

# 合 意 と 行 為

衣 斐 成 司

- 一 問題の提起
- 二 合意と契約
- 三 行為と契約
- 四 結 び

## 一 問題の提起

普遍的に契約一般というものは社会に存在しない。ただ個々に特定されうる契約の諸類型が存在するだけである。それゆえに契約一般を考察するにあたって、解釈学的に構成することの意味が意思主義的、個人主義的かつ予測可能性などにもとづく民法的構成に順応することを前提としているならば、契約成立後の当事者の予測しえなかつた事態の発生に伴なう利益・損失の再分配の基準でもあり、契約正義にもとづく調整原理を機能させうるような契約

合意と行為（衣斐）

（三六七）

一六五

「法」は必然的に法政策的構成にいたらざるをえないであろう。<sup>(1)</sup> 契約一般が論じられるとき契約の拘束性はなによりも合意に求められる。すなわち近代以後においては宗教的色彩から離れて人間の本性が自由かつ独立と把握されることで、契約は自由なる意思に基礎づけを持ち、結果として人が人に対して義務づけられるのは「彼が欲したが故である」と推論される。この合意の提言は当事者の意思こそが責任の基本的要素であることを示している。だが、合意もしくは当事者の意思の合致の概念は曖昧かつ多義的である。すなわちおよそ結びつけられる意思というもの、あるいは合意そのものは存在せず、それらを前提としたところに当事者の行為もしくは態様が存在するだけである。と同時に、これらの概念は、契約の解釈に際して最大限に拡大されて、特定された個々の契約の類型的な状況が契約一般の様相と全く同じであると評価する場合の包摂の道具として用いられる。あるいはより一般的には、合意もしくは意思の合致を前提としないで、またはそれらに代えて契約関係の物化ともいべき理論をもって給付の関係を契約の関係へと同置する結論に導かれて、何人も自己の行為の結果についての認識を欠落させたとしても、その能力と知識に応じた社会的拘束は受けるべきこととなる。さらには他人の給付の利用についての調整の要請から、報酬支払義務は契約の領域にとどまらず不法行為、不当利得、事務管理の各領域にわたる法の欠缺の補充に用いられるまでにいたっている。<sup>(2)</sup>

ところで契約問題のなかでも、約款においては、企業側に約款適用にあたって通常の状態があれば、顧客側にはその通常の従って正規の状態が推定され、ゆえに顧客はその約款の個別条項の特殊性をも認識すべかりしであると要請される。そのうえかかる場合には、約款そのものの存在ならびにその内容の知悉度による法的効果の導入およ

び実効性は約款にもとづく契約締結時に存在する顧客側の意思もしくは知識ではなく、実体においては事実上の理解というものにもとづいてにすぎないのである。だがこれら二重の意味において、いずれの関係にも当事者の合意もしくは意思の合致が擬制されていて、これが顧客の主たる責任の根拠となっているのである。制度論もしくは法規説による約款の社会的存在の認識それ自体は否定しうるものではないが、約款を有する企業側には制度を形成させ、法規を自ら創り出す権限は本来持っていない。力だけでは権利を生ぜさせることはできないとしても、約款それ自体の制度論的位置を現状では否定しえないが、要するに制度あるいは法規としての性質論との関連から第三者との関係においては約款の有効性ないしはその妥当性は事実の規範力説もしくは慣習法理論をもって十分な理由づけとはならない。そもそも一般的に約款は、はたして法としての内面的価値を有するのであろうか。この点の考察をしないで一応の有効性を前提とした約款の解釈は結局再び契約一般における法律行為と見做す以外に方法がないことになる。しかしここでも個別の法律行為が問題となるのであって、法律行為一般は存在しないのである。さらに契約における法律行為の諸要件を中心とする解釈方法では約款の内容の統制はできない。約款は事実としてのいわゆる契約の関係ないしは拘束の関係ではあっても、契約「法」秩序とはなりえないのである。またより高次の原則としての公共の福祉をもってしても同じ結果となる。ここでは契約自由の濫用に対する外側からの統制手段とみえても、約款それ自体の有効性がすでに理論的に前提されている。すなわちすでに約款にもとづく契約の合意が当事者を拘束してしまっていて、結果として民法九〇条が機能しなければ顧客側の契約締結の諸過程は考慮される機会がないのである。

