

契約解釈と対価関係

—オーストリア一般民法典第915条の成立過程の検討を通じて—*

法学部専任講師 堀川 信一

一 はじめに

我が国の意思表示法は、ドイツの意思表示理論の影響から、まず意思表示を動機、効果意思、表示意思、表示行為に分析することから出発する。そして、契約は客観的な表示の合致により成立するが、その表示から推断される意思と内心的効果意思の間に齟齬が存在する場合には意思表示の効力が否定される、と説明されてきた¹。この表示の意味内容が不明確な場合にこれを明らかにする作業が意思表示の解釈である。この意思表示の解釈については、文言の意味に捉われず真意を探求すべきである、との見解が一般的であり²、意思表示の解釈の目的として表示主義をとるか意思主義をとるかといった議論は、今日では過去のものになりつつある³。

ところでかつての議論は、法律行為が契約、単独行為、合同行為と分類できるにもかかわらず、「意思表示」という一方的行為を解釈の対象とすることを当然の前提としてきた。しかし、その後①表示の受領を要する法律行為とそうでない行為の間には、表示受領者の信頼の保護などの点において違いが存在し、②その中でも更に契約に関しては有償契約と無償契約では契約の拘束力や信頼保護の点で違いが存在することから、それぞれにおいて契約解釈の方法が異なるはずではないかとの疑問が提起されるようになった⁴。そして①の問題については特に遺言の解釈と契約解釈の違いについて議論されているが、②の問題に関してはこれまでのところ十分な議論がされていない。磯村教授は、「贈与者丙が受贈者丁と書面により贈与契約をなし、10万円と書くつもりで誤って「100万円を贈与する」と表記し、丁が100万円と信じ、そう信ずることが許される場合には、100万円の贈与契約が成立すると解すべきか」という問題について、無償で利益を受ける者の信頼保護は有償契約の場合のそれに比べ大きくないこと、民551条などの責任軽減規定の存在などを理由に、贈与者の附与した意味にしたがって贈与契約を成立させるべきではないか、と問題提起されている⁵。しかし契約の成立段階と内容確定の段階のいずれにおいても、有償・無償の区別にしたがい解釈基準を変えるべきかどうか、またそもそもその前提として「無償契約は有償契約よりも信頼保護の必要性が低い」という点についても論理必然的にそう言えるかどうか検討する必要があるが、今日、まだ十分に検討が行われてはいない。

ただしこの問題は、契約と意思表示の関係や契約の拘束力の根拠といった契約の基礎理論と

関係する大きなテーマである。そこで本稿では今後のこの問題を検討する際の手がかりを得るために、契約における有償性の有無を基準として契約解釈の方法に違いを持たせているオーストリア一般民法典（以下 ABGB）第915条の規定の成立史を検討することにする。現代における学説・判例の展開については今後の検討に委ねたい。

二 ABGB915条の成立過程

1. ABGB 以前の見解

ABGB915条第1文は「無償契約において (Bei einseitig verbindlichen Verträgen) 疑い⁶が存在する場合には、義務づけられた者に、より重い負担よりも、より軽い負担が課せられることを望んだものと解釈される」と規定し、続いて第2文で「有償契約において (Bei zweiseitig verbindlichen Verträgen) は、不明瞭な表示はそれを使用した者の不利に解釈される」とする⁶。いわゆる「義務負担者有利の原則」と「表現使用者不利の原則」であるが、特徴的なのは、その適用範囲を対価関係の有無と結びつけて規定している点である。なおオーストリアでは19世紀後半になるとドイツ・パンデクテン法学の影響を受け、次第にドイツ流の意思表示理論にしたがい ABGB の規定を説明するようになる。その結果、1912年から1916年に行われた ABGB 部分改正において法律行為法に関する多くの規定が改正された（後述の ABGB914条も含む）。しかしこれから述べる ABGB915条の不明瞭条項解釈準則はそのまま残されることとなった⁷。その理由については改めて検討する必要があるが、一つにはドイツにおいてもこの不明瞭条項解釈準則は必ずしも敵視されていなかったことが大きかったのではないだろうか⁸。ではどのようにしてこの規定が ABGB に採用されたのか、その経緯を見ていくことにしよう。

