

錯誤者の過失の位置づけ（2）

中 谷 崇*

目 次

はじめに

I. 問題設定

II. わが国の状況

1. 錯誤者の重過失 (以上, 395号)

2. 錯誤者の軽過失 (以上, 本号)

III. 比較法的検討

IV. 結 語

II. わが国の状況

2. 錯誤者の軽過失

民法典は軽過失ある錯誤者について直接規律していない。しかし、現在の学説においては、709条ないし契約締結上の過失を根拠に軽過失ある錯誤者に賠償義務を認めるという見解が多数を占めている。以下では、これについて従来の見解を整理・検討する¹⁹³⁾。

(1) 起草者の見解¹⁹⁴⁾

明治民法95条の起草者である富井政章は、軽過失ある錯誤者には当然に

* なかや・たかし 立命館大学法学部教授

193) 外国法の制度も含めて錯誤者の賠償義務を概観するものとして、半田吉信「錯誤立法の基礎」千葉27巻4号（2013年）69頁以下がある。

194) 錯誤者における賠償義務と契約締結上の過失について起草過程から研究するものとして、円谷峻『新・契約の成立と責任』（成文堂、2004年）210頁以下。

損害賠償義務が認められると考えており、敢えて明文化しなかった。即ち、「若シ表意者ノ過失ヨリ其錯誤ヲ生シ相手方ニ損害ヲ被ラシメタルトキハ賠償ノ責ヲ免カルヘカラサルコト論ヲ俟タス外国ノ法律ニハ特ニ此事ヲ明言セルモノアリト雖モ（注—ここでスイス債務法旧23条¹⁹⁵⁾（現26条）、ドイツ民法第二草案94条¹⁹⁶⁾を挙げている）是レ全ク損害賠償ニ関スル原則ノ結果ニ過キサルヲ以テ此ニ其規定ヲ設クルヲ不必要トセリ¹⁹⁷⁾」との見解を持っていた¹⁹⁸⁾。

ここでは、輕過失ある錯誤者が賠償義務を負う根拠が「全ク損害賠償ニ関スル原則ノ結果」に過ぎないと説明されるにとどまり、不法行為責任または債務不履行責任のどちらかは明言されていないが、一般には不法行為だと理解されている¹⁹⁹⁾。

明治民法の起草者が、民法典を教科書のようにしないこと²⁰⁰⁾、当然の

195) OR 旧23条

「当事者が自らに対して契約を有効にさせないとき、当該錯誤が自己の過失に帰すべき場合には損害賠償をする義務がある。但し、相手方が錯誤を知っていたか、知っているべきであったならば、この限りではない。」(A. Schneider (hrsg.), Das Schweizerische Obligationenrecht stammt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit, 1883, S.62.)

196) ドイツ民法第二草案94条

「(1)意思表示をするにあたってその内容に関して錯誤に陥っていたか、または当該内容の表示を全くするつもりがなかった者は、その者が状況を知っており、且つその場合を思慮分別を以て評価したなら意思表示をしなかったであろうと認められるべき場合には、表示を取消することができる。／(2)取引において本質的とみなされる人または物の性状に関する錯誤も表示の内容に関する錯誤とみなされる。」(Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, 1979, SLXXXIII (以下、「Mugdan」とする).)。

197) 引用文中の漢字は常用漢字に置き換えている。以下同様とする。

198) 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）649頁（以下、「主査会議事速記録」とする）。

199) 小林一俊『錯誤法の研究〔増補版〕』（酒井書店、1997年）17頁（初出：芝浦工業大学紀要5号（1967年））、瀬川信久「民法七〇九条（不法行為の一般的成立要件）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅲ 個別的考察（２）債権編』（有斐閣、1998年）563頁は、これを不法行為責任だと見ている。

200) たとえば、富井政章は、契約の成立要素にはどういふものが含まれるかという規定を

ことは規定しないこと²⁰¹⁾という考え方をとっていたことからすると、起草者が当然視していた軽過失ある錯誤者の賠償義務が明文化されなかったことは必然であったと言えるが、このことが後に議論を惹起することになる。

(2) 学説の概観

(i) 立法後の学説

明治民法の成立後、しばらくは、起草者の見解と同じく、軽過失ある錯誤者に不法行為を理由に損害賠償責任が負わせられることは学説でも認められていた(不法行為構成)。意思表示規定の起草担当者であった富井をはじめ、岡松参太郎、中島玉吉がこのことを明示している²⁰²⁾。梅謙次郎においては、軽過失ある錯誤者に賠償義務が課されることをはっきりとは述べていないものの、重過失ある錯誤者の錯誤主張制限が損害賠償の便宜的効果であると理解していたことからすると、軽過失ある錯誤者には賠償義務があることは前提とされていると理解すべきであろう²⁰³⁾。ただし、軽過失ある錯誤者に賠償義務が課されるとしても、相手方が表意者の錯誤を知っていた場合には、意思表示が無効になることは分かっていたのであり、自己の過失によりその損害を被ったことに他ならないため、損害賠償

↘ 設けると、教科書のようにになってしまうと述べている(法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書 3 法典調査会 民法議事速記録三 第五十六回-第八十四回』(商事法務, 1984年) 654頁)。

201) たとえば、富井は、明治民法95条は要素の錯誤のみ無効となる方針を採用したので、動機(縁由)の錯誤が無効にならないことは(当然であり)明文化の必要がないことを確認している(主査会議事速記録647頁)。

202) 富井政章『民法原論第1巻総論上[第3版]』(有斐閣, 1905年) 372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) 193-195頁, 中島玉吉『民法釈義 卷之一総則編』(金刺芳流堂, 1912年[初刷:1907年]) 512頁。

203) 梅謙次郎『民法要義 卷之一 総則編』(和仏法律学校, 1896年) 190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]) 388-389頁, 396頁。

の請求はできないと解されていた²⁰⁴⁾。これは、相手方が表意者の錯誤につき悪意の場合には重過失ある錯誤者の無効主張が制限されないという見解と同様である。

また、鳩山秀夫は、わが国にはドイツ民法122条²⁰⁵⁾のような規定がないことを理由に、「錯誤ノ点ノミニ因リテ表意者カ損害賠償ノ義務ヲ有スルコトナシ但シ不法行為成立ノ要件ヲ備フル場合ニ於テ損害賠償ノ義務アルハ言フヲ俟タス」と述べ²⁰⁶⁾、錯誤規定からは軽過失ある錯誤者に賠償義務は生じないが、不法行為責任は生じうることを認めている。

しかし、軽過失ある錯誤者に不法行為による賠償義務を認めるべきという見解（不法行為構成）に対しては異論が出現するようになる。不法行為構成を採用していた岡松は、軽過失ある錯誤者の賠償義務について、無過失での消極的利益の賠償責任を定めたドイツ民法122条、場合によっては履行利益の賠償まで認める過失責任を定めたスイス債務法26条²⁰⁷⁾、不法行為の要件を満たさなければ消極的利益の賠償責任はないというフランスの当時の通説を紹介した上で、わが国には95条において軽過失ある錯誤者

204) 穂積陳重＝富井政章＝梅謙次郎校閲、松波仁一郎＝仁保亀松＝仁井田益太郎著『帝国民法正解 総則』（1896年、有斐閣）588-591頁。

205) BGB122条（取消者の損害賠償義務）

「(1) 意思表示が118条に従って無効であるか、または119条、120条を理由として取り消されている場合には、表意者は、表示が相手方に対してなされるべきであったときには、この者に、そうでないときは、各第三者に、当該相手方ないし当該第三者が表示が有効であると信頼したことにより被った損害を賠償しなくてはならない。しかし、相手方または第三者が表示が有効であることについて有する利益の額を超えて賠償する必要はない。/(2) 損害賠償義務は、被害者が無効または取消可能性を知ったか、あるいは過失により知らなかったときは（知らなくてはならなかったときは）、生じない。」

206) 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。

207) OR 26条

「(1) 錯誤者が自己に対して契約を有効にさせないとき、当該錯誤が自己の過失に帰すべき場合には、同人は契約が効力を失ったこと（Dahinfallen）に基づいて生じた損害を賠償する義務がある。ただし、相手方が錯誤を知っていたか、知っているべきであったならば、この限りではない。/(2) 衡平に叶う場合には、裁判官は第1項所定の損害以外の損害（weiterer Schaden）の賠償を命じる判決を下すことができる。」

に賠償義務を課す規定が存在しない、と指摘するようになる²⁰⁸⁾。穂積重遠は、さらに踏み込んで、わが国において輕過失ある錯誤者の賠償義務を認める制度がないために「単に錯誤の為には損害賠償責任を負わされない」と述べている²⁰⁹⁾。

石田文次郎も同じく賠償義務規定の不存在を前提とするものの、錯誤者の賠償義務を肯定する。ただし、不法行為構成にはよらず²¹⁰⁾、相手方が善意無過失の場合には、過失の有無にかかわらず錯誤者の賠償義務が肯定されるが、その根拠を法律の直接規定に置いている。およそ以下のように述べる。

わが国の改正前95条はドイツ民法と比べて取引の安全を重視しているため、信賴利益の賠償を認める必要も減少するが、錯誤の効果は有効か無効かの二択であり「中間の温和手段」が存在しないため、法律行為の有効性を信賴したために被った損害を善意の相手方が負担しなければならなくなり不公平である。意思表示の効力は原則として意思に従って決せねばならない一方で、同時に善意の社会公衆の利害を害してはならず、この表意者と善意の相手方を同時に保護すべき合理的手段は無過失で錯誤者に信賴利益の賠償を認めることである²¹¹⁾。表意者に信賴利益の賠償責任を課すことは法における靜的安全と動的安全を両者同時に保護する法的手段であり、また意思主義と表示主義を調和させる法的形式である²¹²⁾。何ら過失

208) 岡松参太郎『無過失損害賠償責任論』（京都法学会，1922年〔初刷：1916年〕）432-435頁（選書317-319頁）。

209) 穂積重遠『民法総論下巻』（有斐閣，1921年）63頁。もっとも、これについては「著しく意思主義に傾いて居る」として批判的である。

210) 石田文次郎『財産法に於ける動理的論〔第8版〕』（巖松堂，1942年〔初版1928年〕）。366-367頁は、錯誤により契約が無効となっても、権利侵害という違法の事実がないため不法行為責任を生じないという。同書の該当箇所は、法学論叢8巻5、6号、9巻1号（1922-23年）に掲載された「消極的利益の賠償を論ず」を修正補足したものであるが、書籍の方から引用をする。

