



Title	債権法における合意の意義
Author(s)	中田, 裕康
Citation	新世代法政策学研究, 8, 1-28
Issue Date	2010-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/44554
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP008_001.pdf



債権法における合意の意義¹

中 田 裕 康

I 問題関心

1 債権法改正に関する実務家の2方向の意見

債権法を中心とする民法の改正について、かねてから学界で検討が進められてきましたが、2009年秋に法制審議会での審議が始まったこともあり、実務界の関心も急速に高まっています。その中で、債権法・契約法における合意の意義について、2つの異なる方向の実務家の意見をお聞きすることがあり、興味を覚えました。

一方の意見は、企業間のように対等な当事者間の契約については、私的自治を徹底すべきであるというものです²。この意見は、信義則の拡充や裁判官の裁量に対する警戒を表明します。「常に信義則上の義務を懸念しなければいけないという事態」を危惧し、「裁判官任せ」になることのないよう「司法判断の予測可能性」を高めることを求めます。

¹ 本稿は、2010年3月20日に北海道大学GCOE研究会で行った報告をもとにして、若干の補筆をし、最小限の注を付したものである。お招きくださった吉田克己教授と瀬川信久教授、また、研究会で活発な議論を展開され、ご教示を賜った参加者各位に厚くお礼を申し上げる。当日の議論は、私にとって非常に有益なものであったので、それを契機にさらに考えたことの一部も本稿に織り込んだ(特にIV3の部分)。しかし、検討課題として私に残されたところも少なくない。なお、本稿の問題関心は、既に中田裕康「ビジネスに生きる民法」司法研修所論集116号(2007)42頁及び同「民法(債権法)改正と契約自由」法の支配156号(2010)25頁でも示しているが、今回、もう一歩掘り下げて考えてみたものである。

² 澤口実「企業間契約実務と債権法改正の基本方針」NBL921号(2010)6頁。

他方の意見は、債権法・契約法における「合意重視」を懸念するものです³。たとえば、債務不履行による損害賠償の免責事由として、「契約において債務者が引き受けていなかった事由」を掲げる改正提案⁴がありますが、その案の下では、力の強い当事者に有利な約定を含む契約が増加する恐れがある、と批判します。

2つの意見は、このように対極的なものですが、契約自由ないし合意の尊重を出発点とすることは共通します。契約自由や合意の尊重は近代法の基本理念ですから、当然のことではありますが、近年の日本においては特にそれを強調する流れがあり、それとの関係もあるように感じられます。

2 近年の日本法における契約自由及び合意重視の潮流

契約自由の強調ないし合意の重視という流れは、日本の契約法・債権法において、1990年ころから見られます。3つを取り上げます。

第1は、契約自由の復権です。1804年のフランス民法1134条1項でその一面が表明され、1919年のワイマール憲法152条1項で明示された契約自由の原則は、近代法の基本原則とされますが、20世紀には様々な観点から制約されることが多くなりました。日本でもそうであり、行政的規制、社会法的規制、経済法的規制などが拡大しました。学説も、1980年代には、契約自由よりも契約正義を、意思よりも理性を強調する見解が有力になりました⁵。これに対し、1990年代に入り、新たな状況が生じます。まず、民法学説では、憲法13条に基づく自己決定権によって契約自由を根拠付ける見解が登場します⁶。社会的には、規制緩和論に対応する形で契約自由

³ 大阪弁護士会『実務家からみた民法改正 ——「債権法改正の基本方針」に対する意見書』別冊 NBL 131号 (2009) 92頁、「(座談会) 債権法改正をめぐって —— 裁判実務の観点から」ジュリ1392号 (2010) 46頁・67頁 [高須順一弁護士発言]、法制審議会民法(債権関係)部会第1回会議事録(2009年11月24日) [PDF版] 30頁 [岡正晶委員発言]。これに対し、内田貴『債権法の新時代』(2009) 44頁参照。

⁴ 民法(債権法)改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』NBL904号・別冊 NBL126号 (2009) 136頁【3.1.1.63】(以下、本書は「基本方針」として引用する。)

⁵ 星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」同『民法論集第6巻』(1986) 201頁 [初出1983]。

⁶ 山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治」法学論叢133巻4号1頁・

が強調されるようになり、それは経済学者の支持を得ます⁷。1999年の借地借家法改正で定期借家制度が導入されたことはその象徴的な例であったといえるでしょう⁸。さらに、契約を対象とする法と経済学の観点からの研究の成果が、これを専門としない法律家の間にも浸透し始めます。ここでは、自由な取引がされる市場がまずは想定されます。2000年頃からは、不完備契約理論が平明な入門書⁹によって広く知られるようになりますが、同理論においても完備契約を理論の出発点としてそれを補正するという思考様式をとるため、やはり契約自由は大前提としての位置を占めます。

第2は、債権者の「契約利益」を中心とする債権法の構築が提唱されたことです。このような考え方は、かねてから断片的にはありましたが、2003年にこれを正面から打ち出す体系書¹⁰が著されました。さらに、2006年の私法学会シンポジウム「契約責任論の再構築」において「契約を基礎に据えて、契約責任の問題を考える」という観点に関わる諸報告がされたことは、記憶に新しいところです¹¹。

第3は、「契約の保護 (favor contractus)」の考え方です。これは、「可能な限り契約を維持するという目的であって、それにより契約の存在又は有

5号1頁(1993)。その後、権利論の観点から「秩序」についても検討する、同「民法における公序良俗論の現況と課題」民商133巻3号(2005)1頁・30頁以下も参照。

⁷ 川越憲治ほか「(座談会) 規制緩和時代における法の実現」NBL632号4頁・633号43頁(1998)、内田貴「規制緩和と契約法」NBL632号17頁参照。他方、経済学者の議論として、三輪芳朗『規制緩和は悪夢ですか』(1997)、同「消費者契約法」経済学論集69巻4号(2004)2頁。

⁸ 立法前の議論の状況につき、福井秀夫「借地借家の法と経済分析」ジュリ1039号76頁・1040号87頁(1994)、内田貴「管見『定期借家権構想』——法と経済のディレンマ」NBL606号(1996)6頁 [同『契約の時代』(2000)所収]、ジュリ1124号(1997)の特集「定期借家権構想の問題点」の諸論稿(とりわけ「(座談会) 定期借家権論をめぐって」、吉田克己「定期借家権を考える」法時70巻2号(1998)17頁、林田清明「(法と経済学) から見た定期借家権論争」判時1645号(1998)8頁など。

⁹ たとえば、柳川範之『契約と組織の経済学』(2000)6頁、宍戸善一＝常木淳『法と経済学』(2004)1頁以下など。

¹⁰ 潮見佳男『債権総論 I [第2版]』(2003)10頁以下。

¹¹ 潮見佳男ほか「特集 契約責任論の再構築」ジュリ1318号(2006)81頁以下、同「シンポジウム契約責任論の再構築」私法69号(2007)3頁。

効性が疑われる場合や契約が早期に終了させられる場合を制限する」という考え方であり、それが両当事者のためになるのが通常だという認識を背景としています。1994年のユニドロワ国際商事契約原則の基本的理念の1つと言われます¹²。これに示唆を得て日本法を検討する論文も出ています¹³。

