

論 説

# 契約締結過程における「正当な信頼」 と契約内容の形成（6・完）

山 城 一 真

序 論

第一章 フランス法の考察（以上、本誌85巻2号、4号、86巻1号ないし3号）

第二章 日本法の考察

第一節 日本法における実定法の状況

第一款 契約の成立

第一項 議論の展開

第二項 「確定性」概念

第二款 意思表示の解釈

第一項 伝統的見解

第二項 伝統的見解への批判

第二節 日本法における解釈論の提案

第一款 契約締結過程の行為による契約内容の形成

第一項 規律の構造と現状

第二項 解釈論の提言

第二款 提案の再検証と補充的考察

第一項 欧州契約法およびドイツ法

第二項 日本民法典の構想

総 括（以上、本号）

## 第二章 日本法の考察

前章の考察結果を参酌しつつ、序論に述べた視点から日本法における規

律をフランス法との対比において考察するのが、本章の目的である。

意思表示ないし契約の解釈という問題の解釈論としての大きな特徴として、その性質上、「包摂」を含まず、また、わが国の現行・実定法を前提とする限り、その過程が判決書において明確に言語化して提示されること(1)もないこと、それゆえ、その実施過程を触知し難いことを指摘することができよう。したがって、これに関する実用法学的な考察は、一方で種々の法原理との整合性を保ち得るような理論的構成を定立し、他方でその判断枠組の明確化に資する実際的基準を提示するものでなければならない。

こうした認識に基づき、本章では、フランス法の考察から得られた考え方を一つの「比較モデル」として参照しつつ、わが国における意思表示解釈に関する法的規律のあり方を考えてみたい。そのために、まず、序論に述べた「内部の問題」——意思表示ないし契約の解釈に固有の問題——を主に念頭に置いて、日本法の議論状況を分析し、日仏両法の共通性と異質性を精査することで、フランス法において示されていた「契約形成原理」に関わる種々の着想を日本法の解釈論に活かす素地があることを論証する〔第一節〕。次いで、「外部の問題」——意思表示ないし契約の解釈と関連諸法理との間において生じる問題——をも視野に入れて、契約締結過程の手続的適正性を保障するための諸規律との関連づけを意識しつつ、特に意思表示の規範的解釈の適用に関する提言——それが、真意によらずして契約に拘束されるリスクを負わされた局面において与えられる「救済」という性格を有し、それゆえ、情報提供義務論等、契約締結過程の適正性の保障を目的とする諸法理と連続性を有し得るとする提言——を行いたい〔第二節〕。

---

(1) 山本克己「契約の審理における事実問題と法律問題の区別についての一考察」  
民訴雑誌41巻(1995年)25頁。

## 第一節 日本法における実定法の状況

本節の議論は、わが国における法的規律の現状を分析し、その特徴を析出することを目的とする。契約の成立〔第一款〕および解釈〔第二款〕につき、順次検討を進める。

### 第一款 契約の成立

#### 緒言

契約の成立に関する議論状況は、1980年代を境として一新され、その前後には大きな断絶が存する。そこで、以下では、主にこの時期以降を対象として、議論の展開を概観するとともに〔第一項〕、「確定性」の観念がどのように理解されてきたかを跡づける〔第二項〕。このように、本論文における日本法の考察は、現状の把握を主たる目的として行われるものであるため、ここでも、今日の議論状況と連続性を有する限りで学説状況を遡るにとどめ、通史的考察は、以下での断片的な言及をもって代えることにしたい。<sup>(2)</sup>

#### 第一項 議論の展開

1 ある表示が申込みとなるかの判断に際しては、「承諾があれば契約に拘束される意思」の存否を問題とするのが伝統的な理解であり、この点は今日でも争いが無い。フランス法が、20世紀初頭以来、こうした意思を

---

(2) 1990年代に至るまで、契約の成立に関する本格的な検討はほとんどなされてこなかったという評価がなされていることにかんがみると（池田清治『契約交渉の破棄とその責任—現代における信頼保護の一態様—』（有斐閣、1997年）〔以下、池田『契約交渉の破棄』として引用する〕237-239頁）、議論の現状を分析するという趣旨からすれば、以上のように検討対象を限定することも合理的といえよう。なお、旧民法典の成立から現行民法典の制定に至るまでの経緯につき、簡単には、次節第二款第二項を参照。

「確定性」という要件のもとに扱ってきたことは既にみたが、わが国においても、これを「確定性」と呼ぶ理解は古くからみられる。たとえば、鳩山秀夫博士は、「申込ハ相手方ノ承諾アラバ直チニ契約ヲ成立セシメントスル確定シタル意思ノ表示ナリ」(傍点原著者)とし、この点で申込みと申込みの誘引とは区別されると説いている<sup>(3)</sup>

しかし、契約の成立過程に対して注目が集まるに至って、この命題が法理論的にいかなる意味をもつかを再考し、これをどのようなかたちで具体化するかが改めて問われた。そうした議論の代表がいわゆる「契約の熟度」論(以下、「熟度論」という)であることはいうまでもないが、これと相前後して、申込み概念そのものに関する複数の基礎的研究が現れていたことも看過されてはならない。その特徴は、一言でいえば、契約の成立を考察するにあたって、契約以前に「意思表示」が存在することを明確に意識した点にあったといえよう。これらの見解においては、申込みの意思表示には、それ自体、契約を成立させるのに見合った意思が伴わなければな

(3) 鳩山秀夫『増訂 日本債権法各論(上巻)』(岩波書店、1924年)17頁。

(4) 曾野和明「契約関係発生プロセスの多様性と契約概念—申込みは単独行為ではないのか—」北法38巻5・6(II)号(1988年)は、「申込みが申込みたり得るためには、……相手方がそれに承諾を与えれば……自己も申込内容に拘束されるとの申込者の確固とした真摯な意思が示されている必要がある」(1356頁)との認識から、申込みは「相手方に対して両当事者を拘束する契約関係を創設する権能を付与する行為に匹敵」するものであって、「形成権の一方的付与」としての「単独行為」として構成されるべきであるという(1352-1354頁)。

続いて、滝沢昌彦「申込概念の発達—約束と契約の交錯—」一論108巻1号(1992年)48-51頁、同「申込概念の発生—約束から申込へ—」一論107巻1号(1992年)70頁、同「申込と約束—契約成立理論の発達—」一法24号(1993年)の一連の研究が現れる(さらに、同「約束と契約の交錯—申込概念の発達の検討を通して—」私法55号(1993年)177頁)。滝沢説は、申込みが、歴史的にみれば「約束」という「一方的な債務負担行為」として観念されてきたことを強調する。のみならず、滝沢説は、契約解釈にもそうした一方的行為が影響を及ぼすとも示唆している。この点は、きわめて興味深い。が、解釈論に関する具体的な提言はなされていない(ただし、滝沢昌彦『契約成立プロセスの研究』(有斐閣、2003年)[以下、滝沢『研究』として引用する]61頁では、その例として「保証」に言及されている)。

らないことが強調されたのであるが、この点は、後述する「確定性」の觀念の背後にある考え方と連続性を有する認識として、特に留意しておく必要があろう<sup>(5)</sup>。

2 さて、熟度論を提唱した鎌田薫教授の主張は、「契約締結上の過失」論とは意識的に距離を置き、「契約関係はそもそもその端緒から完全な履行の終了に至るまで段階的に成熟していくものであって、これをある時点<sup>(6)</sup>を境に、無から有に転ずると考えることは全く観念的である」という関心から契約締結過程の規律を考察する、というものであった。この着想の発端が、公証人慣行の存在が不動産売買契約の成立時期の判定に大きな影響を及ぼしているという、フランス不動産法の研究から得られた意思主義の実相に関する認識にあることは、広く認められているところといえよう。しかし、鎌田教授の提言は、後述のとおり、不動産売買契約の成立という個別問題にとどまらず、契約の成立一般に及び得る射程をもつものとして受容され、成熟する契約の各段階ごとに固有の効果を考えるという点で「革新的な発想」である等の評を得ることとなる<sup>(7)</sup>。

「契約の熟度」論において提示されたような理解は、ほどなくして、河上正二教授によって、「契約」を「約束のうちでその履行について法律、裁判所が協力するもの<sup>(8)</sup>」とみる観点から展開される。河上教授は、契約の成立に決定的に結びつけられている効果は「専ら履行義務とこれに伴う付随義務の発生」であるとして、「契約の成立を機能の側面から語る場合には、主として『当事者間で履行の義務を発生させるにふさわしい時期はいつか』、もしくは『サンクションを伴わない履行拒絶を容認できる時期はいつまでか』という観点からの状況判断が大きな意味を持つてくる」

(5) 熟度論の展開を経た後の重要な議論として、香川崇「諾成契約の今日的意義」九法77号（1999年）〔以下、香川「諾成契約」として引用する〕135頁があるが、時間的な先後関係を慮って、次款で別の角度から論ずることとした。

(6) 鎌田薫「不動産売買契約の成否」判タ484号（1983年）21頁。

(7) 池田『契約交渉の破棄』（前掲注(2)）246頁。

(8) 星野英一『民法概論IV（契約）』（良書普及会、1986年）3頁。

<sup>(9)</sup>とし、「契約の『場』や〔書面作成などの〕契約成立の『契機』に着目して」、契約の成否の判断をより具体化・実質化すべきだと主張したのである。<sup>(10)</sup>

## 第二項 「確定性」概念

以上のような学説状況のうちでも、本論文の関心にとって最も重要な意味をもつのは、契約成立プロセスの動態的把握を試みた熟度論による分析を受けて、一連の過程のいわば終着点を定める「確定性」の観念が析出されたことである。

### 第一 確定性の位置づけ

1 確定性概念の深化 「契約の熟度」論提唱の後、相前後して現れた横山美夏教授および池田清治教授の手になる代表的研究は、各々の推論によって「確定性」の観念にたどり着き、その基礎づけを深化させたものである。

(1) 横山説 横山教授は、河上教授の問題提起を承けて、「売買契約が成立したというためには、売買契約に関する確定的合意がなされなければならないが、当該合意が確定的であるかどうかの判断は、契約の成立によって導かれる効果の問題と切り離してなされるべきではない」として、河上教授の「機能的」考察を「合意の確定性」の問題として理論化すべきだとした。<sup>(11)</sup>より具体的にみると、横山説の特徴は次の点に認められる。

第一に、横山説においては、契約の成否の判断は一定の利益衡量にかか

---

(9) 河上正二『「契約の成立」をめぐる(1)——現代契約論への一考察——』判タ655号(1988年)17頁〔以下、「同(2)」判タ657号(1988年)とともに、河上「契約の成立」として引用する〕。山口志保「契約責任の現代的展開——「契約締結上の過失」理論を契機として——」都法34巻1号(1993年)311頁もこれに賛同する。

(10) 河上「契約の成立(2)」(前掲注(9))27頁。

(11) 横山美夏「不動産売買契約の『成立』と所有権移転(2)」早法65巻3号(1990年)298頁。不動産売買に限らず、契約の成立一般に対する示唆として指摘される。

らしめられている。ここでの確定性は、河上教授のいう「『当事者間で履行の義務を発生させるにふさわしい時期はいつか』、もしくは『サンクションを伴わない履行拒絶を容認できる時期はいつまでか』という観点からの状況判断」を法理論的に具体化する「受け皿」として捉えられているということができよう。河上教授が「契約成立の『契機』」に着目することに引きつけつつ、「不動産取引」に即して敷衍すれば、横山説は、「書面」という「契機」に着目することで、「不動産取引が口頭の合意のみによって成立するわけではない」という実質的判断を契約成立の法的評価に取り込み、交渉がかかる段階に達したときに「確定的」との判断を下すものである。

第二に、横山説は、「合意」について、より端的には「交渉」の進捗状況について、確定性を問題としている。それでは、「合意の確定性」の存否はどのように判断されるのか。横山教授は、当時の論稿ではこの点を明言していない。しかし、その後の議論においては、「確定的な合意」および「確定的な意思表示」が同内容のものとして把握されるとの前提から、「売買の効果の発生を認容する意思があるかどうか」がその判断に際して重要になるとの認識が示されている<sup>(12)</sup>。ここから推察する限り、問題は、結局、意思表示の解釈に帰着させられているとあってよいだろう。

(2) 池田説 同様に契約成立プロセスの分析を押し進められた池田教授は、「『締約』意思」と契約内容の合意とは、理論上区別されなければならない。要素の合意が存在しても、締約せんとする『最終的かつ確定的な意思』が認められない場合には、意思表示の存在は否定される<sup>(13)</sup>」（傍点原著者）と論じる。ここでは、意思表示における「最終的かつ確定的な意思」が明確に問題とされており、したがって、「最終的かつ確定的な意思」<sup>(14)</sup>の存否の判断も、意思表示の解釈の問題として位置づけられている。

(12) 横山美夏「不動産売買のプロセス」内田貴ほか編『民法の争点』（有斐閣、2007年）〔以下、横山「不動産売買のプロセス」として引用する〕91-92頁。

(13) 池田清治『契約交渉の破棄』（前掲注(2)）249頁。

ところで、池田説は、前項にみた「申込み」概念に関する議論の発展としての性格を強く有しており、その反面、熟度論に示された「契約成立の判断の実質化」という着想からは慎重に距離を置いている。そのためであろう、確定性という観念についても、それは決して新規なものではなく、むしろ申込みの成立に関して「暗黙の前提とされてきた」(傍点原著者)ということが強調されている<sup>(15)</sup>。そして、このように既存の法理との連続性が強調されるためか、確定性の有無がいかにかに判断されるかについても、意思表示の解釈に委ねられるという以上のことは述べられていない。ただし、子細にみると、池田説においては、ここで問題となる意思表示の存否についても「意思解釈」と「規範的解釈」との区別が存し、後者の問題とされる限りで総合的な法的評価が問題にならざるを得ないと指摘されていることが目を惹く。すなわち、「かかる『意思』〔=締約意思〕の存否は四囲の事情(慣行はその有力な一事情)から推認されるが、当事者の『(内心の)意思』が意思表示の存否の唯一のメルクマールではない」(傍点原著者)<sup>(16)</sup>とされるのである。

2 鎌田説における確定性概念 ところで、これらの構想に重要な着想を与えた鎌田教授自身は、どのような議論を展開していたのか。熟度論の発端が契約実態の認識にあったことは先にも述べたとおりであるが、ここでは、むしろ、熟度論が提唱されたその論稿において、次のような分析が示されていたことに注目したい。すなわち、鎌田教授は、いずれの当事者から主張がなされるかによって、契約の成立に関する判断の結果が異なってもよいのではないかとの問題を提起する。「両当事者の一方は契約に拘束されているが、他方は未だ拘束されていないというような事態も認められてよいようにも思われる(クーリング・オフは、契約の成立後に、一方当事者のみに脱退の自由を認めている)<sup>(17)</sup>」<sup>(18)</sup>というのである。しかも、以上の

(14) 同・237-239頁。

(15) 同・同251頁注(1)・(2)。

(16) 同・249頁。

認識は、その後、合意の認定の問題一般にまで展開され、その結果、「消費者が契約の効力を主張するときには契約が成立したと言うけれども、業者の側が若干不当な内容の契約の効力を主張するときには、契約が成立していないという認定をする」というようなことも操作としてあり得るとの議論が展開されることとなる。<sup>(19)</sup>この議論は、いかなる条件のもとに契約に拘束されるかを論じたものであるから、確定性に関する議論と同じ系列に属する問題を扱っているとみてよい。しかし、そこにおいては、確定性の存否という判断枠組は採用されず、取引の性質、当事者の属性等の具体的事情に即して契約の成否が決められるとの見方が示されているのである。

以上にみた鎌田説が確定性を要求する前記の議論に対してもつ独創性は、次の二点に認められよう。すなわち、第一は、「サンクションを伴わない履行拒絶を容認できる時期はいつまでか」という実質的考慮を前面に押し出した判断枠組を立てる点である。そして、第二は、「契約の成立」に関する立論の前提として、「意思とか合意とかいうものも、現実にそこに存在しているというよりも、法的にその存在を認定していくものだと考えている」<sup>(20)</sup>とし、合意の認定にあたって裁判官（裁判所）の積極的作用を重視することである。こうした議論がなされる背景には、①契約の成否を判断するにあたってはある種の利益衡量を避けられず、その結果、純粋に確定的合意があるか否かを突き詰めるのではなく、与えられるべき効果を考えながら契約の成否を決めていくこともあるだろうから、紛争の当事者

(17) 鎌田薫「不動産売買契約の成否」判タ484号（1983年）21頁。

(18) 別の局面を念頭におきつつ、「売買承諾書の交付、申込証拠金または手付内金の授受等があった場合にも、不動産業者とその相手方とは、契約締結許否の自由の度合に差があってよいし、手付金についても、その性質や履行の着手の有無の認定にあたって消費者保護的な配慮を意識的に行うべきであろうと思われる」とも指摘される（鎌田・前掲論文（注(17)）同頁注(9)）。この指摘の意義につき、池田『契約交渉の破棄』（前掲注(2)）243-245頁注(27)をも参照。

(19) シンポジウム「取引関係における違法行為とその法的処理」私法59号（1997年）49頁における鎌田教授の発言。

(20) 同・48頁。

や請求内容いかんによって契約の成否の認定が左右されることも起こり得るという事実認識と、②そうした事実認識を理論のレベルで汲み取らなければならないという学理的な問題関心とが存するとみることができよう。<sup>(21)</sup>

## 第二 議論の射程

ところで、確定性という要素が明確に意識されるようになったのは、交渉を重ねて契約が締結されるのが常態であり、また、——物権変動の時期との関係から——契約の成立時点が特に問題になる事案類型（いわゆる「練り上げ型」の事案）、つまり、不動産売買契約に関してであった。それでは、確定性という観点からの分析は、こうした特別の取引類型に限って意味をもつものなのか。

---

(21) この旨は、「特別座談会 債権法改正に向けて(上)—民法改正委員会の議論の現状」ジュリ1307号(2006年)128-130頁において、「『熟度』論の第1の目的」として明確に述べられている。「……実際には、契約が成立しているかどうか微妙なケースも存在するわけで、その場合に、本当に当事者間に確定的合意があるか否かを突き詰めて探究していけば結論の出せるケースもあるかもしれませんが、効果を考えながら契約の成否を決めていくこともありうるのではないかと思います。履行請求や履行利益の賠償請求がなされているときに、それを認めたければ契約が成立していると言えば良いし、否定したければ契約は成立していないと言えば良いことになります。それに加えて、例えば威迫・困惑に準ずるような手法を用いて強引に契約関係に引き込んだ買主が目的物価格の下落その他のために正当な理由もなく契約関係から逃げだそうとしている場合には、なるべくそれを認めるべきでないという考慮が働くであろうし、逆にその相手方が威迫・困惑類似の状況下から脱した後に契約の履行を拒んでいるような場合には、契約は成立していないと認定する方向に傾くかもしれません。仮に、そういう形で、紛争の当事者や請求内容いかんによって契約の成否の認定が左右されることがありうるとすると、ある1つの事実が見る角度によって契約関係に見えたり、契約成立前の関係に見えたりすることになります。そういう場合に、『契約関係は契約の成立前後で0か100かだ』という原則が堅持されていると言ってみても、それは、理論を尊重しているように見えて、その実、機能主義的な(場合によっては裸の利益衡量から導かれる)結論を粉飾しているだけでしかないということになってしまいます。そのことの是非を論ずる以前に、事態を突き放して客観的に見れば、アナログ曲線とデジタル曲線の間にズレがあることから、なかば必然的にこういう操作が必要になるのだということを明確に意識させようということが、『熟度』論の第1の目的であったと言っても過言ではありません」。

この点については、既に示唆したとおり、確定性の必要を説く議論はより一般的な射程をもつと解することが許されよう。というのは、こうである。まず、確定性を意思表示の要素として内在化させて捉える立場によれば、意思表示一般に確定性が必要だと考えることは必然である。他方、鎌田教授によって示される着想も、クーリング・オフなどを念頭においた主張がなされていることから窺われるように、契約の交わされる「場」とにその成否の判断を実質化しようという主張を含んでいる点で、適用領域の一般化可能性を前提にするものであると考えられる。<sup>(22)</sup>

実際、現在では、契約の成立の基礎となる意思表示ないし合意につき、一定の意味での確定性を要するとの認識は、学説に広く共有されつつあるように思われる。<sup>(23)</sup>たとえば、「契約の熟度」の観念の「意味を拡張」して「合意の熟度」として捉え直す大村敦志教授の議論は、<sup>(24)</sup>まさにそうした理解に立つものとみることができ。併せて、この確定性が、成立した契約の内容確定のレベルでも問題になり得るとの指摘がなされていることにも、留意しておく必要がある。たとえば、山本敬三教授は、契約締結過程になされた言明が契約内容となるためには、「契約そのものの成立時期に関してしばしば問題となる」と同じように、「それに応じた拘束力を生じさせるだけの確定的な意思表示が必要」<sup>(25)</sup>であると指摘しているのである。

(22) 河上正二教授の議論（前掲注(10)）が、同じく「場」に注目した議論として長尾治助「消費者契約における意思主義の復権」判タ497号（1983年）12頁を援用することも、同様の論法が他の領域にも妥当し得るとの認識を確認させる。

(23) 長期間の交渉がなされる事例を主眼に置くものではあるが、中田裕康「契約締結の交渉から成立まで」鎌田薫ほか編『民事法 III 債権各論』（日本評論社、第二版、2010年）〔以下、中田「契約締結の交渉から成立まで」として引用する〕5-7頁を参照。より一般的に、「何を意思表示と理解し、どのような場合に契約が成立するのか」を正面から追及する論稿として、田中教雄「方式の自由と契約の成立」ゲルハルト・リース教授退官記念『ドイツ法の継受と現代日本法』（日本評論社、2009年）347頁がある。

(24) 大村敦志『消費者法』（有斐閣、第四版、2011年）〔以下、大村『消費者法』として引用する〕68頁、同『基本民法 I』（有斐閣、第三版、2007年）32頁以下。

(25) 山本敬三「消費者契約における契約内容の確定」『消費者契約法—立法への課

## 小 括

以上に瞥見した日本法の状況は、次のように整理することができる。

1 1980年代に至って、契約成立のプロセスに関心が払われるようになって以降、契約が成立するためにはそれに見合った意思表示が必要であるとの認識が高まるとともに、いわば一連の交渉過程を締め括るものとしての「意思表示の確定性」の要請が改めて意識化された。これは主に不動産売買契約の成立を念頭に置いて展開された議論であったが、その後、こうした認識は契約の成立一般にまで拡大されている。このように、「契約が成立するためには、いかなる認定ないし法的評価がなされる必要があるか」という、契約の成立に関する実体的な理論枠組に関しては、わが国の議論もまた、フランス法における同意の確定性に関する議論と同一の方向性をもつものであった<sup>(26)</sup>ということが出来る。

2 ところで、以上の前提から従来<sup>(27)</sup>のわが国の議論をさらに子細にみる<sup>(27)</sup>とき、そこに二つの異なった視点が共存していることには注意を要する。それは、すなわち、当該の法律関係を「当事者／当事者」という枠組みでみるか、「当事者／裁判官」という枠組みでみるかという視点の相違<sup>(27)</sup>がある。たとえば、鎌田説、河上説ならびに横山説においては、「履行責任を負わせるべきである」と判断されたときに契約の成立を認めるべきであ

題』別冊 NBL 54号 (1999年)〔以下、山本「契約内容の確定」として引用する〕83頁。同旨は、田中・前掲論文 (注(23)) 348頁によっても強調されている。田中教授は、「契約が成立するために『契約を成立させる意思』が必要であることに変わりはない」のであって、「それは、……成立した契約の内容に関する効果意思についても当てはまる」という。

(26) この考え方自体は、日仏の共通性というよりも、かなりの程度の普遍性をもつものと推察される。たとえばドイツ法につき、Vgl. K. LARENZ/ M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9 Aufl., C. H. Beck, 2004, § 29, Rn. 19, S. 555.

(27) この点もまた、沖野眞己「フランス法における契約の解釈」私法54号 (1992年) 276頁以下〔以下、沖野「フランス法における契約の解釈」として引用する〕によって既に指摘されている。

るという視点が打ち出されているが、この判断を行う者として想定されているのは裁判官であるから、ここでは、「当事者／裁判官」という軸からの観察が問題にされていたとみることができる。この構想に即してみるならば、そこで「中間的合意」ないし「小文字の合意」を基礎づける「意思」が問題とされるのは、それが裁判官による評価の媒介項として機能するからだと解すべきことになろう。<sup>(28)</sup>

以上の見地から、熟度論を含めたわが国の議論を振り返ると、そこには次のような特徴が見出される。

第一に、熟度論は、「確定的な意思の合致」の認定による契約の成否判断には限界があり、裁判官の積極的な関与をいわば所与として、それを法理論に汲み上げる——しかも、それをなおも「意思の合致」として説明する——必要があるという、ある種のリアリズム的法観に立脚している。この限りでは、わが国の議論においては、フランス法における通説的な同意理論に対する批判説<sup>(29)</sup>に近い問題意識が強く打ち出されていたことができよう。もっとも、熟度論の観点から示されるような「契約」ないし「裁判官」観がわが国において一般的だということには異論があるだろうし、そう断定することに本論文の趣意があるわけでもない。しかし、その主張の浸透の度合いにかんがみれば、少なくとも、そうした認識がフランス法以上に受け容れられているとまではいってよいように思われる。<sup>(30)</sup>

---

(28) こうした「意思」に対し、——「当事者／当事者」という枠組みから——「効果意思」との異同を論じることは（谷口知平・五十嵐清編『新版注釈民法(13) 債権(4)』（有斐閣、補訂版、2006年）138頁（潮見佳男教授執筆部分））、もちろん無意味なことではないけれども、熟度論とは問題の次元を異にしているように思われる。熟度論において問題とされる「意思」が効果意思と異なるものであるとの指摘自体は、正当であろう。しかし、熟度論において問題とされたのは、むしろ、「効果意思」があるのか「事実的意思」が存するにすぎないのかが、裁判所の認定を俟たなければ明らかにされ得ないということだったのではないかと考える。

(29) 前章第一節第一款第二項第二を参照（本誌86巻1号（2010年）127頁以下）。

(30) なお、この点を考察するにあたっては、契約の成立にかかる事実認定の問題をも度外視し得ない。これに関する実務的研究として、青山邦夫「売買契約の認定」

第二に、池田教授によって指摘されたように、そもそもわが国においては、確定的な意思は、理論上も「当事者の内心における意思」であることを要しないと解されている。意思表示の規範的解釈の余地が承認されているため、「表示された意思」が「拘束意思」であるとの理解が成り立ち得るのである。そして、このことは、上記第一として述べた学説状況を評価するにあたり、次のような意味をもつと解される。すなわち、熟度論から示された着想は、確定的な意思の判断というかたちを採って裁判官の広範な関与が行われるという事実認識の反映であるが、そうした事実認識は、単に「契約」ないし「裁判官」観といった原理上の基本観によってのみ支えられているのではなく、認定の対象とされる実体法上の「意思」の捉え方に由来するものでもある。いいかえれば、わが国において、裁判官の広範な関与が意識される背景には、規範的解釈を承認するという法理の次元における構造上の特質が存する。だからこそ、同意の確定性を真意の問題とみるフランス法以上に、熟度論の根底にある着想が受け容れられやすかったのであろう。

3 以上のように、「意思表示の解釈」それ自体が多分に評価的な判断作用を含み得ることからすれば、「確定的な意思」の認定を重視するか、あるいは、「当事者間で履行の義務を発生させるにふさわしい時期はいつか」を正面から採り上げるかは、見かけほどに大きな違いを生じないと考えられる。「表示された意思」の認定をもって十分だとするのであれば、上記二点をどのように解しても、確定性の認定は、「意思」の探究とは隔絶した様々な不明瞭さを抱えつつ行われることにならざるを得ないからである。それゆえ、わが国において、契約締結過程の行為が契約内容へと取

---

山本矩夫ほか編『民事判例実務研究 第4巻』（判例タイムズ社、1985年）223頁、一宮なほみ「売買契約の成否」塩崎勤編『裁判実務大系 第11巻』（青林書院、1987年）357頁、福田皓一・真鍋秀永「売買契約の成立時期」澤野順彦編『現代裁判法体系2』（新日本法規、1998年）16頁、司法研修所編『民事訴訟における事実認定』（法曹会、2007年）〔以下、司研『民事訴訟における事実認定』として引用する〕244頁以下等を参照。

り込まれる際の判断枠組を明らかにするためには、結局、意思表示の解釈をめぐる議論に考察を加える必要がある。

## 第二款 意思表示の解釈

### 緒言

意思表示の解釈は、厳密に言えば、次の二つの論理的段階を経て行われる。すなわち、まず、解釈をなす前提として、何が「表示行為」として解釈の対象となるかが確定される。次いで、当該表示行為が解釈されることになる。以下では、この論理的順序に即して、解釈対象の選定にあたっていかなる考慮がはたらくか、また、意思表示の解釈を遂行するにあたっていかなる「規範的」衡量がなされるかという問題を順次整理し〔第二項〕<sup>(31)</sup>、最後に、小括として、本論文の観点からの整理を加えてみたい。ただ、これに先立ち、学説・判例を主導し、その後の議論において克服の対象とされた我妻説を分析し〔第一項〕<sup>(32)</sup>、それとの対比において近時の議論状況を明らかにしていくという手順を採ることとする。近時の学説の基調は、我妻説を批判するなかで生じてきたものと解されるからである。

---

(31) 学説に対する一般的な考察は、野村豊弘「意思表示の解釈」星野英一ほか編『民法講座(1) 民法総則』（有斐閣、1984年）〔以下、野村「意思表示の解釈」として引用する〕291頁、山本敬三「補充的契約解釈(5)」論叢120巻3号1頁（1986年）〔以下、山本「補充的契約解釈(5)」として引用する〕3頁以下、および沖野眞巳「契約の解釈に関する一考察(2)」法協109巻4号（1992年）〔以下、沖野「一考察(2)」として引用する〕6頁以下の研究に譲る。

(32) 博士の基本構想は、我妻榮「ゲンツの『裁判官の解釈的作用』」『民法研究Ⅰ 私法一般』（再版、有斐閣、1970年）51頁に示されているが（以下、「ゲンツ」と略称する）、ここでは、解釈論として簡明にまとめられた議論として、同『民法総則』（岩波書店、1930年）〔以下、我妻『総則』として引用する〕、同『民法案内（初版）』（日本評論新社、1960年）〔以下、我妻『案内』として引用する〕、同『新訂民法総則』（岩波書店、1965年）〔以下、我妻『新訂総則』として引用する〕を主に参照する。

## 第一項 伝統的見解

### 第一 我妻説の概観

「法律行為の解釈は事実確定の問題ではなく、裁判官が合理的な一般人を標準として当該事実を判断するものである」(「ダントツ」54頁。傍点原著者)というのが、我妻博士の議論の基調である。ただ、以下では、こうした基本観それ自体は扱わず、博士のいう「実際の立場」、つまり、「裁判の結果に重大な影響をおよぼす」点(「ダントツ」53頁)に対象を限って検討を行うことにしたい。

1 我妻博士は、法律行為の解釈を、「当事者がその法律行為によって発生させようとした効果」を確定すること、つまり、「法律行為の目的の確定」として捉える(『新訂総則』248頁)。そのうえで、我妻説は、これをもっぱら「契約の解釈」の問題とみて、これと独立に「意思表示の解釈」なる問題を立てない。すなわち、博士は、「意思表示が、その本体的な効果を生ずるのは、法律行為を構成した上でのことだから、とくに意思表示の解釈として考えずに、法律行為の解釈として考えれば十分である」(『新訂総則』249頁)、あるいは、いっそう明瞭に、「例へば或契約の内容(目的)が争はるるといのは、普通にはその契約を組成する申込又は承諾という個々の意思表示の内容が問題となるのではなく、両意思表示の内容中の合致した部分・即ち契約内容となった部分が問題となるのであるから、普通、意思表示の解釈といはず法律行為の解釈として論ぜらる。但し両解釈に於てその標準が異なるのではない」(『総則』371-372頁)とするのである。<sup>(33)</sup>

2 以上を前提にして、それでは、「法律行為の解釈」はどのように行われるのか。まず、本来的解釈をどのように位置づけるかを考察しよう。「ダントツ」においては、「*falsa demonstratio non nocet.*」の問題が採り上

---

(33) この叙述は、遅くとも1937年版の『民法総則』までには体系書からも姿を消し、その後は先述した『新訂総則』の叙述と同旨が説かれるようになっている(同版・280頁)。

<sup>(34)</sup> げられ、次のように論じられている。

グンツは、解釈の問題が生じるのを「法律行為の意味の争われる場合」に限定し、かつ、「当事者が法律行為の前あらかじめ、或いは行為の際、或いはまた行為の後一定の言葉を一定の意味に用いることの明瞭なる合意 (ausdrückliche Vereinbarung) をした場合」、「相手方が表意者の用いた意味を知っているとき」(傍点原著者) には、「特別の言語共同体」が成立しているとして、もはや裁判官の解釈の余地は存しないとする（「グンツ」70-71頁）。つまり、現在の学説によって、主観的な意思が合致している場合として扱われる諸局面は、グンツにおいては「解釈」以前の問題として整理されることになるのである。<sup>(35)</sup>

