慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	錯誤法の意義と限界に関する一考察 : 保証契約における「法律行為の内容化」を中心に
Sub Title	L'efficacité et la limitation de l'erreur en droit privé : Assurances et l'erreur sur la substance
Author	武川, 幸嗣(Mukawa, Koji)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2018
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.91, No.2 (2018. 2) ,p.1- 26
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	犬伏由子教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20180228-0001

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.

錯誤法の意義と限界に関する一考察

――保証契約における「法律行為の内容化」を中心に――

武川幸嗣

Ⅰ　本稿の目的
Ⅱ　動機の錯誤と「法律行為の内容化」要件の意義
Ⅲ　主債務者の不履行リスクに関する錯誤
Ⅳ　主債務者の属性に関する錯誤
Ⅴ　結びにかえて

Ⅰ　本稿の目的

平成二八年に最高裁より、信用保証協会による保証契約における主債務者の属性（資格・適性）に関する錯誤に関する興味深い判決が相次いで出された。(1) 平成二八年判決・1は、主債務者が反社会的勢力であることが判明した場合、そして平成二八年判決・2は、主債務者が中小企業としての実体を有していないことが判明した場合

に関するものである。契約当事者でない主債務者に関する事情は保証契約の動機にすぎず、その不履行リスクは本来保証人が負うべきものである一方、主債務者の被保証資格・適性は保証契約の当事者双方に共通する重大な関心事であることから、要素の錯誤になり得る余地が十分に認められるとも考えられるところ、最高裁は平成二八年判決において錯誤を理由とする保証人の免責を否定した。紙幅の都合上、判決の詳細については割愛するが、平成二八年判決はその理由として、主債務者が被保証資格を有しない者である旨が事後的に判明することについて予見可能である場合は、その対応について契約上合意することが可能であるところ、保証契約においてこの点に関する定めがないときは、主債務者の被保証資格の有無が保証契約の内容になっていたとは認められない旨を示した。

平成二八年判決については、①保証契約は主債務者の不履行リスク（契約締結時において未知のものを含む）を保証人が引き受けることを目的とするものであること、②事業者間における機関保証であり、かつ信用保証協会による特別な信用保証であることに基づく判断であると解されるため、同判決の射程を安易に一般化して錯誤の要件および機能について論断することは避けるべきであろう。

そうであるとしても、平成二八年判決が示すところの「保証契約の内容」が、主債務者の資格の有無について条件または免責条項として契約内容化することを指すとすれば、主債務者がかかる資格を有しないことが事後的に判明した場合は、そのような契約上の合意にしたがって解決されることになるため、錯誤を理由とする免責はその有用性を失うといえよう。[2] むしろ錯誤による表意者保護は、そうした契約上の合意が認められない場合においてこそ、意義を有するものであるように見受けられる。そうすると、平成二八年判決は、上述の通りその射程が限定されるとしても、「法律行為の内容」と「契約の前提として取り込まれた当事者双方の共通理解」との関係および、合意による手当てに対する期待可能性と錯誤による表意者保護との関係ひいては、錯誤法の意義と限

界について再考を促す素材となり得るのではなかろうか。

本稿は、このような問題意識に基づき、まずは動機の錯誤と「法律行為の内容化」要件の意義に関する従来の判例・学説の傾向を概観した上で、保証契約における錯誤に関する主要な裁判例を分析し、平成二八年判決の特色と検討すべき課題について若干の提言を行うことを目的とするものである。(3)

Ⅱ　動機の錯誤と「法律行為の内容化」要件の意義

平成二八年判決におけるような主債務者の属性（資格・適性）は原則として保証契約の動機である、という理解から出発するなら、まずはこのような動機の錯誤が要素の錯誤と認められるための要件を確認しておく必要があろう。この点につき最高裁は周知の通り、「動機が表示されて法律行為または契約の内容となったこと」を要する旨の判例法理を確立している。(4) そして、動機表示＋法律行為の内容化という要件構造の趣旨について、表意者が負うべき錯誤リスクを相手方に転嫁することをいかにして正当化するかという観点から突き詰めれば、一方的な動機表示だけでは不十分であり、要素の錯誤であるか否かを実質的に決定づけるのは法律行為の内容化の成否であって、動機表示の有無はこれについて評価する上での考慮要素であるという理解が導かれる。(5)

ここにいう「法律行為または契約の内容化」とは、必ずしも履行すべき義務内容または保証、あるいは条件・免責条項等の特約として契約上合意された場合（本来の意味における狭義の「契約内容」）に限定されるものではなく、そこまでに至っていなくても、契約の前提すなわち、契約の拘束力ないしは義務負担を基礎づけるものとして当事者間において共通理解に達していた事由あるいは、その存在が契約上予定されていた事情なども含まれると解されている。(6) 学説も法律行為の内容化の意義について柔軟に解しているが、(7) ある事情が一方当事者の動機に

とどまらず、法律行為または契約の内容ないしは前提として取り込まれたか否かをどのように判断すべきかについては、契約の類型・性質、契約の趣旨・目的、締結の経緯、相手方の態様等を含む総合的・実質的な考察が求められる。[8] そうすると、最終的には契約解釈の問題に帰着するが、保証・条件などとの機能配分につき、[9] 履行すべき債務内容または保証あるいは条件、免責条項等の特約として契約内容化されたと評価し得るには至らない場合において意義を有するのが錯誤法による救済であると解するなら、[10] 契約の効力否定を根拠づける要素として、契約の前提として取り込まれた当事者双方の共通理解の有無をいかにして評価するかがさらに問われるところとなる。

