

# 意思表示の社会的性格

熊谷芝青

## 1. はじめに

意思表示・法律行為を解釈する場合に、表意者の自己決定した内容（主観的意思・内心的効果意思）と表示された客観的な意味（客観的表示）をどちらが優先するかについての問題がある。特に主観的意思と客観的意思の間に齟齬が生ずる場合に、前者が優先する（意思主義）とすれば表意者の真意を、後者が優先する（表示主義）とすれば表示内容を探求せねばならないということになる<sup>1)</sup>。この問題について我が国では次の説が通説的見解の基礎となっているといえようか。

「法律行為の解釈とは、この表示行為の有する意味を明らかにすることである。……往々にして表意者のかくれた真意（内心的効果意思）を探求することが、法律行為解釈の任務のように考えられることがある。しかし、これは誤った個人意思自治の思想に膠着して、意思表示が専ら表示行為を介してなされるものであることを忘れた考えである。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、絶対でない」<sup>2)</sup>

「表意者の内心の意思が、この表示によって推断されるものと齟齬する場合には、表意者にとって酷な結果となることがある。かような場合には、一般取引の安全を害しない範囲内で、表意者の地位を保護する」<sup>3)</sup>

1) *Larenz/ Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § 289 (S. 534).

2) 我妻榮「民法総則」(岩波書店, 新訂版, 1965) 249-250頁。

このような見解は、意思主義か表示主義かの二者択一的見解の妥当性に疑義を挟み、両者の折衷説を相当とするものである。この折衷説が何を示すのか、明確ではないが<sup>4)</sup>、今日の我が国の意思表示を巡る議論を概観すると、表示主義を尊重するという立場がさらに強まっているように思われる。それは公序良俗違反等の私益（表意者保護）的無効を公益的無効から区別して、できるだけ取消可能なものと扱うこと等によって、無効を制限しようとする傾向にも現れている<sup>5)</sup>。しかし公益的無効と私益的無効とに分類することに対して、公益と私益が両立しえないものではないこと等、基準としての曖昧性が指摘されている<sup>6)</sup>。

いずれにせよ我が国の学説傾向から言えば、表意者の意思が欠缺する場合には、いわゆる「私益的無効」が問題となり、それを制限しようとすることになる。それは、錯誤に陥った表意者に重大な過失があった場合に、「表意者自ら其無効ヲ主張スルコトヲ得ス」と日本民法（以下民法とする）95条但書の解釈においても現れる。そこで、錯誤の主張が民法95条但書で封ぜられるということは、表意者の意思表示が完全に「有効だ」という結論に至り得よう<sup>7)</sup>。

その理由としては、錯誤制度自体、表意者保護を目的としているが、表意者が重過失の場合にまで、その表意者を保護する必要がないと民法95条但書が考えているからだ、ということが挙げられる<sup>8)</sup>。つまり重過失の錯誤による表意者は自ら招いた帰責性について責めを負うべきだとする考えである。

3) 我妻・前掲注2), 285-286頁。

4) 石田穰「意思主義と表示主義」『法協百年論集3』(有斐閣, 1983), 487頁。

5) 代表的なものとして、近江幸治『民法講義I』(成文堂, 第4版, 2003) 190頁。このような傾向に対する批判として拙稿「日本民法における『無効及ヒ取消』」早稲田法学会誌49号(1992), 183頁以下(特に208頁以下)参照。現在では公益的無効を含めて無効全般を相対化し、その法的結果を制限しようとする傾向もある。椿寿夫「法律行為の“無効”再検討・序説」『法律行為無効の研究』(日本評論社, 2001), 3頁以下。

6) *Ghestin*, *Les obligations : le contrat : formation*—2e ed. 1988, n°744, p. 882, 新美育文「公益的無効と私益的無効」『法律行為無効の研究』(日本評論社, 2001), 215-218頁。

