

神戸市外国語大学 学術情報リポジトリ

The transformation of Japanese contract law (1)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2005-09-30 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 大島, 和夫, Oshima, Kazuo メールアドレス: 所属:
URL	https://kobe-cufs.repo.nii.ac.jp/records/689

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 International License.



契約法の変容(その1)

——消費者契約法と労働契約法の登場——

大 島 和 夫

はじめに

- 1 民法の改正と特別法制定の意味
- 2 現代における私的自治と契約理論(以上, 本号)
- 3 消費者保護と契約法
- 4 労働契約法

まとめ

はじめに

契約法を取り巻く情勢が変化し、契約法の中に大きな変化が生じている。そのことが、契約法の基礎的な考え方や解釈に影響を及ぼすことは当然に考えられる。以前から、割賦販売法や訪問販売法の中にクーリングオフという制度があったが、2000年に成立した消費者契約法は、それをさらに進めて、威圧的な販売や説明不足の契約に対して消費者の側から一方的な契約の解除を行うことを認めた。2000年に名称変更して改正された特定商取引に関する法律も不当な消費者契約に対する行政の関与を強めた。これらの「消費者契約」に関する法は、当事者が「任意」に締結した契約の効力を否定したり制限したりする点において、一見すると近代市民法の原則である「私的自治の尊重」に反しているように見える。しかし、実際には消費者の生活を守るという点で「私的自治」を保障するものである。本稿では現代の契約法の変化を、個別領域における契約法の制定が一般法である民法にどのような影響を与えるのかという視点から検討する。

1 民法の改正と特別法制定の意味

1977年に行われた私法学会のシンポジウムにおいて、消費者法はあくまでも消費者問題に対処するための個別法か、それとも民法体系内に浸透して民法法理自体を修正していくものなのかが議論された。^{*1}この問題は、民法の体系をどのように考えるかということと密接に結びついている。

契約法も含めて、民法自体が明治30年代に不平等条約改正のために先進国であるフランス等をモデルとして立法作業が始められたといういきさつからすると、当時の日本の社会に内在する契約を類型化したものというよりは、先進国であるフランス、ドイツ、イギリスの制度にならったものという方が正しいであろう。^{*2}その結果、導入されたヨーロッパ型の制度の中には日本では殆ど利用されないものもでてきた。夫婦間の権利の時効の停止（159条）、不動産質権（356条以下）、終身定期金（689条以下）、相続法の財産分離（941条以下）、数種類の特別方式の遺言（976条以下）等である。さらに、当時の資本主義社会の発展段階から、複雑なルール自体が形成されていなかったこともある。そのために譲渡担保、所有権留保、有価証券をめぐる取引、知的所有権の取り扱いなどは法典化されていなかった。

その後、社会と経済が複雑化するにつれ、判例によって必要なルールが確立され、その中のいくらかは特別法として立法化された。仮登記担保契約、有価証券取引に関する契約、財団抵当、知的所有権に関する法律などである。根抵当と根保証については、民法の中に付加されたが、一般的に言って、財産や取引に関する立法を行う場合に、民法本体には手を付けないというのが、基本的な考え方であったように思われる。

*1 大村敦『契約法から消費者法へ』東大出版（1999年）12頁以下参照。

*2 立法に先行して、当時の民事慣習や商事慣習が調査され、貴重な報告書としてまとめられている。土地と建物を一体の不動産として扱うか、それとも別々の不動産として認めるかといった選択にみられるように、このような慣習の調査が影響を与えたことも明らかである。しかし、契約法の立法化については、近代的な法制度を整備するという目的のために、ヨーロッパのモデルの方が重視されたことは明らかである。

(1) 時代の変化に契約法を合わせるという場合、まず行われたのは、裁判官の解釈による変更である。これについては、内田貴の概観が適切である。^{*3} それによれば、日本の裁判官の多くは、民法典の規律でカバーできない契約紛争に対して、信義誠実の原則を適用して解決してきた。内田に従って、それらは契約義務の拡大傾向として捉えることができ、それらを類型的にまとめると、契約交渉の不当破棄を制限するもの、説明義務、契約条件を改訂する再交渉義務、相手方の損害を防止するための作為義務を認めるもの、契約関係の解消を制限するもの、契約上の利害を調整するものの6つにまとめることができる。内田は、判例によるこのような信義則をめぐる新たな契約法の流れを、内在的規範の実定法への吸い上げとして理解し、吸い上げられた契約規範を關係的契約モデルを中核とする新たな契約法として解釈学的に構成するという試みが、伝統的な契約法学に対して新たな展望を開くことが期待されるとする。

内田の主張はかなり綿密なものであるが、信義則をめぐる判例の変化を「内在的規範の実定法への吸い上げ」と言えるかが問題となる。判例は確かに実質的に意味における民法である。しかし、例えば利息制限法の超過利息をめぐる最高裁の判例の変化をみれば分かるように、解釈による変更は立法による変更には及ばない。即ち、1960年代に最高裁が2つの大法廷判決を出して、利息制限法の制限利率を超える過払い金について不当利得の返還請求を認めても、1983年に貸金業の規制等に関する法律が制定されると、この貸金業法の認める範囲内で利息制限法の超過利息が有効とされてしまった。^{*4}