211) 石田（文）（前掲脚注210）443-444頁。

212) 石田（文）（前掲脚注210）460頁，368頁。

なく意思表示の有効性を信頼した者が被った損害を自ら負担すべきではなく、信義公平の原則に照らしてこの損害が生じるべき危険に対して支配力を持つ者が損害を負担すべきである²¹³⁾。いかなる要件のもとにこの賠償義務が課されるや否やは、各場合における具体的な問題であり、賠償権利者が善意無過失であるという要件²¹⁴⁾のほかに、信義則に照らして賠償義務者に過失が必要な場合があるが²¹⁵⁾、錯誤の場合²¹⁶⁾には錯誤者は無過失でも賠償義務を負う²¹⁷⁾。過失は唯一の賠償責任を生ぜしめる原因ではないし、この問題における賠償は善意の相手方を保護することを目的としているからである²¹⁸⁾。賠償責任を発生させる根拠は契約と不法行為に限られず、この場合の信頼利益の賠償請求権は不法行為と契約の中間的なものであり、また法律の直接規定に基づく請求権であるので²¹⁹⁾、法律による直接的な請求権の付与が必要である²²⁰⁾。

以上のように、石田による錯誤者の無過失賠償責任論は立法論である²²¹⁾。石田の立論は非常に示唆に富んでいるが、錯誤者に賠償義務を課するために特別規定を必要としている点に着目すると、上述の岡松や穂積と同様に、解釈論としては軽過失ある錯誤者の賠償義務を認めていない見解

213) 石田（文）（前掲脚注210）461頁。

214) 石田（文）（前掲脚注210）467頁。

215) 石田（文）（前掲脚注210）462頁。

216) ほかに、無権代理人による法律行為、契約解除、申込の撤回などの場合には義務者は無過失でも信頼利益の賠償責任を負うとする（石田（文）（前掲脚注210）468頁）。他方で、原始的客観的全部不能の給付を目的とする契約、解約の場合などには義務者に過失がある場合にのみ賠償義務を認めるという。

217) 石田（文）（前掲脚注210）467頁。

218) 石田（文）（前掲脚注210）467頁。

219) この賠償義務の法的性質は法律行為と不法行為の中間的の法律の直接規定に基づく請求権であるが、この請求権は、有効に成立した法律関係の実現においてだけでなく、法律関係が成立せんとするにあたって等しく信義を基準として規律せんとするためのものだから、法律行為上の請求権を手本にすべきであるという（石田（文）（前掲脚注210）480頁）。

220) 石田（文）（前掲脚注210）463頁，480頁。

221) 石田（文）（前掲脚注210）441頁。

であると言える。

(ii) 不法行為構成否定への流れ

(a) 鳩山テーゼ

以上のように、不法行為構成とは異なる見解も見られるようになった中、鳩山はかつての見解を改めて、1924年に公表した「債権法に於ける信義誠実の原則」において、不法行為構成による軽過失ある錯誤者の賠償義務を明確に否定するようになる。同人はおおよそ以下のように言う。

軽過失によって他人に損害を加えたのであれば賠償責任を認めても民法の主義に反しないように思われるが、故意・過失により他人に損害を加えたときは常に賠償義務が認められるというのは民法の主義ではない。つまり、違法という要件を必要とする。不法行為において権利侵害という要件を定めているのはこのためである。その違法という概念を拡張的に解釈して公序良俗違反や信義公平違反を含むとしても、何らかの意味において違法という要件が備わらなければ民事責任を認めることができない。しかるに、過失により錯誤に陥りその結果として無効な法律行為をするということは他人の権利を侵害するものでないことはもちろん、公序良俗にも公平信義にも違反するとは言えない。これに加えて、民法が法律行為の要素に錯誤がある場合に意思表示を無効としていることは、表意者を保護するためであって、民法は錯誤について軽過失ある場合にも表意者に無効主張を許しているのだから、民法はこのような過失者をも保護する趣旨だと理解しなければならない。従って、錯誤により意思表示をした者には、たとえ錯誤に陥ったことについて過失があっても、賠償責任を認めるべきでないことはあきらかである²²²⁾。

鳩山はここで「違法」という言葉を使っているが、その意味を確認しておこう。鳩山が「債権法に於ける信義誠実の原則」を公表した時期は、大

222) 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〔初出：1924年〕）304-305頁。

学湯事件判決（1925年）の１年前である。この時期、鳩山は権利侵害要件を以下のように理解していた。即ち、不法行為を法規に違反する行為（違法行為）だと理解し、権利の侵害は原則として法規に違反するのだから、「民法ガ権利侵害ヲ要素トシタルハ其違法ナルコトヲ理由トシタルモノナルコト明ナルガ故ニ我民法謂フ所ノ不法行為モ亦常ニ法規ニ違反スル行為ナリと言ハザルベカラズ」と述べる²²³⁾。もっとも、権利侵害は違法だが、その逆は真ではなく、違法であっても常に権利侵害になるわけではなく、「違法」であることは権利侵害の前提となる²²⁴⁾。

このように鳩山は「違法性」を権利侵害の前提と見ており、違法でないならば権利侵害はない、ということになる（違法の方が権利侵害より広い）。以上の鳩山の見解をまとめると、過失ある者に賠償義務を認めるには、違法という要件を具備する必要があるが、過失により錯誤に陥って無効な法律行為をするというのは、公序良俗にも公平信義（信義則のことだろうか？）にも反しないため違法ではなく、不法行為責任は生じないということになる²²⁵⁾。また、民法が軽過失ある錯誤者に無効主張を許している以上、民法は軽過失ある錯誤者であっても保護をする趣旨だと理解しなければならないとして、軽過失ある錯誤者の賠償義務を完全に否定している²²⁶⁾（以下これを「鳩山テーゼ」と呼ぶ²²⁷⁾）。

223) 鳩山秀夫「日本債権法（各論下）」（岩波書店、1920年）839-840頁。

224) 鳩山・各論下（前掲脚注223）839頁。ただし、鳩山は、違法行為のうち権利侵害要件を満たす場合にしか不法行為を認めないのは立法論としては考慮の余地が多いと指摘する（同840頁）。

225) 無重過失規定について、原島が不法行為的な構成を否定していることは既に述べた（Ⅱ・1(3)(ii)）。もっとも、原島は「相手方の信頼を保護」するために、錯誤者の信頼利益の賠償責任は認めている（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）））。

226) 鳩山は、鳩山秀夫『日本民法総論〔改訂合巻〕』（岩波書店、1928年）365頁でもこの見解を維持している。

227) 円谷（前掲脚注194）215頁による呼称。

(b) 不法行為構成否定の通説化

この鳩山テーゼ出現以降、輕過失ある錯誤者の賠償義務について不法行為構成を否定する見解が多数を占めるようになる。たとえば、我妻栄は、ドイツ民法122条のような規定がないわが国では「解釈上も同一の結果（筆者—錯誤者に相手方ないし第三者に信賴利益の賠償義務を負わせること）を認め得ないとせられて居る」という²²⁸⁾。周知のように我妻は、鳩山とは異なり、709条の権利侵害要件を加害行為の違法性と理解し、違法性を被侵害利益の種類と侵害行為の態様の相関関係で判断すべきだとする（相関関係説）²²⁹⁾。このような立場をとる我妻においても、輕過失ある錯誤者には不法行為による損害賠償義務は認められていない²³⁰⁾。ただし、我妻は、錯誤者の賠償義務を定める規定のないわが国の民法に対して否定的であり²³¹⁾、立法論として、あるいは少なくとも心情的には賠償義務肯定説に立っていたと言える。それでも賠償義務肯定説を主張しなかったのは、やはり鳩山テーゼを理論的に克服することが難しかったのではないかと推測される²³²⁾。我妻の後にも、錯誤者の賠償義務規定の不存在に批判的ではあるものの、わが国では輕過失ある錯誤者に賠償義務は認められないとの見解が散見されるようになる²³³⁾。

他方で、鳩山テーゼ出現以後にも輕過失ある錯誤者の賠償義務を認める見解も見られた。たとえば、近藤英吉は、「表意者に過失ある限り、之に

228) 我妻栄『民法講義Ⅰ』（岩波書店、1930年）426頁。同『民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、1951年）249頁、同『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、1965年）303頁でも同様。その他、松坂佐一『民法提要 総則』（有斐閣、1954年）177-178頁も同旨。もっとも、同『民法提要 総則【第三版・増訂】』（有斐閣、1982年）233-234頁では、後述の四宮和夫の見解を採用し、不法行為責任が認められる余地があるとの見解を採るようになる。

229) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、1937年）125頁。

230) 相関関係説による場合、侵害行為の態様を適法行為たる錯誤無効の主張、被侵害利益を契約の有効性への信賴利益と考えるならば、やはり違法だとの評価はできないだろう。

231) 我妻・総則（前掲脚注228）426頁、同・新訂総則（前掲脚注228）303頁。

232) 円谷（前掲脚注194）216頁参照。

233) 柚木馨『判例民法総論下巻』（有斐閣、1952年）131頁、勝本正晃『新民法総則【1952年訂正版】』（創文社、1952年）207頁。

より相手方の被りたる全損害の賠償責任を認むるに何等の妨げもない。」と錯誤者の賠償義務を肯定している²³⁴⁾。また、軽過失ある錯誤者には不法行為責任が肯定されるという見解も依然として存在していた（宗宮信次²³⁵⁾、山中康雄²³⁶⁾、中村宗雄²³⁷⁾）。もっとも、いずれの見解においても、鳩山テーゼへの言及はなく、その理論的克服はなされていない。その他、不法行為構成を明確に否定した上で軽過失ある錯誤者の賠償義務を肯定する見解として、末弘厳太郎の見解がある。同人はおおよそ以下のように述べる。即ち、形式論的には、無重過失規定の解釈上は軽過失ある錯誤者には無効の主張が許されるのだから、その結果、相手方に不測の損害が生じては是認せざるを得ない。しかし、この場合に相手方に消極的契約利益の賠償を与えるという立場をとれば、意思主義と表示主義との調整が一層適切にとれて衡平の要求に適合する。民法も積極的にこれを否定してはいないと思われ、「無理に不法行為的構成を試みるよりは、取引法上の利益調整原理として事を考える方が事物の性質上遙かに合理的」である²³⁸⁾。以上のように末弘は、錯誤者と相手方との利益調整手段として軽過失ある錯誤者の賠償義務を肯定している。また、吾妻光俊も、債務不履行責任も不法行為責任も生じないが、衡平の見地から、過失ある錯誤者に契約締結上の過失を理由に賠償義務を課すべきだと主張する（この賠償額は信頼利益に限られる）²³⁹⁾²⁴⁰⁾。

234) 近藤英吉『注釈日本民法（総則編）〔第3版〕』（敎松堂書店、1937年〔初版：1932年〕）341頁。

235) 宗宮信次『改訂民法総論』（有斐閣、1949）141頁は、契約が有効ではないから契約上の法律関係はなく契約責任は生じず、不法行為の要件を具備する場合にのみ錯誤者は損害賠償義務を負うという。

236) 山中康雄『民法総則講義』（青林書院、1955年）260頁は、相手方が表示の有効性を信じて履行の準備をするなどして損害を受けたときは709条の要件を満たすという。

