

平成22年度 法学部講演会

「民法改正について」

講師 関西大学名誉教授、朝日大学法学部・大学院教授

高 森 八四郎

平成22年12月22日（水）午後2時開会

2号館 3階 プレアホール

○司会 それでは、時間になりましたので、平成22年度法学部学術講演会を開催いたします。

私は、講演会の司会を務めます札幌大学法学部の野口大作と申します。よろしくお願い申し上げます。

法学部では、毎年、法学、政治学関連の講演会を開催しております。このたびは、民法改正についての講演会を企画いたしました。ご存じのとおり、民法は、数年にわたる民法典論争を経て、明治31年、1898年に施行されました。戦後、家族法の改正はありましたが、以後、110年の長きにわたって、特に財産法に関しては大きな改正は行われてきませんでした。しかし、昨年秋から法務省の法制審議会の民法部会において、民法、財産法の債権編の改正について検討が行われています。現在の検討状況は、案内チラシにありますので、そちらをごらんください。

今回の改正は、市民生活や経済活動に関連の深い契約に関する歴史的な改正になるかもしれません。現在、民法を学んでいる学生にとっては最大の関心事でしょうが、改正は、企業の契約実務、行政

関係にも多大な影響を与えられます。民法を履修している学生の皆さんも、民法を履修していない学生の皆さんも、将来のために最大限集中をして聞いてください。

なお、学生の皆さんは、講演終了後、連絡事項がありますので、講演が終了してもそのまま待機しててください。

それでは、お待たせいたしました。

今回、講演者としてお招きした関西大学名誉教授、高森八四郎先生をご紹介します。

先生、どうぞこちらへお越しください。

〔高森講師登壇〕

○司会 高森八四郎先生は、北海道勇払郡厚真町のご出身です。名城大学法商学部、現在は法学部ですが、法律学科をご卒業の後、名古屋大学大学院法学研究科で私法学を専攻され、三宅正男先生に師事され、大学院修了後は関西大学法学部に赴任されました。関西大学で33年の長きにわたり奉職され、2004年には関西大学より名誉教授の称号を授与されておられます。私も関西大学在学中からご指導いただき、大変お世話になっております。

先生のご専門は、法律行為論、特に意思表示理論、代理理論、契約法です。この分野におけるご論文、法律行為論の研究により、1992年に博士号を取得しておられます。その後も先生は、例えば、「示談と損害賠償」「表見代理理論の再構成」「無能力者の詐術について」「絵画の真筆性に関する錯誤」など、ここでは紹介し切れないほど数々の著書、ご論文などにより、学界に多大な影響を与え続けておられます。

また、関西大学を退職された後は、甲南大学、東海大学の法科大学院において法曹の養成にご尽力されるとともに、公認会計士第2次試験、論文試験の試験委員もなされておられます。現在は、朝日大学法学部及び朝日大学大学院法学研究科で引き続き教鞭をとってられるほか、弁護士としても活躍しておられます。

それでは、高森先生、講演をよろしくお願い申し上げます。

○高森 レジュメと資料を皆さんにお配りしていると思います。資料が大部になりまして、皆さんがうまく使いこなせるか、心配をしておりますが、何とか責めをふさぎたいと思います。

今、ご紹介にあずかりましたが、関西大学の名誉教授というと、皆さんはおじいさんを想像するかもしれませんが、今もって関西大学では私が一番若い名誉教授です。つまり、定年退職する前に頼まれて甲南大学の法科大学院に行きましたが、私はその前に副学長に相当する役職（学生部長、教学部長等）を12年ぐらい務めていましたので、その功績を認めていただいたのでしょうね。名誉教授の称号をいただきました。関西大学の関係者には、今もって一番若い名誉教授だと言って笑わせたりしているところであります。

きょうは、皆さんの前で講演をさせていただきます。うまくいくかどうかちょっと心配ですが、本来は、ここにありますように『債権法改正の基本方針』というものがあまして、これが民法（債権法）改正検討委員会編になっています（別冊NBL/No.126：以下「基本方針」として引用）。委員会編と言いますが、実は、これはほとんどが一人の人、内田貴さんの意見が圧倒的で、委員会という衣をかぶった内田私案になっているように思います。本来は債権法改正ですが、私は法律行為や意思表示を中心に勉強していますし、改正法の基本原則はどうしても民法総則と関係しますから、民法総則のところも改正に着手しようとしているわけです。

そこで、本当は肯定的な角度から新しい民法の像を皆さんにお伝えするのも一つの手なのですが、私の意見と異なる点が多々ありますので、その点、きょうの講演での話はどうしても少し批判的な話になってしまうのではないかと考えています。せっかくの民法改正に水を差すような面もありますが、これからさらに50年、100年続く基本法でありますから、そう簡単に拙速的に悪い改正をしたら大変だという思いがあるわけです。

はじめに

そこでまず、皆さんに資料を参照しながらレジюмеを見ていただきたいと思います。一番最後のところで、ここの大学と私との縁みたいなものを結びにかえて、ちょっと触れさせていただきたいと思います。まず先に、時間が非常にタイトだとお聞きしていますので、中身に入っていきたいと思います。

まず、民法改正について、意思表示理論を中心にしてというレジюмеを見ていただきたいのですが、二のところで、現行民法規定と改正試案規定との比較ということでわかりやすく、現行民法はこうなっている、これをこのように改正しようとしているのだという試案の規定を紹介しております。それに従いながらコメントしていつて、後で後半の三のところと関係づけて解説をしていきたいと思います。代理のところまで話がうまくいくかどうか、ちょっと心配しています。ひょっとしたら、その前で終わってしまうかもしれません。

まず、法律行為の効力に関しましては、現行民法には規定がありません。これについては、この委員会編によりますと、改正試案の〔1. 5. 01〕というところで、法律行為の効力について明文の規定を置こうということであります。法律行為は、この法律その他の法令の規定に従い、意思表示に基づきその効力を生ずる、とあります。この規定は、私は新設することに賛成です。そして、法律行為の中心は意思表示にあることを明確に述べることは、法学教育の観点からもすぐれた発案だと思っております。この点は問題がありません。

次に、公序良俗の規定ですが、この点も私は積極的に評価しております。改正試案の〔1. 5. 02〕によりますと、1 項では、公序または良俗に反する法律行為は無効とする。現在の90条は、「公の秩序又は善良の風俗」と書いてあります。私は、これを解説するときは、「公序又は良俗」というふうに縮めて呼ぶこともあり、一つに

して「公序良俗」と言うこともあります。ここを簡略化するのは条文としては問題があると思います。やはり、現行民法のように、「公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為は無効とする」とする方がはるかにすぐれた条文になるだろうと思います。こんなところで簡略化する必要はないように私は思います。

