HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ヨーロッパ統一契約法の試みと限界　―ケッツ・ヨーロッパ契約法Ｉが教えるもの―
Author(s)	潮見, 佳男
Citation	北大法学論集, 51(2), 1-52
Issue Date	2000-07-28
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15008
Type	bulletin (article)
File Information	51(2)_p1-52.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

ヨーロッパ統一契約法の試みと限界

――ケッツ・ヨーロッパ契約法Iが教えるもの――

潮見佳男

目次

I　はじめに――ヨーロッパ契約法の試み
II　「ヨーロッパ共通私法」に対するケッツの基本的考え方――共通私法方法論
一　「ヨーロッパ共通私法」を考究することの意義
二　「共通私法」にとっての比較法学の意義
1　ケッツの比較私法方法論の概要――国内法至上主義批判・法教義学批判・機能的契約法の構築

2　機能的比較私法の方法論に対する批判
三　次節への架橋
Ⅲ　ケッツ『ヨーロッパ契約法Ⅰ』の概要
一　緒論
二　第一部「契約の締結、有効性および内容」
三　第二部「契約への第三者の関与」
Ⅳ　ヨーロッパ統一契約法の試みと限界
一　ケッツの「ヨーロッパ契約法」に見られる特徴
二　「ヨーロッパ」契約法の方法論上の限界
Ⅴ　結びに代えて

Ⅰ　はじめに――ヨーロッパ契約法の試み

ヨーロッパにおいて、個別国家を超えて国際的に統一された実体私法規範を探求する試みには、周知のように、長い歴史的伝統がある。一二・一三世紀から一八世紀にかけての普通法時代にローマ・カノン法の継受の結果として生じたユース・コムーネ（ius commune）は、その有名な例であるし、二〇世紀だけをとりあげても、ヨーロッパ全域に通じる契約法・債権法を目指す試みは、世紀の初頭から存在していた。なかでも有名なのは、ドイツの比較法学者ラーベル（Rabel）による商品売買法レベルでの法統一の提唱である。ラーベルは、商品売買に関する世界各国・各地域の膨大

な法規定を集めて、この分野での法統一の基礎作業をなし遂げた。その成果は、一九三六年（一九五七年復刻）・一九五八年に『商品売買法』（Das Recht des Warenkaufs）の二巻本にまとめあげられている。そして、それがフォン・ケメラー（von Caemmerer）らの努力を経て戦後の一九六四年の国際動産売買条約（ハーグ動産売買条約 ULIS）に結実したことは、周知の事実である。(1)

ただし、この国際動産売買条約は、それがヨーロッパ中心にまとめられたことと、ヨーロッパに起源を有するドグマの整合性に重きを置いて起草されたことが嫌われて、一九八〇年には、国連の国際商取引委員会（UNCITRAL）による国際的動産売買に関する国連条約（ウィーン動産売買条約 CISG）に取って代わられ、その歴史的使命を終えた。(2) 見方を変えれば、このハーグ条約からウィーン条約への移行は、少なくとも商品取引法レベルでの法統一が、もはやヨーロッパという地域を限定した形では不十分・不徹底に終わるということの象徴とも言える出来事であったと言える。

ところが、一九九〇年前後から、ヨーロッパという地域レベルでの契約法の統一へ向けた動きが再び活性化しはじめた。しかも、そこで主として念頭に置かれたのが国境を超えた商品取引であるというのは、ハーグ条約からウィーン条約への流れを知る者にとっては、やや皮肉な特徴である。

ヨーロッパ・レベルでの契約法の統一へのインセンティブとなったものには、大別すると、二つのものがある。

一つは、EUの発足と、EU閣僚理事会での統一契約法をめざす動きである。営業活動の自由と市場経済の保障のもと、ヨーロッパ共通市場を創設して、域内取引を自由化し、国内事情に由来する障壁を撤廃するとのEUの方針が、契約法の分野にも波及した。そして、契約自由を最大限に保障し、自由かつ公正な取引を支援し、取引ルールの域内格差を是正するため、EUは共通の契約法を策定しようという試みへとゴー・サインを出したのである。(3) 学者の私的な研究グループであるが、ランドー（Lando）を中心とする「ヨーロッパ契約法委員会」（Commission on European Contract

Law）による統一ルールの策定作業と、その成果としての「ヨーロッパ契約法原則」（Principles of European Contract Law）は、この流れの中に位置づけられるものである。(4)

もう一つのインセンティブとなったのは、一九九〇年代のヨーロッパ各国における国内契約法・債権法の改正ないしは改正の試みである。そこでは、ほぼ共通して、先述のウィーン国連動産売買条約やユニドロワ（UNIDROIT 私法統一国際協会）の国際商事契約原則（Principles of International Commercial Contracts. 一九九四年に公表）起草へ向けた議論が実質的に少なからず影響を与えているのであるが、それが従前の国内法制の制約を取り払った形での契約法の統一を下支えしていると言ってよい。(5)

ただし、これら二つの要因のいずれも、ヨーロッパ大陸とイギリスとでは、受け入れ方に温度差があるし、大陸法諸国においても個々の国々をながめれば比較法学者と法教義学者の対立という構図で描かれる見解の対立があることは否めない事実である。(6) さらに、これら二つの要因を積極的に受け入れる場合でも、ヨーロッパ契約法へのアクセスに際して、比較法の観点からのアプローチ、法史学の観点からのアプローチ、これらのいずれにも与せずにヨーロッパ共通市場にとって合理的な取引ルールを発見し正当化していこうとする観点からのアプローチなど、多様な方向からのアプローチが示されている点にも、注意を要する。(7)

このような中、一九九五年からはヨーロッパ契約法委員会が「ヨーロッパ契約法原則」の公表を開始して、(8) 一九九八年にはその最終版を明らかにするという出来事があり、それと相前後して、一九九六年にはドイツの比較法学の第一人者であるケッツ（Kötz）が、学生向けの教科書という形をとりながら、ヨーロッパ契約法の体系を世に問うた『ヨーロッパ契約法Ⅰ』（Europäisches Vertragsrecht I）を出版した。以下では、このうちの後者に焦点を当てて、その特徴と問題点について検討を加える。(9)

Ⅱ 「ヨーロッパ共通私法」に対するケッツの基本的考え方——共通私法方法論

一 「ヨーロッパ共通私法」を考究することの意義

最初に、「ヨーロッパ共通私法」(gemeineuropäisches Privatrecht)[10]に対するケッツの基本的な考え方について、触れておく。この点について、ケッツは、『ヨーロッパ契約法Ⅰ』に並行して、『ヨーロッパ共同体社会における共通私法(Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft)』に収録された「比較法とヨーロッパ共通私法(Rechtsvergleichung und gemeineuropäisches Privatrecht)」というタイトルの論文[11]、および『比較法原論(第三版)(Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts)』[12]で、この点に関する自身の考えを明らかにしているのであるが、『ヨーロッパ契約法Ⅰ』中では、直接には触れていない。この点を考慮し、以下では、後二者に依拠して、彼の基本的な考え方を確認する。

まず、ケッツは、ヨーロッパ共通私法という発想と、ヨーロッパ私法の統一法典を作るということとは直結しないとの立場からスタートする[13]。統一法典づくりがヨーロッパ・レベルでの法統一のための王道ではないとして、統一法典をめざす考え方に対して、次のようないくつかの問題点を指摘する。

第一に、ケッツは、統一法典をめざして作業をする場合に、往々にしてよりよき解決を発見する作業を怠ることになる点を懸念する。様々な国内法の間の競争・切磋琢磨を通じてこそ、よりよい解決に到達することを強調するのである[14]。

第二に、ケッツは、統一法典は、その解釈・適用レベルでもデ・メリットを有することを危惧する。とりわけ、統一法典にあわせて国内法を立法するとなると、立法者のみならず、国内裁判所にとっても、そのデ・メリットは大きいと

する。ある制度、ある概念が統一法典で採用されたとして、その理解につき、国内法の伝統に依拠してきた一国の立法者・裁判官が違った意味・内容を与えるおそれが少なからず存在しているからである。もちろん、ケッツは、EC・EUレベルでの統一法が、とりわけ指令の形をとって成立していることには、肯定的評価を与えている。しかし、ケッツに言わせれば、そこでは統一法の対象とする領域が明確に限定されているために、各国間での評価矛盾の問題には至らないということで説明できるとされる。(15)

第三に、ケッツは仮に私法の統一法典が成立したとしても、これと対象領域の面で重なり合う国内法が存続しているならば、統一法典と国内法の関係をどのように捉えたらよいのかという難しい問題が生ずるという点を指摘して、統一法典をめざす動きに疑問を投げかける。ケッツは、製造物責任領域におけるEC指令とドイツ民法中の不法行為法との競合問題や、消費者契約における不当条項規制に関するEC指令とドイツ約款規制法との競合問題を挙げつつ、統一法典と国内法との競合関係を前者が排他的に適用されると考えるべきか、それとも一方が他方を補充する関係にあると考えるべきかという点につき明確にしないままに統一法典を制定してしまうと、実際上の法適用に当たって混乱が生じ、その結果として、統一法典が作られたために法の適用が単純化されず、かえって技術的に著しい困難さをもたらすことになるとの警告を発している。(16)

このように、ケッツはヨーロッパ私法の統一法典をめざす試みに対して疑問を投げかけ、むしろ比喩的に言えば中央集権化をしない形での準則形成により、ヨーロッパ共通私法をめざすべきであると提言する。(17) これは『ヨーロッパ契約法I』の底流をなす考え方でもある。また、冒頭に少し述べたヨーロッパ契約法委員会による「ヨーロッパ契約法原則」を定立する試みも、ケッツにとっては、そこでなされているのが法典編纂ではなくて、ヨーロッパ契約法に共通する準則の確定とその正当化である意味において首肯できるものであるということになるのであろう。(18)

ともあれ、ヨーロッパ共通私法と言う際にヨーロッパに共通の準則形成を考えるケッツは、このような共通の準則が作り出されるためには、その前提として、法律学、法学文献そして法学教育が共通のヨーロッパ化に達することが必要であると説いている。これは、かつてドイツの著名な法制史学者であるコーイングが述べた言葉、つまり、「ヨーロッパの法律家に共通の先験的な理解を作り出すことが重要だ」[19]とのフレーズに共感を示してのものであって、ケッツ自身の言葉としては、このことは、たとえば「ヨーロッパ法の内的一体性を再発見することが重要なのだ」とか、「ユース・コムーネ以来となるヨーロッパ法の再構築は、強固な歴史的基盤の上に立てられるものなのだ」との表現となって現れている。[20]そして、ケッツに言わせれば、重要なのは統一法典の立法ではなくて、ヨーロッパという視角から捉えた「ヨーロッパの法律学」であり、「ヨーロッパの法理論」であり、そして、「ヨーロッパ法の教育」だということになる。[21]

ケッツは、こうしたヨーロッパ共通法の再構築の可能性に触れて、取引の場合を例にとり、楽観的な評価を与える。すなわち、取引の世界では、個々のケースで様々なヨーロッパの国内法秩序が同一または極めて似通った解決を導いているという経験を強調して、この共通の解決の基礎となる共通のヨーロッパ法の存在を指摘するのである。そして、この意味では「ヨーロッパ共通私法」というのも、いわば「ヨーロッパ」という仮想空間における共通準則ということにもなる（繰り返しになるが、このコンテクストでケッツがヨーロッパ契約法と言う場合、けっして国内裁判所で適用が予定される法律を考えているのではない）。[22]

以上の観点からヨーロッパ私法を考えるに当たり、ケッツは、ドイツにおいて従来、比較法の名の下で行われることのあった一つの手法に対して、痛烈な一撃を加えている。そこでケッツが批判している比較法の方法と言うのは、ある特定の国内法とか国内法体系を出発点に据えて、その特定の国民（もちろんその中には、国内法の立法者だとか裁判官も含まれるのであるが）を名宛人とする比較法学である。（ケッツがこのような表現を用いているわけではないが）こ

れは、国内法ドグマ解析目的の比較私法方法論と言うことができる。

もちろん、ケッツも、ドイツを例にとっての話であるが、比較法学がドイツの立法者を助言する役割を果たすことや、比較法の成果を生かした欠缺補充や解釈問題の解明を通じてドイツ法の継続形成を行うことの意義は認めるわけで、このことは誤解を避ける意味で強調しておかねばならない（後述するⅡ一1も参照せよ）。とりわけ、比較法の試みを通じて現行ドイツ法が複数ある規律可能性のうちの一つを実現したに過ぎないことが明らかとされ（いわゆる法の相対化の自覚）、これにより国内法のドグマの限界と国内法のドグマへの盲目的信仰の誤りを正すことを通じて、ドイツ法の継続形成が促進されることは正当に評価する。

