

ドイツ民法を法科大学院で教える（1）

—— 条文の比較法学を目指して ——

小川 浩三

1. はじめに

2023年度から本法科大学院で「ドイツ法」も担当している。具体的な内容は、ドイツ民法、とりわけ契約法である。以前も他の法科大学院で「ドイツ法」を担当し、その時も契約法を中心に授業を行った。2017年の日本の債権法改正前は、ドイツの2001年「債務法改革（債務法現代化）」を、日本法改正の一モデルとして紹介した。日本の改正実現後は、改正条文の対比を心がけ、対比の参照基準として要件事実を取り上げている。ドイツ民法典が要件事実（Tatbestand）を踏まえて条文化されているところは周知の事実である⁽¹⁾。日本においても、少なくとも法科大学院教育が開始して以降、要件事実が条文化理解の中心になっていることは、あえて言うまでもなからう。では、法科大学院時代に作られた改正民法の条文が要件事実論を十分に踏まえて作られた

か、というのが本講義のテーマである。現行法についての批判的な見方を養うのは、法科大学院における基礎法学科目の主要な課題の一つであり、要件事実からの評価はとりわけて法科大学院教育にとっても意味があるもの⁽²⁾と考える。

素材は契約法から採ったが、民法総則中の錯誤や代理や消滅時効等も契約に関係するものとして論じた。教材は、テキストと関連する条文の訳を配布した。テキストを作成するにあたっては、メディクス／バーターゼン『民法』⁽³⁾を基本書として参照した。本書は、副題にあるように、民法を「〔国家〕試験の準備のために、請求権の根拠事実に従って整理して説明」するものである。試験によく出る事案を取り出して、そこで問題になる請求権を明示し、その原因事実さらには抗弁について説明することになっている。ドイツの第一次国家試験は、具体的な事案を要件事実⁽⁴⁾に即して整理することが課題である。ド

-
- (1) ドイツのいわゆる「法律要件分類説」を踏まえた日本の要件事実論の発展については、さしあたり、田尾桃二「要件事実論について——回顧と展望小論——」『法曹時報』44巻6号・1992年1023頁以下参照。
- (2) 要件事実論に影響を与えたと思われるドイツのレラツィオーステヒニークの発展については、石部雅亮「要件事実論と法史学」伊藤滋夫編『要件事実論と基礎法学』日本評論社・2010年231頁以下参照。レラツィオーンは報告書であり、それは中世の教皇庁裁判所において審理裁判官と判決合議体との分業（間接主義）の中で、審理裁判官が事実審理の結果を項目（articulus, article）に分節して作成された。この項目は、基本的には訴訟における事実主張の項目でもあった。重要なことは、事実を項目化して分節的に把握することであり、これによって法的に重要な事実とそうでない事実、争われている事実とそうでない事実の区分けが可能になり、訴訟の精緻化と効率化が図られた。もちろん、項目が硬直化すれば問題であるが、生起する事件を観察しながら項目を批判的に再検討するのは、広い意味での「法学」の課題である。とはいえ、分節なしに虚心坦懐に事実を把握することは、少なくとも我々には不可能である。報告書の中世教会法以来の発展とそのドイツへの受容については、拙稿「ドイツの法曹養成——大学と理論教育」『比較法研究』73号・2011年31頁以下特に34頁参照。
- (3) D. Medicus/J. Petersen, Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 29. Aufl. 2023.

イツの大学での法学教育は、最初の2年間で「民法」、「公法」、「刑法」の基礎コースで基礎的な知識、考え方を習得した後で、後半の在学期間でその応用を学ぶことになっている。その際、基礎コースで学んだ科目についても、より深く学ぶために、「繰り返し (Repetition)」とか「応用練習 (Übung)」という授業が行われてきたが、メディクスはそうした授業経験を踏まえて本書を著した⁽⁴⁾。この点でも、法科大学院の教材として有益ではないかと考えた。

本稿は、以上の目的で行った法科大学院の授業で取り上げた問題で、特に深く掘り下げてみたいテーマを適宜選択して論ずる。授業でここまで掘り下げた話はできないが、たとえば、錯誤の前提問題として意思表示の解釈があるとか、履行期が到来したのに給付がないというだけでは遅滞とは言えないといったような話題は、強調して取り上げている。

2. 契約の成立・契約の解釈・錯誤

(1) 錯誤の前提問題

[[ドイツ民法典、以下BGB] 第119条に依る取消の前提は、意思と表示の不一致である。このためには、最初に、解釈によって表示の法的意味が確認されなければならない。したがって、解釈が取消可能かどうかの問題に先立って論ぜられなければならない。解釈だけで表示が意思に合致させることができるのであれば、錯誤を理由とする取消は問題にならない。⁽⁵⁾ この事態を、「解釈の優先 (Primat der Auslegung)」と述べている。契約が通常は1対1のコミュニケーションである以上は、用いられた記号の意味はコミュニケーションの当事者である2人によって決定され、客観的に定まるといことはな

い。したがって、コミュニケーションがなされた状況を考慮して常に解釈が必要になる。⁽⁶⁾

日本の教科書から例を取ろう。「代金を100ユーロとする売買契約の申込みをしようと考えている者が、申込みを表示する書面に100ドルと理解される記載をしていることに気がつかないまま書面を提出することが、これ〔意思不存在の錯誤—筆者補充〕にあたる。この場合において、相手方がした承諾の意思表示もまた100ドルの意味で理解されるときに、申込みと承諾が一致するから契約は成立する (522条1項)。⁽⁷⁾ この説明は、一見するとごく当たり前のことを述べているように見える。しかし、「相手方がした承諾の意思表示もまた100ドルの意味で理解される」と言うとき、「理解する」主体は誰であろうか。相手方か、それとも、一般の人々か。一般の人々というのは、契約が私的自治の働く場である以上、考えられない。相手方だとすれば、表意者が「100ドル」という記号に「100ユーロ」という意味を付与し、相手方が「100ドル」という意味を付与したときに、どうして後者の意味付与が優先するのか。契約を締結した周囲の状況によって、相手方もまた「100ドル」という記号で「100ユーロ」と理解しなければならなかったということはないのか。ここには解釈の問題が入ってくる。一般的に言えば、表意者よりも相手方がどう受け取ったかということが基準となり、「100ドル」という記号の通常有する意味が「100ドル」であることは、相手方に有利な状況である。しかし、必ずそうなるとは限らない。

問題がより明確になるのは、相手方も「100ドル」という記号で「100ユーロ」を理解していた場合である。このケースは、有名な「誤表は害さず (falsa

(4) Medicus, Vorwort zur 1. Auflage, Medicus/Petersen, S. VII.

