

# 約款と錯誤

石 原 全

われわれは既に約款の法的性質を法規範と解し、約款の法現象を、約款自体、約款による契約、個別契約の三面から把握したが<sup>1)</sup>、錯誤問題については未解明である。そこで、本稿はこの解明を意図するが、われわれの立場からは、約款による契約における錯誤、つまり、組込に関する錯誤と内容に関する錯誤とが焦点となる<sup>2), 3)</sup>。

## (I) 従来の判例学説

判例上、約款と錯誤の関係が問題となった事実は殆んどないが<sup>4)</sup>、否定説に

原稿受領日 1982年8月25日

- 1) 拙稿「約款の法的性質論序説」『商学討究』27巻3号48頁以下。
- 2) 錯誤と（隠れたる）意思の不一致（Dissens）とは区別される。前者は、法律行為が成立している場合、つまり、当事者の意思表示がその客観的表示価値によりカバーされているときに、意思と表示の不一致として問題となるのであり、後者は、意思表示のかかる客観的一致が存しない場合である。Loewenheim, "Irrtumsanfechtung bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen," *AcP* 180, S. 439; Götz, *Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr*. 1968. S. 127; Medicus, *Bürgerliches Recht*. 8 Aufl., 1978. Rdn. 123 u. 125. 約款に関しては、意思の不一致は問題とならない。契約相手方の承諾表示は、企業の申込への単なる署名又は推断的行態よりなっており、その客観的表示価値によれば、約款適用への同意と解されなければならないからである。Loewenheim, *AcP* 180, S. 439; Götz, a. a. O. S. 127; Kramer, in *Münchener Komm. BGB.*, Bd. 1, *Allgemeiner Teil*, 1978. Rdn. 46 zu § 119. Siehe auch BGH, *WM* 60, 414 (5).
- 3) 約款の組込又は内容に関して、詐欺と解される場合には、当然に組込は成立しないし契約内容となりえないことは、一般に認められている。Weber, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*. 1967. N., 301; Godin, in *RGR-HGB*, 2 Aufl., 1953, Anm. 17 d zu § 347 (65 f); Sayn-Wittgenstein-Berleburg, *Allgemeine Geschäftsbedingungen im englischen Recht*. 1969. S. 62 ff.
- 4) これは、錯誤主張の要件が充足されていないことによると思われる。Siehe, Grunsky, "Neue Literatur und Rechtsprechung zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen," *JurA* 1969, S. 90.

立つと思われる。例えば、一下級審判決によると、「生命保険契約につき意思表示に関する一般原則の適用が全く排斥されるわけではない」としつつ、「当該約款に基づく保険契約の全体について不成立ないし無効の問題が生ずることがあっても、約款の中のある条項についての契約者側の意思表示上の瑕疵により、その部分のみが不成立ないし無効となることはあり得ない」<sup>5)</sup>とする。本判決は、白地商慣習法に立脚しており、上述の判旨は保険料不払による失効条項の存在不知により当該条項に関して当事者間に意思表示の合致なくこの部分については契約不成立とする主張に対するもので、錯誤を直接対象としたものではないが、これからは、組込につき肯定しうる余地を残しつつ、内容錯誤については否定するものと解される。この点を明確に判示している一判決によると、「付合契約においては約款による契約が成立した以上、たとえ内心において右約款とは異なる内容の合意をするものと誤信していたものとしても、これが全く表示されていない限り、かかる誤信は要素の錯誤にあたるということとはできない」<sup>6)</sup>とされる。

学説上では、否定的見解が多数説と思われる。制度理論に立脚する法規範説では、「制度的規制は意思表示を超えているところに存在するから、錯誤の存在余地はないはずであり、明示の表示か解釈によるような本来の付合の場合については考慮の余地があるが<sup>7)</sup>、この場合も、付合行為に関する錯誤成立には事情を知り、かつ、理解したならば付合表示をしなかったであろうことが確かであることを要するし、約款内容に関する錯誤は約款への付合には一般に内容のことは問題外であるから生じない。要するに、付合につき錯誤を認めることは原則的でない」<sup>8)</sup>とする。白地商慣習(法)説では、「条項の全体が一括して

5) 東京地判・昭48・1・25『判タ』307-244(6)。なお、大塚『生命保険判例百選』3事件参照。

6) 東京地判・昭56・4・30『判時』1004-115。

7) Vgl., Raiser, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*. 1961. SS. 160, 161 u. 244.

8) 米谷・『約款法の理論』(昭29), 492頁。なお、倉沢・『保険契約の法理』(1975), 242頁は、「約款による」ということが当事者にとって法規的に機能するものであることを承認して、一般的に不合致又は錯誤によって律すべきでなく、法規の解釈に準じてその文言の意味を司法的に確定し、それによって契約の効果を定めるべき、とする。

契約内容となるべきであり相手方としては一括採用するか拒否するかのいずれかであり、取引にあたり特定条項を相手方が知っていたか否かなどは問題でなく、要素の錯誤なども問題の余地となりえない<sup>9)</sup>とする。約款に基づく取引を取引慣習法上の社会的な類型的行為と解する見解も、「類型化が責任の決定的根拠であるから民95条に基づく主張は全く認められない」<sup>10)</sup>とする。これに対して、近時、約款による契約も個別的契約と本質的に異なるところはなく、合意の存在が不可欠とする立場からは、「この見地の下で契約が成立する場合には、……その成立につき爾後の錯誤主張は許すべきではあるまい」とし、かつ、「内容錯誤につき……錯誤の主張が容れられる余地は十二分に存在するし、また、主張を認める必要性は必ずしも少なくない」<sup>11)</sup>とされる。

ここで、若干の外国法についてみると、西独では、約款法制定前には否定する見解も存したが<sup>12)</sup>一般的には肯定しており、約款法制定後は約款組込は法律行為によると解し許容するのが通説といえる<sup>13)</sup>。英米法では、普通法上錯誤が認められるには錯誤が契約締結にとって重要であることと相手方が錯誤を知っている（過失により知らない場合も含む）ことを要し、かつ、前者を充足しても後者を充足しなければ錯誤主張を認めず、その損失は錯誤者が負担しなければ

- 
- 9) 石井・鴻・『商行為法 上(商法 V-1)』(昭49) 34頁及び石井(鴻増補)・『商法総則(商法 I)』(昭49), 52頁。
- 10) 浜上「現代法律行為論について(一)」『民商法』42巻4号30頁。なお、同「過失による表示」『阪大法学』39号17頁以下では、過失による表示につき民95条は適用されない、とする。
- 11) 石田(喜)「わが国における約款論の一斑」(『磯村遷暦記念・市民法学の形成と展開下』(昭55)所収) 115頁及び113頁。なお、水口・『保険法論全』(大13) 241頁は、保険契約者は明示若しくは黙示をもって、保険約款によった場合にのみ拘束されるから、保険契約者はその不知若しくは錯誤をもって保険者に対抗することを得、とする。これにつき、野津・『相互保険の研究』(昭10) 356頁は、保険契約者は実際上約款の内容を知らないことが多いから殆んど全ての取引は無効となるべく、法律生活の實際に適しないとして、内容錯誤に消極的である。
- 12) 例えば、事実上の契約関係説では、大量取引(特に生存配慮 *Daseinsvorsorge*)については、BGB 119の制限的解釈から法律の欠缺であり、本条は不適用、とする。Siebert, *Faktische Vertragsverhältnisse*. 1958. S. 32. 制限的に解する立場として *Y Raiser, a. a. O. S. 244 ff.*
- 13) 学説の概観については、Loewenheim, *AcP* 180, S. 463 ff. 判例上も余り問題とされていないが、肯定したのとして、*RGZ* 48, 218 (20). 否定したのとして、*LG Mannheim DB* 56, 304.