このうち、とりわけ第1と第2が合流し、債権法の改正論議の中で、1つの有力な立場を占めるに至っているように思います。この立場は、自己決定論と自由主義経済論に支えられ、また、債権法・契約法を体系化するための基軸を提供する、魅力的で強力なものです。

3 本報告の目的と方法

(1) 目的

契約自由や合意の尊重は、このように広く受け入れられた理念ですが、その限界があることも広く認識されていると思います。ただ、その限界をどのようにして画するのかについては、見解が分かれます。これは、債権法改正における基本的な問題の1つとなります。ここで、たとえば、契約自由と契約正義を対置させて、どちらを重視すべきかとか、どの程度の比率でバランスをとるべきかなどという形で問題を設定することは、生産的ではなさそうです。むしろ、契約自由や合意の尊重が問題となる具体的な各場面において、その制約が必要なのか、その制約を基礎付ける価値は何か、契約自由・合意の尊重とその対抗価値との調整をどのようにして図るのかを検討の方が有用ではないかと思います。全体を眺めるのは、その後でも足りるでしょう。こうして、債権法の様々な場面における合意の意義を検討したうえ、翻って全体としての債権法改正のあり方を考えるというのが、本報告の目的となります。

(2) 方法

¹² Michael Joachim Bonell, AN INTERNATIONAL RESTATEMENT OF CONTRACT LAW, 2nd ed., 1997, pp.117-135.

¹³ 円谷峻「ファヴォール・コントラクトス(契約の尊重)」好美清光古稀『現代契約法の展開』(2000)3頁。成立段階における要件の緩和として、鏡像原則の緩和と未決定条項を含む契約を、成立後の契約の維持として、原始的不能、瑕疵担保責任と修補請求権、売主の治癒権と解除権、ハードシップ条項を、それぞれ検討する。

報告にあたっては、検討すべき具体的場面の選択が問題となります。その準備作業として、契約自由と合意の尊重との関係を整理しておく必要があります。両者の関係は、契約の拘束力の基礎を何に求めるのかと密接に係わります。たとえば、フランスのジャン=リュック・オベールは、次のように整理します。すなわち、一方に、契約の拘束力の基礎を意思自治に求める見解があり、他方に、それはもっぱら法律上の効果であるという見解があると述べたうえ、この2つの見解を両端にして、折衷的な見解として、拘束力の基礎を、有用性の原理と正義の原理に求めるもの、契約に関する連帯主義に求めるもの、社会意志主義(volontarisme social)に求めるものがあるとします¹⁴。これらのいずれを採るかによって、契約自由と合意の尊重との関係は異なってくるでしょう。本報告では、さしあたっては、契約の拘束力については意思自治を基礎として考えたいと思います。日本の契約法において比較的広く受け入れられている理解であるだけでなく、意思以外の要素との対比を示しやすく、本報告の目的にも適合的だからです。

そこで、次のように整理します。まず、契約自由の原則は、当事者は自由に契約することができ、当事者が契約すると国家はそれが実現されるようにするという原則であると理解したうえ、その2つの面を考えます¹⁵。1つは、この原則の消極面であり、国家による制約を受けることなく、自由に契約ができるという前半部分です。これには、締結の自由、相手方選択の自由、内容決定の自由、方式の自由があります。もう1つは、この原則の積極面であり、国家が当事者の契約内容をできるだけその通りに裁判所を通じて実現するという後半部分です。これは国家と私人との関係を示すものですが、その前提には、当事者は自らのした契約に拘束されるという、契約の拘束力が存在します。契約の拘束力の根拠を、当事者が自らの意思で契約したことから説明するのが意思自治の原理だということになりま

¹⁴ Jean-Luc AUBERT, Le contrat, droit des obligations, 3^e éd., Dalloz, 2005, pp.24-28.

¹⁵ 星野英一「現代における契約」同『民法論集第3巻』(1972)1頁〔初出1966〕、同『民法概論IV(契約)』(1986)7頁、中田裕康『継続的取引の研究』(2000)423頁以下。これとは異なる分析として、四宮和夫=能見善久『民法総則〔第8版〕』(2010)177頁。

す。このように整理しますと、債権法における合意の意義の問題は、次の2つに分類することができます。

第1は、契約自由の原則の消極面の範囲の画定に関するものです。合意の効力がそのまま認められるという原則が制約されるのは、どのような場合で、何によってなのかです。具体的には、締結・相手方選択・内容決定・方式の各自由の制約について分析することになります。これは、契約法学の伝統的なテーマですが、制約には様々の性質のものがあることを示したいと思います。

第2は、契約自由の原則の積極面の前提となっている合意の拘束力に関するものです。主として債権総論の領域の諸問題について、契約による債権に関し、合意の尊重という観点から説明する試みが近年発達しています。ここで問題となるのは、合意の尊重の理念に一元化して考えるのか、他の理念との調整を考えるのかです。債務不履行による損害賠償の範囲については古くから論じられている問題ですが、それ以外のテーマについても検討したいと思います。

以下では、この2つの面について、「Ⅱ 契約自由の原則の消極面」と「Ⅲ 『契約債権』における合意の尊重」という項目で検討し、その後、「Ⅳ 債権法改正における合意の位置付け」という項目で、若干の考察をしたいと思います。対象となる範囲は広いので、個々の問題の検討はごく簡単なものにならざるを得ないことをご理解ください。

Ⅱ 契約自由の原則の消極面

契約自由の原則の消極面については、伝統的には、契約自由と公序良俗・強行規定・信義則によるその制約という枠組みの中で論じられてきました。しかし、本報告では、もう少し広く、契約の基本構造に関わる問題も含めて取り上げたいと思います。検討は、締結・相手方選択・内容決定・方式の各自由の順に進めます。

1 締結の自由

契約締結の自由は、契約自由の原則の中でも最も基本的なものですが、いくつかの制約が見られます。

(1) 締結強制

最も直接的な制約は、締結強制¹⁶です。特定の種類の物やサービスを供給する主体の職業・立場、供給されるべき給付の性質などにより、契約の締結が強制されることがあります。ここでは、公法的又は公益的観点からの要請が契約自由の制約の重要な要因となります。

(2) 契約交渉の不当破棄による損害賠償責任

契約締結交渉を破棄した者に損害賠償責任を負わせることも、契約締結の自由を間接的に制約することになります。判例は、不当破棄については信義則上の注意義務違反などを理由とする損害賠償責任を認め、学説も結論的には責任を認めますが、注意義務の発生原因については、見解が分かれています。

契約準備段階にある当事者の義務には、第1に、自らの行為によって契約が成立するであろうという信頼を与えた者が相手方に対して負う、その信頼を裏切らないようにする義務、第2に、相手方に信頼を与えたかどうかを問わず、交渉が相当程度進展した以上、相互に負う、契約成立に向かって誠実に交渉する義務という、2種のものがあります¹⁷。これらの義務を不法行為法上のものとする見解では、第1の義務は矛盾行為禁止の原則から容易に導くことができますが、第2の義務を認めるとすると契約締結の自由との抵触が問題になります。これらの義務を契約法上のものとする見解では、契約交渉過程の合意によって誠実交渉義務が生ずるといえば、抵触問題はなくなりますが、そうすると、法的効果意思の存否や給付内容の確定性の点で、そのような合意を契約と認めうるのかという問題が生じることになります¹⁸。

¹⁶ この問題に挑むものとして、谷江陽介「締結強制論の現代的展開 —— 契約締結自由の原則の意義と限界を求めて」名大法政論集214号127頁～220号117頁（2006～07）。