以上のことからすると、信義則をめぐる裁判例は、たしかに契約法のルールを大きく変えている。しかし、それは日本の民法の415条前段や493条前段

* 3 内田貴『契約の時代』岩波書店（2000年）73頁以下。

* 4 最大判1962年6月13日・民集16卷1340頁は制限超過利息の元本充当を否定したが、最大判1964年11月18日・民集18卷1868頁は元本充当を肯定し、最大判1968年11月13日・民集22卷2526頁は不当利得の返還請求を認めた。ところが1983年に貸金業法が施行されたため、最2小判1990年1月22日・民集44卷332頁は、貸金業法43条の任意支払において、利息制限法の超過利息を有効な利息として承認した。

の規定が、きわめて多義的で包括的な表現をとっていることから生じている現象であり、今後、判例が形成してきたルールを変更する立法がなされれば簡単に覆ってしまう。従って「内在的規範の実定法への吸い上げ」というためには、やはり立法によって確認ないし承認されることが必要となる。

(2) この点から考えると、民法典の成立以降、契約法の領域においても多くの特別法が制定されてきた。しかし、全体として見るならば契約に関する個別立法が民法本体に影響を与えることはなかった。

契約に関する主な特別法には次のようなものがある。

利息制限法	旧法1877年，新法1954年	民事ルール
建物保護法	1909年～1992年	民事ルール
借地法	1921年～1992年	民事ルール
借家法	1921年～1992年	民事ルール
小作契約		
農地調整法	1938年（農地の引渡に賃借権の対抗力）	民事ルール
小作料統制令	1939年12月	行政取締ルール
臨時農地価格統制令	1941年2月	行政取締ルール
米穀生産奨励金交付規則	1941年12月（米の2重価格）	行政取締ルール
自作農創設特別措置法	1946年12月	強制買収
農地調整法改正法	1946年12月	強制買収
独占禁止法	1947年	行政取締ルール
労働基準法	1947年	行政取締，民事ルール， 集団決定ルール
労働組合法	1949年	集団決定ルール
農地法	1952年	行政取締ルール

		(ただし3条と5条に民事ルール)
出資の受け入れ，預かり金等の取締に関する法律		
	1954年	刑事ルール
割賦販売法	1961年	行政取締ルール
不当景品及び不当表示防止法	1962年	行政取締ルール
特定商取引に関する法律（訪問販売法1976年）		
	2000年	行政取締，民事ルール
仮登記担保契約に関する法律	1978年	民事ルール
無限連鎖講の防止に関する法律	1978年	刑事ルール
特定商品等の預託等取引契約に関する法律		
	1986年	民事ルール，刑事ルール
消費者契約法	2000年	民事ルール

民事ルールとは、ルールに違反した契約の効力を否定したり、意思表示の取消や契約の解除を主張することを認める規律の仕方を指す。行政取締ルールとは、ルールに違反した行為に対して行政的な処分を行う規律の仕方で、処分の中心は行政罰を課すことである。刑事ルールは刑事罰を科すことである。なお、割賦販売法、特定商取引に関する法律にも刑事ルールはあるが、これらの法律においては副次的ルールである。これに対して、出資法、無限連鎖講防止法においては刑事ルールが中心であり、特定商品預託取引契約法においても重要な役割を担っている。集団決定ルールは労働法にみられるルールで、個人の権利主体ではなく、労働組合という団体に使用者とのルール形成を認める点が特徴である。

このようにして、現実の法生活においては多くの特別法が重要な働きをしており、そこにおいては民法のルールとは異なったルールが適用されている。このことがなぜ、民法典に影響を与えなかったのだろうか。

(3) 民法典の改正は、戦後の新憲法の制定にともなって1947年に親族・相

続編が全面改正されて以降、大きなものは次の7つに過ぎない。

1962年 同時死亡の推定と代襲相続規定の明確化

1966年 地下空間地上権の設定

1971年 根抵当権に関する規定の新設

1976年 離婚による復氏の例外の承認

1980年 法定相続分の改定

1987年 特別養子制度の創設

1999年 無能力者制度の改定

62年の改正は太平洋戦争による死亡者の財産処理の必要によるものであり、66年の改正は土地の高度利用の進展によるものであり、71年の改正は担保制度の実際の運用を取り込むためのものである。66年改正と71年改正は社会の現実の動きを法が後から追認したものと評価できる。これに対し、80年からの改正は、家族関係における個人の尊厳と自立をめぐる国民の意識の変化に対応して、一定の規範的な考え方に基づいて積極的な改正を行ったものと評価できる。なお、民法の改正の中には、それ自体で完結するのではなく他の法制度の変更と連動しているものもある。1999年の改正は介護保険法の施行に合わせたもので、制限行為能力者の人格に配慮したものである。

2004年の民法の現代語化は、保証契約については実質的な改正を行ったが、それ以外については基本的に表現のみの改正であった。

一方、契約法については、上に述べたような特別法の制定はあっても、民法本体においては1896年以来、根抵当の設定契約と保証契約を除くと実質的な大きな改正はなかった。

このように歴史を通して民法全体を眺めてみると、新憲法の施行のように、やむを得ない変更や、国民の意識が大きく変化したあとでなければ、改正は行われてこなかったと評価できる。現に、法制審議会が改正を決定して国会

に法案が提出される直前になって改正が見送られた1996年の民法改正案の場合には、法律家のレベルで改正の合意が形成されても、与党の政治家がその内容に反対すれば法案の提出自体が困難であることを改めて認識させた。^{*5}

