

グノーの法律行為論(一)

Gounot's Theory of Legal Act

西 山 井 依 子

I. 序 文

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

I. 序 文

1. 本稿は、私的自治 *autonomie de la volonté* の思想そのものの批判的研究に捧げられたグノーの論文「E. Gounot, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé (Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique), 1912. 以下 Gounot と引用する。」を、その中心を構成する「法律行為」に視点を絞って紹介するものである。彼はその序論(Gounot, P. 12—23.)で、次のような問題提起をしている。第1に、仏民法典が契約自由を宣言し、契約立法の体系を確立してから、1世紀以上になる。ところで、契約および契約自由の学説が生じた経済的、社会的環境は、今日のそれとは非常に違っていた。伝統的古い契約に於ては、同一の法的地位、平等の経済力を有する2人が、自らの主張をなし、自由に議論をし、お互いに譲歩し、そして最後に契約を結んだのであり、それは彼等の真の共通の意思の表示であった。伝統的古い型の契約は、今日でも田舎の住民の間で、又多少なりとも修正された形で靴屋、仕立屋、その他の御用商人となされる法的取引に於て支配している。しかし、新しい法的状況が生じ、発展した。即ち労働契約、保険契約、運送契約、水・ガス・電気供給契約等が、社会生活に於て重要な位置

を占めるようになった。これ等の所謂契約に於ては、ローマの家長間の、あるいはポチエ Pothier が彼の論文「Traité sur les obligations」の中で考えていた平和な田舎の住民間の古い契約の特徴はない。これ等の所謂契約の下では、契約当事者間に平等はなく、議論の可能性もない。経済的法的強者が、一般的憲章 charte générale を規定した証書、即ち一種の「集団的法律 loi collective」を作成し、「大衆 public」という世界の檯舞台で非常に大きな役割を演ずるようになった新しい登場人物に提出するが、後者は、それを一括して受け入れるか否かの自由しか持たぬ。それにも拘わらず、古典的法学者と裁判所は、これ等の新しい所謂契約にも伝統的契約理論を適用した。それは、一般的利益 intérêts généraux、正義の要求 exigences de la justice に適うと言えるか。それはともかくとして、古典的理論が立てられたのは、これ等の新しい所謂契約に関してではなかったのであり、従って、この古典的理論の基礎について一般的かつ形而上学的検討を企てる必要がある。第2に、社会生活の変化と共に新学説が^①生れ、伝統的学説をゆきぶった。即ち、新しい現実および新しい要求の圧力の下に、契約は、「その覇権を失おうとしており」、又「その威信が傾こうとしており」、^②一方で、droit (法) は、契約からでなく純粹の単独行為から生じた約束の有効性を次第に承認しており、他方で、意思から生じる droit (権利) のそばに必要性から生じる droit (権利) が同化されようとしており、^③かようにして、人は次第に意図 vouloir せずして義務を負わされるようになっている、ということを確認するだけでは満足せず、契約の拘束力の根源 principe de la force obligatoire des contrats そのものが詭弁的で、^④矛盾したものだ^⑤と宣告され、法律行為に於ける私的意思の役割が、完全に否定されないまでも少なくともほとんど無に等しいものにされ、要するに、自治の原則、「意思のドグマ」(Willensdogma) そのものが問題にされた。ドイツの最も強硬な「意思表示」主義者達と共に、ビュローは、^⑥意思が法律行為の本質をなすと言うのは偽りだと次のように主張した。法律行為は、おそらく他の全ての人間の行為と同様に、意思的行為であり、契約者の意思がなければ契約は存在しないだろう。それにも拘わらず、法律行為は「意思を内容とすることも、^⑦意図されたことを目的とすることも」ない。意思は法律行為形成上の一時的

局面にすぎず、それ以上の何ものでもない。一たび意思の表示がなされると、その効果は、意図されたようにではなく、客観的法が決定するように、又、一般の信頼および社会的正義が要求するように、生ぜしめられると。シユロス^⑧マンその他の者の主張は更に断固としたもので、契約の観念は無意味で無価値なものとして大胆に放棄すべきであり、人為的で誤った技術が確立し得ると信じた所謂契約的状况と他の法的情况の間の所謂相違を削除すべきであると主張した。このようにして、ドイツの意思表示主義者達に於ては、諸々の法的機関は、個人の意思の従僕になる必要はない。裁判官は衡平の遂行者であり、彼の使命は、意思を探究してそれに効果を与えることではなく、公正な解決を探究すること、彼の良心からその諸要素を汲み取り得るところの正義の観念が要求するものに従って、各法的情况を規制することである。一方、フランスに於ても、意思のドグマの否定者は現われた。^⑩デュギーと所謂実証主義学派 école positiviste の全ては、断固として、個人の意思的行為は、そのようなものとして決して法的効果を持たず、社会連帯 solidarité sociale の目的により確定された範囲に於てしか価値を持たぬと主張した。そして、レヴィは、1896年以來、契約およびその権利譲渡的效果についての古典的観念を強烈に批判し始め^⑪たのだが、遂に次のような結論にまで達した。「契約は一原因ではない。それは一範疇^{はんちゆう}である。……特別の法律も、損害も、利得もなしに義務を負わされる度に、契約が存在する。活動に何も付加せず、活動から何も奪わぬ知能の表現にすぎぬ意思に、契約の真髄を置くのは根拠のないことだ。……裁判官に提出される問題は被告が彼の義務を認めていたか、原告が彼の権利を要求していたかということではなく、原告は容認された信頼に合致した権利を有しているか、その訴訟を起すに当って、適法な信頼があったかということだ。^⑫」意思は、「我々の信頼、我々の表象の貼札にすぎぬ。」「契約が意思的行為であると^⑬言えようと言えなかりと、それは言い方にすぎぬ。意思は偶像 idole^⑭だ」と。さて、伝統的契約理論を基礎から覆すこれ等の多くの努力を前にして、伝統的契約理論の基本的諸原則の形而上学的検討を企てることは、今までになく時宜に適していると言えないか。第3に、今まで、フランスの法学者は、この重大な問題に、少くとも直接の方法で、又一般的形に於ては、ほとんど取り組まな

かった。しかし、実を言えば、ほとんど毎日、彼等は、特殊の問題に関してこの問題を提起し、又間接的にこの問題をゆさぶっている。社会学者、法学者、政論記者を分裂させ、又ひっきりなしに裁判所、法律雑誌、日刊新聞に於てさえ続けられている大論争は、結局正義と自由の反対命題、個人の自治と社会連帯の要求の間の調停を対象としていないか。実際に討議されている問題が何であれ、古典的私的自治の原則 *principe de l'autonomie de la volonté* に如何なる効力を付与すべきか、人間関係の規正に於て、個人の契約に如何なる役割を認めるべきか、正義と一般的利益は、契約の自由 *liberté des conventions* に如何なる制限をもたらし得るかという問題でないとして、何であろう。そして、この論争は、相変らず偶発的に又断片的形で生起する代りに、その解決が要求している幅と方式を以て提出されなければ、明晰で豊かな結果に達しないのではないか。

2. ところで、日本民法学上、法律行為に関しては、民法制定以来、ドイツの法律行為論の移入に終り、法律行為という観念およびその基礎にある私的自治の原則について、「その価値・有効性を根本から考え直すこと」はなかったが、そのことが今日に於ける法律行為の問題点^⑮として、新たに問題を提起されたのが、星野英一教授の「現代における契約」岩波講座・現代法8（現代法と市民）（1966年8月）であったと言えよう。教授は次のように述べられた。「契約の拘束力の根拠として、私的自治の原則は、全面的には妥当ではあるまい。根本的には、やはり、古くからの『言葉によって他人に信頼をさせた者はこれを裏切ってはならない』との客観的倫理、今日の、世俗化された形ではあるが *injurious-reliance theory* にあたるものが、正しい基礎づけであろう。……しかし、この(私的自治の)原則は、社会契約論のコロラリーとして、近代思想の大きな遺産であり、実践哲学としては、これを全く考慮しないですますことはできない。……ことはまさに、自由と価値という実践哲学の現代の根本問題に属するが、ここでは、契約の領域において、私的自治の考え方がなお顧みられるべき二点の存することを指摘したい。第一に、契約に対する種々の国家的規制を、私的自治によってバツク・アップし、これを合理的なものにする努力がなされうるのではないか。……第二に、右の点に関連し、わが国におい

