

法律行為と意思自由

三野陽治

目次

一、序論

二、意思表示と意思の関係

三、錯誤と意思自由

四、強迫に因る意思表示、公序良俗違反を内容とする行為と意思自由

五、行為能力と意思自由

一、序論

法的に保護される自由には文化的創造の自由と競争の自由の外に文献と判例の中には特に契約の自由が論ぜられている。法的仲間の側からは他人が強制、強迫または詐欺により契約締結をさせられたときには契約の自由が侵害されたのである。或る人が一定の契約を締結しない義務を負担するような自由を拘束する契約もこの侵害となる。たしか

法律行為と意思自由

にこの場合には契約自由を制限する法律行為は（ドイツ民法一二三条詐欺強迫の行為）取消されまたは（ドイツ民法一三八条良俗違反の行為）無効となるが、この場合には善良な風俗違反の方法で故意に損害を加えた者が負担する損害賠償義務が発生する（ドイツ民法八二六条）。また過失があるが加害の意思のないときには適用がない⁽¹⁾

通常は行為の善良の風俗違反を知れることを要しないが、知らないことに過失もないときは責を負はないとされる⁽²⁾

法規は多数の規範により個人の自由を保護している。公法は次第に古い自由制限を廃止し、個々の自由権が憲法上に保障されて来た。

さらにドイツ基本法は人格発展の権利を規定する二条の中で一般的行動の自由を基本権として認めている。刑法典は多くの自由侵害の構成要件を規定している。この規定はドイツ民法の不法行為を規定する八二三条二項の保護法規に違反して人に損害を加えたときの保護法規の中に含まれ、侵害者に対する個々の補償請求権を保障している。権利侵害の不法行為を規定するドイツ民法八二三条一項には、重大なそして典型的な侵害のみ特に懲罰が公的利益に対して命じられるもののみを包含する狭い要件を超越して、違法な侵害に対し自由を保護する一般的規範が含まれている。

殊に通説はこの規定を狭く解している。通説によると身体的活動の自由並びに暴行または強迫による一定の行為への強制のみがこの中に入る。判例により侵害の場合と見られるものは次の如きものである。罪なき人の拘留を生ずるような虚偽の申告を行うこと、精神病者を違法に病院に監禁すること、自由剝奪を以ってなされる脅迫等である。こ

の各々の場合には自由の問題を完全には論じつくしてはいない。人間の精神は常に身体についての認識と究明に向けられ、間接にのみ外界の事物に關して理解するから、自由の問題についても身体の活動の自由を保護価値あるものとして感じとて來た。近世の初頭以來人間は内的自由特に精神の自由と良心の自由の意味を認め、カントは自由の本質は影響と強制からの独立の中によりも原因力すなわち行動し世界と自己自身を形成する能力にあるという重大な洞察を行った。通説がドイツ民法の保護する自由を活動の自由と消極的意味に於ける自由の中にのみ見出すならば、その本質から、わずかな部分の自由のみしか見ず、そして人間の行動の広い範圍に於いて人格を不保護のままにしておくものである。ドイツ基本法二一条の中で人自身の自由以外に明瞭に個人に一般的行為の自由を保障している。民法にとつても個々的には詳細には規定されていない。消極的にのみ限界づけられているが、絶体權として保護すべき自由の領域の並立がこの点で考えられなければならない。古い文献の中にすでにドイツ民法八二三条一項の自由の概念が広く解され、新しい学説の一部もこれに従っている。ライヒ最高裁判所は自由な意思活動への無形の影響の場合にも自由侵害が存しうるとし、連邦通常裁判所は人格侵害の場合に無形の損害のための金銭賠償を保障しうるためにドイツ民法八四七条の自由概念を精神上の自由剝奪へ類推している。しかし多くの場合は輕微なものであろうが、一般的行為の自由の侵害の場合に慰謝料を広範圍に保障している。このような法的保護を一般的人格權の侵害ということから引き出すことができる。⁽³⁾ 一般的人格權の内容は大變不確實である。

民法上各種の自由が權利の内容として、不法行為の規定により人格的な利益が保護されているが、更に法により私的自治、契約自由が保護されている。契約は二つの根幹と二つの本質的特徴をもっているし、これにより契約が他の法

律行為と區別されるものである。このメルクマールの一つが他よりも一層密接に人格の自由な發展に關連している。たしかに契約は一面では自律行為と考られ、この背後に倫理上の自己責任が存しうる。契約が自己の意思によりかなりな部分の自己の關係を秩序づける人間の基礎的權限の手段であるし、契約自由はたしかに広義の自由思想の中にある。これと並んで他の点ですぐれている。調和のカテゴリーとしてである。一致した規制の方法として、義務の發生のための固有の方法として、契約信義へ訴える方法としてである。しかし、一致した規制の中に独立の意思合致の過程のみをみてはならない。社会に於ける重要な機能をみるべきである。債務者の相對する契約は多くの社会的基礎關係の中の一つを目的としているし、特に共同体的、對立的そして權力的關係に對し、一時的な協力者のある承認關係を目的としている。協調と均衡が重要であるということは契約の發生に關する最近の原始史的研究の中にも示されている。⁽⁴⁾

私法により維持される契約により自己を拘束する可能性は前以つて熟慮した共同作業と人間間の交換を目的とする人間の性質に適している。契約当事者選択と内容形成と契約的拘束力の發生と消滅の自由の中に人間の自律が實現される。契約自由は人格發展の自由に基礎をもつ。それ故に契約自由が契約当事者の自由の放棄に濫用されたり、法的仲間の自律を破壊するのに役立つ場合には、契約自由はその意義を失うことになる。人格思想に基づく契約自由の基礎は契約当事者と第三者の人格權による制限にも服するものである。契約信義の侵害の場合の民法上の強制は終局的には現行民法により規律される。しかし契約侵害は契約当事者に、契約法を超越して一般的人格權の侵害による補充的保護が必要となる程強く人格的關係に關係してくる。有効に締結された契約の成立は後に一般的人格權の規範的內