237) 中村宗雄『民法総則』（早稲田大学出版、1956年）197頁。それでも、95条はドイツ民法の錯誤規定に比べて相手方の保護に欠けるという。

238) 末弘厳太郎『続民法雑記帳』（日本評論社、1950年）204-205頁。

239) 吾妻光俊『債権法』（弘文堂、1954年）35頁。

240) 吾妻はBGB122条を「参考に値する」と評しているため、錯誤者に無過失の賠償義務を

このように鳩山テーゼ出現以後も輕過失ある錯誤者の賠償義務を肯定する見解がいくつか見られたものの、昭和30年代の終わりころ（1960年ころ）には、不法行為構成による輕過失ある錯誤者の賠償義務を否定する考え方は支配的なものとなっていた。たとえば、磯村哲はこの見解を当時の「通説」であると評価している²⁴¹⁾、北川善太郎も多数説だとして上述の我妻らの見解を紹介している²⁴²⁾。

(c) 不法行為構成によらない賠償義務肯定説

その一方で、この時期には、不法行為構成とは異なる構成によって輕過失ある錯誤者に賠償義務を認める見解が一部で根強く見られる。つまり、表意者と相手方の利益調整手段として賠償義務を肯定する見解である。たとえば、北川や上田徹一郎は上記の末弘説を支持している²⁴³⁾。川村泰啓も「錯誤による取消（日本民法は無効）にともなう信賴利益賠償の基礎には契約＝債務不履行はない（!!）。内心の意思が表意者側の所有権の私的性質に対応することから、私的所有権の論理にそくして、契約としての効果が否定されたのであるから、ここにいう信賴利益賠償は、一方が悪で、他方が善という主体的責任の法理から発するのでなくて、表意者の私的所有と相手方のそれとの利益の妥協にすぎない」と述べて、不法行為責任でも契約責任でもなく、表意者と相手方の利益の調和（?）という構成により輕過失ある錯誤者の信賴利益の賠償義務を肯定している²⁴⁴⁾。山田晟は不

ゝを課するという趣旨であろう（吾妻光俊『民法総則』（青林書院、1954年）162頁）。

241) 磯村哲「契約締結上の過失」末川博編集代表『民事法辞典上 増補版』（有斐閣、1965年：初版は1960年）461頁。初版も同様。

242) 北川善太郎「契約締結上の過失」契約法体系刊行委員会『契約法体系Ⅰ契約総論』（有斐閣、1962年）222頁。

243) 北川（前掲脚注242）223頁、上田徹一郎「契約締結上の過失」谷口知平編『注釈民法（13）』（有斐閣、1966年）63頁。なお、後年、北川は、契約締結上の過失を示唆して、過失ある錯誤者に相手方への信賴利益の賠償責任を認めるのが妥当であると主張するようになる（北川善太郎『民法総則〔第2版〕』（有斐閣、2001年）166頁）。

244) 川村泰啓『商品交換法の体系 上——私的所有と契約の法的保護のメカニズム——』（勁草書房、1967年）183頁。

法行為構成を否定し、信義則を根拠に錯誤者の賠償義務を肯定している。即ち、ドイツ民法では、意思表示を取り消した錯誤者に相手方が被った信頼利益の賠償義務が課されているものの、錯誤者の取消権は表意者保護のためのものであり、それを行使して意思表示の無効を主張することは表意者の権利である。従って、その結果、相手方が損害を被っても、取消には違法性がないため不法行為ではない。わが国でも錯誤者に賠償義務を認めようとするならば、「不法行為以外の理論、たとえば、信義の原則によらなければならないことになるであろう」²⁴⁵⁾。

錯誤者の賠償義務を当事者間の利害調整だと見ているこれらの見解は示唆に富むものではあるが、その後の学説には大きな影響を与えていないようである。昭和40年代の終わりころ（1970年代）から、不法行為構成が息を吹き返すためである。

（iii）不法行為構成の再生と近時の通説の形成

これまで見たように、不法行為構成による軽過失ある錯誤者の賠償義務否定説が支配的とされていた時期があったにもかかわらず、また錯誤者の賠償義務を認めるとしても不法行為構成によらない見解が少なからず主張されていたにもかかわらず、今日では不法行為規定を根拠に軽過失ある錯誤者に賠償義務を負わせる見解は一般的であると言える。では、不法行為構成復活の契機は那邊にあるのだろうか。これには、小林一俊の見解が大きな影響を与えている²⁴⁶⁾。

（a）小林説の四宮説への継受

小林は1973年に公表した論文において、以下のように主張している。即ち、起草者が過失ある錯誤者の賠償義務負担を当然視していたことを出立

245) 山田晟「『契約締結のさいの過失』に関するドイツの判例の比較法的分析」政治経済論集17巻3・4号（1968年）86頁。

246) 円谷（前掲脚注194）216頁は、小林説が今日の不法行為責任を根拠とする賠償義務肯定説に多大な影響を及ぼしているとしている。

点として、「錯誤効果を無効とするなら，特に不法行為を権利侵害に限定しない今日の不法行為理論によれば，信頼利益の侵害を不法行為として，その信頼損害（Vertrauensschaden）の賠償を認める構成も可能であるし，とにかく，錯誤者の過失を要件に不法行為ないし契約締結上の過失（culpa in contrahendo）の問題として処理すれば，それで十分ともいえよう」（下線筆者）²⁴⁷⁾。

このように小林は，不法行為論における「権利侵害から違法性へ」の流れを経て²⁴⁸⁾，権利侵害要件が文字通りの権利侵害に限定されなくなったことを前提に，軽過失ある錯誤者に不法行為に基づく損害賠償義務あるいは契約締結上の過失責任を認めることができると主張する。なお，上記の下線に関して，法律効果を取り消す場合には不法行為構成を採用できず，錯誤者に賠償義務を課す特別規定を要すると小林が述べている点は重要である²⁴⁹⁾。これについては後述する。

この見解は，四宮和夫によって支持され，同人の基本書『民法総則』にも採用される。小林の上記論文が公表される前年の1972年に四宮が著わした『民法総則』の初版では，軽過失ある錯誤者については以下のような記述となっている。

「わが民法の立法者は一般原則（709条）によって表意者は過失による責任を負うものと考えていた。軽過失の表意者は，一応無効を主張しうる立場にあるが，相手方が善意無過失である場合には，表意者はそもそも錯誤

247) 小林一俊『錯誤法の研究 [増補版]』（酒井書店，1997年）201-202頁（初出：亜大 7 巻 2 号，8 巻 1 号（1972年，1973年））。

248) 小林の論文が公表された当時（1973年）は，不法行為においてはいわゆる相関関係説が通説とされていた時代である。たとえば，潮見佳男は当時の議論状況を整理し，「不法行為による損害賠償責任の成立要件として権利侵害要件，故意・過失要件と並べ，または権利侵害に代わる要件として，違法性要件をあげる見解，とりわけ，相関関係説は，わが国の裁判実務の支持を得て，1970年代前半あたりまでは学説ではほぼ異論をみないような状況であった。」と評価している（潮見佳男『不法行為法 I 〔第 2 版〕』（信山社，2009年）69頁）。

249) 小林（前掲脚注247）201-202頁。ただし，錯誤者に無過失責任を負わせることには懐疑的である。

による無効を主張しえないという解釈を前提すれば、錯誤による無効を主張しうる場合は、少なくとも相手方に関するかぎり、信頼利益の賠償請求が認められる場合は存しないことになろう。悪意または有過失の相手方に信頼利益の賠償を認める必要は存しないからである」²⁵⁰⁾。

このように1972年の段階では、四宮は、相手方の認識可能性を錯誤無効の要件と理解し、相手方に認識できない錯誤がある場合にはそもそも無効主張が認められず、かといって相手方が悪意や善意有過失の場合には、そのような相手を保護する必要はなく、やはり軽過失ある錯誤者の賠償義務は首肯されない、ということになる。ところが、この後1976年に出版された同書の新版（部分補正）では、この部分は以下のような記述に置き換わっている。

「わが民法のもとでは、709条の不法行為（信頼利益の侵害）ないし契約締結上の過失として、過失ある表意者の損害賠償責任を認めることができよう（小林一俊「日本民法における錯誤法の系譜と問題点」亜細亜法学7巻2号・8巻1号参照）」²⁵¹⁾。

ここから明らかなように、四宮は従来の見解を改めるとともに割注で小林説を引用し、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責任として認める立場に変わっている。この立場は、能見善久によって引き継がれた同書の第9版でも維持されている²⁵²⁾。

（b）不法行為構成の再生とその他の賠償義務肯定説

小林及び四宮を端緒とする不法行為構成・契約締結上の過失構成は、その後の学説に大きな影響を与えている。著名な基本書ないし体系書において不法行為構成ないし契約締結上の過失構成で軽過失ある錯誤者の賠償義務を肯定する際に引用されている²⁵³⁾。また、四宮説は錯誤論における契

250) 四宮和夫『民法総則』（弘文堂、1972年）193頁。

251) 四宮和夫『民法総則 [新版（部分補正）]』（弘文堂、1976年）189頁。

252) 四宮和夫＝能見善久『民法総則 [第9版]』（弘文堂、2018年）259頁。

253) 小林説と四宮説の両方を根拠として挙げるものとして、石田喜久夫編『現代民法講義 I』（法律文化社、1985年）163頁（磯村保）、近江幸治『民法講義 I 民法総則』（成文

約締結上の過失の代表的見解として引用されることもある²⁵⁴⁾。

小林説及び四宮説を引用してはいないが、不法行為構成・契約締結上の過失構成によって錯誤者の賠償義務を肯定する見解もある²⁵⁵⁾。また、著者の態度決定はせずに、不法行為構成・契約締結上の過失構成を紹介するものもある²⁵⁶⁾。このように、錯誤者の賠償義務は不法行為ないし契約締結上の過失によって解決されるという見解は現在の学説の「多数」だと理解されるに至っている²⁵⁷⁾。

小林説及び四宮説の登場後、軽過失ある錯誤者の賠償義務を否定する見解は見られなくなったが、その法的構成を前述の不法行為構成・契約締結上の過失構成に拠らない見解も相変わらず一部で見られる。

鈴木禄弥は、表意者に軽過失がありかつ相手方が（表意者の錯誤につき）過失があるに過ぎない場合にのみ、契約締結上の過失として賠償義務が肯定されるとし²⁵⁸⁾、この契約締結上の過失の法的性質は不法行為責任と契約責任の中間であるが（どちらかと言えば契約責任よりだという）、敢えて法

ㄨ 堂, 1991 年) 178 頁 (同『民法総則 [第 6 版補訂]』(成文堂, 2012 年) 217 頁も同様。なお、筆者の見落としてなければ第 7 版ではこの記述は削除されている。), 川井健『民法概論 I 民法総則』(有斐閣, 1995 年) 209 頁 (川井健『民法総則 [第 4 版]』(有斐閣, 2008 年) 181 頁も同様), 山本敬三『民法講義 I 総則 [第 3 版]』(有斐閣, 2011 年) 225 頁など。