ばならないとされるから、約款による契約については錯誤は否定される<sup>14)</sup>。スカンジナビア法では、信頼原則に立脚して、被申込者が錯誤で申込と異なる承諾をなし、申込者がこれを知っていたか又は知りうべき場合には、申込者に異議申立をなすことを要求しており（契約法 6 II）、異議申立を遅滞なくさないで承諾内容で契約が成立するから、錯誤の成否は申込者又は承諾者のいずれが約款を利用したかにより異なってくる<sup>15)</sup>。

以上の概観によると、約款の法的性質論につきいかなる見解を採るかで錯誤成否は異なることになると思われるが、しかし、法規範説の立場でも全く錯誤主張を否定するわけではない<sup>16)</sup>から、むしろ、錯誤が組込又は約款内容につき存するかに分け、かつ、具体的に契約相手方がそれとも企業に存するか<sup>17)</sup>で検討するのが適当であろう。

もっとも、錯誤は意思と表示の不一致もしくは表意者の意図したところと表示との不一致を表意者自身が知らないことである<sup>18)</sup>から、契約相手方が約款の存在又は内容につき何ら観念を有しないときには錯誤は存しない。企業側によ

- 14) Sayn-Wittgenstein-Berleburg, a. a. O. S. 13 ff.; Raiser, G., *Die gerichtliche Kontrolle von Formularbedingungen im amerikanischen und deutschen Recht*. 1965. S. 16. なお、田中（和）「英法における契約の相手方の同一性に関する錯誤」『一橋論叢』54巻6号2頁註（一）参照。See also, Chitty, *On Contracts*. 23rd ed., 1968. paras. 211-12.
- 15) Kausche, *Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen im skandinavischen Recht*. Diss. Kiel 1971. S. 88 ff. もっとも、契約法 32 は一般的な錯誤取消を規定するが、6 II はこれに対して特別法規定となる。Kausche, a. a. O. S. 93.
- 16) Herschel, "Die Vertagsordnung als Rechtsnorm," DR 1942, 755f., bes. 756 は、付合行為については意思瑕疵などは全くとるにたりないこととはいえない、とする。Helm, "Grundlagen einer normativen Theorie allgemeiner Geschäftsbedingungen," *FS für L. Schnorr von Carolsfeld*. 1973. S. 141 も、付合契約には、契約法の一般規定、例えば契約の締結、意思瑕疵に関する規定が適用される、とする。
- 17) Soergel-Lange, *BGB. Bd. I., Allgemeiner Teil*. 10 Aufl., 1967. Rdn 111 vor § 145 は、非商人ではなく、商人については錯誤主張（BGB 119）を否定すべき、とする。この点につき、Säcker, *Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht*. 1972. S. 189 Fn. 7 は、現行法上内的な正当性を有しない、とする。なお、錯誤におちいるのは、多くの場合、契約相手方であるが、場合によっては企業にも生じうる。Kaduk, *Das Recht der normierten Vertragsbedingungen und ihre Behandlung nach Vertragsgrundsätzen*. Diss. Kiel, 953. S. 72.
- 18) 川島編・『注釈民法（3）法律行為 I』（昭48）、187頁以下（川井）、野村（豊）「動機の錯誤について」『法学教室（第 II 期）』4号30頁参照。

る約款指定を看過した者は約款存在につき何ら観念を有していないから、具体化された表示意思が欠けており意思と表示の不一致は存在せず錯誤主張は正当化されない<sup>19)</sup>。そこでは、事実上表示されたものは約款の組込に向けられており、意欲されたものは約款の非組込に向けられていず、法的に重要な相違は存しない<sup>20)</sup>。かかる付合は、法取引における自己の行態に対する責任原則により付合者に帰責される<sup>21)</sup>。同様に、約款を手交されなかったとか読まなかったことにより内容につき、何ら観念を有しなかったときも、表示意思と表示形態(Form)との不一致は存しないから錯誤主張は認められない<sup>22)</sup>。これは、企業側は約款組込につき危険を負担し、契約相手方はその内容につき認識を得る危険を負担することによる<sup>23)</sup>。もっとも、いずれの場合にも、約款が非慣行的又は合理的に予測しえない条項を含むときは、白地で承諾する者も少くとも慣行

- 19) Loewenheim, *AcP* 180, S. 441 f.; Raiser, a. a. O. S. 244; Soergel-Lange, *BGB. Rdn.* 111 vor § 145; Kaduk, a. a. O. S. 73; Staudinger-Dilcher, *BGB. Bd. 1., Allgemeiner Teil.* 12 Anfl., 1979. Rdn. 24 zu § 119; Liebs, "Fahrlässige Täuschung" und Formularvertrag," *AcP* 174, S. 44; Canaris, *Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht.* 1971. S. 216; Weber, a. a. O. N. 301; Götz, a. a. O. S. 129; Locher, "Zur Anfechtung wegen Irrtums über die Einbeziehungsvoraussetzungen und über den Inhalt einzelner Klauseln in AGB," *BB* 81, S. 819. もっとも、Koch-Stübing, *AGB.* 1977. Rdn. 10 zu § 2 は、主観的に観念を有しない場合にも、錯誤を肯定するが、詳細な理由づけをなしていない。Siehe auch, Schlosser u. a., *AGBG.* 1977. Rdn. 66 zu § 2; Schlosser, *AGBG.* 1980. Rdn. 38 zu § 2; Grunsky, *JurA* 1969, S. 89; Säcker, a. a. O. S. 188 Fn. 5.
- 20) Loewenheim, *AcP* 180, S. 442. Siehe auch, Locher, *BB* 81, S. 819.
- 21) Schmidt-Salzer, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Versicherungsbedingungen.* 1967. S. 259; Raiser, a. a. O. S. 244; Kaduk, a. a. O. S. 73. この場合、錯誤主張を肯定するのは、信義則に反するし、取引の安全を害することもあげうる。Schmidt-Salzer, a. a. O.; Erman-Hefermehl. *BGB.* Bd. 1. 6 Aufl., 1975. Rdn. 37 vor § 145.
- 22) Loewenheim, *AcP* 180, S. 444; Kaduk, a. a. O. S. 75; Raiser, a. a. O. S. 247; Schmidt-Salzer, a. a. O. S. 262 u. 263; Schlegelberger-Hefermehl, *HGB. Bd. III.* 4 Aufl., 1965. Rdn. 99 zu § 346; Locher, *BB* 81, S. 819; Säcker, a. a. O. S. 190; Sayn-Wittgenstein-Berleburg, a. a. O. S. 61; Schlosser, *AGBG.* Rdn. 14 zu Einl. zu §§ 8-11; Koehler, *Allgemeine Verkaufsbedingungen,* 1934. S. 31; Koch-Stübing, *AGB.* Rdn. 12 zu § 2. Vgl. auch, *RGZ* 62, 201; 88, 278; 134, 25 (31).
- 23) Götz, a. a. O. S. 133. Schlegelberger-Hefermehl, *HGB.* Rdn. 99 zu § 346 は、この場合に錯誤主張を許容するのは、契約相手方の同意表示が約款適用につき全体として関連することに反する、とする。なお、契約相手方の危険負担により錯誤主張を

的なものであることを基礎としており、この一般的期待が満たされないときは錯誤主張を肯定することも考えられる<sup>24)</sup>。しかし、これは、錯誤法は表示者を一定の錯誤の場合に自己の意思表示の法効果から保護することにあり、約款に含まれた特定条項の法効果から表示者を保護することにはないから、錯誤法の目的に反する<sup>25)</sup>。しかも、かかる条項は、不意打ち条項として契約内容とならないことは西独約款法3条で規定するし、わが国でも判例上「多くは約款の内容の如何に拘らず概して適当なるべきに信頼して契約するものに外ならず」としており<sup>26)</sup>、この点を強調すれば適当でない条項は契約内容とならないといいうるから、錯誤主張をまつまでもない<sup>27)</sup>。

## (II) 約款組込に関する錯誤

まず、契約相手方については、この者が具体的に企業の申込には約款が含まれていないと錯誤して承諾した場合とこの者が自己の表示には約款の拒絶を含むと錯誤して承諾した場合とが考えられる。いずれの場合も、表示は表示者の

---

否定することについては、BGB 119の文言上から、錯誤に関する原因(Veranlassung)がいずれの当事者の危険領域に属するかで区別せず、錯誤が自身の過失(Selbstverschulden)による場合でも、錯誤主張は許されるから、妥当でないとして反論される。Siehe, Grunsky, *JurA* 1969, S. 89; Raiser, a. a. O. S. 244; Liebs, *AcP* 174, S. 45; *RGZ* 62, 201 (5)。もっとも、わが民法上は、95但書で手当がなされている。

24) Stein, *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1977. Rdn. 30 zu § 2; Huhn. "Allgemeine Geschäftsbedingungen," In: *Athenäum-Zivilrecht. Bd. I. Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts*, 1972. S. 199; Liebs, *AcP* 174, SS. 44 f., 46 f.; Raiser, a. a. O. S. 246 f.; Staudinger-Coing, *BGB. Bd. I., Allgemeiner Teil*. 11. Aufl., 1957. Rdn. 14 c, 48 zu § 119; Weber, a. a. O. N. 302; Soergel-Lange, *BGB. Rdn. vor § 145*; Kaduk, a. a. O. S. 75; Locher, *BB* 81, S. 820.