容により効力を失うことになりうる。スイス民法の立法に於いて既に契約当事者の人格のために契約の効力を維持することができないことも、多くの理由の中で契約の終了事由になりうることも確立されている。事後に生じた精神の変化により履行が自己の良心と衝突することになることを理由に契約当事者は契約履行を拒絶しうる。この問題は最近ドイツで信教良心の自由の第三者の効力に関して論議されている。結局、契約法に於いても信仰良心という基本権は法的保護に値するが、この人格保護は個々の場合に信義誠実の原則により契約信義という他の人格的利益を以て考量すべきであるとの意見がある。⁽⁵⁾

契約關係に於いて人格的利益としての自由の保護の問題は契約自由の原則との関連により重要な問題があるが、法規が何ら特別の権利を作り出していない領域のすべてにわたり自由が保護されているものではない。その内容を正確にし、その限界を示すようにしなければならない。一般的自由権の内容には未だ独立の自由権として構成されていないすべての活動特に思考感情意思作為と不作為の自由が入る。⁽⁶⁾

契約自由の意義と機能は契約当事者自身による法律關係の自律による形成にある。私的自治は人格の自由の表現であり、契約自由の原理の正当性は当事者自身により見出される多くの蓋然性をもつ利益の調整が正義の要求に合致するという理由よりも、自律の価値は自己の利益に関する自由な意思決定の可能性を要求する点にあるといえる。⁽⁷⁾ 従って意思表示の意思決定の自由が法律行為の効力要件と考えることができ、これを何らかの事由で欠く場合は意思表示は効力をもちえないことになる。意思表示を機能的に觀察すると、意思表示は私的自治により独立の利益維持に奉仕するものであり、自己の利益の自治的維持と形成は自由な意思決定に基づいてのみ行いうるので、意思決定の自由の

要求は有効な意思表示の独立の要件とみるべきであらう。⁽⁸⁾

次に意思表示と意思の關係と民法上意思決定の自由が侵害される場合を考察してみよう。

- (1) Heinrich Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2 Aufl., 1967, S. 180f.
- (2) 山田晟著 ケーシイ法概論 三十三頁
- (3) Heinrich Hubmann, a. a. O., S. 176ff.,
- (4) Hans Huber, Die Verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, 1966, S. 13.
- (5) Dr. Jörg Paul Müller, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, 1964, S. 61f.,
- (6) Heinrich Hubmann, a. a. O., S. 180.
- (7) Manfred Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 19f.,
- (8) Manfred Wolf, a. a. O., S. 123.

二、意思表示と意思の關係

民法上自律の価値が承認されているのは、私的自治と契約自由の原則の中のみではない。むしろ、法規は意思表示を以て自律が法的に發展しうる手段としている。法律行為による法律關係の形成の場合に存在する現実的意義には、如何なる程度に意思表示が自律に基づいているかが重要である。当然に自律の意思表示への影響が意思の中に表

わされている。それ故に意思表示の中に於ける意思に与えられる意味が重要である。ドイツ民法によると意思表示の法的効果が発生するのは、それが意欲され、表示行為により認識しうる形態で効果意思が表わす内容をもつことを理由とする。たしかに意思はそれのみではなく法規との結合によってのみ法律効果を生じさせることができる。しかし、法規は自己自身のみで法律効果を決定するのではなく、意思という確定的な力に法的効力を付与するにすぎない。⁽¹⁾

意思という決定的な力については広い範圍にわたり意見が一致している。たしかに古い文献には意思の意義と表示の意義に関して種々の意見が現れている。意思主義は意思を唯一の重要な有効なものとしているし、表示主義は表示行為が前面に出ている。また最近では意思主義の主張者は意思表示の場合には法的効果に向けられた意思を必要とする⁽²⁾と考え、また法的効果の基礎は内的意思ではなく、意思表示の中に表された意思である⁽³⁾とするのが通常であり、更に意思表示は意欲の表示または意図の表示ではなく、効力の表示である⁽⁴⁾と考えるものもある。この説によると約束は単に意欲の事実のみを意味せず、約束者は自己を拘束することを意味しその性質上過去の意思の存在をいうのではなく、決定的なものすなわち効力を目的とする。意思表示は行為を行う義務を負担し、所有権が移転するという法律關係に関し、意思そのものではなく客觀的に成立する法的効力の発生を目的とする⁽⁴⁾ことになる。

しかし表示主義も表示行為は一つの意思を表す限りでのみ意義を有するという理由で、意思表示の特質としての意思を無視することはできない。意思主義と表示主義の論争はドイツ民法の規定により本来の意味に於いては現実の意思を失った。しかしながら、意思保護と信賴保護のいずれを優先させるかということに関連する基本的問題は依然と

して重要性をもっている。

意思主義は、表示行為の法的効果への関係を、表示行為はこの法的効果を表意者が意欲するとして表示すると理解する。それ故に、意思主義にとつては、意思表示はその論理的性質によれば法的効果の發生に向られた意欲いわゆる効果意思の告知であり、すなわち完結した精神過程いわゆる効果意思を対象とすることと同様である。そこで意思主義には意思と表示、法的効果の意欲とこの意欲の表示が相互に如何なる状態にあるのかの問題が生ずる。意思主義は意思表示の概念の中に正当性の要求をとり入れ、意思表示により表わされる意思が現実存在することを要求し、それ故に意思と表示の一致を要求する。一致の欠けるときは、表示は不当となり、この不当性は通常はその効力を阻止する。これに反し、表示主義は意思と表示の一致の要求を度外視しているが、しかし、表示は効果意思の告知であることを拒否するものではない。それ故に單なる外觀である場合にも基本的には外的事実の存在で満足する。

