

わが国における錯誤法の生成

中 谷 崇

第一節 問題の所在

本稿では、わが国の錯誤規定がどのように成り立ったかを旧民法の錯誤規定と比較しつつ検討を行う。旧民法の錯誤規定と現代語化前の現行民法（以下、「明治民法」とする）の錯誤規定の比較検討については優れた先行研究がある¹。しかし、従来の研究には次のような問題がある。第一に、検討の対象が主として要件論、即ち要素の錯誤と動機の錯誤の取り扱いに関するものであったことである。しかし筆者は、旧民法の錯誤規定と現行錯誤規定との関連性を明らかにするに当たり、要件論からのアプローチよりも効果論からのアプローチの方が重要な意味を持つと考えている。第二に、資料の検証が不十分であることである。即ち、従来の研究は、立法資料の検証にあたり錯誤規定（95条）のみを対象としていたが、これだけでは明治民法起草者の意図を明確にし得ない部分が多かった。また、起草者の意思を明らかにするために、立法後の刊行された資料を補完的に用いることがあった。これは、主として起草過程に関する資料から起草者の意思が明確に看取されないことを理由とするようだが、こうしたアプローチは、ややともすると各学説が起草者の意思を自説を補強するかのよう理解する側面を有していた。

そこで、本稿では、可能な限り起草過程に関する資料を用いることとし、また錯誤規定の議論のみならずそこに関わる議論を広く検討することで、起草者

1 代表的なものとして、小林一俊「錯誤法の沿革と指針—日本民法における錯誤法の系譜と関連問題点」『錯誤法の研究（増補版）』（酒井書店、1997年）（初出：亜細亜法学7巻2号、8巻1号（1972年、1973年））（以下、「小林・沿革」とする）、中松纒子「錯誤」星野英一編集代表『民法講座 第一巻 民法総則』（有斐閣、1984年）（以下、「中松・錯誤」とする）、森田宏樹「民法九五条（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Ⅱ個別的観察（1）総則編・物権編』（有斐閣、1998年）（以下、「森田・九五条」とする）がある。

の意図を資料に基づいて客観的に浮かび上がらせることを試みるものである。

第二節 前稿の課題

筆者は拙稿「双方錯誤の歴史的考察(1)～(4・完)」において、共通錯誤がドイツ法においてどのように扱われているかを検討した。そこでの出発点は、わが国では共通錯誤が問題となる事例において、一般に95条が適用されるという解決方法が採用されている(判例・多数説)が、このような解決が必ずしも妥当とはいえない、というものであった。これについて、わが国の錯誤規定が主として範を採ったドイツ法ではどのような解決が図られているかを検討した。

現在ドイツでは共通(動機)錯誤の問題は行為基礎論で処理されており、立法化もされている。しかし、従来わが国では、主として次のような理由から、この理論の導入に否定的な学説が主流であった。即ち、①ドイツにおける行為基礎論は、原則として法的に顧慮されない動機錯誤を錯誤とは別の構成で法的に顧慮するために発展してきたものであり、②意思欠缺錯誤と動機錯誤を区別しない一元的・表示主義的錯誤論に立つならば、動機の錯誤も95条で処理できるため、わが国ではこの理論は不要である、とするものである²。

確かに、この見解の①の部分はドイツの法状況に関してはその限りで正しいが、行為基礎論はそれだけの理由で生じたのではない。行為基礎論はエルトマン(Oertmann, 1835—1938)が創始した理論であるが、その端緒は共通の性状錯誤である。しかし、ドイツ民法には性状錯誤についての規定があり(ドイツ民法119条2項)、共通の性状錯誤もドイツ民法119条2項の要件を満たす限りで、法的に顧慮されるのである³。にもかかわらずエルトマンが共通の性状錯誤を一方の性状錯誤とは区別して考慮したのは、少なくとも、その法律効果にある。即ち、エルトマンは、法政策的考慮から共通の性状錯誤の効果を契約

2 たとえば、村上教授は、ドイツ法が、意思欠缺と動機錯誤を峻別するという意思教説の呪縛を免れていないため、動機錯誤を錯誤論とは別の構成によって拾い上げることが不可欠となっていることを行為基礎論が登場した背景とみる(村上淳一「和解と錯誤—学説史的研究—」契約法大系刊行委員会編『契約法大系V(特殊の契約1)』有斐閣(1963年)196頁, 197頁)。他にも、須田晟雄「『要素の錯誤』(Ⅷ・完)一判例の分析を中心として—」法学研究第13巻第2号(1977年)370頁, 371頁。五十嵐清「事情変更の原則と行為基礎論」『ジュリスト増刊 民法の争点Ⅱ(債権総論・債権各論)』(有斐閣, 1985年)96頁。

の解除とするのである³。従って、エルトマンによれば、この問題を錯誤規定で解決することは相応しくないのである。そして、もう一つ重要なことはその際、無効という法律効果を否定していることである。無効という法律効果は、当事者が共通の性状錯誤があったにもかかわらず、取引維持を望む機会を奪うことになるというのがその理由である。つまり、エルトマンは、共通の性状錯誤は、錯誤規定で処理できるにもかかわらず、法律効果を考慮して、錯誤とは別の構成で解決することが適切だと考えたのである。従って、上述の①主張は適切ではない⁵。

また、一元的・表示主義的な錯誤論によれば、動機の錯誤と表示錯誤を区別する必要がないため、わが国では共通の動機錯誤も95条によって処理できるという主張にも問題がある。即ち、一方錯誤において表示錯誤と動機錯誤を統一的に把握できるとしても、それがそのまま共通錯誤の場合に当てはまるわけではないのである。わが国では共通の表示錯誤ともいべき *falsa demonstratio non nocet* の場合には、判例⁶・学説ともに95条の適用を認めるものがほとんどない点がそれを裏付けている。

以上のような点から見ても、わが国において行為基礎論の導入に否定的な見解には左程説得力がないように思われる。そこで筆者は、錯誤法との関連でわが国への行為基礎論の導入可能性を模索する。本稿は、この課題を論じるための基礎的作業でもある。

3 もっとも、エルトマンは、ドイツ民法119条2項の要件を満たさない共通の性状錯誤の場合にも、それが契約の基礎になっている場合には、行為基礎論による解決を認めている (Oertmann, *Kommnetar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen*, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1927, S. 400.)。

4 取消者に信頼利益の賠償を課すか否かという問題もあるが、エルトマンは、これを、論理的な理由から、否定している。拙稿「双方錯誤の歴史的考察(4・完) — ドイツ法の分析 —」横浜国際経済法学第18巻第1号(2009年)VI。(1)参照。

5 もっとも、須田教授は、行為基礎論を適用すれば、共通錯誤の場合に調整的な解決を導くことができ、当事者の利益状況に適用があることを認めているが、行為基礎論を採用せず、法律行為の解釈と錯誤規定の併用という解決方法を提唱している(須田・前掲371頁以下)。

6 たとえば、大阪高判昭和45年3月27日判例タイムズ248号139頁、大判昭和10年3月12日法律新聞3819号16頁など。

第三節 検討方法

検討の順序として、明治民法の錯誤規定がどのように成立したかを検討する前に、まずは旧民法の錯誤規定を検討する。それは次の理由による。第一に、現行民法の起草に当たった法典調査会の目的が旧民法の「修補改正」にある点を考慮すれば⁷、現行錯誤規定の当初の意味を明らかにするためには旧民法の錯誤規定の検討は必要な作業である。第二に、現行錯誤規定と旧民法の錯誤規定の間に一定の連続性を認める学説が存在するが⁸、その当否を検討するためにも旧民法の錯誤規定の意味を明らかにする作業は必須と考えるからである。

第四節 旧民法における錯誤規定

第一款 概 説

旧民法は、財産編（1条—572条）・財産取得編（1条—435条）・債権担保編（1条—298条）・証拠編（1条—164条）・人事編（1条—294条）から成り、財産編・財産取得編の一部（1条—285条）・債権担保編・証拠編は1890年3月27日に、そして財産取得編の残部（286条—435条）および人事編は同年10月6日に公布された。このように旧民法は、フランス民法と同じくローマ式編成方法を採用している⁹。これは旧民法がフランス人法学者ボワソナード（Boissonade, 1825-1910）の草案を基礎にして成立したものであり¹⁰、且つフランス民法典に範をとって編纂されたためである¹¹。

7 福島正夫編『穂積陳重立法関係文書の研究 日本立法資料全集別巻1』（信山社、1989年）第一部福島正夫編『明治民法の制定と穂積文書—「法典調査会 穂積陳重博士関係文書の解説・目録および資料」—』（1956年、民法成立過程研究会発行、有斐閣製作）120頁。「法典調査ノ方針」の第一条として次のように定められている。「既成ノ法典ニ就キ各条項ヲ査覈シ必要ノ修補改正ヲ施スヲ以テ調査ノ目的トス（以下略）」（旧漢字は新漢字に改めた。）

8 小林・沿革177頁、中松・錯誤388頁、森田・九五条150頁、山岡真治「錯誤論の再検討—フランス法を手がかりとして—」神戸法学雑誌51巻3号（2001年）46頁、大村敦志『民法読解総則編』（有斐閣、2009年）328頁、竹中悟人「契約の成立とコース（8・完）」法学協会雑誌127巻7号（2010年）882頁以下など。

9 ローマ式編成方法とは「人が絶対的権利である所有権をどのように把握するかということを法体系化したもの」と説明される（水本浩／平井一雄編『日本民法学史・通史』（信山社、1997年）69頁（岸上晴志執筆））。

第二款 旧民法における錯誤規定の位置づけ

旧民法の錯誤規定は、ボワソナードが起草した財産編総則「財産及ヒ物ノ區別」第二部「人権及ヒ義務」第一章「義務ノ原因」第一節「合意」第二款「合意ノ成立及ヒ有効ノ条件」（第304条～326条）のもとに第309条～311条において規定されていた。なお、旧民法で用いられている用語は必ずしも現在のものと対応していないため、用語の意味を明確にするためにフランス語の公定訳¹²に基づいて適宜フランス語を並置する。

1. 合意の成立要件と有効要件

旧民法では現行民法とは異なり、法典全体にまたがる総則編は存在せず、また「法律行為」という概念も採用されていない。従って、錯誤規定は、合意（convention）の成立の条件および合意の有効要件に関係するものとして位置付けられており、合意の成立要件（財産編第304条）ないし効力要件（財産編第305条）を欠く場合の一つとして整序されていた¹³。ここではまずこの二つの規定について検討しよう。

旧民法財産編第304条¹⁴

〔1〕 凡ソ合意ノ成立スル為メニハ左ノ三箇ノ条件ヲ具備スルヲ必要トス

第一 当事者又ハ代人ノ承諾

第二 確定ニシテ各人カ処分権ヲ有スル目的

第三 眞実且合法ノ原因

〔2〕 右ノ外尚ホ要式ノ合意ハ必要ノ方式ヲ遵守シ要物ノ合意ハ返還セラル可

10 但し、身分法に関する部分については、日本の慣行への配慮から、日本人が起草している（水本／平井・前掲64頁（岸上晴志執筆））。

11 前田達明編『資料民法典』（成文堂、2004年）942頁（前田達明／原田剛執筆）。

12 Code civil de l'empire du japon accompagné d'un exposé des motifs, tome premier, texte livre des biens, -de l'Acquisition des biens (Chapitres I^{er} à XII^e) -des Garanties des créances, -des preuves, Promulgués le 27^e jour du 3^e mois de la XXIII^e année de Meiji, 1891, traduction officielle, 1891. 本稿では『[仏語公定訳] 日本帝国民法典並びに立法理由書 第一巻 条文 [復刻版]』（信山社、1993年）を用いた（以下、「exposé I」とする）。

13 小林・沿革151頁。

14 引用した条文における括弧内の数字は筆者が便宜上つけたものである。以下、同じものとする。

キ物ノ引渡ヲ為シタルニ非サレハ成立セス」

錯誤との関連で重要なのは第1項である。この規定から分かることは、旧民法では合意 (convention) が成立する要件として、当事者 (又は代理人) の承諾 (consentement), 目的 (objet), 原因 (cause) が必要であるという点である。

(1) 本条における合意 (convention) とは、ある権利 (物権も債権も含む) の創設, 移転, 変更, 消滅を目的とする二人以上の当事者の意思の合致だと定義されている (旧民法財産編第296条¹⁵)。これに対して、「承諾 (consentement)」とは、申込の意思表示に対応する意味での承諾ではなく、合意 (convention) に加わる当事者全員の意思の合致であると定義されている (旧民法財産編第306条1項¹⁶)。ここで、承諾 (consentement) と合意 (convention) の違いが問題となる。ボワソナードによれば、承諾 (consentement) は、合意の成立 (l'existence de la convention) にとって極めて本質的であるので、合意 (convention) の定義はほぼ承諾 (consentement) の定義と同じである、と説明されている¹⁷。

(2) 本条における目的 (objet) とは、物的権利 (droit réel) であれ人的権利

15 旧民法財産編第296条

「(1) 合意トハ物権ト人権トヲ問ハス或ル権利ヲ創設シ若クハ移転シ又ハ之ヲ変更シ若クハ消滅セシムルヲ目的トスル二人又ハ数人ノ意思ノ合致ヲ謂フ

(2) 合意カ人権ノ創設ヲ主タル目的トスルトキハ之ヲ契約ト名ツク」

なお、本条における「人権 (droit personnel)」とは債権と同じ意味である (旧民法財産編第293条1項 (人権即チ債権ハ常ニ義務ト対当ス))

なお、現在でも convention とは、債務関係の発生, 消滅, 変更を目的とする複数者の意思の合致に基づくものだと説明される (山口俊夫『フランス債権法』(東京大学出版会, 1986年) 11頁, 2頁, 23頁-24頁)。現在では「約定」という用語があてられることもある。

16 旧民法財産編第306条

「(1) 承諾トハ利害関係人トシテ合意ニ加ハル総当事者ノ意思ノ合致ヲ謂フ

(2) 当事者中ノ一人カ承諾セサルトキハ他ノ当事者カ承諾シタルモ合意ハ成立セス但此ニ異ナル意思ノ存セシ証拠アルトキハ此限ニ在ラス」

現在では合意と訳されるのが一般的なようである (山口俊夫編『フランス法辞典』(東京大学出版, 2002年))。

(droit personnel) であれ、権利の創設、移転、変更、消滅に他ならない。たとえば、創設すべき義務（合意の目的）や何かを為すことないし何らかの物を与えること（義務ないし債権の目的）である¹⁸。また、本条における原因（cause）とは、当事者双方が承諾をすること（consentir）を決定した決定的な理由であり、同人らが達することを欲した目的（but）である¹⁹。

旧民法財産編第305条

「合意ノ成立ニ必要ナル条件ノ外尚ホ其有効ナル為メニハ左ニ掲クル二箇ノ条件ヲ具備スルヲ必要トス

第一 承諾ノ瑕疵ヲ成ス可キ錯誤又ハ強暴ノ無キコト

第二 当事者ノ能力アルコト又ハ有効ニ代理セラレタルコト」

本条では、合意（convention）が成立しても、合意が有効（validité）であるために、承諾（consentement）の瑕疵になるような錯誤や強暴（violence）がないことを要件としている。

第三款 錯誤規定の検討

既に述べたように旧民法の錯誤規定は財産編第309条から311条の三か条から成っていた。これについて主としてボワソナードの見解²⁰を参照しながら、個別にその意味を明らかにしていこう。

1. 旧民法財産編第309条

まず、財産編第309条では、承諾（consentement）を阻却する錯誤として、「合意ノ性質、目的又ハ原因」の錯誤（1項）、決意の原因である身上の錯誤（3項）が、取消を可能にする錯誤として、合意の付随原因である身上の錯誤（4項）が規定されている。また、縁由の錯誤は原則として無効の原因にならないことが規定されている（2項本文）。

17 Boissonade, *Projet de Code Civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire*, nouvelle éd., t.2, livre II, des biens des droits personnels, 1891, N°42, p. 68 (以下、「projet」とする)。

18 projet, N°43, pp. 68-69.

