

論 説

法律行為としての解除 — 民法学における理論と解釈 — (2・完)

藤 田 貴 宏

1. 遡及効・原状回復・損害賠償
2. 「解除の本質」論再考
3. 法律行為と法律関係 (a まで77巻3号)
4. 原状回復関係の妥当根拠 (以上本号)

3. 法律行為と法律関係

b) 現行解除法の解釈における「法的行為」

盛んな外国法研究を通じて我が国でも既によく知られているように、ドイツの解除法学説の支配的見解は、契約の遡求的消滅を主張する直接効果説から、いわゆる「清算関係」の発生を説く立場へと移っており、裁判実務もこの流れに沿って展開してきた。このような学説や裁判実務の変遷について、フルーメは、次のような興味深い理解を提示している。すなわち、解除の遡及効が論じられた際には、「契約の消滅」が「契約関係」のそれと同視されていたが、解除による契約の消滅が否定され契約関係から清算関係への変容が説かれることによって、解除は「契約ではなく契約関係との関連性において」把握されるに至ったとされ (1990, 15f.)、そのような把握の仕方が、「近代法的な思考」一般と「法律関係」との関連性を

示す一例とみなされているのである。フルーメはこの「近代法的な思考」に「古典期ローマ法学の思考」を対置する。例えば、「債務」は、前者によれば、債権者が債務者に一定の給付を請求し得る法律関係、つまり、「債務関係」であり、しかもそれは、個々の請求権と給付義務との関係に限定されず、売買等の要件事実によって成立する「債務関係全体」でもあり得る。これに対して、後者の立脚点となっていたのは「法的行為（レヒツアクト）」と「訴権（アクティオ）」であり、売買等も、債務関係全体ではなく、売買という法的行為や、買主訴権及び売主訴権として把握される。ローマ法において「裁判上の請求」が「債務関係の実体法的変更」ではなく「訴権」の有無によって基礎づけられたという法史学的事実は、それ故、「法的行為との関連性」という古典期ローマ法学の方法的特徴に由来していることになる（1990, 9/11/23）。この方法的特徴をローマ法源に即して論証しようというフルーメの試みにおいてまず採り上げられているのが「債務（オブリガーティオー）」の用語法である。

学説彙纂に収録されたラベオーの見解によれば、「何事かが為され、実行され、契約されるということ、すなわち、行為とは、それが問答契約の場合のように言語によって為されるにせよ、支払の場合のように実際に為されるにせよ、一般的な用語である」とされる一方で、「ギリシャ人たちがシュナラーグマと呼んでいる契約」は、「売買や賃貸借、組合のような当事者双方における債務」と定義されている（D.50, 16, 19）。この法文の「契約（コントラクトゥス）」という表現は、その前段において、「法律関係」としての売買等ではなく、「為す」や「実行する」と並列された「契約する（コントラーヘレ）」という「行為」に関連づけられており、諾成契約の諸類型を念頭に契約を「債務」の一形態と捉える後段をふまえるならば、契約のみならず債務という表現もまた、「行為」という意味で用いられていることになる。この法文に言う「契約」とは、「当事者双方において」遂行された「義務づけ行為」そのものとしての「債務」であって、「法的行為によって創出される法律関係」、つまり、「法律効果」としての

「債務関係」ではないというのがフルーメの理解である（1990, 24f.）。債務がこのように法的行為という意味で用いられている例として、フルーメは他にも幾つかの法文にふれている。例えば、先の法文と同様に、債務が「契約する」行為との関連で言及されている例として、「全ての債務は契約によって生じるものと解されるべきであり、従って、ある者が義務づけられる場合には常に、たとえ貸付に因って負担されたものではなくても、契約されたものとみなされる」（D. 5, 1, 20）というパウルスの見解が引用され、「実際に為されるにせよ言語を介して為されるにせよ、自らの内に合意（コンウェンティオー）を含まない限りは、如何なる契約も債務も存在しない」（D.2,14,1,3）という（ウルピアヌスによって援用された）ペディウスの見解でも、債務が契約とともに法的行為として扱われているとされる（1990,25f.）。更に、「約束した者自身が義務づけられていない場合がときにあるとしても、言語による債務以外について誓約や信約が為されることはない」（Gai.3,119）というガイウスの法学提要の一節が引用され、そこで保証の対象として言及されている「言語による債務」が、「義務づけられている（エッセ・オブリガトゥス）」という主たる債務者の状態ではなく、「約束する（スポンデーレ）」という行為を承けている旨指摘されている。その上で、フルーメは、古典期ローマ法学における債務の用語法について次のような一般的な見通しを提示する。すなわち、債務という表現は、元々、法的に義務づける「行為」という意味で用いられていたのであって、法律効果あるいは法律関係としての意味はそのような原義から派生したにすぎないというのである（1990,27）。従って、古典期ローマ法の思考と法的行為との関連性という「一般的なテーゼ」（1990,5）は、少なくとも債務の用語法に関する限り、排他的な関連性という意味では理解されていない。フルーメは、法律効果として理解し得るような債務に言及するローマ法源の存在を前提としつつも（1990,23f./27f.）、法的行為としての用語法に古典期ローマ法学的方法的特徴の具体例を求めようとしているのである。