このように考えると、民法典の改正は、必要やむを得ない場合か、国民全体の意識が明確に変化し政治家もそれを無視できなくなる段階に達した場合でなければ困難なことが分かる。その意味において契約法に関しては、担保設定契約を除いては改正の必要が強く感じてこられなかった。ところが、特別法においては、契約に関する立法は、上で見たように相次いだのである。その内容は、当事者による「自由」な合意を、法が制限するというものであった。

(4) 特別法による契約の（自由な合意の）制限は、市民法の原理の修正としてとらえるべきであろうか。古典的市民法原理としては、権利能力の平等、私的自治、過失責任主義がよくあげられる。これらの原理は、家や団体が個人の自己決定を制約することを規制しようとするものであった。そして自由な取引を制限するもろもろの制度を廃止し、中世的な法にみられた利息や売買代金の制限（実質的正義を実現するためとされていた）が廃止され、土地所有権の純化（同一の土地に対して複数の所有権を認めない）などが進められた。もっとも明治の日本では家による家族の規制は廃止されず、男女の行為能力の平等についても受け入れられなかった。しかし、戦後は、労働法、独禁法、消費者法などによって、契約領域の多くが国家の規制を受けるようになってきた。損害賠償についても、交通事故や労災では保険の役割の方がはるかに重要となってきた（最終的には民法の損害賠償責任が決定的であるとしても）。こうして、契約や損害賠償の領域においては、明らかに当事者自治から社会的な規制（あるいは民法外の制度）への流れが生まれた。一方で、市民の法生活が、①契約法の領域、②土地などの財産秩序の領域（行政

*5 法案の内容は、夫婦別姓の選択を認めること、5年以上の別居を離婚原因に追加すること（与党の政治家はこれには賛成した）、婚外子に対する差別を廃止することであった。

的規制の拡大がみられる), ③社会保険の領域(医療, 介護, 損害賠償)などに分化・収斂していつている。④また, 従来は公共サービスとされていた教育などの領域も見直しが進められ, あらためて私法と公法の区分についても再検討がせまられている。特に, 証券取引などの市場秩序については経済的な分析に基づいた法制度設計が求められるようになってきた。

こうして, 21世紀には対症療法的な規制(または制度設計)が数多く積み重ねられるようになってきた。そうすると, 改めて制度全般を見通した制度設計が求められるようになる。その典型が2005年の会社法の制定であったが, 残念ながら, 見直しの方向が間違っているように思われる。このような考え方に対しては, 法律の体系性など不要であるという考え方もありうる。社会の不断のダイナミズムからすれば, 法律は開かれた体系であるべきだというものである。この考え方は間違っていないが, 少なくとも相互に矛盾するようなルールや, 理念と異なるルールについては, 見直す必要があることは間違いない。さらに, 一般と特殊ということで, ルールの内容が異なっても, 本当に構わないのかについても検討する必要がある。つまり, 消費者法や労働契約法における契約の変化は, 私法の一般である民法にも, 当然に影響を与えるのではないのかを検討する必要がある。

民法が私法の一般法であることの意味が, そのときどきの市民の法生活を取り込んで, 可能な限り現実の法生活のカタログ(紛争解決の見取り図)を作るという意味であれば, 特別法のルールをその都度取り込んで民法自体も変容すべきであろう。これを変容説と呼ぼう。

これに対しては, 歴史的な原型を保つべきという考え方もありうる。法典の中に法発展の道筋を残しておくことにもそれなりに意味がある。それによって現実のルールの理解が深まることもあろう。民法は法制史の領域にシフトすべきという考え方である。これを原型説と呼ぼう。ただし, これはいかにも学者的発想であって, 市民や学生には受けないであろう。

(5) 当事者自治から社会的な規制(あるいは民法外の制度)への流れとい

う表現について、注意が必要である。当事者自治とは、契約における両当事者が契約の内容に納得して合意することを指す。従って、これは当然に以下のことを前提にしている。①両当事者に行為能力があること。②両当事者が保有している情報の間違いが、取引相手によるものでないこと。③両当事者が相手をだます手段を用いないこと、である。この3つの前提を満たしていない場合には、契約が当事者自治によって成立したとは表現しない。

②の情報の保有では、それぞれの当事者が保有する情報の内容と量は当然に異なるし、法はそのこと自体は問題にしない。従って、保有情報の誤りが問題となるのは、情報の間違いが広い意味での契約形成過程に原因がある場合において、契約締結上の過失や、意思と表示の不一致、瑕疵ある意思表示が認められる場合に限られる。

③の交渉における不実行為の禁止については、民法において公序良俗違反、詐欺・強迫に関するルールと信義則上の諸付随義務によって処理されている。この領域では、営業上のトークと信義則上の義務違反の区別が重要な問題となる。例えば、「お隣のAさんは、この契約で大きな利益をあげました」とか、「いまシロアリ除去工事をしなければ、この家はいずれ崩壊します」とか、「トリハロメタンは発ガン物質なのでイオンアルカリ浄水器が必要です」とか、「あの世で幸せに暮らすためには、立派な戒名が必要です」といった文句等である。

