

錯誤者の過失の位置づけ（1）

中 谷 崇*

目 次

はじめに

I. 問題設定

1. 錯誤者の過失をめぐる疑問点
2. 目的と検討方法

II. わが国の状況

1. 錯誤者の重過失 (以上, 本号)
2. 錯誤者の軽過失

III. 比較法的検討

IV. 結 語

はじめに

本稿のテーマは錯誤者の過失の法的意味を明らかにし、過失の観点から錯誤論を考察することである。ところで、一般の用語法で考えた場合、錯誤者の過失とはどういう意味だろうか。「錯誤」を広辞苑で調べてみると、「あやまり」「まちがい」「事実と観念が一致しないこと」「現実に起こっている事柄と考えが一致しないこと」という説明が載っている。これによれば、「錯誤」とは客観的な判断の誤りだけを意味している。ところが、「まちがい」という言葉を調べてみると、「過失」という意味も記載されており、「過失」を調べてみると「あやまち」「しくじり」と載っている。そうすると、どうも一般の用語法としては、錯誤と過失とは同じような意味に

* なかや・たかし 立命館大学法学部教授

使われることが許されているようである。確かに「うっかりしてた」という言葉に代表されるように、まちがいを犯すことを「うっかり」と表現することもある。こう考えると、「まちがい」と「うっかり」は同じことを言っているのであり、「まちがい」を錯誤、「うっかり」を過失に置き換えて考えると、錯誤者には常に過失あり、と評価できなくもない。実際にもこのように考える学説もある。もちろん、いやしくも取引関係に入る以上、当事者双方は相手方に損害を与えないように錯誤に陥らないように行動する注意義務を負うと考えることもできる。

しかし、錯誤に陥ることを「直ちに」過失と捉えて、錯誤者に不利益を課すというのは、取引形態、当事者間の関係、当事者の人的性状が様々であることを考えると、ためらいを覚える。この考え方は人間の無謬性を前提としているように思われるからである。人間は自分が正しいと思っていること、起きるはずがないと思っていることには通常は注意を払わないし、誤記や誤談の類は避けようがない。一般に人間が誤り犯すことは不可避である。たとえば、ヨーロッパでは、人口に膾炙した格言である「*errare humanum est*. (誤ることは人間的なことである。)」というものがある¹⁾、また東洋に目を転じて、古代中国を見ても、「子曰。過而不改。是謂過矣(子曰く、過って改めざる、是を過ちと謂う)」²⁾という論語の有名な一節があ

1) この格言の出典とされるのは、Augustinus Hipponensis, sermo 164, 10.14. (Migne, Patrologiae Latinae, tomus 38, 1805, pp.901-902 < https://books.google.co.jp/books?id=_P5Win6wF0wC&pg=PA5&hl=ja&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false >) <2021年4月1日最終閲覧>である。原文は、「Humanum fuit errare, diabolicum est per animositatem in errore manere. (人間だから誤ったのです。悪魔のようだと、悪意によって誤りの中にとどまることです)」となっている(訳語は、岡野昌雄=田内千里=上村直樹=茂泉昭男訳『アウグスティヌス著作集第26巻』(教文館、2009年)249頁[上村直樹]による)。同様のことを、イギリスの詩人アレキサンダー・ポープも An Essay on Criticism (John Churton Collins (Ed.), Pope's Essay on Criticism, 1960, p.16) で「To err is human, to forgive, devine. (あやまちをするのは人間であり、これをゆるすのは神である)」と述べている(訳語は、矢本貞幹訳注『アレクザンダー・ポープ 批評論』(研究社、1967年)37頁による)。

2) 孔子『論語』衛靈公第十五第二十九章(出典は、子安宣邦『仁斎論語(下)』(べりか)

る。いずれも人間が誤解したりあやまちを犯したりすることは、ごく普通のことであることを前提にしている³⁾。また、古代ローマの軍人カエサルは、『ガリア戦記』において、「*ferre libenter homines id, quod volunt, credunt*⁴⁾。(人間は往々にして自らの欲するところのものを喜んで信じる)」と述べて、人が自己に都合がいい誤解をしがちであることを喝破している。現代に生きる我々の一般常識に照らしても、人間である以上、誤解したりあやまちを犯したりすることはやむを得ないという考え方は、おおよそ首肯されると思われる。

こうしたいわば経験則に裏打ちされた箴言以外にも、人間が過ちを避けられないことは様々な学問分野で言及されている。たとえば、二重過程理論と呼ばれる考え方がある⁵⁾。人間の脳にはヒューリスティクスシステム（システム①）と分析的システム（システム②）という二つの独立した認知のシステムがあり、通常は前者によって行動選択をされると言われている。ヒューリスティクスとは、精度は十分とは限らないが簡便さのある解法であり（直観と言ってもよい）、分析的システムは、直列的で規則に基づき、しばしば言語を基盤とし、個人の演算能力に関連する。また、このシステムにより意識的問題解決が行われ、ヒューリスティクスシステムによる不適當な反応を拒否することがある。我々の日常の活動の多くは前者によって担われているが⁶⁾、このシステムによる場合は間違えることの方が多い

ゝん社、2017年) 235頁による。)

3) たとえば、*errare humanum est* については、Wieling, *Der Motivirrtum ist unbeachtlich! Entwicklung und Dogmatik des Irrtums im Beweggrund*, JURA, 2001, S.579 und 577 はそのような意味でこの格言を用いている。また、「過而不改。是謂過矣」という論語の一節についても、「人間は決して完全なものではないから、間違ひのあるのは已むを得ない」と解説されている（小林一郎精講『論語下』（平凡社、1938年）146頁）。

4) Caesar, *Commentarii de bello Gallico. Liber III*, 18. 原文は、*The Gallic war / Caesar : with an English translation by H.J. Edwards, 1917(reprinted 1958), p.162*を参照した。

5) キース・E・スタノヴィッチ著、椋田直子訳『心は遺伝子の論理で決まるのか』（みすず書房、2008年）46頁以下。二重過程理論の説明は本書による。

6) 一川誠『ヒューマンエラーの心理学（ちくま新書）』（筑摩書房、2019年）123頁。

と言われる⁷⁾。つまり、バイアスが生じる⁸⁾。たとえば、利用可能性ヒューリスティクス、代表性ヒューリスティクス、アンカリングがバイアスを伴うヒューリスティクスとして挙げられる⁹⁾。アンカリングは専門家でも影響を受けることが報告されており¹⁰⁾、一度特定の情報に依拠するとそこから脱却することが困難だとされる¹¹⁾。この二重過程理論は、システム①とシステム②の名づけ方は異なるものの、認知心理学、社会心理学、神経心理学、自然主義的哲学、意思決定論、臨床心理学、行動経済学など様々な分野で認められている¹²⁾。また、我々は認知機能においても限界があり、誤りは避けられないと言われている¹³⁾。

このように我々は非常に誤解しやすい。確かに、法制度の構築にあつては、錯誤に陥ることを直ちに過失と見ることもあり得る。しかし、上記のような我々人間の行動パターンや性質を考えれば、人間の無謬性を前提とした法制度というのは社会の実態とも合致しないのではなかろうか¹⁴⁾。錯誤者の過失を位置づける際には、やはり人間の無謬性を前提としない解釈を考えることが必要であると思われる。

7) スタノヴィッチ (前掲脚注 5) 49頁, 一川 (前掲脚注 6) 127頁。

8) 友野典男『行動経済学 経済は『感情』で動いている (光文社新書)』(光文社, 2006年) 68頁。

9) 依田高典『行動経済学 感情に揺れる経済心理 (中公新書)』(中央公論社, 2010年) 21頁以下, 友野 (前掲脚注 8) 66頁以下。代表性ヒューリスティクスとは、人間が判断する際に論理や確率ではなく、AがBにどのくらい似ていとか、どのくらい典型的かという基準に依存してしまうこと、利用可能性ヒューリスティクスとは、思い浮かびやすい事象に過大な評価を与えてしまうこと、アンカリングとは、最終的な解答を得る過程で、初期情報に依存し、出発点から目標点の間に十分な調整ができないこと、である (以上の説明は依田21-22頁)。

10) 友野 (前掲脚注 8) 87頁。

11) 友野 (前掲脚注 8) 88頁, 依田 (前掲脚注 9) 34頁。

12) スタノヴィッチ (前掲脚注 5) 46頁以下。

13) 一川 (前掲脚注 6) 9頁以下。

14) 依田は、行動経済学の観点から、無謬性の仮定は対費用効率性を考えるうえで最善ではなく、対費用効率的に人間は正確ではなくてももっともらしい仕組みであるヒューリスティクスを用いてきたのだらうという (依田 (前掲脚注 9) 41-42頁)。

I. 問題設定

95条1項及び2項により錯誤取消が認められる場合でも、95条3項柱書によれば、重過失のある錯誤者は錯誤の主張が否定され、その結果、意思表示の効力否定ができず意思表示は有効となる。他方で、近時の多数説（通説と言ってよいだろうか）によれば、軽過失ある錯誤者は錯誤による錯誤取消の主張はできるが、損害賠償義務を負わされる。

以上の点は、多くの学説よって特に争いがなく支持されている。しかし、少し考えてみると説明が難しい点が出てくる。

1. 錯誤者の過失をめぐる疑問点

(1) 軽過失と重過失

まず、軽過失と重過失をどのように区別するのか不明である。錯誤者に軽過失しかなければ意思表示の効力は維持されて当事者の利害の調整が損害賠償により図られるだけだが、重過失がある場合には意思表示そのものが最終的に無効になるため、両者の区別は重要であろう。しかし、錯誤論においては軽過失と重過失の区別についてはほとんど議論がない¹⁵⁾。また、判決に目を向けても、錯誤者に重過失を認めて錯誤の主張を否定した判決は存在するが、軽過失ある錯誤者に賠償義務を負わせた判決は存在しないとされる¹⁶⁾。そうすると、いわゆる判例においては重過失と軽過失が区別されていないのではないかと、という疑問が生じる。果たして、錯誤において重過失と軽過失は区別できるのだろうか、また可能であるとしてどのように区別すべきだろうか。

15) 佐久間毅『民法の基礎1 総則 [第5版]』（有斐閣、2020年）162頁は、軽過失と重過失の区別が難しいことを指摘する。

16) 中松纓子「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）419頁、小林一俊『錯誤・原始不能と不履行法』（一粒社、1996年）24頁（初出：法教124-126号（1991年））。

(2) 過失の法的性質

上記の問題と関連するが、錯誤における過失の法的性質はどのようなものだろうか。一般的には、軽過失ある錯誤者に賠償義務を負わせる根拠は不法行為または契約締結上の過失だと説明される。契約締結上の過失もその法的性質が不法行為なのか債務不履行なのか争いがあるが¹⁷⁾、どちらにせよ、賠償義務を負わせる根拠は不法行為責任か債務不履行責任かのいずれかとなる。

95条3項柱書によれば、軽過失しかない場合には錯誤の主張が許されるのだから、錯誤の主張それ自体は適法行為である¹⁸⁾。しかし、軽過失があるために不法行為として損害賠償義務が課されるとすれば、錯誤主張という適法行為が「不法行為」として評価されることになり、法的評価として不整合をきたすのではなからうか。また、錯誤者の過失と不法行為におけるそれが同質だということを前提にして軽過失と重過失が同質のものだと考える場合、そもそも95条3項柱書の存在自体が法的に正当化されないという見方もできる¹⁹⁾。この考え方の背後には、我々には一般に錯誤に陥ってはならないという義務が課されていると考えられるが、果たしてこう考えることが適切だろうか。この問題は、契約締結上の過失の法的性質を不法行為と性質決定するときも同様に生じる。

仮に軽過失が不法行為の過失と同視できるとして、軽過失と重過失の違いを程度差だと考えてもよいのだろうか²⁰⁾。通説の考え方によれば、重過

17) 契約締結上の過失責任を中間責任ととらえる見解もあるが、ここではひとまず置く。これについては、さしあたり谷口友平=五十嵐清編『新版注釈民法(13)〔補訂版〕』(有斐閣、2006年)102頁〔潮見佳男〕参照。

18) 鳩山秀夫「債権法に於ける信義誠実の原則」『債権法における信義誠実の原則』(有斐閣、1955年)304頁以下(初出:1924年)。

19) 原島重義『市民法の理論』(創文社、2011年)673-674頁(初出:法セミ345号(1983年))。

20) かつては重過失による錯誤主張の否定は損害賠償の便宜的効果である旨が明確に指摘されており、軽過失と重過失は同質のものであることが前提とされていた(鳩山秀夫『註釈民法全書 法律行為乃至時効』(巖松堂、1912年)154頁)。

失は錯誤が顧慮されるための消極的要件と位置づけられており、一見すると損害賠償とは関係がない。この点から見ると、重過失と軽過失の違いは、程度差ではなく、性質を異にするものではないのかという疑問が生じる。「錯誤者の過失」という観点において重過失と軽過失の性質をどうとらえるべきであろうか。

他方で、軽過失ある錯誤者の賠償義務を債務不履行責任だと性質決定するなら、契約成立前あるいは交渉段階での錯誤者の過失をいかにして債務不履行責任として取り込むのが問題となる²¹⁾。

（3）無重過失要件と顧慮要件の混同

95条3項柱書（改正前95条ただし書）は、表意者の錯誤取消（改正前、無効）が認められてはじめて意味を持つ規定のはずである。ところが、改正前のいくつかの判決においては、要素の錯誤を「簡単に」認定し、錯誤者に重過失を認めることで結論の妥当性を担保しようとするもの、即ち無重過失規定が「濫用」されているものが見られる²²⁾。言い換えると、いくつかの判決においては、重過失の判断において要素の錯誤を認めるかどうかの判断も併せて行っていると評価できる。

