

# アウグスト・フォン・ベヒマンの錯誤並びに条件論

堀川 信一 (大東文化大学法学部)

## Zur Irrtum — und Bedingungslehre von A.v.Bechmann

Shinichi HORIKAWA

### 目次

- 一 問題の所在
- 二 ベヒマンの錯誤並びに条件論の紹介
- 三 結びに代えて

### 一 問題の所在

#### 1. 錯誤と契約当事者が設定した要件との関係

当事者が予期しなかった事態の発現後、そのまま法律行為を維持し続けることのリスクを解消するための手段として、民法 95 条は幅広い事例に適用されてきた<sup>1)</sup>。しかし、判例理論が前提としている二元説からは、当事者が上記のようなリスクに備えた合意している場合には、民法 95 条の適用に優先して、当該合意の効力に基づき契約が解消されるのが望ましい<sup>2)</sup>。こうした観点からは、判例における同条の適用につき、疑問が生ずる事案が存在する。

例えば、大判大正 2 年 10 月 10 日民録 19 輯 764 頁は、担保付債権であることを知らずにした更改に関して「担保ナキモノト誤信シタルカ為メ更改シタルカ如キ場合ハ担保ナシトノ信念カ更改契約ノ成立要件タリシモノナルカ故ニ其契約ハ要素ニ錯誤アルモノト謂サルヲ得ス」とした。担保の存在は、更改契約の客観的成立要件ではなく、当事者の合意によって定められた要件である。そうだとすれば、本来は、当該合意の効力を理由として無効とすべきであり、民法 95 条を持ち出す余地はないのではあるまいか<sup>3)</sup>。

その後の判例においては、わずかながら、当事者がある事実の存在を契約の「要件」や「要素」としたところ、後にそれが存在しないことが判明した場合には、錯誤ではなく、合意の効力によって当然に契約は無効になるものがある(たとえば大判昭和 3 年 4 月 14 日民集 7 卷 269 頁)<sup>4)</sup>。こうした、錯誤と当事者が設定した契約の要件との関係については、近時の学説において詳しく論じられることはあまりないが、かつて薬師寺博士は次のように述べていた。

例えば「この電気機が百三十馬力を有するならば買取る」旨の意思表示をする場合には、「表意者は売買の目的物が百三十馬力のものなりと信じていることもあり、又それにつき疑念有すること

もあり、又百三十馬力のものでないと信じていることもあり得る。しかし、表意者の信念如何に拘わらず電気機が百三十馬力を有しない場合には、売買は有効条件の欠如により無効となる」と。そして、「然るに錯誤の場合にあつては、表意者が電気機が百三十馬力を有するものなりと誤信したることを要し、且つ電気機が百三十馬力を有効条件となさざりしことを要」すとして両者の違いを述べている<sup>5)</sup>。そして有効要件の欠如の場合には、仮に表意者に重過失に基づく誤認が存在していたとしても、有効条件の欠缺に基づく無効が認められるとする。また、錯誤の場合には要素性の判断が必要であるが、有効条件の欠如の場合にはそうした判断も必要ない。瑕疵担保の規定と95条については前者が優先されるが、有効条件の欠如の場合にはそうした問題も生じないとする<sup>6)</sup>。

## 2. 本稿の課題

### (1) 条件論の問題点

純粹に将来の不確実な出来事を問題とするのではなく、ある法律行為がなされた時点では、すでに客観的事実は定まっているものの、そうした事実について当事者の主観において不確かである場合においては、錯誤と民法131条の既成条件の関係が問題となりうる<sup>7)</sup>。例えば、契約目的物について前提とした性質が存在しないことが後に判明した場合にはその契約を無効にするとの合意が存在する場合である。しかし、民法131条の適用により契約が無効となったケースは極めて少なく、ほとんど利用されていないのが現状である<sup>8)</sup>。

こうした状況となっている一つの原因としては、民法95条が学説、判例の展開において次第に一般条項化し、その結果として条件よりも無効を主張する側にとっては主張しやすい法理となったことが考えられる(ただしそれが望ましい状況と言えるかについては別稿に譲る)が、他方で、条件論の問題として、条件が明示により合意されている場合は格別、そうでない場合の合意の解釈について、これまで十分に議論されてこなかった点あげられる。判例の中には、意思解釈を通じて黙示の既成条件の成立の可能性を示唆する判例が存在するものの<sup>9)</sup>、必ずしもどのような場合に条件が成立するのか一般論を示したものは存在しない<sup>10)</sup>。

さらに、仮に黙示の条件の成立が認められたとしても、錯誤と条件の関係、とりわけ規範的意思解釈による意思表示(あるいは法律行為)の内容化を通じた動機錯誤の顧慮と条件の関係如何<sup>11)</sup>といった問題も不明確なままである。

### (2) 本稿の課題

そこで本稿は、19世紀ドイツで活躍した法学者の一人であるベヒマン(Augst Ritter von Bechmann, 1834-1907)<sup>12)</sup>の性質錯誤論に焦点を当てながら、今後上記の課題に取り組んでいく際の手掛かりを得ることを目的とする。ここで彼の見解をここで紹介・検討する理由は次の点にある。ベヒマンの説の特徴は、二元説に立ちつつ、当時の普通法学説においては性質錯誤の場面と理解されてきた各ローマ法文<sup>13)</sup>を、錯誤法によってではなく、保証(Zusage)や条件(ここでの条件は既成条件 *conditio in praesens collata*)により解決しようと試みる点にあるが<sup>14)</sup>、後述のように、ここでは、条件の成立を認める際の当事者の意思解釈の方法についても述べられており、上記の課題

