

行為基礎論前史 (二)

——後期普通法における「意思」概念の変質を中心に——

中野 邦保

目次

第一章 序論——行為基礎論研究の現代的意義

第一節 問題の所在

- 一 はじめに
- 二 行為基礎論の展開
- 三 従来の研究状況
- 四 契約正義の確保
- 五 他律から自律へ
- 六 法学における自由な「意思」 (以上、二〇四号)
- 七 法律行為論の限界
 - (1) 本稿の視点に基づく全体的考察
 - (2) 法律行為基礎論の動向

- ① 契約自由から契約正義へ、意思から理性へ
- ② 意思から関係へ
- ③ 自律の再評価へ
 - (i) 意思主義復権論の出現
 - (ii) 私的自治を基礎づける新たな動き
 - (iii) 法律行為論再構築の動き
- (3) 現代契約基礎理論の動向
 - ① 自律的・事実に意思概念を基礎にする立場
 - ② 自律的・規範的意思概念を基礎にする立場
 - ③ 目的ないし利益を中心に据える立場
- (4) 「意思」「権利」「義務」概念再考に向けて
 - 第二節 本研究の目的
 - 第三節 本稿の構成 (以上、本号)
 - 第二章 サヴィニーの意思表示理論
 - 第三章 ヴイントシャイトの意思表示理論
 - 第四章 エルトマンによる行為基礎論の形成
 - 第五章 結語——ラーレンツ以降の行為基礎論の展開への展望をかねて——

第一章 序論——行為基礎論研究の現代的意義——

第一節 問題の所在 (承前)

七 法律行為論の限界

(1) 本稿の視点に基づく全体的考察

最後に、以上の考察を前提に、わが国における法律行為論および契約理論をめぐる動向、具体的には、自律的意思概念を基調とする権利の体系のもと生じた法律行為論の限界(本稿でいうところの「自律的意思論のジレンマ」)を克服するための様々な動向について概観する(なお、ドイツ等の議論を含め具体的に詳論することは、本研究の第三論文に譲り、ここでは、概括的に、わが国における法律行為論の限界をめぐる動向を鳥瞰することとする⁽¹⁾)。

法律行為論の限界をめぐる問題については、主に次の二つの問題が内包している。すなわち、①資本主義の台頭に伴う社会構造の変化によって顕在化した法律行為論の限界をめぐる問題(たとえば、約款論や消費者契約など)のように、法律行為論に内在していた問題が外的要因によってより顕在化した問題群)、②社会構造の変化とは無関係に、法律行為論にそもそも内在していた問題(いわば古典的体系をめぐる理論内在的な問題群)の二つである。もつとも、実際には、法律行為論の限界をめぐる問題は、このように明確に区分することはできず、両者は複合的に重なりあつて問題として顕在化し、議論がなされている。

そこで、ここでは、本稿の視点から、法律行為論の限界をめぐる議論を横断的に考察することとする。具体的に

は、私的自治をどのように評価するべきか、あくまで自律的意思という概念を基調に法律行為論（私法理論）を構築するべきか、といった点が中心的な問題となる法律行為論の限界をめぐる議論につき、五で述べた自律と他律という視点と、六で述べた自由意思概念の変質という視点から検討する。

その前に、本稿の視点について再度確認しておこう。五で述べた自律と他律というのは、第二章でも検討するよ
うに、カントによつてなされた他律から自律への転換の⁽²⁾ことを意味する。すなわち、自律とは、自らの意思が普遍
化可能かどうか、ということ⁽¹⁾を自分で判断し、自己決定すること（法学的含意においては、当事者が自らの意思を
通じて法律効果を発生させることを自己決定すること）を意味するのに対して、他律とは、外的に設定された自然
法的・客観的義務基準に自発的に服従することが求められる意思のことを意味する。このように、自律は、意思が
外部的基準に従属していない点で他律とは異なる。

また、六で述べた自由意思概念の変質というのは、第二章および第三章で詳論するように、サヴィニーが基調と
する自律的・規範的意思概念と、ヴィントシャイトが基調とする自律的・事実的意思概念との相違を意味する。す
なわち、サヴィニーが、自律的意思の外部的事情（契約関係の本性及行為の社会的コンテキストや行為状況等）を
もふまえて、法律家（解釈者）が法体系・法制度・法律関係の「有機的本性」ならびに「全体的直観」によつて解
釈した結果である意思（自律的・規範的意思概念（＝サヴィニーのいう「真意」））を尊重していたのに対し、ヴィ
ントシャイトが、表示主義の台頭に伴い、いわば事実的な次元に属する法的効果を生じさせることに向けられた意
思（自律的・事実的意思概念）を尊重していたことを意味する。⁽³⁾このように、自律的・規範的意思概念は、法的効
果を意欲する意思にはあらわれないが、当事者が当然の前提としていた事実（前提的事実）等までも顧慮しうる
点で、事実的次元の意思のみを尊重する自律的・事実的意思概念とは異なる。⁽⁴⁾なお、フルーメのように、サヴィニー

の自律的・規範的意思概念を再構成する余地も認められることに留意されたい。⁽⁵⁾

以上の視点をもとに、ここであらかじめ法律行為論の限界(自律的意思論のジレンマ)を克服するための現在の民法理論をめぐる動向について簡単に示しておく、大きくは次の三つの立場に分類することができる。考える。すなわち、①他律による支援・補完を認める立場、②あくまで自律を再評価・強調する立場、③意思とは別のファクターに基礎を置く立場の三つである。⁽⁶⁾

まず、①の他律による支援・補完を認める立場としては、(i)法律行為論の妥当範囲を厳格に解する伝統的な通説の立場と、(ii)「契約自由」から「契約正義」へ、「意思」から「理性」へ、という方向性を標榜する星野教授を中心とする立場があげられる。

(i)の伝統的な通説の立場というのは、動機等を固定的に把握し、法律行為論の妥当範囲を厳格に解する結果、法律行為論の限界の問題を、新たな理論を付加することによって外在的に克服しようとするもので、自律的・事実的意思概念を基調に展開されているものと評価することができる。たとえば、法律行為論の限界を克服するために、当事者の意思からは導きえないような新たな義務概念(付随義務)等を創設することによって対処する見解などがあげられる。また、九五条の錯誤を表示錯誤に限定し、動機錯誤を原則的に顧慮しないと見解(伝統的な錯誤二元論)、特定物下グラマを前提に原始的不能を肯定し、瑕疵担保につき法定責任説を主張する見解、契約締結上の過失論、前提論ないし行為基礎論の独自性を肯定する見解などもこのような自律的・事実的意思概念を基調にしているものと思われる。(ii)の星野教授を中心とする立場は、権利を中心に編纂されているドイツ民法とは異なった編纂方法によっているフランス民法を参考に行っているためか、法律行為論の限界の問題を契約正義論によって直接的に解決しようとするもので、より積極的に他律による支援・補完を認めているものと思われる。

次に、②の自律を再評価・強調する立場としては、(i) 私人的自治を積極的に基礎づけようとし、それを再評価・強調する立場と、(ii) 合意内容を柔軟に解釈することによって法律行為の妥当範囲を拡張する近時の有力説の立場があげられる。

(i) の私人的自治を再評価・強調する立場は、さらに、(a) 私人的自治に対する疑問から、多くの論者によって私人的自治や意思主義を再評価しようとする種々の主張が展開された、いわゆる意思主義復権論の立場と、(b) 近時、意思主義以外の方向から私人的自治の実質化を試みる立場（たとえば、山本敬三教授によって推し進められている憲法から私人的自治を基礎づけようとする見解や、山本顕治教授のように、契約交渉の全過程をハーバーマスの「コミュニケーション的行為」として捉え、一般条項に契約促進規範としての機能を担わせることによって、私人的自治の再生を図ろうとする見解）とに分けることができる。(ii) の合意内容を柔軟に解釈することによって、法律行為の妥当範囲を拡張する立場というは、法律行為論の限界の問題を、あくまでも法律行為論の枠内の問題として内的に克服しようとするもので、自律的・規範的意思概念を基調に展開されているものと評価することができる。その結果、この立場によれば、付随義務等の新たな義務概念を創設することなく、当初より契約債務に含まれているものとして、法律行為論の枠内で処理することになる。また、動機錯誤の問題を契約内容確定の問題とする見解、特定物ドグマ・原始的不能を否定し、瑕疵担保につき契約責任説を主張する見解、契約締結上の過失論、前提論ないし行為基礎論の独自性を否定する見解などもこのような自律的・規範的意思概念を基調にしているものと思われる。なお、三層的法律行為論という形で法律行為論を再構築する加藤教授の見解も、自律的・規範的意思概念を基調にしているものと思われる。

最後に、③の意思とは別のファクターに基礎を置く立場としては、(i) 意思ではなく関係を重視する見解と、

(ii) 契約目的ないし利益(債権者利益)を中心におく見解とがあげられる。

(i) の關係を重視する見解は、木下教授によつて主張された關係理論に端を発するもので、具体的な解釈論としては、内田教授が、古典的契約理論の限界から、マクニールの關係的契約理論をわが国独自のものに再構成し、展開している。(ii) の契約目的ないし利益(債権者利益)を中心におく見解は、潮見教授によつて、近時の國際的潮流に合致するような形で、契約利益から導かれる義務概念を中心とした新たな体系(債権者利益中心の体系)が主張されている。

本稿の視点からすると、以上のように法律行為論の限界をめぐる動向を鳥瞰することができるものの、それぞれの理論については、必ずしも、同一平面上で議論が展開されているわけではなく、法律行為基礎理論レベルで議論されているものや、契約基礎理論レベルで議論されているものがある。

そこで、以下では、わが国における法律行為論の限界をめぐる動向を、本稿で提示した視点をもとに、法律行為基礎理論をめぐる動向と契約基礎理論をめぐる動向とに分けてそれぞれ検討することとする。具体的には、まず(2)で、五で述べた他律から自律へという視点が私的自治をめぐって展開された法律行為基礎理論レベルにおいて顕著にみられることから、このような視点のもと、法律行為基礎理論レベルにおける議論を検討する⁽⁸⁾。そして、(3)で、六で指摘した意思概念の変質(自律的・規範的意思概念から自律的・事実的意思概念への変質)に伴う法律行為論の構成および私法体系全体への影響という視点が解釈論として具体的に展開される契約基礎理論レベルで顕著にみられることから、このような視点のもと、契約基礎理論レベルにおける議論を検討することとする。最後に、(4)で、以上示した三つの立場から、具体的な解釈論を展開している種々の見解を再度まとめなおしたうえで、本稿の視点から、それぞれの立場の問題点を指摘しておくこととする。