7) 内田貴『民法I』(東京大学出版会, 第2版補訂版, 2000), 72頁。

8) 丸山英気・三好登『民法概説』(成文堂, 1999) 30頁, 内田・前掲注7) 72頁。

しかしこのような通説的見解に対して、たとえ重過失であっても錯誤について認識がなく帰責性がより少ない場合に表意者が保護されないのに対して、帰責性の大きい心裡留保の場合に表意者が保護されるという、「奇妙な結果」が生じるという指摘がある<sup>9)</sup>。また、意思の瑕疵・欠缺の事例で、悪意・有過失という相手方の態様をも問題にする学説も登場している。「重過失」と「悪意」が取引の安全の観点から同列に論じられているバランスから、相手方が悪意の場合には民法 95 条但書の存在にもかかわらず、あえて民法 93 条但書を類推適用して、重過失の錯誤による表意者に無効主張を認めることも主張されている<sup>10)</sup>。同様に強迫者が、相手方が真意で表示していないことにつき悪意の場合に 93 条但書の適用可能性を検討する学説もある<sup>11)</sup>。これらの説は、心裡留保規定である民法 93 条但書に依拠しているが、それは意思表示が単に孤立した表意者だけを問題にすれば済むものではなく、相手方の態様をも問題にすべきことを指摘しているといえよう<sup>12)</sup>。

近時の批判説が指摘するように、通説的見解は表意者の帰責性のみ過度に強調してバランスを欠いたもので、意思主義と表示主義との「折衷説」であるといいながら、実は「表示主義的傾向」がかなり強いように思われる。そこでは、相手方の態様を問題にすることが等閑視されている。この問題をより深く考察するためには、意思表示が表意者と相手との協同的な行為、社会的な行為の中で生ずるものでもある、という意思表示の「社会的性格」を問題にせねばなら

9) 加賀山茂「錯誤における民法 93 条但書、96 条 2 項の類推解釈」阪大法学 39 卷 3=4 号 (1990), 709-710 頁

10) 加賀山・前掲注 9), 711-712 頁。

11) 村田彰「強迫と心裡留保」法学志林 98 卷 2 号 (2001), 243 頁以下。

12) 一般論として相手方の態様を問題にしながら、意思の欠缺・瑕疵の問題を解決しようとするものについて石田穰『法解釈学の方法』(青林書院新社, 1976), 147 頁, 151 頁, 158 頁以下を参照。Vgl. *Wilburg, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht* 1951, S. 18ff. (拙訳「民法における動的体系の展開」高知短期大学社会科学論集 82 号 (2002), 308-310 頁)。但し *Canaris, Bewegliches System und Vertrauensschutz im rechtsgeschäftlichen Verkehr*, in: *Bydlinski u. a. (Gesamtred.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht* 1986, S. 106 は意思瑕疵に関する法が厳格な要件で規制されているので動的体系と一致しないとしている。

ないように思われる。

ドイツではこの意思表示の社会的性格の面から、主観的意思と客観的表示の問題をとらえることが有力に主張されている<sup>13)</sup>。そこで本稿では「意思表示の社会的性格」とは一体何であるのか、またドイツではこの観点から主観的意思と客観的表示との問題をどのように解決しようとしているのか、さらに日本法にどのような示唆を与えるのか等を考察してみたい。

## 2. ドイツにおける意思表示の「社会的性格」

主観的意思と客観的表示とのどちらを優先すべきかという問題についてドイツ学説の動向を概観してみよう。ドイツ民法典（以下 BGB）施行までの19世紀のドイツ普通法時代に存在した意思主義 Willenstheorie 的思考は、表示と無関係の内心の意思を重視していた。意思表示が私的自治、すなわち直接に表意者が法律関係を自己決定・自己形成する道具である、という考えを強調する考えである。そうすると客観的表示に相応する内心の意思がない場合にはそのような意思表示は否定されることになる。しかしこの考えは「意思表示は、表意者が表示されたものを意欲しないことを内心に留保したからといって、無効とはならない」という BGB116条1項と対立する。他方、意思表示が財物の移転、個人の欲求の満足的手段である面を強調すると、取引の安全・信頼保護をはかる、表示主義 Erklärungstheorie が登場する。しかしこの表示主義的考慮も「真意の欠缺が誤解されないことを期待して発せられた真意で意図されていない意思表示は、無効である」という BGB118条と矛盾する<sup>14)</sup>。

その結果意思表示の法的効力を発生させる根拠として、一元論的に主観的意思のみにも客観的表示のみにも求めることができない。冒頭で触れたように我が国では折衷説へと批判的検討なく流れていった。しかし、ドイツでは意思表

13) MüKo/ Kramer (2001), Vor. § 116 Rn. 39.

