

## 動機錯誤と約束的性状保障の法理（二）

——給付対象の性状瑕疵をめぐる錯誤論と契約論——

湯  
川  
益  
英

はじめに

第一章 サヴィニーの動機錯誤論と約束的性状保障の法理（第一一五号）

第二章 ラーレンツの妥当表示論

第三章 フルーメの規範的契約解釈論（以上、本号）

第四章 フランス民法とコモン・ローにおける給付対象の性状保障

第五章 わが国における約束的性状保障の法理の適用

結論

## 第二章 ラーレンツの妥当表示論

### 第一 序説

前章に概観したごとく、ドイツにおける「物」の概念は、経済発展とそれに伴う権利対象観の変容を背景として、ローマ法源からの制約・サヴィニーの絶大な影響力から解放される。すなわち、「物」概念（＝給付対象観）が拡張され、価値所有を属性とする抽象的な所有権が承認されるようになる。

このことは、契約＝法律行為の解釈にも当然反映され、給付対象の有体的な使用属性に止まらない、一般的な性状をも契約内容とし得る解釈論的な受け皿が必要となり、その際には、契約＝法律行為の内容を画定するための意思＝表示の解釈対象およびその方法についての発展的な変容が必然となる。

本章においては、かかる「受け皿」のうち、「契約＝法律行為における意思とは何か」という問題について透明かつ合理的な理論を展開し、「妥当表示」という概念用具を創造することによってひとつの完成に到達していると思われるラーレンツの見解を概観し検討する。

### 第二 契約＝法律行為と倫理的な人格主義

ラーレンツは、自身の市民社会法に関する思想を反映させて、契約＝法律行為を概ね次のように把握する<sup>(1)</sup>。  
民法の精神的な基礎は倫理的な人格主義に求められる。

人は、それ自身が固有に有している性質や規定によって、自分自身の存在を可能な支配領域において自由かつ有責に形成する。すなわち、自ら目標をもち、自らの行為を規律することが人格の実現である。こうした理解は、キリスト教とカントの哲学に由来する。

つまり、人＝人格は、手段ではなく目的において行為するから、人格者として相互承認され、その存在と支配領域を他者から侵害されない権利をもつことになる。

そうして、この相互関係が、法の下での共同生活と全ての個人的な法律関係の基礎ともなる法的な関係の基盤となる。その本質的な要素が権利＝義務であり、人格相互の関係における権利＝義務（権利義務の相互性）である。

人格・権利・義務と、複数の人格を結合するための法律関係という概念が、私法の根本的な概念を形成する。そうして、この概念の精神的な内容は、カントの謂う倫理的な人格概念を法領域に「移調した(transponieren)」ものであり、さらにこの「移調(Transponierung)」から、その他の様々な私法概念と原則が生み出される。

個々人が自身の法的関係を自身で形成するという私的自治の原則も、このような倫理的な人格主義を根拠にするものであって、契約＝法律行為において決定的なのは、契約当事者が自らの決心によって契約の規則に同意することである。

それゆえ、契約の規則の根底にあるのは、強要されることのない当事者意思である。

このことは、契約＝法律行為においては、合意＝意思が、ただ単に道德的に拘束するだけではなくて、法的に拘束し、さらに、必要ときに法秩序によって強制され得るためには、自己規定に重ねて、実定法による有効な法的行為としての承認がなされなければならないということを意味する。

法秩序は、一定の法的な最小限度の要件を満たす約束のみに法的妥当性を附与する。

その上で、私的な交換関係は、信頼の保護および契約的な適切さのための調整といった原理―以下、本稿においては「契約調整の原理」と略記する―によっても法的に基礎づけられる。<sup>(2)</sup>

### 第三 意思表示(Geltungserklärung)論

ラーレンツは、法律行為の解釈理論における主観主義と客観主義の対立を認め、このふたつを克服することによって、意思表示における意思と表示の関係を明らかにしようとする。<sup>(3)</sup>