意思主義と表示主義の対立は、意思表示は意思を告知することを前提とし、この前提を失うとともにこの対立は対象を失う。しかし多くの場合、効果意思ではなく表示意思または表示意味の意識のみの存在を必要とする理論を意思主義とされる。この場合には本来の意味の意思主義、表示内容、効果意思が一致しなければならないかの問題が重要なのではなく、表意者が意思表示としての行為の意味を意識しそれ自体を意欲しなければならないかの問題が重要である。いづれにせよ、この場合表示意思主義といふことができ、これに対し通常の單に意思主義とあらわされるものを効果意思主義と表現することができる。効果意思主義は意思表示は内容的には精神過程として理解される効果意思の告知と主張し、表示が効果意思に應ずることを要求するが、他方表示意思主義は單に表意者は意思表示自体を意欲

しなければならぬことを要求するが、表示が効果意思の告知であることを主張せず要求しない。結局表示意思または行為の表示意味の意識をも度外視し単に外部事実で満足する説を表示主義として表すことができる。⁽³⁾

このような意思表示の区別に従うと、基礎となる信賴が保護されるべきときは、効果意思と表示意思が存在することを要せずに意思表示の効果が生ずるか、または少なくとも表示意思は事実上存在しなければならぬか否かの問題は意思保護と信賴保護の問題に関係し、表意者の意思を人格的な自由として尊重するとともに取引の安全の保護との調和を認める意思表示の根本問題となる。

意思表示の際に意思決定の自由が存在し、これに基づくことも法律行為の有効要件の一つと考えることが意思自由の人格保護にも一致するのであり、信賴保護も意思表示のすべての有効要件へ信賴が及ぶときのみ、すなわち自由な法律行為的意思決定の可能性にも信賴が及ぶときのみ行われる。特別な理由から信賴保護が一般に禁止される場合もあるが、先づ信賴が自由な意思決定の可能性の存在に基づくか否かが問題である。⁽⁶⁾

信賴が対象の重要なすべての特質に及ぶときのみ信賴されうることになる。この特質の一部のみを信賴する者は対象自身の存在を信賴することはできない。意思表示の場合の信賴保護の対象は効果意思である。何故なら法律効果は具体的には必然的とはいえなくても、理論的には私的自治の原則により、意思に基づいているからである。その信賴が保護に値するときは、信賴は効果意思の有効性にとって重要なすべての要素にわたり及ばなければならない。効果意思の有効性にとって重要な前提要件を欠くことを知りまたは知りうべき事情にある者は効果意思の有効な存在に關し信賴保護に値しないものである。この信賴保護の対象への依存は先づ意思表示の場合の自律の影響を明瞭にするこ

とを不可欠とする。ここに於いてはじめて意思と信賴保護の關係が意味をもつてくる。⁽⁷⁾ドイツ民法の非真意表示、錯誤の場合に相手方が意思表示を有効と信じたために蒙った損害の賠償の問題がこの中に入る。

また法律行為の効力の発生につき表意者の意思決定と取引の安全、信賴の保護の關連の問題について、意思表示の効力の基礎が自律であり、意思の合致の場合に正義の保障がなされるという合目的性の前提をとらず、意思表示の固有の効力の基礎は法を形成する諸要因である意思保護と信賴保護の中にのみ見出すべきであり、一般に合目的性の考慮の中に見出すべきではないとする見方がある。この立場によると、信賴保護と意思保護は、信賴かまたは意思のいづれかが保護を必要とする場合にのみ、意思表示の拘束性を正当視するが、更に他に意思表示の効力の理由を意思の事後の取消は信義誠実に反する点に見出す。そしてこのような標準となる効力基礎の確定は意思表示の規定の意味に重要性をもつ。異った効力基礎すなわち信賴保護、意思保護と事後取消の禁止は異った解釈体系を生ずる。信賴保護が唯一のまたは意思保護を凌駕する効力基礎となっている時には、特に受領を必要とする意思表示の場合の如きは相手方の評価立場からのみ意思表示を解釈すべきである。

そこで相手方がその知りうる全体の事情から引き出す意味のみで意思表示は効力をもちうる。意思表示が不特定の人に対してなされたときは、当該の人的範圍が合理的方法で与える意味に於いて効力をもつ。これに反し意思保護が意思表示の唯一の効力基礎であるときは、例えば遺言の如き場合には表意者の評価立場のみが基礎となる。それ故にこの点からのみ表意者が意思をもつかまたは如何なる意思をもつか、そしてこの意思が何らかの方法で不完全ながらも表示されているか否かを確定すべきことになる。⁽⁸⁾

また信頼保護により表示を重く見るが、なお意思責任に基礎を置く見方として、法規はすでに単なる表示すなわち外部から意思表示と見られる行為に法的効果を結合させているが、これは自己の真意の表示により義務負担者がその意欲する法的効果を生じさせる可能性を事実上有するので、またその範囲で私的自治の理念に一致するとするものがあり、⁽⁹⁾この見方によると、意思自治という法律行為の基本要素は法律行為的意思表示により債務発生へ影響する単なる可能性にあることになる。そこで法規が終局的な債務の効果を法的効果意思の事実上の成立に結合させるのではなく、外観上の、従って事実上経験により一般的に取引意思となるために取引意思の表示と見られる外部的行為に結合させ、そして当事者が異った意思を明示することにより、それに効果あらしめることが直接可能であるときは、法規の基本的意味である人格的自律とは何ら柔循しない⁽¹⁰⁾とするのである。

- (1) Manfred Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 23
- (2) Heinrich Lange, BGB Allgemeiner Teil, 29. Aufl., 1955, S. 222,
- (3) Ennecerus—Kipp—Wolf, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1960, S. 898,
- (4) Karl Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1966, S. 44f.,
- (5) Karl Larenz, a. a. O., S. 37f.,
- (6) Manfred Wolf, a. a. O., S. 226.
- (7) Manfred Wolf, a. a. O., S. 25.
- (8) Götz von Craushaar Die Einfluss des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung 1969, S. 56f.,
- (9) Franz Bydinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967, S.

