『ドイツ民法 (上)』(信山社、1997) も使用する。

75) *Ebenda*.

76) *Motive* Bd. 1, S. 199 (§ 98)

77) *vgl. Julius von Staudinger & Theodor Lowenfeld & Erwin Riezler*, J.v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze Bd. 1 Allgemeiner Teil, (Berlin, 1912), S. 456 (3u. 4. a); 同記述は年代的な意味での正確性から敢えて第一版から引用する。

しかし、本来的な錯誤とは、*Motive* 段階より、意思と表示の不一致、即ち「意思の欠缺」の観点より検討されており⁷⁹⁾、動機型錯誤はやはりこの理論の範疇では「錯誤」に該らない。また、所謂「単なる動機の錯誤」はともかく、性状の錯誤すら、*Motive* 段階では、瑕疵担保、詐欺、黙示条件等、他制度から解決するほかなかった⁸⁰⁾。但し、意思理論の基礎となったザヴィニーも、或いは後の BGB 起草者も、所謂「単なる動機の錯誤 (bloßen Motivirrtum)」についてはやはり考慮しておらず⁸¹⁾、いずれにせよ、学説上も、当事者の動機とは、あくまでも前提や意図、計画などの行為の基礎を為すものに限定して想定されていた⁸²⁾。何故ならば、そうした「動機」は、錯誤者の相手方としては知るよしもなければ、注意すべき義務も存さず、相手方のリスク領域 (Risikosphäre) に属する事項ではないためである⁸³⁾。

しかし、「性状の錯誤」については、*Protokolle* の段階に至って、内容の錯誤であるか、動機の錯誤であるかを問題とせず、「性状の錯誤」を本質的なものに限り取り入れるに至った (後の BGB § 119 (2))⁸⁴⁾。他方、判例・学説はこれに補充する形で、動機型錯誤を顧慮し、徐々にその範囲を拡大する⁸⁵⁾。但し、これによってドイツに於いても、「意思の欠缺」理論と不整合であるとの批判を招くこととなる⁸⁶⁾。現在用いられる語法としての „Willensmängel“ は、「意思の瑕疵」として広い意味内容を持つために、この議論は、今日特段問題視されないが、しかし、理論的枠組みが曖昧であることになり、問題が存する。

そうした理論的問題を含みつつも、例えば、「物の性状」に謂う「物」とは、広く権利をも含む⁸⁷⁾など、判例は着実にその範囲を拡張している。尤も、判例

78) *Ebenda.* und vgl. *Motive* Bd. 1, S. 199 (§ 98)

79) *Motive* Bd. s. 196 (§ 98)

80) 中松纓子「私法上の錯誤 [ドイツ]」比較法研究 41 卷 (1979)、37-63 頁、40 頁

81) *Hein Kötz*, *Vertragsrecht* 2 Auf., (Rottenburg, 2012), s. 128

82) *Ebenda.*

83) *Kötz*, *Vertragsrecht*, a.a.O. N. 60, S. 128; ここでいう „Risikosphäre“ は、相手方が「錯誤者側の錯誤のリスクを負う領域」という意味であり、「危険負担 (Risikobereich)」の意味合いと異なることに留意したい。

84) 中松・前掲註 80) 41 頁

85) 同上 43 頁; 具体例として、RGZ 101, 107; RGZ 94, 95; RGZ 75, 271 が挙げられている。

86) 中松・前掲註 80) 44 頁

学説により、(日本法と同様に)行為の基礎となっており、それが表示されている必要がある⁸⁸⁾。こうした態度は、取引の安全の観点からした、表示主義的帰結と云える。

一方で、一見日本と全く同様に見えて、動機型錯誤を性状の錯誤の類型の中で認める(BGB § 119 (2))とはいえ、主に瑕疵担保責任との関わりで、「危険がどの段階で移転されていたか」という観点で、(請求権競合論的に)その行使を制限する考え⁸⁹⁾も有力であることには留意せねばならない。尤も、こうした考え方には、所謂「危険負担」としての「リスク」と「錯誤取消しの実現の可否」という意味での「リスク」が混同されているのではないか、という意味で疑問である⁹⁰⁾。

