

商品交換における自由意思の概念（2）

湯川 益英

目次

- I 初めに
- II 契約＝法律行為の本質
- III 契約＝法律行為解釈の対象と方法
 - 1. 序説
 - 2. 意思関係の法的な体現としての意思表示構成
－嚆矢としてのサヴィニーの意思表示論－
 - 3. 意思表示法における意思と表示の関係
－ラーレンツのGeltungserklärung論－
(以上110号)
 - 4. 契約の解釈における自己規定・自己責任と法
秩序
－フルーメの規範的契約解釈論－
- IV 商品交換における自由意思の概念
 - 1. 序説
 - 2. 民法・財産法＝商品交換法における自由意思
(以上本号)
 - 3. 消費者法的制約と自由意思
 - 4. 経済法的制約と自由意思
 - 5. 小括
- V 概括

〔第三章 承前〕

- 4. 契約の解釈における自己規定・自己責任と法秩序
－フルーメの規範的契約解釈論－
 - (1) 契約＝法律行為解釈学におけるフルーメ説の位置
 - 1) 契約の解釈においては、従来、本来的解釈、
規範的解釈、修正的解釈、補充的解釈といった方法

が提唱され、それぞれの機能は概ね次のようなものであると説明されるのが通例である。

すなわち、本来的解釈とは、当事者間でなされた意思表示の基準的意味の確定を目的とし、修正的解釈・補充的解釈とは、「意味の持ち込み」を許容する解釈態度である。

それゆえ、本来的解釈は修正的解釈・補充的解釈に優先し、本来的解釈が尽きたところに修正的解釈・補充的解釈の採用余地があるとされる¹。

これに対して、規範的解釈は、両当事者が契約に付与した間主観的意味の探求を目的とする点で本来的解釈と共通し、意味付与の齟齬に対する両当事者の帰責性を考慮する点で修正的解釈・補充的解釈に類似する²。

2) ところで、サヴィニーが『現代ローマ法体系第三巻』で明らかにしたごとく、契約の解釈とは、「複数の人の意思表示を一致したひとつの意思表示にまで一体化させるという作業」であり、その対象は、意思の実現形態（Dasain）としての表示である³。

すなわち、契約両当事者の意思表示の合致（＝合意）とは、個々の意思＝表示の解釈の帰結に他ならない⁴。

それゆえ、契約の解釈においては、個々の意思表示について、契約当事者間の「意思の関係」が明らかにされ、それが意思＝表示解釈の基盤となる必要がある⁵。

3) そうして、意思＝表示が、言語や文字、ふるまいを用いてする伝達行為である以上、表示行為が指示する意味は多義的であり得る。さらに、それ

1 わが国における契約解釈論の動向・展開は、前稿anm.10に示した諸論稿を参照されたい。

2 契約の規範的解釈においては、当事者のいずれが意味付与の責任を負うべきかが考慮され、「両」当事者が意思＝表示に付与した基準的意味とは異なる解釈が導出される可能性（例えば、相手方の説明義務違反によって惹起された一方当事者の理解が契約解釈として妥当する可能性）がある。

3 Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd.3., 1840., S.237ff.

は、ラーレンツが的確に指摘したように、単なる意欲の伝達行為ではなく、一定の法律効果の妥当を目的とした意思実現表示（「いわゆる妥当表示」 sog. Geltungserklärung）である⁶。

4) したがって、本来的解釈・規範的解釈・修正的解釈・補充的解釈といった区別が整理概念としてどの程度の意義を有するのかはともかく、一方当事者が意思＝表示に付与した意味と、他方当事者が当該意思＝表示に付与した意味とに齟齬が生じたときには、両当事者の「裸の (bar)」意思関係とともに、意思＝表示の社会的な意味と法的な意味とを追求する必要が生じるゆえ、規範的な判断を経ずしてそれを確定することは不可能であろう⁷。

5) このように、契約解釈においては、当事者間の裸の意思関係の追求と、表示として外界に向けられた事実が、社会的・法的にいかなる意味を付与されるべきなのかを追求する作業が重ね合わせて行われなければならない。

しかしながら、契約の解釈にあたって、両者がどのような準拠枠組みにおいて、どのような連関を有しつつ機能すべきであるのかについては、既述のような方法論においては、必ずしも透明にされてはいないと思われる。

6) そこで、本節においては、ドイツ民事法学における法律行為論の泰斗であり、上記課題に透明な理論的解決を与え、わが国における意思表示論、法律行為論、契約＝法律行為解釈論に多大な影響を与えているフルーメの法思想の一部に内在することによって、その規範的契約解釈理論の意義を明らか

にし、よって、契約当事者間の裸の意思関係の追求と、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のかの追求が、どのような形で行われるべきであるのかについて考察し、それについてひとつの示唆を得ることを主たる目的とする⁸。

