

Title	無意識的不合意と錯誤との関係について： 意思表示解釈の原理をめぐり
Sub Title	Die abgrenzung von Irrtum und verstecktem Dissens : ein Beitrag zur Auslegung der Willenserklärung
Author	内池, 慶四郎(Uchiike, Keishirō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1965
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.38, No.1 (1965. 1) ,p.187- 220
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	神戸寅次郎先生記念論文集
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19650115-0187">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19650115-0187</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 無意識的不合意と錯誤との關係について

——意思表示解釈の原理をめぐり——

内池慶四郎

- 一 問題の所在
- 二 ドイツ民法とその第一草案
- 三 ダンツの見解
- 四 マニツクの見解
- 五 批判
- 六 バイラスの見解
- 七 旧民法の規定とその理論
- 八 民法典と旧民法
- 九 神戸博士の見解
- 十 結語——私見

## 一 問題の所在

当事者は合意があると信じながら、実際には合意のない場合、即ち無意識的不合意（不表見的不合致<sup>(1)</sup>）と錯誤との問題は、かつて神戸寅次郎博士が、その「合致論」<sup>(2)</sup>及び「契約総則」<sup>(3)</sup>に於て精緻な議論を展開されてより以後、わが国の民法学界では殆ど学者の関心をひいていない。

後に述べるように、この問題は意思表示、とくに契約の解釈原理と不可分の關係にあるのであつて、解釈原理の理論的正無意識的不合意と錯誤との關係について

当性と実用性との試金石ともいふべきものである。ドイツに於ては、その第一草案から現行ドイツ民法に到るまでの条文の改正を背景に、この問題をめぐつて、いわゆる表示説と意思説とが鋭く対立している。そして第一草案からドイツ民法に移行する立法は一見、表示説に有利な如き法文上の根拠を与えるにもかかわらず、またダンツ、ティツェ、両レオンハルト、エルトマン等表示説の立場に立つ学者より激しい論難が加えられたにもかかわらず、ライヒス・ゲリヒトの判例は一貫して意思説を採り、学説もこれを支持するものが多い。<sup>(5)</sup>

これに対してわが国の立法を見ると、旧民法には意思主義を支持する規定が少からず、また現行民法はその九五条において意思説を基礎とする第一草案の規定を継受している。それにもかかわらず、意思表示の解釈としては現在表示主義的理解が支配的であり、意思主義的理解は「現実の現代法」の下に於ては謬見であり、その「理論的正当性も實際的有用性もその論理的地盤たる意思主義的表示理論と共にこれを否認すべきもの」として排斥されているのである。そして、かかる表示主義的理解が広まることと軌を一にして無意識的不合意と錯誤との問題は議論の対象とされなくなつて来ている。<sup>(9)</sup> まことに興味ある現象といわなければならない。表示説は、果してこの問題を解決し終えたのであろうか。この疑問が本稿の動機である。

例えば我妻博士は「合意が成立するかどうかは、表意者の内心の効果意思とは無関係に、あくまでも表示行為の客観的な意味によつて判断される。そして成立した合意の内容と表意者の内心の効果意思のくい違いは、錯誤の問題となるだけである」として意思表示の解釈、合意——不合意、錯誤を区別される。従つて、「意思表示の解釈は表示された効果意思の内容の確定であり、又不一致は一応存在する二個の意思表示の不合致であつて表示された効果意思相互の問題であるのに対し、錯誤は表示された効果意思と内心の真意との関係」と云うことになる。<sup>(11)</sup> そしてこれが現在のわが民法学の通説的理解といつて差支えあるまい。<sup>(12)</sup>

ところで、この一見極めて明瞭な区別は、果して何を、何から区別しているのであろうか、意思表示の解釈が表示の客観的意味（かかるものが存在するならば——）の確定であるとするならば、意思表示の合致・不合致とは、かかる解釈から当然に生ずる帰結としての表示の客観的意味の問題である。即ち契約締結に関して見る限り解釈と合致・不合致とは同義語反覆ではない。そして合致・不合致がかかるものであるとするならば、内心的真意と表示との食い違いが錯誤の問題にしかならないのは、判り切つた話であつて、実はこの区別からは意思表示の客観的解釈と云う一つの主張しか出て来ないように思われる。無意識的不合意は、不合致、錯誤のいずれの場合に属するのであるか、あるいは不合致以前の問題として解釈上かかる場合の表示はどのように取扱われることになるのであるか。錯誤との関係は如何。上にあげた三者の区別は、この間に何の答をも与えるものではない。以下においてはこれらの問題をめぐるドイツ民法上の議論を考察し、それと対照しつつわが民法の沿革とその理論を回顧してみたい。

(1) わが国の判例では無意識的不合意を正面から認めた判決は少い。しかし大判昭和一九年六月二八日民四部（民集二三卷一五号三八七頁、判例民事法昭和一九年度一一三頁評釈川島）は、「本件契約ノ文言ニ付テハ当事者双方ニ於テ解釈ヲ異ニシ、双方異レル趣旨ヲ以テ右文言ノ意思表示ヲ為シタルモノニシテ、兩者ハ契約ノ要素タルベキ点ニ付合致ヲ欠キ、從テ契約ハ成立セザリシモノト云ハザルベカラズ」と判示しているのは重要な先例といえる。但し川島教授は表示説の立場からこの判決に強く反対され、これを錯誤の問題と見られている（同評釈一一八頁）。もとより、この事案については、これを錯誤とも見られないことはない。しかし、錯誤か不合意かは表示の内容が多義的か（*meindutig*）、一義的か（*eindeutig*）の判断から定まるもので、この判決の意思表示解釈が「意思主義的」なるが故に誤りであるとされる教授の見解には私は賛成出来ない。

(2) 神戸「合致論」法学志林一五卷一〇号乃至一一号一六卷一三号、民法論纂所収三二二頁以下

(3) 神戸・契約総則・註釈民法全書第八卷一二頁以下

(4) Oertmann, *Allgemeiner Teil, Kommentar z. BGB. 2. Aufl. 1908*, SS. 413, 473. Danz, *Die Auslegung des Rechtsgeschäfts 3. Aufl. 1911*, Tlize, *Die Lehne vom Mißverständnis*, 1910, S. 480 ff. Rudolf Leonhard, *Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge*, Teil. I, S. 85 ff., Franz Leonhard, *AcP*, Bd. 120, S. 14 ff.

無意識的不合意と錯誤との関係について

- (15) Manigk, Jherings Jahrb. Bd. 75, 1925, S. 127 ff. にかかげる諸判例参照。
- (16) Enneccerus-Nipperdey 15. Aufl. S. 1003 ff. Staudinger-Cong. Vorben. 1 zu §§154, 155, 2. Manigk, Das Wesen des Vertragsschlusses, Jher. Jahrb. Bd. 75, SS. 128, 226, Planck-Flad §155, 4c. Lehmann, Allgem. Teil 7. Aufl. S. 191 usw. 現在のドイツ民法学の主流は、意思説であると見て差支えないであろう。もとより意思表示解釈について意思説・表示説という対称も、学説上、解釈の志向する目的が、表示者の真意か、あるいはこれと切斷された表示自体から相手方あるいは一般社会が理解する客観的内容の意味づけにあるかと言う方向からこれを區別出来るに過ぎないのであつて、一応意思説に分類される学説もその意思の内容、表示との関係等についての見方は区々である。例えば近時有力な妥当表示説 Geltungstheorie は、ラレンツによれば従来の意思説と表示説との二元的対立を上揚する意図の下に提唱されたものではあるが (Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 58 ff.)、その核心たる Geltungserklärung の觀念は、フルームによれば、既にサウイニ以来の意思説の中に認められるとして、これを意思説のカテゴリーに入れるべきものと扱われている (Flume, Rechtsgeschäfte und Privatrecht, S. 156)。
- (7) 財産編第二部第一章二九五条、二九六条、三〇四条乃至三三二条、とくに三六五条、三五九条等。
- (8) 川島「意思欠缺と動機錯誤」民法解釈学の諸問題二一七頁
- (9) わが民法上の理論として不合意と錯誤との區別を問題とすることの実益を問われるかも知れない。ドイツ民法に於ては錯誤は取消原因であり、しかもその取消権の行使には相手方の信頼利益を賠償すべき義務を伴い(一九、二二条)、かつ行使について時間的制限(二二条)があるのに対して、不合意の場合は契約は当初から成立せず(一五四、一五五条)、その主張には賠償義務を生じない(この点反対説も多い)故にその効果は著しく異り、実際上も錯誤の主張を回避して不合法を主張して契約の拘束を脱しようとする傾向がある。この二つの場合を區別することは当事者にとり重大な利害関係がある。
- これに対してわが民法では錯誤の効果は無効と規定され、錯誤による無効は賠償義務を生じないと一般に解されている故に、効果の上では錯誤も不合意も大差がないとも見られる。おそらくこれがわが国の実務上不合意の問題とされることが少く、錯誤が多く問題とされる理由の一つであろう。しかしこの二つがその要件のみならず効果についても少からぬ違いがあることは、既に神戸博士が説かれているところである(契約総則五三頁以下参照)。とくに契約締結上の過失理論がわが学界に認められて来るに従つて錯誤と不合意との區別が重大な意味を持つことは疑ないが、この問題は稿を改めて取上げることとしたい。
- (10) 我妻・債権各論(上)五五頁以下
- (11) 川島「意思欠缺」一九八頁
- (12) 同旨の論述は、末川・契約総論七頁以下、末弘・債権各論一七頁、鳩山・日本債権法各論九頁及び七六頁以下等々にも見られる。