ては、なお私的自治の原則の再認識を強調する必要があるのではないか。」¹⁶これに対して、高橋三知雄助教授は、今日の通説的代理学説たる代理人行為説¹⁷に対して、私的自治の観点から本人行為説を唱えられたところの代理に関する論述を補充する意味に於てだが、サヴィニー Savigny の理論を再び法律行為論の中核に置き、私的自治の強調へと帰したフルーメ Flume の法律行為論を紹介され、その日本法への導入を暗示された。¹⁸ところが、一方、平井宣雄助教授は、これに反して、伝統的法律行為概念およびその基礎としての私的自治の原則の、少くともわが国に於ける、無用論を唱えられ、そして結果的には、わが国の従来の通説を支持し、¹⁹あるいはそれを更に越えてより客観主義的立場に立つことを暗示された。²⁰確かに、星野教授が指摘しておられるように、「わが国における契約の実情と、これに対する一般国民の契約観念は、契約に関する規定をしてつぎのような不幸な機能を営ませることとなった。……すなわち一言でいえば、それは、現実の契約における社会的・経済的な優劣関係と、それによる強者の弱者の支配という事実を隠蔽し、あるいは正当化したのである。……要するに、法律家における空疎な『契約の自由の原則』の美名のもとに、『私的自治の原則』についての理解の不十分なこととあいまって、契約法は、個々の契約のニュアンスに正しく応ずることができず、しばしば契約の名のもとに『強者の権利』を公認する道具となったのである。」²¹従って、この点からすれば、従来の法律行為ないし契約の観念、およびその基礎としての私的自治の原則は再検討を迫られているのであり、平井助教授の言われるように、「むしろ現代法的現象をいかに積極的に理論の内部にとりこんでいくかを構想しなければ²²」²³。しかし、そうだからと言って、同助教授の言われるように、わが国は、法律行為概念およびその基礎としての私的自治の原則ないし Willensdogma と全く異なる思想的・社会的風土のもとにあり、それ等を法律学が受け入れるべき社会的基盤は存在しないと考えるべきだろうか。私はそうは思わない。星野教授も言われているように、「私的自治の原則は、……近代思想の大きな遺産であり」²⁴²⁵、又世界共有的と言える近代科学ないし科学技術を基礎とした現代文明の発展を支えている貴重な原則だと思われる。この意味に於て、私は、私的自治の原則を強調される高橋助教授に賛成するものだが、しかし、

「自己決定による法律関係の創造的 形成 (schöpferische Gestaltung)」が「法律行為の本質」であるとして、取引の本質は今日でも10世紀と変わっていないとする、余りにも本質論を重要視したフルーメの理論には賛成しかねる。問題は、私的自治の原則と所謂現代法的諸現象を如何に調和させるかということなのだが、高橋助教授の主観主義的立場と平井助教授の客観主義的立場に対して、これから紹介しようとしているゲノーは、折中の立場にあるものと言えよう。本稿の最初に掲げたそしてⅡ以下で今から紹介しようとしているゲノーの古典的とも言える重要な論文は、確かに、私的自治の原則に対して大胆に挑戦したものであるが、しかし、私的自治の原則を全面的に排斥したものでは決してなく、なお私的自治の原則を法律行為論の基礎に据えている。その意味で、ジュリオ・ドラ・モランディエールが、²⁶「多少の相違はあるにせよ」と限定してはいるものの、ゲノーをデュギーと並べて「個人主義又は自由主義的学説」(théorie individualiste ou libérale)に対立する「社会的学説」(théorie sociale)に属するものとしているのは、正確でない。しかし、方法的に言って、ゲノーは、フランスに於て19世紀のほとんど全体に亘って法学界を支配した《Ecole de l'exégèse》又は《Ecole exégétique》と言われる一学派、即ち《注釈学派》から、注釈学派に続く学派で、19世紀末にサレイユ Saleilles、ジェニー Géný により確立された《科学学派》(Ecole scientifique)への流れの中で、後者に位置する者であると言えよう。²⁷そして、ドイツの自由法運動もフランスの科学学派の発生とほぼ時を同じくし、かつドイツの資本主義の高度化、独占金融資本主義への移行という社会的事情はフランスの科学学派の発生の背景とかなり共通点をもっており、このために、²⁸ドイツにおける自由法運動はフランスの科学学派にも大きな影響を与えているのだが、そのドイツの「自由法運動」(freirechtliche Bewegung)ないしは「自由法学」(freie Rechts-wissenschaft)の自他ともに許す強力な先駆者・提唱者であったエールリッヒ Ehrlich²⁹と、ゲノーはその基本的考え方を同じくしていたと言えよう。³⁰即ち、エールリッヒに於ては「『自由な裁判』、『自由法学』は、その語感からややもすれば想像され易いような、一切の制定法から解放された自由な利益衡量に基づく裁判ないし法律学を意味するのではな

い。さような『反制定法の神話』(contra-legem-Fabel)は、エールリッヒの自由法学にとっては全く無縁である。これは彼において一貫して貫かれている立場である。……しかし、他方、『自由な裁判』は、大陸法に伝統的な法規の体系の無欠缺性の前提のもとに『類推』・『構成』などの法的技術を介して裁判を既存の制定法規から演繹する『技術的裁判』に対して裁判官の利益衡量に基づく個々のケースの諸事情に適合した衡平な裁判を意味する。そうだとすれば、かような『自由な裁判』と『制定法への拘束』とはどういう関係にたっているのか。……彼は明確に答えていう、『自由な裁判は現行法に明確な規律が含まれていないときにのみ生ずべきである。』すなわち、『自由な裁判』は法規の欠缺の場合にのみ現われるのである。³⁶」そして、このような「自由な裁判」と「制定法への拘束」との関係についてのエールリッヒの考え方は、法律行為に関する「自由な裁判」と「当事者の意思への拘束」との関係についてのゲノーの考え方と基本的に同じものと言えよう。

3. 確かに、フランス法学は法律行為の一般論に関しては決定的弱さを示しており、³⁷法技術的には、ドイツ法学およびそれを移入した日本法学の方がはるかに優れているだろうし、ゲノーについてもその弱点は免れないだろう。しかし、³⁸社会学的かつ機能的に法制度を研究するフランス法学のあり方には、非常に学ぶ所が多いと思われる。更に、確かに、フランスでは「法が国民の生活と密着しており、その生活のなかから生活自体の秩序の要求として実定法化されてくる(ものであり)、……為政者がその政治の手段として上から押しつける国民生活から遊離した法という性格を持たない。³⁹」それに対して、日本に於ては、根本に於て法は社会の最悪の事態に対処する技術又は手段であって、最後の段階にいたって、はじめて法の力で解決をはかるというのである。従って、法は不正な人や犯罪者を懲罰するために存在すると解するから、法は一切が刑事法に集約され、正直で誠実な人々の社会では、法以外の諸規範に基いて処置されるのが正常妥当だと考える。二つの正常な、しかし相反する利益の衝突を調整し両者の均衡を保つという法のいま一つの役割は考えていない。法は野蛮人を社会から除くための手段であり、文化国民の規範的秩序ではないと考えられて⁴⁰いる。しかし、日本に於ても1960年以来の高度経済成長政策の下に社会的

歪みが随所に生じ、それに伴い住民運動、市民運動の高まりを見、それと共に日本人の所謂法意識は高まり、次第に法が国民生活と密着したものになる方向へと向いつつある。そして、それは、西洋で起り、今や世界的規模で広がっている近代科学を基礎とした現代文明の流れの中から生じた現象でもあると言える。近代科学の急速な進歩に押しつぶされることなく、一人一人の人間が真の幸福を獲得するにはどうしたらよいかということが、今日の科学者に与えられた共通の課題であると言えるが、それは、私法の分野では、取りも直さず私的自治と所謂現代法的現象を如何に調和さすかという問題として現われていると言える。その意味で、この問題の解決は世界共通の課題である。

以上のような考えに立つならば、私的自治と所謂現代法的現象との関係について、フランスに於て最初に本格的に取り組み、しかも今日なおその重要性を失わない^⑪グノーの論文を紹介することは、わが法学の発展にとって寄与する所が多いだろうと思われる。

- ① R. Saleilles, Préface à l'ouvrage de M. Gény: Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1899, p. 11.
- ② Hauriou, Principes de droit public, 1910, p. 213.
- ③ A. Rouast, Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations, thèse, 1909, p. 91 s., p. 145 s.
- ④ Schlossmann, Der Vertrag, 1876, Iiv. 1.
- ⑤ O. Bülow, Das Geständnissrecht. Ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen, 1899.
- ⑥ Bülow, op. cit., p. 114 s.
- ⑦ Bülow, op. cit., p. 126.
- ⑧ Schlossmann, op. cit.
- ⑨ Schlossmann, op. cit. Préface, p. V, et liv. 1, p. 7.
- ⑩ L. Duguit, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, 1901, p. 138 s.
- ⑪ E. Lèvy, Preuve par titre du droit de propriété immobilière 1896, p. 100 s.—Cf. Responsabilité et contrat, dans Rev. crit., 1899;

ゲノーの法律行為論(一) (西山)

L'exercice du droit collectif, dans Rev. trim., 1903, p. 102.