フルーメが挙げる具体例の内、本稿との関連でもう一つみておきたいのが解除条件の不存在という主張である。それによれば、解除条件は、「条件の成就とともに法律行為の効力は失われる」旨規定するドイツ民法158条2項からも明らかなように、法律効果たる法律関係との関連性を不可欠の前提としており、そうである以上、法的行為と結び付いた古典期ローマ法学の思考において、売買に付随する種々の約定が解除条件として把握されることはなかったというのである(1990,150)。論証方法はここでもやはりローマ法源の引用とその解釈である。例えばレークス・コミッソーリアに関して、フルーメは、「土地がレークス・コミッソーリア付きで誰かの手に渡った場合、売買は、条件付きで契約されたというよりもむしろ、条件付きで解消されるとみなされる」というウルピアヌスの見解(D.18,3,1)、及び、「土地の売主がく期日までに代金が支払われなければ当該土地は買い取られない」旨の条項を定めた場合に、売主がその旨要求しているならば、土地は買い取れないと解される」というポンポニウスの見解(D.18,3,2)をまず引用する。これらの法文においては、売買に条件は付されてないし、レークス・コミッソーリアという付随的約定そのものに条件が付されているわけでもないというのがフルーメの解釈である(1990,154 f.)。しかし、ここで注目したいのは、そのような法文解釈そのものではなく、フルーメが、ウルピアヌスの見解を前提に、レークス・コミッソーリアを定めた売主の法的地位を、ドイツ民法旧326条や旧455条によって解除権を付与される売主のそれと同視しているという点である。つまり、レークス・コミッソーリアは、買主が「履行遅滞」に陥った際に売主が行使し得る「解除権」についての約定として理解されているのである。

次いで、フルーメは、「一定の期限内に代金が支払われなければ買い取れないという仕方でも目的物が買い取られた場合に、もし代金が支払われていないならば、使用取得することはないであろう」というサビーヌスの見解(D.41,4,2,3)において、レークス・コミッソーリア付きの売買が、先の二者の見解とは異なり、「停止条件付きの売買」として扱われている点

に着目する。このサビーヌスの見解は、売買に付された条件の成就の有無と目的物の使用取得の可否との関係に関するパウルスの見解の中で引用されたものであり、「条件付きで売買がなされた場合に条件未成就ならば買主は使用取得できない」(D.41,4,2,2) という前提で議論が展開されている以上、そこで扱われている「条件（コンディキオー）」とは、その成就によって初めて、買主であることを可能にし、売買目的物の所有権を使用取得するにあたって要求される「正当な原因」を満たすような条件、つまり、そのような意味での「停止条件」を意味していることになる。ただし、パウルスは、「条件とは、サビーヌスの言うようなものなのか、あるいは、合意であるのか」という問いを提起し、「もし合意であるならば、売買は完成するのではなく解消される」と述べている (D.41,4,2,3)。フルーメの理解によれば、この箇所で提示されているのは、単に複数の見解が存在するという事実ではなく、サビーヌスとは異なるパウルス自身の見解であり、しかも、パウルスが言及しているのは、「代金不払いの際には売買が解消される旨の付随的約定」という意味での「合意」であって、売買に付された解除条件でも、「付随的約束（パクトゥム・アディエクトゥム）」としてのレークス・コミッソーリアに更に付加された停止条件でもあり得ないというのである (1990,155)。