しかし、我妻博士はこうした見方を次のように批判する。すなわち、上記のような「明瞭なる合意」がある場合であっても、それに従うか否かは裁判官の「判断」の結果にほかならない。それゆえ、そのような意味での「解釈」が問題になることは、ここでも避けられない。また、合意が明瞭であるか、「特別の言語共同体」が成立するかを決するのも、理論的にはすべて裁判官による「解釈」の結果といわなければならない（「グンツ」76-77頁）。かくして、我妻説は、理論的には、当事者の意思に主観的な合致がある場合であっても、依然として「解釈」の問題は生じるとするのである。もっとも、我妻博士によれば、以上の議論は「実際の結果には何らの

---

(34) この法格言については、小林一俊「契約における合意と誤表—『誤表は害せず』について—」遠藤浩ほか編『現代契約法大系 第一巻』（有斐閣、1983年）286頁以下、鹿野菜穂子「契約の解釈における当事者の意思の探究—当事者の合致した意思—」九法56号（1988年）〔以下、鹿野「当事者の意思の探究」として引用する〕117頁以下に詳しい。

(35) グンツは、この法格言を言葉の意味に関する取決めの問題として把握しており、「主観的合致」というわけではない。しかし、表示の意味に関する合意が成立していたとみるか、表示に反する「真実の」合意が存在していたとみるかは、ある意味では言葉の問題にすぎないと思われる。磯村保「ドイツにおける法律行為解釈論について(1)」神戸27巻3号（1977年）299頁は、この点に存するグンツの「二元論」を批判する。

影響を及ぼさない」ものだとされる（「ダンツ」77頁）。そうであれば、以上のような複雑な理論構成によって統一的な「客観的解釈」説を維持する我妻説も、内実においては、「誤表は害さず」の準則を認めるに等しい結果を予定していたとみることができるだろう。

3 それでは、ここでの「解釈」とは何を意味するのか。我妻博士によれば、意思表示の解釈は、もっぱら表示行為の意味を明らかにすることとして捉えられる<sup>(36)</sup>（『新訂総則』249-250頁）。そして、その解釈にあたっては、当事者の目的、慣習、任意法規、誠実信義の原則が顧慮されるものとされ、かつ、「われわれの言語・挙動は、程度の差こそあれ、常にそのなされた際の当該の事情に即してのみ一定の意味を有する」ことから、「意思表示のなされた当該の事情」もこれらと並んで「表示行為を組成する要素」と位置づけられる（『新訂総則』250頁）。その反面、「内心的効果意思は、法律行為の効力の有無を左右することがあるだけで、法律行為の内容に影響を及ぼすことは、絶対にないといってよい」とされている<sup>(37)</sup>（同前）。

このように「表示行為」それ自体を広く解することは、我妻説の重要な特徴をなしているといえるが、それは直ちにダンツの所説に帰せられる特徴でもある。すなわち、まず、ここでの鍵概念たる「当該事情（Umstände des Falles）」は、「ダンツ」において、ダンツの分析に基づいて次のよ

(36) 我妻『新訂総則』（前掲注(32)）239頁は、「相手方に不慮の損失を蒙らせるおそれ」があること、および、「個人意思自治の観念を棄てて、意思表示は、個人間の生活関係を妥当に規律する規範を作るものだという理解をと」るべきことから、表示行為こそが意思表示の本体をなすとする。以上はその帰結である。

(37) なお、内田貴『民法Ⅰ 総則・物権総論』（東京大学出版会、第四版、2008年）270頁は、*falsa deomnstratio*...との関係で、我妻説における「内心の意思」の取扱いを次のように評する。「当事者の内心の意思を問題としてはならないと主張したのではなく、表示を伴わない内心の意思を考慮すべきではないと主張したのである。表示の意味を探究する際に、当事者がそれに与えた共通の意味を探るのは当然であり、その点ではいずれの立場〔文脈上は「意思主義」と「表示主義」を指すが、ここでの意思主義は、内容上は、本来的解釈の優先性を承認する見解を意味している〕も実質的な結論は異ならないと思われる」。

うに詳言されている。すなわち、「当該事情」の内包・外延を厳密に画することは不可能であるが、「その特徴を挙げれば——取引行為においては、(一)法律行為の問題となった一方当事者に知り得べき (erkennbar) もののみを観察すべきことと、また、(二)言葉でなされた意思表示においては法律行為締結の際 (beim Abschluss) に用いられた言葉のみならず当事者がその法律行為についてなせるその以前の行為 (die vorhergehende Verhandlung) およびその以後の表示 (die nachfolgende Äusserung) をも考察すべきこととの二つである」(「ダンツ」91頁)。そして、我妻博士によれば、「ダンツの方法論としてもっとも重要な点」は、任意法規ないし慣習から導かれる法律効果を含めて、あらゆる事情を「ただ『意思表示の意味』・『解釈の本質』から導き出すことである」(「ダンツ」147頁)。

それでは、我妻説が、このような意味における「意思表示」あるいは「表示行為」に着目する理由は、どのように説明されているのか。もちろん、取引の安全に対する配慮がその一つの理由をなすことは否定し得ないだろう(『新訂総則』285頁を参照)。しかし、ここで注目すべきは、我妻博士が、ダンツの理解をさらに積極的に推し進めて次のように論じることである。すなわち、ここで重要なのは、「意思表示」それ自体のもつ意味ではなく、「共同生活の理想」のもとに意思表示がもつべき意味である。それゆえ、意思表示が客観的意味をもつというダンツの主張も、「社会生活における法律行為において個人の意思は一個の因素をなすものと考え、一定の理想の下にこれに対して大小種々の地位を認め、時にその効果を全減せしめるべきもの」とまで展開されなければならない(「ダンツ」151-152頁)。かくして、『「意思表示の客観化」を、個人の意思によって実現しえない公正を実現するためのものと理解』することにこそ、我妻説の基調がある<sup>(38)</sup>と解されるのである。

(38) 山本「補充的契約解釈(5)」(前掲注(31))6頁。

## 第二 我妻説の分析

1 以上によれば、我妻説の特徴は次の各点に認められよう。①「意思表示」の解釈をもっぱら「法律行為」の解釈として論じた点、②法律行為の解釈を「表示行為の意味の確定」と定義し、当事者の主観的な態様は解釈に影響を及ぼさないとした点、③両当事者の主観が合致している場合であってもこの意味での「解釈」に服するとした点、④表示行為の意味を確定するためには、相手方の知り得べき一切の事情をその資料とすべきだとした点、そして、⑤法律行為の解釈の根底には、社会生活の理想に根差した法律関係の合理的規整という思想が存すると考えた点、である。これらの特徴を踏まえて、我妻説の意義を、フランス法における議論との関係、および、わが国におけるその後の議論との関係において整理しよう。

2 まず、フランス法との関係で注意すべきは、以上のすべての点において、我妻説の内容が、同じくダンツに示唆を得たサレイユの所説<sup>(39)</sup>と共通していることである。わけても、社会的有用性および社会正義に基づく衡量を「表示行為の解釈」として捉える着想は、ダンツ以上にサレイユに近いということさえできよう<sup>(40)</sup>。こうした「表示行為」概念を採用し、きわめて広汎な「諸般の事情」をその認定資料として用いるべきだとしたことは、サレイユの所説がまさにこれらの特徴のゆえにフランス法で支持を得なかったことを想起すれば、意義深いことといえよう。

もっとも、20世紀初頭のフランス法の諸特徴のすべてを我妻説のなかに認めることは、できない。両者の最大の差異は、意思表示という概念の理解の仕方にある。というのは、20世紀初頭のフランス法において、« déclaration de volonté » は、①「意思表示」という観念 (notion) それ自体、②表示主義理論 (théorie) の二つの意味において理解され、契約の解釈と

(39) 前章第一節第一款第一項第三 (本誌85巻4号 (2010年) 70頁以下)。

(40) サレイユは、ドイツ法学の考察にあたってダンツの所説を採用している。また、我妻説がサレイユへの接近を示すについては、牧野英一博士の所説 (前章・注 (64) 所掲の文献等を参照) の影響をも看過することができないものと思われる。

の関係ではもっぱら②のみが意識されたのに反し、わが国においては、①<sup>(41)</sup>のレベルでの意思表示を対象とする解釈も論じられていたからである。したがって、サレイユと同様に「契約の規整」に主たる関心を払っていた我妻説を対象としても、「意思表示」解釈論の考察を行うことはなお可能なのである。

3 それでは、我妻説は、その後の意思表示解釈論にどのような影響を与えたのか。いいかえれば、我妻説のいかなる点が「通説」の特徴をなすものと解されるのか。それには二つの側面があると思われる。

第一は、意思表示の解釈を「表示行為の意味の解明」とみることである。ただし、ここでの表示主義は、フランス法において問題とされた——そして、厳しい批判にさらされた——前記②のようなものを必ずしも意味せず、むしろ表示行為の外形の意味を解釈対象とするという意味において理解されるべきであろう。

第二は、「表示行為の意味」を明らかにすることをもって意思表示の解釈の任務とするというときに、そこにいわれる「表示行為」として、きわめて広汎な事情が想定されることである。もっとも、「当該事情」まで解釈対象とみる見解は、全体としてはむしろ少数に属するともいわれる<sup>(42)</sup>。しかし、解釈にあたっては法律行為を取り巻く諸事情をできる限り具体的に斟酌すべきであるとの提言自体は、広く受容されてきたといえよう。そして、こうした理解は、後述するように、従前の議論が解釈対象と解釈資料の区別<sup>(43)</sup>にあまり頓着してこなかったことに先鞭を付するものであったと推察される。

(41) 前章・注(79)および同対応本文を参照。

(42) 山本敬三「補充的契約解釈(5)」(前掲注(31))同27頁注(37)。たとえば、鳩山秀夫「表示ヲ論ズ」『民法研究 第一卷(総則)』(岩波書店、1925年)129-130頁は、人の行為以外の事実は、それが黙示の意思表示をなす場合を除けば、解釈資料となるにすぎないと明言している。つまり、人の行為以外の事実を解釈対象に取り込むという着想は採られていなかったといえることができる。

(43) この旨の指摘として、後述する滝沢昌彦教授による一連の論稿のほか、須藤悦

このような表示行為概念の理解に対しては、ドゥルーによるサレイユ<sup>(44)</sup>批判とまったく同様に、運用次第では「意思主義」に限りなく近い結論に達することも妨げられないとの指摘が妥当しよう。<sup>(45)</sup>たしかに、表示主義においては、斟酌される事情が相手方に認識可能なものに限られてはいるけれども、この点さえ緩やかに認めるならば、解釈対象はほとんど際限なく拡大することになりかねない。このようにみると、「取引の安全」に資するとされる「表示主義」は、実際の適用においては、かえって解釈の結果の予測可能性を減じる方向にさえ作用し得るという自己矛盾を孕んでいたと評せざるを得ないだろう。

4 以上が伝統的通説としての地歩を確かなものとした我妻説の概略である。しかし、我妻説は、解釈対象の選定という点でも、また、解釈方法という点でも、その後の学説による批判的評価に服している。以下では、解釈の論理的手順に即して、解釈対象の選定、解釈方法の各点につき、これに続く学説状況をみていくこととしたい。

## 第二項 伝統的見解への批判

### 第一 解釈対象

まず、我妻説が「表示行為」の内容をきわめて広範なものと把握したことに対して、以後の学説が示している態度をみていこう。特に注目されるのは、意思表示ないし契約に関する基本的理解に基づいて「書面」の意義が再考されていることである。以下に採り上げる各議論は、少なくとも明示的には相互の関係を意識することなく論じられているが、内容的には緊密に結びつくものをもっている。各主張相互の論理的関係を念頭に置きつ

---

安「契約内容の確定における契約書外の表示の効力について—イギリス法における Parol Evidence Rule とその例外を参考に—」創法34巻2号(2004年)〔以下、須藤「契約書外の表示の効力」として引用する〕31頁を参照。

(44) 前章第一節第一款第三項第二(本誌85巻4号(2010年)90頁)。

(45) 沖野「フランス法における契約の解釈」(前掲注(27))283頁が既に同旨の指摘を行っている。

つ、おおよその時系列に沿って、どのような問題提起がなされてきたかを考察しよう。

#### 一 解釈の出発点としての契約書

1 中田説<sup>(46)</sup> まず、中田裕康教授は、次のような問題意識に基づく議論を展開した。契約の解釈においては、まずは両当事者の意思がどこまで合致していたかを探究すべきであるとの見解が主流をなしているが〔次項第二〕、この見解に立つときには、「内心の意思の探究とは別に、表示をどうするのか」という問題が生じる。このように「表示」を問題にすることには、①「契約書のもつ現実的機能の重要性」と、②そこに契約の改定との接点が存するという二点にかんがみて、重要な意味がある。後者の点は後に考察するとして、ここでは、前者に関する議論を確認していこう。

中田教授の論旨はこうである。①「両当事者の内心の意思の合致がある場合は、それが表示の客観的意味とは異なっても、なおその効力を認める」というとき、および、②「ある表示について両当事者の内心の意思の合致がない場合において、正当性ないし帰責性の判断によっていずれかの当事者の付与した意味による契約が成立する」と解するときには、契約書面の明確な文言があるにもかかわらず、裁判所がこれを無視することになる。ここで中田教授は、「表示の側から考えるという視点」に立って、二つの事態は「表示からの逸脱」が問題となるという意味で共通していると論じるのである。<sup>(47)</sup>

以上の議論のもつ意味は、契約書における「表示」を意思表示解釈の出発点とみたくえて、内心の意思の探究によってその意味を確定する作業を「表示からの逸脱」という統一的な視点で捉えたところにある。この指摘は、意思表示の解釈が、理論的には内心の意思の探究を先行させるのに反

---

(46) 中田裕康「裁判所による契約書の訂正」同『継続的取引の研究』（有斐閣、2000年）〔以下、中田「契約書の訂正」として引用する〕458頁。

(47) 中田「契約書の訂正」（前掲注(46)）473-474頁。

し、実際の思考過程においては表示を出発点とするということ、「契約書のもつ現実的機能」という観点から指摘したものと評し得よう。

けれども、さらに進んで問題になるのは、契約書における記載は、「表示」という観点からしか扱われ得ないものか、ということである。契約書における表示が実務的に最重要の意味をもつことに疑いはないが、<sup>(48)</sup>我妻説のように、契約書のいわば外側にある諸般の事情を取り込んだうえでの「表示行為」というものを理論的には想定し得るとすれば、「契約書」こそが表示だとする中田教授の議論は、表示行為の中に一定の序列を設け、その中で契約書を特に重視するという前提に立っているとみるべきことになろう。

それでは、他の事情に比較して契約書が特に重要な意味をもつとすれば、それはなぜなのか。契約書面に重要性が認められるべきであるとの認識を共有し、かつ、それに基礎を与えようとする現在の学説のなかには、二つの方向性を見出すことができる。すなわち、①書面が確定的な意思を推定するという方向（2、3）、および、②書面化することそれ自体がある種の法的効力をもつとする方向（4）である。

2 沖野説・大村説 (1) 沖野眞己教授は、「当事者の意思」の名の下に裁判官によって裁量的判断が行われ、その結果、当事者による規範設定がないがしろにされる可能性があるとして、契約の解釈における意思尊重は、裁判官との関係においても意識されなければならない旨をつとに説いて<sup>(49)</sup>いた。この着想を推し進め、沖野教授は、中田教授の前記論稿と同時

---

(48) 処分証書が作成されている場合において、その証書の成立が認められるときは、特段の事情がない限りその記載どおりの事実を認定しなければならず（最判昭和45年11月26日集民101号565頁）、また、書証の体裁・記載内容からみて特段の事情がない限りその記載どおりの事実を認定すべき場合において、これを排斥するためには、特にその理由を示さなければならない（最判昭和32年10月31日民集11巻10号1779頁）。書証の実務的な重要性については、司研『民事訴訟における事実認定』（前掲注(30)）25頁以下をも参照。

(49) 特に明瞭には、沖野眞己「フランス法における契約の解釈」（前掲注(27)）283

期に、「例文解釈」を直接の素材として、「当事者が合意を書面化している以上まず書面に現れているところを出発点」とすべきだとの主張を展開している。<sup>(50)</sup> その論旨はこうである。裁判における「意思の探究」は、契約締結時の状況、契約目的、条項の内容の合理性といった広範な事情を顧慮して「規範的」に行われるのが常である。<sup>(51)</sup> ここにはまさに、意思という口実のもとに裁判官による規範創造が横行する危険が存する。それゆえ、「契約当事者が合意内容を書面化した場合、当事者が書面化したというその事実によって、当該書面はまさに当事者の合意を表すものと推測され、当該書面中の字義の明瞭な条項は、字義において当事者の合意内容を表現する<sup>(52)</sup>」と考え、裁判官の恣意の介入する余地をできる限り狭めるべきである。

(2) 以上と内容上の連続性を有する議論は、その後、大村敦志教授によっても展開されている。<sup>(53)</sup> 大村教授は、口頭の合意による契約の成立と、書面による合意による契約の成立を区別するという見地から、後者について次のように説く。すなわち、行為を示す書面が存するときには、契約書面が真正に成立したことが証明されたならば、反対の証明がない限り、その内容は、各個の当事者の意思表示およびその合致を表象するものと推定される。以上のように解することは、内心の意思の合致が先行するという今日の主流的見解（次述）と矛盾するようにもみえるが、「契約書が存在する場合には、それこそがそれぞれの当事者の真意を表しているとまずは考えるべき」である。したがって、書面による合意がなされた場合には、

---

頁を参照。

(50) 沖野眞己「いわゆる例文解釈について」星野英一先生古稀記念『日本民法学の形成と課題 上』（有斐閣、1996年）603頁（引用は同・648-649頁注(40)）。

(51) 例文解釈との関係では、同・634-636頁を参照。

(52) 同・647頁。

(53) 大村敦志「合意の構造化に向けて」同『生活民法研究 I 契約法から消費者法へ』（東京大学出版会、1999年）〔初出：別冊 NBL 51号『債権法改正の課題と方向』（1998年）〕92頁。

「合意の探究は、書面通りの100%の合意の存在を仮定して、そこから引き算的に行われることになる<sup>(54)</sup>」。

(3) 両教授の議論、とりわけ沖野教授のそれには、「表示行為」と捉え得る諸々の事実のなかでも特に契約書面を重視すべきであるとの視点が明確に打ち出されていたといえよう。そして、両教授は、かかる序列づけを、「契約書面は当事者の真意（の合致）を表している」と推定される」という理由によって正当化していた。

ところで、以上のようにみとときにさらに問題になるのは、なぜ契約書面が当事者の真意を推定すると解することができるのかであろう。この点に対する答えを示唆するものとして、ここで香川崇准教授の議論を採り上げて考察する。

**3 香川説** 香川准教授は、フランス法における書証優先主義およびこれを承継するボワソナード草案に示唆を得た考察において、契約書においてなされた表示こそが確定的な意思を表明したものだ<sup>(55)</sup>と解することができるとの見解を示した。

香川論文は、不動産売買契約においては契約書面の作成が取引慣行となっているとして「契約書の作成時期」と契約の成立時期とを結びつける議論が、諾成主義との関係でどのように評価されるべきかを考察する。その骨格をなす認識は、①フランス法において同意の「確定性」が諾成契約の構成要素として把握されていること（香川・166-169頁）、②ボワソナード（草案）において、売買契約の構成要素として「最終的な同意」が必要と

---

(54) これは、口頭の合意の場合に「合意の探究はいわばゼロから出発して、足し算的に行われる」（同・116頁）とされることとの対比として述べられたものである。それゆえ、ここでの「引き算」は、いわば契約書の正確性および完全性が減じられるという事態を意味しており、契約書に記載されている事項に関する合意を否定する場合に限らず、契約書に記載されていない合意を認める場合にも行われると考えられる。その意味で、この着想は、中田「契約書の訂正」（前掲注(46)）のいう「契約書からの逸脱」（後述）にも相通するものとみられる。

(55) 香川「諾成契約」（注(5)）135頁。

されていたこと（香川・154-156頁）、そして、③同草案において、証拠法上の方式強制における二通の証書作成がこの最終的同意を意味するものと解されていたこと（香川・156-160頁）、である。そのうえで、香川説においては、①と②は同一概念であり（香川・197頁<sup>(56)</sup>）、また、③と契約書作成という不動産取引慣行とは類似の状況として位置づけられ得ると推論され、そこから、前記不動産取引慣行は、意思表示の「確定性」の要請を具体化したものであるとの結論が導かれている（香川・198頁<sup>(57)</sup>）。

以上の議論は、まず、同意（申込み・承諾の意思表示）には確定性を要するとの理解を示した点で重要な意味をもつ。こうした認識が契約成立プロセスを詳細に分析する諸研究によって既に意識化されていたことは前款にみたとおりであるが、この旨が明言された意義は大きいといえよう。しかし、本論文にとってより重要であるのは、証拠法上の方式強制が、単に立証において意味をもつにとどまらず、契約の成立それ自体との関係で重要な意味をもち得ると指摘される点である。かかる考え方によれば、なぜ契約書面が当事者の真意を推定すると解することができるのかという先述の問題に対しては、契約書面が当事者の真意を推定するのは、契約書というかたちを採って<sup>(59)</sup> 確定的な意思が表示されているからだ、と答えることができるだろう。

(56) ただし、ボワソナードがこの概念を意識していなかったことは、次節第二款第一項にて指摘するとおりである。

(57) そして、これらの推論を補強するのが、フランス法における書証優先主義と諾成契約との関係をめぐる議論である（香川「諾成契約」（注(5)）176-186頁）。

(58) この点は、中田裕康「契約締結の交渉から成立まで」（前掲注(23)）5-6頁、横山美夏「不動産売買のプロセス」（前掲注(12)）91頁においても支持されている。

(59) フランス法における書証優先主義が意思主義を支えるという着想は、その後、今村与一「意思主義と書証主義」日仏23号（2004年）142頁によっても展開されている。今村教授は、書証主義が意思主義との関係でもつ機能を、①「契約締結に臨む当事者の姿勢を正し、かつ慎重にさせる」機能、②「正確な情報を提供する機能」、③「契約書の作成過程においてその第三者の助言を引き出す機能」、④「契約内容を標準化する機能」、⑤「合意をみた契約内容の確認機能」、そして、⑥「不動産公示の真実性を確保する機能」に分かって考察し（同162頁以下）、それぞれの機

4 滝沢説 さて、以上の諸見解とは区別されるべき第二の方向性として、ドイツ法学説の分析に示唆を得て、契約書そのものの有する「確定効」を問題とする滝沢昌彦教授の見解が注目される。この観念を提唱した諸論稿において展開されたのは、次のような議論である。

日本法を前提として考えると、要式行為でない限り、書面も口頭の会話も表示価値に違いはないはずであるから、真正に成立した契約書面であってもその内容が口頭の合意によって変更されている可能性は常に否定し得ない。それにもかかわらず、滝沢教授は、次の二つの理由から、あくまで契約書の内容こそが優先的な意味をもつと主張する。すなわち、第一に、契約書というかたちで合意がなされた以上、先行する合意がこれと矛盾する場合には、その内容は契約書によって変更されたと解すべきである（後法は前法を廃する）。第二に、「証書には、当事者間の権利や義務の根拠となるべき法律行為が全体として含まれている」という推定がはたらくと解すべきである<sup>(61)</sup>（完全性の推定）。

それでは、契約書のこうした優先性はどのように基礎づけられるか。滝沢教授は次のようにいう。契約書の優先性は、これに先立つ合意の存在を失念していたような場合であっても認められる。それゆえ、これを後の合意による前の合意の解消として、つまり、「当事者の意思」の効果として説明することは難しい。以上の理解に沿って、滝沢教授はさらに次のよう

---

能において、日本法では、フランス法の意味主義が書証主義によって支えられていたことが看過されがちだったと指摘する（同168頁）。特に①の点において、書面・表示・確定的な意思の統一的な把握が行われているということができただろう。なお、証書の機能一般については、谷口知平・小野秀誠「契約の方式」谷口ほか編『新版注釈民法(13) 債権(4)〔補訂版〕』（有斐閣、2006年）400頁以下を参照。

(60) 滝沢『研究』（前掲注(4)）240-245頁。

(61) 滝沢『研究』（前掲注(4)）222頁。さらに、後の論稿において、滝沢教授は、以上の効力を、単なる事実上の推定としてではなく、一定の実体法的意義をもつものとして把握する方向性を探究している（同「証書による法律行為の証明—ドイツ法における完全性の推定について—」下森定先生傘寿記念論文集『債権法の近未来像』（酒井書店、2010年）33頁、特に48頁）。

な分析を示す。すなわち、契約書の優先性は、「相手方保護のために外部に現れた意思のみを問題にすべきであるという『表示主義』とは異なるレベルでの取引の安全を考えているものであり、一種の『書面主義』<sup>(62)</sup>だといえる。これを詳言すると、「表示主義者の言う『表示』とは最終段階で作成される契約書面のことであろうから、これに効力を認めることは、つまり、最終的な内容を確定する為だったように思われる。『内心の意思は表示されない限り相手方にはわからないのだから相手方を保護すべきである』<sup>(62)</sup>というのは理屈であり、表示主義の実際の機能は右のような点にあったのではなかろうか。そして、これは必ずしも意思主義とも対立しない。伝統的な意思理論においても『表示意思』が要件とされているのは——内心の意思は常に変化するのだから——右のような『最終性・確定性』を与える為であらう。つまり、この最終性・確定性は、意思や表示とはまた異なったレベルの問題として把握され考察されなければならないのである」。

## 二 考 察

1 以上のとおり、近時の学説には、実務的・理論的な理由から解釈対象として契約書を重視する傾向がみられた。とりわけ、契約書の重視を「合意の尊重」という観念によって基礎づける見解がみられたことは、「書

---

(62) これに続く考察は、滝沢昌彦「口頭証拠法則をめぐって—意思表示の成立の問題に寄せて—」一法3巻1号(2004年)〔以下、滝沢「口頭証拠」として引用する〕53頁において次のように展開されている(同様の関心から展開される議論として、須藤「契約書外の表示の効力」(前掲注(43))45頁以下をも参照)。契約締結過程の表示が「売主に認識できたとしても、それが常に契約内容となるわけではあるまいと筆者は疑問に感じているが(錯誤無効の主張は許してよい)、口頭証拠法則によれば、これを簡単に説明できる」。これによると、契約内容になる表示は、書面に基づいて立証されなければならないからである(53-56頁)。この構想を徹底すれば、書面による表示のみを表示行為(つまり解釈対象)とし、口頭の表示は解釈の際に斟酌される「諸般の事情」だとすることが考えられる。とはいえ、日本法にはそうした証拠制限はない。そこで、滝沢教授は、口頭証拠法則の分析から得られる「理論的示唆」を、口頭の発言と書面による表示とでは「意思の強さ」が異なるとの説明によって基礎づけている(同81-82頁)。

面」と「意思」、あるいは「表示」と「意思」という、「要式性からの解放」や「取引の安全の尊重」といった発展図式に照らしてみる限りでは背馳する二つの契機が、実のところ同じ根拠をもち得ることを指摘したものとして、この間の議論の一進境とってよいだろう。そして、このような理解は、細部にニュアンスを残しつつも次第に承認されつつあるようにみえる。

ところで、契約書が意思表示解釈の出発点とされるべきであると主張される根拠には、①意思表示の確定性との繋留を図るもの(2、3)、②当事者によって作成された「書面が存在する」という事実それ自体に注目するもの(4)の二つがみられた。しかし、②の見解も、「確定効」が生じる根拠を突き詰めれば、結局は当事者の「確定的意思」に収れんされざるを得ないように思われる。その理由は二つある。第一に、少なくとも日本法を前提とする限り、契約が拘束力が生じる根拠は、契約書それ自体ではなく、それが表象するところの意思なのだから、契約書のもつ「確定効」の終局的な根拠も意思に求めざるを得ないと考えられる<sup>(63)</sup>。第二に、より実質的な理由として、契約書の「確定効」の程度は、取引の態様(約款取引であるか否か等)<sup>(64)</sup>、契約条項の対象(主たる給付か、付随的な給付か等)、あ

(63) 実際、滝沢「口頭証拠」(前掲注(62)) 81-82頁も、「意思の強さ」という説明を用いている。

(64) 滝沢説との関係では、ほかならぬドイツ法において、「個別の契約取決めは、普通取引約款に優先する」という準則(旧約款規制法4条、現民法305b条)が規定され(その内容および参照されるべき文献につき、後掲注(123)をも参照)、「後法が前法を廃しない」場合が認められていることを看過すべきではなからう。この準則の根拠をいかに把握するか、さらに進んで、性質保証等との関係で個別的取決めの認定がどのように行われるかは興味深い問題だと思われるが(問題の所在は、山本豊『不当条項規制と自己責任・契約正義』(有斐閣、1997年) 38頁注(84)等において既に指摘されている)、いまこれに立ち入る余裕はない。ただ、この準則と契約書のもつある種の推定効との関係が、L. RAISER, *Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hamburg, 1935, S. 231-234においても既に意識されており、そこで次のように述べられていることに付言しておきたい。すなわち、この準則の基本観は、「約款の参照は、疑わしいときは、『別段の合意がなされていない限り』と

るいは当事者の関係（商人間か、事業者・消費者間か等）といった事情に応じて異なってよいものと思われる。こうした差異を合理的に説明するためにも、「契約書」という形式それ自体ではなく、「当事者の意思」という実体的な根拠を掲げる必要が生じよう。

2 かくして、解釈対象として契約書を重視する議論は、次のような考えに立っているとまとめるべきであろう。すなわち、契約の当事者は、最終的・確定的な意思を表明するために書面を作成する。それゆえ、書面に表示された合意は、真意を表明したものであると推定される。よって、意思表示および契約を解釈するにあたっては、まずは契約書から出発しなければならない。

もっとも、こうした見方に立つとしても、「意思」と「表示」との食い違いが認められる場合に「契約書から逸脱」することが妨げられるわけではないことは、当然である。それでは、いかなる場合にこの「逸脱」が認められることになるのか。その具体的規律は、結局、意思表示の解釈方法に従って決せられるといわなければならない。

## 第二 解釈方法への批判——規範的解釈の機軸

### 一 本来的解釈の優先性

#### 1 本来的解釈の優先性の承認 意思表示解釈理論の変遷に関する一

---

の留保を含むものと解釈されるべきである」というものである。そして、この「別段の合意」は、口頭においてなされた取決めであっても差し支えない。ところで、契約書はそれ自体として完全性および正確性の推定を含んでいるとするのが確立した判例である（Vgl. Staudinger Kommentar/ E. RIEZLER, 9 Aufl., 1925, § 125, Anm. I 5 b, S. 521）。しかし、このことは、個別的取決めの立証を困難にはするが、たとえ口頭においてなされたものであれ、個別的取決めによって約款内容を変更すること自体を妨げるものではない。——ライザーに倣って以上のようにいえるのであれば、少なくとも約款取引のような局面を念頭に置く限り、滝沢教授の主張する契約書の「確定効」を無制限に貫徹することはできないものと思われる。

また、滝沢教授は、「確定効」の実例として商事確認書（これについては、甲斐好文「沈黙による契約成立—ドイツの理論をめぐって—」九法66号（1993年）1頁の考察がある）、完結条項等を指摘するが（同242頁、246頁注63）、これらは主に商取引を念頭に置いたものであり、その射程は限られているといえよう。

般的な理解は、我妻博士の前記主張を受けて「表示主義」理論が通説化した  
 が、その後、これに対して種々の疑問が提出されるようになった——そ  
 して、いまやこの批判説が新たに通説となった——というものだろう。そ  
 の経緯については既に十分な分析がなされているが、<sup>(65)</sup>以下では、本論文の  
 目的に即して、なお若干の整理を行ってみたい。

統一的な表示主義理論を採用する先の我妻説に対して向けられた批判  
 は、①「意味の発見」と「意味の持込み」とが区別されるべきであるとい  
 うもの、および、②一定の場合には真意が優先的に考慮されるべきである  
 というもの、の二つに大別することができる。<sup>(66)</sup>これらはいずれも理由ある  
 ものとして受け容れられ、②の批判の結果、本来の解釈が先行するという  
 共通認識が成立した。すなわち、両当事者の合致した意思の探求が契約解  
 釈において第一次的に要請され (*falsa demonstratio...*の承認)、こうした作  
 業によって意思表示の合致を認め得ない場合にのみ、規範的解釈の問題が  
 生じるとされる。<sup>(67)</sup>

この旨の主張を最初に展開したのは、教材や判例評釈において相次いで  
 この問題を扱われた星野英一教授の所説であった。<sup>(68)</sup>その後、内池慶四郎教

