

浙大民商法 文集

陈信勇
主编

第2辑

2

The Collected Works of
Civil and Commercial
Law



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

浙大民商法文集

第2辑

陈信勇 主 编



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

浙大民商法文集. 第2辑 / 陈信勇主编. —杭州:
浙江大学出版社, 2017. 10

ISBN 978-7-308-17440-4

I. ①浙… II. ①陈… III. ①民法—中国—文集②商
法—中国—文集 IV. ①D923.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 239248 号

浙大民商法文集

第2辑

陈信勇 主编

责任编辑 李玲如

责任校对 杨利军 高士吟

封面设计 雷建军

出版发行 浙江大学出版社

(杭州天目山路148号 邮政编码310007)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 杭州中大图文设计有限公司

印 刷 杭州日报报业集团盛元印务有限公司

开 本 710mm×1000mm 1/16

印 张 19

字 数 341千

版 次 2017年10月第1版 2017年10月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-17440-4

定 价 60.00元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行中心联系方式: 0571-88925591; <http://zjdxcbbs.tmall.com>

目 录

民法总论研究

论错误的撤销·····	矶村保 著 吕双全 译 周江洪 校译(3)
法典理性与民法总则	
——以中国民法典编纂为思考对象·····	朱庆育(17)
身份关系视角下的民法总则·····	陈信勇(46)
代理权滥用法律效果的类型化分析·····	刘 洋(60)
沉默在我国民商法语境中的含义梳理·····	楼斐菲(82)

物权法研究

我国农村土地、林木、农作物与相关权利主体的辨析	
——兼论我国民事法律体系建构的反思·····	王冠玺(95)
自然资源国家所有权公权说·····	巩 固(117)
特许经营权之质押与质权实现	
——最高人民法院指导案例 53 号评释·····	杨思佳(138)
对货币“占有即所有”的重新思考·····	韩若愚(157)
建设工程价款优先受偿权放弃行为的效力分析·····	陈信勇(166)

债法总论研究

债是法锁·····	阿莱西奥·扎卡利亚 著 陆 青 译(181)
-----------	------------------------

合同法研究

日本消费者法的动向与课题	
····· 河上正二 著 王冷然 译 刘卓妍、周江洪 校译(189)	
美国违反公共政策之合同类型探析·····	高 放(203)

《买卖合同司法解释》第 2 条评析	陆 青(212)
旅游合同解除制度的体系性解释	朱晶晶(233)

侵权法研究

《消费者权益保护法》第 55 条惩罚性赔偿责任之适用	张桂龙(251)
----------------------------------	----------

身份法研究

离婚时养老保险个人账户资金处理问题研究

——以《婚姻法解释(三)》第 13 条为中心	陈信勇(267)
------------------------------	----------

公司法研究

上市公司破产重整中的股东权异化	周 淳(279)
-----------------------	----------

附 录 浙江大学民商法沙龙各期目录(2009—2016 年)	(293)
--------------------------------------	-------

后 记	浙江大学民商法研究所(298)
-----------	-----------------

民法总论研究

论错误的撤销^①

日本神户大学教授 矶村保 著

吕双全 译 周江洪 校译

一、引言

关于错误无效的要件,现行日本民法典第95条(以下引用的法条均为日本民法典条文)规定:①“法律行为的要素”中存在错误。②表意者有重大过失场合中即便满足①的要件也不能主张错误。该条同时规定:③错误的效果是无效。围绕此简洁规定的具体内容,判例、学说上存在各种争论。错误成了意思表示效力领域最为重要的问题之一。主要争议点如下:何种场合才得以满足①的要件,此时表示错误和动机错误的分类是否具有意义?动机错误在何种要件下才受保护?关于②,表意者有重大过失时,是否亦有认可其无效主张的情形?关于③,谁得以主张错误的无效?错误的无效是否能够对抗善意第三人?除此之外,在错误无效的主张得以被认可时,陷于错误的表意人是否承担损害赔偿?诸如此类的问题,存在争议。

