関西大学学術リポジトリ
Kansai University Institutional Repository

私的自治・法律行為論序説（二）

その他のタイトル	Privatautonomie und Rechtsgeschaft (II)
著者	高橋 三知雄
雑誌名	關西大學法學論集
巻	24
号	4
ページ	503-522
発行年	1974-09
URL	http://hdl.handle.net/10112/00026684

私的自治・法律行為論序説 (二)

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
(二) 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（以上二四巻三号）
法律行為論
(一) Wolf の法律行為論（紹介）

(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関係
(6) 契約の内容
(三) 考　察
(1) 意思表示理論について（以上本号）
(2) 錯誤論——とくに動機錯誤の取扱いについて——
(3) 事実的契約関係の理論
(4) 法律行為の解釈について
総　括

法律行為論

(一) Wolf の法律行為論（紹介）

第二章において Wolf は法律行為にかんする基礎理論と共に、BGB の法律行為および意思表示にかんする個々の規定の解釈論をも展開している。しかし、一二〇頁にも及ぶ本章の全体を紹介することはできないし、必ずしもその必要もない。したがって、いくつかの問題点について重点的に Wolf の見解を紹介してみたい。なお、参考のために述べれば、本章は次の十四節に分かれる。

(1)法律行為の意義と機能　(2)意思表示　(3)解釈　(4)意思の瑕疵の意義　(5)行為能力　(6)契約、概念と機能　(7)契約締結　(8)社

会類型的態度と事実的契約　(9)契約締結上の過失　(10)契約の内容　(11)法律行為の形式　(12)無効の種類、転換、一部無効　(13)条件および期限　(14)法律的行為と事実行為

(1)　法律行為の概念と機能（Athenäum-Zivilrecht I, S. 62ff.）

私的自治的活動の承認は、法秩序がその範囲であらゆる規制をさしひかえなければならないことを意味するものではない。法は、私的自治的行為の内容にかんする限界のみならず、私的自治の行使のための手段と方法とについても規定しなければならない。もっとも、このような法秩序による規制は、内容上の制限とかコントロールにまで通ずるものではない。むしろそれは、個々の内容を考慮しない形式的な秩序である。すなわち、法律行為とは、法主体がその希望せる法律効果を惹起しようとするときに利用すべく法秩序が用意した制度である。

法律行為の効果の本来的な発生根拠が法律行為なのか法秩序なのかという問題設定が誤っていることは、Flumeの指摘するとおりである。すなわち、意思と法秩序の双方がその発生根拠である。

BGBならびに二十世紀初めの法律学は、法律行為をもっぱら形式的なカテゴリーとみて、社会的関係から完全に抽象化されてあらゆる事情と法的関係に一様に適用しうると考えていた。このような抽象化は、まず、当事者の知的・経済的な不均衡とそれの及ぼす影響に対して目を蔽ってしまった。その後の法の発展によって弱者の保護が行われたが、それでもなお、現代の大量取引の要請は顧慮されないままである。個別的な取引に合わせた民法典の規定は、大量取引とりわけ約款や社会類型的態度などの法形態の取扱いに際して、修正を必要とする。

しかし、そのような補充、修正が必要であるにもかかわらず、民法典の規定は、以前と同様に現代の法律行為論の基礎であり出発点でもある。これらの規定の叙述と認識がなければ、大量取引という現代的な問題の正しい評価と取

扱いも不可能である。

(2) 意思表示（S. 66ff.）

法律行為の主要な構成部分たる意思表示は意思と表示の二要素から成り立つ。意思は私的自治的決定の直接的な表現であるけれども、この意思は外部に現われなければならない。それは表示によって行われる。このように、表示は個々の法主体にとっては、私的自治的意思を法的に妥当せしめるための手段となるが、他方において、表示の必要性によって法取引の利益もまた顧慮されることになる。すなわち、内心に留まる意思は法律効果を生ぜしめることはできず、そのためには外部から認識可能でなければならないからである。