こうした問題こそ存するが、このように動機型錯誤を組み入れる点では、錯誤法全体として、(主に次節にて詳述する英米法に比して)広範であるものといえる。

iii) フランス

以上、ドイツを主眼に述べた。以下、フランスの錯誤法の特質性についても言及する。

フランス錯誤法は、以下に挙げる条文の通りであるが、2016年に法改正が為されている点に注意が必要である(*réforme du droit des contrats Ord^e 2016-131*)。

87) RGZ 149, 235; 相続財産を、「物の性状の錯誤」に謂う「物」として認めた事例。尚、ここではBGB § 119 (1)の適用結果として、取消しが認められたことには留意せねばならない(これにつき、vgl. *Medicus & Petersen*, aa.O N. 74, S. 62)。

88) *Kötz, Vertragsrecht*, aa.O N. 81, S. 136

89) *Kötz, Vertragsrecht*, aa.O. N. 81, S. 132; *Werner Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. 2, (Berlin, 1992), S. 484

90) こうした「リスク」の配分(分配)の観点につき、少数ながらドイツに於いても、拙著(1)、(2)・前掲註1)や本稿に述べる意味での「リスク配分論」に接近する議論も見られる。しかし、本註に対応する本文にて述べたように、同議論は錯誤と給付障害の問題を統一的に議論する試みにも向かう側面も存し(中松・前掲註59)45頁)、その意味で本稿に云うリスク配分論とは異なる。

・旧規定

フランス錯誤法は、(旧規定では) 先ず 1109 条の「コンサントマン (Consentement)」の規定に於いて、錯誤や強迫・詐欺 (フランス法の順番に依拠) が存した場合、コンサントマンは有効にならないとした上で、以下の如く規定する。

・旧 Code Civil art. 1110

錯誤は、合意の目的となっている物の本質に関わるものとなっているものである場合のみ、合意の無効原因となる。

錯誤は、それが、契約を締結しようとする相手方の人に関するに過ぎないときは、無効の原因とはならない。但し、この人についての考慮が合意の主たる原因であるときはこの限りでない。

・新規定

新規定に於いては、1109 条に相当する条文を 1130 条に移動した上で、「錯誤、詐欺及び強迫が存しなかった場合、当事者の一方が当該契約をしなかった、或いは異なる条件で契約したであろうとき」コンサントマンを缺くものと規定する。そして、錯誤そのものについては以下の如く規定する。

Code Civil art. 1132 (réforme du droit des contrats Ord^e 2016-131)

法律上又は事実の錯誤は、当該錯誤が許されない場合を除き、為されるべき給付又は契約当事者の重要な性質に関わる場合、契約の無効原因となる。

・解説

旧法は当初、その条文 (CC § 1110) が「[合意の] 目的となっている物の本質に関わるとき (lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet)」とあるように、当初は錯誤の範囲を「限定」する方向からの立法が為された。

一方で、裁判官は何も「目的となっている物の本質」ということには限定せず、目的の達成の可否までも含めて検討を行う。反対に、この目的に合致するものであれば、無効性は排除される⁹¹⁾。この、目的の達成の可否という観点は、と

りわけ機械であるとか、動物の売買に於いて用いられる⁹²⁾。このような形で、条文の限定とは裏腹に、「物」の本質に関する錯誤に於いて、性状の錯誤を理論上で認めるに至っている⁹³⁾。

所謂「単なる動機の錯誤」は一般に無効原因として認められないが、動機が決定的である場合はこの限りでない⁹⁴⁾。即ち、当該「動機」が「合意」の目的が目的物に関わる場合（例えば、休暇を過ごすために或る物件を借りたが、しらみがいたために目的を達せられなかった場合）、これが「決定的動機」として、無効となる⁹⁵⁾。