このように解する限り、パウルスの見解は先のウルピアーヌスやポンポニーヌスの見解と整合し得るが、他方で、サビーヌスの見解の処遇が問題となる。この点まず、レークス・コミッソーリアを上記のように理解しても、買主の代金支払を売買の停止条件と捉えることそれ自体の意味が否定されるわけではないし、サビーヌス自身も、買主による使用取得の可否との関係において、代金支払という条件を問題としているにすぎない。これに対して、本来の意味での売買の付随的約定において問題となるのは、「法的行為」としての売買の解消である。レークス・コミッソーリアの場合で言えば、それは、買主の代金不払及び売主の要求（「売主がその旨要求しているならば」）という「約定された要件事実の実現」によってもたらさ

れる。サビーヌスは、確かに、レークス・コミッソーリアが付された売買について言及しているが、そこでは、買主による代金支払という不確定の事実が、所有権の使用取得という「法律効果」との関係において、売買という法的行為の「停止条件」として位置づけられているのであって、レークス・コミッソーリアそれ自体の内容が論じられているわけではない。条件成就による売買行為の完成が使用取得の可能性をもたらす、そのような意味において「売買の条件」を論じるサビーヌスに対して、パウルスは、売買の解消を目的とする「合意」を論じることで、レークス・コミッソーリア本来の額分を明らかにしているというのが、D.41,4,2,3全体の「不明瞭な言い回し」に対するフルーメの解釈なのである(1990,156)。他方、契約を解消する「合意」としてのレークス・コミッソーリア自体も売買に併存する一つの法的行為であり、行為を完成させる条件という意味において停止条件を付すことは可能であるようにみえるが、契約を解消する行為の完成が、最終的に、代金不払という不確定の事実ではなく、契約を解消する旨の売主自身の要求によってもたらされる以上、それも不可能であることになる(1990,155)。

フルーメの主張は、ここでも、ローマ法源の解釈の次元に留まっていない。まず、「売買の条件」と契約解消の「合意」との併存という状況が現行法上においても生じ得るとされる。すなわち、旧ドイツ民法455条1項は、所有権留保について、「所有権が代金完済という停止条件の下に移転される」と規定する一方で、「買主が支払を遅滞した場合、売主は契約を解除する権利を有する」と規定しており、買主の履行遅滞が売買の解除条件として位置づけられているわけではない。売買そのものは無条件に有効に成立しており、「所有権移転」という法律効果の発生に「代金完済」という条件が付されているにすぎない。そして、このことは、代金支払を所有権の使用取得との関連で「売買の条件」とみなす上記のローマ法の立場にも矛盾しない。というのも、所有権留保においても、所有権移転との関係では、「代金完済」がまさに「条件」だからである。ただ、現行法を規

定している近代法的思考の下では、「法律行為によって追求された法律効果がある条件に左右される場合」にのみ停止条件について言及され、そのように法律効果に定位した思考の下に初めて、一旦発生した法律効果の存続に条件を付すこと、つまり、「解除条件」が想定され得る。これに対して、法的行為に定位する古典期ローマ法学の思考の下では、例えば代金支払を売買行為が完成する「条件」とみなすことができた一方で、解除条件はそもそも存在し得なかった（1990,156）。ここで、フルーメは、ローマ法上のレークス・コミッソーリアとドイツ民法上の履行遅滞による契約解除との間の機能的な同一性を前提に、古典期ローマ法学と近代法学の「方法論的」な比較を行っているのである。

確かに、このような比較それ自体は可能であるし、近代法的な思考に規定されたローマ法研究の現状への批判的視座ともなり得るであろう。しかし、古典期ローマ法学の方法論的特徴として指摘される法的行為との関連性は、逆に、フルーメ自身の現行法解釈をも規定しているように思われる。フルーメは、現行解除法の解釈の次元において、契約解除後の遅延損害金請求や不履行解除時の契約費用返還請求を肯定しており、契約関係から「清算関係」への転換という通説的立場に与してはいないが（1990,16）、その際、解除権は形成権ではなく請求権として理解されている（「形成権としての解除権という神話」）。契約関係の遡求的消滅はもとより清算関係への転換という法律効果とも無関係に解除を捉える以上、解除はもはや法律行為とはいえない。つまり、ここでは、解除の法律行為性を否定することが、現行解除法解釈の理論的前提となっている。フルーメは、解除の対象たる契約を専ら法的行為として捉え、解除それ自体もまた、実体的な法律関係としての契約の効力とは無関係に、「契約が締結されなかった場合の状態」の回復を請求する単なる法的行為として位置づけようとしているのである。フルーメの現行法解釈と法的行為とのこのような結びつきは、瑕疵担保責任の追及手段として付与される解除権の行使（いわゆるヴァンデルング）の理解において一層明らかになっている。というのも、ここで