(2) 法律行為基礎理論の動向

まず、法律行為論の限界をめぐる法律行為基礎理論の動向について検討する。前述したように、意思概念が他律から自律へと転換し、私法理論が義務の体系から権利の体系へとパラダイム転換した結果、当事者の「意思」に基づいて解決することが困難な契約正義問題が生じ、これを法体系全体の中でどのように克服していくかが大きな問題となった。そこで、ここでは、このような問題をめぐって展開された法律行為基礎理論レベルの動向を、自律と他律という本稿の視点をもとに横断的に考察することとする。

① 契約自由から契約正義へ、意思から理性へ

まず、星野教授によつて、社会構造の変化に伴い私的自治を原則とする民法の三大原則が修正を余儀なくされているように、契約の拘束力の正当化根拠の問題から、近代的な個人主義を前提とする私的自治の原則の存在に対して疑問が投げかけられ、また、わが国の学説が表示主義を全面的に採用し、たやすく意思主義を捨て去ってしまったことから、意思主義について再評価する必要性が問われた。⁽⁹⁾ さらに、合理的な人間像および対等な当事者間を前提として規律されている法律行為概念についても、「人の人に対する義務づけの根拠を人の意思に求める思想から出発しながら、それから離れて、意思は広く権利義務の変動の基礎としての意味を持たされ」、いわば「意思の根拠づけとしての機能が大きく転換している」ことからすると、「法律行為の概念は、抽象的にすぎ、その中に種々の異なったものを含むのだから」、「立法上は、あまり実益のない過度の抽象概念」であるとの指摘がなされた。⁽¹⁰⁾

そして、星野教授は、このような問題意識のもと、「契約自由」から「契約正義」へ、「意思」から「理性」へ、という方向性を標榜し、今後の指針として、「意思が意思なるが故に、理性の代わりに尊重されるのではなく、理性

的に判断して意思の作用すべき領域」を決定すべきであり、「意思の上に理性を」、配分的正義から平均的正義（対価の均衡〔レジオン〕）を重視する必要があるとする。また、近時、大村教授も、このような問題提起を受けて、「契約正義論」を主張している。⁽¹²⁾さらに、森田宏樹教授の主張する合意の瑕疵論⁽¹³⁾も、当事者の合意があつても、それを裏付ける原因がない限り、合意の拘束力を否定するところ、究極的には、客観的な正義にかなつた合意のみを尊重するという考え方に帰着するため、契約正義論に近い、との指摘がなされている。⁽¹⁴⁾

もっとも、法律行為論の大前提が自律的意思概念であるとする本稿の立場からすれば、これらの見解は、自律的意思概念を基調に権利概念および法律行為論を構築しているドイツ法とは異なり、フランス法を主として参考にしているためか、他律的意思概念を基調とした義務の体系のもとの啓蒙期の自然法論同様、契約正義によって直接的な解決を志向するもの（いわば、義務の体系の再興）なのか検討する余地があるように思われる。

② 意思から関係へ

また、大陸法的な意思理論の限界から、パウンドの「コモン・ローの根本思想は、『意思』ではなく『関係』にある」という主張を受け、木下教授によって関係理論が展開された。⁽¹⁵⁾その後、内田教授によって、古典的契約理論のもつ、「現在化」「単発性」といった内在的欠点から、マクニールの関係的契約理論をもとに、⁽¹⁶⁾わが国独自の関係的契約理論が提唱された。具体的には、現代契約法における契約責任の拡大現象は既存の契約理論の修正によって対応できない（意思主義からでは正当化しえない）との問題意識のもと、契約上の権利義務の根拠を当事者間で形成した「関係」に求めると同時に、信義則を媒介としながらそのような関係に内在する規範を実定法規範へと吸い上げ、人々が生きている共同体の内在的規範（道徳的直感）たる「納得」の合理性に紛争解決の正当性を見出す

べきであるとの主張がなされた。⁽¹⁸⁾

この見解は、行き過ぎた個人主義を是正するために（いわば、契約当事者の背後に存在する社会関係を法の世界に取り込もうとするために）、共同体的思想ないし共同体的価値によって支えられた「関係」（納得）から権利・義務を根拠づけるが、そもそも「共同的価値はいかにして、どこから生じてくるのか、それが法規範を支えるのはどうしてなのかを問わなければならない」と思われる。⁽¹⁹⁾

③ 自律の再評価へ

(i) 意思主義復権論の出現

他方、以上の見解に対し、私的自治の原則を再評価・強調し、それを中心に法律行為論を構想する見解が、いわゆる「意思主義復権」という名のもとに論じられている。これらの見解は、社会構造の変化にともなう法律行為論の限界を克服するためだけでなく、法律行為論そのものに内在する問題点（古典的体系の問題点）を指摘し、より柔軟に、具体的かつ衡平な結論を導くため、主に約款論や消費者契約等の分野において展開されている。⁽²⁰⁾ もっとも、これらの見解も、どのような意思概念を法律行為論の中心に置き、理論構成するかによって種々の立論がある。たとえば、石田教授は、「人間が理性的存在であるとすれば、『自由な意思』はまた『合理的な意思』でなければならぬ」と主張する。⁽²¹⁾ また、伊藤教授は、サヴィニーの古典的理論は、意思理論の影響のもと、意思と動機を厳格に区別し、事実的な要素を捨象していることから、「動機や意思形成過程とを合体させた『意思』あるいは『真意』なるものを形成し、これを法律行為論の中心に据えた理論を模索したために、意思表示理論の組換えまで検討されなければならない」と主張している。⁽²²⁾

以上のように、わが国において巻き起こった私的自治の原則・意思主義の再評価・強調の動きは、必ずしも議論がかみあっていないように見受けられる。すなわち、そもそも、意思主義復権論における意見が一致をみないのは、意思表示という用語が極めて多義的であるゆえ、各論者のとりあげる意思表示理論をめぐる概念が必ずしも同一のものとして議論されていないためと思われる。また、わが国においてもサヴィニーが意思主義者か表示主義者かという点について争いがあるように、古典的理論としてとりあげられ、それらの議論の前提となっているサヴィニーの意思表示理論が、「意思主義 (= Willensogma)」という表現に幻惑されて、……法律行為の解釈を表意者の内心の意思を探求すること」と理解されていたことにも起因するものと思われる。

以上のことからすると、意思主義と表示主義という対立構造において常に問題となっていたサヴィニーの意思概念につき、あらためて検討する必要がある。その際、意思主義と表示主義との対立は、表示主義の台頭に伴う意思概念変質後に生じた対立軸であり、サヴィニーの時代においては、意思理論があつたとしても、このようなかたちで問題とされてはいなかったのではないか、といった観点からも検討する必要がある(なお、本稿においては、この点につき第二章で検討を試みる)。

(ii) 私的自治を基礎づける新たな動き

また、近時、意思主義復権とは別の流れで私的自治(自己決定)の実質化を基礎づけようとする見解もある。

まず、山本敬三教授は、国家・社会の基本法である憲法によってリベリズムの思想(＝個人個人が自分のアイデンティティーを求めつつ、みずから「善い」と信じる生き方を等しく追求できることが何よりもまず保障されねばならないという考え方)が採用されている以上、国家法・社会法としての性格をもつ民法もまたそれによって方向づけられるとして、「自分の生活空間を主体的に形成する自由」を意味する私的自治(自己決定権)も基本権の保

護と支援を要請されている憲法によって保障されている」と主張する。⁽²⁶⁾

もっとも、このような見解については、次のような点につき疑問が生じる。すなわち、市民の生活関係を規律する私法の一般法たる民法の基本原則である私的自治は、憲法の制定をまたなければ保障されえないのであろうか。また、私的自治が民法によって基礎づけられないからといって憲法に遡るとしても、究極的には、憲法を基礎づける原理・原則を説明しなければ、私的自治を基礎づけられないことになるのではないだろうか。⁽²⁷⁾

さらに、山本顕治教授は、両当事者の主体性・自律性を真に尊重すべく、契約交渉の全過程を、ハーバーマスの「コミュニケーション的行為」（＝「合意」あるいは相互の「了解」を志向した当事者間の相互行為）として捉えることによつて、いわゆる一般条項（信義則）に契約交渉促進規範としての機能を担わせることによつて（「法のプロセス化」を通じて）、私的自治の再生を図ろうとする。⁽²⁸⁾

もっとも、この見解については、「合意」に達するために『交渉』の場を強制的に確保することや、合意に至らなかつた場合に解決策（外在的規範）を導入することによつて、かえつて私的自治への介入となつてしまつたのではないか、との指摘がなされている。⁽²⁹⁾

(iii) 法律行為論再構築の動き

以上のように法律行為論ないしそれを基礎づける私的自治が論じられてきた結果、現在においては、伝統的な法律行為論においては、契約・法律行為の全体をとらえきれないとして、法律行為論というシステムそのものの再構築が求められるに至っている。そして、このような状況のなか、加藤教授は、伝統的な法律行為論の問題点を指摘したうえで、「『表意と対応する内心』の意思以外の、非表層部分までも取り込んだ形で法律行為論を再構築していくことが必要」と主張し、現に、法律行為論を、「深層意思」、「内心的効果意思」、「表示行為」と三層的に把握し、

三層的法律行為論という形で法律行為論そのものを再構築している。⁽⁸¹⁾

もつとも、加藤教授自身によると、三層的法律行為論は、深層意思を取り上げるため、外形的に把握可能な表示行為との対応が失われ、意思表示として取り上げる対象範囲が、伝統的な法律行為論よりも曖昧となり、何が深層意思の合致たる前提的合意として取り上げられるかが必ずしも明確でない、という問題があるとされる。⁽⁸²⁾