14) Larenz/ Wolf, a. a. O. (Fn. 1), § 24 23 ff. (S. 478 ff.), Bydlinski, Erklärungsbewußtsein und Rechtsgeschäft, JZ 1975, 1.

示を二重の機能を持つものと捉える説が有力に主張されている。すなわち意思表示は一方で表意者が自らが決定した効果意思を実現する手段であると同時に、他方で相手方に代表される他者によって承知されるようになされる社会的コミュニケーションとしての機能を持つというものである。意思表示自体が社会的に孤立したものではなく他者との協同行為であるというのである。これが意思表示ひいては法律行為の社会的性格である<sup>15)</sup>

この社会的性格の過程を考察してみよう。まず表意者が自発的に spontan 意思を持つことが必要であるが、その意思を内面に秘めているだけではその意思は実現されない。さらにこれが表示されただけでも意思表示として効果は生じない。相手方に受領され、知覚されることが必要である。この表意者の自発的で相手方に知覚される必要がある行為を社会的行為 Sozialakt という<sup>16)</sup> また意思表示は、意思によって支持されて決定する行為として、自己の意思実現のための手段であると同時に、他人に知覚されねばならないものであるから、人間相互間の社会コミュニケーション行為 Akt zwischenmenschlicher, sozialer Kommunikation と呼ばれている<sup>17)</sup>

このように、意思表示を媒介にしながら、他の法的主体との関係における行動（コミュニケーション行為）を私法の本質であると捉えると、そこで行われる行動は相互に他者との「協同行動 kooperatives Handeln」となる<sup>18)</sup> この協同的な行為において生ずる信頼によって、複雑性が縮減され、相互に一定の展開可能性が除去され、危険が中立化され、逆に信頼がなかったら現実にはならなかったであろう行為の可能性が展開されることが指摘されている<sup>19)</sup> このような協

15) MüKo/ Kramer (2001), Vor. § 116 Rn. 39. それに対して, Lobinger, Privatautonome Gestaltung oder Prinzipienpluralismus als Grundlage rechtsgeschäftlicher Bindungen? in: Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler Jg. 1994, S. 80 ff. はこのようなある意味で多元的な傾向を批判して、意思主義的一元論を主張する。

16) Reinach, Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes 1913, S. 21 ff., ders., Zur Phänomenologie des Rechts 1953, S. 37 ff., Bailas, Das Problem der Vertragsschließung und der vertragsbegründende Akt 1962, S. 69 ff.

17) Larenz/ Wolf, a. a. O. (Fn. 1), § 24 30 (S. 480).

18) Kramer, Grundlagen der vertraglichen Einigung 1972, S. 154 f.

同的な行為においては、相手方に知られなかったり、到達しないものは問題となりえず、当事者双方が知り、または知ることができかつ知らねばならないもののみが重要となる<sup>20)</sup>

このような理解に立脚して意思主義とも表示主義とも異なる第三の説が登場する。主観的意思と客観的表示の協働に効力発生の根拠を見出す発効説 *Geltungstheorie* が登場する。すなわち意思表示上の意思を社会的に発効させる *in Geltung setzen*<sup>21)</sup> ので発効表示 *Geltungserklärung* と理解し、主観的意思の通知であるだけではなく、客観的にも発効させる効果意思の実現であると考え、効力を発生させる根拠を法律に求めている<sup>22)</sup> したがって意思を欠く意思表示が発効するのは、自己決定によるのではなく、この意思表示の社会的性格をふまえて法律 (BGB116条以下, 民法93条以下) の力によるものであるという理解が出てくる<sup>23)</sup> つまり心裡留保のように主観的意思がない場合でも、自分の表示を社会的に発効させようとする意思が存在し、それによって為された表示に対して表意者が望もうと望ままいとに関係なく、法律によって効力が与えられると考えるのである<sup>24)</sup>