にとっても一定の参考になるものと思われるからである。

## 二．ベヒマンの錯誤並びに条件論の紹介

### 1. 同一性メルクマール (Identitätsmerkmal) と客体の錯誤との関係

ベヒマンは、第一に、契約が有効に成立するためには、売買の対象を他のすべての現存する物と区別するための基準、すなわち同一性メルクマール (Identitätsmerkmal) が必要であるとする。そして、①これが欠けている場合には、対象の特定性を欠くことになること、②このメルクマールが現に存在しない対象の上に定められた場合には、契約は客体を欠くことになること、そして、③同一性メルクマールが、ふさわしくない対象に錯誤によって関連付けられた場合には、その錯誤は客体の錯誤 (error in corpore) になることの三点を指摘する<sup>15)</sup>。この客体の指示の仕方に関して、「厩舎の中の右の馬」という指定がなされたが、そこには当事者が思っていたのと別の馬がいた場合であっても、客体の特定がなされているとする。こうした空間的指示に関しては、これに加えて別の同一性メルクマールが付されている場合には、空間的指示については「取るに足らない陳述 (irrelevante Demonstration)」になることがあるとする<sup>16)</sup>。

### 2. 客体の性質について

#### (1) 客体の個別化と性質メルクマール

次にベヒマンは、こうした同一性メルクマールとならんで、当事者は、客体の性質に関するその観念を表現することもできるとし、同一性メルクマールとは別に、物の区別とは関係しない、当事者の観念において物が有する性質メルクマール (Beschaffenheitsmerkmal) があるとする。この二つのメルクマールは当事者の表示しだいで、前者の機能や後者の機能を持つ流動的なものである。物の種類の表示も、それ自体と他のすべての物との区別が直接的意味的表示によってなされている場合には、単なる性質メルクマールである<sup>17)</sup>。

ただし「この物 Dieses Ding」という表示により、他のすべての物と契約の対象との区別がなされた場合には、その物が実際にはワインだったか酢だったか、あるいは金だったか銀だったか等々といったことによっては、決して、契約は条件づけられない<sup>18)</sup>。なぜならば、こうした性質錯誤の事例においては、十分に個別化された客体が、当事者が性質について抱いた観念との矛盾において存在していることになるが、そうした性質錯誤は、そもそも単なる動機錯誤であり顧慮されないからであるとする<sup>19)</sup>。

#### (2) 性質錯誤の顧慮可能性

そして、ローマ法においてもそうした法文は見られるとする。すなわち、ベヒマンは、D 13,7,1,2 (質物の素材に関する錯誤の事例)<sup>20)</sup> と D 45,1,22 (問答契約における客体の素材に関する錯誤の事例)<sup>21)</sup> がいずれも従って、D 18,1,9,2<sup>22)</sup> におけるマルケルスの「仮に素材について誤っていたとしても、客体に関する合意は存在する」という立場がそうであるとする。

しかし、こうした立場に対してベヒマンは次のように言う。客体の性質は、単に代金の高さに関係しているだけでなく、取得の有無にも関係している。そして、「ある人が『そのこの物 das Ding da』を性質のさらなる観念なしに買うのは確かに可能ではあるが、しかし、そのことは一般的ではない」と<sup>23)</sup>。そして、物は単なる図式 (Schemen)、すなわち単なる抽象的な (真に内容のない) 事柄 (Dinge) ではないという法秩序に対するある種の要請も存在するとする<sup>24)</sup>。したがって、客体に関する合意があることを理由に、性質錯誤に基づく無効を否定し、契約の有効性を認めるかのローマ法の法文を直ちに適用することは妥当ではないとする。

上記の要請にこたえる手段として、ベヒマンは、まず、物の性質に関する保証 (Zusage, dictum, promissum) による解決が妥当であるとする。この場合、性質に関する観念と事実の不一致は、損害賠償によって調整しようとする。また、そうした保証が存在しない場面でも、法秩序は補充的に瑕疵に対して損害賠償による除去を認めているとする。

そして、物の性質に関する観念が行為の条件 (conditio in praesens collata 既成条件) となった場合を挙げている<sup>25)</sup>。特に本稿にとって興味深いのは後者の場面である。次に、性質錯誤の既成条件による解決について見て行くことにしたい。

### 3. 条件による解決

#### (1) 既成条件について

当時、既成条件については、伝統的に本来の意味での条件ではないとするのが支配的であった<sup>26)</sup>。これに対してベヒマンは、「このような条件を私的な合意によって、(それ自体は取るに足らない副次的な性質であったとしても) あらゆる性質に当然に付することができる」とし、既成条件の成立を正面から肯定した<sup>27)</sup>。

既成条件とは、客観的にはすでに決定している事実を当事者が認識していないという場合に、当事者がその事実の存否を法律行為の成否にかからせる条件であるが、こうした客観と主観のズレはすでに D.45,1,120<sup>28)</sup> において示されているという (ただし、D.45,1,120 自体は条件の成立を否定している)。そして条件が合意の内容とされる場合には、必ずしも明示による必要はないという<sup>29)</sup>。

#### (2) 性質錯誤の条件による解決

ベヒマンは、まず、条件と保証は、その効果について、前者が無効であるのに対して後者が契約を維持したうえでの損害賠償による調整という点で、本質的な差異が存在するものの、成立における当事者の表示の形式においては、そのような本質的な区別はローマ法においても現行法においても存在しないとする。

そして、彼は、この二つの方法のいずれが成立するか疑わしい場合には、条件を主張する側が、契約締結において当該メルクマールが強調 (Hervorheben) されたということを立証しなければならないとするが、疑わしい場合には、行為の存続が、つまり、保証が推定されるとする。とすると、性質について合意がある場合には原則として保証が存在することになり、何か特にその点を強調していた場合には条件が成立することになりそうである。そして、ベヒマンは「このような証明は、状

況によっては非常に困難である。したがって、法秩序は、特別の推定の方法によって補充することを完全に認めている」とし、それが当時、錯誤法による解決が念頭に置かれてきた *error in substantia*（性質における錯誤）の各場面であるとする<sup>30)</sup>。つまり、ベヒマンによれば、ローマ法が *error in substantia* に基づく無効を認める場合とは、「実際には、法秩序がある種の性質メルクマールを、個々の事案において相手方の意図が認識可能ではない場合において既成条件として高めることを解釈したものである」という<sup>31)</sup>。そして、*error in substantia* を条件と接合する理論は、すでにサヴィニーが「ローマ風には、そのことは、次のように表現される。*Species*（特定物）が買われているが、しかしそれが、一定の *genus*（種類）に属するということが暗黙の条件の下で買われている」とその『現代ローマ法体系第三巻』<sup>32)</sup>において述べたところに示唆されているという<sup>33)</sup>。