19 projet, N°45, p. 71.

旧民法財産編第309条

- 〔(1) 当事者ノ錯誤ニテ合意ノ性質, 目的又ハ原因ノ着眼ニ相違アリシトキハ其錯誤ハ承諾ヲ阻却ス
- (2) 合意ノ縁由ノ錯誤ハ其錯誤ノミニテハ無効ノ原因ヲ成サス但当事者ノ一方ノ詐欺ニ関シテ定ムルモノハ此限ニ在ラス
- (3) 当事者ノ身上ノ錯誤ハ其身上ニ付テノ着眼カ決意ノ原因タリシトキハ其錯誤ハ承諾ヲ阻却ス
- (4) 身上ノ錯誤カ合意ノ附随ノ原因タルニ過キサルトキハ其合意ハ身上ノ錯誤ノ為メ単ニ取消スコトヲ得ヘキモノナリ〕

(L'erreur exclut le consentement, lorsque, par suite d'une erreur, les parties n'ont pas vue la m e me convention, le m e me objet ou la meme cause.

L'erreur sur le motif de la convention n'est jamais, par elle- meme, une cause de nullité; sauf ce qui sera dit à l'égard du dol pratiqué par l'une des parties.

L'erreur sur la personne du co-contractant exclut le consentement, lorsque la consideration de la personne a été la cause déterminante de la convention.

La convention est seulement annulable pour erreur sur la personne, si la considération de celle-ci n'a été qu'une cause secondaire de la convention.)

20 これについてはprojetおよびCode civil de l'empire du japon accompagné d'un exposé des motifs, tome second, exposé des motifs du livre des biens, traduction officielle, 1891. 本稿では『〔仏語公定訳〕日本帝国民法典並びに立法理由書 第2巻 財産編・理由書(復刻版)』(信山社, 1993年)を用いた(以下, 「exposé II」とする)。なお, 同書の翻訳書である森順正訳『民法理由書』(本稿では, 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第II期 後期四公布・後史(明治23年-)』(雄松堂, 2001年)に収録されているものを用いた。)も参考にした。また, 森田・九五条およびボワソナードの錯誤論については, 野村豊弘「ボアソナードの契約に関する基礎理論—錯誤を中心に—」『日本民法学の形成と課題 上』(有斐閣, 1996年)を参考にした。

(1) 合意の性質の錯誤 (erreur sur la nature de la convention)

たとえば、一方当事者が申し出た合意は売買であったが、相手方は交換だと考えた場合、一方当事者は賃貸借を申し出たが、相手方は使用貸借(無償契約)だと考える場合、ないし一方当事者は連帯債務を負っていると理解しているが、相手方は保証のように義務を負うと意図したに過ぎない場合である²¹。この場合、各々の当事者が異なる合意 (convention) を考えていたことは明らかであり、同一の感覚 (sentiment)、即ち承諾 (consentement) がない²²。

(2) 合意の目的の錯誤 (erreur sur l'objet de la convention)

たとえば、合意(たとえば売買)の予備的な交渉が複数の物件について順々にそして個別に行われた。最終的に買主が手紙で交渉結果を承諾すること (accepter) を表示したところ、買主は申し込んだ目的物 (objet) の一つを購入するのだと理解していたが、売主は別の目的物 (objet) が問題になっていると考えた場合である²³。この場合、意思の合致 (accord des volontes) がない²⁴。

(3) 合意の原因の錯誤 (erreur sur la cause de la convention)

たとえば、更改において、一方当事者(債務者)が新たな義務を負う契約をする際に、自らが負担していた複数の義務の内の一つから免れると理解していたが、債権者はそれとは別の義務を免れさせるつもりであった場合である²⁵。この場合、同一の原因に対する合致がなく、それ故に承諾 (consentement) がない²⁶。

21 exposé II, p 361. この他に、旧民法について論じる文献では、合意の性質の錯誤につき、甲がある物を売却する意思で乙に引渡したが、乙は誤って遺贈または賃貸借と信じる場合(富井政章『民法論綱 人権之部 上(復刻版)』(新青出版, 2001年) 149頁(原書は、1890年に宝文館より発行されたものである。))、一方当事者は、売買をしたと考えたが、相手方は賃借をしたと考える場合(森順正口述/寺尾亨筆記『日本民法財産編 第二部(人権及義務法講義)』(和仏法律学校, 1893年) 58頁)が挙げられている。

22 exposé II, p 361. projet, N°58, p 89.

23 exposé II, p 361. 富井・前掲は、この錯誤のことを「契約ノ目的物ニ於ケル錯誤」と述べている(150頁)。

24 exposé II, p 361. projet, N°59, p 90.

25 exposé II, p 362. 富井・前掲151頁および森/寺尾・前掲59頁でも同様の説明がされている。

26 exposé II, p 362. projet, N°60, p 91.

(4) 身上の錯誤 (erreur sur la personne)

契約の締結に当たり、相手方を考慮することは、多かれ少なかれ合意 (convention) にとって決定的な役割を果たす。贈与、使用貸借、帰宅、委任、保証契約のような無償契約の場合には、相手方は決定的かつ主要な原因であり、一方が相手方の同一性につき錯誤するならば、承諾 (consentement) を欠き同時に誤った原因のため、合意 (convention) は無効になる。有償契約の場合でも、当事者の一方が特に相手方の個人的な性質ないし職業上の才能を求める場合、相手方を考慮することは決定的である。たとえば、芸術や文学の仕事を完成させるような契約である²⁷。

(5) 縁由の錯誤 (erreur sur le motif de la convention)

たとえば、不動産の売買では、売主にとっては代価ないし代価の権利を得ようとする、買主にとってはその所有権を得ようとするのが合意の原因であり、売主買主それぞれが自らの持つ財産を別の財産に変えようとする個人的理由、それが縁由 (motif) である。ここでは、縁由の錯誤を理由に合意の結果を免れるとすれば、相手方はあずかり知らないフォート (faute) により、損害を被ることになると懸念されている²⁸。

(1)―(4)にいう錯誤は、外形においては見せかけの承諾があるにもかかわらず、真実の承諾を排除するである²⁹。承諾 (consentement) を欠くことは合意の成立を妨げる原因となるので (財産編第304条1項 (凡ソ合意ノ成立スル為メニハ左ノ三箇ノ条件ヲ具備スルヲ必要トスノ第一 当事者又ハ代人ノ承諾)), 承諾を阻却する錯誤とは、合意の不成立を意味する。もっとも、ボワソナードは、合意の不成立と無効 (nullité) を区別していなかったようである³⁰。

27 exposé II, pp 364–365. projet, N°63, pp 93–94. 富井・前掲は、この錯誤の有償契約における例として、一方当事者が、相手方を書画で有名な者であることを主眼としてこの者と契約を締結する場合を挙げている (152頁, 153頁)。森・前掲は、一方当事者が相手方の一身に属する技能を目的として、この者と契約する場合を挙げている (62頁)。

28 exposé II, p 363. projet, N°62, p 92. なお、富井・前掲は、縁由の錯誤として、ある者が、自らが飼っていた乗馬が死亡したとの知らせを受け、代用とする目的で別の乗馬を購入したが、後日、死亡の知らせは誤りであることが明らかになったという場合を挙げる (157頁, 158頁)。

29 exposé II, p 360. projet, N°57, p 88.

2. 旧民法財産編第310条

本条では、物の品質の錯誤（1項）、物の品格の錯誤（2項）、合意の履行時期または場所の錯誤（3項）、算数、氏名、証書の日付または場所の錯誤（4項）が定められている。以下、この四つの錯誤について検討しよう。

旧民法財産編第310条

- (1) 物上ノ錯誤カ物ノ品質ニ存スルトキハ其錯誤ハ承諾ノ瑕疵ヲ成ス但其品質ニ付テノ着眼カ当事者ノ決意ヲ助成セサルトキハ此限りニ在ラス
- (2) 之ニ反シテ物ノ品格ニ存スル錯誤ハ承諾ノ瑕疵ヲ成サス但当事者ノ意思カ明示又ハ事情ニ因リテ品格ニ着眼シタルコトノ明白ナルトキハ此限りニ在ラス物ノ時代、出処又ハ用方ノ如キ思想上ノ品格ニ付テモ亦同シ
- (3) 合意ノ履行ノ時期又ハ場所ニ存スル錯誤ニ付テハ前項ノ規定ニ従フ
- (4) 算数氏名証書ノ日附又ハ場所ノ錯誤ニ付テハ第五百五十九条ノ規定ニ従フ

(L'erreur sur la chose vicie le consentement, lorsqu'elle porte sur une ou plusieurs des qualités substantielles à moins que la consideration de cette qualité n'ait pas contribué à déterminer la partie à contracter.

Au contraire, l'erreur sur les qualités non-substantielles, ne vicie le consentement que si l'intention des parties a été exprimée à cet égard ou résulte clairement des circonstances; il en est de même des qualités abstraites des choses, tels que leur ancienneté, leur provenance ou leur destination.

L'erreur sur l'époque ou le lieu de l'exécution de la convention ne rend celle-ci annulable que si ces deux objets ont contribué à déterminer la parité à contracter.

L'erreur de calcul, de nom, de date ou de lieu de l'acte est réglée par l'article 559.)

30 exposé II, p 346. projet, N°40, p 66 (ただし、理由書とプロジェでは書きぶりが若干異なる)。なお、ボワソナードが無効と不成立を同視していたことを指摘するものとして、野村・前掲272頁（注14）。

(1) 物の品質に関する錯誤と物の品格に関する錯誤

錯誤によって承諾 (consentement) の瑕疵をなし、契約 (contrat) の瑕疵をなすには、錯誤が物の性質についてなければならず、それが何らかの程度、合意の原因の役割を果たしていなければならない。そうでなければ、それは縁由の錯誤でしかなく、合意の有効性に影響を及ぼさない。そして物の性質は、当事者双方が合意において探求しようとする「主たる性質」である³¹。ここでは、品質 (qualitiés substantielles) と品格 (qualitiés non-substantielles) を区別する実益が完全に奪われるわけではない。品質 (qualitiés substantielles) は、それとは異なる意思の証拠がなければ、当事者双方にとって主要で決定的だと推定される。品格 (qualitiés non-substantielles) は、反証がなければ、当事者双方にとって二次的なものであり、あまり重要ではないと推定される³²。

(2) 算数、氏名、証書の日付・場所の錯誤

4項で挙げられている財産編第559条(第二部「人権及び義務」第三章「義務ノ消滅」第七節「鎖除 (la rescision)」)は、算数、氏名、日付または場所に関する錯誤は、取消原因にならず、訴えによっていつでも修正することが可能である旨を述べている。

旧民法財産編第559条

算数、氏名、日付又ハ場所ノ錯誤ノ改正ヲ目的トスル訴権ハ時効ニ罹ルコト無シ但此訴権ノ附属スル権利ノ時効ヲ妨ケス

(L'action ayant pour objet le redressement d'une erreur de calcul, de nom, de date ou de lieu est imprescriptible; sans préjudice de la prescription des droits qui en dépendent,)

① 氏名・証書の日付・場所の錯誤

算数の錯誤は重要なテーマなので後述することとし、その他の錯誤について検討しよう。第一に、氏名の錯誤とは、相手の名前を間違える場合であり、同一性の錯誤 (l'erreur sur l'identité) とは区別されるべきである³³。第二に、証

31 projet, N°65, p 97.

32 projet, No67, p99

33 projet, N°698, pp 856-857.