また重過失とは、表意者の職業、行為の種類・目的などを考慮して、普通になすべき注意を著しく欠くことだと言われる。これを容易に回避できる錯誤は回避しなければならないと変形して解釈した場合、顧慮要件との混同の問題が生じる。たとえば、信用保証協会Yと金融機関Xとの間で締結された信用保証契約につき、Yが主たる債務者Aが反社でない^①と誤信していたことを理由に錯誤を主張した平成28年1月12日判決によれば、「Xは融資を、Yは信用保証を行うことをそれぞれ業とする法人であるから、①主債務者が反社会的勢力であることが事後的に判明する場合が生じ得ることを想定でき、その場合にYが保証債務を履行しないこととするので

21) 最判平成23年4月22日民集65巻3号1405頁参照。

22) 大久保憲章「錯誤者の過失（一）——判例の分析——」佐賀19巻2号（1986年）186頁。

あれば、②その旨をあらかじめ定めるなどの対応を採ることも可能であった。それにもかかわらず、③本件基本契約及び本件各保証契約等にその場合の取扱いについての定めが置かれていないことからすると、主債務者が反社会的勢力でないということについては、この点に誤認があったことが事後的に判明した場合に本件各保証契約の効力を否定することまでをX及びYの双方が前提としていたとはいえない(数字及び下線筆者)と判断されている。この判決では、動機が法律行為の内容になっていることを錯誤の顧慮要件として要求しているが、上記の下線①を重視して²³⁾、動機は法律行為の要素になっていない、と判断している。しかし、上記で述べた重過失の考え方からすれば、注意をすれば条件化によって錯誤を回避できたはずなのに(下線②)、それを怠ったという点(下線③)をとらえれば、錯誤者の「過失」と評価することもできる(条件化すれば理論上錯誤の問題は生じない²⁴⁾)。そうすると、この事例では、過失の問題として判断すべき事情を顧慮要件の中で判断しているととらえることもできる²⁵⁾。

以上の考え方に立つと、錯誤者の過失は無重過失要件と顧慮要件のいずれで考慮すべきなのかという疑問が生じる。顧慮要件は錯誤者に、無重過失要件は相手方に主張立証責任があるという現在の通説の考え方からすれば、両者の区別は実際にも重要となろう。

(4) 意思表示の解釈との関係

たとえば、AがBに、ある銘柄のたばこ1000カートンを120万円で売却

23) 大中有信「判批」金法2047号(2016年)88頁による評価。

24) 中谷崇「判批」横国25巻3号(2017年)209頁、219頁。堀川信一「日本法における錯誤論の展開とその課題(6・完)——動機錯誤の顧慮要件を中心に——」大東29巻2号(2020年)231頁は、予見に対する対応懈怠は要素性の問題ではなく、重過失の問題ではないか、と指摘する。この問題については、中谷崇「法律行為の内容とリスク分配」滝沢昌彦ほか編『円谷峻先生古稀祝賀論文集 民事責任の法理』(成文堂、2015年)参照。

25) もっとも、この考え方に立ったとしても、筆者は、この事件においては錯誤者に「重過失」があったと言えるかは検討の余地があると考えている(中谷・判批(前掲脚注24)219頁)。

したいと申込み、Bがこれを承諾したが、Bは1カートン=12箱入りパックだと考えていたという場合、意思表示の解釈の結果、Aの付与した意味が妥当するならば、10000箱のたばこの売買契約が成立する²⁶⁾。もっとも、Bは95条の要件を満たすとき錯誤取消を主張することができる。さて、このとき付与意味基準説を採用すると、Bの表示に付与した意味（1カートン=12箱）は社会では妥当しないため、Aの付与した意味が正当化される。そうすると、B（錯誤者）の付与意味は正当化されず、つまりBには意思表示をなすにあたって「錯誤者の過失」があると見ることができる²⁷⁾。客観的解釈を採用しても、同様にBに過失ありとされるだろう。この意思表示の解釈における過失が重大であり、また95条3項柱書のそれと同じであるならば、この段階で（95条の要件の検討に入るまでもなく）Bの錯誤の主張は封殺されるのではないかという疑問が生じる。解釈における過失と錯誤者の過失は異なるものであると考える場合、両者の識別点は那邊にあるかが疑問となる。この意思表示の解釈にあたっての錯誤者の過失は、95条3項柱書の錯誤者の重過失及び通説に言われているような錯誤者の軽過失とどのような関係に立つのだろうか。

(5) 小括と諸注意

以上の(1)~(4)の疑問のほとんどはこれまで学説で指摘されていた点を筆者なりにまとめたものである。これについての詳細はⅡで論じていくが、それにあたり、便宜上、いくつかの用語を確認しておきたい。——既に本文で用いてしまっているが——95条3項本文及び改正前95条ただし書に相当する規定を「無重過失規定」、それに相応する錯誤の主張をするには重過失があってはならないという要件を「無重過失要件」と呼び、95条1項2項及び改正前95条本文に相当する規定を「顧慮規定」、それに相応する

26) 佐久間（前掲脚注15）70-74頁参照。

27) 石田穰『法解釈学の方法』（青林書院、1976年）159頁以下（初出：法協92巻12号、93巻2号（1975年、1976年））参照。

錯誤が考慮される要件を「顧慮要件」と呼ぶ。また、「重過失」と対比される意味で用いられる通常の過失を「軽過失」と呼び、特に断らない限り、「過失」とは「重過失」「軽過失」の両方を含む上位概念として用いる。

また、本文中で引用する人名についてはすべて敬称を省略させていただいたことを予めお断りする。

2. 目的と検討方法

(1) 目的

本稿では錯誤者の過失について以上の問題点を出立点として、錯誤者の過失をどのように位置づけるべきか検討する。錯誤者の過失をめぐっては優れた先行研究がある²⁸⁾。もっとも重過失の研究自体は要件論の研究と比べると盛んには行われてこなかった²⁹⁾。本稿では、それらを踏まえて、錯誤法における重過失と軽過失は程度差の問題ではなく、性質を異にする概念であり³⁰⁾、錯誤者の重過失を要件論との関係でとらえ直して要件論の明確化を図るとともに、錯誤者の損害賠償責任を不法行為責任ではなく、錯誤法の独自の責任ととらえて当事者間の利害調整手段として整理することを目的としている。

なお、筆者はこれまで、肥大化した錯誤法から異物を排除し透明性を確保する目的で「錯誤法の差異分化」³¹⁾という標題のもとに、共通錯誤と遺

28) 大久保憲章「錯誤者の過失(一)——判例の分析——」佐賀19巻2号(1986年)185頁以下、大久保憲章「錯誤者の『過失』——サヴィニー、イエリング、ベール——」『近代私法学の形成と現代法理論』(九州大学出版会、1988年)281頁以下、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——」法政論究46号(2000年)85頁以下、同「意思表示帰責論における民法95条但書の位置づけ——心裡留保との比較的考察・Dolus と Culpa lata——」法政論究54号(2002年)19頁以下。

29) 山下純司「情報の収集と錯誤の利用——契約締結過程における法律行為法の存在意義——(2)」法協123巻1号(2006年)32頁は、この状況を認めつつ、無重過失要件の持つ機能について検討があることを指摘する。

30) 田中・位置づけ(前掲脚注28)46-47頁が既にこの点を指摘する。

31) 中谷崇「共通錯誤の歴史的考察：ドイツ法における展開を中心に」私法78号(2016年)111頁。

言の錯誤について、改正前95条の枠組みで処理しきれない問題をはらんでいることを指摘してきた³²⁾。この目的及びこれまでの論考での結論は改正後の95条においても変わらない。また、本稿も「差異分化」の系列の一つに位置する。

（2）検討方法

第一に、わが国における錯誤者の過失についての議論を重過失と軽過失の両方の観点から整理する。第二に、比較法的な検討を行う。そこでは、ドイツ民法及びスイス債務法の規定を比較の対象とする。その理由として、ドイツでは、わが国の明治民法95条が立法に際して参考にした第一草案において錯誤者に重過失がある場合には意思表示が有効となるとの規定を有していた（ドイツ民法第一草案99条1項）。この条文は現行のドイツ民法典には引き継がれていないが、その規定を導入した理由及びドイツ民法典に採用されなかった理由及び錯誤者に重過失ある場合に錯誤を理由とした意思表示の効力否定を認めていた普通法を検討することには重過失のある錯誤者の責任を検討するうえで意義があろう。また、ドイツ民法典には錯誤を主張した者には信頼利益の賠償義務が課されるという規定を有している（BGB122条）。本規定は、錯誤者の過失を前提にする義務ではないが、過失ある錯誤者の責任を考える上で参考となろう。次に、スイスでは、債務法において、軽過失ある錯誤者に賠償義務を負わせる規定が存在する（OR26条）。これはBGB122条とは異なり、錯誤者の過失を前提とする。本規定をめぐる学説及び判決を検討することで軽過失ある錯誤者の責任を考える上で示唆を得たい。

32) 中谷崇「双方錯誤の歴史的考察(1)～(4・完)」横国17巻1号、2号、3号、18巻1号(2008-2009年)、同「ドイツ民法典における遺言錯誤規定の生成(1)～(3・完)」立命383号、384号、385号(2019年)、同「遺言の錯誤：ドイツ民法を手掛かりにした考察」横国28巻3号(2020年)。

II. わが国の状況

1. 錯誤者の重過失

以下では、重過失ある錯誤者に取消の主張を認めていない民法95条3項について、従来の見解を整理・検討する。

(1) 明治民法の起草趣旨

(i) 無重過失規定³³⁾

明治民法の立法過程において無重過失規定がどのように設けられたのか確認しておこう。明治民法95条の無重過失規定は、第21回民法主査会(明治27年3月2日)において議論された³⁴⁾。そこでは第93条において「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ノ過失アリタルトキハ此限ニ在ラス」と規定されていた。下線部の表現が明治民法とは異なっている。これに関しては、起草担当者の富井³⁵⁾からはおよそ以下のように説明された。

意思表示が錯誤のために無効である場合においても、もし表意者の過失からその錯誤を生じ、相手方に損害を被らせたときは、賠償の責任を負わなければならない。外国の法律ではこのことを条文化しているところもある。しかし、これは全く「損害賠償ニ関スル原則」の結果

33) 小林一俊『錯誤法の研究(増補版)』(酒井書店, 1997年)178頁(初出: 亜大7巻2号, 8巻1号(1972年, 1973年))以下に詳しいまとめがある。また中松櫻子『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)389頁参照。

34) 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)646頁以下。なお、便宜上、旧字体は常用漢字に改めている。以下、同様とする。

35) 周知のように、明治民法の法律行為の部分起草したのは富井政章である(仁井田益太郎/穂積重遠/平野義太郎「仁井田博士に民法典編纂事情を聴く座談会」法時10巻7号(1938年)29頁)。

に過ぎないのだから、この規定を設ける必要はない。ただ、ドイツ民法第一読会草案の規定に倣い、錯誤者に重大な過失があったときはその意思表示を有効とする。なぜなら、損害賠償なるものは当事者に十分な満足を得させることはできないのだから、錯誤者に重大な過失がある場合においてはその意思表示を有効とし、これによって相手方を保護し、よって取引の安全を図ろうとしている³⁶⁾。

この無重過失規定については、田部芳から削除案が提示され、土方寧もこれを支持した。田部は、錯誤によって相手方に損害を加えた場合には損害賠償によって解決する方が条理にかなっており、無効である意思表示を有効にするということは奇怪であると削除すべき理由を述べている³⁷⁾。土方も、削除案に同調し、無重過失規定は錯誤者に重過失がある場合には損害賠償では十分ではないという便益を主として掲げられているものだととらえ、過失賠償の原則により解決する方が理屈にかなっていると述べている³⁸⁾。これに対して、富井は、立法の傾向（ドイツ民法第一草案）や学術の進歩（イギリス法）を考慮すると過失に対する責任を重くして取引安全を保つべきこと、損害賠償は多くの場合においては何の救済にもならないこと、たとえば、無効である行為を有効とするというような規定を設けることが便宜的であることを理由に反駁している³⁹⁾。

結局、この削除案は他の委員からは支持されず、その後の議論では無重過失規定の意味と文言に関して意見交換がされている。

まず、富井は、菊池武夫の質問に回答する形で「但表意者ニ重大ノ過失アリタルトキハ此限ニ在ラス」とは法律行為がそもそも有効であるという

36) 主査会議事速記録649頁。

37) 主査会議事速記録649頁。

38) 主査会議事速記録649頁。土方は、錯誤によって法律行為の要素が成立しておらず、法律行為の要素が成立していないのだから法律行為も成立していないはずであり、錯誤によって成り立たない要素がなくても法律行為が成り立つというのは理屈に合わないとして無重過失規定の削除案を念押ししている（同650-651頁）。

39) 主査会議事速記録649-650頁。

意味だと説明している⁴⁰⁾。これを受けて、菊池は、重過失ある表意者が無効を主張できるのは不条理だが、相手方にとっても必ず有効であるとなると同人に迷惑になることがあるので、善意の意思表示の受け手からは無効とすることができると決定する方が穏当であろうと立論し、文言の修正を提案している⁴¹⁾。以後は、無重過失規定を菊池の提案した意味で規定するにはどのような文言にすればよいかという論点に議論が行われているが、結局、この日の会議では結論は出ていない⁴²⁾⁴³⁾。

その後、第13回民法総会（明治27年3月16日）において、無重過失規定について再び議論されている⁴⁴⁾。ここでは、錯誤に関する条文は95条で規定され、主査会での議論を踏まえて「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ノ過失アリタルトキハ其表意者ハ其無効ヲ主張スルコトヲ得ス」（下線筆者）という文言になっている（下線部分が主査会の時点から変更されている）。これについて、富井は表現が「少シ重イ」として、「表意者自ラ其無効ヲ主張スルコトヲ得ス」と改める集成案を提示している⁴⁵⁾。

しかし、ここでも無重過失規定について削除すべきとの意見が提出されている。井上正一は錯誤者に重過失があったからといって相手方に必ずしも損害を与えるわけではないとして、無重過失規定の削除を提案している。井上は、消滅している債務の承認を例に挙げて、およそ以下のように主張している。即ち、Aは、金銭債務が消滅しているにもかかわらず、重過失によって、その債務を追認した場合、相手方であるBは得られなかったは

