論　説

錯誤無効主張に関する若干の考察

――賀集唱先生を偲んで

熊　谷　芝　青

1．はじめに
2．学説の動向
3．錯誤の原則的要件と判例
4．重過失者の錯誤無効の主張
5．錯誤無効の済し崩し的詐欺取消化について
6．終わりに

1．はじめに

平成20年7月26日賀集唱先生が逝去された。賀集先生とは、椿寿夫先生が主催なさる法律行為研究会でご一緒させていただいた。法律行為研究会は、椿先生、伊藤進先生と並んで賀集先生は、法律行為研究会で指導的役割を果たされていらした。

法律行為研究会は、法律行為無効の法的結果を研究対象としており、その成果は椿寿夫編『法律行為無効の研究』（日本評論社、2001）、椿寿夫・伊藤進編著『別冊NBL　No.66法律行為の無効』（商事法務研究会、2001）にまとめられ、さらに日本私法学会第65回大会シンポジウムで「法律行為の無効――その再検討と展望」が取り上げられた。

法律行為研究会では、「全面的なゼロ否定が貫徹されてきた」無効概念に対して、その厳格さを緩和する方向で共同研究が進められてきた(1)。無効を制限することに消極的な拙論(2)にとっても、批判的契機となり、検討する機会が与えられ

(1)　椿寿夫「はしがき」椿寿夫編『法律行為無効の研究』（日本評論社、2001）、ｉ頁以下。
(2)　拙稿「日本民法における『無効及ヒ取消』」早稲田法学会誌42巻（1992）、183頁以下、「無効の無効性」別冊NBL66号（2001）、168頁。

たので、非常に有益な時間を過ごさせていただいた。この研究会では賀集先生も、他の研究会構成員と同様に、無効を制限する方向で論じていらした[3]。

そして私法学会のシンポジウムで賀集先生は、コメンテーターとして登壇なさり、「裁判官の現場の実務感覚という視点から」ご報告なさった。そこで契約の錯誤無効が問題となる場合に、「請求原因」の次元で、契約の成立を原告Ａが主張するのに対して、被告Ｂが意思の不合致を主張して否認するか、「請求原因」で争わずに「抗弁」の次元で錯誤無効をＢが主張するかは、契約が無効であることには変わらない[4]、錯誤無効については、不成立とまでは断定できないので、成立は認めざるをえないが、どうしても有効にする気になれないのが裁判官の「実務感覚」である[5]、不成立と無効との区別が裁判実務では苦労している[6]、等をご報告なさったが、拙論にとっても非常に示唆を富むコメントであった。しかし、表意者の錯誤無効の主張は、「要件」であって、意思表示ではなく、有効なものを無効に変更する形成権ではないから、錯誤無効は絶対的無効であり、だれでも主張可能な無効である[7]、というお説は、研究会でのご発言方向とは異なり、大いに驚いた。

数年後、賀集先生に、その辺の経緯をお尋ねすると「直前まであのようなコメントをするつもりはなかった。なぜ、あのように発表したかは、自分でも分からないが、そう発言せざるをえなかった」と仰った[8]。少数説である拙論にとって、「無効の純粋培養」に実務が務めており[9]、無効であるならば主張者の制限をすべきではないというお説は、私法学会開催当時、意気阻喪しがちであった私には大きな励みとなり、今日まで研究を継続することができた。このことは賀集先生のご学恩の賜物と感謝している。そこで賀集先生を偲んで錯誤無効の主張に関して、若干の考察をまとめたい。

---

(3)　賀集唱「『無効主張権』及び『二重効問題』」司法研修所論集 97 号（1997）、47 頁以下。
(4)　賀集唱「コメント」私法 64 号（2002）、43 頁。
(5)　賀集・前掲注(4)私法 64 号（2002）、44 頁。
(6)　賀集・前掲注(4)私法 64 号（2002）、48 頁。
(7)　賀集・前掲注(4)私法 64 号（2002）、46 頁以下。
(8)　以下賀集先生との会話に不正確の誹りがあれば、それは筆者の責めである。
(9)　賀集・前掲注(4)私法 64 号（2002）、48 頁。

2．学説の動向

ある意思表示・法律行為が無効であるならば、それは効力がないものとされるために、特定人が主張することを必要としない。したがって誰もが無効を主張することができるはずである。したがって、錯誤による意思表示の効果が無効であるならば、裁判官を含めた誰でもがその意思表示の無効を主張してもよいはずである。

錯誤は、表意者が表示に対応する内心的効果意思が存在しない場合を言うのであるから、私的自治の原則から、そのような表示に法的拘束力を認めない。したがって、そのような表示から表意者を保護するために、民法 95 条で無効としているので、表意者が自ら錯誤無効を主張できることは当然である。しかし表意者以外の者が錯誤無効を主張することに対しては、学説も判例も否定的である。

学説では、舟橋諄一博士の錯誤論が表意者以外の無効を主張することに反対した。つまり「錯誤による無効の制度は、例えば…公序良俗違反による無効の場合異なつて、もつぱら表意者本人の保護を目的とするものである」とし、「表意者が欲せざるにこれを強ふる必要なく、また強ふべきでもないのだから、表意者の主張を俟つてはじめて裁判官は無効の裁判をなすべきであり、…表意者これを欲せざる場合に、表意者以外の者、すなわち―相手方あるひは第三者―をして無効を主張せしむべき何らの根拠もないのである」⑽。そして錯誤無効を「いはば私益的に、意思の欠缺した表意者個人の保護を目的とするものであるから、かかる保護を希望する表意者の個人的主張―すなはち無効の主張―を俟つてはじめて裁判上無効が宣言せられるべきものである」として、「国家の独自的態度が問題となる」いわば公益的なもの関する本来の無効と区別していった⑾。さらに錯誤無効を「取消に近似した無効の態様の存在を認め」るに至っている⑿。