对于前述问题,本文仅讨论法制审议会民法(债权关系)分会于今年(2014年)8月26日通过的《关于民法(债权关系)修改的大纲草案》(以下简称为《大纲草案》)中提出的修改方案。^②特别是,这种修改方案解决了什么样的问题,以及此等方案仍旧存在哪些问题。

① 本文原刊于日本《法律时报》2014年第11期。

在此文后隔年出台的《关于民法(债权关系)修改的大纲》中,几乎是原封不动地照搬了《关于民法(债权关系)修改的大纲草案》的内容,仅做了语词上的润色,并随后由日本法务省亦是原封不动地提交国会审议,但这丝毫不能够降低此文的价值。矶村保教授提出的诸多问题,在修改大纲以及随后的民法修改案中同样存在,对我国民法典中错误制度的建立和修改,同样亦起到他山之石的重要作用。相关条文内容,见文后附录。——译者注

② 在至大纲草案为止的审议过程中,展开了各种各样的讨论,并且其提案内容还时时变化着。虽没有将其逐一介绍、研讨的空间,但在有必要明确大纲草案立场的限度内,会适当地提及。关于围绕错误要件的审议过程之详细,参见三枝健治《错误·不实表示》,濑川信久编著《债权法修改的论点及今后的研讨课题》(商事法务,别册 NBL147号,第1页及以下)。此外,关于大纲草案,在 NBL 临时增刊 1034 号的页数下引用。

二、关于现行规定的判例·学说状况

首先,在讨论大纲草案的必要范围内,对错误的要件、效果作简单考察。

(一)错误无效的要件(1)——法律行为要素的错误

1. 动机错误的保护要件

对此,判例·学说上存在诸多争论。学说上存在着二元论与一元论的对立。前者区分表示错误和动机错误讨论各自的要件;后者认为两者区别没有意义,并统一把握错误的要件。一般认为判例是采二元论立场,在例外情况下对动机错误加以保护。如何理解判例的这种定式,尤其是关于动机被表示出来,与动机成为意思表示乃至法律行为的内容之间的关系,对于其评价并未形成一致。这一点在修改审议的过程中也是一样。^①

作为传统通说的我妻荣说,被定位为动机表示说。我妻荣认为,动机错误与动机不法应遵循相同的理论,将其定型化为“若动机被表示出来,且相对人知道的,则在此范围内的错误,应作为法律行为内容的错误”^②。该段表述,按其文意理解,似乎可以如此解读:若动机被表示出来,并且相对人也认识到表意者的动机,则这个动机立刻就会成为法律行为的内容。但应当注意的是,我妻荣说乃是在下面的语境上理解的。即,我妻荣以误信土地将预定铺设铁路及误信马为可受孕良马为例,认为在“作为铁道铺设地的土地买卖”“作为可受孕良马的马匹买卖”(着重号为原文所加)之时会构成错误的问题。同时,我妻荣认为,若是依自己对画像真伪的鉴定而购买的场合则不是错误。作为理由,其阐述道:“因为此时并不存在买卖正品的表示。”^③对于动机表示说,有观点以钟表买卖为例说明其不合理性。即,表示了丢失钟表这一动机后买入钟表,若其动机存在错误时可主张钟表的买卖合同因错误而无效,并不合理。当然,

① 作为判例分析的最新研究,有山本敬三“与‘动机错误’有关的判例状况和民法改正的方向(上)(下)”(NBL1024号第15页及以下、同1025号37页及以下)。作为先行的判例分析,有小林一俊《错误的判例综合解说》(信山社2005年);森田宏树“民法95条(以动机错误为中心)”,广中俊雄、星野英一编《民法典的百年Ⅱ》(有斐阁1998年,第141页及以下)等。关于笔者个人的评价,参见[鼎谈]矶村保、加藤雅信、加藤新太郎《法律行为论和错误》,加藤雅信、加藤新太郎编著《现代民法学和实务》(上)(判例时报社2008年,第95页及以下)。

