

私的自治・法律行為論序説（三）完

その他のタイトル	Privatautonomie und Rechtsgeschäft (3)
著者	高橋 三知雄
雑誌名	関西大学法学論集
巻	24
号	6
ページ	831-861
発行年	1974-12
URL	http://hdl.handle.net/10112/00026675

私的自治・法律行為論序説 (⇒)完

高橋 三知雄

はしがき

私的自治論

(一) Wolfの私的自治論(紹介)

(1) 私的自治の概念、内容およびその限界

(2) 私的自治の歴史的、憲法的基礎

(3) 契約の自由

(4) 契約自由の制限

(5) 権利の自由とその制限

(⇒) 考察

(1) 私的自治の意義

(2) 法律行為制度の位置づけ

(3) 契約自由とその制約(以上二四卷三号)

法律行為論

(一) Wolfの法律行為論(紹介)

私的自治・法律行為論序説 (⇒) 完

- (1) 法律行為の概念と機能
 - (2) 意思表示
 - (3) 解 釈
 - (4) 意思の瑕疵の意義
 - (5) 社会類型的態度と事実的契約關係
 - (6) 契約の内容
- (二) 考 察
- (1) 意思表示理論について(以上二四卷四号)
 - (2) 錯誤論——とくに動機錯誤の取扱について——
 - (3) 事実的契約關係の理論
 - (4) 法律行為の解釈について
- 総 括(以上本号)

(2) 錯誤論——とくに動機錯誤の取扱について——

一、動機錯誤を民法九五条の「要素の錯誤」に含ましめるか否かは、最近の錯誤論における最大の争点である。ドイツでも、これまでの伝統的な錯誤論に対抗して、動機錯誤を他の類型の錯誤と区別する必要はないとする理論が有力に主張されていたが、これに対し Wolf は、再び伝統的な錯誤理論から説得力のある反論をしている。Flume も同様である。しかしながら、Wolf も Flume も動機錯誤を全く法的顧慮の外においてしまっているわけではない。すなわち、共通動機錯誤、法律行為と事実の不一致の問題⁽¹⁾、あるいはまた、相手方が動機錯誤を信義に反して利用したときには信義則の問題として動機錯誤を処理している。⁽²⁾ もちろん、これらの理論については、なお詳細にその当否

を検討しなければならないが、だからといって、近時の有力説のように動機錯誤を錯誤の規定に包摂せしめなければならない必然性も証明されているとは思われない。

わが国においても、動機錯誤を他の錯誤類型と区別する必要はないとする説が極めて有力になりつつあるが、その一つの大きな根拠は、判例の分析に求められているようである。すなわち、錯誤問題の多くは實際上動機錯誤にかんするものであり、従来のような錯誤理論では、判例の現実の姿を説明できないと主張されている。たとえば、判例の分析を通して従来の錯誤理論を批判される野村豊弘氏は、「判決の理論構成の差異を捨象し、どのような錯誤があった場合に、それが要素の錯誤になるとされたかに注目した」⁽⁴⁾（傍点高橋）という態度をとられている。そして、たとえば、詐欺との関係については、相手方の詐欺的行動があった場合に、判例は要素の錯誤を容易に認めているが、詐術を用いた相手方を保護する必要はないこと等を考慮すると、判例の態度は妥当であろう、といわれる。⁽⁵⁾

しかし、詐欺の規定（九六条）のように動機錯誤を顧慮する方法が九五条以外にもある以上、動機錯誤をめぐる論争の中心は、まさに野村氏が捨象されてしまった理論構成にあるといわなければならない。⁽⁶⁾詐欺を理由とする取消は錯誤の存在を前提とするが、その錯誤は動機錯誤でもかまわない。詐欺的行動と動機錯誤というのは、まさに九六条の構成要件に他ならない。にもかかわらず表意者は錯誤による無効を主張し、判決もこの錯誤を「要素の錯誤」と認めるとき、⁽⁷⁾そのような判決の理論構成が直ちに妥当であるといえるはずがない。そういうためには、その前提として、動機錯誤も九五条の「要素の錯誤」に包摂されるということが、理論的に証明されていなければならない。逆に、判例が認めているから、動機錯誤も「要素の錯誤」になりうると解すべきだということにはならない。

本来、右のようなケースは詐欺の規定によって処理すべきなのである。だが、錯誤による無効も詐欺による取消も、

表意者が当該契約の拘束から免れるという結果は同じであり、訴訟の争点も表意者が契約上の拘束を免れるか否かにあつたはずである。したがって、表意者に責任を負担させなかったという結果は妥当だとしても、動機錯誤を九五条の要素の錯誤と認定した法的構成には疑問が残されている。「詐欺的行動があつたから当該の錯誤を要素の錯誤と認めた」という段階に留まっているうちは、まだ危険はない。しかし、いわゆる判例理論なるものは、後の判決や、とりわけ学説によって、個々具体的な事実関係から切り離されて他のケースに適用される危険性がないとはいへない⁽⁹⁾。つまり、詐欺的行動の存在という右の事件の個性性が捨象され、動機錯誤も要素の錯誤と認められたという部分だけが強調され、同じような錯誤はあるけれども相手方の詐欺的行動のなかつた事例に適用されて、表意者が契約上の拘束から免れるという不当な結果に導くおそれがある。このような危険を回避するためには、学説が判決に追従することなく正確な錯誤理論を研究しなければならない⁽¹⁰⁾。

要するに、動機錯誤をも「要素の錯誤」と認めている判例の結論が妥当であるから、あるいはまた、動機錯誤を理由にして表意者の責任を否定するのが妥当と思われる場合が多いから、一般的な理論としても動機錯誤にも九五条を適用すべきだという主張には論理の飛躍がある⁽¹¹⁾。

伝統的な錯誤理論によれば動機錯誤が顧慮されないというのは、錯誤規定(民法九五条)の適用に堪してだけのことであり、動機錯誤が全く法的顧慮の外に置かれるという意味でないのは、自明のことである。最近、高森講師の一連の研究によってそのような観点から判例の分析が行われているが、それによれば、動機錯誤は、動機が条件、前提、保証などの形で合意された場合にのみ顧慮されているにすぎない⁽¹²⁾。たしかに、「動機が表示され相手方に知られているときには、その範囲で法律行為の内容の錯誤となり、九五条が適用される」という従来⁽¹³⁾の通説的説明は単純すぎ

て問題があった。動機が意思表示の内容にされたからといって、論理必然的にその点にかんする錯誤が意思と表示の不一致を招来せしめるとは限らないからである。その限りで、最近の錯誤理論が従来の通説に対してむけた批判は的を得ている。しかしながら、それによって動機錯誤を他の錯誤類型から区別しない見解の正しさが直ちに説明されるものではない。

Wolfは、動機錯誤の取扱いについて共通（動機）錯誤の理論を主張する。すなわち、共通の動機錯誤を「合意」の問題として処理しようとするものであり、それは、伝統的な錯誤理論に、動機錯誤を他の錯誤類型と区別しない理論に対抗する有力な武器を与える。ドイツでは、以前から一方的錯誤と共通錯誤の区別を主張する見解があったのに対し、わが国では、かかる理論はほとんど見られなかったように思われる。筆者の知る範囲で、ドイツにおける共通錯誤の理論に注目され、詳しく論じられたのは村上教授である。村上教授が「動機錯誤を錯誤論で処理すること自体は正当だが、錯誤論は本来当事者の一方が錯誤に陥った場合を対象とするのであって、共通の（動機）錯誤はやはり錯誤論以外の分野で扱うべきものだ」という反論を予想され、しかも、「一方の錯誤と共通錯誤の性質の差異は承認しなければならぬ」といわれているのは、極めてすぐれた指摘である。にもかかわらず村上教授は、結論として動機錯誤を錯誤論で取扱う近時の有力説を支持され、その理由の一つとして、「従来とくに共通錯誤を錯誤論から排斥する見解がなかったわが国においては、共通錯誤をも錯誤論中で処理しながら、要件と効果につき一方の錯誤とは別の考慮を払えば足りるのである」といわれている。