以下では、変容説と原型説を検討するために、契約における私的自治についての、これまでの学説を検討する。

2 現代における私的自治と契約理論

(1) 星野英一は、日本においては私的自治の原則はなお重要であるが、契約における自由と干渉は政策判断にかかっていると^{*6}する。今日では、社会

* 6 星野英一「現代における契約」『岩波講座現代法』第8巻(1966年)所収。

的事実として多数を占める契約においては事実上一方当事者の自由のみがあって相手方当事者の自由はない。そして、これに対する多くの司法的・立法的規制は、契約の自由に対して多くの制限をしている。したがって、今日では契約の自由が原則であってその制限が例外であるとするのは、あまりにも多くの場合を例外とするものであって適当でないとされる。契約には自由と干渉が錯綜すると見るのが正しいであろう。^{*7}

こうして、星野は、契約自由から契約正義への移行を主張する。^{*8} 契約の正義においては、まず配分的正義が重要であるとする。これは、所得の再分配のことを意味しているようであり、経済政策の問題としつつ、契約法学者も関心を怠ってはいけないとする。次に平均的正義（対価的均衡）に言及しているが、これは両当事者が契約で達成しようとする目的と、その効用の大きさを測るものであるために難問であるとする。

次に、「思想としての契約の縮小と技術としての契約の拡大」について言及し、人間関係形成の技術としての契約の意義は今後一層重要になるとしている。これは、重要な指摘であって、現在進められている構造改革においても、さらには現代国家の一般的傾向としても、従来は国家や自治体などの公共部門が担うべきとされていたかなりの公共サービスが、実は市場において私的なサービスとして提供が可能であることが理解され、運輸、通信、金融などにおいては、市場に委ねた方が効率的な運用と公正な配分が可能であることが判明してきた。さらには、行政サービスのかなりの部分が民間委託される傾向にある。所得の再配分という観点からすれば、このような傾向を高く評価することはできないが、財政の肥大化と硬直性を回避するという観点からは、ある程度避けられない。そうなると、介護保険、医療や年金に関する私保険、行政事務の民間委託などにおいて契約の果たす役割は増加する。次に、国民の金融資産の増加にともなって金融資産に関する契約の重要性が

* 7 星野英一「契約・契約思想の歴史と比較法」『岩波講座基本法学』第4巻（1983年）30頁以下。

* 8 星野英一・前掲論文47頁以下。

増し、さらに労働形態の多様化と労働契約法の制定にともなって雇用における契約の比重も拡大することが予想される。また2005年の会社法の制定は、投資家が株式を取得したり、企業が自社株を取得したり、企業が他の企業を吸収・合併したりするとき、および企業を設立するときどのような形態を選択するかなどの場合において、契約の果たしうる役割を大幅に拡大した。^{*9}

このように、資源の利用における契約の比重は高まる一方なのである。ところが、日本の民法学は、このような状況にまるで対応し切れていない。星野はつぎのように締めくくっている。「日本の民法学は、レトロスペクティブな検討としては、最近の研究の進展は著しいものの、一方で、契約の西欧近代法的定義とその原理とされるものの一部を無批判に輸入し、……惰性的にこれを説き続け、他方で西欧近代契約原理のうち重要なものを看過したまままで最近に至っている。……欧米のどこの国でも緊要の問題として続々と立法されてきている附合契約ないし約款規制についての立法的提言もない。（具体的な法律現象や約款規制）の研究はかなり多いとはいえ、それらを従来の契約の一般理論に接合させたり、ましてや新しい契約理論を建設しようとする試みはほとんどなされておらず……、約款の合理的規制の問題は今日の緊急な立法問題ではないだろうか。」^{*10}

以上のように、星野は、契約自由から契約正義への移行（理性による意思の修正または否定）を主張し、利用範囲が拡大され、特別法によって多くのルールが造られつつある今日的契約をめぐる状況が民法の契約理論一般にフィードバックされるべきこと、また約款の合理的規制の問題が今日の緊急な立法問題であることを主張したのである。

(2) 約款と契約の自由の関係については、原島重義が次のように述べている。約款においては、本来の私的自治・契約理論に立ち返る必要がある。契約自由は私的自治の現象形式のひとつである。自己決定が私的自治・契約自

*9 特別法も関係するが、いくつかの企業がジョイント・ベンチャー企業を立ち上げようとするときに、従来型の無限責任組合とは別に有限責任組合も選択できるようになった。

*10 星野英一「契約・契約思想の歴史と比較法」54頁以下。

由の規定要素である。約款による契約を通常の契約締結に近づける必要がある。そのためには最小限度の取入れ要件の確認と原則的な内容コントロールという2つの補強を施して、はじめて約款は正当性をもちうることを認めるべきである。約款による契約においては当事者の自由な合意なしに任意規定から離れることはできない。約款の内容コントロールは、限に存在する契約の自由を制限するのではなく、契約が一方的に形成され、そのために私的自治・契約の自由が存在しない場合が典型的にありうるが故に行われると解する方が実態に合致する。私的自治の原則から内容コントロールを認める。

このような作業は約款の法的取り扱いを再び契約法の領域に連れ戻すのであるから、立法によればもちろん、法解釈によってもある程度できるはずである。しかし、連れ戻すには、法律行為の一般原則、一般的契約法にそれだけの中味がなければならない。ところが、取入れ要件に関しては日本の民法学の蓄積は十分ではない。内容コントロールについても、一般原則から論ずべきことが多く残されている。2つの補強工事は、同時に法律行為論・契約の基礎理論の見直し作業である。^{*11}