そこで、契約における普通取引約款までを含めて私的自治の原則および契約の自由などを再考することで新しく契約法の前提を求める作業が必要となる。

契約の自由のうちまず内容の自由とともに形式の自由、方式からの自由が導き出された。しかしながら沿革的には「形式こそが法であった」のである。形式の自由をもって語られる形式の代替物は近代以後の人間の本性の抽象の把握と相俟って当然のように契約における合意に求められた。けれども契約における合意 (consensus, agreement) の位置づけは、契約当事者の約束 (promissum, promise) が専ら自己拘束的義務として成立した後に長い期間を経過してやっと相互の義務として責任を負う約束へと変質した結果 (一八・九世紀) のことである。だがそれ以前にカノン法では早くも一六世紀に約束がなお自己拘束性を主体としていた時期においても、約束を通じて惹起された相手方の生活環境の変更の期待に対する信頼は契約責任の重要な実質的基礎であったのであり、なお現在でもそうである。<sup>(3)</sup> として一九世紀後半になって契約が申込と承諾の対概念で語られるようになってからはじめて当事者の契約上の拘束関係が「約束」から「合意」をもって論ぜられ、以後それが主体となって「私的自治の原則」が実的に語られようとした。

しかしながら現在では、合意が契約締結の主体的要素であって、かつその存在をもって法的安定性が計られるという図式に対して、社会類型的な態様ないしは行為による契約締結の帰結を導く理論の手法によれば、合意はすでにその存在の意義を失なっただかにみえる。すなわち契約においては、合意からではなく意思表示の有無が問題となり、かつその意思は表示ではなく、当事者の態様ないしは行為から推論される。それゆえに契約における合意なら

びに行為についての検討を行なわねばならないこととなる。

- (1) W. Schmidt-Rimpler, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts AcP 147. Band, 1941, SS. 130
- (2) W. Wilburg, Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts AcP 163. Band, 1963, SS. 346
- (3) 拙論「契約と形式的要素」 西原寛一先生追悼論文集 企業と法 上 二一九頁以下。

## 二 合意と契約

最近では、契約にかんする理論は個人の自己決定とその責任に依って設定された法律関係を基本的視点として<sup>①</sup>いる。契約の自由の濫用にかんして公共の福祉の原則の導入あるいは公権的立場からの画一的規制は、つねに公共の意思が契約正義を確保するとの前提を受け入れた場合にのみ是認されるといえる。だが他方で、私的自治の原則とは正しさの保障の観点からすべて個人の生活関係を公権的に形成するか、あるいは多分に不正の危険を含んでいても個人の契約による生活関係の形成を認めるかの選択の結果であると措定したとき、必ずしもそこには、なお契約一般には法源としての地位は認められていないのである。<sup>②</sup>そして約款の社会的実在の概念を通じてその拘束性一般を推論することは、社会あるところ法ありの法諺をたとえ規則とルールと読み替えてみても、伝統的な合意概念の導入ないしは位置づけさえも持ちえていないのであり、また制度論を動的に把握しても、そこにはなお正義の理念と、個人主義と団体主義との妥協とを求める理論があるにすぎず、これらの論議はついに約款が法としての内面的価値を持ち合せていないことを看過させることとなる。しかしながら約款、労働協約、組合そして各種の典型

契約まで含めて私的自治の原則は、個人の自由、独立の概念から出発して、処分可能の領域における利益の調整を個人に委ねているので、当事者の拘束の根拠を合意もしくは意思の合致に求める。これはより一般的には概括的意味での契約であり、法律行為一般の解釈の問題へと還元されるだけのことである。

また、契約の自由とは、個人の自己決定とその責任による法的関係の創設と把握されても、なお近代市民法の前提であるところの平等の力を有する市民間の合意の概念ならびに制度論における正義の理念と同じく、かつての意思自由論にも似て、自己決定をとりまく社会的様相が考慮されにくいのではないかと疑われる。たとえば自由とは法的関係を自己自身が決定しうるのではなく、むしろ自己の意思に反して形成されないことであるとの消極的言明はどのように解されればよいであろうか。自由とか自己決定の概念にはなお自然法的色彩があり、すなわち私的自治の原則にからめて自己決定がむしろ直ちに責任と強く結びついている構成にみられるように、倫理的現象にかかわる当為の要求に対する行為の選択の自由もしくは選択の可能性を根本に前提している。だが選択の可能性を論ずると決定論、非決定論もしくは意思自由の問題へと帰元してしまう。たしかに意思自由の問題は行為の自由の問題へと移行させることで解決の糸口を捕捉しえても、自己決定にかんする選択の可能性の有無は一義的には答ええない<sup>(4)</sup>。用語としての自己決定の平面性から離れて、個人の諸々の段階での行為もしくは態様の統制の可能性を有する精神的機能の面から考察すれば、自己決定とは行為の目標に向けられた内的決定の精神的過程を通じてはじめて外部に示されるのであるから、それは行為の可能性ではなく、個人の精神的力量、人格性ならびに彼をとりまく周囲の環境をも考察の範囲内に取り入れた結果を対象として考察されるものである。かくて自己決定における行為の