また、その過程において、フルーメの自由意思理論（私的自治論）と、黙示の意思表示論、代理の法理との繋がり、さらに、事実に契約関係論、契約締結上の過失理論、「社会類型的な態様」理論、約款論といった周辺理論との相互連関を明らかにする⁹。

（2）私的自治論

1) フルーメは、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)」という一般的な原理の一側面であり、基本法によって、法秩序 (Rechtsordnung) に先立って、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¹⁰。

2) このように、フルーメは、自己規定を法律行為の本質的な規定要素とみる、厳格な私的自治論

4 たえば、シュロスマンは、契約の本質についての「合意理論」は法律学においては価値を有し得ないと謂う (Schlossmann, Der Vertrag, 1876, S. 51ff.)。

5 Savigny, a.a.O. (anm. 3), S. 237ff.; ders. Obligationenrecht, Bd. 2., 1855, S. 7-13; 湯川益英「サヴィニーの『意思＝表示』理論について」『契約関係の変容と契約法理』（2000年）236頁以下。

6 Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1930, S. 34-69.; 湯川・前掲論文 (anm. 5) 242頁。

前節に概観したとおり、ラーレンツによれば、法主体 (Rechtssubjekt) としての表意者が付与 (verursachen) することができるのは、意思表示の「基体 (substrat)」であって、その「意味」ではない。意味としての法律効果は、法によって表示に関連づけられる (zuordnen)。こうした構造においては、当事者は、行為としての表示のみを意思し、それを通じて法律効果を意思し得ると謂える。つまり、意思表示は、存在する意思について述べたものではなく、実現すべき法律効果を目指した情動的な表明 (emotionale Auberung) であり、情動的な意味象としての、意思表示の、法的な意味についての表現である。Geltungserklärungとしての意思表示は、主観的な意味 (= 意思行為) と客観的な意味 (= 意味表示) との統一であり、意思の探求とその解釈とは明らかに別の作業である。解釈とは、意思と、そして意思と表示との関係を問題とするものではなく、表示のもつ可能な意味のみを問題とするのである。解釈は、法的な基準となる表示の意味の確定であり、当事者間の客観的かつ衡平な理解可能性を考慮しつつなされなければならない。

こうした記述から、ラーレンツの契約解釈論は、「表示主義的」と解され、「意思主義的」とされるフルーメのそれに、しばしば対比・対立して把握されることがある。

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ないからである。

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¹¹、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 (Selbstverantwortung)」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¹²。

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謗りを免れ得ない。そ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、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を鑑みれば、その実定法による規制は評価されなければならない¹³。

3) 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ろう¹⁴。

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

7 そもそも、特殊=ドイツ的な「契約=法律行為概念」が、わが国において法概念として存続し得たのは、解釈という営為によって、その社会的意味と法的意味の「持ち込み」が行われてきたからであろう。

8 すでに、高橋教授、山下教授らによる、フルーメの法律行為論・錯誤論・代理論、法思想に関す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16巻4・5・6号]、同『代理論の研究』[昭和51年] 87頁以下、山下末人「錯誤論の一考察」[法と政治31巻2・3・4号]、同「現代法律行為論の一視点 (二)」[法と政治32巻2号]、同『法律行為論の現代的展開』[1987年] 32-58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44巻2号] 等を参照)。

9 わが国における代表的な規範的契約解釈論として、石田穰『法解釈学の方法』(1976年) 158頁以下、中松纒子「契約の再構成についての覚書」判例タイムズ341号30頁などを参照。なお、加藤雅信『新民法大系 I 民法総則 (第2版)』212頁および273頁以下、同『新民法大系 III 債権総論』53頁以下が説く「前提的保証合意」理論も同旨であると思われる。なお、最近の研究として、フランス法を中心に、意思表示の規範的解釈を綿密に考究する、山城一真『契約締結過程における正当な信頼—契約形成論の研究』(2014年) がある。

10 Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., 1992, 1-340, insb. S. 1ff., 291ff.

11 たとえば、Canarisは、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.)。

12 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。

13 Flume, a.a.O. (anm. 10), S. 59ff.

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。

(3) 規範的契約解釈理論

1) 前項にみたような、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、契約は法律行為の下位概念であり、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(ob)

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¹⁵。

2) 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ろう。

14 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ケントゲン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を規定する。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＝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。

ケントゲンは、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＝自己拘束の性質を有し、規範的な性状期待(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、商品の性状についての約束(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)である(Vgl. Köndgen, 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18号(1998年)58-59頁、同『契約関係の変容と契約法理』(2000年)188頁以下を参照されたい。

3) 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＝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＝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のかが不明のときや、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 (normativ Auslegung) が必要になる。

契約＝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¹⁶。

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ない¹⁷。

4) 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、自己規定「行為 (Akt)」そのものである。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＝合意内容＝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、「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のかを、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¹⁸。