表示の意義は様々に評価されている。意思主義によれば、表示は内心の意思の表白手段にすぎないのに対して、表示主義によれば、表示によって作り出された信頼の構成要件（**Vertrauenstatbestand**）が法律効果の本来的根拠である。**Geltungstheorie** は意思と表示の一体性を強調し、意思は表示において実現されるという。表示は **Willensvollzug** である。この学説は法律効果の発生における意思と表示の関係について理論的に新たな理解を可能にするが、**Willensmangel** の理論と信頼の保護については新たな視点をもたらすものではない。これらの問題については、**Flume** が正しく指摘するとおり、**Geltungstheorie** は表示主義と等置せられる。

(3) 解釈（S. 80ff.）

I　解釈の任務と目標

表示は表意者が欲していたとおりに相手方によって了解されるとは限らない。当事者が一致していないところの表示の意味を探求するのが解釈の任務である。

裁判官による解釈は、当事者がお互いに異なった理解を主張するかぎりにおいてのみ必要なのであって、当事者の理解が一致していれば、その意味において表示は効力を有し、表示の客観的意味は問題にならない (falsa demonstratio)。当事者が一致して予解していたか否かは事実の証明の問題であって、解釈の任務ではない。

§ 133 BGB によれば、解釈においては現実の意思が探究せられるべきであるが、内心の意思だけを探求することは相手方の利益を考慮しないことになる。したがって、このような不安定を避けるためには、たんに現実の意思だけではなく、相手方が表示をいかに理解することができたかということをも目ざさなければならない。相手方はその信頼において保護されなければならない。それ故に、契約について § 157 BGB は、契約は取引慣行を顧慮し信義則に従って解釈されるべき旨を定める。意思の経験的探究だけではなく、相手方が表示ならびにそれに附随する事情に基づいてどの程度表示の意味を信頼できるのかという規範的評価 (normative Bewertung) も裁判官の任務である。

信頼保護の思想は私法においてしだいにその意義を増しつつあるが、その解釈学的、体系的位置づけは争われている。一説によれば、法律行為論の外に、結果においてそれと同じ法律効果を生ぜしめるところの独立の信頼責任が認められる (Canaris)。他の見解によれば、信頼の保護は私的自治と並んで法律行為論の構成部分であり、それによって、実際には存在しない状態をあてにしたことにより蒙る不利益が防止せられる。

蒙った損害の賠償請求権が与えられるか、信頼された法律効果が生ずるかのいずれかの形によって、信頼の保護は実現せられる。もし法律行為上の効果が生ずるのであれば、信頼の保護は法律行為論の構成部分となり、法律行為にかんする規定が適用されなければならない。信頼の対象は法律行為の存在だからである。信頼する者の側からみれば、相手方の態度は私的自治的意思表示として現われる。したがって、その限りでは、妥当根拠としての私的自治は信頼

の保護によって排除されているのではない。ただ、表意者からすれば、法律行為の効力は、自己決定ではなく外部に現われた自己の態度に対する責任に基づくのである。

II　解釈の方法と手段

解釈に際しては、表示がなされた全体的事情が顧慮されなければならない。しかし、形式を要する意思表示について、証書外の事情をどの程度顧慮すべきかは問題である。原則として、ここでも証書の文言以外のすべての事情が顧慮されるけれども、手形や所持人式の債務証書、抵当証券のように流通性を有する証書については、まず第一に、文言（Wortlaut）が客観的な一般に妥当する意味において解釈の決め手になる。しかし、関与者のすべてに一般的に知られうるような事情も補充的に考慮されなければならない。

解釈は取引の慣行を顧慮して行われる。たとえば、一般的な取引観念によれば、タクシーを呼び止めることは、対価を支払って運送されようという意思を意味するが、ヒッチハイクの合図は無償で同乗させてもらいたいという意味に解釈せられる。

取引慣行が一定の領域のみを支配し、表意者がそこに属していないときには、相手方がそのことを知りうべきであったか否かが問題となる。トリア市のブドウ競売の例において、手招きする者がブドウ商人でないことが明らかであれば、競売人は商人間では普通である取引慣行がこの者にも知られているであろうと直ちに信頼することはできない。