このようにして、フランス錯誤法も、旧規定の段階に於いても判例上、その範囲は広範ならしめられている。新法に於いては「契約当事者の重要な性質に関わる場合」という類型を明文化するに至った。尚、かかる性質についてはCC art. 1133にて「明示的もしくは黙示的に合意し、当事者がかかる合意によって契約を締結した」ものとして、判例を踏まえ明文化されている⁹⁶⁾。加えて、性状の錯誤のみならず、所謂「動機型錯誤」も改正法では、（日本と同様に）かような動機型錯誤をCC art. 1135にて、「単なる動機の錯誤（L'erreur sur un simple motif）は、明示的にコンサントマンの決定的要素とならない限り […] 無効原因とはならない」（[] 内筆者による中略）という形で規定されている。これは、従来の判例を踏まえたものである⁹⁷⁾。反対に云えば、単なる動機の錯誤であっても、「明示的にコンサントマンの決定的要素」となっていた場合、錯誤により、無効原因たりうる。

91) Jaques Ghestin & Grégoire Loiseau & Yves-Marie Serinet, *Traité de Droit Civil; La formation du contrat; Tome 1: Le contrat Le consentement; 4e édition*, (Paris, 2013), numéro. 1139

92) *Ibid.*; 例えば、動物の販売の例であれば、仕事に適さない牛の例（Cass. req. 1^{er} mars 1899, S. 1899 I. 221）であるとか、競走馬としては老いていた例（Cass. civ. 27 avril 1953, D. 1953. 440）が挙げられる。機械の販売の例としては、鋸の重量の錯誤により、機械を使用することができないか、困難となった例（T. civ. Caen, 6 mars 1957, somm. 86）が挙げられる。

93) 同旨、野村豊弘「私法上の錯誤〔フランス〕」比較法研究 41 巻（1979）、16 頁（9-36）

94) 同上 27 頁

95) 同上 28 頁

96) Vincelles, *op. cit.* n. 68, p. 95

また、フランス錯誤法について付言すべきこととして、こうした、所謂「錯誤」に該当する場合で、相手方の「フォート (faute)」に拠る場合、錯誤の効果乃至範囲は、より広範ならしめられることが挙げられる。具体的には、相手方が、錯誤者の錯誤について悪意である場合に於いて、錯誤者の立証責任を緩和するものである⁹⁸⁾。或いは、相手方が詐術を用いた場合など、錯誤者は、その相手方に対して、当該フォートに基づく損害賠償請求権をも得る⁹⁹⁾。但し、このフォート理論による立証責任の緩和とは、あくまでも錯誤の認定を緩やかならしめるに過ぎない上、フォートについても、単に表示の内容が「不実」という場合とは異なるため、所謂「不実表示」とは異なる。

しかし、不実表示とは厳密に異なるものの、後に至って事情が変わったという場合であっても、当初の表明から契約を変更することを赦さない場合も存する¹⁰⁰⁾。他方で、日本に於ける事情変更同様、取引の安全とは裏腹に、その後に於いて事情が変化しやすい契約についてはこの限りでない。

加えて、改正法に於いては、契約一般に於ける開示義務の範囲が広範化し、当該義務は、海上保険法 (l'assurance maritime) から CC art. 1112-1 に一般法化する形で組見込まれた¹⁰¹⁾。これについては今後の判例の蓄積を要するが、上記の当初の表明に対する責任と併せて錯誤法の考慮に組み込まれることで、フランス錯誤法はより広範ならしめられるだろう。

最後に、「障害存在型錯誤 (erreur-obstacle)」の存在について述べる。erreur-obstacle とは、日本法的類型で言えば共通錯誤の一類型に含まれるものであるが、とりわけ、両当事者の間に障害が存したために、その前提を欠くに至った場合の