40) 主査会議事速記録650頁。

41) 主査会議事速記録650頁。

42) 主査会議事速記録650-652頁。

43) 成立した明治民法95条では「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」（下線筆者）という表現になっている。

44) 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）506頁以下。

45) 総会議事速記録506頁。

ずの利益を得る⁴⁶⁾。しかし、この追認は無効であるので、Bがこれを遊興費に使った場合は損害が生じるが、何にも使用しない場合は相手方には損害がない。従って、もし誤って追認をして相手方に迷惑をかけた場合でも、損害賠償で十分対応できるので、ただし書は削除した方がよいという⁴⁷⁾。また、土方は主査会と同じく、要素の錯誤があつて法律行為の要素を欠く場合に錯誤者に重過失があれば法律行為や意思が有効であるというのはできない話であり、その一例として不存在物の売買を挙げて⁴⁸⁾、井上の削除案に同調している。即ち、Aがある物が存在すると誤解して売ろうと言い、Bが買おうと言った場合、Aに重大な過失があればAB間の売買契約を成立しなければならないが、それはおかしい、という。

これに対して、富井は井上、土方に対して以下のように反駁している⁴⁹⁾。まず、井上の挙げた例は、そもそも法律行為の要素を欠いており法律行為は全く不成立であるので、追認の問題は生じないとする。次いで、土方による論理的矛盾（無効を重過失により有効にするのはおかしい）の指摘については、無重過失規定は「一種ノ便宜上即チ損害賠償法トシテ恰モ實際ニ於テ有効ト見ル」ものであり、旧民法の表現でいう「補償名義」（titre de réparation⁵⁰⁾）の無効主張であるという。金銭による補償ではなく、

46) 実際に弁済されているのかどうかは井上の説明からは定かではない。

47) 総会議事速記録507頁。

48) 総会議事速記録507-508頁。不存在物（res extincta）の売買に関する錯誤とは、コモローの錯誤類型の一つであり、両当事者が存在すると思っていた契約の目的物が存在しなかった場合には、契約の拘束力は否定される（田中和夫『英米契約法【新版】』（有斐閣、1965年）81-82頁、砂田卓士『イギリス契約法』（鳳舎、1970年）65-66頁、木下毅『英米契約法の理論【第2版】』（東京大学出版会、1985年）296-297頁、望月礼二郎『英米法【新版】』（青林書院、1997年）362頁、島田真琴『国際取引のためのイギリス法』（慶應義塾大学出版会、2006年）168頁、幡新大実『イギリス債権法』（東信堂、2010年）232頁）。Coururier v Hastie [1856] が指導的判決である（新井正男『訳注イギリス契約判例選【第3増補版】』（蒼文社、1980年）120頁）。なお、土方が錯誤の例として不存在物の売買を例として挙げているのは同人が英法学者であったからだと言われている（小林（前掲脚注33）181頁）。

49) 総会議事速記録508頁。

50) Boissonade, *Projet de Code Civil pour l'empire du Japon accompagné d'un*

法律行為を有効とする理由は、損害賠償というのは「誠ニ不十分ナ救済方法」であり、相手方に資力がない場合は全く有名無実となるためだという。

しかし、土方は、不存在物の売買の錯誤については、法律行為を有効としても履行することはできず、結局、損害賠償によるしかないのではないかと、と富井の立論に疑問を呈する⁵¹⁾。

ここから富井に代わり梅謙次郎が応答している⁵²⁾。まず、不存在物の売買の事例は消滅した債務の承認と同じく、「要素ガナイノヲ在ルモノト誤ツテ約束シタ」場合には、「要素ガ成立チマセヌ」として、錯誤の事例とは見ていない。梅が重過失ある錯誤の事例と見ているのは、たとえば、Aが自身の家を売る申込をしたが、Bが重過失により読み違えてBの家をAに売るのだと誤解して、承諾をした場合(事例①)であり、この場合には無重過失規定によりBはAの家を買わなければならないという。

梅の説明を受けて、磯部四郎は、「要素」に何を含めるのか、錯誤の種類の如何によっては重過失があっても契約を維持していくことができない場合もある、即ち、無重過失規定が適用できない場合もあるとして、井上の削除案に賛同している⁵³⁾。

梅は、要素の一例として家の所有権と契約の相手方が誰であるかを挙げて、前者は売買とすると誤解して賃貸借契約をする場合(事例②)、後者はAがBに贈与するつもりで、Cという人物と贈与契約をする場合(事例③)には要素の錯誤だとする。そして、事例①～③の場合には無重過失規定は機能するという⁵⁴⁾。

↘ commentaire, nouvelle éd., t.2, livre II, des biens des droits personnels, 1891, N°82, p112 (以下、本書を「Projet」とする)。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。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。

51) 総会議事速記録508-509頁。

52) 総会議事速記録509頁。

53) 総会議事速記録509頁。

54) 総会議事速記録510頁。

しかし、梅の説明にもかかわらず、磯部は、井上の挙げた消滅している債務の承認は、やはり要素の錯誤の例であるとして無重過失規定の削除案を堅持している⁵⁵⁾。また、土方も不存在物の売買の錯誤の例が無重過失規定の射程外であるとは文言上は見えないとして削除案への同意を他の委員にも求めており⁵⁶⁾、削除案の支持者と起草者（富井及び梅）との議論は最後まで平行線であった。

結局、削除案への支持は集まらず多数決により否決された。その後、梅が提示した文言修正案が採用され、「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」との文言が要された⁵⁷⁾。

無重過失規定の一部文言修正（「重大ノ過失」→「重大ナル過失」）を経て、錯誤規定は、第9回帝国議会に提出されることになった。無重過失規定については、帝国議会衆議院民法中修正委員会（明治29年3月4日）において、法の錯誤との関係が問題になっている。

谷沢竜蔵が、法の錯誤と事実の錯誤を区別せず、法律行為の要素の錯誤に含めると、法に反する者を保護することになりはしないか、と疑問を呈している⁵⁸⁾。これに対して、富井は、旧民法には法の錯誤は宥恕すべき事情がなければ、法律行為の効力を妨げないという規定があるが、それは唯一の制限であり、他国の立法例を考慮した場合やはり原則として区別しない主義を採用するとした上で、谷沢の懸念については、法の錯誤の中には重大な過失と見るべきものが比較的多く、また旧民法財産編311条の「宥恕ス可キ情状ノナイ場合」は事実の錯誤に比べて多いが、法の錯誤として重大な過失と見るべきものは無重過失規定により表意者の不利益となるのだから、この制限で十分であると応接して、事実の錯誤と法の錯誤の区別をしないことを根拠づけている⁵⁹⁾。

55) 総会議事速記録511頁。

56) 総会議事速記録511頁。

57) 総会議事速記録512頁。

58) 広中俊雄編著『第九回帝国議会の民法審議』（有斐閣、1986年）121頁。

59) 広中（前掲脚注58）121頁。

(ii) 法の錯誤との関係

富井も言うように、明治民法の無重過失規定は旧民法の法の錯誤の規定と関連している⁶⁰⁾。従って、無重過失規定を研究する上では、旧民法における法の錯誤の規定との関係にも触れておかなければならない。既に述べたように、旧民法では事実の錯誤と法の錯誤が区別され、法の錯誤については民法財産編311条において規定されていた⁶¹⁾。

旧民法財産編第311条⁶²⁾

〔(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〕

本稿において、問題となるのは第2項であるが、その前提となる第1項についても簡単に確認しておこう。旧民法の財産法分野を起草したボワソナード (Boissonade, 1825-1910) によれば、法の錯誤は5つの類型に分けて説明されている⁶³⁾。即ち、① 合意の性質 (la nature de la convention) に関するもの、② 契約の法律上の効力 (les effets légaux du contrat) に関するもの、③

60) 総会議事速記録508頁。

61) 旧民法の錯誤規定を検討するものとして、小林 (前掲脚注33) 147頁以下。法の錯誤については161頁以下、野村豊弘「ボワソナードの契約に関する基礎理論——錯誤を中心に——」中川良延他編『日本民法学の形成と課題 上』(有斐閣, 1996年) 258頁以下。法の錯誤については288頁以下。

62) 条文は前田達明編『資料民法典』(成文堂, 2004年) 976頁による。条文中における括弧内の数字は筆者が便宜的に付したものである。

63) Projet, N°72-76, pp.104-106.

契約の原因（la cause du contrat）に関するもの、④契約の目的である物の主たる性質であり決定的な性質（les qualités principales et déterminantes de la chose objet du contrat）に関するもの、⑤合意の決め手となった人の性質（les qualités de la personne ayant déterminé la convention）に関するもの、である。

これらの具体例を挙げると、①は、使用貸借を消費貸借や質貸借と誤解する場合⁶⁴⁾、②は、売主に、たとえ欠陥（défauts）を知らなかったとしても、法または法律そのものの効力により追奪担保（la garantie d'éviction）ないし物の隠れた瑕疵（défauts cachés）の担保の義務がある場合⁶⁵⁾、③は、一方当事者がある義務を適法に負っていると誤解して、この義務から解放されるために、他の義務を負うことを認める場合⁶⁶⁾、④は、当事者の一方が当該物を取引されるもの（dans le commerce）だと思ったが、実際にはそれが公産に属するもの（dans le domaine public）である場合⁶⁷⁾、⑤は、相続人だと思っていた血族（parent）と相続財産の分割を行ったが、法律によるとその血族には相続の資格がなかった場合⁶⁸⁾、である。

この条文は、「nul n'est censé ignorer la loi（何人も法律を知らないとはみなされない）」⁶⁹⁾という原則を適用しないことを示したものであるとされる⁷⁰⁾。しかし、法の錯誤が合意の無効ないし取消を可能にするとしても、あらゆる場合にそれが認められるわけではない。法の錯誤の顧慮と「何人も法律を知らないとはみなされない」という原則との調和を図っているのが第2項の目的だとされる⁷¹⁾。そして、第2項につき、ボワソナードは以

64) Projet, N°72, p.104.

65) Projet, N°73, p.105.

66) Projet, N°74, pp.105-106.

67) Projet, N°75, p.106. もっとも、このタイプは事実の錯誤との区別は難しいという。

68) Projet, N°76, p.106.

69) ここでは、nemo jus ignorare censetur（何人も法を知らないとは評価されない。）というラテン語も併記されている。もっとも、この格言めいた表現が何に由来するのかが不明である。ローマ法源についてはⅢで検討する。

70) Projet, N°71, p.104.

71) Projet, N°77, p.107.

下のように説明する。即ち、事実の錯誤 (erreur de fait)⁷²⁾に陥った者が多少なりとも宥恕可能 (excusable) であるならば、それに応じて、事実の錯誤があっても義務から解放されることが多少なりとも容易に認められる⁷³⁾。このルール (règle) は法の錯誤にも当てはまる。契約で定まった客体に関する法規の存在及びその法規の射程や意味を知ることが容易だから、宥恕は認められにくいだろう。もし契約当事者の一方がこれらの点につき疑問を抱いているときは、一般に、専門家 (personnes plus compétentes) ないし事情に精通している者 (personnes plus expérimentées) によって疑問を解決することができたはずである⁷⁴⁾。しかし、法律問題は法律学者や裁判官でも意見が分かれることがあるので、公正であるためには (pour être

72) ここでいう事実の錯誤 (erreur de fait) とは、法の錯誤 (erreur de droit) と対比される分類である。たとえば、物の性状に関して言えば、売買契約の目的物についてアラビア馬をイギリス馬だと誤解した場合は事実の錯誤となり、公の物で取引不可能な物を取引可能な物だと誤解した場合は法の錯誤となる。従って、近時、「動機の錯誤」の代わりに用いられる表現である「事実錯誤」とは異なる (山本敬三「民法改正と錯誤法の見直し——自立保障型規制とその現代化」『契約法の現代化Ⅱ——民法の現代化』(商事法務, 2018年) 215頁など (初出: 曹時63巻10号 (2011年))。これはむしろ表示錯誤と対比で用いられる。磯村哲は、表示に受容され、契約内容ないし共通の基礎とされることによって為的性状に高められた一定の事情 (の観念) と事実との不一致を「事実錯誤 (Realitätirrtum)」と呼んでいる (磯村哲『錯誤論考』(有斐閣, 1997年) 137頁)。

73) 錯誤者の宥恕可能性については、性状錯誤の規定 (旧民法財産篇310条) にあたるところで、ボワソナードが次のように述べている。即ち、錯誤により契約が無効となったり、取消可能になったりすることがあるが、この錯誤は錯誤を犯した者の怠慢 (négligence) に帰すべきことがある。錯誤が誤解した者の過失 (faute) から生じる場合には、相手方に賠償することが当然かつ公平である。相手方は、安定かつ確実だとみなした合意の利益が実際に奪われ、また別の相手と同じような合意をする機会を失ったかもしれないためである。裁判所は錯誤が過失に帰すべきか全く偶然の事情に帰すべきかを探求しなければならない。また、裁判所は、不注意 (imprudence) が無効の主張者に帰するときは、その者に相手方に生じた損害の賠償を課すことができ、過失が重大 (lourd) であり、無効による損害が大きい (considérable) 場合には、無効を完全に否定することができるだろう。なぜなら、損害の賠償を義務付けるよりも損害を生じさせない方がよいからである (Projet, N° 69, p.101.)。これによれば、錯誤に陥ったことが全く偶然の事情による場合には宥恕されるということになろう。

74) Projet, N°77, p.107.

juste), 法について錯誤に陥った当事者において自身が善意 (bonne foi) であること, かつ困難があつて自身が法律並びにその意味及び射程を知ることができなかったことを証明することが許されなければならないだろう。この点について, 裁判所は, 合意の特徴 (caractère) の特異さ (通常か異常か), 原告の社会的状況, 疑念を解明する手段の有無, 相手方当事者の保護の程度, を考慮するだろう⁷⁵⁾。

この規定は, 明治民法の立法に当たって削除されている。その理由として富井は, 法の錯誤は事実の錯誤と混同することが多く, 両者を区別する理由はないこと, 明治民法草案93条 (現95条) では錯誤が顧慮される範囲を他の国の法典よりも遥かに狭くしたので旧民法財産編311条のような法律の錯誤の汎博な規定は不要であること, 旧民法財産編311条2項に規定されている宥恕されるべきでない情状があるときは, たとえ, 法律行為の要素に錯誤があつても本草案のただし書所定の重過失に該当すること, を挙げている⁷⁶⁾。

(iii) 立法理由の検討

まず, 法典調査会における議論を検討しよう。主査会での議論からは, 明治民法の起草者においては, 錯誤者の軽過失と重過失は, 同質のものであり両者の違いは程度の差であると理解されていることが分かる。即ち, 錯誤者に軽過失がある場合には相手方に対して損害賠償義務を負うが, 重過失がある場合には損害賠償義務を課すのでは不十分であり, 相手方の保護ないし取引の安全を図るために, 便宜的に意思表示を有効 (損害賠償の便宜的効果) とするというものである。そうすると, 起草者が錯誤者の過失の法的性質を, 損害賠償におけるそれと同視していたと評価できる。なお, 富井は, 重過失により法律行為が当然有効になると考えていたが, そ

75) Projet, N°77, pp.107-108.

