

ゲノーの法律行為論(二)

西 山 井 依 子

I. 序

II. フランスの古典的法律行為論

1. 序

2. 法律行為の拘束力(強制力)の基礎

3. 法律行為の構成要素

4. 法律行為の解釈

(以上2号)

III. 古典的法律行為論の批判的検討

1. 法律行為の拘束力の基礎としての意思

2. 法律行為の構成要素としての意思

3. 法律行為の解釈の基礎としての意思

A. 1134条3項と1135条についての伝統的説明の批判

B. 法律行為の解釈に於ける裁判官の役割

IV. 結論

III. 古典的法律行為論の批判的検討

1. 法律行為の拘束力の基礎としての意思

1. 一意思を法律行為の拘束力の基礎とする古典的学説は検討に耐えぬ。実際、意思や自由な約束の抽象的概念を幾らひねくり返しても、それから権利や義務の概念を演繹することはできぬ。「私は意図する *je veux*」と「私は義務がある *je dois*」の間、「私は意図する *je veux*」と「お前は義務がある *tu dois*」の間に存する一跳びは、越えられぬということの最良の証拠は、契約のドグマの最も頑強な代表者がそれを越える力のないことを承認したこと、カントが契約の拘束力について「純粹理性の公準^①」という「先験的総合的判断」をする羽目に陥ったことだ。その上、*droit* (法) が本当に(少なくとも古典的法哲学が意味していたように)「意思の自由」を確保することを最高の存在理由として

いるなら、droit (法) は契約の拘束力を宣言するに於て全くその任務に反して
いないだろうか。私の自由意思を尊重するという口実の下に、私が昨日約束し
たことを今日履行するよう私を「強制」しに来、このようにしながら、私は義
務を負いかつ強制されるが、ルソーの言葉に従えば「従前同様に自由」のまゝ
だとあえて言うのは、愚弄でないか。私の昨日の意思は恐らく無経験、軽率、
欠乏、激情からのもので、とにかく過去のもので、もはや私の支配を受けぬも
ので、完全に自由であるためには私はもはやその支配を受けるべきでないもの
だ。私の現在の我意と過去の我意の間の無理強いされるこの連帯は、社会契約
論で有名なその契約の時に私の祖先が^①かって示した意思に今日の私の意思を結
び付ける連帯と同様、私には醜悪だ。^②それ故、自由意思の觀念の中に契約の基
礎を授ずるは無駄だろう。(以上 Gounot, p. 344—346.)

更に契約上の債務のことを話すとき、単に道徳的又は良心的義務が問題なの
ではない。こゝでは「法的」義務、即ち確実に強制により裏付けられた義務に
関して。法律行為は義務を課すと言うのは、国家は表示された個人の意思が
全ての人の意思を代表するかの如くにその意図されたことの実現を保証すべき
と言うことだ。即ち「契約は法律に代る」(1134条)。ところで、かようにして
社会は、それがどのようなものであれあらゆる意思的行為にその積極的力を貸
す程無関心を押し通すだろうか。否、それに反して社会が法律行為を認可する
のは、公益がこの認可を要求しているように見えるから、「適法に結ばれた」
その契約の中にそれ自体として好ましい事実、一般的利益および社会的連帯へ
の個人的協力を見るからでないか。従って、法的保護はそれ自体で考慮される
意志的行為よりもそれが目ざす結果に向けられると言うべきでないか。その結
果、契約上の債務の基礎と判断基準は、意思そのものの中より、立法者が社会
秩序と正義について心に抱いた理想と意図された行為の一致の中に求められる
べきでないか。^③(以上 Gounot, p. 347—348.)

① Kant, Doctrine du droit, trad. Barni, p. 106.

② Rappr. Tarde, Les transformations du droit, p. 124. V. aussi Schlossmann, Der Vertrag, 1876, passim, et Dereux, De l'interprétation des actes

juridiques privés, thèse, 1905, p. 327s.

- ③ 実定立法を研究すればあらゆる点からこの先験的見解が確証される。1° 法律は至る所で「公序」、「良俗」に反する契約を容赦なく無効にしている。2° 「利益なければ訴訟なし」という格言がこゝでも支配している。「裸の意思は訴訟を生ぜしめぬ *Nuda voluntas actionem non parit*」。3° 何等かの利益では不十分だ。法的強制の介入を正当化するため、当該利益が生活上の取引のまじめな目的の一つであることを要す。勝負事の借金のための契約、夕食への招待、ワルツを一回り踊ることは *droit* (法) により裏付けられぬ。4° 「cause」の古典的理論に如何なる意見を持とうとも、一般にフランスの立法者が「適法な cause」の存在をあらゆる契約の有効性の本質的実証的条件として要求する意図であったことは確かだ(1108条の草案を見よ)。立法者がそのことにより厳肅莊重に確認したのは、実定法は全ての意思的行為に先験的に従わず、単に追求されてる目的がそれを実定法の見地から保護に値いするものにする意思的行為にのみ従うということだ。5° 文明諸国民の *droit* (法) 全体の中で、契約立法は非常に拡がり、日ごとに豊富になっている。法取引の領域を個人意思の自由な活動に委ねるところか、それに反し実定法は自らがその代弁者である正義と公益の名に於て種々の契約の有効性の条件を厳格に決定するよう努めている。6° 実定法は社会的要求が生ぜしめた各種の取引のために所謂補充的法律の多かれ少なかれ大部の体系を築き上げており、そしてその補充的法律の真の目的は黙示の個人の意思を解釈することよりも、正義の実現および皆の人めいめいの釣合のとれた利益の充足に最も好都合な法的「環境」を契約のために生ぜしめることにある。そして、以上のいずれも、内法的力を意思それ自体に付与する体系では説明され得ぬ。(以上 Gounot, p. 348—350)

2. 一契約を説明するために、社会と歴史とから独立した抽象的意思の内的性質を深究することで満足する限り、解決不可能な矛盾にぶつかるだろう。それに反し、意思をそれが活動する具体的社会とそれがその社会で追求する目的とから遊離さすことを止める者には全てが明らかになる。契約は自分だけで事足り、そしてその固有の存在理由をそれ自体として持っている何かではない。契約は社会生活の一「手段」、人間の要求の相互的充足の自然な手段でしか

い。契約の拘束力が生じるのは契約が社会で果す機能からだ。そして契約法が社会環境の変遷に時代を貫いて従ったのは、この契約の実際の機能が社会環境の道徳的かつ経済的狀態に厳密に条件付けられているからだ。(以上 Gounot, p. 350—351)

実のところ、法学者や哲学者の間で自治の觀念に忠実であることを欲った者は、「自由を自ら制限すること」について難解で不明瞭な思弁を思い切ってやることを余儀なくされ、結局論点の先取又は循環論法に帰着した。19世紀初めのドイツに、そのような者が非常に多かった^①。その他の者はどうかと言えば、契約の拘束力を正当化するために、自治の理論とは無関係な原則、特に他人の「正当な期待」を裏切ってはならぬという觀念に訴えたが、それは全くこの觀念に基礎付けられたドイツの「意思の表示」の学説に彼等を一直線に導き得たであろうものだった。(Gounot, p. 346—347, note (2).) ところで考察されるあらゆる契約の拘束力を「抽象的に in abstracto」「正当な信頼 *confiance légitime*」の觀念に基礎付ける理論も古典的理論と類似の困難にぶつかる。なるほど「如何なる契約も正当な信頼を生ぜしめるが故に拘束力がある」と言われる^③。しかし第1に何故如何なる契約も契約である以上正当な信頼を生ぜしめると先験的に承認されるのかを言わねばならぬだろう。第2にその理論は循環論法を含んでいないか。如何なる契約もある信頼を生ぜしめると仮定して、如何なる契約も拘束力があるとは決して認められないのに、この信頼は正当だと言われ得るか^④。勿論、この批判が向けられるのは、正当な信頼の觀念に基礎を置くがその着想と方式が根本的に異なるレヴィ E. Lévy の理論に対してではない。レヴィは経験的社会学の立場から出発しない如何なる抽象的独断論も避けることを主張した。彼は「如何なる契約も正当な信頼を生ぜしめるが故に拘束力がある」とは言わず、次のように言う。実際一定の社会環境に於て、約束、より一般的には活動の何等かの表示^⑥が、正当な信頼、即ち国家が認可するような取引および信頼に適合する信頼を引き起こすことがある。その時義務があると言われ、信頼を生ぜしめたその活動の表示は法的に契約とみなされる。換言すれば裁判官が義務があると言う限りに於て契約があり、そして正当な信頼がある限りに於て義務がある。契約は当然に *droit* (権利) を生ぜしめる意思的行為でなく、契

約、意思こそは、人間の活動により生ぜしめられる正当な信頼関係を示す単なる「貼札」にすぎぬと。^⑦しかし、我々はこのような契約問題の解決を無条件に承認することはできぬと思う。実際、第1に、古典的契約理論が余りに一徹に「意思」の要素に心を奪われたことは確かだ。そしてレヴィが「信頼」の要素に法学者の注意を促がしたことを非難するような我々でない。しかし、伝統的原則に対する彼の反撥は全く度を越している。(Gounot, p. 351—252, note 1.)

意思の原則の否定に於て、彼はドイツの「表示」主義者よりもはるかに進んだ。なるほどドイツの表示主義者によれば、^⑧意思は法律行為の構成要素(Bestand-teil)とみなされるべきでないが、法律行為存在の普通条件(Ursache)ではある。即ち法律行為は「自由意志とする表示」だ。それに反し、レヴィの学説は、ドイツ人が「効果意思」と呼ぶものだけでなく「表示意思」さえも契約理論から追放する所まで行くだろう。換言すれば法律行為の正常な要素として我々が示す二つの要素——即ち1° 心理学的意思、2° 法的取引の客観的必要性を伴った社会環境——のうち、レヴィは第二のものしか保持しないようだ。即ち我々が第一のものとみなすものは第二のものの「反映」、「反響」、「貼札」にすぎないだろう。(Gounot, p. 148, note 1.) 彼が例えば契約上の意思は「貼札」、「偶像」、「反響」、信頼および集团的表象の反映にすぎぬ、^⑨「契約は意思的行為であると言うことができようと思ふまいと、それは言い方にすぎぬ」^⑩と言う時、——デュルケム Durkheim 派の社会学的着想から一直線に生じていると思われる——この奇妙な主張は、全ての時代、全ての国の法学者が信じてきたことに全く余りにも直接的に反するので、我々の疑念を起さすのももっともだ。(Gounot, p. 352, note 1.)

実際、種々の法的状況が droit (法)が容認する「正当な信頼」を生ぜしめるのは、第三者がそこに「意思」の表示を見ると信じるからだ。意思の外見の背後に外見にその価値と意味を与える真の意思が普通存在するという明白な原則に導かれ、従って現実の意思を法的有効性の通常条件とみなすのでなければ、我々の法意識は意思の外見を尊重すべきものとはみなさぬだろう。他人の涙で我々を感動さし、微笑で我々を無上に喜ばすのは、——客観的観察下に直接入る唯一の現象たる——生理的分泌作用でも筋肉の収縮でもなく、この涙の下に想像される内的悲しみ、この微笑

が示す内的喜びである。同様に、法律行為に於て信頼を生ぜしめるのは、外から觀察される活動、実証科学にかこつけてある学派がその理論の唯一の基礎とみなすことを望むだろう外的又は客觀的事実ではなく、普通外的又は客觀的事実が示す役目を果す内的事実への信頼、外的又は客觀的事実が示すとみなされる内的意思の表象である。(Gounot, p. 147.) 第2に、正当な信頼の理論は全ての実際的法的解決を説明しない。かくして為替手形の善意の所持人たる第三者に対し詐欺の抗弁は對抗できぬのに反して、署名の偽造の抗弁については同様でない。何故このような相違があるのか。これ等二つの場合に所持人たる第三者の信頼状態が全く同じ性格でないからだろうか。そこで法律行為に於て *droit* (法) は債権者と自称する者の「正当な信頼」以外の要素を考慮に入れるとは言つてはいけな^⑪いだろうか。第3にレヴィが示すような正当な信頼の理論は「確認」に止まり、「説明」を与えぬ。契約を正当な信頼関係と定義するとき、その「特徴挙示」をするだけだ。更に今見たようにこの特徴挙示は不十分であり、往々不正確だ。かくして契約問題は解決されるどころか、提出されたにすぎぬ。「正当な」信頼が依拠している種々の条件を分析し、正当な信頼を構成している要素とそれを生ぜしめる原因を確定せねばならぬ。そこに個人をより尊重する社会学的着想に鼓吹されながら、レヴィとは全く別な方法で個人の意思の法的役割を理解する理論が生れる。(Gounot, p. 352—353, note 1.)

① Cf. Belime, op. cit., 11, p. 426; Meyer, op. cit., 11, p. 216.

② Belime, 11, p. 428, Boistel, 1, p. 422, princ.

③ Cf. Boistel, Phil. du droit, 1, p. 422 princ.

④ Cf. Belime, Phil. du droit, 11, p. 424.

⑤ Responsabilité et contrat, Rev. crit., 1899.

⑥ Rev. trim., 1910, p. 720, Rev. socialiste, 1911, p. 242.

⑦ Cf. Rev. trim., 1910, p. 719—720.

⑧ V. par ex. Bülow, Das Geständnissrecht, 1899, p. 114s.

⑨ Rev. trim., 1910, p. 720, Rev. soc., 1911, p. 242, Rev. de mét. et de mor., 1911, p. 414.

⑩ Rev. soc., 1911, p. 241.

⑪ Cf. P. Roubier, Responsabilité précontractuelle, thèse, 1911, p. 101.

3. 一こゝで証明するまでもなく人々の間の交換は原始時代から必要であった。ところで、ほとんど区別されない諸々の社会で、単純な物々交換次いで現金売買の形式の下に直接的交換が長い間経済生活の要求を満したことは確かだ。^①意図された効果は意図されたちようどその時に実現され、譲渡に於て不法行為がなされた場合を除いて、如何なる義務も生じなかった。droit (法) の唯一の任務は所有権の譲渡手続を組織化し、各人にかようにして獲得された財産の平穩な占有を保証することだった。しかし少しでも社会生活が強化され、分業が発展すると、経済的法的作用が完全に現在に結びつけられているこの原始的交換形式はその無能さを暴露した。人々は予測的行為で未来を捕え、確保し、未だ持っていない財産やもっと後になってしか産まない努力を法的取引に参加せしめ、現在の労務に対する将来の利得あるいは将来の利得に対する現在の労務を獲得する必要性を感じた。^②ところで拘束力ある契約のみが正しくこのような効果をもたらし得る非常に優れた柔軟な法的手段だ。これもやはり財産又は労務の交換だが、給付の少くとも一つが延ばされる交換だ。その結果そのような作用は強制に裏付けられた義務を生ぜしめることが理解される。その義務を生ぜしめた実際的目的、その義務が答える人間の要求がその強制を絶対的に必要とする。^③契約は、別な風であり得ぬから、そのようでなければ存在し得ぬから、拘束力がある。我々から言えば、意思の合致こそが義務を説明するどころか、義務こそが——あるいは義務のみが可能ならしめる實際的效果こそが——契約を説明する。慣習上の手続に従ってなした現金売買により私は買った財産の確実な所有者に即刻になることが絶対に必要のように、正規の契約により私は期待的所有者即ち約束された目的物又は労務の「債権者」になること、そして、債務者の意思のその後の急激な変化にも拘わらず私はその約束の履行を当てにし得ることが是非とも必要だ。確かに契約を特徴付けるこの現在による未来の決定的差押は、最初から容易に理解され得るものでも、とりわけ容易に実現され得るものでもなかった。^④しかし、社会生活の発展はこれと引き換えにしか可能でなかった。人間関係がそれを要求するに依じて、契約はその活動領域を広め、

経済取引の適法な目的あるいは正当な精神的利益に対応する全ての結合に役立つのが見られた。同時に迅速性の必要、立証の新たな容易化、相互的信頼の発展により古い時代の慣例による形式主義は次第に衰えた。(Gouont, p. 352—357.)

- ① Girard, Manuel, 4^eéd., p. 533; Brissaud, Manuel, p. 1379s.; Huvelin, Droit individuel et magie, Année sociologique, t.x, p. 25.
- ② その上最も重要な一定の済経的取引(例えば質貸借契約、雇用、消費貸借)は物々交換、直接的交換の形式では理解され得ない (Gounot, p. 354)。
- ③ 「約束の拘束力はその約束に付加された要素でなく、約束の実際の機能そのものから生じる」 (Ihering, Zweck in Recht, p. 180.) この点に関して、Rappr. Burlamaqui, Principes du droit de la nature et des gens, éd. Cotelle, 1821, p. 407—408. (Gounot, p. 354, note 2.)
- ④ Cf. Sumner Maine, L'ancien droit, tr. fr., p. 295s.; Tarde, Transformations du droit, p. 108. s.