なお、先述のように、表意者が負うべき錯誤リスクの転嫁の正当化という観点からさらに検討を進めると、表意者の錯誤が相手方の説明・表示等の態様に基づく場合についてどのように要件化すべきかが問題となる。判例は、動機表示または法律行為の内容化の有無を柔軟に判断する中において、相手方の態様が表意者の意思決定に与えた影響の有無を考慮しているようであるが、[11]「相手方の関与」を「法律行為の内容化」に関する考慮要素と位置づけるか、別個独立の錯誤類型[12]として捉えるべきかについても、理解が分かれ得る。契約締結過程における相手方の説明・表示が表意者の同意を決定づけたような場合は、かかる事情が契約の前提として取り込まれたかまたは、少なくとも相手方においてこの点に関する共通理解がなかった旨を主張することが許されないといえようか。

また、改正民法においては、「法律行為の基礎とした事情の表示」＋「法律行為の目的または社会通念上の錯誤の重要性」が要件となるが、法律行為の内容化ないし相手方の関与の有無は、この判断枠組において考慮されることになろう。

Ⅲ　主債務者の不履行リスクに関する錯誤[13]

1　総説

保証契約は主債務者の不履行リスクを引き受けることを目的とするものである以上、保証人がその弁済の確実性につき見込み違いをしたからといって、免責すべき理由にならない。したがって、主債務者の支払能力・資産状況あるいは担保の有無などにつき、保証契約の締結時において誤認があったとしても、当然に要素の錯誤となるわけではない。最高裁は、ほかにも連帯保証人が存する旨の保証人の錯誤につき、共同保証人の存否は保証契約の動機にすぎず、特にそれが保証契約の内容として取り込まれた旨の主張立証がない限り、要素の錯誤にはならないと判示している[14]。共同保証人の存否は連帯保証債務の成否・内容に反映されず、主債務者は保証契約の当事者ではないため、たとえ主債務者が保証人の錯誤に関与したとしても、それは保証人の錯誤のリスクを債権者に転嫁することを正当化する理由とはならないからである。

しかしながら、主債務と保証債務は目的と手段の関係に立ち、両者は密接不可分であるため、主債務者に関する事情の一切が保証契約の要素とならないわけではなく、主債務の内容・性質あるいは主債務者の同一性に関する錯誤[15]は、要素の錯誤になり得る。近年の判例には、クレジット契約上の立替払金債務を主債務とする保証契約において、売買の実体が存しない「空クレジット」であった場合につき、商品売買契約の成立は立替払契約の前提であり、「主債務がいかなるものであるかは、保証契約の重要な内容である。」と判示したものがある[16]。立替払債務に関する保証意思が存する以上、立替払債務の発生原因が真正な売買であるのか、それとも売買の形式をとる金銭消費貸借なのかは、保証契約の動機にすぎないという見方も十分に成り立つ一方[17]、真正な売買が適法に成立していることを当然の前提として立替払金債務に関する保証契約が締結されたという評価に立脚したものと目

される。

そして、主債務者の不履行リスクに関する錯誤についても、要素の錯誤を肯定した下級審裁判例が見受けられるため、比較的最近の裁判例について概観しよう。

2　主債務者の信用状態に関する錯誤

裁判例①[18]は、保証契約締結時において主債務者がすでに事実上の経営破綻の状態にあったが、これを知らずに連帯保証人となったという事案において、i．保証人が高齢かつ病弱で、自宅である不動産以外に資産を有しておらず、主債務者と取引関係のない情誼的な個人保証であること、ii．保証契約の締結に際して、保証人が債権者に主債務者の経営状態を確認したのに対して問題ない旨の回答がされたことに照らして、主債務者が破綻状態にない旨の動機が表示され、それが保証契約の当然の前提となったとして、要素の錯誤を認めた[19]。

裁判例②[20]は、保証契約における保証期間その他の保証条件の変更合意につき、その時点において主債務者の破産申立てにより期限の利益を喪失していた事実を保証人が知らなかったという事案において、i．主債務者の破産申立てはその信用不安を示す事故事由であり、保証の諾否を左右する重大な事由であること、ii．債権者は主債務者の破産申立てを期限の利益の当然喪失事由と定めており、これを認知した場合は保証人に対して適切な対応をとる義務を負っていたことにかんがみて、主債務者につき期限の利益喪失事由が発生していないことが保証条件変更合意の前提とされていたと認定して、要素の錯誤を肯定した。

裁判例③[21]は、保証人が、債権者の主債務者に対する追加融資によって主債務が決済され、ひいては自己の主債務者に対する取引上の債権の回収が図れるものと信じて、連帯保証契約とともに、金融機関である債権者に対して有する預金債権につき右の主債務のための担保として質権設定契約を締結したが、実際には追加融資も担保の

解消もされなかったという事案において、追加融資による主債務の決済および自己の債権回収につき、債権者・保証人間において十分了承ずみであり、それらが表示されて契約内容となっていたとして、要素の錯誤を認めた。

裁判例④[22]は、建設会社である主債務者の金融機関に対する貸金債務の担保として行われた連帯保証につき、保証人が、主債務者は大規模な本件工事を請け負っており、その請負代金から主債務が確実に決済される旨の説明を主債務者および債権者の担当者から再度にわたってうけたため、自己が保証人として貸金を返済する事態は発生しないと信じて契約締結に及んだところ、実は本件工事の内容は架空のものであり、請負代金の入金により主債務が決済される可能性が当初から存しなかったという事案において、本件工事に関する契約が有効であって、工事代金の支払により保証人が返済する事態は発生しない旨が両当事者の共通の認識となっており、上記のような事実を知っていれば保証契約を締結しないのが通常であるとして、要素の錯誤を肯定した。

3　担保の有無に関する錯誤

ほかの担保の有無および内容は保証人の実質的利害に関わる事由ではあるが、これらは保証契約とは発生原因を異にしており、保証債務の成否あるいは内容にただちに影響するものではないため、当然に保証契約の要素となるわけではない。しかしながら、要素の錯誤を認めた裁判例が存在する。

