

給付不当利得の消滅と受領者の「財産上の決定」

——ヴェルナー・フルーメの給付不当利得論——

湯 川 益 英

第一 初めに

ヴェルナー・フルーメ(Werner Flume)は、ドイツ民法学における法律行為法学・意思表示法学の泰斗であり、わが国における意思表示論・法律行為論・契約⁽¹⁾法律行為解釈論に多大な影響を及ぼしているのは周知のとおりである。

ところで、法律行為論とほぼ併行して、フルーメは不当利得制度(とりわけ給付不当利得制度)について複数の論文を公表し、そこで独自の不当利得論を展開している。⁽²⁾

そうして、フルーメの不当利得論は、彼の自由意思の原理に則した法思想を反映し、それゆえまた、彼の私的自治論⁽³⁾法律行為論と密接に関連していると考えられる。

本稿は、ドイツの不当利得論の展開、とりわけ給付不当利得の問題をめぐる理論展開のパススペクティブの中で、

フルーメの給付利得論がどのように位置づけられるのかを「利得の消滅」の問題解決のあり方を中心にして概観し、
たうえて、その法律行為論との相互連関性を検討し、フルーメの法思想の一部にアプローチすることを目的とする。

第二 フルーメの給付不当利得論

一 ドイツにおける給付不当利得論の展開

既履行の双務契約が、意思の不存在や意思表示の瑕疵によって無効・取り消されたときには、契約の両当事者は、
相互に、給付対象と代金の返還義務を負う。

この清算関係は、不当利得法によって処理されるものであるとされる。⁽³⁾

ドイツ民法(以下、BGBと略記する)八一八条は、不当利得返還請求権の範囲について次のように規定する。
すなわち、「返還の義務は、取得した利益と受領者がその取得した権利に基づいて生じる。また、その取得した
目的の破壊、毀損もしくは侵奪に対する賠償として得たものにも及ぶ。

取得したものの性質によってその返還が不能か、または受領者がそのほかの理由によって返還をなすことができ
ないときは、受領者はその価格を賠償する必要がある。

返還の義務や価格賠償の義務は、受領者が利得を有しない限度で消滅する。

受領者は、係争に入った時から一般の原則によって責任を負う。」

形式的に本条文にしたがえば、例えば、AがBから自動車を購入し、代金の支払と自動車の引渡し完了した後

で、A—B間の売買契約が錯誤により取り消されたときには、Aは不当利得返還請求権に基づいてBに対して代金の返還を請求し得、Bは不当利得返還請求権に基づいてAに対して自動車の返還を請求し得ることになる。

つまり、A・B相互に独立したふたつの給付利得返還請求権が成立することになる。

いわゆる二請求権対立説(Zweikonditionstheorie)である。

ところで、こうした構成によれば、Aが自動車を受領した後でそれが滅失してしまった場合、AはBに対して代金の返還請求ができるが、Aが利得を有しないとき、B G B八一八条三項を根拠に、BはAに対して自動車の返還を請求することができないことになる(Aは利得の消滅をBに対して主張できる)。

すなわち、ふたつの給付利得返還請求権を別個・独立のものと解すると、買主の下での自動車の滅失のリスクは売主が負担するということになる。

しかしながら、上記のような結果の一般化が不合理であり、一般の法感情に沿うものでもないことは判明であろう。

こうした不合理は、無効取消される前の、事実としてのA—B間の売買契約に基づく給付関係の存在を無視して、給付関係の清算としての給付利得返還関係を構成するA—B間のふたつの給付利得返還請求権を「別個・独立のもの」と解することによって生じる。

そこで、ドイツの判例法は、かかるふたつの給付利得返還請求権が過去の給付関係の清算であることを直視して、両者の関係を反映させた法解釈を展開した。

すなわち、双務契約上の結合関係として在るふたつの返還請求権は相互依存関係にあるゆえ、差額計算という方法を介して、原則的には一方の給付利得の減少・滅失を他方の給付利得の減少・滅失に反映させる構成を採用した。

いわゆる差額説 (sog.Saldotheorie) である。

上記の設例に則して謂えば、AがBから購入した自動車が、売買契約時に一〇〇万円の価値を有していたのに、不当利得返還時にAの下で五〇万円の価値しか有していなかった場合には、AはBに対して五〇万円の不当利得返還請求権を有する。Aの下で自動車が減失したときには、Aの不当利得返還請求権は失われ、逆に、Aの下で自動車の価値が一二〇万円に増加したときには、BがAに対して二〇万円の不当利得返還請求権を有することになる。

すなわち、買主の下での給付対象の減失のリスクは買主自身が負うことになった。

こうした差額説に基づく諸判決は、二請求権対立説に比して、公平に合致し、一般の法感情にも合致して学説の支持も受け、長期にわたって通説としての地位を維持してきた。

もっとも、言葉の厳密な意味での差額説は、引き算によって返還さるべき利得の範囲を画定するため、契約的給付が双方とも実行されていた場合にのみ適用が可能であり、対価的な給付の一方だけが履行されたに止まるときには対価的相互性の論理を貫徹できないという欠点を有していた。

また、本稿の問題関心に則しては、没価値的な「計算」という方法によって返還さるべき利得の範囲を画定するために、詐欺・強迫による取消のケースや利得の消滅や縮減が給付対象の瑕疵に原因するようなケース⁽⁴⁾、行為無能力者や制限行為能力者が当事者となるケースでは、法的な主体的責任の問題を解決に反映し得ないという憾みもあつた。⁽⁵⁾

さらに、利得の消滅や縮減が不可抗力によって生じた場合の危険負担についても明確な答えを出しえない。

そこで、こうした狭義の差額説の欠点を克服し、差額説を引用する判例法に内在している「当初の契約の双務性を尊重した形で利得の返還がなされるべきである」という認識を実現しようとする法的構成が、エルンスト・フォ

ン・ケメラー(Ernst von Caemmerer)やハンス・ゲオルク・レーザー(Hans Georg Leser)らによって提唱される⁽⁶⁾。

ケメラーは、差額説は、そもそもBGB八一八条や「利得」という抽象的な概念から導出されるべきではなく、無効な双務契約において、一方の給付は他方の給付と無関係に返還請求され得ないという原則から導出されなければならぬとする。そうして、給付利得の返還の際には契約解除の際の一般的な清算の原則が適用されるべきであると主張する⁽⁷⁾。

すなわち、ケメラーによれば、解除の場合も無効・取消の場合も、また給付が双方によって履行されたか否かにもかかわらず、双務性に則して、債権≡債務の履行上の牽連関係や消滅上の牽連関係が尊重されつつ清算が統一的な方法でなされることになる⁽⁸⁾。

したがって、例えば、購入物そのものの瑕疵によって利得が滅失したときには、売主がその危険を負担し、それが不可抗力によって滅失したときにも、解除の規定が適用されるとする。他方、購入物が買主の有責によって滅失したときや、買主が有責でない場合でも、それが買主の使用中に滅失したときには、買主が危険を負担することになる⁽⁹⁾。

また、双方の返還給付の相互依存性の原則は、買主の意思表示が売主の詐欺によるものであるときにも貫徹する。その際にも、売主に対する制裁という不当利得法の評価は適切ではなく、詐欺行為に対する法的効果は、売主不法行為責任や債務不履行≡不完全履行の責任としての損害賠償義務を課することによって調整される⁽¹⁰⁾。

なお、こうした処理は、規範の保護目的に照らして、未成年者が締結した無効な契約の際には適用されないとされる⁽¹¹⁾。

レーザーも、「事実的双務関係」という着想によって、ケメラールとはほぼ同値の理論の下に、給付不当利得法の効果論をヨリ具体的に展開する。

すなわち、給付利得の返還においても、双務契約の無効・取消によって既存の双務契約関係が直ちに消滅するのではなく、当初の双務契約の性質が清算の段階に事実上残存するものであると把握し、給付利得制度を「誤って展開された双務契約の巻き戻し」という機能を具有するものであると把握する。