- ⑫ E. Lévy, La confiance légitime, Rev. trim., 1910, p. 719—720.
- ⑬ E. Lévy, La transition du droit à la valeur, Rev. de métaph. et de mor., mai 1911, p. 414.
- ⑭ E. Lévy, Volonté et arbitrage, Rev. socialiste, 15 mars 1911, p. 241—242.
- ⑮ 星野英一「法律行為論の過去・現在・将来」随想注釈民法3 (1973年4月) 有斐閣参照。
- ⑯ 同 265—267頁。
- ⑰ 高橋三知雄「代理理論の再検討」関西大学法学論集16・2, 3 (1966年7, 10月); 17・1 (1967年6月)。
- ⑱ 高橋三知雄「Flumeの法律行為論」関西大学法学論集16・4=5=6 (1967年3月)。
- ⑲ 川島武宜編・注釈民法(3)・総則(3) (1973年4月) 有斐閣 23, 24—25, 30, 33—34頁を見よ。
- ⑳ 同 30—33, 41頁を見よ。
- ㉑ 例えば、同 36頁を見よ。
- ㉒ 星野「現代における契約」258—259頁。
- ㉓ 注釈民法(3)・前掲 25頁。
- ㉔ 注釈民法(3)・前掲 30頁。
- ㉕ 星野・前掲 265頁。
- ㉖ 高橋「Flumeの法律行為論」435頁。
- ㉗ 同 461頁参照。特に、439, 451—452頁を見よ。
- ㉘ V. par ex. A. Colin et H. Capitant, Traité de Droit Civil, p. 6, note 1; J. Hauser, Objectivisme et Subjectivisme dans l'acte juridique, 1971, p. 11.
- ㉙ 星野「現代における契約」247頁参照。
- ㉚ Julliot de la Morandière, Influence des théories sociales sur la jurisprudence Française en matière d'acte juridique, p. 7, 石崎政一郎・福井勇二郎訳「法律行為論に関して仏国判例に及ぼせる社会的思想の影響」(日本仏語法曹会編「現代法の諸問題」(1938年) 岩波書店, 150頁)。
- ㉛ 野田良之「註釈学派と自由法」法哲学講座3 (1956年10月) 199頁以下。

- ③② ゲノーは彼の論述の拠り所として、サレイユ、ジェニーの論文をしばしば引用している。ところで、ボヌカアズはサレイユを注釈学派に属する学者として論じている(J. Bonnecase, *L'école de l'exégèse en droit civil*, 2^e éd., 1924, n^o 18) が、野田教授は「サレイユはその方法的自覚において完全に注釈学派を超えていると認めるのであり、ボヌカアズに従うことはできない」とされている(野田・前掲 225頁)。
- ③③ 野田・前掲 237頁。
- ③④ 磯村哲「エールリッヒの自由法学」(→法学論叢84・6(1969年3月)1頁。
- ③⑤ ゲノーは、彼の論文の中でエールリッヒの論文「Das zwingende und nichtzwingende Recht im B. G. B. für das deutsche Reich. Iéna, 1899」を引用している。
- ③⑥ 磯村・前掲 1—2頁。
- ③⑦ Hauser, op. cit. p. 13.
- ③⑧ 野田良之「フランス法入門」(10)法学セミナー(1959年1月)53頁参照。
- ③⑨ 同 53頁。
- ④⑩ 石崎政一郎「フランス法の道しるべ」法学教室6(1963年2月)155—6頁。
- ④⑪ 本稿注②⑧参照。

Ⅱ. フランスの古典的法律行為論

1. 序

19世紀フランスの古典的法学者は、専ら日常の法生活から生ずる問題の解決に専心し、かくして、ダローズ Dalloz、シレー Sirey の付注では成功を治めたが、革命期の観念論的陶醉の空しさから教訓を得てか、所謂、哲学、形而上学、自然法、droit(法又は権利)の一般理論というものにはどんなものにも本能的不信を抱き、基本的法原理についての総体的研究を差し控え、ただどうしても必要なときは、ローマ人や1789年の憲法制定議会議員の遺産である月並みな決り文句 formules を引用することで、普通満足した。彼等にも多かれ少かれ漠然とそれ等の不十分さが考じられたが、浅薄で哀れな彼等にはそれ等が明晰に見え、そしてフランス人である彼等は「明晰な観念」を好んだが故に、

それ等にしがみつき、是が非でもそれ等を保持した。(Gounot, p. 8—9.)。

かくして、基本的法理論の1つである法律行為の一般理論も、フランスの古典的論説の中で、表面的に観察すれば発見出来ない程、ごくわずかな地位しか占めなかった。民法典の忠実な注釈者であったフランスの古典的法学者は、民法典を筋を追って理解することに専心し、全法律行為に共通の準則は、民法典の条文、特に契約に関する条文(Iiv. III, tit. III)の説明がそれを必要とするに於て、「雑然と無秩序に」提出したにすぎぬ。しかし、そのような断片的でばらばらの手掛りからも、法律行為のある一般概念を引き出すことは容易なことだ。(Gounot, p. 119—120)。

法律行為に関する多くの問題の中で、ここで問題とするのは次の3点である。1° 法律行為の拘束力(強制力)の基礎は何か。2° 法律行為の構成要素は何か。3° 法律行為の効果は如何にして決定されるべきか、換言すれば、如何にして解釈されるべきか。そして、以上の3点の説明に於て、特に心にかけるのは契約だ。何故ならば、古典的学者が統一的理論の主要な基本的原理を提出したのは専ら契約に関してであり、又現代法に於ける単独行為の否定できない発展にも拘らず、契約が相変わらず法律行為の最も重要なものであるから。(Gounot, p. 120.)。

2. 法律行為の拘束力(強制力)の基礎(Fondement de la force obligatoire des actes juridiques)

有効な法律行為、特に「適法に結ばれた」契約は、「それをなした者に対して法律 loi に代る」と民法1134条は言っている。単なる個人の意思から生じたにも拘わらず、法律行為は、法秩序に於て、公権力の行為と同じ権威を以て幅をきかす。二人の個人が相互にある給付を約束するなら、この約束の履行を確保するために、あたかもそれが国家それ自体から生じたかのように、組織的社会的強制が介入する。個人の意思は何処からそのような力を得るのか、法的機関がこのように個人の意思の命令に服し、かつ奉仕するのは何故か。換言すれば、自由な契約の拘束力(強制力)の基礎は何か。契約は、自由に意図されたが故に、それ自身のために尊重され、又認可されるのか、あるいは契約は、そ

の内容の社会的価値およびその目的の合法性からしか、その法的価値を引き出さないのか。契約の効力の根源および判断基準は、契約を形成した「意思」か、それとも契約が協力したとみなされる「一般的利益」又は契約はそれを発効さすものとしかみなされぬ客観的「正義」という何等かのより上位の原則か。契約について裁判官に認めるべき権限、一般に契約法の領域で立法政策に与えるべき方向の全てが、その解決にかかっている。如何なる意思的行為もそれ自身で法的価値を有し、契約はそのようなものとして法律の保護を受ける権利があると主張するならば、立法者は、人の取引を自治的意思の自由な活動に信頼して任せねばならず、それに伴う政策は権力行使回避の政策となり、又裁判官も、全ての契約を従順に記録し、かつそれに執行力を与える記録係にすぎなくなる。それに反して自由な契約は、正義および社会的連帯の要求に適合する限りに於てしか有効でないことを認めるならば、立法者および裁判官の任務は変わる。即ち、立法者は、命令的又は禁止的法律を増発するようそそのかされ、契約自由の制限は厳格となり、「不正に暴利を貪り」あるいは「契約の名に隠れて他人を搾取すること」^①は、その外形がどのようなものであれ、追求される。そして、裁判官も、衡平の遂行者、社会の代表者として、広大な監督権と共に、契約の中に正義の尊重を確保する高い任務を与えられる。(Gounot, p. 121—123.)。

しかしながら、この問題について、フランスの古典的法学者は完全な沈黙を守っている。恐らく、彼等は民法1134条と共に、「適法に結ばれた契約はそれをなしたる者に対して法律に代る」と繰返し言う。しかし、この準則は、彼等には、何の明確化も正当化も必要としない当然の自明の確実な事柄に見え、その結果、彼等にはその合理的基礎を確定する気が少しもない。(Gounot, p. 123)。