(65) 特に、野村豊弘「意思表示の解釈」(前掲注(31)) 291頁、沖野「一考察(2)」  
 (前掲注(31)) 20頁以下を参照。

(66) 穂積忠夫「法律行為の『解釈』の構造と機能(1)、(2)」法協77巻6号1頁、78巻  
 1号27頁(1961年)。

(67) 吉田邦彦『契約法・医事法の関係的展開』(有斐閣、2003年) 116-118頁。

(68) 問題状況につき、簡潔には、磯村保「法律行為の解釈方法」加藤一郎・米倉明  
 編『民法の争点 I』(有斐閣、1985年)〔以下、磯村「解釈方法」として引用する〕  
 30頁、滝沢昌彦「法律行為の解釈」内田貴・大村敦志編『民法の争点』(有斐閣、  
 2007年) 61頁を参照。

(69) 星野英一「契約の成立」谷口知平ほか編『民法例題解説 II』(有斐閣、1959  
 年) 111頁が、「工場用家屋その他設備一切」なる契約条件に特許権が含まれるか否  
 か(買主は含まれていると考えていた)の解釈が問題になっている事案を採り上げ  
 て、両当事者の認識が一致する場合に「契約の目的に特許権が含まれることには問  
 題がない」とする点に、既に萌芽がみられる。この点がより明白に示されたのは、  
 同「判批」法協80巻3号(1963年) 420頁が次のように論ずる箇所である。すなわ

授らによって展開されたこの見解は、学説においてほぼ一致して承認され、この方向性で考察を精緻化するのが議論の主流となっている。<sup>(70)</sup><sup>(71)</sup>現在の

ち、「契約においては、真意の合致が証明される限り、表示を問題にする必要はない。真意の合致が証明されないとき、始めて表示の合致が問題となり、表示の客観的意義に適合する真意を有しなかった当事者の不利に解決される（錯誤の認められる場合を別として）のである。従来、表示主義を安易に理解しすぎた感がある」。これが、同「民法—第十一講—」自セ5巻2号（1966年）〔以下、星野「民法—第十一講—」として引用する。その後、同『民法概論I 序論・総則（改訂版）』（良書普及会、1983年）〕10頁に引き継がれることとなる。

(70) 内池慶四郎「無意識的不合意と錯誤との関係について—意思表示解釈の原理をめぐり—」法研38巻1号（1965年）218頁。内池教授は、契約の本質を「相互の表現行為により生ずべき当事者間の意識若くは自覚の相互作用」に認める立場から、「主観的合致」を契約成立の要件とする。内池教授によれば、「表示それ自体に唯一あるいは客観的な意味があるわけではなく、表示は当事者の了解を以て唯一の目的とする手段でしかない」。したがって、多義性のある表示がなされた場合であっても、「表示者の真意——意欲した内容——が当該表示に表現されている限りは、表示全体の効力は、この一致した意思と表示とにより支えられている」から、表示の客観的な意味を問題にする余地はないとされる。

(71) まず、実務的な視点をも織り交ぜているという点で貴重な問題提起である賀集唱「契約の成否・解釈と証書の証明力」民商60巻2号（1969年）〔以下、賀集「契約の成否・解釈」として引用する〕3頁が現れる。賀集裁判官は、意思表示の解釈を行う際には、それがなされた証書が処分証書であるか否かの判断が必要となること、および、処分証書か否かを決するには当事者が当該証書を作成した経緯を認定しなければならないことを出発点とする（同・14-17頁）。そして、そこから、証書に表明されている思想内容の意味の確定が問題となる場合にはこの理が常に妥当するとして、意思表示の解釈が問題となる場合にも、まずは当事者において意思表示をなすに至った経緯を、その真意に即して確定しなければならないと説く（同前および21-24頁）。賀集裁判官によれば、これは証書の証明力の評価に関わる問題であるから、「事実認定としての解釈」に属するとされる（同・32頁注⑨および同対応本文）。

続いて、石田穰『法解釈学の方法』（青林書院新社、1976年）〔以下、石田穰『法解釈学の方法』として引用する〕139頁が同旨を展開し、さらに、原島重義「契約の拘束力—とくに約款を手がかりに—」法セ345号（1983年）〔以下、原島「契約の拘束力」として引用する〕32頁、須田晟雄「意思表示の解釈と錯誤の関係について（1）、（2）」北研19巻1号（1983年）1頁、同3号（1984年）27頁〔以下、それぞれ須田「意思表示の解釈（1）・（2）」として引用する〕などがこれに賛意を表した。

議論状況は、このように、本来的解釈の優先性を承認する方向ではほぼ一致をみているといつてよいだろう。<sup>(72)</sup>

2 規範的解釈との相違 本来的解釈と規範的解釈とを区別し、その間に適用上の優劣が存するとすることは、両者の間にある種の異質性を認めることを意味しよう。それでは、両者の相違はいかなる意義をもつか。従前の議論状況にかんがみると、この点については次の三つの事柄を指摘することができる。

第一に、理論上の問題。本来的解釈の優先性を支えるのは、「真意」を尊重する本来的解釈こそが私的自治の原則の帰結であるという考えである。<sup>(73)</sup>したがって、本来的解釈の優先性は、私的自治の原則を承認するこ

(72) ただし、滝沢昌彦「表示の意味の帰責について—意思表示の解釈方法に関する一考察—」一法19巻(1989年)〔以下、滝沢「表示の意味の帰責」として引用する〕304-308頁の異論がある。後述のとおり、滝沢説は、意思表示の解釈にあたっては「相手方が理解したであろうと認識し得べき」意味の妥当のみが問題とされるのであって、「し得べき」との規範的評価を基礎づける事情がない以上、実際に相手方の理解していた意味を認識していたかは問わない——したがって、相手方の理解を偶然に知ったような場合、当該理解は顧慮されない (*falsa demonstratio...*の否定)——とする。これは、いわば、意思表示の解釈を規範的解釈に一元化することを目指したものといえよう。

(73) この旨を特に強調する議論として、中松櫻子「契約法の再構成についての覚書」判タ341号(1978年)29頁以下および石田稔「意思主義と表示主義」法学協会百周年記念論文集 第三巻(有斐閣、1983年)493頁。ドイツ法においては、意思表示の本質は、当事者の意思に基づく法的規律設定の手段であるという理解を出発点として、意思表示の結果は、まずもって当事者意思によって基礎づけられなければならないとの理解が窺われる。実際、主観的な合致の存するときこれと異なる客観的意味を妥当させることは正当化され得ず (*falsa demonstratio...*の承認: W. FLUME, *Allgemeiner Teil des BGB, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft*, 4 Aufl., Springer, 1992, § 16, S. 303 f.; LARENZ/ WOLF, *op. cit.* [note 26], § 28, Rn. 30, S. 517; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 9., neu bearbeitete Aufl., C. F. Müller, 2006, Rn. 327, S. 127 f. 詳細につき、鹿野「当事者の意思の探究」(前掲注(34))117頁以下を参照)、また、「自然的合意 (*naturalische Konsens*)」があるときには受領者地平からの解釈は問題にならないと説かれる (E. A. KRAMER, *Grundfragen des vertraglichen Einigung*, 1972, S. 175 ff.; S. LORENZ, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, C. H. Beck, 1997, S. 237)。

とからの自然な帰結だと解される。

第二に、実務上の問題。事実認定との関係につき、真意の確定は理論的には「事実認定」であると明言するものが多い。また、明言しないまでも、<sup>(74)</sup>経験則の適用等、事実認定とほとんど同じ内容の判断がなされることはしばしば指摘される。この考えによれば、本来的解釈は、ある種の「評価」である規範的解釈とは区別して把握されるべきことになろう。もっとも、事実認定それ自体が一定の評価的側面を含んでいることは否定し難く、また、日本法においては証拠法上の自由心証主義が貫徹されていることをも考え併せれば、この点の差異は、現実には相対的なものにすぎないとも考えられる。<sup>(75)</sup>

第三に、体系上の問題。本来的解釈の優先性を認めると、規範的解釈——いずれかの当事者の真意とは異なった意味の確定——が問題になる場合には、理論的には、各当事者の内心の意思、および、両者の間に齟齬があることが明らかにされていることになる。したがって、規範的解釈においては、いずれの当事者に真意とは異なった拘束を生じるリスクを負担さ

(74) 賀集裁判官のほか、東孝行「契約の解釈」遠藤浩ほか監修『現代契約法大系(2) (有斐閣、1984年) 64頁以下、伊藤滋夫『事実認定の基礎 裁判官による事実判断の構造』(有斐閣、1996年) 13-14頁。経験則の適用が問題になることを指摘するものとして、本間義信「訴訟における経験則の機能」竹下守夫ほか編『講座民事訴訟⑤ 証拠』(弘文堂、1983年) 71頁以下、後藤勇『民事訴訟における経験則—その実証的研究—』(判例タイムズ社、1990年) 11頁以下。

(75) 伊藤・前掲書(注(74)) 13頁は、「契約の解釈とか正当事由の判断というのは、これは一つの法的評価ですが、しかし純粋な法的評価ともいえないのですね。やはり事実とからみ合った法的評価であり判断であって」との裁判官の発言を、「事実認定の問題ではないものをも含めて、一種の事実認定の問題であると述べている」と評し、「実務で事実認定の問題として扱われているものの中には、このような意味で問題のあるものも含まれている可能性もある」とする。とはいえ、伊藤教授も、「当事者の合理的意思の解釈」が「事実認定の問題かそうでないのか微妙」としている(同13-14頁)。さらに、滝沢「表示の意味の帰責」(前掲書(72)) 292-293頁注(2)および同対応本文は、虚偽表示の事案につき、意思表示解釈・有効性判断・事実認定の三とおりの解決が可能であると分析する。

せるか、いいかえれば、いずれの当事者に錯誤を主張するリスクを負わせるかという問題が必然的に惹起され、これが実質的な争点として検討されることになる。<sup>(76)</sup> そうである以上、両解釈の間では、実質論のレベルで顧慮すべき事柄にも大きな差異があるといえよう。

3 本来的解釈と規範的解釈との間に存する以上のような区別を念頭に置きつつ、以下では、規範的解釈に関する機制を考察していこう。

## 二 規範的解釈の判断枠組

我妻説に対する批判が一般化した後には、規範的解釈と本来的解釈との区別を前提として、規範的解釈の具体的内容が学説上の争点となった。以下では、その間の代表的な学説をみていくことにしよう。一般的には、**1** は表示のもつ客観的な意味を、**2** ないし **4** は当事者のいずれか一方が理解した意味を、<sup>(77)</sup> **5** は、当事者が正当に認識し得た意味を妥当させるものとして、それぞれ整理されている。<sup>(78)</sup>

1 星野説 表示の客観的意味を優先する星野教授は、その理由を次

(76) 賀集唱「判批」リマークス1991〈下〉(1992年)13頁がこの旨を示唆する。また、武川幸嗣「契約形成論」北居功ほか編『コンピネーションで考える民法』(商事法務、2008年)14頁には、契約の成立・不成立と錯誤無効との関係につき、「契約解釈における規範的評価を重視するほどに、錯誤との区分が微妙になる」との指摘がある。

(77) 以下に採り上げるほか、米倉明「法律行為(81)―法律行為解釈の基準としての慣習(1)」法教74号(1986年)66頁以下、四宮和夫『民法総則』(弘文堂、第四版、1986年)148頁および149頁注(3)、四宮和夫＝能見善久『民法総則』(弘文堂、第八版、2010年)(以下、四宮＝能見『総則』として引用する)161頁。

(78) 以下に採り上げるほか、石田喜久夫・高橋三知雄『民法総則講義』(玄文社、1983年)54頁(高橋教授執筆部分)、原島「契約の拘束力」(前掲注(71))42頁以下、須田「意思表示の解釈(2)」(前掲注(71))45頁以下、河上正二『民法総則講義』(日本評論社、2007年)(以下、河上『総則』として引用する)252頁。さらに、「民事紛争が二当事者の主張の対立である以上、その主張から離れた『第三の存在』としての客観的判断というのがあり得るわけがない」とする近江幸治『民法総則』(成文堂、第六版、2008年)174頁も、意思表示の解釈における結論に関しては――第三の意味を問題にする余地が常に存しないか否かは措くとして――同旨に帰するといえよう。

のように説明する。意思表示の規範的解釈は、「契約における危険の負担の問題」であり、そこでの関心は「どの当事者に不利に決めるか」にあるところ、「各自は、その使用する言葉その他の表現方法がその社会において有する意味に解されることを覚悟して行動するべきものであり、表現方法の意味につき間違っ<sup>(79)</sup>て考えていた人は、客観的な意味に解されて不利を蒙ってもやむを得ない」。

以上のように説くにあたり、星野教授は、「表示主義を安易に理解しすぎた感がある」として、「真意の合致が証明される限り、表示を問題にする必要はない」としているが、これは真意の合致が証明されないときには表示が問題とされるということ、つまり、本来的解釈が尽きた後には、我妻説流の客観的解釈が行われるということの意味するものと解される。そうすると、少なくともこの時の星野説においては、我妻説の枠組みを一応は維持しつつ、その妥当範囲を限定することが意図されていたものと推察してよいだろう。

2 内池説 これに対し、いかなる意味が妥当するかは、いずれかの当事者の了解に即してのみ決定され得ると説いたのが、内池教授である。この見解によると、契約の本質は、「当事者間の意識若くは自覚の相互作用」にあるから、それを離れてその意味を確定することはできないとされる。この論理を推し進めれば、内心の意思の合致が存しない以上、およそ契約は成立しないはずであるが、内池教授は、内心的効果意思を欠く錯誤も一種の「不合意」として位置づけつつ、ただ、「錯誤の場合には不合意を生じるに至った責任が専ら錯誤ある表意者にあ」るゆえに、純然たる不合意のようにその主張が無制限には貫徹され得ないと説く（内池・219頁）。このように、内池教授によれば、主観的合致の存否にかかわらず、意思表示の解釈においては、各当事者の「了解」を基準とする解釈のみが行われることになるのであり、したがって、この限りでは、本来的解釈と規範的

(79) 星野「民法—第十一講—」（前掲注(69)）12頁。

解釈との間に違いは認められないことになる。<sup>(80)</sup>

3 賀集説 同様に、受領者が現実に信頼した内容に即して意思表示が解釈されるべきだとするのが、賀集判事の立場である。賀集判事は、意思表示の合致の有無は処分証書の証明力の問題であるとの立場から、「ふざけたりあるいはうっかりして……混乱をまきおこした」場合には、これに対する「非難」ないし「責任追及」の方法として、その当事者の意思表示に「擬制された証明力」を付与して、「当該意思表示をしたものと決めつけばよい」と説く。

以上の限りでは、賀集判事においても、星野説と同様に、「不適切な表現方法を用いた場合にはその客観的意味を妥当させられても仕方ない」と考える余地は否定されまいだろう。にもかかわらず、いずれかの当事者の認識した意味のみが問題になるとする理由として、賀集判事は、前記解決は「わが民法の規定に即していえば、心裡留保における93条本文、錯誤における95条ただし書を適用する」ことを意味するとし、<sup>(81)</sup>したがって、いずれの側も欲しくない内容を押しつけることは許されないとする。<sup>(82)</sup>

4 磯村説 1970年以前には以上の議論が現れていたのであるが、そこにおいて、内池教授および賀集裁判官は、揃って「責任」という観念を掲げていた。しかし、その内実については、1970年代後半に至ってもなお、ここでの「責任」が何を意味するかは十分に説明されていないとの指摘がなされていた。<sup>(83)</sup> こうした状況において、「責任」の内容を詳論したの

(80) もっとも、主観的合致が認められない場合にいずれの当事者が付与した意味が妥当するかを決する限りでは、客観的・規範的考慮を容れざるを得ないのであるから、統一的把握が真に成功しているかには、なお疑問の余地がある(磯村保「ドイツにおける法律行為解釈論について(4)」神戸30巻4号(1981年)〔以下、磯村「法律行為解釈論(4)」として引用する〕729頁注(2)および同対応本文)。

(81) 賀集「契約の成否・解釈」(前掲注(71))24-27頁。

(82) 同・17頁、27頁。

(83) 中松纓子「契約法の再構成についての覚書」判タ341号(1977年)30-31頁注(5)、(14)。

が、磯村説である。

磯村説の核心は、表示受領者の立場からする客観的解釈の目的を受領者の信頼保護に求め、表示受領者が実際に当該表示に対して信頼を寄せていたかが客観的解釈の内在的限界をなすとする点にある。<sup>(84)</sup> こうした前提から、磯村説によれば、当該意味を表示受領者において現に認識し、かつ、そう認識することが許される時、つまり、受領者が表意者の意味錯誤を認識する必要がなかったときには、表意者が付与したのでない意味の妥当性が認められる。<sup>(85)</sup> そして、これを正当化するのが帰責性の観念であり、その内容は、「法律行為責任」との関連において基礎づけられる「自己責任」、つまり、表示者が「自らの決定に基づいて表示を行っており、現実の自己決定が存する」こと、さらにいえば、表示意識に基づく表示がなされたことに存するとされる。<sup>(86)</sup> もっとも、「これを専ら自己決定の不可欠的相関概念として捉えるべきか、あるいは例えばビドリンスキーの主張するごとく、各々独立のエレメントが複合的に協働して法律行為、責任を根拠づけると解すべきかはなお疑問の余地がある」として、この自己責任をどのよう<sup>(87)</sup>に具体化するかは、将来に留保されている。

5 滝沢説 最後に、滝沢教授は、当事者を拘束するのは、表意者または相手方が現に理解していた意味ではなく、「相手方が理解していると認識しうべき意味」であるとして、その理由を「意思表示の解釈に際して考慮されるべき当事者の表示上の責任」に求める。つまり、「相手方が誤解するかもしれないと認識しうべかりしにもかかわらずそのような表示をした」とときには、表意者は、当該意味によって拘束されるという。そして、「表示自体は表示者の行為ではあるが、そこから意味を読み取る行為＝解釈は受領者の行為であり、表示者はこれに関与する手段を持たな

(84) 磯村「解釈方法」(前掲注(70)) 32頁も参照。

(85) 磯村「法律行為解釈論(4)」(前掲注(80)) 715-716頁。

(86) 同・730-733頁。

(87) 同・731頁。

い」のだから、いずれかの当事者の認識に従って直ちに拘束が生じると解すべきではなく、また、その際に問題となるのは「行為の帰責ではなく、表示の意味の帰責」でなければならないとするのである。<sup>(88)</sup>

こうした滝沢説の立場からは、意思表示の規範的解釈が表意者の帰責性を前提とするというとき、そこにおける「帰責」と取引的不法行為におけるそれとの理論的な関係をどのように捉えるか、との問題が提起されることになろう。それでは、両者はどのように区別されるのか、あるいは、そもそも両者は区別可能なものなのか。この点は、意思表示の解釈にとどまらず、債権発生原因相互の関係にも及び得る重要な問題だと思われるから、以下に項を改めて論じることにした。

### 三 規範的解釈・契約締結上の過失における「義務違反」

1 滝沢説の分析 まず、滝沢説において、「行為」の帰責と「表示の意味」の帰責とがどのように区別されているのかを考察しよう。

滝沢教授は、両者の区別が実際には難しいとしつつも、次のような区別の可能性を提唱している。すなわち、契約交渉中に「○月○日に確実に履行ができるように準備されたい」と述べたような場合、「いずれの当事者も相手方が自分とは異なった意味に理解すると認識しうべきである」から契約の成立は認められないが、契約締結上の過失責任が認められる余地はなおも存する。それゆえ、「同じく表示者の過失と言っても、相手方が誤解するかもしれないと認識しうべかりしにもかかわらずそのような表示をしたという、契約の解釈で問題となる過失と……契約が不成立または無効になった場合に、その成立または有効を信頼した相手方に生じた損害の賠償を基礎付ける表示者の過失とは、理論上も実際上も区別される」。<sup>(89)</sup>

しかし、以上の説明は、論理的には肯認し難いように思われる。というのは、上の設例において「いずれの当事者も相手方が自分とは異なった意

(88) 滝沢「表示の意味の帰責」(前掲注(72)) 295頁。

(89) 同・296頁。

(90) 同・296-297頁。

味に理解すると認識しうべきである」とすれば、表意者は、「相手方が誤解するかもしれないと認識しうべかりしにもかかわらずそのような表示をした」といえるから、滝沢教授の定式を忠実に適用すれば、この場合を「表示の意味の帰責可能性のない場合」として扱うことはできないはずだからである。ここで契約不成立との結論に至る理由は、表意者における「表示の意味の帰責可能性」の欠如ではなく、むしろ、受領者も「相手方が自分とは異なった意味に理解すると認識しうべき」であったこと——信頼の正当性の欠如<sup>(91)</sup>——に求めざるを得ないだろう。そうであれば、滝沢教授による分析をもってしても、二つの「帰責性」の区別を明確に把握するにはなお至らなかつたといわなければならない。

2 制度間競合論の影響 (1) その後、二つの「帰責性」は、いわゆる制度間競合論の提唱を受けて、これとは異なつたかたちで問題にされるようになる。ここでは、二つの議論を採り上げることしよう。

第一に、上田誠一郎教授は、契約締結上の過失に基づく契約調整 (Vertragsanpassung) を論ずるにあたり、「契約締結上の過失責任を基礎づける誤つた情報の提供や情報提供義務違反の事実なども、すでに契約解釈の段階で評価の対象とされるべきものであると考えられる」との議論を展開している。こうした前提から、上田教授は、相手方に対して「行つた説明は、契約の解釈の過程ですでに評価の対象になり、その説明の内容なししそれによって惹起された X の期待は契約内容にならず、両当事者を拘束

(91) これをいまだし敷衍すれば、「いずれの当事者も相手方が自分とは異なつた意味に理解すると認識しうべきであるとき」に関する事例ではなく、逆に、「いずれの当事者においても、相手方が自分とは異なつた意味で表示を理解するであろうことを認識し得べからざるべきとき」に関する事例、または、「表意者が意思表示を当該意味でなしたであろうことを、表示受領者において認識し得べきとき」に関する事例を採り上げ、そこでなおも損害賠償の余地があることが論証されなければならないはずである。

(92) 上田誠一郎『契約解釈の限界と不明確条項解釈準則』（日本評論社、2003年）〔以下、上田『不明確条項解釈準則』として引用する〕233-239頁。

しないという評価が下されていることになる」から、契約締結上の過失による契約調整は「評価矛盾」を生じると結論づけている。

以上は、契約調整の可否を論じたものであり、本論文とは考察の前提を異にする。しかし、「契約締結上の過失責任を基礎づける誤った情報の提供や情報提供義務違反の事実なども、すでに契約解釈の段階で評価の対象とされる」との論述からみると、少なくとも「情報の提供」に由来する「過失」に関する限り、二つの帰責の内容が重なると解されていることは<sup>(93)</sup>確かだろう。

第二に、湯川益英教授は、「規範的解釈によって考察すれば、契約両当事者の契約締結交渉に際しての故意・過失が契約内容の確定と相互に<sup>(94)</sup>連関することになる」として、両者が同視され得る旨を明瞭に説いている。さらに子細にみると、湯川説においては、規範的解釈によれば、「両当事者の情報収集能力、経済的地位、取引経験」など、「表示の意味」という基準からは捉えきれない要素をも斟酌し得るとされているから、やはり、<sup>(95)</sup>ここでの「帰責性」は、不法行為法的意味におけるそれと同視されていると解してよいだろう。<sup>(96)</sup>

(93) 上田教授においては、不明確解釈準則の要件として、誤解性のない明確な表現をする義務に違反したという「過失」を要求するならば、契約締結上の過失に基づく契約調整との関係を明らかにする必要があるという一般的な問題関心のもとに考察が行われているので(同・214頁注(2))、本文に述べた程度の一般化は可能だと解される。

(94) 湯川益英「契約規範として成立する契約準備交渉段階の説明義務(1)―契約規範と契約における動機の保護・覚書―」山院49号(2003年)79-80頁。さらに同「(2)」山院50号(2003年)72頁。

(95) 湯川・前掲論文「(1)」(注(94))79-80頁。

(96) 湯川・前掲論文「(2)」(注(94))72頁が、「規範的解釈論は、契約の準備交渉段階において交渉当事者に意思疎通のための義務違反がなかったか否かを、実際にはひとつの判断基準としつつ、事後的かつ形式的に、それを給付義務違反の有無の評価に反映させる」と説くところからみても、本文のように解して誤りはなからう。もっとも、ここに説かれるところからすると、「給付義務違反」の前提となる「給付義務」の存否に関する判断であるはずの規範的解釈が、直ちに「給付義務違反」

(2) これら両説は、規範的解釈によれば、契約締結上の過失によって評価されるような事情が意思表示の解釈においても取り込まれ得るという前提に立っているものと解される。しかし、それらはいずれも、滝沢教授らによって提起された、表示の帰責と行為の帰責とは区別され得るという問題提起を少なくとも明示的には踏まえずに展開されており、法律行為と不法行為という、二つの基本的カテゴリの越境がなぜ生じ得るのか——あるいは、そのような越境は生じていないと解されるのか——についての基礎づけを欠いているように思われる。また、これまで一般に不法行為（および契約の解消）によって解決されてきた「情報提供義務」違反の問題を、契約の解釈に取り込んで解決し得るとすることの妥当性についても、明確な論証は行われていない。以上の各点で、両教授の問題提起は、理論面でも実際面でも、さらなる検証と発展を要すると解される。<sup>(97)</sup>

## 小 括

以上、解釈対象の選定および解釈方法の両面において、伝統的通説が厳しい批判にさらされていることを確認してきた。前章の成果をも参酌しつつ、以上の動向を要言するならば、次のようにいうことができよう。

### 第一 解釈対象

1 契約書面が第一次的な解釈対象とされる理由を当事者の「確定的な意思」に求める理解に立って「契約書面からの逸脱」を問題とするという分析は、いかなる意味をもち得るか。これまでにみてきたところからすれば、それは、フランス法において前提とされている、「用語の明晰性は、

---

の存否の評価と結合されることとなるため、規範的解釈・契約内容の確定・契約不履行の論理的関係が不明確になるように思われる（その論旨は、潮見佳男『債権総論〔第二版〕Ⅰ』（信山社、2003年）582-583頁に展開される「先行的履行過程における行為義務」の理論とも異なるものだろう）。

(97) 以上と同旨を指摘する分析として、大塚哲也「わが国における契約解釈論と情報提供義務論の断絶」法政論究88号（2011年）〔以下、大塚「契約解釈論と情報提供義務論の断絶」として引用する〕167頁を参照。

それ自体で当事者の真意を表現するものと推定されるからこそ、意思探究を無用とする規準となる<sup>(98)</sup>とする考え方に通じるものといえよう。

そこで、フランス法における議論に示唆を得つつ以上の問題状況を考察すると、そこには、次のような意義を指摘することができるように思われる。すなわち、第一に、特段の事情がない限り契約書面に即して契約内容が確定されるという考え方は、裁判所との関係における「契約」の尊重という意味をもつ。第二に、契約書面を作成する目的は、明確な取決めを行うことによって法律関係の予測可能性を高めることにあるが、解釈対象として契約書面とその他の事実との間に序列を認めることは、滝沢教授が指摘するように、このような意味における予測可能性を担保し、まさに表示主義の論拠とされてきたところの「取引の安全」に資すると解される。

2 ところで、以上の考え方によると、契約書面に規定されていない事情によって契約内容を確定すること、つまり、「契約書面からの逸脱」は、常に「契約の変性」との相克を孕むものとして捉えられることになろう<sup>(99)</sup>。このことは、裏を返せば、「契約書面からの逸脱」が問題となる場合には、常に、契約書面における「確定的な意思の合致」の推定を揺るがす正当な理由が必要となる<sup>(100)</sup>ということの意味する。「誤表は害さず」の適用が問題になる場合、および、これと表裏一体をなす偽装行為の場合、あるいは、適切に開示されていない約款等は、その適例として位置づけられることになろう。そして、以上の着想を意思表示の規範的解釈に推し及ぼすならば、契約書面に存しない事情によって相手方の信頼が惹起され、かつ、そ

(98) 北村一郎「契約の解釈に対するフランス破毀院のコントロール」<sup>(10)</sup>法協95巻5号(1978年)65頁。

(99) 前章第二節第二款第一項(本誌86巻2号(2011年)282-283頁)を参照。

(100) このような考え方をはっきりと示すものとして、沖野「いわゆる例文解釈について」(前掲注(48))647頁を参照。

(101) 書面の外に真意がある場合であるという点で、以上の二つの局面は一致している。両者の関係につき、鹿野「当事者の意思の探究」(前掲注(34))117頁以下を参照。

れが正当な信頼であると解されるときには、当該事情によって相手方の意思決定が基礎づけられたという実質的理由に基づき、「契約書面からの逸脱」が正当化され得ると説明されることになる。

3 さて、以上の判断は、フランス法においては、「契約の領域 (champ contractuel)」が契約書面以外のどこまで及んでいるかというかたちで行われていた。これに対し、わが国の前提に即していえば、それは、何を表示行為とみ、それをどのように解釈するかという問題、つまり、意思表示の規範的解釈の問題として把握されることになる。

それでは、意思表示の規範的解釈の方法とはいかなるものか。以下に、規範的解釈を中心として、意思表示解釈論の論理構造を分析することしよう。

## 第二 解釈方法

### 一 本来的解釈の優先性

1 本来的解釈の優先性 規範的解釈それ自体における判断枠組を考察するに先立ち、まず問題になるのは、そもそも本来的解釈と規範的解釈を別個のものとして捉え、本来的解釈の優先性を承認すべきか否かである。もしこれを否定するとすれば、①「表示された意思」による拘束を一切否定するか、②我妻説のように、意思表示の解釈を統一的な客観的解釈と構成することになろう。しかし、①のような見解はわが国ではまったく想定されてこなかったし、結論としても妥当とはいえない。

それでは、②の見解と、本来的解釈と規範的解釈の区別を認める見解のいずれが支持されるべきか。この点については、今日の学説において圧倒的に支持されているように、両者の区別を認めるのが妥当だと解する。その理由として、<sup>(102)</sup>ここでは特に二点を挙げたい。

---

(102) なお、平井宜雄「法律行為 前註」川島武宜ほか編『新版 注釈民法(3)』（有斐閣、2003年）56頁は、契約の解釈については「意思主義」が通説となっているけれども、「その論拠は必ずしも明確に述べられていないようである」としている。ただし、先述のとおり、ドイツ法においては、以下に第一点として述べるのと同様の

第一に、両者の区別を認める見解は、私的自治の原則という根拠論と、本来的解釈の優先性という判断枠組との照応を図るものと考えられるが、私的自治という原理を支持すべきことは今日では疑いなかろう。そうであれば、私的自治の端的な発現である「真意」に基づく合意に優先的な意義を与えるというこの見解の前提も、同じく正当というべきものと解される。

第二に、議論の透明性を確保するためにも、「違うものは違う」と認めたいうえで、それぞれの特性を考えることが有用だと思われる。意思表示の解釈に関する学説の歩みは、しばしば、主観と客観の二元性の克服の試みとして描出されるが、客観的解釈への一元化を説きつつ、入り組んだ例外——「特別の言語共同体の成立」など——を認めることで理論の複雑さと曖昧さを増幅させることは、決して望ましいことではあるまい。加えて、ありきたりのようではあるが、「合意による責任」と「信義則による責任」という区別を設けることが、少なくとも今日においては一般に浸透した考え方だということも、軽視すべきではなからう。<sup>(103)</sup>

2 「狭義の解釈」の二元性 意思表示の解釈につき、「内心の意思」の探究を旨とする本来的解釈と「相手方の正当な信頼」の評価を旨とする規範的解釈という二つの作業を認めることは、根本的には、フランス法における二つの契約形成原理と同じ構造をもつと解される。そうであれば、

---

基礎づけがみられる（前掲注(73)を参照）。

(103) 局面を異にするが、中田裕康『継続的売買の解消』（有斐閣、1994年）459頁以下が、継続的売買の解消から生ずる責任を信義則によるものと構成することによって、合意による責任の判断構造の純度が高められるとともに、信義則による責任に介在する「政策的判断」が顕在化されると説くのは、ここでの関係でも妥当しよう。

(104) フランス法においてみられた「意思自律」の原理と「正当な信頼」の原理を二つの契約形成原理として捉えようとする見地につき、前章第一節第一款の小括（本誌86巻1号（2010年）163頁以下）を参照。ところで、「表示された意思もまた意思にはかならない」というのが日本法における一般的な見方であることからすれば、規範的解釈に「外観法理」を対応させることは奇異に映るかもしれない。しかし、この点についてはなお二点に注意すべきである。第一に、本来的解釈と規範的解釈の異質性を認める以上、両者をまったく同一の意味における「意思表示」と扱うこ

日本法を分析するにあたって、本来的解釈と「意思自律の原理」、規範的解釈と「正当な信頼の原理」に、二つの原理に相当する視点を見出すことが許されるものと考え。そして、こうした規範論理の把握をいわば梃子として用いることによって、規範的解釈の適用に新たな機能を認めることができるのである。