4. —しかし契約が充す任務がある人々の利益および契約が時代を通して帯びた形式がどのようなものであれ、契約は相変わらず本質的に初めのまゝ、即ち交換 (commutatio) である。私の資産からある財産が脱し、私の活動が他人に仕え、私が何等かの義務を引き受けるのは、それ相応のある価値が現実私に供給されるか、私に約束されるかして、かくして「埋合せ」が私の資産の最初の姿を回復するからにすぎぬ。それ故契約は単純にして豊かな「交換の正義」の観念の発効として現われる。この観念について哲学者は心理学的起原および理論的基礎を色々示すことができ、——我々としてはそれを形而上学的、^①宗教的「人々の兄弟にふさわしい等価」の観念に結局は結び付けるだろうが、——^②一とにかくこの観念は全ての人の意識の中に深く生きており、又次の非常に有名な格言により表現されている。即ち、「他人のための如何なる犠牲も引替物を要求する」、「如何なる労務、如何なる労働も報いを当然に受けるべきだ」、「誰も他人の犠牲に於て原因なくして富むべきでない」、「各人に各人のものを (Cuique suum) 」。その次に、我々は「cause」の理論又は少なくともその

一側面を理解する。——普通ドーマ Domat^③まで遡るが実際はずっと古いところの——古くからの伝統に従い、法学者が契約では cause がなければ如何なる義務も存しないと繰り返し言う時、彼等は結局交換の原則を裁判官の保護下に置くべく喚起しているにすぎない。^⑤「cause がなければ義務はない」とは義務を説明しかつ正当化する引替物がなければ義務はないという意味だ。所謂「要物 réel」契約に於ける債務の cause は「物 res」即ち債権者の給付だ。双務契約に於ける各債務の基礎は他方当事者の約束、あるいはむしろ予測されかつ当てにされるこの約束の履行である。何故ならすでに見たように契約の特異性の全ては、契約が、法的裏付の保証で以って、未来の労務、未来の給付を「現在の価値」とみなし、かつそのようなものとして経済取引の対象とする手段を供給することにあるから。それ故契約当事者の各債務は cause として、お互いの法的基礎として役立つ。cause の理論の意味がこのようなものであるなら、実際は如何なる契約も「要物」契約だと言える。如何なる義務も「裸の意思を以て nuda voluntate」生じない。意思は義務の手段的 cause でしかなく、その結果を生ず cause、その真の基礎は「物 res」だ。(以上 Gounot, p. 357—363.)

- ① H. Lorin, Idée individualiste ou idée chrétienne comme fondement du droit, dans Semaine sociale de Bordeaux, 1909, p. 71s.
- ② 民法典 1108、1131—1133条とそれ等の伝統的解釈から生ずる cause の理論には、我々からすれば三つの優れた観念があるが、それ等は不当にも十分に区別されず、又その技術的実現は勿足りぬ。その三つの観念は次の如くだ。1° 本文で示される観念で、贈与を除いて如何なる契約上の義務もこの義務を正当化しかつこの義務がその運命に連結されてる引替物を持たねばならぬ。2° droit (法) は社会的に適法な目的を旨している契約にしかその保護を与え得ぬ。3° 契約の有効性の判断、特に契約の公序良俗への適合性の測定に於て、裁判官は無限の調査権を持つべきでない。「裁判官は何拠かで止らねばならぬ」。(Gounot, p. 360—361, note 1.)
- ③ Domat, Lois civiles, liv. I, tit. 1, sect. 1, nos 5 et 6. そこに cause の理論の古典的説明、それ以後絶えず再現され、民法典がその原則を採用した説明がある。Voy. la thèse de M. Louis Dubreuil, Des mobiles dans les contrats,

1909.

- ④ Voy. en effet Esmein, Les contrats dans le très ancien droit français, p. 64-66; Brissaud, Manuel, p. 1419s.—Cf. le texte bien connu de la Summa Normanniae: «Ex promisso nemo debitor constituitur nisi causa praecesserit legitima promittendi.»——又、ゲルマン立法のうち最古のかつ最も確かな伝統とこの概念作用との一致について、Voy. H. Brocher, La genèse du contrat, Rev. gén. du droit, 1897, p. 517s.
- ⑤ Locré, t. xiv, p. 164 の中で、如何にポータリー Portalis が、cause の理論を、「契約そのものより前にあり、又契約がその主たる力を引き出すところの正義の準則」に直接結びつけているか見よ。——Cf. Daguesseau, Mémoire sur le commerce des actions, dans, Œuvres, 1777, t. x, p. 171s. ——我々が本文で与えるcause の理論の説明について、Rappr. E. Gaudemet, Etude sur le transport de dette à titre particulier, 1898, p. 242s.

5. —それだけか。「何等かの」適法な cause があれば、義務と cause の間の不均衡が明白であっても、何等かの義務を基礎付けるのに十分であるか。意思自治の名の下に個人主義がこの問題にどんな答えをもたらすかは皆の知るところだ。我々に関してはちやうちよせずに否定の答えをする。確かにこのようにして我々は1世紀以来一般に承認されている cause の観念の解釈に逆うことになる^①。しかし民法典の解釈者の伝統を放棄するのは、より神聖な、より古い伝統に結びつくためだ。そしてそれはアリストテレス Aristote と キケロ Cicéron 以来の全道徳学者の伝統であるばかりでなく、中世の全法学者および教会法学者の伝統であり、ダゲソー Daguesseau、ポチエ Pothier、その上ポータリー Portalis の伝統でもあり、個人主義的法学者と経済学者に反して相変わらず民衆の意識の中に立派に生き続けている伝統だ。否、何等かの cause では不十分で、義務に釣合った cause が必要だ。給付又は約束の間、当事者各々の利益と犠牲の間に「等価」がなければならぬ。正義は調和だと古代人は言った。交換に関しては正義は均衡と均等だ。「約束又は義務について、cause がない又はその cause の限度以上のものは全て不当だ。何故なら、その場合働いているのは他の cause 即ち売主又は買主の窮乏、無知、無思慮だから。

〔それは〕幾ら繰り返して言っても言い過ぎでない一般原則〔だ〕^②とダゲソーは適切に言った。実際すでに見たように社会が契約を容認するのは「公益」の名に於てだ。ところで公益に合致した唯一の契約は、正義に適った契約、人の要求の充足というこの偉大な共同行為に於ける契約者の犠牲と寄与の報酬がその犠牲と寄与の社会的価値に合致する契約だ。如何なる契約もそれが口頭で合意されたという事実のみで有効とみなし、従って人間の利己主義をその衝突を和らげ、その活動を規制する歯止めも法律もなしに向い合わせておくことは、力、策略、他のあらゆる事実上の優越性の戦勝を法的に是認することだ。生活費に足りない俸給、買占め、専売、有価証券や商品の人為的かつ詐欺の上げ下げ、産物のごまかし、事業主が狂暴に悪用する小額の貯金、弱者や愚直な者の犠牲で生きる強者や悪賢い奴、金持が相変わらず富めば富む程、赤貧者は相変わらず赤貧となる。これこそが社会生活の理想だろうか。その上、不公平な契約は、その社会的影響とは独立にそれ自身で法的、道徳的に非道だ。それ故人の良心は何時も高利を厳格に非難して来た。周知のように高利は「消費貸借 mutuum」に特有でなく、全ての契約が高利を帯び安い。高利は、他人の犠牲で適法な cause なしに富むこと、他人の欠乏、無経験、軽率に乗じて彼に与えなかったものを返させ、又は彼が与えたものを彼に返さぬことにある。それは契約の形をした窃盗だ。そしてこの窃盗には人間の尊厳の完全な無視が含まれてる。何故なら、他人の活動の正常な所産をかように不当に着服するのは、^③他人を物の一つに数え、手段として使用することでないか。それ故人々がお互いに負っている相互の尊重並びに契約が社会で充すべき自然な機能により、均等に関す法律が頼まれる。(Gounot, p. 368—373.)

このような交換の正義の伝統的概念作用に対して、それこそ経済学者のお気に入りへの異議だが、次のように主張された。即ち正当な価格、正当な俸給、正当な賃料という古い理論は価値についての根本的に不正確な構想に準拠している。即ちそれは価値が交換前に存在すると仮定しているようだ。ところが価値は、交換に先立ち、交換を支配するどころか、交換から生ずる純粋に主観的観念だ。^④それ故諸物の価値に基礎付けられた所謂客観的規範に契約を従わすのは全くの空想だと。この反論も、社会に二人の個人しかおらず、一回しか契約を

結ばぬなら、恐らく値打があろう。しかし現実には、私が第三者と契約関係に入る時、我々の前に他の多くの人が同様のことをし、我々の廻りで他の多くの人が同様のことをしている。又物も我々の個人的契約と独立にすでに一定の価値を有している。そして前の又は周囲の契約の全体と世論に伴う判断が示す「交換価値」は、あてずっぽうに、無目的になされる気儘な決定からは少しも生じない。(以上 Gounot, p. 373—374.) この問題についてデビュクワ Desbuquois は言った。正当な価格は「各個の自由が特別な交換契約を結ぶため接触を始める時、それ等の各個の自由を取り囲み、社会の要求を示す自然又はより以上に社会のより上位の意思の名に於てそれ等の各個の自由に自らを強いる、全ての意思が結合した一種の一般的契約、「集成的契約」の表現として現われる。^⑤」この「集成的契約」とそれにより決定される等価の規範の義務の尊重のみが、欲望や切望を規制し、社会的価値に従って全ての労務の公正な報酬を確保し、各個の契約を、二つの利己主義の無秩序な衝突の代りに統一と連帯の根源となし得る。(Gounot, p. 375—376.)

ところで、この問題を支配している原則は、それは又本節の長い詳述の要約でもあるが、如何なる契約もそれが契約である、意思の表示であるという事実のみにより法的保護を要求する権利はないということだ。契約はその拘束力を自らはその手段である公益から汲み取る。立法意思の上に、loi (法律) が表示するが創造するのではない客観的 droit (法) があるのと同様に、契約を結ぶ個人の意思の上に、「当事者の loi (法律)」である契約がその発効を決定し、組織するがその支配を逃れることはできない命令的正義の要求がある。契約が法的拘束的価値を有するのは、それがこの要求に合致する限りであり、又この要求に合致することにより全ての人それぞれの利益に寄与するからだ。それ故、デュギー Duguit の主張の多くは我々を離反さすものだが、彼の次のような一般的主張^⑦には賛同し得よう。即ち法的に有効なのは、あらゆる意思的行為でなく、単に「法規に合致した目的により〔即ち〕社会連帯の目的により決定された」意思的行為のみだ。ただ、今日非常に多義的な社会連帯の観念の代りに、ずつと包括的で柔軟な「公益」^⑧の観念を置こう。(Gounot, p. 378—379)

- ① *cause* は「不足も過剰も伴わず、それは程度を有さぬ法的要素だ」(P. Roubier, *op. cit.*, p. 173.) と言われている。—Voy. *cependant* Cass. req., 17 juillet 1906, D. 1910. 1. 286 et sur cet arrêt, Charmont, *Rev. crit.*, 1911, p. 337s.
- ② Daguesseau, *op. cit.* p. 188.
- ③ 古典的個人主義は、人間の個人的価値を誉め讃えながら、人間のそれぞれの価値および人間の兄弟にふさわしい等価を顧みない (Gounot, p. 372, note 3.)。
- ④ 「参事院でペルリエ Berlier は価格は契約そのものによってしか知り得ぬと言っており、価格を構成するのは契約であり、他にそれを捜してはならぬ」(Loché, t. xiv, p. 65) 、
- ⑤ G. Desbuquois, *La loi du juste prix*, Mouvement social, 1911, p. 867.
- ⑥ そこで、モンテスキュー Montesquieu が公法について言ったことを契約法について言うことができよう。即ち「それ故、それ等を定めた実定法に先立つ衡平の関係を認めねばならぬ。……実定法が命令又は保護するもの以外に正当又は不当な何もないと言うのは、円を描く前は全ての半径は等しくなかったと言うようなものだ」(*Esprit des lois*, liv. 1, ch. 1)。
- ⑦ *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901.
- ⑧ 1° 公益は、特に語の近代的意味での国家の利益も、擬人化又は実体化された即ちそれを構成する個人と基本的に区別されると考えられる集団の利益も 意味せぬ。公益は全体 *tout* の利益でなく、みんな *tous* の利益だ。2° 公益即ちみんなの利益の観念は、全く功利主義的観念どころか、全ての人の平等な価値の存在を信じるというより上位の原則の確認を含んでいる (cf. Tanon, *L'évolution du droit et la conscience sociale*, 1900, p. 161.)。3° 非常に広い又非常に包括的な「利益」という語は、単に物的有用性だけでなく、あらゆる種類の即ち経済的、科学的、芸術的、道徳的、宗教的な人間の利益に関係している。(Gounot, p. 379, note 2.)

勿論非常にしばしば公益が自由と一致する、あるいはむしろ個人の自由な意思が公益の最良の手段となることがあり得る。契約自由の問題はその重要な例を供給した。しかし「抽象的に *in abstracto*」、具体的社会生活の如何なる検討にも先立って、何時も必然的にそのようだと主張することは許されない。公益と自由を「先験的に *a priori*」同一視する者は、最初から自由を目的それ自体かつ唯一の目的として示す者と同様に、*droit* (法) の歴史的変化を説明するあらゆる手段

を自ら奪うものだ。何故なら古典的自由の概念、如何なる経験の内容も欠いた純粹に形式的概念の上には、厳格な抽象的体系、時と場所について何の考慮の余地も残さず、一定の具体的社会に何等適応し得ない法的幾何学のようなもの、即ちルソー、カント、その信奉者達の体系のようなものしか立てることができないから。歴史学派はその空なることを容易に示し得た。それに反し、公益の観念は豊かで柔軟な観念であり、経験より上位の一定の絶対的原則に準拠しながら、その発展の各時点の社会的現実の非常に実証的な研究の後でしかその内容に関しては十分に確定され得ないものだ。それ故、公益の観念をその研究の指導的観念とみなす法哲学には二重の長所がある。一方でそれは歴史学派の純粹な実証主義が受ける正当な批判を避け(この点について、特に Voy. Stammeler, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 1896; Saleilles, *Ecole historique et droit naturel*, Rev. trim., 1902; Charmont, *La renaissance du droit naturel*, 1910; les autres autres cités dans la conclusion de Gounot, in fine.)、他方で生ける法 *droit vivant* と永久に接触している。注目すべきは、歴史学派が「自然法学説」を批判するとき、心にかけていたのは専らルソー、特にカントとその信奉者達の合理主義的個人主義であったことだ。ところで、ずっと経験を軽んじないもう一つの自然法学説が存した。その主たる表現は聖トーマス Saint Thomas とスヤーレ Suarez の作品の中に発見されるが、18世紀の初めまで哲学者、神学者、法学者が大いにこの自然法学説から着想を得た。それは *droit* (法) の原点に「自然な自由」でなく「自然な秩序」即ち客観的 *droit* (法) を置き、*droit* (法) の目的として「自由」でなく「公益」を与えた。この学説の本質的主張が歴史学派の批判に冒されたとは思わぬ。個人主義的自然法学説の最も恐ろしい敵手の一人たるイエーリング R. von Ihering が聖トーマスの道徳的社会的哲学についてなした次のような非常に熱烈な称讃の言葉の中に、その証拠がある。「その不屈の精神を知った今、彼が明言したような真理がどうして我々の新教徒学者の作品の中でそれ程完全に忘れ去られ得たのか驚きを以って自問する。もしこの学説を忠実に保持していたなら、どれ程多くの誤りが避けられたことだろう。私としては、もっと早くこの学説を知っていたなら、私の本を書かなかっただろうと思う。何故なら、私が是非とも公にしたいと思っていた基本的観念が全く明白にかつ著しい着想の豊富さを以ってこの有力な思想家の作品の中にすでに示されているから…」(Der Zweck im Recht, 11, note insérée dans la

deuxieme édition, p. 161, n. 2.). (以上 Gounot, p. 396—398.)

6. —しかしながら、こゝで一つの異議が提出される。即ち、契約の拘束力を合意そのものからでなく、より上位の客観的法秩序の要求から生ぜしめ、契約は交換的正義の法則に従い公益に合致した目的を追求する限りでしか法的認可を受ける権利がないと言うのは、現在の交換のナカニズムの全制度を根底から覆すことではないか。それは正しく契約の内容の真義、目的の適法性を評価し、又給付の等価を自ら吟味した後でしか契約を決して容認せぬよう裁判官に命ずることでないか。その結果衡平を口実に契約を修正し又作り直す権利を裁判官に与えることにならぬか。所でいったんこの道に踏み込んだか最後、裁判所の専断の限界を何処に発見するか。契約自由の原則の何が残り、文明国民の全立法は何を厳粛に宣言し、裁判官は適法に結ばれた如何なる契約も法律とみなすべしとは正確に何を意味するのか。「神よパルルマン *parlements* の衡平から我々を守り給え！」と。しかし恐れられるのもっともなそのような帰結は我々のものでない。如何にも一定の契約の自由が社会生活の均衡と合理的運行の絶対的条件の一つとして強いられる。契約は何よりも予測的行為であり、未来を確保すべき個人意思の努力だ。もしその履行の上に絶えず不確実性がかゝり、裁判官は一般的有用性又は正義の名の下に契約条項を専断的に変更し得るなら、契約はその存在理由を失うだろう。しかしこの相対的契約の自由を認めるために上述の理論を当然に放棄せねばならぬと信じてはならぬ。我々がその原則を採り入れたところのポータリー、ダゲソー、教会法学者は實際上契約当事者の意思に一定の自治を承認せずにはいなかった。しかし恐らく本当は遺憾ながらそうしたにすぎぬ。彼等にとり理想は如何なる契約にも厳格な正義の絶対的尊重を強いるために裁判官が独断で干渉し得ることだったようであり、*droit* (法) がこの理想を放棄し、裁判所の支配を制限したのは、さもなくば出くわしたであろう多くの困難や不都合、即ち物の価値の相対的不安定性と不明確性、各「事件」のしばしば非常に多様で複雑な全要素を評価することの不可能性、訴訟の無限の増加、取引関係のあらゆる安全性の消失等々を理由としてにすぎなかつたろう。^① 実際それこそ裁判官の干渉を制限し、一定の契約上の自治を是認

するための十二分な理由だ。しかしながら、このように一種の「止むを得ない手段 *pis aller*」として示すことにより、法学者や経済学者が、その恩恵を誉めそやし、その際限なき豊さを誉め讃える習慣のあった偉大な自由の原則を承認するのは、恐らくかろうじてにすぎなくなろう。そして我々は彼等のおきまりの熱讃を全く共にしないが、にも拘わらず以前に確立された原則を何等放棄せずに、契約の自由をより大きな、より堅固な基礎の上に置き、そしてそれを必要悪としてとは別な風に示すことは不可能でないと信じる。(Gounot, p. 380—382.)