学説はこの舟橋説の方向性に従って展開され⒀、錯誤無効は「表意者保護（私

⑽　舟橋諄一「意思表示の錯誤」『九州帝国大学法文学部　十周年記念法学論文集』（岩波書店、1937）661 頁。

⑾　舟橋・前掲注⑽、667 頁。

⑿　舟橋・前掲注⑽、665 頁。

⒀　主な学説の出典の紹介については、須田晟夫「判例評釈」『民法判例百選Ⅰ　総則・物権』（有斐閣、第 4 版、1996）、46 頁、同（有斐閣、第 5 版、2001）、46 頁参照、拙稿・前掲注⑵、早稲田法学会誌 42 巻（1992）、209 頁以下。

益保護）の無効であり、錯誤無効の主張は、表意者しかできない」という現在の通説的見解が形成され、「錯誤の無効の内容を表意者が取消権をもつのとあまり違わないものとする」[14]済し崩し的な「錯誤無効の取消化」が進展していった[15]。そして、このような詐欺取消との接近から、錯誤無効を「取消的無効」ととらえ、錯誤無効の主張自体を、形成権（意思表示）的な「無効主張権」も主張されるに至っている[16]。

この学説史的背景には、錯誤による意思表示をドイツ民法の規定に近づけて、単に取消しうるものにしようとしてきたことと[17]、「表示主義をとるときは、錯誤もまた、表意者を保護する制度として、詐欺・強迫と区別する理由がないだけでなく、錯誤者よりも詐欺・強迫を受けた者をかえって厚く保護すべきであろう。民法の規定は、この意味において、意思主義に傾き過ぎた不当なものである」という表示主義重視の価値判断があるように思われる[18]。

これに対して、舟橋説登場以前の通説的見解である、錯誤無効を絶対的無効と捉える学説[19]は、「無効観念を古典的な内容に留め置く見解」[20]とされ、現在でも有力に主張されているとの評価もあるが[21]、少数説であることに変わりはない。

判例は「95 条の律意は、瑕疵ある意思表示をした当事者を保護するにあるから、表意者自身において、その意思表示に何らの瑕疵も認めず、錯誤を理由として意思表示の無効を主張する意思がない場合にもかかわらず、第三者において錯誤に基づく意思表示の無効を主張することは、原則として許されない」という（最判昭和 40・９・10 民集 19 巻 6 号 1512 頁）が、学説はこの一般論に賛成し

---

⑭　我妻榮『新訂　民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、1965）、306 頁。
⑮　椿寿夫「錯誤無効と詐欺取消の関係」広島法学 10 巻 3 号（1987 年）24 頁、拙稿・前掲注⑵早稲田法学会誌 42 巻（1992）、211 頁。
⑯　椿寿夫「伝統的無効論と問題の提起」別冊 NBL No.66（2001） 6 頁。
⑰　西沢修「判例評釈」法時 42 巻 11 号（1970）236 頁。
⑱　我妻・前掲注⑭、302 頁以下。
⑲　西沢・前掲注⑰、法時 42 巻 11 号（1970）237 頁、高森八四郎「錯誤無効の意義」『法律行為論常の基本問題』（関西大学、1990）33 頁以下、拙稿・前掲注⑵、早稲田法学会誌 42 巻（1992）、183 頁以下。
⑳　椿・前掲注⑮、広島法学 10 巻 3 号（1987 年）、27 頁。
㉑　須田・前掲注⑬、『民法判例百選Ⅰ　総則・物権』（有斐閣、第 5 版、2001）、46 頁参照。

ている[22]。

このような状況下では、錯誤無効の主張は、詐欺による取消権行使と大差はないことになる。錯誤無効の主張は取消権行使と同様に意思表示である形成権行使なのであろうか。

3．錯誤の原則的要件と判例

3．1．錯誤の原則的要件

錯誤無効を規定する民法95条本文が挙げる原則的要件を出発点として確認する必要があろう（但書については、以下4．で検討する）。民法95条本文に関する原則的要件は、

① 意思表示であること

② 表示に対応する意思が存在しないこと

③ 表意者が②を知らないこと

④ 錯誤が法律行為の要素に関するものであること

の4点である。この4つの要件を充たせば、①の意思表示は無効となる旨規定している。さらに、④の「錯誤が法律行為の要素に関するものである」ことについて、判示されていることは、

（4―1） 表意者が、その錯誤がなかったならば①の意思表示をしなかったであろうこと（主観的重要性）

（4―2） 一般取引の通念に照らして（通常人であっても）、その錯誤がなかったならば①の意思表示をしなかったであろうこと（客観的重要性）

という主観的重要性と客観的重要性を要求しているということである[23]。この要件との関係で、錯誤無効の主張に関する昭和40年9月10日と昭和45年3月26日判決という2つの判例を要件の観点から考察してみたい。

---

[22] 賀集・前掲注(3)、司法研修所論集97号（1997）、47頁以下。
[23] 大判大正7・10・3民録24輯1852頁。

３．２．最高裁昭和 40 年９月 10 日判決（民集 19 巻６号 1512 頁）

［事案］ Ｘが、Ａの所有する本件土地を代物弁済によって取得し、所有権移転登記手続を了した。本件土地上には、Ｙが未登記の建物を所有していた。ＸがＹに対して所有権に基づく建物収去土地明渡請求訴訟を提起した。それに対してＹが、Ｘの代物弁済によって本件土地を取得したことにつき、Ｘの錯誤があり、その無効を主張した。

［判旨］ Ｙの上告を棄却して「原判決は、民法 95 条の律意は瑕疵ある意思表示をした当事者を保護しようとするにあるから、表意者（X）自身において、その意思表示に何らの瑕疵も認めず、錯誤を理由として意思表示の無効を主張する意思がないにもかかわらず、第三者において錯誤に基づく意思表示の無効を主張することは、原則として許されないと解すべきである、と判示している。右原審の判断は、首肯できて、原審認定の事実関係のもとで上告人（Y）の所論抗弁を排斥した原審の判断に所論違法はない」という。