まずローマ法大全の中には上のような契約解釈準則、特に「表現使用（作成）者不利の原則」を定める法文が多数存在していたが⁹、それらはドイツ前期普通法学へ受け継がれる。そして D.2, 14, 39 (Papinianus)「意味があいまいであるか、あるいは二義的である付款は、売主または賃貸人の不利になる。・・・約款をより明確に述べることは、かかる売主または賃貸人の権能にあったのである」や D.45,1,99,pr. (Celsus)「なんであれ、債務をつよめることにかかわることは、それが文言によって明確に述べられていなければ、省略されたものと理解されるべきである。そして、我々は、原則として、諾約者 (promissor) にしたがって解釈する。というのも、文言を広く言い表すことは、要約者の自由だったからである」という法文から、解釈準則の根拠としての表現使用（作成）者の過失責任 (culpa) が導き出された¹⁰。

オーストリアにおける初の統一的私法典の試みであるテレジア法典（1766）も第3部第2章第179条後段において「そのほか、いかなる方法をもってしても、明確さと確実さが達せられない場合にはじめて、文言の解釈は、理解しかつより明確に表現することがその権能にあった

者の不利におこなわれる」と規定していた¹¹。これは今日でいう狭義の解釈（意味の発見）を尽くしてもなお二義性が残る場合にのみ解釈準則を適用すべしとする不明瞭条項解釈準則の補充性と表現作成者不利の原則の双方を規定するものである。その後同規定はホルテン草案（1772年）に受け継がれるが、マルティニ草案（1794年）において無償契約＝義務負担者有利の原則、有償契約＝表現作成者不利の原則というスタイルをとるようになる。そこでは表現作成者不利の原則に関しては「彼（表現を用いた者※筆者）は、より明確に表現しなければならなかったのにそれを怠ったからである」との文言が条文に明記されており表示過失をその根拠としていたことがうかがえる¹²。

2. 立法者の見解

(1) ABGB915条第1文

このマルティニ草案を原草案 (Ur-Entwurf 1802年) が受け継ぎ、審議を経て1811年に ABGB が制定されるが、ABGB915条の立法過程では簡単な文言の修正にとどまり同条に関する実質的議論は行われなかった¹³。しかし立法を指揮したツァイラー (Franz von Zeiller) は、自身の著作で ABGB915条第1文の「義務負担者有利の原則」を採用した理由を以下のように説明している。まず彼は無償契約 (慈善契約 *wohlthätigen Vertrag*) は約束者の自由を一方向的に制限する契約である、という理解から出発する。これに対して有償契約においては反対債権により自由を拡張・回復することが可能であると述べている。その上で、彼は条項が不明な場合の意思の推定につき、この推定は「自然的自由 (*natürliche Freiheit*)」に有利に働くとし、より高度の自由の制限が契約の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解釈すべきであると述べている¹⁴。つまり、無償契約は有償契約よりも相手方の信頼保護の必要性が低いから、義務負担者の有利に解釈する、というのではなく、規範的観点からする義務負担者の意思の推定が根拠となっている。

ところで、条文からは契約中のある特定の条項が不明確な場合の解釈が主として想定されているが、ある財貨の無償引渡しの合意は存在するがそれが返還約束を伴うかが不明確な場合の性質決定 (つまり贈与か使用貸借か) にもこの条文の適用はあるだろうか。普通法では「贈与 (意思) は推定されない *donatio non praesumitur*」という法格言のもと、贈与の意図 (*animus donandi*) の存在が不明確な場合には、なされた行為は贈与ではなく使用貸借として解釈され、贈与の意図が存在するが対象に対する合意が不明確な場合には贈与者に有利に解釈された。ABGB915条が、贈与の意図の存在が不明確な場合の性質決定の場面まで含んでいるかについては、ツァイラーは明確には述べていないが、おそらく否定されるであろう。後述するがツァイラーはあくまで ABGB914条による狭義の解釈の尽きた後に ABGB915条による解釈をするこ

