

## 錯誤無効の意義：判例の分析を中心にして

その他のタイトル	Die Rechtswirkung des Irrtum
著者	高森 八四郎
雑誌名	関西大学法学論集
巻	24
号	1-2
ページ	237-285
発行年	1974-06
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10112/00026698">http://hdl.handle.net/10112/00026698</a>

「錯誤無効の意義」

——判例の分析を中心にして——

高  
森  
八  
四  
郎

- 一、問題の所在
- 二、諸判例の概観と検討
- 三、むすびにかえて

## 一、問題の所在

一、民法九五条は、その本文において、意思表示は「法律行為ノ要素」に錯誤あるときには、無効であると規定し、但書においては、表意者が錯誤に陥いるに際し重大な過失があれば、表意者「自ら」その無効を「主張スルコトヲ得ス」と定めている。それでは錯誤によって惹起される無効とはいかなる意味の無効なのであるうか。第一に民法典は種々の事由に基づく無効を個別的に規定しているだけであるから、他の事由によって惹起される無効と錯誤によって惹起される無効とはどのような関係に立つかが検討されなければならない。民法典上の、しかも意思表示又は法律行為に直接関わる無効をみただけでも、公序良俗による法律行為の無効(民九〇条)、心裡留保の無効(民九二条但書)、虚偽表示による無効(民九四一条)があり、代理については、無権代理行為の無効(民一二三条一項)がある。その他、明文の規定を欠くが解釈によって認められているものとしては、意思無能力者によってなされた法律行為の無効、原始的不能による行為の無効など、きわめて多種多様である。第二に、右の錯誤無効の位置づけと密接に関連して、錯誤による意思表示の無効を主張しうるのは誰れかが問題となる。一般的にいつて、法律行為の無効は、何人からも、何人に対しても、そして何時でも主張できるのが原則であるが、錯誤無効においては、少なくとも表意者に重大な過失があるときには、表意者自身が無効を主張しえないのは明らかである。従って民法典みずから錯誤無効が、典型的、ないし理念型としての「無効」とは、異っているものと認識していることになる。九〇条無効が絶対的無効だとすれば、錯誤無効は相対的無効である(岡松・民法理由)。つまり、錯誤による意思表示の無効は、本文においては、表意者のみが主張できて、相手方又は第三者は主張できないのか、できるとすれば、それは無制限か、それとも一定の制

限の下にか、但書においては、重大過失のある表意者以外の者、すなわち相手方又は第三者は主張できるか、それとも表意者に重大過失あるため有効に確定してしまうのか、等々が問題になるのである。本稿では、この第二の問題に焦点を合わせて論ずることを目的にしている。錯誤無効を主張することのできる者は誰れかを具体的な紛争類型に即して検討することによって、第一の問題、即ち、錯誤無効の意義が明らかにされるはずだからである。

二、この問題に対するアプローチの仕方としては大きくわけて二つのやり方が考えられる。第一の方法は、無効の一般的性質から説き起し、それが原則として誰れからも、誰れに対しても、何時でも主張できる点で取消と異なっているのだとの認識の下で、できる限り、主張権者の範囲を広く認めていこうとする立場である。この立場でも、錯誤による意思表示の無効は、錯誤の故に無効となるのではなく、意思欠缺の故に無効となるのだ、その意味で、意思欠缺を来たす態様が異なるとはいえ、心裡留保、虚偽表示と共通的性格をもっている、との理解の下に、「要素の錯誤」には動機の錯誤は含まれないと考える第一の立場と、動機の錯誤も原則的に「要素の錯誤」に入ると考える第二の立場とに分かれる。この両者のちがいは次の点にあらわれる。要素の錯誤を意思の欠缺の場合に限定して理解する立場に立てば、判例上、錯誤の無効が問題になり、従ってその主張権者の許否をめぐって論じられている場合でも、真に要素の錯誤とみるべき事案か、それとも単に動機錯誤が問題になっているにすぎない事案かを厳密に区別し、後者の場合には、表見上、判例において錯誤無効の主張の許否が争われていても、この問題の先例としては重要視しないということになる。つまり、この場合には、むしろ他の法律制度による問題の解決が探究される。これに対し、動機錯誤を意思欠缺錯誤と区別せずに、ともに要素の錯誤と考える立場では、必然的に「要素の錯誤」成立の可能性が拡大されるから、動機の錯誤が問題になっている事案でも、正面から論じることになる。

第二の方法は、錯誤無効をいわずば取消的無効と理解し取消と大差なきものと考え、表意者以外の相手方又は第三者による錯誤無効の主張を原則的に認めない第三の立場である。この立場は、錯誤の制度を専ら、表意者（錯誤者）保護のためのものと理解し、従って動機の錯誤も原則として要素の錯誤になるとの見解を基礎にもっている。これは錯誤無効の主張に関し、相手方又は第三者のそれが、結論的に拒否されていけば、判決の理由づけ又は紛争類型の相違には余り顧慮を払わず、自説の基礎づけに援用する傾向をみせる。

以上の三つの立場のうち、第三のものは、舟橋博士の立場であり、可能な限り、錯誤無効を取消に近いものとみる（舟橋・「意思表示の錯誤」九州大学法文学部十周年記念法学論文集、所収。その他、杉之原『法律行為ノ要素』の錯誤に関する一考察」、法協四三卷一〇号一八四一頁以下。なお、川島「意思欠缺と動機錯誤」民法解釈学の諸問題、所収参照）。第二の立場は、川井教授の立場であり、錯誤無効の表意者による追認可能性を肯定する角度から判例の分析がなされる（川井「錯誤の無効―その追認可能性について―」菊井先生献呈論集、裁判と法上所収。その他、薬師寺「意思無能力者の行為並に錯誤による無効行為の追認」法学志林四三卷四号一頁以下参照。ただし薬師寺論文では判例の分析は全くなされていない）。第一の立場は、私が本橋においてとる立場であって、錯誤無効を基本的には、一般に無効の性質について語られるところの絶対的無効の性質とみる立場を可能ながざり追求し、追認法理とは別の理由で、その無効主張が封じられる場合を探究しようとする。前二者との具体的な相違は、判例を検討する際に明らかにされるであろう。<sup>(1)</sup>

(1) このほか、いわゆる無効主張無制限説といわれる立場からの考察も考えられる。この立場は古くから存在するが現在ではほとんど顧りみられていない。しかしこの立場は、普通いわれるように、錯誤無効を公序良俗違反による無効のように、絶対的無効と考えるものではない。例えば、岡松参太郎・民法理由上は、九五条の注釈では（一九三頁）、錯誤の効果は、絶対的な無効としながら、一一九条の注釈では（二六四―五頁）、絶対的無効・相対的無効を区別し、前者は利害関係を有する者は何

人にてその無効を主張することを得るもの、後者は法律を以て特に許したる者のみが無効を主張することを得るものと説明し、後者の例として「表意者ニ重大ナル過失アルニ依リテ生シタル錯誤」があるとされている。従って九五条本文の無効は絶対的無効、但書は相対的無効と考えているのであろうか。ちなみに但書においては表意者にとっては有効であるが、他人より表意者に対して無効を主張するのは妨げないといっている。

## 二、諸判例の概観と検討

一、以下では、大審院・最高裁の主要判例のみを取り上げることにした。私の立場から見れば、判例は、要素の錯誤無効について直接的に判示したのは、きわめてわずかだと思われる。もちろん、判例の理解の仕方は、立場によって違いうるのであり、断定はむづかしいのであるが、ここでは、先にあげた、第一、第二、第三のそれぞれの立場から判例がどのように理解されるかを見ていくことにする。従って第二の立場は、追認の可能性をさぐる観点から判例の分析がなされるので、追認があったとみとめられる、錯誤者を当事者とする訴訟と原則としてそれが認められない、錯誤者を当事者としてない訴訟とに分類して検討することが必要である。しかし私の立場では、意思欠缺をきたす要素の錯誤の事案か、それとも単に動機の錯誤またはそもそも錯誤が問題となりえない事案かに区別することが不可欠である。以下では、この観点から判例を分類した上で検討する(本稿末尾の判例一覧を参照されたい)。

### 二、要素の錯誤には当らない訴訟

① 大判明治三三年六月二二日(民録六輯六卷二二五頁)(地所抵当権順位確認請求事件) 甲は乙に金銭を貸与するに際し乙に抵当権を設定させた。乙は一番抵当を設定する意思がないのに対し甲は一番抵当を設定したつもりでいた。と

ところが、すでにこの登記の先に一番抵当権が登記されてあったので実際上は二番抵当であった。一審における原告・被告が誰れであるか判例集からは不明であるが、当事者の一方が甲と第三者丙であることは明らかである。二審における控訴人は第三者丙（この丙がどのような地位の者であるかも不明。本件土地の譲受人又は後順位抵当権者か？）であつて、被控訴人たる甲に対し、乙は二番抵当、甲は一番抵当の意思をもつていたのだから、法律行為の要素に当事者双方の意思の不合致があり、従つて金銭貸借契約は無効であると主張して甲の抵当権を否認した。しかしこの主張は二審では受け容れられず、丙はさらに上告した。上告理由は、第一点、原審が、甲は一番抵当の取得のみに着眼して契約を締結したとの証拠が一つもないから丙の主張は理由がないと判示した点を非難し、その証拠は丙において提出したのを無視したもので当事者の申立を誤解したといひ、第二点は、抵当権設定の場合において、一番抵当か二番抵当かは法律行為の要素であるから、この契約（これは金銭貸借契約ではなく抵当権設定契約の意味らしい）は当然無効に帰すべきものなのに、この旨を認めなかつた原判決は違法だといふ点にある。これに対し大審院は次のように述べて、上告を棄却した。「金銭ノ消費貸借ハ当事者ノ一方カ同数量ノ金銭ヲ返還スヘキコトヲ約シテ相手方より金銭ヲ受取ルヲ以テ其法律行為ノ要素トスルモノニシテ抵当ノ如キハ右ノ貸借ニ附随スル担保ナルニ依リ仮令其順位ニ付意思表示ニ錯誤アリトスルモノ以テ貸借契約ヲ無効ナラシムヘキモノニアラス」と。結局、本件における甲の錯誤は要素の錯誤ではないのだから、第三者丙がそれを主張しても金銭消費貸借契約は無効にはならないと述べているにすぎない。舟橋博士は、「錯誤による無効の制度は（例へば公序良俗違反による無効の場合と異つて）、もっぱら表意者本人の保護を目的とするものである。したがつて、（イ）表意者欲せざるにこれを強ふる必要なく、また強ふべきでもないのだから、表意者の主張を俟つてはじめて裁判官は無効の裁判をなすべきであり、かつ、（ロ）無効とするは表意者本人のみの保護

を目的とするのだから、表意者これを欲せざる場合に、表意者以外の者——すなはち相手方あるひは第三者——をして無効を主張せしむべき何らの根拠もないのである。判例もすでにこれら二点について同様の趣旨を認めてゐる」と述べられ(舟橋・前掲六六一頁)、この立場を基礎づけるために本判決を引用して、第三者は、表意者の錯誤を理由として無効を主張しえない旨を、事案の具体的解決の道程において間接に認めたと理解される(六六三頁)。そして、同様の事案において、もし表意者甲自身が錯誤を主張したとするならば、おそらく正反対の裁判がなされたであろうことは容易に推察されるところだ、といわれる(六六四頁)<sup>(1)</sup>。これに対し本判決が第三者の無効主張の制限を判例が間接に認めたとの舟橋博士の理解に疑問を呈示するのは、川井教授である。すなわち、「錯誤者甲は第三者丙からの錯誤による無効の主張に対し、法律行為の有効を前提として訴訟行為をしており、その行為の中には、実体的に錯誤の無効を不問にするという意思を含んでおり、従つてその行為は実体法上の効果をももたらすとみることができ。そこでむしろ錯誤者が錯誤による無効を主張しないのみでなく、追認したとみる余地があり、その結果判旨の結論が導かれたと説明する余地もある。」といわれる(川井・前掲論文、二八九頁)。

