

論文式試験問題集  
[民法・民法 I]

## 〔民法・民法Ⅰ〕

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕から〔設問3〕までに答えなさい。なお、配点の割合は、3：1：1とする。

### 【事実】

1. Aは、令和2年1月ころ、インターネット上に「土佐犬の販売と我が家の愛犬たち」とのホームページを開設し、同人の飼育する土佐犬の販売の広告を行った。
2. Aは、上記ホームページ上において、嵐号を、全国横綱第20代「闘犬嵐」号として紹介し、令和元年8月の大会で試合に勝った実績を掲載した。また、同ホームページ上には、「すぐに試合に出したい方には、即試合出場可能な様々な実績を持った経験豊富な（全国公認横綱もいます）犬をおすすめします。」という記載があった。
3. Bは、上記ホームページを見てAに電話をかけ、令和2年4月10日、A宅を訪問した。Bは、Aが飼育する土佐犬を見せてもらい、実績のある闘犬であるとして「嵐号」という名前の土佐犬をAに紹介された。Aは、Bに対し、嵐号ならば令和3年の春ころまで、あと3回は大会に出てそれなりの成績を挙げることができる旨の説明をした。そこで、AとBは、令和2年4月10日、嵐号を代金50万円で購入する旨の契約を締結し、BはAに、その場で代金の一部30万円を支払い、嵐号を受け取った。
4. ところが、Bが嵐号を自宅に連れ帰った初日から、嵐号は下痢をして体調が悪く、同月16日夜には立てなくなったため、Bは、翌17日朝、嵐号を近くの動物病院に搬送した。
5. 2時間ほどの診察を経て、担当獣医は、嵐号について、少なくとも半年程前の令和元年9月ころからフィラリア症に罹患していたと考えられる旨、フィラリア症は心臓疾患であるため十分な継続治療が必要であり、状態急変の可能性がある旨、安静加療が必要であって激しい運動は避けた方がよい旨を、Bに告げた。
6. そこで、Bは、嵐号を即時入院させ、フィラリア症の治療を受けさせた。しかし、治療の甲斐なく、嵐号は、令和2年5月5日、同病院において、フィラリア症により死亡した。
7. Bは、令和2年5月10日、Aに対して、詐欺ではないかと問うたが、Aからフィラリア症に罹患していたことについて自分も全く知らなかった旨の返答があった。
8. そこで、Bは、令和2年6月16日、Aに対して、錯誤を理由として本件売買契約の効力を争い、Aに対し代金の返還を請求した。

以上の事案について、以下の設問に答えなさい。ただし、詐欺取消し、契約不適合責任、消費者契約法、不実表示問題(契約締結上の情報提供義務など)等は、考えなくてよい。

### 〔設問1〕

【事実】8におけるBのAに対する代金返還請求は認められるかについて、上記【事実】3の契約締結日が令和2年4月10日ではなく改正民法施行前の3月10日であった場合と対比しつつ、論じなさい。

### 〔設問2〕

民法の規定によれば、(1)錯誤による意思表示を取り消すことができるとされている(第95条第1項柱書)のに対し、改正前民法の錯誤は、法律行為の要素に錯誤がある意思表示は「無効」とされていた(改正前の民法第95条本文)、また、(2)錯誤による意思表示は、いわゆる1号錯誤と2号錯誤を区別することなく、詐欺、強迫と並ぶ「瑕疵ある意思表示」に分類されている(第101条11項及び第120条2項参照)のに対し、改正前民法の錯誤による意思表示は、心裡留保や通謀虚偽表示と並び「意思の不存在(欠缺)」の一類型とされていた(改正前の民法第101条1項及び第120条2項参照)。これ

らの改正前後の違いは、どのような考え方に基づいて生じたものと解することができるかを、簡単に説明しなさい。

### 〔設問3〕

実は、錯誤取消を主張できるとは知らなかったため、Bは、令和2年4月20日の時点で、Aの銀行口座に対して代金の残部20万円を振込んでいた。この場合でも、BのAに対する代金返還請求は認められるか。上記【事実】3の契約締結日が令和2年4月10日ではなく改正民法施行前3月10日であった場合と対比しつつ、論じなさい。

### 参考

民法の一部を改正する法律（平成29年法律第44号）の歩み

平成29（2017）年5月26日成立

平成29（2017）年6月2日公布

平成29（2017）年12月20日「民法の一部を改正する法律の施行期日を定める政令」（平成29年政令309号）公布

令和2（2020）年4月1日施行

「民法の一部を改正する法律の施行期日を定める政令」（平成29年政令309号）

民法の一部を改正する法律の施行期日は平成三十二年四月一日と…する。

※注 平成三十二年＝令和二年

改正民法附則第6条1項（意思表示に関する経過措置）

施行日前にされた意思表示については、新法第九十三条、第九十五条、第九十六条第二項及び第三項並びに第九十八条の二の規定にかかわらず、なお従前の例による。

改正前の民法第95条

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

改正前の民法101条（代理行為の瑕疵）

意思表示の効力が意思の不存在、詐欺、強迫又はある事情を知っていたこと若しくは知らなかったことにつき過失があったことによって影響を受けるべき場合には、その事実の有無は、代理人について決するものとする。

