

フランツ・フォン・ツァイラーの契約理論

大東文化大学 堀川信一

藤本 それでは第2部を始めたいと思います。第2部は「近世私法史と契約」と私が勝手に見出しをつけさせていただきましたけれども、大東文化大学の堀川さんに来ていただきました。堀川さんは以前、こちらの法文化構造論に所属されていたということから、人となり等はおわかりだと思いますので詳しい紹介等はせずに、「フランツ・フォン・ツァイラーの契約理論」ということでお話ししたいと思っています。ではよろしくお願いします。

堀川 堀川です。よろしくお願いします。

まず「1. 問題の所在」ですが、この研究会の趣旨がどういう趣旨かなとネットで見ようと思いましたが、今サーバーがダウンしてしまっているということで見られませんでした。藤本さんから以前いただいたメールによりますと、さまざまな研究領域の成果を生かして契約の再定位を図っていこうというのが一つの趣旨だったと思います。契約の再定位とってどういうことを議論したらいいか考えたわけですが、簡単に言うと例えば契約の社会的・文化的意義というのが変わったんだというような議論というのも一つあり得るかと思いますけれども、こういう議論は私が到底できる話ではありませんので、当然これは法律学的な意義を再定位しようという方向性の議論をしたいと思いました。

そういうふうに考えたときに、現代の契約というものはどう変容したかという議論が一つあるわけですが、注のところに落としてしまったんですけれども、いろいろな問題があるように思います。ここに掲げた問題というのは、結局は契約とは何かという問題にくくれるのではないかと思います。例えば契約というのは意思表示の合致などというふうに定義されるけれども、合致イコール合意なのかと言われると実は微妙なところがあります。なぜか。2人の人が全く同内容の手紙を送り合ったと。車を100万円で売ってください、車を100万円で買いますという手紙を全く偶然に送ったというときも恐らく意思表示の合致はあるでしょう。しかし、合意があると言われると微妙ですね。こういう問題はかつてから交叉申込と呼ばれて議論されていたわけですが、あまり現実的には問題になりませんから、解釈学的な興味は引いておりませんが、理論的には古くからある議論です。

もう一つは極めて重要な問題として、契約というのは点なのか、それとも線なのかという問題があらうかだと思います。これに関連して論じられるテーマとしては契約締結上の過失と呼ばれるものがありました。契約が点なのか線なのか、さらに言うならば契約というのはどこまでが契約なのか。例えば明示的な合意のない付随的な事項、あるいは義務に対する違反などというものがあつたときに、それを契約上保護される義務だと言って違反に対する制裁を科すということが可能なのか。実際、民法ではこれを行っているわけですね。情報提供義務や安全配慮義務違反に基づく損害賠償などがここに含まれます。

そして先ほど内藤さんのご報告にもありましたが、契約になぜ拘束されるのか、などという議論もちろんここには含まれております。さらには、よく典型的に言われておりま

す契約自由には限界がある。とりわけ現代法というのは、契約自由を制限する法領域だというわけです。このように、今日（こんにち）シンプルな契約の定義というものからすると、大分いろいろな問題が発生しているわけですが、当然この問題のすべてを扱うということではできません。

そこで何を論ずるかですが、もともと定位されていた元来の契約というのは何だったのかというのが一つ疑問になります。簡単に言いますと、例えばドイツ法で観念されている契約とフランス法で観念されている契約では本当に一緒なのか。もちろん大ざっぱに見れば一緒でしょうけれども、本当にそうなのかというところがあります。今日の民法上の定義を見ますと、契約とは二つ以上の意思表示の合致で合意だというわけですが、こう読みかえられるかどうか疑問があるとさっき申し上げましたが、（それ）によって成立するものであるというふうに定義されております。これは結局のところ何かといいますと、契約の定義というのはそこから導き出されるのは、契約の成立要件であるかと思います。成立要件というのは何かといったら、それは契約という法的事実があるための最低限の要素ではないか。

