

ドイツ民法典以前の性状錯誤の位置付け : 動機錯誤 説の成立

大久保, 憲章
九州大学法学部 : 助手

<https://doi.org/10.15017/16184>

出版情報 : 法政研究. 48 (1), pp.119-156, 1981-09-10. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

ドイツ民法典以前の性状錯誤の位置付け

— 動機錯誤説の成立 —

大久保 憲 章

一、 はじめに

主としてBGB第一草案を継受したわが民法はわずかに九五条一ヶ条を錯誤の原則的規定として有するのみで、しかもその文言たるや極めて抽象的である。民法典制定当初の学説は「法律行為ノ要素」の錯誤を意思と表示との不一致とみなし、動機錯誤はこれに属さないとしていた。⁽²⁾しかし、その後動機も表示されると要素の錯誤になるという学説が現われ、通説・判例となった。⁽³⁾これに対して、動機錯誤と表示錯誤との区別を撤廃したうえで抽象的規定である九五条の要件を個別的に精緻化せんとする学説が台頭し、学説上かなり有力化しつつある。⁽⁴⁾これがわが錯誤法をめぐる学説・判例の大まかな状況といえよう。このような錯誤法をめぐる対立状況をの主たる原因は、性状錯誤の法的処理にある。通説は次のように言う。すなわち、性状錯誤は動機錯誤とみなされているが、表意者が目的物が特定の性状を有すべきことを法律行為の内容とし表示(すなわち、動機の表示)することによって要素の錯誤となる。しかし

ながら、動機が法律行為の内容になり表示されただけで、何故その錯誤が保護を受けることになるのであろうか。仮に、動機錯誤である性状錯誤も顧慮されるのであれば、動機錯誤Ⅱ無顧慮と表示錯誤Ⅱ顧慮という二元的構成でなく、両類型の錯誤を一元化して構成することができよう。これがいわゆる有力説の共通の立場である。

このような学説の対立状況のなかで、わが錯誤法解釈論の解決方向を見い出す予備的作業としてドイツ法における性状錯誤論を対象にとりあげたい。それは、わが錯誤法がBGB第一草案の強い影響のもとに制定され、又学説、とくに通説の基本的枠組がドイツ普通法通説に由来しているからである。本稿では、主としてドイツ普通法を対象にとりあげることとし、性状錯誤Ⅱ動機錯誤という観念の生成、定着過程を明らかにしたいと思う。

(1) もちろん、立法者は第一草案のみを参照したのではなく、第二草案をも検討している。たとえば、九五条の起草者富井博士は、第一草案の規定する錯誤者に重過失ある場合無効主張を許さないのが、第二草案の規定する消極的利益の賠償義務を錯誤者に課し過失の有無を問うことなく取消を認めることよりも優れていると評価している。法典調査会民法主査会議速記録・学振版・第六卷主査六ノ一一六―七丁。

継受されたのは第一草案だけではない。旧民法財産編三〇九条―三一一條の諸規定が吸収又は削除されている。吸収された規定は、三〇九条一項(合意の性質、目的原因の錯誤)、同条三項(合意を不成立にする当事者についての錯誤)である。削除された規定は、三〇九条四項(合意を取消可能とする、当事者の如何が合意の附随的原因にすぎない当事者の錯誤)、三二〇条一、二項(物の性質についての錯誤。但し一定の性質が指示されている場合は除く)、同条三項(履行の時期、場所の錯誤)、同条四項(訂正訴権を与える算数、氏名、証書の日付、場所の錯誤)、三〇九条二項(縁由の錯誤。当然のことであるとして)、三一一條(法律錯誤)である。

その他、参照されたのは、フランス、オーストリア、オランダ、イタリヤ、スイス、モンテネグロ、スペイン、ベルギー、インドの諸法典。以上「民法第一議案・民議ノ一四三―七丁。民法制定過程の研究として、小林一俊・「日本民法における錯誤法の系譜と関連問題点」(「亜細亞法学七卷二号二一頁以下、八卷一頁以下、がある。

(2) 梅謙次郎・訂正増補民法要議卷ノ一総則編二一九頁。川名兼四郎・民法総論三五七頁。

(3) 鳩山秀夫・法律行為乃至時効一三七頁以下。同・増訂改版日本民法総論三六八頁。我妻榮・民法総則二九七頁。

判例は、大判大正三年二月一日民録二〇輯一一〇一頁以来多数である。

(4) 代表的なものだけを挙げておく。杉之原舜一・「法律行為ノ要素」の錯誤に関する一考察(一)「法協四三卷一〇号一頁以下、一〇号二二頁以下。舟橋靜一・「意思表示の錯誤」九州帝大法文学部創立十周年記念論文集五九三頁以下。川島武宜・「意思欠缺と動機錯誤」民法解釈学の諸問題一八八頁以下。野村豊弘・「意思表示の錯誤(一)(七)」法協九二卷一〇号八二頁以下、九三卷一〇号六八頁以下、同卷二九一頁以下、同卷三九一頁以下、同卷四四一頁以下、同卷五〇一頁以下、同卷六〇一頁以下。小林一俊・「錯誤における相手方の認識可能性」薬師寺博士米寿記念論文集一八六頁以下。その他、最近の教科書でもかかる立場に立つ説は多い。たとえば、幾代通・民法総則、鈴木祿弥・高木多喜男編・民法新教科書2動産売買法(奥田昌道担当部分)など。これらの論者には若干の相異点もあるが、基本的立場においては同一である。一元説に立つ学説が今日数的には多いことから、これを通説とみなしうるかもしれないが、本稿では諸学者に
ならぬ二元説を通説としておく。一元説が学説上優勢であるにも拘らず、判例がなお二元説に留まっていることは興味深い。

二、後期普通法以前

一、ローマ法

いうまでもなく、近代法はローマ法(源)研究を通じて展開された。このことは錯誤法においても例外ではない。ドイツ法はローマ法を継受しその理論を発展させてきた。わが民法が、かかるドイツ法を主として継受しているのであれば、わが民法の起源も又ローマ法にあるといつてよい。従つて、ローマ錯誤法を一瞥しておくことは必要であらう。もちろん、ローマ法研究は、法源を逐一フォローし、又従来の研究のテキストブックをすべきであらう。

しかし、これは、私の能力の範圍を著しく越えることである。従つてここでは、従来より承認されていることを中心に叙述するが、性状錯誤についてだけはやや立ち入つて述べたい。⁽¹⁾

古代ローマ法においては、形式主義のため錯誤ある場合に法律行為が有効であるか否か問題にされることはなかつたが、古典時代になつてはじめて錯誤による法律行為が瑕疵あるものであると認識せられ、その効力についての問題が生ずるようになった。ローマの法学者たちにとつて錯誤とは、まず解釈の問題であつた。すなわち、錯誤の効果を認めうる範圍、錯誤ある表示は不完全であつてもあるいは意欲されたことと対立していても表意者の眞の意思が認められうるかが問題とされた。又、契約法における錯誤と不台意とが混同され、表示錯誤と動機錯誤の区別はさほど明らかではなかつた。この時代、主として客体 (Objekt) の錯誤の分類が論じられた。すなわち、錯誤が人又は物の表示に関するものであるか (error in nomine)、その同一性に関するものであるか (error in corpore)、表意者が物の本質に関して錯誤 (error in substantia) した場合、いかなる意義を有するかであつた。error in corpore は、要式行為、不要式行為を問わず無効とされた。error in nomine は、要式行為の場合、契約当事者が客体につき合意があれば、又単独行為の場合現実に意欲されたことが一義的に確定しうるのであれば、無効原因とはならなかつた。⁽²⁾ error in substantia に関しては特別の考慮を要する。この類型の錯誤が近代法にとつて有する意義は次のことにある。すなわち、錯誤論の主たる議論がこの類型の処理をめぐる論争であり、又意思・表示のスキーマに収まらず、従つて意思欠缺表示無効の命題にあてはまらなかつただけに、この異端児をどのように法律構成するかが問題であつた。多数説はかかる錯誤は動機錯誤であるとの評価に基いて法源を検討することにより顧慮の要件を折出した。しかし、多数説が動機錯誤を原則無顧慮としつつ error in substantia のみを一定の要件のもとで顧慮しようとすることにはすでに論理的難点が存するのである。何故例外的に顧慮されなければならないのか。⁽³⁾ 以下 error in substantia について

ローマ法ではどのように位置付けられるかみていくことにする。

ところどころかかる類型の錯誤はローマ売買法との関連で考察されなければならない、ローマ売買法は歴史的に固定されたものとしてとらえるのではなく、その発展段階の異質性を考慮のなかに入れなければならない。⁽⁴⁾

古典法期には握手行為のさいになされた目的物の性質についての売主の悪意又は保証に対する賠償責任が認められ、又物の瑕疵担保責任は按察官告示によって奴隸・家畜についてだけ機能した。ローマ市場取引における市場警察を担当する按察官は告示を発し、告示中に挙示された一定の瑕疵を買主に開示し告示中にない瑕疵がないことを問答契約の形式で担保することを奴隸の売主に強制した。奴隸に告示上の瑕疵があれば、買主は問答契約訴訟 (*actio ex stipulatu*) を行使でき、又売主の担保拒絶があれば、解除訴訟 (二ヶ月以内) ・減額訴訟 (六ヶ月以内) をそれぞれ行使できた。又、奴隸に告示上の瑕疵がありかつこれを売主が言明しなかったとき、売買解除訴訟 (*actio redhibitoria*) (六ヶ月以内)、代金減額訴訟 (*actio quanti minoris*) (一年以内) が買主にある。売主が奴隸の性状を約束したときにも同様である。⁽⁵⁾ともあれ、ここではローマ法上、目的物の性状についての売主の責任は契約それ自体に基礎を置かなかった。その場合の売主の責任は(一)悪意によるそれと保証契約によるそれに基礎を有するか、(二)市民法以外の行政的按察官法に基礎を有する。そして、按察官訴訟権が与えられるのは奴隸と家畜だけに限定され、これ以外の目的物の瑕疵・性状については売主の悪意又は保証契約による責任にとどまった。