書の日付の錯誤とは、ある月の初めに、前の月を記載する、新年の初めに、去年の日付を記入するなどの日付の書き間違えである³⁴。第三に、場所の錯誤とは、日本に在るのに書簡にパリと書いてしまうような旅行中などに起こる書き間違いである³⁵。

② 算数の錯誤

これは、土地の売買価格の決定において、その土地は「坪何々円」と証書に記されていたが、掛け算の間違いを犯し、数が多すぎたり少なすぎたりして、契約が提示する諸要素に全くそぐわない数字でその価格を決定した場合である。当該価格は買主の債務の目的物*objet*ないし売主の債務の目的物であるにもかかわらず、契約の目的物そのものに対する錯誤ではなく、原因の錯誤である。また、計算の錯誤が土地の測量において生じ、その上で、契約においてその土地の境界が決定される場合、その錯誤によって、なおも契約が提示する諸要素と合致しない価格の約諾 (*promesse*) ないし承認 (*acceptation*) が生じる場合も、原因の錯誤である。問題は、原因に対する錯誤は、一般に、契約が成立することを妨げるので契約は存在しないことになる。しかし、そこまで考える必要はなく、ある面で仮定された確実な諸要素が必然的に与える正確な価格との差異にしか及ばない。無効となるのは、合意 (*convention*) 全体ではなく、単に価格の超過部分ないし不足部分である。この差は常に修正することができる。フランス民法典は、この点について「和解における計算の錯誤は訂正されなければならない。(2058条)」という1つの規定しか有していない。しかし、この規定があらゆる契約に拡張されなければならないことは如何なる疑いもない³⁶。

(1)では、原因が一定の役割を果たす主たる性質は、原則として「承諾ノ瑕疵ヲ成ス」と規定されている(1項)。物の品質に関する錯誤は、旧民法財産編第305条(合意ノ成立ニ必要ナル条件ノ外尚ホ其有効ナル為メニハ左ニ掲クル二箇ノ条件ヲ具備スルヲ必要トスノ第一 承諾ノ瑕疵ヲ成ス可キ錯誤又ハ強暴ノ無キコト)により、一端成立した合意の効力を失わせる錯誤である³⁷。

34 projet, N°699, p 857.

35 projet, N°700, p 857.

36 projet, N°697, pp 855-856.

(2)では、誤記の類の錯誤は、常に訴訟で修正できることが規定されているが³⁸、重要なのは、計算に関する錯誤である。ボワソナードは、これが原因 (cause) の錯誤だと認めつつも、その法律効果を承諾 (consentement) の阻却 (旧民法財産編309条1項) とはせず、紛争の予防ないし抑止のために、代金の超過部分ないし過少部分のみを無効とする (つまり、「訂正」する) という非常に柔軟な錯誤の効果を認めている。

3. 旧民法財産編第311条

本条では、1項において、法律の錯誤と事実の錯誤を区別して、法律の錯誤が事実の錯誤と同じように「承諾ヲ阻却シ又ハ其瑕疵ヲ為ス」場合が規定されている。そして、2項では、法律の錯誤が顧慮されるといっても、常に認められるわけではないことが明示され、3項では顧慮されるべきでない法律の錯誤について規定されている。本条は、本稿の課題にとって左程重要ではないため、検討は割愛し条文のみ掲げる。

旧民法財産編第311条

- 「(1) 法律ノ錯誤カ或ハ合意ノ性質、原因又ハ効力ニ存スルトキ或ハ物ノ資格又ハ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為ス
- (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」

37 小林教授によれば、承諾の瑕疵とは、訴えによる取消原因を意味するという (小林・沿革, 158頁)。

38 この規定は *falsa demonstratio non nocet* (誤表は害にならない) と軌を一にするものと評価できるかもしれない。なお、このような名前の間違いに関する共通錯誤の場合に、契約の効力を否定しないという考え方は、既にローマ法 (学説彙纂第45巻第1章第32法文) において存在した。

Ulpianus, D. 45, 1, 32

「与えられることを我々が問答契約したところの奴隷の名前において、錯誤があった場合に、客体について一致したとき、問答契約は有効であると決まっている。」

4. 小 括

以上のように、旧民法の錯誤規定では、現行民法のそれとは異なり、錯誤が顧慮される場合を列挙するという列挙主義が採用されており³⁹、如何なる錯誤が顧慮されるべきかが具体的に示されていた。その顧慮原理は、原則として承諾（consentement＝意思の合致）を基軸にしたものである。即ち、錯誤は承諾を排除するような場合、または承諾の瑕疵をなすような場合に法的に顧慮されるのである。

また、顧慮される錯誤の法律効果としては、その性質や程度が考慮されて、合意の成立を妨げる「承諾ヲ阻却」する場合には無効、一端有効に成立した合意の効果を否定する「承諾ノ瑕疵」を成す場合には取消、「錯誤ノ改正」（＝訂正）の三つが規定されていた。

本稿のテーマから注目すべき点は、旧民法の錯誤規定について、双方錯誤の一場合である不合意も錯誤とされていたこと⁴⁰および計算上の錯誤や契約当事者の氏名や日時等の書き間違いが修正可能とされていたことである。

このような旧民法の錯誤規定は、現行民法の起草過程で大きな変容を遂げることとなる。以下では、その経緯について検討することにしよう。

39 旧民法におけるこのような列挙主義については、学説の評価が分かれるところである。即ち、小林教授は、旧民法の錯誤規定について「錯誤の対象を基準とした錯誤分類は、取引生活上最もしばしば生ずる錯誤種類の例示で、いわば経験から表面的かつ無原則的にピックアップされたものにはかならず、それら相互に論理的関連があるわけでない。したがって、そのような錯誤対象を基準とした分類に依拠して、合意不成立原因たる錯誤と無効化原因たる錯誤とを制限列挙した旧錯誤法は、その限りにおいて、カズイステイシユなスタイル（kasuistischer Stil）のものといえよう。」と評価するが（小林・沿革、166頁、167頁。）、これに対して森田教授は、ボワソナード草案を分析した上で、旧民法における「顧慮錯誤の列挙の基礎には、顧慮されるべき錯誤についてのボワソナードの統一的な理論が存在した」として、小林教授の見解を批判している（森田・九五条148頁。）。本稿では、この問題に深く立ち入ることはせず、問題点の指摘に留めたい。

40 この点を指摘するものとして、内池慶四郎「無意識的不合意と錯誤との関係について」法学研究第38巻1号（1965年）209頁。小林・沿革、168頁、169頁。

第五節 現行民法の錯誤規定と起草の趣旨

第一款 概 説

上述した旧民法は、1893年1月1日から施行されることになっていたが、法典論争の結果、1892年の帝国議会で旧民法を修正するために、その施行が延期されることが決定され、結局、旧民法がそのまま実施されることはなかった。その後、旧民法を修正するために、1893年3月25日に法典調査会が設置され、三人の日本人起草委員（梅謙次郎、富井政章、穂積陳重）によって修正原案が作成されることとなり、これが現行民法典となった。現行民法典は、ドイツ民法に倣いパンデクテンシステムを採用し、民法典を物権・債権・親族・相続の四編に分け、それらすべてに通用する通則的規範を総則編として独立させている。なお、偏別自体は、ドイツ民法典ではなく、ザクセン民法に倣い総則・物権・債権・親族・相続の順序となった（ドイツ民法典は、物権と債権の順番が逆である。）。そして、錯誤規定は、現行民法では総則編に置かれることとなった。

第二款 錯誤規定の検討

1. 法律行為という概念について

明治民法の錯誤規定は、「法律行為」という章のもとに規定されている。ここではこの法律行為という概念について検討しよう。これは旧民法には存在しなかった概念であるが、周知のように、現行錯誤規定は法律行為概念と関連づけられて規定されている。この法律行為という概念が採用された理由は、第21回民法主査会（明治27年3月2日）によれば、およそ以下のようなものである。

(1) 法律行為について

旧民法はその財産編第二部において合意に関する規定を設けているが、すべての法律行為に通用し得る規則を設けていない。このことは甚だ遺憾である。なぜなら、私法上の行為は合意だけではないからである。寄付行為のような何人にも対しない単独行為、あるいは催告ないし追認のような一定の人に対する単独行為で、相手方の承諾を必要としないものもある。旧民法はこのような行為が有効であることを認めてはいるが、その通則を設けていないことは、一大欠点と言わざるを得ない。この案においては、総則編を設け、私権の得喪およ

び行使に関する通則を掲げることとすることにより、ここに一般の法律行為に通用し得る規定を記載することは当然のことであると信じる⁴¹。

以上のように、明治民法の起草者は、旧民法にいう合意 (convention) のみにとらわれず、私権の得喪および行使の通則として法律行為という概念を設ける旨を述べている。また、起草者の富井博士は旧民法にいう合意 (convention) を契約だとする方が適当だとし、「合意」という言葉は意思の合致 (投合) という意味で用いるとしている⁴²。これに続けて、議事速記録では、「第一節 意思表示」という見出しのもとで意思表示概念について説明されている。

意思は法律行為の基本であり、表示のない意思は法律上の効力を生じない。それ故に、本章では意思表示に関する規定はその首節にこれを掲げることをもって当然の順序であるとする^{43,44}。

この説明からでは起草者が法律行為と意思表示の関係をどのようにとらえていたかは明確にはし得ないが、少なくとも、起草者は、法律行為をして意思表

41 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書13 法典調査会民法主査会議事速記録』(商事法務研究会, 1988年) (以下、「主査会議事速記録」とする) 632頁)。

42 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書3 法典調査会 民法議事速記録三 第五十六回—第八十四回』(商事法務, 1984年) (以下「議事速記録三」とする) 643頁, 644頁。

43 主査会議事速記録632頁。このあとには、一般の法律行為に通用するものは本節(意思表示の節)に、契約に特別なものは第三編に編入すること、意思表示の方法を限定しないことを原則とすることが述べられている。

44 梅博士は『民法要義』のなかで、意思表示は当事者の意思が外面に現れたものであり、従来これについては三つの考え方、すなわち意思主義(当事者の意思のみを根拠とし、それが外面に現れたかどうかを問題としない考え方)、表示主義(外面に現れたものだけをもって当事者の意思とし、当事者の真の意思の如何を問わない考え方)、折衷主義(原則としては意思と表示との二者を必要とし、もし真の意思と表示とが相違するときは場合によってその表示のみを根拠とする考え方)があるが、明治民法では背中主義を採用したのだと述べている(梅謙次郎『民法要義 卷之一 総則編』(和仏法律学校, 1896年) 175頁, 176頁) (以下、「梅・要義」とする)。

示を要素とする私法上の法律要件とするという考え⁴⁵は持っていなかったように見える。では、起草者は法律行為と意思表示の関係をどのようにとらえていたのか。先立って行われた第5回民法主査会（明治26年6月9日）での議論を材料に検討しよう。

当該委員会では、主として法律行為に関して特にその名称が問題となっているが⁴⁶、ここではそれに関しては深く立ち入らない。重要なのは冒頭の穂積陳重博士の発言である。

「例へばういんどしやいどハ独逸法典編纂ニモ関係シ且其著述ノ『ばんでく
てん』モ極メテ普通ニ行ハレテ居ル書デアリマスガ其書中ニテ『れひつげしゑ
ふと』ノ定義ヲ下シテ/Rechtsgeschaeft ist die auf die Eentstehung, deu
Umtergang oder die Veraendevung vom Rechten glichtete Privatwillenserk
larung./ト云フテアルマス即チれひつげしゑふとハれひと権利ノ発生消滅若
クハ変更ニ向ケラレタル私人ノ意思ノ発表デアル, 何ウシテモ之ハ法律ノ発生
消滅若クハ変更ニ向ケラレタル私人ノ意思ノ発表トハ読メヌ, 若シモ斯ノ如キ
意義ナラバ法律行為トカ又ハ法律上ノ行為トカ言ハレルカモ知レヌガういんど
しやいどノ定義デハドウシテモ権利行為トシ, 訳スルノ外ハ無イ若シモ此人ガ
独逸語を誤解シテ居ルト見レバ格別デアルガ何ウモ然ウハ見ヘヌ, 決シテ誤解
トカ誤訳トカ云フ事ヲ言フノハ少シ酷評デアラウト云フ事ヲ述ベテ置キマス
(下線筆者) (主査会議事速記録108頁, 109頁)⁴⁷」

穂積博士の発言の趣旨は、Rechtsgeschäftの訳語が「権利行為」であっても不適切ではないというものであるが、ここでは、同博士が法律行為を権利の発生、消滅若しくは変更に向けられた私人の意思表示であるとして、法律行為と

45 我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店，1965年）230頁以下，特に238頁。

46 名称を「法律行為」とするか「法律上ノ行為」とするか「権利行為」とするか、あるいは単に「行為」とするかが争われている。なお、この段階では「法律上ノ行為」とするのが起草者の見解であったようである。

47 主査会議事速記録では明記されていないが、ここで引用されているヴィントシャイトの文献は、該当箇所の文言からして、Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 5. Aufl., Bd., 1, 1879. だと思われる。

意思表示をほとんど区別していない点に注目したい。もちろん、単にヴィントシャイト (Windscheid, 1817—1892) を引用しただけある、と考えることもできる。しかし、この議論全体を通して以上の考え方を訂正する意見ないしこれに疑問を呈する意見は委員はもとより起草者からも出ていないこと、梅博士および富井博士も後に自らの著書において、法律行為は法律上の効果を生じさせようとする意思表示である旨を述べていることから⁴⁸、起草者が法律行為と意思表示をほとんど区別していなかったことはほぼ間違いない。また、この段階では、Rechtsgeschäft (法律行為) と Rehtshandlung (法的行為⁴⁹) も区別されていなかった⁵⁰。

2. 錯誤規定について

では明治民法の錯誤規定がどのように起草されたかを検討しよう⁵¹。明治民法における錯誤規定は、旧民法とは異なり、95条一カ条しかない(以下、「95条」という場合は明治民法の規定を指すものとする。)⁵²。また、条文の内容も旧民法と比べると非常に簡素なものとなっている。旧民法の錯誤規定からこのような簡素な条文に変更された理由は、第21回民法主査会(明治27年3月2日)によれば、およそ以下の通りである。

48 梅・要義169頁では、「法律行為トハ仏語ノ『アクト、ジュリヂーク』(Acte juridique) 独語ノ『レヒツゲシェフト』(Rechtsgeschäft) 又は『レヒツハンドルング』(Rechtshandlung) ヲ謂ヘルモノニシテ即チ私権ニ関シ法律上ノ効力ヲ生セシムルヲ目的トスル意思表示是ナリ例ヘハ契約、遺言、催告等ノ如シ」とされている。富井政章『民法原論 第一巻総論上 [第三版]』(有斐閣, 1905年)(以下「富井・原論」とする) 315頁では、「法律行為トハ私法上ノ効果ヲ生セシムルコトヲ欲シタルニ因リテ其効果ヲ生スヘキ意思表示ヲ謂フ」

49 鳩山博士は、法的行為(広義の法的行為)を適法行為と違法行為に分け、さらに適法行為を意思表示と狭義の法的行為に分ける。狭義の法的行為(Rechtshandlung im engeren Sinne)は意思の通知、観念の通知、感情の表示をその内容とする(鳩山秀夫『日本民法総論 改訂合巻』(岩波書店, 1927年) 275頁-278頁)。これは準法律行為に当たるものである。

