

第1章 錯誤（表明保証を中心に）

山下純司

1 はじめに

平成29年の民法改正によって、錯誤に関する民法95条の条文は大きく書き換えられた。旧条文が、「意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったときは、無効とする。ただし、表意者に重大な過失があったときは、表意者は、自らその無効を主張することができない。」という簡単な条文であったのに対して、改正後の新たな条文は、第4項まである長い条文になった。

もっとも、この改正によって、錯誤についての考え方が大きく変わるわけではない。立法担当官の説明によれば、新条文は、判例の立場を再確認した規定と、学説においてほとんど異論が見られない点を条文化した規定とで構成されていることが分かる⁽¹⁾。このため、新たな条文を理解する際にも、旧条文の下での判例法理が参考になる。

本稿では、そうした理解を前提に、表明保証違反の場面での錯誤規定の適用の有無という問題を中心に検討する。この問題は、法制審議会でも取り上げられており、学者と実務家の双方からいくつかの見解が主張されている。ただ、その多くは改正審議の過程で書かれたものであり、成立した新たな条文の解釈として主張されたものではない。このため、新たな条文との関係で、この問題をきちんと位置づけた上で、表明保証の合意が錯誤規定の適用を排除する根拠とその範囲を、再確認する作業には意味があると思われる。

そこで、本稿では2において、平成29年改正によって成立した新たな民法95条が、いわゆる「動機の錯誤」について、どのような立場を採用しているのか、旧条文についての判例の立場を踏まえて検討する。とくに、平成28年の1月と12月に下された、信用保証協会の錯誤に関する2つの判決は、動機の錯誤に関する判例法理の到達点として重要と考えられるだけでなく、それが金融取引にかかわる点でも、本稿のテーマを考えるにあたって重要な意味を持つと考える。続く3において、平成29年改正後の新たな民法95条において、表明保証がなされた取引についてどのような形で錯誤が問題となるか、そして、それぞれの場合にどのような理由により、民法95

(1) 筒井健夫・村松秀樹編著『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務・2018年）19-21頁。

条による取消しが排除されるのか（あるいは、されないのか）について検討する。

2 平成29年改正と錯誤

(1) 動機の錯誤（基礎事情錯誤・事実錯誤）の明文化

① 二元的錯誤構成の維持

平成29年改正による新たな民法95条の第1項は、次のような規定である。

民法95条1項 意思表示は、次に掲げる錯誤に基づくものであって、その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるときは、取り消すことができる。

- 一 意思表示に対応する意思を欠く錯誤
- 二 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が真実に反する錯誤

この条文は、判例・通説とされる二元説と呼ばれる錯誤理解を前提にしたものである。すなわち、旧条文は、錯誤により意思表示の効力が否定される場合の要件を「法律行為の要素に錯誤があったとき」という単一の要件で規定したことから、有力な学説として、錯誤の要件を一元的に統一して理解しようとする考え方があった（いわゆる一元説）。しかし、判例は一貫して、錯誤の中には、意思の欠缺をもたらす錯誤（講学上、「表示錯誤」と呼ばれる。）と、動機の錯誤があり、2つの錯誤では意思表示の効力否定要件が異なるという立場を採用してきた。新たな条文は、この論争に終止符を打つべく、条文の中に、錯誤に2つの類型があることを明らかにしている。

このような経緯から、本条1項2号にいう「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が真実に反する錯誤」とは、従来「動機の錯誤」と呼ばれてきたものに対応することが分かる。改正審議の過程からも、そのことは容易に確認できる。にもかかわらず、なぜこのような分かりにくい表現がされているのかというと、「動機の錯誤」という表現は、学問上はかなりあいまいな概念だからである。例えば、民法の教科書では、ドルとポンドを同じ通貨だと勘違いして、1万ドルの契約を締結する意思で、1万ポンドの契約書にサインをしたという例があげられる。これは、「内容の錯誤」といって、意思の欠缺がある表示錯誤の一例とされる。しかし、「ドルとポンドが同じ通貨だ」という認識は、1万ポンドの契約書にサインをする際の動機ともいえそうであり、これは「動機の錯誤」のようにも見える。判例が二元説を堅持してきたにもかかわらず、学問上、一元説が有力に主張されてきた理由としては、意思

の欠缺が生じる表示錯誤と、動機の錯誤は、その線引きがあいまいで区別が難しいという点があった。

そこで、新たな条文は、「動機の錯誤」という表現をやめて、別の定義の仕方を採用することにした。中間試案では、「目的物の性質、状態その他の意思表示の前提となる事項」の錯誤といった表現も使われたが、紆余曲折あった末、「表意者が法律行為の基礎とした事情」という表現に落ち着いた。ポイントは、表意者が事実の認識を誤ったことを「錯誤」と捉えた点である⁽²⁾。