とを念頭に置いていたが、契約の性質決定はこの狭義の解釈に属するからである。

(2) ABGB915条第2文

次に同条第2文みると、同文は「双務契約の場合には、不明瞭に表示はそれを使用した者の不利に解釈される」と規定されている。これについてツァイラーは、まず誠実な当事者は「平等」を欲し、互いに（少なくとも）等価物を得ようとする、というところから議論を出発させている。そして、有償契約の場合には、推定はこの「平等」に有利に働く、とする。ここから、自ら作成した不明瞭な条項を利用して相手から利益を騙し取り、またはいったん引き受けた負担を軽減することは許されない、と述べいわゆる「表現使用者不利の原則」を有償契約について認めている。なお、表現作成者不利の原則の根拠は、作成者の表示過失にあるとされてきたが（前述二、1）、ツァイラーはこのように、「平等」を根拠に表現使用者不利の原則を導き出そうとしている。このことは、どちらが表現使用者か不明確な場合についても言え、この場合には、条項の不明確さによって利益を得る者の不利に理解されることとなるとしている¹⁵。

(3) ツァイラーにおける等価性原理 (Äquivalenzprinzip) の理解

以上のように、ツァイラーは、二つの不明瞭条項解釈準則を契約における対価関係の有無と結び付けてABGBの中に採用した。そこでその背後にある彼の契約理論についてここで検討しておく必要があるだろう。

まず、彼以前の自然法論における契約理論の中核には、等価性原理 (aequitas, Äquivalenzprinzip) とその基礎となる正当価格論 (iustum pretium, gerechte Preis) というものが存在していた。これは有償契約においては等価交換がなされなければ「ならない」という他律的な契約内容規制の原理であった¹⁶。これに反する契約は「莫大損害 (laesio enormis)」という法理によって契約の解消 (rescissio) か、過不足分の事後的調整による契約維持が認められた。しかし、こうした原理は当時すでに動揺を見せはじめており¹⁷、ツァイラーにおいては、自由な合意に基づき決定された価格こそが「正当な価格」である、と理解されていた。つまり従来の正当価格論はすでに放棄されていた¹⁸。

しかしツァイラーは他方で、通常、誠実な当事者が交渉を重ねれば、交換しあう価値が限り無く等価に接近するはずであるとする（一般的価格）。つまり、売買でいえば売主は高く売ろうと考え、買主は安く買おうと考えることから、自然と互いの交換し合う価値は等しくなるはずであるというのである。そうした一般的価格から著しく外れる契約内容の契約が締結されるのは、お互い納得の上で何か特別な理由に基づき契約が締結される場合か、あるいは当事者の自由な合意形成が十分機能しなかった場合である、ということになる¹⁹。こうした考え方は、ABGB934条、935条²⁰に規定された「莫大損害」にも良く現れており、そこでもツァイラーは、誠実に当事者が交渉した結果、特別な理由から契約に著しい給付不均衡が存在する場合（例え

ば、特別な愛着により一般より高い値段で購入することを約束した場合や、個人的な関係から異常な内容の契約を締結した場合などは契約の効力を否定することはできないが、それ以外の場合（例えば錯誤や暴利に基づく契約の締結の場合）には取り消しを認めている²¹。

以上の理論によれば、契約において一方の当事者が客観的にみて不利な契約を締結することは、それが「自由な合意」に基づくものであるならば、なんら問題はない。だとすると、ある条項が不明確なため一方に危険が生ずる場合には、そうした危険の配分が「自由な合意」に基づく契約の趣旨から導き出されれば、それにしたがった解釈が許されることになる。したがって、当事者の「平等」や「等価性」といった契約外在的規範を根拠に表現作成者不利の原則（作成者不明の場合には利得者不利）や義務負担者有利の原則を適用するのはそうした当事者の意図が発見できなかった場面ということになる。つまり、ツァイラーの等価性原理は準則自体の根拠であると同時にその補充性の根拠でもある、ということになる。