76) 主査会議事速記録648-649頁。

の構成には疑問が呈され、表意者が主張できないという形（無効主張の制限）で決着した。

総会の議論においても錯誤主張の制限が損害賠償の便宜的効果であるという起草者の説明は維持されている。他方で、無重過失規定に対して、無効な法律行為を有効だとすることの論理的な不整合、法律行為を有効とはできない事例（いわゆる原始的不能の事例）の存在が指摘され、主査会のとときと同様に、無重過失規定の削除案が一部の委員から根強く主張された。これに対して起草者（富井及び梅）は、原始的不能（債務や目的物などの契約の対象の不存在）は要素の欠如の場合だとして95条の射程外だと見ている。つまり、無重過失規定が意味を持つ場合としては、給付の履行が可能な場合、特にその履行が完了した場合は想定しているように思われる⁷⁷⁾。確かに、金銭賠償は相手方に資力がない場合には意味をなさないが、たとえば法律行為を有効としてみたところで相手方が任意に履行しない場合には、履行の強制または損害賠償によることになり、損害賠償による解決よりも相手方が保護される場合は、一定程度限定されるように思われる。なお、現行法では原始的不能は当然に無効とはならないので（412条の2）、錯誤との関係の位置づけが問題になる⁷⁸⁾。

77) 富井が、契約書を見ずに盲判について遥か経て無効を主張できるとすると取引の迅速性を貴ぶ今日の時世には当てはまらない、と述べていることから裏付けられる（総会議事速記録508頁）。

78) この問題に言及するものとして、中舎寛樹『民法総則[第2版]』（日本評論社、2018年）117頁、潮見佳男「錯誤と原始的不能・契約不適合」法教454号（2018年）85頁以下、西内康人「錯誤と論理パズル+α」法時91巻13号（2019年）243頁以下、堀川信一「日本法における錯誤論の展開とその課題（6・完）——動機錯誤の顧慮要件を中心に——」大東29巻2号（2020年）229頁、中田裕康『債権総論[第4版]』（岩波書店、2020年）129頁以下など。改正前の法状況では、原始的不能の場合には錯誤は問題にならないと判断している判決もあるが（大判大正8年11月19日民録25輯2172頁、東京高判平成18年4月13日判時1928号42頁）、目的物の不存在（原始的不能）を錯誤とらえている判決もある（大判昭和5年7月21日新聞3151号11頁）。なお、筒井健夫＝村松秀樹編『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務、2018年）72頁によれば、原始的不能の場合であっても、412条の2第2項によって95条の適用が排除されるものではないと説明されている。

法典調査会の議論においては、重過失がどのようなものであるかについて一般論は述べられておらず、梅と富井がそれぞれ具体例を挙げるにとどまっている。文書の読み違い（「Aの家を売る」を「Bの家を売る」と誤読する場合）や文書を読まずに押印する、という事例である。しかし、どういう基準でこれが重過失と判断されるのか、またこれらを重過失だとした場合、軽過失との違いはどこにあるのかは依然、不明瞭である。

帝国議会において、明治民法が事実の錯誤と法の錯誤を区別しない方針を採用したこととの関係で、法の錯誤を犯す者が容易に保護されはしないかとの懸念が示されたが、無重過失規定の活用により対処されることが確認されている。つまり、旧民法の法の錯誤の規定と無重過失規定は一定の連続性を持つと言えよう（ドイツ民法第一草案の影響も指摘されているので折衷的と評価できようか）。旧民法財産編311条によれば、法の錯誤を一定の範囲で顧慮する一方で、宥恕すべき事情がない場合には裁判所により無効が否定される。ポワソナードによれば、事実の錯誤については、まったく偶然的な事情で錯誤に陥った場合には錯誤が宥恕され、このことは法の錯誤にも当てはまるものの、錯誤者が疑いを抱いている場合には専門家に照会するなどの方法で法規の有無やその射程及び意味を知ることが容易であるため、宥恕が認められにくいとされる。もっとも、錯誤者が法規の存在などについて善意かつ知り得なかったことを証明する場合には、宥恕され、これを判断するにあたっては、合意の特徴の特異さ、錯誤者の社会的状況、疑念を解明する手段の有無、相手方の保護の程度、が考慮される。この具体的基準は、この錯誤者の重過失の有無の判断にも妥当しよう。

（2）学説の概観

重過失について、学説はどのようにとらえているだろうか。① 錯誤主張制限の根拠、② 重過失の定義、③ 無効主張者、の3点を中心に、無重過失規定に関する通説的見解がどのように形成されてきたのかを確認す

る⁷⁹⁾。

(i) 立法後

立法後、しばらくは、錯誤主張制限の根拠は、損害賠償との同質性を前提に理解されていた。つまり、過失ある錯誤者には相手方に対する賠償義務があるが、損害賠償という救済手段は不確実であるため、取引の安全に資するために、錯誤者は重過失がある場合には便宜的に無効を相手方に対抗できないと理解されている（損害賠償の便宜的効果⁸⁰⁾。これは上記の立法趣旨にも合致している。

また、重過失とは普通の注意を怠ったことであり、これにより錯誤に陥った者は自ら不利益を被るべきであると定義されており⁸¹⁾、注意怠慢の程度には注目がされていなかったようである。なお、梅は、95条の錯誤においては多くは錯誤者の不注意より錯誤をきたし、相手方に過失がないことを常とするとして、錯誤に過失が付きものであることを示唆している⁸²⁾。

無効の主張者については、無重過失規定は無効主張の錯誤者に対する制限であり、重過失ある錯誤者以外の者からの錯誤無効の主張は可能である

79) 無重過失規定の状況を整理するものとして、半田吉信「錯誤立法の基礎」千葉27巻4号(2013年)35頁以下。

80) 富井政章『民法原論第1巻総論上[第3版]』(有斐閣, 1905年)371頁、梅謙次郎『訂正増補 民法要義 卷之一 総則編[復刻版]』(有斐閣, 1984年[1911年])226-227頁、梅謙次郎『民法原理 総則編 卷之一卷之二合本』(信山社, 1991年[1903年, 1904年])389-390頁、396頁。

81) 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)589頁。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)194頁でも「通常ノ人カ少シク注意セハ為ササルカ如キ過失」であり、重大かどうかは裁判官が決すると説明されている。

82) 梅謙次郎『民法要義 卷之一 総則編』(和仏法律学校, 1896年)191頁。梅・原理(前掲脚注80)396頁。中島は、錯誤における過失を不法行為におけるそれとパラレルに考え、一般に他人の権利利益を侵害しないように努める法的注義務があり、これを怠ることが過失だとする。そして、重大な過失があるときは表意者は損害賠償義務を負うが、「過失責任ト相殺セシムルヲ以テ表意者ヲシテ其無効ヲ主張スルヲ得サリシムルモノナリ」とする(中島玉吉『民法釈義 卷之一総則編』(金刺芳流堂, 1912年[所刷1907年])509-512頁)。

と理解されていた（有効説）⁸³⁾。表意者が無効を主張できないのに、相手方が無効を主張できるとするのは奇妙なことではあるが、梅によれば、重過失による錯誤主張制限が損害賠償の代わりだと考えればあり得ることであると説明されている⁸⁴⁾。もっとも、梅は、相手方の保護という観点からは、相手方が表意者の錯誤を知っていたときは無重過失規定の適用はないとして⁸⁵⁾、この点を規定しなかったことは立法の欠缺であると述べている⁸⁶⁾。

(ii) 鳩山と我妻

重過失による錯誤主張の制限を、軽過失ある錯誤者に課される損害賠償責任の便宜的効果だととらえる見解は、鳩山秀夫にも引き継がれている⁸⁷⁾。もっとも、重過失の定義や無効主張制限の解釈については立法時から変化がみられる⁸⁸⁾。鳩山は、重過失を普通人の用いる注意を甚だしく欠いた場合だととらえ、単にこの注意を欠いた場合は軽過失であるという。「甚だしい」という表現によって注意懈怠の程度が強調されるようになる。また、鳩山は、無効主張の制限については、従来からの有効説ではなく、無効説を採用する。これは、錯誤の主張によりまず意思表示は無効となるが、相手方及び第三者が錯誤者の重過失を立証して有効を主張すると錯誤者は無効を主張することができないという考え方であり、この方こそが条

83) 岡松（前掲脚注81）195頁、帝国民法正解（前掲脚注81）589頁は、相手方は無効を選択して損害賠償請求をすることができるとする。この学説名は、鳩山秀夫『註釈民法全書 法律行為乃至時効』（巖松堂、1912年）155頁による。

84) 梅・原理（前掲脚注80）388-389頁。梅によれば、不動産の売買で買主に錯誤がある場合、履行前においては履行の準備、売却不動産の代わりに別の不動産を買うための費用の支出などが損害となり、履行後においてはその後時価が下がった後に無効となると、たとえ別に買主を見つけたとしても低い額でしか売れなくなるという損害が生じるという。

85) この点は既に、岡松（前掲脚注81）194頁が指摘している。

86) 梅・訂正増補（前掲脚注80）227頁。

87) 鳩山・法律行為乃至時効（前掲脚注83）154頁。

88) 鳩山・法律行為乃至時効（前掲脚注83）154-155頁。

文の文言に即した解釈であるという。

鳩山はこの時点では軽過失ある錯誤者の賠償義務を認めているが、後にこの立場を改めている⁸⁹⁾。これについての詳細は後述する。

表意者の重過失を普通になすべき注意を著しく欠くことであるという程度差を強調する考え方は、我妻栄にもみられる⁹⁰⁾。さらに、我妻は、複数の判決を参考にして、重過失が認められるかどうかは、表意者の職業、取引の種類・目的等を斟酌して当該事情の下にいかなる程度の注意が一般に要求されるべきかを考えて決すべきだという⁹¹⁾。

しかし、軽過失ある錯誤者には損害賠償義務があり、重過失ある錯誤者には、相手方保護のためには損害賠償は不確実であるという理由から、錯誤の主張が制限されるという従来型の説明は見られなくなっている。即ち、我妻においては、軽過失ある錯誤者に賠償義務を認めるべきという立場は放棄され⁹²⁾、重過失による錯誤主張制限と錯誤者の賠償義務は別の問題としてとらえられている。また、無効主張者については特に言及がない。

我妻は、錯誤主張制限の根拠及び重過失の定義の2点についてはその後も同じ見解を採用している⁹³⁾。そして、無効主張者については、大審院の判決⁹⁴⁾を援用して、錯誤者に重過失があつて無効を主張できない場合は、相手方や第三者も無効を主張できず、当該行為が有効と認められるのと同様の結果となるとの見解を支持している。また、この見解を採る場合には取消の場合とあまり違わないという。

89) 鳩山秀夫「債権法に於ける信義誠実の原則」『債権法における信義誠実の原則』（有斐閣、1955年）304頁以下（初出1924年）。

90) 我妻栄『民法総則』（岩波書店、1930年）430-431頁。

91) 大判大正6年11月8日民録23輯1758頁、大判大正10年6月7日民録27輯1074頁

92) 鳩山が軽過失ある錯誤者の賠償義務を認めていなかったことの影響があると考えられる。この点を指摘するものとして、円谷峻『新・契約の成立と責任』（成文堂、2004年）216頁。

93) 我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店、1965年）304-306頁。

94) 大判昭和14年8月5日民集18巻792頁。

(iii) 川島と現在の通説的見解

無重過失規定について、従来は錯誤の効果との関係でその制限として論じられてきたものを、川島武宜は錯誤の消極的要件として位置づける⁹⁵⁾。即ち、無重過失規定は、「ただし書」という条文形式からして、錯誤の無効の主張に対してこれを否認する者の反対立証を許すものであると立言している⁹⁶⁾。この立場はその後も有力な学説によって引き継がれていく⁹⁷⁾。また、川島は錯誤主張制限の根拠として、表示の有効性を信じた相手方や第三者の保護という点が打ち出されている⁹⁸⁾。

そして、改正前の無重過失規定（95条ただし書）の通説的な見解においては、重過失の定義を、普通の人なら注意義務を尽くして錯誤に陥ることはなかったのに、著しく不注意であったために錯誤に陥ったこと⁹⁹⁾ないし少し注意すれば簡単に錯誤を回避できたのにそれを怠ったことと理解する点¹⁰⁰⁾（このうち多くの文献において、大判大正6年11月8日民録23輯1758頁が引用されている）、いくつかの判決を参考にして、重過失が認められやすい場合を、①表意者の知識・能力、②表意者の目的との関連性、を基準として判断しようとする見解は定着していたと言えよう¹⁰¹⁾。