こうしてベヒマンは、性質錯誤の場面における「行為の無効はそのようなものとしての錯誤に基づくものでなく、条件の欠如 (*Defizienz der Bedingung*) によって生ずるのである」とする<sup>34)</sup>。そして法律構成のカギは、すでにうえで紹介したパピニアヌスの法文 *D 45,1,120* が示しているという。

そして「錯誤は、単に、ある人が、メルクマールの存在にその決断をかからしめたが、その不存在を同時に彼は知っていたということを容易に推測することができないという限りにおいて問題とされるに過ぎない」とするが、しかしそれはサヴィニーの用語に従えば不真正錯誤 (*unächten Irrtum*) があるに過ぎないのであるとする<sup>35)</sup>。

### (3) 性質の強調について

そうすると、既成条件の成立にとっては性質の「強調」が何よりも重要ということになるが、これについてベヒマンは次のように述べている。第一に、上記のような解釈結果は、補充的解釈ではなく、当事者意思の推定的解釈 (*praesumtive Interpretation*) により導かれるとする。それゆえ、当該性質メルクマールが契約締結時に何らかの形で強調されていることが必要である。このような契約締結時における性質の強調は、明示によってだけではなく（これに関しては種類の名前を伴った物の表示でも十分であるとする）<sup>36)</sup>、諸状況からも生じうるとし（決定された価格も諸状況の下では解釈のよりどころを提供するとする）<sup>37)</sup>、例えば、売主が日頃扱っている商品が特定の性質を持った商品に限定されているような場合には、そうした推定的解釈が可能であるとする。これに対して、買主の内心にとどまった観念は重要ではなく、例えば多くの素材を扱う売主にとっては、買主が彼の目の前にある銀を金であると考えている等々といったことは、知る由もないことであるとする<sup>38)</sup>。

ベヒマンは、こうした強調による意思の推定の際には、動機と契約締結の間の具体的な因果関係 (*concrete Causalität*) を積極的に証明する必要はないとするが<sup>39)</sup>、他方で、一般的な経験によれば決心に本質的影響を与えうる性質であっても、具体的な事例においては、背後に隠れることがあるとして、売主側の反証を認めている。ここでは、例として、購入後そこに生えている樹木を伐採して更地として利用するという認識可能な意図において土地を買ったが、契約締結前にすでに樹木が消失していたという場合があげられている。そして、ここでは、樹木の金銭価値がせいぜい価格決定に影響があったに過ぎず、「樹木が生えた」という性質メルクマールは、締結へ向けた動機付け

として作用していなかったという反証が売主に許されるとする<sup>40)</sup>。

第二に、ベヒマンは、問題となった観念が、(代金額にとってではなく)契約をするか否かの決心にとって本質的であることが重要であるとする。そして「物が、買主が観念した性質よりも物よりも価値が高い場合には、売買は有効であるというしばしば論じられる原則は、法源においては、根拠を見出しえない」とし、「この場合には、たいていの場合、買主が無効を主張する利益がないが、しかし、このことは、決定的な観点ではない」としてこうした場合においても条件の成立は認められるという。つまり、錯誤者に損害が発生したか否かは問題ではない<sup>41)</sup>。

第三に、ベヒマンは、売主は物の性質を知りうるし、また知るべきだとし、物が、買主が強調したメルクマールを有している場合には、売主の錯誤にもかかわらず、契約は有効であるとする。この場合、売主は、詐欺又は莫大損害によって救済されるにすぎない<sup>42)</sup>。つまり、ベヒマンによれば、条件の推定は買主側の意思表示の効力否定のためになされ、売主側にとってはなされない。なお、買主が真の性質を知っている場合、契約は有効である(D.18,1,57,2)<sup>43)</sup>が、その場合であっても、買主は明示の条件を用心のためや相手方の安心のために付すことは、可能であるとする<sup>44)</sup>。もちろんこうした場合であっても、条件の効果は、絶対的な無効であり、両当事者にその効果が生ずるとする(D.18,1,6)。

以上をまとめると次のようになる。ベヒマンの言う強調は明示でも黙示でもよい。そして、「ある性質を有するから買う」というような締結との因果関係までも積極的に証明する必要はなく、それは性質の強調から推定される。そして、相手方はこの推定を覆すためには、買主はそうした性質の有無を問題としていなかったということを反証しなければならないが、その際に、買主に損害が発生しているか否かは問題ではない。

#### (4) 具体例

##### ア. 不動産

では次に、ベヒマンが具体例として挙げているローマ法の各法文について見て行くことにしたい。ベヒマンは、土地の売買において、経済的性質とその利用がメルクマールとして高められた場合には、法秩序はそうした観念を条件として解釈する。そのような性質の欠如においては、売買は無効であるとする。そうした場面の具体例として、家または樹木が契約締結時すでに滅失していた場合について述べている。

##### a) 家

破壊されたものを「家」と扱い売買契約を締結した(家ではないものを「家」と扱った場合も同様)という場面を、D.18,1,57は扱っている。

同法文によると、まず、①対象とした家はすでに焼失してしまっていたが、当事者がこのことを知らなかった場合には、基礎が残っていたとしても売買は無効であり、支払われた売買代金は、不当利得に服する(D.18,1,57pr)<sup>45)</sup>。次いで、②締結時、売主は、家が焼失していたことが知っていた場合でもやはり、契約は無効である(D.18,1,57,1)<sup>46)</sup>。③買主が家の焼失を知っていた場合については、売却は有効である(D.18,1,57,2)としている。

上記について、ベヒマンの前述の理論に従えば、①と②の場面が（推定された）条件による無効の場面となり、③の場面が明示により条件を付さない限り、契約が有効となる場面となる。なお、両当事者が焼失を知っている場合については、ローマ法には法文が存在しないが、これについてベヒマンは、混合贈与（negotium mixtum cum donatio）が存在しているか（したがって契約は有効）<sup>47)</sup>、あるいは、売主が何らかの形で買主をだましている場面といえるとする<sup>48)</sup>。