しかしながら、ケッツは、ヨーロッパ私法という観点から比較法学が出発点に置くべきなのは、国内法秩序を超えた視点からヨーロッパ共通法の体系を作り上げ、それを国内法の継続形成へと展開させていく視点だと言う。国内法において存在している様々な違いを認めた上で、ヨーロッパ共通の原理・準則に支えられた各国内法の形成を提示するわけである。[23] これは、（これまたケッツの用いている表現ではないが）共通準則定立目的の比較私法方法論と言うことができる。ちなみに、ケッツは、ここでアメリカ私法を引き合いに出し、アメリカでは各州ごとに大きな違いを持つ「契約法」が存在しながら、それを一体として捉えて、共通の基本概念・基本原理・処理準則・法学教育に裏づけられた「アメリカの契約法」――とりわけ、コモン・ローと称される共通法――という形で説明がなされることになぞらえて、「ヨーロッパ契約法」を理解しようとしている。この比較が正しいかどうかは措くとしても、[24] ここにも、ヨーロッパ共通私法に対するケッツの意気込みを見てとることができる。

二　「共通私法」にとっての比較法学の意義

1　ケッツの比較私法方法論の概要――国内法至上主義批判・法教義学批判・機能的契約法の構築

一で見た「ヨーロッパ共通私法」に関する叙述と並べて、ケッツが――ツヴァイゲルト（Zweigert）との共著としながらも、自らの見解を前面に出すことにより、第二版までの原型をとどめないほどに質的に全面改訂を施した――『比較法原論　第三版（Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts）』、および「比較法と法教義学（Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik）」[25]において著している比較法学方法論に関する叙述をも視野に入れたときには、「共通私法」の意義と役割をどのように考えるかにつき、ケッツ自身の中で、ニュアンスを異にする二つの理解が混在していることが明らかとなる。

一つは、「統一法典」化を伴わず、国内法（ならびに、国内法のドグマ）の相違を残した上で、もっぱら法原理・準則面での私法の共通化を構築する意図に出た「共通私法」の意義と役割に関する理解である。これについては、既に触れた。[26]

もう一つは、法教義学的思考に裏づけられた国内法ドグマを批判する際に展開される「共通私法」の意義と役割に関する理解である。これは、共通の法原理・準則の下で国内法の体系や概念から切り離された新たな機能的・実践的契約法の体系や概念を模索する意図とも関連づけられるばかりか、さらに進んで、法教義学に対する比較法学の優位の強調にも至る。

この二つの方向からの「共通私法」の捉え方は、国内法至上主義を否定する点および私法に関する基礎理論の構築をめざす点では共通しているが、相互に背反する可能性のある視点を孕んでいる。とりわけ、後者の観点からの「共通私法」に対する理解が、機能的法比較の成果をあらわす統一的な体系・概念の下で、国内法のドグマを駆逐した統一法の理論を生み出す方向で作用するとき、後者の観点からの「共通私法」理解は、前者の観点からの「共通私法」理解と袂

を分かつことになる。この点を予め指摘した上で、以下では、後者の観点からの「共通私法」（さらに、比較法学）の意義と役割に対するケッツの考え方を概観する。

この点に関するケッツの考えの起点は、自国の法律に集中し、国境を超えることをやめた法律学ならびに法律家、とりわけ法教義学（者）に対する方法論的批判にある。ケッツは、法律学の役割が何かを問いかけ、法律学の役割は社会における紛争の防止と解決のためのモデルを探求することにあるのであって、国内の法や法原理、さらには国内のルールやスタンダードに結びつけられた解釈学を定立することにあるのではないと言う。このとき、比較法は、当該時代・当該場所にとってよりよき解決を知る機会を与えるという意味で、問題解決モデルの宝庫である。そしてまた、法律学の諸問題に関する国際的な議論を通じて、国内に狭く限定された「法教義学的な議論」よりも、自国の法の継続的発展にも寄与する。[27]

たしかに、仮に特定の問題が外国で特定の方法で解決されていることが比較法を通じて明らかになったとしても、（よりよい解決だと判明したその方法が、その外国で成功裡に受け入れられているかを吟味することと並べて）その解決が自国にとっても適合的かどうかを個別的に吟味する必要はある。外国で認められた解決が、裁判手続の違い、官庁の役割の違い、経済的発展段階の違い、当該解決が機能すべき社会環境の違いなどから、自国では適合しないということがあり得るからである。とりわけ、国内法を立法するに際しては、特に慎重な吟味が必要とされるところである。[28] ケッツは、この点に留意しつつも、なお、比較法を通じて自国の法的伝統にもっとも適合する解決を見出すことが可能であるとし、さらに、国内法規範の解決にあたって疑義が生じた場合や国内法規範に欠缺がある場合に、比較法を通じて国内法の不透明さが除去され、欠缺が補充される点に、比較法の有用性を認める。[29]

国内法の立法ならびに解釈に対する比較法の意義につき、このような指摘にとどまっておれば、国内法のドグマとの

対立・拮抗、そしてまた法教義学（者）との深刻な対立を生じさせることがなかったのかもしれない。「比較法とヨーロッパ共通私法」論文で強調された原理・準則レベルのみでの私法の共通化を意味する「共通私法」理解との矛盾を来たすこともなかったのかもしれない。

ところが、法律学の役割に関する基本的なスタンスと結合するとき、ケッツの説く比較法の役割は、国内法のドグマを凌駕する方向へと大きな一歩を踏み出す。比較法の意義と役割に関して次に挙げるような数々の指摘が繰り返されるのであり、それが、「共通私法」の意義と役割に関するケッツの考え方を色濃く反映したものとなっている。主なものを列挙すれば、以下のごとくである。

① 国内法規範の解釈にあたり重要であるが困難な問題に直面したとき、裁判官は、ある解決提案や論拠が外国の裁判官や学者から発したという理由でのみそれらを無視すべきだと言うことに、合理的根拠はない。(30)

② 多くの国で共通に妥当している法命題の解釈が問題となる場合には、その解釈は、原則として、国際的合意、関係する政府の共同作業、または国際的ないし超国家的になされた立法に基づきなされるべきである。その背後にあるのは「法統一」という目標である。この目標に向けて、法命題の解釈と継続形成が行われなければならない。そして、そのような使命に直面した裁判官としては、単に国内法で通例の解釈原則を適用するというのではなく、解釈結果が法の統一性を担保するように、つまり、国際的に受け入れられるように修正しなければならない。このとき、裁判官は、このような解釈活動を、（a）解釈を必要とする規定を定式化する際に参考とされた外国法の規律を引き合いに出し、（b）外国において争いのもととなっている規定を解釈する際に判例・学説がいかなる結論を得ているのかを考慮し、（c）さらには、関連する諸々の国内法秩序の比較通覧から明らかとなる一般的法原則を探求することを通じて規定の欠缺を補充することにより、行なうことができる。(31)

③「法統一」をめざす試みは、国家を超えた諸原則への統合によって、諸々の国内法秩序の違いを、望ましくかつ可能な限りで除去し、均一化する企図に出たものである。その際、国内法レベルで共通のものについては統一法へと採用され、国内法レベルで相違があるものについては、その中で最良のものが統一制定法へと採用されるか、または法比較から獲得された新しい規範（現存しているどの解決よりも優れていて、より実用性に富んだもの）が統一制定法で採用されることによって、調整が図られる。[32]

④「共通私法」が制定されることによって、国際的取引が法的に容易になる。つまり、これにより、諸国の国内実質法が適用されるリスクを軽減・回避でき、裁判官が紛争解決にあたって「統一法」を適用することで、商人にとっては予見可能性と高められた法的安定性を確保できる。[33]

このような指摘からは、「共通私法」に臨むケッツの立場――同時に、法教義学に対する比較法学の優位を説くケッツの立場――が明らかとなる。「[比較法の手法で]検討された各国内法秩序で採用されている諸々の解決を、これら国内法秩序のすべての体系的諸概念から解放する。そして、単に国内法の法教義学的かさぶたにすぎないものをそれらの解決から取り払い、もっぱらその時々の生活の需要を満足させるような機能的視点のもとで、それらの解決を見つめる」。[34] この意味で、ケッツによれば、解決を求められている諸問題は、情け容赦なく、国内法体系から解放されなければならないのである。[35] これは、比較法が法教義学的体系思考の空虚さを示し、独自の新たな体系を展開するものであることを説き、かつ、比較法により、生活の需要に結びつけられ、それゆえ事実関係的かつ機能関係的な体系が構築されるものであることを強調する点で、ツヴァイゲルトに通ずる思想である。[36] しかしながら、ケッツの分析は、探求された事実に関係づけられた「共通私法」の機能的体系の中で法教義学の意義と役割を――かかる法体系の中でのドグマの承認とともに――結果的に認めざるを得なくこととなっている点、[37] しかも、自らが支持する法準則の正当性をいわゆ

る「法と経済学」の思考様式によって担保しようとしている点で、ツヴァイゲルトの比較私法方法論とは異なるものである。

2　機能的比較私法の方法論に対する批判

(1) デレによる批判

法教義学との対極で比較法を捉え、実践的・機能的契約法に資する機能的比較法を提唱するケッツの視点は、周知のように、彼に始まるものではない。既にラーベル（Rabel）、ラインシュタイン（Rheinstein）[38]、ツヴァイゲルト（Zweigert）により示されていたものである。ただ、ケッツの理論は、この流れをさらに推し進め、機能的比較法を具体的解釈学において実践すべく――同時に法教義学を解釈論レベルで否定すべく――「契約法共通教科書」の作成に向かった点で、これまでの比較法論者にない特徴を備えたものである。

もっとも、比較法を機能的かつ反教義学的な方法として法教義学との対極で位置づける立場に対しては、既にツヴァイゲルトの主張[39]がなされた頃から疑問が出されていた。とりわけ、法教義学擁護の立場からツヴァイゲルトの見解に対して疑問を投げかけた点で重要なものとして、デレ（Dölle）の見解がある[40]。

デレによれば、ツヴァイゲルトは、法教義学と比較法の正しい関係を看過している。そもそも、まず、「法教義学」とは何かを確認すべきである。ツヴァイゲルトは、「法教義学」と「概念法学」とを少なからず同一視している。しかし、正しく理解されるならば、法教義学は、論理的に矛盾のない結論を獲得することを重視してあらかじめ形成された概念を用いて遊戯を行なうこととは、まったく別物である。ツヴァイゲルトが、有害かつ克服されるべきものとして法教義学を挙げ、それに代わり得る唯一の考察方法として比較法を推奨するとき、論者は、法教義学の重要性を看過して

いる。特定の法的な意味連関を解明することを通じて法準則を獲得すべく、法的認識を得るための努力がなされるところでは、どこでも、法教義学の手法が用いられている。しかも、そこでの法的認識を得るための努力は、発見された帰結ができる限り広い範囲で合理的かつ形式論理的な検証に耐えることができるように、なされるのである。こうして、正しく理解された法教義学は、正しい判断を導くために判断過程を合理化するための道具として、位置づけられる。このような法教義学の作業において、決定的なのは、法論理的に基礎づけられた考慮の上で法準則とその帰結を探求することである。(41)

このようなデレの立場からは、法教義学は、法的認識を得るのに資するその他の手法（法社会学、法史学、比較法）に対して排他的関係にあるものとして対置されるようなものでない。たいていの場合は複数の手法が複合的に用いられることが必要なのであり、決定的な評価視点が何であるかに従って、ある手法が他の手法を強めたり、弱めたりすることがあり得るというだけのことである。(42) もちろん、現実認識を概念に置き換え、社会的目的を論理的一貫性に置き換えようとするときには、法教義学的方法の排他的利用が危険であることは、言うまでもない（法教義学の濫用）。しかし、方法の濫用は、法教義学に限られたことでなく、すべての方法にあり得ることである。また、正しいと考えられる法政策もしくは法の改良（たとえば、製造物責任における厳格責任の導入）が妨げられているときに、その原因として法教義学が責めを負わさせるときがある。しかし、この場合に、障害となっているのは、「我々の法秩序において現在妥当している法的要請」・法律において採用された――したがって、切り崩されるべき――ドグマそのものであって、法教義学の方法なのではない。(43)

さらに、デレは、「比較法は、それ自体に内在する規範的な力のゆえに、国内で直接に利用可能な帰結を提供するのであろうか」と問いかける。デレによれば、「自国法」に欠缺があり、解釈による法的処理が存在しているところでは、

望ましい帰結を得るにあたって比較法は有用な道具であり得るし、この帰結を教義学的に説得力をもって基礎づけるためにも有用な道具である。これまでなじみのなかった意味連関――しかし、これ自体は「体系的」であり、かつ「教義学的」なのである――や解決に対して目を開かせるためのものとして、比較法は十分に機能を発揮する。こうして、我々は、「自国法」の適用の際、または立法による「自国法」の改良により、合理的な結果に達することができる。比較法の機能と可能性をこのように理解する場合には、比較法は、法教義学と衝突しない。むしろ、法教義学的基礎を放棄することなく、比較法を利用することができるのである。しかしながら、この場合においても、法教義学を抜きにした本来的な法的理解など、考えられない。正義を実現する機会は、意味論的な骨格ができるだけ高度に担保される限りで、法教義学によって高められる。法教義学は合理的な意味連関の解明を担っているのである。このとき、比較法は、視野を広げさせることを通じて、法教義学のために（も）解決可能性および法的認識可能性の拡張に資するのである。(44)

（2）カナーリスによる批判

法教義学の立場からの批判としては、最近では、カナーリス（Canaris）から、個別事件関係的な実用主義的考量に裏うちされた機能主義的比較法を提唱して国内法のドグマに結びついた法教義学を批判するケッツの見解をターゲットにし、彼の見解においては法教義学に対する不当評価がなされているとして、厳しい反論が出されている。(45) カナーリスからケッツに対する批判の骨子は、次のようにまとめることができる。