(3) 現代契約基礎理論の動向

次に、法律行為論の限界をめぐる契約基礎理論の動向について検討する。具体的には、自律的意思概念を基調とする権利の体系のもと生じた契約正義問題を解決するための動向を、本稿の視点である自律的・規範的意思概念、自律的・事実的意思概念といった、より原理的なレベルから横断的に考察することとする。

① 自律的・事実的意思概念を基礎にする立場

自律的・事実的意思概念を基礎にする立場というのは、すでに説明したように、表示主義の台頭に伴う自由意思概念変質の結果であるところ、端的にいえば、当事者が法的効果を意欲したという事実的次元に属する意思のみを尊重する立場のことである。そのため、この立場によれば、当事者の意思表示内容を事実的次元の意思のみに限って固定的に把握することによって、法律行為論の妥当範囲を明確に画することができるもの、当事者の意思表示内容を事実的次元の意思に限って、いわば即物的・硬直的に把握するため、次のような問題が生じる。すなわち、この立場によれば、一定の場合には顧慮すべきである表示された内容と対応しない非表層部分（ヴェイントシャイトによれば、法的効果に向けられた事実的次元に属する意思以外の部分）、たとえば、法的効果を意欲する意思にはあられないが、当事者が当然の前提としていた事実等が法律行為論の枠内では顧慮しえなくなってしまうのであ

る。

このように自律的・事実的意思概念を基礎にすると、法律行為論の妥当範囲がおのずと限定される結果、自律を基調とする権利の体系の枠組のもとでは十分に顧慮しえない問題、すなわち、当事者の意思（自律的・事実的意思）からでは説明が困難となる法律行為論の限界の問題をどのように解決するかが問題となる。実際、本研究の対象である前提論ないし行為基礎論は、当事者が当然の前提として表象すらしなかつた前提的事実等を顧慮するために付加された理論枠組として機能しているものと思われる。また、九五条の錯誤を表示錯誤に限定し、動機錯誤を原則的に顧慮しないとされる伝統的な錯誤二元論、およそ性質は動機にすぎないとして、特定物ドグマを肯定し、原始的不能論を肯定する法定責任説なども、このような自律的・事実的意思概念を基礎にして展開されているものと思われる。⁶³⁾さらに、このような意思概念を基礎にすると、自律的意思概念を中核にすえた法律行為論の限界の問題を、義務という他律によって支援・補完しようとする動向へとつながっていくものと考えられる。たとえば、このような動向を端的に示すものとして、安全配慮義務、情報提供義務、説明義務、再交渉義務といった新たな義務概念を創設し、妥当な解決を図ろうとする考え方があげられる。⁶⁴⁾

しかし、これらの義務概念をめぐる議論については、初めに義務ありきとして、およそ他律的なところにその論理的基礎をおく形で、義務の構造論ないしは解釈論を中心に、いわば機能的に議論を展開しているものもある。そのため、このような議論については、自律的意思概念によって権利概念が基礎づけられ、その権利概念を中心に私法理論が構築されているという本稿の視点からすると、すなわち、現在の私法体系が権利の体系であることからすると、まず、はじめに、それらの義務概念が何故認められるのかを問う必要がある。⁶⁵⁾

もつとも、自律を基調とするのはあくまで法律行為という自律的意思を構成要素とする範囲においてのみで、当

事者の意思から説明できない法律行為論の枠外の問題については、自律的意思ないし権利から説明するのではなく、他律的意思あるいは義務といった外部的基準によって説明する、という理論構成も可能かもしれない。しかし、このように構成することについては、およそ自律的意思から導き得ない問題をすべて安易に義務といった他律的なところに押しやるおそれもある。また、たとえ、それらの義務概念を信義則上認められる付随義務の一環として根拠づけたとしても、⁽⁶⁶⁾当事者の意思を媒介とせずに発生する義務（他律的意思概念を基調とする概念）というのが、自律的意思概念を基調とする権利の体系のもとで、どのような根拠で認められるのか検討する余地がある。⁽⁶⁸⁾さらに、法律行為論外の問題であったとしても、法体系全体としては、権利の体系として構成されていることからすると、そのような理論構成が法体系として整合的なのか——そもそも、内面化された意思が問題となる義務か、行為の外形が問題となる義務か、という義務概念それ自体——についても検討する余地があろう。したがって、以上のような議論を展開するにあたっては、そもそも「義務」とは何かを改めて再考する必要があると考える。

② 自律的・規範的意思概念を基礎にする立場

①で述べた伝統的通説の立場とは異なり、近時、意思概念を柔軟に捉えることによって、合意内容を拡大し、法律行為論の妥当範囲をより広く解する立場がある。たとえば、前述したような付随義務をめぐる問題につき、本来、当事者の「個人意思」のみに着目した場合には純粹な給付義務以外しかありえず、その周辺で問題となる付随義務などは観念しえないはずであるところ、当事者の合意内容を拡大することによって、付随義務と呼ばれていたような義務概念を意思表示の内容、すなわち契約債務と捉える動向がある。

このような見解は、おおむね自律的・規範的意思概念を基礎にしているものと考えられる。すなわち、自律的・事実的意思概念を基礎にすることによって意思表示理論の枠外に位置づけられてきたもの（たとえば、当事者が前提としていた属性・機能等）を、自律的意思（私的自治）をより重視し、意思概念を柔軟に解釈することによって、法律行為論の枠内で可能なかぎり処理しようとするものと評価することができる。

そして、このような動向は、自律的・事実的意思から自律的・規範的意思概念への回帰としてまとめることができ、法律行為論の妥当範囲を広げる結果、動機錯誤を契約内容確定の問題として錯誤法の枠外の問題であると位置づける見解⁽⁴⁰⁾、特定物ドグマを否定し、原始的不能論を否定する瑕疵担保責任における契約責任説などが、このような意思概念を基礎にしているものと思われる⁽⁴¹⁾。

なお、北川教授は、瑕疵担保責任、積極的債権侵害、契約締結上の過失等の分野では、ローマの誠意契約型への統一という方向が進められず、モムゼン・ヴィントシャイトにより展開された履行不能を中心とする「古典」理論によって、すでに社会的基盤を失っている厳正契約型への接合がみられ、契約責任が履行義務・給付義務違反にしぼられていったと指摘する⁽⁴²⁾。本稿の視点からすると、契約責任の拡大現象を厳正契約的な解釈態度から誠意契約的な解釈態度への転換と捉えることは、とりもなおさず、法律行為論の中核部分たる自由意思概念の変質の結果に伴う、自律的・事実的意思概念から、自律的・規範的意思概念への回帰という方向を示唆しているものと思われる⁽⁴³⁾。しかし、以上のように自律的・規範的意思概念を基礎にして法律行為論の妥当範囲を拡張する見解については、契約債務の肥大化を招くおそれがあることから、また、意思概念に、様々な契約正義基準を含ませるように、「意思」概念が曖昧になることから、どのような義務概念までが意思表示（合意）の内容になるのか、その妥当範囲を画する必要があると思われる⁽⁴⁴⁾。すなわち、法律行為論に過度に依存することになる結果、法律行為論外の問題との

境界が不明確になりかねないことから、法律行為論の妥当範囲を明確に画したうえで、法律行為論の枠外の部分における準則を法体系全体の中で整合的に位置づける必要がある。また、このような当事者が設定した契約規範を重視する立場を推し進めていくと、債権者が債務者に対して当然に有するとされてきた履行請求権の存在は自明のものではなくなり、「履行請求権の限界」、すなわち、「債権者はいかなる要件の下で履行請求を行うことができるのか、あるいは、債務者はいかなる場合に履行請求から解放されるのか」、という問題が浮上することも指摘されている。⁽⁴⁴⁾

したがって、以上のような議論を展開するにあたっては、そもそも「意思」とは何かを改めて再考する必要があると考える。

③ 目的ないし利益を中心に据える立場

他方、このような意思をめぐる法律行為論の次元とは異なり、潮見教授は、近時の国際的潮流にそくして、契約目的から特定された契約利益（債権者利益）の実現を保障する新たな契約責任論（債務不履行体系）を展開する。⁽⁴⁵⁾ 具体的には、「伝統的な債権・債務観は、債務者に対する拘束のうちで作為・不作為請求権の対象とならないもの（債務者にとって具体的な行為可能性の認められないもの）を、それがいかに債権関係で目的とされた利益を達成するために適したものであったとしても、債権関係規範（契約の場合には、契約規範・契約責任規範）の外に放逐する点で、問題が多い」と指摘し、請求権・給付義務中心の体系を否定する。そして、債権関係において獲得されようとした債権者利益（契約利益）の実現へと向けられた権利・義務の体系として新たな債権関係を構築する。⁽⁴⁶⁾

このように、潮見説は、有機的・発展的性質を有する債権債務関係を中心にすえ、債権・債務の発生原因を両当

事者の意思の合致、すなわち合意を基礎にするのではなく、債権者利益ないし契約利益を基礎にして説明するため、法律行為論の限界という問題は解消することできよう。なお、このように捉えると、従来、法律行為論あるいは契約総論の次元で論じられてきた問題は、債務者はどのような債務を引き受けたのか、という債務確定の問題として債権総論で論じられることになるものと思われる。また、潮見教授は、「保護義務」を完全性利益の保護を目的とした義務と捉えるため⁽⁴⁶⁾、国家の基本法たる憲法によって保障されている基本権保護義務・基本権支援義務につなげて議論することによって、私法と公法とを一直線に結びつけて憲法秩序からも理論づけなしうる契機すらはらんでいるようにも思われる。

もつとも、このように法律行為論の問題点を解消しうる有益な理論構成であっても、次のような疑問が生じる。まず、債権関係を債権者の利益中心に捉える見解の基礎となつたイエーリングのように、権利を保護すべき利益であると捉え、保護されるべき利益から義務を根拠づけると、意思を介在させずに契約正義問題を利益ないし目的から解決することができるため、究極的には、意思を構成要素とする法律行為論も不要ということになる。なお、法律行為論という枠組みを維持しつつ、債務不履行体系（契約責任論）については、債権者利益（契約利益）を中心に説明するとしても、両者の関係をどのように捉えるのか、とりわけ、権利概念をどのように根拠づけるのかにつき説明を要するようと思われる。また、このようなことからすると、①の立場同様、現在の民法典が個人の自由意思を基調とする権利の体系で編纂されていることとの整合性につき説明を要するようと思われる。