しかし、古典的法学者が、自由な契約の拘束力の基礎について沈黙を守っているとはいえ、心の中では、この問題についてのある考を持っている。彼等の沈黙そのものがその考えを明白に示している。即ち、それは他でもない個人主義的自由主義的私的自治の学説である。(Gounot, p. 128, 342.)。

いくつかの公理がこの学説を要約する。社会的法的機構の基礎に、個人即ち

自由な意思が存在する。この自由が人間をその固有の唯一の主人にし、無限に尊重すべき神聖なものにし、「それ自体として目的」の尊厳にまで高める。語の最も一般的の意味に於て *droit* (権利) は、あらゆる人間に属する第一の最高のこの自由以外のものでない。全てが自由意思から生じ、自由意思に帰す。かくして、古典的哲学の基礎たる「われ考える、故にわれあり」に、法秩序に於ては、「われ欲す、故にわれ *droits*(諸権利) を有す」が符合する^②。実のところ、個人は単独で生きているのでない。社会が存在し、法的関係が存在する。しかし、ある自由意思と他の自由意思との関係は、自由そのものにしか適法に基礎付けられ得ぬ。そして、人が同胞と関係を結び得る全ての意思表示のうちで、契約が最も思慮に富み、かつこの目的に最も適応するので、契約が、最も優れた法現象、あらゆる制度の基礎、権利および義務を普遍的に説明するものとなる^③。契約をその基礎に持つならば如何なる法的関係も、自由に適合する故に正当で、自然法に適合する。それに反して、同意されていない如何なる義務も、不当な圧制、自由の侵害、*droit* (権利) の侵害だ。又全ての源である自由は、全てが達する目的、全てが目ざすべき理想でもある。個人の第一の自治を承認し、各意思に他人の等しい自由と両立する最高の独立を確保することこそが、実定法の全使命だ。それ故、実定法が個人の自治にもたらし得る唯一の適法な制限は、ある者の他の者の自由に対するあらゆる侵害を差し止めることを目的としたものだ^④。このように自由そのものの名に於て確立された制限内で、意思が最高だ。即ち *droit* (法) は全ての意思の表示を適当とみなし、そしてその表示が契約ならば、それを強制によって裏付けねばならぬ。向い合った二つの意思は相互にお互いの自由を尊重せねばならぬという唯一の条件の下に、如何なる契約も正当であり、*droit* (法) は、当事者が追求する目的の倫理的価値も、当事者の行為の社会的反響も気にかける必要ない。要するに「*droit* (権利又は法) は人の自治である」^⑤。この体系に於ては、私的自治の原則は、正義と言うより上位の概念又は社会的有用性の考慮の中にその解決を捜さねばならぬ特別の問題は構成しない。それはそれだけで事足りる。正当化を要求するどころか、他の *droit* (法又は権利) に関する原則を正当化するのに役立つのは私的自治の原則だ。それが法哲学の初めと終りだ。ここに、古典的法学者が、

「義務」と「契約」についての著作の中で、1134条の基礎についての一般的説明に非常に控え目で、かつ彼等には契約がその表示の最高のものでしかないと
 ころの個人の原始時代からの自由の大原則に準拠することで満足していること
 の理由がある。大略に於て、私的自治の古典的哲学は以上のようなものだ。

(Gounot, p. 27—29. Adde p. 61—79, 318s.)。もっとも、19世紀のフランスの
 法学者が、以上のような私的自治の原則を、フランス実定法の現状を正確かつ完
 全な方法で示すものとして提出したわけではない。そのためには、彼等は明白
 な事実に目を閉じねばならなかったろう。しかし、この原則は、意識的にせよ
 無意識的にせよ、彼等が最もしばしばそれから着想を得た法哲学の理想、大部
 分の彼等の推論の公準を十分に現わすものと思われる。又恐らく以上に述べた
 ような私的自治の原則は、法学者の伝統的考えを正確に描写したものでない。一
 非常に複雑で捉えにくいものを厳格な概念の中に閉じ込めるなどどうしてで
 きようか。^⑥——しかし、少くとも、そこにフランスの古典的学説が絶えず目ざ
 していた理想の「極限」のようなものを見ることができる。^⑦(Gounot, p. 81)。

droit (法) を社会現象とみなし、社会を法的機構の目的とするなら、個人
 の自由な契約の拘束力は難問を与える。何故なら、それは何故社会的強制が純
 粋に個人的に見える目的に奉仕するかを説明することに関するから。個人即ち
 自由意思を droit (法) の唯一の目的および帰結とする学説に於ては、少くとも
 外見上は困難は消える。本質からして、法秩序が個人意思の意のままになる
 機構にすぎぬなら、個人意思から生じかつある法的効果に向けられた如何な
 る行為も、それ自身の力でこの効果を生ぜしめることは当然となる。^⑧かくし
 て、契約の拘束力の問題を解決するための多大の努力は不要となる。それが難
 問だと言い得るや言い得ずやだ。契約が強制力を有するのは、全く単にそれが
 契約だから、即ち自然に droit (権利) を生ぜしめる二つの意思の自由な合
 致、個人の意思の第一の自治の最も高度なかつ最も思慮に富んだ表明だから
 だ。契約の拘束力を疑うことは droit (権利又は法) が droit (権利又は法) で
 あることを疑うことだ。法的又は哲学的説明の梯子を上るとき、何処かでそれ
 自身は正当化され得ずに全てを正当化する原則に達せざるを得ない。この原則
 が契約の拘束力のそれだ。カントは言った。「この定言的命令の証拠を更に与

えることは絶対に不可能だ。三角形を描くために三本の線を引かねばならぬ(分析的命題)、そのうちの二組の二本は三本目のより大きくなければならぬ(総合的命題; しかし二本は先験的だ) ことを幾何学者が推論により証明する^⑨のが不可能と同様に。これが『純粹理性の公準』だ。」(以上、Gounot, p. 128—130. Adde p. 342—343.)。

- ① V. Duthoit, L'injustice usuraire vis-à-vis du droit moderne, dans Semaine sociale de Rouen, 1910, p. 203s.; V. Brants, op. cit.
- ② Cf. Saleilles, Personnalité juridique, 1910, p. 531.
- ③ 古典的自治の学説に於ては、契約が唯一の本質的法現象だ。実際、意思の絶対力の原則から出発し、かつ各個人の法的活動領域の間に完全な独立を想定するとき、あらゆる法的効果の発生のために二つの意思の合致を要求し、それ故一方的意思による約束の可能性を先験的に斥けるに至るのも当然だ。何故ならば、誰も意図せずして義務を負わされることがないならば、誰も自分自身義務を負うことにより他人に権利を生ぜしめる、それ故他人の同意なしに他人の法的状況を変更することもできぬから (Cf. G. Faggella, Dei periodi precontrattuali, dans Studi in onore di C. Fadda, Naples, 1906, t. III, p. 271s.; Saleilles, Rev. trim., 1907, p. 715s., 731s., 746s.)。Gounot, p. 343, note 1.
- ④ 実のところ、社会即ち人の「共存」が可能なのは、それ自体で絶対的かつ無制限な個人の生得の自由が、相互の侵害を差し止め、そして永久的戦争状態を予防するところのある制限を受ける場合だけだ。この必要な国境線を引き、主観的 droits (諸権利) を安全線で取り囲み、かくして各個人にその意思が全能であるところの平等で独立の領域を確保すること、これこそが法律の仕事の全てだ。Ihering は、「それは、猛獣が喰い合わぬように柵で取り囲んだ動物園の檻のように境界が定められた一連の自由の領域を我々に示す」(Der Zweck im Recht, tr. fr., p. 355) と言っている。かようにして、「家宅侵入」あるいはそれに近い侵害を差し止めることを専ら委託された、単なる「安全をもたらすもの」としての夜警国家という自由な構想に導かれる。(Gounot, p. 388 et note 2.)。
- ⑤ Ch. Beudant, Le droit individuel et l'Etat, p. 146.—Cf. Cours de

droit civil. Introduction, 1896, p. 18.—他方、M. Beudant は「droit(法律学)は、言葉の最も一般的意味に於て、自由の科学である」(Droit individuel, p. 5.) と言っている。この定義は古典的である。例えば、A. Jordan, Des rapports entre le droit et l'économie politique, 1885, notamment p. 110. の中でそれが幾度も繰り返されている。