126.

(2) Franz Bydliński, a. a. O., S. 128.

三、錯誤と意思自由

法律行為にあつては個人は自律で法律關係を形成し、この場合その利益を自己の意思で効力あらしめうる。この責務は個人の立場からも、法規の立場からも、事實を完全に認識し他からの影響がなく、利益不利益を合理的に裁量して意思形成がなされ、そのように形成された意思が純粹に表示されて法律關係が形成されたときに最もよく果される。この方法で成立する意思表示は法規により直接に責任が発生する。何故ならこのような意思表示が意思表示に与られた任務の要求にすべての範圍で応ずるからである。しかしこの法律行為上の効果の帰責の要件がいつも完全に存在するとは限らない。意思形成と意思告知の場合に一連の侵害要因が生じうる。それ故に意思欠缺の場合の責任と地位を与えて⁽¹⁾いる。

意思の欠缺の規定の場合に錯誤がある。意思表示はすべての事情に従つて解釈される内容に従つて責任を生じ、表意者はたとえ真意を表示しなかったとしても意思表示の表示意味の責任を負担する。法は言葉の客観的意味の責任を意思表示に発生させる⁽²⁾。勿論この表示意味が最終的に拘束力をもつものではなく、錯誤を理由にその効力を否定しうるが、この場合ドイツ民法ではその一一九条は取消を主張しうるとし、表意者は更に表示の相手方の信頼の損害の賠償を同法一二二条により負担しなければならない。我民法は錯誤による意思表示は無効となるが、通常の場合

には表意者のみがこの無効を主張しうる。

錯誤が意思表示の効力に影響する場合は、法律行為の要素に錯誤がある場合であり、これは法律行為の内容について錯誤があるときである。この場合は我民法もいわゆる意思の欠缺の場合とされているが、意思決定の動機に錯誤のある動機の錯誤の場合には内心の意思があり、その内心の意思の決定が誤った認識によって生じたもので、⁽³⁾意思の瑕疵の場合と考えることができる。

動機の錯誤が心理的な動機にとどまるときには意思形成にのみ瑕疵がある場合であり、これが外部に表示されるときは、形成に瑕疵ある意思は正当にすなわち形成された通りに表示されているのである。⁽⁴⁾

ドイツ民法一九条二項に取引に於いて重要とみとめられるような人または物の性質に関する錯誤は、理論的には動機の錯誤であるが、⁽⁵⁾これを表示の内容の錯誤と同様に取消しうるものとしている。表示の内容の錯誤と動機の錯誤は慣習的に区別され、表示の内容の錯誤は表意者が表示しようと思ったことと異なることを表示した、それ故に意思の実行を害したものであるが、動機の錯誤はすでに意思形成の段階に生じ、そこで意思形成を害するものである。動機の錯誤の本質は特定の内容の表示をなすべき意思決定をするために重要である事情についての表意者の誤まれる觀念にある。そこでただ意思形成に作用する単なる動機の錯誤がいわゆる動機の錯誤と解することができる。⁽⁶⁾

性質の錯誤は例外的には表意者が自己の觀念の中で錯誤をしていた性質によってのみ対象を個別化し、それ故に他の対象を意思表示の中で表示したものと考えたような場合には表示の内容の錯誤となる。すなわち性質の錯誤が同一性の錯誤になる限られた場合である。

しかしこのような場合は稀である。通常は表意者がその觀念の中でその物が事実上持つていない性質を対象に結合させたために、その物を買ひ、売り、賃借し、贈与する意思決定をしたものである。⁽⁷⁾そこで性質の錯誤はいわゆる動機の錯誤である。ドイツ民法の錯誤では単に動機の錯誤は基本的には顧慮されない、それ故に取消しえないが、例外として、取引上重要とみられるような人または物の性質に関する錯誤は表示の内容の錯誤としての効力を有し^(ドイツ民法二九項二)、従つてこのような錯誤が主觀的並びに客觀的に重要なときは、表意者はその意思表示を取消することが出来るが、表意者には相手方に信賴の損害を賠償する効果が伴うことになる。⁽⁸⁾

また、従来の性質に関する觀念は法律行為の意思の要素とはなりえないとの考え方に対し、法律關係が物に關して成立するときは、法律行為の意思は物の同一性のみに限られるのではなく、物の性質にも及ぶものであり、そこでドイツ民法一九条二項の場合に、性質の錯誤が顧慮されるのは法律行為がその性質に關して事実と一致しないことである。例えば物の引渡の合意の場合に一定の性質をもつものとして合意されたが、物がこの性質を有していないかまたは法律行為が法律關係に参加する人に關係し、その人がこのような性質を欠いているときである。性質の錯誤の不顧慮性の固有の理由は錯誤ではなく、物または人が性質に關して当該法律行為に適しない事実である。そこで單なる動機の錯誤は顧慮されないが、性質の錯誤が顧慮されるのは、表示された内容となつた性質の錯誤のときであるとす⁽⁹⁾る學説がある。

この説は、人または物がかくかくの性質を持つという表意者の觀念が表示されたときに性質の錯誤を理由に取消ができるとするが、これに対し、ドイツ民法一九条は錯誤の規定であり、性質の錯誤による取消は取引上重要と見ら

れる性質が問題となることを要求し、錯誤となつてゐる觀念が表示から相手方に知りうることを要求してないのでこれが表示されなくても取消しうるし、この場合には相手方に信頼の損害を保障すべきである。また表示と事実の不一致の場合は錯誤以外の規定、履行不能(ドイツ民法三〇六条)、保証された性質を欠く場合の責任(同法四五九、四六三条)によるべきであるとする見方がある。