#### b) オリーブの木

採油用植物（オリーブ）が生えている土地が売買対象となったが、その植物が契約締結時すでに滅失していた場合については、D.18,1,5849 に法文が存在するが、結論は上記の家の滅失の事例と同様である。

#### イ. 液体及び原料

不動産の場合には、土地に付加された性質の強調（建物付きの土地や樹木の生えた土地）が、条件の成立にとってのカギとなっていたが、では、液体や原料の場合はどうか。これについてベヒマンは次のように述べている。

ある者が「ビールである」と指示した液体（しかし実際にはワイン）や、「金である」と指示した有体物（しかし実際には銀）を購入した場合、彼が買った物と彼が買おうと意図した物とは、直接その素材によって区別されるとする。前述の家と土地、採油植物と荒地は素材によって区別されているのではない点で異なる。そして、ローマ法は一貫した観念された性質と実際の性質の間が一致しうること、すなわち「金である」と指示されたならば、それが「金であること」が条件として解釈しうるとする。このような意味において、性質錯誤について「合意された物とは異なる物が売却されたことになる（Aliud pro alio venisse videtur）」と述べた D 18,1,9,2 は理解しうるとする<sup>50)</sup>。

#### ウ. 奴隷の性別

奴隷の性別の誤りについては、二つの性別の間には本質の違いはないが、経済的なあるいは倫理的観点からもその奴隷の奴隷とまったく別のものである。つまり、奴隷を取得しようとする買主にとって奴隷が価値がなく、単なる減額では意味がない場合がありうるからであるとする。その際に、もしかすると男性の奴隷よりも女性の奴隷のほうが価値が高いということは、問題ではない。女性の奴隷が処女であるか否かは、契約当事者にこのことを明示の条件としないかぎり、無効とはならないとする（D.18,1,11,1）<sup>51)</sup>。

#### エ. 動産

動産については、物の名称（Form）か素材によって区別されるとする。そして前者については、例えば、暗闇の中で、ある特定された物を時計として指示したが、円額肖像画であったという場合について、このような場面について明確な判断を示すローマ法源は、私の知る限り存在しないとしつつ、条件の成立を認めうるとする<sup>52)</sup>。さらにベヒマンは、こうした理論は、動物の種類誤りに関しても類推適用でかろうであるとする。つまり、私がある特定の鳥をナイチンゲールとして売ったが、実際にはツグミであった場合には、条件の欠如として契約は無効になるとする<sup>53)</sup>。

物の素材に関しては、ローマ法の中に矛盾するものが含まれており、従来から困難な問題を生じ

てきたとする。そしてローマ法上、このことは特定物の理論において表れているとする。

まず、名目上はレモンの木でできているとされている木の売買は、それが実際には別の木材でできていた場合に、素材のメルクマールが単なる保証として現れており、損害賠償請求を生ずるとどまるときは、有効である(D 19,1,21,2)<sup>54)</sup>。

これに対して、純銀として示したものが、単に銀をかぶせただけであったという場合には無効である。この場合は、代金の返還請求が認められる。そのような判断したのはユリアヌスのD 18,1,41<sup>55)</sup>である。

これについて、ベヒマンは、「ここでは、名称に対して独自性を維持し続けるような素材について問題としなければならない。つまり、観念と現実の一致に、高められた意義が付加されていると理解しうるような性質についてである」と述べている。

この法文における結論自体は他の法文D 18,1,14<sup>56)</sup>の矛盾しているように見えるが、これについてベヒマンの見解は、D 18,1,41が「純銀製である」として売られたが、別の素材が混入していた場合には、純銀製であるということが条件にまで高められている以上、契約は無効であるのに対して、D 18,1,14のように単に「金でできている」と述べたにとどまるときは、合金製であれ、金メッキ製であれ、「金」を含んでいる以上は、条件に反しない<sup>57)</sup>。ベヒマンは述べてはいないが、この場合であっても、ベヒマンの見解によれば、目的物が一切、金を含んでいなかったならば、契約は無効となろう。

古着を新品の服であると思って購入した事例に関して、D.18,1,45は単に保証を認めるに過ぎないという。D.18,1,45<sup>58)</sup>については、さらに「aurichalcum」でできた器が金製であるとして売却された事例についても同様であると述べられている。これについて、当時、このaurichalcumは「真鍮」を意味すると理解されてきたことについて、ベヒマンは、aurichalcum自体は金と銀の合金(electrum)も意味しうるとし、そうであるならば、古着の事例と矛盾はないとする<sup>59)</sup>。

その他に、ベヒマンは、物の数量不足や瑕疵といった、今日瑕疵担保の問題として論じられている問題についても述べるが、最後に、これまで述べてきたローマ法上の例は、例示にすぎず、個々の法文の基礎には、諸状況における性質メルクマールの強調は法秩序によって直ちに条件として解釈されるという原則があるとする。そして、ここでの強調とは、「一貫した経験に従えば、性質メルクマールが、自身が観念した性質と実際の客体が異なる有していることを知っていたならば、それを買おうとはしなかったという意味において客体と関係しているということである」という<sup>60)</sup>。しかし他方で、ベヒマンはこうした解釈は、取引の安全のためには、過度に広く拡張することは許されない。そしてウルピアヌスのD.18,1,9,2の「合意された物とは異なる物が売却された」といういわゆる異種物理論は、厳格な意味において理解されねばならないとする<sup>61)</sup>。



### 三 結びに代えて

#### 1. ベヒマンの見解の特徴

##### (1) 性質錯誤の既成条件による解決

ベヒマンの時代の動機錯誤論は、普通法学の伝統に従い、性質錯誤のみを特別扱いしていた。つまり、性質錯誤は動機錯誤であるところ、ローマ法上はそれが異種物と認められる場合には、錯誤無効が認められていた。これに対してベヒマンは、性質錯誤は保証や瑕疵担保、そして条件によって処理しうるとし、とくにローマ法上、性質錯誤について無効を認める法文を条件の成立を認めた法文として読み替えた。