- ⑥ 私的自治の原則について、種々の民法の論説は、1134条を引用し、契約は自由で、かつ意思は広大な自治の領域を享有し、それこそ近代法の基本的準則の一つであると宣言するだけである。又それ等は、この準則を説明するために、多かれ少かれ巧みに、個人の自由の古い格言、即ち「禁じられていないことはどんなことでも許される；自由は他人を害しないことならどんなことでもなし得ることにある」、あるいは他の類似の格言を引用する。そして、それで十分と思っている。
- ⑦ 古典的私的自治の学説の起源および史的発展は次の如くである。I—先ず、この学説が生れたのは非常に準備された場に於てだった。伝統的法的精神がこの学説のためこの上なく好都合な環境をなしていた。「法学者は、自分達を導く法規の向うに何かを探究することに慣れておらず、法律上の掟を哲学的原則に高める傾向を持っていた」(Planiol, Traité, t. 1, 4^e édit., n° 2322.)。この精神状態の最も著しい表現として示される体系、即ち1134条に記載されてる「法的」原則から出発して、それを「哲学的」原則にまで高め、それから全人間関係の根本的基礎を作るという体系に、法学者が共感を感じないはずはなかった。他方、法学者は、一他の者と全く同様に、一その探究に於て、至る所で同じ説明を用い、新しいものを古いものに、不知のものを既知のものに、複雑なものを単純なものに還元するよう何時も努力する偉大な「最少の努力の法則」に服す。何ものにも増して、法学者は分析家である。ところで、分析とはあるものをすでに研究された他のものに還元する、従って「あるものを他のものの作用に於て説明する」(H. Bergson, Introduction à la métaphysique, dans Rev. de métaph. et de mor., 1903, p. 3) ことでないとして何だろう。ところで、あらゆる義務が一般にその近い根拠を次の三つの原則、即ち衡平、一般的利益、私的意思の何れか一つに持つことが、早くから承認されて来た(この問題について、Uoy. Dereux, De l'interprétation des actes juridiques privés, p. 23 et suiv.)。しかし、衡平と一般的利益は、非常に複雑で、その輪郭は非

常におぼろで、従って評価が非常に困難なものであり、容易に取り扱い得る簡潔な公式にきっぱりと固定することが不可能なものだ。それに反し、意思の表示は非常に容易に把握し得るものであり、契約程単純なものはない。それ故、新しい制度が何等かの方法で契約と同一視され得ぬか、法関係の真の源たる何等かの暗黙の意思がそこに発見されぬかを探究したい気持ちになるのは避けられぬ。すでにローマ時代から (Cf. G. Dereux, *De la nature juridique des «contrats d'adhésion»*. Rev. trim. de dr. civ., 1910, p. 503.)、法学者は、あらゆる義務の背後に何等かの隠れた意思を探究し、多くの法規の起源として暗黙の契約又は準契約を想像し、要するに至る所で契約的説明を試みを始めていた。従って、意思のドグマおよび契約のドグマを宣言することによりこれ等の古くからの慣習を合理的に正当化することを明らかに目的としたこのような法哲学に対して、法学者が敵意を示すことなどあり得なかった。II—哲学者および社会学者の精神も、久しい前から私的自治の学説を歓迎する準備ができていた。中世を通じ、社会哲学は何よりも神学者の扱うべき問題であり、形而上の神学の付属物だった。グロチウス Grotius が最初にそれを別個の自立的学問状態に置き、そして自然法を「俗化する」ことを試みた。グロチウスの後、始められた俗化は前進的に続けられ、18世紀には *droit* (法) は遂に神学のみならず倫理学とも絆を断ち切り、哲学者は権威と *droit* (法) の第一の源を神でなく人間の中に探究するよう導かれた。そして、後程見るようにカント Kant は古典的自治の学説の主たる理論家の一人だったが、彼は他の誰よりも、人間の意思がそれ自身その源でない命令は人間の尊厳に反するというこの観念を普及させるのに貢献した。そして彼の道徳および法律に関する仕業は、次の文句即ちカントは「道徳規範の根源を目的から主体へ、神から人間へ移した」 (Giov. Vidari, *L'individualismo nelle dottrine morali del secolo XIX*, Milan, 1909. V. C. R. de J. Segond dans *Revue philosophique*, octobre 1910, p. 425—430.) に要約されている。このような哲学的発展の結果は容易に理解される。それまで、法的機構は自然法の観念、神により確定されかつ神により人と社会に課せられた摂理による秩序の確認に根拠を置いた。個人の主観的 *droits* (諸権利) はこの根本的客観的 *droit* (法) から派生し、その源をその当為の中に持っていた。爾後、もはや神の秩序も摂理による法律も存在しない。人間個人が、如何なる上位の意思も命令できない絶対的自治的存在とみなされる。「自然法」の観念

に「自然的自由」が取って代った。かくして、**droit** (法) の俗化は必然的に自由、個人的 **droit** (権利) の觀念を高め、そして人間意思の絶対的自治のドグマを生ぜしめる結果となった。Ⅲ—政治思想および經濟理論の全発達が到達したのも同じ結果であった。18世紀政治思想の歴史は國家に対する個人の **droit** (権利) の確認に要約される。國王の絶対主義に対する世紀に渡る闘争は「人權宣言 *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*」の中にその完成を見た。古い理想は、特に國家の **droits** (諸権利) を宣言し、かつ國家の權力を強化することを目ざし、國家は國民を保護する牧人、個人の庇護者、**droits** (諸権利) と恩恵の寛大な分配者と考えられた。それ故國家の **droits** (諸権利) が時期と重要性に於て第一であり、個人の **droits** (諸権利) は主權者たる國家の讓与の結果生じたものだった。爾後、その關係は逆転させられた。即ち、主權者は個人そのものであり、個人のみが **droits** (諸権利) を有し、國家は個人が自由に与える **droits** (諸権利) しか有さず、もはや人の意思から生じかつ自然的自由の自由な活動を容易にする単なる機構でしかない。かくして、**droit** (権利) の觀念にどんな変化が起きたか解る。政治を書き又論ずる者の思想上、**droit** (権利) と **liberté** (自由) の觀念が全く同一になった。**droit** (権利) は人が「自然」から得、そしてあらゆる社會以前に有するものとみなされる「**liberté** (自由)」の總体だ。従つてそれは個人が社會および國家に對抗させ (Cf. Korkounov, *Théorie générale du droit*, tr. Tchernoff, p. 352.)、かつ社會および國家に拘わらず保持するものだ。この保持は、社會生活上、各人の自然的自由が他人の自由を侵害し始める時点でしか制限を受けないという条件でしか完全なものとならぬだろう。それこそ新時代の法的構想の基礎だ。この個人的 **droit** (権利) と自然的 **liberté** (自由) の基礎の上に完全に築き上げられた法體系の中で、ほとんど無制限の契約上の自治が人の意思に承認されたとしても不思議でない。Ⅳ—この政治上の大出来事、この國家に対する個人の **droit** (権利) の勝利に満ちた戦いと時を同じくして經濟上の大出来事があり、そのフランスの古典的法學説に対する影響は少からず深くかつ恒久的なものとなった。その大出来事とは、15世紀に起り始め、順次に世界の全地城の全階層の人々をその流れに引き入れためまぐるしい商業の發展だ。文明がほとんど進歩していない人々の間では、交換關係は非常に限定された位置しか占めぬ。人々の間の法的關係は、自由意思および契約よりも、慣習、伝統、制度に根柢を置く。しかし、職業が専門化