III　特別の意思表示の解釈

手形のような流通証券や懸賞広告のような不特定の相手方に対する意思表示については、一様の解釈を保障するために、すべての人に認識可能な事情だけが顧慮される。同じ原則は普通契約約款の解釈についても妥当する。企業は

約款の統一的な解釈・適用について利益を有する。しかしながら、この利益は、その内容が全体的な法取引（allgemeiner Rechtsverkehr）のためにすべての者について一様でなければならない流通証券の場合のように法律によって承認されているわけではない。約款の内容から離れるのは自由であり、それ故に、個々の客だけに知られていた特別の事情も考慮されなければならない。

(4) 意思の瑕疵の意義（S. 91ff.）

（本節では、§ 116 BGB 以下の規定について説明がなされているが、ここでは、そのうち、錯誤にかんする部分を紹介する）

I 錯　誤

錯誤は意思と表示の相違（Divergenz）によって特長づけられるので、表意者の現実の意思と並んで表示の意味が探究されなければならない。それは解釈の任務である。解釈の結果、実際の意思と相違する表示の内容が明らかになったときにはじめて錯誤が存在する。解釈の助けによって、錯誤が存在するか否かだけではなく、だれが錯誤者であるかも確定せられる。

BGB は内容の錯誤と表示上の錯誤とを認めるけれども、だからといって意思主義に従っているわけではない。また、表意者はその表示を取消すことが認められているのであるから、BGB の規定は、表意者は表示の客観的意味に拘束されるという表示主義と一致するわけでもない。意思主義とは反対に、BGB は相手方が表示の有効性を信頼したことにより蒙った損害を賠償せしめることによって、相手方と法取引の信頼を保護しているが、表示主義のように表示が有効であることに固執しているわけでもない。すなわち、相手方は履行利益の賠償を請求しえないのであるか

ら、表示が有効であったと同じ状態に置かれるのではない。このような限定的な信頼の保護にかんがみ、BGB は一定の取消原因だけを認め、それによってだれが表示の有効または無効の結果を負担すべきかという危険を表意者と相手方または他の者とに分配しているのである。

動機は効果意思そのものではなく、効果意思の形成原因となるにすぎない。効果意思に先行する思慮（Überlegung）は、原則として表意者の危険領域に入り、これを相手方に転嫁することは許されない。たとえば、なぜ贈り物を買いそれをどのように利用するかは買主の問題であって、売主にはどうでもよいことである。たとえ相手方が動機を知っていたとしても、表意者の動機づけの正しさについての責任を相手方に負担せしめることはできない。

顧慮されない動機錯誤の重要な例は計算の錯誤（Kalkulationsirrtum）である。正しい代金の計算は売主の任務である。しかし、判例によれば、計算が契約商議（Vertragsverhandlung）の対象とされたときは別である。

遺言の取消（§§ 2078, 9）のように相手方の利益が顧慮に価しない場合や、動機が法律行為の条件にまで高められたときのように、相手方が動機の正しさの危険を負担すべき正当な理由がある場合には、右の例外が妥当する。しかし、そのためには、相手方のたんなる認識では不充分であり、契約を動機の実現に従属せしめることについて相手方が了解の表示をしていなければならない。詐欺のように誤った動機づけを相手方自身が惹起せしめたときも同様である。しかし、ここに述べたようないくつかの例外は、動機錯誤は顧慮されず法律行為の有効性に影響を及ぼさないという原則を変更するものではない。

行為基礎（Geschäftsgrundlage）にまで高められるときにも動機は顧慮される。それは主観的な行為基礎の場合である。条件の合意がなされないかぎり、共通動機錯誤、したがって主観的行為基礎の欠缺は顧慮されるべきではない

との見解も主張されるが、条件の合意は当事者の利益状態に対して必ずしも充分に適合しているとはいえない。条件は将来の不確定な結果にむけられなければならないけれども、当事者の誤れる観念はしばしば現在の事情の存在にむけられる。また、条件の合意は契約そのものを無効にしてしまう。したがって、契約上の拘束そのものは維持しつつ、個々の関係についてだけ契約を真実の事情に適合させていくほうが当事者の利益状態に適合する。