15 Flume,a.a.O.(anm.10),S.599-617.,insb.S.601ff.

16 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』(2011年)を参照されたい。

17 Flume,a.a.O.(anm.10),S.307-321.

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¹⁹、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²⁰。

したがって、そこでは、積極な行為ではない、たとえば、不作為・沈黙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かが、さらなる大きな問題となる。

(4) 「認容代理」と「表見代理」

1) 表示としての外面の事実について、フルーメが有している法的な位置づけは、代理についての彼の見解にも垣間見ることができる。

2) 代理人による取引において、取引の相手方の安全を担保するために、一律に権利外観法理が用いられる傾向に対して、フルーメは、次のように批判する。

3) ドイツ民法 (§ 167 B G B)²¹が謂う「代理権を与えたという表示」とは、すでに妥当し

ている規則を指示したにすぎない「宣言的な通知 (deklaratorische Mitteilung)」ではなくて、「形成する表示 (konsultative Erklärung)」であり、法律行為に他ならない。当該規定は、代理権の外観についての、第三者の信頼の保護を企図したものである。

権利外観法理は、代理権が、本人と代理人の間の内部関係によって規定された「自然的な (natürlichen)」存在であるかのように把握しているが、§ § 171 B G B²²、172 B G B²³の対外的な授権では、§ 170 B G B²⁴のそれと同様に、外観ではなく、実際に行われた対外的授権表示によって通知された授権が代理権を成立させるのである。

いわゆる認容代理権 (sog. Duldungsvollmacht)²⁵の授与は、原則として形式を求められない。他人を代理人として意識して行動させる者は、そのことによって他人を自身の代理人として承認し、彼が代理権を有することを承認している。これは法律行為的に付与された代理権である。

したがって、認容代理において、取引の安全を、権利外観法理をもって担保しようとする態度は正当ではない²⁶。

4) そうして、いわゆる表見代理 (sog. Scheinoder Anscheinvollmacht)²⁷については、判例・学

18 フルーメは、Aktとしての意思表示と、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. (anm. 10), S. 78ff.)。

19 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＝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) ことになろう。

20 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 (例えば、Larenz, a.a.O. (anm. 6), S. 34-69; Köndgen, a.a.O. (anm. 14), 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フルーメの法律行為把握は、今日の法律行為論の中で屹立したものであると言い得る。

21 「①代理権の授与は、代理人となるべき者、または、代理行為のなされるべき第三者に対する、代理権を付与したと謂う意思表示によって行う」との規定である。

22 「①第三者に対する特別通知、または公告によって他人に代理権を授与したことを表明したときは、その他人はその表明に基づいて、前者の場合はその第三者に対して、後者の場合は全ての第三者に対して代理権を有する。②代理権は、表明と同じ方法で、その表明が撤回されるまで存続する」との規定である。

23 「①代理権の授与者が代理人にその授与証書を交付し、代理人がそれを第三者に呈示するときは、代理権授与者による代理権授与の特別通知の場合と同じとする。②代理権は、その授与証書が代理権授与者に返還される時、または、その失効が宣言される時まで存続する」との規定である。

24 「代理権が、第三者に対する意思表示によって授与されたときは、代理権授与者が当該第三者に対して代理権の消滅を通知する時まで、代理権は、当該第三者に対してその効力を有する」との規定である。

25 無権代理行為が、一定の頻度・継続性を有し、本人がこの無権代理行為を認識し、かつ認容している、すなわち、そうした代理行為を認識した上で、これを阻止することが出来たにもかかわらず阻止しなかったが、代理権付与の意思までは有していないとき、取引の相手方が、こうした本人の認容および無権代理行為から、代理人は本人から代理権を授与されていると解することが、取引慣行に鑑みて信義則上許容されるという法概念である。

26 Flume, a.a.O. (anm. 10), S. 828-832.

説が、認容代理との概念的区別を明確にしていなかったことを批判し、次のように言う。

判例は、表見代理について、本人が、他人が自身の代理人として行為していることを知らないものの、注意義務を尽くせばそれを知ることができ、それを阻止することができるとき、また、本人が注意すれば、相手方が、代理人の態様から、それを知ることができたにもかかわらず認容していると、信義則上認定されるケースであるとする²⁸。

しかし、こうした見地によると、注意義務の不履行によって、法律行為の規則の効力が生じ、代理権の存立が認められることになるが、民法上、注意義務の不履行は、損害賠償責任のみを成立させ得る。

他人を意識して、自身のために行為させる者は、自己規定によって他人に代理権を付与している。しかし、彼が、無意識に注意義務を尽くさず、代理権の外観を阻止しない場合には、自己規定によって法律関係を形成したわけではない。したがって、この際には、法律行為は問題にならない。

本人の注意義務違反の効果としては、民法上、信頼利益の賠償が相当であり、現実的履行あるいは履行利益の賠償を認める表見代理論は理解できない。

このような表見代理論は、法律行為の私的自治による形成と「法的に重要な態様 (rechtlich relevantes Verhalten)」とを区別しない場合に成立しうが、こうした分別による限り、「態様」に基づく代理権の外観は、本人の自己の態様についての責任のみを生じさせることになる²⁹。