我が国では動機の錯誤は、動機が表示され相手方がこれを知つてゐるときは法律行為の内容の錯誤となると解されているし、判例も性質の錯誤について、物の性状は通常法律行為の緣由に過ぎないが、これが意思表示の主要部分を構成するときは、法律行為の要素となりうるとされ、動機の錯誤の一般的な判例の立場としては、意思表示をなすについで動機は表意者が当該意思表示の内容としてこれを相手方に表示した場合でない限り法律行為の要素とはならないとしてゐる。またこのように動機が表示されている場合でも、法律行為の要素となりえないときは法律行為の無効を認めないのが従来の判例の立場であり、最近も定期預金契約の解約とその払戻金の支払委任契約につき、その払戻金の他への支払という動機はこの解約と支払委任という法律行為の要素とはならないとする。⁽¹⁴⁾この判例の立場は表意者本人の保護と取引の安全とを調和させるものであり、この場合には表意者が誤つた觀念により意思決定をしたすなわち意思形成に瑕疵のあることを相手方が知りまたは知りうべき状態にあるので、相手方の信頼保護は保護に値しないものであり、誤つた觀念に基づき意思決定の自由を欠いたすなわち動機に錯誤のあつた表意者の保護をすべきこととなる。

一般に錯誤が法律行為の効力に影響を及ぼす場合にはドイツ民法一一九条一項の意味のいわゆる表示の内容の錯誤

は表意者が真に表示しようとして欲したところと異なることを知らずして表示した場合すなわち表意者に帰責せしむるべき表示意味と意思の不一致の場合に生ずる⁽¹⁶⁾と解され、また我が民法九五条の要素の錯誤に関し、意思と表示の不一致を表意者が知らざる場合⁽¹⁷⁾とか、意思表示の内容の重要な部分に錯誤すなわち表意者の真に意図したところとくい違いがあるときと解されている。通常錯誤があるとは人が或る物、過程、関係に関し誤まれる觀念をもつことであり、その人が觀念をもち、考えたことが現実と一致しない場合のことであり、錯誤は法律行為がなされる際には種々の方法でなされうる⁽¹⁸⁾。そこで錯誤のある意思表示とは意思表示がなされる際にこのような錯誤に基づきなされたときであり、一般に錯誤の例としてあげられるものの多くは、内心の意思の成立過程に瑕疵がある場合となる⁽¹⁹⁾。法律行為の要素とは法律行為の内容の重要な部分と通常は解されているが、これは表示されているところを解釈により主観的にも客観的にも重要なものと認められる点であるが、動機の錯誤もこのような点に関するものであれば、矢張り要素の錯誤となると考えるべきであり、この動機が表示されていなくても、法律行為の成立過程の重要な点に錯誤があることを以て足ることになる⁽²¹⁾。そして錯誤の重要性は契約締結に至るまでの諸般の事情が考慮されねばならないのである⁽²²⁾。

ドイツ学説及び判例により発展させられたいわゆる行為基礎論に於いて、行為基礎を主観的に、当事者が思慮と意思決定の基礎と考えた觀念で兩当事者が知りまたは一方に存在するが他方が知っていたものとする見方があり、またこれを客観的に、行為の外部に存在し、その存在または継続が類型的もしくは行為に表示されている目的に関し、その行為が合理的規制として存立しうるために前提とされなければならないすべての事情と解する見方があるが、主観⁽²³⁾

的行為基礎の二つの事実は、法理論的に全く異った關係に属するにつれて、一層特別の取扱を必要とする。

主觀的行為基礎は動機の過程の部分であり、従つてその法理論は動機の錯誤と意思欠缺論に属し、これに反し、客觀的基礎は契約当事者の契約目的と全体の意図がなお實現されうるか否かの問題に關係し、その取扱は不能、後発不能と目的到達の理論の關係に属する。⁽²⁴⁾

このように考えると、錯誤の場合は表意者が法律行為の意思決定をする際に、誤まれる觀念に基づき意思決定がなされたもので意思表示の有効要件とされる意思決定の自由が侵害された場合と見ることができ、このような意思決定の自由が人格的な保護を受けるとすると、この人格的利益が侵害された状態と見ることができよう。

- (1) Manfred Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970. S. 77
- (2) Karl Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäft, 1966, S. 71,
- (3) 川島武宜著民法総則 二八六頁
- (4) Manfred Wolf, a. a. O., S. 78
- (5) 山田晟著ケイン法概論 一七〇頁
- (6) Karl Larenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Recht, 1967. S. 380f.,
- (7) Karl Larenz, a. a. O., S. 382f.,
- (8) Karl Larenz, a. a. O., S. 384.
- (9) Werner Flume, Das Rechtsgeschäft. 1965. S. 477f.,
- (10) Karl Larenz, a. a. O., S. 384.

- (11) 我妻 榮著新訂民法総則二九七頁
- (12) 大判大正六年二月二十四日 民録二三輯二八四頁
- (13) 最高判昭和二年一月二十六日民集八卷二二〇八七頁
- (14) 最高判昭和七年五月一九日民集二六卷四号七二三頁
- (15) 我妻榮著前掲二九八頁
- (16) Ennecerus—Kipp—Wolf, Lehrbuch des Bürgerlichen Recht, 15 Aufl., 1960, S. 1033.
- (17) 鳩山秀夫著民法総則一九一頁
- (18) 我妻榮著前掲 二九九頁
- (19) Karl Larenz, a. a. O., S. 373,
- (20) 川島武宜著前掲 二八三頁
- (21) 谷田貝三郎 民商法雜誌五四卷五号六九六頁
- (22) 谷田貝三郎 前掲 六九七頁
- (23) Karl Larenz, a. a. O., S. 394.
- (24) Karl Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 1963, S. 18.