ラーレンツによれば、話されたり書かれたりした言葉の意味は、意思表示という観点に立てば、話す・書くといった行為そのものとは別のものである。

「意味」とは、もちろん行為に内在し、行為によって表示されるものであろう。しかし、他方、行為から分離された独立のものでもある。

また、「意味」そのものには形がなく、知覚はされないが理解され得るものであり、その論理的な意味において認識されるものである。

すなわち、意思表示においては、行為としての意思表示と客観的・論理的な意味形象としての意思表示というふたつの面が区別され、そうして、両者は相互に結び付いている。

意思が有する意味の検討対象は、客観的・論理的な意味形象としての意思表示にはかならない。<sup>(4)</sup>

通説である意思主義・表示主義は、意思表示が、法律効果の発生に向けられた意欲(Wollen)の告知(Kundgabe)であるとするが、この分離は論理矛盾である。

すなわち、約束は約束者が意欲することではなくて、彼が自己拘束することを意味する。さらに、それは、過去

の意欲の存在ではなくて、何か決定的なもの・決定的な効力の発生を企図している。意欲の内容に決定性を附与し、それが主観的な表象や欲求の変動に揺らぐことなく、時間を超えた(zeitüberdauernd)拘束を生み出すことが約束の意味である。<sup>(5)</sup>

意思表示によって表現されるのは、一時的な欲求や意欲それ自体ではなく、客観性にまで高められた意思の内容である。従って、意思表示は意欲の表示(Wollenserklärung)・意図の表示(Absichtserklärung)ではなく、Geltung<sup>4</sup>Erklärung(Geltungserklärung「妥当な表示」)である。

ところで、意思表示の当事者は、法において機能する理性的精神の中で、設定を企図する法律関係に関して意思をもって行為する主体である。

法律効果とは、物的なものではなく、心理的な實在や身体的な現実に帰属するものでもなく、客観的な意味形象の世界に属するものである。

「妥当表示(Geltungserklärung)」によって表現された内容は、客観的な法が、それに対して法的効力を附与することによって法的に妥当することになる。

つまり、法的な関係における具体的な効力は、意思表示と法律とが結合することによって生じるのである。

一般に、意欲(Wollen)は、求められる結果が、意思した行為によって招来される場合にのみ問題になるから、意欲は常に行為を含み、行為によって成し遂げられる。

法律効果の意欲もこれと同様である。

それは、表示においてのみ実現され、法律効果は法秩序によって当該表示に関連付けられる(zuordnen)。その際、法律効果の附与は当事者の意思によるものではない。意思表示の当事者は法律効果の附与を意欲することはできな

い。

すなわち、表示が法律効果を有するのは、当事者がそれを意欲するからではなくて、既述のとおり、法秩序が附与するからである<sup>(6)</sup>。

表示されたものが有している法的な効力は、心理的な意思 (psychischer Willensakt) に基づくものではない。なぜなら、心理的な意思是、客観精神的形象の世界では意味を有し得ず、客観化された意思、すなわち「妥当表示 (Geltungserklärung)」のみが意味をもち得るからである<sup>(7)</sup>。

したがって、意思表示は、単なる意思の通知 (Mitteilung) ではなくて、意思の実現 (Realisation) である。法的効果の発生に向けられた主体的な (volitiv) 表明である意思表示に、直接に求められた法的な関係に向けられた意思が客観化される。

なお、「沈黙」や「態様」も、それが、状況によって、一定の法律効果を妥当せしめることを表したとみられる特別な事情があるときには表示手段である<sup>(8)</sup>。

そうして、意思表示＝意思の客観化は、他の行為と同様、帰責 (Zurechnung) され得、またその必要がある。帰責とは、客観的な事実を主観的なモーメントに結び付けることであるが、その際に、意思モーメントに意味が認められるにしても、それが表示の帰責についてのモーメントのひとつにすぎないことは、意思表示が妥当表示であることから判明であろう<sup>(9)</sup>。

このようなラーレンツの「妥当表示論」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、意思表示の意味ではない。

表意者が附与するのは、意思表示の「基体 (substrat)」であり、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)。

すなわち、意思表示の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。

意思表示は、存在する意思について述べたものではなく、実現さるべき法律効果を目指した情動的な表明であり、情動的な意味形象としての、意思表示の、法的な意味についての表現である。<sup>(10)</sup>

「妥当表示(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」との統一であるから、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、表意者の意思と受意者の意思の関係を問題とするものではなく、また意思と表示との関係を問題とするものでもなく、表示(「意思表示の基体」)のもつ法的に可能な意味のみを問題とするのである。

したがって、ラールツにおける意思表示の解釈とは、法的な基準となる表示の意味の確定であり、当然のことながら、現代の商品交換社会・資本主義取引においては、両当事者の客観的かつ衡平な理解可能性および当事者間の信頼の保護・契約調整の原理(「契約的な適切さのための調整」)を考慮しつつなされなければならない作業となる。