自由もしくは行為の選択の可能性の問題は、意思自由の問題と同じく択一的には答ええないのであり、自己決定における選択の可能性ではなく、むしろ選択の結果についての価値判断の可能性の存在することとどめられるか、もしくはそれに限られるのである。

そもそも、自己決定そのものが存在すると措定することができようか。自己決定とその責任との直結に関連して論ずれば、自己決定そのものの存在に自己決定の内部性を添えることとなるが、通常においては意思の表示を通じて示される行為ないし態様は単に外的存在もしくは量的存在にすぎない。すなわち意思の表示ないしは態様を通じて示される自己決定は他の行為との関連における関係ないしは場の状態である。自己決定そのものないしはその実体を措定することは、直接代理の説明においてはより適切な手段となりうる。だが自己決定が状態の問題と把握される方が詐欺、強迫においては自己決定の自由の否定の場の問題であり、錯誤および仮装行為の問題は、前者が一方当事者の事由が、後者は当事者双方の状態がそれぞれ相手方および第三者に対してどのような法的効果を与えるかの評価の場の問題へと適確に分類されよう。自己決定とその有責任こそが私的自治の原則を担うものであるとの言明は、それゆえに自己決定の概念に内容以上のものを含ませることとなる。約款による契約、労働契約そして契約一般を拘束の関係、財貨とか労務の供給、利用の関係、継続の関係などへ引き直してみれば、自己決定による積極的構成は拘束などの関係ではなく、再び契約一般の問題へと還元させることになるのではなからうか。力の平等でない者の関係においてなお私的自治の原則を前提とする自己決定は、たとえば拘束の関係に内在する社会的保護の要請を隠蔽する結果となるのではなからうか。社会的態様から拘束の関係が引き出されようとする考えに對し、

自己決定の立場からその結論を否定することは論理的であっても、なおそこには従前からの契約一般における法律行為、意思表示、その合致もしくは合意といった基本的前提が実体を有する存在そのものとして措定されていることに連らなっていないだろうか。事実上の態様から契約締結の帰結を導き出すことは、自己決定によらず拘束の關係を求めることとなるので、意思によらない拘束の關係は結果的にはどのような理論をもってしても説明しうるものではないかにも見える。だがそこに一定の評価を可能とする行為もしくは態様が前提されている場合には、評価の対象を見出すことが可能となる。要するに、法的評価の問題においては、自己決定とか規範的な合意概念のもたらすいわば価値が認識の対象ではなく、確定的認識としては行為の結果ないしは態様であり、それが評価の対象とならなければならない。

さて契約は沿革的には現在のような公法私法の区別になじまないまま、婚姻、相続、官吏などの身分關係にかかわる身分契約が始源的であり、この場合には総じて意思の合致という内面的、倫理的な合意が中心であった。合意の定義づけの努力は合理主義的自然法論者によってなされた。その場合にも合意は「ことば」を通じて表現されるものと把握されている。そしてつぎに合意は「給付に関連する一致」という法律の意味を有する合意へと移行する。そのため合意の相手方には合意にかかわる権限の要請と承諾の要求とに分解され、ここに「相互的意思の表示」への萌芽をえたのである。Thomasiusによつて、*pactum* を形成する *causa proxima* (*consensus*) が論ぜられた際に、自己拘束的で片面的であった *promissio* は *acceptatio* されることを通じて相互的でかつ双務的と解される機縁を与えられたのである。そして Ch. Wolff は合意の概念に人間の本性と行為とを結びつけたのである。<sup>(5)</sup>