四、強迫に因る意思表示、公序良俗違反を内容とする行為と意思自由

法律行為の効力要件としての法律行為の意思決定の自由は、一般に起りうるすべての種類の侵害から保護されねばならない。強迫の要件事実は法律行為の意思決定の自由の成立の一般的保護に作用することができるものではない。

良俗違反を内容とする法律行為、暴利行為の無効の規定(ドイツ民法^{二三八条})にも関係してすべての法律行為の意思決定の侵害を

含む独立の保護を必要とする⁽¹⁾。

強迫に因る意思表示は取消することができ、この場合には相手方の違法な強迫行為により畏怖心を生じこの結果意思表示がなされたのであるから、効果意思に対応する内心の意思は存在し、ただその成立に瑕疵がある場合である⁽²⁾。この強迫に因る意思表示は、強迫者が相手方ヲシテ或ル意思表示ヲ為サシムル為、不法ニ害悪ヲ通知シ、相手方が之ニ畏怖シタル結果為シタル其ノ意思表示タルコトヲ要スルモノと解され、通常強迫者の側に相手方を畏怖に陥らしめる故意とその畏怖に基づいて或る意思表示をさせる故意とがあることを要すると解される。そして強迫者のなす強迫行為により表意者に畏怖の念を生じ、この畏怖の念に因り意思表示がなされることが必要である。判例は強迫行為の内容たる害悪が客観的に重大なると輕微なるとを問わず、表意者が畏怖した事実があり、畏怖の結果意思表示をしたという關係が主観的に存在すれば足りるのであり、強迫の結果選択の自由を失う程に意思の自由を失う必要はなく、完全に意思の自由を失った場合はむしろその意思表示は当然無効となり民法九六条の適用はないとしている⁽⁴⁾。

また強迫に因る意思表示が取消しうるのは違法に強迫がなされ相手方がこれにより畏怖の念が生じこれにより意思決定がなされたためであるから、強迫の要件は一定の法律行為的取引の中で違法と考えられる行為形式のみを含む。たとえ強迫の要件が法律行為の意思決定の自由の保護を目的としても、この保護は同時に法律行為的取引の中の秩序に適した行為形式に違反し、違法と評価される行為形式が存在する範囲でのみ生じることになる⁽³⁾。強迫による取消可能の理由は意思決定の自由の侵害にあって、行為者の行為形式の違法性反良俗性にあるのではないと指摘する説もあるが、取消可能のときには強迫者は強迫の違法性に基づく事情を知らねばならぬことが要求され、この事情の⁽⁶⁾

無過失の錯誤の場合には強迫行為が問題となる。文献の中には主觀的過失に關係なく存在する意思自由の違法な侵害が法には重要であることに言及するものもあるが、それにも拘らず常に不可欠の要件として、強迫を目的とすることすなわち諸事情により意思の屈曲が強迫の唯一の目的であることが要求される。これに反し意思の屈曲を目的としなという印象が生ずるときは伝統的な理解の下では強迫ではない。近代の集團取引に於いては通常企業が自己の条件の承諾なしには契約の締結を拒否する場合には客觀的に認めうる強迫意図はない。何故ならば個々の顧客が条件を承認するか否かは企業家には重要ではないからである。それ故にこの場合には強迫といふことはない。⁽⁷⁾

独立の要件による法律行為的意思決定の自由の保護は良俗違反の規定（ドイツ民法一三八条民法九〇条）との關係にも必要なものと考られる。判例は害惡の惹起が強迫と確定されない場合には、特に強制狀態の利用の場合に良俗違反の規定を引合に出す。そしてこの場合通常は法律行為の動機目的と内容が公序良俗違反であることを必要とする。しかしこの補助的な良俗違反に基づく特徴は重要ではない。それは意思表示の効力要件としての意思決定の自由はそれ自体直接の存立に於いて保護されねばならないからである。意思決定の自由の保護は甚々しい良俗違反の内容の場合のみに行われるべきものではないことは既に明らかにされている。⁽⁸⁾

我が国の判例で、意思の自由と善良な風俗違反を内容とする法律行為の問題で民法九〇条との關係を論ずるものに損害賠償額の予定が甚々しく過大であることのみでは当然に無効となるものではないとするものがあり、この判例は「金錢貸借上ノ債務不履行ニ因ル損害賠償予定ノ特約ハ其ノ損害額算定ノ基準タル卒カ著シク高キニ失スルノ一事ヲ以テ直ニ不法ノ特約ナリト速斷スルヲ得ス蓋損害賠償予定ノ特約ニシテ著シク不當苛酷ナル場合之ヲ為ス二十分ナル

理由ノ認ムベキモノ存セサルトキハ或ハ其ノ内容ノ善良ナル風俗ニ反スルノ故ヲ以テ不法トナリ又ハ当事者ニ之ヲ為スノ真意ヲ欠クカ為無効トナルカ如キ場合ナキニアラサルヘシト雖若シ之ニ反シ其ノ特約ヲ諾約シタル当事者ニ於テ其ノ内容ノ頗ル苛酷ナルニ拘ラス尚且之ニ因ル不利益ヲ甘受シテモ金借ヲ敢テスルヲ利トスルカ如キ特別ノ事情ノ存スル為相手方ノ要求スルニ委セ其ノ苛酷ナル特約ヲ承諾シテ金借ヲ為サントスル意思ヲ有シタル場合ナルニ於テ其ノ意思ニ從テ契約ノ効力ヲ生セシムルハ契約自由ノ範圍内ニ属シ何等善良ノ風俗ニ反スルモノト為スヘキモノニアラサレハナリ⁽⁹⁾として、特約の内容が不均等なものであることもこれが当事者の自由な意思によりなされたときは、その意思に効力を認めている。