¹⁷ 平井宜雄『債権総論〔第2版〕』（1994）54頁、谷口知平＝五十嵐清編『新版注釈民法（13）』（1996）133頁〔潮見佳男〕。池田清治『契約交渉の破棄とその責任』（1997）25頁以下・329頁以下参照。

¹⁸ 中田裕康＝加藤幸雄「契約締結の交渉から成立まで」鎌田薫ほか編著『民事法Ⅲ

このように、契約交渉破棄による損害賠償責任は、信義則による契約締結自由の間接的制約となりますが、さらに、責任の前提となる義務を分析すると、原理的な意味での契約自由との抵触の問題又は契約概念の外延の問題に関わるものであることが分かります。

(3) 契約交渉にあたっての情報提供義務・説明義務

次は、契約交渉にあたっての情報提供義務・説明義務です。契約交渉当事者に情報提供義務・説明義務を課すことは、契約締結の自由の前提となる人間像との関係が問題となります。すなわち、伝統的には、契約をしようとする者は、その契約に関する情報を自ら収集したうえ、契約するか否かを自ら決定することが想定されています。しかし、情報量や交渉力の格差がある場合などは、事業者や専門家である当事者に対し、相手方に情報を提供したり説明することを義務付けることが判例・学説で認められています。この義務を認める理由として、相手方が自己決定をするための環境基盤を整え契約自由を実質的に実現するためのものであるという説明と、情報の面での弱者を保護するために国家が後見的に介入するものであるという説明が考えられます。このうち、後者は、契約自由の前提となる人間像との間で衝突を来す可能性があります。

(4) 契約締結過程の適正化

第4に、契約締結過程の適正化の問題があります。契約締結の自由の前提となる、自由で対等な人という人間像では、相手方との駆け引きも許容されるでしょうが、相手方の自由な意思形成を妨害することまで許されることにはならないでしょう。現に、民法96条は、詐欺・強迫の相手方の取消権を認めますし、消費者契約法4条は、消費者契約の取消権を規定します。このような契約締結過程の適正化は、契約締結の自由を制約するものではなく、その自由を実現するためのものといえます。したがって、たとえば消費者契約法の取消権を、いわば「一般法化」して、消費者に限らずに認めることにしても、それ自体が契約自由を制約するものとはなりません。不実告知及び不利益事実不告知（消契4条1項1号・2項）を一般法

債権各論〔第2版〕(2010)1頁・10頁〔中田〕。

化して、「不実表示」による取消しを民法に規定する提案¹⁹は、そのようなものと評価できると思います。これに対し、消費者に限って認められる取消権を民法典に置くことは、民法典における人間像の設定のあり方という基本的問題を提起することになります。

(5) 契約の成立時期をコントロールする合意

契約締結の自由がいつ契約を成立させるかの自由を含むとすると、契約の成立過程を操作する合意の効力が問題となります。これには、当事者の一方の意思表示のみで契約を成立させようとすることにする合意と、契約の成立時期を遅らせる合意があります。しかし、いずれも当該契約に先立つ合意（基本契約、中間的合意、予約など）の効力、又は、当該契約で使用される約款の効力の問題と考えられますから、契約締結の自由の制約として論じる対象からは外してよいでしょう。

(6) 継続的契約の更新

期間の定めのある契約の更新の場面でも、締結の自由が問題となります²⁰。期間の定めがある継続的契約の場合、期間が満了すると契約は当然に終了し、新たな合意のない限り更新されないのが原則です。これも締結の自由の現れです。しかし、現実には、当事者は、更新を前提として行動していたり、更新に対する期待が高い場合も少なくありません。そこで、期間の定めのある契約の更新に関する規律を考えるとすると、更新についての当事者の合意を探求する方法と、更新拒絶を信義則等により制限する方法とがありえます。前者は契約自由の発現ですが、後者は契約自由を信義則等により制限するものとなります。このため、後者においては、たとえば、契約期間の定めは実質的には解約権を定めた条項であると解釈し、その条項の適用を信義則に服させるという方法で、抵触の度合を小さくすることが考えられますが、なお信義則による制約という性質は残るでしょう。

¹⁹ 基本方針【1.5.15】。

²⁰ 中田裕康「契約における更新」平井古稀『民法学における法と政策』(2007)311頁、同「継続的契約関係の解消」内田貴=大村敦志編『民法の争点』ジュリスト増刊(2007)230頁。

2 相手方選択の自由

相手方選択の自由、すなわち、誰と契約するかについては、締約強制の問題のほか、契約締結にあたっての差別的取扱いが問題となります²¹。人種、性別、年齢等により契約の相手方を選別することについては、主として不法行為法で対処されていますが、そこでも契約自由との関係が問題となります。平等取扱いの原則ないし差別禁止の原理は、債権法に留まらない、より高次の基本原理として位置付けられるべきものでしょうが、ここでは契約自由と差別禁止との衝突という原理的問題があることを確認しておきます。

3 内容決定の自由

内容決定の自由、すなわち、どのような内容の契約をするかの自由については、2種類の問題があります。1つは、契約という制度の中で、どのような合意をすることができるのかという問題です。もう1つは、契約という制度自体に関わる合意、つまり、契約の基本構造に関わる合意はどこまで可能なのか、という問題です。順に検討します。

(1) 契約制度の中での合意とその制約

(a) 公序良俗・強行規定

契約制度の中での合意の自由とその制約は、古典的な問題です。現行法では、民法90条が公序良俗規範を置き、また、民法内外の強行規定による制約があります。債権法の改正にあたっては、次のような検討課題が考えられます。

まず、公序良俗については、民法典の起草者はその内容をかなり制限的に考えていましたが、その後、より広い内容が取り込まれるようになりました²²。そこで、これを明文化し、たとえば、暴利行為に関する規定や、過大な損害賠償額の予定の減額を認める規定を置くことが検討の対象と

²¹ 民法(債権法)改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針Ⅱ——契約および債権一般(1)』(2009)6頁、小野秀誠「契約の自由と当事者の地位」一橋法学7巻1号(2008)1頁・6頁以下。

²² 大村敦志『公序良俗と契約正義』(1995)11頁以下。

なると思います²³。ここでは、さらに、契約自由と公序良俗のどちらかを上位の価値と考えるのかという根本的問題が伏在しています²⁴。

次に、強行規定については、規律の内容及び性質を明確化することが考えられます²⁵。その際、公序良俗に関する規定と強行規定に関する規定との関係を明確化し、現行民法91条の不明瞭さを改めるべきことについては、さほど異論はないと思います。問題は、契約自由と強行規定との関係についてです。契約自由が原則であり強行規定による制約はその例外であることは、おそらく意見の一致をみることができるとは思います。そのことをどう表現するかは微妙です。私的自治を重視する学説や、強行規定と任意規定の区別の明確さを求める実務家からは、それを強調する規定を置くことが期待されるでしょう。他方、任意規定のもつ標準的規律の提示という機能を重視する立場からは、規定を置くとしてもあまり強調しすぎない方が望ましいということになるのだらうと思います。また、いずれにせよ、民法の各規定のどれが強行規定であるのかを具体的に検討し、可能であればそれを示すことも考えるべきでしょう。