され、分業が生じ、生産が大規模になされ、それ故交換関係が増大し、迅速になり、強化され、契約がその活動領域を拡大し、そして少しずつ法的覇権を握り、次第に増大しかつ変化に富む経済取引の要求に適合するため、次第に柔軟かつ迅速になり、そして、やがて契約の自由が人間社会の繁栄の主たる条件の一つと思われるようになる。最初の一步から、18世紀の若い経済学は、文明人の生活に於ける交換の役割の増大と契約の優越性を自覚せねばならなかった。個人の交換契約が全社会秩序の基本的現象だと結論することは(Cf. Vialatoux, *Devoirs et droits collectifs*, dans *Chronique sociale de France*, décembre 1910, p. 469.) 容易なことだった。そこから、人間関係は自由な契約に完全に委ねられるべしと主張するのに一步しかなかった。その一步を越えるのにちゅうちょされることなく、かくして、すでに哲学者の標語だった「自由」の言葉が経済学者の立てた新機構体系の旗標となった。「交換の自由、契約の自由、労働の自由、競争の自由」が彼等の主張の対象となった。自由かつ独立で、その行為と財産の絶対的支配者で、専ら契約的交換関係によってのみ結合される個人、そこに経済学者にとって社会があった (Cf. R. P. Ch. Antoine, *Cours d'économie sociale*, 3^e éd., 1905, p. 214.)。そして彼等によれば、各人がその固有の利益しか追求しない自由な契約の総体から、個人のエゴイズムの衝突から、「自然の法則」に従って、最大の富ばかりでなく、秩序、幸福、社会の調和も間違いなく生ずる。このように精神と制度に生じた進化は、専ら人の契約の領域を無限に拡大したばかりでなく、契約の観念そのものを根本的に変えた。その時まで、契約は交換的正義の観念により支配されるものと何時も考えられていた(V. par exemple l'éloquent mémoire de Daguesseau sur le Commerce des actions, dans *Œuvres*, éd. de 1777, t. x.—V. aussi Brants, *La lutte contre l'usure dans les lois modernes*, 1907, chap. I, et pour la période plus ancienne, Brants, *Les théories économiques aux XIII^e et XIV^e siècles*, 1895.)。即ち契約の自由よりも「公正な価格」、「公正な賃銀」のことが話され (Cf. Duthoit, *L'injustice usuraire vis-à-vis du droit moderne*, dans *Semaine sociale de Rouen*, 1910, p. 208; A. de Tarde, *L'idée du juste prix*, th. de Paris, 1906, p. 175; Polier, *L'idée du juste salaire*, th. de Toulouse, 1903, p. 25s.)、實際上の重大な困難にも拘わらず、立法者は契約に正義の支配を確保するためにしばしば介入した。それ

に反し、(近代)経済学者は、あらゆる物の価格の自然の不安定性を認め、需要と供給の大法則の中にその永久的可動性の真の原因を探究し、そしてその無限の可動性の可能性そのものの中に、規則正しい生産と富の適切な分配に非常に有利な条件を見た。その上彼等は、公権力が独断で価格および賃銀を確定あるいは支配することを主張することにより、しばしば不幸な結果にしか達しなかったことを示すことは容易だった。彼等の結論は、立法者および裁判官の見地からの公正な価格も公正な賃銀もないことだった。交換および契約について、その条項が服すべき客観的正義はなく、その自由な条項自身が正義を創造する。換言すれば、契約上の正義は、自由競争により決定される自然的事実で、事実が従うべき観念的要求でない。それで、仮定の平衡、所謂不正の名に於てそれを修正するという口実で、裁判官が自由な契約に干渉することは絶対に禁じられた。それ故、経済学の結論は政治哲学の結論とつながった。即ち政治学者と経済学者がその社会的理想を立てようとしたのは、個人の自治と契約自由の基礎の上であった。その上、1789年の憲法議會の政治上の教理と人権宣言に対する経済学者の影響は何度も指摘されて来たところだ (V. A. Jourdan, *Rapports entre le droit et l'économie politique*, 1885, p. 194s.)。V—しかし、以上のこれ等の傾向に総合的かつ決定的一公式を与え、これ等の種々の確認を整理して真の法哲学体系を立てることが重要であった。二人の著作者ルソー Rousseau とカントがそれに貢献した。ルソーは次のように言った。「如何なる人もその仲間に対し自然的権威を持つものでなく、又力は如何なる権利も生み出すものでない以上、人間の間のあらゆる権威の基礎として契約が残る」 (*Contrat social*, liv. I, chap. IV.)。確かに社会を契約に基礎付けるこの主張は新しくなかった。しかし、彼の書物の非常な成功により社会契約の観念を真に普及させたのはルソーだった。1世紀半以来、この社会契約の観念はいわばフランスの国民意識と合体し、フランス人は絶えずそこに戻り、政治的、社会的理論に於て原則的にはそれを斥けても、結局は何時もそれを回復する方策を発見する。さて、ルソーは解決すべき問題の既知事項を次のように示した。「各構成員の身体と財産を共同の力の全てをあげて守り保護するような結合の一形式を発見すること。そしてその結合により各人が全ての人と結びつきながら、しかも自分自身にしか服従せず、以前と同じように自由であること」 (*Contrat social*, liv. I, chap. VI.)。換言すれば、「自由の制限が自由の仕業であるにはどうしたらよいか」 (Fouillée, *La science*

sociale contemporaine, 2^e éd., 1885, p.264.)。「社会契約がその解決を与える基本的問題はそのようなものだ」とルソーは付言した。二つの大きな断言 (Cf. Deslandres, *Etude sur le fondement de la loi. Revue de droit public*, 1908, t. XXV, p. 21.) がその理論を要約する。1° 「如何なる市民社会もその全構成員の間の契約の産物であり、力の産物では決してない」(これこそ1789年7月30日 M. de Servan により国民議院に提出された人権宣言草案第1条の原文 (Arch. parlem., 1^{er} série, t. VIII, p. 306) だ。この時期の他の多くの原文と同様、それは明かにルソーにより鼓吹されている)。「国民が国民となる行為」(*Contrat social*, I. I, ch. 6.) は契約だ。2° 国家と同様、実定法は生来契約によるものであり、社会契約の一条項だ (*Contrat social*, I. II, ch. 6.)。それ故、実定法が課す義務はそれに服す個人の意思そのものから生じる。それ故にその義務は正当であり、それ故に法律は義務を課す。法律に服すことは結局人が自分自身に自ら与えた命令に服することだ。同意されてない法律は压制だ。それに反し、至上の意思から生じた如何なる法律もそれ自身で正当だ。かくして、問題は解決される。「法律がわれわれの意思を記録したものに他ならぬ以上、人が自由であってしかも法律に服しているのはどうかを問うことはもはや不必要なことだ」(*Contrat social*, liv. II, chap. VI.)。

VI—ヘーゲル Hegel は「ルソーは意思を人間の本質と宣言したが、この原理はカントの哲学に推移し、その基礎をなした」(*Cité dans Fouillée, L'idée moderne du droit*, 2^e édit., 1883, p.121.) と言った。彼の全道徳を私的自治の原則の上に築き上げた(この問題については、V. Delbos, *La philosophie pratique de Kant*, 1905.) カントは、法秩序に於ける同じ私的自治の原則に類似の重要性を与えずにはおれなかった。フランスの古典的学説が私的自治の原則の最も完全な表現を発見すると信じたのはカントの著作の中だ。古典的学説がそれを完全に正しく理解したと言う積りはない。普通示される以上に複雑なカントの法哲学は、恐らく、ずっと個人主義的でない解釈を受け安かった (V. la thèse latine de M. Jaurès: *De primis socialismi germanici lineamentis apud Lutherum, Kant, Fichte et Hegel*, 1891, p. 27 suiv. 現代ではドイツ特にイタリアに於てカントの学説にそれ程排他的に個人主義的でない意味を与える傾向がある)。しかしながら、フランスの学派がカントを法上の個人主義および自由主義のこの上ない理論家とみなしていたことは事実だ。しか

し、ある者のように、フランス式個人主義—合理主義的個人主義(「これは英国人の経験的功利主義的個人主義に対立する」(Gounot, p. 318))—がドイツのカントから発していると言うのは行きすぎだろう(Cf. Giv. Vidari, *L'individualismo nelle dottrine morali del secolo XIX*. Milan, 1909(d'après J. Segond, dans *Rev. phil.*, octobre 1910, p. 428)。何故なら、先ず、すでに見たように、それはカント以前に示されていたし、第2にフランスの国では特に法学者の間でカントの読者が本当に余りにも少数であった。しかし、カントは、少くともフランス個人主義に、それを巧みに表現する公式を与えた。カントの著作について記憶に留められ、好んで引用され、かつ敷衍されたのはその公式だ。それ故その要点を簡潔に喚起しよう。ルソーのように、カントも個人の意思を *droit* (法および権利) の唯一の源と断言した。「人は、(単独にしろともかく他人と協力してにしろ) 自らに与える法律以外の法律に服せしめられることはない」(Kant, *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit* (1796), tr. Barni, 1853, p. 33)。そして、「内面的自由」が全道徳性の本源かつ目的であると同様に、「外面的自由」が全 *droit* (法および権利) の基礎かつ究極的目的である。「唯一の天賦の *droit* (権利) しかない。各人が人間であるということのみにより有しているこの唯一の生来の *droit* (権利) は、(他人の意思により課せられる如何なる拘束からも独立した)「自由」であるが、ただその自由は、一般法則に従って、各人の自由と調和し得るものたるを要す」(Ibid., p. 55.)。これが主観的意味の *droit* (権利) で、それは自由、私的自治に等しい。客観的 *droit* (法) に関しては、有名な定義に従えば、それは「一般的自由の法則に従って、ある者の意志が他の者の意志と調和し得る条件の総体だ」(Ibid., p. 44.)。それ故、法規は「自由の規範」だ。その唯一の目的は、各意思が最高に君臨し得る個々の分野を画定することにより、平等な自由の「共存」を可能にすることだ。又カントが、彼によれば *droit* (法) と切り離せぬ強制を基礎付けるのも自由の観念そのものだ。「自由が一般的法則に従っている以上、不正なものは全て自由の妨害であり、強制は、……『自由に対してなされる妨害』を避けるのに役立つ以上は、一般法則に従っている自由と調和し、即ち正当である」(Ibid., p. 45.)。最後に付言すれば、ルソーの様に、カントは、最初の契約の観念の中に、政治社会の唯一の合理的正当化を見た (Ibid., p. 172.)。ジャンエが言ったように、カントにとって「社会契約は、その経験的起源が何であれ、それなしで国家を考え