3. ABGB914条と ABGB915条の関係

なお最後に契約解釈一般について定める ABGB914条とこれまでみてきた ABGB915条の関係について確認しておく。

今日 ABGB914条は「契約の解釈においては、表現の字義に捉われることなく当事者の意図を探求し、契約を誠実な取引の慣行に合致するよう理解すべきである」という規定を置いているが、この現行 ABGB914条の規定は、ドイツ民法典（以下 BGB）133条及び157条の影響を受け²²、1916年の ABGB 部分改正により改正されたものである。旧条文は「第一部（第6条）で法律の解釈に関して定められた一般規定は契約に関しても妥当する。とくに疑いのある契約は、それが矛盾を含まず、かつ有効であるように解釈されなければならない」というものであった。なおここで準用されている ABGB 6条は「法律の適用においては、その脈絡における文言の本来の意味と立法者の明確な意図から現れるところの理解と異なる理解をすることは許されない」というものである²³。

このように ABGB では契約の解釈と法律の解釈をひとしいものと考えていた。そしてそれぞれにおいて重視されるのは、表現の一般的意味ではなく、契約当事者（立法者）の意図である。契約当事者の意図が明らかになれば、不明瞭条項解釈準則の適用の余地はないことは先ほど述べたが、ABGB914条が ABGB915条に先行して規定されていることからこのこと明らかである。したがって、テレジア法典のように明言はないが、不明瞭条項解釈準則の補充性は維持されていると見るべきである。

三 検討及び今後の課題

1. ABGB915条の補充性について

ABGBは、規範を定立した者（法律であれば立法者、契約であれば当事者）の意思をまず解釈し、それでもなお表現に多義性が残る場合には、その規範が成立した過程より明らかにする方法をとっていた。表示の客観的意味よりも契約当事者の目的や意図を重視していたことは興味深い点である。今日のオーストリアでは「取引行為（Verkehrsgeschäft）」においては意思理論ではなく信頼理論が妥当し、ある表現が多義性を有する場合には、表示受領者側の理解にしたがって解釈されるとの立場を判例・通説は採っている²⁴。そして、そこでは当事者の意図＝行為目的（Geschäftszweck）、契約目的（Vertragszweck）²⁵、契約の原因（causa）²⁶が確定されることとなるが、この点は旧規定とも一致する。現行ABGB914条はたしかにBGBの影響を受けて成立したものであるが、旧規定が改正された理由はむしろ法律の解釈における立法者意思説の後退にあると思われる。

不明瞭条項解釈準則は以上のような解釈を尽くしてもなお表現に多義性が残る場合の規定であり、ABGB914条、ABGB915条の文言には明確には採用されなかったが、テレジア法典同様、不明瞭条項解釈準則の補充性が受け継がれたものと考えられる（今日でもなおこの補充性の原則は判例・通説において支持されている²⁷）。したがって、契約の性質決定といった契約成立段階での解釈に属する問題については、不明瞭条項解釈準則の適用はないことになる。今日の通説もこれを否定している²⁸。

2. ABGB915条と等価性原理の意義

以上見てきた様に、ABGBの立法者であるツァイラーはその等価性論を出発点としながら、二つの不明瞭条項解釈準則を採用した。本稿における契約解釈において対価関係の有無が与える影響、という問題に関して、ツァイラーは狭義の解釈である契約内容の確定というレベルでは有償契約と無償契約を分けず、当事者の意思や契約締結の経緯などを重視する立場をとっていた。これに対して、不明瞭条項解釈準則に関しては、有償契約においては平等性を重視する立場から使用者不利の原則を基礎づけ、他方、無償契約に関しては、義務負担者の自由の制限を最小限度すべしとする立場から、義務負担者有利の原則を採用していた。つまり、規定上は、当事者の契約目的を明らかにしそこから表示の意味を発見する作業の段階では、有償・無償の区別は意義をもたない。この作業が尽きたときに有償契約と無償契約の区別を前提に規範的解釈が行われることとなる。つまり、ツァイラーの等価性原理が契約解釈においてもつ意義は、不明瞭条項解釈準則の根拠であると同時に、その適用の限界づけ（補充性）の根拠でもあった、ということを確認し得た。