254) 高橋眞「契約締結上の過失論の現段階」ジュリ 1094 号 (1996 年) 143 頁。

255) 山田卓生他『民法 I 総則』(有斐閣, 1987 年) 125 頁 (山田卓生), 辻正美『民法総則』(成文堂, 1999 年) 236 頁, 河上正二『民法総則講義』(日本評論社, 2007 年) 363 頁。なお, 石田穰『民法総則』(悠々社, 1992 年) 352 頁は, 契約締結上の過失 (法律行為が契約を組成するもの) ないしそれに準じるもの (法律行為が契約を組成しないもの) を根拠に, 416 条に基づいて履行利益までの損害賠償を認めるべきだとしていた (相手方に過失があれば過失相殺される)。同『民法総則 民法大系(1)』(信山社, 2014 年) 675 頁では, 契約締結上の過失のほかにも不法行為に基づいて賠償義務が肯定されるという見解に変更されている。

256) 中田邦博他『新ブリメール民法 I 民法入門・総則 [第 2 版]』(法律文化社, 2020 年) 176 頁 (鹿野菜穂子)。

257) 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) 124 頁。

258) 鈴木禄弥『民法総則講義 [二訂版]』(創文社, 2003 年) 175 頁 (初版 (同『民法総則講義』(創文社, 1984 年) 122-123 頁) も同様)。

的性質を決する必要はなく信義則を根拠とするという²⁵⁹⁾。もっとも、錯誤者の賠償義務が認められても、通常は過失相殺によりかなり減額されるという²⁶⁰⁾。

また、錯誤者の賠償義務を肯定するもののその根拠を明確にしていないもの（幾代通²⁶¹⁾、槇悌次²⁶²⁾、石田喜久夫²⁶³⁾、中舎寛樹²⁶⁴⁾、安永正昭²⁶⁵⁾）、錯誤者と相手方の利益の調整を図る趣旨で錯誤者に損害賠償義務が課せられるとの学説の紹介にとどめるものもある²⁶⁶⁾。

以上のように、現在では不法行為構成・契約締結上の過失構成により軽過失ある錯誤者に損害賠償義務を認めるという見解が支配的である。もっとも、以上の見解のいずれも鳩山テーゼ（過失による錯誤に基づく無効な法律行為は違法ではなくそれゆえ不法行為責任は成立しない²⁶⁷⁾）への応接はなく、それどころか実際のところその先駆けとなった小林説においてすらも、鳩山テーゼへの応接はない²⁶⁸⁾。そうすると、鳩山テーゼをふまえたとして

259) 鈴木祿弥『債権法講義〔四訂版〕』（創文社、2001年）312-313頁。なお、初版では「立証責任や消滅時効に関しては契約違反にもとづくものとして扱われても、他の事項に関しては、不法行為にもとづくものとして扱われる場合もありうる」と述べるにとどまる（同『債権法講義』（創文社、1980年）198頁）。

260) 鈴木（前掲脚注258）175頁。

261) 幾代通『民法総則〔第2版〕』（青林書院新社、1984年）275頁は、わが国にBGB122条に相当する規定がないこと指摘し、解釈論として錯誤者の信頼利益の賠償義務を肯定する余地があるように思われる、とするにとどまる。

262) 槇悌次『民法総則講義』（有斐閣、1986年）137頁は、錯誤につき善意無過失の相手方に対して（双方錯誤の場合）過失ある錯誤者は信頼利益の賠償をなすべきだという。

263) 石田喜久夫『口述民法総則』（成文堂、1989年）237頁は、ドイツ民法（BGB122条）と同じ効果を認めるべきだと述べる（錯誤者に無過失責任を認める趣旨か）。

264) 中舎寛樹『民法総則』（日本評論社、2010年）114頁は、過失ある錯誤者に賠償義務があるとするにとどまる（2版では削除）。

265) 山田卓生他『民法Ⅰ総則〔第4版〕』（有斐閣、2018年）146頁〔安永正昭〕は、錯誤者と相手方との利益調整の趣旨で軽過失ある錯誤者に賠償義務が認められるべきだという。

266) 小野秀誠他『新ハイブリッド民法Ⅰ』（法律文化社、2018年）182頁〔中川敏宏〕、佐久間毅『民法の基礎Ⅰ総則〔第5版〕』（有斐閣、2020年）166頁。

267) Ⅱ.2.(2)(ii)(a)参照。

268) 小林（前掲脚注247）208頁では、鳩山が否定説を採用した『債権法に於ける信義誠実ノ

も、過失ある錯誤者に不法行為責任を負わせることができる、と言えるかが問題となる。

(3) 錯誤者の賠償義務を不法行為責任とすることの可否

過失ある錯誤者の賠償義務規定がない日本民法典では、軽過失ある錯誤者による意思表示の効力否定は民法上許されているのだから、それがなぜ不法行為となるのか、は相変わらず問題となる²⁶⁹⁾。

(i) 不法行為責任の肯定

これに関して、平野裕之は、以下のように述べて、相手の完全性利益の侵害を根拠に不法行為責任を肯定する。平野は、第一に、1989年当時の通説が軽過失ある錯誤者の賠償義務を肯定していた点を挙げる²⁷⁰⁾。次に、確かに制限行為能力者を理由とする取消権行使であれば不法行為とはならないが²⁷¹⁾、錯誤の場合には契約前の行為（注意義務違反）が問題となるのだから、制限行為能力者の取消と同一には考えられず、「錯誤に陥ったことに過失ある場合には、無効な契約を締結した相手方の財産的完全性を侵害しない（無益な支出をさせない）不法行為上の注意義務違反が認められ、不法行為が成立することは疑いないであろう」と述べる²⁷²⁾。もっとも、認識可能性説に立つ平野の立場からは、この賠償義務が実際に機能する場面は少ないとされる。即ち、錯誤による意思表示の効力否定が認められるのは、相手方が錯誤を認識可能でありかつ放置した場合または錯誤惹起した場合であるので、ほとんどの場合で錯誤者の賠償義務が肯定されること

「の原則」は引用されておらず、肯定説を採っていたころの『法律行為乃至時効』だけが引用されている。

269) 平野裕之『民法総則 [第3版]』(日本評論社, 2011年) 289-290頁。

270) 平野裕之「いわゆる『契約締結上の過失』責任について」法律論叢61巻6号(1989年) 84頁。

271) 不法行為責任を認めると取消権を付与して制限行為能力者を保護した意味がなくなる、という(平野(前掲脚注270) 78頁)。なお、鳩山(前掲脚注222) 303頁も参照。

272) 平野(前掲脚注270) 79頁。

はなく、認められるとしても過失相殺されるという²⁷³⁾²⁷⁴⁾。

また、錯誤者の賠償義務を肯定するにあたり起草者の意思を援用する見解もある。池田清治は、鳩山テーゼがドイツ不法行為法の影響（不法行為成立に強い違法性が要求される）を受けたものと見た上で、起草者が過失ある錯誤者の賠償義務を当然視していたこと、この場面で要求される違法性はドイツ民法とは異なることを挙げて、「民法典は過失により締結に関する誤信を惹起することで相手方に純粹財産損害を加えた場合、誤信惹起者は不法行為責任を負うべきであるとの価値判断を下している」と評価できると述べて誤信惹起を帰責根拠に錯誤者の不法行為責任を肯定している²⁷⁵⁾。池田は、誤信惹起行為につき違法性と有責性、行為者への帰責可能性、当該行為への信頼の正当性を要素だと見て、日本の契約交渉破棄に関する裁判例の分析を通して、誤信惹起を①「幾分なりとも締約の可能性がある」との誤信惹起、②「締約が確実である」との誤信惹起、③「既に締約された」との誤信惹起に分類している²⁷⁶⁾。

（ii）誘因責任

これに対して、鳩山テーゼや原島説（違法行為の責任を問う根拠である過失を適法行為たる錯誤に持ち込むべきではない²⁷⁷⁾）に接して、錯誤者の賠償義務を不法行為責任とは異なる根拠、即ち誘因責任によって基礎づけようとする見解もある。田中美智子は、ドイツ民法122条の分析を通じておよそ以下のように述べる²⁷⁸⁾。

273) 平野裕之『コア・テキスト民法Ⅰ民法総則〔第2版〕』（新世社、2019年）152頁。

274) 中松は、認識可能性説からは基本的に錯誤者の賠償義務は否定されることになるという（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）438頁）。

275) 池田清治『契約公法の破棄とその責任——現代における信頼保護の一態様——』（有斐閣、1997年）330頁。

276) 池田（前掲脚注275）331-332頁。

277) I.1.(3)(ii)参照。

278) 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メ

ドイツ民法部分草案（総則）では取引政策上必要であるとの理由から、同第一草案では、イェーリングの契約締結上の過失論を採用して、錯誤者に「過失」のある場合にのみ賠償義務が課されていた²⁷⁹⁾。しかし、反対派は第一草案の立場は不法行為責任であると論難し、消極的利益の賠償義務を意思主義と表示主義の折衷的なものであり過失の有無にかかわらず認められるべき（ウンガー）、善意の表示の受け手は少なくとも錯誤者よりも責めが少なく、公平な正義の原理から損害の惹起者がこの損害を回復するべき（ギールケ）、第一草案は錯誤者に重過失ある場合は契約が有効という立場をとっているが重過失と軽過失の区別は難しい（ベッカー、オフナー、ベール）、錯誤者の主観的過失ではなく相手方の保護の観点を問題とすべき（ベール）、錯誤者が相手方と与えた言葉への相手方の信頼を保護すべき（ヤコビ）、などと主張した²⁸⁰⁾。これらの批判を受け、第二草案では、錯誤者に過失がない場合に相手方の保護に欠ける、過失の程度の区別は困難であるとの理由から、錯誤者の過失の程度や有無にかかわらず消極的利益の賠償義務が認められた²⁸¹⁾。第一草案では、ローマ法的立場が採用されていたが、第二草案では、ゲルマン法的立場の巻き返しがあったと評価されている。ローマ法では責任基準として過失（culpa）などを採用していたが、ゲルマン法の古い原理では誘因責任が認められており、これは危険分配を目的として²⁸²⁾、他人に損害を生じさせた者は主観的過失に関わらず損害賠償義務を負うというものであった²⁸³⁾。そしてこの錯誤者の責任を誘因責任だととらえることはドイツでは通説となっており、契約締結上の

「生成——」法政論究46号（2000年）85頁以下。

279) 田中（前掲脚注278）90-97頁。

280) 田中（前掲脚注278）99-101頁。

281) 田中（前掲脚注278）102-104頁。なお、錯誤者に重過失ある場合には契約が有効になるとの文言は第二草案では落ちている。

282) 田中は、二隻の船が互いに衝突したが、どちらも過失を証明し得ない場合には、一方の船の所有者は相手方の船の所有者に生じた損害の半分を支払うべきであるという命題が通用していた、という例を紹介している（田中（前掲脚注278）106頁）。