川井教授も指摘されるところであるが、この事件は「錯誤者甲と第三者丙を当事者とする訴訟において、丙が甲に対し錯誤による無効の主張をした事案」であり、抵当権の順位に関する錯誤は、要素の錯誤ではなく、消費貸借契約を無効ならしめるべきものではないことを理由に丙の錯誤無効の主張を封じていることである。第三者による無効主張の可否については全く立入っておらず、その前提事項であるところの要素の錯誤か否かのみを専ら問題にしている。要素の錯誤であることが明確に肯定されたのち、はじめて第三者による無効主張、錯誤者の追認などが問題になるのであるから、もし大審院が本件事案をいささかでも要素の錯誤になりうると考える余地を残していたとすれば、

それらしき表現がどこかに見られてもよいはずである。ところがむしろ、大審院は、原審が、「一番抵当権ヲ取得ス可キコトニノミ着眼シテ同証契約(金銭貸借契約―筆者)ヲ締結シタリト認メ得ヘキ証憑一モ存セサル」から、同契約は無効にならないのだと判示し、あたかも、甲が一番抵当権にのみ「着眼シタルモノトスルトキハ法律行為ノ要素ニ付キ意思表示ニ錯誤ヲ生シ從テ貸借契約ハ無効ニ歸スル」ものの如く判示しているのは「不法ヲ免レス」と断じているのである。さらに大審院は、抵当権の順位に関する錯誤は、貸借契約はもちろん、抵当権設定契約すら無効にするものではないと判示し、この点についても第三者丙の主張をしりぞけているのである。このようにみてくると、本件においては、たとえ甲が錯誤無効を主張しても要素の錯誤とは認められなかったであろう。

私は、動機の錯誤は決して要素の錯誤とはなりえない、動機が特に当事者双方によって問題とされ、明示的ではないにしても、黙示的であれ、締結された契約の「要件」とされたとみとめられるならば、それに効力がみとめられて契約を無効にすることはありうるがこれは錯誤とは別問題であると考える。本判決も同様の趣旨に理解すべきである。<sup>(6)</sup>

(1) 杉之原・法協四三卷一〇号一八六五頁、同・民商一〇卷六号一〇六一頁もほぼ同旨を展開している。

(2) さらに、この時期における錯誤判例は、きわめて要素の錯誤の認定に厳格であり、意思欠缺のみを要素の錯誤としていた。

(大判明治三十五年三月二六日、民録八輯七三頁、なお大判明治三八年一二月五日、民録二〇輯一一〇一頁参照)

② 大判明治三十九年五月二三日(民録一二輯八五四頁)〔共有名義書換請求並共有権売却代金分配請求事件〕

訴訟当事者間に石油採掘特許権に関して共有権を有すること及びその共有権に基づく相互の権利義務が約定されたのであるが、この契約は当時の鉱業条例によれば効力のないものであった。上告人はおそらくこの契約を有効なものとして事件名表示の請求をしたのであろう。そして上告人・被上告人間にこの契約の効力が争われ、原審は、錯誤に

ついで当事者が何も申立てないのに、法律行為の要素に錯誤があり、前記約定は無効だと判示した。上告人はこれを違法として上告したところ、大審院は「抑錯誤ノ問題ハ当事者ノ意思表示カ其真意ト一致シタルヤ否ヤニ関スルヲ以テ当事者ニ於テ其事実ヲ主張セサル以上ハ錯誤ノ有無ヲ判定スヘキ限りニアラス」と判示して原判決を違法と決めつけた。しかし、前記のとおり鉱業条例に反する右の約定は無効であること動かないから、無効の契約に基づく上告人の請求は不当であるとされ、結局上告は棄却された。

本判決を評して「錯誤の有無は職権調査事項ではなく、当事者の主張を要す」(舟橋・前掲六六二頁)旨を述べたものであるとする舟橋博士の理解に対し、川井教授は「実体法上の主張とは何等関りがなく、弁論主義の一般原則を述べているにすぎない」と反論される。私は、この川井教授の理解の仕方については全く異論はない。そもそも、この判決の事案では錯誤無効が問題になったのではなく、鉱業条例に違反している無効な契約を有効であるとして共有名義の書換その他を求めた上告人に対し被告人が契約は無効であると争ったにすぎないのである。だとすれば、右契約が鉱業条例に反する無効なものであるか否かが争点になり、それに対する判断のみがなされなければならず、またそれで十分なのである。従って、錯誤者のみが錯誤による無効を主張しえ、錯誤者が欲しくないかぎりそれを強いるべきではないとの自説を根拠づけるために本判決を引用するのは「正確でない」(川井・前掲二九〇頁)と考える。<sup>(1)</sup>

本件において、もし上告人が石油採掘権の共有者となる契約(これは、実質的には採掘権の譲渡となり、条例によれば農商務大臣による特許証の書換の手續を経ない限り効力がないものとされていた)は鉱業条例に反せず有効に成立するものと考えて締結に及んで、被告上告人との間に真正に要素の錯誤か否かが争われたとした場合にあっては、当事者間の契約の内容、すなわち採掘権の一部譲渡については全く何らの錯誤もないのであるから、法律行為の要素の錯誤になるは

ではないのである。結局、本件はどの角度からみても、錯誤に関する先例とはなりえないものであった。

(1) 谷田貝・民商五四卷一〇六頁、杉之原・民商一〇卷六号一〇六一頁。

③ 大判昭和六年四月二日(新聞三三二二号一五頁)〔抵当権登記抹消請求事件〕

甲銀行はその支店長が抵当債務者より一部弁済(債権額三千円のうち千六百円の一部弁済)を受けて抵当権を放棄してあるのを知らず、右抵当権附債権を乙に譲渡した。抵当不動産は抵当債務者が抵当権を消滅したと考えたので、第三者丙に譲渡された(一部弁済のため金銭を支払いに出捐したのはこの丙である)。この第三者丙は乙に対して抵当権の登記の抹消を請求した。一審では乙は敗けたので控訴したが、控訴審は、甲銀行は、抵当権が放棄によって消滅しているのを知らずに抵当権附債権を譲渡したのだから、この譲渡行為は甲銀行の要素の錯誤によってなされたもので無効であり、丙の登記の欠缺(放棄による抵当権抹消登記の欠缺のこと)を主張しうる正当な利益を有する第三者ではないとして、乙を敗訴させた。そこで乙は上告し、次のような詳細な上告理由を展開した。まず、抵当権の放棄があってもこの登記の抹消がなされない限り、その放棄は抵当権者と抵当権設定者との間においては絶対的な効力を有し抵当権は消滅するといえるが、第三者との関係においては放棄なきと同様の法律効果が生ずるものである。つぎに、法律行為の要素に錯誤あるというためには、法律行為の内容たる意思表示の対象事実について錯誤がなければならぬ、意思表示の対象に関係ある事実について錯誤があっても、内容そのものの対象について錯誤があるのでなければ法律行為の要素に錯誤あるとはいえない。本件において問題となっている抵当権の放棄についてみると、この事実が法律上二個に分けて考察されるべきである、すなわち一は対内的関係において放棄の意思表示があったか否か、二は対外的関係において放棄の効力を発生させるべき手続を完了したか否かである。抵当権を第三者に譲渡する法律行為は抵当権放棄

行為からみれば、対外的関係であること明らかであるから、譲渡行為を為すについて要素の錯誤あるというためには、いわゆる放棄の事実中第二の事実について錯誤があるか否かを標準としなければならぬ。第一の事実は第二の事実と関連はあれども譲渡行為の内容そのものではないから、この点に錯誤があつても譲渡行為につき要素の錯誤があつたとはいえない。従つて原判決は民法第九五条を誤つて適用した違法がある。(つまり、抵当権の放棄があつたのにこれを知らずに第三者に抵当権付債権を譲渡しても、これは単なる動機の錯誤にすぎず、譲渡行為の内容それ自体に錯誤がない以上、譲渡行為の要素の錯誤にはならないと述べているものとみえる。しかし他方、放棄中第二の事実、即ち、放棄手続の完了についての錯誤は譲渡行為の内容の錯誤とみているのだろうか。放棄登記手続が完了しているのに、それを知らずになした抵当権付債権の譲渡には要素の錯誤となりうるといっているようにもみえる。だとすればこの見解は問題となる。私見によれば、XがAに所有権を譲渡し、登記を移転したのち、それを知らずにBにさらに所有権を移転しても、これはXの錯誤の問題ではなく、民法典はこれを他人の権利の処分として、売主の解除権と損害賠償義務とを定めているからである(民五二条一項)。さらに、上告理由はつけて、登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有する第三者とは、当該の登記なきことを主張するにあらざれば自己の取得したる権利又は利益を保全することのできない者をいうのに、原判決はこの点を認めないことにおいて民法第一七七条の解釈を誤つた違法がある、と述べた。これに対して大審院はこの上告を棄却した。原審の「認定事実ニ依レバ甲銀行ト乙間ニハ實際ニ於テ元金千四百円ノ抵当附債権アルノミナルニ拘ラス元金三千円ノ抵当附債権ヲ譲渡シタルモノニシテ原判決挙示ノ証拠ニ依レハ右当事者ニ於テ此事実ヲ知リシナラハ譲渡契約ヲ為ササリシナルヘク且取引ノ通念上之ヲ為ササリシコトヲ正当ト認ムヘキカ故ニ該譲渡契約ニハ要素ノ錯誤アリト解スルヲ相当トスヘク從テ原判決ノ右認定ハ不法ニ非ス」と判示した。

大審院は、まず原判決のように抵当権を放棄してあるのを知らず抵当権付債権を譲渡したことに錯誤があったとはみていない。むしろ甲銀行と乙との間には、実さいには千四百円の抵当附債権があるのみなのに三千円のそれを譲渡したのだから、そこにはこの譲渡契約の要素に錯誤あるとみている。だから要素の錯誤存否の判断には放棄の効力を発生させるべき手続が完了しているか否かの判断を必要としない、この点原判決は不法でないといひ、右譲渡契約が要素の錯誤で無効であれば、乙は何等の権利も取得する理由がなく、丙の登記の欠缺を主張する正当なる利害関係を有する第三者とはいえないと判示した。結局、丙の乙に対する抵当権登記の抹消請求が認容されたのである。

本判決は、私の立場からみれば、いくつかの点で問題を含むと考える。第一に、甲銀行は、自己がみずから債務者との関係で一六〇〇円の一部弁済を得て抵当権を放棄したのに、それを知らずに債権総額三〇〇〇円の抵当権附債権を乙に譲渡した、従って乙が得た債権は実質一四〇〇円のものでしかなかったというのであるから、一般的には、乙の錯誤が問題となり、その他の錯誤判例（大判大正三年二月一五日民録二〇輯一一〇一頁は目的物が時価七〇〇円の価値しかないのに一五〇〇円までの根抵当権を設定した場合、抵当権者に要素の錯誤ありうるとした）の傾向からみれば、乙に要素の錯誤ありとされてよい場合のように思われる。甲には全く何らの損失もないのである。本件の原審は、明らかに甲の錯誤を丙が主張している場合とみていたが、大審院は「当事者」が事実を知っていれば、契約をなさなかったであろうと述べて、甲の錯誤か乙の錯誤かをはっきりさせていない。ただし、事案は、甲の錯誤を丙が主張して認められたのであるから、結論的に甲に錯誤ありとしたものとみて妨げないともいえる。