##### (2) 要件としての「強調」

###### ア. 性質の表示と強調

その際、条件が成立するための要件としては、第一に性質の「強調」が必要であるとした。性質の強調は、明示によってだけでなく、黙示によっても可能であり、黙示による強調の有無は、契約時の諸状況（売主が扱っている商品や代金額等）から判断可能であるとする。こうした推定に対しては、問題となっている性質が、契約締結にとって決定的ではなかったという反証が可能であった。

ところで、ベヒマンは、「表意者の決心にとって決定的であったこと」を条件成立の要件としている一方で、表示の形式においては条件と保証の間に差がないとしていることから（前述、二、3、(2)）、例えば「この器を純金製として買う」という条件と保証にとって共通の表示から、「この器が純金だからこそ買う」あるいは「純金という前提のもとにおいてのみ買う」という買主の意思が推定される場合に、条件の成立が認められることになる。

###### イ. 錯誤と条件における表示内容の差異

ここで、既成条件と錯誤における効力否定プロセスの相違を整理すると次のようになる。

まず錯誤においては、「この器を純金製として買う」という表示に対して、実際には「真鍮製」だったということが問題となる。我が国においてはこれに続いて要素性の判断、ドイツにおいては錯誤と意思表示の間の因果関係の有無が判断されることになる<sup>62)</sup>が、いずれも「真鍮だと知っていたならば買わなかったであろう」という意味での「事後的な」判断である。

他方、条件の場合には、「この器を純金製として買う」という意思に加えて「真鍮製であったならば買わなかった」かどうかというよりは、そのことを前提としつつ「純金製ではないと後に判明したならば契約は解消される」という当事者が定めた法律効果が、当該法律行為の締結時すでに内容となっていたか否かの判断がなされることとなる。

###### ウ. 推定的解釈のプロセス

ベヒマンの推定的解釈について見て行くと、①「純金製として買う」という表示から、②「純金製だからこそ買う」という意思を導き出しうる場合に「強調」があるとするが、この「純金製だからこそ買う」という性質の強調から、ベヒマンは、③その裏返しの意思（「反対意思」と呼ぶこと

とする)、すなわち「純金製でないならば買わない」という意思を導き出している<sup>63)</sup>。そして、最後に、④この反対意思から条件意思を導き出すことを通じて、性質の強調を通じた条件意思の黙示を認める。

ところが、この④の段階については、これまで見てきたベヒマンの見解においては明確には述べられてはいない。しかし、前述イで述べたように、錯誤と条件の表示内容の違いが条件成就の際の効果の表示の有無にあるとするならば、①から③までのプロセスを充たすだけでは、条件の成立には不十分であり、この④の段階が必要となろう。

### エ. 問題点

以上のようにベヒマンは、一般的な性質表示から、諸般の事情を考慮して強調の有無を判断し、強調がある場合には、そこから、反対意思を導き出し、そこから条件意思を推定するという判断構造をとる。つまり、ベヒマンにおいては、性質の表示から、強調と条件意思の推定という二段階の推定を施していることになる。

①から③の意思解釈については、比較的連続性が認められるものの、③から④の意思解釈に関しては、反対意思が、契約締結時の認識を問題としているのに対して、条件意思は契約締結後の性質に対する認識を前提とした意思を問題としており、心理的・現実的な意思という観点からは、両者は常に連続するとは言えず、その解釈は規範的性質の強いものにならざるを得ないだろう。ベヒマンの推定的解釈において具体的に述べられているのは上記①から③までに関してのみであり、この点をどのように考えていたのかは判然としない。

## 2. 日本法へ—日本法における「真意欠缺構成」とベヒマンの推定的解釈—

では仮に、上記のような推定が可能であるとした場合、そのことと日本法における錯誤論との関係はどのようになるだろうか。

日本の判例、伝統的通説は動機錯誤の顧慮に関しては、二元説を前提としたいわゆる動機表示構成を採用してきた。しかし、動機表示構成に従うならば、内心の動機がそのまま表示行為に現れることになり、そこには内心と表示の不一致という意味での錯誤は存在しないことになってしまう。そこで登場したのが真意欠缺構成であった。同説は錯誤を「真意」と「表示」の不一致と理解するが、ここでの「真意」とは錯誤なかりせば有すべき意思であり、馬が「病気だと知っていたならば (= 錯誤なかりせば)」「買わない (= 有すべき意思)」をいうとする<sup>64)</sup>。この真意欠缺構成がいうところの「真意」は、まさにベヒマンの反対意思に相当する。

## 3. 残された課題

ただし、上記のような解釈には問題点も多い。第一に、ベヒマンの議論は、錯誤者側の条件意思の推定に集中しており、相手方との合意の有無について注意を払っていない。ベヒマンは、確かに売主が商品について知っていることが必要であると述べているが、しかし、それは、売主は商品について悉知しているべきであるから、売主に条件意思の推定は認められない、という脈絡において

述べるに過ぎない。①売主が買主の性質の強調についても認識していれば、条件を成立させるに十分であるとするか、②ここで買主の意思表示を単独行為と構成しない限りは<sup>65)</sup>、やはり、何らかの形で売主の合意が必要であろう。

第二に、そして上記の点に関連して、今日ドイツでは、条件はそれが意欲されていると明確にみなし得る場合にのみ成立させるべきであり、そうでない場合には、行為基礎や保証を成立させるべきであるとの見解が根強い<sup>66)</sup>。日本の判例（通説）は、当初、意思欠缺論を出発点としつつ、個別化理論をとらないならば、効果意思を構成する客体の指示の一部をなし得る客体の自然的性質の錯誤を、意思表示の内容にする意思の表示を要件に内容錯誤に取り込み、さらには、これを超えて本来効果意思の内容になりえないような前提事実の錯誤も95条の錯誤の問題として処理するようになった。そして、その過程で、当事者の「当然の前提」とされた事項が「意思表示（法律行為）の内容」を成すとの定式を示すものが、平成以降次第に増加しつつある（たとえば最判平元年9月14日判時1336号93頁）。こうした当事者の当然の前提については、ドイツでいう主観的行為基礎（subjective Geschäftsgrundlage, BGB313）に相当するものとして位置付けることが可能か否か問題となるが<sup>67)</sup>、それに加えて、こうした場合にベヒマンの理論から条件の成立を認めることが可能か、錯誤、条件、行為基礎の相互関係が問題となろう<sup>68)</sup>。今後も、上記の課題について検討を続けていきたい。

