

ヤコビの意思表示概念

喜 多 了 祐

一 序——本稿の企圖

本稿は、レヒツシャイン法理研究のいわば草分けの一人ともいべきエルンスト・ヤコビ(Ernst Jacobi)の意思表示概念を理解しようとするものである。

ヤコビは一九〇一年以來その數多い著作を通して、主として有價證券法におけるレヒツシャイン法理の展開を明白ならしめようと努力したのであつて、この法理の理論的な構成の問題よりもむしろその實際的な適用の問題に重點をおいている。しかし彼の一般的な立場は、一九一〇年に著した「意思表示論」(Die Theorie der Willenserklärungen)において根本的に定まつたというべく、その意味で本書は、掲げられた題目の特殊性にもかかわらず、彼の抱懷するレヒツシャイン理論の確乎たる構成を充分に窺わしめるに足る優れて理論的な著作である。彼が何故に年來の課題とした有價證券法の領域から外れてここで意思表示法の領域に足を踏み入れたのかは、いろいろな角度から興味ある鑿索にぞくするであろうが、そのために有價證券法に關する彼の多くの述作を涉獵する餘裕をわれわれは持ち合はさないで、今のところ内在的な觀察は差控えておく。ただ外在的に見て、こういうことだけはいいえよう。ヤコビは

ヤコビの意思表示概念

他のレヒツシャイン論者に劣らずレヒツシャイン法理が「全私法を貫く基本原理」(ein unser gesamtes deutsches Privatrecht durchziehender Grundsatz)であることを確信するのであるから、その全私法の最尖端を行く有價證券法でのレヒツシャイン法理の適用に研究の主力を注ぐにしても、これまで近代私法の骨髓をなすといわれてきた意思表示法の領域にはいずれば挑まなければならぬのが宿命であつた。勿論ウエルスパッヒェル、マイア、フィッシャアのごときこの法理の創造者たちもさような問題意識の下に意思表示のレヒツシャインを取上げてはいるが、しかしヤコビと異つて、或は少くともヤコビほどには、この課題に眞向から取組んではない。端的にいつて、彼らの出發點は物權法、就中動産の善意取得の制度に發見されたのであつて、そこからの解釋學的努力は主としてゲウエレの、従つて中世ドイツ法の探求という法史學的裏付けによつて支えられていた。だから中世法とは正に對蹠的な近代私法の意味表示法は彼らの最も親み難い領域であつたのかも知れない。けだしこの領域こそは個人意思自律の原則という近代私法の基本思想を法典上に直截に表現したもの、換言すれば個人意思自律の原則は法典上の用語を藉りれば「意思表示」による私的自治(Privatautonomie)を指すものにほかならないからである。ゲウエレ的「物權公示」の法理論をもつて近代的な「意思表示」の問題を割り切ることは法典の現在の姿を無視した安易な解釋論をもたらず虞れなしとしない。ヤコビは敢てこの難問に立向つたのである。かように見てくると、ヤコビの「意思表示論」は、個人意思自律の思想に立つ近代私法の焦點を現行法典上の意思表示の問題にしぼつて、そこにレヒツシャイン法理の新しい光を投入する役割を演ずることになる。それは、もしも成功すれば、たんに「意思表示のレヒツシャイン」というがことき一箇の技術的な適用問題を越えて、レヒツシャイン法理そのものの「全私法を貫く基本原理」的意義を却て鮮明に寫し出すのに役立つであろう。

ヤコビの「意思表示論」はその内容一〇〇余頁のモノグラフィであるが、定評のある彼の難解な論述はこの一本に

も多大の重量感を盛つてゐる。大別して第一章の「信憑性ある意思表示」(verlässliche Willenserklärung)と第二章の「信憑性なき意思表示」(unverlässliche Willenserklärungen)とから成るが、本稿では、彼の全理論の根本をなす意思表示概念を定立した第一章第一節「意思と表示との合致」と題する論述に従い、考察を進める程度に差當り満足したい。これを基本として展開されるべき「意思表示のレヒツシャイン」に關する彼の所論は、次の機會に取扱ふこととする。

(註) 意思表示の二大別はマニク(Manigk)の Willenserklärung und Willensgeschäft 1907 に示唆されたものであるが、しかしヤコビにあつては、これら二種の意思表示を告知目的の有無から信憑性の有無というところに問題づけ、マニクを批判してゐる。だが一方マニクの意思表示論はその後新なる發展を遂げているので、われわれはマニクのこの新説をも参照した上で、ヤコビの意思表示理論の全体を再検討する機會を持ちたいと思う。マニクの新説は Das rechtswirksame Verhalten, 1939 に展開されており、意思表示のレヒツシャインを考察する上に必讀の文字であることを、われわれはドイツのヘルマン・フイヒラ教授からの親書により教示を受けた。ここで、貴重なマニクの同書を快くわれわれに貸與して下さった中央大學の桑田學兄に對しても、この研究をかような未完の形でしか發表しえないことを御詫びしなければならない。

尙、本稿では觸れえないヤコビのレヒツシャイン證券理論の詳細については、小橋一郎「ヤコビの有價證券概念」(竹田先生古稀記念商法の諸問題、昭二七)参照。またヤコビの文獻については、拙稿「レヒツシャイン法理の課題」(商學討究二卷三號)六二、六三、五一、五二頁を、更にヤコビの本書のあらまゝについては、納富「手形法に於ける基本理論」三五五頁以下と岡川「表示の公信力」(法商研究一卷二號)を参照。

二 意思と表示

意思表示による個人意思の自治を理想とする近代私法學において、意思表示理論は重點であると同時に、また久しく盲點でもあつた。殊に前世紀の後半以來激しく争われた「意思主義か表示主義か」の問題はこの盲點を暴露したも

のであつて、夥しい文献の好題目となつたところである。

問題の要點はこうである。意思表示 (Willenserklärung) とは讀んで字の通り意思 (Wille) と表示 (Erklärung) との二要素を包含するもので、この點については何らの疑いも存しない。それと同時に、意思は表示なしには効力を生じえないことも、争いがない。これに反して、表示はそれに相應せる意思がなくても効力を生ずべきか否かは、意思表示の効力發生の根據に照して、大いに論議がある。

意思主義 (Willensdogma) の論者はいう。法が意思表示に効果を認めるのは私的自治を達成するためであるから、その効果は表示者の眞意に従つて與えられるべきである。故に、意思と表示とが相合わない場合には、その意思表示は當然に無効とならざるをえない、と。

これに對して表示主義 (Erklärungstheorie) の論者はいう。取引安全 (Verkehrssicherheit) を保護するために、表示者の眞意のいかんを問はず、法は表示されたところをもつて表示者の意思と看做し、これに効果を附與すべきである。だから 意思と表示とが相異なる場合には、その意思表示は表示通りの効力を生じなければならない、と。

ひつきやうこの對立は、意思表示の効力の基礎および目的をどのように把握するかという根本問題にかかわる。ここに注目しなければならぬことは、意思主義の學説は大體一九世紀の學界を支配していたが、二〇世紀初頭以來は表示主義の學説が漸くこれに代つて通説とならうとしている事實である。「意思主義から表示主義へ」のかかる動向の底には、個人本位的な意思自律の思想から社會本位的な取引安全の思想への力強い潮流が私法理念の變革を叫んで高鳴している。そしてそこからは資本主義經濟高度化の法的反響も充分に聞きとることができるのである。立法がこの變轉の高潮の外に超然としてゐることができなくなつたのは當然である。現行法典に見るような意思欠缺の抗辯の制限、眞意の破壊力の抑制は、正に意思表示の古い革袋に取引安全の新しい酒を盛ろうとした意思表示法の發達史を物

語るのである。

かくして意思主義の敗北はもはや衆目の見るところのようである。しかし他方において表示主義の勝利はまだまだ必ずしも確定的なものではない。けだし今日諸國の立法は眞意の破壊力を完全に否定し去つたのではないのみならず、意思欠缺の抗辯を可成り廣汎に承認し續けているからである。ここに表示主義の論者はいずれも多かれ少かれ法典上の規定に妥協しつつ、表示主義を根據としてこれに意思主義を加味した折衷主義に赴いているのが現状である。だが凡そ折衷主義にあり勝ちな理論構成の不透明さは彼らにも拭い難く殘されているようで、これが通説たる表示主義を敢て再検討しなければならぬゆえんである。