ることができないいわば『先験的』 forme である」(P. Janet, Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale, 3^e édit., 1887, t. II, p. 611)。ところで、以上のようなルソーとカントの理論はドイツに於て絶大な成功を収めた。そして、カントおよび彼に続いたフィヒテ Fichte から、ほとんど半世紀の間ドイツの精神を支配しそしてドイツで「自然法学派」という単純な名でしばしば呼ばれてる一大学派が生れた。非常に数の多いその代表者達は、その体系の基礎として自治のドグマと社会契約の原則を与え、彼等の *droit* (法) についての定義は、カントの有名な所謂「共存」という金言の再生でしかなく、*droit* (法) は自由が自ら自らに課す任意的相互的制限の総和につまりは歸した。このカント学派も若年の「歴史学派」の猛烈な攻撃に長く抗し切れず、19世紀の中頃までにすでに押しつぶされた。しかしながら、その学説はその後の法理論に重要な跡足を残した。VII—フランスでは、以上に明らかにした種々の影響が、私的自治の原則に要約されるような古典的哲学を生んだ。ドイツ学派のように形而上学的陶醉に陥り安くなく、又具体的法生活の経験を軽んずることのないフランス学派は、フィヒテとその門弟グロース Gros のはなはだしいパラドックスを警戒し、その無道徳主義および個人主義に於てそれ程絶対的でなく、自治と自由についての彼等の最初の断言を、具体的有用性にかんずく「公序」の原則により緩和する術を心得ていた(しかし、公序は特に各個人の自由の総和およびその平等な保証と彼等は考えていた)。それにも拘わらず、フランス学派はあくまでルソーとカントの最初の立場に位置し続け、1789年のきまり文句を繰り返し続けた。それ故、意思のドグマと契約のドグマがフランスの法的思弁を深く鼓吹し続けた。そして、フィエも言ったように、全精神に受け入れられはしなかったが、「社会契約」と「權利主義」の原則が19世紀に「民間の哲学および大学の哲学の基礎」(A. Fouillée, L'idée moderne du droit, 2^e édit., 1883, p. 133.) となった。それを確認するために、例えば、クザン Cousin の折衷学派の著作、新カント主義者のそれ、フィエの才気煥発な著作、全く完全に正統な自由主義のブダン Beudant の優れた書物「Le droit individuel et l'Etat」のようなフランス法哲学の文献を一瞥するだけで十分だろう。ところで、民法典の最初の注釈以後、哲学的思弁と法学の間に絶縁が生じた。哲学者の思考と法学者の思考は異った領域で発展した。その結果それ等は恐らくお互いに妨害し合わなかったが、更にお互いに影響し合うこともなかった。特に法学者の精神に影響を及ぼして来

たのはルソーであり、革命の空論家であり、経済学者である (以上、Gounot, p. 30—60.)。現代では、実際、恐らく自由主義は過ぎ去り、18世紀の遺産たる合理主義的個人主義は恐らくもはや立ち直れない程の打撃を受けた。しかしながら、大部分の社会学者や哲学者により投げ捨てられているにも拘わらず、我々が示した原則は相変わらず法学者の精神の中では生きている。それは恐らく、この原則に対してなされた反動が度を越していたこと、特に1世紀以上の古い信念および考え方を容易に捨て去り得なかったことによる。否、この原則は死んでいない。根強い慣習により、我々はなお本能的に又ほとんど盲目的にそれに従っている。テーヌ Taine は「学説は盲目的になることによってしか盛んにならぬ」(Ancien régime, liv. III, chap. III, § 2.)と言った。これこそ個人主義的学説のなしたことだ。18世紀は義務の理論の基本的原則についての一般的研究が稀であり、フランスの法哲学は非常に貧弱だった。そのため18世紀に作り上げられた概念作用はその影響をかえってますます強く感じさせた。それは「既成の信念、氷結した慣習、確立された性向の状態で精神の中に沈澱」(Taine, loc. cit.)した。もしこう言うてよければ、それは「他のように考えることは不可能な事」となった。フランスの種々の法制度が発展し、かつなお生き続けているのは、個人主義的自治の学説により作られた「無形の雰囲気」の中である (Gounot, p. 83—84.)。

⑧ Cf. Duguit, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 603.

⑨ Kant, Doctrine du droit, trad. Barni, p. 106, 107.

3. 法律行為の構成要素 *Eléments constitutifs de l'acte juridique*

法律行為および契約についてのドイツの骨を惜しまぬ論争の最も明白な結果の一つは、目前の種々の体系を、それ等の原則を明らかにし、かつより明確に設定するよう導いたことだ。^①本質的に社会的な偏見により鼓吹された対立的理論に直面して、ドイツロマニストの伝統的個人主義的理論は、その固有の公準を卒直に自覚し、そしてその精神とその傾向を一言で表現することを望んで、自らを「意思主義」(Willens theorie)と称した。この言葉がサヴィニー Savigny とヴィンドシャイド Windscheid の学説を見事に要約しているなら、それはフランスの古典的法学者の学説を更によく要約している。全てのフ

ランスの法学者にとって、法律行為の本質は専ら意思であり、意思のみが法律行為の内容を構成し、その他のもの全ては二次的であつ固有の価値を持たぬ、即ち前の時代の形式主義の時代遅れの遺物、又は単なる証拠手段である。契約とは何であるか。それは *droit*(権利) を創造する二つの自治的意思の合致である。意思が意味するものは個人の心の中に存在するような主観的「内的意思」であり、その「表示」、即ち外部に表示されかつ客観化され、社会環境を貫いて他の人が捕えるような意思ではない。確かに、法的効果はそれを意図する意思が知られなければ実現され得ぬだろうし、それ故確かに何等かの方法で意思が外部に現われる必要があり、二つの一致した意思の共存にも拘わらず、これ等二つの意思が純粹に内的状態に留まり、お互いに表示し合わないなら、契約はない^②だろう。しかし、如何なる特定の形式もこの表示のために要求されず、その上表示は証拠手段としてしか役立たず、内的意思の単なる「しるし」であり^③、自分の力では法的力を持たず、現実の心理学的意思を示す限りに於てしか^④価値を持たぬ。言葉、文字、身振、時としては単なる沈黙のようなしるしを貫いて発見し、かつ洞察すべきは内的意思だけだ。しるしとその意味するものの間、表示と内的意思の間の不一致が明瞭であるならば、勝るべきは何時も意思^⑤だ。何故なら、更にもう一度、契約で人を拘束するものは単なる意思の外観、社会的にその人に帰せられるが、恐らくその人が持たぬ意思でなく、その人の真の意思、彼の意識の奥深くに現実存在する意思だからだ。(以上 Gounot, p. 131—135)

- ① ドイツの論争を示したフランスの著書として、V. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, 1901; Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 597s.; Dereux, *Etude des conceptions actuelles du contrat*, *Rev. crit.*, 1901 et 1902; *De l'interprétation des actes juridiques actuelles du contrat*, *Rev. crit.*, 1901 et 1902; *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse, 1905.—Adde: P. Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, th. de Lyon, 1911. (Gounot, p. 20, note 5.) Adde, Gounot, p. 131, note 1.

- ② Cf. Planiol, Traité, 4^e édit., t. I, p. 325, note 1.
- ③ 微笑が喜びのしるし、震えが恐怖のしるしでしかないように (Gounot, p. 134, note 1.)。
- ④ Cf. J. Gauguier, De L'interprétation des actes Juridiques, thèse, 1898: «何等かの意思の表示もそれに先行する意思によってしか価値がない。原本が写本の存在理由および判断基準であるように、この意思が表示の存在理由および判断基準だ。»
- ⑤ V. Windscheid, t. I, 7^e édit., p. 194 et la bibliographie citée. フランスではこの意見が満場一致で承認されている。Voy. la thèse de M. Gauguier sur l'interprétation des actes juridiques.