第二に、実質一四〇〇円の債権を三千円の債権と信じて双方ともにそのように意思表示したとすれば、ここには全く意思表示の内容に関する錯誤はない。当事者は双方ともに自己の表示しようとした効果意思を正しく表示している

からである。この錯誤は、我妻博士に従えば、動機の錯誤のうち、物の数量・価格に関する錯誤である(我妻・新訂民法総則三〇一頁)。そして私は、売買によって債権譲渡がなされた場合ならば、目的物の価値評価の誤りというよりは、物の数量の錯誤に準じて扱われるべきだと思う。例えば、Aのもっている株式一〇〇株をBに譲渡する契約において、実は五〇株しかなかったという類型の事案に属し、Aのもっていた一〇〇株は一千万円の価値あると思ったのに五〇〇万円の価値しかなかったという類型の事案ではないと思う。もし物の数量不足又は物の一部滅失の契約類型に等しいとの考えが正しいとすれば、民法五六五条の適用がある。我妻博士も債権譲渡において、債権が全部又は一部が(弁済等によって)消滅している場合は、譲渡人の責任は原因行為に基づく担保責任の問題であるといっている(新訂債権総論五二八頁)。この場合、債権の譲受人が数量不足又は滅失につき何も知らないなら、乙は不足又は滅失(三〇〇〇円が一四〇〇円だった)に応じて代価の減額を請求し、残額だけならば、買受けなかったであろう場合ならば、契約を解除した上に損害賠償の請求をなすことができるはずである(五六五条・五六三条、ただし五六四条の期間制限がある)。

第三に、以上のようなのだとすれば、甲・乙間の抵当権附債権譲渡が要素の錯誤によって無効になるとの判示は誤っており、従って甲の錯誤を丙が主張して乙に対する抵当権の登記の抹消を請求するのは許されるべきではなかったと評価すべきである。

我妻博士は、まず要素の錯誤について、『意思表示の内容の重要な部分に、錯誤、すなわち、表意者の真に意図したところとくい違いがあるとき』という意味に解すべき』だとして、原則的に動機の錯誤をも要素の錯誤としてみとめる立場をとられるので、本件でも要素の錯誤ありとみとめられるものの如くである(我妻、前掲三〇一頁)。そして民法の錯誤規定は意思主義に傾き過ぎた不当なものである、といわれ、効果の点でも錯誤が無効とされているのは、

「多くの問題を生ずる」、さらに、「表意者と無関係に第三者が無効を主張することができる点でも不都合を生ずる」という立場から、本判決を引用し、「しかし、それは、錯誤ある表意者を保護しようとする趣旨からは必ずしも逸脱しない(甲は抵当債権の譲渡人としての責任を免れることにならうから)としても、抵当権の放棄は登記しなければ第三者に対抗しえない、という大原則を無視した結果となる。これを避けるためには、錯誤の無効は、对第三者関係で意思表示の効果を制限する他の法則によって制限されると解さねばならないことになるが、解釈論として無理であろうか。」と述べておられる(我妻・前掲二九九頁、三〇三頁、三〇四頁松坂、民商五四卷四号一〇七頁はこの提案に賛成されておられるようである。明言はしていない)。しかし「解釈論として無理」な議論をしなければならぬ根本のところは、錯誤無効が立法上妥当でないことからくるのではない。それは動機の錯誤をも意思表示の内容の錯誤となるとする見解に存するのである。要素の錯誤を嚴格に意思の欠缺の場合に限定する考えからみれば、債権額三〇〇〇円の抵当権附債権を譲渡するつもりでその通りの表示をなしている以上、決して要素の錯誤にはならない。単なる事実錯誤があるにすぎない。従って抵当権もなく債権額も一四〇〇円しかないとしても、それは譲渡人の担保責任の問題として処理されるにすぎない。表意者たる甲が主張してさえもみとめられない錯誤無効を表意者以外の者が主張するなど全く最初から問題にならないことになる。

他方舟橋博士は、錯誤者が主張しないかぎり、第三者は無効主張できないとの自説ならびにこのことを「間接に認めた」前掲①判決と「反対の態度を間接に示した」判決と評価し、この態度は後掲④判決によって改められたものと見うるであろう、といわれる(舟橋・前掲六六四頁)。しかし、本判決も④判決も私の見るところでは要素の錯誤の存しない事例でかつ④判決は被詐欺者たる錯誤者甲を当事者とする訴訟で、詐欺者たる相手方がなした無効主張を拒否し

たものなのであるから、改められたか否かという次元の問題ではないように思われる。

したがって、右の舟橋博士の評価を「判例が改められたとは簡単にいきれない」と批判し、「むしろこの昭和六年判決こそ判例の主流的立場を示すとみるべきもの」と評し、なお「この判決は抵当権の放棄の公示との関係で問題を含む」(川井・前掲二九六―七頁)、と結ばれる川井教授の見解にも賛成できないといわざるをえない。本判決は判旨の理由づけをみるかぎり要素の錯誤を表意者以外の第三者丙が主張し、これが容認された事例とみること自体は確かに承認されるべきであろう。しかし、本判決の問題点の第一点で指摘したとおり、本件の錯誤者を甲のみとするのは正しくない。通説・判例の通常理解からは、正に乙にこそ錯誤があり、その乙がみずからの錯誤を不問に付して丙の抹消登記請求を争っているのであるから、川井教授のいわれる追認があったとみることのできる事例と理解する余地もありうるのである(従って錯誤者を当事者としめない訴訟ともしない切れないのではないか)。いずれにせよ問題の多い判例であり、「判例の主流的立場を示す」とみるのはためらわれる(川井・前掲論文のちに判決された後掲の⑨最判昭和四五年三月二六日は、第三者による錯誤無効の主張を原則的に否認する態度を前提として債権保全の必要性という要件を立ててそれを肯定している)。

既述のとおり、錯誤無効を主張しうる者は誰れかという問題は、その前提において要素の錯誤の存在が明らかになっていないなければならない。従って判例を検討し分析しかつ評価する場合、右の作業をする者は自己の観点からみて、真に要素の錯誤があった事案か否かを検討することが不可欠なのである。表現上、本件のように、要素の錯誤ありとして第三者丙からの相手方乙に対する無効主張を認容している判例を取り上げる際にも、判例の態度に追随せず、真に要素の錯誤があったか否かを根本から問い直してみるべきである。それをしなければ、判例は、他の紛争の解決

のために安易に錯誤規定を流用し、具体的にも妥当でない解決を行いかねないのである。前述の我妻博士の「無理な議論」はまさに右の作業を行わないところからなされたものであるとはいえないであろうか。以下において、諸学説の見解からみて、本事に要素の錯誤があったといえるか否かを検討することにした。

我妻博士は、動機の錯誤も、相手方に動機が表示されているならば、それは意思表示の内容となり、従って要素の錯誤になりうるという立場を採られる。そして要素の錯誤とは、意思表示の内容の重要な部分に錯誤あることすなわち、その錯誤がなかったならば、本人はその意思表示をしなかったであろうと考えられるだけでなく、普通一般人も、その意思表示はしなかったであろうと考えられるほどに重要なものを指すと説かれる。右の理論を、本件事案に適用してみると、決して要素の錯誤ありとはいえないことが明らかになる。ここでは、錯誤者本人は、いうまでもなく甲銀行になるであろう。甲銀行は、自己の支店長が、債権額三〇〇〇〇円のうち一六〇〇〇円の一部弁済を受けて抵当権を放棄してあるのを知らずに、乙に抵当権附三〇〇〇〇円の債権を譲渡して抵当権移転登記を済めたというのである。この場合、甲は全く何らの損失も受けていないのであるから、本人がその利益を追求する限り、甲は真の事態を知っていたら、その意思表示をなさなかったであろうところかまさにその意思表示を喜んでなしたとみるべきであろう。又、普通一般人を錯誤者の立場においても、何らの損失もなく、利益にこそなる本件意思表示を事情を知っていればなさなかったとはいえないであろう。のみならず、この普通一般人からみてもという要件は、表意者の主観的意思において重要なものであっても客観的にみたらごく軽い動機の錯誤ならば、要素の錯誤とはしないという趣旨で立てられたものであるから、本人が、錯誤がなくても意思表示した、とみとめられる場合には、そもそも適用のないもの（つまり補充的要件）なのである。結局、本件においてはたとえ動機が表示されたといえるにしても、要素の錯誤か否かを判

定するための錯誤の主観的・客観的重要性なる要件を満さず、要素の錯誤とはなりえない事例だったのである。しかるに、我妻博士は、判例が要素の錯誤と是認したせいか、この点の検討をなさずに單純に、「物の数量・価格などについての錯誤は、その程度が取引上重要なものとされる場合にだけ、要素の錯誤となる。抵当家屋の評価を誤って多額の根抵当を設定した場合（大判大正三・一二・一五・この判例は、実価七〇〇円しかないのに一五〇〇円の価値ある家屋だと誤信し、一五〇〇円までの根抵当権をつけた抵当権者の錯誤が問題となっている。得をすれこそ、損失はなにもないところの抵当権設定者の錯誤が問題になっていない―筆者）、抵当債権が弁済されて半分になったのを知らず譲渡した場合」（前掲三〇一頁）として本件判決を引用しておられる。本件を右大正三年判決と比較することは、本件で債権譲受人乙の錯誤が問題になっているのならば、適切であつたと思われる。しかし本件では譲渡人甲の錯誤が認容されているのである。我妻博士の錯誤論からみても、本件は要素の錯誤の存在しない事案だつたと評すべきものと考えたい。

舟橋博士は、右の我妻博士の主観的客観的重要性の要件を「要素の錯誤」か否かの判定基準とせず、別個独立の要件とされるが（錯誤と表示との因果関係といわれる）いづれにしても、「その錯誤なかりせば表意者はその表示をなさなかつたであろうと認められ」（前掲、六四三頁）る場合と表現するので、この点からだけみても舟橋説でも我妻説と同様、本件では要素の錯誤ありとはいえないということになる。のみならず、舟橋説は、要素の錯誤と認定するために（イ）表意者の主観的事情、（ロ）取引の性質ないし取引事情、（ハ）表意者・相手方あるい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ないし程度、（ニ）当該の意思表示を有効としあるいは無効とすることによって生ずべき表意者・相手方もしくは第三者の利害などを相関的に比較考量し、その他諸般の事情を顧慮して、裁判官がその裁量においてなすべきだ、と主張するのであるから（前掲、六五〇頁）、本件において、全く何らの損失も受けない表意者甲、

一部弁済をして抵当権の放棄を受けたのにその抹消登記をせずに放置しておいた第三者からの譲受人丙、何も知らず、三〇〇〇円の債権だと思つたのに一四〇〇円しかなく、しかも抵当権の移転登記も受けた相手方乙というこの三者間の利害得失を比較衡量するかぎり、丙の乙に対する錯誤無効の主張は認められるべきではないといふべきであらう。それにもかかわらず、舟橋博士はこのことについて何も触れず、ただ第三者の無効主張は制限せらるべきだとの観点からのみ、前述のように本判決を取り上げているにすぎない。舟橋説の立場からは、むしろ本件においては要素の錯誤そのものが存在しない事案だった、従つて、第三者の無効主張など問題にすべきではなかったと評価する方が説得力を増したといえるのではあるまいか。