行為概念との結びつきをもって、合意は意欲もしくは意図と把握された。ここでは合意は、相手方の意欲と一致したところに生じた行為（作為と不作為）であって、片面的な合意の表象は生ぜず、少くとも二当事者の存在ならびにその意欲に関連する事項である。これはなお倫理的過程における意欲に関連する内面性の指摘であったが、法律行為の概念を利用しないままに、プロイセン一般ラント法はむしろ外部に現れた事項を中心に規定した。すなわち表示者の意図に従って生ずべきこともしくは生ずべきでないことの表明こそが意思の表示とみられた（ARL I. 4.1）。確定的には一九世紀初頭であるが合意概念と法律行為との結びつきが始まる。この結びつきは、その後各法典に受け継がれている。たとえばザクセン民法の総則は、行為の章のなかでその後のドイツ民法に豊かに展開されるが、法律行為と意思表示を定義づけるにあたって、契約締結には一致した意思が相互に表示されることを要求した（§ 79 ff.）。これらの合意の定義づけのなかで共通の要素としてつねに *declaro* (*declare, proclaim*) と *mutuus* (*mutual, reciprocal*) とが存在している<sup>(6)</sup>。 *promissio* における自己拘束性と片面性は行為概念と結びつきがたいが、 *consensus* はまさに宣言的かつ相互的で直接的に人間の行為と結びつくこととなる。それゆえにこそ、表明された意思は明示だけでなく黙示の意思を含むのである。また一般的に一七・八世紀の自然法論は、契約の相互の拘束的関係を共通の一致した意思に求めたので、もっとも *causa* が債務の成立要件として存在していて否定的に機能したが、合意による契約のすべての訴訟可能性を推論することで、形式からの解放をもたらしたのである。そしてカノン法は *promissio* の理論のなかに法律行為の構想に合せた意思表示の概念を導入したのである。

以上は *promissio* から *consensus* への移行であるが、それは同時に内面的、心理的、倫理的なものから外面

的、規範的、社会的なものへの流れでもある。ここに行為概念との結びつき、そして法律行為の構想のもとに、約束、合意そして意思の合致などはすべて意思表示の概念へと吸収または変移された。

かようにして合意は、行為概念と結びついた結果、単なる内面的で消極的な概念ではなく、規範的、社会的で積極的な概念へと変質したといえる。このため契約における合意とは、静的な存在ではなく、動的な行為もしくは態様のなかで見出されるものとみなければならぬ。かつての意思表示の理論的論争の欠陥は、行為概念との結びつきを欠いたこと、責任との関連において意思そのものの実体性という前提に存在したといえる。さらに信頼保護の原則もまた意思表示とか行為との結びつきを欠く合意の概念からは生じないといえる。より根本的にはむしろ合意ではなく約束を通じて相手方に与えた社会的信頼についての法的保護の問題である。

(一) W. Flume, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*: in *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*, Bd. I, 1960, SS. 135

(二) Schmidt-Rimpler, a. a. O., SS. 162

(三) Vgl. H. E. Brandner, *Die Umstände des einzelnen Falles bei der Auslegung und Beurteilung von allgemeinen Geschäftsbedingungen* ACP 162. Band, 1963, SS. 237

Peter Hanau, *Objektive Element im Tatbestand der Willenserklärung*, ACP 165. Band, 1965, SS. 164

(四) H. Henkel, *Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem* in: *Festschrift für K. Lorenz* zum 70. Geburtstag, 1973, SS. 1, insb. S. 14ff.

(五) T. Mayer-Maly, *Die Bedeutung des Konsenses in privatrechtsgeschichtlicher Sicht* in: *Rechtsgeltung und Konsens*, 1976, SS. 91 insb. S. 93

### 三 行為と契約

行為の意思と表示の行為とからなる意思表示に対して、それよりも広い概念としての法律行為は少なくとも或る意思表示を含む概念である。この法律行為概念が現代の解釈学にとって再び重要な主題となるのは、約款による大量取引の場合や事実的契約関係とみられる過程において、契約に類似した義務負担という法的効果を法律行為概念の中へと組み込むとともに、錯誤による法律的效果の発生を阻止しようとする試みに現われるのである。

しかもみぎのことを合意の観点からみれば、契約における合意の有無もしくは存否が改めて問題となる場合とは、いわゆる事実上の会社の事例、労働契約、また附合契約とされる電気ガス水道などの供給契約さらに事実的契約関係の事例などである。そこでは時には会社には会社の一一般債権者の立場から、時には給付の受領者に対する調整の見地から、あるいは社会的態様を契約申込に対する承諾と見做すことで契約締結の結果を導き出すなど、それはあたかも約束を通じて生じた社会的信頼に対する法的保護の要請の見地と一致して、問題解決の進展に比較して見れば、契約における合意が問題となっているのではなくて、むしろ法的には成立における瑕疵ある契約の法的効果が重要なのである。要するに契約締結の手段としての合意が論ぜられるのは、実のところ当事者の一方が契約の成立とか法的効果の発生を欲していない場合に、合意の存在が認定されようとする状態を示している<sup>(1)</sup>のである。