も、フルーメは、買主によって行使される解除権を、売買契約の効力を変動させるような形成権ではなく、売買代金の返還請求権と捉える立場から、ヴァンデルングの「法律構成」をめぐる論争を不要な「似非ドグマティック」として一蹴してしまうからである (1990, 17ff.)。しかも、そのようなヴァンデルングの理解は、方法論的な比較という建前で言及される買主の解除訴権の理解に付合している。古典期ローマ法学にとって、訴権の有無や行使は法的行為とは全く別の次元の問題であり、そうである以上、解除訴権の行使による売買行為の解消などはそもそも問題とはなり得ない。もちろん、訴権と法的行為という古典期ローマ法学の二元的思考がそのまま現行法解釈に持ち込まれているわけではなく、請求権の行使が、実体法上、既存の法的行為とは別の新たな法的行為として把握されている。しかし、レークス・コミッソーリアと解除の機能的等置と同様に、近代法的思考の「実体法的な視野」の枠内で、可能な限り「法的行為との関連性」を維持しようとするフルーメの意図はここでも明らかであろう。

そこで問われるべきなのは、現行解除法の解釈において一体なぜ、法律関係の変動という側面を捨象し、「法的行為との関連性」を維持すべきなのかという点である。この点、フルーメは、すでにみたように、ローマ法源の解釈以上の論拠を示していない。古典期ローマ法学の思考様式を法源に即して論ずること自体は、ローマ法研究上の法史学的認識に留まるはずである。ローマ法は、現行法解釈を方法論的に反省しその理論的前提を顧みる素材の一つにはなり得ても、そのような素材それ自体によって現行法解釈が規範的に正当化されるわけではない。フルーメにおいてもまた、解除条件の沿革の一端と現行法解釈の理論的前提とが混同されているのである。

c) 法律行為概念の理論的意義

一方当事者の「相手方に対する表示」を介して既受領給付等の返還を「相互に義務づける」ことが (ドイツ民法旧346, 349条)、現行法上の「解除」

であるのならば、そこには容易に、意思表示による法律効果の発生、つまり、そのような意味での一個の法律行為を見出し得るはずである。にもかかわらず解除の法律行為性を否定すべきなのか。ローマ法源の解釈がそのような理解の規範的根拠とはなり得ない以上、フルーメ自身の法律行為論やその思想的前提たる私的自治論の内容をふまえた検討が必要となろう。

フルーメによれば、法律行為とは、法律関係の形成が個人の自己決定に委ねられているという観点の下に、現実存在している様々な行為類型から「抽象」された「概念」にすぎず、「法律行為それ自体は存在しない」とされる。とはいえ、このように法律行為概念の抽象性を強調するだけでは、抽象的な定義一般に伴う危険性の指摘といった半ば常識的な主張に留まる。そもそも「法の歴史的な発展」の中で個々の行為類型それぞれについて培われてきた規範の固有性が、法律行為という「抽象的概念」の創出やそれに即した法定立によってただちに否定されてしまうわけではない。その意味で、ドイツ民法典第1巻第3章の諸規定の適用範囲が限定されるのも当然である（1960,147,149f.）。フルーメの法律行為論の特徴は、むしろ、私的自治という思想との連関を自覚的に論じている点にある。フルーメは、法律行為として把握される行為類型の共通項について、法律効果を発生させる要件事実として法律関係の形成に関わること、及び、法律関係の形成が行為主体の自己決定に委ねられていることの二点を区別しているが、このような分析的視点は、法律行為の「本質」を前者ではなく後者に求めるにあたって不可欠であった。「自己決定による法律関係の創造的な形成」に法律行為の本質を見出し、他の要件事実に対する法律行為の独自性を強調するフルーメにとって、法律行為論とは、私的自治という思想に基づく法準則を現行法に即して体系的に叙述する理論なのである（1960, 149; 1992, VII）。