さらに、川井教授は、前述のように、「この判決は抵当権の公示との関係で問題を含む」と評される。しかし要素の錯誤となるか否かの点では、要素の錯誤を認めた本判決を「等価性の見地より正当である。」（注釈民法⑨二二二頁、ただし出典は評論二〇民六九二に拠っている）といわれる。私は、本件において、債権譲渡が要素の錯誤で無効であるならば、抵当権の放棄の公示との関係でも全く問題にならないと考える。物権の公示制度の問題が前面に出るのは、要素の錯誤その他の無効原因のない、有効な取引のあった場合に限るのであって、債権譲渡そのものが無効であるかぎり、それに随判して移転した登記があったからといって、それを取得した者が特に法上保護されなければならないものではない。例えば、甲は土地を丙に売却し、のち乙に二重に売却して乙のために登記を移転したとしても、甲・乙間の売買が甲の要素の錯誤で無効ならば、丙は甲の錯誤に因る無効を主張し、乙に対し移転登記の抹消を請求することができるといふのである。ここでは物権の公示制度との関係で問題となる要素はいささかもないといえよう。川井教授が前述のように問題があると感じられる所以は、本件においては、要素の錯誤とされるべきでないのにそれが認容さ

れたため結論的に妥当でない印象を与えるからにほかならないと考える。

以上のようにして、私は、本件が、我妻説・舟橋説の両説からみても要素の錯誤の存在を認めることのできない判決であることが強調されるべきだと考える。くり返しになるが、要素の錯誤が無効という効果をもっているということ、錯誤無効の主張が第三者もできるということに問題があるのではない。

④ 大判昭和七年三月五日（新聞三三八七号一四頁）〔債務不存在確認並に抵当権登記抹消請求事件〕

乙の代理人Aが権限外の代理行為をなすに際して、甲を欺き、一番抵当を設定するかのようには誤信させ金員消費貸借契約を締結しながら、実さいは二番抵当権を設定した場合、甲には期待を裏切られた点で要素の錯誤があるため法律行為が無効であると、乙が主張しうるかが争われた。大審院は「相手方ヲ欺罔シテ要素ニ錯誤アル意思表示ヲ為サシメ因テ以テ法律行為ノ無効ヲ惹起セシメタル当事者ノ一方ニ於テ反対の規定ナキコトヲ理由トシテ尚且其ノ無効ヲ主張シ得ヘントセンカ上叙民法規定（九六条、一二〇条、九五条但書―筆者）ノ立法精神ニ背馳スルハ勿論自己ノ不法ヲ利用シテ相手方ノ不利益ヲ策スルコトヲ得ルニ至リ極メテ不合理ナル結果ニ墮スルヲ免レス」と判示した。

この判決は、自己の代理人の欺罔行為を理由に、それによって錯誤に陥った表意者の錯誤無効を主張して、表意者に対し債務不存在の確認と抵当権登記抹消請求をした本人の請求を、民法九六条、一二〇条、九五条但書の立法精神

かつ何人も自己の不法を利用して利益を得るを得ずの法理とに照し、これを拒否したものである。つまり欺罔行為の利用は許さるべきでないとの旨が強調されている。従って「判旨に示された論拠からいえば、ひとり相手方が欺罔行為をなした場合のみならず、広く一般に相手方たる者は表意者の錯誤を主張することを許されないものと解すべきであらう。」(舟橋・前掲六六二頁)とまではいえないように思われる。本判決を評して「錯誤が相手方の欺罔行為によって生じたという事実の下で、しかも錯誤者を当事者とする訴訟で相手方が無効を主張したという事実関係の下で相手方の無効を封じた点につき先例的価値をもつとみる」(川井・前掲二九二頁)川井教授の理解はやはり「率直な理解の仕方」であろう。なお川井教授は、我妻博士の「しかし詐欺による場合でなくとも、表意者が有効と認めているのを相手方から無効を主張することは許されないといつてよいであろう」を引用され、これに賛成の上、その理由づけを「錯誤者の無効の追認があつた」と考えるべきことを提案される。私もその理由づけは別として、我妻博士及び川井教授の見解に賛成である。しかし、そもそも本件を要素の錯誤を詐欺者たる相手方が主張しても封じられるという形で構成することに疑問を感じる。甲は(一番)抵当権を設定するつもりで(一番)抵当権設定の合意(表示)をなした。ところがAが詐欺をして甲を欺し、実さいには(一番)抵当権となつた。甲には意思表示の内容については全く錯誤はなく、Aすなわち乙が約束通り履行しなかつたにすぎない。抵当権設定契約における順位に関する合意の性質は何かといえ、契約条項として一番であることが特約されている合意とみるべきである。現在の通常の書式によれば、抵当権設定契約は「抵当権設定契約書」と題する書面でなされ、その契約条項第一条に順位何番の抵当権を設定云々と記載されているものによつてなされている。右のとおりだとすれば、順位に関する合意は、契約条項として契約の内容になつてゐるにすぎない。従つて当事者が順位について錯誤したとしても契約類型としての抵当権設定契約自体は依

然有効に成立し、約束通りの順位で設定されなければ、抵当債権者は順位の変更をなすよう債務者に請求することができる。従って甲は乙の債務不履行を理由に順位一番の抵当権となるように請求することができる(現実には一番抵当権を抹消しよう請求することになる)。それがなされなければ、抵当権設定契約しておそらく金銭消費貸借契約をもとも解除することができる。またAの詐欺を理由に契約を取消することもできる。いずれにせよ、契約はいったんは有効に成立しているのである。ところが本件では、甲は右のいずれの手段をもとらず、二番抵当権で甘受し金銭消費貸借契約を存続させる意思をもち乙の債務不存在の確認と抵当権登記の抹消請求に対して争っている。乙としては(代理人がやったとはいえ)、みづから詐欺をはたらいて二番抵当権を設定させた以上、甲がこれを甘受する限り、右の抵当権の抹消を請求することはできない。これは(二番)抵当権設定契約が有効に成立しているからである。従って、甲は自己の錯誤を追認したから乙の請求がみとめられないと考えるべきではないと思う。錯誤者の錯誤の追認の問題ではなく、要素の錯誤そのものがないのであるから、錯誤を理由に乙が甲に対抗しても、みとめられるいわれのない事案であったといふべきである。<sup>(1)</sup>

(1) 本件においてもし抵当権の目的物たる土地の同一性を取り違えたとするならば、目的物の同一性の錯誤として抵当権設定契約は無効になる。この場合錯誤者甲が取り違えた目的物についてなお抵当権を存続させる意思を示しているかぎり、詐欺をした乙の側から右の錯誤無効を主張することは、本判決の判旨にいうように、自己の不法を利用することは許されずとして排斥されるべきだったといえよう。従って本件には要素の錯誤のない事案だったが、もしそれが存在した事案においても、本判旨は一般的に通用する理論である。

⑤ 大判昭和一四年八月五日(民集一八卷七九二頁)〔所有権移転登記抹消並所有権移転登記手続請求事件〕

甲女は夫が死亡したのでその胎児のAのために家督相続届をした。ところが甲は自己が戸主となって相続財産たる

本件土地を処分することのできる地位にあるものと誤信し、亡夫の妹の乙に右の土地を贈与し、乙は所有権移転請求権保全の仮登記を得た。胎児Aは出生後六ヶ月になる前に死亡し、その地位を甲は相続した。甲は右土地に自己の債務の担保のため第三者に抵当権を設定し、それが実行されて結局丙が競落し所有権移転登記がなされた。乙は甲に対し仮登記に基づく本登記、丙に対し登記の抹消を請求した。右の乙の請求に対し甲は家督を相続しないのにそれをしたと誤信し処分権ありとして贈与をしたもので法律行為の要素に錯誤があり、右贈与は無効であると抗弁し、丙は、乙の得た仮登記は不適法なもので何ら効力はないと抗弁した。これに対し乙は、甲の右の誤信には重大過失があり贈与は無効にならないと主張した。原審は、甲の重大過失を認め甲みずから無効主張することはできないとしつつ、錯誤による法律行為はその行為の当事者間のみならず第三者に対しても絶対に無効なものであるから、贈与契約は丙に対する関係では無効だと判示し乙を敗訴させた。乙は上告し、錯誤者甲に重大な過失があるときに、相手方がその意思表示の有効を欲するかぎり、第三者との関係においても要素の錯誤のないものとみなされ意思表示は絶対的に有効に成立すると主張した。大審院は上告を容れて原判決を破棄して差戻した。「要素ノ錯誤ニ因ル契約ノ無効ヲ表意者自ラ主張スルコトヲ得サル場合ニ於テハ該無効ノ主張ハ単に表意者ヨリ相手方ニ対シテノミナラス汎ク第三者ニ対シテモ亦之ヲ主張スルコトヲ得サラシムル趣旨ナル」ものと判示した。

この事件は、処分権限のない甲が処分権限ありと誤信して乙に贈与をなし、他方、処分権を取得してから、同一物件を第三者内によって競落されたという事案で、乙が、錯誤者甲と第三者丙を相手に訴訟を起し、錯誤者甲が錯誤無効を主張してきたのに対し表意者には重大過失があるから無効を主張することはできないはずだと抗弁したのが容れられたものなのである。この判決で注意すべきは以下の諸点である。(1) 錯誤者がみずから相手方に対して無効を主張

していること、(2)第三者は錯誤者に対しても、相手方に対しても錯誤無効を主張していないこと、(3)相手方は錯誤者に対し錯誤者に重大過失ある故に無効を主張しえない(法律行為は有効である)と抗弁していること、(4)錯誤者の重大過失が認定されていること、である。従って錯誤者甲に重大過失あるときは、相手方乙がそれを主張立証するかぎり、錯誤者は無効主張できないという点のみが先例的価値をもつであろう。我妻博士が「丙は、甲乙間の譲渡の無効、従って自分への譲渡が有効であることを主張しうるか。表意者甲が無効を主張しえないことは、単に相手方乙に対してだけでなく、その他の第三者に対してもそうであり、結局その行為は有効と認められると同様に帰するという趣旨が判示されている」(我妻・前掲三〇五―六頁)として本判決を引用する。しかし本判決は錯誤者甲が第三者丙に対して無効主張したものであるのだから右の点を本判決の趣旨とみるのは正確でないと思う(結論としてそれが妥当であるか否かは別として)。従って(2)の点からみて、判旨は、「第三者が相手方に対し、無効を主張し相手方が重大過失を主張するといふ事実に対し、無効の主張を封じたのである」(川島・判民一四年度、五五事件)というのも、第三者が無効を主張してはならないのだからやはり正確でないといえる。そもそも本判旨は、表意者に重大過失あるときは相手方に対してのみならず、「汎ク第三者ニ対シテモ」無効を主張しえないというが、本件は表意者が相手方に無効を主張したにすぎないのだからこの表現もまた不正確である。

私は民法九五条但書の「表意者自ラ」無効を主張しえないという趣旨を文字通り、表意者のみが主張しえないが相手方又は第三者は主張しうると解して妨げないと考える。この規定は、いわば、表意者が無効を主張しえない結果、行為が「有効」となるとの意味ではなく、相手方又は第三者が錯誤者の重大過失を主張立証することによって行為の無効を主張するのを封じることができるとの趣旨に解すべきものと思う。本件において、もし丙が乙に対して無効主

張しても乙は甲の重大過失を主張立証すれば、その無効主張を封ずることができる。すなわち但書は相手方又は相手方の特定承継人(相手方側の第三者)を保護するための規定なのである。表意者からの特定承継人は表意者に重大過失あるかぎり、有効を欲する相手方又は相手方側の第三者に対し無効を主張することはできない。従っていかなる者が表意者の錯誤無効を主張しても相手方又はその特定承継人が重大過失を主張立証すれば、右の無効主張を封ずることができる。以上の私見とほぼ同一の考えを採りながら、川島博士(前掲)のように右の場合に「行為が完全に有効となる」との発想から、取消の場合とかわりないとされ、錯誤無効は「表意者の主張を俟ってはじめて裁判上認められる」と結論づけられるには賛成できない。