［分析］ Ｙによる錯誤の主張を要件との関連で分析すると、

① 代物弁済についてＸが承諾したこと（意思表示であること）

② Ｘが目的物として意思していたのは、本件土地の隣地であるのに、表示されたものが本件土地であったこと

③ 表意者Ｘが②を知らない

④ （４―２） 一般取引の観念に照らして、他人所有の建物が存在する本件土地よりも更地である本件土地の隣地を求めるはずであり、しかもＸはＡの詐欺により、錯誤が生じた。

という要件は充たすかもしれないが、これで要素の錯誤が成立するのだろうか。

まず、表意者Ｘが代物弁済の目的物として意思していたのが、本件土地であるかもしれない。そうであるならば、②③の要件を充たさないことになり、錯誤自体が存在しないことになる。また、表意者Ｘが本件土地でも、隣地でもどちらでも良いとしていた場合にも、②③の要件をみたさないことになろう。

次に②③の要件をみたしたとしても、④（４―１）の要件である、当該錯誤がなかったならば、表意者Ｘが①の意思表示をしなかっただろうという主観的重

要性があるかということを検討すると、X が Y に対して建物収去土地明渡請求訴訟をしている以上、X には、当該錯誤がなくても、この意思表示をしただろうと思われる。厳密に言うと、意思表示当時、隣地が表意者 X にとっての目的物であったが、錯誤を認識した上で翻意して、本件土地が目的物でも良いと思ったということになろうが、意思表示当時、表意者 X に錯誤がなくても本件土地を目的物とするだろうとの仮定的意思が問題としているのであり、その後の翻意は問題ではない[24]。そうだとすると判旨のいう「表意者（X）自身において、その意思表示に何らの瑕疵も認め」ないという点で、錯誤がなかったと評価できる事案であったように思われる[25]。つまり、要件を充足しない以上、95 条は問題にならない。しかし本判決によって、「錯誤無効は原則として表意者以外の者は主張できない」という一般論の形で「ひとり歩き」するようになり、学説の大半も賛成している[26]。

ところで、「錯誤無効の主張」には、「思い違いに気がついたという表白」（a 側面）と「その表白を前提とする錯誤無効の主張」（b 側面）という二つの側面がある。「錯誤無効の主張が表意者以外の者は主張できない」、という命題は、a 側面に関して妥当するものであり[27]、表意者の内心を主張立証することが可能であるのは、「技術的に」表意者以外ない、ということを言っているのであって、表意者以外に主張立証を禁ずるという不許可を言っているのではないように思われる[28]。一旦「思い違いに気がついたという表白」（a 側面）は、95 条の②③の要件を充足する事実であって、有効から無効にする意思表示・形成権ではないと

---

(24) 仮定的意思については、拙稿「一部無効法律行為と当事者意思」駒澤法曹 1 号（2005）、21 頁以下参照。

(25) 高森・前掲注(19)は、「錯誤がなかった」場面をいくつか想定しているが、68〜72 頁では、本件について、錯誤の成立を認めた上で、これを「法的顧慮を受けない動機錯誤」と評価している。

(26) 賀集・前掲注(3)、司法研修所論集 97 号（1997）、51 頁以下。

(27) 賀集・前掲注(4)私法 64 号（2002）、46 頁以下。その性質は「観念の通知」ということになろう、賀集・前掲注(3)、司法研修所論集 97 号（1997）、58 頁。

(28) もっとも判例の表現は「表意者自身において、その意思表示に瑕疵を認めず、錯誤を理由として意思表示の無効を主張する意思がないときは、原則として、第三者が上記意思表示の主張をすることは許されない（下線：熊谷）」とし、不許可としているような印象を与える。

いうことになろう[29]。この表白（ａ側面）がなされると、95 条で考慮されるべき要素の錯誤が存在することが明らかになり、「何人の意思をも問わず当然に効力を認むべきではない、という客観的事由がある」[30]という、いわば「要素の錯誤の客観化」がなされることになる。その結果、錯誤無効の主張は誰でもできることになる[31]。

しかしこのように論ずると、批判として、「表意者本人の保護を目的とする」のであるから、無効を「表意者が欲せざるにこれを強ふる必要」はないし[32]、錯誤者自身が錯誤に陥っていることを知りつつ、なお契約の効力を維持したいと考えている場合に、表意者の意思に反して無効が強いられることになる、という指摘がある[33]。

ところが、指摘されるような事例では、本当に「要素の錯誤」存在したかが問われるべきであったと思われる。つまり、錯誤はあったが、なかったとしても表意者がその意思表示をしたと思われる場合であって、④（４―１）の主観的重要性を欠く場合ではなかろうか。このように解すると、要素の錯誤が存在しないことになるが、95 条の解釈としても無理がないように思われる。もちろんこのような事例では、要素の錯誤がない以上、無効が強いられることはない。

また、錯誤者が意思の欠缺を不問に付すことによって意思の欠缺が補完されるとして、いわば錯誤による意思表示の遡及的追認を認める見解がある[34]。そこでは、無権代理行為の追認を規定する 116 条の「類推適用」が想定されている。こ

---

(29) 賀集・前掲注(4)私法 64 号（2002）、47 頁。

(30) 我妻・前掲注(14) 386 頁によれば、「何人の意思をも問わず当然に効力を認むべきではない、という客観的事由があるときは、無効とすべきである」とある。

(31) 賀集・前掲注(4)私法 64 号（2002）、47 頁では「その後だれからでも②の［ｂ側面――熊谷注］錯誤無効の主張はできるということになりますし、そうならなければおかしいと思います」とある。しかし山本克己「当事者の一方しか『主張』し得ない無効と主張共通の原則」奥田昌道先生還暦記念『民事法理論の諸問題・下巻』（成文堂、1999）120 頁は、錯誤無効の主張を、抗弁権行使ととらえ、行使のための意思表示を必要としている。