## 二 ドイツ民法とその第一草案

契約が成立するためには、合意 *consensus, Konsens* がその不可欠の要件たることは、既にローマ法にも表現されているところであり、普通法時代の学説も一致してこれを認めている。但し、この合意を以て表意者の意思の合致と見るか、あるいは表示の客観的内容の合致と見るか、という点については意思説と表示説との対立があり、ドイツ民法もその第一草案から現行の規定に落着くまでには、少からぬ変更修正が加えられている。

即ち第一草案七七条は「契約の締結には、当事者双方が一致せる意思を互に表示することを要する」と規定して意思の合致を要件とし、これを受けて同草案一〇〇条が、意思の合致が欠けた場合を無意識的不合意とし、更に九八条が「真意と表示された意思との不一致が表意者の錯誤に基づく場合には」その表示が無効 *nichtig* たるべき旨を規定している。

これは明瞭に意思説の立場に基く立法であり、草案理由書はその趣旨を次のように説明している。

「契約締結に際して当事者双方の意思の合致しない場合が二つある。その一は、表示が互に合致するにも不拘、当事者の意思と表示とが符合しない結果として当該意思表示が無効であり、由りて当事者間に意思の合致を欠く場合である。即ちその二は、当事者各自については夫々に意思と表示とが符合しているにも不拘、誤解の結果として各自の意思表示が合致することなく且つ当事者が意思表示の合致しないことを知らない場合（狭義の不合致 *Dissens im engeren Sinne*）である。この二通りの場合はいずれも同じ法原則に支配される。即ち当事者双方の意思の不合致は、その不合致が当事者双方又は一方に於て重要な（*wesentlich*）点に存する限り、当該契約の効力を失わしめる。」

この説明から明らかな如く、第一草案起草者の見方によれば、合意とは当事者の意思の合致であり、不合意 *Dissens* とは、これに対照する概念として、意思の合致せざる場合一般を意味する。意思と表示とが符合しない場合——錯誤——は不

合意を招来する一つの場合として、広義の不合意の中に含まれることになるのである。

しかし草案は第二読会に於て重大な修正を受ける。即ちまず錯誤に関する九八条の文言が現行一一九条の規定する如く「意思表示を為すに際しその内容に錯誤ある者又はその内容の表示を為すべき意思を全く持たなかつた者は云々<sup>(7)</sup>」と改められると共に、内容的にも、次の四点が変えられた。

(イ) 保護さるべき錯誤の範囲を、錯誤者が事情を知り且つその場合を合理的に判断したならば当該の表示を為さなかつたであろうと認められる場合に限定したこと。

(ロ) 取引上重要 (wesentlich) と認められる人又は物の性質に関する錯誤をも表示の錯誤に準じて扱う旨規定したこと。いわゆる性質の錯誤 *Eigenschaftsirrthum* に関する規定である。

(ハ) 錯誤の効果を無効とする建前を改めて、錯誤者に取消権を与えること。

(ニ) 取消権の行使には、原則として相手方に信頼利益を賠償すべき義務を伴うものとしたこと (現行一二二条)。

第二読会はこのように錯誤に関する規定を大幅に改正すると同時に、契約締結について意思の合致を明白に要求する草案七七条を削除し、更に今まで「意思欠缺」(*Willensmangel*)の題下に規定せられていた草案一〇〇条を現行一五五条に移した<sup>(8)</sup>のである。現行一五五条の文言も、草案一〇〇条が「意思の合致を欠く場合には」*“Fehl... die Übereinstimmung des Willens...”*とあつた表現が「合意なき場合には」*“nicht geeinigt”*と改められ、合意の内容を積極的に定義することなく、その解釈を理論に譲つている。このような事情の下に合意と錯誤をめぐる意思説と表示説との対立はドイツ民法の解釈論に持越されることとなつた。

(一) D. 2. 14. I. I *pactio duorum plurimum in idem placitum et consensus*, Ulpian

(二) Dernburg, *Pandekten* 1. S. 215, Windscheid, *Lehrb. d. Pandektenrechts* 1. § 77 S. 207

- (e) § 77 I. Entw. "Zur Schließung eines Vertrages wird erfordert, daß die Vertragsschließenden ihren übereinstimmenden Willen sich gegenseitig erklären." vgl. Motive zum Entwurf Bd. 1 S. 161
- (f) § 100 I. Entw. "Reht... die Übereinstimmung des Willens der Vertragsschließenden..."
- (g) § 98 I. Entw. "Beruht der Mangel der Übereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen auf einem Irrthume des Urthebers..."
- (e) Motive I. S. 202
- (h) § 119 BGB "Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrthume war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, daß er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgeben haben würde.
- Als Irrthum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrthum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden." Vgl. Staudinger-Coing § 119, 3 § 155, 2
- (i) § 155 BGB "Haben sich die Parteien bei einem Vertrage, den sie als geschlossen ansehen, über einen Punkt, über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, in Wirklichkeit nicht geeinigt, so gilt das Vereinbarte, sofern anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde.

### 三 ダンツの見解

ドイツ民法の解釈として、それでは、不合意と錯誤との関係は、どのように理解されているか。表示説の主張をダンツによつて代表をせよう。

ダンツはまず立法の経過をとらえて、第一草案とドイツ民法とは、すでにその理論的土台を異にすると説く。その根拠は錯誤の規定である。すなわち意思の不合致が契約を無効とするとする第一草案理由書の理論は、錯誤による意思表示を無効とする草案九八条の規定に対応するものであるが、この規定がドイツ民法一一九条により取消権の発生とその効果を変えたからには、意思の不合致を以て合意と解することは不可能である。故に錯誤はもはや契約の成立を妨げるものでなく、表示



の客観的意味の合致のみが契約成立の要件たり得る。<sup>(1)</sup> 錯誤ある表意者がその表示を取消さない限りは、契約は合致した表示が持つ取引上通常の意味 (verkehrshübliche Bedeutung) に則した内容を以て有効に成立する。かくして契約成立要件としての合意の有無は、表示の客観的意味の確定にかかり、意思の不合致は、表示と内心との符号即ち錯誤の問題として有効に成立した契約の取消原因たるに止まると主張する。<sup>(2)</sup>

無意識的不合意の場合は、ダンスによれば本来の不合意即ち表示の不合致の問題ではなくて、表示そのものに誤解性という瑕疵があるところから、表示の内容が客観的に不明瞭なのであつて、かかる場合には表示は合致するも、解釈によつて給付の目的物を確定出来ない故に、不能給付を理由として三〇六条によりその契約が不成立となるか、あるいは、客観的に不明瞭な表示で四囲の事情からするもその内容が確定出来ない故に、表示の不明瞭性を理由として契約が成立しないかのいずれかであるとする。<sup>(3)</sup> 但し、当事者が多義性ある表示を同一の内容に理解した場合には、契約は有効に成立することは、ダンスもこれを認めている。<sup>(4)</sup> 従つてダンスによれば一五五条の規定は何等意思の合致を要求するものでなく、一一九条の原則を破るものではない。すなわち一五五条は合意さるべき点について表示が欠けた場合にその表示の欠缺を填補することに關する規定であつて、本条から逆に合意とは表示の合致と解すべきことが論証されるとする。<sup>(5)</sup>

もとよりダンスのこのような合意観は、表示を表意者の内心的意思から切斷して意思表示の効果を表示の客観的意味から根拠づける彼の解釈原理の帰結に他ならない。但し、ダンスも意思表示の解釈——客観的意味の確定——が實際取引上常に必ず決定的である時まで主張するのではなく、当事者が表示に付した意味を了解 (Verständigung) している場合には、表示の客観的意味如何に關りなく、その了解された内容に従つて効力を生ずること、また表示の意味について当事者間に当初から一定の内容に解すべき約定がある場合に、この約定に従つて解釈すべきことは、これを承認する (従つて前述の誤解性ある表示が誤解されずに済んだ如き場合は、ダンスもこれを有効と見る。但し表示説をとる学説でもこの点を無効と主張する立場があることについては後

述す<sup>(5)</sup>。そして、かく理解する根拠は、彼によれば私的自治 *Privatantonomie* の理念にある。即ち当事者間に争なく了解が成立している限りでは、表示の解釈と云う問題は起らないのであり、裁判官には表示の客観的意味を盾にとつて当事者間の了解した内容を変えるべき権限はないとする<sup>(6)</sup>。

ダンツによれば当事者間に表示の内容について了解がなく、またその意味を定める約定がない場合に初めて、裁判官による表示の解釈が始まる。そして解釈の目的は、各当事者がその表示に付した意味ではなく、表示の客観的——取引上通常の——一般の意味を確定するにあり、この目的のために、契約締結前後にわたる四囲の事情 (*Umstände des Falles*) が顧慮されねばならないこととなる<sup>(7)</sup>。従つてダンツの立場からは「意思表示の解釈に際しては、その真意 *wirklicher Wille* を探ねるべく、文言上の意味 *buchstäblicher Sinn* に拘泥すべからず」とする一三三条の解釈規定は、専ら裁判官に対して表示の文字面からの解釈を禁ずるところにその主眼があるので、表意者の内心的効果意思を解釈の対象としていてのではないものと理解され、その解釈の基準を直接に示すのは一五七条の「契約は信義誠実に従い取引上の慣習を顧慮してこれを解釈すること<sup>(8)</sup>を要す<sup>(9)</sup>」とする規定ということになる<sup>(10)</sup>。