25) Sayn-Wittgenstein-Barleburg, a. a. O. S. 61 f. もっとも、Locher, *BB* 81, S. 820 は、この場合には、錯誤の原因を立証するのがそれほど困難とならないことがありうる、とする。

26) 大判・大4・12・24『民録』21輯218頁。

27) Leowenheim, *AcP* 180, SS. 444 Fn. 44 u. 445 Fn. 48; Staudinger-Dilcher, *BGB. Rdn. 24 zu § 119*; Sayn-Wittgenstein-Berleburg, a. a. O. S. 62; Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Bd. II. Das Rechtsgeschäft*. 1965, S. 454; Schlegelberger-Hefermehl, *HGB. Rdn. 99 zu § 346*; Soergel-Hefermehl, *BGB. Rdn. 8 zu § 119*。なお、賀集「盲判を押した契約は有効か」(宮川・中野編・『民事法の諸問題 V』所収)、同「契約の成否・解釈と証書の証明力」『民商法』60巻2号、石田(穰)・『民法 V (契約法)(現代法律学講座13)』(昭57)19頁参照。

意図したのとは別の意義（約款組込への同意）を有するから、錯誤存在は肯定される<sup>28)</sup>。しかし、錯誤主張には、約款の組込が法律行為の要素に該当するとしても、錯誤者側で、合理的評価によればその意思表示をなさなかつたであろうことを主張・立証することを要する<sup>29)</sup>。特に、自己の表示は約款組込の拒絶を含むと錯誤した場合には、約款存在を認識しているから、錯誤主張には特別な事情が要求されることになる<sup>30)</sup>。いずれにせよ、実際上は立証困難の点で錯誤主張は成功しないであろうことは既に指摘されている<sup>31)</sup>。

このように、錯誤主張の事実上の困難性はさておいて、理論上は肯定されるが、これに対し、近時、西独でより制限的又は否定的に解する主張が存する。一見解によると、企業側が約款法 2 条を遵守して組込をなし、かつ、同法 9 条以下の内容コントロールの面からみても内容が妥当とされる場合に、契約相手方が錯誤主張でかかる約款の拘束力を否定できるとするのは、契約相手方（消

28) Loewenheim, *AcP* 180, SS. 442 u 443; Säcker, a. a. O. S. 188; Locher, *BB* 1981, S. 819; Stein, a. a. O. Rdn. 29 zu § 2; Staudinger-Dilcher, *BGB*. Rdn. 24 zu § 119; Sayn-Wittgenstein-Berleburg, a. a. O. S. 60; Weber, a. a. O. N. 301; Schmidt-Salzer, a. a. O. S. 225; Schlegelberger-Hefermehl, *HGB*. Rdn. 91 zu § 346; Staudinger-Coing, *BGB*. Rdn. 14 c zu § 119; Gierke-Sandrock, *Handels- und Wirtschaftsrecht*. Bd. 1. 9 Aufl., 1975. S. 48; Locher, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*. 1980. S. 38; ders., *BB* 1981, S. 819; Ulmer. u. a., *AGB*. 3 Aufl., 1978. Rdn. 50 zu § 2.

29) Loewenheim, *AcP* 180, S. 180; 我妻・『新訂民法総則（民法講義 I）』（昭 46）300 頁；四宮・『民法総則（新版）』（昭 51）182-3 頁；川島編・『注釈民法（3）』（189 頁（川井），さらに、わが錯誤規定上は、錯誤者側に重過失なきことを要求しているが、この点は相手方（企業）が立証すべきこととされている。我妻・前掲書 304-5 頁；四宮・前掲書 183 頁；川島編・前掲書 201 頁（川井）；村上・『証明責任の研究』（昭 50）96 頁。西独では、約款法 2 I により消費者に対する約款の指定は明示性を要求されているから錯誤事例は稀となる旨指摘されている。Locher, a. a. O. S. 38. この点、わが国では、企業が約款指定を明示になせば、契約相手方の重過失が認定され、錯誤主張は封殺されることになろう。なお、Herschel, *DR* 1942, S. 755 f は、付合行為につき、原則として意思瑕疵として *BGB* 119 以下に基づき取消しうることを認めるが、契約締結上の過失理論で処理するのがベターとする。

30) Loewenheim, *AcP* 180, S. 442. Siehe auch, Sayn-Wittgenstein-Berleburg, a. a. O. S. 60. Locher, *BB* 1981, S. 819 は、この法効果錯誤は、法効果が取引の本質的内容ではなく、付随効果であるから、無視される、とする。

31) Sayn-Wittgenstein-Berleburg, a. a. O. S. 60; Canaris, a. a. O. S. 216; Schlosser, u. a., *AGB*. Rdn. 66 zu § 2; Schlosser, *AGB*. Rdn. 38 zu § 2. なお, Schlosser, u. a., a. a. O.; Schlosser, a. a. O は、他の企業とのより有利な約款での契約締結が可能でない場合には、常に取消は問題とされない旨指摘する。

費者)の保護としては行き過ぎであり、企業側は BGB 122 条の消極的損害の賠償を認められても十分保護されない。他面、未経験な顧客が自己の推断的行為<sup>32)</sup>(事情によっては単なる沈黙)の射程距離につき錯誤することがありうる。したがって、錯誤主張は一般的に肯定されるとしても、具体的事実の状況に基づき未経験な顧客であっても、この者の行態が推断的に同意と解されるべきときには、信義則(BGB 242)により錯誤主張は制限される。消費者の典型的行為型態(typische Verhaltensweise)において、市場参加者の大多数がかかる行態を約款への同意と解するときには、この行態によって生ぜしめられた企業の期待は消費者に帰責されるのであり、消費者の法地位の強化はそれに相応した義務づけ(Pflichtenstellungen)と帰責危険とを必然的に伴うことになる<sup>33)</sup>、とする。別の見解は、約款の組込は顧客が約款内容につき期待しうる方法で(in zumutbarer Weise)認識を得るという単なる可能性で足りるとされ(約款法 2 I ②)、一種の評価的帰責を採用しているのに、他方でこの結果を錯誤主張により排除してしまうのは矛盾している<sup>34)</sup>、とする。しかし、錯誤主張の可能性は、正に、表示者が取引安全のために自己によって意欲されなかった結果に少なくとも一度は拘束されることに対する調整策を意味するし、約款法の立法目的は消費者保護にあり消費者の帰責を強調するのは妥当でない<sup>35)</sup>。さらに、約款法 2 条を充足する指定をなしていれば、多くは合理的評価をなせば意

32) 約款法 2 I は、明示の指定と共に相手方が約款法適用に同意していることを要とするが、同意は明示のみならず推断的行態によっても充足することは肯定されている。Gesetzesentwurf der Bundesregierung, "Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)." *BT-Drucksache* 7/3919, S. 18; Löwe, u. a., *AGB*. 1977. Rdn. 18 zu § 2; Ulmer, u. a., *AGB*. Rdn. 49 zu § 2.

33) Tilmann, "Das AGB-Gesetz und die Einheit des Privatrechts," *ZHR* 142, S. 61. 約款法制定以前でも、BGB 242 により制限ないし失効することを認める見解として、Gierke-Sandrock, a. a. O. S. 48; Erman-Hefermehl, *BGB*. Rdn. 37 vor § 145; Soergel-Hefermehl *BGB*. Rdn. 68 zu § 119. なお、四宮・前掲書 184 頁は一般的だが、表意者の無効の主張について権利失効の原則を適用することは考えられよう、とする。Soergel-Laneg, *BGB*. Rdn. 111 vor § 145 も、場合によっては、合理的評価により錯誤主張の制限が生じうる、とする。

34) Roth u. Halmke, "Zivilrecht.:", *Diese verflixten Allgemeinen Geschäftsbedingungen*," *JuS* 1977, S. 247.

35) Loewenheim, *AcP* 180, S. 450 ff. Siehe auch, Gesetzesentwurf der Bundesregier-



思表示をなさなかったであろうという因果関係の立証が成功しないであろう<sup>36)</sup>し、わが国では民条95但書における表意者の重過失の認定でも処理しうるといえる<sup>37)</sup>。より検討すべきものは、BGB 119条は個別的取引に関するものであり、大量取引たる約款による契約には適用を意図するものではない<sup>38)</sup>、とする主張である。確かにこの主張には魅力があるが、約款そのものは大量取引における企業側の便宜に立脚し（作成能様により若干意味は異なるが）、反射的に取引相手方も利益を享受するものであり、その面で約款そのものの理解に大量取引性は影響を及ぼすが、約款の採用に関する約款による契約には個別的取引面を無視できないから、錯誤規定の適用を一概に否定できない<sup>39)</sup>。

次に、企業側が自己の約款が組込まれていると錯誤した場合は、どうか。例

ung, *BT-Drucksache* 7/2919, S. 17. むしろ、この点については、約款法 24 ① が同法 2 の適用を商人間取引につき排除していることから、商人間取引につき否定するとすることも考えられるが、この場合でも全面的に否定するのは妥当でなく、錯誤主張に関する要件の強弱で処理されるべきであろう。

36) Vgl., Loewenheim, *AcP* 180, S. 453 u. Fn. 78.

37) わが法上、重過失は、錯誤に陥ること自体を対象とし、相当の注意をなさず、容易に錯誤を避けうるのに漫然看過して錯誤に陥ることであり、その基準は、普通の知慮を有する者の注意という客観的なものであり、表意者の主観的注意ではない。東京地判・大4・6・21『新聞』1044号25頁、大判・大6・11・8『民録』23輯1758頁、四宮・前掲書183頁、我妻・前掲書304頁。なお、星野『民法概論 I (序論・総則)』(昭49)199頁は、軽過失の場合も、表意者を保護する必要があるかは疑問で、立法論としては民法規定は妥当でなく、解釈論としても、できるだけゆるく重過失を認定すべき、とする。

38) Siebert, a. a. O. S. 32.