283) 田中（前掲脚注278）104-106頁。

過失とは異なるジャンルを提示したドイツの議論は日本にとっても示唆的である²⁸⁴⁾。

(iii) 信義則上の責任

円谷峻は鳩山テーゼの克服は困難と見て不法行為構成を否定し、信義則を根拠に錯誤者の賠償義務を肯定する。円谷はおよそ以下のように述べる。

表意者に軽過失がある場合には相手方が損害賠償請求をすることは妨げられないが、これを違法性を要件とする不法行為に基づく損害賠償と構成することには問題があり、また契約締結上の過失は具体的中身がなく²⁸⁵⁾、錯誤者の過失がある場合に契約締結上の過失により損害賠償義務を認めるというのは、不法行為による損害賠償責任を認めるとの同義反復でしかないため、「契約締結上の過失」と構成することも適切ではない²⁸⁶⁾。従って、信義則を根拠に²⁸⁷⁾、利益調整的な意味で過失ある錯誤者に損害賠償義務を課すことが適切であるが、この場合の損害賠償とは、アメリカ錯誤法という原状回復あるいは不当利得の意味合いを有する利益の調整²⁸⁸⁾と

284) 田中（前掲脚注278）106-108頁。

285) 円谷（前掲脚注194）210頁でその旨を述べる。

286) 円谷（前掲脚注194）227頁。円谷は、契約締結上の過失とは契約締結の際に生じる問題を種々の規範（信義則規定、契約責任規定、不法行為規定）により解決する際の「見出し」、または種々の規範により解決されるべき問題を包み込む「風呂敷」だという（同109頁）。この見解の初出は、円谷峻「契約締結上の過失」森泉章編集代表『内山尚三＝黒木三郎＝石川利夫先生還暦記念 現代民法学の基本問題中』（第一法規出版、1983年）183頁以下。

287) 円谷（前掲脚注194）173-197頁で、円谷は、交渉打ち切りの裁判例の分析を通して、「『まさか契約が締結されないとは予想することができない』程度に契約交渉が進展し、相手方が契約成立への信頼をしていたにもかかわらず、当事者の一方が契約交渉を打ち切ってしまった」事例では「信義則上の責任」が認められていると見ており、このような「信義則上の責任」はわが国の法意識とも合致するという（特に196-197頁）。

288) 円谷（前掲脚注194）223頁は、第二次アメリカ契約法リステイメント152条において、契約の改訂（Reformation）と原状回復が認められることを指摘している。なお、原状回復については同158条で定められている。➤

解すべきである²⁸⁹⁾。表意者に非難されるべき事由(契約締結上の過失)があれば、それは表意者自身が——起草者が認めていた——損害賠償義務として負担しなければならない。つまり「錯誤無効における契約締結上の過失」とは信義則を根拠にした契約利益の調整であり、この意味での損害賠償は、破綻した法律行為の代償的な機能を営んでおり、履行利益を限度とする賠償が認められる²⁹⁰⁾。これにより、契約の有効・無効という悉無律的ではない錯誤リスクの配分²⁹¹⁾の機能が生まれる²⁹²⁾。そして、錯誤の顧慮要件との関係では、① 相手方が表意者の錯誤につき善意無過失であれ、有過失であれ、無過失の錯誤者は錯誤無効を主張できる。② ①と同じく

↘ Restatement, Second, Contracts, § 152

(両当事者の錯誤が契約を取消可能なものとする場合)

「(1) 契約が締結された時点における当該契約締結についての基本的前提 (a basic assumption) に関する両当事者の錯誤が合意された履行の交換に実質的な影響を与えている場合、不利益を被る当事者により当該契約は取消しが可能である。ただし、154条所定のルールに従って当該当事者が錯誤のリスクを負担する場合はこの限りではない。

(2) 前項の錯誤が合意された履行の交換に対して実質的な影響を与えるか否かを決定するにあたっては、契約の文書の改定 (reformation)、原状回復 (restitution) あるいはその他の方法によるあらゆる救済が考慮される。」

Restatement, Second, Contracts, § 158

(原状回復を含む救済)

「(1) 本章所定のルールに服する事例すべてにおいて、いずれの当事者にも、240条(合意された等価部分としての一部履行)及び376条(契約が取消可能な場合の原状回復)所定のルールに従って原状回復を含む救済を請求することが許されている。

(2) 本章所定のルールに服する事例すべてにおいて、当該ルール及び第16章所定のルールによって不公正 (injustice) が回避されないことがある場合には、裁判所は、公正さ (justice) により必要とされる条項に基づいて、両当事者の信頼利益の保護を含む救済を与えることが許されている。」

289) 円谷(前掲脚注194)227-228頁。

290) 円谷(前掲脚注194)228頁。

291) 円谷は、これとは異なる意味でのリスク分配として、認識可能性による錯誤リスク分配を論じる小林の見解(小林(前掲脚注247)415-436頁, 459-464頁)を挙げている(円谷(前掲脚注194)227頁)。これは、いわば契約が有効か無効かという二者択一的なリスク分配方法ということになる。

292) 円谷(前掲脚注194)228頁。

相手方の態様に関わらず、軽過失ある錯誤者も錯誤無効の主張ができるが、信義則を根拠に賠償義務を負う。ただし、相手方が有過失の場合には過失相殺される。③ 錯誤者に重過失があれば無効を主張できない²⁹³⁾。

(iv) その他の見解

以上とはやや趣を異にするが、709条の解釈から軽過失ある錯誤者の不法行為責任の成立に否定的な見解もある。加藤雅信は、錯誤による法律行為無効を認めても同時に賠償義務を全面的に肯定しては、軽過失ある錯誤者にとって95条は無意味になるとして、軽過失であれば、違法侵害とはならず、「損害」がエコノミックロスであれば、権利侵害・利益侵害ともならないので、多くの場合には不法行為責任は成立しないという²⁹⁴⁾。加藤は、709条の要件を、権利侵害類型と違法侵害類型で区別し、前者については、絶対的権利・絶対的利益は、その侵害があった場合、侵害者に故意・過失があれば常に損害賠償請求権が発生するが²⁹⁵⁾、後者については、相対権・相対的利益の侵害があった場合、被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様、つまり主観的要素と客観的要素を総合的に評価して、「違法」といえるかを判断し、損害賠償請求権の成否が決められるという（違法性一元論）²⁹⁶⁾。加藤説によれば、錯誤の場合にはおそらく違法侵害類型が問題となると思われる。

また、錯誤取消しを介さずに錯誤者に賠償義務が認められるのと実質的に同様の結果を達成しようとする見解もある。岩本尚禧は、95条3項1号を通じて、相手方における表意者の錯誤の悪意または善意無重過失（表意者の錯誤是正の不作為）を不作為詐欺と同視し、「錯誤の成立が認められなくとも、錯誤者から相手方に対する損害賠償請求権を肯定」し、錯誤者に

293) 円谷（前掲脚注194）229頁。

294) 加藤雅信『新民法大系Ⅰ 民法総則〔第2版〕』（有斐閣、2005年）257頁。

295) 加藤雅信『新民法大系Ⅴ 事務管理・不当利得・不法行為〔第2版〕』（有斐閣、2005年）185-186頁。

296) 加藤（前掲脚注295）191頁。

過失があれば過失相殺を通じて、実質的に錯誤者の賠償責任規定を導入した場合と同様の効果が得られ、その結果「取消権行使と不法行為成立」の問題を回避できると主張する²⁹⁷⁾。

(v) 小 括

平野説は、輕過失ある錯誤者の賠償義務の根拠を契約締結前の行為義務違反にあると見て相手方の完全性利益侵害としても不法行為責任が成立するとしている。しかし、錯誤者に一般に錯誤に陥らない義務というものを経課すことは、原島説の言うように²⁹⁸⁾、疑問である。また、平野説によれば、制限行為能力者の取消権行使に不法行為責任を課すと制限行為能力者を保護した意味がなくなると言うが、改正前95条は錯誤者に重過失がない場合には無効（改正前95条の法律効果）の主張を許している、つまり輕過失ある錯誤者を保護していると見ることができるのだから、事情は錯誤の場合も同じである。なお、この理は、錯誤の法律効果が取消となっている現在においては一層妥当する。即ち、過失によって錯誤に陥っただけでは契約は有効のままであり、相手方には何らの損害もない。取消権の行使をして初めて相手方に損害が生じるが、この取消権は重過失のない錯誤者に法が特別に付与している権利であり、この行使（適法行為）を不法行為だと見することは法的評価の矛盾をきたすことになろう²⁹⁹⁾。

池田説は、誤信惹起を根拠に輕過失ある錯誤者に不法行為責任を負わせることを肯定している。確かに、契約交渉破棄の場合にはそのように言えるが、上記のように、法は、錯誤者に重過失がない場合には錯誤の主張を許しているのであって、そのような規定（一定の場合に交渉破棄をすること

297) 岩本尚禧「錯誤者の責任」松久三四彦他編『社会の変容と民法の課題〔上巻〕——瀬川信久先生・吉田克己先生古希記念論文集——』（成文堂、2018年）161頁。

298) 原島（前掲脚注225）673-674頁。

299) 不法行為構成・契約締結上の過失構成を採用する小林も、同じ理由から、錯誤の効果が取消の場合には、不法行為構成を採用できないと述べている（小林（前掲脚注247）201-202頁）。

ができるとする規定）の存在しない交渉破棄の問題と同じ扱いをすることにはためらいを覚える。起草者が軽過失ある錯誤者の賠償義務を認めていた、という理由もその機序の説明がなければ錯誤者の不法行為責任を正当化するのに十分とは言えないだろう。

不法行為構成を否定して、軽過失ある錯誤者の賠償責任を誘因責任だと見る田中説や信義則上の責任だと見る円谷説は示唆に富んでいる。しかし、誘因責任を直ちに日本に導入することができるかは疑問であるし、信義則上の責任を認めるとしても、その責任の性質が直ちに確定するものではない以上³⁰⁰⁾、立証責任や消滅時効期間などがどうなるのかが分かりにくいという難点がある。これらの問題については更なる考究を要するだろう。

加藤説によれば、軽過失ある錯誤者には709条が適用されるもののほとんど不法行為責任が生じないということになる。しかし、不法行為とはならなくても、誘因責任や信義則上の責任など当事者の利害調整という意味での賠償義務が肯定される余地はあるのではないだろうか³⁰¹⁾。岩本説によれば、確かに鳩山テーゼや原島説の指摘する問題を回避できるが、表意者が錯誤に陥っている以上、重過失がなければ表意者の錯誤の主張を阻止することはできず、抜本的な解決にはなっていないように思われる。

（４）意思表示の解釈から見た錯誤者の過失

賠償義務の法的構成をいったん離れて解釈との関係を考察しよう。錯誤者の賠償義務がいかなる場合に認められるかにつき、意思表示の解釈との関係から位置づける見解がある。ここでは主として以下の２つの学説を紹介するとどめる³⁰²⁾。

300) 円谷の契約締結上の過失論については、円谷（前掲脚注194）96頁以下参照。

301) 当事者の利害調整として賠償義務を認めるべしとの見解は、立法論としては、石田（文）説（Ⅱ 2(2)(i)参照）、解釈論としては末弘説（Ⅱ 2(2)(ii)(b)参照）に見られる。

302) 下記のほかにも、内池慶四郎「無意識的不合意と錯誤との関係について——意思表示解釈の原理をめぐり」慶法38巻1号（1965年）、鹿野菜緒子「ドイツにおける不合意惹起者の損害賠償義務——規範的解釈における『過失』の要素——」東京商船大学研究報告40ノ