以上のことからすると、このような議論を展開するにあたっては、「権利」概念について再考する必要があるように思われる。

なお、このような義務概念をめぐる動向をどのように評価すべきなのかという問題は、ドイツ債務法現代化法に

よつて改正された新たなドイツ民法においてもあてはまる。すなわち、本稿の視点からすると、個人の意思を説明原理とする法律行為論という枠組みを維持しつつも、履行請求権中心の伝統的体系から不履行（義務違反）中心の体系に転換したドイツ民法をどのように理解すべきかが問題となる。そこで、この点につき付言しておくこととする。

ドイツ新民法三二一 a 条は、原始的不能を否定し、四三三条は瑕疵なきものの給付義務を認め、物の性質も合意内容（契約内容）たりうるとして、本稿のいう自律的・規範的意思概念を基調にしているものとみることが出来る。他方、「性質」錯誤といった双方的「動機」の錯誤の場合につき、行為基礎論で処理することが明文化（三二三条）され、付随義務などについても明文化（二四一条）され、さらには、（原始的不能を否定しつつも）契約締結上の過失（三二一条）についても明文化されていることからすると、自律的・事実的意思概念を基調にしつつ法律行為論の限界の問題を明文化することによって対処したようにも思われる。

以上のことからすると、このような民法典の編成方法は、どのような意思概念を基調として理論枠組が構築（明文化）されているのか不透明であり、法典内で矛盾をはらんでいるものではないのか、との疑問が生じる。⁽⁵⁾ また、自律的意思を基調にする法律行為論を中核にすえた権利の体系を維持しつつも、他律的とも思える「義務」違反を中心とする債務不履行体系に転換したことについても、すなわち、意思ないし権利から基礎づけられる法律行為論という枠組と、義務から導かれる債務不履行体系を並存させる私法理論を、法体系全体の枠組の中でどのように捉えるべきか——具体的には、権利の体系内での修正・変容なのか——検討すべき余地もある。

(4) 「意思」「権利」「義務」概念再考に向けて

以上、自律と他律、規範的意思概念と事実的意思概念といった原理的なレベルから私法理論の変遷をもふまえて、法律行為論の限界をめぐる法律行為基礎理論レベルの議論と契約基礎理論レベルの議論の動向を横断的に考察した。そこで、最後にまとめとして、これまで検討した具体的に解釈論を展開している種々の見解を(1)で示した三つの立場に整理しなおしたうえで、本稿の視点から、それぞれの立場が積み残した今後の検討課題について述べておくこととしよう。

まず、①自律を尊重しながらも、他律による支援・補完を認める立場としては、法律行為論の限界(契約正義)の問題を、フランス法を参考に契約正義論によって直接的に解決する見解や、自律的・事実的意思概念を基礎にしつつ、自然法論者のように他律的な義務概念を創設することによって解決する見解などがあげられる。このような外部的な客観的基準——すなわち、他律による支援・補完——によって法律行為論の限界を克服しようとする立場については、自然法論的な義務の体系の再興を目指すものなのか、それとも、新たな私法理論を構築する動きの一部なのか検討する余地があり、とりわけ、「義務」概念について再考する契機をはらんでいるものと思われる。

次に、②あくまでも自律を再評価・強調する立場としては、具体的な解釈レベルでは、自律的・規範的意思概念を基礎にしつつ、合意内容を柔軟に解釈することによって法律行為論の妥当範囲を拡大して、契約正義問題を解決しようとする見解などがある。このような立場は、サヴィニーに源流を求めることができ、フルーメに代表されるものと思われるが、この立場については、自由意思概念を即物的に捉える事実的意思概念からサヴィニーのような規範的意思概念へと回帰しようとする動きなのか検討する余地があり、「意思」概念について再考する契機をはらんでいるものと思われる。

他方、以上のように、意思概念の捉え方は異なるものの、あくまで意思を私法理論の中核におく見解とは異なり、③意思ではなく、関係ないし利益(目的)を中核におく見解がある。まず、英米法思想にもとづき、関係を中心におく見解については、それによって法律行為論の限界の問題を克服することはできるものの、何故、関係が権利・義務の根拠となりうるのか再考されなければならないと考える。また、契約利益を中心におく見解については、イエーリングのように権利を保護すべき利益と捉えているかは不明ではあるものの、意思を介在させずに利益を中軸に義務概念を説くことよって、最初から契約正義問題を内在させる形で解決する思考方法であり、新たな体系を構築する際には、参考になるものと思われる。もともと、近代以降の私法体系の変遷および現在の民法典の体系という観点からすると、「権利」概念について再考する契機をはらんでいるものと思われる。

以上のように、現在においては、法律行為論の限界(自律的意思論のジレンマ)を克服すべく、様々な理論が提唱されている。もともと、本稿の視点からすると、いずれの立場においても再検討する余地はあり、体系的ないし理論史的観点から比較・検討し、どのようなアプローチが、より整合的かつ妥当なのかを明らかにしなければならぬと考える。

そして、以上述べた三つの立場の検討課題をまとめてみれば、現代において、あらためて、「意思」「権利」「義務」といった基本的かつ最も重要な概念についての意義が問われているのではないかと思われる。そして、本稿で述べた視点で、現代の民法学の動向を把握するためにも、行為基礎論研究は有益であり、行為基礎論研究の現代的意義は、まさにこのような問題を再考する視点をもたらしうる点にあり、法律行為論の再考あるいは私法理論の再編の契機を含むものである。

第二節 研究目的

多面的かつ広範囲にわたり問題提起をしてきたが、本研究は、ドイツにおいて前提論ないし行為基礎論が提唱された理由を明らかにしたうえで、法律行為論の境界部分で問題となる行為基礎論の本質を明らかにし、従来、法律行為論の内外で論じられてきた諸問題ないし周辺理論との関係を整理することによって、法律行為論の再構築あるいは私法理論の再編をも目的とするものである。

従来、前提論ないし行為基礎論については、錯誤論や事情変更の原則との関係で各論的に検討されるにとどまり、自律的意思概念を基礎とした法律行為論を中核におく権利の体系のもと、何故、前提論ないし行為基礎論が提唱せざるをえなかったのか、という原理的・体系的視点からの問題設定が明確になされてこなかった。そこで、本研究は、法律行為論を中核におく私法理論が個人の意思を中心に構築されていることから、前提論ないし行為基礎論の展開を、自由意思概念の変質という原理的視点から、法体系のパラダイム転換および私法理論の変遷といった体系的視点をもふまえて検討する。

このように、本研究は、意思概念変質と前提論・行為基礎論出現の理由との関係を明らかにしたうえで、行為基礎論の本質を明らかにし、法律行為論を再構築する、という大きなテーマを対象としていることから、三部に分けて検討していく予定である。

まず、三部作からなる本研究の第一論文である本論文においては、本研究の基礎的考察として、何故、ドイツにおいて前提論ないし行為基礎論が提唱されたのかを具体的に明らかにする。すなわち、本論文は、前提論ないし行為基礎論が、自律的意思概念を基調とする権利の体系のもとで、自由意思概念が変質したために顕在化した法律行

為論の限界——具体的には、法律行為の当事者の「意思」に基づいて解決することが困難な問題(自律的意思論のジレンマ)——を克服し、契約正義を確保するために提唱された一理論であることを明らかにしようとするものである。これまで、近代私法理論が個人の意思を中心に構築されているにもかかわらず、また、ヴィントシャイトの前提論以来、約一五〇年以上にわたり議論されてきたのにもかかわらず、自由意思概念の変質という点に着目して前提論ないし行為基礎論の展開を分析した研究がなされてこなかった。そこで、本論文では、前提論ないし行為基礎論の展開を、各時代の各論者が前提とする「意思」概念が変質したことに起因するものと捉え、各論者の前提とする自由意思概念をも明らかにしたうえで、その展開を検討する。これにより、現在の民法学における「意思」概念ないしは意思表示理論の座標軸を確定したい。「古典的体系の核心をなす意思の役割を十分に認識してこそ、これを超える新しい理論体系の構築が可能である」と考えるからである。⁵⁴⁾

そして、第二論文では、まず、意思概念の変質に伴い顕在化した法律行為論の限界を克服するために提唱されたヴィントシャイトの前提論およびエルトマンの行為基礎論以降、ラーレンツによって行為基礎論が一応の確立がなされるまでの経緯を検討する。そのうえで、ラーレンツの行為基礎論および法律行為論をフルーメとの対比のもとで比較・検討する。とくに、フルーメは、サヴィニー同様、自律的・規範的意思概念を基調にしているものと思われることから、第一論文同様、各論者が前提とする「意思」概念を明らかにしたうえで、どのような体系的枠組のもと、法律行為論の限界を克服しようとしているのかを明らかにする。そして、ラーレンツ以降、行為基礎論がどのように展開していったのかをラーレンツの行為基礎論を中心に分類・整理したうえで、法律行為論の限界を克服するための行為基礎論をめぐるドイツ法学の軌跡をまとめ、行為基礎論の本質を明らかにする。なお、行為基礎論の適用範囲、効果等に関しては学説の一致を見ることがなかったにもかかわらず、行為基礎論が明文化(ドイツ新

民法三二三条)されたことからすると、その制定過程における議論について検討する必要もあろう。

最後に、第三論文では、行為基礎論をめぐる議論を検討した成果をふまえ、法律行為論の限界を克服し、契約正義問題を解決するために提唱された行為基礎論と、それに関連する諸理論(錯誤論、不能論、契約締結上の過失論、瑕疵担保論、目的障害論、不当利得論、事情変更の原則など)との関係を理論的に整理したうえで、法律行為論の妥当範囲を確定する。そして、それにより法律行為論の枠外に位置づけられた諸問題を、私法体系全体の中で、どのように処理すべきかを検討する。具体的には、個人の意味(自律的意思概念)を基調とした権利の体系を修正するような、新たな「意思」概念を構築して、私法理論を再構築すべきなのか、あるいは、意思概念にかわり、契約正義を内在させるような義務概念を中心とした新たな説明原理を基調にして、新たな体系を再編すべきなのかを含め、原理的・体系的視点から検討していくこととする。