39) なお、約款そのものを当該取引圏という部分社会における自治法と解する見解(西原・『商行為法(法律学全集29)』(昭35)52頁、服部・『商法総則(現代法律学全集16)』(1972)30頁参照)によれば、約款による契約はかかる取引圏への加入行為となると思われる。そうすると、錯誤主張を制限する商191(株式引受は付合契約的性質を有すると一般に認められている)が加入契約の点で類推適用されることも考えられよう。川島『民法総則(法律学全集17)』(昭40)296-7頁は、株式会社等への加入契約については、意思表示が一応なされた結果他の法律関係が累積してゆくの、法律政策上、錯誤無効の主張を限定すべき必要があり、商191はこの趣旨を認めたものであるが、この他の場合にも、このことが問題となるであろう、とする。しかし、商191は、一般世人は他の株式申込人の株式引受行為が有効と信じて自己も株式引受をなすものであり、かつ、会社成立後はすでに株主となった者の株式引受行為の有効を信じて会社と取引するのを通常とするから、広く第三者の信頼保護を主目的とする(大森・矢沢編『注釈会社法(2)』270頁(喜多)参照)もので、組織法的規定であり、約款による契約においては、かかる信頼保護の要請は存しないし、行為法的側面であるから、類推適用は無理であろう。

えば、企業が申込を錯誤して指定なしでなしたとか、約款を自己の申込に誤って添付しなかった場合が考えられる。この場合、指定と企業側が表明している内的緊張 (Intensität) とは意思表示の構成要素であり、それが企業がなすことを意欲したのとは別の形態で表明されているから、BGB 119条の錯誤に該当し、錯誤主張は一般に肯定される<sup>40)</sup>。この点につき、ある見解は、定型的記載 (formulärmäßiger Vermerk) の場合には企業は自己の約款の組込を契約締結の前提条件とみなしていなかったといえるから、BGB 119条の要件を充足せず、錯誤主張は認められない<sup>41)</sup>、とする。しかし、企業にとって約款は申込をなすことにつき必然的制約 (condicio sine qua non) であり、指定記載の定型性で否定するのは妥当でない<sup>42)</sup>。もっとも、企業が約款法2条1項の要件を充足したと錯誤で信じた場合及び企業が同条項の存在につき不知のため錯誤で両当事者の一致した意思に基づき約款が組込まれたものとした場合には、錯誤主張は認められない。前者では、約款法2条1項の要件は意思表示の内容ではなく、企業が表示したか、又は表示を欲したことの対象ではない。したがって、事実上表示されたものと表示意思間の不一致は何ら存せず、動機の錯誤にすぎない<sup>43)</sup>。後者の場合にも、企業は表示をなす際にも表示内容に関しても錯誤して

40) Loewenheim, *AcP* 180, S. 446; Locher, a. a. O. S. 38 f; ders., *BB* 1981, S. 820; Sayn-Wittgenstein-Berleburg, a. a. O. S. 60; Säcker, a. a. O. S. 189; Weber, a. a. O. N. 301; Kaduk, a. a. O. S. 73; Raiser, a. a. O. S. 244.

41) Schmidt-Salzer, a. a. O. S. 258. Raiser, a. a. O. S. 244 は、企業にとって錯誤が契約締結につき因果関係 (kausal) を有したことが確定されなければならないし、裁判官は、企業が自己の約款への明確な指定を余り配慮していないときには、この因果関係の立証をもって錯誤主張を簡単に認めるのは許されないであろう、とする。Stein, a. a. O. Rdn. 33 u. 35 zu § 2 は、通常は顧慮されない動機の錯誤に属するから、錯誤主張は例外的にのみ可能とする。

42) Sayn-Wittgenstein-Berleburg, a. a. O. S. 59 u. Fn. 3. Siehe auch, Loewenheim, *AcP* 180, S. 446. もっとも、Sayn-Wittgenstein-Berleburg, a. a. O. は、約款が副次的事項のみを規定するとか、制定法を極く些細に変更しているときとか、又は、類似の事案で約款利用を放棄しているときには、錯誤主張を否定するが、疑問である。

43) Loewenheim, *AcP* 180, S. 447; Stein, a. a. O. Rdn. 35 zu § 2; Ulmer, u. a., *AGB: Rdn.* 45, 50 zu § 2 u. Rdn. 14 zu § 6; Soergel-Lange-Hefermehl, *BGB*. 11 Aufl., 1978. Rdn. 124 vor § 145; Locher, *BB*. 1981; S. 820.

法律規定の内容に関連しているにすぎないからである<sup>44)</sup>。したがって、西独では、約款法制定の現在では多くは企業側の錯誤主張は認められず商人間取引で問題となることになる。他方、わが国では、約款立法は存しないから、企業側の錯誤主張は民 95 条の下で肯定されることになろう。しかし、錯誤存在は肯定しても、約款組込による利益を享受するのは主として企業側であり、私的自治の見地から十分な指定が要求されるから、指定に関する錯誤は民 95 条但書における重過失に定型的に該当するとして、主張できないと解すべきである<sup>45)</sup>。

### (III) 約款内容に関する錯誤

まず、契約相手方については、表示者が表示をなす際に約款内容につき具体的に誤った観念を抱いたときには、錯誤主張は一般に肯定されている<sup>46)</sup>。しかし、この結論は疑問である。例えば、企業が自己の約款を指定し契約相手方が従前通りであると考えて当該取引の際に読まなかったが、実際には従前の取引と当該取引との間に企業が約款を変更していたときには、相手方は約款内容につき具体的に誤った観念を抱いており、相手方は自己の承諾表示が変更された約款への同意を意味することにつき錯誤しているとされる<sup>47)</sup>が、むしろ、企業

44) Loewenheim, *AcP* 180, S. 447; Ulmer, u. a., *AGB. Rdn.* 13 u. 15 zu § 6; Stein, a. a. O. *Rdn.* 35 zu § 2. 約款法 6 により錯誤主張を否定するものとして, Locher, a. a. O. S. 39; ders., *BB* 1981, S. 820; Soergel-Lange-Hefermehl, *BGB. Rdn.* 124 vor § 145.

45) Vgl., Götz, a. a. O. S. 133. Palandt-Heinrichs, *BGB.* 34 Aufl., 1975. Einf. vor § 145, 6 B e cc は、企業側の自己の約款が契約内容となっていることについて、の錯誤は、取引保護のため認められない、とする。

46) Schlegelberger-Hefermehl, *HGB. Rdn.* 99 zu § 346; Soergel-Hefermehl, *BGB. Rdn.* 8 zu § 119; Soergel-Lange, *BGB. Rdn.* 111 vor § 145; Staudinger-Coing, *BGB. Rdn.* 14 c zu § 119; Schlosser, *AGBG. Rdn.* 14 zu Einl. zu §§ 8-11; Schlosser, u. a., *AGBG. Rdn.* 66 zu § 2, *Rdn.* 8 zu § 6; Locher, *BB* 1981, S. 821; Weber, a. a. O. N. 302; Raiser, a. a. O. SS. 172 u. 250; Palandt-Heinrichs, *BGB.* 39 Aufl., 1980. Vorb. v. § 8 *AGBG.* 4 e; Staudinger-Dilcher, *BGB. Rd.* 24 zu 119; Kramer, in *Münchener Komm. BGB. Rdn.* 41 zu § 119; Sayn-Wittgenstein-Berleburg, a. a. O. S. 61 f.

47) Loewenheim, *AcP* 180, S. 445 (もっとも、約款法 3 に該当すれば、錯誤主張は不要とする); Locher, *BB* 1981, S. 821.

側に変更された内容につき明示の指定をなすこと及び従来契約内容の変更が相手方に不利となるときは、特別に当該条項を提示することが要求される<sup>48)</sup>から、かかる組込要件を充足する限り、相手方が内容を十分に確かめずに承諾するならば、事後になって錯誤を根拠とすることは認められるべきではない<sup>49)</sup>。条項内容が不意打ち的であれば契約内容とならない(約款法3)から、錯誤主張を認める必要性もない。より問題なのは、相手方が約款又はその個々の条項を内容の面で誤って理解し、これによって法効果に関して誤った観念を抱いたとき、つまり、表示意思(観念した法効果)と表示形態(事実上生じた法効果)との不一致があるとき、である。法効果の錯誤主張については、錯誤が本質的なものについてであれば肯定され、意欲されていない付随的なものについてであれば否定されると一般に解されている<sup>50)</sup>。これによると、契約にとって本質的法効果を規制する条項(例えば、解除及び減額請求権を修補請求権で代置するとか、拡大された所有権留保の認容)についての錯誤主張は肯定されることになる<sup>51)</sup>。しかし、法効果は当事者の意思に基づくものではなく、法律上生ずるものであるから、法効果錯誤は一般に無視されると解すべきである<sup>52)</sup>。したがって、内容についての錯誤主張は否定されるべきであるが、このことは約款による契約(付合)の性質からも同じことがいえる。指定表示の対象は全体としての約款であり、約款内容に関する何らかの観念又は話し合い(Absprachen)を必要とすることなく、指定により約款による契約は成立している。約款の個

48) BGH, *BB* 73, 217; Ulmer, u. a., *AGBG. Rdn.* 51 zu § 2.