50 主査会議事速記録110頁。

51 これについては小林・沿革172頁以下に詳しい。

52 口語化以前の錯誤規定(95条)は以下のものである。

「意思表示ハ法律行為ノ要素ニ錯誤アリタルトキハ無効トス但表意者ニ重大ナル過失アリタルトキハ表意者自ラ其無効ヲ主張スルコトヲ得ス」

(1) 95条の起草趣旨

錯誤の規定は、法律行為の成立及び効力に関する至難の問題であり、諸国の法制度も一様ではない。旧民法典及びスイス債務法のように、錯誤のために合意の無効または取消可能とする場合を列挙する法制もある。あるいは、フランス・イタリア・スペインの民法のように当然無効となる場合はこれを指示することをしないで、ただ取消可能な場合だけを規定している法制度もある。しかも、その立法の精神に至っては、いずれも当事者の意思に重きをおいて、その主眼とした目的物の性質について錯誤があったときは、合意の効力を妨げるものとしなない法制度はない。とくに、ドイツ民法草案は全く錯誤の種類を指示しないで、総じて、錯誤者が事態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べきときは、その意思表示は無効（ドイツ民法第一草案98条⁵³）、または取消可能（同第二草案94条⁵⁴）としている。しかし、もし立法上このような主義を採用した場合は、常に、錯誤に陥ったということを口実として、無効または取消が申し立てられるという弊害が生じて、裁判官としても確証を得ることが困難な心情如何に基づいて、意思表示の効力を維持すべきか否かを決せざるを得なくなる。取引の安全と利便とを害することが少なくないと思われる。従って、本案においてはこの主義を採用しないで法律行為の要素に錯誤がある場合に限り、意思表示を無効とする。何故なら、行為の要素に錯誤

53 ドイツ民法第一草案98条

- 〔(1) 現実の意思と表示された意思の一致が欠けていることが表意者の錯誤に基づく場合において、表意者が事情を知っていたならば意思表示をなさなかったであろうと認められるべきときには、意思表示は無効である。そうでない場合には、意思表示は有効である。
- (2) 疑わしい場合には、異なった種類の法律行為、異なった目的物への法律行為の関係または異なった人との間での法律行為の有効性が意図されたならば、意思表示がなされなかったと認められるべきである。〕

54 ドイツ民法第二草案94条

- 〔(1) 意思表示をするにあたってその内容に関して錯誤に陥っていたか、または当該内容の表示を全くするつもりがなかった者は、その者が状況を知っており、且つその場合を思慮分別を以って評価したなら意思表示をしなかったであろうと認められるべき場合には、表示を取消することができる。
- (2) 取引において本質的と看做される人または物の性状に関する錯誤も表示の内容に関する錯誤と看做される。〕

があるときは、表意者の内心で欲していることとその表示したことが符合しない最も甚だしい場合だからである（下線筆者）（主査会議事速記録646頁，647頁）。

(2) 95条の検討

① 錯誤とは何であるか

(i) まず、この起草者の見解を、「錯誤とは何であるか」という観点から検討しよう。これは起草趣旨として「表意者の内心で欲していることとその表示したことが符合しない最も甚だしい場合」と記述されていることから、一方当事者の意思と表示の不一致であるといえることができる。

起草者が錯誤を意思と表示の不一致ととらえていたことは確定的なことであり、それは錯誤以外の議論からもうかがい知ることができる。一つには、第一回法典調査会（明治27年4月6日）における草案103条（現行101条）の議論である⁵⁵。

第103条 意思表示ノ効力カ意思ノ欠缺、詐欺、脅迫又ハ或事情ヲ知りタルコト若クハ之ヲ知ラサル過失アリタルコトニ因リテ影響ヲ受クヘキ場合ニ於テ其事実の有無ハ代理人ニ付キ之ヲ定ム（以下略）

本条における意思の欠缺という文言につき土方寧委員（1859—1939）から意思の欠缺とは錯誤とは違うのであるかという質問が発された（議事速記録—42頁）。これに対して、富井博士は、「意思の欠缺」とは、錯誤を含めて真実の意思と表示した意思と符合しないためにその意思表示の効力を「妨ゲナイ」⁵⁶という場合を総括したものだとして説明する（議事速記録—43頁）。そして、意思の欠缺の場合として、93条の心裡留保、94条の虚偽表示、全く意思のない場合を挙

55 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書1 法典調査会 民法議事速記録— 第一回—第二十六回』（商事法務，1983年）（以下、「議事速記録—」とする）。

56 条文の文意からすれば「妨ケル」と説明するべきだと思われる。誤植であるのか、富井博士の勘違いであるのか、それとも別の意図があるのかは、遺憾ながら不明である。

げている（議事速記録一44頁）。

以上からすれば、錯誤とは意思の欠缺、つまり真実の意思と表示した意思の符合しない場合であることは明白である。

また、主査会における錯誤の議論と同日に行われた心裡留保に関する議論（民法主査会第二十一回議事速記録（明治27年3月2日））からもそのことはうかがえる。ここでは、議論の過程で心裡留保と錯誤の異同が問題となった。なお、草案の心裡留保は「第四章 法律行為 第一節 意思表示」の見出しのもと、91条に置かれていた。

第91条 意思表示ハ表意者カ其真意ニ非サルコトヲ知リテ之ヲ為シタル為メ其効力ヲ妨ケラルルコトナシ但相手方カ表意者ノ真意ヲ知りタルトキハ其意思表示ハ無効トス

この草案について、高木豊三委員（1852年～1918年）が、「真意ニ非サルコトヲ知リテ之ヲ為シタル為メ其効力ヲ妨ケラルルコトナシ」という文言を「意思表示ハ表意者ノ真意ニ非サルトキト雖トモ有効トス」と変えるべきだという修正説を提出した（主査会議事速記録634頁）。高木委員は、ここにいる意思表示とは無能力者等の意思表示は含まない「法律上有効ナル可キ意思ノ表示」であり、意思と表示が乖離していても表示が他者に対して有効になるのは当然であって、またそもそも錯誤の場合は意思と表示は一致しており、「錯誤」が原因となって意思が起こされるに過ぎないため⁵⁷、「知リテ」ということを言わなくても錯誤との区別はできるという⁵⁸。この「知リテ」の必要性を長谷川喬委員（1852年—1912年）に尋ねられた富井博士は、第一に、「知リテ」がなければ、「余程此強イ表示主義（筆者—ここでは表示のみを基準として意思表示の効力を決する考え方を指す）」を採用したように見えてしまうが、それは起

57 主査会議事速記録では、高木委員の発言部分が一部欠落している。「唯表示シタ意思ガ錯誤ノ場合錯誤ノ為メニ……腹ノ中ニ思フテ居ルコトト表示シタ意思ト無論同ジコトデアリマス」（主査会議事速記録634頁）。しかし、その後に行われた総会では本文のように述べている（法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書12 法典調査会 民法総会議事速記』（商事法務、1988年）502頁（以下、「総会議事速記録」とする））。

58 主査会議事速記録634頁、635頁。

草者の考えとは土台から異なること⁵⁹、第二に、錯誤も心裡留保と同じく表示した意思と真実の意思の相違する場合であり、「知りテ」がなければ錯誤の規定と衝突すること、を挙げてその必要性を主張する（主査会議事速記録635頁）。

同様の見解は梅博士も持っており、高木委員の錯誤論について次のように反論している。即ち、梅博士は、高木委員が言うように、意思以前の何か、つまり意思に影響を与えるものに誤りがある場合も「錯誤」ではあるが、この案ではそういう「錯誤」は意思表示の有効無効に影響しないのだと断じ、錯誤とは、本統の意思と表示していることが錯誤のためにまるで違っている場合が主であると説明する（主査会議事速記録637頁）⁶⁰。

意思と表示の相違としての錯誤の例として、梅博士が挙げるのは次のものである。Aが一番地の家を売ろうと持ちかけ、Bが「それじゃ買おう」と応じるが、Aは地続きの二番地にも家を持っていたため、Bは一番地の家と二番地の家とを混同し、Aが一番地と言ったのを、Bは二番地の家であると誤解して買おうと言った場合である。この場合にはAが一番地の家を売ろうと言ったのに対して、Bがそれを買おう、と応じたのだから、言葉の上から見ればBは一番地の家を買おうと言ったことになる。従って、Bには意思と表示に食い違いがあり、意思表示は無効になる（主査会議事速記録637頁）⁶¹。

また、梅博士は、仮に心裡留保において「知りテ」⁶²という文言がなければ（たとえば、「意思表示が表示と符合しない場合」などという文言にすれば）、錯誤

59 富井博士は、意思表示というものには意思も表示も必要である、ということを経験則と考えている（主査会議事速記録635頁）。

60 この発言から、起草者は錯誤を二つの意味で使っていることがわかる。一つは、95条における「法的に顧慮される錯誤」であり、もう一つは単なる誤りという意味での錯誤である。

61 梅博士は、総会でも錯誤の例として次のようなものを挙げている。①自分の心では、貸すということと言うつもりで、誤って売ると言った場合、②相手方が月々幾らの金額を払えばこの家をあなたに貸しましょうと言ったのを表意者が聞き間違えて、たとえば3年間だとしたら3年間それだけの金額を払えば、自分の物になる、つまり買えるものだと思って承諾した場合（承諾したということは、相手方が貸すといったことに承諾したこと、つまり借りるという承諾をしたことになる）（総会議事速記録502頁）。

62 なお、梅博士は、この表現は「独逸ノ草案」（文言からしておそらく民法第一章案95条）に倣ったものだと説明している（主査会議事速記録637頁）。

も心裡留保に含むことになってしまい、錯誤の場合をその例外だと考えたとしても、錯誤の適用範囲が狭くなって穏当ではないと主張している（主査会議事速記録637頁）。

後日行われた第13回総会（明治27年3月16日）における議論でも同じことが問題となった。なお、この段階では心裡留保の条文番号は93条へと移行している（文言は草案と同じである）。

ここでは箕作麟祥委員から、「意思表示ハ表意者カ其真意ニ非サルコトヲ知リテ之ヲ為シタル為メ」という文言を「意思表示ハ表意者カ其真意ニ非スシテ之ヲ為シタル為メ」という文言に修正するよう案が出された。これは、「自分デ真意デナイト云フコトヲ知ツテ居ルト云フコトハ勿論分ル話」であるとの理由による（総会議事速記録499頁）。

これを受けて富井博士は、徹頭徹尾反対する、と語気を強めて次のように述べた。

本条の骨はまずこの一点にある。「知りテ」がなければ、本条は幽霊同様に何も意味をなさないことになる。知っていなければ錯誤であります。錯誤は一定の場合でなければ意思表示を無効としないということは95条に規定してあります。本条の場合と錯誤の場合と違うところは意思表示が真意でないということを知る知らぬの一点にある。知れば本条に規定するところの「れぎ^マるま^マんた^マる（筆者—おそらくreserve mentaleのこと）」の場合であるか、あるいは次の条文の虚偽の条文であるか（筆者—のどちらかである）。知らない場合は錯誤である。知らない場合は決して絶対的に効力を妨げないということはない。法律行為の要素に錯誤があれば、その意思表示は無効とする。それで「知りテ」ということがなければ、どうしても次の95条の規定、即ち錯誤の規定と衝突しようと思います。この条文は全く「知りテ」ということがあるので、その場合をなすので、本条のこれが骨髄であると信ずるのであります（総会議事速記録500頁）。

(ii) 以上のことをまとめると次のように言えよう。即ち、95条にいう錯誤とは意思と表示の不一致（乖離ないし符合しない場合）、つまり意思の欠缺である。「錯誤」があるために意思と表示が符合しないのではない⁶³。そして、錯誤が

問題となるのは飽くまでも一方当事者の意思表示において、である。

この点をとらえて、明治民法95条がドイツ民法第一草案98条に倣ったものであるとする見解がある⁶⁴。しかし、既にみたように富井博士は、ドイツ民法第一草案98条の主観的立場を採用しない旨を明言しており、明治民法95条が直接的にドイツ民法第一草案98条に倣ったものとは即断し得ない。

また、起草者の意思として、錯誤を意思の欠缺（意思と表示の不一致）と理解していたことに疑問を呈する見解がある。森田教授は、「意思の欠缺」をドイツ法における意思欠缺構成の影響によるものと捉えることを留保する。意思欠缺が意味するのは旧民法における合意（convention）を阻却または排除するといえるような程度の重要な錯誤である可能性があることを指摘し、その上で意思の欠缺を「錯誤者には意思がない（errantis nulla voluntas est）」というローマ法以来の原則を援用したに過ぎない可能性があることを指摘する⁶⁵。意思欠缺（95条の要素の錯誤）と旧民法の錯誤規定との関連については後に詳論するが、意思欠缺をローマ法の原則を援用したものを見る森田教授の理解は極めて説得力に欠ける。何故なら、起草者はローマ法を議論の俎上に乗せる際には、そのことを明示しているためである⁶⁶。従って、もし錯誤に関する意思欠缺概念がローマ法における原則を採用したものであるなら、起草者はそのことをどこかに明示していたはずである。にもかかわらず、そうした発言は法典調査会の議論のどこにも見られない。

63 もっとも、既に指摘したように、法典調査会の議論では単なる誤りというくらいの意味でも「錯誤」という言葉が用いられているため、文脈に応じて判断する必要がある。

64 川島武宜「意思欠缺と動機錯誤」『民法解釈学の諸問題』（弘文堂、1949年）188-189頁、同『民法総則 法律学全集17』（有斐閣、1965年）283頁も同旨。

65 森田・九五条150頁。

66 たとえば、代理に関する第一回法典調査会（明治27年4月6日）での富井発言（議事速記録一2頁）、債権の目的に関する第五回法典調査会（明治28年1月11日）での穂積発言（法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書2 法典調査会 民法議事速記録二 第二十七回—第五十五回』（商事法務、1984年）969頁）、和解に関する第一—三回法典調査会（明治28年9月13日）での梅発言（法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書5 法典調査会 民法議事速記録五 第百十一回—第百三十六回』（商事法務、1984年）（以下「議事速記録五」とする）92頁以下）、など枚挙に暇がない。