#### 第四 信頼の保護と契約調整

ラールツは、民法Ⅱ商品交換法の基本原理として、上述したように、私的自治のほかに、信頼の保護と契約調整<sup>(11)</sup>を採用する。

ラールツによれば、法秩序が正常に機能するためには、倫理的な人格とともに、社会倫理が考慮されなければ

ならない。

そのひとつが、信賴の原理である。

人間の共同体が平和に繁栄するためには、信賴の保護は人間関係の基礎であり、その反映として、取引・商品交換においても相互の信賴が裏切られることなく保護されなければならない。

信賴の保護は、法律行為的な取引を支配し、相手方に向けられた意思表示の解釈においては、相手方の認識可能性↓理解可能性が重要である。意思表示の受意者は、その理解し得る、また理解した表示の意味を信賴できなければならぬ。例えば錯誤などによって、表意者が、意思表示の意味を妄当せしめるときには、信賴利益の賠償を義務づけられる可能性がある。

また、行為者が、その責任において、表示の単なる外観 (Anschein) を加えたケースであっても、当該外観についての他者の信賴も保護されなければならない。

もつとも、意思表示の外観、特定の証書や登記についての信賴の保護は、信義則のような法倫理に基礎づけられたものではなくて、法律行為的な取引の安全を高めるための法技術によるものである。

すなわち、法的な信賴の保護には、信賴そのものの保護が求められるべきものと、取引の安全において保護がもとめられるものがあり、両者の重ね合わせの濃淡に則して、民法の中に現われてくることになる。<sup>(12)</sup>

また、ラーレンツは、私法上の信賴保護の具現として、表見責任 (Rechtscheinhaftung) を挙げる。

例えば、民法においては、本人から代理人に授与された代理権の通知や公表は、外的授權のような意思表示≡法律行為ではなく、法律 (DG) によって、それと同等の効果を認められた準法律行為であると位置づけられる。

認容代理においては、本人が、他人が権原なしにくりかえし自身の代理人として現われたことを放置し、そのた

めに、相手方がその事実から代理権の存在を推測し得るときには代理権があつた場合と同様に扱われ、その要件は、本人が当該他人（＝無権代理人）の行為を知っており、可能であるにもかかわらず、それに異議を示さなかつたことである。

代理権終了後の表見代理についても、対外的に示された授權を根拠として、本人への帰責がみとめられる。<sup>(13)</sup>

そのほか、商人同士の取引においては、商法上、沈黙が、申込みの承諾として法的に妥当することがある。<sup>(14)</sup>

また、契約調整の原理は、双務契約上の給付と反対給付の等価交換を保障するだけではなくて、契約における負担と危険の正当な配分をも意味する。

客観的な等価交換の貫徹は没価値的であり、私的自治と矛盾する側面をもつ。したがって、それは、当事者個々の価値観に由来する主観的な等価を意味する。

法は、各当事者が錯誤や強迫に陥ることなく、自己の判断を形成し得るように配慮し、さらに、人は、契約の締結に際して、各自の利益を最もよく実現することを望む存在であることを信頼されるのである。

もちろん、こうした可能性が認められない取引類型については、私的自治の原則を社会原理(Socialprinzip)によって制約することが必要になる。

ただし、瑕疵担保責任や事情変更の原則などにおいては、客観的な等価原理が採用される。

負担と危険の正当な分配という思想は、契約の当事者の特約による合意がないとき、任意法規を広範に支配し、その適用の対象となる。任意法規は、当事者の私的自治と表裏である。

すなわち、ラーレンツによれば、私的自治と契約調整は対立せず、相互補完の関係にある。<sup>(15)</sup>

## 第五 意思の実現、社会類型的な態様と社会原理

「意思の実現による承諾」および「社会類型的な態様による承諾」は、ラーレンツが、法律行為の領域における法律効果の発生要因として評価する態様である。

行為者が、意思された法律効果の発生の契機となるような事実状態を作り出すという方法で、法律効果の発生を目指すのが「意思の実現 (Willensbetätigung) による承諾」である。それは、通知意味 (Kundgabesinn) のない法律行為であり、純然たる実行行為で (Vollzugshandlung) であって、意思表示ではない。

例えば、送付された目録による古書店への注文や定型的な電報によるホテルの注文、試供品の使用といった利用行為による承諾などの履行行為による承諾がこれに該当する。

意思実現<sup>(16)</sup>においては、民法上、申込者に対する承諾の表示とともに、承諾意思の「実現 (Betätigung)」が必要である。

また、現代の大量な取引実態、例えば、運送等の供給といった生存配慮給付においては、事前に確定されている条件で一般的に申込みがなされ、それについては誰もが請求でき、また、その際には、契約の締結のための意思表示をする必要はない。利用者による給付の事実上の請求、すなわちただ単に利用行為があるだけで契約が成立する。