このため、2号の錯誤を「基礎事情錯誤」あるいは「事実錯誤」と呼ぶ教科書もある。しかし本稿では、慣れ親しんだ「動機の錯誤」という表現を用いることにする。

② 動機が法律行為の基礎とされていることの表示

新たな民法95条2項は、動機の錯誤が意思表示の取消原因となる要件について、次のように規定している。

民法95条2項 前項第2号の規定による意思表示の取消しは、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たときに限り、することができる。

これは、旧95条の下における動機の錯誤の判例法理の条文化を試みたものである。もっとも法制審議会では、判例法理の理解自体から意見の一致を見ることがなく、動機の錯誤について、どのように意思表示の効力否定要件を規定するかについては、議論が紛糾した。最終的に、上記のような規定に落ち着いたものの、これは要件の詳細な内容を解釈に委ねるため、意図的にあいまいな表現を用いたことがうかがわれる⁽³⁾。

具体的には、「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たとき」という要件は、受動態を用いることで、「表示」の主体がわからないようになっている。このため、この条文は、取引動機が交渉過程の中で表意者によって「表示されていた」ことを要求するようにも読めるし、取引動機が法律行為の中に「表示されていた」（すなわち法律行為の内容として合意されていた）ことを要求するようにも読める。このような表現をとることで、審議会内部での議論の対立に決着をみないま

(2) 従来の理解では、意思の欠缺をもたらす錯誤は、動機の錯誤ではない。これに対して、新たな民法95条の下での2つの錯誤は、まったく別の基準で意思表示の効力を否定するものなので、2つの要件を同時に満たすこともある。このため、ある錯誤が、意思の欠缺をもたらす錯誤か、動機の錯誤に過ぎないのかという線引きで悩む必要はなくなったことになる。

(3) 筒井・村松前掲注(1)23頁注。

ま、条文を成立させたのである。

このように、改正された民法95条2項の読み方については、かならずしも決め手がないのが現状である。

③ 黙示の動機の表示

もともと、平成29年改正前に蓄積した判例法理と、平成29年改正の議論の経緯からは、動機の錯誤について学説上ほぼ異論なく認められ共通認識となっている部分も存在する。

まず、ある動機（法律行為の基礎とされた事情）が、両当事者の暗黙の前提となっているような場合には、その事情が法律行為の基礎とされていることが黙示的に表示されていると評価されることがあるという点である。最高裁第1小法廷平成元年9月14日判決（判時1336号93頁。以下「平成元年最判」と呼ぶ。）は、離婚に伴い夫が妻に財産を給付する財産分与契約について、双方とも、財産給付に伴う税金は妻に課されると誤解していたというケースで、最高裁は、「動機が黙示的に表示されているときであっても、これが法律行為の内容となることを妨げるものではない」と述べたうえで、このケースでは夫には課税されないことが黙示的に表示されていたとして、意思表示の効力を否定した。

この判決のように、判例は動機の表示を問題としているように見えても、しばしば、実際に表示をしていない動機でも考慮の対象に含める。このことからすると、新たな民法95条2項の「表示されていた」という文言も、動機が黙示的に表示されていた場合を含む柔軟な概念であると思われる。

④ 保証の主債務の内容についての錯誤（平成14年最判）

最高裁第1小法廷平成14年7月11日判決（判時1805号56頁。以下「平成14年最判」と呼ぶ。）は、商品購入代金の立替払契約から生ずる立替金支払債務について連帯保証をしたところ、実はその立替払契約は商品購入を伴わない空クレジット契約であり、連帯保証人はそれを知らなかったというケースである。

最高裁は、「保証契約は、特定の主債務を保証する契約であるから、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。そして、主債務が、商品を購入する者がその代金の立替払を依頼してその立替金を分割して支払う立替払契約上の債務である場合には、商品の売買契約の成立が立替払契約の前提となるから、商品売買契約の成否は、原則として、保証契約の重要な内容であると解するのが相当である」と述べて、連帯保証人の意思表示は法律行為の要素に錯誤があったと認めた。

このケースでの連帯保証人は、主債務者のために連帯保証契約を締結するという意思はあり、かつその主債務が、クレジット会社との間で金融の便宜を得るものであるという認識もある。しかし、最高裁は、「主たる債務が実体のある正規のクレジット契約によるものである場合と、空クレジットを利用することによって不正常的な形で金融の便宜を得るものである場合とで、主債務者の信用に實際上差があることは否定できず、保証人にとって、主債務がどちらの態様のものであるかにより、その負うべきリスクが異なってくるはずであり、看過し得ない重要な相違がある」と指摘して、錯誤無効を認めている。