3. 今後の課題

本稿は ABGB915条の成立過程の検討という非常に狭い範囲を扱うものであるのに対して、本稿冒頭で示した問題意識との関係で残された課題は極めて多岐にのぼるが、いくつか今後の課題を示しておきたい。

ABGB915条の趣旨に関してツァイラーは有償契約と無償契約における信頼保護の違いについては言及していなかった。しかし、彼が全くこの問題を知らなかったかというとはそうではない。動機錯誤に関する ABGB901条は「当事者がその同意の動機ないし最終目的を明らかに条件となしたときは、その動機または最終目的は、他の条件と同様にみなされる。その他の場合には、この種の表明は有償契約の効力に影響を与えない。ただし、無償契約の場合には、遺言における諸規定が適用される」と規定するが、その趣旨についてツァイラーは、有償契約においては契約の原因 (causa) が対価の獲得にある以上、契約の原因の原因 (= 間接的原因) にすぎない動機は顧慮されないのに対し、無償契約においては契約の原因が「気前のよさ (Freigebigkeit)」にありそれは動機の内存在とする。つまり、有償契約においては契約の対象に関する錯誤のみが顧慮されるのに対して、無償契約では契約対象に関する錯誤のみならず、人に関する錯誤や、動機錯誤も顧慮されることになる。したがって、無償契約においては、義務負担者の真意が直接顧慮対象となる以上、信頼保護という観点が出てこないという結論になる²⁹。従来から契約解釈と錯誤の関係については議論されてきたが、こうした視点も取り入れて再び再検討する必要もあるのではないかと考える。

そしてさらに、この問題の背後には法律行為、意思表示という概念を意思と表示という二つの要素のみによって理解することの当否が潜んでいる。ドイツやオーストリアでは今日、法律行為論を、私的自治を核としつつ、それを支える補助原理として信頼原理や等価性原理といったものを認める見解が有力である³⁰。我が国においても、近時の法律行為論においては等価性を法律行為の有効性判断に組み込む立場が次第に有力化しつつあるが、こうした原理的検討も今後つづけていく必要があるだろう。

以上とはレベルの異なる問題として、近時の最高裁判例においては、あくまで補足意見ではあるが、信義則や衡平を根拠として約款作成者の責任を解釈のレベルにおいても考慮すべき場合がありうるということが指摘されている³¹。我が国の消費者契約法の審議過程では、「明確性の原則」や「作成者不利の原則」の審議がなされたものの、実際には努力義務として規定されたにとどまる (消費者契約法3条1項)³²。たしかに、契約解釈の場面で常に不明瞭条項解釈準則が適用されることは妥当ではないが、解釈準則による威嚇の効果、信義則に基づく規範的解釈と不明瞭条項解釈準則の関係についてより検討を要するだろう。その際、信義則の中身として等価性のようなものを組み込むことは可能か、検討を要すると思われる³³。