2 略

改正前の民法120条（取消権者）

行為能力の制限によって取り消すことができる行為は、制限行為能力者又はその代理人、承継人若しくは同意をすることができる者に限り、取り消すことができる。

2項 詐欺又は強迫によって取り消すことができる行為は、瑕疵ある意思表示をした者又はその代理人若しくは承継人に限り、取り消すことができる。

2023年4月16日

担当：明治大学専任講師・弁護士 神田英明

参考答案  
〔民法・民法 I〕

## 第1 設問1

1. 本件のBの代金返還請求の主張は、本件 AB 間で成立した売買契約が動機の錯誤を理由に取消することを前提としている。

2. そこで、本件売買契約が錯誤により取消し可能か否かが問題となる。

錯誤取消の要件は、①意思表示が「表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤」(民法第95条1項2号)に基づくものであること(同条1項柱書)、②上記の事情が表示されていること(同条2項)、③「錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものである」こと(同条1項柱書)、④「重大な過失」(同条3項)がないこと、である。

本件では、①Bは、嵐号が全国横綱としての実績を有し、即時試合出場可能な闘犬であるものと認識していた。ホームページ上に「すぐに試合に出したい方には、即試合出場可能な様々な実績を持った経験豊富な(全国公認横綱もいます)犬をおすすめします。」という記載があり、また、「あと3回は大会に出てそれなりの成績を挙げることができる」旨が説明されており、当該事情を基礎として本件売買契約を締結したといえる。ところが、実際には本件売買契約締結時、嵐号がフィラリア症に罹患しており、激しい運動ができる状態ではなかった。すなわち、Bの認識は真実に反し、錯誤がある。

②上記の経緯の通り、ABは、即戦力のある闘犬として嵐号を購入する点を売買の基礎とし、その事情をBはAに対し表示した。

③Bが即戦力で闘犬の試合に即時出場可能である闘犬であると信じたからこそ嵐号を購入したものであって、上記事情は、本件売買契約の目的及び取引上の社会通念に照らして重要な錯誤といえる。

④フィラリア症の罹患の有無は診断なしには容易には判明しないため、普通であれば要求される注意を著しく欠くとはいえず、Bに重大な過失はない。

以上から、Bは本件売買契約を、錯誤を理由に取消することができる。

3. よって、Bは本件売買契約を取消し、Aに対し、代金の返還を請求できる(121条の2第1項、原状回復義務)。

4. 改正前との対比

いわゆる動機の錯誤が、旧95条本文の「意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったとき」に該当するか問題となる。

動機が表示され法律行為の内容となっている場合には動機の錯誤も旧95条による保護の対象になると解する。何故なら、表示主義の立場から、錯誤は、詐欺同様、表意者と相手方及び第三者との利害の調節を目的とする制度と解されるところ、表意者保護を根拠とする動機の錯誤の救済論を展開する一方で、取引の安全の要請から、表示を要求して、両者の調整を図ることが最も適切だからである。

## 第2 設問2

(1) 錯誤は、伝統的に「内心の効果意思の不存在があり、表意者

がそのことを知らないこと」とされてきた。錯誤を「意思の不存在（意思ノ欠缺）」の一類型としたのは、古くはローマ法の「錯誤者には意思がない」という法格言に基因したものである。この考え方は、心理的な内心的効果意思を意思表示の本質と把握し、本質を欠くが故に無効となると理解する。

しかし、契約などの法律行為は、我々の生活領域における客観的な存在であり、表意者と相手方との間に位置するものである。ここでは取引安全の保護という利益衡量の視点も加味して解釈されるべきである。すなわち、表示上の効果意思と表示行為の二点さえあれば、ひとまず法律行為の有効根拠を満たすものとし（表示主義的解釈）、それを無効にする根拠は、表意者保護という別の理由、つまり政策的理由に求めるのが妥当である。

表示主義的解釈の下では、錯誤を無効とするか取消とするか、要件をどのようにするか等はすべて政策論の次元となる。すなわち、同質的な詐欺取消に歩調を合わせて、主張者や主張期間を限定したり、善意の第三者保護を類推適用や創設することも、解釈論ないし立法論として展開可能であり、かかる見地から、2020年改正がなされたと捉えることができる。

(2)いわゆる動機の錯誤は、瑕疵ある意思表示の性質を有するが、さらに一步進めて、意思の不存在の錯誤を含めた錯誤全体が、瑕疵ある意思表示概念と結び付くかが問題となる。表示主義の徹底、政策論との関係で、瑕疵ある意思表示概念の再構成がなされたものと

解することになるのであろうか。今後のさらなる展開に期待したい。

### 第3 設問3

#### 1. (1) 追認

取消しうる行為は取消権者の自由意思により追認することができる（私的自治の原則）。ただし、Bが取消権を有することを認識していた場合に限り有効である（124条）。

#### (2) 法定追認

異議をとどめずに「履行」を行った場合、追認したと擬制される（125条1号の法定追認）。

法定追認の要件として、取消権を有することを認識していることが必要か問題となる。

思うに、法定追認は、法律関係の早期安定と相手方の信頼保護の観点から認められた制度と捉え、また、「みなす」という文言を強調して、客観的に追認を推測される行為があれば十分で取消権の認識は問わないと解すべきである。