97) Cass civ (1) 13 février 2001, Bull civ I no 31, JCP 2001 I 330 [5] obs Rochfeld, Defr 2002, 476 に於ける Robine 裁判官は註に「重要でない動機の錯誤は、動機が決定的でない限り無効原因たりえない」と述べる。本条はこの法文化であると評価できる (同旨 Vincelles, *op. cit.* n. 68, p. 96)。

98) 野村豊弘「意思表示の錯誤 (4) —— フランス法を参考にした要件論 ——」法学協会雑誌 93 卷 3 号 (1976)、14 頁

99) 同上 15 頁

100) Ghestin et al. (2013), *op. cit.* n. 91 numéro. 1124

101) Alix Profit, «Le développement de l'obligation d'information dans l'assurance maritime», RDC (Revue des Contrats) 2016, n° 113v1 p. 760 (pp. 760-766) (2016),

錯誤である¹⁰²⁾。この「障害」とは、具体的には三つの類型に分けることが出来る。第一には、両当事者がそれぞれ異なった種類の契約をするつもりであった場合である。第二には、両当事者それぞれ異なった目的物について契約するつもりであった場合である。これら二つの類型は、英米法上の共通錯誤 (common mistake) 或いは相互的錯誤 (mutual mistake) の分類法に接近するものである¹⁰³⁾。尤も、これは (改正前) CC §1110 条の射程に当然に含まれるものでなく、(改正前) 1108 条によって「暗黙に」導かれるに過ぎない点には留意が必要である¹⁰⁴⁾。即ち、1108 条によっては、合意の無効を導くか、他の解釈としては CC §1109 条により、コンサントマンの瑕疵が生じたものと見做すか等の構成が必要とされる¹⁰⁵⁾。

後述の英米型錯誤は殆どこの *erreur-obstacle* 類型に該ところ¹⁰⁶⁾、フランス法は *erreur-obstacle* も一類型としつつ、上述の如く広範に錯誤を認めるに至っている。

iv) 小括；リスクの所在とその転換構造

上記より、ドイツ・フランスといった伝統的な錯誤法を俯瞰した。以上を、「錯誤無効になるや否や」という、リスクの転換構造の観点から纏めると以下の通りである。

先ず、① (一方的錯誤の主張が認められるという意味で) 原則としてのリスクは相手方に存在する。②但し、相手方に、法律行為の要素となっていなかった旨

102) Barry Nicholas, *French Law of Contract*, (London, 1982), p. 44; François Terré & Philippe Simler & Yves Lequette, *Droit civil Les obligations 11e édition*, (Paris, 2013), p. 235

103) Vincelles, *op. cit.* n. 68, p. 97

104) Nicholas *op. cit.* n. 101, p. 44

105) 野村 (1979)・前掲註 93) 23 頁；この意味で、本来的なフランス錯誤法 (*erreur*) とイギリス錯誤法 (*mistake*) を対比した際に、イギリス錯誤法は、本来的なフランス錯誤法と異なり、専ら *erreur-obstacle* の類型に該当するものであり、その意味で両者は根本的に峻別され得るとする主張も存する (Vincelles, *op. cit.* n. 68, p. 97)。これはあくまでも補論的ではあるが、その意味でも「mistake 型錯誤」と「error 型錯誤」は根本的に異なる。

106) Vincelles, *op. cit.* n. 68, p. 97

の一種の抗弁（あくまでも法的抗弁ではない）や、一般的な取消しへの抗弁権（出訴期間による制限等）が存した場合、リスクは相手方から錯誤者に転換される¹⁰⁷⁾。前者の抗弁が認められるのは、内心の意思は相手方の「リスク領域（Risikosphäre）」に属する事項ではないためである。