#### 注

- 1) 筆者は現在、別稿において日本における錯誤判例の展開について検討中である。拙稿「日本法における錯誤論の展開とその課題（一）～（四）未完」大東法学25巻1号（2015年）171頁、同25巻2号（2016年）121頁以下、同26巻2号（2017年）203頁以下、同第27巻2号（2018年）183頁以下。
- 2) 拙稿「動機の『意思表示の内容化』と錯誤無効」笠原俊宏編『日本法の争点第二巻』（文真堂、2012年）74頁以下、中谷崇「法律行為の内容とリスク分配」滝沢昌彦ほか編『民事責任の法理』（成文堂、2015年）頁以下参照。
- 3) なおR.Leonhardなど19世紀ドイツの表示主義者は、ある事項の存否を不可欠の条件とすることが法律行為の内容になっていることを錯誤無効の要件とする者があった。前掲大正2年判決をそのような立場に立つものとしてみることも、この判決にのみ着目する場合には、あるいは不可能ではないかもしれない。しかし、前掲大正2年判例当時は、旧民法の影響がいまだに残存しつつも、ドイツの意思主義的な錯誤論（意思欠缺論）へと移行する時期であり、そうした当時の判例のトレンドから判断する限り、表示主義的・条件論的錯誤論をとる判例と読むことは難しいものと思われる（拙稿・前掲注1）（一）参照）。
- 4) 従来の学説においては、本判決の事案を超えて「判例は民法95条の要素の錯誤といっているが、事案に即してみれば、動機の錯誤は、動機が条件・前提・保証・特約などの形で合意された場合にのみ顧慮される旨を判示してきたのではないかと評価することができる」との合意による解決の一般化を志向する見解も指摘されてきた（高森八四郎『法律行為論の研究』（法律文化社、1991年）244頁）。
- 5) 葉師寺志光『日本民法総論新講第二冊』（明玄書房、1955年）471頁。
- 6) 葉師寺・前掲注5）472頁。
- 7) 同条の本質論（そもそも既成条件は「条件」か否か）に関する議論については新版注民（4）§131,693頁以下[金山正信・直樹執筆部分]参照。
- 8) 宅地の売買契約で、それが売主の所有であれば、右契約の効力が生ずるとの停止条件が付加されている場合に、契約の締結時において他人の所有であることが認められたために、無効とされた事例（札幌地判昭和37年5月17日判時322号36頁）が1件存在するのみである。
- 9) 契約の無効を認めた事例ではないが、既成条件の成立に言及する判例として、東京高判昭和32年12月19日下民集8巻12号2369頁がある。農地管理令第5条に基づく地方長官の許可なくしてなされた農地の売買について、「このように地方長官の許可あるにさきだち売買契約を締結した場合には、当事者の意思は結局右許可あることを条件として契約をなしたものと認めるを相当とする」とする。その後の同種の事案でも、当事

- 者の意思解釈に基づく既成条件の成立に言及するものがある。東京高判昭和33年10月11日下民集9巻10号2069頁、大阪高判昭和35年8月1日民集16巻9号1927頁、東京高判昭和39年5月14日下民集15巻5号1059頁、東京高判昭和39年9月29日下民集15巻9号2370頁。
- 10) 大村敦志『民法読解(総則編)』(有斐閣、2009年)はいわゆる錯誤外構成の欠点として、(黙示の)条件が成立する場面の不明確さを指摘する。条件論に関しては、最も詳細な研究としては大島和夫『期待権と条件理論』(法律文化社、2005年)があるが、そのタイトルの通り、条件の遡及効や期待権の保護が中心である。また、条件による解決を主張する高森も、「その「合意された動機」錯誤顧慮の考え方をより説得力あらしめるためには法律行為解釈の理論を一層精密化することが要請されよう」とする(高森・前掲注4)、266頁)。
- 11) たとえば、川島博士は「動機錯誤は合理的な意思解釈の結果として法律行為の効力に影響を及ぼす」としつつ、「所が、法律行為の解釈によって、一定の事実(当事者の一方が、存在すると誤解したところの)がなかったならばその行為をしなかったであろうという事情が認められる場合には、その事実が契約有効の前提条件と解せられることがありうるの言うまでもない」とし、錯誤と条件の関係を問題とされるが、そうした検討は他の機会に譲るとされたままである(川島武宜「意思欠缺と動機錯誤」同『民法解釈学の諸問題』(弘文堂、1949年)191,192頁)。
- 12) ベヒマンの経歴については Hans Liermann:Bechmann, Georg Karl Augst Ritter von. In: Neue Deutsche Biographie (NDB) .Bd.1,1953,S.692. 小野秀誠「19世紀の大学と法学者(2)」一橋法学第13巻2号(2014年)361頁参照。
- 13) なおそれらに関する中世以降の解釈に関しては野田龍一「グローチウス以前における性状錯誤論(一)～(四)完」(福岡大学)法学論叢29巻1～4号(1985年)237頁、同30巻1号(1985年)153頁、同33巻3・4号(1989年)497頁、同34巻2～4号(1990年)219頁参照。
- 14) Bechmann, Kauf nach gemeinem Recht, Bd.1.1876, Bd.2.1884. なおベヒマンの性質錯誤に関する議論については、磯村哲『錯誤論考—歴史と理論—』(有斐閣、1997年)18頁に簡単な紹介がある。
- 15) Bechmann, a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.447.
- 16) Bechmann, a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.447.Anm.1
- 17) これに関して、ベヒマンは特に具体例を上げてはいないが、次のような場面を念頭に置いているものと思われる。例えば、Aという液体とBという液体がある場合、ベヒマンが述べているように、単に「この液体」と指示したならば、それが酢であるか、ワインであるかは単なる性質メルクマールである。これに対して、二つの液体のうち「ワインのほう」と指示した場合には、その表示は同一性メルクマールとして機能する。このことは現代のドイツでも指摘されている(Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht, 11. Aufl. 2016, §41, Rn.52)。
- 18) Bechmann, a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.447.
- 19) Bechmann, a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.448.
- 20) D.13,7,1,2 「しかし、ある者が、銅を質に供する際に、それは金であると確約し、その下で質に供されたのであるならば、彼が銅を質としたかどうか、客体について合意したがゆえにそれを質物としたのかが考慮されなければならない。これがよい見解である。しかし、[銅を質として]与えた者は、彼が充たした詐欺[の要件]とは別に反質訴権(pignoraticia contraria actione)によって責任を負う。」
- 21) D.45,1,22 「余は金だと思ったが、実際には青銅であったという物について、汝と約束したときは、我々がそれを客体として約束したのであるから、これが青銅であるという点について汝は余に責任がある。しかし、汝が故意に余を騙した場合には、汝に対し悪意訴権を対抗する。」
- 22) D.18,1,9pr 「売買にとって、買主と売主が合意に達せねばならないということは、明白である。さもなければ、当事者が売買契約自体について、あるいは価格もしくはその他の点について一致していないならば、売買は、有効に締結されていない。余はコルネリウスの土地を買ったと信じたが、汝はしかし余にセンプローニウスの土地を売ったと信じた場合には、我々は売買の対象について一致していなかった。同様に、余がスティクスを買おうと思ったとき、汝が不在のパンピリウスを売却するものと信じたという場合にも同様のことが当てはまる。なぜならば、売買対象に関する一致が存在しないところでは、売買は無効だからである。」
- D.18,1,9,1 「我々は確かに表示(nomine)について一致していなかったが、しかし、客体は特定していたという場合には、売買が有効であることについての疑いは不要である。表示における錯誤(error nominis)は、つまり、客体が特定している場合には無効にしない。」
- D.18,1,9,2 「このことと関連して、客体そのものについて錯誤は無いが、性質について錯誤が存在する場合、たとえば、ワインとして酢を売り、金として銅を売り、銀として鉛や銀に似た金属を売ったという場合に、売買は締結されたか。マルケルスは、そのディゲスタ第6巻で、売買は存在すると述べた。なぜならば、仮に素材について誤っていたとしても、客体に関する合意は存在するからである。酢に関しては、余は賛成する。その素材が確定している、すなわちウーシアであるからである。ワインが酢になったのではなく、酢のソースの事例のようにはじめから酢であったという場合には、合意された物とは異なる物が売却されたことになる。その他の事例において、素材について錯誤がある場合には、売買は存在しないと余は考える。」