それでは、以上の見地から、わが国における規範的解釈論はどのような構造をもつものとして把握されることになるのか。二においては、この点を分析することにしよう。

## 二 規範的解釈の根拠と論理構造

1 規範的解釈に関する二学説 意思表示の規範的解釈が適用されるときには、事実としては意思の合致が存しないにもかかわらず、合意の成立が認められることになる。今日の学説において異論なく承認されているこの帰結は、いかにして基礎づけられてきたのだろうか。この点、わが国において、規範的解釈においては何が探究されるかという点につき、①「表示行為の客観的意味を探究する」とする見解（以下、「客観的解釈説」という）、および、②「両当事者の理解のうち正当な意味を探究する」とする見解（以下、「意味付与比較説」という）が存在することは、序論および先の検討において既に触れたとおりである。以下では、それぞれの見解の根拠と論理構成を分析することにしよう。

### 2 客観的解釈説 客観的解釈説とは、意思表示の規範的解釈におい

---

とに必然性はないことである。むしろ、「真意の確定」という作業の先行性を強調すればするほど、規範的解釈のもつ「契約内容の強制」としての性格は際立ったものとなろう。第二に、近時では、表見代理を意思表示の規範的解釈として説明する議論がみられることである。すなわち、佐久間毅『代理取引の保護法理』（有斐閣、2001年）196頁以下は、110条の表見代理に関する従来の学説を分析した結果、それらは「意思表示論において伝統的に主張されてきた代表的見解に対応するとみうる」と説く。佐久間教授はまた、表見代理に対する意思表示に関する準則の類推適用をも主張する（同書・222頁）。このように、外観法理と規範的解釈の差異が相対的であると考えられる限度では、本論文が示した理解は、佐久間教授の所説とも一定の共通性をもつといえよう。

ては、表示行為の客観的意味を基準とすべきであるとする見解であり、主に我妻説の判断枠組の適用を企図する見解が想定されていると見てよいだろう。契約という規範そのもつ意味の探究を目的とし、かつ、その際に、裁判官が積極的に契約に対する規整を加えるべきであるとするものである。

**3 意味付与比較説** これに対し、意味付与比較説とは、意思表示の規範的解釈においては、契約当事者がそれぞれ表示に付与した意味のうち、いずれが正当であるかにしたがって契約の意味を確定すべきであるとする見解をいう。その基礎づけに大きく分けて二つの方向があることは、先に述べたとおりである。すなわち、一つは、内池説に代表される「当事者間意識若くは自覚の相互作用」こそが契約の本質であるという方向であり、いま一つは、磯村説の強調する「信頼保護の内在的限界」という方向<sup>(105)</sup>である。

それでは、意味付与比較説における二つの見解はいかなる関係に立つのか。この点を考えるにあたって参考になるのは、河上正二教授による、「個人の意思を尊重することは、ある者の意思活動を前提にして行動した相手方の意思形成や意思活動を尊重することをも要請するものであるため、『信頼』保護の議論と何ら矛盾するものではない<sup>(106)</sup>（その意味では「意思」か「信頼」かの議論は択一の問題ではなく調整的問題である）」との指摘である。つまり、契約締結過程における表示に対する信頼が生じた場合、相手方はそれを基礎として現に意思決定を行っているのだから、「信頼」という当事者の「意識若くは自覚の相互作用」を重視するという意味において、上記二つの方向性は表裏一体をなすものなのだからといえるのである。

以上を意思表示の狭義の解釈全体との関係で敷衍すれば、次のようにい

(105) 磯村「法律行為解釈論(4)」(前掲注(78)) 728頁。

(106) 河上『総則』(前掲注(78)) 37頁。内池教授が規範的解釈について説かれるところにも、こうした視点が存するといえよう。

うことができよう。意思表示の狭義の解釈は、いずれも、当事者の私的自治の実現を目指すものである。しかし、本来的解釈においては両当事者の私的自治が実現されるのに対し、規範的解釈においては、河上教授のいう「調整」の結果、いわば一方の私的自治のみが実現されるという違いがある。このような意味において、意思表示の解釈原理には二元性があると考え<sup>(107)</sup>ることができる。

4 分析 (1) 序論においても述べたとおり、沖野眞己教授は、契約の内容を確定するために行われる「解釈」は、「成立段階」および「内容確定段階」において問題になるとの視角からの議論を展開した。それは、以上の問題を考察するにあたって、重要な示唆をもたらす分析である。

この文脈における沖野説の基本的な内容は、規範的解釈において、いわゆる客観的解釈説は、内容段階における契約の解釈を問題にしているのに対し、意味付与比較説は、成立段階における契約の解釈を問題にしている、<sup>(108)</sup> というものである。こうした理解は、意味付与比較説こそが、契約締結過程における当事者の意思決定行為を自覚的に考察対象としているとの認識に結びつくことになろう。当事者の意思決定行為それ自体は、その性質上、各当事者の内心に即してしか決せられ得ないということにかんがみると、このような認識は正当だと考えられる。

そこで、以下においては、意味付与比較説において、河上教授のいう

---

(107) 意味付与比較説が、「意思表示」の解釈においては当事者の意思を離れた客観的な意味の妥当を問題にすべきではないとされる理由も、以上の論理によって説明することができるだろう。なお、沖野「フランス法における契約の解釈」（前掲注(27)）282頁は、いずれかの当事者が想定していた意味の妥当のみが問題になるとする見解は、「契約の成否を左右するほどの重要な事項」のみを対象とする議論であると分析する。しかし、かかる議論も、「意思表示の解釈」という枠組みからはそうした帰結した導かれなるとするにとどまり、たとえば——法律行為の要素以外の事項については——補充的契約解釈によって「第三の意味」を妥当させることはなお可能だとみている、とも解し得るのではないかと思われる。

(108) 沖野「フランス法における契約の解釈」（前掲注(27)）282頁。

「調整」のあり方、いかにいえば、債務を負担する者の意思と債権を取得する者の意思（信頼）のいずれを重視するかを決する指標を検討することにした。

(2) この点については、一般論としては、事実として相手方が一定の「信頼」を寄せたことを前提として、その信頼のとりの効果を認めてよいかを諸事情に照らして判断する、という枠組みが支持を得ているといえよう。また、その際に、「信頼の正当性」と「帰責性」とが衡量されるという点にも、今日では争いはない。問題は、この「衡量」をどのように行うかである。

これについては、磯村説が既にいわゆる「動的システム論」の参照を示唆していたこと、および、現在、この立場から、①意思原理、②自己決定原理、③信頼原理、④取引安全、⑤帰責原理といった要素が析出されて<sup>(109)</sup>いることが、一つの方向性を与えているといえよう。このうち、信頼の正当性の評価に関わるのは③④、帰責性に関わるのは⑤であり、上記1での整理にかんがみれば、①②は各当事者についてそれぞれ異なったかたちで問題になるということが出来る。そのうえで、問題は、以上の各原理を具体的にどのように方向づけていくかにあるといえよう。この点に関しては、なお確固たる見解が存在するわけではなく、問いは開かれたままであるように思われる。

### 三 「帰責性」の判断——規範的解釈の体系的位置づけ

1 意思表示の規範的解釈において要求される「帰責性」は、どのような内容をもつものであるか。それは、不法行為（あるいは契約締結上の<sup>(110)</sup>過失）における帰責性とどのように区別されるのか。ここでは、先述のとおり、表示の意味の帰責と行為の帰責との区別を論じる者がみられたこと

(109) 山本敬三『民法講義 I 総則』（有斐閣、第三版、2011年）121頁以下。

(110) ここでの「契約締結上の過失」の語は、「原理」（あるいは、円谷峻教授がつとに指摘された「風呂敷」）としての意味において用いている（円谷峻『新・契約の成立と責任』（成文堂、2004年）109頁以下）。

を出発点として検討を進めることとしたい。問題をさらに細分して、①「表示」と「行為」の関係、および、②「適法行為」と「違法行為」の関係という二つの側面から考察を加えていこう。

2 「表示」の帰責と「行為」の帰責 表示の帰責と行為の帰責との区別は、いうまでもなく、帰責判断の対象となる事実の相違に帰せられる。しかし、「説明義務」違反が問題となる局面においては、行為の帰責を問題とする「契約締結上の過失」責任もまた、「意思形成の自由」を保護法益とするものと構成される。このように、ともに「意思形成」の過程を規律するという点においては、「契約締結上の過失」責任においても、表示の帰責を問題とする意思表示の解釈と共通の法的評価が行われるのではないかとの疑義が生じ得よう。<sup>(111)</sup>

それにもかかわらず、「表示」と「行為」の区別に対応させて「帰責性」の内容を異なったものとして把握することによって、両者を区別することは可能であろうか。この点については、先行研究においても必ずしも説得的な区別基準は提示されていなかったが、それは、ここで問題とされる「表示」が、意思決定に影響を与えるものとして誤解を惹き起こす「行為」にほかならず、したがって、帰責性との関係でも、「表示」と「行為」を区別することが困難であったためではないかと思われる。そうであれば、与えられるべき救済の態様をこの見地から区別することもできないとみるべきであろう。<sup>(112)</sup>

(111) 序論・注(35)および同対応本文における鹿野菜穂子教授の指摘をも参照。本来であれば、ドイツ法学説の立ち入った分析を要するところであろうが、本論文においてはそうした考察を行うことはできない。なお、信頼、答責性等のトポイによっては、法律行為に基づく履行責任という解決を導き出すための十分な論拠を供することはできないとする分析として、T. LOBINGER, *Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung*, Mohr Siebeck, 1999, S. 17 ff. が存する。

(112) こうした重複は、とりわけ、取引的不法行為の問題領域が拡大したことによって意識化されることになったものであると考えられる。取引的不法行為法理の展開については、瀬川信久「民法709条」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年III 個別の観察(3)債権編』（有斐閣、1998年）559頁、同「民法解釈論の今日的位相」同編

このように考えるとき、翻って問題になるのは、意思表示の規範的解釈と契約締結上の過失とにおいては、責任の成否に関する判断が常に重なり合うか、であろう。この点については、滝沢説を分析するなかで既に示唆したとおり、「信頼の正当性」が存しない場合には、契約内容への取込みは生じないけれども損害賠償は問題になるという局面がなお存在するから、契約内容への取り込みは認められないけれども損害賠償は（場合によっては過失相殺を行ったうえで）認められるという局面は存在し得よう。そして、信頼の正当性の判断にあたっては、前章第二節において論じたとおり、基本的には情報提供義務と同様の枠組みが妥当するものと解されるほか、給付の特定性、ならびに、給付の実現可能性およびこれに対する表意者の支配可能性といったファクターが重要な意味をもつと解することができよう。

**3 法律行為と違法行為** (1) さて、以上の問題は、もう一段抽象化して捉えれば、この局面において、法律行為と違法行為の関係をどのように把握するかという問題に帰せられ得る。意思表示の規範的解釈の性格を理解し、その適用を方向づけるためには、この点についても一定の見通しを示しておく必要がある。

この問題を扱ったわが国の議論としては、いわゆる制度間競合論を挙げることができる。制度間競合という問題提起は、理論的には、債権発生原因の相互関係を念頭に置きつつ、契約による規律の特性をいわばその外側から見定めることを、実践的には、「既存の規範の間での選択の問題ではなく、既存の法規範・法概念を超える問題<sup>(113)</sup>」を解決することを、それぞれ企図したものであったといえよう。こうした観点からの再考の結果、わが国においては、「法律行為法」と「不法行為法」という既存の債権発生原因類型を維持しつつも、「法律行為法と不法行為法とが相互浸透的關係に

---

『私法学の再構築』（北海道大学図書刊行会、1999年）〔以下、瀬川「今日的位相」として引用する〕3頁を参照。

(113) 瀬川「今日的位相」（前掲注(112)）15頁。

立つ」とする指摘がしばしば聞かれるようになった。<sup>(114)</sup>

(2) ところで、以上と類似の状況がフランス法にも看取されたことは、既に詳しくみたとおりである。「法性決定の見本市 (foire)」とも揶揄された<sup>(115)</sup>「富くじ」の事案をめぐる議論が、それである。これに関するフランス法の議論は、法律行為 (acte juridique) と法的事実 (fait juridique) という二つの制度の間を行き来しつつ、理論と実益の折合いをつける試みであったのであるが、<sup>(116)</sup>如上の議論との対応を意識しつつ、改めてフランス法における「競合」に目を向けるならば、その最大の特徴は、法律行為と不法行為の「相互浸透」を認めることではなく、両者の峻別を堅持したうえで、中間項となる債務発生原因——準契約、外観法理等——を介在させた点に認められるように思われる。このことは、債務発生原因の相互関係を問題にするにあたって、できる限り各発生原因の純粋性を保持しようとする考え方が成り立ち得ることを意識させよう。<sup>(117)</sup>

---

(114) フランス法との関連を含む近時の論稿として、武川幸嗣「契約の有効・無効と損害賠償の関係—不法行為法的救済の補充的機能を中心に—」山田卓生先生古稀記念論文集『損害賠償法の軌跡と展望』（日本評論社、2008年）507頁がある。もっとも、法律行為法と不法行為法が相互浸透の関係に立つという問題意識は、外観法理との関係では決して新しいものではなく、既に柚木馨ほか「シンポジウム 表見代理」私法26号（1964年）3頁などにおいて繰り返し示されている（特に、林良平教授の指摘（68-70頁）を参照）。さらに、大塚「契約解釈論と情報提供義務論の断絶」（前掲注(97)）167頁、特に187頁以下は、契約解釈論と情報提供義務論との関係を細密に検討し、両者の間に存する断絶を解消する必要を説いており、本稿と同様の基本的方向性を示している。

(115) Ph. BRUN, *Loteries publicitaires trompeuses, la foire aux qualifications pour une introuvable sanction*, in : *Mélanges J. CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004, n° 4, p. 193.

(116) C. CAILLÉ, *Quelques aspects modernes de la concurrence entre l'acte juridique et le fait juridique*, in : *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 55, not. pp. 61 et s.

(117) 債務発生原因論におけるこの種の理解は、たとえば、一方的債務負担行為に関する TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, n° 54, p. 63に端的に現れている。

(3) 本論文は、以上の分析に基づき、かつて主張されたような「第三の責任」類型を構想すべきだとの提言をなすものではない。しかし、そうした提言を差し控えてもなお、フランス法を鑑としてわが国の法的規律を眺めることには、次のような意義があると考ええる。すなわち、フランス法の規律と対比するときには、わが国の規律の特質が、債権発生原因の枠組みの柔軟性を前提として、「できる限り既存の発生原因のなかに位置づけようとする考え方」を採っている点にあることがわかる。こうした認識に立つならば、わが国の法的規律について問われるべきは、契約と不法行為の交錯領域に、「契約」「不法行為」という法性決定を与えられながらも、各々の典型的特徴から逸脱した規律が含まれているのではないか、という問題であろう。本論文の基本的視点は、以上の見地から、意思表示の規範的解釈のなかに、契約締結過程の手続的適正を阻害したことについて「責任を負わせる」という機能をもつ「制裁」的性格を認める点にある。この

(118) こうした見方は、たとえば前掲注(17)、(18)の鎌田薫教授の指摘のように、わが国においても断片的ながら既に提示されていたように思われる。そのほか、このような観点から説明することのできる法的解決としては、沖野眞己「消費者契約法（仮称）の一検討(1)」NBL 652号（1998年）21頁の挙げる次のような規律も検討に値しよう。

### 3-1-3 矛盾する契約内容の扱い

- ① 事業者が、広告その他の方法により、勧誘や交渉過程において、提示した契約内容と、契約書面注の契約内容とが矛盾する場合、消費者が説明を受け個別に同意した内容が契約内容となる。
- ② 前項の規定は、消費者が、矛盾する内容の中、自己に有利な契約内容を主張することを妨げない。

この規律につき、沖野「同(5)」NBL 656号（1999年）〔以下、沖野「消費者契約法の一検討(5)」として引用する〕54頁は、「①の扱いは契約解釈という作業から導きうるのに対し、②の扱いは消費者の保護に傾斜した便宜的な扱いであり、理論的な理由付けがむずかしいのではないかという指摘がある」とする。しかし、本文のように分析すればこうした取扱いには十分に理由があると解され得よう。また、不意打ち条項につき、一方の当事者からのみその主張を禁じられるというように、契約の効力の主張可能性を片面的にのみ認める場合（UNIDROIT 原則 2：20条 1 項ただし書き等）にも、これに通底する判断が行われていると考えられる。

点を、次節において論じていくことにしよう。

## 第二節 日本法における解釈論の提案

本節においては、これまでの考察結果を総合し、解釈論に関する提言を行う。まず、「契約締結過程の行為による契約内容の形成」の問題につき、わが国における解釈論の現状を分析し、これまでの考察から得られた知見に基づく提言を行う〔第一款〕。次いで、補論として、ヨーロッパ契約法およびドイツ法の状況に付言し、本論文の提言がそれにも沿うものであることを明らかにするとともに、わが国の民法典制定過程の議論を瞥見し、本論文の分析がそれらの文脈においてもつ意味を明らかにしたい〔第二款〕。

---

のみならず、意思表示の解釈一般に関しても、先に採り上げた中田裕康教授の議論が、こうした基礎づけの可能性を示唆している。すなわち、中田教授は、アメリカ法における文書訂正命令（reformation）の機能変遷を跡づけた結果、「第二次リステイメントでは、同意の表明の誘引となった不実表示が〔文書訂正の〕基準」とされるに至り、さらに進んで、いわば行為の悪性に着目して文書訂正を認める見解が現れていると説く（中田「契約書の訂正」（前掲注(46)）470-471頁）。中田説は、これに想を得て、「文書の訂正」という制度を有しない日本法においても「契約書面の作成に際しての錯誤や詐欺に対する救済として、契約書面の訂正を認めるという」対応は可能だとして、次のように論ずる。すなわち、このような局面について、わが国においては（一部）無効・（一部）取消の可否が論じられてきたが、これらは「なお硬直的であるという場合がある。そのため、契約の解釈という、こちらは逆に極めて柔軟な操作に、問題の解決が委ねられてきた。しかし、その実態が解釈というより訂正というのがふさわしい場合には、そのようなものとしての『解釈』のプロセスをまず明確にし、そのうえで、錯誤や詐欺などの個別的事情の評価を『解釈』に取り込む方法を検討する方向が望ましい」（中田・同475頁）。

## 第一款 契約締結過程の行為による契約内容の形成

### 緒言

本款においては、まず、契約締結過程の行為によって惹起された相手方の信頼が契約内容に取り込まれる際の根拠および要件につき、わが国においていかなる理解が行われていたかを、前節における考察の結果との関係を意識しつつ整理する〔第一項〕。次いで、本書の成果に即した解決の提案を示す〔第二項〕。

### 第一項 規律の構造と現状

本項は、わが国において、契約締結過程の行為によって惹起された相手方の信頼が契約内容に取り込まれる際の根拠および要件につき、いかなる理解が行われてきたかを整理することを目的とするものである。具体的には、意思表示の解釈に関する前節での分析を念頭に置きながら、契約締結過程の行為によって契約内容が形成されるための根拠・要件がどのように把握されるかを考察したうえで〔第一〕、当該解決が、関連諸法理、とりわけ「合意の瑕疵」の諸法理とどのような関係に立つかを検討する〔第二〕。以上により、本書の対象たる具体的問題に即して、序論に述べた「内部の問題」「外部の問題」に応接するための用意を調べたい。

#### 第一 契約内容の形成

1 問題の指摘 契約締結過程の手続的規制が消費者契約法理の展開に導かれて充実させられてきたことは、改めて指摘するまでもないだろう。その間の議論の中心は、錯誤等、契約の解消を直接の目的とする制度であったように見受けられるが、交渉過程の言明の契約内容への取込みの問題も、まったく意識されてこなかったというわけではない。その立ち入

---

(119) この問題に論及するものとして、一般的には、谷口知平・五十嵐清編『新版注釈民法(13) 債権(4)〔補訂版〕』(有斐閣、2006年) 259頁(長尾治助教授執筆部分。なお、同「表示義務違反の私法的効果について」民商78巻 臨時増刊号(1) (1978年)

った検討の契機となったのは、消費者契約法制定過程における議論の高まりのなかで沖野眞己教授が行った、「虚偽の情報提供については、その言明が契約内容を形成することもありうる」<sup>(120)</sup>のであって、「契約交渉の過程においてなされた各種の言明等は、……提供された情報や言動によって形成された期待の一定程度の契約内容へのとりこみの問題を生ぜしめる」<sup>(121)</sup>との指摘であったといえよう。<sup>(122)</sup>

沖野論文の後、ほどなくして、山本敬三教授は、「消費者契約における契約内容の確定」を扱う論稿において、この点に関する議論を展開するに至る<sup>(123)</sup>。山本教授の分析は、問題の理論的位置づけをきわめて明瞭に示しているから、以下では、これを手がかりとして、上記問題に関する近時の理解を検証することにしよう。

2 山本教授は、契約内容の確定を、①契約的取決めという行為がどの範囲に及んでいるか、および、②当該行為の結果成立した契約の意味がどのように解釈されるかの二段に分かって捉え、①を「契約内容の範囲の確定」、②を「契約内容の意味の確定」と呼ぶ。その内容は、②が締結された契約の全体を捉えてその規律の内容を確定するものであるのに対し、①は「どこまでの事柄について合意がおこなわれ、契約内容にふくまれるのか」の確定を問題とするものであって、「契約の拘束力の範囲に関する問題にほかならない」と説明される<sup>(124)</sup>（山本68頁）。序論においても示唆した

298頁以下をも参照）、大村『消費者法』（前掲注(24)）130頁以下、151頁以下がある。

(120) 沖野「消費者契約法の一検討(5)」（前掲注(118)）53頁。

(121) 沖野・前注63頁注(163)。

(122) これに先立つ議論として、阿部満「不実表示の法理—広告・表示をめぐって—」都法31巻2号（1990年）375頁。阿部説は、沖野教授および次述の山本敬三教授の論稿によっても先駆的主張として参照されている。

(123) 山本「契約内容の確定」（前掲注(25)）、特に81頁以下。以下、本項においては頁数のみで引用する。

(124) 本論文で論じてきた「意思表示の解釈」と「契約の解釈」との区別も、これに対応するとみられる。

ように、本論文が関心を払う問題は、①に整理されている (同前)。<sup>(125)</sup>

山本教授は、以上の基本的な整理に基づき、「契約の締結過程において事業者が積極的な表示をおこなった場合には、前提として、契約内容がどのように確定されるかが問題となる」のであり、「その意味で、契約内容の確定は、不実告知の先行問題だということができる」とする (山本82頁)。それでは、「そのように事業者が契約締結過程で積極的な表示をおこなっている場合に、契約内容はどのように確定されるのだろうか」。山本教授はこう説く。「一般論としていうならば、そうした表示にしたがって当事者がすでに合意しているとみることができるときには、契約書面や約款の文言にかかわらず、その合意にしたがって契約内容が確定されることになる。その意味で、当事者の個別的な合意があるかぎり、それが優先する<sup>(126)</sup>のが原則である」(同前)。

しかし、実際に「個別的な合意」を認定することには、「多くの場合、むしろ困難を伴うことが予想される」。その第一の理由として指摘されるのは、「当事者間で合意があったというためには」、「契約そのものの成立時期に関してしばしば問題となる」のと同じように、「それに応じた拘束力を生じさせるだけの確定的な意思表示が必要」であることである (山本83頁)。「一般に承認された解釈原則」に照らしていえば、「通常は、契約書面が作成され、たがいにそれに調印すれば、それが確定的な意思表示だとされる」のであって、「その外で、契約書面や約款の内容とは異なる確定的な意思表示が行われたとみることは現実にはむずかしくならざるをえ

(125) 序論・注(18)。

(126) 比較法的にみても、この結論は、ドイツ (旧) 約款規制法 4 条 (現民法典305 b 条) に規定される「個別的な契約取決めは、普通取引約款に優先する」との「解釈準則」に適合するものであるとされる (同83頁注(42))。同条の解釈に関する詳細については、河上正二『約款規制の法理』(有斐閣、1988年) 223頁以下、石田喜久夫編『註釈・ドイツ約款規制法〔改訂普及版〕』(同文館、1999年) 50頁 (谷本圭子教授執筆部分)、木下孝治「ドイツ法における保険約款を変更する個別的合意の効力について」生命保険文化研究所文研論集121号 (1997年) 161頁を参照。

ない」<sup>(127)</sup>というのである（同前）。

3 さて、以上にみた議論の特徴は、次の三点に認められよう。すなわち、①「契約内容の範囲の確定」「契約内容の意味の確定」という区別のなかに、本論文でいうところの「意思表示の解釈」と「契約の解釈」とを区別し、ここでの問題を前者に位置づけている点、②ある表示が契約内容を形成するためには、当事者間の合意を正当化させるに足りるほどの確定的な意思表示の存在が要求されるとする点、<sup>(128)</sup>そして、③契約書面が存する以上、原則としてその内容が確定的だと解されるため、②の原則からすれば契約書面の外で確定的な合意がなされたと認めることは難しいとされる点、である。そして、これら三点はいずれも、契約の成立に関する今日の基本的理解に整合する<sup>(129)</sup>ということが出来る。

ところで、以上と同旨は、大村敦志教授によっても、次のように指摘されている。すなわち、大村教授によれば、ある言明が契約内容に取り込まれた旨を主張するためには、「現にある契約書面の存在を否定した上で、

(127) なお、もう一つの理由として、山本教授は、「契約の内容は、それが属する契約類型の枠組にしたがって確定される」ということを指摘される（山本「契約内容の確定」(前掲注(25)) 83-84頁)。すなわち、「確実に利益が得られるとすることはそもそも投資取引の本質と相容れない。そのため、確実に値上がりするか、最低9パーセントの利回りが得られるといった表示が事業者によっておこなわれたとしても、投資取引をおこなう以上、それが合意されたということとはできない」というのである。これもまた正当な指摘であることはもちろんであるが、ここで例として挙げられるのは投資取引は、他の取引類型に比して特殊な性格を有しており、これを「不実告知」の典型例として一般化し得ないことには留意を要しよう（潮見佳男『契約法理の現代化』(有斐閣、2004年)〔以下、潮見『現代化』として引用する〕117-119頁を参照。馬場圭太「フランス法における情報提供義務理論の生成と展開(2)」早法74巻1号(1998年)81頁が、「フランスの議論状況を概観した後に、わが国において近時問題となっている投資勧誘取引における説明義務について考えると、この問題の特殊性が反射的に浮かび上がってくる」と論じていることも、併せて示唆的である)。

(128) 同旨の理解として、高島平蔵「錯誤」谷口知平ほか編『新民法演習1総則』(有斐閣、1967年)143頁。

(129) 前節第二款第二項**第一**を参照。

どのような契約がなされたのかを主張するという二段の作業に成功しなければならない」。しかし、実際にはこれはきわめて難しいから、「第二段はともかく第一段に集中することによって、契約から離脱するということが目標とされることになる」とされるのである。以上の叙述は、山本教授と同旨の理解を前提として、さらに、①契約内容への取込みと錯誤とが、消費者の保護手段を供するという機能面では連続性をもつ制度であるという理解、および、②契約内容への取込みに比べれば錯誤の主張のほうが容れられる可能性が高いという現状認識を示唆したものであるといえる。

それでは、わが国において、以上に述べたような理解は首肯されるべきなのか。つまり、契約内容への取込みという解決は、錯誤による契約解消という解決に比べて厳格な要件に服するものと解されるべきなのか。以下では、錯誤、債務不履行、瑕疵担保責任の理論的關係に留意しつつ、主に要件論の分析に意を用いてそれらに整理を加えることで、各法理の機能分担のあるべき姿を探索したい。

## 第二 関連諸法理との関係

### 一 債務不履行責任——「契約内容への取込み」の意味

意思表示の解釈は契約成立段階の規律であり、まさにこのゆえに、同じく契約成立段階を規律する「合意の瑕疵」の諸法理と密接な関わりを保ちながら展開されてきた。しかし、序論において述べたとおり、合意の瑕疵の諸法理に関する近時の発展に比して、意思表示の解釈は、意識的な再検討作業の対象とはされなかったように思われる。以下では、意思表示の解釈と合意の瑕疵の問題とがどのような論理的關係に立つかをみたく、両者が新たな様相において交錯を生じさせていることを明らかにする。

1 成立要件と有効要件 意思表示の解釈が対象とする「意思の存在」と、合意の瑕疵の諸法理が対象とする「意思の完全性」とがもたらす

(130) これら各法理の關係については、四宮＝能見『総則』（前掲注(77)）220-221頁のように、概説書においても詳細な分析が加えられるようになっている。

法的規律の差異として、伝統的に指摘されてきたのは、第一に、前者が法律行為の成否を判断するための作業であるのに反し、後者がその有効性を判断するための作業であるという区別である。いかえれば、これは、法律行為の成立要件と有効要件を区別する指標をどの点に求めるかという問題だとみることができる。

(1) 法律行為の成立要件・有効要件の問題を考察するにあたっては、於保不二雄博士の分析が出発点とされるべきであらう。<sup>(131)</sup>ここでは結論のみを示すに留めざるを得ないが、於保博士の分析とは、次のようなものである。すなわち、有効要件は、①「一般的有効要件」たる「権利能力・法律上の行為能力（意思能力・責任能力）・意思表示（法律行為）の内容に関する要件・意思が欠缺しないこと、および条件期限」、②「法律行為の継続的性質」に関する「契約の申込に対する承諾・要物契約における物の引渡し」等々の要件、および、③「管理権」の問題に関わる「制限的行為能力・代理権・処分権・効果の主体および行為の客体の存在」とに類別される。<sup>(132)</sup>このうち、錯誤の属する①の類型については、「要件構成事実を、成立の方面からと効果発生の方面からとに分けて観察すべき理由は、立証責任の上から、積極的事実と消極的事実とに分けると、条件期限の効果制限の上から、有効要件を観念するのと、二つ〔のみ〕が可能である」。<sup>(133)</sup>したがって、「錯誤」に関する限り、成立要件と有効要件の区別は、「挙証責任の上から、消極要件を分ける」こと<sup>(134)</sup>にしかその意義を認め得ない。以

(131) 於保不二雄「有効要件についての一考察」同『財産管理権論序説』（有信堂、1954年）339頁（於保『総則』168-170頁をも参照）。これに先立って、我妻『総則』（前掲注(32)）364頁（『新訂総則』（前掲注(32)）242-243頁）があり、大村『消費者法』（前掲注(24)）61頁注(9)は、上記二分法はこの我妻説に始まるとみている。ただし、我妻説は、成立要件と有効要件を区別する意義を確言してはいないようである。

(132) 於保・前掲論文（注(131)）344-345頁。

(133) 同・353頁、354-355頁。

(134) 同・356頁。幾代通『民法総則』（青林書院、第二版、1984年）195頁注(1)、田山輝明『民法総則』（成文堂、第四版、2010年）149頁注(10)も同旨を説く。鈴木禄弥

上が、於保博士の至った結論である。

(2) 成立要件と有効要件の分類を承認する理解は、その後、理論的にも実務的にも承認を得ているといえよう。<sup>(135)</sup>ところが、これに対しては、一部の論者によって、「法律行為の法的処理において最も重要なことは、当該の法律行為からどのような法律効果が発生するか（どのような権利義務関係が発生するか）である」から、「法律行為の内容を法律行為の法律効果から峻別して論じるのは適当でない」との異論が提起された。<sup>(136)</sup>論者によれば、ここにいう「法律行為の内容」は、すべて法律行為の解釈によって明らかにされるものだとされているから、<sup>(137)</sup>上の主張は、法律行為の解釈と意思表示の瑕疵とを単一の問題として扱うことを意味するものといえる。実際、論者は次のように説いている。すなわち、法律行為は、①「表意者が法律関係の発生・変更・消滅という法律関係の変動を意欲しそれを表示する意思を持って表示する行為」と、②「表意者が法律関係の変動を意欲しないのに法律関係の変動を意欲する旨を表示する意思を持ってその旨を表示する行為」との二つに類別される。<sup>(138)</sup>そのうえで、錯誤は、②の類型に属する行為の限界確定の問題、つまり、「当事者がある意思表示に対し重要な点で異なった意味を附与した場合、どちらの意味を通用させるべきか」の問題として捉えられる。したがって、錯誤は、結局のところ規範的解釈の問題のなかに吸収されるのである。<sup>(139)</sup>

---

『民法総則講義』（創文社、第二版、2003年）〔以下、鈴木『総則』として引用する〕134頁も同旨に帰するか。

(135) 無意識的不合意が錯誤に対して独自の法的性格をもつという認識（前掲・前節第二款第二項）も、こうした理解に親和的な側面をもつといえよう。

(136) 石田『法解釈学の方法』（前掲注(71)）141-143頁。なお、鈴木『総則』（前掲注(134)）134頁は、成立要件と有効要件との区別は、社会的実態と実定法の態度によって「どうともとれる問題」だという。