他方で、相手方は、取消しリスクを避けることができない場合でも、損害賠償を請求することが可能である（BGB § 122）点で、信頼利益の限度で実質的にリスクを回避することは可能である。しかし、あくまでも「錯誤取消の実現」という点に於いて、錯誤者に有利な転換構造が採られているものと云える。このような、錯誤法そのもの（不実表示法理を少なくとも明定しない）に於いて、広範な態度を採る錯誤法を *error* アプローチと呼ぶ。

加えて、フランス法上の開示義務の射程に関する判例の蓄積によっては、今後、不開示とされてきた部分に一定の開示を求めることで、より広範な射程を得る可能性については留意したい。

3. 英米型錯誤（*Mistakes*）；特にイングランドに於ける態様

i) 狭義の「錯誤法（*mistake*）」の射程

本稿では、便宜上、「英米法」という括りから「英米型錯誤」と述べるが、厳密には、現在に至っては英米間に於いても態様が異なること、また、米国については州によってその態様がまた異なることからして、本稿ではとりわけ、イングランドに着目して述べることにする。

先ず、（不実表示法を含まない）イングランド錯誤法そのものの特質として、その射程が狭いことが挙げられる。無効（void）が認められる *mistake* とは、原則として、同一の錯誤（mutual mistake）であるとか、共通の錯誤（common

107) 尤も、ドイツに於いても、相手方の「不正確な表示（*unrichtige Angabe*）」による錯誤を相手方のリスク領域（*Risikosphäre*）に転換する考えは、学説上は存する（*Kötz, Vertragsrecht*, aa.O. N. 60, S. 128）。しかし、あくまでも条文上これを認めることが可能かには、問題が存する（*Ebenda.*）。また、少なくともこうした論者からしても、現状の BGB § 119 条解釈に基づけば、表示又は内容（1 項）、もしくはその他性状にかかる錯誤（2 項）が存した場合にのみ取消しするのであって、相手方惹起（有過失・無過失問わず）の錯誤であっても取消権は発生しない（*Ebenda.* S. 137）。

mistake) を念頭とする¹⁰⁸⁾。一方の錯誤は、基盤的な事項にかかる錯誤でない限り認められず、しかし、基盤的であるからといって、そのみでは錯誤は認められない¹⁰⁹⁾。かようなイングランド法の態度は、イングランド法が“Caveat Emptor (買主注意せよ)”の原則を採るためであるという¹¹⁰⁾。

こうした態度は、伝統的な英国の入門書では以下の如く述される。

「単なる錯誤の、契約の有効性への影響を与える事例は比較的少ない—恐らく、他の殆どの法システムに比して少ないだろう。例えば売買について、我々は、質的錯誤と本質的錯誤に何ら区別をしない。[具体的には、] 或る特定の器を購入した或る人が、そのものが古い職人によるものと信じていたが、実際は最近のものであったからといって、或いは金だと思っていたところ銀張の銀器であったからといって、契約を取消すことはできない。これは、売主が買主の錯誤を知っていたところで、惹起或いは誤認せしめるようなことをしていなければ、結果を違えるところではない。」 (下線筆者)¹¹¹⁾

この原則は近年の判例に於いても維持されている。例としては、*Statoil ASA v. Louis Dreyfus Energy Services* 事件¹¹²⁾が挙げられる。同事例では、Statoil 社側が、従前の契約紛争に於いて為された和解契約につき、合意額に誤りがあるとし、一方錯誤によって無効 (void) である旨を主張した。これにつき、Aikens 裁判官は、一方の錯誤 (unilateral mistake) は「専ら自身の過失によるもの (entirely due to his own negligence)」¹¹³⁾であるとし、「客観的合意 (objective agreement) に何ら影響を与えるところではない」¹¹⁴⁾とした。

108) John Cartwright, *Contract Law* 3rd ed. (Oxford, 2016), p. 172

109) Treitel (prepared by Edwin Peel), *The Law of Contract* 15th ed., (London, 2020), 8-034

