



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	意思表示における法律の錯誤
Author(s)	班, 天可
Degree Grantor	北海道大学
Degree Name	博士(法学)
Dissertation Number	甲第11485号
Issue Date	2014-06-30
DOI	https://doi.org/10.14943/doctoral.k11485
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/56710
Type	doctoral thesis
File Information	BAN_TIANKE.pdf



意思表示における法律の錯誤

目 次

第1章 研究課題.....	3
第1節 研究の契機	3
第2節 日本法の状況.....	6
第1款 旧民法および現行民法.....	6
第2款 学説の状況.....	14
第3款 裁判例	24
第3節 問題提起と研究の対象.....	32
第1款 問題提起.....	32
第2款 ローマ法とドイツ法を研究の対象とする理由	34
第4節 本稿の構成	35
第2章 ローマ法.....	36
序	36
第1節 ローマの法学者の諸見解.....	38
第1款 パウルスの見解.....	39
第2款 ネラチウスの見解.....	43
第3款 ポンポニウスとユリアヌスの見解.....	44
第4款 パピニアヌスの見解.....	48
第5款 小括および若干の検討.....	52
第2節 ローマ法における法律の錯誤の種類.....	54
第1款 物の帰属と法律の錯誤.....	55
第2款 非債弁済と法律の錯誤.....	56
第3款 刑事責任と法律の錯誤.....	59
第4款 使用取得と法律の錯誤.....	60
第5款 期限と法律の錯誤.....	62
第6款 小括および若干の検討.....	62
第3節 中世におけるローマ法上の法律の錯誤.....	64
第1款 スコラ学派.....	64
第2款 注釈学派.....	65
第3款 自然法学派.....	65
第4款 小括	66
第4節 本章のまとめ.....	66
第3章 ドイツ法.....	69
序	69
第1節 前史	70

第1款	普通法における「法の不知は害する」の継受	71
第2款	「法の不知は害する」への反省	73
第3款	BGBの編纂期における法律の錯誤	87
第4款	まとめ	91
第2節	法律の錯誤の全体像	92
第1款	法律効果の錯誤（BGB 119条1項）	93
第2款	性質の錯誤としての法律の錯誤（BGB 119条2項）	96
第3款	行為基礎の喪失と法律の錯誤（BGB 242条、現 BGB 313条）	104
第4款	本節のまとめ	123
第3節	法律効果の錯誤	124
第1款	「法律効果の錯誤 Rechtsfolgeirrtum」概念の形成	126
第2款	学説の転回による判例転換	138
第3款	判例転換後の学説	154
第4款	判例転換後の裁判例	164
第5款	まとめ	193
第4節	本章のまとめ	196
1、内容のまとめ		196
2、法律の錯誤の現代的意義		198
第4章	日本法への示唆	199
序		199
第1節	比較法のまとめ	200
第1款	ローマ法	200
第2款	ドイツ法	202
第3款	小括	205
第2節	日本の裁判例の再検討	205
第1款	前提型	206
第2款	効果型	215
第3款	小括	234
第3節	法律の錯誤の「現代的意義」についての一試論	237
第1款	前提型と効果型	237
第2款	効果型の法律の錯誤の問題構造および判断基準	239
	——ドイツ法における法律効果の錯誤を手がかりにして	239
第4節	法律の錯誤についての論点整理と展望——むすびに代えて	245
第1款	比較法研究の結論	245
第2款	本稿の意義および残された課題	248

第1章 研究課題

第1節 研究の契機

中国において、2003年に、意思表示の錯誤に基づく取消しの主張に対し、法律の錯誤を理由に救済を拒否した裁判例が現れた。以下のようなものである¹。

Yは、車で外出したところ、運転免許証を所持し忘れ、隣人の訴外Aに免許証を届けるように依頼した。AはYに免許証を届け、帰宅途中で事故に遭い死亡した。Yは、Aの死亡について自身に何らかの責任があると思い、Aの妻であるXとの間で、約20万人民元を引き渡す旨の「補償協議」を締結した。その後、Yは、専門家への諮問により自身に法律上の賠償責任がないことに気づいたため、Xの履行請求を拒絶し、本件補償協議がYの不法行為責任に対する誤解に起因してなされたものであると主張し、本件補償協議につき錯誤に基づく取消しを求めた。しかし、終審裁判所（北京第二中級人民法院）は、法律の錯誤

¹ 北京市高级人民法院民一庭編：《北京民事审判疑难案件案例与问题解析》第一卷，法律出版社2007年版，第425页以下（本稿は、中国語文献を中国語名で引用する。ただし、中国語と日本語との混同を防ぐため、中国語引用部に下線を引くことにする）。

なお、中国法では、意思表示の錯誤について、法律は、「行為者に重大な誤解がある場合には、行為者はその意思表示を取り消すことができる」と規定している（1986年民法通則第59条、1999年契約法第54条）。しかし、重大な誤解とは何かについて議論がある。最高人民法院は、司法解釈において、以下のように重大な誤解を定義した。「行為者は、行為の性質、相手方、目的物の種類・質・規格・数量等について誤った認識を持つゆえ、行為の効果と自己の意思との不一致をきたし、かつ比較的大きな損害を招致した場合には、重大な誤解があると認定することができる」（「中華人民共和國民法通則の貫徹に関する若干問題の意見」第71条、以下では「民法通則意見」第71条で引用）。また、ここでいう「行為の効果と自己の意思との不一致」という表現について、学説の多数は、これを内容の錯誤の言い回しと捉え、内容の錯誤と動機の錯誤との区別を軸にした二元的構成に基づく解釈を展開したが、裁判例においては、文言に拘らずに、内容の錯誤を理由にして錯誤を救済したものがある一方（宁夏回族自治区高级人民法院1995年3月27日判決，載《最高人民法院公报》1995年第4期，第137页）、前提や錯誤のリスクなどを前面に出して判断を下したものもある（最高人民法院2000年12月3日（2000）终经字第108号判決、广西壮族自治区高级人民法院2007年11月27日（2007）桂民一终字第185号判決）。要は、統一した理論的説明による判例法理は存在しない。近時、ドイツ法における広義上の法律効果の錯誤を参考にして「行為の効果と自己の意思との不一致」を解釈し、それ以外の錯誤を錯誤外の問題として信義則および等価性のもとで処理すべきだと主張する論稿が出ている（拙稿：《论民法上的法律错误》，中外法学2011年第5期，第997页以下）。

が正当な錯誤原因にはならないとして、Y の錯誤に基づく取消しの主張を退けた²。

ところで、法律の錯誤がなぜ法的救済に値しないかについて、判決文においては明白にされていない。その後、本件主審を務めた裁判官が新聞に掲載した本判決の解説文により、その判断の根拠が明らかになった。すなわち、「[ローマ法] 帝政期の立法は、錯誤を法律の錯誤と事実の錯誤とに区別し、前者を一般的には法律行為の効力に影響しないものとした。……わが国の民事立法は、『法の不知は許さず』を原則とし、法律の錯誤と事実の錯誤とを明確に区別したうえで、法律の錯誤が法律行為の効力に影響しないことを明記すべきである。本件における法律に対する誤った理解はまさしく法律の錯誤であり、錯誤者はそれによる不利益を自ら負うべきであり、本件錯誤は法律行為の効力に影響しない」という。本件裁判官は、法律の錯誤に基づく取消しを拒否する理由を「法の不知は許さず」といったローマ法の原則に求めたのみならず、その立法化まで要求したのである³。

中国の多数の学説は、上述の裁判例と同様、法律の錯誤について否定的態度を採る。多

² 本件「補償協議」とは何かについては争いがある。それを贈与と解すべきだという意見もあったが、判決には採用されなかった。その理由は、贈与は無償契約であるのに対し、「X が Y から金銭を受けると定めた本件契約は、その成立の経緯からみれば、X の夫である A の死がその基礎になっていたのであり、全く無償とは言えないからであるとされた（北京市高级人民法院民一庭編：『北京民事审判疑难案件案例与问题解析』第一卷，法律出版社 2007 年版，第 428 页）。しかし、恩返しという道德上の履行義務があるからといって、契約の無償性を直ちに否定する本件解釈に問題があることは否定できない。本件裁判官が贈与を制限的に解釈したのは、まさしく、贈与は要式行為であり、書面によるものであっても、贈与者が未履行の部分について任意に撤回することができると規定する中国契約法第 186 条の適用を回避しようとしたからであると指摘されている（拙稿：『罗马法上的法律错误溯源』，《华东政法大学学报》2013 年第 3 期，第 154 页）。

贈与について、日本民法では、贈与が書面による限り、贈与者はそれを任意に撤回することができないとされている（民法 550 条）。こうして、本件におけるような、書面の備わった贈与契約は問題にならない。もっとも、贈与を諾成契約とし、書面による贈与に強い効力を与える日本民法は、「慈善団体への寄付のように単なる好意からなされることはむしろ少なく、……共同体内部の義理・恩などから生ずる義務の履行と観念されることが多い」という社会関係に基づいたものであると理解されている（内田貴『民法Ⅱ債権各論』（東京大学出版会、2007 年）159 頁）。この観点からは、本件「補償協議」はまさに共同体内部（隣人間）の義理・恩などから生ずる道德上の義務を書面によって法的義務にした典型例であり、裁判官はその効力を認めようとしていたことが明らかである。しかし、中国契約法第 186 条が現に存在している以上、迂回策として、本来は贈与の枠内で解決されるべき本件問題を錯誤の領域に落とし、不法行為責任に関する錯誤による金銭の支払いの約定の問題として、「法の不知は許さず」という構成で問題解決を図ったと理解することができよう。

³ 胡建勇：『意思表示‘错误’之范围分析』，《人民法院报》2006 年 6 月 27 日 C03 版。

数説によると、法律の錯誤は動機の錯誤と捉えられ、正当な錯誤理由から外されるべきだとされる（否定説）⁴。それに対し、ドイツ民法の錯誤論に依拠して、一部の法律の錯誤については、それに基づく取消しを認めるべしとする学説もある。すなわち、法律の錯誤を、「法律行為そのものについての錯誤」と「法律行為に対して法律が付与した効果についての錯誤」とに区別し、前者を内容の錯誤に、後者を動機の錯誤に帰属させ、法律の錯誤の一部を内容の錯誤として認める（一部肯定説）⁵。その例として、一部肯定説は、一般に次のようなものを挙げる。物を有償で賃貸することを希望していた者が、使用貸借が無償であることを知らずに、「使用貸借」と表示して物を貸した場合には、当該錯誤は内容の錯誤となり、取消しができる。これに対して、売主が物を売却する際、瑕疵担保責任を負う必要がないと考えていたが、法律によって瑕疵担保責任を負うに至った場合には、当該錯誤は動機の錯誤となり、取消しができない⁶。

一部肯定説が挙げた、物を有償で賃貸しようとする意思を「使用貸借」と表示した事例から考えれば、法律の錯誤でも、意思表示に用いられた言葉の意味内容についての錯誤、すなわち内容の錯誤に該当する可能性が皆無ではないのであり、すべての法律の錯誤を動機の錯誤と捉える否定説は妥当ではない。しかし、一部肯定説にも問題がある。上記中国の不法行為責任に関する錯誤の事案を例にとればわかるとおり、そこにおける、表意者が自己に不法行為責任があると誤信して賠償目的で金銭の支払いを約定したような錯誤は「法律の錯誤」の事件であるものの、一部肯定説にいう「法律行為そのものについての錯誤」とは言い難いだけでなく、「法律行為に対して法律が付与した効果についての錯誤」にも該当しない。一部肯定説による説明は、法律の錯誤の全体に対してなされているもののように見えるが、実はその射程が一定の事案類型に限られ、すべての法律の錯誤を説明するものではないといえることができる。

一部肯定説におけるこの問題点は、概念使用の混乱を原因とするものであろう。すなわち、一部肯定説が依拠したドイツ法の理論は、実際「法律の錯誤 *Rechtsirrtum*」ではなく、「法律効果の錯誤 *Rechtsfolgeirrtum*」についての理論であった⁷。法律効果の錯誤とは、表

⁴ 李永军：《民法总论》，法律出版社 2006 年版，第 511 页以下、隋彭生：《合同法论》，法律出版社 1997 年版，第 177 页、崔建远：《合同法》，法律出版社 1999 年版，第 143 页。

⁵ 胡吕银：《民事错误制度若干问题探讨》，《扬州大学学报》2002 年第 6 卷第 4 期，第 66 页以下。

⁶ 胡吕银、前掲 67 頁。

⁷ 「法律の錯誤」と「法律効果の錯誤」との関係について、ドイツでは、後者を前者のサブ類型であると捉える学説があるが、判例（RGZ 89, 29）および通説は、法律効果の錯誤は、その効果が法律の適用によって意思表示に結びつけられたものである点で特徴的であり、必ずしも法律に対する誤解から起因したものと限らないとしている。これについて、第 3 章第 3 節第 4 款第 1 項以下で詳論する。

意者においてすでに形成された意思表示のうえに法律が新たな法律効果を結びつけたことによって生じた、意思と法律効果との不一致のことである。典型例としては、売買契約における瑕疵担保責任を知らなかった売主の錯誤がよく挙げられる⁸。しかし、上記中国の事案における不法行為責任についての錯誤は、法律の錯誤ではあるものの、法律効果の錯誤には該当しない。一部肯定説は、この事案に目を向けておらず、単に「法律効果の錯誤＝法律の錯誤」と考え、法律効果の錯誤に対応する理論を法律の錯誤の解決策として導入したのである。それゆえ、一部肯定説は、法律の錯誤について取消可能なものが一部存在するという程度の結論を説明するには十分かもしれないが、それ以外の場合にはみな取消しが不可能である理由については答えていない。

以上のように、法律の錯誤に関する近時の裁判例を分析するために、また法律の錯誤に関する学説の理解の不十分さを補足するために、本稿は、法律効果の錯誤をも含めた法律の錯誤の問題に取り組むことにする。

第2節 日本法の状況

法律の錯誤に関する日本法の状況は、中国法のそれとは正反対である。日本の現行民法は、起草以来、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない方針を今日でも堅持している。

本節では、日本民法が如何なる理由で両者を区別しない方針を採用したか（第1款）、このような方針につき現在の学説がどのように受け止めているか（第2款）、また、実際の裁判例においてはこの方針が例外なく貫徹されているか（第3款）、という三つの視点から、日本法における法律の錯誤に関する議論を鳥瞰し、問題および分析の視点を提示するための前提作業を行う。

第1款 旧民法および現行民法

まずは、立法過程を振り返る。そこでは、旧民法（第1項）から現行民法（第2項）への移行に伴う立場の転換が見受けられる。

第1項 旧民法

錯誤一般について、旧民法は、錯誤事項を、合意の欠缺と合意の瑕疵とに分けて規定し

⁸ 「法律効果の錯誤」の概念と事例について、第3章第2節第1款および第3節以下で詳論する。

た。合意の性質、目的または原因に関する錯誤は前者に属し、合意阻却の効果を認められ（旧民法財産編 309 条 1 項）、それに対し、附随的な人的要素または物の品質に関する錯誤は後者に属し、合意阻却の効果がなく、単に取り消すことができるとされていた（旧民法財産編 309 条 4 項、310 条）。

さらに、法律の錯誤について、旧民法は、財産編 311 条において、錯誤一般とは多少相異のある規定を設けた。

旧民法財産編 311 条

- ①法律ノ錯誤カ或ハ合意ノ性質、原因または効力ニ存スルトキ或ハ物ノ資格または人ノ分限ニ存シテ其資格若クハ分限カ決意ヲ為サシメタルトキハ其錯誤ハ事実ノ錯誤ノ如ク承諾ヲ阻却シ又ハ其瑕疵ヲ成ス
- ②然レトモ裁判所ハ宥恕ス可キ情状アルニ非サレハ右錯誤ノ為メ合意ノ無効ヲ認許スルコトヲ得ス
- ③法律ノ錯誤ハ責罰ニ対シ時期ヨリ生スル法律上ノ失権ニ対シ又ハ行為ノ違式ヨリ生スル無効ニ対シ此他公ノ秩序ニ係ル法律、規則ノ不知ニ対シテモ当事者ヲ救護スル為メニ之ヲ認許セス

条文に示されているように、法律の錯誤は原則として事実の錯誤と同様に無効または取消しの原因になりうるが、一定の場合にはその主張が制限される。

まず、原則として、法律の錯誤が合意の性質、原因または効力に存在する場合には当該錯誤は合意の欠缺となり、法律の錯誤が物の資格または人の分限に存在し、かつその資格または分限が合意にとって決定的である場合には当該錯誤は合意の瑕疵になるとされる（旧民法財産編 311 条 1 項）。これは、単に旧民法財産編 309、310 条の規定を繰り返したものにすぎないと理解してもよさそうであるが、そこでは、同法 309、310 条にみられない「合意の効力」という言葉が登場したことに留意する必要がある。「合意の効力」の錯誤とは何かについて、ボワソナード教授は、追奪担保責任または瑕疵担保責任に対する売主の錯誤を考えていた。つまり、売主が追奪担保責任または瑕疵担保責任の規定を知らずに物を売却した場合には当該錯誤は「合意の効力」の錯誤であり、合意の欠缺として顧慮されるべきだという⁹。

⁹ ボワソナード氏起稿『再閣修正民法草案注釈（第二編人權ノ部・上巻）』（司法省、1883 年）165 頁、同『注釈民法草案（財産編人權之部）』星野英一＝ボワソナード民法典研究会編『ボワソナード民法典資料集成・前期 I』（雄松堂、1999 年）378-379 頁。

他方、宥恕すべき情状がない場合（旧民法財産編 311 条 2 項）と、公の秩序に係わる法律、規則に対する不知の場合（旧民法財産編 311 条 3 項）は、錯誤が顧慮されないと定められている。特に旧民法財産編 311 条 3 項には、公の秩序に係わる法律、規則の不知として、責罰、時期により生じる法律上の失権または行為の違式より生じる無効が列举されている。例えば、権利者が時効の規定により権利を失った場合には、法律の錯誤を主張することで失った権利を復活させることはできない。また、要式の規定に違反して法律行為が無効になった場合には、法律の錯誤を主張することで無効となった法律行為を有効にさせることはできない。ところで、意思表示の領域において、法律の錯誤が如何にして表意者の無効または取消しの主張を妨げるかを、旧民法財産編 311 条 3 項から読み取ることは難しい。ボワソナード教授は、同項の注釈にあたって、時効と法律上の要式のほか、「貸金ノ法律上ノ利子」にも言及していたため、利息制限法上の利息制限についての貸主の不知を念頭に置いていたと考えられる¹⁰。

上記事例に即していえば、ボワソナード教授の見解を次のようにまとめることができる。すなわち、追奪担保責任や瑕疵担保責任のような、公の秩序に直接関係しない法律についての錯誤は、旧民法財産編 311 条 1 項によって「合意の効力」の錯誤として救済されるのに対して、利息制限法のような、公の秩序に直接関係する法律についての錯誤は、旧民法財産編 311 条 3 項によって救済されない。

第 2 項 現行民法

（1）現行民法の起草過程において、民法 95 条の起草を担当した富井政章委員は、上記旧民法財産編 311 条を削除し、法律の錯誤についての判断を民法 95 条における「要素の錯誤」の判断に一本化した¹¹。

現行民法 95 条

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。

一本化の理由は、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別する必要がないことにあるという。

¹⁰ ボワソナード氏起稿『再閣修正民法草案注釈（第二編人權ノ部・上巻）』、前掲注（9）173 頁参照。

¹¹ 民法 95 条の起草担当について、星野通『明治民法編纂史研究』（日本立法資料全集別巻 33、1995 年）174 頁参照。

詳細は、以下のとおりである。

第一に、旧民法財産編 311 条 1 項は、現行民法の本文に吸収される。その理由は、法律の錯誤が事実のそれとよく混同されることにあるという。例として、債務者が法律の錯誤により債務の不存在を知らずに契約変更の意思表示をした場合が挙げられる。この錯誤は旧民法財産編 311 条 1 項の合意原因の錯誤に該当するし、現行民法 95 条の要素の錯誤にも該当するため、旧民法財産編 311 条 1 項を削除しても差し支えないと説明していた¹²。もっとも、旧民法財産編 311 条 1 項の削除は、法律の錯誤に基づく無効を認めないとするものではなく、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない方針を示しただけであると富井委員は明言した¹³。

第二に、旧民法財産編 311 条 2 項は、現行民法 95 条のただし書きに吸収される。つまり、有恕すべきではない情状があるときは、たとえ錯誤が法律行為の要素に関するものであっても、重過失の要件で対応すれば十分である¹⁴。

第三に、旧民法財産編 311 条 3 項は、錯誤とは関係ない条文として削除された。その理由は、錯誤対象となった法律が公の秩序に係わる場合には、法律行為の効力が錯誤以外の規定による影響を受けており、錯誤の有無を問う必要はないと説明している¹⁵。例えば、売買契約の売主が法律の錯誤により目的物が違法であることを知らずにそれを売却した場合には、売買契約を無効ならしめる理由が錯誤（現行民法 95 条）にあるのではなく、強行法規違反（現行民法 91 条）にあるがゆえ、錯誤の有無と関係なく契約は無効である¹⁶。しかし、ボワソナード教授が旧民法財産編 311 条 3 項の注釈にあたって言及した、利息制限法上の限度額に関する貸主の錯誤については、富井委員は言及しなかった。

以上のとおり、法律の錯誤について、立法理由によると、旧民法財産編 311 条 1 項、2 項は現行民法 95 条に吸収され、3 項は吸収されず削除された。このように、公の秩序に係わる法律の錯誤を事実の錯誤から区別して救済を否定し、公の秩序と係わらない法律の錯誤

¹² 『民法修正案理由書』87 頁。

¹³ 『民法修正案理由書』88 頁。

¹⁴ 審議の過程において、谷澤竜蔵委員は、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しないことは無効の範囲をむやみに拡大する懸念があるのではないかと質問したが、これに対して、富井委員は、法律の錯誤のほとんどが重過失によるものであるから、修正案 95 条但書きで対応すれば十分であると返答した。これについて、『衆議院民法修正案委員会速記録』4 号 29 頁参照。

¹⁵ 『民法修正案理由書』88 頁以下。

¹⁶ この例は、富井委員の著書（『民法論綱・人権之部上巻』、後掲注（17））の関係部分から推測したものであり、立法理由書に挙げられた例ではない。立法理由書に直接取り上げられた法律の錯誤の例は、債務者が債務の不存在を知らずに契約変更の意思表示をした一件にとどまる。

を救済するとするボワソナード教授と、法律の錯誤と事実の錯誤とを全く区別しない富井委員との間に相違があることが明らかである。

(2) また、前項においても触れたが、富井委員とボワソナード教授との見解の相違は、旧民法財産編 311 条 3 項においてだけでなく、旧民法財産編 311 条 1 項にもある。もっとも、それは、立法理由書ではなく、旧民法起草直後に著された富井委員の著書である『民法論綱』における旧民法財産編 311 条に対する批判から読み取れるものである¹⁷。

富井委員の批判によると、旧民法財産編 311 条 1 項に列記された五種の法律の錯誤——①合意の性質の錯誤、②合意の原因の錯誤、③合意の効力の錯誤、④目的物の品格の錯誤、⑤相手方の分限の錯誤——は、「契約の要素たる合意の欠缺」によって無効となるものばかりであって、実質的には事実の錯誤にほかならなく、法律の錯誤のみに基づく無効ではないという¹⁸。

それぞれの具体例としては、①合意の性質の錯誤について、貸主が使用貸借を賃貸借と混同する場合が、②合意の原因の錯誤について、債務が存在しないのに存在すると誤信しそれを消滅させるために他の債務を約定した場合が、③合意の効力の錯誤について、売主が瑕疵担保責任の規定を知らなかった場合が、④目的物の品格の錯誤について、売主が目的物が不法であることを知らなかった場合が、⑤相手方の分限の錯誤について、所有権を有しない相手方から物を買取った場合が、挙げられている。また、それぞれについて、富井委員は、①合意の性質の錯誤は合意の不成立を招くものであり、法律の錯誤を待たず

¹⁷ 富井政章『民法論綱・人権之部上巻』（岡島實文館、明治 23 年）158 頁以下参照。

¹⁸ 法律の錯誤は事実の錯誤にほかならないとする富井委員の主張は難解であるが、それを読み解くには、富井委員付きの補助起草委員を務めた仁井田増太郎氏の見解を一瞥ことが一助するであろう。仁井田補助委員は民法修正案の質疑解答において、債権者の身元や物の差押えの可能性に関する錯誤を引き合いに「法律の錯誤は毎に事実の錯誤を来すもの」とであると述べた。つまり、民法 95 条にいう「法律行為の要素」は所詮人か物のような事実的要素であるから、法律の錯誤はこれらの事実的要素から離れて単独で民法 95 条の適用を生じさせる錯誤原因にはなりえないという（『法典質疑録』第一巻 196 頁以下、民第七十二号問題）。要するに、事実が介在しない法律の錯誤はないということである。しかし、この説明に対して、「法律行為の要素」は必ずしも当事者や目的物のような事実的要素であるとは限らないではないかという疑問がありうる。例えば、無尽会社の取締役役に就任しようとする表意者が、就任前の無尽債務に関して株主総会の免責決議によって免責を得たものと誤信しこれを条件として就任した場合は、純然たる法律の錯誤であり何ら事実的要素の錯誤がないからといって、民法 95 条の適用を拒否するであろうか（大判昭和 13 年 2 月 21 日民集 17 卷 232 頁参照。本件では、錯誤に基づく就任行為の無効の主張は重過失ありとの理由で否定されたが、民法 95 条の適用があることは認められている）。

当然無効である、②合意の原因の錯誤はあくまで事実の錯誤であり、法律の錯誤ではない、③合意の効力の錯誤は、「法律は決して斯かる場合に救済を与え売買を無効と為すもの」ではない、④違法な物を目的物とする契約は当然無効であり、法律の錯誤による無効ではない、⑤人の分限の錯誤はつまるところ事実の錯誤であり、法律の錯誤ではない、と考へ、そのうえで、法律の錯誤の判断は事実の錯誤の判断に委ねればよいと主張した¹⁹。

五種の法律の錯誤の中で、特筆すべきは、②合意の原因の錯誤と③合意の効力の錯誤である。債務の不存在を知らずそれを消滅させるために他の債務を約定した、という合意の原因の錯誤（②）は、法律の錯誤が事実の錯誤とよく混同される例として立法理由書に現れたものである。それに対し、売主が瑕疵担保責任の規定を知らなかった、という合意の効力の錯誤（③）は、法律の錯誤の典型例であつて、法律の錯誤と事実の錯誤との混同によって説明することは難しい。立法の際、富井委員はこの問題について全く言及しなかった。しかし、上記の『民法論綱』の紹介からわかるとおり、富井委員はこの問題について立場を有しなかったわけではない。瑕疵担保責任に関する売主の錯誤という合意の効力の錯誤について、富井委員は、「法律は決して斯かる場合に救済を与え売買を無効と為すもの」ではないと断言し、この点で、合意の効力の錯誤でも、錯誤の対象が公の秩序に関する法律でない限り、無効主張を認めても構わないと考えたボワソナード教授とは正反対の立場であつた。このことからみれば、旧民法 311 条 1 項が現行民法 95 条に吸収されたといつても、それは「合意の効力の錯誤」を除いたものであるといわざるを得ない²⁰。

（3）もっとも、合意の効力の錯誤が救済に値しないというのは、あくまで立法前に著された『民法論綱』における発想であつて、現行民法の立場であるとは断言できない。現行民法における錯誤論の伝統的な立場および判例の出発点は、富井委員が現行民法施行後に著した『民法原論』において、「法律行為の要素」を内容中の要部と解釈し、「意思表示の内容」概念を導入することによって、内容と動機からなる二元的構成を形成させたところに

¹⁹ 富井政章、前掲注（17）158 頁以下参照。

²⁰ 旧民法 311 条 1 項が現行民法 95 条に吸収されるときに合意の効力の錯誤が抜かれたことは、311 条 3 項が削除される結果を台無しにするものであろう。利息制限法に関する貸主の錯誤の問題に振り返ってみればわかるとおり、利息制限法の効果に関する錯誤も、瑕疵担保責任に関する錯誤と同様、一種の「合意の効力」の錯誤である。瑕疵担保責任の錯誤を例にとつて合意の効力の錯誤に対する救済を否定する富井委員の立場からすれば、利息制限法に関する錯誤を救済するはずはない。このように、法律の錯誤に関する現行民法の判断基準は、旧民法 311 条 3 項の削除により、旧民法より緩和されたかのように思えるが、実際は、旧民法 311 条 1 項に記載された、顧慮される錯誤事項の一つである「合意の効力」の錯誤が不考慮とされることにより、救済範囲がかえって狭められたと考えられる。

ある²¹。したがって、法律の錯誤についての現行民法の立場をより完全なる形で提示するためには、民法施行後の富井説を一瞥することが有益であろう。

『民法原論』においても、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない方針は変わっていない。しかし、用いられる事例が変わった。富井委員は、法律の錯誤の例として、連帯債務を保証債務と間違える場合（上記①）を取り上げ、「法律ヲ誤解シテ意思表示ヲ為スモ意思ト表示ト一致セサル点ハ事実ノ錯誤ト同一ナルカ故ニ等シク法律ノ保護ヲ受クルコトヲ得サルヘカラス（財三―一条、独一―草一四六条一項）」として意思主義の加工を施し、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない立法方針を正当化しようとした²²。つまり、連帯債務を保証債務と間違える場合には、「保証債務」という効果意思と「連帯債務」という表示行為との間に不一致が生じ、意思の欠缺があったため、事実の錯誤の場合と同様に 95 条が適用される。立法理由書において挙げられた、債務の不存在を知らずそれを消滅させるために他の債務を約定した、という事例（上記②）はここで取り上げられなかった。それはおそらく、債務の存在の如何が他の債務の約定にとって動機というべきものであり、意思の欠缺で説明し難いからであろう。また、売買契約における売主が物の瑕疵について担保責任を負わないと誤信した場合（上記③）にその表示的效果意思と内面的効果意思の間に不一致がないかについても言及されていない。

（4）以上の分析から、法律の錯誤についての富井委員の考え方は、事例に即して、次のようにまとめることができよう。

現行民法起草前において、富井委員は、旧民法財産編 311 条に反対して、純然たる法律の錯誤が実は存在せず、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別する必要はないと主張し、そこでは以下の事例を想定していた。すなわち、旧民法財産編 311 条にいう①合意の性質の錯誤、②合意の原因の錯誤、③合意の効力の錯誤、④目的物の品格の錯誤、⑤相手方の分限の錯誤という五種の法律の錯誤に対し、それぞれについて、①貸主が使用貸借を賃貸借と間違える場合、②債務が存在しないのに存在すると誤信しそれを消滅させるために他の債務を約定した場合、③売主が瑕疵担保責任のことを知らなかった場合、④売主が目的物が不法であることを知らなかった場合、⑤所有権を有しない相手方から物を買収した場合、という事例を想定していた。

しかし、民法起草時および民法施行後において、富井委員は、上記五種の法律の錯誤を必要に応じて使い分けたのである。例えば、起草時において、法律の錯誤が事実の錯誤と

²¹ 中松纓子「錯誤」星野英一編集代表『民法講座（第 1 巻）』（有斐閣、1984 年）394 頁以下参照。

²² 富井政章『民法原論』（有斐閣、1922 年）446 頁以下参照。

の混同がよく生じるため、両者を区別する旧民法財産編 311 条 1 項の存在意義が乏しいと説明するにあたっては、債務が存在しないにもかかわらず存在すると誤信しそれを消滅させるために他の債務を約定した場合（上記②）を挙げたが、瑕疵担保責任の規定を知らなかった売主の錯誤（上記③）という、法律の錯誤と事実の錯誤との混同によって説明し難い事例に言及しなかった。また、公の秩序に関わる法律についての錯誤を制限しようとする旧民法財産編 311 条 3 項を削除するにあたっては、目的物が不法である場合（上記④）を念頭に置いたが、ボワソナード教授が言及した、利息制限法に関する貸主の錯誤の問題には触れなかった。さらに、民法施行後においては、「法律行為の要素」を内容中の要部と解釈しても、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない方針が依然として妥当することを論証するにあたっては、連帯債務を保証債務と間違える事例（上記①）を挙げたが、立法理由書において用いられた、債務が存在しないにもかかわらず存在すると誤信しそれを消滅させるために他の債務を約定した、という内容の錯誤として処理しにくい事例（上記②）を避けていた。

総じていえば、債務が存在しないにもかかわらず存在すると誤信しそれを消滅させるために他の債務を約定した場合（上記②）には当該錯誤は内容の錯誤ではないにもかかわらず、なぜ救済されるのか、瑕疵担保責任に関する売主の錯誤（上記③）はなぜ「決して」許されないのか、そして、利息制限法に対する貸主の錯誤は救済される余地があるか、といった法律の錯誤の問題は十分議論されずに残されたのである。

第 3 項 小括

現行民法の起草過程において、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別し、前者を後者より厳格に扱う旧民法財産編 311 条は、法律の錯誤と事実の錯誤とを全く区別しない現行民法 95 条本文へと変貌を遂げた。残された問題は、以下のとおりである。

第一に、旧民法財産編 311 条 3 項における「公の秩序に係わる法律に関する錯誤」について、ボワソナード教授は利息制限法に関する貸主の錯誤を念頭に置き、それを制限すべきものとしたが、富井委員はそれを特に問題視することなく、旧民法財産編 311 条 3 項を削除した。

第二に、旧民法財産編 311 条 1 項における「合意の効力の錯誤」について、ボワソナード教授は瑕疵担保責任に関する売主の錯誤を念頭に置き、それに対する救済を認めたが、富井委員はそれについて単に「法律は決して斯かる場合に救済を与え売買を無効と為すもの」ではないと述べ、救済を拒否した。しかし、なぜそれが「決して」救済されえないかについては説明していない。

第三に、現行民法 95 条における「要素の錯誤」について、富井委員は、民法施行後において、「法律行為の要素」を「意思表示の内容の要部」と解釈することにより「内容の錯誤」の概念を導入した。しかし、この基本構造の下では、法律の錯誤が事実の錯誤と同様に扱われるべきだとする立法方針を裏づけた事例、すなわち、債務が存在しないにもかかわらず存在すると誤信しそれを消滅させるために他の債務を約定した場合における錯誤は内容の錯誤にあたりうるかがまた新たな問題となる。

第 2 款 学説の状況

上述のとおり、現行民法においては、法律の錯誤は事実の錯誤と全く同視され、その判断は「要素の錯誤」による判断に統合されることとなった。

学説においては、法律の錯誤について、債務が存在しないにもかかわらず存在すると誤信しそれを消滅させるために他の債務を約定したという合意の原因の錯誤を念頭に置いて、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない立法方針に同調するのが通説である（第 1 項）。瑕疵担保責任に関する売主の錯誤という合意の効力の錯誤を念頭に置いて法律の錯誤を特別に扱うべきだとする論考がかつてはあったが、現在は見当たらない（第 2 項）。

第 1 項 立法方針に同調する通説

（1）立法方針に同調し、とくに「法の不知は許さず」という格言が民法領域において適用されないと宣言する形で、法律の錯誤を特別扱いしないことを説明するのが学説の主流をなしている²³。

ところで、興味深いことに、教科書や体系書において法律の錯誤が言及される際には、以下の同種の判例が引用されている。すなわち、表意者が、強制執行に対する請求異議の訴えにおいて自己に有利な判決が既に確定したのを知らずに相手方と和解した事案である（大判大正 7 年 10 月 3 日民録 24 輯 1852 頁、〔J6〕判決）²⁴。そのほか、不動産の売主が、自分の兄が買主に対して負っている債務と代金債権を相殺するために売買契約を結んだが、実際、買主は債権者ではなかった事案（最判昭和 40 年 10 月 8 日民集 19 巻 1731 頁、〔J7〕

²³ 小林一俊『錯誤法の研究』（増補版）（酒井書店、1997 年）410 頁、北川善太郎『民法講要 I 民法総則』（有斐閣、2001 年）163 頁、四宮和夫＝能見善久『民法総則（第 8 版）』（有斐閣、2010 年）225 頁以下。

²⁴ 石田喜久夫編『民法総則』（現代民法講義、1985 年）161 頁（磯村保執筆）、川井健『民法概論 I 民法総則』（有斐閣、1995 年）197 頁、四宮和夫＝能見善久、前掲注（23）『民法総則（第 8 版）』226 頁。

判決)が例に挙げられることもある²⁵。これらの事案は、まさに富井委員が起草時に提示した「債務者が債務の不存在を知らずに契約変更の意思を表示した場合」に該当するものである。しかも、起草者が期待していたとおり、いずれの事案においても錯誤に基づく無効の主張が認められている²⁶。

(2) しかし、前款の小括で述べたとおり、これらの事案における錯誤は、内容の錯誤として説明しにくいものである。例えば、上記〔J6〕大審院判決では、強制執行に対する請求異議の訴えが勝敗未定であるという法律状態が和解契約の内容となりうるかについて疑問がありうるにもかかわらず、大審院は表意者がそれを意思表示の内容の要部となしたことを直ちに認めた。この判決の説明として、法律の錯誤に言及した論者においては、次のような全く異なる構成が採られている。

小林一俊教授は、表示主義的一元論の立場から、本件において要素の錯誤が直ちに認められたのは、強制執行に対する請求異議の訴えが勝敗未定であるという法律状態が和解の内容となっているからではなく、それについての錯誤が相手方において認識可能であったかまたは両当事者に共通していたからであると説明する²⁷。しかしながら、上記〔J6〕判決には、法律状態について、動機の表示や相手方の認識可能性と関係づける字句が見当たらない。

川井健教授は、法律行為の前提となる法律状態を法律行為の自明の内容とみている²⁸。この見解からは、二元論の観点が見て取れる²⁹。つまり、法律状態の錯誤は、等価性が著しく損なわれる限り要素性が認められ³⁰、等価性以上に相手方の認識可能性を要素性の要件としない³¹。この見解では、上記〔J6〕判決における錯誤も、相手方の認識可能性に関連づけられない説明がされうるが、法律状態についての表意者の認識が如何に意思表示の内容に包含されるかについては十分に説明されていない。

²⁵ 我妻栄＝有泉亨＝清水誠＝田山輝明著『我妻・有泉コンメンタール民法』第2版追補版（日本評論社、2010年）219頁参照。

²⁶ 事案の詳細は、第4章第2款第1項以下参照。

²⁷ 小林一俊『錯誤の判例総合解説』（信山社、2005年）106頁。

²⁸ 川井健、前掲注（24）『民法概論Ⅰ民法総則』197頁。

²⁹ 川井健、前掲注（24）『民法概論Ⅰ民法総則』199頁以下。川井教授の見解によれば、古い手袋をなくしたと誤信して新しいのを買うという場合におけるような、「契約内容に関係のない」狭義の動機が存在し、それがいくら表示されたとしても契約の内容にはならない。

³⁰ 川島武宜編（川井健執筆）『注釈民法（3）』（有斐閣コンメンタール、1973年）203頁。

³¹ 川井健、前掲注（24）『民法概論Ⅰ民法総則』204頁。

磯村保教授は、法律状態を動機と捉え、相手方が法律状態の存在を知りつつも表意者にそれを告げないことが信義則違反にあたる場合にのみ、表意者を保護することを主張する³²。この見解は、新二元論に立脚するものである。つまり、動機の錯誤の場合、相手方が表意者の錯誤を認識したとしても、表意者に対して法律状態がこうであることを保証し法律行為の条件にしたり、告知義務違反あるいは不当勧誘のような信義則に反する行動がない限り、錯誤に基づく無効の主張を直ちに認めることはできない。しかし、この見解は、上記大審院判決の立場とは相当距離を置いていることも事実である。

能見善久教授は、法律状態の錯誤が内容の錯誤か動機の錯誤かを問わず、要素性の判断への一本化を説いた³³。この見解によれば、客観的重要性を厳格に考えるべきであり、その厳格な客観的重要性が充たされる場合においては、要素の錯誤があったと認めてよい一方、相手方においても、錯誤の対象が客観的に重要であることについて認識可能性があったともいうことができる。この見解は、一元論の色彩を帯びているが、上述の小林説とは異なり、表意者が錯誤に陥っていることについての相手方の認識可能を要求しておらず、「錯誤対象の客観的重要性＝認識可能性」を強調している³⁴。

以上のように、上記〔J6〕判決についての説明にあたって、諸説のいずれも、この事案を法律または法律状態の錯誤として挙げているものの、判断の考慮要素としては、相手方において錯誤が認識可能であったかまたは錯誤が両当事者において共通していたか、等価関係が崩壊したか、相手方が法律状態について保証しまたは告知義務違反もしくは不当勧誘をしたか、錯誤対象が客観的に重要であったかなどを提示しており、「法律」の錯誤の事案であるという特徴に着眼して分析しているものではない。この事案は、諸説が自説を立てるために援用しているにすぎず、それゆえに多岐にわたった法律構成が見受けられたものと考えられる。

(3) まとめると、現在の学説の多数は、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない方針を堅持し、法律の錯誤に言及する場合に念頭に置いた事案も起草時の設例と同様のものである。ただし、事案の説明としては、多様な構成が試みられており、法律の錯誤を独立した類型として取り扱われていない。

³² 石田喜久夫編（磯村保執筆）、前掲注（24）『民法総則』161頁。

³³ 四宮和夫＝能見善久、前掲注（23）『民法総則（第8版）』226頁。要素性とは、錯誤がなかったならば、表意者は当該意思表示をしなかったであろうこと（主観的因果関係）、かつ、当該意思表示をしなかったことが一般取引の通念に照らして正当と認められること（客観的重要性）を指す。

³⁴ 四宮和夫＝能見善久、前掲注（23）『民法総則（第8版）』223頁。

第2項 法律の錯誤を特別視する少数説

少数ではありながら、現行民法の起草時に議論されなかった、瑕疵担保責任の存在を知らず売買契約を締結した売主の錯誤を念頭に置き、法律の錯誤を特別に扱う必要があると主張する学説も存在する。以下では、代表的な論者として、鳩山秀夫博士、浜上則雄教授および上井長久教授の見解を紹介する。

1、鳩山秀夫博士による「法律効果の錯誤」概念の紹介

鳩山博士は、当時のドイツ民法の通説に従い、法律の錯誤が意思表示の法律効果についてのみ存在する場合には無効の原因にならないと主張した。しかし、連帯債務を保証債務と勘違いして「連帯債務を負う」と表示した表意者の意思表示の法律効果は、やはり「連帯債務」となり、ドイツ民法の通説によると、意思表示は「連帯債務」という効果のままに有効であるという問題が生じる。これについて、鳩山博士は、意思表示の法律効果を、法律行為的效果と非法律行為的效果とに二分することによって解決しようとした。法律行為的效果とは、表意者の自らの意思表示によって決定された法律効果、すなわち意思表示の内容のことであり、これについての錯誤は要素の錯誤に該当する。それに対し、非法律行為的效果とは、法律の適用により当事者の意思を待たずして生じた法律効果のことであり、これについての錯誤は要素の錯誤にあたらない。連帯債務を保証債務と勘違いして連帯債務を負う旨の表示をした場合は前者であり、売買契約の売主が自分が悪意でない限り瑕疵担保責任を負わないと誤信した場合は後者であるという。また、後者に属する例としては、書面による贈与契約でも任意に取り消しうると誤信した場合や、無権代理人と締結した契約が当然に本人を拘束すると誤信した場合も挙げている³⁵。

意思表示から生じたすべての効果を、法律行為的效果と非法律行為的效果とに分ける提案をし、後者を動機と位置づけることによって瑕疵担保責任に関する売主の錯誤の不顧慮を説明することが鳩山説の新しい点である。鳩山博士以降、法律の錯誤を説明する際には、連帯債務を保証債務と誤るケースを要素の錯誤に属させ、売買契約において売主が瑕疵担保責任を負わないと誤信したケースを要素の錯誤から外す、というやりかたがその後の学者にも踏襲されることになる³⁶。

³⁵ 鳩山秀夫『注釈民法全書第二巻・法律行為乃至時効』（巖松堂書店、第1冊 1912年合本初版）148~149頁参照。

³⁶ 穂積重遠『民法総則（新法律学全集）』（日本評論社、1936年）303~304頁参照。

2、浜上則雄教授の見解

浜上教授の法律行為論では、民法は、そもそも自治的に定立された法規範に制定法上の効果を与える授權規範である。この意味では、法律行為は、民法の規律を受ける法律事実にはすぎず、民法上の効果を当事者が欲するか否かにかかわらず、自治的に定立する法規範の内容さえ欲していれば、民法上の法律効果が生ずるものである。法律行為の内容、すなわち自治的に定立する法規範の内容に対し、法律効果は、法に基づくものであって、意思に基づくものではない³⁷。このように、浜上教授は、法律行為の法律効果を法律行為の内容から厳密に区別することにより、法律行為の内容を「自治的に定立する法規範の内容」と制限的に捉え、それが決して自治的な法規範に制定法上の効果を与える民法の効果ではない、という結論に辿り着いた³⁸。

この法律行為論に基づいて、浜上教授は、法律の錯誤について以下のように主張した。
①**強行規定**についての錯誤は顧慮されない。なぜなら、表意者が法律の錯誤を理由として法律の適用から免れることはできないからであるという。つまり、法律がその拘束力を失わしめるようなことを自ら認めるというようなことは考えられないがゆえ、法律が強制的に指示する諸事項について表意者が自治的な法規範を定立しえない、ということである。したがって、強行規定の効果についての錯誤が救済されえない理由は強行規定そのものにあり、動機の錯誤に求めるべきではない³⁹。②**任意規定**について錯誤は、強行規定のそれと

³⁷ 浜上則雄「民法における法律の錯誤」森義宣編集代表『法と政治の諸問題』（大阪大学十周年記念論文集、1962年）383頁以下参照。

³⁸ 理論の説明として、浜上教授はドイツの1902年ライヒ裁判所（RGZ 51, 281, 下記〔D1〕判決）を引用し、その事案に即して敷衍した。この事案において、訴外A商社が原告Xからイラクサを継続的に購入する旨の売買契約をしたが、契約がなお完全に履行されていないうちに倒産した。一方、Xは目的物の一部を引き渡したが、その代金をまだ受け取っていない。そしてA商社の破産管財人である被告Yは、X宛てに手紙を送付し、ドイツ旧破産法17条を根拠にして目的物の残部の引渡しを要求した。その結果、17条の適用により、Xの反対給付債権（代金支払債権）の全部が普通破産債権から財団債権に変わり、Yは破産財団に対して全額請求することができることとなった。Yは、錯誤に基づき、残部についての引渡し請求の取消しを主張したが、棄却された。この事案では、法律行為の内容は「残部のイラクサを引渡し請求する」ということにとどまり、「破産財団が代金の全額を支払う」という間接的法律効果まで及んでいないと浜上教授は考えた。要は、後者は法律の指示であり、「自治的に定立する法規範の内容」ではないからである。

³⁹ 浜上則雄、前掲注（37）393-394頁参照。浜上教授によれば、判例には、強行規定の錯誤が効果意思に関するときに、動機の錯誤であるという理由づけで、民法95条の錯誤にあたらないとしているものがあ

は異なる。任意規定について誤った観念を持ちながらも、この任意規定の定めている事項について何ら表示をしなかった場合には、任意規定は明らかに法律行為の内容（自治的に定立する法規範）に入り込んでいるのであるから、法律行為の内容の錯誤として考えなければならない。例えば、売主が瑕疵担保責任を負わないと考えて瑕疵ある動産を売ったような場合はそれにあたる。反対に、民法に盲目的に服従し、民法の内容について何も思考していなかった場合には、このような錯誤は意思表示の内容と関係なく、民法 95 条によって救済されえない⁴⁰。③意思表示の意味が不明確なときに、制定法の定める方法でその意味を認定すべきことを規定する**解釈規定**についての錯誤は、意思表示の内容を一定の仕方では評価するものであるゆえ、必然的に、意思表示の内容の錯誤となり、この点で任意規定と異なる。例としては、期間に関する民法 138 条以下の規定が挙げられている⁴¹。

法律に関する錯誤を理由にして法律の適用を免れることは許されないという一般原則から、法律行為の内容を「自治的に定立する法規範」に狭めて純化する点に浜上法律行為論の骨子がある。浜上説は、法律の適用により生じた〔非自治的な〕法律効果は法律行為の内容と異なるとする点で、法律効果を法律行為的效果と非法律行為的效果とに分ける鳩山説と類似しているといえることができる。しかし、浜上説の新しさは、錯誤した法規範の分別処理にある。浜上教授の見解によれば、当事者は強行規定の適用を免れることは許されないが、任意規定または解釈規定の規定する事柄について自らの意思でその適用を排除することを意思表示の内容とする余地がある。例えば、売買契約の売主が目的物について瑕疵担保責任を負わないと確実に信じていた場合には、売主の誤った観念が効果意思となり、内容の錯誤が存在する。この点では、浜上説は、法律の適用によって付加された法律効果である限り内容の錯誤になりえないとする鳩山説とは距離を置いている。

3、上井長久教授の見解

浜上説との関連において、上井長久教授の見解は、賛同と批判との両面からなっている。一方で、法律の錯誤が明文上事実の錯誤と区別されていないからといって、区別の実益が

るが、正当ではない。例えば、供託者が供託すれば賃貸借を存続させると誤信して供託した場合に、供託法 8 条の取戻しができない理由として、そのような錯誤は供託をなすに至った縁由に錯誤があるものであることを理由にして供託物の取戻し請求を拒否した判例がある。この事案において、供託者の賃貸借を存続させようとの意図は明らかに動機ではない。錯誤に基づく無効の主張が拒否されたのは、供託の法律効果は強行法によって規律されているものであることにほかならないと浜上教授は指摘した（上掲同所）。

⁴⁰ 浜上則雄、前掲注（37）395-396 頁。

⁴¹ 浜上則雄、前掲注（37）397-399 頁。

ないということとはできず、法律の錯誤の概念が現代でもなお有用であるという点で浜上説に賛成する。他方で、強行法規の錯誤も、任意法規の錯誤と区別することなく主張することができると考える点で浜上説に批判的である。

まず、上井教授は、浜上教授の見解と同様に、法律の錯誤を理由に裁判官による法の適用を拒否することは誰もできないという原則を出発点に据える。上井教授は、それを「法の不知は許さず」という法原則の「現代的意義」と呼ぶ。この意義に限って、法律の錯誤という制度は、現在の社会的背景においても依然としてその効力を保持し、有用であるとした⁴²。また、条文上の区別がないということを理由に、法律の錯誤と事実の錯誤との区別を必要としないとする学説は実質的分析を欠き、形式的に過ぎると批判し、この意味において浜上説が正当であると説いた⁴³。

ただし、浜上説とは異なり、上井教授は、この「現代的意義」が、訴訟手続において法律の錯誤の存在を主張することまで禁ずるものではないと考え、強行法規の錯誤と任意法規の錯誤とを区別して扱う浜上説を批判した。その理由は、次のようなものである。第一に、表意者は強行法規の拘束を受けなければならないが、それは、強行法規の効果に錯誤が存在しえないことと別次元の問題である。強行法規が法律行為の要素に関わっている限りでは、錯誤無効を認める余地がある。第二に、法が裁判官により強行的に適用されることは、強行法規のみならず、任意法規においても同様である。意思表示の補充や解釈について、任意法規も当事者の意思にかかわらず、裁判官により適用されるものである。第三に、任意法規は裁判規範であると同時に、間接的にではあるが、行為規範でもあるため、裁判規範と行為規範との両面を有する点では強行法規と同様である。したがって、強行法規のみを、行為規範として当事者の自治的な法規の定立を排除するものと捉える浜上説を疑問視する。第四に、強行法規に違反する当事者の自治的な合意の内容は法によって排除されるゆえ、法律行為の内容に入ることができず、その結果、強行法規の錯誤は顧慮されないと浜上教授は主張するが、この主張は、強行法規に違反する行為が法律行為として不成立であることを意味しなければならない。なぜなら、この説では、法律行為の内容は強行法規に合致するという枠がはめられ、この枠を超える行為の内容が法律行為の内容に入る可能性を拒否する姿勢が示されている。しかし、このような理論構造は、民法 91 条における成立と効力との二分構造に適合しない⁴⁴。

例としては、利息制限法に違反した契約の効力についての貸主の錯誤が挙げられている。

⁴² 上井長久「日本民法における法律の錯誤」明治大学大学院紀要 5 巻 837 頁（1967 年）。

⁴³ 上井長久、前掲注（42）835 頁。

⁴⁴ 上井長久、前掲注（42）837-838 頁。

つまり、利息制限法の適用によって超過利息が無効とされ、利息を得られなくなった貸主の錯誤が問題とされている。浜上説によると、利息制限法の規範は明らかに強行法規である以上、それについての錯誤の主張は絶対に許されないはずである。しかし、この問題について学説は一部無効説と全部無効説が対立しており、簡単に割り切れないところがあると上井教授が指摘する⁴⁵。要は、利息制限法が強行法規であるということは、貸主が錯誤について主張できないことを直ちに意味しない。なぜなら、無効の主張者は、法の適用を避けることを要求しているのではなく、自己の意思に瑕疵が存在するとの確認を要求しているにすぎないものであるゆえ、その錯誤無効の主張を認めても、強行法規が無視されているわけではないからである。また、上井教授は、フランス法における相続放棄の錯誤についての三件の裁判例を紹介し、錯誤の対象となった相続法の規範が強行法規であるにもかかわらず、いずれも錯誤無効の主張を認めていることを指摘することにより、上記批判を補強した⁴⁶。

結局、上井教授は、人が債務を負担するときにその債務によって得ようとする心理的目標の追求を重要視するという主観的原因概念を自説に据えた⁴⁷。すなわち、「当事者は、法

⁴⁵ 上井長久、前掲注（42）839 頁注 10）。

⁴⁶ 上井長久「法律の錯誤概念—フランス民法における相続放棄の錯誤を中心に—」明治大学大学院紀要第 6 巻 289 頁以下参照。そこで挙げられたフランスの破棄院判決について、ここでは一件を紹介するにとどまる。被相続人 S は、妻 L と一人息子 P.S とに遺産を贈ることを決意し、L を包括受遺者に指定して死亡した。他方、それ以前に、遺留分相続人たる P.S は四人の未成年の子供の父親であるが、自己の妻 B と離婚している。P.S は、離婚した妻 B が子供の名義で、子供の祖母である L に対して遺贈の減額請求をすることを恐れ、P.S 自分が相続権を放棄すれば、自己の遺留分に該当する遺産が L に帰属し、B は誰に対しても請求することができないと誤信して相続放棄をするに至った。しかし、法律では、遺留分の権利が個人的であり、権利者の意思によって誰かに譲渡することは不可能であるため、P.S の相続権が放棄された結果、P.S の遺留分に該当する遺産が当然に L に帰属せず、かえって P.S の四人の子供が相続に参加することができることになる。これを知った P.S は、錯誤を理由に相続放棄の取り消した。その後、B は子供の名義で、P.S の取消しが無効であり、相続放棄の有効性を判断すべきだと主張したが、控訴審と上訴審ともそれを棄却した。控訴院は、本件錯誤は、遺留分の権利は個人専属的であり、相続放棄により包括受遺者である L に譲渡するために遺留分を自由に処分しえないことを知らなかったことに起因したことを確認し、このような錯誤は本質的な錯誤であると評価した。また、破棄院は、控訴院の判断を支持し、さらに補足として、本件錯誤は法律行為の決定的原因にあると認めた（上井長久、上掲 290-291 頁参照）。さらに、本件事案は、本稿第 3 章第 3 節第 4 款で紹介するドイツの〔D26〕判決と類似しており、〔D26〕判決においても錯誤に基づく取消しの請求が認められていることを付言しておきたい。

⁴⁷ 上井長久、前掲注（46）300 頁。

律行為をなすことにより、常に、権利の発生・移転・消滅の法秩序の変更を追求する。もし、その行為が、これらの変更の実現が不可能となれば、それは、両当事者にとって、何の役にも立たぬ。だから、錯誤者は、……無効の請求が可能となる」⁴⁸。この考え方に従うと、利息制限法に違反した消費貸借契約の貸主は、見込んでいた超過利息が法規違反により実現不可能となった場合に、錯誤を主張することができる。本稿の問題関心からいえば、利息制限法に違反した消費貸借契約の効果が一部無効か全部無効かをめぐる議論が、錯誤制度と何らかの形で連なっていることを示唆したことは、上井説の新しいところといえよう。

4、学説に対する若干の評価

以上のとおり、鳩山説から出発し、浜上説を経て、上井説へと展開した、法律の錯誤についての議論はみな「法律の錯誤」と題するが、議論の核心は実際、瑕疵担保責任に関する売主の錯誤と利息制限法による利息規制に関する貸主の錯誤を代表とする限られた領域であった。この領域では、「法律」の錯誤の特殊性が見出される。なぜこの領域の錯誤が特殊かという点、鳩山博士と浜上教授が指摘したとおり、これらの錯誤は、当事者が自らの意思で自治的に定立した行為内容の上に法がさらに附加した効果（非法律行為的效果）についての法律の錯誤のためである。結局、当事者の意思に基づいた内容そのものではなく、むしろ当事者の意思表示をきっかけとして生じた法律の効果である。錯誤制度を利用して、これらの効果を簡単に抹消できることが適切であるかが議論の焦点である。

これについて、鳩山博士は、任意法規の錯誤か強行法規の錯誤かを問わず、非法律行為的效果の錯誤である以上、民法 95 条の範囲に入らないとした。鳩山説とは異なり、浜上教授は、任意法規の規律事項については、当事者が自らの意思で任意規定の適用を排除し法律行為の内容を形成することができ、したがって、瑕疵担保責任のような任意法規についての錯誤ならば救済に値するとし、強行法規が強制的に指示する諸事項については、表意者が自治的な法規を定立しえないため、それについての錯誤は救済されないとした。浜上説に対し、上井教授は、表意者が強行法規の拘束を受けることは、強行法規の効果に錯誤が存在することとは別次元の問題であり、いくら強行法規だといっても、それについての錯誤が絶対に主張できないことはないと批判した。もっとも、上井説は、強行法規についての錯誤でも救済の余地があることは論証したが、すべての強行法規の錯誤が救済されるかについては明白に述べていない。また、瑕疵担保責任のような、内容的に強い合理性に支えられ、当事者が明確に排除しない限り適用される性質を有する半強行法規の場合

⁴⁸ 上井長久、前掲注（46）295-296 頁。

は⁴⁹、単に瑕疵担保責任が任意法規であるからといって、それについての錯誤が必ず救済に値するとは断言するわけにはいかないと思われる。このような錯誤について富井委員が決然とその救済を否定したことを振り返ると、この問題について意見が依然として分かれており、納得のいく説明が得られるまでには議論の積み重ねが必要であろう。

しかし、上井説以降、下記平成元年最高裁判例（〔J1〕財産分与譲渡所得課税事件）を機に法律の錯誤が一時的に話題となったものの、法律の錯誤の独自の意義という観点から議論を展開する専門的研究は管見の限り見当たらない⁵⁰。鳩山博士から浜上教授および上井教授に至るまでの議論によって提示された問題は未解決のままに残されている。

第3項 小括

法律の錯誤について、学説上の議論は、その主張の内容と典型例に従って、大きく二つに分けられる。

多数説は、債務者が債務の不存在を知らずに契約変更の意思を表示した、という合意の原因の錯誤を念頭に置き、立法方針に賛同し、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別すべきではないと主張した。そこにおいては、「法律の錯誤」や「法律状態の錯誤」の用語がときおり用いられているものの、法律の錯誤を単独類型として扱おうとするものではない。

少数説は、瑕疵担保責任に関する売主の錯誤および利息制限法上の利息制限に関する貸主の錯誤、という合意の効力の錯誤を念頭に置き、この種の錯誤に限って法律の錯誤としての独自の判断基準およびその「現代的意義」を見出そうとした。鳩山博士は、当事者が自治的に定立した内容のうえに法がさらに附加した効果についての錯誤であれば、この錯誤は救済されないと主張した。これに対し、浜上教授は、錯誤が法律の効果に関わるというだけでそれを一律に拒否することは適切ではなく、任意法規の錯誤ならば救済に値するとした。そして上井教授は、強行法規の錯誤でも救済の余地があるとして議論をさらに進めた。しかし、上井説以降、この問題への関心が薄れていき、現在、法律の錯誤を特別視する方向に沿って議論を進めている論者は見当たらない。その原因は、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない方針が民法起草時に明言されたことのほか、鳩山博士から上井教授

⁴⁹ 四宮和夫＝能見善久、前掲（23）『民法総則（第8版）』191頁。

⁵⁰ 上井以降は、法律の錯誤を専門的に論じたことがあるのは小林一俊教授であった（小林一俊「譲渡所得税二億円余の錯誤により財産分与が無効とされた事例」同『錯誤法の研究（増補版）』（酒井書店、1997年）625頁以下、同『錯誤の判例総合解説』（信山社、2005年）147頁以下参照）。しかし、小林教授は、浜上説と上井説との理論対峙に関与していなかったものであり、学説間の断絶は判然としている。

までの学説展開において、日本の裁判例への関連づけが欠けており、現実問題を解決するための法律論が用意できていないことにあると考えられる。以下では、法律の錯誤についての日本の裁判例をみよう。そこにおいて、同じ法律の錯誤といっても異なる事案類型が存在し、事案類型の相違によって扱い方も異なってくることが見受けられる。

第3款 裁判例

繰り返し述べたとおり、現行民法の起草者は、債務がないにもかかわらずあると誤信し、直接弁済するのではなく、弁済の代わりに他の契約を締結した場合に、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別する必要がなく、要素の錯誤にあたれば無効となるとした。以下、この事案類型を「前提型」と呼ぶ。前提型の事案において、裁判所は法律の錯誤を特別視せず、一貫して錯誤無効の主張を認めている。この点では、起草者の予想と変わりがないといってもよい（第1項）。

しかし、前提型だけでは、すべての法律の錯誤を説明することができない。実際の裁判例において、少数説が念頭に置いた、瑕疵担保責任に関する売主の錯誤や利息制限法に関する貸主の錯誤が問題とされた事案は見当たらないが、それと同類の事件がある。最高裁判決としては、租税法の効果に関する錯誤の事案があり、学説上大いに論争を引き起こし脚光を浴びたことある。また、下級審裁判例では、統制賃料額、借地契約の期間、および仲裁条項の効力に関する錯誤の事案がある。以下、この事案類型を「効果型」と呼ぶ。効果型の事案において、裁判所は、前提型の事案におけるように、錯誤に基づく無効の主張を容認するのではなく、表意者が錯誤したところの法律の性質または立法趣旨を吟味したうえで錯誤無効の可否を判断する傾向がある（第2項）。

第1項 前提型

前款において説明したように、多数説は主に、強制執行に対する請求異議の訴えで自己に有利な判決が既に確定したのを知らずに相手方と和解した、という前提型の大審院判決の事案を法律の錯誤の典型例として念頭に置いて自説を展開している。この類型に限って、法律の錯誤が事実の錯誤と同様に扱われるという点において立法と学説は一致している。

前提型の事案については、下級審判決においても、法律の錯誤を特別視せず錯誤無効の主張を認める傾向がある。例えば、法律上、嫁が姑を扶養する義務がないのに、嫁が当然に扶養義務があると誤信し、義務の履行に代えて土地建物を贈与した場合（東京地判昭和35年12月24日法曹新聞158号12頁）、宝石の売主が買主に対して瑕疵担保責任を負うと

誤信し、その責任をとるために代物交換する旨の契約を締結した場合（大阪高判昭和 55 年 2 月 22 日判時 972 号 36 頁）、および、漁船の衝突で死亡した船員の遺族が、衝突相手の船長から、船主責任制限法により船長にも責任制限が及ぶとの説明を受け、それが真実であると信じ、自分に極めて不利な和解契約を締結した場合（東京地判平成 3 年 2 月 19 日判時 1392 号 89 頁）において、錯誤無効の請求が認められている。

以上のように、前提型の事案においては、表意者が、自分に権利がない（例えば、損害賠償請求権が船主責任制限法により制限されている）、あるいは自分に義務がある（貸金債務、扶養義務、瑕疵担保責任）と誤信し、和解、贈与、交換、代物弁済といった、新しい契約を相手方と締結している。このような新しい契約にとっては、権利の不存在または義務の存在についての認識が契約の内容そのものではないにもかかわらず、裁判所は、それが内容か動機かという法律構成の争いに立ち入らず、直ちに要素の錯誤を認めている。まとめてみると、このような錯誤を救済するという価値判断においては立法、判例および学説は一致しているが、構成上の問題がなお残っているということができよう。

第 2 項 効果型

前提型とは異なり、効果型の事案においては、法律の錯誤ならではの問題性が浮かび上がる。法律の錯誤を特別視する少数説は、主にこの事案類型に着目して法律の錯誤を論じてきた。そこで、議論の中心とされた事案は、瑕疵担保責任に関する売主の錯誤や利息制限法上の利息制限に関する貸主の錯誤であった。しかし、これらの事案は、学説が問題を説明するための仮想例にとどまり、現実の裁判には現れていない。実際の問題としては、最高裁判決レベルでは、租税法の効果に関する錯誤（〔J1〕〔J2〕判決）が続出し、それをめぐる学説上の議論は盛んに展開されたが、少数説の観点から論じた論者はごくわずかである（1）。下級審裁判例においては、仲裁条項の効力（〔J3〕判決）、家賃の統制額（〔J4〕判決）、および借地契約の期間（〔J5〕判決）に関する錯誤の事案があり、そこでは、表意者が錯誤した法律の特質や立法趣旨が考慮されたうえで判断がなされ、ときには、救済しない理由として「法律の錯誤」が前面に出されることもある（2）。

1、矛盾を呈した二つの最高裁判決

（1）判決の紹介

〔J1〕最判平成元年 9 月 14 日判時 1336 号 93 頁

【事実】銀行員である原告 X (夫) は不倫関係を持ったため、被告 Y (妻) から離婚を申し渡され、そのときに、裸一貫から出直し、建物と敷地を Y に分与することを決意した。財産分与の際、財産分与を受けた Y に対し課税されることを心配してこれを気遣う発言もしたが、X に課税されることは話題にならなかった。離婚後、X は、自分に財産分与による譲渡所得税が課されることに気づき、財産分与契約は錯誤に基づいたものであって無効であると主張し、本件不動産移転登記の抹消を求めた。

一審も原審も X の請求を棄却した。原審(東京高判昭和 62 年 12 月 23 日判時 1265 号 83 頁による)は、課税という法律上当然の負担を予期しえなかったことを理由に要素の錯誤を肯定することは相当ではないとしたうえで、さらに、課税については X の動機に錯誤があるにすぎず、X がそれを合意の動機として表示したとは認められないとした。

【判旨】最高裁は、「動機の錯誤が黙示的に表示されているときでも、これが法律行為の内容になることを妨げるものではない」と基調づけたうえで、財産分与の際に X が Y に課税されることを気遣う発言をとらえて、これは、X が「自己に課税されないことを前提とし、かつ、その旨を黙示的に表示したもの」として、X の錯誤に基づく無効請求を認容した。

本件原審判決において、「法の不知は許さず」をほのめかす表現が使用されており、法律の錯誤に基づく無効の主張が制限されるべきだとされているようであったが⁵¹、最高裁は、法律の錯誤に関して問題とせず、自分に課税されないであろうという動機が黙示的に相手方に伝えられた限り、法律行為の内容になりうるとし、ぎりぎりのところで動機表示構成を維持して問題解決を図った。そこで、学説はいっきに法律の錯誤と事実の錯誤とを同様に扱う方向へ向かった⁵²。しかし、税負担の錯誤に関しては、これまでの裁判例がかなり厳格な態度をとってきたのも事実であり⁵³、とりわけ、課税に関する動機が明白に表示されたとしても意思表示の内容とはなりえないとした下記最高裁判例があった。

〔J2〕最判昭和 37 年 12 月 25 日月報 9 卷 1 号 38 頁

⁵¹ 原審に対する批判は、小林一俊「判批」判例評論 326 号 42 頁、野村豊弘「判批」民法判例百選 I (第 3 版) 48 頁参照。原審は、税法上の負担についての錯誤は要素の錯誤にあたらないと一般論を述べている一方、その具体的判断において、その錯誤が表示されていない動機の錯誤にすぎないと判示している。その論理的構成は必ずしもはっきりしていないと指摘されている(野村豊弘「財産分与と錯誤」ジュリスト 952 号(1990 年) 70 頁)。

⁵² 前掲小林「判批」と野村「判批」のほか、鹿野菜穂子「財産分与者の課税に関する錯誤」ジュリスト 956 号(1990 年) 111 頁、采女博文「財産分与契約と錯誤」鹿児島大学法学論集 26 卷 1 号 135 頁、高梨克彦「判例評釈」シュトイエル 338 号 1 頁参照。

⁵³ 山田二郎「離婚による財産分与と要素の錯誤」私法リマックス 1990〔法律時報別冊〕134 頁。

【事実】原告 X は、自己所有の土地を地方検察庁の敷地として被告 Y（国）に売却した。契約交渉の際、Y 側の事務処理にあたった A が、譲渡所得税の減額（売買代金 30 万円につき減税額 7 千円程度）を必ず実現すると約束したが、結局、減税は実現できなかった。X は、所得税の減額が売買の条件であると主張し、錯誤に基づく売買契約の無効を請求した。原審は、「譲渡所得税の賦課に関しては国側において税務署と折衝して法律上可能な限り税額を低きに止めるように努力するとの諒解事項があったにすぎないもの」として、X の主張を退けた。X は上告した。

【判旨】最高裁は、「動機の錯誤が法律行為の無効を来たすためには、その動機が明示又は黙示に法律行為の内容とされており、若し錯誤がなかったならば表意者はその意思表示をしなかったであろうと認められる場合でなければならない」と判示し、また本件について、「右諒解事項の言明は X に対する譲渡所得税を税務署に対する Y 側の折衝によりできるだけ X 主張の程度に低額に決定徴収させる約束を含むことや、かような言明がなかったならば X は本件売買契約を締結しなかったであろうという如き関係において、右言明が本件売買契約の内容にまでされてい」ないとし、上告を棄却した。

本件では、減税という動機が相手方に明確に表示され、しかも相手方側の了解までも得たが、最高裁は、それでも当該動機が法律行為の内容となっていないと認定し、錯誤に基づく X の無効請求を棄却した。動機が如何なる場合に法律行為の内容になったかの判断にあたって、本判決は、表意者における動機の表示および相手方における錯誤の認識可能性以上に、さらに何らかの要件を要求する。それゆえ、動機が黙示的に表示された限り直ちに法律行為の内容になるとして動機の表示以上にその他の要件を要求しない上記 [J1] 判決と本判決とは、具体的な判断基準においてかなり異なっていることがわかる。[J1] [J2] 判決をめぐっては、学説上の対立が顕著に現れる。

(2) 判例をめぐる学説の対立

周知のとおり、判例は、動機錯誤の判断基準として、動機表示構成、すなわち「表意者が意思表示の内容としてこれ（動機）を相手方に表示したか」という定式を使用し続けてきた⁵⁴。しかし、この定式は、「動機の表示」と「動機の内容化」との二つの部分から構成されている。動機の表示を重視するほうが信頼主義であるのに対し、動機の内容化を重視するほうが合意主義である、と一般に説明されているように、着眼点の相違によって定式

⁵⁴ 最判昭和 29 年 11 月 26 日民集 8 卷 11 号 2087 頁。この判決において、最高裁は「意思表示をなすについての動機は表意者が当該意思表示の内容としてこれを相手方に表示した場合でない限り法律行為の要素とはならない」と一般論を述べ、今なおリーディングケースとして機能している。

に対する理解が異なってくる⁵⁵。裁判例には、動機の表示を重視し、表示さえあれば足りるとするものがある一方、動機の表示以上に動機の内容化まで要求するものもある。上記〔J1〕〔J2〕判決は、判例の定式の問題性を端的に示しており、学説の闘技場となっている。

相手方において錯誤が認識可能でありまたは同様の錯誤が相手方にもあった場合に、動機の錯誤に基づく無効の主張を認めてよいとする表示主義的一元論にとっては、動機の表示があったと認定した途端に錯誤無効の主張を容認した〔J1〕判決が好例であるが、減税という動機が相手方に明確に表示されたにもかかわらず錯誤無効の主張をやはり認めなかった〔J2〕判決は説明し難い。一元論の主張者である小林一俊教授は、「その危険は取引観念上売主自身によって負担されるべきであると考えられるものである」と、〔J2〕判決において錯誤が否定された実質的理由を説明しようとしている⁵⁶。しかし、なぜこの危険が売主が自ら負担しなければならないかについては納得のいく解答を与えていない。

新二元論の主張者である磯村保教授は、〔J2〕判決について、動機表示の有無よりは、減税という動機について合意がなされていたか否かこそが実質的な争点であると主張し、動機の表示以上にさらに内容化を要求する〔J2〕判決を評価した⁵⁷。しかし、〔J2〕の事案状況下では、表意者がいったいどのようにして、減税という動機を「諒解事項」以上に、「法律行為の内容」まで高めることができるかはわからない。実際、たとえ当事者が「減税」を売買契約の解除条件として約定したとしても、減税が叶わなかった場合に、契約は無効とされるのではなく、むしろ実現不可能な解除条件を付した法律行為としてただ無条件にされるであろうと考えられる（民法 133 条 2 項）。

これに対し、多元論の提唱者である須田晟雄教授は、「税の減額は法の基準に従うものであって、個別に対応するはずがない」と主張した⁵⁸。つまり、租税法律主義に従えば、課税要件が充足される限り、税務署は納税者の相談に応じて税を減免する自由がなく、表意者は国である相手方との話し合いで譲渡所得税を決めることがそもそも不可能である。この視点から考えれば、〔J1〕判決におけるような、納税者と国との税額交渉ではなく、当事者のいずれが税金を最終的かつ経済的に負担するかという当事者が取り決め可能な事項に関

⁵⁵ 森田宏樹「民法 95 条（動機の錯誤を中心として）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年』（有斐閣、1998 年）184-190 頁、山本敬三『民法講義 I（第 3 版）』（有斐閣、2011 年）188 頁、鹿野菜穂子「錯誤・不実表示」法律時報 86 巻 1 号（2014 年）6 頁。

⁵⁶ 小林一俊『錯誤法の研究（増補版）』（酒井書店、1997 年）、319 - 320 頁。

⁵⁷ 加藤雅信、加藤新太郎著『現代民法学と実務(上)』（磯村保教授との鼎談記録・判例タイムズ社、2008 年）113、145 頁。

⁵⁸ 須田晟雄「動機錯誤の類型的考察」編集代表須田晟雄＝辻伸行『民法解釈学の展望』品川孝次先生古稀記念（信山社、2002 年）14 頁。

する錯誤は救済される余地がある。ここでは、租税法規の特質が判断の決め手となっていたのではないかと考えられる。

以上のように、〔J1〕〔J2〕判決について、諸説は、それぞれに依拠して自説を裏づけようとしている。その中では、〔J2〕判決に対する須田教授の示唆が、法律の錯誤を特別視する少数説（本章第2節第2款第2項）の観点に近いことに注意しなければならない。

2、下級審裁判例

下級審においては、意思表示に惹起された法律の適用の効果に関して錯誤が起こった場合について、錯誤の判断に際し、錯誤の対象となった法律効果を付加した法律の趣旨または特質を決定的な考慮要素として判断を下した裁判例がいくつかあった。以下では、問題提示のため、その中から、三つの裁判例（〔J3〕〔J4〕〔J5〕判決）を年代順に列举し、詳しい検討は本稿第3章（比較法研究）に譲ることにしたい。

（1）仲裁条項の効力に関する錯誤

〔J3〕神戸地判昭和32年9月30日下級民集8巻9号1843頁

【事実】原告Xは、被告Yに建物を貸与する旨の契約を締結する際、以下の紛争解決条項（仲裁条項）を定めた。すなわち、将来紛争が生じた場合、双方において互いに仲裁人一名を選定してその仲裁判断に服すべく、選定した仲裁人間において意見が一致しないときは、仲裁人間の合意によりさらに最終の審判人を選定してその審判に服する。その後、Yが債務不履行に陥ったため、Xは仲裁を経て、Yに債務の履行を命じる仲裁判断裁定書を手に入れたうえで、裁判所に執行判決を求めたところ、Yは、本件紛争解決条項は、紛争の解決としてその仲裁を第三者に依頼する趣旨のものとして合意したにすぎず、民事訴訟法上の仲裁契約を締結したものではないとし、仮に仲裁契約と解されるとしても、これによって裁判を受ける権利を喪失し、かつ、仲裁人による仲裁判断が確定判決と同一の効力があることをYは全く知らなかったため、仲裁条項に錯誤があったと主張した。

【判旨】裁判所は、「たとい契約当事者がその契約の法律的性質乃至効果等について詳知しなかったとしても右は単なる法律の不知に止まりこれを以て直に法律行為の要素に錯誤があるものと云い得べきではない」と述べ、Yの錯誤主張を否定した。

（2）統制賃料額に関する錯誤

〔J4〕東京高判昭和39年2月18日東高民時報15巻2号20頁

【事実】原告X（賃貸人）は、被告Y（賃借人）との賃貸借契約において、当時の地代家賃統制令に違反して賃料の約定をなした。賃料を請求するさい、Yが統制額を超える賃料の支払いを拒否した

ため、X は、賃料の約定に要素の錯誤があったことを理由に、賃貸借契約の全部無効を主張し提訴した。

【判旨】東京高裁は、統制額を超える部分の賃料のみが無効であるとしたうえで、錯誤を理由とする契約の全部無効の主張について以下のように判じた。「一般的には家屋の賃貸借契約における賃料額が契約の重要部分に属することは所論のとおりである。しかし、地代家賃統制令の適用を受ける家屋の賃貸借契約において統制額を超える賃料の支払を約することは、強行法規である同令の禁止するところであり、上記のように右契約は統制賃料額の範囲においてその効力を保持することとなり、その限度では当事者の意思は排除されることになるのである。従って、賃貸人としては約定の賃料額においてのみ契約を成立せしめる意思であったとしても、かかる意思は法の保護しないところであるから、契約の要素に錯誤があるものとして賃貸借契約が全部無効であると主張することは法律的には許されないものと解しなければならない」。

(3) 借地契約期間に関する錯誤

〔J5〕東京高判昭和 45 年 10 月 14 日判タ 259 号 246 頁

【事実】建物所有を目的とする借地契約において、原告 X（賃貸人）は、本件借地契約が一時使用のための 3 年で終了するものと信じて締結したが、その後の裁判においては、旧借地法 2 条の適用があるとされ、本件借地権の存続期間は 30 年と解釈された。そこで、X は、本件借地期間を 3 年とする意思で契約を締結したものであって、借地法上の半永久的な賃貸借関係を押しつけられるとするならば、これを締結する意思がなかったのであるから、錯誤に基づく借地契約全体の無効を主張した。

【判旨】東京高裁は以下のように述べ、X の錯誤無効の主張を退けた。「かような錯誤にもとづく契約無効を認めるときは、短期賃貸借の弊害を防除するために制定された借地法第 2 条の立法趣旨に背馳する結果となるので、この場合錯誤の効果としての契約無効は生じないと解さなければならない」。

(4) 若干の分析

上記三つの下級審判決においては、当事者の意思表示のうえに法律が適用され、これによって新しい法律効果が付加されたという特徴が観察される。例えば、〔J3〕判決においては、紛争解決条項の約定が旧民事訴訟法 800 条および 802 条の適用を引き起こし、裁判を受ける権利の喪失を招いた。〔J4〕判決においては、約定賃料が地代家賃統制令に違反するため、その限度で一部無効とされた。〔J5〕判決においては、借地期間が 3 年で終了すると契約に明記されていたが、旧借地法 2 条の適用により 30 年の借地期間が押しつけられた。したがって、これらの意思表示の最終的な効果は、当事者の自治的な意思形成による効果

ではなく、法律の効果であることに注意しなければならない。このような法律の効果についての錯誤は、内容の錯誤に該当しうるかが問題である。

もっとも、それが内容の錯誤にあたらないとしても、動機の錯誤についての判例の定式に従えば、「表意者が意思表示の内容としてこれを相手方に表示した」場合には、動機の錯誤でも内容の錯誤として扱われることになる(最判昭和 29 年 11 月 26 日民集 8 卷 11 号 2087 頁)。ところで、上記事案にこの判例定式を当てはめると、驚くべき結果がみられる。

〔J3〕判決においては明らかでないが、〔J4〕〔J5〕判決においては、表意者における誤った認識——〔J4〕では統制額を超える賃料、〔J5〕では 3 年の借地期間——が契約の交渉段階において明白に表示されていたのみならず、契約書にも明記されていたのである。この点からみれば、いずれの見地からも内容の錯誤と認められるはずであろう。しかし、判決に示されているように、いずれの裁判所も判例の定式に言及することなく、錯誤に基づく契約無効の主張を否定した。しかも判断の理由として、錯誤の対象が法律による効果であることが強調されている。例えば、〔J3〕判決においては、当事者が契約の法律的性質ないし効果について知らなかったとしても、それが単なる法律の不知にとどまること、〔J4〕判決においては、錯誤の対象が強行法規の効果であるゆえ、当事者の意思は排除されること、〔J5〕判決においては、錯誤を認めることは短期賃貸借の弊害を防除するために制定された借地法 2 条の立法趣旨に背馳することなどが判断の実質的理由として前面に出されている。

上述のことを踏まえて、前記昭和 37 年最判（〔J2〕判決）をめぐる論争を振り返ると、契約当事者が譲渡所得税の減税について交渉し、それを必ず実現すると約束したにもかかわらず、減税が可能であるという租税法の効果についての錯誤を認めなかった昭和 37 年最判は、〔J3〕〔J4〕〔J5〕判決と同類型の判決として位置づけることができるのではないかと考えられる。すなわち、昭和 37 年最判において錯誤無効の主張が否定された実質的な理由は、税務署との減税についての折衝が諒解事項にとどまるものであり意思表示の内容に高められていなかったということより、むしろ、須田教授が指摘したとおり、租税法律主義にあるであろう。この点において、須田教授の指摘は、法律が強制的に指示する諸事項について表意者が自治的な法規範を定立しえなく、それについての錯誤が救済されない理由は強行法規そのものにあるとする浜上説と接合する。

第 3 項 小括

現行民法の起草者は、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない立法方針を確立し、法律の錯誤を特別に扱う旧民法財産編 311 条を削除した。その際に念頭に置かれたのは、債務の

不存在を知らずに契約を変更をした、いわゆる前提型の事案であった。法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない方針は現在の多数説においても踏襲されている。その設例として挙げられるのは、まさに、強制執行に対する請求異議の訴えで自己に有利な判決が既に確定したのを知らずに相手方と和解した、という前提型の事案である。

しかし、実際の裁判例においては、法律の錯誤として、前提型のほか、租税法の効果に関する錯誤、仲裁条項の効力に関する錯誤、地代家賃統制に関する錯誤、および借地期間に関する錯誤など効果型の事案も現れている。これらの事案において裁判所は、表意者の錯誤が法律または法律効果の錯誤であることを強調し、あるいは錯誤した法規範の趣旨または特質を考慮要素にして錯誤無効を否定している。このことからみれば、起草時に確立された、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない方針は必ずしも徹底されておらず、さらにいえば、公の秩序に関する法律の錯誤の無効または取消しを否定した旧民法財産編 311 条 3 項がなお何らかの形で生き延びているかのように思われる。しかしながら、効果型の事案について、法律の錯誤という視点からの分析は十分になされておらず、法律の錯誤に関して学説上の議論がまだ問題の核心に行き届いていない感を払拭することができない。これらの判決は、まさしく旧民法財産編 311 条 3 項が規定するところではなかろうか。本稿は、この効果型の事案に対して統一した理論構成および判断基準を提供することを試みることにしたい。

第 3 節 問題提起と研究の対象

以上、本稿の研究課題を提示すべく、日本法における法律の錯誤についての立法方針、学説および裁判例の状況を概観してきたが、本節では、さらに問題の所在を明らかにし（第 1 款）、研究の対象を設定する（第 2 款）ことにしたい。

