

意思実現再論

——表示意思との関係——

一 序

民法五二六条一項によれば、例えば、注文に応じて本屋が本を発送した場合にはそれだけで（＝特に承諾の意思表示がなくとも）契約が成立する。また、特に注文があったわけではないのに「買わないか」という趣旨で本屋が顧客に本を送った場合にも、顧客が本に書込をすればやはり契約が成立する。そして、五二六条二項が「契約ハ承諾ノ『意思表示』ト認ムヘキ事実アリタル時ニ成立ス」と規定しているのにもかかわらず、本の発送や書込は「意思表示」ではなく「意思実現」であると解釈されている。意思を「表示」という意味はないからである。このように、この制度は主に商品の発送や利用・消費を念頭にしており、

滝 沢 昌 彦

前者（商品の発送等）を「履行行為」、後者（商品の利用・消費）を「利用・消費行為」と呼ぶこともある。意思実現による契約の成立とは、申込に応じて履行行為や利用・消費行為をすれば——承諾の意思表示がなくとも——契約は成立するという制度である。

さて、筆者は、意思実現に関する小論を昨年（二〇〇一年）発表したが⁽¹⁾（以下では「前稿」として引用する）、脱稿直後（二〇〇〇年）に、ドイツでレプゲンの「意思実現との訣別」と題する論考が出た。⁽²⁾この論文でレプゲンは、ドイツ民法（以下では「BGB」と省略する）一五一条⁽³⁾（日本民法五二六条二項に相当）による契約の承諾は通常の（受領を要しない）意思表示であり、意思実現という概念はもはや不要であると主張している。同様の見解は以前

から主張されており筆者も前稿で検討を加えておいたが、この論文ではこの見解(BGB一五一条の承諾を通常の意思表示と解する見解)がより詳しく展開され、また、前稿で筆者が見落としていた判例や学説なども引用されている。そこで本稿では、この論文を紹介して筆者の前稿を補充するとともに、この問題について改めて考えてみたい。なお、前稿と重複する部分も当然ながらあるが(BGB一五一条の立法趣旨等)、本稿だけでも独立した論文として読めるものにする為にあえて省略しなかった。

二 「意思実現との訣別——BGB一五一条による契約承諾の法的性質——」

さて、とりあえずレプゲンの論文を紹介しよう。レプゲンはケルンの学者のようであるが、この論文は全部で四章からなり、第一章は問題提起、第二章はBGB一五一条による承諾の法的性質に関する判例や学説の紹介、第三章は意思実現説と意思表示説との比較検討、最後に第四章が結論となっている。無論、第二章および第三章が中心的な部分である。

1 法的性質に関する学説の状況

第一章で、レプゲンは、BGB一五一条には運用上の問題が二つあると⁽⁴⁾言う。まず、一般論として、どのような事実が存在すれば契約の承諾になるのか不明であるし、また、第二に、具体的な事例においてその要件が満たされているか否かの判断が困難であることが多い。一五一条による承諾の法的性質論(意思実現か意思表示か)もこのような問題の解決の為に議論されるべきであって、従来「純粹に学問的な」問題とされていたことに対してレプゲンは不満を表明する。そして、続く第二章では、BGB一五一条による承諾の法的性質に関する判例や学説が検討される。

(1) 意思実現説

判例および一部の学説は、BGB一五一条による承諾は通常の意味表示ではなく、意思実現——すなわち「契約を承諾する意思(以下では単に「承諾意思」とする)が表現されている申込受領者の行為」であると理解する⁽⁵⁾。

〔判例〕判例においては、後述する一九八五年の判決が

出るまでは、BGB一五一条による承諾の法的性質について意思實現であるとするものはなかった。そして、BGB一五一条による承諾の成立要件としては、帝国最高裁判所による定式⁽⁶⁾（「契約が成立する為には、被告が誤解の余地のない行為によって——原告に向けられた行為である必要はないし原告が認識する必要もない——最終的な承諾意思を表明すれば足りる」）が連邦最高裁判所でも用いられていた。

BGB一五一条による承諾を意思實現であるとした最初の判決である一九八五年二月一八日判決⁽⁷⁾の事案では、強制執行手続において債務者が——示談を申し込む趣旨で——計算小切手（Verrechnungsscheck）を債権者に交付し、債権者はこれを現金化した。それにもかかわらず債権者が執行を継続したので、債務者が請求異議訴訟を提起したのである。裁判においては、債権者が小切手を現金化したことが示談の申込の承諾になるか否かが問題とされたが、もし、示談が成立するなら債権者は残額については債権放棄をしたことになる。しかし、強制執行された債権は約一五万七〇〇〇マルクであるのに対して、債務者の申出額（小切手の価格）は一萬マルクにしか過ぎなかった。

地方裁判所は原告（債務者）の訴えを認めたが、高等裁判所は、小切手の現金化が（示談の申込の）承諾に当たるとは認めなかった。示談の申出額が（執行されている債権の額に比べて）不相当に低かったからである。しかし、連邦最高裁判所は、地方裁判所の判決を支持して、小切手の現金化は「意思實現として評価されるべき申込受領者の外部的な行為であって承諾意思が誤解の余地なく読み取れる」のでBGB一五一条による承諾になるとした。ここでは、承諾意思は外部的な行為から推定されている。なぜなら、意思實現は受領される必要がないので「受領者の観点からの解釈」は問題とならず（通常的意思表示の場合には表示受領者の観点から解釈すべきであるとされる——筆者注）、むしろ、「利害関係のない第三者の立場に立って、すべての外部的徴憑を考慮して、申込受領者の行為から『現実の承諾意思』を読み取ることができるか否か（BGB一三三条⁽⁸⁾）」により決せられるべきだからである。連邦最高裁によれば、小切手が示談の趣旨で交付されたことは明らかなのであるから、利害関係のない第三者の観点から見れば（債権者が小切手を現金化したことにより）債権者の承諾意思が誤解の余地なく表れている。これは、履行行為が