(註) 意思主義・表示主義・折衷主義の學說の詳細については、岡松參太郎「法律行爲論」一二二頁以下參照。意思表示法の發達史の詳細については、栗生武夫「法の變動」三七五頁以下參照。これらの概要については、船橋諄一「意思表示の錯誤」(九州帝大法文學部十周年記念法學論文集五九三頁以下)序說參照。

ヤコビの意思表示理論は先ずここに展開の足がかりを求める。すなわち表示主義では、表現された意思は正に表示のゆえに考慮の對象となるのであり、また表現されない意思は始めから論外なのであるが、ヤコビによれば、なるほど表示はこれに相應せる意思がなくても効力を生ずる場合があるが、しかしだからといつて表現されない意思すなわち内心の意思が問題にならぬとはいえない。例えば錯誤による意思表示は、取消がなされなければ、また取消がなされたにしても、取消がなされるまでは、疑もなく有効であるが、しかし一たん取消がなされれば、その意思表示はもはや何らの効力をもとめないように遡及的に無効となる。これは、その意思表示にはそれほど根本的な意思欠缺の瑕疵があつたからである。だから「意思表示が有効であるためには根本的には意思が必要なのである。」かように述べて、ヤコビは表示主義を根據なきものとして簡単に片付け去るのである。

(註) Jacobi, Die Theorie der Willenserklärungen, 1910, S. 3f. 以下「われわれが「根本的には」と譯出したヤコビの言葉は原文では Grundsätzlich となっているものであるが、われわれはこれを敢て「原則としては」と譯さずにおいた。というのは、この言葉からして單純に、彼が、原則としては意思主義を根據とし、例外としては表示主義を加味したところの一種の折衷主義を提唱しようとして企圖しているかのように、誤解してはならぬと思うからである。實際折衷主義の難點の一つは、原則と例外という法律家愛好の言葉を深い根據づけもなしに援用するその曖昧さにある。ヤコビはそれを警戒した。そして、原則規定の根據、例外規定の根據を探索することに法律學の學問的な目的を見出した。だから彼はいつている。問題なのは、原則に對して例外があるということではなくして、それよりもむしろここに相交錯せる幾つもの法原理が支配をめぐつて鬭争しているということである。かくして、例外のために探し出された根據も又本題そのものと同様な仕方て法適用のための意義を獲得しうるのである、と。要するに、意思表示の効力發生の根據を探索することが彼の課題であつたのだから、表示主義に對する彼の反論の言葉もその角度から理解すべきである。Ders., a. a. O. Einleitung.

尤も結論的にいつて、彼は、意思と表示とが齟齬する場合にその表示を或範圍で有効と認める點で、著しく表示主義に傾く。⁽¹⁾しかし表示主義一般に通ずる論法たる「表示上推斷せられた意思」ないし「表示の客觀的意味内容」に拘泥することは、ヤコビの探るところではない。⁽²⁾彼は、表示主義の學說が表示の重要性を強調するの餘り、他方において意思の重要性を意思表示の効力發生の根據から殆ど抹殺し去るという過誤を敢てしている點に鋭く着目し、彼自身表示主義の結論に可成り接近するにもかかわらず、分析のメスを却て意思の側に深く入れるのである。

1 岡松博士は、この角度から、ヤコビの學說を表示主義の中に位置づけ、これを極端表示主義 (extreme Erklärungstheorie)・寛和表示主義 (gemässigte E. T.) に對して變体表示主義 (modifizierte E. T.) と名付ける。岡松・前掲一三〇頁。尙、この分類については Henle, Vorstellungs- und Willentheorie, 1910, S. 6 Anm. 20, 21 参照。われわれは、そのような位置づけを必ずしも適當とは思わない。

2 わが國の通説たる表示主義について、次の論者の所説を見よ。
我妻教授はいう。「意思表示は寧ろ表示行為を本体として純粹に客觀的に觀察するを正當とすると考える。……一定の効果を欲

する意思を推斷するに足る表示があればこれに従つて効力を發すべきものである。……従つて意思表示の解釋とはこの表示行為の有する意味を明かにすることである。……然し、この理論を貫くと、表意者の心裡の意思がこの表示によつて推斷せらるる所と齟齬する場合に表意者にとつて酷な結果となることがある。かかる場合には、一般取引の安全を害せざる範圍内に於て表意者の地位を保護することも亦、私人間の法律關係をその意思に従つて妥當に規律せんとする意思表示制度の目的に適するものと謂わねばならない。……然し、この故に表意者の眞意を探究することが意思表示解釋の任務のように解するのは、誤まれる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爲さるるものなることを忘れたものである。内心的効果意思は意思表示の効力の有無を左右することがあるだけで、意思表示の内容に影響を及ぼすことは絶対にない。」我妻「民法總則（民法講義Ⅰ）」二六九、二八〇—二八一、三〇九頁。

石田博士はいう。「意思表示は意欲の表示ではなく、法的に標準となるべき意味の表現であり、客觀的に把握さるべき意味構造である。」石田「民法研究」第一卷一五頁。

これらの見解はいずれも意思表示の本質を表示の側で分析し、その解釋原則を論定したものである。

一 さてヤコビは、「問題なのは、その意思が何に向けられていなければならぬかである」と述べて、意思決定の方向から意思の要素を分析する。第一に「必要なのは、表示行為をなす意思である。」⁽¹⁾しかし表示者が表示行為をなすのは表示行為自體のためではなく、この表示行為がもたらす諸効果を豫想し期待するからである。⁽²⁾そこで第二に、表示行為をなす意思と結びついた表示者の効果觀念を分析することが問題の中心となる。

1 ヤコビはこの「表示行為をなす意思」なる概念を BG 38119 の用語「Wer eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte」に求めているが (S. a. O. S. 44nm. 4) 、それはいわゆる表示意思 (Erklärungswille) ではない。ただし後者は内心的効果意思と外形的表示行為とを連絡する心理作用であるが、前者が表示行為と結びつけようとするものは次に分析することく内心的効果意思ではないからである。故に、わが國の通説が表示意思に浴びせる攻撃はここでは當らない。我妻・前掲二七二頁、石田「現行民法總論」三三四頁參照。尙、ヤコビが行為意思 (Handlungswille) を指しているのではないことも勿論である。行為意思は表示行為自體にぞくするものだからである。

2 このことも BGBSI19の「表示の内容」という用語に窺われるとされる。それは「觀念された効果」であるとかコビという。
 Jacobi, a. a. O. S. 4 Ann. 5.

表示行為の効果に關し表示者が懷く觀念については、これを法律的效果意思と解する通説が先ず顧られる。もちろんヤコビが問題にしている表示者の効果觀念は表示者内心の觀念であるから、ここに通説の法律的效果意思というのも内心的効果意思のことで、表示主義のいわゆる表示上の効果意思ではない。

(註) ヤコビが批判しようとするのは内心的効果意思説であること、岡松博士も認められる。岡松・前掲二七頁註四。しかし冒頭先ず表示主義を拒否し去つたヤコビがここで表示者内心の側面から立論して、表示上の効果意思説に近い結論を導き出している點を以下において注目されたい。

ヤコビがなした通説への批判は次の二點を主とするもので、これを手がかりに彼は自説を展開するのである。

(註) ヤコビの敘述は必ずしも整然とはいえないようで、彼が通説への批判として列記したところも敘述の体裁上は數項目に亘るようであるが、これらは相互に關連があり、しかも讀者にとつては理解し難い順序で配列されているので、本稿ではその順序を適宜改め、關連のあるものを取まとめて、二點に集約する。

すなわち通説は、一方において法律的效果意思を欠如しても意思表示が有効である場合を解明しえず、他方において法律的效果意思を表現しても意思表示が存在しない場合を辯明しえない。彼がそこに着目したのは、當面の問題たる表示者の効果觀念を何よりも先ず法典の現在において捉えようとする正當な解釋學的努力の現れである。

先ず第一の點について。通常の場合には表示者に法律的效果達成の意圖すなわち權利變動の意圖が存するとしても、それを欠きながら意思表示として有効なる場合も確かにある。例えば、家主が借家人に解約の告知をするときは、通常法律的效果意思が完全に具わつていて、家主は借家人の退去を意思するわけだが、そこまでは意思せずに告知する場合もありうる。それは、一たんは告知をなしても後でそれを撤回するならば借家人の方でも喜んで陷み留るだろう