② 我妻荣:《新订民法总则》,岩波书店1965年,第297页。

③ 我妻荣:《新订民法总则》,岩波书店1965年,第301页。

对于该批判,也存在认为此等批判并未正确理解我妻荣说中动机表示的余地。

2. 作为重要性判断要件的错误的要素性

即便是表意人存在错误的场合,也并非全部的错误都会被保护。判例·学说要求具备以下要件:①若无此错误,不仅表意人不会做出该意思表示;而且还要求,②即便是一般人,也不会做出该意思表示。要件①是表示主观因果关系的要件,要件②是表示错误客观重要性的要件。当然,这个判断定式是否意味着仅就重要部分的错误肯定无效主张,尚有存疑的空间。例如,要约时,虽然买受人X的意思是买卖价款为100万日元,却因为失误而记载为105万日元的场合。此种情形,不仅X若认识到此误记的话不会记载为105万日元,即便是一般人也不会记载为105万日元。虽说如此,但以这种程度的差额为理由而主张买卖合同无效,应该不会得到支持。因此,于此情形,并不应该判断定式中的“该意思表示”理解为涵盖到了“以105万日元购买”的地步,而是有必要理解成是“该买卖合同的意思表示”为“以105万日元购买”。

(二)错误无效的要件(2)——无重大过失①

第95条但书规定,表意人有重大过失之时,表意人自身不得主张无效。但学说上逐渐认为,即便表意人有重大过失,但相对人难谓存在正当信赖的,并不排除错误无效的主张。具体来说,在相对人知道表意人错误时,或者就其不知道存在重大过失的,或者是错误是由相对人引起的,或者是双方陷入共同错误的场合等等,都可能成为问题。②当然,笔者早先就指出,此种例外,在表示错误的场合和动机错误的场合,其意义并不相同。③关于这点,学界的讨论较少,而且,如后所述,在民法修改的审议中也没有得到充分的考虑。

(三)错误无效的意义

关于谁可以主张意思表示及法律行为的无效,虽有必要考虑该无效会保

① 无重大过失不是主张错误无效的表意人有必要积极证明的要件,证明责任的问题在此处不做考虑。

② 例如,山本敬三《民法讲义I·总则》(第3版)(有斐阁2011年,第219页及以下)、佐久间毅《民法的基础I总则》(第3版)(有斐阁2008年,150页及以下)。

③ 关于表示错误,在相对方认识到表意人的“错误”的场合,或者因重大过失而没有认识到的场合,在表意人错误的问题以前,应将其作为表意人意思表示的解释问题而处理。同样,若法律行为的当事人陷入共同的表示错误,“误载无害真意”原则较为妥当,当事人对于(与通常文意不同的)共同的意思内容达成合意,没有讨论错误问题的余地。关于此点,参见石田喜久夫编《现代民法讲义I·民法总则》(法律文化社1985年,第161页及以下及第164页矶村保执笔部分)。

护谁的利益,但判例·学说认为,关于错误无效,和无意思能力的无效^①的情形一样,原则上仅表意人可以主张无效。当然,最判昭和四十五年三月二十六日民集 24 卷 3 号第 151 页的判例^②认为,陷入错误的表意人无资力,且表意人的债权人有必要保全其债权时,例外地支持第三人可以主张错误无效。但在学说上,即使在这种情形,直接将其理解成是债权人基于第 423 条代位行使表意人的无效主张即已足够的学说明显占多数。

(四)无效对第三人的对抗

关于欺诈的撤销,第 96 条第 3 款特别规定了善意人的保护。胁迫的场合,通过反对解释,即便对善意的第三人,撤销的效果也可以对抗,在此点上没有异议。同样地,和欺诈撤销的场合相反,第 95 条也没有特别规定善意第三人的保护。从这点上来看,错误无效看上去似乎也可以对抗善意第三人。而且,在欺诈撤销的场合,欺诈行为和被欺诈人的意思表示之间存在主观的因果关系即已足够,与此相对,在错误的场合仅在要素错误的场合才会支持无效的主张,且客观重要性也构成其要件。从此点来看,即使对错误人作出更厚重的保护也难以说会失去均衡。^③从实质论的角度言,作这样的解读并非没有余地。但是,学说上的有力见解认为,错误人是自己陷入错误,与此相对被欺诈人是因相对人的违法行为而陷入错误,被欺诈人撤销的溯及效力尚不能够对抗善意第三人,故若错误人能用无效对抗善意第三人则会失去均衡,因此,在错误场合亦应类推适用第 96 条第 3 款。当然,若将与欺诈撤销场合之间的均衡论往前更推进一步,则关于无效主张的期间限制及法定追认的适用可能性等等,可否将撤销的一般效果类推适用于错误的场合,会成为问题。对此持肯定意见的学说也不在少数。