自由意志についての哲学者の長い詰らぬ論争が何等かの好ましい結果を産んだのも、確かに自由を専断と気紛れとに同一視していた古い無関心な自由の理論を永久に打破したからだ。自由と理性は相互に容れ合う二つの言葉だ。そして、自由な行為は理性的行為であるが故に、外から見て「正常な」行為として現われる。社会学的に又法的に、自由は常態と呼ばれている。*droit* (法) が時として犯罪者を無責任又は不自由な者として無罪にし、一定の市民に禁治産宣告をなしあるいは後見人を補して、その者の意思表示に法的価値を付与するのを拒否するのも、何時も両者の行為に、要するに、異常な何かが現われているからだ。平等な状況に置かれた理性のある自由な二人が契約関係に入る場合は、常態に復す。実のところ経験が示すところによれば、完全に自由な契約程正常で容易に予測が可能なものはない。個人の意思の役割はそこではいわば最小限に切り下げられる。即ち個人の意思は契約の秤の中に置くべき給付の性質と割当て額を確定することで満足し、ついでその物がその正常な価値に従って自ら釣合がとれるに任せて置く。即ちかようにして日常生活の大部分の契約では当事者は物の時価を記録すること、時として単に暗黙にそれに準拠することに甘じる。それに反し、当事者が時価から外れ、各々の犠牲の間に異常な又不当な不均等がある時、この不均等が「与うる意思 *animus donandi*」により又は状況が評価することを許す他の何等かの理由により釈明されなければ、この不均等は、その契約は自由でなかった、一方の搾取又は他方の精神病が存したことの証拠を自ら与えることになる。そこから1134条に示されてる契約自由の原則が生れた。その意味するところは、実定法の確定した一般的条件の下で、*droit* (法) は個人を彼等相互の利益の固有の法的調整者となし、この役割上個人に大

きな「権能 *compétence*」を認めることができるということだ。何故なら、かなり平等な条件に置かれた正常な個人に関する限り等価の準則は尊重されるだろうし、それにより全ての人それぞれの正当な要求も等しく充されるだろうから。換言すれば、契約上正義が実現されるべきならば、個人の意思がこの実現の最良の法的手段、即ち裁判官よりずっと柔軟で迅速で明確で、それ故ずっと経済取引の要求に合致した手段だ。それ故人々の契約に対する裁判所の実際支配は例外的資格でしかなされるべきでなかろう。かようにして契約の自由は我々が出発した所の客観的正義の原則そのものに結び付いている。自由な契約が *droit* (法) により認可されるのは、それ自身で絶対的無条件な法的価値を有す個人の意思から生じたからでなく、客観的に正当である又はそのようなものと推定されるからだ。^②タルドTarde は非常に適切に言った。「自由に結ばれた契約が是認されるのは、利益の等価、価値の平衡の推定〔即ち「正義の推定」〕があるからだ」。「彼(立法者)が、当事者がお互いに差し向ける相互の注文に法的力を与えるのはそのためだ」。(Gounot, p. 382—385.)

「しかしそれは単なる推定にすぎぬ」。ところでこの推定なるものは事実により否認され得る。推定により契約当事者間に存在するとされている平等が何時も実現されていると信じるためには、古典的個人主義の揺ぎない楽天主義の全てが必要だ。現実の社会を最も表面的に見ても、至る所に発見するのは人々の間の要求、知識、経済力のはなはだしい不等、増大する人間関係の複雑さと社会的分業の進展とがしばしば強化したにすぎぬ不等である。^③孤立した労働者は雇主と対等に交渉するだろうか、ガス会社、保険会社、鉄道会社と単なる個人である私は対等に交渉できるか。ところで平等の失われた所で契約の自由が正義の実現を確保するのに十分であり得ると主張するのは根底がないだろう。そこで契約自由の基礎の役目を果す平等の推定がもはや存しないとき、専断的に法的関係に必要な規範を課すのが *droit* (法) の機能である。^④そんなわけで立法者は1134条の原則を厳肅莊重に宣言した後も仕事が完了したとは思わなかった。立法者は、幾度も所謂命令的又は禁止的準則により、為りの平等の推定の代りに真の平等を置き、搾取を予防し又契約活動をより上位の衡平の要求に服せしめるための努力をした。そして一般条項では不十分に思われたとき、立法者は裁

判官に濫用と不正を自ら暴露、抑制するのに必要な武器をちゆうちよせずと与えた。例えば契約の美名の下になされる如何なる他人の搾取も無効になし得る有名なドイツ民法138条の例、又新スイス債務法典163条と同じように、不当な過怠約款を特に狙ったドイツ民法 343 条の例がそうだ。時として契約上の正義の要求は非常に緊急なため、裁判官が立法者からそのような武器を受けていなかった所では、自由の原則にも拘わらず自らその武器を作り上げざるを得ず、フランスでは受任者の謝礼金のためにそれをなして学説のひんしゆくを大いに買った。最後に、社会的変化が正当な契約の唯一の好事情たるこの地位の同等を非常に稀にした一定の法領域に於ては、droit (法) が次第に人間関係を自由の支配から引き離すのを見る。即ち法的規制が拡大し (労働立法、保険法又は法案等)、行政的取締りがずっと厳格になり (鉄道運賃〔表〕の認可制、労務管理、生命保険会社の監視等)、新しい社会的組織が団体契約の名の下に真の強制的取り決めをするべく動き出した。従って、正義の実現という一般的仕業に於て、こゝでは個人の契約の統治が權威の統治に場所を譲る傾向にある。私的意思の契約上の活動のこれ等の制限に対して自治論者の理論は抗議する。如何なる契約の自由の制限も彼等には驚くべき異端、droit (法) の基本原則の明白な違反に見える。これ等の制限のあるものを当を得た理由のために批判すること、實際自由が全ての人それぞれの利益をより有効に保証するように努力すること、これ程結構なことではない。しかし所謂絶対的ドグマの名に於て「先験的に」これ等の制限を一括して排斥することはならぬ。契約については唯一の絶対的原則しかない。即ちそれは正義だ。自由は正義のための一手段にすぎず、正義の推定にしか根拠を置かぬ。それ故現実がその推定に反するとき正義の名に於て自由を制限するのは、最高の法原則に逆うことなく、それを適用することだ。^⑤
「正義が自由の上にある」。^⑥ (以上 Gounot, p. 385-388)

① Cf. Daguesseau, op. cit., p. 187; Portalis, dans Loqué, t. xiv, q. 171.

② Tarde, Transformations du droit, p. 138.

③ Cf. Duguít, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 52s.; Bouglé, La crise du libéralisme, Rev. de mét. et de mor., 1902, p. 635; Charmont, Socialisation du droit, Rev. de mét. et de mor., 1903, p. 391; Vivante, La

pénétration du socialisme dans le droit privé (Questions pratiques de législation ouvrière, 1903, p. 37s. et p. 65). 契約に於ける不等の原因の詳細な分析については、V. R. de la Grasserie, Etude sur l'inégalité dans les contrats en droit comparé, Bull. de la Soc. de lég. cmp., 1911, p. 487s.

- ④ 客観的 droit (法) を個人との関係に於て個人の生来の自由の制限と定義するのが、明らかに個人主義的前提の論理的帰結だ。即ち個人は生来無制限の独立を享有し、又個人の原始時代からの自治が個人に全ての droit (権利)、全てを要求する droit (権利) を与えると原則としてまず主張するとき、法規と法的義務を、この最初の自由の「後になってから」課せられた制限として、この最初の自由の自然な飛躍的發展の阻害としてしかもはや考えられないことは全く確実だ。そこから客観的 droit (法) と個人は二つの敵手であり、「如何なる法律もそれ自体として悪だ」(Ch. Beudant, Le droit individuel et l'Etat, 1891, p. 148.) という考えが生じる。生理学者が胃をそれが惹き起す苦痛のみによって定義するも同然だ。勿論我々が胃の存在を最もはげしく感じるのは胃が我々に苦痛を与えるときだ。しかしそのことが胃が我々に果す実際の機能、絶え間ない奉仕を忘れる理由となるか(この比較はイエーリング Ihering, op. cit., p. 369 により示唆された)。黄金時代を空想的「自然状態」の輝かしい孤立の中に置く者のみが droit (法) を敵手とみなす理由がある。それに反し、droit (法) の歴史的發展の真の条件を少しでも深く心に留め、全ての人それぞれの利益の親密な連帯性を理解した者には、droit (法) は友、同盟者として現われる。droit (法) は、自由の自然な行使の制限、個人の人格の広がりへの障害にすぎないどころか、その行使を条件付け、その広がりを確定するべき必要な環境を作り出す唯一のものだ。droit (法) は「個人の力を増す係数」、我々の力と真の自由を「増す」ところの「権威」だ(Ch. Boucard, Les droits de l'Etat et les garanties civiles du droit naturel, Paris, Bloud, 1908, p. 4.)。それ故「法律は個人の生得の自由に課せられた制限だ」と言わずに、18世紀まで伝統的だった古い定義、即ち「法律は公共の福祉に関する理性ある秩序だ *lex est quaedam rationis ordinatio ad bonum commune*」(Saint Thomas, Somme théol., 1^a 11^{ae}, Quaest. 90.) を再び借用しよう。従って droit (法) の任務は、単に個人の独立の範囲を定め、区分し、確保することだけでなく、個人がこの世でその任務を果すために必要なところの必須だが相対的自由を保全しながらも、個人の活動を共通の目的に「集中せし

め」、社会連帯の動きを全ての者にとって最大の善の源、最少の悪の源となるよう「組織する」ことだ。個人主義的学説が見忘れているのはこの法秩序の本質的に實際的機能だ。個人主義的学説は革命期又は「危機」の学説であり、解放し、破壊することしか知らず、自然な連帯を表現した全ての団体的規律および全ての制度を廃止し、その野心をこの全く否定的仕事に抑えた。確かに破壊し、解放すること程容易なことではない。しかしもう一度組み立て、組織することも必要だ。そしてこの実際の仕事が自発的に逐行されるよう、個人の自由を宣言し、規律を廃止し、「なすがまゝにして置く」だけでは不十分なことを経験が示した (Cf. Fr. Hitzte, *Capital et travail*, tr. fr., passim, notamment p. 359, 406, 419.)。それ故この仕事をするのは法律の仕事である。確かに多くの暗中模索を免れないが、余儀なく強いられた困難な仕事である。ある日グラドストーン Gladstone は言った。「…実際にちょっと考えても Factory Acts のような幾等かの例外を除いて、19世紀後半の大仕事は解放の仕事であったことを確認するだろう。我々は繰返し解放したが、それだけだった。解放することは比較的容易だ。実際柵を取り除き、自然の力に自由な活動を許すことは容易なことだ。この仕事がほとんど完全に達成され、他の問題、即ち建設的立法 (constructive legislation) の問題を考察する必要がある現在では、多くの困難に出くわす」 (Review of Reviews, avril 1892, p. 356-357, cité dans E. Stoquart, *La liberté politique et la liberté industrielle*, Rev. du dr. publ., 1899. 1, p. 436.) (以上 Gounot, p. 391—396.)

- ⑤ Ihering, *Der Zweck im Recht*, 1, tr. f., p. 97.
- ⑥ 何世紀もの間に契約は増加し、変化し、柔軟になり、契約に於ける意思の重要性が増したことは事実だ。しかし、実際契約立法の絶え間ない変化を仔細に検討すれば、その真の原動力が、意思およびその法的絶対力の観念というよりも、公益および客観的正義の観念であったことがすぐ分る。(Gounot. p. 401s.) 私的自治の学説が勝利を得ているように見え、droit (法) が決定的に個人主義的理想に向っていると信じ得た時期があった。それは革命および民法典の時期だ。実際その時、人の意思の法的絶対力は最も正式の是認を受けた。個人主義的法学者や自由主義的経済学者は競ってこの記念すべき時期を誉め讃えた。droit (法) にとって新時代、即ち契約の覇権の時代が始ったと彼等は言った。爾後契約の統治が絶えず拡大し、最後には自治の観念の完全な実現が、私法更に公法に於ける自由な契

約の絶対的支配を確立するだろうと。フィエ Fouillée、スペンサー Spencer、メイン S. Maine、更に他の多くの者の予言を我々は知っている。ところで何度も新たにされたその予言は根拠のないものだった。日々の事実はそれに反し、生ける法は個人主義の理想と掛け離れた。自治の学説の部分的勝利は、新しい法的社会の決定的到来の端緒となるどころか、人類の一般的進歩に於けるほとんど東の間の偶然の出来事にすぎず、現代、歴史は平素の思慮ある緩慢さでその後続を準備するよう急いでいる。私的自治および契約の絶対力の時代はすでに終わった。(Gounot, p. 416s.) 実を言えばこゝで多くの留保と区別が必要だろう。まず、革命期の改革の若干のものは純粹に自由主義的解釈とは別の解釈を含んでいた。特に民法典は同じ精神から専ら生じておらず、民法典から「ルソーの精神よりもポチュのそれを、又社会契約の真髓よりも…フランス国王の勅令のそれをずっと多く」(A. Sorel, dans Livre du Centenaire, p. XX) 抽出できるであろう故に、一層民法典の仕業を革命の仕業から別つ必要があろう。更に、民法典の条文そのものと19世紀に学説、判例により解釈された精神とを混同せぬようにせねばならぬだろう。売買上の損害賠償請求権を議論するときポータルリー Portalis が示した原則からもう少し着想を得ていたなら、そして一定の非常に重要な条文、なかんずく1108, 1131—1133条 (cause の理論)、1134条3項と1135条、並びに非常にしばしば空文のまゝの6条をもっと考慮していたなら、恐らくフランス法学者の間で私的自治の学説はそれ程排他的に優勢とはならず、又契約の理論にそれ程強く個人主義が染み込まなかつただろう。その上古典的法学者や経済学者が契約自由、私的自治の名に於て民法典をしばしば批判したことを想起するのが賢明だ (V. par exemple Batbie, Revision du Code Napoléon, Rev. crit., 1866, t. 28, et Cours d'Econ. pol., 3^qe leçon; A. Jourdan, Rapports entre le droit et l'Economie politique, 1885, p. 73s. et p. 200s.). (以上 Gounot, p. 418—419.) それ故過去も現在も、私的自治の原則は、歴史の法則、民法全体を支配する觀念を表わさなかつたと結論する権利を我々は断固として有するだろう (Gounot, p. 447.).

2. 法律行為の模成要素としての意思

1. フランスに於ける、法律行為および契約に関する古典的理論は極度に

個人主義的だった。他方、それは抽象的思弁と純粹論理の産物であった。何等かの世界に生きている、あるいはむしろ何等の世界にも生きていない、何等の社会的環境にも属さず、又法生活の機構に於て自分自身にしか依存しない自治的で最高位の観念的な二つの意思が前提とされている。その上、定った實際的目的なしに単に自分自身の享楽のために動いているとみなされるこれ等の抽象的の意思が、どうしてそれ等の間に権利および義務を創造し得るのかを知ることが問題となっている。そして、この問題を解決するために、具体的法的現実を観察して、そこから柔軟で豊かな学理上の概念作用の基本的原理を汲み取る代りに、意思および自治の観念を分析して、それから厳格な演繹方法に従って、幾何学的に (more geometrico) 全理論を引き出すことで満足している。確かにかように構成された体系は内的堅固さも調和も欠いていない。それは、数学的証明のように論理的で理路整然としていれば、数学的証明のように不変的であつ普遍的に真実であると容易に納得する幾何学的精神を満足さす。しかし、幾何学的精神は次のような諸事実に注意しない。即ち絶対的に自治的で独立のと考えられてるこれ等の観念的の意思が擬制にすぎぬこと、骨と肉のある現実の人間は一定の社会的環境の中で生きており、その社会的環境の影響が絶えず人間に浸透しかつ人間を支配し、又社会的環境から人間はその全ての活動手段を借りていること、従って個人の法的活動が考察されるべきはこの社会的環境の多かれ少かれ変り安い慣習、必要、信頼、要求を貰うだけであること、その上意思のみを考察することにより全ての難問を解決しようとすれば、不可避免的に厳格な独断論に陥り、それに対して現実の法生活が絶えず抗義するというこ
^①と。他方、意思は決して無目的に喜びだけのために作用せしめられないこと
^②に注意しない。法的に意図するとは、ある目的のため、實際的な従って現実の社会に位置付けられかつ社会的環境により条件付けられた目的のために意図することだ。契約は、真空の中で作用する、無から (ex nihilo) 創造する行為でなく、社会的に重要とみなされ、適法で、社会生活の中で衝突する特殊なあるいは一般的な他の利益ととにかく調和する人間の諸利益を充すことを目的とした単純な手段である。
^③一言にして言えば、古典的個人主義的理論は次のことを忘れている。即ちあらゆる法現象と同様契約は社会的事実であること、個人の意

思は社会化されること即ち社会的環境に入れられその法律に服することを条件としてしか法的効果を生ぜしめ得ないこと、従って通常考慮に入れられる唯一の主観的心理学的要素と並んで、法律行為の理論の中に、対照的に客観的又は社会的と呼ばれ、そして、時として弱まる心理学的要素をそれ等だけで補充する点でかつて第二次的だったその重要性が高まったところの、より大きな現実^④から引き出される他の要素も考慮に入れられねばならぬことを。(以上 Gounot, p. 138—142. Adde p. 319—332.)