(5) A. a. O., Rn. 123

(6) 1対1のコミュニケーションではなく、1対多のコミュニケーションでは解釈が禁止される場合がある。これについては、大塚龍児「手形の振出日は満期日より後であってはならないか」瀬川信久編『私法学の再構築』北海道大学出版会・1999年333頁以下参照。より一般的に1対多のコミュニケーションにおける解釈禁止の問題については、拙稿「儀礼が法を創る」鈴木・葛西編『これからの教養教育：「カタ」の効用』東信堂・2008年78頁以下参照。

(7) 山野目章夫『民法概論1 民法総則 (第2版)』有斐閣・2022年197頁。

demonstratio non nocet)」という格言が当てはまる。我が国の司法試験でも出題され⁽⁸⁾、熱心な受験生ならば当然知っている事柄である。この場合には、契約は表示で用いられた記号「100ドル」の通常有する意味である「100ドル」ではなく、両者が理解した「100ユーロ」で成立し、錯誤による取消は問題にならない。相手方も「100ユーロ」と理解していたということは、相手方が否認すれば、表意者において証明しなければならないことである。ドイツにおいてよく起こる例は、土地の筆番号を間違える、つまり、当事者は売買目的物である1筆の土地について合意していたが、その番号を書き間違えるというものである⁽⁹⁾。

もう一つの例は、同じ記号に両当事者が異なった意味を付与したが、解釈を行なってもどちらの付与した意味が優先するか決められない場合である。ローマ法では、買主がコルネリウスの土地を買うと思ひ、売主がセンプロニウスの土地を売ると思っていたときは、合意がなく(「合意の不存在(dissensus)」、売買はないと説かれている(D. 18, 1, 9 pr.)。おそらくは、記号の上では何らかの合致、たとえば、「ハドリヤヌスのヴィラの北側の土地」というようにあったのだろう。しかし、土地の特定が不十分なために売主と買主が別の土地を想定したものと考えられる。これと類似の例は我が国の判決例にもある(大阪高判S. 44. 11. 25判時597, 97)。この事件では、買主も売主も「桂の土地」ということで交渉し、合意していたと思われる。しかし、この記号に買主は「桂にある土地」という意味を付与し、売主は「桂の方角にある土地(実際は西京極の土地)」という意味を付与した。判決は、後述するように、錯誤無効で処理したが、この異なった意味付与には買主・売主双方に責に帰すべき事由

があり、その重大性についても差がつけられなかったと思われる。したがって、異なった意味付与をした場合に、両者の事情を評価して規範的に解釈する、ドイツの通説であるいわゆる「意味付与比較説(Geltungstheorie)⁽¹⁰⁾」によれば、どちらの意味付与も優先することはなく、それゆえ「合意の不存在(Dissens)」として契約は成立せず、錯誤取消しは問題にならないということになる。

以上から見ると、日本の錯誤論は、ドイツと比較した場合にその前提問題に無頓着だと言わなければならない。錯誤によって取消することができるためには、その前提として契約が成立していなければならず、契約の成立は、契約の効力を主張する者が主張しなければならない。これに対して、錯誤による取消しは抗弁の問題である。抗弁によって争う前に、契約の成立をめぐる争う余地は十分にある。もちろん、意思表示の合致について争わずに錯誤の問題にすぐに移ることは、後に見るように相応の理由はある。しかし、錯誤取消しには5年という期間制限があるのだから、契約の成立の局面で争う意味はある。

(2) 錯誤取消の要件

(a) 「表示の錯誤」

BGB第119条は、錯誤取消の要件を以下のように定める。「第1項 意思表示を行なうときに、その内容について錯誤に陥っている者、または、そもそもこの内容の表示を行なおうと思っていなかった者は、事案の状況を知っていて、それを思慮分別をもって評価すればこの表示を行なわなかったであろうことを認めることができるときには、この表示を取消することができる。第2項 表示の内容の錯誤と認められるのは、さらに、取引上重要と認められ

(8) 平成21年論文式試験問題[民事系科目第2問]。

(9) Medicus/Petersen, a. a. O., Rn. 124. 直前のRn. 123が注8引用箇所であることは注意すべきである。

(10) 意味付与比較説については、さしあたり、磯村保「法律行為の解釈方法」『民法の争点I』有斐閣・1985年32頁、山本敬三『民法講義I総則(第3版)』有斐閣・2011年136頁参照。

る人または物の性状についての錯誤である。」

第1項は、2つの事案を規定する。第1の事案は、意思表示の内容について錯誤に陥っている場合、すなわち、意思表示において確認された内容と当事者が意欲したこと、つまり意思とが一致しない場合である（「内容の錯誤」）。第2の事案は、表示のため用いようと思ったのとは別の記号を用いた場合、つまり、「言い間違い」や「書き間違い」の場合である（「表示の錯誤」）。第2の事案と対比すると、第1の事案は記号の選択において誤っていないが、記号の意味について誤ったということもできる（「意味の錯誤」）。しかし、記号の選択の正誤にかかわらず、どちらも選択された記号の意味（意思表示の内容）が意思と異なるというのは同一であり、その点では内容の錯誤も表示の錯誤も異なるものではない。

選択された記号の意味は、記号の解釈によって定まる。契約の両当事者が同じ意味を付与すれば、その意味が契約の内容になる。ちなみに、両当事者が異なった記号を用いても、各当事者がその記号に同じ意味を付与していたとすれば、意思表示は合致し、契約は成立する（D. 18, 1, 9, 1のケース）。これに対して、たとえ同じ記号を用いても、両当事者が異なった意味を付与したときは、すでに述べたように、まず記号の解釈が行なわれる。この場合、意思表示が行われた全状況を考慮に入れて、とりわけそれぞれの行動を取引慣行を顧慮し、信義則の観点から比較衡量して評価する。⁽¹¹⁾ その結果、どちらの意味も優先すべきでなければ、意思表示の合致はなく、契約は不成立となる（「合意の不存在」）。これに対して、評価の結果どちらかの意味が優先する