と考えて告知するとか、或は告知権があるのにないものと信じて告知するような場合である。それでも告知は有効なのである。前者の場合表示者が表示行為をもつて意圖するものは、先ず相手方に自己が表示しようとする願望する内容通りの觀念が発生することであり、更にこの觀念によつて相手方が行為した結果として自己の願望が満足されることである。だが意思表示が有効であるためにはこれら全部の要素を包括する意思を必要としないのであつて、後者の場合には自己が表示しようとする願望したところを満足させる意圖を欠いていても、その願望の内容に關してそれ相當の觀念を相手方に覺醒する意思だけで充分である。つまり、解約——從つて退去しなければならぬとの觀念を借家人に覺醒すれば足りるわけであるから、兩者の場合に通じて意思表示の有効性に必要なものは、「表示者が法律効果を意思するという相手方の觀念 (Vorstellung) を表示者が喚起しようとする意思」である。換言すれば、表示者に權利變動の意圖がなくとも、それが存在するとの觀念を相手方に發生せしめる——これが表示行為をもつて表示者の期待しなければならぬ効果である。従つて、通説のいう「法律効果達成の意圖は必要でない。」

(註) Jacobi, a. a. O. S. 5. ヤコビは、この考え方はヘルダー (Holder) とコラー (Kohler) の暗示に負うものであることを述べている。すなわちヘルダーのいう期待 (Erwartung) 喚起の意圖、コラーのいう精神的効果 (Geistesefekt) の刻印を目的とする意思がそれである。ヤコビはこれらを参考しつつ、通説のいう法律的效果意思を攻撃しているのだが、尙後者を或形でとり入れてゐる點は、注意すべきである。いわば、法律的效果意思の存在を期待する精神的効果の刻印を相手方に喚起することを目的とする意圖——これがヤコビの見解である。たんなる精神的効果意思だけでは不充分であつて、法律的效果意思をも加味しなければならぬことについては、ヤコビも援用しているいわゆる教授用手形の振出の一例を考えれば、明かとなる。すなわち教材として手形を振出す教授は學生に對して責を負わないのである。Ders. a. a. O. S. 6.

尙、本文述べた箇所に關する納富博士の理解はわれわれの理解と異なる。博士はいう。「ヤコビによれば、表示者は表示行為を以て相手方に自己の願望の内容に相應せる觀念を生ぜしめ、それによつて他人に更に他の行為をなさしめ、その結果自己の希望を満足せしむることを企圖するのである。それ故に、表示者の希望を満足せしむる相手方の行為を生ぜしめんとする意思は意思表示

に屬しない」と。寔に不可解な理解である。納富「手形法に於ける基本理論」三五五頁。

かように表示者の効果觀念を限定した後、ヤコビは、表示行為をなす意思と結びついた表示者の觀念覺醒の意圖 (Absicht der Vorstellungserweckung) が意思表示の効力發生の根據に適するか否か、を吟味する。この點について、法律的效果意思が法律効果を生み出すとの通説が對比される。

ヤコビによれば、表示者が法律効果を意思するからといつて、何ゆゑに彼は法律効果をもたらしうるのか、その根據が通説では何ら明かにされていない。⁽¹⁾或は「二つの現象の間には通例として前後關係あり、故に因果關係あり」 (Post hoc, ergo propter hoc) と答えられるかもしれない。⁽²⁾しかし既に發生的に見たように、意思表示なる法律事實を惹起する一連の諸事實のうち、權利變動の意圖のごとく、苟も或時は存在し或時は欠如する事實は、法律効果發生の根據ではない。それをしも根據というのならば、そのような見方は、法における因果の要請を充たすべきものを誤解していると思う。法は人間のうちに宿る正義の感情を人間のためにする合目的性の考量に従ひ實現することを追求する。従つて意思表示の法律効果もかかる正義觀に歸着せしめられるべきことを、われわれは要求する。

1 いかにして近代法が各人の意思に最高の自治力を認めるに至つたかの歴史的事情に思いを馳せることは、たしかに重要であるが、しかし何のために、法律的效果意思は法律効果を生み出さうかの直接の解答にはならないであらう。ヤコビは、こゝでそれを求めていると理解される。

2 Zielmann, Die juristische Willenserklärung, in Jher. Jahrb. Bd. 16 (1878) S. 383f.

これに反して、觀念覺醒の意圖が意思表示の効力發生をもたらすに適する理由は、見出すに困難でないとヤコビは考える。けだし發生的に見た全ての場合に通じて意思表示の基點となるものはただひとつ觀念喚起の意圖であり、或場合にのみ原因力たる權利變動の意圖と異つて、人間の正義觀に相應するからである。いま意思表示は觀念覺醒の意圖に、この意圖は何らかの効果 (權利變動 詐欺・諧謔) の觀念に、この觀念は更に何らかの原因からする現在の法的

状態に關する不滿にもとづく（同情・利欲）。だが觀念覺醒の意圖が意思表示の効力發生を正當にもたらす理由がわかれれば、それ以上に遡つて遠い原因をたずねる必要はない。法律的效果意思説はそれ以上のものを求めるところに無理がある。

（註） Jacobi, a. a. O. S. 7f.

次に第二の點について。通常の場合には或人が法律的效果意思を表示すれば意思表示の成立があるとしても、その効果意思の表現ありながら意思表示の存在せぬ場合も確かにある。例えば、家主が借家人の面前で證人として解約の意思を誓言するとか、或は互に婚約を意思しながら意思するだけで双方そのことを口に出さない男女二人が今何らかの訴訟で兩者意思の存在を證言せねばならぬような場合を考えよ。かかる場合、意思または合意の確認は恐らく契約の終了または成立への契機を與えるであろうが、しかしそれだけではまだ何らの解約でも何らの締約でもあるまい。いかにも効果意思は存在し、しかも表示されたのだが、しかし意思表示としては尙不充分なのである。だから或人が効果意思の存在を表示するからといつて、必ずしもその場合法律上の意味における意思表示が存在するとは限らない。

（註） Jacobi, a. a. O. S. 8f.

通説の論者は或は前例のような意思表示不存在の場合に對する辯明として、そこにはたんなる願望の表現があるだけで、法の要求する「意思の表示」という手段は採られていないというかも知れない。しかし、そこには表示にまで發展した意思と同様に決定的な願望が存在したのであり、また意思がそこにのみ現れる手段たる表示と同様に確實な行爲によつて意思の存在が證明されたのである。もちろん他の願望とまだ争つてゐるような願望は意思として法の問題にはなりえないであろうが、しかし何ゆゑに法は意思たらしめる手段から妨げるのか。「暗黙の意思表示」（*stillschweigende W.E.*）すらもが認められているのに、表示と同様にその目的を達成し

うる他の適切な手段が何ゆえに表示に代替しえないのか。

(註) Jacobi, a. a. O. SS. 9, 10, 11. 従つて、次のとき反論はこゝで當らない。「他人に『あなたと結婚したい』と言おうとする者は婚姻の意思がないのである。何となれば、彼の願望は表示を口に出す困難のために挫折しているからである。言表を躊躇する『したい』(Ich will)は、言表にあたつて決心がつかない『するかもしれない』(Ich möchte)にすぎない。將來何かをするという決心は決心ではなくて、あれやこれやと動く諸考量の暫定的な解決にすぎない。今行爲することには反對する動機の方がどちらかといへば強い。結局は、『行爲したくない』(Ich will nicht handeln)のみである。」(SS. 9.)