5) フルメは、「認容・認識」による法律行為としての認容代理と、無意識の「態様」に基づく表見代理とを峻別し、前者については履行または履行利益の追及を許容するのに対し、後者においては信頼利益の賠償のみが認められるとする。

(5) 「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

1) フルメが、表示としての不作為・沈黙に対して、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で、さらに明らかになる。

2) フルメによれば、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。

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」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)」である不作為の法的な評価から導出されるものである。

3) 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³⁰や社会類型的な態様に基づく債務関係論³¹は、上記のような場合に、意思表示に

27 無権代理行為が、一定の頻度・継続性を有し、本人がこの無権代理行為を認識していなかったが、取引上要求される注意義務を尽くせば認識し、かつ阻止することができるとき、取引の相手方が、この無権代理行為から、代理人は本人から代理権を授与されていると解することが、取引慣行に鑑みて信義則上許容されるという法概念である。

28 BGH, MDR 1953, 345

29 Flume, a.a.O. (anm. 10), S. 823 ff., noch vgl. S. 832-836

30 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289頁以下、同「事実的契約関係論」別冊ジュリスト23号『ドイツ判例百選』(1969年)116頁以下を参照されたい。なお、事実的契約関係論に対するフルメの見解については、Flume, a.a.O. (anm. 10), S. 95-104, insb. S. 97-101を参照。

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。

4) 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＝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＝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 ob 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＝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³²でも、「契約の事実と反する異議（*Verwahrung protesutatio facto contraria*）」が問題になると解すべきである。

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＝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＝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。

5) これに対して、自己の「態様」によって、外観（*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³³。

6) また、フルーメは、約款による締約につい

31 社会類型的な態様に基づく債務関係論に対するフルーメの見解については、Flume, a.a.O. (anm. 10), S. 96ff. を参照。

32 BGHZ 21, 319. ハンブルグ市が、市道の一部に監視付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25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13条1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13条1項に矛盾しないことを判示したうえで、ハウプトラ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。

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³⁴。

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

7) 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・不作為その他の、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。

(6) 法律行為と「法的に重要な態様」、「契約締結上の過失」理論

1) 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（少なくともそれを意識した沈黙・不作為）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³⁵。

2) 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³⁶。

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³⁷。

3) 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³⁸。

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³⁹、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⁴⁰。

33 Flume, a.a.O. (anm. 10), S. 70f., noch vgl. S. 76ff.

34 Flume, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentags Bd. 1, S. 135ff., noch vgl. Flume, a.a.O. (anm. 10), S. 668ff.

35 Flume, a.a.O. (anm. 10), S. 113-133.

36 Flume, a.a.O. (anm. 10), S. 117-120.

37 Flume, a.a.O. (anm. 10), S. 121ff.

38 Flume, a.a.O. (anm. 10), S. 128ff.

4) フルメは、「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』」を、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⁴¹。

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の規定・規制が意欲された (gewollt) ものと解されるかの追求に当たって、相当広範な諸事実を対象とすることになる。

(7) 規範的契約解釈における「私的自治」

1) フルメによれば、「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。また、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」と謂う。

すなわち、フルメは、法律行為を私的自治の典型と把握し、そこには自己規定行為が必要不可欠であるとする。したがって、その下位概念であり、主たる法律行為である契約についても同様の理解がなされている。

2) フルメにおいては、契約＝法律行為の自発性は、多くの場合、正しくそれが表意者によって、積極的に自己規定「行為 (Akt)」を介してなされたことに認められる。

もっとも、フルメは、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ときには、沈黙という態様も法律行為であると主張する。

また、「他人を代理人として意識して行動させる者は、そのことによって他人を自身の代理人として承認し、彼が代理権を有することを承認している。

これは法律行為的に付与された代理権である」とする認容代理論、「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、その『選択 (ob)』によって契約するか否かを意欲し、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」という事実的契約関係論に対する反論、当事者間の合意による約款の「指示 (Verweisung)」によって、約款の提示者に規制が委ねられ、約款の「指示」は原則的には契約であるという約款論によれば、フルメが、契約＝法律行為の根源であり本質であると考えている自己規定＝自発性は、相当広範で多義的な事実として現れる。

すなわち、「行為 (Akt)」のみに止まらず、「指示 (Verweisung)」や「選択 (ob)」、さらに「認容 (Duldung)」・「沈黙 (Schweigen)」までも、契約＝法律行為と評価されるのである。

3) そうして、既述のごとく、フルメによれば、上記のような「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……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」、そこで必要とされるのは「規則を妥当させる意思の表明」である。「契約＝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」なのである。