(137) 石田稷『民法総則』（悠々社、1992年）〔以下、石田稷『総則』として引用する〕264頁。

(138) 石田稷『法解釈学の方法』（前掲注(71)）144-145頁、石田稷『総則』（前掲注(137)）243頁

(3) それでは、この批判説は、成立要件と有効要件とを区別する伝統的理解に対し、どのような影響を与え得るのだろうか。

最初に確認すべきは、上の批判にもかかわらず、今日の多数の見解においても成立要件と有効要件との区別が維持されていることである。その最大の理由は、於保博士によって明らかにされたとおり、成立要件と有効要件との区別が、立証の分配を考察するための有用な指標を提供することに求められよう。この意味において、両者の区別をまったく無意味なものとした批判説の分析には、行きすぎたところがあったといえる。<sup>(139)</sup>

しかし、他方において、批判説の指摘は、次の点に関する限りでは、今日においてもなお傾聴すべきものを含んでいるように思われる。すなわち、於保博士の分析に示されるとおり、成立要件と有効要件との区別が「立証」の問題についてしか意義を有しないとすれば、成立要件を充足せずに契約が不成立とされる場合と、有効要件を充足せずに契約が無効とされる場合とは、少なくともいずれにおいても「瑕疵なき意思の合致」が認められないという意味において、実体法的な観点からは相対的な違いしか存しないとみる余地がある。また、本来的解釈の優先性を認めるならば、規範的解釈が行われるときには、潜在的にはあれ、その後に錯誤の問題が生じることを常に念頭に置かざるを得ない。<sup>(140)</sup> そうであれば、意思表示の解釈と錯誤を、「当事者がある意思表示に対し重要な点で異なった意味を

(139) 石田稷『法解釈学の方法』（前掲注(71)）158-164頁。なお、解釈の対象は意思表示を含むところの「法律行為」であるのに対し、錯誤は意思表示について問題となるのではないかとの疑義が生じ得よう。しかし、論者は「法律行為とは意思表示そのものである」との理解に立っているから（石田稷『総則』（前掲注(137)）246-247頁）、こうした問題は一応は回避されている。

(140) 石田説が以上のような理解に立つ背景として、証明責任につき、法律要件分類説を徹底的に排斥する立場を採っていることに注意を要しよう（証明責任に関する自説を要言するものとして、石田稷『証拠法の再構成』（東京大学出版会、1980年）54頁以下を参照）。なお、本文に述べた評価との関係では、大村『消費者法』（前掲注(24)）66頁以下を参照。

(141) 前節第二款第二項**第二**、特に前掲注(76)および同対応本文を参照。

附与した場合、どちらの意味を通用させるべきか」という単一の問題を扱う二つの法理とみることには、少なくとも機能的な考察としては理由があると考えられる。

(4) 以上の検討からは、次のようにいうことができよう。

成立要件と有効要件との区別は、訴訟における行為規範を指示するものとして、維持されるべきである。しかし、意思表示の解釈において真意の確定を先行させる以上、表示の意味がいずれの当事者の理解に即して決められるかという問題と、いずれの当事者が錯誤を主張するというリスクを追われるかという問題は実質的には一体をなす。そうである以上、意思表示の解釈における契約成立の判断と錯誤における有効性の判断とは、多分に重なり合うと解され得よう。

2 契約内容の形成と動機錯誤 ところで、意思表示の解釈と合意の瑕疵の諸法理との関係につき、成立要件・有効要件論とは異質の問題として、ある性質が動機錯誤として顧慮される要件と、契約内容を形成する要件とがどのように区別されるかという問題が提起されている。今日においては、成立要件・有効要件論よりも、むしろこの問題が重要な論点となっているといえよう。こうした問題提起がなされる背景には、次のような諸要因が存するものと解される。

第一は、契約による債務の発生に関する次のような理解である。すなわち、かつては、特定物の性質は契約による債務の内容にはならないとするいわゆる個別化理論、あるいは、原始的不能の給付を目的とする債務は成立し得ないとするいわゆる特定物ドグマが前提とされ、したがって、特定物の性質が当事者の意図と齟齬を来す場合には、債務不履行ではなく、錯誤（または瑕疵担保責任）の適用のみが問題とされた。しかし、今日では、特定物の性質も、それが明確な合意の対象とされた以上、契約による債務の内容に取り込まれると解することに支障はないとの認識が定着し、この場合にも債務不履行の問題が生じ得るとの理解が支持を得るに至った。したがって、「一定の性質を有する物」が契約の対象とされたか否かは、も

っばら合意内容の解釈によって決せられると解されることになった。

第二は、動機の錯誤に関し、次のような理解が力を得つつあることである。<sup>(142)</sup>すなわち、民法95条が（典型として）想定するのは、表示行為の意味と表意者の内心的効果意思との間に齟齬があるという事態である（意思欠缺）。これに対し、動機錯誤においては両者の齟齬は生じない。というのは、たとえば、ある絵画を真作だと思って100万円で買ったが、実はそれが贋作であったという場合、表意者において想定外であるのは、その絵画を100万円で買うという表示をしてしまったことではなく、その表示をなす際の絵画の真贋に関する認識が誤っていたことにほかならない。

そこで、こうした動機錯誤がいかなる場合に顧慮されるかにつき、大きく分けて、①動機が相手方に知られていれば足りるとする見解、②動機が法律行為の内容に取り込まれていたことを要するとする見解とが対立し、それぞれの立場から、錯誤の要件と履行請求権を発生させる合意の成立要件の区別を明らかにする必要を生じた。具体的には、上記第一に述べたとおり、目的物の性質もまた債務内容になり得るとする理解に立てば、一方、①説からは、相手方が動機を知っている以上、規範的解釈の適用によって当該動機は契約内容に取り込まれるはずだから、債務不履行が問題になるにすぎないのではないか、他方、②説からは、動機が契約内容へと取り込まれたことが要件とされるならば、やはりここでは債務不履行が問題になるのではないかと、<sup>(143)</sup>という疑義が提起されることになる。

以上のうち、①説は、事実として動機が表示されていれば足り、それが合意等に高められている必要はないと解するのだから、理論的には、「契約内容への取込み」が行われているという法的評価を下し得るか否かによって各法理の適用領域を区別することは可能だといえよう。これに対し、

(142) 民法（債権法）改正検討委員会『詳解 序論・総則』106-114頁の解説が、現在の到達点を説述している。

(143) この旨を説くものとして、たとえば、滝沢昌彦「契約の成立・法律行為」法時81巻10号（2009年）40-41頁を参照。

②説は、いずれにおいても契約内容への取込みを問題にするから、債務不履行と錯誤とで「契約内容に取り込まれる」ということの意味を別異に理解し得るのでない限り、錯誤は債務不履行に解消されることになるはずである<sup>(144)</sup>。この点につき、上記②説は、動機に関する誤りのリスクは本来は表意者が負担すべきであるから、動機の錯誤は、このリスクを相手方に負わせる旨の合意として構成されなければならないという論理によって自説を基礎づける。したがって、この見解によると、一般論としては、債務不履行においては「履行請求」を終局目的とする合意、錯誤においては「リスク移転」を目的とする合意がそれぞれ問題になると解することができる。けれども、その目的を異にするとはいえ、錯誤および債務不履行がともにある種の「合意」として構成される以上、両法理の適用領域の限界づけは、①説にも増して困難なものとなろう<sup>(145)</sup>。

以上、二点にわたって述べてきたとおり、一方で債務不履行の適用領域が拡張し、他方で錯誤の要件において「合意」の観点が強調されることに伴い、今日では、動機の少なからぬ部分は「通常の合意のなかにとりこむことができるのではないか」との指摘もみられるようになって<sup>(146)</sup>いる。そうであれば、両責任の適用領域は広汎に重なり合うこととなるから、それぞれの機能分担は、個別化理論・特定物ドグマを前提としてきた古典的理論に比較して、著しく不明瞭なものとなろう。

## 二 瑕疵担保責任

1 錯誤と瑕疵担保責任の関係は、わが国においても古くから論じられてきた。これら両制度の適用関係を整序すべきであるという関心が存在していたという限りにおいては、契約実現を目指す法制度と契約解消を目指

(144) 佐久間毅『民法の基礎 I 総則』(有斐閣、第三版、2008年)〔以下、佐久間『総則』として引用する〕154頁以下は、この点を「合意の法性決定」の問題として詳述している。

(145) 佐久間『総則』(前掲注(144))162頁「補論」の分析を参照。

(146) 磯村保・加藤雅信・加藤新太郎「法律行為論を語る」加藤雅信ほか編著『現代民法学と実務(上)』(判例タイムズ社、2008年)139頁。

す法制度との交錯の問題は、既に意識されていたということができらう。

両者の区別を把握する際の視点としては、大きく分けていえば、①適用領域に区別を設けて競合を否定する見解<sup>(147)</sup>、②570条の期間制限の趣旨を徹底して、瑕疵担保責任の規定が排他的に適用されるとする見解<sup>(148)</sup>、そして、③選択的主張も妨げないとする見解<sup>(149)</sup>が対立してきた<sup>(150)</sup>ということが出来る。そして、ここでの問題が、一方で実体法の体系的整合性、他方で訴訟法上の主張方法の自由という二つの要請をいかにして調整するかという点にあることを考えると、上記各見解の対立も、これら二点に対する自覚的な態度決定の帰結として理解されなければならない。このようにみると、各説を評価するにあたっては、まずもって、それぞれの議論が、訴訟法の問題

(147) 特に、来栖三郎『契約法』（有斐閣、1974年）99-105頁、水本浩『契約法』（有斐閣、1995年）182-183頁。なお、河上『総則』（前掲注(78)）367頁（さらに、同「契約の無効・取消と解除」磯村保ほか編『民法トリアル教室』（有斐閣、1999年）60-61頁をも参照）は、「『債務内容の確定』によって錯誤と担保責任は各々果たすべき役割が分担されている」ことを理由に、「論理的には両者は競合しない」としているが、競合を否定するという意味ではこの見解に分類され得よう。

(148) 特に、我妻栄『債権各論 中巻一』（岩波書店、1957年）302頁以下、広中俊雄『債権各論講義』（有斐閣、第六版、1996年）〔以下、広中『債権各論』として引用する〕79頁以下、鈴木禄弥『債権法講義』（創文社、第四版、2001年）251-252頁、田山輝明『契約法』（成文堂、2006年）163頁以下、加藤雅信『新民法体系IV 契約法』（有斐閣、2007年）243頁、平野裕之『民法総合5 契約法』（信山社、2007年）361頁を参照。

(149) 特に、石田穰『契約法』（青林書院、1982年）151頁（期間制限についてのみ瑕疵担保責任の規定が適用されるとする）、品川孝次『契約法 上巻』（青林書院、補正版、1995年）108頁、内田貴『民法II 債権各論』（東京大学出版会、第二版、2007年）142頁（信義則によって期間制限を行う必要があるとする）、近江幸治『契約法』（成文堂、第三版、2006年）151頁（126条の類推により5年の期間制限が適用されるとする）。

(150) 判例として、最判昭和33年12月9日民集12巻9号1492頁がある（大審院時代のものとして、大判大正10年12月15日民録27輯2160頁）。本判決をめぐる評価としては、錯誤の優先的適用を認めたと解するものが比較的多くみられるが、このような理解の当否については疑義も提起されており、なお諸説紛々たる状況にある。

を度外視して実体法上の序列関係を論じるものであるか、それとも、訴訟における具体的主張を顧慮して諸規律の序列関係を論じるものであるかを踏まえておかなければならない。

2 訴訟における自由　そこでまず、後者の見地から検討を加えよう。この前提に立ったうえで上記①の見解を採るならば、錯誤の主張のみがなされた場合であっても、瑕疵担保責任が成立し得ることを理由として請求が棄却される余地があると解されよう。そうすると、両制度の競合が生じる余地があるときには、常に、瑕疵担保責任の成否をも（少なくとも潜在的には）検討しなければならないことになる。しかし、このような考え方は訴訟経済に反するだろうし、結論としても妥当とはいえない。かくして、訴訟における自由の要請をも視野に入れて考察するときには、いずれか一方の制度の排他的適用を問題にすることは相当ではないというべきであろう。<sup>(151)</sup>

3 実体法上の序列　それでは、実体法上の序列関係の問題として捉えてもなお、両規範の選択的主張は妨げられないと解すべきか。いいかえれば、これら各法理の関係につき、純粹実体法上の規範論理としても、各々は別個の制度であるとして規範調整をまったく認めない（競合の否定）と解すべきか。この点につき、従来の学説においては、瑕疵担保責任に関する特別の期間制限の取扱いをめぐり、——具体的な理由づけはともあれ——瑕疵担保責任への平準化を妥当とする見解が一般的であったと見受け

---

(151) 請求権競合につき、平井宜雄「契約法学の再構築(3)」ジュリ1160号(1999年)103頁以下は、各規律の関係を実体法上どのように把握するかと、訴訟において一方または双方の根拠が主張された場合にどのように処すべきかは区別されるべき問題であり、後者の問題は弁論主義の平面において処理されるべきであると主張している。同様のことは、ここにもあてはまるだろう。そのほか、瑕疵担保責任については、星野英一「瑕疵担保の研究—日本」『民法論集 第三卷』(有斐閣、1972年)206頁、山本敬三『民法講義 V-1 契約』(有斐閣、2005年)299頁注(87)を、より一般的な指摘としては、瀬川信久『不動産附合法の研究』(有斐閣、1981年)318頁注(1)をそれぞれ参照。

られる。その限りでは、選択的主張には一定の制限が課されてきたとみることができよう。

もっとも、そうした態度決定が錯誤と瑕疵担保責任の制度理解を踏まえてなされたものかといえ、それは疑わしいといわざるを得ない。かつての学説においては、往々にして「期間制限」の問題だけが切り取られ、その限りでのみ妥当し得る「利益衡量」に問題解決が委ねられてきたというのが実情であるように思われるからである。

4 解釈の優先性 これに対し、1990年代以降の学説においては、とりわけ瑕疵担保責任を契約責任の一種と捉える立場から、瑕疵担保責任というかたちであれ、一定の言明が債務内容を形成するに至っているならば、もはや錯誤が問題となる余地は存しないとする認識が示されている。山本敬三教授が、「契約の締結過程において事業者が積極的な表示をおこなった場合には、前提として、契約内容がどのように確定されるかが問題となる」のであり、「その意味で、契約内容の確定は、不実告知の先行問題だということができる」と論じていることは、この旨を示唆しているといえる<sup>(152)</sup>。より明確には、既に序論においても触れたとおり、河上正二教授によって、解釈の優先性を理由に、錯誤と瑕疵担保責任の競合を否定する理解が示されていることが注目される<sup>(153)</sup>。

このように、「解釈の優先性」を根拠として両制度を論理的には競合しないものとする構想は、各制度の実体法上の論理構造の把握に資するばかりでなく、実際上の問題を解決するためにも重要な指針を供するようと思われる。たしかに、「訴訟における自由」の要請をも考慮に入れるときには、各制度の広汎な競合を避けることができないのだから、以上の理解が実際上の問題解決に対して及ぼす影響は、自ずと限られたものにならざるを得ない。しかし、従前であれば錯誤法理による解決のみが構想されてきた諸領域につき、債務内容への取込みというかたちでの解決を探索すべく

(152) 山本「契約内容の確定」(前掲注(25))82頁。

(153) 序論・注(21)および前掲注(147)を参照。

促す点では、「解釈の優先性」という視点には、なお重要な問題提起が含まれているというべきであろう。くり返し要点を述べるならば、「望まれざる契約」が問題とされるのは、契約締結過程の言明等を信頼したにもかかわらず、期待した給付について何ら契約上の権利を有しない場合なのであり、たとえば積極的な不実告知がなされた場合において、これが契約内容に取り込まれているときには、そもそも「望まれざる」契約は存在しないといえるのである。<sup>(154)</sup>

## 第二項 解釈論の提言

わが国における議論状況として、前節においては、わが国における「契約形成原理」の存在形態を、また、前項においては、その具体的適用と諸法理との適用領域の分掌を、それぞれ考察してきた。それらの整理を前提とし、また、前章におけるフランス法の考察の成果との照応をも図りつつ、以下に、契約内容の形成という課題に即して、本書が妥当と考える解釈論の枠組みをまとめることにしたい。

### 第一 提言の内容——諸制度の適用領域

#### 一 契約内容の形成

1 契約内容の形成に関する規律を構想するにあたって出発点とされるべきは、契約解釈の手順に関する次のような理解である。すなわち、日本法の議論を前提としても、まずは「本来的解釈」によって「当事者の真意」の確定が目指されるべきであるが、それは、第一次的には、証書 (*instrument*) たる契約書に反映されているとみるべきである。したがって、本論文がこれまでに考察してきたように、契約書そのものから直ちに導き得ない解釈結果の妥当が問題となる局面においては、「規範的解釈」の適用が問題とされるのが通例であり、かつ、そこにおいては、「真意の探求」とは異なった指導原理が妥当する。この「指導原理」の具体的内容

(154) Vgl. LORENZ, *op. cit.* [note 73], S. 232 ff.

を明らかにするには、前章において得られた成果を祖述しておくことが有益であろう。

2 フランス法においては、契約締結過程における行為によって相手方の意思決定が決定づけられた場合であっても、その決定づけられたところの意思は「両当事者の共通の意思」をなすものとは解されないから、契約とは区別して捉えられていた。しかし、そのことから、当該意思が契約内容にならないとの結論が直ちに導かれたわけではなく、当該行為が契約そのものとは異質なものであることを承認しつつも、それを契約内容へと取り込む法理の確立が、「契約内容の強制」等の基礎づけのもとに目指されていた。その際に重視されたのは、契約内容への取込みに「救済」ないし「サンクション」としての性格を認め、これを契約締結過程の手続的適正を保障するという目的のために積極的に活用するという視点であり、こうした分析がなされる背景には、とりわけ事業者・消費者間の取引を念頭に、契約締結過程において事業者が一定の言明をなし、それが消費者の意思決定に影響を与えた以上、その内容が契約に反映されないと主張するのは許されないという、契約における誠実性・道義性の要請に根差す「価値判断」<sup>(155)</sup>が看取された。その意味において、そこでの判断は、「合意の瑕疵」の諸法理との機能的な連続性を保つかたちで行われるべきものとされていた。

3 以上の知見は、日本法の議論としても、契約締結過程においてなされた表示が相手方に対して誤信を惹起させた局面においては、意思表示の規範的解釈による契約内容の形成を第一次的な救済と捉え、それを実効あらしめるための解釈論が模索されるべきであるとの示唆をもたらす。その意味するところは、具体的には次の二点である。

第一に、上に述べたような考え方が成り立ち得るとすれば、少なくとも、「契約内容への取込み」の主張が事実上困難であり、そもそも主張が

---

(155) 前章第二節第二款の小括（本誌86巻3号（2011年）76頁以下）を参照。

なされること自体が希有だというわが国の現状は、再検討に付されるべきであろう。<sup>(156)</sup>特に、わが国においては、契約内容への取込みよりも、契約からの離脱のほうが容易であるという理解が根強いが、フランス法における議論は、そのような理解に必然性がないことを示すものであったと考えられる。

第二に、以上に反し、契約内容への取込みという解決は、実のところ、日本法においても——「合理的意思の解釈」等のかたちで——既に実現されているという現状認識も成り立ち得るかもしれない。しかし、そうであっても、裁判官が契約内容の形成をコントロールするという視点を自覚的に模索することには、なおそれ自体としての重要な意義があるといえよう。そして、そのためには、フランス法にみられたように、契約的債務の<sup>(157)</sup>成否を判断する局面に即して、裁判官と当事者との間の役割分担、つまり、裁判官による法適用の問題へと考察を進める必要がある〔総括を参照〕。

## 二 錯誤法理との関係——契約の「実現」と「解消」

このように、意思表示の規範的解釈と合意の瑕疵の法理との機能的な連続性を想定するときには、両法理の適用領域がどのように画されるかを明確化する必要が生じる。

### (一) 債務不履行責任——「契約内容への取込み」の意味

前項にみたとおり、わが国においても、錯誤と債務不履行との関係が新

(156) 大村『消費者法』(前掲注(24)) 161頁は、先に述べたところとは別に、契約の解釈の問題としては、「消費者契約では消費者の期待をできるだけ契約内容として取り込む解釈をすべきではないか」と示唆している(同旨、日本弁護士連合会編『消費者法講義〔第三版〕』(日本評論社、2009年) 268頁(齋藤雅弘弁護士執筆部分))。また、判例においても、いわゆる複合契約を扱ったものとして著名な最判平成8年11月12日民集50巻10号2673頁が、売主の債務内容の認定にあたり、「新聞広告、案内書等」、契約書以外の書面を正面から参酌していることに注意を払ってよいだろう(この点を強調するものとして、本田純一「判批」リマークス1998年(1) 36-37頁)。

(157) 前章第二節第二款第一項第二(本誌86巻2号(2011年) 256頁以下)。

たな相において問題とされている。ところで、両者の限界づけについては、前章第二節第三款の考察からも明確な知見を得ることはできず、ただ、その評価において「不能」という事実が重要な要素となること、および、債務内容への取込みが実現されるためには「合意」が必要となることという二つの見地を得るにとどまった。ここでは、この二つの見地を生かしつつ、暫定的ながら、両法理を限界づけるための指標を提示することを試みておきたい。

1 わが国における解釈論の現状にかんがみるならば、給付が原始的不能であっても、債務が発生する余地を認めることが出発点とされてよいだろう。とはいえ、給付が原始的不能であることを知りつつ合意に至ることは決して常態とはいえない。むしろ、不能な給付を目的とする契約を締結しようという意思が存在することは、例外的なことといえよう。したがって、原始的不能の給付を目的とする合意の成立が認められるためには、債権者において、いわば「特段の事情」として、当該給付が明確かつ確定的に約されたこと、または、当該給付が契約による債務の内容をなすものと正当に信頼したことを特に立証しなければならないと考える<sup>(158)</sup>。それがなされなかったときは、当該給付は契約内容へは取り込まれず、ただ錯誤のみが問題になると解すべきであろう。

2 事実錯誤は「契約内容への取込み」によって基礎づけられるという考え方によれば、錯誤主張の可否を決するにあたっても契約への「取込み」が問題になると解され、したがって、債務不履行との間の要件面での差異が相対化される可能性がある。これに対し、動機錯誤（事実錯誤）を主張する場合には、単に相手方に動機が知られていれば足りるとする理解

(158) 磯村哲『債権法各論（講義案）』（女文社、刊行年不詳）32-34頁が、「通常の客観的原始的不能」の場合と区別して、特に「なんびとにも、公知の不合理的な給付を目的とする契約」は当然に無効とされるという規律に言及し、客観的原始的不能のなかに複層的な規律の可能性を認めていることは、以上の視点との関係で示唆的である。

に立つときには、理論的には、債務内容への取込みとの間に、少なくとも要証事実の次元においては明白な相違が生じることになる。

本論文の検討の限りでは、錯誤の要件につき、どのような見解に与すべきかを確言することはできない。しかし、今後の検討課題を留保しつつも、ここで前章第二節において得られた次の知見を繰り返し指摘しておくことは、なお一定の意味をもつといえよう。すなわち、「契約内容への取込み」が両当事者による合意によって実現されるのだとしても、本論文のように、合意の成立の判断自体が決して固定的なものでなく、当事者の置かれた状況に応じて、一定の場合には合意の成立判断そのものが緩和され得る——したがって、単なる「認識」から合意の成立が帰結され得る——と考えるならば、上記いずれの見解によっても、要件において実質的な差異が生じないと解される余地がある。このようにみると、「動機が契約内容になるためには、その旨の合意が必要であるか、それとも錯誤者の相手方の認識（可能性）をもって足りるか」という、錯誤の要件の内包を問題とする二者択一的な問題を立てることにはあまり意味がなく、むしろ、いかなる場合に、いかなる理由で、「相手方の認識だけで契約内容への取り込みが正当化されるか」を端的に問題にすることが必要になると考えることができよう。

## (二) 瑕疵担保責任

先にみたとおり、錯誤と瑕疵担保責任との関係はもっぱら期間制限の平準化の問題として論じられてきた。しかし、以上のように、問題を両制度の理論的關係という観点から捉えるときには、むしろ、次の点にこそ重大な課題が存するといえよう。

まず、売主の側から自発的に追完を行った場合に、買主は、担保責任のみならず、錯誤の主張をもなし得なくなると解すべきか。この問題につき、完全な選択的主張が許されると解するならば、錯誤主張者において、追完の申出を拒絶して契約の解消を主張することも可能だと解することになるはずである。というのは、錯誤とは契約成立時の意思表示の瑕疵であ

るため、論理的には、事後の追完によってこれが治癒されることはあり得ないからである。しかし、これに反し、あるいは瑕疵担保責任は錯誤の特則であるとし、あるいは一定の性質が債務内容に取り込まれている以上は錯誤の問題が生じる余地はないとして、錯誤の適用が劣後すると解するならば、錯誤を主張する買主に対し、売主は、（契約内容を証明したうえで）瑕疵修補をもって抗弁することができるかと解することになろう。

以上のような効果を念頭に置かならば、ある事実が瑕疵担保責任と債務不履行の要件の双方を満たすときには、少なくとも実体法の次元においては、より詳細な調整的規律を設けている瑕疵担保責任の規律が優先すると解することが、解釈論として適切である<sup>(158a)</sup>と考える。

## 第二 結論の妥当性——諸制度の規範内容

以上に述べてきた解決がいかなる実益をもたらすかは、契約の「実現」という方向性の法的解決の導入によって、当該の契約関係が、どのような規範に服することになるかを考察することによって明らかにされ得よう。本論文においては、主に各制度の適用領域の差異を検討してきたため、規範内容の分析は、断片的に触れたものを除けば十分に行い得なかった。とはいえ、一般に承認されている相違に基づき、ここで若干の整理を行っておくことは許されるだろう。

1 第一に、履行請求の可能性について。厳密に言えば、現実的履行の強制の可能性と、これに準ずる履行利益賠償というかたちで救済を与える可能性とが考えられる。

この点で特に問題になるのは、そのような義務を負わされることが「酷

---

(158a) フランス債務法改正事業において提案されたテレ草案は、錯誤者が契約締結当時考えていた内容での契約の履行を提案することによって防御する権能を相手方に与えている（前章の小括〔本誌86巻3号（2011年）183頁〕）。これによっても、以上と同旨の規律を実現することはできよう。とはいえ、以上のような「追完権」を錯誤法理の枠内で認めるためには、「錯誤者が契約締結当時考えていた内容」に即して当該契約の内容が改訂されると構成せざるを得ないが、そうした処理は、理論構成の点において複雑に過ぎるように思われる。

な結果」になるのではないかという利益衡量であろう。具体的には、①これまでのところ、情報提供義務違反を理由とする——場合によってはきわめて軽微な——損害賠償責任が発生するにすぎないと解されてきた場合にも、常に契約内容への取込みが行われ得ることにならないか、また、②過失相殺による「割合的解決」の可能性を否定することは妥当なのか、といった疑問が生じ得るように思われる。理論的観点からすれば、これら疑問も決定的なものではないとするのが本論文の立場であることは、既に述べてきたとおりであるが、以下では、実質論に関するいくつかの議論を試みておきたい。

まず、①については、契約内容への取込みには、信頼の「正当性」の判断過程において自ずから一定の限界が課せられることになるから、決して適用領域の無制約な拡張を招くことはないということができよう。また、次のことを考慮すれば、契約内容化という結論そのものが決して過当な保護をもたらすものでないことも、了解され得るだろう。すなわち、代替物（ないし代替可能性のある役務）を目的とする取引の場合には——現代の取引においてはそれが多しと思われる<sup>(159)</sup>——、代替的な物または役務の提供によって追完をなすことが容易に期待され得よう。また、それが不可能な場合についても、経済的不能法理等、不能判断を柔軟化するための方策が講じられるならば、履行過程における諸法理の適用によって適切な調整がもたらされ得ると考える。

ところで、後者の方途による時にも、契約解除の可能性が生じることから、結局のところ契約の解消というかたちでの問題解決が図られる可能性があることは、後述のとおりである。この場合には、たしかに、履行請求が認容されないという点で、従来までに論じられてきた合意の瑕疵の諸法理の適用による解決と異ならないようにもみえるだろう。しかし、損害賠償の範囲が違ふという点には差異が生じるし、追完が可能である限りは<sup>(160)</sup>

(159) こうした見地のもつ意味については、広中『債権各論』(前掲注(148)) 76頁の分析をも参照。

解除を排斥する余地も否定されないのだから、その点では、本論文の提唱する解決に「実益」を見出すことはできるだろう。<sup>(161)</sup>

他方、②については、そもそも過失相殺を広範に認めるという解決自体が一つの価値判断に根差したものであって、見直しの余地のないものではないと答えることができよう。また、この点は措いても、わが国において意思表示の解釈における「信頼の正当性」が語られる際、それが、意味付与の正当性の「比較」の問題だとされてきたことも無視し得ないと考える。「比較」という着想に根差すものである以上、この考え方においては、保護されるべき信頼の要求水準は、ア・プリオリに想定されているのではなく、相手方の態様等との兼合いによって相対的に決せられることになろう。そうすると、過失相殺の基礎となり得るような意味での「過失」があるとしても、当の意味理解に正当性が認められることもなお考えられると思われる。その限りでは、過失相殺が可能な場合には常に中間的解決がなされるべきだという着想は、もともと徹底されていたわけではないともいえる<sup>(162)</sup>よう。

(160) この差異は、とりわけ、違約金に関する特約が締結されていた場合に大きな意味をもつことになろう。

(161) 同旨の指摘として、大塚「契約解釈論と情報提供義務論の断絶」（前掲注(97)）188頁を参照。

(162) こうした解決は、損害額の認定に要する「計算のコスト」（鈴木禄弥ほか「シンポジウム 鈴木民法学の60年」北法55巻6号（2005年）274頁における瀬川信久教授の発言を参照）を低減する役割も果たしているといえよう。このような着想は、もともと、表見代理に関する民法典起草者（特に梅謙次郎）の議論に如実に示されていたものであるが（梅謙次郎『民法要義 総則編』（明法堂、1899年）254頁、同『民法原理 総則編』（信山社復刻版、1991年）438-439頁）、近時では、滝沢昌彦教授によっても強調されている。滝沢『研究』（前掲注(4)）63頁、同236頁（ただし、実損害額の反証を認める）、同「なされた履行の清算と契約の成立」円谷峻他編『現代契約法の展開 好美清光先生古希記念論文集』（経済法令研究会、2000年）93頁（なお、笠井修ほか編著（滝沢昌彦訳）『現代アメリカ契約法』（弘文堂、2000年）122頁以下をも参照）。また、池田『契約交渉の破棄』（前掲注(2)）348頁注②も、「何らかの特殊な事情から、たとえば締約を信頼した者を保護すべき要請は高いが、信頼利益の立証・算定は困難で、他方、履行利益の立証・算定は容易である

2 第二に、履行過程の規律としての調整を図るという構想の帰結としては、解除の可能性が生じることが重要である<sup>(163)</sup>。これによって、あたかも「契約締結上の過失に基づく解除」を認める見解のごとく、錯誤法理の狭隘さが補われる——しかも「評価矛盾」を来さない——という間接的・副次的な（とはいえ、実践的にはきわめて重要な）実益ももたらされることになる。

もっとも、解除の可否を判断する際に「契約をした目的」が問われるとすれば（566条1項・570条）、期待にそぐわない結果しか得られないことが契約全体との関係でどの程度の重要性をもつかが衡量されることになるのであり、その内容が、実質的には錯誤の「重要性」「因果性」の要件と一致するのではないか、という疑義はなお生じ得よう。しかし、この点に関する問題解決規準の定立等の具体的考察は、今後の課題として留保することにした。

## 小 括

1 以上が本論文による提案の骨子である。ところで、以上の提案をなすにあたって、いま一度、フランス法における議論状況を参酌しつつわが国の状況を振り返ると、両法の状況に次のような興味深いねじれがあることに気づき得るだろう。すなわち、意思表示の規範的解釈という準則を正面から承認する日本法のほうにおいては、表向きにはこれを認めてこなかったフランス法に比べて、契約内容の取込みを可能にする余地が大きいように見える。それにもかかわらず、本節でみたとおり、実際の議論状況に

---

場合、信託利益賠償の代替措置として、『履行利益の賠償』が認められるという論理的可能性」を排斥しないとする。さらに、英米法との関係では、久須本かおり「契約法理論の再構築を目指して(3)—約束理論および信託理論に対する考察を中心に—」名古屋大学法政論集171号（1997年）398頁、木下毅『英米契約法の理論』（東京大学出版会、第二版、1985年）395頁が示唆に富む指摘を行っている。

(163) フランス法において、契約内容への取込みの効果として解除が念頭に置かれていたこと、およびその意義については、前章第二節第三款第二項**第二**（本誌86巻3号（2011年）135頁以下）において触れたとおりである。

目を向けると、フランス法のほうが、むしろ契約内容への取込みの認定に対して積極的な議論を展開していたように思われるのである。

こうした齟齬を生じた要因を論定することは容易ではない。けれども、次の二ないし三点に着目して当面の考察を続けることは、許されるものと考えられる。

第一に、フランス法にみられたような、契約法理の射程をリジットに捉えたうえで、これから漏れ出た部分を他の法理によってカバーするという判断枠組の設定は、契約法理そのものの歪曲を来さずにその修正原理を導入することを容易にする。逆説的ではあるが、フランス法においては、「意思主義」として特徴づけられる種々の理論的な建前が堅守されたがために、かえって、そこからの逸脱の大きい法準則を導入することにも積極的になり得たのではないかと思われる。