それでは、私的自治は一体如何なる意味において法律行為論の思想的前提たり得るのであろうか。フルーメによれば、私的自治の意味するところは、法律関係の形成が個々人の自己決定に委ねられているという点に留ま

らない。確かに、フルーメは、法律関係の「私的自治的」な形成を正当化するにあたって、「個々人がそれを意欲している」こと以外の根拠を不要としている。しかし、同時に、そこには「そのような私的自治的形が法によって承認されている限りにおいて」という条件が付されている。それ故、「私的自治的」に形成される法律関係は、個人の自己決定そのものではなく、そのような個々人の自己決定を実定法秩序が承認しているが故に妥当するということになる (1960,141,150)。そして、この「法的承認」という妥当根拠は、行為類型を法律行為概念に対置する前述の観方に結びつけられて、次のように敷衍されている。すなわち、法律関係の「私的自治的」な形成は、それが「一定数」の具体的な行為類型の一つとして法秩序によって承認されている場合にのみ可能であり、既に類型的に把握されている「行為 (アクト)」によって形成された法律関係だけが「形ある法 (レヒツフィグール)」として法秩序の内に妥当し得るのである。ただし、法的行為 (レヒツアクト) や法律関係の数をこのように限定することは、「それ自体として存在している私的自治的形成的自由」に対する「制限」を意味しない。法律関係の形成は、むしろ、法秩序の承認を介して初めて「私的自治的」たり得るのである (1960,137,148f.)。

他方で、フルーメは、欲するが故に妥当するという自己決定の「主意的性質」をあくまで強調している。実現されるべき「法原理」として私的自治が承認されるということは、「意思は理性に代わる」という命題が額面通り承認されることを意味する。自己決定の法的承認と併存する形で、自己決定それ自体が、法律関係の私的自治的形成的妥当根拠として掲げられているのもその趣旨であろう (1960,141f.)。では、欲するが故に妥当するという主張と承認されるが故に妥当するという主張は一体如何にして両立し得るのか。この点まず、自己決定による根拠づけの射程が限定されている点に注意せねばならない。法的行為は行為主体の自己決定の故に妥当するが、そこには未だ、私的自治という「法思想」あるいは「法原理」が実現されているか否かについての「実質的な評価」が欠けているというので

ある。フルーメは、これを「私的自治の問題性」と位置づけた上で更に次のように主張する。すなわち、法秩序が私的自治的な行動について「多くの内容的な規定や限定」を設けているのは、まさにこの「問題性」を制御するためであり、そのような意味で、「私的自治は法秩序の安定した仕組みの内においてのみその役割を発揮できる」とされるのである（1960,142）。

しかし、これで自己決定と法的承認の関係如何という先の問題が解決されたわけではない。というのも、ここに言う「実質的な評価」や「内容的な規定」と法的承認との関係が明らかではないからである。仮に両者が同じことを意味するのであれば、法律関係の形成が「私的自治的」であるか否かは、やはり、個人の自己決定そのものではなく、その限界を補う法秩序の判断、つまり、法的行為や法律関係の類型的な承認に委ねられていることになる。従って、この場合、自己決定の「価値」を妥当根拠という名目で強調することは、私的自治を法思想として論じようとする立場に矛盾する。これに対して、法的行為と法律関係を区別し、両者を抽象的概念たる法律行為と法律効果に対応させるならば、行為そのものに対する承認とその内容に対する評価とを区別することはさしあたり可能であろう。法律関係の形成を自己決定に委ねることが法律行為の「本質」であり、法律行為という「概念」は、この本質を強く意識させるが故に、その抽象性にもかかわらず尊重されねばならない。このように考えるフルーメにとって、個人の自己決定を介して形成された法律関係は、自己決定それ自体の故に正当化され、自己決定に基づく法的行為が法律行為概念の下に承認されている限り、法律効果についての評価は不要なのである（1960,141,150）。確かに、ここでは、法的行為が自己決定に基づいているか否かという判断と形成された法律関係の内容に関する判断が区別されているようである。しかし、たとえこのような区別によって法的承認そのものを抽象化形式化しても、法的承認と自己決定が法律行為の「妥当根拠」としてなぜ両立し得るのかは依然として不明である。また他方で、フルーメは、法律行為や意思表示を「行為」としてだけでなく「規律」として捉え、この区別をと