- * なお研究会においては「契約解釈の方法について—オーストリア一般民法典第914条及び第915条の検討—」というタイトルで報告させていただいたが、本報告書作成にあたり当日の議論やその後の成果を踏まえて若干加筆修正を行った関係でタイトル一部改めた。
- 1 たとえば我妻榮『新訂民法総則』286-287頁（岩波書店・1965年）、同『債権各論上巻』54頁（岩波書店・1953年）など。
 - 2 古くは既に大判昭8・11・24（大審院裁判例7巻267頁）が「使用シタル文字ノミニ拘泥スルコトナク文字ト共ニ其ノ解釈ニ資スヘキ当該訴訟事件ノ従来ノ経過等モ参酌シ以テ当事者ノ真意ヲ探求シ其ノ真意カ表示セラレタリト認メ得ラルルヤ否ヲ判定スヘシ」と述べていたが、近時の学説もこれを支持する。
 - 3 意思主義対表示主義という図式はドイツのかつての議論に影響を受けたものであるが、例えばラーレンツ（Karl Larenz）は、意思表示は意思を表示したのではなく、「ある規範が通用すべし」と宣言する「規範設定行為として」の表示である、としている。したがって、行為そのものについて真偽は問題とならず、ただそのような表示に効力を与えるべきかどうか、という問題（有効要件レベルの問題）だけが問題になるとする（Karl Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1930 (Nachdruck 1866) S.88.; Larenz/ Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004, S.442f.）。こうした理論によると、従来の対立は止揚されることとなるだろう。
 - 4 星野英一『民法概論 I』175頁以下（良書普及会・1971年）、磯村保「ドイツにおける法律行為解釈論について（4）完」神戸法学雑誌30号724頁（1981年）、野村豊弘「法律行為の解釈」星野英一編『民法講座（第1巻）』331頁（有斐閣・1984年）。
 - 5 磯村保「法律行為の解釈方法」『ジュリスト増刊・民法の争点 I』32頁（有斐閣・1987年）参照。
 - 6 今日の語感に合わせれば「片務契約」「双務契約」と訳出すべきところだが、立法者ツァイラー（Franz von Zeiller）は「無償契約」と「有償契約」の意味で使用しており、彼の著書 *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gsetzbuch für Gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, Bd.3, 1813*（以下 Zeiller Comm.）§915でも、*wohlthätig* や *entgeltlich* という言葉に置き換えて説明している。今日でもそのように解されている（Koziol/Welser, *Bürgerliches Recht, Bd.1, 12. Aufl., 2001., S.97f.*）。有償・無償、双務・片務の関係が不明確だった時代の名残である。
 - 7 その後出された本格的なコンメンタールでも同規定に対する批判はみられない（Gscnitzer in *Klang Komm. Bd.4, §915*）。
 - 8 ドイツ法律行為論の基礎を築いたサヴィニーは、債権契約の本質は「意思表示の合致」であると、贈与であったとしてもそれは「契約」であること、そしてそれは売買契約と等しい扱いがなされるべきことを述べている点ではツァイラーの契約理論とは対立する。しかし不明瞭条項解釈準則に関しては、表意者の過失を根拠としつつ不明瞭条項より生ずる危険を配分する基準としてこれを採用している（Friedrich Carl von Savigny, *Obligationenrecht, Bd.2, 1853, S.192ff.*）。なおライヒ裁判所の判例では多くの判例においてこの表現作成者不利の原則が利用されていた（例えば RG 120,18 (Urt.v.10.1.1928) など）。
 - 9 例えば、D.34,5,26 (Celsus)「問答契約において、何が約定されているのか問題とされる場合には、二義的であることは、要約者 (stipulator) に不利になる」D.45,1,38 §18 (Ulpianus)「問答契約においては、なにかが約定されているのが問題とされる場合には、文言は、要約者の不利に解釈されるべきである」がある。
 - 10 同内容の法文としては更に D.18,1,21 (Paulus)「付款の意味の曖昧さは、買主よりも、むしろそれを述べた売主に不利にならねばならない、とラベオーは書いた。というのも、彼は、事前により明確に述べたからである」があるが、これもやはり表意者の責任を重視したものとなっている。なお前期普通法学における不明瞭条項解釈準則について詳しくは、野田龍一「前期普通法学における不明瞭規則論」法学論叢（福岡大学）35巻1・2・3号55頁（1991年）参照。
 - 11 Philipp Harras Ritter von Harrasowsky (hrsg.), *Der Codex Theresianus, Bd.3, 1886*.
 - 12 義務負担者有利の原則に関しては、プロイセン一般ラント法 (ALR 1796年) 1.5. §268の「その他の解釈規則がすべて役に立たない場合、曖昧な箇所は、義務を負担する者に最も軽い負担がかかるように解釈されねばな