ユスチニアヌス帝期においては、按察官法と市民法が融合した結果按察官法成立時における奴隸・家畜の売買のみへの限定という特殊性は消滅した。目的物の種類の如何を問うことなく売主は従来の按察官法による責任を負うこととなった。按察官法は市民法に吸収されたのである。⁽⁶⁾

このようにユスチニアヌス帝期に至ってはじめて売主は売買契約に基いて目的物の瑕疵について責任を負うことに

なつたのであるが、古典法期以降按察官訴権の与えられない奴隷家畜以外の売買において目的物に瑕疵がある場合契約の効力はいかなる運命をたどつたのか。このことの解明に *error in substantia* の、すなわち性状錯誤の性格規定が深く依存している。この問題に関する重要な法源として D. 18, 1, 9, 2 がある。

「さて問題はつぎのことである。すなわち、人が目的物においては一致しているが素材 (*substantia*) について錯誤している場合、たとえば人が酔をワインとして、真ちゆうを金、鉛として、あるいは銀類似の他のものを銀として売つた場合、売買は存在するであろうか。マルケルウスは *Digesta* 六巻で物質 (*materia*) に関して錯誤しているにも拘らず目的物については一致しているのであるから売買は存在していると書いてある。なるほど私 (ウルピアヌス) はワインに関してはワインが酔っぱくつたから、それは同一の素材 (ウーシア) である場合完全に同一の見解である。しかしワインが酔っぱくつたのではなくて、初めより酔——人工酔のような——であつた場合、規定されてたことといくぶん異なつたものが売られたとみなされる。そしてその他の場合売買は素材の錯誤があるかぎり無効であると私 (ウルピアヌス) は考へる。」

マルケルスは目的物につき完全な合意があるから、たとえ目的物の素材に錯誤があつても契約は無効でないという見解である。ウルピアヌスは目的物の素材を契約に合意に係りうるといふ視角からワインとして売られた液体が初めから酔であるが如き場合、「このワイン」の給付に向けられた契約はこの液体の性質に合致していないが故に契約全体を無効とした。

この差異はどのように理解されるべきか。これはローマ法における売買法の発展に即して理解されるべきである。すなわち、元来売買契約は契約類型としては目的物の性質に関係することはなかつた。しかるに、ユ帝法期に至るまでの発展のなかで売買契約は目的物の性質にも関係するようになった。しかし、按察官訴権が適用されるのは奴隷・家畜

に限られていたので、D. 18, 1, 9, 2, のようなブドウ酒の売買においては適用を受けない結果、契約との目的物の性質がくい違ふとき、買主保護の手段としては売買契約自体を無効とする方法を選択したのである。かくして、性状錯誤 (error in substantia) が無効とされるのは、それが一方当事者における動機錯誤の故ではなくて、合意と目的物の性質とが不一致であるためである。

- (一) この個所の叙述は Jörs-Kunkel-Wenger, Römisches Recht, 3 Aufl., 1949. Kaser, Römisches Privatrecht, 8. Aufl., 1974. 船田亨一・「ロー民法」第二巻・第三巻・原田慶吉・「ロー民法」Flume, Eigenschaftsirrthum und Kauf, 1948. による。この方面での研究としては柚木馨・「売主瑕疵担保責任の研究」川村泰啓・「性状瑕疵保障序説 (一) — (一六) 」判例時報八六九号—九四〇号、がもっとも詳しい。このほか、北川善太郎・「契約の責任の研究」九頁以下にも若干の叙述がある。
- (2) Jörs-Kunkel-Wenger, a. a. O., S. 107ff. 船田、前掲第二巻一八六頁以下。
- (3) 普通法に於ける議論は後述。
- (4) Flume, a. a. O., S. 56.
- (5) Jörs-Kunkel-Wenger, a. a. O., S. 233ff. Kaser, a. a. O., S. 172.
- (6) Jörs-Kunkel-Wenger, a. a. O., S. 235.
- (7) Flume, a. a. O., S. 58ff.

二、自然法期の法典

後期普通法学、なかんづくサヴィニーに始まる近代錯誤法に入る前に、一八、一九世紀の法典の錯誤法を概観する。ここでは意思教説に立つプロイセン一般国法典 (以下 ALLR と略) と表示主義に立つオーストリア民法典 (以下 ABGB と略) をとりあげる。

I. ALR⁽¹⁾

一七九四年に成立したALRは一八世紀に行なわれた法典編纂のなかでも代表的な例であり、民事法のみならずその他の法分野をも包括し、二万条近い条文を有する大法典である。ALRは第一編第四章に意思表示の通則を設け、ここに錯誤法も規定されている。⁽²⁾ ALRの錯誤法は早期普通法学におけるグロチウスやプーフェンドルフの方向に基本的に従っている。ALRの錯誤規定の内容は次のとおりである。法律行為の要素 (Wesentliches des Geschäft) の錯誤、意思表示の主たる客体の錯誤 (I. 4, §75)、意思表示の相手方の錯誤 (因果関係のあることを要件とし (I, 4, §76)、人又は物の明示的に前提とされた性状の錯誤 (I, 4, §77)、人又は物の通常前提とされる性状の錯誤 (I, 4, §81) が無効原因である。錯誤者に過失があっても錯誤の効果は無効であるが (I, 4, §78)、重大又は通常の過失が錯誤者にあり、かつ相手方が錯誤を知らなかったときは錯誤者は相手方に損害賠償義務を負い (I, 4, §79)、双方に過失あるときはこの限りでなく (I, 4, §80)。動機錯誤は原則的に無顧慮である (I, 4, §149)。⁽³⁾

ALRは、意思表示概念をはじめラント法のなかにとり入れたことのほか、錯誤法に関しては、無効原因となる錯誤はローマ法に対応して分類されている。すなわち、error in negotio, error in corpore, error in persona, error in substantia である。このうち、error in substantia は、起草者の考えとしては、実際には動機錯誤にすぎないが、動機 (従って性状の観念) が特別に法律行為の内容に受容される場合及び通常前提とされるような場合に顧慮するということであった。前者についてみると、コッホによれば、七七条においては素材 (Stoff) 自体の相異、従って支配的観念上異種物があるかどうかではなくて、当事者により特定の素材又は特定の性状の客体が要求されているかどうかということが問題となる。⁽⁴⁾ ここには性状錯誤顧慮の主観的基準がある。すでに自然法学において、グロチ

ウスは誤った前提に基いてなされた約束 (Promissio) は、表意者がかかる前提の存すること、つまり動機が誤っていないことを黙示的条件とするが故に、無効であるとした。⁽⁶⁾ プーフェンドルフはグロチウス説に従いつつ、動機錯誤の認識可能性を要件として動機錯誤を顧慮した。⁽⁶⁾ しかし、一八世紀自然法学は、かような前提 (動機) の黙示的条件の構成は擬制にすぎないとして否定したのである。⁽⁷⁾ おそらく、七七条は、自然法学の動機錯誤の黙示的条件による構成が妥当でないと意識され、これを明示的条件による構成に変化させられたためではないかと思われる。後者、すなわち八一一条のいう通常前提とされた性状も当該行為が基準であるとされている。しかし、人の支払能力はかかる性状ではない。⁽⁸⁾

錯誤の効果は合意がない (Mangel des Konsens) ために無効 (ungültig) であるが、錯誤無効の主張者は錯誤者に限られていた (Revisionsklage)。⁽⁹⁾ 錯誤者に過失があっても錯誤は顧慮されるが、この場合相手方に対する損害賠償義務が錯誤者にある。自然法学者は、錯誤の場合、意思欠缺のゆえに意思表示は無効であるとし、錯誤者の無過失を顧慮の要件としないかわりに、錯誤者が契約の拘束から免れうるためには損害賠償義務があるとしていた。ALR のかかる態度は、自然法学の成果を受け継いだものであり、錯誤顧慮のために無過失を要求した、当時の普通法学の態度とは正反対であった。

(1) ALLR の編纂の歴史的研究として石部雅亮・「啓蒙的絶対主義の法構造」がある。

(2) ALLR の錯誤法を紹介しているものとして、村上淳一・「ドイツ普通法学の錯誤論」法協七六卷三号一頁以下。本稿のこの部分の叙述は、村上論文と Haupt, Die Entwicklung der Lehre vom Irrtum beim Rechtsgeschäft seit der Rezeption 1941 に依拠した。

(3) ALR の錯誤規定は以下の如くである。

七五條、法律行為の要素または意思表示の主たる客体に関する錯誤は法律行為または意思表示を無効とする。

七六條、意思表示に基いて権利が発生する者についての人の錯誤は、この錯誤がなければ意思表示はそのようにはおこなわれなかつたであろうことが諸般の事情から明らかである場合、前条と同じである。

七七條、人または物の明示的に前提された性質の錯誤も意思表示を無効とする。

七八條、これらすべての場合、表意者が錯誤を避けえたであろうと思われるときでも無効であることは変わりない。

七九條、表意者が、自己の重大な又は通常の過失によって錯誤に陥り、かつ相手方が表意者の錯誤にあることを知らなかつたとき、表意者はその過失によって生じたる損害を賠償する義務を負う。

八〇條、双方に避くべからざる錯誤が生じたとき、いずれの方からも損害賠償はおこなわれない。

八一條、人または物の、通常前提されているような性質について錯誤もまた意思表示を無効とする。

八二條、錯誤者が自己の重大な、または通常の過失によって錯誤を生ぜしめたとき、意思表示は存続する。

八三條、その他の性質または事情についての錯誤は意思表示をけつして無効としない。

(以上の訳は、久保正幡先生選歴記念西洋法制史料選Ⅲ近世・近代一八一頁以下・石部担当部分による)

一四八條、表意者が錯誤により誤たる動機を正しいものと考えていた場合、この錯誤を故意に惹起した者は、これより何ら利益を得ることができない。

一四九條、前条の場合場合を除いて、双務的権利義務を発生させる意思表示の場合、動機錯誤は錯誤者に自己の表示から再び離脱する (abgehen) 権利を与えるものではない。

一五〇條、これに反して、その者のために意思表示が行われる者だけが利益を得るような意思表示は、明示的に挙示された動機が意思表示の唯一の原因であったことが明らかになるや無効である。

(4) Koch, Allgemeines Landrecht, Anm. 93 zu I, 4, § 77.