裁判例⑤[23]は、連帯保証契約の締結にあたり、保証人が「ほかにAも連帯保証人となるのであれば自分も連帯保証人になってもよい。」と述べ、債権者からAの承諾を得ている旨の説明をうけていたが、Aは債権者との協議により、一時的に形式だけ保証人となるにとどまり、保証人として責任を負わない趣旨において保証契約を締結しており、Aの保証債務は保証意思を欠いて無効とされた事案において、Aも適法・有効に連帯保証人となる旨の動機が表示され、これが要素とされたと認定しつつ、主債務の二分の一については責任を負う意思が認められ

るとして、これを超える範囲で一部無効とした。

裁判例⑥[24]は、連帯保証人が保証契約を締結するに際して、主債務にかかる借入金を金融機関である債権者に預金した上で、この預金債権につき右の主債務の担保として質権設定契約が設定されることによって貸金の回収が図られるため、自身は連帯保証人として責任を負うことはないと信じていたが、債権者の担当者がもう一人の連帯保証人と共謀して質権設定承諾書を偽造して質権設定を装い、主債務者が右の預金の払戻しをうけたために貸金回収ができなくなったという事案において、債権者の担当者が連帯保証人に対して、質権設定がされるから連帯保証は形式だけにすぎない旨の説明を行っていた事実を認定しつつ、質権設定の偽造による不正な借入れがない旨の動機が表示されて保証契約の前提とされており、これを要素として契約が締結されたと判示した。

裁判例⑦[25]は、連帯保証契約の締結当時において、主債務にかかる融資によって主債務者が購入した本件不動産の価値が主債務額に不足しているにもかかわらず、債権者の担当者が連帯保証人に対して、本件不動産が十分な担保価値を有しているから同人が責任を追及されることはない旨の発言を積極的に行い、同人はこれをうけて履行の見込みのない巨額の連帯保証を引き受けたという事案において、本件不動産の担保価値が十分である旨の動機が表示され、保証契約の要素となったと判示した。

裁判例⑧[26]は、本件自動車の売買代金債務を主債務とする連帯保証において、債権者が保証人に対して示した書面により、主債務が本件自動車の所有権留保特約付きの売買代金債務であると誤信していたという事案につき、本件自動車が担保となっていることを前提として保証契約が締結され、何の担保もない売買代金債務のための保証を本件自動車からの債務の回収を期待できる所有権留保特約付きの債務の保証と誤信したことは要素の錯誤にあたる、と述べた。

4　分析

保証契約の目的が主債務者の将来における流動的な不履行リスクを引き受けるものである以上、主債務者の信用状態に対する保証人の誤信ひいては、実際に自己が弁済するような事態には至らない旨の同人の期待は原則として保護するに値しないであろう。とはいうものの、保証人があらゆるリスクにつきすべて無条件で責任を負う趣旨において保証契約を締結するとは限らない。右の裁判例は、ⅰ．主債務者が信用不安の状態にないことあるいは、保証人のリスクを軽減または解消する担保の存在が、当事者双方の共通理解として保証契約に取り込まれていたか、ⅱ．ⅰに関連して、保証人の錯誤に債権者が関与していたかに応じて、保証人の錯誤のリスクを相手方に転嫁することの当否について評価していると解されよう。

Ⅳ　主債務者の属性に関する錯誤

1　総説

主債務者が誰であるか（同一性）ではなく、どのような人か（属性）に関する錯誤は、目的物の性状・品質に関する錯誤に類するが、とりわけ主債務者の資格・適性（被保証適格）に関する錯誤が問題となる。主債務者の不履行リスクに関わる点においては、右の信用状態に関する錯誤と共通するが、同じように判断してよいか。近年は、信用保証協会による機関保証において、主債務者が反社会的勢力に属する者であることおよび、融資金を詐取する目的において架空の会社を設立して事業の実体を装うなど、中小企業の実体を有していない者であることが事後的に判明した場合における保証人の錯誤が問われており、平成二八年判決以前における下級審裁判例は、要素の錯誤につき肯定例と否定例とに分かれていたため、問題の所在をより明確化するために、それぞれの根拠

について掘り下げてみよう。

2　主債務者が反社会勢力であった場合

(1)　肯定説の根拠

肯定例として、裁判例⑨[27]、⑩[28]、⑪[29]、⑫[30]、⑬[31]、⑭[32]、⑮[33]、⑯[34]、⑰[35]などがあげられる。それらの判旨を基にして肯定説の根拠を以下に示しておこう。

反社会的勢力に対する融資および保証取引の根絶が社会的要請であり、その取引の効力を認めるべきでないことは、保証契約締結当時における債権者と保証人の共通認識であった。したがって、主債務者が反社会的勢力企業であることを保証人が知っていたなら、契約を締結しないことは明らかであり、そのことは債権者も十分に了承していたといえる。そうであるとすれば、それが契約締結後になってから判明した場合であっても、同じようにその効力を否定すべきことは当事者双方の共通理解であり、保証契約において当然の前提とされていたと解すべきである。そのため、たとえこのような主債務者の属性が保証契約の動機であるとしても、それは保証契約の要素となったというべきである。

主債務者が反社会的勢力である旨が契約締結後に判明した場合における保証人の責任の有無につき合意が存せず、解除条件または免責条項として保証契約の内容となるに至っていなかったとしても、それは錯誤を理由とする免責を認めることを妨げない。むしろ錯誤法による救済はこのような場合においてこそ意義を有するのであり、事業者である当事者双方において、事前審査により主債務者の被保証適格について確認の上で保証契約の締結に及んだのであるから、主債務者が反社会的勢力でないことが少なくとも契約の前提とされていたと評価することができ、要素の錯誤が認められてよい。