現在の条文は微妙な問題がありまして、「反する事項を目的とする」と表現されているのです。これは、我々は講義をするときにもよく言うのですが、この「目的」という言葉は大変多義的で、原則として条文には使うべきではないのです。ここの場合でも、「目的」という表現で事実上は法律行為の内容を意味しています。したがって、今回は改正試案で、解説によりますと、「目的」という言葉を省いたと解説されておりまして、この点も私はそれでいいと思います。これだと、第1項、公の秩序または善良の風俗に反する内容を持った法律行為はという意味に解釈できますので、「目的」という言葉を削除するのはよいことだと考えています。

第2項は、現在、民法に規定がありません。ドイツ民法には規定があるのですが、これは暴利行為論なのです。ドイツ民法では、公序良俗とは別立てで暴利行為をさらに無効すると定義づけをしているのです。我が国の解釈では、暴利行為の規定がございませんでしたから、暴利行為も民法90条の公序良俗に違反するという解釈をしてみいました。

しかし、それは新しく条文を起こすことの方が望ましいわけで、「当事者の困窮、従属もしくは抑圧状態、または思慮、経験もしくは知識の不足等を利用して、その者の権利を害し、または不当な利益を取得することを内容とする法律行為は無効とする」と明文で暴利行為論の要件を明確に明らかにしておりますので、この点は大変よい規定になっていると私は考えております。

次は、意思能力の問題です。

意思能力に関しては〔1. 5. 09〕、我が国では明文の規定がありませんでした。ドイツ民法には明文の規定があるのですが、これは

本来、民法の中に明文の規定を入れるべきだということは前から言われておりました。今回の改正でこれを入れることになったのです。そのことはいいのですが、意思能力の概念を定義づけまして、法律行為をすることの意味を弁識する能力としています。私のテキストでは、意思能力というのは、法律「行為の結果を弁識するに足る判断能力を言う」としております。基本的には同じ内容です。ですから、このような明確で単純な定義を入れたことは悪いことではありません。そして、これを欠く状態でなされた意思表示は取り消すことができるという規定にしようとしているのです。私は、意思能力がないということは、私的自治の原則を基本とする民法のもとでは、取り消しではなくて、やはり無効にするべきだと思うのです。ドイツ民法も無効であり、今までずっと無効ということで解釈してきました。無効であるということで問題が起きたことは一度もございません。改正試案の解説によりますと、現在、到達した理論を変える気はない、むしろ、到達した判例理論や学説の理論をできるだけわかりやすい形で市民のための民法にするのだということを改正の目的に上げております。その点から言うならば、ここで取り消しという効果をもたらすのは問題が多く、何も問題がなく、だれも異論がないですから、私は、私的自治の原則を強調するその観点からは、むしろ無効とすべきだと思います（ただし「無効とする」との対案もあるとはしている）。

第2項を入れまして、ここがちょっと微妙に問題なのですが、1項の場合において、表意者が故意または重大な過失によって一時的に意思能力を欠く状態を招いたとき、いわゆる刑法で言うところの原因において自由なる行為のときは、意思表示はこれまた取り消すことができないとしています。効果的には取り消しではなく無効にすべきだという点は同じことですが、ここにこれを入れることは、原因において自由なる行為でやった行為は意思無能力でやってもだめです、それは有効になりますという点もこれは自明のことで、これまでの解釈上、疑義がございませんので、入れて構わないと思い

ます。

ただし、表意者が意思能力を欠いていたことを相手が知り、または知らなかったことについて重大な過失があったときは取り消しをすることができるというただし書きも私は問題がないと考えています（ただし取消しは問題である）。

問題なのは、改正試案の〔1.5.10〕です。

レジュメの2ページを見ていただきたいのですが、日常生活に関する行為の特則について、現行民法9条ただし書きに該当する行為は、意思能力を欠く状態でなされたときでも取り消すことができないという条文の問題性です。現行民法では、成年被後見人は、意思能力を欠く常況である場合、後見開始の審判を行うことになり、後見開始の審判が行われたら、それは当然、単独でやった行為について取り消しをすることができるとなっています。ただし、その被後見人の行為が日常生活に関する場合であるときには取り消すことはできないと言っています。しかし、現在の通説及び判例によれば、そうは言っても、もし意思能力がないということが立証できれば、被後見人といえども、日常生活に関する行為については無効と主張することができると考えられているわけです。そのような考えをここではあえて否定しようとしているのです。私は、それはいろいろな意味で問題があるだろうと思っています。

といいますのは、法律の条文というのは好意的に受けいられるとは限らないのです。悪用されるおそれもあるのです。例えば、かつての利息制限法第2条で、利息を1割5分、1割8分、2割までしか取れない、それ以上は無効だよと言っておきながら、ただし、任意に支払ったときはこの限りにあらずという条文を入れてしまいましたね。それが大変な社会問題になって、サラ金問題になって、グレーゾーンを生み出して、多くのサラ金被害になって、最近ようやく収拾しようとしています。そういう条文を業者は必ず悪用するものなのです。もし、これで日常生活について取り消せないことになったら、意思能力がないのに取り消せないということになっ

たら、業者は必ず悪用するのではないかと思います。例えば、羽毛布団などは1個5万円も10万円もするやつが幾らでもあるでしょう。その取り消しや無効を主張してきたときに、業者は、お客さんは布団がなくなったので生活ができなくなると言うので売ったのだということを言って、日常生活上の必需品ではないかと必ずそう主張するはずです。そのみならず、食料品やパン、下着やその他諸々を大量に売りつけておいて、やはり日常生活に関するから必要不可欠な行為ではないか、だから取り消せないのだといって悪用するおそれがあるのです。

ですから、この条文は大変問題性の多い条文で、現在の解釈で、意思能力が立証できれば無効にできるという学界の通説があるわけですから、それに従った改正を行うのが望ましいのではないかと私は考えています。

一

いよいよこれから、表題にあります意思表示理論に入りたいと思います。

まず、心裡留保の規定ですが、表意者がその真意ではないことを知って意思表示をした場合は、次のいずれかに該当するときに限り、その意思表示は無効とするというのが〔1. 5. 11〕ですね。現在の心裡留保は93条で規定されています。皆さんもご存じのとおりですね。改正試案には幾つか問題があるのですが、大きな問題の一つは、レジュメの3の8ページを見ていただきたいのですが、心裡留保の規定の改編について私が考える問題点は、現93条は「真意を知ることを得る」と書いてあるのです。真意というのは、この場合、内心の効果意思という意味です。効果意思に従って表示意思を媒介として表示行為を行う、これが意思表示の基本的な定義ですね。このような効果意思の内容が内面に隠されて、つまり、やる気もないのに君にこの時計を上げようというような場合が心裡留保の最も典型的

な例だと言われております。その場合、相手方が、それはやる意思がないなど。やる意思というのは贈与の意思です。贈与の効果意思がないのに贈与するというふうに表示しているから、その相手方が表意者には贈与する意思はないなということを知っていた、または知らなかったことに過失があったら、この場合は無効にできるが、あえて内面の意思を隠して意思表示している場合には、むしろ、効力は妨げられないというのが心裡留保の規定ですね。