では、そこからさらに進んで、契約とは表意者の自由な意思決定の結果なされたものだけが有効な契約なのだとよく論じられるわけですが、そういう場合、ここで表意者の自由な意思決定などというのをわざわざ持ち出す意味というのは、むしろ自由な意思決定がなされなかった場合の契約解消の根拠を導く前提として民法学上は機能しているのではないかと思います。ですから、積極的になぜ契約を守らなければいけないのかその根拠を問うというのではなくて、例えば制限行為能力者に値するような人は契約が取り消されるとか、意思表示の有効要件でとりわけ錯誤のようなものがあれば契約が無効になるというような説明をするための前提として、このような議論がなされているのではないか。

ただ、そのとき自由な意思とは何かというのがさらに問題になるでしょう。他者からの強制からの自由な意思なのだと。他者からの強制というものを使って消極的に定義する場合、恐らくこれはあらゆる国とかあらゆる時代を超えて私法の共通の要素なのではないかと思うんですが、ただそのように言ってしまうと、各時代の契約理論の変遷というのも内在的に説明することができるのかということに若干疑問が生じます。これは疑問が生ずると言いましたが、そういう問題点を筏津先生が以前提起されたわけです。

そこで筏津先生のおっしゃった意思とは何か。自由意思とは何かなんですが、その区分を見てみますと、一つにはまず他律的な意思概念というのがあるというわけです。これが近世自然法論が前提としていた意思概念である。もう一つは自律的で、かつ規範的な意思概念というのがあると。これがカント (Immanuel Kant) やサヴィニー (Friedrich Carl von Savigny) がとっていた意思概念で、近代法の出発点となるものである。恐らく今日我々が思っている自由な意思というのは、次のヴィントシャイト (Bernhard Windscheid) の自律的事実的意思概念というのではないか。簡単に言ってしまうと、表意者が現実的に意欲した内容というのが意思なのだというわけです。

「2. 本報告の課題」に入ります。近代ドイツ契約法の基礎となった意思概念の理解と、そこから導き出される各制度の関連性というものを少し考えたい。なぜそういうふうに考えるかという、カントからサヴィニーに理論的な発展を遂げて、近代ドイツの契約法の基礎が築かれたというような説明がよくされるのですが、カントを出発点としつつサヴィニーとは違った法体系を築き上げた人物がおります。それがフランツ・フォン・ツァイラー (Franz von Zeiller) です。その人の契約理論というのを探っていって、近代契約法の基礎はどういうものだったのか、果たしてそんなに単純に1本の線で説明し切れるものなのかというのを検討してみたいと思った次第です。

まずキーとなります自律的意思概念とは何かということですが、カントの自律の概念というのを紹介しておきたいと思います。私は哲学が専門ではありませんので全く素人の説明になってしまうのですが、結局、それは普遍化可能な経験的意思で、それを自律的規範的意思と呼ぶというわけです。こんな素人の説明だと心もとないので、レジュメの脚注に筏津先生のご説明を挙げておきました。それによりますと、「経験的意思に立脚する個人は、みずからが欲することを他のすべての人がしたと仮定した場合に、それを是認できるかどうかを自問し、肯定できるのであれば、その行為を実行してよい。このようにして経験的意思が普遍化されうるならば、純粹実践理性としての意志が経験的意思を規定する関係になる」と言って、このような場合の自己決定を自律と呼ぶと説明なさっております。

では、そのカントの影響を受けたツァイラーの私法理論というのを次に見ていこうというわけです。レジュメの中では紹介しませんでした。カントの影響をツァイラーが受けているというのは、例えばお互いの書いたものを見比べて共通点があるというだけではなく、ツァイラー自身が実はその著書の冒頭で、私法に新しい哲学的基礎が必要である、それがカントの哲学なんだというようなことを言っています。

まずツァイラーの私法論の出発点を見てみますと、自分自身と矛盾すべきでない限りにおいて、人は他の理性的存在と同様に自己の目的の単なる手段としてではなく、人格として扱うことができるんだというわけです。それゆえ、自己の外的な行為の無制限な自由を要求することはできないと言っております。つまり、相手の人格を考慮した行為だけを要求することができる。すべての個々人の自由をその個人と共存する他者が人格として存立する限りという条件によって制限すること、これが客観的意味の法なのだと言っております。