更に、ダンツのかかる表示説は、意思説の有力な根拠とされている *falsa demonstratio non nocet*<sup>(11)</sup> の法諺をも、表示の客観的解釈について文言解釈を禁ずる一三三条の趣旨に包摂して理解する。すなわちこの法諺は、意思説の理解する如く合致せる表示の客観的意味と合致せる意思とが符合しない場合に、意思の合致により契約が成立するという内容ではない。表意者が表示に際して誤記・誤言をした場合に、その表示の客観的内容は、その表示の文言から直接に定まるものではなく、その誤記・誤言たることが四囲の事情よりして第三者に認識され得る場合には、その四囲の事情から解釈される結果として、誤記・誤言にかかわらず、表示の意味は表意者の意図した内容で確定することになる。従つてこの場合には意思と表示とは符合し、錯誤の問題を生じない。かくして *falsa demonstratio* は、表示説と矛盾するものではない<sup>(12)</sup>。ダンツの基本的な見解

は以上のように要約することが出来よう。

- (1) Danz, a.a.O., S. 26
- (2) 同旨の見解として v. Tuhr, *Allgemeiner Teil* Bd. II, 1. SS. 481, 486
- (3) Danz, a.a.O., S. 29
- (4) Danz, a.a.O., Anbem. 1
- (5) Danz, a.a.O., S. 30
- (6) Danz, a.a.O., S. 62
- (7) Danz, a.a.O., S. 74 ダンツは契約締結前の準備交渉、及び契約締結に際しての事情ならず、契約締結後の事情、例えば給付の提供、受領等の行為によつても契約時の意思表示の内容を解釈する上で顧慮すべきことを主張する (Danz, S. 73)。曰く「多くの場合に給付の種類・内容の一点の疑もないまでに予め契約することは不可能である。この不確定性 Ungewissheit は、債務者の提供する給付を債権者が受領し、且つこれを債務の本旨に合致したものと承認することにより、解決される」。この趣旨をダンツは、債務履行の場合に限らず意思表示の解釈一般に妥当するものと説いている。誤解性ある表示が誤解されずに済んだ場合の如きは、ダンツの立場では、このカテゴリーに属することにならう。
- (8) § 153 BGB Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.
- (9) § 157 BGB Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es fordern.
- (10) Danz, a.a.O., SS. 42, 57
- (11) 双方的共通錯誤 *beidseitiger gemeinsame Irrtum* 合致した表示の客観的な意味が当事者の意思と符合せず、しかも意思の合致ある場合、例えば *Haakförmigekode* という単語が本来は鯨肉を意味しても、当事者がこれを鯨肉のつもりで売買しているような場合とか、あるいは当事者が共通の契約書に署名して契約を締結した際に、その契約書の記載が当事者の了解している内容と異なるような場合には、契約が表示の内容とは拘りなく、その意思の合致した内容に従つて有効に成立することが学説上一般に認められている。学者はこの場合に *falsus demonstratio non nocet* の法諺を好んで引用する。vgl. *Faneceerus-Nipperdey*, S. 1032 ff. *Staudinger-Cöing*, § 119, 57, S. 654
- (12) Danz, a.a.O., S. 63

#### 四 マニツクの見解

以上に於ては意思表示の客観的解釈に基く合意の構成をダンツの所説によつて見たのであるが、これを検討・批判する前に、ここではダンツとは対蹠的な目的を志向するマニツクの合意論をダンツのそれと対比してみよう。

表示説に対するマニツクの批判は、まずドイツ民法と第一草案との合意観が異なるとするダンツの理解に向けられる。即ち草案七七条を第二読会が削除したのは、契約締結の要件として意思の合致を要することが草案七八条（現行一五四条）から既に明白な以上、とくにこれを規定する必要がなかつたからである。第二に、錯誤の効果たる取消も有効とは異なり、むしろ無効の一種と見るべきであるから、錯誤規定の改正によつて第一草案とドイツ民法とで合意の觀念が変化したと見ることは正しくない。表示説の立場に立つなら、例えば非真意表示（二八条）の申込に対して真意の承諾が為されたような場合に、表示が客観的に合致するにもかかわらず契約が無効になることの説明に窮する。むしろ不合意に関する一五四条以下の規定は、契約締結の要件として、単なる表示のみの合致のほかに、肉心的意思の合致を論理的前提としているものと理解すべきではないか、とマニツクは反論する<sup>(1)</sup>。

次いでマニツクは無意識的不合意を招来する如き誤解性のある表示は、その不明瞭性の故に表示としての効果を生じないとする見方を次の根拠から非難する。

(一) 誤解性ある表示は、その解釈上、複数の明瞭な内容を持つ表示なのであつて、誤解性、あるいは多義性ある表示を不明瞭な表示というのは当たらない。そして誤解性のある表示も表意者の真意がその表示の中に表現されている限りは、表示そのものとしては瑕疵のない (mangelfrei) ものであつて、有効な表示である。

(二) 誤解性ある表示を以て無効な表示と見る立場は、実際に多くの契約が誤解性ある表示によつて有効に成立していると

いう現実を無視した議論である。第三者が客観的に評価して誤解性ある表示であつても、当事者間にこれによつて了解が成立し得る限り、この表示を無効と扱うべき理由はない。<sup>(2)</sup>

表示説の結論をこのように批判した後、マニックは、意思表示の解釈が表意者の意思とはなれた表示それ自体の持つ客観的意味の確定にありとする解釈原理自体の正当性を、問題とする。即ち表意者の意思を無視して表示自体の客観的意味を求めることは一三三条に直接に抵触するばかりでなく、表意者にとつて耐え難い負担を課するものであり、かかる解釈はライヒス・ゲリヒトも採つてはいない。表示そのものよりして表意者の意思が外部から明瞭に判断出来るような場合は問題がないのであつて、解釈が法律上重大な機能を果すのは、むしろ表示の内容が不明瞭でその意味が争われる場合なのであるが、まさしくこの場合にこそ、その解釈の指針を与えるものは表意者の真意でなければならぬとマニックは主張する。即ち、およそ表示というものが本来心理的なるものを具象化する *Kunstwerk* である以上は、解釈の方法も、意思表示のかかる特質よりして、表意者の内心的なる意思を志向するものでなければならぬ。表示の解釈について顧慮さるべき四囲の附帯事情 (*Nebenstände*) と<sup>(3)</sup>、無差別にあらゆる事情が取上げられるというのではなく、そのうちいずれの事情がこれらの表示を解釈するに重要であるかを定める基準がなければならぬはずである。そしてこの基準を与えるものこそ、表意者の意思という解釈の目的に他ならない。即ち、附帯事情から表示の内容が定まるといふのではなく、当事者の主張する意思が表示の中に表現されていたか、という点を判断するために附帯事情が解釈上重要な意義を持つのである。<sup>(4)</sup>

このような解釈原理を土台として、契約締結に於て意思が荷う意義を、マニックは次のように整理して論じている。<sup>(5)</sup>

- (一) 当事者の内心の合致は、それ自体としては多義的な表示の内容を合致させる。多義性ある表示の合致は、客観的には内容が定まらないことになるが、この場合には意思の合致により表示の内容的合致が生ずるのである。
- (二) 内心の不合致は、外形上同一な表示の内容をも異なるものとする。このことは無意識的不合意の場合に明瞭である。

すなわち例えば共通の契約書あるいは同一文言の電文のように外形上は同一の表示、同一の文言も、表意者の異なる意思内容の表現たる限り、内容の異なる表示となり、不意を招来する。

(三) 多義性ある表示の不合致が一方当事者の故意により (arglistig) 生じた場合には、相手方当事者の意思内容に則して表示の内容は決定される。<sup>(6)</sup>

(四) 当事者の一致した表示錯誤 (falsa demonstratio) がある場合には、契約は意思の合致した内容に則して、表示の意味に拘りなく有効に成立する。<sup>(7)</sup>

このようにマニックによれば、意思表示の内容を決定する上で、表意者の真意は重大な意味を有するのであり、それ故に解釈について表意者の「真意を探索」すべきことが要求される。かかる真意を志向する解釈の結果として、双方の表示が一義的内容のものと同判断された場合には、表意者はその内容について責任を負うべきであり、相手方にとつてもこの内容は理解出来たはずのものである故に、これに拘束されることになる。従つてかかる場合には、当事者双方について不意を援用して契約の効力から解かれるに足る保護の必要がなく、錯誤の問題となるに過ぎない。これに対し、表意者の真意が表示の中にその表現を見出していると判断される限りは、表示の内容はその意思に則して決定され、この意思内容の差異は表示内容の差異を結果し、不意となる。これを要するに無意識的不意となるか錯誤となるかの区別は、意思表示に各当事者の相異なる意思に即した多義性があるか、それとも一義的内容を持つか、という判断にかかることとなる。

(1) Manigk, Das Wesen des Vertragsschlusses, SS 128, 129, 226

(2) Manigk, a.a.O., S. 176ff. マニックのこの点の批判は表示説に立つ学者のうち、とくにティツェ Tizze, Lehre vom Mitverständnis, S. 354 の所説に向けられている。即ちティツェは、誤解性ある表示によつて實際上、取引が行われている事実について、意思実現行為による契約成立を規定する一五一条を適用し、履行行為による事後的な契約の成立を認めようとする。ダンツの立場にもこれと似た構想が見られることは前述した。

無意識的不合意と錯誤との関係について

1100 (1100)

(3) Vgl. RGE. JW (1924) S. 1970 f.

(4) Manigk, a.a.O., SS. 180, 220

(5) Manigk, a.a.O., S. 221 ff.