カナーリスによれば、法教義学（「『よい』法教義学」。以下、この意味で用いる）は、現在妥当している法（geltendes Recht）とその適用に関係している。法教義学的作業の際には、現在妥当している法が原則として当然の前提とされているのである。この「妥当している」実定法との「適用」面での関連こそが、法教義学が法哲学、法社会学、

法史学、比較法と異なるところである（もちろん、立法作業が問題となる場合にも、不必要な誤りを回避するためには、法教義学的基礎のもとに立法がなされるべきなのであって、この意味で、法教義学は法政策的側面をも視野に入れ、法の改良に貢献している[46]）。

このような法教義学は、現在妥当している法を適用する際の合理的理由づけを目的としたものであり、選択された決定を合理的に検証するための手続を担う。なされた決定をより一般的な連関へと繋げ、他の問題解決への関連づけの中で当該決定の正しさを体系的・理論的に検証するのが、法教義学である。その際、法教義学も、理論と問題解決との間を分離しておらず、むしろ結果との関連性を重視しているのであり、現実問題指向的かつ機能的な比較法の反対の極にあるものとして法教義学を置くのは失当である。むしろ、法的生活の現実に適合しないものとして法教義学を批判するケッツにおいてこそ、（とりわけ、ケッツが各所で「判例の実際の帰結には少しも疑いを抱かれない」と言うときに）法教義学的基礎が欠けている。殊に、ケッツが法教義学を批判する際に挙げる例において真に問題なのは、（該当例においてケッツの批判する学説・理論が選択した）結果それ自体が現実に適合していない点であって、法教義学の方法が批判されるべきなのではない[47]。

かえって、ケッツのように、検討されるべき問題をまず国内法ドグマの体系から「純化」し、次に別の概念を用いて当該問題を描写するということには、次のような難点がある。まず、機能的な法比較の結果として、国内法への不当な干渉となりかねない専門用語や体系が生み出されるおそれがある[48]。また、法教義学から離れることを企図して、問題と問題解決を国内実定法体系から「情け容赦なく解放」することも、疑問である。およそ、ある問題が、それ自体として孤立して存在しているわけではない。それぞれの問題は、他の諸問題と関連づけられあっている。そうであるからこそ、法律家は、大抵、問題と問題解決との複合体を扱う。その複合体の全体を見通してはじめて（すなわち、派生的な諸問

題や当該法秩序の守備範囲に入れられている隣接諸問題を知ってはじめて)、ある問題の解決をするにあたり根拠ある的確な判断を下すことができるのである。まさに、このような連関を表わすことが、法教義学に与えられた特殊な使命である。このとき、問題とその解決とを法教義学上のカテゴリーから切り離し、ケッツの言う意味で国内実定法体系からの「情け容赦のない解放」をすることは、しばしば、正確さを著しく失うという代償をはらってしか達成できない。[49] 法教義学者が自国法に明確に規律されていない諸問題の解決にとっての助言を比較法に捜し求めるとき、そこで望まれているのは、国内実定法体系からの「情け容赦のない解放」ではなくて、むしろ、解釈学的連関と問題群の複合体の全貌を一瞥できることなのである。しかも、比較法にあたっては、比較されるべき問題解決に対する(それぞれの国家固有の)法治国家的作用と文化的前提を無視することもできない。[50]

三　次節への架橋

このような中で、とりわけⅡ一で見たヨーロッパ共通私法に対する評価の上に、ケッツがそれを具体的する作業として世に送り出したのが、『ヨーロッパ契約法Ⅰ』である。以下では、その内容面での特徴を略説して、若干の問題点の指摘を行うことにしたい。しかし、その前に、この本をケッツが「研究書」としてではなく、「ドイツの法学部学生向けの教科書」として著した点について、述べておくべきことがある。

ケッツは、彼の理想とするヨーロッパ共通私法へ向けた比較法学の大きな役割の一つとして、若い法律家の教育という事柄を夙に強調している。ヨーロッパに共通する基礎の上に修養を積み、その基礎の上で考え、議論することができる法律家の養成に重きを置いて比較法教育を捉えている。[51] さらに、この視点のもとで、若い法律家に、国内法のドグマ

への盲信の危険性を自覚させて、ドイツの現行法の改善に寄与させるべく、法学教育を実践することが大事であり、そのためのテキストが必要なのだと考え、その情熱が『ヨーロッパ契約法Ⅰ』となって現れたと言ってよい。

そこで、次に、このケッツの『ヨーロッパ契約法Ⅰ』の中で、ケッツが何を考え、どのような構想を示しているのかを見ていくことにする。その際、ここまで触れたケッツの比較私法方法論、より正しくは「共通私法方法論」が、これから略説する『ヨーロッパ契約法Ⅰ』の中にどのように反映しているのか、方法論と具体的実践との間に何か齟齬はないのかという意識と問題関心を持って、同書の構想に臨むのが有益である。

Ⅲ　ケッツ『ヨーロッパ契約法Ⅰ』の概要

一　緒論

ケッツの『ヨーロッパ契約法Ⅰ』は、第一部「契約の締結、有効性および内容」と、第二部「契約への第三者の関与」とから成り立っている。第二部については、国際比較法百科事典（International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII, Chapter 13）に執筆した記述内容を再現したものであり、第一部と第二部では、記述スタイルが若干違う。第一部では「ヨーロッパ共通私法」へ向けたケッツの個性が強烈に現れているのに対して、第二部では制度の発展の歴史と各国の国内法秩序の現状を客観的に描写することに力点が置かれている（それでも、第二部においても個性のある鮮烈な主張が並ぶのが、この本の特徴と言える）。(52)

二　第一部「契約の締結、有効性および内容」

第一章は、「契約法の理論と実務」を扱う。ここでは、契約法の基礎理論にかかわる叙述がなされている。契約制度の確立過程から、私的自治原則・約束原理と福祉国家論に基づくその修正の動き、さらに関係的契約理論までを射程に入れた叙述となっている。

ここで、ケッツは、なぜ、法秩序は、契約の締結を許し、かつ契約の拘束力を認めるのかと問う。そして、それに対する解答を次の点に見出す。「契約は、社会全体の効用を増大させる」。契約をすることで、個人の欲求が最大限考慮され、かつ、これにより、すべての人々の利益を最大に高めるように、現存する資源が用いられる。このとき、すべてを当事者の合意にまかせずに法秩序が契約に関する諸準則を立てるのは、当事者が重要な点に関して合意するにとどめ、その他の点については法秩序を信頼して欠缺を補充させることで、当事者の交渉費用を節約させるためである。ここには、契約法を用いたリスクとコストの適切な分配という意味で法規定・法準則を位置づけるケッツの姿勢が見られる。同時に、ケッツは、福祉国家論に基づく契約へのパターナリスティックな介入を疑問視し、税法や補助金給付による配分のほうが福祉国家論の観点からする契約への介入よりもコストがかからないと言う。(53)

第二章は、「契約交渉と契約締結」を扱う。ここで主にとりあげられているのは、申込・承諾に関するルールの問題と交渉破棄を理由とする責任の問題である。

このうち、申込・承諾に関するルールについて、ケッツは、申込の拘束力・撤回、承諾期間の問題ほか、各国法で相違があることを指摘した上で、随所でウィーン国連動産売買条約の方向を支持する。これと異なる法制・判例理論が採用している法的構成に対して、個々的に疑問を示す叙述が目立つ。もっとも、ここでも、交渉費用の抑制と市場リスク

の配分の観点から、ウィーン条約の方向を正当化している点に注意が必要である。

ところが、交渉破棄の責任に関する叙述に至るや、ケッツは一転して、法的構成の違い――不法行為か契約責任か、第三の責任か――を度外視し、諸国間での実質的判断要素の共通性を指摘する。重要なのは信頼利益賠償か履行利益賠償かであり、この点に関して大陸法の裁判実務には実践可能でかつ明確な指標が存在しているとするのである。[54]

第三章は、「契約内容の確定性」を扱う。比較的短い叙述であるが、その中では、フランス民法特有の厳格な規律についてのフランスでの緩和傾向、とりわけ判例での民法規定克服努力の叙述が主題となっている。フランスの厳格な態度は他の外国法に比べて時代遅れであるとの認識が示されている点が興味深い。[55]

第四章は、「真意性の徴表」を扱う。ここで、ケッツは、まず、約束者が債務負担意思を真意で有することの徴表が必要かを問題提起する。この点に関し、フランス法は合意に加えてコーズを要求し、英米法は約因を要求している。しかし、ケッツは、フランス法系のコーズ概念は、ときには不要であり（違法なコーズ）、ときには利益衝突の解決に何の役にも立っていない（コーズの欠如を理由とする双務契約の無効）とし、また、イギリスの約因理論も、ときに契約の拘束力を判断する際の重要な視点を覆い隠す点で有害であるし、不必要な場合すらあるとする。

次に、ケッツは、真意性が特に問題となるものとして、無償契約を取り上げる（贈与約束・寄付約束・扶養約束その他の無償取引）。そして、どのような場合に無償契約が有効かにつき、約因理論をベースに考えるイギリス法と、方式要件をベースに考える大陸法の制度面での違いを紹介した上で、真意性を確証する方法面での英米法と大陸法の表面的な違いにもかかわらず、実際には歩み寄りが見られると言う。[56]

第五章は、「方式規定」を扱う。ここでは、方式の目的、種類ならびに効果について、各国法の特徴を客観的に叙述するというスタイルがとられている。全体として、判例における方式規定の解釈の整理に重きを置いた客観的な説明が

なされている。[57]

第六章は、「行為能力」を扱う。ケッツは、未成年者にとって有益な契約につき、その処理技術におけるイギリスとフランスの相違を紹介した上で、しかし、未成年者のなした日常生活上の取引が原則として有効であって、未成年者が経済的不利益を受けると主張する側がそのことを証明しなければならないとする点では両者は歩み寄っているとする。ドイツやオーストリアでも、未成年者が利益のみを取得する契約や些細な日常生活上の取引は有効だとしていると言う。しかし、ドイツ法系では、未成年者にとって独自の利益がある契約につき、一般的には未成年者の両親の同意または追認した契約のみが有効だとしているところ、ケッツは、これでは若者の独立性も誠実な契約相手方の利益も十分配慮してされていない点で適切でないとする。その他、契約相手方の法的地位については、ケッツは、違いは違いとして、各国法の客観的な紹介に徹している。[58]

第七章は、「契約の解釈」を扱う。ここでは、三つの特徴のある指摘がなされている。

その一は、契約解釈における意思主義と表示主義の対立は、今日ではもはや実際的な意味を有しないという指摘である。当事者が契約上の拘束を意欲しなければ契約は成立しないが、他方で、意思は表示されて伝達されなければ効果がないからである。ケッツによれば、むしろ、重要なのは表示が社会的行為であり、合理的な名宛人が受け取る意味に即して理解されなければならないこと、言いかえれば、第三者の信頼を裏切らない解釈が求められるということである。

その二は、多くの法典は解釈準則を条文化していないが、フランス法系の諸国は不明瞭解釈準則ほか、詳細な解釈準則を有しているという指摘である。ケッツによれば、しかしながら、これらの準則はそれほど大きな役割を果たしていないのであって、結果を正当化するために持ち出されているとの印象が強いとされ、解釈準則の迂回路を通らない内容コントロールに優位性が認められている。

その三は、付随義務についての指摘である。ケッツによれば、契約上の付随義務の成否にとって重要なのは当事者の意思でなく、そうした義務の設定が合理的なリスク分配のために必要かどうかである。しかも、このとき契約責任か不法行為責任かは技術的な問題であるに過ぎず、重要ではないと言う。(59)

第八章は、「契約自由のコントロール」を扱う。

まず、ケッツは、賃借人保護・労働者保護・消費者保護の例を挙げて、強行規定によって内容を規制された契約に言及する。その際、ケッツは、規制された契約が用いられるのは、経済的優位者による不利益の押しつけの危険を避けるために契約自由を制限して、社会的正義を実現するのだということが一般に説かれるけれども、契約自由の制限に伴うコストを重視すべきであると説く。特に、事業者が規制に伴うコストの上昇を価格に転嫁できないときには、事業者によるサービスの提供を抑制することとなりかねないのであって、このことを忘れて弱者保護を一面的に強調するのはおろかであるとも言う。

ついで、ケッツは、不公正な契約の問題に言及する。ケッツは、単に給付の不均衡だけで契約を無効とすれば市場の需給調整機能が阻害されてしまうから追加的な要件が必要なのだが、立法者は、たとえば良俗違反だとか、非良心性だとか、状況の濫用だとか、交渉力の不均衡といった一般的定式を立てることができるだけだとし、実際の適用に際しては、事件類型ごとに検討をしなければならないと言う。

さらに、ケッツは、不公正な契約条項の問題にも触れる。そして、ある契約条項が不適切かどうかについては立法者も裁判官も、ある程度不確定概念を用いて判断せざるを得ないのだが、一般的には、契約上のリスクは、より安価な費用でそれを回避できるか、より少ない費用で保険をかけるなどして自衛できる当事者の負担とされるべきだとする。また、個々の当事者が条項の無効を主張できるだけでは、コストを考慮に入れて無効主張をする行動に出ない顧客がいる