ヤコビは通説がこれらの疑問に答ええないことを確かめてから、自説の展開にとりかかる。すなわち彼によれば、前例において解約の告知または婚姻の締結が存在しないのは、法律効果を目的とする意思が欠けているためではない。何となれば、家主は契約を終了させたいと意思しているし、男女両者は互に契約を成立させたいと意思しているからである。それではヤコビのいわゆる觀念覺醒を目的とする意思が欠けているのかというに、そうでもないと言コビはいう。何となれば、家主の願望を借家人が知つてくれることは家主にとつて、また男女双方の願望を互に知り合ふことは男女双方にとつて、いかにも結構なことだからである。彼にまた彼らに欠けている意思というのは、こうである。すなわち、相手方がこの觀念覺醒を相手方自身のその後の作爲および不作爲のための基礎として使用し、その上に立つて言表をなすべきであり、又なしてよろしいという意思である。従つて、「必要なのは法律効果を目的とする意思ではなくて、表示者の權利變動の意圖に關する觀念を覺醒することを目的とする意思に更に加えて、この表示を他人に信賴の基礎 (Vertruenensgrundlage) として役立てる意思なのである。」

(註) Jacobi, a. a. O. S. 10. 但し本文では同頁の敘述を前掲の二例に推及して理解して見たことを斷つておく。

かように觀念を覺醒し、これによつて信賴を喚起しようとする意思が表示者の意思として要求されるならば、「意思表示の効力は法の最も根本的な深みから基礎づけられる。」けだし、「自分が決定すべき力をもっている事柄につ

き知り且つ欲して他人に約束の言葉を與えた者はどんな法によつても責務があるとされる」からである。そこには法のあらゆる變動を越えた普通の法原理が横わつてゐる。「言葉は口の外に出ると、他人のものである」(Wenn das Wort heraus ist, dann ist es eines anderen) とは寔に至言である。信頼喚起の意思が法的拘束をもたらすに適する理由は、表示者の言葉を他人が信用すること——表示者が自己の意思に對して規範を定めたと他人が信用すること——を表示者が豫め知つて、この信頼の喚起を欲した點にある。そして、それで意思表示の効力發生の基礎づけに充分であるならば、それ以外に更に法律的效果意思なる要件が入り込む余地はもうないのである。

(註) Jacobi, a. a. O. S. 14.

以上を要するに、表示行為への意思と結びつかねばならぬ表示者の効果觀念は、表示者が法律効果を意思しているとの觀念を相手方に覺醒し、これを基礎として、表示者が相手方のために自己の意思に規範を立てたとの信頼を相手方に喚起することに向けられてなければならない。ヤコビは、かかる觀念覺醒意思(Vorstellungserweckungswille)と信頼覺醒意思(Vertrauensserweckungswille)とをもつてなされた意思表示を「信憑性ある意思表示」(verlässliche WE.)と呼ぶのである。

(註) 本稿の序に述べた通り、ヤコビは意思表示を二種に區別し、信憑性ある意思表示と信憑性なき意思表示(unverlässliche WE.)となす。後者は觀念覺醒意思または信頼覺醒意思なしに法律効果を生じうるのである。Jacobi, a. a. O. S. 77.

尙、信憑性ある意思表示の意義に關連して、ヤコビは、表示主義者と意思主義者から呈示されるであろう疑問にそれぞれ答へてゐる。

第一に、シロスマン(Schlossman)によれば、表示の相手方は、表示者が意思を欠缺していても、表示に信頼することがあり、しかも表示者の拘束はこの信頼のために生ずるとされるのであるが、しかしヤコビによれば、その場合たんなる信頼は無効であつて信頼といつても、意識的に喚起された信頼のみが有効なのである。Ders, a. a. O. S. 14.

ヤコビの意思表示概念

商學討究 第三卷 第四號

第二に、エンネクツェルス (Ennekerus) の想定した例であるが、或人が、生命の危険を避けるために興奮を取除かねばならないような或病人に、この目的のため、病人の親戚に彼が告げたとは異つて、眞面目に意思しなかつた意思表示をなす。この場合でも、やはり彼は自己の表示に拘束されねばならぬのか。これまで述べたヤコビの所説に従えば、文句なしに然りと答えられそうであるが、ヤコビによれば、この場合は意思表示に關する規定の適用の問題ではなく、事務管理に關する規定 (B. 680 u. 690) の類推の問題であるとされるようである。Ders, a. a. O. S. 15.

信憑性ある意思表示において法的拘束が発生する根據は、かくして、表示者が権利の變動を達成すべきであるとの規範を自己の意思に立てたという觀念と信賴とを覺醒しようと意圖した點にある。換言すれば、法律効果を達成するように自己の意思を拘束したとの觀念覺醒と信賴喚起とを目的とする表示者の意圖にある。かような規範的拘束意思が存在するという觀念と信賴とを喚起する意圖について、ヤコビは更に概念上注意すべき若干の説明を補足している。

(註) ヤコビの用語は必ずしも統一的とはいえないようである。これは、彼の提唱する意思表示の新概念が廻りくどい表現を要求するからで、そのような表現をいちいち繰り返す煩雜さを省略するところから、一層敘述が理解困難となつていくような印象をうける。以下のわれわれの理解も、ヤコビの敘述とは必ずしも一致しないところがあるが、それは、彼が敘述の經濟上省略したと思われるところをわれわれが補つて理解したためである。彼の敘述では、効果意思または拘束意思の存在の觀念と信賴とを覺醒する意思を論じている筈のところを、たんに「法的効力を意思する」とか、「法的拘束を意思する」とかの用語で片付け去つてゐるが、その場合「意思する」というのは勿論彼の提唱する「意思」概念を指すものと理解されるべきだろうからである。

先ず規範的拘束というときの規範が「法的に意義ある規範」であるべきことは當然である。けだしそれは法律効果を達成すべきであるとの規範だからである。従つて表示者は自分が道徳上・⁽¹⁾社交上・⁽²⁾經濟上拘束を受けたと相手方に思念させようとするには及ばないのであつて、法律上自分が拘束を受けたのだと彼に信用させようとするのでなければならぬ。拘束は受けるが然し「法の原理に従つて」それを受けないのではないと信じさせるような意思表示は根本

的には意思表示ではない。尤も國家は、たんに道德的にだけ拘束を受けるという信賴關係に特別の關心を寄せて、これを法的にも拘束力あるものとして承認することができる。しかしさような法的拘束は公法的色彩を帯びるのであつて、例えば婚姻に見るごとく、純粹な私契約でないために、私的意思表示に關する規定が純粹に適用されないことになつてゐる。⁽⁴⁾

1 例え、或人が、自分は五〇マルクで賣ろうと思うが、しかし法的にはなく、たんに道德的にだけ義務を負いたいと表示したならば、明かに何らの法律行為的意思表示も存しない。Jacobi, a. a. O. S. 16.

2 例え、わたくしが、夏休をいかに過そうと意圖しているかを友人に語ろうとして、その場合、わたくしは貴君を八月に訪ねようと思つてゐると述べるだけならば、それは何ら適當な信賴基礎ではない。わたくしは彼に何かを報告しようと思つただけである。Ders., ebenda.

3 例え、土地の賣買において、登記所てなす表示は土地所有權讓渡の信賴を喚起するための基礎なのである。Ders., ebenda. 尚、經濟的効果主義への批判として一般に說かれるところについて、岡松・前掲四二頁以下參照。

4 婚約者が婚姻に關する國家權力を全然知らず、従つて觀念覺醒の意圖を欠いていても、國家は、婚姻によつて引受けられた倫理的義務を守ることに特別な關心をいだくのであつて、この故に例え虚偽表示の抗辯は排除せられる。BGB § 323 參照。Ders., a. a. O. S. 17.

しかしこの法的拘束の觀念を訴訟による權利主張の意圖と取り違えてはならない。けだし、法によつて保護される幾千もの日常の行爲において、當事者はかような意味での法的拘束について思念しないのが普通だからである。⁽¹⁾ 況んや法律構成の正當な觀念を表示者が覺醒しようと思圖するに及ばぬこと勿論である。⁽²⁾ 表示者としては、正に「法の原理に従う」という廣い意味で拘束意思の信賴喚起を意圖すれば足る。⁽³⁾ ただ、いかなる範圍で法の規範的拘束を受けたとの信賴を覺醒しようとするべきかは、法規定または慣習法によつて形成された定型が存在するか否かにより異なる。この定型が與えられておる場合には、特別の指定または協定を表示の當事者がなさぬかぎり、拘束の範圍は定型に

54 従う⁽⁴⁾。この場合、法律の錯誤⁽⁵⁾または事實の錯誤⁽⁶⁾があつても、恰も定型に従うかのように強い拘束力ある規範を自己の

意思に立てたという信賴の喚起を意圖するならば、やはり同じである。またこの定型が與えられていない場合には、特別の指定または協定によつて拘束の範圍を決める。この場合、存在しない定型を存在するとして指定することも構わぬ⁽⁸⁾。

1 例え、わたくしが友人から書物を借りるとき、われわれ兩者は、彼が書物の返還請求の訴を起すことができるということに、思い及ばない。Jacobi, a. a. O. S. 18. 尙、この點に關連し、法律的效果主義への批判として一般に說かれるところについて、岡松・前掲三七頁以下をも參照。

2 例え、明日要る金を貸してくれと乞う者は、明日確かに法律的手段によつてそれをうるように、今日約束することを意思する—という風に想像するのが奇矯に見えるようなものである。Jacobi, a. a. O. S. 19.