しかし、共通錯誤の理論の存在に気付き、しかも共通錯誤と一方的錯誤の差異を認められながら、従来そのような説がわが国ではなかったからという理由でこれを否定されているのは、まったく納得できない。そのためには、共通

錯誤の理論が理論として誤っていると、實際上の結果において不都合が生ずるということを証明しなければならぬ。村上教授も認められているように、共通錯誤を錯誤論の外で扱ふ見解は、動機錯誤を他の種類の錯誤と區別しないで扱おうとする村上教授の錯誤理論に対立するわけであるが、自説に対立する学説を右のような理由づけで避けて通ることはできない。「従来そのような見解がなかったから」ということは、ならん学問上の主張の根拠にはならぬ、すべきでもない。しかも、村上教授のいわれるように、「要件と効果につき別の考慮を払う」のであれば、もはや共通錯誤と一方の錯誤とは同一のものとして取扱われるものではなく、法律上別個のものとして扱われているといわざるを得ないはずである。

二、錯誤の種類によってその取扱いを異にすべきでないという理論は、なが要素の錯誤にあたるかの判断を全般的に裁判官に委ねる傾向を示す。⁽⁶⁶⁾これに対し Flume は、Erklärungsirrtum と Motivirrtum の差異は、往々いわれているようにたんに心理学的なものだけではなく法的にも意義のある差異であって、二つの種類の錯誤を法的に等しく取扱うことはできないとしつつ、近時の有力説に対し、「錯誤顧慮の法律的確定を放棄し、その決定を個々の事件の事情に従った裁判官の判定に委ねなければならぬ。それは、裁判官の任務にかんする通説的な考えに相応するものであるけれども、もはや問題の解決ではなく、裁判官に対する授權規範(Ermächtigungsnorm)にすぎない。個々の事件において何が妥当すべきかは、法律的手段(Rechtsweg)を尽くしてしまつた後でないと判らないのである。」⁽⁶⁷⁾ときびしく批判している。

なぜ、性質や要件、効果の異なるものを別々の理論によって処理してはいけないのだろうか。種々雑多なものを九五条のなかにすべて包摂させなければならぬのだろうか。そうすべき実益はどこにあるのだろうか。そんなこ

とで、九五条は大きな整理棚の機能さえはたすことが出来るのであろうか。行為基礎の変更はもとより、詐欺、条件、目的物に隠れた瑕疵があった場合など、動機錯誤の伴いうるすべての場合に九五条は適用されるといふことになるのであろうか。

小林教授は、動機が条件とされたときは条件理論によって処理されるといわれるが、なぜそのような処理をすべきなのか。たんに民法典に条件にかんする規定があるからとか、錯誤者に他の法的救済手段があるときにはそれによるべきだから、というだけでは答にはならない。ここでは、同じ動機錯誤であっても、動機が条件とされたときには、なぜ民法が特別の条文で別の取扱いをすることができるのか、そうすべきなのかという法理論的根拠が問われているのである。しかも小林教授は、錯誤が表意者の危険範囲に属するときには顧慮されるべきでないとして、動機錯誤の多くを顧慮の対象から除かれている。しかし、従来の通説が、そして Flume や Wolf が動機錯誤は錯誤論においては顧慮すべきでない主張するのは、まさに動機にかんする誤りは表意者の危険領域に属するとの理由に基づくのである。それは意思主義の立場からしても当然のことなのである。表意者がこの危険を回避しようとすれば、これを合意の対象にまで高める必要がある。条件はそのための一つの手段であるが、そのときには、もはや錯誤ではなく、条件の問題として、法的に処理される。また、錯誤論の範囲内で信義則を持ち出すのは理論的には妥当でない。信義則に反するような方法で相手方の動機錯誤を利用してはならないこと、逆に、表意者による無効主張が信義則に反してならないのは当然のことであるが、それは錯誤論の枠を越えた信義則の問題である。錯誤論を信義則の理論に解消してしまうことは許されない。

三、動機錯誤も他の型の錯誤と同じく考慮の対象とせられるべきであるとする見解は、その表示主義的立場から、

錯誤顧慮のための独立の要件として錯誤についての相手方の認識可能性を要求する。⁽⁸³⁾そして、判例においても要素の錯誤として顧慮された事例では、殆んどの場合相手方における認識可能性の存在が首肯されるとして、判例上それは錯誤顧慮の実質的理由として機能していると主張されている。⁽⁸⁴⁾

しかし、判例は詐欺の成立するときや動機が合意の対象にまで高められた場合についても民法九五条を適用しているのであるから、そのような場合に相手方の認識ないしは認識可能性が存在するのはむしろ当然である。だが、それは九五条の「要素の錯誤」についての相手方の認識可能性ではなく、詐欺（九六条）の要件としての悪意とか動機が契約の内容とされたことから引き出される認識可能性にすぎない。判例の分析は、動機錯誤にも九五条を適用しようとする理論なんらの根拠を与えるものではない。むしろ、判例が動機錯誤を右のような認識ないし認識可能性のあるときにかぎって顧慮しているという事実は、「錯誤論の分野では、意思の欠缺というような漠然たる概念で判例の現実の姿を説明できない」⁽⁸⁵⁾どころか、動機錯誤は詐欺の場合とか動機が法律行為の内容とされた場合にかぎって法的に顧慮されるという伝統的な錯誤理論に根拠を与えることにさえなるのである。

小林教授は、相手方に錯誤不認識につき重大な過失があった場合にだけ錯誤主張は許される、⁽⁸⁶⁾といわれる。ところが、詐欺の規定は、重過失どころか、他人を錯誤におとしめることについての故意が必要である。したがって、もし小林教授のように相手方に重過失さえあれば表意者が動機錯誤を主張して意思表示を無効としるのであれば、相手方に故意（認識）のある詐欺の場合には当然に錯誤無効の主張も許されることになり、詐欺の規定は、ほとんど無意味になるのではなからうか。⁽⁸⁷⁾相手方に認識可能ないし、錯誤だけが顧慮されるというのであれば話は別であるが、そうすれば、動機錯誤を他の錯誤類型と区別すべきではないという小林教授の錯誤論と矛盾してしまう。小林教授の

御教示を願いたのであるが、このような理由からしても、動機錯誤にも九五条を適用するという見解には疑問がある。これに対し、動機が条件・前提・保証などの形で合意された場合にのみ動機錯誤は法的に顧慮されるという見解によるならば、「合意された」、「法律行為の内容とされた」という別個の要件が付加されるので、詐欺の規定を無意味なものにすることはない。

四、錯誤の認識可能性については、Savignyが錯誤顧慮の要件として相手方の認識可能性を要求しているという村上教授の見解⁶⁸について言及しておかなければならない。村上教授はその根拠として、Savignyの現代ローマ法体系第三巻における次のような叙述を引用されている。

「意思表示の三つの要素は、意思自体・意思の表示・意思と表示の一致である。……本来は意思自体だけが重要であり、効力をもつと考えられねばならないが、意思自体は内心の・外から見ることのできないことから、われわれは、意思自体が他人によって認識されるための記号を必要とする。この記号が表示である。したがって、意思と表示の一致は偶然なことではなく、本質上そうあるべき関係なのである。しかし、このあるべき関係が乱されることがある。そのさいには、意思と、見せかけの意思を示す表示との矛盾がおこるが、それを、わたくしは、意思を欠く表示と呼ぶ。