りわけドイツ民法総則編の体系的叙述において生かそうと試みている(1960,162ff.; 1992,78ff.)。本稿にとって重要なのは、そのような区別に即したドイツ民法典上の規定を振り分けなどではなく、区別それ自体の意味である。フルーメは、強行法規の適用や締約強制などを専ら「規律としての法律行為」の問題と捉え、自己決定による根拠づけの余地を認めない一方で、そこに言う「規律」を「法律効果」と同一視しているわけでもない。「一般に法律効果は法律行為という規律によって規定されたそれよりも著しく複雑である」と主張するフルーメの念頭にあるのは、任意規定の適用による法律行為の「補充」という問題である(1960,143f., 151,162)。更に、「行為としての法律行為」の「内容」が法律関係と同視されていることから(1960,161)、行為と規律の区別は、結局、法的行為と法律関係の区別に帰着することになる。法的行為によって形成される法律関係は、法律効果として妥当するにあたって、自己決定の法的承認を最低限の前提とし、場合に依じて、内容的な評価や補充を要求する。つまり、法的承認の意義を如何に理解するにせよ、個人の自己決定それ自体が、法律行為あるいはその法律効果の妥当を根拠づけているわけではないのである。

とはいえ、法秩序による承認や評価に「妥当根拠」を求めることにも問題がある。なぜなら、フルーメの言う承認や評価は、立法者や裁判官によって実際に遂行される判断として捉えられており、そうである以上、それらは法律効果の発生過程にすぎないからである。個々の法律効果を規範的に根拠づけるためには、このような発生過程を介して実現されるべき価値を明らかにする必要がある。では、フルーメが自己決定を「価値」と呼ぶとき、そのような発生と妥当の区別が意識されていたであろうか。フルーメの法律行為論が、私的自治の名の下に、個々人の自己決定を可能な限り法律効果に結びつけようとするものであり、現実遂行された自己決定の否定からその理性的内容とは無関係に私的自治の否定が結論づけられている以上(1960,141)、それは、「価値」という用語法にもかかわらず、個々の人間の意思決定や行動を念頭に置いた議論であることになる。つまり、

意志それ自体の正しさとそれを実現する人間の行為とが区別されていない。フルーメの法律行為論は、私的自治の内実を自己決定に局限しようとするあまり実定法の理論として不可欠の前提でははずの法秩序の承認を形式化抽象化してしまっているだけでなく、法律効果の発生過程と妥当根拠を混同するという方法的な限界によって規定されているのである。

確かに、法的行為と法律関係（規律）を区別し、法律行為と法律効果の間に存する法秩序の判断という媒介項を明確に意識している点は評価されるべきであろう。しかし、その場合、行為、関係、効果を一つの必然的な意味連関として位置づけることが重要なのであって、例えば意思表示、債務関係、制定法という形で解釈の対象をただ区別するだけならば法律行為論の存在意義は直ちに失われてしまう。理論的次元において問題なのは、法律行為概念そのものの抽象性ではなく、むしろ、抽象による意味連関の喪失である。解除の意思表示を法的行為と捉えながらその法律行為性を否定するフルーメは、まさにそのような意味連関を自ら否定していることになる。ドイツ民法と同様に、日本民法が、実定法の次元において、法律行為概念を共有し意思表示による解除を想定している以上、フルーメの法律行為論が陥ったような矛盾の克服もまた我々自身の解除論の課題として意識されるべきであろう。

4. 原状回復関係の妥当根拠

解除という法律行為の効果として原状回復が義務づけられるということは、個々の解除行為が解釈を介して具体的な原状回復関係として妥当するということの意味している。しかし、解釈の対象たる実定法秩序のそのような意味連関それ自体が問われる場合、ドグマーティクの枠を越えた考察が要求される。その際まず論じられるべきは、原状回復を意欲し実現する個々の人間の意識や行為ではなく、原状回復の「法」としての正しさであり、それは、現実にあつちしている解除法あるいは原状回復法から思弁的に