3 前註1において、わたくしが一般的な道義の命ずるところからしてのみならず、法の要求するところからして、彼に返還の責務を負つてゐるものであること、彼此互いに一致して見るところである。しかも、このことは、彼がわたくしに書物の返還または損害賠償の請求訴訟を何ら起さないことをわたくし自身はつきりわかつてゐるときでも、そうなのである。Ders., a. a. O. S. 18f.

4 従つて、表示者の意思した法律效果のみならず、意思しなかつた法律效果で、その意思表示に結びつけられた最も重要なものも發生するのである。Ders., a. a. O. S. 11.

5 例え、債務の引受は文書による場合にのみ責を生ずると信じつつ、口頭で引受をする場合。Ders., a. a. O. S. 20.

6 例え、自分の物と盗んだ物とを互いに取り違える程に澤山物を盗んだ人が第三者に、盗んだ物であると信じて自分の物を賣却譲渡する場合。Ders., ebenda.

7 前二例の場合に意思表示が存在するのは、相手方に對し、法の規定に従つてではないが、とにかく法の原理に従つて拘束を受けるとの觀念と信賴とを覺醒しようとしたからである。ヤコビはこの觀念を「限定なき法的拘束の觀念」ともいう。Ders., a. a. O. S. 20—22.

8 拘束の範圍についてヤコビが論ずるところは、任意規定の効力範圍に關するものと理解される。彼はこれを「表示者の意思が

どの範圍で規範に關わらねばならぬか」の問題と呼んでいる。Deig., a. a. O. SS. 16, 22—24.

ところで、ヤコビは、かように意思の側面から深く掘下げた意思表示概念をもつて、ドイツ民法典上の實定規定の根據を説明しようとするのであるが、就中重要なのは、第一一六條における心裡留保の非重要性についての説明である。この説明をめぐつて彼は意思主義者と表示主義者とのそれぞれの所説を自説に對比せしめる。

先ず心裡留保が重要でないというのは反倫理性の理由にもとづくなす意思主義の論者があるが、この方面からして、心裡留保は嘘言を含むが故に援用してはならないと主張するだけでは、何ら充分な説明ではない。何となれば、法律効果は意思するに及ばないということは、その説明でもやはり動かぬところだからである。だとすれば、法律効果は意圖されるべきではなくて、その達成の意圖の觀念のみが覺醒されるべきであるということは、依然として反駁の余地がない。

(註) Jacob, a. a. O. S. II. のような論者の例としてヤコビはシュリマン(Schliemann)を挙げ、更に極端な例としてツィテルマンのこゝとく「訴訟において嘘言を援用してはならぬ」と主張する場合を挙げる。Zitelmann, a. a. O. S. 402. Jacob, a. a. O. S. 12.

次に心裡留保による意思表示は二重の擬制の中にあると見る表示主義の論者がある。すなわち、行爲者は法律効果を目的とする意思を有しないのに、これを有するかのごとく装うし、法律も又、第一一六條の文言に明かな通りに意思表示のようなものが存在しない(nichtig)のに、恰も意思表示からして責任が生ずるかのごとく認めるところから出發している、と。ところで擬制ということは何らの説明にもなるまいから、論者の意圖はレヒツシャインの援用にあると理解される。けれども、心裡留保者の責任が表示の外觀からのみ推論されえて、表示そのものからは推論されえないとすれば、意思表示本來の説明として弱みがあろう。けだし、或人が自分の意思しなかつた或は別様に觀念した表示にもとづき責任を負うものか否かは、疑がありうるからである。故に、第一一六條をレヒツシャインに歸着せ

しめて、相手方保護のための規定と解することは困難である。ここにヤコビは心裡留保の非重要性の根據を、心裡留保者が權利變動を意圖しているとの觀念とかかる點で自己の意思に規範を立てたとの信賴とを表示によつて相手方に覺醒しようという意識でその表示をなした點に求める。

(註) Jacobi, a. a. O. SS. 13, 14. ヤコビがここに引用したのはヘルダアの表示主義である。それへの批判にヤコビはレヒツシャイン概念を持ち出しているが、本文に明かなように、外觀に對する相手方の保護の面からのみこの概念を考えているようである。これは、レヒツシャイン法理形成の學說史の上からいえば、いわゆる原因主義 (Veranlassungsprinzip) が充分に加味されるに至る前の古い素朴なレヒツシャイン概念であつて、その意味で表示主義に通ずる。だからこそ、ヤコビはここでレヒツシャイン概念の適用を排して、相手方の保護の面からではなく、表示者、より正確には心裡留保者の歸責の面から立論しているものと理解される。拙稿「レヒツシャイン法理の課題」(商學討究二卷三號) とくに四八頁參照。

二 次にヤコビは、前述のごとき「意思」の概念からして、「いかなるものを表示として理解すべきかも今や評價される」という。それは、「表示者の一定の權利變動意思を推斷する原因を與えるべき表示者の全態容にして、しかも他人に知りうるようにされたもの」である。「表示者のかかる態容が彼の意思に歸着せしめられるならば、意思表示は存在するのである。」従つて意思表示の効力發生の根據は、「表示者が法律効果を意思するという相手方の觀念を表示者が喚起しようとしたことと、表示者が相手方をしてさように欲して與えた自己の言葉を信ぜしめるように知つて原因を與え (veranlassen) たこととにある。」

(註) Jacobi, a. a. O. S. 24f. かういふ説明はすでに彼の Das Wertpapier als Legitimationsmittel, 1906, SS. 42f., 44 にも見られる。ここにわれわれは彼が原因主義を早くから注目していたことを知る。

かかる概念規定からして、ヤコビは次のごとき結論を出す。

第一に。表示は、拘束意思の觀念を相手方に喚起する手段である。この手段が目的を達成したときは、手段それ自

體としては取引上不適切であつたとしても、表示の有効性を妨げることはない。故に、表示者が自己の意思を不適切な方法で表現したのに、相手方がそれを表示者の考えた通りに理解したときは、表示者は自分が権利變更の意思を有すると相手方をして信ぜしめる目的を達成したのである。すなわち表示者は、拘束意思の觀念を自己の言語によつて喚起しようとしたのであるから、自己の言語によつて拘束を受けたと自らを考えざるをえない。言語學上はともかくも、法律學上はそれで意思が充分に表示されているのである。このことをドイツ民法典第一三三條は次のように表現している。「意思表示の解釋に際しては眞意を探索すべく、表現の文辭の意味に拘泥してはならない」と。つまり眞意とは、喚起されるべきものとして表示者が眞實に思い浮べたと同一の觀念を覺醒するという志向の表示者「内心の意思」に外ならない。かように、表示の手段たる文辭が抽象的には眞意に適當しないものであつても、それが正當に理解されることによつて具體的には眞意の通り觀念覺醒が達成されるならば、意思表示の効力は表示の不適切なるためにそこなわれることはない。この原理の適用例が、隱匿された行爲を有効とするドイツ民法典第一一七條第二項の規定である。

(註) 例えば、或人が自分の酒倉を自分の書庫と呼ぶ。彼は自分のそうした慣わしを知らないのだが、わたくしはそれを知っている。彼はわたくしに自分の書庫を賣ると申込んでくる。しかも彼がたつた二・三冊しか本を持つていないことを、わたくしはよく知つてゐる。そのような場合、わたくしは彼が酒倉を賣るつもりで書庫を賣ると申込んできたのだと理解したのだから、彼はわたくしに自分の酒倉を提供したわけである。Jacobi, a. a. O. S. 25.

また例えば、わたくしがミュンスタアで「ヤコビはミュンスタア大學の教授であつた」或シュレジェン人に對して、「間もなく」(bald) 供給を實行する旨の義務を引受けるときは、相手方が故郷シュレジェンの慣行に従えば「間もなく」とは「直ちに」(sofort) のことだと理解するということわたくしが知つてゐるならば、わたくしはこの表示をドイツ民法典第一五七條「契約は取引慣行を考慮した信義誠實の要求するところに従ひ解釋しなければならない」によりミュンスタアの取引慣行に従つて解

商學討究 第三卷 第四號

釋することはできず、そのシュレジェン人が「間もなく」に結びつける概念に従つて解釋しなければならぬ。しかもその場合彼の故郷の慣行が第一五七條の意味で法的に働いているのではない。彼だけが單獨で「間もなく」を「直ちに」と理解しても、わたくしがそのことを知れるならば、ことは右と同じであらう。Ders. ebenda.