さて、人と人とは、記号によってのみ活発な相互作用を営みうるのであり、すべての法秩序は、まさに、これらの記号が信頼できるということに基いて成り立っている。自己の意思として何かを表示した者がひそかにこれと異なる意思をもって、という考えられうる最も単純な場合「心裡留保」に、かりにかれが内心の意思を他の場所で（文書または証人によって）明らかに表明したとしても右の混乱「意思と表示の不一致」ありとみとめられえないのは、かような理由によるのである。それゆえ、意思と表示の不一致は、それが行為者と直接接触する者にとって認識可能（erkennbar）であり、また認識可能になるかぎりにおいてみとめられるのであって、行為者の単なる思惟とはかかわらない。

この意思と表示の不一致には、二つの態様がありうる。第一には行為者の意識のもとに。すなわち、一般にある意思の記号として役立つものがその場合にかぎり他の目的をもつ、ということが証明されたとき。第二には行為者の意識を欠くとき。すなわち、行為者が錯誤に陥り、それによって意思自体が排除され、その結果、意思の単なる見せかけが表示された場合。わたくしは、第一の場合を意図された・意思を欠く表示、第二の場合を意図されない・意思を欠く表示とよぶことにする。」(System, Bd. III, S. 288 f.)

Savigny の理論は、意思表示理論にかぎらず極めて簡潔に叙述されているので、その真の意味を正確に把握することは、なかなか困難なのであるが、右の文章の「認識可能性」が、表示主義的錯誤論のいう錯誤についての相手方の認識可能性と同じ意味であるかどうかは疑問である。

ここでは、Savigny は、まず心裡留保について述べている。心裡留保を理由に意思表示の無効を主張することが許されないのは、意思表示の本質を意思に求める意思主義にとっても自明のことである。心裡留保は、それが geheim であるが故に、表示によって法律行為的規範が故意に (willentlich) 妥当せしめられるのを排除するものではない。⁸⁰故意に表示されたことがそのまま妥当する。Savigny も、別の意思をひそかに隠し持っていても、その意思表示の不一致を主張するのは許されないという。心裡留保は、まさに、意思と表示の矛盾が「行為者のたんなる思惟」に留まる場合である。

だが、もし Savigny のいう認識可能性が村上教授のいわれるような意味であるならば、「法秩序は記号の信頼可能性に基づいて成り立っているから、表意者がひそかにべつの意思をもっていても意思と表示の一致は認められない」などと、表意者の心理状態に力点を置く必要はない。相手方の立場に視点を置くかぎり、表意者が意識的に不

致を生ぜしめたのであれ無意識的に生ぜしめたのであれ、ともかくもその不一致が相手方に認識しうるものであればよいわけである。たとえ表意者が故意に不一致を生ぜしめたとしても、その意思表示が無効となる余地が残されていることは、§ 116BGB やわが民法九三条の但書をみれば明らかである。⁶⁴⁾ だが、Savigny は心裡留保における表意者の真意についての相手方の認識ないしはその可能性についてはとくに言及していない。表意者の意思の側から意思表示を観察・分析するというのが Savigny の一貫した見方である。彼は、表意者の心理過程の差異に従って意思と表示の意識的不一致と無意識的不一致とを区別し、前者、すなわち心裡留保においては表示に対する信頼可能性を故意に裏切るから不一致を主張することは許されないのに対し、後者つまり錯誤の場合には無効の主張を認める道をひらいた。

たしかに、Savigny の右の論述からすれば、意思と表示の不一致が認められるのはそれが相手方にとって認識可能な場合であるが、ここにいう認識可能な場合とは、心裡留保と対立するものなのである。そうでなければ、「……最も単純な場合（心裡留保）に、……右の混乱（意思と表示の不一致）ありとみとめられえない……それゆえ……」というような説明にはならないはずである。すなわち、意識的不一致（心裡留保）のときには不一致が heimlich であるから無効主張は許されないが、無意識的不一致（錯誤）のときにはそれが相手方に erkennbar であるから無効主張が認められる、という意味に理解すべきではなからうか。しかしながら、もしそうだとすれば、Savigny のいう erkennbar とは、表示主義的錯誤論が意思と表示の無意識的不一致の他に錯誤顧慮の独立の要件として要求する認識可能性とは異なる意味であると解しなければならぬ。

説明がくどくなるが、私なりの理解を少し補足しよう。

心裡留保における真意は、表意者の「思惟」に留保されたままであって、表示されようとは意図されていない。これに対し、ドルというべきところ誤ってポンドと表示するとき、あるいは、ドルとポンドを同じ意義と思ひ違ひをして、ドルと表示すべきところをポンドと表示した場合、要するに Erklärungsirrtum をおこすは、ドルという内心の効果意思はそのまま表示されようとは意図されている。表意者はドルという効果意思を表白するつもりでポンドという表現をしたので、意欲された表示価値 (Erklärungs Wert) と実際の表示価値とにぐらゐが生じている。Savigny のいう意思と表示の不一致とは、かかる意味に理解されなければならない。⁶⁸ 表意者の心理過程に即していえば、たんなる思惟にとどまる心裡留保とは異なり、意思は表示の段階に達している。⁶⁹ だから意思と表示の一致は相手方にとって認識可能だというのが、右の文章における Savigny の認識可能性の意味ではなからうか。村上教授の引用にもあつたように、Savigny によれば、表示は相手方によつて意思が認識されるための記号 (Zeichen) なのである。

先にも述べたように、Savigny の意思表示理論、とりわけ錯誤論の真の意味はなかなか正確に把握しうるものではない。しかも錯誤論は Savigny の意思表示理論全体の中で極めて重要な地位を占めているから、断定は避けなければならぬが、現在のところ、筆者は、Savigny の錯誤論は表示主義であるという見解には従うことはできない。五、以上、要するに筆者は、判例の分析のしかたをも含めて、動機錯誤を他の類型の錯誤から区別しない最近の有力説には従うことはできないが、最後に、意思表示理論との関連において、一、二の点に言及しておく。

近時の有力説は、動機錯誤は意思表示の効力に影響を及ぼさないという Savigny などの伝統的錯誤理論を批判しつつ、表示主義からすれば、錯誤の態様によつてその取扱ひを異にすべき必要はなく、動機錯誤も意思表示の無効を招来せしめることを強調する。⁷⁰

しかし、本来、表示主義において錯誤の分類が不用なのは、表示さえ存在すれば意思表示は有効に成立するという表示主義からすれば、いかなる錯誤も顧慮されないことになるからであり、錯誤を顧慮する場合にも錯誤の態様によって区別する必要がないということには、必ずしもならないはずである。⁸³⁾ 表示主義、信頼主義によれば意思表示さえ顧慮しない動機錯誤を顧慮しうる道がひらかれると解することには、疑問がある。

小林教授は、原則としての表示主義の適用が排除される場合にかぎって、意思主義により錯誤を顧慮するのが民法の立場だといわれる。しかし、小林教授は、表示主義の適用が排除されて（すなわち例外的に意思主義が適用されて）錯誤顧慮の要件が満たされる場合であっても、一定の場合には錯誤が顧慮されないことがあるといわれるから、そのときには、「例外的例外⁸⁴⁾」として、また表示主義に復帰することになるのであろうか。遺憾ながら、筆者はこのような錯誤理論の意味を正しく理解することはできないのであるが、要するに、錯誤が顧慮されなければ表示主義、顧慮されれば意思主義と、たんなる結果を表現しているにすぎないのであって、統一的な錯誤理論、意思表示理論が展開されているとは思えない。⁸⁵⁾ 小林教授のいわれる原則と例外とを逆にして、錯誤は原則として顧慮されるが（意思主義）、例外的に顧慮されないこともあり（表示主義）、しかし後の場合でも例外的に錯誤が顧慮されることもある、といっても、同じような説明が可能となるのではなからうか。