つまり、私的自治によってなされるのは、法秩序によって承認された行為類型 (Akttypus) を決定する「行為 (Akt)」であり、「指示 (Verweisung)」・「選択 (ob)」である。また「沈黙 (Schweigen)」によって示されるそれらの「認容 (Duldung)」である。

ここで指示されている「法秩序によって承認された行為類型」とは、主に「契約類型」のことであろう⁴²。

39 Vgl. Ballerstedt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP.151, S.501 ff., パラーシュテッドは、「信頼の惹起」と「信頼の付与」を「法律行為の第二の基本的な形」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される)。さらに、Thiele, Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ., 1967, S.649ff.; Canaris, Schutzgesetz – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, F.S.für Karl Larenz zum 80.Geburtstag, 1983, S.27ff.を参照されたい。

40 Flume, a.a.O. (anm.10), S.132f.

41 このことは、フルメの給付不当利得論における「利得の消滅」の問題解決の際にも重要な道具概念となる(湯川益英「給付不当利得の消滅と受領者の『財産上の決定』」(獨協法学第107号1頁以下)。また、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。

それゆえ、契約＝法律行為によって設定されるのは、各々の契約類型に則した「規則」であって、それは個別具体的な契約内容そのものではないとの理解が帰結されるのであろう。

4) したがって、契約に付与した意味に契約両当事者間で齟齬が生じた際に、契約内容の確定に際して追求さるべき裸の意思関係は、「規定」が自発的に確定されたか否かであり、それは法秩序によって承認された契約＝法律行為類型の決定に外ならない。具体的には、たとえば、売買契約という契約＝法律行為類型が表意者によって選択されることである。

5) フルーメの規範的契約解釈論においては、実際に表意者が自己決定するのは、締約と契約類型にすぎない。すなわち、裸の意思の発現としての私的自治は、ほとんどの場合⁴³、解釈の対象となっている契約が自発的に選択されたものか否かの評価においてのみ、契約解釈に関与することになる。

(8) 規範的契約解釈における「法秩序」

1) フルーメの規範的契約解釈論によれば、「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入しないとき）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、規範的な解釈が必要になる」。

ここで解釈の対象とされている合意＝「共通の理解」は、あくまで「ひとつの規制」の「設定」についての合意＝「共通の理解」であり、裸の合意内容そのものについてのそれではない⁴⁴。

フルーメは、規範的解釈において、私的自治と「法秩序」の協同を主張するが、前節の検討結果も

併せて考察すると、裸の意思関係の形成行為としての私的自治は、契約解釈の場で、重要ではあるが、「規定が自主的に確定されたものか否か」というテストとして、ごく一部において関与するにすぎない。

したがって、個別具体的な契約がいかなる内容をもって成立したのかを確定するためには、「法秩序」の役割がきわめて大であると言い得る。

2) 既述のごとく、フルーメは、その著書の中で、「法秩序」をめぐる理論的に詳細な分析を行ったが、それを改めて要約すれば、次の七点に纏めることが可能であると考えられる。

すなわち、①「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」。

②錯誤規定のような「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。

③「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、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」。

④「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においてのみ可能である」。

⑤「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

42 フルーメは、法律行為の構成要素を、「重要な条件 (essentialia negotii)」、「自然な条件 (naturalia negotii)」、「偶然的条件 (accidentalia negotii)」の三つに分類し、表意者個人の裸の意思が、法秩序によって承認された法律行為類型を決定する「重要な条件 (essentialia negotii)」を満たしていれば契約＝法律行為は形成されるとする (Flume, a. a. O. (anm. 10), S. 80f.)。この記述からも、フルーメが、契約解釈において、当事者間の裸の意思関係の探求を、個別具体的な契約内容の確定のための作業と位置づけていなかったことは判明であろう。

43 たとえば、特約が付される場合や、規範設定が契約内容となる場合には、私的自治＝自己決定が直接に関与する範囲が拡大することになると思われる。

44 したがって、契約両当事者間の裸の合意内容に齟齬が生じなかったときでも、それが「法秩序」に違背する場合には、規範的な契約解釈が機能する余地がある。

にいかなる意味を有するのかを、規範的な解釈によって画定する必要がある」、そこでは「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。

⑥「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。

⑦「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か否かのみが問題なのである」。

3) フルーメは、「法秩序」の概念を、個々の事案に即して具体化し得ているわけではないが、②③および④の記述から、実定法がそれに含まれることは判明であろう。また、⑤の記述から、判例として濾過された社会秩序や慣習法、さらに、法意識や一般的な社会秩序そのものも「法秩序」概念に含まれることが推測される⁴⁵。

そうして、①および④の記述によれば、これらの「法秩序」は、私的自治と対立するものではなく、市民の自由意思によって定立されたという意味で、あるいは市民社会に「生きている」という意味で、私的自治的に形成された規定なのである⁴⁶。