ヤコビは前二例の舉示に引續いて、この考え方を直ちに隠匿行為に推及すべき旨の附言をなしているのであるが、この無造作な附言はやや唐突で、簡単に過ぎる憾みなしとしない。というのは、第一一七條第二項は、隠匿する虚偽の意思表示の効力が隠匿される行為の効力に依存する旨を規定するにすぎないからである。しかしヤコビのいわんとする趣意は、この規定が法律行為は虚偽の表示により隠匿されても觀念の覺醒あるかぎり効力に影響がないとする點にあるであらう。虚偽の表示には單獨の虚偽表示と通謀の虚偽表示とがあるが、後者の場合は双方共觀念を覺醒されているから、隠匿行為の効力に影響がないのは勿論として、前者の場合でも相手方が觀念を覺醒されれば、やはり同じことであらう。

更に、ヤコビの言及していない點で、今一つ注意すべきものがある。それは、前二例と隠匿行為との間には次のとき重大な相異が存することである。前二例はわが國の通説によれば錯誤の問題にぞくすることであるといふまでもあるまい。第一例は表示の方法に關する錯誤、第二例は表示の内容に關する錯誤といふことにならうが、いわゆる表示意思を否定する通説にあつては、兩者は同一に取扱われる。所詮は眞意と表示との不一致すなわち内心的効果意思の欠缺ありながら表示者自身そのことを知らないという點で、區別がないのである。我妻・前掲三一七頁、石田・前掲三六〇頁。ところが、ヤコビによれば前二例のごときにおいてすら、内心的効果意思の存否いずれの場合もありうるので、その存否は一片の動機の問題でしかないであらう。Vgl. ders. a. a. O. S. 5. しかし、内心的効果意思の存否にかかわらず、内心に効果意思が存在するとの觀念とその効果意思通りに法的拘束を受けたとの信頼とを相手方に覺醒しようとする表示者が意圖するにしても、その効果意思と表示手段とが一致しないことをやはり表示者自身認識していないというのが前二例の場合であること、ヤコビにおいても異ならない。これに對して、隠匿行為の場合は表示者自身にこの不一致の認識があるのである。ヤコビはかかる相異點に言及することなく、前者の場合の原理を卒然として後者の場合に適用している。通説が重大視するその相異點をヤコビが無視し去つてゐるのは、表示者に不一致の認識がある与否とを問わず、相手方が觀念と信頼とを覺醒されれば、同じだからである。

尤も一見右と逆のごとき規定もある。第一一六條第二段は、心裡留保が見抜かれる場合には意思表示は不存在

(nichtig) であるという。しかしこの規定は前述の原理の正當性を却て裏書きするものである。

先ず、この場合相手方は留保そのことを知ればよいのであるが、よしんば虚偽の表示の背後に留保された表示されざる意圖を見破つたとしても、第一一七條第二項と異り、その意圖が効力をもつことはない。しかしこれは、表示者自身がその表示されざるものに從つて拘束をうけたとの觀念を喚起しようとは思わなかつたからである。

次に、それにしても、その虚偽の表示は第一一七條第二項と異つて何故に意思表示として成立しないかというに、それは、表示者の覺醒しようとした拘束意思の觀念が表示者の言葉に對する相手方の不信によつて覺醒を見ず、に終つてゐるからである。同じ第一一六條の第一段は既に述べた通り心裡留保の非重要性をうたつてゐるが、この場合は相手方が言葉を信用したのである。

(註) Jacobi, a. a. O. S. 25f. 本文ではヤコビの敘述を二點に分けて理解した。ここで彼の掲げる設例を見よう。わたくしは或他人に、金の返還請求は絶対にしたくないと眞情を語つた後、或友人に貸金を受領の際にこのことを聞き及んでいた。わたくしがその後貸金の返還を請求すると、友人は、豫てわたくしに貸金の意圖がなかつたことを主張する。この場合、貸金を受領しようとの友人の表示は、後てわたくしの贈與の意圖を援用することを彼が恐らくは既にたくらんでいたにしても、完全に有効なのである(第一一六條第一段)。これに反して、わたくしの貸金の表示は無効である(第一一六條第二段)。従つて契約は成立しなかつたのであつて、わたくしは件の金を回復することができる。 Derz., a. a. O. S. 26.

この設例は單獨虚偽表示たる貸金に假装された贈與の隱匿行爲のように誤解される虞れがあるので、そのような誤解に對する反論としてヤコビの解釋を受取つて見ると面白いのであるが、實際はこの解釋は、第一一六條第二段により友人は拂戻の要なしとするヘルダアの見解に對する反論として、書かれたものである。

尙、ヤコビは右の設例に附言して、次のような見解をも明かにしている。―勿論、友人は、わたくしがその取引を少くとも貸金として維持しようとの意思であると信ずるのが普通である。この場合には、彼は、その取引を決して貸金として意欲しないとのわたくしの意圖を知らないのであるから、わたくしの貸金の表示もまた有効であり、従つてその貸金は有効である(第一一

六條第一段)。Ders., ebenda.

ともあれ、觀念を覺醒するという表示の目的からいえば、相手方がよつて以て表示者の意思を正當に推斷する個々の事情が相手方に知りうるようにせしめられているには及ばない。わたくしが不明晰な表示をなしても、相手方がわたくしの意味するところを偶々知つていたが故に、わたくしを正當に理解するならば、ここでもまた表示の目的とするところのものが達成されたわけである。しかし相手方に到達しなかつたものは相手方これを知らないのが普通である。そのかぎりでは、表示者が一般に知られないと推定した事情は、表示者自身が偶々知つていたときでも、表示者の意思を探索する際に除外しなければならない。換言すれば、表示の解釋上、表示者は、そうした事情を當事者が知らなかつたという推定の下に自己の表示から當事者のために明かとなる、そのような意思が存在するとの觀念を喚起しようと思つたことになる。故に、表示者が表現しようと思つたところのものは第一三三條に従つて解釋されるべきであるが、表示者が表現しようと思つたところのものは第二四二條により表示の目的に従い探索されるべきである。同條は給付における信義誠實 (Treu und Glaube) の原則をうたつた規定であるが、解釋原則としては第一五七條が「契約は取引慣行を考慮した信義誠實の要求するところに従い解釋しなければならない」と規定する。

(註) Jacobia a. O. SS. 26f., 24. ヤコビが示す實例であるが、被相續人が教會の記録と一般の信用に反して五歳多いことを自分て知つていながら、自分の百回誕生日に一定の遺贈を拂出すべきことを相續契約で取極めるならば、彼は、教會の誤記と一般の誤信の通りに自分の百回誕生日が祝われる日に遺贈が拂出されるべきであるとの觀念を喚起しようとするわけである。Ders. a. O. S. 27.

第二にヤコビが導き出す結論は、他人が信賴しうべき表示の非撤回性であり、「自明である」という。

(註) Jacobia a. O. S. 27.

第三に。表示者の意思は、眞正の意思表示にあつては、⁽¹⁾その表示が相手方にとつて信賴の基礎として役立ちうると

いうこと、すなわち第一三〇條に従い相手方に到達するというにまで、及ばねばならない。けだし、そうでなければ、表示者は自己の言葉を信頼の基礎となすことを意思しなかつたことになるからである。ここからして、到達意思 (Wille auf Zugänglichkeit) をもつてなされた信憑性ある意思表示はすべて受領を要するものであることが、明かとなる。^(a)

1 「真正の意思表示」 (die korrekte WE.) というのは「外觀上の意思表示」 (Schein einer WE.) に對する言葉で、後者については、「ヤコビにおける意思表示のレロツシャイン」として次の機會に述べる。

2 このことは、懸賞廣告のごとく、特定人に向けられていない意思表示にも、當てはまる。かように告知目的ある一切の意思表示の受領必要性を指摘したのは、マニツクの少からぬ功績であるとヤコビはいう。ヤコビもまた同様な試みをすでに一九〇一年にやつているが、充分に成功していない。Vgl. Jacobi, Die Wertpapiere im Bürgerlichen Recht des Deutschen Reiches, 1901, S. 195f. だから、この點でヤコビはマニツクの暗示に負うところ大なわけである。しかし、ヤコビにいわせれば、勿論マニツクは告知目的ある意思表示の中に、信頼基礎を與えるものと與えないものとを區別せずに、受領必要性を後者のグルツヘにも擴充しているかぎりて、行き過ぎなのである。Ders., Die Theorie der WE, SS. 27, 28 Anm. 1.