主観的行為基礎の欠缺の場合におけるような共通動機錯誤の顧慮は、当事者双方が契約全体または個々の規制を共通の基礎のうえに置くとともに、この基礎に対する契約の従属性（Abhängigkeit）を承認していることからも正当化せられる。相手方の動機を知っているだけでは不充分である。共通の観念に対する契約の従属性の例は、和解にかんする § 779 BGB に見出すことができる。BGH の判例としては土地の売買契約事件がある（BGH 247, 48）。当事者双方は誤って売主の土地がすぐに建築可能であるということから出発し、契約条項の本質的な部分をそれに基づいて作成した。この仮定が誤りであると判明したとき、取得者は売主を契約に拘束せしめることはできない。というのは、建築が可能であるということは、顧慮に価しない一方的な動機ではなく、両当事者によって承認され契約の重要な前提（Voraussetzung）になっているからである。

このような両当事者に共通の観念と期待は契約内容のなかには数え入れられないという見解が主張されている。このような観念は直接には法律効果の惹起にむけられていないから、そのかぎりでこの見解は正しいが、やはり右の観念は広い意味で契約内容に属する。というのは、それによって契約上の拘束および危険の範囲が影響を受けるからである。

以上の結果をまとめれば次のようになる。両当事者を導いた共通の動機にかんする錯誤は顧慮されなければならな

い。しかし、錯誤の危険はもはや契約の外にあるのではなく、共通の承認によって契約の中に入れられているのであるから、動機錯誤は顧慮されないという原則となんら対立するものではない。

(5)　社会類型的態度と事実的契約関係（S. 133ff.）

一九四一年、Haupt は、現代の大量取引においては個人は次第に相手方を求めて契約内容を個別的に商議することができなくなったという観察から出発して、ここでは相応ずる意思表示による本来の契約締結はもはや存在せず、契約関係はもっぱら事実的態度、とりわけ給付の事実的請求（die faktische Inanspruchnahme einer Leistung）に基づくのであると主張して、事実的契約関係の概念を打ち出した。

今日では事実的契約にかんしては、大量取引における給付の要求による社会類型的な態度と、成立に瑕疵のある継続的契約関係の清算とが議論されている。すなわち、前者においては、法律行為の制度が大量取引の発展を克服するに充分であるか否か、後者については既になされた給付の返還を § 812 以下によって処理するのが適当であるか否かが問題とされている。

Haupt について社会類型的態度の理論を発展せしめた Larenz によれば、大量取引において提供されている給付の要求においては、契約の成立にむけられた意思表示は必要ではなく、契約関係は給付の事実的請求によって完成する。かかる事実的態度は契約関係を企業の確定した条件で成立せしめる意義を社会類型的に有するからである。その結果、Larenz は行為無能力者の保護を放棄し、無能力者は法定代理人の同意なくしてその事実的社会類型的態度によって独立して権利・義務を取得するとした。駐車場事件において BGH も基本的にこの見解に従っている。

しかしながら、このような意思表示と契約法の規定の放棄には疑問がある。契約責任はふつう法定責任以上の効果

を生ぜしめるけれども、それは、かかる責任が負わされる者の相応の意思によって担われているからこそ正当化されるのである。たんなる事実的な態度をなす意思だけでは不充分である。未成年者の保護の放棄や意思の瑕疵を顧慮しないのも適当ではない。効果意思を排除する理由として、生活配慮をなす公的企業は私人よりも強く信頼を保護される必要があると強調されるけれども、Flume や Bydlinski のいうようにこれは承認しえない。かかる企業が私的な法取引に関与する場合に特別の規定は妥当すべきではない。契約や法律行為の制度を完全に放棄することは、保護に価すべき消費者の不利益となる。