ことを考慮に入れて不当な条項を使いつづける業者があるため、不当条項を根絶できないとして、予防的コントロールの必要性を説く。その他、行政的コントロールや刑事制裁、団体訴訟の可能性等をも示唆する。[60]

第九章は、「法律違反と良俗違反」を扱う。第四章と共通する内容が多いが、ここでケッツは、「当事者の真意に基づき合意であっても、法律に反したり、公序良俗に反した契約は無効である」との一般命題を支持する。ひるがえって、フランス法は不法のコーズ理論によって問題を処理するけれども、ここでのコーズは目的や動機を含んだ処理をしており、コーズ概念の有益性は疑問であるとする。[61]

第一〇章は、「錯誤」を扱う。ここで、ケッツは、ローマ法から現在まで続く錯誤理論の展開を見ながら、ヨーロッパ法秩序がどのような場合に錯誤取消を認めるかどうかにつき多様な視点を用いていて、そこに混乱すら見られるという点を指摘する。しかし、すべてのヨーロッパの法秩序で一致していることがあるとし、それは、一方当事者の意思に瑕疵があるということだけでは錯誤主張が認められず、相手方の信頼保護・取引の安全が考慮されているという点であると言う。このとき、ケッツは、「本質的錯誤と人の錯誤、動機錯誤、物の価値についての錯誤」などといったような伝統的な錯誤の分類では、この、契約の有効性を信頼した相手方の利益が錯誤の主張に屈服しなければならないとの理由をほとんど明らかにできないと批判する。

その上で、ケッツは、伝統的な錯誤の分類に代わる視点として、「錯誤主張ができるかどうかは、契約においていずれの当事者がリスクを負担すべきかにかかっている」との見方を提示する。リスクが両当事者に平等に配分されているか、または錯誤相手方に配分されている場合にのみ、錯誤主張ができるとするのである。このような場合として、ケッツは、相手方が錯誤を現に認識していた場合、相手方に錯誤是正義務が課されていた場合、相手方が錯誤者の錯誤を惹起した場合、契約の基礎となる事情について共通錯誤がある場合をあげる。[62]

第一一章は、「詐欺・強迫」を扱う。ここで、とりわけケッツの叙述の特徴が現れているのは、必要な説明をしないことによる詐欺についてである。ケッツによれば、沈黙は説明義務が認められる場合にのみ詐欺となりうるのだが、どのような場合に説明義務が生じるかは、各国の法典も判例の一般命題もほとんど手がかりを与えてくれない。そこで、説明義務の「正しい位置づけ」を図らなければならない。ここで、ケッツは、情報アクセスのためのコストに注目する。そして、相手方よりも情報面で優位に立つというだけで説明義務が成り立つわけではないという点を出発点に置く。自由競争経済社会のもとでの法規範は、情報収集に努力した者が報われるものでなければならず、努力や教育・経験などによって得た情報を相手方に伝えることによって自らの努力を無にするような義務を課してはならないからである。また、情報収集のため努力するようにインセンティブを与えねばならないからでもある。そうであるとすれば、説明義務が成り立つのは、情報の取得が偶然による場合であるか、または相手方よりも著しく小さなコストで情報にアクセスできる場合に限られることになる。(63)

三　第二部「契約への第三者の関与」

第一二章は、「代理」を扱う。最初に、歴史的展開についての概観が来る。大陸法の直接代理の制度は契約を当事者自治の思想から基礎づける自然法に由来するとし、「本人の名で契約を締結する」権限を付与した点に代理の根拠が認められるところ、このコンテクストの中では、本人の名を取引相手方に明示しなかった場合には、委任者である本人に効果が生じないことになり、これが大陸法に見られる代理制度の特徴だと言えるとする。ここで、ケッツは、「本人の名前を示して代理人が行為したか」、それとも「自分の名前で行為したか」で厳密に区別するのが正当なのかはきわめ

て疑わしいと言う。というのも、ケッツによれば、受任者が本人から与えられた権限を逸脱していない場合には、受任者は本人の利益と計算で、しかも受けた指図の枠内で活動しているのだし、当事者が追求する経済的目的も同じだからである。ここで、ケッツは、大陸法が採っているような区別は維持できず、どっちの名前で行為したのであれ経済的機能は同じだと言い、自らの代理理解に適合するものとして、英米法のエージェンシーの制度を挙げる。エージェンシーの制度は、およそ「ある人」が「他人の委任によって」「他人の利益のために」第三者と取引関係に入るという観点から代理の問題を捉えているのであって、これこそが、当事者の追及する経済的目的を体現するものとして適切であると評価するのである。

この関連で、非顕名代理（間接代理）について、ケッツは、本人と第三者の関係をとりあげ、イギリス法とヨーロッパ大陸法の違いを指摘する。本人のための直接請求権についても、第三者から本人に契約上の権利主張ができるかどうかについても、ケッツは、イギリス法に好意的である。前者については、「第三者の給付によって恩恵にあずかるべきは本人だ」ということから、本人のための直接請求権を正当化し、後者については、「代理人無資力の場合につき、契約相手方を害する危険を作り出したのは本人だ」ということから、第三者の本人に対する権利主張を正当化するのである。これは、一九八三年の国際動産売買における代理に関する条約（ジュネーブ条約）の立場でもある。

その他、ケッツは、委任と代理を一個の同一現象として扱う諸国の法制に対して、ドイツのように委任契約関係と代理権授与関係に関する準則は明らかに区別されるべきであるとし、なにもそのような峻別論はドイツだけではないと言う。他方、エージェンシーの制度では代理権授与に関して代理権授与に関する合意が必要とされるけれども、疑わしいとし（本人が第三者に対して直接に意思を表明する外部授権の例を想起せよ）、大陸法のように本人の意思表示だけが要件だとすべきであると説く。

さらに、法定代理につき、ケッツは、英米法ではこのような一般的な観念は知られていないが、英米法でも信託とか、子が訴訟をする場合の「訴訟のための代理人」の制度など個々の制度で代替され、もしくは適切な処理がなされているから、実質的に同じだと説く。

ケッツは、表見代理についても触れ、各国において各種各様だが、どの国も二つの同じ要因を考慮に入れているとする。つまり、それは、「代理権の範囲について第三者の信頼が正当なものであること」と、「本人が責めに帰すべき方法で外観を作出したこと」である。ケッツは、この二つの要因をもとに、第三者が真の事情を解明するための措置を講じるのに要する費用と外観発生防止に要する本人の費用とを比較衡量する中で、表見代理の成否が決せられているのだと言う。しかも、ここでは、「他人よりも少ない費用で危険を避けることができる者に責任が課される」との考え方に依拠した危険分配がなされているのだという理解がされている。(64)

第一三章は、「第三者のためにする契約」を扱う。ここでも、ケッツは、歴史的展開についての概観から入る。そして、イギリスでは、「契約当事者だけが、その契約に基づき訴えを起こすことができる」との原則を立てた上で、おびただしい例外を承認し、今日では法律により第三者のためにする契約を承認しようとする動きがあるが、他方、大陸法では、ローマにおいて「法鎖」としての債務関係の中で第三者固有の訴権が認められ始めたのは古典期後半であり、しかも、負担付贈与という個別事例に限られていたのが、ようやく自然法においてこの制約が打破され、当事者の意思こそが契約の法的効果を決するのであり、契約に基づいて第三者固有の訴権が認められるのだと説明されるようになったとする。また、第三者のためにする契約の理論は、いくつかの国では、契約当事者の行為の結果として第三者が損害を受けた場合に、この第三者に生じた被害を救済するために不法行為法の不備を埋める手段として、実践的に重要な意義があったとする。

その上で、ケッツ自身の考えが示される。まず、契約に基づき第三者が固有の請求権を獲得するかどうかは、それを契約当事者が意図したかどうかによるとする。また、最近の「契約集合体」（建設関係、転貸関係ほか）にも言及し、ここで不法行為法が介入すると、契約法が規律する多数当事者間の危険分配が根底から覆されるとする。さらに、ケッツは、第三者の権利を事後的に奪い取ることができるかを問う。そして、否定的立場を原則とする国もあるが、受益者を指定するときと同様に契約当事者が自由に決めてよく、その上で例外的に保護に値する信頼を有する第三者の保護を図ればよいとして、この方向のドイツ法を支持し、かつ、第二次契約法リステイトメント三一一条も援用する。(65)

第一四章では、「債権譲渡」を扱う。ここでも、まず歴史的展開についての概観がなされ、大陸法・イギリス法双方につき、譲渡不可能から譲渡自由原則の承認に至る発展の過程が示される（この過程において両者は同じであるとする）。その上で、ケッツは、債権譲渡につき債務者への通知が要件でないこと、債権譲渡契約と譲渡の原因となる契約が区別されるべきであるものの、いわゆる原因契約に無効事由があるときには譲渡契約にも無効原因があるのが普通であるから無因性原則の意義は乏しく、両契約を区別するのとしないのとで実際の結論に大差がないこと、債権譲渡禁止特約につき、ドイツ法はこれに違反した譲渡を万人に対する関係で無効としているが、債務者保護のための禁止特約が債権者・譲受人間の優劣争いの道具にされるゆえにこうした処理は理解しがたい上に、債権の流通性をも阻害する結果として信用供与が危うくなるとし、かかる特約を無効とするアメリカ法の方向を正当とすべきことを説く。債権譲渡の効果については、本書における他の章と比較するとき、比較的平板な記述に終始している。(66)

Ⅳ　ヨーロッパ統一契約法の試みと限界

一　ケッツの「ヨーロッパ契約法」に見られる特徴

『ヨーロッパ契約法Ⅰ』に現れたケッツの見解の特徴をまとめると、一言で言えば、①「国内法至上主義の否定」・②「法教義学の方法論批判」・③「実務重視型の機能的契約法の構築」を、④「比較法の方法」に依拠して同時に行っているものと言うことができる。その上で、さらに、次のようなケッツ特有の見方が浮かび上がってくる。それは同時に、ヨーロッパ共通契約法の試みの意義のみならず、限界をも浮き彫りにするものである。

第一に、『ヨーロッパ契約法Ⅰ』では、多くの国内法・条約類を資料として用いているにもかかわらず[67]、法比較の素材の提示にとどまらないケッツの個人的関心からの分析が強く現れている点を指摘しておきたい。各国の法秩序についての客観的な素材描写に徹したラーベルとの違いが、ここにある[68]。『ヨーロッパ契約法Ⅰ』の第二部でもケッツの個性が非常に強く出ていることは、Ⅲの二で示したとおりである[69]。

この単に客観的な素材描写を超えて積極的にヨーロッパ契約法に共通する原理・準則を提示していく点では、ケッツの『ヨーロッパ契約法Ⅰ』は、ヨーロッパ契約法委員会の「ヨーロッパ契約法原則」（さらには、国連動産売買条約や国際商事契約原則）と軌を一にするが、ヨーロッパ共通市場の中での自由な取引を支援する観点で立てられ、個人の自己決定権をベースに準則を組み立てたヨーロッパ契約法委員会の「ヨーロッパ契約法原則」と、「法と経済学」の分析手法に強くひきつけられたケッツの方針との間には、（実際に制度化された部分では大差がないにしても）準則・原理を正当化する際の説明にずれがある[70]。

第二に、ケッツには、法準則の具体的な適用状況（運用実態）をもって契約法のあるべき姿を語らせる姿勢が顕著である。事実関係重視の機能的比較法を標榜するケッツの真骨頂であると同時に、そこには、（右の比較法観とは必ずし

も直結するものではないにもかかわらず）判例へのケッツの強い信頼感、言いかえれば、判例法・裁判官法を重視する傾向が垣間見られる。[71] これには、各国の国内法で妥当しているドグマを重視して、かかるドグマの解析を解釈学の中核に据える法教義学に対し、問題解決をもたらす価値判断（法原理）を覆い隠すことになるとの批判を加え、端的に裁判実務の結果から法準則を演繹するのが有意義であるとするケッツの基本姿勢が反映しているように思われる。

しかしながら、判例重視・実務重視とは言え、判例法・裁判官法というのは、裁判官が適用しようとする国内法に固有の法体系ならびに法制度を前提として、事実を認定し、自国の法体系を体現する規範を適用する――そのために、法的構成を施す――中で生成されてきたものである。その意味で、国内法に基づく体系的思考・法的構成、さらにはその背後にあるその国固有の文化的・社会的・歴史的要因と不即不離なはずではないかとの疑問も残る。もっとも、ケッツは、ヨーロッパの各国契約法が文化・社会・歴史の相違ならびに法制度・問題解決技術の相違にもかかわらず「実質的にそれほど異ならない」上に、ヨーロッパ社会は社会政策・市場政策面での協調に向かっているとの楽観的理解に出ているため、[72] 右の点については、「契約法の基礎理論」を構築するにあたって特殊・例外的事情として視野の外においてよいと考えているように見える。