それゆえ、有効な双務契約における清算の原則である、旧BGB三二三条以下の条文が不当利得法上の清算においても適用され、たとえば、履行後に、買主の下で給付対象が滅失したとき、買主は自身の利得が現存する限りで売主に反対給付(＝代金)の返還を請求することができる⁽¹²⁾。

詐欺による取消のケースについても、レーザーはケメラールの見解に従う。

ただし、買主の返還不能の原因が売主の領域内にある場合には旧三二四条(＝双務契約の当事者の一方が負担する給付が、相手方の責めに帰すべき事情によって不能となったときには、その当事者は反対給付の請求権を失わない)が適用され、買主は損傷した状態の給付対象を返還し得るし、仮に滅失した場合には、返還せずに代金の返還を請求することができる。

また、行為無能力者・制限行為能力者についても、事実的双務関係論の見地からその保護を優先し、事実的「双務」関係による拘束は彼らには及ばないとする⁽¹³⁾。

上記のとおり、ケメラールとレーザーの給付利得論は、ほぼ同一のベクトル上にあるが、ケメラールが不当利得法を解除法に整合させるのに対して、レーザーは、解除法を不当利得法に調節するほうが歴史的な流れに沿うものであり、法実践が、解除準則を修正しようとする方向にあり、類似の清算手段である給付不当利得法において双務関係

の余後効果を承認したことを評価し、そこで到達した判断が解除法を制御すべきであるとする。⁽¹⁴⁾

このため、実際の問題解決においても、両者の見解に差異が生じる箇所がある。すなわち、給付対象が偶然に滅失したとき、ケメラーが当該危険を旧BGB三五〇条(「権利者が受領した対象が偶発的に滅失したときには、これによって解除権は消滅しない」)によって給付者(「売主」)の負担と解するの⁽¹⁵⁾に対して、レーザーは、旧BGB三三三条(「第一項 双務契約の一方が負担する給付が両当事者の責めに帰さない事情によって不能となったときには、その当事者は反対給付の請求権を失う。一部不能に際しては、反対給付は、第四七二条・四七三条の規定によって縮減する」)に則してこれを受領者(「買主」)の負担と解する。

したがって、この際のレーザーの見解は差額説に則したものであるが、ケメラーの見解は、むしろ二請求権対立説と親しいものであるといえよう。⁽¹⁶⁾

ケメラーもレーザーも、判例法としての差額説を前提に、それが内在している法思想を追求するという方法で、給付不当利得制度を解釈しているものと思われるが、この点については見解を異にする。⁽¹⁷⁾

しかしながら、かかる相違を内包しつつも、その大まかな方向性において、ケメラーとレーザーの見解はほぼ一致しており、今日までの支配的な見解であるといえる。

二 フルーマの給付不当利得理論

フルーマは、通説であるケメラー・レーザーの見解を「いわゆる新しい差額説(die sogenannte neue Saldhorie)」と呼び、給付不当利得について、ローマ法の「具体的な利得(具体的に取得された給付物)」という概念把握から近代法の「抽象的利得」という概念把握への法発展に逆行する不当なものであると批判する。⁽¹⁸⁾

フルーメによれば、近代法における「利得」とは、返還債務者のもとで生じた抽象的な財産の増加であり、字義通り「利得」こそが、正しく不当利得の客体となる。⁽¹⁹⁾

フルーメは、ケメラールレーザーの給付不当利得論が上記のような誤った発想に則して展開されたために、様々な不当な結果を招来することを指摘する。

先ず、ケメラールレーザーが、BGB八一八条三項を善意の利得者に対する例外的な特恵とみて、給付不当利得関係を「誤って展開された双務契約の巻き戻し」と把握し、双務契約の無効・取消によって既存の双務契約関係が直ちに消滅するのではなく、当初の双務契約の性質が清算の段階に事実上残存するものであると把握することに對して、契約無効という法的判断を無視して、給付不当利得の際に無効となった双務契約の双務性の貫徹を容認することが(特にレーザーにおいては直接的な効力として主張されていることが)批判される。

フルーメによれば、両者の見解では、当該契約が無効であるからこそ給付不当利得が問題となるにもかかわらず、差額説を前提として、有効な契約法における規範(例えば、解除規定)が不当利得法の内容として適用されるといふ矛盾が生じる。

この矛盾は、給付不当利得の消滅・縮減の際の法的構成と具体的な処理において顕現する。

ケメラールレーザーが解除規定に則してこの問題を処理しようとするのに対して、フルーメは次のように謂う。

近代的な不当利得法においては、不当利得として受領されたものと因果関係のある財産の変動と受領者の人格に原因する財産の変動とは峻別されなければならない。それゆえ、受領者の財産の消滅・縮減は、それが無効とされた双務契約の給付そのものと因果関係にあるものに限って利得の消滅・縮減として責任を限定されるのに対して、受領者の人格にかかわることは、受領者自身の人格的な財産における問題と把握され、受領者自身の固有なリスク

に帰属するものと解されるべきである。

すなわち、受領者の「財産上の決定」(Vermögensmässige Entscheidung)による利得の消滅・縮減は、受領者自身が引き受けなければならぬ。

例えば、給付不当利得の返還に際して、自動車の買主は、受領した自動車を自身の財産として引き受けた後、使用中の事故によって滅失したときには買主が危険を負担し、ガレージから盗まれたときには売主が危険を負担する。自身の所有物として自動車を使用する者は、それを自身の財産の一部分として危険にさらしており、自動車保険によつてそれを回避することができる。それゆえ、保険加入を怠つた場合には、その限りで自ら自身の財産を賭けたのであるから、自分自身がそれを負担しなければならない。⁽²⁰⁾

さらに、財産損害が発生した場合、例えば、ペットショップで犬を購入し、代金の支払と引渡しの後、その犬が絨毯を噛み損傷してしまったというケースで、後日、当該売買契約が無効になり不当利得の返還が問題となったとき、買主は絨毯の損傷を利得の消滅・縮減として売主からの犬の返還請求に対抗することはできない。

犬が絨毯を噛むというのは犬の本来の属性によるものであつて給付対象の瑕疵ではない。それゆえ、この際の犬の保有による買主の財産の変動は売買契約における対価的な相互関係には含まれず、受領者としての買主の人格における「財産上の決定」に起因するからである。⁽²¹⁾

これに対して、その犬が引き渡し前から病気をもつており、それが買主のすでに飼っていたペットに伝染したような場合には、それは無効になつた双務契約の給付それ自体と因果関係に立つゆえ、BGB八一八条三項の抗弁が可能になる。⁽²²⁾

なお、錯誤・詐欺・強迫に基づく契約の無効や行為無能力者・制限行為能力者の法律行為の無効においては、そ

の前提である自由意思が欠けているため、そもそも「財産上の決定」は考慮されない。⁽²³⁾

もつとも、錯誤・詐欺・強迫に基づく契約の無効の場合にも、既述のとおり、いったん受領者が給付対象を「財産上の決定」によって使用したときには、以後、その決定のリスクは受領者が負うことになる。⁽²⁴⁾

このように、フルーメの不当利得論は、ローマ法以来の法発展という歴史認識の下に、固有の人格概念と自由意思の法思想に裏打ちされた「財産上の決定」という概念用具を介して、彼独自の法論理として成立していると言える。⁽²⁵⁾

第三 フルーメの法律行為論と給付不当利得論

一 序 説

前節に概観したとおり、フルーメの不当利得論は、法の歴史的な考察に基づいて、契約の無効という法的判断を前提に、人格によって制約された抽象的な利得を返還の対象とし、「財産上の決定」を利得債務者の人格的なりすくを引き受ける事実的な行為として提案する。