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証明はなお必要である。

伝統的な法律行為論においても、給付の要求は無意味になるのではなく、むしろ、解釈の原則によって、有償の契約締結にむけられた黙示の意思表示と解せられる。かかる要求は取引観念上そのような社会類型的意味を有する。給付の要求は事実的な態度として直接に法律関係を生ぜしめるものではない。契約関係を生ぜしめるのは意思表示に化体した意思である。事実的な請求が解釈の原則によって意思表示と理解されうるかぎり、これに対し意思の瑕疵や未成年者保護にかんする規定を適用することができる。解釈と黙示の意思表示の助けによって、通常の場合、社会類型的な態度と結びついた問題は、法律行為論の原則によって適切に規律されることができる。

駐車場事件のように利用者が自己の態度の社会類型的解釈に反対するような場合には、たしかに困難が生ずる。しかし、自己の態度と直接に矛盾するような異議申立は顧慮されない (protestatio facto contraria non valet)。すなわち、類型的な意味を持つ自分の態度によって作り出された法律効果を一方的な反対の表示によって除去することは

できない。

狭義の事実的契約関係の問題とは、無効な契約にもとづいて実行された継続的債務関係の解消（Abwicklung）にかんする問題である。既になされた給付の返還は§812以下の規定による処理に適しない。契約を最初から無効として取扱うことは妥当ではなく、当事者がこれを主張した時点から無効とみなされるべきである。契約に従って給付がなされてしまった過去の時期については、権利・義務は当事者が自由な意思により従った契約上の合意によって決せられる。厳格にいえば契約上の拘束が欠けているにもかかわらず、契約にかんする規定の適用が正当化されるのは、このような当事者の了解した行為の存在である。給付がいまだになされていなければ、一般原則に従って最初から無効とされるべきであり、無能力者の保護はここでも優先する。

(6)　契約の内容（S. 147ff.）

立法者は任意規定において両当事者の利益の公正な調整を意図しているが、そこで眼中に入れられている利益は、売買、賃貸借等の契約の型と一般的に結びついた利益である。しかし、当事者は私的自治に基づいて非典型的、混合的契約に合意することによって法律上顧慮されているのとはべつの利益を妥当せしめることができる。このような場合には、任意規定は公正な利益の調整をなすことはできない。当事者が一定の衝突（Konflikt）について規定をなさず、また任意法規も適切な規制に達しえない場合に、当事者が契約に与えた意義に従って契約を適確に（folgerichtig）補充するのが、補充的契約解釈（ergänzende Vertragsauslegung）の任務である。

補充的契約解釈は意思表示の解釈とは区別される。解釈は現実に表白された意思表示の意味が探究されるのに対し、ここでは意思表示は存在しない。すなわち、当事者はその点についてなにも考えなかったので、意思表示をしていな

い。したがって、本来の解釈がそれ以上及びえないときにはじめて補充的解釈が行われる（Flume)。

このような差があるにもかかわらず、補充的解釈の根拠は§157から引き出される。すなわち、現実の意思が探究されるのではないけれども、裁判官は当事者の意思を終局まで思考し（zu Ende denken)、それによって当事者の私的自治的意思を妥当せしめなければならないからである。当事者の意思からもはやなんらの手がかりも引き出せない場合に、はじめて、当事者の意思にかかわりなく存在する正義の客観的基準を示す§242や取引慣行が適用される。しかし、それはもはや補充的解釈ではなく契約の補充である。

たとえば、別々の都市に住む二人の医者がその営業を交換した。しばらくして、一方の医者は従前の住所に還り、近くで新たに営業を開始しようとした。他の一方の医者は不利益を蒙るおそれありとして不作為の訴（Unterlassungsklage）を提起した。BGHは補充的解釈によって訴を認めた。両当事者はその一方が帰還するとは考えなかったので、その点についての意思表示をしていない。また、交換にかんする民法の規定は交換の典型的な場合にかんするものであるから、一方的な不利益的態度によって目的物の交換価値を害しうるような場合を眼中に入れていない。したがって、補充的解釈が行われなければならない。

補充的解釈に際して裁判官の取るべき方法の特色は、当事者が確定した契約目的を終局まで考えて、規律のなされていない衝突にこれを適用することになる。決め手になるのは当事者が契約の自由を行使して契約の基礎としたWertungであって、裁判官は他人のWertungをおしつけてはならない。Flumeが指摘するように、公正でなかったり合目的的でない契約を公正で合目的的契約に変更するのは補充的契約解釈の任務ではない。