② 法的に顧慮される錯誤はどのようなものであるか

(i) 「法的に顧慮される錯誤はどのようなものであるか」という点について起草者の見解を探求しよう。起草者はこれについて、ドイツ民法第一草案のように、「錯誤者が事態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べきとき」に錯誤が法的に顧慮されるという考え方を採用せず、「法律行為の要素に錯誤がある場合」に錯誤が法的に顧慮されるという考え方を採用している。

では、「法律行為の要素」とは何を表したものであろうか。錯誤に関する主査会および総会の議論では、一般的説明ないし定義のような形で説明されることはなく、断片的にしかうかがい知ることができない。ここでは梅博士が挙げる例を列挙するに留めよう。なお当該議論において95条の起草者である富井博士は要素の錯誤について積極的に意見を述べていない。梅博士が要素の錯誤として挙げているのは、次のような例である。

- (a) ある者が甲の家を売ろうと言ったが、相手方が誤解して乙の家を売るのであると信じて買いましょうと言った場合（総会議事速記録509頁）⁶⁷。
- (b) ある者がある目的物を売買すると言ったのを、相手方が誤って賃借すると間違えて聞き、承諾する場合、またある者がある目的物を貸そうと言ったのを、相手方が借りようという意味だと誤解した場合（総会議事速記録510頁）。
- (c) 贈与契約において相手方を取り違える場合（総会議事速記録510頁）
- (d) ある者が相手方に対して借金があると誤解して、家を贈与しようと言った場合（総会議事速記録511頁）

梅博士は、(b)については、相手方に目的物の所有権を与えること、相手方から金銭の所有権を与えられることが売買の要素であるとし（総会議事速記録510頁）、(c)については、贈与はある人に特別の利益を与えるものだから、相手方が誰であるかはその眼目だとし（同頁）、(d)については、「目的物⁶⁸」に錯誤があると説明する（511頁）。

このように断片的に法律行為の要素および要素の錯誤が説明されているが、

67 主査会議事速記録637頁でも類似の例が挙げられていた。

68 ただし、梅博士は、通常は「目的物」という言葉は使われないと指摘する（総会議事速記録511頁）。

列挙的な記述にとどまり、一般的な定義は伺い知れない。

(ii) しかし、明治28年4月5日に行われた第七五回法典調査会での議論（第二章「契約」）において⁶⁹、契約の要素に関する富井博士の説明から法律行為の要素が一般的に何を表すものか読み取ることができる。この点は従来の学説では指摘がなかったところである。

富井博士は、合意の成立要件に関する旧民法財産編第304条の修正をするにあたり契約の要素に言及している。即ち、同博士によれば、契約の要素とは、意思の合致と目的の二つに還元されるものである（議事速記録三646頁）。また、各種の契約にはそれぞれ成立要素があり、いくつかについては方式の履行を要するが、すべての契約に必要な要素はこの二つに帰するという（同頁）⁷⁰。

ここにいう契約の要素が法律行為の要素と関連していることは、富井博士の「原因ハ（筆者一契約の）要素デナイト云フコトヲ言フノモ如何ニモ苦ルシイ若シ然ウ云フ規定ヲ置ケバ本款ヨリモ寧ロ総則ノ法律行為ノ所ニ縁由ト云フモノハ法律行為ノ成立ニ影響ヲ及ボサナイト云フヤウナ規定ヲ置クノモ必要デアラウト思ヒマス」という発言（議事速記録三654頁）から看取される。

では、なぜ起草者は法律行為の要素ないし契約の要素を明文化しなかったのであろうか。同様の疑問を起草者につけたのは高木委員である。同委員は、なぜ法律行為の要素ないし契約の要素を規定しないのか、あたかも謎かけのような法律を作るのは不親切である、と批判する（議事速記録三651頁）。これに対して富井博士は、意思の合致と目的が契約の要素であることは論を待たない—世界中に異論がないだろう—こと（議事速記録三646頁、652頁）、もしも規定するとすれば教科書のようにになってしまうこと（議事速記録三654頁）という二つの理由を挙げている。

以上からすれば、95条にいう法律行為の要素とは法律行為の成立要件と換言することができる⁷¹。このことは、明治27年3月16日に行われた第13回の総会における、「法律行為ノ要素ヲ缺イタ場合ニ於テハ行為ガ全ク不成立」であるとする富井博士の発言からも基礎づけられる（総会議事速記録508頁）⁷²。

もっとも、ここでは次の二点を指摘せねばならない。第一に、原因 (cause)

69 議事速記録三622頁以下。

70 この発言の中では「成立要素」、「要素」、「必要なる要件」という表現が用いられているが、すべて同じ意味であろう。

を契約の要素として認めないこと、第二に、意思の合致、目的という言葉の用い方である。

第一の点について検討しよう。富井博士は、旧民法財産編第304条からの主要な改正点の一つとして原因 (cause) を契約の要素と認めないことを挙げる。それは、原因 (cause) の定義が一義的でなく把握することができないこと (議事速記録三646頁)、原因だと言われるものは契約の要素である意思または目的 (目的物)⁷³と混同するか、あるいは契約の要素ではない (即ち、成立に関係を持たない) 縁由と混同することを理由とする (議事速記録三646頁、652頁、654頁)。これは、原因 (cause) という要素の存在を一応認めるが、それが他の要素ない縁由と混同するために契約の要素とは認めない、という趣旨ではない。即ち、富井博士は、「吾々ノ意見デハ原因ハナイ實際捉ヘント欲シテ捉フ能ハズ」として富井博士を含む起草者の見解として原因の存在そのものを否定している (議事速記録三654頁)。また、富井博士は、旧民法が原因を契約の要素として採用したのは沿革上の誤りであると論難し、加えてスイス債務法やドイツ民法草案には原因というものがないことも原因を契約の要素と認めない理由として挙げられている (議事速記録三646頁)⁷⁴。

第二の点について検討しよう。上述のように、富井博士は、契約の要素として意思の合致と目的を挙げているが、その表記に揺れがある。即ち、(a)意思の

71 起草者である富井博士が法律行為の要素を法律行為の成立要件だと考えていたことは、富井博士と本野一郎が共訳した『仏訳日本民法典 (前三編)』も間接証拠となる。ここでは、「法律行為の要素」が《les éléments essentiels de l'acte juridique》と訳されている (Code civil de l'Empire du Japon: Livres I, II & III (Dispositions générales-Droit réels-Droit de créance) Promulgués le 28 Avril 1896. Traduction par I. Motono et M. Tomii, Paris, 1898, p. 26.)。このles éléments essentielsという表現は、旧民法財産編第304条における合意の成立要件の一つである目的 (objet) の説明にもみられる。即ち、ボワソナードのプロジェクトや理由書には、Le second élément essentiel à l'existence de la convention, c'est un objet (合意の存在における第二の要素、即ち目的)。という表現がある (projet, N°43, p. 68, exposé II, p. 348)。複数形と単数形という差はあるが、この符合は、富井が法律行為の要素を法律行為成立要件だと考えていたことの一つの間接証拠となる。

72 同様のことは梅博士も述べている (総会議事速記録509頁)。

73 ここでは、富井博士は、「意思」と「意思の合致」、「目的」と「目的物」とを特に区別せずに用いているように思われる。

合致と意思、(b)目的と目的物をそれぞれ混同して用いている(議事速記録三646頁, 652頁, 654頁)。

(a)について富井博士の発言からその関係を推測してみよう。富井博士は、原因と意思の関係につき次のように言う。即ち、売買契約においては、買主からすれば物の所有権を得ること、売主からすれば代金を得ることが原因であるが、それは「売買スルト云フ意思」に帰し、贈与契約において、受贈者からすれば物の所有権を得ること、贈与者からすれば償いなしに人に利益を与えること、つまり「贈与ヲスルト云フ意思」になると説明する(議事速記録三646頁)。ここから推測するに、意思とは、合致しているか否かを問わず広く両当事者の意思を指すものと考えられる。さらに言えば、起草者は、法典上、「意思表示」の節以外では、「意思」という言葉を「意思表示」の意味で用いるつもりのものである(議事速記録一581頁(穂積発言, 梅発言参照))、「意思表示の合致」ないし「意思表示」と換言することもできるかもしれない⁷⁵。

(b)に関して、富井博士は「人ノ所有物人ノ行為ト云フ様ナモノヲ以テ契約ノ目的トスル」と述べている(議事速記録三648頁)。従って、目的という言葉は、物と行為の両方を含むものと言えよう。物を指す場合は目的物、行為ないし両方の意味を指す場合には目的と表現されているものと推測される。そうとすれば、これは旧民法財産編304条の目的(objet)概念にほぼ対応すると言えよう。

これを上述の②(i)で梅博士が挙げていた要素の錯誤に当てはめてみよう。(a)(b)の類型は、目的に錯誤がある場合と言える。(c)は微妙である。意思とも目的とも言えそうにない。梅博士は相手方の何人たるかは贈与契約の要素だと説明するが(総会議事速記録510頁)、それが意思(意思の合致)なのか目的(目的物)なのかそれとも別の何かなのかは不明である。(d)は、梅博士自身は「目的物」に錯誤がある場合と評価しているが、むしろ行為という意味での目的に錯

74 もっとも、富井博士は、立法後に原因概念の有用性を一定程度認めるようになる(富井政章「契約ノ原因」法学協会雑誌22巻1号(1904年))30頁。しかし、これは無因の債務約束等との関係で原因の意義を説くものであり、法律行為(契約)の要素としての原因の意義を説くものではない。

75 実際、富井博士は、『民法原論』では、意思でも意思の合致でもなく「意思表示」と表現するようになっている(富井・原論327頁, 359頁)。もっとも、ここでは富井は意思表示に錯誤があるというのは意義を成さないものだと考えている(富井・原論359頁)

誤がある場合と言えそうである⁷⁶。ここから見ると、要素の錯誤として挙げられる具体例と、法律行為（特に契約）の要素の一般的定義がうまく噛み合っていない印象を受ける⁷⁷。

(iii) 以上をまとめると次のように言える。起草者は錯誤が法的に顧慮される場合をドイツ民法第一草案98条のように単に当事者の主観に委ねるのではなく、法律行為の要素に錯誤がある場合に限定した。そして起草者の想定していた「法律行為の要素」とは、法律行為の成立に必須のもの、即ち、法律行為の成立要件である。具体的にいうならば、契約においては、意思の合致（意思）と目的（目的物）である。ここには原因は入らない。従って、「法的に顧慮される錯誤はどのようなものであるか」という観点から言えば、法律行為の成立要件につき一方当事者において意思と表示の不一致がある場合と解釈するのが起草者の意思として最も適切だろう。ここには旧民法財産編304条の影響が看取されるが、原因概念の存在が否定されていること、意思の合致（consentement）が意思ないし意思の合致と表現されている点に鑑みれば、その影響は限定的なものである。

これに対して、法律行為の要素の意味を原因（cause）との関連で理解する見解がある。森田教授は、富井博士による起草理由（主査会議事速記録646-649頁）に、『民法要義』『民法原理』における梅博士の説明を併せて考えることで⁷⁸、法律行為の要素を次のように理解する。即ち、法律行為の要素は「主として法律行為の類型や性質に応じた客観的な評価によって決定されるものである。そして、梅の説明によれば、法律行為の要素とは広義の『目的』とされるが、そ

76 非債弁済の事例とも考えられるが、関係は明確ではない。

77 立法後、富井博士は、法律行為の要素＝法律行為の成立要件という理解を捨て、「其文字ニ拘泥セシテ近世ノ法学思想上ヨリ其本義ヲ攻究シ以テ意思表示ノ効力ヲ妨クヘキ錯誤ノ性質ヲ明ニスルノ必要アルナリ」として、ドイツ民法典に倣った解釈を展開するようになるが、これについては法律行為の要素を成立要件と解釈する場合、相手方の同一性の錯誤を客観的に規定し得ないことを理由の一つに挙げている（富井・原論359頁以下）。

78 もっとも、梅博士の学説には「矛盾、揺れ、変遷」とも言えるような側面があることが指摘されている（金山直樹『法典という近代』（勁草書房、2011年）77頁（初出：法律時報70巻7号「特集・民法100年と梅謙次郎」、1998年））。従って、民法典制定後に出版された著書における梅の見解を、起草趣旨（起草者の意思）を理解するための補強材料とすることには一定の留保が必要であろう。

の内容は、行為のコオズ（原因）の判断とほぼ一致するものである」として、法律行為の要素を行為の原因（cause）とほとんど同一視し、これが95条「本来の起草理由」だと主張する⁷⁹。しかし、本稿の検討からすれば、この理解は全くの失当である。富井博士を含む起草者が一少なくとも起草段階では一原因そのものの存在を明確に否定していたことは、富井博士が強調するところである。もっと言えば、原因を契約の要素と捉える見解が出現する危険は、起草過程において、本野一郎委員（1862—1918）から指摘されていた（議事速記録三652頁）⁸⁰。これに対して、富井博士は、万が一原因を契約の要素であると考えた者が出てくるとしても、原因は意思の合致（意思）、目的（目的物）、縁由のいずれかと混同するから、結果としては同じであると説明し（議事速記録三652頁）、改めて原因概念の不存在を確認する。従って、森田教授の説のように、起草者が法律行為の要素を一どのような意味であれ一原因だと理解していたとするのは無理である。

③ 法的に顧慮される錯誤の効果は何であるか

(i) 最後に「法的に顧慮される錯誤の効果は何であるか」という点について起草者の意思を探求しよう。

起草者は、「法律行為の要素」に錯誤がある場合には、表意者の意思と表示の乖離が最もはなはだしいので、意思表示は無効であると説明している。しかし、なぜ顧慮される錯誤の法律効果が「無効」なのかについては、起草者は明確に語っていない。既に見たように、旧民法における錯誤の法律効果は無効だけではない。また、起草趣旨において引き合いに出されているドイツ民法第二草案では錯誤の法律効果は取消である。このことは富井博士も95条の起草趣旨において確認している。従って、法的に顧慮される錯誤の効果を必ずしも無効とする必要はなかったはずであるが、起草者はこの立場を貫徹している⁸¹。後に富井博士は、要素の錯誤は意思の欠缺をきたすが故に、無効になると説明し

79 森田・九五条158頁，196頁。竹中・前掲881頁-883頁。竹中准教授も95条の「要素」概念が「フランス法のコースを念頭において規定された概念」だと主張する（883頁）。