(五)错误人的损害赔偿义务

在肯定了表意人的错误无效的场合,是否肯定有过失表意人的损害赔偿义务。关于这点,姑且不论其法律根据是求诸于侵权行为,还是求诸于合同缔

① 当然,在无意思能力的场合,民法中没有明文规定,是经由判例·学说而渐渐承认其无效。大纲草案提出了在无意思能力场合法律行为无效的规则(大纲草案第 2, NBL 临时增刊 1034 号 13 页)。

② 最判昭和四十年九月十日民集 19 卷 6 号,第 1512 页。

③ 也可以提出依据,认为错误是以意思与表示不一致为前提的意思欠缺或者意思不存在,但从判例·学说在 95 条中保护动机错误的立场来看,其并不能适用于错误的一般规则。

结过程中的义务违反(合同缔结上的过失责任),目前的学说一般都肯定此时的损害赔偿义务。

三、大纲草案的提案内容

(一)修改的经过

首先,在《关于民法(债权关系)修改的中期论点整理》(以下简称为《论点整理》)的阶段,被作为论点提出的是以下六点:^①①立足于判例法理明文规定动机错误相关规则的方向上做探讨;另一方面,有学说主张不区分动机错误和表示错误,将其也考虑在内,探讨动机错误的规则内容;②对要素的错误予以明确界定;②③探讨在表意人有重大过失之时,在何种场合例外地支持无效主张;④在无效及可撤销的整体制度设计中探讨错误的法律效果;⑤关于错误人的损害赔偿责任,探讨是否应支持无过失责任,是否应委诸于侵权行为的一般原则;⑥在新设第三人保护规定的方向上做探讨。这些大致对应上述现行法解释上的问题点。

其中,关于错误效果方面拟采取的方针,诸如将无效改为可撤销、对于撤销的效果谋求与欺诈撤销场合之间的共通化,以及撤销的效果不能对抗善意无过失第三人等方面,并不存在很大的争议。与此相对,在错误的保护要件上则存在着观点对立。特别是在如何考虑动机错误的撤销要件上,以及在此时动机的表示拥有何种意义上,与如何评价目前的判例理论也密切相关,讨论呈现出错综复杂的局面。

以下,先明确大纲草案做出了何种提案,然后再在第四部分,对大纲草案存在的问题进行探讨。

(二)错误撤销^③的要件

1. 意思不存在型错误

作为错误的类型,区分(a)“欠缺与意思表示相对应的意思”和(b)“表意人

① 包括论点的提出和补充说明,参见商事法务编的《关于民法(债权关系)修改的中期论点整理的补充说明》(商事法务 2011 年,240 页及以下)。

② “要素的错误”有的场合指与错误的重要性有关联的要件,也有将该要件和成为法律行为的内容这一要件一并指出的场合,此处在前者的意义上使用。

③ 错误被保护场合的效果由无效改为了可撤销,对此后面详述。

就作为法律行为基础的情事,其认识与真实相反”[大纲草案第 3-2(1)]。关于(a)的错误,有(c)“错误依法律行为目的以及交易上的社会一般观念为重”作为要件。在中期试案的时点,就已经表示出不采错误一元论,而采区分表示错误和动机错误的立场,^①之后一直被维持,大纲草案也沿袭了这一立场。

(c)可以说是为了判断错误重要性的要件。在《关于民法(债权关系)修改的中期试案》(以下简称为《中期试案》)中,提出了和现行法的解释论大致相对应的要件。然而,审议会分会资料 76A《关于民法修改的大纲草案原案(10)》[以下简称为《大纲草案原案(10)》]第 1 条将其修正为,表意人不为该意思表示“在交易一般观念上被认为具有相当性之时”,此后又进行了多次表达上的修正,最终以上述表述方式固定下来。