第 1 款 問題提起

前節において明らかにしたとおり、法律の錯誤を扱う旧民法財産編 311 条においては、合意の効力の錯誤が無効の原因になるとされた一方（311 条 1 項）、公の秩序に関わる法律についての錯誤無効が制限されていたが（311 条 3 項）、この条文が現行民法の起草において削除されたがゆえに、法律の錯誤に対する法的判断は、錯誤の対象となった法律の性質如何とは無関係になされることとなった。しかしながら、実際の裁判例においては、錯誤が法律または法律効果の錯誤であること、錯誤の対象が強行規範であること、または錯誤を

認めることが法律の趣旨に反することなどを理由にして錯誤の主張を否定したものが出ており、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない立法方針に疑問が投げられている。そこで、いくら起草者が法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない方針を決定したからといって、立法と裁判例とのずれを不問に付して学説を進めていくわけにはいかない。しかし、この問題に対して、学説が関心を寄せていないのも現状である。したがって、本稿は、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別して特別に扱う必要があるか、もしあるとすれば、如何なる理由で如何なる範囲において必要であるか、を核心的な研究課題とする。

むろん、すべての法律の錯誤について、錯誤した法律の趣旨が考慮されているわけではない。前節において述べたとおり、前提型の法律の錯誤の場合には、錯誤の対象となった法律の趣旨如何が問われていないようである。これが問われるべきだと思われる事例として、ボワソナード教授は、利息制限法の規定を知らなかった貸主の錯誤主張が制限されるべきであると考えたが、それはおそらく、利息制限法が公の秩序に関わる法律にあたるからであろう。錯誤した法律の趣旨を踏まえて錯誤の成否を判断したと思われる前記諸判決（〔J3〕〔J4〕〔J5〕判決）にもこの点が看取される。しかし前節の検討では、これらの裁判例をいくつか列挙し、その存在を指摘したにとどまり、その理論構造の輪郭はまだ明確にしていない。もしこれらの事案において法律の錯誤を特別視すべきだというのならば、これらを一類型として構築し、今日まで行われてきた錯誤論に乗せる形にしなければならない。したがって、法律の趣旨を考慮する必要のある法律の錯誤の類型を突き止め、それを如何にして「要素の錯誤」に位置づけるかが、本稿で答えなければならない問題である。

もっとも、表意者の錯誤が公の秩序に関わる法律の効果にあったからといって、錯誤無効の主張が一概に否定されるわけではない。錯誤の対象となった法律の趣旨を考慮した結果、錯誤の主張を認めてもかまわないとされる可能性が皆無ではなく、その具体的な考慮基準が問題となる。任意法規について錯誤した場合は無効主張が認められるのに対し、強行法規について錯誤した場合は無効主張が許されないという結論が容易に考えられるが、それが正しいかどうかは検証を要しよう。したがって、錯誤の対象となりうる様々な法規範から、強行性をも含んだ、錯誤の判断に影響しうる法規範の趣旨または性質を見出し、具体的な判断基準として提供することも、本稿で扱わなければならない課題である。

上述のことをまとめると、「法律の錯誤」という茫然たる問題提起には、三つの段階がある。第一は、法律の錯誤を、敢えて錯誤一般から切り離して特別視する必要があるか、もし必要があるとすれば、その正当化の理由および妥当範囲に関して検討すること、第二は、錯誤の対象となった法律の趣旨を考慮しなければならない法律の錯誤の場面を如何にして構成し、今日までの議論に位置づけるかを明確にすること、第三は、法律の如何なる趣旨

または如何なる特質が錯誤の判断に影響し、錯誤の主張を妨げるかという具体的な判断基準を提示することである。これらの問題を解明するため、本稿は、ローマ法とドイツ法を研究対象と設定することとする。

第2款 ローマ法とドイツ法を研究の対象とする理由

まず、大陸法系の源とも称されるローマ法に遡って検討を行う。それは、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別せず、一律の基準によってすべての錯誤を判断する現行日本民法は「法の不知は許さず」というローマ法の法諺を克服したうえでの結果であり、したがって、ローマ法における法律の錯誤をめぐる議論を一見する必要があると考えるからである。実は、日本民法が起草された当時における各国の状況をみると、イギリス、フランス、オーストリア、スイス等を含む多くの国では、法律の錯誤を原則的に顧慮しないとする立場が採られ、この文脈のもとで考えれば、法律の錯誤と事実の錯誤とを全く同一視する現行日本民法の立法方針は奇抜なものであったといわざるを得ない。起草者をしてこの立法方針の定立に至らせたのは、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しないことを明言するドイツ民法典第一草案 146 条であったといわれている。⁵⁹

歴史的にみれば、ローマ法では、「法の不知は害する（error iuris nocet）」という法原則が認められ、それがまたドイツ普通法において継受された。しかしその後、法的に債務がないにもかかわらず、あると誤信し弁済をなしたという非債弁済の事案を念頭に置いて「法の不知は害する」という原則に疑問を抱いたドイツのパンデクテン学者はこの原則の全面廃止を主張し始め、そのブームがちょうど 19 世紀後半に頂点を達し、ドイツ民法典の起草に大きな影響を及ぼした（ドイツ民法典第一草案 146 条）。法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない現行日本民法は、まさにこの歴史的な文脈のもとで成り立ったのである。

ところで、立法方針に従い法律の錯誤の問題性が次第に忘れ去られていった日本の状況とは異なり、ドイツでは、民法典施行直後、意思表示の錯誤にも「法の不知は害する」の適用がある場合として、法律効果の錯誤（Rechtsfolgeirrtum）、すなわち法律が当事者の意思に附加する効果についての錯誤の存在を指摘し、それが救済に値しないと主張する学者が現れ、その後すぐに、それに同調するライヒ裁判所判例（第3章〔D16〕判決）も出た。しかし 1916 年に、法律効果の錯誤の一部（本質的効果についての錯誤）を内容の錯誤として認める判決（第3章〔D22〕判決）が現れ、その判決において提示された法律効果の錯誤の

⁵⁹ 梅謙次郎『民法要義巻之一・総則編』（和仏法律学校、明治 31 年訂正増補版）192 頁以下、岡松参太郎『注釈民法理由上巻』（有斐閣書房、明治 31 年訂正版）191 頁も同旨。

判断基準について学説も盛んに議論を展開している。したがって、法律効果の錯誤をも含む、法律の錯誤に関するドイツ法の議論は、日本民法の解釈論にとって有益ではないかと考える。

第4節 本稿の構成

本稿の構成は、以下のとおりである。

まず、ローマ法に遡って、ローマ法における法律の錯誤をめぐる議論、および「法の不知は害する」という法諺が形成された過程について検討する（第2章）。

次に、現行日本民法の起草者が法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない方針を決定する際に参考にしたドイツ法を検討する。前節で述べたとおり、ドイツ民法においては、立法時において、日本と同様、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しないことが宣言されたが、施行後になると、学説によって、法律効果の錯誤においては、法律の錯誤の概念が依然として意義を有するものであるとされるようになった。本稿では、ドイツ法について、主に法律効果の錯誤を取り上げる（第3章）。

最後に、一見して法律の錯誤の独自の意義を認めない日本法について、実際の裁判例を分析することにより、実際において、裁判所は、必ずしも、立法者が期待していたとおりに、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別せずに判断していないことを示す。このような諸裁判例については、ドイツ法に対する検討から得られた示唆と関連しながら論じることになりたい（第4章）。

第2章 ローマ法

序

1、本章の課題と構造

本章では、法律の錯誤の原点であったローマ法に遡り、そこにおける議論を検討する⁶⁰。

以下で詳論するが、ローマ法では、法律の錯誤は事実の錯誤と区別され、独立した法概念として扱われていた。ローマ法が法律の錯誤を事実の錯誤と異なる基準で判断する理由は何かを明らかにするのが、本章の第一課題である（第1節）。ところで、ローマ法において、契約の領域のみならず、それ以外の、刑事責任や期限などの領域においても法律の錯誤が問題となり、それゆえ、法律の錯誤における独自の判断基準が如何なる範囲において妥当するか、換言すれば、法律の錯誤が如何なる法領域において事実の錯誤と区別されるかを探るのが、第二の課題である（第2節）。結論を先取りするが、ローマ法における法律の錯誤と事実の錯誤との区別は、すべての法領域に妥当するものではない。それをすべての法領域に適用されうるものに抽象化し、「法の不知は害する」という法諺に加工したのはローマの法学者ではなく、中世およびそれ以降の法学者であった。そこで、その変貌の過程についても、能力が及ぶ限りで紹介するのが、第三の課題である（第3節）。

2、ローマ法の性格と本章の分析手法

周知のとおり、ローマ法は、ドグマティックな法体系ではなく、高度にカズイスティックな性格をもつものである⁶¹。カズイスティックとは、すべての場合に妥当しうる命題の存在を否認する哲学的態度のことである。つまり、何らかの抽象的原理から導かれたルールで物事を判断するより、むしろ個々の事例に即して具体妥当な対応策を見出すことを好む、いわば英米法に近い思考の形式である。

なぜローマ法が抽象化を好まないかという点、それは、ローマ法学者ヤヴォレーヌスによる次の指摘に現れる。「市民法においては、すべての定義が危険物である。それは、定義

⁶⁰ 法律の錯誤は、ローマ時代にすでに確立した法概念として今日に至っても、多かれ少なかれ影響を与えている。ローマ法の影響のもとで判断された中国の裁判例としては、前章注1参照、また、法律の錯誤を理由にして錯誤に基づく無効の主張を否定する日本の裁判例として神戸地判昭和32年9月30日下級民集8巻9号1843頁（第1章〔J3〕）参照。

⁶¹ 碧海純一＝伊藤正巳＝村上淳一編『法学史』（東京大学出版会、1976年）65頁、フリッツ・シュルツ著、真田芳憲＝森光訳『ローマ法の原理』（中央大学出版部、2003年）iii頁以下。

がなされたとしても改廃されることが多いからであろう」(Javolenus, D. 50, 17, 202)。つまり、現実の世界を抽象することによってようやく形成された法概念が状況の変化に耐え切れず、妥当しなくなる場合が多く、そのため、概念の形成には慎重な態度を採らなければならないということである。さらに、ローマ法は、概念形成のみならず、法原則の抽象化や法理論の体系化ないし立法に関しても消極的であった。帝政期には、法学者は政治家でもあり、「皇帝の権威に基づき法を解答する権利」が与えられていたが⁶²、個々の事案処理から生まれた解答は、普遍的な真理ではなく、経験または仮説にすぎなかった。適用が可能と思われた規範の適用により不当な結論が生じる場合、規範が考え直され、新しくできたものもまた考え直されていくのである。このように、ローマ法は、法的不安定さを伴いながらも、硬直したルールに縛られずに漸進していった⁶³。

ローマ法のこのカズイスティックな性格は、厳格な理論体系が有しえない躍動性をもたらすと評価される一方、法と法律学を難解なものにするとも指摘されている⁶⁴。このような方法論のもとで出来た文献は、後世の研究に便利なようには編集されていない。例えば、『市民法大全 *corpus iuris civilis*』の中核と思われる『学説彙纂 *Digesta*』に蒐集された法学者の意見は⁶⁵、体系的構築が全く考慮されないように配列されており、しかもその源となる著作から完全に切り離されている⁶⁶。これらの法学者意見は、適用の普遍性をもつように法文の形にされているが、もともとはある一定の事案に対応するための具体的判断にすぎないものであったと思われる。それゆえ、ある意見が書かれたときにいったいどのような事案が法学者の念頭に置かれていたかを明らかにしなければ、その法文が妥当する範囲は分からない。例えば、『学説彙纂』のある箇所に、「法の不知はだれにとっても害になるが、しかし事実の不知は害にはならない」(Paulus, D. 22, 6, 9 pr.) という断片があったとしても、それが直ちに、ローマ法は法律の錯誤を救済しないという結論の証拠にはならない。ローマ法を分析する際に、法文の背後にある事案を探ることが、単に法文としてある法学者の

⁶² 原田慶吉『ローマ法の原理』(清水弘文堂、1968年再版)85頁。

⁶³ フリッツ・シュルツ、前掲注(61)『ローマ法の原理』19頁。

⁶⁴ フリッツ・シュルツ、前掲注(61)『ローマ法の原理』74頁。

⁶⁵ *Corpus Iuris Civilis* は中世のローマ法学者が用いた表現であり、学説彙纂(*Digesta*)、法学提要(*Institutiones*)、勅法彙纂(*Codex*)、新勅法彙纂(*Novellae*)から構成される(勝田有恒＝森征一＝山内進『概説西洋法制史』(ミネルヴァ書房、2004年)126頁)。

⁶⁶ フリッツ・シュルツ、前掲注(61)『ローマ法の原理』73頁。「このような法典を編纂するという計画は、個別的な事柄に拘泥して、厳格な体系的構築には一切価値を置かない習癖の人々の間でしか考えられないものである。ここでふたたび、ユースティニアヌスの法典編纂事業がいかにローマ的なものであったかが、改めて明らかとなる」。

意見が存在することを指摘するよりも遥かに重要でかつ有意義な作業であろう。したがって、本章では、ローマ法文献における法律の錯誤に関する諸法文に現れた結論を具体的な事案に還元したうえで、類型ごとの分析を試みる。

なお、古代ローマおよび中世における法律の錯誤について、それぞれ、Winkel, *Error iuris nocet: Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung*, Zutphen, Holland 1985 と Schermaier, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB*, Böhlau Wien 2000 といった優れた先行研究が存在し、本章の骨格はそれらの研究に負うところが大きい。

第1節 ローマの法学者の諸見解

ローマ法では、「錯誤者は許されるべきである」(Marcianus, D. 39, 4, 16 §9) ことが究極な大原則とされていたが、この処置はあまりにも寛大であるため、それに対する抑止策として、法律の錯誤と事実の錯誤との区別が古くから存在し、錯誤に基づく救済の主張を制限するために機能していた。

ローマ法源においては、法律の錯誤に関する記述が、主に『学説彙纂』第22巻第6章および『勅法彙纂』第1巻第18章に収められており、両者とも「事実の無知と法の無知について」と題される⁶⁷。前者はパウルス、ネラチウス、ポンポニウス、テレンティウス・クレメンス、ウルピアヌスとパピニアヌスの著書から抜粋された十法文の法学者意見から、後者は十三法文の勅法からなっている⁶⁸。

⁶⁷ 『学説彙纂』第22巻第6章とその他の関連法文の訳は、京大西洋法制史研究会「ユスティニアヌス帝学説学説彙纂第二十二巻邦訳(五)」(法学論叢第66巻3号7頁以下)と江南義之『学説彙纂の日本語への翻訳(1)(2)』(信山社、1992年)によるが、邦訳されていない法文、すなわち第29巻から第40巻までの部分に位置する法文は、Mommesen, Krueger, Watson, *The Digest of Justinian Vol.2*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1985 のラテン語原文と英訳、Scott, *The Civil Law Vol. 5*, AMS Press, New York 1973 の英訳、および Behrends, Knütel, Kupisch, Seiler, *Corpus Iuris Civilis Text und Übersetzung*, Heidelberg 1990~の独訳を参考としつつ自ら訳したものである。それに該当する箇条の後ろに、括弧書きで「自訳」と記す。なお、紙幅の節約と引用の便利を図るべく、以下では『学説彙纂』第*巻第*章第*節第*法文を D. *,*,*,§* と記す。

⁶⁸ 『市民法大全』においては、法律の錯誤と事実の錯誤に関する上記『学説彙纂』第22巻第6章と『勅法彙纂』第1巻第18章以外に、合意の存否に関する条文が集中する『学説彙纂』第18巻第1章がある。そこには、「行為性質の錯誤 error in negotio」「人の錯誤 error in persona」「目的物の錯誤 error in corpore」「素材の錯誤 error in materia」「本質の錯誤 error in substantia」「名称の錯誤 error in nomine」など、錯誤に関する用語が散見されるが、体系的整理が施されていないため、類型とは言い難い。法律の錯誤と事実

法律の錯誤が錯誤の救済原因にならないことを端的に表現する「法の不知は害する」という法諺は、『学説彙纂』に遡るローマ法の原則であったと一般に認識されているが⁶⁹、実際この法諺は法源の原文ではなく、『学説彙纂』第22巻第6章第9節前文（パウルの意見）を省略したものである。本章は、『学説彙纂』第22巻第6章に収録されたパウルス（第1款）、ネラチウス（第2款）、ポンポニウスとユリアヌス（第3款）およびパピニアヌス（第4款）を中心に分析する⁷⁰。

第1款 パウルの見解

ローマ法における法律の錯誤を論じるときには、パウルの見解がもっとも重要であろう。なぜなら、彼は、法律の錯誤について単巻書を著したのであり、法律の錯誤を扱う『学説彙纂』第22巻第6章においては彼の意見が最大の紙幅を占めている。その中の法文の一つが「法の不知は害する」と省略され、法諺となった。以下がその法諺の原型である。

Paulus, D. 22, 6, 9 pr. et §1

「法の不知はだれにとっても害になるが、しかし事実の不知は害にはならないということは一般規定である。それゆえ、いかなる場合に、この規定が適用されうるかを、先ず前に、二五歳未満の者が法を知らないことについて許されるということを考察することによって、みてみよう。そしてそのことは女性についても、ある場合に、性の無力のために述べられている。そしてそれゆえ、もし違法行為ではなく、法の不知がある場合には、害を受けない。この理から、もし二五歳未満の者が家子に金

の錯誤との区別こそ、ローマ法における錯誤に関する最大の分類であった。

⁶⁹ 「法の不知は害する *error iuris nocet*」以外には、「法の不知は弁解とはならぬ *ignorantia iuris non excusat*」や「何人も法律を知らぬとは見なされぬ *nemo censetur ignorare legem*」など類似した表現が使用されているが、法的意味においては大差がない。

⁷⁰ パウルの意見にはラベオ (Labeo) の見解が引用され、またポンポニウスの意見はユリアヌス (Julianus) と関係するので、本稿はラベオとユリアヌスについても論述する。

なお、テレンティウス・クレメンスの意見 (Terentius Clemens, D. 22. 6. 5 「ある人にとって、彼の知と同様に他人の知が害になるということ、あるいは一方の不知が他方に利益になるということは極めて不均衡なことと考えられる。」) と、ウルピアヌスの意見 (Ulpianus, D. 22. 6. 6 「事実を知らない者については、極度の不知は許されるべきでなく、また念の入りすぎた穿鑿も要求されるべきでない。ただし、知とは、過度の懈怠ないし甚だしい放漫が十分許されず、また密告者の持つ探求の度が要求されないというように、評価されるべきであるから。」) とも人間が有すべき「知」に関するものであり、法律の錯誤という本稿の課題と直接に関係しないので、それについての検討を割愛させて頂きたい。

銭を貸した場合、家子に金銭を貸したとはみなされないように、彼（二五歳未満の者）に有利にされる。

§1 もし兵士である家子が戦友から相続人に指定され、自己が父〔の同意〕なくしても、皇帝の勅法によって相続することが許されることを知らない場合、法を知らないことがありうるし、かつそれゆえ彼にとって相続承認に期限が進行する⁷¹。」

この法文によると、パウルの意見は原則と例外からなっている。原則は「法の不知は害する」であり、例外は25歳未満の者、女性および兵士に法の不知がある場合には、彼らは害されないということである。ここでパウルスは、主に家父長制に起因した事案を念頭に置いていたと考えられる。ローマ法においては、家子は家長の支配に服従する財産無能力者であり、自分に債務を設定することができないとされた反面、家子への貸付も元老院決議によって禁じられた（Ulpianus, D. 14, 6, 3）。また、家子は、戦友に相続人として指定されたときも、家父の同意なしに相続承認をすることはできないとされたが、帝政期になると、アウグストゥス帝は、身分が兵士である家子に財産上の能力を授ける勅法を発し、ある程度の緩和をした⁷²。

この背景のもとでは、上記引用文に記載された二つの法律の錯誤が生じた。D. 22, 6, 9 pr. の末文は、家子に対して金銭を貸した者が、家子への貸付を禁ずる元老院決議に違反するため、返還請求ができなかった場合であり、D. 22, 6, 9, §1 は、兵士である家子が戦友に相続人として指定されたが、自分に有利な勅法を知らず、相続承認の期限を過ぎた場合である。これらの錯誤は法律の錯誤ではあるが、上述したパウルの意見によれば、25歳未満の者には救済が与えられるという。すなわち、25歳未満の者であれば、彼が家子に金銭を貸したとしても返還請求することができるし、家子が兵士であれば、相続を承認する期限を徒過したとしても錯誤を知ってから相続承認が許される。

⁷¹ D. 22, 6, 9 pr. et §1 Paulus libro singulari de iuris et facti ignorantia

<<pr. Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere. Videamus igitur, in quibus speciebus locum habere possit, ante praemisso quod minoribus viginti quinque annis ius ignorare permissum est. Quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur: et ideo sicubi non est delictum, sed iuris ignorantia, non laeduntur. Hac ratione si minor viginti quinque annis filio familias crediderit, subvenitur ei, ut non videatur filio familias credidisse.

1. Si filius familias miles a commilitone heres institutus nesciat sibi etiam sine patre licere adire per constitutiones principales, ius ignorare potest et ideo ei dies aditionis cedit.>>

⁷² vgl. Kaser / Knütel, Römische Privatrecht, 19. Auflage, München 2008, S. 327f. 日本語文献は、原田慶吉、前掲注（62）『ローマ法』282頁以下参照。

25 歳未満の者を優遇する理由は、法律に対する理解力の欠如にあったであろう。同様の理由は女性にも当てはまる⁷³。しかし、なぜ兵士も優遇されるかについてはこの法文からは読み取れない。もっとも、『勅法彙纂』第 6 巻において、ユスティニアヌス帝は自ら、「法律を学ぶより、兵士は武器に精通すべきではないか」(Justinianus, C. 6, 30, 22 pr.) と述べている⁷⁴。つまり、兵士は法律を理解しなくても差し支えないということである。そこで、問題となるのは、法律の錯誤が不救済である原則に対し、その例外は、25 歳未満の者、女性および兵士に限られるかである。この問いに答えるために、以下の法文を見よう。

Paulus, D. 22, 6, 9, §3

「しかしラベオは、もし彼が法律学者の能力をもっているかもしくはその知識に通曉しているならば、法の不知が彼に不利益になることを容易に知る人に、法の不知は利益にならない、と理解されるべきと考えている。このことは稀にみとめられるにすぎない (quod raro accipiendum est) ⁷⁵。」

この法文、とりわけ末文は、大きな論争を呼んだ。ここで、パウルスはラベオの見解を引用した。そしてラベオは、法律の錯誤の救済可否について、行為者が法律と接触しかつそれを理解する可能性があるかという基準を提示した。この基準は、すべての人が法を知っていることを仮定しない点で興味深い。つまり、行為者が専門家ではなく、諮問の可能性もない場合に、上記の 25 歳未満の者、女性および兵士でなくても、法律の錯誤による救済が認められるとラベオは考えた。それは、具体的に如何なる場合であろうか。『学説彙纂』第 29 巻においては、ウルピアヌスが「無経験の人と無智の民」(Ulpianus, D. 29, 5, 3 §22) を挙げたが、それは適例であろう。

しかし、問題は、パウルスがラベオの見解を引用した後に、急に「このことは稀にみとめられるにすぎない」と、消極的な態度に転じたことである。文章の流れからすれば、唐突な感は否めない。それゆえ、末文がインチルポラチオの産物であるとする学説があった⁷⁶。

⁷³ 女性への優遇は、レオ帝の時期に、一般的規則として廃止されたが、以前の法律に言及された場合にのみ例外として適用される。vgl. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3., Berlin 1840, S. 432-433.

⁷⁴ もっと具体的な例としては、「兵士が遺言を作成した場合、あまりにも知識が乏しいので、このような形式を誠実に遵守することは元首の勅法によって免除された」。ガイウス『法学提要』佐藤篤士監訳（敬文堂、1967 年）77 頁。

⁷⁵ D. 22, 6, 9, §3 Paulus libro singulari de iuris et facti ignorantia

<< Sed iuris ignorantiam non prodesse Labeo ita accipiendum existimat, si iuris consulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia: quod raro accipiendum est.>>

⁷⁶ Vassalli, *Iuris et facti Ignorantia*, Studi Snesi XXX, 1914 = Studi Giuridici III, Milano 1960, 430f. zitiert von

この末文が削除されるならば、パウルスがラベオを引用した意図は明らかであろう。すなわち、「法の不知は害する」というのは「一般規定 (*regula*)」であり、行為者が法律と接触しかつ理解することが可能であることを前提にしたものである。これに対し、25 歳未満の者、女性および兵士は、法律と接触しかつ理解することが不可能な場合の代表例に過ぎないと解される。それにより、法律の錯誤が救済される例外の範囲は広がることになる⁷⁷。

これに対し、D. 22, 6, 9, §3 の末文がインチルポラチオでないとするなら、パウルスの意見においては、法律の錯誤は原則として考慮されず、ごく限られた場合——25 歳未満の者、女性および兵士が法律の錯誤をしていた場合——にしか救済が与えられないことになる。まさにこの理解が、法律の錯誤についてのローマ法の態度として従来から考えられてきたものである⁷⁸。しかし、『学説彙纂』第 22 卷第 6 章の全体を視野に入れると、法律の錯誤に関して、「原則—例外」的な解し方は、むしろパウルスの一家言に過ぎず、他の諸法学者は必ずしもこれに同調しない⁷⁹。以下では、それらの見解を法文順に沿って検討していこう。

Winkel, *Error iuris nocet: Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung*, Zutphen, Holland 1985, S. 115, Anm. 1. なお、インチルポラチオ (*interpolatio*) とは、法典編纂の際、編纂委員がユスティニアヌス帝の授権により、法文自体に内在する重複・抵触を避けるだけでなく、過去の勅法や学説を時代の要求や制度に合致せしめるために行った挿入・削除・変更のことであり、「改竄」とも呼ばれる(碧海純一＝伊藤正巳＝村上淳一編『法学史』(東京大学出版会、1976 年) 48 頁)。

⁷⁷ 私見では、Paulus, D. 22, 6, 9, §3 の末文がインチルポラチオによるものであらうと考える。以下のような理由による。第一に、Paulus, D. 22, 6, 9, §3 の前条である Paulus, D. 22, 6, 9, §2 においてもパウルスがラベオの見解を引用する箇所がみられるが、そこでパウルスが自説と同旨のものとしてラベオを引用している。第二に、Paulus, D. 50, 17, 108 において、パウルスは、「ほぼすべての刑事訴訟において、年齢および経験が行為者にとって利益となる」と述べ、法律経験の欠如が法律の錯誤が救済される理由になることを認めている。第三に、遺産占有 (*bonorum possessio*) に関する Paulus, D. 37, 1, 10 においては、パウルスは、以下のように法律相談と法律の錯誤との関係に触れた。すなわち、「遺産占有の場合、法の不知が期限の徒過から請求権を蘇らせることはできない。指定された相続人にとっては、期限が、遺言が公開される前よりも起算する。なぜなら、被相続人が死亡し、かつ自分が血縁のもっとも近いものであることを相続人が知り、しかも彼には法律相談の可能性があるからである。この場合、「知」とは、法律に精通した人の「知」ではなく、むしろ法律相談によって該博な人から得られる「知」のことである」。この法文からみると、パウルスは、法律相談の可能性を、法律の錯誤を救済しない前提とみているようである。要するに、パウルスの見解とラベオのそれとの間にはそれほど大きな差異がなく、わざわざ批判のためにラベオを引用するモチベーションがパウルスになかったと思われる。

⁷⁸ See Zimmermann, *Law of Obligation*, Oxford University Press 1996, at p. 606.

⁷⁹ vgl. Winkel. a. a. O. S. 43. ff.

第2款 ネラチウスの見解

Neratius, D. 22, 6, 2

「法についての錯誤は、事実の不知とあらゆる処で (*in omni parte*) 同一に論ぜられるべきでない。蓋し法は確定せられ得、また確定せられねばならぬし、事実の解釈は一般に極めて聡明なものすらも欺くからである⁸⁰。」

ネラチウスでは、法律の錯誤と事実の錯誤とが区別されるべきであるとするが、その理由は、法の「確定性 *finitum*」に求められると説いた。ここでは、確定性とは何かが問題となる。これにつき、この法文もインチルポラチオの産物であるとみる学説があるが⁸¹、それはともかくとして、「確定性」の意味については以下のような考え方があ

プリングスハイムは、ローマ法の実践的性格から出発し、ローマの法学者においては法の解釈より事実の解釈が好まれると指摘することにより、確定性は「法の閉鎖性」を指すと説く⁸²。ネルは、ローマ法において慣習が法源ではないゆえに法が確定的であると説き、確定性を「制限的かつ終局的」と理解した⁸³。グライナーは、ネラチウスの意見に対して反対解釈をすることによって予想外の結論にたどり着いた。すなわち、「法は確定せられ得、また確定せられねばならぬからといっても、現実世界の法律がいつも確定性をもっているわけではない。法文の作者はおそらく、もし法律が確定性を失ったのであれば、ある特定した事案において法律の錯誤も救済可能であるとでも言いたかったのではないか」とする⁸⁴。

以上、ネラチウスの意見における確定性の意味について諸説を概観したが、それらの解

⁸⁰ D. 22, 6, 2 Neratius libro quinto membranarum

<< In omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debet, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.>>

⁸¹ vgl. Kunkel, *Diligentia*, SZ45(1925), S. 315, Anm. 2. インチルポラチオ説に対して、Mayer-Maly は『タンタの勅法』を援用し反論した。すなわち、『タンタの勅法』には、「神の物事は如何に完璧であろうが、人間界の法律状況はいつも不確定になりがちであり、永久不変なものはない」との記述がある。これで見ると、Neratius, D. 22, 6, 2 はインチルポラチオの所産でありえない。なぜなら、『学説彙纂』の編集者は、勅法の記述と相反する法文をわざとでっちあげるわけがないからである (Mayer-Maly, *Rechtskenntnis und Gesetzesflut*, Salzburg / München 1969, S. 55f)。

⁸² vgl. Pringsheim, *Id quod actum est*, SZ 78 (1961), S. 13, 17.

⁸³ Nörr, *Divisio und Partitio: Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie*, Berlin 1972, S. 47.

⁸⁴ Greiner, *Opera Neratii: Drei Textgeschichten*, Karlsruhe 1973, 47-48.

釈には共通点があることに注目しておきたい。すなわち、法が数的に限られるという点である。では、ネラチウスがどうして法の有限性を信じるようになったかという点、それは、ネラチウスの生存時代が折りよく、ハドリアヌス帝が『永久告示録 *edictum perpetuum*』の編纂を命じる時代と重なり、法の見通しが良かったからであろう⁸⁵。つまり、『永久告示録』以降は、告示の修正増補権が皇帝に専属することになり、法務官の告示権による法の自由創造がなくなったため、法は数において限界があるという印象をもたらしたのである。もし法務官法の立法化が法の確定性の歴史的背景であるというならば、判例法の比重が急増する社会においては法の確定性の命題がどれほど正当化されうるかは疑問であろう。

第3款 ポンポニウスとユリアヌスの見解

Pomponius, D. 22, 6, 3 pr.⁸⁶

「ある者が他人の法律関係、行為につき知らぬことと、自己の権利 (*iure suo*) につき知らぬこととの間には重大な相違がある⁸⁷。」

D. 22, 6, 3 pr.の文言からみては、ポンポニウスは、自分の権利状態についての無知と他人の権利状態についての無知とを区別し、無知の対象によって扱いを異にすべきだと主張している。もっとも、如何なる事案を考えてこのルールを提示したかについては、法文に事例がないため論旨は判然としない。ところが、後の注釈学派の学者がまさしくこの法文に依拠して、ポンポニウスの意見を「内的錯誤」と「外的錯誤」との区別と解釈したうえで、後者が証明可能であるゆえに顧慮されるのに対し、前者は不顧慮であると立論するに至った⁸⁸。

しかし、類似した意見が『学説彙纂』の他巻に収録されるユリアヌスの意見にも見られ、このポンポニウスの意見は、実際はユリアヌスの説をそのまま受け継いだものであると指

⁸⁵ Winkel, a. a. O. S. 50. そこで、ネラチウスをして法律の確定性を信仰させる歴史的原因として、『永久告示録』の編纂以外には、法律が確定性を有することを説くプラトン哲学の影響およびアウグストゥス帝以降の助言の発展も指摘された。

⁸⁶ Pomponius, D. 22, 6, 3 は、前文と第1法文から構成される。後者は、後述するウルピアヌスの意見と重なるので、本節第5款でそれと合わせて論じることにした。

⁸⁷ D. 22, 6, 3 pr. Pomponius libro tertio ad Sabinum

<< Plurimum interest, utrum quis de alterius causa et facto non sciret an de iure suo ignorat.>>

⁸⁸ 注釈学派の見解は、下記第4節第2款参照。

摘されている⁸⁹。『学説彙纂』第 35 卷第 1 章には事例付きのユリアヌスの意見が収録されており、それこそポンポニウスの説くところを理解するための手がかりではないかと考えられる。『学説彙纂』第 35 卷第 1 章の第 21 条から第 26 条は、遺言の条件についての錯誤を扱う法文である。以下では、その中から本稿と緊密に関連しかつ示唆に富む二条——Julianus, D. 35, 1, 21 と Julianus, D. 35, 1, 22 を取り出し、分析の対象にする。

Julianus, D. 35, 1, 21

「条件は、事実に関する場合と法律に関する場合との間に重大な相違がある。例えば、遺言に、「もし船がアジアから到着したならば」、あるいは「もしティティウスが執政官になったならば」、という条件が附された場合、たとえこれらの条件が既に成就したとしても、相続人が成就のことを認識しなかった限り、条件は相続人の所有権取得を妨げる。しかし、条件が法に関する場合は、条件の成就さえあれば十分であり、相続人が成就の事実を認識したか否かは問わない。例えば、ある家の主である人は、自分が未だに家父の権下にあると誤解する場合においても、財産の所有権を取得する。ある財産の一部について受遺者として指定された人が、相続の開始を認識しなかったとしても、財産の所有権を取得する⁹⁰。」（自訳）

この法文において、ユリアヌスは、物権変動の効力を生じさせる遺贈の場合における受遺者の不知と物権の取得との関係について意見を述べている⁹¹。

⁸⁹ Voci, *Dritto ereditario romano*, I: introduzione, Parte Generale, 2. Aufl. Milano, 630. zitiert von Winkel, a.a.O. S. 54, Anm. 1.

⁹⁰ D. 35, 1, 21 Julianus libro 31 digestorum

<< Multum interest, condicio facti an iuris esset: nam huiusmodi condiciones "si navis ex asia venerit" "si Titius consul factus erit", quamvis impletae essent, impediunt heredem circa adeundam hereditatem, quamdiu ignoraret eas impletas esse: quae vero ex iure venient, in his nihil amplius exigendum, quam ut impletae sint. Veluti si quis se filium familias existimat, cum sit pater familias, poterit acquirere hereditatem: quare et ex parte heres scriptus, qui ignorat, an tabulae testamenti apertae sint, adire hereditatem poterit.>>

⁹¹ 周知のとおり、ローマ法の古典時代前期に Sabiniani 派と Proculiani 両学派が対立し、本款で登場した人物の中、サビヌス、ユリアヌスとポンポニウスが Sabiniani 派に属し、しかもサビヌスとユリアヌスは Sabiniani 派の学頭を務めた（両派の譜系は『学説彙纂』第 1 卷 2 章 2 節 48 項参照）。両派は、いくつかの争点をめぐって見解を異にし、論争を繰り広げていた。特に、受遺者が、遺贈の条件が成就し権利の承継が既に可能となったことを知らない場合に、遺贈物の所有権を取得するか否かは争点の一つである。Sabiniani 派は、受遺者が所有権を取得することが当然であるとみるのに対し、Proculiani 派は、受遺者の遺贈を受諾する意思があったときにおいてはじめて遺贈物の所有権を取得すると考えた。（春木一郎

ここでは、ユリアヌスが、既成した事実又は法律状態を条件にすることをある種の錯誤と見るのが示唆的である。錯誤の観点から考えると、意外な結論が得られる。すなわち、ユリアヌスは、事実に関する条件と法律に関する条件とを区別するが、相続あるいは遺贈の場合における条件について、法律の錯誤が事実の錯誤より権利者を害するとは考えていない。詳しくいうと、「船がアジアから到着する」という相続の条件が既に成就していることを相続人が知らなかった場合は、たとえこの条件が事実に関するものであっても、相続人は直ちに遺産を取得しない。それとは逆に、「家父から独立して財産取得の権限を有する」という遺贈の条件がすでに成就していることを受遺者が知らなかった場合は、たとえその条件が法律に関するものであっても、受遺者は直ちに遺贈物の所有権を取得することになる。少なくともこの法文からは、一般的に考えられてきたような、「法の不知は害する」という原則は全く感じられない。

もっとも、ユリアヌスは、法律の錯誤を一律に保護すべきだと主張しているわけではない。法律の錯誤の事例には、認められるものもあれば、認められないものもある。以下では、認められない例を見よう。

Julianus, D. 35, 1, 22

「遺贈が、妻が再婚しない、あるいはもし再婚するならば遺贈財産をその信義によりティティウスに返還しなければならないという条件のもとで妻を相手にしてなされた場合に、妻は再婚するとしても、遺贈財産を主張することが可能であり、しかも信託の履行は強制されないということが確固なる規定である⁹²。」(自訳)

ここで問題となっているのは、解除条件付きの遺言の効果である。ローマ法では、「一度相続人となれば常に相続人となり (*semel heres semper heres*)」という法諺がある。つまり、遺言による財産移転には解除条件を附してはいけないということである。遺言に解除条件が附されている場合に条件が抹消され、行為は無条件となるとされる⁹³。それゆえ、夫が「妻

「Sabiniani と Proculiani」法律学経済学内外論叢第5巻5号(1906年)第6頁参照) この事例は、Sabiniani 派が説いた当然取得説を基礎にしたものであろうと考えられる。

⁹² D. 35, 1, 22 Julianus libro 35 digestorum

<< Quotiens sub condicione mulieri legatur "si non nupserit" et eiusdem fidei commissum sit, ut Titio restituat, si nubat, commodum statuitur et si nupserit, legatum eam petere posse et non esse cogendam fideicommissum praestare. >>

⁹³ 原田慶吉、前掲注(62)『ローマ法』340頁参照。

の再婚」という解除条件を遺贈に附した場合、財産を受けた妻が再婚しようとしても、条件は附されていないものとして扱われ、妻は遺贈物を他人に渡さずに済むのである。ところで、遺言者の立場から見れば、遺言に解除条件を附してはいけないというルールを知らずに解除条件を附してしまうことは法律の錯誤であろう。遺言者がこのルールを知っていたならば、遺贈しなかったであろうという場合に、解除条件付きの遺贈を無効にすることが、法律の錯誤を救済することを意味するのに対し、解除条件付きの遺言を無条件とすることは、法律の錯誤を救済しないことを意味する。つまり、解除条件付きの遺言が問題となると、遺言者が法律の錯誤に陥っていたとしても、救済されないのである。

上記二つの法文（D. 35, 1, 21 と D. 35, 1, 22）からは、以下の結論が得られよう。すなわち、ユリアヌスは、遺言に附される条件について、法律に関する条件と事実に関する条件を区別してはいるが、法律に関する条件の成就を相続人が認識しなかった場合と、事実に関する条件の成就を相続人が認識しなかった場合との間に相違があることを指摘しているのみであって、遺言の条件が法律と関係する限り、一律に法律の錯誤の救済が拒否されるとは考えていない。例えば、救済される場合の例として、相続人に指名された者が、自分に相続遺産を取得する権限を有することを知らなくとも、法によって物権を自動的に取得することができる（D. 35, 1, 21）。それとは反対に、解除条件付きの遺贈が法によって無条件となることを知らず、妻への遺贈に「妻の再婚」という解除条件を附した遺贈者の行為は救済されない（D. 35, 1, 22）。

ところで、D. 35, 1, 21 と D. 35, 1, 22 はともに法律の錯誤にもかかわらず、なぜ前者が救済され、後者は不救済されないのであろうか。両者の差異を説明するために、まず共通点を指摘しておきたい。すなわち、法が自動的に適用され当事者の権利義務関係を変化させたという点である。詳しくいうと、法適用の効果——D. 35, 1, 21 においては物権の取得であり、D. 35, 1, 22 においては遺贈が無条件となること——は「当事者の法的認識の如何を問わず」直ちに生じた。しかも、その効果が法の「確固たる規定」であるため、取り除かれないのである。D. 35, 1, 21 では、不知の対象となった法規範が行為者に権利を与えようとするものであるから、行為者はそれを知らなくともその権利を失うことはない。それに対して、D. 35, 1, 22 では、不知の対象となった法規範が行為者の権利を制限しようとするものであるから、行為者は法律の錯誤を理由にして法の適用を避けようとすることはありえない、ということである。

このように、ポンポニウスの意見（D. 22, 6, 3 pr.）を、ユリアヌスの見解（D. 35, 1, 21）と対照させ、その背後にある事例にも目を配れば、以下の分析結果が得られよう。すなわち、ポンポニウスが、自己の権利についての不知が他人の法律関係および行為についての

それと異なるというときには、自己の権利として「相続人が相続承認することによって遺産を取得する権限」を考え、また他人の法律関係および行為として「船がアジアから到着すること」または「ティティウスが執政官になること」を考えていた。結局、相続人における相続承認の権限（自己の権利）についての不知が相続人を害しないのに対し、船の到着やティティウスの出世（他人の法律関係および行為）についての不知は相続人を害することになる。もっとも、自己の権利についての不知がすべて救済されるわけではなく、遺言に不法な解除条件を附した場合には、たとえ遺言者に自己の権利についての不知があったからといっても、遺言全体ではなく、条件のみが無効とされ、遺言者の法律の錯誤は救済されない。ひと言でいうと、ポンポニウスの意見は一定の事案に即してのみ妥当するものであり、後の注釈学派のように、法文を具体的事案から切り離し過度に抽象化することは危険である。

第4款 パピニアヌスの見解

ローマ法においては、法の不知は原則として不知者を害すると考えられてきたが、下記パピニアヌスの意見はその伝統的通説に疑問を投じたものであり、難解でありながらも重要な法文である。

Papinianus, D. 22, 6, 7

「法の不知は、取得しようと欲する者に利益とならないが、自己のものを返還請求する者に害とならない⁹⁴。」

Papinianus, D. 22, 6, 8

「事実の錯誤は、なるほど、男性にとって、損失ないし利得について害になることはないが、しかし法の錯誤は、女性にとっても、利得について利益になることはない。その他の場合は、あらゆる場合に、法の錯誤は、避けられるべき自己の物の損失について害とならない⁹⁵。」

パピニアヌスは、法律の錯誤と事実の錯誤との区別を認めているが、法律の錯誤を原則

⁹⁴ D. 22, 6, 7 Papinianus libro 19 quaestionum

<< Iuris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet. >>

⁹⁵ D. 22, 6, 8 Papinianus libro primo definitionum

<< Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest, iuris autem error nec feminis in compendiis prodest: ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet. >>

として顧慮しないとするのではない。法律の錯誤の救済可否について、利益か損失かという判断基準を提示したのである。すなわち、取得しようとしたものを法の不知のために得られなくなる場合と、本来自己に帰属するはずのものを法の不知のために失った場合とを区別して判断しなければならない。前者の場合には法律の錯誤が救済されないのに対し、後者の場合には救済されるべきだとパピニアヌスは考える。ところで、パピニアヌスがいったい如何なる場面を想定して、利益を取得しようとする者と実際に損害を被った者とに分けて判断していたであろうか。

『学説彙纂』第22巻第6章に収録されたパピニアヌスの意見は、例解のないこの二箇条にとどまる。そこで、それを読み解くためには、『学説彙纂』第16章と第31章からパピニアヌスの三箇条を選びだし検討を加えたい。すなわち、D. 16, 1, 6とD. 16, 1, 7は法律の錯誤が救済されない事案であり、D. 31, 79は法律の錯誤が救済される事案である。まずは、前者の事案をみよう。

Ulpianus, D. 16, 1, 6

「息子の母親の委任に基づいて不在の息子の防禦者〔原文は *defensor* であり、弁護士もしくは管財人のことであろう・筆者注〕のために保証人が介入したときには、更に元老院決議によって保証人が援助を与えられるかどうか問われる。保証人は抗弁を用いるであろうとパピニアヌスも質疑録第九巻で述べる。母親の委任を考慮して介入したのだから、保証人が防禦者のために保証したことは差異がない。保証人を受け入れた者が、母親がそれらの者に委任したことを知らなかったときには、元老院決議の抗弁は明らかに、と同人は謂う、悪意の反抗弁によって排斥させるべきである⁹⁶。」

Papinianus, D. 16, 1, 7

「随って悪意の反抗弁を対置された保証人は喪失するとはいえ、それにも拘らず婦人に対する反抗弁を決して持たないだろう。保証人は事実の不知を理由とすることができないからである。しかし防禦者に対する事務管理訴訟が賦与されることは不衡平ではないであろう。(母親による) 委任原因は無効であると元老院決議を通じて定められ、防禦者は保証人の金銭によって解放されるからである⁹⁷。」

⁹⁶ D. 16, 1, 6 Ulpianus libro 29 ad edictum

<< Si fideiussores pro defensore absentis filii ex mandato matris eius intercesserint, quaeritur, an etiam his senatus consulto subveniatur. Et ait Papinianus libro nono quaestionum exceptione eos usuros: nec multum facere, quod pro defensore fideiusserunt, cum contemplatione mandati matris intervenerunt. Plane, inquit, si qui accepit eos fideiussores, matrem eis mandasse ignoravit, exceptionem senatus consulti replicatione doli repellendam.>>

⁹⁷ D. 16, 1, 7 Papinianus libro nono quaestionum

<< Quamquam igitur fideiussor doli replicatione posita defensionem exceptionis amittit [amittat], nullam tamen replicationem adversus mulierem habebit, quia facti non potest ignorationem praetendere. Sed non erit iniquum

D. 16, 1, 6 と D. 16, 1, 7 は連続して同一の事案を物語った法文である。この事案は、女性による加入 (*intercessio*)、すなわち、他人のために保証人になる行為を禁止するウェルレイアーヌム元老院決議 (*SC Velleianum*) に起因する⁹⁸。この元老院決議のもとでは、ある母親が、不在中の息子の弁護人のために保証人になることが法的にはありえないため、やむを得ず第三者 (保証人) に依頼し、加入してもらうに至った。しかし、委任を通じての保証とのことで、受任者である保証人が委任事務を処理した後に委任者である母親に対して、支出した費用の償還請求権 (*actio mandati contraria*) を持つことになる。しかし、本件では、委任者が女性であるため、償還請求権を認めることは、女性を保証人とすることと実質的には異ならない。したがって、元老院決議により、本件の母親は保証人に対して抗弁権 (*exceptio SC Velleiani*) を有し、その償還請求を拒むことができる。こうして、窮地に陥られた保証人は、上記元老院決議を援用して、加入行為の効力を否定しうるかが問題となる。パピニアヌスによれば、援用は可能ではあるが、保証の相手方、すなわち債権者が、女性からの依頼という事実を保証人が知っていたにもかかわらず告知しなかったことを理由に、悪意の反抗弁 (*replicatio doli*) をもって保証人の抗弁権援用を拒むことができる。債務履行を余儀なくされた保証人は、また母親に対して悪意の反抗弁をもって委任が有効であると主張するわけであるが、この主張は認められない。なぜなら、保証人は、委任者が女性であることを知っていたのであるから、女性に抗弁権があることを知らなかったのは事実の不知ではなく、法の不知だからである。保証人は、弁済から利得した弁護人に対して事務管理訴訟を提起することが可能であるが、錯誤に基づく救済は得られない。本件のような、女性から委任を受けた保証人が、パピニアヌスという「利益を取得しようとする者」であろう。保証人の女性に対する費用の償還請求が法律上禁止される不法の利益であるため、法の不知を理由にして不法の利益を取得しようとすることはありえない、ということである。

次に、法律の錯誤が救済される例をみよう。

dari negotiorum gestorum actionem in defensorem, quia mandati causa per senatus consultum constituitur irrita et pecunia fideiussoris liberatur.>>

⁹⁸ 加入とは他人の債務関係に関与する行為をいうが、人的保証人または物上保証人となり、債務者とともに債務を負う場合もあれば、債務者の代わりに債務を負うことによって債務者を債務から解放する場合もある (原田慶吉、前掲注 (62)『ローマ法』260 頁参照)。女性による加入の効果については、ウェルレイアーヌム元老院決議は、債権者が、加入行為をした女性に対して訴訟を提起することができないと規定している (Ulpianus, D. 16, 1, 2 §1)。女性による加入を禁止する立法措置は、婦女を保護するためであったと理解されている (vgl. Kaser / Knütel, *Römisches Privatrecht*, 19. Auflage, München 2008, S.305)。

Papinianus, D. 31, 79

「自分が死亡したら夫の解放奴隷たちにある信託遺贈物を残すように義務づけられていた寡婦が、当該不動産〔信託遺贈物〕の果実を自らの解放奴隷たちに遺贈した。夫の信託遺贈に基づき当該土地について権利を有する夫の解放奴隷が、自らの権利を知らず、長い間、寡婦の解放奴隷たちとともに土地の果実を収集する日々を送った。夫の解放奴隷が〔第一の信託遺贈に基づく権利を知らず、第二の遺贈に従ったという〕このことから、第一の信託遺贈に基づく権利を剥奪されたとは考えてはならない⁹⁹。」（自訳）

D. 31, 79 では、信託遺贈（*fideicommissum*）が問題となっている。信託遺贈とは、遺贈の方式を欠く被相続人の終意死因の出捐行為のことである。信託遺贈は、最初は単なる信託遺贈義務者の信義にのみ依存したのであり、受遺者が訴えられるものではなかったが、アウグストゥス帝以来、特別訴訟手続による受遺者の訴権が認められ、強制力を持つようになった¹⁰⁰。信託遺贈でも請求ができることを知らなかった夫の解放奴隷（信託遺贈の受遺者）は、寡婦（信託義務者）の第二の遺言に従い、寡婦の解放奴隷に対して訴訟を提起しなかったが、信託遺贈に基づく利益を失うことはない。本件の夫の解放奴隷が、パピニアヌスという「自己のものを返還請求する者」であろう。つまり、法によって訴権を付与された信託遺贈の受益者は、法を知らなかったとしても、本来持つべき訴権を失わないということである。

事例の分析からみれば、パピニアヌスが考えた、利益を取得しようとする不知者の場合と実際に損害を被った不知者の場合とはそれぞれ、行為を禁止する法規範の不知（Papinianus, D. 16, 1, 6 / 7）と権利を付与する法規範の不知（Papinianus, D. 31, 79）とに還元されうる。前者の場合においては法律の錯誤が救済されないが、後者の場合においては法律の錯誤が救済される。この傾向は、前款で言及したユリアヌスの意見においても観察される。例えば、解除条件付きの遺贈が禁止され、当該遺贈が無条件となる場合に、そのルールを知らなかった遺贈者は害されるのに対し（Julianus, D. 35, 1, 22）、被相続人と指定された者が、自身に財産取得の権限を与える法規範を知らなかった場合には財産の取得を妨げず、この

⁹⁹ D. 31, 79 Papinianus libro 11 responsorum

<< Quae fideicommissa moriens libertis viri debuit, eorundem praediorum suis quoque libertis fructum reliquit: iuris ignorance lapsi qui petere praedia ex mariti testamento debuerunt, secundum fideicommissum inter ceteros longo tempore perceperunt. Non ideo peremptam videri petitionem prioris fideicommissi constituit. >>

¹⁰⁰ 原田慶吉、前掲注（62）『ローマ法』366頁以下参照。

ルールの不知は錯誤者を害さない (Julianus, D. 35, 1, 21)。それゆえ、ユリアヌスとパピニアヌスの見解はその表現においては十分異なっているが、事案類型から考えれば、類似した判断基準を採ったものだと考えられる¹⁰¹。実際、ローマ法においては、この基準こそがもっとも重要でかつ広く受け入れられた基準であったと指摘されている¹⁰²。

第5款 小括および若干の検討

1、小括

「法の不知は害する」という法諺はローマ法に起源を有すると一般には説明されているが、実はその説明は主にパウルスの見解を基にしたものである。パウルスによれば、法律の錯誤は原則として行為者を害するが、錯誤者が25歳未満の者、女性および兵士の場合に、彼らが法律の錯誤をしても、例外的に救済される。パウルス以外に、法律の錯誤が原則として救済されないと考えるのは、ネラチウスであった。彼の見解によれば、それは、法律が事実とは違い、内容的に「確定的」だからである。

法律の錯誤を救済しないことを原則とする上記パウルス説とネラチウス説に対し、ラベオ、ポンポニウス、ユリアヌスおよびパピニアヌスは、法律の錯誤が救済される基準に関し、それぞれ独自の見解を示した。例えば、ラベオは「行為者が法律と接触し理解する可能性」を、ポンポニウスとユリアヌスは「自己の権利状態に関する錯誤か他人の法律関係および行為に関する錯誤か」を、パピニアヌスは「利益を取得しようとする者か実際に損害を被った者か」を提示した。そのうち、ラベオ説によれば、無経験の人や田舎者が法律について錯誤した場合に、救済される余地があるとされる。また、ユリアヌス（ポンポニウスが同様）とパピニアヌスの見解は、表現において異なるが、念頭に置かれた事案からみれば、両者は実際、似た事案を考えて、似た結論を導いたのではないかと考えられる。すなわち、法律の錯誤が救済される事案としては、ユリアヌスが、相続人が自分に相続承認権があることを知らなかった場合 (Julianus, D. 35, 1, 21) を考え、パピニアヌスが、信託遺贈における受遺者が自分が相続人に対して遺贈財産を請求する権利があることを知らなかった場合 (Papinianus, D. 31, 79) を考えた。これらは、錯誤者が、自分に権利を付与する法規範を知らなかったゆえに、本来自分に属すべき権利を行使せず損害を被った事案であったといえよう。他方で、法律の錯誤が救済されない事案としては、ユリアヌスが、不法な

¹⁰¹ それ以外に、D. 16, 1, 6 / 7 と似た法文としては Ulpianus, D. 14, 6, 3 pr. が、D. 31, 79 と似た法文としては Valens, D. 36, 1, 70, 1 が挙げられる。

¹⁰² Winkel, a. a. O. S. 87.

条件が附された遺贈の効力を考え（Julianus, D. 35, 1, 22）、パピニアヌスが、女性の加入を禁ずる元老院決議を違反して、女性の代わりに第三者の債務を保証するという内容の委任を受けた保証人の費用返還請求権の効力（Papinianus, D. 16, 1, 6 / 7）を考えた。これらは、錯誤者が、ある行為を禁止する法規範を知らなかったゆえに、取得しようとする利益を得られなかった事案であったと言えよう。要するに、事案からみれば、ユリアヌスとパピニアヌスの意見は立脚点においてかなり近いということである。

2、若干の検討

法律の錯誤に関しては、上述の、千差万別のように見える諸説の中で、誰の説が最も権威的であったか、また諸説が如何なる関係に位置付けられるべきかについて、若干の検討を加えたい。

まず、各法学者の生存時代から始まる。最古なのはラベオ（古典前期の法学者、紀元後 10~21 年の間歿）、そして、ネラチウス（古典前期の法学者、生没年は不詳であるが、117~138 年に在位するハドリアヌス帝の顧問を務めたことが知られる）、ユリアヌス（古典期盛期の法学者、紀元後 100 年頃生、没年は不詳であるが、ハドリアヌス帝およびアントニヌス・ピウス帝の顧問会に列せられ、また「永久告示録」の編集を行ったことで知られる）、ポンポニウス（古典期盛期の法学者、生没年は不詳であるが、その学術活動はハドリアヌス帝およびアントニヌス・ピウス帝の統治期にわたっていた）、パピニアヌス（古典期晩期の法学者、生年は不詳であるが、188~217 年に在位するカラカラ帝の時代に顧問会の会長を務め、そして 212 年に同帝が弟ゲタを殺害した際、パピニアヌスはこれを是認せず、このため同帝により非業の死を遂げた）、パウルス（古典期晩期の法学者、生年は不詳であるが、ウルピアヌスと同様、パピニアヌスの弟子であったことが知られる）と続く¹⁰³。

学説の流れとしては、まずラベオが、法律が理解可能である限り、法律の錯誤は錯誤者を害すると主張し、そしてネラチウスがラベオの主張をさらに厳格化した（ラベオとネラチウスともプロクルス学派であったことに注意）。その後、ユリアヌスとポンポニウスは、相続人が自分に有利な法律を知らず、相続を承認する権限がないと誤解したとしても、相続財産の取得が妨げられないという事例を念頭に置き、ラベオとネラチウスとの相反の意味で、法律の錯誤が事実の錯誤と異なることを主張するに至った（ユリアヌスとポンポニウスともサビヌス学派であったことに注意）。また、類似の事案を考えたパピニアヌスは、

¹⁰³ 諸法学者の生没年および経歴について、主に Kunkel, *Herkunft und Soziale Stellung der Römischen Juristen*, Graz-Wien-Köln 1967, S. 114 (Labeo), 144 (Neratius), 157 (Julianus), 170 (Pomponius), 224 (Papinianus), 244(Paulus)を参照した。

それを法律の錯誤は既得利益の返還請求を害さないと言い直し、法律の錯誤が原則として錯誤者を害するとの旧説に緩和をもたらした。この学説対峙の中、古典期晩期の法学者パウルスは、ラベオとネラチウスの方角への傾きを示した。このように、法律の錯誤に関して、厳格—緩和—厳格という学説の流れが見えてくる。

諸説にあっては、パウルスの意見は決して、後世に伝えられた法諺ほどに権威的な存在ではなかった。パピニアヌスの声望、その後の「引用法」におけるパピニアヌスの崇高な地位、およびパウルスがパピニアヌスの弟子であった事実からみれば、当時はパウルスよりも、むしろパピニアヌスのほうが権威的でありかつ説得力があったのではないと思われる¹⁰⁴。もっとも、法律の錯誤についていえば、パピニアヌスの見解が知名度においてパウルスのそれに及ばなかったことも事実である。その原因は、彼の見解を採録する『学説彙纂』の法文（D. 22, 6, 7）に事例が付いていなかったこと、および文意が晦渋であったことにある¹⁰⁵。

第2節 ローマ法における法律の錯誤の種類

前節では、ローマの法学者の諸見解およびその関連事例を紹介することにより、ローマ法における法律の錯誤に関する判断基準をいくつか発見してきたが、これらの基準が正当に適用される範囲は明白ではない。伝統説によれば、『学説彙纂』第22巻第6章における法律の錯誤と事実の錯誤との区別が、意思表示の錯誤（例えば、契約における錯誤）と非意思表示の錯誤（例えば、刑事責任や権利主張の期限についての錯誤）を含むすべての領域の錯誤に適用され、そしてローマ法には統一した錯誤論が存在すると考えられていた¹⁰⁶。つまり、契約の領域にも、法律の錯誤と事実の錯誤との区別が適用されるということ

¹⁰⁴ ローマ法におけるパピニアヌスの地位について、穂積陳重「パピニアヌス罪案草せず」『法窓夜話』（有斐閣、1916年）4頁以下、戸倉広「古典期ローマ法学者の群像」国士館法学創刊号119、124頁以下参照。

¹⁰⁵ パピニアヌスの著作の文体は時々意味不明であり、そのため後世の学者に理解されず、結局のところ彼の法学見解に対する控え目な評価につながると指摘されている。しかし、フリッツ・シュルツは、パピニアヌス自身ではなく、古典期晩期に彼の著作を改訂した者こそが文意の不明確さの張本人であり、改訂における歪曲作業によって元の表現が極端に短縮され、難解なものにされたと主張した。彼によれば、法的解決は、概念と法規範の適用によって発見すべきであるという（詳しくはアンクム・ハンス、小川浩三(訳)「パピニアヌス、意味不明な法律家か」北法44巻2号239頁以下参照）。

¹⁰⁶ vgl. Haupt, Die Entwicklung der Lehre vom Irrtum beim Rechtsgeschäft seit der Rezeption, Weimar 1941, S.

である。しかし近年、この考え方が誤りであると指摘されるようになって¹⁰⁷。新説によれば、ローマ法の錯誤論はむしろ複線的 (zweigleisig) であったという。つまり、ローマ法では、意思表示の錯誤が合意の不存在につながるがゆえ真の錯誤ではなく、それに適応する法文が売買における合意約束についての『学説彙纂』第 18 巻第 1 章に位置する。それに対し、非意思表示の錯誤こそが真の錯誤であり、法律の錯誤についての『学説彙纂』第 22 巻第 6 章の法文群がそれにあたる。要するに、『学説彙纂』第 22 巻第 6 章に収録された法律の錯誤に関する諸法文は、意思表示の錯誤に向けられたものではないということである。

もっとも、意見が対立しているところであり、軽率にスタンスを採るべきではない。以下では、法律の錯誤と思われるいくつかの種類——物の帰属に関する錯誤 (第 1 款)、非債弁済における錯誤 (第 2 款)、刑事責任の錯誤 (第 3 款)、取得時効に関する錯誤 (第 4 款) および法的期限の錯誤 (第 5 款) ——を列举し若干の分析を加えることによって、ローマ法における法律の錯誤の状況を検討する。

第 1 款 物の帰属と法律の錯誤

物の権利帰属に関する錯誤は、下記法文において示されたように、法律の錯誤に起因することがあり、そのときは法律の錯誤のようにも思えるが、実際、ローマ法では、法律の錯誤によるか事実の錯誤によるかを区別せずに処理されている。『学説彙纂』において、これに言及している箇所が多数あり、以下では法文を一つ取り上げる。

Ulpianus, D. 5, 3, 25, §6

「財産が自分に帰属していないことを知っていた者について；事実の状況を知っていたにもかかわらず、法律の錯誤に陥っていた人が、財産が自分に帰属しないことを知っていた者と云えようか。彼は、遺贈の執行が有効であると信じたが、実際は無効であった；或いは、彼は、自分に遺産を取得する権限を有すると信じたが、実際は彼より順位が優先する他人がいた。たとえ彼の錯誤は法律と関係するが、詐欺の意図のない者は盗賊ではないと考える¹⁰⁸。」

19-20.

¹⁰⁷ See Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press 1990, at p. 607; vgl. Schermaier, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB*, Böhlau Wien 2000, S. 105.

¹⁰⁸ D. 5, 3, 25, §6 Ulpianus libro 15 ad edictum

<< Scire ad se non pertinere utrum is tantummodo videatur, qui factum scit, an et is qui in iure erravit? Putavit

この法文では、以下の問題が扱われている。法務官法によれば、「財産が自分に属しないことを知っていた人」、つまり悪意の占有者が紛争前に占有物を消耗した場合でも、当該物の真の所有権者は、悪意の占有者に対し、物の価値を返還請求することができる。そこで、法律を錯誤した人が悪意の占有者に該当するか否かが問題となる。この問題について、ウルピアヌスは、遺産の帰属に関して錯誤をした相続人は悪意の占有者に該当せず、善意で占有物を消耗した者は、物の価値を返還しなくて済むと主張する。要するに、ローマ法においては、物の権利帰属に関する錯誤は法律の錯誤として扱われていない。

第2款 非債弁済と法律の錯誤

ローマ法においては衡平の観念が重視され、他人の不利によって利得することは誰であってもできないということが大原則とされた (Pomponius, D. 12, 6, 14)。したがって、債務が存在しないにもかかわらず、錯誤により弁済がなされた場合、すなわち非債弁済の場合には、誤って弁済した者に不当利得返還請求権が与えられる (Papinianus, D. 12, 6, 54)。

ところで、法律の錯誤による非債弁済の場合には、弁済者が不当利得返還請求権に基づいて、誤って弁済したものを取り戻すことができるかが問題となる。ローマ法源においては、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別することなく、法律の錯誤によって非債弁済した者にも不当利得返還請求権を与えるとする法文があるし、非債弁済が法律の錯誤によるものであることを理由にして非債弁済をした者に不当利得返還請求権を与えないとする法文もある、という截然と異なる扱い方が見受けられる (1)。この法源上の「矛盾」について、様々な解釈が展開されている (2)。

1、「矛盾」した法源

法律の錯誤による非債弁済であっても、不当利得返還請求権を与えるべきだと規定する法文が圧倒的に多い。例えば、女性の加入を禁止するウェルレイアーヌム元老院決議のことを知らず、他人のために債務を弁済した女性は、不当利得を返還請求することができる とされた (C. 4, 29, 9)。また、家長権下の家子二人の間で、家子の一人が特有財産 (*peculium*) に基づき別の家子に金銭を貸借したところ、家長が死亡し、家子二人がその地位を共同相続することにより、金銭の貸借上の債権・債務に混同が生じ、債権・債務は消滅する。そ

enim recte factum testamentum, cum inutile erat: vel cum eum alius praecederet adgnatus, sibi potius deferri. Et non puto hunc esse praedonem qui dolo caret, quamvis in iure erret. >>

れにもかかわらず、(元) 借り主が「債務」の弁済を行った場合に、(元) 借り主は金銭の返還を請求することができるとされた (Africanus, D. 12, 6, 38 pr.)。

しかし、信託遺贈に関する以下の場合には相違が現れる。法文の理解のために、事案の背景をかんたんに紹介する。

まず、被相続人の遺贈を制限するファルキディア法 (*lex Falcidia*) によると、被相続人が、総財産の四分の三を超えて法定相続人以外の者に遺贈することはできない。そして、信託遺贈の場合においても、被相続人から一応財産を受けた法定相続人は、受益者に対し遺産を渡す際に財産の四分の一を留保する権利を有すると、その後のペーガシアヌム元老院決議 (*SC Pegasianum*) は規定した。そこで、ファルキディア法またはペーガシアヌム元老院決議の規定を知らずに財産の全部を受遺者に渡した相続人は、誤返済の四分の一について不当利得返還請求ができるかが争われることになる。返還請求の可否については、以下のように、肯定の法文もあれば (Valens, D. 36, 1, 70 §1)、否定の法文もある (Paulus, D. 22, 6, 9 §5)。

Valens, D. 36, 1, 70 §1

「遺産の返還が請求されたとき、あなたはそれを承知し、かつ返還の際には四分の一を控除しなかった。あなたが、信託遺贈の履行ではなく、錯誤により遺産を返還したということはとても信じ難いが、もしその四分の一を留保しなかったのは錯誤のせいであつたことが証明できるのであれば、あなたはその分を取り戻すことができる¹⁰⁹。」(自訳)

Paulus, D. 22, 6, 9 §5

「もし誰かが、法の不知からファルキディア法を援用しないならば、神皇ピウスの勅書は彼の不利になるという。しかしまたセウェルス帝およびアントニアヌス帝は次の言葉で指令した。「信託遺贈の原因から非債に支払われたものは、錯誤によって支払われないかぎり、返還請求されえない。だからして、ガルギリヤヌスの相続人達は、彼の遺言から導水工事に対して残された金をキルタ人の自治体に支払ったときに、市民からファルキディア法により許された以上にうけとったものを取り戻すために、設定されることをつねとした担保を要求せずに、ただ、その金額が他の目的のために転用されるべきでないことが問答契約され、その金が導水工事に費消されることを知りかつ熟慮して

¹⁰⁹ D. 36, 1, 70 §1 Valens libro quarto fideicommissorum

<< Si totam hereditatem rogatus restituere tu sponte adieris et, sine deductione quartae partis restitueris, difficile quidem crederis per ignorantiam magis, non explendi fideicommissi causa hoc fecisse: sed si probaveris per errorem te quartam non retinuisse, recipere eam poteris. >>

認容した[ならば]、彼らにキルタ人の自治体から返還されるべきことを要求するのは、あたかも義務以上のものを与えるように[なって]、徒勞である。けだし、導水工事に對し与えられた金銭が返還請求される場合も、自治体が、まったく他人の無償出損金のほまれをあらわすべき工事に費消されるべきそれ自身の財産体から、返還する場合も、ともに不公平だからである。それゆえに、無知によりファルキディア法の恩恵を知らないために、彼等が、その金の返還請求権を有する、と信ずるならば、彼等は、役に立つのは事実の不知であり法のそれではなく、愚者ではなくて錯誤者が救われる、ということを知るべきである」¹¹⁰。」

相続人が全財産を受遺者に返還したとしても、ある意味では、それも遺言どおりの履行であるため、返還の行為は「信託遺贈の履行ではなく、錯誤に基づいた返還したこと」を証明することがなにより困難である。D. 36, 1, 70 §1 において、ヴァーレンスは挙証の困難さを認識しながらも、それが何とか証明できたのであれば、誤って返還した四分の一を取り戻すことができると認めた。それに対し、Paulus, D. 22, 6, 9 §5 においては、セウェルス帝およびアントニアヌス帝は、法の不知が錯誤者を害することを明言し、法律の錯誤による非債弁済への救済を拒否した。

2、学説における二つの解し方

法律の錯誤による非債弁済の問題について、ローマ法源における扱い方が正反対に分かれていることについて、学説には、以下のような二つの解し方がみられる。

シュワルツは、Paulus, D. 22, 6, 9 §5 におけるような、非債弁済を救済しない例外が出てき

¹¹⁰ Paulus, D. 22, 6, 9 §5 Paulus libro singulari de iuris et facti ignorantia

<< Si quis ius ignorans lege Falcidia usus non sit, nocere ei dicit epistula divi Pii. Sed et imperatores Severus et Antoninus in haec verba rescripserunt: "Quod ex causa fideicommissi indebitum datum est, si non per errorem solutum est, repeti non potest. Quamobrem Gargiliani heredes, qui, cum ex testamento eius pecuniam ad opus aquae ductus rei publicae cirtensium relictam solverint, non solum cautiones non exegerunt, quae interponi solent, ut quod amplius cepissent municipes quam per legem Falcidiam licuisset redderent, verum etiam stipulati sunt, ne ea summa in alios usus converteretur et scientes prudentesque passi sunt eam pecuniam in opus aquae ductus impendi, frustra postulant reddi sibi a re publica cirtensium, quasi plus debito dederint, cum sit utrumque iniquum pecuniam, quae ad opus aquae ductus data est, repeti et rem publicam ex corpore patrimonii sui impendere in id opus, quod totum alienae liberalitatis gloriam repraesentet. Quod si ideo repetitionem eius pecuniae habere credunt, quod imperitia lapsi legis Falcidiae beneficio usi non sunt, sciant ignorantiam facti, non iuris prodesse nec stultis solere succurri, sed errantibus".>>

たのは、法律の錯誤による非債弁済は挙証において普通の非債弁済と異なるからであると説明した。詳しくいうと、不当利得返還請求権にとっては、普通の非債弁済における錯誤は「消極的請求要件」であるのに対し、信託遺贈の場合の非債弁済における錯誤は「積極的請求要件」である。両者は挙証において大いに異なる。つまり、前者の場合、弁済者は、自分が誤って弁済をなしたことを証明するために、債務が存在していなかったことを証明すれば十分である。しかし、後者の場合、弁済者は、債務が存在していなかったことを証明するのは不可能である。なぜなら、弁済者が全財産を返還することは、遺言の立場からみれば一種の法的義務の履行である。したがって、弁済者は、債務の不存在が証明できないという前提のもとで、自分がただ錯誤によって弁済をなしたことを証明しなければならない¹¹¹。この考え方からすれば、Paulus, D. 22, 6, 9 §5 において救済が拒否された原因は、相続人側の挙証の困難さおよび不十分さにあり、よって Paulus, D. 22, 6, 9 §5 と Valens, D. 36, 1, 70, §1 との相違は心証の差に過ぎないと考えられる。

シュワルツと同様、ミューレンブルフも、弁済者が全財産を返還するのは遺言の立場からみれば一種の法的義務の履行である点に着眼する。しかし、シュワルツとは異なり、ミューレンブルフによると、ファルキディア法によって財産の四分の一について留保権が相続人に与えられたとしても、道德上は遺言どおりの履行債務がなお存在するので、真正の非債弁済ではない。したがって、相続人が過弁済の四分の一の財産を返還請求することができるか、つまり非債弁済の成否の判断は、ファルキディア法が、財産の四分の三を超えた遺贈を無効としたほどの強力なものなのか、それとも相続人に対してただ抗弁権しか与えていないような弱いものなのかによることになる¹¹²。

第3款 刑事責任と法律の錯誤

ローマ法では、刑法に関する法律の錯誤は不救済であることが原則である。しかし、例外は存在する。前節で紹介したパウルの意見におけるように、家子への貸付が元老院決議を違反する罪であるものの、25歳未満の者が家子に貸し付けた場合には、この25歳未満の者は救済される。パウルス自身が認めているように、「ほとんどの刑事訴訟において、年齢と経験は行為者に有利になる」(Paulus, D. 50, 17, 108)。モムゼンの研究によれば、女性又は無経験の人は刑事責任において錯誤により免責されることがあるが、それは、錯誤の対

¹¹¹ vgl. Schwarz, Die Grundlage der *condictio* im klassischen römischen Recht, München / Köln 1952, S. 101-104.

¹¹² Mühlenbruch, Ueber *juris und facti ignorantia* und deren Einfluß auf Rechtsverhältnisse, AcP 2 (1819), S. 393f.

象が「道徳を基とした法律」でないことを前提としている¹¹³。「道徳を基とした法律」でない法律の例としては、税法が挙げられる。

Marcianus, D. 39, 4, 16

「§5 神聖なるハドリアヌス帝は、不知を主張する者でも関税の罰金を払わなければならないと命じている。

§6 神聖なるマルクス・アウレリウス帝とコンモドゥス帝は、解答書において、税関請負人は通関する人に税法を説明する責任はないが、たずねる人を誤らせてはならないと命じている¹¹⁴。」(自訳)

関税について精通していない人が請負人に対してたずねる限り、請負人は正確に答える義務を負う。ここでは、諮問の可能性が、法律の錯誤を許さない前提となっていると考えられる。もっとも、当然のこととして、税関の請負人が間違っただけの関税の知識を教えた場合、通関者は錯誤に基づいて、超過した税金を取り戻すことができるとされている (Marcianus, D. 39, 4, 16 §14)。この場合は、また非債の弁済の問題となる。

第4款 使用取得と法律の錯誤

Pomponius, D. 22, 6, 4

「使用取得において、法の不知が利益になるということは否定せられる。これに対して、事実の不知が利益になることは確定している¹¹⁵。」

Paulus (Pomponius), D. 41, 3, 31 pr.

「使用取得において、法の不知は永遠に占有者の利益にならない。これに対して、プロクルスはこう言う。保護者が、売買が始まったときに又は売買から暫く経ったあと、錯誤に基づき追認した場合、

¹¹³ Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, S. 92-94. 例えば、姦通罪において女性すら錯誤を主張することはできない。また、相姦罪においては、万民法が規定する罪について法律の錯誤を主張することはできないが、市民法のそれについて法律の錯誤を主張することはできる (Papinianus, D. 48, 5, 39, pr. et §2)。

¹¹⁴ D. 39, 4, 16 §5 et §6 Marcianus libro singulari de delatoribus

<< 5. Licet quis se ignorasse dicat, nihilo minus eum in poenam vectigalis incidere divus Hadrianus constituit.

6. Divi quoque Marcus et Commodus rescripserunt non imputari publicano, quod non instruxit transgredientem: sed illud custodiendum, ne decipiat profiteri volentes. >>

¹¹⁵ D. 22, 6, 4 Pomponius libro 13 ad Sabinum

<< Iuris ignorantiam in usucapione negatur prodesse: facti vero ignorantiam prodesse constat. >>

占有者の使用取得は発生しない。それは、占有者に法律の錯誤が存在したからである¹¹⁶。」

『学説彙纂』第22巻第6章には、使用取得において法の不知の主張を否定するポンポニウスの意見が見られるが(D. 22, 6, 4)、具体例は述べられていない。ところで、レーネルの研究によれば、使用取得における法律の錯誤に関するポンポニウスの意見は、法律の錯誤に関する法文に配置されたD. 22, 6, 4だけではなく、使用取得に関する法文として配置されたD. 41, 3, 31 pr.があり、両者とも同一の著書から抜粋されたものであると指摘されている¹¹⁷。D. 41, 3, 31 pr.は例解を備えているので、D. 22, 6, 4を解明する手懸かりとなりうると考える。

D. 41, 3, 31 pr.は、未成年者の保護者の錯誤に関する法文である。ローマ法では、被保護者が売買契約を締結し目的物を売却したときに、それに同意を与えようとする保護者はその場で同意の表明をしなければならず、事後の追認は無効であるとされる(Gaius, D. 26, 8, 9, §5)。しかし、この規定は取引の参加者に知られていないようである。目的物が買主に引き渡されてから一年後、売買契約が無効であることに気づいた保護者は物の返還請求をするが、物の占有者(買主)は使用取得を主張することができるであろうか。ポンポニウスは、占有者は法律の錯誤に陥っていたため、使用取得が妨げられると主張する(Neratius, D. 41, 10, 5, §1)。

もっとも、法律の錯誤に関するポンポニウスの否定的意見は使用取得の占有者側にのみ限られて、真の所有者側には及ばない。D. 41, 3, 31 pr.では、保護者(売主側)と占有者(買主側)とも法律の錯誤に陥っていたが、法律の錯誤は所有者を害さなかったのである。ここで、ポンポニウスは、ただ「法律の錯誤」という構成上の道具を通じて使用取得に厳格な要件を設定しようとしたものと推測される。つまり、使用取得はあくまで真の所有者が権利を失うことに基づいた制度であるから、占有者が正当な権原について十分な確信を持っていなければ、使用取得の効果は生じない。現代の民法において善意無過失の自主占有という要件の厳格な解釈によって達成される上記目的は、ローマ法においては法律の錯誤の下で達成されたのである。

¹¹⁶ D. 41, 3, 31 pr. Paulus (Pomponius) 32 ad Sabinum

<< Numquam in usucapionibus iuris error possessori prodest: et ideo Proculus ait, si per errorem initio venditionis tutor pupillo auctor factus sit vel post longum tempus venditionis peractum, usucapi non posse, quia iuris error est.>>

¹¹⁷ vgl. Lenel, *Palingenesia iuris civilis II, supplementum* / Sierl, Graz 1960, S. 140-141.

第5款 期限と法律の錯誤

期限に関する法律の錯誤の例として、前節で紹介したパウルスの見解でも述べられた事案であるが、兵士である家子が戦友から相続人に指定されたが、自分に有利な勅法を知らず、相続承認の期限（熟慮期間 *cretio vulgaris*）を徒過した（D. 22, 6, 9, §1）事案を挙げることができる。パウルスは例外として、兵士が法律の錯誤に陥っていた場合には救済されるとしたが、一般人が法律の錯誤に陥った場合には救済されないとした。

相続承認の期限のほか、遺産占有（*bonorum possessio*）の場合にも法律の錯誤がよく問題となる。ローマ法においては、市民法（法規、元老院決議、勅法）に基づく相続制度以外に、遺産占有という法務官法に基づく相続制度が存在した。法務官は、七人の証人の捺印がある遺言書があるときは、市民法上の正式手続を踏んだか否かを審査することなく、遺言書に従う遺産占有を付与することができるとされた¹¹⁸。ただし、この制度は法務官への申請を前提としている。そこで、相続人はそれを知らず、法律の錯誤に陥っている場合が問題となる。『勅法彙纂』には、「永久告示録に規定された遺産占有の申請期限について、女性においても法律の錯誤は利益にならない」（C. 6, 9, 6）という規定が置かれている。つまり、遺産占有の申請期限においては女性でも例外にはならず、申請期限を過ぎた場合には、遺産占有を申請することができなくなる。

第6款 小括および若干の検討

以上、ローマ法における法律の錯誤と事実の錯誤との区別の適用範囲を検討してきた。まず、刑事責任、使用取得および期限の領域において、法律の錯誤が事実の錯誤と区別され、より厳格に扱われていたことがわかっていく。とりわけ期限において、女性の法律の錯誤でも救済されない。税法のような、道徳性の伴わない法律が錯誤の対象となった場合には、「法の不知は害する」の適用範囲が諮問手段の如何に左右される。また、使用取得の場合においては、「法の不知は害する」が使用取得を制限する法的道具として占有者側の法律の錯誤に限られ、すべての法律の錯誤には妥当しない。これに対し、物の権利帰属に関する錯誤の場合には、法律の錯誤と事実の錯誤とが全く区別されていない。特に問題なのは、非債弁済における法律の錯誤である。ローマ法源において、法律の錯誤による非債弁済に「法の不知は害する」という原則が適用されるとする法文があれば、それが適用されないとする法文もある。後者、すなわち法律の錯誤が非債弁済に基づく不当利得返還請求を妨

¹¹⁸ 原田慶吉、前掲注（62）『ローマ法』338頁。

げないとする法文については、それが法律の錯誤と事実の錯誤との区別をしたうえで、それでもなお救済を例外的に認めていると理解されうる。総じていえば、非債弁済の場合における「法の不知は害する」原則の適用について議論の余地があるが、伝統説の言ったような、すべての法領域に適用のある法律の錯誤と事実の錯誤との区別を中心とする統一した錯誤論はローマ法において存在しなかったといえることができる。

それでは、契約のような意思表示の領域においては、新説が説くように、法律の錯誤と事実の錯誤との区別が全く効かないであろうか。以下では、この本稿の問題関心について、前節における分析の結論と関連づけながら、私見を述べる。

前節における分析の結論からみれば、意思表示の領域においても、法律の錯誤と事実の錯誤との区別が有意義な場合は確かに存在する。例としては、遺言に附された不法な解除条件に関する遺言者の錯誤（Julianus, D. 35, 1, 22、第1節第3款参照）と、母親から受任し加入をした保証人の錯誤（Papinianus, D. 16, 1, 6/7、第1節第4款参照）が挙げられる。なぜこれらの場合に、法律の錯誤が事実の錯誤と区別され、結果として救済されないことになるかという点、私見では、この種の法律の錯誤を救済することは法適用の障害となり、法の趣旨を妨げるからであると考えている。つまり、両事案において、行為者が、法律が禁止するところの意思表示をしたため、意思表示の一部または全部が無効とされた。例えば、前者では、遺言に附された解除条件だけが不法のゆえに無効とされ、遺言は無条件となった。後者では、母親（委託者）と保証人（受託者）との委任契約が無効とされ、保証人と債権者との保証契約だけは残った。そこでは、意思表示の内容を法が修正または削除したのである。このような場合に、もし錯誤の救済が認められると、法の禁止命令が害され、法適用の趣旨に障害がもたらされる恐れがある。

上述の場合に対し、法律の錯誤による非債弁済の場合には、法適用の障害が懸念されない。例えば、信託遺贈において、ペーガシアヌム元老院決議によっては法定相続人が受益者に遺産を返還する際に四分の一を留保する権利を有するにもかかわらず、元老院決議を知らないで遺産の全部を返還した場合に（Valens, D. 36, 1, 70, §1、本節第3款参照）、誤って返還した遺産を取り戻せるように錯誤者を救済するにしても、法規定の適用には何ら障害も生じない。むしろ、法定相続人である表意者が遺産の四分の一を留保することこそ、ペーガシアヌム元老院決議の望むところではなかろうか。もっとも、ミューレンブルフの指摘したように、ペーガシアヌム元老院決議がそれほど望んでいなかったとすれば、道徳上は全部返還の義務が残り、真正の非債弁済とみないほうがよからう。

要するに、意思表示の領域における法律の錯誤について、それを事実の錯誤と区別するか否かを云々する前にまず場合分けをすることが重要である。

第3節 中世におけるローマ法上の法律の錯誤

上述のように、ローマ法における法律の錯誤は、錯誤の主体（錯誤者）と客体（錯誤対象となる法律）の如何によって結論が変わり、弾力性に富んだ制度であった。しかし、この制度は、その後のローマ法継受の過程において、一般に理解されていたような、すべての法領域に適用のありかつ硬直的な法諺に加工されていったのである。以下では、この経緯を概観しよう。

第1款 スコラ学派

ローマ法のカズイスティックな哲学とは異なり、スコラ学者のトマス・アクィナス（Thomas Aquinas）はその帰責理論において、「如何なる場合に不知が救済されるか」ではなく、「如何なる不知が罪であるか」を問い続けている。錯誤問題をめぐる客観的要素が判断から切り捨てられ、思考の重点は「不知の帰責性」に移ったのである。不知の帰責性とは何かについて、トマスは「克服可能な錯誤と克服不可能な錯誤（*error vincibilis* / *error invincibilis*）」の区別を提示した¹¹⁹。もっとも、トマス・アクィナスは、人間は知りうることのすべてを知らなければならないとまで要求していない。彼が要求しているのは、教義と一般的法規範についての知識であり、しかも「知」の義務がある限りにおいて「克服できる錯誤」は罪となる。それ故、トマス・アクィナス本人における法律錯誤の処置はローマ法よりも寛容であったと考えられている¹²⁰。しかし、克服可能な錯誤と克服不可能な錯誤の区別は、注釈学者と自然法学者を経て、ドイツ法におけるローマ法の現代的慣習（*usus modernus*）にまで使用されていったのである¹²¹。

¹¹⁹ 克服不可能な錯誤という概念は、現代フランスにおいても使用されている（*erreur invincible*）。この語の訳としては、「打ちかちがたい」と訳される場合があるが（星野英一「不動産物権公示制度の沿革の概観」、江川英文編『フランス民法の一五〇年（上）』（有斐閣、1957年）268頁）、「克服不可能」と訳される場合もある（木村亀二「フランス刑法における法律の錯誤」法学新報72巻11＝12号48頁）。本稿は、後者に従う。

¹²⁰ vgl. Schermaier, a. a. O. S. 68.