以上まとめると、本研究は、自由意思概念の変質に伴い顕在化した法律行為論の限界を克服し、契約正義問題を解決するために前提論ないし行為基礎論が提唱されたことを明らかにしたうえで、行為基礎論の本質を明らかにする。そして、原理的・体系的視点のもと、行為基礎論同様、法律行為論の限界を克服するための諸問題ないし諸理論との関係を整理したうえで、法律行為論の枠内で処理すべきか否かを明らかにし、枠外で処理すべきとした諸問題ないし諸理論につき、私法体系全体の中で、どのようにして契約正義問題を解決すべきか検討するもので、最終的には、法律行為論の再構築ないしは私法理論の再編をも目指すものである。

なお、このような原理的・体系的視点から、私法理論の中心的な構成原理とされる「意思」「権利」「義務」といった根幹的な概念の座標軸を確定することによって、第一節の七で検討したように、近時の法律行為基礎理論ないしは契約基礎理論をめぐる動向を鳥瞰する視点をえることができるばかりではなく、現在、国際的にも国内的に

も活発になされている「立法論の時代」に、わが国の法律行為論との体系的整合性を維持し、国際的潮流との接点をいずれにおくかという点などにおいて、確固たる基準を与えることができるものと考ええる。

第三節 本稿の構成

以上、本研究の問題の所在および目的について述べたが、最後に、本研究の第一部に相当する本論文の構成について述べておくこととする。

本論文では、第二節に述べた本研究の目的を達するために、以下の順序で論述していく。

まず、第二章では、行爲基礎論ないしその前身たる前提論が、何故ドイツにおいて提唱されたのかを検討する前提作業として、近代私法学の祖とされるサヴィニーの意思表示理論について確認する。もともと、このサヴィニーの意思表示理論は、自身の意思概念、権利概念、法律関係 (Rechtsverhältnis)、法制度 (Rechtsinstitut) 等の捉え方と関連があり、それらは、義務の体系を権利の体系へと転換させたカントと接点があることから、まず、カントにつき、彼の権利概念を中心に検討しておく。「社会の大きな転換期に当たって、近代思想の源流たるドイツ古典哲学がくり返し取り上げられる」ように、本研究の目的を達成するためには、権利の体系を構築したカントから検討することが必要不可欠なのである。そして、次に、パンデクテン体系を確立したサヴィニーが、権利の体系のもと、どのようにして契約正義問題を解決しようとしたか、その体系的枠組をふまえたうえで、サヴィニーの錯誤論を中心に、彼が基調とした意思概念につき明らかにする。

次に、第三章では、何故、ヴィントシャイトが前提論を提唱するに至ったのかを検討する。その前提として、ま

ず、はじめに、サヴィニーにおける意思概念と、その学風を受け継いだヴィントシャイトの意思概念との相違を明らかにすべく、ツイーテルマンによる意思概念の心理学的分析について検討する。そして、後期普通法における自由意思概念の変質と、ヴィントシャイトの前提論出現との関係を明らかにする。その際、ヴィントシャイトの主張が、どのような体系的思考からなされたものであるかを探るため、『パンデクテン』を中心に、ヴィントシャイトの意思概念、権利概念、法律関係といった彼の体系的理解と、サヴィニーの体系的理解とを比較、検討したうえで、前提論について検討する。

そして、第四章では、まず、前提論をめぐるドイツ民法制定過程における議論について検討する。そして、次に、エルトマンが、ドイツ民法制定後に、ヴィントシャイトの前提論の欠点（前提を顧慮する際の要件として相手方の認識可能性をもって足りると一面的に構成したところ）を補うべく、新たに「行為基礎」という概念を用いて、法律行為論の限界を克服しようとするまでの学説史的展開を検討する。

最後に、第五章では、結語として、第一論文のまとめと次に予定している第二論文への展望を示す。

以上のように、本稿は、後期普通法における自由意思概念の変質という点に着目したうえで、サヴィニー、ヴィントシャイト、エルトマンの議論を考察する。その際、いまだ制定法なるものが存在せず、アクチオ(Actio)体系のもと、ローマ法の現代化を目指したサヴィニーの時代と、民法典制定作業が開始され、条文を必要とする議論がなされている中で、前提論の明文化を主張したヴィントシャイトの時代と、前提論が明文化されなかった民法典制定後に行為基礎論を主張したエルトマンの時代という、いわば「法律家の支配」から「法律の支配」へと移り変わっていく時代背景をもふまえたうえで、それぞれの議論につき検討を試みたい。

注

- (1) 法律行為論および契約理論をめぐっては様々な視点から種々の議論がなされており、本稿では、必ずしもそれらすべての議論に直接する形でまとめることはできないが、近時の法律行為論ないし契約理論を概観するものとして、川角由和「現代契約法の動向をどうみるか——マクロ的視点からの素描——」法の科学二二二号(一九九四年)二二六頁以下、小粥太郎「最近の契約法学における一つの傾向について」早稲田法学七二巻一(一九九五年)一九五頁以下、大村敦志「法典・教育・民法学(民法総論研究)」(有斐閣、一九九九年)二〇五頁以下、山本敬三「第5章 契約 序論」加藤雅信編修代表「民法学説百年史」(三省堂、一九九九年)三九八頁以下などがある。また、本稿の視点との関係では、山本敬三「民法講義I 総則(第二版)」(有斐閣、二〇〇五年)一〇五頁以下参照。

なお、本連載においては、単行本に所収されていない関連部分の初出論文を()内に記載しているが、すでに別注で示したときはこの限りではない。

- (2) カントによる他律から自律への転換については、引用文献等を含め、本稿第一回連載(法政論集二〇四号〔二〇〇四年〕一頁以下)参照。

- (3) Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd.I, 1981(1840), S.7ff.; 331ff.; ders., *System des heutigen römischen Rechts*, Bd.III, 1981(1841), S.232. (以下、*System III*として引用する) 邦訳として、小橋一郎訳「サヴィニー 現代ローマ法体系 第一巻」(成文堂、一九九三年)三六頁以下、二九七頁以下、同「サヴィニー 現代ローマ法体系 第三巻」(成文堂、一九九八年)二一三頁以下参照。Bernhard Windscheid, *Wille und Willenserklärung*, 1880(1878), in: *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, hrgs. von Paul Oertmann, 2000(1904), S.341f.のような意思概念の理解につき、筏津安恕「ドイツ近代私法学における三つの自由意思概念」法政論集二〇一(二〇〇四年)一四三頁以下参照。

- (4) もっとも、ヴィントシャイトは、自律的・事実的的意思概念を基調にしつつも、当事者が当然の前提として表象しなかった

前提的事実等を「本来的意思 (der eigentliche Wille)」を通じて、過去・現在・未来の前提として前提論という形で法律行為論の枠内に取り組む点で、他の自律的・事実的意思概念を基調にする見解とは大きく異なる (Windscheid, Die Voraussetzung, APp 78 (1892), S.163ff. 195)。また、後述するわが国における法律行為論の限界をめぐる議論との関係で付言すると、わが国で一般的に理解されている表示主義が、現実になされた表示行為から推断される表示上の効果意思を重視するのに対し (我妻榮「新訂民法総則」〔岩波書店、一九六五年〕二四二頁、幾代通「民法総則〔第二版〕」〔現代法律学全集5〕〔青林書院、一九六九年〕二三八頁参照)、ヴェイントシャイトはいわゆる内心的効果意思を重視しており、この点においても、両者に違いはある。もっとも、両者とも、表意者が欲したという事実的次元の意思を尊重している点では共通の前提をもっている。

(5) この点については、後掲注(4)参照。

(6) なお、ここで紹介している各学説の具体的な内容ならびにその典拠については、第一章第一節七の(2)、(3)参照。

(7) なお、現代の契約法学における一つの傾向として、当事者の合意によって設定した規範を尊重するという点が指摘できるとされる (小淵・前掲注(1)一九七頁以下)。

(8) なお、近時、自律と他律という視点から分析するものとして、民法典と民法分野における個別立法とを、①自律の否定、②支援された自律、③自律への回帰という視点で検討する森田修「民法典と個別政策立法——〈支援された自律〉の概念によるエスキース——」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法4 政策と法』(岩波書店、一九九八年)一一二頁以下や、吉政知広「契約締結後の事情変動と契約規範の意義」(二)・(完)——事情変更法理における自律と他律——」民商二二八巻一号四三頁以下、一二八巻二号(以上、二〇〇三年)一六九頁以下などがある。

(9) このような星野教授の見解については、星野英一「現代における契約」同『民法論集 第三巻』(有斐閣、一九七一年)三頁以下(初出は、加藤一郎編『岩波講座 現代法8 現代法と市民』〔岩波書店、一九六六年〕二〇七頁以下)、同「契約思想・契約法の歴史と比較法」同『民法論集 第六巻』(有斐閣、一九八六年)二〇三頁以下(初出は、芦部信喜ほか編『岩波講座 基

本法学 4 契約」〔岩波書店、一九八三年〕一頁以下)、同「意思自治の原則、私的自治の原則」同編集代表『民法講座 第一卷 民法総則』(有斐閣、一九八四年) 三三五頁以下など参照。

なお、私的自治の捉え方については、村上淳一『ドイツ市民法史』(東京大学出版会、一九八五年) 二四頁以下、三一四頁以下のほか、意思自律との関係で、本注引用の星野教授の一連の論文および同『民法概論Ⅰ(序論・総則)』(改訂)〔良書普及会、一九九三年〕一七〇頁以下、山口俊夫『概説フランス法 下』(東京大学出版会、二〇〇四年) 一八頁以下(初出は、「フランス法における意思自治論とその現代的変容」『法学協会百周年記念論文集 第三卷』〔有斐閣、一九八三年〕二一三頁以下)、北村一郎「私法上の契約と『意思自律の原理』」岩部信喜ほか編『岩波講座 基本法学 4 契約』(岩波書店、一九八三年) 一六五頁以下などの研究がある。