現代社会では、約款使用取引に象徴されるように、ますます契約原理が無視され、私的自治や契約の自由がまったく空疎なものになってしまうような経済的・社会的条件が進行している。市民法の崩壊をもたらす社会的状況がますます進行するからこそ、市民法の再認識が課題となる。立法による取入れ要件の法定や、裁判所による内容コントロールは、実質的契約自由の実現である。自由な「意思」の不在が契約への介入の根拠であるから、私的自治が確保されているならば、その結果の当・不当は問題とされず、介入は正当化されない。^{*12}

原島の主張は、約款の効力に関して、実質的契約自由を実現するために取入れ要件の法定や、裁判所による内容コントロールが必要とするものであり、

*11 原島重義「約款と契約の自由」『現代契約法大系1』有斐閣（1983年）所収。

*12 原島重義「約款と『市民法』論」『法の科学』12号（1984年）所収。

この点では星野と異なる。また、2つの補強工事は、同時に法律行為論・契約の基礎理論の見直し作業であるということも、特別法による多くのルールが造られる状況が民法の契約理論一般にフィードバックされるべきとする星野の主張と通じるものである。違うのは、約款も含めた契約の拘束力の根拠を星野は合意の合理性に置き、原島は当事者の実質的な合意に置く点である。なお、この契約の拘束力の根拠については、具体的な契約の効力を一般的原則から説明するためのものではなく、あくまでも契約の基礎的な原理という意味であることに注意して欲しい。現実には、基礎原理→一般的ルール設定→具体的な契約規範→個別的解釈、という階層性が存在するからである。^{*13}

(3) 原島とは異なり、合意の意味を掘り下げて、客観的な社会関係の理解から導かれるべきとするのが山下末人である。

山下によれば、私的自治の現代的な課題は、合意が客観的な社会関係に多様な仕方で規定される、そのされ方を明らかにすることにある。意思表示は表意者個人の意思の表示であるが、同時に、社会関係を形成する社会的行為である。従って、その意味と内容は表意者個人の意思に基づくものでありながら、表意者とは別の客観的な社会構造に規定されざるを得ないとする。

意思表示は、客観的な社会関係の一部として、表意者の意思とは独自の意味をもつ。

① 個人意思が、そのまま、彼が属する社会の意思と叫ぶようなところ(家族関係など)では、私的自治は単に個人意思自治にとどまらず、その社会の形成原理でもある。

② しかし、資本と労働の対立に根本的に規定され、個人と社会が対立する局面では、個人意思・行為は、そのまま社会的意味を持ち得ない。

商品交換を法的に媒介する契約では、当事者の一方の自己決定は、相手方の自己決定との共働によって展開しうるので、他人の自己決定の尊重から自

*13 原島重義「約款と契約の自由」37頁注1参照。

己の自己決定の内在的制限が必然となる。さらに当事者双方の合意が必要であるから、法秩序にかなった双方の了解が要件となる。他者との関係づけによって始めて、個人の自由は法秩序の中で現実的意味をもち、そして私的自治は一つの主要法原理となる。

また、私的自治・自己決定は、契約当事者間に力の不平等があれば、相互の正当な利益調整の機能を果たし得ず、優者によって濫用される。そこで契約正義による調整が必要となる。^{*14}

現代法律行為論にとって重要な視点は、自己決定的行為の結果が行為者に帰責せしめられる帰責の論理構造を明らかにしなければならないということである。それは法律行為の妥当根拠としての、自己決定(行為)と客観的法秩序の具体的関連構造を解明することでもある。また、行為結果を誰の意思実現とみるかをめぐり、行為者と相手方(社会)との間の利害調整的価値判断でもある。

以上のように、山下は、自己決定的な意思の効力をそのまま認める場合と、正義による調整が不可欠な場合を区別する。行為の結果が特定個人の自己決定的意思の実現としてのみとらえられる限りは、その結果を志向する人間の意思の存否が帰責判断を決定する要素と捉えてよいが、それが現実にとどれだけ存在するかは難しい問題である。これに対し、行為の結果が行為者の意思の実現としてのみではとらえられず、意思の及ばない自然的・社会的諸要素も加わって生じた結果については、帰責判断は意思関係よりも社会的な利害調整判断となる。^{*15}おそらく、山下説では、殆どの場合がこれにあたるであろう。

山下は、ドイツにおける現代的契約論の展開を紹介している。まず、経済法的角度から私法契約論に対する問題提起をしたメストメッカーを取り上げる。メストメッカーは、契約はその中に経済的關係が反映している意思関係

*14 山下末人『法律行為論の現代的展開』法律文化社(1987年)227頁以下。

*15 山下前掲231頁以下。

であるとしながら、契約的交換は法の事実であるとする。契約制度の経済的・社会的作用が承認されるならば、私的自治形成の法的前提の問題が明らかになる。

メストメッカーによれば、経済秩序と私法秩序の関連を理解するためには、個々の交換の構造を洞察することと同時に、個々の交換の秩序づけの力がミクロコスモスから多角的なマクロコスモスに拡がっていくことの洞察が重要である。このように理解された私法秩序の規範的性格から、法律行為論的私的自治の前提と限界が展開されなければならない。

契約の自由は当事者と第三者の平等な自由を自ら保証しない。契約自由は相対的に同じ力の当事者間でのみ、その秩序づけの力を完全に展開しうるのであるが、この前提を実現するものは契約自由の行使から成立する競争である。したがって、競争を守る法は私法秩序の不可欠の構成部分とならなければならない。^{*16}