なされたときと同様であると言う(冒頭(一五頁)で述べたように意思実現は「履行行為」と「利用・消費行為」の二つの類型に分けられる——筆者注)。

連邦最高裁は、この他に、通常的意思表示と同様に「表示意思」も必要であるとした。つまり、被告(債権者)が、自分の行為が承諾意思の表現として理解されるであろうことを意識していなければならないことになる。しかし、承諾意思を実現する外部的な行為があった以上は通常は表示意思もあったものと思われるので、申込受領者(本件では債権者)の側で「表示意思がなかったこと」についての主張・立証責任を負うとするのが判例である。したがって、「表示意思」という成立要件には独自の意義は少ないとレプゲンは言う。さらに、レプゲンは、通常的意思表示において表示意思は成立要件ではないとした判決がある(後述)、判例は必ずしも一貫していないと指摘する。

連邦最高裁によれば、本件の小切手は、(示談の)申込を承諾した場合にのみ換金されるべきものであることは明らかである。申込者(債務者)は相手方(債権者)が誠実に行動するものと期待してよいので、示談の額としては不相当に低額であることは本件では問題とならない。被告

(債権者)が異なる意思を有していたとしても(承諾意思がなかったとしても)、BGB一一六条(心裡留保——日本民法九三条に相当)⁽¹⁰⁾が类推適用されて、それ(承諾意思がなかったこと)は考慮されない。

「学説」 「BGB一五一条をめぐる学説も判例とほぼ同様の軌跡を辿った」とレプゲンは言う(どのような趣旨か必ずしもはっきりしないが)。遅くともヴェーデマイヤーの論文(一九〇四年)以来「履行行為」と「利用・消費行為」が区別されてきたが、この区別は錯誤の場合に意味がある(後述)。そして、ヴェーデマイヤーは承諾の表示が黙示になされている点に(BGB一五一条による)契約成立の特殊性があると強調していたが、立法者はそのようなことを考えていなかった(後述)ので、これが後の混乱のもとであったとレプゲンは言う。

そして、レプゲンは、ヴェーデマイヤーが挙げて今日でもよく引用される例——未製本の書籍をサンプルとして本屋が顧客に送ったときには顧客が本の頁を切り開けば契約が成立する——について実際的でないと批判する。これは、表紙を見ただけで購入するか否かの決心をすることを前提

として、(頁を切り開いたら契約が成立してしまおうから)が現実的ではなく、頁を切り開いてある本を見てから買うか否かの決心をするように解釈するべきである。したがって、本の頁を切り開くことは、承諾意思を推定させるような消費行為ではないとレプゲンは言う。(筆者自身はこの議論に納得できない。カタログで本を注文する場合は考えれば分かるように、タイトルのみを見て本を買う決心をすることは希ではない。頁を切り開いただけで契約が成立することによるリスク(内容を確認できない)は、カタログで本を買う場合と大差ない。)

BGB一五一条の立法目的は、契約成立時期を、承諾の行為がされた時にまで早めることにある。「買わないか」という趣旨で商品が送られてきた場合には、受領者は、承諾が到達するまで待たなくとも直ぐに商品消費することができるし、申込者(商品を送った側)も即時に売買代金請求権を取得する。商品を注文した場合も申込(注文)を受領して直ぐに発送する方が便利であるが、売主は、代金債権を取得しない内に商品を発送したくはないであろうから、契約の成立時期を早めた方が利益になる。他方、買主も、早期に履行を受ける利益を得る。さて、承諾者に本当

に承諾意思があるなら、どの説(意思表現説や意思表示説)によっても以上の立法目的は達せられる。意思がなかった場合が問題なのである。

① BGB一五一条による承諾の成立要件

BGB一五一条による承諾は「意思実現」であるとされるが、具体的にどのようなものとして理解されているのかは必ずしも一致していないとレプゲンは指摘する。⁽¹⁴⁾例えばヒュプナーは、意思表示と同様の主観的要件(表示意思と行為意思)、および、承諾意思が「誤解の余地なく」表れていることの二つを要求する。⁽¹⁵⁾したがって(Ⅱ)主観的要件は意思表示と同じなので、意思表示との違いは客観的要件にある。ヒュプナーによれば意思表示の客観的要件は「通知目的に基づいて効果意思を表示すること」であるので、通知目的の有無が客観的要件での違いとなる。同様に、ラーレントツも意思実現は「他人に対して効果意思を通知するものではない」点に意思表示との違いがあるとしており、やはり通知目的の有無が基準となっている。⁽¹⁶⁾しかし、行為から意思を読み取ることができるなら(意思実現の客観的要件として「承諾意思が誤解の余地なく表れている」必要があることには異論はない)、なぜ、それを黙示の表示と

言っていないのか説明されていないとレプゲンは批判する。⁽¹⁷⁾

メデイクスは、BGB一五一条による承諾は「申込者に向けられている」必要がないことを強調して「意思実現」であると言う。⁽¹⁸⁾つまり、通知目的がないのではなく、方向がない(誰かに向けられている必要がない)点に特殊性が認められているとレプゲンは理解するが、ラーレンツによればこれは到達の問題である。レプゲン自身は、BGB一五一条による承諾は「方向がない」点に特徴があると理解する点でメデイクスに賛成するが、ラーレンツと同様にこれは到達の問題に過ぎないと考えている。不特定人に対する意思表示があり得る以上、なぜ、これを「意思表示」と考えてはいけないのか理解できないと言う。⁽¹⁹⁾

② 錯誤の場合

BGBの錯誤規定(一一九条)⁽²⁰⁾は意思表示を前提としているので、一五一条による承諾の際に錯誤があった場合を学説(意思実現説)がどう扱っているかを検討する必要があるとレプゲンは言う。⁽²¹⁾履行行為の際に錯誤があった場合には、一一九条を類推適用して意思実現を取り消すことができる。これに対して、消費行為の場合は問題である。先