2. 所谓的动机错误

虽然在论点整理阶段使用了“动机错误”的表达,但在中期试案中则被表述为“就标的物的性质、状态及其他构成意思表示前提的事项存在错误”,在此后又摸索了种种表达形式,^②最后在大纲草案中使用了上述(b)的表达形式。

此外,关于此种错误类型,(d)“仅在该情事被表示出构成法律行为基础之时”,才肯定其错误的撤销。以下,为了表达的便利,将(b)的错误类型称为动机错误。在审议的过程中,关于如何考虑动机错误保护的要件,以及应如何将其用文字固定下来,产生了激烈的对立。大致可以分为以下几种观点:①重视动机是否被表示出来的观点;②认为动机被表示且表示之动机须构成法律行为内容的观点;③认为重要的是动机是否成为法律行为的内容,动机的表示并非不可欠缺。

首先,中期试案第 3-2(2)A 采用的是③的立场,^③大纲草案原案(10)延续该方案。但部会资料 78A《关于民法(债权关系)修改的大纲草案原案(12)》第 2A 则提出了“表意人表示出将该法律行为的效力与该事项的存否或其内容相关联的意思”作为要件。从单纯表示出动机尚不充分这一点来看,和①的立场并不相同,但也没有像②和③那样,要求“构成法律行为内容”的要件。随后,

① 中期试案第 3-2(1)(2)[参见商事法务编的《关于民法(债权关系)修改的中期试案的补充说明》(商事法务,2013 年。以下简称为《补充说明》)13 页]。

② 部会资料 76A 使用了“动机错误”,但部会资料 78A 又避开了该表达,在其说明中,指出对于“动机错误”这一文言自身就存在异议。

③ 中期试案的补充说明在介绍了这些想法的对立之后,认为判例中虽也有要求动机的表示之例,但并没有将其作为不可缺少的要件,反而是重视动机被法律行为内容所吸收的立场,故将此作为规则而加以规定(参见《补充说明》17 页及以下)。

审议会分会资料 79B^①《关于民法(债权关系)修改的大纲草案的归纳探讨(15)》中,将审议会分会资料 79A 作为甲方案,将原样维持现行规定第 95 条作为乙方案^②一并记载。再后来,在《关于民法(债权关系)修改的大纲草案的第二次草案》(以下简称为《大纲草案第二次案》)中,错误的规定则成为悬而未决的悬案状态。最终的大纲草案,则采用了前述方式予以表述。

从大纲草案的规定情况来看,将审议会分会资料 78A 案的“与该情事的存否或其内容相关联的意思”改成了“(该情事)被表示出构成法律行为为基础”^③。从这一点看,两者虽然并不相同,但其并没有像^②和^③那样,将“构成法律行为的内容”作为要件。因此,可以将其定位为是审议会分会资料 78A 案的延伸。

关于动机错误的保护要件,还有一点有必要提及的是,即便在动机错误中,关于错误重要性的(c)也是共通的要件。关于这点,在第四部分中讨论。

3. 相对人引起的错误

在表意人因相对人做出了与事实相反之表示(以下称为“不实表示”)而引起错误的场合,中期试案第 3-2(2)B 肯定了此种错误的可撤销。在这种错误满足作为动机错误而加以保护的一般性要件(中期试案中,是构成法律行为的内容)时,并没有作为独立要件存在的意义。因此,这种不实表示型错误,在不满足此等要件的场合才拥有独自的意义。其后,在审议会分会资料 66B 中,将是否需要这种规定作为问题点而提出。在审议会分会资料 76A 中,关于此种类型标上了【P】记号。^④在审议会分会资料 78A 中,回避了“不实表示”的表达,采用了“因相对人的行为……引起的错误”(相对人引起的错误)的方式。在审议会分会资料 79B 中将其作为甲方案。但是,关于相对人引起的错误,大纲草案最终放弃了对此作出规定。根据审议会分会资料 83-2《关于民法(债权关系)修改的大纲草案(案)补充说明》[以下简称为《大纲草案(案)补充说明》],一方面是考虑到了错误可撤销的范围有过于广泛之虞,另一方面是认为在动机错误的一般性保护要件“(该情事)被表示出构成法律行为为基础”中,也得以反映出这种类型的错误。