メストメッカーの言いたかったことは、私の理解では、事実として存在する契約の理解において、経済秩序に基礎づけられた私法秩序・契約が、同時に競争秩序を維持するものとして解釈されなければならないということである。

山下は次にライザーを取り上げる。ライザーは、私法と公法を分離して理解してはいけないと主張したことで有名である。ライザーは、社会＝福祉国家的傾向の圧力の下で、国家の介入が明らかに増加し、私法適用領域が収縮されてくるとし、契約は市場における財・給付の交換のみならず、カルテル契約その他として経済的力の構築と保証に使用されるとした。しかし、伝統的契約原理によるだけでは、そこで提起された秩序づけの課題を果たし得ない。それは、経済的有力者の手で法技術的に使われる道具になる危険があり、競争が十分に行われない場合には、市場経済の理論的前提である市場関係者の経済的機会平等を保証し、経済力をコントロールするのに十分な力を発揮

*16 山下前掲233頁以下。

しえない。現代法での私法・公法の関係は、2つの完結した領域でも、統一
体へ融合するものでもなく、2つの焦点をもった一つの楕円であるとする。

山下はライザーの主張を次のようにまとめている。共同体の秩序としての
法に契約自由の制限は内在する。その場合、個別的契約形成についての正義
が問題ではなく、一般的に法制度としての契約の、秩序にしたがった利用が
問題である。しかし、同時に自己責任的形成への自由の価値と、自己創造的
人間秩序への可能性としての契約の意味ももちろん重要である。

このような現代的契約論の展開の中で、山下は「制度としての契約」論に
注目した。その代表的論者がライザーであった。ライザーによれば、法制度
とは、客観的法によって秩序づけられる類型的生活関係である。法の2つの
課題である権利保護と制度保護は、私法の2つの形成原理としてお互いに補
充し、かつ相対的緊張関係を生み出す。「制度」概念が有用かつ必要なのは、
主観的権利の侵害がなくても「制度」的に保護された利益の保護が要求され
る場合である。不正競争防止法は競争者の利益のみでなく、消費者・一般公
衆の競争に対する信頼、競争秩序自体が保護対象となっているが、この場合
解釈学的にも「制度」保護の思想が重要となる。

制度保護においては、私法は利益を侵害された個人の自発的な共働を認め、
彼の利益の調整を助ける。しかし、この利益保護は、主観的権利侵害におけ
るような権利者のためではなく、制度保護の目的を達成するための手段とし
て行われるのであり、個人はその請求権を行使することによって全法秩序の
受任者 Funktionär として行為する。また、私法は、個人への主観的権利
の配分によって、主観的権利の束 Bündel として構成されるが、それは個
人の力領域の限界付けによる個人の並存のみを保証することができる。しか
し、法制度の課題は、個人の並存から協同を作り出すための力の正当な使用
を保証することにある。

このような制度的考察を契約について行うとき、契約は法的に規制された
市場経済の機能的に関連する法制度と理解され、この経済体制の基本原理に

反するその利用には、制度に内在する制約に基づき、何らの法的保護が認められないことになる。^{*17}

以上の検討を踏まえて、山下は次のように結論づけている。契約は人間が自由意思において形成する一つの客観的社会関係である。契約成立の段階で自己決定が不可欠の要素であるとみなしなければならないが、それだけでなく、個人の自由という意味において、契約関係の全過程を通じて保障されるべきであり、その内容も形成される客観的社会関係に多様な仕方で規定されるものとして捉えるべきである。^{*18}

このように、山下にあっては、合意や意思が「社会関係に規定される」という理解が中心になっている。現代契約の意味構造の把握に際しては、契約がひとつの社会関係として、個人の自由意思による社会関係の形成という側面と、それと対立する資本の論理に規定された物的な社会関係という側面が互いに規定し合っていることを認識し、統一的に捉えるべきであるとする。契約は私的自治を核心とする人間関係であるから、契約においては個人の自由意思による形成の側面を強調し、それを契約関係全体へ拡充し、資本の論理に規定される側面を克服する方向において貫徹すべきであるとする。以上のことから、民法においても、消費者法においても、契約の会社においては、客観的社会関係を踏まえた当事者意思の解釈こそ重要ということなる。

(4) 山下の考え方を具体化しようとするのが、安井宏の主張である。古典的意思理論は、個人と社会との現実的な相互規定関係を捨象した抽象的意思概念である。一度表示された意思は、その成立動機あるいはその成立の基礎となる社会関係を離れた完全な法的意思となり、原則として裁判官のコントロールを許さないものとなる。しかし、このような古典理論は、市民の階層分化が進み、現代的契約が普及した現代社会では、その妥当基盤を失うと考

*17 山下前掲238頁以下。なお、山下が引用しているライザーの1960年の論文については、大島和夫「近代市民法の理念と契約理論」法律時報1994年7月号38頁以下に詳しく紹介しておいた。

*18 山下前掲248頁以下。

えられる。それ故、契約における現代的諸課題の解決のためには、抽象的市民を前提にした意思概念から、階層分化を前提とし、かつ社会関係を反映した意思概念に転化することが必要であるとする。^{*19}