その透徹した論理には、類型論をはじめとする様々な給付不当利得論に勝るとも劣らない強い説得力がある。

また、両者を併せて判読すれば、フルーメの不当利得論が、それと相前後して書かれてきた法律行為論と相互連関することは判明である。

そこで、本節においては、フルーメの法律行為論における彼の法思想に内在し、かかる観点からフルーメの不当

利得論を概観する。⁽²⁶⁾

とくに、詐欺の事案における危険分担の場面において、要件としての、その適用や事実認定がやや難解にみえる「財産上の決定」という概念にアプローチしてみたい。

二 フルーマの法律行為論

(一) 意思Ⅱ表示論

フルーマは、「個々人の、自分自身の意思に従った、法律関係の自己形成の原理が私的自治である」とする。私的自治は、法律関係の創造的な形成において、個々人の自主性を承認する。

私的自治は、「人間は他からの制約なしに自分自身を規定する (Selbstbestimmung)」と「一般の原理の側面であり、基本法によって、法秩序 (Rechtsordnung) に先立って存在し、法秩序の中で実現される価値である。つまり、私的自治的な (行為) 形成は、その形式・内容において法秩序によって規定されており、私的自治と法秩序とは、私的自治的行為が妥当するための法的な根拠として密接不可分である。⁽²⁷⁾

このように、フルーマは、自己規定を法律行為の本質的な根拠とみる厳格な私的自治論を展開する。その厳格性は、意思の不存在によって自己規定が不完全な場合について、次のように説くことからもうかがえる。意思の不存在をサヴィニーに代表される意思主義 (論者) は無効であるとするが、こうした無効のドグマは意思表示を実質的に自己規定行為として把握することによって得られる結果である。ドイツ民法における錯誤を取り消しの根拠とする立法も、かかる無効のドグマと帰を一にし、自己規定としての行為の本質と関連する。つまり、取消しが認められるのは、表意者の自己規定を尊重するからであり、意思の不存在のときには、自己規定による正当

化が欠けているのである。

しかし、これを無効とする結果を一般に認めるべきではない。なぜなら、意思表示は自己規定行為として、表意者のみに関連するものではなく、他人にも関連する社会的な行為であるから、法律関係の形成としての意思表示の本質によれば、この自己規定の不存在という「危険」を、誰が負担するべきかを考えなければならぬからである。

意思の不存在の問題に関して、自己規定に信頼保護の原理で対応する説があるが、信頼の保護は絶対的なものではなく、むしろ、問題は、それが自己規定といかに統一的に把握されるべきかである。自己規定には「自己責任 (Selbsterantwortung)」が必要である (Gehören)。意思の不存在に対する実定法による規制においては、「自己責任」が自己規定の一側面としてどの程度みとめられるべきか、すなわち、表意者は自己規定と表裏一体の関係にある「自己責任」を根拠にして、自己規定が存在していなかったという「危険」をどの程度負担するべきか、たとえば錯誤による表示行為をそのまま妥当させるべきか (否か) が問題となる。⁽²⁹⁾

意思が存在していない表示行為が有効であることを正当化するためには、表示主義のような表示の絶対化も、錯誤において意思と表示の不一致を認めない妥当理論 (Geltungstheorie) も必要ない。意思が存在していない意思表示は、自己規定内容が正当化根拠を欠いているゆえに、瑕疵あるものである。しかし、そのために、これを当然に無効とする姿勢は概念法学の誇りを免れ得ない。ここでは自己規定と表裏の「自己責任」の優位が認められ得る。自己規定と「自己責任」のどちらに優位が認められるべきかは、間接的な私的自治である法秩序によって決められるが、意思表示が自己規定行為であり、それゆえ自己責任における法形成であるという本質に鑑みれば、その実定法による規制は評価されなければならない。⁽³⁰⁾

私的自治は、表意者の側の自己規定に始まるものの、必然的に、受意者の側の信頼、あるいは取引の安全等、社

会関係の中で初めて意味を持つことになる。⁽³¹⁾

しかし、フルーメは、それを自己規定の一部であり、その裏面である「自己責任」との相関において、表意者の主観的な側面からのみ把握する。

そうして、たとえば、意思の不存在の危険の分担といった客観的判断は、法秩序に委ねられる。

すなわち、フルーメの私的自治概念は、表意者個人の意思、その自主性に極めて忠実であり、他者の信頼や取引の安全にいかなる対応をするべきかは、私的自治と相関関係にあり、私的自治の一部分である法秩序が決定するという、自己完結的な様相を呈することになる。

このようなフルーメの私的自治把握は契約概念にも反映される。

すなわち、契約は法律行為の低位概念であり、各々の締約者が自己規定において約束したゆえに、約束されたものが法として妥当する。契約＝法律行為としての規制は、当事者の締約によって、共同で決定される。

契約両当事者は、契約法 (lex contractus) を法的に妥当せしめるが、それを自己の利益に相応したものと考えるか否かは各々の問題である。契約することによって、両当事者は、その内容が法であることを現すのである。

契約が妥当するためには、それが当事者間で (事前に) 交渉される (aushandeln) ことは重要性をもたない。一方当事者が契約内容を決定し、他方当事者には、その内容で契約を締結するか否か (ja) という「選択」のみが残されているときでも、他方当事者の同意によって、その内容は相互に了解されたことになる。

他方当事者の利益は対立的に守られ、締約の際の契約両当事者の協同が契約において対立する利益を正義の観点から調整する。

契約においては、両当事者が自己規定の力を有しているが、双方の自己規定によってではなく、一方当事者の自

己規定が、他方当事者に対する「一方的な他者規定 (Fremdbestimmung)」にならないような前提の下で、はじめて契約における私的自治が実現され得る。⁽³²⁾

契約交渉が有している契約正義の実現という機能、契約の準備交渉段階を経ることによって締約⇨合意に至ることの意義は、フルーメにおいては重要視されない。法律行為の本質は、表意者の目的的行為にあり、それは自己規定による、きわめて主観的な私的自治であるというのがフルーメの法律行為論の根幹であろう。

そうして、他者との利益の調整といった、契約における実質的な正義は、法秩序に委ねられることになるのである。

上記のように把握された契約概念に則して、フルーメは自らの契約解釈理論を次のように展開する。

法律関係の私的自治的形成は、法秩序によって承認された行為類型 (Akttypus) においてのみ可能であり、こうした行為が法律行為である。契約⇨法律行為は、規則を設定することによって、法律関係の変動を目的として行われる。目的的な法律関係の形成行為は、個人の自己の意思による形成行為として、規則を妥当させる意思の表明を必要とする。

上記のように、法律行為によって規則が妥当せしめられ、そこから法律関係の変動が生ずるのであるから、その内容から、法律行為は法的妥当の表示 (意思⇨表示) である。

意思表示⇨法律行為においては、意思と表示が本質的に結合されて在り、それは単なる内的意思の通知 (Mitteilung) ではなく、意思の実現 (Willensvollzug) である。

つまり、意思表示を妥当表示 (Geltungserklärung) と考えることは、意思⇨表示を前提とする「意思主義」と矛盾しない。

意思表示Ⅱ法律行為は、一般に他人に関連づけられ、他人がその規制によって影響される限り、他人Ⅱ受意者は、原則としてその規制の設定に協力し、契約においてそうであるように、規制は相互に了解して設定されなければならない。

表意者と受意者が共通の理解でひとつの規制を設定した場合(契約当事者のみで第三者が介在しないとき)には、表示によって設定された規制を、そのまま、当事者間に共通の事実上理解された意味で妥当させるべきである。