ず、事実関係は分かっていたが承諾意思はなかった場合(本屋から送られてきた本に書込をしたが後で送り返すつもりであったとき等)なら、BGB一一六条(心裡留保)を類推すればよい(承諾意思はなかったという言い訳は許されない——筆者注)。

しかし、送られてきた本に——送り返すつもりであったのに——間違えて自分の名前のスタンプを押した場合はどうであろうか。BGB一一九条一項の要件を満たすように思われるが、しかし、意思実現説は否定する。承諾意思がなく、消費行為から承諾意思を読み取ることもできない(意思表示ではないので表示受領者の観点ではなく理想的な観察者の観点から解釈される)からであり、取消は不要であることになる。(筆者自身は、「理想的な観察者の観点」から見ても「間違えて」スタンプを押したということは分からないはずであると思う。したがって、これは客観的には意思実現として通用し、承諾意思がなかった旨の主張・立証責任をスタンプを押した側が負うのではないか。)もっとも、右の例は表示の錯誤の場合であり、内容の錯誤の場合(送られてきた本を自分の本と勘違いして書込をしたとき等)——右の例はスタンプを押すつもりもなかった

の間に間違えて押したという例であり、自分の本と勘違いしてスタンプを押したわけではない)については意思実現説内部でも対立がある。承諾意思がないので契約は不成立となり取消の必要はないとする見解もあるが、この場合(内容の錯誤)にはBGB一一九条を類推する見解もある。

(2) 内心の決心で足りるとする説

先ず、レプゲンは、BGB一一九条による取消を否定する見解でも立証責任の転換(承諾意思がないことを主張する側で立証責任を負う)やBGB八二三条一項(不法行為)による損害賠償によって申込者を保護していることを指摘した上で、フルーメの見解の検討に入る。⁽²²⁾フルーメは、沈黙に関する判決(沈黙も承諾として適用するとした判決)が示すように判例は承諾意思の外部的な表明は重要ではないとしていると理解し、BGB一五一条においても申込受領者が承諾する決心を内心ですれば足りると主張する⁽²³⁾。したがって、注文もしないのに送られてきた本を包装も解かないで放置しておいても、自分のものにする意思があるなら契約は成立する。

しかし、レプゲンは、第一委員会の議事録を引用しつつ、

何らかの外部的な表現が必要であると批判する⁽²⁴⁾。そして、フルーメ自身も意思表示を「通用表示(Geltungserklärung)」とする——つまり表示された意思のみが法的意味を有すると理解していると反論する。(筆者は、この反論も十分に説得的ではないと思う。フルーメは意思表示と意思実現とを区別しているので、特に重大な矛盾があるわけではない。)

(3) 意思表示説

最後に、一部学説は——レプゲン自身もそうであるが——BGB一五一条による承諾は通常の意思表示であり、ただ、同条によって到達が不要とされているだけであると主張する⁽²⁵⁾。そして、法的性質を決定しないと概念の混乱をもたらす例としてヘーファーメールを挙げる⁽²⁶⁾。ヘーファーメールは、先ず、BGB一五一条は承諾の到達を不要とする例外を認めただけであると言いつつ、後には、承諾を「承諾意思の実現」に係らせ、しかも、意思実現に関する規定を「類推適用」しようとする⁽²⁷⁾。しかし、承諾が意思表示であるなら直接に適用してよいはずであるとレプゲンは批判する⁽²⁸⁾。

2 意思実現か意思表示か

(1) 議論の実益

さて、レプゲンは、第三章で「BGB一五一条による承諾は意思実現か意思表示か」という中心的な問題に取り組むが、先ずは、この議論の実益がどこにあるのかについて検討する。⁽²⁹⁾ どちらの説によっても契約の成立時期を早めることによって取引を円滑にさせるという立法目的を達成することはできるが、しかし、錯誤の場合に実際上の差異が生じると言う。意思実現説によれば「現実の承諾意思」が欠けているので常に取消が必要となるわけではなく(前述したように取消が必要とされることもあるが)契約の成立が否定されることもある。(意思表示ではないから)信頼保護要件がないというのが理由であるが、判例・学説によればBGB一五一条においても「外部から見て」明瞭な承諾意思の表現が要求されているのであるから保護に価する信頼が生じるはずであるとレプゲンは批判する。⁽³⁰⁾

レプゲン自身の見解(意思表示説)によるなら意思が欠けていても契約は成立するので、取り消すことが必要となる。しかも遅滞なく取り消すべきこととされているので

(BGB二二一条)⁽³¹⁾、不安定な状態にはならない。これに対して、意思実現説によるときには——一九九条を類推適用しない限り——理論的には期間の制限なく無効を主張できることになる。意思実現説の一部の論者は一九九条および二二三条(二二一条の誤りか——筆者注)を類推適用するが、類推適用すべきような「法の欠缺」が存在することを証明するべきであるとレプゲンは言う。⁽³²⁾ (もっとも、意思実現説は、BGB一五一条による承諾は意思表示ではないから一九九条等を「類推適用」するのであろう。したがって、レプゲンの批判は、一五一条による承諾を意思表示ではないとすることに對する批判に帰するわけである。)

レプゲンは、さらに、冒頭の(一七頁)連邦最高裁の事件を少し変えた例を挙げる。一五万マルクの債権の強制執行に際して、債務者が、示談を申し込む趣旨で一〇万マルクの小切手を交付したが、債権者は見間違えて一〇万マルクの小切手であると理解したとしよう。彼(債権者)は共同経営者に「示談額は一〇万マルクであり債権額の三分の二近くにもなるが、強制執行が一〇万マルク以上をもたらすかは疑わしいので、この小切手を現金化してくれ」と言い、共同経営者が小切手を現金化したとする。意思実現説を適