¹²¹ vgl. Schermaier, a. a. O. S. 106.

第2款 注釈学派

注釈学派の手において、法律の錯誤が個々の事案においてしばしば事実の錯誤とは異なるというローマ法上の基本観念は、ローマ法のカズイスティックな性格とはそもそも馴染まない抽象的な意味内容を付与され、すべての法領域の錯誤に適用されうる大原則へと変貌をとげた。その理論展開において、原典上の根拠として援用されたのは、『学説彙纂』第22巻6章に収録されたポンポニウスとパウルスの意見である。

本章第1節第3款で触れたとおり、アゾー (Azo) は、「ある者が他人の法律関係、行為につき知らぬことと、自己の権利につき知らぬこととの間には重大な相違がある」(Pomponius, D. 22, 6, 3 pr.) とのポンポニウスの意見を引用し、それを「内的錯誤」と「外的錯誤」に加工することによって、外的錯誤こそ「真の錯誤 *error probabilis*」であるという結論を導いた。なぜなら、「内的錯誤」、すなわち、自己の権利について知らぬことが証明不可能であるのに対し、「外的錯誤」は証明可能だからである、とアゾーは解釈したのである。しかしその後、アゾーの解釈はアックルシウス (Accursius) によって制限を加えられた。アックルシウスは、「なぜならば、都市におけるすべての人が知っている場合に、彼だけが知らないとどうして云えようか? [云えない] からである」(Paulus, D. 22, 6, 9 §2) というパウルスの意見に基づき、重過失の錯誤であるなら、外的錯誤でも真の錯誤にはならないとして、アゾーの見解にさらに制限を加えた¹²²。

なるほど、パウルスは D. 22, 6, 9 §2 において重過失の錯誤を考慮しないことを主張するが、すべての法律の錯誤が重過失の錯誤と等しいとまではいっていない。重過失とは、一般人が知るべきことを知らないとのことであり (Ulpianus, D. 50, 16, 213)、パウルスの諸意見においては、すべての人が法を知るべきだというような発言は何処にもないのである。それを明言したのはあくまで注釈学派の学者であった。クヤキウス (Cujacius) はすべての錯誤を「許さぬ不知 *ignorantia supina*」と「正当でかつ真の不知 *ignorantia justa et probabilis*」に分け、法律の錯誤と重過失の事実の錯誤を、両者とも皆が知るべき知識を有しないことを理由として、「許さぬ不知」に帰した¹²³。

第3款 自然法学派

¹²² vgl. Schermaier, a. a. O. S. 253. 重過失が故意・悪意と等しいとみるのがローマ法の常識であるゆえ (Paulus, D. 50, 16, 226; Ulpianus, D. 11, 6, 1 §1)、錯誤が重過失のラベルを貼られたら顧慮されないというのは、ローマ法においては必然的なことである。

¹²³ vgl. Schermaier, a. a. O. S. 254.

法律の錯誤に関して同様の結論が、異なる構成に基づいて、自然法学者によっても主張された。例えば、自然法学者であるプーフェンドルフ（Pufendorf）は、法律によって規定された行為は、当事者が自由に決定した行為と区別されなければならないと考えている。その理由は、立法者が法規範の普及に関心を持っており、法律が適切な方式を経て公布されたら、それを知らないというのは必要な注意の欠如にほかならない。そのため、一般的には、法律の錯誤は克服かつ回避できるものである。もっとも、法律が正当な方式によって公布されていない、あるいは、適用対象の理解力を遥かに超えるかたちで公布された場合においては、人々に法を知らなければならないと要求することは正当でない¹²⁴。このように、自然法学者は、立法者が秩序に対する期待を法律の錯誤の理論に導入し、そして法律の正当な方式での公布を人が法を知るべきことの前提とした。このことは、すべての法領域に適用されるべき「法の不知は害する」原則の理論上の完成を意味する。

第4款 小括

スコラ学者、注釈学者および自然法学派の加工を経て、「法の不知は害する」は以下の理論構造を持つようになった。すなわち、立法者は、法律の正当な方式での公布をもって、人々に法を知る義務を課すことにより、法の不知を「克服する義務がありかつ克服可能」な不知に変え、帰責性を持たせる。しかし、法律の錯誤に関するこの時代の議論は長い間観念論にとどまっており、具体的事案が完全に無視されていたと指摘されている¹²⁵。その後、ドイツのパンデクテン学者がローマ法上の事案について考察する段階になると、問題が顕著に現れてくる。

第4節 本章のまとめ

本章の冒頭部分（序）において、ローマ法における法律の錯誤を考察するにあたって行わなければならない三つの課題を提示した。それは、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別する理由およびその判断基準（1）、法律の錯誤と事実の錯誤との区別が妥当する範囲（2）、そして中世以降における法律の錯誤の変貌であった（3）。以下では、本章のまとめとして、上記三つの課題について行った分析の結論を整理し、次章の議論につなげることとする。

¹²⁴ vgl. Schermaier, a. a. O. S. 184.

¹²⁵ S. Wolf, Rechtsirrtum im Privatrecht – Argument oder Anachronismus ?, Basel / Genf / München 2003, S. 26.

1、「法の不知は害する」という法諺が示すように、法律の錯誤を救済の対象から外す原則がローマ法の至るところに適用されると従来から考えられてきたが、それは言いすぎであろう。

法律の錯誤は原則としては救済されないが、25 歳未満の者、女性および兵士は例外であるとパウルスは考えた。「法の不知は害する」という法諺は『市民法大全』に収録されたパウルスの意見に遡る。しかしながら、法律の錯誤について、「原則―例外」的な考え方はローマ法ではパウルスの一家言に過ぎず、他の法学者は必ずしもこれに同調しない。他の法学者は、それぞれ独自の判断基準を提示していたのである。例えば、ラベオは「行為者が法律と接触し理解する可能性」、ポンポニウスとユリアヌスは「錯誤が行為者の自己の権利状態に関するか、それとも他人の法律関係・行為に関するか」、パピニアヌスは「利益を取得しようとする者か実際に損害を被った者か」を提示した。

意見が分かれて収斂しそうもないように見えるが、実際はそうではない。諸見解の中には、ポンポニウス、ユリアヌスとパピニアヌスの意見は、表現においては大分異なるものの、かなり類似していることが、意見の背後にある事案に対する分析から判明した。すなわち、権利を賦与する法規範についての不知は救済するのに対し (Papinianus, D. 31, 79; Julianus, D. 35, 1, 21)、行為を禁止する法規範についての不知は救済しない (Papinianus, D. 16, 1, 6 / 7; Julianus, D. 35, 1, 22)。加えて、それに当時は、パウルスの見解よりパピニアヌスのほうが有力であったと推測される。

2、以上の判断基準がすべての法律の錯誤に妥当するわけではない。なぜなら、錯誤が法律に対する誤解から起因したものであっても、事実の錯誤と区別される意味での法律の錯誤として扱われない場合がある。例えば、物の権利帰属に関する錯誤は、法律の錯誤か事実の錯誤かと区別されずに処理されている。したがって、ローマ法において、すべての法領域に適用される法律の錯誤と事実の錯誤との区別を中心とする錯誤論は存在しない。

問題は、意思表示の領域において、法律の錯誤が事実の錯誤と区別されるか否かである。法律の錯誤と事実の錯誤との区別がすべての法領域に適用されると考えられていたが、その区別が実は意思表示の領域には妥当しないと認識されるようになっている。事案からみると、新旧説のいずれも行きすぎである。意思表示の領域における法律の錯誤においては、事実の錯誤と区別しない場合があれば、区別する場合もある。例えば、意思表示が法の不知のため法律の禁止命令に抵触し、法の適用によって修正または一部削除された場合に、法律の錯誤は許さずとして救済を拒否されることになる。

3、ローマ法では、法律の錯誤と事実の錯誤との区別が妥当する刑事責任の錯誤、使用取得の錯誤および期限の錯誤の領域においても、法律の錯誤は一律に救済されないわけではなく、その判断基準について諸説が提示されていたことは上述のとおりである。しかし、『学説彙纂』が編纂された際には、もともと個々の事案を念頭に得られた具体的な結論が事案から切り離され、抽象的な命題として『学説彙纂』第22巻第6章に並べられるようになった。これらの諸法学者の見解から、後世の法学者は、より厳しい立場を取ったパウルスの意見および曲解されたポンポニウスの意見を理論展開の起点とし、全く具体例を離れた観念的思考によって、すべての法領域に及ぶ法諺「法の不知は害する」を作り出すに至り、その後のドイツ普通法にも大きな影響を及ぼした。

第3章 ドイツ法

序

1、前章において、ローマ法における法律の錯誤に対するカズイスティックな対応、および、それ以降の中世の諸説によるローマ法文の抽象化の過程について概観した。この作業によって、本来は具体的な事案に基づいて書かれた法文（法学者意見）が、すべての法領域において普遍的に適用される「法の不知は害する」という法諺への変容の過程を明らかにした。しかし、ローマ法を継受したうえで編纂されたと思われるドイツ民法典（以下、「BGB」と記す）においては、法律の錯誤について全く言及されていない。また、BGB と同時代に編纂された日本民法典も同様である。日本民法が法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない立法方針を採用したのは、第1章第3節第2款ですでに触れたように、まさに BGB 一草案を参考にした結果であった。そうであるとすれば、法律の錯誤について日本民法と深く関連を持った BGB の編纂過程において、法律の錯誤を顧慮しないとする普通法上の伝統は如何なる議論を経て放棄されるに至ったか、また、BGB 施行以降、法律の錯誤という概念が学説または裁判例において完全に姿を消したのか、もし完全に消えていないのであれば、それが如何なる理由によって如何なる範囲においてなお残っているかを解明することが、日本法の解釈にとって有益であると思われる。

以上は、本章において検討されるべき課題である。

2、本章の構造としては、第一に、ローマ法継受期において「法の不知は害する」という原則に対して行われた反省と批判を検討し、法典編纂以前の議論状況を一瞥する（第1節）。第二に、BGB 成立以降の状況について、意思表示に法律の錯誤があった場合に、それが該当する三つの法概念——法律効果の錯誤（BGB 119 条1項）、物の法的性質の錯誤（BGB 119 条2項）および行為基礎の喪失（BGB 242 条、現 313 条）——のそれぞれにおける法律の錯誤の処理状況を鳥瞰することによって全体像を提示する（第2節）。第三に、全体像の提示を通じて、法律の錯誤が物の法的性質の錯誤と行為基礎の喪失に該当する場合に、法律の錯誤と事実の錯誤とは原則的に区別されないことを明らかにしたうえで、法律の錯誤が特別視され、その独自の存在意義を持つ領域として、法律効果の錯誤という法概念の形成、それについての学説および裁判例の展開を詳細に論ずる（第3節）。最後に、本章の検討から得られたものを比較研究に資するようにまとめ、なお残された課題を指摘する（第4

節)。¹²⁶

第1節 前史

錯誤に関して、『市民法大全』には、前章で取り上げた「事実の不知と法の不知」と題する『学説彙纂』第22巻第6章のほか、契約当事者の合意を扱う『学説彙纂』第18巻第1章もあった。そこにおいては、「目的物の錯誤 (*error in corpore*, D. 18, 1, 9)」、「素材の錯誤 (*error in materia*, D. 18, 1, 14)」、「本質の錯誤 (*error in substantia*, D. 18, 1, 9, §2)」、「相手の錯誤 (*error in persona*, D. 18, 1, 11, §1)」など、対象に応じた錯誤の種類が散見される。継受期には、それらの通釈を通して、上記類型に限って無効が認められ、それ以外の錯誤は顧慮されないという類型論がドイツ普通法において確立された¹²⁷。

¹²⁶ ドイツ法においては、意思表示における法律の錯誤に関する論文は夥しいものであった。

BGB 制定前の議論について、主に以下の論文を参照した。Mühlenbruch, *Ueber juris und facti ignorantia und deren Einfluß auf Rechtsverhältnisse*, AcP 2 (1819), S. 361ff.; Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 3., Berlin 1840, S. 325ff. (Beylage); Adler, *Die Wirkungen des Rechtsirrhums: mit einem Exkurs über den Ersitzungstitel*, JherJahrb für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 33(1894), S. 149ff.

BGB 制定後の議論は、法律効果の錯誤をめぐるものが多かったが、主としては、以下の論文が挙げられよう。Oertmann, *Der Rechtsirrtum im bürgerlichen Recht*, Dr. J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 67 (1902), No. 1 S. 1ff., No. 2 S. 25ff., No. 3 S. 45ff.; Danz, *Ueber das Verhältnis des Irrtums zur Auslegung nach dem BGB*, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 46 (1904), S. 381ff.; Titze, *Die Lehre vom Mißverständnis: Eine zivilrechtliche Untersuchung*, Berlin 1910; Teutsch, *Der Rechtsirrtum im bürgerlichen Recht*, jur. Diss. 1914; Zabel, *Der Rechtsfolgeirrtum*, Diss. Erlangen 1921; Schmitt, *Der Irrtum über Rechtsfolgen: Eine Untersuchung über die Grundsätze der Rechtsfindung*, Diss. Frankfurt am Main 1938; Bion, *Die Anfechtbarkeit von Willenserklärungen wegen Rechtsirrtums*, Diss. Marburg 1939; Rittner, *Rechtswissen und Rechtsirrtum im Zivilrecht*, in: *Festschrift für Fritz von Hippel*, Tübingen 1967, S. 391ff.; Mayer-Maly, *Rechtsirrtum im Arbeitsrecht*, in: *Festschrift für Eduard Bötticher*, Berlin 1969, S. 243ff.; ders., *Rechtsirrtum und Rechtsunkenntnis als Probleme des Privatrechts*, AcP 170 (1970), S. 133ff.; J. Mayer, *Der Rechtsirrtum und seine Folgen im bürgerlichen Recht*, Diss. Würzburg 1989; Neuffer, *Die Anfechtung der Willenserklärung wegen Rechtsfolgeirrtums*, Diss. Freiburg, 1991; Wolf, *Rechtsirrtum im Privatrecht – Argument oder Anachronismus?*, Diss. Basel 2003. これらの論文の中には、本稿の立場と最も近く、しかも判例の分析および理論構造について大いに参考になったのは、Mayer-Maly と J. Mayer のものであった。

¹²⁷ 伝統的には、法的意味の錯誤 (*error in negotio*)、人の錯誤 (*error in persona*)、目的物の錯誤 (*error in corpore*) と素材の錯誤 (*error in materia*) が、錯誤の四類型——場合によっては、目的物の錯誤と素材の錯誤を

上記類型論とともに、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別し、前者について錯誤無効を認めない「法の不知は害する」という原則も継受された。しかし、前文で触れたように、十九世紀末の民法典編纂においては、その原則が採用されなかったのである。本節では、「法の不知は害する」という原則が普通法において如何なる理由によって継受され（第 1 款）、如何なる点において反省され（第 2 款）、また如何なる原因のもとで BGB から排斥されるに至ったかを概観する（第 3 款）。以上のことは、法律の錯誤に対する現代ドイツ民法の態度を史的文脈のなかにおいて立体的に理解するために必要な作業であり、また、これを通じて、日本民法が 19 世紀末の立法過程において法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない方針を採用するにあたって模範にしたドイツ民法典、とりわけその第一草案における議論を明らかにすることが日本法にとって示唆となると考えたからである。

第 1 款 普通法における「法の不知は害する」の継受

普通法において「法の不知は害する」が継受された理由は、主に法律の錯誤の立証の困難さ（1）、「錯誤者に重過失があつてはならない」という要求ゆえに法律の錯誤を認めることへの障害（2）、そして国民の完全なる法知識のフィクションにあった（3）。本款では、それぞれについて論じていく。

1、法律の錯誤の立証

前章で紹介したとおり、注釈学派のアゾーは、ポンポニウスの意見（D. 22, 6, 3）から、法律の錯誤は証明不可能であるという結論を導き出した。しかし、継受期のドイツでは、カノン法の影響もあって、宣誓（Eid）が証拠方法として錯誤の証明に採用されるようになり、これによって、法律の錯誤を含むすべての錯誤が証明可能なものとなった¹²⁸。このように、錯誤の証明の問題は、錯誤そのものから、錯誤の過失性へと焦点を移した。

2、錯誤者に重過失があつてはならない

重過失による錯誤が救済原因にならないという制限が、『学説彙纂』第 22 巻第 6 章（ネラ

合わせて三類型という場合もある——と呼ばれるが、実際、継受期にはこの四類型以外の錯誤の種類、例えば代金の錯誤、不存在物の錯誤などを挙げて、救済の対象とすることもあった。それについて、野田龍一「サヴィニー「錯誤論」の形成」原島重義編『現代私法学の形成と現代法理論』（九州大学出版社、1988 年）231 以下参照。しかしながら、錯誤の対象によって限定されたいくつかの錯誤類型しか救済されないという点には変わりがない。

¹²⁸ Schermaier, Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB, Wien 2000, S. 341f.

チウスおよびパウルスの見解)に法源を持ち、そして一般化されたものであると考えられていた¹²⁹。すなわち、法律は、極めて聡明な人すらも欺く事実とは違い、確定したものであるから(Neratius, D. 22, 6, 2)¹³⁰、まじめに探究することによって知りうる法律を知らずに錯誤に陥った者には重過失があると推定される(Paulus, D. 22, 6, 9 §2)¹³¹。つまり、事実の錯誤が主張される場合は錯誤者の軽過失が推定され、その重過失の証明責任は相手方にあるのに対し、法律の錯誤が主張される場合は、錯誤者が自己に「重過失なきこと」、すなわち、当該法律に関する知識が一般人が知りうるものではないことを証明しなければならない。このように、法律の錯誤における錯誤者の過失の問題は、挙証責任と結びつけられたのである¹³²。もっとも、法律について錯誤した者に重過失があるということはあくまで推定にすぎず、反証によって覆されうるものである。最終的に反証の可能性を封じたのは、国民の完全なる法知識のフィクションであった。

3、国民の完全なる法知識のフィクションおよびその立法化

国民がすべての法を知るべしという要求は、ローマ法の原典にはみられないものであって、自然法学派の力説によってはじめて登場したことは、前章で述べたとおりである。この考え方によれば、法律が妥当な方式によって頒布される限り、国民はそれを知ることが要求され、知らずにして錯誤に陥った場合は責任から逃れないとされている¹³³。

国民の完全なる法知識を仮定することは、当時の君主専制の国家構造にとって好都合なものであるゆえ、十八世紀後半から立法化される傾向があった¹³⁴。例えば、1794年のプロ

¹²⁹ Haupt, a. a. O. S. 19; Hübner, Subjektivismus in der Entwicklung des Privatrechts, in : Festschrift für Kaser, München 1976, S.721.

¹³⁰ 前章第1節第2款参照(ネラチウスの見解)

¹³¹ Paulus, D. 22, 6, 9 §2 では、「しかし事実の不知は、彼に最高の怠慢が非難されないときにのみ、各人に不利とならない。なぜならば、都市におけるすべての人が知っている場合に、彼だけが知らないとして云えようか? [云えない] からである。そして正當にラベオは、知識を、もっとも注意ぶかい人やもっとも怠慢な人のそれと理解すべきではなくて、逆に、その事態につきまじめに探究することによって知識をもちうる人のそれ、と理解すべきである。と規定している」とされている。しかし、この法文は、事実の錯誤についての記述にもかかわらず、法律の錯誤についての単巻書から摘録されたものであるゆえに、法律の錯誤と比較しながら述べられたものと考えられる。もっとも、パウルスは、法律の錯誤が重過失の事実の錯誤と等しいとまでは言っていない。

¹³² Schermaier, a. a. O. S. 291.

¹³³ Haupt, Die Entwicklung der Lehre vom Irrtum beim Rechtsgeschäft seit der Rezeption, Weimar 1941, S. 20.

¹³⁴ Mayer-Maly, Rechtsirrtum im Arbeitsrecht, in: Festschrift für Eduard Bötticher, Berlin 1969, S. 139f.

イセン一般ラント法（以下、「ALR」と記す）は、錯誤について、新たに誕生した意思表示の概念を導入するとともに、普通法上の錯誤の三類型（ALR 77 条以下）および「法の不知は害する」との原則（ALR 序言 12 条）を取り入れた。序言 12 条は「何人も、公布された法律の不知を理由にして法の適用から逃れることはできない」と規定している¹³⁵。そのほか、1812 年のオーストリア一般民法典（以下、「ABGB」と記す）にも、同様の規定が設けられている（ABGB 2 条）。ただし、非債弁済による不当利得返還請求の場合は、たとえ弁済が法律の錯誤に起因したものであったとしても、弁済者の不当利得返還請求を妨げないとされている（ABGB 1431 条）。

4、小括

以上、法律の錯誤について、その立証上の困難、錯誤者の重過失の推定および国民の完全なる法知識のフィクションといった抽象的な理由によって根拠づけられた「法の不知は害する」という原則が普通法において継受ないし立法化されたことをみてきた。このような歴史の中で、「法の不知は害する」の適用が、非債弁済による不当利得返還請求の場合に及ばないと規定した民法典が存在することは注目に値しよう。法律の錯誤に起因した非債弁済の事案が、まさに「法の不知は害する」への反省の出発点であった。

第 2 款 「法の不知は害する」への反省

非債弁済といえば、前章で紹介した、法律の錯誤により、信託遺贈における相続人が受益者に対し必要以上に債務の返済をした事案が想起されよう。すなわち、被相続人が信託遺贈を通じて受遺者に全財産を遺贈した場合、被相続人から一応財産を受け取った法定相続人は、本来ペーガシアヌム元老院決議に従って、当該財産を受遺者に返還する際に四分の一を留保することが許されるにもかかわらず、上記元老院決議を知らないで財産の全部を返還した場合には、法定相続人に法律の錯誤があったため、非債弁済による不当利得返還請求権（*condictio indebiti*）を認めるべきか否かが問題となったものである。これを認める法文（Valens, D. 36, 1, 70, §1）と認めない法文（Paulus, D. 22. 6. 9 §5 / §6）とが法源に併存し、学説の対応も一様ではないことは前章において検討したとおりである¹³⁶。矛盾を生

¹³⁵ Einleitung §12: ``Es ist aber auch ein jeder Einwohner des Staats sich um die Gesetze, welche ihn oder sein Gewerbe und seine Handlungen betreffen, genau zu erkundigen gehalten; und es kann sich niemand mit der Unwissenheit eines gehörig publizierten Gesetzes entschuldigen``. 本条の適用は当時、職業との関連づけで制限されると指摘された（vgl. Dernberg, Lehrbuch des preußen Privatrechts I (1894), S. 38）。

¹³⁶ 前章第 2 節第 2 款参照

じた原因はともかく、ここでは、法律の錯誤による非債弁済に対して救済を許した法文が存在するということが重要である。

もっとも、上述の事案において、法定相続人は受遺者に対し全財産を直接に渡したのであるから、今日の観点からすれば、不当利得には該当するけれども、厳密には意思表示の錯誤とはいえない（弁済そのものが意思表示にあたるかが問題となる）。しかし、仮に、法定相続人が財産を直接に渡したのではなく、「それをすべて渡す義務がある」と承認する旨の承認契約を受遺者と締結した場合はどうか。この問題を起点として、「法の不知は害する」への反省が始まったのである。本款では、ローマ法継受期から法典編纂期までの、法律の錯誤の問題と深く関わった三人の学者——ライザー（1）、ミューレンブルフ（2）およびサヴィニー（3）——を中心に、「法の不知は害する」への反省の道を辿ることにする。その際、三人とも非債（*indebiti*〔存在しない債務〕）を弁済するための契約を念頭に置いたことに留意する必要がある。

1、ライザー¹³⁷

管見の限り、「法の不知は害する」という原則が適用されない法領域があることを最初に指摘した継受期の法学者は、ローマ法の現代的慣用（*usus modernus*）の代表的人物であるライザー（Augustin Leyser, 1683-1752）であった。彼の著書は、裁判例を重視することにおいて特徴的であり、カズイスティックの伝統と新しい理性倫理（*Vernunftethik*）とを結合するものとして高く評価されている¹³⁸。

法律の錯誤について、ライザーは、非債弁済の場合には、たとえそれが法律の錯誤に起因したものであっても救済される事案が確かに存在することを指摘した。

「チチウスが縊死した。彼の妻が遺体を絞首索から外し彼を埋葬した。ここでは、寡婦が死刑執行人に対し「すべての費用を償還する義務があるか」という問題が生じる。縊死者は非の打ちどころのない男であり、ただ憂うつのために自殺したのであるから、ライザーの見解によると、死刑執行人には何も帰属しない。寡婦のかかる約束は、法律の錯誤の結果であった。」¹³⁹

ここで、チチウスが自殺したから、寡婦は死刑執行人に対し費用を償還する法律上の義務がなかったにもかかわらずあると誤信し、死刑執行人と費用償還の約束をした。この事

¹³⁷ ライザーの所説については、主に Schermaier の前掲専門書を参考にした。

¹³⁸ Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. Göttingen 1967, S. 221.

¹³⁹ Schermaier, a. a. O. S. 349.

案において、約束に錯誤があつて無効であるという寡婦の主張が認められた。ライザーは、この事案を例にとり、契約の効力を判断するにあたって法律の錯誤と事実の錯誤とを同様に扱うことを説明しようとした。特に、原状回復 (*restitutio in integrum*) と非債弁済 (*condictio indebiti*) のために成立した契約の効力に関しては、「法の不知は害する」は及ばずに論争を引き起こすものであるという¹⁴⁰。

ライザーの見解によれば、非債弁済するために締結した契約における法律の錯誤を判断する際に、法律の錯誤と事実の錯誤との伝統的区別が全く役に立たず、むしろ「宥恕できる錯誤と宥恕できない錯誤 (*error vincibilis / error invincibilis*)」のほうが基準として相応しい¹⁴¹。この基準はまた、「錯誤が錯誤者に損害をもたらすか利益をもたらすか」という基準によって補充されるという¹⁴²。

このように、ライザーは、非債弁済のために締結された契約を例にとり、契約の領域における錯誤の成否の判断にとって法律の錯誤と事実の錯誤との区別が無用であることを主張した。しかし、なぜ非債弁済の場合に、法律の錯誤と事実の錯誤とが区別されないかについては踏み込んだ説明はなされていない。

2、ミュールンブルフ

十九世紀初頭、自然法学によって発展を遂げた抽象化の思考が後退し始め、それに代わってローマ法源に即応したカズイスティックな分析が試みられるようになった。しかし、錯誤論においては、法律の錯誤と事実の錯誤との区別が依然として、ローマ法上の原則として通用する。しかしミュールンブルフ (Christian Friedrich Mühlenbruch, 1785-1843) は、この区別がすべての法の領域に妥当する原則ではないと力説した。

ミュールンブルフの説くところによれば、錯誤者に過失がある場合に、それが法律の錯誤であれ事実の錯誤であれ、錯誤者が不利益を甘受する——ミュールンブルフの用語では「帰責 (*Zurechnung*)」する——ことが出発点である。ただし、法律の錯誤は、事実の場合に比して容易に錯誤者へ責任が帰される。つまり、事実の錯誤に基づく無効の主張がなされる場合、錯誤者が極度の不注意でなければ、重過失とは認定されない。それに対し、法律の錯誤に基づく無効の主張がなされる場合には、錯誤者が専門家への諮問などにより法

¹⁴⁰ Schermaier, a. a. O.

¹⁴¹ 前章第3節第1款参照。なお、この基準は、ライザー説の影響で1756年にバイエルンのマークシミリアーヌス民法典 (以下、CMBC と記す) に採用された (Mayer-Maly, a. a. O. S. 139-140)。CMBC には、国民が法を知る義務などが規定されていないことを付言しておきたい。

¹⁴² 前章第1節第4款 (パピニアヌスの見解)

律の内容を知りうる状況にある限り、重過失が容易に認定される。そういった帰責構造の相違をもたらしたのは、国民の法知識の義務化であるとされた¹⁴³。

ここまでは、ミューレンブルフ説は、普通法上の伝統説とさほど変わらないものである。しかし、彼は、法律の錯誤が事実の場合に比して容易に錯誤者へ帰責されるといふ相違に着眼し、その特徴が見られない事案については、たとえ法源において法律の錯誤が云々されるとしても、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別する意味はないと主張し、これによって、いくつかの事案類型を「法の不知は害する」の適用範囲から除外した。それには、大きく分けると二つの場合がある。

一つは、法律の錯誤がいずれにしても救済されない場合である。この場合を、さらに二つに区別することができる。イ) 法律行為が法律の適用によって無効とされたり、あるいは、法律行為に法律の効果が結びつけられた場合である。これらの場合について、ミューレンブルフは、錯誤の対象（事実の錯誤か法律の錯誤か）が問題とならず、むしろ「法律上の要件が満たされているか、つまり法律がある特定の効果を結びつけるところの要件事実が発生したか」が問われると説く¹⁴⁴。例えば、法律上の要式に違反した遺言の無効、時効による権利の消滅、および債務超過の遺産を調査せずに行った相続承認の効果などがそれである。ロ) 違法な加害行為の場合である。ここで、まずは、ミューレンブルフの時代に錯誤が問題とされたときには、契約の錯誤とそれ以外の錯誤とを混同して一遍に論ずるのが常であり、両者を区別する必要性はまだ意識されていなかったことを指摘しておく¹⁴⁵。違法な加害行為があった場合、行為者には、法律に対する認識のみならず、事実に対する認識もまた高度に要求されるため、事実の錯誤も法律の錯誤と同様に重過失の存在が容易に認定される。結局、上記イ) ロ) の場合には、法律の錯誤と事実の錯誤との帰責構造上

¹⁴³ Mühlenbruch, Ueber *juris und facti ignorantia* und deren Einfluß auf Rechtsverhältnisse, AcP 2 (1819), S. 383-385.

¹⁴⁴ Mühlenbruch, a. a. O. S. 373.

¹⁴⁵ 契約の錯誤とそれ以外の錯誤とを意識的に区別して論ずるようになったのは、アイシエルマン (Heinrich Eichelmann) の論文『契約における錯誤の影響 *Der Einfluß des Irrhums auf Verträge*』(1837 年) 以降のことであった。しかし、この論文においては、アイシエルマンは、遺言の錯誤、非債弁済の錯誤および法律の錯誤を研究課題から外した。非債弁済が外された理由は、それが遺言に関わる場合が多いからであるというが、法律の錯誤については、以下のように述べている。「基本的に、ここでは、事実の錯誤のみが問題となりうる。なぜなら、契約の構成要素 (Tatbestand)、とりわけその客体は外部の事実的關係に存在するからである。しかも、契約の締結に法律の錯誤があった場合には、契約の無効をもたらした最も自然な理由は錯誤ではなく、法律の違反であり、……錯誤が問題となる以前に、無効という効果はすでに発生しているのである」(Eichelmann, *Der Einfluß des Irrhums auf Verträge*, Hannover 1837, S. 4.)。

の相違が僅少であり、両種の錯誤が区別される意味は乏しい¹⁴⁶。

もう一つは、法律の錯誤がいずれにしても救済される場合である。例として挙げられたのは、以下のようなものである。ハ) 錯誤が悪意の行為者のみに有利になる、あるいは、悪意の行為者であっても錯誤が不利にならないことを法律が特別に規定している場合に、法律の錯誤は行為者を害さない。例えば、物の権利帰属についての錯誤によって無権利者から物を取得した者は、当該物が滅失した場合に、物の真の所有者に対し物の価値を返還する義務はないとする法文があるため (Ulpianus, D. 5, 3, 25 §6)、当該権利帰属についての錯誤が法律の錯誤であったとしても、取得者は保護される。また、売買契約において、目的物が売主の所有物であったにもかかわらず、それが第三者の物であると誤認しながら敢えて購入した買主は不誠実 (unredlich) であったとはいえ、物を取得することが許されるとする法文があるため (Paulus, D. 22, 6, 9 §4) ¹⁴⁷、取得者において当該物の取得が法律の錯誤によるものであったとしても、取得者は物の真の所有者による返還請求に対抗し物を保持し続けることが許される¹⁴⁸。二) 行為者が、実際は法律上の原因 (Rechtsgrund) が全くなかったにもかかわらず、約定、放棄、承認または履行を行った、いわば非債弁済の場合である。この場合において、法律の錯誤は救済の原因となりうる。ミューレンブルフによれば、非債弁済は、上述した特段の規定が設けられる場合とは異なり、法律の錯誤に救済を与える唯一の一般的根拠であり、それが、「利益の放棄によって損害を被る行為者が任意に——錯誤ではなく——その利益を相手方に与えた場合ではない限り、相手方は当該利益を保持することは許されない」という不当利得の大原則から導かれたものである¹⁴⁹。それを説明するため、ミューレンブルフは、法律の錯誤によって非債を弁済した者に救済を与えたローマ法源をいくつか列挙した。例えば、家長権下の家子二人の間で特有財産 (peculium) に基づく金銭の貸借が行われたところ、家長が死亡し、家子二人がその地位を共同相続す

¹⁴⁶ Mühlenbruch, a. a. O. S. 384. 確かに、ローマ法源においては、法律の錯誤を理由にして違法な加害行為への救済を拒否する法文が存在したが、それは、そもそも重過失があるゆえに不救済とされるはずの事案について、法律の錯誤という理由によって同様の結論を得られたにすぎないとミューレンブルフは理解した。

¹⁴⁷ Mühlenbruch, a. a. O. S. 376f.

¹⁴⁸ ローマ法に関する前章の検討からわかるとおり (前章第2節第1款)、これらの事案は、法律の錯誤と事実の錯誤とを全く区別しない、物の権利帰属に関する錯誤のカテゴリーに属するものである。ただし、本稿の見地では、物の権利帰属に関する錯誤というカテゴリーが具体的な事案から帰納されるべきだとされているに対し、ミューレンブルフはこのような抽象化の作業をしておらず、それらの事案を、ただ法律上特別な規定がある場合とみている。

¹⁴⁹ Mühlenbruch, a. a. O. S. 417.

るため、金銭の貸借上の債権・債務に混同を生じ、それによって債権・債務が消滅したにもかかわらず、(元) 借り主が法律の錯誤によって「債務」の弁済を行った場合には、非債弁済による不当利得返還請求権が認められた (Africanus, D. 12, 6, 38 pr.)¹⁵⁰。ところで、もし債務者が、法的には強制されえないものの、少なくとも良心上なお存在すると思われる返済義務を法的に強制されうるものであると誤信し、法律の錯誤によって弁済をなした場合には、不当利得返還請求権が法律の錯誤のゆえ損なわれる可能性がある。なぜなら、その場合の債務は、完全に「非債 [存在しない債務]」とはいえないからである¹⁵¹。

このように、ミューレンブルフは、従来から「法の不知は害する」の適用領域にあると考えられてきた諸事案の中から、上述のような、法律の錯誤と事実の錯誤がいずれも救済される場合といずれも救済されない場合を、「法の不知は害する」の適用が不適切な場合として排除した。その結果、ミューレンブルフの所説では、法律の錯誤と事実の錯誤との区別が、下記三つの場合に限って適用されうるものとなった。(1) 権利の取得。例えば、使用取得 (*usucapio*) について、取得者が取得時において法律の錯誤により取得物の権利帰属を間違えて取得した場合は使用取得が成立しない。また、遺産占有において、遺産占有の申請者が法律の錯誤により申請期間 (*agnitio bonorum possessionis*) を過ぎた場合、遺産を保有する権利を失う。(2) 法廷における権利の主張 (事例なし)。(3) 前段落で言及した、(債務者に抗弁権が与えられているゆえに) 法律上は債務を弁済する必要はなかったが、良心上の義務が (*Gewissenspflicht*) なお残る場合。例えば、信託遺贈における相続人が、ファルキディア法あるいはペガシアーヌム元老院決議上の留保権 (遺産の 1/4) を知らず、遺贈に従い遺産の全部を受遺者に渡した場合がそれである。この場合において、債務者には、自然債務とまではいえないが (自然債務なら非債弁済が援用できないのは当然)、遺贈に従うという良心上の義務があるとミューレンブルフは理解した¹⁵²。以上のように、法律の錯誤と事実の錯誤との区別が、本来は特定の事案にのみ適用されていたのであったが、そのことがだんだんと忘れ去られ、皇帝の手において「間違った法原則 (*falsche Rechtsregel*)」へと変貌してしまったとしてミューレンブルフは鋭く批判した¹⁵³。

¹⁵⁰ Mühlenbruch, a. a. O. S. 423. そのほかには、選択債務の債務者が法律の錯誤により両債務とも弁済した場合に、債務者が返還請求権を有するのが当然の前提とされたうえで返還の対象 (選択債務のいずれか) について誰 (債権者か債務者か) が選択権を持つかについて議論された法文 (C. 4, 5, 10) と、通関者が税法に関する錯誤によって税率を超過して税金を納付した場合に、不当利得返還請求権が認められた法文 (Marcianus, D. 39, 4, 16 §14) とが引き合いに出された。

¹⁵¹ Mühlenbruch, a. a. O. S. 393f.

¹⁵² Mühlenbruch, a. a. O. S. 386ff.

¹⁵³ Mühlenbruch, a. a. O. S. 380-381.

法律の錯誤に関する伝統説および前述のライザー説と比べると、ミューレンブルフ説の新しさは、以下のようにまとめることができよう。第一に、法源において、法律によって行為が無効とされ、あるいは、行為にある法律効果が結びつけられた場合に、当該法律効果についての錯誤が救済されないという事象について、伝統説による場合は、それが「法の不知は害する」という原則の適用の当然の結果であると説明されていた。それに対し、ミューレンブルフは、それが法律の錯誤とは関係なく、法律の効果そのものである、言い換えれば、その効果がたとえ事実の錯誤によって惹起されたとしても、救済されえないと解されるべきだと主張した。この考え方は、ドイツ民法典施行後に誕生した「法律効果の錯誤」概念につながるものである。第二に、法源において、存在しない債務を弁済したりその「存在」を承認する場合に、それが法律の錯誤に基づくものであったとしても、錯誤者は救済されるという事象について、伝統説はそれに目を向けなかったのに対し、ミューレンブルフは、その存在を指摘したのみならず、それが救済される根拠は、何人も自分に属すべきでない利益を保持することは許されないという不当利得の原則に求められると説明した。さらに、その債務の不存在が確実とはいえない場合、つまり、道德上の義務がなお存在する場合には、法律の錯誤との理由で救済が拒否される可能性が残ると指摘した。この点で、ミューレンブルフはライザーより大きな一歩を踏み出したといえよう。

もっとも、ミューレンブルフ説は、法源に即応したカズイスティックな事案研究を通じて、法律の錯誤と事実の錯誤との区別の適用を著しく制限したけれども、伝統説における法律の錯誤と事実の錯誤との区別の正当化根拠——国民の完全なる法知識——に対して異議を唱えていないことには注意すべきである。つまり、ミューレンブルフは、法源そのものを批判しているのではなく、「法の不知は害する」という一般的な法原則と思われてきたものが法源からは読み取れないことを主張しているのである。彼にとっては、それこそが「科学的方法 (wissenschaftliche Methode)」であった。ミューレンブルフは、このカズイスティックな方法に基づいて示唆を富むいくつかの命題を提示したものと評価できる。しかしながら、法律の錯誤と意思表示との関係という本稿の問題関心については、ミューレンブルフにおいて強く意識されてはいない。彼の取った方法論からも、体系性のある論理的整序は期待されえないであろう。法律の錯誤と意思表示との関係について最終的に決着をつけたのはサヴィニーであった¹⁵⁴。

3、サヴィニー

サヴィニーの錯誤論では、法律の錯誤について、本質的錯誤の場合と非本質的錯誤の場

¹⁵⁴ Schermaier, a. a. O. S. 109

合とで異なって扱われる。

まず、本質的錯誤とは、「意思の欠缺」をもたらす錯誤のことである。サヴィニーは、普通法において顧慮されてきた錯誤の諸類型（本節第1款を参照）から、「法律関係の性質の錯誤（*error in negotio*）」、「相手の錯誤（*error in persona*）」、「目的物の錯誤（*error in objecto*）」および「性状の錯誤（*error in substantia s. materia*）」を取り上げて、それらを意思の欠缺をもたらすものと解した¹⁵⁵。ただし、「性状の錯誤」は、物の性状が取引観念上全く異種物と見なされる程度のものに限って、「目的物の錯誤」に準ずる形で扱われる¹⁵⁶。本質的錯誤の場合、錯誤は、すでに有効になった意思表示を無効にならしめる積極的理由ではなく、むしろ「錯誤」の衣を着せられた合意の不存在という消極的理由であるとサヴィニーは考え、この場合を「不真正錯誤」と名づけた¹⁵⁷。それゆえ、本質的錯誤の場合には、意思表示がはじめから無効であって、錯誤者は何ら債務を負わないのみならず、錯誤者における過失の有無も問われない¹⁵⁸。なぜなら、この場合の無効は、意思の欠缺ゆえにもたらされた当然の無効であるため、重過失をもってそれをふたたび有効にすることはありえないからである¹⁵⁹。また、法律の錯誤については、それが事実の錯誤より不利に扱われる理由は、伝統説と同じように、「重過失に対する非難」にあるとサヴィニーは考えたが¹⁶⁰、錯誤者に重過失なきことが要求されない本質的錯誤の場合には、「法の不知は害する」が効力を持たないことになる¹⁶¹。

さて、非本質的錯誤の場合はどうか。意思の欠缺をもたらさない非本質的錯誤（＝動機の錯誤）は意思表示の効力に影響しないと一般に考えられている¹⁶²。このように考えると、非本質的錯誤の場合には、意思表示が有効であるから、錯誤が法律の錯誤か事実の錯誤かを論ずる意味はないではないかとも考えられる。しかし、サヴィニーは、法律関係の発生または解消に直接向けられていない動機は、原則顧慮されないが¹⁶³、以下のような、例外

¹⁵⁵ Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3., Berlin 1840, S. 269-276.

¹⁵⁶ Savigny, a. a. O. S. 278-279.

¹⁵⁷ BGB 119 条は、実際この「不真正錯誤」に基づいて形成されたものにほかならない。サヴィニーの「不真正錯誤」論については、詳しくは野田龍一、前掲注（127）「サヴィニー「錯誤論」の形成」269頁以下参照。

¹⁵⁸ Savigny, a. a. O. S. 446-447.

¹⁵⁹ Savigny, a. a. O. S. 264.

¹⁶⁰ Savigny, a. a. O. S. 334. “Vorwurf großer Nachlässigkeit”

¹⁶¹ Savigny, a. a. O. S. 354.

¹⁶² 海老原明夫「本質的錯誤と要素の錯誤（その一）」ジュリスト 938 号（1989 年）12 頁。

¹⁶³ Savigny, a. a. O. S. 6, 356.

的に救済される場合が存在することを明白に認めている。すなわち、(1) 按察官訴権 (ädilicische Klage) の場合と (2) 非債弁済の不当利得返還請求権 (condictio indebiti) の場合である¹⁶⁴。ここでは、法律行為の効力に影響を及ぼしうる非本質的錯誤が存在するのであって、法律の錯誤の問題がふたたび生じるのである¹⁶⁵。

按察官訴権とは、物の隠れた瑕疵に関する解除権または減価請求権のことであり、本稿の課題とは直接に関係しないため論じないことにする。他方、非債弁済の不当利得返還請求権へのサヴィニーの言及は、本稿にとって興味深いところであり、それについてまず、サヴィニーが念頭に置いていた事例から論じていこう。

「私が、相続人として、遺言により私の家屋を売却することを義務づけられると信じ、それゆえ家屋を本当に売却した場合に、それ〔非債弁済 (筆者注)〕が生じる。また、私が、誤って引き受けた債務を返済するために、契約の更改、例えば、現金の代わりに手形で返済するという新しい債務を約定した場合にも、それが生じる。」¹⁶⁶

サヴィニーによれば、非債弁済が問題となったときには、二つの可能性がある。一つは、債務者が即座に金銭を渡した場合、もう一つは、債務者が即座に金銭を渡したのではなく、それに代わる別の新債務を約定した場合である¹⁶⁷。上記の二例は、契約が介在する後者の場合である。前者の場合には、非債弁済の不当利得返還請求によって解決されるが、後者の場合には、契約が介在するため、契約の効力を無くさない限り、不当利得の返還請求はできない¹⁶⁸。契約の効力を無くするためには、錯誤に基づく無効の主張が必要である。上記

¹⁶⁴ Savigny, a. a. O. S.291, 358ff.

¹⁶⁵ Savigny, a. a. O. S.362. なお、非本質的錯誤が直ちに動機の錯誤になるかについては、議論の余地があるようである。「意思表示に関する部分においては (I. 4. §75-82)、目的物の錯誤 (error in corpore) 等に関するローマ法の諸原則とおおよそは一致するけれど、いくつかの点で拡大された諸規則が提示された。そして、それ以外の錯誤 (非本質的錯誤・筆者注)、なかんずく (namentlich) 動機の錯誤は、相手方が悪意であるか (in dolo)、または行為が単に利益を得る性質 (eine bloß lucrative Natur) を有する場合ではない限り、意思表示の効力を解消させない。……最後に、ローマ法におけるように、非債弁済の不当利得返還請求権 (I. 16) は、支払者の錯誤により基礎づけられる」とサヴィニー自身は述べている。その中の「それ以外の錯誤、なかんずく動機の錯誤」という表現は、動機の錯誤が非本質的錯誤に包含されるという印象を与える。

¹⁶⁶ Savigny, a. a. O. S.361 (Anm.g)

¹⁶⁷ Savigny, a. a. O. S. 361.

¹⁶⁸ Savigny, a. a. O. S.362.

の二例においては、家屋が売却された場合における遺言上の売却義務の有無についての錯誤、または契約が更改された場合における債務返済の義務についての錯誤は、明らかに動機の錯誤であるにもかかわらず、サヴィニーはこれを例外的に救済されうる非本質的錯誤の典型例とみている¹⁶⁹。

さらに、救済の根拠について、サヴィニーは、何人も自分に属すべきではない利益を保持することはできないという原則をそのまま根拠に用いるミューレンブルフ説に反対し、それが「あまりにも一般的で漠然とした」ものであり、「自由な交換を通じての利得と損失の可能性に基づく活発な取引の安全」を損なう恐れがあると批判する一方¹⁷⁰、サヴィニー自身は、弁済者があくまで自由の意思によって金銭を渡したのであるから、彼に不当利得返還が認められるのは、ミューレンブルフのいったような当然のことではなく、「公平からの特別の優遇」であるとしている¹⁷¹。つまり、非債弁済のために締結された契約における錯誤は、非本質的錯誤であるゆえに顧慮されないのが原則であり、ただ「公平からの特別の優遇」として例外的に顧慮されるということである。

この立場からすると、非債弁済の錯誤は例外として許されるが、やはり本質的錯誤とは異なり、「錯誤者に重過失なきこと」が要求され、さらに法律の錯誤と事実の錯誤との区別も効力を持つ¹⁷²。つまり、非債弁済が法律の錯誤によって生じた場合は、事実の錯誤によって生じた場合と異なり、弁済者に重過失があったことが推定され¹⁷³、救済を得ようとする弁済者は、挙証において債務の不存在のみならず、弁済の際に錯誤があったことも証明しなければならない¹⁷⁴。

以上、サヴィニーの錯誤論を概観したが、法律の錯誤の扱いについては、以下のようにまとめることができよう。まず、法律の錯誤の運命は錯誤者の重過失と結びつけられる。意思の欠缺をもたらす本質的錯誤の場合、法律行為は当然無効であり、錯誤者の過失は問われないため、法律の錯誤と事実の錯誤とは区別されない。意思の欠缺をもたらさない非本質的錯誤の場合には、例外的に無効の主張が許される事案類型——例えば、非債弁済のための契約——が存在し、この事案類型においては錯誤者の重過失の有無が問われる。その結果、この事案類型における法律の錯誤は、錯誤者の重過失が推定されるものとして事

¹⁶⁹ Savigny, a. a. O. S. 263 (Anm.b)

¹⁷⁰ Savigny, a. a. O. S. 451-452.

¹⁷¹ Savigny, a. a. O. S. 448 ``besondere Begünstigung aus Billigkeit``

¹⁷² Savigny, a. a. O. S.362.

¹⁷³ Savigny, a. a. O. S.341.

¹⁷⁴ Savigny, a. a. O. S.466.

実の錯誤と区別される。要するに、非本質的錯誤が絶対に許されないわけではなく、例外的に許される場合が存在し、そこにおいては法律の錯誤と事実の錯誤との区別が残る、ということである。

もっとも、サヴィニーの錯誤論における法律の錯誤と事実の錯誤との区別は、積極的な主張ではなく、本質的錯誤の特殊性を浮き彫りにするための主張ではないかと考えられる¹⁷⁵。つまり、本質的錯誤が救済されることはいうまでもないが、非債弁済のために締結された契約における錯誤という非本質的錯誤も救済されうると定めたローマ法源が確かに存在するため、そこで、本質的錯誤と例外的に救済される非本質的錯誤とはどう違うか、あるいは、本質的錯誤という概念を立てる実際上の意義はどこにあるかが問われる。このような難問に対して、法源に忠実であったサヴィニーは、本質的錯誤には非本質的錯誤に適用される「錯誤者に重過失なし」や「法の不知は害する」といった制限が適用されないと返答するわけである。法律の錯誤と事実の錯誤との区別は、まさにこの意味においてサヴィニーの錯誤論にとって実益があると思われる。

4、ミューレンブルフ説とサヴィニー説との相違——小括をかねて

(1) 18 世紀から 19 世紀にかけて、ドイツでは、普通法上の「法の不知は害する」という原則に対して反省が行われ、その結果、法律の錯誤と事実の錯誤との区別が著しく制限されるようになった。その代表的な見解として、ライザー、ミューレンブルフおよびサヴィニーの見解を紹介してきた。

ライザーは、裁判実務において、非債を弁済するためになされた約束に関して、法律の錯誤と事実の錯誤との区別が不要とされていることを指摘した。しかし、その根拠は明確にされていない。ミューレンブルフは、それを、何人も自分に属すべきではない利益を保持することは許されないという不当利得の原則に求めた。このように、ライザーもミューレンブルフもともに、非債弁済のための契約に着眼して、そこから「法の不知は害する」という原則を制限しようとするものであったといえる。

しかし、ライザーおよびミューレンブルフとは異なり、サヴィニーは、契約、相続、刑

¹⁷⁵ Savigny, a. a. O. S.446. そこで、「(真正錯誤が認められる場合と比べて、不真正錯誤が独立したものとして抽出された) 結果はやはり同じなのだから、不真正錯誤の抽出は余計な、単に理論上の穿鑿ではないかと批判されるかもしれない。しかし、真正錯誤と不真正錯誤との区別の実益は、むしろ非常に大きい。真正錯誤の場合においては、錯誤は行為を無効ならしめる効力を有するが、錯誤者に過失があり、とりわけ法律の錯誤があったときはその効力を失う。これに対し、ここで並べたすべての(不真正錯誤の場合においては、このことは全く問題にならない」と述べられている。

事罰、期限など各領域における法律の錯誤をカズイスティックに論ずる方法を採用しておらず、法律の錯誤と法律行為との関係を強く意識していた。サヴィニーの着眼点は、本質的錯誤と非本質的錯誤との区別にあり、そこにおける法律の錯誤の位置づけは鮮明なものであった。すなわち、本質的錯誤の場合には、法律行為の無効が錯誤者の過失とは関係ないため、法律の錯誤に陥った者に重過失が推定されるからこそ成り立つ法律の錯誤と事実の錯誤との区別が排斥されることになる。それに対し、非本質的錯誤の場合には、無効の主張が原則として許されないが、非債弁済の錯誤という例外が認められ、そこにおいて法律の錯誤と事実の錯誤との区別がなお効力を持ち続ける。この意味において、サヴィニーの錯誤論における法律の錯誤と事実の錯誤との区別は、本質的錯誤の特殊性を浮き彫りにするためのメルクマールの一つとして理解されよう。

ミュールンブルフ説とサヴィニー説との理論構造上の相違は、以上のようなものであった。両者とも「法の不知は害する」の適用を制限するように努力したことがわかってきた。しかし、ミュールンブルフ説において法律の錯誤と事実の錯誤との区別が適用されないとされた非債弁済の領域は、サヴィニー説においては法律の錯誤と事実の錯誤との区別が残る領域である点が注目になる。なぜこのようになったのであろうか。それについて、以下では、具体例に即し、ミュールンブルフ説とサヴィニー説との相違を具体的に分析することに試みる。

(2) 非債弁済の問題に関して、ローマ法源においては、法律の錯誤によって非債を弁済した者に不当利得返還請求権を与える法文と与えない法文がともに存在すること、また、救済を許す場合にはその根拠がとりもなおさず「公平」にあることは、ミュールンブルフもサヴィニーもともに認めている。ただし、原則と例外との置き方には大きな相違があり、とくに下記事案に関する議論においてその相違が際立つ。

Ulpianus, D. 36, 4, 1 pr.

「担保の提供を要求することを禁じられた者（信託遺贈の受遺者・筆者注）がそれでも担保の提供を要求した場合においては、（担保金を渡した・筆者注）相続人が、自らを担保から解放するように担保金の返還を請求することが許されるか。彼が担保金を渡した際に、担保を供する必要がないことを知っていた場合は、担保からは解放されえない。しかし、彼は、担保の提供から免責されることを知らなかった場合はどうか。彼には、返還請求が許される。彼は、法の不知によって、担保の提供から免責されることを知らなかった場合はどうか。この場合もやはり、誰でも寛容に、担保の提供が返還請求されうるといっただろう（*adhuc tamen benigne quis dixerit satisfactionem condici posse*）。しかし、（信

託遺贈の受遺者と相続人との間の、担保金の提供を旨とする・筆者注）条項（*stipulatio*）が約定された場合は、保証人（相続人・筆者注）にそれでも抗弁権が与えられるであろうか。彼には、抗弁権を与えられるべきであろう。なぜなら、担保は、提供の必要がないのに提供されたからである。」

本件は、信託遺贈に関わる複雑な事案であるため、事案の背景から述べる。

信託遺贈は、前章で紹介したように、当初は単に相続人の信義に依存するのみであって、受遺者が相続人に対して訴えることはできなかったが、アウグストゥス以来、特別訴訟手続きで強制力を持つようになった¹⁷⁶。ところで、遺贈に条件または期限が付されていた場合に、条件が成就しまたは期限が到来するまでに遺産が消費し尽されることがある。このような将来に生じる可能性のある相続人の無資力の事態に備えるため、法務官法は、受遺者は相続人に対して担保を要求することができると定めた（Ulpianus, D. 36, 4, 1 pr.）。この保証は、遺贈厳守担保（*cautio legatorum servandorum causa*）と呼ばれる。しかし、遺贈厳守担保制度は、受贈者の利益を確実に保護しうるものではあったが、相続人にとっては過酷な一面があるため、遺贈者は、遺言書において、受遺者が相続人に対し担保金を要求することを禁ずる旨の条項を明記することが行された。古い法によればこの担保免除条項は無効とされていたが、マルクス・アウレーリウス帝の勅令により有効に設定されうるものとなった（Tryphoninus, D. 2, 14, 46）。

本件において、遺贈者は担保免除条項を作り遺言書に入れたにもかかわらず、相続人はマルクス・アウレーリウス帝の勅令のことを知らず、本件担保免除条項が無効であると思い、実際には免除されていた担保を提供した。ここでは、相続人が当該担保金を取り戻すことが許されるかが争われている。これについて、ウルピアヌスは、「この場合もやはり、誰でも寛容に、担保の提供が返還請求されうるというだろう」と述べて、最終的には相続人に対し不当利得返還請求権を許したが、自分の意見を言い出すのに多少の躊躇があったことは明らかである。

ウルピアヌスが躊躇していることについて、ミューレンブルフは以下のように理解した。まず、一般論として、非債を弁済した者に不当利得返還請求権を与えるのは「公平」の観点からみれば当たり前のことであり、ただ良心上の義務が残る場合は例外として扱われる。本件では、遺贈者が遺言において相続人の担保提供義務を免除しようとした事実があり、その義務の免除をマルクス・アウレーリウス帝の勅令が確認したと理解するならば、相続人には債務が存在しないといわなければならない。したがって、本件法律の錯誤は、原則として顧慮されるべきものである。しかし、視点を変えて、マルクス・アウレーリウス帝

¹⁷⁶ 第2章第1節第4款参照。

の勅令を、遺贈者が受贈者の担保提供請求を禁じたことを条件にして、相続人に対し、ファルキディア法における留保権（抗弁権）のような弱い権利を与えるものでしかないと理解するならば、相続人には（担保の提供を命じた）法務官法上の「ある種の自然債務」がなお存在しており、債務が全く存在しないとはいえないことになる。それゆえに、ウルピアヌスは躊躇を示したのである¹⁷⁷。要するに、ミュールンブルフの考えによれば、本件錯誤が救済されるか否かは非債弁済の成否によって決まり、また、非債弁済の成否は、マルクス・アウレリウス帝の勅令が相続人の担保提供義務を免除したか、それとも相続人に抗弁権しか与えていないかに左右される。

ミュールンブルフの理解に対し、ウルピアヌスが躊躇しているについて、サヴィニーは以下のように理解した。まず、一般論として、非債弁済の錯誤はそもそも非本質的錯誤であるゆえ、その場合に、原則としては法律の錯誤と事実の錯誤との区別が適用されるため、法律の錯誤による非債弁済は顧慮され難いが、ただ時々「公平」の観点から特別に優遇される場合がある。したがって、本件のような非債弁済の事案には、法律の錯誤と事実の錯誤との区別が適用され、錯誤者に重過失があったことが推定される。ただし、錯誤者の重過失を判断する際には、問題となっている法律の性質を考えなければならない。本件で問題となっているマルクス・アウレリウス帝の勅令は、法律ではなかったにもかかわらず、以前の法務官法を変更する内容を持ち、不確実な法（*ungewisses Recht*）と性質づけなければならない。それゆえに、公平でかつ寛容なウルピアヌスは、例外的に、本件相続人の錯誤を重過失のないものとみて、非債弁済による不当利得返還請求権を許したと説明したのである¹⁷⁸。要するに、本件錯誤に対し「法の不知は害する」が適用され、原則として救済されないはずであったが、ただ本件の「法」が不確実であるゆえに例外的に救済されることとなったのである。

以上、具体例に即して、ミュールンブルフ説とサヴィニー説との相違を明らかにするための作業を行った。ミュールンブルフは、法律の錯誤によって法律上提供する必要のない担保の提供が行われた場合には、原則として「法の不知は害する」が適用されず、錯誤者は不当利得法上の公平の原理によって救済されるが、ただ錯誤者に、担保の提供についての道徳上の義務が存在する場合には、非債の弁済とはいえず、公平の原理が効かないと理解している。それに対し、サヴィニーは、法律の錯誤によって担保が提供された場合には、原則として「法の不知は害する」が適用されるゆえ、錯誤者の重過失が推定されるとしているが、ただ本件では、判断にあたったウルピアヌスが、本件の「法」が不確実なもので

¹⁷⁷ Mühlenbruch, a. a. O. S. 424-425.

¹⁷⁸ Savigny, a. a. O. S. 461-462.

あるとし、として「公平でかつ寛容な」の態度から、錯誤者に重過失がなかったとして救済を許したのだと推測した¹⁷⁹。上述のように、原則と例外との置き方には相違があるが、いずれも錯誤者に不当利得返還請求が与えられる根拠は公平にあることを認めている。

第3款 BGBの編纂期における法律の錯誤

前款で述べたように、サヴィニーに至っては、少なくとも意思表示の本質的錯誤の領域において、錯誤の成否を左右する判断要素が錯誤者の過失から錯誤の本質性へと移行することにより、法律の錯誤と事実の錯誤との区別は意義の乏しいものとなった。それ以外の非本質的錯誤の場合には、国民に法を知る義務が課され、法を知らない場合には過失が推定されるという従来の考え方は放棄されていない。

「法の不知は害する」との完全な決別は、19世紀後半に入ってから、とりわけBGBの編纂期を待たなければならなかった。本款では、BGBの立法過程——第一草案(1)と第二草案(2)——における「法の不知は害する」からの離脱の経緯を明らかにする。

1、BGB 第一草案における「法の不知は害する」からの離脱¹⁸⁰

サヴィニーの錯誤論は、ある程度の修正を受けつつ、BGBにおいて結実した¹⁸¹。第一草

¹⁷⁹ 法が確実なものであることが法律の錯誤と事実の錯誤とが区別される前提であるといえば、ローマ法におけるネラチウスの見解が想起されよう(Neratius, D. 22, 6, 2、第2章第1節第2款参照)。ここで、サヴィニーは、ネラチウスに依拠して自説を正当化しようとしているとも解されうる。

¹⁸⁰ 第一草案 98 条

「真の意思と表示されたところの意思との不一致が、表意者の錯誤に基づく場合、表意者が事情を知っていたならば意思表示をしなかったであろうと認められるとき、意思表示は無効とする。そうでない場合には、意思表示は有効とする。他の種の法律行為が意図されていた場合、他の目的物が法律行為の対象とされおよび他の人と法律行為の効力を生ぜしめようとしていた場合、疑わしきときは、意思表示は為されなかったものと見なす。」

第一草案 99 条 1 項

「前条規定によって無効と見なされる意思表示は、表意者に重過失が存在する場合には有効とする。」

第一草案 102 条

「動機の錯誤は、法律に他の規定がない場合、法律行為の効力を影響しない。」

第一草案 146 条

「本法にいう錯誤は、事実の錯誤と法律の錯誤とも包含する。本法にいう免責可能な錯誤とは、過失に基づかない錯誤のことである。本法にいう認識すべきことまたは知るべきことは、過失に基づく不認識または不知と解すべきである」

案においては、錯誤は、表示に対応する意思の欠缺をもたらすものとして定義され(98条)、動機の錯誤は法律行為の効力に影響を及ぼさないことが明記されている(102条)。これにより、「意思の欠缺」を基軸とするサヴィニーの錯誤論の基本構造が立法において確立したことはいうまでもない¹⁸²。しかし、第一草案は、いくつかの点でサヴィニー説とは異なる。イ) 本質的錯誤および非本質的錯誤という用語は採用されていない。それは、意思表示のすべての点において意思が同等の価値を有し、意思がなければ意思表示は存在しないという意思ドグマに基づくものと考えられる¹⁸³。つまり、たとえ意思表示の非本質的構成部分に表示と合致しない意思が存するとしても、錯誤が認められるべきであり、意思が意思表示の本質的構成部分に存するか否かにこだわる必要はない。ロ) サヴィニー説では本質的錯誤とは無関係とされた「錯誤に重過失なし」という要件が、第一草案においては表意者に課された(99条1項)。それは、重過失を故意と同様に評価すべきであるとするウィントシャイトの見解によるものであったと考えられている¹⁸⁴。ハ) サヴィニー説において例外的に救済されうる非本質的錯誤、とりわけ非債弁済のための契約における錯誤が第一草案では問題視されておらず、動機の錯誤として救済されえないのも当然のこととして扱われている。それと同時に、サヴィニーによってはこの領域においてのみ意義を持つとされていた法律の錯誤と事実の錯誤との区別も意思表示の錯誤の分野から排斥され、両種の錯誤は同視されると明記されるに至った(146条)。

ところで、法律の錯誤についてさらに敷衍すると、第一草案 146 条の文言によっては、法律の錯誤と事実の錯誤とは原則として同一の基準に服するが、判断の結果においては完全に一致するわけではない。なぜなら、錯誤者に重過失なきことが要件とされるゆえに、「法規範ということを考慮すれば、それを認識する道がすべての人に指し示されているという状況は、錯誤者に過失なきこと〔の可能性〕を完全に排除することはできないけれども、

¹⁸¹ 周知のとおり、BGB における錯誤法、なかんずく「意思の欠缺」と「動機の錯誤」との両分を基軸とする基本構造は、サヴィニーの錯誤論を基にして発展してきたものである(Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Bd. Berlin 1965, S. 440)。ドイツ民法の錯誤論におけるサヴィニーの画期的地位についての邦文文献は、川島武宜「意思欠缺と動機錯誤」、同『民法解釈学の諸問題』(弘文堂、1949年) 193頁以下参照。

¹⁸² 第一草案 98 条には、従来の普通法上の錯誤諸類型が列举されているが、それは本質的錯誤の例示にすぎないと解されている(Haupt, a. a. O. S. 62.)

¹⁸³ 大中有信「ドイツ民法典における表示錯誤の成立」石部雅亮『ドイツ民法典の編纂と法学』(九州大学出版会、1999年) 152頁。

¹⁸⁴ 村上淳一「ドイツ普通法学の錯誤論」同『ドイツの近代法学』所収(東京大学出版会、1964年) 66頁。

それを困難にするであろう」¹⁸⁵。このように、普通法において法律の錯誤と事実の錯誤との区別を支えた国民の完全な法知識のフィクションは、第一草案の起草者において、依然として意識されていることは明らかである。その後、それが学界から痛烈な批判を浴びることとなった。

社会主義者の法学者メンガーは、1890 年の名著『民法と無産階級』において、第一草案がほのめかした国民の完全な法知識の仮定について、「現在、文明国家の図書館には法律書がおびただしく所蔵されており、法律体系の全部に精通——いや、精通しなくてもよいが——できる人はいない。すべての国民がすべての法を知るべしと規定することは、あらゆるフィクションの中でも最も可笑しげなものである」と酷評した¹⁸⁶。当時、国民が完全な法知識を有することが事実上不可能であるだけでなく、私法秩序の機能を維持するために不可欠なものではないと認識されるようになった¹⁸⁷。この流れの中で、法典の編纂を契機に、「法典の起草者に、この古い説〔法の不知は害する（筆者注）〕の除去を目ざして、一歩でも歩んでほしい」との声が学界において上がったのである¹⁸⁸。このように、国民が完全な法知識を有するというフィクションに対する懐疑と反省が頂点に達した 19 世紀末に、第二草案は策定された。

2、BGB 第二草案における「法の不知は害する」からのさらなる離脱

上述のように、第一草案においては、法律の錯誤と事実の錯誤とが同視されるべきだと明記されているが、錯誤者に重過失があつてはならないという要件が設定されていた。この要件を通じて、国民がすべての法律を知るべきだという従来の観念が実際において錯誤の成否の判断を左右する可能性が残っていたため、法律の錯誤と事実の錯誤との差異が全く見られないわけではなかった。しかし、法律の錯誤と事実の錯誤との差異は、第二草案の審議過程において、「表意者の意思」を中心とした錯誤の判断基準の主観化および統一化が進展するなかで、立法上完全に払しょくされることとなった。

現行法に直接つながる規定の原型を提示した第二草案は、第一草案と比べてかなりの変容を被った¹⁸⁹。イ）普通法上の錯誤諸類型の例示が撤廃され、「表示の内容」概念が判断の

¹⁸⁵ Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, S. 281.

¹⁸⁶ Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Tübingen 1890, S.20.

¹⁸⁷ Rittner, Rechtswissen und Rechtsirrtum im Zivilrecht, in: Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967, S. 394.

¹⁸⁸ Adler, Die Wirkungen des Rechtsirrtums: mit einem Exkurs über den Ersitzungstitel, JherJahrb für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 33(1894), S. 224.

¹⁸⁹ BGB 119 条

「意思表示に際し、その内容に関して錯誤した者あるいはその意思表示を全然なすことを意欲してい

中核となった（BGB 119 条 1 項）。これは、錯誤の客観的対象に基づいて錯誤の成否を決定する普通法の伝統からの脱却を意味するものであろう。ロ）動機の錯誤が顧慮されないと宣言する第一草案 102 条が削除されると同時に、マンドリの提案により、動機の錯誤と思われていた、物の性質の錯誤が取引上本質的と認められるときに救済されるとする BGB 119 条 2 項がつけ加えられた¹⁹⁰。ハ）表意者に重過失がないことを要求する第一草案 99 条 1 項が削除され、その代わりに、表意者の過失とは関係なく相手方に対する信頼利益の賠償責任が課されるとされた（BGB 122 条）¹⁹¹。二）錯誤の効果は、第一草案における無効から取消しに改変されたが、それは、錯誤の主張を制限するためのものではなく、立法技術上の修正であったと理解されている¹⁹²。このように、第二草案では、意思と表示との間に不一致が生じ、しかも表意者が事情を知っていればその意思表示をなさなかったであろうと認められるときには、表意者は当該意思表示を取り消すことができるとされた。

上記改変のなかでも、法律の錯誤と最も緊密な関係を持つのは、いうまでもなく、表意者に重過失があつてはならないとする要件の削除であった。その削除によって、法律の錯誤のほうが錯誤者にとっては事実の錯誤よりも容易に気づくはずであるという考え方が、錯誤の判断に影響を及ぼす道は断たれたのであり、法律の錯誤と事実の錯誤とは完全に同一視されることになった。その結果、「本法にいう錯誤には、法律の錯誤と事実の錯誤とも包含される」と規定する第一草案 146 条も「余計」な条文として削除され、しかも、起草者によれば、法律が法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない方針を決定した以上、裁判官はその区別をふたたび蘇えらせるような解釈をすることはできないとされた¹⁹³。これで、法律の錯誤の概念は、民法典において完全に姿を消したのである。

法律の錯誤と事実の錯誤とを同様に扱おうする立法案に対し、当時の学説においては賛否両論がある。例えば、1898 年に公表されたヴィルヘルムの論文は、「民法典は、事実の錯

なかつた者は、彼が事情を知り、かつ、その場合を合意的に判断したならば、その意思表示を為さなかつたであろうと認められるときは、その意思表示を取り消すことができる。

取引上本質的と認められるべき人または物の性質に関する錯誤は、意思表示の内容の錯誤と見なす。」

（訳文は、主に東季彦『全訳独逸民法』（有斐閣、1937 年）を参照して現代語化したものである。以下同様。）

¹⁹⁰ Schubert, Zu einer Edition unveröffentlichter Materialien zum BGB: Zugleich ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des § 119 BGB, AcP 175 (1975), S. 436.

¹⁹¹ Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, Berlin 1897, S. 107.

¹⁹² Harder, Die historische Entwicklung der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen, AcP 173(1973), S. 209ff.

¹⁹³ Protokolle, a. a. O., S. 188.

誤と法律の錯誤とを全く区別しないことにより、普通法上の法律の錯誤をめぐる論争につきその生命線を絶った」と宣言していた¹⁹⁴。しかし他方で、立法に対して疑問を抱く学者がいたことも無視してはならない¹⁹⁵。例えば、クーレンベックは、同年に著した教科書において、「学者と実務家は、いつの日か、自然な公平感情に合致したローマ法上のかかる原則〔法の不知は害する・筆者注〕へ回帰するであろう」と予言していた¹⁹⁶。このように、学説においては、法律の錯誤についての議論が続いていくのである。

第4款 まとめ

以上、「法の不知は害する」という原則がドイツ普通法において継受され、そして批判を受け、また19世紀末に民法典編纂の際に放棄された経緯を概観した。以下では、本節の内容をまとめた上で、立法後の議論状況に対する次節以降の検討に有益な示唆を提示したい。

まず、ローマ法継受から民法典の編纂まで、「法の不知は害する」という原則を支えた理論上の根拠は、主に(1)法律の錯誤における立証上の困難さ、(2)錯誤者に重過失があってはならないという要求、および(3)国民の完全なる法知識の仮定であった。国民にすべての法律を知る義務が課されるゆえ、法律を知らずに錯誤に陥った者には重過失が推定され、錯誤者は自分に重過失がないこと、換言すれば、当該法律の知識が一般人に知りえないものであることを証明しなければならないという命題が確立するに至ったのである。

しかし、この命題に懐疑を抱く学者たちにより、その適用範囲については、二つのアプローチから制限が加えられた。一つは、カズイスティックなアプローチによるものである。ミューレンブルフは、ローマ法源に即した事案研究により、非債弁済の場合における錯誤を代表例とする諸事案を、いずれにしても救済される法律の錯誤の場合であるとして「法の不知は害する」原則から排除することを試みた。もう一つは、体系的なアプローチによるものである。サヴィニーは、意思表示の本質的錯誤の場合には、錯誤者に重過失なしという要件が妥当しないため、そこにおいて法律の錯誤と事実の錯誤とを区別する必要はないとし、本質的錯誤の場合を「法の不知は害する」との原則から排除した。それに対し、非債弁済における錯誤を代表例とする非本質的錯誤の場合には、法律の錯誤と事実の錯誤

¹⁹⁴ Friedrich Wilhelm, Was ist Rechtsirrtum und ist er entschuldbar? Nach gemeinem Rechte mit einem Anhang: Der Rechtsirrtum im bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich und im Strafrecht, Diss. Erlangen 1898, S. 54.

¹⁹⁵ Zrodowski, Codificationsfragen und Kritik des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Prag 1888, S. 36f.; Kühlenbeck, von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1(1898), S. 419f.

¹⁹⁶ Kühlenbeck, a. a. O. S. 419.

との区別は有意義であると主張するに至った。二つのアプローチのうち、サヴィニー説が民法典に採用された。とりわけ、第二草案の審議過程において、錯誤の判断基準は、錯誤対象の類型または錯誤者の過失状態から、表示に対応する表意者の効果意思の内容へと視点のパラダイム転換が遂げられた。つまり、錯誤の成否を判断するにあたって、表示と意思との不一致が唯一の決定的要因となり、錯誤の対象や錯誤者の過失など普通法において用いられた考慮要素は問われない。したがって、表意者の表示と効果意思が一致しない場合において、錯誤の対象が法律であるがゆえに表意者を重過失があったものとして、錯誤に対する救済を困難にする従来の「法の不知は害する」という原則はもはや維持できない。

ところで、上述のような、法律の錯誤を民法から排斥しようとする立法過程においては、以下の問題が説明のないまま残されていた。第一に、意思表示の錯誤（BGB 119 条 1 項、2 項）において法律の錯誤と事実の錯誤との区別が不要とされたのは、錯誤の救済要件として表意者に重過失があつてはならないことが削除され、それにより、法律の錯誤のほうが事実の錯誤より気づきやすいという考えが重過失を通じて錯誤の判断に影響することはないと説明したが、法律の錯誤をめぐる当時の議論は錯誤者の法知識や重過失に集中しすぎて、それ以外の理由、例えば法秩序の維持の視点から、法律の錯誤と事実の錯誤との区別を捉えようとする試みが立法過程において欠けていた。また、第二に、立法前に盛んに論じられていた、非債弁済のための契約における法律の錯誤の問題は立法過程において全く無視されていた。この問題について、立法以降の学説および裁判例がどう扱うかを見守る必要がある。詳細の検討は、BGB 成立後の議論状況を扱う次節で行うことにする。

第 2 節 法律の錯誤の全体像

法律の錯誤について、BGB 成立後の議論状況はどうなっていたのであろうか。言い換えれば、法律の錯誤と事実の錯誤との区別、ひいては、法律の錯誤という概念は、立法が期待していたように、学説および裁判例においても完全に姿を消したのであろうか。結論の先取りにもなるが、BGB 成立以降の裁判例においては、法律の錯誤は、それが目的物の法的性質または行為の基礎に関わる場合には、立法者が期待していたように、事実の錯誤と同一の判断基準に服するとされる一方、それが意思表示の法的効果に関わる、すなわち「法律効果の錯誤」に該当する場合には、その錯誤の救済が制限されるとともに、その錯誤に限って独自の意義が問われる傾向がある。

以下では、法律の錯誤の全体像をつかむために、法律効果の錯誤を簡潔に紹介し（第 1 款、詳細は次節に譲る）、そして、物の性質の錯誤として処理される法律の錯誤（第 2 款）

および行為基礎の喪失として処理される法律の錯誤（第 3 款）について、法律効果の錯誤をめぐる議論の前提作業としてやや詳細に述べ、最後に本節をまとめることにする（第 4 款）。

第 1 款 法律効果の錯誤（BGB 119 条 1 項）

1、概念の説明

法律効果の錯誤は、法律行為の法的効果についての錯誤であると定義されている¹⁹⁷。しかし、それだけで法律効果の錯誤とは何かが十分に説明されているとはいえない。なぜなら、すべての法律行為が、法律効果を形成するために行われるものであって、公序良俗や強行法規などに違反しない限りでは、その内容どおりの法律効果が生じるということからみれば、意思表示の内容の錯誤も一種の法律効果の錯誤ではないかという疑問がありうるからである。

法律効果の錯誤の概念に対する広義の捉え方と狭義の捉え方が存在する。広義には、法律効果の錯誤を内容の錯誤の同義語とみて、内容の錯誤に準じて法律効果の錯誤全般に救済を与えるべきだと主張する学者がいる¹⁹⁸。それに対し、当事者が自ら決定した行為の内容から生じる効果ではなく、当事者の自ら決定した内容のうえに法律によって「付加された法律効果 *angeknüpfte Rechtsfolgen*」こそが法律効果の錯誤にいう「法律効果」とであると強調し、法律効果の錯誤は法律によって付加された法律効果の錯誤であると狭義に捉える学者が現に多数を占めている¹⁹⁹。この分岐は、法律行為の内容に、当事者の決定による自治的内容のみが含まれるか、それとも法律適用の効果という規範的内容も含まれるか、という法律行為論の根本問題に由来するが、本款はこの問題に深く立ち入らず、ただ誤解を防ぐために、法律効果の錯誤について広義と狭義との二種の捉え方があるということを紹介しておくことにとどまる（以下では、多数説に従い、狭義の「法律効果の錯誤」概念を使用する）。

¹⁹⁷ Rehbein, Das bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 1, Berlin 1899, S. 137. ``Irrthum über die rechtlichen Folgen des Geschäfts``; RGZ 51, 281 ``Irrtum der Rechtsfolgen des Geschäftes``.

¹⁹⁸ Oertmann, Der Rechtsirrtum im bürgerlichen Recht, J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung, Bd.67 (1902), No.2, S. 26-27; Danz, Ueber das Verhältnis des Irrtums zur Auslegung nach dem BGB, Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 46 (1904), S. 439; Titze, Die Lehre vom Mißverständnis: Eine zivilrechtliche Untersuchung, Berlin 1910, S. 450.

¹⁹⁹ Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II, Berlin 1965, S. 465ff.; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, Heidelberg 2002, §48 Rn.751; Münch-Komm = Kramer, Rn. 83ff.

2、典型例およびその特徴

抽象論はここまでにして、いったいどのような事案が法律効果の錯誤に該当するかをみよう。

まず、第 1 章において鳩山博士の説を紹介する際に触れたように、売買契約の売主が、自分が悪意でない限り、瑕疵担保責任（BGB437、459 条）を負う必要はないと誤信して目的物を売却した場合が法律効果の錯誤の典型例である。ドイツでも、これが法律効果の錯誤を説明するための定番の教室設例である²⁰⁰。瑕疵担保責任のほか、売買契約の売主が、物の引渡義務が従物に及ぶとする規定（BGB 311c、97 条）を知らず、手放したくない従物が付属する物（主物）を売却した場合や²⁰¹、不動産売買の買主が、「売買は賃貸を破らない」とする規定（BGB 566 条 1 項）を知らず、対抗要件を具備した賃貸借が付いている不動産を購入した場合なども挙げられている²⁰²。

これらの場合、法（BGB 459 条、314 条、97 条、566 条）は、いったん形成された意思表示（売買）に新たな法律効果（瑕疵担保責任、従物の引渡義務、賃貸借契約の引受け）をつけ加え、表意者の意思と意思表示の法的効果との間に不一致を引き起こしたところに特徴がある。しかも、その不一致は、表意者の意思（物の購入または売却）と表示（物の購入または売却）との間ではなく、表示（物の購入または売却）と法的効果（瑕疵担保責任付きで物を売却、従物付きで物を売却、賃貸借契約を引き受けて不動産を購入）との間で生じたものである。この点では、法律効果の錯誤は、一般の内容の錯誤とは一線を画し、そのため内容の錯誤のごとく BGB 119 条 1 項による救済が与えられるべきかが疑問視される。また、法律効果の錯誤においては、法律によって意思表示に付加された新たな法律効果は、当事者の意思そのものに基づくものではなく、非意思表示的な法的意思であることも特徴的であろう（たとえば、意思は瑕疵担保責任なしの物の売却であるのに対し、表示は瑕疵担保責任ありの物の売却である）。それゆえ、法律効果の錯誤に取消しを認めることは、法律によって付加された効果を抹消することを意味し、その結果、法の適用を阻害してしまうのではないかと懸念される。

²⁰⁰ Brox, Allgemeiner Teil des BGB, Köln 2003, S. 196; Larenz / Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, München 2004, §36 Rn.74; Medicus, a. a. O. Rn.750; Köhler, Allgemeiner Teil, München 2010, §7 Rn.24; Leipold, BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, Tübingen 2010, §18 Rn.21; Rüthers / Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, München 2011, §25 Rn. 37.

²⁰¹ Larenz / Wolf, a. a. O. §36 Rn.76.

²⁰² Rüthers / Stadler, a. a. O. §25 Rn. 36.