(32) 舟橋・前掲注(10)、661 頁。

(33) 佐藤秀勝「ドイツ法・オーストリア法における相対的無効（relative Nichtigkeit）（四・完）」関東学園 17 巻１・２合併号（2008）、102 頁注(22)。

(34) 高森・前掲注(19)、69 頁、川井健「錯誤の無効」『無効の研究』（一粒社、1979：初出 1967）、149 頁。

の無権代理行為の追認の場合には、「代理行為がなされたが、代理権が発生していなかったために有効な代理行為とならなかった。その後追認によって代理権が発生していたのと同様な効果が与えられる」ことであって、有権代理に当初欠缺していた「代理権発生」という要件が事後的・追加的に充足される、ということが前提とされる。

しかし錯誤無効では、95 条の要件を当初充たして無効であるのに、事後的・追加的に充足される要件が一体存在するのであろうか。この場合はむしろ 95 条の要件が充足された以上、無効であることは不動であり、それを有効なものにしようと表意者が意欲するのであるならば、錯誤という「意思の瑕疵」を除去した上で、新たな意思表示を有効に行うことを認める 119 条にしか根拠を求めることができず、この場合の追認は正に錯誤が除去された「新たな行為」と評価されるべきであろう。錯誤による意思表示は無効である。無効であるものを遡及的に有効にするためには、解釈によるにしても無理があるように感じられる。なぜならば、表意者によって意欲されないのにその意思表示が有効とされると、表意者を犠牲にして相手方のみが利益を得る結果となり、それが強制されることによって、その結果は回復不可能となるおそれが皆無とはいえないからである。逆に無効とされた後、当事者が再度独立の新たな行為としてなせば、それだけで欠陥のない、完全に有効な行為をすることができる[35]。これが正に 119 条の趣旨であろう。

3．3．最高裁昭和 45 年 3 月 26 日判決（民集 24 巻 3 号 151 頁）

［事案］ 有名画家作とされた絵画を、Y は A に、そして A は X に売却したが、有名画家作絵画の時価相当額で取引された。しかし後に贋作であることが判明した。X は A との売買契約の錯誤無効を理由に、既払い代金の返還を請求することになったが、A が無資力であったので、その請求権を保全するために、A と Y との売買契約につき、A の錯誤を主張して Y に対して A の代金返還請求権を代位行使した。

---

[35] 拙稿「一部無効法律行為と当事者意思」駒澤法曹 1 号（2005）、24 頁参照。Vgl. *Oepen*, Zur Dogmatik des §139 BGB, 2000, S. 32.

［判旨］ Ｙの上告を棄却して「意思表示の要素の錯誤については、表意者自身において、その意思表示に瑕疵を認めず、錯誤を理由として意思表示の無効を主張する意思がないときは、原則として、第三者が右意思表示の無効を主張することは許されないものであるが（前掲最判昭和40・９・10参照）、当該第三者において表意者に対する債権を保全するため必要がある場合において、表意者が意思表示の瑕疵を認めているときは、表意者みずからは当該意思表示の無効を主張する意思がなくても、第三者たる債権者は表意者の意思表示の錯誤による無効を主張することが許されるものと解するのが相当である」とした。

［分析］ 無資力のＡはＹに対して錯誤無効の主張をしておらず、ＸがＡの錯誤を主張して、代金返還請求権を代位行使したことになる。ここで問題となるのは判例の言う「当該第三者において表意者に対する債権を保全するため必要がある場合において、表意者が意思表示の瑕疵を認めているときは、表意者みずからは当該意思表示の無効を主張する意思がなくても、第三者たる債権者は表意者の意思表示の錯誤による無効を主張することが許されるものと解するのが相当である」とする部分である。これを分解すると、

「表意者が錯誤（「意思表示の瑕疵」）を認めている」……α

「表意者が錯誤無効を主張する意思がない」……β

「債権者が表意者に対する債権を保全する必要がある」……γ

ということになる。このα γを充たした場合に、βであっても

「表意者以外の債権者が表意者の錯誤無効を主張することができる」

ということになる。先に挙げた、「錯誤無効の主張」の二側面と関連付けて考えると、「思い違いに気がついたという表白」（ａ側面）はαになるが、「その表白を前提とする錯誤無効の主張」（ｂ側面）は、βにより不用ということになる。

またγは錯誤の問題ではなく、債権者代位権の要件であり、この要素を考えに入れると、この問題は、錯誤無効主張の問題なのか、債権者代位権の行使の問題かが判然としないことになる[36]。

債権者代位権は、債務者の一身専属権を代位行使することを認めていない

---

[36] 賀集・前掲注(3)、司法研修所論集97号（1997）、53頁。幾代通「判例批評」民商64巻２号339頁。

（423 条 1 項但書）。もしも錯誤無効の主張が、多数説のいうように、表意者（A）の権利であるとすると、錯誤無効の主張（権）は 423 条 1 項但書の「一身に専属する権利」といえよう。それにもかかわらず、α が認められると、錯誤無効の主張が一身専属的なものでなくなる可能性を本判決が示すことになろう。「錯誤無効主張権」という形成権を考えると、たとえ β のように債務者である表意者が「錯誤無効主張権」を行使する意思がない場合でも、債務者である表意者が「錯誤無効の主張権」を行使できることになる。しかし α が認められれば「一身専属権」でなくなることと「錯誤無効の主張が表意者以外の者は主張できない」という「一般論」との間に矛盾はないのであろうか[37]。