錯誤理論は、意思主義、表示主義という意思表示理論そのものと密接に関係するが、「意思主義から表示主義へ」という定式がドイツにおいて容易に認められるものでないことは、表示主義に対する基本的な疑問と共に本稿において繰り返し述べてきた。⁸⁶⁾ ドイツの錯誤論に多くの拠り所を求められる小林教授が、ドイツにおける最近の意思表示理論の動向についてどのように考えておられるのか、これまた御教示をいただける機会があれば幸いである。

- (1) Plume 註, § 119 II BGB を動機、錯誤、そのものを顧慮するための規定とは解釈して「Das Rechtsgeschäft, S. 474ff.」。
 - (2) Plume, a. a. O., S. 492f.
 - (3) むしろ最近では通説といえようか。
 - (4) 野村「意思表示の錯誤」法学協会雑誌八五卷一〇号一三七一頁。
 - (5) 前掲論文一四一一頁。
 - (6) たとえば、野村氏も、「相手方に詐欺的行動があった場合に、判例は、重大な過失の範囲を狭くしているように見える。……しかし、……相手方の悪意を認定して、九五条但書の適用を排除し得る場合であろう」と、判例とは異なる理論構成を示唆されている。もっとも、詐欺の構成要件が充足される場合に表意者側の重大な過失が問題にならないのは当然であり、野村氏の理論構成も妥当とはいえない。
 - (7) 当事者が錯誤の主張をしているのに裁判所が詐欺を理由に拘束から免れしめてよいかどうかは、実体法とは離れた別の次元の問題である。
 - (8) 相手方に詐欺的行動がある場合に表意者が契約上の拘束を免れるという結論が妥当なことは、むしろ自明のことであろう。
 - (9) 筆者の研究テーマについていえば、民法一〇八条や表見代理（とくに一一〇条）の判例の分析についてそのような傾向がある。誤解を恐れずにいうならば、それは、自分の説に適合するような判決理由を、しかもその一部分だけ抜き出してつなぎ合わせ、それが判例の流れであるとか判例理論であるというやり方である。判例の分析に際しては判決理由と結論との対応関係を重視せよといわれながらも、実際には判決理由の傍論の部分だけが不当に強調されたりする。一〇八条については、高橋「代理人の自己契約」(≡)法学論集一八卷六号五九頁以下、とくに七一頁注47、一一〇条については、高橋「表見代理と有権代理の交錯」山木戸先生還暦記念実体法と手続法の交錯(上)参照。
 - (10) 判例の態度に追隨せずに、真に要素の錯誤があったか否かを根本的に問い直す作業の必要性を高森講師が強調されているが〔錯誤無効の意義—判例の分析を中心として—法学論集二四卷一・二号三三九頁以下〕、極めて適切な指摘である。この作業を怠って判例に追隨しながら錯誤論を構成するならば、判例の集積に従ってますます混乱し、結局最後には、すべての決定を裁判官に委ねるといふ「理論放棄」をしなければならぬ。
- (11) 結論そのものについてもすべて妥当であるかどうか検討しなければならぬが、ここでは立入らない。

(12) 野村氏は、動機錯誤を他の類型の錯誤と区別すべき根拠は全くない、と断定されている（演習民法（総則・物権）一五八頁）。

(13) 高森「和解の基礎に関する錯誤について」(民商法雑誌六五卷六号九〇三頁、(四)六六卷一号六五頁とくに(四)八九頁以下、法律時報五三三号一八七頁(判批)、とりわけ「錯誤無効の意義」法学論集二四卷一・二号三三九頁以下は、動機錯誤を九五条に包摂せしめることによって生ずる民法典の体系上の不整序と問題解決の不適切さを鋭く指摘している。野村氏や小林教授からのこれに対する反論によって、錯誤理論が深化することを期待したい。

(14) 柚木「動機の錯誤」判例演習(民法総則)一一七頁。意思表示の内容とされることによって法的顧慮の対象になる、というにすぎない。

(15) 「動機が表示されたとき」という表示の意味も極めてあいまいに使われている。表意者がある事実を相手方に伝達したからといって、直ちに法律行為の内容になるものではない。意思表示の要素としての「表示」のなかに取入れられるということは、当然、契約の場合には合意の対象にまで高められることを意味する。Wolfが、相手方のたんなる認識では不十分で、相手方の了解の表示が必要だと述べているのは、かかる理由による。この点だけを見ても、ドイツの伝統的錯誤理論がわが国の錯誤理論よりもはるかに優れているのは明らかであろう。なお、高森・前掲法学論集二六五～六頁参照。

(16) 村上「和解と錯誤」契約法大系V二〇一頁。四宮・民法総則一九一頁もこれに言及されている。但し、四宮教授も動機錯誤を九五条に包摂せしめる立場である。

(17) 村上・前掲論文二〇二頁。

(18) この点については、川井・注釈民法(3)一九七頁参照。

(19) Plume, a. a. O., S. 432f.

(20) 行為基礎の理論の当否については立入らない。

(21) 動機錯誤を錯誤論に含ましめるならば、九五条とこれらの制度との理論的關係を明確にしなければならぬ。

(22) 小林「我が民法における錯誤処理について」芝浦工大紀要五号四二頁。

(23) 前掲論文四三～四四頁。なお、「動機錯誤を排除すれば九五条の適用範囲が著しく狭められる」、「表示上の錯誤や内容の錯誤にかんする判決は多くない」といった反論も根拠薄弱である。まさに動機の誤りは取引のあらゆる場合にしばしば起りうるも

のだからこそ、各人の危険領域に属し、したがって法的顧慮に働かないといえるからである。たとえ動機錯誤が表示錯誤よりも表意者に大きな損失を与えることがあったとしても、仕方がない (Flume, a. a. O., S. 425f.)。

②4 Flume, a. a. O., S. 492f.

②5 たとは、小林教授が拠り所とされている Drexelius の見解にも、しばしば信義則が援用されている (小林「法政策的錯誤論」(『亜細亜法学』六卷二号))。

②6 たとは、幾代・民法総則二七三頁、川井・前掲書一九九頁。なお野村氏は、相手方が善意・無過失であっても表意者による無効主張を認めるべき場合があるといわれるが (前掲論文一四〇九頁)、そのようなケースは、高森講師のいわれるように、保証合意の理論によって処理されるべきである (『錯誤無効の意義』二二六七頁以下)。

②7 野村・前掲、小林・前掲論文(三)五一頁注 63。

②8 平井・注釈民法(3)二四頁。なお、本稿(一)〇八頁参照。

②9 小林・前掲論文(三)四四頁。

③0 高森・前掲論文二六七頁。あるいは錯誤の重要性、すなわち「法律行為ノ要素」に該当するかどうかで調整するのだろうか。いずれにせよ、詐欺の構成要件との異同について明確にしなければなるまい。なお、石川「錯誤と詐欺」(『演習民法(総則・物権)』一七一頁以下参照。但し、遺憾ながら筆者には、石川教授の説明の意味を理解することはできなう。

③1 相手方が信義に反して表意者の動機錯誤を利用するときに信義則違反を主張しようとしても (Flume, a. a. O., S. 493) やはり詐欺の構成要件との関係についてつめをしなければならぬが、ここでは留保する。

③2 村上・ドイツの近代法学一六頁以下。

③3 Flume, a. a. O., S. 402 f.