ときは、この意味が意思表示の意味つまり内容となる。こうして確定された意思表示の意味と異なる意味を付与した（この意味を主張した）者、したがって意思表示の解釈をめぐる争いに敗れた者の意味付与=意思は、意思表示の内容と異なることになり、つまりこの者が錯誤した者となる。つまり、錯誤取消を求める者は、解釈をめぐる争いの敗者と評価され、まさにこの過誤のゆえに取消しの相手方が被った損害を賠償しなければならない。⁽¹²⁾

BGB第119条1項は、したがって意思表示の内容と意思との相違がある場合であり、その点では日本法第95条1項1号の「意思表示に対応する意思を欠く錯誤」と類似しているように見える。しかし、周知のように「意思表示に対応する意思を欠く錯誤」は、ドイツ法で言う「表示の錯誤」と考えられている。ドイツ法では、すでに見たように、「表示の錯誤」であろうと、「内容（意味）の錯誤」であろうと、表示に用いられた記号の解釈によって得られた意思表示の内容と意思との不一致が錯誤取消の要件である。そして、錯誤により取消す者は、解釈において敗れた者であり、それゆえ損害賠償責任を負わなければならない。これに対して、日本民法における「意思表示に対応する意思を欠く錯誤」の場合には、このような利益衡量は表に出てこない。これだけを見れば、ドイツ法と対比して、「なぜ表示手段を誤ったことだけで錯誤取消しを認めることができるのか、しかも損害賠償責任も負うことなく」という疑問が出てくる。とりわけ表示手段の選択の誤りの場合には、表意者に（重）過失が多いことを考えると、この問題を考えるために、日本において「表示の錯誤」が問題となった具体的な判決例に即

(11) BGB第157条 契約の解釈は、取引慣行を顧慮して信義誠実が要求するように解釈しなければならない。

(12) BGB第122条1項 意思表示が第118条〔冗談による意思表示〕によって無効となり、または、第119条、120条〔伝達者の誤伝達〕に基づいて取消されたときは、表意者は、その表示が相手方に対して為されなければならない場合においては、この相手方に対して、それ以外の場合には第三者に対して、相手方または第三者が表示が有効なことを信頼したことによって被った損害を賠償しなければならないが、しかし、その賠償額は相手方または第三者が表示の有効であることについて有していた利益の額を越えない。

第2項：前項の損害賠償義務は、被害者が無効または取消の原因を知っていた、または、過失によって知らなかった（知らなければならなかった）ときには、発生しない。

して、そこで行われている利益衡量を見てみよう。

以下では「表示の錯誤」について、最近の注釈書で取り上げられている3つの判決例を取り上げる。⁽¹³⁾すなわち、①大判S. 9. 5. 4、②大阪高判S. 44. 11. 25(前記「桂の土地」事件)、および、③最判S. 54. 9. 6である。⁽¹⁴⁾

まず、①の判決の事案は、Aから連帯保証人になるよう依頼されたBが、Aを主債務者とする連帯保証人になる意思で借用証書に連帯保証人として署名捺印し、Aにこれを渡したが、Aが主債務者の欄にCの名を記載して、金融機関(講)Dに差し入れたところ、Cの弁済がないので、DがBに連帯保証人の責任を追及したものである。原審は、BがAが使用者であり、Cを主債務者とする連帯保証契約が錯誤により無効だと主張したが、Bには重大な過失があり、錯誤の主張は認められないとして連帯保証人の責任を認めた。これに対して、大審院は、BとAの信頼関係を認めて、主債務者欄が空白である借用書に署名したからと言って、直ちに重大な過失ありと認めることはできないと述べたうえで、「BノAヲ信シタルヲ以テ当然ニ其ノ過失ナリト云ハハ連帯保証人トシテBノ署名捺印アル借用証書ヲ信シタルD(債権者)モ亦一個ノ過失者タルヲ失ハサラムナリ」と述べている。この事案において、債権者Dが無尽講(頼母子講)であり、Cが講を落札した結果、Dの管理人であるEがBの連帯保証人の借用書を見て金銭を貸与したと思われる。Cが信用できない人物であり、Cが主債務者なら連帯保証はしなかったとBは主張しており、そこからすれば講の管理人であるEにおいても、Cの連帯保証人にBがなるかという疑念が生ずることも、講仲間の人的関係を考慮すれば、不可能ではないであろう。そのことが、「連帯保証人トシテBノ署名捺印アル借用証書ヲ信シタルD(債権者)モ亦一個ノ過失者タルヲ失ハサ

ラムナリ」という考慮につながったと思われる。現行第95条3項1号の「相手方が表意者に錯誤があることを…重大な過失によって知らなかった」かどうか問題にされるべきであったのだろう。結果的に大審院は上告を容れて原審判決を破棄差戻した。

この事件をドイツ法の視角から眺めると、すぐに思いつくのは、誤伝達に関するBGB第120条である。しかし、表意者の相手方にも過失の可能性があることを考えると、契約の成立、つまり意思表示の合致があるかを問題にすることになる。たしかに、主債務者Cという記号はあるが、この記号に対してBはAという意味を付与していた。これに対して、D(代理人E)はCという意味を付与していた。どちらの意味付与が優先するかを争うことになるが、Dの側にも過失があり、その程度がBの過失とそれほど変わらないというのであれば、どちらの意味付与も優先せず、意思表示の合致はないという可能性がある。この争いにおいて考慮されている事情は、上で見た日本の錯誤取消し、重過失の抗弁、双方重過失の再抗弁において考慮される事情とそれほど変わらないように思われる。ドイツの場合は、錯誤取消しをした者は、損害賠償責任を負う可能性があるのに対して、日本にはこの責任がないので、意思表示の合致については、表示の通常有する意味で簡単に認めたくて錯誤取消しに向かい、実質的な争いは表意者の相手方に重過失の抗弁が認められるかになると考えられる。その場合、実質的な利益衡量において考慮される要素は、ドイツ法の合意の不存在の場合とそれほど異ならず、したがって、結果もまたそれほど違いないように思われる。

これと、同じことが言えるのは、②の判決である。すでに見たように、この判決では、契約書に表示された土地(西京極の土地)が意思表示とされ、これに対して買主の意思は「桂の土地」であり、錯