110) Cartwright, *Contract Law*, *op. cit.* n. 108, p. 172

111) William Geldart (prepared by D.C.M. Yardley), *Elements of English Law* 7th ed., (London, 1966); 本稿では、Misrepresentation Act 1967の施行前の本書同版を参照する。

112) *Statoil ASA v. Louis Dreyfus Energy Services LP* (The Harriette N) [2008] EWHC 2257 (Comm)

113) *Ibid.* paragraph. 86

同事例は、persuasive authority を根拠に、原告は、一方錯誤が認められた事例として、シンガポールに於ける事例 (*Chwee Kin Koenguchi and others v. Degislandmall.com Pte. Ltd*¹¹⁵⁾) を参照するも、裁判所はこのシンガポールでの事例を、相手方が錯誤に陥っていることを知りながら承諾を行った “snapped up the offer” の事例である¹¹⁶⁾として本件と峻別し¹¹⁷⁾、これを斥けた¹¹⁸⁾。

尤も、詐欺的事例であれば一方的錯誤も認められる。例えば、*Cundy v. Lindsay*¹¹⁹⁾事件が挙げられる。同事例の経緯は以下の通りである。原告は、Cheap-side の Wood Street 37 番地に住むと述べる、不誠実な人物である Blenkarn 氏という人物からハンカチーフの注文を受けた。そして、この Blenkarn 氏という人物は、恰も “Blenkiron & Co” という、信頼に定評のある企業として原告に知られる、Wood Street 123 番地で経営を営む企業に見えるようにサインした。そして、原告は商品を Blenkiron & CO、Wood Street 37 番地に送付し、Blenkarn 氏は当該商品の占有を得たが、Blenkarn 氏は商品代金を支払わなかった。これにつき、原告は Blenkarn 氏と Blenkiron 社を誤認したのであって、Blenkarn 氏と取引をするつもりはなかったのだと主張した。裁判所はこれを認め、Blenkarn 氏に当該商品の所有権は存しないものとした。

このように、イングランド法は原則として一方型錯誤を認めず、*Cundy v. Lindsay* 事件の如く、相手方が詐術を用いたなど、詐欺的な場合にのみ限定して、錯誤を認定してきたのである¹²⁰⁾。

114) *Ibid.* paragraph. 93

115) *Chwee Kin Koenguchi and others v. Degislandmall.com Pte. Ltd* [2005] 1 SLR 502.

116) *Statoil ASA v. Louis Dreyfus op. cit.* n. 82, paragraph 95

117) 尤も、これを本来的意味での「一方錯誤」を認めたとして検討の前提とする見解も存する (David Capper, ‘Common Mistake in Contract Law’ in *Singapore Journal of Legal Studies* (2009), p. 467 (pp. 457-473))。

118) *Statoil ASA v. Louis Dreyfus op. cit.* n. 110, paragraphs 95-96

119) *Cundy v. Lindsay* (1878) 3 App. Cas. 459

120) 例えば、Treitel *op. cit.* n. 109, 8-035 以下、基本的には錯誤が認められる例を挙げるが、8-035 に於いては惹起或いは信用 (credit) が存した事例であるか、8-036 (上に扱った *Cundy v. Lindsay* 事件を挙げる) の如く、詐欺の場合に限られる。

ii) 「不実表示 (*misrepresentation*)」の誕生

このように、イングランドに於ける錯誤法は現在に至って、極めて範囲を限定する(本章1節に謂う *mistake* 型錯誤アプローチ)ところ、これでは全く不合理な場合であってもその契約からの離脱を認めないこととなり、不合理である¹²¹⁾。そこで、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¹²²⁾、19世紀にかけてエクイティの視点から、狭義の錯誤法 (*mistake*) のほかに、不実表示 (*misrepresentation*) が発達する¹²³⁾に至った¹²⁴⁾。