しかし、どのような事実上の理解に基づいて表示がなされたかが不明のときや、表示関係者の多数が共通の理解を得ていたことが確定できないときには、規範的な解釈 (normative Auslegung) が必要になる。

契約Ⅱ法律行為の規範的解釈は、「意思」の確定ではなくて、法律行為的規制の内容の確定である。ところで、法律行為は自己規定による法律関係の意思的形成行為であるから、規範的解釈も意思的形成の表明としての、法律行為的表示を評価 (werten) すべきである。すなわち、どのような法律行為的規制が「意思された」ものとして理解されるべきかを追求しなければならない。

規範的解釈においては、法律行為的表示の周辺にある諸々の事情が考慮されるべきであるとする見地があるが、考慮の対象となる諸事情は、相手方その人によって規定されてはならない。そこで基準になるのは、表意者の「表示の」諸事情である。

解釈は相手方に関連づけられるが、考慮されるべき諸事情を、相手方が事実知覚したか否かは問題ではない。相手方にとって知覚し得ると評価され、諸事情の知・不知について、相手方に帰責せしめ得るとみることができると否かのみが問題なのである。³³⁾

規範的解釈においては、表意者その人が考慮されなければならない。すなわち、表示の意味は、表意者に、他な

らぬ「表意者の表示の意味として」帰責せしめ得るものでもなければならぬ。⁽³⁴⁾

すでに判明のように、フルーメにおいて、法律行為とは、「選択 (ob)」を含む、自「規定」行為 (Akt) である。したがって、法律行為の成果としての当事者間の裸の意思関係が、そのまま契約内容として妥当するのは、契約 II 合意内容 II 規制内容が「当事者間に共通の事実上理解された意味」と同値であったときに限られる。

そうして、「どのような事実上の理解に基づいて表示がなされたのが不明のときや、表示関係者の多数が共通の理解を得ていたことが確定できないとき」には、「表示として外面に現れた事実が社会的・法的にいかなる意味を有するかを、規範的な解釈によって画定する必要がある」、ここでは、表意者が意思疎通のために何らかの自己責任を負うべきか否かという帰責の判断を介して、「どのような法律行為的規制が『意思された』ものとして理解されるべきか」が問題となる。⁽³⁵⁾

このように、フルーメは、「法律行為そのもの」を「当該法律行為のもつ社会的なパースペクティブ」から切り離して考察の対象とし、前者に対しては、原則的には、それが自主性・自己規定性を有する「行為」のみであるとする、きわめて厳格で狭隘な法律行為論で応じ、後者に対しては、法秩序を介して、契約当事者の自主性・自己規定性と無関係の⁽³⁶⁾、意味の持ち込みを実質的に許容する規範的解釈を提示するかにみえる。⁽³⁷⁾

したがって、ここでは、積極な行為ではない、たとえば、不作為・沈黙あるいは裸の事実としての「おこない」といった外面の事実が表示としていかに位置づけられるのが問題として残される。

(2) 不作為・沈黙・裸の事実としての「おこない」の規範的解釈

フルーメが、表示としての不作為・沈黙・裸の事実としての「おこない」に対して、どのような見解を有してい

たのかは、彼の「黙示の意思表示」理論、「事実的契約関係」理論、「社会類型的な態様」理論、約款論を概観すること、さらに明らかになる。

フルームによれば、沈黙が、言葉による表示と同様に、法律関係の目的的形成として、意思表示の表示記号となるためには、当該沈黙が意思表示になるという当事者間の了解のもとで、沈黙者が、その沈黙状態が意思表示の表示記号としての意味をもつことを意識していることが必要である。

この際、沈黙はひとつの積極的表示であり、言葉による表示と同様、意識された一個の意思表示である。

これに対して、上記のような要件を満たさない、単なる意思表示の不作為としての沈黙、あるいは裸の事実としての「おこない」は、意思表示ではない。

しかしながら、「単なる意思表示の不作為としての沈黙」も、取引においては、法的な重要性をもつとされる。もっとも、既述のとおり、「単なる意思表示の不作為としての沈黙」・裸の事実としての「おこない」は意思表示ではない。それゆえ、その法的効果は目的をもった法律行為的な形成によるものでもない。

それは、法律上のひとつの「態様 (Verhalten)」の法的な評価から導出されるものである。

ところで、ある種の給付の請求という態様によって債権的な有償の給付関係が成立する場合(たとえば、旅館で、テーブルの上のパンを客が手に取ることによって代金支払い義務が発生するとき)には、沈黙の外観は特別の意味をもつ。

事実的契約関係論⁽³⁸⁾や社会類型的な態様に基づく債務関係論⁽³⁹⁾は、上記のような場合に、意思表示による法律関係の成立を認めないが、それは正当ではない。不作為・沈黙が特定の法律関係を形成するということを意識している者にとって、それは法律関係の目的的な形成行為であって、真正の意思表示である。

典型的な事実的契約関係理論の適用事例である、大量交通Ⅱ大量取引における私的自治について、フルーメは次のように述べている。

大量交通Ⅱ大量取引においては、給付を請求する者は、契約するか否かの⁹⁹を決定するに過ぎず、事実上その締約は自由とは言えない。しかし、それは、いわゆる生存配慮(Daseinsvorsorge)の領域のみではなく、日常生活における一般の取引においても同様であり、大量交通Ⅱ大量取引がこの点で同じであるからといって、そこに機能する私的自治が原理的に異なったものであるというわけではない。例えば、電車に乗る人は、それを無償で利用できないことを知っており、「乗る」ということで有償で提供される運送給付を請求するのであるから、契約締結に際しては、それ以上のことは必要ない。

有償に提供された給付を「請求」によって実行された法律行為は、反対表示で否定されるべきではない。いわゆる「駐車場事件」のケースでも、⁽⁴⁰⁾「契約の事実⁽⁴⁰⁾に反する異議(Verwahrung protestatio facto contraria)」が問題になると解するべきである。

有償の給付を請求する者は、言語的な意味での「表示」はしていないが、社会類型的に有償として提供された給付を受領しているのであって、それによって有償の法律行為を行っているのである。

給付がすでに提供され、その請求の条件である対価が確定しているとき、既述のごとく、「表示」には、給付の請求それ自体以外は不要である。それは、そこから何らかの法的効果を推測しうる単なる「態様」ではない。

一般に、有償に提供された給付を請求する者は、内容の詳細を知らない場合でも、定められた条件で給付が行われることは知っている。

それゆえ、有償に提供された給付の請求は、法形式を意識した行為であり、法律行為である。

無意識に有償の給付を請求するというケースは例外的な異常のケースであり、上記のような通常Ⅱ一般のケースこそ、こうした「請求」の解釈学的な整理においては採用されなければならない。

生存配慮の問題に絡めて法律行為論を変容させる必要はなく、大量交通Ⅱ大量取引のケースは、法律行為論について何ら特別の問題を提起しない。

そもそも、「契約関係」というのは、契約によって成立する法律関係の謂いであり、事実的契約という用語はそれ自体矛盾している。

これに対して、自己の「態様」によって外觀 (Anschein) を生じさせたものの、自身が当該「態様」がそのような意思表示として機能することを感知せず、そのことを意識しないときには、それは法律行為ではない。

学説や判例は、両者を類別しない。

もっとも、法的に重要な「態様」もあり、それらは、責任要件の要素として、また失効要件の要素として意味をもつ。そうした「態様」の法律効果は法律によって生ずるが、沈黙が意思表示になるといふ当事者間の了解のもとで、沈黙者が、その沈黙状態が意思表示の表示記号としての意味をもつことを意識している場合には、沈黙という事実は、法秩序が意思表示による法律関係の自己規定を承認するゆえ妥当するのである。⁽⁴⁾