(13) 山本敬三編『注釈民法(2)Ⅱ総則(2)』有斐閣・2024年(山本純司執筆)134頁以下。

(14) もちろん、本来ならば、悉皆的な判決例の調査結果を出すべきであるが、本授業ではドイツ法の比較からの問題提起を目指しているので、この程度でご容赦願いたい。

誤無効が主張された。実質的な争いは、表意者の相手方(売主)の重過失の抗弁が認められるかで、裁判所は契約締結に至る事情を考慮したうえで、重過失の抗弁を否定した。これがドイツ法ならば合意の不存在のケースとして扱われるであろうことは、すでに述べたとおりである。

これに対して、③の判決は手形行為における「表示の錯誤」が問題となる特殊なケースである。Aが150万円の売買代金支払いのためにBに手形を振り出したが、手形の額面には誤って1,500万円と記載されていた。これをBが漫然と150万円と書かれているものと信じてCに裏書譲渡し、この手形はさらにDに裏書譲渡された。Aが弁済できなかったため、DはBに手形金の償還を請求した。しかし、Dは額面1,500万円であるが、Bが錯誤によって150万円の意味で裏書譲渡したことを知っていた。原審は、Bの裏書譲渡行為に錯誤があり、これが人的抗弁となって、錯誤について悪意であるDに対しては錯誤無効を対抗できるとして、Dの償還請求を認めなかった。これに対して、Bに錯誤はあるとはいえ、150万円については裏書譲渡の意思があるので、150万円の範囲で償還義務を認める可能性があるとして、破棄差戻した。最高裁は、Bが150万円の手形の裏書譲渡の意図で額面1,500万円の手形を裏書譲渡したことを表示の錯誤としたが、しかしBの表示の錯誤についてBの重過失や相手方Cの態様といった上で問題にした利益状況は検討していない。手形の所持人であるDがBの錯誤について悪意であることから、BとCの裏書譲渡行為の無効をBはDに対抗することができるので、それで十分と考えたのかもしれない。これに対して、なぜBに150万円の償還義務があるのかは、説明が不十分である。手形の額面が1,500万円であるということは、表示に用いられた記号が1,500万円であるということである。ここから、150万円の債務が発生するというた

めには、表示の記号にかかわらず契約の両当事者がBの150万円の債務負担で意思表示が合致していた、つまり「誤表は害さず」と説明するのが最もわかりやすい。しかし、これは意思表示の解釈によって可能なのであって、解釈が許されない手形ではできないことである。言い換えれば、BとCの間で、手形上ではなく、何らかの契約に基づく債務負担を認めることが可能だとしても、そういう当事者関係にならないBとDとの間に同じ効果を認めることは不可能であろう⁽¹⁵⁾。

以上3判決例の分析だけだが、裁判所が「意思表示に対応する意思を欠く錯誤」が問題となる事案、すなわち「表示の錯誤」のケースにおいて、契約締結における両当事者の行動を多面的に(理論的には、全事情を)評価し、とりわけドイツ法であれば「合意の不存在」や「誤表は害さず」といった錯誤の前提問題として処理する状況をも考慮している点は、筆者には重要だと思われる。これは、次に考察する「目的物の性状錯誤」での利益衡量と比較した上で、改めて検討を要することである。

(b) 目的物の性状錯誤

BGB第119条2項は、「取引上重要と認められる人または物の性状についての錯誤」も「意思表示の内容の錯誤」であると規定している。これは、「人または物の性状の錯誤」がその性状が「取引上重要と認められる」ならば、1項の「意思表示の内容の錯誤」になるということである。つまり、2項は1項の一例であって、内容が異なることを規定しているわけではない。「人または性状の錯誤」について特別の規定があるのは、伝統的にこの錯誤が「意思表示の内容」ではなく、意思表示の外部の意思形成過程における錯誤、いわゆる「動機の錯誤」となり、したがって意思表示の無効や取消しの効果をもたらさない場合があるからである。2項は、「内容

(15) この判決には非常に多くの評釈・解説があるが、ドイツの意思表示理論の十全な理解に基づいて参考にしたいものとして、林靖『手形小切手判例百選第5版』別冊ジュリスト判例百選144号・1997年16頁参照。

の錯誤」と「動機の錯誤」とを区別する基準として、「取引上重要と認められる」を挙げている。では、「取引上重要」の判断基準は何か。以下、具体例から見てみよう。

原告Xは、「ある若者の肖像画」という表題の本件油絵を被告Yに6,000DMで売却し、Xは本件絵画をYに引渡し、YはXに代金を支払った。その際Xの発行した領収書のXの表示の中に、「この『Frank Duveneck [1848-1919, アメリカ出身の画家, Wilhelm Leiblの下で学ぶ]の肖像油絵』はS博士によりFrank Duveneckのオリジナルであると鑑定されている」があった。その後、Yの主張によると、YはキュレーターR博士に調査を依頼し、同博士は本件油絵が画家Wilhelm Weibl (1984-1900, ケルン出身の画家)の作品だと鑑定した。この鑑定の前後で、Yは本件油絵を他の芸術作品・古美術品と共にギャラリーA有限会社に総額622,000DMで譲渡したが、この総額のうち25,000DMが本件絵画の相当分であり、本件絵画はこの時作成の売買契約リストには「Frank Duveneck (1848-1919)の作とされている (zugeschrieben) (Wilhelm LeiblまたはLeiblの弟子か?)」と記されていた。この転売から1年足らずの間に、Wilhelm Leiblおよびその弟子たちについての展覧会でXは本件油絵を発見したが、そこでは本件油絵はWilhelm Leiblの作品として展示されていた。Xは、Yとの本件油絵の売買契約およびそれに続く所有権移転契約を目的物の性状錯誤を理由に取消し、本件油絵の返還を請求した。裁判所は、錯誤による取消しを認めた。⁽¹⁶⁾ 意思表示の内容となるのは、現実に存在する油絵 (実は