- ① 実例として、義務の源としての一方的意思の有名な問題。
- ② V. Ihering, *Der Zweck im Recht*, t. 1, chap. 1; Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 164.
- ③ Rappr. Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 229:「契約は、droit (権利)を創造する意思の制御の行為でなく、個人相互の利益充足のための共通の努力の活用に個人の意思を適応さす方式だ。」同様に、シュタムラーも、契約上の債務は「何等かの社会的協同のために個人間で意図される法的結合だ」と言っている (*Das Recht der Schuldverhältnisse*, p. 8, cité dans Théodoroff, *L'enrichissement sans cause*, thèse, 1907, p. 131)。
- ④ Cf. Gény, *Méthode*, p. 530.

2. 一現代法的取引の変化が「不在者間の契約」、特に書状による契約の著しい発展をもたらした。ところでこれ等の契約では特にその成立の正確な時点を明確に確定することが非常に重要だ。例によって古典の学者が訴えたのは意思であり、意思が遭遇する正確な瞬時を補える努力をした。その仕事は困難であった。フランス、その他の国で、これ程論説が書かれた問題はほとんどなかった。探究されている意思の遭遇は何時起るか。承諾が決意されたときか。承諾が発送されたときか。承諾が受理されたときか。申込者が承諾を認知したときか。法学者はなお議論しており、提出された理論は数多い。しかしかように「抽象的に」許容される一般的解決がどのようなものであれ、それを実際に適用しようとするとき、多くの困難が生じ、重大な利益が害される危険を冒すことを認めざるを得ない。^③古典の学者も、最初は絶対的なものとして提示した彼

等の抽象的原則の余りに厳格な適用の有害な結果を逸れるため、長い一連の区分や下位区分に関わり合うに至らされたが、その時彼等の理論に余りに複雑な準則や例外があるので精神が失われ、この労を惜しまぬ分析の努力の無益さを認めざるを得ず、最初から問題が間違って提出されたのでないか自問するに至った。^④ 実際意思が合致する正確な瞬時が探究されている。しかしこの所謂合致なるものは本当に存在すると確信できるか。幾分大げさだが、次のヴォルム Worms^⑤ の考えの中に 大部の真実がないだろうか。「申込者が申込をするや否や彼はもはやそのことを考えていないのだから、二つの意思が出会う時点を探究するのは根底のないことで、申込者の意志は効果を持ち続けるが、心理学的事実としては存在しなくなるのであり、それで他方当事者がその承諾を知らせるとき、もはや明日な申込の意思を有さぬ、恐らく申込について明日な後悔さえしている申込者を拘束することになる。この問題を勝手に複雑にした困難の全ては、意思の合致が生じる時点を、それが如何なる時点にも生じないにも拘わらず、探究したことから来ている」。換言すれば、契約が二つの心理学的意思の「形而上学的に明白な出会い」^⑥ であるならば、書状による契約は契約でないことになる。(以上 Gounot, p. 148—150.)

それ故契約は「形而上学的に明白な意思の出会い」とは別のものたることを承認することが是非とも必要だ。シュロスマン Schlossmann が正当に指摘しているように、^⑦ 短刀でなされた殺人が長距離銃でなされた殺人と異らぬと同様に、出席者間の契約は不在者間の契約と異らぬ。そして不在者間の契約について「意思ドグマ Willens dogma」の完全な無用性を結論し得ると信じたシュロスマンが、彼の論理により、それがどのようなものであれ全ての契約にこの結論を拡大するよう導かれたことは、確かに非常によく理解できる。実際至る所で程度の差こそあれ同じ困難に出くわす。まず、先に示した考察が少しのちやうちよもなく「公衆への申込」に従って結ばれる全ての契約に適用され得ることは確実だ。何故ならそこでの当事者の立場は書状による契約の場合と全く同じだから。ところで取引関係が厳密に個人的であることを止め、公衆という没個性的の登場人物が絶えず重要性を増して来ている現代文明で、これ等の契約がどのような役割を演じているか周知のことだ。(Gounot, p. 154—155.)

しかし今しがたちらっと見た困難は一見伝統的型に最も合致した契約に於てさえ存続し、意思の合致は相変わらず捕えられぬ。そしてそのことを我々に教えたのは意思ドグマや契約ドグマの反対者、シュロスマンでもレヴィでもなく、私的自治の最も権威ある理論家、契約の古典的觀念の最も精緻な分析家、カントである。「約束者自身の意思も受諾者自身の意思も、前者に属すものが後者に属すものに移行し得るために十分でなく、そのためには二つの意思の結合、従つて二つの意思の同時表示が必要だ。ところで必然的に時間的に相次いで起り、決して同時的でない經驗的表示行為に於て、この同時性は不可能だ。實際私が約束をし、今度は他方が承諾しようとするも、承諾前は私はなお自由であるから私は「どんなに短かろうと」その間に私の約束を悔いることができ、同じ理由により承諾者の方もその約束に従つた表示により義務を負わされるべきでない。〔お互いに手を取り合い、又は一緒に一本の麦わら (stipula) を折るように〕契約を結ぶに於て従われる外的形式 (solemnia) および前の表示について双方がなす確認の全ては、何時も必然的に相次いで起る表示を時間的に同時に存在するものとして示す方法についての契約当事者の困惑を証明するものであり、しかも正しくそれ等は時間的に相次いで起る行為であり、又一方が起っても他方はまだかあるいはもはや全然ないかである故にそれは彼等のなし得ぬことだ^⑧。それでは、我々の經驗的社会に於てはその実現を見出さぬ故に契約なんか空想だろう。——否、カントの違つたのはこのような人を面喰わすような結論ではなかった。これ等全ての困難は排除され得ると彼は言った。——それでは如何にしてか。——「契約による獲得という概念からの先驗的演繹法」によつてだ。その時、カントは「契約の經驗的条件の除去」により、又「知性により知ることのできる」要素のみの考察により、如何に droit (權利) 創造の結合に於ける意思の確實な出合いが理解され得るかを、解りにくい理論で説明している。しかしそこまで行くために、カントは「現象」の世界——法学者が親しくする唯一の世界、又人々の契約が実現される唯一の世界——を捨て、我々が追跡しない「本体」の世界に入らねばならなかった。カントがこのような苦境に陥っているのを見ると、彼が着想を得た原則の価値を疑ふ余地がないだろうか。(Gounot, 155—156.)

実を言えば、古典的学者も社会学的要素を幾等か考慮に入れずにはいなかった

た。フランス法学者は社会生活上の要求を感じ取る力を非常に持っている
 で、彼等の抽象的原則から論理的に演繹される某結果がしばしば持つ不都合な
 点を實際上修正しようと試みないはずがなかった。しかしその背馳を正当化す
 ることに関するとき、彼等の困惑は大きかった。通常、ポチエと同様に「誰も
 他人の行為により損害を蒙ることはないというこの衡平の準則^⑨」に訴えること
 で満足している。かくして、ポチエは、意思の真の合致を不可能にする如何な
 る事実(申込の撤回、申込者の死又は精神錯乱)もそれ自身で契約が結ばれるのを
 妨げると原則として主張した後、次のように付言した。「リヴォルノの商人
 (ポチエが自分の取引先と仮定した者)が、私が第一の書状で彼に知らせたことを
 取り消す内容の私の第二の書状を受け取る前に、又は私の心神喪失又は死のため
 取引を終結することができないことを知らずに、私の第一の書状を受け取り
 次第私が彼に注文した商品を発送したなら、この場合我々の間に厳密には何等
 の売買契約も生じなかったにも拘らず、彼は、売買契約によってではなく、私
 が書状により負った彼に賠償する義務、即ち何人も他人の行為により負担を負
 わされることはない(Nemo ex alterius facto praegravari debet) というこの衡
 平の準則から生じる義務により、私又は私の相続人に私の書状により約した売
 買を履行するよう強いる権利がある」。「有能なポチエ」も非常に危険な道に
 入り込んだことに気付かなかった。意思の合致の準則を救うことを口実とした
 このような論証方法は契約の観念そのものを取返しのつかぬ程に破壊するもの
 だ。シュロスマンの様な人ならポチエに言うだろう言葉を推測するのは容易
 だ。即ち「何人も他人の行為により損害を蒙ることはないという単純な衡平の
 準則が契約がなかったにも拘らずそれを履行するよう強いるならば、契約が
 あるとき同じ義務を正当化するために他の準則を何故必要とするのか解らぬ。
 それなら契約の拘束力の大原則は無用だ。契約の概念そのものが無用だ。ある
 法的状況を契約と名付け他の法的状況にこの名称を拒んでも、両者の間に法的
 に何の相違もないのだから、何の役に立とう。我々の学問からそれを不明瞭に
 するにすぎない無意味で無価値な概念は追放しよう」。ポチエは何と答えるだ
 ろう。恐らく何も答えられぬだろう。実際厳密に古典の見地から見ても彼の解
 決は矛盾を含んでいる。本当に何等の契約も結ばれていないならば、私は商人

が私の行為により蒙った損害の賠償を彼にする義務は負うだろうが(民法1382条)、仮にも行われなかった売買を履行する義務はないだろう。私が売買を履行する義務を負うのは契約が有効に存在するからで、それ故契約は「形而上学的に明白な意思の合致」とは別のものであることを承認することが是非とも必要だ。(Gounot, p. 152—154)

カントにより正しく教えられた困難を免れるのに一つの手段しかない。即ち、全く完全な意思の出会いがなければ契約は想像も及ばぬと「先験的に」主張するのを止めること、契約は人々の要求の相互的充足に供された社会生活の一手段以外のものではなく、従って契約の存在条件とその正確な成立時点を決定すべきは「法的連帯工程」^⑪の実際的作用に基いてであり、純理的「先験的」考察に基いてではないという事実をきっぱりと深く心に留めることだ。(Gounot, p. 156—157.)

実際現実の生活は古典的法学者とは全く別な風に問題を提出する。現実の生活にとって問題なのは、正しく何時この所謂「形而上学的に明白な意思の出会い」が起るかを知ることではなく、各当事者の物腰、態度、申込が、普通に即ち支配的観念に照らし又慣習や一般的必要性に従って判断された場合、如何なる条件で法的保護に値する十分に確固たる信頼を他方当事者に懐かせ得るかを決定することだ。そこで真の問題は次のように設定される。即ち如何なる時点から、撤回は、不正、不当と思われ、正当な利益を侵害し、取引生活が必要とする一般的安全性をひどく危くすることなしには、もはや突発し得ぬか。かように提出された問題は勿論抽象的「先験的」純粋な概念作用によっては解決され得ぬ。確かに心理的要素の探究も法学者の関心事の一つに違いなく、——そしてそれはなお主たるものであり得ようが、——合意を考察すべきは少くとも「社会生活のプリズムを貫いて」^⑫であり、内心の意思の考察にこの意思が表示されるあらゆる種類の社会学的要素の考察が強く結合されねばならぬ。^⑬(Gounot, p. 151.)

要するに現実の契約に於て意思の法的役割の著しい減少を注目せずにはいられない。実際、古典的理論が契約の形成に不可欠のものと宣言する合意の完全な一致および充足を相変わらず確認するどころでない。次第にフランス法は、当事者の「意思」を考慮する代りに、各当事者の自由意思による活動が他方に起

す正当な「信頼」の考慮を代置するよう導かれている。契約が結ばれる時点は二つの意思の仮設的出会いの時点ではなく、我々が話している信頼が生じる時点であり、又契約の効果を確定し、制限するのは意思以上にこの信頼だ。確かに信頼は法律行為についてはそれ自身意思への信頼を前提としており、かくしてこの信頼は意思から生じると言い得る。しかし信頼を生ぜしめる意思は伝統的法学者の唯一の関心事たる心理学的又は内面的意思でなく、「表示された」意思であり、社会的環境を貫いて、即ち信頼、慣習、あらゆる種類の要求の varié 統一を貫いて熟視され、又ますます絶対的となる信義誠実の要求に従って解釈された意思だ。レヴィは契約を「はっきり言い表わされたか又はされない活動(又は意思)が作り出す正当な信頼関係^⑭」と定義した。レヴィの法哲学に関する一般原則を全く斥けながら、日常生活上の契約がこの定義にかなり合致する「傾向がある」ことを我々は容易に認める。(Gounot, p. 162—163.)

- ① 引用されている関係書誌と共に、V. par exemple Baudry-Lacantinerie et Barde, op. cit., p. 43s.
- ② この問題を解決する全く抽象的仕方の適当な例を V. dans Boistel, Philosophie du droit, 1899, t. 1, p. 426—427 et 439.
- ③ この見地から例えば V. Pothier, Vente, n° 32; Demolombe, t. XXIV, n° 61s.; Larombière, t. 1, art. 1101, n° 14.
- ④ Cf. Dereux, thèse, p. 347—348; Schlossmann, Der Vertrag, p. 5s., p. 343s.; R. Worms, De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations, thèse, 1891, p. 188; Tarde, Les transformations du droit, p. 121.
- ⑤ Op. cit.
- ⑥ Gény, Méthode, p. 532.
- ⑦ Schlossmann, Der Vertrag, p. 6.
- ⑧ Kant, Doctrine du droit, trad. Barni, p. 105.
- ⑨ Cf. Planiol, Traité, t. 11, 4^e édit., n° 983; Meynial, Rev. trim., 1902, p. 564—566.
- ⑩ Traité du contrat de vente, n° 32.
- ⑪ Saleilles, Déclaration de volonté, p. 229.

⑫ Gény, Méthode, p. 532.

⑬ 無数の小さな日常生活上の契約を観察すれば、この結論について驚くべき確認が与えられ、同時にその効力範囲を拡大するのを可能ならしめる。非常に驚いたことには、これ等の取引に厳格に適用されたら古典的原則は正にそれ等の多くを無効にするだろうことが示される。(Gounot, p. 157s.)

⑭ Rev. trim., 1910, p. 720.

3. 一契約に於ける意思の排他的優越性は、ほとんど未発達^①の経済状態に符合し、そこでは法的関係が稀で、緩慢で、それ故何時もその方法や範囲を明確に確定する多かれ少かれ長い討議が先行し、又他方で連帯関係はほとんど感じられず、個人が「その法的運命を作る唯一のもの」とみなされている。しかし、人間生活のより大きな社会化と共に、法的関係が拡大し、増大し、促進せられ、従って各人が生活し、活動するために、益々他人を当てにする必要が生じるとき、信用の安全性、取引上の利益、信義誠実の要求を考慮に入れる必要性が次第に感じられ、そこでこれ等の基本的原則の名の下に、droit (法) は少しずつ内心の「意思」を中景に追いやり、「表示」、又は、結局同じことになるが表示により生ぜしめられた「信頼」を前景にやるに至る。勿論このような法的発展は法律行為者の義務、責任、危険の増加を引き起さずにはおかぬ。しかし珍しく我々の法意識はそれに反しない。法意識に深い変化が起っているからだ。かつては義務、責任、法的危険は恐れられていた。即ちそこに個人の独立^②や個人の活動の発展に対す阻害以外のものを見ることができなかった。それ故それ等が積極的に意図された場合しか承認しなかった。現代ではその観点は変わり、少しずつ義務、危険、責任を、個人の自由な飛躍の発展の阻害としてよりも、絶えずそれを促進するべく調整する救済的規律として見るようになった。^③
(Gounot, p. 164—165.)

それでは、ドイツの「表示」主義をその全帰結と共に採用すべきだろうか。如何なる法律行為の本質も、それが生ぜしめる義務の基礎および判断基準も、義務を負う者の「意思」ではなく、彼がなす「表示」又は彼が第三者に惹起す「信頼」か。我々はそこまでは行かぬ。実際、附合契約、公衆への申込、取

引生活上の諸々の契約は我々を容易に表示主義に導くが、数多い、重要な、しかし非常にしばしば論外に置かれている他の法律行為に於ては、古典的意思主義が大部分その価値を保持しており、当分我々の法意識がその放棄を許さぬと思われる。その上、ドイツ立法者自身の表示主義に反す自白があるではないか。表示主義を採用したように見えた後で、ドイツ民法典が適用上の詳細に關するとき意思について古典的見地に幾度も立ち戻ねばならなかったかぎり、そこに意思と同様表示も法律行為の全てを構成しないという明白な証拠がないだろうか。実際の所、問題は「危険」の問題だ。私が法律行為に参加するとき、私の内的心理学的状態とその外的表示の間、私の現実の意思と私の表示が生ぜしめる信頼の間に完全な一致は決っていない。何時も起り得るこの不一致の結果を誰が受けるべきかが問題だ。^④「契約上の危険」を誰が負担すべきか。表示者か。相手方か。——確かにますます *droit* (法) は「因果律」と呼ばれるものに從って危険を分配する傾向にあり、危険はそれを作り出す者の負担にあり、行為者——こゝでは表示者——に対してあり、單に受身の者に対してはない。ますます我々の法的社会では生きることは危険を冒すことだと言うのが真実になっている。^⑤危険は活動の代償であり、しばしば——先程述べたように——ためになる刺激物でもある。しかし、冒される危険が余り甚しいと個人の活動が落胆して止まる日が来る。もはや行動するに十分な利益を見ないとき、もはや行動しなくなり、率先的精神は消え、そこで必要な発動機を奪われた社会生活は麻痺されたようになる…確かに *droit* (法) をより社会的にすること程良いことはない。しかし「社会化」を口実に活動源を涸らし、集团的沈下を生ぜしめぬよう気を付けるべきだ。行動するために他人が我々を信用する必要があるが、我々も我々自身を信用する必要のあることを忘れてはならぬ。^⑦それ故、意思か、表示か、正当な信頼か…と唯一の主義の中に問題の完全な解決を発見しようとしても無駄だ。単一性を愛して止まぬ精神の持主が主張し、又生活により捲き起される全ての困難に答えるために「幾何学的に *more geometrico*」分析するだけで十分であらうところの単一的決定的公式を決って提出しないでおう。法律行為の理論を構成するのは論理学の仕事でなく、社会的目的論の仕事だ。即ち絶えず変更され又一新されるあらゆる種類の欲求、利益、要求

の難かしい又何時も一時的な妥協だ。(Gounot, p. 165—169.)