(5) Lib. Cap. XI § VI n. 2. Haupt, a. a. O., S. 26 に於て。

(6) Lib. Cap. VI § 36. Haupt, a. a. O., S. 29 に於て。

(7) コックツェイ、ティティウス、ハイネッキウス、ハプフナー、フレデリスドルフ。Haupt, a. a. O., S. 31ff.

(8) O. Tr. IV v2. März 1871, Str. Arch., 80 S. 304. Koch, a. a. O., Anm. 96 zu I, 4, § 81. に於て。

(9) Koch, Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrecht, Bd. I. § 109 II かかる見解は通説であった。vgl. Haupt, a. a. O., S. 34.

11. ABGB⁽¹⁾

啓蒙期自然法において、ALLRと異なつて表示主義に立脚したのがABGBである。すでにドイツ東南地方においては、マクシミリアヌス法典(Codex Maximilianus)(一七五六年)が錯誤の原則的無顧慮、錯誤者は自己の表示の文言に拘束されるべきこと(§ 4, I § 25)、錯誤が顧慮されるのは、錯誤が相手方により、又は相手方が知つて有責に(schuldhaft)惹起された場合に限ること、を規定していた。ABGB草案を起草したウィーンの学者マルティニも、ほぼこれと同一の立場であつたが、彼は錯誤が例外的に顧慮される場合、相手方が原因を与えること(Veranlassen)で足りるとし、過責(Verschulden)を要求していない⁽²⁾。マルティニの見解は、ABGB錯誤の原型となつた。

マルティニの草案は意思主義とは異なる原理に立っていた——自己に有責な錯誤は契約の効力を左右しない——が、第一立法委員会ではかかる原理は二つの方向で緩和された。それは、第一に表意者に有責な錯誤であっても相手方に認識可能であれば意思表示は無効なこと、第二に、第三者のなした強迫、詐欺、錯誤は、相手方のなすそれと同様に取扱われることである。第三立法委員会では、この第二の緩和は、一貫しないとの反対意見があり、削除された。これは表示受領者の側からみると、錯誤の原因を表意者自身が与えたのか、第三者が与えたのかは問題になりえないからである⁽³⁾。

ABGBの錯誤規定は次の内容である⁽⁴⁾。すなわち、(1)錯誤が相手方の誤つた陳述によって惹起されたとき(八七一 条)(2)相手方が錯誤の原因となつた第三者の違法行為に関与したか、又はかかる違法行為を知りうべかりし場合(八

七五(条) (3) 錯誤に陥ったことにつき錯誤者が有責な場合でも相手方が錯誤を諸事情からみて知りうべき場合(八七六(条)、のうち少なくとも一つに該当し、かつ、契約の主たる目的物、契約の主たる目的物の本質的性質に関する錯誤(八七一条)、主たる物につき合意があり、主たる意図として表示することを要件する附随的事情に関する錯誤(八七二(条)、相手方に関する錯誤(八七三(条))は顧慮される。これに反して、動機錯誤は原則として(無償行為は別として)顧慮されず、動機が条件となる場合のみ法的保護を受ける(九〇一条)。錯誤の法律効果は無効である。

ABGBの錯誤規定の特徴の第一は何と云っても、八七六(条)が規定しているような錯誤の認識可能性(Erkennbarkeit)を顧慮の要件としていることである。これは、いうまでもなく表示主義の立場であり、法典としては、ABGBが最初である。前述の(1)、(2)、(3)の要件である。すなわち、(2)、(3)の要件は錯誤(又は強迫)の主観的認識可能性でなくて、単に客観的認識可能性であり、(1)の要件も錯誤の無責の惹起(schuldlose Veranlassung)である⁽⁵⁾。従って(3)、すなわち、八七六(条)の規定する要件は、(1)(八七一条)、(2)(八七五(条))の集約的表現といふべきであろう。後にこの認識可能性を錯誤顧慮の要件とするABGBは表示主義のモデルとなる。

第二に、錯誤類型は、ローマ法のいわゆる error in corpore, error in persona, error in substantia に対応している。error in corpore (八七一条)、error in persona (八七三(条)⁽⁶⁾)が無効原因であることは当然としても、error in substantia (八七一条、人の性状については八七三(条))はいかなる種類の錯誤として把握されていたかであろうか。error in substantia がABGBの起草者自身によっていかなるものとして理解されていたかは、確認できなかったが、ABGB制定後の通説は⁽⁷⁾「サヴィニーの見解に従い、動機錯誤とみなし、性状錯誤の本質性を取引觀念上の異種物という基準によって判断していたようである⁽⁸⁾。動機錯誤は、動機が条件となった場合だけ顧慮される。しかし、かかる顧慮は、もはや錯誤法の領域での処理ではない。これに関連して次のことが指摘されるべきである。すなわ

ち、動機が相手方に決定的なものとして周知であれば、黙示的条件があるとされたことである。錯誤顧慮のために、八七六条が錯誤が相手方に認識可能であることを要求しているが、黙示的条件を想定して動機錯誤を顧慮することは、実際には動機が条件とならなくても誤った動機が認識可能であることにより、広い範囲にわたる動機錯誤を顧慮する可能性をもたらすのである。以上のことからみると、表意者が誤った性状の観念に基いて意思表示を行ない、これが相手方に認識可能であれば、性状錯誤は顧慮されるということにならう。

(1) 以下の叙述は、Haupt, a. a. O., に主として依拠した。A B G B の錯誤規定の簡単な紹介としては、前掲村上論文。

(2) Haupt, a. a. O., S. 36.

(3) Pfersche, Die Irrthumslehre des oesterreichischen Privatrechts, 1891, S. 132f. による。

(4) A B G B の錯誤規定（及びこれに関連する規定）は以下のとおり。

八六九条、契約への合意は、自由に、まじめに (ernstlich)、特定の、了解的に (verständlich)、表示されなければならぬ。表示が了解的でなく、全く非特定のであるか又は約束 (Versprechen) が行なわれたのと異なった決定のもとで承諾が行なわれた場合、契約は不存在である。相手方から利益を得るために不明確な表現又は外観行為 (Scheinhandlung) を行なう者は賠償しなければならない。

八七一条、一方の当事者が相手方による誤った陳述を通じて錯誤させられ、かつ意図が主に向けられ表示された主要な物 (Hauptsache) 又は主要な物の本質的性質に関して錯誤ある場合、錯誤者には義務は発生しない。

八七二条、しかし、錯誤が主要な物でも主要な物の本質的性質でもなく、附随的事情 (Nebenumstand) に関する場合、双方当事者が主要な物につき合意し、附随的事情を主たる意図として表示していない限り、契約は依然として有効である。しかし、錯誤者には、錯誤の原因者から相当な賠償 (angemessene Vergütung) が交付されるべきである。

八七三条、かかる諸原則は、錯誤がなければ契約が全く行なわれなかったか又はかようなやり方で行なわれなかったであらう限り、約束がなされた人における錯誤にも適用される。

八七四条、すべての場合において、契約を策略 (List) 又は不当な恐れ (Furcht) によりひきおこした者は不利益な効果の賠償をしなければならない。

八七五条、約束者が第三者により、不当かつ根拠ある恐れを通じて契約を強制されたか又は誤った陳述を通じて錯誤させられた場合、契約は有効である。承諾者が第三者の違法な行為に関与したか又はかかる違法な行為を知るべかりし場合のみ、承諾者は自分自身が約束者を恐れさせ又は錯誤に陥し入れた場合と同じく、八七〇条乃至八七四条に従い扱われる。八七六条、約束者自ら自己の錯誤につき有責である場合、その錯誤が承諾者に諸事情よりして明らかである場合を除き、契約は存続する。

八七七条、これに反して、合意がないために契約の解消 (Aufhebung) を主張する者は、自己の利益のために契約から取得したすべてのものを返還しなければならない。

九〇一条、当事者がその同意の動機又は目的 (Endzweck) を明示的に条件とした場合、動機又は目的はその他の条件と同様にみなされる。これ以外には、このような表示は有償契約の効力に影響を与えない。しかし無償契約の場合、直近の条文 (八九七条―九〇〇条) の諸規定が適用される。

(5) Pfersche, a. a. O., S. 165.

(6) Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, S. 215. 〇う表示内容の錯誤、表示行為の錯誤、誤伝がこの類型の錯誤に対応する。

(7) ドイツ後期普通法の影響はかなり強かつたであろう。たとえば、Kirchsteiner, Kommentar zum Oesterreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2 Auflage, 1872, 14 Savigny, System III を頻繁に引用している。

(8) Freiherrn von Schwind, Der Irrtum im Verkehrsrecht des ABGB und BGB, J. J. 53. S. 129f.