社会類型的な態様による承諾も、多くの場合、意思の実現の承諾と同値であるが、そこでは、固有の意味での意思の実現の承諾とは異なり、カズイステイシユなプロブレムレーズンクがなされるわけではなく、一般化と標準化が強く要求される。それゆえ、例えば、行為能力の規定は適用されるが錯誤取消は排除される<sup>(17)</sup>。

そうして、ラーレンツは、大量運送や生存的な配慮 (Daseinsvorsorge) にみられる「社会類型的な態様による

承諾」を、契約＝法律行為論の限界と位置づける<sup>(18)</sup>。

すなわち、ラーレンツによれば、契約＝法律行為の解釈は、前項までに概観した私的自治・信頼の保護・契約調整の原理に加えて、意思の実現および大量な定型的取引が増大した近現代の大衆社会における社会類型的な態様と<sup>(19)</sup>いった社会原理の反映としての法現象を配慮しつつ展開されなければならないことになる。

## 第六 小括

ラーレンツは、サヴィニーが直観的に透視 (Anschauung) した「意思＝表示 (Daseinとしての表示)」という契約＝法律行為解釈の対象を、「妥当な表示 (geltung Erklärung)」という概念を用いて説明する。

ラーレンツによれば、意思表示は、存在する意思について述べたものではなく、実現さるべき法律効果を目指した情動的な表明であり、情動的な意味形象としての、意思表示の、法的な意味についての表現である。<sup>(20)</sup>

そうして、解釈とは、契約両当事者の意思の関係を問題とするものではなく、そして意思と表示との関係を問題とするものでもなく、意思＝表示のもつ可能な意味のみを問題とするのである。

また、解釈は、法的な基準となる意思＝表示の意味の確定であり、両当事者の客観的かつ衡平な理解可能性と当事者間の信頼の保護・契約的な適切さのための調整といった原理を考慮しつつなされなければならない。

さらに、意思の実現や、近現代の大衆社会における大量取引の増大における社会類型的な態様といった社会原理の反映としての法現象を配慮しつつ、契約＝法律行為の解釈を展開する必要が説かれる。

ラーレンツの妥当表示論は、法律行為における意思と表示の関係を、論理的かつ明確に把握し、契約＝法律行為解釈の対象が「妥当表示 (geltung Erklärung)」に他ならないことを析出した。

しかしながら、カントの倫理的な人格概念を基礎にしつつも、その「移調 (Transponierung)」の段階、意思と表示の弁証法的な統一を目指したその過程において、法秩序や当事者間の信頼・契約調整・意思の実現・社会原理といった社会経済的な要素・商品交換の実態に重点が置かれ、それらが正当な評価を受ける一方、契約における自由意思の要素、表意者の「意思」や「意識」といった本質が、「意思表示の帰責を評価するためのひとつの基準」に格下げされてしまったことは否めない。

このことは、自由意思に基づく契約＝法律行為の解釈を実践するための課題として残され、フルーメによって解決されることになる。

- (1) Larenz, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. S. 28ff.
- (2) Larenz, aa. O. (am. 1.) S. 34ff. なお、ドイツの契約＝法律行為論において、意思と表示の関係について言及する代表的な見地として、ラーレンツのもの以外に次のような諸見解がある。  
カナリスは、ラーレンツとはほぼ同値の観点に立ちつつ、法律行為から独立した「信頼責任」によって私的自治の補完を試みる (Canaris, Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht)。クラウスハールも、法律行為解釈における「信頼」を重視し、表意者の自己規定よりも「表意者の意思の存在」の「信頼」が、態様を意思表示・法律行為と承認するためには決定的であるとする (Crauschar, Der Einfluß des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung)。ビドリンスキーは、法律行為を受意者の視点から論じ、「表示価値を有し、受意者が実際にそのように信頼した行為態様の中で、表意者が自己規定した可能性をもつものが法律行為 (の内容) と評価されるべきである」とする (Bydinski, Privatautonomie und objective Grundregeln des verpflichtenden Rechtsgegeschäfts)。
- (3) Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1930 S. 34-69.
- (4) Larenz, aa. O. (am. 3.) S. 36f.
- (5) Larenz, aa. O. (am. 3.) S. 43f.