③4 但し § 116 BGB 45 Kennen 2 Kennenmüssen とを等視してはならぬ。

③5 Flume, a. a. O., S. 457.

③6 周知のように、Savigny は意思表示の無効を生ぜしめる錯誤を不真正錯誤とよび (System, Bd. III, S. 264, S. 441) 7 それを動機の錯誤と区別する。Savigny によれば、意思表示の無効を招来せしめるのは錯誤そのものでなく、その結果として生ずる意思と表示の不一致による (System, Bd. III, S. 263, Flume, a. a. O., S. 440)。たゞ、Savigny によれば、動機は

法律関係の形成について唯一の重要なものである Wollan に先行しそれとは明確に区別されなければならないから、誤った観念が意思を決定するといういかたは正確ではない。それ故に、Savigny によれば、表示を通して外部に表明されるべく意図されていない動機に錯誤があっても、意思表示の効力は影響を受けないのである (System, Bd. III, S. 113)。

(67) たとえば、小林・前掲論文(三)四一頁、関口「契約の解釈について」(一)判例評論一六七号一四〇頁以下。

(68) この点は、「民法学のあゆみ」において小林「我が民法における錯誤処理について」を批評したときに述べておいたが(法律時報四八八号一二五頁)、小林教授は、逆にこの筆者の批判を自説の根拠として援用されているようである(「法政策的錯誤論」(四九九頁注35))。

(69) 関口助教授は、性状の錯誤に関連して、動機錯誤による法律行為の無効を認めることは、実は、意思主義的錯誤論の自殺であるといわれるが(前掲論文一五六頁)、それならば表示主義に立ちながら、錯誤無効を認めるのは表示主義の緩和であり、自殺行為ともいえよう。いずれにせよ、このような議論は錯誤理論を深化せしめるものではない。また、関口助教授は、意思主義的に考えれば動機まで遡って真意を探究しなければならぬといわれているが(前掲論文一四九頁)、かような極端な意思主義を現実には主張した見解があるならば御教示を願いたい。しかも、そういわれる一方では、サヴィニーの意思主義によれば錯誤は意思の欠缺として構成され、動機錯誤は必然的に法律行為を無効にする錯誤から排除されざるをえず、動機錯誤による無効を認めることは意思主義的錯誤理論の自殺であり、むしろ表示主義への道を開くものだ、と主張されるのであるから(関口・前掲論文一五五―一五六頁)、その論旨はまったく不可解という他ない。

(40) 小林「我が民法における錯誤処理について」四二頁以下。

(41) 小林「法政策的錯誤論」(一)亜細亜法学五巻二号五六頁。

(42) なお、理論に妥協のないことは先に述べた(本稿(二)八二頁)。

(43) 但し、小林教授による Titea や Drexelius の理論の紹介は高く評価されなければならない。

(44) Savigny の錯誤理論を徹底的に批判される関口助教授は、Savigny の理論を支持する Flume の錯誤論をどのように評価されるのであろうか。とくに、性状錯誤にかんする § 119 II BGB を動機錯誤そのものを願慮するものではなく、法律行為と事実との不一致にかなする規定だという Flume の見解をどのように評価されるのか、御教示をお願いしたい。

(3) 事実的契約関係の理論

一、伝統的な法律行為論を擁護しようとする Wolf の立場は、事実的契約関係の理論に対する批判にもはっきりと現われている。事実的契約関係の理論は、Haupt 以来ドイツでも華やかに主張せられ、わが国においてもこの理論を支持する見解が次第に増えつつあるが、⁽¹⁾ おひざ元のドイツでは、Wolf 以外にも Plume, Bydinski, Pawlowski などの多かれ少なかれ伝統的法律行為論を支持する立場から、強い反論を受けつつある。⁽²⁾ そして、その批判は、大量取引をなす企業の信頼を特別に強く保護する必要はなく、したがって意思表示にかんする規定の適用を排除することは許されないという点に集約される。これは、普通契約約款の解釈に際して特別の配慮を払うべきではないという考えと共通の基盤に立つ。

かつて筆者も、銀行取引約定書の解釈に際して、手形取引の経済的需要と動的安全の保護を理由に約款の効力を肯定する見解を批判して、大量に手形、小切手を取扱う者を保護しても動的安全の保護になるとは考えられず、約款の効力を承認する意義は、所詮は銀行の損失をカバーすること以外にはないが、手形法や小切手法は銀行に特別の地位を与えていないのであるから、その手形法や小切手法の解釈に際して銀行業務の性質をとくに考慮する必要はない、⁽³⁾ と述べたことがある。

適用を排除する特別の規定が存在しないにもかかわらず、取引の安全、相手方保護を理由に意思表示にかんする規定の適用を排除する見解も同様である。無能力や意思の瑕疵を理由とする無効・取消は取引の安全を害するものと評価してしまうならば、⁽⁴⁾ 法律行為・意思表示にかんする規定を大量取引に適用するとき、取引の安全が害されるのは当り前のことである。しかし、こうした場合に理由づけとして挙げられる「取引の安全」の実体、また、そのような

「取引の安全」を法律上保護すべき理由というものが、筆者には充分に理解しえないのである。⁽⁵⁾ 企業集中の結果、顧客が企業と契約条件を個別的に交渉する余地がなくなったのは、契約自由の実質的内容を形骸化せしめる好ましからざる現象と評価されているはずである。しかし、意思活動の自由を保障している意思表示にかなする規定の適用を排除する事実的契約関係の理論は、この好ましからざる現象を法理論上も是認することになる。私的自治を強調する伝統的理論からの反論は、それ故にこそ生じてきたのである。

平井助教教授は、「……画一的法律的处理の必要は、意思の介入する余地を狭め、したがって……私的自治の原則はそれだけ妥当する範囲を失うことになる。このような現象を説明するのに、付合契約、普通契約約款、事実的契約関係等の法技術概念が登場するのは周知のところであろう。……私的自治原則が古典的な形態において妥当領域を奪われつつあるのは、否定し難いところである。そのかぎりでは法技術概念としての法律行為概念がこれらの問題を処理しようと思えば修正ないし機能を縮小されざるを得ないであろう」といわれる。⁽⁶⁾ これは大量取引についての現状を民法上も是認する見解と理解せざるを得ないが、現実が法律上の建前と矛盾することはいくらでもある。法の解釈に際して取引の現状を認識する必要があるが、それは現状を法律（規範）上もそのまま肯定することを意味しないのは自明のことである。⁽⁷⁾ 大量取引に際して画一的な処理を必要とするのはもっぱら企業であるが（企業とすればそれが便利であることはいうまでもない）、ドイツにおける最近の理論はこのような画一的処理の必要性を法律上特別に保護する必要はないと批判しているのである。それは、たんなる事実的態度からの債務の発生や約款の拘束性を安易に承認すべきではないという立場に立つものであって、たんに大量取引から生ずる諸々の現象をあたかも私的自治の原則と矛盾してはいないかのようにうまく説明するための概念操作を志向しているのでないことは、大量的、定型的取引にか

んして意思表示にかんする規定の適用を排除する必要はないという主張からみても明らかである。⁽⁵⁾ ついで平井助教授は、こうした現象を「私的自治の思想の例外あるいは発展として説明する」学説として Flume を引用されているが、⁽⁶⁾ Flume の理論は決して現象をうまく説明するだけのものではないのである。