80 本野委員は、原因を要素としないことを明記しなければ、原因というのは言うまでもなく認められるものだからわざわざ規定していないと誤解される恐れがあるという旨の指摘する。

ているが⁸²、法典調査会の議論ではこのことは明言されていない。

しかし、起草過程において錯誤は心裡留保、虚偽表示、意思が全く存在しない場合を含む「意思ノ欠缺」と考えられていたこと⁸³、意思表示の規定は意思の効力についての規定であると考えられていたこと⁸⁴からすれば、「意思表示の原則」に従って、その効果が定められたものと推測することができる。即ち、表示した意思と真実の意思が食い違っていた場合に、その意思（表示）が効力を持たないということである。富井博士はこの点をことあるごとに指摘している。たとえば、富井博士は、心裡留保の規定の裏面にこの原則が隠れていると説明する（主査会議事速記録635頁、総会議事速記録500頁、501頁、議事速記録一32頁⁸⁵など）。また、富井博士はこれを一般原則とも表現している（議事速記録一26頁）。

(ii) 以上からして、顧慮される錯誤の法律効果を起草者が無効としたのは、意思表示の一般原則、即ち「意思欠缺」の場合には意思は効力を持たないという考え方の帰結だと評価することが妥当だろう⁸⁶。この原則の沿革について、起草者は明言していないが、次の点からドイツ民法草案（特に第一草案）の影響によるものと理解することができる。第一に、錯誤と密接に関連する心裡留保の規定の裏側にこの原則が隠れているという富井博士の説明である。この心

81 梅博士は、明治民法の立場として、法律行為の要素に錯誤がない以上は契約は全く有効であり、その要素に錯誤があれば全く無効であるという単純の主義を採用したと説明している（議事速記録五91頁）。もっとも、同博士は、契約の場合には錯誤による取消の余地があることを認めている（同書同頁）。

82 富井・原論371頁、373頁。

83 議事速記録一42頁、43頁。

84 また、穂積博士は「意思表示ノ規定ハ意思ト云フモノハ斯ウ云フコトガナケレバ効果を生ゼスト云フコトト相待テ行ハレレデハアリマセヌカ」と指摘している（議事速記録一581頁）。

85 議事速記録一32頁で、富井博士は、心裡留保の規定は、意思表示が有効であるためには意思と表示が必要であるという原則を裏から規定している旨を述べている。

86 もっとも、四宮博士によれば、「法が特定の場合作無効とするか有効とするかは、論理の問題ではなく、法政策の問題である」という（四宮和夫『民法総則（初版）』（弘文堂、1972年）218頁）。従って、法政策の問題とするならば、錯誤の効果として、無効に拘泥する必要はなく、もっとも妥当な解決方法が探られるべきということになる。

裡留保の規定が「独逸民法草案」に倣ったものであることは第6回民法整理会（明治28年12月20日）において富井博士が明言している（草案のどの条文に倣ったのかは述べられていないが、文言からして、おそらく第一草案95条だと思われる）⁸⁷。第二に、後に富井博士が、『民法原論』において錯誤の法律効果を無効とした点について、ドイツ民法第一草案98条および99条1項に則ったものであると述懐していることである⁸⁸。『民法原論』は民法典制定後の資料であるが、この記述が概念の説明や法文の解釈ではなく、もっぱら沿革に関わるものであることから、95条の沿革を説くものとして相当程度信頼できる。以上よりドイツ民法草案の影響のもとに錯誤の法律効果が規定されたものと評価できる。

(iii) 錯誤無効の意味に関しても言及しておこう。富井博士によれば、これは誰からでも主張できる絶対的無効を意味している⁸⁹。もっとも、富井博士は、取引の安全を考慮して顧慮される錯誤を要素の錯誤に限定しただけでなく、95条ただし書によって、相手方の保護という形で表意者が錯誤無効を主張できる場合を制限しようとした。95条ただし書についてはおよそ以下のように説明されている。

95条本文によって、意思表示が錯誤のために無効になる場合においても、も

87 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書14 法典調査会 民法整理会議議事速記録』（商事法務、1988年）162頁。ドイツ民法第一草案の心裡留保規定は以下のようなものである。括弧内は筆者が便宜的につけたものである。

ドイツ民法第一草案95条（狭義の心裡留保）

「意思表示の表意者が、現実の意思と表示した意思とが一致していない意思表示において、その不一致を自覚している場合、この者が当該不一致を隠匿したならば、意思表示は有効である。しかし、当該意思表示は、その受け手が当該不一致を知っていた場合には、無効である。」

ドイツ民法第一草案97条1項（非真意表示）

「表意者が意思表示の際に、現実の意思が表示した意思と一致してないことを自覚していた場合、騙すつもりがなかったならば、意思表示は無効である。」

88 富井・原論372頁。正確には「錯誤ノ効果ニ関スル規定」はドイツ民法第一草案98条、99条1項に則ったものだと説明されている。

また、松波仁一郎／仁保亀松／仁井田益太郎合著・穂積陳重／富井政章／梅謙次郎校閲『帝国民法正解 第二巻』（有斐閣、1896年）583頁、584頁も同旨。

89 広中俊雄編著『第九回帝国議会の民法審議』（有斐閣、1986年）123頁。

し表意者の過失によって錯誤が生じ、相手方に損害を被らせたときは、賠償の責任を免れないことは論を待たない。外国の法律では、このことを明言しているものもあるが（スイス債務法23条⁹⁰、ドイツ民法第二草案94条⁹¹）、このことは損害賠償に関する原則の結果に過ぎないので、損害賠償の規定を設けることは不必要だとした。ただ、表意者に重大なる過失があるときは表意者自らがその意思表示の無効を主張することができないものとした（ドイツ民法第一草案

90 起草者が参照したのは、1911年にスイス民法典に取り込まれた現行のスイス債務法ではなく、旧スイス債務法の23条（現行スイス債務法26条）である。

旧スイス債務法23条

「錯誤者が、自らに対して契約を有効ならしめないとき、自らの過失による錯誤の責めを負わねばならないならば、契約が効力を失ったこと（Dahinfallen）に基づいて生じた損害を賠償する義務がある。但し、相手方が錯誤を知っていたか、知っているべきであったならば、この限りではない。」

A. Schneider (hrsg.), Das Schweizerische Obligationenrecht stammt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit, 1883, S. 63によれば、この条文は、イエーリング（Jhering, 1818-1892）による契約締結上の過失（culpa in contrahendo）の一場合であり、不法行為の条文（旧スイス債務法50条）が適用されるという。因みに旧スイス債務法50条は以下のような条文である。

旧スイス債務法50条

「相手方に違法に損害を加える者は、それが故意であれ、過失であれ、この者には賠償する義務がある。」

91 内容からして第二草案97条の誤りであると思われる。

ドイツ民法第二草案97条

「(1) 93条に従って意思表示が無効であるか、94条、95条に基づいて取り消されている場合には、表意者は、表示が相手方に対してなされるべきであったときはこの者に、そうではない場合には、各第三者に、同人らが表示を信頼したことによって被った損害を賠償しなければならない。しかしながら、同人らが表示が有効であることについて有している利益の額を超えて賠償する必要はない。

(2) 損害を被った者が無効ないし取消可能性の原因を知っていたか、過失の結果において知らなかった（知らねばならなかった）場合には、損害賠償義務は生じない。95条の場合において、伝達が不正確であることが不可抗力にその原因がある場合にも、損害賠償義務は排除されている。」

本条文中に引用されている条文はいずれも第二草案のものである。93条は諧謔表示（真に考えられたのではない意思表示は、真意がないことが誤解されないだろうと期待してなされると、無効である。）についての規定であり、94条は錯誤取消の規定、95条は誤伝達による取消の規定である。

99条⁹²⁾。なぜなら、損害賠償というものは当事者に十分な満足を与えることができないので、錯誤者に重大な過失がある場合にはその意思表示を有効とし、それによって十分に相手方を保護し、よってもって取引の安全を図りたいと考える（主査会議事速記録649頁）

富井博士は、要素の錯誤により意思表示が無効となる場合でも、軽過失ある錯誤者に損害賠償義務を認めているが、損害賠償の原則の結果に過ぎないと理由から明文化は避けている⁹³⁾。また、錯誤者に重過失がある場合には、取引の安全を理由に、錯誤者は錯誤無効の主張はできないとしている。

ここで重要な点は、95条ただし書は、要素の錯誤により無効になった法律行為を絶対的に有効とする規定ではないということである。これは、一種の損害賠償（旧民法にいう「補償名義⁹⁴⁾」）であり、表意者との関係でのみ法律行為があたかも有効となるかのように表意者が無効主張できなくなる趣旨であると説明される（総会議事速記録508頁（富井発言））。

92 ドイツ民法第一草案99条

- 「(1) 98条の規定に従って無効と看做され得る意思表示は、表意者に重過失がある場合には、有効である。
- (2) 表意者に重過失ではない過失がある場合には、表意者は97条3項の基準に従って表示の受け手に損害賠償の責任を負う。
- (3) 1項および2項の規定は、表示の受け手が錯誤を知っていたか、知らねばならなかった場合には、適用されない。」

本条文中に引用されている条文は、第一草案のものである。98条は、錯誤無効についての規定であり、97条3項は、軽過失ある錯誤者の賠償義務についての規定である。

93 富井博士は軽過失ある錯誤者のみに賠償義務を認めるつもりであったようだが、起草趣旨で引用されているドイツ民法第二草案の賠償義務は錯誤者の過失の有無を問わないものである。富井博士はこの点を看過しているように思われる。なお、ドイツ民法制定過程における錯誤者の賠償責任については、田中美智子「錯誤無効における錯誤者の責任—ドイツ民法における誘因責任の生成—」法学政治学論究第46号（2000年）85頁が詳しい。

94 ただしこの用語は旧民法では合意（convention）の取消原因の一つとして使われている。原語はtitre de réparationである（projet, N°82, p 112.）。田中教雄「日本民法九六条（詐欺・強迫）の立法過程—不当な勧誘に対処する手がかりとして—」香川法学13巻4号（1994年）100頁参照。

④ 問題点

①～③の検討結果を要約すると次ようになる。錯誤とは意思と表示の不一致（意思の欠缺）であるが、それが法的に顧慮されるのは法律行為の成立要件—契約について言えば、意思の合致（意思）ないし目的（目的物）—に錯誤がある場合である。そして、その法律効果は意思表示の一般原則に従って無効となるが、表意者に重大な過失がある場合は同人の無効主張は制限される。

(i) 顧慮される錯誤を要素の錯誤に限定したことについてもう少し検討してみよう。

起草者は、取引の安全を害するとの理由によりドイツ民法第一草案の主観的立場から距離を置き、顧慮される錯誤を法律行為の要素の錯誤に限定した。しかし、起草者がドイツ民法草案の錯誤規定を正確に理解していたかは疑問である。

確かに、第一草案(98条)は、錯誤者の主観的な要因（「表意者が事情を知っていたならば意思表示をなさなかったであろうと認められるべきときには」）を錯誤が顧慮される要件としているが、ここでの主観的立場にしても、取引の利益が全く考えられていなかったわけではない。第一草案の主観的立場は、意思と表示が乖離するすべての場合に錯誤無効が認められるという趣旨ではなく、可能な限り法律行為が維持されるべきであるという観点から、本質的錯誤ないし本質的な点に関する錯誤がある場合にだけ錯誤無効が認められるという趣旨である⁹⁵。ところが、議事速記録の説明からは、このことはまったく読み取れず、むしろドイツ民法第一草案の立場が取引の安全を度外視しているかのように理解している⁹⁶。

また、富井博士がドイツ民法第二草案を範としなかったことも疑問である。というのは、富井博士は民法典制定後にドイツ民法119条に倣って「要素の錯誤」を解釈するようになるが⁹⁷、当該条文の文言構成はドイツ民法第二草案94条と同じものである。即ち、同条は、第一草案98条の主観的立場を「その者が状況を知っており、且つその場合を思慮分別を以って評価したなら意思表示をしなかったであろうと認められるべき場合」に限定し、一層取引の安全を図っている（この見解は、第二草案以前にライヒ司法庁準備委員会による審議において現れていた⁹⁸）。富井博士が起草段階でドイツ民法第二草案94条を範としなかったことにつき合理的な理由は見いだせないが、おそらく富井博士は起草

段階では第二草案をそれほど深く検討していなかったのではないかと推測される。

(ii) 錯誤の法律効果が無効となったことはドイツ民法草案に倣ったものであ

-
- 95 ドイツ民法第一草案における主観的立場はおよそ以下のようなものである。即ち、ドイツ民法第一草案は、本質的錯誤と非本質的錯誤とを区別している。つまり、あらゆる錯誤が顧慮されるわけではない。学説において支持されている原則、即ち、意思表示のあらゆる点は等価値であるので、当事者が意思表示を存立させようとする場合、表示そのものが全ての点において現実の意思と合致していなければならないという原則が実行されると、耐え難い結果を招き、且つ可能な限り法律行為が維持されるべきという取引利益とも調和しない。同じく、意思表示の非本質的な部分に錯誤があっても、その部分を無効とすることは懸念されるべきである。そのような副次的な部分については、当事者に意欲されていないにもかかわらず、それを有効なものとして維持することが、現実の生活 (Leben) に合致する。厳密に考えるならば、これに関して意思ドグマとの相異が見られるかもしれないが、いずれにせよ、意思の修正は僅かなものに過ぎないし、このことは表意者および取引の利益でもある。そして、何が本質的錯誤 (顧慮される錯誤) であるかについては、錯誤によって惹起された意思欠缺が、あるものは顧慮される、あるものは顧慮されないという対象による分類はせずに、具体的に存在する法律行為が考慮されねばならず、この具体的に存在する法律行為にとって重要なのは、意思表示と、錯誤がなかったならば意思表示がなされなかったであろうと認められる程度の因果関係がある構成要素である。そして、第一草案では、これを表意者の主観的立場 (表意者が状況を知っていたならば、意思表示をなさなかったであろうと認められるべき場合) によって規定されたのである (Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd., I, 1979, S. 460ff (Motive, S. 196ff) (以下, 「Mugdan I」とする。))。ドイツ民法における錯誤規定の起草過程については、拙稿「双方錯誤の歴史的考察⁽³⁾—ドイツ法の分析—」横浜国際経済法学第17巻第3号 (2009年) 参照。
- 96 もちろん、ドイツ民法第一草案において、因果関係の判断基準を表意者の主観的立場においたことは錯誤者の保護に偏しているとの批判は免れないだろう。これについては、磯村哲『錯誤論考』(有斐閣, 1997年) 61頁 (初出: 「動機錯誤と行為基礎⁽¹⁾—⁽³⁾—ドイツ錯誤論発展—」法学論争76巻3号, 77巻1号, 79巻1号 (1964年—1966年)) が既に指摘している。
- 97 富井・原論360頁以下。
- 98 Jakobs/Schubert (hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Allgemeiner Teil §§ 1–240, 1. Teilband, 1985, S. 623 (Protokolle RJA, S. 65.) (以下, 「Jakobs/Schubert」とする。))。