信憑性ある意思表示は表示者の意思した通り相手方に到達すれば、相手方は受領したことになる。というのは、到達の瞬間にその意思表示は了知可能の状態におかれたからである。聞く、見る、その他の感覺的了知によつて可能ならしめられるべき通告の受領は、受領者の協力に俟たねばならぬところであつて、受領者が協力しなければ、如何ともし難い。だから、相手方に通告をもたらすために表示者のくりひろげた活動によつて通告が相手方の了知可能の範圍内に到達せしめられたときに受領あつたものとして表示の効力が發生するということ——この考え方は、法協同體 (Rechtsgemeinschaft) の一員として人は同胞の意思表示の受領を避けてはならないというドイツ法固有の思想に由來すると見ることが出来る。

(註) Jacobi, a. a. O. S. 28f. ヤコビによれば、この思想はすでにピステンセ勅令 (Edictum Pistense) に明かである。地主は、サリカ法典によれば、「家敷宛に」(ad domum)に召喚がなされねばならなかった。しかし家が立入禁止となつてゐる人にあつては、これは實行しえなかつた。ノルマン人の侵入によつて當時は一再ならずであつた。そこで領主は、かかる場合に代官が家の所在地に使者を遣わして、そこで外觀上の召喚をなすべきことを、指令した。Vgl. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Bd. I, 1906, S. 546. BGB§ 130 はもちろんのこと、ZPO§§ 181, 203 もまた右と同様な法思想からして到達主義を採つてゐるのである。この思想は更に、人または物の受領に際し受領者の協力を要請し、協力なきときは受領者自身の危険とするところの諸法制度にも推及されたのであつて、犯人の引渡や物品の引渡につきこの點で寔に興味深い史料が存することである。Vgl. Kohler, in Jher. Jahrb. Bd. 17 S. 291f. いわゆる「債權者の受領遲滞」の由來もそこに存するのである。

信憑性ある意思表示を撤回しえないのはその表示の了知の後ではなく到達の後であるということも、右の法思想にもとづく。

(註) Jacobi, a. a. O. S. 28. Vgl. § 130 I Abs. 2, § 145.

到達主義の目的に従えば、意思表示は、これを自己の信頼の基礎となすべき人自身またはその代理人に到達しなければならぬことになる。ところで官廳に對する意思表示の場合はどうかというに、第一三〇條第三項は確かに到達主義をこの場合にも適用してゐるので、その官廳は常に眞の名宛人の利益代理人と看られるべきであるとの有力説が出てくる。⁽¹⁾しかしこれは疑問である。いかにも官廳は表示の受領について相手方の利益を顧慮しなければならぬが、しかしこの者への通告を事と次第によつて配慮するという仕方で顧慮すれば足りるのである。大抵の場合は、受領者の配慮をするためではなくして、表示者が自己の表示を適切確實に眞の受領者に宛ててなしうるよう、官廳は意思表示の受領に任ずるのである。⁽²⁾だから、むしろそれは、表示者が自己の意思表示をそこでなしうる又はなさねばならぬ場所 (Stelle) にすぎず、⁽³⁾ここで意思表示があれば、これによつてその意思表示は關係者に到達したことになる。

けだし關係者は正にこの場所においてその意思表示をいつでも知ることができるからである。⁽⁴⁾それは代理をするのではなくて、送達その他の表示を受理した後、これを關係者のために保管するのである。⁽⁵⁾かように見るときは、官廳に對する意思表示の場合は、信憑性ある意思表示の有効性には當事者への到達が必要であるという原則の例外をなすものでは決してなく、構成だけが獨特であるにすぎない。すなわち當事者への意思表示を基礎として官廳に對する意思表示がなされるのであるから、當事者を名宛として到達するという仕組みである。⁽⁶⁾

1 Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907, S. 323.

2 従つて、表示が明瞭でないときは、當該官廳は表示者の利益のためにも表示の補完に力を致さねばならない。例えば、相續の拒絶に關する BGBS1945 の場合において。Jacobi, a. a. O. S. 29.

3 Stelle というドイツ語は場所を意味するのを本來とするが、方言としては官廳を意味するものとして使用される。「場所」轉じて「役所」となるわけ、寔に故なしとしない。ヤコビが居つたミュンスタア大學はオオストリーのウインにあるのだが、オオストリーの官省は普通に Stelle をもつて呼ばれるのである。

4 この點で、相續拒絶の通告を受ける遺産裁判所の地位は、送達を實施しえない場合に ZPO§182 に従い管轄裁判所、郵便局、市町村役所または警察署が採る地位と本質的に異ならない。Ders., ebenda.

5 このことは、相續拒絶（第一九四五條）、相續の承認または拒絶の取消（第一九五五條）、續繼せる財産共通制に對する持分の拋棄（第一四九一—二條）、第三者による遺言執行者の決定、その就任の受諾および拒絶、並びに辭任の告知（第二一九八條、二二〇二條、二二二六條）、無記名債權證書のための抵當權の設定（第一一八八條）、裁判所または公証人が證書を作成した契約の承諾（第一五二條）などの場合に、明かである。これらの場合、すべての關係者は、相當の表示が官廳で受付けられたか否かを、その官廳で知ることができるのである。その官廳が相當の通告をなすべき義務を負うのは、その上での話である。例えば、離婚した妻による舊氏の回復に關する第一五七七條にこれを見る。土地拋棄の意思表示についても、すべての關係者は土地登記所でこれを知ることができる。なおこの場合には更に、意思表示は裁判所の活動を通じてのみ有効となりうるという別の觀點がつけ加わるのであつて、このゆえに又その意思表示は裁判所に向けられたわけである。Ders., a. a. O. S. 30.

ヤコビの意思表示概念

商學討究 第三卷 第四號

第一六六二條および第一六七九條に従い官廳に對してなされる表示はいかにも代理人の地位に接近している。父による子の財産の用益權の拋棄および失踪狀態の中から現れ出た父による親權の回復がそれである。しかし、前者の場合において子が本來の關係者である。子は表示を受領する能力をもたないが、後日それに利害を有するかぎりて、記録を閲覧することはできるのである。また後者の場合において表示の正當な名宛人は母または子の後見人である。彼らも又その表示を後見裁判所て知ることができるのである。勿論兩者の場合とも、後見裁判所は官廳として自らも又そこに關與したのである。Ders, ebenda.

登記の申請（第一一三九條、第一五六〇條）は、手續法上は、官廳への請求下に實施される凡ゆる人に向けられた表示に對し協力を要請する行爲であるが、民法上は表示行爲そのものとして把握される。この點で、懸賞廣告の掲載を求める新聞社宛の手紙と同様である。従つて、こゝでも名宛人は間接的ながら關係者である。Ders, ebenda.

第一七二六條は事情これと異なる。表示によつて準正されるべき子は自己の同意を父または官廳に對してなさねばならない。こゝでは何らの契約も問題になつておらず、子の保護のために官廳に證明されねばならぬ一方的意思表示が問題になつていたのである。關係者は公益の保護者としての官廳だけであつて、これが當事者である。表示が父に對してなされても、これはたんに差支ないというだけのことである。けだし父はその後直ちにその表示を官廳に證明しなければならぬ申請者だからである。Ders, ebenda.

第一一九六條は特殊な事情を考へている。所有者が土地負擔を登記すべきときは、設定の表示をなしうべき相手方は一人もないこと當然である。しかも、登記後は、表示が無効で土地負擔の取得者が表示の無効を知つていたということが主張されるときにのみ、表示の交付が問題となるだけである。故に第三者のために通告することは表示の使命ではない。だから、その受領の必要性は民法から出てくるのではなくて、申請としてのその手續法上の性質から出てくる。従つて、第三者がまだ何らの權利をも取得せず、また申請が申請者の意思に適合しなかつたかぎりて、その意思の証明があれば申請は再び排斥されよう。Ders, a. a. O. S. 31.