- (6) Larenz,aa.O.(ann.3).S.48.  
 (7) Larenz,aa.O.(ann.3).S.54.  
 (8) Larenz,aa.O.(ann.1).S.307ff. 例えば、A—B間の契約において、BがAの申込みに対して一定期間内にそれを拒絶しないときには、Bの承諾とみることができるとされた場合には、Bの沈黙は承諾である。また、返済期後の利息を貸主が受領することによって消費貸借期間の黙示の延長が表される。これは、その行為態様によって、間接的に法律効果を求める意思を表現した「おっな」(Verhalten)」による表示である。

- (9) Larenz,aa.O.(ann.3).S.59-62.  
 (10) Larenz,aa.O.(ann.3).S.44ff.  
 (11) Larenz,aa.O.(ann.1).S.37-41.  
 (12) Larenz,aa.O.(ann.1).S.37ff.  
 (13) Larenz,aa.O.(ann.1).S.515-523.  
 (14) Larenz,aa.O.(ann.1).S.524ff.  
 (15) Larenz,aa.O.(ann.1).S.39ff.  
 (16) Larenz,aa.O.(ann.1).S.454ff.  
 (17) Larenz,aa.O.(ann.1).S.450ff.  
 (18) Larenz,aa.O.(ann.1).S.450ff.insb.S.463.  
 (19) Larenz,aa.O.(ann.3).S.42ff.  
 (20) 法における意思の本来の様相を把握することが意思＝表示解釈の妥当性につながるについて、石田喜久夫「現代法律行為論の課題―意思主義の復権とその限界」ロー・スクール一三号五頁以下、同「法律行為における意思」法学セミナー三二〇号一〇九頁を参照。

### 第三章 フルールの規範的契約解釈論

#### 第一 序説

本章においては、ドイツ民法学における法律行為論の泰斗であり、ラーレンツの妥当表示論において積み残された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Ⅱ法律行為解釈論に多大な影響を与えているフルール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、よってもって、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する<sup>(1)</sup>。

さらに、規範的解釈論と深く係わりあう債権Ⅱ債務構造論、とりわけ契約の準備交渉段階における説明義務が契約Ⅱ法律行為の規範的解釈において有する意味が問題とされる。

意思Ⅱ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。

また、法における意思Ⅱ表示とは、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Ⅱ表示」*sog. Geltungserklärung*）である<sup>(2)</sup>。

したがって、一方当事者が意思Ⅱ表示に付与した意味と、他方当事者が当該意思Ⅱ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Ⅱ表示の社会的な意味と法的な意味とを追

求する必要がある、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る。<sup>(3)</sup>

その際には、規範的な準拠枠組みにおいて、契約両当事者が果たすべき義務・責任のあり方が問われることになる。

このような点で、契約・法律行為の規範的な解釈について精密かつ透徹した理論を展開するフルーメの学識は、極めて示唆に富み有意義なものであると考えられる。

## 第二 私的自治論

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。<sup>(4)</sup>

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、自己規定に信賴保護の原理で対応する説があるが、信賴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<sup>(6)</sup>。

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。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<sup>(7)</sup>。

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<sup>(8)</sup>。

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、間主観的な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。

### 第三 規範的契約解釈理論

前項にみたフルーメの私的自治把握は、自ずから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 (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<sup>(9)</sup>。

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。

意思表示は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Ⅱ表示を契約の前提とする「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か否かのみが問題なのである。<sup>(10)</sup>

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。<sup>(11)</sup>

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 (oö)」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。<sup>(12)</sup>

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、<sup>(13)</sup>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。<sup>(14)</sup>

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、さらなる大きな問題となる。

#### 第四 契約Ⅱ法律行為解釈における「不作為」と「沈黙」

フルーメが、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、「事實的契約關係」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。

フルーメによれば、沈黙が、言葉による表示と同様に、法律關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、法的な重要性をもち得る。

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」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。

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關係が成立する場合(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。

事實的契約關係論<sup>(15)</sup>や社会類型的な態様に基づく債務關係論<sup>(16)</sup>は、上記のような場合に、意思表示による法律關係の成立を認めないが、それは正当ではない。不作為・沈黙が特定の法律關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<sup>66</sup>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のケースはあり、大量交通Ⅱ大量取引がこの点で偏差があるからといって、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、<sup>(17)</sup>「契約の事実<sup>(17)</sup>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。<sup>18)</sup>

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<sup>(19)</sup>。

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「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。