3、判断基準

これらの特徴を考慮に入れると、法律効果の錯誤は救済されないほうが適切であろうと思われるが、ライヒ裁判所は、1916年6月3日に下したリーディングケース（RGZ 88, 278、次節〔D22〕判決）において、追求性および実質性から構成される新しい基準を提示し、それに従って、法律効果の錯誤の一部を内容の錯誤とし、一部を動機の錯誤とすることにより、法律効果の錯誤でも救済される可能性があることを認めた。まず、追求性とは、法律によって付加された法律効果とは異なった法律効果を表意者が積極的に追求していたかを指し、表意者が法律効果について何も考えていなかった場合には追求性が充たされないとされる。また、実質性とは、当該誤った法律効果が法律行為において主たるあるいは直接の効果にあたるかを指し、それが法律行為の従たる効果あるいは間接の効果でしかない判断される場合には実質性が充たされないとされる。物の瑕疵担保責任に関する売主の錯誤に即して説明すると、売主において、瑕疵担保責任についての取り決めがない限り自分が責任を負うことはないという法律効果についての特定の認識がなければ、追求性が充たされないとされ、また、瑕疵担保責任を負わないという特定の認識があったとしても、売買という法律行為において瑕疵担保責任の如何が単なる従たる効果あるいは間接の効果にすぎないと判断された場合には、実質性が充たされないとされる。上記リーディングケースによれば、問題となった法律効果に追求性あるいは実質性がないとされる場合には、当該法律効果の錯誤は動機の錯誤に属するものとして扱われる。後の裁判例においては、実際に起こった法律効果の錯誤が内容の錯誤に属するか動機の錯誤に属するかを判断するにあたって、表意者の意思表示のうえに法律効果を付加した法律の制度趣旨が錯誤の主張を制限する考慮要素として作用していることが観察される。この意味では、法律効果の錯誤に該当する法律の錯誤は独自の意義を有するといえる。

4、競合の問題

本章の序において述べたとおり、法律効果の錯誤以外に、性質の錯誤および行為基礎の喪失に該当する法律の錯誤もある。そこでは、原則として、錯誤が法律の錯誤であるかを重視せずに判断がなされているものの、法律効果の錯誤との競合の場合——錯誤が性質の錯誤でありながら法律効果の錯誤でもある場合（下記〔D4〕判決）、あるいは、錯誤が行為基礎の喪失に該当しながら法律効果の錯誤でもある場合（下記〔D13〕判決）——においては、法律効果の錯誤の独自の判断基準が援用されている。詳細は、性質の錯誤に該当する法律の錯誤を扱う本節第2款と、行為基礎の喪失に該当する法律の錯誤を扱う本節第3款

において述べる。

以上、法律効果の錯誤に関して、全体像の提示のため必要に応じて最小限の議論を検討し結論の先取りをしたが、詳細な検討は次節（第3節）以降に譲ることにしたい。

第2款 性質の錯誤としての法律の錯誤（BGB 119 条2項）

性質の錯誤としての法律の錯誤といえ、物の「法的性質」の錯誤が問題とされることが多い。実際の問題としては、例えば、売買契約において、買主が目的物に法的負担あるいは権限（下記〔D1〕判決では隣地通行権、〔D2〕判決では増改築制限、〔D4〕判決では法定債務参加義務）が付着していること知らずにそれを購入したような事案が多発している。本款では、まず物の性質の錯誤一般について述べたうえで（第1項）、物の「法的性質」の錯誤を扱った裁判例を紹介し（第2項）、この場合において法律の錯誤が事実の錯誤と異なっているかを確認する（第3項）。

第1項 物の性質の錯誤に関する一般論

BGB に採用された意思ドグマの観点からすれば、売買契約の買主が、目的物の性質に関する錯誤した場合には、この物を購入するという内容において意思と表示が一致しており、したがって内容の錯誤は成立しないと思われるが、BGB 119 条2項は、人または物の性質に関する錯誤が取引上本質的と認められるときには意思表示の内容の錯誤と見なされ、取り消すことができると定めている。それは、物の素材の錯誤（error in substantia）を認める普通法の伝統理論から承継したものであると理解されている²⁰³。

また、「前提とされた〔物の〕性質に錯誤があったことにより、実際の取引における支配的な観点に従って、当該物はそれが実際に属する種類とは全く異種物と見なされうる場合」には、物の性質の錯誤でも本質的錯誤と見なすとするサヴィニーの異種物論が²⁰⁴、立法上は119 条2項と直接に関わっていないが、実際の事案判断においては、異種物論に基づく解釈がしばしば119 条2項に規定される「取引上本質的」な性質の錯誤という概念によって達成しようとするところと合致する、と指摘されている²⁰⁵。つまり、目的物がまるで別物と思われるほどその性質が予想したところと「取引上本質的に」異なった場合には、性質の

²⁰³ 磯村哲『錯誤論考』（有斐閣 1997 年）111 頁、大中有信「ドイツ民法典における表示錯誤の成立」石部雅亮『ドイツ民法の編纂と法学』（九州大学出版会、1999 年）162 頁。

²⁰⁴ Savigny, a. a. O., S. 283

²⁰⁵ Haupt, a. a. O., S. 46.

錯誤にもかかわらず、同一性の錯誤があったと判断されるのである。このような説明の仕方は、後の判例にもみられる（下記〔D2〕判決）。

第2項 物の「法的性質」の錯誤に関する裁判例

物の「法的性質」の錯誤とは、物自体の物理的性質ではなく、物に付された法的制限ひいては法的関係についての錯誤のことである。判例は、BGB 119 条 2 項における物の性質の概念について、以下のように定義している。すなわち、物の性質には、「人または物自体に帰属する自然的性質だけではなく……物の価値評価に継続的に影響する事実的ないし法的諸関係」も含まれる（RGZ 21, 308, RGZ 52, 2）²⁰⁶。

ところで、「法的諸関係」という用語は曖昧であり、すべての法的諸関係が 119 条 2 項にいう物の性質に含まれることはあるまい。ここでは、如何なる基準を満たした法的諸関係が「取引上本質的」な物の性質とみなされるかを明らかにする必要がある。また、この基準を探るにあたって、法律の錯誤に特有の考慮要素が表出しているかという視点をつねに念頭に置かなければならない。この視点のもとで、物の性質の錯誤として扱われた法律の錯誤に関する裁判例を四つ取り上げ、紹介していく。そのうち、〔D1〕〔D2〕〔D3〕は単純な物の「法的性質」の錯誤の事案であり、〔D4〕は物の法的性質の錯誤と法律効果の錯誤とが競合する事案である。

1、単純な物の「法的性質」の錯誤

〔D1〕RG 31. 5. 1905, RG 61, 84（隣地通行権錯誤事件）

【事実】原告 X は被告 Y から、隣地に対する通行権（Fahrgerechtigkeit）によって市街道路に接続していた本件土地建物を購入した。他方、以前に、隣地の所有者が地方官庁に対し建物の建築申請をしたことがあるが、本件土地のための通行権が存在するとの理由で建築申請が認められなかった。そ

²⁰⁶ 性質という概念は物の自然的性質だけではなく、事実的または法的諸関係をも含むという考えは、プロイセン普通ランド法の「性質錯誤」規定（ALR, I, 4 §77）への解釈においてすでに形成されており（RG 15. 6. 1888, RGZ 21, 308）、BGB 以降は、119 条 2 項の解釈論として裁判所によって確定された（RG 7. 6. 1902, RGZ 52, 2）。また、物に付する法的制限についての錯誤が 119 条 2 項の保護を受けられるかは、119 条 2 項にいう「物」が 90 条と同様に「有体物」に限定されるかという問題にも関係する。ライヒ裁判所は当初、119 条 2 項の「物」を狭義的に解し、それを有体物に限定する立場を採ったが、その後学説の批判を受け入れ態度を改めた。その経緯については、磯村哲、前掲注（203）『錯誤論考』71 頁以下参照。

れゆえに、XY間で売買契約が締結された際に、XYともに隣地に建物を建築しえないと思い込んでいた。ところが、その後、隣地所有者が地方官庁から家屋建設の許可を得た。その結果、本来本件土地のために設けられた道路はトンネルに変わり、そして本件地上建物の眺望も隣地の家屋建設により妨げられることになった。そこで、Xは、Yに対して、通行環境の悪化、眺望の遮断、および隣地の家屋建設に対する彼の同意を経済的に利用する可能性を奪われたこと（通行権が存在するため、彼が同意しなければ、隣地所有者は家屋を建設することができない）により本件土地の価値が著しく減少したとして、物の性質の錯誤を理由に売買契約の取消しを主張した。一審は、本件錯誤を法律効果の錯誤と捉え、Xの主張を否定したが、原審は、Xが法律効果の錯誤だけではなく、取引上本質的な性質の錯誤にも陥ったとし、BGB 119 条 2 項に基づき X の請求を認容した。Y は上告。

【判旨】ライヒ裁判所は上記 RGZ 21, 308 および RGZ 52, 2 判決を援用し、性質概念のもとには、物の自然的性質のみならず、事実のないし法的諸関係も含まれるとしたうえで、以下のように判示した。「当事者双方が錯誤によって本件建物に付いていると信じていた前面地〔隣地・筆者注〕の建築を禁止する権利は、それが特別の金銭的価値を有しているがゆえに、さらにそれが存在する限り所有者にとって家屋の利用可能性が高められるであろうゆえに、家屋の性質とみるべきである。しかし、家屋のより良い通行・前後への眺望という禁止権から派生する個々の結果も、その欠如が賃貸あるいは売買価値の下落の原因となるがゆえに、家屋の性質とみるべきである。したがって、X の錯誤は、売買行為の単なる法律効果に関するものとどまらず、その内容、そして、推定上目的不動産の効用に供するための周囲の不動産の性質にとどまらず、目的不動産それ自体の性質に関わるものである」として、Y の上告を棄却した。

本件において、土地建物の買主 X は、本件土地には隣地に対する通行権が存在するため、隣地所有者は隣地に家屋を建設することが法的に許されないと誤信した。ここでは、隣地通行権の効果として隣地における家屋建設を禁止する権限があるか否かという土地をめぐる法的関係が、BGB119 条 2 項にいう取引上本質的な物の性質と認められるか否かが問題となる。これを判断するにあたり、隣地の家屋建設を禁止する権限の欠如は、本件土地建物の**価値評価に影響**することが考慮要素として強調されている。

また、本件裁判官は、「X の錯誤は、売買行為の単なる法律効果に関するものとどまらない」と述べており、本件錯誤が法律効果の錯誤に該当する可能性があることを認識している。法律効果の錯誤の概念に即して説明すると、X は、本件土地建物を購入すれば、隣地の家屋建設を禁止する権利が自動的に生じると信じたものの、実際はそれほど強い法律効果が生じなかったということである。法律効果の錯誤と性質の錯誤との関係について、ライヒ裁判所は、両者は本件のような事案において共存しうるとみているが、ただ優先順位に

において、性質の錯誤が満たされる限り、法律効果の錯誤を取り上げて論じる必要はなかったとしている²⁰⁷。

〔D2〕 RG 28. 6. 1912, JW 1912, 850（建築増改築制限錯誤事件）

【事実】原告 X は被告 Y から宅地を購入したが、契約書には、「本契約につき、たとえ裁判所の判断において取消しなどが認められる場合にも、本契約は存続し、買主は減額請求しかできない」という条項が記載されていた。その後、当該宅地に公法的負担が付着していたことが判明し（当時のプロイセン建築線法 12 条および同法の地方施行条例 9 条によると、当該土地には建築制限が付されており、かつ、X が増改築をするためには 23500 マルクの道路施設費用を支払わなければならない）、X は錯誤に基づく売買契約の取消しを主張した。原審は、公法的負担についての錯誤が取引上本質的な性質に該当するには、当該負担のないことが契約の基礎であったということを Y において**認識可能な状態**にする必要があるとしたうえで、本件では、増改築の際に道路施設費用を支払わなければならないことについて両当事者間で協議が行われてないため、取引上本質的な性質の錯誤の要件が満たされていないと判断し、X の主張を退けた。

【判旨】ライヒ裁判所は以下のように判示して、原審判決を破棄した。まず、契約存続条項について、「原審において認定された当該約束によって、契約が無効になることは排除されえない。なぜなら、当該約束は新たな法律行為ではないため、（無効の法律行為を有効にできる）BGB 141 条に定められている無効の法律行為の追認にはあたらないからである」とし、契約存続条項の効力を認めなかった。そのうえで、性質の錯誤の成否について、ライヒ裁判所は、「ここで問題となった公法的負担のないことは、ライヒ裁判所がかつての判決において判示したように、土地の性質であるということは疑いない。したがって、取消しにおいて本質的とみられる性質であるか否かのみが問題となる。かかる性質についての錯誤が相手方にとって認識可能であったかという要件は法律には定められていない。表示の相手方は、原則として表意者が取引観念に従えば物の本質を規定し、その存在ないし欠如が取引において目的物を**異種物**とならしめるような性質の存在を前提する、ということを基礎にないし、かつしなければならない」と判示した²⁰⁸。

²⁰⁷ ライヒ裁判所は、法律効果の錯誤について、1916 年判例（下記〔D21〕判決）までは否定的態度をとっていた。本件は 1916 年判例以前のものであるため、錯誤の主張を認容しようとする場合には、法律効果の錯誤を避け、性質の錯誤と関係付けなければならないという可能性があることは否定できない。

²⁰⁸ 本件判決において、錯誤と瑕疵担保責任との関係も論点の一つであったが、紙幅のため、簡単に紹介するにとどまる。土地の売主は登記簿に登記するに適しない税金および他の公の負担より土地を解放する責任を負うと規定する BGB436 条の観点からすれば、本件建物における公法的負担は権利の瑕疵にあたり、買主は BGB462 条に基づいて契約の解除を主張すれば十分であり、BGB119 条に基づいて錯誤を主張することは排除されるべきではないかと思われるが、裁判所は本件判決において解除の優先適用を認

本件では、宅地を購入した X は、宅地に付されていた公法的負担（建築・増改築制限）に気づかず錯誤に陥っていた。ここでは、公法的負担の有無が宅地にとって BGB 119 条 2 項にいう取引上本質的な性質といえるかが問題となる。判断の基準として、原審は、物の性質が相手方にとって**認識可能**であることを要求したが、ライヒ裁判所はそれを破棄し、サヴィニーの**異種物論**に依拠して本件錯誤を取引上本質的な性質の錯誤と是認した。本件以前は、取引上本質的な性質の錯誤の条件として、物の性質が相手方にとって認識可能であったことを要求するライヒ裁判所判決（RG 9. 11. 1906, RGZ 64, 266）があったが、本件はそれと正反対の立場を示している。もっとも、取引上本質的な性質の錯誤にあたるかどうかを判断する基準が「認識可能」であろうと「異種物」であろうと、それが当該性質の錯誤が法律の錯誤か事実の錯誤かとは関係がない²⁰⁹。

〔D3〕 OLG Hamm 27. 11. 1965, NJW 1966, 1080

【事実】原告 X は、訴外 A（X の兄弟、軍人）および他の共同相続人とともに、彼らの祖母から財産を相続した。しかし、A が戦争中に行方不明となり、相続時（1958 年 5 月 29 日）には死亡宣言がまだなされていなかった。また相続分については、もし相続時に A が生存していたならば X に 1/6 の相続分、もし相続時に A がすでに死亡していたならば X に 1/3 の相続分が帰属することとなっていた。死亡宣言がなされない限り、死亡宣言の時点まで A の生存が法的に推定されると信じた X は、自分に 1/6 の相続分しか帰属しないと思い、そのため相続を放棄する意思表示をした。実際、失踪法 10 条、9 条 3 項によれば、軍人が戦争中に失踪した場合には、終戦年の年末が死亡時刻と見なされるため、A の死亡時刻は法的には 1945 年 12 月 31 日であった。結局、X が放棄した相続分は、彼が誤信した 1/6 ではなく、1/3 であった。これを知った X は、錯誤に基づく相続放棄の取消しを主張した。

【判旨】ハム地方高等裁判所は、遺産の相続分も BGB 119 条 2 項にいう「物」に該当すると認定したうえ、本件錯誤が取引上本質的であるか否かについて以下のように判断した。「祖母からの遺産に

めていない（JW 1912, 851）。

²⁰⁹ もっとも、本件について、土地の公法的負担に関する錯誤が、土地に負担が「存在」するか否かに関するものであるゆえ、法律の錯誤というより、事実の錯誤とみてよいではないかという疑問が生じうる。実は土地の公法的負担に関する錯誤は、事実の錯誤とも法律の錯誤とも解しうる可能性がある。例えば、A 区は建築制限地区とする。A 区に位置する甲土地を購入しようとする者が、甲が A 区に位置することを知っており、ただ A 区が建築制限地区であることを知らなかった場合は法律の錯誤であるのに対し、A 区が建築制限地区であることを知りながらも、甲が A 区に位置することを知らなかった場合は事実の錯誤である。本件は、X が建築線法および同法の地方施行条例について錯誤し、錯誤の対象が法律であった点で、法律の錯誤の事案である。

対する相続分の量に関する X の錯誤は、BGB 119 条 2 項にいう取引上本質的な性質の錯誤とみるべきであろう。X は権利状況について錯誤をしたが、その法律の錯誤（Rechtsirrtum）は意思表示の法的効果（例えば、相続人が相続を放棄したらその相続分が誰に帰属するか）ではなく、むしろ遺産に対する相続分の量に関するものである。なぜ相続人がその持ち分に応じて遺産相続に参加する場合における相続分の量が取引上本質的な性質に該当するかといえば、それは相続分の**価値決定**にとって量が極めて重要だからである。特に遺産が莫大な場合、相続人が遺産の 1/6 か 1/3 で相続に参加するかは、相続分の価値決定にとって重要である。地方裁判所が指摘したとおり、相続人が相続分を譲渡しようとする場合は特にそうであるし、相続人が相続分を放棄するかを判断する場合も量は本質的意義を持つ」とし、X の主張を認容した。

本件において、失踪法の規定を知らなかった相続人 X は、共同相続人 A の生存が法的に推定されると思い、そのため、自分に帰属する相続分が 1/6 にとどまると誤信し、相続を放棄するに至った。ところで、性質の錯誤についての判例法理によれば、物の価値または価格自体は、物の価値形成にとって決定的な性質の評価の結果にすぎず、物の「性質」ではないとされている（RG 64, 266）。したがって、本件では、相続分の量は物の価値それ自体であるがゆえに、相続分の性質として認められるはずはないのではないかとと思われる。しかし、裁判所は、本件の「法律の錯誤」が権利状態についての錯誤であることを述べ、それが取引上本質的な性質の錯誤に該当すると判断した。判断の基準として、裁判所はもっぱら「相続分の**価値決定**にとって量が極めて重要である」ことを強調している。

また、本件判決において、本件錯誤は性質の錯誤ではあるが、法律効果の錯誤ではないと明記されたことは注意に値する。本件判決の立場によると、相続放棄の錯誤でも、事案によっては、法律効果の錯誤に該当する場合もあるし、性質の錯誤に該当する場合もある。すなわち、相続人は、自分が相続を放棄したならば、その分が A という人に帰属するであろうと信じて相続放棄をしたものの、相続法の適用によりその分が B という人に帰属したというような場合、法が「A のために相続分を放棄する」という意思表示のうえに「相続分は B に帰属する」という新たな効果をつけ加えることにより、意思と効果との不一致を生じさせたことになる。これが典型的な法律効果の錯誤である。しかし、本件の事案はそれとは異なる。本件において、相続人は相続分の量を（1/3 を 1/6 と）間違えて、そのため相続放棄の意思表示をした。相続放棄という意思表示のうえに、法は何ら新しい効果をつけ加えておらず、意思と効果との不一致は存在しない。したがって、本件錯誤は、法律効果の錯誤ではなく、単なる性質の錯誤である。そこから、ドイツの裁判官は法律の錯誤を判断するときに、法律効果の錯誤と性質の錯誤との関係を認識していることがわかる。

2、物の「法的性質」の錯誤と法律効果の錯誤との競合

〔D4〕 BGH 18. 11. 1977, BGHZ 70, 47

【事実】原告 X は被告 Y から甲土地の地上権（Y のほぼ全財産）を取得した。ところで、BGB 旧 419 条 1 項によると、Y の債権者は、Y の全財産を引き受けた X に対して、契約締結当時にすでに成立していた請求権を実行することができる。このようにして、X には、法定債務参加の効果が押しつけられることになった。これに気づいた X は、当該錯誤は BGB 119 条 2 項に規定される物の性質の錯誤であると主張し、地上権取得契約の取消しを求めた。地方裁判所は X の主張を認容したが、地方高等裁判所はそれを否定した。X は上告した。

【判旨】連邦最高裁判所は以下のように判示し、取引上本質的な性質の錯誤を否定したが、行為基礎の喪失に基づく救済の余地を認めた。すなわち、「地上権の有用性および価値に影響を与えるすべての事実的ないし法的関係が、本件において売却された地上権の性質となる。売買の目的物と周囲との関係は、それが物自体にありまたはそれ自体から出発し目的物を特徴づける場合においてのみ法的に重要である。X の取得した地上権は、他人の全財産という BGB 419 条の要件を満たし、これによって取得者 X が 419 条の責任に曝されることを、地上権の性質として特徴づけることは認められない。419 条の責任は、地上権の存続および内容にとって重要なものではない。なぜなら、419 条は地上権の性質を変えるものではなく、地上権の財産価値を直接に損なうものではない。……もっとも、419 条の責任を負われ、責任の解消を求める売買契約の買主は、BGB 242 条〔信義則・筆者注〕に基づき、行為基礎の動揺または喪失の視点のもとで顧慮されうる」。

本件において、錯誤の対象は BGB 旧 419 条であった。この条文によれば、契約によって他人（元債務者）の全財産を取得した者（取得者）がいるときは、債権者は元債務者の責任の継続を妨げることなくして、取得者に対し契約締結当時にすでに成立していた請求権を実行することができる²¹⁰。この規定は、「債権者は、債務者に与えられた信用の自然的基礎を為す財産が残存するところにおいてこそ其の満足を求めることを得るとする思想から出るもの」であると理解されている²¹¹。本件においては、旧 419 条の存在を知らず、Y（元債務者）のほぼ全財産を取得した者 X は、元債務者と債権者との債権債務関係に参加することを余儀なくされた。ここでは、物（甲土地）の性質の錯誤を理由にして債務引受けの効果を取消することができるか否かが問題となる。連邦最高裁判所は、地上権の有用性お

²¹⁰ この規定は、倒産法施行法 33 条 16 号に従って 1991 年 1 月 1 日に失効した。

²¹¹ 柚木馨『現代外国法典叢書・独逸民法〔II〕債権法（7）』（有斐閣、1939 年）319 頁。

よび価値に影響を与えるすべての事実的ないし法的関係が地上権の性質に含まれることを認めつつ、419 条による責任が地上権の財産価値を**直接**に損なわないとの理由で取引上本質的な性質の錯誤の存在を否定し、性質の錯誤の救済範囲を制限した。

本件の判断基準以外に、下記二点について特筆する必要があると考える。第一に、性質の錯誤と行為基礎の喪失との関係について、性質の錯誤が否定されても、行為基礎の喪失に基づく救済の可能性は失われないことが明確にされている。第二に、X が Y のほぼ全財産である甲土地の地上権を取得することによって BGB 旧 419 条の適用が発動され、その結果、地上権取得契約のうえに「Y の債務を引き受ける」という法律効果が結びつくこととなった点では、本件錯誤は法律効果の錯誤と解されうる²¹²。このように解すれば、本件において取引上本質的な性質の錯誤の成否が判断される場合に錯誤が「財産価値を**直接**に損なう」かが考慮要素とされていたことを説明しやすくなる。つまり、本節第 1 款の 3 において紹介したように、法律効果の錯誤に関するリーディングケースにおいては、法律によって付加された法律効果が法律行為の主たる効果あるいは直接の効果といえるか否かが、法律効果の錯誤が救済されるか否かの判断基準の一つとされているのである。

第 3 項 若干の分析

以上、法律の錯誤が物の性質の錯誤として扱われた四つの裁判例を概観してきたが、以下のような傾向が看取される。

裁判所は、物の「法的性質」の錯誤を肯定しようとするとき、もっぱら性質の錯誤が物の価値評価に与えた影響を強調し（〔D1〕〔D3〕判決）、ときにはサヴィニーの異種物論を前面に出すこともある（〔D2〕終審判決）。それに対し、裁判所は、物の法的性質の錯誤を否定しようとするときには、性質が相手方にとって認識可能ではないこと（〔D2〕原審判決）や性質が物の価値評価に直接に影響していないこと（〔D4〕判決）など多様な否定理由を用いている²¹³。このように、BGB 119 条 2 項の判断基準は、極めて不安定なものである。

また、これらの裁判例において法律の錯誤が特別視されているかについては、判決の文言をみる限り、特別視されていないようである。というのも、物の法的性質の錯誤を判断

²¹² Neuffer, Die Anfechtung der Willenserklärung wegen Rechtsfolgeirrtum, Diss. Freiburg 1991, S. 44. また、本件は、法律効果の錯誤を処理する後の裁判例において、先例として引用されることがある（下記〔D31〕判決）。

²¹³ 相手方の認識可能性と影響の直接性の欠如のほか、性質が「現在性 Gegenwärtigkeit」に欠けることを理由にしてある法的性質が取引上本質的な性質にあたらないと判断する裁判例もある（RG 10. 2. 1926, RGZ 112, 136）。

する際に用いられた基準は、法律の錯誤か事実の錯誤かとは無関係に設定されているからである。もっとも、〔D4〕判決の事案のような、錯誤が性質の錯誤に該当すると同時に法律効果の錯誤にも該当する競合の場合には、法律効果の錯誤の判断基準（直接性）が性質の錯誤のそれに混在している可能性があることは否定できないが、判決に明言されていないゆえその傾向は推測でしかない。しかし、以下で紹介する行為基礎の喪失の場合には、その傾向が鮮明に現れている。

第3款 行為基礎の喪失と法律の錯誤（BGB 242条、現 BGB 313条）

本稿は、行為基礎の喪失全般についての学説および裁判例を詳細に検討することを目的としておらず、これに関しては先行研究に譲ることにしたい²¹⁴。本款では、主に法律の錯誤との関係において、まず行為基礎の喪失に関する一般論を簡単に紹介する（第1項）。そのうえで、行為基礎の喪失に該当するとされた法律の錯誤の事件において如何なる判断基準が用いられたかを概観し（第2項）、そして、これらの判断において、事案が法律の錯誤に関わるものであるゆえに普通とは異なる基準や判断結果が現れているかを確認する（第3項）。

第1項 行為基礎の喪失に関する一般論

契約が締結されるときに、契約の基礎となった事情の存続または将来における当該事情の出現について、両当事者が共通の観念を有していた場合、あるいは一方当事者が有していた観念を行為の相手方が認識しかつ異議を唱えなかった場合、この観念（*Vorstellung*）のことを行為基礎と呼ぶ²¹⁵。行為の基礎は、意思表示の内容そのものではないため、意思と

²¹⁴ ドイツの行為基礎論に関しては、邦文文献が浩瀚なるものであり、重要論文としては、五十嵐清『契約と事情変更』（有斐閣、1969年）88頁以下、橋本恭宏「ドイツにおける行為基礎論の再検討序説（1）—その適用範囲についての手がかりとして—」法学論集3号（1980年）、鹿野菜穂子「『動機錯誤』の効果に関する一考察—ドイツの判例・学説を手がかりに—」九大法学62号（1992年）126頁以下、岡林伸幸「契約解釈と行為基礎（1）（2・完）」同志社法学42巻5、6号（1993年、1994年）、大中有信「動機錯誤と等価性（1）（2・完）」法学論叢139巻5号（1996年）49頁以下第141巻5号（1997年）100頁以下、そして近時は、中谷崇「双方錯誤の歴史的考察（1）（2）（3）（4・完）」横浜国際経済法学17巻1号（2008年）119頁以下、同巻2号149頁以下、同巻3号243頁以下、18巻1号（2009年）85頁以下などが挙げられる。

²¹⁵ BGHZ 25, 392; BGHZ 40, 355; BGHZ 121, 378. この定義は判例において繰り返して述べられており、すで

表示との不一致を扱う BGB 119 条がそれに適用されることはないが、それが現実の状況と一致しない場合はどう処理するか。このことは、民法典編纂時にはほとんど考えられていなかったが、エルトマンの整理提唱によって問題として蘇えった。その後、信義則 (BGB 242 条) の適用例として位置づけられ、債務法改正以後は BGB 313 条という単独の条文となったことは周知のとおりである²¹⁶。

BGB 313 条は、以下のように規定している。契約の基礎たる事情が契約締結後に著しく変更し、しかも当事者が当該変更を知っていたならば契約を締結しなかったか、または異なる内容で契約を締結したであろう場合には、事案の諸事情、とりわけ契約上のリスクの配分に鑑みて、契約どおりに履行することが一方当事者に期待されえないときに、当該当事者は契約の適合 (Anpassung) を請求することができる (313 条 1 項)。また、契約の基礎たる本質的な観念を誤ったことが明らかな場合には、上記事情の変更と同様である (313 条 2 項)。契約の適合が不可能な場合には、不利益を被った当事者は契約の解除を主張することができる (313 条 3 項) とされる。1 項と 2 項はそれぞれ、ラーレンツの説くところの客観的行為基礎 (事情変更) と主観的行為基礎にほぼ対応しているといわれている²¹⁷。

とりわけ、313 条 2 項の主観的行為基礎の喪失が問題となった場合には、主に、イ) 両当事者が共通して誤った観念を有していたか、または当該観念が相手方において認識可能であったか (錯誤の共通性または認識可能性)、ロ) 当事者がその誤りを知っていたならば同内容の契約を締結しなかったであろうほどその行為基礎の喪失が重大であったか (錯誤の重大性)、そして、ハ) 契約どおりの履行が期待されうるか (契約履行の期待可能性)、が判断されることになる²¹⁸。ところで、法律または法的状況に関する認識が行為基礎となった場合にも、上記要件が満たされれば、行為基礎の喪失に基づく救済が与えられるのであろうか。結論を先取りするが、判例はそれを認めていると一応はいうことができるが (RGZ 108, 105、下記 [D6] 判決)、行為基礎の喪失にも法律効果の錯誤にも該当する競合の事案においては、上記要件以外の他の要件が要求される (下記 [D11] [D12] [D13] 判決)。以下では、行為基礎の問題として処理された法律の錯誤の裁判例を紹介する。

に定着しているいえる。

²¹⁶ エルトマン以降の行為基礎論の沿革史および債務法改正における議論については、詳しくは、中谷・前掲 18 巻第 1 号 (2009 年) 第 85 頁以下参照。

²¹⁷ Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-DS 14/6040, 2001, S. 176.

²¹⁸ Medicus, Bürgerliches Recht, 14. Aufl., Köln 1989, Rn. 165.

第2項 裁判例の紹介と若干の分析

判例は、上述のように、行為基礎の喪失を認めるには法律の錯誤でも差し支えないとしているのに、なぜ裁判例を分析する必要があるのか。ここでは、その理由を述べ、分析の視点を設定する。

上記三要件のうち、相手方の主観的状态（イ）は事実のテストであるのに対し、錯誤の重大性（ロ）と契約履行の期待可能性（ハ）は、裁判官の規範的判断を含む極めて不明確な要件である。それらの要件のもとで、かなり異質な問題が扱われていることが指摘されている²¹⁹。それゆえ、行為基礎の喪失の場合、法律の錯誤が本当に事実の錯誤と同一基準で判断されているかについて、事案に即した実質的基準を慎重に検討する必要があると考える。以下では、事案に即した実質的基準に重きを置き、それを分析の視点にする。

なお、ドイツ法における行為基礎の喪失の事案は膨大であり、法律の錯誤といっても千差万別である。次章における日本法との比較法研究の便宜を図り、本項では、二種類の事例群を取り上げて論じることにする。一つは、信義則（BGB 242 条）に基づき処理される行為基礎の喪失法理の最初の適用領域である法律関係の再調整（*Neuregelung eines Rechtsverhältnisses*）の事例群、もう一つは、租税法上の効果に関する双方の錯誤の事例群である。前者は単純な行為基礎の喪失であり、後者は行為基礎の喪失と法律効果の錯誤との競合事例といえることができる。以下の検討からわかるように、両者は、事案構造と判断基準において大いに異なる。

1、単純な行為基礎の喪失——肯定例を中心にして

下記〔D5〕判決に代表されるこの事例群は、以下の点で特徴的である。すなわち、表意者は、法的に相手方に対する給付義務がないにもかかわらず、あると誤信しそれを承認したり代替給付を約定した。また逆に、法的には権利があるにもかかわらず、それがないと誤信し一定の法律行為によってそれを放棄した。これらの場合は、承認契約なり和解契約なり辞職など新たな法律行為を伴うことが多いため、「法律関係の再調整」と呼ばれる²²⁰。以下では、行為基礎の喪失の問題を信義則によって解決した最初のライヒ裁判所判決からみよう。

²¹⁹ Ulrich Huber, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, Bundesminister der Justiz (hrsg.)1981, S. 748.

²²⁰ Schmiedel, Der allseitige Irrtum bei der Neuregelung eines Rechtsverhältnisses, Festschrift von Caemmerer (1978), S. 231ff.

(1) 裁判例の紹介

〔D5〕 RG 3. 3. 1924, RGZ 108, 105 (遺産分割契約事件)

【事実】原告 X と被告 Y は兄弟であり、両親の遺言に基づいてそれぞれ甲土地と乙土地を相続したが、遺言書の補遺において、X が相続した甲土地上の家屋内の店舗を Y が花屋営業のために使用し、かつ一定の金額を支払う「負担」が記載されていた。そこで XY は 1920 年 1 月 5 日の遺産分割協議に際し、遺言に記載されている内容に基づいて、Y が甲土地上の家屋内の店を従物とともに 1941 年 4 月 1 日まで年 1000 マルクの賃料で賃借する「権利および義務」を有することを「承認」し、それにしたがって、同日に甲土地の占有も移転した。翌日、X は、遺言書の補遺には、甲土地上の店を賃借する Y の義務のみが記載されているのであって、自分にはそれを賃貸する義務がないにもかかわらず、それがあると誤信して「承認」したことに気づき、Y に対して錯誤に基づく取消しないし不当利得返還請求を求めた。原審は、「本件問題は承認の内容ではなく、それが事実と一致するかの問題である」とし、動機の錯誤として退けたが、X の「承認」は、それを裏付ける義務がないにもかかわらずなされたものであるから法律上の原因なきものとして不当利得返還請求を認めた。Y は上告した。

【判旨】ライヒ裁判所は、X の錯誤を動機の錯誤として退け、また不当利得返還請求も認めなかったが、以下のように、行為基礎の喪失から本件「承認」は X を拘束しないとし、原審判決を是認した。

「本件は、X が店舗を賃貸する義務について錯誤したのみならず、Y も同一の錯誤に陥ったという点において特殊である。すなわち、両当事者によって締結された承認契約の客観的基礎について、X 側の単なる一方的錯誤ではなく、当事者双方にわたる錯誤が存在したのである。X がこのような状況のもとでなした承認を有効にさせる必要はない (vgl. v. Tuhr, Irrtum über die Grundlage des Vertrags, Leipzig. 1921 Sp. 153/159, und Oertmann, Geschäftsgrundlage, S. 50ff, S. 125 u. S. 156ff.)。Y が X をその承認に拘束しようとするならば、本件事実のもとでは Y は信義則に違反し、X は民法典が黙示的に求めている一般悪意の抗弁を与えられるであろう。一般悪意抗弁が与えられるには、……本件 Y のような一方当事者が、自己の権利を追求または防御することによって、自分がかつてとった態度と信義則上一致しない態度をとったことで十分である」。

本件において、原告 X は、自ら相続した土地の店舗を被告 Y に賃貸する義務がないにもかかわらず、それがあると信じて承認した。承認の際に、X は「自分にそのような義務があることを承認する」という意思表示の意味内容を自覚していたため、内容の錯誤との関連づけで BGB 119 条に基づく救済を与えることは難しい。それゆえ、本件裁判所は、動機の錯誤の存在を認めつつ、それが当事者双方に共通していたことに着眼し、行為基礎の喪失

に属するものとして解決を図った。本件は、信義則（BGB 242 条）に依拠した最初のライヒ裁判所判例として画期的なものであると評価されている。

ところで、義務の有無は一種の法的状況であり、法的状況の判断における双方の錯誤についても行為基礎の喪失が認められる点に注目したい。本判決文には、「法律の錯誤 *Rechtsirrtum*」という用語は使用されていないが、この用語を使用する後の裁判例（BGHZ 25, 390、下記 D7 判決）において、本判決は法律の錯誤でも行為基礎の喪失になりうることを認める判例として引用されることから、この意味において本判決は先例的意義を持つといえよう。

〔D6〕 RG 22. 11. 1929, RGZ 126, 243（終身公務員横領退職事件）

【事実】原告 X は被告 Y（市自治体）の終身公務員であり、1925 年に業務上の横領を摘発されたため、同年 4 月 25 日に市官署に対し、同年 5 月 1 日に退職するとともに給料、年金、遺族恩給、一時退職金など諸請求権を放棄すると申し出た。しかし、X は終身公務員であるがゆえ、懲戒手続きでしか解雇しえない。それにもかかわらず、X は、自分が市自治体が一方的解雇をなしうる公務員であると誤信して退職を申し出たのである。その後、この錯誤を知った X は、この錯誤は当事者双方の錯誤であるため、退職申出の基礎に問題があつて退職は無効であると主張し、給料等の継続的支給を求めた。原審は、本件錯誤は動機の錯誤であること、また、本件錯誤は公法に係わっていることを理由にして X の主張を退けた。X は上告した。

【判旨】ライヒ裁判所は上記 1924 年判決（上記〔D5〕判決）を引用し、以下のように判示して原判決を破棄し、本件を原審に差し戻した。まず、動機の錯誤について、「退職の客観的基礎について、双方の錯誤のもとでなされた X の退職申出に Y が固執することは信義則違反と評される」とした。また、錯誤が公法に係わっている点について、「信義則は、本法廷が繰り返して述べているように、民法と同様に公法にも妥当する。民法の法律関係に関しては、本法廷はすでに RGZ 108, 105（上記〔D5〕判決）に基づき、契約の両当事者が誤った前提から契約を締結した場合には、錯誤取消しに解決を求める必要がなく、むしろ BGB 242 条を法的判断に用いればよいと判断した（*Urteil v. 2. 11. 1926 III 2/26, abgedr. Gruchot 69, 216*）。もっとも、公務員の退職は、たとえそれが特別な申請によってなされたとしても、契約ではない。しかし、それが公務員側からの退職申請と公法機関からの解任の意思表示からなっているところをみると、少なくとも双方向的行政行為であろう。このような公法関係にも、BGB 242 条に含まれる法思想を準用することには法的には何の懸念もないであろう」とした。

本件では、原告 X は、懲戒手続きのみで解雇されうる終身公務員であるにもかかわらず、地方自治体から一方的に解雇されうるものと勘違いをして退職を申し出た。本件事案は、

両当事者とも法的状況を誤り、それに基づいてなす必要のない新たな契約またはその他の双方行為を行った点で、上記〔D5〕判決と同様の事案構造を有する。このような事案について、法律の錯誤でも行為基礎の喪失にあたる限り、信義則を適用して問題を解決した〔D5〕判決が踏襲されることはいうまでもないが、本判決は、行為基礎の喪失における信義則の適用が契約のみならず、双方の公法行為にも妥当し、その領域内において私法と公法とを区別しないと明言した。これにより、〔D5〕の判例法理の適用範囲がさらに拡大したといえる。この拡大した部分を含めて、〔D5〕の判例法理は後の連邦最高裁判所において確定することになる。

〔D7〕 BGH 23. 10. 1957, BGHZ 25, 390（通貨切替法解釈変更事件）

【事実】1940年10月2日に、原告Xの土地が被告Yに（ライヒ官署）に収用されたが、戦争のため1951年まで補償金についての話し合いはなされていなかった。1951年から再交渉が始まり、1953年3月16日にYからXに清算書が送付された。補償債権額は31367.22ライヒマルクであったが、当時の通貨切替法（Umstellungsgesetz）16条に従って10:1の切替率で換算され、YはXに対して3136.72ドイツマルクを支払えば済むことになった。そして同年4月17日に、XYはこの額を基にして、さらに利息が4%付けられることで合意し、区裁判所のもとで公正証書を作成した。しかしその後、同年11月16日には、公用徴収による補償債権は通貨切替法16条に規定される10:1の切替率に服せず、給料、賃料等債権のように1:1の切替率で換算されるべきであるとした連邦最高裁判所判例が出た（BGHZ 11, 156）。そこで、Xは、この判例を援用し、3136.72ドイツマルクという補償債権額には行為基礎が欠けていたと主張し、差額を請求した。Xは一審で敗訴したが原審では勝訴したので、Yは上告した。

【判旨】連邦最高裁判所は以下のように述べ、原審を維持した。「双方の法律の錯誤がなければ、契約が締結されたであろう場合には、契約締結の際における法的状況についての双方錯誤でも行為基礎の喪失になりうることは、原審裁判所が詳細に述べたとおり、最高裁判例が認めているところである（RGZ 108, 105ff〔上記〔D5〕判決・筆者注〕；122, 200, 203; BGH Urteil vom 15. November 1951, IV ZR 15/51, LM BGB §242(Bd.) Nr. 1)。一方当事者が、真の法的状況と矛盾した契約から与えられる利益を自己のために保持しようとするならば、一般的には信義則に違反する。とりわけ、一方当事者が、錯誤のある契約から不利益を被った他方当事者に、誤った法的判断を正しいものと思わせた場合は、たとえそれが善意によるものであっても、そうである。Yは、契約締結当時の判例を指摘することでXにそう思わせたのである」とし、また、土地収用による補償債権額の換算率に関する判例変更がなされる前に、補償契約がすでに履行されたことについて、「1953年11月16日の大法廷判例が判示したとおり、補償債権額がすでに支払われたこと（支払日が1953年4月30日と定められているため、認

定されてはいないが、支払いはずでに完了したであろうと推測される）は結論に影響しない。行為の履行がなされた後に生じた行為基礎の喪失は顧慮されないという**例外なく**適用される原則は存在しない（BGH 14. 7. 1953, NJW 1953, 1985 および Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung* 2. Aufl. S. 136）」とした。

本件では、両当事者は、通貨切替法に関する当時の判例に基づき、10:1 の切替率で土地収用による補償債権額を確定したが、その後、判例が変更され、土地収用による補償債権額は 10:1 ではなく、1:1 で換算されるべきだとされるようになった。それゆえ、従前の契約が行為基礎を欠くと X は主張したのである。本件は、前述した〔D5〕〔D6〕判決とは異なり、すなわち、行為基礎にそもそも問題があつて、ただ当事者がそれに気付かなかつたのではなく、行為基礎が事後的に脱落した、いわゆる客観的行為基礎の喪失の事案である。

事後的に変更された場合でも、〔D5〕の判例法理が依然として適用されると本件判決は明らかにした。それでは、法律が事後的に変更された場合はどうか。次の判決をみよう。

〔D8〕 OLG München 8. 3. 1984, BB 1984, 629（価格表示令違憲事件）

【事実】原告 X と被告 Y との間に、違約罰の付された不作為契約が締結された。すなわち、Y は X に対して価格の申し出をするときに、最終価格を明示せず一定の価格を提示することはしないという不作為義務を負い、それを違反する都度、X に対して 3000 マルクを払わなければならなかった。この不作為契約は、実際、当時の価格表示令（Preisangabenverordnung）に規定されるのと同内容の不作為義務の遵守を保証するために締結されたものである。ところが、1983 年 11 月 8 日に、上記価格表示令は憲法に違反したものとして無効であるとされた（BverfG WRP 1984, 128 = NJW 1984, 861）。そこで、Y は、価格表示令が無効であることを知っていたならば、本件不作為契約を締結しなかったと主張し、行為基礎の喪失による不作為契約の無効を主張した。

【判旨】ミュンヘン地方高等裁判所は以下のように述べ、Y の主張を容認した。「本件契約はその締結において行為基礎を欠いていた。……両当事者にとっては価格表示令の有効性が契約締結の出発点であった。X は警告書においてそれに触れたし、Y はまさに価格表示令を遵守するために不作為の意思表示をしたのである。価格表示令の有効性は、契約の内容そのものまでに高められていないが、契約の締結にとって決定的な動機であった。……したがって、Y に対して、本不作為義務の意思表示を遵守することを要求することはもはやできない。Y は、この不作為義務が法律によって規定されているから、これを負うと表示するに至ったからである。Y をその意思表示に拘束し、その営業行為を制限しようとすることは、判例の趣旨から望ましくないし、Y にとって過酷（untragbar）である」。

本件は、不作為契約の基礎となっていた法律が憲法違反のゆえに無効と宣告された事案である。このような場合にも、行為基礎の喪失による救済が妨げられないと本件判決は明確に述べている。

また、判断基準について、前掲裁判例と対比してみると、〔D5〕〔D6〕〔D7〕判決では、当事者における契約履行の期待可能性についての議論がほとんどみられないのに対し、本件〔D8〕判決では、イ）錯誤が両当事者に共通していたことと、ロ）不作為義務を規定する法律を実現するために不作為契約が締結された（当該法律がなかったならば不作為契約を締結しなかったであろう）こと以外に、ハ）当事者を契約に拘束することが過酷であることも挙げられ、その理由は「判例の趣旨から望ましくない」ことにあるとされた。これは、当事者に救済を与えるほうが、価格表示令を憲法違反とし当事者を不作為義務から解放しようとする憲法裁判所判例の趣旨に適合するということであろう。

本件判決は下級審判決ではあるが、以下の判決において引用されている。

〔D9〕 OGL Düsseldorf 5. 10. 1989, DB 1990, 39（売上税誤算入事件）

【事実】原告 X は顧問として被告 Y に雇われ、Y から一定額の謝礼を「付加価値税含めて」受け取ることとなり、謝礼の支給も履行されている。しかしその後、本件謝礼には実際付加価値税（本件では売上税）が課されないことが分かった Y は契約どおりの継続的履行を拒み、X の履行請求に対して、行為基礎の喪失に基づく契約の適合を請求し、誤って支給した税金額の返還を求めた。

【判旨】デュッセルドルフ地方裁判所は以下のように判示して Y の請求を容認した。「一定の租税状況が法律行為の内容にとって決定的であることが明白に認識されうる場合には、法律行為の租税法上の効果も行為基礎になる。本件当事者は「付加価値税を含めて」謝礼を支給することを決めたため、売上税に関する彼らの——しかし真実から外れた——認識は決定的であることが認定されよう。かかる認識がなければ、契約は Y が売上税を払うと規定しなかったであろう。この限りでは、当事者における売上税に関する認識は契約の基礎であった。……X が謝礼の一部として受領すべきではない付加価値税の税額の重大さに鑑みれば、Y をもとの契約内容に拘束することは信義則上期待されえない。……したがって、1984 年 11 月 16 日に締結された本件契約は、その一部において行為基礎を欠くものとして、実際の租税状況に適合させるべきである。すなわち、すでに履行された売上税の金額に対する払戻請求権を Y に付与する（vgl. OLG München, BB 1984 S. 629, 630）」。

本件では、表意者 Y は本来課税されない報酬を課税対象と勘違いし、売上税額を加算した金額を相手方に支弁したが、その払戻請求が認められた。事案構造において、法的には自分に帰属すべき利益を他人に譲渡した点で上記〔D8〕判決と類似し、判決文においても

〔D8〕判決が引用されていることからみるとそれと同系列の裁判例といえる。

また、本件契約書には、「付加価値税を含めて」謝礼を支給すると明記されていたが、裁判所は内容の錯誤ではなく、行為基礎の喪失に問題解決を求めた。その理由は、(1) 代金額が如何に構成されているかはあくまで動機であり、効果意思そのものではないこと、(2) 内容の錯誤でいくと、契約全体の取消しという不都合な結果が生じかねないことにあろう。動機の明記は直ちに内容の錯誤を導かないとはいえ、それが、税に関する認識が本件契約にとって「決定的」な基礎であることを根拠づけるファクターとなり、間接的には因果関係および履行の期待可能性の判断に影響してくる。

なお、公課公租に関する錯誤の事案としては、本件は数少ない肯定例の一つであるが、あくまで下級審判決である。連邦最高裁判所の肯定例には、次のようなものがある。

〔D10〕BGH 15. 11. 2000, NJW 2001, 1204 (財産返還調整負担金不要事件)

【事実】原告 X の土地がドイツ民主共和国政府に没収され、その上に療養施設が建てられたが、1990 年に、再統一によりドイツ連邦共和国の財産となった。ところで、同年 9 月 23 日に公布された財産法 (Vermögensgesetz) 1 条、6 条によれば、元の所有者 X は、地上施設の価値を調整負担金 (Wertausgleich) として国に還付することにより、国に対して財産返還請求権 (Rückübertragungsanspruch) を持つ。国側からは、国が本件土地を第三者 A に売却することによって得られる代金 1851500 マルク (代金 1610000 + 税率 15% の付加価値税 241500) の中から、X が 754000 マルク、国が調整負担金 856000 マルクおよび付加価値税 241500 マルクを取得することが提案されたが、X はそれを拒否し、1993 年 12 月 1 日に本件土地の財産返還請求権を 780000 マルクの価格で被告 Y に譲渡した。その後、Y が国に対し、850000 マルクを弁済し財産返還請求権を行使すると申し出たところ、本件土地について実は国に調整負担金請求権がなく、Y は 850000 マルクを払わなくても本件土地を得られることが判明した。これを知った X は、本件財産返還請求権の譲渡額が 780000 マルクにとどまった理由は、Y が財産返還請求権を行使するときに国に対して 850000 マルクの負担調整金を払う必要があることを両当事者が誤って認識したからであると主張し、行為基礎の喪失による本件財産返還請求権譲渡契約の適合 (代金調整) を請求した。それに対し、Y は、譲渡契約書第 5 条に、返還が不許可とされるリスクを Y が負担するとの記載を援用し、返還されないリスクを Y が引き受けた以上、安く返還してもらえる利益も Y に帰属すべきであると抗弁した。

【判旨】連邦最高裁判所は、本件リスクについて以下のように述べ、X の請求を是認した。すなわち、「契約書第 5 条のリスク条項は、ここで認定しようとした行為基礎と矛盾しない。なぜなら、本件契約額がただ 780000 マルクであったことを考えれば、本件調整負担金はリスクであるとは全くいえない。条項の文言からもわかるように、この規定は、国が自らの提案と異なる本件契約に参加しな

い場合を考慮して設けられたものである。これによって、買主としての Y は、財産返還請求権を行使するにあたって、本件土地の処分権を持つ国がそれを他人に譲渡するというリスクを負担するのである。それに対し、本件調整負担金については、両当事者当時の視点からみて、それはある一定額であった（850000 マルク・訳者注）。したがって、Y において交渉力を発揮し本件調整負担金額を低減ないし免除を図る可能性が当事者間の契約によって Y に付与されてはいない」とした。その上で、連邦最高裁判所は、Y が財産返還請求権を行使するときに 850000 マルクの調整負担金を払わなければならないことが財産返還請求権の譲渡の基礎となっていることを認め、「1993 年 12 月 1 日契約のままに履行することは信義則からみて X に期待できない」と判断し代金の増額を命じた。

本件は、売買契約の売主が買主に課されるであろうと思った負担調整金を契約代金から差し引いたが、結局はその負担調整金を買主に課されなかったものである。この場合には、契約書において、契約実現不可能——返還が不許可——のリスクを買主が負担するとのリスク条項が明記されたにもかかわらず、裁判所は、契約がより容易に実現できる——調整負担金が課されない——利益を買主に当然に帰属させるべきではなく、リスク条項があったからといって、買主が棚ぼたの利益に甘えることは信義則に反すると判断した。

また、判断基準としては、イ）錯誤が両当事者に共通していたこと、ロ）錯誤と契約の締結に因果関係があったこと、そしてハ）契約どおりの履行が信義則上期待されえないことが挙げられたが、その中には、ハ）がロ）の当然の結果であると述べられている。

（2）若干の分析

以上、行為基礎の問題として扱われた法律の錯誤における肯定例を概観した。以下の分析結果を得られよう。

第一に、〔D5〕判決からわかるとおり、法的に給付義務がないにもかかわらず、あると誤信しそれを承認する場合が、歴史的には行為基礎喪失法理の出発点である。〔D5〕判決のほか、〔D8〕〔D9〕判決の事案もこれに属する。逆に、法的に権利があるにもかかわらず、それがないと誤信し一定の法律行為によってそれを放棄する場合に属するものは、〔D6〕〔D7〕〔D10〕判決の事案である。存在しない義務の履行と存在すべき権利の放棄とは区別されず、同一の基準に服している。すなわち、イ）錯誤が両当事者において共通していた、または相手方において認識可能であったこと、ロ）錯誤がなかったならば、同内容の契約を締結しなかったであろうこと、そして、ハ）契約から不利益を被った当事者に契約どおりの履行を強要することが信義則に即せば期待不可能であること、の三点の要件が満たされる限り、法律の錯誤でも行為基礎の喪失として救済される。三要件のうち、イ）が最も重要な

基準であり、すべての事案において強調されている。また、イ) が満たされれば、直ちにロ) とハ) が認定される傾向がある。

第二に、これらの場合において、錯誤は、事実の誤解から惹起される法律状態の錯誤かそれとも単純な法律の錯誤かを問わない。例えば、〔D5〕判例における相続財産の賃貸義務に関する錯誤は、契約書の読み間違いに起因したのに対し、〔D7〕判決における補償債権額の換算率に関する錯誤は、法律そのものへの誤解に起因したが、〔D7〕判決において〔D5〕判決が引用されるように、両者は区別されていない。

第三に、行為基礎の喪失が認められる場合は、行為基礎が私法のみならず、公法に係わっている場合でも救済は妨げられない（〔D6〕判決は刑法、〔D9〕判決は租税法）。とくに、〔D6〕判決において、契約ではない双務的行政行為にも行為基礎喪失の法理が適用されることが明言されている。

第四に、法律関係の再調整の場合は、行為基礎が契約時にはすでに脱落していたか、契約締結後にはじめて脱落したかを問わない。〔D8〕判決におけるように、たとえ後発的な判例変更の場合にしても、行為基礎の喪失が認められる限り、すでに履行された給付について遡及的に契約適合による返還請求が許される（BGHZ 58, 355）。

ひと言でまとめると、法律の錯誤が行為基礎の喪失にあたる場合、事実の錯誤と同様に判断され、行為の基礎となった法律が私法か公法かは関係ない。

2、行為基礎の喪失と法律効果の錯誤との競合——税金の錯誤を中心にして

ところで、上記 1（単純な行為基礎の喪失——肯定例を中心として）の分析から、行為基礎の喪失の場合は法律の錯誤でも事実の錯誤と同様に判断されるという「一応」の結論が導かれた。なぜ「一応」の結論かという、税金の錯誤に代表される、行為基礎の喪失と法律効果の錯誤との競合例をみると、要件を厳格に適用したり別の基準を立てたりすることによって救済を拒否する事案が数多く存在するからである。以下では、それがどのようなものかをみよう。

(1) 裁判例の紹介

〔D11〕 RG 19. 6. 1888, RGZ 21, 178

【事実】1887 年 7 月 8 日およびその翌日に、酒精製造工場である原告 X は蒸留酒製造所の持ち主である被告 Y との間に、Y から 19 タンクの甜菜製酒精を購入する旨の売買契約を締結した。契約当時、酒精は非課税であったが、ちょうど酒税をめぐる議会審議がなされる最中であった。その審議では酒

精に酒税が課されることになったが、その法律は翌年の4月1日に発効を予定していた。しかし、契約締結の直後、議会の専門委員会報告が発表され、それを契機に法律の発効日が翌年の4月1日から同年の10月1日に繰り上げられた。その結果、本件契約の目的物である甜菜製酒精に商品価格よりも高い税金が売主Yに課されることになり、Xの引渡し請求に対して、Yは *clausula rebus sic stantibus* による契約の取消しを主張した。

【判旨】訴訟地のブラウンシュヴァイクは、当時、プロイセン一般ラント法の適用地域ではなかったため、ライヒ裁判所は普通法に従って判断を下し、次のようにYの主張を棄却した。「契約を取り消すには以下のことを要すると判じた控訴審判決は当を得ている。すなわち、一方当事者を拘束する契約意思を制限する要因が契約時において他方当事者に認識されうるかたちで明示されなければならない。さもなければ、契約の内容は制限されず、*clausula rebus sic stantibus* に従わない」。

clausula rebus sic stantibus とは、すべての契約には、その基礎となった事情が変わらない限り、その効力を存続するという条項が黙示的に存在する、というカノン法上の法思想である。それに従うと、契約の基礎となった事情が変更し、当初の契約どおりに当事者を拘束することが望ましくない場合には、契約は効力を失うことになる²²¹。

本件税額の高さに鑑みれば、酒精が非課税であることが契約の基礎たる事情にあたり、本件において *clausula rebus sic stantibus* の適用がありそうであるが、ライヒ裁判所は、締約時における動機の明示および相手方の認識という新たな基準を提示し、*clausula rebus sic stantibus* の適用を制限した。類似の基準は、税金に関する戦後の裁判例にも用いられた。

〔D12〕 BGH 2.2. 1951, NJW 1951, 517

【事実】原告Xは自己所有の土地を被告Yに売却した後、ふたたびYとの間で、当該土地についてXが買戻権を持つ旨の買戻契約を締結した。その後、Xが買戻権を行使し、Yに対して土地の登記移転と引渡しを請求したが、Yは、買戻権が行使される場合に自分がふたたび売主として譲渡所得税を納付しなくてはならないことを知らなかつたとして、買戻契約は基礎を欠いたため無効であると抗弁した。

【判旨】連邦最高裁判所は、以下のように判示してYの抗弁を退けた。「買戻契約の有効性に対して、Yは、現在の租税立法のもとでは買戻代金の一部に所得税が課されることを知らなかつたことをもって行為基礎の喪失を援用することはできない。なぜなら、一方当事者における契約の租税法上の

²²¹ *clausula rebus sic stantibus* の思想は事情変更の原則の起源であるといわれている。それについて、詳しくは、勝本正晃『民法に於ける事情変更の原則』（有斐閣書房、1926年）60頁以下、五十嵐清『契約と事情変更』（有斐閣、1969年）74頁以下参照。

効果に関する誤った認識は、契約の基礎にはならないからである。もっとも、契約締結前または契約時において契約当事者が当該租税法上の効果を一定の方式で明示的に討議（*ausdrücklich erörtert*）したことがある場合は別であろう」。

本判決の時代には、行為基礎の喪失の法理がすでに確立していた。上記〔D5〕および〔D6〕判決にみられるように、ある事実に関する誤った認識が行為基礎たることは、当該誤った認識を当事者双方が有していたこと、事実を誤っていなければ同内容の契約を当事者が締結しなかったこと、および、契約どおりの履行に相手方が固執することが信義則に違反することに求められ、動機の明示は要求されていない²²²。しかし、本件裁判所は、契約の租税法上の効果について、両当事者が「明示的に討議したこと」はない限り、それに関する認識は行為基礎にならないとの原則を定立した。ただし、なぜ税負担の錯誤が原則として行為基礎にはならないかについては何ら語られていない。それにしても、本件で用いられた厳格な基準が、所得税の錯誤に関するその後の裁判例においても踏襲されていた（OLG Hamburg MDR 1955, 226、BGH NJW 1967, 1081）。

ところで、70年代に入ると、売上税法の立法改革を契機に、売上税に関する錯誤の事例が急増し²²³、それに関する議論も盛んに展開された²²⁴。事案と議論が蓄積する中、本件で定立された原則が変貌し、今までみられない新しい判断理由が判決文に現れるようになった。

〔D13〕 BGH 4. 4. 1973, WM 1973, 677

【事実】1968年6月22日に、被告Yは原告Xから3250万マルクの値段で週刊誌Nを買い受け、同年7月に代金の支払いを完了した。契約時には、両当事者は、1968年1月に発効した売上税法、とりわけ、売主Xは代金の11%に達する税額を納付しなければならない一方、買主Yはその額を仕入税額として転売代金にかかる売上税から控除することができるゆえに実質的には2900万マルクを払

²²² 例えば、〔D6〕の事案では、汚職が摘発された終身公務員である原告が退職を申し出たときに、自分が市から一方的に解雇されうる普通公務員であるから退職の申し出をせざるを得ないのだという誤った認識について全く話していない。それでも、〔D6〕判決においては行為基礎の喪失が認められた。

²²³ BGH WM 1972, 414; 1973, 677; DB 1978, 786 = JR 1978, 236（下記〔D14〕判決）；KG BB 1982, 944; OLG Nürnberg BB 1995, 1924; BGH NJR-RR, 2000, 1652（下記〔D15〕判決）；BGH NJW 2001, 1464; 2002, 2312.

²²⁴ Peusquens, Der Irrtum über den Steuersatz als Irrtum über die Kalkulationsgrundlage, NJW 1974, 1644; Umsatzsteuer und Zivilrecht bei verdeckten Preisnachlässen, BB 1975, 1367; Stuhmann, Führt die Einschränkung der steuerlichen Abziehbarkeit von Unterhaltszahlungen Geschiedener zum Wegfall der Geschäftsgrundlage?, NJW 1976, 2200; Kapp, Einfluß nicht erwarteter steuerlicher Folgen auf Schenkungen, BB 1979, 1207.

えば済むという租税状況について何も考えていなかった。売上税を納付した X は、売上税法 10 条 1 項によれば、本件における約定代金はつねに正価であり、それに課される売上税は Y がそれを追加して払う義務があると主張し、Y に対し同額の返済、また予備的請求として行為基礎の喪失に基づく代金の適合を請求した。

【判旨】連邦最高裁判所は、売上税法における買主の売上税追加支払義務を否定した後、以下の理由で、行為基礎の喪失に基づく代金の適合も否定した。すなわち、「契約時に、両当事者は新売上税法のことを何も考えておらず、それゆえに税法上の効果に関する誤った認識を黙示的にも契約の基礎にまで高めることができなかったことは明らかである。その点においては、以下の状況が考慮されなければならない。すなわち、当事者双方における認識においては、Y が最終的に費やした 2900 万マルクではなく、3250 万マルクこそ売買目的物と等価である。もっとも、その時に、X が旧売上税法のもとでもいずれにせよ代金額の 4%にあたる売上税を払わなければならなかったし、代金算出の際にもそれを考慮したという事実注目しなければならない。したがって、当事者の認識と比べるとたった 7%〔11%－4%・筆者注〕ほどの差異が、契約への裁判官の関与を信義則の観点から正当化することは、自明のことに、できないであろう」。

事実と判旨からもわかるように、1968 年に施行された新売上税法は、売上税率をもとの 4%から 11%に引き上げた。そこで、新法を知らなかったことにより不利益を被った当事者は、行為基礎の喪失に基づいて売買代金の調整を求めることができるかが問題となる。

本件においては、当事者が新法について何も考えていなかったという事実があり、行為基礎の喪失に基づく救済の要件として、税法上の効果について両当事者が「明示的に討議したこと」を要求する上記〔D12〕判例の基準を援用すれば、本件の X の請求を否定することができたはずである。しかし、本判決は上記〔D12〕判例を援用していない。その代わりに、「税法上の効果に関する誤った認識を黙示的にも契約の基礎にまで高める」ことを要求し、基準として明示から黙示へとハードルを下げた。結局、本件の請求は否定されたが、その理由は、契約の税法上の効果について両当事者が何も考えていなかったこと、および税率の差が 7%にとどまるゆえ信義則の観点から契約どおりの履行が期待不可能ではないことにあるとされた。

それでは、本件でなぜ判断基準が変化したのであろうか。下記〔D14〕判決を手がかりに、その原因を探してみたい。

〔D14〕 BGH 14. 12. 1977, DB 1978, 786

【事実】1968 年に、原告 X はある森林地域の鉱石採掘権を 60 万マルクの値段で被告 Y に譲渡した。

契約書には、代金が払われたとの記載があったが、代金に課される売上税については全く言及されていない。1969年1月31日に、YがXに対して付加価値税勘定書の発行を依頼したのに対して、Xは税額6.6万マルク——代金60万に税率11%をかけた結果——の「追加勘定書」をYに送付した。しかしその後、Xは税務署から6.6万マルクを納付するよう命じられた。そこで、XはYに対し税額の追加払いを請求した。Xは、Yが売上税の最終的負担者であり、Xが鉱石採掘権の譲渡から60万マルクを手取りで得られるように契約が解釈されるべきであると主張した。また、Xは、予備的請求として、行為基礎の喪失に基づく代金額の調整を請求した。

【判旨】連邦最高裁判所は以下のように述べ、Xの代金調整請求を棄却した。「BGB 242条（信義則）による契約の適合がここでは問題にならない。もし売主Xが単に売上税の誤算のゆえ売買代金を誤って見積もったのであれば、法の明確性と安定性の見地からみて、売買代金が買主の視点からは彼が払うべき最終金額であるという原則から離れる理由は不十分であり、付加価値税に対する追加勘定請求というかたちの追加給付は請求されえない」。

本件では、売買代金に課される売上税について両当事者が何も話していなかったため、〔D12〕判決の基準であろうと〔D13〕判決の基準であろうと、行為基礎の喪失に基づく代金額の調整が認められない。ただし、その代金額を調整しえない最終金額とせざる得ない理由が「法の明確性と安定性」にあるとする点で本件判決は興味深い。裁判所がどのような立場から上記理由を持ち出したかを理解するため、本件の背景から説明する必要がある。

上記〔D13〕判決において紹介したとおり、1968年の新売上税法により、税率は4%から11%に引き上げられる一方、税額を実質的に負担した買主には、課税物品を転売する場合に納付すべき売上税から前納した税額を仕入税額（Vorsteuer）として控除できる権利が与えられる。税の観点からすれば、代金額が売上税額の課税標準であり、両者は別個のものであると考えられるが、民法上、売上税額は売買代金に含まれ、不可分の構成部分であるとされる（BGHZ 58, 292）²²⁵。そこで、商品に課される売上税について両当事者が何も考えなかった場合、代金をベースにして算出された売上税額を、税法上の負担者であり、かつ転売時にそれを控除できる買主に負担させるように契約を解釈したり、行為基礎の喪失に基づいて代金額を調整するほうが公平に適うと税法は考えるが、民法はそうは考えていない²²⁶。

²²⁵ JR 1978, 238 (Anmerkung Olzen).

²²⁶ 近時、租税法に関する錯誤の問題を念頭に置き、民法と租税法との緊張関係を論じるものとしては、Hamsch, Die Behandlung des Irrtums im Steuerrecht, Frankfurt 2008, S. 53f.が挙げられる。そこでは、民法の秩序と税法の秩序が必ずしも一致しないとする従来の考え方に対し、両秩序には緊張関係があり、税法がその独自の観点に基づいて民法に発信し影響を与えることができることが強調されている。

なぜなら、すでに一度決められた代金の変動を簡単に認めると、売上税を知らなかったことを理由とする訴訟が多発し、「法の明確性と安定性」を損なうことになりかねないからである。要するに、本件判決で、売主の代金調整請求をあえて否定することは、ただ「法の明確性と安定性」を図るためのやむを得ない措置であり、租税法上の公平を犠牲にしているものである。そして、その租税法上の公平ゆえに、逆に、売上税の錯誤に関する裁判例（上記〔D13〕判決）においては判断の基準がある程度緩和されたのである。

緩和の方向に沿って、商品に売上税が課されないことについて両当事者が一致して認識していた場合において、買主が一応売上税を負担しても、仕入税額控除によってそれを他人に転嫁することができることを実質的判断理由とした代金額の調整を認める裁判例が現れるに至った。肯定例ではあるが、一件紹介することにする。

〔D15〕 BGH 14. 1. 2000, NJW-RR 2000, 1652

【事実】1991年10月4日に、原告Xは、当時、被告Y（国）の名義で事業を展開していた信託公社（Treuhandanstalt）から、250万マルクの金額である鉱山の所有権を取得した。取引に必要な許可が下りた後に代金が支払われ、引渡しも行われた。1993年8月4日に、Xは信託公社に対して約定代金に含まれる売上税に関する証明書を発行するように依頼したが、信託公社は即時に返事をしなかった。同年11月19日に、別件に関して、財務省から、代金の伴う鉱山の所有権移転に売上税が賦課される旨の通知が信託公社に届いた後、1994年3月22日に信託公社はXに対し、本件契約の正価が250万マルクで、それに正価の14%にあたる売上税額を含めて総額285万マルクとした勘定書を送付すると同時に、35万マルクに達する売上税の追加払いを請求した。Xの従業員は取締役の指示なしに当該追加払い売上税額をYに誤って送金した。訴訟において、XはYに誤って送金した35万マルクの返還を請求したのに対し、Yは、売上税をXが追加払いするように契約に補充的解釈を行うこと、および行為基礎の喪失に基づいて契約代金を実情に適合させることを要求した。原審はXの請求を是認し、Yの錯誤が予見・回避可能であるとしてYの主張を否定した。

【判旨】連邦最高裁判所は以下のように述べ、原判決を破棄し本件を原審に差し戻した。「補充的解釈を通じて本件契約からある調整方法を読み取ることはないという原審判決には賛成できない。確かに、本件価格の取り決めが不公平であるというだけでは、契約上の規律に不備があり補充的解釈が必要であるとはいえない。しかし、もし、Yが陳述したように、本件契約に売上税が課されないことを両当事者が一致して認識していた場合なら、補充的契約解釈の前提が成り立つ。なぜなら、この場合において、当事者は、誰が売上税を負担するかという問題自体を規定することが必要であるとみてはいるものの、重大ではないと考えたからである。この場合は、Y自身のリスク領域に帰属すべき一方的な計算の錯誤（Kakulationsirrtum）ではなく、むしろ補充的解釈によって埋めるべき契約上の規律

の不備が存在した。これは、共通の計算の錯誤における行為基礎の喪失に基づく契約の適合によりも優先する。これは、上告において関係付けられた 1973 年 4 月 4 日の民事 8 部の判決（WM 1973, 677、上記〔D14〕判決）と矛盾しない。なぜなら、そこでは、両当事者が契約における 1967 年売上税法の効果、つまりある行為に対する税法上の扱いについて何も考えていなかったのに対し、本件では、両当事者がそれについて考えてはいたものの、同じように誤って評価したのみである。もし当事者がこの意味において間違っていなければ、彼らは誠実な契約当事者として、信義則に従う適切な利益考慮において、本件売買代金が手取り代金であると証明することが可能である。なぜなら、X に仕入税額控除権が与えられることを鑑みれば、彼は、最終的には、経済的に不利な地位に置かれていないからである」。

厳密には、本件は行為基礎の喪失それ自体ではなく、その適用の前提である補充的契約解釈についての判断であった。詳しく言えば、補充的契約解釈が行為基礎の喪失より先行し、補充的契約解釈による契約の適合が可能であれば、行為基礎の喪失による契約の適合を判断する必要はない。逆に、それが可能でなければ、売上税の賦課に関する誤判断のリスクがつねに売主にあり、信義則（行為基礎の喪失）の観点からしても、そのリスク分配を動かすことはできない（BGH NJW 2001, 2466）。また、補充的契約解釈の適用は、両当事者における一定の誤った認識を前提とし、何も考えていなかった場合は除外される。このように、補充的契約解釈と行為基礎の喪失に基づく契約の適合との差が縮められ、判断の基準は、両当事者が租税法上の効果に関して一定の認識を共有していたか、それとも全く眼中に置かなかったかに依拠している。例えば、租税法上の効果に関して、当事者とも売買物品が非課税であるという一定の誤った認識を有していた場合において、本件裁判所が判じたように、契約代金は正価であり、売上税は買主がそれを追加で払わなければならないとするように補充的契約解釈をすべきことである。

（2）若干の分析

以上、行為基礎の喪失と法律効果の錯誤との競合例として、契約の租税法上の効果——当事者に課される酒税（〔D11〕判決）、譲渡所得税（〔D12〕判決）および売上税（〔D13〕〔D14〕〔D15〕判決）——に関する錯誤の諸事例を概観してきた。以下では、まず裁判例の流れを整理したうえで、競合例の特殊な点を明らかにする。

まず、諸裁判例が用いた基準の変化について、ひと言でいえば、緩和の道を歩んできているように思われる。〔D11〕判決は、酒税の賦課について一方当事者がそれを「他方当事者に認識されうる形で明示」することを要求し、〔D12〕判決は、譲渡所得税の賦課につい

て両当事者が「一定の方式で明示的に討議したこと」を要求した。税金の錯誤は、通常より厳格に扱われてきたことがわかる。しかし、70年代に入ると、売上税の賦課に関する錯誤の裁判例において緩和の傾向が現れた。〔D13〕判決では、売上税の賦課に関する誤った認識が「黙示的にも契約の基礎にまで高め」られるのであれば、救済の余地があると認められた。誤った認識が契約の基礎にまで高められているかを判断するにあたっては、当事者が契約の租税法上の効果について全く考えていなかったか、それとも、誤ってはいるものの、一定の認識を持っていたかが決め手となっている。前者の場合には行為基礎の喪失に基づく救済が否定され（〔D13〕判決²²⁷）、後者の場合には救済が肯定される（〔D15〕判決²²⁸）。

ところで、なぜ売上税の錯誤の事案において従来とは異なる基準が用いられるようになったかという点、〔D15〕判決において明らかにされたように、錯誤取消しの主張の相手方である買主に「仕入税額控除権が与えられている」という売上税法の独自の仕組みがあるためである。税の観点からみれば、本来売上税の最終負担者として予定されていない売主にそれを負担させるのがそもそも不当である一方、仕入税額控除権が与えられ、前納した売上税額（仕入税額）を転売時において控除することができる買主に売上税のリスクを負担させるとしても、彼の財産状況には何らの不利も生じない。それにもかかわらず、買主が契約価格を税込価格であると主張し、契約代金の調整を拒否することは信義則に違反しかねない²²⁹。このように、売上税の仕組みには、それに関する行為基礎の喪失の主張をしやすくする一面がある。それとは異なり、所得税には、売上税のような仕組みがなく、税金が請求される者が最終負担者であるため、租税賦課のリスクを自分で負うのが原則である²³⁰。このことから考えれば、〔D12〕判決がその後の判決によって取って代わられたので

²²⁷ そのほか、BGH, NJW 2001, 2464; 2002, 2312 参照。

²²⁸ そのほか、OLG Nürnberg, BB 1995, 1924 参照。

²²⁹ 売上税の仕組みでは買主には仕入税額控除権が与えられているということを根拠にして、両当事者における税負担の均衡の観点から、行為基礎の喪失または契約の補充的解釈に基づく売買代金の適合を行うべきであるとする考え方は、〔15〕判決を代表とする裁判例のほか、学説においても提唱されている（Peuquens, NJW 1974, 1645）。

²³⁰ J. Mayer, a. a. O. S. 219. 所得税には、売上税におけるような、仕入税額控除を通じて税負担を他人に転嫁できる仕組みがない一方、収入を得る所得税の納税義務者は、特定の租税法上の効果を追求するために収入を得ているのではなく、租税法上の法律効果について特定の認識を普通は有しないという点でも売上税と異なる。したがって、所得税についての錯誤のリスクがほぼ完全に納税義務者にあり、それを収入金額を支弁する側に転嫁しようとするには、所得税法上の効果が必ず実現することを納税義務者は法律行為の条件にしなければならないとするのが判例の立場である（BFH BStBl. 1962 III 112.）。

はなく、むしろ〔D12〕判決の基準が所得税に関する錯誤の事案を土台にして判断されたものであるゆえ、仕組みの異なる売上税の事例には及ばないと理解されよう。

もっとも、売上税に関する 70 年代以降の諸事案においてある程度の判断基準の緩和がなされたとはいえ、法律効果の錯誤との競合のない単純な行為基礎の喪失の判断基準よりはやはり厳格であることが明らかである。当事者の主観的要件としては、当事者双方が誤った認識を有していたこと以上に、明示的に討議したこと、少なくとも、何も考えいなかったのではなく、特定した誤った認識を持っていたことが要求される。この基準は、次節で詳論するように、法律効果の錯誤を判断するときに使用される二大基準——追求性と実質性——のうちの一つ（前者）である。このことから、法律効果の錯誤と競合する行為基礎の喪失の事案において、法律効果の錯誤と同様の判断基準が立てられていることが看取される。

3、小括

以上、肯定例を中心として法律効果の錯誤との競合のない単純な行為基礎の喪失の事例を、また、否定例を中心として法律効果の錯誤と競合する行為基礎の喪失の事例をみてきた。ここでは、両事例群における事案構造および判断基準の相違について、以下のようにまとめることができよう。

まず、前者は〔D5〕判決を基本型とするものであり、行為基礎の喪失の典型例である。その中には、存在しない義務の承認もしくは代替給付と、存在する権利の放棄との二つの場合があるが、両場合は区別されることなく同一の基準に従って判断されている。これらの事例においては、事実の誤解による法律状態の錯誤かそれとも単純な法律の錯誤か、また、錯誤の対象がどのような法律かは問われない。それに対し、後者は、事案構造として、法律が表意者の意思表示に新たな効果を付加し、しかも当該効果については両当事者とも誤って認識していた点に特徴がある。このような行為基礎の喪失の事案の判断にあたっては、当該法律効果を付加した法律が如何なる法律かが考慮され、前者の行為基礎の喪失の場合より厳格な基準が用いられている。

以上のように、異なった事案類型が行為基礎の喪失という一つの概念のもとで異なった経過を辿っている様相を描いた。ここで、〔D9〕判決について補足しておく。〔D9〕事案では、雇主が企業顧問に支給する顧問料に売上税が課されると思い、税込みの顧問料を支給したが、実際には売上税が課されなかった。行為基礎の喪失と法律効果の錯誤との競合例ではないかと思われるが、そうではない。〔D9〕事案においては、表意者に対し租税法上の納税義務という予想外の法律効果が付加されたという経緯がなく、表意者は、取引に売上

税が課されるであろうと誤解し、必要以上に、税込みの顧問料を支給した。売上税が課されるということは、本件顧問契約によって惹起された法律効果ではなく、本件顧問料を決めた基礎にすぎない。〔D9〕の判決文を一瞥すればわかるように、そこにおいては〔D8〕判決が引用され、逆に、税金に関する他の裁判例が引用されていない。この点からは、〔D9〕判決は前者の系譜に属するものであることがわかっていく。

第4款 本節のまとめ

以上、如何なる事案において法律の錯誤が特別視されるかをめぐって、意思表示における法律の錯誤についてのドイツ法の全体像を提示した。以下では、それぞれについて簡単に振り返ることにしたい。

まず、ドイツ法では、意思表示に関する法律の錯誤には、法律効果の錯誤（BGB 119 条 1 項）として処理される場合、物の性質の錯誤（BGB 119 条 2 項）として処理される場合、および行為基礎の喪失（BGB 242 条、現 BGB 313 条）として処理される場合がある。

法律効果の錯誤として処理される法律の錯誤の場合、例えば、不動産の買主が「売買は賃貸を破らない」との規定（BGB 566 条）を知らずに、対抗要件の具備した賃貸借が付いている不動産を購入した場合には、この売買契約から生じる法律効果の中に、不動産を購入するという当事者の意思表示による効果のほか、賃貸借を受け継ぐという法律による効果も存在する。予想外の後者の効果を如何なる基準のもとで解消させられるかが、法律効果の錯誤の問題である。これを判断するにあたっては、法律の趣旨を考慮しなければならない。これについては、次節で詳論する。

これに対し、物の「法的性質」の錯誤として処理される法律の錯誤の場合、例えば、買主が売買の目的物たる宅地に地方条例上の建築制限が付されていることを知らずに購入した場合には、物の性質の錯誤の判断基準として、主に、建築制限によって物の価値評価に与えられた影響が考慮される（〔D1〕判決、〔D3〕判決も同様）。また、裁判官が性質の錯誤に基づく取消しの主張を否定しようとするときに、当該性質が相手方にとって認識可能ではないこと（〔D2〕原審判決）や、当該性質が物の価値評価に直接影響していない（〔D4〕判決）ことなどを理由として挙げてはいるが、一致した基準はない。これらの基準は、法律の錯誤との関係についていえば、法律効果の錯誤との競合のない物の「法的性質」の錯誤の場合は、法律の錯誤と無関係に設定されている。ただし、法律効果の錯誤との競合がみられる物の「法的性質」の錯誤の場合、例えば、売主のほぼ全財産たる地上権を取得した者に BGB 旧 419 条により法定債務参加義務が課された場合（〔D4〕判決）においては、売買目的物（地上権）の「法的性質」に錯誤があったとの取得者の主張に対し、裁判所は、

当該性質が物の価値評価に直接影響していないと述べて性質の錯誤を否定した。物の価値評価に影響してはいるものの、直接には影響していないという判断構造は、法律効果の錯誤の判断基準の一つである実質性——法律によって付加された法律効果が法律行為において直接の効果であるといえるか——の判断構造に類似したものである。

また、行為基礎の喪失の場合はさらに複雑である。フーバーが指摘したように、行為基礎の喪失というラベルのもとでかなり異質な問題が扱われているからである。本稿はその中から、行為基礎の喪失の出発点となった事例と考えられている 1924 年判決（前記〔D5〕判決）を代表とする事例群（法律効果の錯誤との競合のない単純な行為基礎の喪失）と、契約に賦課される税金に関する錯誤を代表とする事例群（行為基礎の喪失と法律効果の錯誤との競合例）を取り上げて検討したが、両者は事案構造と判断基準において異なる系譜に属するものであることがわかった。前者の場合には、錯誤の対象たる法律が私法であるか公法であるかとは関係ないのに対し、後者の場合には、錯誤の対象たる法律の特質、例えば、売上税における買主の仕入税控除権などが行為基礎の喪失の判断において考慮されている。

以上のように、意思表示における法律の錯誤は、法律効果の錯誤と関係する場合にのみ、錯誤の対象となる法律の趣旨や特質が考慮され、独自の意義を有する。本稿は、次節において、ドイツ法における法律効果の錯誤に関して詳細に検討する。

第 3 節 法律効果の錯誤

以上、意思表示における法律の錯誤が該当しうる三つの類型——法律効果の錯誤、物の性質の錯誤と行為基礎の喪失——を概観し、とりわけ後者の二類型について、裁判例において実質的にどのような要素が考慮されているかを検討した。一方で、単純な性質の錯誤または行為基礎の喪失の場合には、錯誤の判断が、錯誤の対象が法律か事実かとは無関係になされるが、他方で、法律効果の錯誤との競合がみられる場合には、錯誤が否定される傾向がみられるとともに、錯誤の判断にあたっては、錯誤の対象となった法律の趣旨が実質的な考慮要素として結果を左右する傾向が見出せる。

なぜ法律効果の錯誤との競合の場合における判断の基準が単純な性質の錯誤または行為基礎の喪失の場合におけるそれと異なるのであろうか。法律効果の錯誤について、さらに踏み込んだ検討を行うのが本節の課題である。ところで、法律効果の錯誤という概念は、日本法にとっては先行研究の少ない分野である。そこで、その歴史的沿革および現在に至るまでの裁判例の状況を含めて全般的な検討が必要である。もっとも、その全般的な検討

のなかで、この概念の存在意義と問題点を指摘するのは困難を極める。したがって、検討に立ち入る前に、次の二点について説明を加えておく必要がある。

1、法律効果の錯誤の位置づけ——内容の錯誤と動機の錯誤との関係において

BGB の文言には、法律効果の錯誤という概念はない。それが問題となるとき、例えば、売買契約において、当事者間で明確な取り決めがない限り、売主が物の瑕疵について担保責任を負うことはないと誤信し物を売却した場合に、物の瑕疵担保責任という売買契約の法律効果に関する売主の錯誤が、BGB 119 条 1 項にいう内容の錯誤にあたるか、それとも純然たる動機の錯誤に帰属するかが議論される。

判例においては、一定の条件を満たす法律効果の錯誤が内容の錯誤として顧慮されうるとする判例法理が 20 世紀のはじめに確立した (RG 3.6.1916, RGZ 88, 278、下記 [D22] 判決)。また、学説においては、法律効果の錯誤を、計算の錯誤 (Kakulationsirrtum) と並んで、内容の錯誤と動機の錯誤とにまたがる特殊な錯誤類型として扱うものがある一方²³¹、それを拡大された内容の錯誤 (erweiterter Inhaltsirrtum) の一種類として位置づけるものもある²³²。このように、法律効果の錯誤をめぐる主要な論点は、それが内容の錯誤と動機の錯誤とのいずれにあたるかにある。

しかし、後述のように、内容の錯誤と動機の錯誤との区分は、法律効果の錯誤の問題を完全に解決するための判断枠組みを提供できるかについて疑問が呈されている²³³。

2、法律効果の錯誤の存在意義——法律の錯誤と事実の錯誤との関係において

行為基礎の喪失と法律効果の錯誤とが競合する場合に、錯誤の対象となった法律の趣旨が考慮される傾向があることは、前節で述べたとおりである。しかし、行為基礎の喪失との競合のない法律効果の錯誤の場合はどうか。例えば、前述の、瑕疵担保責任に関する売主の錯誤の設例において、もし売主に、契約に別段の規定がなければ物に瑕疵がないことを担保しないという明確な効果意思があったとすれば、内容の錯誤が認められるのであろうか。学説の多数は、それを認めない。なぜなら、瑕疵担保責任を負うという予想外の法律効果は、売主にとって、彼自ら意欲したところの自治的な内容の効果ではなく、法に基づいて (kraft Gesetzes) 生じた法律の効果だからだという。その法律効果が「正しい」もの

²³¹ Larenz / Wolf, a. a. O. S. §36 Rn. 52ff. ``Besondere Irrtumsarten [特殊な錯誤類型]``; Köhler, a. a. O. §7 Rn. 23ff. ``Abgrenzungsfragen [境界問題]``. なお、計算の錯誤とは、

²³² Rüthers / Stadler, a. a. O. §25 Rn.26ff. なお、拡大された内容の錯誤とは、

²³³ Schermaier, a. a. O. S. 110, Anm. 164.