第三に、ケッツには、法実践への強い関心や、ヨーロッパ契約法の共通準則ならびにそれを支える原理を探求する姿勢とは裏腹に、法的構成を軽視する姿勢が見られる。その理由が法教義学に対するケッツの疑問にあることは明らかである。『ヨーロッパ契約法Ⅰ』において、自らの構想とは基本部分において相容れない国内の法制度ならびに国内法を前提とした法的構成についてはかなり厳しい批判を加えながら、[73] 望ましい制度や法的構成を積極的に提示するということについてはケッツがきわめて謙抑的であるのも、[74] これと同じ理由によるのであろう。

しかしながら、法解釈、しかも契約法における具体的実践を想定した解釈を論ずる以上、法準則を具体的問題に妥当

させる際には、法的構成の問題を避けて通ることはできない。法教義学の方法を否定することは法的構成を論ずることまでを否定するものではなく、かえって、法教義学に代わる法的構成の方法を論証すべきは、ケッツの側に投げ返されているように感じられる。そして、この意味では、ケッツの分析に対して、法的構成の優劣や体系的整合性を十分に論じていないのではないかとの指摘が出されているのも、[75]首肯しうるところである。ケッツの説く事実関係重視の機能主義的契約法理解による場合もなお、望ましい制度や法的構成を積極的に提示する必要がある（ちなみに、法教義学の立場からは、法準則を具体的なドグマに還元し、命題化する作業は必要であるし、しかも、個々のドグマ相互の連関を論ずることは、法原理・法準則間での衡量のあり方を明らかにし、体系的整合性を維持する上で不可欠の作業となる）。

第四に、ケッツは、そもそも法的構成ないし制度レベルでの法統一が必要かどうかについて『ヨーロッパ契約法Ⅰ』の中では、直接に言及していない。このことをどのように受け止めればよいのであろうか。

基本原理・準則レベルでのヨーロッパ契約法の共通化を図った上で、法的構成ないし制度レベルの問題は各国の国内法秩序に委ねる――裁判官らが共通準則のもとで国内契約法の解釈・適用を行う――という選択肢も、可能性としては存在する。「ヨーロッパ契約法」レベルでは個々の国内契約法での制度の運用や法的構成にまで介入する必要はないから、共通準則の獲得に必要な範囲を超えての言及は不要だということになるのであろう。[76]

もっとも、先に紹介した別の論文では、ケッツは、これとは違う選択肢も示している。実際、『ヨーロッパ契約法Ⅰ』において、たとえば、フランスにおけるコーズに依拠した法的構成を「ヨーロッパ契約法」の平面で否定したり、イギリスの約因理論に強い疑問を投げかけているのを見るとき、ケッツは制度レベルでの共通化――その先には「統一法典化」の方向が見える――をも指向しているのではないかと思われる節がある。

第五に、判例重視・実務重視の方針をとりながら、ケッツは、その一方で、ヨーロッパに共通する法原理や準則を抽

出する際に、自らが正当と考えることからは異端となる判例に対して、きわめて厳しい態度を示している。[77] このことは、とりもなおさず、ここでケッツが求めているのは、ある類型的事実を前にして自らが先験的に正しいと考えた価値判断に対応する史実がヨーロッパ世界のどこかの裁判実務において存在しているという実績の検証ではないか、との印象を抱かせる（しかも、そうであるとすれば、調査・探求の対象は、ヨーロッパ諸国の裁判例に限定される必然性はないことになる）。そして、この意味で、ケッツの説く判例重視・実務重視という視点については割り引いて考えなければならない。

それでは、ケッツにとって、価値判断の正当性を支えるものは何なのか。そういうものとして、ケッツは、「法と経済学」の方法に依拠し、厚生経済学の視点を強調している。『ヨーロッパ契約法Ⅰ』では、「リスク」・「コスト」・「効率性」という言葉がキーワードとして多用されている。[78] また、財貨と給付の自由な交換により社会全体の効用を最大化するための制度として契約を理解する意識が強く現れている。取引費用をいかにして最小化するかという観点からの議論も見られる。さらに、これとあわせて、市場メカニズムの重視と、それに関連づけたリベラリズムの理解がなされている。このような効率性重視の方法論は、「効率的であるものが機能的である」との理解を介して、ケッツの唱導する機能的契約法と結びつけられることになる。[79]

ここにおいて、ケッツにとって、比較法の方法は、効率性を確認するための資料探しの手段として用いられている点に注意を要する。端的に言えば、法比較の結果が一致しているときには「効率的だから」ということで説明し、法比較の結果が一致していないときには効率性・機能性に注目して最適と考えられる法準則を選択する姿勢が、ケッツにおいては顕著である。[80] しかし、ここでは、もはや、「ヨーロッパ」というキーワードで括られる世界は、ケッツの視界からは消えているのである。

なお、ケッツが『ヨーロッパ契約法Ⅰ』の中で効率的リスク分配を説く際に、かかるリスク分配を記述した法命題をそれぞれの単元ごとに簡略に提示した反面、提示された複数の法命題（法準則）間での衝突・交錯が発生する場合にどのような処理が「最適」なのかを判断するプロセスが、同書においては示されることなく終わっている。学部学生向けの教科書である点を考慮してのことであろうが、リスク分配面で衝突・交錯する複数の法準則の間での調整については、読者の側に委ねられる結果となっている。この点を捉え、ヘルナー（Hellner）により、次のような問題が示されている。たとえば、一方の当事者が情報を調達することについてよりよい可能性を持っていて、他方の当事者が望ましくない結果を回避することについてよりよい可能性を持っていたというとき、考え方次第で社会全体の効用を増大させるのにはどちらの法準則に優位を認めるかが違ってくる。(81)

さらに、ヘルナーは、ケッツが言うようにいずれの当事者が喪失を回避することができたであろうかを知ることよりも、当該状況下でいずれの当事者が既に発生した損失をもっともよく填補できるのかを知ることのほうが重要な場合がしばしばあることを指摘する。特に、法的紛争になってしまったときには、リスクをどのように分配するか（ケッツ）よりも、リスクがどこに存在しているかを知ることのほうが重要であると言う。ヘルナーは、後者の視点は、法と経済学の考え方とは一致しないとし、その理由を、「法と経済学」の考え方が法準則を契約成立の時点で、つまり、両当事者が契約の対価と条件を決定し、自分たちの行動を計画した時点で考察しようとする点に求める。(82)

二　「ヨーロッパ」契約法の方法論上の限界

以上に挙げた特徴を総括した上で、あらためてⅡの一で述べた「ヨーロッパ共通私法」へ向けての視点を具体化した

と言える今回の『ヨーロッパ契約法Ⅰ』を眺めたとき、私には、ケッツにとって、「ヨーロッパ」という枠で括られる世界における文化的・社会的・歴史的アイデンティティーを探求する視点が薄いように感じられる。先に紹介した論文でも、ケッツはコーイングらのヨーロッパ法制史研究の成果を高く評価しているにもかかわらず、「ヨーロッパ社会」・「ヨーロッパの伝統」という点への積極的なこだわりが少ない。『ヨーロッパ契約法Ⅰ』については、特にそう言える。むしろ、「ヨーロッパ契約法」と言う場合には、ヨーロッパ各国が自国の国内法秩序にのみ目を奪われて比較法的視点を欠いてはならないとの国内法至上主義の否定の見地、いわば消極的な側面から「ヨーロッパ」を取り上げているのであって、このコンテクストでの「ヨーロッパ契約法」は、「国際契約法」・「グローバルな契約法」と置き換えてもよいことになる。

この点が、ローマ法をとりあげながら、ヨーロッパ共通私法の意義を説くツィマーマン（Zimmermann）、クニューテル（Knütel）、シュルツェ（Schulze）らとの違いでもある。とりわけ、ローマ債務関係法の概念・諸制度、とりわけ古典期ローマ法のそれがユスティニアヌス法典を経て現代法に受け継がれたのであることを意識し、現代のヨーロッパ共通私法にとってのローマ法研究の意義を説いたツィマーマンは、そこからさらに、ローマ法律家のカズイスティクな態度を、将来のヨーロッパ共通私法に向けてのモデルとすることをも企図した。[83] これに対して、ケッツは、どうか。法原理・法準則に潜むヨーロッパの文化的・社会的・歴史的基盤の共通性を暗黙の前提にしているのであろうが、こうした点への言及は、『ヨーロッパ契約法Ⅰ』の叙述の中では希薄である。[84]

しかし、そもそも、「ヨーロッパ契約法」というものがあるかどうかが、俎上に載せられるべきである。というのは、いかに広範囲で市場統合がなされているとは言えヨーロッパの多元的社会を前にして、アメリカにおいて州ごとの違いを超えた「アメリカ契約法」が存在すると言うのと同じ意味での「ヨーロッパ契約法」は存在しないのではないかと考

えられるからである。[85] このような疑問にケッツは、どのように答えるのであろうか。ことに、ケッツは、『ヨーロッパ契約法Ⅰ』の中で、無償行為・家族間取引、農業社会における契約のケースを多用し、商取引に特化されていない議論を展開している。[86] それにもかかわらず、文化・社会・歴史面でのヨーロッパの独自性を打ち出していない。ここに違和感を覚えて文化・社会・歴史面での「ヨーロッパ」としての共通性に疑問を呈してヨーロッパ「共通の」契約法を否定する論者、あるいは、これとは正反対に、契約法の一般準則における「ヨーロッパ」としての独自性を否定することを通じて、「契約法に共通する基礎理論」を「ヨーロッパ」限定版で捉える見方に対して疑問を呈する論者が現れるかもしれない。

そうした中でなお「ヨーロッパに共通の契約法」であることを強調する契機は、どこにあるのだろうか。そもそも、文化的・社会的・歴史的価値を内在化している契約法という目で見た場合には、契約法を基礎づける原理の普遍性と、契約法が規律しようとしている人間社会の多元性の調整こそが重要ということになり、「ヨーロッパに共通の」という――一面において普遍的であり、他面において限定的である――修飾語は、この分析があってはじめて意味を持つことになる。しかし、この種の論述は、ケッツの『ヨーロッパ契約法Ⅰ』中には遂に見出すことができなかった。

むしろ、「ヨーロッパ契約法」におけるケッツの叙述には、①「国内法至上主義」を否定した先に、②「法教義学の方法論批判」に拠りつつ体系・法的構成・法的概念の違いを超えて、③グローバル化された「機能的契約法」へと向かうインセンティブが感じ取られる。ケッツの説く「ヨーロッパ契約法」の背後には、取引コストを削減し、社会全体の効用を最大化するような資源の最適配分を行うという態度が様々な局面で現れている。そこからは、仮にケッツの考えに乗るとしても、そこにはもはや「ヨーロッパに共通の契約法」というよりも、「世界に共通の契約法」・「グローバル化された社会の契約法」の準則を定立するきっかけがあるように見える。その伝では、「ヨーロッパ」という障壁を設

ける点に問題があることになる。『比較法原論（第三版）』の中での各論的叙述との共通部分の多さは、ケッツが『ヨーロッパ契約法Ⅰ』で語った準則や基礎理論は、特に取引を対象とした契約関係に関する限りでは、ケッツにとって、もはや「ヨーロッパ」という地域を超えた準則であり、基礎理論となりうるものであることを示唆する。[87] このことからも、『ヨーロッパ契約法Ⅰ』は「ケッツの設定した仮想空間[88]」での「国際統一契約法」を表したものである、との印象が増してくる。

Ⅴ　結びに代えて

1　今から遡ること約三〇年前に、法教義学の存在を強く意識しつつ比較法の意義に接近した北川善太郎[89]は、法解釈学との関連を主とした「実用」比較法において比較されるべき対象は何かという点に触れ、既に次のような重要な指摘をしていた。

それによれば、「比較法研究で比較されるべきものは、同一の『法的事実』に対して実現されている法形成原理である」。そして、ここでの「法的事実の同一性」とは、法適用の三段論法に言う小前提における事実関係（Sachverhalt）に対応するものである。それは、現実に存在する生の「事実」ではなしに、「経験に即して型にはめられ、整序された観念像」であって、「比較者による判断―、解釈―ならびに選択手続の結果」である。[90] このような「法的事実」こそが、比較法上の諸問題が結びつけられる核をなすものである。

北川によれば、その際、「法的事実の同一性」を確証するためには、「法的事実」に現れた「問題」を解決するために採用されている「各国の実定法上の制度」を正確に把握することが重要である。このとき、それぞれの法制度は「法的

構成」を介して把握されるのが通常であるから、「法的構成」の分析・追求が重要となる。しかも、「法的構成」は、各国法において歴史的に制約されつつ形成されてきたものであって、たんなる論理的な表現・形式にとどまらないものであるから、「外国における『法的構成』の特質を正確にとらえないときには危険を伴う」[91]。

他方、北川によれば、比較法において比較されるべき「法形成原理」とは、「法規範の具体的形成のプロセスで判断者によって採用されている原理」を意味する[92]。ここにおいて、「同一の法的事実」に対して「各国固有の『法的構成』を介して」結果として与えられた法的保護が「同一の法形成原理」に基づいている場合には、各法制度の「機能は等価である」。これに対して、「法的構成の同一性」は「原理の同一性」を論理的には何ら保障するものではない[93]。「法形成原理に従ってなされる法的判断は、法的構成から、形式論理の操作によって帰結されるものではない」。