49) Schlosser, u. a., *AGBG. Rdn.* 66 zu § 2; Ulmer, u. a., *AGB. Rdn.* 52 zu § 2 (BGB 151 により推断の同意と解される、とする); Koch-Stübing, *AGB. Rdn.* 12 zu § 2.

50) Siehe, *RGZ* 88, 278; 134, 195; OLG *Zweibrücken VersR* 77, 806; Staudinger-Dilcher, *BGB. Rdn.* 35 zu § 119; Raiser, a. a. O. S. 248. 詳細については、Siehe, Mayer-Maly, "Rechtsirrtum und Rechtsunkenntnis als Problem des Privatrechts," *AcP* 170, S. 165 ff.

51) Loewenheim, *AcP* 180, S. 446 による。Siehe auch, Locher, *BB* 1981, S. 821. Koehler, a. a. O. S. 31 は、錯誤を肯定するが、錯誤が本質的か否かによる、とする。

52) Flume, a. a. O. S. 465; Medicus, a. a. O. Rdn. 133; Kramer, in *Münchener Komm. BGB.* Rdn. 69 ff zu § 119; Loewenheim, *AcP* 180, S. 445 f.; Schmidt-Salzer, a. a. O. S. 262 f.; Liebs, *AcP* 174, S. 49. Siehe auch, Kaduk, a. a. O. S. 80; Godin, in *RGRK-HGB. Anm.* 17 d zu § 342 (S. 66).

々の条項は自動的に表示内容となり、内容に関する錯誤主張の余地はない<sup>53)</sup>。

次に、企業側の錯誤<sup>54)</sup>についてはどうか。これは實際上稀であろうが、個々の条項の内容についての錯誤が考えられる<sup>55)</sup>。例えば、団体設定約款を出該団体に所属する企業がその詳細につき法的効果 (rechtliche Konsequenz) を理解しないで使用したとき<sup>56)</sup>、である。この場合は、法効果錯誤であるが、既述のように主張が認められるかは見解が分かれる。しかし、肯定するのは疑問である。既述の法効果の理解からも、このことはいえるが、何よりも約款法の意味目的から否定される。立法者は、企業は契約相手方に対して事前に準備された契約形成を基礎とする組織的優位を有し、この優位は契約相手方の経済的又は知的な取引能力の劣弱さにより強化されていることを根底においている<sup>57)</sup>。この優位の均衡化を、一般的規定に比較して相手方にとりより有利な法効果が企業の負担で生ぜしめられるということで計っている。この見地から、約款を利用する企業が事後にその法効果につき認識しなかったことを援用できることは疑問であるし、先行行為に矛盾する行為ともいえる。しかも、約款法5条 (不明確原則) は客観的不明性は企業の負担としていることから、企業の主観的不明確の場合に別違に処理すべき理由は存しない<sup>58)</sup>。では、制定法規定の不知又は適切でない判断により当該条項が約款法3条又は9条以下に違反するこ

53) Säcker, a. a. O. S. 192 ff. Siehe auch, Schlegelberger-Hefermehl. *HGB*. Rdn. 99 zu § 346. Enneccerus-Nipperdey, *Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts*. 15 Aufl., 1960. S. 1008 Fn. 26 は、意思表示が個々の規定ではなく事前に準備された法秩序への付合にのみ関連する場合には、約款内容に関する錯誤は顧慮されない、とする。なお、Palandt-Heinrichs, *BGB*. 37 Aufl., 1978. Vorb. v. § 8 AGBG, 4e は、約款内容に関する錯誤主張は、約款法3及び9以下の特別規定に対して原則として劣後とする、とする。この見解につき、Vgl., Loewenheim, *AcP* 180, S. 452.

54) Locher, *BB* 1981, S. 821 は、約款設定者と当該約款を利用する者とは異なるから、企業の約款内容錯誤も顧客の約款内容錯誤の場合と同様に、その主張は認められる、とするが、疑問である。

55) なお、約款そのものの内容に関する錯誤も考えられよう。例えば、企業が売却約款と購買約款の両者を備置していて、前者を使用すべきなのに後者を使用したときであるが、これは正に民95但書における重過失として錯誤主張を否定すべきである。

56) Loewenheim, *AcP* 180, S. 447 による。

57) Siehe, Gesetzentwurf der Bundesregierung, *BT-Drucksache* 7/3919, S. 13.

58) Loewenheim, *AcP* 180, S. 448. Locher, *BB* 1981, S. 822 は反対である。

とを知らない場合はどうか。肯定する見解も存する<sup>59)</sup>が、BGB 119条の意味における錯誤には該当しないと解される。つまり、この場合、表示と表示意思の不一致は何ら存せず、制定法規定の適用範囲に関する不適切な評価が存するにすぎないし、しかも、錯誤主張を肯定すれば約款法6条の法効果規定が無意味となってしまう<sup>60)</sup>。

#### (IV) 取引慣習と錯誤

約款の利用ないし存在が取引慣習となっているか又は約款内容が取引慣習である場合に、錯誤主張は認められるか<sup>61)</sup>。これは、取引慣習に関する錯誤であり、一般に取引慣習の適用は当事者の意思いかんによらないとされるから、その錯誤主張は否定される<sup>62)</sup>。しかも、仮りに肯定しても、契約締結にとつての

- 59) Staudinger-Dilcher, *BGB*. Rdn. 24 zu § 119; Lukes, "Gedanken zur Begrenzung des Inhalts Allgemeiner Geschäftsbedingungen," *FS für A. Hueck*. 1959. S. 487.
- 60) Loewenheim, *AcP* 180, S. 448 u. Fn. 62. Siehe auch, Säcker, a. a. O. S. 198 f. なお, Kaduk, a. a. O. S. 75 f は, 公衆 (Öffentlichkeit) に対してなされた表示は, 表示者により取消しえないという原則適用により, 錯誤主張を否定する。
- 61) もっとも, 約款法の制定された西独では, このことが問題となるのは, 商人間取引に限定され (約款法 24 参照), 商人対非商人間では, 約款法 2 は強行法であり, かつ, 制定法は慣習に優先するから, 慣習による組込は一般に否定される。Gesetzentwurf der Bundesregierung, *BT-Drucksache* 7/3919, S. 17; Löwe, u. a., *AGBG*. Rdn. 11 zu § 2; Schlosser, *AGBG*. Rdn. 38, 61 zu § 2; Soergel-Hefermehl, *BGB*. 11 Aufl., 1978. Rdn. 119 vor § 145. Siehe auch, Ulmer, u. a., *AGB*. Rdn. 50 u. 67 zu § 2.
- 62) Soergel-Siebert-Knopp, *BGB*. 10 Aufl., 1967. Rdn. 91, 92 zu § 157; Soergel-Knopp, *BGB*. 11 Aufl., 1978. Rdn. 91, 92 zu § 157; Godin, in *RGRK-HGB*. Anm. 17 d zu § 346 (S. 65); Koehler, a. a. O. S. 32; Droste, "Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen," *DB* Beilage Nr. 10/57, § VIII; Standinger-Coing, *BGB*. Rdn. 14 c zu § 119; Kaduk, a. a. O. S. 73 f. Siehe auch, Ratz, in *Großkomm. HGB. Bd. III*, 3 Aufl., 1968. Anm. 36, 93 zu § 346; Koch-Stübing, *AGB*. Rdn. 9 zu § 2; Schlegelberger-Hefermehl, *HGB*. 5 Aufl., 1976. Rdn. 32 zu § 346 (取引慣習が信義則を顧慮して意思表示の解釈又は補充をもたらすのではなく, 一定の表示の擬制をもたらす場合には, 錯誤主張は排除される, とする)。錯誤主張を肯定するものとして, Schmidt-Salzer, a. a. O. S. 225; Erman-Hefermehl, *BGB*. Rdn. 37 vor § 145 u. Rdn. 8 zu § 157 (但し, 具体的事案で, 信義則 (BGB 242) により主張しえない, とする); Ulmer, u. a., *AGB*. Rdn. 67 zu § 2; Schlosser, u. a., *AGBG*. Rdn. 66 zu § 2; Larenz, *Allg. Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. 5 Aufl., 1980. S. 508; Schlegelberger-Hefermehl. *HGB*. 4 Aufl., 1965, Rdn. 99 zu § 346.