次に、借主が短期間の弁済期に弁済をなさないときには貸金額の倍額に相当する財産的給付をすべき契約がなされた場合に、判例は「他人ノ窮迫輕卒若ハ無經驗ヲ利用シ著シク過当ナル利益ノ獲得ヲ目的トスル法律行為ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスルモノニシテ無効ナリ⁽¹⁰⁾」と述べており、このような不均等な内容をもつ契約が、借主の金融に関する知識経験の乏しいため、その無知と窮迫に乗じてなされたときは民法九〇条により無効となることを示している。この場合は自由な意思に基づかずになされたものでこのような場合に民法九〇条が適用となるといえる。

このような判例の結果、契約の内容が当事者の一方の異常に大きい損害において他方が異常に大きい利得をする契約も、それが当事者の自由な判断に基づく契約であるかぎり、法は干渉しない⁽¹¹⁾といことができる。このような契約が当事者の一方の窮迫輕卒無經驗等により意思の自由を欠いた状態でなされたときに公序良俗違反として無効となる。

判例により確立されたこのような立場は最近の判例にも承継されているといえよう。

被担保債権額より担保物の価値が異常に大きい代物弁済の予約がなされても、貸主が巨利を博すべく債務者の窮迫に乘じ、その担保物を初めから処分する目的をもち、借主がこの担保物を提供したことがその無経験且輕卒に乘じられた場合でなければ、この代物弁済の予約は公序良俗に反する無効なものとすることはできない⁽¹²⁾としている如きは、従前の判例に立っているもので、債務者の意思の状態を考慮したものである。

- (1) Manfred Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich 1970. S. 146
- (2) 川島武宜著 民法総則 三〇三頁
- (3) 大判昭和十一年一月二二日 民集一五卷 二三号 二〇七二頁
- (4) 最高判昭和三十三年七月一日民集一二卷一一号一六〇二頁
- (5) Manfred Wolf. a. a. O., S. 147.
- (6) Andres von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II 15. 603.
- (7) Manfred Wolf. a. a. O., S. 147f.,
- (8) Manfred Wolf. a. a. O., S. 153.
- (9) 大判昭和六年二月一三日民集十卷二号六九頁
- (10) 大判昭和九年五月一日民集十三卷十二号八七五頁
- (11) 山中康雄民商法雜誌三六卷 二号一四二頁
- (12) 最高判 昭和三十五年六月二日民集一四卷七号一一九二頁

五、行為能力と意思自由

意思決定の自由の保護が保障されているすべての要件に一般的に適用される意味をもつ法律行為の意思決定の自由の内容は意思決定のなされたときの外部的事情により侵害がなされる場合であり、詐欺強迫や不当な力関係の利用等がその例である。しかし意思決定の自由は人の主的観能力についても考察すべき必要がある。

利益考量の際の合理的意思決定の自由は、人格的能力並びに客観的事情にかかっている。意思決定の自由を保障または侵害する人格的能力に関しては、立法者は行為能力の規定の中で規定している。この規定は判例によって個々の個々の行為無能力の場合に拡張されている。ここで意思決定の自由の侵害の原因と考えられる不平等な力関係というものは意思決定活動の人格的能力に関するものではなく、客観的な外部から作用する事情として意思決定過程に影響するから、この行為能力の規定とその基礎の詳細に更に深く立ち入る必要はないが、しかし民法が行為能力の規定の中で意思決定の自由の保障と保護に努めている範囲では行為能力の規定は興味のあるものである。⁽¹⁾ 行為能力の制度は各国の立法例によりその内容が異なるが、我が国の制度は法律行為制度の前提する意思決定の能力である意思能力を欠く者の意思表示の効力を完全には認めず、これを無効とするが、しかし意思能力を全く欠くかどうかを個々の具体的人間について判断するのは容易でないで、意思能力の有無を画一的に決定する規程を設け、それにより法律行為の効力を決定することとしたのが行為無能力制度と考られる。⁽²⁾

行為無能力制度は意思決定の自由の保護が人格的無能力から生ずる危険に限られるとしても、この意思決定の自由

の保障は不完全なものである。意思決定の自由は客観的な外部から生ずる影響に対しても保護されなければならない。自律の価値と意思表示の有効要件としての意思自由の意味に関して、法律行為的取引の機能のために、法規はこの自由を基本的にはすべての種類の侵害に対して保護するようにしなければならない。民法自身は強迫の要件の中で法律行為の意思決定の自由を外部から生ずる影響に対しても保護せんとすることを認めている。不平等の力関係から生ずる影響に対してはこの要件の中では保護が不十分であると考えられる。ドイツ民法は制定当時は自由主義的見解から今日の意思決定の自由を威嚇するような危険を考えたのみならず、産業化された国家の諸関係が全く変化したことにもよるが、包括的な保護をおくことはできなかった。しかし契約当事者の保護を直接意思決定の自由に基づいて行うことは立法者が意思決定の自由に与えた意義に適するものである⁽³⁾。

意思決定の自由の保護を強迫により生ずる侵害に限定する理由は、次第に増大する強制状態に対する保護の要求従って良俗違反の行為の枠内にある意思決定の自由の要求が充足されるにつれて減少してゆく。意思決定の自由が強制により侵害される場合には公序良俗違反の行為の要件を充す場合として保護を受けるが、この保護を良俗違反の行為の要件から引き出し、意思決定の自由の意味に従って意思表示の有効要件として独立させる点にのみ固有の進歩がある。この点は良俗違反の行為の要件の規定の適用が一定の内容をもつ前提要件にかかっているとすることが不当と認められるにつれて必要となる。このような過程と意思表示の伝統的な見解との一致は特に研究が必要である。しかしながら意思決定の自由の立法上の評価を觀察し考慮するときには避けることのできないものと考えられる⁽⁴⁾。