二、「大量取引にかんして法律行為論の放棄が認められないとしても、法律行為論が大量取引の問題に適合するという説明はなお必要である」という Wolf は、⁽⁷⁾ ついで、「伝統的な法律行為論のほうが事実的契約関係の理論よりも、より適切に問題を処理しうることを主張・立証している。Flume もまた、結論については誤りがないから、事実的契約関係の理論はその限りでは危険はないけれども、大量取引の給付関係について展開せられた理論はその基本的内容と契約法全体に対する影響の危険性のために疑念があり (Bedenklich)、⁽⁸⁾ したがって、大量取引の給付関係を契約法において正しく位置づけなければ、事実的契約関係の理論によってわが契約法全体が倒壊させられるおそれがあるとして、事実的契約関係・社会類型的態度の理論の主張とは異なり、大量取引の給付関係は、法律行為論に特別の問題を生ぜしめるものでも、私的自治の評価について影響を与えるものでないという理論を展開している。⁽⁹⁾ そこには、「従来の説と結果において大差がない」とか「従来の説でも説明可能だ」ということだけですまわずに、他説の誤りを指摘すると同時に自説の積極的根拠を示し、しかも、ある領域について発展した理論が他の分野に及ぼす影響を検討するという態度が示されている。それは、大量取引をめぐる問題についての Wolf や Flume の説明が成功しているか否かということ以前の学問的態度のありかたとして高く評価しなければならぬ。

(1) 学説については、右近「事実上の契約関係と不当利得」不当利得・事務管理の研究(2)一〇九頁参照。

(2) 高橋『ヴォルフ「法律行為における決定の自由と契約による利益調整」』(一)法学論集二二巻三号一五六頁、(二)法学論集二二

(3) 高橋「印鑑照合による免責」(契約の自由と銀行取引)法律時報四八三号二八頁。

(4) 私見はこのような評価にも従えないが、ここでは立入らない。

(5) それとも企業の信用を保護することが、すなわち「取引の安全」を保護することになるという意味なのであろうか。

(6) 平井・注釈民法⑧三四頁。

(7) 本稿(一〇八頁)。

(8) 「このような、信頼保護と私的自治ないし法律行為との関連性をめぐる論議の紛糾は、何も「理論」上の好みの問題ではなく、具体的な問題解決における混乱状態を反映しているのである」(原島「民法理論の古典的体系とその限界」一五一頁)。

(9) 平井・前掲。

(10) Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 100f.

(11) 原島・前掲論文一五二頁以下参照。なお、有名な駐車場事件については、Pawlowski, Allg. Teil des BGB, S. 218 の説明も注目に値する。

(4) 法律行為の解釈について

法律行為の解釈をめぐる議論は Wolf の論述の各所に出てくるが、ここでは筆者の関心がある「二の点について考えてみたい」⁽¹⁾。

一、まず、大量取引をする企業を特に保護する必要はないという考え方と共通して、約款の解釈については極めて厳格な立場が取られている。企業は約款の統一的な解釈・適用について利益を有するが、そのような利益は法律によって承認されている流通証券の場合とは異なるという見解は極めて当然である。たとえ大量に取引をするにしても、取引関係の一方の当事者にすぎない企業を保護することが取引全体を保護することになるはずがない⁽²⁾。

しかもドイツの場合、近時の学説は、公序良俗違反等の外在的制約によって約款の効力をチェックするのでは不充

分であるとして、両当事者の自己決定によって担われていないというところに制約の根拠を求めようとする。約款の内容を読まなかったのが悪いのだ、といいうるためには、その者に自己決定が保障されていなければならぬ⁽⁸⁾。そして、ここでもまた、伝統的な「解釈」の理論が適用されている。これに対し、わが国では、一般契約条項については、一回ごとに個別的に契約条項が当事者間で協議して決定される場合とは異なる法律上の処理を必要とする場合があり、その事実上の機能においては国家制定法に類似し、この点において、普通契約条項の解釈は、一般の法律行為の解釈と異なり、むしろ制定法の解釈に類似するものとなる⁽⁴⁾ことが要請される、とする見解⁽⁴⁾もある。学説は、契約当事者間で自由に契約条件を商議する余地がなくなり、契約自由が形骸化した典型的な例として普通契約条項を説明しているが、個々の契約の諸事情を考慮すべきではないとして、約款に法律に近いような効力を認めるならば、契約自由の余地などなくなるのは当然である。

しかし、なぜ、これほどまでに約款の解釈に一般法律行為の解釈とは異なった取扱いをしなければならないのであろうか。たとえ、現代においては私的自治、契約自由の意義を強調すべきではないという立場を肯定したとしても、契約自由は強行規定とか公法的規制によって制約されるべきであって、たんなる一企業の作成した約款に法律に近いような効力まで承認すべき理由は全くない。もし、右のような主張が意思主義を捨て表示主義を積極的に肯定することに起因しているとすれば、意思主義から表示主義への発展は当然だという見解は、極めて危険なものであるといわざるをえない。

二、契約当事者の Wertung を尊重すべきであって、裁判官が他人の Wertung をおしつけてはならないという補充的解釈にかんする Wolf の論述も極めて興味深い。私的自治の及ぶ範囲では裁判官による決定も排除される⁽⁵⁾。した

がって、自己決定の前提が満たされているかぎり、裁判官が「解釈」の名の下で当事者の設定した契約を第三者的な立場からみて「公正な」内容に改めることは私的自治の意義を危くすることになるという主張は、私的自治の意義を強調する立場からすれば当然である。Flumeなどは、行為基礎の理論についても、「契約のことを真面目に考えず、契約から法律的解決を求める努力をしない。裁判官が、信義則 (§ 242BGB) を根拠に、合意および法律の定めた危険の分担に反する法律効果を形成する権能を主張し、学説も原則としてこれに従うならば、当事者の合意と法秩序とは共に無視される」と手厳しい。⁽⁶⁾

これに対し、わが国では、法律行為の解釈の名のもとに、事実の確定作業ではなくして裁判所による新たな規範の創造が、しかも時には契約の内容の改訂さえも行われている事実を指摘しつつ、解釈における規範定立行為の側面を強調する見解が有力になっており、⁽⁷⁾ それによれば、戦後の民法改正で信義則が明文化されたこともあって、裁判所が法律行為の修正を「信義則による法律行為解釈」という論理構成で理由づけることを勇気づけ、そのことは私的自治に対する裁判所の権力を増大する結果になっている、⁽⁸⁾ といわれる。

最初にも述べたように、筆者は法律行為の解釈についてまとまった考えを有するに至っていないので、とりあえず次の点だけ指摘しておきたい。

裁判実務において「解釈」の名のもとで契約内容の改訂がしばしば行われているからといって、直ちにそれが裁判所における法律行為解釈のあるべき姿だとして是認する必要がないことはいうまでもない。ここでは、まさにそのような態度が当事者の私的自治に基づいて設定される契約という規範 (Regelung) の解釈として妥当であるかどうか問われているのである。

もつとも、これに対しては、解釈における「意味の発見」と「意味の持ちこみ」との区別は流動的であって、解釈の名のもとに裁判所による規範の定立が行われざるを得ない⁽⁹⁾という反論があるかも知れない。しかし、限界線上にあるものの判断について困難が伴うのは、他のあらゆる法律上の問題においても同様である⁽¹⁰⁾。人間の能力に限界があるかぎり、いかなる法制度といえども、実務においてそれが完全に建前どおり実施されるはずがない。したがって、解釈の名において契約内容の改訂が行われることが現実には避けられないにしても、これを積極的に肯定する方向をとるのか、それとも、できるかぎり避けるようにすべきかという問題は、依然として残されたままである。