「抽象」されねばならない。ところで、解除の対象は既存の契約関係であり、新たに創出される原状回復関係の目的は当該契約関係の終了である。つまり、原状回復の正しさは、契約の否定によって媒介されている。そのような論理構造をまさに「抽象法」という次元で論じているのがヘーゲルである。

ヘーゲルにおいて「法」は、意志という概念が自然的世界の内に自らの実在性を獲得する過程として叙述されている。個々の自己意識が外的な客体あるいは他者への意欲として表現されるとき、自己意識の純粹な自己関係性は、外的な客体に対峙する主体の「自由」を意味することになる。ヘーゲルが「人格」と呼んでいるのはそのような自己関係的な主体である (Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), §35)。ただ、人格それ自体が直ちに法として把握されるわけではない。というのも、人格は単に「主体的である」という以外に何らの実在性も備えていないからである。人格が法として把握されるためには、そのような制約を外界への働きかけの中で克服する必要がある。外界の客体性が人格自身の実在性として保持されることの内にまさに、意志の正しさの端緒が表現されているのである (§39)。しかも、人格は、意志の「普遍性」の個別的表現にすぎず、その本性上、意志の「特殊性」から抽象されている (§37)。外界に対して様々な目的を定立し実現する意志の働きは、この場合、外的客体の否定による主体性の維持という形式以上のものではない。そのような人格の運動過程として叙述された法が「抽象法」である。従って、物の所有によって媒介された人格間の関係、すなわち、契約も、抽象法という次元で扱われる限り、普遍意志と特殊意志の抽象的区別の下に論じられねばならない (§75)。しかも、このような視点は、個々の当事者の欲求や関心を捨象することによって、むしろ、契約それ自体の正しさの理解に寄与し得る。つまり、契約を人格間の抽象的同一性として論じるが故に、契約という「法」を特殊意志の偶然性に由来する「不法」との関係において把握できるのである。

普遍意志が法として実現するためには特殊意志の働きが不可欠である。しかし、その都度実現される意志の正しさは普遍意志との関係に左右される相対的なものでしかない。契約の当事者によって実際に意欲され定立された「共通の意志」が普遍意志と合致するか否かも、前者が特殊意志の帰結である以上、全くの偶然に委ねられている。ヘーゲルの言う「不法」とは、このような相対性偶然性の故に「即自的に法であるもの」と対立するに至った特殊意志に他ならない (§81)。特殊意志が法の実現にとって不可欠の契機である以上、特殊意志による法の否定、つまり、不法は、法自身の矛盾として現れる。しかし、抽象法の次元において現れるそのような自己矛盾は、それ自体「無」であるような「仮象」にすぎない。というのも、抽象法の正しさは専ら普遍意志によって規定されているからである。従って、特殊意志一般が普遍意志の実現過程の媒介項であるように、不法という矛盾もまた、法が自らへと立ち返る契機として把握されねばならない。「否定された自己を更に否定することによって法が自らを回復すること」こそ不法という仮象の「真理」なのである (§82)。

契約を単に特殊意志の偶然的一致と捉えるならば、その法としての正しさは、物の占有と同様、全く相対的なものに留まる。そして、それ故にまた、両者は、互いに異なる「権原」として、同一の物に関わり得る。この場合、意志の普遍性は、互いに他者の権原を承認することによってのみ確保される他ない。従って、法の正しさがそのような承認によって媒介されることなく、互いに「私の所有」が主張されるならば、個々の権原がその特殊性そのままに対立することになる (§84)。しかし、この「権利の衝突」は、不法それ自体が意欲されることによって生じるわけではない。法一般の普遍性に対する承認が前提とされているからこそ、様々な権原が矛盾対立し得るのである。このような「争い」において問題となるのは、欲求の対象たる物が何れの当事者の所有へと「包摂」されるのかという点である。つまり、ここでは、物として定立された他者の意志の特殊性が「私のもの」という述語によって否定されるにすぎない。そして、そのような