ツァイラーの師匠であるマルティニ (Karl Anton von Martini) という人物がいます。その人の自然法論を見ますと、人間の義務というものが大前提にあって、そこから私法を説明するわけですが、ツァイラーにおいては人間というのは理性的存在、つまり人格なんだと。そこから生得権、つまり自己保存の権利というものが出てくるというわけです。この生得権と対になるのが取得権で、これは占有と契約によって取得することができる権利です。典型的なのは所有権などです。この人格と対比されて論じられるのが支配の客体である物だというふうに言うわけです。

さらに人格という概念を対比してみますと、カントは「人格とは、その行為に対して責任を帰することの可能な主体である」と言い、また「人格は、彼が自ら課する法則以外いかなる法則にも服さない」と言っておりますが、ツァイラーも「人間は不可避免的に自ら自由な行動をする存在、つまり人格である」と言っています。

最後に始原権（*Urrecht*）というのを挙げましたが、これは「人間の尊重から導き出される権利」で「人格の権利」だとツァイラーは説明していますが、生得権と恐らくほぼ同じ内容をなすのではないかと思いますけれども、必ずしも明確な説明はありません。

このような私法論を出発点として、ではツァイラーが具体的にどういう契約理論を展開したのかというのを次に見ていきたいと思います。まず上の法論を契約理論へ転換しなければならないわけですが、ツァイラーの契約の原則は、先ほど内藤さんのご報告にありました「約束は守られるべし」です。もう一つ重要なものとして契約の尊重というものを挙げています。*favor negotii* ですので契約とストレートに訳していいか少し微妙ですが、*favor negotii* の下に *favor contractus* とあと *favor testamentii* という二つが入ってしまっていて、両方入れてしまった用語だと思います。

ここは補足しなければならないのですが、「約束は守られるべし」の根拠は、ツァイラーは約束をした人みずからがそのように望んだからだと言って典型的な意思理論の説明をしています。もう一つこの契約の尊重というのはつまり何かといいますと、契約当事者の真の意思ないし理性的なやり方で推測されるべき意思に従って、契約というのは維持されなければならないというわけです。これを可能とするために、哲学的法論の導きによって契約の有効性の原則を示す、あと欠陥ある意思表示を理性に従って補充する、あるいは賢明でない当事者を法的に保護する、賢明な政策の厳格な要求に従って自由を制限するということが必要だと述べています。

もう少し具体的なものを一つ一つ見ていきますと、例えば契約の意義ですが、契約というのは約束と承諾によって成立すると言っています。約束と承諾と言った後で、また今度は双方の一致した意思だと言ってみたりして、両者の関係は実はあまりはっきりわからないんですが、別の箇所では同意は交換的になさなければならないというふうに言っておりますので、恐らく対面関係でお互いに契約しましょうと言って握手するような場面が典型的な場面として想定されているのではないかと思います。

契約というのがどこから出てくるかというのと、何かを自由に処分する自由というのが約束者にはある。これはまさに所有権から説明できるというわけです。ただ他方、約束されたほうの自由というのもある。それは給付されることを望むか否かを決定する自由だというふうに言うわけです。典型として、慈善行為を受けるか否かを決定する自由もあるんじゃないかと言って、贈与などを契約として説明するということを行っております。

このようにして締結された契約の内容が不明確な場合というのは多々あります。ですので、当事者がどういう意思を持って契約をしていたのかというのは、非常に多くの場合問題になるわけですが、ツァイラーはそれに関する議論をしております。例えばそれに関す

る条文として、オーストリア一般民法典（ABGB）の 914 条というのがあります。条文は後ろのほうに挙げてあります。ツァイラーは契約の解釈というものと法律の解釈というのは同じ原則に服するんだと言っています。（しかし）むしろ今日の民法では、契約の解釈と法律の解釈は違うというふうに言うのが一般的だと思います。

なぜ一緒なのかということが問題になるわけですが、まず法律の解釈はどういう手順でやるか。ツァイラーはそれについてまず立法者の意思を確認しなければいけないと言っています。けれども、ここで確認されるべき立法者の意思というのは当然、立法者はツァイラーなわけですからツァイラーの意思を確認しろと言っているかということ、実はそうではありません。理性を基準に、その法が客観的に見てどういう意味があるのかということを探れということを言っているわけです。その手段として文法的・論理的解釈などが挙げられています。