また、フルーメは、約款による締約について次のように謂う。

約款は契約当事者の自己規定ではなく、約款を提示した者による一方的な規制である。かかる一方的な規制が契約の規則の一構成部分となる。それは、当事者間の合意、法律あるいは慣行によって、約款が「指示される (verweisen)」からである。こうした「指示 (Verweisung)」によって、約款の提示者に規制が委ねられる。約款の「指示」は、原則的には契約であるが、一定の場合には法秩序によるその補完のために、法律上の「指示」も認

められる。すなわち、その契約類型の社会的機能に則して、約款を妥当せしめることが正当であると認められる法的確信に基づく場合である。⁽⁴²⁾

フルーメの法律行為論は私的自治論において、かかる約款の「指示」と、事実的契約関係論における「00(選択)」とは、近似する機能を担わされているようにみえる。

フルーメの法律行為論においては、「行為」と「態様」は厳格に区別される。

法律行為の本質は、言葉の厳密な意味での「法的規則の私的自治的な形成」であり、目的・意識的に法律関係の形成に向けられた、積極な(少なくとも意識的な)「行為」のみが法律行為である。

また、当該沈黙が意思表示になるという当事者間の了解に基づいた沈黙・不作為も法律行為たり得る。

そうして、法的効果を企図されない沈黙・不作為・裸の事実としての「おこない」といった単なる「態様」は法律行為ではなく、それが法的に重要なものである場合にのみ、法律行為と同様の効果の発生を承認されるにすぎない。

(3) 法律行為と「法的に重要な態様」

既述のように、フルーメは、法律行為を法的規制の私的自治的な形成であるとし、法律関係の形成を企図した行為に限定して把握し、法律関係の形成を意識しない沈黙や不作為を、「態様」として、法律行為と峻別する。

ところで、「態様」は単なる事実ではあるが、その事情によって法律的な意味が認められることがある。

「態様」のうち、「法的に重要なもの (rechtlich relevantes Verhalten)」は、法律行為のような規制ではなく、(むしろ)規制されるものであるが、その法的評価によって規制の要件 (Tatbestand) となり、法律行為と同じ効果

を生ぜしめる。⁽⁴³⁾

たとえば、ドイツ民法に規定された「法律による意思表示の擬制 (Die gesetzliche Fiktion von Willenserklärungen)」では、「擬制」によって一定の権利変動を発生させる契機となる、意思表示ではない不作為が挙げられる。⁽⁴⁴⁾

これが、「態様」のうち「法的に重要なもの」の典型である。

また、「失効 (Verwirkung)」の法理においては、権利者の沈黙の事実によって、相手方が権利行使がなされないものと信じそれを前提に行動する場合、権利者による権利行使は信義則に違背するものとして許されない。

このときの権利者の沈黙は「法的に重要な『態様』」の典型である。⁽⁴⁵⁾

なお、契約交渉に入った両当事者に対して、契約の準備交渉段階において、説明義務・解明義務や保持義務が課されるとする契約締結上の過失に対する責任論も「法的に重要な『態様』」をめぐる問題である。⁽⁴⁶⁾

多くの論者は、契約締結上の過失理論を、契約の準備交渉段階へ拡張された信頼に基づく法定の債権 || 債務関係によって基礎づけるが、フルーメは、信頼思想・信頼責任論一般を引用しつつ、それが *condicio sine qua non* であるときでも、信頼責任の根拠になり基準になるものは、信頼そのものではなく、信頼を基礎づける「態様」であるとする。⁽⁴⁸⁾

フルーメは、「態様」を法律行為そのものから除外しつつ、事実としての「法的に重要な『態様』」については、法秩序適用の契機として扱い、それに法律行為の効果と同様の効果を付与する。⁽⁴⁹⁾

そうして、法的な意味をもつ態様の抽出は、法秩序によってどのような法律行為的規定・規制が意欲された (*gewollt*) ものと解されるかを追求することによって行われ、相当広範な諸事実を対象とすることになろう。

三 フルーマの法律行為論と給付不当利得論

——「財産上の決定」の法的意味を中心に——

給付不当利得の消滅について、利得債務者と利得債権者との間のリスクの分配を考える上で、フルーマは「財産上の決定」というメルクマールを析出した。

そうして、それはフルーマの不当利得論の中心的な概念となっている。

フルーマは、当概念について、給付利得論においては自身の法理論の中で体系的な位置づけを行っていないが、彼の法律行為論を参照することで、その姿を垣間見ることができると思われる。

前項に概観したとおり、フルーマの法律行為論は、「個々人の、自分自身の自由意思に従った、法律関係の自己形成の原理が私的自治である」として、法律関係の創造的な形成における個々人の自主性を重要視する。

フルーマは、その給付利得論において、「利得」とは、「受領者自身の人格的な財産における問題と把握され、受領者自身の固有なリスクに帰属するもの」と解されるべきであるとする。

ここに謂う「人格」とは、彼の法律行為論における「私的自治的な(行為)形成は、その形式・内容において『間接的な私的自治である法秩序』によって規定されており、私的自治と法秩序とは、私的自治的行為が妥当するため法的な根拠として、密接不可分である」という見解、また「法律関係の私的自治的形成は、法秩序によって承認された行為類型(Akttypus)においてのみ可能である」という言葉からも、また、フルーマの法律行為論全体、とりわけその規範的な契約解釈理論のコンテキストからも判明のごとく、個々人の裸の人格ではなく、「規範的な人格」であることが、まず確認されなければならない。⁽⁵⁰⁾

その上で、「財産上の決定」における「決定」の法的意味が問題となる。

フルーメが、その意思表示論＝法律行為論において自己「決定」と解するのは、第一に自己規定「行為 (Akt)」そのものであり、また法状況によっては「選択 (ob)」や「指示 (Verweisung)」が含まれる。

これに対して、彼の不当利得論における「財産上の決定」は、すでに無効となった法律行為を前提とするものであるから、意思表示ではないことが明らかである。

しかしながら、彼の法律行為論のコンテクストからみれば、給付されたものを自身の財産として認容する「財産上の決定」も、私的自治の前提であり自由意思に基づく「自己規定」であることは判明であるから、それと表裏の関係にある「自己責任」の対象になるのは明らかであると考えられる⁵¹⁾。

詐欺による意思表示によって事実上「購入」された自動車や、車庫から盗まれた際には「財産上の決定」は認められないが、その後、使用中に損傷したときには「財産上の決定」が認められると説かれるのはそのためである⁵²⁾。

すなわち、「自己規定」である「財産上の決定」がなされるためには自由意思の機能する場が前提となるが、詐欺による意思表示に基づいた契約はそれを欠くものであるから、当該契約から生じた対価的給付の保持それ自体は「財産上の決定」ではなく、そのときに給付対象に生じ得るリスクは受領者の負担とはならない。

しかし、いったん当該給付の使用を「自己規定」したときには、それは当該給付を受領者が自身の私的所有と承認した「財産上の決定」であり、それゆえ、給付対象の消滅は、受領者の過責とは無関係に「自己責任」の対象となろう。

なお、フルーメは、「行為 (Akt)」と区別して、法律関係の形成を意識しない沈黙・不作為や裸の事実としての「お

こない」を「態様 (Verhalten)」と把握する。

そうして、フルーメの法律行為論においては、「行為」と「態様」とは厳格に区別され、原則として「態様」は法律行為から除外される。

しかし、「態様」のうち、「法的に重要なもの (rechtlich relevantes Verhalten)」は、法律行為のような規制ではなく、(むしろ) 規制されるものであるが、その法的評価によって規制の要件 (Tatbestand) となり、法律行為と同じ効果を生ぜしめる。