この判決は、見ようによっては動機の錯誤のケースのように見えるのに、動機が表示されたかどうかという点に言及せずに、錯誤が「保証契約の重要な内容」に関するものかを基準に錯誤に主張を認めた点が注目された。このように、錯誤が当該法律行為類型の重要な内容に及ぶ場合には、動機が表示がそもそも問題とされないことがある点も、改正前から指摘されていた点である。

(2) 平成28年最判の示した判例法理

① 平成28年の2つの最高裁判決

最高裁第3小法廷平成28年1月12日判決（民集70巻1号1頁。以下「平成28年最判①」と呼ぶ。）、及び同第1小法廷平成28年12月19日判決（判時2327号21頁。以下「平成28年最判②」と呼ぶ。）は、上記の民法改正審議が終了し、要綱案が公表された後に、最高裁として動機の錯誤についての判例法理を、今までよりも明確に整理した点が注目される。2つの最高裁判決で示された錯誤についての理解は、平成29年改正施行後も、十分に参考になるものと思われる。

平成28年最判①の事案は次のようなものである。金融機関Xは、C社から融資の申込みを受け、3回にわたり、Cとの間で金銭消費貸借契約を締結し、合計8,000万円を貸し付けた。その際、Xは、Y信用保証協会との間で、事前の基本契約に基づき、各貸付けにより生じるCのXに対する債務について、Yが連帯保証する旨の契約を締結した。ところが、その後Cは、暴力団員が経営する会社であることが判明した。Cは本件各貸付けについて期限の利益を喪失し、XがYに対し、本件各保証契約に基づき保証債務の履行を請求したところ、Yは、主債務者が反社会的勢力であることを知らずに締結した本件各保証契約は、要素の錯誤により無効であると主張した。なお、基本契約には、Xが「保証契約に違反したとき」は、YはXに対する保証債務の履行につき、その全部又は一部の責めを免れるものとする旨が定められていたが、保証契約締結後に主債務者が反社会的勢力であることが判明した場合の取扱

いについての定めは置かれていなかった。

平成 28 年最判②の事案も、同じく金融機関と信用保証協会の間で締結された保証契約についての、信用保証協会の錯誤が問題となっている。この事例における信用保証協会 X は、主債務者 A から信用保証の委託を受けて、やはり事前の基本契約に基づき、金融機関 Y との間で保証契約を締結した。その信用保証は一定の業種に属する事業を行う中小企業者しか利用できないところ、X は、A が牛乳の小売業を営む有限会社であるという前提で保証契約を締結したのだが、実は保証契約締結前に A はその事業を譲渡していた。そこで X は、A が一定の業種に属する事業を有する中小企業者の実体を有するものではなかったことを知らなかったことから、保証契約の意思表示は法律行為の要素に錯誤があったものとして無効になるとして、不当利得に基づき、Y に代位弁済金の返還を求めた。なお、こちらの基本契約でも、Y が「保証契約に違反したとき」は、X は Y に対する保証債務の全部又は一部の責めを免れるものとする旨が定められていたが、保証契約締結後に主債務者が中小企業者の実体を有しないことが判明した場合等の取扱いについての定めは置かれていなかった。

② 共通する判旨

平成 28 年最判①では、「主債務者が反社会的勢力でない」と誤信した点、平成 28 年最判②では、「主債務者が信用保証の対象となるべき（一定の業種に属する）中小企業者でない」と誤信をした点についての、信用保証協会の錯誤が問題になっている。最高裁は、これはいずれも動機の錯誤であるとしている。

その上で最高裁は、2つの判決で、動機の錯誤に関する全く同じ以下のような一般論を展開する。

「意思表示における動機の錯誤が法律行為の要素に錯誤があるものとしてその無効を来すためには、その動機が相手方に表示されて法律行為の内容となり、もし錯誤がなかったならば表意者がその意思表示をしなかったであろうと認められる場合であることを要する。そして、動機は、たとえそれが表示されても、当事者の意思解釈上、それが法律行為の内容とされたものと認められない限り、表意者の意思表示に要素の錯誤はないと解するのが相当である」。

そして、2つの判決は、「主債務者が反社会的勢力でない」、「主債務者が信用保証の対象となるべき（一定の業種に属する）中小企業者でない」という信用保証協会の動機は、たとえ表示されていたとしても、当事者の意思解釈上、保証契約の内容になっていたとは認められないとして、保証契約の意思表示に要素の錯誤はないとする。この部分の詳しい判旨については、後で検討する。

そのうえで、最高裁は、2つのいずれの判決でも、基本契約の免責条項に言及する。すなわち、金融機関は、信用保証に関する基本契約に基づき、個々の保証契約を締結して融資を実行するのに先立ち、主債務者が反社会的勢力であるか否か、主債務者が中小企業者の実体を有する者であるか否かといった点の調査義務を負っており、金融機関がこの調査義務に違反した結果として保証契約が締結された場合には、免責条項の「保証契約に違反したとき」に該当して信用保証協会は保証債務の履行義務を免れることがあるとする。