また、裁判所が契約内容を実質的に変更するような「解釈」を行なっているのは、「例文」解釈の判例にみられるように、当事者の力関係に差異が認められるケースが圧倒的であるが、かような場合については、ドイツでは、私的自治の本質に遡って問題を処理しようとしていることは、何度も述べたとおりである。しかし、こうした場合に裁判所による契約内容のコントロールが是認されるとしても（ドイツでもこれを否定しない。むしろ前述のように約款の内容のチェックはわが国よりもずっときびしい）、当事者の力関係がほぼ対等である通常の場合⁽¹¹⁾の法律行為の解釈についても、これを積極的に肯定し、裁判官による規範定立の側面に解釈の本質を求めることが是認されるわけではなからうと思う。

- (1) 以下については(3)事実的契約関係の理論の項をも参照されたい。
- (2) 真の取引安全は、各人の私的自治の尊重の上に立ってはじめて実現されるもので、制度や法規それ自体が私的自治と矛盾するか否かをまず検討すべきであり、予め取引の安全という原理を先行させてはならない、というのが筆者の基本的な考えかたである。

(3) 本稿（二二〇頁以下）。

- (4) 川島・民法総則二〇八～九頁。なお、たとえ約款を信義則にしたがって制限的に解釈するとしても、やはりそれは約款の拘束性を前提とした理論である。ここでは、そもそも約款に拘束力があるか否かが問題とされているのである。
- (5) Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 6, Pawlowski, Allg. Teil des BGB, S. 4ff. も、個人が欲したが故に法的に正当と認められるのが私法の領域であろう。
- (6) Flume, a. a. O., S. 526, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Hundert. Jahre Deutsches Rechtsleben, I, S. 191.
- (7) 平井・注釈民法③四一～二頁およびそこに引用の文献。
- (8) 川島・前掲書一八九頁、二〇六～七頁。
- (9) 平井・前掲。
- (10) むしろ、こうした困難な点について、できるかぎり明確な区別の基準を提供するのが学説の任務でもあろう。
- (11) 川島・前掲書二〇〇～一頁、二〇六頁。穂積「法律行為の「解釈」の構造と機能」(法学協会雑誌七八卷一号五六頁以下)。
- (12) ここにいう「通常」とは「数が多い」という意味ではなく性質に着目したものである。いかに商法の実際上の適用例が民法のそれを上まわろうとも、民法が一般法であることに変りないこと(大隅・商法総則五〇頁参照)を想起されたい。

総括

一、Wolf の理論の紹介を兼ねて、私的自治、法律行為にかんする基本的な問題点のいくつかについて、現段階における私見をまとめてみた。おおまかにいって、それは二つの主張によって支えられている。

その一つは、一九世紀のパンデクテン法学体系の根底をなし、したがってドイツ民法典やわが民法典の基本的な価値基準をなしているものと考えられながら、その後の学説によって軽視ないし敵視されているところの私的自治の意義の再確認である。

それは、「意思主義から表示主義へ」、「個人の保護よりも取引の安全の保護を」というわが民法学の一般的傾向からすれば、いかにも時代錯誤であるかのように評価されるかも知れない。けれども、正しく理解された意思主義は、⁽¹⁾

決して法取引に混乱をもたらすものではない。また、繰り返し述べたように、筆者は一般にいわれている「取引の安全」なるものの実体に疑問を有するのである。人間を人間たらしめる「意思」⁽²⁾を捨てて、取引の安全や外観への信頼の保護へ法が変動し去ってはならないし、また、そのようなことはありえないと思う。⁽³⁾人間は自由な意思をもつ存在であり、その本来の姿を⁽⁶⁾できるだけ法生活の面で実現すべく法を解釈しなければならぬ。この自由がたとえ形骸化しているからといって、その現状をあたかも肯定するかのような解釈をすべきではない。

しかも、私的自治は民法典を支える基本原則である。その原理と対立する原理を導入して民法典を「解釈」しようとするれば、そこに矛盾・混乱が生ずるのはむしろ当然であり、それがまた民法典に対する否定的な評価につながるという悪循環を繰り返すことにもなろう。

私的自治の原則に右のような価値を認めるならば、当然、それを実現せしめるための制度たる「法律行為」にも意義を認めなければならない。ただし、ここでは誤解を避けるために述べておかなければならないことがある。法律行為の理論は、それが「意思教説」に基づくということの他に、契約や単独行為の上位概念としての法律行為は実益のない過度の抽象概念だという理由からも批判されている。⁽⁷⁾

しかし、筆者は、本稿では右のような法律行為概念に意味があるのか否か、あるいは民法総則に法律行為の規定を置くことが妥当であるかどうか⁽⁸⁾といった類の議論をしていてのではない。個人が私的自治を行使し自己決定によって法律関係を形成しうるための制度としての法律行為の重要性をいっているのである。法律行為のなかでも契約が最も重要であって、単独で法的関係を形成しうる単独行為は例外的なものであること、民法総則の法律行為に⁽⁹⁾かんする規定が債権契約、とりわけ売買契約を模範として構成されていることは、⁽¹⁰⁾法律行為一般という概念を認めるドイツの学

説にとつても自明のことなのである。⁽³⁾

二、さらに筆者は、民法学における理論化・体系化の作業と基礎理論の重要性を強調した。Savignyを始めとする一九世紀の法律学が「意思」を中心に体系化の作業を行ったのは事実であるが、本質論を重視するか否かは、意思主義、表示主義のいずれに与するかということとは次元の異なる問題である。本質論は制度を融通のきかない固定的内容に押しこめる危険性があるとして、ドイツ法学式の理論構成・体系化・中間理論をできるだけ排除し、個々の場合における利益衡量によってことを決しようとする考えが支配的であるから、筆者のこの主張もまた、わが民法学の大勢に逆らうものといえよう。

たしかに、「理論のための理論」に陥ることがあってはならない。しかし、いわゆる「柔軟な」、「融通性のある」理論が、実は基準のない、場あたりの恣意的なものであり、個々の問題がなぜ生ずるのか、その解釈の方向はどちらをむいているのかを大局的に把握することができず、「現実に即した妥当な結論」という名の下に、好ましからざる現状を法律的に固定化するという逆の危険性もある。⁽⁴⁾ 基準を失うとき、どのような解釈でも成り立ち、民法解釈学に対する懷疑は去らないであろう。種々の法規、制度の本質を解明し、相互の内的関連を解明して統一的な理論を立てるのは、学問としての民法学に不可欠の作業である。

最近、Pawlowski は「民法総則」の序文において次のように述べている。

「初心者は直ちに債務契約または売買契約にかかわりあうのが望ましく、民法総則は実際上のまたは教育上の意義を失なっており、その高度の抽象性は、個々の場合の適切な解決を促進しない生活離れした構成法学 (Lebensfremde Konstruktionsjurisprudenz) の原因になっている」というのが多くの者の主張するところである。しかし、法は高権

的 (hoheitlich) 命令の総体であり初心者はこれと正しくかわりあうために (mit ihm richtig umgehen) 命令の意義と目的とを学ぶべきだと考える場合にのみ、右のような判断は容認しうる。これに反し、法とは我々すべてが関与しているものだという立場から出発するならば、法に科学的に (wissenschaftlich) かわりあおうとするすべての者は、まず法の基本的前提すなわち法の基本原理ないしは Vorentscheidungen を理解しなければならない。

三、伝統的な理論は、もはや変動した社会關係に適切に対処しうる能力を失なってしまったとして、これに代る新しい理論を構築しようとするのが一般的な傾向であり、伝統的な法律行為論は、まさにそのやり玉の第一にあげられている。しかし、筆者はここでもまた原島教授(註)と同様、たんに古典理論を否定的に評価し、これに代るものを探がすというのではなく、古典理論へ立ち返り、あらためて法律行為や契約概念の再構成を試みようとしている近時のドイツにおける有力な傾向に関心を示さざるを得ないのである。法律行為論についていうならば、それは二百年に及ぶドイツ法律学の偉大な歴史的所産であり、一朝一夕にこれに代りうるような新しい理論を構築しうるはずがない。もちろん、それは完全無欠なものではないが (いずれの理論にせよどこかに限界がある)、それを批判的に承継していくというのが健全な態度であると考えらる。