もっとも、主債務者が反社会的勢力である事実が契約締結後に判明した場合に保証人が免責されるか否かについては、全国銀行協会（全銀協）と全国信用保証連合会（連合会）との間で未だ見解の一致をみていないことから、このような場合において保証人が契約から脱退できる旨を当然の前提として保証契約が締結されたといってよいかが問われるも、要素の錯誤の有無は、それぞれの金融機関と信用保証協会間における保証契約ごとに個別具体的に判断されるべきであるから、このような業界における一般的状況がただちに上記のような評価を妨げるわけではなく、逆にこの場合であってもなお保証人が責任を負う旨の合意があったとは認められない。[36]

そして、このように解することが、反社会的勢力への融資および保証を禁じる社会的要請にも適う。

なお、裁判例⑩は、信用保証協会斡旋保証（斡旋保証）の場合においては、保証人が主債務者の適性を審査した上で債権者に融資を斡旋しておきながら、後になって主債務者の不適格が判明したからといって錯誤による全部免責を主張することは信義に反するとして、一部無効を認めるにとどめる一方、金融機関経由保証（経由保証）の場合はこのような評価があてはまらないとして全部無効を肯定した。

(2) 否定説の根拠

平成二八年判決・1以前における否定例として、裁判例⑱[37]、⑲[38]、⑳[39]、㉑[40]、㉒[41]、㉓[42]、㉔[43]がある。平成二八年判決・1とあわせて参考にしながら、否定説の根拠をまとめよう。

主債務者の属性すなわち同人が反社会的勢力でないことはその主債務者に関する事情の一つであって、保証人の意思表示における動機にすぎず、当然に保証契約の内容となるわけではない。したがって、主債務者の属性に関する錯誤が要素の錯誤であるというためには、かかる動機が表示されて、意思表示または法律行為の内容とされたことを要する。この点につき、確かに、主債務者が反社会的勢力であることを保証人が契約締結時までに知

ることができた場合は、保証契約を締結しないであろうと考えられ、そのことは債権者も十分に認識していたと認められるため、契約締結に至らないことは当事者双方の共通理解であると目される。ここまでは肯定説の根拠と同様である。

しかしながら、主債務者が反社会的勢力であることが事後的に判明した場合においても、同じように解してよいというわけではない。その理由は次の通りである。(44)

第一に、主債務者が反社会的勢力でありかつ、事前審査を尽くしてもそれが契約締結までに明らかにならない可能性については、事業者である保証人および債権者ともに認識しており、主債務者の被保証適格を確認して保証契約の締結に及んだとしても、その不適格が事後的に判明する場合もあり得る旨につき、予見可能であったというべきである。したがって、主債務者が反社会的勢力でないことを前提として保証契約が締結されたとまではいえず、むしろ主債務者が反社会的勢力であるか否かは不明であり、それが事後的に判明する場合をも想定していたと解される。そして、信用保証のような事業者間の保証契約においては、主債務者の事情に関して予見可能な弁済リスクについては、それが具現化した場合の対応につき予め合意した上で、保証契約の内容として取り込んでおくことが合理的に期待される。

このように考えると、もし主債務者が反社会的勢力であることが事後的に判明した場合には保証人が当然に免責される旨が当事者双方の共通理解であったとすれば、保証契約において解除条件または保証人の免責条項として内容化するのが通常であるが、そのような条項が設けられていないということは、保証人の免責に関する共通理解がなく、とりわけ債権者の側において保証人が免責されてもやむを得ない旨の認識を有していたとは認め難いことを示している。(45)

したがって、主債務者が反社会的勢力でないという保証人の動機が表示されていたとしても、上記のような当

事者の意思解釈によれば、それが保証契約の内容とされたということはできず、保証人の錯誤は要素の錯誤にあたらない。

第二に、主債務が不履行となるに至った原因・事由を問わずにそのリスクを保証人が負担する旨の保証契約の目的に照らせば、主債務者の事情に関わる予見可能な弁済リスクに対して保証人を免責するには、上記のように条件または免責条項について契約内容化するほか、主債務者が反社会的勢力でない旨を債権者が確約するかまたは、積極的に表示して保証人の錯誤に関与するなど、保証人が負うべきリスクを債権者に転嫁することを正当化すべき理由が必要である。このような事情が存しなければ、債権者において主債務者の資格・適性に関する審査を尽くした以上、錯誤を理由とする保証人の免責を認めるべき合理的理由はない。

第三に、反社会的勢力との取引禁止という社会的要請の観点からみても、主債務者が反社会的勢力であることが事後的に判明した場合は、すでに主債務者に対する貸金交付が行われてしまっているため、保証契約につき錯誤無効を認めたとしても、保証人が全面的に免責されてもっぱら債権者だけに貸金回収のリスクが残ることとなる。しかしながら、このような場合においては、保証人のみを免責するのではなく、債権回収にかかるリスク分配について予め合意すべきであり、そうでなければ、債権者と保証人との間で対応を協議しつつ、双方ともに可能な限り速やかな貸金回収を図り、もって関係解消に努めるのが適切である。(46)

また、信用保証協会による機関保証の趣旨にかんがみれば、このような主債務者の資格・適性に関する錯誤を理由とする保証人の免責を容易に認めると、事前審査を尽くしてもその適性について確証に至らない場合、金融機関は融資を拒絶せざるを得ず、中小企業に対する融資が抑制されることとなって信用保証の趣旨が全うされなくなるおそれがある。

3　主債務者が企業の実体を有していない場合

(1)　肯定説の根拠

保証人の錯誤を理由とする免責を肯定する裁判例として、裁判例㉕[47]、㉖[48]、㉗[49]、㉘[50]、㉙[51]などがある。これらの裁判例を参考にして肯定説の根拠を整理すると次のようになるが、基本的には上記**2**の問題類型と共通する。