#### 2. 改正前との対比

改正前の錯誤の効果は無効であるため、無効行為の追認（119条）の問題となるが、法定追認は適用されない。

以上

# 予備試験答案練習会（民法・民法Ⅰ）採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔設問1〕	(24)		
返還請求権を導く法的構成		2	
錯誤の定義		2	
2号錯誤の要件 基礎事情の設定		2	
2号錯誤の要件 基礎事情が反真実であったこと		2	
2号錯誤の要件 基礎事情の表示		2	
錯誤の要件 無重過失		2	
具体的事案へのあてはめ		6	
従来 of 動機錯誤の処理との比較		6	
〔設問2〕	(8)		
錯誤無効から錯誤取消へ		6	
意思の不存在から瑕疵ある意思表示へ		2	
〔設問3〕	(8)		
追認		2	
法定追認の可否		3	
取消権の認識の要否		3	
裁量点	(10)	10	
合計	(50)	50	

# 民法・民法Ⅰ 解説レジュメ

## 第1 出題趣旨

いわゆる動機の錯誤の問題は、民法総則における有名な典型論点の一つであるが、錯誤論・意思表示論・法律行為論に関する基本的かつ正確な理解を必要とするため、かつては上級者にとっても難問の一つであった。

2020年改正によって、立法的解決が図られたが、新法下の錯誤論をどのような視点から整理しておくべきか、基本および原理原則に戻って理解することが求められる。今一度自分なりに整理し、原点に立ち戻って理解を深めて欲しいという趣旨で出題した。

なお、改正前後をストレートに問う問題形式は、変則的であり、本試験で採用される可能性も高くない。しかし、新95条において、制度趣旨からの解釈が求められると共に、将来実務家になった際には改正前の案件も多数取り扱うであろうため、あえて今回は変則的なスタイルで出題してみた。

## 第2 解説

### 〔設問1〕

#### (1) 序論

本件の事案は、神戸地判平成14年5月24日の事案を、月日を変えるなど一部アレンジして利用したものである。

私権の変動原因たる契約が取消され無効となった場合、債務の履行として給付を受けた者は、相手方を原状に復させる義務を負う（第121条の2第1項、原状回復義務）。同条は、両当事者が互いに対価的な給付をしている場合に、一方のみが返還を免れることは不公平であること、有償契約においては703条の善意者の現存利益の返還ルールや、自己の支配領域内の目的物の滅失リスクを相手方に転嫁することは妥当でないことから2020年改正にて新設された条文である。

#### (2) 95条の考察

本件の事案は、性状の錯誤に関する問題であり、意思表示の動機の錯誤（改正法の「2号錯誤」と言われるもの）として処理されることになる。

旧95条本文は「意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったときは、無効とする」とのみ規定していたが、動機の錯誤に関する確定した判例法理を明文化する等、下記の通り、長文となった。

#### （錯誤）

第95条 意思表示は、次に掲げる錯誤に基づくものであって、その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるときは、取り消すことができる。

一 意思表示に対応する意思を欠く錯誤

二 表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤

2 前項第二号の規定による意思表示の取消しは、その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたときに限り、することができる。

3 錯誤が表意者の重大な過失によるものであった場合には、次に掲げる場合を除き、第一項の規定による意思表示の取消しをすることができない。

一 相手方が表意者に錯誤があることを知り、又は重大な過失によって知らなかったとき。

二 相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき。

4 第一項の規定による意思表示の取消しは、善意でかつ過失がない第三者に対抗することができない。

#### (3) 改正の概要

今回の改正によって、変更された事項は、主に下記の7点である。

イ 意思欠缺錯誤と動機錯誤の二元説を採用する判例法理の明文化（意思欠缺錯誤（1号錯誤）と動機錯誤（2号錯誤））

ロ 意思表示に対応する意思を欠く錯誤（1号錯誤）も含めて、錯誤を「瑕疵ある意思表示」に分類（101条1項の「意思の不存在、詐欺、強迫」との定めが「...意思の不存在、錯誤、詐欺、強迫...」との表現に変わり、また、120条2項の「詐欺又は強迫によって取り消すことができる行為は、瑕疵ある意思表示をした者」との定めが「錯誤、詐欺又は強迫によって取り消すことができる行為は、瑕疵ある意思表示をした者...」との表現に変更された）

ハ いわゆる動機の錯誤の定義付け（「表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤」）

ニ 2号錯誤の要件に関して「その事情が法律行為の基礎とされていること」、「表示されていたとき」という要件を明示

ホ 「要素に錯誤」との定めが「法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるとき」に変更

ヘ 錯誤の効果が無効から取消に

ト 第三者保護規定の新設

である。

#### （4）動機錯誤論の規範定立

本件のBの代金返還請求の主張は、本件AB間で成立した売買契約が動機の錯誤を理由に取消しうることを前提としている。動機の錯誤を理由とする取消しが認められるためには、4つの関門を無事にクリアする必要がある。すなわち、