(9) Zeller, Kommentar Anm. I. zu § 901, Haupt, a. a. O., S. 37. Anm. 3 以下。

三、後期普通法

一、サヴィニー

近代錯誤法の創始者としての榮譽を与えられるべきはサヴィニーである⁽¹⁾。後期普通法として展開される錯誤法学説はサヴィニーに始まり、その学説の発展又は修正として現われ、その基本構造は現代ドイツ民法学説にまで及んでいく⁽²⁾。その学説史的意義ははかり知れない。周知のように、サヴィニーは一八四〇年に出版された「現代ローマ法体系 System des heutigen römischen Rechts」第三巻を法律行為論にあて、錯誤論を体系的に展開している。

サヴィニーの理論の特徴として、表示錯誤と動機錯誤の区別、及び意思欠缺論による徹底（但し error in substantia も一定の範囲で error in corpore に等置される）をあげなければならない。以下、サヴィニーの錯誤論をみていくことにしよう。

サヴィニーによると、意思それ自体は本来的に唯一重要なかつ有効なもの（das einzig Wichtige und Wirksame）であるが、内心の不可視的現象としての意思が人に認識されうるためには一つの記号が必要であり、これが表示である。ところで、意思と表示とはその本質上一致していると考えられるべきであるが、この当然の事情が妨げられることがある。ここにおいて意思と表示との矛盾があり、意思の誤った外観（der falsche Schein des Willens）が生ずる。これが意思なき表示（die Erklärung ohne Willens）である。意思なき表示は、意図的意思なき表示（die absichtliche Erklärung ohne Willen）（仮装行為・言語学や法学の授業・演劇の上演・握手行為 mancipatio、強迫・通謀虚偽表示など）と非意図的意思なき表示（die unabsichtliche Erklärung ohne Willen）、すなわち錯誤とに分かれる⁽³⁾。この非意図的意思なき表示が不真性錯誤（der unächte Irrtum）である。この場合、意思が不存在であ

り錯誤は顧慮される（意思欠缺）。これに対応して錯誤者の過失の有無如何にかかわることなく錯誤は顧慮され、また錯誤者のみならず第三者の錯誤無効の主張も許される（絶対無効）。⁽⁵⁾ 錯誤は法律行為の主体と客体に関して生じうる。主体についてみると、同一人において意思と表示が不一致である場合と法律行為の当事者各人において意思と表示とは一致しているが各人の意思に一致がない場合がある。客体についてみると、意思の内容全体に関して錯誤ある場合と意思の各部分（法律関係の性質・法律関係の対極に立つ人・客体たる物）に関して錯誤ある場合がある。特に後者の場合、法律行為に附随する錯誤であつて、これらがすべて法律行為を無効にできるものではない。従つて、法律行為を無効にする錯誤（本質的錯誤）を正確に規定することが重要である。⁽⁶⁾ 以上がサヴィニーの錯誤論の総論部分に該当する。

これに続いてサヴィニーは、非意図的意思なき表示である錯誤の本質性の規定に移る。⁽⁷⁾ 一方の当事者が賃貸借のもりであるのに、相手方が贈与のつもりである場合のような法律関係の性質（die Natur des Rechtsverhältnisses）に関する錯誤は本質的である。法律関係の対極に立つ人の錯誤（人違いの場合）は、本質的である。⁽⁸⁾ 物、法律行為の客体に関する錯誤は、物の取り違い（error oder dissensus in corpore）、種類物における種類の錯誤、量における錯誤である。物の取り違いの場合、本質的であり、⁽⁹⁾ また種類物における種類の錯誤はこれと同一であるが、量における錯誤は量が契約対象である場合と反対給付に關係する場合とは差異がある。⁽¹⁰⁾ このような種類の錯誤とは異なり、動機錯誤は法律行為に対していかなる効力も持ちえない。⁽¹¹⁾ すなわち、動機が陳述、表示され根拠がないことがわかつて（falsa causa）このことによつて法律行為が無効となるものではない。⁽¹²⁾ 動機錯誤を無顧慮とすることは、唯一重要かつ有効な意思とこれに先行する動機とを嚴格に区別し、法律行為において動機に法的意義を認めないことにより、取引の安全を保護するためであつた。⁽¹³⁾

同時に指摘されなければならないことは、性状錯誤の錯誤法への位置付けである。サヴィニーによると、特定物について単にその性状に関するだけの錯誤の場合、物の錯誤は本質的ではないが、例外的に本質的錯誤の効力を認める必要がある。これがいわゆる *error in substantia* としてローマ法以来論じられてきた錯誤類型である。サヴィニーはこの類型の錯誤を動機錯誤無顧慮の原則の例外として把握し論理構成した。サヴィニーによると、*error in substantia* を取扱うにあたっての課題は、かかる錯誤が *error in corpore* と同じ作用をする個別の場合を捜し、これらの場合を可能ならば共通の規則 (*Regel*) に還元することであり、これを行なう基本的態度は、抽象的概念ではなくて現実取引において支配的な見解と慣習 (*die in wirklichen Verkehr herrschenden Ansichten und Gewohnheiten*) に依拠することである。¹⁴⁾ 以下、このような基本方針をとるサヴィニーの性状錯誤論における論理をみることにしよう。

サヴィニーは、ローマ法源を素材にとり検討を加える。ここでとりあげられている *error in substantia* に関するローマ法源は次のとおりである。(1)ある者が金製であると思って青銅の家具を買う場合、(2)ある者が銀製と思って鉛またはその他の非金属の家具を買う場合、(3)ワインと思って酢を買う場合、(4)男性奴隸と違って女性奴隸を買う場合である。これらの場合いずれも契約は有効に成立しないとされていた。サヴィニーはこの四つの場合に基いて共通の規則を抽出したのである。金属製品の場合 (1)・(2)のケース)。製品の価値は異なっているが、これは物の本質 (*das Wesen der Sache*) ではない。しかし取引上支配的見解によると、金及び銀製の家具は他の金属製品と比べて全く独特の商品と考えられる。つまり、貴金属製品の場合家具製品が破壊・変形させられても重要な価値が残存しているが、他の金属製品の場合同じことがあれば極めて僅かな十分には知覚できないほどの価値が残るだけである。ここに二つの異なる金属製品の家具の根本的な違いがある。¹⁵⁾ サヴィニーによると、製品価値ではなくて、我々の日常経験よりして貴金属製家具が非貴金属製家具とは全く異なる独自の商品であることが重要なのである。これが *error*

in substantia が error in corpore と同一視される要件となる。既に一九世紀以前の普通法学を支配していた実体本質即ち化学的素材という実生活と遊離した抽象的概念に代わって、現実的取引における支配的見解（觀念）が設定されている。⁽¹⁶⁾これは、ワイン（③のケース）・奴隸（④のケース）の場合についても貫徹されている。ワインと酢の場合。⁽¹⁷⁾素材（Stoff）が異なっていることは明らかであるが、純度の高い人工酢は安物のワインよりも価値が高いので価値の高低が決定的ではない。従って価格の相異、商品が完全に異なる種類であることも本質的錯誤を規定することができない。奴隸の性の場合。ここでは差異は、金銭的価値にあるのでもなく、男女奴隸の素材が異なっているわけでもない。しかし、その使用方法には違いがある。男性奴隸は屋外での野良仕事、工場労働を通常行なうのに対し、女性奴隸は特に家事・女性仕事（weibliche Arbeit）のために使われるから、男女奴隸は異なる種類の商品とみなされる。それゆえ、奴隸の性に関する錯誤は本質的である。⁽¹⁸⁾サヴィニーは性という概念に着目するのではなく、男女奴隸の使用目的の違いに着目する。

以上の考察から、サヴィニーは error in substantia が法的保護を受ける場合、すなわち本質的錯誤とみなされる場合とはいかなる場合であるかを定義する。すなわち「物の性状に関する錯誤が本質的錯誤であるのは、誤って前提とされた性状を通じて取引上支配的觀念よりすれば物が実際に属するのとは異なった種類に算入されざるをえない場合である。」⁽¹⁹⁾

本質的性状錯誤の場合、法律行為それ自体を有効として瑕疵担保責任に吸収する方法と意思の存在を排除したうえで法律行為を無効とする方法がありうる。サヴィニーはローマ法に従い第二の方法を選択した。⁽²⁰⁾ところで、このような性状錯誤においては、意思が完全に排除されている error in corpore とは異なり意思欠缺を想定することはできない。サヴィニー自身述べているように本質的性状錯誤を error in corpore と同一視することは人為的性格を持つ

ているのである。⁽²¹⁾ 本質的性状錯誤が何故に意思欠缺を来たすことになるのかという問題はサヴィニーにおいては正面から答えられていないのである。⁽²²⁾ この意味で、サヴィニーに始まる性状錯誤に関するドイツ錯誤法学説を全面的に批判したフルーメが言うように、サヴィニーが本質的性状錯誤に意思欠缺の効力を認めることは緊急避難（Nothwehr）⁽²³⁾ であるという指摘は正当である。本質的性状錯誤は例外的に顧慮される動機錯誤であるという基本認識は、ツィーテルマンの心理学的基礎づけを経て（但し、ツィーテルマンは動機錯誤であるから無顧慮とする）、性状錯誤についての通説としてドイツ民法学に定着するに至った。

ところで、本質的錯誤に類似するケースを一瞥しておくことが本質的錯誤をいっそう明確に限界づけ、サヴィニーの錯誤法の射程を明らかにするうえで有益であろう。サヴィニーは以下のように述べている。⁽²⁴⁾ (1) 売買契約締結時に目的物が非融通物であるか、滅失している場合（いわゆる原始的不能の場合）法律行為は無条件的に無効である。(2) 動機錯誤は通例、法律行為を無効にしないが、遺言による処分、及び動機が条件・負担（Modus）の形をとると法律行為を無効にする。(3) 非本質的性状錯誤は法律行為を無効としない。(4) いわゆる *error in nomine* の場合、錯誤は本質的ではなく、意思表示を無効としない。⁽²⁵⁾ このうち原始的不能についてみると、サヴィニーのいう本質的錯誤、すなわち意思と表示との不一致には属さないし、又不能な給付を合意することによって意思と表示の存在を損うものではない。しかしながら、それにも拘らず不能な給付を合意するにしても、これを実行することは不可能なのであり、問題は錯誤法以外の処理を受ける。すなわち、自由な意思の合致によって成立する有効な法律関係は原始的不能によって契約当初より遮断される。それゆえ、原始的不能による無効は、行為者の意識（Bewusstsein）を考慮することなく無条件的に、従って買主がその根拠を知っている場合であっても無効である。⁽²⁶⁾

- (1) サヴィニー錯誤論についての文献は数多い。石本雅男・「錯誤論におけるサヴィニーの地位」法時九卷五号六九頁以下。川島武宜・「意思欠缺と動機錯誤」民法解釈学の諸問題一九四頁以下。村上淳一・「ドイツ普通法学の錯誤論」法協七六卷三号一四頁以下。山下末人・「サヴィニーにおける意思・法律行為について」(一)・(二)・(三)神戸商大商大論集四二号三三頁以下、四三号三九頁以下、四四頁二七頁以下。磯村哲・「動機錯誤と行為基礎(一)」法学論叢七六卷三号四頁以下。三宅正男・「売主の担保責任と錯誤」契約法体系Ⅱ一二二頁以下。高橋三知雄「私的自治・法律行為論序説」関西大学法学論集二四卷六号七五頁以下。中松纓子・「ドイツにおける錯誤論の基本問題」慶応大学法学研究五二卷七号五八頁以下、川村泰啓・「性状瑕疵保障序誤(九)」判例時報九〇八号三頁以下。本稿はサヴィニーの錯誤論を体系的に紹介・検討している前掲の川島・村上・山下・磯村の諸論文によるところが大きい。

(2) Oehke, *Savignystellung in der Irrtumlehre*, DJZ. 1936, S. 879ff.