たしかに、この発効説は表意者の真意のない表示について法的効力が生ずることを説明する。しかしそこで考えられているのは、表意者と相手方・社会との相互の、双方向のベクトルではなく、表意者から相手方・社会への一方向のベクトルでしかない。その結果、批判的検討のない信頼責任を求めることになってしまう。つまり相手方・社会から表意者へのベクトルがないのである。せい

19) Luhman, *Vertrauen*, 2. Aufl. 1973, S. 23 ff. ルーマン (野崎和義/土方透訳) 『信頼』 (未来社, 1988), 38頁以下, 同 (大庭健/正村俊之訳)・(勁草書房, 1990), 39頁以下。

20) Pawlowski, *Allgemeiner Teil des BGB*, 4. Aufl. 1993, Rn. 429.

21) この語義は「有効にする」「通用させる」等多義的であるので「社会的に発効させる」という訳にした。

22) Larenz/Wolf, a. a. O. (Fn. 1), § 24 26 (S. 479 f.), Larenz, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts 1930* (Neudruck 1966) S. 56 f., Schapp, *Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre* 1986, S. 44 ff.

23) Singer, *Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen* 1996, S. 250.

24) Larenz, a. a. O. (Fn. 22), S. 88.

ぜい個々人が別個に同時に為した行為しか考察せず、表意者と相手方との協同行為としての社会的性格を十分に意識しているとは言えない<sup>25)</sup>

### 3. 自己責任と信頼保護

ところで、表意者と相手方との協同行為としての意思表示の社会的性格についてドイツ通常裁判所の判例の興味ある展開が見られる。そこでは、意思表示の意識 *Erklärungsbewußtsein* を持たずになされた事実の通知が意思表示とみなされる、と判示するに際しての、表意者と相手方の態様についてである。この点につき、先ず<sup>26)</sup> 表意者側の帰責根拠として「自分の表示または行動が信義則・取引慣行を考慮して相手方によって意思表示と把握されてもしかたがない、ということを取引で必要な注意をする際に表意者が認識できかつ回避できたであろうこと」を求めている<sup>27)</sup> これは前章で述べた発効説の表意者からのベクトルしか意識していない。しかしこれに加えてさらに *BGH*<sup>28)</sup> は、表意者の行為が効力を有するためには「相手方が実際に表意者の意思表示と理解したこと」<sup>29)</sup> を、求めている。このことは、正に相手方からのベクトルを認めたものといえ

25) *Schapp*, a. a. O. (Fn. 22), S. 45.

26) *BGHZ* 91, 324 (Urt. v. 7. 6. 1984-IXZR 66/83). 事例は以下の通りである。Xが鋼鉄製の工場・倉庫を建設して、Aに販売することになっていた。Xが別の顧客からAがXに対するAの手形債務について金融機関の保証を求めていることを聞き、このことをAも認めた。そしてY金融機関から、Aの債務を保証する旨の通知を受領した。しかしYはその通知を錯誤に基づいて発したものであった。そこでYは通知を発してから2カ月余してから、取消の意思表示をした。その後Aの手形が支払拒絶されたので、XはYに保証債務の履行を求めた。*BGH* はYの通知を意思表示として認定し、またYの錯誤による取消が *BGB* 121条の「取消権者が帰責ある遅延なく（遅滞なく）取り消さなければならない」ことに違反して遅延しているとして、Yの取消を認めず、Yの保証責任を認めた。

27) *BGHZ* 91, 324, 330. Vgl. *Bydlinski*, a. a. O. (Fn. 14), S. 5.