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(sog. Duldungsvollmacht)<sup>(20)</sup>について、ドイツ民法(§ 167BGB)<sup>(21)</sup>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(konstitutive 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はなく、無意識の「態様」に基づく表見代理とを峻別し、「認容・認識」による法律行為としての認容代理においては履行または履行利益の追及を許容するのに対し、前者においては信頼利益の賠償のみが認められるとする。

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・不作為その他の、単なる「態様」は法律行為ではないが、それが法的に重要なもの(rechtlich relevantes Verhalten)である場合には、既述のごとく法律行為と同様の効果の発生を承

認されることになる。<sup>(22)</sup>

「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。<sup>(23)</sup>

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)」においては、「擬制」によって、意思表示ではない不作為が一定の権利変動を生じさせる契機になり、「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。

フルーメによれば、右の不作為や権利者の沈黙の事実は、「法的に重要な『態様』」の典型である。<sup>(25)</sup>

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ころ、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。<sup>(26)</sup>

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。<sup>(28)</sup>

## 第五 規範的契約解釈における「私的自治」と「法秩序」の協同

これまでの本章における検討から、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。

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―効果の相互連関の規範であり、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。<sup>(29)</sup>

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、間接的には、私的自治によって成ったものであると謂い得る。<sup>(30)</sup>

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。

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。

そうして、フルーメの規範的な契約Ⅱ法律行為の解釈論こそが、歴史的な給付対象観の展開に依拠して、自由意思に基づく「合意された性状」を契約内容に包含することによって、債務不履行の効果としての損害賠償責任(履行利益賠償)・契約の解除請求、さらに「合意された性状」の現実的履行・特定履行請求を可能にし、「約束的性状保障の法理」を担保する理論であると考える<sup>(31)</sup>。

## 第六 契約Ⅱ法律行為の解釈と契約の準備交渉段階の説明義務

### — 契約Ⅱ法律行為の解釈と債権Ⅱ債務構造論(義務論)の關係 —

#### 一 問題の所在

本稿の主要論点は「約束的性状保障の法理」によって給付対象の性状が契約内容として承認され得ることの論証、とりわけ、効果として、合意された性状を具備した給付の現実的履行・特定履行の請求が承認され得ることの論証にある。

かつて、私は、この問題について、英米法の約束的禁反言の法理を援用してアプローチし(体系整合操作を試み)、契約の準備交渉段階で言明された給付対象の性状は契約内容に反映され、あるべき性状に向けた現実的履行・特定履行請求が可能になると主張した<sup>(32)</sup>。

その際、一方当事者による契約の準備交渉段階の説明義務違反によって形成された他方当事者の認識が契約内容となり同様の効果を附与し得るかについての私見は留保されていた<sup>(33)</sup>が、フルーメの規範的契約解釈論からは、この

点についても明確な答えを導出し得ると思われる。

## 二 契約Ⅱ法律行為の解釈における契約の準備交渉段階の説明義務論の意義

契約の準備交渉段階における説明義務違反は、いわゆる「契約締結上の過失」の一環として把握される。

「契約締結上の過失」責任としては、一般に信賴利益の賠償が説かれ、さらに履行利益の賠償や契約の解除を承認する見地がある。

ところで、契約の準備段階における過失（＝説明義務違反）を根拠として、履行利益賠償や契約の解除が主張されるとき、そこにはひとつの背理が存在するという批判がなされることがある。すなわち、すでに有効に成立した契約内容を、事後的に、契約の準備段階において情報提供義務・説明義務に違反したものととして、履行利益賠償・契約の解除、当該義務違反によって期待された契約内容の現実的履行の強制や特定履行の請求といった固有の意味での契約責任を認めることは論理矛盾であり、解釈によって確定している契約内容を覆すものであると謂うのである。<sup>(34)</sup>

確かに、契約締結上の過失責任の前提となる契約の準備交渉段階における注意義務・附随義務（説明義務）違反の効果として、説明義務違反によって相手方が契約の解除や履行利益賠償、期待した契約内容の現実的な履行・特定履行といった効果を認めることになれば、時系列において前置する有効に成立した契約内容と矛盾することになる。<sup>(35)</sup>

さらに、契約の解釈論と附随義務・保護義務論を同一の次元において、いわゆる「契約責任の拡張」というコンテキストで約束的性状保障が説かれるとき、前者が意思原理によるものであるのに対して後者は帰責原理に基づくものであり、当該領域において契約解釈と契約責任の問題が交錯して、理論的な不透明が生ずることになる。