(3) Savigny, *System*, III, S. 257ff.

なお、サヴィニーは「意思と表示の矛盾は行為者と直接関係する者にとって認識可能(erkennbar)であり、また認識可能となる限りで認められるのであって、それゆえ行為者の単なる思考とは無関係である」(Savigny, a. a. O., S. 259.)とする。本文で挙げた事例はこのような場合に属し、心裡留保には属さない。

村上・前掲三〇一頁以下は、この叙述を理由にしてサヴィニーはA B G Bと同様表示主義であるとし意思主義とみるとは誤解であるとする。しかし、サヴィニーは表意者個人の側の意思と表示との不一致としてとらえているのであって、意思と表示が不一致である場合意思が存在であり、認識可能であることは意思の不存在である。従って、意思と表示との不一致の認識可能性がそれを顧慮する要件となるものではない。サヴィニーのいう認識可能性はこのような意味で理解されるべきであると思う。従って、サヴィニーが表示主義を採っているとの村上教授の見解は支持できない。高橋・前掲論文、中松・前掲論文参照。

- (4) Savigny, a. a. O., S. 292, S. 298 (n).
 (5) Savigny, a. a. O., S. 294.
 (6) Savigny, a. a. O., S. 265ff.
 (7) Savigny, a. a. O., S. 269ff.

- (8) サヴィニーによれば、この類型の錯誤においては錯誤の本質性は遺言、婚姻の外、債務契約では贈与、雇傭に限るのが支配的であつたとされる。しかし、サヴィニーはこれに反し債務契約一般につき錯誤の本質性を認める。Savigny, a. a. O., S. 269ff. S. 272 (1). — 意思欠缺の貫徹。
- (9) 但し訴訟においては別である。Savigny, a. a. O., 273f.
- (10) 法律関係の客体が量によって特定される場合、量が契約対象である場合と反対給付に関係する場合とがある。前者の場合双方当事者が錯誤に陥っていると双方当事者の想定する量のうち最小の量について意思の合致があるから、これが契約の客体である。後者の場合、疑いのある量を給付すべき者が、相手方が考えているよりも多く考えているのかあるいは少なくているのかで違いがある。すなわち、より多く考えている場合、契約は相手方が考えている量で成立し、少なくとも考えている場合、契約は不存在である。Savigny, a. a. O., S. 275. この点にも、意思及びその合致を重視するサヴィニーの思考がみられる。
- (11) Savigny, a. a. O., S. 113, S. 356.
- (12) Savigny, a. a. O., S. 304. ただし、一定の場合には顧慮される（後述）。
- (13) 磯村・前掲五頁。
- (14) Savigny, a. a. O., S. 276f.
- (15) Savigny, a. a. O., S. 279f.
- (16) Haupt, Die Entwicklung der Lehre vom Irrtum beim Rechtsgeschäft seit der Rezeption, 1941, S. 10ff. 磯村・前掲七頁にも同くサヴィニーのこの方向はすでに Richelmann, Der Einfluss des Irrtums auf Verträge, 1837, S. 60. が示していた。リッヒェルマンは「裁判官は化学の諸法則にではなくて、日常の生活において普及している諸見解に従う必要がある」と言っている。
- (17) Savigny, a. a. O., S. 281f.
- (18) Savigny, a. a. O., S. 282.
- (19) Savigny, a. a. O., S. 283. サヴィニーはこの定義を確立したあとその理論を他の法源に即して検証している。この具体例を示しておこう。

本質的錯誤の場合。(1)偽造の宝石又は真珠を本物として買う場合、(2)動物の売買、動物は抽象的概念において売買されるのではない。(3)未加工の金屬の場合、(4)異なる種類の穀物の場合、(5)ワインと酢以外の異なる液体の素材の場合。

非本質的錯誤の場合。(1)良質の金と悪質の金の場合、(2)良質のワインと悪質のワインの場合、(3)非貴金屬製の容器の材料、(4)誤って若い女とみなされた女性奴隷の場合、(5)古い衣服と新しい衣服の場合、(6)木材の種類(Holzart)に関して錯誤ある場合の木製家具の場合。Savigny, a. a. O., S. 283ff.

(20) Savigny, a. a. O., S. 291.

(21) Savigny, a. a. O., S. 293.

(22) 磯村・前掲八頁。

(23) Plume, *Eigenschaftsirrthum und Kauf*, 1948, S. 12. vgl. Goltz, *Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag*, 1973, S. 153, Ann 3.

(24) Savigny, a. a. O., S. 302ff.

(25) この場合、人は又は物の名称だけではなくて、法律行為の誤れる命名にもあてはまる。Savigny, a. a. O., S. 305.

(26) 以上は、意思表示論における原始的不能法の整序である。サヴィニーの原始的不能法の全体像に関しては、廣瀬克臣・「原始的不能論前史(一)」法学新報八四卷四・五・六号四七頁以下。

二、ツイーテルマン

すでに、サヴィニーによって確立・完成された意思欠缺論、すなわち表示錯誤と動機錯誤との区別のうえに、前者の原則的顧慮、後者の原則的無顧慮が普通法の大勢であった。このような大勢に従いつつ——もっともツイーテルマンは普通法の多数説とは異なり、性状錯誤・同一性錯誤を無顧慮とする——ツイーテルマンは意思表示論・錯誤論に心理学的基礎づけを与え、一貫せる体系を構築した。サヴィニーの錯誤論はツイーテルマンを経て現在においても通説的地位を占めるに至っている。まず、ツイーテルマンの前提となっている意思表示の心理学的分析から始めること

にしよう。

ツィーテルマンによると、行為 (Handlung) は三つの要素に分けられる。すなわち、(1) 狭義の意識 (Bewusstsein)、つまり意欲された身体上の運動に関する意識としての意思行為 (Willensact) を伴い、従って意識的意思 (bewusster Wille) という統一的概念の要素である観念 (意識された直接的意志 unmitelbarer Wille)、(2) 行為の効果に関連し、従って行為が現実に行なわれる限り意図 (Absicht) という統一的概念の要素である観念、(3) 意思行為と因果関係にある、すなわち動機である観念、である。⁽²⁾ 動機は手段設定の動機と目的設定の動機とに分けられるが、このいずれも意図の内容ではない。⁽³⁾ 意思表示にとって必要であるのは、直接的意思・間接的意思である。なかでも中核的構成部分であるのは、間接的意思である。すなわち、意思表示行為とその他の行為とを区別するのは、意思表示行為が他のすべての行為同様直接的意思の表明のみならず、間接的意思 (意図) の表明であるということである。従って、意思表示行為とは間接的意思の表明であり、この意味での意思表示なのである。かくして、このような意味での意思表示は直接的意思の表示ではなくて、まさに意図の表示 (Absichtserklärung) である。⁽⁴⁾

このような意思表示の心理学的分析のうえにツィーテルマンは錯誤論を構成する。前述の行為の心理学的分析より得られた三要素に対応して錯誤も分類される。すなわち、(1) 直接的意思のない場合、(2) 間接的意思のない場合、(3) 動機錯誤、である。その具体例と効果は次のとおりである。

(1) の場合、意思表示の構成要素である意思の欠缺を来たすために意思表示は無効である。

(i) 一般的意思 (Allgemeinbewusstsein) の欠缺。

(a) 完全欠缺—熱病、泥酔、睡眠中、寝ぼけまなこ。

(b) 病氣—夢遊病、精神病。

(c) 肉体的・精神的不発達—幼児、白痴、聾啞者。

(ii) 個々の身体上の運動についての意識の欠缺。

受動的運動 (passive Bewegung) (肉体的強制 vis absoluta による場合など)、反射運動、放心状態、運動神

経の障害 (失語症、言いちがい、書きちがいなど)⁽⁵⁾。

(2) の場合。(1)と同様に意思欠缺をきたし意思表示は無効である。

(i) 用語法、身振りその他の記号の一般の意味を知らなかった場合。当該行為が何らかの表示価値を持つことすら知らなかったとき・少なくとも法的意思表示をするつもりはなかったとき・客観的に判断される意味とは異なる意思を表示するつもりだったとき。

(ii) 記号の一般の意味は知っているが、それが特定の状況の下で異なった意味をもつことを知らなかった場合。異なる意図をもつと解釈されるとき・一般的には法的意思表示たる性格をもたない記号が特定の状況で法的意思表示と理解されるとき・行為当時は法的意思表示とみとめられなかったものが事後的に法的意思表示と見られるようになったとき。