さらに、現実的意思というのはあまり問題にならないのかということですが、ツァイラーは「書かれたものよりも考えられていたことを考慮せよ」というローマ法の格言の適用を否定しています。現実的に何が意欲されていたかということは問題とはならないというわけです。つまり、法の解釈というのは通常、規範的に行われますが、それと同じ解釈の仕方を契約においてもするというわけです。

ではそのような方法を使ってもなお、多義性が残る場合どうなるかということ、それについて用意しているのが 915 条という条文です。どういう条文かといいますと、片務契約において疑いが存在する場合、義務づけられたものにより重い負担よりもより軽い負担が課されることを望んだものと解釈されるというわけです。ツァイラーはその根拠を無償契約は約束者の自由を一方的に制限する契約だと、これに対して有償契約というのは反対債権によって拡張・回復が可能であると言います。

ところで、ここでの推定というのは自然的自由によりに働く。ですので、高度な制限が文言から判明しない場合には、より少ない自由の制限へとなる。つまり約束した者に有利に働くというわけです。

他方で双務契約の場合はというと、不明瞭な表示はそれを使用した者の不利に解釈されると言っています。つまり誠実な当事者は平等を欲するのだと。だから少なくとも互いに等価物を得ようとするはずである。ところでこの推定は平等によりに働くのだから、一方の当事者が彼が作成した不明瞭な条項を利用して、相手方から利益をだまし取ることは許されないのだというふうに述べています。こうして上で述べました表現作成者不利の原則というようなものが導き出されるわけです。当然、ここでどちらが作成したかわからない場合というのもあり得るわけですが、その場合にはそれによって利益を得る者の不利に解釈されるということになります。このように、解釈の際に当事者のあるべき意思を仮定した上で、解釈を行っております。

では次に、契約の拘束力と密接に関連する錯誤の問題を見ますが、オーストリア一般民法典の錯誤といいますのは、簡単に言ってしまうと、もちろん錯誤があれば契約の拘

束力は否定されるんだというのが前提にあるんですが、その範囲を相手方により惹起された本質的錯誤にのみ限定しているわけです。もちろんこの中には詐欺のような場合も含まれてしまいますから、つまり錯誤者みずからが勝手に過失によって陥った錯誤のようなものは契約の拘束力否定の原因にならないというわけです。もし意思というものに重点を置くなれば、こういう結論にはならないはずでありまして、どこからこの議論が来たかというところ、これはトマジウス（Christian Thomasius）、その影響を受けたマルティニという2人の議論の影響を受けて、このような錯誤論がツァイラーによって展開されています。よく言われる「錯誤は錯誤者を害する（error nocet erranti）」や「錯誤はその原因者を害する」の影響があると言えます。

ではよく言われる動機の錯誤はどうかというと、当然これは相手方の信頼などを保護するわけですから、動機の錯誤といったものは一切顧慮されません。ただ、無償契約に関しただけは動機の錯誤を顧慮すると述べています。なぜかということそれは、動機の実現こそが契約の目的だからだと言うわけです。

もう一つの議論として、有償・無償契約の区別と等価性原則の問題があります。これは一橋の法文化構造論で何回か報告させていただきましたが、最大の問題の一つとして莫大損害と呼ばれるものがあります。ツァイラーはもう一つの制度として瑕疵担保責任を挙げています。瑕疵担保責任は有償契約の当然の規定と訳したのですが、*natürliche Bestimmung* というドイツ語を使っています。恐らくこれは *naturalia negotii*、常素と訳されるもののことだろうと思います。つまり、有償契約を締結する者であれば、当然にそういう担保責任を負うという議論になるわけですが、ここでツァイラーは有償契約において交換されるべき対象の価値の平等性というのが当事者間において意図されているから、そういう瑕疵担保責任を認めなければならないと。つまり、通常有する性質というもののへの信頼を裏切って等価関係を破壊した、だからこそ当事者は責任を負わなければならないというふうに述べております。

そうしたものととはまた別にさらに、客観的な不均衡による契約解消の可能性というものを認めております。ただ、これは『一橋法学』にも前に書きましたが、莫大損害というものを何か一つの根拠から説明するというのはなかなか困難な制度です。確かに自然法論者たちは、自然法上の義務としての等価性原理というものを認めて、その実定法上の制度だと莫大損害を説明しているわけですが、ツァイラーは自然状態においてはむしろ価格というのは自由に決められるということを出発点としていますから、そうすると莫大損害の位置づけは従来の自然法論者とは少し異なるわけです。