法律行為上の意思決定の自由は、それが私的自治を可能ならしめるという理由で、意思表示の基礎的な意味をも

つ。それ故に民法は強迫の要件のみならず、行為能力の規定の場合にも意思決定の自由を決定的な判断基準と考えている。ドイツ民法一〇四条二項⁽⁵⁾はこの場合意思決定の自由が要件事実高められているが、このことを明瞭にしている。たしかに強迫の要件の場合には意思自由の侵害が他人の影響により外部から惹起し、行為能力の場合には侵害が本人に基づいているが、この区別は侵害の原因に関するにすぎない。侵害の対象としての自由な意思決定は同一の内容をもつ、それは自由な意思決定がその都度私的自治を可能にするからである。それ故に自由な意思決定が行為能力と関連して如何に決定されるかが重要である。⁽⁶⁾

各立法例は精神的能力の不十分なものは、その程度が心神喪失の常況に達する者も、心神耗弱の程度に止まるものも、ともにこれを無能力としているが、ドイツ民法一〇四条二項は意思決定が合理的な思慮に従ってなしないときは、自由な意思決定は不可能としている。精神活動が病氣により侵害され自由な意思決定のできないものは行為無能力とされる。十分な洞察に適して行動する能力の欠けているときも自由な意思決定は不可能とされている。この自由な意思決定とは、規定の目的から、一定の意思表示を理解し、この認識に従って行為しうる能力と解しうる。⁽⁸⁾

従って法律行為的行為を合理的に制御する能力が基本的な観点となっている。これに反し一般的な取引觀念に従った生活關係の評価の意味の通常の動機作用は問題ではない。法律行為の意思決定の自由を定めることが問題であるときは一般性という基準は適當ではない。何故なら法律行為の意思決定の自由により保障された私的自治による自律は第一に一般性の基準により制限されてはならない個人の発展の自由を意味しているからである。一般性の意味の通常の動機作用を目的とすることは画一性に方向づけられて内容を支配する危険を伴っており、結局は自律の排除に至る

ものである。これに反し合理的に決定される意思決定を目的とする自由な意思決定は法律行為の意思決定の本質に適するものである。それは生活關係の合理的な秩序を得んと努める法規は法律行為の意思決定をも理性の原理の下に置かなければならないからである。それ故にドイツ民法一〇四条二項のみでなく、行為能力は一般的に合理的な意思決定の能力により定められるべきである。⁽⁹⁾

このように合理的な意思決定の能力のある者のなした法律行為にのみ効力を与えるのであるから、法規は基本的には或る程度重要な目的をたて合理的にこれを追求しうる能力のある者のみに意思自治を認めている。たしかに詳細な点では行為能力の規定は多く批判しうる点があるが、しかしながらこの基本思想は議論の余地はない。人的無能力者を法律行為の取引から全くまたは制限的に除外することは、精神的機會均等についての欠くべからざる最少限の限度を実現し、そこで意思自治による正当性維持を確保するものである。法規は個々の場合に抽象的に見て、当事者が自己の利益を十分に防禦することができるときは、人的な行為能力の問題に固執し、当該の取引の内容を考慮することなく、行為能力を否定する道を選んで来た。このことは具体的な場合には、行為無能力者の行為が無効となる立法例に於いては、行為無能力者の利益となる行為も治癒されざる無効となり、利益な贈与さえも無効となるという全く不合理的な結果となる。⁽¹⁰⁾たとえその行為が行為者にとって利益となる場合でも無効であり、事後の追認は不可能となる。⁽¹¹⁾

それ故に客観的な調査の結果、無能力者のために履行の等価關係があり、またはわずかな等価關係があるにすぎないことが判明したときは、人的な行為能力の問題をも当面の考慮に含ませて、人的行為無能力者の当該の法律行為

で満足することを考えるべきである。この方向への一つの示唆がいわゆる制限無能力者に少なくとも贈与を受けその他の利益となる行為のみを締結する能力を承認することである。しかし基本的には技術的關係に於いて経済的利益性ということの探及は抽象的には決められないのでこれを行為無能力者の法定代理人にも委せて追認可能性を認めることが適当であろう。すべての場合にわたって行為無能力の問題の特別の地位は未解決である。⁽¹²⁾

我が民法には制限無能力者というものは存在しないが、意思能力の無い者の法律行為は無効となるので、意思無能力者の贈与の承諾も無効となり贈与契約が無効となり、相手方からこの無効を主張することができることになる。そこで判例はかなりの年少者でも贈与を承諾する意思能力を認め、贈与契約を有効としているし、更にこのような場合にはこの無効は、保護すべき利益のある者、すなわち無効の意思表示をした本人だけからしか主張しえないとする解釈もあり、意思無能力者にとって利益となる行為を有効とする努力をするべきである。

また、取引の保護と無能力者保護の抵触という民法上の通例となっている問題は取引の安全の問題として特別の研究が必要である。

- (1) Manfred Wolf, *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*, 1970, S. 121
- (2) 川島武宜著 民法総則一七一頁
- (3) Manfred Wolf, *a. a. O.*, S. 121f.,
- (4) Manfred Wolf, *a. a. O.*, S. 122.
- (5) 自由な意思決定をなし難い精神病者の法律行為を無効とする

- (6) Manfred Wolt, a. a. O., S. 115.
- (7) 我妻榮著新訂民法総論 六三頁
- (8) Karl Larenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1967, S. 140.
- (9) Manfred Wolf, a. a. O., S. 116f.,
- (10) Franz Bydinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 1967, S. 162.
- (11) Franz Gschnitzer, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 1966, S. 162
- (12) Franz Bydinski, a. a. O., S. 168f.,
- (13) 加藤一郎幾代通 著 民法民法総論三二頁
鈴木祿弥山主政幸