錯誤の因果関係（錯誤主張者側で主張・立証すべきである）が疑問となり、BGB 119条の要件を充足しないことになろう<sup>63)</sup>。もっとも、一般には、解釈的取引慣習に関する錯誤は許容されるとされる<sup>64)</sup>。しかし、これは取引慣習は当事者意思と無関係に適用されるとする原則の目的と一致しない<sup>65)</sup>。何人も信義則に基づき、取引慣習は周知のこととして信頼できるというのが取引の要請だからである<sup>66)</sup>。さらに、約款の存在のみが取引慣習であり約款の内容が取引慣習でないときは、内容に関する錯誤はその限りで取引慣習の規範化 (Normierung) が作用しないから、肯定されるとする見解<sup>67)</sup>も存するが、これは、約款の全体としての付合の性質に反する<sup>68)</sup>。

### (V) 錯誤の効果

以上の簡単な概観から、約款による契約における錯誤主張は、契約相手方の約款組込の場合についてのみ肯定されると認められる。次に検討すべきことは、この錯誤主張の効果が約款のみか、それとも契約全体、したがって、個別合意にも及ぶのか、である。錯誤主張は法律行為全体の無効を招来するとされる<sup>69)</sup>。約款の組込に関する錯誤についてこの一般原則で処理するのは疑問であ

63) Stein, a. a. O. Rdn. 29 zu § 2; Larenz, a. a. O. S. 508; Loewenheim, *AcP* 180, S. 453; Locher, *BB* 1981, S. 820; Canaris, a. a. O. S. 216.

64) Koch-Stübing, *AGB*. Rdn. 11 zu § 2; Godin, in *RGRK-HGB*. Anm. 17 d zu § 346 (S. 66); Staudinger-Dilcher, *BGB*. Rdn. 37 zu §§ 133, 157; Sandrock, *Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht*, 1966, S. 121.

65) Soergel-Siebert-Knopp, *BGB*. Rdn. 40 zu § 157; Soergel-Knopp, *BGB*. Rdn. 40 zu § 157; Ratz, in *Großkomm. HGB. Bd III*. Anm. 93 zu § 346.

66) Vgl., Soergel-Siebert-Knopp, *BGB*. Rdn. 93 zu § 157; Soergel-Knopp, *BGB*. Rdn. 93 zu § 157. 契約補充の性質上、契約に空白が生ずる場合に初めて補充的解釈が作用するから、補充された法効果は表示内容とならず、錯誤主張は常に否定される、とするものとして、Henckel, "Die ergänzende Vertragsauslegung," *AcP* 159, S. 125. なお、取引慣習と契約補充につき、詳細については、Siehe, Sonnenberger, *Verkehrssitten im Schuldvertrag*, 1969, S. 192 ff. bes. 193.

67) Raiser, a. a. O. S. 172; Kaduk, a. a. O. S. 74; Staudinger-Coing, *BGB*. Rdn. 14 c zu § 119.

68) Soergel-Siebert-Knopp, *BGB*. Rdn. 92 zu § 157; Soergel-Knopp, *BGB*. Rdn. 92 zu § 157.

69) 於保編・『注釈民法(4)法律行為 II』(昭42) 216頁(奥田)。

る。BGB 139条は、原則として全部無効とするも無効部分がなくてもその行為がなされたであろうと認められれば一部無効とする<sup>70)</sup>。そして、約款法6条I項は、約款の全部又はその一部が契約要素とならなかったか又は無効であるときは、契約は残余部分につき有効として、特則を設ける。したがって、一般には、約款法6条が錯誤主張にも適用ないし類推適用されるとされる<sup>71)</sup>。わが国では、一部無効理論は、学説上、無効部分を慣習・任意法規定・条理で補うように努め、そのうえで当事者の利益状況に照らし、この合理的な内容又は無効部分を除いた残余を強制することが、当事者の意思に明白に反する場合にだけ、全部無効とするのが法律行為の解釈の原則に合致する<sup>72)</sup>として是認されているし、判例も「契約当事者は特別事情がない限り契約の目的達成を意図するものだから、契約の一部の目的について無効原因が存する場合であっても、その部分を除いてなお当事者の意図した目的の達成が可能であるときは、該契約を右目的の達成が可能な範囲で有効とするのが契約当事者の意思に合致し、公平の原則にかなうものというべきである」<sup>73)</sup>とする。そして、その基準として、

(a) 法秩序自体の観点からあるいは法的評価によるか（無効部分が法律行為の

70) BGB 139 については、於保編・前掲書 224 頁以下（奥田）参照。われわれも、約款の内容コントロールの関係で、BGB 139 の問題状況を考察する機会をもった。拙稿「ドイツにおける約款の一部無効問題」『一橋論叢』64 巻 5 号 95 頁以下。

71) Schlosser, u. a., *AGBG*. Rdn. 104 zu § 2, Rdn. 8 zu § 6; Ulmer, u. a., *AGB*. Rdn. 12 zu § 6; Löwe, u. a., *AGBG*. Rdn. 3 zu § 6; Dietlein-Rebmann, *AGB aktuell*, 1976, Rdn. 2 zu § 6. これらの論者は、いずれも約款の組込のみならず、約款内容の錯誤についても肯定している。Locher, *BB* 1981. S. 821 f は、BGB 139 で処理されるべき、とする。

72) 四宮・前掲書 218 頁、我妻・前掲書 258 頁、わが国の一部無効理論の詳細については、於保編・前掲書 229 頁以下（奥田）；石外「一部無効に関する一考察」『民商法』49 巻 6 号 812 頁以下参照。

73) 最判・昭 47・12・19『民集』26 巻 10 号 1969 頁。東京高判・昭 52・6・23『判時』863 号 54 頁も「意思表示をする者は、特別の事情がない限り、これによって一定の目的を達成しようと意図するものであるから、意思表示の要素に錯誤があるからといってつねにその全部が無効に帰し何らの意思表示もなかったと同じ状態になると速断するのは適当でなく、具体的事案につき錯誤の内容、性質等を勘案して、意思表示の一部分のみの効力を認めてこれを強制したのでは、当該意思表示によって意図された目的の達成が不可能となり、当事者の公平にも反するという場合にはじめて意思表示の全部が無効となるにすぎない」とする。なお、最判・昭 38・1・18『民集』17 巻 1 号 25 頁参照。



重要部分か否か、他の部分と密接な関係があるか否か、付従的部分にすぎないか等)、と(b)当事者意思の効果、とが一応あげられている<sup>74)</sup>。そこで、組込に関する錯誤主張につき、この基準によって考察すると、(a)の基準については、個別契約への約款の組込につき、個別合意は約款なしに考えられるまとまりのある全体を形成するという特殊性を有し<sup>75)</sup>、約款は個別合意の形成を惹起せしめるが、決して本質的なもの(essentialia negotii)ではなく付随的なものにすぎず、その適用は個別合意の存続にとり決して必要なものではない<sup>76)</sup>と解するならば、この基準で一部無効が肯定される。しかし、約款をこのように位置づけるかには疑問がある。もっとも、約款法6条による一部無効肯定には、別の面からの法的評価という基準によっているともいえる。同条は、約款の組込が同法2条乃至5条に基づき生じないか又は同法9条乃至11条により無効である場合を対象とし<sup>77)</sup>、これらの場合には、約款なしでの、つまり、企業により意図されていない契約内容での、契約に拘束されるという企業の負担づけを意味する<sup>78)</sup>。これは、企業は不当な条項を設定したとか約款の有効な組込に必要な前提条件を充足していないことから、不利な条項を除去して契約を保持するという契約相手方の利益に対して、残余契約から解放されるという企業の利益が劣後するという利益較量により正当化される<sup>79)</sup>。しかし、かかる利益較量

74) 於保編・前掲書232頁(奥田)。なお、当該法律行為の内容が可分か不可分かの見地で整理するものとして、平井「判批」『判時』705号124頁以下参照。

75) Schmidt-Salzer, a. a. O. S. 256; Raiser, a. a. O. S. 250.

76) Schmidt-Salzer, a. a. O. S. 256. なお、Schmidt-Salzer, a. a. O. S. 257 f は、企業側からみても、企業は定型的指定により、締結されるべき契約につき自己の約款を基礎とすることを望んでいるが、契約交渉で自己の約款組込問題にまで及ぼしていないから、約款組込を契約締結の必然的制約(coditio sine qua non)と評価していないといえる。約款が企業にとってそれほど重要であるならば、約款を基礎として締結すべきことを個々の契約相手方に個別的に明確すべきであり、その場合にのみ全部無効が生ずる、とする。Siehe auch, Raiser, a. a. O. S. 250.