この規定の淵源は、サヴィニーにあります。資料（１）の後ろにあります。フリードリッヒ・カール・フォン・サヴィニー（1779年～1861年）です。ドイツ人はサヴィニーと言わずにザヴィニーと言いますが、日本では一般的にサヴィニーと呼んでいます。このサヴィニーの理論によるのです。サヴィニーというのは、意思表示というものは、内面の意思を外部に表示するもので、意思と表示とは一致するのが当然の関係であると言っています。一致するのが当然の関係とはどういうことかということ、意図的に不一致にすることとしてはならないということです。内面の意思で贈与の意思がないのに、相手を誤信させるように、上げるというようなことを言ったら、相手が間違っだろう、誤信するだろう。そして、信頼やコミュニケーションがとれなくなるのです。ですから、内面の意思は正しく表示すべきだという意味合いで、彼は、意思と表示とは一致するのが必然の関係であると言っています。この必然の関係を意識的に乱す者は、その乱したことについて責任を負うべきである、だから、心裡留保の場合は有効になるのだ、これがサヴィニーの考え方なのです。『現代ローマ法体系』の第3巻でそれを強調しております。そのサヴィニーの考え方がこの93条になっているわけです。

今回、「知ることを得る」ではなくて、「真意ではないことを知る」です。言葉の上で「真意を知る」ではなくて、「真意ではないことを知る」に変えようとしているのです。これには二つの問題があると思います。つまり、条文というのは、我妻先生という大先生がおられましたが、その先生が現行民法の91条と92条を説明すると

きに、条文の中でできるだけ否定語は使わないことが大事だと。特に、二重否定を使うと条文が非常にわかりにくくなります。現在の91条がそうですね。ここには上げていませんけれども、今回の改正で91条はうまく変わっているのです。ところが、そうではないところで、至るところで否定語がたくさん使われるようになった。代理のところでも、これから説明しますし、レジュメにも書いてありますが、否定語がたくさん使われていて、特に二重否定がたくさん使われているのです。これは、条文の構成として我妻先生が厳しく戒めているところです。内面の真意を知るといふことと真意ではないことを知るといふことは、抽象的な言葉、国語的意味から言えば、「真意を知る」よりも、「真意ではないことを知る」はちょっと広まりますから、逆に、本人を若干保護するのだというのです。

皆さんに資料をお配りしましたが、カフェー丸玉女給事件をちょっと見てください。

資料(3)-1の2枚目の裏ですが、契約と約束という表がありますね。そこにありますカフェー丸玉女給事件という有名な大判昭和10年の事件がございます。皆さんも講義で習っていると思います。

これは、4カ月ばかり、大阪道頓堀の、ここで言えば薄野の今で言えばバーとかスナックへ遊びにきた中年の男の人が、女給さんにその当時のお金で本当は500円を上げると言っていたのです。500円が一体どのぐらいの値かという、これはなかなか換算が難しいのですが、ここはもう私の換算率でいきますと、約800万円から1,000万円です。ここで実際に文書にしたのは400円ですが、私は800万円ぐらいの価値があったのではないかと考えています。その根拠はまた別の機会に公にしますが、今の400円ではありません。わずか4カ月ばかり遊びに来たぐらいのお客さんが、800万円を君に上げよう。君が自立するときに、君は苦勞したから800万円を上げようと言われて、信じるのはちょっとおかしいですね。うそだろうと思うのではないのでしょうか。それは真意を知るといふことでしょう。贈与の意思はないことを知るといふふうに考えられるわけです。しか

し、真意ではないことを知るというのも、実際の事例に当たったらほとんど一緒でしょう。真意ではないことを知ることは、すなわち、真意を知ることと変わらないのです。上げるという言葉が真意ではないことを知れば、贈与の意思がないということになります。つまり、適用の場面では、抽象的な国語の平面ではちょっと広がって本人を保護するかのように見えますが、実際の場面ではほとんど差がないし、区別がつかないのです。そして、否定語を使うべきではないという我妻先生の考え方から言えば、ここで否定語を使うべきではないですね。それと同じことです。

実は、この事件は心裡留保で処理された事件ではありません。実際には自然債務論で、大審院は、裁判上訴えることはできないのだという形で原告の女給さんを、原文をつけてありますから後で読んでいただきたいのですが、ハナさんという名前でした。オカダハナさんという名前でした。もちろん仮名ですけれどもね。本名ではありません。ハナさんの請求を棄却したのです。しかし、むしろこれは心裡留保のただし書きの規定で無効にすべきだったと私は思っているのです。ところが、これは破棄、差し戻しの事件で大阪地方裁判所に差し戻されました。最初の裁判所が大阪区裁判所でしたから、差し戻された大阪地方裁判所は、私の資料に「止せばよかった」という原文がありますが、その原文をさらに私が「カフェー丸玉女給事件後日譚」ということで、差し戻しの判決を解説したものが資料（３）－１の裏側にあります。

ここではどういっているかということ、こう言っているわけです。店では現金を授受することができなかった、店で現金を渡すことは禁止されていたから渡すことはできなかったが、境遇から考えて、私は、あなたが自立するときに500円をあげたいのだ、今度改めてあげるようにしたいからといって、宝塚温泉にわざわざ呼び出して、大阪の場合の宝塚といえば、ここで言えば定山溪温泉のようなところへ呼び出して、わざわざ、この間約束して、あのときはお金を渡すことはできなかったけれども、お金を渡したいと思う。だけど、

今は手持ちがないし、500円はちょっと厳しい、400円にしてくれということで、そのかわり、念書を書くからということで、400円の借用証書を書いて、もし約束を守らなかったら訴えてくれてもいいと念押しするように相手を誤信させているわけです。最初は、店の中では真意を知るべきだったと思いますが、その後で誤信を強めるように活動したら、結局はハナさんは、過失なく信じたということになるのではないのでしょうか。

ところが、今度の改正試案は、過失なく信じたというのではなくて、こういうふうに言うのです。もう一回、改正試案のところに戻っていただきたいと思います。2ページの[1. 5. 11]で、ア、イとありまして、ア、その真意ではないことを相手方が知っていたとき、イ、その真意ではないことを相手方が知ることができたとき。ただし、表意者が真意を有すると相手方に誤信させるため、表意者がその真意ではないことを秘匿したときはこの限りではないという解説じみた条文を追加しているのです。

これはむしろ、過失を認定すればそれだけで済むことでして、あえて誤信させるために、今述べたように、宝塚温泉へ連れ出して念を押しているという場合を言うのでしょうけれども、現行民法で十分処理できるのです。その場合には、過失がないのです。かたく信じたとこういうふうに認定すればいいわけです。このつけ加えた条文が長ったらしくなった上に、実際の適用場面では、知ることができた、誤信を強めるために真意ではないことを秘匿したということの困難な認定を裁判官に課すことになって、私はまずいのではないかと考えています。その点、条文というのは簡潔、明瞭であることが望ましいので、現在、具体的な適用場面ではうまくいっているわけですから、私は、この場合、イの中の後半の文章は非常に問題があると考えています。