(6) Vgl. ERG. 100, 135 事案は、買主が売主から送付された印刷された契約申込書の一定条項に括弧をつけて署名返送したが、売主はその記入を知らずに署名したものである。括弧の附された条項について不合致を買主は主張する。原審は不合致を理由に契約全部を無効としたが、ラヒヒスグレヒトは判示して曰く「原告(買主)の行動は信義則に反する。故に原告は一定の契約条項に括弧を付したことを主張出来ず、契約はかかる記入のない内容に則して効力を生ずる。」

(7) 従つてマニツクの理解する *false demonstratio* の意味も、前に述べたダンツの見方とは著しく異なつて来る。マニツクによれば、表示の相手方がその表示から理解した意味が、一三三条、一五七条等による解釈の範囲に属する限度では、とくに *false demonstratio* の問題とはならない。むしろ誤れる表示のために、その表示の解釈から表意者の真意を期待出来ない事情の下で、なおかつ相手方が真意を理解しような場合にこの法原理が働くとする。従つて双方向的共通錯誤 *beiderseitiger gemeinsamer Irrtum* の如き例がこれにあたるので、この場合には意思の合致がある以上、意思と符合しない表示の内容に則した契約を成立せしめ、更にこれを取消し得るものとするのは無意味な技巧である。 *false demonstratio non nocet* とは、意思の合致ある限り、その表示について多義性の有無、あるいは意思と符合しない表示の合致の存否を問わず、その合致した意思の内容に則して契約が有効に成立すべきことを意味する。ここに於て *false demonstratio* の法諺は、表示がその意味と効果を表意者から決定されるという意思表示の本質的理解に帰着する、とマニツクは説いてゐる。 Manigk, a.a.O., SS. 212, 216

## 五 批 判

以上に於ては、不合意と錯誤との関係についてダンツとマニツクとの理解を、その土台とする解釈原理との關聯から考察した。交錯する議論のポイントを對比整理して見よう。

ドイツ民法の解釈論という枠の中で見るならば、一一九条の錯誤に関する規定と一五五条の不合意に関する規定との調和(その背景として一三三条と一五七条の解釈規定の統一)的理解が問題とされる。この点でダンツは、一一九条の規定する錯誤の効果——取消——を合意論の前提として、錯誤ある、従つて当事者間に意思の合致しない表示によるも、契約はなお有効に成

立する故に、契約の核心たる合意とは、意思の合致でなく、表示の合致に他ならない。と構成する。従つてこの立場では合意（表示合致）——有効（あるいは取消し得る）な契約の成立、不合意（表示不合致）——契約無効あるいは不成立という形で、合意と不合意との関係は、その要件と効果の上で対蹠的に分類されることになり、表示の客観的表示価値を軸とする契約締結論として統一される。従つて、この立場では無意識的不合意は、その表示の持つ多義性の故に、(イ)表示自体の効力が否定されるか、(ロ)さもなければ、合意はその多義性ある内容を持つてそのままに成立するも、給付の目的物を確定出来ない故に不能給付を目的とする契約として無効となるか、(ハ)あるいは表意者か多義性ある表示内容を知らずに表示したことに意思と表示との不一致——錯誤ある故に表意者側の錯誤と扱つか、結局これらの形式で処理するほか仕方のないことになる。

しかしこの解決がいづれも妥当なものでないことについてはマニックの指摘するところが正当である。即ち、多義性ある表示が、直ちに内容が不明瞭な表示であるとはいえない。客観的に多義的な表示である場合でも、実際にはそれによつて当事者が了解し、一義的な内容のものとして、その内容に則した合意が成立する事實は、ダンツもこれを否定出来ない。多義性ある表示とは、その表示に対し、解釈の結果が複数生じ得る可能性を持つような表示であり、この解釈の結果と表意者の真意とが合致し得る限り、表示それ自体としては完全な効力を持つものといわなければならない。もとより多義性ある表示は、表意者が意欲した内容のみならず、それと異なる解釈の結果を許容するような内容を、その表示により表現するのだから、表示上のかかる意欲されなかつた意味について表示内容に関する錯誤があるというようにも見られる。しかしこれも前述のように、表意者の真意——意欲した内容——が当該表示に表現されている限りは、表示全体の効力は、この一致した意思と表示とにより支えられているのであつて、たまたまその表示が多義性を有することに錯誤あることを理由として表示自体を取消すことは許されないと解するのが正しい。多義性ある表示の効力を否定しつつ、そこから生ずる実際上の不都合を、履行行為あるいは給付受領という事後的な当事者の行動を通して契約の成立を根拠づけようとする試みも表示説の立場



に見られることは前に述べた通りであるが、これでは給付受領者側に有利な給付は、受領者が受領により本来無効な契約を追認出来る反面、不利な給付は、表示の多義性を盾にとつてその受領を拒めるといふ結果となり、妥当でない。

このような表示説の難点は、合意の実質面から意思的要素を排斥して、契約が何等かの効果を生ずる最小限度の要件として合意を形式的に構成したために、必然的に結果するものといえよう。そしてこの点については、意思欠缺という瑕疵の附着していない意思表示の合致を立論の基礎として、合意を意思の合致に基く表示の合致と定義するマニツクの説は、契約の効果を実質的に根拠づけ得るものである。

ダンツの立場からは、錯誤は、それ自体として成立した合意の効力要件の問題として、合意の一態容に属するが、マニツクの立場よりすれば、錯誤は表示合致の背後にあつてこれを支持する意思合致を妨げる事由として、不合意の一態容に属することになる(そしてこの理解は、前に述べた第一草案の基本的構想に一致する)。しかし、錯誤を合意と不合意とのいずれのカテゴリに組込むべきか、という体系化の問題については、錯誤の効果はきめ手にはならない。錯誤ある表示の取消という効果が有効と同視出来ないと同様に、取消しと無効とを同視することも出来ないからである。表示の合致を以て契約の効果が根拠づける立場に於ては、何故に錯誤に由る意思の不合致が、一旦発生した契約の効果を排斥出来るのか、契約締結上に意思の持つ意味が問われなければならないし、他方、意思の合致を合意の本質に属せしめる立場からは、意思の合致なき場合に、何故に契約上なお一応有効な効果が生じ得るのか、とくに取消した場合でも、相手方に損害を賠償すべき義務(一二二条)の生ずべき根拠が論証されなければならない。この点について、合意の本体を当事者意思の合致に基く表示の合致に見るマニツクの主観的傾向を更に徹底して、これを直接に当事者の了解 *Verständigung* に求め、言語による表示行為という契約締結行為の実体から異色ある合意論を展開するのは、バイラスである<sup>(1)</sup>。

(1) Demetrios Bailas, Das Problem der Vertragsschließung und der Vertragsbegründende Akt, 1962, Göttingen

## 六 バイラスの見解

バイラスは契約締結行為の実体が言語活動による生活関係の設定であることから立論し、誤解・錯誤という問題が、この言語活動による人間交渉に固有な現象であることを指摘する。人が一定の言語的表示を為す場合には、表意者がその表示によつて相手に伝えようとする意味と、相手方がその表示から理解する意味とが当該表示に結付く。そしてバイラスによれば、契約締結上の要件たる合意とは、当事者がその言語的表示によつて表現しようとした意味の合致に他ならないとする<sup>(1)</sup>。従つて各自がその表示行為によつて伝達しようとした意味の合致が相手方に了解されれば、契約がその了解された意味に則つて効力を発する。これに対してこの意味の差異を当事者が了解した場合には、表見的不合意 (Offener Dissonanz) であり、契約は成立しない。これらはいずれも表示行為がその目的を達して表意者の意味が相手方の理解した意味と一致する場合であり、問題はない。これに対して、無意識的不合意、あるいは錯誤の場合には、表示行為がその本来の役目を果さず、当事者が互に相手方の表示しようとした意図を認識していないこと、即ち了解が出来ていないことを意味する<sup>(2)</sup>。そして、当事者間に了解を生じなかつたことについての、当事者の言語用法上に於ける責任が、錯誤と不合意との法的効果の差異を根拠づけることになる<sup>(3)</sup>。即ち当事者間に了解が生じなかつた場合の当事者の態容は、表示者が誤つて表示したか、相手方が誤つて理解したか、あるいは表示者・相手方の双方にかかる事情があつたか、この三つの場合に尽きることになるが、これらはいずれも言語用法上の失策たる当事者の態容ということが出来る。この点の判断の基準をバイラスは一三三条、一五七条の解釈規定に求める。即ち一三三条は、直接に表示の相手方に対して、表示の意味を表示者の真意を志向して解釈すべきことを要求する規定であり、一五七条は、契約関係に立つ双方当事者に一三三条と同旨の解釈を要求するとともに、その反面、当事者が相手方の表示を解釈するに際して、表示者の真意を探るべき努力をすることなく自分が勝手に理解した内容を相手方に

対して主張することは信義則上許されない旨を規定するものとバイラスは説いている。<sup>(4)</sup>この解釈原理によると例えばAがBに対して売買の申込を為しBが単に「承諾」と通知した場合に、Bは申込の内容をXと理解したのに対しAはYの意味で表示していたと仮定すれば、(イ)BがAの申込を誤読・誤聞等の理由で誤解していたとすれば、Bの理解した内容XはAを拘束しない。但しBが正しく(Aの真意を探求して)表示を解釈しても、Aの意図したYの意味に理解することが期待出来ないと判断される場合には、Aは誤つた表示行為を為したものである故に、Aが表示に与えたYという意味もまたBを拘束するものではない。従つてこの場合にはAの表示、Bの理解、いずれも言語用法を誤つたとの非難を免れず、XYいずれの意味も契約の内容を決定するに足りぬことになり、契約は不成立に終る(一五五条)。(ロ)これに対してBがその申込を受けた事情を顧慮して正しく解釈した結果として申込の意味がXとしか理解出来ないような場合であれば、Bの理解が正当と評価され、その理解したXの意味にAも拘束されることになる。Aは錯誤を理由として契約の拘束から離脱出来ることがあるに止まる。