私的自治を現代社会に適合するように実質化するとは、意思表示の概念に現実の社会関係を反映させることによって可能になると考えられる。具体的には、私的自治すなわち決定の自由や意思表示の概念と契約当事者の特性あるいは契約・約款の内容とを、古典理論のように分離せず、後者の内容の面から前者を実質的に考えていくことであり、より具体的には、対価関係にみあった合理的条項については、予めの包括的な合意がある場合には合意あり、逆に対価関係の存在しない不合理条項については、予めの包括的な合意があっても、合意なしと考えることになろう。

この場合の対価とは、経済的なそれだけでなく、権利に見合った義務が存在するという法的対価関係を含めて考えるべきである。また、対価の問題と合意の判断を分離するのではなく、例えば対価の観点から意思表示の瑕疵・欠缺の問題を考えていくというように、対価あるいは契約当事者の特性から意思表示の諸問題を考えていくことが必要であろう。

安井の主張は、山下の主張を現実の解釈問題に引きつけて、具体化しようとする姿勢がうかがえる。ただし、権利にみあった義務としての対価、契約当事者が契約の締結によって得ることを期待している諸利益には、長期、短期、確実、投機的、温情的、関係維持的なものなど、千差万別なものがあり、そこに「対価的均衡」の判断を持ち込むことはきわめて困難である。むしろ、その実質的判断を回避するという工夫が近代法の形式主義であったといえる。

現代の日本の私法においても、当事者の合意を制限する工夫は積み重ねられてきた。しかし、そのやり方は「対価的均衡」の判断よりも「手続的公正」の面に置かれているように思われる。即ち、当事者の能力と知識に大きな差が存在し、そのような情報と交渉力の不均衡の下で結ばれた契約を是正しな

*19 安井宏『法律行為・約款論の現代的展開』法律文化社(1995年)66頁以下。

いことが社会的に非合理と判断することが可能な場合には合意を制限するというものである。結局、現実の契約の多くが「対価関係にみあった合理的条項」と「対価関係の存在しない不合理条項」の二つに区分することができないほど複雑であるということであろう。

(5) 内田貴は、古典的な契約理論は多くの局面においてもはや妥当根拠を失っており、現代においては、新たな契約の実務の中から、新たに形成された規範を吸い上げて、それらを類型的に理解し、理論化する必要があるとする。

内田は現代の契約をとりまく変化を3つにまとめている。第1は、現代の契約が膨大な数の特別法や判例法理のもとで存在していること、第2は、それらの特別法や判例法理を眺めると、契約自由の原則を修正し、契約当事者に何らかの意味での新たな義務を課すという性質のものが増加していること、第3は、比較的最近になって規制緩和の思想が生じてきたことである。

その上で、日本社会における現代的契約の3つの特殊性として、第1に、日本的取引慣行をあげ、第2に、裁判所が契約の解釈を比較的自由に行うことをあげている。第3は、日本に限ったことではないが、民法が定める典型契約にはない新たな契約類型が次々と登場していることをあげている。リース契約、フランチャイズ契約、ライセンス契約、旅行契約、代理店契約などである。

これらを踏まえて、内田が提起した第1の問題は、特別法によって展開された新たな規制や、裁判例によって認められた新たな義務と、民法の古典的な契約理論は、現在ではどちらが原則で、どちらが例外なのかである。^{*20}

第2の問題は、契約と不法行為の限界があいまいになってきており、契約交渉過程における注意義務違反のように、債務不履行でも不法行為でも認められるといった領域が拡大していることである。^{*21}

*20 内田貴『契約の時代』岩波書店（2000年）19頁。

*21 ただし、私の考えによれば、このような限界があいまいになってきた理由のひとつには、日本の法学者や裁判官が、理論的な区別にあまりこだわらず、比較的簡単に請求権の競合を認めてきたということがあるように思われる。

第3の問題は、日本の法をエールリッヒにしたがって「生ける法」と形式的法に区別した場合に、裁判を回避して現実に行われている契約実務が「生ける法」だとすると、裁判において取り扱われている実定契約法は「死せる法」なのだろうかということである。

第4は、民法の典型契約が新たに登場した契約類型の前ではもはや意味を失っているのではないかということである。というのも、今日の新たな契約類型は、契約関係の継続性を重視するものが多く、そこには両当事者の共通の目標がある。そこで、当事者は、契約の進行に応じて、徐々にいろいろな義務を発生させたり、義務を修正させたりしていく。このようなことは、「古典的な契約法の規定をどう結びつけても出てこない法理」^{*22}だからである。

以上を踏まえて、現実の契約の内容と新たな契約観について、次のように述べている。現実の契約（ここでは消費者契約を念頭に置いている）においては、当事者は契約を締結する前の段階から、その契約によって達成しようとする事柄について一定の期待を有している。^{*23}さらに相手方の契約誘因行動によって一定の信頼を形成している。したがって、このような期待や信頼が裏切られた場合には、消費者は不当だと感じ、相手方に何らかの責任が生ずべきだという意識を持つ。この場合、どの程度までの期待が合理的かという判断には、たんなる当事者の合意を超えた、総合的な事情が考慮されることになる。同じことは企業間取引においてはもっと顕著で、当該企業が属している業界の様々なしきたりや常識が取引のベースにある。こうして、いろいろな社会的条件が契約の背後にあって契約内容を規定している。

以上の分析が当たっているとすると、古典的契約像（契約内容が当事者の自由な意思に委ねられているという観念）が近代の契約法のモデルになりうるのか。古典的な契約観念は、それを支えていた個人主義的な自由主義という契約思想の故に広く支持されたと考えられる。ところが、現在ではその契