それゆえ、「自己規定」であり、事実的処分行為あるいは管理行為である「財産上の決定」も、フルーメにとって給付不当利得の消滅の際の危険分配の決め手となる契機として「法的に重要な態様」と位置づけられ、法律行為ではないが「自己責任」の対象となり得ると考えられる。⁽⁵³⁾

したがって、フルーメにおける、このような「広義の法律行為論」の観点に立てば、彼の法体系のなかで、「財産上の決定」は「法的に重要な態様」という概念とも親和的なのではないかと考える。⁽⁵⁴⁾

そうして、「財産上の決定」の事実認定に際しては、法律行為のもつ社会的な意味を規範的に解釈する際にその基準となった法秩序が同様の機能を果たすことになる。⁽⁵⁵⁾

第四 結 語

フルーメの不当利得論は、ローマ法から近代法への法発展を踏まえて、その対象を当事者間の抽象的な利得の増減と把握し、不当利得返還請求権を規範的な人格の下での利得を対象にするものであるとする。

その上で、給付不当利得が、無効という法的效果を前提としたものであることを直視し、利得の消滅のリスクの分配に際して、受領者の「財産上の決定」という、独自のメルクマールを見出す。

そうして、かかるフルーメの理論は、ドイツにおいて、不当利得の消滅をめぐる諸問題に対する理論的認識を一層深めることになった。⁽³⁶⁾

フルーメの法律行為論の観点からみれば、「財産上の決定」とは、自由意思の法原理に基づき、「私的自治」の前提である「自己規定 (Selbstbestimmung)」ではあるが、意思表示＝法律行為の無効を前提とするものであり、また積極に他者に向けた法的効果の発生を企図するものではないゆえに意思表示＝法律行為ではない。

私見によれば、「財産上の決定」とは、フルーメの法律行為論における「自己規定」と同値であり、その効果としてのリスクの負担は、「自己規定」と表裏の関係にあり、法律行為の意思が存在していない表示によって相手方が被った損害に対する「自己責任 (Selbstverantwortung)」と把握された概念に近いものである。

あるいはまた、法律「行為」と峻別される「態様」であり、その中でも、その法的評価によって規制の要件 (Tatbestand) となり、法律行為と同じ効果を生ぜしめる「法的に重要な態様 (rechtlich relevantes Verhalten)」と把握された法概念に親しいものではないかと考えられる。

そうして、いかなる事実が「財産上の決定」と評価されるのかは、判例をはじめ様々な「法秩序」によって判断されることになろう。

このような意味で、フルーメの給付不当利得論は、彼の広義の法律行為論と通底することになると考えられる。フルーメの不当利得論は、精緻な歴史的考察に基づき、透徹した法的思考によって、「財産上の決定」という、利得の消滅・縮減をめぐる不当利得法解釈における本質的かつ明解な要件を抽出した。

それは法における「自由意思」の原理に則した理論的な透明性という点でも、また法実践において事実認定の際の単純明解な契機となりうるという点でも、類型論と並んで、わが国においてもなお注目されるべきものであると考える。

〔附記〕

わが恩師、川村泰啓先生（中央大学名誉教授）が昨年四月に九五歳でご逝去されました。

謹んでご冥福をお祈りし、この小稿をもって追悼の意を表させていただきます。

先生からは多大な学恩を賜り続けましたが、初めてフルーメの著作に触れたのも、学部の授業・ゼミでの報告に際して、「フルーメの論文を参照するように」という先生からのご指示によるものでした。

当時、私の語学力の貧しさに制約されて、先生のご教示をレポートに反映することは叶いませんでしたが、その後、教員生活に入ってから、自身の研究テーマのひとつであった附随義務・保護義務違反と給付請求権の連関という問題をめぐって行き詰まっていた際に、英米法の不実表示の法理・約束的禁反言の法理・ファインズワースの著作を参照するようにご助言くださり、あわせて「フルーメの法律行為論を読んでみたら」とのご助言を再び頂戴しました。

フルーメの法律行為論が上記研究テーマにおいていかなる意味をもち得るのかの考究もいまだ道半ばの有様ですが、その意味で、本稿は、先生が下さった「宿題」に取り組んでいるさなかのノートのひとつです。

(1) フルーメの法律行為論・錯誤論・代理理論、法思想に関しては、すでに、高橋教授、山下教授らによるすぐれた論稿があ

る(たとえば、高橋三知雄「フルーメの法律行為論」(法学論集二六卷四・五・六号)、同「代理論の研究」(昭和五十一年)八七頁以下、山下末人「錯誤論の一考察」(法と政治三一巻二・三・四号)、同「現代法律行為論の一視点」(二)「法と政治三二巻二号」、同「法律行為論の現代的展開」(一九八七年)三二一五八頁、同「フルーメの法律行為論—その意思主義について—」(法と政治四四巻二号)等を参照)。

(2) フルーメの不当利得理論の詳細かつ綿密な研究として、川角由和『不当利得とはなにか』(二〇〇四年)二二五—四〇四頁(とりわけ二二五—三〇五頁)がある。そのほか、フルーメの不当利得論に言及するものとして、我妻栄『債権各論 下巻一』(民法講義V4) (一九七二年)一〇六二頁、松坂佐二『事務管理・不当利得(新版)』(昭和四八年)二二九—三〇頁、山田幸二『現代不当利得法の研究』(一九八九年)一六〇—一六四頁、本田純一『無効な双務契約の清算と不当利得(上)』(判例タイムズ五五八号)二七—二八頁、同「給付利得と解除規定」(三)『成城法学第六号』七五—七六頁、八一頁(註一九)、八五頁、八九頁などを参照。

(3) 不当利得を「他人の財貨からの利得」と「給付利得」とに類別し、それぞれについて要件・効果の相互規定性が追及されるようになったのは、所有権と契約の分化に則して、ヴィルブルク、ケメラ、レーザーらによって展開されたドイツにおける類型論の成果である。わが国における不当利得類型論は、かかるドイツの法発展の紹介・導入に始まり、川村泰啓教授によって、その独自の私的所有と契約の法的保護のメカニズムの理論に則した固有の体系的な定在を与えられた(川村泰啓「返還さるべき利得の範囲」(一)―(五)「判例評論五五号、五七号、六四号、六五号、六七号」、同「一つの中間的考察」(判例評論七二号)、同「不当利得返還請求権の諸類型」(一)―(三)「判例評論七六号、七七号、七八号」、同「所有」関係の場で機能する不当利得制度」(一)―(三)「判例評論一七号、二〇号、二二三号、二二四号―二二六号、二二八号、二二九号、一三七号、一三八号、一四〇号、一四二号、一四四号」、同「給付利得制度」(判例評論一四三三号)、同「不法原因給付制度と類型論」(片山金章先生古希記念・民法法学の諸相)二二八頁以下)、同「契約の無効・取消と不当利得」(契約法大系第七巻(補巻)一五四頁以下)、同「不当利得をめぐる体系上の諸問題」白門八月号(一九六八年)、同「不当利得と因果関係」『増補版 判例演習(債権法2)』(昭和四八年)一二八—一四三頁)。なお、川村泰啓『商品交換法の体系 上』(一九六九年)一五二—一六二頁、二六〇—二七三頁、同『商品交換法の体系 下』(一九七二年)一五二—一六二頁、二七六—二九一頁、同『個人史としての民法学』(一九九五年)三七—一六二頁を併せて参照されたい。また、

その後の、今日に至るわが国の不当利得論の展開については、加藤雅信「加藤雅信著作集 第三卷 不当利得論」(二〇一六年)八九—三二五頁(特に、一〇—一三八頁・一九二—三二五頁)、土田哲也「不当利得の類型的考察方法」『民法講座6』(一九八五年)一一四—三頁、川角由和「民法七〇三条・七〇四条・七〇五条・七〇八条」『民法典の百年Ⅲ』(一九九八年)四六—五七頁を参照。