③ 法律行為内容化の基準（平成28年最判①）

平成28年の2つの最高裁判決では、共に、当事者の意思表示上、動機が法律行為の内容とされたものと認められなければ、動機の錯誤が意思表示の無効を導かないとする。そこで重要になるのが、動機が法律行為の内容とされたかどうかの基準である。

平成28年最判①では、「主債務者が反社会的勢力でない」という動機が、保証契約の内容となっていないとする理由を、次のように述べている。

「保証契約は、主債務者がその債務を履行しない場合に保証人が保証債務を履行することを内容とするものであり、主債務者が誰であるかは同契約の内容である保証債務の一要素となるものであるが、主債務者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、これが当然に同契約の内容となっているということはできない。そして、Xは融資を、Yは信用保証を行うことをそれぞれ業とする法人であるから、主債務者が反社会的勢力であることが事後的に判明する場合が生じ得ることを想定でき、その場合にYが保証債務を履行しないこととするのであれば、その旨をあらかじめ定めるなどの対応を採ることも可能であった。それにもかかわらず、本件基本契約及び本件各保証契約等にその場合の取扱いについての定めが置かれていないことからすると、主債務者が反社会的勢力でないということについては、この点に誤認があったことが事後的に判明した場合に本件各保証契約の効力を否定することまでをX及びYの双方が前提としていたとはいえない。」

ここでは、「主債務者が反社会的勢力でない」ことは、主債務者に関する事情の一つに過ぎないから、これが当然に保証契約の内容になっているとはいえないという前提で、金融機関と信用保証協会は、その専門性から、主債務者が反社会的勢力であることが事後的に判明する場合が生じ得ることを想定して対応をとることができたはずだという点が重視されている。

④ 法律行為内容化の基準（平成 28 年最判②）

平成 28 年最判②では、「主債務者が信用保証の対象となるべき（一定の業種に属する）中小企業者でない」という動機が、保証契約の内容となっていないことを、次のように説明する。

「本件についてこれをみると、本件保証契約の締結前に、本件会社が事業譲渡によって本件制度の対象となる中小企業者の実体を有しないこととなっていたことが判明していた場合には、これが締結されることはなかったと考えられる。しかし、金融機関が相当と認められる調査をしても、主債務者が中小企業者の実体を有しないことが事後的に判明する場合が生じ得ることは避けられないところ、このような場合に信用保証契約を一律に無効とすれば、金融機関は、中小企業者への融資を躊躇し、信用力が必ずしも十分でない中小企業者等の信用力を補完してその金融の円滑化を図るとい信用保証協会の目的に反する事態を生じかねない。そして、Yは融資を、Xは信用保証を行うことをそれぞれ業とする法人であるから、主債務者が中小企業者の実体を有しないことが事後的に判明する場合が生じ得ることを想定でき、その場合にXが保証債務を履行しないこととするのであれば、その旨をあらかじめ定めるなどの対応を採ることも可能であったにもかかわらず、本件基本契約及び本件保証契約等にその場合の取扱いについての定めは置かれていない。これらのことからすれば、主債務者が中小企業者の実体を有するという点については、この点に誤認があったことが事後的に判明した場合に本件保証契約の効力を否定することまでをY及びXの双方が前提としていたとはいえないというべきである。このことは、主債務者が本件制度の対象となる事業を行う者でないことが事後的に判明した場合においても異なる。」

ここでは、「主債務者が信用保証の対象となるべき（一定の業種に属する）中小企業者でない」ことが事後的に判明した場合に信用保証契約を一律に無効にすることは、信用保証協会の目的に反する事態を生じかねないという点から、このことが当然には保証契約の内容になっていないという前提を導いた上で、金融機関と信用保証協会は、その専門性から、主債務者が中小企業者の実体を有しないことが事後的に判明する場合が生じ得ることを想定して対応をとることができたはずだという点が重視されている。

3 表明保証と錯誤

(1) 問題の整理

① 表明保証と錯誤

表明保証とは、ある取引において、一方当事者が相手方に対して、一定の事項の一定の時点における真実性、正確性を表明し、その事項の真実でないことや、正確でないことが判明した場合には、損失補償を行うなどの事後的な対応を定めておくような契約条項を指している⁽⁴⁾。表明保証の機能としては、①契約締結前に当事者による情報開示を促進し、デューデリジェンスを補充する機能と、②当事者の合意通りに取引から生ずるリスクを分配する機能があるといわれる⁽⁵⁾。

ここで問題になるのは、ある取引において、ある事項についての表明保証がされたが、後にその事項の真実性・正確性が否定され、表明保証違反が判明したという場合である。このとき、取引当事者の一方が、表明保証合意に従った解決を拒絶し、その事項についての真実性・正確性について、錯誤に陥っていたと主張して、取引の合意の有効性を否定するのが許されるのかという点である。