- ① Meynial, Rev. trim., 1902, p. 556.
- ② メニアル Meynial (op. cit., p. 563.) によれば「(義務に対する) この時代遅れの悪意は、恐らく厳粛莊重な義務が義務者の生活に於て彼の肉体的部分的割譲という悲劇的重要性を帯びた時代の最後の遺物にすぎなかった」。
- ③ Cf. Meynial, loc. cit.
- ④ 表示主義に於ては、相手方もある危険を冒さずにはいないことを注目しよう。droit (法) は、彼が実際に当てにしたものでなく、事物の「正常な」評価を彼に前提しながら、彼が当てに「すべき」だったものを容認する。要するに、表示主義はその行いが最も正常であった者を何時も勝たす傾向にある。各人は自分の「異常性」についての危険を負担する。(Gounot, p. 167, note 3.)
- ⑤ Saleilles, op. cit., p. VIII.
- ⑥ Cf. Saleilles, Les accidents de travail, 1898, passim, notamment p. 5, 61, 75.
- ⑦ Cf. Meynial, op. cit., p. 572; E. Lévy, Responsabilité et contrat, Revue crit., 1899, p. 373; Demogue, Notions fondamentales du droit privé, 1911, p. 165s.

3. 法律行為の解釈の基礎としての意思

A. 1134条3項と1135条についての伝統的説明の批判

1. —まず、法律行為の効果を確定するに於て法律に割り当てられる役割を少し考察しよう。——正に強行的規定に関する例外的場合を除いて——立法者を個人意思の単なる解釈者とみなし、法律の適用を黙示の意思に根拠付ける法学者の古典的傾向を我々はすでに論じた。援用される論拠は何時も同じだ。即ち1135条の言う法律は強行的でないから、それに「背く」ことができる。それ故實際上それに背かなかったのは、それを採用し、それを契約に合体したからで、その時それは法律としてではなく、当事者の意思の要素として適用されるというのがふさわしい。法律は当事者の内心の意思の「表示」に等しいと。この推論は毎日の経験に反し、斥けるに全く十分だ。実際、契約者当事者は、裁

判官が必要な場合には彼等に適用するだろう解釈的法律の全体を、十中九知らぬ。如何にして彼等はそれ等の法律を暗黙のうちにせよ認め得るのか。如何にしてそれ等の法律がその全効力を汲み取るのは契約当事者の意思からだと主張するのか。「予め知られたることに非ざれば何事も欲せられず Nil volitum, nisi praecognitum」と哲学者は言た。完全に droit (法)を知っている者の間に於てさえ、どれだけの者が契約を結ぶに於て、法律が彼等の行為に付与する直接的又は間接的効果の全てを考え、かつ意図するだろう。否、法律に背かぬことは、法律を「採用」して、それに順応することではなく、法律の前に「讓歩」して、それを信頼し、droit (法)の保護下に位置することだ。私が契約を結ぶとき、私はその契約の本質的条件、少くとも私が気を配るのが適当と思った条件を明確に確定しようと努める。他の条件については、法律の支配に任せる。私は予測されない全難題を解決する仕事を法律に任すが、確かに法律はこの信頼を受けるに値いし、又必要があれば法律も最も公平な方法でそれ等を解決し得るだろう。契約当事者の現実の心理状態はそのようなものだ。この法律の前の「讓歩」、droit (法)への「信頼」の觀念は、伝統的な「黙示の意思」の觀念よりもずっとよく法律を説明するように見える。その上、「解釈的」法律に違反することを何時も許されていると主張することには非常に大きな擬制がないだろう。実はこの所謂違反可能性は多くの場合おとりにすぎぬ。契約を結ぶ前に、自分で自分の行為の全結果を最も遠い関係のものさえも検討し、解釈的法律の全てをそれを採用すべきかを確定するべく吟味することを欲す者は、決して契約を結ばぬ危険が大いにあるだろうし、とにかく、法生活の現実的条件に順応し得ず、一般的生存競争に於て敗者とならざるを得ぬだろう。実際、法学者が何時も前提としている古い型の契約では、2人の「家父」が、田畑や家を買う前に数週間又は数カ月を費し、その契約の準備をし又その全結果を予測する。確かにそのような契約では法律の違反は容易に考えつかれる。現代の取引生活での取引に於てはもはや同じでない。「法的取引の氾濫」が人々の契約の非常な増加を生ぜしめ、今日契約の締結は非常な迅速性を是非とも必要とし、それが用いる方式(電信、電話)も詳細な討議と相容れぬことは非常に明白であり、その結果多数の解釈的法律をその通り「認める」こともそれに「違反する」こと

も實際上不可能となっており、少くとも違反することはもはや狭い限界内でしかなされ得ぬ。取引競争に勝つために沢山、迅速に動くことがますます必要となり、又そのためには *droit* (法) を「信頼」し、一度作られた法的関係から引き出すべき法的結果に関しては *droit* (法) にその決定を任ずることが是非とも必要だ。かくして商事契約はある点で附合契約に接近する。即ち当事者は契約の本質的要素の 2、3 しか自ら確定せず、残余については先在する客観的 *droit* (法) 全体に一括「附合し」、違反の可能性は全くない。^② (Gounot, p. 180—183.)

古典的解釈的法律の観念を救うために、「黙示的」真の意思のない場合には少くとも「推定的」意思があると、いたずらに反論された。即ち当事者は法律の目ざす仮定を多くの場合予測せず、法律は、現実の意思ともはや必ずしも一致しないだろうが、契約当事者がこの仮定のことを考えていたなら持ったであろう意思を示しているだろうと。しかしこのような着想は擁護できぬと思われる。私が予測しなかった困難を予測していたなら私は何を意図しただろう。私自身それは知らぬ。何故立法者が私よりもそれをよく知っているのか。実を言えば、私の意思は情況と共に恐らく変化しただろう。人は「驚く程変り安い主体」であり、二つの具体的心理学的状態が厳密に同一であることは恐らく決してないのが本当ならば、一般的画一的法規が如何にして各個別状況での当事者の推定的意思を正確に示し得るのだろうか。 (Gounot, p. 184.)

その上、本当に当事者の具体的意思を解釈することしか問題でなく、その意思こそを法的演繹法の唯一の基礎と見なすべきならば、一つの結論が不可避的となると思う。即ち立法者は解釈的法律を規定するに於て誤った道を行っており、^③法律行為の全解釈を任すべきは裁判官にだけだ。裁判官だけが各個別の状況に於て当事者の主観的心理状態を見抜くことができ、洞察力の最も鋭い又先見の明の最も優れた立法者よりもずっとよく、^④当事者の黙示的真の意思や表示されていない意思を、少くとも事情の許す限り、発見することができる。しかし正しくこの構想はますます地歩を失い、現代の法生活はそれに容易に満足しないように見える。最近の立法は全てこの構想を放棄し、それどころか確固とした、明瞭な方向を持った明確な準則を裁判官に課すよう気を配っている。これは主観的意思の探究が法的解釈の全てを成さぬこと、又一定の「推定

的意思」の背後に意思とは全く別のものが隠れていることの証拠でないか。実際には、立法者が売買、賃貸借、消費貸借、その他社会生活上役を演ずべきように思われる法的取引を規制するとき、「具体的に in concreto」考察される当事者の個人的心理状態からでなく——それは立法者には予測し難く、不可解なものだ——これ等種々の取引の通常の客観的目的から着想を得る。法律行為は空でなされる意思的行為でなく、社会的に適法な目的を達するための一手段だ。立法的に契約を解釈するとは、正義や一般の利益の要求を貫いて考察して、契約の正常な目的が要求するものを探究することだ。確かに、この見地からでさえも、意思と目的とは包含し合う二つの概念だから、なお意思のことを話し得るが、しかし注意すべきはもはや骨と肉のある特定人の現実の意思でなく、当事者の具体的意思の不可避免的に主観的で変化し安いのは完全に独立した、全く抽象的意思が問題となることだ。立法者は、いわば目前に、聡明な、誠実な、正直な実業家の典型と常識がみなすものにかなう理想人を描き、この理想人が有用で適法な最大限の効果を彼の法的活動の表示により生ぜしめるために意図し又は意図すべきものを探究する。解釈的法律が確認するのは人間の標準的代表者の抽象的意思であり、それがそれぞれの契約当事者全てに一律に課すのはこの意思であり、裁判官が、これ等の契約当事者の主観的意思を貫いて、^⑤尊重し、容認するのは、基本的にこの意思だ。かくして、解釈的法律は当事者の個人的意思の一要素としてよりも「客観的 droit (法)」の一部として現われる。立法者は単なる私的意思の代表者でなく公益の代表者だ。それ故強行法又は公序と解釈的法律の間に伝統的に確認されている基本的完全な相違は存しない。^⑥ド・バレイユ・ソミエール De Vareilles Sommières がいみじくも指摘したように、「全ての法律は公序に関する」。強行的か解釈的かのいずれにせよ法律はとにかく根は同じ性質のものだ。即ちそれは何時も公益の名に於いてなされる諸利益の規制だ。なるほどこの規制は種々の強度で利害関係人に課せられる。即ち、往々、法律の権威は私的意思がその条項に反しては全く実現され得ぬようなものであり、それに反し他の場合には、立法者は自分の設ける規制にそれ程の重要性を与えず、その規制は契約から生じた別の規制により有効に補充され得る。しかし、いずれの仮定に於ても法律は当事者の真の意思を示すもの

でない。即ち法律は「集団の法意識〔と〕衡平や社会的正義の要求に最も合致した方向を示す」^⑦。しかしながら、厳密に言って法律は当事者の具体的意思の単なる解釈では決っていないと原則的に主張しながらも、ドイツ人がしたように、解釈的法律という表現を、その意味を明確にしかつその効力範囲を限定するという条件で、保持するのは恐らく適当だろう。(Gounot, p. 185—188. Adde p. 188—192, p. 85s.)

- ① 例えば賃貸借契約書、保険証書、公正証書のように第三者の作成する契約書に關するとき、それは全く明白だ。このような証書に署名せねばならぬ個人は、そこにその正確な意味を知らぬ多くの専門用語やその真の重要性を理解しない多くの条項を見、多かれ少かれぼんやりと何時か彼には解決できぬ困難が生じるだろうとを感じる。それにも拘わらず彼が署名するのは、彼は *droit* (法) およびその二つの機関たる *loi* (法律) と裁判官を「信頼」しているからだ。その結果實際上我々の意見では、附合契約書に印刷された条項は「解釈的法律」と同じ法的性質のものとなる。ところで、本当に法律行為の解釈で裁判官は何よりも行為者の精神状態を考慮すべきとするなら、保険証書の全条項をそれ等が全て認められたという空しい口実の下に「厳格に」適用する代りに、それ等の条項が当事者がそれ等に持っていた「信頼」を明らかに裏切るときは、それ等を修正して、衡平の要求に適合するの多くの場合より論理的でなかろうか。かくしてドリュ *Dereux* (*thèse*, p. 152s., et *Rev. trim.*, 1910, p. 503s.) の提出した解釈体系にほとんど近付くだろう。(Gounot, p. 181—182, note 3.)
- ② *Division du travail social*, 2^e éd., 1902, p. 189s. に於ける M. Durkheim の非常に正当な熟考を比較せよ。
- ③ Cf. Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 204—205. 「当事者の意思の法的解釈はない。法律が意思表示を前以って解釈すると言うのは全くナスセンス、又は少なくとももはや自己弁護の余地のない擬制だ。具体的事実の抽象的解釈はない」。
- ④ Cf. Ehrlich, *Das zwingende und nichtzwingende Recht im B.G.B.*, p. 41.—Rappr. Laurent (*Principes de droit civil*, t. XV, p. 543.)—Adde: Gauguier, *De l'interprétation des actes juridiques*, *thèse de Paris*, 1898, p. 264s., notamment p. 303.
- ⑤ ある点で Rappr., E. Lévy, *Rev. trim.*, 1903, p. 102.

- ⑥ De Vareilles-Sommières, Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois, 1899.
- ⑦ Saleilles, Introduction à l'étude du droit civil allemand, p. 51.

2. — 法律の次に、1135条は「慣習」^①に言及しているが、すでに見たように古典的理論に於て慣習の法的価値は法律のそれと同様黙示の意思により説明されている。確かにある部類の慣習についてはこの着想も全くその通りだ。實際「契約的慣習」が存在し、それは利害関係人の黙示の同意にしか根拠を置かず、又裁判官は、事件の状況が当事者の主観的意思をこの意味に於て解釈するのを許すのでなければ、それを適用してはならぬ。しかし少しでもその慣習が十分な一般性および固定性を獲得すれば、間もなくそれを「先験的に」何時も契約当事者により知られかつ承認されてるものと仮定し、従ってそれを契約当事者に彼等の現実の意思が實際上どのようなものであれ「強いる」ようになる。その時からすでに伝統的説明はもはや十分でない。即ち契約的慣習は法的慣習となる傾向にあり、黙示の意思的条項の部類から脱し、真の客観的法規の位置にまで昇進する。先に法律やその種々な程度の強制力について述べたことと全てが文字通りこゝで繰返えされ得よう。(Gounot, p. 192—193.)

- ① Voy. Génv, Méthode, p. 366s. (非常に豊富な関係書誌)、et Saleilles, Introduction, p. 70s.—Adde: Perreau, Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé, Rév. trim., 1911, p. 275s. ; J. Kohler, Ueber den Willen im Privatrecht, dans Jahrb. für die Dogmatik, 1889, p. 209s.

3. — 「衡平」と「信義誠実」に関しては、その補足的法的価値を専ら黙示の意思に根拠付けるのは余りにたわいなく又道徳的常識に反するので、このような着想を詳細に反証を挙げて論破するのは全く無駄に思われる。裁判官が自由に合意された条項を衡平を口実に「修正する」のを、意思の尊重の名に於て禁じることは文句なしによくわかる。しかし、どんなに稀でも、衡平にある役割を認める場合にこの役割を意思により正当化し、又衡平を貫いて意思そのも

のしか尊重しないと主張することは、実際、意思ドグマ (Willensdogma) の盲目的信奉と擬制への敬愛を少し極端にしすぎている。判例集を仔細に研究する者なら誰にでも、裁判官が衡平に訴えるとき、正に当事者が予測しなかった又は予測できなかった契約状況を規正することが問題になっていることは全く明白だ。^①従って、これ等全ての所謂黙示の意思よりも空想的なものがあろうか。その上、本当に衡平がそれ自身では固有の法的価値を有さず、従って判決の有効な基礎として役立ち得ぬとしても、存在せぬ意思を存在すると仮定することが判決により堅固な基礎を与え得るとまじめに考えられるだろうか。(Gounot, p. 194—196.)

「信義誠実」(1134条3項)を自治の原則に帰せしめる試みについてはどうか。私が契約を結ぶとき誠実の要求に服せしめられるのは単に私がそれを認めたからだろうか。それ故私の意思は全く別のようであることを言証するなら私は不誠実でも障らないか。確かに多くの場合、特に単独行為に関するとき、信義誠実に従った解釈とは、精神を文字より卓越せしめ、従って行為者の現実の意思にできるだけ近付くことだ。しかし又非常にしばしば、主に所謂契約について、1134条3項の効力は確かに別のようだ。即ちそれが規定する準則は、単に黙示の意思を尊重するどころか、契約当事者の意思を支配し、その効力を制限し、時としてその意思を押しつぶさえるより上位の原則として現われる。契約は信義誠実に履行さるべしと言うのは、当事者の意思が誠実から外れるときその方向に「修正」さるべしと言うことであり、ある契約条項が信義誠実に対する罣を成すときその適用を拒む権能を裁判官に承認することだ。^②保険についてのフランス判例の最も優れたものはこの考え方に基いている。^③どんな「技術的虚構」により、この契約の解釈への信義誠実の浸透を「当事者の共通の意思」に結び付け得るのか。(Gounot, p. 196—197.)