前例では、当事者によって意欲された営業交換の契約目的は、契約内容を補充して、かつての営業所の近くで新た

な営業を営まない義務を承認することによってのみ、当事者のなした Wertung と一致する。

もっとも、判例は、当事者の Wertung ではなく正義の客観的観点に基づいた新しい制度を発展させるために補充的契約解釈の形態を用いることがあるが、むしろこれは裁判官による法形成の任務である。

(二) 考　察

(1) 意思表示理論について

一、意思表示の本体を意思と表示のいずれに求めるかという問題については、わが国では、表示行為にその本体を求めるようとする我妻博士の見解が学界の大勢を支配しているが、(1) 周知のように、この我妻博士の意思表示理論は、ドイツにおいて極端な表示主義と評価されている(2) Danz の理論に強い影響を受けている。(3) ドイツにおいては、それまでの通説であった Savigny 以来の意思主義に対抗して、一九世紀末から二〇世紀初頭にかけて表示主義が急速に台頭したが、最近では、意思と表示の一体性を強調する Geltungstheorie が有力である。もっとも、この理論の位置づけについては争いがあり、Wolf も Flume と同様、必ずしも全面的にこの理論に従っているわけではないが、(4) ドイツでは、意思主義から表示主義への推移が当然のことであり、意思主義を主張するのがアナクロニズムであるかの如く解する定式は容易に見出されるものではない。(5) Larenz が Geltungstheorie を主張した Auslegung des Rechtsgeschäft は、すでに一九三六年に出版されており、我妻説によって極端な表示主義が固定化されてしまったわが国の意思表示理論とは、かなり事情を異にする。わが国においては意思表示理論そのものに対して学説が興味を失ったこともあって、右の Geltungstheorie に対し関心を示す学説はほとんど存在しない。(6)

二、平井助教授は、(a)内心的効果意思と表示との間に喰いちがった場合に、いずれによって意思表示の効力を決すべきかという問題と、(b)法律行為の意義の判断に際して意思と表示のいずれを中心とすべきかという問題とを区別すべきだとしつつ、いずれについても、意思主義と表示主義とを論ずる解釈学上の意味は過去のものになった、とされる。すなわち、平井助教授によれば、(a)については、立法が行なわれた以上、問題は個々の具体的な規定の解釈論であり、また(b)についても、両主義の対立がいかなる差異をもたらすかは明確ではなく、結局、解釈に際していずれに比較的重きを置くかという態度の差異であり、それは意思教説というイデオロギーがどの程度法律学に根をおろしているかにかかっているが、わが国では意思教説の支配の薄さを反映して、我妻博士以来、表示主義的立場が通説であり、現在では、法律行為の解釈として意思主義と表示主義とを問題とする意味はことにわが国では失われているのである。(7)

最初にも述べたように、平井助教授の論述は筆者にとっては極めて難解であり、誤解があるかも知れないが、右の平井助教授の見解には、いくつかの疑問を提示しておかなければならない。

(a)についていえば、法がそれぞれの規定について一定の立場を採用した以上（両主義の折衷という立場でもよい）その立場に従って当該の規定を解釈すべきで、いまさら、意思主義とか表示主義とか議論するべきではないという意味であろう。たとえば、わが民法九五条は錯誤による意思表示を無効にしているが、これに対し表示主義的な立場から、錯誤による意思表示を取消しうべき意思表示とし、取消によって生ずる損害ついての賠償義務を認むべきだと主張したところで、九五条の解釈論とはなりえないことになる。(8) ところが、平井助教授が(b)について両主義を対立させて議論する意味がないといわれるとき、それは(a)の場合といささかその意義を異にするように思われる。すなわち、法律行為の解釈について二つの主義がありうるとして、二つの主義を対比させたうえで表示主義に従うべきだという