2　事実関係的・機能的比較法をもって――しかも解釈実践に活用することを目指して――法教義学に対峙するケッツの立場と、右に略説した北川の分析とを対照させたとき、前述したような①「国内法至上主義の否定」・②「法教義学の方法論批判」・③「実務重視型の機能的契約法の構築」を、④「比較法の方法」に依拠して同時に行っているケッツの立場において、そのアプローチの何処に問題の根源があるのか、そして、議論すべき対象（右の①から④）の混交を解きほどく手がかりが何処にあるのかが明らかとなる。

少なくとも、比較法に臨む態度、すなわち、「比較法研究で比較されるべきものは、同一の『法的事実』に対して実現されている法形成原理である」という点では、右の北川の分析とケッツの考え方には共通性が認められる。「問題思考」の強さも――「現実類型」の視点を前面に出すかどうかの違いこそあれ[94]――同じと見てよい。決定的に異なるのは、「法的構成」への評価と、「法形成原理」獲得のための方法である。

3　このうち、「法的構成」の位置づけを見てみよう。「法的構成は、各国法において歴史的に制約されつつ形成されてきたものであって、たんなる論理的な表現・形式にとどまらない」（北川）という点について、ケッツの『ヨーロッパ契約法Ⅰ』での説明は、Ⅳで示したように、いくつかの疑問を残した形での叙述に終わっている。

一方において、比較の対象としたヨーロッパ各国の国内法における契約法上の諸制度に関する「法的構成」について、ケッツが適切な分析と評価を与えているのであろうかとの疑問を提起することができる。フランスのコーズ論に対してケッツが与えた評価がこれでよいのかという疑問は、この点に関するものである。ただ、これについては、準則レベルのみの共通化を指向する――国内契約法上の諸制度には触らない――のであれば、獲得された共通準則を具体化する際に各国ごとに国内契約法上の諸制度をどのように構築していくかという問題へと投げ返されることになるから、比較法を利用する国内法解釈学の側での共通準則の受入れ方次第であるということにもなる（しかし、共通準則を獲得する際の素材が「法的構成」を介して知覚される「法的事実」であるとすれば、各国における個別の制度についての「法的構成」を軽視するわけにはいかなくなる[95]）。

他方において、「共通私法の法準則」（北川の言う「法形成原理」の世界に属する）から導かれ得る「共通私法独自の法的構成」と、共通私法が対象とするヨーロッパ世界での「各国国内法上の諸制度に固有の法的構成」との関係をどのように考えるのかは、深刻な問題となる。Ⅱの二で見た二つの矛盾を孕む叙述にかかわる点である。しかも、ケッツにおいては、これに法教義学の方法論批判が付加されて論じられることから、「法的構成」をとりあげる際にも、法教義学の方法に対してどのような態度をとるかが表明されるべきことになる。

このとき、ケッツにおいては、前述したように、国内法至上主義を否定することと、法教義学の方法論を批判することとが一体化している。しかしながら、両者は必ずしも直結するものではなく、「国内法を重視するかどうか」と、「法

教義学の方法論に対してどのような態度表明をするか」で、組み合わせは四通りあり、[96] 法教義学の方法論を批判するケッツは、そのうちの二つの選択肢（国内法を重視するか、重視しないか）を示している（にすぎない）。しかも、この二つの選択肢のいずれをとるのかは、ケッツの『ヨーロッパ契約法Ⅰ』においては不透明である。やや突き放した言い方をすれば、いずれの選択肢を採用するのかについては、読者が『ヨーロッパ契約法Ⅰ』における記述のどの部分に力点を置いてケッツの考え方に共感を示し、あるいは批判を加えるか次第だと言える。

思うに、「統一法典」をめざさない「原理」・「準則」面での統一を指向するのであれば、ヨーロッパという共通項で括られるとは言え多様な文化的・社会的・歴史的特徴を見せる各国・地域を前にしたときに、「国内法に固有の法的構成」を捨てて「契約法一般」につき「共通私法独自の法的構成」にまで至ることは、現時点においては必ずしも賢明な方法とは言えまい。[97] 各国における「法的構成」が具体的な問題解決にとって顕著な相違を生み出している「契約と第三者」の問題につき、『ヨーロッパ契約法Ⅰ』の第二部「契約への第三者の関与」でケッツが提唱した「法的構成」に対し、既に出されている異論は、[98] この点に関する。そうであるとすれば、「法的構成」面では、次のように段階を踏んで考えてはどうであろうか。

まず、グローバル化する現代社会の中では、「共通原理・準則を定立する目的での比較法」に対して、重要な意義を与えるのが適切である。国内法至上主義への批判は、この点においては正しい。

次に、「国内契約法」に目を転じ、こうした比較法の成果として獲得された「共通の原理・準則」により導かれる解決を「同一の法的事実」に対して与えるべく――あるいは、「共通の原理」から逸脱するときには、対立する「法形成原理」を示しながら（ケッツの言う意味での「地方版」として）異なった解決を与えるべく――、国内契約法上における諸制度の意味連関の解明と体系構築、ならびに具体的事件に対する国内契約法の適用レベルでの調整を行うのが望

ましいように思われる。ここにおいて、「国内法ドグマ解析のための原理・準則を探求するための比較法」・「比較法の成果を取りこんだ上での国内契約法を対象とした法教義学」の発展（デレ、カナーリスが提示した視点）が期待されることとなる。これは、国内契約法の「法的構成」を残存させた上での、共通原理・準則定立を目的とした比較法と、国内法ドグマの解析を担う法教義学との連携を意味する。(99)

そのうえで、さらに「法形成原理」のみならず「法的構成」面での統一までもが可能であることが検証された分野において、はじめて、「統一法典」（さらに、これを対象とした法教義学）が成り立ち得ることとなる。

4　ひき続いて、「法形成原理」獲得へ向けた方法を見てみよう。ケッツにあっては、各国国内法における事実的要素（法的事実）・論理的要素（法的構成）・価値的要素（法形成原理）(100)の比較から「共通準則」を確定していくと言うよりは、むしろ、「法的問題解決にあたり、結果の妥当性を確保するためには、ある事実に対して実現されるべき法形成原理は何か」を探求する態度が起点に置かれている。

しかし、この観点からの法形成原理（法準則）の獲得は、何も比較法の方法に拠らずともよいはずである。現にケッツの方法論を純化するならば、「法と経済学」の手法に依拠した上で、「最も安価な費用でリスクを回避し社会全体の効用を増大するように資源を配分する」ことに最大の価値を見出すとの理解に基づき、かかる考量から具体的事件における問題解決のための準則が導き出されると言えば足りる。このコンテクストで比較法の有用性が語られるとすれば、それはせいぜい、経済的効率性分析のための手がかりとなる材料を質量ともに充実させる上で比較法が役に立つという点と、国内法の障壁や国内法相互の抵触が社会全体の効用の増大にとってマイナスに作用するから各国法を比較して共通準則を定立すべきであるという点に認められるにすぎない。

ただ、ここで逆説的に言えば、この点にこそ、比較法という視点――したがってまた、比較私法方法論に対する評価――を抜きにしてなお、ケッツの『ヨーロッパ契約法Ⅰ』に向かい、「契約法の基礎理論」を示した著として同書を位置づけ、そして（批判的考察をも交えて）論評できる面白さがある。とりわけ、現代的契約法理論の展開を見たわが国においては、ケッツの『ヨーロッパ契約法Ⅰ』は、「共通私法方法論」・「比較私法方法論」としてよりも、むしろ、「契約法の基礎理論」を壮大なスケールで展開するものとして、わが国の契約法学（ならびに法学教育のあり方）に大きな意味を持つものと信じて疑わない。

注

（1）北川善太郎「ヘーグ国際動産売買統一法と日本民商法」比較法研究三〇号三九頁以下（一九六九年）、五十嵐清『民法と比較法』（一粒社、一九八四年）一五八頁以下。

（2）曽野和明＝山手正史『国際売買法』（青林書院、一九九三年）一七頁。

（3）当初、EC・EUは、公法の分野におけるのとは対照的に、契約法の統一については消極的であった。ヨーロッパ域内の共通市場の実現にとって契約法の統一が直ちに必要なものとは考えられていなかったことと、（EUの旧東欧諸国等への拡大が現実化しつつある今日は別として、当初は）すべての加盟国において共通市場の基礎となるべき骨格部分、とりわけ、営業の自由、市場経済の採用、特許、商標ほか知的財産の保護について一致が見られていたためこの点について統一私法典で確認する必要が感じ取られていなかったことによる。むしろ、ヨーロッパ・レベルでの私法の同化・統一は、社会政策的に重要な領域か、または新技術の発展により重要となった領域に特化されており（訪問販売の撤回、消費者信用、パック旅行など）、その反面、民商法の核心部分についての同化・統一からは一歩退いていたと言える。しかし、その後、契約法の同化・統一なくして共通市場を観念できないとの認識が醸成され、契約法としての統一作業が開始されたという

経緯がある。Drobnig, Ein Vertragsrecht für Europa, FS Steindorff, (1990) S.1141, S.1142ff.; Ulmer, Von deutschen zum europäischen Privatrecht, JZ 1992, 1ff.

(4) この間の経緯については、高杉直「ヨーロッパ契約法原則について」香川法学一六巻一号一三二頁以下（一九九六年）。

(5) 潮見佳男「最近のヨーロッパにおける契約責任法・履行障害法の展開」同『契約責任の体系』（有斐閣、二〇〇〇年）二一頁以下。

(6) Sandrock, Das Privatrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts: Deutschland-Europa-und die Welt, JZ 1996, 1ff.

(7) 一例を挙げれば、法史学的観点からのものとして、Zimmermann, Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit, JZ 1992, 8ff.; Knütel, Rechtseinheit in Europa und römisches Recht, ZEuP 1994, 244ff.; Schulze, Gemeineuropäisches Privatrecht und Rechtsgeschichte, in: Müller-Graf (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 2.Aufl. (1999) S.149ff. ヨーロッパ共通市場の取引ルールを確立する点に照準を合わせたものとして、Ulmer, a.a.O. [Anm.2] S.5ff.; Drobnig, a.a.O. [Anm.2], S.1141; Lando, European Contract Law, in: Weyers (Hrsg.), Europäisches Vertragsrecht (1997) S.81, 98. 全体を通覧するものとして、Kirchner, Europäisches Vertragsrecht, in: Weyers (Hrsg.), Europäisches Vertragsrecht (1997) S.103, 115ff.

(8) 渡辺達徳「『ヨーロッパ契約法の諸原則』における不履行法の体系（一）～（三）完」法学志林九五巻一号、三号、九六巻三号（一九九七年～一九九八年）。

(9) 以下の叙述は、主にケッツ『ヨーロッパ契約法Ⅰ』ならびに彼の比較私法方法論・共通契約法理解をどのように位置づけるかに当てられる。ヨーロッパ契約法原則の特徴については、その一部につき別の機会に触れることがあったから（注4で掲げた文献参照）、今回は表立って言及することはしない。

(10) 本文で示すように、ケッツがヨーロッパ共通私法を説く場合には、「ヨーロッパ諸国の私法秩序の中に存在している共通性」に注目してのものであるが、これとは異なる意味でヨーロッパ共通私法を論ずるものもある。とりわけ、ミュラー・グラフは、ヨーロッパ共通私法を定義して、「EC諸条約に基づき、すべてのEC（EU）加盟国内で、またはすべてのEC（EU）加盟国に対して拘束力を有する私法の共通準則」と言い、EC（EU）としての統一実体私法設定権限、統一規定の必要性および内容を論ずる。Müller-Graff, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, NJW 1993, 13, 16ff.

(11) Kötz, Rechtsvergleichung und gemeineuropäisches Privatecht, in: Müller-Graf (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 2.Aufl. (1999) S.149ff. この論文については、要約された形で後述する『比較法原論（第三版）』中に取り込まれている。

(12) Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3.Aufl. (1996)

(13) Kötz, a.a.O. [Anm.11],S.150. これと同旨の主張をするものとして、Knütel, Rechtseinheit in Europa und römisches Recht, ZEuP 1994, 244, 268.

(14) Kötz, a.a.O. [Anm.11],S.150.

(15) Kötz, a.a.O. [Anm.11], S.150f.

(16) Kötz, a.a.O. [Anm.11], S.151f.

(17) Kötz, a.a.O. [Anm.11], S.150, 154. 同様に、Drobnig, a.a.O. [Anm.3], S.1145も、一方における「形式的な法統一」(eine formelle Rechtseinheit) と、他方における「契約法秩序」(Vertragsordnungen) の同化、法源の統一性、ならびに法律学・法理論の統一性とを、意識的に区別して論じている。そして、前者が存在していなくても、後者が存在しているために統一市場が機能している例として、アメリカ合衆国、イギリス等の諸国を挙げている。

(18) ただ、実際に公表されたヨーロッパ契約法原則がそこにとどまっているのかどうかについては、疑問がある。むしろ、そこでは、ヨーロッパ契約法に共通する準則（Regel）を立てるということにとどまらず、各国法を収集して比較した上で、望ましい準則は何かを考え、これをヨーロッパ各国に共通に適用可能な制度へと高める意識、「法的構成」までをも支配しようという意識が強いように感じられる。この点では、ヨーロッパ契約法原則には「ヨーロッパ統一契約法典」への試みの兆しが見られ、むしろ、ウィーン国連動産売買条約の方向や、私法領域に属する諸問題に関する数々のＥＣ（ＥＵ）指令と共通する。国際取引・域内取引に伴う法的リスク回避の要請を考慮するときには「統一法典化」への指向が高まることは、見やすい道理である。

(19) Köiz, a.a.O. [Anm.11], S.153で抜粋引用されているのは、Coing, Ius Commune, nationale Kodifikation und Internationale Abkommen, in: Le nuove frontiere del diritto e il problema dell'unificazione, Atti del Congresso Internazionale di Bari I (1979) 171, 192.