用してみると以下のようになる。一連の出来事を全部知っている第三者の観点に立てば、同僚との会話（この示談は一〇万マルクである）から、債権者は誤解していたので実際の承諾意思がないことは分かるはずであろう。したがってBGB一五一条による承諾はなく、契約も成立しない。これに対して、意思表示説からは実際の承諾意思ではなく外部から認識される行為が問題となるのであるから、小切手を現金化すれば（示談の）申込を承諾したことによる取消ができるが、遅滞なく取り消さなければならぬ。（しかし、筆者は、「意思表示説からは実際の承諾意思ではなく外部から認識される行為が問題となるから」示談が成立する」という説明には納得しない。同僚との会話も「外部から認識される」。これをも合わせて解釈するなら債権者が金額を間違えていたことが客観的にも明らかであるので、小切手の現金化にもかかわらず承諾意思は外部に表現されていないことになる。解釈の際に考慮されるべき「諸般の事情」の範囲の問題であり、小切手の現金化のみを取り出すなら示談を承諾したと解釈できよう。同僚との会話をも考慮するなら承諾意思はなかったことになる。意思表示説

だと相手方の立場から解釈されるから相手方には認識できない事情（同僚との会話）が無視されることになるので、示談が成立するのである。）

レプゲンによれば、意思表示説の主な論拠は以下の通りである。⁽³⁴⁾ BGB一五一条の立法目的はどちらの理論（意思実現説と意思表示説）によっても達成することができ、また、同条の承諾を通常の意味表示として理解することに無理がない以上「意思実現」を持ち出す必要はない。概念の節約という観点からしても、意思実現説は否定されるべきである。（レプゲンは何故か右に検討した実際上の差異（錯誤の場合に意思実現説なら契約不成立となるが意思表示説なら成立して取り消すべきこととなる）について言及しない。）意思実現概念にとって、BGB一五一条は最後の砦である。かつての学説においては、一五一条以外にも九五九条（所有権放棄）や一九四三条（相続の承認）も意思実現の例とされていたが、今日では——少数の例外を除いて——これらは意思表示であり一般規定（特にBGB一五一条以下）の適用を受けることが認められている。一五一条以外の領域では意思実現概念は消滅してしまっているのであるから、一五一条においても無くしてよいとレプゲ

ンと言う。

(2) 条文の解釈

① 文言

BGB 一五一一条の文言は、異なった解釈を許すように「読もうと思えば」読めるとレプゲンも認める。意思実現説に従って読むなら「承諾が申込者に対して『表示されなくても』、契約は……成立する」と強調すればよいし、他方、「承諾が『申込者に対して』表示されなくとも」と読めば、承諾は通常の意味表示であることになる(訳文は川井健『ドイツ民法典——総則——(法務資料第四四五号)』による)。しかし、レプゲンは、意思実現説に対して、承諾を何らかの形で申込者に伝えなければならないので「何か」(その内容は不明であるが)が申込者に対してなされるはずであると批判する。(反論としては成功していないと筆者は思う。意思実現説によれば申込者が契約成立を知らないことはあり得るので「承諾を何らかの形で申込者に伝える」ことは論理的必然ではない。)さらに、レプゲンは、同条の前半「『そのような』(＝申込者に対する承諾の)表示が取引の慣習により期待されなるとき」を持ち出

して、「そのような」表示——つまり「申込者に対する」表示が不要とされているだけなのであるから「承諾を表示すること」は要求されていると解釈する(ただし受領を要しない表示である)。したがって、BGB 一五一一条の文言は、意思実現説よりは意思表示説を指向していると言う。

また、レプゲンは、体系的な観点からの解釈(一五一一条は第三節「契約」に含まれているが、これは第二節「意思表示」に続く節なので、第三節においても意思表示が前提とされているという解釈)についても触れるが、これについては、一五一一条が例外的な規定であることは認められているので例外的に意思実現が規定されていると解釈する余地もあると認めている。⁽³⁶⁾

② 意思表示概念

意思実現説は「BGB 一五一一条による承諾は誰かに到達する必要はないので、通知目的はない。したがって、これは意思表示ではない」と主張するが、これに対して、レプゲンは二つの観点から反論する。

第一に、これは循環論法であると言う。⁽³⁷⁾ 承諾が意思実現であるか意思表示であるかが決定されて始めて通知目的が必要か否かを議論することができるからである。条文上は

通知目的が必要であるとは明言されていない。したがって、これ（通知目的）は解釈の手がかりとはならず、むしろ、解釈の結果として出てくるものであると言う。（筆者にはやや無理があるように思われるが、いずれにせよ「循環論法であるか否か」自体は重要な問題ではない。）

第二に、BGB一五一条による承諾が意思表示概念に含まれ得るかが検討される。⁽³⁸⁾ 意思表示とは通常は「法律効果に向けられた私的な意思の表現であり、その効果が、効果意思に従って決定されるもの」と理解されており、法律効果のみが表現の目的でなければならないとか、それが特定の他人に向けられていなければならないとかは言われていないとレプゲンは指摘する。

さて、意思表示の成立要件は客観的要件（表示）と主観的要件（意思）とに分けられるが、主観的要件については見解が必ずしも一致していない。普通は、行為意思、表示意思および効果意思に分けて論じられるが、表示意思が意思表示の成立要件であるか否かについては対立がある。連邦最高裁の一九八四年六月七日判決は、⁽³⁹⁾ 表示意思は意思表示の成立要件ではなく、表示者が「取引上要求される注意をすれば、自分（表示者）の表示または行為を、相手方