保証契約は本来、主債務が不履行となった場合においてその原因・事由を問わずに保証人が責任を負うことを目的とするものであるが、中小企業の信用力を補完することによってその事業資金の調達を支援することを目的とする信用保証においては、中小企業のための保証という契約の性質上、主債務者が中小企業としての実体を有する者であることは保証契約の重要部分であり、保証人である信用保証協会はそのような主債務者の属性を当然の前提として保証契約を締結するものであって、そのことは金融機関である債権者も十分に熟知しているというべきである。主債務者が企業の実体を有していない者であることをもし保証人が契約締結前に知っていたなら、保証契約を締結しないことは客観的にみても明らかであるから、かかる事実が事後的に判明した場合であっても同様と解すべきであり、錯誤法は正にこのような場合における表意者保護を目的とするものである。

なお、保証契約において、債権者の契約違反を保証人の免責事由とする旨の免責条項が設けられており、かつ、債権者において主債務者の資格・適性の審査・報告に関する義務違反が認められない場合であっても、それは債権者の義務違反を理由とする保証人の免責が導かれないことを意味するにすぎず、保証人の錯誤を理由とする免責は法的根拠を異にしており、このような保証契約上の合意が錯誤による免責をも排除する趣旨を含むものとはいえない。

(2)　否定説の根拠

これに対して、平成二八年判決・2および、それ以前の否定例として、裁判例㉚[52]、㉛[53]、㉜[54]、㉝[55]、㉞[56]がある。その根拠は、これについても上記**2**の問題類型におけると共通するが、以下のように集約されよう。

第一に、主債務者の取引目的（ex.融資金詐取）がいかなるものであり、主債務者の属性（ex.中小企業としての実体の有無のような資格・適性）がどのようなものであるかは、原則として保証契約締結の動機であり、かかる動機に関する保証人の錯誤を理由としてその免責を認めるには、それが表示されて保証契約の内容となったことを要する。

この点につき、主債務者の資格・適性に関する事前審査により、保証人において主債務者が有資格者であるとの認識に達し、それが表示されたとしても、それだけでただちに保証契約の内容とされたとはいうことはできない。確かに、肯定説が説くように、主債務者が中小企業としての実体を有していない者であることが事前に分かっていたなら、保証契約が締結されるには至らないことについては、両当事者において共通理解が認められよう。

しかしながら、そのことは、そのような主債務者の属性が事後的に判明した場合においても、同じように保証契約の効力否定を導くものではなく、区別して検討すべきである。すなわち、保証契約は、主債務が不履行となった原因・事由を問わずにそのリスクを保証人が引き受けることを目的とするものであり、主債務者の資格・適性あるいは取引目的・弁済意思の有無などに起因する不履行は、債務不履行の一態様であって、保証契約の当事者が双方ともに金融取引に関する事業者であるときは、このような事由に基づく主債務の不履行が生じた場合をも想定した上で、保証人がいかなる場合にどこまで責任を負うかについて合意するものと目される。そうだとすれば、当事者において予見可能な弁済リスクが事後的に具現化した場合において、仮に保証人を免責することが予定されていたのであれば、解除条件または免責条項として保証契約の内容とすることが合理的に期待される

ところである。主債務者がどのような者であるかはその履行可能性に直結する要素であり、保証契約の当事者にとって重大な関心事であることにかんがみれば、なおさらである。

そして、主債務者の資格・適性に関する事前審査を尽くしてもその実態が明らかとならず、その不適格が契約締結後に判明する可能性につき、このような機関保証の当事者としては予見可能であるところ、その場合において保証人を免責する旨の契約上の合意がなく、債権者の契約違反を理由とする免責条項が存するにとどまるということは、主債務者の資格・適性の欠如が事後的に判明した場合、債権者の契約違反の有無を問わずに保証契約の効力が否定されるという共通理解を前提として保証契約が締結されたとはいえない旨を示している。したがって、主債務者が中小企業としての実体を有する者であることが保証契約の重要部分としてその内容とされたとまではいえず、要素の錯誤は認められない。

第二に、右のような保証契約の目的および特色にかんがみれば、主債務者の資格・適性の審査に関する債権者の契約違反または、保証契約の締結にあたり主債務者が有資格者であることを確約するかもしくはこれを積極的に示して保証人の錯誤に関与したなどの事情がなければ、予見可能な弁済リスクを債権者に転嫁すべき正当な理由に欠けるというべきである。

第三に、信用保証協会による機関保証の趣旨が、中小企業の信用力の補完を通してこれに対する金融の円滑化を図ることに求められるとすれば、事前審査を尽くしたにもかかわらず主債務者の資格・適性の欠如が事後的に判明した場合において、錯誤を理由として保証人が当然に免責されるとすれば、債権者は中小企業に対する融資につき謙抑的とならざるをえず、上記の趣旨が全うされなくなるおそれがある。

そうすると、主債務者が中小企業の実体を有していないことが事後的に判明した場合においては、債権回収にかかるリスク分配につき、保証契約の締結時または履行過程において、当事者間の協議により合意すべきである。

4　分析と検討

(1)　「法律行為の内容化」と平成二八年判決の意義

平成二八年判決は、主債務者の被保証適格の有無は保証契約の動機であるとの理解を前提として、主債務者が被保証適格を有しない旨が事後的に判明する場合について当事者双方が予見可能であるときは、そのような場合における対応に関する契約上の合意が存しなければ、かかる動機が表示されて保証契約の内容となったとはいえないと判示した。冒頭において問題提起したように、この説示から、要素の錯誤に関する「法律行為の内容化」要件の意義につき平成二八年判決は、保証人の免責に関する契約上の合意を指すものとしてこれを限定的に解する立場を示したものと捉えると、この問題は解除条件または免責条項などの契約上の合意にしたがって解決すれば足り、錯誤による保護は有用性を失うことになる。