その説明を見ますと混合贈与、つまり客観的に見て均衡な価格というのがあって、ただ、あの人だから高く買ってあげようと2倍の価格で買ったような場合、均衡している部分が通常の売買で、はみ出している部分が贈与と考えるわけですが、そのようなものが認められる場合には、莫大損害に基づく取り消しや価値の補充というのは認められないと言っています。ということは、莫大損害というのは、当事者は有償契約においては理性にしたが

えば等価物を交換するはずであるという意思を念頭に置きつつ、等価交換から離れるような特別な合意が存在しない場合に、価値錯誤、つまり目的物の価値に関する錯誤を推定するという規定だったのではないかという理解ができるわけです。実際、ツァイラーは錯誤というものを一つの根拠としております。

今、駆け足でずっと見てきましたが、これら幾つかの制度を見たのは、結局何が言いたかったかといいますと、これらはいずれも契約の拘束力やその限界に関する制度として有名なわけですが、これらの制度はカントの契約理論からストレートに導き出せるものなのかを検討したいということで、材料として挙げてみました。そういう検討をしているドイツなりオーストリアの学者というのはそうは多くないのですが、幾つか拾ってみますと例えばスヴォーボダ（Ernst Swoboda）という学者は、贈与を契約と認めるという点、あと莫大損害を認めるという点において、カントの影響が見られるという話をしています。

贈与を契約と認めるのがなぜカントの影響なのかというと、古くは贈与の約束をして引き渡しによってその贈与が完成するわけですから、贈与者に債務というのは残るということはないんですね。つまり、贈与というのは契約の問題というよりはむしろ物件の移転の問題、財産権の取得の問題だと考えられていたわけですが、相手方の承諾の自由というのがあるというところをとらえて、その影響を見ていると。

もう一つ莫大損害をツァイラーが認めているというところにカントの影響があるという説明は、なぜこんなことが可能かということ、意思に内在する倫理性のあらわれとして莫大損害というのをツァイラーは採用したんだと言って、そこにもカントの影響が見られるというような説明をしております。

ただ、これに対してヴェーゼナー（Gunter Wesener）は、カント理論の影響を過大評価できないだろうと説明しています。契約の成立や錯誤理論というのはいずれも古いタイプの自然法の影響だと。カントの影響はむしろ一般的な権利能力概念というものの承認、つまり生得権あるいはさらに言うと人格という概念の承認という点に限られるというわけです。ヴェーゼナーの見解は、確かにそういう面があるなと私も思うわけですが、納得いかない点もややありまして、例えば契約の成立を同意理論だと、それを古い自然法のタイプの理論だと言っているんですが、カント自身の契約理論を見ると、古いタイプの自然法論からの革新というのがそれほど認められるかというと、例えばカントの契約の定義などを注の3に挙げましたが、これを見ますと、むしろ古いタイプの契約理論と契約の合致方式というのはあまり変わらないわけです。ですから、カント理論の影響を過大評価できないという話をする以前に、カントの契約理論はそもそもそんなに革新的だったのかを確認しなければいけないのではないかという問題が生ずるのではないかと。

これまでの議論を簡単に整理しますと、ツァイラーは人格と物の区別や生得権や始原権の承認というのをしています。これは恐らく間違いなくカントの影響だろうと思われます。なぜかといいますと、これはマルティニの自然法論の教科書にはない概念だからです。では、約束と承諾による契約の成立などはどうかというと、これ自体はカントからの影響か

というところとちょっとわからないし、カントの契約理論自体が問題だろう。

もう一つは契約の規範的解釈というわけですが、恐らくこれはカントがそういった事実的な意思というものをストレートにそれ自体に何か契約の拘束力の根拠とはしておりませんので、まずこの辺は導き出される話だろうと思います。

もう一つ、錯誤は錯誤者を害する、あるいは錯誤は原因者を害するという概念は、明らかにカントから導き出される話ではありません。ですので、カントの影響をこの部分においては受けていないというわけです。