（受領者）が信義則や取引慣行により意思表示として理解するであろうことを（表示者が）認識できたか、または（意思表示として理解されることを）避けることができた」ことで足りるとした。これをBGB一五一条に適用するときには「相手方（受領者）の観点」を「客観的な第三者の観点」に置き換えなければならないが、その他の点に変える必要はないとレプゲンは言う。したがって、表示意思は不要となるはずである。なぜ、前述の一九八五年二月一八日の連邦最高裁判決が、意思実現については表示意思が必要であると明言したのかは理解できない。もっとも、レプゲンは、表示意思の必要性の有無については議論しない。表示意思が必要としても、BGB一五一条による承諾は意思表示と考えられると言う。

「表示意思は、行為者が自ら法的関係に入ろうとする意図——すなわち法的目的の為に表示をする意図を前提としている」⁽⁴⁰⁾。つまり表示者が表示を表現または通知しようとして意図していなければならないので、通知目的は表示意思に含まれている。BGB一五一条による承諾の場合はどうであろうか。注文された商品を即時に発送した者は契約を履行することを表明しているのであり、これは、契約を承諾

する意図を推定させる。このときには決意を内心に留保しているのではなく、意図的に通知しているのである。したがって、履行行為による承諾の場合については、(通知目的はないとする)意思実現説は妥当ではない。では、利用・消費行為の場合はどうか。「買わないか」という趣旨で送られてきた本に名前を書いた者は、自分が、本の所有者であることを第三者に通知したのである。他の利用・消費行為についても同様であろう。

意思実現説は、BGB一五一条による承諾は「他人に向けられた」ものではないから意思表示の成立要件を満たさないと言う。これに対して意思表示説によれば、他人に向けられていなくとも意思表示の要件を満たす。他人に対する通知目的は、意思表示の前提条件ではないのである。全く不特定の方向を向いていても「通知目的」と呼びうることは、遺言(これはもちろん意思表示である)を考えれば明らかであり、重要なのは、決心を内心に留めずに外部に表現したことである。「他人に対する通知」が問題なのではなく、「それ自体としての通知」(Kundgabe als solche)であると言う。⁽⁴¹⁾なお、判例や一部学説のように表示意思自体が不要であるとすればそもそも通知目的も問題

とならないのであるが、しかし、レプゲンは、ここでは表示意思の必要性の問題には立ち入らない。

また、レプゲンはBGB一二二条一項をも持ち出す。⁽⁴²⁾同条では「意思表示が……無効である場合又は……取り消された場合において、表意者は、『意思表示が』相手方に対してされるときは、その者に対し、『その他のときは』すべての第三者に対して……損害を賠償しなければならぬ」とされているが(訳文は前記の川井訳による)、これは、法律も「他人に向けられていない表示」を認めていることを示していると言う。

さらに、レプゲンは、意思実現説も、承諾意思が実際に存在することを要求しておきながらその意思を外部的事実から認定することを指摘する。それなら、先ずは「表示の有無」を問題にした後に「意思と表示との不一致」を扱うBGBの錯誤規定(一一九条)を適用する方が、学問的には適切であろうと言う。⁽⁴⁴⁾

③ 歴史的考察

次にレプゲンは、立法史を検討して、その際概念の混乱が学説に受け継がれてしまったと批判する。もっとも、立法史については筆者も前稿で触れたので、ここではレプ

ゲンによって混乱とされている点を中心に紹介しよう。

フォン・キューベルの準備草案は、契約の成立には双方的な意思表示が必要であることを前提として、申込者が返答を期待しないとき、または、相手方に即時の履行を要求したときには到達を要しない黙示の承諾が許されるとした。⁽⁴⁵⁾しかし、どのような場合に黙示の表示が許されるかという問題は意識的に避けられていたのであり、また、承諾の法的性質も決定されなかった。主に意思表示の効力発生時期が念頭にあったのである。第一草案でも同様であり、黙示の承諾が許されると規定した上で申込者に到達する必要はないとした。⁽⁴⁶⁾これに対して、ツイーテルマンが、正当にも「黙示の承諾が許されるか」と「承諾が到達する必要があるか」とは別であると批判したのである。そこで、第二草案では、どのような場合に黙示の承諾が許されるかという問題についての規定は不要であるとされ、どのような場合に申込者に対する承諾が不要であるかについて規定されることになった。議事録では「例外的に、承諾意思を明らかにする承諾意思の実現があれば充分であり、それが申込者に向けられている必要はなく、申込者に対してなされる必要もない」とされている。しかし、意思実現には通知目的

はないのかという問題は決定されていない上に、このような場合にはそもそも承諾が要らないのではないかという問題については、立法者は、やはり承諾意思が明確に表れている必要があるとして（承諾不要説を）否定しているとレプゲンは指摘する。⁽⁴⁷⁾ここでは、意思表示と意思実現との対立が問題となっていたのではなく、到達の必要性のみが扱われていたのである。

学説史においても、一九世紀後半の普通法時代から意思表示と意思実現との区別は知られていた。⁽⁴⁸⁾例えばレーネルは、「意思実現」とは行為者の意思が客観的に明らかになっている——ただし意思の通知ではない——のに対して法的効果が認められるものであるとし、また、ブランクもBGB一五一条による承諾は「通常は黙示の——すなわち意思実現によって」なされるとする。⁽⁵⁰⁾しかし、後者では、第一草案と同様の混乱が見られるとレプゲンは指摘する。⁽⁵¹⁾意思実現説にとって決定的であったのはマニークの見解である。マニークは、意思表示を「法的効果意思を通知する目的の表示」と定義し、しかも、「通知」(Kundgabe)と「表出」(Herfortreten)を区別する。通知とは意図的・意識的な行為であるが、表出は無意識にされることも

あり得る(無主物先占等)。このときには保護に価する利益を有する相手方はいないので、意思を通知する必要はない。そして、第二章案議事録が「契約成立には意思の実現で足りる」としたことが、BGB一五一条による承諾は意思実現であるとするマニークの見解の論拠となった。表示ではないので保護に値する信頼もないからBGB一二二条(信頼利益の賠償)も適用されないし、意思の欠缺のときには取消をする必要もない(契約は不成立となる)のである。