「横のものを縦にする時代は終った」といわれている。なるほど外国の理論を無条件に崇拜するような態度をとってはならない。しかし、西欧に比して伝統のないわが国の法律学が、法や社会にかんする基本的な理解において、西欧の法律学をすでに凌駕しているといえるであろうか。誤解を恐れずというならば、「横のものを正確に縦にしうる時代にさえなっていない」というのが、筆者の偽らざる気持である。ここでもまた、外国の学説のもっともすぐれた側面をとり出して継承するという態度が必要であろう。

四、もとより本稿の内容は極めて未熟なものであり、今後の研究によって少しずつより完全なものにして行かなければならない。そのためにも、大方の御批判と御教示をお願いする次第である。

(一九七四・六)

(1) 我妻博士は、その後の民法学に大きな影響を及ぼした「私法の方法論に関する一考察」で、「改めていふまでもなく、十九世紀の私法関係を指導する原理は、個人意思の絶対である」と、十九世紀個人意思絶対の思想、を自明の前提とされている。しかし、まさにこの前提が問題なのである。十九世紀の法律学は意思を尊重したが、無制約的な意思の絶対性は主張していない。「絶対」と「尊重」とを混同してはならない。

たとえば、Savignyにおいても、意思表示理論における意思が他人との関係、すなわち社会関係の発生にむけられた意思であるのは自明のこととされている(小橋・手形行為論二四〇五頁)。したがって、Savignyが純粹に個人心理的な意思をその理論の中心にすえているというのは、まったくの誤解である。Savignyの理論を發展・承継しようとする Fume も、法律関係を形成する行為としての意思表示は表意者のみならず他人にも関係する Sozialakt であるという (Rechtsgeschäft, S.61)。しかし、だからといって「信賴の保護」を絶対化することは許されない。それは、逆に「信賴」という相手方の純個人的な心理過程を理論の中心に置くことになってしまう。信賴の保護が表意者の自己決定といかに相容れるかが、まさに問題なのである。

(2) 事後的契約関係の理論や事実上の代理権授与の理論を認める学説によれば、現実には意思が存在しないにもかかわらず、黙示の意思表示とか意思解釈という操作によって意思の存在を擬制してある結論を正当化することが、しばしば行われているといわれている(たとえば、川島・民法総則三三三頁以下)。筆者は先にも述べたように事後的契約関係の理論に与するものではないが、ここでは、なぜ意思がそのような正当化の根拠として援用されるのかを考えてみなければならない。

(3) 信賴の保護の理論は決して私的自治の原理にとって代わるものではなく、その補充的な原理にすぎないという Wolf の見解を想起せよ。なおドイツでは、「信賴責任は古典的理論を超えているが故に、その内部における整序、および外に対してはまづ法律行為論との関係という、きわめて困難な理論的問題にぶつかっている」(原島「民法理論の古典的体系とその限界」一五四頁)。意思理論との対立点を明確にするために、わが国においても信賴責任の理論化・体系化の作業が望まれる。

(4) ここにいう「自由」とは、非決定論の意味の意思自由をいうものではない。Savigny は、法は自由概念の思弁的困難 (spe-

kulative Schwierigkeit) 及びその必要なきこと (System, III, S. 102) Pawlowski (Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, S. 241f.) や Wolf (Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 111f.) が「法律行為は得ける決定の自由について非決定論、決定論のいずれを信ずるかは無意味なこととする。Wolf によれば、いずれであるかを確実に理由づけるのは、現在の科学的認識においては不可能である。

(5) 人間の尊厳と個人人格の自由といっても、人間のごく当り前の姿を意味しているのではないか。

(6) 「裁判官による法の外での法発見は、すなわち法外的な価値判断の侵入を意味する。このあらたな価値観点の設定は、法の中での既存の価値基準との関連なしには不可能である。しかもこの既存の価値基準は、民法の中核をなす古典理論の、「自由」という基本的な価値基準を中軸として成り立つそれじたい統一的な価値体系との関連においてのみ、位置づけられ、明らかにされる、と考えられる」(原島「民法理論の古典的体系とその限界」一六一頁)。

(7) そして、これも Savigny の責任に帰せしめられている(たとえば、星野「現代における契約」現代法八卷二一四〜五頁)。

(8) この点については、浜上「法律行為論の「ローマ・ゲルマン法系」的性格」阪大法學六五号、とくに二一〇〜二頁参照。

(9) Flume, a. a. O., S. 7f.

(10) A. a. O., S. 32.

(11) 抽象概念としての法律行為およびそこから生じうる危険性については、Flume, a. a. O., S. 23ff. 参照。

(12) たとえば、民法九五条が「……法律行為ノ要素ニ錯誤アリタルトキニハ……」と規定するとき、具体的にしながら「要素」に該当するかを個々具体的な現実と締結された法律行為につき判断しなければならないのは当然のことである。

(13) ドイツ法学に対するフンチナーゼとして英米法の理論の有益性が強調される傾向があるが、筆者には、Vinogradoff, Common Sense in Law. における次のような見解が極めて示唆的である。

「……実定法の単純な規範や分類と対照をなすものとして、法の科学、すなわち制定法や判決の底に流れる一般原則を発見することを目的とする法理学が生れる。それは、立法者や裁判官や弁護士や当事者の心のなかで行われる思考の過程を考究する。この法の理論により、人は、そのときどき具体的な事情におかれて、多少とも行きあたりばったりに、法を作る代りに、熟慮のうえ、かつ科学的に、彼らの法を形成しそれを適用することができるのである。したがって法理学の研究は、初学者にその学ぶ技術の術語や主要な特徴をまず教えこむために工夫された、学校の単なる便法では決してない。もちろん法理学が

科学的な問題の解明にむかって努力してゆく過程において、このような点について法理学が役立つことは事実であるが。また法理学の研究の主な目的は、規範や救済手段についての種々の断片的な知識を分類し、その目録を作ることにあるのではない。法典が最も完全な体系を与えられた編別をもっていても、それによって法の一般理論が不必要となるものではない。なぜならば法理学の第一に考慮すべきことは、諸法の順列を確立することではなくて、むしろ諸法の合理的な相互関係とその究極の意味とをみいだすことだからである。英米のコモン・ローのように、裁判所の判決に基礎をおいている不文法の複雑な迷路にわけけるために、法理学上の分類からえられる助けは、とくに歓迎すべきものであり、いな、必要なものでさえある。しかしたとえそのことは別としても、法理学の理論は、ばらばらの諸主張を、法思想の統一的体系の一部として取扱うことによって、それらの主張を強め、かつ完全にするために必要なものである。法律実務のために暗記する場合には、偶然的なものでかつ恣意的なものにみえるかもしれない、種々の法則や規範も、一般理論にてらして検討してみるとときには、それを正当づける理由をもつこともできるし、あるいは批判を招くにいたることもあるのである」(岩波現代叢書版五〇六頁)。

ここでは、法典の完備した大陸法におけるよりも英米法における一般理論の必要性が強調されている。

(14) 最近、篠塚教授は「受忍限度論」を厳しく批判して、「自己が立っている土壌、すすむべき方向、これら基本的な認識を欠いた「法律学」は、もはや科学的な価値をもちえないであろう」といわれている(法律時報五五三号二二頁)。

(15) 原島・前掲論文一六二頁。