またさらに契約における合意とは、契約の成立にとつては重要な要件ではあっても、合意そのものはなにもまた

らしはしないといえる。すなわち合意もしくは意思の合致は秩序もしくは制度との関連で始めて意味を持ちうるのである。たとえば所有権の移転とか婚姻とかにおいて、合意はただそれらの制度的意味の取得の入口における開口部への導入であって、秩序や制度のもつ法的効果とは直接的に関連しないのである。他方では、契約とは当事者の一致したる意思の表示の合致、合意であるとの命題が現存しているのである。

さて、社会的行為論 (Die soziale Handlungslehre) は行為とはすべて社会的に重要な能様 (Verhalten) であることを出発点におくが、これは従来の存在の領域における行為の説明方法としての因果性でも目的性でもなお不十分であり、それに加えるに人間の共同生活ならびに現代社会における現存在 (Dasein) に対応するところの不作為による社会的な結果発生防止義務に対する法律的な行為の期待というそれ自体は評価の対象ではないが、価値のメルクマールを導入しようとするものである<sup>(2)</sup>。

それゆえに態様とは行為の可能性への応答でなければならぬ<sup>(3)</sup>であり、また行為概念は純粹に価値中立性というよりも、違法性・有責との関連から生ずるものであるとか、あるいは社会的結果とは他者に対する結果を意味するので、行為とは客観的に予見可能な社会的な結果への方向づけをもったすべての客観的に支配可能な態様と解される<sup>(4)</sup>のも、認識の対象としての行為の確定の後になされる違法性、有責という評価に対して、行為の価値中立性の前提が措定されている。すなわち人間の態様の考察が行為—不法—責任—刑罰の諸段階にわたって順次なされる場合<sup>(5)</sup>に、態様は行為者の行為の目的性ととも、その社会性が問われる状態の設定に関係づけられている概念であることを示しているのである。行為の固有の意味を探究しようとするれば、自然的要素とともに精神的要素をも説明し

つくさなければならぬのであるが、行為論における人間の行為とか態様の社会的意味は、行為者の個別的見解にあるのではなく、まず行為者と他者との関係であり、かつ行為者自身ではなくむしろ他者に対する社会的結果によって規定されるのである。<sup>(6)</sup>

みぎの社会的行為論に対しては、絶対的生成 (Werden) が存在しないがゆえに、とぎれることなく流れ出る現在も前提しえないとか、あるいは客観的で予見可能な社会的結果に対して行為を知的、意欲的、客観的、社会的諸要素などへ分析して得られるものは行為概念ではなく一般的責任論であるとかの批判がなされる。<sup>(7)</sup> なかでも行為論の変遷の中核となった不作為に対しては、従来の行為概念のように存在の領域での因果性、目的性だけでは十分に包括することができないので、社会的態様、容態、行態もしくは社会的事象の概念をもって法的な行為の期待を措定したこと、つまり行為を当初から規範違反と同一視することなく、その社会的意味内容を規定することは、社会的に有意な態様の提示ともいえるべきことであり、作為と不作為を含めた上位概念としての成立はみとめられず、法的概念たりえないとの批判があるが、社会的行為論の主張は行為の社会的重要なしは評価の対象の確定的認識にとって必要であったといえる。あるいは不作為の問題を敢えてその行為概念に包括することなく、要するに行為という法的概念とはまさに結果の招来をも含めた概念であり、すべての行為は意思に依って支配され、遂行されるのであるから、客観的に行為一般は責任の対象たりうるとする理論も、<sup>(8)</sup> また行為概念の枠をはみ出した概念形成も法的行為概念が評価の対象であることを示すための強調といえる。<sup>(9)</sup>