- 第1関門として「錯誤」であることの充足、
- 第2関門として「動機」の錯誤（2号錯誤）が顧慮されるための要件の充足、
- 第3関門として「重要なもの」の錯誤（従来の「要素」の錯誤）であることの充足、
- 第4関門として「無重過失」であることの充足である。

動機の錯誤という有名論点を処理するに当たり、いきなり第2関門の問題に飛び付かず、第1関門の「錯誤」であることの検討をしっかりと行うことが肝要である。

#### 第一関門：錯誤であること（錯誤の定義）

新95条1項は、下記の通り、1号錯誤と2号錯誤の定義規定を置いている（なお、両者をカバーする上位概念としての錯誤概念についても各自検討されたい）。

- 一 意思表示に対応する意思を欠く錯誤
- 二 表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤

よって、本問では、「表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤」という要件の充足を検討することになる。

#### 改正前との対比

改正前は、「意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったときは...」（旧95条本文）と記載するにとどまり、「錯誤」という漢字二文字で示されていたため、動機の錯誤の取扱いが問題とされていた。そして、動機の錯誤を保護対象に含める立場に立った場合は、動機の錯誤をカバーする錯誤の概念を定立する必要があった。

#### イ 動機の錯誤不顧慮説（旧95条不適用説）

古典的な意思主義理論からすれば、旧95条で無効とされる錯誤は、意思の不存在の錯誤、すなわち、表示の錯誤・内容の錯誤に限定される。動機の錯誤は、内心的効果意思を形成する過程に錯誤があるに過ぎず、表示上の効果意思（「この犬を買う」）に対応する内心的効果意思（「この犬を買う」）が存在するため、意思の不存在として把握できず、旧95条の保護の対象外となる。

意思表示の形成過程における事実の誤認は、自己責任の見地から自らの努力により回避すべきであり、もし誤認による不利益発生リスクを回避したければ、表意者は、自己の認識を合意の内容に含める必要があると解する見解である。この立場に立てば、動機の錯誤は、錯誤以外の制度による救済、

すなわち、条件・前提や品質保証、担保責任、契約締結上の過失、保護義務違反、不当利得その他の救済法理の適用を別に考えるとして、錯誤法による救済は認められないことになる。

しかし、この結論に対しては、動機の錯誤と他の錯誤との区別の不明瞭性や表意者の要保護性の観点から両者の法的効果をはっきり区別することは妥当でないとの疑問が投げられ、一定の要件の下、旧 95 条の適用を認めるのが妥当とされ、確定した判例・通説を形成するに至っていた。

#### ロ 動機の錯誤顧慮説における錯誤の定義

動機の錯誤は、「表示上の効果意思と内心的効果意思とは、形式的にも実質的にも符合し、ただ内心的効果意思を決定するにいたった動機が外界の事実とくい違っただけである」（我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、1965）298 頁）という点、つまり、動機錯誤は、外界の事実（真の事実）を問題とする点に特徴がある。

この真実の誤認という点に重点を置くか（下記 C）、それとも当事者の意思の「不存在」、あるいは、意思と表示の「不一致」というキーワードに重点を置くか（下記 AB）によって、定義付けが変わってくる。

#### アプローチ A 真意（もし錯誤がなければ有したであろう意思）を強調する立場

「錯誤とは、真意—錯誤なかりせば有すべかりし意思—と表示との不一致のことをいう」（舟橋）とか、「錯誤がなければあったであろう意思（真意）と表示との間に食い違いのある場合」（内田貴『民法Ⅰ』（東京大学出版会）と説明する立場である。

真の事実（＝真実）を知っていれば有したであろう意思として把握する。本問では、もし嵐号がフィリア症に罹患しており激しい運動ができる状態ではなかったことを知っていれば、「その犬は買わない」という意思が導かれると説明することになる。「その犬」という特定物の枠で論ずることを維持できる長所がある反面、「...れば...であろう意思」と仮定的意思とせざるを得ない欠点がある。

#### アプローチ B 「表意者の意図したところ」と把握する立場

「表示から推断される意思と表意者の真に意図するところにくい違い」があり、かつ、そのことを表意者が知らないこと（我妻 296 頁）とか、「表示行為から推測されるものと、本人の実質的に意図するところ—単に効果意思として決定されたことだけでなく、その法律行為によって達成しようとした経済的・社会的目的のすべて—との間にくい違いがあること」（我妻『民法案内 2〔2005 年版〕』188 頁）と説明する立場である。本問では、本件売買契約によって達成しようとした経済的目的は、即時試合出場可能な闘犬の調達という点にあると捉えて、この定義に当て嵌めることになる。

#### アプローチ C 「事実の誤認」という点を直視する立場

「契約締結時における事実（または法）に関する前提が誤っていたこと」（ユニドロワ原則 3・4 条参照）と説明する立場である。「意思表示をした者が、意思表示に至る過程もしくは意思表示そのものの過程において、事実と一致しない認識ないし判断をしていたということを、後になって発見した」と説明する立場（川島 284 頁）もここに属する。