95) 川島武宜＝平井宜雄編『新版注釈民法(3) [補訂版]』（有斐閣、2003年）418頁 [川井健] による評価。

96) 川島武宜『民法総則 法律学全集17』（有斐閣、1965年）295頁。

97) 星野英一『民法概論Ⅰ』（良書普及会、1971年）199頁、幾代通『民法総則』（青林書院新社、1969年）274頁（第2版でも同様）など。

98) 川島（前掲脚注96）295頁。

99) 北川善太郎『民法総則[第2版]』（有斐閣、2001年）164頁、四宮和夫＝能見善久『民法総則 第8版』（有斐閣、2010年）226頁、山本敬三『民法講義Ⅰ総則[第3版]』（有斐閣、2011年）218頁、小野秀誠他『ハイブリッド民法Ⅰ [第2版]』（法律文化社、2014年）186頁 [中川敏弘]、石田稜『民法総則（民法大系11）』（信山社、2014年）667頁など。

100) 中倉寛樹『民法総則』（2010年）207-208頁「少し注意すれば簡単に錯誤を回避できたのに、それをしなかったこと」、近江幸治『民法総則[第6版補訂]』（成文堂、2012年）216頁は「ちょっと考えればそのような誤解はしなかったはずだと考えられる場合」と説明している。

101) 我妻・新訂（前掲脚注93）304頁、川島（前掲脚注96）295頁、山本（前掲脚注99）219頁、佐久間毅『民法の基礎Ⅰ [第3版]』（有斐閣、2008年）151頁、幾代（前掲脚注97）

無重過失規定は、錯誤無効の制限ではなく、消極的要件として位置づけられること¹⁰²⁾、また、重過失ある錯誤者が無効を主張し得ない場合には、相手方や第三者も無効を主張し得ないとの見解も定着していたと見ることができ¹⁰³⁾¹⁰⁴⁾。無効主張制限の根拠については、重過失ある錯誤者の保護の必要性がない¹⁰⁵⁾、相手方の保護の必要がある¹⁰⁶⁾という説明がされることが多い。そして、後述のように現在の多くの学説は軽過失ある錯誤者に不法行為ないし契約締結上の過失に基づいて賠償義務を認めるが、起草者の見解のような無重過失規定との同質性を明確に述べるものはない¹⁰⁷⁾。重過失による錯誤主張制限と軽過失による損害賠償義務の同質性は現在の解釈では失われていると評価できる。

(3) 無重過失規定についてのその他の見解

以上のような通説的見解に対して、無重過失規定の存在意義や根拠を問

↘274頁。

- 102) 遠藤浩＝水本浩編『民法総則』（青林書院、1985年）151頁〔小杉茂雄〕、河上正二『民法総則講義』（日本評論社、2007年）355頁、川井健『民法総則〔第4版〕』（有斐閣、2008年）176頁、内田貴『民法Ⅰ 総則・物権総論〔4版〕』（東京大学出版会、2008年）69頁、佐久間毅他『リーガルクエスト民法Ⅰ総則』（有斐閣、2010年）166頁〔山下純司〕、田山輝明『民法総則〔第4版〕』（成文堂、2010年）185頁、ハイブリッド・第2版（前掲脚注99）186頁、四宮＝能見第8版（前掲脚注99）227頁、平野裕之『民法総則〔3版〕』（日本評論社、2011年）287頁、近江・第6版（前掲脚注100）216頁。大江忠『要件事実民法（1）総則〔第3版〕』（第一法規、2005年）238頁は錯誤の障害事実であり、相手方が主張立証すべき再抗弁だと位置づけている。
- 103) 潮見佳男『民法総則講義』（有斐閣、2005年）170頁、内田（前掲脚注102）74頁、田山（前掲脚注102）188頁。
- 104) 最判昭和40年6月4日民集19巻4号924頁が参照されている。
- 105) 川井（前掲脚注102）176頁、山本（前掲脚注99）218頁、近江（前掲脚注100）217頁。
- 106) リーガルクエスト（前掲脚注102）166頁、ハイブリッド（前掲脚注99）186頁、佐久間（前掲脚注101）150頁。内田（前掲脚注101）68頁は取引の安全を根拠とする。
- 107) 四宮和夫『民法総則〔4版〕』（弘文堂、1986年）178頁は、無重過失規定が取引安全のために便宜的に意思表示を有効とすることを規定したものであることを述べているが、能見の手の入った最新版にはそのような記述はない（四宮和夫＝能見善久『民法総則 第9版』（有斐閣、2018年）259頁）。

う見解，無重過失規定を重要視しない見解もみられる。

（i）重過失の緩やかな解釈

星野英一は，無重過失規定の解釈を緩やかにして軽過失の場合も錯誤の主張を認めるべきではないと主張し¹⁰⁸⁾，後に野村豊弘も改説し¹⁰⁹⁾，この見解を採用している¹¹⁰⁾。ここでは野村の見解を紹介する。野村は，軽過失であっても，錯誤無効が認められる結果，相手方が損害を被ることがあるのだから，相手方の利益を害してまで軽過失ある錯誤者を保護する理由はないとして，立法論としては，無重過失規定を削除するか，「重過失」を「過失」に改めるべきだが，解釈論としては，軽過失ある錯誤者は錯誤の主張ができないとするのはやや困難であるため，重過失をできるだけ緩やかに理解するべきであるとする¹¹¹⁾。この見解は，フランス法の「錯誤者のフォート」の分析を通して¹¹²⁾，導かれている。即ち，学説及び判例において，錯誤者にフォートがある場合には，その錯誤はイネクスキューザブル（inexcusable），つまり「宥恕されない錯誤」であって，その錯誤無効は認められないと考えられていることが指摘されている¹¹³⁾。なお，

108) 星野（前掲脚注97）199頁。

109) 野村は，野村豊弘「意思表示の錯誤——要素の錯誤に関する判例の分析——」法協85巻10号（1986年）63-64頁では，①フランスにも軽過失ある錯誤者に賠償義務を負わせる代わりに錯誤主張は可能とする見解があること（Beudant, Cours de droit civil français, 2^e éd., t.VIII, 1936, n°118, p.82.），②明治民法の起草者も同様のことを認めていたこと，を理由に，錯誤者による賠償義務を認めるほうが重大な過失の認定を緩やかにするより適切である，と主張していたが，本文で述べているように，後にこの見解を改めている。

110) 野村豊弘「意思表示の錯誤（7・完）——フランス法を参考にした要件論——」法協93巻6号（1976年）89頁以下。なお，野村豊弘『民法I序論・民法総則【第3版】』（有斐閣，2013年）154頁でもこの見解は維持されている。

111) 野村・要件論（7・完）（前掲脚注110）90頁。

112) フランス法における宥恕される錯誤については，野村豊弘「意思表示の錯誤（4）——フランス法を参考にした要件論——」93巻3号（1976年）15頁以下。

113) 野村・要件論（4）（前掲脚注112）16-17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51巻3号（2001年）71頁以下。山下純司「情報の収集と錯誤の利用——契約締結過程における法律行為法の存在意義——（2）」法協123巻1号ノ

改正されたフランス民法では、1132条において、錯誤が宥恕されないもの (inexcusable) であるときは、契約の無効原因とはならないと規定されている¹¹⁴⁾。

そして、裁判所の判決においても、実際に、軽過失だと評価すべきところを重過失だと評価しているものがあるとして、以下の三つの事例を指摘している¹¹⁵⁾。

東京地判大正6年3月12日新聞1250号19頁は、XはYらから実用新案権の譲渡を受け、その際にXは当該実用新案権はなお相当期間存続すると信じていたが、実際には契約締結後、わずか1か月余りで存続期間が終了した事案である。Xは錯誤無効を主張したが、YらはXには重過失があったと抗弁した。Xは、Yら(Y1はXの株主かつ技師、Y2はXの株主かつ監査役)を深く信じて調査を怠ったことに理由があると反論した。

東京地裁は「実用新案権の有償譲渡を受けんとするに当りては何人と雖も須く其存続期間の長短に付き之を顧念すべきものなり」「然るにXは……其存続期間に付き何等の思慮を用ひずして漫然該権利を譲受けたるものを以て右期間に関する前示の錯誤に付きXに於て重大なる過失ありたるものと謂はざるべからず」と判断した。

大判昭和13年2月21日民集17巻232頁は、以下のような事案である。無尽加入者Xは無尽会社に対する債権を取得したが同会社が債務超過であつ

ㄨ(2006年)13頁以下も参照。山岡論文によれば、フランスでは、かつては判例・学説ともにフォートのある錯誤者に錯誤無効を認めた上で不法行為責任(1382条)を課していたが、近時、判例・学説はフォートのある錯誤の場合には、無効が認められない、つまり錯誤が宥恕されるもの(excusable)であることが錯誤の要件であることを支持しているという。もっとも、このフォートが単なる軽率(simple imprudence)なのか重大なフォート(faute lourde)なのかは争いがあるという(山岡71-72頁)。

114) 荻野奈緒=馬場圭太=斎藤由起=山城一真訳「フランス債務法改正オールドナンス(2016年2月10日のオールドナンス第131号)による民法典の改正」291頁(山城)。錯誤が「宥恕されるもの(excusable)」である場合(錯誤者にfauteがない場合)にのみ、錯誤が無効原因となるのが、改正前の判例通説の立場であったことを指摘している(山岡真治「フランス債権法改正草案における錯誤に関する一考察」手塚山11号(2006年)255頁以下)。

115) 野村・要件論(7・完)(前掲脚注110)92頁。

たために、無尽業法11条（会社がその債務を完済できないときは、無尽契約に基づく会社の債務につき取締役が連帯して弁済の責任を負う）に基づきその取締役Yに対して、無尽金の支払いを請求した。Y（同社の元監査役）は自身が取締役に就任する前に生じた債務については株主総会の免責決議により免責を得ており（無尽業法11条が強行規定であるため無効）、これを条件として取締役に就任したとして、取締役就任の意思表示には要素の錯誤があると主張した。

大審院は、「既ニ監査役トシテ会社営業監督ノ任ニ在リシ以上ハ会社ノ取締役ノ無尽ノ債権者ニ対スル責任カ如何ニ重大ナルカヲ覚知シ居タリシナルヘク然ラハ無尽則チ此ノ重責カ会社自身ノ機関タル株主総会ノ一片ノ決議ヲ以テ免除シ去ルヲ得サルモノナルコトハ苟モ事理ヲ解スルモノノ容易ニ会得シ得ヘキ節合ナリトス左レハ前叙ノ如ク監査役ノ経験ヲ有スルYニシテ此ノ義ヲ解セサリシモノトセハソハ実ニ重大ナル過失ナリト云ハサルヘカラス」と判断した。

東京高判昭和38年5月29日東京高民時報14巻5号148頁では、Xは10万円を借り受けられると考え、当該消費貸借契約及び担保設定契約を第三者A（表示機関）を通じて行おうとしたが、AがXのために書面に押印した結果、極度額200万円の他人の債務について根抵当権を設定する契約したことになる、Xが錯誤無効を主張し、YはXには重大な過失であると反論した。

東京高裁は、X（一介の農民）は契約書の作成には直接関与しなかったが、なお別室に控えていたのであるから、作成された書面を閲覧することは一挙一投足の労であったのに、その調査確認を怠ったのは右の労を惜しんだものであり、重大な過失があると判断した。

野村説においては、軽過失であっても過失ある錯誤は保護に値しないという極めて厳格な過失観が採用されている。これを支持する見解もあるが¹¹⁶⁾、重過失を取って軽過失に等しく理解する必然性はないとの指摘も

116) 川井（前掲脚注102）177頁。

ある¹¹⁷⁾。また、野村が軽過失であると評価する判決も重過失を認定した判決（たとえば、大判大正6年11月8日民録23輯1758頁）と比較すると、錯誤者の過失の程度に「著しい」差があるようには筆者には思われない。

(ii) 無重過失規定の根拠の欠如

原島重義は、無重過失規定の矛盾を以下のように指摘する¹¹⁸⁾。「いったい『過責 (Verschulden) があるから法律行為・契約の効力がある』というのはどういうことでしょうか」として、違法行為を法的に否認し、その責任を問う根拠である「過責 (Verschulden)」(故意・過失=有責性)を適法行為に援用することに疑問を呈する。即ち、法律行為における責任とは適法行為による責任(自ら欲したのだからその通りに責任を負うというもの)であるが、錯誤があると、自分の意思で法律関係を形成したという実質を欠くために法律行為による責任が問えないという。つまり、錯誤という制度は法律行為の消極的要件であり、「錯誤をしないで法律行為をなすべきであった、というような積極的な法的義務はありません」と立言する。

また、このことはいくつかの判決からも裏付けられるとして、①大判大正6年11月8日民録23輯1758頁¹¹⁹⁾、②大判昭和15年12月24日法学10号542頁などを挙げて、これらの事例において無重過失規定は「べつに得られた結論をあとからジャスティファイするための道具」として機能しているのではないかと推測している。

①では、株式売買を生業とする者が、譲渡制限がある株式を購入する際に、当該会社の定款を調査しないで株式を購入する契約をした事例において、錯誤者に重過失があるとして錯誤の主張が否定されている。しかし、原島は、この事件においては買主の動機は当該会社の株式を買い占めるこ

117) 石田喜久夫編『現代民法講義 I』(法律文化社, 1985年)161頁(磯村保)。

118) 原島重義『市民法の理論』(創文社, 2011年)673-674頁(初出:法セミ345号(1983年))。

119) 基本書や体系書などでよく引用される重過失についてのリーディングケースである。詳細な事案は次の(iii)で紹介する。

とにあり、譲渡制限の有無は買主にとって重要であったととらえて、この目的を達することができるかは買主の負うべきリスクであり、売買契約の成立には影響がないと見ることはできないか、として表意者の重過失により錯誤の主張が制限されている点を疑問視する。

②では、買主の売主に対する商品の代金支払い債務を保証した保証人が、2種類の製品（靴下と生糸）の取引があることを知りながら、代金限度額のみ記載された保証証書に捺印し、一方のみ（生糸）を保証すると誤解した事例において、重過失を理由に保証人の錯誤の主張が否定されている。しかし、保証人が買主に靴下製造機械を売り込んだ者である点を考慮すると、その者が「私儀今般貴社より……氏（買主）へ貴社製品販売に関し万一同氏に於て代金支払致し兼候節は金三千円迄責任を以て御引受可申候也」と表示したのだから、靴下については除外したということは考えられず、もしそうだとすればそれは心裡留保であり、二種類の製品について保証したことになると見ている。