ることは既に論じた。そのドイツ民法草案の観点から錯誤の法律効果について検討しよう。ドイツ民法草案では、既に第一草案の段階において錯誤規定から分化した部分錯誤（一部無効）および無意識的不合意が錯誤規定とは別個に規定されていた⁹⁹。重要なことは、いずれの規定も法律行為の無効を即座に認めない趣旨であったことである¹⁰⁰。とくに、無意識的不合意については、取引の維持という観点から、不合意が一方当事者ないし両当事者にとって本質的な点に関する場合にだけ契約の効力を否定するという趣旨であることが理由書で明示されている¹⁰¹。しかし、法典調査会の議論では、これらについては全く触れられていない。錯誤の法的顧慮によって取引の安全が害されることに配慮するという起草者の立場からすれば、法律効果の範となったドイツ民法草案に倣ってこのような規定を設けるのが筋合いであったと思われるが、起草者はこれらの規定を完全に看過している¹⁰²。

以上のように、95条はドイツ民法草案に倣った意思欠缺構成を受け継ぎ、錯

99 部分錯誤（一部無効）について、Jakobs/Schubert, S. 594 (Protokolle I, S. 181). 無意識的不合意について、Jakobs/Schubert, S. 598f (Protokolle I, S. 192ff.). ドイツ民法典編纂過程における一部無効については、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）319頁が詳しい。

100 ドイツ民法第一草案114条（部分錯誤（一部無効））

「効果不発生の原因が法律行為の一部のみに関する場合には、法律行為がその効果のない取決めがなくとも意欲されたであろうことが明らかにならない限り、法律行為全部が効果不発生である。」

ドイツ民法第二草案112条（部分錯誤（一部無効））

「法律行為の一部が無効である場合、無効な部分がなくても法律行為が意欲されたであろうと認められるべきでないならば、法律行為全体が無効である。」

ドイツ民法第一草案100条（無意識的不合意）

「契約の締結の際に、契約の一部を考慮して、契約を締結した者の意思の合致が欠けている場合には、その部分に関する取決めがなかったとしても契約が締結されていたであろうということが明らかにならない限り、契約全部が無効である。」

ドイツ民法第二草案117条（無意識的不合意）

「当事者が、締結されたものと看做す契約に際して、約定をするつもりであった点に関して現実には合意しなかった場合には、この点に関する取決めがなかったとしても契約が締結されたであろうことが明らかになる限り、約定されたことは有効である。」

101 Mugdan I, S. 464 (Motive, S. 202.)

誤の効果が無効とする一方で、錯誤無効が生じる場面を「要素の錯誤」という枠組みで制限しようとしたが、ここにはドイツ民法草案に対する誤解と検討不足があったといえる。また、要素の錯誤およびただし書の検討からもわかるように起草者が錯誤によって取引の安全が害されることを懸念していたにもかかわらず、法律効果につきドイツ民法草案に範を採りながらも、部分錯誤（一部無効）や無意識的不合意を採用しなかったことは、一つの立法上の欠点といえるだろう。

(3) 旧民法における錯誤規定との関係

主査会議事速記録では、上述のように95条のような文言構成になった理由が説明された後、旧民法に列挙されていた錯誤(旧民法財産編第309条から311条)と95条との関係が論じられている。以下、詳しく見ていくこととしよう。旧民法財産編第309条以下と95条との関係についてはおよそ以下のように説明されている。

① 旧民法との関係

旧民法財産編第309条1項において合意の性質の錯誤は、承諾を阻却するという規定があるが、合意の性質の錯誤は、95条にいう「法律行為ノ要素ニ錯誤」がある場合であるので、この規定は不要である。

同項に同じく承諾を阻却する錯誤として合意の目的の錯誤が規定されているが、行為の目的は常に行為の要素であるので、行為の目的に錯誤があるならば、即ち行為の要素に錯誤があるということになる。従って、この規定も不要である。

同項に合意の原因の錯誤が規定されているが、契約の原因という特殊の成立要件があるというのはすこぶる了解しがたいものである。フランス法の通説にいう原因とは、契約をなす意思の合致またはその目的に他ならず、いずれの場合も他の成立要件と混同するものなので、いわゆる合意の原因の錯誤は、95条にいう「行為ノ要素ノ錯誤」に他ならない。これが特に合意の原因の錯誤を規定しない理由である。

旧民法財産編第309条2項における縁由（動機）の錯誤を削除したのは、95

102 無意識的不合意は、立法直後、岡松博士によって錯誤と混同され、95条が適用される一場合と考えられるようになった（岡松参太郎著・富井政章校閲『註釈民法理由 正編』（有斐閣、1896年）186頁。）

条で行為の要素に錯誤がある場合に限って意思表示を無効とすると規定した以上、縁由（動機）の錯誤は意思表示を無効としないことは明文の規定を待つまでもないことである¹⁰³。

旧民法財産編第309条3項における決意の原因である当事者の身上の錯誤は、行為の性質によっては95条にいう「行為ノ要素」に錯誤がある場合とすべきこともあるが、行為の要素に関係しないこともあるので、これを掲げることはしない。

旧民法財産編第309条4項の合意の付随原因である身上の錯誤を削除したのは、そのような錯誤は、行為の要素に関係がないので、意思表示の効力を左右するに足りないと考えたからである。なぜなら、いずれの国の法律でもこの種の錯誤を取消原因としている例はないからである。

旧民法財産編第310条1項および2項によれば、当事者の決意を助勢する物の品質の錯誤および当事者が意思を明示するか、諸事情から着眼されたことが明白な物の品格の錯誤は承諾を阻却することになっている。これは非常に道理に適わない規定であると言わざるを得ない。この規定によれば、ある物品を買い取った者が、ただその品質について鑑定を誤ったことを理由として売買を取り消すことができるが、そんなことになれば、必ず健全な訴訟に弊害が生じ、契約・取引の安全を害することは少なくない。これは決して社会経済上の需要に合致するものではない。故に、立法上は、物の品質・数量または価格などは当事者自らがその責任をもって鑑定するべきものとするを原則としなければならない。もし、当事者が一定の品質があることを必要とするなら、相手方に特別な保証をさせることができるだろう。自らその利益を保護する方法をもちながら、単に鑑定を誤ったことを理由として、既に成立した取引を無効とできることは甚だ不当であると言わざるを得ない。95条においては、行為の要素に錯誤がある場合に限り、意思表示を無効とする。故に、行為の目的物については少しも錯誤がないなら、その品質等如何について錯誤があったとしても、そのために意思表示の成立に何ら影響を及ぼさないことは言うまでもない。もっとも、当事者が一定の品質を指示したにもかかわらず、その品質を備えて

103 なお、旧民法財産編第309条2項但書は詐欺に関する規定なので、96条に含まれるという（主査会議事速記録647頁）。

いる物を得られないときは、その取引は必ずしも有効というわけではない。即ち、このような場合には、事実の如何により、あるいは目的に錯誤あることを理由に無効となることがある。または詐欺を理由としてこれを取り消すことができる。なので、そのいずれの理由にも依拠できない場合には、その意思表示は有効である。故に、旧民法財産編第310条1項2項のような規定がなくても、実際には少しも支障は生じないと考える。

旧民法財産編第310条3項を削除した理由は、合意の履行の時期または場所に関する錯誤は、無効または取消の原因とする価値がないと考えるためである。

算数、氏名、証書の日付または場所に関する錯誤はいつでも修正可能であるという旧民法財産編第310条4項を削除した理由は多弁を要しない。95条において意思表示の無効となる錯誤の種類を限定した以上は、旧民法財産編第310条4項に列挙されているような事項についての錯誤が、意思表示の効力に影響を及ぼさないことは、明文を待つまでもなく明らかである。そして、証拠保存のためにこれらの誤謬の訂正を要求できることは疑いないことである。

旧民法財産編第311条は法律の錯誤に関する規定を掲げて、それが合意の成立または効力に影響する場合について事実の錯誤と多少異なるところがあることを明示している。しかし、詳しく考えてみると、両者間で区別する理由は全くない。なぜなら、法律の錯誤は事実の錯誤と混同されることがしばしばあるからである。従って、旧民法財産編第311条1項により意思表示を無効とすることができる。たとえば、法律の効果によって債務が現に存在していないことを知らないで、更改をなしたような場合は、同条1項にいう合意の原因に関する法律の錯誤であり、95条にいう法律行為の要素の錯誤である。故に、この場合には旧民法財産編第311条1項により意思表示はその効力を生じないこととなる。また、錯誤に関係ない理由によって、これを無効とすることがあるといえども、多くは意思表示の効力に影響しないものとする。95条において、事実の錯誤について、多くの国の法典における錯誤規定よりもその効果が生じる場合を遙かに少なくした以上は、法律の錯誤につき旧民法財産編第311条のような汎博な規定が存在し得ないことはもとより論を待たないので、これを削除する。このことは法律の錯誤を認めないということではない。つまり、事実の錯誤とその規定を異にするべきではないと認めたのである。そして、95条において単に「錯誤」というからには、事実の錯誤と法律の錯誤とを区別するという

精神ではないことは疑われないと信じる。ただし、旧民法財産編第311条2項に規定されている「宥恕スヘカラサル情状」があるときは、たとえその錯誤が行為の要素に関するとしても、95条但書の「重大ナル過失」がある場合に該当することが多いだろうから、実際に不都合が生じることはないと考える。

財産編第311条3項に列挙されている場合は、特別な規定があることを理由に、法律の錯誤が行為の効力に影響しないということではなく、錯誤した法律の性質に照らして、錯誤の有無を問わないものに他ならない。故に、錯誤に関する規定として存在するべきものでないとする（主査会議事速記録647頁、648頁）。

② 整理

以上を整理するとおおよそ以下のようにいえる。即ち、旧民法財産編第309条1項の錯誤合意の内容と目的の錯誤は、要素の錯誤に包摂されるが、原因の錯誤はそこに含まれないこと、同条2項の縁由（動機）の錯誤は、無効原因とならないというのは当然のことなので規定不要であること、同条3項の決意の原因である身上の錯誤は、要素の錯誤である場合もそうでない場合もあるので、掲げることにはしないこと、同条4項の合意の付随原因である身上の錯誤は取消原因とならないため規定しないこと、旧民法財産編第310条1項2項にいう物の品質ないし品格の錯誤は、一定の性質を指示した場合には要素の錯誤になることもあるが、原則として意思表示の効力に影響を及ぼさないこと、同条3項の合意の履行または場所に関する錯誤は無効ないし取消原因たる価値がないので規定しないこと、同条4項の算数、氏名、証書の日付または場所に関する錯誤は意思表示の効力に影響しないので規定しないこと、旧民法財産編第311条という法律の錯誤は事実の錯誤と区別しないこと、である。

③ 比較検討（図表を適宜参照のこと）

(i) 原因の錯誤

富井博士は、旧民法財産編第309条の合意の原因の錯誤は、原因が目的や意思の合致という他の要素と混同するため、法律行為の要素の錯誤となるとしている。ここでの富井博士の説明は、上記の検討からすれば、やはり原因そのものの存在を否定する趣旨だと解釈すべきである。事実、富井博士はここでも原因という契約の要素があることは了解しがたいと語っている。従って、合意の原因の錯誤が要素の錯誤に包摂されるということではない。

※図表：旧民法と現行民法との錯誤規定の関係

| 旧民法の錯誤規定 | 旧民法の錯誤の効果 | 現行民法との関係 |
|-----------------------------|---|--|
| 合意の性質の錯誤（309条1項） | 不成立＝無効 承諾（意思の合致（306条1項））の阻却 ※承諾は合意の成立要件（304条1項） | 無効 95条（要素の錯誤）に含まれる。 |
| 合意の目的の錯誤（309条1項） | | （ただし、原因という要素は存在しないので、他の成立要件（要素）と混同する場合にのみ無効になる。） |
| 合意の原因の錯誤（309条1項） | | |
| 決意の原因である身上の錯誤（309条3項） | | 有効にも無効にもなる（要素の錯誤にあたる場合にのみ無効になる）。 |
| 決意の付随原因である身上の錯誤（309条4項） | 取消 | 有効 意思表示の効力を左右しない。 |
| 物の品質の錯誤（310条1項） | 取消原因 承諾の瑕疵 ※承諾の瑕疵を成す錯誤がないことは合意の有効要件（305条） | 原則⇒有効 例外⇒無効 （性状を指示したにもかかわらず得られない場合は合意の目的の錯誤になることもある） |
| 物の品格の錯誤（310条2項） | 原則⇒有効 承諾の瑕疵ではない。 | 有効 無効または取消原因たる価値なし。 |
| 合意の履行時期・場所の錯誤（310条3項） | 例外⇒取得原因 （その事項を重要視する場合） | |
| 計算、氏名、日付または場所に関する錯誤（310条4項） | 訂正 | 有効 意思表示の効力に影響を及ぼすことはない（証拠保存のためにいつでも訂正はできる）。 |
| 縁由の錯誤（309条2項） | 有効 | 有効 動機の錯誤は意思表示を無効にすることはない。 |

また、旧民法財産編第310条4項の計算の錯誤を、富井博士はこれを意思表示の効力に影響しないとして一蹴している。しかし、上述のように、ボワソナードはこれを原因（cause）の錯誤と捉え、その効果を無効ではなく代金の過不足部分だけを無効（＝訂正）とするものとした。従って、その限りで、意思表示（ないし法律行為）の効力への影響はあるのである。にもかかわらず、