(20) Kötz, a.a.O. [Anm.11], S.154.

(21) Kötz, a.a.O. [Anm.11], S.151, 154.
(22) Kötz, a.a.O. [Anm.11], S.155.
(23) Kötz, a.a.O. [Anm.11], S.155. ここでは、各国内法（たとえば、フランス法、ドイツ法、イタリア法）における諸準則は、ヨーロッパの統一法準則として考えられるものの「地方版」としての扱いを受けることになる。
(24) Kötz, a.a.O. [Anm.11], S.154f. また、Drobnig, a.a.O.[Anm.3], S.1150. は、アメリカにおける「契約法」、「契約法リステイトメント」と違っているのは、ヨーロッパ契約法においては、common law と civil law という基本的に異なった法圏間での契約法の統一が指向されている点のみならず、同一の法圏の中においても数世紀にわたり独自の発展を遂げ、一九・二〇世紀の法典化へと至った様々な国内契約法を視野に入れての統一が必要とされている点にあると言う。
(25) Kötz, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, in: Karsten Schmidt (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik (1990) S.84.
(26) 同様に、国内法の存在を所与とした上で「原理」面でのヨーロッパ共通私法（歴史的に生成されてきた私法の共通原理）――さらに、この共通原理を記述する実定法上の諸概念の共通性の確認――の探求を指向するものとして、Schulze, a.a.O. [Anm.7], S.144ff.
(27) Zweigert/Kötz, a.a.O. [Anm.12], S.14.
(28) Zweigert/Kötz, a.a.O. [Anm.12], S.16.
(29) Zweigert/Kötz, a.a.O. [Anm.12], S.17.
(30) Zweigert/Kötz, a.a.O. [Anm.12], S.19.
(31) Zweigert/Kötz, a.a.O. [Anm.12], S.19.
(32) Zweigert/Kötz, a.a.O. [Anm.12], S.23f.
(33) Zweigert/Kötz, a.a.O. [Anm.12], S.24. もっとも、ケッツは、統一法典が制定され、参加国の国内法が排除されたとしても、国内裁判所による統一法典の適用には危険を伴うことを指摘している。統一法典の解釈にとっての最上級審となる国際裁判所が存在しないとき、実質私法を統一したはずが、具体的事件において各国で違った解決がなされ、その結果として再び各国間での抵触法の問題が生ずるからである（a.a.O., S.26）。さらに、国内法が併存する場合の問題点については、本文Ⅱの一を参照せよ。

(34) Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd.1, 2.Aufl. (1984) S.48.
(35) Kötz, a.a.O. [Anm.25], S.84.
(36) Zweigert/Kötz, a.a.O.[Anm.34], S.33ff.
(37) Kötz, a.a.O. [Anm.11], S.157. もっとも、ケッツは、これによって一九世紀のパンデクテン法学もどきの新たな概念法学を展開させようというのではないと述べている。
(38) Rheinstein, Comparative Law and Conflict of Laws in Germany, 2 Chicago Law Review 247 (1935).
(39) Zweigert, Rechtsvergleichung, System und Dogmatik, FS Bötticher (1969) S.443ff. 国内法のドグマと体系を素材とした概念法学・法律実証主義・法教義学を批判し、機能的かつ反教義学的な方法である比較法の手法に依拠して、個別具体的な問題を起点に置いた類型的考察の下、当該具体的な問題を法秩序の中へと位置づける（問題思考）。
(40) Dölle, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung, RabelsZ. 34 (1970) S.403. 同論文については、比較法研究三三号一四八頁（一九七二年）に、大木雅夫による文献紹介がある。
(41) Dölle, a.a.O. [Anm.40] S.403ff., 406, 408.
(42) Dölle, a.a.O. [Anm.40] S.404.
(43) Dölle, a.a.O. [Anm.40] S.406f.
(44) Dölle, a.a.O. [Anm.40] S.406f.
(45) Canaris, Theorienrezeption und Theorienstruktur, FS Kitagawa (1992) S.59ff., S.74ff. カナーリスは法教義学者の代表者とされるが、実定法の適用問題をすべて法教義学の方法で貫徹することを企図しているわけではない。ドイツ民法一三八条（良俗違反の法律行為・暴利行為）、同二四二条（債務履行の際の信義則）といったような一般条項の適用が問題となる局面では、いかに「動的システム」のような手法が発展しようとも、なお、法教義学の方法が妥当しない余地が残ることを認めている（a.a.O. S.76f.）。さらに、この問題に関しては、藤原正則「法ドグマーティクの意味と背景――ドイツの法学方法論との対比――」私法六〇号二四頁以下（一九九八年）も参照されたい。
(46) Canaris, a.a.O.[Anm.45], S.75.
(47) Canaris, a.a.O. [Anm.45], S.79, 81.

(48) Canaris, a.a.O. [Anm.45], S.83.
(49) Canaris, a.a.O. [Anm.45], S.84.
(50) Canaris, a.a.O. [Anm.45], S.84.
(51) Zweigert/Kötz, a.a.O. [Anm.12]., S.158.
(52) Kötz, Europäisches Privatrecht I (1996). 同書についての翻訳として、潮見佳男＝中田邦博＝松岡久和訳『ケッツ・ヨーロッパ契約法Ⅰ』（法律文化社、一九九九年）。原著の書評として、Hellner, ZEuP 1998, 1036ff. がある。
(53) Kötz, a.a.O. [Anm.45], S.1-22. 潮見＝中田＝松岡訳三～一一八頁。
(54) Kötz, a.a.O. [Anm.45], S.23-61. 潮見＝中田＝松岡訳一九～七八頁。
(55) Kötz, a.a.O. [Anm.45], S.62-76. 潮見＝中田＝松岡訳七九～九七頁。
(56) Kötz, a.a.O. [Anm.45], S.77-117. 潮見＝中田＝松岡訳九九～一五〇頁。
(57) Kötz, a.a.O. [Anm.45], S.118-147. 潮見＝中田＝松岡訳一五一～一八八頁。
(58) Kötz, a.a.O. [Anm.45], S.148-161. 潮見＝中田＝松岡訳一八九～二〇五頁。
(59) Kötz, a.a.O. [Anm.45], S.162-188. 潮見＝中田＝松岡訳二〇七～二三九頁。
(60) Kötz, a.a.O. [Anm.45], S.189-234. 潮見＝中田＝松岡訳二四一～二九六頁。
(61) Kötz, a.a.O. [Anm.45], S.235-259. 潮見＝中田＝松岡訳二九七～三二七頁。
(62) Kötz, a.a.O. [Anm.45], S.260-297. 潮見＝中田＝松岡訳三二九～三七四頁。
(63) Kötz, a.a.O. [Anm.45], S.298-325. 潮見＝中田＝松岡訳三七五～四〇八頁。
(64) Kötz, a.a.O. [Anm.45], S.329-370. 潮見＝中田＝松岡訳四一一～四六〇頁。
(65) Kötz, a.a.O. [Anm.45], S.371-398. 潮見＝中田＝松岡訳四六一～四九三頁。
(66) Kötz, a.a.O. [Anm.45], S.399-432. 潮見＝中田＝松岡訳四九五～五三四頁。
(67)『ヨーロッパ契約法Ⅰ』で参照されている法律・条約類には、既に廃止されたものも含め、目についただけでも、次のものがある（訳語は、潮見＝中田＝松岡訳で用いたものを［訳者間で若干の不統一があるが］使用している）。【ドイツ】民法、商法、有限会社法、株式会社法、約款規制法、割賦販売法、訪問販売撤回法、消費者信用法、保険契約法、職業教育

法、通信教育受講者保護法、公証法、第一連邦使用賃貸料法、破産法、一九七四年三月三一日法、なお、プロイセン一般ラント法、【スイス】民法、債務法、【オーストリア】民法、商法、消費者保護法、強制執行法、【ギリシャ】民法、【ポルトガル】民法、一九八五年一〇月二五日法律四四六―八五号、【フランス】民法、商法、消費者法、商事会社法、建築および居住法、保険法、労働法、一九五五年一月四日デクレ二二号、一九七一年六月一二日法律五五六号、一九七二年一月一五日デクレ・ロワ五〇号、一九七五年一二月三一日法律一三三四号、一九七八年一月一〇日法律二三号、一九七八年三月二四日デクレ四六四号、一九八一年一月二日法律一号（ダイイ法）、一九八四年一月二四日法律四六号、一九八五年一月二五日倒産法、一九八六年一二月二三日法、一九九二年七月一三日法律六四五号、【スペイン】民法、【ベルギー】民法、一九九一年六月一二日消費者信用に関する法律、一九九一年七月一四日法、【イタリア】民法、一九九一年二月二一日法、一九九二年一月一五日法律五〇号、一九九二年二月一七日銀行契約法、【オランダ】民法、一九七二年一二月一三日法律七四六号、一九九〇年七月四日消費者信用に関する法律、【スウェーデン】契約法、問屋・商事代理人・出張販売員に関する一九一四年四月一八日法、一九三六年三月七日債権証書法、一九七七年消費者信用法、一九八一年訪問販売法、【ノルウェー】契約法、【フィンランド】契約法、【デンマーク】契約法、【ハンガリー】民法、【チェコ】民法、【ユーゴスラビア】債務法、【ポーランド】民法、【イギリス】詐欺防止法、一八八二年為替手形法、一八八九年ファクタ法、一九二五年財産法、一九五七年妻の地位法、一九七三年公正取引法、一九七四年消費者信用法、一九七七年賃貸借法、一九七七年不公正契約条項法、一九七九年動産売買法、一九八一年事業譲渡規則、一九八二年動産および役務の提供に関する法、一九八六年支払不能法、一九八六年会社法、一九八六年金融サービス法、一九八七年消費者保護法、一九八九年財産法、訪問販売規則、一九八九年会社法、一九九四年消費者契約における不公正条項規制、【ヨーロッパ共通の法規・ルール】ヨーロッパ契約法原則、一九六八年三月九日のEC指令、一九八五年一二月二〇日の営業所以外の場所で締結された契約の場合における消費者保護に関するEC指令、一九八六年一二月二二日の消費者信用に関するEC指令、一九九〇年主催旅行に関するEC指令、消費者契約における濫用条項に関するEC指令、自動車強制責任保険に関するヨーロッパ協定、【国際共通の条約・ルール】国連動産売買条約、国際動産売買におけるエージェンシーに関する条約、ユニドロワ国際商事契約原則、ユニドロワ国際動産売買の有効性に関する準則の統一に関する法律草案、ユニドロワ国際ファクタリングに関する条約、ジュネーブ手形法統一条約・小切手法統一条約、海難救助に関する一九一九年ブュッセル条約、【アメリカ合衆国】統一商事法典

(UCC)、第二次契約法リステイトメント、【その他の国・地域】ニュージーランド一九八二年契約（関係）法、クイーンズランド一九七四年財産法、西オーストラリア一九六九年財産法。

(68) ラーベルと同様の手法を用いて比較法の素材を整理したものとしては、最近のものの中では、ドイツ債務法改正作業に際して公表された Basedow, Die Reform des deutschen Kaufrechts (1988) がある。

(69) Hellner, a.a.O. [Anm.52], S.1038.