むしろ α が認められると、民法 95 条の要件が充足され、いわば「錯誤の客観化」がなされることになり、錯誤無効の主張は誰でもできることになるとした方が自然に感じられるように思われる[38]。そうであれば、判例が「表意者以外の債権者が表意者の錯誤無効を主張できる」として債権者代位権行使の場合の債権者にのみ錯誤無効の主張を認めるのは、やや言い過ぎの感がする。というのも無効の主張を「権利」「意思表示」と捉えることに無理があるように思われるからである[39]。債権者代位権で行使される債務者 A の権利は飽くまでも、代金返還請求権であり、その前提である錯誤無効は α による「錯誤の客観化」によって明らかになっており、その主張を債権者にしか許されないことではないと思われるからである。かえって、「表意者が錯誤無効を主張する意思（b 側面）がなくても、錯誤を認めている（a 側面）」場合には、誰でも錯誤無効が主張できる、ということを β が明らかにしているように思われる[40]。

3．4．小括

要素の錯誤を主張すること自体は、やはり意思表示や権利でないことを認めざ

---

(37) 幾代・前掲注(32)民商 64 巻 2 号（1971）、344 頁は、錯誤無効の主張を一身専属的なものとは考えられないとするのが学説の大勢であると言う。

(38) 賀集・前掲注(4)私法 64 号（2002）、47 頁。

(39) 近江幸治『民法講義Ⅳ　債権総論』（成文堂、第 3 版、2005）、124 頁［初版：1994］。

(40) 賀集・前掲注(3)、司法研修所論集 97 号（1997）、56 頁。幾代通「判例批評」民商 64 巻 2 号（1971）346 頁は、α を代位行使のための特殊な要件とするのは誤りとする。

るをえまい。そうすると錯誤無効の主張を当事者がする必要はなく、要素の錯誤の存在を主張立証すれば、要素の錯誤という無効が客観化されることになり、その結果、誰でも無効を主張できることになろう[41]。

また錯誤無効を認めなかった判例を分析すると、要素の錯誤がなかった可能性があり、そのことが錯誤無効の主張と混同されている可能性はあるように思われる。

４．重過失者の錯誤無効の主張

４．１．95 条但書

表意者の意思表示に法律行為に関する錯誤がある場合であっても、「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」（95 条但書）。

この場合の重大な過失とは、文字通り普通になすべき注意を著しく欠くことであろうが[42]、錯誤に関しては、錯誤による意思表示を回避できる注意を著しく欠いていたことであり、それは表示に対応する意思が存在しないことについて悪意に近いものであるといえよう[43]。

そのような重大な過失がある表意者が錯誤主張することができないことは、「錯誤による無効主張という保護を表意者から剥奪すべき旨を定めた」ものとされる[44]。その結果、相手方または第三者が錯誤無効を主張することを妨げないように思われるが、通説は「錯誤規定の趣旨が表意者の保護につきるものであるなら」という仮定の下に、相手方・第三者の錯誤無効主張を否定する。そうであるならば、重過失でなされた錯誤の意思表示は有効となるのであろうか[45]。

---

(41)　西沢・前掲注(17)法時 42 巻 11 号（1970）、238 頁は、欺罔行為をした相手方が表意者の意思に反して錯誤無効を主張することを認めない。しかし要素の錯誤が客観化された場合は、錯誤無効の主張を相手方が主張しても差し支えなく、逆に意思の不存在の意思表示に効力を認める方が疑問に思われる。

(42)　我妻・前掲注(14) 304 頁。

(43)　譲渡禁止特約付債権の譲渡につき最判昭和 48 年 7 月 19 日民集 27 巻 7 号 823 頁は「譲受人に重大な過失があるときは、悪意の譲受人と同様に」とある。善意であっても、悪意と同一視できるような程度を指すといえよう。

(44)　舟橋・前掲注(10)、670 頁。

(45)　内田貴『民法Ⅰ総則・物権総論』（第２版補訂版、東京大学出版会、1999）、72 頁。

4．2．最高裁昭和40年6月4日判決（民集19巻4号609頁）

［事案］ 国がA財団法人に本件土地の特別縁故払下をしたが、特別縁故払下の要件を充たしていなかったことを看過してなされた（国の重過失による錯誤と認定されている）。A財団法人は、本件土地を賃貸し、その上に本件建物を所有していた。A財団法人は本件土地をXに売却した。その後本件建物の抵当権が実行されて本件建物をYが競落した。XがYに対して所有権に基づく建物収去土地明渡請求訴訟が提起された。そこでYは、国の錯誤を理由に、特別縁故払下の無効を主張し、その結果Xには所有権がないとして争った。Yは上告して「錯誤者に重大な過失があっても、その相手方又は第三者は依然として無効を主張しうると解すべきである」旨を主張した。

［判旨］ Yの上告を棄却して「民法95条は、法律行為の要素に錯誤があつた場合に、その表意者を保護するために無効を主張することができるとしているが、表意者に重過失ある場合は、もはや表意者を保護する必要がないから、同条但書によつて、表意者は無効を主張できないものとしているのである。その法意によれば、表意者が無効を主張することが許されない以上、表意者でない相手方又は第三者は、無効を主張することを許さるべき理由がないから、これが無効の主張はできないものと解するのが相当である」とした。

［分析］ 先ず、通説的見解と同様、錯誤無効の制度を「表意者保護」のための制度として位置づけ、その結果、法律行為の要素に錯誤があっても、表意者に重大な過失がある場合に、表意者保護の必要がないから、無効主張できないだけでなく、相手方や第三者も錯誤無効を主張することを許す理由がないとして、だれも無効主張できないとした。国がした特別縁故払下は有効と同じ結果となる。しかし判例はそれによって、国の特別縁故払下を有効であるとまでは認めていない[46]。