このような錯誤の主張は、表明保証をされた側からも、表明保証をした側からも、なされる可能性がある。表明保証をされた側は、表明保証の合意に定められた損失補償を受けるよりも、取引を取り消した方が有利な場合がある。また表明保証をした側は、表明保証合意を取り消すことによって、ある事項についての真実性・正確性について責任を負うことを拒絶することが考えられる。こうした主張がされた場合に、ど

(4) たとえば、シンジケートローンにおける借入人の表明保証の具体例として、井上聡弁護士は、①自身が適法に設立され、有効に存在している株式会社であること、②自身によるその契約の締結及び履行が、自身の定款の目的の範囲内であること、③自身によるその契約の締結および履行について法令及び定款その他の社内規則上必要な手続きを完了していること、④自身によるその契約の締結及び履行が、法令、定款その他の社内規則、司法もしくは行政当局の裁判、審判、命令等または第三者との契約に違反しないこと、⑤自身を代表してその契約を調印する個人が、法令及び定款その他の社内規則に基づきその権限を授与されていること、⑥その契約が適法、有効かつ拘束力のある自身の債務を構成し、その条項に従って自身に対し強制執行することが可能であること、⑦自身によるその契約の締結及び履行に重大な悪影響を及ぼしうる訴訟その他の手続が開始されておらず、開始されるおそれもないこと、⑧自らが債務超過ないし支払い不能の状態になく、かつ、破産、民事再生、会社更生、特別清算その他の倒産手続の開始要件を充足していないこと、⑨自身が暴力団関係者等でないこと、⑩貸付人に提出した自身の財務関係書類が一般に公平妥当と認められている会計基準に照らして正確であり、重大な潜在債務又は後発事象がないこと、⑪自身に期限の利益喪失自由が発生していないこと、を挙げている（井上聡「金融取引における表明保証」金融法務事情1975号46頁（2013年））。

(5) 井上・前掲注(4)47頁。

のように考えるべきかについて、まだ定説がないのが現状である。

② 法制審議会での議論（不実表示との関係）

表明保証の問題は、民法改正審議の中では、不実表示との関係で問題とされた。

中間試案では、動機の錯誤について、「目的物の性質、状態その他の意思表示の前提となる事項に錯誤がある」場合について、「表意者の錯誤が、相手方が事実と異なることを表示したために生じたものであるとき」は意思表示の取消しが認められるとしていた。そこで、表明保証をされた側が、表明保証という行為自体をとらえて、「相手方が事実と異なることを表示した」と主張して、契約締結の意思表示を取り消すことができるのかが問題になったのである。ここでは、表明保証をされた側が、表明保証の合意の中で定められた損失補償などの対応に満足せずに、取引の効力を否定する場面が問題とされている。

この問題について、法制審議会では当初、不実表示による意思表示の取消しに関する規定を任意法規とする案が実務家から提案された。しかし、学者の側からは、民法総則の意思表示に関する規定が強行規定であることは明らかであるとして、これに反対する意見が相次いだ。

最終的には、不実表示の規定化自体が見送られたので、この議論は決着をみていないが、意思表示に関する錯誤・詐欺などの規定が強行規定であることは学説上異論をみないので、不実表示の規定を任意規定化する提案は、理論的には難がある。そうすると、表明保証違反が不実表示にならない理由は、別の観点から説明する必要がある。

③ 表明保証違反が不実表示にならない理由

表明保証された事項について、真実に反する、あるいは正確でないことが後に判明した場合に、表明保証をされた側が、不実表示を理由として取消しを主張することを排除するための解釈論として、従来次のような解釈が提案されている。

第1は、不実表示とは事実と異なることを表示したことであって、「そこで表示していることが真実である」ということを含意しているのに対して、表明保証のように「真実かどうかかわからないけれども表示する」というのは、不実表示とはいえないという理由で、意思表示の取消しを否定する解釈論である。

第2は、事実に関する認識の誤りに関するリスクを契約両当事者が合意により転嫁することは可能であるという前提で、表明保証とは、事実に関する認識があいまいであることによるリスクの負担についての両当事者の合意であるととらえるものであ

る⁽⁶⁾。

第3は、不実表示による意思表示の取消しに関する規定そのものとは強行法規であるが、発生した取消権を放棄することは自由であるという前提で、表明保証条項は取消権の事前放棄特約とみる解釈論である⁽⁷⁾。

第4に、表明保証は表明された事情が真実でなかったとしても契約を維持するという約定があるのだから、不実表示と表意者の意思決定との間に因果関係がないという説明がある⁽⁸⁾。