本判決は原審が認定したところの「要素の錯誤」の存在を前提として重大過失ある表意者の無効主張を相手方が封じうる旨を判示したということは確かである。しかし本事案にそもそも要素の錯誤が存在しているのか、ということには私の立場からは問題とせざるをえない。この点は、前記、我妻・川島両博士がつとに指摘されておられ、むしろ「処分行為の追完」理論によって処理されるべきだったといわれている。私の立場からは、本件も単なる動機の錯誤があったにすぎない。すなわち、甲は処分権限がないのにこれを有り信じて贈与契約をなしたというのだからである。特定の目的物を乙に贈与する意思で贈与すると表示しているから全く意思表示の内容について錯誤は存在していない。処分権限がないものが処分をした場合、売買については民法はこれをむしろ「解除」によって解決されることを予定している(五六一条・五六二条)。本件では処分権限のちになって追完されているのであるから、受贈者その履行を求める限り贈与者はそれを拒否することはできないというべきである。まさに本件は錯誤の問題としてではなく、「單純に処分行為の追完によるC(乙)への移転を承認して、先順位たるC(乙)の仮登記を勝たせるべきであっ

た」(川島・前掲)のである。

以上の理由によって本判決を錯誤無効の主張の許否をめぐる問題の先例として重視することには、問題が残るといわざるをえない。

⑥ 最判昭和四〇年六月四日(民集一九卷四号九二四頁)〔賃借権不存在確認等請求事件〕

Aの所有していた土地は財産税物納許可によって甲(國)が取得し、甲は乙財産法人に払下げた。ところで会計法二九条の三によれば、契約担当官は契約を締結するには、原則として一般競争によることを要し、例外的に随意契約によることが認められており、その一場合として予算決算及び会計令九九条において、「土地、建物又は林野若しくはその産物を特別の縁故ある者に売り払い又は貸付けるとき」(同条二二号)が定められている。甲は乙が右の特別縁故者であると誤信し右の払下げをしたものであるが、乙は実は右の者にはあたらなかった。払下げを受けた乙はさらに丙に売却した。ところが本件土地には賃貸人の承諾を得ないで賃借権を譲受けた丁が地上に建物を所有していたために、丙はこの丁を相手どって、第一審では丁の賃借権の不存在の確認、第二審では土地所有権に基づき建物収去を求めた。これに対し丁は、甲が乙に対してなした払下げは、いわゆる縁故払下げであるのにその要件を満さないままになされたものであるから甲の要素の錯誤により無効であり、丙には土地所有権が存しないと主張した。これに対して丙は、甲に要素の錯誤があっても甲が錯誤を主張していない場合には、第三者丁は錯誤無効を主張しえない、たとえ丁が無効の主張をなすことができるとしても、甲が重大過失の故にみずから無効を主張しえない場合には、第三者たる丁も無効を主張しえないと主張した。原審は丙の主張を容れて、甲に錯誤がありまた甲に重大過失があったから甲は無効を主張できず従って丁もそれをするとはできない、と判示した。そこで丁は上告し、錯誤者甲に重大過失が

あつても相手方または第三者は無効を主張しうるし、それができないならば甲に代位して無効を主張すると述べた。

最高裁は上告を棄却しつぎのように述べた。「民法九五条は、法律行為の要素に錯誤があつた場合に、その表意者を保護するために無効を主張することができるとしているが、表意者に重過失ある場合は、もはや表意者を保護する必要がないから、同条但書によって、表意者は無効を主張できないものとしているのである。その法意によれば、表意者が無効を主張することが許されない以上、表意者でない相手方又は第三者は、無効を主張することを許さるべき理由がないから、これが無効の主張はできないものと解するのが相当である（昭和一四年八月五日大審院判決、民集一八卷七九二頁参照）（前掲⑤判決一筆者）。これと同趣旨に出た原判決は相当であつて、論旨は採用することができない。」

「論旨は、相手方の詐欺行為によって要素に錯誤ある意思表示をした者は、たとえ重大過失があつても無効の主張ができると解すべきであるのに、無効の主張ができないとした原判決は民法九五条の解釈適用を誤つた違法があるといふ。しかし所論の場合においても無効の主張はできない旨の原判決の判断は正当である。」「上告人（丁）が国（甲）に対して債権を有していたことは原判決の認定していないところであるのみならず、国が無効を主張しえない以上、第三者が国に代位して無効を主張しえないことはいうまでもない。」

本判決は前掲⑤判決を引用し参照するよう指示している。一般的にはこれは⑤判決と「判旨の文言の上ではそれと全く同旨の判決」と評価されている（川井・前掲二九八頁及び同所の文献参照）。⑤判決は、表意者が重大過失の故に無効主張しえない場合、表意者は相手方に対するのみならず「汎く第三者ニ対シテモ」無効主張しえないと判示したものであつて、ここにいわゆる第三者は表意者側の第三者（競落人）にすぎなかつた。しかもこの第三者は有効を主張したのではなく、表意者ともども相手方より被告とされていたにすぎなかつたので、前述の通りこの判旨部分は傍論にす

ぎないのである。すなわち、相手方が表意者の無効主張に対しその重大過失を理由にその主張を封じたものであった。これに対し本判決の当事者としては錯誤者甲は全く訴訟には関係せず、第三者同志が訴訟当事者で、しかも無効主張したのは、表意者側の第三者、相手方側の第三者のいずれでもない全くの第三者である。他方重大過失を理由に無効主張を封じた者は相手方からの特定承継人たる第三者であった。そして判旨の文言は、「表意者が無効を主張することが許されない以上、表意者でない相手方又は第三者は、無効を主張することを許さるべき理由がない」と表現している。第三者のみならず相手方の無効主張も禁じているが、事案としては相手方が無効主張したのではないから、この部分は傍論にすぎないというべきか。⑤判決は実質的な根拠を表意者に重大過失あるとき有効に確定するとの考えを基礎にもっているとうかがわれるのに反し、⑥判決は、むしろ、端的に重大過失ある表意者の保護の不必要を理由にしているともみうる。このように、⑤判決と本判決とは、判旨の文言の上でもかなり相違するし、訴訟構造の観点からみれば全く事案が異なるというべきである。

ただ⑤判決も本判決も、相手方又は第三者からの無効主張を是認する立場を前提とし、表意者に重大過失ある場合を問題としており、⑤判決は表意者から相手方に向けての無効主張を、本判決は第三者の相手方側の第三者に向けての無効主張を封じたという点で共通するところもみられる。この共通部分、すなわち表意者に重大過失ある場合に限定して相手方又は第三者の無効主張を封じるということはその論理的前提として表意者に重大過失ない場合は相手方又は第三者は無効主張できるということになり、表意者が無効主張していない限り、重大過失の有無にかかわらずなく、相手方又は第三者からの無効主張はみとめられないという前述の舟橋説の立場から、批判される要素もっている(谷田貝・民商五四卷一号一〇七頁以下。瀬戸・法曹一七卷八号一二六七頁、田中・判評八七号六頁判時四三二一四頁)。

私は⑤判決について述べたように、表意者に重大過失があつてみずからは無効主張を許されない場合でも相手方又は第三者からの無効主張は原則的には許されると解する立場に立ち、ただ、表意者の重大過失を主張立証する相手方又は第三者は、いかなる者からの無効主張であつてもそれを封ずることができる、いわば、九五条但書の趣旨は相手方又は第三者保護のために、それをしかも相手方又は第三者の「重大過失の抗弁権」とでもいうべき形で規定されたものと考ええる。従つて⑤判決は相手方が表意者の重大過失を主張立証して表意者（又は第三者）の無効主張を封ずることができ、本判決においては第三者丙が重大過失を主張立証して第三者丁の無効主張を封ずることができるといふ形で解決されるべきだと考える。しかしこれは、あくまでも、両事案において、真に要素の錯誤ありと判断された場合のことである。⑤判決においてと同様、本判決もまた、私見の立場からは要素の錯誤ありとはいえないのである。

本件における甲(国)の錯誤は、払下げの相手方乙が、いわゆる土地の現実の用益者である特別縁故者であると誤信して払下げたところ、乙はすでに払下げ当時土地上の建物を他に譲渡していてそれにはあたらぬ者であつたというにある。相手方としての乙を他の誰れかと誤信して契約を締結したという相手方の同一性に関する錯誤ではなく、相手方乙が特別縁故者たる資格・性質を具えていたか否かに関する、いわゆる相手方の性質に関する錯誤である。この人の性質に関する錯誤はまぎれもなく、動機の錯誤である。この動機が表示されるならば、意思表示の内容となるといわゆる通説の立場からは、本件では乙が特別縁故者として払下げの申請をなし、国の担当官も一応の調査をしたというのであるから、動機が表示があつたとみることができ、その誤りが重要であれば、まさに要素の錯誤となる。表示の有無を問わない舟橋説でも、おそらく要素の錯誤となるであろう(谷田貝・前掲一〇四頁)。しかし私は、動機は特に当事者双方によつて、単に表示(通知・伝達)されるのではなく、合意されることによりその合意の性質に従つて

法的顧慮を受けうるに過ぎない、と考ふる。合意は、法律行為の解釈によってその性質が決定されなければならない。従つて本件では、払下げ（法的には單純な私法上の売買にすぎない）自体には全く錯誤がなく、払下げは甲・乙間に有効に成立している。この契約の有効な成立を前提に、次に問われるのは、乙が特別縁故者であるという甲の動機が何らかの形で合意されていたといえるかの問題である。ただちに考えられうるのは、「特別縁故者であること」が払下げ契約の条件となっていたか、あるいは、附款としての右条件ではなく、契約条項として契約の内容となっていたのかのいずれかである。前者ならば、契約は附款としての条件の効力によって無効になる。後者ならば、契約は依然有効で、甲（国）は乙の義務不履行として契約を解除し、損害があれば賠償請求もできるであろう。すなわち、本件で吟味されなければならないのは、動機が合意されていたか否か、されていたならその性質は何かであった。それが、動機の錯誤も錯誤の本来的構成部分として考察されるや否や右の問題はただちに空中分解して、専ら錯誤論の領域に入つてしまふ。学説・判例が錯誤、特に動機のそれを論ずるに際し法律行為の解釈をあいまいなままにして論ずるのは、右の事情にもとづくのである。しかし錯誤は、表示と意思の不一致を論ずる領域であるから、まず、解釈ルールによつて表示（單なる通知・伝達の意味でなく、意思表示における表示、すなわち合意されたもの）をいかなる意味に確定すべきかの作業が不可欠の前提となるのである。本判決もこの点の作業がなされていないため、前述の「動機の合意」の存否、その性質如何には全く触れられていない。そこで限られた資料で判ずるならば、私は、本件では、「特別縁故者たること」という事情は合意されたとはいえないのではあるまいかと考えたい。會計法二九条の三及び予算決算及び国会計令九九条二二号は、いずれも、国家内部における担当官の義務を定めたものとみるべきであろう。払下げの効力自体に影響を与える法定の要件ではないとするならば、担当官は、その国に属する土地を払下げの場合、右の動機とな

った事情を特に条件として表示するか、契約条項として契約書中に明示しない限り、自己の誤りを理由に払下げの効力を否定することはできないと思う。本件では、乙の申請書には、特別縁故者としての記載はあったが、払下げ契約書には特別縁故払下げである旨の記載はなかった。また特別縁故払下げであるからといって特別に他の場合と異なり代価を減じたという事情も認められない。だとすれば甲の払下げの動機は、意思決定をなすにさいし重要な意味をもったとはいえても、それが合意の対象にまで高められたとはみられないのではあるまいか（前述の会計法等の規定が、農地法上の、農地売買における知事の許可の如き効力を有するならば、右の私の判断は誤りとなろう）。右の私の解釈が、仮りにみとめられるとすれば、本件における契約は全く有効に成立している。ただし、乙の甲に対する詐欺はあったといえよう。乙は特別縁故者であるかのようにふるまい担当官をして乙に本件土地を払下げるよう工作したのだからである。だとすれば、甲はたかだか、詐欺を理由に本契約を取消すことができるにすぎず、従って甲以外の者、乙・丙・丁などはいずれも契約の効力を否定することはできない（判例上、真実には詐欺の事例にすぎないのに要素の錯誤とした場合、第三者に対する関係では、表意者の重大過失を認定し、結論的には詐欺の取扱いに接近せしめるといふ傾向を示していることについては、高橋・法時四二巻一三三号一三九頁参照）。