あともう一つ、有償契約という類型への着目とそこにおける等価性の重視というものがカントから導き出されるかというところ、カントはこれについて何も申しておりませんので、ストレートにそう言えるかどうかスヴォーボダの理解がそれほど説得的かどうかというのは、ここでもやはり疑問符がつくのではないかな。

では、最初の問題提起に戻って、サヴィニーと簡単に比較してみるとツァイラーの議論はどこに特徴が見られるかというわけですが、行為主体と客体の区別はサヴィニーも行っていますから、この点はお互いカントの影響を受けてそのような理論を展開したでしょう。次の意思表示の合致による統一的な契約意思への統合、つまり約束・承諾構成というのを必然的にとるわけではないというところ、サヴィニーはそういう理論を立てたわけですが、ここでツァイラーとの若干の差異が生じています。

次にサヴィニーは、契約内容確定における規範的意思解釈というのを認めます。現実的意思の解釈というのはサヴィニーは認めません。そういうことを行うようになるのはもう少し後の世代です。意思表示というものが心理学的な構造分析を受けるに至ってからの話ですので、その点はサヴィニーとツァイラーは共通するところでもあります。

もう一つ錯誤というのが無効原因かというところについてですが、サヴィニーも錯誤が無効原因ではないと言っている点では実はツァイラーと一致していますけれども、その錯誤というもので念頭に置かれている問題というのはサヴィニーの場合、やや異なるわけです。

例えば動機錯誤の無顧慮によって意思の尊重と信頼の保護の調整を図っています。ですが、ツァイラーはむしろ信頼が保護されない場合にのみ錯誤の無効を認めるという形をとっておりますので、信頼保護の範囲というのはツァイラーのほうは広いわけです。あと、サヴィニーは、瑕疵担保責任は等価性から導き出される法の制度だという説明はしておりません。これは動機錯誤というものは本来的には考慮されないけれども、その例外の一つとして認められる、法によって認められた特殊な制度だと言っています。また、莫大損害のようなものは顧慮されない動機錯誤の一つだと言って、排除しているわけです。

ここで簡単な検討——検討というよりはさらなる問題提起になってしまうわけですが、カントの意思理論を出発点とする場合の契約正義や信頼原理といったものの位置づけというものはどうなるのか、ツァイラーとサヴィニーの明らかな違いなどを見てみますと幾つかありました。錯誤というものに対する理解が違うとか等価性に対する理解が違うという

わけですが、その理由などを見てもみると、例えばカントの契約理論というものの自体が抽象的なので、その後の発展にむしろゆだねられたりするところが大きい。

あるいはツァイラーの議論が立法を念頭に置いているということが一つ重大ではないかと思います。これは自然法と実定法の二重の構造がそこに見られるのではないかというわけです。

あと、サヴィニー自身の貢献の大きさというものもあるのではないかというふうに、いろいろ思われるわけですが、さらにもう一つここで問題となり得るのは、実は契約理論を一つの原理から説明する、例えば意思などから説明するのではなくて、やはりこれは諸原理の協働として説明すると。時代によって契約正義のほうが上位になったり、あるいは意思の自由というものが上位になったりするというのは、協働の仕方の問題なのではないかという疑問が一つ出てきます。

それで急に「Ⅳ. 今後の課題」に飛んでしまうわけですが、そういった発想をなぜ持ったかといいますと、今日のドイツでも有名ですし、オーストリアでも有名な民法学者であるフランツ・ビドリンスキー（Franz Bydlinski）という人の論文を見ますと、法律行為法の構造を規定する諸力というものがあって、その中に意思理論、信頼理論、契約正義、契約遵守「約束は守られるべし」というものが含まれている。私的自治だけが主要原理なのではなくて、それらの諸力の協働によって法律行為法というのは成り立っていると説明するわけです。これはヨーロッパの伝統的に形成されてきた、例えば信頼や正義といったものと意思というものを説明する一つのやり方ではないか。

ただ、ここで一つ注意しなければならないことがあるのではないかと思います。なぜかといいますと、それはヨーロッパで過去から蓄積された議論を前提とした諸原理というものを、それらの議論の蓄積を一切経験していない日本においてそのまま持ち込むのは一種の濫用の危険性を招くのではないかという危惧を覚えます。とりわけ客観的諸力（取引の安全や給付の等価性）と呼ばれるものには一種の危惧を覚えるわけです。