(10) 星野・前掲注(9)『民法論集 第三卷』一一頁以下。この点につき、同「法律行為論の過去・現在・将来」同『民法論集 第四卷』(有斐閣、一九七八年) 一六一頁以下(初出は、「随想注釈民法 第三卷」〔有斐閣、一九七三年〕一頁以下)、同「法律行為」をどう考えるか」専修法学論集五二号(一九九〇年) 一三〇頁以下も参照。また、平井教授によっても、法律行為論が特殊ドイツ的なもの(特定の条件下で生まれたイデオロギーの産物)であることから、法律行為論の体系づけそのものに対する有用性につき疑問が投げられている(平井宜雄「法律行為 前注」川島武宜編『注釈民法(3) 総則(3)』〔有斐閣、一九七三年〕二二頁以下。なお、その後の平井説の理解については、同「法律行為 前注」川島武宜・平井宜雄編『新版注釈民法(3) 総則(3)』〔有斐閣、二〇〇三年〕三三三頁以下参照)。以上に対し、浜上教授は、法律行為概念は特殊ドイツ的な概念ではなく、普遍的な性格を有するローマ・ゲルマン法系的な性格を有するものであると反論している(浜上則雄「法律行為の『ローマ・ゲルマン法系的性格』」阪大法学六五号(一九六八年) 三頁以下、一一二頁参照)。

(11) 星野・前掲注(9)『民法論集 第六卷』二六六頁以下。なお、以上の星野教授の見解を検討するものとして、好美清光「書評」法律時報三八卷一二号(一九六六年) 八二頁以下、北川善太郎「民法学のあゆみ」法律時報三九卷八号(一九六七年) 一〇七頁

以下、石田喜久夫『民法文献批評（民法研究第十卷）』（成文堂、一九九六年）二六二頁以下（初出は、『民法学のあゆみ』法律時報五六卷七号（一九八四年）一〇〇頁以下）、川角由和『現代法学における〈關係的契約理論〉の存在意義（二）』——内田貴教授の所説に対するひとつの批判的評注——『島大法学三八卷一号（一九九四年）九三頁以下、一〇〇頁注(5)など参照。

(12) 大村敦志『公序良俗と契約正義（契約法研究Ⅰ）』（有斐閣、一九九五年）四頁以下。なお、以前に比べ、大村教授のその後の一連の論稿では、契約正義論は若干トーンダウンしたとされる（山本敬三『公序良俗論の再構成』九〇頁注(7)（初出は、奥田昌道先生還暦記念『民事法理論の諸問題 下巻』（成文堂、一九九五年）五八頁注(7)参照）。この大村教授の見解を検討するものとして、吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、一九九九年）二二頁以下（初出は、『現代市民社会の構造と民法学の課題(2)』法律時報六八卷二二号（一九九六年）四六頁以下）参照。

(13) 森田宏樹『「合意の瑕疵」の構造とその拡張理論(1)』（3・完）『NBL四八二号二二頁以下、同四八三号五六頁以下、同四八四号（以上、一九九一年）五六頁以下、同『民法95条（動機の錯誤を中心として）』星野英一・広中俊雄編『民法典の百年Ⅱ 個別的観察1 総則編・物権編』（有斐閣、一九九八年）一九〇頁以下。合意の瑕疵論については、河上正二『契約の成否と同意の範囲についての序論的考察（4・完）』『NBL四七二号（一九九一年）三六頁、山本敬三『民法における『合意の瑕疵』論の展開とその検討』榎瀬孝雄編『契約法理と契約慣行』（弘文堂、一九九九年）一四九頁以下など参照。なお、合意の瑕疵論の前提には、本稿の視点からすると他律と評価しうるコース論に関する考え方があがるが、コース論については、稲葉彬『フランス契約法における Cases の理論』法学新報七九卷二号（一九九二年）八五頁以下、森田宏樹『瑕疵担保責任に関する基礎的考察（二）』法協一〇七卷六号（一九九〇年）九七四頁以下、森山浩江『惠与における『目的』概念——コース理論を手掛かりに——』六四号（一九九二年）二頁以下、大村敦志『典型契約と性質決定（契約法研究Ⅱ）』（有斐閣、一九九七年）一七三頁以下（初出は、『典型契約論(3)——契約における個人と社会——』法協一一二卷二二号（一九九四年）一七五頁以下）、小粥太郎『フランス契約法におけるコースの理論』早稲田法学七〇巻三号（一九九五年）一頁以下など参照。

- (14) 山本・前掲注(1)『民法講義I』一七九頁以下、一八五頁以下。
- (15) Roscoe Pound, *The Spirit of the Common Law* 14, 21(1921). 本文の「」内の引用は、木下毅『英米契約法の理論(第二版)』(東京大学出版会、一九八五年)二頁(初出は、「英米契約法における関係理論(1)」法協八九卷五号(一九七二年)四七六頁)による。
木下・前掲注(5)一頁以下、同「法律行為論——現代的問題」*Law School* 一三三号(一九七九年)一四頁以下、同「アメリカ私法(日米比較私法序説)」(有斐閣、一九八八年)一三頁以下参照。
- (16) マクニールの関係的契約理論について、木下毅『著者紹介』アメリカ法一九八五—二二二号(一九八五年)二二六頁以下、吉田邦彦『論文紹介』アメリカ法一九八九—一〇一〇号(一九八九年)八〇頁以下、同「契約法・医事法の関係的展開」(有斐閣、二〇〇三年)九八頁以下(初出は、「アメリカ契約法学における損害賠償利益論」アメリカ法一九九二—二二二号(一九九三年)二七〇頁以下)、中田裕康『継続的売買の解消』(有斐閣、一九九四年)四一九頁以下(初出は、法協一〇九卷一号(一九九二年)一九頁以下)、曾野裕夫『UCC第二編(売買)の改正作業にみる現代契約法の一動向(下)』(北大法学論集四四卷五号(一九九四年)一三三四頁以下、一三四四頁注(4)、船越資晶「市場関係の多様性に関する法社会学的一考察(一)(二・完)——関係的契約理論を超えて——」法学論叢一四五卷四号七七頁以下、一四六卷一号(以上、一九九九年)六四頁以下参照。
- (18) このような内田教授の見解については、内田貴『契約の再生』(弘文堂、一九九〇年)一頁以下、同『契約法の時代 日本社会と契約法』(岩波書店、二〇〇〇年)一頁以下(初出は、「現代契約法の新たな展開と一般条項(1)」(4)NBL五一—四号六頁以下、五一五号—一三頁以下、五一六号—二二頁以下、五一七号(以上、一九九三年)三三頁以下、石黒一憲ほか『日本法のトレンド』(有斐閣、一九九三年)二六頁以下、「契約プロセスと法」『岩波講座 社会科学の方法VI 社会変動のなかの法』(岩波書店、一九九三年)一三〇頁以下、私法五四号(一九九二年)五一頁以下)、同「現代契約法の新たな展開と契約法学」法律時報六六卷八号(一九九四年)二八頁以下など参照。なお、川角・前掲注(1)九六頁は、内田教授の关系的契約理論を「星野『契約』理論の『嫡流』の継承者として」位置づける。

以上のように「関係」を重視する見解に対し、近時、契約法リステイトメントと統一商事法典(UCC)の分析を通じ、なお「意思」を基礎とする契約法理論を再評価すべきとの見解もある(木原浩之「契約の拘束力の基礎としての『意思』の歴史的解釈とその現代における再評価(1)——第一次契約法リステイトメント・UCC第2編・第二次契約法リステイトメントをマイルストーンとして——」明治学院大学法科大学院ローレビュー一巻一号(二〇〇四年)八一頁以下)。

- (19) 石田・前掲注(1)二六一頁。また、そもそも、共同体的価値観が、個人主義的なドイツ法学に相容れる価値観なのか検討する余地もある。その他、内田教授の關係的契約理論を検討するものとして、共同研究「現代契約法の新たな展開と一般条項(5・完)」NB L五二八号(一九九三年)二六頁以下、松本恒雄「民法学のあゆみ」法律時報六五巻一―一〇号(一九九三年)一一九頁以下、「特集 現代契約法理論の研究」法律時報六六巻八号(一九九四年)所収の諸論文(大島和夫「近代市民法の理念と契約理論」三四頁以下、安井宏「フランスにおける現代契約理論の動向」四二頁以下、田中教雄「古典的契約法」へのこだわり」四九頁以下、吉岡祥充「現代契約規範の構成とその正当化」五七頁以下)、前掲注(1)にも引用した川角由和「現代法学における〈關係的契約理論〉の存在意義(1)」(四・完)——内田貴教授の所説に対するひとつの批判的評注——」高大法学三七巻四号九五頁以下、三八巻一―八九頁以下、三八巻三号(以上、一九九四年)二七頁以下、三九巻二号(一九九五年)五一頁以下、吉田・前掲注(2)八頁以下、田中成明「法システムの相互主体的動態化をめざして」法学教室二〇〇号(一九九七年)一〇頁以下、山本敬三「民法学のあゆみ」法律時報七四巻一―一〇号(二〇〇二年)九〇頁以下、姫野学郎「契約理論の現在」大阪国際大学国際研究論叢一六巻二号(二〇〇三年)二〇三頁以下参照。また、河上正二「事実的契約関係を機縁に——事実から契約は生まれるか——」法学教室一六四号(一九九四年)五五頁、原島重義「法的判断とは何か——民法の基礎理論——」(創文社、二〇〇二年)一六頁以下(初出は、久留米大学法学二五号(一九九五年)五六頁以下)、および棚瀬孝雄「關係的契約論と法秩序」同編『契約法理と契約慣行』(弘文堂、一九九九年)二頁以下も参照。