なぜこれが明治民法に継受されなかったのか。これには富井博士が原因概念の存在を否定していたこと、計算の誤りが意思欠缺をきたさない錯誤であること、という二つの可能性が考えられる。しかし、計算の錯誤は意思表示の効力に影響しないという説明からすれば、やはり意思欠缺をきたさない錯誤だと考えられていたからだと言えよう¹⁰⁴。

(ii) 旧民法との連続性

旧民法の錯誤規定と明治民法の錯誤規定とはどのような関係に立つだろうか。旧民法における合意の性質の錯誤と合意の目的の錯誤が明治民法の要素の錯誤に包摂されることに鑑みれば、連続性はあるともいえる。しかし、それ以上に非連続面の方が目を引く。

第一に、規定の体裁として明治民法95条は旧民法財産編309条以下の「修正」という形をとっていないという点である。たとえば、虚偽表示は旧民法証拠編50条の修正であると説明されているが（主査会議事速記録638頁）、錯誤に関してはどこにもこのような説明は見られない。

第二に、原因（cause）概念の否定である。これについては既に指摘した。

第三に、旧民法における決意の原因である錯誤（相手方の同一性の錯誤）と要素の錯誤との関係である。一見関連性がありそうだが、その顧慮原理が全くことなる。旧民法の方は、無償契約と有償契約に分け、契約類型ごとに相手方の同一性の錯誤が顧慮される理由を根拠づけていたのに対し、明治民法ではわずかに贈与で相手方の取り違いの事例があげられるのみで、如何なる理由で要素の錯誤とされるのかは必ずしも明確ではない¹⁰⁵。

第四に、物の性質に関する錯誤と要素の錯誤との関係である。これも一見関連性がありそうだが、相手方の取り違いの錯誤と同様に、その顧慮原理および法律効果が全くことなる。旧民法の方は当事者双方が主たる性質の一つと考えた物の性質に関する錯誤が取消原因となるのに対して、明治民法では性質を指

104 おそらく富井博士は、氏名、証書の日付および場所に関する錯誤と計算に関する錯誤を混同して両者とも単なる誤記の類だと考えたために、旧民法財産編第310条4項に規定された錯誤を意思表示の効力に影響しないと考えたのではないかと推測される。

105 意思の合致（意思）に錯誤があるのか、目的（目的物）に錯誤があるのか、契約類型ごとの成立要件に錯誤があるのかが明瞭でない。

示したにもかかわらずその性質を具備してない場合に、無効となりうるとされている¹⁰⁶。

第五に、縁由の錯誤と動機の錯誤との関係である。旧民法での縁由とは原因概念との対比の意味での縁由¹⁰⁷であるが、明治民法起草段階では原因概念の存在が起草者により否定されているため、明治民法の動機概念が旧民法の縁由と同一のものないし継受されたものとはいえない。

第六に、もっとも大きな相違点であるが、顧慮される錯誤の法律効果である。上述のように、旧民法の錯誤規定は合意 (convention) の成立要件ないし有効要件に関するものである。即ち、錯誤が承諾 (consentement = 意思の合致) を排除する場合には無効、錯誤が承諾の瑕疵をなす場合には取消可能となる。これに加えて、計算の誤りや証書の書き間違いの場合には紛争の予防や後の困難を回避するために訂正が許される。従って、旧民法の錯誤は、その程度に応じて三つの異なる原理によって顧慮され、それに応じて、法的に顧慮される錯誤の効果も、無効 (不成立)、取消、訂正と三つが認められていた。これに対して、明治民法では、錯誤が顧慮されるのは、法律行為の成立要件 (要素) に関して意思欠缺をきたす場合しか認められておらず、その法律効果も無効のみである。そしてこの効果は意思表示の一般原則から導かれる。つまり明治民法では、旧民法で列挙されていた錯誤類型のうち意思欠缺により無効をきたす錯誤に当たるものだけが「要素の錯誤」として採り上げられ、それ以外の錯誤は一律に埒外に置かれている。換言すれば、如何なる錯誤が法的に顧慮されるのではなく、無効となるのは如何なる錯誤であるかという考え方が念頭に置かれていたと言える。この点からすれば、起草者は、「法的に顧慮される錯誤 = 意思欠缺により無効をきたす錯誤」という観点を出立点として錯誤規定を組み立てていると評価し得よう。

これらの相違点は、旧民法の錯誤規定と明治民法の錯誤規定には、一特に法

106 なお、ドイツ民法第一草案でも、物の性状錯誤の条文は設けられなかった。もっとも同条の影響があったかは不明である。というのは、こうである。ドイツ民法第一草案では性状錯誤は意思を排除しない動機の錯誤だと考えられ、このような錯誤は瑕疵担保の規定等に委ねられるべきだと考えられたが (Jakobs/Schubert, S. 606 (Protokolle I, S. 208-209.)), 富井博士が性状錯誤を顧慮しない理由は必ずしもこれと一致しない。

107 森田・九五条146頁がこのように評価する。

律効果から見た場合—大きな隔たりがあることを示している。

④ さらなる問題点

旧民法の錯誤規定と明治民法の錯誤規定の関係につき、以上のような理解に立った場合、次のような問題が生じてくる。

第一には、旧民法財産編第309条1項に規定されていた合意の性質の錯誤と合意の目的の錯誤が95条の要素の錯誤に包摂されることになったことである。これらの錯誤は、錯誤というよりむしろ「不合意」である。従って、95条の「錯誤」に「不合意」が含まれることとなってしまった¹⁰⁸。また実際に、立法直後、不合意は錯誤の問題と解されるようになってしまった¹⁰⁹。

第二に、旧民法財産編第310条4項の錯誤についてである。もちろん、富井博士がいうように、計算上の錯誤や証書の書き間違いなどの錯誤を要素の錯誤

108 起草者が不合意の規定を設けなかったことについて、内池教授は立法のミスだという。即ち、法律行為あるいは意思表示の通則を設けなかった旧民法が、契約に固有の問題である不合意を錯誤と一括して規定しているのは、正確ではないとしても誤りとはいえない。これに対して「契約を包摂する上位概念として法律行為の観念を法典上明らかとし、その共通な組成分子を単一の意味表示にまで分解して意思表示の錯誤を規定しようとする民法典の下では、錯誤と誤解による不合意とは分離して規定すべき理論的要求がある。従つてドイツ民法草案中の錯誤の規定のみを範としながら不合意に関する規定を承継しなかったことは、旧民法309条の錯誤の内容を誤解したことと併せて、結局、錯誤と誤解との差異を看過した立法のミスというほかはない。」(内池・前掲213頁。)

109 岡松参太郎博士は、以下のように述べている。即ち、契約の場合には錯誤が二様に生じる。第一に、契約者双方の意思表示は一致するが、その一方において真意と表示とが齟齬する場合(たとえば、土佐丸の米の売買を契約するにあたり、一方当事者は土佐丸とは東京丸のことだと信じていた場合である—片面錯誤)、第二に、契約者双方において真意と表示とが一致するが、双方の意思表示について誤解があるために実際は意思の合致がない場合(たとえば、土佐丸の米の売買を契約するにあたり、土佐丸という船が二艘あり、一方当事者は甲の土佐丸を考へ、相手方当事者は乙の土佐丸を考へた場合—双面錯誤)である(岡松・前掲186頁。)

岡松博士による以上のような説明は、ドイツ民法第一草案の不合意規定(100条)に加えられている理由書による説明とほとんど同じである(Mugdan I, S. 464 (Motiv, S. 202.))。ドイツ民法第一草案では、岡松博士のいう「片面錯誤」は意思表示の無効となる錯誤だが、「双面錯誤」は狭義の不合意とされ、それが一方当事者ないし両当事者にとって本質的な点に関する限りで契約を有効としないというものである。しかし、岡松博士はどちらも95条の錯誤の場合として捉えている。

として、契約を無効とすることは適切ではあるまい。それゆえに富井博士も「証拠保存」のためにいつでも訂正できることは認めている。しかし、問題なのは、富井博士が訂正要求の法的根拠を何ら示していないことである¹¹⁰。たとえば、このような錯誤に関して紛争が生じた場合（私的な訂正要求を相手方が拒否する場合、両者の主張が食い違う場合など）、当事者としては結局95条を主張するより外ないということになりはしないだろうか。ところが、95条では有効か無効かという結論しか導けないため、問題の解決としては甚だ不適切である。やはり、何らかの形で明文の規定を設けるのが望ましかったと考える。

上述の法典調査会での議論および旧民法の錯誤規定との比較に鑑みるに、結局、起草者の念頭には「法的に顧慮される錯誤の法律効果＝無効」というドグマのような定式があり、無効を帰結しない錯誤は法的に顧慮されないとする以外の考えはなかったのである。従って、旧民法においては、錯誤の効果として契約を訂正するという柔軟な道が開かれていたにもかかわらず、95条ではその道は完全に閉ざされることになる¹¹¹。

第六節 総括

以上の考察を明治民法と旧民法の錯誤規定を比較したうえでまとめよう。

明治民法95条における錯誤とは一方当事者における意思と表示の不一致（意思の欠缺）である。もっとも、取引の安全を考慮して、錯誤が法的に顧慮されるのは法律行為の要素＝成立要件—契約について言えば、意思の合致（意思）ないし目的（目的物）—に関して錯誤がある場合である。そして、表意者において意思と表示が一致しない意思欠缺の故に、意思表示の一般原則に従って錯

110 富井博士は、軽過失ある錯誤者の損害賠償義務を認めていたが、「是レ全く損害賠償ニ関スル原則ノ結果ニ過キサル」ことを理由として明文化しなかった。このように一応「損害賠償の原則の帰結」という根拠が示されている軽過失ある錯誤者の賠償義務でさえも、後にこれを否定する学説が現れ（鳩山秀夫「債権法に於ける信義誠実の原則」『債権法に於ける信義誠実の原則』（有斐閣、1955年）304頁以下）、争いの対象となっている。因みに中松・錯誤419頁は、過失ある錯誤者に損害賠償義務を課した判決は見当たらない旨を指摘している。

111 無効を帰結しない錯誤は95条の「要素の錯誤」にならないという起草者の見解に従ったとしても、たとえば修正を要する錯誤（旧民法財産編第310条4項）を95条ではなく別の条文として規律することもできたのではあるまいか。

誤の法律効果は無効となる。ただし、表意者に重大な過失がある場合は、相手方の保護を考慮して、表意者の無効主張は制限される。

これは、法律行為の要素に関して言えば、旧民法財産編304条の影響を受けたものといえる。ただし、起草者は同条に列挙された成立要件のうち原因(cause)を契約の要素から明確に除外している。これは原因概念の不明確さおよびスイス債務法とドイツ民法草案の影響に由来する。また「要素」が合意(convention) = 契約だけでなくその上位概念たる法律行為に関わるものとされているところは、ドイツ民法草案の影響を受けたものである。

旧民法財産編309条以下で列挙されていた錯誤類型のうち要素の錯誤との対応関係にあるのは、厳密に言えば合意の性質に関する錯誤と合意の目的に関する錯誤の二つのみである。これは、法的に顧慮される錯誤の効果をドイツ民法第一草案の意思欠缺概念に倣い無効としたことに由来する。即ち、起草者はほとんどドグマのように「法的に顧慮される錯誤の法律効果 = 無効」という考えを貫き、この考え方を出发点として無効に値しない錯誤は95条の要素の錯誤に含めなかった。

従来の学説では、①原因概念を軸にして旧民法との連続性を強調するもの¹¹²、②旧民法の流れの上にドイツ法的な意思欠缺構成を採ったと理解するもの¹¹³、③旧民法の規定を引き継いだ上で錯誤が顧慮される範囲を限定したと理解するもの¹¹⁴、④内容的には旧民法の錯誤規定を発展的に継承していると理解するもの¹¹⁵、など何らかの形で旧民法との連続性を強調するものが多かった。しかし、いずれも適切な見方ではない。①は、起草者が原因概念を否定していたことからすれば、全くの誤りである(第五節第二款(2)②(ii)参照)。②③④は、本稿の検討結果からすればむしろ逆で、明治民法95条は、ドイツ民法第一草案に倣った意思欠缺構成によって、旧民法の錯誤規定をふるいにかけてものと評価するのが妥当である。即ち、富井博士は、95条において、意思欠缺の結果として無効を生じる錯誤か否かという基準(all-or-nothingの基準)によって、旧民法

112 森田・九五条158頁, 196頁, 竹中・前掲883頁。大村・前掲328頁, 339頁も同旨か。

113 中松・錯誤388頁。

114 山岡・前掲46頁。

115 小林・沿革177頁。

の錯誤類型のうち「要素の錯誤」となり得るものだけを採り上げ、それ以外の錯誤を一律に埒外に置いたのである。従って、無効以外の法律効果を導く錯誤（たとえば、旧民法財産編第310条4項）は、理論的には、95条の要素の錯誤には入らないことになる。

もっとも、富井博士は、錯誤の効果として「無効」という強力なものを認める一方で、取引の安全を図るために、無効を生じさせる錯誤を「法律行為ノ要素」に錯誤がある場合に限定し、錯誤無効が生じる場合を著しく制限しようとし¹¹⁶、更に「法律行為ノ要素」に錯誤があったとしても重過失がある錯誤者は無効の主張が出来ないというもう一つの制限をかけた。

このように、富井博士は取引の安全に非常に配慮していたが、それはあくまでも要件面での調整（錯誤が顧慮される範囲を限定すること）であることに注意しなければならない。既に述べたように、起草者（富井博士だけではない）は「法的に顧慮される錯誤の法律効果＝無効」という定式を出立点として、95条を組み立てていると評価できる。この結果、旧民法において、錯誤の程度によって認められていた取消や訂正という法律効果は95条からは除外されることとなった。つまり、ドイツ民法第一草案の意思欠缺構成の影響により法律効果が無効という形で固定されたがために、取引の安全を配慮するにあたり、もっぱら要件面での調整に重きが置かれ、効果面で調整が行われなかったのである。また、錯誤規定としては95条のみしか設けられず、他の関連する規定（部分錯誤、不合意等）により95条を要件面・効果面で補完することも意識的には行われなかった。

116 このことは、95条は（事実の）錯誤が顧慮される範囲を諸国の法制度よりも遙かに少なくしたものであるという理由書による説明からも裏付けられる（主査会議事速記録648頁）。