内容決定の自由の直接的な制約としては、不当条項に関する規律が考えられます。ここでは、約款アプローチか消費者アプローチかが問題となります。約款アプローチだと企業間の約款も対象とするのかどうか、消費者アプローチだと消費者概念を民法に取り込むのかどうか問題となります。いずれも、民法典のあり方に関わる問題となります。

(b) 契約の解釈と法性決定

内容決定の自由といっても、そもそもいかなる内容が決定されたのか問題となります。その判断方法を明らかにするために、契約の解釈についての基本的な規律を検討する必要があります。ここでは、当事者の現実の合意とそれ以外の要素との関係が問題となります。次の3種類の検討課題があります。

第1は、契約の解釈の方法です。両当事者の現実の意思を基準とする本

²³ 基本方針【1.5.02】、【3.1.1.75】(2)。

²⁴ 大村敦志『公序良俗と契約正義』(1995)と山本敬三『公序良俗論の再構成』(2000)とを比較参照。

²⁵ 基本方針【1.5.03】。

来的解釈、両当事者の意思が異なる場合の規範的解釈、これらで確定できない場合の補充的解釈が考えられます²⁶。後二者においては、当事者の現実の意思以外の要素が入りえますが、それをどのように説明するのかは、議論のありうるところでしょう。

第2は、付随義務論との関係です。給付義務と付随義務との区分は、一定の有用性を持ちますが、むしろ個々の契約解釈の問題であるという見解が有力になりつつあります。そうすると、これは、第1の課題に吸収されることとなります。

第3は、契約の法性決定との関係です。当事者が自由に処分できる権利について明示的な合意により付与した呼称は尊重されるべきですが(フランス新民訴12条3項参照)、そうでない場合には、裁判官による法性決定ないし再法性決定がなされるでしょう。この作業について民法に規定を置くべきかどうかを検討課題となります。フランスでは、法性決定は判事の判断の誤りが事実問題か法律問題かという主として手続法上の問題であること、また、それは契約の効力以外の領域にも広く及ぶ問題であること、をどう考えるかが課題であると指摘されています²⁷。日本では、これも契約解釈の一部として、第1の検討課題に含めると考えるのが多数でしょうが、これは典型契約のもつ標準的類型としての意義をどこまで重視するかにも関わる問題だと思えます²⁸。

(2) 契約制度に関する合意とその制約

(a) 契約の個別性と相対効

次に、契約の基本構造に関わる合意がどこまでできるか、というテーマ

²⁶ 基本方針【3.1.1.40】～【3.1.1.43】参照。

²⁷ フランスの債権法改正に関する3つの草案のうち、カタラ草案(Catala (P.), Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 2006, p.101)は1142条～1143条に、司法省草案(Le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie, 2008)は156条～158条に、それぞれ法性決定に関する規定を置くが、テレ草案(Terré (Fr.) (sous la direction de), Pour une réforme du droit des contrats, 2008)は規定を置かない。本文記載の指摘は、Terré, op.cit., p.302による。

²⁸ 大村敦志『典型契約と性質決定』(1997)、石川博康『「契約の本質」の法理論』(2010)〔初出2005～07〕。

に移ります。契約自由の原則は、その効果が当事者間でのみ生じる独立した個別の契約について、よくあてはまります。契約による債権債務が当事者間でしか生じないからこそ、当事者は自由に決定することができます。また、その決定は個々の契約ごとになされ、その契約が成立することで完結すると考えられているのではないかと思います。実際、契約の伝統的定義である「相対立する意思表示の合致によって成立する法律行為」は、個別的な契約観に親和的です。このように、契約自由の前提として、契約の個別性と相対効が想定されているように思われます。それでは、合意によって契約の個別性や相対効自体を動かすことができるのか、もしできるとして、その限界はどこにあるのか。これが問題となります。

(b) 契約の個別性を操作する合意²⁹

1つの経済的目的のために複数の契約が締結されたり、もともとは1つの契約が複数の契約に分割されることがあります。ここでの検討課題は、複数の契約にはどのような種類のものがあるのか、複数の契約の間でどのような問題があるのか、複数の契約であっても相互の影響を認めるべき要件は何か、などです。

まず、複数の契約の種類としては、2当事者間のものと3当事者以上の間のものがあります。その構造は、複数の契約が並列的に存在するもの、直列的に連鎖するもの、包括的な基本契約とその実施のための個別契約とから成るもの、中軸となる1人の当事者とその相手方との間の二者間契約が集積することによって契約目的が達成できる「ハブ&スポーク型」のものなどがあります。

次に、複数の契約の具体的問題としては、一部の契約の無効・解除・期間満了ないし更新・譲渡の他の契約への影響、いわゆる抗弁の対抗、直接請求権、一部の契約に含まれる条項の他の契約への適用の可否、多数の相手方の平等取扱いなどがあります。

複数の契約を結び付ける基準としては、契約相互間の相互依存関係ないし密接関連性、全体としての目的などがあります。

これらの課題を具体的に検討する必要がありますが、より根本的には、

²⁹ 都筑満雄『複合取引の法的構造』(2007)、小林和子「複数の契約と相互依存関係の再構成」一橋法学8巻1号(2009)135頁。

複数の契約相互間の影響をなぜ認めるべきなのかという問題があります。つまり、当事者が複数とした契約について、なぜ再び結合を強制しうるかです。当事者が複数の契約を用いることによって新たな取引の仕組みを創出することを抑制すべきではないという要請もあります。その要請とどう調和させるかです。ここで問題となっているのは、一般的な単位・個数による契約がなされるという利益の保護です。それには、個別性を操作した当事者の相手方の期待ないし信頼の保護の問題と、個別性を操作して作出する新しい仕組みが法の潜脱とならないかの問題があります。抽象的にいうと、契約の単位・個数について形成されている社会の共通認識の私的利用をどう評価するのかという問題があるように思います。

(c) 契約の相対効に関わる合意 —— 第三者に影響を及ぼす契約

次に、契約の相対効ですが、ここでは第三者に影響を及ぼす契約を検討します。契約は、当事者間でのみ効力を有し、第三者には有利にも不利にも影響を及ぼさないという相対効が原則ですが、現実の取引では第三者に影響を及ぼしうる契約が求められることも少なくありません。そこで、その規律を検討する必要があります。2つの問題をとりあげます。

(i) 契約当事者に関する問題

第1は、契約当事者に関する問題です。2つあります。

1つは、第三者のためにする契約です。これは契約の相対効の例外として位置付けられてきましたが、現実には多様な取引が発達しています。現行民法の規定は、簡単なものであるうえ限定的な文言になっていますので、社会的需要に十分に対応できていません。そこで、契約の相対効の意義を考慮しつつ、第三者のためにする契約の規範内容を拡充し明確にすることが課題となります。

もう1つは、契約上の地位の移転です。契約がそれを締結した当事者を結び付けるものだとしますと、契約上の地位を第三者に移転できるかどうか問題となります。契約当事者と第三者の三者が合意すれば可能であることは、従来から判例・学説で認められていますが、三者の合意が常に必要か、また、契約上の債権の担保や対抗要件はどうなるのかという問題がさらにあります。