(70) ヨーロッパ共通契約法へ向けての準則を定立する際に拠って立つ基盤を異にしているにもかかわらず、ケッツが支持する法準則と「ヨーロッパ契約法原則」で採用されたものとが多く重なり合うのは、理論的には、後者が強い影響を受けた国連動産売買条約ならびに国際商事契約原則で採用されている法準則を、ケッツが当事者間でのリスク分配と社会全体の効用を考慮に入れたときに「効率的」だとして随所で高く評価している点に、その理由を求めることができる。

(71) 私も参加する科研費共同研究（鈴木龍也代表）「ヨーロッパ私法の統一とEU各国契約法の対応」の第二回研究会でなされた松岡久和報告（一九九九年一一月一一日開催）で指摘のあった点である（同教授の承諾を得た上で引用する）。

(72) Kötz, a.a.O. [Anm.11], S.157. 消費者保護政策、環境保護政策、事故補償政策、失業者保護政策などの例を挙げる。この点に関連して、ドロープニク（Drobnig）は、次のように言う。契約法の統一に対峙するのは、国家固有の社会政策的目的による国内法の規律の正当化である。この関連では、契約法すべての完全な統一か、それとも部分的統一か、統一ルールを強行的に捉えるか、それとも任意規定として位置づけるかが問題となる。さらに、統一契約法の適用対象を国際取引に制限したり、契約当事者が明示的に統一契約法を選択した場合にのみ同法によって処理されるといった可能性もあり得る。もっとも、契約法の統一を通じてヨーロッパの統一を図る方向からは、むしろ社会政策面でのヨーロッパのアイデンティティーこそが強調されるべきであろう（Drobnig, a.a.O. [Anm.3], S.1147ff.）。

(73) たとえば、フランスにおけるコーズの理論、条文化された各種の契約解釈準則、第三者のためにする契約の理論、イギリスにおける約因の理論、ドイツにおける債権譲渡禁止特約の効力論や間接代理の理論。なお、松岡・前掲報告では、全体として見たときに、ドイツ契約法に対する好意的評価が目につくとの指摘があった。

(74) そのような中にあっても、申込・承諾ルール、錯誤、代理、債権譲渡の箇所では、望ましい制度や法的構成が積極的に提示されている。これらは、いずれも国際レベルでの制度・法的構成面における統一が図られているか、または図られよ

うとしている分野である。

(75) これについては、(注71) で挙げた松岡報告で指摘があった点である。

(76) しかし、それならば、ケッツが国内法で採用されている制度・法的構成に対して『ヨーロッパ契約法Ⅰ』の中で――単なる原理・準則レベルにとどまらず、制度・法的構成レベルで――批判を加える点には、理解できないところがある。というのは、ある国のある法的構成（たとえば、コーズに依拠した法的構成）を介してヨーロッパ契約法の共通準則が過不足なく実現されているのであれば、その法的構成（そして、右の例では、コーズに依拠した問題解決）には問題はないからである。

(77)『ヨーロッパ契約法Ⅰ』の中で、実際に下された判決に対してケッツが「説得力がない」ことを理由に否定しているもののうち、ほんの一例を挙げると、契約の成立につき発信時説をとったフランス破毀院一九八一年一月七日判決（Kötz, a.a.O. [Anm.45], S.39. 潮見＝中田＝松岡訳四四頁）、契約交渉の破棄に関する Walford v. Miles 事件判決（Kötz, a.a.O. [Anm.45], S.60. 潮見＝中田＝松岡訳六三頁）。

(78) 不法行為法の構想でも、ケッツは、同様の考え方から出た分析を展開している。『ヨーロッパ契約法Ⅰ』と同時期に出された彼の『不法行為法（第七版）』において、特に、事故法の目的（事故回避費用）、過失の規準、使用者責任、危殆化責任の経済学的基礎、物損の場合の賠償範囲、死亡による損害賠償請求権の箇所で、「法と経済学」の手法による分析が試みられている。Kötz, Deliktsrecht, 7.Aufl. (1996) S.18ff., 49ff., 122f., 186, 209f. *vgl.* Hellner, a.a.O. [Anm.52], S.1043.

(79)『ヨーロッパ契約法Ⅰ』に対する書評の中で、ヘルナー（Hellner）は、的確にも、ケッツの契約法理解の根底に厚生経済学の手法を用いた財の最適配分（これによる社会全体の効用の最大化）を見出している。しかしながら、ヘルナーは、それにもかかわらず、ケッツの叙述――特に第一部での叙述――を「意思ドグマ」と「信頼保護」の対立軸で捉え、この対立軸で見たときの各章におけるケッツの叙述における揺れと矛盾を突く論評を主として行ったものであるから、この限りで、ケッツの企図したところとは噛み合わない書評に終わっている。Hellner, a.a.O. [Anm.52], S.1038ff. とりわけ、ヘルナーが、「ケッツは、一般的に、客観的メルクマールを主観的メルクマールに優先させているようである。…［しかしながら、］全体として見たときには、ケッツは、契約法の諸準則の最終目標として信頼保護を置くことに対しても、一定の疑いの念を抱いているように見える。…私がケッツを正しく理解したとき、ケッツの見解によれば、契約法の主たる目的は、経済

学が研究対象として追求している全体の効用を、法準則により増大させる点に存在する。けれども、この全体の効用を増大させるという問題は、法準則の目的として信頼保護を選択することによって解決できるほど容易なものでない。ここにおいて、私は、ケッツと全く同感である」と言うとき（S.1042）、ケッツの問題関心とヘルナーの分析の食い違いが見事に表現されている。

(80) 典型的には、申込の拘束力、情報提供義務、非顕名代理の場面を挙げることができる。

(81) Hellner, a.a.O. [Anm.52], S.1043.

(82) Hellner, a.a.O. [Anm.52], S.1043.

(83) Zimmermann, a.a.O. [Anm.2], S.10f., 18f.; *derselbe*, The Law of Obligations (1992) preface, p.8-10; *derselbe*, Roman Law and European Legal Unity, in: Hartkamp et al, Toward a European Civil Code 2nd. Edition (1998) p.33. *vgl.* Knüiel, a.a.O. [Anm.7], S.249, 251, 262, 269f. も、現在のEU諸国の民法典は非常に広範にローマ法に淵源を有しており、将来のヨーロッパ民法典にとっては、ローマ法（さらに、ユース・コムーネ）から獲得される法的経験が、個々の条項についての理解や一般条項の具体化、法典の補充の際、ならびに将来のヨーロッパ法秩序の統一やヨーロッパ法学の形成の際に有意義であることを指摘する。Schulze, a.a.O. [Anm.7] S.136ff. も同旨。これに対しては、キルヒナー（Kirchner）の批判がある。キルヒナーは、なぜアメリカ合衆国が組み入れられないのか、なぜイングランドが除外されないのかという問いに答えることなしに契約法の「ヨーロッパ化」を法史学的論拠のみによって基礎づけることに疑問を示す。Kirchner, a.a.O. [Anm.7], S.116.

(84) 別の論文でケッツが比較法と法史学の関係について、次のように概括的に述べるときにも、本文中で指摘した点については、所与のものとされているようである。そこでケッツにより説かれているのは、次の点である。すべての法史研究は比較法の操作を伴い、比較法は常に、比較される制度・手続・作業様式・技術が展開する際の基礎となった歴史的条件の下でなされなければならない。法史学と比較法とは双子の姉妹であり、法史的研究と比較法的研究を「関連づけられた包括的なシステム」へと統合するすることが期待される。両研究のこうした関連づけは、今日では、ヨーロッパ共通法の（再）構築と（再）認識へと導くようなスタート・ラインに立つことによって与えられる。しかも、このとき、歴史的かつ比較法的な研究は、規範それ自体の内容が何であって、その規範がどのように発達したのかを切り取って扱うのではなくて、規範がどのように創造され、形成され、適用されたのかというプロセス、つまり、立法技術、解釈方法、判断様式、

ならびに、法律専門家の養成、実務および社会化に取り組むものなのである。Kötz, Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte? JZ 1992, 20, 21f.

(85) Hellner, a.a.O. [Anm.52], S.1037.

(86) これについては、(注71) で挙げた松岡報告で指摘があった点である。

(87) 記述が相当部分において重複する領域として、「契約法における自由と強制」、「行為能力」、「申込と承諾」、「方式規定」、「法律違反と良俗違反」、「真意性の徴表」、「契約解釈」、「錯誤、詐欺、強迫」、「代理」、「債権譲渡」、「第三者のためにする契約」(いずれも、Zweigert/Kötz, a.a.O. [Anm.12]., SS.314-466 の第二四章から三四章までで、その表題に沿って並べた)。「ヨーロッパ私法」と言いながら、その本質において「国際統一私法」を論じているのは、ケッツに限ったことではない。代表的なものとして、ヨーロッパ共同体内部での私法の統一を語る際に、ウィーン国連動産売買条約の方向を支持し、これを他の取引領域や法的諸問題に展開すべき旨を説く Tilmann, Eine Privatrechtskodifikation für Europäische Gemeinschaft? in: Müller-Graf (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 2.Aufl. (1999) S.579ff. 同様に、「ヨーロッパ契約法の原則」を定立するに当たり、国連動産売買条約、国際商事契約原則といった国際的ルール、アメリカ合衆国の統一商事法典、第二次契約法リステイトメントを参照してはばからない Lando, Die Regeln des Europäischen Vertragsrechts, in: Müller-Graf (Hrsg.), a.a.O., S.567ff.; *derselbe*, a.a.O. [Anm.7] S.92, 99.

(88) Kötz, a.a.O. [Anm.45], Vorwort I.

(89) 北川善太郎『日本法学の歴史と理論』(日本評論社、一九六八年)。

(90) 北川・前掲書 (注89) 一八二頁以下、一八七頁。

(91) 北川・前掲書 (注89) 一八三頁以下、一九〇頁。

(92) 北川・前掲書 (注89) 一八四頁。「各国の実定法規範に内在する制度的なもの (契約自由の原則・過失責任の原則・所有権絶対の原理などおよびそれらの修正原理)」のみならず、「それ以外に法の解釈・適用の基準として作用したもの (たとえば、意思主義・表示主義あるいは信頼原理)」を含むものである。

(93) 北川・前掲書 (注89) 一八四頁、一九〇頁。

(94) 北川・前掲書 (注89) 三四二頁以下、同「民法体系論ノート」磯村還暦下 (有斐閣、一九七〇年) 五五頁以下。

(95) この点に関しては、注(76)で指摘した点を、いま一度合わせ参照されたい。

(96) この点に関連して「ヨーロッパ共通契約法」の可能性に触れたキルヒナーは、ヨーロッパ・レベルでの立法措置を伴うか否かという観点から、①ヨーロッパ統一民法典を制定する方法、②統一契約法を作るが、そこにはヨーロッパに共通する「法準則」のみを掲げておき、その適用については、国際契約の場面ではすべての国(EU加盟国)で同一の処理がなされるべきだが、国内契約の場面では国内法の規定が優先するものとする方法、③立法措置を断念し、種々のヨーロッパ国内法秩序の比較を通じて統合される裁判官法の発展を経て法の同化を行なう方法、④法の同化を契約実務の展開に委ねてしまう方法を挙げる。その上で、彼は、国内契約法の規律の相違を前にして、現在のところは、「契約法」としてのヨーロッパ・レベルでの法統一の努力に否定的見解を述べる。むしろ、契約法内部での「個々の規律群」ごとに統一化の問題は異なって考究されるべき点を指摘するのである。Kirchner, a.a.O. [Anm.7] S.109ff, 132f.

また、冒頭でも少し触れたように、「ヨーロッパ共通市場の確立に資する共通私法」という観点からこの問題にアプローチしたウルマー(Ulmer)は、大陸諸国の大民法典およびイギリスにおけるコモン・ロー上の諸原則にとって代わるものとしてヨーロッパ統一私法を創造するのがよいのか、それとも、国内私法を形式的に存続させた上で、結果的にヨーロッパの私法が統一されたと言えるような形で広範に内容面での同化を図るのがよいのかが問題となっていることを自覚した上で、共通市場にとって統一私法が必須のものでないとの理解と(本稿における注(2)も参照のこと)、(訪問販売の撤回とか消費者信用といったような)特化された分野における特別私法としての統一にすら加盟国間での法の同化に困難を要した経験、ならびに国内民法典の改正(たとえば、ドイツ債務法の改正)すら容易でないことから、私法の「包括的」統一を指向する立場に対し、それが現実的でないとして否定的態度をとる(しかも、個々の分野・対象ごとの同化がなされたとしても、国内法規定との抵触をどのように処理するかという問題、統一特別私法の解釈権限をどの機関が保有するかという問題、特別分野・対象に特化したことにより生ずる欠缺をどのようにして補充するかという問題が残るとする)。Ulmer, a.a.O. [Anm.2], S.2, 4, 5f.

(97) *vgl.* Zimmermann, a.a.O. [Anm.2] S.18f.

(98) Hellner, a.a.O. [Anm.52], S.1045f.

(99) シュルツェ(Schulze, a.a.O. [Anm.7] S.147f.)も、もっぱら国内法を対象としていた法律実証主義から私法学を解き放ち、

かつてのヨーロッパ共通法において認められていた教義学的創造力を再び獲得すべきであること、その際、比較法史的方法に対して開かれた方法論的基礎の上で、諸々の国内法の中に存在している歴史的に生成された共通ないし類似の諸原理を「今日の」形態で捉えることの必要性を説く。しかも、シュルツェは、国内法との対決の中で共通私法の「原理構造」に注目することで、様々な特殊性（たとえば、物権行為［処分行為］の独自性・無因性を認めるかどうか）に目をふさぐことなく、個々の国内法における規範的・教義学的亜種を比較法史的に根拠づけられる共通性のもとへと関連づけることが可能となり、これにより、比較法史的基礎の上に諸国の国内法を学問レベル・司法レベル・立法レベルで同化するための足場を築くことが容易になる点を指摘する（a.a.O, S.142, 148.）。

(100) この捉え方は、北川・前掲書（注89）の基礎にあるものである。

【追記】本稿は、二〇〇〇年一月二八日に開催された北大法学会講演会において表題と同じテーマのもとで報告した内容に、当日の議論で話題となった点を加えて書き下ろしたものである。いちいちお名前を挙げることはできないが、講演会参加者各位からは、貴重なご教示をいただいた。また、講演会企画ならびに北大法学論集への掲載に当たっては、瀬川信久教授、吉田邦彦教授のご好意に甘えた。記して謝意を申し上げる。