しかしながら、平成二八年判決は、保証人の免責に関する契約上の合意の存在を要素の錯誤を認めるための積極要件として掲げたものではなく、その特色は、主債務者の資格・適性の有無が保証契約の前提として取り込まれたといえるために必要な、当事者双方の共通理解の有無を認定するためのメルクマールとして、契約上の合意の存否に着目した点にあると理解すべきであろう。すなわち、主債務者が被保証適格を有していないことが事後的に判明した場合には、保証契約ないし保証債務はその根拠を失う旨の共通理解を前提として契約が締結されたのであれば、事業者間の保証契約においてかかる事態の発生は予見可能であり、かつ、それが当事者双方にとって保証契約の効力に影響を及ぼす重要な関心事であれば、その旨につき予め契約上合意しておくことが通常期待されるところ、それがないということは、この点に関する共通理解に達していないものとみなされる（または推認される）、というのが、平成二八年判決の趣旨であろう。その意義については、次の二点について検討を深め

る必要がある。

(2) 「契約の前提」の意義

「法律行為の内容化」に「契約の前提」も含まれるとして、「ある事情に関する当事者双方の共通理解が契約の前提として取り込まれた」とは、どのような場合を指すのか。[57] 主債務者が被保証適格を有していない事実が予め判明していれば保証契約が締結されなかった旨については当事者双方の共通理解があったとしても、それが事後的に判明した場合についても同様に解してよいといえるためには、いかなる状況が求められるであろうか。

第一に、主債務者が資格・適性に欠ける旨が事後的に判明する場合が一般的に予見可能であるとしても、個別具体的にみて、事前審査により当該保証における主債務者が確実に被保証適格を有する旨の共通理解に達し、これを前提として保証契約が締結された場合は、要素の錯誤が認められよう。債権者が保証人に対して主債務者の資格・適性を確約した場合などがこれに該当しようか。

第二に、これに対して、事前審査を経て主債務者の被保証適格が一応確認されたが、その実態は依然として不明であり、これと異なる事実が事後的に判明することもあり得る旨の認識を当事者双方または少なくとも一方が有していた場合はどうか。主債務者の被保証適格の有無は保証契約の当事者にとって重要事項であり、保証人が主債務者の資格・適性を一切問わずに責任を負うことは通常あり得ない、という観点に立てば、たとえ契約上の合意がなくても、このような場合にまで保証人が責任を負わないことは当然の前提とされていると考えることもできよう。ところが、平成二八年判決はこうした見解に立脚せず、合意による手当ての有無を重視して錯誤を否定する見解を示した。これはどのように理解すべきであろうか。同判決の目的は、前述の通り、いかなる場合であれば要素の錯誤が認められるのかについて明らかにすることではなく、契約上の合意なき共通理解を理由とす

る錯誤による保証人の免責を否定したことにあると解されるため、さらにその意義について検討を進めるべきであろう。

(3) 合意による解決と錯誤法の機能

保証人が主債務者の事情に起因する不履行リスクを引き受けることを目的とする保証契約の特色を勘案するとしても、そのリスクは必ずしも無限ではなく、たとえ契約上の免責条項がなくても、契約の趣旨・目的に照らして、「そのような場合にまで保証人が責任を負うことは予定されていない」と解すべき場合はあり得よう。一般に錯誤による表意者保護はこうした局面において機能していたと目され、錯誤の対象が当事者双方にとって重大な関心事であればあるほどに、それについて明確な合意が認められない場合であっても、「契約上当然の前提」として要素の錯誤が柔軟に認定されてきたといえよう。

これに対して、事業者間の保証契約において、契約の円満な実現を妨げるリスクが事後的に判明し得る旨が一般的に予見可能であり、それが保証人の免責・減責など特段の調整を要するほどの重要事項であって、将来において具現化した場合における対応について共通理解に達しているのであれば、その旨を予め合意によって契約内容化しておくのが通常であるというのが、錯誤法の適用を否定した平成二八年判決の基礎にある認識であろう。そうすると、たびたび指摘している通り、このような場合において錯誤による表意者保護は有用性を失いかねないが、逆にいえばそれは、その妥当範囲についてはさらなる検討を要するものの、一定の場合においては合意による解決が実質的に錯誤に基づく表意者保護を限界づける旨について示唆しているように思われる。

すなわち、契約の円満な実現の妨げとなり得る将来のリスクについて予見可能であり、合意による手当てに対する合理的期待が十分に認められる場合においては、事後における錯誤による一方的かつラディカルな救済に依

存するのではなく、予め当事者間の協議・交渉によって調整に努め、保証人の免責または責任分担に関する共通理解について契約内容化することが通常求められるところ、そのような合意がないということは共通理解の不存在を推認させる。そして、そのような契約上の合意がないまま、かかるリスクが履行過程において判明した場合であっても、なおその分担につき履行時までに協議・交渉によって合意することが期待されるのであって、契約上の合意に現れない共通理解の不存在を認定して錯誤法の適用を排除することは、合意による解決を促進しよう。

もっとも、このような場合において「合意による契約内容化」が認められないときであっても、前述のように、主債務者の資格・適性について債権者が確約するなど、相手方の態様が契約締結を決定づけたと評価できる場合は、契約違反あるいは、当事者双方の共通理解が契約の前提として取り込まれたとして、なお錯誤による救済が補充的機能を果たす余地があろう。

V　結びにかえて

本稿は、保証契約における錯誤に関する平成二八年判決を素材として、「法律行為の内容化」要件の意義を再検討するとともに、本来の意味における狭義の「契約内容」と「契約の前提」との関係および、錯誤法による表意者保護の意義と限界について若干の提言を行うことを目的とするものである。以下にその結論を要約しておこう。

「法律行為の内容化」の意義につき、これを履行すべき債務内容または保証あるいは、条件・免責条項等の特約として契約内容化された場合（本来の意味における狭義の契約内容）に限定すると、これらの場合はかかる契約内容にしたがって規律すれば足りるため、錯誤を理由とする表意者保護は実効性を有しないことになる。そこで、