であるゆえ、表意者においてそれを取り消すことはできないとする学説が有力になっている²³⁴。この立場からすると、法律効果の錯誤は、錯誤の対象となった法律効果の妥当性を考慮のうえ判断されるようになり、内容の錯誤か動機の錯誤かによって説明しきれないことになる。そうであるなら、法律の錯誤という概念は、法律効果の錯誤を通じて独自の意義を有し続ける可能性がある。そこで、本節は、法律効果の錯誤が裁判例において通常の内容の錯誤とは異なる基準で判断されているかを探ることを課題とする。

3、本節の構成

前文（1、法律効果の錯誤の位置づけ）で触れた 1916 年ライヒ裁判所判決（〔D22〕判決）は、法律効果の錯誤について、それに対する救済を一律に拒否した一連の判例に終止符を打ち、今日でも通用している判例法理を確立した、リーディングケースである。これを基軸にして、本節での検討を進める。

まず、BGB 立法初期の学説および判例は、如何なる考えのもとで、法律の錯誤から一部を切り離して、法律効果の錯誤という独立した概念を形成したかを確認する（第 1 款）。そのうえで、1916 年ライヒ裁判所判決による判例転換をめぐる、その学説上の背景、意義およびその判断基準を検討する（第 2 款）。次いで、判例転換後の学説の新たな展開を紹介する一方（第 3 款）、それらの学説と対比しつつ、判例転換後の裁判例の展開を検討する（第 4 款）。

第 1 款 「法律効果の錯誤 *Rechtsfolgeirrtum*」 概念の形成

本款では、法律効果の錯誤の概念が、如何なる経緯で、従来の「法律の錯誤」概念から切り離され、現在のように、位置づけが不安定な状態に至ったかを解明することにより、この概念の特殊性とその存在意義を分析する。まず、法律効果の錯誤概念を定立した初期学説およびライヒ裁判所の判例を紹介し、内容の錯誤と対比して事案類型の特殊性を提示する（第 1 項）。次に、1916 年ライヒ裁判所判決までの学説の展開を紹介する（第 2 項）。最後に、上記分析を踏まえて、問題性を有する事案群を分析する意義を述べたうえで、法律効果の錯誤という概念の意義を提示することを試みる（第 3 項）。

第 1 項 概念形成期の学説

²³⁴ Flume, a. a. O. 465ff.; Medicus, a. a. O., §48, Rn. 751; Münch-Komm / Kramer, §119, Rn.82f.

多数の学説は、錯誤理論の主観化と統一化を追求すべく、普通法上の錯誤諸類型とともに法律の錯誤と事実の錯誤との区別も切り捨てようとする立法方針に賛意を示し、法律の錯誤の問題はこれで終結を迎えたと考えた²³⁵。しかし、懐疑を抱く学者が全くいなかったわけではない。例えば、クーレンベックは、「学者と実務家はいつの日か、自然な公平感情に合致したローマ法のこの原則〔法の不知は害する・筆者注〕へ回帰するであろう」と述べていた²³⁶。

1899年、レーバインは、まもなく施行される民法典のための注解書において、「行為の法的効果についての錯誤（*Irrthum über die rechtlichen Folgen des Geschäfts*）」概念を提起し、それが他の法律錯誤とは質的に異なって、BGB 119条1項には該当しないと主張した。レーバインは、119条1項によって救済されうる法律の錯誤としては、相続人が自分が単独相続人であるにもかかわらず、共同相続人の一人であると思い、仮想の他の共同相続人ととも遺産を分割した場合や、定期土地債務者（*Rentenschuldner*）が、当該土地債務がすでに法律によって廃止されたことを知らずに支払い続けた場合など、いわば非債弁済の事案をいくつか挙げたが、他方で、法律効果の錯誤は、上記の場合とは異なり、BGB 119条1項による救済を得られないものであると考えた。その理由は、錯誤の対象であった法律の効果が、表意者が自由に形成できる領域ではないことにあったとした。例えば、売買契約において、目的物を受け取ったなら遅滞なく代金を払わなければならないとする法律を知らなかった買主は救済に値しない²³⁷。

次の年に、法律の錯誤に関して、ヘルダーはレーバインと似た意見を発表した。ヘルダーによれば、「意思表示の遂行によって生じた現実的な内容の法的結果（*die rechtlichen Konsequenzen des tatsächlichen Inhaltes der vollzogenen Willenserklärung*）」についての錯誤が問題となったときに、法律の錯誤と事実の錯誤とを同視する立法は意義を失うことになる。なぜなら、法律効果は、行為者がそれについて認識したか錯誤したかとは関係なく生じるからである。例えば、表意者がある物を担保として相手方に渡した場合、弁済を受けなかったならば相手方がその物を売ることにより債権回収を図ることができるという権利が、表意者が担保の内容について如何に想像したかとは関係なく生じるものである。たとえ表意者が物を渡したときに「それを売ってはならない」と表明し規定を置いたとし

²³⁵ Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1(1898), S. 303; Crome, Bd. 1(1900), S. 419; Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd.1(1906), S. 73f.

²³⁶ Kühlenbeck, a. a. O. Bd.1, S. 419.

²³⁷ Rehbein, Das bürgerliche Gesetzbuch, Bd.1, Berlin 1899, S. 137-138.

ても、物の売却によって債権回収を図る相手方の権利は妨げられない²³⁸。

このように、法律効果は、表意者の意思表示を契機に発生するが、法によって結びつけられたものであるゆえ、表意者の認識状態とは関係なく効力を生じ、後から取り除かれないうところのところに焦点を当て、それを意思表示の内容から外す上記レーバインとヘルダーの説は、クーレンベックが予言したとおり、民法典施行後も、狭い範囲において「法の不知は害する」との古い原則を引き継いだものと考えられている²³⁹。なお、レーバインとヘルダーの説においては、法律効果の錯誤に対する救済が一切否定されたため、以下では「否定説」と呼ぶ。

第2項 否定説の影響下におけるライヒ裁判所の判決

実務においては、民法典施行からまもなくの間に法律効果の錯誤を扱うライヒ裁判所判例が何件も現れ（下記〔D16〕〔D17〕〔D18〕〔D19〕〔D20〕判決）、そこで否定説と呼応するかのよう、法律効果の錯誤を救済しない原則が確立した。しかし、ライヒ裁判所の否定的態度は、その後、法律効果の錯誤に関するリーディングケースである1916年判例（下記〔D22〕判決）において転換され、一部認容へと緩和されるに至る。そこで、本項では、1916年までの判例状況を紹介する。

1、法律効果の錯誤に関する最初の判決

法律効果の錯誤の概念をはじめて提示し、それが内容の錯誤でもなければ、動機の錯誤でもない特殊な錯誤類型であると指摘したのは、〔D16〕1902年ライヒ裁判所判決である。この事案では、表意者はドイツ旧破産法17条の法的効果について錯誤した。詳細は、以下の通りである。

〔D16〕 RG 9. 5. 1902, RGZ 51, 281

【事実】A 商社（買主）は、原告 X（売主）との間で、イラクサを購入する旨の契約を締結したが、契約が完全に履行されていないうちに破産した。他方、X はイラクサの一部を引き渡したが、その代金をまだ受け取っていなかった。A 商社の破産管財人である被告 Y は X に対して手紙を送り、ドイツ旧破産法 17 条に依拠して残部のイラクサの引渡しを請求した。その結果、X においては、17 条の適用により、その反対給付債権（代金支払債権）が普通破産債権（Konkursforderung）から財団債権

²³⁸ Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Theil des bürgerlichen Gesetzbuchs, München 1900, S. 265-266.

²³⁹ Mayer-Maly, Rechtsirrtum und Rechtsunkennntnis als Probleme des Privatrechts, AcP 170 (1970), S.177.

(Masseverbindlichkeit) に変わり、破産財団に対して全額請求することができることとなった。X から全額請求された Y は、すでに引き渡されたイラクサの代金がまだ支払われていないことを知らなかったものであり、かつ、破産者に代えて契約を履行することによって破産財団に新たな債権を増やす意思は全くなかったと述べ、(残部の意思表示につき) 抗弁として錯誤に基づく取消しを主張した。

第一審、控訴審とも Y の錯誤を認め、X の請求を棄却した。なお、控訴審は以下のように判示している。「119 条によれば、錯誤に基づく意思表示の取消しには下記二つの要件を必要とする。第一は、意思表示の内容、あるいは人または物の性質に関する錯誤であること、第二は、表意者が事情を知り、かつ、それを合理的に判断すれば当該意思表示をなさなかったことである。第二の条件はすでに立証されているが、第一の条件については、以下のことが問題となる。すなわち、立法理由に従えば、物の性質の錯誤と動機の錯誤との区別がなくなり、それに対して、目的物の錯誤が内容の錯誤と同様に扱われるべきである。本件 Y は 500 本のイラクサの残部を請求したので、その意思表示は特定かつ限られたこの残部に関するものであった。しかし、その意思表示の法律効果は、契約の目的物の余部にも及んでいる。したがって、Y の錯誤は、意思表示の目的物に関するものであり、それゆえに、内容の錯誤であるといえる。」

【判旨】破棄差戻し。控訴審の判断理由に対し、ライヒ裁判所は、次のような反対の立場を示した。すなわち、「Y が引渡し請求に際し、特定の目的物の残部に着目し、それについてのみ効果を生じさせようとしたにもかかわらず、実際においては、その表示を通してもとの契約目的物全体にその効果を及ぼしてしまう、ということを考慮し、法的に考慮すべき錯誤であると認定した控訴審の判断は不当である。Y の行為にとって決定的な事情は、彼が自分の意思表示が目的物全体について効果を生じることを知らなかったことであるが、このような錯誤は行為の法律効果に関するものである。法律効果の錯誤は、動機の錯誤ではなく、内容の錯誤——あるいは、控訴審の言った目的物の錯誤——でもない。……法律効果の錯誤以外に、取消しの要件を満たす他種の錯誤が存在するかについて事実審理すべき」であるとし、控訴審判決を破棄し、本件を原審に差し戻した。

ドイツ旧破産法 17 条は、双務契約が、破産手続き開始時に、破産者およびその相手方により完全に履行されないとき、破産管財人は破産者に代わって契約を履行し、かつ相手方に対し履行を請求することができる」と規定していた²⁴⁰。ところが、破産管財人が履行を請求すると、その瞬間、相手方の反対給付債権が 17 条の適用によって普通破産債権から財団

²⁴⁰ 同条は 1994 年の法改正を経て現行破産法 (InsO) 第 103 条となった。現行法では、破産管財人が双務契約において破産者の代わりに請求=履行するかについて選択権を有し、請求=履行を選択したならば、その履行行為から生じる諸費用が財団債権となり (第 209 条)、弁済において優先的地位を有する (第 53 条)。その結果、双務契約の相手は事実上全額弁済を受けることになる。

債権に変わり、事実上全額を請求することができることになる。このように、法律の適用によって表意者にとって予想外の法律効果が発生し、それが表意者の意思とは食い違う場合に、BGB 119 条 1 項による救済が可能であろうか。ライヒ裁判所は、この場合を「行為の法律効果の錯誤（Irrtum der Rechtsfolgen des Geschäftes）」と名づけ、内容の錯誤にも動機の錯誤にも該当しないものとして位置づけたうえで、結局、法律効果の錯誤は動機の錯誤ではないものの、119 条にいう内容錯誤でもないゆえに救済を得られないとしたのである。

ライヒ裁判所が差戻しを命じたのは、履行された部分の代金がまだ支払われていないことを破産管理人が知っていたかを審理させるためである。つまり、もし破産管財人が未弁済代金債務の存在を知らなかったとすれば、彼は本件契約の残部の給付を請求していたのではなく、その残部を個別の独立した契約として給付を請求していたと解釈することがありうるため、内容の錯誤として認定する余地が残る。逆に、もし破産管財人が未弁済代金債務の存在を知りながらも、単に旧破産法 17 条の適用効果を知らなかったとすれば、この錯誤は救済されえない法律効果の錯誤にすぎない、ということである。そのいずれかを決めさせるために、ライヒ裁判所は差戻しを命じたのである。

この時期、旧破産法 17 条の効果に関する事案が多く、〔D16〕に次いで下された二件のライヒ裁判所判決では、〔D16〕の判断構造が受け継がれた（RG 22. 12. 1905, RGZ 62, 201; RG 3. 7. 1914, RGZ 85, 221）。とりわけ、1905 年の判決は、ヘルダーの記述を引用する箇所があり、否定説の影響が明らかである。このように、〔D16〕を契機に、法律効果の錯誤は、原則として法的に顧慮されない錯誤類型として発展し判決群を形成していったのである。

2、1916 年までのライヒ裁判所判決

以下では、1916 年の判例転換までの、法律効果の錯誤に関する五つのライヒ裁判所判決を紹介する。そのうち、三件（〔17〕〔18〕〔19〕判決）は否定説に依拠した上記〔D16〕判例を踏襲し、法律効果の錯誤に基づく取消しの主張を棄却したが、残りの二件（〔20〕〔21〕判決）は他の法律構成によって錯誤者に救済を与えたことは注目に値しよう。

（1）錯誤に基づく取消しが否定された判決

〔D17〕 RG 3.3.1904, RGZ 57, 270

【事実】訴外 A 社が破産した際、原告 X（保証人）が主債務者 A の債務の 35 パーセントを保証する旨を帳簿に記入することを前提条件として、被告 Y（債権者）との間に強制和解を成立させたが、その後、調査期間中に問題となっていなかった債務（30140 マルク、以下は本件債務と呼ぶ）が強制

和解期間内に発覚し争われたため、A社の債務は事実上増えるという効果がもたらされた。保証人であるXは、本件債務を知っていたならば35パーセントもの保証をしなかったであろうと主張し、錯誤に基づく保証契約の取消しを求めた。

【判旨】ライヒ裁判所は上記〔D16〕判決を引用してXの請求を退けた。理由は、以下のようものである。「破産法145条2項はXの請求を妨げる。すなわち、確認された債務について、帳簿に記入する行為は、その金額と優先権においてすべての債権者にとって確定判決の如き効力を有する。……法的確定力を有する強制和解の効力を取り消すには、同法195条から197条までに挙げられた理由に基づくほかはなく、錯誤は理由とはならない。……Xの陳述によれば、その錯誤は、実際を知っていたならば、35パーセントの和解率に関して『独立債務者として債務を負い、検索の抗弁権を放棄する』との意思表示をしなかったであろうほどの内容の錯誤ではなく、むしろ意思表示の法律効果に関わる錯誤である。」

〔D18〕RG 1. 2. 1909, Recht 1909, Nr. 2906

【事実関係】共同保証人の一人である原告Xは、債務者である被告Yを債務から完全に解放することをYと約束しその債務を引き受けたが、他の共同保証人に対する求償権を留保した。しかし彼は、留保がなされたとしても、彼の債務引受けがあったことから、他の共同保証人の保証はBGB 418条1項により消滅し、それとともに求償権もなくなることを知らなかった。その後、これに気づいたXは錯誤に基づき、債務引受けの取消しを主張した。

【判旨】ライヒ裁判所は、法律の錯誤を、内容の錯誤でも動機の錯誤でもないとする〔D16〕判決を参照しながらも、法律効果の錯誤を純粋な動機の錯誤と位置づけることにより、債務引受けの法的効果に関する本件錯誤にBGB119条が適用されないと判断した。

〔D19〕RG 12. 7. 1911, RGZ 76, 439

【事実関係】原告Xは、単独商人であるAに対して6800マルクの債権を持っていた。1909年4月20日に、Y₂は組合員としてAの事業に加入し、Aとともに合名会社Y₁を設立した。同年5月8日に、Y₂は、「会社は1909年4月20日に発足したものであり、AとY₁はそれぞれ個人的責任者である」旨の添え書き付きで商業登記簿へ登記をなし、公告手続も済ませた。その後、Xは旧商法28条に基づき、合名会社Y₁と新しく加入したY₂を相手にして債務の履行を請求した²⁴¹。Y₂は、Xの履行請求に

²⁴¹ ドイツ旧商法典28条

「無限責任社員又は有限責任社員として単独商人の営業に加入する者は会社は従前の商号を継続せざるときと雖とも、亦従前の営業所有者が営業を為すに当たり生じた総義務に付いて責任を負う。又営業中に設定した債権は債務者に対しては会社に移転したものと看做す。

対し、A の営業への加入は詐欺に因るものであったことを理由に加入の取消しを主張した。

【判旨】ライヒ裁判所は、以下の理由で Y₂ の抗弁を封じた。「Y₂ の責任を解消すべきものとする本件異議申立てが不適切であるという点において、控訴審裁判官は支持されよう。Y₂ が錯誤に基づく取消しを求める限り、上記判断が通用する。なぜなら、Y₂ において、彼意思表示の法律効果についての錯誤が問題となり、BGB 119 条によつてはかかる錯誤は顧慮されないからである。……Y₂ の意思による 1909 年 5 月 8 日になされた商業登記簿への登記、およびその公告には、A の事業への加入を実行しようとする外部に表示された意思があった。その意思は旧商法 28 条により独立して、債権者に対する Y₂ の債務責任 (Schuldenhaftung) を基礎付け、そして Y₂ はその意思により直接的な債務関係に入った。債権者に対し独立して基礎づけられたこの義務は、事業の加入の基礎となった契約と、商業登記簿への登記のためになされた表示に左右されず、したがって、それらが万が一無効であっても影響されない。」

以上、強制和解の保証人が、帳簿記入行為の効力を規定する破産法 145 条 2 項の効果を知らなかった事案 ([D17] 判決)、共同保証人が、BGB 418 条 1 項の効果を知らなかった事案 ([D18] 判決)、および、合名会社に参加した者が、旧商法 28 条に規定される責任の強行性を知らなかった事案 ([D19] 判決) を紹介した。そこでは、表意者の内面的意思と意思表示の法的効果との間に不一致があり、法律効果の錯誤が存在すると考えられた。

これらの事案においては、錯誤に基づく取消しの主張が否定されたが、その理由は一致していない。[D17] 判決は、錯誤が法律効果の錯誤であることを述べ、[D16] 判決の引用によって錯誤の主張を否定した。[D18] 判決は、法律効果の錯誤を内容の錯誤にも動機の錯誤にも該当しないものと位置づける [D16] 判決を引用したにもかかわらず、法律効果の錯誤は動機の錯誤であるとして錯誤の主張を否定した。[D19] 判決は、[D16] 判決を引用せず、旧商法 28 条による合名会社の加入者の責任が加入の基礎となった契約と商業登記簿への登記の如何に左右されないという加入行為の無因性を強調し、それを錯誤取消しの否定の理由とした。総じていえば、この時期の判決は、動機の錯誤を含む多様な構成を探っていたといえることができる。

(2) 「誤表は害さず (*falsa demonstratio*)」に基づく救済が与えられた裁判例

之と異なった契約は商業登記簿に登記し且之を公告したか又は社員より第三者に通知したときに限り第三者に対して効力を生ずる。」(訳文は、古川五郎＝山口弘一共訳『独逸新民法商法正文』(東京専門学校出版部蔵版、1900 年) 商法部 10 頁引用)

〔D20〕 RG 11.5.1909, RGZ 70, 391

【事実関係】原告 X ら（相続人）は訴外 A（被相続人）の全血兄弟の子らであり、被告 Y らは A の半血兄弟の子らである。A は死の間際に、法定相続の効果について町長へ諮問し、全血兄弟の子が半血兄弟の子より優先して相続する権限を有するとの確証を得たうえで、町長を前にして、遺産の処分は法定相続の効果に任せる意向の遺言を残した。しかし、町長の言明には誤りがあり、法的には半血兄弟の子である Y らも法定相続人になる（BGB 1925 条）。全血兄弟の子である X らは、A の意思に錯誤があることを理由に遺言の取消しを求め（BGB 2078 条）、提訴した。

【判旨】請求認容。「X らの供述が事実であれば、A の真意と、この遺言書に表明された意思との間に不一致が存在した。……本判決が採用する立場は、むしろ次のように正当化されよう。すなわち、ここで重要なのは、被相続人が法定相続を指定した際に、誤表（*falsa demonstratio*）をしたということである。誤表は無害であり、その法的処理には錯誤に関する規定が必要とされないのである。両当事者が同一の目的物を意識しながらも、単に当該目的物に適しない表現を使用した場合には誤表が存在すると考えられるが、一方的な終意処分の場合にも誤表が存在するということが本件からわかるう。」

本件では、表意者 A は、法定相続に従えば、全血兄弟の子が半血兄弟の子より優先して相続すると考え、法定相続に任せる旨の意思と表示したが、実際には、半血兄弟の子でも法定相続人になるとされている（BGB 1925 条）。今日の学説は、本件事案を内容の錯誤と評されうる法律効果の錯誤の典型例として認識しているが²⁴²、当時のライヒ裁判所は、「誤表（*falsa demonstratio*）」という構成を用いて、「法定相続の効果に任せる」という A の表示を「半血兄弟の子を含まない法定相続人に相続させる」と解釈することにより、錯誤に入る前の意思表示の解釈の段階で問題解決を図った。これにおいて、法律効果の錯誤の問題との対決は避けられることになった。

ところで、「誤表」といえば、いわゆる鯨肉事件が有名である。この事件では、被告 Y が原告 X に対し特定の船荷「Haakjöringsköd」を売却する旨の契約が締結されたが、両当事者において鯨肉と考えられていた「Haakjöringsköd」という目的物はノルウェー語において実は鯊肉のことであった。こうして、言葉の客観的意味においては、当事者が鯊肉についての売買契約を締結し、表意者の意思（鯨肉）と表示（鯊肉）との間に不一致が存在したかのようにみえたが、ライヒ裁判所は、両当事者間の法律関係は錯誤ではなく、「あたかも当事者意思に一致した鯨肉という表示がなされた場合のごとく解釈されるべきである」と判示した（RGZ 99, 147）。つまり、誤った表記があろうが、当事者の内面的意思において一致

²⁴² Münch-Komm / Kramer, §119, Rn.83.

がみられる限り、その内心的意思に従う主観的解釈（BGB133 条）が行われるべきであり、錯誤は発生しないということである。ところが、本件（〔D20〕）において問題となったのは契約ではなく、遺言という単独行為であったゆえ、鯨肉事件とは異なり、一致した内心的意思というものは存在しない。それにもかかわらず、ライヒ裁判所は遺言に対し、客観的解釈ではなく、「誤表」を用いることで主観的解釈に基づく処理を行った²⁴³。その理由はおそらく、遺言が一方的出捐を伴う単独行為であるゆえ、遺言によって利益を得る相続人の信頼に対する保護が強く要請されていないこと、また、遺言者が「法定相続」の法的意味について町長に諮問したことがあり、表示に対する帰責性がなかったことにある。

（3）「実質的内容の錯誤」構成に基づいて取消権が認められた裁判例

〔D21〕 RG 16. 1. 1911, RGZ 75, 271

【事実関係】訴外 A 社（債務者）は、原告 X（債権者）から 15000 マルクの融資を受ける際に、A 社（貸主）と訴外 B 社（借主）との消費貸借契約書をもってそれに債権質を設定した。消費貸借契約において、B 社は、A 社に対して 15000 マルクを返済する義務があることを承認した。債権質が設定された事情を受け、被告 Y（保証人）は、債務者 A 社のために検索の抗弁のない保証人になることに同意した。しかし、債権質につき、A 社が B 社に対して通知をなさなかったため、BGB 1280 条により、当該債権質の設定は無効となった。債権者 X から請求を受けた保証人 Y は、錯誤による保証契約の取消しを主張した。一審は Y の主張を否定したが、控訴審はそれを肯定した。債権者 X は上訴。

【判旨】ライヒ裁判所は、保証人 Y の錯誤取消しの主張を認容し、債権者 X の上訴を棄却した。「本件錯誤は、単なる、行為の法律効果の錯誤、あるいは保証の引受けの経済的效果に関するものに止まらない。……（むしろ）契約内容の実質的意味に関するものである。控訴審が指摘したとおり、本件においては、仮に、債権質が有効に設定されたとすれば、BGB 774 条、412 条、401 条に従って、Y は、債権者 X に対して弁済を済ませた場合に、X の債権を取得し、それによって保証の引受けから生じた財産損失の危険を実質的に軽減することができる。つまり、保証債務の引受けに伴う法律効果として、X の債権およびそれに付随するすべての担保権も、法の力によって Y に移るということである。こうして、Y は、保証契約を締結することにより、債権者 X が主債務者 A に対する債権のほか、債権質およびそれを実現するための権利を含む、X に帰属していたすべての担保権について確実した請

²⁴³ ローマ法源においては、「誤表は害さず（*falsa demonstratio non nocet*）」という原則は、鯨肉事件のような言語使用上の双方向的錯誤ではなく、主に〔D20〕判決のような、遺言書作成上の言語使用のミス、例えば誤記や語述に適用されていたという（Wieling, Die Bedeutung der Regel *falsa demonstratio non nocet* in Vertrag, AcP 1972, S. 298f.）。

求権を取得するといえる。この観点からみれば、保証契約において、他の保証、抵当権、占有質および債権質の存在は、法律行為の構成要件の要素（Bestandteil des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes）である、と考えるのが適切であろう。」

本件保証人 Y は、自らの保証以外に、債務者 A の訴外 B に対する債権にも債権質が設定されていると思い、万が一自分が保証人として債権者 X に対し弁済せざるを得なかった場合においても、弁済によって、X の A に対する債権が自分に移る（BGB 774 条）とともに、その債権に付随する担保権（債権質）も自分に移るため（BGB 412、401 条）、債権質が行使できる限りでは大損はないと考えて保証契約に入った。ところが、B への通知がなかったため、債権質は有効に設定されておらず、自分が取得すると見込まれた債権質の取得ができなくなった。この錯誤は、本来は法律効果の錯誤に該当するゆえに〔D16〕判決によると救済されえないものであろう。しかし本件判決は、法律効果の錯誤に言及することなく、「実質的内容の錯誤」の構成に基づいて内容の錯誤を認容した²⁴⁴。

A に代わる弁済によって、A の B に対する債権に設定された債権質が取得できるという法律効果が意思表示の実質的内容に含まれるとする本件判決は、法律効果の錯誤への救済を一切拒否する当時のライヒ裁判所判例と比べて先駆的意味を持つ。一般的には、下記 1916 年判例（〔22〕判決）において判例転換が実現したといわれているが、本件の判断構造からみれば、1916 年判例は決して突然のものではなかった。

（4）裁判例の若干の検討——「実質的内容の錯誤」の構成との対比を中心に

以上、法律効果の錯誤に関して五つの裁判例を紹介したが、そこからは、法律効果の錯誤という概念の存在意義、言い換えれば、上述の事案を解決するための新たな概念をつくる必然性については、なお疑問が残るであろう。すなわち、法律効果の錯誤の問題は、当時の「実質的内容の錯誤」の構成によって解決できないものであろうか。以下では、「実質的内容の錯誤」の法律構成と対比しながら、法律効果の錯誤の特殊性を明らかにする。

確かに、1920 年前後、主に計算の錯誤の事案を中心にして、動機（計算の基礎）が意思表示の内容と認められるには、動機の明示ないし相手方における認識可能性を要求し続け

²⁴⁴ もっとも、本件の判決文において「法律効果の錯誤」の概念が出ていないのに、なぜ法律効果の錯誤の事案だと断定するか、という疑問がありうる。本件判決は、その思考方式において法律効果の錯誤のそれに近づいているのみならず、その後の、法律効果の錯誤に関する裁判例の判決文において法律効果の錯誤を扱う裁判例として引用されることもある（下記〔D23〕判決；RG JW 1929, 730 Nr.2.）。それに、学説においても、本件が法律効果の錯誤の事案であると認識されている（Neuffer, a. a. O., S.61.）。

る一連のライヒ裁判所判例が存在し、動機が契約交渉に際して相手方にとって認識可能なように表示される場合には意思表示の内容になるという定式が確立していた²⁴⁵。しかし、法律効果の錯誤には、この定式によって説明し尽くされない面がある。

一方で、法律効果の錯誤に基づく取消しの主張が否定される場合に、法律効果についての表意者の誤った認識が相手方に表示され、または認識可能であったとしても、内容の錯誤になることを認めないという構造がみられる。例えば、〔D17〕判決において、係争の債務は債務確認期間において問題とされておらず、強制和解の段階になってはじめて発覚したものであり、錯誤者（保証人）がその存在を知らなかったことを債権者は認識していたはずである。〔D18〕判決において、債務を引受けた錯誤者（共同保証人）は、他の共同保証人に対する求償権を留保する意思を表明していた。また、〔D19〕判決において、単独商人の営業に加入し合名会社を組織した錯誤者は、商業登記の際に、「会社の発足日」から債務を負うこと、および「それぞれ個人的責任者である」ことを明記することによって加入前の債務について責任を負わない旨を表明していた。それにもかかわらず、上記三件のいずれにおいても内容の錯誤が認められなかった。

他方で、法律効果の錯誤に基づく取消しの主張が肯定される場合に、法律効果についての表意者の誤った認識が相手方に表示されたか、または認識可能であったかを問わず、直ちに救済を与えるという構造がみられる。例えば、〔D20〕判決において、法定相続人の範囲についての遺言者の錯誤が遺言によって利益を得る被告ら（半血兄弟の子ら）にとって認識可能なように表示されていなかったにもかかわらず、裁判所は「誤表は害さず」に基づく救済を与えた。〔D21〕判決において、裁判所は、他の物上保証が有効に設定されているという表意者（保証人）の錯誤が相手方（債権者）に表示されたか、または認識可能であったかについて確認することなく、意思表示の「実質的内容」に錯誤があると認定し救済を与えた。一般に、「実質的内容の錯誤」と認められるには動機の表示または相手方の認識可能性が必要である。それゆえ、保証人のみの錯誤の存在を強調し、相手方の認識状態を全く考慮しない〔D21〕判決はかなり異質なもののといえよう²⁴⁶。

²⁴⁵ 例えば、動機の明示を要求するものとしては RGZ 55, 368〔銑鉄売買事件〕および RG 101, 51〔国債売買事件〕、相手方の認識可能性を要求するものとしては RG 90, 268〔屑鉄売買事件〕、RG 94, 65〔株式購入委託事件〕、RG 101, 107〔銀売買事件〕、および RG 105, 406〔ルール事件〕が挙げられる（磯村哲、前掲注（203）『錯誤論考』89頁以下参照）。この定式は、大正期の大審院判例を通して日本法にも継受され、いわゆる「動機表示構成」となった（小林一俊「動機の錯誤」半田正夫刊行委員代表『現代判例民法学の理論と展望』森泉章先生古稀祝賀論集（法学書院、1998年）108頁）。

²⁴⁶ それゆえ、本件判決について、磯村哲教授は、「この判決の理由付けは論理的に整っているとはいえない。保証人の債権質の存在についての錯誤（動機の錯誤）が『内容の錯誤』になる点に関して説得を欠

上述のように、法律効果の錯誤は、動機の表示または相手方の認識可能性を要求する「実質的内容の錯誤」の構成に対応せず、その判断が相手方の信頼の有無に影響されない。もっとも、〔D17〕〔D18〕〔D19〕の事案からもわかるとおり、表意者の内心的意思だけが決め手となっているのではなく、相手方の信頼に代わって錯誤の成否を左右する実質的な判断基準が存在するに違いない。以下では、その実質的な考慮ファクターを解明し、法律効果の錯誤という概念の独自の意義を検討する。

第3項 「法律効果の錯誤」概念の意義——「第三の基準」

一般に、錯誤制度は、「表意者本人の保護と取引の安全とを調和させること」を理想とするものであると考えられている²⁴⁷。つまり、相手方の信頼を不当に害しない範囲で表意者の意思を保護するということである。それゆえに、「動機が契約交渉に際して相手方にとって認識可能なように表示される場合には意思表示の内容になる」という判例の定式も上記理想を果たすものとして理解されよう。しかし、前項において述べたように、法律効果の錯誤が問題とされた事案においては、上記の定式が機能せず、表意者の意思と相手方の信頼のほか、第三の基準——表意者の意思を第一の基準と、相手方の信頼を第二の基準と呼ぶならば——が現れた。ここでは、〔D19〕判決を例にして、この第三の基準を説明するための一試論を提示しておく。

〔D19〕判決において、単独事業の加入者は、「合名会社の設立日から」の新債務についてのみ責任を負うという効果意思を持ちながら、その旨を商業登記簿に明記した。合名会社の設立という法律行為にとっては、これによって負担しなければならない債務の範囲は

いており、却って保証人のみの錯誤の存在を強調する結果、保証人の一方的錯誤で十分であるかのごとき印象さえも与えている」と批判した（磯村哲、前掲注（203）『錯誤論考』98頁）。それは、本件は、計算の錯誤ではなく、法律効果の錯誤に関する裁判例の系譜に属すべきものであるということに気づかなかったからであろう。「実質的内容の錯誤」のもとで、計算の錯誤のみならず、法律効果の錯誤も救済されていた。法律効果の錯誤の視点からみれば、本件において相手方の認識可能性などが強調されていないのは決して変わったものではない。なぜなら、法律効果の錯誤の事案においては、下記1916年のライヒ裁判所リーディングケース（〔22〕判決）の判断基準からもわかるとおり、法律効果への表意者の追求、および、追求された法律効果の法律行為における実質性に焦点が当てられ、相手方の認識状態などが問題とされたことは一度もない。

²⁴⁷ 我妻栄『民法講義Ⅰ新訂民法総則』（岩波書店、1965年）297-298頁、星野英一『民法概論Ⅰ序論・総則』（良書普及会、1971年）198頁（「錯誤者と相手方とに関する諸要請をどのように調整するかの問題」）、大村敦志『基本民法Ⅰ総則・物権総論（第3版）』（有斐閣、2007）55頁（「動的安全」と「静的安全」）。

内容ではなく、動機にすぎないといえるかもしれない。しかし、本件において、表意者（単独事業の加入者）は、旧債務について責任を負わないという効果意思を持っていたにとどまらず、それを外部へ表示していた。それにもかかわらず、その表示が、表意者の錯誤取消の主張にとって意義を持たないものとされた。ここでは、旧債務について責任を負わないという表意者の意思および商業登記簿への明記による外部への表示以外に、それらとは異なる第三の基準が機能していたことにちがいない。それはおそらく、旧商法 28 条の趣旨、すなわち債権者の利益確保である。この立法趣旨の当否はともかくとして、これが実質的な考慮要素として働き、動機の表示を無意味なものにならしめた点において、「法律効果の錯誤」概念の独自の意義が存在すると言わなければならない。

まとめていうと、法律効果の錯誤があった場合、すなわち、法律が表意者の意思表示に何らかの法律効果をつけ加え、表意者の内面的意思と意思表示による法律効果との間に不一致を生じさせた場合に、その法律効果は相手方の信頼によるものではなく、法律が定めたものであるゆえ、その取消しを判断する際には、相手方の信頼よりも、むしろ当該法律効果をつけ加えた法律の趣旨を第三の基準として考慮しなければならない、ということである。

第 2 款 学説の転回による判例転換

ところで、表意者の錯誤が法律の効果にある場合に、法の適用から生じた効果が確固たるものであることを理由に法律効果の錯誤への救済はつねに拒否されるのであろうか。実は、法律効果の錯誤が顧慮に値しないと考える否定説および 1902 年判例が支配的であった当時、すべての法律効果の錯誤（肯定説）またはその一部（折衷説）を内容の錯誤として認めてよいと主張する学説が存在した。そして、その影響力が強まるなか、ライヒ裁判所において判例転換が起こった。

以下では、まず肯定説（第 1 項）と折衷説（第 2 項）を概観し、それを否定説と対比しながら検討を加えたうえで（第 3 項）、判例転換を遂げた 1916 年ライヒ裁判所判決を紹介し、その判断基準を分析する（第 4 項）。

第 1 項 肯定説の台頭

1、エルトマン

法律効果の錯誤であっても内容の錯誤として取消し原因になることをはじめて唱えたのはエルトマンであった。法律効果の錯誤に関して、エルトマンの見解は、下記の二点にお

いて示唆的である。

第一に、従来の「法律の錯誤＝重過失」論に対する批判である。前節で紹介したとおり、法律が適切な形で公布された限りでは、それを認識する道がすべての人に開かれているがゆえ、法律の錯誤に過失がないことを認め難いことは、第一草案の立法過程において言及され、それが法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない立法方針を裏づける消極的理由であった。このような色濃く残った普通法的な考え方に対して、エルトマンは以下のように鋭く批判した。① 行為者が自分の法意識または義務意識に従って行動する限り、それを主観的に非難することは難しい。もし現行法が「民族精神」から生まれたものであるなら別だが、「国民と法との疎遠」が極めて顕著な時代——民法典がつくられた当時——においては、過失の伴わない法律の錯誤が生じがちである。② 法律の錯誤には、包摂の錯誤（適用上の錯誤）という下位類型が含まれ、それについては専門家の間でも誤りや意見の相違等がよくみられる。専門家ひいては裁判官すら勘違いする法文について、一般人に対して正しい法認識を要求することはできない²⁴⁸。

第二に、法律効果の錯誤は内容の錯誤に該当する余地があるとの指摘である。法律効果の錯誤が全く顧慮されえないと主張するレーバインおよびヘルダーの見解に対し、エルトマンは以下のように批判した。① 法律効果は法律の適用によって生じたものであり、意思による自由形成の領域ではないという否定理由について、エルトマンは、その理由が強行法規の効果については当てはまるが、任意法規の場合をうまく説明できないと指摘した。② 法律効果が意思表示の内容にはなりえないという否定理由について、エルトマンは次のように反論した。すなわち、「意思表示の内容」とは、表示上の言葉遣いではなく、むしろ「内容的射程 (inhaltliche Tragweite)」、すなわち「行為の効果」と解されるべきである。このように、法律効果の錯誤も内容の錯誤になりうる。例えば、相続契約が撤回可能であると誤信してこれを締結した場合には、表意者が相続契約の表示上の意味内容について錯誤がなかったとしても、それが撤回可能かという行為の効果については錯誤が存在し、原則として錯誤に基づく相続契約の取消しが可能である。もっとも、すべての法律効果の錯誤が許されるのでは、救済の範囲が広きに失する恐れがあると考えたため、エルトマンは以下のような二つの限定を加えた。第一に、法律が決定的でありかつその情報が容易に入手できるにもかかわらず、入手できなかった人については、その人を当該法律の効果を受け BGB 551 条の規定を知らず²⁴⁹、特段の約定がなければ、賃貸借期間開始前に賃料を支払わ

²⁴⁸ Oertmann, Der Rechtsirrtum im bürgerlichen Recht, Dr. J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung, Bd.67 (1902), No.2, S. 26-27.

²⁴⁹ BGB 551 条 1 項

なければならないと誤信した賃貸人がは、一般に、賃貸借契約を取り消すことはできないとされる。それは、因果関係において、賃貸人が賃料の支払いは賃貸借期間の終了時にそれを行うとする BGB 551 条 1 項の規定を知っていたならば、当該賃貸借契約をしなかったであろうかについて厳格な判断を行う結果である。ただし、この意味では、賃借人において資力的に問題が起りがちである家具付き貸室の賃貸借の場合は、例外として扱われる余地がある²⁵⁰。

意思表示の内容を「行為の効果」と解し、法律効果の錯誤を内容の錯誤として扱うというのがエルトマンの見解の最大の特徴である。しかも、相続契約の効果を決める法律が強行法規であるにもかかわらず、それに関する錯誤が取消し可能であるとする点で極めて特徴的である。しかし、なぜ意思表示の内容が「行為の効果」と解されるべきかについては、十分に示されていない。エルトマン自身も、「私の態度表明を支える根拠には不十分なところがある。十分に根拠づけるには、現行民法が「表示の内容」という概念を如何に理解しようとするかにつき、緻密かつ巨視的な研究が不可欠である」と認めている²⁵¹。

エルトマンと基本的に同じスタンスをとり、それを補強しさらに発展させていったのはダンツとティツェであった。続いて、彼らの見解をみていこう。

2、ダンツ

ダンツによれば、意思表示の内容とは、「一方では当事者の表示そのもの、他方では当事者の表示に法規範が附加したものから構成された主観的権利義務の総和」のことである²⁵²。ダンツが考えた「内容の錯誤」は、実際、現在一般に使用されている内容の錯誤と（狭義の）法律効果の錯誤を合わせたものである。したがって、例えば、BGB 448 条の規定を知らず、特段の規定がない限り、買主が送料を負担すると誤解した売主の錯誤は、119 条 1 項

「使用賃貸は賃貸借期間の終りにこれを支払うことを要する。借賃が期間を以て定められたときは、各期間の経過後これを支払うことを要する。」

²⁵⁰ Oertmann, a. a. O., S. 29f.

²⁵¹ その後、エルトマンは 1914 年の著書『法秩序と取引慣行』において、意思表示の内容を「行為の効果」と捉える姿勢を変え、法律行為的構成要素と法的効果を区別するうえで、強行法規だけではなく任意法規による意思の補充も後者（法的効果）、すなわち客観法の秩序（objektivrechtliche Ordnung）を確定する作業であり、それについての錯誤は BGB119 条に基づく取消しの原因にはならないと改説した。Vgl. Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, Leipzig 1914, S.154, 172f.

²⁵² Danz, Ueber das Verhältnis des Irrtums zur Auslegung nach dem BGB, Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 46 (1904), S. 439.

によって取消し可能な内容の錯誤である²⁵³。

このような理解によっては、すべての法律効果の錯誤が内容の錯誤となりうるので、内容錯誤の氾濫が危惧される。それを防ぐために、ダンツにおいても二つの制限が加えられた。一つは、エルトマンと同様、厳格な因果関係の判断である。もう一つは、表意者が表示の法的効果について誤った認識を持っていたこと、すなわち、法律が適用される結果と異なる効果を積極的に考えていたことの証明である²⁵⁴。後者の要求は、後のティツェの見解および1916年ライヒ裁判所判決の判例法理にも影響を及ぼした。

3、ティツェ

ティツェは、内容の錯誤を「表示によって発生した法律効果の総和」と捉える点でダンツと同様の出発点を有し²⁵⁵、また、法律効果の「錯誤」といえるためには任意法規の適用による効果について表意者が特定した観念を積極的に持っていたことを要求する点でもダンツと同様の制限を提示している²⁵⁶。例えば、売買契約の瑕疵担保責任や履行地について、売主には特定した考えがなく、ただそれを民法典に任せようという内面的意思があった場合には、たとえ気に入らない法律効果が引き起こされたとしても、意思と表示との間に不一致がないゆえ「錯誤」とはいえないとティツェは考えた。逆に、継続供給契約において、契約の一部が相手方によって履行されたが、代金が未弁済のまま倒産した会社の破産管財人が相手方に対して残部の履行を請求したことによって、相手方の代金債権の全額が財団債権に変わった場合（前記〔D16〕判決）は、法律効果の錯誤にあたるものであっても内容の錯誤として認めるべきだとティツェは主張し、否定説の影響下にあった当時のライヒ裁判所判例に反旗を翻した。

法律効果の錯誤に関するティツェの指摘は多岐にわたり、ダンツの見解と重なるところも多いが、以下では、重要でかつ新しい指摘をいくつか拾ってみたい。

第一に、法律効果の錯誤の概念について、ティツェの捉え方はダンツのそれと微妙にずれている。「内容の錯誤＝従来の狭義の内容の錯誤＋法律効果の錯誤」と捉えるダンツによれば、法律効果の錯誤は、従前どおり、表意者の意思表示にさらにつけ加えられた法律上の効果と理解されており、あくまで内容の錯誤の一部である。それに対し、ティツェは、従来の狭義の内容の錯誤も一種の法律効果の錯誤と考え、「内容の錯誤＝法律効果の錯誤」

²⁵³ Danz, a. a. O., S. 448.

²⁵⁴ Danz, a. a. O., S. 440f., 443.

²⁵⁵ Titze, Die Lehre vom Mißverständnis: Eine zivilrechtliche Untersuchung, Berlin 1910, S. 451.

²⁵⁶ Titze, a. a. O. S. 459.

と捉えることによって、法律効果の錯誤を動機の錯誤と比肩する広範な概念にした²⁵⁷。結局、錯誤には法律効果の錯誤と動機の錯誤しかない、ということになった。それは、次のような、ティツェの法律行為論が貫徹された結果であろう。すなわち、ティツェによれば、意思表示は、端的に言えば、法律効果の創造に向けられたものであり、それゆえ、意思表示の解釈も実際つねに法律効果の確定作業であるとされる。

第二に、強行法規の錯誤について、ティツェは、法適用の問題と錯誤の問題とは別問題であると強調し、その救済は可能だという。つまり、当事者が強行法規の適用を任意に排除することができないことは、当事者が強行法規の命じるとおりに法律行為を形成しなければならないことを意味するが、当事者が当該行為をしなければならないことを強要するものではない²⁵⁸。言い換えれば、強行法規は、当事者がどのような行為をするかを決定するものであって、当事者がするかどうかを決定するものではない。要は、錯誤取消しの主張によってある行為から撤退する表意者の選択権を強行法規は制限しないのである。

第三に、法律効果の錯誤の過度な利用を制限する方法として、ティツェは動機の錯誤を導入した。動機の錯誤の例として、以下のようなものがある。第一に、遺留分請求権者であると同時に遺贈も受けた寡婦が、遺留分請求権を放棄しないと遺贈を受けることはできないと誤信し、遺留分請求権を放棄した場合、第二に、相続税を国に納付することに反感を持つ表意者が納税を回避するために相続を放棄したが、実際、自分が被相続人の卑属であるため、相続税の納付義務がそもそもなかったことが後日判明した場合、第三に、旧軍服の着用が規則によって禁止されると誤信し、新式の軍服を注文した場合である²⁵⁹。しかし、これらの事案は、「意思表示のうえに法律効果がつけ加えられた」という事案構造を有しておらず、法律効果の錯誤ではなく、純粋な動機の錯誤であろう。ここで、ティツェは、法律効果の錯誤に対し、動機の錯誤による新たな制限を導入しようとするつもりはなく、単にこの種の錯誤が法律効果の錯誤ではないことを指摘するにとどまったといえよう。

これに対し、法律効果の錯誤の一部を動機の錯誤と捉えることにより、取消し可能な法律効果の錯誤の範囲を制限しようと試みたのは、ビールマンおよびヘンレの折衷説であった。

第2項 折衷説

²⁵⁷ Titze, a. a. O. S. 450.

²⁵⁸ Titze, a. a. O. S. 456.

²⁵⁹ Titze, a. a. O. S. 448f.

法律効果の錯誤は、そのすべてが内容の錯誤として取り消されうるものではないという立場を採るのは、ビールマンとヘンレである。それゆえ、両者を「折衷説」と名づけることとする。しかし、両者は、意思表示の本質をどのように考えるかについて異なる見解に立つことに注意しなければならない。

1、ビールマン

ビールマンは、肯定説の主張者（ダンツ、ティツェ）と同様に、意思表示の内容とは法的効果のことであり、それゆえに内容の錯誤はつねに法的効果の錯誤であるという点を理論の基礎に据えた²⁶⁰。しかし、ビールマンによれば、その逆の命題、すなわち、すべての法律効果の錯誤が内容の錯誤であるという命題は成立しない。つまり、内容に包含されない法律効果が存在するのである。それがどのような法律効果かについて、ビールマンは、瑕疵担保に関する売主の錯誤、相続放棄によって生じる遺産帰属の効果に関する相続人の錯誤、および贈与行為の拘束力に関する贈与者の錯誤を挙げ²⁶¹、そのような、表意者が意欲したかに関わりなく発生する効果は内容に属さない「遠い法律効果（Nebenwirkung）」であるという。逆に、表意者が意欲しなければ発生しえない効果、ビールマンの用語では、意思表示の「直接の効果あるいは主たる効果（unmittelbare oder Hauptwirkung）」に関する錯誤のみが内容の錯誤となるとする²⁶²。

以上のように、ビールマンは、「直接＝間接」あるいは「主たる＝従たる」という制限を導入することにより、法律効果の錯誤を、内容の錯誤（主たる効果あるいは直接の効果）と動機の錯誤（従たる効果あるいは間接の効果）とに振り分けようと試みた。結局、取消しの可否は、意思表示の内容への距離（遠近）を測ることによって決定される。主従関係からなっているこの判断構造は、後世の学説に大きな影響を与えた。しかし、意思表示の内容を法律効果と捉える以上、なぜ、その効果が法律によってつけ加えられた場合に、主従関係という新たな制限を導入しなければならないかについては十分に説明されていない。また、表意者が意欲しなければ発生しえない、いわゆる主たる効果の錯誤とはいったいどのようなものかについても具体例が提示されていない。主たる効果と従たる効果との線引きが不安定であることは、ビールマン自身も認めているところである²⁶³。

²⁶⁰ Biermann, Bürgerliches Recht, Bd. 1, Berlin 1908, S. 239. そこで、上記エルトマンとダンツの論文が引用されている。

²⁶¹ Biermann, a. a. O., S. 240, Anm.5.

²⁶² Biermann, a. a. O., S. 239.

²⁶³ Biermann, a. a. O. S. 240.

2、ヘンレ

意思表示の内容を法律行為の法的効果と捉え、法律効果の錯誤を原則として顧慮するとするティツェに反対し、ヘンレは、意思表示の内容が、法律効果ではなく、表示の言語上の「意味内容」とであると主張し²⁶⁴、また、法律効果の錯誤に基づく錯誤主張の氾濫への危惧を唱えた²⁶⁵。もっとも、その制限について、当時の判例（〔D16〕判決）におけるような全面否定の態度を、ヘンレは採用していない。ピールマンと同様、法律効果の錯誤の中に、内容の錯誤と動機の錯誤とが存在するとヘンレは考えた²⁶⁶。問題は、両者を区別する基準である。

法律効果の錯誤から、内容の錯誤として扱われる部分を分離し浮彫りにするため、ヘンレは伝統的三分法の中の「要素（*essentialia negotii*）」概念を使用した²⁶⁷。すなわち、意思表示として成り立つために最小限不可欠な効果こそが意思表示の内容となり、これについての錯誤のみが救済可能である。例えば、売買契約における買主の代金支払債務と売主の引渡債務がそれである²⁶⁸。相続契約の拘束力の有無²⁶⁹や契約の任意解除権の有無²⁷⁰などに関する錯誤も内容の錯誤となる。また、1902年ライヒ裁判所判決（〔16〕判決）について、ヘンレは以下のように考えた。継続的供給契約の一方当事者の破産管財人が、旧破産法 17 条

²⁶⁴ Henle, Irrtum über die Rechtsfolgen, Festgabe für Paul Krüger, Berlin 1911, S.315.

²⁶⁵ Henle, a. a. O. S.304.

²⁶⁶ Henle, a. a. O. S. 319f.

²⁶⁷ 三分法とは、要素（*negotii essentialia*）・常素（*negotii naturalia*）・偶素（*negotii accidentalia*）と名づけられるように、法律行為の内容を性質の異なった三つの部分に区分し、それぞれの内容および相互関係を考慮して法律行為を分析する方法を指す。要素とは、法律行為が成立するために不可欠な構成部分のこと、常素とは、法律行為に一般に存在する内容のこと、偶素とは、法律行為における特約のことである。ヘンレの見解に同調し、要素および常素の概念を、内容の錯誤にあたりうる法律効果の錯誤の判断基準とすべきだと説いた論者としては、フォン・トールとノイファーが挙げられる。Vgl. v. Tuhr, Der Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Halbbd. 1, München und Leipzig 1914, S.194f., Neuffer, a. a. O., S.142.

なお、日本においては、学説は三分法をあまり重視していないが、それを有効な分析道具としてすすめるものとして、石田喜久夫『口述民法総則（第二版）』（成文堂、1998年）237頁、石川博康『「契約の本性」の法理論』（有斐閣、2010年）40頁以下参照。

²⁶⁸ Henle, a. a. O. S. 339-340.

²⁶⁹ Henle, a. a. O. S. 345.

²⁷⁰ Henle, a. a. O. S. 347f.

に基づき残部の履行を請求したら残部の代金債権のみが財団債権に変わると誤解し、他方当事者に対して残部の履行を請求した結果、契約全体の代金債権が財団債権に変わった場合に、破産管財人の錯誤は代金という要素たる事項に関わるゆえ、内容の錯誤に属すると解した²⁷¹。

要素に関する法律効果の錯誤に対し、「常素 (*naturalia negotii*)」、すなわち、その点について当事者が具体的に規律しなくても、契約解釈や法律の適用によって意思表示の内容とされる周延的な効果に関する錯誤は原則として顧慮されない。売買契約における危険負担に関する法律の効果はその典型例である²⁷²。もっとも、要素ではない効果に関する錯誤は一切救済されないわけではなく、例外が存在する。例えば、賃貸借契約にとって賃借人に転貸権があるかないかは賃貸借契約が成り立つために不可欠な効果ではないにしても、もしある地域において、転貸権の有無についての取り決めが賃貸借契約に含まれるのが習慣になっている場合は、転貸権の有無も意思表示の内容となる²⁷³。

以上のように、ヘンレ説は、ビールマンと同様、法律効果の錯誤を一律に考えるのではなく、それを二つに区別して、それぞれ救済される内容の錯誤と救済されない動機の錯誤とに分属させるという折衷的な立場を採った。ヘンレ説においては、内容の錯誤と動機の錯誤との区別は、とりもなおさず伝統的三分法に求められており、取消しが許される核心的法律効果とは何かという問題についてより客観性のある基準が提示されている²⁷⁴。

第3項 学説に対する若干の検討

前述のように、エルトマン、ダンツおよびティツェを代表とする肯定説とビールマンおよびヘンレを代表とする折衷説は、法律効果の錯誤の全部または一部が内容の錯誤として救済に値することを認める点において共通性がある。しかし、肯定説と折衷説とはどう異

²⁷¹ Henle, a. a. O. S. 342.

²⁷² Henle, a. a. O. S.321.

²⁷³ Henle, a. a. O. S. 349.

²⁷⁴ ヘンレは、概念法学と自由法学とが激突する当時のドイツ法学において、厳格な概念法学者として、概念構成の手抜きあるいは放棄、信義則といったような一般条項への逃避、およびそれにもたらされた法の不安定性を痛烈に批判したことで有名であった (vgl. Henle, *Treu und Glauben im Rechtsverkehr*, 1912、また邦文文献としては、広渡清吾『法律からの自由と逃避』、日本評論社 1986 年、351 頁以下参照)。なお、ここで、直接の効果あるいは主たる効果という曖昧な基準に頼るのではなく、伝統的三分法における「要素」の概念を借りて、内容の錯誤として救済されうる法律効果の錯誤の範囲を明確にすることを目指すヘンレの解釈は、彼の方法論と深く関連していると思われる。

なるか、また肯定説の諸説の間にはどこが異なるかは明らかではない。本項では、立法初期の否定説と対比しながら、「法律効果の錯誤」の概念と位置づけを確認し（1）、見解の衝突を再度整理したうえで（2）、学説対立の構造を鮮明にすべく、諸説の背後にある、法律行為論についての観点の相違を踏まえて若干の検討を加えることにしたい（3）。

1、諸説における「法律効果の錯誤」の概念と位置づけ

「法律効果の錯誤」概念について、意思表示のうえにつけ加えられた法律の効果に関する錯誤と定義されているが²⁷⁵、この定義は混乱を呼ぶ多義的なものである。意思表示を契機にして発動する法律の効果、換言すれば、「自治的意思表示の内容+ α 」の中の α の部分だけを「法律効果」と捉えるのが普通である。否定説の主張者であるレーバインやヘルダーと折衷説の主張者であるヘンレはこのように理解している。それに対し、表意者が自らの意思で決定した内容、つまり意思表示の自治的な内容そのものも一種の法律効果ではないかと考える肯定説の主張者であるエルトマン、ダンツおよびティツェはこの立場から出発し、法律効果の錯誤は内容の錯誤と同様に扱われるべきだと主張したのである。そのうち、エルトマンとダンツは、法律効果の錯誤と内容の錯誤との区別を認識したうえで、それを内容の錯誤の扱いに準じる形で救済することを主張したのに対し、ティツェは「法律効果の錯誤＝内容の錯誤」と明言し両者の境界をなくした。

定義の相違に従って、法律効果の錯誤の位置づけも大きく変わってくる。否定説では、法律効果の錯誤は、上記 1902 年ライヒ裁判所判例（[D16] 判決）にも述べられたように、内容の錯誤でも動機の錯誤でもない、むしろ両者のはざまに存在する特殊な類型であると理解される。法律効果の錯誤は BGB 119 条に規定される内容の錯誤にあたらぬ限り取消しの対象になりえないため、否定説においては、法律効果の錯誤と内容の錯誤との相違が主に検討されることになる。このことは、法律効果の錯誤と動機の錯誤との関係が否定説において全く話題にならなかった原因であろう。しかし、肯定説が主張され、法律効果の錯誤が内容の錯誤と同様に扱われることになると、動機の錯誤との境界線がどこに引かれるべきかという、内容の錯誤に付きまとう問題が浮かび上がる。特に、ティツェ説のような、すべての法律効果の錯誤に取消権を与える、いわばラディカルな肯定説では、動機の錯誤との境界の所在が問われる。それについて、ティツェは、旧軍服の着用が禁止されると思い込んで新式の軍服を注文した事案などを挙げて、動機の錯誤は行為の前提に関するものであり、法律がつけ加えた効果に関する錯誤ではないと説明し、法律効果の錯誤との境界線の問題そのものを否定した。ティツェ説に反対し、法律効果の錯誤が動機の錯誤に

²⁷⁵ 法律効果の錯誤の定義について、第 3 章第 2 節第 1 款 1 および前注（180）参照。

あたる場合があるということを正面から認めたのはビールマンとヘンレである。ビールマンは、相続放棄によって生じる遺産帰属に関する共同相続人の錯誤を、ヘンレは、売買契約における危険負担を規定する法律に関する契約当事者の錯誤を念頭に置いた。とくに、ヘンレは、これらの規定から生じる法律効果が、意思表示にとって時間的に後発的な効果であるため、意思表示の内容にはならず、意思表示の動機にすぎないと説明した。このように、折衷説において、法律効果の錯誤における問題設定は、法律効果の錯誤そのものが内容の錯誤か動機の錯誤かという点から、法律効果の錯誤のどの部分が内容の錯誤かどの部分が動機の錯誤かという点へとシフトされた。要は、否定説は法律効果の錯誤を動機の錯誤、あるいは内容の錯誤と動機錯誤のはざまにある独立の錯誤類型と捉え、肯定説はそれを内容の錯誤に包含されるものと捉えるのに対し、折衷説は、法律効果の錯誤を、内容の錯誤と動機錯誤とにまたがるものとみている。

2、争点の整理

上記全体構造の下で、諸説は下記の二つの点において分かれている。

第一に、強行法規の錯誤は取消し可能か。否定説では、強行法規の効果は、当事者の意思と関わりなく生じるものであり、当事者の意思で形成しうるところではないゆえ、その効果についての錯誤の取消しは当然に否定されるべきだと主張される。それに対し、肯定説は、以下のような主張により、強行法規の錯誤であっても取消しを認める余地があるとした。ティツェによれば、強行法規は、当事者がどのような内容の行為をするかを制限するものであって、当事者がするかどうかを決定するものではない。つまり、当事者は契約の内容を自由に決定することはできないが、契約をあきらめるオプションを失っていない。それゆえ、表意者は、強行法規についても錯誤に基づく取消しの主張が可能である²⁷⁶。しかし、ティツェは、取消し可能な強行法規の錯誤についての説得的な具体例を提示していない²⁷⁷。

第二に、任意法規の錯誤は、そのすべてを内容の錯誤として取り消すことが許されるか。換言すれば、動機の錯誤に該当し救済が拒否されるべき場合はないか。法律効果の錯誤を

²⁷⁶ Titze, a. a. O. S. 456, 493, Anm. 51.

²⁷⁷ Titze, a. a. O. S. 457, Anm. 14. 例えば、前述した〔D16〕から〔D21〕までの五つのライヒ裁判所判決の中に、ティツェの論文で取り上げられたのは、旧破産法 17 条に関する〔D16〕、BGB418 条に関する〔D18〕および BGB1925 条に関する〔D20〕であった。強制和解における債務額の登録に関する〔D17〕と、単独事業への加入の債務負担責任に関する〔D19〕については触れられていない。〔D17〕〔D19〕のような事案では、錯誤の主張を認めてよいのかについて疑問が残されるように思われる。

全面的に否定する否定説はともかくとして、肯定説は取消権を肯定し、折衷説はその一部を肯定して残りは動機の錯誤に帰属すると主張した。ところで、肯定説（ダンツ、ティツェ）は、厳格な因果関係判断のほか、任意法規が適用される効果について表意者が特定の観念を積極的に持っていなければならないという超え難いハードルを課していることは、本款第 2 項で紹介したとおりである²⁷⁸。しかし、逆に、もし表意者が積極的な観念を持っていたならば、それが立証できる限り、如何なる法律効果でも取消しが可能となる。このようにして、法律効果の錯誤の判断は、全く表意者の主観的な心理内容の探究または再現によるものとなる。

これに反対し、ヘンレは、法律行為の要素（*essentialia negotii*）を手がかりにして、法律効果の錯誤の領域に動機の錯誤を導入し、要素に関しない法律効果の錯誤を動機の錯誤と解した。要素の概念は、その意味内容が客観的に決まるものであるゆえ、この概念の提示によって法律効果の錯誤の判断に客観的なファクターが持ち込まれ、法的判断の見通しが良くなる点で、ヘンレ説は極めて示唆に富む。しかし、ヘンレ説は、一方で理論的に説明しきれないところがあり、他方で現実にもうまく機能しないという批判も受けている。まず、理論的には、なぜ法律効果の錯誤の場合に限って、意思表示を維持する最小限の法律効果（要素）についての錯誤のみが内容の錯誤になるかについて、説得力ある説明はない。次に、現実においては、ヘンレ説は、要素の概念を使用する一方、ダンツとティツェの見解において提唱された、表意者が法律効果に対して積極的な観念を持っていなければならないという制限を撤廃したので、結局、要素の概念を用いることで達成しようとした目的が実際に達成できるかどうか疑われる²⁷⁹。

3、諸説における法律行為論上の分岐

以上のような、多岐にわたる諸説間の相違は、最終的には、意思表示とは何かという法律行為論の根本問題に帰結すると考える。つまり、一方で、意思表示を法律関係（権利義務）の発生または解消に向けられているものと理解し、意思表示の内容を「法的効果」と捉えるならば、法律の適用によって生じる効果も意思表示の内容になると考えるのが自然である。他方で、意思表示を表意者の内面的意思の表明と理解し、意思表示の内容を表示の言語上の「意味内容」と捉えるならば、法律の適用によって生じる非自治的な効果が意思表示の内容から排斥されることとなる。法律効果の錯誤に関して、前者が肯定説（エルトマン、ダンツとティツェ）の出発点であり、後者が否定説（レーバイン、ヘルダー）の

²⁷⁸ Titze, a. a. O. S. 445.

²⁷⁹ Neuffer, a. a. O. S. 107.

出発点であることは言うまでもない。また、折衷説においては、ビールマンが前者に立脚し、ヘンレが後者に立脚していることに留意する必要がある。それゆえに、ビールマン説は、表意者の自治的效果と法律がつけ加えた効果とが区別されないという前提のもとで、もっぱら核心から遠く離れた従たる効果に関する錯誤の事案の提示し、またそれらを取り消し可能な範囲から取り除く作業により、内容の錯誤を輪郭づけようとしていた。それに対し、ヘンレ説は、法律がつけ加えた効果を意思表示の内容から基本的に排除したうえで、要素 (*essentialia negotii*) という最小限不可欠の効果に関する法律効果の錯誤と、要素ではないものの、慣習において契約でつねに取り決めのある事項に関する法律効果の錯誤とを内容の錯誤に内包することにより、内容の錯誤とは何かを例示し明確化することを主な作業としていた。両者の相違は、理論構造の根本的な差異から由来する。

さて、BGB 119 条 1 項は、どの立場から規定されたものであろうか。「意思表示の内容に関して錯誤した者あるいはその意思表示を全然なすことを意欲していなかった者」という文言からは、表示の言語上の「意味内容」における錯誤にこだわっているようである²⁸⁰。

²⁸⁰ 本来、意思主義的錯誤論の基盤を定め、現行法の起草に大きな影響を与えたゲーブハルトの部分草案の錯誤規定に関する理由書においては、意思と表示との不一致をもたらす錯誤の類型として、①誤記と②意思の表明における錯誤のほか、③「表示されたものの内容が表示に基づいて正当化される意思と対応しており、しかも客観的評価によれば表意者がその記号に拘束されたいと意欲しているところの意味を生じているにもかかわらず、同時に表意者が当該法律行為あるいは法律行為の一定の構成部分を考慮すれば、誤った観念 (*irrigé Vorstellung*) に支配されており、現実の事実状況に基づいて観察すれば、意欲しない法律効果を意欲したものとして示したが故に、現実的意思と意欲されたものとして示されたものが一致しない場合」という第三の類型が挙げられたが、現行法の起草過程においては脱落したことが、大中有信教授の研究によって明らかになった (同「ドイツ民法典における表示錯誤の成立」石部雅亮『ドイツ民法の編纂と法学』(九州大学出版会、1999 年) 143 頁以下)。

大中教授は、計算基礎の錯誤の代表例である 1903 年銑鉄売買事件 (RGZ 55, 368) を挙げて、この判決において内容の錯誤と認められた「表示の実質的内容と関連する錯誤」が、まさにゲーブハルトの挙げた第三の類型に該当するものであると主張した (同、上掲 165 頁以下)。ところが、銑鉄売買事件においては、申込みの価格に計算の過誤はあるが、申込みの際、その価格が意欲されていなかったわけではない。それゆえ、意思と表示が対応していながら意欲しない法律効果が意欲したものとして示された、という第三類型の特徴が鮮明とはいえない。むしろ、本節の課題、すなわち法律効果の錯誤が、その第三類型に該当するものではないかと考えられる。実際、ライヒ裁判所の初期判決には、法律効果の錯誤を——法律効果の錯誤への救済を否定した 1902 年判決を避けたからであろうが——「実質的な内容の錯誤」とみて認容する判決も存在した (上記 [D21] 判決)。^[D21] においては、表示されたものの内容 (保証の引受け) が表示に基づいて正当化される意思 (保証の引受け) と対応しておりながら、現実的意思 (保証を引受けて、そのうえに債権質が取得できる) と意欲されたものとして示されたもの

それゆえに、法律効果の錯誤の全部または一部を内容の錯誤とするのは、119 条 1 項の類推適用²⁸¹、少なくとも拡大解釈によらなければならないと言われている²⁸²。1902 年のライヒ裁判所判決（〔D16〕判決）は、まさにこの立場から法律効果の錯誤への救済を否定したのである。ところが、1916 年に、ライヒ裁判所は、法律効果の錯誤の一部を内容の錯誤と解釈する方向へと立場を転換した。

第 4 項 1916 年ライヒ裁判所判例——法律効果の錯誤についてのリーディングケース

本項では、まず 1916 年ライヒ裁判所判決（以下、1916 年判例と略す）の要旨を紹介し（1）、次いで、その判断基準を分析する（2）。

1、判決の紹介

〔D22〕 RG 3.6.1916, RGZ 88, 278

【事実関係】原告 X 所有の土地甲に、訴外 A 社の第一順位抵当権（抵当額 16000 マルク）と、被告 Y の被相続人の第二順位抵当権（抵当額 8000 マルク）が存在した。1914 年 9 月 28 日に、B 銀行（地方自治体に所轄される地方貯蓄銀行）のために、抵当額が 15000 マルクの第三順位抵当権が設定され、土地登記簿に登録がなされた。同年 10 月 1 日、X は A 社と協議し、A の被担保債権の一部（15000 マルク）を即座に弁済することを条件にして、残債権（1000 マルク）の第一順位抵当権を第三順位抵当権者の B 銀行に譲渡する旨の公正証書を作成した。これによって、A の第一順位抵当権は、債務の弁済および A の抵当権放棄により、X 所有の所有者抵当権となった（BGB1163 条 1 項）²⁸³。そして、協議の内容を登記簿に登録する際に、X は、第一順位の所有者抵当権を B 銀行に譲るため、15000 マルクに相当する第一順位抵当権の抹消申請を申し出た結果（BGB 875 条 1 項）²⁸⁴、第二順位抵当権者

（単なる保証の引受け）とが一致しない。

²⁸¹ Staudinger-Dilcher, 12. Aufl. Berlin 1978, §119 Rn. 36.

²⁸² J. Mayer, Der Rechtsirrtum und seine Folgen im bürgerlichen Recht, Diss. Würzburg 1989, S. 181.

²⁸³ BGB 1163 条 1 項

「抵当権を設定した債権が成立しないときは、抵当権は所有者に属す。債権が消滅したときは、所有者は抵当権を取得する。」

²⁸⁴ BGB 875 条 1 項

「土地の上の権利を消滅せしめるには、法律に別段の規定がない限り、権利を消滅せしめる旨の権利者の意思表示および土地登記簿における権利の抹消を必要とする。当該意思表示は、不動産登記所または意思表示によって利益を受けるべき者に対してそれを為すことを要する。」

Yの順位昇進を招き、第一順位はXが期待していたとおりにB銀行に帰属させることができなかった。錯誤に気づいたXは、第一順位の所有者抵当権の消滅申請の取消しおよび第一順位抵当権のB銀行への帰属を請求した。第一審・控訴審ともにXの請求を棄却した。控訴審は、公正証書に抵当権の消滅申請が含まれると認定したうえ、「Xは、この公正証書に署名することにより第一順位抵当権をB銀行に譲渡するという目的を達成することができる」との錯誤に陥ったというなら、それが単に抵当権抹消申請の法的効果についての誤解にすぎず、救済を与えるべきものではない」とした。

【判旨】請求認容。ライヒ裁判所は、「公正証書に抵当権の消滅申請が含まれるという事実と、法律行為の法的意味または表示の内容自体が錯誤に陥っているという事実との間には、矛盾が生じているわけではない。Xは、自らの表示（登記）には、B銀行への第一順位抵当権の譲渡が含まれると信じ、そえゆれに錯誤に陥ったと主張しているのである」とし、第一順位抵当権の譲渡という法律効果も表示の内容にあたると認めた。

法律効果の錯誤一般について、ライヒ裁判所は以下のように判示した。「法律効果の概念、およびそれが錯誤の取消しにとって何を意味するかについて、学説においては活発に議論されている（特に、Henle, Irrtum über die Rechtsfolgen, in der Festgabe für Krüger）。その中に、法律効果が基本的には表示の内容に属すると講じる文献があるが（Danz in Jherings Jahrbüchern Bd. 46 S. 430 fgl.; Oertmann in Seufferts Blättern Bd. 67 S. 29; Titze, Mißverständnis S. 443 bes. 455 flg.）、それは、いずれにしても、いいすぎであろう。とはいえ、意思表示によって達成しようとする法律効果についての錯誤も意思表示の内容の錯誤になりうることは認めなければならない。法律行為的意思表示の実質的意義は、それによって、権利の創設・変更・消滅という法律上の効果を追求することにある。もしこの法律上の効果が、表示された法律行為的構成要件の要素をなすものであれば、それは意思表示の内容になる。法律行為が、法的意味への誤解または無知により表示され、当該行為によって追求しようとしたところのものと実質的に異なり、かつ、意欲していなかった法律効果をもたらした場合に、意思表示の内容の錯誤が認められる。それに対し、法律に錯誤がないように表示され、かつ、意欲されていた法律行為が、当該行為によって追求しようとしたところ以外の、認識されておらず、かつ、意欲していなかった法律効果をもたらした場合には、意思表示の内容の錯誤は認められないものとする。（以下、Enneccrus、Planck、Biermann 等法学者の体系書が引用されたが、省略）。」そして、本件事案について、「本件のような錯誤は、疑いなく意思表示の内容の錯誤であろう。1914年10月1日の公正証書の本文およびそのタイトルにおいて、B銀行のための「順位譲渡」が話題となり、当該順位譲渡にはB銀行のための第一順位抵当権の設定が含まれると信じていた点にXの錯誤がある、ということを最後に指摘したい」。

本件では、表意者Xは、弁済によって第一順位抵当権を取得し所有者抵当権者になり、

またその第一順位抵当権を当時の第三順位抵当権者である B 銀行に譲渡しようとするため、第一順位の所有者抵当権の抹消を申し出たところ、X の所有者抵当権が消滅し、それにより Y の第二順位抵当権が自動的に繰り上がり、第一順位となった²⁸⁵。第二順位の第一順位への昇進というの効果は、X による所有者抵当権の抹消行為を機に発生した法律上の効果のであり、意思表示の内容に含まれるが議論の焦点となる。

従来の判例（[D16] 1902 年判決）によれば、法律上の効果は意思表示の内容ではなく、BGB 119 条 1 項に基づく取消しの原因にはならないはずである。しかし、本判決は、法律上の効果についても、意思表示の内容になる可能性があることを明言した。その際には、ダンツ、エルトマンおよびティツェが引用されていることから、本判決は、法律効果の錯誤に関して、肯定説からある程度の影響を受けたことは明らかである。もっとも、本判決は、肯定説に従ったものではない。肯定説を「いいすぎ」であるとして、さらに、法律効果の錯誤を内容の錯誤と認める、錯誤者が「追及しようとした法律効果の錯誤」と、法律効果の錯誤を内容の錯誤と認めない、錯誤者が「追及しようとしたところ以外の法律効果の錯誤」とに振り分けるという判断構造からみれば、折衷説を採ったことは明らかであろう。学説においては、本判決を方向づけたのは実際はヘンレの折衷説であると言われている²⁸⁶。

しかし、意思表示の実質的意義を法律効果の追求と捉える点において、本判決は、意思表示の内容を表示の言語上の意味内容に限定しようとするヘンレ説とは根本的に異なる。また、判断基準の表現において、ヘンレが「要素」——法律行為が成り立つための最小限不可欠の効果——という客観性に富む基準を使用したのに対し、本判決は「法律効果の追求」という非常に主観的な基準を使用した。以上の相違点に鑑みれば、ヘンレの折衷説が決定的影響を与えたというよりも、本判決はむしろ、意思表示の内容を法律効果と捉えながら従たる効果の錯誤を内容の錯誤から排除するという構造を採るビールマンの折衷説を主体にし、そのうえに、ダンツとティツェの見解において説かれた、表意者が法律効果について特定の観念を持っていなければならないとの制限を加えた結果

²⁸⁵ ドイツ法では順位確定の原則が採用され、被担保債権が弁済により消滅したときには、抵当権は消滅せず、所有者が抵当権を取得するとされる（BGB1163 条 1 項）。所有者抵当権の制度趣旨は、順位確定の原則を維持するためであると解されている（我妻栄『新訂・担保物権法』（岩波書店、1968 年）217 頁）。しかし、所有者が自ら所有者抵当権を抹消した場合には、所有者抵当権はやはり消滅し、次順位の抵当権が昇進することになる（Engelmann, Das bürgerliche Recht, Berlin 1913, S.638）。

²⁸⁶ Mayer-Maly, Rechtsirrtum und Rechtsunkenntnis als Probleme des Privatrechts, AcP 170 (1970), S.166-167; J. Mayer, a. a. O., S. 175.

であるといえよう。

2、判断基準の分析

ビールマン説においては、主たるないし直接の効果とはどのようなものかについて事例が挙げられておらず、基準として不明瞭なところがあることは、前述のとおりである。他方、本件判決においては、明確な基準が提示されている。すなわち、

「法律行為が、法的意味への誤解または無知により表示され、当該行為によって追求しようとしたところのものと実質的に異なり、かつ、意欲していなかった法律効果をもたらした場合に、意思表示の内容の錯誤が認められる。それに対し、法律に錯誤がないように表示され、かつ、意欲されていた法律行為が、当該行為によって追求しようとしたところ以外の、認識されておらず、かつ、意欲していなかった法律効果をもたらした場合には、意思表示の内容の錯誤は認められないものとする」。

まず、ここで使用されている法律行為という用語は、自治的な意思決定による意思表示を指していることを指摘しておく。この自治的な意思決定のみならず、これによって追求しようとする法律効果も意思表示の内容として認められるが、それが実際に惹起された法律効果と実質的に異ならなければならないという制限を受ける。このように、本判決は、一方で、表意者が法律効果について特定の誤った想定を有していたかという主観的基準（「追求」「意欲」という言葉で表現されているため、以下では、「追求性」と呼ぶ）を要求し、他方で、誤った法律効果が法律行為の主たるないし直接の効果に関わるかという客観的基準（「実質」という言葉で表現されているため、以下では、「実質性」と呼ぶ）を要求するものであると一般に理解されている²⁸⁷。

錯誤の主張にとっては、前者が錯誤主張を肯定するための基準であり、後者が錯誤主張を否定するための基準である。したがって、錯誤が認められた本判決においては、論証がもっぱら前者——表意者が、錯誤により表示から生じる法律効果とは異なったある法律効果を積極的に追求していたか——に集中している。本件事案では、公正証書の作成過程において、所有者抵当権の抹消により達成しようとした B 銀行へ順位譲渡が話し合われ、表意者 X は、B 銀行に対する第一順位の設定という効果が本件意思表示に含まれると信じていたことが認定され、表意者における「追求性」が証明されている。この

²⁸⁷ Rittner, Rechtswissen und Rechtsirrtum im Zivilrecht, in: Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967, S. 404; Mayer-Maly, a. a. O., S. 170.

認定が本判決の決め手となったといっても過言ではない²⁸⁸。この認定事実に基づいて、裁判所は、表意者が追求した、B 銀行への順位譲渡という法律効果も意思表示の内容になると認め、その結果、意思表示の内容を拡大するに至った。それゆえ、本判決は、「拡大された内容の錯誤」という判例法理の展開の一翼を担ったものと評されている²⁸⁹。

なお、本判決は、後の連邦最高裁判所に踏襲され、今日でもなお法律効果の錯誤のリーディングケースとして機能している。また、学説においては、本判決に対して賛成意見が多数をしているものの、フルーメ等の論者からは有力な批判もなされている。学説の詳細は、款を改めて紹介する。

第3款 判例転換後の学説

法律効果の錯誤に関して、1916 年判例（〔D22〕判決）は、折衷説および肯定説の影響のもとで、否定説を採った 1902 年判例（〔D 16〕判決）以来の態度を変更し、法律効果の錯誤の一部を内容の錯誤にあたるとして BGB 119 条 1 項による救済を与える方向へ転換した。ある法律効果の錯誤が内容の錯誤に該当するか否かを判断するにあたって、1916 年判例は、表意者が法律効果について特定の誤った想定を有しており（追求性）、かつ、その法律効果が法律行為の主たる効果である（実質性）ことを基準として提示した。この基準に従えば、救済を得られない法律効果の錯誤は、すべて動機の錯誤にあたるものとして構成される。

しかし、戦後になると、動機の錯誤というラベルを懐疑的な目でみる学者が増えた。

²⁸⁸ 公正証書の作成において B 銀行への順位譲渡が話題にされたという事実が本件にとって決定的であったというのは、それによって表意者の追求が証明されたからではなく、単にそれが「表示された」からであると、表示主義的な立場から主張されうる。しかし、本件では、法律効果の表示の相手（第三順位抵当権者である B 銀行）が、錯誤取消しの相手方（第二順位抵当権者である Y）ではないことに注意しなければならない。本件表意者 X が不動産登記所に対し第一順位の所有者抵当権の抹消を申し出、そして不動産登記所が第二順位の Y を通知するまで、Y が X の表示を知っていなかったことが推測される。X の表示に対して Y がどれほど正当な信頼を持っていたかはすこぶる疑問である。もし Y には保護に値する信頼がなかったとすれば、表示主義から「法律効果の表示」だけを要求する意味はあるまい。本件において、B 銀行への順位譲渡という法律効果についての表示があったと強調されたのは、むしろ、中松教授が指摘したように、表意者の観念の事後的表示は、表意者の内心的効果意思を推測させる手がかりとなる、換言すれば、それが効果意思の存在を証明するための証拠になる、からであろう（中松縷子「錯誤」星野英一ほか編『民法講座 I・民法総則』（有斐閣、1984 年）443 頁）。

²⁸⁹ Kramer, Der Irrtum beim Vertragsschluß, Zürich 1998, S. 35ff.

彼らは、法律効果の錯誤が否定される原因は、法律によって発生した法律効果が動機にあたるからではなく、むしろ「法律によって (kraft Gesetzes)」発生したからであると認識するようになった。以下では、戦後の議論状況に関して、まず通説を紹介し(第1項)、次に、法律効果の錯誤を専門に研究する学者であり、通説とは異なる見解を唱えたフルーメ、マイヤー＝マリーおよびJ. マイヤーの見解を検討することにしたい(第2項)。

第1項 通説

戦後の通説は、1916年判例の定式に賛同しつつ、さらに発展させた²⁹⁰。諸説の間において、具体的な場合に対する判断は多少異なるところがあるが、基本的には以下の場合が動機の錯誤にあたると考えられている。すなわち、イ) 売買契約における瑕疵担保責任(BGB 437、459条)を知らなかった売主の錯誤²⁹¹、ロ) 履行遅延責任に関する契約当事者の錯誤²⁹²、ハ) 合名会社への加入に伴う債務負担(HGB 130条)に関する加入者の錯誤²⁹³、二) 「売買は賃貸を破らない」とする規定(BGB 566条1項)を知らず賃借人が居住している家屋を購入し、賃貸者契約を法的に引き受けた買主の錯誤²⁹⁴、ホ) 商取引において、申込みに対して遅滞なく返答する義務を負う被申込人が黙過した場合は申込みを承諾したと見なす商法の規定(HGB 362条)を知らなかった商人の錯誤²⁹⁵、である。

それに対し、内容の錯誤と認められるのは、以下のようなものである。イ) 売買契約において、売主が「権利の瑕疵担保責任」を負わない旨の免責条項を買主と約定した際に、この「権利の瑕疵担保責任」という用語には「物の瑕疵担保責任」が当然に含まれると誤解して締結した場合²⁹⁶、ロ) 売買契約の売主が「従物付きで売却する」と表示したときに、従物には戸棚と厨房設備以外の物が含まれないと誤解した場合(BGB 97、311c条)²⁹⁷、ハ) 表意者が請負契約を、仕事の完成が義務づけられていない雇用契約と誤解し承諾した場合

²⁹⁰ Lange, BGB: Allgemeiner Teil, München 1974, S. 343.; Diederichsen, Der allgemeiner Teil des BGB für Studienanfänger, Heidelberg 1984, Rn. 387; Brox, a. a. O., S. 196; Larenz / Wolf, a. a. O., §36 Rn. 74ff.; Rüthers / Stadler, a. a. O., §25 Rn. 37; Köhler, a. a. O., §7 Rn. 24.

²⁹¹ Larenz / Wolf, a. a. O., §36 Rn. 74; Rüthers / Stadler, a. a. O., §25 Rn. 37; Brox, a. a. O., S. 196.

²⁹² Larenz / Wolf, a. a. O., §36 Rn. 74.

²⁹³ Rüthers / Stadler, a. a. O., §25 Rn. 37;

²⁹⁴ Rüthers / Stadler, a. a. O., §25 Rn. 37;

²⁹⁵ Rüthers / Stadler, a. a. O., §25 Rn. 37;

²⁹⁶ Brox, a. a. O., S. 196.

²⁹⁷ Larenz / Wolf, a. a. O., §36 Rn. 74; Köhler, a. a. O., §7 Rn. 24; Rüthers / Stadler, a. a. O., §25 Rn. 37;

²⁹⁸、二) 相続人が相続を放棄する権利を知らずに相続放棄期間を経過した場合 (BGB 1943 条) ²⁹⁹、などが挙げられる。

以上のように、事例の提示によって、内容の錯誤と動機の錯誤とに振り分けられる法律効果の錯誤の、それぞれの輪郭がヨリつかみやすくなったが、両者間の線引きは依然として難しい。とりわけ、主たる効果と従たる効果との区別は、ロジックに基づいて決定されるものではないと認識されるようになっている³⁰⁰。たとえ、すべての者が従たる効果だと認める事例——瑕疵担保責任に関する錯誤——においても、議論は止まない。例えば、売主が瑕疵担保責任について何も考えていなかったのではなく、この契約では瑕疵担保責任を負う必要はないと確信していた場合には、契約の取消しが許されるのであろうか。この問題については、1916 年判例の基準が役に立たないものであるとして (本款 2 項 2 マイヤー＝マリー説参照)、学説においても意見が分かれている³⁰¹。

以上、法律効果の錯誤に関して、未解決のままになお残されている問題が多い。学説の多数が 1916 年判例の基準に満足しているのは、この基準がすべての事案を納得のゆくような理由によって解決することができるからではなく、単に「実際に使える (Praktikabel)」、換言すれば、何とかなる、からであると考えられている³⁰²。

第 2 項 1916 年判例への反対説

本項では、救済されないと判断されたすべての法律効果の錯誤に、動機の錯誤というラベルを貼りつける解決策を提示した 1916 年判例に反対し、法律効果の錯誤の問題について、法律効果を付加した法規範の特質という視点からの見直しを示唆した三人の学者——フルーメ (1)、マイヤー＝マリー (2) および J. マイヤー (3) ——の見解を検討する。彼らの批判は、法律効果の錯誤ひいては法律行為論についての各論者の考え方に基づいており、そのもとで彼らの批判を理解しなければならない。

1、フルーメ

²⁹⁸ Köhler, a. a. O., §7 Rn. 24.