アプローチ C は、事実（真実）の誤認、ないし、事実の反真実性という要素を前面に出す説明方法であり、新 95 条の 2 号錯誤（「表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤」）の定義にも採用されている。

（なお、山本敬三「『動機の錯誤』に関する判例法の理解と改正民法の解釈」法学論叢 182(1-3) (2017) 105 頁にて「事実錯誤」概念が提唱され、また、森田修「『債権法改正』の文脈：新旧両規定の架橋のために(第 2 回)第二講 錯誤：要件論の基本構造を中心に(その 1)(その 2)」法学教室 428 号 69 頁、429 号 (2016) 78 頁にて「古典的錯誤二元説 効果意思と動機の区別＝主観的な世界」に代わる「新二元説 表示と事実とに立脚＝客観的な世界」という説明も参照されたい。）

本件事案のベースとなった神戸地判平成14年5月24日の判決原文は、第1関門（「錯誤」であることの指摘）について、次の通り処理する。すなわち、「本件売買契約締結時、嵐号がフィラリア症に罹患しており、激しい運動ができる状態ではなかったにもかかわらず、Bは、嵐号が全国横綱としての実績を有し、即時試合出場可能な闘犬であるものと誤信してこれを購入したことが認められるから、Bの売買の法律行為に錯誤があったと認めることができる」としている。

ここでは、まず第一に、真実の指摘、すなわち「嵐号がフィラリア症に罹患しており、激しい運動ができる状態ではなかった」との指摘がされた上で、次に第二に、Bの誤信の事実の指摘、すなわち「即時試合出場可能な闘犬であるものと誤信して」との指摘が、そして第三に、意思表示をした事実の指摘、すなわち「これを購入した」という指摘がなされている。これは、アプローチCそのもの（あるいは、アプローチAまたはBを事実の主張に還元したもの）として理解することができる。

## 第二関門：動機錯誤が顧慮されるための要件の充足

新95条2項は「その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたとき」と規定する。すなわち、「その事情が法律行為の基礎とされていること」、そして、それ「が表示されていた」ことを要する。

ここにいう「基礎とされていること」と「表示」を要求した趣旨とその内容について検討する必要がある。

かつて判例は、動機錯誤の顧慮要件として、「意思表示をなすについての動機は表意者が当該意思表示の内容としてこれを相手方に表示した場合でない限り法律行為の要素とはならない」（最判昭29年11月26日民集8巻11号2087頁）とか、「その動機が相手方に表示されて法律行為の内容となる（る）...ことを要する（最判昭45年5月29日裁判集99号273頁）」と判示し、「表示」に加えて「意思表示の内容」ないし「法律行為の内容」となることを要求していた。

本来動機に関する誤認リスクは表意者がとるべきところ、そのリスクを相手方に転嫁することを意味するのであるから、そのリスク転嫁の正当化という視点からの考察が重要となる。そもそも動機の表示は明示でなくても黙示で足りるとされており、「法律行為の内容化」の認定作業と相まって、妥当な利益調整基準として機能しているものと思われる。

リスク転嫁の正当化という視点からの合理性が一つの判断基準となるべきものと解されるどころ、新95条2項が「その事情が法律行為の基礎とされていること」、そして、それ「が表示されていた」ことを要求しているのも、その文脈において理解されるべきであろう。新法制定後においても、この点の解釈については今後検討が加えられていくことになる。

なお、「その事情が法律行為の基礎とされていること」と債務内容との関係が問題となる。

旧法下では、動機が法律行為の内容となるという意味については、まさに動機が動機のまま法律行為の内容になるに過ぎない。つまり、動機は、あくまでも法律行為の有効性を決定するに際して重要な判断材料の一つに過ぎないという理解であった。特定物である「その犬」と「即戦力のある」という性状が一体化すると「即戦力のある」「その犬」となるが、既に病気に罹患しており「即戦力のある」「その犬」を給付することは不可能であるため、債務内容にはならないからである。「その犬を購入する。何故ならば、即戦力があるからだ」ということが法律行為の内容となるという理解である。

「法律行為の基礎」という新しい概念の解釈の問題であるが、契約不適合や不能概念とも関係するため、より一層の整理が必要となる。

## 改正前との対比

改正前における、動機の錯誤をいかなる基準の下で認めるべきかに関して、大きく二つの立場に分かれていた。

### A.二元説（動機表示説・判例通説）

動機の錯誤については、条文の文言や各種の理論及び要請から、原則として旧 95 条の適用はないという理解からスタートする。ただその動機が表示されているときに限り、例外的に法律行為の内容の錯誤となり旧 95 条の適用があると考える見解である。

動機の錯誤も顧慮の対象に加える理由として、法律行為制度は「法律行為は個人間の法律関係を妥当に規律することを目的とする制度」であり、また、錯誤は、心裡留保と通謀虚偽表示と同様、詐欺・強迫と共に、「表意者と相手方及び第三者との利害の調節を目的とする制度」（我妻 306 頁）であるところ（「意思欠缺」から「表意者保護」へ）、表意者保護という観点から動機の錯誤を救済するのが整合的であること、が挙げられる。