④ 不実表示の立法化の断念

結局、法制審議会では、不実表示の明文化が取引を不安定にするという実務サイドの懸念が解消されず、これを独立した規定とする改正自体が見送られ、不実表示の問題は、全て新たな民法95条の解釈問題にゆだねられることになった。したがって、表明保証された事項について、その真実でないこと、正確でないことが後から判明した場合の解決は、「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が真実に反する錯誤」の要件のなかで解決されることになった。このため、表明保証と不実表示の関係について提案された解釈は、ただちには役立たなくなった。

もっとも、以上のような議論の経緯と、解釈論の展開からすれば、表明保証をされた事項について、その真実でないこと、正確でないことが後から判明した場合に、そのことを理由に民法95条で意思表示の取消しを主張させるのは、妥当でない場合が多いと一般に考えられていることは明らかである。そうすると問題は、そのような取消権の制限が新たな条文のどのような読み方により実現できるのか、また取消しを認められる例外的な場合はあるのかという点である。この点を次に検討する。

(2) 新たな民法95条の下での表明保証の扱い

① 問題を考えるための仮想事例

新たな民法95条の下での表明保証について考えるにあたって、平成28年最判の事例に引き付けた、次のような事案を想定する。Aという金融機関が、Bに対して貸し付けを行うにあたり、信用保証協会Cに信用保証を依頼した。Aは、Cとの保証契

(6) 第1、第2の解釈は、民法（債権法）改正検討委員会編『シンポジウム「債権法改正の基本方針」』（別冊NBL127号）94頁の山本敬三教授の発言。

(7) 山本敬三「契約規制の法理と民法の現代化（1）」民商法雑誌141号72頁以下。もっとも、取消権の事後的放棄である追認については民法上規定があるが、事前放棄については規定がなく、このような特約の有効性がどこまで認められるかは解釈にゆだねられる。

(8) 潮見佳男「表明保証と債権法改正」銀行法務21・719号23頁。

約を締結するにあたって、借主が、①適法に成立した株式会社であって、②その信用保証の対象となるべき一定の業種を行っており、かつ③反社会的勢力ではない、という点を表明保証をした。また、この表明保証合意には、Aの表明保証違反が判明した場合には、保証契約の効力は維持したまま、Cに生じた損失をAが補償することが定められていたとする。

このような仮想事例のもとで、【事例1】 Bが、株式会社として適法に成立していない場合、【事例2】 Bが信用保証の対象となる事業者としての実体を失っている場合、【事例3】 B会社が反社会的勢力であることが判明した場合の3つの場合を考えてみる。

② 事例1（主債務者が株式会社でない場合）

まず【事例1】について、AC間に表明保証がない前提で考える。

【事例1】とは、Aが貸付けを行ったBが、株式会社として適法に成立していなかった場合である。このとき、Aが誰に貸し付けたことになるのかが問題になるが、ここではBの代表（B'とする）が、個人として借入れを行ったとみることにする。そうすると、Cは、Bを主債務者とする信用保証をするつもりで、B'を主債務者とする信用保証をしたことになる。平成28年最判①によると、「主債務者が誰であるか」は、保証契約の重要な一要素であるから、主債務者が株式会社BであるというCの動機は、法律行為の内容となっていることになる。

したがって【事例1】について、AC間に表明保証がないとすれば、Cは、主債務者を株式会社Bであると誤認した点についての動機の錯誤を理由に、保証契約の取消しを主張できる可能性がある。平成28年最判①によれば、動機の錯誤は、当事者の意思解釈上その動機が法律行為の内容になっていると認められれば、旧95条であれば法律行為の要素に錯誤があることになるのであり、新たな95条の下では、「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が真実に反する錯誤」について、「その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要」であり、かつ「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た」ものとなると考えられるからである。

では、【事例1】についてAC間に表明保証があることが、どのように影響をするだろうか。ここでは、Aが表明保証の存在を根拠に、Cは保証契約を錯誤により取り消せないと主張することが考えられる。Cが取消しをできないとすれば、CはAに対して保証債務を履行しなければならない⁽⁹⁾。

(9) もちろん、Aは表明保証違反を犯していることになるから、Cに損失補償をしなければなら

このような A の主張が認められるかについては、平成 14 年最判が参考になると思われる。

平成 14 年最判では、保証契約の主債務の原因関係が空クレジット契約であるのか、実体のあるクレジット契約であるのかどうかは、「原則として」保証契約の内容になるとする。その理由は、この点は保証人が負うリスクに、大きな差を生じさせるからである。逆にいうと、保証人が主債務の原因関係について空クレジット契約である可能性を認識しつつ保証契約を締結した場合など、保証人の負うリスクが想定内のものであれば、主債務の原因関係が法律行為の内容にならず、保証人の錯誤主張は認められないことを、この判決は示唆している。