Wilhelm Leiblの作品)であり、これについて両当事者に争いはなかったものと思われる。⁽¹⁷⁾ これに対してXは契約締結時に意欲したのはFrank Duveneckの油絵だから、意思表示の内容と意思の間には齟齬があるとして錯誤により取消したのである。油絵の作者が「取引上重要な性状」かは、そのことを当事者が表示 (領収書におけるXの表示とYの暗黙の了解) しているからである。「自分たちにとって何が重要であるかを決することができるのは、当事者自身である」という考えは、私的自治の原則そのものである。「法律行為の目的及び取引上の社会通念」などというものは、当事者意思を解釈するための手段にすぎない。

日本民法第95条1項2号を適用する場合、法律行為は現実に存在する油絵の売買である。この油絵の作者がFrank Duveneckであるということは、「表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識」にあたる。「真実」はWilhelm Leiblの作品であるから、表意者の認識は真実に反し、そこに錯誤がある。そして、Xの発行した領収書に本件油絵がFrank DuveneckのオリジナルであるというS博士の鑑定を受けているという表示があり、これをYが異議を申し立てていない、つまり黙示で受け入れているということは、「その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されている」にあたる。したがって、Xによる売買契約の取消しが認められる。

このように見ると、ドイツ法と日本法とで違くないように思われる。しかし、それは本件において「意思表示の内容」について争いが無い、つまり、

(16) BGH, Urteil v. 08. 06. 1988, NJW 1988, 2797 ff.ただし、本判決では、YがAに譲渡したことによって返還不能だと抗弁し、原審が返還不能についてYに証明責任があり、証明がない以上はYに返還義務ありと判決を下したのに対して、この証明責任 (具体的にはY-A間の譲渡が虚偽表示で無効だと主張) はXにあるとして、破棄差戻した。

(17) Xのこの想定される主張に対して、Yは「意思表示の内容」がFrank Duveneckの油絵の売買だと主張し、Xに錯誤はないと主張することもできる。しかし、その場合には、売買契約はFrank Duveneckの油絵について成立することになる。そうすると、Yが「現実に存在する油絵」を取得する根拠がなくなってしまう。したがって、「意思表示の内容」についてYが争うことはないと考えられる。

(18) Medicus/Petersen, a. a. O, Rn. 140.

意思表示の解釈が問題にならなかったからである。その実質的な根拠は、より高い価値を有する物をより低い価値で売却したからであり、売主にとってはたとえ錯誤取消しによって損害賠償責任を負うとしても⁽¹⁹⁾、それ以上に給付した物を取戻したからである。この事例は、売買契約の錯誤の問題としては例外であり、一般的に問題になるのは、価値のより低い物をより高い価値で購入した場合である。この事情を、日本の判決例に即して検討する。

それぞれ美術工芸品の輸出入・販売等を業とする会社であるXはYより、ギュスターヴ・モローの『ガニメデスの略奪』と題する水彩画を代金3,050万円で購入し、その代金を支払った。しかし、その後この絵画が精巧な贋作であることが判明したので、Xは旧法の「要素の錯誤」を理由に売買契約が無効だと主張して、支払った代金のうち未だ返還を受けていない2,700万円およびその法定利息について不当利得返還請求をした。この事案を、現行法に即して整理すれば、売買契約は現実に存在する絵画について成立した。⁽²¹⁾法律行為の基礎とした事情についての表意者の認識は、本件絵画が本物だということである。本件絵画が贋物であったのであるから、この認識は真実に反している。問題は、この表意者の認識、つまり本件絵画が本物だから購入するとい

うことが表示されていたのだが、裁判所は売買代金が3,050万円とされていることから、両当事者は本件絵画が本物であると認識したからこの代金で売買契約を締結したのだ、つまり代金額の中に基礎とした事情の認識が表示されていると認定し、錯誤無効（現行法なら取消し）を認めた。

では、この事案は、ドイツ法ではどう扱われるか。まず言えることは、意思表示の内容を現実に存在する絵画と認めただけで錯誤により取消すという構成は取られないということである。錯誤取消しをすれば、すでに述べたように、BGB第122条に基づいて損害賠償責任を負う可能性があるからである。それよりも、3,050万円の売買代金によって絵画が本物の『ガニメデスの略奪』だという認識が表示されていると言えるのであれば、意思表示の内容は「本物の売買」だと主張する方がよい。つまり、売買契約は「本物の『ガニメデスの略奪』」について成立した、したがってYは「本物」を給付する義務がある。しかし、Yが給付したのは「贋物」である、つまり売主Yが引渡した物は契約に適合していない。Xは、契約に適合する物の給付を期間を定めて請求（追完請求）し、期間が経過すれば契約を解除して支払った代金を返還請求するとともに、損害賠償を請求することができる。つまり、買主であ

(19) ただし、本件では122条2項（注13参照）が適用されて、Xが損害賠償を負わない可能性もある。Yは本件油絵の引渡しを受けた後比較的早い段階で再鑑定を受けている事情（Yは再鑑定の時期について故意に遅らせている可能性がある）、Xの返還請求を拒むために第三者Aに転売している可能性がある（さらに、Aはペーパーカンパニーの可能性もある）といった事情から、YがXの錯誤について知っていた、または、過失によって知らなかったということを証明する可能性がある。

(20) 東京地判H. 14. 3. 8判時1800号64頁。この判決については、拙稿「いまひとつのサヴィニー——合意の不存在（dissensus）と錯誤（error）の間」『民事法の課題と展望』大塚龍児先生古稀記念論文集刊行委員会編、信山社・2018年316頁以下参照。この論稿は、サヴィニーの主張、つまり「錯誤は見せかけの問題（Scheinproblem）」であるということをもとに日本の裁判例に即して説明しようとしたアナクロニクなものである。すなわち、サヴィニーによれば、錯誤の問題の一つは、目的物についての特定が不十分なために、両当事者の理解に齟齬が生じ、結果的には合意の不存在になる場合であり、今一つは、合意した目的物（特にその性状）についての合意（金の腕輪の売買）と実際の目的物（金メッキの腕輪）とが異なる場合、この場合には現実にある目的物（金メッキの腕輪）についての合意がないことになる、として捉えられること、つまりどちらも「合意の不存在」によって問題の処理が可能だということを日本の裁判例に即して示すことを目指した。本稿は、当事者の主張——それはもちろん条文に規定される——に即して議論を整理した。その限りで、問題の立て方は異なる。