「単なる否定判断」が、「権利を有する者に物は帰属すべき」旨の規範的要請の下で遂行されている限り、不法それ自体は決して意識されない。法の回復が不法によって媒介される過程の起点に位置するのは、権利の衝突と⁽¹⁹⁾いう「意図せざる不法」なのである (§85)。この次元においては、相対立する当事者の利害と法の普遍性に対する承認との結びつきは全く外在的である。不法という矛盾がそれとして意識されることはないし、法もまた単純な「当為」として要求されているだけで、個々の特殊意志の目的として定立されるわけではない (§86)。従って、「要求されたもの」としての法は、人格の同一性という概念それ自体ではなく、さしあたり、特殊意志間の「外的な共通性」として契約の内に実現されるに留まる。にもかかわらず、このような意志の外的な共通性を法の普遍性にとって代えるならば、そこには、「欺瞞」という更なる不法が生じることになる (§87)。ただし、契約の当事者は、たとえ互いの特殊意志の合致を普遍意志に直結する欺瞞に陥っているとしても、法の普遍性を少なくともそのような形で表象し承認している限り、依然不法を不法として意識することはない。不法という矛盾が対自化されるのは、意志の否定が同時に法の普遍性の否定を意味し、しかも、そのような意志の否定が客体的な次元において表現される場合である。人間の意志は自らの身体を含む自然的物の客体性を否定することで自らの主体性を客体的に保持し得る。それ故、意志の否定もまた「所有」された「物」の否定としてのみ意識され得る。つまり、個々の所有者の意志に加えられる「暴力」や「強制」という次元に至って初めて、不法がまさに不法として対自化されるのである (§90)。

暴力や強制の不法性は、それ自体意志の表現でありながら意志の自由という概念を自ら否定することに由来する (§92)。このように顕在化した意志の自己矛盾が、法の回復過程の媒介項として働くためには、自らを否定した意志が更に否定されねばならない。確かに、この「第二の強制」もまた、意志の否定であることに変わりはない以上、「抽象的」には一つの不法である。しかし、法が自らを回復する過程の内に位置づけられるなら

ば、それはもはや単なる不法ではない。強制の不法性がまさに強制自身によって解消されざるを得ないという点に、抽象法の媒介項たる不法の「真理」が存しているのである（§93/97）。他者の所有の侵奪や契約上の給付の不履行は、人格の抽象的同一性という契約の概念に矛盾するが故に不法であり、この「第一の強制」における意志の自己否定を更に否定することによってのみ法の正しさは回復され得る（§93Anm./98）。あらゆる発生的過程から抽象された法それ自体が、不法によって論理的に媒介され、いわば「強制法」として妥当するというこの必然的連関に、実定私法の次元における法の回復一般の妥当根拠は求められねばならない。その意味では確かに、債務不履行による損害賠償と解除による原状回復はその妥当根拠を共有している。しかし、法の回復を媒介する不法は、この場合、個々の当事者の「行為」として把握され、既存の実定法秩序の意味連関に即して判断される。つまり、実定的な法の回復にとっては、不法による妥当論的媒介だけではなく、行為による発生的媒介が不可欠なのである。債務不履行による損害賠償の場合、解消されるべき不法と回復されるべき法が発生的にも分離している。これに対して、解除による原状回復の場合、両者が一つの行為の内に同時に実現される。なぜなら、原状回復の目的は契約上の給付の履行によらない契約関係の終了であり、そこでの不履行の不法性は原状回復の義務づけによって否定されてしまうからである。このように一つの行為に内在する意味連関は、相手方の不履行の不法性には本来左右され得ない。両者を結びつけるか否かは専ら実定法の領分である。解除という行為が、法の回復それ自体を意欲する法律行為として遂行され、原状回復関係という新たな法律関係として妥当することの固有の意味は、法の否定と回復との発生的な同時性に求められるのである。

- (18) 以下で参照するフルーメの著作は、Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. FS zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages Bd.1(1960), 135ff., Rechtsakt und Rechtsverhältnis (1990), Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 2.Bd. Das Rechtsgeschäft 4. Aufl.(1992)であり、公刊年及び頁数で引用する。

- (19) これに対して、意志の普遍性が「私のもの」という述語の下に否定される場合が、ヘーゲルの言う「犯罪」である。犯罪という「無限の否定判断」は、法一般の規範的妥当それ自体を否定するものであり、他者の特殊意志の否定に留まる「単なる否定判断」との相違は、民事法と刑事法の領域的区分の根拠として提示されている (§95)。