【事例 1】の場合に当てはめると、C が、B が株式会社でない可能性を認識しつつその負うべきリスクを考慮して保証契約を締結している場合は、C の錯誤の主張は制限される。A が C に対して「主債務者が適法に成立した株式会社である」という表明保証をして、その違反がある場合には損失補償により解決することを表明し、これを C が受け入れたという事実は、C が上記の可能性を認識しつつ、リスクを考慮して保証契約を締結したものと評価される可能性が高い⁽¹⁰⁾。

③ 事例 2（主債務者の事業実体がない場合）

a 表明保証を受けた側の錯誤

次に、【事例 2】について、同じように、表明保証がない前提でまず考える。

平成 28 年最判②によれば、主債務者が信用保証の対象となる事業者としての実体を失っていることについての保証人の錯誤は、動機の錯誤であるから、意思表示の解釈上、その動機が保証契約の内容となっているのでなければ、錯誤による意思表示の効力否定という効果は生じない。

【事例 2】は、C は B が特定の事業を行っていることを前提に信用保証を行ったが、実際には、C の保証契約締結時点で、B が信用保証の対象となる事業者としての実体を失っている場合である。したがって、B が信用保証の対象となる事業者としての実体を有しているという動機が、A C 間の信用保証契約の内容になっていることが、C の錯誤の主張を認める要件となる。信用保証契約の持つ社会的機能や A と C の専門性も考慮すると、C の錯誤の主張が認められる場合というのは、この動機に誤認

ないが、この場合の損失の額は、C が A に対して履行しなければならない保証債務の価額と、C が B' に対して取得する求償権の価額の差額になることが考えられ、A が本文のような主張することは無意味とはいえない。

(10) 【事例 1】の場合のように、C が A から損失補償を受けられるため引き受けるリスクに限定がかかっていることは、このような評価を後押しすることになろう。

があったことが事後的に判明した場合を想定し、この点に誤認があった場合には信用保証契約の効力を否定することまでを、A及びCの双方が前提としている場合でなければならない。

では、AがCに対して、Bが特定の事業を行っていることの表明保証がある場合には、この状況に変化が生じるか。仮想事例のように、Aの表明保証違反についてCは損失補償が受けられることを合意しているだけでは、Cの錯誤の主張が認められないという状況に変化はないと考えられる。なぜなら、A及びCは、この点に誤認があった場合に信用保証契約の効力を否定することまでも、前提にしていたとはいえないからである。

問題は、Aの表明保証違反が判明した場合には、Cは解除権を行使できるとする合意等がある場合である。この場合には、誤認があった場合には信用保証契約の効力を否定することを、A及びCが前提としていたと言えるようにも思われ、そうすると、Cが解除権を行使するのではなく、錯誤を主張して保証契約を取り消そうとした場合に認められるかという問題が別に生じるからである。

しかし、おそらくこのようなCの主張も認められないのではないと思われる。

平成28年最判①②に共通する判旨として、金融機関に調査義務違反がある場合には信用保証協会は基本契約上の免責条項を援用して、保証債務を免れる可能性を指摘する部分がある。【事例2】に沿っていえば、ここでの免責条項は、「主債務者が信用保証の対象となる特定の事業を行う事業者ではない」ことが事後的に判明した場合に、金融機関の調査義務違反という一定の条件の下で、信用保証協会が保証契約の全部又は一部を解除して契約上の責任を免れるという機能を果たしている。しかし、平成28年最判②からは、この免責条項の存在が、信用保証協会の錯誤の主張を認めるかどうかの判断に影響した形跡はうかがえない。

このことからすると最高裁は、【事例2】の場合に、「Bが信用保証の対象となる特定の事業を行う事業者ではない」ことが事後的に判明した場合に、Aの表明保証違反という一定の条件の下で、Cが保証契約の全部又は一部を解除して契約上の責任を免れるという合意が存在していることを、Cの錯誤の主張を認めるかどうかの判断の際に考慮しないのではないと思われる。平成28年最判②は基本契約上の免責条項であり、【事例2】は保証契約の際に締結される表明保証合意であるから、同列に論じられないという考え方もあるかもしれないが、重要なのは、Bが特定の事業を行う事業者として実体を失っていることが判明した場合に、保証契約の効力を失わせることをA及びCの双方が前提として保証契約を締結したかという点であり、この点では、平成28年最判と【事例2】に大きな違いはない。

したがって、【事例2】の場合には、表明保証違反を理由にCが錯誤の主張をすることは難しい。もっとも、Aが表明保証違反について悪意で、Cとの保証契約を締結するために表明保証を行ったような場合は、別の話であろう。この場合には、Aは詐欺によりCの意思表示をさせたことになるから、民法96条1項により、Cは意思表示を取り消すことができる。

b 表明保証をした側の錯誤

【事例2】の場合、表明保証をしたAの側が、Cに対して表明保証違反責任を負わないため、表明保証合意だけを切り離して、錯誤によって取り消すという主張をすることも考えられる。もっとも、このような主張が認められることは、通常はありえないであろう。このようなAの主張が認められるためには、A及びCが表明保証合意をする際に、Bが特定の事業を行う事業者としての実体を失っていることが判明した場合に、表明保証合意の効力を失わせることを前提としていることが求められるはずであり、表明保証合意の性質上、そのようなことはあり得ないからである。