- 23) Bechmann,a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.448,Anm.1
- 24) Bechmann,a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.449
- 25) Bechmann,a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.449.
- 26) Savigny,System des heutigen römischen Recht,Bd. III ,1840,S.125f.
- 27) Bechmann,a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.449 なお、現行ドイツ民法典には既成条件に関する規定は存在していないが、第一草案 137 条には既成条件に関する規定が存在し、日本民法 131 条の基礎となっている（富井政章『民法原論第一巻総論[第拾七版]』（有斐閣、1922 年）577、578 頁）。
- 28) D.45,1,120 「もしも余が『汝は余にこの総額金 100 を支払うと誓約するか』と問答するならば、たとえその言葉を、『総額が金 100 である場合のみ』と理解したとしても、それは条件を構成しない。なぜならば、総額が 100 金でないならば、約束は無効だからである。仮に契約当事者が真実に気が付いていなかったとしても、将来についてではなく、現在のことを述べる文言は、条件と同等ではないということを決めた。」
- 29) Bechmann,a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.396f. ベヒマンは D 18,1,78,3（「茎の上にある穀物を汝は売却し、かつ、暴力と悪天候に関しては保証すると約束した。その穀物は雪により駄目になった。悪天候が強く通常ではなかったという場合にだけ、汝に対して売買を理由に訴えを提起することができる」）をここで挙げているが、黙示による条件に関しては、むしろ D 18,1,78pr（「売買の付款において、買主に有利なように水道管は従物であるべしと定められていた。水道管によって水を分けられていた貯水池も従物に属するかどうかとも問題となる。余は次のような鑑定を与える。すなわち、契約において明確にそのことが述べられていなかったとしても、それも従物に含まれると。」※下線筆者）で述べられている。
- 30) Bechmann,a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.450
- 31) Bechmann,a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.450
- 32) Savigny,a.a.O. (Fn.26) S.283
- 33) ただし、サヴィニー自身は、error in substantia を条件のみによって処理しようとしていない。ベヒマンは、サヴィニーがこうした場面で条件を持ち出したことは偶然であり、サヴィニーの理論は一貫していないと批判する（Bechmann,a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.450,Anm.,3）。
- 34) Bechmann,a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.451
- 35) Bechmann,a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.451.u.Anm.1 サヴィニーの不真正錯誤については、Savigny,a.a.O. (Fn.26) ,Beylage VIII ,XXX IV
- 36) Bechmann,a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.451,Anm.2
- 37) Bechmann,a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.451,Anm.3
- 38) Bechmann,a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.451.
- 39) Bechmann,a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.451,Anm.4
- 40) Bechmann,a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.452.
- 41) Bechmann,a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.452.
- 42) Bechmann,a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.452. 莫大損害 (laesio enormis) とは、給付の不均衡を理由に、物の売主に契約の取消あるいは、差額の調整による契約の維持を認める法理である。詳しくは、大村敦志『公序良俗と契約正義』（有斐閣、1995 年）、拙稿「莫大損害の史的展開（1）～（3）完」一橋法学 3 巻 2 号（2004 年）731 頁以下、一橋法学 3 巻 3 号（2004 年）1171 頁以下、一橋法学 4 巻 1 号（2005 年）189 頁以下参照。
- 43) D.18,1,57,2 「同様の方法で、買主が[火事について]知っていたが、しかし、売主は知らなかったという反対の事例も扱われなければならない。ここでもつまり売買契約は存在し、売り主は買主がまだ支払っていないのであれば、彼から代金全額を支払われる。彼がそれをすでに支払っているならば、彼はそれを返す必要はない。」
- 44) Bechmann,a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.452.
- 45) Bechmann,a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.455 D 18,1,57pr 「余が、余も売主もそれが焼け落ちていたことを知らずに家を買った。ネルウァ、サピヌス、カッシウスは、次のような見解を示した。それは、基礎が残っているにもかかわらず売買は成立しておらず、支払われた代金は返還されうるといものである」
- 46) Bechmann,a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.455 D 18,1,57,1 「しかし、売主が家が焼け落ちていることを知っていたが、買主は知らなかった場合には、売却の前に完全に家が焼失している場合には、有効な売買契約は成立しない。」
- 47) なおなぜこうした場合に混合贈与が成立するのかについて、ベヒマンは述べていない。おそらく彼は次のように理解しているのではないと思われる。すなわち、建物が焼失しているにもかかわらず、「建物付き土地」の売買契約を締結し、そこでは建物が存在を前提とした価格を代金額とすることによって、建物が存在しない場合との差額を贈与したものと理解するのではないと思われる。
- 48) Bechmann,a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.456
- 49) D.18,1,58 「樹木が嵐で倒れ、火事によって焼失したという事例に関しても、土地の購入は成立しなかったものとして考慮でき、その限りで、例えばオリーブの林のように各樹木によって収益されているような土地は、