ただ、第2項の意思表示の無効をもって善意の第三者に対抗することができないというのは、現在の解釈理論の到達点であります。現在、94条2項を93条ただし書きに、第三者を保護するために93条

に類推適用をするべきだというのが現在の到達した理論ですから、これをそのまま条文化することはいいことだと思います。

そのように、心裡留保の場合には、具体的に真意を知ることとで十分で、真意ではないことを知るというふうにやると、非常に困難を生じることになりかねないのではないかと危惧しているわけです。

「記念に」事件というものをつけておりますが、これは私が勝手にあだ名をつけた事件です。女の人と別れるときに、慰謝料として2,000万円を支払いますと書いて念書を書いた事件です。松本清張の小説に「記念に」という有名な短編小説があります。その短編小説とこの東京高判の事件が全く同じような事案になっているのです。清張がその判例を見て短編をつくったのではないのです。想像力でつくった小説です。それがこの東京高判の事案に全くぴったりダブリますので、私は、その清張の表題をかりてきまして、「記念に」事件というふうにあだ名をつけています。

自分が結婚式に出る前に、その前の日まで同棲していた年上の人妻と別れるに際して、納得してもらっていたのに、その人妻が、出かけるときに男の足に取りすがって、あんたは結婚式には行かせない、行くと言うのだったら2,000万円払うよう念書を書け、こう言って請求した事件です。男は、仕方がない、もう結婚式が始まるわけだから、ともあれここはおさめたいということで念書を書いたという事件です。これは正面から心裡留保で処理されています。真意を知るべきであったというわけです。

真意ではないことを知ることとは、すなわち、真意であることを知ることとほとんど一緒ですね。言葉の上では少しだけ広がるということで、本人保護も広がるというのですが、真意を知るかどうかにいうことに焦点を絞った方が、裁判規範としての条文には明晰でないのではないかというのが私の考え方です。皆さんも、後で記念に事件を読んでいろいろと考えてみていただきたいと思います。

心裡留保についてはもっと言いたいこともあるのですが、今回は

このぐらいにしまして、次は、虚偽表示の規定です。虚偽表示の規定は全く問題ございません。これは、現行民法と全く違いがありませんので、私はこのとおりで問題ないと思います。現行民法もすぐれた条文ですが、改正試案も問題ないと思います。

二

問題があるのは、何といっても錯誤です。錯誤の規定は、改正試案によりますと〔1. 5. 13〕、1項、2項、3項とありまして、3項についてはさらに4項もありまして、3項についていろいろな附帯条件をつけております（別冊NBL/No.126、28頁以下）。

ここではいろいろ問題がありますが、まず、現在の法律行為の要素の錯誤という「要素」という言葉です。これをきっちりわきまえていないと、錯誤論を正しく理解することはできません。現在の判例、通説は「要素」という言葉を「錯誤の主観的、客観的重要性」と言いかえています。法律行為の内容の重要な部分のことを言うのですが、具体的には、その錯誤がなかったならば意思表示者は意思表示をしなかったであろう、また、一般人もその立場においてやはり意思表示をしなかったであろうほどの重要性ということです。つまり、錯誤の重要性を要素と読みかえているのです。

ところが、本当はそうではないのです。「要素」という言葉はどこに由来するかといったら、やはりサヴィニーなのです。資料（2）を見てください。サヴィニーは、法律行為の内容を分析いたしまして、法律行為の構造的内容は大きく二つの部分に分かれるというのです。一つは、本質的効果意思の内容が相手に表示される場合、これが本来の意味における「意思」の表示である（サヴィニーのいう意思表示はこの意味で用いている）。もう一つの部分は、法律行為すなわち、当事者の合意内容には非本質的な意思もあるので、これが相手方に表示されて合意されれば、その合意の内容に従って一定の法律効果を持ちます。本質的効果意思は、即自的に合意

意思の内容になるのです。ある意思表示をしようとするときに、即自的に意思の内容になるのです。これが本質的效果意思ですね。例えば、特定物の取引の場合ですと、この物を私があなたとこの値段で売買をしたい、つまり、私と、あなたは当事者ですね。そして、目の前にある物を時間と空間で個別化してこの物というふうに言います。特定物の場合はこの物に限るのです。この物を代金、例えば5万円で売買したい、売りたい、買いたいと表示します。この四つの内容が本質的效果意思なのです。サヴィニーは、この本質的效果意思を本質的意思表示の内容と呼び、ここの部分に表示上もしくは内容上の錯誤があれば意思欠缺が生じます。意思の不存在が生じるから意思表示は無効になり、したがって、意思表示をもとにして構成される法律行為は全体が無効になるのだという構想なのです。

「本質的」内容というのは、ドイツ語ではヴェーゼントリッヒ（wesentlich）と言います。ヴェーゼントリッヒを日本語に訳すと重要なという意味にもなるのです。その重要なという意味が日本語的な感覚を受けて要素の錯誤というふうに、こういうふうに系譜的にそうやってきたのです。ですから、錯誤の主観的、客観的重要性という問題ではないのです。本質的な部分に錯誤があったら、文句なしに無効になりますよ、意思がなくなるから無効になりますよ、こういう部分です。ただし、サヴィニーはそのことを一方で言っておきながら、付随的な意思もありますよと。それは、本来は本質的な效果意思の内容にならないけれども、相手方に明示、黙示に表示されて、相手方が応じたら一定の合意内容になります。その合意になる内容はどういうものかといいますと、まず、契約条項です。履行期、履行場所、履行方法について合意がまとまったら、そのとおりになりますね。それから、二つ目は付随的な合意内容で、手付の合意や品質保証の合意、損害担保の約定や違約金、裁判管轄の合意なのです。これが明示、黙示に相手に表示され、相手がそれらをわかりました、たとえば争いが起きたときは札幌の地方裁判所を裁判管轄にしましょうというならば、それがその裁判管轄、合意管轄に

なるわけです。三つ目が附款と呼ばれるものです（サヴィニー自身はこの附款についてのみ論じている）。これはなかなか難しいのですが、サヴィニーは、現代ローマ法体系の中で、附款には期限のほか二つあると言っています。条件と前提が重要だということです。条件と前提が附款になるのです。附款というのは、本質的效果意思を発生させたり、効力を消滅させたりするための付随的な合意内容であるというわけです。皆さんも条件をつけることがあるでしょう。試験に合格したら、君にこの時計を買ってあげよう。試験に合格しなかったら効力は生じません。逆に、試験に落第したら、毎月やっている奨学金はとめるよと言う。落第したら、もはや今までもらった奨学金がもらえなくなってしまいます。そのように、条件は本質的效果意思の効力を否定したり発生させたりするものです。

現在は、いろいろな学説上や理論上の変遷を経まして、サヴィニーの著書にみられた「前提」（modus）という考え方が、条文上はドイツ民法もなくなったのです。我が民法もないのですが、前提というのは理論的に否定することのできない理論です。