それ故、1135条の真の意味は古典的学者の言うのとは全く別のものだ。我々はそれを二言に要約する。即ち 1° まず法律行為の効果は意図されたものだ。勿論それは適法であること、即ち公序、良俗、信義誠実の要求、法組織の一般準則と調和していることを条件とする。2° しかし意思は全てを予測することも全てを規正することもできないだろう。それ故法秩序がその救済に赴き、避

けられぬ意思の欠缺を補充する必要がある。法秩序はそれを——仮にも存在しない、不確実な、又は矛盾した——当事者の現実的主観的意思からでなく、衡平、誠実、慣習に従って推測するならこの意思がかくあるはずのものから着想を得ながらする。かくして、法秩序は、個人の意思の表示にその正常な目的に従って最大限に有効な効果を生ぜしめながら個人の意思を補充すると同時に、個人の意思を正義と公益の方向に専断で方向付ける。換言すれば意思的行為が一度表明されるや、社会環境がそれを捕え、自らの影響を浸透せしめ、それを自らの法律(所謂法規、慣習、衡平、信義誠実)に服せしめ、かくして法秩序は、当事者の適法な個人的利益に最善に仕えながら、みんなのために最大の善の源、最少の悪の源となる。^④ (Gounot, p. 197—198.)

- ① 特に新しい不慮の出来事のため衡平を介入さす必要のある長期的又継続的契約に於てそうだ。最高法院により破毀された Aix の興味ある判決を Dalloz, 1876. 1. 193 の中に見よ。—Cf. Cass. Turin, 16 août 1900, dans La Legge, 1900. 2. 800.
- ② Cf. Saleilles, loc. cit.
- ③ 往々信義誠実の名に於て一定の条項を修正する必要があるのは、實際、特に附合契約に於てだが、その理由は、当事者のうちその契約についての定めをする者は、彼の経済的、法的優越性を悪用し敢えて他方を罠に掛けるからだ。——この点について Voy. Dereux, thèse, p. 152s.——演劇の契約について Chambre des requêtes du 4 mai 1905, D. 1906. 1. 359. の興味ある判決を参照。
- ④ Comp. Durkheim, Division du travail social, 2^e éd., 1902, p. 189s. Cf. X. Perrin, Conversion par réduction des actes et des personnes juridiques th. de Dijon, 1911, p. 119.

B. 法律行為の解釈に於ける裁判官の役割

1. —それだから、裁判官の役割がどうであるべきかを言い表わすことは容易なことだ。明らかに裁判官の第一の任務は、当事者の現実の意思が正規の方式に従って、又実定法の設けた制限内で示されているならば、それに効果を与

えることだ。「適法に結ばれた契約はそれを結んだ者に対して法律に代る」(1134条)という準則を斥けることを我々は一瞬たりとも考えたことはない。この原則そのものを除去することは、正に契約からその個々の存在理由と社会的価値を同時に奪うことでしかないだろう。法律行為はなにかんづく未来を見越し、某利益を前以って確保すべき人の意思の努力を示しているが、人の意思が働くために某利益の実現を確実に当てる必要がある。即ちこの予測行為が裏切られてはならぬ。それ故ある困難が生じて、当事者がそれを予測し、はっきりと満場一致で解決していたなら、裁判官は原則としてちゅうちょせず、この取り決めに容認すべきだ。明白な表示がなくとも、「当事者の共通の意思」がその行為や状況全体からはっきり引き出されるなら、裁判所にその下すべき判決を示すのはなおこの意思だ。更に、契約当事者が係争中の難事を実際に考えていなかったときでさえも、もしもの時は彼等が許容すべき解決について意見を同じくしていたという確信を得るなら、彼等の場合によっては生じていたであろう共通の意思に基くことが当然できるだろう。それ故、裁判官は自治の原則の名に於て、1° 当事者の明示の意思、2° 当事者の黙示の意思、3° 当事者の潜在的意思を尊重すべきだ。かようにして、我々は、裁判官による当事者の意思の探究と尊重の原則を画一的に攻撃することを願うどころか、それに反し、フランス判例が断固としてそれから着想を得、かなりの柔軟さと豊かさを以てそれを操作しなかったことをむしろ非難する気になっている。ローマの「範ちゅう」がなお完全に記憶に浸み込み、厳格な技術的構成の複雑な体系に数世紀来慣れ親しんで来たフランス判例は、自治意思の法的表示に直面したとき、余りにしばしばそれ等を「範ちゅうにより分類する」こと、即ちそれ等を完全に法律又は学説により定められた等級に還元して、次いでそれ等を、厳格な論理手続によって、もはや当事者の真の意思を気にかけることなしに、これ等の等級に相応した全準則に「容易に de plano」適用することを唯一の目的とした。広く理解されてる自治の原則にこれ程反するものはなかった。法律行為を履行するとは技術的構成の内部に位置することではなく、実際の目的に向うこと、法的経済的秩序により決定されている効果を追求することだ。それ故解釈者が行為者の意思に最も正確に合致したいと思うなら、何より

も彼が着想を得べきは目的観念からだ。彼の任務は原則から結果を演繹することではなく、目的に手段を適合せしめることにある。単なる論理学でなく目的論に關す。論理と技術が参加するとしても——又恐らく参加することがいかに必要だが——補助者の資格に於てでしかなく、目的の考慮が相変わらず本質的に主位にある。實際的にも、抽象的図式や純粹な技術の原則に対するフランス判例のほとんど盲目的尊敬は、フランス法による最も広い自治の容認に拘わらず、全く「独特な sui generis」契約の可能性を一部分否認するよう判例を導いた。このように、それは、droit (法) の発展に役立つどころか、個人の法的発意の自由な発展を阻害することしかなし得なかった。しかも確かにタルド Tarde が大いに誉め讃えた個人の豊かな創意と天才的獨創性が法的発展の最も豊かな源を成す。公序、良俗、衡平、社会的正義が個人意思の活動を支配すべきだと確信すると同様に、自治の原則が純粹な技術の原則の上に置かれるべきだと確信する。實際、法的技術とそれに伴う抽象的範ちゅうや論理的図式は、法学者が droit (法) 現象を「話す」のを可能ならしめるべき言葉にすぎぬ。(Gounot, p. 199—205.)

しかしながら、意思の尊重は、それをいくら強調しても、意思の限界そのものが強いる限界を有しており、意思そのものが止る所で止らねばならぬ。早晚法学者は、当事者は決して全てを考え、全てを予測し、全てを規整しないことを認めねばならぬ。将来の細部の事まで当事者は予測し、又彼等の契約上の用語そのものの中に可能な困難の全ての解決が見出されるという見解は、一瞬たりとも批判に耐えぬ。^④確かにしかしその見解は民法典の注釈者の見解であつた。^⑤實際、注釈者のものを続むと、解釈の主たる準則——ドモロンブ Demolombe のように言うなら「準則のうちの準則」——は、1156条に規定されており、従つて裁判官にとって契約を前にしての唯一のためらいは、用語の曖昧さ即ち意思と表示の不一致から来るらしい。かようにして、契約当事者の使用した用語は彼等の意思を正確には示し得なかったが、この意思は現實に存在したとたやすく假定する。——このような概念作用は偽りそのものだ。エールリッヒが非常に適切に識別しているように、不確実性や曖昧さは一定の問題について意思が不完全に表示されてることからでなく、この問題について意思が存在しな

ったことから生じる。それはフランス判例が余りにもしばしば忘却していることだ。我々が判例を非難するのは余りにも契約意思を尊重するからでなく、人の意思の自然の限界を体系的に無視して、ほとんど決って予測されなかったことを予測されたとにかく仮定するに於て、余りにもしばしば想像的意思を援用するからであり、何もない所に何かを見出し、契約当事者が、お互いに提出しなかった問題に、如何なる答えを与えたかを知ることができる程十分洞察力が鋭いと自負するからだ。フランス裁判官には、少くとも表面は、意思が契約上 *droit* (権利) の唯一の源であり、従ってあらゆる判決の唯一の適法な基礎であるという原則が非常に浸み込んでいるので、現実の意思を持ち合わせぬときは擬制的意思を作り出すのが必要なようだ。ところで現実の意思を尊重すべきだけ擬制的意思は尊重すべきでない。そこで明らかに存在しない「共通の意思」以外の基礎を有さぬ判決は「理由」のない判決であり、従って破毀院の厳しい批判を受けるに値する。それだけでない。所謂共通の意思は単に現実と「無関係」であるだけでなく、非常にしばしば現実 directly 「反して」いる。実際、最も多い交換様式の契約に於て当事者の利益は通常対立しておることは確実だ。従って契約がはっきり規整しなかったほとんど全ての点について、もし意思があるなら、当事者の万一の意思は相違したものでしかあり得ぬだろう。それ故特別な話し合いや明白な取り決めの対象とならなかった困難について彼等の万一の意思を探究するなら、通常発見するのは一致した意思でなく、潜在的不一致だ。それで、最も鋭敏な民法学者又は最も精緻な謎の解読者たりとも、この潜在的不一致から全く擬制でない共通の意思を引き出すことは決ってないだろう。(Gounot, p. 206—209.)

- ① この場合は比較的稀だろう。何故ならもっと後で述べるように、当事者はたいいていの場合対立した利益を有するから。
- ② これこそ M. Dereux, thèse, passim, notamment, p. 446 の結論だ。
- ③ Cf. Gény, Méthode, p. 527.—それは、新しい状況の圧力下に又は新しい要求の充足のために案出されたもので、伝統的技術的範ちゆうに「容易に」入らぬ法的活動の全てを意味する。
- ④ ローマ人はそのことを意識していた。Dig. 19. 1. 38. 2: «si nihil de ea re

neque emptor, neque venditor cogitaverunt, ut plerumque in ejusmodi rebus evenisse solet...» (Celse).

- ⑤ T. XXV, n° 3.—Cf. Gauguier, De l'interprétation des actes juridiques, p. 25s.; Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, 1^{re} éd., p. 301.
- ⑥ Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht, p. 40.

2. —それではそのような場合裁判官はどうすべきか。共和暦8年の民法典草案は次のように述べた。「民事事件に於て明確な法律が無い場合は裁判官が^①衡平遂行の機関だ」。意思は無言、不可知、又は相矛盾し、如何なる補足的な法律も、十分に確立された慣習も援用され得ぬとき、契約の解釈者が問い合わすべきは衡平だ(1135条参照)。衡平について沢山書かれており、内容はすこぶる漠然としている。いずれにしても最も明瞭な定義はアリストテレスの定義だ。^② 衡平は観念的正義が特別の場合に適用されるに於て帯びる形だ。法律は一般的かつ抽象的正義を示すのに反して、衡平は具体化されかつ個別化された正義である。しかしいずれにしても同じ正義だ。それ故全く当然のこととして、衡平に従って裁定する裁判官のことを「具体的事件の立法者」であると言うことができよう。裁判官は、立法者がもし介入せねばならぬなら彼自身なすだろうことを、特別の事件についてなす。裁判官が係争中の法的情況の客観的諸要素の中にそれ等が要求する法規を発見しようと専心するのは、同じ目的に従い、又同じ原則の名に於てだ。ところで、契約について立法者が何時も着想を得る最高の正義の準則は、すでに見たように「交換」の原則、又は「対価」の原則に要約される。^③ それ故契約上の衡平は対価の戦勝を確保することにある。それは、裁判官にとって、目前の種々の利益を正確に評価しかつ比較し、それ等を個人的重要性と社会的目的に従って「釣合わす」(aequitas, aequum) ことだ。^④ 確かにこの仕事をするに於て裁判官は当事者の意思——争点以外の点について当事者により表示された意思のことを意味する。何故なら仮定上争点が当事者により規整されなかった〔場合を検討している〕のだから——を大いに考慮せずにはおかぬが、実を言えばこの意思はもはや絶対的法源を成さず、単に裁判官が衡平に従ってそれに関する「droit (法)」を決定すべき「事実」的要素に属す。問題は

「当事者は何を意図したか」でなく、「係争利益、その事件の全要素、特に当事者により現実に表示された意思が与えられたとき、係争中の困難の最も衡平な解決、droit (法) と公益に最も合致した解決は何か。普通の法意識の要求に従って評価すれば目前の諸利益を最もよく釣合す解決は何か」ということだ。^⑤一言にして言えば、主観的意思が不存在又は疑わしいとき、裁判官は客観的正義を探究する。^⑥裁判官は単なる記録装置でなく、立法者と同じように droit (法) の活動的代弁者だ。^⑦又立法者同様、裁判官は単なる個人意思の受任者でない。即ち衡平に従って裁定する裁判官は法律の代表者、より以上に droit (法) と正義の代表者だ。^⑧ (Gounot, p. 210—212.)

勿論、裁判官の役割についてのこの構想は、学者のほとんど満場一致の主張と、判例の何時もの用語法に反する。しかしそれが言われていることに反するだけ、なされていることに合致していると思う。実際、裁判官は、自分達は当事者の共通の意思を探究し、容認することしかしておらず、そこで自分達の全役割は制限されると繰り返す言っても、それは彼等の言い方にすぎぬ。少しでも彼等の内的心理状態を洞察すれば、契約により予測されなかったある困難に直面して、まず多かれ少かれ意識的に彼等が提出する真の問題は、次の通りであることがすぐさまわかる。即ち「最も衡平な解決は何か」、又は結局同じことになるが、「正しく、そのような場合に彼等の利益をできるだけ正義の要求に一致さすよう気にかける正常な意思が意図したとして、何を意図すべきだったか」。もしこの分析が正確であり、裁判所は実際はその判決を正義と公益のより上位の理由に基礎付けているならば、裁判所は何故それを卒直に言わないのか。衡平が実定法領域に浸透するために、如何なるパスポートも、特に如何なる変装も必要でないことは、民法1135条から明白でないか。「正義は身を隠さぬ」^⑨。主観的意思が不存在又は疑わしい場合、解釈についての古典的原則の全てを大胆に斥け、純粋な「表示」主義を信奉する条件でしか、「当事者の意思」や「共通の意思」のことをな話することはできぬだろう。裁判官にとって、現実の内心の意思を探究することが問題なのでは決してなく、単に表示をその普通の意味により又正義と一般的利益の要求に従って解釈することが問題なのだときっぱり宣言する必要がある。法的意思や共通の意思という言葉は真

の心理学的実在を示すとは決して言うておらず、法律学は心理学でないのであって、これ等の言葉は単に衡平、慣習、信義誠実により普通に解釈されかつ補充された客観的表示内容を意味するときっぱり宣言する必要があるだろう。^⑩しかし伝統的意味での自治の原則を保持し、法的意思により心理学的意思を示す限り、法的意思という表現の使用は、それが一定の心理学的既知事実に根拠を置くときしか正当でないだろう。それ故、意思のある場合は意思のことを話し、他の場合は衡平や社会的正義のことを話そう。このようにして、現実と擬制^⑪を何時も同列に置くことは止めよう。(Gounot, p. 212—214.)

- ① Article 11 du titre V du Livre préliminaire (V. Fenet, t. 11, p. 7.).
- ② Aristote, *Ethique à Nicomaque*, I, v, ch. X, §5. 衡平について見るならば、豊富な関係書誌を示している Gény の *Méthode*, p. 487s. 又 Kiceli, *Sulprincipio di equità*, dans *Studi in onore di V. Scialoja*, 1905, t. 11, p. 83—93. 同じ著者のもので、Cf. *Lezioni di filosofia del diritto*, t. 11, 1909, p. 247—258.
- ③ Cf. Ihering, *Der Zweck im Recht*, trad. de, Meulenaere, p. 93; Tarde, *Les transformations du droit*, p. 138.
- ④ Comp. Gény, *Méthode*, p. 539.
- ⑤ 換言すれば最近の著書 (Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 298) が述べているように、こゝで問題なのは意思の「適合性」であり、単なる「解釈」でない。
- ⑥ Cf. Stammler, *Die Lehre vom dem richtigen Rechte*, 1902, notamment, p. 511.
- ⑦ Cf. Gény, *Méthode*, p. 457s.; Demogue, *Notions*, p. 301.
- ⑧ Comp. Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, p. 51—53.
- ⑨ Bossuet, *Œuvres oratoires*, éd. Lebarq, t. V, p. 151.
- ⑩ Rappr. Saleilles, *Décl. de volonté*, sur l'article 133, nos 47 et 51.
- ⑪ 換言すれば、契約について可能な判決の全てを当事者の意思に基かせ、しかもこの意思を実在の心理学的意思とみなすと言うことが矛盾しているのは、法律の中に立法者の実在の意思しか見えないなら、droit (法) 全体を法律の中に併合するのが矛盾しているのと同様だ。立法者の意思にせよ、法律行為者の意思にせよ、人の意思には自然の限界が、顧みないとはたわいない免れ難い欠陥がある (V. Gény, p. 100s.). それ故本文に示した二つの構想のうちいずれかを選択すべきだ。それ

に、「法律」の解釈に関するときも同じ二つの構想に遭遇する。もし法律が何よりも立法者の意思に存するなら(法律行為についての意思主義と比較せよ)、法律は、少くとも潜在的に立法者の予測の中に入り得た法律関係しか支配せず、それ以外は他の明白な法源か、「自由な科学的探究」に訴えるべきで、法律に訴えることは全くの擬制となろう(Gény)。可能な判決の全てを法律の範ちゅうに入れかつ法律の權威に基かし得るのは、法律を立法者の意思から分離し、法律を自分で事足りる憲章として、又は、より以上に絶えざる発展と適合の途次であり、かつその国の法的活力の全要素を絶えず自身に引き寄せ、それを同化する生きた有機体としてみなすこと(表示主義と比較せよ)を条件としてにすぎぬ(Saleilles, Introduction, p. 98 et s.; Déclar. de vol., p. 213 et s.)。更にこの比較はしばしば法律の解釈と法律行為の解釈の間でなされた。特に、Saleilles, Décl. de vol., sur le § 133 とこの著書により惹起された種々の批判的研究(Gény, Ann. de dr. comm., 1901; Tissier, Rev. bourguignonne, 1903; Meynial, Rev. trim., 1902)を見よ。—Adde: Dereux, Rev. crit., 1902, p. 116; Fortier, Pouvoirs du juge, thèse, 1909, p. 85. (Gounot, p. 214—215, note 2.)