4．3．大阪高裁平成12年10月3日判決（判例タイムズ1069号153頁）

［事案］XはY銀行とトラブルがあり、Y銀行は全国の支店にXの依頼が

---

[46] 高森・前掲注[19]、60頁は、特別縁故払下自体、動機の錯誤にすぎず、要素の錯誤ではないから有効であるとしている。

あっても一切預金口座を開設しないように通知をした。ＸはＹ銀行の京都支店で預金口座開設の申入れをしたところ、職員Ａがその通知を見落としてＸに預金口座を開設し、預金通帳を発行してしまった。Ｘが預金口座番号の変更を要求して京都支店職員Ｂに手渡したところ、Ｘに通帳を返還しなかったので、Ｘが通帳の引渡を求めて訴えを提起した。

［判旨］ Ｙ銀行に錯誤はないとするＸの上告を棄却して「原判決は、Ｙのために本件の預金契約を締結する代理権を有していた窓口担当者Ａの錯誤は…ＸとＹとの間にトラブル…が生じているため、ＹがＸより申込みがあっても預金契約を締結しないことに決め、各支店に通知を発していたのに、窓口担当者がその通知を見落した点にあるとするものと解される。この錯誤は…表意者である窓口担当者には通知を見落した点に重大な過失があったと言うべきである。しかしながら、…窓口担当者が預金契約申込みを承諾し、預金通帳を発行した時点で、Ｘは、窓口担当者がＸと預金契約をしないとのＹの決定を見落としていることを知ったということになる。このように、意思表示の相手方（本件ではＸ）が、表意者（本件では窓口担当者）において錯誤に陥っていることを知り、かつその状況を利用しようとした場合に限っては、意思表示は錯誤により無効と解すべきである。そうすると、原判決が本件預金契約を錯誤により無効であるとした結論は正当である」とした。

［分析］ 本件では表意者Ｙに要素の錯誤があり、その錯誤に重大な過失があると認定されている。４．２の最高裁判例の判示することに従うと、Ｙは錯誤無効を主張できないことになり、預金契約が有効という結果になりそうである。

しかし大阪高裁は、これを「表意者（本件では窓口担当者）において錯誤に陥っていることを知り、かつその状況を利用しようとした場合に限っては、意思表示は錯誤により無効と解すべきである」とした。これをどのように理解すべきであろうか。

大阪高裁が判示していることは、表意者に重過失があることを前提に

「相手方が、表意者の錯誤に陥っていることを知っている」…α

「相手方が、表意者の錯誤を利用としている」……β

という場合には、表意者が重過失の場合であっても、錯誤無効を主張できるとい

うことである。ここで注目したいのはαの命題である。

表示主義的立場からは、錯誤による意思表示に対し無過失に信頼した取引の相手方を保護しようとするので、相手方が錯誤の存在につき悪意である場合、または善意であっても過失がある場合には、錯誤の意思表示は表示主義の根拠を失い、意思主義の原則に基づき、重過失があった場合でも錯誤の意思表示は無効となると主張されている[47]。またこの結論が「判例通説」であるとされている[48]。結論が妥当であるにしても、この場合の条文上の根拠はどこに求めるべきであろうか。一般条項である信義則に頼らざるをえないのだろうか。

相手方が表意者の意思の不存在または意思の瑕疵を知っている場合に無効とする条文としては、心裡留保を定めた93条がある。93条の但書を含めた要件は

① 意思表示であること

② 表示に対応する意思が存在しないこと

③ 表意者が②を知っていること

④ 相手方が②について悪意または有過失であること

という要件を充たした場合に無効としている。本件では①②④は充足するとしても、③を検討せねばならない。③については4．1．で検討したように、錯誤に関する重大な過失とは、②についての悪意に近いものであるといえよう。そうすると、悪意そのものとは言えないので93条を直接適用することはできないが、95条但書が適用される場合には、類推適用する基礎があると言ってもよかろう。しかし大阪高裁はβ命題を要求している。卑見ではα命題を充たす限り、β命題は当然推定される結果であると思われるので、これを敢えて重過失の表意者が錯誤無効を主張するための要件とするのは過剰なものを要求しているように思われる。従って、β命題は不要であろう。そうすると、93条但書の類推適用によって、錯誤無効の主張ができるということになろう[49]。

そうなると、要素の錯誤をした表意者に重大な過失があったとしても、相手方が悪意または有過失の場合には、無効のままである余地があることになる。そし

---

(47) 舟橋・前掲注(10)、645、671頁。

(48) 近江幸治『民法講義Ⅰ　民法総則』（成文堂、第6版、2008）、216頁［初版：1991］

(49) 拙稿「意思表示の社会的性格」松山大学論集15巻4号（2003）、119頁以下。

て 93 条但書の類推適用が充たされ、客観的に無効であることが明らかになった場合には、だれもが無効主張できる、ということになるのではなかろうか。

４．４．小括

４．３．の分析で、重過失者の錯誤無効に関して、相手方が悪意または有過失である場合に、93 条但書の類推適用の可能性があり、その場合、重過失者であっても錯誤無効主張ができることを指摘した。すると、相手方が善意無過失の場合にはどうなるだろうか。この場合には 93 条本文が類推適用される、ということにならざるをえまい。そうなると、４．２．の判例がいう「表意者が…無効主張できないだけでなく、相手方や第三者も…だれも無効主張できない」という結論は、結果的に正しいと言えよう。ただし、そのためには相手方や第三者が表意者の重過失を主張立証することが必要であり、それをしない限り、その要素の錯誤は無効なままであろう[50]。

５．錯誤無効の済し崩し的詐欺取消化について

錯誤規定と詐欺規定は、別個に規定されており、要件も効果も異なる。表意者側にとって、錯誤規定を利用しようとすると、その要件である法律行為の要素の錯誤であるというとの立証が、詐欺規定を利用しようとすると、その要件である相手方の二重の故意の立証が困難である、という問題がある。