すなわち、信頼利益の賠償や契約交渉の一方的な破棄については、過失責任主義の一側面として不法行為責任の対象にもなり得るが、「契約締結上の過失」理論によって、履行利益の賠償や契約の解除、現実的履行強制・特定履行の実現といった固有の意味での契約責任である「約束的性状保障」を語るときには、契約解釈論と契約義務論の関係が明らかにされる必要がある。

これに対して、フルーメは、既述のごとく、「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」とし、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結＝合意に至るプロセスそれ自体を独立に評価することはない。

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、重要なのは双方の自己規定ではなく、一方当事者の自己規定である。もっとも、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のみ契約における私的自治が実現され得る。<sup>(36)</sup> そのため機能するのが、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を実現する法秩序である。そうして、附随義務・保護義務は法秩序のひとつである。<sup>(37)</sup>

したがって、フルーメにおいては、既述のごとく、契約の解釈において、自己規定＝意思原理と法秩序＝義務＝帰責原理とが協同することになる。

右のフルーメの主張を当該局面において敷衍すると次のような理解が可能になると考える。

例えば、AとBとの間の合意＝契約内容が齟齬をきたし、解釈の結果、Bの理解した内容が法的に妥当であるとされる際には、先ずA—B間で契約に附与した間主観的な意味が追求され、それによって契約内容を画定し得ないときには、A・Bのどちらが附与した意味に契約内容が妥当すべきかの解釈は法秩序の判断に委ねられ、そこでは、法秩序として一方当事者に課された説明義務（責任）をAが尽くさなかったために、他方当事者であるBが合理的

に期待した意味が契約内容として画定される<sup>(38)</sup>。

すなわち、契約内容として承認されるのは、あくまで契約の解釈によって契約の内容と判断されたことのみであって、契約の準備段階における説明義務は、規範的な契約Ⅱ法律行為の解釈のためのひとつの契機として機能することになる<sup>(39)</sup>。

### 三 小括

契約Ⅱ法律行為の規範的解釈理論によって、締約の動機として約束の内容から排除されてきた給付対象の性状を、「合意された性状」として契約内容に包含し得ることについて精緻かつ透徹した理論を展開したところのフルーメの学識は、いわゆる「契約責任の拡張」現象へのアプローチのふたつのチャネルであった附随義務・保護義務論と契約解釈論の交錯についても優れた総合を披露し、契約内容の画定は契約の解釈によってのみ行われるべきものであり、契約の準備段階における説明義務は、それに資する要素のひとつであり、契機(判断・解釈のための準拠枠組み)であることを明らかにした。

その意味でも、フルーメの規範的解釈論は極めて示唆に富み興味深いものである。

(1) 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」〔法学論集一六卷四・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)」〔法と政治三三巻二号〕、同『法律行為論の現代的展開』〔一九八七年〕三三一五八頁、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) Lorenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1930, S.34-69; 湯川益英『契約関係の変容と契約法理』(二〇〇〇年) 二四二頁。

前章に概観したとおり、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、実現さるべき法律効果を目指した情動的な表明 (emotionale Äußerung) であり、情動的な意味形象としての、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。

- (3) 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。
- (4) Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, B.2, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., 1992, I-340, insb. S.1ff., 291ff.
- (5) たとえば、Canaris<sup>24)</sup>「信頼責任を、私的自治＝自己規定の相關概念とする」(Canaris, Vertrauenshaftung in deutschen Privatrecht, S.439f.)。
- (6) 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。
- (7) Flume, aaO. (am. 4), S.59ff.
- (8) 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<sup>25)</sup>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) としつつ自己表示 (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＝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<sup>1)</sup>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<sup>2)</sup>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つており、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 (Qualitätservartung) 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ヨ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<sup>3)</sup>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 (一九八八年) 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。

- (9) Flume.a.O. (am.4).S.599-617.insb.S.601ff.
- (10) 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関連し、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。
- (11) Flume.a.O. (am.4).S.307-321.
- (12) フルメは、Akt-en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.O. (am.4).S.78ff.)。
- (13) 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)ことになる。
- (14) 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、Larenza.a.O.(am.2).S.34-69;Kondgen.a.O.(am.8).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。
- (15) 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23号『ドイツ判例百選』(一九六九年)一一六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.O. (am.4).S.95-104.insb.S.97-101を参照。
- (16) 社会類型的な態様に基づく債務関係論に対するフルメの見解については、Flume.a.O. (am.4).S.96ff.を参照。
- (17) BGHZ 21,319.ハンブルグ市が、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。

(18) Plumea.O. (anm.4).S.70f.noch vgl.S.76ff.