また、⑥⑦の記述からは、これらの枠組みが、形式上、表意者個人の意思のみに準拠するものと位置づけられていることが明らかになる⁴⁷。

4) したがって、フルーメにおいては、規範的契約解釈による個別具体的な契約＝合意内容の確定のためには、「法秩序」による意味の補充・修正がなされ、錯誤「危険」の分担等の「自己責任」の所在や表意者の表示の帰責の有無の判断が「法秩序」に委ねられるのは必然であり、それは決して私的自治や当事者意思に対立し侵害するものではない。

むしろ、広義の私的自治の一環として、契約における自由意思の実現のためには不可欠であるというのが、「法秩序」に対するフルーメの理解ではないかと考えられる。

(9) 規範的契約解釈における「私的自治」と「法秩序」の協同

1) 本節における検討から、フルーメの規範的契約解釈論において、「私的自治」と「法秩序」とは、次のような関連にあるものと考ええる。

2) 先ず、契約＝法律行為が成立するためには、表意者による意思表示が私的自治においてなされなければならない。

それは、「法秩序」によって承認された行為類型(Akttypus)を決定する表意者の「行為(Akt)」であり、「指示(Verweisung)」・「選択(ob)」である。また「沈黙(Schweigen)」によって示されるそれらの「認容(Duldung)」である。

契約における「法秩序」によって承認された行為類型とは、各契約類型であろう。そうして、契約類型が決定されることによって、それぞれの契約類型に則した「規定」が自ずから決定される。

この際の「規定」が指示するのは、どのような要件の成立がどのような法的効果を生むのかという、要件－効果の相互関連の規範であり、これが個別具体的な契約＝合意内容のベクトルとなる。

そうして、表意者の作為(「行為(Akt)」・「指示(Verweisung)」・「選択(ob)」)や不作為(「沈黙(Schweigen)」・「認容(Duldung)」)が何れの契約類型を意欲したものであるのかが判明すれば、個別具体的な契約において、いかなる要件が満たされ、いかなる効果が承認されるべきであるのかは、実定法秩序・判例として濾過された社会秩序や慣習法、法意識や一般的な社会秩序といった既存の「法秩序」に求められることになる。

ところで、既述のごとく、「法秩序」は市民間の共同主観において成り立っているから、間接的

45 このことは、「事実的契約関係」論や「契約締結上の過失」理論へのフルーメの既述の批判や、彼の「黙示の意思表示」理論、「法的に重要な態様」論にも垣間見える。

46 フルーメの契約＝法律行為解釈論について、しばしば社会的な視点の欠如が指摘されるが、少なくとも同時代の社会秩序は、このような形で「法秩序」へと昇化され、それを介して契約解釈のための準則となっている。

47 もっとも、一定の抽象のレベルにおいては、表意者の意思は、その実質においても受意者の意思と同値であり、ひいては市民の意思と同値である。

には、私的自治によって成ったものであると謂い得る⁴⁸。

3) したがって、フルーメの規範的契約解釈論においては、個別の表意者の主観的な意思が関与して契約類型が自己決定されることによって、個別具体的な契約内容は、市民としての表意者間で既に共同主観的に存立されて有る法秩序に則して自ずから確定されることになる。

4) ここに、表意者の自由意思に貫徹された、フルーメの規範的契約解釈論が成立する。

(10) 小括

1) 人は、個として在るとともに、市民として市民社会の中に在る。このことを反映して、表意者個々の裸の意思の表明として私的自治が在るとともに、間接的な私的自治であり、市民の自発的な意思の表明としての法秩序が在る。

そうして、これが、契約＝法律行為解釈における、あるべき準拠枠組みにほかならない。

すなわち、民法（市民社会法）の世界における「人」は、個々の独立した意思を有すると同時に、市民としての意思を有し、両者の重ね合わせにおいて、初めて自らの自由意思を正当に表示することが可能になる。

2) フルーメの規範的契約解釈論は、サヴィニーの自由意思理論（「意思＝表示」理論）を継受して⁴⁹、その思想を契約＝法律行為解釈論に反映させたものであり、根底に、私的自治と法秩序の関連構造を、上記のように透視する遠近法をもつものであると考えられる⁵⁰。

また、契約における意思・意識といった自由意思の要素が、ラーレンツにおいては「意思表示の帰責を評価するためのひとつの基準」に格下げされていたのに対して、フルーメは、自己規定・自己決定・自己責任をその法思想の中心に据え、自由意思の観点からの契約＝法律行為法の体系を構築した。

3) それは、法における意思の本来的様相というパースペクティブの中で意思＝表示解釈を可能にする理論として、現時点で、契約＝法律行為論の完成態のひとつと評価されよう。

4) さらに、フルーメの理論は、その枠組みの複合性において、契約＝法律行為における自己規定・私的自治を、市場の原理をはじめ、その背景的諸関係との相互連関の中で考察する際にも有意義であると考え⁵¹。