(i) 須 田 説

須田晟雄は、付与意味基準説に立ち、「正しい意味の付与に失敗した当事者」に錯誤の主張を認めるとともに、これを理由に賠償義務を肯定する。須田は、当事者の付与した意味を基準として解釈する従来の見解においては、錯誤者とされた者に軽過失がある場合にはその相手方の付与した意味に拘束されないことになるが、その理由が適切に説明されていないことを指摘し³⁰³⁾、軽過失があっても錯誤者に契約からの離脱を認める理由を大略以下のように述べる。

錯誤者が意思表示に拘束される根拠は自己責任に求められ、意思表示ないし契約の拘束力は、規範的解釈の判断枠組みにおいて、表示の相手方が表示の意味を正当に理解すべき意味において信頼していたか否か、表意者が意思に対応しない表示をしたことに過失があつて帰責可能か、という2つの基準（要件）によって判断され、両者が満たされていれば、相手方の理解した意味でその拘束力が生じる³⁰⁴⁾。表意者が表示の客観的意味とは異なる意味を表示に付与したが、相手方が諸事情から表意者の付与した意味を認識可能な場合には、相手方の付与した意味は表示の拘束力の基準にはならず、表意者の錯誤は生じない³⁰⁵⁾。つまり、契約において表意者の錯誤が問題になり得るのは、表意者が表示の客観的意味と異なる特殊な意味を表示に付与し、あるいは誤った表示をし、相手方が表示の際の諸事情から表意者の内心の意思を認識し得ず、かつ表示に正当な意味を付与した場合に限定される³⁰⁶⁾。そして、誤った表示をした表意者からの錯誤の主

ㄨ号(1990年)も参照。

303) 須田晟雄「意思表示の解釈と錯誤の関係について(1)」北園19巻1号(1983年)387-391頁。須田は、検討学説として、内池慶四郎の見解(内池(前掲脚注302)204頁, 219頁)と石田穰の見解(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))を挙げている。

304) 須田(前掲脚注303)398頁。

305) 須田(前掲脚注303)400頁。

306) 須田(前掲脚注303)400-401頁, 404頁。

張が許される根拠は、「人間のコミュニケーションにおける一般的な困難性と陥穽を考慮して意思の疎通の不成功から表意者を保護」するためである³⁰⁷⁾。つまり、表意者と相手方の利害の調和を考えたとき、錯誤者を不利な表示に拘束するよりも、無効を認めた上で錯誤者に信頼利益の賠償義務を負担させる方が適合的である。そして、「誤った表示について過失ある表意者のみが帰責性あるものとして相手方の附与した表示意味に拘束されるとともに、錯誤の法的保護要件を満たせばその者からの錯誤無効の主張が認められるとするならば、表意者の表示上の過失責任、即ち、自己の過失に基づく誤った表示の拘束力を信頼した相手方に対する責任として契約締結上の過失責任に基づいて」錯誤者の賠償義務は基礎づけられる³⁰⁸⁾。たとえば、フランス人Xがドイツで代金を「フラン」で支払うと申込み、スイス人Yがこれを承諾した場合に、「フラン」の意味をXはフランスフラン、Yはスイスフランだと理解していた場合には、Xは一義的に表現しなかった、Yは多義的な表示を漫然と承諾したという過失があるため契約は不成立となるが、契約地及び履行地がスイスの場合には、Xには過失（取引上通念上の意味とは異なる意味を付与していながら明確に相手に伝えていない）があるので、Yの付与した意味で契約が成立し、Xの意味錯誤（内容錯誤）が問題になり、このとき、Xの錯誤をYが認識不可能な場合には、Xは錯誤無効によって生じるYの信頼損害を賠償するべきである³⁰⁹⁾。

307) 須田（前掲脚注303）401-404頁。

308) 須田（前掲脚注303）405-406頁。

309) 須田（前掲脚注303）399-400頁。須田は、規範的解釈において、不都合と錯誤を明確に区別している。これは賠償義務で特に区別する実益があるという。つまり、錯誤は付与意味につき一方当事者にのみ過失があるので過失ある錯誤者が善意無過失の相手方に対して賠償義務を負うことは当然であるが、互いに過失があつて不都合となる場合には両者の賠償義務は問題にならないとする（415頁）。

(ii) 滝 沢 説

滝沢昌彦は、意思表示の解釈における過失、錯誤者の過失、契約が無効になった場合の表意者の過失をそれぞれ区別する。

意思表示の解釈において、当事者は、相手方が理解していると認識しうべき意味に拘束される³¹⁰⁾。たとえば、AがBから「Parterre-Wohnung」を賃借する契約を締結したが、その言葉はAの住んでいる地方では「1階」という意味で理解されていたのに対して、Bの地方では「2階」の意味だと理解されていた場合、AにはBが「Parterre-Wohnung」を「1階」とは異なる意味で理解することは、特段の事情がない限り、認識できないし（Aには「1階」という意味しか帰責できない）、その事情はBにも同じであるので（Bには「2階」という意味しか帰責できない）、不成立ということになる³¹¹⁾。そして、解釈において問題になるのは行為の帰責ではなく、表示の意味の帰責であるため、表示選択者である表意者よりも相手方が手厚く保護されるべきであり、このように考えれば、解釈において考慮されるべき当事者の責任とは、相手方が理解すると認識しうべきであったか否かという意思の伝達についての責任のみとなるため、錯誤や契約締結上の過失といった他の制度の存在意義は失われない³¹²⁾。たとえば、XはA土地を購入しようとして、この土地をB土地と誤解してB土地を買おうと相手方に申し込みをした場合、Xには相手方がB土地だと理解していると認識できるためB土地の売買契約が成立するが、Xにこの勘違いをしたことに責められない事情がある場合（錯誤者の過失はここで問題となる）、

310) 滝沢昌彦「表示の意味の帰責について——意思表示の解釈方法に関する一考察——」一橋19巻（1989年）293頁。ここで表意者に表示の意味の認識可能性が必要とされる根拠は、「当事者の自己決定の保護」と、「表示者と受領者の平等の観点」にあるとされる。表示の意味の認識可能性を責任のメルクマールとすることで、契約解釈でも自己決定が貫徹され、また、受領者が認識できない意味が解釈の基準にはならないのだから、両者の公平のために、表意者の認識可能性も考慮する必要がある（294頁）。

311) 滝沢（前掲脚注310）195頁、293頁。表示の意味の認識可能性が必要であることは、自己決定の保護、表意者と受領者との平等の観点から基礎づけられるという（294頁）。

312) 滝沢（前掲脚注310）307頁、294-295頁。

錯誤の主張が許される³¹³⁾。また、解釈で問題になるのは、ある意味を表意者に帰するための帰責事由であり、契約締結上の過失における損害賠償を基礎づける帰責事由とは異なるものの、実際には両者の区別は難しい。しかし、XとYの契約交渉中にXがYに「〇月〇日に確実に履行ができるように準備されたい」と契約が成立したともまだ成立していないともとれる表現をした場合、いずれの当事者も相手方が自分とは異なった意味に理解すると認識しうべきである、といえるので、契約は不成立となるが、XにはYの無駄になった費用について契約締結上の過失に基づいて賠償責任を負う余地は十分にある³¹⁴⁾。このように、① 契約解釈で問題になる過失、② 錯誤者の過失、③ 契約が不成立または無効になった場合にその成立または有効を信頼した相手方に生じた損害の賠償を基礎づける表意者の過失の三つは、理論上も実際上も区別される³¹⁵⁾。もっとも、①と③の区別は実際には困難である³¹⁶⁾。

解釈と錯誤の関係を論ずることが本稿の目的ではないので、上記学説の理非曲直について検討することは避け、ここでは筆者なりのまとめと錯誤者の過失とかかわる範囲での問題点の提示にとどめたい。須田説は、解釈における過失と錯誤の過失を同じものと見ていえる。即ち、誤った表示について過失ある表意者のみが帰責性あるものとして相手方の付与した表示意味に拘束され、錯誤の主張によって表示の拘束力への相手方の信頼を裏切った場合には、その過失ある錯誤者は、相手方との利害調整手段

313) 滝沢（前掲脚注310）295頁。

314) 滝沢（前掲脚注310）296頁。

315) 滝沢（前掲脚注310）296-297頁。石田（穰）（前掲脚注303）159頁も解釈における重過失と錯誤者の重過失を区別している。

316) 「ある意味を表意者に帰しうることとは、表示者は受領者がその意味に理解すると認識しうべきであるということなので、このとき、表示者は、受領者がその意味を信頼して被った損害を賠償するべきであるように思われるし、他方、ある意味を表意者に帰さないということは、表示者は受領者がその意味に理解すると認識しえないということなので、受領者がその意味を信頼して損害を被ったとしても表示者に故意または過失はなく、賠償責任は生じないように思われるからである」（滝沢（前掲脚注310）296頁）。

として契約締結上の過失（不法行為責任か？）に基づく賠償義務を負う。

他方で、滝沢説は、① 解釈での過失、② 錯誤者の過失、③ 無効な契約を信頼した相手方への賠償を基礎づける表意者の過失を区別されるべきものと見ている。錯誤者の過失とは表示の意味を誤解したことに責められない事情がないことであり、これは重過失、つまり錯誤の主張の可否の問題となると思われる。従って、いわゆる契約締結上の過失責任が認められなければ、錯誤者の賠償義務も肯定されないという立場だと思われる。

たとえば、Aが馬を買うつもりで牛を買いたいとBに申し込んだ場合、須田説によれば、BがAの内心（馬）を認識し得ず、かつBが「牛」という表示に「牛」という意味を付与している場合、牛の売買契約が成立し、Aの錯誤が問題になり、BがAの錯誤を認識し得ない場合にAには正しい意味付与に失敗したために（解釈及び錯誤における過失）信頼利益の損害賠償義務が生じる。滝沢説によれば、Aには自身の表示が牛だとBに理解されることは認識可能であるので（解釈における過失）、牛の売買契約が成立し、Aがこのような誤解をしたことに重過失がなければ錯誤の主張ができるが（錯誤における過失）、契約締結上の過失により賠償義務を負う。もっとも上記①と③の区別は実際には困難だと述べられていることからすると、解釈における過失が認められる場合には通常は賠償義務が肯定されることになろう。

須田説では、解釈における重過失と軽過失という程度差をいかにして区別するのが問題となる。滝沢説では、重過失における石田（穰）説（Ⅱ 1 (3)(iv)参照）と同様、解釈の過失と錯誤の過失は理論上区別されるが、実際はほとんど同一の判断をすることになるのではないかという疑問がある。また、上記の学説は表示の意味に関する錯誤に関するものであり、重過失のところでも述べたように（Ⅱ 1 (3)(iv)参照）、動機の錯誤の場合にどうなるのかはさらに検討が必要となろう。

（５）債権法改正

債権法改正の議論では、錯誤者の賠償義務については、特に錯誤者に無過失の賠償義務が課されるべきかどうかが議論され、結局、錯誤者の賠償義務は不法行為に委ねられることになり、賠償義務の条文化は見送られている。中間試案の段階でこの論点は落ちている³¹⁷⁾。以下、民法（債権法）改正検討委員会の基本方針を確認し、法制審での議論を概観する。なお、ここでは便宜上、人名に役職名を付与している。