本件を詐欺の場合とみれば、単純に事件は解決されたと思われる。表意者の重大過失と第三者の無効主張の許否の問題は全く本件では無関係になる。④判決や本件のような動機の錯誤をも要素の錯誤とすれば、九六条の詐欺の事例はほとんど存在しないことになるのではなからうか。

⑦ 最判昭和四五年三月二六日（民集二四卷三号一五一頁）「油絵代金返還請求事件」

甲は、丙からよい絵を世話してほしいとの依頼を受けたので、かねて顔見知りの愛好家乙から油絵二点を一つは二

八万円、他の一つは一〇万円、計三八万円で買受け、代金を支払った。右二点の油絵は、それぞれ作者と称せられるものの署名があり、真筆の時価とそれほど異なるものではなかった。売主・買主双方とも真筆と信じていたと認められる。買主甲は、二八万円の方については、特に、それが真筆か否かを乙に確めたところ、暗に真作であることを保証し、そうでなければ引取ると約束した。一〇万円の方についても甲は疑いをもったが、乙は真筆に間違いのないと言明したので、それを信じて買受けた。

後、甲は、右の油絵をそれぞれ三八万円、一七万円、合計五五万円で丙に売り、丙は四五万円を支払った。甲は丙に対し右二点はいずれも真筆であることを告げ、鑑識能力のない丙は甲の言を信じて買入れた。ところが、その後右の油絵は二点とも贋作であることが判明した。

丙は、甲と乙とを被告として、甲に対しては、甲丙間の売買は丙の錯誤によって無効であるとして、支払った四五万円の返還を、乙に対しては、丙の甲に対する右四五万円の返還請求権を保全するため債権者代位をするとして、三八万円の支払いを請求した。一審では丙の請求はいずれも全部認容され、乙だけが控訴したが、これは棄却された。乙・甲間の売買、甲・丙間の売買は、いずれも買主において本件油絵が真作であると信じたことが動機となっていたが、これは売買契約の内容となっておりかつその要素になっている、従って右二つの売買契約はいずれも錯誤によって無効であり、甲には重大過失がなく、しかも無資力であるから、丙の乙に対する請求は適法である、というのが理由であった。

乙は上告し、甲には重過失があったこと、表意者の意思に反してなす第三者の錯誤無効の主張は許されないこと、という二点を主に主張した。最高裁は上告を棄却し次のように述べた。「意思表示の要素の錯誤については、表意者

自身において、その意思表示に瑕疵を認めず、錯誤を理由として意思表示の無効を主張する意思がないときは、原則として、第三者が右意思表示の無効を主張することは許されないものであるが（最判昭和四〇年九月一〇日民集一九卷六号一五二二頁参照）、当該第三者において表意者に対する債権を保全するため必要がある場合において、表意者が意思表示の瑕疵を認めているときは、表意者みずからは、当該意思表示の無効を主張する意思がなくても、第三者たる債権者は表意者の意思表示の錯誤による無効を主張することが許されるものと解するのが相当である。」（甲に重大過失ないことについては、原判決の判断が支持された）。

本件の事案はきわめて珍らしいものである。この種の事案は従来判例上は全くあらわれていない。しかし、乙・甲間の売買契約において甲に錯誤があり、甲より目的物を譲受けた丙が甲の錯誤を理由に乙に向けて乙・甲間の無効を主張した事例と簡略化することができよう。つまり第三者丙が相手方乙に向けて錯誤無効を主張した場合である。丙が乙に向けて無効主張した事例と考えるならば、③判決がある。そして事案として丙から乙に向けて主張したものであるのではないに、実質的には右のように理解されている⑤判決がある。⑤判決は、錯誤者甲が、乙との間に締結した贈与を錯誤を理由に乙に対して無効主張したのに対し、甲には重大過失があるから無効主張は認められないと判示しつつ、反転して、目的物の競落人たる第三者丙に対しても表意者は無効主張しえないとして、乙の甲に対する本登記請求、乙の丙に対する登記抹消請求を認容した事例であった。しかも丙は乙に対しては実さいには錯誤無効を主張していないのである。しかし学説は、錯誤者甲に重大過失あるときは、第三者丙も相手方乙に対して無効を主張しえないと判示したものと理解している（我妻・前掲三〇六頁）。そのように理解するならば、⑤判決の立場からみたなら本判決は錯誤者甲に重大過失あると認定されていない以上、第三者丙が乙に向けてなす無効主張は当然認められることにな

る。本判決はそれのみとめなかつたので、⑤判決とは異つた立場にたつてゐる。他方③判決と本判決とはどんな關係に立つか。③判決は、錯誤者甲から抵当権附債権を譲受けた乙に対し抵当債務者から抵当不動産を譲受けた丙が、甲の錯誤を理由に無効を主張した事案であつた。③判決ではこの無効主張が認められてゐる。この点、前述の如く、③判決と本判決とは訴訟構造上類似した事案とみてよい。本判決では、③判決と異なり、丙の乙に対する無効主張は原則的にみとめない立場にたつて、特に債権保全の必要性ある場合との要件をたててそれをみとめてゐる。従つて、本判決は③判決を「判例の主流的立場を示すべきもの」と評価し、錯誤者を當事者としなない訴訟、すなわち錯誤者が無効行為を追認してゐない場合には、相手方又は第三者からの無効主張を原則的に承認する川井教授の見解とはかなり異なつた立場に立つてゐるかにみえる。本判決と③判決とは立論の基礎を異ならしめると考えられる。

ところで本判決は、その判旨中において、後掲⑧判決を引用してゐる。このことから本判決は右⑧判決によつて「示された立場を前提したうえで、意思表示が錯誤によつて無効であることを第三者が主張しうる例外的な場合を示したものであり、これにより、九五条の解釈論の内容をより具体的なものたらしめた」（幾代・民商六四卷三三三—三三頁）と評されている。しかし、⑧判決は、錯誤者甲が錯誤を不問に付した上で、その行為を有効とみとめた上で第三者丙に請求している訴訟において、丙からの無効主張が認められなかつた場合である。本件では第三者丙が相手方乙に対して無効主張している場合なので、事案はかなり異なる。従つて、⑧判決にいう「表意者自身において、その意思表示に何らの瑕疵も認めず、錯誤を理由として意思表示の無効を主張する意思がないにもかかわらず」との表現からは、錯誤者甲のいわゆる「追認」の意味が抜き出されうるのに対し、本判決では右追認があつたとはいえないように思われる。本判決の「表意者みずからは当該意思表示の無効を主張する意思がない」との表現は、「ただ消極的

に無効を主張しないだけ」(奥田・法時四四卷四号一二七頁、川井論文の書評)の意味しかもちえないであろう。本判決に對し「川井氏のいう『追認』のためには、有効を前提とする表意者の行動(権利行使)、あるいは、『無効を主張しない意思』が、その他の事情とあいまって、行為の有効なることを意欲しているという何らか積極的要素が加わらなければ、『追認』ありとは認められないというべきであろう」(奥田・前掲)との指摘は正鵠を得ているというべきである。故に、⑧判決と本判決の關係は、前者を前提としているのではなく、むしろ、⑧判決とは異なつた立論の基礎の上にたつて、⑧判決を変えたものといえよう(錯誤者自身のみが無効主張できるとの舟橋説に立脚した判例というべきか。川井教授はそうみている。注釈民法③二二二頁)。

川井教授の立場からは、本判決のように、錯誤者甲の追認が認められないときには、債権保全の必要性という要件を立てることなしに、第三者丙は相手方乙に対して無効主張できるはずである。他方、舟橋説の立場は、錯誤者が無効を主張しない限り、相手方又は第三者からの無効主張を認めないものであるから、債権保全の必要性の要件の有無にかかわらず、丙は主張できないのを原則とするであらう。ただ本件のように、丙にも無効主張しうる権利を認められてよい特殊状況にあるとき、例外的にそれを認めるか(西沢・法時四二卷一―号二三五頁、幾代・前掲・三四五はこの構成)、それとも錯誤者甲の無効主張を第三者が代位行使すると構成するかの途が残されているであらう。舟橋説は、錯誤無効を可及的に取消と同視しようとする見解であるから、取消権が債権者代位の客体となる(我妻・新訂債権総論一六七頁)のと同じ取扱いをする方が理論的にはすっきりすると思われる(このような構成を積極的にとられるのは、谷田貝・民商五四卷一号一一〇―一頁)。

しかしながら、右のような曲折を経なければ、本判決を合理的に解決しえないのであろうか。右に挙げた諸評釈に

おいては、本件において甲に要素の錯誤のあることにつき、いささかも疑っていない。私は本件においても要素の錯誤は存在しないと考える。本件は動機の錯誤を安易に要素の錯誤とする学説・判例の理論的欠陥を示す好例とみることもできるのではないかと思う。それでは、何故本件において甲の要素の錯誤がないと考えられるのであろうか。本件油絵の売買はいうまでもなく特定物の売買である。特定物の売買は、その契約類型として、時間及び空間によって特定されたものが行為の目的物になり、売主は、引渡義務としては、まさにその目的物を買主に引渡すことによって、全ての義務を完了するものである。この時間と空間とによって特定された物の性質・性状、来歴などについて買主が内心において特別な表象(観念)をもったにすぎない場合はもちろん、その表象(観念)を相手方に表明したとしても、それだけでは、その表象が当事者双方によって合意されたものとはならない。すなわち契約の内容になるものではない。しかし、特定物たる指輪の売買において、買主が「この金の指輪を下さい」といい、売主がその申出に応じて売買契約を成立させた場合ならば、一般的には右の「金の」指輪という買主の表象は単に売主に表明・通知されたに止まらず、「表示」された、売主・買主双方において「金であること」が合意されたとみることができよう。これは契約の解釈の問題であり、確立された解釈ルールに従って判定されなければならないところである。従って、右の取引が、著名な貴金属商店の中でなされたのではなく、露店でしかも通常純金製の指輪ならするであろう価格よりも格安に取引されたという事情でも認めることができらば、これは、単なる買主の表象の売主への通知・表明にすぎず「表示」された、すなわち「合意」されたとは解釈されないであろう。そうして、右の解釈ルールに従い、もし、「金であること」が表示された、合意されたと認められるならば、次には、その合意の性質が問われなければならない。通常、かかる場合には、附款としての条件・前提か又は契約条項の一つとしての保証の合意であろう。条件になっていたと