²⁹⁹ Rüthers / Stadler, a. a. O., §25 Rn. 37;

³⁰⁰ Larenz, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, München 1987, S. 366; J. Mayer, a. a. O., S. 178ff.

³⁰¹ 前述のとおり、否定の意見が多数を占めてはいるものの (Larenz / Wolf, a. a. O., §36 Rn. 74)、肯定の立場を採る論者は全くいないわけではない (S. Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, München 1997, S. 266.)

³⁰² Rittner, a. a. O., S. 404.

(1) フルーメは、明確に、すべての法律効果の錯誤は顧慮されるべきでないと主張する。その理由は、当事者の意思ではなく法律によって発生した効果が、法として「自ずから正しい (*de lege lata* richtig)」からであるという³⁰³。しかし、1916 年判例をはじめ、法律効果の錯誤を理由とする取消しの主張を認めた裁判例が多く存在することも事実であり、それらを見做すわけにはいかない。裁判例において取消しが肯定された法律効果の錯誤の事案について、フルーメは、それらは実際には「法律効果の錯誤」の事案ではなく、別の法概念に関する事案であるからこそその錯誤が救済されたのであると主張した。このように、フルーメは、従来から考えられてきた法律効果の錯誤の一部を、「法律効果の錯誤」概念の枠外に位置づけた。例えば、被相続人が、全血兄弟の子がいる限り半血兄弟の子が法定相続人になることはないと誤信し、「遺産の処分は法定相続の効果に任せる」と表示した場合 (RGZ 70, 391、上記 [D20]) は、法律効果の錯誤の事案のようにみえるのみであり、ライヒ裁判所が認定したとおり、「誤表」の事案と性質づけられるべきものである。

また、1916 年判例について、フルーメは、公正証書の形でなされた本件意思表示に、第一順位の所有者抵当権の消滅と第三順位抵当権者への順位譲渡との二つの法律効果が両立することを容認するライヒ裁判所の立場に対して激しい批判を加えた。すなわち、ライヒ裁判所のように、B 銀行への第一順位の譲渡が意思表示の内容になるというのならば、それは当然に、第二順位の Y に譲渡しないことを意味するため、表意者 X の意思表示の内容には、所有者抵当権の消滅と第二順位の Y に譲渡しない、という相互矛盾の二つの法律効果が存在することになり、そのため法律行為は、内容の確定できないもの (*Perplexität*) として成立しないものとなる。フルーメの提案によれば、X の意思表示を不成立とするか、それとも、第一順位の所有者抵当権の抹消申出 (*Löschungsbewilligung*) を抵当権の消滅 (*Aufhebung*) を意味しないものとみて、消滅していない X の抵当権がそのまま B 銀行に帰属するように法律行為の解釈を行うべきであると説かれた³⁰⁴。

(2) 法律効果の錯誤に関するフルーメの見解は、彼の法律行為論と深く関係する³⁰⁵。フル

³⁰³ Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. Berlin 1992, S. 465.

³⁰⁴ Flume, a. a. O., S. 467-468. フルーメ説に賛同する学者としてメーディクスが挙げられる (*Medicus. Bürgerliches Recht* 19. Aufl. 2002. S. 87.)。

³⁰⁵ フルーメの法律行為論に関する邦文文献は、吉岡祥充「W フルーメの法律行為論に関する一考察 (2・完)」大阪市立大学法学雑誌 32 巻 2 号 86 頁以下、石川博康、前掲注 (267)『「契約の本性」の法理論』481 頁以下参照。

一メの法律行為論は、法律行為を、行為（Akt）としての法律行為と規律（Regelung）としての法律行為とに峻別するものとして特徴づけられる。行為としての法律行為とは、当事者が規律を設定する事実であり、これについては、意思表示の欠缺または瑕疵に関する規定が妥当する。それに対し、規律としての法律行為とは、当事者の設定行為によってもたらされた規律そのものであり、これについては、意思表示の解釈や強行法規違反に関する規定が妥当することになる。フルーメによれば、行為としての法律行為と規律としての法律行為との間に法秩序のあらわれである「行為類型」が介在しており、私的自治は、法秩序によって承認された一定の行為類型の枠内においてのみ展開されうる³⁰⁶。このように、フルーメにおいては、当事者の意思による自治的内容のほか、法秩序による規範的内容をも包含する、重層構造的な法律行為論が目指されていると同時に、両者間の峻別がつねに認識されている。

このような法律行為論を法律効果の錯誤の問題に当てはめると、以下のような、やや奇妙にも思える帰結に達する。すなわち、行為としての法律行為と規律としての法律行為とも法律行為であるゆえ、法律行為の内容には、当事者の意思によって自治的に設定された事実的な内容のみならず、意思表示の解釈や法適用によってもたらされた規範的な効果も含まれる。したがって、法律行為の内容の錯誤は、同時に法律効果の錯誤でもある³⁰⁷。ところが、錯誤に関する規定は、意思の瑕疵に関する規定であるゆえ、意思によって設定された内容に関してのみ妥当し、意思表示の解釈や法適用によってもたらされた効果に関しては機能しない。なぜなら、これらの法律効果においては法秩序がつねに妥当し、私的自治は展開されえないからである。このように、フルーメの法律行為論において、法律効果の錯誤は、意思表示の内容の錯誤にはあたりうるものの、錯誤制度によって救済されないものとなる。

(3) 上述のように、法律効果の錯誤に関して、フルーメは、法律の適用や意思表示の補充的解釈によって定められた規範的な内容であっても法律行為の内容にあたることを認めつつも、それについての錯誤を BGB 119 条で救済すべきではないと主張する。フルーメ説は、法律効果の錯誤に基づく取消しが否定されるのは動機の錯誤だからではなく、法秩序の介在により生じる効果が正しいからであることを明言する点でその特徴が鮮明であるとして

³⁰⁶ Flume, a. a. O., S. 78 f.

³⁰⁷ この意味において、フルーメは、意外なことにティツェと同様の立場に立つ。しかし、結論においては、法律効果の錯誤は考慮すべきではないと主張するフルーメは、法律効果の錯誤を原則的に考慮するティツェと正反対である。

評価される一方、以下の点で問題があると指摘されている。まず、実際には、法律効果の錯誤に基づく取消しを認めた裁判例が多く存在しており、そのすべてを錯誤外の制度において解決する方法は非現実的である。また、理論上の問題としては、すべての法律効果が法秩序の要求を體現し、それゆえにそれを正しいとみているフルーメ説では、強行法規についての錯誤はいうまでもなく、任意法規についての錯誤も不顧慮とされることになる。しかしながら、多くの任意法規は、当事者の通常の意味としての側面を有しており、当事者に意思自治を展開する余地を残している。少なくとも、任意法規についての法律効果の錯誤に関して、フルーメは任意法規の当事者の通常の意味としての側面を看過しており、その領域において当事者の私的自治の自由な展開を制限することは妥当ではないと批判されている³⁰⁸。

3、マイヤー＝マリー

マイヤー＝マリーは、法秩序の要求を體現する法律効果を極端に重視し、すべての法律効果の錯誤を不顧慮とするフルーメ説とは異なり、法律効果の錯誤の場合を細分化したうえで、その一定範囲においてのみ、フルーメ説の合理性を受け入れた³⁰⁹。

まず、1916 年判例に対する批判からマイヤー＝マリーの見解は始まる。マイヤー＝マリーは、錯誤の事案として本事案を処理することは妥当であるとする。ただし、1916 年判例が提示した判断基準には、論理的に不完全なところがあると指摘した。1916 年判例においては、意欲していた主たる効果（gewollte Hauptwirkung）と意欲していなかった従たる効果（nicht gewollte Nebenwirkung）とが区別されているが、マイヤー＝マリーは、それぞれに含意される判断ファクター——意欲の明確さと効果の主従関係（本稿は、それぞれを「追求性」と「実質性」と呼んでいる）——を分解し、さらに組み合わせると、四つの場合がありうるという。すなわち、① 法律行為の主たる効果に錯誤があり、かつ、錯誤者はそれについて特定の誤った想定を有していた場合、② 法律行為の主たる効果に錯誤があるが、錯誤者はそれについて何も考えていなかった場合、③ 法律行為の従たる効果に錯誤があるが、錯誤者はそれについて特定の誤った想定を有していた場合、④ 法律行為の従たる効果に錯誤があり、かつ、錯誤者はそれについて何も考えていなかった場合である。しかし、1916 年判例の基準では、①は救済され、④は救済されないが、②と③についての基準は欠落し

³⁰⁸ Mayer-Maly, a. a. O., S.169-170.

³⁰⁹ マイヤー＝マリーは、法律の錯誤を生涯の研究テーマとして研究を積み重ねた民法学者であり、彼の論文が邦文文献にも引用されている（小林一俊『錯誤の判例総合解説』（信山社、2005 年）148 頁注 104）。

ているという³¹⁰。

もっとも、1916 年判例は①の場合の事案であり、そのような場合には法律効果の錯誤を内容の錯誤と認めればよいと判断するだけで裁判官の任務が果たされるように思われるから、②と③の場合を予測してまで判断基準を提供する必要はなおのではないかと問われるかもしれない。問題は、ライヒ裁判所が 1916 年判例の事案に基づいて、法律効果の錯誤のすべての場合を包摂する抽象度の高い判断基準を提示していることから、それ以降の判決においては、本件基準が判例法理として扱われ、本件と全く異なる事案にも持ち込まれるようになったことである。その結果、それらの事案における真の判断ファクターがみえなくなるおそれがある³¹¹。

さて、②と③の場合とは、いったいどのような事案であろうか。②の場合は、売買契約を締結したにもかかわらず、代金支払義務があることを知らない買主の錯誤であり、③の場合は、瑕疵担保責任について引受けの表明をしない限り、それを負う必要はないと確信していた売主の錯誤が考えられていた。両場合について、現実には「めったに起こらないが、論戦的性格を持つ」とマイヤー＝マリーはいう。通説は、これらの場合について錯誤取消しを認めず、それを根拠づけるために動機の錯誤というラベルを用いた。しかし、動機の錯誤という位置づけは、単に否定的評価を与えようとするための道具概念にすぎないとマイヤー＝マリーは批判した。これらの場合を判断するにあたっては、フルーメが示唆したとおり、法律効果を付加した法律の「正しさ」に目を配る必要があるとマイヤー＝マリーは考えたのである³¹²。

以上、マイヤー＝マリーは、法律効果の錯誤の細分化を通じて、上記①と④の場合のみについて判断した 1916 年判例の基準と、②と③の錯誤が一般に不顧慮とされることについて説得力あるフルーメ説とを結びつけた。そうすることにより、マイヤー＝マリーは、法律効果の錯誤の判断について、その一部を救済するという 1916 年判例の構造を維持しつつ、法律効果を付加した法律に伴う法秩序への考慮を示唆したのである³¹³。この方向に沿ってさらに一步前進させたのは、J. マイヤーの見解であった。

4、J. マイヤー

³¹⁰ Mayer-Maly, a. a. O., S.170.

³¹¹ 1916 年判例の基準が後に全く異質な事案に用いられたことを指摘した点で、Neuffer, a. a. O., S. 42. も同旨である。

³¹² Mayer-Maly, a. a. O., S.171.

³¹³ Mayer-Maly, a. a. O., S.179.

J. マイヤーは、「民法における法律の錯誤およびその効果」と題する論文において、1916年判例の基準を批判し、興味深い自説を展開した。

(1) まず、1916年判例の基準について、J. マイヤーは、マイヤー＝マリーと同様に、法律行為の主たる効果に錯誤があるが錯誤者はそれについて何も考えていなかった場合（上記②）と、法律行為の従たる効果に錯誤があるが錯誤者はそれについて誤った想定を有していた場合（上記③）において、1916年判例が機能しないと考えた³¹⁴。また、1916年判例の基準によると、表示の言語上の意味内容についての錯誤に救済を与えることを意図したBGB 119条の適用範囲が、表示によって引き起こされた法律効果の錯誤にまで拡張される一方、それが縮小される場合もあると指摘し、1916年判例の基準がBGB 119条の構造に合致しないと批判した。つまり、法律効果の錯誤に関する裁判例において、明らかに内容の錯誤であるにもかかわらず錯誤に基づく取消しが認められない事案が現実中存在するということである。例として、J. マイヤーは、RGZ 134, 195（下記〔D30〕判決）を取り上げた³¹⁵。

この事案では、賃貸借契約の締結の際に、賃貸人が家賃以外に、さらに「法定割増金」を請求することができると約定し、しかもその内容を契約書に明記した。ところが、四年後、賃貸人が法定割増金を請求し始めたとき、賃借人はその支払いを拒否した。裁判所は、法定割増金の立法背景であったインフレが沈静化したこと、および賃貸人が四年間に「法定割増し」を請求したことが一度もないことを総合考慮したうえで、この場合において、賃貸人は本件契約に基づいて法定割増金を請求することはもはやできないと解釈した。そこで、法定割増金の請求に失敗した賃貸人は、法定割増金を請求ができると思って賃貸借契約を締結したのであるから、それが実現できないのであれば、意思表示の内容に錯誤があったとしてBGB 119条に基づく取消しを求めたが、請求は棄却された。

この事案では、賃貸人には、賃借人に対して法定割増金を請求する権利があるとする契約条項が契約書に明記されていた。契約書への明記という事実からいえば、「法定割増し」が請求できるとする賃貸人の意思表示に内容の錯誤があったことは間違いない。それゆえ、BGB 119条に従えば賃貸人に取消権が与えられるはずであるが、ライヒ裁判所は、法定割増金請求権の有無という契約解釈の結果に関する賃貸人の錯誤は法律効果の錯誤であるとしたうえで、1916年判例の基準に従って、契約解釈の結果は意思表示の「従たる効果」にあたるものであるから、それに関する錯誤も動機の錯誤であるとして、賃貸人の錯誤主張

³¹⁴ J. Mayer, Der Rechtsirrtum und seine Folgen im bürgerlichen Recht, Diss. Würzburg 1989, S. 177

³¹⁵ J. Mayer, a. a. O., S. 178.

を退けた。錯誤の対象が明文の契約条項であったにもかかわらず内容の錯誤とは認められないという点から、裁判官は、1916 年判例の判断基準の援用により、BGB 119 条に対する目的論的縮小解釈を行ったのだと J. マイヤーは鋭く指摘した³¹⁶。

(2) J. マイヤーの自説は、以下のようなものである。まず、J. マイヤー説においては、法律効果の錯誤に対する判断は決してドグマティッシュな概念操作ではなく、むしろ比較考量 (Vergleichende Betrachtung) および評価 (Wertung) によるものである、という基本的な思考方法が貫かれている。これを基調にして、J. マイヤーは、二段階からなる独自の判断基準を説いた。

第一段階は、比較考量による内容の錯誤の確定である。比較考量の方法というのは、あらゆる場合に解決を与えるべく多くの場合を包括的にあらかじめ熟慮して、救済と不救済との間にきれいに線を引けるような判断基準をつくるのではなく、まず救済と不救済の典型例をおさえて、それぞれに似た場合をそれぞれに帰属させる、という思考の方法である。法律効果の錯誤に即していえば、説明の便宜のためにマイヤー＝マリー説の四分法を借用するが、法律効果の錯誤の四つの場合を全部説明できるような基準を期待するのではなく、まず①（救済の場合）と④（不救済の場合）という典型事案をつかんで、新しい事案が出てきたときに、それらを①か④かと比較しながら、いずれに帰属させるかを評価するという手法を採るべきであると J. マイヤーは主張した。結局のところ、J. マイヤーの比較考量によると、マイヤー＝マリー説にいう②と③の場合のほとんどが①と同様に扱われ、ただ③と④との限界事例が④に準じて扱われることになる³¹⁷。

第二段階は、法律効果を付加した法律の趣旨という価値優位の観点から、第一段階において内容の錯誤とされた事案から、救済に値しないものを取り除く作業である。法律の価値優位というのは、意思の自由を補佐するために設けられた錯誤制度を制限することは私的自治への介入を意味するが、もし錯誤が認められた結果、法律の目的が挫折してしまうと判断される場合に、法律が目的とする価値を優位に置き、内容の錯誤であっても、錯誤制度の適用を退ける、という考え方である³¹⁸。法律の価値優位という新しい観点から、今まで取り上げてきた法律効果の錯誤の事案は、以下のように理解されることになる。例えば、双務契約における一方当事者の破産管理人がドイツ旧破産法 17 条の効果について錯誤した場合 (RGZ 51, 281、上記 [D16] 1902 年ライヒ裁判所判決)、その判断にあたっては、

³¹⁶ J. Mayer, a. a. O., S. 178.

³¹⁷ J. Mayer, a. a. O., S. 189ff.

³¹⁸ J. Mayer, a. a. O., S. 192f.

旧破産法 17 条が双務契約における反対給付の牽連性（BGB320 条）の破産法上の現れであることがその法律の趣旨として考慮される³¹⁹。また、第一順位の所有者抵当権者が、その第一順位を第三順位抵当権者に譲渡しようとするため、その第一順位の抹消申請をした結果、所有者抵当権が消滅し、第二順位の抵当権が第一順位に昇進した場合（RGZ 88, 278、上記〔D21〕1916 年判例）、土地帳簿の公示機能の維持という法律の価値優位の観点に従えば、錯誤は、表意者が手痛い損失を被った場合でない限り主張されえない³²⁰。また、前述した、賃貸借契約に対する（裁判所による）契約解釈の結果に関する賃貸人の錯誤（RGZ 134, 195、下記〔D30〕判決）については、仮にそれが内容の錯誤として認められるなら、信義則に基づき、かつ、契約状況に即応して決定された、両当事者にとって適切であると思われる契約内容が廃棄されることになるため、認められるべきではない³²¹。

以上の作業によって、J. マイヤーは、法律効果の錯誤の判断における法律の価値優位という観点を発見し、保護すべきではないと思われる法律効果の錯誤を動機の錯誤と位置づける手法を採ってきた判例および学説とは全く異なる解決策を提示した。これにより、表意者の意思と相手方の信頼のほかに、法律の趣旨という斬新な考慮要素が錯誤取消しの判断に導入されたのである。

第3項 小括

法律効果の錯誤について、通説は、1916 年判例が採用した基準を堅持している。すなわち、表意者が追求しようとしたところの法律効果と実質的に異なる法律効果がもたらされた場合に内容の錯誤を認めるのに対し、表意者が追求しようとしたところ以外の法律効果がもたらされた場合には内容の錯誤を認めない。

しかし、上記基準には論理的に不完全なところがある。表意者の意欲（追求性）と誤った法律効果の主従性（実質性）を組み合わせると、①法律行為の主たる効果に錯誤があり、かつ、錯誤者はそれについて誤った想定を有していた場合、②法律行為の主たる効果に錯誤があるが、錯誤者はそれについて何も考えていなかった場合、③法律行為の従たる効果に錯誤があるが、錯誤者はそれについて誤った想定を有していた場合、④法律行為の従たる効果に錯誤があり、かつ、錯誤者はそれについて何も考えていなかった場合、という四つの場合がありうる。1916 年判例の基準は、①と④について説明できるが、②と③の場合

³¹⁹ J. Mayer, a. a. O., S. 196-197.

³²⁰ J. Mayer, a. a. O., S. 195.

³²¹ J. Mayer, a. a. O., S. 188-189.

については説明できない。もっとも、②と③の場合においては錯誤が否定されるのが普通であるが、その説明として、通説は、動機の錯誤を法律構成に用いた。それに対し、フルーメは、法律適用の効果は法として正しく維持されるべきであるという法秩序の観点から、すべての法律効果の錯誤は救済されるべきではないと主張した。また、通説における動機錯誤構成が、②と③の場合に否定的評価を根拠づけるための道具にすぎないと批判し、それらの場合にはフルーメ説が正当であるとするマイヤー＝マリー説が登場した。そして、マイヤー＝マリー説の延長線上にある J. マイヤー説は、マイヤー＝マリー説のように明白な場合分けをしておらず、以下のような、二つの段階からなる柔軟な判断構造を提示した。すなわち、第一に、①（顧慮）と④（不顧慮）との両端を固定し、それと類似性のあるものをそれぞれに帰属させるという比較考量の方法によって内容の錯誤を確定し、第二に、たとえ内容の錯誤であるとしても、法律効果を付加した法律の趣旨という法秩序の観点から救済に相応しくないものを取り除く、という判断構造である。

もっとも、J. マイヤーが述べたように、法律効果の錯誤の判断において、意思表示に法律効果を付加した法律の趣旨が考慮されるべきであるとする主張を確認するためには、裁判例の検討が不可欠である。そこで、次款において、判例転換後の裁判例をみていこう。

第 4 款 判例転換後の裁判例

本款では、1916 年判例以降の裁判例を扱う。本判決は、追求性（表意者が特定の法律効果を追求していたか）と実質性（表意者が誤った法律効果が法律行為の主たるないし直接の効果か従たる間接効果か）から構成される判断基準に対して、前款で述べたような有力な批判はあったものの、現在でもなおリーディングケースとして法律効果の錯誤の判断を支配している。それ以降の裁判例においては、1916 年判例の基準が法律効果の錯誤を判断する定式として繰り返し引用されている。これらの裁判例を整理する場合、つねに留意しなければならないのは、① BGB 119 条との関係、および② 1916 年判例との関係である。本項では、この①と②を、裁判例を整理する際の分析視点に設定することとする。それは、以下の理由による。

①は、法律効果の錯誤という法概念の独自の意義、つまり、内容の錯誤と動機の錯誤という従来の判断枠組み以外に、法律効果の錯誤という独自の法概念を立てる必然性があるかを説明するための視点である。さらにいえば、なぜ法律効果の錯誤の判断に際して、内容の錯誤と動機の錯誤という BGB 119 条の判断枠組みを用いるだけで不十分であり、追求性と実質性とからなる 1916 年判例の基準に従って扱わなければならないかを、実際の事案に即して検討する必要がある。

②は、法律効果の錯誤の独自の意義を前提にして、それに対する法的判断について、1916年判例が提示した追求性と実質性との両基準が成功しているかを検証するための視点である。この視点をさらに二つに細分化することができる。第一は、追求性と実質性との関係である。つまり、両基準を同時に満たす必要があるか、それとも、事案類型に応じて一方の基準のみを満たせば十分であるか。例えば、実質的法律効果以外の「別の効果」についての錯誤でも、表意者が追求していたことによって救済される余地があるか。もしあるとすれば、ここでいう追求性は、外部への表示が必要か、それとも内心の意思だけで十分なのか。第二は、追求性と実質性の完結性である。つまり、すべての法律効果の錯誤の事案が追求性と実質性によって説明されうるか、それとも、それ以外の考慮要素が判断の過程に混在しているか、を確認する必要がある。

以下では、上記①と②を分析の視点にして、法律効果の錯誤に関する1916年以降の裁判例を肯定例（第1項）と否定例（第2項）とに分けたうえで、そこで形成された判例法理およびその発展方向について検討する（第3項）。

第1項 法律効果の錯誤が肯定された裁判例

1916年判例は、法律効果の錯誤について、その救済可能性を認めたが、それ以降の裁判例においては、肯定例が否定例より少ないのも事実である。肯定例の中に、抵当権順位の自動昇進に関する錯誤（上記〔D22〕判決と類似のもの）（1）、法律用語の法的意味に関する錯誤（上記〔D20〕判決と類似のもの）（2）のほか、相続放棄に関する錯誤（3）が挙げられる。相続放棄に関する錯誤の事例が数多くあり、そこでは、後の裁判例が1916年判例の基準を再解釈する動きが観察されるため、それについて詳述する。

1、抵当順位の自動昇進に関する錯誤

1916年判例が出てからまもなく、その事案と類似する、第二抵当権者の順位昇進（BGB 875条）が問題となった判決が現れた。

〔D23〕 RG 21. 10. 1916, RGZ 89, 29

【事実】原告 X（労働組合）は、被告 Y のために、自己所有の土地に第二順位抵当権を設定した。X は、第一順位に他の者の抵当権が設定されていると勘違いをし、Y のために第二順位を設定したが、実際には、第一順位に X が想定した抵当権が登記されておらず、Y の第二順位抵当権は、BGB 875 条により自動的に第一順位に昇進することとなった。X は、第二順位抵当権の設定に錯誤があったことを理由にその取消しを求めた。

【判旨】ライヒ裁判所は、上記 RGZ 75, 271（上記〔D21〕）と RGZ 88, 278（上記〔D22〕 1916 年判例）を引用し、「その意思表示をもって追求しようとした法律効果についての錯誤も内容の錯誤にあたりうる」とした。また、本件事実について、「第二順位抵当権を設定するために表示された設定許可は、第一順位抵当権が実際に存在しなかったため、Y を第一順位抵当権者にするものとなり、X は意思表示の内容の錯誤に陥った」として、X の請求を認容した。

本判決は、法律による第二抵当権者の順位昇進という争点、判決文における 1916 年判例の引用、および、錯誤者を救済する結論からいえば、疑いなく 1916 年判例の延長線にあるものと考えられる。

なお、本判決に対しては、第一順位に他の者の抵当権が設定されていると勘違いをしたという X の錯誤は明らかに事実の錯誤であるにもかかわらず、なぜ法律効果の錯誤として扱われたか、という疑問が生じうる。この点は、法律効果の錯誤の定義および適用範囲と深く関わっているところでもあり、説明する必要がある。法律効果の錯誤として扱われる事実の錯誤といえ、上述の RGZ 75, 271（〔D21〕判決）も挙げられる。本判決は、1916 年判例とともに RGZ 75, 271 も引用していることに鑑みれば、意識せずに事実の錯誤を法律効果の錯誤として処理しているのではなく、RGZ 75, 271 の存在を明確に意識したうえで判断したことが伺われる。また、理論的には、法律効果の錯誤は、表意者の意思表示に法律が新たな効果を付加したものと特徴づけられるゆえ、法律が効果を付加したことが重要であり、その効果の付加が法律の錯誤に起因したか事実の錯誤に起因したかはあまり重要ではない。法律効果の錯誤が同時に法律の錯誤でなくてもよいという命題について、学説においては意見の対立がみられるが³²²、事実の錯誤に起因したものであっても法律効果の錯誤になりうるというのがライヒ裁判所および後の連邦最高裁判所の一貫した態度である。

2、「雇用関係清算証明書」の法的意味に関する錯誤

「雇用関係清算証明書（Ausgleichsquittung）」とは、雇用関係終了時において、被用者がそれに署名することにより、雇用関係がこれから存在しない、言い換えれば、被用者が使用者に対して雇用関係上の諸請求権をもたないことを承認する契約のことであり、債務の免除（BGB397 条）を意味する。この用語はしばしば「領収書（Quittung）」と誤解され、と

³²² 法律効果の錯誤として扱われるには事実の錯誤でも構わないとする学者としては、フルーメと J.マイヤーが挙げられる（Flume, a. a. O., S. 466; J. Mayer, a. a. O., S. 176, 195-196）。それに対する反対説もある（Neuffer, a. a. O., S.25f.）。

りわけ外国人労働者との労働契約関係においてはこれをめぐる紛争が起こりがちである。

雇用関係清算証明書の法的意味に関する錯誤は、下級審裁判例には下記二件があり、二件とも外国人労働者関係が関わるものであるが、正反対の結果が下されたのである（〔D24〕は肯定、〔D25〕は否定）。

〔D24〕 LAG Baden-Württemberg 8. 7. 1966, BB 1966, 860

【事実】ドイツ語が相当程度できる外国人労働者である原告 X が、雇用関係終了前、雇用者である被告 Y から渡された雇用関係清算証明書を給料支払いのための領収書と間違えて署名した。これが雇用者に対する請求権の放棄を意味することに気付いた X は訴訟を提起し、雇用関係清算証明書の錯誤取消しを求めた。

【判旨】地方労働裁判所は、「書類の内容を読もうとせずに署名をした場合には、表意者に意思表示の内容について特定した誤った認識がなく、錯誤と言えず、BGB 119 条を適用すべきではないというのは確かであるが、本件の場合とは異なる。本件の署名者は、特定した内容を期待していたのである。このような場合には、錯誤による取消権が与えられるべきである」と判断し、X の請求を認めた。

〔D25〕 LAG Hamm 31. 8. 1977, BB 1978, 611

【事実】ドイツ語が全くできない外国人労働者である原告 X が、通訳が側にいたにもかかわらず、訳を頼まずに、渡された雇用関係清算証明書に署名した。その後、X は、自分が署名した書類の内容について全く認識していなかったことを理由に雇用関係清算証明書の錯誤取消しを求めた。

【判旨】地方労働裁判所は、「自分が署名する書類についてその内容がわからないことを認識しながらあえて署名する者にとっては、その意思表示は有効であり、それを錯誤に基づいて取り消すことができないことは、本件の出発点である（Palandt/Heinrichs, BGB, 36. Aufl., § 119, Anm. 2b）。このことは、基本的には、外国人労働者の場合にも適用される（LG Memmingen, NJW 1975 S. 451ff.）。労働生活において例外的に扱う特段の事情はないかという疑問が生じうるが、少なくとも、本件におけるような、通訳が側にいたにもかかわらず、内容について彼に確認することなく、単に彼の指示に従って書類に署名した場合には、例外的に扱う余地はない」と判断し、X の請求を退けた。

〔D24〕と〔D25〕とも、雇用関係清算証明書の法的意味についての外国人労働者の誤解に対する判断であるが、その判断結果の相違をもたらしたのは、〔D24〕における労働者は雇用関係清算証明書についてある程度の認識を有していたのに対し、〔D25〕における労働者は当該書類の内容について全く認識を有しないことを認識しながら署名した、という点

にほかならない。

表意者が書類の内容をわかっていないのを知りながらもこれに署名した場合に、表意者からの錯誤に基づく取消しの主張を認めないのはすでに確立した判例法理であり、その理由は、この場合には特定した誤った認識が存在していなかったことにあるとされる³²³。つまり、特定の誤った認識が表意者になかったならば、錯誤と認定することは難しいということである。〔D25〕の事案はそれにあたり、錯誤が存在しなかったというべきであるが、〔D24〕においては、表意者がある程度のドイツ語の知識を有し、雇用関係清算証明書を領収書と間違えたのであり、表意者には「Ausgleichsquittung＝領収書」という特定の誤った認識があり、錯誤が存在したといわなければならない。

ところで、〔D24〕の事案において錯誤が存在したことは間違いないが、この事案を法律効果の錯誤とみてよいかについては意見の相違がある。これを法律効果の錯誤に分類する学者はいるが、きわめて少数である³²⁴。多数意見によれば、〔D24〕事案の場合には言語上の誤解があり、意思と効果との間だけではなく、意思と表示との間にも不一致が存在しているため、通常の内容の錯誤として処理すれば十分であり、法律効果の錯誤として議論する必要はないと考えられている³²⁵。実際、〔D24〕判決は、追求性と実質性からなる 1916 年判例の基準に言及しておらず、この場合を法律効果の錯誤とみていないとも解される。

3、相続放棄に関する錯誤

上述の場合とは異なり、相続放棄の法律効果に関する錯誤は、法律効果の錯誤の典型例である。

BGB 1953 条によると、相続人が相続を放棄したときは、相続財産が相続開始時に遡って放棄者に帰属しなかったものとみなされ（本条 1 項）、法定相続人が相続放棄をなしたときは、その者が相続開始時にすでに死亡した者と同一に扱われることとされる（本条 2 項）。裁判例においては、表意者がこの条文の適用について錯誤に陥り、それゆえに相続放棄をなすに至ったものがほとんどである。その中には、相続を放棄した後に、その放棄した相続分を取得する者が誰かについて錯誤した事案のほか（〔D26〕判決）、遺言による相続を放棄した結果、予期に反して、遺留分請求権または法定相続人の地位も失った事案もある（〔D27〕〔D28〕判決）。

³²³ BB 1956, 254.

³²⁴ Erman-Brox, Handkommentar zum BGB, 7. Aufl. Münster 1981, § 119, Rn. 37

³²⁵ Oftinger, Die ungelesene unterzeichnete Urkunde und verwante Tatbestände, in: Festschrift für Simonius, Basel 1955, S. 263ff ; Neuffer, a. a. O., S. 56.

〔D26〕 RG 13. 1. 1938, JW 67, Bd.1, 858

【事実】原告 X（子）と訴外 F（父）は、訴外 M（母）の法定相続人であり、M の死亡により、それぞれ、相続財産の一部——X は 3/4、F は 1/4——を相続した。X は、自分の相続分を父親に譲ろうとして、そうするためには相続を放棄しなければならないとの弁護士の助言を受け、相続放棄を申し出た。その結果、相続を放棄した X は、BGB 1953 条 2 項の適用により、相続開始時に生存しなかったものとみなされ、彼の相続分は、彼が生存しなかったならば相続が指定されたであろう者に帰属することになる。結局、X が相続を放棄したところ、被相続人 M の兄弟である Y らが法定相続人になり、F とともに相続財産の 1/2 を相続することとなった（BGB 1925 条）。X は、錯誤に基づく相続放棄の取消しを主張した。

【判旨】ライヒ裁判所は、以下のように判断した。「ここでは、表意者が以下のいずれの錯誤に陥ったかを判断しなければならない。一つは、表意者が相続放棄の意味内容について錯誤したか、つまり、相続放棄はただ相続手続不参加を意味するものであり、特定の共同相続人に自分の相続分を直接に取得させることができないということについて表意者が錯誤したか。それとも、表意者は、以上のことを知っていながらも、単に、彼の手続不参加のさらなる法的効果として、ある特定の場において、予想外の者が彼に代わって登場するということを知らなかったか」である。前者の場合は取消しが許されるのに対し、後者の場合は取消しが許されなかったとした。そして、X には、実際、相続を放棄する意思が全くなく、むしろ、そうすることによって、相続分を他の共同相続人（F）に移転させようと意図していたと認定し、本件は前者の場合にあたる事案であるとして、取消しの主張を認めた。

本件は、息子である表意者が母親から受けた相続分を父親に譲ろうと考え相続放棄を申し出たところ、BGB 1953 条の適用により、遡及的に相続資格を失い、その結果、思わぬ者が当該相続分を取得した、という事案である。

本判決によれば、本件では、表意者が自分の相続分を特定の他人（父親）に譲ろうとするときに、二つの心理状態がありうる。一つは、表意者が、自分の意思で当該相続分を特定の他人（父親）に直接取得させることができると信じた心理状態であり、もう一つは、表意者が、自分の意思だけで当該相続分を特定の他人（父親）に直接取得させることは不可能であることを知りながら、ただ、法律の適用に任せれば、法律の効果として当該相続分がいずれにせよ当該他人（父親）に行くであろうと信じた心理状態である。本判決は、前者の場合を「相続放棄の直接の意味内容の錯誤」とみて、後者の場合を「さらなる法律効果の錯誤」とみることにより、実質的な主たる効果とその他の従たる効果を区分する 1916 年判例の基準とリンクさせた。本件では、表意者は、自分が相続を放棄することによって

当該相続分を直接に特定の他人に移転させようとする意図があったと認定されるため、前者の心理状態にあたり、相続放棄を取り消すことができるとされた。

この基準を本款のはじめに設定した視点からみれば、以下のものが得られよう。第一に、本来、BGB 119 条の観点からは、本件表意者が「相続放棄」と表示したときに、言葉の使用には何ら誤りがなく、相続放棄の結果として誰が当該相続分を取得するは「相続放棄」という表示の動機にすぎないはずである。しかし、本判決はそうみてはいない。本判決によると、表意者が、相続放棄という表示は自分が相続手続に参加しないことを意味するほか、特定の他人に相続分を直接に取得させる効果をも含むと信じていた場合に、相続放棄の法的意味内容の錯誤に該当する余地があるとし、内容の錯誤の範囲を拡張した。第二に、相続放棄から生じた効果に錯誤があった場合、その取消しの可否について、表意者が当該法律効果を具体的に特定し、積極的に追求していたかが判断の決め手となっている。他方、当該法律効果の実質性は、本判決において問題とされていない。

〔D27〕 OLG Hamm 16. 7.1981, OLGZ 1982, 41

【事実】 未成年者である原告 X ら（相続人）には、遺留分と同額の相続分（それぞれ 5%）が残されたが、その相続分には負担が課されていた。そこで、原告らの法定代理人である A（母親）は、遺言相続を放棄し、遺留分のみを請求すればよいと考えた。ところが、BGB 2306 条 1 項によると、遺留分権利者に指定された相続分が、それに課された制限または義務負担のために遺留分（法定相続分の 1/2）を超えない場合には、当該相続分に制限または義務負担が課されていないものとみなされ、当該相続分が遺留分より大きい場合には、遺留分権利者は当該相続分を放棄し、遺留分のみを請求することができる³²⁶。同条に従えば、X らに指定された相続分が遺留分と同額の場合には、当該相続分が遺留分を超えていないため、X らは、何もしなくても、負担の課されていない相続分を請求することができるにもかかわらず、X らはそれを知らず、遺留分を取得するために相続を放棄した。しかし、当該相続分が遺留分より大きくはないため、X らには、相続を放棄し遺留分のみを請求する選択肢は与えられていない。この場合に、相続を放棄した X らは、負担の課されていない相続分を取得できないどころか、BGB 1953 条の適用により、相続人としての資格も失い、遺留分すら請求できないことになる。これについて誤った法律相談を受けた A は、遺言相続を放棄しても遺留分請求権は失わないと誤信し、遺留分を取得しようとして、X らを代理して相続放棄を申し出た結果、X ら

³²⁶ 相続分が遺留分よりも多いにもかかわらず、相続分に課された義務を履行しまたは付された制限に服することを嫌がり、相続分を放棄して遺留分のみを請求する場合がどのような場合かという点、例えば、相続分が遺留分よりも大きく指定されたが、被相続人が飼ったペットを面倒をみるような負担が課された場合には、相続人は相続分を放棄して遺留分のみを請求することが考えられる。

は遺留分請求権も失った。その後、Xらは、錯誤に基づく本件相続放棄の取消しを主張し、一審はXらの主張を容れた。

【判旨】地方高等裁判所は、以下のように判断した。

まず、1916年判例を引用し、「表意者が、具体的な法律行為について、実際に発生すべき法律効果とは異なる主たる効果を期待していた」場合に考慮に値する法律効果の錯誤があるとした。そして、「法律行為について、〔1916年判例に提示された・筆者注〕取得しようとした主たる効果と取得しようとしなかった従たる効果という二分法は、意思表示の当事者間の利益考慮の結果として正当化されるべきものであり、結局のところ、ドグマティック的に確定できるものではない」と指摘した。

また、遺留分請求権の消滅という本件法律行為の効果が相続放棄において主たる効果が従たる効果かについては、「Xらの法定代理人であるAにとっては、相続を放棄することにより、子供たちを遺言に定められた制限および負担から脱却させ、遺留分のみを取得させることができるということが出発点であった。それは、地方裁判所の事実審理および相続放棄の申し出に付された付録〔申出書以外の追加書類・筆者注〕からみてとれる。ちなみに、この付録がなくとも、他の方法で確認し証明することが可能である。ところが、表意者は、本件相続放棄は、子供たちに遺留分請求権を取得させるための形式にすぎないと誤信した。……相続放棄の法的意義を間違えた結果、取得しようとした主たる効果とは全く異なる法律効果が引き起こされた。相続分を遺留分に変形することこそ、表意者が第一義的に求めようとした効果（*primär erstrebte Wirkung*）である」として、錯誤が相続放棄の主たる効果にあったと判断し、Xらの請求を容認した。

本件は、Xらの法定代理人Aが、遺言によって指定された相続分を放棄すれば、遺留分請求権を取得することができると誤信し相続分を放棄したところ、BGB 1953条の適用により、相続人としての資格を失い、遺留分請求ができなくなったものである。裁判所は、相続放棄ではなく、遺留分請求こそがXらが第一義的に求めようとした法律効果であることを強調し、そこに錯誤があったことを理由とする取消しの主張を容認した。ここでは、本件の判断構造は1916年判例（上記〔D22〕判決）のそれとはやや異なることに注意しなければならない。

本来、1916年判例の判断構造からみれば、本件表意者には「相続を放棄すること」と「相続放棄により遺留分請求権を取得すること」という二つの意図があり、前者が法律行為そのものであり、後者が前者によって引き起こされた法律効果でしかない。後者について錯誤があった場合には、法律効果の錯誤にあたるものとして扱われ、判断基準としては、表意者が当該法律効果について特定の誤った想定を有していたか（追求性）のほか、遺留分請求権の取得という法律効果が相続放棄という法律行為にとって主たる効果であるか（実

質性)が判断されることになる。つまり、従来の判断構造では、第一義的效果はあくまで相続放棄そのものであり、遺留分請求権の取得は単に相続放棄の派生的な効果にすぎず、それゆえ、遺留分請求権の取得についての錯誤の救済可否はそれが相続放棄との遠近で決まるということである。しかし、本判決では、遺留分請求権の取得こそが第一義的な法律効果と認定され、相続放棄の申し出は単なる第一義的效果の形式でしかないとされた。それに対して、相続放棄が第一義的效果であり、遺留分請求権の取得が派生的な効果であるという従来の考え方は利益考慮の結果にすぎず、必ずしもドグマティック的に確定的なものではないと指摘された。この点で、本件は特徴づけられる³²⁷。

本款のはじめに設定した視点からは、次のようにいうことができる。第一に、表示の言語上の意味内容についての錯誤のみを内容の錯誤とみる BGB 119 条からみれば、遺言相続を放棄しても遺留分請求権が依然として取得されるかは相続放棄の動機にすぎない。しかし、本判決は、それを相続放棄の第一義的效果と捉え、それについての錯誤の取消しを認

³²⁷ 1916 年判例においては、第一順位抵当権の抹消という法律行為にとって、第三順位抵当権者への第一順位の帰属が(第一義的效果に近い)実質的な効果であると認められたが、第一義的效果はあくまで第一順位抵当権の消滅であると考えられている。本件のように、第三順位抵当権者への帰属こそが第一義的效果であり、第一順位抵当権の抹消行為は第一義的效果を達成するための形式でしかないとはライヒ裁判所は考えていなかった。

なお、ここでは、相続放棄の申し出より、それによって追求しようとした遺留分請求権の取得を第一義的效果とみる本判決の考え方は、前款で紹介したフルーメ説と類似していることを指摘したい。1916 年判例について、フルーメは、第一順位抵当権の抹消申請が実は抵当権の消滅を意味しないものであり、消滅していない第一順位抵当権をそのまま第三順位抵当権者に帰属させるように法律行為の解釈を行うことを提言した(Flume, a. a. O., S. 467-468.)。もっとも、形式にすぎない行為(1916 年判例では第一順位抵当権の抹消申請、本件では相続放棄の申し出)よりも、それによって追求しようとした法律効果(1916 年判例では第三順位抵当権者への第一順位の帰属、本件では遺留分請求権の取得)のほうを重視する点で本判決とフルーメ説とが一致するが、フルーメ説をそのまま本件に用いることにも問題がある。なぜなら、本件では、フルーメ説が説いたように、相続放棄の申し出が相続人としての資格の喪失を意味せず、表意者である X が遺留分請求権を取得するように意思表示の解釈をするならば、その解釈は BGB 2306 条 1 項の規定に反するからである(相続分が遺留分より大きい場合に、遺留分権利者は指定相続分を放棄し、遺留分のみを請求することができるとする BGB 2306 条 1 項に対する反対解釈からは、相続分が遺留分と同額の場合に、相続人が指定相続分を放棄し遺留分請求権のみを取得することはできないことがわかって)。要するに、BGB 2306 条 1 項が強行法規である限り、以上のように意思表示の解釈で本件問題を解決する余地がなく、それを錯誤の問題として処理するしかない。したがって、救済に値する法律効果の錯誤をことごとく錯誤の枠外において解決を図ろうとするフルーメ説には限界があるといわざるを得ない。

容したことにより、内容の錯誤の範囲を拡張した。この点で、上記〔D26〕判決と同様である。第二に、1916 年判例との関係について、本判決はそれを引用しているが、そこにはなかった考え方を強調している。それは、前述のように、相続放棄という法律行為にとって、それによって遺留分請求権の取得こそが第一義的效果であり、それに対して、相続放棄の申し出は遺留分請求権を取得するための道具でしかない、ということである。また、それをどう認定するかというと、本判決は、遺留分請求権の取得が可能であることについて表意者の表示は不要であり、表意者がそれを期待していたことが証明されれば十分であると明言した。

〔D28〕 OLG Düsseldorf 17.9.1997, NJW-RR 1998, 150

【事実】訴外 A（被相続人）は、遺言書において、原告 X（孫娘・相続人）を先位相続人に指定したものの、X の相続資格としてある条件をつけ、もし X がその条件を受け入れなければ、遺産を予備相続人の B と C に相続させるとした。当該条件を引き受けずに相続したい X は、公証人の誤った助言を受け、遺言相続人として相続を放棄すると同時に法定相続人となれると誤信し、その旨の公正証書を作成し遺産裁判所に提出した。その後、X は、遺産裁判所から、相続財産は X の相続放棄により B と C に帰属したとの通知を受けた。そこで、X は、遺産裁判所を被告にして、区裁判所に対し、まず主位的請求として、X の意思表示の中には相続を放棄することと法定相続人になることとの矛盾した二つの効果があるため、内容の不確定な法律行為として無効であること主張し、また、予備的請求として、意思表示には錯誤があるため、その錯誤に基づき相続放棄の取消しを主張した。区裁判所と地方裁判所とも X の請求を棄却した。

【判旨】デュッセルドルフ地方高等裁判所は、以下のように判断した。

まず、主位的請求について、「本件意思表示は、確定性原則によって無効とされることはない。相続放棄と法定相続人の地位の取得との両面がたった一つの意思表示の中に存在し矛盾していることから、法律行為の効果は生じないというように理解してはならない。公正証書には、むしろ二つの意思表示があった。BGB 1948 条からみても、相続放棄と相続承認は必ずしも一つの意思表示として行う必要はない³²⁸。X は、自分が法定相続人になれるという誤った前提から出発した。この前提について表意者が誤った観念を有したときは、通常、その錯誤が考慮されるべきか否かは別として、とにかく

³²⁸ BGB 1948 条

「死後処分によって相続人として指定された者は、その処分がなくとも法定相続人として指定されるべきときは、指定相続人として相続を放棄し、法定相続人としてそれを承認することができる。

遺言および相続契約によって相続人として指定された者は、その一つの相続権取得原因に基づく相続を承認し、他の相続権取得原因に基づく相続を放棄することができる。」

く錯誤の問題である」とし、主位的請求を棄却した。

また、予備的請求について、「X がその相続放棄の意思表示に対し、そこで具体的に示されていない法律効果を直接に付与した可能性は否めない。すなわち、法定相続人の地位を取得するには、相続放棄の意思表示以外の状況にもよることを知らず、負担の回避と法定相続人の地位の取得とも、相続放棄の直接の効果ないし構成要件としての効果であるという素人らしい考えがあった可能性がある。このような錯誤は、BGB 119 条 1 項において考慮されるべきものであろう。なぜなら、この錯誤は、遺言相続の放棄の結果は誰にとって利益になるかという第二義的效果のみに関わるものではなく、むしろ観念された意思表示の法律行為的な内容にあるからである」とし、法律行為の効果に対する X の内心的意思の解明を命じて、原判決を破棄し、本件を原審に差し戻した。

本件は、遺言相続人が、相続放棄をすれば、負担のない法定相続分を取得することができると誤信し相続放棄をした結果、BGB 1953 条の適用により、法定相続人として資格を失ったものである。本判決は、上記〔D26〕〔D27〕判決を引用し、BGB 119 条による救済の可能性を認めただけで、本件を差し戻した。

本款のはじめに設定した視点からは、以下のようにいうことができる。第一に、BGB 119 条との関係について、遺言相続を放棄した後にふたたび法定相続人として相続に参加することができるかについての錯誤に対して BGB 119 条による救済を与えることは、間違いなく、内容の錯誤の拡張に導く。この点では、上記〔D26〕〔D27〕判決と変わらない。しかし、第二に、上記〔D26〕〔D27〕判決との関係について、本判決の判断構造は〔D26〕判決と近く、〔D27〕判決とは距離を置いているといえる。すなわち、〔D27〕判決においては、相続放棄が単なる形式であり、相続放棄の後に遺留分請求権を取得できることこそが第一義的效果であるという構造がみられるのに対し、本判決においては、相続放棄が形式であるという視点が出ておらず、むしろ相続放棄が第一義的效果であることを前提としており、相続放棄によって誰が利得するかが「第二義的效果」であるとされている。また、具体的な判断基準に関しては、本判決においては、〔D26〕判決と同様に、表意者が、相続放棄によって直接自分が法定相続人になると信じていたかという心理状態が決め手となっている。

以下では、〔D27〕判決が〔D26〕〔D28〕判決とは異なった構造を有する理由について裁判例を整理しつつ検討したい。

〔D26〕〔D28〕判決においては、法律効果の錯誤の判断基準として、表意者が、相続放棄の意思表示のみによって直接ある法律効果を実現することができると信じていた心理状態か、それとも、表意者が、相続放棄の意思表示のみによって当該法律効果を実現すること

が不可能であることを知りながら、ただ法律の適用に任せれば、当該法律効果が法律の適用効果としていずれ生じるであろうと信じていた心理状態か、が挙げられている。しかし、〔D27〕判決には、このような基準が用いられていない。その原因はおそらく、〔D27〕判決と〔D26〕〔D28〕判決との事案の相違にあると考えられる。つまり、〔D27〕判決の事案には、他にはない特殊なところ、すなわち、表意者が間違えたのは BGB 1953 条 2 項ではなく、2306 条 1 項であったというところがある。2306 条 1 項 2 文によれば、指定相続分が遺留分より大きい場合に、遺留分権利者は指定相続分を放棄し、遺留分を請求することができる。しかし、〔D27〕判決においては指定相続分が遺留分と同等の割合であったゆえ、指定相続分を放棄するとともに遺留分のみを請求するという選択肢は与えられていない。表意者は、BGB 2306 条 1 項 2 文について錯誤した限り、相続放棄の意思表示のみによって直接に遺留分請求権を取得することができると信じているという心理状態が必然的に成立し、〔D26〕〔D28〕判決におけるような基準を繰り返す必要はない。

4、小括

ここでは、本款のはじめに設定した視点に目をくばりながら、法律効果の錯誤に関する肯定例から得られた若干の結論を簡潔に述べることにする。

第一に、〔D23〕判決から読み取れたように、ライヒ裁判所は、事実の錯誤による法律効果の錯誤が存在すると考えている。つまり、法律が意思表示のうえに新たな効果を付加した場合に、その効果が法律の錯誤に起因したものであれ、事実の錯誤に起因したものであれ、それを法律効果の錯誤と捉え、1916 年判例の基準を適用するということである。

第二に、法律用語の法的意味についての錯誤は、法律効果の錯誤に属さない。法律効果の錯誤は、意思表示の言語上の意味内容のうえに法律が新たな法的効果を付加したことに特徴があり、意思と表示とが一致しているにもかかわらず、表示の言語上の意味内容と表示の法律効果とが一致しないというのが、法律効果の錯誤のメルクマールである。それに対し、表意者が法律用語についての錯誤をした場合には（上記〔D24〕判決）、意思と表示との間にすでに不一致が存在しており、それゆえ、むしろ通常の内容の錯誤とみるべきであろう。

第三に、相続放棄の錯誤についての分析からわかるように、法律効果の錯誤の判断基準は主観化の傾向にある。少なくとも、肯定例においては、1916 年判例が提示した基準である実質性および追求性は並列関係ではなく、因果関係にあるようである。つまり、表意者が追求しようとした法律効果であり、かつ、それが法律行為にとって実質的な法律効果であるという「かつ」の関係ではなく、むしろ、表意者が追求しようとしたからこそ当該法

法律効果が実質性を獲得するという「よって」の関係である。

最後に、裁判例にいう「追求」とは、〔D27〕判決にみられるように、法律効果への意図であり、したがって、その意図は証明可能であれば十分であり、表示は不要である。

第2項 法律効果の錯誤が否定された裁判例

すでに触れたように、法律効果の錯誤については、肯定例より否定例のほうが多い。その錯誤の対象は多種多様であり、肯定例における相続放棄の錯誤のような、同類の錯誤事件が多発することは少ないため、以下では、時系列に沿って否定例を検討していくことにする。その中には、訴訟上の和解の効力に関する錯誤（1）、契約解釈の結果に関する錯誤（2）、即時取得の効果に関する錯誤（3）、先買権の行使条件に関する錯誤（4）、辞任契約による法律上の不利益に関する錯誤（5）、職業軍人による除隊の条件に関する錯誤（6）、および競売不動産に課された法的負担に関する錯誤（7）の例が挙げられる。

これらの事案においては、基本的に、1916年判例およびその判断基準（追求性と実質性）が引用されている。ここでも、本款のはじめに設定した二つの分析の視点——① BGB119条との関係において、なぜ、法律効果の錯誤について1916年判例の基準が必要なのか、② BGB 119条と異なる基準が必要であるとすれば、追求性と実質性からなる1916年判例の基準がうまく機能しているか——からの観察を貫徹することにする。そのためには、これらの事案を分析する際に、錯誤が、追求性の面から否定されているか、実質性の面から否定されているか、それともそれ以外の面から否定されているか、ということに注意する必要がある。

1、訴訟上の和解の効力に関する錯誤

ドイツ民事訴訟法 794 条によれば、訴訟上の和解（Prozeßvergleich）は確定判決と同じ効力を有し、訴訟上の和解をした当事者は裁判への訴えにより和解事項をふたたび争う権利を失うとされている。そこで、訴訟上の和解の確定力について不知に陥った者には救済が与えられるかが問題となる。

〔D29〕 LG Düsseldorf 13. 6. 1929, DriZ 29, 439

【事実】原告 X と被告 Y は、訴訟過程において、X が訴訟を取り下げる代わりに Y が X に対して 2000 レンテンマルクを払う旨の和解契約を締結した。和解時には、X の訴訟代理人 A が、訴訟上の和解であっても、上級裁判所への控訴によってこれをくつがえすことが可能であると信じていたが、実際には、訴訟上の和解は確定判決と同じ効力を有し、控訴によってそれをくつがえすことは不可能

であるとされている（民事訴訟法 794 条）。X は、同条に対する錯誤に基づく和解契約の取消しを主張した。

【判旨】デュッセルドルフ地方裁判所は、「本件錯誤においては、X の訴訟代理人が、単に**一般的に**〔強調は原判決文のまま・筆者注〕、この種の和解の法律効果について誤った認識を有していたにとどまり、本件における特定の法律効果について錯誤していたわけではない」として、X の主張を退けた。

本判決は、訴訟上の和解の効力について錯誤に対する救済を拒否したが、その理由には不可解なところがある。

本判決においては、表意者が和解契約の法律効果について特定の誤った認識を有していなかったことが、表意者の錯誤取消しの主張を否定する理由として強調されている。追求性と実質性からなる 1916 年判例（〔D22〕判決）の判断基準からみれば、本件錯誤が顧慮されなかった理由は、和解契約の法律効果についての追求性の欠如にあると解されよう。

上述のように、訴訟上の和解は、確定判決と同様の効力を有し、裁判によってすらくつがえすことのできないものであり、それを法律効果の錯誤を理由にして取り消すことができるとすれば、民事訴訟法 794 条が犠牲となることが懸念される。立法が達成しようとした趣旨が錯誤の制度と比べて価値的に優位であることを強調する J. マイヤー説によれば、和解の事案においては、和解の紛争終結機能（*streitbeendende Funktion*）を全うするために錯誤の主張を抑止しなければならない。このことは、訴訟上の和解においてはなおさらである³²⁹。

本款のはじめに設定した分析視点からは、本判決について以下のようにまとめることができよう。第一に、BGB 119 条との関係については、本判決は、和解の効力についての錯誤を法律効果の錯誤とみたうえで、その救済を否定したものであるゆえ、BGB 119 条を実質的に拡大したとも縮小したともいえない。第二に、1916 年判決の判断基準との関係について、本件における訴訟上の和解にとって、上級裁判所への控訴によってこれをくつがえすことは不可能であるという効果は、如何にも核心的な主たる効果であろう。それゆえに、本判決は、実質性について言及しておらず、追求性の点で本件錯誤に対する救済を否定した。しかし、上述のとおり、本件においては、和解契約の法律効果についての追求性が特定性を欠くという理由づけには無理なところがあり、訴訟上の和解の紛争終結機能こそが、本件錯誤が不顧慮とされた実質的理由であろう。

³²⁹ J. Mayer, a. a. O., S. 198.

2、契約解釈の結果に関する錯誤

契約上の権利義務の内容は、当事者間の合意によって決定されたことと完全に一致しているわけではない。任意法規を通じて合意の内容を超える権利義務が設定された場合と、公序良俗などによって契約内容の全部または一部が否定された場合が容易に考えられるが、その他には、信義則や契約慣行などに基づく補充的・修正的契約解釈が、当事者の合意によって決定された内容に変動を加える場合も存在する³³⁰。この変動によってもたらされた新たな契約規範が実質的には当事者意思の擬制という法的作用の結果であり、それについて錯誤したとの主張が許されるかは問題である。ドイツ法では、それが法律効果の錯誤として扱われている。

[D30] RG 5. 11. 1931, RGZ 134, 195

【事実】1923年1月、賃貸人Xと賃借人Yは、Xが所有する不動産を、年間5000マルクの家賃および「法定割増金付き」で、Yに賃貸する旨の契約をした。契約当時は不動産が改装中であつたため、Yは1925年5月に入居することとなった。Yの入居から約四年の間に、Xは年間5000マルクの賃料しか請求しておらず、法定割増金を請求したことは一度もなかったが、1929年から突然法定割増金を請求し始めた。請求を受けたYは、本件家賃は5000マルクのみであり、法定割増金を含まないと解釈するよう裁判所に要請した。第一審と控訴審とも、Yの要請を容れた。これに対し、Xは、主位的請求として、本件家賃は法定割増金を含むと解釈すべきであることを主張し、また予備的請求として、法定割増金を含まないと解釈されるなら、契約がこのように解釈されるとは思わなかったことを理由にして、錯誤に基づく当該賃貸借契約の取消しを主張した。

【判旨】ライヒ裁判所は、まず本件家賃が5000マルクであることは信義誠実による契約解釈の結果であると再度確認した。そして、次のような理由で、Xの錯誤に基づく取消しの主張を退けた。「判例（RGZ 88, 278（上記〔D22〕判決）；RGZ 89, 33（上記〔D23〕判決）；RGZ 98, 136）は、法律効果の錯誤を、法律行為が、表示の法的意味に対する誤解により表示され、当該行為によって追求しようとしたところと実質的に異なり、かつ意欲していなかった法律効果をもたらした場合と、当該行為によって追求しようとしたところ以外の、認識しておらず、かつ意欲していなかった法律効果をもたらした場合とに区分し、前者のみにBGB 119条を適用するとしたが、本件は後者の場合である。なぜなら、……（家賃額について）控訴審裁判官は、むしろ信義誠実への考慮によって、長年の取引状況からこのように察知（*entnehmen*）したからである。……法律（BGB 157条）によって、長期にわたった契約慣行から得られた上記解釈の結果は、法律行為そのものおよびそれ自身の効果とは直接に関係しないものである」。

³³⁰ 石川博康、前掲注（267）『「契約の本性」の法理論』2頁。

本件では、家賃について法定割増金を請求できることが賃貸借契約書において明記されたにもかかわらず、裁判所は、X が長年にわたって法定割増金を請求していないという取引慣行から、法定割増金についての内容はもはや本件賃貸借契約の契約規範ではないと解釈した³³¹。

この解釈によって、契約締結時において、家賃のうえにさらに法定割増金を請求することができると信じた表意者 X の意思と、それについてもはや請求できないという契約解釈の結果との間に不一致が生じた。厳密に言えば、契約解釈の結果として新たに形成された契約規範にはある程度の法的作用が包含されているといえども、その契約規範の内容はあくまで意思表示の客観的意味内容であり、法律適用の効果ではない³³²。したがって、契約解釈の結果に関する錯誤は、厳密には、法律効果の錯誤ではなく、内容の錯誤というべきである。しかし、それを内容の錯誤とするならば、BGB 119 条によって、そのすべてが救済されることになってしまう。ライヒ裁判所が契約解釈の結果に関する錯誤を、内容の錯誤ではなく、法律効果の錯誤として扱うのは、本件錯誤を内容の錯誤として救済することを避けたかったからであろう。

もっとも、本件錯誤を法律効果の錯誤として位置づけるとしても、救済の余地はないではない。1916 年判例の基準によれば、追求性および実質性のテストが必要である。本件判決は、追求性について言及しておらず、もっぱら実質性、すなわち「解釈の結果は、法律行為そのものおよびそれ自身の効果とは直接に関係しないものである」という理由から、本件錯誤の救済を否定した。

本款のはじめに設定した視点から本判決を分析すると、以下のようにいうことができる。

³³¹ なぜ当事者がわざわざ法定割増金について条項を置いたにもかかわらず、実際において請求していなかったかという点、契約当時（1923 年）のドイツでは、ルール占領問題を受けて 1 月に急激に進行していたハイパーインフレが、同年末、レンテンマルクの奇跡で沈静化した。契約時（同年 1 月）には、インフレを恐れて法定割増金条項を契約書に入れた当事者であったが、実際に入居した 1925 年には、インフレへの恐怖がすでに薄れており、それゆえに法定割増金が請求されなかったと推測される。それは、裁判所が、法定割増金条項をインフレに備えるための一時的なものとみて、四年も請求しなかった場合には、それをふたたび請求する権利を失うと解釈した背景であろう。

³³² 「当事者によって規律されなかった点を考慮していたならば、当事者は、誠実な当事者として信義誠実に従い諸利益の適切な考慮を行って何を合意していたか」（BGH 17. 4. 2002, NJW 2002, 2310）という判例法理による定式によれば、補充的契約解釈によってもたらされたのは、法による契約内容への介入ではなく、契約上の規律それ自体の継続的形成にはかならない（石川博康、前掲注（267）『「契約の本性」の法理論』16 頁）。

第一に、BGB 119 条との関係について、本判決は、119 条の適用範囲を縮小していることは明らかである。前にも触れたように、本件のような契約解釈の結果に関する錯誤は、厳密には、内容の錯誤にあたる。たとえ、本件錯誤を動機の錯誤と捉えるとしても、本件では、当該動機が契約書への明記によって表示され、かつ内容化されたため、救済を得られるはずである。しかし、本判決は、錯誤取消しの主張を認めなかった。本判決は、契約解釈の結果に関する錯誤を法律効果の錯誤と捉え、そして 1916 年判例の基準、とりわけ実質性を援用することにより、BGB 119 条における内容の錯誤に対して目的論的縮小解釈を行ったと、J. マイヤーは指摘した³³³。第二に、1916 年判例との関係について、本件における錯誤の否定は、実質性の基準によってもたらされた。しかし、本件錯誤は、賃貸借契約における賃料に関するものであり、それについての錯誤は実質性を欠くといっても説得力がないといわざるを得ない。本件錯誤が顧慮されなかった実質的な理由は、本件契約解釈が信義則に基づいてなされたというところにあるのではないか。つまり、信義誠実な当事者が本件諸事情のもとで法定割増金について考慮していたならば、如何なる合意をしていたであろうかという基準に従って本件契約が解釈され、法定割増金を請求しないという黙示的合意があったと認定された。このような契約解釈の結果を錯誤の主張でくつがえすことは、信義誠実な当事者への裁判官の期待に対する裏切りと同然であるから、たとえそれが内容の錯誤であっても、救済は否定されることとなる。

3、即時取得に関する錯誤

〔D31〕 OGH der Britischen Zone 22. 11. 1948, NJW 1949, 220

【事実】終戦直後、原告 X（バイエルン地方官庁）はアメリカ占領軍政府の同意のもとでアメリカ軍政府の「戦利品」から一台のトレーラを譲り受け、そして被告 Y に転売した。しかし、実際には、本件トレーラは戦利品ではなく、アメリカ軍がある私人から奪い取ったものであった。これに気づいた X は、本件トレーラを取り戻して当該私人に返還するため、自分が所有者ではなかったことを知らなかったことを理由に、Y との売買契約の錯誤による取消しを求め、本件トレーラを取り戻そうとした。

【判旨】裁判所は、本件錯誤を法律効果の錯誤としたうえで、「法律の錯誤は、それが法律行為の本質的な効果に関わる場合に限り、BGB 119 条の意味における考慮されるべき内容の錯誤とみなすことができる。しかし、ここで問題となっているのは、単に、誰が所有者であるかについての錯誤であり、この錯誤は、相手方が BGB 932 条によってトレーラの所有権を即時取得する可能性があったため、

³³³ J. Mayer, a. a. O., S. 178.

考慮されるべき法律効果の錯誤ではない」とし、Xの主張を退けた。

本件錯誤を法律効果の錯誤とみてよいかという疑問が生じうる。しかし、本判決では、それが法律効果の錯誤として捉えられている。その法律上の構成は、判決文に明言されていないが、おそらく以下のようなものである。すなわち、売主である表意者 X は、自分が売買の目的物の所有者でなければ、相手方がそれを取得したときに善意か悪意かを問わず、目的物を取り戻すことができると信じていたが、実際は、BGB 932 条によれば、譲渡人が物の所有者でなくても、譲渡によって善意に物を取得した者は所有権を即時取得するとされる。そして、自分が所有者ではなかったときは、当該目的物を買主から取り戻すことができるという X の意思と、BGB 932 条によって善意の相手方が当該目的物を即時取得し、売主はそれを取り戻すことができないという法律効果との間に不一致が生じた。本判決は、以上のように考え、本件錯誤を法律効果の錯誤と捉えたのであろう。

本判決の立場に対し、本件錯誤は法律効果の錯誤ではなく、物の法的性質の錯誤と理解すべきであるとする意見もある。なぜなら、本件錯誤の対象は、売買目的物の所有者が誰かであり、売買契約から如何なる効果が生じるかではないからである³³⁴。したがって、本件錯誤は法律効果の錯誤ではなく、物の性質の錯誤と捉えるべきであり、本件に適用される条文は BGB 119 条 1 項ではなく、119 条 2 項のはずであるという。119 条 2 項は、顧慮されるべき物の性質の錯誤を、物の有用性および価値に影響を与える場合に限定し (BGHZ 34, 32)、物の所有者が誰かについての錯誤はそれにあたらないと定めている。それゆえ、物の性質の錯誤とする場合と法律効果の錯誤とする場合とで、本件錯誤を救済しないという結論に変わりはないことが認められる³³⁵。

いずれの構成を採るかよりも、本件錯誤が如何なる価値判断のもとで否定的評価を受けたかが重要であろう。その錯誤が如何なるものであろうと、売主による即時取得した買主に対する錯誤取消しの主張を認め、それゆえ物の返還請求を可能とすることは、民法による即時取得の効果を埋没させることと等しく、絶対に許されない。この点から考えれば、本件錯誤が否定されたのは、一方で、売主が、相手方の即時取得と異なった効果を追求したか否か、または、相手方の即時取得が売買契約にとって主たる効果か従たる効果かとは関係ないことが、他方で、目的物の所有者についての錯誤が物の有用性および価値に影響しないという理由とも関係ないことがわかっていく。換言すれば、本件錯誤を物の性質の錯誤として扱おうとする捉え方は妥当とはいえないし、法律効果の錯誤として処理する考え方

³³⁴ Neuffer, a. a. O., S. 48.

³³⁵ Neuffer, a. a. O., S. 48.

も、従来の追求性と実質性の要件で処理するのでは不十分である。本判決は、法律効果の錯誤といいながらも、追求性と実質性について全く触れず、「相手方が BGB932 条によってトレーラの所有権を即時取得する可能性があった」ということを判断理由として述べている。このことから、追求性と実質性以外の、BGB 932 条という物権法の秩序が本件において考慮されているのではないかと推測される。

本款のはじめに設定した視点からは、以下のようにまとめることができよう。第一に、本判決は、上記〔D29〕判決と同様、法律効果の錯誤の構成を採りつつも、また法律効果の錯誤に基づく取消しを否定したものであるゆえ、BGB 119 条との関係は不明である。第二に、本件判決文においては、追求性と実質性からなる 1916 年判例の基準について全く言及されておらず、その実質的判断理由はおそらく、BGB 932 条の背後にある動かすことのできない物権法の秩序にあると考えられる。

4、先買権の行使に関する錯誤

法律効果の錯誤に対して裁判所が判断を下す際に、その実質的な否定理由を明確に述べた最初の事案は、先買権の行使に関するものである。

〔D32〕 OLG Stuttgart 1985. 10. 28, JZ 1987, 570

【事実】原告 X と被告 Y₁ は、それぞれ 43.499% の割合で同族会社に参加する際に、会社の株式保有における同族の優勢を維持するため、一方が自己保有の株を第三者に譲渡した場合に他方が先買権を行使することができるとする旨の連合契約（Pool-Vertrag）を締結した。その後、Y₁ が自己保有の株の一部（22%）を息子である Y₂ に譲渡した。譲渡に際して、Y₁ は X に対し、自分が譲渡を行うことおよび息子への譲渡は本件連合契約にいう第三者への譲渡にあたると考えるべきではないことなどの意見表明をあらかじめしたにもかかわらず、X は先買権を行使した。先買権行使の結果、X Y₁ 間に、Y₁ が Y₂ と合意した内容に従った売買契約が成立することになった（BGB 505 条 2 項）。X による履行請求に対し、Y₁ は、先買権の行使条件に錯誤があったことを理由にして、Y₁ Y₂ 間の売買契約の取消しおよびそれによる X Y₁ 間の契約の不存在を主張した。

【判旨】シュトゥットガルト高等地方裁判所は、1916 年判例を含む民法典以来の法律効果の錯誤に関する一連の判決を回顧したうえで、以下のように判断した。「法律効果の錯誤は、意思表示の直接ないし主たる効果に関わる場合には顧慮される、というようにライヒ裁判所の一連の判例をまとめることができよう。……この基準に従えば、本件においては、行為の直接ないし主たる効果に関わる錯誤はない。なぜなら、本件において意図されたのは息子への売却と譲渡であり、無視された先買権行使の可能性がむしろ間接ないし従たる効果だからである。事実状況からいえば、本件は、破産法 17

条の効果あるいは BGB 419 条の効果についての裁判例と類似している。X の先買権行使を阻止することは、売買の意思表示の内容またはそれによって直接に意図された効果ではなく、先買権の行使があった場合に生じる遠い法律効果にすぎない。もしこのように判断しなければ、先買権に対して疑問があるとき、売主がつねに〔錯誤に基づいて・筆者注〕取消しを主張することができ、そのことは先買権の意義を低下させる一方、〔先買権に解除条件をつけることを禁じる・筆者注〕 BGB 506 条の趣旨にも反して先買権の解除条件と同然である」。

本件では、同族会社の一方株主 Y₁ は、自己保有株式の息子 Y₂ への譲渡が実質的には前もって行われる相続のようなものであり、株主 X の先買権行使の条件である「第三者への譲渡」にあたらないはずであると考え、しかも譲渡の際にその旨を X に通知した。ところが、X が先買権の行使に成功し、X Y₁ 間には、Y₁Y₂ 間の契約（旧契約）と同一内容の売買契約（新契約）が成立することとなった。ここでは、Y₁ は、法律効果の錯誤に基づき Y₁Y₂ 間の旧契約を取り消すことによって X Y₁ 間の新契約の効果をなくすことができるかが問題となっている。本判決は、当該法律効果の錯誤を判断するにあたって、表意者の追求性について言及しておらず、もっぱら法律効果の実質性に着目し、本件錯誤の対象となった、先買権の阻止という法律効果は、株式譲渡の「遠い法律効果」であるゆえに実質性に欠けているものであるとして、錯誤への救済を拒否した³³⁶。

ところで、本件において、X の先買権行使によって Y₁Y₂ 間の株式譲渡の当事者が入れ替わり、その結果、Y₁Y₂ 間の契約が X Y₁ 間の契約となったことに本件錯誤があるということから考えれば、本件株式譲渡において譲渡の相手方が誰かという法律効果は、譲渡行為にとって主たる効果であると思われる。それがなぜ「遠い法律効果」であると認定されるかについては本判決は説明していないが、本件錯誤を救済しない実質的な理由として、それを BGB 旧 506 条（BGB 現 465 条）の趣旨に求めるべきであると明言している。BGB 旧 506 条によれば、先買権者（本件では X）と義務者（Verpflichteter、本件では Y₁）との間に先買権が約定された場合、義務者が第三者（本件では Y₂）との契約において、先買権者による先買権の行使を当該契約の解除条件とし、または、先買権が行使される場合に、義務者が当該契約を解除できることを約定したとしても、義務者と第三者との間の、当該解除条件の設定または解除権の約定は、先買権者に対して効力を有しない。つまり、先買権者による先買権の行使の効果を回避するために、先買権の義務者が第三者との契約において先買

³³⁶ 本件においては、Y₁ が X に対し、息子への譲渡が第三者への譲渡にあたると考えるべきではなく、先買権を行使しないように説得するための表示をした。このことから考えれば、本件には追求性が備わったといえる。

権の行使を契約の解除条件としたりすることは禁じられるということである。それは、義務者は第三者と契約をする際に、先買権者の利益を考慮する義務があるという趣旨の現れであると理解されている³³⁷。もし義務者が、先買権が行使された後に、錯誤に基づき第三者との契約を取り消すことができるとすれば、それは、第三者との契約において先買権者による先買権の行使が解除条件とされた場合と同様に、BGB 旧 506 条の趣旨に反する³³⁸。

本款のはじめに設定した視点からは、以下のようにまとめることができよう。第一に、本件では、表意者が法律効果について「先買権を行使されずに、株を息子に譲渡することができる」という誤った法律効果を積極的に追求し、しかもそれを相手方に対して表示したことからいうと、内容の錯誤として認められやすい状況であったが、錯誤の主張は否定された。したがって、BGB 119 条との関係については、本判決はその適用範囲を縮小しているといえる。第二に、本判決は、本件法律効果の錯誤への救済を否定しているが、その理由としては、追求性について言及しておらず、実質性の欠如を理由としている。すなわち、先買権者による先買権の行使を阻止し、株式を息子に譲渡するという本件法律効果は、譲渡行為の直接の法律効果ではなく、遠い法律効果である。しかも、実質性の欠如を否定の理由に用いると同時に、このように判断しなければならない実質的な理由は、先買権者の利益を考慮するという BGB 旧 506 条の趣旨にあると明言している。

5、辞任契約による法律上の不利益に関する錯誤

[D33] BAG 16. 2. 1983, NJW 1983, 2958

【事実】原告 X（妊娠している労働者）は、被告 Y（雇用者）から労働契約を解消する旨の辞任契約書（Aufhebungsvertrag）を渡され、署名を迫られた。X は Y と話し合いをしたあげく、辞任契約書に署名をした（話し合いのときには、妊娠の話が話題に上らなかった）。実際、妊産婦保護法 9 条 1 項によれば、妊娠中の女性労働者を解雇することは禁止されており、そもそも Y が一方的に労働契約を解除する権限を有していなかったにもかかわらず、X が辞任契約への署名で労働契約を解消したことにより、妊産婦保護法における解雇禁止の保護を失うことになった。X は、辞任契約が妊産婦保護法上の保護を消滅させる効果を有することを知らなかったとして、錯誤に基づく辞任契約の取消しを主張した。

【判旨】連邦労働裁判所は、本件錯誤を法律効果の錯誤と認定したうえで、以下のように判断し X

³³⁷ RGZ 123, 265; RGZ 125, 126.

³³⁸ 実質は、Y₁Y₂ 間の契約が無効にされたとしても、先買権行使の結果が排除されることはありえない。無効行為の転換によって、解除条件の付いていない普通の売買契約になろう（BGHZ 25, 174, 177, 182/183）。

の主張を否定した。すなわち、「法律効果の錯誤は、その効果が意思表示そのものの内容となり、表意者がその内容について錯誤した場合にのみ、例外的に取消しを根拠づける (vgl. Medicus, Bürgerliches Recht, 10. Aufl.(1981), § 6 III Nr. 2a Rdnr. 133)。妊娠中の女性労働者による労働関係の終結を目的とする意思表示には、妊産婦保護法上の諸権利を放棄する表示内容が包含されていない。……妊産婦保護法上の諸権利を放棄する効果についての錯誤は、そのような放棄が明示的または黙示的に意思表示の内容となり、かつその放棄の内容について錯誤があった場合には、内容の錯誤による取消しを根拠付ける。本件では、そのような意味での内容の錯誤は存在しなかったというべきである。なぜなら、Xの妊娠、そしてその妊娠によって生じるべき妊産婦保護法上の諸権利についての話しが、明らかに、辞任契約の対象として両当事者間の話し合いにおいて話題にならなかったからである。」

本件では、妊娠中の労働者が、雇用者による一方的な解雇から保護されるにもかかわらず（妊産婦保護法 9 条 1 項）、その保護規定を知らずに辞任契約を締結した。このような錯誤は、明らかに辞任契約の前提に関わるものであり、法律効果の錯誤として扱われるのは理解しにくいところがある。

連邦労働裁判所の論理は、次のとおりである。すなわち、妊娠中の労働者は、解雇されないことを主張する妊産婦保護法上の権利を有するため、その法律を知らずに辞任契約を締結することは、労働関係の解消という法律効果をもたらす以上に、妊産婦保護法上の権利の放棄という法律効果をももたらす。したがって、本件錯誤は法律効果の錯誤と捉えられている³³⁹。しかし、法律効果の錯誤が問題とされるとはいえ、本件判決文において、追求性と実質性からなる 1916 年判例基準の引用はみられない。しかも、権利放棄の効果についての誤った認識が明示的または黙示的に意思表示の内容となった場合にのみ「例外的に」取り消すことができるという、1916 年判例とは本質的に異なる基準が用いられた。このことからみると、本件は、今まで取り扱ってきた法律効果の錯誤と比べてきわめて異質な判決であるといわなければならない。

学説においては、本件と逆の場合、すなわち、雇用者が妊産婦保護法のことを知らずに妊娠中の女性と労働契約を締結したところ、妊産婦保護法上の諸義務を負わされた場合を法律効果の錯誤とみたうえで、本件の場合もそれと同様に捉えようという説明がなされて

³³⁹ 連邦労働裁判所が本件錯誤を法律効果の錯誤として扱うことは偶然ではない。本件以前に、辞任契約の締結により妊産婦保護法上の権利を失うという効果についての錯誤を法律効果の錯誤と捉えたうえで、それを否定した下級審判決が二件あった (ArbG Bremen BB 1956, 307; ArbG Wilhelmshaven, WA 1965, 126)。

いる³⁴⁰。しかし、両場合は明らかに違う。前者の場合、すなわち、雇用者が労働契約の締結によって妊産婦保護法上の責任を負わされた場合においては、責任を負わなければならないという法律効果に対応して、責任を負うまいという意思があったのに対し、後者の場合、すなわち、労働者が辞任契約の締結によって妊産婦保護法上の権利を失ったという本件の場合においては、解雇されない権利を失うという法律効果に対応した、解雇されない権利を留保することができるというような意思は存在しなかった。実際、存在しなかったというより、存在しえないというべきであろう。なぜなら、解雇されない権利を留保しながら、労働関係を解消することは論理的にありえないからである³⁴¹。したがって、法律効果の錯誤の見地からみれば、本件は、行為の法律効果と内心的意思との間に不一致がないため、そもそも法律効果の錯誤ではないといわざるを得ない。

6、職業軍人の任意除隊に関する錯誤

〔D34〕 OVG Münster, NZWehrr 1987, 216

【事実】原告 X はある連邦国防大学を卒業し、職業軍人として国防軍に入隊した。新規採用の際に、X は、除隊の条件について、国防大学の学費を返還しさえすれば、職業軍人でも随時に除隊の申請をすることができるかと教えられたが、実際には、採用前に職業軍人の除隊に関する法律が変更され、改正後の軍人法によると、国防大学での学習期間の三倍の期間役務しなければ除隊することはできないとされることになった（軍人法 46 条 3 項）。いつでも除隊できると信じた X は国防軍に入り、五年後除隊の申請をしたところ、拒絶された。X は、錯誤を理由として入隊の取消しを主張した。

【判旨】ミュンスター上級行政裁判所は、まず国防軍に入隊する意思表示に関して BGB 119 条の類推適用があること、そして、本件事案は法律効果の錯誤であることを認定し、1916 年判例の定式を引

³⁴⁰ MünchKomm – Kramer, § 119, Nr. 84. 他方、妊娠中の女性に与えられる妊産婦保護法上の権利を人的性質の錯誤と捉えるべきだとする学説もある（Gamillschegs, Mutterschutz und Sozialstaat, in: Festschrift für Molitor, München / Berlin 1962, S. 88）。

³⁴¹ 本件 XY 間の話し合いにおいては、X が妊娠しているから解雇が禁止されるということについて全く触れられなかったことが認定されている。このことからみれば、X は、辞任契約書に署名した当時、妊産婦保護法における妊婦の解雇禁止について認識していなかったことがうかがわれる。認識がなかった以上、それを積極的に求めることは不可能であるため、法律効果の錯誤としては、本件は「追求性」の欠如のゆえに不考慮とされたとの可能性は一応ある。しかし、仮に、XY 間の話し合いにおいて、妊産婦保護法による解雇禁止の話しがなされたとしたらどうなるかというと、X が自分の権利について認識していたということになり、X の行為については、法的に解雇されない権利を有することを知りながらあえて辞任契約をすることは心理留保と評価されるおそれがある。

用したうえで、「入隊の申請および任命は、職業軍人としての身分の授与を内容とする意思表示であり、除隊の条件に関する効果は、入隊の申請および任命の意思表示とは別の効果であるゆえ、不顧慮とされるべきである」とし、Xの主張を退けた。

本判決は、錯誤によって軍人法という行政法上の効果が招致され、その効果に関する錯誤にはBGB 119条が「類推適用」されるとする点で特徴的である。普通の錯誤なら、契約期間についての認識は意思表示の内容に属すべきであろう。しかも、本件では、契約期間について相手方（国側）から誤った法律情報が提供されたという経緯もあり、救済の余地は十分にあったように思える。しかし、裁判所は、本件を法律効果の錯誤の事案として、職業軍人が相当期間の役務をしなければ除隊できないという効果が入隊行為の従たる効果であるという理由により、錯誤の主張を退けた。本件判決の結論を支える実質的理由は、むしろ軍人法上の考慮、すなわち、戦力の即時動員を確保するため、特殊な軍事教育を受けた職業軍人は一定の期間役務しなければ簡単に除隊することは許されないという政策的考慮にあると指摘されている³⁴²。

本款のはじめに設定した視点からは、以下のようにまとめることができよう。第一に、本件では、職務軍人としての役務期間に関する錯誤は内容の錯誤に該当する可能性があり、ましてそれについて誤った情報が相手方から告げられたものであったゆえ、錯誤に基づく取消しの主張を認めてもよい事案であったが、裁判所はそれを認めなかった。したがって、BGB 119条との関係については、本件に法律効果の錯誤の基準を当てはめることは119条の範囲を縮小しているといえる。第二に、本件判決において錯誤が否定された理由として、除隊がいつからできるかという効果が入隊の従たる効果である、いわば実質性の欠如が挙げられたが、前述のように、本件錯誤が顧慮されなかった実質的理由は、むしろ徴兵関係の公法的特殊性にあった。

7、競売土地に課された法的負担に関する錯誤

競売において、入札者が、競売不動産に課された担保権や賃貸借などの法的負担に気づくことなく入札し競落した場合に、当該法的負担は不動産に残るとされている（ZVG 52条1項）。この状況の下で、入札者は、錯誤を理由に競落の取消しを主張することができるのであろうか。

³⁴² Neuffer, a. a. O., S. 55.