民法（債権法）改正検討委員会の基本方針によると、「錯誤者の損害賠償責任については、一般法理（契約締結上の過失責任ないし不法行為責任）によるとの学説が多数と考えられる。確かに、自分の不注意によって錯誤をした結果、相手方の信頼を害し、不利益を与えた以上、表意者は、損害賠償責任を負ってしかるべきであると考えられる。しかしこれだけであれば、とくに明文化する必要はなく、損害賠償責任に関する一般規定に委ねれば足りると考えられる³¹⁸⁾」、として契約締結上の過失または不法行為責任として軽過失ある錯誤者の賠償義務が認められるとの見解を打ち出していた。

（a）第１ステージ³¹⁹⁾

法制審議会の議論では、第10回会議（第１読会(8)平成22年６月８日）において、錯誤者の賠償責任について取り上げられている³²⁰⁾。消費者に無過失の賠償義務を負わせるのは酷であるため錯誤者の賠償義務は不法行為の

317) 森田修「錯誤：要件論の基本構造を中心に（その２）」法教429号（2016年）79頁参照。

318) 基本方針Ⅰ（前掲脚注257）124頁。

319) 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>。

320) 民法（債権関係）の改正に関する検討事項(7)（部会資料12-1）6-7頁では、以下の点が検討事項として挙げられている。「錯誤者は過失が無くても損害賠償の義務を負うという趣旨を含めて、錯誤者の損害賠償責任についての明文規定を設けるべきであるという考え方が提示されている。これに対して、錯誤者の損害賠償責任については、不法行為法の一般原則にゆだねるべきであり、特則を置く必要はないとする考え方もある。／以上のような考え方について、どのように考えるか」。

一般原則に委ねてよいのではないかとの発言があり西川康一関係官)³²¹⁾、岡正晶委員からも、消費者の保護を理由に不法行為の要件で規律する方がよいというのが弁護士会の多数意見だとの発言がなされた³²²⁾。

第22回会議（論点整理(2)平成23年1月25日）では³²³⁾、岡田ヒロミ委員から、第10回会議での岡委員の発言（錯誤者の賠償義務は不法行為の規定に委ねてよい）に賛同する趣旨の発言があり³²⁴⁾、また、岡委員からは弁護士会は（無過失賠償責任に？）実質的に反対であるので論点から落とすべきではないかとの意見が出されている旨の発言があった³²⁵⁾。錯誤者の賠償義務について主として争われたのは、第31回会議においてである。

(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）において、錯誤者の賠償義務については不法行為に関する一般規定に委ねるべき旨が提示されている³²⁶⁾。補足説明によれば、錯誤の顧慮要件において相手方の保護は既に考慮されているし、契約締結上の過失責任や不法行為の一般原則をこえる無過失責任を錯誤者に負わせる理由はないと説明されている³²⁷⁾。

審議において、笹井朋昭関係官から、無過失の錯誤者に賠償義務を課すことには賛同者が少なく、学説上も契約締結上の過失や不法行為責任に関する一般原則に委ねる考え方が有力である、との理由から錯誤者の損害賠償責任を規定しない旨の提案がされた³²⁸⁾。これについて、実務家の委員

321) 第10回会議議事録32頁。

322) 第10回会議議事録38頁。

323) 民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理のたたき台(2)（部会資料22）34-35頁では、「錯誤者が錯誤無効を主張したために相手方や第三者が損害を被った場合には、錯誤者は無過失責任を負うとする考え方の当否について、更に検討してはどうか」とまとめられている。

324) 第22回会議議事録50頁。

325) 第22回会議議事録50頁。

326) 民法（債権関係）の改正に関する論点の検討(1)（部会資料27）41頁。

327) 民法（債権関係）の改正に関する論点の検討(1)（部会資料27）42頁。

328) 第31回会議議事録24頁。

からは、無過失の賠償義務を認めることには反対で、過失ある錯誤者の賠償義務は一般規定に委ねるべきだとして同調する意見がだされた（中井康之委員）³²⁹⁾。

他方で、松本恒雄委員からは、相手方に錯誤惹起も錯誤の認識可能性もない場合に、表意者に無過失の賠償義務を認めるべきではないかとの意見が出される³³⁰⁾。しかし、この見解に対しては、能見善久委員から、錯誤者の無過失賠償規定を有するドイツとは異なり、日本では過失ある錯誤者には709条で対応できるし、仮に規定を設けるとなると相手方の態様との関係でどういう場合に賠償義務を認めるべきかの判断が難しくなるとの反論が提出され³³¹⁾、また潮見佳男幹事も能見委員に同調して、無過失の賠償義務を定めるとなると、一種の信用供与責任的なものとしての無過失損害賠償を規律することになるが、そのような新たな視点に基づく損害賠償ルールを設けてよいかは疑問であると述べている³³²⁾。結局、錯誤者の賠償義務については、不法行為責任に関する一般規定に委ねるということになった（鎌田薫部会長発言）³³³⁾。

以上のように、錯誤者の賠償義務については、不法行為の一般原則に委ねられることとなったが、法制審の議論では、錯誤者の賠償義務がそもそも不法行為で処理できるかどうかについては検討の対象とされていない。近時の多数説を容れて不法行為責任が認められることを当然視していたのかもしれないが、鳩山テーゼや原島説（違法行為の責任を問う根拠である過失を適法行為たる錯誤に持ち込むべきではない）を考慮すると、不法行為構成には異論をはさむ余地は十分にある。民法（債権法）改正検討委員会の基本

329) 第31回会議議事録37-38頁。

330) 第31回会議議事録38頁。松本委員の問題提起は、日本の錯誤法が一方錯誤の場合に表意者の保護に偏しているという問題意識が出发点となっている（39頁）。

331) 第31回会議議事録38-39頁。山野日章夫幹事も錯誤者の賠償義務は709条で処理できるだろうと言う（39頁）。

332) 第31回会議議事録39頁。

333) 第31回会議議事録40頁。

方針で引用されている小林説が³³⁴⁾、錯誤の法律効果が取消の場合には不法行為構成を否定している点³³⁵⁾にも注意が払われるべきであった。なお、法制審では、ドイツで無過失の賠償義務(BGB122条)が規定された理由をドイツの不法行為規定ではカバーできないからである旨述べる意見も見られたが³³⁶⁾、ドイツ民法の起草過程で重過失ある錯誤者の意思表示の効力否定を認めなかったドイツ民法第一草案99条1項³³⁷⁾が削除され、軽過失ある錯誤者に賠償義務を課していた同99条2項が第二草案で無過失責任に変更された理由は、むしろ相手方の信頼保護のため錯誤者に無過失の責任を負わせるのが望ましいこと、錯誤における軽過失と重過失の区別は難しい点にあると説明される³³⁸⁾。

(6) 裁 判 例

では、裁判所はこの問題をどのように考えているのだろうか。実のところ、これだけ肯定説が唱えられているにもかかわらず、実際に軽過失ある

334) 基本方針 I (前掲脚注257) 124頁。

335) 小林 (前掲脚注247) 201-202頁

336) 第31回会議議事録38頁 (能見発言)。

337) ドイツ民法第一草案99条

「(1) 第98条の規定に照らして無効とみなされるべき意思表示は、当該意思表示の作成者に重大な過失がある場合には有効である。／(2) 意思表示の作成者に過失があり、それが重大でない場合には、同人はその意思表示の受け手に対して97条3項に従って損害賠償の責任を負う。／(3) 第1項および第2項の規定は、表示の受け手が錯誤を知っていたか、知らねばならなかった場合には適用されない。」(Mugdan, S. LXXXIII-IV.)。なお、第一草案146条は過失のない錯誤は有恕可能な錯誤であるという。即ち「この法律の意味するところにおいては、錯誤とは事実に関する錯誤も法の錯誤も錯誤であり、有恕可能な錯誤とは、過失に基づいていない錯誤であり、知るべきであるのに知らなかったこと(Kennenmüssen oder Wissenmüssen)は、過失に基づく不知(Nichtkennen oder Nichtwissen)である。」(Mugdan, S. XCVI.)。

338) Mugdan, S.712ff. これについて、田中 (前掲脚注278) 103頁は、錯誤者に重過失ある場合に契約を有効とする構成を残すべき旨の意見があったことを指摘した上で、無過失の錯誤者に賠償義務を課するという問題と重過失ある錯誤者に責任が課されるという問題は別であると指摘する。

錯誤者に賠償義務を課した判決は見られない、と指摘されている³³⁹⁾。筆者も調べた限りでは見つけることができなかった。実際の裁判で軽過失ある錯誤者の賠償義務が問題にならない理由はいくつか推測できる。１つは、実務に多大な影響を与えたとされる我妻説が軽過失ある錯誤者の賠償義務を否定していたことが挙げられる。もう一つは、重過失との違いが明確でないことが考えられる。錯誤者の重過失と軽過失の違いを同質性を前提とした程度差だと考える場合、両者の区別は容易ではない。場合によっては軽過失が重過失として考慮されていると評価できる事例もあろう³⁴⁰⁾。そうすると、相手方としてもどうせ錯誤者の過失を立証するなら、錯誤者の軽過失を立証して信頼利益の賠償を請求するよりも、重過失を立証して表意者の錯誤の主張を封じた方が得られる利益が大きい³⁴¹⁾。さらに、過失要件と顧慮要件の混同も理由として挙げることができる。実際の裁判に過失の要素が顧慮要件に取り込まれて判断されているとすれば、錯誤者の非難すべき事情は錯誤による意思表示の効力否定そのものを阻むことになるので、相手方としては無重過失要件の不存在や軽過失を基礎づける事情を争う意味がない。

（７） 小 括

（ｉ） 学 説 小 史

軽過失ある錯誤者の賠償義務をめぐる学説史を概観した。明治民法の起草者は軽過失ある錯誤者の賠償義務を認めていたし、立法後、しばらくは

339) 中松（前掲脚注274）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124-136号（1991年））。

340) 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）92頁参照。

341) 岩本（前掲脚注297）は、錯誤者の不法行為責任が問題になった事案として、東京地判平成24年12月21日金判1421号48頁を挙げるが、本件では、原告が被告役員の錯誤主張の不当性（悪意または重過失により工事実施をさせなかったこと）を理由に、会社法429条1項または709条に基づいて損害賠償請求をしているため、軽過失で錯誤に陥ったことによる賠償を求めている事案として整理しよいかは疑問である。

不法行為構成による軽過失ある錯誤者の賠償義務を認める学説が多数存在した。しかし、不法行為構成には徐々に疑問が呈されるようになり、錯誤に陥ることは違法ではないとして鳩山説において明確に否定される。この見解は我妻説にも引き継がれ、通説的地位を占める。他方で、錯誤者の賠償義務を不法行為構成とは異なる法的構成で認める見解も主張されていたが、学説の支持を得るには至らなかった。その後、小林説の登場により不法行為構成は再び息を吹き返す。小林説登場以降、錯誤者の賠償義務を否定する見解は見られなくなり、不法行為構成は再び有力化した。