IV 商品交換における自由意思の概念

1. 序説

1) 前章までに概観・検討したとおり、契約＝法律行為における自由意思とは、心理学的な裸の意思ではなく、フルーメによって透明にされたように、自己規定によって決定される個人の意思と市民の意思としての法秩序との重ね合わせによって存立する法的な意思である。

それは、相互に独立・平等・自由な市民間の商品交換を規定する民法（財産法）上の自由意思に外ならない。

2) 本章ではこのことを改めて確認した上で、現代社会において、民法（財産法）上の自由意思が様々な「制約」を受けている（受けているかにも見える？）法現象に内在し、資本主義社会における商品交換の自由とは何かについて、若干の考察を試みたい。

3) すなわち、先ず、事業者－消費者間の取引（以下、消費者取引と略記する）において、事業者＝強者・消費者＝弱者という構図の下で、一方当事者である消費者に限定した「保護」を規定する消費者法と民法上の契約における自由意思との関係を明らかにする。

次いで、事業者間の経済的競争が一般に許容される資本主義社会において、経済法（特に経済政策競

48 石田教授は、人間には自己固有の意思と、その属する社会構成員としての意思が並存するとされ、前者が法律行為自由の原則の場において活動する意思であり、後者は法そのものを創る意思であるとされる（石田喜久夫「契約の拘束力」『現代契約法大系 第一巻』〔昭和58年〕88頁以下、特に、96-99頁、102頁）。

49 Flume.a.a.O.(anm.10),S.30f.

50 契約解釈の基盤が、契約両当事者の間主観にあることは、すでにサヴィニーによって見通されていた（Savigny.a.a.O.(anm.3),S.237ff.）が、フルーメは、より具体的に、市民の共同主観によって生成された「法秩序」がその基盤であることを指摘する。

51 次章以下で検討・詳論する。

争法) 秩序としての自由競争の制限と民法的自己決定の自由の位置づけの相互連関について考察する。

2. 民法・財産法=商品交換法における自由意思

1) 商品とは、当初から、私的な所有の対象とされるに止まらず、私的に生産され所有されると同時に、他者に売却され、購入され、消費されることを前提とされる客体である。

したがって、それは、自給自足の経済の下で、生産者自身によって消費されることを予定されている私的生産物とは異なる。

自給自足の経済においては、私的所有関係はそれ自身として完結するが、商品の生産者の私的所有関係は、交換を前提とした一種の社会性を併存させており、それ自身の内に完結し得ない⁵²。

すなわち、商品においては、例えば、売主と買主が、相手方の私的所有を相互に承認した上で、一般的には貨幣を媒介として、それを交換する商品交換が必然となる。

2) 「商品は自由意思をもたない『物』であるため、自身で市場に赴くことはできず、また、自ら自身を交換することは不可能である」。

そうして、言うまでもなく、商品の交換のために、「交換の意思を『物』である商品に宿すのは『人』である」。

資本論におけるマルクスの上記のごとき分析は、経済的な単位としての商品交換が、直接に法的関係の起点となり得る関係であることを示唆している。

なお、交換の意思は、例えば、商品の購入希望者の申込みと売主の承諾の意思として、目に見える形で表示されることによって相互承認の契機を得、合致することによって商品交換関係が成立する。

このことを制度的に保障するのが、民法における意思表示を媒介した契約である。

契約によって、両当事者に債権=債務(商品の受領の権利⇔代金支払の義務・商品の給付義務⇔代金受領の権利)が発生する。

つまり、「私的所有」関係は「契約」関係の静的な基礎であり、「契約」関係は「私的所有」関係の

動的な側面である⁵³。

3) ところで、意思表示が、言語や文字、ふるまいを用いてする表示行為である以上、それが指示する意味は多義的であり得る。

それゆえ、両当事者の意思が現実かつ合法に合致した場合には不要であるが、一方当事者が意思表示に付与した意味と、他方当事者が当該意思表示に付与した意味とに齟齬が生じたときには、両当事者の「裸の(bar)」意思関係とともに、両者間で共有されている法的な意味を追求する必要が生じる。

その際には、規範的な判断によってそれを確定することになる。

ところで、かかるケースにおける契約両当事者の意思表示の合致(=合意内容の意味)とは、個々の意思表示の解釈の帰結である。

第II章・第III章で考察したごとく、それは、相互に独立・平等・自由な市民間の商品交換を規定する民法(財産法)上の自由意思の範囲の確定に外ならない。

4) したがって、市民間の商品交換における意思の自由の範囲は、契約=法律行為の対象と基準についての前章までの検討結果によって自ずから画定される。

改めて確認すれば、次のとおりである。

5) 契約=法律行為が成立するためには、表意者による意思表示が私的自治(自己規定と自己責任)においてなされなければならない。

それは、「法秩序」によって承認された行為類型(Akttypus)を決定する表意者の「行為(Akt)」であり、「指示(Verweisung)」「選択(ob)」である。また「沈黙(Schweigen)」によって示されるそれらの「認容(Duldung)」である。