77) Gesetzentwurf der Bundesregierung, *BT-Drucksache* 7/3919, S. 20; Dietlein-Rebmann, a. a. O. Rdn. 2 zu § 6; Ulmer, u. a., *AGB*. Rdn. 8, 9 zu § 6; Schlosser, u. a., *AGBG*. Rdn. 1 zu § 6. もっとも、これ以外にも適用があるかについては、見解が分かれている。

78), 79) Loewenheim, *AcP* 180, S. 457; Kötz, in *Münchener Komm. BGB. Bd. 1*. Rdn. 1 zu § 6 *AGBG*; Ulmer, u. a., *AGB*. Rdn. 4 zu § 6. Gesetzentwurf der Bundesregierung, *BT-Drucksache* 7/3919, S. 21 も、企業側が、例えば、その価

は錯誤主張の場合には存在しない。つまり、この場合、契約の一部無効は企業側よりも、むしろ、契約相手方の誤った観念に基づくものであり、これにつき企業側に負担を課すべき必然性は存しない<sup>80)</sup>。したがって、同法6条における法的評価により錯誤主張における一部無効の十全な根拠とはなしえない。次に、(b)の当事者意思(合理的意思を基準とする)の効果からみると、契約相手方については、多くは自己に不利な規定を含む約款の拘束が生じないで個別合意の有効という利益を享受するし<sup>81)</sup>、かつ、錯誤は約款の組込のみに関するから、一部無効は肯定しうる。他面、企業にとっては、約款なしの契約による拘束は場合によっては(特に、個別契約締結による意思が約款による利益享受と強度に索連する場合)意図していないことがありうるから(約款法6 III 参照)、この基準で一部無効を必ずしも根拠づけえない<sup>82)</sup>。この点は、約款そのもの、個別合意、そして、両者を架橋する付合行為(約款による契約)との三階層で約款法現象を把握する立場からは、組込における錯誤は約款による契約の部分につきのみ存し<sup>83)</sup>、個別合意は有効、かつ、約款なしの契約として存続すると解しえよう。これをとらなければ、契約当事者は一定の目的(取引による財貨及び利潤の獲得)を達成しようと意図し一般に全部無効よりも残余有効を選び、及び、その法律行為が実行された後では残余の効力を維持するこ

格計算の基礎とした危険制限の無効を知ったならば、契約を締結しなかったと考えられる場合であっても、企業側に契約に拘束されるという危険を負担させるのが妥当(richtig)と思われる、とする。

80) Loewenheim, *AcP* 180, S. 457; Locher, *BB* 1981, S. 821 f. Dietlein-Rebmann, a. a. O. Rdn. 1 zu § 6 は、約款法6は個々の法律行為上の意思表示に関しては適用されないとするが、ders., Rdn. 2 zu § 6 では準用を認める。Schlosser, u. a., *AGBG*. Rdn. 1 zu § 6 は、約款法以外の法規範から生ずる組込否定の場合の法効果は、異なる考察方法を要する、旨指摘する。

81) Vgl., Loewenheim, *AcP* 180, S. 458.

82) Canaris, a. a. O. S. 216 u. Fn. 100.

83) 一部無効を肯定する見解からは、つとに組込と個別合意との可分性は肯定されている。Siehe, Raiser, a. a. O. S. 250; Kaduk, a. a. O. S. 76 f.; Godin, in *RGRK-HGB*. Anm. 17 d zu § 346 (S. 66). Siehe auch, Ulmer, u. a., *AGB*. Rdn. 10 zu § 6. もっとも、Sayn-Wittgenstein-Berlburg, a. a. O. S. 60 f. は、個別契約部分(individueller Vertragsteil)は約款に従属せず、独立の法律行為として存在しうるが、約款は個別的契約規定(individuelle Vertragsbestimmungen)から解放されえない。したがって、契約相手方は、全部無効か錯誤主張の放棄の二者択一しかない、とする。

とが法律秩序の上で望ましく、客観的に維持する価値のあるものはこれを維持することが経済的要請にかなうことを根拠として、一部無効を原則とし、ただ、企業側が約款を本質的なものとして全部無効の意思を有するときはその主張・立証により全部無効とすべきであろう<sup>84)</sup>。ただし、契約相手方からの全部無効主張を認める必要性は、約款なしでの契約がこの者にとって有利であるから、存在しないであろう<sup>85)</sup>。そして、一部無効により生ずる欠缺は、任意法、慣習等により補充される<sup>86)</sup> (約款法 6 II 参照)。

ところで、約款と錯誤との関係で検討すべき問題として、錯誤主張を排除する約款条項の効力いかながある。錯誤法規定は任意法規定であるといえる<sup>87)</sup>。BGB 上は、錯誤は取消しうるにすぎないから、錯誤者がこれをなすか否かはこの者の任意であることから肯定できるが、わが民法上は無効とする点で若干疑問が生ずる。しかし、この無効は取消的無効と解しうる<sup>88)</sup>し、追認も錯誤法規定は専ら表意者の利益保護にあり表意者がこの利益享受を欲しないときにはその行為を有効とすべきであることから認められ<sup>89)</sup>、及び、錯誤者に重過

84) 柚木・「判批」『民商法』49巻4号75頁(80頁以下)参照。なお、前註(73)の判例参照。Siehe auch, Weber, a. a. O. N. 304; Kaduk. a. a. O. S. 76 f; Schlegelberger-Hefermehl, *HGB*. 4 Aufl., Rdn 91 zu § 346. Loewenheim, *AcP* 180, S. 458 ff は、利益状況からみて、結果的に約款法 6 による一部無効を肯定するが、企業側は BGB 122 (取消されたときに、取消者に相手方に対する消極的損害賠償を課している) により、残余契約からの拘束性解放を請求しうることを認める。もっとも、Raiser, a. a. O. S. 250 は、BGB 122 による損害賠償請求権は通常、同条 II 項の存在から認められないと消極的である。

85) Vgl., Liebs, *AcP* 174, S. 49; Loewenheim, *AcP* 180, SS. 458 u. 460; Schmidt-Salzer, a. a. O. S. 256 f.

86) Raiser, a. a. O. S. 250; Loewenheim, *AcP* 180, S. 460; Weber, a. a. O. N. 304.

87) Kramer, in *Münchener Komm. BGB*. Rdn. 132 zu § 119; Schlosser, *AGBG*. Rdn. 42 zu § 9; Flume, a. a. O. S. 401; Schmidt-Salzer, "Gewährleistungsausschluss und Irrtumsanfechtung," *JZ* 1967, S. 664; Soergel-Hefermehl, *BGB*. 10 Aufl. Rdn. 67 zu § 119. なお、西独の保険契約法 5 IV は、保険契約者が錯誤に基づき契約を取消すことを放棄する旨の合意は、無効と強行的に規定する。これにつき、Siehe, Bruck-Möller, *Kom. zum VVG*. 8 Aufl., 1953. Rdn. 23 ff zu § 5; Prölls-Martin, *VVG*. 20 Aufl., 1975. Anm. 8, 9 zu § 5.

88) 四宮・前掲書 184 頁; 川島・『判民』昭和 14 年度 55 事件など参照。

89) 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』43巻4号10頁。なお、川井「錯誤の無効」(『裁判と法(上) 菊井先生献呈論集所収) 285頁以下、特に、309頁以下も参照。約款条項による錯誤主張排除が事前である点が若干問

失あれば無効主張できないとする但書規定の存在<sup>90)</sup>から、わが法上も任意法規定性は肯定できる。したがって、錯誤主張を排除する約款条項の存在は肯定できる。問題はその効力である。まず、約款組込に関する錯誤については、この主張を排除する約款条項は作用しない。というのは、約款による契約が錯誤により成立しえないから、約款そのものが組込まれず、当該条項も約款上に存するにすぎないからである。では、契約相手方の個別契約に基づく錯誤主張を約款条項で排除する場合はどうか。錯誤法規定は任意法規定であるが、それは合目的的考慮に基づくものではなく、正当性保障という秩序機能を有する。つまり錯誤法規定は、すべての錯誤主張を可能とするのではなく本質的事項の錯誤のみの主張に限定すると共に、錯誤主張が認められる場合に相手方に対して信頼損害の賠償をなすべきことを錯誤者に要求する (BGB 119, 122 参照) こと<sup>91)</sup>により、両当事者の正当な利益の調整をなしている<sup>92)</sup>。その限りで、錯誤法規定は、両当事者の利害対立から生ずる正当性命令 (Gerechtigkeitsgebot) の具

題であるが、錯誤の存在の前後を問わないとされる。Kramer, in *Münchener Komm. BGB.*, Rdn. 132 zu § 119; Soergel-Hefermehl, *BGB.* 10. Aufl. Rdn. 47 zu § 119.