④ 事例3（主債務者が反社会的勢力である場合）

【事例3】は、Aが貸付けを行ったのは、株式会社Bであるが、Bは実は反社会的勢力であったという場合である。平28年最判によれば、「主債務者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、これが当然に同契約の内容となっているということはできない」のであるから、AC間の信用保証契約は、Cの錯誤によって当然に効力が否定されるものではない。したがって、Cは保証債務を履行しなければならないのが原則となる。

したがって、表明保証がある場合について、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ついては、【事例2】と同様に考えていけばよいことになる。もっとも【事例2】と【事例3】では、次の点に違いがある。

取引当事者及び利害関係人が反社会的勢力でないことの表明保証は、表明保証を求めた側が、デューデリジェンスの一環として規制法その他の観点からなすべき確認をしたと評価されやすくなることを期待して行われるものであり、通常の表明保証に期待される情報開示機能やリスク分配機能とは、やや異なる機能があると指摘されている⁽¹¹⁾。つまり、【事例3】のようなケースで、CがAに対して、Bが反社会的勢力でないことについての表明保証を求めるのは、Bが反社会的勢力であるという情報をAに開示させたり、Bが反社会的勢力であることが事後的に判明した場合にAに損失

(11) 井上・前掲注(4)49頁。

の補償を求めたりする意図からではなく、反社会勢力との関係を断ち信用供与を一切行わないという政府指針を順守するために、Aが金融機関としての調査義務を尽くしたかを確認する意味合いが強い。

そうするとCがAに対して、Bが反社会的勢力であることを実際に見抜けるかどうかは別として、Aがそのためになすべきことを一切していないという事態は、Cが想定していないと考えられ、そのような事情が事後的に判明した場合には、保証契約の効力が失われてもやむを得ないことはAC双方の前提になっているように思われる。したがってAが調査義務を一切果たしていないといった特殊な事情が判明した場合には、Cの錯誤主張が認められる余地がある。

もっとも、Aが金融機関として求められる調査義務の程度は、それほど高くないとされており⁽¹²⁾、Aが調査義務を一切果たしていないと評価される事態としては、たとえばAが、Bは反社会的勢力であることを知っていた場合や、知らなかったとしても自社の反社会的勢力に関するデータベースを参照するなどの当然に期待される措置を全く行っていなかったような場合でないかと思われる。

4 おわりに ～不実表示との関係

本稿はあくまでも仮想事例に基づいた限定的な検討にとどまるが、表明保証された事情が、はじめから法律行為の内容になっている場合となっていない場合を分けて、表明保証がされたことが錯誤の主張に影響するかを検討した。検討結果をまとめると、ある事情についての真実性や正確性について表明保証がされた場合において、その事情が真実でないこと、正確でないことが事後的に判明した場合に、民法95条の錯誤の主張が認められる余地はほとんどないことが分かる。それぞれの場合に錯誤による取消しが認められない理由は、他の表明保証にも応用がきくものとする。

検討の結果は、表明保証の合意をすることで、民法95条の適用を排除するというものではない。民法95条1項2号の「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が真実に反する錯誤」の解釈として、その要件である、「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たとき」とは、その事情が法律行為の内容になることを意味するという前提で、表明保証があることは、法律行為の内容化に影響しないということを確認したものである。不実表示の規定の立法化が断念された

(12) 東京高判平成28年4月28日金商1493号22頁、同平成28年5月26日金商1495号15頁などは、金融機関が信義則上負う調査義務についてであるが、金融機関の義務違反を否定している。

結果、表明保証と錯誤の問題は、表明保証が動機の法律行為の内容化に影響をあたえるかという問題に移行したのである。

ただし、不実表示について考えることが、完全に意味を失ったわけではない。表意者の錯誤が相手方の不実の表示によって引き起こされた場合には、法律行為の内容化とは別に、「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たとき」に当たるという解釈も考えられるからである。しかしそれは「表明保証が不実表示に当たるか」という形で論じられる問題ではない。そうではなくて、相手方の行為態様が、どのような場合に錯誤リスクの転嫁を引き起こすのかという観点から考察されるべき問題である。そうした観点からは、表明保証をしたことが、錯誤リスクの転嫁を引き起こすものと考えられる可能性は低い。このため、表明保証があることで、本来なら認められるべきではない錯誤による取消しが認められやすくなるといったことは考えにくいと思われる。