錯誤とは法律行為の有効性についての消極的要件であり、違法行為の責任根拠である「過失」を法律行為における責任という適法行為に用いるべきではないという原島説によれば、錯誤者の過失と不法行為責任における過失を同視することはできない¹²⁰⁾。もっとも、原島は、異なる原理から錯誤者に信頼利益の賠償義務を課すことは認めている¹²¹⁾。

(iii) 無重過失規定の濫用及び顧慮規定との混同

(a) 重過失の濫用

大久保憲章は、複数の判決において無重過失規定が濫用（大久保は「重過失の濫用」と表現している）されている点を指摘する¹²²⁾。「重過失の濫用」

120) 大久保憲章「錯誤者の過失（一）——判例の分析——」佐賀19巻2号（1986年）186頁、188-189頁も「不法行為におけるような注意義務違反による過失は錯誤の場合にはない」として、原島説と同様の立場をとっている。

121) 原島（前掲脚注118）673頁。

122) 大久保・判例の分析（前掲脚注120）186頁。

を筆者なりに整理すると、本来、要素の錯誤が認められなければ無重過失規定を問題とする余地はないのに、いくつかの判決は、「簡単に」動機の錯誤を要素の錯誤だと認める一方で、錯誤者の重過失を認定して、結果的に錯誤の主張を否定しているというものである¹²³⁾。ここでは大判大正6年11月8日民録23輯1758頁をやや詳しく目に紹介しつつ、大久保の主張を確認する。

本件は、株式売買を常業とするXがA銀行の株式を買い占める目的で、YからA銀行の株式を購入する契約をしたが、当該株式譲渡制限（A銀行の承諾がなければ譲渡は許されない旨の制限）が付されていたため、株式を取得したXがA銀行にXが名義書き換えを要求したところ拒否されたため錯誤無効を主張したという事案である。

大審院は、原審（大阪控訴院大正6年5月14日新聞1283号27頁）の「株式売買契約は之に因りて株式を發行したる株式会社其他の第三者に対抗し得べき完全なる株主権を取得することを目的とし且之を以てて株式売買の要素と為すことは取引の通念なりとす、ゆえに此目的を達する能はざる株式の売買は契約の要素に錯誤あるものとす」という判断を前提に、「民法95条但書ニ規定セル表意者ニ重大ナル過失アリヤ否ヤヲ判定スルニハ各案件ノ事実関係ニ就キ普通ノ智慮ヲ有スル者ノ施スヘキ注意ノ程度ヲ標準トシテ抽象的ニ定ムルヘキモノ」であると立言した上で、株式売買を常業としており株式売買について知識経験のある原告が株式売買を生業とする者が、譲渡制限がある株式を購入する際に、当該会社の定款を調査しないで株式

123) 大久保・判例の分析(前掲脚注120)186-187頁、193頁。なお、大久保は、東京高判昭和45年1月30日下民集21巻1・2号131頁の事例は、結果の具体的妥当性(第三者保護)を考慮して、表意者の重過失を認定して錯誤の主張を否定した事例であると見ているが、本件はそもそも詐欺取消や契約解除が問題になるべき事案であり、重過失の判断は不要であったと評価している(同208-209頁)。これは、無重過失規定が錯誤の枠を超えて「濫用」されていると言える事例である。この事例は、現行法によれば、95条4項により処理されるべき事案であろうと思われるが、そうなると第三者保護の方法としては、表意者の重過失を認定するやり方と第三者の善意無過失を認定するやり方の二つが存在することになり、両者の関係性を明らかにする必要が生じるだろう。

を購入する契約をした本件においては、錯誤者に重過失があるとして錯誤の主張が否定されている。

大久保によれば、本件における原告の錯誤は、株式の同一性錯誤ではなく、株式についての一方的な性質錯誤、つまり単なる動機の錯誤であり、そもそも重過失の有無を判断するまでもなくXの売買契約の無効の主張が認められなかった事例であると評価されている¹²⁴⁾。大久保は、この他に六つの判決を検討しているが¹²⁵⁾、いずれも要素の錯誤と認定されているものは動機の錯誤であり、重過失判断をするまでもなく無効の主張を否定すべきであったと主張している。即ち、これらの判決では「動機錯誤を要素の錯誤とすることより生ずる具体的妥当性の欠如を表意者の重過失によって補正している」と立言している。

なお、大久保説も一般論としては原島と同様に、不法行為における注意義務違反は適法行為たる法律行為の錯誤の場合には存在しない、という立場をとる¹²⁶⁾。そして、重過失と通常の過失（おそらく軽過失）を区別することにより錯誤の法律効果に差を設けていることが95条の問題だと見ている。即ち、錯誤者の過失は、ドイツ法では帰責性判断の対象になる事実であるのに対比して、わが国では「表示への拘束のレベルでとらえ、しかも過失の程度に応じてまったく正反対の結果を各当事者にもたらしめている¹²⁷⁾」点に問題があるという。つまり、錯誤者に重過失があっても法律行為からの離脱を認め、あとは帰責性の問題として損害賠償で処理すべきという立場ではないかと思われる¹²⁸⁾。

124) 大久保・判例の分析（前掲脚注120）192-193頁。

125) 東京地判大正6年3月12日新聞1250号19頁，大判昭和13年3月18日判決全集5輯18号22頁，大判昭和14年8月5日民集18巻12号792頁，福島地判昭和28年5月16日下民集4巻5号732頁，最判昭和50年11月14日判時804号31頁，札幌地判昭和55年9月30日判タ426号143頁。

126) 大久保・判例の分析（前掲脚注120）188頁。

127) 大久保・判例の分析（前掲脚注120）190頁。

128) 大久保憲章「錯誤者の『過失』——サヴィニー、イエリング、ペール——」『近代私法学の形成と現代法理論』（九州大学出版会，1988年）283頁，299-301頁。

大久保の主張を前提とすれば、いくつかの判決では、錯誤が法的に顧慮されるか否かが重過失の判断において行われており、顧慮要件と無重過失要件の境界が明確になっていない事実を指摘することができる。

(b) 顧慮要件と無重過失要件との混同

学説の中には、無重過失要件を顧慮要件に積極的に取り込むものも見られる。代表的な見解として舟橋説と小林説を紹介する。

舟橋諄一は重大な過失を顧慮要件の中で考えている。まず舟橋説によれば、法律行為の要素は、裁判官が、「表意者の主観的事情のみならず、取引の性質乃至取引事情、表意者・相手方あるひは第三者の側における非難もしくは同情せらるべき事情の有無乃至程度ならびに当該の意思表示を有効とし或ひは無効とすることによつて生ずべき表意者・相手方もしくは第三者の利害などを相関的に比較考慮し、その他諸般の事情を顧慮し」、判断される¹²⁹⁾。動機錯誤と表示錯誤を区別しないいわゆる一元説と呼ばれる学説である¹³⁰⁾。このように要素の錯誤が認められるかどうかの判断に表意者側の主観的事情、つまり非難されるべき事情が関わってくるが、「表意者側の非難せらるべき事情が『重大ナル過失』と認めらるべき程度に達すると、要素に錯誤ありや否やの審査に入るまでもなく、はじめから錯誤の主張を拒否されることとなる（民法95条但書）」という¹³¹⁾。従って、錯誤者の過失は要素の錯誤の判断の中である程度考慮され、非難性の程度がはなはだしくなり重過失と判断されると、無重過失規定を根拠に、要素の錯誤に先行する錯誤主張否定事情となる。もっとも、相手方からの主張

129) 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年）58-60頁。

130) なお、舟橋説によれば、要素の錯誤の検討に入る前段階として、①錯誤と意思表示との因果関係、②相手方の善意無過失が要求される（舟橋（前掲脚注129）51-53頁）。①がなければ錯誤の問題が生じないのは当然であるし、②は相手方が悪意や善意有過失ならば、意思表示は「意思主義」に基づいて無効となるという（95条の出番はない）。

131) 舟橋（前掲脚注129）62頁、78頁。なお、舟橋は、相手方が表意者の錯誤について悪意であっても錯誤の主張は認められるという見解に立つ（同79頁）。

がなければ裁判所は無重過失規定を適用してはならないという¹³²⁾。

舟橋説と同じく一元説に属する小林一俊の学説においても錯誤者の過失は、錯誤顧慮要件の中で重過失に相当する要素が考慮されている。即ち、小林説によれば、錯誤無効の要件は、相手方の保護されるべき信頼の欠如との関係で決し、意思表示は相手方の理解すべき意味（通常は表示の客観的意味）で確定するので、相手方の信頼が欠如する場合でなければ、即ち、錯誤を認識可能な場合ないし共通錯誤の場合（相手方による錯誤惹起はこの二要件に分解・吸収される）、無償譲渡の場合でなければ、表意者の錯誤は顧慮されない¹³³⁾。そして、通常、錯誤者には過失があるので、相手方の認識可能性という要件は、錯誤の「認識」ないし重過失によって認識しえなかったことに限定される（＝ハードルが下げられる）¹³⁴⁾。従って、小林説では、顧慮要件である相手方の認識可能性において錯誤者の過失が考慮されており、無重過失要件は一般に不要であるという立場をとるが、錯誤者に重過失があり、かつ双方錯誤の場合には信義則により錯誤主張が制限されることになる¹³⁵⁾。他方で、小林は、軽過失ある錯誤者には不法行為ないし契約締結上の過失に基づいて損害賠償が認められるとの見解に立つ¹³⁶⁾。そして、この賠償義務が認められるのは、錯誤が相手方・第三者に認識可能な場合以外、つまり、無償取得者（受贈者・受遺者・相続放棄者の錯誤主張により影響を受ける他の相続人¹³⁷⁾）の信頼利益が問題になる場合

132) 舟橋（前掲脚注129）86頁。

133) 小林（前掲脚注33）365-366頁（初出：亜大14巻1号，15巻1号2号，16巻1・2合併号（1979年，1980年，1981年））。このほか、「錯誤の危険が、取引の性質または観念上錯誤者により負担されるべきであるか、または契約内容上錯誤者によって引受けられているかどうか、また錯誤主張が一般利益の侵害を結果しないかどうかの観点を、錯誤主張の消極要件として考慮すべきである。」という（同366頁）。

134) 小林（前掲脚注33）366頁。同117頁（初出：亜大5巻2号，6巻2号（1972年，1973年））。

135) 小林（前掲脚注33）367頁。

136) 小林（前掲脚注33）201-202頁。ただし、錯誤の法律効果が「無効」の場合に限定している。

137) 無償取得者は譲受に対する信頼についての危険を負担するべきであり、贈与者や遺贈者

だという¹³⁸⁾。

舟橋説、小林説においては無重過失要件は顧慮要件に包摂され、無重過失規定はほとんど重要性を持たない。舟橋説においては当事者・利害関係者の事情の総合考慮の中で錯誤者の過失が考慮されることになる。小林説では錯誤者の過失は相手方の認識可能性と相関的に問題になるにすぎず、無重過失要件は「不要である」とさえ言われる。ただ、錯誤の問題を95条の適用により解決しようとし、この条文の枠内で錯誤者の過失を考慮するのであれば、あえて無重過失規定を無視するような解釈を採るよりも、活用することを考えるべきではなかろうか。

(iv) 意思表示の解釈と錯誤者の重過失

錯誤者の過失という言葉は、意思表示の解釈との関係で使われることもある。石田穰は、錯誤と法律行為の解釈の問題とは、当事者がある意思表示に対して重要な点で異なった意味を付与した場合にどちらの意味を通用させるべきかの検討であると見て、およそ以下のように述べる¹³⁹⁾。どちらの意味を通用させるべきかは当事者の利益状況に応じて決定され、当事者がある意味を付与したことに對して正当な理由があれば一応その意味が通用し、正当な理由を有しない方が錯誤者となる。そしてこの者に「重過失」がある場合には相手方が付与した意味で法律効果が生じる。両者に正当理由がない場合または両者に正当理由がある場合にはどちらの意味でも通用されるべきではなく、不成立の問題となる。

石田説によれば、解釈における「重過失」と消極的要件における「重過失」とは区別される。即ち消極的要件である重過失の場合とほぼ同一の事

ゝ者の錯誤は顧慮されるべきという立場に立つ(小林(前掲脚注33)34頁(初出:芝浦工業大学紀要5号(1967年)))。石田・総則(前掲脚注99)639-640頁も参照。

138) 小林(前掲脚注33)202頁。

139) 石田穰『法解釈学の方法』(青林書院,1976年)159頁以下(初出:法協92巻12号,93巻2号(1975年,1976年))。須田晟雄「意思表示の解釈と錯誤との関係について」北園19巻3号29頁以下も参照。

実に基づいて行われるが、必ずしも一致はせず、解釈における正当理由はないが、消極的要件の重過失でもないという場合は当然起り得るという¹⁴⁰⁾。また、石田は、相対的に非難性が強い心裡留保ですら相手方が善意無過失でない場合には無効を主張できるのだから、重過失ある錯誤者が無効を主張できないのは相手方が善意無過失の場合だけであるというのが無重過失規定の意味であり、重過失のない錯誤者はたとえ相手方が善意無過失でも錯誤無効の主張が可能であるとする¹⁴¹⁾。

石田説では、解釈における錯誤者の重過失と95条の重過失は区別される。つまり、意味付与の正当理由において重過失がある場合は相手方の付与した意味で契約が効力を持つが、95条の意味での重過失がなければ、たとえ相手方が善意無過失でも錯誤者は錯誤の主張が許される。ただ、ここで検討されている例は表示の意味に関する錯誤であり、動機の錯誤についても同じように考えることができるかは問題である。