- (4) ドイツの判例・裁判例は、詐欺による給付利得返還請求権について、実質的には二請求権対立説を採用する(e.g. BGHZ3,144; BGHZ57,137)。
- (5) 差額説の限界については、本田・前掲論文「無効な双務契約の清算と不当利得(上)」(判例タイムズ五五八号)二二頁以下を参照。なお、ドイツの判例が、差額説を原則としつつ、実際には、二請求権対立説を含む例外的な判示を行っていることについても、同論文二三頁以下を参照。
- (6) ドイツにおける二請求権対立説から差額説、さらに事実的双務関係説への展開とその評価については、川村泰啓「返還さるべき利得の範囲(一)」(ann.3)七頁以下、同「給付利得制度」(ann.3)三頁以下を参照。
- (7) Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, F.S. für Rabel, Bd.1, S.244.
- (8) Caemmerer, a.a.O., S.333ff., S.352, S.386.
- (9) Caemmerer, "Mortuus Redhibetur", Bemerkungen zu den Urteilen BGHZ53,144 und 57,137, F.S. für Klarenz zum 70. Geburtstag, 1973, S.633ff.
- (10) Caemmerer, a.a.O. (ann.9), S.637.
- (11) Caemmerer, a.a.O. (ann.7), S.262. なお、カメラの不当利得論の評価については、川村泰啓「返還さるべき利得の範囲(四)」(ann.3)二七頁以下、同「所有」関係の場で機能する不当利得制度(一)」(ann.3)一一〇—一二二頁(特に一二二頁)を参照。
- (12) Leser, Von der Saldtheorie zum faktischen Synallagma, S5, S.144, S.146ff.
- (13) Leser, a.a.O., S.144ff.
- (14) 当時のドイツにおいては、旧 BGB B三三三三条三項と旧三二五条一項三文、旧三二七条二文を介して、契約Ⅱ法律行為の無効の際の不当利得返還請求権と解除に基づく原状回復請求権とは競合関係にあった。なお、解除法についてのカメラとレ

ザーの見解については、本田純一「給付利得と解除規定(二)」成城法学四号七九頁以下を参照。

ところで、二〇〇二年の債務法の改正を経て、現行BGB三四六条は、解除の効果について次のように規定する。

「(1) 契約当事者が、契約において解除権を留保し、又は契約当事者が法定解除権を有するとき、解除権が行使された場合には受領した給付が返還され、取得された果実が引き渡されるべきである。

(2) 以下の①～③の場合においては、債務者は返還の代わりに価値賠償をしなければならぬ。

① 返還又は引渡しを取得した物の性質によって排除される場合

② 債務者が受領した目的物を消費し、譲渡し、あるいはそれに負担を課し、加工・変造した場合

③ 受領した目的物が損傷し、又は滅失した場合、ただし、用途の規定に従って使用したことによって生じた損傷はこのかぎりではない。

(3) 以下の①～③においては価値賠償の義務は消滅する。

① 解除原因である瑕疵が、目的物の加工・変造によって始めて生じた場合

② 債権者が、損傷・滅失について責めを負い又は目的物が債権者の下にあったとしても損害が同様に生じたであろう場合

③ 法定解除の事例で、権利者が、彼が自己の事務について通常用いるのと同じ注意を払ったにもかかわらず、損傷又は毀損が権利者の下で生じた場合

もつとも、これらの場合においても残存する利益は返還しなければならない。」

BGBの改正によって、現在のドイツにおいては、給付不当利得法と解除法とは形の上では切り離されているが、上記条文的枠組みのなかでフルーメの給付不当利得論や類型論が今どのように評価されるのかは興味深い問題である。他日を期したい。

(15) Caemmerer a.O.(ann.9)S.629ff.なお、同条の沿革とその後の同条解釈論の展開については、本田純一「給付利得と解除規定(一)」成城法学一号二九八頁以下を参照。

(16) レーザーの不当利得論の評価については、川村泰啓「返還されるべき利得の範囲(五)」(ann.3)三七頁以下を参照。

(17) なお、ケメラールとレーザーの類型論の本質的な相違については、川村泰啓「返還されるべき利得の範囲(五)」(ann.3)四二頁を参照。

- (18) ローマ法における不当利得制度についてのフルーメの研究については、芹澤悟「利得の消滅」とローマ法源—W・フルーメ「利得の消滅」論文前半部の紹介」亜細亜法学二九卷二号一七五頁以下。なお、フルーメのローマ不当利得法研究の評価とこぼ、川村泰啓「返還するべき利得の範囲(三)」(ann.3) 一一三頁を参照。
- (19) Flume, Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung von Römischen zum geltenden Recht, F.S.für Hans Niedermeyer S.103ff., insb. S.151.
- (20) Flume, a.o. (ann. 19), S.165 - 173.
- (21) Flume, a.o. (ann. 19), S.155.
- (22) 行論の展開からすでに判明のように、フルーメは「他人の財貨からの利得」と「給付利得」との類別を重要視していない。もっとも、彼の不当利得論が単純素朴な「公平説・統一論・一元説」に帰着するものではないこともまた明らかであろう。
- (23) Flume, a.o. (ann. 19), S.173. の点、川村教授が、類型論の立場にありながら、フルーメと同一の姿勢をとられることには留意すべきであろう(「『所有』関係の場で機能する不当利得制度(一三)」(ann.3) 一一一—一二三頁)。
- (24) Flume, Die Saldotheorie und Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung, AcP 194, S.440f.
- (25) ドイツにおける不当利得をめぐるその他の学説については、松坂佐二「最近のドイツ不当利得論の概観」(平成四年)、山田・前掲書(ann.2) 一一二—一二三頁、本田・前掲論文(ann.2) 二七—三六頁、同「給付利得と解除規定(三)」(成城法学第六号) 七四頁以下など。
- (26) 本節は「契約＝法律行為解釈における『私的自治』と『法秩序』—Werner Flumeの規範的契約解釈理論—」と題して獨協ロー・ジャーナル第七号に掲載した拙論と一部重複している。しかし、その後、当論文中のフルーメの見解の引用部分の訳に一部訂正を加えたのと、当該部分が本稿で扱っている問題を論ずるに当たって不可欠なものであることから、あえて重複を厭わずに掲載した。予めお断りしておきたい。
- (27) Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd.2, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., 1992, 1 - 340, insb. S.1f., 291ff.
- (28) たことえ、Canaris, 信頼責任を、私的自治＝自己規定の相関概念とする(Canaris, Vertrauenshaftung in deutschen Privatrecht, S.439f.)。
- (29) 規範的解釈論においては帰責のモーメントの問題として展開される。

(30) Plumea.O. (ann.27) S.59ff.