以上のような刑法上の行為論における因果性から目的性そして社会性への論点の移行は、民法上の契約における、

それ自体は理論的にはより劣後するがまた沿革的にも差異があるが、約束から合意への移行と軌を一にするように、約束における自己拘束性という内面的、心理的、倫理的な問題から外面的、規範的そして社会的へと行為概念と結びついた合意概念への移行がみられる。このことは契約における合意の概念が法律行為に含まれる意思表示との関連で扱われる場合にも現われる。すなわち、一方では合意が相手方と一致したところに生じた行為であるとの倫理的過程における内面性の指適と他方でのプロイセン一般ラント法のように法律行為の概念を利用することなく外部に現われた表明という事実をもって意思の表示をみるといった両面からの考察が要請されている。もっとも内と外との世界という特定の方法は行為概念に用いることができないのであるが、かかる約束から合意への移行は、社会的行為論の見地と同じように、すべての行為は社会的に重要な態様であり、評価の対象である行為に対応して、その前提をなす価値のメルクマールとしての合意を措定する。また契約における拘束それ自体はなお約束そのものの効果から推論されるべきであるが、行為概念と結びつけられた合意は結果に対する評価の対象として論理的に前置されている。この結果としての合意の措定は拘束などの関係を論理的に推論するに適した手段であり、ここでもすべての行為は社会的に重要な態様であるとの前提が存在している。そして刑法上のかかる概念規定は行為—不法—責任—刑罰の結合をもたらす要素を組成しているが、これに民法上のものを併列させれば、行為—承諾もしくは合意—責任—拘束、供給、継続的使用などいわゆる契約成立の関係もしくはこれを前提とする無効、取消などの遡及的効果の制限への系列をもたらすこととなる。より簡単に述べれば、行為概念もしくは行為論としての正否はともかく、行為とはまさに結果の招来までを含めた概念であり、同時にそれが法的な評価の対象でもあることと

なる。

ところで、法律行為を法的効果の招来へと向けられた意思表示であるとみると、行為の法的効果を当事者の推定上の法的効果意思から明らかにしようと考えることであり、それはまた当事者の効果意思の表示こそが法的効果の招来をもたらしたことを意味するので、それは一種の循環に陥ち入っているのである。また心裡留保の場合には、法的効果意思なくしても、法律行為それ自体は可能であり、法律行為は法的効果意思なくしても成立するといえる。だが逆に当事者の法律的な表示がつねに法的効果意思への指示を含んでいるとみることは擬制である。しかし少くとも感情の表出や反射的行為ではなくて、法律行為そのものは、行為意思を内的な最小限の要素として持たねばならないのであり、同時にその意思は社会的な意思の表明の形式に属すること、および法律用語で規定される事項ではなく、日常生活における事実状態を受け入れることをも認めねばならない。

さらに不作為もしくは沈黙は、或る状態を前提とした場合には、表示の徴候とみうるかの問題がある。すなわち沈黙を通じて表示した者はその沈黙による法的効果をその不作為を通じて現わしたこととなるかである。しかし不作為をもってなにか或る事項を表示することが不可能であるがゆえに、沈黙をもって法律行為的に招来される法的効果が表示されるという事例は存在しないのである。また不作為においても、どのような行為をも期待しえないと<sup>10)</sup>きの不作為の場合が存在するのである。それゆえに沈黙による法律行為的表示は存在しえないこととなる。継続的な売買もしくは供給契約において、申込に対する沈黙の承諾の事例は一見或る前提を有する沈黙による法律行為の表示と考えられる。しかし全体としての合意とか先取された承諾などの表現をもって語られる場合、あるいは特殊

な状態においては信義誠実の原則、取引の慣習などを顧慮して非表示の同意が認められる場合などでも、なお十分に有効な前提としての事実関係が不明瞭である。やはり沈黙は、拒絶であるとの一般的主張ではなく、むしろ何事をも表示していないことにつきよう。

以上のように行為論を概括してえられるものは、人間の共同生活、社会連帯をしていわゆる個人主義からの離脱に伴なう社会的責任の要請である。社会的 (social) と「うことばは、一般的には当然のように近代市民法の前提である個人中心の自由の概念の修正のために用いられるとともに、個別的には公共の福祉の原則の主張のもとで、あるいは個人の自由な生活関係の形成の結果として生じたとみられる、かつ事実の規範力説において主張される社会的な現象を前提としたより高度な社会における、個人の諸義務をあえて限定しないままで正当化するところの万能業である。社会的行為論の不作為に対する態度は、まさに個人が社会において負担する義務の遂行をなんの制限をも定めないままに要求するかのように見える。どのような行為をも期待しえない場合、すなわち行為の可能性にかかわるいかなる応答をも前提しえない場合も不作為であるが、これに対する法的な行為の期待とはなにを意味するのであろうか。また行為概念の分析を通じて得られた因果性と目的性との総合、あるいは行為における自然的要素と精神的要素との総合としての社会的行為論の主張は、行為の分析を手段とした責任論の構成にほかならないが、その場合には責任に対応した行為が論理的に先置されていることを、すなわち価値に関連づけられた行為概念であることを明らかにした上で論じなければならぬ。しかも行為の分析の作業の前提となる行為そのものについては、責任との結びつきに現われるようになり静的な行為概念を措定しているため、行為の自由については表見上否定