その先駆けとなった判例として、*Redgrave v. Hurd* 事件¹²⁵⁾が挙げられる。前提として、この事例以前にも“*misrepresentation*”は認められていたが、ここでいう“*misrepresentation*”とは、あくまでも「詐欺的不実表示 (*fraudulent misrepresentation*)」に該する事例であり¹²⁶⁾、今日、一般に謂う *misrepresentation* に該する「非詐欺的不実表示 (*innocent misrepresentation*)」とは異なる。1881年迄に、裁判所はエクイティ上の「解除 (*rescission*)」としての「詐欺 (*fraud*)」という言語からの脱出を図り¹²⁷⁾、そうした要件が廃されつつあったのである。そうした背景の中で出された、この *Redgrave* 事件では、後者の、今日に所謂「非詐欺的不実表示」を認めた事例である。同事例は、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の収入が見込めるものとして家屋の購入を持ちかけたが、契約締結後に至って、かかる収入は見込

121) Cartwright, *Contract Law*, *op. cit.* n. 108, p. 176

122) 幡新大実『イギリス債権法』(東信堂、2010)、236頁

123) John Cartwright, *Misrepresentation, Mistake and Non-Disclosure 4th ed.*, (London, 2017), p. 73

124) 尤も、錯誤のみならず、詐欺との関係でも問題となり、あくまでも「詐欺の拡張」として出発した点には注意が必要である。これにつき、拙著(1)・前掲註1)7頁参照。

125) *Redgrave v. Hurd* (1881) 20 ChD 1 per Jessel MR

126) John Cartwright, *Unequal Bargaining - A Study of Vitiating Factors in the Formation of Contracts*, (New York, 1991), p. 69

127) Cartwright, *Misrepresentation*, *op. cit.* n. 123, p. 75; 尚、あくまでここで論じられるのは「解除」(無論、日本法に謂う「解除」とは異なる。以下、本節など英米法上の文脈に謂う「解除」も同様に解する)についてであり、詐欺的不実表示 (*fraudulent misrepresentation*) の事例については、尚も不法行為上の詐欺 (*deceit*) として、損害賠償請求権の発生原因としては残存する(不法行為としての不実表示につき、*see.* John Cartwright, *Formation and Valiation of Contracts 2nd ed.*, (London, 2018), p. 21)。

めないものとして Hurd 氏がその支払い債務の履行を拒み、そこで Redgrave 氏が特定履行を求める訴えを提起したところ、Hurd 氏は当該契約の前提が詐欺的不実表示によるものであるとして、そもそも当該契約が成立しておらず、かかる債務は発生していない旨を主張した事例である。これにつき、George Jessel 卿は、Hurd 氏による詐欺的不実表示の主張のうち、詐欺的部分を前提とした損害賠償請求は棄却したものの、誤った表示の上に締結されたこと自体は認定し、その解除を認めた¹²⁸⁾。これを踏まえた *Newbigging v. Adam* 事件¹²⁹⁾では、パートナーシップ契約に於ける事例であるが、とりわけ、その控訴審に於いて Watson 卿は、「本件は、詐欺的 (fraudulent) とは云えないものの、取消権を認めるに足る」として、改めて取消権を肯定した¹³⁰⁾。

iii) 「不実表示 (*misrepresentation*)」の特徴：

「狭義の錯誤法」や「詐欺的」との差異

このようにして誕生した不実表示法理¹³¹⁾は、1967 年には、*Misrepresentation Act 1967* (正式名称：*An Act to amend the law relating to innocent misrepresentation and to amend section 11 and 35 of the Sales of Goods Act 1893*) の成立によって、より正式なものとして認められるに至った。但し、これはあくまでも狭義の錯誤 (*mistake*) を広範化するものではないことに注意が必要である¹³²⁾。特に、その効果の時点で、錯誤とは異なっている。不実表示の効果は取消し

128) これは、“moral fraud”として扱われる (Cartwright, *Misrepresentation*, op. cit. n. 123, p. 75)。