(31) たとえば、わが国民法の母法のひとつであるBGBの下で、英米法の影響をうけつつ「表示」について精緻な分析を試みるKondgenは次のように主張する。

契約交渉は、段階的に濃密になってゆく自己規定と他者規定のひとつのプロセスであり、合意は単なる終点にすぎず、そこに至ってはじめて契約的な義務が発生するわけではない。契約の準備交渉段階において、重要事項についての合意が成立する度に、交渉当事者は、自身の契約自由および交渉の自由を放棄し、完全な契約的拘束へと近づくのである。交渉当事者は、相手方の信頼を得るための勧誘 (Vertrauenswerbung) としての自己表示 (Selbstdarstellung) によって、相手方の契約〈期待〉の中へ取り込まれ、それに媒介されて自己拘束 (Selbstbindung) される。従って、自己表示は、将来の相手方の契約の〈期待〉範囲 (Erwartungshorizont) をあらかじめ構成し、給付結果に関する合意の背景となる状況と規定する。そうして、それは何ら具体的な給付を約束するものではないが、少なくともその「枠組み (Rahmenbeziehung)」をあらわしている。自己表示は自己拘束は、法律関係の形成を志向しており、名宛人に規範的な〈期待〉を惹起することを目的としている。個人の同一性は、社会的な相互作用 (コミュニケーション) の中でのみ確立される。また、一般に個人の行為態様 (Verhalten) は継続的であり、終止一貫しているものと推定される。それゆえ、自己表示は相手方の同一性の構成部分となる。従って、自己表示を否認することは、相手方の同一性を危うくすることになるゆえ、ある人の自己表示が、社会的に、他人に〈期待〉を生ぜしめ、その〈期待〉保護が社会的に要求されているという事実があれば、その〈期待〉保護の要求が法的な規範となるのである。

Kondgenは、自己表示を広義の私的自治行為であるとし、自己表示による自己拘束を契約責任・準契約責任として位置づける。そうして、当該責任を直接契約関係にはない当事者間にも認める。例えば、広告は、客への情報提供という機能と、締約への勧誘という機能を併せ持っており、前者は自己表示は自己拘束の性質を有し、規範的な性狀期待 (Qualitätserwartung) を惹起し、後者は客を締約へと動機づける。しかも、このふたつの機能は分離し得ない。従って、広告をした製造者の責任 (Werbeaussage) は、消費者の保護ないし契約の準備交渉段階における公衆への表示のサンクションの問題として次のように把握される。すなわち、広告は、商品の性狀についての約束 (Qualitätsversprechen) であり、締約への勧誘の契機であるから、これについての責任は、当然のことながら、不法行為上のものではなく、約束的なもの

- (Versprechenshaftung) について (Vgl.Selbstbindung ohne Vertrag,1981,116ff.noch vgl. 270ff.)。なお、アメリカのDuncan Kennedyも同様の主張をしていることについて、湯川益英「契約の準備段階における説明義務の基礎づけに関する中間的考察」成蹊大学法学政治学研究第一八号(一九九八年)五八―五九頁、同「契約関係の変容と契約法理」(二〇〇〇年)一八八頁以下を参照されたい。
- (32) Flume,a.a.O.(ann.27).S.599 – 617.Insb.S.601ff.
- (33) こうした見地は、契約内容の確定作業と、契約の準備交渉段階における説明義務の存立とが相互に連関し、競合関係にあることを示唆している。なお、この問題についての詳細は、湯川益英「契約規範と契約の動機」(二〇一一年)を参照されたい。
- (34) Flume,a.a.O.(ann.27).S.307 – 321.
- (35) Flumeは、Aktuの意思表示を、Regelungとしての意思表示を峻別し、後者については裸の当事者意思から乖離する可能性を認める (Flume,a.a.O.(ann.27).S.78ff.)。
- (36) もっとも、当事者の表示への意味付与を帰責の対象として契約に法律行為の内容を確定しようとする規範的解釈においては、多くの場合、解釈の結果は、一方当事者の事実上の契約内容理解に一致する(あるいはそれに近接したもの)になるであろう。
- (37) 一般には、法律行為は、相手方の信頼・取引の安全といった社会的要素を必然的な規定要素として存立するものと考えられている(例えは、Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts,1930,S.34 – 69;Köndgen,a.a.O.(ann.31).S.116ff.)。それゆえ、それらを除外した、自己規定・自己責任のみで完結するFlumeの法律行為把握は、今日の法律行為論の中で屹立したものであると言え得る。
- (38) Vgl.Haupt,Über faktische Vertragsverhältnisse,Festschrift für Siber Bd.II.(1945)・神田博司「公益事業における法律関係の一考察―いわゆる事実的契約関係―」上智法学創刊号二八九頁以下、同「事実的契約関係論―別冊ジュリスト二三号―」下『Flume,a.a.O.(ann.27).S.95 – 104.Insb.S.97 – 101を参照。なお、事実的契約関係論に対するFlumeの見解については、Flume,a.a.O.(ann.27).S.96ff.を参照。
- (39) 社会類型的な態様に基づく債務関係論に対してもFlumeの見解については、Flume,a.a.O.(ann.27).S.96ff.を参照。

(40) BGHZ 21,319. ハンブルク市が、市道の一部に監視つきの有料駐車場を設置し、その管理・運営をX(私企業)に委託していた。Yは、自身の自動車を頻繁に当該駐車場に停めたが、駐車に際して、Xの従業員Xに対して、自身の自動車の監視および管理、駐車料金の支払いを拒絶する旨の意思表示をしており、駐車料金は未払いになっていた。そこで、Xは、Yに対して、不当利得を理由に(予備的に不法行為を理由に)、未払いの駐車料金二五マルクの支払いを求めた。第一審はXの請求を認めたが、第二審は、Xの不当利得返還請求権の存在を認めつつ、駐車料金の徴収は、「公道の利用に際しては自動車通行料や、それに類似する道路使用料を徴収してはならない」と規定した財政調整法一三条一項に違背するゆえ、同請求権は行使し得ないとして、Xの請求を棄却した。ドイツ連邦裁判所は、本件事案が財政調整法一三条一項に矛盾しないことを判示したうえで、ハウプトらの事実的契約関係論を引用して、「特別の標識のある駐車区域を監視時間中に駐車のために利用する者は、すでに、そうした行為をしたことによって、駐車料金表に則した双務有償の契約上の法律関係を成立させている。それに反するYの内心的態様は、仮に、YがそれをXに対して表示していたとしても、斟酌されない」としてXの請求を認容した。

(41) Flumea.a.O.(ann.27),S.70f.noch vgl.S.76ff.

(42) Flume,Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentags Bd.1, S.135ff.noch vgl. Flume.a.O.(ann.27),S.668ff.

(43) Flume.a.O.(ann.27),S.113 - 133.

(44) Flume.a.O.(ann.27),S.117 - 120.

(45) Flume.a.O.(ann.27),S.121ff.

(46) Flume.a.O.(ann.27),S.128ff.

(47) Vgl. Ballerstedt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter, AcP 151,S.501ff. Ballerstedtは「信賴の惹起」と「信賴の付与」を「法律行為の第一の基本的な形」であると位置づける(「法律行為の第一の基本的な形」とは「申込」と「承諾」すなわち意思表示であると考えられる)。von Thiele, Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung,Jz. 1967, S.649ff.; Canaris, Schutzgesetz-Verkehrspflichten-Schutzpflichten F.S.für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, 1983, S.27ff.を参照された。

- (48) Flumea.O. (ann.27), S.132f.
- (49) このことは、契約の準備交渉段階における説明義務の法的性質を考察する上で、ひとつの指針となるものであろう。
- (50) 本節二の(1)および(2)。
- (51) 本節二の(1)。
- (52) 本節二の(3)。
- (53) 本節二の(2)および(3)。
- (54) このことを指摘するものとして、川角・前掲書(ann.2)二六七頁(註七二)、二九一―二九二頁、三〇〇頁(註一三七、註一三八)。
- (55) 本節二の(1)および(3)。既述のとおり、フルーメによれば、表意者個々の裸の意思の表明が直接的な私的自治であるのに対して、「法秩序」とは間接的な私的自治であり、実定法や判例・裁判例、法慣習を指す(湯川・前掲論文(ann.26)九七頁以下)。なお、「財産上の決定」の事実認定においては、具体的には、次のようなドイツの法秩序(＝判例)が参考になると考えられる。連邦通常裁判所一九七〇年一月八日判決(BGHZ 53,144)、連邦通常裁判所一九七一年一月二四日判決(BGHZ 57,137)、連邦通常裁判所一九七八年一月二六日判決(BGHZ 72,252)。
- (56) 川村・前掲「返還されるべき利得の範囲(一)」(ann.3)七頁。