- (20) 意思主義を再評価し、重視する見解として、萌芽的には、戒能通孝「約款と契約——契約觀念の未成熟と約款の制度理論——

— 同著(渡辺洋三編・解説)『戒能通孝著作集Ⅶ 法社会学』(日本評論社、一九七七年)一六五頁以下(初出は、法律時報三
 一卷三号(一九五九年)四頁以下)、小橋一郎『手形行為論』(有信堂、一九六四年)一頁以下、三六四頁以下があり、その後、
 本格的に意思主義の再評価・重要性を主張するものとして、高橋三知雄『Fame の法律行為論』関大法學論集一六卷四・五・六
 合併号(一九六七年)四三五頁以下、同「私的自治・法律行為論序説(一)」(三・完)『関大法學論集二四卷三号一〇六頁以
 下、四号六八頁以下、六号(以上、一九七四年)六八頁以下、石田喜久夫「法と意思——覚書——」『阪大法學七二七三三〇(一
 九七〇年)二二〇頁以下、同「現代法律行為論の課題——意思主義の復権とその限界——」同「現代の契約法 増補版(民法研
 究第十一卷)』(成文堂、二〇〇一年)一七七頁以下(初出は、Law School 一三三〇(一九七九年)四頁以下)、同「契約の拘束力」
 同「民法學事始(民法研究第五卷)』(成文堂、一九八五年)一四三頁以下(初出は、遠藤浩『林良平』水本浩監修『現代契約法
 大系 第一卷 現代の契約法理(1)』(有斐閣、一九八三年)八八頁以下)、同「私的自治と法律行為」同「民法秩序と自己決定
 規、一九八八年)五頁以下)、伊藤進『法律行為の基礎理論』同「法律行為論・時効論」(信山社、一九九五年)三頁以下(初出
 は、ジュリスト七三二一〇(一九八一年)八四頁以下)、長尾治助「消費者契約における意思主義の復権」判夕四九七号(一九八
 三年)一二頁以下、原島重義「契約の拘束力——とくに約款を手がかりに——」法学セミナー三四五号(一九八三年)三二頁以
 下、同「約款と契約の自由」遠藤浩『林良平』水本浩監修『現代契約法大系 第一卷 現代の契約法理(1)』(有斐閣、一九八三
 年)三七頁以下、曾田厚「現代契約理論における意思主義」遠藤浩『林良平』水本浩監修『現代契約法大系 第二卷 現代の契
 約法理(2)』(有斐閣、一九八四年)一頁以下などがある。なお、意思主義復権論をめぐる議論状況の概観については、安井宏
 「最近の『いわゆる意思主義復権論』について」同「法律行為・約款論の現代的課題」(法律文化社、一九九五年)四五頁以下
 (初出は、修道法学八巻一〇号(一九八五年)一六九頁以下)、同「意思主義の復権」という比喩は、どのように理解し、評価す
 ればよいのか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望 第四卷 代理・約款・契約の基礎的課題』(日本評論社、一九九

四年)三〇五頁以下参照。

以上のような立場に対し、個人の自由意思という側面だけでなく、「意思」を中核におく伝統的な法律行為論では捉えられない「社会関係」「制度」との関係において、私的自治および法律行為論を再検討すべきと主張する山下教授の一連の業績がある(山下末人『法律行為論の現代的展開』(法律文化社、一九八七年)三頁以下、同「約款と法律行為論」法と政治三九卷四号(一九八八年)五二三頁以下、同「私的自治の濫用・序章」法と政治四一巻四号(一九九〇年)五二七頁以下、同「ライザー(Ludwig Raiser)の『制度(Institution)』理論について——私的自治の濫用(二)——」法と政治四三巻一(一九九二年)六九頁以下、同「契約における個人『意思』」法と政治四六巻三号(一九九五年)三九九頁以下など)。なお、このような山下教授の法律行為論については、安井宏「山下民法学における基本的認識と法律行為論」法と政治五〇巻一号(一九九九年)一一九頁以下も参照。

(21) 石田・前掲注(20)『現代の契約法』一九一頁。

(22) 伊藤・前掲注(20)一六頁以下。なお、伊藤教授の見解については、安井宏「伊藤法律行為論の特質」伊藤進教授還暦記念『民法における「責任」の横断的考察』(第一法規、一九九七年)二二頁以下参照。

(23) 村上淳一「ドイツ普通法学の錯誤論」同『ドイツの近代法学』(東京大学出版会、一九六四年)五頁、石田穰「意思主義と表示主義」『法学協会百周年記念論文集 第三巻』(有斐閣、一九八三年)四八七頁以下。

(24) 湯川益英「サヴィニーの『意思』表示」理論に就いて」山梨学院大学社会科学研究所一五号(一九九五年)二頁。また、高橋・前掲注(20)「私的自治・法律行為論序説(三・完)」八五九頁注(1)参照。

(25) この点に関し、湯川・前掲注(24)一〇頁は、「契約」法律行為論の対象の析出に際してのサヴィニーの姿勢は、彼の契約「法律行為」の態度にも反映していることが当然予想され、したがって、それは、意思主義的(「主観主義的」)見地・表示主義的(「客観主義的」)見地のいずれにも与するものでもない、と推測され得る」と述べる。

(26) このような山本敬三教授の見解については、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(1) (2・完)——私法関係における憲法原理の衝突——」法学論叢一三三巻四号二頁以下、五号(以上、一九九三年)二頁以下、同「憲法と民法の関係——ドイツ法の視点——」法学教室一七一号(一九九四年)四四頁以下、同「基本権としての民法」ジュリスト一一二六号(一九九八年)二六一頁以下、同「基本権の保護と公序良俗」『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第三巻』(有斐閣、一九九九年)一六九頁以下、同・前掲注(2)一頁以下、同「憲法による私法制度の保障とその意義——制度的保障論を手がかりとして——」ジュリスト一二四四号(二〇〇三年)一三八頁以下、同「基本権の保護と私法の役割」公法研究六五号(二〇〇三年)一〇〇頁以下、同「憲法システムにおける私法の役割」法律時報七六巻二号(二〇〇四年)五九頁、同「不法行為法学の再検討と新たな展望——権利論の視点から——」法学論叢一五四巻四〇五〇六号(二〇〇四年)二九三頁以下、同「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」田中成明編『現代法の展望 自己決定の諸相』(有斐閣、二〇〇四年)三頁以下、同・前掲注(1)『民法講義I』九八頁以下など参照。また、クラウス・ヴィルヘルム・カナーリス(山本敬三訳)「ドイツ私法に対する基本権の影響」法学論叢一四二巻四号(一九九八年)二頁以下も参照。なお、すでに、高橋教授は、私的自治の承認は「個人人格の尊重」という憲法上の要請に基づくものであるから、民法の分野における否定は、「憲法レベルで承認されている人間の尊厳とか人格の発展の自由とかいう基本的価値の否定につながるはずである」と主張している(高橋・前掲注(2)「私的自治・法律行為論序説(一)」一一七頁)。

(27) また、私人間の契約関係においては、基本権保護義務が発動する要件たる法益侵害が欠けていることから、国家の基本権保護義務を法律行為の領域へと拡大すべきではないとする見解もある(ヨーゼフ・イーゼンゼー著「小山剛訳・解説」『契約自由と基本権——憲法を規準とした契約の内容統制——』同「ドイツ憲法判例研究会編訳」『保護義務としての基本権』(信山社、二〇〇三年)三二六頁以下、三三八頁以下)。また、この点につき、松本和彦「基本権の私人間効力と日本国憲法」『阪大法学五三巻三・四号(二〇〇三年)九〇三頁参照。さらに、「(シンポジウム)転換期の民法学——方法と課題——」私法六〇号(一九九

八年)五二頁以下(村上淳一発言)参照。その他、山本敬三教授の見解を検討するものとして、石田・前掲注(四)八七頁以下、吉田・前掲注(二)一六頁以下参照。

(28) このような山本顕治教授の見解については、山本顕治「契約交渉関係の法的構造についての一考察(一)」「(三・完)——私的自治の再生に向けて——」民商一〇〇巻二号一九九頁以下、一〇〇巻三号三八八頁以下、一〇〇巻五号(以上、一九八九年)八〇九頁以下、同「契約規範の獲得とその正当化」私法五三三号(一九九一年)二二八頁以下、同「アレクシーの法的論証理論について——『法的議論の理論』第二版を契機に——」山下正男編『法的思考の研究』(京都大学人文科学研究所、一九九三年)五一五頁以下、同「契約規範の獲得とその正当化」谷口知平先生追悼論文集『第二巻 契約法』(信山社、一九九三年)六九頁以下、同「契約と交渉」田中成明編『現代理論法学入門』(法律文化社、一九九三年)四八頁以下、同「コメント——契約法学の立場から——」法哲学年報一九九四(市場の法哲学)(一九九五年)九五頁以下、同「再交渉義務について(一)——交渉理論と契約法理論の交錯——」法政研究六三巻一号(一九九六年)二頁以下。

(29) 道垣内弘人「民法学のあゆみ」法律時報六五巻九号(一九九三年)一〇五頁。また、「契約締結交渉はむしろ戦略的行為のモデルが適切である」ところ、「契約交渉を全体としてハーバースマス流のコミュニケーション的行為に含めることには無理がある」との指摘もなされている(内田・前掲注(8)『契約の時代』一五〇頁以下)。さらに、そもそも、交渉の場が先天的・自然的に与えられていることを前提に議論している点も検討の余地があるように思われる。その他、山本顕治教授の見解を検討するものとして、吉田・前掲注(二)一三頁以下、田中・前掲注(9)九頁以下、姫野・前掲注(9)一九九頁以下参照。