みられるならば、もし目的物が金でなければ、売買はいったん有効に成立したとはいえ、条件不成就により無効になる。もし保証合意とみとめられるなら、契約は依然有効で、買主は売主の債務不履行の責任を追求し、契約を解除し損害があればその賠償も請求することができるであろう。本件における油絵の売買においては、買主はかねてからの顔見知りの愛好家の売主と取引したこと、これまでも取引があったが一度もだまされたことがないこと、代金は時価相当のものであったこと、二つの油絵のうち、特に一方については、暗に保証し、真作でなければ引取ると売主がいつていること、他の一点についても買主は疑いがあったので、真作であることをたしかめていること、等々を資料に判断するならば、特定物の売買たる油絵の取引は、目的物としては当該の油絵に特定され、売主の引渡義務としては、この物を引渡すことによって完了するが、「真作であること」という買主の表象は相手方たる売主に「表示」されており、従って右の事情は合意の対象にまで高められているとみてよいはずである。本件では、この合意の性質をいかに確定するかという重要な問題点をすべて錯誤論の領域で処理しているため、いつのまにか真の論点が見失なわれてしまっている。右の合意は条件とみるか保証とみるかはさておき、いずれにしても、真作でなければ引取ると売主が買主に言明しているのであるから、買主としては油絵二点（右の言明ないし約束は二点のうち一点についてのみだったが、取引全体としては一括してなされているので、二点ともについてなされたとみることができる）を返却し代金の返還を請求できることだけは確実である。右のように解することができるならば、錯誤無効の第三者主張は許されるか、それは債権保全の必要性ある場合のみか否かなど、全く問題にならず、買主甲の債権者丙は甲を代位して右の代金返還請求権を行使するところの単純な債権者代位権の問題となるのである（もっとも本件では右油絵はさらに甲・丙間で売買されている。したがって、丙が債権者といえるか否かは、この取引も甲・乙間の取引と同じく真作であることが特に合意されているものと

扱えるかという問の解答次第である。私はそう見ることができるとは考えるが、要は、本文に述べた考え方を履踐するかどうかである。

私は本件は錯誤の問題ではなく、右のような「合意された動機」の法的処理の問題だと思う。動機が合意されたならば、合意の性質が確定されねばならず、法的処理は、かくて確定された合意の性質に依じてなされるべきなのである。

### 三、要素の錯誤に当る訴訟

⑧ 最判昭和四〇年九月一〇日(民集一九卷六号一五二二頁)〔建物収去土地明渡請求事件〕

本件宅地はもとAの所有であったが、丙がAより賃借し地上に未登記建物を所有していた。その後この宅地はAより転々と譲渡され、乙が所有権者となり、この乙に対する貸金債権の代物弁済として結局甲の所有に帰した。甲は自己の所有権に基づき賃借人丙に対し建物収去土地明渡を請求した。これに対し丙は借地権は建物の登記がなくても、共同賃借の故に建物保護法第一条の対抗力を有する、また甲の請求は権利の濫用であると主張したほか、次のように抗弁した。乙は甲に対し本件宅地につき抵当権の設定と代物弁済予約とを締結するに際し、現場において本件宅地としてこれに隣接する更地を指示し甲はこの隣地の更地を本件宅地と誤信して右契約を締結し所有権移転請求権保全の仮登記を受け、約二ヶ月後代物弁済により所有権を取得し、その旨の登記を経たものである。従って右抵当権設定契約と代物弁済予約における甲の意思表示には法律行為の要素に錯誤があつて無効なものだから、これに基づく代物弁済もまた無効であり、結局本件宅地の所有権は甲に移転するはずがなく、甲は所有権者ではない、と。

原審はこの丙の主張を認めなかったので、丙は右と同一の理由をもって上告した。最高裁は丙の上告理由中、錯誤の主張につき次のように判示したほか、建物保護法の誤った解釈・権利濫用の理由をも排斥し上告を棄却した。「原

判決は、民法九五条の律意は瑕疵ある意思表示をした当事者を保護しようとするにあるから、表意者自身において、その意思表示に何らの瑕疵も認めず、錯誤を理由として意思表示の無効を主張する意思がないにもかかわらず、第三者において錯誤に基づく意思表示の無効を主張することは、原則として許されないと解すべきである、と判示している。右原審の判断は、首肯できて、原審認定の事実関係のもとで上告人の所論抗弁を排斥した原審の判断に所論違法はない。」

本判決においては、錯誤者たる甲が、第三者たる丙に対して訴訟を提起した場合に、第三者たる丙が甲の錯誤を理由に、相手方たる乙と甲間の法律行為の無効を主張し、甲は所有権を取得していないと対抗したものである。最高裁は丙の主張を認めなかったが、その理由づけとして「錯誤者が錯誤を理由に無効を主張する意思がない」ことに求められている。ただし最高裁は右の場合に、第三者は「原則として」許されないと述べて、例外的には第三者の主張を認める余地を残している。この点において「無効の主張をなしうる者は、錯誤者またはその承継人に限ると解して差支えないのではなからうか」(松坂・民商五四巻四号五二三頁)との評価がなされている。この評価が、もし本件事案におけるように錯誤者が錯誤という意思表示の瑕疵を認識し、それを不問に付した上で、錯誤によって成立した意思表示に基づいて訴えている場合に限定するならば、私も賛成である。意思の欠缺の故に法律上効力なきものとされている意思表示において、事後的であれ、錯誤者が意思の欠缺を不問に付していることによって意思の欠缺が補完されるならば、全く有効な意思表示が存在するに至るからである。この場合、表意者以外の相手方又は第三者が表意者の錯誤を利用することは許されるべきでないと思う。しかし右の評価が舟橋説の立場に立って、錯誤者が無効を主張しない場合一般に拡大されてよいとの前提でなされているならば問題があるといわねばならない(松坂・前掲はいずれなのかは)

きりしない。)。舟橋説に立つ谷田貝氏は⑥判決の評釈において、その判旨を、無効主張禁止を但書が適用される場合に限定する趣旨であるならば賛成できないといいつつ、「表意者が無効を主張することを許されない場合はもちろん、表意者みずから無効を主張しない以上、表意者でない相手方又は第三者は、無効を主張することを許さるべき理由がない」と改めるべきことを提案され、東京高判昭和二十六年一月二十五日(判タ二二号五四頁)及び本件⑧判決を引用して、右谷田貝氏の案文と本判決とが同旨であるかのような理解を示される。しかし中家、川井両氏が指摘されるとおり(中家・法協八三巻二二五四頁以下、特に二五九頁、川井・前掲、二九四頁)、⑥判決と本判決とはその事案においてかなりのへだたりがある。(イ)、⑥判決の当事者は第三者丙と同じく第三者丁であった。本判決は錯誤者甲と第三者丙である。(ロ)、⑥判決では表意者に重大過失ありと認定されているが、本件ではそうではない。表意者が有効と認めて訴訟を起しているのだから、そもそもその認定は問題にならない。(ハ)、(イ)に関連して、誰れに対して無効主張がなされたかといえ、⑥判決では全くの第三者丁から相手方の承継人たる第三者丙に対してなされたのに反し、本判決では、第三者丙から表意者甲に向けてなされている。結局、⑤判決、⑥判決と本判決とを対照させると判例は、(1)錯誤無効の主張は表意者以外の者すなわち、相手方又は第三者からもなされうる(2)表意者に重大過失あるときは、錯誤者から相手方に対して、第三者から第三者に対して(ただしこれは⑧判決の傍論)、第三者から相手方に対してのいずれにおいても錯誤無効の主張は許されない。相手方から表意者に向けての無効主張は判例上あらわれない。(3)表意者(錯誤者)が錯誤の存在を不問に付して錯誤によって成立した法律行為に基づいて請求している場合は、第三者から錯誤者に向けての無効主張は許されない、という態度を採っていたといえる。しかし、前掲⑦判決は、右(1)を否定するかのような態度を示している。すなわち、そこでは債権保全の必要性ある場合に限定して、第三者から相手方に向けて

の無効主張を肯定しているからである。原則的に第三者の無効主張を認める立場ならば、債権保全の必要性を要件としてたてる理由がないからである。川井教授は、⑦判決以外の全判例を詳細に分析して、錯誤者を当事者とする訴訟で錯誤者が無効を主張しない場合には、相手方、第三者の無効の主張を許さない、錯誤者甲を当事者とし、訴訟においては、甲が無効を主張しない場合でも第三者の無効主張を許し、ただ重大過失によって制限される、というのが判例の立場であり、これら諸判例を統一的に理解する共通点を錯誤者が無効を追認していない場合のみ、相手方、第三者の無効主張を許すということに求められた。追認法理を肯定する立場からとはいへ、判例の表見上の法律論を問題とする限り、その通りだったといえる。この鋭い分析には高い評価が与えられるべきだと思う。しかし⑦判決の出現によって、川井教授の見方には若干の動揺を余儀なくされてしまった。前述の通り、⑦判決は、むしろ、舟橋説に接近したと評されるべきように思われるからである。

本判決の他の判決との決定的相違点は、私見によれば、本判決には真に要素の錯誤があったと認められるのに反し、これまでの判例はみな単なる動機の錯誤が問題になっていたにすぎなかったという点である。本判決以外の判例は、現実の紛争の合理的解決の探究という観点からみると、錯誤問題としてみるよりも他の法律制度・法規定によって処理される方が妥当な結果をもたらすと考えられ、この考えに基づいてなされた結論も、③判決を除いたその他の諸判決と同様、錯誤による無効主張を認めないという意味においては共通した結果に到達しえたものばかりである。

それでは本判決では何故要素の錯誤になるのか。本件において、乙は甲をともしない本件宅地（かりに一〇〇番地とする）だといつわって、本件宅地に隣接する更地（かりに一〇番地とする）を現地指示した。この場合、おそらく乙は、担保のために代物弁済の予約の目的物として提供する土地は一〇〇番地の土地で、この更地がそれに当ると説明したで

あろう。そしてのちに契約書には代物弁済の予約の目的物として一〇〇番地の土地と表示したにちがいない。この場合、甲は契約の締結に際し一〇〇番地の土地は自分の目でたしかめた更地一一〇番地のことだと錯誤して表示している。従って締結された契約は一〇〇番地の土地について成立しているが、その表示から推断される効果意思と甲の内心の効果意思は一致していない。すなわち表示上の効果意思は一〇〇番地の土地、内心の効果意思は一一〇番地だからである。ここには表示記号の意味に関する錯誤、すなわち目的物の同一性に関する錯誤がある(表示記号のとり違い、誤使用はいわゆる表示上の錯誤、表示記号の意味に関する錯誤はいわゆる内容の錯誤にあたるということについては、磯村・「動機錯誤と行為基礎」論叢七七卷一号一九頁参照)。これに対し、乙の詐欺によって一〇〇番地の土地は建物などの建っていない更地であって担保価値が高いといわれ、そのとおりだと考えて、一〇〇番地の土地を契約の目的物としたが実はそこには建物があり更地ではなかった。つまり、更地ではない土地を更地と誤信してなされた場合には、目的物の同一性に関する錯誤ではなく、目的物の性状に関する錯誤があり、これは法的顧慮を受けない動機錯誤である。ただし乙の甲に対する詐欺はみとめられるので詐欺法理によって甲は保護を受けることはできる。本判決では、原審においても甲の錯誤をするにいたった事情を詳細には検討していないので断定はむづかしいとはいえ、前述の通りだとすれば、甲には要素の錯誤があったといえよう。本件において錯誤者甲が訴訟当事者でなく、相手方と第三者又は第三者同志の訴訟だったとすれば、誰れの誰れに対する主張であるかにかかわらず錯誤による無効主張が認められてよかつたと考える。ところが本件では錯誤者自身が当事者で、自己に要素の錯誤があつて建物のある本件宅地(一〇〇番地)の取引行為を無効にさせる権能を有しているにかかわらず、錯誤の存在を不問に付して、一〇〇番地について成立している行為を有効としてそれに基づいて第三者に右土地上の建物の収去を求めているのであるから、第三者内の

無効主張は認められるべきではない。

錯誤者以外の者が無効主張しうることを原則的に承認する立場からも右の如き場合にはこれらの者の無効主張を認めないとするれば、その理由ないし根拠づけが問題となる。中家氏は「初めから錯誤はなかったことに帰すると構成することも可能なのではないか」(前掲・二五九頁。なお、法協八三巻四号五九〇頁参照)と提案されるし、川井教授は、前述の通り、錯誤者甲の無効行為の追認をみとめ、追認法理によって根拠づけられる。さらに本件の解決のためだけならば、一一九条但書を直接適用して当事者の追認があったから「新ナル行為」を為したるものとみなしても解決は可能だったようにも思われる。