もっとも、逸脱の大きい準則を導入することが可能だからといって、それに踏み切ることには必然性はない。そうした態度決定は、むしろ、ある種の「決断」の所産というべきであろう。それでは、何がそうした決断を後押しするのか。それは、結局、不公正な取引を許容することはできないという判断がフランス法においてはより強固に示されていたという、いわば法政策の次元での判断だったのではないかと思われる。こうした事情を、如上の齟齬を生じた第二の要因として指摘することができよう。

そして、第三に、日本法の側の事情として、次のような可能性を意識することが許されるものと考えられる。すなわち、「裁判には常に裁判官の解釈的作用を必要とする」<sup>(164)</sup>とする我妻説によって定式化された裁判官への白地委任的な権限付与、それとの連続線上にも置かれ得る解釈方法論（利益衡量論等）の展開にもかかわらず、解釈論者の共同体の内部、あるいは、裁判実務においては、その適用に合理的な限界づけを行うために、一定の自

---

(164) 我妻「ゲンツ」(前掲注(32))第一章の標題。その背景には、「裁判中心の考察方法」(同「私法の方法論に関する一考察」同『近代法における債権の優越的地位』(有斐閣、1953年)第一章の標題)が控えているといえよう。

制がはたらいたとみる余地があるのではないかと考えられる。

2 さて、以上のうち、第一の点は、規範的解釈の判断枠組を再考することによって克服することの可能な問題であると考え。本章における議論は、それがなされるべきことを提言するために費やされたものであり、それ以上のことを改めて述べる必要はなからう。

これに対し、第二の要因、すなわち、そもそもこうした結論が「妥当」であるのかという問題は、理論的に決着を付けられる性格のものではない。前述の解釈提案をなすにあたり、本論文は、フランス法における解釈論にみられた理論構成および判断枠組をほとんどそのままのかたちで日本法の解釈論に適用することによって、この点に解答を与えようとしてきた。しかし、こうした行論に対しては、当然、異論の余地が残されているというべきであろう。それゆえ、議論を水掛け論に帰せしめないためには、これまでの立論をいささかなりとも客観化するための視座を得べく努める必要がある。そして、そうした作業は、ひいては上記第三の要因を見つめ直すことにも資するといえよう。

そこで、次節では、不十分ながらも、<sup>(165)</sup>二つの方向からこの課題に取り組むこととしたい。

## 第二款 提案の再検証と補充的考察

### 緒言

本款では、以上の試論を補強ないし再検証するために、比較法的考察の

---

(165) 次款における考察は、わが国における法適用の実態に関する分析、とりわけ判例研究によって補われる必要があるものと感じる。しかし、意思表示の解釈における判断作用は「法適用」とは大きく異なるため、どのような方法で判例研究を行うかということ自体に困難がある（つとに滝沢「表示の意味の帰責」(前掲注(72)) 309頁の指摘するところである)。このように、問題が方法論ないし法の認識方法の次元に及んでいることから、現時点においてはこの点の分析は差し控えざるを得ない（一つの方向性を示すものとして、Chr. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, 2002 が注目される）。

補充という外発的な議論と、日本法の沿革という内発的な議論を補っておきたい。前者については、フランス法の考察は既に終えたから、これまでに扱い得なかった知見を補う趣旨で、欧州契約法およびドイツ法の規律に一瞥を加える〔第一項〕。ただし、それら諸規律の意義を理解するための補助線として、フランス法にも若干の言及を行う。他方、後者については、民法典起草過程に考察を加え、規律の体系化に関する視点を模索するとともに、わが国における解釈論の手がかりを立法過程に求め得ないことを明らかにしたい〔第二項〕。

## 第一項 欧州契約法およびドイツ法

本項においては、ヨーロッパ契約法原則〔第一〕およびドイツ法〔第二〕の規律<sup>(166)</sup>に対し、順次概観を加えていく。これによって、理論的基礎づけの方法が種々であるにもかかわらず、いずれの規律においても、これまでに論じたところと通底する価値判断が妥当しており、その結果、本書の主張に整合する結論が認められていることが明らかになる。

### 第一 ヨーロッパ契約法原則6：101条再論

比較法的考察を補足するための緒として、はじめに、既述のヨーロッパ契約法原則6：101条と、これを引き継ぐ諸事業の成果に一瞥を加えることにしたい。

#### 一 欧州契約法における規律

##### (一) ヨーロッパ契約法原則6：101条

#### 1 はじめに、ヨーロッパ契約法原則6：101条の規定を再掲しておくこ

---

(166) わが国の解釈論に重大な影響を与えてきたドイツ法の議論を参照することは、これまでに展開してきたフランス法の議論を相対化・精緻化し、これまでの立論を再検証するうえでも有益だろう。債務法改正後の事情も含めて、ドイツ法の状況に関しては既に多くの点が解明されているようにもみられるが、本書との関係では、434条1項3文の要件論のほか、民法典305条b（旧約款規制法4条）の解釈論、契約調整（Vertragsanpassung）の問題等、なお検討されるべき興味ある問題があるように思われる。

としよう。

【ヨーロッパ契約法原則6：101条（3項省略）】

- (1) 契約締結前または締結時に当事者の一方によってなされた表示は、次に掲げる事情を考慮すれば当該状況において相手方が契約上の債務を生じさせるものであると理解するのが合理的であるとき、契約上の債務を生じさせるものとして扱われる。
  - (a) 相手方にとってのその表示の明白な重要性
  - (b) 当事者が取引を行う中でその表示をしたかどうか
  - (c) 当事者の相対的な専門性
- (2) 当事者の一方が専門的供給者であり、この者が役務、商品その他の財産の性質または用法に関する情報を、販売、広告の際に、またはその他の方法で契約締結前に与えたときは、その表示は契約上の債務を生じさせるものとして扱われる。ただし、表示が不正確であることを相手方が知りまたは知らずにいることなどありえなかったことが証明されたときは、この限りではない。

ヨーロッパ契約法原則6：101条の規範内容を考察するにあたっては、本条が、二つの異なる局面を念頭に置いた規律であることに注意を払う必要がある。というのは、こうである。「契約の内容確定」に関する諸規律の冒頭に位置する同条は、契約締結過程の行為が契約内容に取り込まれる旨を定めるものであり、その一般論が1項において宣言されている。ところが、この自明の宣言に続く2項は、いささか特異な局面について定めている。すなわち、同項は、「専門的供給者……が役務、商品その他の財産の質または用法に関する情報と約束<sup>(167)</sup>」を与えた場合につき、「情報又は約束が、契約を締結するという被害当事者の決定に影響を与えたこと」を要件として、「供給者が与えた情報および供給者が行った約束は契約の一部となる」こと、それゆえ、「情報が不正確である場合、または約束（保証）が破られた場合、相手方は……契約の不履行に対する救済手段を求めることができる<sup>(168)</sup>」ことを明らかにしているのである。

---

(167) オーレ・ランドー＝ヒュー・ピール（潮見佳男ほか監訳）『ヨーロッパ契約法原則 I・II』（法律文化社、2006年）〔以下、『ヨーロッパ契約法原則』として引用する〕291頁。

2 それでは、2項の規律に与えられたこうした位置づけは、ヨーロッパ契約法原則全体の脈絡においてどのような意義をもつと解されるか。この点については、様々な解釈が成り立ち得るだろうが、次のように述べられるところからは、同項に対しては、契約内容の確定に関わると同時に、「契約締結前にされた表示」に関する法的規律の一環という意味が与えられていることがわかる。すなわち、「……本原則は、契約締結前にされた表示を2つのカテゴリーに分けることができることを定めている。一方で、そのような表示が契約上の債務となる場合がある。この場合には、当事者が行くと表示したことを行わなかったり、その表示が不正確であったりしたときに、契約の不履行が認められてよい。これに対して、そのような表示が契約上の債務となっていない場合がある。しかし、ここでも、その表示が不正確なときには、……契約の有効性に関する諸規定に基づいて、契約を取り消す権利や損害賠償を請求する権利を生じさせることができる……。6:101条は、ある特定の表示が契約上の債務として扱われるべきか否かを決定するための基準を定めている」<sup>(168)</sup>。

3 以上にみたところによれば、同条は、契約締結前にされた表示が契約の内容を形成し得るという「EUの法体系の核心部分」<sup>(170)</sup>に属する1項の一般的規律と、事業者・消費者関係において適用される2項の具体的規律とを一体として把握することによって、二つの規律をいわば「理論」「応用」の相に位置づけたものと捉えることができる。そして、この見地からは、本条によって次のような構想が提示されたと解することも許されよう。すなわち、契約締結過程になされた表示については、それが「違法」と評価される限りでは、取消権・損害賠償請求権の付与というかたちで否定的評価が下され得る。しかし、他方で、契約締結過程の表示もまた契約内容に取り込まれ得るという一般原則によれば、当該表示は、これを債務

(168) 同・292頁。

(169) 同・38頁。

(170) 同・293頁。

内容として契約に取り込むという「適法」評価の対象にもなり得る。そして、以上の各規律は、契約締結過程の手続的適正を保障するという統一的な目的に奉仕する制度として把握することが可能である。<sup>(171)</sup>

## (二) 共通参照枠草案 II.-9:102条

1 ヨーロッパ契約法原則6:101条の規律は、共通参照枠草案 II.-9:102条へと引き継がれ、新たなコメントおよび注釈と相俟って規律の内容が詳述されているから、これを検討することにした。<sup>(172)</sup> II.-9:102条は全6項からなっており、3条から5項までは第三者による表示の効力を扱っている。そこで、以下では、1項、2項および6項を考察する。

### 【共通参照枠草案 II.-9:102条 (3項から5項まで省略)】

- (1) 契約締結前に当事者の一方によってなされた表示は、相手方において、契約が締結された場合には契約上の債務を生じさせるとの前提でなされたものと理解するのが合理的であるときは、契約上の債務を生じさせるものとして扱われる。相手方が表示をこのように理解するのが合理的であるかどうかを評価するためには、次の事情が考慮される。
  - (a) 相手方にとってのその表示の明白な重要性
  - (b) 当事者が取引を行う中でその表示をしたかどうか
  - (c) 当事者の相対的な専門性
- (2) 事業者たる一方当事者が、その契約にかかる取引によって供給されるものの特別な性質についての表示を、広告または第三者を通じて契約締結前に与えたときは、次の各場合を除いて、その表示は契約上の債務を生じさせるものとして扱われる。
  - (a) 相手方において、表示が不正確であり、またはそうした条項を信頼することができないことを、契約締結時において知り、もしくは知ることを合理的に期待される時、または、
  - (b) 相手方の契約締結の決定が、その表示によって影響されなかった

---

(171) 同・294頁が、「誤解を導くような販売方法」に関して、「販売上の情報として、当事者の一方が行った言明は、今日ではかつてよりも、契約上の約束になることが多い」と指摘することも、こうした理解の裏づけとなり得よう。

(172) Ch. VON BAR et al., *Principles, definitions and model rules of european private law, Draft common frame of reference (DCFR)*, Oxford University Press, 2010, pp. 582 et s.

とき。

- (6) 事業者および消費者の間の関係においては、当事者は、消費者の不利  
 益において、本条の適用を排除し、または、本条の効果を減殺もしくは  
 変更してはならない。

共通参照枠草案 II.-9：102条 1 項および 2 項の規範内容は、大綱において  
 はヨーロッパ契約法原則における両項のそれと異なる。つまり、当事者  
 （主に事業者）が提供した情報の内容が誤っていたときには、相手方  
 （主に消費者）は、債務不履行に基づく救済を受け得ると解される<sup>(173)</sup>。他方  
 で、6 項は、本条の規律がもつある種の強行性を明示するものと解され  
 る。以下では、規定の文言の異同を辿るとともに、コメントから特記すべ  
 き事項を摘出することによって、本条の規範内容を明確にしておこう。<sup>(174)</sup>

第一に、共通参照枠草案 II.-9：102条 1 項は、ヨーロッパ契約法原則  
 6：101条 1 項においては「契約締結前または締結時に当事者の一方によっ  
 てなされた表示」とされていた部分を、「契約締結前に」と規定する。こ  
 れによって、本条の射程が、契約締結過程における表示の効力を想定した  
 ものであることが明確にされている。そのうえで、本項に付されたコメン  
 トは、こうした規律が、申込み等の法律行為の解釈によっても導き出され  
 得ることを明らかにする。これによって、本項のもつ「原則」としての性  
 格が再確認されているとみることができよう。コメントの内容としては、  
 併せて、錯誤をはじめとする他の救済との競合が生じる場合につき、当事  
 者に自由な選択を認めるかたちで解決を図るべきだとされていることに注  
 目しておく必要がある。<sup>(175)</sup>

(173) *Id.*, p. 583.

(174) 本論文の関心からは、① 1 項の規律について一般論を展開するコメント A、  
 ② 「専門的供給者に関する特則」についてのコメント B、そして、③ 「完結条項」  
 に関するコメント F が重要である。

(175) VON BAR *et al.*, *op. cit.* [note 172], p. 583. なお、救済の競合の問題に関し  
 ては、大中有信「共通準拠枠草案における契約締結前の情報提供義務(2) ドイツ法  
 におけるヨーロッパ契約法に関する議論の一端」法政法科大学院紀要 6 巻 1 号  
 (2010年) 58頁以下の批判的分析をも参照。

第二に、「表示」の内容が、ヨーロッパ契約法原則においては「役務、商品その他の財産の性質または用法に関する情報」とされていたのに対し、「その契約にかかる取引によって供給されるものの特別の性質についての表示」として、より一般化して捉えられている。この点の修正は、契約において提供されるあらゆるものを捕捉しようとする趣旨に出たものと説かれて<sup>(176)</sup>いる。本条の規律は、典型的には売買契約に妥当するものといえようが、契約締結過程における当事者の具体的行為に着眼した規律であるからには、特定の契約類型を超えて、役務提供契約等をも含むより一般的な射程を有するものとして把握されることになるのであろう。

それでは、「専門的供給者の特則」たるこの2項の規律は、いかなる判断枠組に服するのか。この点については、同項に対するコメントにおいて、障碍要件たる(a)号の具体的適用として、①表示が契約締結前に広告によって訂正された場合、および、②広告が、誇大な吹聴であったり、内容が茫漠としたものである場合が典型事例として挙示されていることが重要である。以上の理を準則的に提示するならば、本条が適用されるためには、前提として、広告内容が明確性を有することが求められる(②)が、その反面、ひとたび明確な情報が提供されれば、それによって相手方に生じた誤解は事業者が解消しなければならない(①)、ということができよう。いいかえれば、この規定は、留保が付されていない以上、明確性を備えた事業者の表示は確定的なものと評価されることを明らかにしたものとして理解することができる。

第三に、II.-9:102条2項(b)は、「相手方の契約締結の決定が、その表示によって影響されなかったとき」を障碍要件として明定した。この点は、表示と契約締結の決定との間の因果関係を要件化する趣旨だとされて<sup>(178)</sup>いる。

---

(176) VON BAR et al., *loc. cit.*

(177) *Id.*

(178) *Id.*, p. 584.

加えて、第四の特徴として、新設された6項によって、本条の規範内容を消費者の不利になるかたちで変更することが禁じられたこと、つまり、規定の強行性が明確化されたことを指摘し得よう。もっとも、本論文の関心から同時に注意を払うべきは、同項にかかるコメントのなかに、「契約上の債務は契約書面の中にのみ存在する旨を表明する完結条項によって、本条の効果は代置され得る」との説述がみられることである。<sup>(179)</sup> 6項の規律を適用すれば、たとえ完結条項が個別に交渉されていたとしても、これを消費者に不利な効果をもたらすために援用することは許されないことになろう。そうであれば、このコメントの趣旨は、6項との関係ではにわかに理解し難いものとなる。本条全体の論理との整合性を考えるならば、むしろ、完結条項が個別に交渉され、契約締結過程の表示が契約内容に取り込まれないことが認識されたという事実が、2項の障害事由を構成すると解するほうが優れているのではないかと思われる。

2 以上によれば、共通参照草案II-9:102条の規律は、規定の文言および付属情報に繁閑の差こそあれ、ヨーロッパ契約法原則6:101条と同様に、①契約締結過程における表示もまた債務内容に取り込まれること、および、②事業者間においては、この「取込み」が容易に行われることの二点を基本とするものであったと要約することができよう。したがって、その基本的性格については、先にヨーロッパ契約法原則6:101条との関係で述べたことがそのまま妥当すると解される。<sup>(181)</sup>

(179) *Id.*, p. 585.

(180) 共通参照草案II-4:104条は、完結条項の効力を個別の交渉がなされた否かにかからしめる立場を採っている (*id.*, pp. 283 et s.).

(181) ヨーロッパ契約法原則との連続性を考察するうえでは、同原則が「契約締結前にされた表示」に関する法的規律という統合的な視点をもっていたこととの関係で、共通参照草案においては、情報提供義務という観念の射程を拡大して、「瑕疵担保責任規定を潜在的あるいは間接的な情報提供義務の萌芽と見る」着想が採用されたと分析されていること（大中・前掲論文（注(175)）55頁、67頁注(62)）。ただし、同60頁以下における批判的分析をも併せて参照）が目を惹く（さらに、大塚「契約解釈論と情報提供義務論の断絶」（前掲注(97)）192頁注(3)は、共通参照採

他方、共通参照草案においては、ヨーロッパ契約法原則が必ずしも十分に明らかにしていなかった点が明確化されていた。具体的には、①規律の対照となる情報が一般化されたこと、②情報と意思決定の間の因果性が要件として提示されたこと、③救済が競合する場合には、それらが選択可能なものとされたこと、④確定性要件に対する一定の位置づけが示されたこと、そして、⑤完結条項の取扱いが明らかにされたことの各点に、注意を払っておく必要があろう。

## 二 補論——フランス法からの応接

ヨーロッパ契約法原則6：101条がフランス法においてどのように解釈されているかについては、前章第一節において略述した。しかし、欧州契約法の規律と、同第二節にみたフランス法の現況との関連を明らかにするためには、2008年4月に公表されたアンリ・カピタン協会および比較立法協会<sup>(182)</sup>による提案を考察することが有益である。

### 【比較立法協会＝アンリ・カピタン協会による提案】

6：102条（ヨーロッパ契約法原則6：101条および6：102条を統合したもの）

- (1) 黙示的債務は、当事者の意思及び従前の関係を参酌してこれを決する。法律によって宣言される契約の性質及び目的、慣習及び条理(équité)もまたこれを決する。
- (2) 完結条項がない場合には、黙示的債務は、次に掲げる事情を考慮すれば当該状況において相手方が契約上の債務を生じさせるものであると理解するのが合理的であるとき、契約締結に先立って相手方がした表示からも生じ得る。

---

草案 II-3：109条およびアキ原則2：208条2項が、情報提供義務違反を債務内容の確定に結びつける構想を示していることを詳述している)。ここで問題とされる情報提供義務は、「法理」ではなく「原理」の次元に属するものと解されるが、そうした原理が「契約締結前にされた表示」に関する法的規律のなかに通底するという認識は、諸規律を齊一的に見通すための一つの視点を供するよう思われる。

(182) B. FAUVARQUE-COSSON et al. (dir.), *Projet de cadre commun de référence, Principe contractuels communs*, SLC, 2008. 前後の事業の概略につき、v. id., *Terminologie, principes élaboration de règles modèles : les trois volets du cadre commun de référence*, RTDeur. 4/2008, p. 697.

- (a) 相手方にとってのその表示の明白な重要性
- (b) 通常の商慣行
- (c) 流通の状況
- (d) 当事者の相対的な専門性

1 提案の形式と変更点 まず、提案の概略であるが、規定の体裁としては、各節の冒頭に、定義ないし目的を明らかにする規定が加えられていることが目を惹く。そのうえで、ヨーロッパ契約法原則6：101条および6：102条が、同草案6：102条に統合されて提示されている。

規定内容の変更としては、次の各点を指摘することができる。①6：101条に直接に対応する規定が失われ、「黙示的債務」に関する6：102条——直接にはヨーロッパ契約法原則6：102条に相当——にその一部が吸収された。②ヨーロッパ契約法原則6：101条2項が削除された。そして、③ヨーロッパ契約法原則6：101条1項を引き継いだ6：101条2項において、完結条項のある場合にはこれを尊重すべき旨が明定された。以上の三点に即して、提案内容を考察していこう。

2 提案の内容・理由 (1) まず、契約締結前になされた表示は、なぜ「黙示的債務」をなすものと扱われるのだろうか。<sup>(183)</sup>資料に付された提案理由は、この点につき、特段の説明をしていない。<sup>(184)</sup>ヨーロッパ契約法原則においては、契約の補充ないし補充的契約解釈に関する規律は6：102条において規程されているのであるから、<sup>(185)</sup>このことにかんがみると、ここでは、契約締結過程の表示の契約内容への取込みを「契約の補充」と同視し得るのか、また、そうした理解がなされる背景にどのような制度理解が存するのかが問題になろう。

(2) 次に、ヨーロッパ契約法原則6：101条2項の規律が削除されたの

---

(183) V. aussi FAUVARQUE-COSSON et al., *Principe* [note 182], pp. 493 et 494.  
 (パヴァリア草案32条（平野裕之「ヨーロッパ契約法草案（パヴァリア草案）」法論76巻2・3号（2004年）91-92頁を参照）に対する評価）

(184) *Id.*, p. 494.

(185) 『ヨーロッパ契約法原則』（前掲注(167)）277頁、295頁。

はなぜか。この点の参考になる提案理由は、規定の形式面 (forme) の問題として、同条の規律は「あまりに長く、混乱している (trop long et confus)」と評されることのみである<sup>(186)</sup> (実質面 (fond) での問題点は、この関連では指摘されていない)。あるいは、消費者法的規律は「指導原則」に相応しくないと考えられたのかもしれない。

(3) 最後に、2 項の冒頭で「完結条項」に触れられている趣旨をどう理解すべきか。この点につき、解説は、ユニドロア原則第 2.1.17 条を、ヨーロッパ契約法原則 6:101 条に「間接的に」関連するものとして採り上げて<sup>(187)</sup>いる。ヨーロッパ契約法原則が完結条項に関する詳細な規定をもつ<sup>(188)</sup>(2:105 条) ことには言及されていないものの、同条との関係も視野に入れられていたとみてよいだろう。<sup>(189)</sup>

**3 提案の趣旨** 以上の各点につき、提案者は必ずしも十分な説明を行っていない。しかし、それぞれの規律は、本論文で考察してきたところ——意思表示と契約との間の構造的な相違——に整合するものであり、したがって、これまでの考察に照らして各規律の構想をある程度付度することはできる。具体的には、次のとおりである。

第一に、「黙示的債務」という取扱いがなされるのは、「意思表示の解釈」という規律をもたないため、契約締結過程の行為を契約に汲み取るために、「契約内容の強制」を観念しなければならなかったからだとみることができよう。

(186) FAUVARQUE-COSSON et al., *loc. cit.* [note 183]

(187) *Id.*

(188) この規定自体は、共通参照枠草案にも、また、アンリ・カピタン協会の提案にも、大筋において引き継がれている。V. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Selier, 2009, p. 196; FAUVARQUE-COSSON et al., *Principe* [note 182], p. 229.

(189) V. G. WICKER, *Force obligatoire et contenu du contrat*, in : P. RÉMY-CORLEY (dir.), *Les concepts contractuels français*, Dalloz, 2003, p. 158 note 31.

第二に、ヨーロッパ契約法原則6：101条2項が削除されたのは、規定を簡明にするという理由もさることながら、契約締結過程の行為の契約内容への取込みは、一般法理によっても実現可能である——それゆえ、この規定は注意的意義をもつにすぎない——との認識によるものであったものと推察される。

そして、第三に、完結条項は、単なる一方的行為ではなく、まさに合意によって挿入される契約条項であるから、それ自体が不当条項と解されない限り、規定されたとおりの効力をもつと解されたのであろう。

## 第二 ドイツ法における規律——ドイツ民法典434条1項3文

1 規律の現況 ヨーロッパ契約法原則6：101条1項につき、そこで  
の準則が「EUの法体系に共通する核心部分」だと評されていたことは既に  
みたとおりである。ところが、これとはまったく対蹠的に、同条2項に  
ついては、仏独の規律に対するコメントはまったく付されていない。その  
要因は、おそらく、ヨーロッパ契約法原則の起草当時においては、両法に  
おいてはこの点に対する制度的対応が図られておらず、いまだその解決が  
1項に規定された一般原則の適用たる解釈論に委ねられていたことに求め  
られるものと思われる。

ところで、前章の考察からは、このような認識がフランス法には依然として  
妥当し得ることが確認されたといえよう。しかし、これに反し、ドイツ  
法は、ヨーロッパ契約法原則公表後に施行された債務法改正において、  
ヨーロッパ契約法原則6：101条2項に類する特別の規律を設けるという選  
択を行った<sup>(190)</sup>。それが、民法典434条、とりわけ、「売主、製造業者……又は  
その補助者の公の表示に従って、とりわけ、公告又は物の特定の性質につ  
いての表示において買主が期待し得る性質もまた、第2文2号に従った性  
質に属する」とする同条1項3文である。

### 【ドイツ民法典434条1項】

(190) 共通参照草案II-9：102条の注釈は、このことに言及している（VON BAR  
et al., *op. cit.* [note 172], pp. 587）。

(1) 合意された性質を危険移転時に有する場合、物には瑕疵はない。性質が合意されていない場合、

- ① それが契約において前提とされた用法に適うものであり、又は、
- ② それが通常の用法に適しており、かつ、当該性質が、同種の物において通常であって、買主が物の種類に従って期待し得る性質を提示するときには、物の瑕疵は存しない。売主、製造業者（製造物責任法 4 条 1 項及び 2 項）又はその補助者の公の表示に従って、とりわけ、公告又は物の特定の性質についての表示において買主が期待し得る性質もまた、第 2 文 2 号に従った性質に属する。ただし、売主が、その表示を知らず、かつ当然に知るべきでもなかった場合、当該表示が契約締結時に同様の方法で訂正された場合、または当該表示が売買の決定に影響を及ぼし得なかった場合は、この限りではない。

2 シュルツェによる解説 現代の比較法学者であるシュルツェは、欧州共同体法の状況を説いたうえで、ドイツ法の現況に付言している<sup>(191)</sup>。議論の要点はこうである。

ドイツ民法典 434 条 1 項 3 文の直接の淵源となったのは、消費動産売買指令 2 条 2 項 d であり、そこにおいては、たとえ契約締結過程の表示が申込みに取り込まれていない場合であっても、一定の表示には契約としての拘束力が存すると定められている。つまり、共同体法は、同意 (consentement) を契約による債権・債務の発生にとっての中心的要素としつつも、これを決定的なものとはしない立場を採用した。これによって、契約締結過程における表示それ自体が契約内容としての拘束力をもち得ることが承認されるとともに、申込み・承諾が契約内容の確定に対して有していた決定的役割が殺がれることとなったのである<sup>(192)</sup>。

シュルツェは、欧州法の現況をこのように述べたうえで、この規律の妥当範囲が、本項の直接の適用領域の外にまで拡大され得るか、さらには消

(191) R. SCHULZE, *Des principes de la conclusion du contrat dans l'acquis communautaire*, RIDC 4-2005, pp. 886 et 887. さらに、概説書として、K. RIESENHUBER, *Europäisches Vertragsrecht*, De Gruyter Recht, 2006, § 17, Rn. 426 ff., S. 190 ff. (Rn. 436 ff., S. 193 ff.) が立ち入った考察を加えている。

(192) SCHULZE, *op. cit.* [note 191], pp. 886 et 887.

消費者契約法の領域を越えたある種の一般化がなされ得るかは、欧州契約法の将来の発展のために解決されるべき「法政策の問題」に属するという。そして、ここでドイツ民法典434条1項3文を援用し、これを、一般化に積極的な立法例として位置づけるのである<sup>(193)</sup>。

以上のとおり、シュルツェの解説は、契約締結過程の表示のもつ拘束力を「同意」という一般的法原則との関連において説述するとともに、ドイツ法において、特にその原則に反する独立の規律を設けるという対応が採用されたことを明らかにする。そして、別の論者によれば、消費動産売買指令に現れるこうした規律は、ヨーロッパ契約法原則6：101条2項とまさに同旨を規定したものと位置づけられているのである<sup>(194)</sup>。

以上の理解を念頭に置いて、シュルツェのいうドイツ民法典434条1項3文がいかなる内容の規律なのかを考察していこう<sup>(195)</sup>。

**3** ドイツ新債務法434条 (1) 同条項は、前述の消費動産売買指令2条を国内法化したものである<sup>(196)</sup>。したがって、まず、この指令に関する議論を、同条と直接の関連性を有する部分に絞って簡単に追跡する<sup>(197)</sup>。

(2) ドイツ民法典434条を検討するにあたっては、その前提として、ドイツ法学が、不特定多数人に対する「推奨 (Anpreisung)」に法的な拘束力を与えないことをもって伝統としてきたといわれることを確認しなければならない<sup>(198)</sup>。それゆえ、議論の出発点となるのは、指令2条2項dの

(193) *Id.*, p. 887

(194) Vgl. RIESENHUBER, *op. cit.* [note 191], Rn. 443, S. 195, Fn. 22.

(195) 同条に関する網羅的な考察として、T. MESSER, *Die Haftung des Verkäufers für öffentliche Äußerungen, Werbung und Kennzeichnungen gemäß § 434 Abs. 1 Satz. 3 BGB*, P. Lang, 2008のディッセルタツィオンがある。

(196) BT-Drucks. 14/6040, S. 214.

(197) 同指令につき、特に詳細な解説として、今西康人「消費者商品の売買及び品質保証に関する EU 指令(1)-(2)―その制定過程とドイツ法への影響を中心として―」関法50巻1号(2000年)50頁、同4号(2001年)1頁(指令全般について)を参照。

(198) 前章・注(102)および同対応本文、ならびに同注(142)を参照。Vgl. auch M.

規律がこれに反する内容をもつという認識である。実際、同指令の原案の勧告を採択したドイツ連邦参議院法務委員会においては、広告による表示を「瑕疵」概念に組み入れることについては、「私法の規定一般」<sup>(199)</sup>との関連におけるさらなる考察の必要性が指摘されたと伝えられている。

こうした事情に与ってであろう、指令同条の解釈論的基礎づけは、まさに「異色」<sup>(200)</sup>と形容すべき様相を呈している。たとえば、ある者は、その根拠を「情報提供上の答責 (Informationsverantwortung)」<sup>(201)</sup>に求めるのに対し、他の者は、指令の文言にはない縮小を加えて、性質についての表示内容が「締結されている (schliessen liesse)」<sup>(202)</sup>ことまでも要求すべきだという。前者は、指令の内容がドイツ民法の学理と反することを正面に見据えて、これとは異質な規律原理を模索したものであるのに対し、後者は、<sup>(204)</sup>文言に反してまで、指令の規律をドイツ民法学の法伝統のなかで捉えよう

LEHMANN, *Vertragsanbahnung durch Werbung*, C. H. Beck, 1981, S. 211 f. ; J. KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag, zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln*, J. C. B. Mohr, 1981. わが国での研究として、特に、渡邊拓「ドイツにおける性質保障概念の展開」神戸47巻2号(1997年)371頁を参照。

(199) 岡林伸幸「消費商品売買及び保証に関するEU指針提案」名城47巻4号(1998年)229頁。

(200) 今西・前掲論文(注197)「(1)」67-69頁、同「(2)」2-3頁。

(201) Vgl. auch RIESENHUBER, *op. cit.* [note 191], Rn. 465 ff., S. 200 ff.

(202) M. LEHMANN, *Informationsverantwortung und Gewährleistung für Werbeangaben beim Verbrauchsgüterkauf*, JZ 6/2000, S. 280, 283 ff. レーマンは、主に二つの理由を説く。第一に、この規律の趣旨は、「表示受領者に購入の決定をさせるために広告をなす者の側から意識的に情報を提供するときには、この影響可能性に見合った、情報の適切さに対する答責性が基礎づけられる」というものであり、この点で、当事者間の衡平に合致する。また、第二に、そうすることが不当表示の抑止のためのコスト・プレッシャー (Kostendruck) になるという点で、競争法的な観点でもサンクションとしての適性を備えている。なお、今西・前掲論文(注(197))「(2)」14頁以下は、私案部分を中心としてこの論稿を扱っている。

(203) S. GRUNDMANN/ C. M. BIANCA (Hrsg.), *EU-Kaufrechts-Richtlinie, Kommentar*, O. Schmidt, 2002, Art. 2, Rn. 37, S. S. 155.

(204) LEHMANN, *op. cit.* [note 202], S. 287.