(30) 加藤雅信『財産法の体系における不当利得法の構造』(有斐閣、一九八六年)六八九頁。

(31) 加藤雅信『新民法大系Ⅰ 民法総則(第二版)』(有斐閣、二〇〇五年)二六一頁。

(32) 加藤・前掲注(3)二七八頁。なお、後述するように、自律的・規範的意思概念を基調にする限り、このような問題が生じうることは留意されたい。

- (33) なお、イエーリングの契約締結上の過失論も、このように限定された法律行為論の枠組を拡張して、契約正義問題を解決するためのものであったと思われる(村上・前掲注⁽²⁾二二頁、原島重義「民法理論の古典的体系とその限界——ひとつの覚え書き——」山中康雄教授還暦記念『近代法と現代法』〔法律文化社、一九七三年〕一四九頁参照)。
- (34) なお、以上の学説の具体的な内容については、本研究第三論文に譲る。
- (35) 川島武宜「権利の体系」同『川島武宜著作集 第一巻 法社会学Ⅰ 生ける法と国家法』(岩波書店、一九八二年)二二二頁以下および同『近代社会と法』(岩波書店、一九五九年)一四二頁以下所収(初出は、私法五号(一九五一年)三三頁以下)、同『民法総則』(有斐閣、一九六五年)八頁。また、我妻榮『新訂 民法総則』(岩波書店、一九六五年)二二二頁参照。
- (36) この点につき、北川教授は、「給付義務関係における契約目的実現のため、いいかえれば、共通目的に現われた利益・期待の対立原理の貫徹のために、契約の前・中・後にみられる一定の(契約保護に値する)利益・期待の衝突・紛争を調整することが必要」と指摘する。そして、「債権関係の契約目的実現のための調整的・手段的作用が個別的・類型的に機能を發揮するために、附随義務・注意義務による信義則の技術的固定という作業が伴わねばならない」と主張する(北川善太郎『契約責任の研究——構造論——』〔有斐閣、一九六三年〕三五二頁〔初出は、法学論叢七〇巻一号(一九六一年)一一三頁)。
- (37) この点につき、奥田昌道「自己の意思に基づかない民法上の義務」奥田昌道ほか編『民法学Ⅰ(総論の重要問題)』〔有斐閣、一九七六年〕三〇頁以下参照。
- (38) なお、このような給付義務・付随義務構成についての批判として、平井宜雄『債権総論(第二版部分補正)』(弘文堂、一九九六年)四九頁以下、潮見佳男『契約責任の体系』(有斐閣、二〇〇〇年)二二六頁以下(初出は、「なす債務」の不履行と契約責任の体系」北川善太郎先生還暦記念『契約責任の現代的諸相(上巻)』〔東京布井出版、一九九六年〕一一四頁以下)、同『債権 前注』奥田昌道編『新版注釈民法(10)Ⅰ 債権(1)』(有斐閣、二〇〇三年)二〇頁、加藤雅信『新民法大系Ⅲ 債権総論』(有斐閣、二〇〇五年)六五頁以下(初出は、「新民法大系Ⅲ 債権総論 第五回 債権法、契約責任の構造論再考と民法の改正」

— 厳正契約的解釈から誠意契約的解釈へ — 『法学教室』二七五号（二〇〇三年）六一頁以下）参照。

- (39) たとえば、高森八四郎『法律行為論の研究』（関西大学出版部、一九九一年）八九頁以下、一一二頁以下、一八一頁以下、二六六頁、石田喜久夫『口述民法総則 第二版』（成文堂、一九九八年）二二六頁、磯村保「錯誤の問題」林良平・安永正昭編『ハンドブック民法Ⅰ（総則・物権）』（有信堂高文社、一九八七年）四一頁以下、鹿野菜穂子「動機錯誤」の効果に関する一考察——ドイツの判例・学説をてがかりに——『九大法学六二号（一九九一年）一六八頁以下などがある。また、中松櫻子「契約法の再構成についての覚書」判タ三四一号（一九七七年）二五頁以下参照。なお、すでに述べた森田教授の合意主義的な錯誤一元論については、自律的・規範的意思概念を基礎にしたうえで自律を強調する動向とは異なり、契約正義を重視するもので、他律による支援・補完を認める立場に与しているものと思われる。

- (40) なお、自律的・規範的意思概念を前提とする限り、不完全履行の問題も、当事者が不完全な物を受領して満足することなどありえないのであるから、債務者は当初より完全な債務を履行すべきであると考えれば本来問題となりえないものと思われる（この点につき、加藤・前掲注(38)六二頁以下、一〇六頁以下参照。なお、不完全履行論については、早川眞一郎「不完全履行、積極的債権侵害」星野英一編集代表『民法講座 第四卷 債権総論』（有斐閣、一九八五年）四九頁以下、森田修「ドイツ民法典における不能・遲滞二分法成立史の再検討」法協一〇三巻一二号（一九八六年）二四四三頁以下、潮見佳男「債務不履行・契約責任論史」水本浩・平井一雄編『日本民法学史・各論』（信山社、一九九七年）一八三頁以下参照。

- (41) 北川・前掲注(36)一二頁以下。なお、誠意契約（誠意訴訟）と厳正契約（厳正訴訟）については、マックス・カーザー著（柴田光藏訳）『ローマ私法概説』（創文社、一九七九年）二六九頁以下、二九二頁以下、前田達明『口述 債権総論（第三版）』（成文堂、一九九三年）一一四頁以下参照。また、加藤・前掲注(31)二二三頁、同・前掲注(38)六二頁以下も参照。

- (42) なお、このような自律的・規範的意思概念を基礎にしつつも、サヴィニーが、制定法なき時代に、性質を動機にすぎないとしたうえで、性質錯誤を、例外の例外として、法秩序全体の中で顧慮していたのに対し（Savigny, System III, S.276ff. 小橋・前掲注

(3) 『現代ローマ法体系 第三卷』二五一頁以下)、フルーメは、制定法成立後、自律的・事実的意思概念出現以降の時代に、当事者の意思ないし合意内容を柔軟に解釈することによって、性質も合意内容となりうるとして、法律行為論の枠内で性質錯誤の問題を対処する (Werner Flume, *Eigenschaftsirtum und Kauf*, 1948, S. 11ff.; ders., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., 1992, S. 472ff.)、とさう明快な基準を設定している点で両者には違いが見られる。

(43) 内田・前掲注(8)『契約の時代』一七頁以下、一四四頁。

(44) 吉政知宏「『履行請求権の限界』の判断構造と契約規範(一)——ドイツ債務法改正作業における不能法の再編を素材として——」民商二二〇巻一(二〇〇四年)三八頁以下。そして、この「履行請求権の限界」という問題につき、吉政説は、ドイツ債務法改正作業における議論の分析を通じて、「当該給付障害を克服して履行を行うことを債務者が契約上義務づけられているのか」という点から検討されなければならないとする基本的な判断枠組を提示する(同「『履行請求権の限界』の判断構造と契約規範(二・完)」民商二二〇巻二(二〇〇四年)二七〇頁以下)。なお、すでに、吉政・前掲注(8)「事情変動と契約規範(二・完)」一八三頁、一八九頁では、このような基本的判断枠組を具体的な解釈論として展開しており、ここでは、事情変更の問題を、「債務者がどのような困難を克服して給付結果を実現することを義務づけられているのか」、あるいは「債務の発生原因である契約規範において当事者はどのような義務を負担しているのか」という観点から検討する。そして、「個々人の実践を通じて他律的規範の形成、及び、他律的規範による個々人の実践に対する支援・尊重という自律と他律のフィードバックこそが、推し進められるべき方向だ」として、事情変更の原則を、契約の拘束力に対する制限の問題としてではなく、契約内容容確定の問題として位置づける。

もっとも、本稿の視点からすると、事情変更の原則の場合は、本来的には、当事者が全く予測していなかった、という法律行為論の枠外の問題であるところ、そのような当事者が負担する義務を觀念することは困難であり、そもそも、そのようなことを義務づけられないところに事情変更の原則の問題があるようにも思われる。また、法律行為論の枠外の問題として位置づけた

としても、権利の体系のもと、どのようにして義務づけすることができるのか、という第一章第一節七の(3)①で述べたのと同様の問題が生じるものと思われる。

なお、「履行請求権の限界」という観点からではないものの、契約内容(法律行為内容)と債権・債務(給付義務)内容の範囲およびその実質の異同を明らかにしようとするものとして、中松・前掲注(39)二二頁以下がある。

(45) 潮見・前掲注(38)『新版注釈民法』八頁以下、同『債権総論(第二版) I——債権関係・契約規範・履行障害——』(信山社、二〇〇三年)一〇頁以下

(46) 潮見・前掲注(45)二二頁以下。

(47) 潮見・前掲注(38)『新版注釈民法』二二頁以下、同・前掲注(45)二三頁以下。

(48) 潮見・前掲注(45)三一頁以下。

(49) Rudolf von Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 3, 1968(1906), S.339ff. 本書の一部を翻訳したものととして、伊東乾編『原典による法学の歩み 1』(信山社、一九九八年)一五六頁以下(吉野一訳)参照。また、この点につき、末川博「イェーリングの権利論」同『不法行為並に権利濫用の研究』(岩波書店、一九三三年)一六三頁以下も参照。なお、イェーリングが自覚的に権利意識を批判しているように、意思概念を用いずに権利概念を基礎づける方法は、自律的意識概念を基礎に権利概念ならびに法律行為論を構築するサヴィニー法学の根幹をも否定するものなのである。

(50) 潮見佳男『契約法理の現代化』(有斐閣、二〇〇五年)三六〇頁以下(初出は、「ドイツ債務法の現代化と日本債権法学の課題(一)」民商二二四卷三号(二〇〇一年)三三二頁以下)。

(51) この点につき、加藤教授は、ドイツ新民法二四一条一項が給付につき厳正契約的な解釈態度をとったうえで、同条二項が債権全般につき誠意契約的な解釈態度をとるという、給付と債権の二重構造論をとったことにつき(いわば給付請求可能な債権と可能でない債権との併存を認めることにつき)、疑問を呈している(加藤・前掲注(38)六七頁)。なお、ドイツ新民法は、旧法の時

代において解釈論上導かれていた様々な理論、および判例法上の結論をほぼ明文化したことにより、また、ドイツ法にはないような概念道具をユニドロワ国際商事契約原則 (PICC)、ヨーロッパ契約法原則 (PECL)、国際動産売買に関する国連条約 (CISG) から輸入 (国内法化) したため、便宜性は向上したと評価することはできる。しかし、それによって、国内法であり、単一法典であるのにもかかわらず、「パッチワーク的な法典」になってしまったため、私法理論および法体系の透明性は低くなってしまったように思われる。

(52) とくに体系的観点からの考察が必要であることにつき、北川教授は、「わが国の民法学において体系論を今後の課題」とすべくである指摘している (北川善太郎『民法の理論と体系』(一粒社、一九八七年) 一九六頁)。

(53) なお、「自由・権利・義務」という観点から考察するものとして、山本隆司『行政上の主観法と法関係』(有斐閣、二〇〇〇年) 三三三頁以下 (初出は、法協一一〇巻一〇号 [一九九三年] 一四五七頁以下) がある。

(54) 石田・前掲注(1)二〇頁。

(55) 原島・前掲注(3)一六二頁以下。