しかし、マニークの議論は早計であったとレプゲンは批判する。⁽⁵²⁾法は、「誰に対しても」表示される必要はないとしたのではなく、「申込者に対して」表示される必要はないとしたのみである。マニークは立法史を自説の論拠としているが、立法者は、BGB一五一条による承諾の法的性質については言及していないのである。

④ 一般的法原則との整合性

最後にレプゲンは、一般的法原則との整合性を問題とする。⁽⁵³⁾意思表示をした者は表示に拘束され、限定された要件の下でなければ解放されないのが原則である(Pacta sunt servanda)。錯誤の場合にはBGB一二二条による

信頼利益の賠償が要求される。意思実現でよいとすると、意思の欠缺がないときしか拘束力はない。現実の承諾意思がないときには、表示があっても問題とされないからである。「表示がある以上とりえず拘束力が生じ後で取り消すことができるのみである」という形で表示を法的に評価することは意思実現の場合には通用しないことになるが、根拠に乏しい。意思実現説では一二二条の類推がされないが、申込者の潜在的な信頼は裏切られることになる。一二二条がなければ無過失の賠償責任を認めることができなからである。

以上のような考察を経て、第四章でレプゲンは、BGB一五一条による承諾は通常的意思表示として説明できると要約する。⁽⁵⁴⁾確かに、法律の文言および立法目的からは、意思表示が意思実現説かを決定するのは難しいと認めつつ、レプゲンは、その他に二つの論拠を挙げる。第一は概念の節約であり、BGB一五一条の承諾を無理なく意思表示として説明できる以上、余計な概念を持ち出す必要はない。第二は信頼保護であり、外部的な表示があるなら、意思の欠缺の場合でも取消および賠償責任を認めるべきであろう。

判例はもはや表示意思は意思表示の成立要件ではないとしているが、これ（表示意思）が意思実現説の歴史的根拠であった以上（表示意思の有無が意思表示と意思実現との差であった）、意思実現概念からの訣別はもはや困難ではないのである。

三 検討

1 レプゲン論文について

これまでレプゲンの論文を紹介してきたが、BGB一五一条による承諾は意思実現ではなく通常の意味表示であるという主張自体は、特にレプゲンの独創というわけではない。同様の見解は古くからあったし（ツィーテルマン）、⁽⁵⁶⁾最近でも主張されている（ブレイマー）。

また、レプゲンの論文は、BGB一五一条による承諾の法的性質論に重点が置かれる余り具体例に基づいた実際的な検討が手薄であるように思われる。錯誤により承諾をした場合が検討されているだけであるが、この他にも例えば——筆者が前稿で検討したように——意思実現を撤回することが許されるか否か（商品を発送しただけで契約が成立

するなら商品が到達する前に取り戻すことすら許されないことになる）等が重要な論点として議論されていたのである。

そして、錯誤に関する議論も、法的性質論への関心を前面に出したものであった。例えば、錯誤により承諾した場合に意思実現説がBGB一九条を類推適用して解決しようとするに対して、レプゲンは、BGB一五一条による承諾は意思表示なのであるから直接適用するべきであり「類推適用」するのはおかしいと反論する（二二頁）。しかし、直接適用か類推適用かは法的性質論には関係するが、結論には差がないのであるから、当事者の利害関係の調整に関する見解の対立ではない。

レプゲンの議論の内容も、意思実現説への批判が強過ぎてかえって説得力を弱めている面がある。先ず、個々の学説を紹介する際に、法的性質に関する議論ばかりが強調されてやや「歪められている」ように感じられることもある。例えばフルーメは内心の決意のみで契約が成立すると言うやや極端な「主観説」をとるが、他方、承諾意思がなかった場合（契約不成立となるはずである）でも、自分の行為が相手方に信頼を惹起したと思った場合には「承諾ではな

「い」旨を遅滞なく通知しない限り契約が成立したものと扱(57)う。通知しないという不作為が黙示の承諾となるというの

である。このように、相手方の信頼を保護する「小さな」制度的工夫がされているのであるが、レプゲンは何故か無視している。また、マニークの見解については、レプゲンは Willenserklärung und Willensgeschäft (一九〇七年)を紹介しているが、筆者が前稿で検討した Das rechts-wirksame Verhalten (一九三九年)ではかなりニュアンスが異なっている部分もあることを指摘しておきたい。例えば、注文に依じて商品を発送することは、後者では、意思実現ではないとされている。黙示の承諾であり、ただ、BGB一五一条によって契約の成立時点だけが早められているのである。また、申込に依じてホテルが客室の準備を始めたという「古典的」な事例も、行為が相手方に知られることを予定している(客がホテルに到着すればホテルが客室を準備したことは客にも分かる)ので「意思表示」であるとされる。(58)このようにマニークは、後年の著書においては、黙示の承諾と解釈しうるもの(相手方に知られることが予定されているもの)については意思表示であると性質決定していることは無視できないのではないか。そこで

マニークが想定している意思実現は、通常よりかなり狭いものである。

議論の詳細においても、筆者には納得できない部分が多かった。それらについては個々の場所で括弧書きにして指摘しておいたが、さらに、レプゲンが立法の趣旨を根拠に論じている部分について一言したい。立法者が意思実現という概念を採用するつもりではなかったことはレプゲンの指摘する通りであろう。しかし、BGBの立法の頃は、意思実現の概念自体が——存在しなかったわけではないが——未だ生成途上にあつたのである(レプゲンが引用しているマニークの著書も一九〇七年に発表されている)。当時はそのような状況であつたことを考えると、立法者が、これらの議論を充分に踏まえた上で「自覚的に」意思実現概念を拒否したとは考えられない。そうであるなら、より理論的に深化した概念を使って条文を解釈してもよいのではないか。例えば日本民法の立法者が「除斥期間」という概念を知らなかったとしても、幾つかの条文について除斥期間であると解釈することが許されるのと同様であろう。また、レプゲンの議論は「意思実現」という用語にこだわり過ぎているように感じられる。ネーミング自体はどう