契約における「法秩序」によって承認された行為類型とは、各契約類型である。そうして、契約類型が決定されることによって、それぞれの契約類型に則した「規定」が決定される。

この際の「規定」が指示するのは、どのような要件の成立がどのような法的効果を生むのかという、要件-効果の相互連関の規範であり、これが個別具

52 大塚久雄「資本主義社会の形成」『大塚久雄著作集 第五巻』(1969年)3-23頁、同「いわゆる前期的資本なる範疇について」『大塚久雄著作集 第三巻』(1969年)27-82頁。

53 川村泰啓『商品交換法の体系 上』(1967年)12頁。

体的な契約＝合意内容のベクトルとなる。

そうして、表意者の作為（「行為（Akt）」・「指示（Verweisung）」・「選択（ob）」）や不作為（「沈黙（Schweigen）」・「認容（Duldung）」）が何れの契約類型を意欲したものであるのが判明すれば、個別具体的な契約において、いかなる要件が満たされ、いかなる効果が承認されるべきであるのかは、実定法秩序・判例として濾過された社会秩序や慣習法、法意識や一般的な社会秩序といった既存の「法秩序」に求められることになる。

ところで、「法秩序」は市民間の共同主観において成り立っているから、間接的には、私的自治によって成ったものであると謂い得る⁵⁴。

6) したがって、個別の表意者の主観的な意思が関与して契約類型が自己決定されることによって、個別具体的な契約内容は、市民としての表意者間で既に協同主観的に存立されて有る法秩序に則して自ずから確定されることになるのである。

7) このようにして、表意者の自由意思に貫徹された規範的契約解釈が成立する。

8) なお、近・現代の価値所有性を包含した抽象的な所有概念の下で、また、現代の細分化された分業社会において、商品としての取引対象が多様な属性を有するようになったことに鑑みれば、給付対象についての権利対象観が、物の有体的使用適性をイメージしたものに止まらず、給付対象

の性状を包含するものに変容していったことは想像に難くない⁵⁵。

そうして、既述のとおり、今日では、法における表示と意思の関係が明確に把握され、意思関係の自己完結を踏まえたうえで、合意が「契約」と成るための要件を充足させた諾成の法理（gegenseitige Verträge）が識られており、右の社会・経済の状況下では、契約両当事者間における「性状の合意」に則した保障構成が採られることは必然であると考えられる⁵⁶。

したがって、現代社会における商品とは、有体的な使用属性に限定されたものではなく、給付対象として、合意された「あるべき性状」（＝die vereinbarte Eigenschaft）をも自由意思によって被覆することを許容されたものであると考える。

（未完）

54 石田喜久夫「契約の拘束力」『現代契約法大系 第一巻』(昭和58年) 88頁以下、特に、96-99頁、102頁も同様であるとされる。

55 湯川益英『契約規範と契約の動機』(2012年) 6-9頁、251-259頁。なお、大塚久雄「共同体の基礎理論」(『大塚久雄著作集 第七巻』(1969年)、川島武宜『所有権法の理論』(昭和24年)、我妻栄『近代法における債権の優越的地位』(昭和28年)、川村・前掲『商品交換法の体系 上』(1967年)を参照。

56 湯川益英『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—』獨協ロー・ジャーナル第7号83頁以下、同『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—』獨協法学第107号1頁以下、同「動機錯誤と約束的性状保障の法理—性状瑕疵をめぐる錯誤論と契約論—』獨協法学第115号1頁以下。

なお、Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts- Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., 1992, 2Bd., 1992, S.1-340, insb. S.1ff., 291ff., ders., Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentags Bd1., S.135ff., noch vgl., Flume, Eigenschaftsirrturn und Kauf, 1948.

また、同じくローマ法を継受しつつも、BGBと異なり、フランス民法は、不完全ながら当初から約束的性状保障の法理を採用し、ローマ法とは独立して発展したコモン・ローは、ほぼ完全な形で同法理を採用している。その背景についての検討も、給付対象の性状瑕疵保障に際しての要件・効果を析出するためには有意義であると思われる（詳細は、獨協法学に連載中の拙稿「動機錯誤と約束的性状保障の法理—給付対象の性状瑕疵をめぐる錯誤論と契約論—」第四章を参照されたい）。

なお、川村泰啓教授は、フルーメの学説が、性状瑕疵保障のモデル化に際して「ドイツ的概念装置の中ヘイギリス・モデルの問題解決をとり込む一つの先蹤的試みであった反面、しかしVertragssystemの桎梏の下に立っていたフルーメがVertragssystemと整合的に考案した解釈学的ドグマティックであったという被規定性に服していた側面を共有していたはず」であると指摘される（川村泰啓『個人史としての民法学—思想の体系としての比較民法学をめざして—』(1995年) 178頁）。