つまり、どういう場合に前提があるかという、一つ例を挙げますと、例えばお父さんが亡くなった後、お母さんも亡くなりました。お母さんが財産を残しました。兄弟が3人いました。そこで、大抵は3人で遺産の分割協議をするでしょう。そうしたら、長男には不動産を、次男には株券その他の有価証券を、三男には現金を、こういうふうに分けたとします。そのときに、契約の内容上、客観的に前提になっていることが一つあるのです。それは、全員が本当の相続人であるということを前提としているわけです。一々約束しませんよ。しかし、兄弟ですから、3人が本当の真正な相続人であることを論理的に前提にしていないと遺産分割協議は行えないわけです。ところが、実は長男だけがわらの上の養子で、他人からもらってきたときに、実は養子であると知られたら、親子の関係がうまくいかなくなるかもしれないので、もらってきた子で養子だけれども、養子と届けなくて実子として届けていたということが世の中によくあ

るでしょう。その場合、遺産分割協議後長男には法定相続権のないことがはっきりしたら、遺産分割協議も結局無効にならざるを得ないでしょう。これは、だれが考えても絶対に無効になりますよ。これが前提です。

サヴィニーの場合には、本質的効果意思の効力を発生、消滅せしめるために、附款としての合意は二つあり、それは、条件と前提だということです。条件のことをconditioと言います。それに対して前提のことをmodusと言います。そして、それはローマ法にちゃんとあるのだということをサヴィニーは『現代ローマ法体系』（全8巻中の第3巻）というすばらしい本の中でちゃんと書いているのです。この「前提」概念について、詳しく講義していたら、これは何時間もかかるので詳しいことは言いませんが、条文上は消えてしまいました。しかし、解釈上は絶対に否定することができない理論です。前提が事実と反したり、前提が欠如していたら、法律行為は全体として効力を失うのだという場合ですね。契約の内容上、行為の前提、基礎に置くという場合だけではなくて、実は、契約の内容とは直接関係はしないが、一定の事実を確実なものとして前提する場合があります。

それが最近では、私の「絵画の性質に関する錯誤」という論文で明らかにしているのです。資料（４）－１のガニメデスの略奪事件始末という私が解説を書いた事件です。これについて私は判例研究を行っています。資料（４）－２に絵画の真筆性に関する錯誤とあります。その判決文を見てください。その判決文によりますと、モロー作ガニメデスの略奪という絵画を売買するときのいきさつを述べた上で、両当事者が本物であることを『前提』にした売買だとはっきり認定しています。前提というのはそういうふうに出てくるのです。当事者が本物であると前提して、2,500万円よりも高い値段で買ったところ、実はそれがにせものだったというケースです。それについて、前提であると認めていながら、民法95条で無効だと認めています。

このように、解釈の場面では前提の理論は必ず取り入れられるわけです。条文上はなくなりましたが、契約の内容上、一定の事実を確実なものとして契約の基礎ないしは前提に置いた場合ではなくて、両当事者の取引のいきさつから目的物の性質などを特に前提とする場合は、先ほどの相続人性のような客観的前提ではないので、私はこれを主観的前提と呼んでいます。先ほどの遺産分割協議の場合の前提は客観的前提で、目的物たる絵画が本物であるという前提は主観的前提と呼んで区別していますが、効力は全く一緒です。前提がなくなれば契約は無効になるのです。これは理論として認めざるを得ないのです。私は、若いときからこのサヴィニーの理論に従って主張し、それで論文をたくさん書いてきたのですが、最近ようやく認められるようになりました。そして、私の敬愛する民法学者、加藤雅信という名古屋大学の教授で、今は上智大学の法科大学院で教授をしておられますが、彼が自分の教科書の中でこの前提理論を全面展開しているのです。この間、彼の著書を調べてみましたら、私の言っていることとほとんど一緒でした。一部だけちょっと違うところがあります。なぜかという、彼は、前提は深層心理だという考え方だからです。私は、深層心理ではないと思います。これはちゃんと前提の合意がある場合です。合意があると認められないとだめです。ですから、彼のように、合意はないけれども、深層心理としての前提が法的な効力を持つのだということを言っていますが、それは理論的に成り立たないと思います。私のように、前提というのは条件と同じ合意なのだ、附款なのだ、その前提が崩れるから、その上に立つ契約が効力を失うのだというのが理論的であり、しかも、無効になる根拠が明確になるのです。判例は錯誤で無効にしていますが、モローのガニメデス事件その他の幾つかの事件で、錯誤による無効を言うのではなくて、前提の欠如による無効を言うのが私は理論的だと思っています。

改正試案の錯誤の細かな規定を一々紹介しなくても、ここに書いてあるとおりですが、結局、試案（『詳解債権法改正の基本方針

序論・総則』商事法務103頁以下）のこの解説によりますと、表示錯誤と動機の錯誤を区別するのは、今の到達水準である。表示の錯誤は意思欠缺錯誤です。サヴィニーの言う本質的錯誤です（サヴィニー自身は、これを「不真正錯誤」と呼んでいます）。それに対して、動機の錯誤というのは、例えばこの絵画の事件もそうですが、皆さんも知っている有名な受胎馬錯誤事件は、年齢13歳の受胎している名馬だと馬を引いてきた売り主が「言明」したというふうに事実認定しているのです。大正6年の大審院判決です。大きなおなかの雌馬を引いてきて、この馬は年齢13歳で受胎している名馬である、だから買ってくださいと言ったのです。そこで買い主はそれを見て、立派な馬だし、おなかも大きいし、来年の春には子馬が生まれて2頭になりますから、だから、売り主の売り値どおりでお金を払って買った。ところが、獣医さんに調べてもらったら、受胎もしていない、全然駄馬だった、年齢も違ったのです。

受胎馬錯誤事件を考えてみますと、この場合は動機の錯誤です。年齢13歳で受胎している名馬だ、だからこの馬を買う、特定物であるこの雌馬を買うというふうに買い主は意思表示しているわけです。ここには、その馬が今言ったように年齢13歳ではなく、受胎もしていない駄馬だったとしたら、真意と事実との間に食い違いがありますね。動機が誤っていたことになります。このように、動機の錯誤というのは事実の認識の誤りなのです。事実に対する認識の誤りは、売り主が保証もしていないか、両当事者が条件や前提にしていないのならば、この場合は買い主の負担すべき危険です。だから、動機の錯誤は、サヴィニーによれば保護に値しないと明言されています。それを保護してもらいたいと思えば、動機になった性質の具有を売り主に保証してもらうか、条件にするか、前提にすればいいのです。そうしたら、当事者間の合意があって、保証の場合なら契約は有効で、保証違反で契約を解除し、代金の返還請求ができます。保証の場合は損害賠償も請求できます。条件の場合だったら、先ほど言ったように契約は無効になります。前提の欠如の場合も、先ほどの絵

画の売買のように無効になります。このように、当事者間の動機が合意されたら、合意された動機が合意の内容に従って契約の効力に影響を与えるのです。これが私の錯誤理論です。