(21) 当事者の攻撃防禦の過程では、意思表示の内容が「現実に存在する絵画」だったのか、本物の『ガニメデスの略奪』だったのかを問題にする、ドイツ法的なやり取りがあったことが書かれている。しかし、この議論は突き詰められていない。

るXが売主Yに対し目的物の瑕疵責任(BGB第434条以下)を追及するのである。もちろん瑕疵責任の追及は、目的物の引渡しから2年経過すれば、消滅時効により不可能となる。2年経過した後でも、売買目的物が「本物の『ガニメデスの略奪』」だという認識が両当事者にあったとすれば(「双方錯誤」日本民法第95条3項2号参照)、これは「契約の基礎となった重要な観念が誤っていたことが判明する」場合にあたるので、Xは契約を解除できる(「行為基礎の欠如」BGB第313条2項)。

「意思表示の内容」に議論を戻すと、『ガニメデスの略奪』が本物であるということが意思表示の内容だというXの主張に対して、Yが「現実に存在する絵画」が意思表示の内容だと争う可能性がある。これに決着をつけるのは、意思表示の解釈であり、すでに見た本件の事情からすれば、Xの主張が勝ると考えられる。これに対して、Yが「意思表示の内容」=本物の絵画と自己の意思=「現実にある絵画」とに齟齬があるということを理由に、錯誤で取消すことが可能である。Xの瑕疵責任を追及する際の損害賠償請求は、給付に代替する損害賠償になる(BGB第437条3号, 280条, 281条, 283条)。これに対してYが錯誤により売買契約を取消すと、YはXの信頼利益の賠償をしなければならないが、その賠償額は「相手方または第三者が表示の有効であることについて有していた利益の額を越えない」(BGB第122条1項)ので、取消しが認められればYにとってはより有利になる可能性がある。しかし、ドイツの通説・判例は、売主が錯誤取消しによって買主の瑕疵責任の追及を免れることになる場合は、取消を認めない⁽²²⁾。日本法であれば、錯誤で取消すのも瑕疵責任(契約不適合責任)を追及するのも買主であるから、錯誤取消しと契約不適合責任

追及とのいわゆる「制度間競合」は、ドイツ法と比べてそれほど大きな問題にはならない。錯誤取消しによって売買契約を無効にし代金のみを回収するか、それとも契約不適合責任を追及して損害賠償まで獲得しようとするかは、買主が選択すればよい。主張・立証すべきこと、期間制限等を考慮して買主が決定すればよいだろう。⁽²³⁾

(3) まとめ

以上で、ドイツ法と日本法の錯誤の取り扱いの違いを当事者の主張・立証の問題も含めて検討してきた。伝統的に錯誤によって扱われてきたもっとも重要なテーマは、売買目的物の性状錯誤の問題、とりわけ安物を錯誤によって高く買ってしまった場合の買主の保護の問題である。この点からいうと、日本法の第95条1項2号及び2項の規定は的確である。一定の性状を有しているから買主が契約を締結したこと、その性状が契約の中で表示されていること——旧法下の判例の用語を使えば、「表示されて契約の内容になっている」——、その性状が現実には存在しないこと、という要件は的確である。このような事情があれば、一定の性状を備えた目的物について売買契約が成立したと認められる。給付された目的物にその性状が備わっていなければ、契約の内容に適合しないととして、契約不適合の責任を追及できる。この場合には、追完がなされなければ、解除・損害賠償が可能である。このときは、支払った代金を回収できるだけでなく、損害賠償も得ることができる。同じ状況で買主が売買契約を錯誤により取消す場合には、買主は支払った売買代金を回収できるだけである。買主がそれで十分だというなら、それはそれで問題はないだろう。契約不適合責任を追及して解除だけを行ない、損害賠償を請求しなけ

(22) Medicus/Petersen, a. a. O., Rn. 142. ちなみに、注19で引用したBGHの判決は、この問題を詳しく論じている。もっとも、この事件では、すでに見たように、買主の瑕疵責任の追及は問題にならないので、売主の錯誤取消しは認められると判じている。

(23) この制度間競合については、山本/山下『注釈民法』前掲注(16)・187頁以下参照。

れば、結果的には同じことになり、主張・証明すべきこともそれほど違わないであろう。だから、この場合に錯誤取消しを認めても害はない。これに対して、ドイツ法では同じ事情で買主ではなく売主に錯誤取消しが認められる可能性がある。そしてその機能は、買主の契約不適合責任追及を妨害することである。ドイツの判例・通説は、売買法は総則に対して一般法と特別法の関係になり、特別法が優先的に適用されるべきだとか、あるいは、権利濫用によって錯誤取消しを認めないようにしている。しかし、こういう弥縫策を施さなければならないところに、錯誤という制度の欠陥があると評価できる。逆に、こういう欠陥がない点は、日本の錯誤法の長所として強調してよいであろう。

性状錯誤については、日本法では意思表示において理がある当事者が錯誤取消しをするのに対して、ドイツ法では理がない当事者が錯誤取消しをする。その見返りに、損害賠償責任を負わなければならない。これは、表示の手段を誤った表示の錯誤の場合も同様である。これに対して、表示の錯誤の場合に日本法は、一見すると理のない当事者に簡単に錯誤を認めているように見える。表示手段を誤ったものは、通常（重）過失があるからである。この点で、日本の錯誤法には統一性がないのではという疑念が生じないわけではない。しかし、表示の錯誤の取消しに対しては、重過失の抗弁さらには双方重過失の再抗弁が可能である。わずかな判決例だけからではあるが、実務は、最後の双方重過失の再抗弁が認められた場合に、表示の錯誤による取消しを認めているように思われる。この限りでは、表示の錯誤の場合も、実際には理のある当事者にだけ取消しが認め

られていると評価できそうである。

3. 給付不能・危険負担・代償請求権

(1) 給付不能 (Leistungsunmöglichkeit)⁽²⁴⁾

BGBは、給付不能について、「給付を求める請求権は、給付が債務者または何人にとっても不可能である限り、排除される」(第275条1項)。「排除される (ausgeschlossen)」という用語からは、給付不能であれば請求権が消滅すると考えられる。しかし、訴訟や訴訟外の交渉においては、実際には、抗弁として機能する。日本法の第412条の2第1項も、「債務の履行を請求することができない」と規定していることから、抗弁として捉えることができる。つまり、債権者の側からの請求を前提にしている。