9 Ders, ebenda und Inhaltsübersicht.

わが國の通説は、意思表示を分けて、特定の相手方に受領されることを要するものと要せざるものとの二つとなし、前者を「相手方ある意思表示」、後者を「相手方なき意思表示」と呼ぶ。そして前者の効力發生時期についてのみ到達主義を採り、後者のそれについては成立と同時にであると解する。但し重要なことには、後者は、「民法に特別の規定の存する」ときは、それに従う

とされるのである。その特別の規定とは寄附行爲（第三四條）、懸賞廣告（第五三〇條）、相續の拋棄（第九三九條）、遺言（第九八五條）などの諸規定であるという。我妻・前掲三三二頁、石田・前掲三三八—九頁。

しかし、受領必要性を相手方の特定性に結びつけることは、到達主義の適用範囲を限定する論理的前提とはなりえない。予知主義ならば兎も角も、到達主義が何故に相手方の特定せる意思表示にのみ適用されねばならぬのか。通説の言分は、特定の相手方がある意思表示の場合には、表示者と相手方との双方の利益を妥當に調和する必要があるというにあるものごとくである。我妻・前掲三三一頁、石田・前掲三四〇頁。しかし、このような必要ならば、相手方不特定の場合にも大いに存するのであつて、懸賞廣告のごときはその適例であらう。この場合申込の効力発生時期は不特定人に對して予知可能の状態が成立した時と解するのは、到達主義と何ほどの隔りがあるか。我妻「債權法講義案」一七頁。一体、契約の申込が自動販賣器の例にも明かなる通り不特定多數人を相手方として有効になさるるのに、「相手方ある意思表示」を「特定の相手方ある意思表示」として狭く理解せねばならぬというのは、意思表示の効力発生を相手方の予知に拘泥して考えているからではなからうか。このことは、相手方不特定の場合を「相手方なき意思表示」に含ましめつつ、「この場合には意思表示を了解すべき地位にある特定の相手方がないのであるから、効力発生時期について双方の利益を別段考慮する必要はない」と通説の論者が考えるところに、よく現れてゐるであらう。於保不二雄「民法總則講義」二〇四頁。勿論そこには民法上若干の特別規定の存することが注目されてはいる。がしかし、これら特別規定なるものの根據を探索することによつて、相手方の特定・不特定は受領必要性にもとづく到達主義と格別の必然的關係を有しないことを、更に一步進んで認識しえないものであらうか。既にしてわが民法典第九七條ノ二は昭和一三年の改正によりドイツ民法典第一三二條に倣つて公示送達の方法による意思表示を認め、相手方の所在不明なる場合のみならず相手方そのものの不明なる場合にも到達主義の原則によるべきことを明かにした。我妻「民法總則」（昭一七）四八二頁。従つて、例えば白紙委任状のような形式で不特定人に申込をした場合でも右の原則によるところから、いわゆる「相手方なき意思表示」にもヤコビのいう受領必要性が容易に認識されうようになった筈である。通説は同條をも特別規定と稱するのであらうか。

以上を要するに、觀念と信賴との覺醒意思をもつてなされた表示行爲は、信憑性ある意思表示として、表示の手段性と非撤回性と受領必要性和をヤコビに認識せしめたのである。

三 結——若干の問題

ヤコビの意思表示概念は、以上見たように、法律的效果意思の觀念（*Vorstellung*）と信賴（*Vertruenen*）とを覺醒する意識的な行爲として理解せられる。そこには法律的效果意思の内心的實在は要求されていない。ヤコビは、意思表示の概念を規定するに、「内心的效果意思」そのものを徹底して排撃した。しかし、さればといつて他方の極端に走つて、「表示上の效果意思」なるものを翳し、意思表示概念における「意思」を骨抜きにしようとするのである。真正の意思表示が効力を發生する凡ての場合を根本から把握して、統一的概念を打ち樹てるのである。

意思表示の効力發生の根據から意思表示の概念を導き出す立場からすれば、内心的效果意思が欠如していようと、表示の方法や内容に不適切があろうと、表示行爲をもつて内心的效果意思の存在が眞實に意味され、正確に理解されたのならば、真正の意思表示といふべきなのである。だからヤコビは、「表示されたとは別様のものが意味され、且つ意味されたように理解されたならば、意味されたものが効力を生ずる」と。通説が「意思と表示との不一致」と稱する多くの事例が、かくして、不一致の問題でなくなつて行く。觀念と信賴との覺醒意圖という意味での意思を具えているかぎりで、表示は意思を欠缺しているといえないからである（——表示手段の不適切はあるけれども）。意思表示論中最大の難問たる錯誤論がこれで大分整理されることになる。のみならず、内心的效果意思の代りにそれの觀念と信賴との覺醒意圖を意思として置くからには、心裡留保のごときは、意思欠缺のない表示として典型的なものであることになる。すなわち「表示されたと同様のものが意味される」からである。現に表示主義理論は錯誤論において果しない迷路に陥つてゐるし、心裡留保は意思主義にとつて乗り越え難い障壁であるこというまでもない。ヤコビの意思表示概念は、これらの困難を克服する場合に、有力な足場と手がかりを與えてくれるであろう。

だが、ここに問題なのは、いわゆる「意思と表示との合致」の場合である。ヤコビは内心的効果意思の排撃に筆先を集中しているので、本稿に取扱つた箇所ではこの場合に關する説明は見當らない。僅かに冒頭先ず「意思表示は意思と表示との二要素を含む」ことと「意思は表示なしには効力を生じえない」ことが自明であるとされているだけであつて、この包括的な表現からは、彼の説くであろうところを明かにすべくもない。それにも拘らず、この箇所には「意思と表示との合致」という題目が彼自身によつて付けられてある。そこで彼の意思表示概念を右の場合に推及して見ると、結局この概念がどのような角度から把握されたものであるかが愈々はつきりすることを注意すべきであろう。すなわち「意思と表示との合致」の場合に意思表示が効力を發生するのは、意思のせいでもなく、表示のためでもなく、また兩者の合致によつてでもない。この場合の効力發生の根據については、意思主義と表示主義との双方からの我田引水を許しそうではあるが、しかしヤコビによればこの場合も、内心的効果意思が存在するとの觀念と信頼とをその表示行爲をもつて意識的に喚起したこと——これが効力發生の根據とならねばなるまい。尤もそれは、意思主義たると表示主義たるとを問わず、論者のいわゆる「意思と表示との合致」なのであるから、合致さえあれば意思表示として成立しているのであつて、敢て相手方の理解などを意思表示の概念上要求するには及ばないといえよう。しかしヤコビのごとく効力發生の根據から問題にしてかかるところの概念の仕方においては、合致だけで効力を發生するといふ切れないところが肝心で、そこに相手方の理解を考えねばならないのである。換言すれば、相手方に觀念と信頼との覺醒が結果するか、或は少くとも外觀上それと同一な結果たる「到達」がなければならぬという點で、この場合も彼の意思表示概念に包括されるわけである。本稿取扱つた箇所に彼が「意思と表示との合致」と題した理由もそれで明かとなるであろう。つまり、ヤコビはこの題目をもつて、いわゆる「意思と表示との合致」の場合を含めて、觀念と信頼との覺醒意圖の欠缺なき場合を指稱しようとしたものと理解されるのである。

かように見てくると、ヤコビの意思表示概念は、「意思と表示との不一致」の考え方を内心的効果意思の欠缺の面から解き放つて、新なる領野に迎え入れるものである。ここでは眞意の欠缺といつても、それは内心的効果意思の欠缺のことではない。内心的効果意思の欠缺という意味での眞意の欠缺が從來の意思表示理論をいかに混亂に陥れてきたか、そして今日わが國でも定説となつたかの感ある變體的な表示主義理論——表示行爲の中に意思表示の効力發生の根據を見出しつつ、意思欠缺の場合に効力阻却の理由を例外的に論定しようとする學說——にもその混亂の名残が見受けられること、それらを考えるとき、「意思欠缺」の傳統的な考え方からの解放は頗る重要な課題であるといわざるをえない。

(註) ヤコビと必ずしも同じではないが、錯誤論における「意思欠缺」の傳統的考え方を批判されておられるのに、船橋教授の前掲論文の他、川島教授の「意思欠缺と動機錯誤」と題する論文がある。川島「民法解釋學の諸問題」一八八頁以下所收。