(iii) 使者・電信手・速記者による誤伝の場合。⁽⁶⁾

(3) の場合。意思表示は無効ではない。⁽⁷⁾

そして、意思表示が無効となる場合、表意者の過失の有無は問われないし、また錯誤の本質性も問題にならない。⁽⁸⁾

以上の錯誤法の基本命題とともに、ツイーテルマンは従来錯誤論のなかで取扱われてきた隠れたる不台意 (versteckter Dissens) を錯誤から分離した。ツイーテルマンによると、契約は二重の意味での一致を必要とする。すなわち、双方の契約締結者によって表示された法律行為の意図の一致 (合意 Consensus) と双方の契約締結者がかかる一

致を知っているということ（Richtigwissen, scientia）である。後者は契約の法律効果発生の要件ではあるが、契約締結者の行為に対する内的関連はなく、法的には意思・意図・動機としてではなく、附随的観念として考えられるだけである。このような知識が欠けるとき、法律効果が結びついていない要件がないために法律効果は発生しない。これにより、錯誤と不合意とはつぎのように区別される。錯誤とは合意のあることが知られていないことであるのに対し、不合意とは合意のないことが知られていない、合意があると少なくとも一方の当事者が誤って考えているということである。¹⁰⁾

ツィーテルマンの理論のうちでいっそう重要な意義を持っているのは、性状錯誤と同一性錯誤の取扱いである。これについてのツィーテルマンの結論部分は学説の支持を得ることはなかったが、その論理構成は現在に至るまでドイツ民法学の有力な潮流を形成し、性状錯誤論の通説・判例の理論的骨格を与えている。以下、ツィーテルマンの性状錯誤論をみていくことにする。

前述の意図は一定の生起（Geschehen）・生成（Werden）・変化（Sich-Verändern）の観念とこの生起・生成・変化が生ずる物または人の観念の二つのモメントを含んでいる。意図はまた具体的個別的效果（Erfolg）に即して個別化されなければならない。この個別化は客体の個別化によるものであるが、個別化の原理は空間と時間による特定である。すなわち、場所と時間の特定を通じて具体的客体が知覚されることにより、客体は具体的に特定されるようになる。このように個別化に属する観念だけが意図の要素であるのに対して、既に個別化されたことに添附されるだけのメルクマールの観念は意図ではなくて、動機にとどまる。¹¹⁾意図を個別化するメルクマールは次のものである。すなわち、(1)法律行為をするか否か、(2)法律行為の種類——権利の発生・変更、消滅・いかなる権利か（物権か債権か）(3)発生、変更、消滅が何であるのか——権利内容・権利の対象たる物・又は権利の帰属する人・場合によってはその

発生原因及び従前の権利主体——(4)権利の内容的変更の場合、変更の種類・権利の発生、移転の場合、新たな権利主体⁽¹²⁾。これに反して、特定物の同一性 (Identität)、性状に関する観念は意図の要素ではなくて、動機錯誤である。従って前者 (1)―(4)の場合) についての錯誤だけが意思表示を無効にするのに対し、後者についての錯誤は動機錯誤にすぎないから、無効原因とはなりえない。ただ次のことには注意しておく必要がある。性状錯誤、同一性錯誤も一定の場合には意思表示を無効としうる。すなわち、(1)ある性状の存在が条件とされている場合、(2)不存在の客体がそのメルクマールの陳述により表示されており、かつ正しくないメルクマールが選択されている場合、(3)客体が単に種類的に (generisch) に特定されている場合、である。⁽¹³⁾ さらに個別化、特定化された人または物の性状、同一性の観念は意図の要素でないことに対応して、これらに関する不合意も考えられない。⁽¹⁴⁾

以上がツィーテルマンの錯誤に関する基本理論の概要である。ツィーテルマンの錯誤論の意義として表示主義からの多数説批判に対し、表示主義の側からの要求に対応して通説の擁護をはかったこと (同一性錯誤、性状錯誤の無慮)、性状錯誤による意思表示の無効を排斥することで特定物売買における買主の性状錯誤の保護を専ら瑕疵担保責任の規制に委ねようとしたことが指摘されている。⁽¹⁵⁾ これらの点は、本稿にとって重要な点であると思われるので、少しく立ち入っておきたいと思う。

同一性錯誤の場合、ツィーテルマンは当該客体が意欲されているのであって、これを以前に知覚した別の客体と誤認しても、客体はすでに決定されているので、当該客体の有しない性状錯誤になるといっているのである。このため、サヴィニーが不真正錯誤とみたケースの大部分が、動機錯誤となり無効原因でなくなる。⁽¹⁶⁾ だが、ツィーテルマンのいう同一性錯誤無慮はローマ法 (源) のみならず、⁽¹⁷⁾ 当時の学説の大勢に背くものであった。この点でツィーテルマンの理論が不当に錯誤者の保護に薄いと指摘されるのである。⁽¹⁸⁾ ツィーテルマンの基本認識、すなわち、すでに個別化された

客体の同一性、性状が意図の内容たりえず、動機たるにすぎないということ、からみれば、同一性錯誤無顧慮の帰結は論理必然的である。しかし、ここで問題とされるべきことは、このような基本認識の正否である。

すでに、ローマ法において概観したように、*error in substantia* はローマ法上瑕疵担保責任と共通性があつた。すなわち、元來 *error in substantia* それ自体は顧慮されず、奴隸・家畜の売買に限って按察官訴権を通じて保護を受けたにすぎなかつた。しかし、古典法期からユ帝法期に至る発展のなかで按察官売買法との融合の結果、ユ帝法期には固有の按察官法の対象領域が拡大した。しかし、奴隸・家畜以外の売買目的物には按察官法は適用されず、契約自体が無効とされるだけであつた (*error in substantia* 自体の顧慮)。*error in substantia* と瑕疵担保責任とは同一事象に対処するものである。従つて、*error in substantia* による契約の無効を認めるのであれば、契約を有効としたうえで減額訴権や解除訴権は無意味とならざるをえない。⁽¹⁹⁾ここに性状錯誤による意思表示無効を否定したツイーテルマンの意思表示についての心理学的分析の帰結たる実践的意味がある。しかし買主はともかくとしても、売主の目的物の性状錯誤は瑕疵担保責任によつては保護されない。しかも、性状錯誤一般を顧慮しないことはサヴィニーを含む当時の多数説に反する。ともあれ、性状の觀念が動機であり、性状錯誤は動機錯誤であるというツイーテルマンの考えからすれば、その錯誤が無顧慮であるということは、論理一貫性がある。しかしながら、ここにおいても問題とされるべきは、その基本認識に他ならない。

ツイーテルマンの錯誤論のいくつかの結論、なかでも同一性錯誤・性状錯誤に関する結論は、学説の受け容れるところとはならなかつた。しかしながら、その論理の基本的枠組はドイツ錯誤法の強固な基礎を与えるとともに、瑕疵担保法の分野においても支配力を有した。なかでも意図は特定物の性状にまで及ばず、従つて性状錯誤は動機錯誤であるという認識は、フルーメによる全面的にして根本的批判を受けるまで、⁽²⁰⁾揺るぎなき通説であつた。

- (1) ツイーテルマンの錯誤論については、村上・「ドイツ普通法学の錯誤論」法協七六卷三号四四頁以下の紹介が最も詳しい。磯村・「動機錯誤と行為基礎」法学論叢七六卷三号一〇頁以下、川村泰啓・「性状瑕疵保障序説(七)」判例時報九〇四号七頁以下は、ツイーテルマンの錯誤論の問題点を的確に指摘している。北川善太郎・契約責任の研究一七〇頁以下、中松・「インにおける錯誤論の基本問題」慶応大学法学研究五二巻七号六四頁以下にも叙述がある。
- (2) Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, 1879, S. 117ff. S. 186ff.
- (3) Zitelmann, a. a. O., S. 157ff. S. 195.
- (4) Zitelmann, a. a. O., S. 243.
- (5) Zitelmann, a. a. O., S. 359ff.
- (6) Zitelmann, a. a. O., S. 380ff. (1) (2)の場合の要約は村上・前掲四七一四八頁による。
- (7) Zitelmann, a. a. O., S. 414ff.
- (8) Zitelmann, a. a. O., S. 348. ツイーテルマンはヘーリングの「契約締結上の過失」論 (Jhering, Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, J. J., 4. S. 1ff.) を本邦に紹介。Zitelmann, Die juristische Willenserklärung, J. J., 16. S. 415ff.
- (9) Zitelmann, a. a. O., S. 490.
- (10) Zitelmann, a. a. O., S. 419ff. サヴィニーにおいては、錯誤と不合意は未分化であった。たとえば、表意者において意思と表示とは一致するが、意思が相手方の意思と一致なき場合は錯誤に属している。Savigny, System III. S. 265ff. 意思と表示とは一致するが、意思が相手方の意思と一致なき場合は錯誤に属している。Savigny, System III. S. 265ff.
- (11) Zitelmann, a. a. O., S. 433ff.
- (12) Zitelmann, a. a. O., S. 465ff.
- (13) Zitelmann, a. a. O., S. 553f.
- (14) Zitelmann, a. a. O., S. 554.
- (15) 磯村・前掲一三頁以下。
- (16) Zitelmann, Die juristische Willenserklärung, J. J., 16, S. 405.
- (17) Regelsberger, Pandekten, § 142 III Anm. 10.