このような意味における契約内容化に至っていない場合であっても、契約上の合意による手当てが予め十分に期待できないときは、契約の趣旨・目的さらには締結過程および相手方の態様等に照らして、契約または債務を基礎づける前提として取り込まれた当事者双方の共通理解およびその対象とされた事項を考慮することにより、錯誤による表意者保護を柔軟に図ることが求められてきた。これが「法律行為の内容化」要件における「契約の前提」の意義である。この点についてはつとに指摘されてきたところである。

これに対して、事業者間の契約などにおいて、契約の実現に向けて当事者が望まないリスクの発生が予見可能であり、それが当事者双方にとって重要事項であって、予め合意によって手当てすることに対する合理的期待が十分に認められるときは、将来においてそれが具現化した場合の対応について協議・交渉によって共通理解を確立した上でその旨を契約内容化することが求められる場合があり得る。このような場合においては、合意なき共通理解ないしは「契約の前提」を容易に認定することによって、錯誤を理由とする一方的かつラディカルな救済に依存するのではなく、契約締結時のみならず、履行過程における協議・交渉に基づく合意による解決が志向されるべきであって、その限りで錯誤による表意者保護は限界づけられる。すなわち、合意による契約内容化が通常期待される場合において、かかる契約上の合意が存しないときは、かかる事項に関する共通理解の不成立が推認され、原則として錯誤による表意者保護は制限されるべきことになろう。

もっとも、そのような場合であっても、相手方の態様が表意者の意思決定に積極的に関与したような場合は、表意者の錯誤のリスクを相手方に転嫁すべき合理的理由が存するため、「契約の前提」としての「法律行為の内容化」を認めることにより、錯誤による救済が肯定されてよいであろう。その意味において、錯誤法がなお補充的機能を果たすというべきであろう。平成二八年判決は事業者による保証契約に関する判断であったため、この問題類型においては厳格に判断されるべきであろうが、契約の類型・性質あるいは当事者の地位などに応じて、

合意による解決に対する錯誤法の補充的機能がなお柔軟に認められてよいであろう。

錯誤法は、契約上の合意による手当てに対する合理的期待に欠ける場合における表意者保護のための受け皿として、重要な役割を担ってきたが、協議・交渉・合意による解決と錯誤法との関係について、その規範的評価のあり方をあらためて整序する必要があろう。

（1） 最判平成二八・一・一二民集七〇巻一号一頁（以下、「平成二八年判決・1として引用」）、平成二八・一二・一九判時二三二七号二一頁、判タ一四三四号五二頁（以下、「平成二八年判決・2」として引用）。

（2） 大村敦志『新基本民法1総則編』（有斐閣、二〇一七年）七三頁、大中有信「判批」金法二〇四七号（二〇一六年）八八頁、など。

（3） この問題に関する重要な先行業績として、佐久間毅「信用保証協会による保証と錯誤無効―主債務者が反社会的勢力に該当することが契約締結後に判明した場合―」金法一九九七号（二〇一四年）六頁以下。

（4） 最判昭和二九・一一・二六民集八巻一一号二〇八七頁、最判昭和三四・五・一四民集一三巻五号五八四頁、最判昭和三七・一二・二五裁判集民六三号九五三頁、最判昭和三八・二・一裁判集民六四号三七七頁、最判昭和三八・三・二六判時三三一号二一頁、最判昭和四五・五・二九裁判集民九九号二七三頁、最判平成元・九・一四裁判集民一五七号五五五頁、家月四一巻一一号七五頁、など。判例の動向については、森田宏樹「民法九五条（動機の錯誤を中心として）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅱ』（有斐閣、一九九八年）一八三頁以下〔森田①〕、山本敬三「『動機の錯誤』に関する判例の状況と民法改正の方向（上）（下）」NBL一〇二四号一五頁、一〇二五号三七頁（二〇一四年）〔山本①〕、など。

（5） 森田①一九二頁、鹿野菜穂子「錯誤規定とその周辺―錯誤・詐欺・不実表示について―」池田真朗＝平野裕之＝西原慎治編著『民法（債権法）改正の論理』（新青出版、二〇一〇年）二三七頁、二四五頁〔鹿野①〕、同「動機の錯誤の法的顧慮における内容化要件と考慮要素」森征一＝池田真朗編・内池慶四郎先生追悼論文集『私権の創設とその展開』（慶應義塾大学出版会、二〇一三年）二四二頁〔鹿野②〕、山本①（下）四四頁、など。

(6) 山本①（上）一九頁以下、堀川信一「判批」大東法学二四巻一号（二〇一四年）一〇六頁、など。
(7) 山下純司「判批」民法判例百選Ⅰ〔第七版〕五一頁。
(8) 鹿野菜穂子「判批」ジュリ九五六号（一九九〇年）一一〇頁以下、同「判批」ジュリ九九四号（一九九二年）九八頁以下、森田宏樹「『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論（1）」NBL四八二号（一九九二年）二五頁以下〔森田②〕、森田②一九三頁以下、鹿野②二四三頁、二四六頁以下、山本敬三「民法改正と錯誤法の見直し—自律保障型規制とその現代化—」曹時六三巻一〇号（二〇一一年）二三二七頁〔山本②〕、山本①（下）四三頁以下、など。
(9) 動機の錯誤に対する保護を条件、保証、前提合意などの契約解釈の問題として捉える見解として、石田喜久夫編『民法総則』（法律文化社、一九九〇年）一五三頁以下〔磯村保〕、高森八四郎「錯誤無効の意義」同『法律行為論の研究』（関西大学出版部、一九九二年）一九一頁、同「錯誤と『前提』理論について」高森八四郎先生古稀記念論文集『法律行為論の諸相と展開』（法律文化社、二〇一三年）一頁以下。
(10) 鹿野①二三九頁、河上正二『民法総則講義』（日本評論社、二〇〇七年）三五〇頁、など。
(11) 鹿野②二四二頁、同「錯誤」法セ六七九号（二〇一一年）八頁。
(12) 山本①（下）四二頁以下。
(13) 保証契約における保証人の錯誤に関する従来の裁判例の分析につき、佐久間・前出注（3）一一頁以下、中舎寛樹「保証取引と錯誤」名法二〇一号（二〇〇四年）一一四頁以下、同「保証取引の多角的構造と錯誤無効の意義」明治大学法科大学院論集一七号（二〇一六年）一〇九頁以下、など。
(14) 最判昭和三二・一二・一九民集一一巻一三号二二九九頁、最判昭和三八・二・一裁判集民六四号三七七頁。
(15) 主債務者の同一性に関する錯誤につき、大判昭和九・五・四民集一三巻六三三頁。
(16) 最判平成一四・七・一一判時一八〇五号五六頁。なお、それ以前の肯定例として、広島高判平成五・六・一一判タ八三五号二〇四頁、仙台地判平成八・二・二八判時一六一四号一一八頁、など。
(17) 東京高判昭和五九・七・二〇金商七一六号二六頁、仙台高判昭和六〇・一二・九判時一一八六号六六頁、東京地判平成元・六・二八判時一三四一号九五頁、東京地判平成二・五・一六判時一三六三号九八頁、東京地判平成一〇・三・二三判タ一〇一五号一五〇頁、など。