では、債権者の請求はどのような場合に行なわれるのだろうか。BGB第281条1項1文は、「債務者が履行期の到来した給付を行わず、又は、債務に従った給付を行わないときは、債権者は、債務者に給付又は追完のために適切な期間を設定し、この期間が徒過した場合に、第280条1項〔債務者の義務違反〕の要件を満たせば給付に代替する損害賠償を請求することができる」と規定している。また、同第323条1項は、「双務契約において債務者が履行期の到来した給付を行わず、又は、契約に適合して行わないときには、債権者は、債務者に給付または追完のために適切な期間を定めたが、その期間が徒過した場合に、契約を解除することができる」と規定する。給付に代替する損害賠償請求権、および、双務契約の解除権の要件として、共通に、①債務者が履行期の到来した給付を行わず、または、給付が契約に適合しないこと、②債権者が債務者に給付また

(24) ドイツ法では、一般的に「履行不能」ではなく「給付不能」という用語を使う。「履行 (Erfüllung)」の客体は、「債務の履行 (Erfüllung der Verbindlichkeit)」や「説明義務の履行」といったように、抽象的・一般的である。これに対して、「給付 (Leistung)」は、債務を履行するための具体的な弁済行為や目的物を供与する行為であり、もちろん具体的な不作為も含まれる。たとえば、「債務者が自己の債務を履行したので違約金は失効したと主張して争う場合には、債務者はその履行を証明しなければならない、但し、債務の目的である給付が、ある何らかの不作為 (ein Unterlassen) であるときはこの限りではない」(BGB第345条)というように。不能になるのは、抽象的に把握される「債務」ではなく、債務の履行のために為される具体的な行為、つまり「給付」である。

は追完のために適切な期間を設定したこと、③この期間が徒過したこと、を挙げている。②の期間の設定は、当然のことながら、給付または追完の請求を含んでいると考えられる。つまり、契約不適合の場合を除けば、債権者が債務者に対して給付を請求するのは、履行期が到来したのに債務者が給付を行わないときである。これは、債務の履行段階における両当事者の状況を考えると、よく理解できる。

履行期が到来したのに給付がない場合、一般的に言えば、なぜ債務者が給付しないのかは債権者にはこの段階では不明であろう。債務者において給付が不能なのか、あるいは、「給付を真剣かつ断固として拒絶する」のかは、請求してみても初めてわかることが多いであろう。もちろん、不能が債権者において最初から分かっている場合、たとえば、事故車ではない中古車の売買契約で給付された中古車が事故車であった場合などもあるだろうが、それは例外である。

「履行期が到来したのに債務者が給付を行っていない」状態は、給付不能、より一般的に給付障害（Leistungsstörung）の初期状態である。この状態をまだ「遅滞（Verzug）」と呼ぶわけにはいかない。債権者が履行期到来後に債務者に「催告（Mahnung）」したにもかかわらず給付しないときに遅滞になる（BGB第286条1項）。もちろん、「給付のために唇に従って履行期が定められた」とき

等、無催告で遅滞になることもありうる（同条2項）⁽²⁵⁾。それにもかかわらず、原則は催告があって初めて「遅滞」になる。ではなぜ、「履行期が到来したのに債務者が給付を行っていない」——これ自体債務者の責任を発生させる根拠となる「義務違反（Pflichtverletzung）」（同第280条1項）である——だけでは「遅滞」と言えないのか。それは履行遅滞の効果が特別なものだからと思われる⁽²⁶⁾。履行遅滞から生ずるのは「給付に代替する損害賠償（Schadensersatz statt der Leistung）」ではなく、「給付と並存する損害賠償（Schadensersatz neben der Leistung）」請求権である。遅滞に陥っても、給付が行われれば、給付に代替する損害賠償請求権は発生しないが⁽²⁷⁾、債務者は遅延損害賠償（遅延損害金）の義務を負う⁽²⁸⁾。債権者は、給付のために期間を設定し、この期間が徒過したときに、給付に代替する損害賠償も併せて請求することができる。

履行期が到来したのに給付がなく、債権者が給付に期間を設定したうえでこの期間を徒過した状態を、「（可能な）給付の不実行の確定（endgültige Nichterbringung der [möglichen] Leistung）」と言うこともある。しかし、この状態を「履行遅滞」ということはない。この状態から発生する損害賠償請求権は、何よりも給付に代替する損害賠償請求権である（BGB第281条1項1文）。

給付不能に戻ると、ドイツ法は「債務者にとっ

(25) 債権者は履行期の到来時に履行を請求できるが、履行期到来と同時に履行遅滞になるとは限らないという、いわゆる「権利行使可能時と履行遅滞時のずれ」の立法、学説の史的背景については、中田裕康『債権総論（第4版）』有斐閣・2020年120頁コラム参照。

(26) Münchener Kommentar (Mü-Ko) /W. Ernst, 9. Aufl. 2022, Vor § 275 Rn. 13 f.

(27) BGB第281条4項「給付請求権は、債権者が給付に代替する損害賠償請求をしたときは直ちに排除される」という規定から、給付について期間を設定して、それが徒過しても、債権者は直ちに給付請求権を失うわけではない。つまり、給付に代替する損害賠償請求をするまでは給付を受領することができる。しかし、この選択権を確保するためにも、債権者（またはその弁護士）は履行期に給付がなければ直ちに給付のための期間を設定すべきである。解除も含めて、この期間が徒過してから決定すればよい。

(28) ちなみに、日本民法第419条1項は、金銭債権の遅延損害金について、当事者の約定がない限り、法定利率によると定めている。BGB第246条は、法定利率として年4%を定めるが、これとは別に遅延損害金について、通常の場合は、基準金利プラス5%、消費者が関与しない法律行為の場合は、基準金利プラス9%である（同第288条1、2項）。基準金利は半年に1回改訂され（同第247条）、2025年7月1日時点の基準金利は、1.27%である。これは、2000/35/EG指令を国内法化したもので、遅延損害金の利率が銀行の貸出金利より低いために支払遅延が蔓延した（特に南欧諸国で）ことに対する対抗策である。

(29) Mü-Ko/Ernst, § 280 Rn. 13.