的であるかにも見える。行為は積極的な決断に相応した意欲にもとづく活動の結果であって、結果の招来と把握されるのは行為ではなく、態様である。それゆえにこそ法的概念としての行為は結果の招来をも含めた概念と述べられるであろう。行為の自由が他者の存在を前提としたうえでの条件付の自由であって、絶対的自由ではないが、かつて意思自由として語られた沿革的な理由との関連で社会的行為論における行為概念は、行為から態様への移行をもとに、行為の自由を論ぜずして逆に行為の絶対的自由を措定するかのようにな作為をも含めた行為の自由ならびに選択の自由を前提としている。そのため行為の選択の可能性もしくは行為の可能性への応答が直ちに責任を理由づける要素として論じられる。しかし不作為に対する法的行為の期待にみられるような行為の自由もしくは行為の選択の可能性は責任を理由づける要素ではない。あくまで行為の選択の結果に対する評価が責任の領域である。社会的行為論はそれゆえに行為概念を静的に把握しつつ、行為の自由を措定することで行為への期待性ないしは行為の可能性にまでわたって積極的に有責任を理由づけているといえる。

同様のことは契約の理論においても妥当する。すなわち自己決定とその責任の主張による私的自治の原則の提言も、申込に対する社会的態様による承諾の認定も、その根源においては社会的行為論の前提とするところのもの全く同一なのである。

約束から合意へとそしてそれと行為概念との結びつきの変遷において現われたものは、「社会的」な行為の可能性とか期待性を前提とした帰責の理論であるが、作為と不作為を含めた行為の内容がそのままでは責任の対象となりえないことを看過するかにみえる。責任は行為の可能性とか期待性を通じて示されようとするところの行為の決

断をすることもしくはなしうべき決断をしなかつたところに生ずるのである。

それゆえに私的自治の原則による契約の自由とか自己決定の主張は、消極的に、法的関係を自己の意思に反して形成されないことに限定されるべきである。

- (1) E. D. Graue, Vertragsschluß durch Konsens? in: Rechtsgeltung und Konsens, 1976, SS. 105 insb. S. 114 ff.
- (2) Hans-Heinrich Jescheck, Die strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung und Wert Mainhofer, Der soziale Handlungsbegriff in: Festschrift für E. Schmidt zum 70. Geburtstag, 1971, SS. 140 und SS. 156
- (3) Jescheck, a. a. O., S. 152
- (4) Mainhofer, a. a. O., S. 178
- (5) Mainhofer, a. a. O., S. 181
- (6) Mainhofer, a. a. O., S. 180
- (7) Ernst Wolf, Die Lehre von der Handlung AcP 170. Band, 1970, SS. 181 insb. S. 190 ff.
- (8) E. Wolf, a. a. O., S. 196
- (9) K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, II. Band, 8. Aufl., 1967, SS. 400
- (10) E. Wolf, a. a. O., S. 204

#### 四 結 び

契約一般が存在しないと見做す、法律行為一般も存在しない。個別の契約類型における個々の法律行為が考察の

対象とならなければならない。その場合には、行為の自由もしくは選択の自由が前提されてはならず、行為の可能性もしくは期待性の存否が行為者の社会的環境および行為者の契約内容の理解度、特殊な個別条項の認識などの諸要素にわたって認定されるべきである。

事新たに契約における合意の概念が論題となる約款による契約、なかでも銀行、運送、保険などの分野、事実上の会社、各種の供給契約、事実的契約関係などの諸事例では、社会的行為論の主張する社会的の意味と同じく、結果の招来を基点としてすべての人格者に行為の自由、選択の自由一般を論理的に先置させている。だが行為の可能性の有無こそが問われるべきで、結果の発生が行為の可能性をいつも論証するわけではない。たとえ結果を招来させるのが行為であっても、そのことが責任と直結すれば、あらゆる行為の全てが法的に重要な行為となり、結果についてつねに責任がつきまとう。つまりすべての行為は社会的に重要な態様であるとされる。