のが平井助教授の見解であると思われるが（「Willensdogma の信念に乏しいわが国において、法律行為の解釈とは表示行為の有する意味を明らかにすることだ、とほとんど一致して理解されているのは、そのかぎりできわめて当然であるし、また支持されるべきものと思われる」[9]ともいわれている）、「表示主義を支持すべきだ」ということが、どうして、二つの主義を論ずる解釈学上の意味がないということになるのであろうか。平井助教授は、二つの主義を対比したうえで、表示主義が正しいという判断によってこれに従われたにすぎないのであって、二つの主義を論ずることの解釈上の意味は失われたわけでも、過去のものになったわけでもない。まさに、そのような議論が必要だからこそ、平井助教授は、二つの主義のうちの一つを正しいとされたのである。あるいは、もし、表示主義的立場が圧倒的通説であるから、いまさら意思主義と表示主義の対立を議論する必要がないという意味であれば、それには絶対に承服しえない。学問の世界に多数決など通用するはずがない。いかに圧倒的通説といえども、これに対立する学説の存在を否定しうるものではない。あるいはまた、平井助教授のいわれる趣旨が、いずれの主義に従っても結果の差異をもたらすわけではないからというのであれば、なるほどその限りにおいては二つの主義の対立を論ずる必要はないかも知れないが、それならば、どちらの主義でもよいのであって、平井助教授のような「表示主義が支持されるべきだ」という主張も無意味なはずであろう。

三、更に一歩進めて考察すれば、平井助教授のいわれる(a)についても、「意思主義・表示主義を一九世紀ドイツ私法学におけるイデオロギーとしてとらえ、その果たした役割と社会的背景を客観的に分析すること」[10]以外に今後の課題は存在しないのであろうか。あるいはまた、民法の規定は両主義の妥協のうえに成立しているという説明[11]がなされることもある。しかし、立法理由の説明ならばともかくも、相対立する理論の妥協ということがあるのだろうか。たし

かに、ドイツにおいても、以前のような意思主義か表示主義かという論争は影をうすめている。しかし、だからといって、意思表示の本質、意思表示一般を議論しないというのではない。意思と表示の一体性を強調する Geltungstheorie は、まさに、意思表示の本質を解明する学説として出てきたのである（「この学説は……意思と表示の関係について理論的に新しい理解を可能にする」という Wolf の見解を想起せよ）。「Geltungstheorie は意思主義と対立すると解されているが、意思と表示の一体性はすでに Savigny が強調している」[12] という Flume の見解もまた、同様である。[13]

本来、意思表示の本質をめぐる議論は、たんに民法典の意思の欠缺・瑕疵ある意思表示にかんする個々の規定の解釈として展開されたものではない。意思表示の概念は、実定法規としての民法の依拠する根拠、出発点であり、それを明らかにするのは、実定法の根拠を解明する操作であって、実定法がこれこれと規定しているから意思主義であるとか表示主義であるという議論以前の段階に位置する。むろん、民法典の意思表示にかんする規定は、意思表示の本質を解明するための重要な手がかりを与える。しかし、ここで注意しなければならないのは、意思の欠缺や瑕疵ある意思表示にかんする民法九三条以下の規定（§ 116 BGB ff.）だけから意思表示の本質を決定してはならないということである。これらの規定は、すべて、正常な意思表示の要件に欠けるところがある場合を取り扱っており、そのなかに、正常な意思表示の要件全部を見いだそうとするのは、誤りである。[14] Flume は、かかる意思表示は病理現象であって、そこから意思表示の本質は決定されるものではないとする。意思主義と表示主義の対立は、意思表示を表示につらなる意思活動というように捉えるか、表示という点だけで捉えるかに帰着するが、それは、論理必然的に、意思表示によって生み出される法律行為の概念と密接に結びついている。そこで Flume は、意思表示の本質を決定し

ようとすれば、意思と表示が一致する完全に有効な場合から出発しなければならないとする。もし、両者の不一致、すなわち表意者の欲したとおりの表示がなされていない場合から出発するのであれば、個人の意思に従った法律関係の形成、すなわち法律行為という制度を法が認めることは不可能だからである。このように Flume は、「意思、表示および両者の一致」という Savigny の意思表示概念を採用するのであるが、[15] その点には、これ以上立入らない。ここでは、たんに民法典の規定だけからではなく、Flume が法律行為という制度の基礎をなすと考えられている私的自治の観点から意思表示の本質を決定しようとする学問的手続に注目すれば足る。すなわち、そこには、実定法の根拠を解明しようとする態度がみられるのである。[16]