ところが、「解説」によれば、今回の改正の改正条文は、結局、動機の錯誤を条文化するということを企図し、その動機が合意された場合に特別に保護に値するというふうに構成しようとしているのです。ですから、これは、表示された動機ではなくて合意された動機が保護に値すると私が主張してきたことを恐らく取り入れたのでしょう。取り入れようとしているのに、私を一切引用していません。そのあたりがちょっと問題です。そして、改正試案の言う合意はちょっと違うのです。私の言う合意というのは、今言ったように、動機であるものが合意された場合、明示、黙示に表示されて合意されたら、それは保証か条件か前提になるのです。わかるでしょう。ところが、「解説」の言う合意はそうではないのです。年齢13歳の受胎している良馬であるものとしてのこの馬の売買、こういう合意の内容になるということを認めようとしているわけです。

そうなると、どうなるかといいますと、特定物の場合、年齢13歳の受胎している名馬であるということが債務内容になってしまうのです。特定物でこの馬に限ると言っておきながら、債務の内容になりますから、売り主は、もしそれが受胎していない駄馬だったならば、別に受胎している良馬を探してこなければいけないことになります。種類物売買と同じようになるのです。一種の売買という言葉を使っていますが、売買ではなくて、委任か請負のような「為す債務」になってしまうのです。

フランス民法では、請負と違って、このようになす債務を合意することを、請負の「請」という字に合意の「合」と書いて「請合」と言っています。フランスでは請合の観念が民法学上ありますからまだいいのですが、我が国の場合は、それが無いのに特定物の売買という名前でそれが合意の内容になったということで錯誤無効を引き起こすことになりかねません。そうしたら、今度は570条の瑕疵

の概念を変化せしめることになります。570条の瑕疵担保責任の瑕疵という概念です。この瑕疵という概念は、今度の改正によりますと、契約の「不適合」という言葉に変わるそうです。

レジュメの9ページを見ていただきたいと思います。

改正試案の〔3. 2. 1. 16〕、その前の〔3. 1. 1. 05〕、瑕疵の定義において、物の給付を目的とする契約において物の瑕疵とは、その物が備えるべき性能、品質、数量を備えていない等、当事者の合意、契約の趣旨及び性質に照らして、給付された物が契約に適合しないことをいうと言っています。そうしたら、年齢13歳の受胎している良馬であると内面で思って、それを売り主が言明したから、それなら買いましょうと買い主がいったら、内面の意思と表示が食い違うことは絶対にありませんね。年齢13歳の受胎しているこの雌馬を、例えばそのとおり200万円で売買するというようになるわけです。どこにも意思と表示の不一致はないです。しかも、それは契約の内容になっている、合意の内容になっているのです。そうしたら、瑕疵担保の瑕疵と全くダブってしまうではないですか。瑕疵担保責任の場合のここの瑕疵は契約の不適合で、契約は完全に有効である。契約は有効だが、契約に性質上の不適合があれば、有効であるけれども、債務不履行で処理しろというのがこの改正規定でしょう。

ところが一方、全く同じ内容、要件で、動機の錯誤でも無効になると言っていることになるのです。錯誤無効と詐欺取り消しは、二重効、現在、学説上認められています。無効なものの取り消しということがあるのかという問題もかつては議論されましたが、要件が違うからいいのだと。ダブることがあっても、一方は錯誤無効を主張することもあるだろうし、錯誤無効の主張ができないときには、例えば詐欺取り消しでいくというふうに二重効を認めています。

しかし、これはどちらも取り消した後は無効になるからいいのです。ところが、今度の錯誤の規定と瑕疵担保の規定では、一方は無効ないし取消しになり、一方は有効になるのです。有効で債務不履行になるのです。全く同じ要件なのに、一方は無効ないし取消しに

なり、一方は有効になるのです。こういう理論的不整合は、それこそあってはならないと思うのです。

このように、錯誤の規定には大いなる問題があるということを私は指摘したいと思います。

しかも、この錯誤については、第三者の保護を図っている点は、私は積極的に評価します。その点はいいと思います。ところが、問題は、今言った問題点のほかにあえて言いますと、ここにある適用事例1で説明しています。恐らく内田さんだと思いますが、適用事例1で具体的な例を挙げているのです。皆さんのレジュメにはありませんが、前掲の『詳解－基本方針』商事法務108ページにあります。

どんな事例かといいますと、Bさんがいました。Bさんが、甲という土地を見て、その土地の上に店を開きたいので、賃借権を設定したいと考えまして、甲土地の所有者はだれか探したのです。そうしたら、仮にサッポロイチロウという名前だとして、サッポロイチロウ（C）さんが甲土地の所有者ということがわかったのです。そこで、その住んでいるらしきところへ行って、サッポロイチロウさんの甲土地の賃貸借契約を締結したと言うのです。ところが、同じサッポロイチロウという同一の親戚の名前で、実は、その方はCさんではなくてAさんだったのです。CさんのつもりでCさんの甲土地を賃貸借契約したつもりなのに、同じサッポロイチロウですからね。ところが、実際にはAさんというサッポロイチロウさんで、Cさんの親戚で同姓同名だった。こういう例を出しているのです。そして、解説によると、これはAさんをCさんと間違えたので、人の同一性の錯誤だと解説は言っているのです。錯誤の理論の難しさはこのあたりにあるのかもしれませんが。AさんをCさんと思った。そして、AさんはCさんの土地が100番地の1という土地であれば、その北側に隣接して100番地の2という土地を持っていたのでしょうか。そこで、どのような表示をしたかを解説していないのがこの「解説」の問題点です。恐らく、私だったら必ず、どのような申し

込みの意思表示をしたかをまず吟味し、それとの関係で錯誤があるかどうかを検討しなければいけないのに、この解説によると、どのような表示があったかをそもそもはっきりさせていないのです。Aさんを甲土地の所有者Cさんと間違えたので、人の同一性の錯誤がある、これは表示錯誤だ、こう言って解説しているのです。しかし、これは私から言ったら全くの間違いなのです。これは同一性の錯誤ではないのです。これは、単純に所有権者性の錯誤です。Aさんが甲土地の所有権者だったら問題ないのです。ですから、Aさんの属性を錯誤したわけです。所有者ではないAさんを所有者であるAさんだと間違えただけのことです。この場合、Cさんと間違えたわけではないのです。同一性の錯誤というのは、錯誤者が2人の存在を明確に意識していないと生じないのです。そのあたりの錯誤論の難しさを民法（債権法）改正検討委員会は理解していないのですね。これは単純な属性錯誤、性質錯誤です。ですから、そのときにどのような表示をしたかです。

例えば、契約書に本当に100番地の1と書いたのか、100番地の2と書いたのか。それから、申し込むときに100番地の1の所有者のCさんですねと言ったのか、言わなかったのか、こういうことを明確にしないと、事例そのものの評価が全く異ったものになるわけです。そして、試案によると、同一性の錯誤は表示の錯誤だと強調して言うわけです。表示の錯誤は意思欠缺だと言っていますが、私の目から見れば、このケースは単純な人の性質に関する錯誤で、所有者ではない人を所有者だと思っただけのことです。ですから、単純な動機の錯誤にすぎません。ただ、もちろん、表示や申し込みの意思表示の内容を明確にしないと錯誤を論じてはいけません。ですから、Bさんが甲土地の賃貸借契約の申し入れをしたら、Aさんが相手の申し入れを誤っただけのことでしょう。自分は100番地の2の土地（乙地）の所有者であり、100番地の1の甲土地の所有者ではないのに、乙地の申し入れと誤ったかどうかだけにすぎないのです。ですから、むしろ、問題はAさんの方であって、Bさんの