ここでは、制度に対する社会的需要とそれにより影響を受ける第三者の保護との調整が問題となりますが、方向としては、契約自由を制約すると

いうより、拡大するものです。ここで考慮されるべき価値として、第三者の私的自治ないし自己決定権の保障があります³⁰。

(ii) 契約による責任財産の分離

第2に、責任財産に関する問題があります。債務者といえども自らの財産を処分する法律行為を自由にすることができますが、債務者の一般財産は債権者の共同の担保となっていますので、その自由が制限されることがあります。ここでは、まず、詐害行為取消権の対象となる行為をどのように確定するかが問題となります。これについては、無資力状態にあるけれども法的倒産手続が開始していない債務者をめぐる関係者間の行動の規律を、法的倒産手続開始後の規律（特に否認権）との相互関係も意識しつつ、考慮する必要があります。次に、より一般的なこととして、倒産法秩序による契約自由の制限が倒産時においてどこまで認められるのか、さらに、その制限は倒産前の段階にも及びうるのかという問題があります³¹。

責任財産についての根本的な問題は、契約によって責任財産を分離することがどこまでできるのかです。ある人が自分の財産の一部を特定の債権者のみの引当てにしたり、ある範囲の債権者たちの追及から遮断したりするためには、いくつかの方法があります。物的担保を設定する方法、法人を設立しその法人の財産とする方法、信託制度を用いる方法などです。いずれも制度的な裏付けがあり、第三者との利害調整が考慮されています。これに対し、契約によって、第三者にまで影響を及ぼす責任財産の分離ができるのかという問題があります。これは、契約と組織のそれぞれの機能

³⁰ 岡本裕樹『契約は他人を害さない』ことの今日的意義(五・完) 名大法政論集 208号(2005) 335頁。

³¹ 私的自治の倒産法的再構成の意義と限界を論じるものとして、伊藤眞「証券化と倒産法理」金法1657号(2002) 6頁、契約法秩序と倒産法秩序の関係を検討するものとして、中田裕康「契約当事者の倒産」『倒産手続と民事実体法』別冊 NBL 60号(2000) 4頁、財産拘束による契約自由の制限という角度から論じるものとして、水元宏典「契約の自由と倒産解除特約の効力」熊本法学117号(2009) 1頁、精緻化する契約条項と倒産法の強行法規性との関係を多角的に検討するものとして、「《シンポジウム》倒産法と契約」民訴雑誌56号(2010) 132頁(特に、山本和彦「倒産法の強行法規性の意義と限界」同152頁)。

という観点からの検討³²、人の資産の一体性・不可分性の観念との関係の検討³³、前述の倒産法秩序との関係という観点からの検討がなされるべきものです³⁴。なお、相続法秩序との関係でも類似の問題を考えることができるでしょう。

4 方式の自由

最後に、方式の自由は、どのような仕方ですら契約をするかの自由です。

第1に、諾成主義の原則を明示することが考えられます³⁵。契約は合意のみで成立すること原則としたうえ、契約の成立に、合意だけでなく、契約書の作成や物の交付なども必要とする法令又は当事者間の特約があるときは、それによるなどという規定を置くことです。法令がある場合は諾成主義の例外となり、当事者間の特約がある場合は契約自由の原則自体によるものという関係になります。

第2に、従来の要物契約を諾成契約とすることも考えられます。消費貸借・使用貸借・寄託について、いずれも諾成契約とすることは、現実的要請に応えることになるでしょう。この場合には、諾成契約化に伴い合意時

³² 森田果『金融取引における情報と法』(2009)44頁以下。

³³ 片山直也「財産—— bien および patrimoine」北村一郎編『フランス民法典の200年』(2006)177頁。

³⁴ 関連問題として、将来債権の譲渡の問題がある。事業者が資金調達のため、将来取得するであろう債権を譲渡することがある。その譲渡について対抗要件が備えられると、譲渡人が将来にわたって取得する債権について、債権譲渡契約によって予め責任財産から除外する効果もたらされる。これは、「譲渡人の事業キャッシュ・フローに対する一般債権者の期待」(井上聡「金融取引から見た債権譲渡法制のあり方」金法1874号(2009)76頁・80頁)にはそぐわないことになる。この問題は、とりわけ譲渡人が倒産した場合の管財人との関係で顕在化する。将来債権の譲渡及び対抗要件の具備が可能であることは、現在の判例・学説によって認められているが、その限界をどう画するかが課題である。基本方針は、管財人など譲渡人と利害関係をもつに至る人が「当該将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者」であるかどうかという基準による切り分けを提案する(【3.1.4.02】)。これに対しては、譲渡人の負担する費用に着目した基準の新たな提案(井上・前掲80頁)もあり、さらに検討が続けられることになると思われる。

³⁵ 基本方針【3.1.1.02】。

から直ちに契約に拘束されることになる当事者の保護も考える必要があります。たとえば、目的物の引渡ししないし受取りまでは、各当事者が契約を解除できることにするという手当てが考えられます³⁶。

5 問題の整理

以上が契約自由の原則の消極面における合意の効力とその制約です。ここで、整理をしておきましょう。

契約締結の自由については、いくつかの場面で制約が見られます。締結強制における公法的・公益的観点からの要請(締結強制)、信義則(契約交渉破棄、継続的契約の更新)、自己決定の基盤の確保(情報提供義務、締結過程の適正化)などがあり、当事者の合意以外の考慮要素があることがわかります。これらは、現実の合意のいわば外からの制約(外在的制約)といえるでしょう。このほか、ここでは、民法における人間像の設定の仕方という大きな問題があることも確認できました。これは、契約自由の制約というより、民法典のあり方という問題です。

相手方選択の自由については、平等取扱いないし差別禁止の原理という大きな問題があります。これも、現実の合意の外在的制約です。

内容決定の自由については、まず、契約制度の中での合意においても、契約内容の公序良俗・強行規定による制限という伝統的な問題のほかに、契約の解釈における現実の合意以外の考慮要素の評価、典型契約や任意規定の意義の評価など、契約制度にかかわる問題が含まれています。次に、契約の個別性や相対効に関する合意は、当事者間の問題だけでなく、契約制度そのものの評価に至る大きな問題に関わっています。すなわち、契約によってどこまでのことができるのか、法人・物権・信託など他の制度との関係³⁷や、倒産法秩序との関係について、検討されるべきことになります。それはまた、契約という制度に対して人々が抱いている共通認識を

³⁶ 基本方針【3.2.5.02】【3.2.6.03】【3.2.11.02】。

³⁷ 本報告では立ち入らなかつたが、団体論と契約自由との関係の問題もある。後藤元伸「団体法における団体類型論と法人法定主義」阪大法学44巻1号85頁～45巻2号69頁(1994～95)、西内康人「団体論における契約性の意義と限界」法学論叢165巻3号1頁～166巻4号1頁(2009～10)参照。

どこまで崩すことができるのかという問題でもあります。このように、契約内容決定の自由における合意については、公序良俗や強行規定など伝統的な外在的制約だけでなく、契約制度自体に関わる内在的制約がありうるといえます。