これとは逆にBが正しく解釈すればYの意味を理解出来たであろうにもかかわらず、Xの意味に理解した場合には、契約はYの意味に則して効力を生じ、Bは錯誤を理由として契約の拘束から離脱出来ることになる。<sup>(5)</sup>

マニツクの合意論に見られる意思と表示との二重の合致構造を、表意者が表示に結付けた意味と相手方の理解した意味とに対する言語用法上の評価に再構成するバイラスの立場よりすれば、*falsa demonstratio*の法諺も上述の理論に格別新しい内容を加えるものではない。即ち当事者が了解している限り、契約は、その了解された内容に則して有効に成立し、その表示に含まれる個々の用語が社会通常用語法の意味とは異なつた意味で当事者間に使用されても、そのことは契約の効果に影響を及ぼすものではない。本来個々の用語はそれ自体として本来多義的・相対的な意味を持つに過ぎず、それが申込・承諾というような形で具体的表示行為の中に組込まれることによりその意味が具体的に定まるものであるから、表示行為全体と切離して個々の用語については *falsa demonstratio* という表現は無意味でしかない。<sup>(6)</sup>

以上を要約すると、マニツクの説く表意者の真意を志向する解釈の原理は、バイラスに於て合意を直接に当事者の了解と見る構成に再現されるとともに、無意識的不合意と錯誤とを区別する基準とされた表示の一義性か多義性かの標準は、不合意——了解不成立——を生じた場合の責任分担に帰することになる。<sup>(7)</sup>

- (1) Paliss. a.a.O. S. 14
- (2) Paliss. a.a.O. S. 16
- (3) Paliss. a.a.O. S. 40
- (4) Paliss. a.a.O. S. 42
- (5) Paliss. a.a.O. S. 50
- (6) Paliss. a.a.O. S. 53 ff.
- (7) 表示内容が客観的に一義的なものか多義的なものかの判断が当事者の表示行為上の態容にかかることはマニツクが既に指摘している。即ち不合意の場合、通常は当事者双方に責があるので、錯誤の場合には、錯誤者に責がある。ところが具体的な場合に一方当事者の責が他方よりも圧倒的に大きなような場合には、不合意の問題から錯誤の問題に移ることになるので、マニツクの説く「一義性」とかいう概念も、当事者の態容から離れて客観的に定まるわけではない。Vgl. Manigk, a.a.O. S. 197

## 七 旧民法の規定とその理論

表意者の真意を志向する解釈原理を基礎として合意の本質を当事者間の了解に求め、無意識的不合意と錯誤との関係を表示行為面における当事者の責任分担として理解する——ドイツ民法解釈上の主観的立場は以上のように要約出来るであろう。これに対してわが国の立法と学説はどのような展開を示したのか、以下において考察しよう。現行民法の前身たる旧民法上、合意とはいかなる内容のものか、不合意と錯誤との関係はどのように理解されていたか、そしてまた、その構成を支える合意解釈の原理は何か、これらの諸点がまず問われなければならない。

旧民法財産編第二部第一章は義務の原因として合意、不当の利得、不正の損害、法律の規定の四個をあげ(二九五条、合意)について二九六条は「合意トハ物權ト人權トヲ問ハス或權利ヲ創設シ若クハ移轉シ又ハ之ヲ變更シ若クハ消滅セシムル目的トスル二人又ハ数人ノ意思ノ合致ヲ謂フ 合意カ人權ノ創設ヲ主タル目的トスルトキハ之ヲ契約ト名ヅク」と定義してゐる。また旧民法は、法律要件としての合意あるいは契約から、その本質的構成分子としての意思の合致を区別し、これをとくに「承諾」と名づけて「承諾トハ利害關係人トシテ合意ニ加ハル總當事者ノ意思ノ合致ヲ謂フ」(三〇六条)と定義してゐる(ちなみに現行法にいう申込承諾の区別は、旧民法上申込・受諾である。三〇八条参照)。

財産編(以下に旧民法の条文としてあげるのはいずれも財産編中の規定である)三〇四条は合意の成立要件として(一)當事者又は代人(任意法定兩代理人を含む)の承諾、(二)確定し各人が処分權を有する目的、(三)眞実かつ合法の原因の三者をあげ、三〇五条は、合意の有効たるための要件として(一)「承諾ノ瑕疵ヲ成スヘキ錯誤又ハ強暴ノ無キコト」、(二)「當事者ノ能力アルコト又ハ有効ニ代理セラレタルコト」をあげてゐる。三〇九条乃至三一一条は錯誤に關し事実上の錯誤(三〇九、三一〇条)と法律上の錯誤(三一一条)を区別して次の如く規定してゐる。

當事者ノ錯誤ニテ合意ノ性質、目的、又ハ原因ノ著眼ニ相違アリシトキハ其錯誤ハ承諾ヲ阻却ス(三〇九条一項)。

物上ノ錯誤カ物ノ品質ニ存スルトキハ其錯誤ハ承諾ノ瑕疵ヲ成ス但其品質ニ付テノ著眼カ當事者ノ決意ヲ助成セサルトキハ此限ニ在ラス

之ニ反シテ物ノ品格ニ存スル錯誤ハ承諾ノ瑕疵ヲ成サス但當事者ノ意思カ明示又ハ事情ニ因リテ品格ニ著眼シタルコトノ明白ナルトキハ此限ニ在ラス物ノ時代出処又ハ用方ノ如キ思想上ノ品格ニ付テモ亦同シ(三一〇条一、二項)

法律ノ錯誤カ或ハ合意ノ性質、原因又ハ効力ニ存スルトキ或ハ物ノ資格又ハ人ノ分限ニ存シテ其資格若クハ分限カ決意ヲ為サシメタルトキハ其錯誤ハ事実ノ錯誤ノ如ク承諾ヲ阻却シ又ハ其瑕疵ヲ成ス(三一一条一項)

三五六条乃至三六〇条は合意の解釈に関するが、三五六条は「合意ノ解釈ニ付テハ裁判所ハ当事者ノ用キタル語辭ノ字義ニ拘ハラシヨリ寧ロ当事者ノ共通ノ意思ヲ推尋スルコトヲ要ス」と規定している。

すでにこれらの条文から明らかなように、旧民法上に合意とは、広く法律関係の変動を目的とする当事者の意思の合致すなわち旧民法にいわゆる「承諾」をその要素とする法律要件に他ならない。この合意の觀念について旧民法の起草者たるポアソナードは修正民法草案註釈において次のように説明している。

承諾ハ意思ノ合致ナリ即チ結約者双方ノ同一ノ感情〔サンチマン *Sentiment*〕ナリ 而シテ承諾ハ其定義（第八百十七条——筆者註 確定案三〇六条）ト合意ノ定義ト同様ナルカ如ク合意ノ成立ニハ必要ナルモノナリ<sup>(2)</sup>

更に同草案八二六条（確定案三〇七条）を註釈して、

夫レ承諾ハ一切ノ意思ノ所為ト等ク純然タル心意上ニ係ル事件ナリ然レトモ之ヲ表示シタルニ非サルヨリハ法律上ノ効力ヲ有スルヲ得ス若シ法律カ例外ヲ以テ其承諾ノ十分自由ニ且明瞭ナルコトヲ確保セント欲スルトキハ則チ公役人ノ面前ニ於テ其承諾ヲ与フルコトヲ要セリ是公役人ノ立会又ハ商議ハ結約者双方ニ取リテハ貴重ナル担保ナレハナリ而シテ是レ有式契約ノ場合ナリ其他ノ場合ニ於テハ法律ハ文書、言語ヲ以テスルハ勿論又暗号ヲ以テスルモモ適宜ノ方法ニ依リ其意思ヲ表示スルコトヲ許セリ<sup>(3)</sup>

ポアソナードの合意觀が当事者の意思の了解にあつたことは以てうかがうに足りよう。

このように合意の本質を *sentiment* に求める理解は、「語辭ノ字義ニ拘ハラシヨリ寧ロ当事者ノ共通ノ意思ヲ推尋スルコトヲ要ス」とする三五六条の合意解釈の規定に直結する。同条の原案たる修正草案八七六条を註釈して旧民法上の解釈原理の指針を説いたポアソナードの美事な一節を引用しよう。

凡テ合意ニ於テハ結約者ノ意思法律ヲ成スニ因リ先ツ第一ニ此意思如何ヲ釋ヌヘキヤ瞭カナリ、此意思如何ヲ發見スルハ幾ント常ニ結約者カ用ヒタル所ノ文詞中ニ於テスルヤ疑ヲ容レサルナリ。然ルニ総テ國語ニハ其固ヨリ不完全ナルモノアルノ外ニ又結約者カ語方ヲ解

セス而シテ不備若クハ疎漏ニ言語ヲ説シ乃ヒ記録スルコトアルヘシ。是ニ於テヤ「宜シク締約者ノ用ヒタル文面ノ意義ニ固着スヘカラス」ト云フ第一ノ規則アリ。右解釈ノ規則ハ殊ニ記録シタル合意ニ適用スト雖モ而モ亦口頭ノ合意ニシテ其重要ナル語ハ締約者之ヲ認知シ又ハ証人之ヲ証明セラルヘキモノニ適用スヘシ。日本ニ於ケルモ猶ホ諸外国ニ於ケルカ如ク同語ナレハ何レノ場所ニテモ必ス常ニ同義ヲ有スルニアラス。即チ各地殊別ノ慣習ハ特別ナル景況ニ由テ終ニ之ヲ成シ世々相伝ヘテ今日ニ存スルモノナリ。且立法者ハ善ク其職權ヲ以テ尺度量衡ニ貨幣ニ法律ニ其一樣ノ躰裁ヲ設クルヲ得ヘシト雖モ國語ヲ規定セント欲スルニ至テハ大ニ其職權外ニ涉リ縦シヤ之ヲ規定セントスルモ恐ラクハ常ニ其効ヲ奏スルコトナカルヘシ。唯其為スヲ得可キモノハ締約者カ合意ノ語ニ附着シタル意義ノ推測ヲ設クルコト是ナリ。而シテ此推測ハ反対ノ証ニ依リテ攻撃スルヲ得ヘキ單簡ナル推測タルニ過キササルヘシ。<sup>(4)</sup>