(18) 村上・前掲五三頁。

(19) 磯村・前掲二三頁。サヴィニーの見解は、*error in substantia* については人為的性格であることは先に指摘した。ツィーテルマンはサヴィニー説のかかる弱点を指摘して言う。すなわち、取引上支配的觀念により性状が物の種類を決定できると言うことで、性状錯誤は心理学的機能を変化できない。本質的性状錯誤は非本質的性状錯誤と同様に意思を排除できない。Zitelmann, a. a. O., S. 552. ツィーテルマンは、またサヴィニーの法源解釈についても批判している。ツィーテルマンが批判する例を挙げておこう。木製家具の木の性質に錯誤ある場合と金屬製家具の金屬の性質に錯誤ある場合、サヴィニーは前者を契約有効 (*unwesentlich*)、後者を契約無効 (*wesentlich*) とした。ツィーテルマンは二つのケースを区別することは全く不可解であるとする。奴隷売買の場合、サヴィニーは男女奴隷はそれぞれ異なった種類の物に属するとする (従って、処女奴隷と非処女奴隷は同一物に属することになる)。ツィーテルマンは多くの現実の売買においては奴隷が処女であるか非処女であるかは極めて本質的であるとする。このような考察から、ツィーテルマンはサヴィニー説は立法論上の可能性があると看做し、ローマ法上見出しえないのであり、サヴィニーの法源解釈が強引であるとする。Zitelmann, a. a. O., S. 571ff.

(20) Flume, a. a. O., a. a. O., S. 11ff.

三、後期普通法多数説の見解

我々は、さきにドイツ錯誤法の基本的骨格を形成したサヴィニー、ツィーテルマンの見解を性状錯誤以外の類型をも含めて考察してきた。たしかに、サヴィニー、ツィーテルマンの錯誤論は強固な基礎をドイツ法に与えたのであるが、その諸結論までも学説にすべて引き継がれ、受容されたものではなかった。しかし、性状錯誤に関するサヴィニーの見解はすべて多数説として承認された。ここでは、本稿の課題である性状錯誤を中心に多数説の見解を要約してきた⁽¹⁾。

サヴィニーは、錯誤顧慮の要件としての錯誤者の過失の有無を問わなかったが、多数説は重過失なきことを要件と

してもとめ、さらに契約の有効なることを信頼した相手方に対する賠償責任を錯誤者に負わせた。⁽²⁾ 錯誤の本質性については、サヴィニーは意思欠缺論より規定し、従ってサヴィニー以前の普通法学が採用した錯誤が個別的法律行為にあって有する意義に依存せしめる方法を意思欠缺論に合致しないものとして斥けた。しかし、多数説は、サヴィニー以前の普通法の伝統にならった。すなわち、錯誤が附随的部分 (*Lebenspunkt*) に関するものであれば、それにも拘らず残余の部分が錯誤ある部分がなくても意欲されたであろう場合、意思表示は有効である。⁽³⁾ この点は、現行 BGB の規定する錯誤の意思表示との因果関係にほかならない (一一九条一項)。⁽⁴⁾ 錯誤による意思表示の法律効果をサヴィニーは絶対無効としたが、これに従うものはほとんどなかった。⁽⁵⁾ サヴィニーの立場は取引の要求に合致しないというのが、その理由である。むしろ、多数説は錯誤無効の主張を錯誤者の意思にかからしめた (相対無効 *relative Nichtigkeit*)⁽⁶⁾。

多数説は、サヴィニー、ティーテルマンと一致し、動機錯誤それ自体を顧慮することはなかった。同一性錯誤については、これを動機錯誤とするティーテルマンに従わず、この類型の錯誤も依然として意思と表示との不一致を来たすことを理由に顧慮した。さらに多数説は、性状錯誤を動機錯誤として理解したのであるが、これ無顧慮とせず衡平の要求に応じて一定の性状錯誤を表示内容に関する錯誤とみなした。この立場はサヴィニーの理論であり、性状錯誤を無顧慮のまま放置しない点でティーテルマンのそれと異なる。性状錯誤の顧慮の基準 (本質性) はサヴィニーのそれ、すなわち、取引観念上異種物とみなされるか否かであった。⁽⁶⁾

他方、動機錯誤としての性状錯誤の他に、いわゆる *clausula rebus sic stantibus* (事情変更約款) として把握されうる諸ケースがある。この理論は早期普通法学において議論され、一部法典に厳格な要件を加えて採用された。しかし、後期普通法においては学説・判例上ほとんど問題とされることはなかった。⁽⁷⁾ だが、人又は物の性状錯誤以外の

動機錯誤であるとされる法律行為の基礎となった事情についての錯誤を一定の要件のもとで顧慮しようとする者が現われた。これがヴィントシャイトである。ヴィントシャイトの理論は前提理論と呼ばれるものである。彼の理論は当時の学説に受け容れられることはなかったが、BGB成立以後の判例理論に現われた基礎の錯誤類型（当初は表示内容錯誤——一一九条一項——の拡張として）をめぐるエルトマンの行為基礎論に姿を変えて継受される。行為基礎論により性状錯誤を論ずる者も現われた。従ってヴィントシャイトの前提理論は固有的には性状錯誤を直接の対象としないにも拘らず、その後継者たる行為基礎論が性状錯誤をも包含するようになったという事情からして、ここにおいて一応の紹介・検討をしておくことは必要であらう。

ヴィントシャイトによれば、前提（Voraussetzung）は動機と条件の中間物である。前提は条件と同様に意思の制限であるが、条件は「Ich will, wenn——」という形式をとるのに対し、前提は「Ich will, würde aber nicht wollen, wenn nicht——」という形式をとる。両者は意思を制限する点では同一であるが条件は現実意思を制限するが前提は真意を制限し、いわば未展開の条件（unentwickelte Bedingung）である。⁽¹⁰⁾ 前提と動機との違いは次のことにある。すなわち、動機は意思表示の外部に存し、意思表示に附随する。前提は意思表示の中にとり入れられ、意思表示の構成部分となっている。従って、前提は契約当事者に認識可能（erkennbar）とされたか又は認識可能であったことが必要であるが、契約内容になることは必要でない。⁽¹²⁾ 動機は、通常過去・現在の事情に係るが、前提は、過去・現在の事情のみならず、未来の事情にも関係する。前提の欠如する場合、表意者は意思表示に拘束されないということを留保しているから、その法律効果は悪意の抗弁（exceptio doli）（未履行の場合）と不当利得返還請求権（condictio）（既履行の場合）である。⁽¹⁴⁾ 前提は明示的にも黙示的にも表示されるが、普通は黙示的である場合が多い。黙示的表示としては二つの場合がある。すなわち、第一に、意思の存在を行為又は不作為から推測する場合、

第二に、他の意思表示に含まれているが解釈によってそこから取り出される場合がある。¹⁵⁾

ヴァイントシャイトの前提論に従う判例もあらわれ¹⁶⁾第一草案も部分的に採用したが、¹⁷⁾学説は批判的であった。すなわち、レーネルの言うが如く、動機と条件の中間物なる前提は存在しないというのである。¹⁸⁾ヴァイントシャイトの前提論は、サヴィニーによって示された動機錯誤の例外的顧慮（性状錯誤・条件にまで高められた動機錯誤）の範囲を拡大する意義がある。なかでも、性状錯誤との関連でみるならば、サヴィニー説の限界に対する一つの解釈方法を示唆するものである。このことを一つの判例を挙げてみておくことにする。

R G Z. 19, 260ff.

〔事実〕 売主 Y（被告・被控訴人・上告人） 同席のもとで、買主 X（原告・控訴人・被上告人）はポッケンハイム市長に新築の際に市に支払うべき街路施設費用総額を尋ねたところ、市長は X に五三〇マルクである旨答えたので、X は一八八四年三月二〇日 Y 所有のポッケンハイム市ルイーゼ通りの土地を六〇〇〇マルクで買い、売買契約において土地に附着する街路施設費用を引受けた。X が四月初めに市当局に問題の土地に対する新築許可を求めたところ、地方条例に従い市会計に総額三六八〇マルクが支払われるか又はその保証があれば新築許可が与えられるとの決定（Bescheid）を、四月八日得た。四月一六日 Y は X の求めにより問題の土地の所有権移転の合意を行ない登記は X 名義にされた。

X は三月二〇日に締結された売買契約の解消（auflösen）を主張し、被った損害の賠償を求めて本訴に及んだ。X の主張は、Y の沈黙及び市長の誤伝により当該土地の建築の性質（Baugualität）に関して本質的錯誤に陥ったのであり、三六八〇マルクが街路施設費用として支払われるべきであることが真実に伝達されたとすれば当該土地を六〇〇〇マルクで買わなかったであろう、ということである。

LG（フランクフルト・アム・マイン）は請求棄却。Xは支払われるべき街路施設費用額を知った後目的物たる土地の所有権移転の合意を行なっているので取消権を放棄しているというのが、その理由。

OLG（フランクフルト・アム・マイン）はXの請求認容。その理由。第一にヴィントシャイトの前提理論からの理由付けである。すなわち、土地の建築可能性は契約締結者双方が締結時に考えていた以上には本質的に困難な条件に結びついていないという未展開の条件として契約に推定さるべきこと、従って契約の存在はかかる前提の適切なことに依存させられている、ということ。第二に、Xは継約締結時に土地の建築上の性質に関して本質的な、事実上のかつ過失なき錯誤に陥っているということ。

[RGの判決] 破棄

第一にヴィントシャイトの前提理論が正しいかどうかは別としても、本件ではその要件を満たしていないということである。それはかかる場合、共通錯誤にすぎず、むしろこの錯誤が契約の解消を可能とするかどうかということである。従って、第二に、サヴィニーの性状錯誤の本質性の規定を援用して、この場合契約対象をなす土地の性状に関する買主Xの本質的性状錯誤はない。すなわち、建築のためポッケンハイム市に支払われるべき費用が五三〇マルクであろうと三六八〇マルクであろうと、このことで当該土地が取引上支配的観念からみて異種物に数え入れられず、かかる錯誤は動機錯誤にすぎない（それゆえ、第一審の理由とされたXの取消権放棄は問題たりえない）。

本件に即してみるかぎり、買主に錯誤による契約の取消権を認めなかったRの判決の結論自体は概ね妥当である。しかしながら、かりに買主が街路施設費用として実際には三六八〇マルクが支払われるべきであることを知った