① 在此时点上,部会资料 79-1《关于民法(债权关系)修改的大纲草案的原案(其之 1)》虽包含了意思表示部分,但关于错误,在与此不同的部会资料 79B 中进行了进一步探讨。

② 从乙案中,可以看出不能从一定方向上综括直至该时点反复进行之讨论的政府事务局的徒劳感。

③ 或许是因为避免明示出主语,才选择了被动态的表现形式,但在大纲草案第 3-2(1)b 中是“表意人关于作为法律行为基础的事由……”产生了表现上的不统一。

④ 对于有必要进一步讨论的事项,在草案原案中会标注【P】的记号。——译者注

4. 重大过失情形例外肯定的错误撤销

中期试案第 3-2(3),一方面规定在表意人有重大过失时原则上不支持错误的撤销,但另一方面在意思不存在型错误和动机错误中规定共同的例外:①表意人基于任一错误而做出意思表示,相对人就此存在恶意或具有重大过失之时[(3)A];②表意人和相对人陷于同一错误之时[(3)B]。此后,虽然在表述上有些变化,但大纲草案第 3-2(3)和以前的方案相同,在相对人有恶意或者重大过失的场合,以及共同错误的场合,支持即便(表意人)有重大过失也可以撤销该错误。

(三)错误的效果

1. 从无效到撤销

满足错误要件时的效果,自中期试案以来,由第 95 条的无效改为可撤销,并没有不同意见,大纲草案第 3-2(1)也延续了这一方案。

2. 撤销与第三人

自中期试案以来,和欺诈撤销的场合相同,在撤销的效果不能够对抗善意无过失的第三人这一点上达成了一致。大纲草案第 3-2(4)也维持了这一方案。

此外,至于其他的效果,因适用关于撤销的一般规定,在该点上欺诈和错误的效果也达成了一致。历来作为双重效果问题之一的错误无效和欺诈撤销,虽说仍需满足各自的要件,但其效果变得一致。主张任一要件构成,效果上并不会有什么不同。

3. 表意人的损害赔偿責任

在论点整理阶段,这一问题曾被作为探讨项目,但中期试案以来,没有设置与此相关的规定,在大纲草案中亦是同样如此。^①

综上,在错误规定的修改过程中,对错误的效果进行了较为平稳的讨论,但对于错误的要件,一直到大纲草案为止仍争论不休,问题也并没有因大纲草案的出台而解决。

因此,下面将以错误要件论为中心展开探讨。

① 若像《德国民法》第 122 条那样,认为错误人即便是无过失也有必要支持其损害赔偿責任,的确有设计特别规定的必要,但在论点整理中,设计与德国民法相同趣旨之规定的想法没有得到支持,若是这样,则仅在错误的场合设计与损害赔偿責任相关的特别规定反而会失去均衡。

四、关于大纲草案的相关分析

(一)意思不存在型错误和动机错误的区别

众所周知,作为现行法的解释,存在所谓二元论和一元论的对立,并且其对立处于不容易化解的境地。关于此点,第95条的字面,仍然只是从任一立场出发都得以说明的抽象、一般的表达,并不能构成足以引导出具体、明确规范的条文基础。大纲草案沿袭了历来的判例·学说,与判例理论一样,其基本态度是,在条文上也区分了意思不存在型错误和动机错误。从一元论的立场出发,当然可能存在批判,但笔者认为,遵从较为安定的判例理论、区分此等不同类型并加以规定、以确定各自的保护要件这一立法方向,值得肯定。当然,和第95条不同,若在错误的条文中明示了错误中包含意思不存在型以外的错误类型,那么也要对对应的规定予以完善。例如,大纲草案第4-1关于代理行为的瑕疵规定“意思表示效力因意思的不存在、欺诈、胁迫或……”^①该条文草案并没有提到非意思不存在型的错误。这一点,虽然在现行规定本身已出现问题,但与现行规定第95条不同,既然修改方案明示了和意思不存在型错误相异的错误类型的存在,现行第101条也理应作相应修正。^②