この問題について、学説では意見が分かれている³⁴³。下級審においては、このような錯誤を内容の錯誤として処理する裁判例が数件あった³⁴⁴。しかし、以下の連邦最高裁判所判決は錯誤を否定し、判例の方向性を決定づけた。

〔D35〕 BGH 5.6.2008, NRÜ 8/2008, 337

【事実】訴外 A 夫婦（債務者）の土地には、44000 ユーロに値する訴外 B（債権者）の土地債務が付されていた。30677 ユーロの利息および費用が支払われなかったため、本件土地は強制競売にかけられ、競売の際には、落札後も 44000 ユーロに値する他人の権利が土地に付される旨の競売条件が執行裁判所によって公示された。この競売条件が公示された後に競売会場に現れた原告 X が、競売条件のことを知らずに 70000 ユーロを付け値にして入札した。その結果、X は最高額の入札者として本件土地を落札したが、土地債務は、競売条件において示されたとおり、本件土地に付されたままととなった（ZVG 52 条 1 項）。X は、裁判所に対して、BGB 119 条 1 項に基づき競売入札には錯誤があったとし、競落許可決定について異議申立てをした。

【判旨】裁判所は以下のように述べ、X の異議申立を退けた。「入札の際に、落札後どのような権利が不動産に引き続き付いてくるかについての入札者の誤った予想は、法律上の競売条件に関わるものである。このように、法律によって最高額の値付けに賦与された法律効果は、入札者が入札した際意思決定に基づくものではない。ただし、長年にわたって使用されてきた判例の立場によると、法律によって生じた法律効果について入札者が誤って予想していた場合は、そのすべての場合において BGB 119 条 1 項に基づく錯誤取消しが排除されるというわけではない（a. A. *Kramer*, in: *MünchKomm*, 5. Aufl., § 119 Rdnr. 84; *Staudinger/Singer*, BGB, Neubearb. 2004, § 119 Rdnr. 67f.）。詳しくいえば、表意者が、法律行為によって追求しようとしたところの法律効果と実質的に異なった法律効果が引き起こされたため、意思表示の法律効果について錯誤した場合には、内容の錯誤が存在するとされる（RGZ 89, 29(33); BGHZ 168, 210 = NJW 2006, 3353(3354)）。……〔競売不動産に〕付された権利に関する入札者の法律効果の錯誤は、BGB 119 条 1 項によって取消しが可能な内容の錯誤とみてはならない。ここで決定的なのは、入札者が法律によって規制された手続の下で入札を行ったということである。……競売への参加は入札者に対して、入札の際に、競売条件として競売土地に存在する他人の権利に目を向け、実際の負担を査定することを要求する。これらの効果は入札の一部ではなく、むしろ入札者が目を向けなければならない競売条件についての間接的な法律効果であり、具体的入札の計算に属すべきものである。」

³⁴³ 内容の錯誤として肯定した学説としては *Korinthenberg/Wenz*, § 71 Anm. 1、また、動機の錯誤として否定した学説としては *Stadhfer-Wissinger*, S. 140 が挙げられる。

³⁴⁴ OLGZ 1972, 249; Justiz 1979, 332.

連邦最高裁判所は、本件錯誤を法律効果の錯誤と捉え、1916 年判例の基準を引用したうえで、本件錯誤は内容の錯誤に該当しないと判断した。

まず、前提作業として、本件は上記〔D23〕判決の事案と同様、事実の錯誤による法律効果の錯誤であることを指摘したい。本件表意者は、競売条件に示された競売物件の法的負担が競落後にも引き続き存在することを規定する ZVG 52 条 1 項について錯誤したのではなく、競売物件における法的負担の存在自体を認識しなかったのである。しかし、錯誤取消の目的である本件競落の効果は、入札行為の内容に基づく効果ではなく、ZVG 52 条 1 項の効果であるゆえ、裁判所は本件を法律効果の錯誤の事案とみている。

本件において法律効果の錯誤が顧慮されるかの判断にあたって、裁判所は、競売物件に他人の権利が付されているという効果は「競売条件についての間接的な法律効果」であるとして実質性の欠如の面で本件法律効果の錯誤の要保護性を否定した。そして、実質性の中身、すなわち、競売物件に他人の権利が存続する効果を間接的な効果と判断する理由について、裁判所は、「決定的なのは、入札者が法律によって規制された手続の下で入札を行ったということである」と判示した。つまり、競売手続において、入札者が競売土地に付された他人の権利を調査することを要求する競売手続の特質が強調されている。このことから、本件においては、実質性という基準の中で、当該法律効果を押しつけた強制執行法の特質が考慮されていたことが明らかである。

本款のはじめに設定した視点からは、以下のようにまとめることができよう。第一に、本判決は、上記〔D29〕および「D31」判決と同様、本件錯誤を法律効果の錯誤と捉えることにより BGB 119 条の適用を認める一方で、当該法律効果が実質性に欠けていることを理由にして取消しの主張を否定したものであるゆえ、119 条の適用範囲を拡大したかは明確ではない。第二に、本件錯誤を顧慮しない理由は実質性の欠如にあるとされているが、実質性の判断にあたって決め手となったのは、「入札者が法律によって規制された手続の下で入札を行った」という競売手続の特質への考慮であることが明言されている。

8、小括

ここでは、本款のはじめに設定した分析視点に即して、法律効果の錯誤の否定例に対する検討から得られた結論をもう一度まとめることにしよう。

① BGB 119 条との関係について、119 条にいう内容の錯誤の範囲をせばめる裁判例が散見される。例えば、賃料の法定割増金の解釈に関する〔D30〕判決では、賃貸借契約において賃料の法定割増金請求権が契約書に明記されたにもかかわらず、契約の解釈において当

該法定割増金請求はもはやできないと裁判官が解釈した場合に、賃貸人は契約の解釈について錯誤したことを理由に取消しを請求することができないとされた。また、職業軍人の除隊条件に関する〔D34〕判決では、役務契約における役務期間に関する錯誤は内容の錯誤に該当しうるし、しかも相手方（国）の不実表示によって引き起こされたものであったにもかかわらず、入隊者による錯誤取消しの請求が認められなかった。

② 1916 年判例との関係について、1916 年判例による判断基準の定式は、2008 年に下された〔D35〕判決からわかるように、現在でも踏襲されている。ただし、具体的判断においては、1916 年判例に提示された追求性と実質性からなるの基準が取捨選択的に用いられており、場合によっては、追求性と実質性において本来考えられていた内容に含まれない要素が考慮されている。以下では、視点の設定に応じて、まず追求性と実質性との関係、次に追求性と実質性の中身についてまとめることにする。

第一に、法律効果の錯誤に対する救済の否定は、追求性の欠如を理由とする場合と実質性の欠如を理由とする場合とがある。訴訟上の和解の効力に関する〔D29〕判決は前者であるのに対し、賃料の法定割増金請求権の解釈に関する〔D30〕判決、即時取得の効力に関する〔D31〕判決、先買権行使の条件に関する〔D32〕判決、職業軍人の除隊条件に関する〔D34〕判決、および競売土地に課された法的負担に関する〔D35〕判決は後者である。このように、実質性の欠如を理由にして法律効果の錯誤に対する救済を拒否した事案が圧倒的に多い。もっとも、追求性の欠如を挙げて救済を否定した〔D29〕の事案においては、たとえ和解契約の際に、表意者が「控訴の権利を留保する」という法律効果を真剣に追求していたとしても、和解の紛争終結機能を考慮するうえ、錯誤に基づく取消しの主張は制限されるとすべきであろう。

第二に、実質性の中身については、諸判決は一樣ではない。もともと実質性とは、法律行為の主たる効果か従たる効果かということを指し、意思表示によって発生した種々の法律効果の法律行為の要素までの遠近を表現するための言葉であると考えてよい。しかし、本稿の分析からは、この実質性の概念には、法律行為と法律効果との遠さ近さより、意思表示のうえに法律効果を付加した法律の趣旨が実質性を形成する要素として機能していることがわかる。例えば、訴訟上の和解の効力に関する〔D29〕判決では訴訟上の和解の紛争終結機能、賃料の法定割増金請求権の解釈に関する〔D30〕判決では補充的解釈の基準である信義誠実に対する考慮、即時取得の効力に関する〔D31〕判決では即時取得制度の強行法規性、先買権行使の条件に関する〔D32〕判決では BGB 506 条の立法趣旨に対する配慮、職業軍人の除隊条件に関する〔D34〕判決では戦力の即時動員の確保、競売土地に課された法的負担に関する〔D35〕判決では競売手続の公法的性質が、それぞれにおいて、法律効果の

錯誤に対して救済を否定する実質的理由になっていると考えられる。とりわけ〔D32〕〔D35〕の判決文においては、その実質的理由が明言されている。

第3項 裁判例からみた法律効果の錯誤に関する判例法理およびその問題点

1、法律効果の錯誤の判例法理

法律効果の錯誤、すなわち、法律がすでに形成された意思表示のうえに付加した新たな法律効果について表意者が錯誤した場合について、その一部が内容の錯誤として救済されうることを判例は認めている。1916年のライヒ裁判所のリーディングケース（上記〔22〕判決）において提示された判断基準によると、表意者が意思表示によって特定の法律効果を追求し（追求性）、かつ、その効果が法律行為にとって主たる効果であった（実質性）場合には内容の錯誤が認められる。この基準は現在でも踏襲されており、確立した判例法理といえよう。それ以降の裁判例の展開からは、次の二つのことがいえる。第一に、追求性と実質性のいずれかが欠如する場合に、錯誤は動機の錯誤に属するものとなり、錯誤に基づく取消しが否定される（〔D25〕〔D29〕〔D30〕〔D31〕〔D32〕〔D34〕〔D35〕判決）。第二に、意思表示のうえに新たな法律効果が付加されたという事情がある限り、その付加が事実の錯誤に起因したとしても、法律効果の錯誤の問題として扱われる（〔D23〕〔D35〕判決）。

それに対し、通常の錯誤の場合は、その錯誤が内容の錯誤か動機の錯誤かを判断するにあたり、「追求性」や「実質性」が問題とされることはない。これらが法律効果の錯誤固有の判断基準とされた理由は、一方で追求性を用いることによって内容の錯誤を拡大し、他方で実質性を用いることによって内容の錯誤を縮小する、ということにはかならない。そのうち、追求性は事実問題であるのに対し、実質性は法律問題であり、裁判官による規範的判断の問題である。とくに「直接間接」または「主従」といった基準は、ヨリ確実な判断結果を提供しようとする裁判官に無力感を感じさせる非常に相対的な概念である。実際の裁判例においては、裁判官が法律効果の錯誤に基づく取消しを肯定しようとするときに、表意者に追求性があったことを強調し、そのうえで実質性を直ちに認めることが一般的である（〔D22〕〔D23〕〔D26〕〔D27〕〔D28〕判決）。それに対し、裁判官が取消しを否定しようとするときには、追求性の欠如を強調する場合より、実質性の欠如を理由とする場合が圧倒的に多い（〔D30〕〔D31〕〔D32〕〔D34〕〔D35〕判決）。しかし、その実質性の判断の背後には、表意者の意思表示に法律効果を付加した法律の趣旨が考慮されていることがうかがわれる（とくに〔D32〕〔D35〕判決）。

したがって、追求性、実質性および法律の趣旨との関係は、以下のようにまとめること

ができよう。すなわち、法律を遵守させる要請の弱い法律の効果が錯誤対象となった場合には、表意者に追求性があれば法律効果の実質性が認められるのに対し、法律を遵守させる要請の強い法律の効果が錯誤対象となった場合には、表意者に追求性があっても法律効果の実質性が認められない。実質性という基準は「直接間接」「主従」といった内実を有しているようにみえるが、裁判例においては、それが単に表意者の追求性と法律の趣旨との対峙の結果でしかない。

2、1916 判例の判断基準の問題性

上述のように、実質性という基準はあくまで、実質的判断理由としての、表意者の追求性および法律の趣旨の要保護性との緊張関係を表現するものである。実質性の背後にある法律の趣旨への考慮を言明せず、実質性という曖昧な基準を法律効果の錯誤の否定理由に用いることは、裁判実務においてはしばしば妥当な解決に至っていると評価されている一方³⁴⁵、解釈論としてはこのような基準はあまりにも結果指向であり、「動機の錯誤」の道具概念化をもたらしかねないと批判されている³⁴⁶。

確かに、裁判実務において、裁判官は、法律効果の錯誤を救済するか否かの判断を実質性の基準で調整し現実に妥当な判決を下すことができる。しかし、問題は、実質性という基準は裁判官の実質的判断理由を反映していない、つまり、法律効果の錯誤の判断にあたって、法律の趣旨という実質的判断理由を判決の結論へとつなげるために、実質性の基準を通じて、最終的には法律の趣旨という実質的判断理由と全く関係ない「動機の錯誤」というラベルを貼りつける構成を採らなければならない、ということにある。例えば、先買権の行使に関する〔D32〕判決では、息子への株式の譲渡が先買権の行使条件である「第三者への譲渡」にあたるかについて錯誤した表意者（先買権の義務者）に救済を与えることは、先買権者による先買権の行使を第三者との売買契約の解除条件とすることを禁止する BGB 旧 506 条の趣旨に反するとされた。しかし、この実質的理由は、「(先買権者による)先買権行使を避けることが、(息子に対する)売買の意思表示の内容または直接的に意図された効果ではなく、先買権行使があった場合に生じる遠い法律効果にすぎない」、いわば「実質性の欠如＝動機の錯誤」という構成を通じないと機能しえない³⁴⁷。そこで、「実質性」と

³⁴⁵ Rittner, a. a. O., S. 404.

³⁴⁶ Mayer-Maly, a. a. O., S.171.

³⁴⁷ 本件において、先買権者による先買権の行使は、義務者と第三者との株式譲渡契約において譲渡の相手が第三者から先買権者に代わることを意味する。契約の相手が誰かというのは、契約にとって主たる効果であると言わなければならないが、本件において従たる効果とされている。

いう基準が、動機の錯誤の道具概念化を招致しかねない一方、学説上さらなる議論の混迷をもたらす。なぜなら、実質性に関わる「直接間接」「主従」または「遠近」といった表現が比喻に近く、裁判官がある法律効果を法律行為の「従たる効果」と断定することによってそれに関する錯誤を否定した場合に、裁判官の当該判断に反対しようとしても、反論の手がかりがないゆえ議論しようもない。このことは、1916 年判例以降、学説の関心が法律効果の錯誤問題から離れていく一因となり、また戦後のフルーメやマイヤー＝マリーら学者が批判し続けてきたところである。

近時の学説においては、法史学の観点から、BGB の編纂過程において「法律の錯誤」の概念が排斥されたゆえに、法律の錯誤の視点からの判断基準が BGB 119 条から導かれ難いことが、現在において法律効果の錯誤をめぐる問題処理の不安定の原因となっているとの主張が現れた。この見解によると、法律効果の錯誤を、一方で内容の錯誤と、他方で動機の錯誤とに振り分ける解釈論を提案した 1916 年判例が素直に問題を解決したのではなく、重点を逸らしただけであるとされている³⁴⁸。また、近時の裁判例においては、例えば、競売物件に課された負担に関する入札者の錯誤を顧慮しない理由が「法律によって規制された競売手続」にあるとして実質的な判断理由を明確に述べた最高連邦裁判所判決に（上記〔D35〕判決）にみられるように、内容か動機かではなく、法律の趣旨を判断理由として明示した判決がある。この先の発展が期待される。

第 5 款 まとめ

以上、本節では、ドイツ法における法律効果の錯誤という概念の確立およびその発展の過程、とりわけ、1916 年判例をめぐる学説上の議論およびその後の裁判例の展開を検討してきた。内容の錯誤と動機の錯誤とを峻別する BGB 119 条 1 項の構造に対して、法律効果の錯誤が独自の意義を有することをここで再度確認したい。

法律効果の錯誤についての本節の検討は、おおよそ時系列に沿って紹介したものであるため、まとめとしては、より教科書的な論点整理が有益であろう。

1、法律効果の錯誤の概念

法律効果の錯誤とは、表意者の意思表示のうえに法律の適用または法律行為の補充・修正的解釈によって付加された法律効果に関する錯誤のことである。結局のところ、発生した効果が、表意者の自治的法律行為の内容ではなく、法律上の効果である点が、法律効果

³⁴⁸ Schermaier, a. a. O., S. 110 u. Anm. 164.

の錯誤の特徴である。表意者がこの法律上の効果について錯誤した場合、内容の錯誤に救済を与える BGB 119 条 1 項に基づき意思表示の取消しを主張し、当該法律効果をなくすことができるかが問題となる。

2、学説の対応

法律効果の錯誤に関しては、学説上、肯定説、否定説および折衷説に大別される。

肯定説は、法律効果の錯誤を内容の錯誤と捉え、法律効果の錯誤の要保護性を唱える（ダントツ、ティツェ）。とりわけ、ティツェ説において、「内容の錯誤＝法律効果の錯誤」という理解が顕著に現れている。ただし、肯定説は、表意者が、法律効果に関して、誤っているものの、特定の想定を積極的に持っていなければならないことを要求する。この点はその後、1916 年判例において、「追求性」という基準として現れる。また、肯定説は、表意者が自治的に設定した法律効果と法律が付加した法律効果はともに意思表示の内容であるため、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別する理由はないとする。

否定説は、内容の錯誤を単なる言語上の意味内容と捉えるもの（レーバイン、ヘルダー）と、法律効果の錯誤と捉えるもの（フルーメ）とに、さらに細分化することができる。法律効果の錯誤に関する立法直後は、前者が多数説であったが、この説は、法律効果の錯誤の場合には、意思表示の言葉使いに問題がなく、表意者において意思と表示が一致しているゆえ、法律効果の錯誤は動機の錯誤にすぎないとされる。これに対し、フルーメ説は、内容の錯誤も一種の法律効果の錯誤であるという点から出発しつつも、法律の適用によって生じる効果の「正しさ」を強調して法律効果の錯誤の原則的不顧慮を説いた。それは、フルーメ説は、法律効果の錯誤の場合に、表示者が展開しうる意思自治の枠が法律によって制限されると考えるからである。

折衷説は、内容の錯誤を単なる言語上の意味内容と捉えるもの（ヘンレ）と、法律効果の錯誤と捉えるもの（ビールマン）とに、さらに細分することができる。ヘンレ説では、法律効果の錯誤は、原則として動機の錯誤に属するが、ただ錯誤した法律効果が、法律行為が成立するための最小限不可欠の事項である要素（*essentialia negotii*）、または、取引慣行上、当事者によってつねに取り決めをされる事項に関するときに、内容の錯誤として例外的に救済される。ビールマン説では、法律効果の錯誤は、法律行為の直接的な主たる効果（*unmittelbare Hauptwirkung*）にあった場合には内容の錯誤となり、法律行為の間接的な従たる効果（*mittelbare Nebenwirkung*）にあった場合には動機の錯誤となる。ビールマンが提示した、法律行為と法律効果の主従関係は、1916 年判例において、「実質性」という基準として現れる。主たる効果と従たる効果との区別に踏まえて、その判断において、錯誤の対象

となった法律効果が法律行為の核心的効果か否かのほか、法律効果を付加した法律の趣旨も考慮されていると指摘した学説もある（J. マイヤー）。

3、裁判例の展開

立法初期の判決は、否定説を採用し、法律効果の錯誤に対する救済を全面的に拒否する態度を採ったが、1916 年判例から、その一部を容認する方向へと転向した。1916 年判例が提示した判断基準は、以下のようなものである。すなわち、表意者が追求しようとした法律効果とは実質的に異なる法律効果がもたらされた場合、内容の錯誤が認められる。それに対し、表意者が追求しようとした法律効果以外の、認識しておらず、かつ、意欲してもいなかった法律効果がもたらされた場合、内容の錯誤が認められない。簡単にいうと、表意者に追求性（法律効果に対する表意者の認識および追求）と実質性（誤った法律効果の法律行為に対する主従関係）が備われば、BGB 119 条に基づく取消権が与えられる。

追求性と実質性からなる 1916 年判決の判断基準は、現在でも繰り返し引用されている。しかし、裁判例の細部に目を向けると、そこには変容が現れている。

まず、法律効果の錯誤に対する救済が肯定される場合においては、もっぱら表意者の追求性が強調され、法律効果の実質性については言及されていないか、または、追求性が満たされる限り実質性が直ちに認められる場合が多い。また、追求性の認定としては、相手方への表示が要求されず、証明ができれば十分であるとされている。

次に、法律効果の錯誤に対する救済が否定される場合においては、逆に、もっぱら法律効果の実質性の欠如が強調され、表意者の追求性についてはほとんど言及されていない（〔D29〕判決のみ）。また、実質性については、一方で表意者が誤った法律効果について表示し、かつ、契約の内容に組み入れたにもかかわらず、実質性を欠くことを理由に内容の錯誤を認めない裁判例が存在する（〔D30〕判決）。他方で、その実質性の欠如の根拠づけとして、法律効果を付加した法律の趣旨に従えば、錯誤を認めてはならないという実質的判断理由を明言する裁判例も存在する（〔D32〕〔D35〕判決）。この点に鑑みれば、諸説の中には、〔D32〕判決とほぼ同時代の J. マイヤー説が裁判例の傾向に合致しているということができよう³⁴⁹。

³⁴⁹ J. マイヤー論文（J. Mayer, Der Rechtsirrtum und seine Folgen im bürgerlichen Recht, Würzburg Univ., Diss. 1988/1989, Bielefeld 1989.）は 1989 年に公開されたものであったが、1987 年に登載された〔D32〕判決については言及していない。J. マイヤー説において、一方で法律効果の錯誤が内容の錯誤にあたりうると認めつつ、他方で法秩序の価値優位の観点から、法律効果の錯誤に基づく取消しを制限するという考え方は、これまで裁判例の傾向から読み取ったものであり（J. Mayer, a. a. O., S. 174(Anm. 62), 188-189,

以上のように、追求性、実質性および法律の趣旨との関係は、以下のようにまとめることができる。すなわち、法律の趣旨の要保護性が高くない場合には、表意者に追求性があれば実質性が認められるのに対し、法律の趣旨の要保護性が高い場合には、表意者に追求性があっても実質性が認められない。ここでは、法律効果の錯誤の問題は、最終的に、表意者の追求性と法律の趣旨の要保護性との緊張関係をどのように考えるかに依拠することになる。

第4節 本章のまとめ

本節では、ドイツ法に対する本章の検討をまとめ（1）、そのうえで、現代における法律の錯誤という概念の存在意義を指摘する（2）。

1、内容のまとめ

ドイツ普通法においては、中世から伝わってきた「法の不知は害する」原則が継受され、法律の錯誤は、錯誤者の重過失と表裏一体の概念とされていた。つまり、法律は万人の知べきところであり、不知または錯誤に陥った者に重過失が推定されるため、救済は拒否される。この普通法の伝統に対し、ミュンヘンとサヴィニーが異なるアプローチからその適用範囲を制限しようとした。ミュンヘンは、一方で、法律の適用による法律効果についての錯誤、例えば加害行為の責任についての錯誤を、軽過失の錯誤者でも救済されえない「法の不知は害する」原則とは関係のないものとし、他方で、非債弁済の場合、つまり、存在しない債務を弁済するために契約の変更または新しい契約の締結をなした場合における錯誤はたとえそれが法律の錯誤であっても救済されうとするローマ法源を援用し、そこにおいて「法の不知は害する」が適用されず、救済を与える理由は不当利得の原則にあるとした。それに対し、サヴィニーは、意思の欠缺をもたらす本質的錯誤を抽出し、その場合に意思表示がはじめから無効であるゆえ、重過失をもってそれをふたたび有効にすることはできないという発想に基づき、本質的錯誤の場合には「錯誤者に重過失があってはならない」という制限が適用されることはないとした。それゆえ、重過失と表裏一体とされた法律の錯誤の概念は本質的錯誤の領域から排除されることになるが、非本質的錯誤の領域においては依然として有効であり、錯誤に対する救済を妨げる。結局のところ、BGB の編纂においてサヴィニーのアプローチが採用され、本質的錯誤を基礎にした BGB 119 条（表示行為の錯誤または内容の錯誤）において法律の錯誤は「不要な」概念

193ff.)、したがって、予見としての一面を有するといえる。

として姿を消した。ただし、サヴィニー説においては、非債弁済のための契約における錯誤が典型例とされる、例外的に救済されうる非本質的錯誤が存在するが、この問題は立法過程において看過された。

立法直後、意思表示の領域において法律の錯誤を全く問題視しない立法に対し、法律が表意者の意思表示のうえに新たな法律効果を付加した、いわゆる法律効果の錯誤の場合には、錯誤の対象が表意者の自由な意思によって形成することのできない法律上の効果であるゆえ、これについての錯誤は表意者の意思如何とは関係なく救済されえないものである、という反対説が有力に主張された。この錯誤類型について、意思表示の内容を表意者が法律行為によって求めようとする法律効果と捉え、法律が規律するところの法律効果でも意思表示の内容になるとする学説はあった（ダンツ、ティツェ）が、学説の多数は、法律効果の錯誤を原則として救済されえないものとしていた。法律効果の錯誤を救済しない学説には、二つの説明の仕方がありうる。一つは、法律効果の錯誤は動機の錯誤にあたるから救済しないという説明である（通説）。もう一つは、法律によって付加された法律効果は「正しい」から錯誤の主張によってくつがえすことができないという説明である（フルーメ）。1916 年判例（〔D22〕 判決）は、表意者が法律の付加した法律効果とは異なった法律効果を積極的に想定していたか（追求性）、または、法律行為に対してこのような法律効果が主たる効果にあたるか従たる効果にあたるか（実質性）という基準を提示し、この基準を満たす法律効果の錯誤を内容の錯誤とし、残りを動機の錯誤とした。この判断構造からは、通説のアプローチが 1916 年判例に合致するように思われる。しかし、実際の裁判例においては、賃貸借契約における賃料額（〔D30〕 判決）、株式の譲渡における相手方（〔D32〕 判決）、または職業軍人としての入隊申請における役務期間（〔D34〕 判決）など、一般には法律行為の主たる効果であると考えられるはずの法律効果が従たる効果とされてしまい、またそれが錯誤に基づく取消しを否定する理由となった。そこでは、実質性という基準の背後に、錯誤の対象となった法律効果を付加した法律の趣旨への配慮があることが認識されている。この視点から法律効果の錯誤を観察すると、法律の錯誤という観念は立法過程においては BGB から排除されたものの、ふたたび法律効果の錯誤としてよみがえり、法律によって意思表示のうえに付加された法律効果が BGB 119 条にいう意思表示の内容にあたりうるかという判断においてなお影響を与え続けているということができる。

法律効果の錯誤とは異なり、法律の錯誤が物の「法的性質」の錯誤あるいは行為基礎の喪失の問題として扱われる場合には、原則として、錯誤が法律に起因したということは問題視されない。ただし、物の「法的性質」の錯誤が法律効果の錯誤と競合する場合、あるいは行為基礎の喪失が法律効果の錯誤と競合する場合がある。競合の事例に対し、裁判所

は、物の「法的性質」の錯誤あるいは行為基礎の喪失の要件が充たされる限り、それらを優先的に適用し、法律効果の錯誤の問題としないことにしているが、具体的な判断基準においては、法律効果の錯誤の基準がしばしば物の「法的性質」の錯誤あるいは行為基礎の喪失の成否を判断する基準として用いられることが見受けられる。

2、法律の錯誤の現代的意義

上述のように、法律の錯誤、またはそれに関する「法の不知は害する」原則は、ドイツ法において、法律効果の錯誤の問題としてなお生きていると考えられている（マイヤー＝マリー）。しかし、ここでは、法律の錯誤問題の視点が、錯誤の対象が万人の知るべき法律であるという点から、表意者の意思表示によって生じた効果が自治的に形成された効果ではなく、法律の適用によって付加された法律上の効果であるという点へとシフトした、ということに注意しなければならない。パラダイム転換前の法律の錯誤の問題性は、万人の知るべき法律を知らない人には重過失があるのではないかということにあり、結局、重過失要件の要否、無重過失の証明、錯誤者の法知識または法知識への接触可能性などが議論の焦点となる。BGB の立法過程に関する本章第 1 節第 3 款において明らかにしたとおり、これらをめぐる普通法上の議論は、すでに BGB の編纂に伴い終焉を迎えることになった。これに対し、パラダイム転換後の法律の錯誤の問題性は、錯誤制度を利用することによって法律が決めた効果をくつがえしてよいか、言い換えれば、この法律を遵守することが表意者の意思の保護を排斥するほどのものなのかということにあり、そこでは、表意者の意思表示に効果を付加した法律の「正しさ」、厳密には「法律の趣旨を錯誤の領域においても貫かせるほどの強さ」が正面から問われることになる³⁵⁰。この意味では、法律効果の錯誤をめぐる現在の議論は、ドイツ普通法における法律の錯誤をめぐる議論とは次元の違うものであり、法律の錯誤の現代的意義と呼ぶにふさわしい。

このように、法律の錯誤に対する視点が「法に対する誤った認識」から「法律効果の付加」へと転換するなか、法律の錯誤と法律効果の錯誤との関係は以下のようなものとなる。すなわち、法律効果の錯誤に属さない法律の錯誤（単純な物の「法的性質」の錯誤または行為基礎の喪失）と、法律の錯誤に属さない法律効果の錯誤（事実の錯誤による法律効果の錯誤）がともに存在するという交錯関係である。

³⁵⁰ 「正しい」という言葉は、フルーメとメーディクスが使用したものであるが、しかしこの言葉からは、悪法ではないというように思われる。ここでいいたいことが、「錯誤を認めることにより法律の趣旨がないがしろにされるか否か」ということであり、その法律が「正しい」法律であっても錯誤取消しが優先される場合も考えられるから、法律の趣旨の「強さ」と表現したほうがよさそうに思われる。

第4章 日本法への示唆

序

(1) 前章まで、ローマ法から現代ドイツ法まで、法律の錯誤をめぐる学説上の議論、立法および裁判例を検討してきた。本章では、まず、これまでに得られた知見を整理し、日本法の分析に価値のある論点を提示する（第1節）。そして、以上の比較法から得られた新たな知見を用いて、日本法における法律の錯誤に関する裁判例の検討に取り組む（第2節）。さらに、法律の錯誤という法概念の特殊性の現れる法律効果の錯誤を中心にして、現代錯誤論における法律の錯誤の意義およびその理論構成のあり方について一試論を提示する（第3節）。最後に、本章における比較法研究の結論を述べ、本稿の意義および残された課題を指摘する（第4節）。

(2) 第1章において、法律の錯誤の問題を提示するため、いくつかの日本の裁判例を「前提型」と「効果型」とに分けて列挙したが、いずれにも問題があることを述べた。

まず、前提型の事案においては、動機の錯誤であるにもかかわらず、錯誤に基づく無効の主張が一般的に認められている。例えば、弟が兄の債務を弁済する目的で、自己所有の不動産を兄の債権者に売却し、兄の債務を売買代金債権と相殺する旨の代物弁済契約を締結したところ、債権はすでに他人に譲渡されていたため、買主が兄の債権者ではなかった事案において、兄の債務が存在するということが売買契約にとっては動機であるにもかかわらず、最高裁は、内容の錯誤か動機の錯誤かとの争いに立ち入らず直ちに要素の錯誤を認めた（最判昭和40年10月8日民集19巻1731頁、下記〔J7〕判決）。本判決に対しては、意思表示の前提となった債務が存在するという表意者の錯誤が相手方において認識されていたゆえに相手方の信頼が欠けている以上、表意者を保護しても構わないとする表示主義的一元論からの説明はありうる³⁵¹。しかし、本章は、この問題について、法律の錯誤の観点から独自の視点を提供することとしたい。

また、効果型の事案においては、内容の錯誤であるにもかかわらず、錯誤に基づく無効の主張が否定される場合がある。例えば、土地の売買において、売主（表意者）が買主（国、相手方）との交渉に際し、買主との間で、売買代金にかかる譲渡所得税につき減額を必ず実現すると約束したが、結局減税は実現できなかった事案においては、減税が可能である

³⁵¹ 小林一俊『錯誤の判例総合解説』（信山社、2005年）11頁。また、第1章第2節第3款第2項1（2）参照。

という動機が相手方に表示され、しかも相手方の承諾も得たにもかかわらず、最高裁は、本件動機が契約の内容までに高められていないものとして錯誤の主張を認めなかった（最判昭和 37 年 12 月 25 日月報 9 卷 1 号 38 頁、〔J2〕判決）。しかし、表意者はいったい如何なる言動によって、減税という動機を「法律行為の内容」にまで高めることができるのか、あるいは、租税法律主義のもとでは、減税という動機を、強制的に実現可能な「法律行為の内容」に組み入れることがそもそも可能であろうか、が問題である。つまり、当事者において自由な意思によって形成することの可能な法律行為の内容は、減税の約束を不可能とする法律（租税法律主義）によって制限されていると考えられる³⁵²。このように考えれば、法律の錯誤の概念は独自の意味を持つ可能性が残り、それを比較法を通じて検証する必要があると考える。

以上、前提型と効果型におけるそれぞれの問題性を再度確認したが、以下では、前提型と効果型を論点整理の視点として、ローマ法およびドイツ法に対する研究から得られた知見をまとめてみよう。

第 1 節 比較法のまとめ

第 1 款 ローマ法

ローマ法では、「錯誤者は許されるべきである」（Marcianus, D. 39, 4, 16 §9）ことが究極の大原則とされたが、法律の錯誤という概念はすでに存在し、それが錯誤の主張を制限すべく機能していた。いわゆる「法の不知は害する」（Paulus, D. 22, 6, 9 pr.）である。しかし、ローマ法源においては、法律の錯誤があった場合に、「法の不知は害する」が適用される事案がある一方、適用されない事案もあった（例えば、物の帰属の錯誤）。適用される事案においても、法律の錯誤はつねに救済されないわけでもない。刑罰、使用取得、期間など意思表示以外の領域における法律の錯誤の場合を除き、以下では、本稿の問題関心である意思表示の領域における法律の錯誤について、「前提型」と「効果型」といった視点に即して重要な論点をおさえることにしたい。

まず、前提型について、ローマ法では、法律の錯誤によって非債を弁済した者に不当利得返還請求権が与えられるか、という問題を中心に議論が展開されていた。例えば、女性

³⁵² 須田晟雄「動機錯誤の類型的考察」編集代表須田晟雄＝辻伸行『民法解釈学の展望』品川孝次先生古稀記念（信山社、2002 年）14 頁。また、第 1 章第 2 節第 3 款第 2 項 1（1）参照。

の保護を目的として、女性による加入（保証）を禁止するウェルレイアーヌム元老院決議の規定を知らず債務を弁済した女性には、返還請求権が与えられる（C. 4, 29, 9）。前提型と比べて、効果型の事案は少ないが、以下のようなものがある。例えば、女性の加入を禁止する上記元老院決議とも関係するが、女性から委任を受けた者が、第三者（女性の息子の弁護人）の債務を保証し弁済をしたものの、女性との委任契約がウェルレイアーヌム元老院決議により無効とされたゆえ、女性に対して債務の弁済に費やした費用の償還請求をすることができなくなったため、錯誤に基づき債権者とした保証の無効および女性とした委任契約の有効を主張したが、法律の錯誤を理由に否定された（Papinianus, D. 16, 1, 6 / 7、それ以外には、解除条件が付された遺贈を扱う Julianus, D. 35, 1, 22 が挙げられる）。

もっとも、前提型の事案において、法律の錯誤によって非債を弁済した女性に不当利得返還請求権が与えられたのは、当時における女性の法知識の乏しさに対する配慮による特別な優遇であると解される。パウルスは、法律の錯誤について原則は救済されないものであるとし、そのうえで「性の無力」に言及し、それを女性による法律の錯誤が救済される理由とした（Paulus, D. 22, 6, 9 pr.）。しかし、パウルスの師匠であるパピニアヌスは、女性に対する例外的な優遇という観点から考えてはいない（Papinianus, D. 22, 6, 8）³⁵³。パピニアヌスは、「法の不知は、取得しようとする者に利益とならないが、自己のものを返還請求する者に害とならない」（Papinianus, D. 22, 6, 7）という。つまり、利益を取得しようとしてある行為をしたが、法律上の禁止命令によって利益を取得できなくなった錯誤者は保護されないのに対し、法律上の権利賦与規範によりある利益が自分に帰属するにもかかわらず、法の不知のゆえにそれを放棄した錯誤者は保護される。パピニアヌスの観点から前提型と効果型の事案を考えれば、前提型と効果型とで結論を異にする原因は明らかである。すなわち、ウェルレイアーヌム元老院決議は、女性が履行請求をされないように女性に対して権利を賦与するものであると同時に、女性に対する履行請求を禁ずるものでもある。それゆえ、前提型の事案においては、権利の賦与を知らなかった女性に返還請求権を与えるのに対し、効果型の事案においては、女性の加入を禁止する法律を知らなかった保証人に女性に対する償還請求権を与えないのである。残念ながら、法律の錯誤を扱う『学説彙纂』第22巻6章に収録されたパピニアヌスの法文（上記 Papinianus, D. 22, 6, 7/8）には設例がなく、パウルス以上に権威あるはずのパピニアヌスの見解は「意味不明」なものとして

³⁵³ Papinianus, D. 22, 6, 8

「事実の錯誤が、なるほど、男性にとって、損失ないし利得について害になることはないが、しかし法の錯誤は、女性にとっても、利得について利益になることはない。その他の場合は、あらゆる場合に、法の錯誤は、避けられるべき自己の物の損失について害とならない。」

重視されておらず、かえってパウルスの見解がローマ法を代表するものとなった。

パウルスの見解では、効果型の場合はもとより、非債弁済のような前提型の場合においても法律の錯誤は救済されない。そこで引き合いに出されたのは、信託遺贈において相続人はファルキディア法に従って遺産の四分の一を留保する権限を与えられているにもかかわらず、法の不知のゆえに遺産の全部を信託遺贈の受遺者に引き渡した場合に、不当利得返還請求権を与えられなかった事案である（Paulus, D. 22, 6, 9 §5）。同様の事案について、相続人はその誤って引き渡した四分の一の遺産を取り戻すことができるとする法文（Valens, D. 36, 1, 70, §1）も存在するため、法源は矛盾を呈している。この矛盾は、十九世紀になって、ドイツのパンデクテン学者であるミューレンブルフとサヴィニーが大いに論争したところであった（次款第1項）。

第2款 ドイツ法

上述のように、ローマ法においては、法律の錯誤は、表意者の法知識（パウルスの場合）または錯誤の対象たる法律（パピニアヌスの場合）を考慮して判断されていたものである。しかし、中世の注釈学派および自然学派の手によって、法律の錯誤は「法の不知は害する」という硬直な法諺に服するものとなり、「錯誤者に重過失なし」というルールと、「国民はすべての法を知るべし」というフィクションとに結びつけられた。そして、ドイツ普通法における議論は「法の不知は害する」の継受から始まったが、それに対する反省と批判を経て、最終的にはBGBの編纂において法律の錯誤の概念は民法から排除される方向へと展開するに至った。ところが、立法後すぐに「法の不知は害する」に対する立法前の諸批判を受けて、法律の錯誤においてはいったい何が問題となるかという根本問題が問われた結果、法律の錯誤の問題点は、実は万人が知るべき法律を知らなかったあるいは間違えたという「認識の誤り」にあるのではなく、むしろ表意者の行為によって法律上の効果が引き起こされ意思表示に付加されたことにある、とされるようになった。現在では、法律の錯誤は、法律効果の錯誤という姿に変え、内容の錯誤を扱うBGB 119条1項の判例法理の一環としてなお存在している。

以上のような、法律の錯誤をめぐる展開を、前提型と効果型といった視点に即して整理してみると、以下のように重要な論点をすくい上げることができよう。

第1項 前提型

「法の不知は害する」に対する反省は、前提型の代表である、非債弁済による不当利得

返還請求の事案の検討から始まった。すなわち、存在しない債務を弁済するために、物や金銭を渡すのではなく、債務の承認、権利の放棄、代物弁済契約など、新しい法律行為を行ったという事案である。これらの法律行為を錯誤に基づき無効にすることができるかが、十九世紀前半のドイツ錯誤論の重要課題であった。前款において述べたように、ローマ法においては、法律の錯誤による非債弁済について、弁済者に不当利得返還請求権を認める法文が多数あるが、ただ信託遺贈において相続人がファルキディア法について錯誤し、留保できるはずの四分の一の財産も受遺者に引き渡した場合については、不当利得返還請求権を認める法文もあれば、認めない法文もある。なぜこの事案でのみ錯誤者を救済しない法文が出てくるかについては、意見の対立がみられる。サヴィニーは、この事案は例外的に救済されうる非本質的錯誤の典型例であり、法律の錯誤により遺産の四分の一を留保せずに受遺者に全部渡した相続人が救済されなかった原因は、彼に重過失（「愚かな輕率」）が推定され、しかも推定に対する反証が成功しなかったことにほかならないとした。しかし、ミュンヘンブルフは、この事案において相続人が救済されなかった原因はファルキディア法にあると考えた。すなわち、終意処分としての信託遺贈を尊重し、遺産の四分の三を超えた部分について相続人にただ「留置権（Retentionsrecht）」を与えるファルキディア法の観点からすれば、相続人による遺産の全額返還はやはり良心上の義務であり、不当利得の原理が適用されないという。

ところで、BGB の編纂においては、サヴィニーの本質的錯誤論が現行錯誤法の骨格をなすものとなったが、非債弁済を例外的に救済されうる典型例とする非本質的錯誤の問題は未解決のまま、BGB 119 条の救済範囲から排除された³⁵⁴。BGB 施行後、非債弁済の問題は、主に行為基礎論のもとで処理されることになった。行為基礎論に対しては、その中にはかなり異質な事案類型が含まれており、統一の基準で判断することはできないとして批判されてきたものの、非債弁済のために新たな契約が締結された場合における錯誤が行為基礎論の核心的事案であり、行為基礎の喪失に基づく契約の適合または解除が許されるのが一般的である。その理由について、判例はもっぱら錯誤が相手方において認識可能であったかまたは当事者双方とも同様の錯誤に陥っていたかに注目しているが、学説においては、ミュンヘンブルフと同様に、救済の理由を、法律上の根拠なしに他人の損失からの利益を

³⁵⁴ もっとも、サヴィニーの錯誤論においては、非本質的錯誤の場合に法律の錯誤と事実の錯誤との区別が維持されるという主張は、あくまで国民の完全なる法知識を前提にしたものである。十九世紀末の、国民の完全なる法知識のフィクションに対する批判の高揚に鑑みれば、非本質的錯誤が BGB から完全に排除されず、例外的に救済されうる非本質的錯誤が BGB に残るとされたとしても、法律の錯誤と事実の錯誤との区別が維持され続ける可能性は低くなったといえる。

取得し保持することは許されないという不当利得法の原理に求める学者もいる³⁵⁵。判例の立場をとって、非債弁済における錯誤を行為基礎の喪失の問題として扱う場合、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別する必要は全くない。ミュンヘン裁判所の立場をとれば、非債を弁済するために締結された契約の適合または解除は、むしろ法律が期待する、正常な利益配分への回復を図る面を有する。換言すれば、錯誤の対象たる法律が錯誤者の利益のためのものである場合、行為基礎の喪失の主張は認めやすくなる。もっとも、ミュンヘン裁判所の立場を貫くと、法律の錯誤がなければ得られるはずの利益がそれほど正当なものでなければ、不当利得の原理が適用されず、行為基礎の喪失は認められない。

第2項 効果型

効果型の事案は、前提型の事案より数は少ない。

BGB の編纂過程においては、効果型の法律の錯誤の存在について全く意識されないまま、法律の錯誤の概念は法典から排斥された。ところが、BGB 立法直後、法律が表意者の意に反して表意者の意思表示に新たな効果を付加した、いわゆる法律効果の錯誤の場合には、その効果が法律によるものであるがゆえに、BGB 119 条 1 項にいう内容の錯誤に該当しないとする説が登場した（否定説）。その後まもなく、1902 年判例をはじめ、否定説に従ったと思われる一連のライヒ裁判所判決も現れた。当時、実務上の難問に対応すべく、法律効果の錯誤をめぐる華々しい議論が展開され、肯定説も折衷説も次々と主張された。また、1916 年判例においては、肯定説と折衷説の影響を受けたライヒ裁判所の立場に変化がみられ、法律効果の錯誤は、その一部において、内容の錯誤に該当する可能性があることが認められた。その判断基準としては、ライヒ裁判所は、法律効果の追求性および実質性を提示した。

これらの基準のうち、実質性の要件は法律問題であり、その背後には他の考慮要素が混在する可能性が考えられる。実際の裁判例においては、実質性の欠如を追求性で補う場合がある一方、追求性が充たされていることが明らかにもかかわらず、実質性が充たされていないとして救済を否定する場合もあり、また実質性の判断にあたっては、法律効果を付加した法律の趣旨が決め手となる傾向が看取される。法律の趣旨の要保護性が強くない場合には、表意者の追求性が決定的であり、法律の趣旨への考慮が強く要請される場合には、表意者の追求性が明らかであったとしても、法律の趣旨が実質性を通じて機能し、錯誤取

³⁵⁵ Schmiedel, Der allseitige Irrtum bei der Neuregelung eines Rechtsverhältnisses, Festschrift von Caemmerer (1978), S. 232.

消しの主張を妨げると理解することができよう。総じていえば、法律効果の錯誤の問題は、表意者の追求性と法律の趣旨の要保護性との緊張関係が如何に調節されるかによっているといってもよい。

なお、税金の錯誤を典型例とする、行為基礎の喪失と法律効果の錯誤とが競合する場合も存在し、その判断にあたって、判例は、行為基礎の喪失に基づく法律構成を採りつつも、法律効果の錯誤に類似する判断基準を立てている。例えば、契約の租税法上の効果について、当事者が一定の誤った想定を有していなければならないことが要件とされ（〔D13〕判決）、また、錯誤の対象たる租税法の仕組みが考量要素とされている（〔D15〕判決）。

第3款 小括

以上、法律の錯誤の、前提型と効果型を分析の主線にして、ローマ法およびドイツ法における法律の錯誤をめぐる議論をまとめた。ローマ法源においては「法の不知は害する」と記載されており、それに対し、ドイツ法においては法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しないことが立法時に宣言されていた。ローマ法とドイツ法とではだいぶ異なるようにみえる。しかし、具体的な事案の細部に目を向けば、両者はさほど距離のあるものではない。すなわち、前提型の事案においては法律の錯誤と事実の錯誤とが区別されないのが一般的であり、効果型の事案においては法律の錯誤が特別視され、救済は否定されがちであるという大きな方向性において両者は一致している。これを根本的な視点にして考えると、法律の錯誤の概念を民法典から放逐する際に唱えられた、本質的錯誤の場合に法律の錯誤と事実の錯誤との区別が不要であるとする意思欠缺論や、国民がすべての法律を知ることを期待することは非現実的であるとする「法の不知は害する」に対するイデオロギー的な批判は抽象論にすぎなかったものであるといえるかもしれない。なぜなら、効果型の法律の錯誤の存在はそこで全く意識されていなかったからである。その時期のドイツ民法の編纂過程からの影響を受けて、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない方針を確立した日本民法にとっては、以上のローマ法およびドイツ法の分析によって得られた知見は日本法における法律の錯誤の概念に対して再考を促すものとなろう。以下では、日本法における法律の錯誤に関する裁判例の分析を行う。

第2節 日本の裁判例の再検討

日本法において、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない方針が立法上明言されたこと

もあって、法律の錯誤に関わる裁判例が生じた場合、判例および学説は、それが要素の錯誤にあたるか否かをめぐって議論しており、法律の錯誤に関わる問題性については無関心といってもよい状態にある。しかし、第1章において述べたように、立法過程においては、瑕疵担保責任に関する売主の錯誤や法律上の利息制限に関する貸主の錯誤について議論されなかったものであり、また、最判昭和37年12月25日（〔J1〕敷地売買譲渡所得税減額事件）および最判平成元年9月14日（〔J2〕財産分与譲渡所得課税事件）における判断基準の矛盾が学説を悩ましつつある。学説では、二元論が〔J1〕を、一元論が〔J2〕をとり、それぞれの立場から問題に対処しているが、学説の収斂は見込まれない。この中には、これらの事案が法律の錯誤であるがゆえに特殊な基準を必要とするという視角からの考察は存在しない。

もっとも、法律の錯誤を特別視する見解は、学説継受の時代において、ドイツ法上の法律効果の錯誤を紹介した鳩山博士の見解が端を開き、また戦後になって、浜上教授および上井教授がそれに続いたものの、それ以上の議論はなかった（第1章第2節第2款第2項参照）。それは、いずれの見解においても、日本の裁判例に即した分析がなされなかったことに一因があると考えられる。

したがって、本節では、法律の錯誤が如何なる範囲において事実の錯誤と区別される必要があるかを解明すべく、法律の錯誤に関する日本の裁判例を比較法的視点から再検討することを目的とする。そのため、本章のはじめに設定した視点に従い、前提型（第1款）と効果型（第2款）とに分けて検討を行い、その際、ローマ法およびドイツ法に対する比較法研究から得られた知見を用いながら、日本の裁判例への比較法的分析を試みたい。そして最後に、分析の結論をまとめて提示する（第3款）。

第1款 前提型

前提型といえ、富井委員が立法理由書に挙げた、債務者が債務の不存在を知らないで契約変更の意思を表示した、いわゆる非債弁済の場合が典型である。非債弁済とは逆に、自分に権利があるにもかかわらず、その存在を知らずに権利を放棄したり相手と和解したりあるいはその他の不必要な行為をした場合も前提型の事案に属する。前提型の場合には、錯誤は、動機の錯誤であっても、錯誤に基づく無効の主張が認められるのが一般的である（第1項）。ただし、債務が存在しないこと、あるいは、自己に権利があることが確実にいえない場合には、結論が異なってくる（第2項）。この傾向の説明としては、非債を弁済するために締結された契約における債務の存在如何に関する錯誤に対する救済が、不当利得の原理が意思表示の領域において貫徹された結果であると考えられるミュールンブルフの見解

が有用である（第3項）。

第1項 錯誤に基づいて無効とされることに異論のない裁判例

〔J6〕大審院大正7年10月3日判決民録24輯1852頁

【事実】被上人Xにおいて、執行異議事件の第二審で自分に有利な勝訴判決が下されたにもかかわらず、そのことを知らないで上人Yと和解契約を締結した。Xは錯誤に基づいて和解契約の無効を主張し、原審に認容された。Yは上告。

【判旨】「民法第95条ニ所謂法律行為ノ要素トハ法律行為ノ主要部分ヲ指称スルニシテ法律行為ノ主要部分トハ各箇ノ法律行為ニ於テ表意者カ意思表示ノ内容ノ要部ト為シ若シ此点ニ付キ錯誤ナカリシセハ意思ヲ表示セサルヘク且ツ表示セサルコトカ一般取引上ノ通念ニ照シ至当ナリト認メラルルモノヲ謂フ故ニ法律行為ノ要素ハ抽象的ニ定マルコトヲ得ス各箇ノ法律行為ニ付キ表意者ノ意思表示ノ内容ト取引上ノ通念トニ依リ具体的ニ定ムルヘキモノナレハ彼ノ縁由若クハ条件タル事実ト雖モ或ハ要素タルコトアルヘク又典型的法律行為ノ成立要件ト雖モ或ハ要素タラサルコトアルハ自明ノ理ニ属ス本件ニ於テ原審ハXカ本件和解契約ヲ締結スルニ当リ執行異議事件ノ第二審ニ於ケル訴訟ノ勝敗未定ナル事実ヲ以テ意思表示ノ内容ノ要部ト為シXカ此点ニ付キ錯誤ナカリシセハ換言スレハ若シ当時既ニ第二審判決ノ言渡アリ自己ニ勝訴ノ判決ヲ受ケタル事情ヲ知リシナラハ契約締結ノ意思ヲ表示セサルヘク而シテ其表示セラルヘキコトカ取引上ノ通念ニ照シ至当ナリト認メラルルヲ以テ其訴訟ノ勝敗未定ノ事実ヲ以テ本訴和解契約ノ要素ナリト認定シXノ意思表示カ此要素ニ錯誤アルヲ以テ無効ナリト判示シタルモノナレハYカ典型的法律行為ニ於ケル法律上ノ成立要件ノミヲ以テ直チニ民法第95条ニ所謂法律行為ノ要素ヲ為スモノナリトノ誤解ニ基キ非難スルニ過キサル」。上告棄却。

本件は、和解契約において、勝訴判決をまだ受けていないという誤った認識が法律行為の要素、つまり「意思表示の内容の要部」といえるかが争われた事案である。大審院は、法律行為の要素は、抽象的に定まるものではなく、縁由たる事実といえども要素たることがありうると一般論を述べたうえで、訴訟の勝敗未定という事実を表意者が意思表示の内容の要部となしたと直ちに認定した。ところで、本判決においては、なぜ訴訟の勝敗未定という縁由たる事実が要素たりうるかについて不明瞭なところが残されていた。しかし、本件錯誤が救済に値するという結論自体については異論がない³⁵⁶。小林一俊教授は、本判決の結論について、訴訟の勝敗未定という誤った事情が当事者により前提とされ、そこに

³⁵⁶ 大判大正10年2月4日法学4巻7号143頁。

において共通の錯誤、または相手方において認識可能な錯誤があったからであると有力に唱えている³⁵⁷。

なお、本件において、表意者が勝訴判決を受けたことを知らなかったということは、厳密には法律の錯誤ではなく、事実の錯誤である。しかし、学説の多くは、法律の錯誤に言及する際に本判決を引き合いに出している³⁵⁸。それはおそらく、「法律の錯誤」と「法律状況の錯誤」とを一緒に説明する学説の習慣から由来すると思われる³⁵⁹。つまり、本件錯誤は、厳密な意味での法律の錯誤ではないが、表意者が置かれた法律状況に関する錯誤である。

〔J7〕 最高裁昭和 40 年 10 月 8 日判決民集 19 卷 1731 頁

【事実】上告人 Y（買主）は、被上告人 X（売主）の兄である訴外 A に対し借受金債権を有していた。兄の債務を弁済するため、X は Y との間で、自己所有の不動産を Y に売却し、兄の借受金債務を引受け、この借受金債務と不動産売買代金債権とを対当額で相殺する旨の契約を締結した。ところで、売買契約が締結された当時、Y の A に対する債権はすでに他人に譲渡され、しかも債権譲渡の通知が A になされていた。それにもかかわらず、Y は依然として債権者であるように振舞っていたため、法律知識に乏しい A がなお Y を債権者であると信じていた。X は、後になってこのことを知り、本件訴訟で上記不動産売買契約の無効を主張した。一審・二審とも、上記不動産売買契約が A の借受金債務を弁済する目的で締結されたものであり、Y が債権者であることは当該不動産売買契約にとって要素であるとし、X の主張を是認した。Y が上告。

【判旨】最高裁は、「本件当事者間に本件土地および附属建物の売買に関する本件契約が成立するにいたるまでの経緯について原審が確定した諸般の事情のもとでは、本件契約締結に当り X には要素の錯誤があったものというべく、本件売買契約は無効である旨の原判示は正当である。したがって、原判決に所論の違法はなく、所論は、右と異なった見解に立つて原判決を攻撃するにすぎないから、採用できない」とし、上告を棄却した。

本件では、X がすでに他人に譲渡された債務を弁済するために、元債権者 Y との間で、不動産を売却し、その売買代金債権をもって貸金債務と相殺する旨の代物弁済契約を締結

³⁵⁷ 小林一俊『錯誤の判例総合解説』（信山社、2005 年）106 頁。

³⁵⁸ 石田喜久夫編（磯村保執筆）『民法総則』（現代民法講義、1985 年）161 頁、川井健『民法概論 I 民法総則』（有斐閣、1995 年）197 頁、四宮和夫＝能見善久『民法総則』（有斐閣、2010 年）226 頁。

³⁵⁹ 林良平編『民法総則（注解判例民法 1a）』（青林書院、1994 年）366 頁（村井衡平執筆）、四宮和夫＝能見善久、前掲注（23）『民法総則（第 8 版）』225 頁。

した。この事案はまさしく富井委員が 95 条を起草した際に挙げた、当然に要素の錯誤となる法律の錯誤の典型例、すなわち非債弁済の事案である³⁶⁰。しかし、周知のとおり、民法典が施行された直後、富井委員は「法律行為の要素」を「意思表示の内容の要部」と捉えるようになり、またこの捉え方は判例によって採用され、通説となった。その結果、債務が実際に存在していたかについての錯誤は弁済のための契約にとって動機の錯誤、あるいはそれと近接するものであるために、なぜ、そのような錯誤による契約を無効とするかについて、説明は困難となる³⁶¹。

本判決において、最高裁は、動機の錯誤について動機表示構成を採用した過去の判例との関係づけをせずに、直ちに「諸般の事情のもとで」要素の錯誤があったと認めた。ここでは、「諸般の事情」とは何かが難解である。星野英一教授は、本判決の評釈において、本件契約の非債弁済の実質、つまり、債務の存在が弁済契約の「前提」なるものであることを指摘し、また契約の前提について以下のような法律構成を提示した。すなわち、「当事者が契約において不可欠の前提とした事実の不存在は、法律効果の発生を将来発生する事実にかけるところの「条件」の不成就が契約を無効とするように、契約を無効とすると解するのが妥当」であるとした³⁶²。さらに敷衍すると、この見解によれば、弁済契約にとって債権が存在するか否かは現在の実事であるにもかかわらず、それがあたかも将来の実事であるように考えるべきであり、そのうえで、当該弁済契約に、もし債権が存在しなければ契約は無効とするという解除条件が付されていると解釈し、また、債権の不存在という条件がすでに成就していた場合にはその契約は無効とすべきである（民法 131 条 1 項）、と理解することができよう。もっとも、この見解に従えば、裁判官は、本件について、不動産売買契約の代金債権と相殺されるべき債務の存在が、両当事者において契約の効力を失わせるほどの解除条件であると解釈しなければならない。しかし、本件において、Y は債務の存在を不動産売買契約の「不可欠の前提」であると考えたわけがない。債務の不存在を契約の既成解除条件と捉えるには、ある程度の、信義則に基づく当事者意思の擬制が必要である。したがって、契約の前提の錯誤の問題は、そのすべてを、契約の解釈あるいは契約自体の効力の問題とすることには「過度のフィクション」を伴う恐れがあると小林一俊教

³⁶⁰ 本件は錯誤でありながら、非債弁済の性質を帯びていることをを指摘したものとしては、谷田貝三郎「批評」民商法雑誌 54 巻 5 号 689 頁、星野英一「評釈」法学協会雑誌 83 巻 5 号 798 頁参照。

³⁶¹ 我妻栄＝有泉亨＝清水誠＝田山輝明著「我妻・有泉コンメンタール民法」第 2 版追補版（日本評論社、2010 年）219 頁。

³⁶² 星野英一「評釈」、前掲 798 頁。

授が指摘している³⁶³。

以上、前提型の核心的な事案——権利の存在を知らずに相手方と和解した場合（上記〔J6〕判決）と債務の不存在を知らずに代物弁済契約を締結した場合（上記〔J7〕判決）——をみてきた。そこでは、錯誤無効の主張が認められる根拠について、錯誤が相手方において認識可能であったかまたは両当事者に共通していたかを重視する見解と、契約の前提となった事実を契約の解除条件と捉える見解を含む多様な観点が採られているものの、この種の錯誤が保護に値するということには異論がないことがわかる。また、この種の錯誤は、本稿の関心からいえば、法律または法律状況の錯誤であると考えられるが、以上の判例においては「法律の錯誤」という視点から判断されていない。しかしながら、この結論は、このような事案において、権利が確実に存在しまたは債務が確実に存在しないという事情があったうえでのものである。以下のような、権利の存在または債務の不存在が疑わしい場合には、結論が異なってくる。

第2項 錯誤に基づいて無効とされることに争いのある裁判例

〔J8〕山形地方裁判所酒田支部平成20年2月14日判例時報1998号101頁

【事実】原告Xは、貸金業者である被告Yとの間で、Xを借主、Yを貸主として制限利率超過の利率で金銭消費貸借契約を締結し、貸付と弁済を繰り返した。途中取引の中断はあったが、合計三度の取引——昭和63年から平成3年にかけての取引（以下、「本件取引〈1〉」と記す）、平成4年から平成10年にかけての取引（以下、「本件取引〈2〉」と記す）、平成14年から平成18年にかけての取引（以下、「本件取引〈3〉」と記す）——が行われた。超過利息を元本に充当して発生する過払金を不当利得として返還請求ができるにもかかわらず、超過利息の弁済を繰り返したXは、この錯誤を知っていたならば、本件取引〈2〉と本件取引〈3〉をしなかったことを主張し、錯誤に基づく本件取引〈2〉および本件取引〈3〉の無効を主張した。

【判旨】裁判所は、「過払金返還請求権が存在することにより容易に現金を得る手段があるとは知らずに、貸金業者であるYから現金を得るために本件取引〈2〉〈3〉において貸付を受けたことは動機の錯誤ではある。……動機の錯誤が法律行為の要素の錯誤としてその無効をきたすためには、その動機が相手方に表示されて法律行為の内容となり、もし錯誤がなかったならば表意者がその意思表示をしなかったであろうと認められる場合であることを要すると解される。そうすると、Xが主張する上記動機の錯誤は、Yから本件取引〈2〉〈3〉に係る貸付を受けようという内心的効果意思と各貸付を受けるという意思表示の間に不一致はないところ、各貸付において、Xが各貸付を受けようと思う

³⁶³ 小林一俊『錯誤法の研究（増補版）』（酒井書店、1997年）446頁。

に至った動機が表示されてはいないのであり、X が主張する動機の錯誤は法律行為の要素に錯誤があるときにはあたらない。また、X が有していたという上記の動機を、Y（その担当者）が知っていたことを認めるに足りる証拠もない」とし、X の請求を退けた。

〔J9〕 岐阜地裁多治見支部平成 20 年 3 月 31 日判決消費者 News 76 号 167 頁

【事実】訴外 A 社（破産者）は、昭和 55 年から昭和 59 年にかけて、同一の基本契約に基づき、制限利率超過の利率で、貸金業者を営む被告 Y から借入をし（以下、本件取引〈1〉と記す）、超過利息で弁済した。A 社は、Y に対して過払金の返還請求をすることができたにもかかわらず、それを知らずに、平成 4 年から平成 13 年にかけて、同一の基本契約に基づき、制限利率超過の利率で、Y から借入をし（以下、本件取引〈2〉と記す）、超過利息で弁済した。その後、錯誤に気づいた A 社の破産管財人である X は、A 社が過払金の返還請求ができることを知っていたならば、本件取引〈2〉を行わなかったことを主張し、錯誤に基づく本件取引〈2〉の無効を求めた。

【判旨】裁判所は、「本件過払金の存在を知っていれば、A 社は、その返還を求める一方、上記のような制限利率超過の高金利で、本件取引〈2〉の最初の 10 万円の借入を受けることはないのが通常であって……Y は、本件取引〈2〉の各借入に関する破産者の上記動機を十分知り得る立場にあったというべきであって、Y にその表示の有無を争わせることは、信義則及び民法 130 条の趣旨に照らし不相当といわざるを得ず、A 社の上記動機は、Y に対し黙示的に表示されており、本件取引〈2〉の各借入の要素になっていたと認めるのが相当である」とし、X の請求を是認した。

上記〔J8〕〔J9〕判決とも、金銭消費貸借契約の借主が、超過制限利息が元本に充当されるとし、元本が完済されても過払金がなお残存する場合に、それを不当利得として返還請求することが可能であると判示した最高裁の一連の判決を知らずに、第二ないし第三の貸付を受けた事案である³⁶⁴。貸主に対し過払金の返還請求をすることができるのを知らな

³⁶⁴ 利息制限法 1 条 2 項については、最高裁昭和 39 年 11 月 18 日大判民集 18 卷 9 号 1868 頁（制限超過部分は、民法 491 条により残存する元本に充当される）、最高裁昭和 43 年 11 月 13 日大判民集 22 卷 12 号 2526 頁（元本が完済されても過払金が残っている場合は、不当利得として債務者に返還請求権を認める）、最高裁昭和 44 年 11 月 25 日判決民集 23 卷 11 号 2137 頁（超過利息と元本を一括完済した場合についても、前記昭和 43 年判決の適用があり、不当利得としての返還請求権を認める）を参照。

また、貸金業規制法 43 条については、最高裁平成 16 年 2 月 20 日民集 58 卷 2 号 475 頁（天引きがなされた場合について、貸金業規制法第 43 条が利息制限法第 2 条（天引の制限）の特則でなく、利息制限法第 1 条 2 項の特則であることを指摘し、貸金業規制法第 43 条の適用を否定した）、最高裁平成 18 年 1 月 13 日民集 60 卷 1 号 1 頁（期限の利益喪失特約について、債務者は、約定の元本および利息の制限額を支払いさえすれば、制限超過部分の支払いを怠ったとしても、期限の利益を喪失することはない、

かったという動機についての錯誤は、要素の錯誤といえるかが争点である。両判決の事案は、当事者の経済的地位や第二の取引の締結時の事情においてかなり類似しているものの、正反対の結論が下されている。すなわち、〔J8〕判決は、動機の表示を要求し、第二の取引を動機が表示されていないものとして錯誤無効の主張を退けたのに対し、〔J9〕判決は、動機の表示を要求せず、相手方の認識可能性があれば十分であるとし、表意者の動機を十分知りうる立場にあった相手方が、表意者に対して、動機の表示を要求できるとすれば、それは信義則に反すると根拠づけた。もっとも、〔J8〕判決においては、表意者の動機を相手方が知っていたことを認めるに足りる証拠がないことが挙げられ、これが重要視されると考えれば、〔J9〕判決においても、要素の錯誤を認める基準として、動機の表示がなくても相手方において認識可能であれば足りるとされる可能性は否定できない。もしそうであるとするれば、両判決の最大の相違は、もはや動機表示構成か認識可能性かという法律構成上のものではなく、相手方の認識状態が如何に証明されうるかといったいっそう微妙なところにある³⁶⁵。

ところで、ここでは、法律構成あるいは認識可能性の証明より、両判決の結論における著しい差に注目したい。というのは、正反対の結論をもたらしたのは、法律構成の選択や裁判官の心証というより、むしろ過払金返還請求権を知らず第二の貸付を受けた者に対し

支払期日に約定の元本又は利息の制限額の支払いを怠った場合に限り、期限の利益を喪失するとした）を参照。

過払金の返還請求に関する上記最高裁判例の中、とりわけ最高裁平成 18 年判例は、任意性の実質的内容をより厳格に解釈することを示しており、貸金業規制法 43 条の本丸に踏み込んだと指摘されている（小野秀誠「利息制限法違反の効力」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』（有斐閣、2007 年）192 頁。なお、上記平成 18 年最判を含めた一連の判決の結果、従来からの議論の的となった利息制限法 1 条 2 項、貸金業法 43 条は、2006 年の貸金業法等改正において廃止されるものとなった）。ここで取り上げている〔J8〕〔J9〕判決は、まさに上記平成 18 年の最高裁判例の影響下でなされた訴訟であると推測される。

³⁶⁵ 〔J9〕判決は、動機に対する相手方の認識可能性についてとくに証拠を必要としておらず、「みなし弁済の規定等に基づき制限利率超過の利率による貸付及びこれに対する弁済が有効であるとの態度を取り、また、期限の利益喪失特約に基づき、事実上超過利息の支払を強制するなどして、破産者の錯誤の原因を作ってきたものであるから、以上の事情を考慮すれば、Y が破産者に過払金の存否に関する誤信があると認識しなかったとしても、その認識には落ち度があり、またこれを原告に対抗することも許されないと解すべきで」とし、相手方が「表意者の動機を十分知りうる立場にあった」ことを認定した。みなし弁済が有効であるという態度を取り、債務者の錯誤の原因を作ったといった事情は〔J8〕判決にも存在する。しかし、〔J8〕判決においては、貸金業者ではなく、その具体的取引の担当者の認識が標準とされた。そこにも問題があるように思われる。

て、救済すべきだと考える裁判官がいれば、救済しなくてもよいと考える裁判官もいる、という価値判断上の相違ではないかと考えるからである。

そうだとすると、なぜここで、前述した前提型の核心事案である〔J6〕〔J7〕判決とは違い、立場の分岐が激しいかといえ、それはおそらく、みなし弁済に対する裁判官の態度に左右されるからであろう。詳しくいうと、みなし弁済、すなわち貸金業規制法 43 条によって債権者（貸金業者）が超過制限利息を受領する権利が不当だと考える場合はともかく、みなし弁済が正当だと考える場合に、債務者（借主）における過払金返還請求権がそれほど確実な権利ではなくなり、それを知らず第二の貸付を受けた債務者に対しては救済を与えなくてもよいと判断する可能性が高まる。とりわけ、〔J8〕〔J9〕において第二取引がなされた平成 4 年当時、みなし弁済を事実上否定した最高裁判例はなく、過払金の不当利得返還請求がそれほど当然な権利ではなかったことを考えれば、なおさらである。

第 3 項 比較法的視点からの検討

(1) 上述のように、前提型の法律の錯誤には、権利の存在を知らなかった場合（上記〔J6〕判決）と義務の不存在を知らなかった場合（上記〔J7〕判決）との二つの場面がある。いずれにおいても、錯誤の主張が異論なく認められている。ただし、権利の存在あるいは債務の不存在が疑わしいときには、意見の対立が現れてくる（上記〔J8〕〔J9〕）。その原因について、ローマ法およびドイツ法の検討により得られた視点から、以下のように説明することができよう。

(2) まず、ローマ法において、信託遺贈により庇護者から土地を受贈した解放奴隷が、当該土地を訴訟で請求することができることを知らず、権利を長時間放置し行使期間を過ぎた場合は、法律の錯誤であるにもかかわらず、救済が可能であるとされた（Papinianus, D. 31, 79）。また、義務の不存在を知らずに金銭を交付した場合は、原則として、救済に値する非債弁済の問題として処理された（C. 4, 5, 10; Africanus, D. 12, 6, 38 pr.）。もっとも、これらの事例において、金銭が直接に交付されており、契約は介在していない。しかし、パンデクテン学者のミューレンブルフの見解によれば、非債を弁済するために契約が締結された場合においても債務者の錯誤は救済されるべきであり、その理由は、法律上の根拠なしに、利益の放棄によって損害を被る行為者から利益を取得し保持することは許されないという不当利得法の大原則に帰結する³⁶⁶。

³⁶⁶ ミューレンブルフの見解について、第 3 章第 1 節第 2 款 2 参照。

それに従い、〔J6〕判決および〔J7〕判決において、勝訴判決の存在（〔J6〕判決）または債権の不存在（〔J7〕判決）という事実が動機に該当するにもかかわらず、要素の錯誤が直ちに認められた原因は、ミューレンブルフが説明したとおり、不当利得法ひいては公平の原理、言い換えれば、権利の存在または義務の不存在そのものに求めるべきであると考ええる。つまり、権利の存在または義務の不存在についての錯誤の結果、当事者間の等価関係が実質的に不当と思われるほどに著しい不均衡に陥ることだけで十分である。このように考えれば、〔J6〕判決および〔J7〕判決において、錯誤を認める要件として、動機の表示さえ要求されていないことをうまく説明することができる。

もっとも、〔J6〕判決および〔J7〕判決について、表示主義的一元論からは、勝訴判決の存在または債権の不存在が法律行為の前提とされた事情であり、それについての錯誤が相手方において認識可能であったか（錯誤の認識可能性）、または両当事者が同様の錯誤に陥っていたか（錯誤の共通性）のどちらによって説明することが一応可能である。しかし、この説明は、権利の存在または義務の不存在が確実であるとはいえない場合には機能しない。やや極端な例を挙げると、債務者が、債務が消滅時効によりすでに消滅したことを知らず、債権者との間で代物弁済契約を締結した、いわゆる自然債務の弁済の場合、錯誤の認識可能性や共通性は疑いなくあったにせよ、錯誤に基づく代物弁済契約の無効を認めるわけにはいかない。これに対し、不当利得の観点からは、自然債務の弁済について、この場合には、弁済の法律上の根拠が全くないわけではなく、あるいは道德上の義務がなお存在しているため、不当利得法の原則が適用されないと説明することができる。このような観点は、以下のように、〔J8〕〔J9〕判決を説明するにも有用である。

（3）〔J8〕判決と〔J9〕判決は、金銭消費貸借の借主が、貸主に対して過払金返還請求権を有していたにもかかわらず、それを行使できることを知らず、貸主との間で新しい金銭消費貸借契約を締結したという類似の事案に対するものであるにもかかわらず、結論は正反対である。借主の錯誤に救済を与えた〔J9〕判決は、動機の黙示的表示および相手方である貸主における錯誤の認識可能性に言及したが、借主の錯誤に対し救済を拒否した〔J8〕判決は、借主において、動機の表示または相手方である貸主における錯誤の認識可能性について立証が成功しなかったことを理由とした。

〔J8〕判決と〔J9〕判決とでの結論の分岐について、不当利得の観点からは、以下のように説明することができる。すなわち、貸金業規制法 43 条がある以上、同条所定の要件を具備した弁済は有効であるとみなされるはずであるが、最高裁は同条を制限的に解釈するこ

とにより、債務者に過払金返還請求権を容認した³⁶⁷。もしこの過払金返還請求権が確実なものではなく、ギリギリのところで認められた権利であると考えれば、錯誤に基づく新たな金銭消費貸借契約の無効の主張が認められるかについての判断は事案に応じてということになる。逆に、みなし弁済に対する最高裁の制限的解釈が正当であり、債務者の過払金返還請求権が確実なものであると考えれば、錯誤に基づく新たな金銭消費貸借契約の無効の主張が認められることとなる。この過払金返還請求権についての態度が一樣ではないため、これを誤って締結した新しい金銭消費貸借契約の錯誤無効の可否について意見が分かれるのも不自然なことではない。

第2款 効果型

法律の錯誤により、もともとの当事者間の権利義務関係を改変し、契約の更改または新規の契約——例えば、[J6]における和解契約、[J7]における代物弁済契約、[J8] [J9]における第二の取引——をなしたことが前提型のメルクマールであるのに対し、効果型の法律の錯誤は、表意者の意思表示のうえに法律が新たな効果を付加したことを特徴としている。しかし、法律上の効果に関する錯誤でさえあれば、効果型の法律の錯誤に属するというわけではない。例えば、Xの子であるAが借財のために私文書を偽造しこれを行使した罪が問われて審理中のところ、Xは、Aが他人に加えた損害を填補すれば、Aは刑事審判において無罪もしくは執行猶予の判決を受けられると誤信し、Aのなした消費貸借契約および抵当権設定契約の無権代理行為を追認したが、その予期に反してAに実刑が言い渡された³⁶⁸。この場合のXの錯誤は、法律上の効果に関する錯誤とはいえるが、効果型の法律の錯誤ではない。なぜなら、この事案における誤った法律上の効果は、法律が子の犯罪行為に課した効果であり、親の追認行為に付加した効果ではないからである。本稿でいう効果型の法律の錯誤は、ドイツ法上の法律効果の錯誤とほぼ一致すると考えてもよい³⁶⁹。

効果型の場合には、法律の錯誤ならではの問題性が浮かび上がる。鳩山博士をはじめ、法律の錯誤を特別視する学者は、主にこの事案類型——瑕疵担保責任に関する売主の錯誤や利息制限法に関する貸主の錯誤——に着目して法律の錯誤を論じたのである。しかし、

³⁶⁷ みなし弁済に対する制限的解釈の経緯について、広中俊雄『民法解釈方法論に関する十二講』（有斐閣、1997年）95頁以下参照（ただ、貸金業規制法第43条ではなく、利息制限法1条2項が中心）。そこでは、「反制定法的解釈」と呼ばれている。

³⁶⁸ 大判昭和9年1月13日新聞3665号17頁の事案に基づいた設例である。

³⁶⁹ ただし、ドイツ法における法律効果の錯誤には、事実の錯誤によるものがあることに注意しなければならない（上記〔D23〕判決）。

これらの事案は、学者が法律の錯誤の問題性を説明するための仮想例にとどまり、現実の裁判例には現れていない。以下では、日本の実際の裁判例における効果型の法律の錯誤の事案を、肯定例（第 1 項）と否定例（第 2 項）とに分けて整理検討する。検討の際には、ドイツ法における法律効果の錯誤の裁判例と対比し、比較法研究から得られた示唆を日本の裁判例の分析に用いることとする。

第 1 項 錯誤の主張が肯定された裁判例

数少ない効果型の肯定例としては、使用貸借の効果に関する錯誤の事例および連帯債務者の債務免除に関する錯誤の事例が挙げられる。

1、使用貸借の効果に関する錯誤

〔J10〕大阪地判昭和 26 年 3 月 20 日下級民集 2 卷 3 号 399 頁

【事実】原告 X は訴外 A から本件家屋を買い受け、賃貸人の地位を承継したのち、賃借人である被告 Y を訪れ、家主が変わったから契約書を差し入れたい旨を告げた。そのとき、X は、従来のままの家賃では敷地使用料が高くて採算がとれないから一応家賃を抜きにした契約を結ぼうと話を持ちかけ、それに対して Y は承諾の意思表示をした。その結果、賃貸借契約が使用貸借契約に更改され、それにより、Y は借家法上の保護を受けられなくなり、賃貸人に「正当の事由」がなくてもいつでも引渡請求に応じなければならなくなった。X から引渡しを請求された Y は、承諾の意思表示に要素の錯誤があると抗弁した。

【判旨】請求認容。裁判所は、まず、要素の錯誤の成否について、「もし Y が X に正当の理由がない場合でも、何時にても、本件家屋の明渡を請求されるようになるという本件契約の効果を知っていたとすれば、仮令無償となるにしても、住み慣れた家屋を明渡さねばならなくなるという重大な結果を生ずべき本件契約を締結しなかったのであろうということは、容易にこれを推認することができ、又、世間一般の普通の人達がこのような場合に身を置いたとしても、借家法の保護がなくなり、何時でも明渡請求に応じなければならなくなることを知っていたとすれば、いくら無償であつてもこのような契約を締結することはなかったであろうということは経験則上明かであるから、本件契約はこの点において Y にとり、正に要素に錯誤のある契約であると謂わなければなら」ないとし、また、重過失の存否について、「現在一般に普及している法律知識の程度を以てしては、賃貸借契約を返還期限を定めない使用貸借契約に更改すれば借家人は借家法上の保護を奪われ、何時にても家屋明渡の請求に応じなければな

らなくなるというような法律上の効果は一般人としてこれを知らないのが普通であり」とし、Y の錯誤の抗弁を認めた。

本件は、賃借人が、有償の賃貸借契約を無償の使用貸借契約に更改することにより生じる法律上の効果について錯誤した事案である。すなわち、賃貸人に「正当の事由」がなくても、賃借人はいつでも引渡請求に応じなければならないという効果である。

動機の錯誤を内容の錯誤から峻別し、動機の錯誤を要素の錯誤とするためには、その動機が相手方に表示され、法律行為の内容になっていなければならないとする判例法理からみれば、本件には以下の問題点がある。第一は、「いつでも賃貸人の引渡請求に応じなければならない」という法律効果が、本件使用貸借契約の内容といえるか、第二は、内容でないというならば、当該動機は、相手方に表示され、法律行為の内容となっていたか、である。しかし、本判決においては、表意者 Y が上記法律効果について表示し、それが法律行為の内容となったことについての記述がなく、裁判所は直ちに Y の錯誤の抗弁を認め、本件法律効果は本件法律行為の自明の内容であるとみているようである。

一定の条件（表意者が特定した法律効果を追求しており、かつ、当該効果が法律行為にとって直接的な主たる効果である）のもとで、法律効果の錯誤でも内容の錯誤として認める余地があるとするドイツ法の判例（〔D22〕）の立場からは、本件錯誤を内容の錯誤と見て救済を与えるのが正当であろう。

2、連帯債務者の債務免除に関する錯誤

〔J11〕東京地判 31 年 7 月 20 日下級民集 7 巻 7 号 1981 頁

【事実】原告 X は、訴外 A 社と被告 Y を連帯借主として金 30 万円を貸与し、その支払いの確保のために本件手形の振出交付を受けた。しかし、A 社は当時営業不振でまもなく整理を開始し、債権者会議において、X に対し、債務額の四分の一を支払うことを条件として残余債務を打ち切ってもらうことを申し出、X はそれに同意し、「残額を打ち切る」旨の意思表示をした。その後、X が Y に対して履行請求したところ、Y は、連帯債務者の一人に対してなした債務の免除はその債務者の負担部分について他の債務者の利益のためにもその効力を生ずると定めた民法 437 条を援用し、残余債務の履行を拒否した。X は提訴し、主位的請求として、①「残額を打ち切る」という表示は債務免除を意味しないこと、予備的請求として、②債務免除の意思表示はその要素に錯誤があつて無効であることを主張した。

【判旨】裁判所は、まず、「残額を打ち切る」という表示の意味について、「本件においては、Y に対し残額全部を請求する意思を明らかにしたものである以上、X の A に対してした「残額打切」の意思表示は、少くとも債務免除には属しない意思表示であるとするのが相当であり、A が整理の一環として X に願って右の処置をしてもらったものである事情及び X が本件手形を A に返さなかったことを考え合せて、当裁判所は、右「債務打切」の意思表示は債務は債務として残しながら A に対してはもはやこれを請求しないという意思を表示したものである」と判断し、「残額を打ち切る」旨の表示は債務の免除を意味しないと解釈した。

次に、錯誤の主張について、「もし X の A に対する意思表示を残債務免除の意思表示であると解しなければならないとすると（そして負担部分の関係からいつて Y に対し残債務を請求することができないとすると）、X の右意思表示にはその要素に錯誤があったとみななければならない」とし、錯誤無効の主張も容認した。

本件は、債権者が、連帯債務者の一人に対する債務免除の利益が他の連帯債務者にも及ぶという法律効果について錯誤した事案である。上記〔J10〕判決と同じように、本判決は、動機の表示、相手方の認識可能性または法律行為の内容化を要求しておらず、当該法律効果を当該法律行為の自明の内容とみているようである。

ところで、比較法的観点からみれば、本件における「残額を打ち切る」という表示は、債務免除を意味しないと解釈された点が興味深い。ドイツの〔D20〕判決（被相続人が法定相続人に半血兄弟の子も含まれることを知らず「遺産は法定相続に任せる」旨の遺言を残した場合、遺言は「誤表は害さず」の適用により「半血兄弟の子を含まない法定相続人に相続させる」と解された）にも観察されるように、一方的出捐を伴う単独行為により、表意者の内面的意思に反して法律効果が惹起された事案について、裁判所は表意者の内面的意思を重視した解釈を行う傾向がある。

以上、錯誤が肯定された効果型の裁判例をみてきたが、これらの事案においては、表意者の意思表示のうえに新たな効果を付加した法律が、法秩序からの遵守の要請が強くない債権法の規定である点に留意しなければならない。これに対し、商法や民事訴訟法のような強行法規、あるいは公平という内実を持つ取締法規などによる法律効果が錯誤の対象となった場合、錯誤の救済は否定されがちである。

第2項 錯誤に基づく無効の主張が否定された裁判例

第1章において、仲裁条項によって民事訴訟法上の効果がもたらされた場合における仲裁手続き参加者の錯誤（〔J3〕判決）、家屋の賃貸借契約における賃料額が地代家賃統制令に

違反するため制限を受けた場合における賃貸人の錯誤（〔J4〕判決）、および3年で終了すると約定された借地期間が旧借地法2条の適用により30年と解釈された場合における賃貸人の錯誤（〔J5〕判決）について、裁判官は、表意者の意思表示に法律上の効果が付加されていたことを認識し、さらにはその法律効果を付加した法律の趣旨を、錯誤に基づく無効の主張を否定する理由として考慮していたとを指摘した。それ以外にも、例えば、商事責任、競売物件に課された負担、および相続放棄における節税の目的に関する効果型の法律の錯誤の裁判例が存在する。それらの判決においては、法律効果を付加した法律の趣旨が錯誤に基づく無効の主張を否定する実質的な理由として明言されていないが、事案としては、上記〔J3〕〔J4〕〔J5〕判決と同系列に属するものということができる。

以下では、まず〔J3〕〔J4〕〔J5〕判決を再度説明したうえで、これに対して比較法的な検討を加える。さらに、それ以外の、錯誤に基づく無効の主張が否定された効果型の裁判例を順次に取り上げて検討する。

1、仲裁条項の効力に関する錯誤

〔J3・重複〕神戸地判昭和32年9月30日下級民集8巻9号1843頁

【事実】原告Xは、被告Yに建物を貸与する旨の契約を締結する際、以下の紛争解決条項（仲裁条項）を定めた。すなわち、将来紛争が生じた場合、双方において互いに仲裁人一名を選定してその仲裁判断に服すべく、選定した仲裁人間において意見が一致しないときは、仲裁人間の合意によりさらに最終の審判人を選定してその審判に服する。その後、Yが債務不履行に陥ったため、Xは仲裁を経て、Yに債務の履行を命じる仲裁判断裁定書を手に入れたうえで、裁判所に執行判決を求めたところ、Yは、本件紛争解決条項は、紛争の解決としてその仲裁を第三者に依頼する趣旨のものとして合意したにすぎず、民事訴訟法上の仲裁契約を締結したものではないとし、仮に仲裁契約と解されなくても、これによって裁判を受ける権利を喪失し、かつ、仲裁人による仲裁判断が確定判決と同一の効力があることをYは全く知らなかったため、仲裁条項に錯誤があったと主張した。

【判旨】裁判所は、「たとい契約当事者がその契約の法律的性質乃至効果等について詳知しなかったとしても右は単なる法律の不知に止まりこれを以て直に法律行為の要素に錯誤があるものと云い得べきではない」と述べ、Yの錯誤主張を否定した。

当事者において、他者に仲裁を依頼する行為があれば、旧民事訴訟法800条および802条の効果が発生し、仲裁人による仲裁判断が確定判決と同一の効力を持つと同時に、当事者は裁判を受ける権利を失うことになる。本件は、表意者が、紛争解決の方法として他者

に仲裁を依頼する合意が、法的には裁判を受ける権利の喪失につながることを知らず、仲裁条項の入った約款に承諾した事案である。仲裁合意の効果の錯誤について、本件裁判所は、問題の実質は仲裁契約という法律行為の「法律的性質乃至効果」にあることを明確に述べた。また、錯誤の要素性を否定する根拠として、表意者の重過失を理由とすることなく、「法律の不知」を前面に打ち出した。

ところで、民法典の錯誤規定が起草された当時、富井委員が法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない方針を明白に打ち立てたことは、繰り返し述べてきたとおりである。立法の経緯に鑑みれば、本判決が立法の方針から乖離していることは明らかであろう。その当否は別にして、ここでとくに重要なのは、如何なる構成からしても、仲裁条項の法律効果の錯誤を理由にして、確定判決と同一の効力を持つとされる仲裁人による仲裁判断の効果を無にすることが認められると、旧民事訴訟法 800 条および 802 条は無意味となる、ということに注意しなければならない。

確定判決と同一の効力を持つものとしては、訴訟上の和解が挙げられよう。ドイツ法では、訴訟上の和解の効力に関する錯誤が法律効果の錯誤として処理され、本判決と同様に、錯誤に基づく取消しの主張が拒否される（[D29]、表意者が、確定判決と同じ効力を有するとされた訴訟上の和解を、上級裁判所への控訴によってくつがえすことができるものと誤信したことを理由に、和解契約に錯誤があつて無効であると主張したが、法律効果の錯誤として処理され、結局「追求性」の欠如により救済が否定された）。その実質的理由は、J. マイヤーが指摘したとおり、訴訟法上の手続きにおいて達成しようとした紛争終結機能が錯誤制度より価値的に優位であり、それを全うするために錯誤の主張を抑止しなければならない、という点にある³⁷⁰。

2、統制賃料額に関する錯誤

〔J4・重複〕東京高判昭和 39 年 2 月 18 日東高民時報 15 卷 2 号 20 頁

【事実】原告 X（賃貸人）は、被告 Y（賃借人）との賃貸借契約において、当時の地代家賃統制令に違反して賃料の約定をなした。賃料を請求するさい、Y が統制額を超える賃料の支払いを拒否したため、X は、賃料の約定に要素の錯誤があつたことを理由に、賃貸借契約の全部無効を主張し提訴した。

【判旨】東京高裁は、統制額を超える部分の賃料のみが無効であるとしたうえで、錯誤を理由とする契約の全部無効の主張について以下のように判じた。「一般的には家屋の賃貸借契約における賃料額が契約

³⁷⁰ J. Mayer, a. a. O., S. 198.