方式の自由においては、諾成主義の強化に伴う調整の問題がありますが、これは契約自由の拡張に伴う、調整的な外在的制約といえるでしょう。

こうしてみると、契約自由の原則を制約する要素は、多様なものであることがわかります。すなわち、個別の契約についての私的自治に対する国家の介入という伝統的な外在的制約だけでなく、契約制度自体に関わる内在的制約もあります。そのほか、民法典のあり方という別の種類の問題もあります。内容面でも、基本的人権に関わる問題、政策的問題、制度的問題など、様々な次元のものがああります。これらをどう取り扱うのかです。債権法の将来の方向としては、契約自由の原則を尊重しつつ、その制約がある場合にはその規範内容をできるだけ明確に示し、民事実体法の規律の透明性を高める、という抽象的なレベルでは一致が見られるだろうと思いますが、その具体化は難航するかもしれません。なぜなら、契約自由・合意の尊重は、自己決定論と自由主義経済論に支えられた強力な原理であった、債権法全体を貫く基軸となりうるのに対し、それに対抗する価値は多様だからです。契約自由・合意の尊重の意義を十分に認めたいえ、適切な規律を図ることは、意外に困難な作業となることが予測されます。

Ⅲ 「契約債権」における合意の尊重

次に、契約自由の原則の積極面の前提となる合意の拘束力の検討に進みます。近年、債権総論の諸問題について、「合意の尊重」による説明がされることがしばしば見られます。古典的な問題も含め、いくつかのテーマを取り上げてみます。

1 いくつかの具体的問題

(1) 原始的不能・後発的不能

売買の目的物が滅失した場合の帰趨は、伝統的な考え方によれば、滅失の時期によって区分されます。滅失が契約締結前なら、原始的不能であつ

て、債権は発生せず、契約も無効だけれども、その給付をするはずだった当事者の契約締結上の過失責任が問題となり、滅失が契約締結後だと、後発的不能となり、債務者に帰責事由があれば債務不履行の一類型である履行不能、帰責事由がなければ危険負担の問題となる、ということです。これらを通じて、不能かどうかは、物理的不能ではなく、社会生活における経験法則又は取引通念によって判断されます。このような伝統的な考え方に対し、近年の民法学説では、不能かどうかという観点からではなく、当事者が何を合意したのかという観点から考えるべきだという見解が有力になっています。四万十川に落ちた指輪を引き渡すという契約が無効かどうか、また、指輪の売買をした後、その指輪が四万十川に落ちたとすると履行不能となるのかどうかは、社会観念上不能かどうかで決まることではなく、契約で何を約束したのかによるという考え方です。ここで、合意の尊重という理念が浮上します。原始的不能については、合意した以上、当然には契約は無効となりません。後発的不能についても、それが社会観念上不能かどうかではなく、債務者が合意によって負担した債務が何かを考え、ある事情の下で、債務者がその債務から免責される要件は何かを考えることとなります。大村敦志教授の比喩を借りますと、『物』の力から『意思』の力へ」ということとなります³⁸。ただし、合意の尊重をどこまで貫徹するかについては、見解の相違がありえます。同教授は、続けて、『意思』の支配から『リスク』の分配へ」という標語を掲げられます。ここでは、「リスク」の分配について、取引社会の基準・判断という合意の外の要素を考えるという見解と、あくまでも当事者の合意の探求をすべきだという見解があります。後者の見解においても、合意の認定にあたっては、取引慣行など契約を取り巻く諸事情が考慮される可能性がありますので、結果はそれほど変わらないかもしれませんが、リスク配分を合意に収斂させるのか、合意以外の要素をも考慮に入れうるのかについては、原理的な違いが残ることになりそうです³⁹。

³⁸ 大村敦志『もうひとつの基本民法Ⅱ』(2007) 71頁。

³⁹ 原始的不能について、合意の尊重と錯誤規範の組み合わせによる解決方法もありうる。Cf. PECL art.4:102, Comment.

(2) 履行請求権

次に、履行請求権です。伝統的な見解では、債権には請求力・訴求力・執行力があり、履行請求権が認められるが、履行の強制が許されない場合がいくつかある、とされてきました。許されない場合というのは、履行が可能ではない場合、債務の性質上、許されない場合（民法414条1項ただし書き）、不代替的作為義務で間接強制も認められない場合、不執行の合意のある場合などですが、これらは、ばらばらに論じられてきました。これに対し、近年、履行請求権の限界は、契約において債務者がいかなる義務を負い、どのようなリスクを負担していたのかによって画されると考えるべきだという見解が登場しました⁴⁰。従来は、主として、債務者の任意の履行がされない時点で客観的状況を問題としてきたのに対し、契約による合意内容こそを重視すべきだというものです。

もっとも、合意を基準とするとしても、それ以外の要素の考慮をすべて排除するかどうかは別問題でしょう。履行が困難になった時点での客観的状況を考慮に入れることも、合意を基準とするものの例外として許容されるという考え方もありえます。すべてを合意に還元することは契約解釈の作業に過大な負担を負わせることになり、不安定性やフィクションを伴う恐れがあること、当初の合意のみを基準とすることは債権者・債務者のその後の行動に影響を与え不適切な行動を誘発する恐れがあること、履行が困難となった時点の状況により履行の強制に代えて損害賠償で済ませることが公平であると考えられる場合もありうることにあります。そうすると、合意を基準とするとしても、たとえば、債務者の履行に対する合理性な期待可能性の有無という形で、合意以外の要素を考慮に入れることも考えられるでしょう⁴¹。

(3) 帰責事由

3番目は、債務不履行による損害賠償の要件としての債務者の帰責事由です。現行民法では、履行不能についてしか規定がありませんが（民法415

条後段）、履行遅滞その他の債務不履行においても同様であると解されています。伝統的通説は、帰責事由とは「債務者の故意過失又は信義則上これと同視すべき事由」と定義し、「信義則上これと同視すべき事由」としては履行補助者の故意過失が最も重要であるといっています。結局、帰責事由は債務者の故意過失とほぼ同じだということになります（履行補助者については後述）。これに対し、次の批判があります。不法行為責任においては、加害者の故意過失を損害賠償責任の要件とすること（過失責任主義）には、人々の行動の自由を保障するという意義がある。しかし、契約責任においては、債務者は契約をし債務を負っているのだから、履行するか否かは自由ではなく、過失の有無にかかわらず履行しなければ損害賠償を負うべきである。債務者が責任を負うのは、過失があるからではなく、契約の拘束力があるからである。——この批判説においては、契約で何が引き受けられていたかが重視されます。たとえば、台風のために売主が目的物を履行期に引き渡すことができなかった場合、台風が帰責事由の不存在をもたらすことになるのかどうかではなく、台風があっても履行期に引き渡すことを売主が引き受けていたかどうかを問うべきだということです。

前述の基本方針は、この批判説の考え方を取り入れ、債務不履行による損害賠償責任について、帰責事由を要件とせず、「契約において債務者が引き受けていなかった事由により債務不履行が生じたとき」を「免責事由」とする提案をしています⁴²。「契約において債務者が引き受けていなかった事由」という基準の表現に対し、弁護士会などから批判のあることは、冒頭で紹介したとおりです。たしかに、表現が独り歩きする可能性があるため、この批判に傾聴すべき点があります。しかし、重要なことは損害賠償責任の根拠を契約の拘束力に求めるという点であり、そのこと自体については一定の理解が得られるのではないかと予測しています。問題はその先にあり、損害賠償責任の有無の判定をすべて当初の契約に求めるべきかどうかです。この点は、なお検討の余地がありそうです。契約の解釈という作業に過剰な負担をかける恐れがあるという問題のほか、不法行為による損害賠償請求との競合の場面でのバランスという問題もあるからです。ここでも、合意に根拠を求めつつ、その探索方法ないし例外をどのように設