3. 一我々はこゝで一つの異議、契約の解釈についてドイツ学説が提起したもので見かけは最も重大な異議にぶつかる。次のように言われている。「判例が慣れ親しんでいる黙示の意思や共通の意思を放棄することは十分警戒しよう。確かに時としてこれ等は擬制だが、これ等の擬制は有用だ。即ちこれ等は裁判官を拘束し、裁判官の解釈の仕事に何よりも法生活が必要とする正確性と厳格性を与える。衡平や一般的利益のような曖昧で一貫性のない觀念から裁判所が公然と着想を得るのを許すことは、全ての専断への道を開き、又法律関係を無秩序と不安全に委ねることになる。」^①このような異議は裁判官の役割についての古典的構想から生じている。即ち専断の恐れから、裁判官の如何なる固有の活動も否定し、彼の個人的考えを無用にしようとし、法律と契約の機械的記録が彼の全任務を構成するとする。イエリングは次のように皮肉った。理想的裁判官は機械的に消化する Vancanson の有名なあひるに類似した一種の機械ということになる。即ちその機械の中に判決すべき事件を滑り込ますと、そこからその事件は判決の形で出て来るだろう。^②しかしこのような構想は

もう役に立たぬ。歴史も、裁判官が決して厳密に立法意思や契約意思の機械的解釈者の職分に帰せしめられなかったことを、はっきり示している。全ての諸国民の間で、裁判官は、立法者と同じく又しばしば立法者以上に、「社会的争いの仲裁人」、「社会的進歩の調整者」、droit (法) の不可欠な念入りな作成者であった。^③ この司法当局 (者) の積極的役割、「判例の親衛隊的力」^④ は、通常その権化とされるローマの司法官裁判所、又はフランス古代の parlements (パルルマン) やイギリスの equity (エキティ) 裁判所にだけ見出されるのではなく、成文の法典編纂現象もそれを局限することなく、民法典後のフランスにも見出され、伝統的法学者のひんしゆくを大いに買う結果となった。人がどんな風に振舞おうと、裁判官は決して単なる機械とはならぬだろう。何時も法律の欠缺や曖昧さや契約上の予測の不可能性が一定の「専断」を避けられなくするだろう。この専断を制限しかつ一定の方向を与えることより良いことはない^⑤ が、この専断を何時か除き去るなどと過信せぬように。「戸口から追い出された衡平は窓から再び入るだろう」^⑦ とミスリー Miceli は言ったが、衡平と共に、それが裁判官のために引き入れる自由裁量権も再び入って来るだろう。^⑧ (Gounot, p. 215—217.)

そこで、問題の全ては、裁判官は契約について彼の果すべき積極的役割をそれを擬制的意思の背後に包み隠すことによってより良く果すかどうか、又フランスの古典的学説の技術的方法が裁判に付せられるべき者に最も堅固な安全性と確実性の保証を付与するかどうかを知ることだ。我々の意見はそのようでない。擬制的意思の中には裁判官が正にそこに置こうと思うものしかなく、又判例の解決が相対的固定性と明確性を示すとしても、それはその解決が實際上着想を得た衡平の原則の相対的固定性と明確性に起因しており、決してその解決に衣を与えた擬制に起因しておらぬ。その上、擬制は何時も危険だ。^⑨ 確かに無言の意思に衡平の方向に喋らすためにしか擬制を用いぬ限り、由由しいことは何もない。しかし、想像上の意思の名に於て、往々完全に尊重すべき現実の意思の行動を阻害する恐れがある。^⑩ その時それは最大の専断となろうし、又この危険^⑪ に対して古典的学説は何等の頼みになる手段も与えぬ。専断が擬制の覆いの下に滑り込むとき、それは裁判官の技術的手宛の限界以外にもはや限界を有さ

ぬ。裁判官が鋭敏で抜目なく、適切に擬制的意思を案出し、それを組み合わせ、非常に適切な何等かの技術的構成に訴えるすべを心得ているとき、裁判官は思う存分専断を享樂し得、彼の権能は如何なる障害にもぶつからぬ。何故なら、どんなに不条理又は不適法に見えようと、少しの技術的手腕により想像上の何等かの「共通の意思」から容易に演繹し得ない判決はないから。それ故、裁判官を抑制し、あらゆる専断を予防するだけのものを古典的擬制の中に発見すると思うのは、当てにならる幻想によってゞしかない。全くそれに反し、恐れられてる悪用が最も少いのは我々が称讃する学説に於てだと思ふ。實際、最も危険な専断は己れを知らぬ、又は知らぬ振りをする専断だ。裁判官は演ずべき積極的役割を有し、不存在の意思の解釈者でなく、droit (法) の代弁者、衡平の代表者であると卒直に言うとき、裁判官は、彼の権能の範囲をよりはっきりと自覚、彼の倫理的社会的責任についてより強い自覚を得るだろう。他方、「学説」も、意思の問題はわからなくてよいという尤もらしい口実の下に、判例を鼓吹するという学説の自然な機能を放棄する代りに、衡平や一般の利益の要求の積極的分析により、裁判への準備工作をするようにもっと意を决して努力するだろう。他方、衡平や一般の利益の偉大な觀念を使用するに於て裁判官が不可避免的に感じるだろうところの、一般的意識の主張に従ふことの必要性が、裁判官に対して、あらゆる悪用の気持に対するためになる予防物を構成するだろうと考えることが許される。不当な判決でも、「共通の意思」から生じたものとして示すならば、恐らく世論も容易にその判決に服するだろう。しかし衡平の名に於て不公平な判決を下し、又は一般の利益の名に於て反社会的判決を言い渡すことも、世論は容易に黙許するだろうか。そのようには思わぬ。最後に、何よりも、裁判官の専断は、破毀院のより広範で積極的な監督の中に、一つの限界を、又裁判に付せられるべき者は必要な安全を見出すだろう^⑫。この点は幾等かの説明を要する。まず、一時破毀院の意見であつたところの、契約は「法律」に代る故に最高法院は契約に関する全判決を監督すべきだという古い意見に復歸することには少しも關していない。このような学説は全く死んでいる。たゞ、我々にとって議論の余地のないこの真理、即ち当事者の所謂共通の意思の背後で、非常にしばしば裁判官が討議しかつ一刀両断に解決

しているものは、事実問題でなく *droit* (法) 問題であるということに要するに従うことにのみ関している。法律行為の解釈を対象とした多くの訴訟に於て、「如何なる種類の如何なる事実も争そわれていない」ことは明白だ。係争問題は「当事者は何を意図したか」でなく、「当事者は何を意図すべきだったろうか」、又はより正確には「事実はこちらであり、又認知し得る意思はこちらであるので、*droit* (法) 的見地よりすればそれから如何なる結果が出て来るか、如何なる判決を衡平は強いるか」ということだ。ところでこれはもはや事実でなく *droit* (法) に関する。^⑬ その証拠は、そのような場合に「先例」が援用され、弁護士は彼の主張に合致した一、二の判例を引用したとき彼の訴訟に勝ち、フランスの全裁判官は道義上同じ訴訟は同じ方法で解決する義務があると思っており、裁判所が二つの類似の事件を異ったように判決するとき前判決を「取り消した」ものとみなされることだ。ところで、事実問題を解決し、当事者の主観的意思を洞察することしか問題でないなら、それは全て不可解で、不当であろう。ところで、法的問題に関わる至る所で、破毀院は監督をする権能を有する。確かに、フランス最高裁判権は、その制度を支配していた最初の観念に従って、制定法の条文そのものを明らかな侵害から守るためにしか介入しないと言っていたときがあった。しかし、実際的要求の圧力下に、堅固な法的組織をフランス国に保証するべく、フランス最高裁判権は如何にその任務を拡大し、私法の全領域にその規制力を少しずつ拡大せねばならなかったかは喚起するに及ばぬ。ジェニーは彼の偉大な著作の中でこの歴史的発展を完全無欠に書き、同時にその必然性と適法性を確認した。^⑭ しかし、法律行為の解釈が *droit* (法) の問題を構成する多くの場合に破毀院はその支配を積極的に感じさせ「得る」としても、何時もそうす「べき」と主張するどころでない。我々特有の見地よりすれば、こゝでもジェニーの豊かな考えを再び用いて、この学識ある学者と同様に、次のように言うだろう。即ちそのように広く解された破毀院の支配力を確かに免れぬ一定の「*droit* (法)」問題に直面しても、破毀院は必ずしもはっきりと考えを表明する義務はなく、又慎重な権力行使の回避がしばしば破毀院の最も賢明な振舞でもある。例えば、係争事件が非常に特殊でユニークな局面を呈すので「判例」の確立が明らかに無用なとき、更に *droit* (法) 的要素が事実

的要素と結合しており後者を前者から分離し前者を潜在的な一般化を入れる余地のある抽象的判決の対象とすることができないようなとき、がそうだ。又、討議されてる問題の新しさ又は複雑さに応じて、破毀院が決定的となる可能性有をす明確で確固とした意見をなお有していないと自ら思うときも、この留保的態度が強えられる。しかし、その決定が最高法院の思慮分別に委ねられるべきこれ等の仮定や何等かの他の類似の場合を除いて、積極的監督が法的解釈に統一性と規律正しさを確保するために現われることは有用であり又必要でさえあると思う。この破毀院の介入は、附合契約の名を与えられたところの現代非常に重要な変種契約に関するとき、特に緊急に強えられる。裁判すべき事件は、破毀院に、実際ほとんど何時も、際限なく再現するが相変わらずそれ自身に類似している「抽象的事件」の形で提出される。真の集団的法律である附合契約条項は、法律として、即ち「抽象的に」又一般条項の方法で解釈される傾向にあり、実際裁判官はこれ等の証書それぞれの形成についての特別の状況も当事者の具体的な主観的心理状態も考慮しない。それ故、そこに破毀院のために大きな審査の領域が開かれている。破毀院の所謂意思の探究を根拠とした系統的権力行使の回避は、正義の否定とは言わぬが正義の放棄となろう。実際、半世紀来、フランス最高裁判所が進むべき方向を見出したように思われるのは、この法律行為解釈のより有効な監督の道だ。¹⁶ 当事者の意思の尊重を確かなものにするという口実の下に、各裁判所が「明確な条項の意味を曲解する」のを防止することに於て、最高裁判所は真の *droit* (法) 問題を何度も解決し、その意見を下級審裁判官に強いて来た。¹⁷ 多くの学者がこの判例を批判して来た。我々に関しては、この判例の基礎となっている契約の明瞭な条項と不明瞭な条項の間の区別は余り適切と思われぬことを承認するのに何等の異議も唱えぬ。それ故、我々によれば、最高法院の活動領域を定めるために位置すべきは全く別の見地だ。明瞭な条文と不明瞭な条文の間を区別することでなく、現実の意思と擬制的意思の間、即ち事実問題と *droit* (法) 問題の間を区別することが問題だ。係争点について当事者の現実の意思を確定することは何時も事実問題だ。即ち契約書の文字の表面的明瞭又は不明瞭は問題でない。しかし意思が沈黙している場合、最も正当で、衡平で、信用性の要求と一般的利益に最も合致した解決を

探究するのは、次にこの解決の方向に擬制的意思を想定することはさて置き、**droit** (法) 問題を討議することだ。それ故破毀院は必要なときは「**droit** (法) を示す」のをためらってはならぬ。非常に恐れられている専断に対し、破毀院の規制的介入は最も有効な救済手段となろう。そのお陰で、類似の訴訟が、明らかに擬制的「共通の意思」の名の下に、種々の裁判所により相反する方向に解決されるのをはや見ないだろう。又は少くともそうしばしばと見ないだろう。判決の矛盾対立は、単に世論のひんしゅくを買うだけでなく、それが裁判に付せられるべき者の間にもたらす不確実性により、永遠の訴訟原因と成る。現代の法生活は、訴訟そのものによってしか **droit** (法) を知ることがないというのではなく、——何故なら、奇妙なことに、古典的学説では当事者が実際契約の時に彼等が意図したとみなされるものを知るのは判決の時ではないから、——できるだけ「前以って」それを知り、それに従って示談で、訴訟費用なしに手段を講じることができのを要求している。ところで、解釈については、破毀院が断固として介入し、全裁判所に同じ法的問題については同じ解決をするよう強いるときしか、その通りにならぬだろう。破毀院のみが、慎重だが広範な確固とした監督により、**droit** (法) の一般的適用に統一性、確実性、不動性をもたらすだろう。そして、最近ドイツの著名な法学者が次のような表現で評したその豊かな仕事を、破毀院が貫徹するのはこのように拡大された場に於てだ。即ち「ドイツ帝国裁判所が **droit** (法) を述べるときはドイツのためにしか^⑮それをせぬが、フランス破毀院の場合、全世界のために **droit** (法) を述べる」。(Gounot, 217—227.)

① Cf. Meynial, Rev. trim., 1902, p. 570. 我々もそれを恐れており、正にそのために、我々は解釈の第一準則として「当事者の明確な意思」の裁判官による尊重を主張した。しかし、当事者の意思が「明確」でない、当事者の意思でさえ全く無言ないし矛盾している場合があることを少なくとも認めるだろう。ところで、こゝで問題なのは単にこれ等の場合だ (Cf. Dereux, thèse, p. 470.). (Gounot p. 215, note 1.)

② Ihering, Der Zweck im Recht, I, tr. fr. p. 261

③ この問題について文献はおびただしいが、我々は幾等かの表現を借用した

Saleilles の Rev. de phil., t. XV, 1909, 151—155 の中の幾等かの適当な頁の
みを引用するだろう。

- ④ V. H. Langlois, Essai sur le pouvoir ptétorien de la jurisprudence, th. de Caen, 1897.
- ⑤ Cf. Langlois, thèse précitée; Saleilles, loc. cit., p. 154; Géný, Méthode passim, notamment p. 418s., 457s., 541.
- ⑥ 「解釈的」法規が有用かつ必要でさえあるのはそんなわけだ。恐らく解釈的法規は、当事者の現実の具体的意思の探究に於て裁判官の行動を妨げるが、明確性と安全性をもたらし、又その方がよい。(Gounot, p. 217, note 1.)
- ⑦ Lezioni di filosofia del diritto, t. 11, 1909, p. 252.
- ⑧ その上、民法典自身が、6条と1382条で、これ等しか引用しないが、我々が1135条と1134条3項の名の下に裁判官のためにこゝで主張するよりずっと広範で危険な権能を裁判官に授与していることに注目しよう。(Gounot, p. 217, note 3.)
- ⑨ この点について、Cf. Dereux, thèse, passim, notamment p. 467 et 487.
- ⑩ Voy. par ex. Bordeaux, 4, février 1907, Gaz. Trib., 1907. 1. 2. 313.
- ⑪ 古典的学説に於ては、契約の解釈に関する如何なる問題も意思の問題、それ故事実の問題だ。破毀院は、「裁判官が、契約の存在と意味を確認した後、当事者間で決定されたと認めるものを、何等かの口実の下に修正し得ると考える限りでしか」(Cass., 22 nov. 1865, D. 66. 1. 108) 介入し得ぬだろう。それ故、巧みな裁判官にとっては最高法院の監督を避けることはやさしい。(Gounot, p. 218, note 2.)
- ⑫ Cass., 1^{er} ventôse an X, Dall. Rép., V^o Cassation, n^o 1569. 破毀院は Merlin (Dall., ibid., n^o 1571) の影響下に1808年2月2日にその意見を変えた。
- ⑬ Rappr. Saleilles, Décl. de volonté, p. 216, n^o 48. 又他の古典的学者より大きな役割を最高法院に与える Beudant, Obligations et contrts, 1906, p. 179 を見よ。
- ⑭ V. Géný, Méthode, nos 41, 45 et 177s.
- ⑮ Géný Méthode, p. 568s.
- ⑯ V. Planiol, Traité, 11, 4^e éd., n^o 1184.—Gauguier, thèse, p. 234 と Dereux, thèse, p. 78s. に引用されてる多くの判決を特に見よ。
- ⑰ この意味に於て Gauguier, thèse, p. 237s. を見よ。彼は自分の意見を支持するために Duranton, Rivière, Demante et Colmet de Santerre, Aubry et Rau,

Mourlon, Boitard, Glasson, Marcadé, etc... を援用している。——又全く別の見地では、M. Dereuxの彼の thèse, p. 86s. の中の批判を見よ。

- ⑮ Cf. Carl Crome, Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français, dans Livre du centenaire, p. 590. 我々はこれをほとんど原文通りに引用した。——現代社会がますます感じる法的確実性の要求について、Cf. Saleilles, Les accidents de travail et la responsabilité civile, 1897, p. 76s.; Demogue, Notions fondamentales du droit privé, 1911, p. 63s.
- ⑯ Crome, Intensive und extensive Bedeutung des französischen Privatrechts, article publié dans le premier numéro de la Rheinische Zeitschrift für Civil und Prozessrecht (cité dans Saleilles, L'origine du droit et du devoir, Rev. de phil., 1909, t. XV, p. 154).