学説は、民法 95 条が意思主義に偏ったものであると非難し、錯誤による意思表示をドイツ民法とに近づけて、単に取消しうるものにしようとしてきた[51]。錯誤による意思表示をドイツ民法の規定に近づけて、単に取消しうるものにしようとしてきたが[52]、それは「表示主義をとるときは、錯誤もまた、表意者を保護する制度として、詐欺・強迫と区別する理由がないだけでなく、錯誤者よりも詐欺・強迫を受けた者をかえって厚く保護すべきであろう。民法の規定は、この意

---

(50) 高森・前掲注(19)、58 頁。なお賀集唱「要件事実の機能」司法研修所論集 90 号（1993）、36 頁以下参照。
(51) 西沢・前掲注(17)法時 42 巻 11 号（1970）、236 頁。
(52) 西沢・前掲注(17)法時 42 巻 11 号（1970）、236 頁。

味において、意思主義に傾き過ぎた不当なものである」という価値判断があるように思われる[53]。このような価値判断を元に、学説は「錯誤無効」を済し崩し的に「詐欺取消」と同一の結果となるように努力してきた[54]。判例も、主張の点では、「詐欺取消」化に賛同しているようにも見える。その背景としては実際に詐欺が問題となるような場合であっても、錯誤によって処理される判例もあり[55]、また詐欺の要件として錯誤の発生があげられることから[56]、このような傾向が生ずるのも無理はないものと思われる。

しかし錯誤と詐欺の規定は、別個独立のものであり、またその規定相互の関係を法条競合の場面のことまで、評価して規定していない[57]。また「錯誤無効」の原則的無効の効果を貫徹すると、誰でも無効主張をすることができ、遡及的追認はできず、主張の期間制限もなく、第三者に対しても無効を主張できるのに対して、「詐欺取消」の効果は、取消権者しか取消権を行使できないが（120 条 2 項）、遡及的追認はでき（122 条）、取消権行使には期間制限があり（126 条）、善意の第三者への保護が図られている（96 条 3 項）。このように、「錯誤無効」と「詐欺取消」の効果においては、大きな差異が存する。この差異が存することは、効果面で「錯誤無効」か「詐欺取消」かを選択することができる柔軟性を確保しているといえよう。ところが「錯誤無効」と「詐欺取消」とを同一に扱い、「詐欺取消」の効果しか認めないということになると、効果面で、解決の選択可能性が失われてしまい、これは事案に即応した柔軟な解決を阻害するように思われる[58]。またそうなると、要件面でも「錯誤」だろうが「詐欺」だろうが、どち

---

(53) 我妻・前掲注(14) 302 頁以下。

(54) 林幸司「錯誤無効の『取消への接近』とその限界」椿寿夫編『法律行為無効の研究』（日本評論社、2001）、729 頁以下。我妻・前掲注(14) 311 頁は、「錯誤も詐欺も、ともに、表意者保護の制度に他ならないのみならず、無効と取消とは、相容れない観念ではない」という。

(55) 例えば、「受胎良馬事件」（大判大正 6 年 2 月 24 日民録 23 輯 284 頁）では、売主が「年齢 13 歳にして受胎能力あり現に受胎し居れり」と言い売買契約を締結させている。加藤雅信・加藤新太郎編著『現代民法学と実務・上巻』（判例タイムズ社、2008）115 頁〔加藤雅信発言〕では、その他に信義則違反の問題も考えられることが指摘されている。

(56) 我妻・前掲注(14) 310 頁。

(57) 賀集・前掲注(3)、司法研修所論集 97 号（1997）、注(18) 77 頁。

(58) 拙稿・前掲注(2)、早稲田法学会誌 42 巻（1992）、220−221 頁。

らを主張してもよいというようになろうし、両法条・法規範を並存させておく意味も薄らぐように思われる。

ところで、要件が即応する事実のみが存在する典型的な錯誤の事例の場合に、95 条が適用され、また同様に典型的な詐欺の事例であれば、96 条が適用されることには、問題はなかろう。しかし典型的な錯誤の事例と典型的な詐欺の事例の間には、数直線上の点のように、不断無数の段階が存在する。そのような中で表意者が要素の錯誤とかつ相手方の故意とを主張立証しできた場合には、どうなるであろうか。いわば「二つの法条の要件事実が、少しずつはみだしながら、重なり合う」ことになり、「はみ出している部分の一部は一方の法条にとって、残りの部分は他方の法条にとって、それぞれ過剰となっている」場合である[59]。

このような場合、申立てや、事実・証拠の提出が当事者の権能かつ責任であること（処分権主義、弁論主義）に対して、法条・法規範の存否・解釈適用が裁判所の専権事項であることから、95 条を適用するか 96 条を適用するかを、当事者の主張に拘束されずに、裁判官は判断することができる[60]。どの法条・法規範を適用するかを判断する場合に、現前の事案が如上の段階上に存在することを認識しつつ、錯誤の要素が強く、錯誤に近い段階にあるのか、詐欺の要素が強く、詐欺に近い段階にあるのかが一つの判断材料となろう[61]。そして裁判官がどちらかの法条・法規範を適用するかを選択すると、他の法条・法規範は問題にならなくなるのが原則であるが、どちらかの法条・法規範の特定要素が強い場合には、その要素を考慮する必要がある場合もあろう。

このように考えると、錯誤の効果を詐欺のそれに近づけることは、事案に即応

---

[59] 賀集・前掲注(3)、司法研修所論集 97 号（1997）、注(18) 77 頁。

[60] 藤田広美『講義民事訴訟』（東京大学出版会、2007）、46 頁。賀集・前掲(50)、司法研修所論集 90 号（1993）、34 頁は「（行為）規範の名あて人は裁判官である」と指摘する。

[61] 実際の事案で、複数の法条文のうち、ある法条文の要素が強い場合には、その法条文の要素を勘案して考慮すべきであるとするものに、Wilburg の「動的体系論」がある、Wilburg, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, 1951（ 拙訳・ヴィルブルク「民法における動的体系の展開」高知短期大学社会科学論集 82 号（2002）、293 頁以下）。どんな個別事例においても、複数の法条文の諸力のその時々の組み合わせとそのいずれかが他に比べて有する強度に応じて決定されることが指摘される a.a.O., S.13（拙訳・304 頁）。