(ii) 不法行為構成の問題点まとめ

しかし、不法行為構成復活の端緒となった小林説においては、以下のような問題がある。第一に、小林説においては、鳩山テーゼは克服されていない。小林は軽過失ある錯誤者の賠償義務を肯定する際に、小林は鳩山旧説が過失ある錯誤者の賠償義務を認めていた文献（『法律行為乃至時効』）は参照しているが、改説後の文献（「債権法に於ける信義誠実の原則」）には触れていない³⁴²⁾。そうすると小林は、鳩山テーゼを認識しないままに自説を展開していた可能性がある。

第二に、小林は、不法行為法において権利侵害要件が立法当時よりも緩和されている旨を主張しているが³⁴³⁾、そもそも鳩山は、軽過失ある錯誤者の賠償義務の問題においては、権利侵害がないから不法行為にならない、と指摘するのではなく、その前提である違法性（法律違反、公序良俗違反、信義則違反）がないことを理由とするのである。これは権利侵害要件が緩和されたからと言って直ちに克服されたことにはならない³⁴⁴⁾。また、——不法行為構成全般に妥当するが——過失ある錯誤者が錯誤を主張する

342) 小林（前掲脚注247）208頁。

343) 小林（前掲脚注247）202頁。

344) 仮に相関関係説によって違法性を判断するとしても、重過失なき錯誤者の錯誤の主張が認めている以上、侵害行為の態様の悪性はないに等しく、違法だと評価することは難しいように思われる。

ことで相手方に損害が生じるとしても、重過失がない者の錯誤の主張自体は法が認めている適法行為である。従って、これを不法行為と評価するならば、違法性のない行為を不法行為と位置付けることになり³⁴⁵⁾、法的評価として矛盾をきたす。また、小林説及びその他の不法行為構成説は、原島説が言うところの、過失という違法行為の責任を問う根拠である要件を適法行為に持ち込んでいるという問題も克服できていない（Ⅱ.1.(3)(ii)）。

第三に、小林は軽過失ある錯誤者の賠償義務を肯定する見解を、錯誤の法律効果が「無効」である場合に限定している³⁴⁶⁾。つまり、小林は、錯誤の効果が「取消」の場合には、法が認めた取消権の行使を不法行為と構成することはできないため、軽過失ある錯誤者の賠償義務を認める規定が必要である旨を認めている³⁴⁷⁾。無効と取消との場合でなぜそのような違いが生じるのかの説明はないが³⁴⁸⁾、いずれにせよ小林説の影響下にある学説でこの点を自覚しているものは見られない。

以上のように、有力説である不法行為構成に大きな影響を与えていると

345) 違法性一元論（前田達明『不法行為帰責論』（創文社、1978年）218頁、195頁は、「不法行為」の不法を違法という意味だと見ている。）や違法性を故意過失（有責性）と対比された独立の要件とする二元論（起草者の考え方だとされる（錦織成史「違法性と過失」星野英一編集代表『民法講座6 事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、1985年）156頁））に立つ場合はもちろん、過失一元論（平井宜雄『債権各論Ⅱ』（弘文堂、1994年）22頁は、判例において違法性概念は、不法行為の成立を肯定または否定するという意味で用いられているにすぎず、主観的要件たる過失との対比で用いられているわけではない、と述べているため、平井説にあってこのような意味での「違法性」は否定していないと思われる）であったとしても、「違法性」のない行為を不法行為と評価することは難しいと思われる。

346) もっとも、筆者は、錯誤の効果が無効であったときでも、解釈で無効主張が錯誤者に限定され、重過失なき錯誤者の無効主張が条文で許容されていた以上、不法行為とはならなかったはずであるとする。

347) 小林（前掲脚注247）201-202頁。

348) 小林は周知のとおり、相手方の信頼を保護するという意味で表示主義の立場に立って錯誤法を理解しており、しかも錯誤の法律効果を無効にするか取消可能性にするのかは「一つの法政策問題に過ぎない」（小林（前掲脚注247）200頁）と断じている点を考慮すると、法律効果が無効の場合にのみ軽過失ある錯誤者の不法行為責任を肯定する小林の見解はいささか奇異な印象を受ける。

評価できる小林説には未だ克服されていない問題があり、それはその他の不法行為構成説にも当てはまる。債権法改正の法制審においてもこうした点は全く問題とされず、錯誤者の賠償義務をめぐっては、無過失賠償が認められるべきや否やという論点が主に議論されていた。

不法行為構成の中には鳩山テーゼの克服を意識しているものがある。たとえば、平野説は、錯誤に陥ることについての過失（注意義務違反）が問題である、と指摘する。しかし、取り消すまでは法律行為は有効であり、相手方には何の損害も生じていない。従ってその点に過失があったところで、それだけで不法行為責任成立の要件は充足されない。取消権の行使によって初めて損害発生という要件が充足されるのだから、やはり取消権の行使が違法でない以上、不法行為を認めることはできないだろう（Ⅱ.2.(3)(i)及び(v)参照）。また、池田説は、誤信を惹起させたことを理由に錯誤者の不法行為責任を肯定するが、契約交渉破棄の場合とは異なり、やはり取消という適法行為によって初めて相手方に損害が生じる以上、単に誤信惹起に帰責性があるのみでは不法行為とすることはできないだろう（Ⅱ.2.(3)(i)及び(v)参照）。

以上のように、重過失なき錯誤者の錯誤主張を法が許している以上、これを不法行為とするのは例外的な場合、たとえば、錯誤主張が信義則違反や権利濫用だと評価される場合でなければ³⁴⁹⁾、無理であろう。

349) たとえば、売買契約において相手方が錯誤者が望んでいたように契約を履行するつもりがあるにもかかわらず、錯誤の主張をする場合である。もっとも、この場合には錯誤の主張自体を認めないという結論の方が妥当であるかもしれない。スイス債務法ではこのような場合には錯誤主張は禁じられている（OR 25条）。

OR 25条

「(1) 錯誤の主張は、それが信義誠実に反するときは、許されない。／(2) 特に、相手方において錯誤者が理解したように契約に応じる用意があると表示する場合には、直ちに、錯誤者はそのように契約を有効にしなければならない。」

（iii）検討の方向性

このように考えると、現在の多数説のように錯誤者の賠償義務を不法行為責任だと考えることは極めて難しい。錯誤者の賠償義務を契約締結上の過失責任だとしても、それを不法行為責任だと性質決定する場合には同様である³⁵⁰⁾。そうすると、軽過失ある錯誤者に賠償義務を課すべきではない、という否定説の立場には聞くべきところがある。他方で、当事者間の利益調整という観点から不法行為構成に拘らずに錯誤者に賠償義務を課すことを目指す見解もある。たとえば、立法論ではあるが石田（文）説は、契約締結上の過失（不法行為と契約の中間的責任）だと見て無過失の賠償義務を肯定する（Ⅱ 2(2)(i)参照）。意思主義と表示主義の調整とする末弘説（Ⅱ 2(2)(ii)(b)参照）や表意者の私的所有と相手方の利益の妥協だとする川村説（Ⅱ 2(2)(ii)(c)参照）にも顕著にその発想が見て取れる。また、錯誤者の賠償義務を信義則によって解決しようとする山田（晟）説（Ⅱ 2(2)(ii)(c)参照）や円谷説（Ⅱ 2(3)(iii)参照）でも同様の思想が見て取れるし、田中説が採用する誘因責任も危険分配という利益調整的考え方を背景にしている（Ⅱ 2(3)(ii)参照）。「過失」を適法行為である錯誤に持ち込むことに反対する原島説においてさえも錯誤者に信頼利益の賠償義務を課すこと自体は否定されていない（Ⅱ 1(3)(ii)）。また、賠償義務が当事者間の利害調整として有意義であるという発想は不法行為構成を採用する見解にもみられる³⁵¹⁾。そうすると、錯誤者と相手方との間での利益調整という意味で錯誤者に賠償義務を認めることを検討することはありうべき方向性の一つと言える。このような意味で錯誤者に賠償義務を課す場合、① 錯誤者の非難事情の考

350) なお、契約締結上の過失責任を債務不履行責任だと性質決定した場合、いかなる債務が問題となるのか検討が必要だが、錯誤に関して明示的にこの見解を採るものは管見の限り見られなかったことから（錯誤者の賠償義務の根拠として契約締結上の過失責任を挙げる学説はその性質を明らかにしていないものが多い）、今回は検討の対象とはしない。

351) たとえば、中松（前掲脚注274）438頁（過失責任か誘因責任かは議論の余地があるとする）、不法行為構成を採用する磯村（保）（前掲脚注253）163頁、林良平・安永正昭編『ハンドブック民法Ⅰ』（有信堂、1987年）38頁（磯村保）など。

慮（軽過失、無過失など）、② 相手方の態様や関与（善意無過失、相手方が錯誤惹起など）、③ 条文上の手がかり、④ 賠償範囲、が検討の対象となる。①について補足すると、当事者の利益調整という側面を強調するならば、錯誤者の非難すべき事情を考慮せず賠償義務を肯定することとなるが、調整の一基準として「軽過失」を問題にするならば、ここでの「軽過失」とは利益調整的損害賠償を基礎づける事情となる。もっとも、過失ある錯誤者の賠償義務を利益調整的なものとみなすことが許されるならば、それは損害賠償というよりむしろ、取消に伴う原状回復と考える方が適切かもしれない³⁵²⁾。

ここまで日本法の検討と議論の方向性を簡単に要約しておこう。錯誤者の過失は、それが重過失であれ軽過失であれ、不法行為におけるそれと同視して考えることはできず、またそうすべきでもない。また、錯誤における重過失と軽過失は程度の差ではなく、質的な差であると考えるのが妥当である。即ち、「重過失」は諸事情を考慮して錯誤者に錯誤を回避すべき事情があったがそれを怠る場合であり（Ⅱ 1 (4)参照）、「軽過失」は当事者間の利益調整という意味での賠償義務を基礎づける事情だと考えるべきである。このように考えると、錯誤者の過失は、無重過失規定において法律行為の効力に関して錯誤から生じる不利益（リスク）をどちらが負担すべきかという点で効果を発揮し、効果面では有効・無効という形では処理しきれない当事者間の利益調整（リスク分配）が損害賠償という形で行われるという二重のリスク分配機能を有することになる。

（つづく）

【追記】 前稿（立命館法学395号）に誤りがありましたので以下のように訂正します。

- 163頁本文上から12行目「軽過失しかなければ意思表示の効力は維持さ

352) 円谷説がこの点を指摘している（Ⅱ 2 (3)参照）。

れて」

- 「軽過失しなければ意思表示の効力は否定されて」
- 同頁本文上から13行目「賠償により図られるだけだが,」
- 「賠償により図られるが,」
- 同頁本文上から14行目「最終的に無効になるため」
- 「有効となるため」
- 168頁脚注29)「について検討があることを指摘する。」
- 「について検討の余地があることを指摘する。」
- 172頁本文上から14行目「集成案」
- 「修正案」