129) *Newbigging v. Adam* (1886) 34 ChD 582

130) *Adam v. Newbigging* (1888) 12 App Cas 308

131) 尚、米国では Redgrave 事件とは別個の経緯を辿るとの説も存する (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」武蔵野大学政治経済研究所年報 6 巻 (2012)、85 頁 (67-98))。加えて、アメリカに於いては Llewellyn により齎されたりアリズム法学の影響で、unilateral mistake の射程・構造すら、UCC 上では変化している。具体的には、‘good faith’であるとか、‘unconscionability’に基づく修正により、エクイティ的抗弁の代替とされている (Emily Sherwin, ‘Equitable Correction of Law’ in Dennis Klimchuk & Irit Samet Henry E. Smith, *Philosophical Foundations of The Law of Equity*, (Oxford, 2020))。

132) Mindy Chen-Wishart, *Contract Law* 4th ed. (Oxford, 2012), p. 240

(voidable) であって、原始的な無効 (void *ab initio*) ではない¹³³⁾点である。従って、日本法に於ける取消しと同様に、契約は取消し時点まで有効に成立し、ただ取り消されたことにより「遡及的 (retrospective)」に「巻き戻される (reversed)」に過ぎない¹³⁴⁾。従って、その契約からの離脱は、かかる「巻き戻し」が可能なものでなければならない¹³⁵⁾。その意味で、英米法的観点からは、「契約の解除 (“rescission” of the contract)」というより、「契約の終了 (“termination” of the contract)」と呼ぶほうが妥当であるという見解も存する¹³⁶⁾。その意味で、こうした「不実表示」の類型については、「狭義の錯誤 (mistake)」とは別個のものとし、複数形 (mistakes) にて表現するべきである。従って、かかるアプローチは、この点を踏まえて「Mistakes 型錯誤」アプローチと表すべきであろう。

また、要件の側面では、ここにいう不実の表示とは、単に曖昧な表示であったというのみでは認められず、あくまでも相手方の明示的な表示が誤っていた場合に限られる¹³⁷⁾。そもそも、イングランド法上に於いては、一般原則としての、相手方への開示義務が存さず (Non-disclosure)¹³⁸⁾、従って、特殊な信頼関係が存するといった場合を除き、契約の相手方の利益を慮る義務は存しない¹³⁹⁾ためである (*caveat emptor*)。但し、かかる表示が曖昧な場合であっても、相手方が意図して、錯誤者が不実の意図で理解するように仕向け、且つその意図が不実であることが客観的には明らかという場合に於いては、不実表示が認められる余地は存する¹⁴⁰⁾。

133) Cartwright, *Misrepresentation*, *op. cit.* n. 123, p. 75

134) *Ibid.* p. 76

135) *Ibid.* p. 77

136) *Ibid.*

137) Ewan McKendrick, *Contract Law Text, Cases and Materials 6th ed.*, (Oxford, 2014), p. 576

138) Cartwright, *Formation and Valiation of Contracts*, *op. cit.* n. 127, p. 18

139) *Ibid.* p. 25

140) McKendrick, *op. cit.* n. 137, p. 576

iv) リスクの所在とその転換構造

上記を踏まえ、Mistakes 型錯誤アプローチを採る地域に於けるリスクの所在を検討する。

先ず、英米に於いては原則として、錯誤の範囲を非常に狭く解するため、その原則的リスクは、①第一次的には錯誤者に於いて存するものと云える。その一方で相手方も同一 (mutual) または共通 (common) の錯誤に陥っていた場合に於いては、錯誤を主張することによって、錯誤者は「望んでいない契約への拘束」という意味での「リスク」から逃れることが出来る。加えて、相手方が誤った表示をしたことによって、錯誤者が錯誤に陥ったのであるという場合も、効果こそ異なるが、その不実表示を主張することで、同様の「リスク」から免れることが可能であるものと云える。

(以下次号)

※ 本研究は JSPS 科研費 20J21047 の助成を受けたものである。