方にあるわけではないということになりかねないのです。錯誤というのはこれほど難しいということです。試案自体、錯誤論を全然わかっていないということを私は申し上げたいのです。わかっていないのに、ああだ、ここだといろいろと解説していることに条文改正上の難しさがあるだろうと思います。それから、合意主義だといって動機が合意されたならば、その合意内容と事実が一致していなければ、契約の不適合で錯誤となると主張しているようです。しかし、合意と事実の不一致一般は、むしろ、動機の錯誤のことであり、表示に対する内心の意思の欠缺たる表示の錯誤とは異質のものです。私も、動機（となった事実）が合意された場合に、保護に値すると思っていますが、それは、動機が表示されて、合意されたとしても、それは、条件、前提、特約、性質保証等々の内容になること、従って、合意内容に従って、効力が異なることを認めるものであって決して内容の錯誤になると主張するものではありません。一口に「合意主義」といっても、意味が全く異なることに注意してもらいたいと思います。

そのほかにも幾つか問題点があるのですが、この条文などは、解説ともどももう少し練り直していただきたいですね。私の言う合意された動機の意味、内容をよく理解していただいて、動機の錯誤を条文の中に取り入れること自体は私も積極的に評価しています。それには、要件上、合意された動機という視点をもう少し明確に出して、合意された動機の場合には錯誤無効ではなくなる可能性がありますので、やはり条文を分けた方がいいと思います。条文を分けた方がすっきりした条文になるのではないかと考えています。具体的な条文化は非常に難しいと思いますけれども、そういうことも非難せざるを得ないというのが私の現在の心境であります。

錯誤につきましてはもっと言いたいことがたくさんあるのですが、レジュメの 8 ページをもう一度見ていただきたいと思います。

表示上の錯誤と内容の錯誤、それから、改正試案に共通錯誤を保護するという規定があります。共通錯誤というのは、先ほどの受胎

馬錯誤事件を例に挙げますと、売り主が言明し、売り主が受胎している良馬であるからこの馬を200万円で売りたいと言ったとしますね。買い主も、受胎している良馬であるから、それだったら言い値どおり200万円で買いたいと述べて、表示と意思が合致したとします。この場合、売り主、買い主2人とも受胎している良馬であると思っていれば共通錯誤になります。全く同じ共通錯誤です。厳密に言えば、共通動機の錯誤と言います。この共通動機の錯誤が保護に値するということは、かつて30年ぐらい前に四宮和夫先生が言い出したのです。しかし、共通錯誤がなぜ保護に値するのか、四宮先生は理由を説明していないのです。私は、共通錯誤であるという理由だけで動機の錯誤を保護する理由はないと思います。多くの場合は、先ほど言ったように、売り主が言明しているのです。売り主が言明した性質は保証したものと推定するというのが私の理論です。だから、売り主が引いてきた馬を、この馬は年齢13歳の受胎している良馬だから、この値段で買ってくださいと言ったら、買い主が信じるのは当たり前でしょう。ですから、共通錯誤で保護されるのではなくて、売り主が言明し、説明し、広告したことは保証したものとみなすのです。これは契約の解釈です。これは、イギリス法でも一般化されている解釈原則です。

英米法では、合意の解釈の理論として、特に商人が素人に対して広告、宣伝、説明、言明したことは全部保証したものと推定するという解釈原則が行われています。私は、英米法は全く正当だと思いますよ。

ですから、今のケースの場合でも、売り主が言明したら保証になるのです。保証になりますから、受胎している良馬でなければ、保証違反を理由にして契約を解除し、債務不履行を問い、全体を解除して、代金の返還と損害賠償を請求できるのです。このケースの場合は、単に共通錯誤だからといって錯誤無効になるということを認める理由も必要もないのです。

ところが、四宮先生が一方的に理由も根拠も説明もなしに共通錯

誤は保護に値すると言っています。ドイツで共通錯誤を保護した判例が幾つかあるのです。しかし、ドイツでは行為基礎論という独特の理論があります。大変すぐれた理論です。私は賛成していませんけれどもね。その理論に従って、共通錯誤の大半を判例上保護したのです。ラーレンツは「共通動機の錯誤」を行為基礎論で保護すると言っています。ドイツの理論状況から、四宮先生は行為基礎論を誤解したのでしょうか。共通錯誤であるがゆえに保護されると勝手に思ったのだと思います。しかし、ドイツの理論は、共通錯誤であるから保護しているのではないのです。それ以外の理由があるのです。一方が契約に束縛することが信義則に違反するという判断が行われる場合、共通動機の錯誤も特に保護に値するというのがドイツの行為基礎論です。実は、信義則の適用なのです。それを四宮先生はよく知らずに、共通動機の錯誤だという理由だけで保護に値するとしたことが、現在の日本の通説的な見解になり、試案もそれを述べているのです。だから、条文化で共通錯誤はもうそれだけの理由で保護に値すると、保護しようとして条文化しているのです。

皆さん、今度は条文の方を見てください。

3 ページの 3 項のア、イ、ウ、エがありますでしょう。エ、「相手方も表意者と同一の錯誤をしていたとき」、取り消すと言っていますね。これは、理論を知らない証拠なのです。共通錯誤であるという理由だけで動機錯誤者を保護する理由は全くありません。これはドイツでも保護しておりません。これは四宮先生の誤りなのです。そういったことも私の論文や教科書にきちんと書いてあるのです。恐らく委員会諸子も読んでいると思うのですが、あえて無視しているのが実情のように思います。

それから、表示錯誤と動機錯誤はどこがどう違うか。

8 ページをもう一回見てください。

表示錯誤と動機錯誤、つまり事実錯誤の問題点はこういうことなのです。表示錯誤というのは、表示上の錯誤と内容の錯誤のことを言います。表示上の錯誤というのは、皆さんも知っているように、

書き間違いや言い間違いのことです。

有名な昭和54年の最高裁判例で、150万円の手形を振り出そうとしたのに、ゼロを一つ余計に書いてしまって1,500万円の手形になったという事件が起きました。表示上の錯誤の全く典型例です。そして、受取人は、これを一たん流通に回したのですが、裏書きしているものですから、自分に責任を問われたら困ると思って、自分が流通に回したやつをもう一回とり戻して、そして振出人に1,500万円を手形法で訴えた。ところが、当事者間では150万円の手形を打つという合意があった。こういうケースです。

この場合は、真実の合意内容の、ファルザデモンストラティオ（*falsa demonstratio*）と言って、誤った表示にすぎないので、誤った表示は効力がないのです。当事者の理解が一致した限りで有効になるのです。つまり、150万円の手形として有効なだけで、1,500万円の手形としては無効なのです。実際の判例もそういうふうに解決しました。