即ち合意の解釈の目的は当事者の意思を探索することであり、三五六条は解釈の目的を指示し、三五七条以下の解釈規定はこの目的に達する手段方法たるに過ぎないとするのが旧民法の基本的立場である。<sup>(5)</sup>

錯誤と不合意との関係については、前述のように旧民法財産編は、三〇五条において「承諾ノ瑕疵ヲ成スヘキ錯誤ナキコト」を合意の効力要件として掲げるほかに、三〇九条において合意の性質、目的、原因に関する錯誤が承諾を「阻却」する旨規定している。即ち旧民法上の錯誤には承諾 $\parallel$ 合意の核心としての意思の合致 $\parallel$ そのものを不成立たらしめる錯誤(三〇九条一、三項)と、承諾の瑕疵 $\parallel$ 取消原因 $\parallel$ たり得る錯誤(三〇九条四項、三二〇条)とに分けられる。従つて承諾を阻却せしめる錯誤は、三〇六条が規定する効力要件の問題ではなく、三〇五条一号の規定する「承諾」の有無にかかる合意成立要件の問題なのである。<sup>(6)</sup>

このように旧民法上の錯誤は、錯誤の対象によつて合意に対する効果を異にする反面、錯誤の効果の帰属点が、錯誤者一方の単一の意思表示でなく、常に合意そのものとされているのである。例えば承諾を阻却する錯誤たる、合意の性質上の錯誤にあたる例として、一方が売買の申込のつもりであるのに相手方がこれを贈与と思つて承知した場合とか、合意の目的上

の錯誤の例としての甲が乙の家をかう合意において乙がAの家を売るつもりであるのに甲はBの家をかうつもりであつた場合等をあげて説明しているのは、<sup>(7)</sup>前述の解釈原理との關聯より見ると、単に單一の意思表示について表意者の真意と表示との不致を問題としているのでなく、誤解に基く不致の問題を「錯誤」として扱つてゐることが明瞭である。

これを要するに旧民法上の錯誤概念の特色は、單一の表示についての錯誤と、誤解による不致とを區別することなく、いずれも合意そのものの成立、効力を妨げる事由として広く把握する点にあり、この兩者を別個の觀念として規定を異ならしめるドイツ民法の立法とは著しく趣を異にする。意思の合致を以て合意の本質とする旧民法の立場からすれば、「錯誤」は広く意思の不致としての不致一般を指す概念として捕えられてゐるものといえよう。

(1) 「合意」を広く私的法律關係一般の変動を目的とする意思の合致の意味に用い、「契約」をとくに旧民法にいわゆる人権債權の創設を目的とする合意に限定するというこの用語例は旧民法上あまり正確には貫かれていない。例えば物權移轉をも内容とする売買の合意について(財産取得編二四條)、また動産質、不動産質の設定の如く物權の創設を目的とする合意について(債權担保編九七、一一六條)、「契約」の用例あり、他面、主として人權の創設を目的とする場合でも「合意」の言葉が用いられてゐる(財産編二九七條)。

(2) ポアソナード氏起稿 再閱修正民法草案註釋 第二編人権五八頁。同書は更に「サンチマン」の語義を説明して「サンチマンハ羅甸語ノ *santive cum* ヨリ來リ共ニ感情ヲ起シ共ニ思考スルノ義ナリ」と説いてゐる。

(3) 前掲書七二頁以下

(4) 前掲書三〇八頁。修正草案八七六條は、確定案と對比すると文言に多少の變化がある。修正草案八七六條「合意ノ解釈ニ就テハ裁判所ハ文字上ノ意義ニ拠ランヨリ寧ロ結約者双方ノ意思ヲ推求ス可シ」

(5) 「第一條(草案八七六條)ハ最モ緊要ナリ。即チ第一條ハ原則ヲ掲ケ而シテ他ノ數條ハ其適用タルニ過キス。是レ第一條ハ裁判所カ達セント求ム可キノ主タル目的ヲ指示シ而シテ他ノ數條ハ之ニ達スルノ方法ニ過キササルナリ」として、ポアソナードは合意解釈の指針が意思の探索にあることを力説する。

(6) 旧民法上無効の合意と取消し得べき合意とは明確に區別されてゐる(ポアソナード前掲書五六頁以下、民法正義財産編二部上卷一一四頁以下)。

すなわち合意の無効とは合意不成立の場合であり、無効は当然に生じ訴訟上も無効は既存のものとして宣告され、時間の経過も無効の合意を



有効とするものではない。これに対して取消し得べき(瑕疵ある)合意の場合には、その取消は裁判所に訴求してこれを為すべくかつ取消権者は、瑕疵ある承諾を為した一方当事者に限定される。また合意の瑕疵は明示・黙示の追認により追究せられ得るものであり、取消訴訟なく一定期間が経過することにより追認されたのと同様の効力を生ずるものとされている。

(7) 民法正義財産編二部上巻二四六頁以下、ポアソナード前掲書八一頁以下。

## 八 民法典と旧民法

旧民法は有名な法典論争の結果、明治二五年五月の帝国議会によりその施行が延期されたまま、明治二六年の法典調査会による現行民法典の新立法を見るに至る。ポアソナードの起草にかかる旧民法(とくに財産法関係)がフランス民法に直接の範をとるにローマ法式 *Institutionen-System* の編別に従つて編纂されたものであるのに対して、民法典はドイツ民法草案(とくにその第一章案)に倣つてパンデクテン法式 *Pandekten-System* を採用し、また民法典起草者がとくに法文の簡易短縮に努め、旧民法上に多く見られる定義的規定を設けることを避けた結果として、旧新両民法典は外観上全く独立した別個の法典のような体裁を生ずることになつたが、その立法の経過をたどると、両法典の間には、その表現こそ異なれ実質的に共通した法思想が少からず認められるのであり、新法典に規定のない場合にも、旧民法の条文が、当然自明のこととして民法典上削除されている場合が多いことが判明する。

すなわち旧民法は、法律行為一般に関する通則を規定することなく専ら合意、契約に関する具体的な諸場合についてのみ規定するのに対し、民法典はその第一編総則中に法律行為の章を設けて、とくに各種法律行為に共通する法律事実たる意思表示を規制の対象とする反面、契約に固有な問題は、これを第三編債権のうち契約の章に譲る構成を採つている。この改正の趣旨は、旧民法財産編第二部(人権乃至義務)の規定のうち法律行為全般に通ずるものはこれを総則に移し、契約に固有なものはこれを債権編に譲ることにあつたとされている。<sup>(1)</sup>

合意について、民法典は旧民法上の「合意」という文字を改め、とくに債権の発生を目的とするか否かを問わず意思表示の合致を要素とする法律要件は「契約」という表現に置換えられることとなつた。しかしこのことは旧民法の「合意」と民法典の「契約」とでその内容が変化したことを意味するものではない。「合意ノ文字タルヤ契約其者ヲ指示スルヨリモ寧ロ契約ノ要素タル当事者ノ意思ノ投合ヲ示スニ用ユルヲ穩当トス而テ其意思ノ投合ニ依リテ生スル法律行為ヲ契約ト称スルヘキナリ但我国ニ於テハ債務ノ原因タル契約ト他ノ法律關係ヲ生スルヲ以テ目的トスル合意トノ間ニ用語ノ差別ナク又之ヲ定ムルノ必要ナキヲ以テ契約ナル語ヲ広義ニ用ユルコトニ定メタリ故ニ本案ニ用ユル契約ナル語ハ既成法典ノ合意ナル文字ト其意義ヲ異ニセサルモノト解スヘシ」とする民法修正案理由書の記述からもこの点は明らかとされている。このように民法典の契約の要素が当事者間の「意思ノ投合」にあり、これが旧民法の「合意」の核心たる「承諾」に他ならないことは、民法典起草委員である富井政章博士が法典調査会の席上くり返して説かれていたところである。<sup>(3)</sup>

個々の規定については、民法典は旧民法財産編三〇九条乃至三二〇条に修正を加えて総則に移すとともに、三〇四条乃至三〇八条は「法文ヲ以テ規定スルノ必要ナカル可シ」との理由からこれを削除し、三〇八条は「契約ノ成立ニ関スル規定ニシテ極メテ必要ナリト雖モ又甚不完全ナル点アルヲ以テ本案ニ於テハ別ニ規定ヲ設ケテ之ヲ補」う趣旨から、契約成立の款には専ら申込と承諾とによる場合が規定されるに至つた。民法典立法の過程において、合意の解釈に関する旧民法財産編三五六条以下の規定が削除された理由は記録の上から明らかではない。この点に関して特に議論もないところから推して、学説にその解決を譲るといふよりも、むしろ当然云うをまたぬ所として規定する必要を認めなかつたものであろう。この推論を支えるものは、民法典公布（明治一九年四月）後、その施行（同三二年七月）前に出版された岡松参太郎博士の名著民法理由（同三〇年九月）中、意思表示の解釈に関する論述である。即ち「意思表示ヲ解釈スルニハ表意者ノ真意ヲ探究シ其用ヒタル言語ニ拘泥セサルコトヲ要ス而シテ其意思ヲ探究スルニハ取引上ノ慣習、表意ノ地、表意者ノ住所又ハ表意ノ当時ニ於ケル