(19) Plume.Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentags Bd.1, S.135ff.noch vgl. Plume.a.O. (anm.4).S.668ff.

(20) 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、取り引きの相手方が、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。

(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) フルメは、その給付利得論において、消滅した給付不当利得のリスクを当事者のどちらが負担すべきかの判断基準として「受領者の『財産上の決定』」を概念する。

例えば、詐欺による意思表示によって事実上購入された自動車が車庫から盗まれた際には受領者の「『財産上の決定』」は認められないが、使用中に損傷したときは受領者の「『財産上の決定』」によるものであるから、損傷のリスクは受領者が負うことになる(Plume,Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung von Römischen zum geltenden Recht,F.S.für Hans Niedermeyer,S.103ff.insb.S.151)。

そうして、法律行為ではないが、自己規定であり「自己責任」の対象である「『財産上の決定』」は、フルメにおいて「法的に重要な態様」と親和的な法概念であり、「態様」が法的に重要であるか否かの判別において参考になると思われる(湯川 益英「給付

不当利得の消滅と受領者の『財産上の決定』—ヴェルナー・フルーメの給付不当利得論—」獨協法学第一〇七号二〇頁以下)。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ろう(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(第七号九一頁以下))。

(23) Flumea.O. (am.84).S.113-133.

(24) Flumea.O. (am.4).S.117-120.

(25) Flumea.O. (am.4).S.121ff.

(26) Flumea.O. (am.84).S.128ff.

(27) Vgl. Ballestedt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151.S.501ff. バラーシュテッドは、「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」。

(28) Flumea.O. (am.4).S.132f.

(29) 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)』」「偶然の条件 (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 (Flumea.O. (am.4).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。

なお、フルーメは、その著書の中で、「法秩序」をめぐって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える。

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「意思の不存在に對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「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」。

(30) 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』(昭和五八年)八八頁以下、特に、九六―九九頁、一〇二頁)。

(31) 「約束的性保障の法理」における現実的履行の強制・特定履行の強制が費用便益の面からの制約を受け、また実定法の制約を受けることについては、湯川・前掲書(ann.10)一一五頁・二五〇頁、二五九頁・註一五を参照。履行利益の賠償と現実的履行は一応等価である(前者は後者のメタモルフオーゼしたものである)と考えられているが、事案によっては、後

者は保障義務者に不合理な努力や出費を強いることがある。

(32) 湯川・前掲書 (ann.10) 二五七頁以下。

(33) 湯川・前掲書 (ann.10) 二五八—二五九頁。なお、同義務を含めて、契約責任の拡張現象に対して、ドイツ法を中心に、債権＝債務構造という視点から、給付結果の実現と附随義務・保護義務との関連について多角的で綿密な分析を極めるものとして、潮見佳男『契約規範の構造と展開』(一九九一年)を参照。

(34) 例えば、松坂教授は、契約締結上の過失責任の根拠を信頼関係としての債務関係に求め、ドイツの判例が契約の準備段階における交渉当事者の責任を有効に成立した契約に求めたことを「転換の誤謬」を犯すものであると批判する(松坂佐一「信頼関係としての債務関係」『債権者取消権の研究』二九〇頁)。

(35) もっとも、こうした発想が素朴实在論によるものであって、法律学においては、「時」の評価について別異の観点があり得ると考えられる。例えば、ジョン・ホイーラーは「遡及する因果関係」論を唱え、「観測者は観測行為によって過去を語る権利を得る」と説く(『アインシュタイン・ロマン3—光と闇の迷宮—量子力学のミステリー』(一九九一年)七〇頁以下)。

(36) Flume a.O. (ann.4) S.599-617, insb. S.601ff.

(37) 詳細はann.29を参照。

(38) 規範的な契約解釈によっても、なお、両当事者双方の契約に対する複数の意味附与が合理性を有し、契約内容の画定が不可能な際には、いわゆる「表現使用者に不利に」なる解釈準則が適用される。当該準則は当事者の一方の帰責性を判断基準とする点でフルーメの解釈論と共通する側面を有するが、フルーメのそれが契約両当事者のいずれの解釈が合理性・合法性を有するものであるのかを画定する方途であるのに対して、不明確な説明によって解釈をあいまいにした点、すなわち、解釈に多義性を附与した点、合理的解釈は存在するものの、それが複数であり競合していることが帰責の根拠となる点で相違する。

(39) その意味では、私的自治は、意思と帰責という二面性をもちつつ機能する社会システムであるといえよう。

(第三章まで終了・未完)