そういう意味で、表示上の錯誤というのは表示記号の誤使用のことを言うのです。ですから、一方当事者が単に誤って1,500万円と書いてしまった、自分の内心は150万円のつもりなので、1,500万円という意思はないでしょう。内面の意思は150万円ですからね。だから、表示と意思との食い違い、つまり意思の欠缺で無効になる、錯誤で無効になる、こういうふうに構成されます。

同じように、取引の交渉過程で両当事者が150万円の手形を作成すると一致して合意していた場合は、錯誤ではないのです。我妻先生の教科書で内容の錯誤について、ドルとポンドを同じ価値だと思い違いしたという例が挙がっています。それから、マイルと海里を同じ距離だと思って間違えるようなものが内容の錯誤だという例が挙がっています。しかし説明がないのです。説明がないから、内容の錯誤はなかなかわかりにくいのです。ところが、さすがにドイツのラーレンツという人は、内容の錯誤について、ちゃんと書いています。表示記号に表意者が主観的に与えた意味と表示記号の取引上

の客観的意味とが食い違っているということです。例えば、ポンドとドルを間違えたという場合、イギリスはポンド、アメリカはドルと言っているだけで、1ドルも1ポンドも表意者が同じ100円だと思っていたとします。ところが、客観的には円に換算したらポンドは、かりに260円ぐらいするものを表意者は100円と主観的意味を与えてしまっている、だから、内容の錯誤というのは、これは、表意者が主観的に与えた記号の意味と取引上の客観的な意味との食い違いを言うのです。これなら学生さんならだれでもわかるでしょう。それが内容の錯誤です。10ポンドで売りたいといった場合、1,000円のものなのに、実際には2,600円になるのです。買い主は1,000円で買いたいという意味で、それを10ポンドで買いたいと言ったのです。10ドルをかりに1,000円として、そのつもりで表示しているのです。10ポンドで買いたいと表示していても、2,500円や2,600円で買う意思はないわけです。自分は1,000円で買う意思なのです。だから、表示と内面の意思との食い違い、錯誤で無効になる、こうなるわけです。

これに対して、動機の錯誤の場合はそうではないのです。事実に関する誤りであります。

そして、実は、合意主義だということを言いますと、合意主義というのは、先ほど言ったように、合意の内容となることは保証や条件や前提の内容になりますが、本質的効果意思の内容にはなり得ないものなのです。これがいわゆるツィーテルマンの特定物のドグマという理論です。その特定物のドグマは、我が国では多くの人に誤解されています。そこで、今回、皆さんのために、私の書いた論文の一節を紹介いたします。

きょうは、最後の代理のところまで行けなくて申しわけないのですが、最後に、この特定物のドグマは正しい理論ですから、正しい理論である特定物のドグマをぜひ皆さんに伝えたいと思います。

ちょっと読んでみますが、特定物のドグマとは、ドイツのツィーテルマンによって理論化されたものである。資料(1)の後ろにツ

ティーテルマンの生まれ年と亡くなった年を自筆で書いてありますので(1852-1923)、見てください。ドイツの有名な大理論家ですが、彼は、特定物の取引においては、意図、すなわち、効果意思の個別化において時間と空間のみによって目的物を確定し、それを取引の対象として現状のまま引き渡すという義務を売り主に課するという議論を主張しました。これを「特定物のドグマ」と理解されて、誤解されて我が国で導入されています。ですから、性質に関する表象ないし観念は、本質的效果意思の内容にならないという意味でティーテルマンは使っているのに、時間と空間によってのみ、このもの、あのものというふうに物を個別化したら、それにいろいろな性質が備わっていると買い主が勝手に思っても、それは買い主の単純な思い違いだ。買い主が本当に一定の性質が備わっているものを欲しいのなら、売り主に保証してもらう、これがティーテルマンの特定物の理論なのです。

ところが、我が国では、ティーテルマンの理論は、動機である性質については絶対に合意の内容にならないとする理論だと誤解されているのです。そうではないのです。ここで説明しているように、ティーテルマンは、特定物の取引においてはそのものの引渡しに売主の義務は限られるが、性質に対する表象や観念は、取引の通念や、売り主の言明、説明や、買い主の希望的な明示、黙示の表示等々で、合意をよく調べたら、それは保証や条件や前提になる。保証や条件や前提になれば、それらの効力として本質的效果意思に影響を与えるという理論なのです。ですから、この特定物のドグマは否定する人が多いのですが、私の目から見たら、否定する人の方が完全な過ちですね。ちょうど、四宮先生の過ちのような過ちを我が民法学者の大半の人が持っているということを皆さんにお伝えしたいと思います。

おわりに

ちょっと時間が足りないので、代理のところで重要なことを言うことができなくなってしまいました。まことに申しわけありません。

なお、私は、ここに大変なゆかりを感じます。といいますのは、私の師匠格である北大名誉教授の五十嵐先生がこの創立当時に教鞭をとられました。今も来ておられるかもしれません。その先生は、私にとって師匠格の人です。ですから、若かりしころ、五十嵐先生を訪ねてここをお伺いしたことがございます。そうしたら、数年前に、私の一番弟子である野口さんがここで論文を評価していただいて、それも形式的には私との共著の論文なのです。実際には野口さんが一人で書いたのです。私は指導したにすぎないのですが、普通、共著の論文というのはなかなか評価してもらえないものです。ところが、このスタッフの先生方から野口さんの論文は大変評価していただいて、ここに専任講師として採用していただきました。そういう意味では、私は、皆さんに大変恩義を感じている次第です。

さらにもう一つ、私が名古屋大学の大学院で勉強しているときに、私が大学院生と助手であるときに、私にゆだねられて集中講義に東大の先生を呼んでもいいということになったのです。そのときに呼んだ今でも鮮やかに思い出す最高の先生が川島武宜先生でした。民法と法社会学の大家ですね。今お聞きすると、ここに川島先生の蔵書が全部入っているのだそうです。川島文庫と名づけたそうです。私は、川島先生に1週間、目の前で講義で教えてもらいましたから、物すごく手ぶりや身ぶりの大きい人なのですが、今でも川島先生の手ぶりや身ぶり、そして講義の内容を思い出します。ここへ来たら、その文庫があるということです、そこにもゆかり、縁を感じたりしています。

今回は、私ごとき者をお呼びいただきまして、大変ありがとうございました。

皆さんもどうぞ今後とも勉強にはげんでください。(拍手)

○司会 高森先生、貴重なご講演をありがとうございました。

私も久しぶりに先生のお話を壇上でお聞きしまして、民法改正への理解がより一層深まりました。ありがとうございました。

本日は、お忙しい中をご講演いただきまして、ありがとうございました。

最後に、お礼のお気持ちを込めて、高森先生に大きな拍手をお願いいたします。

〔高森講師降壇・拍手〕

○司会 それでは、講演会を終わります。

以 上