言語ノ意義、従来ノ関係、他ノ行為トノ関係、意思表示ノ目的等ニ注意スルヲ要ス(独一章七二)。従来諸國ノ法典ニ於テハ或ハ一般意思表示ニ関シ或ハ契約ニ関シ(財三五六乃至三六〇以下省略)許多ノ解釈規則ヲ設クト雖モ多クハ当然云フヲ俟タサル所ナリトス<sup>(4)</sup>云々。

錯誤の規定については旧民法が、前述の如く法律上の錯誤と事実上の錯誤とを區別し、合意の無効原因たる錯誤と取消原因たる錯誤とに分かれるのに対し、民法典は總則中意思表示の節に九五条を設け、「法律行為ノ要素ニ錯誤アル場合」に限り、ドイツ民法第一草案に倣つてその効果を無効と規定(独一章九八条)するとともに、表意者に重大な過失あるときは表意者はその無効を主張し得ない(独一章九九条)ものと規定する<sup>(5)</sup>。「法律行為ノ要素」の錯誤という民法典の要件と旧民法上の錯誤要件との関係について修正案理由書は次のように記している。

既成法典財産編第三百九条第一項ニ於テ所謂承諾<sup>ラ</sup>、阻却<sup>スル</sup>、第一種ノ錯誤トシテ合意<sup>ノ</sup>性質ノ錯誤ヲ掲ケタルハ普通ノ学説及ヒ立法例ニ依リタルモノナリト雖モ此種ノ錯誤アル場合ハ即チ本条ニ規定セル法律行為ノ要素ニ錯誤アル場合ナルヲ以テ特ニ之ヲ規定スルコトヲ要セス。同項ニ目的ノ錯誤ヲ以テ亦承諾ヲ阻却スル錯誤トセリ然レトモ行為ノ目的ハ常ニ行為ノ要素ナルヲ以テ之ニ錯誤アレハ即チ行為ノ要素ニ錯誤アルモノナリ故ニ亦特ニ之ヲ規定スルコトヲ要セス。同項ニ合意ノ原因ノ錯誤ヲ掲ケタリ然レトモ契約ニ原因ト称スヘキ特殊ノ成立要件アリト云フハ頗ル了解ニ苦シム所ナリ其仏國學者ノ通説ニ原因ト名クルモノハ常ニ契約ヲ為ス意思ノ合致又ハ其目的ニ外ナラス即チ何レノ場合ニ於テモ他ノ成立要件ト混同スルモノナリ故ニ所謂合意ノ原因ノ錯誤ハ即チ本条ノ行為ノ要素ノ錯誤ニ外ナラス是レ特ニ之ヲ規定セサル所以ナリ<sup>(6)</sup>。

これを要するに民法典起草者の理解に従えば、旧民法上合意の無効原因たる、合意の性質、目的、原因に関する錯誤は、いづれも民法九五条の「法律行為ノ要素」の錯誤に包含されることになる。これに対して旧民法上に合意の取消原因たる錯誤は、行為の要素に属せずとして、九五条の適用を排斥されている<sup>(7)</sup>。

しかしながら旧民法上の「錯誤」、とくに「承諾ヲ阻却ス可キ錯誤」が、単一の表示についてその表意者の真意と表示との不致を要件とする錯誤のみならず、誤解による不致をも含む（もとよりその両者の区別は明瞭に意識されてはいないが）広い内容のものであることは、前に考察した通りである。誤解に基づく不致は、契約に固有な問題なのであるから、法律行為あるいは意思表示の通則たる錯誤の問題には属さない。従つてこれら通則を設けることなく直接に契約について規定する旧民法の構造からすれば、誤解と錯誤とを一括して規定することは、正確ではないとしても誤りとはいえない。これに反して契約を包摂する上位概念として法律行為の觀念を法典上明らかとし、その共通な組成分子を単一の意思表示にまで分解して意思表示の錯誤を規定しようとする民法典の下では、錯誤と誤解による不致とは分離して規定すべき理論的要求がある。従つてドイツ民法草案中の錯誤の規定のみを範としながら不致に関する規定を承継しなかつたことは、旧民法三〇九条の錯誤の内容を誤解したと併せて、結局、錯誤と誤解との差異を看過した立法のミスというほかはない。

岡松博士は既に民法典の「錯誤」がこの異質な原理を含む概念であることを指摘して居られる。すなわち岡松博士は民法九五条の特殊な場合として、契約当事者双方に於て真意と表示とが一致するも双方の意思表示につき誤解のあつたため實際は意思の合致がない場合を双面錯誤と名付けられ、通常の錯誤と区別される<sup>(8)</sup>。両者の差異を指摘される点で鋭く、旧民法と民法九五条との沿革的連続に素直な理解というべきであろう。しかし岡松博士の説かれる双面錯誤は旧民法財産編三〇九条を民法九五条に持込んだ立法の不手際<sup>(9)</sup>に帰因するもので、本来錯誤に固有の問題ではない。この理解を更に進め、意思表示の誤解性を基準として、いわゆる双面錯誤を契約固有の構造から発する不致としての不表見的<sup>(10)</sup>不致とし、片面錯誤を民法九五条に基く無効合致として、両者の区別とその相互の關係を明確に根拠づけられたのは神戸博士である。

(1) 民法修正案理由書第一編第四章一二三頁以下参照。

「既成法典財産編第二部へ合意ノ成立又ハ有効ノ条件トシテ意思及ヒ其表示ニ関スル規定ヲ掲ケタリト雖モ前に述ヘタル如ク是レ独リ合意ノ無意識的不合意と錯誤との關係について

無意識的不合意と錯誤との関係について

二一四 (二二四)

ミニ関スル事項ニ非ス但其規定ニシテ一般ノ法律行為ニ通用スヘキモノハ採テ之ヲ本節中ニ掲ケ其契約ニ特別ナルモノハ之ヲ第三編中ニ編入セント欲スルナリ

- (2) 民法修正案理由書第三編第二章一頁
- (3) 法典調査会民法議事速記録二三卷一五五、一五八、一六〇、一七一頁等。
- (4) 岡松・民法理由・総則物権編一七七頁
- (5) 民法修正案理由書第一編第四章二二頁
- (6) 前掲書一八頁
- (7) 前掲書一九頁以下
- (8) 岡空前掲書一八六頁

## 九 神戸博士の見解

神戸博士によれば、契約の主要な組成分子である意思表示の合致は、当事者各自に対して異なる意義を有する二個の意思表示が同一の内容を有する状態としての客観的合致と、当事者各自が二個の意思表示の内容の同一なことを自覚する状態としての主観的合致との二個の要件から成立する。<sup>(1)</sup>そして成立した合致は、合致の対象たる意思表示が有効か否かに則つて有効の合致と無効の合致とに分かれるのであり、無効合致もなお成立した合致として、合致の不存在たる不合致の場合とは厳格に区別される。<sup>(2)</sup>さらに不合致は、当事者がある不合致を認識しているか否かによつて、表見的不合致と不表見的不合致とに区別される。<sup>(3)</sup>契約締結に際しての錯誤は、神戸博士によれば、この無効合致の問題であり、誤解は不表見的不合致の問題に属するのである。

不表見的不合致と錯誤による無効合致との区別について神戸博士は説かれる。

此二者ノ間ニ存スル最モ顯著ナル相違ハ不表見的不合致ノ場合ニ於テハ意思表示ノ一若クハ二カ所謂誤解性ヲ有シ錯誤ノ場合ニ於テハ

二個ノ意思表示カ常ニ誤解性ヲ有セサルノ点ニ在リトス。故ニ不表見的な合致ノ場合ノ意思表示ニ於テハ内心意思ト表示上ノ意思ハ相一致ス之ニ反シテ錯誤ノ場合ノ意思表示ニ於テハ内心意思ト表示上ノ意思トカ相一致スルコトナシトス<sup>(4)</sup>

従つて不表見的な合致の根拠は、民法九五条から切断され契約の本質に直接求められることになる。即ち「不表見的な合致ハ表見的な合致ト同シク之カタメニ契約カ成立セストノ理由ハ何レカノ明定セル特別ノ法規ヲ以テ其根拠ト為スコトヲ得ス 契約ニ関スル法規ノ前提タル契約ノ本質ヲ以テ其根拠ト為ササルヘカラス」<sup>(5)</sup>。

わが民法上直接の条文を欠く不表見的な合致を錯誤による無効合致と區別することの実益についても、神戸博士は明瞭に指摘せられている。

第一ニ錯誤ノ場合ニハ第九十五条ノ適用アリ之ニ反シテ不表見的な合致ノ場合ニハ第九十五条ノ適用ナシ。此場合ニハ契約不成立ノ理由ハ前述ノ如ク契約ニ関スル法規ノ前提タル契約ノ本質ヲ以テ其根拠トナスコトヲ要ス。随テ第二ニ前ノ場合ニ於テハ表意者ニ重大ナル錯誤アリタルトキハ表意者ハ自ラ其無効ヲ主張スルコトヲ得ス。故ニ此場合ニ於ケル無効ノ契約ハ時ニハ有効ノ契約ト結局同一ノ結果ヲ生スルコトアリ（九五条但書）。之ニ反シテ後ノ場合ニ於テハ表意者ニ重大ナル過失アリタルトキト雖トモ表意者ハ何等法律行為上ノ責任ヲ負フコトナシ只時ニ不法行為上ノ責任ヲ負フコトアルニ過キス。第三ニ前ノ場合ニ於テハ当事者ハ契約ノ無効ナルコトヲ知リテ之ヲ追認スルコトヲ得レトモ（一一九条）之ニ反シテ後ノ場合ニ於テハ当事者ハ之ヲ為スコトヲ得ス。蓋シ此場合ニハ契約ハ全然成立セサルカ故ニ追認ノ目的物ナキヲ以テナリ。第四ニ前ノ場合ニ於テハ契約ノ内容タルヘキ事項ノ中法律行為ノ要素以外ノ事項ニ付テ錯誤アルモ契約ハ有効ニ成立ス（九五条本文）。之ニ反シテ後ノ場合ニ於テハ契約ノ内容タルヘキ事項中如何ナル事項ニ関シテ不合法アルモ契約ハ原則トシテ成立スルコトナシトス。<sup>(6)</sup>