て」不能な場合と「何人にとっても」不能な場合とを区別している (BGB第275条1項)。たとえば、売買目的物が引渡し前に滅失した場合には、何人にとっても給付不能である。これに対して、売買目的物が引渡し前に売主から盗まれた場合は、目的物がどこかにあり、誰かが給付可能であるから、債務者にとって不能な場合である。もっとも、盗まれたというだけでは売主が給付不能だとは言えない。給付を妨げている状態が克服不可能だとなって初めて給付不能になる。つまり、盗品を見つけ出すことが不可能だということが確定していなければならない。もちろん、その判断には盗品の性質や周囲の諸状況などの考慮が必要になるであろうが。債務者が給付の目的物を他に譲渡した場合も、それだけでは債務者にとって給付不能ということにはならない。譲受人に依頼して買い戻すことも可能だからである。したがって、買い戻しの依頼に対して、譲受人が拒絶した場合に初めて履行不能となる。⁽³⁰⁾

BGB第275条2項は、「その給付が債務関係の内容及び信義誠実の命令を考慮して債権者の給付利益と著しく相当性を欠く費用を要求するものである限り、その給付を拒むことができる」と規定している。教科書的な説明では、湖に売買目的物である指環を売主が落とした場合、湖の水を全部汲み出してしまえば指環を見つけることができるが、それには莫大な費用が必要となる。この場合には、指環の給付によって得られる債権者の利益——経済的利益だけでなく精神的利益も入る——と比較して、給付に要する費用が著しく相当性を欠く (grobe

Unverhältnismässigkeit) ので、債務者は抗弁を出すことができる。債務者は抗弁を出す義務はなく、いかなる費用が掛かろうとも給付することは可能である。この給付の提供を債権者が拒めば、債権者は受領遅滞になる。また、債務者は給付したものを後に不当利得返還請求することはできない。同第251条2項1文は、「賠償義務者は、原状回復が相当性を欠く費用をもってしか可能でないときは、債権者に金銭で償うことができる」と規定している。ここでは、「相当性を欠く費用 (unverhältnismässige Anwendungen)」と言っており、第275条2項の「著しく相当性を欠く」とは異なっている。たとえば、自動車の故障・損傷について修補つまり原状回復しなければならないのはどの程度までかという議論において、修補費用が同種の自動車の再調達代価の130%に至るまでという線が引かれている。100%でないのは、自分の自動車に対する愛着、精神的利益も考慮されているということである。⁽³¹⁾ 第275条2項は、「著しく (grob)」という修飾語がついているので、「相当性を欠く」の「閾値 (Schwelle)」よりも高いと考えられている。⁽³²⁾

第275条2項2文は、「債務者に期待すべき尽力を決定する際には、債務者が給付障害に責を負っているかどうかを考慮しなければならない」と規定している。債務者が給付障害に責を負っているときは、債務者に期待すべき尽力がより高められるとも読めるが、すでに「著しく相当性を欠く」ということで「閾値」は十分高くなっているため、これ以上高くなることはないと解されている。それよりも、債務

(30) Mü-Ko/Ernst, § 275 Rn. 64. わが国の裁判所は、不動産の二重譲渡のケースで、売主が第二買主に移転登記を完了した時に、第一買主に対する債務の履行不能が確定したと述べている (最判昭和35年4月21日民集14巻930頁)。ドイツの学説・判例はこの考え方には否定的である。「[こんなことを認めれば] 債務者には、たとえば給付の目的物を第三者に譲渡することによって、自己の第一次的給付義務を自動的に金銭賠償義務に転換することが、いとも容易になってしまうであろう」(Ernst, a. a. O.)。比較法的には評価は分かれるであろうが、ドイツでは債務関係の直接の効果である第一次的給付義務 (あるいは、「本来の給付 (Leistung in Natur)」, 「本来の履行義務 (Naturalerfüllungspflicht)」) を、損害賠償である第二次的給付義務よりも相当程度重視している。

(31) Mü-Ko/H. Oetker, § 251 Rn. 41 f.

(32) Mü-Ko/Ernst, § 275 Rn. 103 f.

者が給付障害に責に帰すべき事由がないことを証明するときは、「著しく相当性を欠く」の閾値が下がると解されている。⁽³³⁾ もちろん、給付障害について責に帰すべき事由のない債務者が、この障害を克服するためにそもそも何の尽力も引き受ける必要はないということにはならない。政府草案の理由書によれば、給付の目的物の処分権能が債務者の責に帰すべき事由なしに第三者に帰属した場合でも、「それでも目的物を第三者から取り戻すために尽力し、第三者に少なくとも市場価格を、さらに状況によってはそれを超える価格を提供す」べきだと言われている。⁽³⁴⁾ 債権者が給付を受領することに対して有する利益よりも取り立てて言うほどに超過する追加費用（ein das Gläubigerinteresse nennenswert übersteigender Mehraufwand）を要する場合には、⁽³⁵⁾ 債務者は給付を拒んでよい、と言われている。

BGB第275条3項は、「債務者は、その給付を自ら行わなければならない、かつ、その給付がそれを妨げる障害と債権者の給付利益とを比較衡量して債務者に期待可能でない場合には、同様に給付を拒むことができる」と規定している。2項が給付に対する利益と給付に要する債務者の費用とが極端にバランスを欠くために債務者に対して給付が期待可能でない場合（「コスト・ベネフィット計算」）を規定するのに対して、3項は一方では債務者が自ら給付を行なう場合を想定している。つまり、当事者に関連している。他方で、期待可能性がなくなる原因については、より一般的である。3項で通常想定されているのは、雇用契約を結んでいる外国人労働者が本国で徴兵され、これに応じないと重罰を受けるという場合に、この外国人労働者には労働の給付を期待できない、したがって、労働者は労働給付を拒むことができるという状態である。ちなみに、3項は2020

年から始まるコロナ禍の過程で重大な意味をもつことになった。感染予防の観点から、労働給付が期待可能でないという事態、さらには、保育園や学校の閉鎖により子供の世話をするために労働の給付が期待可能ではないという事態が生じたからである。⁽³⁶⁾（未完）

(33) A. a. O., Rn. 115.

(34) Begr. RegE, BT-Drs, 14/6040, 131 li. Sp.

(35) Mü-Ko/Ernst, a. a. O., Rn.118.

(36) A. a. O., Rn. 124 ff.