もっとも、このような理解に対しては、民法九三条以下の規定の解釈に際してなんらの差異も生じない実益なき議論であるとの批判がなされよう。たしかに、意思と表示が完全に一致する場合には、表意者の意思どおりに効果が認められるから、とくにその場合の法律効果を規定する必要はない。法は実際上争いの生じやすい場合についてだけ解決の基準となるべき条文を定めておけばよく、それは、まさに意思表示に一定の欠陥が認められる場合である。[17] しかも、Flume も認めているように、かかる場合についての唯一の正しい規範は存在せず、それぞれの実定法が決すべき問題である。しかし、それらの規定は意思表示の本質から理解され、評価されなければならない。[18] 繰り返すように、解釈の対象となる法規が同一であるかぎり、それほど隔った結論が出ることは予想できないが、それでもなお意思表示の本質をいかに把握するかによって異なった結論が導かれる可能性は予想される。しかも、それはたんに民法九三条以下の数ケ条の条文についてではなく、表見代理、事実的契約関係、あるいはまた手形行為をめぐる種々の問題の解決などにも影響を及ぼしうるし、それぞれの問題点について〝妥当な解決〟を与えるための判断基準となるべきは

ずであるから、それらの点において結果の差異が生ずることは充分に考えられる。ある学説が従来の学説と結果において差異をもたらさないという判断は、そう簡単にくだされるものではない。

(1) 平井・注釈民法(3)二〇頁。

(2) Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 55.

(3) 浜上「法律行為論の「ローマ・ゲルマン法系」的性格」阪大法学六五号八九頁は、この点につき、ドイツの法律行為論の悪しき学説が輸入され、わが国の法律行為論の発展に必ずしも幸いばかりをもたらさなかったといわれている。たしかにそのとおりであるが、それは我妻理論に無批判に追従した学界全体の責任である。

(4) 学説の概略については、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」』㈠法学論集二一巻三号一五六頁。

(5) 小橋・手形行為論四一頁、浜上・前掲論文一〇三頁。

(6) 平井助教授も「その後のドイツ民法学説の発展が等閑視された」といわれている(注釈民法(3)二二頁)。但し、磯村「動機錯誤と行為基礎」㈠法学論叢七六巻三号三頁は、この説に言及されている。

(7) 平井・前掲書三一頁以下。

(8) 民法の規定を意思主義に基づくものとしながら、表示主義の立場から解釈するというのは解釈論としてはありえない。ある主義に基づいている現行法を別の主義から解釈すれば、そこに矛盾が出てくるのはむしろ当然であるが、それは法律自身の誤りではなく、解釈者の誤った態度によるものである。なお、立法論と解釈論とを区別せよというのであれば、法の他の分野でも同様の態度を堅持する必要がある。意思表示規定の解釈においてそうした態度を採用しておきながら、他の条文については法の明文の規定すら無視するような態度を取ることは一貫性を欠く。

(9) 平井・前掲書四一頁。

(10) 前掲三二頁。

(11) たとえば、錯誤につき、小林「わ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、なお後述(本稿㈢)の錯誤論を参照のこと。

(12) Vgl, Flume, a. a. O., S. 58f.

(13) したがって、平井・前掲書三二頁五行目の Flume の引用のしかたは誤解をまねく恐れがある。Flume はそのページ（S. 56）において、新説として Geltungstheorie があることを指摘している。

(14) 小橋・前掲書三七頁。

(15) Flume, a. a. O., S. 49. f.

(16) 繰り返すように、実定法の根拠の解明は解釈学の重要な任務であるというのが筆者の基本的な立場である。

(17) 高橋「Flume の法律行為論」法学論集一六巻四・五・六号四五八頁。

(18) Flume, a. a. O., S. 62.