28) *BGHZ* 109, 171 (Urt. v. 2. 11. 1989-IXZR197/88). 事例は以下の通りである。賃貸住宅の強制管理者であったYに、Aがこの住宅の売却を申し込んだ。そこでYが賃借人に対して以後Aに賃貸料を支払うように通知した。Aは賃貸料を受受したが、実際には所有権移転がなされなかった。執行裁判所はYを解任して、Xを任命した。そこでXはYに賃貸料の損失を訴求した。ここでAの賃貸料の弁済が有効になるかが争われたが、Aの弁済は有効とされた。

ないだろうか。

表意者に真意がなくなされた意思表示について典型的になされる議論は、心裡留保と契約の解釈に関してである。心裡留保を規定する BGB116 条は1項で「表示されたものを意欲しないことを表意者が内心に留保したからといって、その意思表示は無効ではない」、2項で「ある意思表示が無効となるのは、それが他人に対して発せられ、その者がその留保を知っている場合である」と規定する。また契約の解釈を規定する BGB157 条は「信義誠実が取引慣行を考慮して要請されるように契約は解釈されるべきである」と規定する。

心裡留保規定は一般的解釈規制から当然のこととされている<sup>30)</sup> 先ず意思表示が相手方に受領されねばならないが、法律は受領する相手方がそれを知覚する可能性を考慮する。この結果、表意者は撤回 *Widerruf* することができなくなり、表意者は自分が私的自治的に形成しなかった自らの意思表示に拘束されることになる<sup>31)</sup> その理由は、相手方がその表示を受領した結果、その表示が確かであるとの信頼を持ち、その信頼を保護するためであり<sup>32)</sup> 表意者側からいえばそのような信頼を与えたことに責任を負わねばならないからである。意思表示から発生する表意者の自己責任と相手方の信頼保護は同一メダルの両面といえよう<sup>33)</sup> しかし受領が必要な意思是、相手方が実際に表意者の意思として正確に理解できたような客観的な「規範的意思 *normativer Wille*」<sup>34)</sup> である。

29) BGHZ 109, 171, 177.

30) *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 4. Aufl. 1990, Rn. 592.

31) *Kramer*, a. a. O. (Fn.. 18), S. 206.

32) *Medicus*, a. a. O. (Fn.. 30), Rn. 322 f. ちなみに信頼責任の射程を過大評価すべきではないという指摘がドイツには存在する。すなわち取消によって生ずる損害賠償が信頼利益の賠償に限定されていること (BGB122 条) と、取消を遅滞なくせねばならないこと (BGB121 条) である (*Canaris*, a. a. O. (Fn.. 12), S. 106.)

33) *MüKo/Kramer* (2001), Vor. § 116 Rn. 39.

34) *Kramer*, a. a. O. (Fn.. 18), S. 176 ff, *Larenz/Wolf*, a. a. O. (Fn. 1), § 28 32 (S. 542), *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts Bd. 2 4. Aufl. 1992, § 16 3d) (S. 312 ff.), *Medicus*, a. a. O. (Fn.. 30), Rn. 323.. ちなみに *MüKo/Kramer* (2001), § 155 Rn. 3, Fn. 6 によると「A が明らかに 980 マルクと申し出て、B が 890 マルクと理解して『同意して』承諾した場合に『規範的』合意は 980 マルクについてである」との例を挙げている。



これは表意者が本来有していた真意である「本来的意思 *natürlicher Wille*」と区別されるものである<sup>35)</sup>

しかしその際相手方には、表意者が想定したものは何であったかを探求する注意義務が課せられる<sup>36)</sup> したがって表意者に真意がないことを相手方が知っていた場合、または知ることができた場合に、それを奇貨として相手方が利益を得ることは許されるべきではない。表示が真意と異なっても真意がはっきりしていれば表示の誤りは意思表示の効力に関係ないという「偽りの陳述は害しない *falsa demonstratio non nocet*」原則もある<sup>37)</sup> 相手方が真意を正しく理解して、表示の客観的意味を信頼していない場合に、基準となるべきであるのは、客観的な規範的表示ではなく、主観的な真意となる<sup>38)</sup> これはBGH116条2項<sup>39)</sup> また118条が規定する法理である。逆に例えば相手方が、表意者が錯誤であることを見破った場合、それに注意して、その表示を表意者が想定した意味で発効させるか表意者に釈明を求めることが要求されよう<sup>40)</sup>

意思表示は、表意者の自由な私的自治的決定としての意思に基づかねばならない。そうでないと、自分の意思以外のものに自らが拘束されることを認めることになり、これは近代法において許されることではない。しかし、表意者は意思表示を、単に発するのではなく、具体的な相手方に対して、具体的状況においてなされる。したがって意思表示の結果生ずる自己責任＝信頼責任もこの

35) *Kramer*, a. a. O. (Fn. 18), S. 175 f.