としたものといえる。これらの見解は解決の方向性をまったく異にするものではあるが、いずれも、指令とドイツ民法学の伝統との齟齬を例証するものとみることができるだろう。

(3) 以上の背景を念頭に、民法典434条1項3文を考察しよう。

同条項は、意思表示による債務発生に関する原則的な規律とは異質のものとして設計されている。このことは、次の推論によって容易に確認することができる。

まず、前提として、意思表示によって法律効果が発生させられるためには、外的に認識可能な「意思」が必要である。434条1項においては、1文が「合意された」性質に関する規定であるから、ここにおいて意思表示に基づく責任を定められているとみることができよう。そうすると、3文の規律を1文とは独立に意味をもつものとして説明するためには、3文に規定される「表示」の法的効力に対し、「意思に基礎を置く」という論理とは異なった基礎づけを与えなければならない。こうした観点からみるとときには、3文が、その明白な文言に照らして、2文2号に結びつけられていること、つまり、「合意された性質」ではなく、「性質が合意されていない場合」<sup>(205)</sup>における「通常の使用」の内容を確定するものであることが目を惹く。こうした位置づけは、同所定の「表示」が、「意思表示」としては説明し得ない内容をもつことを確認させるものといえよう。<sup>(206)</sup>二つの規律のこうした関係は、434条1項において、1文が3文に優先して適用されると解されていること<sup>(207)</sup>にも反映されている。

3 以上によれば、434条1項3文は、意思表示に関する伝統的な枠組みとは異質な規律を立法的に導入したものと位置づけられることができよ

---

(205) 立法者意思も同旨（BT-Drucks, ebenda [note 196]）。

(206) MESSER, *op. cit.* [note 195], S. 149-151. 彼は、この責任の法的性質を、法律行為類似の行為であるとみる。

(207) H. Ch. GRIGOLEIT/ C. HERRESTHAL, *Die Beschaffenheitsvereinbarung und ihre Typisierungen in § 434 Abs. 1 BGB*, JZ 2003, 233, 236.

う。しかし、このことを踏まえたうえでさらに注意したいのは、その一方で、債務法現代化を指導したカナリスによって、新債務法の規律は、旧法下での判例に沿ったものであるとの認識が強く示されていることである。<sup>(208)</sup>

それでは、旧法下の判例において提示されていた——そして、新債務法において踏襲された——構想とは、いかなるものなのか。この点につき、性質保証に関する旧法下のコメントールにおいて、ヴェスターマンが次のように述べていることには留意を要しよう。すなわち、性質保証の成否は、意思表示の評価的な解釈の問題である。そして、こうした評価的作用を先鋭に現す「黙示の保証」<sup>(209)</sup>は、しばしば、「裁判官において、適切と思料する場合には、消費者保護という関心において、売主の広告における言明に基づいてその言質を取ることができる」道具として活用されてきたと<sup>(210)</sup>いう。そのうえで、特に注目されるのは、ヴェスターマンが、その際に顧慮される事情の一つとして、売主の取引上の評判や専門知識に対して寄せる買主の信頼をも掲げている点である。彼は、その理由を次のように説く。「実際には、買主が相手方の専門家または注意深い買主としての信頼性を求めたか、さもなければ、製造者の広告を一瞥して、性質表示または性能表示によれば、評判の良い、または特に優れた特徴を備えた商品である

(208) Vgl. C.-W. CANARIS, *Schuldrechtsreform 2002*, C. H. Beck, 2002, S. XXI.

(209) U. HUBER, *Sörgel Kommentar zum BGB, Band 3, Schuldrecht II*, Kohlhammer, 1991, § vor 459, Rn. 81, S. 800 f. は、大略次のように、黙示の保証における評価には意思の擬制が伴うとする。すなわち、黙示の保証が承認されるとき、売主は、当該性質が欠けたときに生ずべき全結果についての認識を欠くのが通例だから、一定の性質について「保証」までも引き受ける意思を有しているとは解し難い。それゆえ、意思表示の解釈のもとに以上のごとき責任を負わせることには多かれ少なかれ擬制を伴う。そのため、単なる性状合意がなされたにすぎないか、あるいは性質保証の引受けまでもがなされたかをしばしば自由裁量的に判断してきたのが、判例の実状である。

(210) H. P. WESTERMANN, *Münchener Kommentar zum BGB, Band 3, Schuldrecht, Besonderer Teil I*, 3 Aufl., C. H. Beck, 1995, § 459, Rn 60, S. 240.

と考えたような場合が、とりわけ問題になっている。こうした観念は次のように定式化され得る。買主は、その実現可能性を売主の言明に負っており、自らは調査を行うことができない瑕疵または期待裏切りについて、リスクを負わされるべきではない、と<sup>(21)</sup>。

以上にみたヴェスターマンの分析には、事業者としてのその属性に対する信頼までも問題とすることを正当化するのは、製品の期待への適合性に関する情報収集リスクを当事者のいずれに課するのが妥当かという実質的な衡量だという認識が示されているといえよう。こうした理解は——「信頼思想 (Vertrauensgedanke)<sup>(22)</sup>」というドイツ法学の創見にかかる独創的な概念によって基礎づけられているものの——、実質的には、契約内容の確定と情報提供義務論との機能上の統一的把握を目指そうとする、フランス法の着想と同じ方向性を示すものと解することができるように思われる。そして、このように解することが許されるならば、契約当事者の契約締結過程の行為を契約内容へと取り込むという法的解決をもって、契約締結過程の手続的適正を保障する一手段と位置づける着想は、ドイツ法にも胚胎していた<sup>(23)</sup>ということが許されよう<sup>(24)</sup>。

## 第二項 日本民法典の構想

これまでの考察においては、本論文が提唱する法的規律が、理論的・体系的ないし機能的観点から、わが国の解釈論として成立し得るものである

(21) *Id.*, Rn. 63, S. 243; Rn. 73, S. 248 f.

(22) こうした考慮は、藤田寿夫『表示責任と契約法理』（日本評論社、1994年）146頁以下、201頁以下においても強調されている。

(23) ここでの信頼の内容は、「表示責任」の意味におけるそれではなく、むしろ「信頼供与責任」の意味におけるそれだといえようか。両者の区別につき、潮見『現代化』（前掲注(127)）92頁以下を参照。

(24) 以上に行ったドイツ法の検討は、もとより限られた視点からの不十分なものであるが、こうした着想に立ってドイツ法に包括的な分析を加える先行業績として、小笠原奈菜「当事者が望まなかった契約の適正化と情報提供義務(1)、(2)」山法47号110頁、同49号160頁（2010年）があり、注目を惹く。

かを考察してきた。こうした見地からすれば、前章において主題的に考察したフランス法の規律は、ドイツ法、欧州法と同じ平面において日本法と比較され得ることになる。前項における考察は、まさにかかる認識に基づいて行われたものである。しかし、フランス法は、わが民法の「母法」という性格を有する点において、比較法的にみて特殊な位置を占めるものでもある。そこで、本項においては、こうした特性に視線を向けて、ボワソナードの基本構想に遡行しつつ、日本民法典の拠って立つ構想を明らかにするための検討を行うこととする。

ここでボワソナードおよび旧民法の構想に遡る意義は、それが、周知のとおり、「意思表示」という概念を用いず、フランス民法典と同様の体系構成を採用していたことに求められる。フランス法の法的規律は、「意思表示」という観念を媒介させないことによって成り立っていたと解されるから、旧民法のこうした構想は、前章第二節にみた諸規律とも親和的だといえる。ところが、現行民法典は、この構想を放棄し、「意思表示」を導入するに至る。現行民法制定過程においてもたらされたこの「転換」は、フランス法における議論とわが国における議論との結節点を模索するにあたって、一つの手がかりを供するものといえよう。

こうした関心から、以下に、旧民法から現行民法に至るまでの議論の変遷に対し、本書の問題意識に基づく分析を加えていくことにしたい。

### 第一 ボワソナードの基本構想

ボワソナードが同意、契約の解釈等についてどのような構想をもっていたかについては、既に豊富な分析がある<sup>(215)</sup>。以下ではまず、それらの研究成

(215) 特に詳細な研究として、①同意法理（同意の成立）との関係では、池田『契約交渉の破棄』（前掲注(2)）253頁以下（申込みの拘束力）、②契約の解釈との関係では、沖野眞己「契約の解釈に関する一考察(1)」法協109巻2号（1992年）〔以下、沖野「一考察(1)」として引用する〕80頁以下をそれぞれ参照。法典の編纂過程一般については、星野通『明治民法編纂史研究』（グイヤモンド社、1943年）、七戸克彦「旧民法・現行民法の条文対照」法研69巻1号（1996年）111頁、大久保泰甫・高橋良彰『ボワソナード民法典の編纂』（雄松堂、1999年）〔以下、大久保・高橋『ボワ

果を参酌しつつ、ボワソナードの原構想を明らかにしていこう。<sup>(216)</sup>

### 一 法典の形式

はじめに、法典の形式に関わる問題として、ボワソナードの構想と旧民法典との関連性を論じ、次いで、旧民法典の構成から窺われる限りで、諸規律の体系化方法に関する立法上の態度決定に触れておくことにしよう。

1 草案の位置づけ 旧民法典とボワソナードの構想との関係を見定めるには、まず『プロジェ初版・第二版』<sup>(217)</sup>と『プロジェ新版』との叙述を比較したうえで、さらに、それらと旧民法典との間に有意な差異が認められるか否かの検討に及ぶ必要があろう。<sup>(218)</sup>

そこで、それぞれを比較してみると、契約の成立については、旧民法304条2項および308条の二箇所において、文言上の変更が認められる。しかし、前者は要物契約に関する規律を補足したにすぎないものであって、

ソナード民法典』として引用する]を参照。

(216) G. BOISSONADE, *Projet de Code civil pour l'empire du Japon, accompagné d'un commentaire*, 1<sup>re</sup> éd., Liv. II, 2<sup>e</sup> part., *Des obligations*, Tokio, 1882; *id.*, 2<sup>e</sup> éd., corrigée et augmentée, t. 2, *Des droits personnels ou obligations*, Tokio, 1883; *id.*, nouv. éd., corrigée et augmentée, t. 2, *Droits personnels ou obligations*, Tokio, 1891. 初版および新版は、雄松堂による復刻版を用いた。以下、それぞれ『プロジェ初版』『プロジェ第二版』『プロジェ新版』と称し、「Projet<sup>1</sup>」、「Projet<sup>2</sup>」、「Projet<sup>nouv.</sup>」として引用する。

(217) 初版と二版との間には、変更はみられない。V. BOISSONADE, *Projet<sup>1</sup>*, pp. 46 et s.; *id.*, *Projet<sup>2</sup>*, p. 45 et s.

(218) 『プロジェ初版・第二版』と『プロジェ新版』との関係をどのように捉えるかについては、『プロジェ新版』は、法律取調委員会の議を経て、ボワソナード本人の意に反する削除・修正を加えたうえで成立したものだとする見方がある一方（大久保泰甫『日本近代法の父 ボワソナード』（岩波書店、1977年）168頁、大久保・高橋『ボワソナード民法典』（前掲注(215)）263-264頁）、「我々はこの『新版』にボワソナードの民法典構想の最も整合的で完成した姿を見ることができる」とする評もある（金山直樹『法典という近代 装置としての法』（勁草書房、2011年）56頁）。いまここでこの問題に立ち入ることはできないが、少なくとも、初版および二版において提示され、新版においても維持されている説明のなかにボワソナードの原意が現れているとみることは許されよう。

規定の趣旨自体に格別の変更を生じさせたものとはみられず、また、後者も、隔地者間における契約成立に関する細目的規律を加えたにすぎず、内容的な変更は存しないとみて差し支えない。

他方、契約の解釈についても、各草案と旧民法との間に有意な変更がみられないことは、先行研究によって既に詳論されている<sup>(219)</sup>。のみならず、後に法典の個々の内容に対して加える検討の結果からみても、この分野に関する限り、ボワソナードの構想に対して有意な修正が加えられたという事情は見受けられない。

以上のとおり、契約の成立および解釈に関する限り、ボワソナードの構想が旧民法典の規定にそのまま結実したと解して検討を進めることが許されよう。

2 法典の体系 前節においては、わが国の学説が、「契約」の解釈と「意思表示」の解釈を区別せず、「契約」の解釈の問題の一環として「意思表示」の解釈を論じてきたことを詳論した。これに対し、フランス民法典を範とした旧民法典は、契約の成立と内容確定を規律の論理的段階として明確に区別している。すなわち、フランス法と同様に、「合意の解釈」に関する諸準則は、財産編第二部「人権及ヒ義務」のうち、「義務ノ原因」としての「合意」を扱う第一章に独立の款として置かれ（第四款「合意ノ解釈」）、「合意ノ成立」（第二款）との関連では、「解釈」の問題は一切扱われていない。

## 二 法典の内容

以上を踏まえて、上に一瞥した法典の形式に則して、契約の成立および解釈の問題を順次採り上げ、旧民法典において前提とされていた規範論理を考察する。

(219) この点については、『プロジェクト新版』において、要式性に関する説明（ニューメロ46）に続き、簡単な叙述が補われている（BOISSONADE, *Projet<sup>nouv.</sup>*, n° 46 bis, p. 73）。

(220) 沖野「一考察(1)」（前掲注(215)）89頁を参照。

（一） 契約の成立

1 法典を比較する限りでは、契約成立過程につき、特段の規範内容を有しない1108条を設けるにとどまったフランス民法典<sup>(221)</sup>に対し、旧民法典は次のような進展をみせている。すなわち、第一に、「無効 (nul)」「取消 (annulabilité)」という効果に即して契約の「存在 (existence)」と「有効性 (validité)」を区別し、各要件を重層的に把握している<sup>(222)</sup> (304条、305条)。第二に、そのうえで、「同意」に対する明確な定義を与えるとともに (306条1項)、それがいかにして合致をみるかに関して若干の規律を設けている<sup>(224)</sup> (307条)。

2 前章第一節において確認したとおり、フランス民法典の規律を推し進めて契約の締結過程を整序しようとする関心は、成立期ないし最盛期の註釈学派にその萌芽を認められるものである<sup>(225)</sup>。ボワソナードの構想は、内容的にも、また、時期的にも、学説のこうした発展段階に即応するものとみることできるだろう。このような観点からボワソナードの所説をいま少し子細に辿ると、そこには、次のような特徴を看取することができる。

第一に、「同意とは、……意思の合致をいう」という定義は、ボワソナード自身が明言するとおり、同意を「合意としての同意 (cum sentire)」<sup>(226)</sup>というその原義に即して理解したものとみられる。しかし、その一方で、<sup>(227)</sup>

(221) 前章第一節第一款第一項**第一**（本誌85巻2号（2010年）104頁以下）。

(222) 無効の効果に即して法律要件を区別するという視点は、不存在（ボワソナードのいう「無効」の場合）を「死産」に、無効（ボワソナードのいう「取消」の場合）を「病気」になぞらえる註釈学派の理解（この点については、鎌田薫「いわゆる相対的無効について」椿寿夫編『法律行為無効の研究』（日本評論社、2001年）特に138頁以下を参照）に即応するものと解し得る。

(223) BOISSONADE, *Projet*<sup>2</sup>, n° 41, p. 55.

(224) *Id.*, n° 42, p. 56は、「〔306条1項〕以下の条文は、意思の合致がいかにして確認され得るかを定めるものである」と説く。

(225) 前章第一節第一款第一項**第一**（本誌85巻2号（2010年）108頁以下）。

(226) *Id.*, n° 42, p. 55, note (b).

(227) *Id.*, n° 42, p. 55は、同意の本質的重要性は、同意と合意の定義がほとんど同じであることに現れているとする。なお、同意を「意思の合致」とする定義は、当然

同条二項においては、「当事者の一人が同意しない」「他の当事者が同意した」との事態が想定され、各当事者の「意思表示としての同意」が念頭に置かれている。<sup>(228)</sup>このように、ボワソナードにおいても、「同意」は二義的な語として用いられている。<sup>(229)</sup>それゆえ、後者の意味に即してみる限り、旧民法典の規定に即して「意思表示としての同意」に関する規律内容を窺うことも、一応は可能だといえることができる。そこで、第二および第三の特徴として、フランス法の発展との対照を意識しつつ、この点を敷衍しておくことにしよう。

第二に、ボワソナードは、意思表示としての同意が内心の意思の所産であることを認めつつも、それが「表明」されなければならない旨を明確に説いている。<sup>(230)</sup>307条は、そうした認識を受けて、同意が表明される諸種の態様を明定したものである。また、「同意は、申込み又は提案に後れてなすことができる」とする309条1項本文も、「形而上的な意思の合致」を問題にするのではなく、「然るべく表示された意思」の合致を問題にする点で、<sup>(231)</sup>これと同様の認識に出たものといえよう。

第三に、以上に反し、意思表示としての同意がいかなる「内面的要素」を備えているべきかは、特に意識されていない。こうした認識は、フランス法でも1930年代に至って明確に意識されるようになったものだから、ボ

---

のことながら、債務を負う者の同意のみを問題とするフランス民法典1108条への批判的認識を基礎としている (*id.*, n° 51, p. 65)。

(228) この規定が合意との関係で「意思表示」を規律したものであることは、法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会 民法第一議案』（商事法務研究会、1988年）81-82頁においても明言されている。

(229) この意味において、筏津安恕『失われた契約理論—ブーフェンドルフ・ルソー・ヘーゲル・ボワソナード—』（昭和堂、1998年）〔以下、筏津『契約理論』として引用する〕114頁が、327条と328条における« consentement »の意味のずれを指摘し、前者を「合意の本質を説明する概念としての consentement」、後者を「行為概念としての consentement」と称したのは、至言というべきである。

(230) BOISSONADE, *Projet*<sup>2</sup>, n° 52, p. 66.

(231) 前章・注(53)および同対応本文を参照。

(232) 前章・注(132)および同対応本文。

ワソナードによってはいまだ想定されていなかったものとみられる。

## （二）契約の解釈

1 契約の解釈に関しては、既に沖野眞己教授による詳細な研究がある<sup>(234)</sup>から、ここでは、その成果を参酌しつつ若干の注意を述べるとどめる。

沖野教授は、旧民法時代の学説を考察し、それら学説が「ボワソナードの註釈書・理由書と矛盾しない」ことを確認したうえで、富井政章博士の解説を参照しつつ、旧法下の学説の特徴を9点に認めている<sup>(235)</sup>。ここでは、そこに列挙される事項のうち、①「法律行為一般の解釈ではなく契約の解釈を問題にしている」こと、②「有効に成立した契約を総体として解釈することを契約の解釈としている」こと、③「契約書の解釈を問題にしている」こと、そして、④「解釈の主眼は両当事者の意思の探究であるとしている」こと（傍点原著者）の四点に注目したい。

2 ボワソナード草案および旧民法は、前記一連の規律を「合意の解釈」という標題のもとに規定している。したがって、そこにおいて想定される解釈対象として「契約」が想定されていることは明らかであり、また、378条1項の存在に照らして、その全条項を総体として把握することを「解釈」の作業内容と捉えていることも窺われる。さらに、一連の解釈準則は、典型的には書面による合意に適用されることを予定したものであると解される（もちろん、口頭での合意に対する適用を妨げないのではある<sup>(236)</sup>）。「契約書」の解釈が主たる関心とされる要因としては、旧民法にお

(233) その経緯は、前章第一節第一款第二項第一（本誌85巻4号（2010年）96頁以下）において詳論した。なお、この点について、香川「諾成契約」（前掲注(5)）196頁は、フランス法における書証優先主義と諾成契約との関係をめぐる議論から、ボワソナードにおいては「確定性」に相当する判断枠組が用いられていたとの分析を示す。しかし、ボワソナードにおいては、同意の一般的要件としての「確定性（fermeté）」が問題とされていたわけではない。

(234) 沖野「一考察(1)」（前掲注(215)）。ボワソナードの構想の特徴については、同論文82-88頁を参照。

(235) 沖野「一考察(2)」（前掲注(31)）2頁以下。

(236) V. BOISSONADE, *Projet*<sup>2</sup>, n° 234, p. 238 note (a).

いても書証優先主義が原則とされていたこと（証拠編60条以下）等を指摘し得ようが、証書を作成しておくことが最も利便に適うという実際上の理由も看過されてはならないだろう。

3 このように、旧民法典の構想が、沖野教授の掲げる各特徴を備えるものであることは疑いない。そしてまた、それらの特徴は、基本的には、両当事者の意思が合致をみた結果、既に成立した契約が解釈対象と捉えられたという要因によって説明され得る事柄であろう。要するに、旧民法典の規律は、その形式と同様に、規定の論理構造としても「成立」と「解釈」とを峻別する見方に立っており、したがって、「意思表示の解釈」という規律を——明示的に拒絶するわけではないにせよ——想定したものではなかったとみることができる。<sup>(237)</sup>

## 第二 現行民法典起草過程の構想

それでは、以上の構想は、現行民法典の起草過程においてどのような変容を被ったのか。また、その背後には、どのような考慮をみてとることができるのか。いずれも半ば公知の事柄ではあろうが、簡単に振り返っておくことにしよう。

1 法典編纂の基本方針として、これまでにみてきた諸規定との関係で特に問題になるのは、①煩瑣な定義規定は設けないとの方針が採用されたこと、②パンデクテン体系が採用されたことであろう。ここでは、特に②に着目して、意思表示に関する総則規定が設けられた理由を略述しておきたい。<sup>(238)</sup>

(237) こうした規範論理の相違は、つとに筏津『契約理論』（前掲注(229)）109頁以下において明らかにされていたものである。

(238) ①・②の各点については、それぞれ次のような方針が立てられた。①法典調査規程第16条「法典中ノ定義解説其他教科書ニ類スル規定ハ総テ之ヲ削リ立法的解釈ヲ要スル文章用語ノミニ定解ヲ下ス可シ」（福島正夫編『明治民法の制定と穂積文書』（有斐閣、1956年）112頁（同編『穂積陳重立法関係文書の研究』（日本立法史料全集 別巻1、信山社、1989年）による）。その理由については、法典調査規程理由書（同117頁）を参照。②法典調査規程第2条「民法全典ヲ五編ニ分チ其順序

周知のとおり、「総則ヲ設クル理由ハ第二編以下ノ各編ニ於テ特ニ其編ニ関スル総則ハ之ヲ其冒頭ニ掲クヘキモノナルヲ以テ各編ニ共通ヘキ総則ハ別ニ一編ヲ設ケテ之ヲ全典ノ主部ニ置クヲ至当トナスカ故ナリ」というにある。他方、主査会における甲第五号議案の理由説明をみる限り、明治民法典が意思表示に関する規定を総則編に置いた背景にも、これと同様の構想を看取することができる。その要点は、次のようである。すなわち、旧民法は、財産編第二部に合意に関する規定を設けている。けれども、私法上の行為は合意に限られるわけではなく、単独行為もまた認められているのだから、法律行為の通則がないことは旧民法の「一大缺点」であって、「甚タ遺憾トスル所」といわざるを得ない。<sup>(239)</sup>それゆえ、契約のみに関わる事項は人権編に存置するとしても、意思表示全般に関わる事項は総則編に規定すべきだというのである。

ところで、以上のように考えるとしても、契約の解釈に関する規定を削

ハ左ノ如ク定ム／第一編 総則／第二編 物権／第三編 人権／第四編 親族／第五編 相続」（同111頁）。その提案理由については、同113-114頁を参照。また、「総則」を中心とする体系を採用したことの意義を考えるうえで、水津太郎「民法総則の意義—総則思考の構造—」池田真朗ほか編『民法（債権法）改正の論理』（新青出版、2010年）511頁の考察が示唆的である。

(239) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会 民法第一議案』（商事法務研究会、1988年）81-82頁。同『法典調査会 民法主査会議事速記録』（商事法務研究会、1988年）632-633頁にも同文の説明がある。

(240) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会 民法総会議事速記録』（商事法務研究会、1988年）41-42頁には、磯部四郎委員からの質問に対して、富井政章委員が以上の理を次のように敷衍して説明した旨が記録されている。すなわち、既成法典には総則がないから、「故意錯誤強暴詐偽」といった意思表示に関する諸規定は契約編に規定しているけれども、これらはいずれも「契約ノ特定ノ規則デハナクシテ総テ法律上ノ効果ヲ生ズル所ノ行為ノ規則」である。したがって、「斯ウ云フ事ヲ入レル為メニ総則ヲ設ケタノデア」り、「重複ヲ省クガ為メニ斯ウ云フモノヲ設ケテ規定スルノデア」ル、と。なお、これに対し、磯部委員は、「民法上合意ト契約トヲ除テ何ニカ意思ヲ発表スルモノガアリマセウカ」と問うているが、富井委員は、「夫レハ山ノ如クアリマス」として、単独行為の代表として遺言を指摘している。

除すべきであるという結論が直ちに導かれるわけではない。しかし、この決定がどのような経緯で行われたかが史実として不明であることは、先行研究によって異論なく認められている。<sup>(241)</sup>ここでは、沖野教授によって、①契約の解釈をめぐる旧民法の規定が「定義解説其他教科書ニ類スル規定」に属すること、②「最モ進歩セル近來ノ立法例」たるドイツ民法典第一草案において、解釈準則を法定する必要性が否定されたこと、および、③法曹教育の充実に伴って裁判官の質が向上した結果、従前のような裁判官に対する不信の念が解消したこと<sup>(242)</sup>という、説得的な推察が示されていることに付言するにとどめよう。<sup>(243)</sup>

2 以上のとおり、現行民法典において、意思表示に関する総則規定が設けられた理由は、——体系的—貫性への配慮もさることながら、——規定の重複を避けるという法典編纂上の技術的考慮にあったと認めることができる。その結果として、旧民法におけるフランス法との連続性を保った

(241) 沖野「一考察(1)」(前掲注(215))95頁および105頁注(73)を参照。

(242) 先述のとおり、書証優先主義の廃止も、証拠法の問題ではあるけれども、解釈の対象は「契約書」ではないという理解を強めるにあたって一定の影響をもったのではないかと推察される。旧民法中証拠編の削除は、法典調査規程第8条への挿入を経て(同111頁。併せて、広中俊雄編著『日本民法典資料集成1 民法典編纂の新方針』(信山社、2005年)950頁を参照)、乙第5号議案1項として法典調査会に提出された議題であるが(この点をめぐる議論につき、法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会 民法主査会議事速記録』(商事法務研究会、1988年)42-47頁を参照)、特に書証優先主義についていえば、梅謙次郎『日本民法証拠編講義』(新青出版復刻版、2002年)156頁以下が、同主義に対してきわめて批判的な議論を展開していることも注目に値しよう。梅委員は、前記主査会においても、各種証書の裁判上の効力に関して「証拠ノ相場付」を問題とする高木豊三委員の発言に承接して、「私一己ノ考ヘデハ相場付ハドウカ成ルベク止シテ貫ヒタイ夫レデアリマスカラ私一己ノ考ヘハ日本民法証拠編第一部第一章以下ニアルヤウナ事ハ大抵削ツテモ宜イカト思ヒマス」と述べている。ここからは、法定証拠主義一般に対する懐疑的態度を窺うことができるが、このように、梅委員が裁判官による自由な証拠評価を推奨したという事実は、裏を返せば、裁判官による裁量的判断に対して比較的寛容な態度を採っていたことを意味するともいえよう。

(243) 沖野「一考察(1)」(前掲注(215))95-97頁。

法的規律が破棄され、ドイツ民法典編纂事業に範を取った体系への移行が成功裡に行われたことは、契約の解釈に関する規律が——これに関わり得る92条が残されていることを別論とすれば——さしたる反論に遭うこともなく現行民法典から脱落したという事実にかんがみても、明白なことといえよう。

こうした事情は、本論文の関心にとって、次のような意味をもつ。規定の簡素化を目指すという改正方針をみる限り、旧民法の規範構造として存在していた「成立」「内容確定」の区別自体は、現行民法典の成立過程においても否定はされなかったといえることができる。しかし、意思表示を中核とする体系構成への転換が易々と実現されたという事実にかんがみれば、以上の経緯は、むしろ、「成立」と「内容確定」を区別するという規範構造にさしたる重要性を認めていなかったことの例証とみるのが正確であろう。とはいえ、「合意」を単位とする規律の体系を「立法上の欠陥」と断じ<sup>(24)</sup>、これに即して、「契約の解釈」を「意思表示の解釈」へと解消されたことは、無意識的にはあれ、契約内容の形成において「成立」段階と「内容確定」段階とを区別するという規範論理に立脚した法典を失わせた。このことは、「意思表示」と「契約」との間の概念構成上の相違を覆い隠すことにもつながっていたように思われる。

3 以上の概観からは、日仏にほとんど同時期にもたらされた「意思表示」概念<sup>(25)</sup>は、両法において、著しく異なった仕方を受容されたということ

---

(24) この関係では、乙第12号議案1項によって「既成法典中ノ合意ナル語ヲ契約ト改メ債務ノ創生ヲ目的トスル合意ニツイテハ特別ノ名称ヲ設ケサルコト」が提唱され、別段の異議無く承認されたことに注意すべきである。富井委員によって説明される提案の趣旨は、要するに、「合意」「契約」の語の使分けは諸外国においても区々であり、既成法典においても一貫して用いられているとはいえないから、無用の混乱を避けるためにこれを削除すべきであるというものである（法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会 民法主査会議事速記録』（商事法務研究会、1988年）94-95頁）。以上の事実は、契約の上位概念を「合意」ではなく「意思表示」であるとする構想が法典レベルで成立したことを意味するものとして、興味深く思われる（フランス法の伝統については、前章・注(28)をも参照）。

がわかる。したがって、歴史的分析に関する以上の成果は、日仏の規律を架橋するための積極的な素材を与えない。本論文の考察の成果をわが国の解釈論として主張し得るかは、歴史的ないし事実的な要因によってではなく、本論文の提示する解釈論的帰結の有する理論的・体系的ないし機能的意義の当否によって論定されなければならないと考えられるのである。

この見地から、以下に補論の内容をまとめることにしよう。

## 小 括

以上の補論は、欧州法における規律として、ヨーロッパ契約法原則6：101条および共通参照枠草案 II.-9：102条を検討したにとどまるから、それに基づいて欧州契約法全体の傾向を確言することは到底なし得ない。しかし、ここで検討対象とされた諸準則が、広汎な比較法的知見に基づく高度に学理的な作業の所産であることにかんがみるならば、そこから得られた認識は、本論文のこれまでの立論を評価し、また、その課題を明らかにするためには有用な資料にはなり得るだろう。

1 欧州法の考察 私見によれば、ヨーロッパ契約法原則および共通参照枠草案の規律は、いずれも、①契約締結過程における意思表示の解釈の原則的規範と、②事業者・消費者関係に対するその応用規範とからなる重層的な構造をもっている。こうした構想は、二つの異なる局面を対象とする規律が同じ一条のなかに規定されるという、両草案の採用する形式それ自体によって、明確に表現されていたといえよう。

2 ドイツ債務法改正 ドイツ法との関係では、まず、2002年施行の債務法現代化法を経て、仏独の法状況に相違が生じたことを認めるべきで

(245) 比較立法協会におけるビュフノワールの報告（前章・注(62)）がほぼ同時期の1889年（明治22年）になされていることが想起されてよいだろう。

(246) 先の検討内容からすれば、EU 指令に関する立ち入った考察が必要となる。この点につき、フランス法との関係では、馬場圭太「EU 指令とフランス民法典」川角由和ほか編『ヨーロッパ私法の展開と課題』（日本評論社、2008年）405頁を参照。

ある。ドイツ法においては、意思表示理論の原則的な枠組みによっては把握することのできないと解されてきた法的拘束が、434条1項3文の創設によって民法典レベルで承認されることになった。この立法が、契約締結過程の事業者の行為によって消費者が抱いた合理的期待をできる限り積極的に契約の内容に反映しようという着想に出たものであることは、この間の議論の経緯に照らしても明らかである。

とはいえ、立法による対応を行うか、あるいは解釈論による対応を行うかという規律の実現方法の差異は、決して両法の目指す方向性が異なることを意味するものではない。立法による解決という方途が唯一のものでないことは、同条項と同旨の規律が旧法下においても実現されていたとするカナリスの指摘や、旧法下におけるヴェスターマンの議論からも了解され得るところである。<sup>(247)</sup>むしろ注目すべきは、両法の目指す方向性に、伝統的な「意思表示の確定性」の枠組みを一定の局面においては解体するという共通性が看取されたことだといえよう。

3 最後に、本論文の理解が、以上の諸動向の背景には、「契約内容の形成」という主題の枠内においても契約締結過程の手続的適正を保障しようとする考慮が浸透している、というものに帰することは、前節における提言の趣旨に照らして当然であり、改めて述べる必要もないだろう。

## 総 括

以上をもって、本論文の考察を終える。本稿を閉じるにあたり、総括として、本論文の提案を再述するとともに〔第一〕、今後の課題を示し〔第二〕、よって、本研究の展望を明らかにしたい。

---

(247) ただ、目下のところは立法的な処置を欠いているという点で、日本法とフランス法が共通の状況に立たされているということは、両法の共通点として改めて意識されてよいだろう。