らない」に従ったものとされているが、なぜマルティニが義務負担者有利の原則を採用したのか、その積極的理由については今回確認することができなかった。今後の課題としたい。

- 13 原草案第2部45条(旧 ABGB914条)と46条(現 ABGB915条)は、1805年2月11日の第81読会で審議された。しかしそこでの議論は簡単な文言の追加や修正(例えば45条に「全て不明確な契約は無効である」との文言の追加、46条の「dunkele」という文言を「undeutliche」に変更など)が行われたに過ぎない。またその後の修正草案の段階(1807年9月21日第148読会)でも45条に追加された文言の削除(理由は現 ABGB869条に記載したため)が行われたのみで規定の趣旨等に関する議論はない(Jurius Ofner, *Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. II*, 1887, S.22f.u.S.405.)。
- 14 Zeiller Comm.,Bd.3, §915.
- 15 Zeiller Comm.,Bd.3, §915.
- 16 たとえば、グロチウス、プーフェンドルフ、ヴォルフらがこうした立場に立っていた。詳しくは篠津安恕『失われた契約理論』(昭和堂・1998年)37-48頁、同『私法理論のパラダイム転換と契約理論の再編』91-120頁(昭和堂・2001年)参照。
- 17 たとえばトマジウスは莫大損害を「偽りの衡平(aequitas cerebrina)」と呼んでいた。トマジウスの莫大損害批判に関しては、「継受ローマ法をめぐるクリスティアン・トマジウスの理論と実務—契約に対する実質的コントロール—」法と政治第36巻第3号93頁以下(1985年)参照。
- 18 Franz von Zeiller, *Das natürliche Privat-Recht*, 3. Aufl., 1819., §128.
- 19 Zeiller, a.a.O., §128. なおこのように有償契約が一般的で無償契約は特殊(無償≡単独行為)と理解する考え方は、近世自然法論においては一般的であった。前期自然法論では「契約 contractus」は主として「対価を伴う行為 actus utilis」と理解され、そこでは契約の本質的構成要素は価値の交換であるとされていた(例えばグロチウス)。契約の本質的構成要素が「約束」(条件付義務負担行為)となるのはヴォルフに至ってからである。こうした契約理論の変遷に関しては滝沢昌彦『契約成立プロセスの研究』1-32頁(有斐閣・2003年)参照。
- 20 ABGB934条「双務行為(zweiseitig Geschäft)において一方当事者が一般的価値において相手方に与えたものの半分も得ない場合には、法律は損害を被った当事者に取消及び原状回復を請求する権利を与える。ただし、相手方が一般的価値まで損害を填補すれば、当該行為を維持することができる」ABGB935条「この法的手段は、それを明確に放棄した場合、特別な愛着からものを特別な価格で購入することを明示した場合、彼が真の価値を認識していたにもかかわらず、あえて不均衡な価値について同意した場合、さらに、個人的関係から有償と無償の契約を混ぜて契約した場合、本来の価値がもはや認識できない場合、最後に裁判所によってものが競売に付された場合には、認められない」
- 21 Zeiller, a.a.O., §128.
- 22 BGB133条「意思表示の解釈に関しては真実の意思が探求されるべきであって表現の文言的な意味に拘泥してはならない」BGB157条「契約は取引の慣習を考慮し信義誠実の要求にしたがい解釈しなければならない」
- 23 さらに ABGB 7条は「法律事件が、法律の文言からも、法律の本来の意味からも解決されない場合には、法律に規定されている類似しかつ重要な事例とそれとともに適用される他の法律の基礎に考慮しなければならない。法律事件がなお疑いを残している場合には、注意ぶかく諸状況を斟酌し、自然的法原理にしたがって判断されなければならない」と規定している。
- 24 OGH JBI 1987,378「契約の解釈においては914条にしたがい、いわゆる意思理論ではなくいわゆる信託理論が妥当する。つまり、契約当事者の内心に隠れた意図は重要ではなく、むしろ表示受領者が、用いられた表現を誠実な取引の慣行にしたがい理解したであろうように解釈されねばならない。不明確な契約条項は解釈により矛盾を含まず、かつ有効なものとなる」また Kozol-Welser, Bd. I, S.96にも同様の見解が述べられている。
- 25 OGH JBI 1988,38「914条によれば、契約の解釈においては文言の意味に拘泥することなく、当事者の意図を探求し、契約が誠実な取引の慣行に合致するように理解されねばならない。したがってまずは、文言の意味から出発すべきである。しかし解釈者は、そこにとどまることは許されない。解釈者はむしろ、表示の相手方に認識可能な表意者の意図を探求しなければならない。・・・なにが誠実な取引の慣行に合致するのかという