36) *Larenz/Wolf*, a. a. O. (Fn. 1), § 28 20 (S. 538).

37) 山田晟『ドイツ法律用語辞典』(大学書林, 改訂増補版, 1995), 222頁。

38) *Canaris*, a. a. O. (Fn. 12), S. 105, 石田・前掲注 12), 165頁。

39) もっとも相手方が悪意の場合に、心裡留保でなされた表示の無効を規定するBGB 116条2項自体を法政策的に失当だとする批判がある。つまり自分が意識し、かつ発効させることを望んだ行為を否定することは、意思主義的偏見にとらわれたものであり、いわゆる「自己背反行為 *venir contra factum proprium*」として、禁じられるべきものだから、見破られた心裡留保がBGB 116条2項により、無効となるべきではない、という批判である(*Larenz*, a. a. O. (Fn. 22), S. 88 f.)。また相手方が表意者の心裡留保を知るには、表意者からではなく別の根拠からしかなく、そのことは非常に困難であることも指摘されている(*Soergel/Hefermehl*, § 116 (1987) Rn. 2.)。

40) *Larenz/Wolf*, a. a. O. (Fn. 1), § 35 10 (S. 657).

具体的な相手方と具体的な状況を考慮に入れた上で、いわば社会的性格を斟酌しながら決定していかねばならない。それにはこれまで等閑視されてきた、表意者の行為時における表示に対する相手方の信頼を具体的に検討することが必要となろう。相手方は表意者の表示を信頼して自分の意思で新たな法的結果を形成できるようにならねばならなくなる。その意味で少なくとも「半私的自治 halbe Privatautonomie」が存在し、表意者によって発生し、根拠づけられた信頼の保護が必要であろう<sup>41)</sup>。したがって相手方が表意者の表示が真意でないことを知っている場合には、信頼そのものが存在しないのだから、信頼に基づく「半私的自治」も存在せず、また保護にも値しないことになろう。それはたとえば真意のない表示を表意者が意識的または無意識的に社会的に発効させたとしても結果に変わりはないだろう。

#### 4. 結 語

今までドイツの議論の展開を追ってきた。そこでは意思表示には社会的性格があり、関与する者が「協同」してコミュニケーションを取りながら形成されるものであることが見てとれた。その結果相手方に信頼をもたらした表意者は、その信頼に対して責任を持たねばならないが、相手方にも表意者の行動に対する注意義務が課せられる。したがって信頼が生じない場合、または生ずべきでない場合には、外観上の表示を「信頼」したことによって相手方が保護されないことは当然であろうことも見てきた。特に外観上の表示を奇貨として相手方の悪用を認めることは適当ではあるまい。

このようなことが、当然のこととして認められるならば<sup>42)</sup>、この相手方に信頼が生じない場合の外観上の表示を否定する根拠を現行法のどこに求められようか。確かに、表意者に帰責事由があり相手方に正当事由があれば相手方を保

41) *Bydlinski*, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes* 1967, S. 10. この概念を *Singer*, a. a. O. (Fn. 19), S. 88 は、私的自治を弱めるためのものではなく、過度な信頼原理適用に反対するためであると評価している。