*22 内田前掲24頁。

*23 期待が市民生活の中において果たす役割については、大島和夫『期待権と条件理論』法律文化社（2005年）の第1章を参照。

約思想が破綻してきたので、古典的契約モデルが破綻してきたのである。

19世紀に支配的になった個人主義的自由主義の思想は、資本主義が成立（近代市民法が成立）するときに人々に共有されていた倫理観である「自由で自律的な個人の尊重」を宣言していた。もちろん、これは理念であって現実に広範に存在したというわけではない。しかし、現代では、近代市民法および古典的契約観を支えていたこの個人主義的自由主義が理念としても妥当性を失ってきたのではないかとする。^{*24} 以上のような検討に基づいて内田は現代社会における契約法をめぐる現象は、新たな契約像とそれを支える思想を模索する動きであるとして、関係的契約という考え方を展開する。

(6) これまでみてきた契約に関する議論をまとめてみよう。

契約の基礎理論が、ヨーロッパの個人主義的自由主義の思想に基づいて発生してきたことは異論がない。^{*25} このヨーロッパの伝統を継受して評価するのが、原島重義である。そこには、個人主義的自由主義の思想を確立することが現在の日本においてもまだまだ重要であるとの認識がある。この点は私も全く同感である。一方、星野英一は、契約自由から契約正義への移行（理性による意思の修正または否定）を主張し、特別法によって多くのルールが造られつつある今日的契約をめぐる状況が民法の契約理論一般にフィードバックされるべきこと、また約款の合理的規制の問題が今日の緊急な立法問題であることを主張する。山下末人、安井宏は、現実の社会構造（競争秩序）に規定されている合意の内容を客観的に分析することによって、合理的な解釈を導くべきとする。内田貴は、現実の取引慣行の中に存在する契約ルールを実定的契約規範に吸い上げることによって、新たな契約理論を形成すべきであるとする。

これらの理論は一見するとお互いに論争しあい、大きく違っているようにみえるが、よく考えてみると大きな相違はないように思われる。

*24 内田前掲26～29頁。

*25 詳しくは、大島和夫「現代の市民法と契約の自由1～3」外大論叢34巻6号、35巻5号、36巻1号及び「契約をめぐる法理論の歴史」神戸外大『外国学研究』29号を参照。

古典的契約思想は、契約の拘束力、成立根拠にとって決定的であるものが、形式ではなく、個人の意思であることを明白にした。つまり、何が決定的であるのかを明らかにしたのであって、いわば必要条件を明らかにした。したがって十分条件を明らかにしたのではない。即ち「自由な意思のみによって契約内容を自由に決定できる」としたわけではない。中世までの「訴権を伴うか」などの形式的条件下では、そもそも合理的解釈の余地すら困難であったものを、「契約の成立は合意による」とすることによって、後は解釈の問題に委ねたのである。

現代でも、個人主義的自由主義、古典的契約観は妥当性を失っていない。ただし、注意しなければならないのは、合意による契約の成立（私的自治）だけから契約の合理的解釈を導くことは無理だということである。それは、近代市民法が登場したときから全く変わらない。契約の合理性の獲得、環境条件に合わせた合理的解釈は、その次の作業として残されている。

山下が解釈において、意思表示の意味と内容が客観的社会構造に規定されざるを得ないという場合には、その「規定」の中味が問題である。山下の場合には、社会構造に規定された合意の理解から、個別的な解釈を引き出すことができるとする。原島の場合には一見するとそうではないように見えるが、当事者の実質的な合意に契約の拘束力の根拠を置くといっても、それは原理的なものであって、個別的な解釈を引き出す場合には、個別の契約に即した具体的な契約規範を明らかにした上で、個別的な解釈を導くようである。即ち、約款の解釈の場合には、最小限度の取入れ要件の確認と原則的な内容コントロールという2つの補強を施して、はじめて約款は正当性をもちうるというようにである。そうすると、両者の間にはそれほどの差はない。図式的に示すと

基礎原理→一般的ルール設定→具体的な契約規範→個別的解釈

という階層性の存在を認めれば、山下、安井の場合には具体的な契約規範の分析に重点が置かれ、原島の場合には一般的ルール設定の所に重点が置か

れているとみることができる。これに対し星野の場合には、基礎原理のレベルで契約の自由から契約の正義へという転換が主張されているし、内田の場合にも基礎原理そのものについて、古典的契約思想が縮小し、新たな契約思想にとって代わられつつあるとする点で、異なっている。

以上のことから、本稿のテーマに即して言えば、星野と内田にあっては、新たな契約思想の台頭に対して民法の規律も当然に変化すべしという変容説に結びつく。これに対して、原島、山下、安井説にあっては、当然には変容説に結びつかない。まず、原島の場合には、基礎原理としての古典的契約法思想には、依然として重要性が残されているのであるから、基本法としての民法の契約ルールは維持すべきということになる。山下、安井説の場合には、その時々々の社会構造によって当事者意思が規定されるというダイナミックな考え方であるから、基本法としての民法が頻繁に改正されることが望ましくないとすれば、特別法や裁判官の解釈による変容の方が適合的ということになる。

ただし、原島、山下、安井の場合には、基本法としての民法を頻繁に改正すべきではないとしても、約款規制法などの契約を規制する（私的自治を実質化する）特別法については、積極的に立法化を進めるべきとしていることに注意しなければならない。