## 第一 本論文の提案

まず、解釈論の提案を再確認し〔一〕、次いで、そうした解釈論を支え得るかたちで契約法における具体的規律を体系化するための視点を、試みに提示しよう〔二〕。

### 一 解釈論の提案

1 理論上の問題に関し、本論文では次のような理解を提示した。

(1) 意思表示は、契約の構成要素であるが、契約締結過程の行為によって成り立つものであり、かつ、各当事者の行為である点で、契約そのものとは峻別される。したがって、意思表示の存否・内容の認定においては、規範としての契約の内容確定におけるとは異なり、契約締結過程の手続的適正性の保障という要請が貫徹されるべきである。

(2) 意思表示の解釈における「本来的解釈」と「規範的解釈」とは、契約内容を形成する際の原理・法理上の根拠を異にする。すなわち、本来的解釈の結果は、各々の意思の内容が一致しているために、「両当事者の共通の意図」をなすものとしてそのまま「規範」としての契約へと架橋される。それゆえ、意思表示の本来的解釈は、直ちに「契約」の解釈となり得る。これに対し、規範的解釈においては「両当事者の共通の意図」を問題とすることはできず、表意者の意思表示にいかなる意味を与えるべきかが、契約締結過程の態様に即して判断されることになる。その意味で、ここには契約の解釈とは異質の問題が含まれている。

2 実際上の問題の解決に関する本論文の解釈論的提言は、主に意思表示の規範的解釈に向けられる。その内容は、次の二点に取れんされる。

(1) 意思表示の規範的解釈は、「契約内容の確定」のための原理であるとともに、契約締結過程において、不適切な表示を行い、あるいは適切な表示を怠ったことによって相手方の信頼を裏切ったことにつき、「契約の領域への取込み」=「給付義務の承認」というかたちで「サンクション」を課する機能をもつ。

(2) そのような意味において、それは、契約締結過程における手続的

適正を保障するための一手段として位置づけられる。こうした理解は、理論上可能であるのみならず、とりわけ消費者契約法の領域における有用性にかんがみれば、実際上も妥当な解決だといえることができる。

如上の帰結は、諸規律の機能的な連続性を強調するものとなっているが、こうした提言も、「意思表示」という法概念を対象として、フランス契約法の諸規律を考察した結果として導かれたものである。もとより限られた視点からの検討ではあったが、フランス契約法の歴史と論理に対する本論文なりの理解がそこに反映されていることは、改めて断っておきたい。

## 二 規律の体系化に関する試論

1 意思表示に関する諸規律の位置づけ 本論文がフランス法における「契約形成原理」を考察するにあたって依拠した基本的視点は、「意思表示」の解釈と「契約」の解釈とが異なる論理構造をもつという認識であった。それでは、「契約」法において、より具体的には、「契約内容の形成」という問題領域において、「意思表示」という構成要素に着目することの意味は、どこに求められ得るのか。本論文を閉じようとするいま、本論文の対象設定に関わるものとして、序論において提起されたこの問題に再び立ち返ることにしよう。そのためには、意思表示という観念の有する意義を、契約に関する諸規律の——本論文において垣間見得た限りでの——全体的連関のなかに位置づけつつ考察するよう、努めなければならない。

そうした考察の必要性を予定して、本論文は、序論において、「手続的規律」「内容的規律」という構想を<sup>(1)</sup>臆説的に提示しておいた。以下では、意思表示の解釈が「手続的規律」として位置づけられるべきことの意味ないし理由を、本論文全体の考察結果を振り返りつつまとめ、契約に関する法的規律を体系化する際の視点に関する試論を展開することにしたい。そ

---

(1) 序論（本誌85巻2号（2010年）75頁）を参照。

れは、ひいては、本論文において、機能上の連続関係を強調してきた意思表示の解釈と合意の瑕疵の法理との関係を考察するためにも有用な指針を与えるものとなろう。

2 体系化の視点 I (1) 二つの「解釈」 契約内容の確定に関するフランス法の議論においては、契約は、真意の合致によって生成される規範として把握されていたのに反し、意思表示（としての「同意 (consentement)」) は、いまだ契約に至らない、契約成立過程の行為として把握されていた。この文脈において、意思表示は、契約の成立段階に属せしめられるとともに、当事者間の法的関係を、契約締結過程から契約へと移行させるために「引き金を引く」<sup>(2)</sup> 役割を果たすものとして観念されていたといえる。

「契約」と「意思表示」に関するこうした規範構造の相違からは、契約内容の確定のために動員される諸規律を体系化するのに役立つであろう、以下のような視座を導き出すことができると考える。

① 「意思表示」の解釈は、契約成立段階における各当事者の行為を対象として、そもそもいかなる事項が契約の領域に取り込まれたかを確定するための判断——つまり、そもそも拘束力を認めるかどうかという次元での判断——であり、もっぱら各事案における事実関係を基礎とする具体的評価によって行われる。それは、当事者間において取り交わされる手続に焦点を当てた規制原理であり、いわば、法律要件の平面に専属する規律だといえることができる。

② これに対し、「契約」の解釈は、拘束力を備えた契約の存在を与件とし、その内容を確定する段階において、両当事者によって設定された規範を対象として、契約の領域に取り込まれた諸要素がいかなる規範内容を有するかを確定する作業であり、時として、個々の事案を離れた典型的・抽象的評価を伴う余地がある。この意味において、契約の解釈は、法律効

---

(2) V. G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1997, préf. J. AMIEL-DONAT, n° 44, p. 53.

果の確定という問題にも直接に関わり、よって、契約の「内容」そのものに対して直接の射程を有する規律だということができる。

序論においては、以上のような性格を有する規律を、それぞれ手続的規律①、内容的規律②と呼び、この区別を「契約内容の確定」という主題を論じるにあたって意識すべきであることを示唆したのであるが、各規律（とりわけ手続的規律）の特質は、次のように約言することができる。

(2) 手続的規律 手続的規律の特質は、契約の内容形成が、当事者による決定行為という事実<sup>(4)</sup>に直結させられているということに認められる。それゆえ、この規律の適用においては、各当事者による行為の過

(3) 両者の対応関係は、法律行為の有効要件につき、「意思表示に関するもの」と「法律行為の内容に関するもの」とを類別する視点に対応し得る。これは、民法典（さらには消費者契約法）の構成を反映した区別であり、その意味では形式的なものであるが、フランス法学説には、これに相当する区別により実質的な意義を認める分析がみられる。たとえば、Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans les contrats, essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, préf. R. BOUT の提示する濫用理論は、契約にアプローチする際の *summa divisio* として、当事者の行為によって織りなされる「間主観的な現象」としての側面と、それ自体としての価値を伴う「客観的現象」としての側面との区別を前提としつつ展開される (*id.*, n<sup>os</sup> 7 et s., pp. 11 et s. なお、この分析は、J. MESTRE, *L'évolution du contrat en droit privé français, in: L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1985, p. 41に想を得たものとされる)。また、M. MEKKI, *Intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, préf. J. GHESTIN, n<sup>os</sup> 1237 et s., pp. 780 et s. は、契約の有効性に関する規制を「実体的有効性 (validité substantielle)」と「手続的有効性 (validité procédurale)」とに区分し、誠実性の要請との関係で各原理の特性および相互関係を考察する。メキは、大陸法においては給付の均衡を重視する伝統が存在するけれども、近時においては契約法の「手続化」傾向が進行していると分析し、目的 (objet)、コースズといった伝統的観念の主観化をこの脈絡において論じている。

(4) もっとも、法適用の安定化を目指して、一定のルールが形成される余地のあることは否定し得ない（この問題については、小粥太郎「民法上の一般条項と要件事実論—裁判官の法的思考」大塚直ほか編『要件事実論と民法学との対話』（商事法務、2005年）102頁を参照）。しかし、それはあくまで思考上の補助線として、当事者による決定行為の内容確定に資するにすぎないものとする。なお、この点に

程、とりわけ、契約締結時点における当事者の意思がどのようなものであったかという点に、関心が注がれることになる。その結果、手続的規律は、次のような特徴を呈することになる。

第一に、そこにいう「意思」は、各個の事案における具体的諸事情の中から汲み出されなければならないものだから、その判断は、裁判所における事実認定と境を接することになる。この意味において、手続的規律は、すぐれて司法的な規律だということができる。また、こうした特徴のゆえに、手続的規律の適用は、「包摂」という論理の介在を許さず、したがって、常に規範構造上の不明瞭さ抱えることになる。それゆえ、手続的規制の適用には、裁判官の——当該事案限りでの個別的な——評価的判断を介在する余地が常に伴うのであり、その評価的判断を通じて、意思表示の規範的解釈のもつ「制裁」的機能が発動されるのである。

第二に、手続的規律は、意思表示の認定という法技術を基礎とするため、定義上、任意規定の適用に優先することになる。第一点として述べたこととの関係でいえば、こうした性格は、当事者の「合理的意思」の解釈というかたちをとって行われる意思表示の解釈が、契約法の欠缺を補充するための法創造を媒介する役割を果たしてきたことを想起させよう。<sup>(5)</sup>

そして、第三に、手続の過程を「債権の発生」という効果に結実させる

---

は、法源の問題も関わりと解されるが、これについては後に一言するにとどめたい。

(5) この種の規制が裁判所による法創造を担ったことは、たとえば、E.-H. PERRÉAU, *Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé*, RTDciv. 1912, p. 636の議論からも窺われるところである。ペローは次のように説く。社会の変化に伴って生じた新たな問題に対し、裁判官は、しばしば「当事者の意思」を理由とする解決を採用しており、練達の弁護士も、新手の複雑な事案においては、法律問題よりも事実問題を扱うことが得策であるということをよく心得ている。実際にも、判例は、「当事者は自らの利益を最も良く保護し得るはずである」という理由で、意思自律の原理に対する障壁を除去する一方で、時には、「高次の義務 (devoirs supérieurs)」によって当事者の自由に制約を加えることを認めてきた、と。

意思表示の規範的解釈は、同じく行為の評価に関わる他の債権発生原因——特に、不法行為——とも境を接することになる。そのため、手続的規律の整序は、債務発生原因相互の限界付けという「外部の問題」を提起<sup>(6)</sup>する。

(3) 内容的規律 以上に反し、前記②の規律の特質については、本論文において主題的な考察を行わなかったから、ここでは多くを論じ得ない。ただ、この種の規律については、当事者による合意が契約内容確定の出発点とされる一方で、近時の諸研究によって強調されているとおり、それに還元され得ない事柄を取り込む可能性が認められていることに注意を要する。<sup>(7)</sup>フランス法における契約の解釈につき、カルボニエが、「共通の意図」が問題とされる以上、そこにいう「意思」は間主観的なものであり得ると述べたとき、<sup>(8)</sup>契約規範のなかには当事者の行為という事実には還元され得ない要素が含まれているということが既に見通されていたことは、看過されてはならない。

3 体系化の視点 II 契約の規律を分類する視点としては、さらに、①契約内容を積極的に形成するものと、②消極的に形成するものという対を見出すことができる。<sup>(9)</sup>この観点からは、手続的規律に属する諸法理は、次のように整理され得ることになる。

---

(6) 制度間競合の問題がこれに当たり得ることにつき、第二章第一節第二款の小括第二・三を参照。

(7) フランス法における議論との関係では、森田修「Pimontの『契約のエコノミー』論(1)、(2)―契約規範の形態原理をめぐる近時フランス法理論の一斑―」法協127巻1号124頁、同9号151頁、ならびに、同「フランスにおける『契約のエコノミー』論の展開」同10号134頁（いずれも2010年）の考察、およびそこにおいて提唱される「形態原理」「実質原理」の区別が、その見通しを与える重要な分析であると考えられる。さらに、広くかつ深い射程をもつ包括的研究として、石川博康「『契約の本質』の法理論」（有斐閣、2010年）が特に挙げられるべきであろう。

(8) CARBONNIER, n° 1062, p. 2176.

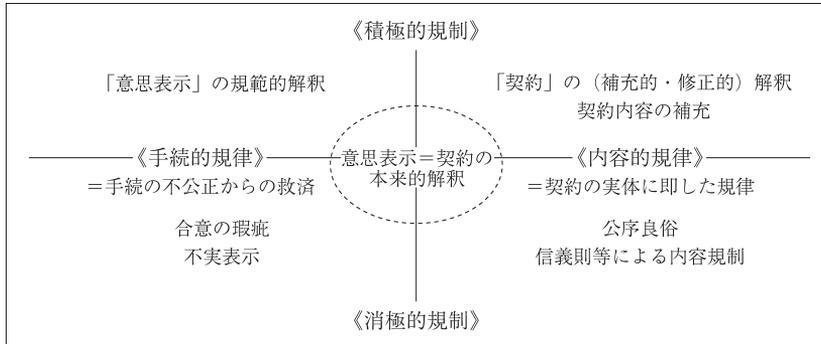
(9) この区別は、大村敦志『消費者法』（有斐閣、第四版、2011年）〔以下、大村『消費者法』として引用する〕133頁以下が契約の解釈について論じている「消極的解釈」「積極的解釈」という視点に依拠したものである。

第一に、積極的規制としての意思表示の解釈である。意思表示の解釈においては、契約締結過程における各当事者の意思が個々別々のかたちで問題とされることになる。この点において、規範的解釈は、同じ積極的規制のうちでも、契約との直接的な連続性を有する本来的解釈とは峻別されるのであるが、この相違は、規範的解釈に対し、本来的解釈とは異なる三つの性格を与える。すなわち、意思表示の規範的解釈は、①同じく主観的な合致の存しない場面を対象とする「合意の瑕疵」の諸法理と機能的な連続性をもち、②裁判官のより広汎な判断権限に服し、そして、③債務発生 of 機制においても本来的解釈とは区別される。

第二は、消極的規制としての合意の瑕疵の諸法理である。これは、意思表示の解釈によって契約の成立が認められたことを前提として、その契約による拘束を免れることの可否を問題にする規律だから、意思表示の解釈とは論理的な段階を異にする。しかし、その一方で、意思表示の解釈においても、契約締結過程における各当事者の意思が問題とされるのであり、とりわけ規範的解釈においては、真意の合致のみられない局面が対象とされるから、両法理は、機能的には相互に連結されることになる。

以上の二つの法理の関係につき、本論文は、手続的規律という同一の系における両法理の機能的な連続性に注目すべきことを強調してきた。意思表示の規範的解釈および合意の瑕疵の諸法理については、両者の限界づけがあいまいになっているとの指摘がみられた。しかし、これらを「手続的規律」として統一的に捉え、それぞれの仕方において一つの目的を追求する法理であると考えれば、両者の適用領域に重複が生じ、その区別があいまいになることに対し、否定的な評価を与える必要はないともいえよう。

4 「本来的解釈」の位置づけ 以上の概念整理においていわば特権的な地位に立つのは、意思表示の(=契約の)本来的解釈である。随所で述べたとおり、本来的解釈においては、当事者間の「生の合意」がそのまま契約内容を形成する。その理由は、各当事者の真意の所産であること



が、直ちに、最も基本的な意味において両当事者の共通の意思の所産であることをも意味し得る——「意思表示」の解釈と「契約」の解釈とが一致する——ことに求められよう。そして、このことは、法原理の平面においては、本来的解釈の結果が「私的自治」ないし「意思自律」の最も直接的な反映であることをも、意味するものであると考えられる<sup>(10)</sup>。

以上に述べたところは、一面においては、自明の理を述べているにすぎず、他面においては、なお十分に論じ得ていない視点を示したのもと思われるが、試みにそれぞれの関係を図式化するならば、次のようになるだろう。

## 第二 課題と展望

以上に示した見通しは、もとより、多くの点で検証と補足を要する試論にすぎない。けれども、それは、少なくとも、本論文の分析を引き継いで新たに検討されるべき課題を予告する意味はもっていると思う。本論文の考察を終えるに先立って、さらに論じられるべき課題として、①手続的規律と内容的規律の関係を整序すること〔一〕、②債権発生局面において裁判官が果たす役割を意識化すること〔二〕、そして、③以上の諸規律を債権発生原因の全体図のなかに定位させること〔三〕、を指摘しておきた

(10) 以上の理につき、第二章第一節第二款第二項**第二**を参照。

い。

一 契約の規律原理——手続的規律と内容的規律の整序、  
「法の適用」問題

1 本論文は、わが国における近時の学説状況につき、簡単な見通しを与えることによって始められた。そこにおいて述べたとおり、近時の学説に共有される顕著な傾向は、「契約」の解釈が論じられる背景として、契約を一群の「規範」として捉えるという基本観である。こうした立場からは、契約という規範の内容確定は、次のような考え方に従って行われることになろう——契約において当事者間に妥当するのは、契約という規範そのものであって、契約締結過程における交渉の経緯ではない。「契約交渉ではなく、契約が、契約上の規律の内容を決める」<sup>(11)</sup><sup>(12)</sup>のである。

これに反し、それ以前の学説を支配していた「意思表示の解釈」論は、「相互了解」や「コミュニケーション」といった契約締結過程における手続の適正性に関心を向けていた。この立場からは、「契約の領域」は、むしろ契約書以外の契約形成原因に対しても開かれたものでなければならないと考えられることになる。ラバルトの指摘を想起しつつ述べれば、そこにおいては、「契約の熟度」論によって示された「広がり」という着想を、契約締結前という「時間」の面だけでなく、債務内容という「空間」の面にまで拡張することが有益な視点となろう。<sup>(13)</sup>

以上のように整理することが許されるとすれば、契約の「規範」性を前面に押し出す立場と、「契約の空間的・時間的広がり」という着想を強調

(11) W. FLUME, *Allgemeiner Teil des BGB, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft*, 4 Aufl., Springer, 1992, § 33 8, S. 617.

(12) その具体化に資する判断枠組の一つとして、契約の内容を確定するにあたっては、まずは「契約書」に顕現された両当事者間での「法律」を出発点とするというものがあると考えられる。

(13) F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, 1994, n° 9, p. 8 [第一章第二節第二款第一項第二 (本誌86卷2号 (2011年) 256頁以下)]。この着想は、大村『消費者法』(前掲注(9)) 152頁においても支持されている。

する立場との間には、——これらが相互に排斥し合うものではないことはいうまでもないが——一定の相克を見出すことができるだろう。すなわち、契約の「広がり」を強調するほど、本来であれば契約そのものとは区別されるべき要素への着目が高まり、ひいては、「契約の解釈とは、……契約書面の解釈ではなく契約プロセスの解釈である<sup>(14)</sup>」という理解が帰結される。これに対し、契約が一つの規範をなすという側面を強調すれば、むしろ、「契約交渉ではなく、契約が、契約上の規律の内容を決める」という立場に帰着し、当該規範の内容そのものの公正性への着目が高まるように思われる。

2 こうした二つの規範論理を念頭に置くと、次には、かつての学説がもっぱら手続の過程に関心を向けたのはなぜだったのかという疑問が生じよう。その要因の全面的な解明はなし得ない。しかし、今後の課題を提示するためにも、若干の所見を以下に示しておくことは有用であろう。その際に注目したいのは、典型契約制度の重要性を強調し、内容的規律へと視点を差し向けることによって契約解釈の方法の刷新を企図した大村敦志教授によって示された視点である。

大村教授の議論は、次のようなものである。「実務に詳しい岩城〔謙二〕教授は、新しい取引が典型契約類型に押し込まれることが多いという現象の説明として、裁判になった場合にその方が安心確実だからという理由を挙げている（NBL 138号14頁）。ここには、典型契約制度が契約の処理を安定化させるという機能を持ちうるという認識が含まれていると言えるのではない<sup>(15)</sup>」。いまは、この分析自体ではなく、典型契約が活用される背景

(14) 内田貴『契約の時代』（岩波書店、2000年）119頁。内田教授が、英米法との関係で、わが国の契約法の特質を次のように描出したことも、ここで想起されるべきであろう。「日本法のもとでは、合意は書面化しなくても契約であり、約因も不要である。したがって、契約締結過程で当事者が抱いた期待をもとに黙示の合意を認定しても、それは依然として通常の意味での契約解釈である」（『契約の時代』166頁）。

(15) 大村敦志『典型契約と性質決定』（有斐閣、1997年）53頁注(89)。

にあるとされる「契約の処理の安定化」という要因に注目しよう。

上に論じられているような意味での「契約の処理の安定化」は、法典化された典型契約の条文との関係ではよく妥当し得ても、類型思考一般には直ちには妥当しない。その理由は、典型契約制度の作動を媒介する包摂という判断に求められる。すなわち、典型契約に関する条文に依拠するときには、先在する規範を前提として、その法律要件を認定し、これを法規範へと包摂すれば足りるのだから、判断コストが定型的に小さい<sup>(16)</sup>。これに対し、いわゆる現実類型を探索するときは、そもそも当の類型を定立する規範が法源——成文法でないものを想定するのであれば、慣習等——として妥当し得ることを理由づけなければならないから、判断コストは著しく大きくなる。このようにみると、典型契約への包摂が「契約の処理の安定化」をもたらすのは、それが<sup>(17)</sup>法定の典型契約という、法源性の明確な規範への包摂だからだ<sup>(18)</sup>というべきであろう。

そうである以上、ひとたび法の規定が存在しない領域に逢着したとき、裁判官が、自らの専決事項であり、かつ、日常の営為でもある事実認定

(16) 当否は別にして、日本の裁判実務が「包摂」にさしたる関心が向けてこなかったとの指摘をも想起すれば、この方途によったときに裁判所の判断の負担が著しく小さいことは首肯されよう。その結果、「日本の裁判実務は事実としての意思の確定とその法的評価である解釈との区別を必ずしも明確にしていない」と評されることになるのである（北川善太郎「日本の契約と契約法—裁判規範と行為規範を統合する法解釈の枠組み—」『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第三巻』（有斐閣、1999年）61頁）。

(17) 関連して、最判平成10年9月3日民集52巻6号1467頁に関する河邊義典「判批」最判解（平成10年度）（法曹会、2001年）776頁は、同判決が合意の明確性という判断枠組みを採用した理由の一つとして、敷引特約のごとき少額の事件が多い紛争類型については、具体的事案に立ち入らずに一律に適用することができるような判断枠組が望ましい旨を指摘する。事案の特殊性ゆえにこの指摘の直接の射程はごく限られているといわざるを得ないが、一定の法的解決を採用するにあたって判断コストが斟酌されるという考え方それ自体は、広く一般的に妥当し得るものといえよう。

(18) 大村教授の典型契約論の少なからぬ部分（第二部第二章）が法源の問題に充てられていることは、看過されてはならない。

（および、「諸般の事情」という事実評価要因に多くを負う点でそれとの連続性を有する「意思表示」の解釈）に依拠する——いいかえれば、ここに「押し込む」——解決を試みることも、十分に考えられるところであろう。そして、以上とまったく同様の理由から、包摂される規範の解釈に依拠する内容的規律よりも、むしろ包摂する事実の認定に重点を置く手続的規律のほうが、「契約の処理の安定化」に資するとみられてきたのではないかと思われるのである。<sup>(19)</sup>

3 以上に述べてきたような認識が成り立ち得るならば、それは、日本法が、契約内容の確定という局面において、「意思表示」に対して高い操作可能性を認めていることの一つの例証となろう。また、「フランス法が日本法に比べると相対的に固い契約法を持って」おり、「フランス法においては相対的に裁判官の威信が低かった」という指摘<sup>(20)</sup>を想起するとき、それは、意思表示の解釈という、包摂を前提としない法技術を多用する日本法の比較法的な「立ち位置」をも明らかにしているといえよう。

もちろん、このように述べたところで、典型契約制度の意義を看過して

(19) この観点から検討される余地のある具体的問題として、契約の内容規制を挙げることができよう。この問題につき、わが国においては、「隠れた内容規制」が批判の俎上にのぼせられる一方で（たとえば、河上正二『約款規制の法理』（有斐閣、1988年）245頁を参照）、公序良俗等の法理を柔軟化し、「合わせて一本」といわれるような判断枠組を構築すべきだとする主張（山本豊『不当条項規制と自己責任・契約正義』（有斐閣、1997年）84頁による定式化を借りるならば、「不当条項規制にあたっては、契約の手続過程における公正さと契約内容における公正さが相関関係的に考慮される」という主張）も有力に展開されていた。後者のような主張を肯認するか否かは、手続的規律と内容的規律の関係をどのように把握するにかかっているものと解される。

(20) 大村敦志『学術としての民法 I 20世紀フランス民法学から』（東京大学出版会、2009年）115頁。M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La Protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996に関して、現代にまで連なるフランス法の伝統を指摘したものである。これに先立つロードの研究、および、その後に現れたラムルーの研究も、これと同様に「契約法の司法化 (judicialisation)」とも形容すべき関心を共有する研究である。

はならないし、絶えず新たな典型契約類型を構想し、それに明確な輪郭を与える努力も怠るべきではあるまい。しかし、わが国における「裁判」という場、つまり、法が適用される場を見据えたときには、そうした解決に自ずから限界があることもたしかである。その結果、上のような意味で意思表示解釈への「押し込み」が避け難く生じるのだとすれば、その過程に明確な輪郭を与えることにも重要な意義が認められるべきであろう。<sup>(21)</sup>先に引いた『『熟度』論の第1の目的』は、こうしたことを示唆する点で、意義深いものである。

## 二 契約の拘束力の判断——裁判官の法性決定権と当事者の権能

以上に論じてきたところにも現れているとおり、契約による債権の発生において当事者と裁判官とがそれぞれどのような役割を担うかは、わが国においても重要な課題である。これは、契約（ないし一定の契約条項）が拘束力をもつか否かをだれが決定するか——法と非法の境界を決するのはだれか——の問題だということができようが、そうした観点からの考察を行うためには、本論文で採用した、「意思」と「表示」の関係を問うという視軸、あるいは合意の確定性の存否を問題にするという視軸ではなく、ある合意が契約にあたるかどうかという「法性決定」に焦点を当てた考察が必要になるものと解される。<sup>(22)</sup>

(21) その重要性は、中田裕康「裁判所による契約書の訂正」同『継続的取引の研究』（有斐閣、2000年）473-475頁も強調するところである。

(22) 「法性決定」は、典型的には、ある契約がいかなる契約類型に妥当するかを検討する際に行われるが、事実を「既存の法的カテゴリーに分類すること」という原義に即する限り、ある合意が法的な拘束力をもつか否かの決定も、一種の法性決定だと捉えられることになる。V. M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, recherche sur un possible imperium des contractants*, PUAM, 2006, préf. J. MESTRE, n<sup>os</sup> 27 et s., pp. 59 et s. [第一章第二節第二款第一項第二（本誌86巻2号（2011年）256頁以下）] ラムルーは、この理を説いて、「契約の法性決定 (*qualification du contrat*) をなし得るに先立っては、さらに、争われているところの合意が契約と法性決定され得る (*être qualifié de contrat*) ことを要する」という (*id.*, n<sup>o</sup> 27, p. 59)。

こうした観点からの考察を展開するにあたっては、契約の成立に関するフランス法の議論において、「意思表示」を眺める際の視座として、「意思」と「表示」だけでなく、「*précontractuel*」と「*contractuel*」との対置が——「意思」と「表示」の対置以上とも思われる——重要性をもっていたことに意識を向けるべきであろう。それはまた、より広い文脈からみれば、法的な拘束力をもつ合意とそれを欠く合意との限界づけという一種の「法性決定」問題において、当事者と裁判官がそれぞれどのような役割を果たすかという問題にも関わり得る。<sup>(23)</sup> いかなる状況に達したときに、裁判官は契約が成立したと認めることができるのか。これはまさに「契約の熟度」論によって提唱された視点であるが、上の観点からの考察を継続することは、フランス「意思表示」法の特質を真に明らかにし、ひいては、わが国における熟度論の着想を深化し、応用可能なものとするために、大きな意義をもつといえよう。

### 三 債権発生原因の特質

最後に、本論文の考察が債権発生原因論とどのような関連をもち得るかにつき、若干の見通しを述べてみたいと思う。

契約を債権発生原因の全体図のなかに定位させるためには、それが「意思に基づいて財貨の（積極的）移転を生じさせる」ものであることを出発

---

(23) この関連においては、徳義上の約束 (*engagement d'honneur*) をめぐる議論が一定の示唆をもたらすように思われる（なお、この問題の概観として、ムスタファ・メキ（拙訳）「債務関係、あるいは債務という観念（契約法研究）(1)」慶法20号（2011年）249頁以下を参照）。B. OPPETIT, *L'engagement d'honneur*, D. 1979, Chron. p. 107は、*engagement d'honneur* の考察が法および契約という基本的観念を再検証するうえでの試金石となると説く。なお、大村敦志『基本民法II』169頁によって、契約を定義する際の方法に二とおりのものであるとの分析がなされていることは、フランス法において *engagement d'honneur* という問題が占める重要性を示唆するものといえよう。すなわち、「ドイツふうの定義は『二個以上の意思表示によって構成される法律行為』というもの、フランスふうの定義は『法的拘束力を持つ（権利義務の発生・移転・変更の原因となる）約束』というもの」。

点とすべきであろう。<sup>(24)</sup>この前段は契約の手続的特性に、後段は内容的特性に、それぞれ対応していると思われるが、そうした性格を他の債権発生原因との関係で明らかにしていくことの意義は、今日においてもなお否定されて<sup>(25)</sup>いないものと思われる。

債権発生原因論という主題に即していえば、本論文は、フランス法における理解に即して、内容的には財貨の移転を生じさせるものでありながら、手続的には「意思に基づく」とは解されていない場合を考察するものであった。もっとも、既に繰り返し述べたとおり、たとえば外観法理につき、フランス法にみられるような「独自の債権発生原因」という位置づけを与えることは、少なくともわが国においては必然的な解決策ではない。いかなる法理が契約法の守備範囲に属するかは、各国の法制度および法伝統を参酌しつつ決せられるべき事柄だからである。

とはいえ、「契約」「不法行為」といった基本的類型が承認されるべきことについては、各国特有の差異を超えた普遍性を語るができるように思われる。そして、そうであるならば、それら基本的類型の範型から逸脱する問題を生じたときに、いかに対処するかという問題にも、各国における差異を超えた共通性を見出すことができるというべきであろう。その対処方法を探究することは、フランス法における準契約法理をめぐる議論が

---

(24) 契約は、内容的には、財貨の移転、さらに立ち入っていえば、正義に合った財貨の交換 (commutation) によって支えられているといえよう。もっとも、交換という特徴は、契約に固有のものではなく、債務法全体に通底する特徴だともいえる。不当利得法や不法行為法によっても、損失・損害の等価的な回復という意味での「交換」の実現が図られているからである (SÉRIAUX, n° 228, p. 761は、「その根本的な着想において、債務法は交換の法 (droit des commutations) である」という)。しかし、財貨の増加を企図してなされる交換は契約に特有のものだといえるから、この側面から、契約の特性を探ることの重要性は否定されないだろう。

(25) F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008, préf. A. GHOZI は、債務の作用を「交換 (commutation)」と「配分 (distribution)」に分けて債務法全体を通観する、きわめて示唆に富む基礎理論研究である。

そうであったように、たしかに、周縁的な問題に対する詮索のように映るかもしれない。しかし、それは同時に、前記の各基本的類型の理解をいわば外側から豊かにするための階梯となり得る作業でもあったように思われる。以上のような意味において、一および二にみた契約の諸特質を明らかにするためにも、債権発生原因全体を見通す視点が必要になると考える。

\*  
\* \*

これらの課題は、突き詰めれば、「契約」の特質をいわば内外から眺め直すことに帰する。本論文における考察は、「意思表示」という規律の側から「契約」の特質を照射することを試みたものであり、その意味で、これらの課題にとっての序説たる意味をもつものである。多くの問題が積み残されており、また、これまでの考察にも再考ないし是正を要する箇所が少なからず含まれていると思われるが、以上をもって、ひとまずは稿を閉じることにしたい。

（完）

本稿において参照した条文を一括して掲記する（本文中または前号までに掲げたものは除く）。

#### 消費動産売買指令

##### 2条

〔1項省略〕

(2) 消費動産は、その引渡時において、以下の各号に当たる場合には、契約に適合するものと推定する。

〔aないしc省略〕

d 消費動産が、同種の消費者商品について通常である性質及び性能を有し、かつ、売主、製造業者又はその代理人によって当該消費動産の特定の性質について広告又はラベルによって特になされた公の表示を考慮するならば、消費者が合理的に期待することができる性質及び性能を有する場合。

(3) 契約が締結された当時、消費者が契約不適合を知り又は合理的に知り得た場合、及び契約不適合が消費者によって供給された材料に由来する場合、消費動産は契約不適

合とはみなされない。

(4) 売主が以下のことを証明するときには、本条 2 項 d にいう公の表示に拘束されない。

売主が当該表示を知らず、かつ、合理的にみて知り得なかったことを証明するとき  
売主が契約を締結することによって公の表示を訂正したことを証明するとき

売主が消費者商品を購入する意思決定が当該表示によって影響されなかったことを証明するとき。

〔5 項以下省略〕

#### UNIDOIT 原則 2.20 条

(1) 定型条項に含まれる条項のうち、相手方が合理的に予期しえなかった性質の条項は、効力を有しない。ただし、相手方がそれに明示的に同意していたときはこの限りではない。

(2) ある条項が前項の性質を有するか否かを判断するにあたっては、その内容、言語および表示の仕方が考慮されなければならない。