後所有権移転の合意をしたという事実がないとすれば、本件の具体的妥当性は疑問視せざるをえなくなる。この場合、従ってサヴィニーの性状錯誤の本質性の規定の妥当性が問題となる。すなわち、既述したようにサヴィニーの性状錯誤の本質性は有体物に即して規定されているので、有体物以外の性質(事情)にとつては無力化せざるをえない。BGB制定後、いっそう出現してくる性状概念を拡大する判例ではサヴィニーの本質性規定とは別の方策が採られたとはこのことを示している。ここにおいて、性状錯誤による法律構成ではなくて前提理論から解決せんとするウイントシャイトの見解は多数説の持つ弱点をみつめていたといえることができる。

- (1) この部分は、Haupt, Die Entwicklung der Lehre vom Irrtum beim Rechtsgeschäft seit der Rezeption, 1941, S. 51ff. 磯村・「動機錯誤と行為基礎(一)」法学論叢七六卷三号一六一―二九頁に依拠して整理した。
 - (2) 重過失なきことを要件としたのは、取引の要求を考慮したため及びサヴィニーの見解は法源に反するということが理由であったとされている。サヴィニー以前の普通法学の見解である。vgl. Haupt, a. a. O., S. 51f.
 - (3) Windscheid, Pandekten, I. 9 aufl., § 76.
 - (4) サヴィニーに従うのはヴェヒター、レーゲルスベルガーら。Haupt, a. a. O., S. 58.
 - (5) ここでは、相対無効は後に取消(Aufrechtbarkeit)と呼ばれるようになった。vgl. Haupt, a. a. O., S. 58.
 - (6) 判例としては、さきものがある。
- Seuff. II 273 (カッセルOAG. 一八六一年二月一四日判決) 被告は原告から屋敷地、家畜小屋、菜園、ビール製造所及び畑地とともに家屋を三七五〇ターレルで買った。家屋は十分に整備された飲食店であり、その営業は長年にわたり続いており、しかも売買契約締結前の近年は、原告(売主)の用益賃借人としての被告(買主)自身によって営まれてきた。目的物引渡後しばらくたって当局がこれまでの個人的承認による無償の貸借(Verleihung)のかわりに、物的権利(Realrecht)に基かないすべての飲食店営業に用益賃借を指示した。そのため被告は営業は国家より用益賃借する必要にせまられた。被告を未払代金の支払を拒絶し、本質的性状錯誤の抗弁をする。すなわち、売却される家屋には物的権利(Realrecht)として、飲食店権(Wirtschaftsgerechsam)が属すると売買契約締結時に誤って前提としてい

た、従って目的物の本質的性状がないのでもはや契約に拘束されないと信ずると。第一審は錯誤を本質的であるとし、第二審は錯誤は本質的であったが、被告に過失ありとした。OAGは錯誤を本質的でないとした。その理由。目的物の性状にのみ関する一方契約当事者の誤れる観念は、誤解が関係する性状が、契約締結者の異なる双方の観念によれば契約目的物が取引生活の見解上全く異なった種類の目的物としてみえるように客体の個別性を条件づける性状であるという前提でのみ重大である。しかし本件ではこの前提はあてはまらない。というのは、建物は飲食店営業のために設備され、多年にわたるために利用され、又絶え間なく同じ目的のために定められ用いられている。従って客体の個別性を条件づける飲食店の性質を現実には帯有している。しかるに、問題となっている飲食店営業が家屋に附着している物的権利に基いているのかあるいは後になって現われた当局の許可に基くのかということに関する契約当事者の考え違いは単に偶然的性状に関係し、この性状は価格決定に影響を及ぼすにしても、物の同一性にとつては重要ではない。

Seuff. XLIV 172 (RG. 一八八九年一月二二日判決) 被告は、債権保全のため担保に入れられた土地を実際には二つの部分であるのに四つの部分であると誤信して、債権譲渡を受けた。控訴審は被告の錯誤の主張を認めた。その理由。抵当債権の場合個人的請求権が主たる権利であり、これに依存する担保権は従たる権利にすぎないが、主たる権利には物権がともに含まれており、その同一性は抵当権の目的物たる土地の同一性によって条件づけられている。しかるに契約当事者は土地の範囲に了解がないので、目的物における錯誤があり、契約は無効である。RGは被告の錯誤による譲渡契約の無効を否定。その理由。目的物に関する錯誤 (error in corpore) があるのは、被告が譲渡されると思っている債権と異なっている場合であるが、本件では、主たる権利である請求権は被告が譲渡されると思っている債権と異なっている場合であるが、本件では、主たる権利である請求権は被告が譲渡されると思っている債権と同一である。抵当権の範囲が少なかった場合、債権それ自体ではなくて、その性質だけが被告の考えているのと異なっている。だから、目的物に関する錯誤ではなくて、目的物の性状及びこれに依存する価値に関する錯誤があるだけである。かかる錯誤が法律の行為の無効になるのは、RGにより繰り返し宣言された見解 (RG. 19, 264. 本文参照) によれば、つぎの場合だけである。すなわち、かかる錯誤が error in corpore と同様本質的である。つまり、目的物が誤って前提とされた性状を通じて取引上支配的見解よりすれば実際に属するのと異なった種類の物に算入されざるをえないような場合だけである。しかし、本件では土地の範囲の広狭に拘らず抵当債権は同一種類の物にとどまる。

- (8) ヴィントシャイトの前提理論の紹介・検討としては、勝本正晃・「民法に於ける事情変更の原則」一七九—一九四頁、五十嵐清「契約と事情変更」七五—八一頁、磯村・前掲二—二九頁、高森八四郎・「和解の基礎に関する錯誤について(一)」民商法雑誌六五卷六号五七—六一頁。ヴィントシャイトは、すでに一八五〇年「Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung」を著わしたが、レーネル、ヴェントの批判を受け、再びこの批判に反論して「Die Voraussetzung, AcP 78, S. 161ff.」を著した。本稿は後者の論文に依った。
- (9) Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, 1921.
- (10) Windscheid, a. a. O., S. 195.
- (11) Windscheid, a. a. O., S. 195.
- (12) Windscheid, a. a. O., S. 198.
- (13) Windscheid, a. a. O., S. 195.
- (14) Windscheid, a. a. O., S. 167.
- (15) Windscheid, a. a. O., S. 166.
- (16) RGZ. 24. 169ff. RG. 19. 260ff. の控訴審判決。vgl. Windscheid, a. a. O., S. 190ff.
- (17) 第一草案七四二条、将来に向けられた前提だけ。
- (18) Lenel, Nochmals die Lehre von der Voraussetzung, AcP 79, S. 50. 磯村・前掲二七頁参照。

四、おこし

以上、我々はドイツ錯誤法の基本的枠組を形成したサヴィニー、ティーテルマンの見解ならびに、この枠組に従いつつも一定の変容を受けた普通法の多数説を概観してきた。⁽¹⁾これらの学説は、やがて BGB に受け継がれて現行錯誤法を形成する基盤となる。ここでいま一度、普通法下の学説を確認しておきたい。

第一に、法的保護に値するいわゆる本質的錯誤の意思欠缺による一元的構成である。かかる錯誤には表示錯誤と取

引觀念上異種物とみなされる性状錯誤が含まれる。しかも後者は固有的には動機錯誤であるが、例外的に顧慮される。以上はサヴィニー以来承認され続けてきた構成である。意思と表示との不一致の意味での意思欠缺概念を表示錯誤（表示行為錯誤であれ、表示内容錯誤であれ——これに因果関係の存在や錯誤者に重過失なきことという一定の制約があつても）に適用することは無理がない。しかし、サヴィニーが行なつたように性状錯誤を意思と表示の不一致と構成することは無理であり、擬制にはかならない。表意者個人においてみるならば、意思と表示とは完全に合致しているのであつて、いささかの齟齬もない。むしろ一定の性状の客体を買ふという意思と事実（現実には一定の性状を有しない客体）との齟齬があるにすぎない。従つて、表意者個人に即してみるかぎり、本質的性状錯誤といえども、表示内容錯誤とはなりえないはずである。

これに対応して有体物の性状以外の事実についての錯誤も又、動機錯誤無顧慮の原則の故に、何らの法的保護も受けない。この類型の錯誤の顧慮を錯誤それ自体を顧慮する方法ではなくて、前提の欠如の故に法的保護を与えんとしたのがヴィントシャイトである。しかし、ヴィントシャイトが有体物の性状錯誤に関してはサヴィニーの本質的性状錯誤の規定を肯定しつつ、有体物以外の性状に関する錯誤類型を前提理論で処理するのは、一貫性を欠く。有体物の性状であれ、有体物以外の性状（事情）であれ、これらが一定の事実であることに変わりはなく、共にこれらの事実に関する錯誤は意思と事実との齟齬として把握されるべき性質のものであるからである。ここに、相手方を含まない表意者個人の立場からのみ法律関係を眺め意思と表示との不一致としての表示錯誤に平行に性状錯誤を理解するサヴィニー以来の多数説の問題性を看取することができる。

第二に、第一草案、さらにはいつくかの点で現行法のBに照応する学説が支配的となつたことは興味深い。たとえば、錯誤者に信頼利益の賠償責任を課し（但し重過失ある錯誤者を保護しないというのは第一草案。性状錯誤の顧慮

は第一草案にはない。）、意思表示と錯誤の因果関係の要求、及び錯誤の効果が絶対無効ではなくて、相対無効であることなどである。これらの点は多数説が立脚した意思教義と多分に一致しないにも拘らず、実際上の必要性の故に承認されているのである。

(1) この時期における有名ないわゆる意思主義と表示主義との対立、とりわけ表示主義錯誤論にも触れておくべきである。しかしいまだ資料不足のため本稿にとり入れて論ずることができなかった。別にこの点も含めて普通法下の錯誤法の全体像を抽きたいと思う。

(2) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8 Aufl. 1900, § 77.