### 三、むすびにかえて

一、以上の八つの判例において、第三者からの無効主張が認められたのは③と⑦の二判決のみであり、それ以外の判例においてはいずれも錯誤無効主張は認められていない。そのうち第一に(イ)第三者から錯誤者に向けての無効主張は、①と⑧の事例であり、①はそもそも要素の錯誤が存在していない、⑧は表意者が無効を主張する意思がないからということを各々理由としてあげている。つぎに(ロ)第三者から相手方に向けての無効主張は、一件もない(ただし⑤は学説によってこの事案のものと解されている)。(ハ)第三者から第三者に向けての無効主張は⑥の事例であり、表意者には重大過失があるから第三者は無効主張できないということを理由にしている。

第二に(イ)相手方から錯誤者に向けての無効主張は④の事例であり、これは、詐欺者たる乙はみずから惹起した相手方(錯誤者)の錯誤を利用するのは不法もはなはだしいことを理由にした特異な事例であった。

(ロ)相手方から第三者に向けての無効主張は一件もない。

第三に(イ)錯誤者から相手方に向けての無効主張は⑤の事例であり、無効主張が拒否されたのは、錯誤者に重大過失があるからみずから無効を主張しえないことを理由にした。(ロ)錯誤者から第三者に向けての無効主張の事例は一件もない。

ところで錯誤者以外の者の無効主張が認められた③と⑦とを比較すると次の諸点が目につく。(1)③と⑦はともに表意者の重過失が認定されていない。(2)いずれも第三者丙から相手方乙に対してなされた無効主張である。(3)③は第三者の無効主張を原則的に承認する前提で認めされたが、⑦はむしろこれとは逆で第三者の無効主張を原則的に否定する前提で認容するため、債権保全の必要性という特別要件を立てた。従って③から⑦の過程で判例の立場は変更したと解する以外はないということになる。

以上を総合すると、(1)表意者に重過失があるときは、錯誤者はもちろん⑤(それ以外の者も)⑥(錯誤者以外の相手方又は第三者に対して無効主張しても認められない。ただ相手方又は第三者から錯誤者に向けての無効主張はいまだ判示されたことがなく空白のままである。民法九五条但書は表意者に重大過失あるとき錯誤者みずからは無効主張できない旨を明言している)から、判例の態度は当然である。しかし私の立場からは、判例上空白ではあるが、錯誤者に重大過失があっても、相手方又は第三者が錯誤者に向けてなす無効主張はみとめられてよいと考える。判例は、表意者に重大過失あるときは、有効に確定すると考えているようであるが、⑤・⑥の分析のところでも指摘したように、私は、有効になるのではなく、それを主張立証する者が他のいかなる者からなされた無効主張でも封ずることができるといって、「重大過失の抗弁権」を認められたものと考ええる。

(2)表意者に重過失がないとき、錯誤者がみずから無効を主張することができることについては規定上全く異論はない。錯誤者が無効主張できるのに、あえてそれをせず、錯誤ある意思表示を有効なものとして承認している場合は、第三者からも相手方からも錯誤者に向けて無効主張することはできない(④及び⑧)。判例はこの場合、その理由を明らかにしていない。学説においては前述のとおり、「錯誤はなかった」、「錯誤者の追認があった」とみることが提案されている。錯誤者が有効を前提として行為をしていない場合には、第三者から相手方に対する無効主張は認められる(③及び⑦)。第三者から第三者へ、相手方から第三者への無効主張はいまだ判例上あらわれていないが、③の立場なら原則的に認められるが、⑦の立場ならば原則的には認められないことになる。私は、いずれも原則的に無効主張を認めて妨げないと考える。

二、すでにくり返し述べたように、錯誤者が無効主張していないとき、第三者又は相手方が無効主張しうるかという問題は、その前提として真に要素の錯誤が存在していることが必要である。錯誤者の錯誤が単なる動機の錯誤にすぎず、要素の錯誤になりえない場合、あるいは、全く錯誤が問題になっていない場合などにおいては、表見上、錯誤が無効が問題になっても、我々はそれに追隨又は追認する必要はないといえよう。民法典が、心裡留保、虚偽表示とならんで錯誤を意思欠缺と呼び、それに相応して原則的には「無効」の効果を付与した。これに対し詐欺・強迫のように、意思欠缺はなく、単に瑕疵があるにすぎないとき、これには「取消」という法律効果を与えた。なるほど錯誤の規定を表意者保護のための規定とのみ解するとき、表意者のみを保護すればよいのであるから、取消的效果の方が適切のようにもみえる。それならば、心裡留保の無効(九三条但書)や虚偽表示の無効(九四条)も取消的效果しか与えないのであろうか。そのような主張はまだみられないように思われる(同旨、西沢・法時四二卷十一号二三七頁)。また、

錯誤の無効が強行法規や公序良俗を理由とする無効と異なり、公益的理由によるものでないことを根拠に、取消と同様の効果を付与すべきだとの主張があるが、これも必ずしも適切ではないことについても右西沢教授の鋭い指摘がある(同三七頁)。

従来 of 錯誤無効主張権者をめぐる判例の検討からみて、第三者又は相手方からの錯誤無効の主張が認められるならば、結果として妥当でないと感じられる判例は一件もないことが明らかである。妥当でないと感じられる判例のいくつかは、みな、要素の錯誤にあたらぬものを要素の錯誤としたからにほかならぬ。第三者丙の相手方乙に対する無効主張が認容された③判決は典型的な例である。この結論を拒否するため、「無理な議論」をしなければならなかったし、「抵当権の放棄の公示との関係で問題を含む」と断じなければならなかった。しかしその右の問題は、要素の錯誤にはあたらないことを正しく指摘すれば、それで済むことがらであった。錯誤を無効と規定し、原則として誰れからも、誰れに対しても、何時でも主張できるものと解することが取引の安全を脅かし、妥当でないと考えられるのは、動機の錯誤をも錯誤法の本来的構成部分と考え、錯誤による無効の認められる可能性をきわめて広範に拡大した結果にほかならず、右の主張が取引の安全保護を根拠にして論じられているにもかかわらず、その果す機能は逆に取引の安全を脅かすことになっているということを自覚していないように思われる。判例の検討のところで詳細に述べたように、判例は結論においては、大体において無効主張を拒否しているのであり、結局は要素の錯誤がないといえは足りた事例ばかりのように思われる。また、⑦判決のような技巧的な解釈論を必要とするのも錯誤の本質を誤解しているからにほかならぬ。

結局、これまでの判例では、錯誤者以外の者が無効主張することは妥当でないとして制限しなければならぬ事例

は一件もないといわざるをえない。民法典の体系に従い、錯誤を意思の欠缺と理解する立場では、いまのところ原則的に誰れからも無効主張できると解して妨げないように思われる。

三、しかし、錯誤が無効になる理由は、民法典では意思の欠缺の故にあるから、錯誤者が意思の欠缺を認識しているのに、それを全く不問に付する意思をもち、行為を有効としてそれに基づいて一定の請求をなしている場合に、その錯誤者に向けて相手方又は第三者が無効を主張することまでは許されるいわれはないと考える。右の場合はいわば、事後的であれ、意思欠缺という欠点が補填され、無効とされるべき理由がなくなるので完全に有効になると考えることができる。<sup>(1)</sup> ⑧判決は右のような角度から第三者丙の無効主張を拒否した。私はこの意思の補填は、松坂博士がトゥールの見解として紹介されるころの(民商五四卷四号一一二頁)追完とみられるべきであって、契約は締結の時に遡って有効となると考えられる。これは、スイス債務法三一条の「錯誤、詐欺または恐怖によって影響せられた当事者が、一年以内に他の当事者に対し、契約を維持しない旨を通知もせず、すでに履行された給付の返還も請求しないときは、契約は追認されたものとみなされる」というときの追認であり、松坂博士によれば、「この追認は無効な行為の追認(Bestätigung)と異なり、新たな行為ではなく、意思の瑕疵のために瑕疵ある行為の追完とみらるべき」であるといわれる(Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, § 39 ID. r)。「追完」の考えが、中家氏の「錯誤がなかったことに帰する」構成又は川井教授の「追認」法理とどのように関わるのかという検討をここで果すことはできない。後日、研究を積んで、他の学説との関わりをも明らかにしたいと考えている。

四、最後に私見をまとめて述べておきたい。第一に民法九五条本文の無効は、伝統的な無効概念、すなわち、誰れからでも誰れに対してもそして何時でも主張することのできる無効と考えて妨げないと思う。第二に表意者に重過失

がある場合、九五条但書によって表意者はみずからは無効を主張しえない。相手方又は第三者は、その場合でも無効を主張することはできる。しかし、それにもかかわらず、錯誤者以外の者が錯誤者の重大過失を主張立証すればいかなる者の無効主張も封じられる。第三に、錯誤者が錯誤を不問に付して、錯誤によってなされた行為の効果を甘受する意思を表明している場合は、第三者又は相手方が錯誤者に向けて無効を主張することはできない。以上である。

本稿は、もっぱら、私見の立場から判例を検討し、判例が要素の錯誤を一応是認した上で錯誤者以外の者、つまり相手方又は第三者の無効主張の許否について論じているのを、そのまま承認せずに、意思の欠缺を来たす錯誤の事例か否かを探究し、単なる動機の錯誤の事例にすぎないと判断される場合には、錯誤法の先例としては無視ないし軽視し、他の法規定、法制度による問題解決を図ることにとめた。それは安易に要素の錯誤を拡大することによってもたらされる民法典の体系上の不整序と問題解決の不適切さを指摘したかったからである。この意図が本稿においてどれだけ果せえたか、すこぶる疑わしいが、錯誤法の他の領域の検討ともども他日稿を改めて論じなおしたいと思う。

- (1) その意味において、処分権限なき者のなした処分行為につき処分者がのちに権限を取得した場合、すなわち「処分行為の追完」と共通した考え方である。ただ、錯誤の場合は、「意思」そのものの補填であるのに対し、無権限者の処分行為の場合は「権限」の補填であるという点で、かなり異質なものがある。両者の関係についても、他日の研究にゆだねたい。

番号	判決年月日	当事者	表意者 重大 過失	無効主張 者	結論	理由
①	大判明治33. 6. 22	甲=丙	無	丙→甲	拒否	要素の錯誤は存在しない。
②	大判明治39. 5. 23	甲=乙				錯誤の問題は当事者その事実を主張しなかりその有無を判断してはならない。
③	大判昭和 6. 4. 2	丙=乙	無	丙→乙	認容	債権額8000円のうち1600円の一部弁済を受け、抵当権を放棄してあるのを知らず抵当権附債権(3000円)を譲渡した場合、当事者の錯誤は要素の錯誤になる。したがって第三者も無効主張できる
④	大判昭和 7. 3. 5	甲=乙	無	乙→甲	拒否	詐欺者が相手の錯誤を利用して無効を主張するのは不法である。
⑤	大判昭和14. 8. 5	乙=甲・丙	有	甲→乙	拒否	表意者に重大過失がある以上、当事者間のみならず汎く第三者との関係においても無効に ならない。
⑥	最判昭和40. 6. 4	丙=丁	有	丁→丙	拒否	表意者には重大過失があるから、第三者も主張できない。
⑦	最判昭和45. 3. 26	丙=甲・乙	無	丙→乙	認容	第三者の主張は原則として許されないが、債権保全の必要性があれば許される。
⑧	最判昭和40. 9. 10	甲=丙	無	丙→甲	拒否	表意者にもその意思がないとき、第三者からの無効主張は認められない。

備考 錯誤者甲、相手方乙、第三者丙・丁

重大過失の有無一認定されていなければすべて無とした。