(v) 法制審議会

民法（債権法）改正検討委員会の基本方針によると、無重過失規定の例外を新設することが提案されていた¹⁴²⁾。すなわち、①相手方の悪意または重過失、②相手方による錯誤惹起、③共通錯誤の場合には、錯誤主張制限が認められるという立場である。この根拠としては、①は、相手方が表意者の錯誤に気づいていたか、気づかないまでも容易に気づくことができる場合には、相手方を保護する必要がない、②は、錯誤惹起をした者が錯誤の結果生じる不利益を引き受けるべきである、③は、相手方も錯誤していた以上は法律行為の効力を維持する利益はない、ということが挙げら

140) 石田・方法（前掲脚注139）159頁。

141) 石田・総則（前掲脚注99）671頁。加賀山茂「錯誤における民法93条但書、96条2項の類推解釈——重過失による錯誤、動機の錯誤における相手方悪意の場合の表意者の保護の法理——」阪法39巻3・4号（1990年）349頁以下。

142) 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針 I 序論・総則』（商事法務、2009年）104頁。

れている¹⁴³⁾。

法制審議会においては主として上記の無重過失規定の例外について議論された。その結果、相手方が表意者の錯誤を知っていたか、知らなくとも重過失がある場合及び共通錯誤の場合には、無重過失規定が適用されないという新规定が設けられることとなった。重過失の内容について、不実表示との関係で議論があったものの、無重過失規定については実質的に改正前の95条ただし書が維持されている。したがって上記の学説の検討は現行法においても意味を持つと言える。なお、ここでは便宜上、役職名を付与している。

(a) 第1ステージ¹⁴⁴⁾

第10回会議(第1読会(8)平成22年6月8日)では、無重過失要件の例外として、①表意者の錯誤についての相手方の悪意ないし善意重過失、②共通錯誤、③相手方による錯誤惹起という3点が提案されている¹⁴⁵⁾。①②については特に異論は見られなかったが、③については批判的な意見が出された。このような規定を作ると表意者が相手方の「あら探し」をして恣意的に錯誤の主張ができてしまう(奈須野太関係官¹⁴⁶⁾、説明義務不足を理由に悪用される恐れがある(木村俊一委員¹⁴⁷⁾、消費者保護の観点から相手方からの過失のない不当表示によって錯誤が惹起された場合、重過失があっても表意者は保護されるべき(中井康之委員¹⁴⁸⁾、といったものである。また、重過失規定そのものについては、表意者に単なる過失がある場合であっても錯誤の主張を認めない方がよいという意見も出されている(野村豊弘委員¹⁴⁹⁾)。

143) 基本方針I(前掲脚注142)119頁。

144) 法制審議会—民法(債権関係)部会の議事録・部会資料については、特に断りのない限り、法務省のウェブサイトのものを使用している(<http://www.moj.go.jp/content/001227898.pdf>)<2021年4月1日最終閲覧>。

145) 民法(債権関係)の改正に関する検討事項(7)詳細版(部会資料12-2)33頁。

146) 第10回会議議事録33頁。

147) 第10回会議議事録38頁。

148) 第10回会議議事録40頁。

149) 第10回会議議事録35頁。

(b) 第2ステージ

第31回会議（第2読会²⁾平成23年8月30日）では、民法（債権関係）の改正に関する論点の検討¹⁾（部会資料27）において「①表意者の意思表示が錯誤によるものであることを相手方が知っている場合又は知らなかったことについて相手方に重過失がある場合、②当事者双方が同一の錯誤に陥っている場合」に無重過失規定の例外規定を設けること、「③相手方が表意者の錯誤を引き起こした場合」に重過失があっても錯誤主張できるとの考え方をどう考えるかについて提案がされている¹⁵⁰⁾。

審議においては、①について、相手方の善意重過失を規定するのはバランスを欠く（佐成実委員¹⁵¹⁾）、②について、共通錯誤でも無重過失要件をなくしてよいかは疑問である（岡本雅弘委員¹⁵²⁾）、単に過失で錯誤に陥った一方当事者については無効にすべきほどではない（岡正晶委員¹⁵³⁾）、③について、錯誤惹起の要件（何をもちて錯誤を引き起こしたとするのか）が明確ではない（岡本委員、佐成委員¹⁵⁴⁾）、過失なく錯誤惹起した場合も含むのは疑問（岡委員¹⁵⁵⁾）、何が錯誤惹起かは問題だが、錯誤惹起が認められる以上、重過失があっても錯誤主張を認めてもよい（中井委員35頁）、錯誤惹起されたのに重過失があるというのは、つまり相手方の情報を信じてはならなかったということになり、錯誤者の過失の概念をどうとらえるかが問題となる（沖野眞巳幹事¹⁵⁶⁾）、といった意見が提示され、特に③について異論

150) 民法（債権関係）の改正に関する論点の検討¹⁾（部会資料27）33頁。提案の理由は38-39頁に記載されているが、基本方針1（前掲脚注142）119頁で述べられている内容と実質的に同じである。

151) 第31回会議議事録33頁。

152) 第31回会議議事録32頁。岡本委員は、公法の規制により建築制限のある土地の売買において、重過失ある不動産業者に、共通錯誤だからといって、錯誤の主張を認めてよいかは検討の余地がある旨、指摘する。

153) 第31回会議議事録33頁。

154) 第31回会議議事録33頁。

155) 第31回会議議事録33頁。

156) 第31回会議議事録35頁。

が多く提示された¹⁵⁷⁾。

第64回会議(中間試案(1)平成24年12月4日)では、中間試案のたたき台(1)が公表された¹⁵⁸⁾。ここでは、表意者の非真意表示または目的物の性状などについて誤った認識をして意思表示をしたことについての相手方の悪意ないし善意重過失、共通錯誤の場合にのみ無重過失要件の例外が認められることとなった。この理由は、無重過失規定によって錯誤の主張が否定されるのは表示の有効性に対する相手方の信頼を保護するためであるが、上記のいずれの場合にも相手方には保護に値する信頼がないからだとされる¹⁵⁹⁾。上記の③が落ちているが、相手方が誤情報を提供する場合というのは事案に応じて様々であり、それを直ちに錯誤主張制限の例外とするよりも、表意者に重過失があったかどうかの判断を行うことで柔軟な結果を導けるため、相手方による錯誤惹起があったとしても、直ちに表意者の錯誤主張制限を排除しないとしている¹⁶⁰⁾。

審議では、共通錯誤の場合に、重大な過失があっても取り消せるということの意味は、契約の一応の成立を前提に、双方から取り消すことができるということなのか、双方一致している部分についての契約はどうなっているのか、と疑問が提示された(松本恒雄委員¹⁶¹⁾)。これに対しては特に広

157) そのほか、山本敬三幹事と松本恒雄委員との間で③における動機錯誤の場合について議論が交わされたが(第31回会議議事録33-35頁)、これはむしろ錯誤と債務不履行の関係が主題となっているのでここではこれ以上触れない。

158) 民法(債権関係)の改正に関する中間試案のたたき台(1)(概要付き)(部会資料53)。該当する条項は以下の通りである(7頁)。

〔③ 上記(1)の意思表示をしたことについて表意者に重大な過失があった場合には、次のいずれかに該当するときに除き、上記(1)による意思表示の取消しをすることができないものとする。／ア 相手方が、意思表示が表意者の真意と異なること又は目的物の性質、状態その他の事項についての誤った認識に基づいて意思表示をしたことを知り、又は知らなかったことについて重大な過失があるとき／イ 相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき〕

159) 民法(債権関係)の改正に関する中間試案のたたき台(1)(概要付き)(部会資料53) 8頁。

160) 中間試案の補足説明24頁。

161) 第64回会議議事録19頁。共通動機錯誤をどう扱うかを考える上で重要な指摘である。

答は見られなかった。その後、公表された中間試案においては無重過失規定は、顧慮要件に合わせて文言が修正されているものの内容的には中間試案のたたき台(1)と同じ内容のものとなっている¹⁶²⁾。

(c) 第3ステージ

第76回会議（第3読会(3)平成25年9月10日）では、要綱案のとりまとめに向けた検討が提案され、無重過失規定については不実表示との関係で言及が見られる¹⁶³⁾。審議では不実表示規定を設けるべきかどうかをめぐって議論がされており、錯誤者の過失には焦点は当てられていない¹⁶⁴⁾。

第86回会議（第3読会(3)平成26年3月18日）では、要綱案のたたき台(10)（素案10）が示された。無重過失規定については中間試案から内容的な変更はない¹⁶⁵⁾。これについて、まず素案柱書は、錯誤の効果が取消に変更されたために、これに即した修正がされているものの、改正前95条ただし書が実質的に維持されることが説明されている¹⁶⁶⁾。無重過失規定の例外として、表意者の錯誤についての相手方の悪意または善意重過失及び共通錯誤の場合が規定されている。前者の場合には相手方を保護する必要がないため、後者については法律行為の効力を維持して相手方に予期しなかった

162) 中間試案の無重過失規定は以下のようなものである（民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）4頁）。「(3) 上記(1)又は(2)の意思表示をしたことについて表意者に重大な過失があった場合には、次のいずれかに該当するときは除き、上記(1)又は(2)による意思表示の取消しをすることができないものとする。ア 相手方が、表意者が上記(1)又は(2)の意思表示をしたことを知り、又は知らなかったことについて重大な過失があるとき。
／イ 相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき」

163) 民法（債権関係）の改正に関する要綱案のとりまとめに向けた検討(3)（部会資料66B）6頁。

164) 第76回会議議事録14-19頁。

165) 民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(10)（部会資料76A）4頁。「前記1又は2の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、表意者は、次のいずれかに該当するときは除き、前記1又は2による意思表示の取消しをすることができない／ア 相手方が、前記1又は2の錯誤があることを知り、又は知らなかったことについて重大な過失があるとき／イ 相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき」

166) 民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(10)（部会資料76A）4頁。

利益を与える必要がないためだと説明される¹⁶⁷⁾。審議においては、道垣内弘人幹事と笹井朋昭関係官の間で「同一の錯誤」という表現をめぐって議論がされ、この表現は、原因も対象も同じというものに限られない可能性があることが確認されている¹⁶⁸⁾。

第88回会議(第3読会¹⁶⁹⁾平成26年5月20日)では、要綱案のたたき台¹²⁾(素案¹²⁾が提示された¹⁶⁹⁾。無重過失規定について言及はないが¹⁷⁰⁾、不実表示の規定をめぐって表意者の重過失について、意見が示されている。「相手方が、ある取引において、当該事項の存否又はその内容を保証するような行為をしても、その取引が事業者間の取引でその取引の双方がそれぞれ必要な情報を収集することが想定されるような場合や、表意者の方が相手方より情報力において優位にあり表意者においても必要な情報を収集することが想定される場合などには、表意者においても当該事項の存否又はその内容を把握することについて一定の調査等を行ってしかるべきである。それにもかかわらず、表意者において一定の調査等をしていないようなときには、表意者にある事項の存否又はその内容につき錯誤を生じたとしても、その錯誤は相手方の行為ではなく、表意者の調査義務の懈怠によって生じたものであると考えられる。また、仮に、その錯誤が相手方の行為によって生じたと評価されても、表意者には錯誤につき重過失があると評価され得る」¹⁷¹⁾。ここでは相手方からの説明等がある場合が念頭におかれているが、それがなかったとしても、例示されている「情報を収集することが想定される場合」には、表意者に「一定の調査」義務が課され、

167) 民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(10)(部会資料76A)5頁。

168) 第86回会議議事録11頁。道垣内幹事が挙げる例は、目的物Aについて売主は甲というプレミアムな性能が、買主は乙というプレミアムな性能がついていると誤解して、相場より高い価格で売買された場合である。

169) 民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(12)(部会資料78A)1頁。

170) 民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(12)(部会資料78A)5頁では、部会資料76Aの内容を維持すると述べられている。

171) 民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(12)(部会資料78A)4頁。

これを懈怠すると重過失があり得ると判断されることになろう。審議において、鹿野菜穂子幹事は、相手方からの不実の表示があってもそれにより錯誤が惹起されたとは言えない事情を無重過失規定から解釈により引き出すことができることを確認すべき旨を述べている¹⁷²⁾。

第90会議（第3読会¹⁷²⁾平成26年6月10日）では、要綱案の取りまとめに向けた検討¹⁷³⁾（素案15）が提示され、甲案と乙案（現状維持）が示された。甲案においては無重過失規定についてはこれまでの素案と内容面の変更はない¹⁷³⁾。審議では、野村委員が軽過失でも錯誤主張を制限してもよいのではないかという意見を述べているが¹⁷⁴⁾、脇村真治関係官により無重過失とすることでこれまで特に異論が見られなかったことが確認されている¹⁷⁵⁾。

第96回会議（第3読会¹⁷⁴⁾平成26年8月26日）では、要綱仮案が提出された。無重過失要件については素案15からの内容面での変更はない¹⁷⁶⁾。また審議においても、不実表示が取消原因として規定されなかったことについて疑問が呈されたものの、無重過失規定については特に言及はない。

法制審においては、相手方が悪意ないし重過失の場合には相手方の保護の必要性がないので、無重過失規定の例外が認められると説明されていることからすると、無重過失規定は相手方の保護のための規定だと理解され

172) 第88回会議議事録33頁。

173) 民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討¹⁷³⁾（部会資料79B）1頁。甲案「3 1又は2の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、表意者は、次のいずれかに該当するときに除き、1又は2による意思表示の取消しをすることができない。／ア 相手方が、1又は2の錯誤があることを知り、又は知らなかったことについて重大な過失があるとき。／イ 相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき。」

174) 第90回会議議事録15頁。

175) 第90回会議議事録15頁。

176) 民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案（案）（部会資料83-1）1頁。「(3) (1)の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、次のいずれかに該当するときに除き、(1)による意思表示の取消しをすることができない。／ア 相手方が、(1)の錯誤があることを知り、又は知らなかったことについて重大な過失があるとき。／イ 相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき。」

ていると言えよう。なお、共通錯誤を無重過失規定の例外とすることはその理由も含めてきわめて疑問である。これについては別途言及している¹⁷⁷⁾。不実表示との関係で議論になった錯誤者の重過失とは、一定の場合に課される表意者の調査義務であり、この懈怠があるとたとえ相手方が誤った情報を提供しているとしても錯誤者の重過失となり得ることが確認されている。