⁴⁰ 潮見・前掲注(10)166頁、吉政知広『履行請求権の限界』の判断構造と契約規範 民商130巻1号37頁・2号66頁(2004)。

⁴¹ 基本方針【3.1.1.56】。中田裕康『債権総論』(2008)91頁参照。

⁴² 基本方針【3.1.1.62】【3.1.1.63】。

定するのが課題となります⁴³。

⁴³ 同様の問題は、2006年の私法学会シンポジウムにおいて報告者の1人から指摘されていた(小粥太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリ1318号(2006)117頁・124頁以下)。また、2009年10月11日の私法学会拡大ワークショップで、上田誠一郎・同志社大学教授が、債務者がどのような場合に免責されるのかについて、契約内容が明確でなく解釈によって対応できないときには、帰責事由を任意法規的機能を持つものとしてはどうかと発言されたのも、共通する問題意識によるものではないかと思う(記憶に基づくものであり、もし不正確であるときは、同教授のご海容を請う)。課題は、次の点にあるのだろう。すなわち、①債務内容の確定及び不履行の存否の判断という段階と②免責事由としての「契約において債務者が引き受けていなかった事由」の存否の判断という2段階の判断を予定し、かつ、③一定の種類の債務(手段債務などと呼ばれる)については①の判断で決着がつくとする構造(民法(債権法)検討委員会編・前掲注(21)246頁以下)が分かりにくいのではないかということである。換言すると、(a)①の債務内容の確定、(b)③の「一定の種類の債務」に当たるかどうかの振り分け、(c)「契約において債務者が引き受けて」いたかどうかの判断を、国民又は平均的な法律家が安定的にすることができるかどうかである。また、(b)(c)の作業と契約解釈との関係も整理する必要がある。ワーディングのレベルでも、「契約において債務者が引き受けていなかった事由」は、上記②の問題であるのに、①の問題であるかのように誤解される恐れがある(東京大学法科大学院における2010年度演習参加者の指摘)。そこで、「契約において債務者が引き受けていなかった事由」の表現をさらに検討するとともに、(a)(b)(c)の判断の方法ないし指針をより平明に示すことが必要である。その際、契約の拘束力とともに、不履行時の客観的状況をも考慮に入れる方法も検討対象として良いのではないかと思う(現行法につき、中田・前掲注(41)127頁以下参照)。

一般論として、当初の合意では明示的に言及されていなかった不履行時の客観的状況(法令、慣習、社会経済状況、技術状況、自然的状況など)をどのように取り扱うかについては、複数の方法がありうる。①当初合意の解釈によりその後の事象も当初合意の対象に取り込む方法、②当初合意の後にそれを修正する後続の合意があったと認める方法、③当初合意とともに不履行時の客観的状況をも考慮に入れる方法、④関係の契約法論による方法などである。①は解釈という名の下で行われる作業の負担が過重になる恐れがあり(特に当初合意からかなりの年数を経ているとき)、②は便法との批判を受ける恐れがあり、③は不安定な公平論に陥る恐れがある。④は制定法のルールとはしにくい。これらを組み合わせる安定的な制度の構築が求められる。

(4) 履行補助者

第4は、履行補助者です。伝統的な学説は、履行補助者の故意過失を債務者の帰責事由の問題としてとらえていました。これに対し、この問題は「他人の作為・不作為による債務不履行責任」という観点から位置付けられるべきであるという指摘があり、その後、この方向での学説が発達しました。近年の学説では、この問題については、「他人の行為」が契約の内容及び債務の履行過程にどのように取り込まれるのかという評価の視点が重要であると主張するものがあります⁴⁴。

ここでは、第三者の使用に伴うリスクの配分が課題です。債務者が債務の履行のために第三者を使用することを一般的にどのような要件の下で認めるのか、それが認められる場合に、その第三者の行為を債務者の行為と同視できるかという問題があります⁴⁵。そこで、第三者の使用に伴うリスクの配分は、第三者の使用の可否についてのデフォルト・ルールの設定の仕方がまず問題となり、そのうえで合意による調整をどう規律するかという順序になるのだと思います。

(5) 損害賠償の範囲

現行民法416条は、特別の事情によって生じた損害は当事者に予見可能性があれば賠償の範囲に含まれると定めます。これについては、契約締結時における両当事者の予見可能性を意味するという理解と、債務不履行時における債務者の予見可能性を意味するという理解が対立しています。この対立は、民法起草時から存在しており、古くから論じられてきたものです。この問題は、契約締結時の合意による利益・リスクの分配の尊重という要請と、契約締結後の両当事者の協力を促し機会主義的行動を抑止すべき信義則上の要請との兼ね合いをどう考えるかというものだと思います⁴⁶。契約締結時の両当事者の予見可能性を基本としつつ、その後も債務

⁴⁴ 潮見佳男『契約責任の体系』(2000)235頁以下〔初出1987〕、森田宏樹『契約責任の帰責構造』(2002)65頁以下〔初出1996～97〕。

⁴⁵ 基本方針【3.1.1.60】。

⁴⁶ 中田裕康「民法415条・416条」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅲ』(1998)1頁・48頁、同・前掲注(41)162頁。

者に損害回避のための合理的措置を講じることを求めるという提案がありますが⁴⁷、これは、この兼ね合いを考慮した解決の一方法として評価することができると思います。

2 問題の整理

以上の5つのテーマを通じて、契約から発生する債権について、その成立や効力に関する規律の基準を当事者の合意に求める考え方があることを示しました。ここでの問題は、4段階あります。

第1は、債権のうち契約から発生する債権について特有の規律を設けることの当否です。これは、債権という抽象的な概念を維持しつつ、これを契約債権と法定債権に分けることをどう評価するのかという問題です。私は、債権という概念の有用性を認めて、この概念を維持することと、その下位概念を設けることとは、両立しようと思います。

第2は、契約債権について特有の規律を設けるとして、その基準を当事者の合意に求めることの当否です。第1の問題とも関連しますが、契約債権の概念を設ける以上、そこで合意に依拠して考えるのは自然なことではないかと思います。

第3は、合意を基準とするとして、合意以外の要素をどのように評価するのかです。取引慣行など合意外の事情や合意後の状況の変化などをどう考慮するか、また、合意後の当事者の行動をどう評価するかです。信義則などの一般ルールに委ねることも考えられますが、たとえば債務者の履行についての合理的な期待可能性や債権者の損害軽減義務などと組み合わせる形で具体化することは、規律の透明化に資するよう思います。

第4は、規定を置く場合の表現の仕方です。これは、その表現によって事実上生じうる波及効を慎重に予測したうえで決定する必要があります。

IV 債権法改正における合意の位置付け

1 債権法における合意に関する諸問題

以上で、個別的検討を終えます。債権法において合意が極めて大きな位

⁴⁷ 基本方針【3.1.1.67】。

置を占めることが改めて確認できたと思います。そのことを前提としたうえで、問題点は、次のように整理することができるでしょう。

第1は、契約の成否を決定する基準です。契約を締結しない自由に対抗する価値は何か(公法的・公益的規制、差別禁止原則、誠実交渉義務など)、合意があるにもかかわらず契約の成立が認められない場合にそこで保護されようとしている価値は何か(要式契約・要物契約の意義)、契約交渉過程を規律するのはなぜか(情報提供義務の根拠)が問題となります。