- 売主が損害を知っていたかどうかはどのようにもよいということが決定的である。買主が損害を知っていたか知らなかったか、または両者がそれを知っていたという場合については、上記の事例において「燃えてしまった」家について述べたことが当てはまる」。
- 50) Bechmann, a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.457
- 51) Bechmann, a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.458 D 18,1,11,1 「つまり、私が処女の奴隷を購入したと信じたが、実は、その女奴隷はすでに処女ではなかったという場合には、売買は有効である。つまり、性別について錯誤は存在していないからである。これに対して、私が汝に女性を売却したが、汝は少年を購入したと信じた場合には、この売買は、売主と買主にとって無効である。なぜならば、性別についての錯誤が存在するからである。」
- 52) Bechmann, a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.459
- 53) Bechmann, a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.459Anm.3
- 54) Bechmann, a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.457 D 19,1,21,2 「我々は上で (D.18,1,9,2 と D.18,1,14) 次のようなことを述べた。すなわちこれに対して、我々が売買対象について一致している場合に、素材の性質については一致していなかったということは、それにもかかわらず、買主が「彼の期待の中では」騙されていない彼がそれに対して有する利益を売主が負う。それは仮に、売主が瑕疵を知らなかった場合であってもである。たとえば、彼が木の机をシトロンの机として買ったが、それは実際にはそうではなかった場合である。」
- 55) D 18,1,41 「汝が単に銀が被せられただけの机を何も知らずに同じく何も知らない私に純銀であるとして売却した。売買契約は成立せず、それゆえに与えられた金銭は返還される」
- 56) D 18,1,14,1 「しかし、当事者が素材と性質について誤っていた場合に、我々はなんと述べるべきか。たとえば、余が金を売却したと信じ、そして汝も金を買ったと信じたが、実際には青銅であった場合。例えば、共同相続人が、共同相続人に金製であるとして腕輪をそれにふさわしい価格で売却したが、のちに、その大部分が青銅でできていたことが判明した場合。有効な売買が存在しているということは定まっている。なぜならば、客体は金を含んでいるからである。例えば、金メッキされていた場合には、余がそれを純金であると信じていたとしても売買は有効である。しかし、金の代わりに青銅が売られた場合には、売買は無効である。」
- 57) Bechmann, a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.462
- 58) D.18,1,45 「ラベオーは、著作において、ある者が古着を新品であるとして買った場合、買主が古着であることを知らずに購入したのであるならば、買主に利益が賠償されねばならないというのがトレバーティウスの見解である、と述べている。この見解をポンポニウスも認め、ユリアヌスもまた同様にこれを認めるが、彼は、売主が不知であったときには、物自体の名義で拘束されるが、知っていたときは、その物から生ずる損害についても拘束される、と述べている。それは、不知で真鍮 (aurichalcum) の器を金であるとして売った者が、彼が売った金へと拘束されるのと同じである。」
- 59) Bechmann, a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.463
- 60) Bechmann, a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.467
- 61) Bechmann, a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.468
- 62) Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 848
- 63) Bechmann, a.a.O. (Fn.14) Bd. II ,S.467
- 64) 舟橋諄一「判例に現はれたる『法律行為ノ要素』の錯誤」民商5巻3号(1936年)748頁、同5号1328頁、6巻1号(1937年)91頁、6巻2号278頁、同「意思表示の錯誤—理論と判例—」『九州帝国大学法文学部十周年記念法学論文集』(岩波書店、1937年)641頁。我妻説への同説の影響については、拙稿・前掲注1)(二)122頁(及び同注205、206)以下参照。
- 65) ただし、購入の「約束」という単独行為に条件を付したとベヒマンが考えていたのであれば、あるいは相手方との合意の有無を問題とする余地はないだろう。ただし、ベヒマンはこの点については何も言及していない。なお、今日、申込を単独行為と理解する見解については、曾野和明「契約発生プロセスの多様性と契約概念—申込は単独行為ではないのか」北法38巻5・6(下)号(1988年)1頁以下参照。
- 66) Soergel/Wolf 13AufI, 1999, Vor§158.
- 67) なお、そのような場合には、果たして95条による無効(改正法では取消し)という処理は妥当なのか否かの検討に迫られるのではないか。この問題に関しては、中谷・前掲注2)頁、同「動機錯誤における判例法理と学説の相克」深谷格・西内祐介編『大改正時代の民法学』(成文堂、2017年)61頁も参照。
- 68) この行為基礎に関しては、条件との区別においては、法律行為の内容上の構成要素ではないとされている。なお行為基礎の脱落は、契約の自動的な消滅を来さず、契約内容の調整上(BGB313条1項)、補充的に解除がなされるに過ぎない(同3項)。ドイツでは行為基礎の効果の柔軟性ゆえに、疑わしい場合には、条件によってではなく、行為基礎とみなされるとするのが通説である(Soergel/Wolf Vor §158 Rn.15, Bork, in Staudinger Komm, Vorbem zu §§158-163, 2015)。

(2018年9月27日受理)