法律行為の概念のなかには最小限の行為意思の存在が前提されているが、責任ないしは拘束の関係を理由づける一要素はこの行為意思のなかに存在するのである。全体としての合意や先取された承諾ではなく、行為者に行為の自由、選択の自由が存在する状況のもとで、行為者が決断した事項あるいはなすべしなすべしな事項について責任が生ずるのである。結果との関連で行為の可能性、行為への期待性だけが行為者の責任を直接的に導き出してはならない。

約款による契約の場合に、顧客側の約款内容の事実上の理解とは、知らないことについての全体の合意を意味し、事実的契約関係においては申込に対する先取された承諾が前提となっている。経済的強者のために利用される合意

概念が顧客側の責任を安易に導き出すのである。すでにローマ法や普通法で用いられた契約における主要な基本的部分 (essentia) と附随的部分 (accidentalia) との特定が考慮されるのもひとつの方法となる。<sup>(1)</sup> すなわち全体としての合意を分解して、約款による当該契約の基本的部分については合意が成立していること、この場合でも特定条項による法的規定の意味ではなく、むしろ日常生活における事実状態として理解されている当該契約にかかわる共通の理解度の限度における合意の成立であることが設定される。そして企業側が顧客に特に知らせた事項については、時には基本的部分となるが、しかし成立した契約秩序内においてその特定事項が有効であるかは全く異質の問題として存在する。みぎ以外の他の部分は附随的部分であり、この部分については、顧客側には知れたるもしくは隠れたる不都合に相当する部分であって、この部分には合意は成立していないのである。全体としての合意の意味はこの部分についての顧客側の行為の自由、行為の可能性もしくは期待性一般を前提することから生じたものにほかならない。自己決定とその責任の理論が、この附随的部分についての合意もしくは拘束性の存在を排斥するには、契約の自由についての提言を少くとも自己の意思に反して法的関係を形成されないことに限定する必要がある。

先取された承諾の事例としての事実上の会社、労働契約、各種の供給契約、事実的契約関係などでは契約法を離れたより一般的な調整の見地からなる回復法一般の立場がより適切である。社会的行為論の功績はこの面で発揮されるべきであろう。すべての行為が社会的に重要な態様であるとの提言は、現行法典体系上の典型としての法律関係に組み入れ難い諸類型に対応しうる方策として正しい指示を与えうるのである。もっとも調整の見地という表

現にはなお曖昧な意味が存在するが、既存の秩序や制度のもつ固定的な前提概念に拘束されることなく、より動的な体系への出発点での標語的意味としてひとまず使用されてもよいであろう。

現代においては契約総論の成立はますます困難となろう。各種の個別の条件の設定にもとづく契約「法」秩序の前提の探究にあたって回避すべきことは、上位概念の創設ならびに法的概念に実体性をそえることである。つまり約束から合意―行為の概念への変遷とともに、それに結びつけられた義務負担の発生は、当事者の最小限の行為意思との関連もなく、むしろ当事者の意思に反して形成された結果である。合意や社会的態様の概念は、行為の自由を根底に行為の可能性、行為への期待性一般を前提として成立しているため、少くとも約束においては生じえなかったであろうところの自己の意思に反した結果をも法律行為の効果として受容しなければならない。

現代社会における人間の社会的地位にとまらぬ責任の多様化を否定するのではなく、私的自治の原則がなお存続しうることを前提とすれば、個人の法的関係の創設の分野においては、自己の意思に反して形成されないことが契約の自由の意義となる。しかし近代市民法体系においては、人、物、所有権とならんで行為の自由は基本的要請であり、かつその存在がつねに条件となっている。この結果、形式からの自由をえたが、訴訟における挙証という困難な問題の発生だけではなく、われわれがたとえ結果的に行為の自由を失ったとしても、なお行為の可能性もしくは行為への期待性が前提されている。既述のように契約における合意の概念は、みぎのことと深い関連を有するばかりでなく、既存の契約法体系の崩壊部分を手近かにふさぐ道具と化している。ゆえに契約法秩序の前提の探究は、契約類型ならびに行為の自由の概念の分析から始めなければならない。しかもこの前提作業にとって忘れては

ならないことのひとつに、私的自治の原則の問題がある。この原則は形式的には公法的規制のない分野で機能すると把握されているが、このことよって同時に、新しく秩序や制度を創設することが可能であるわけではない。そしてこの原則はすでに社会に存在している動的な秩序や制度のもとでの個人の私的活動についてのひとつの原理(Prinzip)にすぎないというのである。

(一) Graue, a. a. O., S. 124 f.