また、二元的に扱う理由として、伝統的には意思の不存在の場面を錯誤の適用範囲としてきたこと（適用範囲としての「意思欠缺概念」の維持）、立法者の価値判断を可及的に尊重するために二元的に扱う点に合理性があること、動機はそのままでは意思表示の内容となるものではないこと、が挙げられる。

判例も、二元説の立場に立つ（最判昭 29 年 11 月 26 日民集 8 卷 11 号 2087 頁、最判昭 45 年 5 月 29 日裁判週 99 号 273 頁、最判平元年 9 月 14 日判時 1336 号 93 頁、判タ 718 号 75 頁など）。

### B.一元説（予見可能性説）

動機の錯誤を含め、錯誤に関する統一的な規範を求める立場であり、動機が表示の有無にかかわらず、旧 95 条の適用を認める見解である。そして、取引の安全との調和のための要件として、相手方の認識可能性を要求する。

その論拠として、実務上問題となった事案の大部分は動機の錯誤の事案でありこれを除外することは旧 95 条の実効性を著しく損ねてしまうこと、錯誤全体を規律する基準として表示を要求することは適当でないこと、取引の安全との調和は相手方の予見可能性を要することと「要素」の解釈をすることによって図りうること、動機の錯誤に属する「性状の錯誤」と「同一性の錯誤」との差は紙一重であること、が挙げられる。

二元説が、動機の「表示」を要求する意味について、旧法下の解釈において、以下の 3 点を指摘することができる。

#### （1）取引の安全の要請からの要求

動機が表示されることを要求する理由の一つに、取引の安全の要請からの要求ということが挙げられる。表意者保護と取引の安全の調和という理想を唱える見解からは、特に重要である。しかし、相手方の予見可能性を要求することでも同じ目的は達成可能である。また、表示と錯誤は本質的に相容れず、動機の錯誤の場合にのみ表示を要求するのはおかしいとの批判もある。

#### （2）条文の文言との整合性からの要求

直接の明文のない相手方の予見可能性を要求するよりは、「意思表示」の中に組み入れることによって、つまり、動機を含めて表示したところのどこかに食い違いがある、という解釈を採用することによって、明文から離れる距離を少なくするという工夫である。

#### （3）法律行為の内容とするための要請からの要求

「法律行為の内容は専ら表示行為によって推断すべきものであるという理論」に適合させる要請からの要求である（我妻 285 頁）。すなわち、目的物や代金、履行期限や履行場所など、法律効果の発生に関する法律行為の内容は原則として、表示されなければならないという法律行為の一般原則がある。このこととの均衡において、原則として、当事者の内心にとどまっているだけでは顧慮されず、明示または黙示の表示がなければならないという要請が導かれる。

### 第三関門：「要素の錯誤」要件の充足

旧 95 条で要求されていた「要素の錯誤」という表現が、新 95 条 1 項柱書きでは「その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるとき」とされた。両者は実質的に同一と解釈されよう。

#### 改正前との対比

旧 95 条の「要素の錯誤」については、一般的に、表意者が意思表示の内容の重要な部分に錯誤があったことを指し、内容の重要な部分とは、その点について錯誤がなければ、表意者本人のみならず普通一般人もその意思表示をしなかったといえる程度に重要なものとされている(我妻 299-300 頁)。表意者保護と取引の安全の利益の調整のためにも必要かつ有益な要件である。

なお、この要件については、一般に、因果関係(表意者からみた因果関係(主観的重要性))と一般人からみた因果関係(客観的重要性))と把握されているが、前者を因果関係、後者を重要性と名付ける見解もある。

#### 第四関門：「無重過失」要件の充足

ここにいう「重大な過失」とは、表意者の職業、行為の種類や目的等に応じて普通であれば要求される注意を著しく欠くことをいう。なお、無重過失要件の証明責任は、表意者の相手方にある(消極的要件)。

#### 改正前との対比

無重過失要件については改正前後で変更はない。なお、相手方が悪意の場合は、重過失でもよいとするのが、判例・通説であったが、明文化された。

#### (5) 規範定立と当て嵌め

錯誤取消の要件は、

- ①意思表示が「表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤」(95 条 1 項 2 号)に基づくものであること(同条 1 項柱書)、
- ②上記の事情が表示されていること(同条 2 項)、
- ③「錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものである」こと(同条 1 項柱書)、
- ④「重大な過失」(同条 3 項)がないこと、である。

本件では、

①Bは、嵐号が全国横綱としての実績を有し、即時試合出場可能な闘犬であるものと認識していた。ホームページ上に「すぐに試合に出したい方には、即試合出場可能な様々な実績を持った経験豊富な(全国公認横綱もいます)犬をおすすめします。」という記載があり、また、「あと3回は大会に出てそれなりの成績を挙げることができる」旨が説明されており、当該事情を基礎として本件売買契約を締結したといえる。ところが、実際には本件売買契約締結時、嵐号がフィラリア症に罹患しており、激しい運動ができる状態ではなかった。すなわち、Bの認識は真実に反し、錯誤がある。