大分駆け足で来まして、しかも雑駁な内容で大変申しわけありませんが、以上で報告を終わります。

藤本 ありがとうございます。それではあと5分ぐらいで、堀川さんの今の報告に関して簡単に聞いておきたいことがありましたら、それをお伺いしてから、すぐ屋敷さんの報告に行きたいと思います。まず質問等々はありますでしょうか。

森村 最初の意味とは何かというところで、近世自然法論は他律的意思概念と書いてあるけれども、これはどういう意味ですか。

堀川 これは例えば等価性原理のようなものがありますが、自然法で定められた契約においては等価が守られなければならない、それに従わなければならないというものに規定された意思です。ですから、こういう理解が正しいのかどうか難しいですが、それでいきますと、契約するかどうかというぐらいの意思しか認められないんだろなという気がいたします。内容に関しては等価でなければならないという制限を受けるわけですから、そ

ういうものだと思います。

恐らく他律的意思概念をとっている自然法論者も契約は自由だと言ったりするときはあるでしょうが、その自由というのはまさにさっきも言いましたが、するかしないかの自由ぐらいのものではないかと思います。それもありまして、最初に自由意思というのは何かという話で、あらゆる私法の共通要素になってしまいますので、それがあから契約は自由なのだというふうにはなかなかいかないだろうというわけです。

藤本 ほかに。

ご説明されたのに聞き飛ばしたかもしれませんが、2 ページ目の「2. ツァイラーの私法論」のところに書いてある人格の権利が始原権 (Urrecht) である。これはカントの言葉ですか、ツァイラーの言葉ですか。

堀川 これはツァイラーの言葉です。

藤本 ツァイラーが、これが始原権であるとしているわけですね。そこから私法論を組み立てていって、その大もとがこれだということですね。

堀川 そうです。

藤本 A B G B の構造というのは、実はあまり詳しくないのですが、編別はどうなっていましたか。

堀川 難しいんですけども、*Institutiones* と *Pandekten* のちょうどあいのこみtainな感じで、一番最初に本当の総則なんですけど総則 (があって)、条文の資料のところには挙げましたが、例えば法律の解釈みたいな規定があります。この人格というのを認めたのは一つ大きな役割を果たしたものとして、あらゆる人が行為主体になり得るわけですから、それが原則で制限されるほうがむしろ例外だということになるわけです。そうすると例えば外国人みたいなものはどうかというときに、基本的には外国人の権利能力は認めないという話が出てくる。あとは子供とか女性とかあらゆるものに法的主体性が認められると。

藤本 それは総則に入っているんですか。

堀川 いいえ。人の法に入っています。

藤本 人に関する権利とか人に関する章というわけではない。

堀川 人の法というのは基本的には家族法が中心です。その冒頭に今日でいう人の権利能力や行為能力の規定があります。その次に来るのが物の法に関する規定です。ただ、何と訳していいか難しいのですが物的な、物の法、物的物「件」法 (*Sachenrecht* の中の *dingliche Recht*)、今日でいう物権法、所有権法です。もう一つは人的な物「件」法 (*Von den persönlichen Sachenrecht*) と。これは恐らく人の手を介して物を支配する場面というわけですから、今日でいうと債務法みたいな話になろうと思います。そういう編別になって、最後のほうでいろいろ共通規定として時効とかいろいろなものがごちゃごちゃと来るわけです。ですから編別は *Institutiones* に近いのですが、物の法の中で少し物権債権に近いような編別がされていると。

自分で書いた本を持ってくるのを忘れてしまったのですが、『近世・近代ヨーロッパの法

学者たち』の中で少し書いた、修正された提要体系という言い方をします。

（森村先生が『法学者たち』の本を取り出す）

屋敷 （森村先生がその本を持ってきているのは）すばらしい。（笑）著者が3人もいるのにだれも持っていない。（笑）

森村 もう頭に入っているからいいんじゃないですか。

堀川 入っていなかったという。

藤本 わかりました。私からは以上ですけれども、ほかには。とりあえず詳しい議論についてはまた後回しということで、ここで論者交代で屋敷さんにご報告いただきます。