でもよい。仮にBGB一五一条による承諾を「意思表示」と呼んだところで、相手方への到達を予定していない点で通常の意思表示とはかなり性質が異なる（いわゆる「受領を要しない」意思表示であろうか）。その特殊性を、錯誤取消や撤回といった具体的な論点を踏まえつつ論じることが重要であろう。

以上レプゲンの論文について否定的なことばかり書いてきたが、他方、レプゲンが、通知目的を表示意思と関係させながら論じている点については筆者も深く共感した。筆者も表示意思が問題の核心ではないかと思っていたからであり、レプゲンの論文を採り上げたのもこの問題について自分なりの検討を深めたかったからである。項を改めて検討しよう。

2 通知目的および表示意思について

(1) 通知目的

意思実現説がBGB一五一条による承諾を「意思実現」であると考えたのは、「相手方（申込者）に対する通知」ではないからであった。これに対して近時の意思表示説

（ブレーマーやレプゲン）は、「他人に対する通知」ではないとしても「それ自体としての（als solcher）通知」であるとする。⁽⁶⁰⁾「それ自体としての通知」とは何やら難解な禅問答になりそうであるが、表示には「他人に対する通知」としての意味の他に「表示すること自体」に意味があるということであろう。遺言のような「受領を要しない意思表示」や、あるいは、表示すること自体が規範設定行為であるとする「通用理論」(Geltungstheorie)⁽⁶¹⁾にも一脈通じるものがあり（「一脈通じる」どころか通用理論そのものかも知れない）、それなりの普遍性が認められる。

さて、これが、「ある決意をしたとしても全く内心に留めていた場合には法的拘束力はない」ということなら支持できる（フルーメは違いかも知れない）。また、他人に対する通知は「通知」であると同時に「表示すること自体」に規範設定行為としての意味があるという意味であれば、それなりに理解できよう。問題は、他人に対する通知ではない場合に、それでも「表示したこと自体」を根拠に法的拘束力が認められるかである。いかに表示したとしてもそれが全く他人に知られていないなら内心に留めていた場合と同じであろうから、表示者が、自分の決意を翻すことが

——道徳的にはともかく法的には——許されると思うことを非難できないのではないか。こう考えると、表示に基づく拘束力を認めるには、やはり何らかの意味で「他人が知るであろう」ことを本人が意識している必要があるとも言えそうである。かくて問題は「表示意思」へと繋がって行く。

(2) 表示意思

意思表示の主観的要件として、通常、行為意思、表示意思および効果意思の三つが挙げられるが、それぞれの要件の意義について深く論じられることは少ない。右のような考察を経て、我々は、効果意思が契約の「内容」を決定するが、契約の「拘束力」は表示意思に由来すると考えてよいであろう。

もっとも——既に何度も触れたように——ドイツでは一九八四年の連邦最高裁の判決によって、表示意思は意思表示の成立要件ではないとされた。⁽⁶²⁾ただし、それでも「取引上要求される注意をすれば、自分(表示者)の表示または行為を、相手方(受領者)が信義則や取引慣行により意思表示として理解するであろうことを(表示者が)認識でき

たか、または(意思表示として理解されることを)避けることができた」ことが要求されていることには注意を要する。つまり「他人が知るであろう」という現実の認識は不要であっても、「他人が知るであろう」ことの認識可能性(「過失」とも言える)は必要なのである。「規範的な」表示意思と言ってもよいかも知れない。日本においても表示意思は意思表示の要件ではないとするのが通説であるが、⁽⁶³⁾やはり、同様に「他人が知るであろう」ことの認識可能性は当然の前提とされているのではなからうか。したがって、意思表示を書面にして机の上に放置しておいたところたまたま偶然部屋に入ってきた他人が書面を見たという程度では意思表示にはならず、その決心を翻すことは許されよう(もっとも机の上に放置した程度では表示行為ではないとも言える)。

3 意思実現による契約の成立

さて、意思実現に戻ろう。マニークが正当にも指摘したように、我々が意思実現として論じている場合の多くは黙示の承諾として構成できる。例えば、注文に応じて商品を

發送する行為は、それが相手方に到達する（知られる）ことを予定しているのであるから表示意思を伴っているの

であり、通常の意味表示と考えてよい。ただ、BGB 一五一条によって契約の成立時期が早められているだけなのである（日本民法はそもそも発信主義を採用しているので（五二六条一項）契約の成立時期を早める意味はない）。注文に依じて第三者に發送する場合であっても、その第三者から申込者に通知がされるのであろうから相手方（申込者）に到達する（知られる）ことの予見可能性はある。したがって、これも、通常の意味表示として扱ってもよいであらう。

これに対して、委任された事務を処理する場合などでは、相手方に知られることが予定されていないし知られるであらうこととの認識可能性すらないこともあろう（コミを捨ててることを頼まれた場合等が考えられようか）。これが「真正の」意思実現である。「他人が知るであろう」ことの予見可能性すらないのであるから内心に留保したのと同じであり、法的拘束力を認める必要はない。偶然誰かが知ったとしても保護に価する信頼ではなく、たまたま部屋に入つた者が机の上に放置してある契約書を見た場合と同様であ

る。

しかし、拘束力はなくとも——少なくともどちらかの当事者が決心を翻すまでは——両当事者とも契約の履行を望んでいるのだから、契約は成立していると扱ってよい。もっとも、このような契約にどのような効力を認めるべきかは問題であり、筆者は前稿では効果毎（履行請求、代金請求、危険の移転等）に考察すべきであると提唱したが、ここで詳しく論じるゆとりはない。本稿では意思実現と表示意思について若干検討できたことで満足し、残された問題については他日に期すこととしたい。

(1) 拙稿「意思実現をめぐる」法学研究（一橋大学）三五号

(2) Tilman Reppen, Abschied von der Willensbetätigung, AcP 200, 533.