(18) 東京高判平成一七・八・一〇判タ一一九四号一五九頁。

(19) このほか、保証契約締結の当時において主債務者に支払能力がないかまたは経営破綻の状態にあった場合において、主債務者の資産状況に関する債権者の説明・回答を介して動機表示ありとして要素の錯誤を認めた裁判例として、大阪地判昭和六二・八・七判タ六六九号一六四頁、水戸地裁下妻支判平成一一・三・二九金商一〇六六号三七頁、など。

(20) 大阪地判平成二一・七・二九判タ一三二三号一九二頁。

(21) 仙台高判平成元・九・二八判時一三四五号八一頁。

(22) 仙台高判平成一三・一二・二六金商一一五一号三二頁。

(23) 大阪高判平成二・六・二一金法一二六二号六六頁。

(24) 東京地判平成八・二・二一判時一五八九号七一頁。

(25) 東京高判平成二四・五・二四金商一四〇一号三六頁。

(26) 東京地判平成六・一一・九金法一四三八号四一頁。

(27) 神戸地裁姫路支判平成二四・六・二九金商一三九六号三五頁（平成二八年判決・1①事件の一審判決）。

(28) 大阪高判平成二五・三・二二金法一九七八号一一六頁、金商一四一五号一六頁（平成二八年判決・1①事件の原審判決）。

(29) 東京地判平成二五・四・二三（①事件）判タ一四一六号三三四頁、金法一九七五号九四頁、金商一四二二号五二頁（平成二八年判決・1②事件の一審判決）。

(30) 東京高判平成二五・一〇・三一金法一九九一号一〇八頁（平成二八年判決・1②事件の原審判決）。

(31) 東京高判平成二五・一二・四金商一四三五号二七頁。

(32) 東京高判平成二六・八・二九金法二〇〇八号七〇頁（平成二八年判決・1④事件の原審判決）。

(33) 東京地判平成二六・三・二四金法二〇〇八号七五頁（平成二八年判決・1④事件の一審判決）。

(34) 東京高判平成二七・三・二五金商一四六九号四九頁。

(35) 東京高判平成二七・六・三金商一四七一号四〇頁。

(36) 中村也寸志「判批」金法一九七九号（二〇一三年）一一頁なども参照。
(37) 東京地判平成二五・四・二四金法一九七五号九四頁、金商一四二一号三六頁（平成二八年判決・1③事件の一審判決）。
(38) 松江地判平成二六・二・三金商一四四六号五四頁。
(39) 東京高判平成二六・三・一二金法一九九一号一〇八頁、金商一四三九号三六頁（平成二八年判決・1③事件の原審判決）。
(40) 広島高判平成二六・九・一〇金商一四五三号三四頁。
(41) さいたま地判平成二七・一〇・二金商一四七八号一四頁。
(42) 東京高判平成二七・一〇・五金商一四八〇号二〇頁。
(43) 東京高判平成二七・一〇・二一金商一四八〇号二〇頁。
(44) 佐久間・前出注（3）一八頁以下、鹿野菜穂子「判批」金法二〇〇一号（二〇一四年）四〇頁、なども参照。
(45) 浅田隆「判批」金法二〇三五号（二〇一六年）一七頁、なども参照。
(46) 中務嗣治郎「信用保証契約の錯誤無効論争」金法一九八三号（二〇一三年）一頁、今井和男「判批」金法二〇三五号（二〇一六年）二〇頁、荒井隆雄「判批」銀法七九六号（二〇一六年）九頁、など。
(47) 東京地判昭和五三・三・二九判時九〇九号六八頁、なども参照。
(48) さいたま地判平成一九・六・六金法一八二〇号五五頁。
(49) 東京高判平成一九・一二・一三判時一九九二号六五頁。
(50) 東京高判平成二四・七・四金法二〇〇六号一〇〇頁。
(51) 金沢地判平成二五・一一・二四金商一五〇八号三七頁（平成二八年判決・2の一審判決）、名古屋高判平成二七・五・一三金商一五〇八号三四頁（平成二八年判決・2の原審判決）。
(52) 福岡高裁那覇支判平成二三・九・一金法一九八二号一四三頁、金商一三八一号四〇頁。
(53) 東京地判平成二五・八・八金法一九八二号一六二頁、金商一四二五号四四頁。
(54) 東京高判平成二六・一・三〇金法一九八八号一〇九頁、金商一四三五号二一頁。

（55）横浜地判平成二六・七・一一金法二〇〇八号八五頁。
（56）東京高判平成二七・一〇・一五金商一四八一号五〇頁。
（57）中舎寛樹「判批」判評六六四号（二〇一四年）一四八頁など参照。