Ⅵ. 結 論

1. ゲノーの法律行為論は以上の如くであるが、最後に彼は結論として次のように述べている。

この研究の結果生じた本質的観念は、「意思の自由」の中に法秩序の根源と目的を見出すことは止めるべきだということだ。意思は droit (法又は権利) の動因でも究極原因でもなく、droit (法又は権利) の手段的原因でしかない。droit (法又は権利) は意思により実現されるとしても、意思の中には存在せぬ。それ故古典的学説により意思と droit (法又は権利) の間に確立された関係はひっくり返されるべきだ。即ち意思こそが droit (法又は権利) に仕えるのであり、droit (法又は権利) が意思に仕えるのでない。諸国家の所謂絶対的かつ無制限な主権の上に、この主権を単に相対的なものにする国際的 droit (法) が、諸国家がその実現者である世界的社会的正義があると同様、又ある人は全能だと主張する立法意思の上に、実定法はその「経験的発露」にすぎぬところの事物の性質に内在的な客観的 droit (法) が存在すると同様、法的私的自治の上に、個人の契約が確認し、かつ発効せしめるが、個人の意思を支配し、規正し、評価するところの正義と連帯の規範がある。それ故、社会生活上の公益の

ため契約を尊重せねばならぬとしても、まず契約が正義を尊重することも必要だ。契約は、単にそれが契約即ち個人の意思の表示であるというだけで、法的保護を要求する権利はなく、契約の法的価値はその公益と衡平への適合性にしか基かず、又その上でしか測られぬ。公的法 (lex publica) と同様私的法たる契約 (lex privata contractus) もとにかく自分の力で「droit (法又は権利)」の基礎とならぬ。有名な言葉に従えば、「droit (法又は権利)」に立ち帰るために「légalité (適法性)」から出発せねばならぬ場合がある。換言すれば、立法者も裁判官も目を閉じて全ての契約に従う必要はない。契約の帳の下に社会秩序の禁じている非合法な商品が法的都市に侵入せぬよう注意するのが彼等の義務だ。彼等は契約の自由という偽善的覆いの下に隠れている搾取と不正を探究し、その仮面をはぐ権利を有している。更に、民法1134条が立てた契約自由の偉大な原則も、すでに明らかにしたように、少しも抽象的私的自治の概念に根拠を置くのでなく、正義の推定に根拠を置く。それは皆の人各々の利益の公正な充足を実際に保証する限りでしか価値を有さぬ。それ故、ある場合にそれがもはやこの任務を果たさぬことを経験が示すなら、換言すれば、その基礎として役立つ推定が現実と反するなら、現時の可能性によってその適用領域を制限し、人間関係の調整に自由の代りに権威を置くのが、droit (法) の任務だ。(Gounot, p. 450—451.)

この研究の目的は、正に構成的仕事をするよりも、古典的個人的学説を批判し、その誤りや欠陥を暴くことに關していた。今や法制度の運営上意思に帰する作用を直接的かつ積極的方法で確定し、意思がその実現手段であるこの正義とは何かを言い、もはや droit (法) 一般とでなく、実定法や国家と個人的意思の関係を決定することが残っている。その時、法的地平線の反対の端から来た一学説にぶつかるが、それは、我々自身がなしたように、第一のかつ至上の個人意思の自治のドグマを斥けるだけで満足せず、絶対的個人主義の代りに完全な社会主義と呼び得るものを置き、——望むと望まぬとに拘わらず結局国家に代表される——集団をあらゆる droit (法又は権利) の根源、手段、目的とする。^④古典的概念作用に於ては、個人的 droit (法又は権利) しかなかった、又は少なくとも社会は社会契約又はその代用品により個人の意思が社会に譲与し

たもの以外の *droit* (法又は権利) を有しなかった。それに反し、純粹の社会的
 学説に於ては、もはや社会的 *droit* (法又は権利) しかなく、所謂個人の *droit*
 (法又は権利) は社会的 *droit* (法又は権利) の「反映」又は「反射」にすぎぬ。
 単に社会が個人の *droit* (法又は権利) の内容や限界を確定するだけでなく、社
 会のみが個人にその *droit* (法又は権利) を所有するための最初の能力を与え、
 又個人の法的人格を創造する。即ち個人の法的人格はいわば仮の人格にすぎ
 ぬ。この「反映たる *droit* (法又は権利)」は、何等かの方法で個人の意思に根
 拠を置くどころでなく、個人により、その権利によりかつその固有の名に於て
 行使されることさえなく、単に集団の委託により行使されるにすぎず、それ故
 社会連帯についての相継ぐ解釈者の訂正、更に取消し——しかも賠償金なしの
 取消し——に何時も従うべき本質的に不安定な *droit* (法又は権利) だ。このよ
 うな概念作用は我々のものでない。それは人間の意識についての最も不遍的で
 確実な確認に反する。「誰も *droit* (法又は権利) の中にいなければ *droit* (法
 又は権利) を有さぬ」ということが真実ならば、「私が私の *droit* (法又は権利) を
 示すことができなければ」、即ち単なる社会機構の細胞である私が私のものとし
 て私に属す法的人格を有さぬならば、又個人的正義の如何なる理想も、如何
 なる原則も集団や国家の圧制的専制主義を制限することも規正することもしな
 いならば、「*droit* (法又は権利) は何の価値もない」ことも真実だ。*droit* (法
 又は権利) の観念は、個人の尊重と同様に国家の尊重を自らに課し、それ故個人や
 国家より高い見地に関係する何等かの観念を含んでいる。*droit* (法又は権利)
 は純粹に個人的でないなら、純粹に社会的でもない。*droit* (法又は権利) を完
 全に包含するために、「社会的見地を越えて」行かねばならぬ。あるいはむしろ、
 専ら社会的本質を *droit* (法又は権利) に付与することに少なくとも同意す
 るが、それは、*droit* (法又は権利) をその源として帰す社会は国家がその機関
 である限定された社会でなく、ライプニッツ Leibniz が何拠かで話している偉
 大な神の下にある一般的社会 (*societas generalis sub rectore Deo*) であり、それ
 故世界の一般秩序と人類のより高い目的に *droit* (法又は権利) を結びつける、
 という条件に於てだ。このように理解された *droit* (法又は権利) は政治又は経
 済機構の中に完全に吸収されることを止める。諸物の総体の単なる断片である

国家はもはや最高の法的目的でなく、単なる「文明開化の手段」^⑬にすぎぬ。個人と同様、国家も、droit (法) により制限されかつ支配される。社会の排他的支配、公権力の圧制的気持に対して、人は、自分の宿命上の、即ち、この世で、世界の一般秩序の作用の中で果すべき役割上のより高い要求を対抗させ得る。それ故、哲学的に言って、絶対的個人的 droit (権利) はないとしても、少なくとも、集団や国家に対して相対的個人的 droit (権利) があり、そして、それは確かに社会的環境により何時も条件付けられ、あるいは、それ等は相互に制限し合い又浸透し合っているが、それにも拘わらず、個人そのもののの中にその付属点を有している。それは真の主観的 droit (権利) であり、意思がそれを発効せしめる活動的で生きた機関を構成し、又意思がそれを自らの危険に於て行使する。(Gounot, p. 452—456.) しかし、より高い見地から、個人的正義と主観的 droit (権利) の観念を回復させるよう導かれるとしても、それにより個人の意思に対し認める固有の法的力は、相変わらず任務、職務からのものだ。それは、少なくとも個人主義的哲学の意味に於て、自由よりもむしろ能力だ。実際、相変わらず法秩序は私的意思の全ての気紛れに従う必要はなく、単に、私的意思の表示のうち、客観的に適法な目的を旨ざしている又は旨ざしていると社会的にみなされるものにのみ従う必要がある。「適法な」意思のみが法律の保護を受ける権利がある。換言すれば、又一言で全てを要約すれば、契約および全私法上の原則は「個人の意思が実現される」^⑭のでなく、「個人の意思により正義が実現される」ということだ。(Gounot, 458.)

① Cf. Saleilles, *Personalité juridique*, 1910, p. 531 et 618.

② Cf. L. Bourgeois, *Pour la société des nations*, 1910.

③ Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901.

④ この新傾向は、所謂社会主義学派(特にすでに引用したレヴィ M. E. Lévy の種々の著作を見よ)により、デュルケム M. Durkheim の実証主義学派と、単にある点に於てだけだがデュギー M. L. Duguit (*L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901; *Le droit social, le droit individuel et les transformations de L'Etat*, 2^e éd., 1911) により代表される。その批判について、V. Saleilles, *L'origine du droit et du devoir*, *Rev. de phil.*, 1909; t. XV, p. 155s.;

- Personalité juridique, 1910, p. 379 s. et p. 545 s.; Hauriou, Principes de droit public, 1910, p. 64s, 542s.; G. Richard, La sociologie juridique et la défense du droit subjectif, Rev. phil., mars 1912, p. 225s.
- ⑤ この弁別について、voy. Saleilles, Pers. jur., p. 381.
- ⑥ E. Lévy, Rev. trim., 1903, p. 103: «それから我々の各々が自分の人格を借りるところの団体意識…»—Cf. Ch. Andler, Préface de l’Affirmation du droit collectif, de M. Lévy, p. 6: «droit (法又は権利) それ自体はない。社会により授与される droit (法又は権利) しかない。» (Gounot, p. 454, note 1.)
- ⑦ すでに見たように、この学説では、しばしば法的意思を「偶像」(E. Lévy, Rev. soc., 1911, p. 242), 「反響」(ibid), 「貼札」(E. Lévy, Rev. de mét. et de mor., 1911, p. 414), 信頼や集团的表象の反映 (cf. Rev. trim., 1910, p. 720) として、要するに集团の概念作用のより確かな法則を恐らく説明するところの一種の精神間の錯覚としてみなすところまで行った。(Gounot, p. 454, note 2.)
- ⑧ Cf. Saleilles, op. cit., notamment p. 554. 実際に、社会連帯の最高の解釈者を以って自らを任じるのは国家だ。(Gounot, p. 454, note 3.)
- ⑨ この表現については Rappr.: Saleilles, Rev. de phil., 1909, t. XV, p. 157.
- ⑩ Cf. Saleilles, Le Code civil et la méthode historique, Liv. du Centenaire, p. 110.
- ⑪ Ch. Roucaud, Rev. de phil., 1909, t. XIV, p. 222. M. Gény は「人間性の組成そのものの根源まで降り」(Méthode d’interprétation, p. 461)、又「世界の神秘を聴診」(Les méthodes juridiques, 1911, p. 185) せねばならぬと言った。(Gounot, p. 455, note 2.)
- ⑫ Leibniz, Monita quaedam ad S. Puffendorffii principia, § V;—V. aussi Observaciones de principio juris, § XI, dans Opera omnia, éd. Dutens, 1768, t. IV, 3^e partie.
- ⑬ Hauriou, op. cit., p. 703.
- ⑭ このように問題を考えることにより、我々は完全に形而上学の中に進み、すつかり権威の失墜した古い自然法の概念作用に立ち帰っていると、恐らく反対論が唱えられるだろう。その非難は我々を動揺さすものでない。それは、droit (法又は権利) を人間の意識の外の客観的事実の総体に帰せしめ、人間の思考の中に何時も生きており、法的発展の歴史の中で非常に大きな役割を演じて来た個人的正義や

一個人の運命についての理想的觀念を、実証主義の口実の下に、組織的に追放する非常に乏しい学問によるものと、我々は思う (Cf. Saleilles, *Rev. de phil. t.* XV, p. 158.)。この超經驗的觀念は専ら主觀的で、一貫性がなく、変り安く、その表示の如何なるものも諸精神を道德的満場一致で糾合することはできぬだろうと繰り返し言っても無駄であり、それこそ明らかな誇張だ。現代でさえ、人々の間に表面的不一致の下に、共通の觀念の一般的基調を容易に発見するだろう。そして、ブトルー M. Boutroux が道德について何處かで言っていることを、正しく法的形而上学について言うことができよう。即ち哲学者の形而上学がその理論や論証に於て変化に富んだものであっても、人間の意識の中に生きた形而上学があり、それはなお不十分にしか明らかにされておらぬが、実定立法は実際に多かれ少かれ意識的にそれから着想を得ていると。又、恐らく所謂その不人氣もしばらくのことだろう。実際、社会・歴史学派の純粹な実証主義は打ち捨てられた。次第に、単に經驗的既知事項の助けによって法学全体を構成することの不可能なことが認識されている (単に実証的法学の不可能なことについて、voy. Géný, *Rev. crit.*, 1901, p. 508-510; G. del Vecchio, *Sulla positività come carattere del diritto*, Modène, 1911.)。非常に適切に Kant (*Doctrine du droit*, tr. Barni, p. 43) は次のように言った。「単に經驗的法学説は (ファイドロスの寓話の中の木の頭のように) 非常にすばらしい頭だが、悲しい哉、脳みそがないだろう」。至る所で確認される觀念論の復活の猛烈さは (この新傾向の多様な表明の中で、V.: R. Stammler, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 1896; *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902, Géný, *Méthode d'interprétation*, 1899, p. 461s. et p. 473s.; Saleilles, *Ecole historique et droit naturel*, *Rev. trim.*, 1902, p. 80s.; G. del Vecchio, *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, 1905; C. Bouglé, *Le solidarisme*, 1907, p. 80s.; J. Kohler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1909, Vorrede; P. Hans, *La notion du droit*, *Ann. de phil. chrét.*, 1910, p. 399s.; *Les méthodes juridiques*, 1911, p. 58s. (Larnaude) et p. 185s. (Géný); G. Platon, *Pour le droit naturel*, 1911; R. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 18s., et Charmont, *La renaissance du droit naturel*, 1910.—更に社会学的学派の行き過ぎに対する主觀的 droit (法又は權利) の現代的復権について、Voy. G. Richard, *Rev. phil.*, 1912, p. 192s., 225s., 414s.)、

「法哲学の現代的危機」(Ehrhardt, *La crise actuelle de la philosophie du droit*, 1908. —Cf. Giuseppe Carle, *La crisi nella filosofia del diritto*, Riv. ital. per le scienze giuridiche, t. 30, 1900, p. 301s.; Aillet, *Les incertitudes de la philosophie du droit*, Rev. de métaph. et de mor., 1911, p. 258s.) の唯一の解決として、「自然法の復活」(Charmont, *La renaissance du droit naturel*, 1910.) をとにかく迎え得た程だ(勿論、歴史やより確かな社会的発展の法則と調和し(cf. Ch. Boucaud, Rev. de phil., déc. 1911, p. 678s.)), それ故それ程静止的でなく、秩序と同時に進歩を気にかける若返った自然法に関する。Vico は何処かで、「永久的 *droit* (法) は時と共に進歩する」と言った。)(Gounot, p. 456—457.)

2. さて、以上ゲノーの法律行為論をかなり詳細に紹介したが、彼が注で引用している文献からも明らかなように、それはフランスやドイツに於ける法律学、哲学、科学方法論等の重要な業績を広く摂取しかつ発展させた正に古典的と言える偉大な研究の成果である。そこで、彼は、今なお争われている法律行為についての主観主義と客観主義の対立(法律行為の拘束力の基礎に関するもの)、および意思主義と表示主義の対立(法律行為の構成要素と解釈に関するもの)の調和点を、法律行為者の意思のみならず、法律行為者と並列的な位置にある立法者の意思の上位に位置する公益ないしは正義の観念に見い出し、しかもその意味の確定に努めた。しかしこの観念は歴史、社会と共に変化、発展するものであり、正にその意味の確定に努め、かくして裁判官に対して裁判の資料を提供することが、法学者に課せられた重要な任務であると結論している。勿論、彼自身、結論の所で述べているように、彼の研究がそれで十分であったわけではなく、^①フランスではその後色々と研究が積み重ねられているが、しかしその基本的骨子はすでに彼に於て出尽していると思われる。そこで、私はフランスに於ける法律行為論の流れ全体を見る前に、まず、ゲノーの法律行為論の客観的な紹介を試みた次第である。

① 例えば、概念法学と一部の文字通りの自由法学に対する批判として形成され、今世紀の2,30年代にそのはなばなしい展開が試みられたヘック P. Heck の利益法

学《佐藤節子・「利益法学の方法論」・一橋論叢・8月号(昭33)・185頁参照》と、特にその晩年のエールリッヒの自由法学《磯村哲・「エールリッヒの自由法学」(一)・法学論叢・84・6(昭44)1頁参照》は基を一つにするが《磯村哲・「利益法学をめぐる」・九州大学法政研究・第40巻第2—4合併号(1974年3月)別冊》、それは又グノーの法学方法論と基を一つにするとと言える。ただ前二者がその理論を法規について展開したのに対して、グノーは上位の正義との関係で法規と並列的に捉えた法律行為に関して展開したにすぎぬ。しかし、前二者に於ては、法の欠缺の確定のための歴史的解釈を提唱し、そのより深い掘り下げがなされているのに対して、グノーに於ては、法の欠缺に対応するものとしての法律行為者の意思の欠缺の確定についての掘り下げがなく、欠缺補充にのみ重点が置かれている。勿論、立法者の意思と法律行為者個人の意思の間には自ずから空間的、時間的、歴史的重さに於て差があろうが、法律行為者の意思の欠缺の確定についても、歴史的解釈に類する何かが考えられ、その点に関する掘り下げが必要だと思われる。更に、これは反制定法的規範創造の問題に対応するものと言えるが、グノーは、まず法律行為の効果は意図されたものだが、それは、適法であること、即ち公序、良俗、信義誠実の要求、法組織と調和していることを条件とすると述べているが、そこに「自由な裁判」即ち裁判官の専断が始まる可能性がないかという問題が残ろう。

- ② 例えば、V. J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, 1971, p.11s.