②上記の経緯の通り、Aは、即戦力のある闘犬として嵐号を購入する点を売買の基礎とし、その事情をBはAに対し表示した。

③Bが即戦力で闘犬の試合に即時出場可能である闘犬であると信じたからこそ嵐号を購入したものであって、上記事情は、本件売買契約の目的及び取引上の社会通念に照らして重要な錯誤といえる。

④フィラリア症の罹患の有無は診断なしには容易には判明しないため、普通であれば要求される注意を著しく欠くとはいえず、Bに重大な過失はない。

以上から、Bは本件売買契約を、錯誤を理由に取消することができる。

#### 改正前との対比

参考までに、本件事案のベースとなった神戸地判平成 14 年 5 月 24 日の判決原文を下記に引用する。

本件売買契約締結時、嵐号がフィラリア症に罹患しており、激しい運動ができる状態ではなかったにもかかわらず、Bは、嵐号が全国横綱としての実績を有し、即時試合出場可能な闘犬であるものと誤信してこれを購入したことが認められるから、Bの売買の法律行為に錯誤があったと認めることができる。
--

もっとも、これは動機の錯誤に当たるから、錯誤による無効が認められるためには、相手方への動機の表示が必要であるところ、上記認定のAとBの間の交渉経緯に照らせば、BはAに対し、即戦力のある闘犬として嵐号を購入する旨売買の動機を表示していたものと認めることができる。

また、Bが即戦力で闘犬の試合に即時出場可能である闘犬であると信じたからこそ嵐号を購入したものであることも上記認定したところから明らかであり、上記動機は、本件売買契約の重要な部分であったと認められるから、その錯誤は法律行為の要素の錯誤にあたるということが出来る。

以上の次第で、本件売買契約は要素の錯誤により無効であると認められる。

一段落目は、既に3で紹介した通り、第1 関門の「錯誤」であることの指摘である。

二段落目が、第2 関門の「動機」の錯誤が顧慮されるための要件を満たしていることの指摘で、三段落目が、第3 関門の「要素」の錯誤であることの指摘である。

## 【設問2】

本問は、平成11年度の旧司法試験、民法第2問の出題形式を参考にして作成した。立法趣旨をストレートに問う問題形式が、本試験で出題される可能性は極めて低いが、新法の解釈において極めて有益であるため、あえて出題した。

参考 平成11年度司法試験 民法 第2問

民法の規定によれば、(1)詐欺による意思表示を取り消すことができるとされている(第96条第1項)のに対し、法律行為の要素に錯誤がある意思表示は無効とされており(第95条本文)、(2)第三者が詐欺を行った場合においては相手方がその事実を知っていたときに限り意思表示を取り消すことができるとされている(第96条第2項)のに対し、要素の錯誤による意思表示の無効の場合には同様の規定がないし、(3)詐欺による意思表示の取消しは善意の第三者に対抗することができないとされている(第96条第3項)のに対し、要素の錯誤による意思表示の無効の場合には同様の規定がない。

「詐欺による意思表示」と「要素の錯誤のある意思表示」との右のような規定上の違いは、どのような考え方に基いて生じたものと解することができるかを説明せよ。その上で、そのような考え方を採った場合に生じ得る解釈論上の問題点(例えば、動機の錯誤、二重効、主張者)について論ぜよ。

錯誤論を検討するにあたっては、意思表示論・法律行為論に関する基本的かつ正確な理解を必要とする。すなわち、私的自治の原則(個人意思自治の原則)、自由意思であり、意思表示を不可欠な要素とする法律行為概念など、民法の基本理念から錯誤論を考察することが必要不可欠である。

## 無効根拠としての「意思欠缺概念」から「表意者保護」へ

錯誤は、伝統的に、「表示から推断される意思(表示上の効果意思)と意思表示をした表意者の内心の効果意思との間に不一致があり、表意者がそのことを知らないこと」とか、「内心の効果意思の不存在があり、表意者がそのことを知らないこと」とされてきた。このように、錯誤による意思表示を「意思の不存在(意思ノ欠缺)」の一類型として扱ってきた。これは、古くはローマ法の「錯誤者には意思がない」という法格言に基因し、また、ドイツ普通法学及びその影響を受けたドイツ第一草案と我が国の立法者が想定した考え方である。この考え方は、心理的な意思である内心的効果意思を意思表示の本質と把握し、内心の効果意思を欠くが故に無効となると理解することになる(無効根拠としての「意思欠缺概念」)。我が民法は、「瑕疵ある意思表示」(旧120条)たる詐欺・強迫と対置し、また、心裡留保と虚偽表示と並んで、錯誤を「意思の不存在」(旧101条1項。平成16年以前の旧表