- 判断においても、契約目的が決定的に重要である。契約は誠実な契約当事者間において理解されたであろうように解釈されなければならない」
- 26 OGH EvBl 1957/397「ABGBは取引行為の解釈において意思理論を否定し信頼理論にしたがっている。914条における当事者の意図とは、それに関して合意が表示されている行為の目的、すなわち契約の原因 (causa) 以外のなにものでもない」
- 27 たとえばOGH JBl 1993,583やRummel Komm., §915 Rz.1.; Rudluf Welsler,Vertragsauslegung, Gutlaubenserwerb und Freiheitserzitzung bei der Wegeservitut,JBl 1983,9f. など。
- 28 今日の通説はABGB915条1項は、契約内容の負担の量的大小を問題としているのであり（つまり契約内容の確定）、契約の性質決定のための準則ではないとの理由で反対する（Rummel in Rummel Komm. §915 ; Herbert Zemen,In Zweifel Darlehen oder Leihe statt Schenkung? JBl 1986,215.）が、判例の中にはOGH SZ 51/92 (Urt.v.15.6.1978) のように認めるものもある。事実関係は次のようなものであった。父親（原告）が、その息子が新たにマイホームを建築するというので、自己の貯金を息子に「交付」した。息子は無事、家を新築したが、11年後死亡した。その後、息子の相続人（被告）を相手に本件金銭の返還を請求した。請求原因として、原告は金銭消費貸借の成立を主張したが、これに対して被告は贈与であると反論した。OGHは対価の合意がなされなかったことの立証はある。したがって本件契約が無償契約であることは明らかである。915条1項によれば、重い負担よりも少ない負担の方に解釈されることとなるから、本件の場合、無償行為は贈与としてではなく、消費貸借としてなされたこととなると判示している。
- 29 Zeiller Comm.,Bd.2, §901. 詳しくは拙稿「契約類型と動機錯誤」一橋論叢第135巻1号77頁（2006年）参照。
- 30 例えばF.ビドリンスキー法律行為法の構造を規定する諸力 (maßgebende normative Kräfte) として意思的自己規定 (意思理論)、契約遵守「約束は守られるべし」、取引の安全 (信頼理論)、給付の内容的等価性 (契約正義)、といった規定的諸力の協働による法律行為法の理解し、私的自治だけが私法が主要原理ではないことを述べる (Franz Bydlinski,,Privatautonomie und objective Grundlage der pflichtenden Rechtsgeschäft,1964.)
- 31 保険金請求時における事故の偶然性の立証責任をめぐる最判平13・4・20民集55・3・682、なお最判平19・6・11判時1980・69ではフランチャイズ契約における対価計算方法の合意の解釈が争われ、そこでは、補足意見においてフランチャイザーが容易に明確な条項を作成し得たにもかかわらずそれを怠ったことにつき問題を指摘する。その上で錯誤無効による処理も可能であることを指摘している。
- 32 詳しくは後藤巻則『消費者契約の法理論』206頁以下 (弘文堂・2002年) 参照。
- 33 平井宣雄「前注 (§ §90-98) [法律行為]」『新版注釈民法 (3)』84頁以下 (2003年) では、規範的解釈の諸基準を導き出す根拠として交換的正義 (なお莫大損害はその発現形態であるとされている) をあげる。