(3) BGB 一五一条 申込者に対する承諾の意思表示が取引の慣習により期待されなるとき、又は申込者が承諾の意思表示を要しないときは、承諾が申込者に対して表示されなくても、契約は、申込みに対する承諾によって成立する。この場合において、申込みは、申込みまたは

当該の事情から推測される申込者の意思に従って定められる時に、その効力を失う(以下では特に断らない限り

BGBの訳文は川井健『ドイツ民法典——総則——(法務資料第四四五号)』に於ける)。

(4) Reppen, Nr. 2, S.533.

(5) Reppen, Nr. 2, S.535.

(6) RG 1913.12.2. RGZ 84. 320.

(7) BGH 1985.12.18. NJW-RR 1986 414.

(8) BGB 1133条 意思表示の解釈に当たっては、真意を探究することを要し、表現の文字上の意味に拘泥してはならぬ。

(9) Reppen, Nr. 2, S.539.

(10) BGB 116条 意思表示は、表意者が表示したことを欲しない旨を内心に留保したことによって無効となることはない。相手方に対してした意思表示は、相手方が表意者の留保を知ったときは、無効とする。

(11) Reppen, Nr. 2, S.539.

(12) Wedemeyer, Der Abschluss eines obligatorischen Vertrags durch Erfüllungs- und Aneignungshandlungen, 1904. (もっともヴェーデマイヤーの見解を紹介する

ことが本稿の目的ではないので筆者自身は未見である。)

(13) Reppen, Nr. 2, S.540.

(14) Reppen, Nr. 2, S.541.

(15) Hubner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2 Aufl. 1996, Rn. 1008 (筆者が一九八五年の初版を参照し得ただけであるが、そこでは、Rn. 542に該当する記述がある。)

(16) Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, S.531. (筆者が参照し得た一九八三年の第六版では五二八頁。)

(17) Reppen, Nr. 2, S.542.

(18) Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl. 1997, Rn. 382-383.

(19) Reppen, Nr. 2, S.543.

(20) BGB 119条 意思表示をするに辺り、その内容について錯誤があった者又はその内容の表示をする意思を全く有しなかった者は、表意者がその事情を知り、かつ、その場合を合理的に判断すればその意思表示をしなかったと認めるときは、その意思表示を取り消すことができる。取引上重要と認められる人又は物の性質に関する錯誤も、

意思表示の内容に関する錯誤とみなす。

- (21) Repgen, Nr. 2, S.543.
- (22) Repgen, Nr. 2, S.545.
- (23) Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S.655.
- (24) Repgen, Nr. 2, S.546.
- (25) aa.O.
- (26) Repgen, Nr. 2, S.547.
- (27) Erman/Hefermehl, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §151 Rn1(9, Aufl. 1993).
- (28) Repgen, Nr. 2, S.547.
- (29) Repgen, Nr. 2, S.548.
- (30) aa.O.
- (31) BGB 111条 第一一九条及び第二二〇条の場合において、取消しは、取消権者が取消原因を知った後、責めに帰すべき遅延をしないで(遅滞なく)、これをしなければならぬ。隔地者に対してした取消しは、取消しの意思表示を遅滞なく発したときは、適時にしたものとみなす。
- (32) Repgen, Nr. 2, S.549.
- (33) aa.O.

- (34) Repgen, Nr. 2, S.550.
 - (35) Repgen, Nr. 2, S.551.
 - (36) Repgen, Nr. 2, S.552.
 - (37) aa.O.
 - (38) aa.O.
 - (39) BGH 1984:6.7, BGHZ 91, 324.
 - (40) Repgen, Nr. 2, S.554.
 - (41) Repgen, Nr. 2, S.555.
 - (42) BGB 111条 意思表示が第一一八条の規定によつて無効である場合又は第一一九条及び第二二〇条の規定によつて取り消された場合において、表意者は、意思表示が相手方に対してされるときは、その者に対し、その他のときは、すべての第三者に対し、相手方又は第三者が意思表示を有効と信じたことにより被った損害を賠償しなければならない。ただし、損害賠償は、意思表示が有効であるときに相手方又は第三者が取得する利益の額を越えないものとする。
- 前項の損害賠償義務は、被害者が無効又は取消しの原因を知っていたとき、又は過失によつて知らなかった(知ることができた)ときには、生じない。

- (43) Reppen, Nr. 2, S.555. 376.
- (44) Reppen, Nr. 2, S.556. (65) aa.O.
- (45) aa.O. (69) Bremer, Nr. 56, S.387.
- (46) Reppen, Nr. 2, S.557. (70) 通称理論について' Larrenz/Wolf, Allgemeiner
- (47) Reppen, Nr. 2, S.558. Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1997, S.479. 参照。
- (48) Reppen, Nr. 2, S.559. (72) この判決および表示意思の問題については、佐久間毅
- (49) Lenel, Stellvertretung und Vollmacht, JherJb 36, 4, 「意思表示の存在と表示意識」岡法四十六巻三・四号八七九
- 1896 (未配) 頁(平成九年)が検討している。
- (50) Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, S.200, 1897 (未 (63) 我妻栄『新訂民法総則』二四一頁(昭和四〇年)
- 見) (一橋大学大学院法学研究科教授)
- (51) Reppen, Nr. 2, S.560.
- (52) Reppen, Nr. 2, S.561.
- (53) Reppen, Nr. 2, S.563.
- (54) Reppen, Nr. 2, S.564.
- (55) Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Ge-
setzbuchs, 1. Allgemeiner Teil, 1900, S.97
- (59) Bremer, Die Annahme nach § 151 BGB, Jus 1994,
386.
- (75) Flume, Nr. 23, S.656.
- (85) Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, 1939, S