現「意思ノ欠缺」として位置付けているが、このような条文の体系や文言などに、その形跡を見ることができた。

ドイツ普通法学から継受した「意思教説（意思ドグマ）」においては、「意思の不存在（欠缺）」と「瑕疵ある意思表示」とは完全に峻別される。表示に対応する効果意思を欠く以上、あたかも心臓の無い人間、エンジンの無い車のごとく、意思表示は実体を欠き、当該法律行為は「無」に等しい意味での無効（絶対無効）と評価されるため、誰からも、いつまでも、当然に無効とされる。これに対して、詐欺や強迫は、表示に対応する効果意思は存在しているため、一応有効と扱われつつ、内心の効果意思の成立過程に瑕疵があるために、瑕疵ある意思表示として、表意者保護を図るという趣旨になる。この立場においては、95条が規定する錯誤は、「意思の不存在（欠缺）」の錯誤に限定され、いわば瑕疵ある意思表示に整理される動機錯誤は95条の射程範囲の外に出るものとされたのである。

### 表示主義の登場

刑法が、故意よりも、法益侵害という結果と実行行為という客観面から考察するように、民法が内心の意思こそが全てという発想に疑問が投げかけられ、ここに表示主義が登場するに至る。

契約などの法律行為は我々の生活領域における客観的な存在であり、表意者と相手方との間に位置するものである。そこでは取引安全の保護という利益衡量の視点も加味して解釈されるべきである。この立場からは、表示行為から推断される効果意思（表示上の効果意思）と表示行為の二点さえあれば、ひとまず法律行為を有効とする根拠があるものとみなし（表示主義的解釈）、それを無効にする根拠は別のところに求める、すなわち、表意者が「かわいそう」だから保護する（表意者保護）という政策的見地から無効という法的手段を付与したという説明になる。

一旦有効になるところ表意者保護により無効にするという立場では、動機の錯誤の場合でも、意思欠缺と同等、あるいは、それ以上に表意者が「かわいそう」ならば保護すべきことになり、取引の安全、条文の文言、基準の明確性の問題を解決できるのであれば、動機の錯誤も旧95条に含める解釈が導かれることになる。

このように表示主義的解釈の下では、錯誤を無効とするか取消とするか、要件をどのようにするか等はすべて政策論のレベルの話となる。例えば、同質的な詐欺取消に歩調を合わせて、主張者や主張期間を限定したり、善意の第三者保護を類推適用や創設することも、解釈論ないし立法論として展開可能となる。もちろん政策論として保護の軽重に差異をもうけて、主張期間を無制限にしたり、第三者保護規定を置かないことも可能となる。

かかる見地から、2020年改正を眺めることができる。

### 意思の不存在から瑕疵ある意思表示へ

いわゆる動機の錯誤は、瑕疵ある意思表示の性質を有するが、さらに一步進めて、意思の不存在の錯誤を含めた錯誤全体が、瑕疵ある意思表示概念と結び付くかが問題となる。表示主義の徹底、利益衡量論、政策論との関係で、今後どのように解釈されていくか、とても興味深い問題である。各自で検討されたい。

#### 【設問3】

#### 追認

取消しうる行為は追認することができる。ただし、「取り消すことができる行為の追認は、取消しの原因となっていた状況が消滅し、かつ、取消権を有することを知った後にしなければ、その効力を生じない」（124条）ため、本件では、Bが取消権を有することを認識して追認した場合に限り、追認が有効となり、本件売買契約は完全に有効な行為となる。

#### 法定追認

錯誤の効果が取消しになったために、法定追認が適用されることになる。

追認をすることができる時以後に、異議をとどめずに「履行」を行った場合、追認したこととみなされる（125条1号の法定追認）。

法定追認の要件として、取消権を有することを認識していることが必要か、問題となる。

法定追認が追認を擬制する根拠は、取消しを考えている人がそのような行動に出る筈はないという点に求められるが、この趣旨を、当事者の意思に適合していることに求めるのであれば、取消権の認識を要求することが自然である。

これに対し、法定追認を、法律関係の早期安定と相手方の信頼保護の観点から捉える場合は、次のようになろう。すなわち、相手方から見て追認を推測される行為があれば良く、取消権の認識は問わない。わざわざ「みなす」という文言を用いて追認を擬制している点も、この解釈に馴染む。

なお、判例（大審院判決大正12年6月11日民集2巻396頁）も認識不問説の立場に立つ。

因みに、改正後に本来の追認において「かつ、取消権を有することを知った後にしなければ」（124条）という文言が加わったと同時に、法定追認の条文（125条）の冒頭にあった「前条の規定により」という文言が削除された。これは「前条の規定により」という文言が残されたままだと、取消権の認識が必ず必要になってしまうため削除したと説明されている。この経緯から認識不問説を導くことも可能である。しかし、単に改正後も引き続き解釈に委ねることにしたと把握することも可能であり、解釈の決め手とはならない。

#### 改正前との対比

改正前の錯誤の効果は無効であるため、一般的な無効行為の追認、及び、錯誤無効の追認、さらには詐欺取消に準じた扱いとしての追認が問題となる。

錯誤の効果は無効であるため、法定追認の適用はない。

以上

2023年4月16日

担当：明治大学専任講師・弁護士 神田英明