(二)动机错误的保护要件

动机错误的保护要件,是错误规定的修改讨论中争执最为激烈的问题。大纲草案的内容也不过是在审议的最后阶段新提出的,其作为规则还很难说已经趋于稳定。问题就在于:①如何考虑动机表示的必要性;②如何考虑是否需要动机构成法律行为内容或者法律行为前提·基础这一要件。

如前所述,关于动机的表示,大纲草案以“构成法律行为基础”而被表示作为要件。也就是说,表意人即便表示了从事法律行为的动机(例如,“因丢失时钟而购买新的时钟”),只要其不是“构成法律行为基础”而被表示,其错误的撤销就不会被支持。因此,动机的表示是必要条件,但不是充分条件,该动机必须是作为法律行为的基础而被表示。当然,在何种情况下能被认为构成法律

① NBL临时增刊1034号14页。此点在随后出台的《关于民法(债权关系)修改的大纲》中已得到修改,其修改为“意思表示的效力因意思的不存在、错误、欺诈、胁迫或……”——译者注

② 此问题点在中期试案的阶段就被认知。关于此点,见《中期试案补充说明》,第35页。

行为的基础,只能是具体场合具体分析,故还不能说其已经明确了积极性的要件。并不限于这点,大纲草案的立场在以下两个方面仍然存在很大的疑问。

第一,上述规定的判断定式将重点置于动机的表示之上,其结果是作为法律行为基础而被表示的动机,表意人的相对人对此究竟如何理解,并没有予以明确。买受人表示出一定的使用目的而购买物的时候,从表意人的买受人角度来看,将该使用目的告诉出卖人似乎可以被认为将其作为买卖合同的重要基础,但即便如此,在买受人误信能够满足其使用目的之时,并没有保护买受人的单方性的动机错误的必要性。历来的判例理论上也不支持以该种错误为理由的无效主张。可是,要适用大纲草案规定的判断定式,同时又要排除上述情形的适用,就只能对“被表示出构成法律行为基础”的要件进行技术化的处理。这样一来,还不如返回到中期试案的立场,将由对方当事人分担当事人一方动机错误风险的正当化要件求诸于法律行为本身,将动机与法律行为本身相联系,而不是将动机与表示相挂钩。也就是说,采取中期试案中“动机构成法律行为的内容”或“动机被作为法律行为的前提”的表述方式,将动机与法律行为相结合而考虑,而不是与表示相结合。关于动机构成法律行为的内容这一要件,也存在着以下担忧:在将此要件的含义做限缩解释基础上,认为在如此限缩的要件下难以实现必要的保护。^① 虽说如此,但最为重要的一点是,无论单方性的动机对表意人而言是多么重要,但仅此并不足够,还必须要求该动机在与相对人的关系上也值得被保护。为此,作为其要件,至少有一点认识是可以达成一致的:只是让相对人认识到动机被表示出来或该动机对表意人来说是很重要的,并不充分。在这点上,大纲草案与中期试案相比较,毋宁说是很大的退步。若认为中期试案规定的判断定式过于限缩——虽然这一点多是基于误解,应摸索相应的替代形式。仅仅以难以考虑到与相对人之间的关系的、单方性的“表示”为要件是否足够,是非常值得怀疑的。

第二,根据大纲草案,动机的表示是不可缺少的要件。但事实上,并不能说动机没有被表示出来就必然得不到保护。关于这点,最判平成五年十二月十六日家月 46 卷 8 号 47 页的判例是一个很好的参考。在该案例中,继承人在不知道书面遗嘱存在的情况下签订了遗产分割协议,后来书面遗嘱被发现,遗产分割协议的效力如何成为争点。继承人中的一人主张遗产分割协议因错误而无效,对此原审判决认为,即便知道了书面遗嘱,也并不影响遗产分割协议的内容,以不存在因果关系为由驳回了其无效主张。然而,日本最高法院认

① 作为一例,参见第 76 次会议议事录第 3 页以下的一系列发言。