の重要部分に属することは所論のとおりである。しかし、地代家賃統制令の適用を受ける家屋の賃貸借契約において統制額を超える賃料の支払を約することは、強行法規である同令の禁止することであり、上記のように右契約は統制賃料額の範囲においてその効力を保持することとなり、その限度では当事者の意思は排除されることになるのである。従って、賃貸人としては約定の賃料額においてのみ契約を成立せしめる意思であったとしても、かかる意思は法の保護しないところであるから、契約の要素に錯誤があるものとして賃貸借契約が全部無効であると主張することは法的には許されないものと解しなければならない」。

本判決は、契約において約定された賃料額を地代家賃統制令という強行法規の適用によって統制額まで減殺したものである。権利の制限は義務の付加と同質であるため、法律による賃料額の減殺についての錯誤も効果型の錯誤として解することが可能であり、本判決もこれを錯誤の問題として処理していた³⁷¹。

ところで、事案の特徴からみれば、本件は法律行為の一部無効の事案にも該当することが注目になる。通説によれば、原則として、無効な部分を合理的に解釈してその効力を維持し、例外的に、無効な部分を除いた残部だけの法律行為が当事者の意思に明確に反する場合には、全部無効とすべきである³⁷²。しかし、本判決は、法律の明文があるため、契約の補充的解釈の問題をスキップし、強行法規に違反する部分のみを無効とし、残部は有効であるとした。ここでは、強行法規の適用により不利益を被った当事者が錯誤を理由にして残部の無効を主張することができるかが問題となる。残部について錯誤無効の主張が認められることは、実質的には法律行為の一部無効による全部無効が認められることと等しい。本判決は、本件錯誤の対象たる強行法規の適用がその効果が及ぶ限度において当事者の意思自治を排除するとして、たとえその効果について何らかの意思があったとしても、錯誤無効の主張はやはり「法的には許されないもの」であるとし、全部無効の結果を避けた。

本件錯誤について、意思の欠缺があったにせよ、強行法規の禁止するところについての意思に法の保護を与えないとする本判決の判断構造は、私的自治は、法秩序によって承認された「行為類型」の枠内においてのみ展開されうるものであり、法秩序がつねに妥当する法律効果において錯誤の規定が機能しないとするフルーメの見解に近いものといえよう

³⁷¹ 林良平編、前掲注（359）『民法総則（注解判例民法 1a）』357 頁（村井衡平執筆）は、本件を法律行為が成立する前の問題としている。

³⁷² 我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店、1965 年）257-258、391 頁、四宮和夫＝能見善久、前掲注（23）『民法総則（第 8 版）』282-283 頁。

³⁷³。しかし、本件のような、当事者によって約定された効果が強行法規の適用により否定された事案は、管見の限り、法律効果の錯誤に関するドイツの裁判例においては存在しない。それは、法律行為の一部無効は、無効な部分を欠いても法律行為が行われていたであろうと認められない限り、原則として法律行為の全部無効をもたらすと定める BGB 139 条によって救済の道が開かれているからである³⁷⁴。ところで、BGB 139 条の解釈、とくに、無効な部分を欠いても法律行為が行われていたかの判断にあたっては、当事者によって追求された法律行為の目的を尊重する一方、一部無効を定めた法律の趣旨をも考慮して客観的に判断すべきであるとする見解がフルーメによって有力に唱えられている³⁷⁵。裁判例においても、法律の趣旨を根拠にして BGB 139 条の適用を回避しようとするものも存在している³⁷⁶。このように、ドイツ法においては、錯誤による一部無効の問題を、表意者の意思と法律の趣旨との調和とみる上記学説や判例の傾向は、ここまでみてきたドイツ法における法律効果の錯誤の判断とかなり接近しているといえることができる。もっとも、BGB 139 条それ自体も、立法上は、法律行為の一部に錯誤がある場合の効果如何という問題を扱う規定として、錯誤をめぐる議論から法律行為の無効の規定に移されたものである、という経緯を看過してはならない³⁷⁷。

この意味では、一部無効と錯誤とは、一部無効をもたらした法律について当事者が錯誤した場合において交錯している。一部無効の効果が原則としてその一部に限定され、残部に及ばないという立場（残部有効説）を採用するにしても、錯誤の問題が生じうる。なぜなら、強行法規の適用により、一部無効の段階において当事者の意思と法律の趣旨との総合考慮をスキップした場合に、錯誤の段階においてそれをふたたび考慮する必要があるからである。とくに、当事者によって追求された法律行為の目的が明白であり、かつ、強行法規に含まれる法秩序からの遵守の要請が強くない場合には、強行法規の錯誤に対する救済の余地は否定できない。例えば、上記〔J11〕判決では、錯誤の対象となった民法 437 条が当事者以外の第三者の権利関係に関連する規定であるゆえに強行法規であると考えられ

³⁷³ フルーメの見解について、第 3 章第 3 節第 3 項 1 参照。

³⁷⁴ BGB 139 条

「法律行為の一部が無効である場合において、その無効な部分を欠いても法律行為が行されていたであろうと認められないときには、法律行為全体を無効とする。」

³⁷⁵ Flume, a. a. O. § 32/6

³⁷⁶ Roth, Geltungserhaltende Reduktion im Privatrecht, JZ 1989, S. 411ff.

³⁷⁷ 鹿野菜穂子「ドイツ民法典における法律行為の一部無効」石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』（九州大学出版会、1999 年）326 頁以下参照。

るが³⁷⁸、錯誤無効の主張は認められた。

以上、錯誤による一部無効の問題を錯誤制度のもとで処理し、その際に、錯誤の対象となった法律の強行法規性を用いて当該錯誤を顧慮しない理由とした事案を挙げた。以下では、借地期間に関する錯誤をみよう。

3、借地期間に関する錯誤

借地権の存続期間を合理的な長さに確保するため、借地法は借地権の存続期間を法定している³⁷⁹。例えば、当事者が借地契約の存続期間を2年とするときに、地上建物が木造なら、借地法の適用によって2年の約定は無効となり、存続期間は30年とされることになる（旧借地法2条1項、現行借地借家法3条）。ただし、「臨時設備其ノ他一時使用ノ為借地権ヲ設定シタルコト明ナル場合」は、法定存続期間の適用が排除される（旧借地法9条、現行借地借家法25条）。以下の裁判例（[J16]判決）において現れるように、地主はこれを利用して借地権の法定存続期間から逃れようする傾向がある。そのため、旧借地法9条の解釈としては、単に借地期間の長短だけではなく、借地契約に至る動機・経緯、土地の利用目的、建物の種類・規模・構造を「総合考察の上」判断すべきであるとされる³⁸⁰。この状況の下、地主は、旧借地法2条の適用および9条の解釈について錯誤に陥る可能性が生じる。つまり、地主は、旧借地法9条に従って借地契約が一時使用のためのものと契約書に明記しさえすれば、旧借地法2条の適用から免れると思い、借地契約を締結したところ、裁判所は旧借地法2条がやはり適用されると判断した場合である。

〔J5・重複〕東京高判昭和45年10月14日判タ259号246頁

【事実】建物所有を目的とする借地契約において、原告X（賃貸人）は、本件借地契約が一時使用のための3年で終了するものと信じて締約したが、その後の裁判においては、旧借地法2条の適用があるとされ、本件借地権の存続期間は30年と解釈された。そこで、Xは、本件借地期間を3年とする意思で契約を締結したものであって、借地法上の半永久的な賃貸借関係を押しつけられるとするな

³⁷⁸ 当事者以外の第三者の権利関係にも関連する規定が強行法規であるというのは通説である。それについて、我妻栄、前掲注（372）『新訂民法総則』267頁、川島武宜『民法総則』（1965）223-224頁、星野英一『民法概論Ⅰ（序論・総則）』（良書普及会、1971年）183頁、四宮和夫＝能見善久、前掲注（23）『民法総則（第8版）』261頁、山本敬三、前掲注（55）『民法講義Ⅰ（第3版）』256頁参照。

³⁷⁹ 幾代通編『注釈民法15』（有斐閣、1966年）287頁（望月礼二郎執筆）。

³⁸⁰ 最判昭和32年7月30日民集11巻1386頁、最判昭和43年3月28日判時518号50頁。星野英一『借地・借家法』（有斐閣、1969年）26頁以下。

らば、これを締結する意思がなかったのであるから、錯誤に基づく借地契約全体の無効を主張した。

【判旨】東京高裁は以下のように述べ、X の錯誤無効の主張を退けた。「かような錯誤にもとづく契約無効を認めるときは、短期賃貸借の弊害を防除するために制定された借地法第 2 条の立法趣旨に背馳する結果となる」ので、この場合錯誤の効果としての契約無効は生じないと解さなければならぬ」。

本件において、賃貸人には借地期間が 3 年にとどまるという内心的効果意思があったものの、結局は、旧借地法 9 条の趣旨に照らした解釈——すなわち、本件契約は「臨時設備其ノ他一時使用ノ為借地権ヲ設定シタルコト明ナル場合」にあたらないという認定——により、旧借地法 2 条の適用があるとされ、借地期間は 30 年とされた。

30 年という法律効果は、表意者の自治的な法律行為から直接に生じた効果ではなく、法律によって押しつけられたものである。このような法律効果についての錯誤を判断するにあたり、本件裁判所は、内容の錯誤か動機の錯誤かについて云々することなく、旧借地法 2 条の立法趣旨を前面に出して、錯誤に基づく無効の主張を否定した。すなわち、旧借地法 2 条は、短期賃貸借の弊害を防止するために制定されたものであるゆえ、賃貸人はその効果を知らなくても、錯誤の主張が許されない。仮に、それが許されるとすると、借地契約がなかったものとされ、地上建物は取り壊される事態になりかねない³⁸¹。

4、商事責任に関する錯誤

〔J12〕大判昭和 13 年 2 月 21 日民集 17 卷 232 頁

【事実】無尽会社の取締役である被告 Y は、取締役就任前の無尽の債務に関して株主総会の免責決議をもって責任を免れうるものと誤信し、これを条件として取締役に就任したが、無尽業法 11 条により当該免責決議は無効であった³⁸²。無尽会社の債権者である原告 X から債務の履行を請求された Y

³⁸¹ 逆に、旧借地法 2 条による長期存続期間の適用があるにもかかわらず、賃借人がその適用を知らずに、賃借人との間で、地上建物を収去し土地を明け渡す旨の契約を締結した場合は、賃借人からの錯誤主張が認められている（東京高判平成 8 年 11 月 13 日判時 1589 号 50 頁）。実は、このような場合はもはや効果型の錯誤ではなく、前提型の錯誤（権利賦与規範を知らずに放棄）である。

³⁸² 無尽業法 11 条

- ①無尽会社が会社財産ヲ以テ其ノ債務ヲ完済スルコト能ハザルニ至リタルトキハ無尽契約ニ基ク会社ノ債務ニ付各取締役（委員会設置会社ニ在リテハ取締役及執行役）ハ連帯シテ其ノ弁償ノ責ニ任ズ
- ②前項ノ責任ハ取締役（委員会設置会社ニ在リテハ取締役及執行役）ノ退任登記前ノ債務ニ付退任登記後二年間仍存続ス

は、当該免責決議が無効であることを知っていたならば、取締役就任を拒否し、就任行為はその要素に錯誤があるため無効であると抗弁した。

【判旨】大審院は、Y が当該無尽会社の監査役を務めたことがある点に着目し、「会社ノ取締役ノ無尽ノ債権者ニ対スル責任力如何ニ重大ナルカヲ覚知シ居タリシナルヘク然ラハ無尽則チ此ノ重責カ会社自身ノ機関タル株主總會ノ一片ノ決議ヲ以テ免除シ去ルヲ得サルモノナルコトハ苟モ事理ヲ解スルモノノ容易ニ会得シ得ヘキ筋合ナリ」とし、重過失を理由にして錯誤無効の主張を否定した。

本件では、無尽会社の取締役が就任前の債務に対して責任を負わない意思を明確にしており、さらに株主総会による免責決議も得ていた。それにもかかわらず、錯誤に基づく無効の主張が否定され、その際には表意者の重過失が根拠として用いられた。そこでは、取締役が就任前に監査役を務めた経験を有することが、重過失を認定する決め手となっていたと考えられる³⁸³。

ところで、仮に Y が無尽会社で重役に就いた経験がなかったとすれば、その錯誤が認められるであろうか。判決では、「無尽ノ債権者ニ対スル責任力如何ニ重大ナルカ」が強調されている。無尽会社の責任の重大さの観点からみれば、表意者が重役に就いた経験がなかったとしても、責任を負わされる可能性がある。つまり、無尽会社の取締役が株主総会の免責決議をもって会社の債権者に対抗することができず、就任前の債務についても連帯責任を負わなければならないとすることは、債権者の利益を確保するための立法政策であり、連帯責任に関する取締役の錯誤を容認し、就任行為を無効ならしめることは、無尽業法 11 条の趣旨に反する結果を招致しかねないことが懸念される。したがって、本件においては、重過失の要件を通じて無尽業法 11 条の趣旨が図られた可能性も考えられる。

³⁸³ 本件において、表意者の重過失が本件錯誤を否定する適切な理由にはなれるかが疑問がある。重過失とは、表意者の職業、行為の種類や目的などに応じて、普通になすべき注意を著しく欠くことであり（我妻栄、前掲注（372）『新訂民法総則』304 頁）、本件に即していうと、当該会社の重役を務めた経験のある人が普通に知っている法知識を有しないことであろう。しかし、本件では、表意者が取締役に就任する前の債務について免責されるという錯誤ある意思表示が株主総会において決議されており、この免責決議が法的に許されないことについて、総会に出席したすべての人が気づいていなかったのである。判決文によると、総会には、当該会社の元取締役を務めた者が三人、Y と同様に監査役を務めていた者が二人、並ぶに株主委員を務めていた者が四人が出席し、彼らは、総会中突然に、Y に対して口を極めて取締役就任を強要し、また就任前の責任について、総会において免責決議をすればその責任はないと力説した。この事情からは、株主総会の免責決議をもって無尽業法 11 条の責任を免れることができないことは Y が容易に知りうるとし、それを知らなかった Y には重過失があること理由にして、Y の錯誤無効の抗弁を否定した本判決には問題があるといわざるを得ない。

表意者の重過失のほか、以下のような理由で商事責任に関する錯誤を否定した事案もある。

〔J13〕 東京地裁平成 16 年 4 月 14 日判時 1867 号 133 頁

【事実】原告 X は、訴外 A 会社との間でゴルフ会員契約を締結のうえ、会員資格保証金 630 万円を預託していた。他方、被告 Y は、A との間で、8 か月ほど本件ゴルフ場を経営する旨の営業委託契約を締結した。営業委託契約 9 条 1 項は、営業委託に伴うものを除き、Y が A の債権・債務・契約関係を承継しないことを定めている。ところで、X は、Y がゴルフ場の名称を続用しているため、Y には商法 26 条 1 項（平成 17 年改正後の 17 条 1 項³⁸⁴）の類推適用があり、それによって、A の営業上の債務については Y も責任を負うとして、Y に対し前記預託金の返還を求めた。この X の請求に対し、Y は、商法 26 条 1 項の類推適用により、わずか 8 か月ほど本件ゴルフ場の営業をしたにすぎないのに預託金債務（総額 28 億円）までも負担しなければならないことを知っていたならば、本件営業委託契約をしなかったと主張し、本件営業委託契約はその要素に錯誤があったため無効であると抗弁した。

【判旨】裁判所は、「条文（営業委託契約 9 条 1 項）の文言は、その内容からみて、本件営業委託契約に基づく営業委託について商法 26 条 1 項の商号続用責任を追及する者が出てくるかもしれないということを意識しながら、商法 26 条 2 項に定める通知をして、これを免れることを想定していると認められるのであり、このような条項の存在からみて、Y も A も商号続用責任についてこれがあり得ないとの前提で本件営業委託契約を締結したとは認められない。したがって、本件営業委託契約に要素の錯誤あるいは動機の錯誤があったとの主張は、その前提事実を欠き、失当である」とし、Y の錯誤無効の抗弁を認めなかった。

本判決は、営業委託契約の受託者が、自分に商法 26 条 1 項が類推適用されることを避けるために、当該契約において委託者の債務について責任を負わない旨を明記したにもかかわらず、彼に商法 26 条 1 項の責任を負わせたものである。本判決は、錯誤を否定する根拠として、表意者に重過失があったという理由ではなく、表意者に錯誤がなかったという理由を用いた。すなわち、表意者（受託者）が、営業委託契約の締結に際し、商法 26 条 1 項による商号続用責任を負わされる可能性について明白に意識していたため、錯誤があった

³⁸⁴ 商法 17 条 1 項

「営業を譲り受けた商人が譲渡人の商号を引き続き使用する場合には、その譲受人も、譲渡人の営業によって生じた債務を弁済する責任を負う。」

とはいえない、という理由である³⁸⁵。

しかし、契約書への明記および通知により商法 26 条 1 項の適用を防止しようと考えたにもかかわらず、結局防止できなかったという事案においては、内心において期待していた効果と実際の効果との不一致が存在しており、表意者が自分に商法 26 条 1 項が類推適用される可能性のあることを察知していたからといって、錯誤が存在しないと断定することは軽率すぎるではないかという感が拭えない。

以上、商事責任に関する錯誤の事案を二件取り上げた。いずれにおいても、責任を負わないための手段が講じられ、しかも免責決議や契約への明記という形にされていた。それゆえ、動機の表示、相手方の認識可能あるいは動機の内容化を要求する諸説のいずれからでも、要素の錯誤が認められるが、裁判所は、表意者の重過失（上記〔J12〕判決）あるいは錯誤の不存在（上記〔J13〕判決）という理由により錯誤の主張を否定した。ここで重要なのは、表意者が実は契約相手以外の第三者（債権者）からの請求を拒むために錯誤に基づく契約の無効を主張し、また裁判所はその第三者（債権者）の利益を確保するために表意者による無効の主張を拒否した点である。類似の事案がドイツ法にも存在し、そこでは法律効果の錯誤として処理されており、日本の〔J12〕〔J13〕判決と同様に、錯誤に基づく取消しの主張が拒否されている（〔D19〕判決、単独商人の事業に加入し合名会社を設立した者は、登記の際に加入前の単独商人の債務について責任を負わない旨を商業登記簿に明記したとしても、ドイツ旧商法典 28 条によりその責任を負うものであり、当該法律効果についての錯誤は BGB 119 条において救済されえないとされた）。この問題に対処すべく主張される法律構成においては千差万別である。しかし、その実質的理由は、債権者の利益を全うするために錯誤者を犠牲にしても仕方がないという政策的判断にあると考えられる。

5、競売物件に課された負担に関する錯誤

〔J14〕 最判昭和 43 年 2 月 9 日民集 22 卷 2 号 108 頁

【事実】競買人である原告 X は、競売物件（土地）に法定地上権が付いていたのに、競売期日公告には単に賃貸借なしと記載されていたため、地上建物には敷地の利用権がないものと誤信し、競買申出をなし競落許可決定を得たが、その後、法定地上権の存在に気づき、競買代金支払命令に応じなかった。そのため、当該競売物件が再競売されることになったが、X の競買申出より低い代金で競落された。競落代金の差額を請求された一人目の競落人である X は、自分の競買申出には錯誤があったため、競落が無効であると抗弁した。

³⁸⁵ 本件の評釈は、野口恵三、NBL 799 号（2004）92 頁以下参照。

【判旨】裁判所は、「競買人の競買申出は、訴訟行為に準ずべきものであり（大判昭和 12 年 12 月 22 日新聞 4225 号 11 頁）、これに基づいてする裁判所の競落許可決定は裁判であるから、その違法を主張する競落許可決定を受けた最高価競買人は、……競売手続及び競落許可決定の違法を右手続（旧民訴法 671 条、672 条、680 条、現行民事執行法 70 条、71 条、74 条参照）によらずに別訴で主張し、競売手続及び競落許可決定の違法無効を主張することは許されないものというべきである。そうだとすれば、競売について民法 95 条の適用があることを前提とし、X のした本件競売の申出は無効であるとの所論の理由のないことが明らかである」とし、民法 95 条の適用を拒否し、X の錯誤無効の抗弁を認めなかった。

本件は、競買人が、競売物件に地上建物が建っていることを知りながらも、「賃貸借なし」という競売公告により当該地上建物に敷地利用権はないと誤信し、競買申出をなし競落許可決定を得たが、実は民法 388 条により、当該地上建物には法定地上権が付いていることが判明したものである。競買人のこの錯誤は、不備のある競売公告によって惹起されたものであったが、無効の主張は否定された。最高裁は、競売を国家機関による換価手続とする大審院判例（大判昭和 12 年 12 月 22 日新聞 4225 号 11 頁）に依拠して錯誤に基づく競買申出の無効の主張を否定し、その根拠を競売手続の公法的性質に求めた。すなわち、競買申出は訴訟行為であり、これに基づく競落許可決定は裁判であるという性質である。そこでは、競売手続のやり直しが競落許可決定の確一性および安定性を損なうことが懸念されている³⁸⁶。しかし、競売の法的性質については、古い判例は売買説を採り³⁸⁷、上記大審院

³⁸⁶ 鈴木重信「競売の申出と要素の錯誤」最高裁判所判例解説民事編昭和 43 年度（上）368 頁、石川明＝加藤修「競買の申出と要素の錯誤」法学研究〔慶応義塾大学〕42 巻 2 号 130 頁、中野貞一郎「判批」判例評論 115 号 133 頁。ただ、中野教授は、結論においては本件とほぼ同旨であるが、本件のように競買申出の裁判としての側面のみを強調するのではなく、それを公法的性質と私法的性質との両面を併有するものと捉え、民法 95 条の適用の余地を認めつつも、競落許可決定の確一性および安定性を考慮するうえで、その救済の範囲を民訴法上の不服申立の枠内に限定するという構成を主張している。

³⁸⁷ 大判昭和 5 年 7 月 21 日新聞 3151 号 11 頁、大判昭和 8 年 3 月 7 日新聞 3538 号 12 頁。また、学説においては、競売が売買であることを前提にして、これに民法 95 条を適用しようとする場合に、売主がいったい誰かについて争いがあった。早期の学説には、債務者を売主とする説もあれば（梅謙次郎『民法要義・卷之三（訂正増補）』（法政大学、1912 年）516 頁、石田文次郎『債権各論講義』（弘文堂書房、1937 年）37 頁、我妻栄『債権各論中巻（一）』（岩波書店、1973 年）294 頁）、裁判所を売主とする説もある（鳩山秀夫『増訂日本債権法各論』（岩波書店、1924 年）349 頁、勝本正晃『契約各論・第一巻』（有斐閣、1947 年）96 頁）。

判例以降、競売物件に関する錯誤を認めた下級審判決も存在する³⁸⁸。このことからみれば、民法 95 条の適用をアプリアリに排斥する法律構成を採る必然性がなく、競落許可決定が裁判であるという法律構成は、錯誤に基づく無効の主張を否定するための「後に着せる衣」にすぎないとも考えられる。

効果型の法律の錯誤という観点から観察すれば、本件競売物件（土地）に法定地上権が付くという法律効果は、実は、①法定地上権を定める民法 388 条の効果と、②競落許可決定の訴訟法上の効果とが重なる結果であり、両方とも競買人による錯誤無効の主張を制限する機能を果たしている。したがって、本判決が錯誤の主張を否定した実質的理由は、おそらく以下の二点にあると考えられる。① 民法 388 条に規定された法定地上権は、土地の買受人の所有権による主張を制限する目的で建物の所有者に与えられた権利であり、たとえ法定地上権の公示が不十分であっても、土地の買受人はそれを甘受しなければならないという法秩序（建物所有者の居住利益の保護または社会財としての建物の保護）から、錯誤無効の主張に対する抑止が要求される³⁸⁹。② 上述のとおり、競売手続のやり直しが競落

³⁸⁸ 広島高決昭和 38 年 6 月 28 日下民集 14 卷 6 号 1297 頁（この事案では、競買人が韓国人であり、執行官に確かめたうえで外国人でも競落により日本船舶を取得しうるものと誤解して競買申出をしたところ、船舶法 1 条により外国人であるがゆえに日本船舶を所有しえないことが判明した。競買人の錯誤について、広島高裁は、競売はその手続全体からは公法上の換価処分であるが、その手続の一環としての競買申出のみを抽出してみると、その実質は私法上の買受の申込となんら異ならないから、民法 95 条は適用されるべきであるとした）。

なお、事案がやや異なるが、被担保債権および抵当権が不存在にもかかわらず、競売手続が行われた場合には、たとえ競買人が代金を支払ったとしても、債務者は、競売手続終了後、その無効を別訴で主張することができるとされている（最判昭和 43 年 2 月 16 日民集 22 卷 2 号 226 頁）。同様に競売手続であるのに、被担保債権および抵当権が不存在の場合と、錯誤による競買申出の場合との取扱いに、権衡を失するものであると指摘されている（小室直人「競買の申出と要素の錯誤」民商法雑誌 59 卷 2 号 84 頁）。

³⁸⁹ 本件原審判決が引用する一審判決においては、以下のことが述べられている。「法定地上権の存否は結局競買希望者の調査すべきものとされているのであって、公告に記載なき故を以て法定地上権が存在しないことを表示した競売と言うことはできない。……競売公告に賃貸借なしとの記載があっても右家屋にその敷地利用権が全く存しないことまで競売の内容としたわけではなく、当然に右家屋が敷地の利用権原を持たないものであると決めてしまうわけにはいかず、むしろ何らかの権原があるのではないかとの疑を残すのが通常であると思われる。仮りに被告が右家屋の存在にも拘らず賃借権は勿論他の何らの権原による制約も受けないものと思って甲地の競買申出をしたとしてもそれは表示内容を為すものでなく単に内心的動機にすぎないと解する他はない」。つまり、一審判決は、本件錯誤を否定する理由を、競買申出の公法的性質ではなく、法定地上権の存在を競買人が受け入れなければならないことに

許可決定の安定性を損なうため、錯誤に基づき別訴で競買申出の無効を求めることを制限しなければならない。この制限は、競買申出は裁判であるという法律構成のほか、競売期日等の調書において記載事項が法定されている（旧競売法 30 条、旧民訴法 667 条）ゆえ、調書に記載されていない内容（例えば、本件における法定地上権）についての錯誤を要素の錯誤として扱うことは困難であるという構成によっても達成されうる³⁹⁰。競売物件に付いている法定地上権に関する錯誤を判断するにあたっては、法定地上権の趣旨および競売手続の公法的性質への考慮と、競買人の法的地位への考慮との間で、調整が必要である。

なお、競売物件に課された負担に関する錯誤についてのドイツ法の状況を振り返ってみると、そのような錯誤が法律効果の錯誤として捉えられており、近時の裁判例（〔D35〕判決）においては、競売手続の錯誤に基づく無効の主張を否定する際に、「決定的なのは、入札者が法律によって規制された手続の下で入札を行ったということである」との実質的判断理由が明言されている。

6、相続放棄の効果に関する錯誤

相続放棄は、家庭裁判所への申述によってはじめて効果を生じる（民法 938 条）。したがって、相続放棄の効果は、表意者の意思表示から直接に発生したものではなく、民法 938 条の効果であるということが出来る。そのため、相続放棄行為を訴訟行為に準ずる行為であるとし、それに対しては民法 95 条の適用がないとする下級審判決もあった³⁹¹。しかしながら、以下の最高裁判決は、極めて制限的ではあったが、相続放棄に対して民法 95 条の適用があることを認めた。

〔J15〕 最判昭和 30 年 9 月 30 日民集 9 卷 10 号 1491 頁

【事実】被相続人 A が昭和 25 年 7 月に死亡し、A の遺産につき、相続税の軽減を図るために、A の妻と 7 人の幼年の子供のうち、被告 Y（長男）一人に集中して相続させることとし、他の共同相続

求めていた。しかし、なぜ競買人が法定地上権の存否を調査しなければならないかについては説明されていない。

³⁹⁰ 鈴木重信、前掲注（369）369 頁。もっとも、現行競売制度では、一般人が閲覧できるように競売物件明細書において裁判所書記官が法定地上権の存否を記載しなければならないが（旧民訴法 617 条の二、現行民事執行法 62 条）、法定地上権の成否の記載には既判力がないため、競売物件である土地に建つ建物に法定地上権がつねに成立すると解すれば、競買人の法的地位は不安定であると指摘されている（松本恒雄「民法 388 条」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年 II・個別的観察（1）』（有斐閣、1998 年）686-687 頁）。

³⁹¹ 大阪地判昭和 27 年 10 月 21 日下級民集 3 卷 10 号 1487 頁。

人である原告 X ら（A の妻と Y 以外の 6 人の子供）が家庭裁判所において相続放棄の申述をなし、受理された。ところで、実際には、相続税は予期に反して多額に課され、Y は相続財産の大部分を失うこととなった。もし X らの放棄がなされなかったとすれば、未成年者扶養控除（昭和 25 年 4 月から施行された（改正）相続税法 16 条により新設）等により、納税額は実際の納入額に比して僅少な額で済んだはずであった。X らは Y を相手に、錯誤に基づく相続放棄の無効確認を請求した。

【判旨】原審は、「（相続税の予期は）放棄の意思決定をするに至った動機にすぎず、放棄の意思表示の内容をなすものではない。動機の錯誤でも要素の錯誤となることはあるがそれは通常取引の場合、その動機が表示され相手方がそれを知っているときに、それを意思表示の内容として取り扱い以て表意者本人の保護と取引の安全との調和を図ろうとする配慮にでたものであって、相続の放棄というような非取引的な相手方のない行為で他面相続人とその責任を確定し、その影響も通常取引のように特定の相手方だけでなく、広い範囲に利害関係の及ぶものにあつてはその行為を定型外の動機のようなものは、意思表示の内容を為すことなく、従つてその要素の錯誤とならない」とし、X らの請求を棄却した。X らが上告。最高裁は、「相続放棄の結果、Y の相続税が X らの予期に反して多額に上がった等所論の事項は、本件相続放棄の申述の内容となるものではなく、単なる動機に関するものにすぎない」とし、原審を是認した（なお、X らの請求に対し、Y が口頭弁論において X らの請求通りの判決を求める旨を陳述したとしても「請求の認諾」の効力は生じないとした³⁹²）。

本件では、共同相続人 X らが、節税の目的で相続放棄をなしたところ、かえって共同相続によるよりも課税財産が増えるという意外な結果をもたらした。法律効果の錯誤の観点からみれば、ここでは、①相続放棄の効果と②相続課税の効果との二重の法律効果が X らの放棄の表示に付加されたのである。そのため、裁判所として、いったいどちらの法律効果をもって錯誤無効の主張の否定へと向かわせたのかを見きわめる必要がある。

まず、相続放棄の効果について、相続放棄は、身分上の行為に該当することに着眼し、真意に基づいてなされることを絶対の要件とする学説があり³⁹³、また保護すべき相手方のない単独行為に該当することに着眼し、表示主義の見地から、取引安全への配慮が不要であるゆえ、錯誤の主張を認めてよいとする学説もある³⁹⁴。それらの学説とは異なり、本判決（原審）は、相続放棄が家庭裁判所において受理されることによってはじめて効力を生じることに着眼し、訴訟行為に準ずる行為とまではいっていないが、定型的な行為である

³⁹² 相続放棄無効確認の請求に対する請求どおりの判決を求める旨の陳述と請求の認諾については、村上康二郎「判批」法学研究〔慶応義塾大学〕75 巻 9 号 118 頁参照（判旨に反対）。

³⁹³ 我妻栄、前掲注（372）『新訂民法総則』306 頁。

³⁹⁴ 小林一俊『錯誤法の研究（増補版）』（酒井書店、1997 年）646－647 頁。

ことを理由にして錯誤に基づく無効の主張を否定した。定型的な行為とは、行為の内容となりうるのは「相続の効力を拒否する」ということに限られ、相続放棄によって如何なる相続税法上の効果が生じるか、または遺産が誰の所有に帰属するかということは原則として行為の内容になりえず、それについての錯誤は動機の錯誤にすぎないということである。相続放棄を定型的な行為とする理由は、「広い範囲に利害関係の及ぶ」点にあるとされているが、どのような利害関係者のどのような利益が保護に値するかはともかく、この理由は、少なくとも本件にはあたらない。なぜなら、本件における利害関係者である Y は X らと同様に、相続財産の維持を期待していたのであり、しかも口頭弁論において X らの請求どおりの判決を求める旨を陳述し、「請求の認諾」をなしたのである³⁹⁵。本判決は、利害関係者の利益を考慮すべきであるとしながらも、Y の「請求の認諾」の効力を認めなかった。判断の理由に矛盾の判決であるといわざるを得ない。ドイツ法の裁判例を振り返ってみると、相続放棄の効果について錯誤に陥った表意者は、ある特定の法律効果を追求したために相続放棄をするに至ったものである限り、その錯誤は救済される（〔D26〕〔D27〕〔D28〕判決）。これらの裁判例に照らして本件の事案をみると、X らが相続放棄をしたのはまさに節税という特定の法律効果を追求していたからである。よって、「追求性」は満たされているようであるが、追求の目的である節税という効果が許されるものかどうかが次の問題である。

次に、相続課税の効果について、原判決は、相続放棄が定型的な行為であることを論拠にして、相続税の予期が相続放棄の意思決定をするに至った動機にすぎないとするにとどまる。学説の中には、相続の法的意義は、相続税法上の諸規定等との関係において定まるものであると理解し、X らは、被相続人 A が死亡した同年に施行された改正相続税法に関して著しい誤解に基づいて相続放棄を行った場合に、「重要な要素」に錯誤があるものとして無効であると解すべきだと説くものがある³⁹⁶。ところで、法律効果の錯誤の観点から考察する限り、錯誤論と租税法の趣旨とを連動させて考慮するのはもっともであるが、その際には、錯誤が「重要」かどうかの判断に入る前に、追求しようとしていた租税法上の効果が「正当」かどうかを判断しなければならない。この観点からは、以下の事実が重要であろう。

すなわち、被相続人 A が死亡した昭和 25 年は、ちょうど日本の相続税課税方式がシャウ

³⁹⁵ 本件の利害関係について、田山輝明教授は、「実質的な利害の対立が生じたとすれば、X 等と Y を含めた故 A 一家とたまたま彼らの誤信によって相続税という形式で利益（正確に言えば税額の差）を取得した国家との間においてであった」と表現した（田山輝明「動機の錯誤」谷口知平＝加藤一郎編『新版判例演習民法 I』（有斐閣、1981 年）161 頁）。

³⁹⁶ 田山輝明、前掲注（378）「動機の錯誤」163 頁。

プ勧告に従って遺産税課税方式から遺産取得税課税方式に変わった時期であった³⁹⁷。それ以前の遺産税課税方式では、被相続人の遺産全体が課税対象とされ、相続税を控除した残額を相続人に帰属させることとなり、相続税額は相続人の数と遺産分割の仕方に影響されない。しかし、改革後の取得税課税方式では、相続税が所得税の補完税として位置づけられ、各相続人が取得した遺産の額に応じて課税されることとなり、遺産の分散を促進する効果が重視されるようになった³⁹⁸。要は、昭和 25 年税制改革は、明らかに遺産の分割を誘導し、個人レベルでの富の独占的集中を強力に排除しようとするものである。それに対し、相続放棄制度は、もともとは遺産の債務超過等の場合に推定相続人に相続を拒否する自由を与えるものであったが、現実には、本件におけるように、特定の相続人に集中承継させるために利用されている。相続税法が（最高税率が 90%にも達する）高い累進税率をもってこの異常な現象を矯正しようとしたところ、相続放棄をした共同相続人らが、税額が予期に反したことを理由に、錯誤に基づく相続放棄の無効を主張し始め、相続税法の適用を免れようとした、というのが本件の背景であると考えられる。本件において、最高裁が錯誤の主張を拒否し、相続課税の効果を固めた背後には、財源確保のほか、昭和 25 年税制改革の精神を貫き、相続税を回避する行為およびそれによる富の集中を抑制する意図もあったと推測される³⁹⁹。

上述のように、本件相続放棄の意思表示には、①相続放棄の効果と②相続課税の効果との二重の法律効果が付加された。①の効果はさほど強いものではないのに対し、②の効果は錯誤の主張を排除しうるほどの強いものである。したがって、②の効果が混在しない、従然たる①の効果に錯誤があった場合には、相続放棄の身分行為性および単独行為性を考慮して、錯誤の主張を認めるべきであろう。それに対し、②の効果も混在する場合には、②の効果を付加した法律の趣旨に照らして、表意者が追求しようとしていた法律効果の正当性を判断したうえで、錯誤主張の可否を決定すべきである。実際、本件以降の、相続放

³⁹⁷ 「シャウプ使節団日本税制報告書」ファイナンス・ダイジェスト別冊『シャウプ勧告と税制改革』（大蔵省主税局監修、1949 年）120 頁。

³⁹⁸ 首藤重幸「日本における相続税の現状」日税研論集 Vol.56（2004）11~12 頁。

³⁹⁹ シャウプ勧告を採用した遺産取得税制は、税務行政の困難性から昭和 28 年に廃止され、また昭和 33 年の法改正により、法定相続分課税方式が確立した。昭和 25 年相続税制が廃止された一因は、農業や中小企業の事業継続は長子単独相続の途しかないという経済的宿命の傾向が強く、単独相続の税負担が重いことにあると指摘されている。それに対し、後の法定相続分課税方式では、各相続人が相続により取得した財産を標準として課税する制度を採りながらも、相続の総額は、遺産の総額と相続人の数という客観的な数字によって決まる（相続税制の変遷について、水野忠恒「相続税の根拠と課税方式の変遷」税研 139 号（2008 年）35 頁以下参照）。

棄の効果に関する錯誤の裁判例においては、富の集中がみられる場合に錯誤に基づく無効の主張が拒否され⁴⁰⁰、富の集中がみられない場合には錯誤に基づく無効の主張が認められている⁴⁰¹。

第3款 小括

以上、比較法的な観点から、法律の錯誤に関連する日本の裁判例をみてきた。そこに現れた判断の傾向は、おおむね、ローマ法およびドイツ法に対して行われてきた研究が示唆したところと一致するといえる。すなわち、前提型の裁判例においては、法律の錯誤が特別視されず、それに基づく無効の主張が原則として認められるのに対し、効果型の裁判例においては、法律の錯誤を特別視する裁判例が現れており、錯誤無効の判断を左右する考慮要素として、錯誤の対象たる法律効果を付加した法律の趣旨が言及される。したがって、本稿の課題である法律の錯誤については、ローマ法およびドイツ法に関する研究の結論が、日本法、とりわけ日本の裁判例に対する理解に関して新しい視点を提示しうると考える。以下では、前提型の裁判例と効果型の裁判例について、それぞれ、比較法的な視点に即した分析の結論をまとめる。

まず、前提型について、富井起草委員は、この事案類型を、法律の錯誤であっても要素の錯誤として救済される典型例として挙げ、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない方針を根拠づけた。しかし、通説が法律行為の要素を「意思表示の内容の要部」と解釈する方向に転じて以来、前提型を内容の錯誤と動機の錯誤により構成される判断枠組において如何に法的に構成するかについて意見が分かれるに至り、収斂の見通しは立っていない。前提型における錯誤は動機の錯誤にあたるものと考えられるが、判例は動機の表示を要求しないのみならず、内容の錯誤か動機の錯誤かの問題にさえ触れない（〔J6〕〔J7〕判決）。近時、下級審においては、表意者（借り手）が相手方（貸金業者）に対して過払金の返還請求権を有していたにもかかわらず、第二の取引（金銭消費貸借）をした事案について、相手方において錯誤が認識可能であったことを強調する裁判例が存在する（〔D8〕判決）。ここでは、動機の表示自体が決め手なのではなく、相手方における信賴の要保護性こそが重要であるとする一元論のほうが説得的であるように思われる。しかし、すべての前提型の事案においてこの説明に説得力があるというわけではない。やや極端な例を挙げれば、例えば、債務者が、債務が消滅時効により消滅したことを知らず、債権者との間で代物弁済

⁴⁰⁰ 最判昭和40年5月27日判時413号58頁。

⁴⁰¹ 東京高判昭和63年4月25日判時1278号78頁。

契約を締結した場合に、たとえ債権者が債務者の錯誤を知りまたは債務者と同様の錯誤に陥っていたとしても、このような錯誤は救済されないであろう。そもそも自然債務を弁済するのは義務であるという観点から考えれば、前提型の錯誤が一般に救済される原因は、錯誤の対象たる「債務の不存在または権利の存在」を相手方が認識していたかまたは同様の錯誤に陥っていたかではなく、むしろ「債務の不存在または権利の存在」そのものにあるといえる。つまり、錯誤による非債の弁済の効力を固定しまたは錯誤による権利の放棄を強要することが、法律上の利益配分の均衡状態を崩し、公平にそぐわないからである。公平の観点から出発して、非債を弁済するための契約における錯誤に対する救済を、意思表示の領域における不当利得法の原理の反射的效果であると理解するパンデクテン学者のミューレンブルフおよび戦後の法学者のシュミーデルの見解は、上述の問題をうまく説明している。この見地から説明していくと、「債務の不存在または権利の存在」の反面、表意者が自然債務ひいては良心上の債務を弁済した場合、または表意者が確実ではない権利を放棄した場合においては、たとえ相手方に認識可能性や錯誤の双方性があつたとしても、錯誤は救済されないという帰結が導かれるであろう。もっとも、ドイツの判例は、公平からの説明を採用していない。しかし、ドイツの判例は、前提型の事案を行為基礎の喪失の問題として処理し、判断の際には、期待不可能（Unmutbarkeit）、すなわち「契約どおりの履行が信義則上期待されえない」という要件を課すため、公平ないし信義則の観点を考慮しているといえる。この見地から観察すれば、〔J9〕判決とほぼ同様の事案である〔J8〕判決において、相手方の認識可能性が証明されなかったとの理由により錯誤に基づく無効の主張が否定された。判断の背後には、表意者（借り手）の過払金返還請求権がそれほどに確実な権利ではないゆえ、表意者がこれを知らず第二の取引をした場合、錯誤を理由に第二の取引の無効を主張することにより過払金返還請求権を取り戻そうとする表意者の利益を保護しなくてもよいという価値判断がうかがわれる。

次に、効果型について、富井起草委員は、立法前の著書において、合意の効力の錯誤として、瑕疵担保責任に関する売主の錯誤を考えていたが、理由を挙げることなく、「法律は決して斯かる場合に救済を与え売買を無効と為すもの」ではないとしていた。そして、立法過程において、法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない方針の確立を目指し、効果型の法律の錯誤の問題を議論に乘せなかった。立法後、法律の錯誤を特別の類型としてみる学者が、まさに効果型の事案に着目して法律の錯誤について論じていたが、残念ながら議論は抽象論にとどまり、実際の裁判例に目が向けられなかったため、学説上の反響がなく、まもなく忘れ去られたものとなった。日本における効果型の法律の錯誤の裁判例を、ドイツにおける法律効果の錯誤の裁判例と対比しながら分析してきた結果、本稿は、立法上の

方針と異なり、効果型の事案においては、錯誤が法律の錯誤であることが重視される傾向をみてとることができた。例えば、錯誤に基づく無効の主張を拒否する根拠を、錯誤の対象が仲裁の民事訴訟法上の効果であること（〔J3〕判決）、錯誤の対象が強行法規であること（〔J4〕判決）、錯誤を認めることが旧借地法 2 条の趣旨に違反すること（〔J5〕判決）に求める裁判例があった。また、結論においても、効果型の法律の錯誤に関する日本の裁判例は、以下のように、ドイツの裁判例とほぼ一致している。①錯誤のある一方的出捐を伴う単独行為について、錯誤の問題として扱う前の段階において表意者の主観に依拠して解釈を行う傾向がある（〔J11〕判決＝〔D20〕判決）。他方で、②一方的出捐を伴う単独行為に強行法規が適用された結果として効果型の錯誤が生じた場合には、錯誤の問題として処理されてはいるが、錯誤の判断は当該強行法規の趣旨によって変わる（〔J10〕判決＝〔D22〕判決）。③有償契約においては、例えば、競売物件に課された負担や商事責任など第三者の権利を保護するための法律の効果について当事者が錯誤した場合は救済されない（〔J12〕判決＝〔D19〕判決、〔J14〕判決＝〔D35〕判決）。④有償契約においては、弱者保護や国土安全など、政策的判断に基づく法律の効果についての錯誤は救済されない（〔J4〕＝〔D34〕）。最後に、⑤法律行為の補充的解釈または修正的解釈に関する錯誤は許されない（〔J5〕判決＝〔D30〕判決）。

もっとも、以下のように、ドイツの裁判例とは結果において異なる場合もある。①当事者が自治的に決めた法律行為の内容が強行法規によって制限された、いわば一部無効の場合には、錯誤を理由にして法律行為の全部無効を主張する事案が日本の裁判例にはあったが（〔J4〕判決、強行法規を理由に否定された）、ドイツでは、法律効果の錯誤ではなく、一部無効の問題として処理されている。しかし、学説および裁判例において、一部無効とされた法律効果の最終的效果を判断するにあたっては、当事者の追求した目的と法律の趣旨とを総合的に考慮し、実質的には法律効果の錯誤の基準に接近している基準で判断がなされる傾向がある。また、②相続放棄における錯誤は、ドイツの裁判例では肯定例が多いのに対し、日本の裁判例では否定例が多い。本稿の分析によると、相続放棄が一方的出捐を伴う単独行為であるゆえ、それについての錯誤は肯定されるはずであるが（〔D26〕〔D27〕〔D28〕判決）、日本の裁判例には、節税あるいは遺産の集中といった、法秩序への期待からは極力排除されなければならない目的が追求されて相続放棄に至ったものが多く、このような事案においては錯誤主張が否定されるのは何ら不自然なことではない（〔J15〕）。

以上、日本の裁判例においても、効果型の法律の錯誤に基づく無効の主張が判断される場合に、法律効果を付加した法律の趣旨が考慮されていることを検証してきた。ここで、法律の錯誤を特別に扱うべしと唱えた学者をふたたび振り返ってみたい。浜上則雄教授も

上井長久教授も、法律の錯誤を理由に裁判官による法の適用を拒否することは誰もできないという原則を出発点としていたことに注目したい。とくに、上井教授は、この原則こそが法律の錯誤の「現代的意義」であるとしている。この現代的意義が妥当する限り、法律の錯誤という制度が現在の社会的背景においても依然としてその効力を保持するという。残念なことに、この現代的意義の妥当範囲が解明されないまま、法律の錯誤についての議論が途絶えた。しかし、本稿の検討から、法律の錯誤の現代的意義が効果型の錯誤においてなお妥当しているということができるとであろう。

もっとも、すべての効果型の事案において、法律効果を付加した法律の趣旨が考慮された結果、錯誤の救済が拒否されるというわけではない。如何なる法律の効果が如何に錯誤無効の判断に影響をしているかについてさらなる検討が必要である。以下では、比較法的検討からの知見を活かして、法律の錯誤の「現代的意義」について一試論を提示することを試みたい。

第3節 法律の錯誤の「現代的意義」についての一試論

以下では、法律の錯誤の現代的意義、すなわち、法律の錯誤を理由に裁判官による法の適用を拒否することは誰もできないことを出発点とする浜上教授および上井教授の見解を受け継ぎ、効果型の法律の錯誤を念頭に、法律の錯誤をめぐる議論をさらに進めていきたい。まず、なぜ法律の錯誤の「現代的意義」が効果型の法律の錯誤において意義を有するかを説明し（第1款）、そのうえで、ドイツ法における法律効果の錯誤についての理論を踏まえ、効果型の法律の錯誤を構成する（第2款）。

第1款 前提型と効果型

法律の錯誤の現代的意義を、法律の錯誤を理由に裁判官による法の適用を拒否することは誰もできないことと捉えるならば、前提型の法律の錯誤はこれにあたらない。なぜなら、前提型の事案は、主として、債務が存在しないところを誤解して不存在の債務を弁済し、または権利が法律によって賦与されたところを誤解して権利を放棄したものであり、そこでは、表意者による錯誤無効の請求を認めても、法秩序の実現を妨げることはなく、むしろ法律の期待していた権利義務の配分状態への回復を意味する。少なくとも、前提型の事案において、法律の錯誤は、「法の不知は害する」という法諺とは異なり、錯誤者への救済を阻止するものではない。それに対し、効果型の法律の錯誤においては、法律の錯誤の理

論は現代的意義を有する。法律によって表意者の意思表示に付加された法律効果は法秩序の一環としての「正しさ」を有する。表意者が錯誤に基づいてその効果を取り除こうとする場合には、法秩序の実現が妨げられるおそれがある。

例えば、建物が立つ土地が競売に付された場合、一方で、建物の法定地上権（民法 388 条）について、建物の所有者が自分に有利な法定地上権の存在を知らず、建物を取り壊し土地を明け渡すことを競落者と約定した事案があり（東京控判昭和 14 年 11 月 29 日新聞 4520 号 12 頁、肯定）、他方で、競買人が自分に不利な法定地上権の存在を知らず、普通より高い価格で競買申出をなした事案がある（上記〔J14〕判決、否定）。前者は前提型の錯誤の事案であるのに対し、後者は効果型の錯誤の事案である⁴⁰²。前者の場合、建物の所有者の錯誤を救済し、建物を取り壊し土地を明け渡す旨の契約を無効とすることが、建物の所有者の保護および建物の保存を趣旨とする法定地上権制度に合致する。この場合、法律の錯誤の理論は法秩序の実現を妨げるものではなく、むしろそれを実現させるものである。それに対し、後者の場合、競落者にとって、法定地上権は法によって押しつけられた法律効果

⁴⁰² 同じ条文について、前提型の錯誤と効果型の錯誤とのいずれもありえ、前者の場合に錯誤が肯定され、後者の場合には錯誤が否定される、というような例は枚挙にいとまがない。例えば、

イ）旧借地法 9 条の解釈として、借地期間は、単に長短だけではなく、借地契約に至る動機・経緯、土地の利用目的、建物の種類・規模・構造などを「総合考察の上」で判断されるべきだとする判例法理（最判昭和 32 年 7 月 30 日民集 11 巻 1386 頁、最判昭和 43 年 3 月 28 日判時 518 号 50 頁）について、賃借人が、旧借地法 2 条の適用を知らず、地上建物を収去し土地を明け渡す旨の契約を地主との間で締結した場合があるし（東京高判平成 8 年 11 月 13 日判時 1589 号 50 頁、錯誤が肯定）、地主側が、借地契約が一時利用のためのものであることを契約書に明記したのだから、旧借地法 2 条の適用が旧借地法 9 条によって排除されるはずだと信じていたが、結局は旧借地法 2 条の適用があると解された場合もある（上記〔J5〕判決、錯誤が否定）。前者は前提型の錯誤であるのに対し、後者は効果型の錯誤である。

ロ）物の瑕疵担保責任について、売主が、本件売買契約において物の瑕疵担保責任を負う必要はないにもかかわらず、責任を取るために買主と代物交換契約を締結した場合があるし（大阪高判昭和 55 年 2 月 22 日判時 972 号 36 頁、錯誤が肯定）、賃貸人が、BGB538 条 1 項により賃貸物の瑕疵について賠償責任を負わなければならないことを知らず、賃貸借契約をした場合もある（日本の裁判例には適例がないが、ドイツの裁判例では、OGL Karlsruhe 6.5.1988, NJW 1989, 907 が参考になる。錯誤が否定）。前者は前提型の錯誤であるのに対し、後者は効果型の錯誤である。

ハ）ドイツの裁判例ではあるが、売上税の納付義務（UstG 第 10 条）について、企業が顧問に支給された顧問料に売上税が課されないことを知らず、売上税込みの顧問料を支給した場合があるし（上記〔D9〕判決、錯誤が肯定）、売主が売買代金に売上税が課されることを知らず、売上税を加算していない代金額を約定した場合もある（上記〔D13〕判決、錯誤が否定）。同様に、前者は前提型の錯誤であるのに対し、後者は効果型の錯誤である。

であるゆえ、これを錯誤の主張によってなくすことができるかを判断するにあたっては、法定地上権の趣旨および法定地上権の付加に必然的に伴う競落許可決定の確定力を考えなければならない。この場合、法律の錯誤の理論は、法秩序の実現を妨げるものになりかねない。

第2款 効果型の法律の錯誤の問題構造および判断基準 ——ドイツ法における法律効果の錯誤を手がかりにして

ところで、すべての効果型の錯誤が法秩序の実現を妨げるものになるのか。本款では、法律効果の錯誤を手がかりにして、まず、効果型の法律の錯誤の問題構造を明らかにし（第1項）、そのうえで、この場合において如何なる法律効果がどのように錯誤に基づく無効の判断に影響するかという基準の問題について詳論する（第2項）。

第1項 問題構造——表意者の意思 vs. 法律の「正当性」

(1) 法律効果の錯誤以外の通常の錯誤の場合、錯誤は、法律行為の解釈による意思表示の内容の確定を前提とする。すなわち、解釈は錯誤に先行する。意思表示の内容を確定する際に、表示行為の意味内容の解明は、慣習や条理などに照らして一般の第三者が如何に理解するか（客観的解釈説）、あるいは、取引の事情や取引慣行など当事者間の特殊事情を考慮して、相手方の付与した意味が正当であるか（付与意味基準説）という観点から行われる。いずれにせよ、意思表示の内容の確定は「人の理解」によるものである。

しかし、法律効果の錯誤の場合、錯誤は、法律が意思表示のうえに新しい法律効果を付加したことに由来する。そこで、意思表示の内容は、最終的には、「人の理解」ではなく、法律の定めたところによる。言い換えれば、意思表示の内容の確定には、単純な法律行為の解釈以外に、法律の解釈も含まれる。それゆえに、メーディクスはフルーメに同調し、これらの法律効果の「正当性」は法制度そのものによって担保されているというわけである⁴⁰³。法律効果の錯誤に関するリーディングケースであるライヒ裁判所 1916 年判例（上記 [D22] 判決）を例に採ればわかるとおり、そこでは、第一順位の所有者抵当権者が第三順位抵当権者のために第一順位を放棄した途端に、第二順位の自動昇進を招いたが、第二順位の自動昇進という法律効果は法律の適用により決まるものであり、「人の理解」ひいては第二順位抵当権者の信頼とは関係ない。法律効果の錯誤の問題構造は、表意者の意思と相手方の信頼との調和ではなく、表意者の意思と法律の趣旨との衝突によって特徴づけられ

⁴⁰³ Medicus, AT des BGB, Heidelberg 2002, S. 296.

る。これは、ドイツにおける法律効果の錯誤の裁判例に対する検討から得られた、法律効果の錯誤の問題は、最終的に、表意者の追求性と法律の趣旨の要保護性との緊張関係に帰結するという結論にも合致する⁴⁰⁴。

(2) この観点から考えれば、法律効果の錯誤が特殊なものとして取り扱われるべきなのは、付加される法律効果の内容が検討されなければならないからであり、法律に対する誤った認識があったかどうかの検討が重要なのではない。法律効果の錯誤が事実の錯誤に起因するものであっても、表意者の意思と法律の趣旨との衝突という問題構造は依然として存在し、特殊なものとして取り扱われるべきである。

(3) なお、日本法における効果型の法律の錯誤は、ドイツ法における法律効果の錯誤と完全に一致するかといえば、そうでもない。例えば、〔J4〕判決の事案においては、賃貸人 X と賃借人 Y との間に、当時の地代家賃統制令に違反する賃料で家屋を賃貸する旨の契約がなされていたが、裁判所は、統制額を超える部分の賃料を無効とし、さらに残部は有効であるとした。そのため、X は、残部が有効であることを知っていたならば当該賃貸借契約を締結しなかったものであると主張し、錯誤に基づく当該賃貸借契約の全部無効を求めた。それに対し、裁判所は、地代家賃統制令の強行法規性に言及し、X の錯誤無効の主張を否定した。この判決からわかるとおり、日本の裁判例における効果型の法律の錯誤は、ドイツにおいて法律行為の一部無効（BGB 第 139 条）として処理される問題を包含する。一部無効についての明文規定のない日本法では、強行法規によって無効とされた部分のみを無効とし残部はひとまず有効であるとしたうえで、さらに錯誤の段階で残部の効力を再判断するという〔J4〕判決の判断仕組みが一部無効の問題解決を支援している側面を有するということを忘れてはならない。

(4) 総じていえば、事実の錯誤であれ、一部無効であれ、法律が意思表示のうえに新しい法律効果を付加した限り、表意者の意思と法律の趣旨との衝突という問題構造が現れ、それに対しては「効果型の法律の錯誤」で処理すればよい。そこでは、法律の錯誤の問題は、事実ではなく法律に対する誤りであるという点から、表意者の意思表示のうえに法律の効果が付加されたという点へと、法律の錯誤の問題性についてのパラダイムの転換が図られている。

⁴⁰⁴ 第 3 章第 3 節第 4 款第 3 項参照。

第2項 判断基準——「正当性」の判断を中心に

以上、効果型の法律の錯誤は、表意者の意思とそれに法律効果を付加した法律の趣旨とを如何に調整するかという問題を抱えていることを述べてきた。この観点に立脚して考えれば、表意者の意思に沿って保護を与えるには、少なくとも、表意者においては、誤ったものでもよいが、法律効果について一定の意思があったことが最低限必要であろう。これは、法律効果の錯誤に基づく無効を判断する基準として追求性を要求し、法律効果について表意者が何も考えていなかった場合に保護を与えないとするドイツの判例法理が示唆したところである。

ところで、表意者側において一定の法律効果に対する追求または特定の認識があったとしても、それと異なる法律効果を付加した法律の側に「正当性」がある場合には、J.マイヤーが指摘したとおり、法律の趣旨が価値的に優位に据えられるゆえに錯誤無効の主張が阻却される。しかし、「正当性」という言葉はあまりにも漠然としており、法律として制定された以上、憲法に違反しない限り、すべての法律が「正当性」を有するといわざるを得ない。意思表示に付加された法律効果が、如何なる場合において表意者による錯誤無効の主張を「正当」に阻却することができるかが、「正当性」という問題の所在である。これを解明するためには、法律行為の基本理念から語らなければならない。

(1) 法律行為は、当事者が自由な意思により形成した権利義務関係の内容を、法律効果を持つものとして承認しかつ法的に助力するものである。ところで、法律が当事者によって自治的に形成された法律関係にさらなる法律効果を付加したことが、すでに定められた利益の配分に変動を加え、利益の移転をもたらすことがある。この変動が如何なる程度において私的自治の原則に受容されるかは、法律の適用により移転された利益の大きさと、この利益を相手方に移転しようとする法律の趣旨の強度との比例関係の如何によって左右される。したがって、効果型の法律の錯誤における法律効果の「正当性」の判断は、法律効果の付加がもたらした等価関係の崩壊の程度と法律の趣旨とを相関的に考慮することで行われるべきであろう。

(2) まず、等価関係について、日本法では、給付間の等価関係は法律行為の成立要件とされていない。つまり、等価ではないようにみえる契約が、当事者間における意思表示の合致によって成立する。このように、法律行為の成立のレベルにおいて、給付が等価であるか否かの判断を当事者に任せ、法律がそれを審査しないという立法上の選択は意思自治の尊重を体现するものであろう。しかし、効果型の法律の錯誤の場合、とくに強行法規が法

法律効果を付加した場合には、法律行為の最終的な法律効果が当事者の意思によらずに発生し、それゆえに、当事者は必然的に意思表示によって等価性を調整する機会を失うことになる⁴⁰⁵。

このように、等価関係の崩壊という観点から考えれば、第一に、契約の補充的解釈または修正的解釈による法律効果についての錯誤は許されないことになる。なぜなら、裁判官がすでに法律行為の解釈を行った過程において取引慣行や信義則などに基づいて等価関係を調整したからである。例えば、契約書において賃貸人が賃借人に対して「法定割増金付

⁴⁰⁵ 当事者の意思表示に任意法規が適用される場合には、任意法規より、補充的契約解釈のほうを優先的に適用すべきであると争うことにより、裁判官に等価性の調整を図ってもらう可能性がある。しかしながら、日本法では、当事者が契約において合意していなかった事項について任意法規が存在する限り、契約は任意法規によって補充されると考えるが通説である（四宮和夫＝能見善久、前掲注（23）189頁、佐久間毅『民法の基礎1総則』（有斐閣、2009年）73頁）。それゆえ、任意法規が適用されうる場合において、補充的契約解釈による等価性の調整を求めることは難しい（ドイツ法を援用して、補充的契約解釈を任意法規より優先させる例外的な場合が存在することを認めるものとしては、石川博康、前掲注（267）『「契約の本性」の法理論』19-20頁参照。そこで、「任意法規がその適用上の優先性を保持するためには、その内容の公正さが法実践において実質的に承認されていることも必要となるのである」と述べられている）。

ドイツ法では、判例は、任意法規の優先適用を原則としているが（RGZ 131, 343）、場合によっては補充的契約解釈を優先的に適用することもある（BGHZ 40, 91）。また、学説において、場合を分けたうえで、そちらが優先するかを決めるべきであるとする説が有力に唱えられている（Bucher, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, Festschrift für Henri Deschenaux zum 70. Geburtstag, Friburg 1977, S. 269.; Hübner, Allgemeiner Teil des BGB, Berlin 1985, Rn. 1030.）。例えば、Bucherの見解によれば、ある任意法規に「制度的内容（Ordnungsgehalt）」が含まれる場合には任意法規が優先的に適用され、それに対し、ある任意法規が「推測上の当事者意思（hypothetischer Parteiwille）」にすぎないと思われる場合には補充的契約解釈が優先的に適用される。

このように、裁判官が法律行為の解釈の段階で補充的契約解釈を行うことにより、信義則に基づく等価性の調整を図ったのであれば、錯誤の段階で文句をいうことはできない。逆に、もし裁判官が法律行為の解釈の段階で任意法規と補充的契約解釈との競争関係を無視し、等価性の調整をスキップしたのであれば、スキップされた判断要素を、錯誤の段階でふたたび考慮されなければならない。例えば、連帯債務者の債務免除に関する〔J11〕において、債権者Xは、連帯債務者の一人であるAに対し「残額を打ち切る」という意思表示をした。もし当裁判所が、「残額を打ち切る」の意思表示は、債務は債務として残しながら、Aに対してはもはやこれを請求しないという意思を表示したものであると判断し、それは債務の免除を意味しないと解釈したのであれば、問題はないが、もし当裁判所が、「残額を打ち切る」の意思表示を残債務免除の意思表示であると解したのであれば、錯誤の段階で、等価性の問題（本件では、債務免除の一方的出捐性）をふたたび考慮されなければならない。

き」で賃料を請求することができると定められていたにもかかわらず、裁判所は、当該約定がインフレを備えるための一時的な措置であり、かつ賃貸人が長年当該割増金を請求していないことなどの諸事情を考慮して、当該割増金はもはや賃料に含まれないと解釈した場合には、賃貸人は、当該契約解釈について錯誤があったことを理由に錯誤に基づく賃貸借契約の取消しを主張することができない（〔D30〕参照）。第二に、一方的出捐を伴う単独行為の場合における効果型の法律の錯誤は認められやすい。典型例は、自己の相続分を他人に譲るために相続を放棄した場合の効果型の法律の錯誤である（〔D 26〕〔D 27〕〔D 28〕参照）。ただし、相続人が遺産の集中や相続税の節約を図るための相続放棄は別である。ここでは、租税法の趣旨を考慮に入れて判断する必要がある。

（3）法律の趣旨については、法律が何のために作られているか、また、そこに当事者間の利益配分の再調整が強く含意されているかが決定的である。法律の趣旨に応じて以下のような分類ができよう⁴⁰⁶。

第一は、公平の内実を持たず、単に法律行為の無効を避けるために、あるいは、法律行為の後始末を処理するために存在する法律である（以下では、「穴埋め型」と呼ぶ）。例えば、期間の起算点に関する法律がそれである。もっとも、期間の起算点について当事者の意思が推測されうる限り、法律行為の補充的解釈が任意法規より優先的に適用され、錯誤の問題にならない。しかし、補充的解釈が制限され、それゆえに強行法規として現れてくる「穴埋め型」の法規が存在する⁴⁰⁷。例えば、相続放棄の効果に関する法律、または、所有者抵当権者が順位を放棄した場合に次順位が昇進することを規定する法律がそれに属する（〔D22〕判決）。このような法律には公平の内実がないため、その法律効果についての錯誤は救済されうる。

第二は、公平の見地に立って、当事者がこのように法律行為の内容を定めるであろうと推測して制定された法律である（以下では、「推測型」と呼ぶ）。例えば、使用貸借契約では、賃主に「正当の事由」がなくても、借主に対して何時でも引渡請求をすることができる法律はそれにあたる。しかし、このような法律は、あくまで一般の取引状況を基

⁴⁰⁶ J. マイヤー説が、法律効果の錯誤の判断にあたって、法律効果を付加した法律の趣旨を考慮する必要があることを指摘しているが、それがすべて個別判断に委ねられており、法律の趣旨に応じて法律を分類することによって錯誤の問題に分析のツールを提示する以下の内容は、本稿オリジナルの見解である。

⁴⁰⁷ 登記など一定の「制度」や「手続」は法律行為そのものではなく、これに関する規定は、厳密な意味では強行法規と異なることを指摘したものとして、星野英一、前掲注（378）『民法概論 I 序論・総則』183頁以下参照。

にした推測に過ぎない。仮に、具体的な事案において、たとえ一般人が借主として当該取引状況に身を置いたとしても、借家法の保護がなくなり、何時でも明渡請求に応じなければなくなるということを知っていたとすれば、いくら無償であってもこのような契約の締結をしなかったであろうということが経験則上明かである場合には、錯誤の救済がありうる（〔J10〕判決）。

第三は、取引当事者以外の第三者を保護することを目的とする法律である（以下では、「第三者保護型」と呼ぶ）。このような法律はその趣旨が多様であり、個別に判断しなければならない。例えば、会社の債権者を保護する法律についての錯誤は救済されない（〔J12〕〔J13〕〔D19〕判決）。債務者の全財産を引き受けた人に法定債務参加義務を負わせた BGB 419 条も同様である（〔D4〕判決）。しかし、連帯債務者の一人に対してなした債務の免除はその債務者の負担部分について他の債務者の利益のためにも効力を生ずると定めた民法 437 条についての錯誤は、債務免除の一方的出捐性への配慮からで救済される可能性がある（〔J11〕判決）。

第四は、取引の相手方を保護することを目的とする法律である（以下では、「弱者保護型」と呼ぶ）。このような法律の中には、経済的弱者の保護をするために当事者間の利益配分の再調整が含意されることが多く、これらの法律効果についての錯誤は一般には救済されない。利息制限法、流質契約禁止が典型的であるが、物の瑕疵担保責任については議論の余地がある。

第五に、租税法や軍事法など、社会一般の秩序を維持することを目的とする法律がある（以下では、「社会秩序型」と呼ぶ）。これらの法律の趣旨は普通は強いものであると言えるが（〔J2〕〔D35〕判決）、法律の趣旨を具体的に考え、もし表意者がそれほど強くない法律について錯誤した場合に、とくに法律行為が一方的出捐をも伴う場合には、錯誤に基づき無効を認める可能性は否定できない（〔J1〕判決）。

（4）総じていえば、効果型の錯誤は、表意者の意思とそれに法律効果を付加した法律の「正当性」との間の調整に問題性があるものであるが、私的自治の領域において、表意者の意思にとってすべての法律が「正当性」を有するというわけではない。「正当性」の判断は、法律効果の付加によって引き起こされた等価関係の崩壊の程度と、法律に含意される当事者間の利益調整または移転の趣旨の強さとの相関関係による。法律効果を付加した法律が任意法規であるか強行法規であるかは有用な手がかりにはなるが、決め手ではない。

第4節 法律の錯誤についての論点整理と展望——むすびに代えて

本節では、ローマ法、ドイツ法および日本法に対する比較法的研究、およびそれを基礎にした試論の提示を踏まえて、第1章で提起した三つの問題に解答を与える形で比較法研究の結論をまとめ（第1款）、そして、本稿のむすびとして、本稿の意義および残された課題を明らかにする（第2款）。

第1款 比較法研究の結論

第1章では、以下のことを検討した。民法95条の起草者は法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない方針を決めたが、その時点では、瑕疵担保責任に関する売主の錯誤や利息制限法上の制限率に関する貸主の錯誤など「合意の効力」の錯誤が看過されていた。実際の裁判例においては、一方で、錯誤が法的効果に関わること（〔J3〕判決）、錯誤の対象が強行法規であること（〔J4〕判決）、法律の趣旨が錯誤の主張を許さないこと（〔J5〕判決）などを明言して錯誤の主張を拒否する下級審裁判例があり、他方で、動機の錯誤についての判例の公式を援用し税金の錯誤を扱った二つの最高裁判例（〔J1〕〔J2〕）があり、しかもこの二つの最高裁判例には矛盾があって、学説を悩ませている。

この議論状況に直面して、本稿は法律の錯誤を課題としつつ、具体的な三つの問題を提起した。第一に、法律の錯誤を特別視する理由およびその妥当範囲、第二に、錯誤の対象となった法律の趣旨を考慮する必要のある場面の位置づけ、第三は、特別視されるべき法律の錯誤の判断基準である。

本章における比較法的研究およびそれに基づいた試論の提示を踏まえて、これらの問題に答えることとする。

1、効果型と前提型

法律の錯誤には、効果型と前提型とがある。効果型、すなわち法律が表意者の意思表示に法律効果を付加した場合、それについての錯誤を判断するにあたっては、法律の趣旨を考えなければならない。それは、究極には、誰であっても法律の錯誤を理由にして法の適用を妨げてはならないという根本原則に基づいている。この効果型に限って、法律の錯誤は特別視されるべきであり、そこにおいて法律の錯誤の現代的意義が見出せる。それに対し、前提型、すなわち債務の不存在または権利の存在について誤った認識に陥り、存在しない債務を弁済したり存在している権利を放棄した場合には、法律が意思表示に法律効果を付加するという特徴がなく、法律の錯誤であるという理由から錯誤の主張を妨げるもの

ではない。

富井委員は、まさに前提型の錯誤を念頭に置いて法律の錯誤と事実の錯誤とを区別しない方針を決定したのであり、しかもこの方針の背後には BGB 第一草案の影響があったことは第 1 章で指摘したとおりである。したがって、この方針をすべての場合に広げてはならず、効果型の事案の裁判例に目を向ける必要がある一方、BGB 施行後のドイツの学説および判例の発展にも注意する必要がある。本章第 2 節における裁判例の比較法研究の結論からいえば、前提型の場合は、法律の錯誤を特別視する裁判例がなく、効果型の場合は、錯誤を肯定する裁判例がないではないが、否定の裁判例が圧倒的多数。しかもそこには、法律効果を付加した法律の趣旨や特質を、錯誤に基づく無効または取消しを否定する判断要素として考慮する傾向が見受けられる。この点では、日本とドイツとは同様の傾向にあるといえるし、具体的な場面において、「法の不知は、取得しようとする者に利益とならないが、自己のものを返還請求する者に害とならない」(Papinianus, D. 22, 6, 7) というパピニアヌスの法思想にも合致する。

2、内容の錯誤の拡張および縮小

法律の錯誤が特別視される場面である効果型においては、表意者の法律行為が自治的な内容のみならず、法律効果をも引き起こしたため、その法律効果を、内容の錯誤と動機の錯誤からなる民法 95 条の構造において如何に位置づけるかは難問である。

ドイツの判例 ([D22] をはじめとする一連の判決) では、法律効果の錯誤は、追求性(法律効果への積極的な追求)と実質性(法律行為における法律効果の主従関係)からなる基準で判断されている。つまり、それらの要件が備わる法律効果の錯誤は内容の錯誤に帰属し、残りの部分は動機の錯誤とされる。しかし、裁判例においては、実質性の判断の中に法律の趣旨や特質への考慮が混在しており、また、学説においては、法律効果の錯誤の判断において動機の錯誤が道具概念とされていることが早い段階で指摘されていた。

本稿は、ドイツにおける法律効果の錯誤についての議論を参考にしつつ、効果型の法律の錯誤について以下のように提言することとする。すなわち、表意者が法律効果について積極的に効果意思を持っていた限り、一応それを内容の錯誤とみるが、法律の「正当性」の面から、錯誤無効または取消しの主張を制限する。この作業において、当該法律の趣旨がどのようなものであるか、そして、それが私的自治制度の一環である錯誤制度の適用を排除するほどに十分正当なものであるかを判断しなければならない。このような考え方を採らなければ、法律効果について表示や相手方の認識可能性がなくても錯誤に基づく無効または取消しを認める裁判例と、法律効果について明示ないし合意があったとしても錯誤に基づく無効または取消しを認めない裁判例とを整合的に説明することはできない。

3、表意者の意思と法律の「正当性」

上述のように、効果型の法律の錯誤は、まずは表意者が法律効果について積極的に一定の内心的効果意思を持っていたかによって、次にその効果意思と異なる法律効果を付加した法律が十分に正当であるかによって判断される。ところで、法律効果の付加が当事者間における利益配分の変動を意味し、その変動が正当である否かは、法律効果の付加により移転された利益の大きさと、この利益を相手方に移転しようとする法律の趣旨の強さとを相関的に考慮することによって決まる。この観点からは、第 1 章において挙げた「相互矛盾」した二つの最高裁判決、すなわち平成元年最判（〔J1〕判決）と昭和 37 年最判（〔J2〕判決）を以下のように理解することができよう。

まず、〔J1〕判決においては、分与財産について表意者（夫）に譲渡所得税が課されることは、相手方（妻）が当該財産を他人に譲渡する場合に同一の含み益（キャピタルゲイン）について譲渡所得税を払わなくてもよいことを意味する。例えば、夫は 1 億円で不動産を入手したが、財産分与時には当該不動産が時価 5 億円に値上がりしたとする。つまり、含み益が 4 億円となる。もし財産分与が「譲渡」とみなされ、夫がこの 4 億円について譲渡所得税を払わなければならないとすれば、妻が財産分与により受けた当該不動産を 6 億円で他人に売却した場合に、1 億円（6 億円－5 億円）についてのみ譲渡所得税を払う義務があり、前述の 4 億円（5 億円－1 億円）について譲渡所得税を払う必要がない。逆に、もし財産分与が「譲渡」ではないとされ、夫が 4 億円について譲渡所得税を払わないとすれば、妻は合わせて 5 億円（6 億円－1 億円）について譲渡所得税を払う必要がある。それゆえ、財産の含み益が財産分与によって所有者から離れた場合にも譲渡所得税が課されるとする判例法理により利益の移転が生じたことは明らかであり⁴⁰⁸、しかも本件においては移転された利益が 2 億円にも上った。巨大な利益に対し、この利益を移転させた判例法理は、単に、財産分与を「譲渡」、すなわち資産の含み益が所有者の支配を離れて実現される瞬間と捉えてキャピタルゲインを清算して課税しようとするものにとどまり、公平の内実が乏しい⁴⁰⁹。この観点からみれば、この判例法理は、表意者の意思を犠牲にしてまで貫徹される価値はないように思われる。

⁴⁰⁸ 最判昭和 50 年 5 月 27 日民集 29 卷 5 号 641 頁。

⁴⁰⁹ 譲渡所得税の趣旨は、本来、値上がりした資産が所有者の支配を離れて実現されるときに清算して課税することにあるが、贈与、遺贈または財産分与の場合において資産の含み益が実現されているかについては、そもそも論議がある（金子宏「所得税とキャピタルゲイン」『課税単位及び譲渡所得の研究』89 頁、102 頁以下参照）。贈与、遺贈に関しては明文規定が設けられているが、財産分与に関しては明文がなく、本件係争中の譲渡所得税納付義務は前掲最高裁判例による法解釈の結果である。

次に、〔J2〕判決においては、租税法律主義の適用によって実現できなかった譲渡所得税の減額は7千円程度（譲渡価格は30万円）にとどまったのに対し、租税法律主義は、納税者間の税負担の平等を図る目的で、国税務署が納税者との話し合いで徴税することを禁止するものである。この観点からみれば、本件は、表意者において、国民に平等に適用されるべき税率を税務署との個別相談で変更し、それが実現できなかった場合には錯誤無効を主張することによって税負担を回避しようとする行為に対して錯誤法が助力しなかった事案であると考えればよい。

4、小括

以上のように、法律構成において相互矛盾しているように見える〔J1〕（動機表示構成）〔J2〕（動機内容化構成）判決については、効果型の法律の錯誤という視点から矛盾なく説明することができる。もっとも、効果型の法律の錯誤は、動機の錯誤の枠内で処理される前提型の法律の錯誤とは異なり、そもそも内容の錯誤を基軸にしたものであるゆえ、動機の錯誤の公式が当てはまらないのも、ある意味では当然である。ひいては、効果型の錯誤と前提型の錯誤とを混同し、全く異なる錯誤類型に動機の錯誤一般を扱うための基準を当てはめようとする戦後の錯誤論こそが、学説および裁判例において混乱を招いた原因であろう。

第2款 本稿の意義および残された課題

1、本稿の意義

本稿は、前提型と効果型との区別を基本的な分析視点にして、それぞれにおける判断枠組みを明らかにした。前提型については、非債を弁済するための契約における法律の錯誤およびそれに対する救済を、公平あるいは不当利得の見地から理解するサヴィニーおよびミューレンブルフの見解を検討し、これを判例および近時の裁判例の動向を観察する新しい視点として提示した。効果型については、表意者の意思と法律効果の「正当性」との緊張関係が問題となることを指摘し、これを特別視すべきものであると主張した。このように、動機の錯誤からは前提型を、内容の錯誤からは効果型を、独自の判断基準を有する特別な錯誤類型として分離した。この作業は、錯誤の問題を一元的に扱うことが不可能であり、多元的に考えなければならないことを示唆するであろう。したがって、錯誤の一般論においては、多元論の方向へさらに一步を進めたことに本稿の意義があるものとする。

2、残された課題

法律の錯誤について、本稿は、主として、ドイツ法上の法律効果の錯誤という非常に狭い概念を参考としつつ、日本の裁判例から効果型の法律の錯誤類型を取り出し、そこから法律の錯誤の現代的意義を探究してきた。ところで、本稿で論じた効果型の法律の錯誤は、ドイツ法上の法律効果の錯誤より有用な概念となるものと考ええる。すなわち、論理的には、効果型の錯誤の中に、意思表示のうえに法律効果をプラスした（結びつけた）場合がある一方、法律効果をマイナスした（差し引いた）、つまり意思表示の内容を削減した、錯誤による法律行為の一部無効の場合も存在する。

ドイツ法では、錯誤による法律行為の一部無効が、（法律効果の錯誤の問題として）BGB 119 条ではなく、（一部無効の問題として）BGB139 条のもとで処理されているため、法律効果の錯誤の適用領域が限定されている。

ところで、かりに、プラスの場合（例えば、[J10] 判決におけるように、賃借人が賃貸借契約を使用貸借に更改することにより、賃貸人に「正当の事由」がなくてもいつでもその引渡請求に応じなければならないという法律効果が結びつけられた場合）と、マイナスの場合（例えば、[J4] 判決におけるように、契約において約定された賃料額が地代家賃統制令という強行法規の適用によって統制額まで減殺した場合）との間に大きな相違がないというならば、本稿が明らかにした効果型の法律の錯誤の判断基準は、錯誤による一部無効の場合にも適用されるはずであろう。この仮説が正しければ、効果型の法律の錯誤は、錯誤による一部無効の場合をも包含する概念として発展する余地がある。少なくとも、一部無効の問題を考えると、効果型の法律の錯誤は新しい視点を提示するものであろう。この仮説を検証するには、一部無効の立法過程および広汎に裁判例を検討する必要がある、今後の課題にしたい。