第2は、合意の内容を確定する方法です。契約の成立に関する規律や契約の解釈によって、当事者間にどのような合意が存在するのかを確定する作業が必要になります。これは、生の事実から合意と評価すべきものを抽出する作業ですが、契約の規範的解釈や補充的解釈においては、規範的評価が入ってきます。

第3は、確定された合意の効力が否定又は制限されるのはどのような場合かです。これは、契約の内容決定の自由の問題ですが、ここでは、伝統的な公序良俗・強行規定のほか、多様な考慮要素が存在します。すなわち、典型契約や任意規定の意義、契約の単位・個数についての共通認識、別の法制度が用意されている場合の契約による目的実現の可否(法人、物権、信託、相続など)、他の法秩序との関係(消費者法、倒産法、相続法など)など、契約制度そのものの意義に関わる問題があります。

第4は、債務の履行や不履行に関する諸問題について、合意を基準とすることの評価です。ここでは、債権を契約債権と法定債権に分けて債権法を構築することの当否、これを肯定する場合に契約債権について合意を基準とすることの当否、それを認める場合に合意以外の要素の取り込み方、が主な問題となります。特に、合意以外の要素として、合意時の合意以外的事实、合意後の状況の変化(特に、不履行時の客観的状況)、合意後の当事者の行動をどのように評価するかが問題となります。

2 契約自由・合意の尊重に対抗したり補完する諸価値

このように、問題は多層的で複雑ですが、契約自由と合意の尊重を基軸にすると、極めて明瞭な債権法を構想することができます。契約解釈によって合意の内容を確定し、確定された合意は原則として有効であって最小限の明確な規律によってのみ制約され、債務の履行や不履行における問題

ももつばらその合意を基準として解決されるということですが。この構想は、自己決定論と自由主義経済論に支えられ、正統性をもつものです。

問題は、合意に還元するこのような思考方法をとることによって、契約自由・合意の尊重以外の価値が過度に切り捨てられることにならないかです。上述の通り、合意を制約する価値には、様々なものがあります。契約の成否の判断、合意内容の確定、合意の効力の制約、履行・不履行に関わる問題の各場面で、合意と対抗したり合意を補完したりする多様な価値(以下、「対抗価値」といいます。)が存在しています。合意還元主義は強力であるがゆえに、その対抗価値を適切に評価するためには、自覚的な方法論が必要になります。これは民法典のあり方にも及ぶ問題となります。

3 民法典のあり方

合意の尊重とその対抗価値との調整を行う方法は、いくつかあります。

第1は、領域を区分する方法です。契約自由・合意の尊重が重視される領域とそれが制約される領域とを区別する方法です。制約される領域としては、消費者取引の領域と倒産法の領域が考えられますが、平常時におけるものとしては消費者取引の領域が中心になります。そこで、消費者取引を区分する方向を進めていきますと、複数の民法典を観念する構想が浮上します。すなわち、契約自由を徹底する事業者間の契約法と、契約自由の制約を伴う事業者・消費者間の契約法に分化するものです。それはビジネスの世界と生活の世界とを分けて考える立場に親和的であり、現在の1つの有力な考え方といえるでしょう⁴⁸。これについては、基本法としての民法典の意義をどのように考えるのか、また、ビジネスの世界において契約自由の制約はありえないのか、ありうるとすると2つの領域といっても連続的なものとなるのではないかと、という問題が提起されるでしょう。

第2は、1つの民法典を構想しつつ、契約自由に対抗する諸価値を統合する理念を提示する方法です。論者によっては、法、公正、契約正義、信義則、連帯主義、共同体主義、「共和国」の思想などを挙げるかもしれま

⁴⁸ 大村敦志「民法と民法典を考える」民法研究1巻(1996)1頁〔同『法典・教育・民法学』(1999)所収〕、内田貴「現代契約法の新たな展開と一般条項(4)」NBL517号(1993)32頁〔同『契約の時代』(2000)所収〕など。

せん。しかし、内実が多様だとすると、このような統合理念は、人によってその内容の理解が異なるスローガンとなってしまふ可能性があります。また、多様な諸価値の中には民法典の中で実現されるべきものと、それ以外のものが含まれていますが、その切り分けがしにくくなるという問題もあります。そこで、もう少し分析的に考え、「財貨秩序」に対する「人格秩序」を提示すること⁴⁹も考えられます。しかし、これは、「契約自由の原則の消極面」(前記Ⅱ)については、良い見通しを与えるとしても、『契約債権』における合意の尊重(前記Ⅲ)については、十分には機能しないでしょう。また、経済学的観点に転じて、「外部性」の概念で統合することも考えられますが、ここでの多様な問題を外部性の概念に盛り込もうとすると、この概念の本来の意味を歪めることになる恐れがあるのではないかと思います。もちろん、法の経済学的分析に基づきつつ、限定合理性のみに依拠しない効率性の観点からの説明ができれば、大きな意味をもつとは思いますが。しかし、それを具体的な私法の規律の形に転換することができるかどうかは、経済学的分析と法規範との関係の問題や、効用が各人で異なることを私人間の関係の規律においてどのように評価するのかという問題もあることから、私としては自信をもって発言できるものではありません⁵⁰。

第3は、1つの民法典を構想しつつ、具体的問題ごとに、契約自由・合意の尊重と対抗価値とのバランスを考える方法です。この方法では、契約債権と法定債権の区分や、部分的に消費者保護を民法典に取り入れることも比較的容易になるでしょう。この方法の問題点は、契約自由・合意の尊重を軸とする一貫した整合性ある体系において、合意に対抗する価値を取り入れることは、体系を乱す夾雑物だと評価されやすいことです。おそらく、ここでの課題は、体系化志向・演繹的思考に対する自覚的コントロールを保ち続けることだろうと思います。整合的な体系の構築はもちろんそれ自体望ましいことですが、ある原理から演繹する思考方法は明確です。しかし、それによって、そぎ落とされる価値がないのかどうかには、常に意識的に配慮する必要があります。その価値は、比較的わかりやすいもの

⁴⁹ 広中俊雄『新版民法綱要第1巻総論』(2006)13頁以下。

⁵⁰ 中田裕康「継続的取引における時の流れ」NBL800号(2005)17頁参照。

もありますが、目につきにくいものもあります⁵¹。私自身は、このようにして、全体として整合性がとれ、かつ、各部分で合意の尊重を基本としつつ多様な対抗価値とのバランスを考えるという第3の方向に魅力を感じています。

問題は、この第3の方法を正当化できるかどうかです。ここで契約正義や公正や理性を持ち出すと第2の方法に戻り、弱者保護を持ち出すと第1の方法に戻るでしょう。合意を尊重しつつ、多様な価値にも配慮することが社会及び個人にとって良いことであり、そうすることが個人の自由と社会の共通財産を合わせたものの最大化になるのだらうと思いますが、数量化できるわけでもなく、直感的な印象に留まっています。私としましては、実は、この点が、本日の研究会で皆さまからご意見を頂くことができればと期待していることです。もちろん、この第3の方法ではなく、第1、第2あるいはその他の方法をとるべきだというご意見もあるかと思いません。後ほど、ぜひお聞かせ頂ければ幸いです。

私の報告は以上の通りです。ご清聴ありがとうございました。

⁵¹ 抽象的に言うと、時間によって形成された当事者間の共通財産、さらには社会の共通財産の私的利用の問題があるのだらうと思う。