4. 法律行為の解釈 (interprétation de l'acte juridique)

語の最も一般的意味で、法律行為を「解釈することは」その効果を決定することだ。「私的法律行為の解釈は10巻又は3行で論ずべき問題だ」とある日ある法学者が言った。^①ドイツの関係書誌の無限の広がりから判断すれば、10巻はライン河の彼方の法学者をぎょっとさすものでない。フランス人は心よく3行で満足する。フランス人にとってその問題は最も簡単だからだ。即ち「私的法律行為の解釈は、できるだけ念を入れてその行為者の真の意思を探究し、そしてそれに従うことだ。^③」それこそ「準則のうちの準則だ」とドモロンブは言った。^④実際、意思が法律行為に於て droit (権利) の源および判断基準なのだから droit (権利) を決定するために問い合わせべきは、明らかに意思だけだ。^⑤確かにある法文は立法者が解釈者の役割について幾分異った構想を持っていたと信じさせる。例えばフランス民法典 1134条3項と1135条を読むならば、民法典は、契約について意思を法的効果の唯一の根源として承認せず、その側に、自立的法的源として、法律、慣習、衡平、信義誠実を示したように見えるだろう。しかし、それこそは単なる外見にすぎぬと古典的学者は断言する。即ちこれ等の条文の真の意味は全く別な風だ。1134条3項によれば信義誠実を斟酌せねばならぬ。これはどういう意味か。それは全く単に当事者の意思を守るべしということだ。何故なら契約の形成を支配した第一の意思の尊重

でないとして信義誠実は何であるか。^⑥同様に、1135条も「契約は単にこれに表示せらるるもののみならず、衡平、慣習、又は法律がその性質に従って義務を与えたる全ての結果に対しても又これを義務付けるものとす」と宣言しているが、「^⑦実際には、そこにも当事者の黙示の意思から生じる結果を見るべきで」、「^⑧法律は契約当事者の意思がそのようなものと推定しており、もっともなことだ。」実際、如何なる資格で「法律」は適用されるか。当事者の意思の「解釈」の資格でだ。いくらかの稀な所謂命令的又は禁止的条項を除いて、「^⑨法律は当事者が意思したことを予め規定するにすぎぬ」とローランは言った。一般的契約準則を示す唯一の目的は、当事者が彼等の行為証書の中にそれを記入するのをまぬがれさすことだ。契約当事者は以前として彼等の契約の効果を別な風に取り決めることが自由にできる。そうしないのは、それは明らかに彼等が法的規制を彼等の真の意思を最も良く示すものとみなすからである。それ故、法律を適用することは当事者の黙示の意思を容認することに他ならぬ。「慣習」についても同じことが言える。「慣習の効力は当事者の推定的意思に源を発す」とリヨン・カアンとルノールは言った。^⑩そしてこの意見は全ての学者の同じくするところだ。^⑪「衡平」については、崇拜されてるこの言葉は非常に曖昧な言葉であり、そのことに気付く必要がある。古い伝統と余り公然と縁を切らぬため、立法者が契約の準則の中で衡平に役を演じさせ続けたとしても、この純粹に外面的尊重の兆から独立の法的源としての衡平の確実な是認という推断に達しないように。契約の解釈で裁判官が衡平に訴えていたある時期があった。ところが彼等がどのような異議を捲き起したか我々は知っている。即ち「神が我々をパルルマン *parlements* の衡平から守って下さるように。」^⑫「この公の良心の叫びがフランスの現代の法律の精神を示している」とローランは言った。衡平に固有の法的価値を与えること程この精神に反することではなく、それは過去の全ての間違ったやり方に再び道を開くことになる。慣習のように、衡平も意思の推定に根拠を置き、裁判官は、当事者が暗黙にそれに準拠した限りに於てしか、それに訴える権利を持たぬ。^⑬以上かくしてフランス民法典から1135条を削除しても大した不都合はなからう。実のところそれに訴えた判決は非常に稀だ。それでは、法律行為の効果を確定するために何

が残るか。意思以外の何ものでもない。あらゆる司法上の判決が基くべきは意思だ。「当事者の共通の意思」のみが判決に適法の刻印を与え得る。恐らくこの「共通の意思」を発見することは、特にある契約と非常に遠い関係の結果を明確にする場合には必ずしも容易なことでない。しかしある争点についての契約当事者の考えがどんなに不明瞭あるいは不確実であろうと、「明敏さと忍耐を用いる」裁判官がそれを明らかにする力がないといつか白状するのを認めることはできぬだろう。^⑭そのような白状は正義の否定に等しいだろう。ところで当事者の意思は非常に変り安いものだ。それは個人と共に変り、状況と共に変る。従って当事者の意思の細心綿密な探究の名に於て、同じ条項が裁判所により異って解釈されても不思議でない。^⑮しかしながらこの不一致に憤慨して破毀院に当を得た仲裁によりそれをやめさせるよう懇願しても、「そんなことはしない。実際何が問題なのか。各場合に当事者が意図したことを知ることだ。ところで、それこそは、最高に事実問題で *droit* (法) の問題でない。それ故それについて黙っておらねばならぬ。その上、問題の判決が異っているのは、恐らく判決事項が異っていたからだ。判決の表面的不一致に眉をひそめる代りに、個人の意思に対する裁判所の尊重が何処まで行ってるかを見て感心せよ。」と破毀院は答えるだろう。(以上 Gounot, p. 171—179.)

- ① G. Dereux, *L'interprétation des actes juridiques privés*, th. 1905, p. 1.
- ② *Voy. Déclaration de volonté de M. Saleilles et la thèse précitée de M. Dereux.*
- ③ Dereux, loc. cit.
- ④ Demolombe, t. XXV, n° 3, p. 4.
- ⑤ V. par ex. Demolombe, t. XXV, nos 1 et s., notamment nos 3 et 23; Aubry et Rau, 5^e édit, t. IV, § 347; Huc, t. VII, p. 243; Capitant, *Introduction*, 1^{er} édit, p. 301; Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7^e éd., t. I, §84, p. 231; Gauguier, thèse, p. I et suiv. —その解釈の大準則は、次のように法律行為の全古典的理論を要約した *Digeste* の原

文の中に示されている。「Prior atque potentior est quam vox mens dicentis」(Dig., 33. 10. 7.)

- ⑥ Cf. Aubry et Rau, 5^e édit., t. IV, p. 563; Pandectes francais, V^o Obligation, n^o 7915; Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations t. I, p. 319.
- ⑦ Boissonnade, Projet de Code civil pour l'empire du Japon, Exposé des motifs, Tokio, 1891, t. II, p. 156.
- ⑧ Laurent, t. XVI, p. 244. —Cf. Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, t. I, p. 320: «本条(1135)は契約当事者が法律、慣習、又は衡平により承認された原則に暗黙に準拠したことを推測している。» —Cf. Pand. franc., Rép., V^o Obligations, n^{os} 7921 s.
- ⑨ Laurent, *ibid.*
- ⑩ MM. Lyon-Caen et Renault, Manuel de droit commercial, 8^e édit., p. 12.
- ⑪ 更に、一般にフランスの古典的学説は慣習を客観的 *droit* (法) の真の源として承認することに何時も敵意を示した。古典的学説は慣習に黙示の意思以外の基礎を与えることが決してできなかった。—V. Gén^y, Méthode, p. 30—32, et p. 276s.
- ⑫ Laurent, t. XVI, p. 240.
- ⑬ 衡平に関する古典的学者のこの態度は、単に法律行為の解釈だけでなく *droit* (法) 一般の解釈に関するときも当然同じだ。ジェニー Gén^y は、古典的学者が制定法の欠缺を補充するために率直により上位の衡平の原則に訴えることに本当に気が進まぬことを確認している。衡平の原則にある役割を認めることを拒ばぬ時でも、「この譲歩は遺憾ながら不可避なものとしてなされているにすぎず、そして衡平自体が少くとも胚の中に又帰納的方法により制定法自体の中に何時も存在するだろうと多かれ少かれ率直に確信しながら、その範囲を狭めるよう努めてる」とジェニーは言っている。Méthode, p. 33. 換言すれば、法律起草者の推定的意思のみが衡平に法的価値を与え得る。(ibid., p. 27)。
- ⑭ Duvergier, Vente, t. I, n^o 242; Cf. Demolombe, t. XXV, n^o 24.
- ⑮ 破毀院により認められた判決の不一致は特に保険についてよくある (Gounot, p. 178, note 5.)。

(未完)