ポアソナードが *sentiment* と説き、富井博士が「意思ノ投合」と表現された契約の主観的特質は、無意識的に従来の契約理論上前提されていたのであるが、この点については契約成立の要件が前述の客観的な合致のほかに、契約当事者の意識若く

は自覚の交互作用としての主観的合致をも含むことを主張された神戸博士により、明瞭に契約締結理論上根拠づけられることとなつた。その根拠は、民法九七条及び五二一条以下に規定する意思表示の觀念が、相手方をして意思表示の内容を了知せしめる手段たるに他ならず、この相手方の了知を志向するという意思表示行為としての本質は、意思表示の成立あるいは効力発生についての到達主義あるいは発信主義という立法技術の如何によつて左右されるものではないとの認識に基いてい<sup>(8)</sup>る。かかる表現行為の本質的理解から発して、神戸博士は對話者間の契約においては当事者双方に意思表示の内容の同一な<sup>(8)</sup>ことが自覚されること（双方主観的合致）が契約成立の主観的要件として必要であり<sup>(9)</sup>、隔地者間の契約においては、二個の意思表示が順次に申込・承諾の形で為される場合と、同時に為される場合（二重申込）とを区別され、前者の場合には承諾者の側に主観的合致、申込者の側に主観的合致可能性としての承諾の到達があることにより契約は成立するのに対し、後者の場合には双方の側の主観的合致可能性としての各意思表示の到達により契約が成立する<sup>(10)</sup>と説かれている。

かくして旧民法から民法典の制定を通じて流れる合意の基本的性質は、意思表示の誤解性を基準として錯誤から不表見的不合致を切斷し、主観的合致を軸として合意の成立を構成せられた神戸博士の理論によつて民法典の解釈上新たな再現を見たのである。

- (1) 神戸「合致論」（論纂所収）三一九頁、契約総則三、六五頁
- (2) 神戸・総則三四頁
- (3) 神戸前掲書四六、四八頁
- (4) 神戸前掲書五四、五五頁
- (5) 神戸前掲書五四頁
- (6) 神戸前掲書五八頁
- (7) 神戸「合致論」三四〇頁
- (8) 神戸前掲書三四二頁以下

(9) 神戸前掲書三四六頁

(10) 神戸・総則七一頁以下

神戸博士が民法五二六条一項の解釈として承諾の到達を主張された著名な理論は、契約の主観的合致に関する博士の基本的な立場と密接な関係にある。神戸博士は契約成立の要件として、主観的合致を主張されつつ、当初は五二六条について承諾は発信により効力を生ずると説かれたが(合致論三四七頁)、後にその「承諾論」三八三頁以下及び「契約総則」二八九頁以下において五二六条は専ら契約成立の時点に関する規定であり、承諾は九七条によりその到達によつて効力を生ずるものと改説された。博士の合致観よりして後の立場が、より徹底した構成であることは疑ないが、実は五二六条の承諾を発信主義、到達主義のいずれに理解するかによつて、主観的合致という契約の本質が変わるものではないので、博士の合致観は「合致論」より「承諾論」「契約総則」を通じて一貫しているのである。

## 十 結語——私見

本稿の出発点——現在の時点——に立帰ろう。現在の通説的見解は、意思表示の客観的意味の確定を以て解釈の目的とし、合意とは表示の客観的意味の合致であり、五二六条が承諾の成立、発効について発信を以て原則とした故に、当事者の合意に対する認識は契約成立の要件を為さずとする。そして当事者の真意と表示の意味との不一致は常に錯誤の問題ではない。かくして当事者の真意にかかる契約の主観的要素は、一切合意の成立要件から捨て去られ、錯誤と不合意との問題はその内的関聯を断ち切られる。このような通説的理解がわが民法の沿革から離れたものであることは、上述したところから既に明らかである。この通説を支える支柱は、表示の客観的解釈の正当性と、主観的合致を否定する五二六条の解釈とであるが、この点に関する私見を要説して本稿の結びとしたい。

意思表示が言語による表現行為であり、およそ表現行為一般が、何等かの表象を相手方の心理にまで伝達すること——了知をその唯一の目的とするものであることはいうまでもない。そして言語という不完全な表現手段の故に、表象——真意——の伝達は、常にある限度までしか可能ではなく、あらゆる意思表示は、多少なりとも常に誤解性があるということが出



来よう。この意味から表意者の真意を志向して表示を解釈することは容易ではないが、このことは表現行為そのものに内在する宿命ともいふべく、解釈の目的が誤つていることを意味するものではない。表示説の解釈原理は真意の探究が困難なことから出発して、表示の客観的意味を正当化するのであるが、真意の探究が困難であることを以て直ちに不可能と置換えるならば、これは事実を誣うることとなる。それ自体として不完全な、誤解性ある表示にもかかわらず、多くの場合に当事者間に了解され、契約は有効に成立しているからである。表示それ自体に唯一あるいは客観的な意味があるわけではなく、表示は当事者の了解を以て唯一の目的とする手段でしかない。

従つて意思表示の合致を以てその成立要件とする契約の核心は、相互の表現行為により生ずべき当事者間の意識若くは自覚の交互作用——ボアソナードのいう *sentiment* にあるといわなければならない。当事者の主観的合致は契約成立の要素を為すのである。通説が五二六条の規定を以て主観的合致としての当事者の了解を契約成立要件から排斥するのは、表示を伝達する上での当事者の責任の問題と契約の本質とを混同するもので、根拠に欠ける。すなわち、到達・発信主義の問題は、了解を本来の目的とする意思表示について、その了解が実現されるまでの負担を、表意者と相手方とに、どのように分担せしめるか、という法技術の問題であり、この時点を発信から了知までのどの点に定めるにせよ、その立法如何によつて、法的前提とする表現行為の実質が変わるものではないからである。民法九七条が意思表示一般について到達主義を採る理由は、了知という心理的事実を立証することの困難、相手方の悪意（了知拒絶）、怠慢により了知の時点が左右されることから生ずる不都合と、表意者は一般に表示の手段・方法が自由に選択出来るという点との衡量からして、その基準を到達に求めたものであり、その結果として一般に了知可能な状態に通知を置くまでは、表意者側に不了知の責任がある反面、了知可能であるにも拘わらず了知しなかつた相手方は、法律上、了知したものと扱われ、了知せずとの抗弁を許さないとするに過ぎない。意思表示の発効時点を発信時に採つても、この責任分担の基準が表意者側により有利に移り発信以後の不了知の危険を

相手方が負担するというに止まるのであつて、五二六条をいづれに解釈するにもせよ了知という表現行為固有の目的と切り離して発信、到達を論ずることは無意味に近い。

このように主観的合致を契約成立の要件と解する帰結として、錯誤あるいは誤解により当事者間に了解を欠く場合は、不合意の觀念に含まれることとなる。しかし誤解に基く不合意が、直接に契約の成立を妨げるのに対し、錯誤の場合には、神戸博士が「無効合致」として「不合致」と区別されたように、その効果は「法律行為ノ要素」に錯誤ある場合に限り無効であり、しかも表意者に重大な過失がある場合には表意者は自らその無効を主張出来ない。広い意味で共に不合意のカテゴリーに属する錯誤と誤解とが、このようにその効果を異にする実質的根拠は、バイラスの指摘するように、結局表現行為面における当事者の態容に求めるべきものと思われる。即ち誤解性ある表示については、相手方は反問その他何等かの方法で表意者の真意を知る可能性があるのに、これを誤解したという点で表示の相手方に責任がある反面、表意者が不合意を主張することは、表示に表現されている表示の意味を主張していることなのであるから、表示としては完全なのであつて、相手方からその意味を争うことは出来ない。当事者双方が互にかかる関係に立つ以上は、そのいずれの表示の意味も相手方を拘束出来ない故に、契約は不成立となるほかはない。これに反して錯誤の場合には不合意を生じるに至つた責任が専ら錯誤ある表意者であり、相手方は表示を解釈して表意者の真意を認識する可能性がない上に、表意者は錯誤によつて表示されなかつた自己の意思を主張するのであるから、錯誤の主張は「法律行為の要素」に限定されるとともに、重大な過失ある場合には、相手方が理解した表示の意味に拘束され、合意が成立した場合と結局同一の結果を生ずることになる。これを要約するに、無意識的不合意と錯誤とは、ともに了解の不成立として不合意のカテゴリーに属し、その効果の差異は表示行為面における当事者の責任に対応するものである。

「契約ニ関スル規定ノ前提タル契約ノ本質」が了知を本来の目的とする表示行為による当事者間の意識若くは自覚の交互

関係にあることは既に神戸博士の指摘されたところである。そしてかかる契約の本質は、旧民法より民法典の立法を通じて現在の解釈に至るまで、変化するものではない。

昭和三九年九月三〇日稿