した柔軟な解決を阻害するように思われる。また、錯誤と詐欺の間に、事案としては不断無数の段階があることは認識するにしても、法条・法規範としては、対極に存在することを意識すべきであろう。したがって錯誤の効果が無効であることに積極的意義があるように思われる。

6．終わりに

平成18年3月4日に法科大学院要件事実教育研究所（創価大学）が、「法科大学院における民法・民事訴訟法教育のあり方」という講演会を開催した。その直後賀集先生とお話する機会があり、そこで「裁判官の法的三段論法」について、賀集先生が東京大学の研究会でご発表になったことが話題になった旨を申し上げた[62]。そこで日本における判決が、法的三段論法をとっていないように思われるということが言われていたことを申し上げた。賀集先生は、その研究会の様子について、よく覚えていると仰った後、法的三段論法が判決に現れていないとよく言われているが、裁判官であるならば、誰でも法的三段論法を行っている、法的三段論法を行った上で、明らかであることについては敢えて判決書に書かない、ということをご教示いただいた。

実体法が感覚で認識できない権利の存否を認識させるのだが、実体法規範（大前提）に規定された一般的・抽象的要件も、これに該当する具体的事実の存否を確定すること（小前提）によって権利の存否を判定する（結論）[63]。この一連の作業が法的三段論法である。そこで実体法規範を事案へ適用する法実務において重要であるのは、この一般的・抽象的要件に、当該事案にける具体的事実が包摂されるか否か、であろう。その意味で、具体的事実中心に審理が進行・深化するといえよう[64]。

そのような法実務に、法律学が寄与するとすれば、法条・法規範をいかに認識

---

(62) 星野英一「法科大学院における民法教育のあり方」法科大学院要件事実教育研究所報4号（2006）、15頁。村上淳一「転換期の法思想」『システムと自己観察』（東京大学出版会、2000、初出1997）、13頁以下参照。
(63) 藤田・前掲注(60)、33−35頁。
(64) 藤田・前掲注(60)、36頁。村上・前掲注(62)、14−15頁。

するかが重要であって、法条・法規範を評価することではなかろう[65]。たしかに、５．で述べたような法条・法規範自体の評価を行い、それに基づいて「よりよい法」の形成を考察する研究方法があり、それが主流といえよう。そして、そのような方法論によって民法学が大いに発展したことは周知の事実である。しかし、「よりよい法」を念頭に置く限り、眼前にある法条・法規範は不十分なものとなろう。逆に法条・法規範をいかに認識するか、という点に重点を置くと、法条・法規範の積極的側面、特に法条・法規範が法的三段論法を通じて十全に機能していることについて、十分に認識する機会があるように思われる。このように考えると、法的三段論法における、要件の認識、そして要件への包摂の検討が非常に重要に思われる。この作業を実務で行うことが「物語判決・ムード判決を潔癖に排斥」することになろう[66]。

たしかに日本の裁判官は「理由説示でも、定義の論議は余りしない」「定義の〈内〉か〈外〉かは、事実をして語らしめる」点があろう[67]。しかしこの定義自体をより明確にし、定義の〈内〉〈外〉を明らかにしていくことこそ、民法学に課された課題の一つではなかろうか。

法的三段論法、それに伴うなる包摂技術の重要性は、日本の法学教育の中で総論では賛成であったが、各論では軽視されているように思われる[68]。法学教育において、学生に、法的三段論法を活用できるようにさせることだけでは、不十分であり、法の運用にあたっての制度論的考察をすべきであり、そのように教育すべきである、という批判を度々受けたことがある。このような傾向から、制度趣旨に重点を置く教育がなされているためか、法的三段論法は、実際に教科書等でもあまり活躍しているようには思われない。しかしドイツの法学教育では法的三段論法を駆使して「あるところまでは誰でも同じ答えが出なければならない」ことになっており、そこでは法条・法規範を取り上げる順序、条文に出てくる諸概

---

(65) Bleckmann: Barrieren gegen den Unrechtsstaat?, 2004, S.78. Manigk: Begriffs-und Interessenjurispurdenz, ZblJPr 1933, S.673ff（675）は「法は意思から発するもの volitiv であるが、法学は認識に関するもの kognitiv である」という。

(66) 村上・前掲注(62)、14 頁。

(67) 村上・前掲注(62)、14−15 頁にある賀集先生のレジュメ。

(68) 星野・前掲注(62)、法科大学院要件事実教育研究所報 4 号（2006）、15 頁。村上・前掲注(62)、13 頁以下参照。

念を取り上げる順序まで含めて、答案の構成を厳格に見ることになっていることが指摘されている[69]。これは法的三段論法を活用してはじめて言えることであろう。法科大学院教育において法的三段論法を重視する教育をすれば、事案の法的処理をする場合には、訴訟物を確定し、その上でどの法条・法規範がどのような順序で出てくるかについてはある程度客観的に確立しており、その確立に寄与したのが、要件事実論であったといえよう。研究者として、要件事実論に接して、法条・法規範の要件がいかに重要かを、再認識することになったが、今回、賀集先生が強調されたことが強く思い出された。錯誤無効に関しても、現在の法条・法規範の機能を認識しつつ、要件とそこで扱われるべき定義をより明確にしていくことが重要であろうと思われる。

このような拙論を賀集先生がご覧になったならば、あの小気味良い口調で、痛烈に批判なさったであろう。そのご叱声を今生ではもう伺うことができない。

---

[69] 村上・前掲注[62]、10 頁、賀集・前掲注[50]、司法研修所論集 90 号（1993）、35 頁、70 頁以下。