護するために意思表示を有効とし、表意者に帰責事由がなかったり、相手方に正当事由がない場合いずれか一方だけを保護するのは妥当でなく双方を保護しない（意思表示を無効とし法律効果の発生を否定する）ようにすべきだとの準則を導き出せよう<sup>43)</sup> この準則は意思表示の社会的性格について正鵠を得たものと評価できよう。しかしこの準則では、どちらかに帰責事由があった場合には妥当するが、両者に帰責事由があった場合、特に表意者が心裡留保で意思表示をし、相手方が悪意であるような場合に、どのように法律効果を決定すべきかについては述べてないように思われる<sup>44)</sup> むしろ表意者に帰責事由があつて、相手方に帰責事由がない場合には、信頼責任と表意者の自己責任を認めるべきであるが、表意者に帰責事由があつて、かつ相手方の信頼形成にも帰責事由がある場合には、信頼責任は発生せず、その意思表示・法律行為は無効とすべきであろう。このような意思表示の社会的性格を考慮した法理を表現する原則的規定として民法93条（心裡留保規定）が、評価されるべきではなかろうか。

民法93条は、意思表示の社会的性格を考慮して、表意者に帰責事由があり、相手方に帰責事由がない場合には、その意思表示を有効とし、表意者に帰責事由があり、相手方にも帰責事由がある場合には無効であるという当然のことを規定したとも言える。このように考えると、重過失の錯誤による表示をした表意者には確かに帰責事由があるが、心裡留保で意思表示をした者よりも帰責性は軽い<sup>45)</sup> それならば表意者に真意がないこと（錯誤）を相手方が知っていた（見破っていた）という社会状況の場合に、どうして意思表示を有効として相手方を保護せねばならないのだろうか。

確かに歴史的立法者は民法95条但書を規定するに際して、表意者の損害賠

42) *Medicus*, a. a. O. (Fn. 25), Rn. 592.

43) 石田・前掲注12) 158頁以下、同・前掲注4), 487頁。

44) もっとも石田・前掲注12) 164頁で悪意の相手方の正当事由がないことを強調して、無効となるとされている。

45) 加賀山・前掲注9), 710頁。

償責任では不十分でイギリス法の特定履行 specific performance を導入して相手方を保護しようとしていた<sup>46)</sup>。しかし意思表示の社会的性格を考慮した現代的な制度趣旨を考えるならば、民法95条但書は、表意者の帰責事由が、単なる要素の錯誤より重く、かつ相手方に帰責事由がないことを前提にして適用されるべきであろう。その場合には民法93条と類似した社会状況になるので、同条本文が適用されることと同じ法的結果である、意思表示の有効という結果となることに、条文上の不整合はない。さらに相手方にも帰責事由があるような社会状況の場合には、この意思表示を有効にして相手方を保護する理由はなく、民法93条但書が準用ないしは類推適用されるべきであろう。確かに歴史的立法者意思は制度趣旨を考察する重要な資料であるが、必ずしもそれに拘泥する必要はなく、現代における制度趣旨を考察することが大切であるように思われる。逆に歴史的立法者意思を墨守することで、重過失の錯誤による表意者の相手方が不当な利を得ることに法が助力するようなことは、それこそ奇妙な結果となろう。

このように意思表示の社会的性格を規定したと評価できる民法93条の原則性が確認されるならば、その準用ないし類推適用によって処理が可能であるように思われる<sup>47)</sup>。そうであるならば、民法95条但書を改正すること<sup>48)</sup>も、確かに市民にとって民法を分かりやすくするという意義は理解できない訳ではないが、法条文を煩瑣にするだけで、立法政策上特に利益はないように思われる。

意思表示の社会的性格を再確認して、本来あるべき信頼責任理論の構築が求められているように思われる。

---

46) 法典調査会『民法主査会議事筆記録』(商事法務研究会, 1988), 649頁以下の富井政章発言。ちなみにイギリス法の特定履行についてE. エールリッヒ(河上倫逸/フーブリヒト訳)『法社会学の基礎理論』(みすず書房, 1984), 273頁等を参照されたい。

47) 加賀山・前掲注9), 709頁以下。

48) 加賀山・前掲注9), 712頁。

【追記】三好登先生は同じ高島平蔵教授門下の先輩であり、私が高知短期大学に赴任してから、いろいろと三好先生からご高配を賜った。殊に研究に挫折しそうな折に、たびたび温かく激励していただいたことを懐かしく思い出すと同時に、深く感謝を申し上げる次第である。拙い小論を献呈することで、三好先生が新天地でさらなるご活躍をなさることを心から祈念申し上げたい。