これについては、どのような場合に情報収集が要求されるのか明確な基準を設定することが課題であろう。また情報収集の懈怠のみを錯誤者の過失と考えることで足りるのかも検討の余地がある。誤記や誤談についてはそもそも情報収集ということは錯誤回避にとって意味を持たないためである。

(4) 小括と検討

明治民法の立法過程の検討からは、無重過失規定は、①取引の安全のために設けられた規定であること、②軽過失ある錯誤者には不法行為に基づく損害賠償義務があるが、損害賠償という効果では相手方保護には不十分であるため、便宜的に法律行為を有効とすること（損害賠償の便宜的効果）、③無重過失規定は、ドイツ民法第一草案の影響及び旧民法の法の錯誤の有恕されるべきでない錯誤と関連があることが明らかになった。従って、無重過失規定は契約を念頭に置かれた規定であり、また軽過失であれ重過失であれ錯誤者に賠償義務が生じるという点からすれば、この時点では、軽過失と重過失の違いは程度差であることが意識されていたと思われる。

もっとも、不法行為に基づく損害賠償の効果として法律行為を有効化するというのがどのような理屈で正当化されるのかは明確ではない¹⁷⁸⁾。また

177) 中谷崇「判批」新・判例解説 Watch21号(2017年)101頁。中野邦保「判批」民事判例17(2018年)90頁以下、堀川信一「判批」大東282号(2018年)215頁以下も参照。

178) 山下(前掲脚注113)14-15頁によれば、フランスでは学説において損害賠償の効果と

仮に何らかの理屈で損害賠償の効果として法律行為の有効化を認めるとしても、原島のいう違法行為の責任を問う根拠である過失（Verschulden）を適法行為たる錯誤（法律行為の消極的要件）の問題に持ち込んでいるという難点は回避できていない。

この点に関して、無重過失規定に関する通説的見解では、重過失ある表意者の要保護性の否定、相手方の保護ないし取引の安全を根拠として挙げるにとどまり、それ以上踏み込んだ議論は見られない。債権法改正の審議においても、無重過失規定の例外規定の新設をめぐって、相手方が表意者の錯誤につき悪意ないし重過失の場合には相手方を保護する必要がないとして、相手方の態様を通して、錯誤者に重過失がある場合の法律行為が有効となる根拠が間接的に示唆されているのみである。

また、無重過失規定を錯誤の効果の制限ではなく、消極的要件として位置づける通説の立場からすれば、重過失を不法行為における過失と平行に位置づけることはできないように思われる。従って、軽過失ある錯誤者の賠償義務を不法行為ないし契約締結上の過失（不法行為責任説）と考える立場からは、錯誤者の軽過失と重過失の同質性を指定することはできず、両者の過失の違いを同質性を前提した程度差であると説明することは極めて困難である。両過失の質的差異について、重過失による錯誤主張の制限と軽過失による損害賠償義務はその源流が異なるという点から基礎づける見解があるが、適切であろう¹⁷⁹⁾。

では、錯誤者の重過失とは何を意味するのだろうか。立法直後は、普通人に要求される注意の欠如と理解されていたが、現在では通説的な見解によれば、表意者の属性や目的に照らして、普通の人なら注意義務を尽くして錯誤に陥ることはなかったのに、著しく不注意であったために錯誤に

↘して契約の維持が認められるものがあつた（ボワソナードもおそらく同様の見解に立っていた（前掲脚注73））。もっとも、不法行為規定（CC1382条）から解釈論上疑問の余地があると言う。

179) 田中美智子「意思表示帰責論における民法95条但書の位置づけ——心裡留保との比較的考察・Dolus と Culpa lata——」法政論究54号（2002年）46-47頁。

陥ったことだと理解される。この定義からは「著しい」という程度差が軽過失との差を表していると推測される。しかし、上記のように重過失と軽過失の差は程度差であると考えことは理論上困難であるし、その問題を措くとしても「著しい」かどうかの区別はどのようになされるのかは学説からは判然としない。両者の過失から導かれる帰結が大きく異なることからすると、透明性のある基準が必要とされると思われる。結局、多くの学説においては「重過失ありと認定された判例」を列挙して重過失の説明をしてきたという状況にあるという大久保の指摘が当てはまるのではなかろうか¹⁸⁰⁾。

この点、相手方の保護を重視し、重大な過失を緩やかに解釈して、軽過失ある錯誤者にも錯誤の主張を許さないとする見解(星野説・野村説)は、軽過失と重過失の差をやかましく考える必要がないという利点がある。しかし、錯誤者の無過失を錯誤主張の要件とすることは、人が錯誤に陥りやすいということを考えると厳しすぎるように思われる。もっとも、これは「過失」概念の解釈ないし操作によって妥当な結論を導くことである程度解消されるかもしれない。ただ、そうすると錯誤者の過失というものが不透明となる恐れはある。

錯誤者の過失を顧慮要件の中で考えるということもあり得る。たとえば、舟橋説や小林説が言うように、顧慮要件において当事者の諸事情を総合考慮する際の一つの事情として、あるいは相手方の認識可能性との相関関係において錯誤者の過失を考えることはあり得る考え方だろう。また、いわゆる法律行為の内容容化による錯誤リスク分配論(内容化重視説)¹⁸¹⁾にお

180) 大久保・判例の分析(前掲脚注120)186頁。大久保・過失(前掲脚注128)282頁。

181) 近時の有力な見解である。鹿野菜穂子「錯誤規定とその周辺——錯誤・詐欺・不実表示について——」池田真朗ほか編『民法(債権法)改正の論理』(新青出版, 2010年)233頁以下, 山本・見直し(前掲脚注72)205頁以下, 三枚健治「錯誤・不実表示」瀬川信久編『別冊 NBL147債権法改正の論点とこれからの検討』(商事法務, 2014年)1頁以下, 山野日章夫『民法概論1民法総則』(有斐閣, 2017年)197頁以下, 潮見佳男「動機錯誤(行為基礎事情の錯誤)と表示」法教453号(2018年)70頁以下など。この見解に対する筆者

いては、情報収集の懈怠という錯誤者の過失が顧慮要件と結びついており、実質的に錯誤者の過失を顧慮要件に持ち込んでいると言える¹⁸²⁾。最高裁判決においてもこの傾向が看取される（最判平成28年1月12日民集70巻1号1頁につきI1(3)参照¹⁸³⁾）。このように錯誤者の過失を錯誤者のリスク分配という観点からとらえる場合、顧慮要件にも無重過失要件にも関わる問題となりうる¹⁸⁴⁾。

もつとも、いかなる事情が顧慮要件で考慮され、またいかなる事情が無重過失規定で考慮されるのかを明確にする必要があるし、錯誤の問題に95条を適用する限り、重過失と評価すべき事情は無重過失規定で考慮すべきである¹⁸⁵⁾。

意思表示の解釈における錯誤者の重過失と95条における錯誤者の重過失をどう考えるかは問題である。意味に関する錯誤と違い、動機錯誤の場合には性状以外の動機が法律行為の内容になるかどうか、なるとしてどのような内容となるのかの問題がある¹⁸⁶⁾。解釈次第では錯誤の問題は起こり

ゝの立場は、中谷崇「中間試案の錯誤規定に対する一考察」立命349号(2013年)178頁参照。

182) 同説によれば、錯誤者の情報収集の懈怠によるリスクは、同人の負うべきリスクであるとして動機錯誤の原則的不顧慮と結びつき、このリスクが「法律行為の内容化」により相手方に転嫁されるときに意思表示の効力が否定されるため（山本・見直し（前掲脚注72）220-222頁、潮見・動機錯誤（前掲脚注181）72-74頁）、錯誤者の過失は既に顧慮要件の段階で考慮されていると見ることができる。堀川（前掲脚注78）231頁も参照。

183) 最判平成28年12月19日集民254号105頁も参照。

184) 古谷英恵「改正民法における動機錯誤と錯誤のリスク負担」武蔵野12号（2020年）162-164頁は、アメリカの錯誤法理における錯誤のリスク負担が情報収集の失敗に対する錯誤主張者と相手方の態様を斟酌する要件であることを明らかにし、これが日本法では、動機の追加的要件、客観的重要性、無重過失のいずれの段階にも包摂されることを指摘するとともに、無重過失要件の明確化の必要性を説いている。

185) 星野英一「契約の成立」谷口知平＝加藤一郎編『民法演習Ⅳ（債権各論）』（有斐閣、1959年）14頁も、表意者側に存する非難されるべき事情の有無・程度は、無重過失規定の段階で判断するのが正しいと述べる。

186) 堀川（前掲脚注78）211頁が既に指摘する。なお、動機錯誤の一例とされる性状錯誤について、いわゆる通用理論・妥当説（Geltungstheorie）的な方法で、契約の成立、要素の錯誤、錯誤者の責任までを説明しようとするものとして、中松纓子「契約法の再構成についての覚書」判タ341号（1977年）30-31頁。

得ない、または重過失の判断が重複するとしたら先回りして錯誤の主張が封殺されるということにもなる。確かに理論上は意思表示の解釈は錯誤の問題に先行するため、両者の区別が実際に意味を持つかは検証が必要である。しかし、実際の裁判では——特に動機の錯誤に関しては——いかなる内容の契約が成立しているかは特に争われずに錯誤が争われる。従って、差し当たり、錯誤の問題として重過失をどう位置づけるのかの検討は無意味ではないだろう。

ここまでの検討をもとに筆者の暫定的な見解をまとめておこう。通説の言う、普通人に要求される注意を著しく欠いて錯誤に陥ったことという重過失の定義からすると、表意者には、注意を尽くして錯誤を回避することが求められる。これは不法行為における注意義務と同質のものともみなすべきではない。この錯誤を回避する措置の中には、債権法改正の作業の中で言及されたように、一定の場合に課される情報収集義務というものも含まれよう¹⁸⁷⁾。しかし、情報収集をすれば必ず錯誤を回避できるというわけではないため¹⁸⁸⁾、情報収集が錯誤回避には直ちには直結しない。また、誤記の場合にはこのような情報収集は錯誤回避にとって役に立たない¹⁸⁹⁾。

187) リーディングケースである大判大正6年11月8日民録23輯1758頁も「其株式ノ譲渡ニ付テ何等カノ制限ナキヤニ付テ会社ノ定款ヲ一覽スルカ若クハ会社ニ直接問合ヲ為スカ相当ノ手段ニ依リ調査スヘキハ其為スヘキ当然ノ注意ニシテ之ヲ為サスシテ」「漫然買取シタリトセハ其平素ノ業体株式譲渡ニ付テノ智識経験及ヒ本件買取ノ目的動機等ニ照シテ不注意ノ甚シキモノト謂ハサル可カラス」として情報収集を要求している。

188) 最判平成28年1月12日民集70巻1号1頁。錯誤者において、主債務者が反社ではないことを重視しその調査を行っていたにもかかわらず、「錯誤」に陥っている（これを錯誤と呼んでよいかはさておく）。しかし、これは判決内容からすれば、条件化によって回避可能な錯誤であったと言える。なお、この点は、動機の法律行為内容化を重視する立場からは、内容化の否定と評価されることとなろう（大中有信「判批」金法2047号（2016年）88頁、最判平成28年12月19日集民254号105頁に関するものとして、竹中悟人「判批」ジュリ1518号（2018年）66頁参照）。

189) 誤記について重過失が認定された事例として、東京高判昭和60年10月25日判時1181号104頁。誤記は常に重過失ありと見ることもできるかもしれないが、やはり相手方の態様等（たとえば、誤記を予防する措置の有無）を考慮して、判断するべきように思われる。

さらに、予見しているリスクに対する不対応を過失だと見ていると評価できる判決もある¹⁹⁰⁾。こう考えると、錯誤を回避すべきであるのに適切な措置を怠ったことが錯誤者の重過失だと言えそうである¹⁹¹⁾。そして重過失と評価すべき事情（いわゆる錯誤のリスク負担として扱われる問題）は顧慮要件ではなく、無重過失要件、即ち95条3項柱書において考慮されるべきであろう。

なお、錯誤者に重過失がある場合は、95条4項との競合が問題となる（前掲脚注123）。同項を錯誤者の帰責性を重視する規定だと理解する場合、95条3項柱書の錯誤者の重過失と同条4項の表意者の帰責性¹⁹²⁾がどのような関係に立つのか解明の必要がある。ここではこの問題の指摘にとどめたい。

（つづく）

190) 東京高判昭和45年1月30日判時583号62頁。XがYに十分な資力があると誤信して土地の売却をする契約をした場合において、「Yが自己資金なく、他より融資をあおがなければならぬ状態にあることを知りながら、あえて所有権移転登記をさきにすませ、その後において一旦預つた権利証を交付した日から10日以内に代金の支払を受けるという危険な売買条件を承諾し、しかも買主が代金を支払わないときは、所有権を阻害するあらゆる権利を抹消して売主に所有権移転登記をするというような、買主に資力がなければ空文に帰するがごとき約定をもつて満足した点等において、Xは高価な不動産の売主として通常要求される注意義務を著しく怠つた」として重過失が認定されている。

191) 錯誤を回避すべきかどうかは相手方の態様・当事者関係・取引目的等との関係で考えることとなろう。たとえば、相手方が事実でないことを挙示し錯誤者がこれを信用してもよいと評価できる場合は錯誤者の重過失は認められないだろう。なお、筆者は、錯誤惹起の問題は95条の顧慮要件としてではなく、契約締結上の過失ないし96条2項の類推適用により解決すべきという立場である（中谷崇「法律行為の内容とリスク分配」滝沢昌彦ほか編『円谷峻先生古稀祝賀論文集 民事責任の法理』（成文堂、2015年）146頁参照）。従って、私見によれば、95条において錯誤惹起は顧慮要件ではなく、無重過失要件での考慮要素となる。

192) 表見法理における帰責性の総合的な研究として、中舎寛樹『表見法理の帰責構造』（日本評論社、2014年）参照。