90) 薬師寺・前掲論文 11 頁参照。

91) わが民法上は、損害賠償を規定しないが、起草者はこれを肯定的に解していた。当初は、本条本文の場合につき、表意者の過失によりその錯誤を生じ相手方に損害を被むらしめたときは、賠償の責を免れないことは論をまたないのであり、これは全く損害賠償に関する原則の結果にすぎないから、規定を設けるのは不必要とされた。ただ、但書 (「但表意者に重大な過失ありたるときは此限に在らず」とされていた) については、損害賠償は当事者に十分な満足をえさせることができないので、この場合は、その意思表示を有効とし、十分に相手方を保護し、もつて取引の安全を図ろうと欲した、とされた。『法典調査会民法主査会議速記録』6 巻 115~6 丁。主査会では但書の削除論が存し、文言修正が提案され、これを受けて、総会で現文言に決定された。その際の但書部分についての説明によると、但書を置いた考えは、根本に於いて法律行為が有効となるという考えでなしに一種の便宜上、即ち、一種の損害賠償法として、あたかも実際に於て有効とみる既制法典の辞をかりて言えば補償名義の無効主張というような考えである。…決して法律行為が絶対的に有効となるというのではない。表意者に対してのみあたかも有効となるが如く、表意者が主張することはできぬ強い損害賠償法を設けたとされる。『法典調査会民法委員総会議事速記録』5 巻 79-80 丁。なお、岡松・『注釈民法理由総則編』(明 31) 194 頁、『法典質疑問答第 1 編民法総則全』(明 39) 267-8 頁 (仁井田) 参照。近時の有力説は、過失あれば善意無過失の相手方に対して賠償責任 (民 709 参照) を認めるべき、とする。四宮・前掲書 189 頁及び同頁註(1); 幾代・『民法総則 (現代法律学全集 5)』(1972) 285 頁。

92) Schmidt-Salzer, *JZ* 1967. S. 664; Schlosser, *AGB.* Rdn. 42 zu § 9.

体化であり、錯誤主張排除は、立法者によって一般的基準とされた妥当な規定を正当な客観的理由なしに一方的に企業側に有利にないしは相手方の負担へと変更するものである<sup>93)</sup>。排除が個別合意によるときは、その商議における正当性保障から肯定されるが、約款条項によるときはこの前提を欠くから、客観的の正当事由が必要である<sup>94)</sup>。したがって、一般的に錯誤主張を排除する条項は無効であるが、個別的事項につき錯誤主張を排除することは認められる余地がある<sup>95)</sup>。殊に、スイス債務法 (OR 23-26) やイタリア民法 (Cod. Civile 1428-1432)<sup>96)</sup> が詳細に規定しているのに比較して、わが民法上は文言上は要素につきのみ無効<sup>97)</sup>とし、かつ、錯誤者の損害賠償責任を明定していないことから、制定法上の解決策が唯一の合理的なものとはいえないし、大量取引、さらには複合的取引が普及している面からも、約款による個別の排除は肯定すべきである<sup>98)</sup>。もっとも、正当事由については、企業側で主張・立証することを要し、かつ、文言は多義的でなく明確であることを要する。逆に、企業側のみが一方的に錯誤主張をなしうる条項は、既述のことから無効である<sup>99)</sup>。この点に関連して問題となるのは、企業側が個別契約における価格などの計算違いもしくはこれに関する錯誤を理由として、事後に一方的にその是正をなしうるとか差額を請求しうるとする条項である。計算・価格などについての錯誤はその程度が等価性を著しく損うものであれば肯定される<sup>100)</sup>が、そうでない限り単なる動機

93), 94) Schmidt-Salzer, *JZ* 1967, S. 664. なお, Schmidt-Salzer, a. a. O は, この見地から約款条項を無効とする。

95) Schlosser, *AGBG. Rdn.* 42 zu § 9.

96) 錯誤法規定に関する比較法研究として, Siehe, Zweigert u. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf den Gebiet des Privatrechts. Bd. II.*, 1969. S. 96 ff.

97) 列挙主義をとると, わが国では裁判官を拘束し活用上不便であるので, 不採用とされた。岡松・前掲書 188 頁。なお, 「行為の要素」に限定した点については, 常に錯誤に陥ったことを口実として無効又は取消を申立てる弊害を生じ, 裁判官も確証をえるのに困難な心情如何に基き意思表示の効力を維持すべきべからずかを決せざるをえず, 取引の安全と利便を害することが少くなくないからである, とされる。『法典調査会主査会議事速記録』6 卷 111 丁 参照。

98) Vgl. auch, Zweigert u. Kötz, a. a. O. S. 107 f. 星野・前掲書 198 頁参照。

99) Schlosser, *AGBG. Rdn.* 42 zu § 59; Ulmer, u. a., *AGB. Rdn.* 721 zu Anh. §§ 9-11. このことは, 枠組契約によって組込まれた条項によって, 事後に締結されるべき法律行為につき錯誤主張を排除又は制限する場合にも妥当する。Schlosser. a. a. O.

100) 川島編・前掲書 209 頁以下 (川井)。

の錯誤にとどまり、錯誤法規定によりその主張を正当化しえないから、この点で、かかる条項は錯誤法規定を修正していることになり、無制限に主張しうるとする条項は既述の理由から無効である<sup>101)</sup>、もっとも、合意価格が誤っていることを相手方が気づいているか又は価格が基準価格からみて誤って算出されているときには、錯誤法規定の類推適用が認められるから、かかる場合には有効といえる<sup>102)</sup>。そうでない限り、かかる条項は不意打ち条項(約款法3)となりうる<sup>103)</sup>し、さらに、価格はしばしば個別的に合意されるから個別合意優先の原則(約款法4)の適用も考えられる<sup>104)</sup>。これらの場合に該当しなくとも、この種の条項は、一方的な利益保持の点で企業側にのみ有利であり、相手方には是正権は認容されずハンディキャップをつけられているから、任意法の秩序機能に反し無効である<sup>105)</sup>。

なお、企業が錯誤主張した場合に、その損害賠償義務を相手方に転嫁する条項の効力も検討すべき問題である。わが国では、この点明文規定はないが有力説は賠償義務を肯定する<sup>106)</sup>、特に BGB 122 条は信頼損害賠償義務を明定しているからである。この損害賠償義務は、錯誤事由が錯誤者の支配領域に存することから、意思表示の有効性を信頼した保護に値する相手方を意思表示の無効から生ずる不利益から保護するものである<sup>107)</sup>。したがって、約款による完全な排除は、BGB 122 条が消極的損害賠償に制限し、かつ、信頼損害に関する規制は錯誤主張に対する不可欠な調整策 (Korrelat) であるから、任意法の秩

101) Löwe, u. a., *AGBG*. Rdn. 54 zu § 9; Schlosser, *AGBG*. Rdn. 42 zu § 9.

102) Ulmer, u. a., *AGB*. Rdn. 555 zu Anh. §§ 9-11.

103) Löwe, u. a., *AGBG*. Rdn. 54 zu § 9; Schlosser, *AGBG*. Rdn. 42 zu § 9. Siehe auch, LG Essen, *NJW* 79, 555.

104) Löwe, u. a., *AGBG*. Rdn. 54 zu § 9. もっとも、文言が不明確であれば、不明確原則(約款法5)の適用も考えられる。Siehe, AG Gießen, *NJW* 75, 1929; Lopau, "Anm. zu AG Gießen, a. a. O.," *NJW* 75, 1929.

105) Löwe, u. a., *AGBG*. Rdn. 54 zu § 9; Schlosser, *AGBG*. Rdn. 42 zu § 9; Lopau, *NJW* 75, 1929. なお, Schlosser, a. a. O. は約款法 10 ③にも反する, とする。なお, この場合には, 主観的行為基礎理論で解決すべきであろう。四宮・前掲書 186 頁註(2)及び 187 頁註(3)参照。

106) 前註(91)参照。

107), (108), (109) Schlosser, *AGBG*. Rdn. 42 zu § 9; Schlosser, u. a., *AGBG*. Rdn. 132 zu § 9.

序機能に反する<sup>108</sup>(約款法9)。このことは、錯誤者の保護と相手方の保護(取引安全保護)との調整としてわが国でも妥当する。もっとも、損害賠償義務を有責の場合に制限することは可能である<sup>109</sup>。例えば、「顧客との電話、電信などによる取引において、伝達の誤り、誤解及び錯誤により生じた損害は、顧客が負担する。但し、銀行が有責である場合はこの限りでない」(西独普通銀行約款8条I項)という条項は、電話・電信等の利用は原則として顧客の利益においてなされるのであり、かつ、BGB 122条における危険分配のかかる条項による変更は決して不公平な又は耐えられぬ顧客の不利益取扱を意味しないし、文言上も明確に銀行側になんら有責事由が存しない場合に転嫁されることを規定するものだから、有効である<sup>110</sup>。

110) Canaris, in *Großkomm. HGB*, Bd III/2, 3. Aufl., 1978. Anm. 1266 zu Anh. § 357; ders., in *Großkomm. HGB*, Bd III/2 (2. Bearb.), 3. Aufl., 1981. Anm. 2581 (S. 1301); Schlosser, u. a., *AGBG*. Rdn. 132 zu § 9; Liesecke, "Die Haftungsausschlüsse der Kreditinstitute nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Praxis," *WM* 1970, S. 508; Graf von Westphalen, "Die AGB der Privatbanken im Licht der jüngsten Judikatur und Literatur," *WM* 1981, 1412.