

契約の自由と当事者の地位

——契約と基本権——

小 野 秀 誠*

- I はじめに
- II 契約自由のモデルと現状
- III 英米法とその特質
- IV 自由の制限と契約法の変容の意義
- V むすび

I はじめに

1 契約の自由

(1) 近代の私法は、私的自治を基本としている。基本的には、大陸法たると英米法たるとを問わない。民法におけるその表現は、契約の自由 (freedom of contract) である。古くは、1804年のフランス民法典が、合意の拘束力としてこれを明示している。「適法に形成された合意は、これをした者に対して法に代わる」(1134条1項、liberté contractuelle)。フランス法をほぼ直接に継受した法 (ベルギー、ルクセンブルク) のほか、その影響をうけた法にもみられる (スペイン民法典1255条、libertad contractual, イタリア民法典1322条、autonomia contrattuale, 旧法では、1123条)¹⁾。

ドイツ法系の立法では、債権の発生原因としての法律行為が言及されている。古くに、プロイセン一般ラント法典 (ALR, 1794年) では (I 5 §1ff.)、同78条「意思表示の有効なために必要なことはすべて、約束の受領の有効なために必要である」、同79条「有効な約束の受領により、契約が締結される」とする。合意の成立が契約の成立の前提であることは明らかである。もっとも、同法典には、技

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科) 第7巻第1号2008年3月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

1) ほかに、たとえば、1838年のオランダ旧民法典1269条にも、「すべて義務は契約または法律によって生じる」との規定がある (なお、オランダ民法典6-248条。ただし、慣習や合理性の要求、衡平も法源になるとする)。

術的規定が多く（一見するとかなりの矛盾もあり）、この小論で概述することはむずかしい。

オーストリア民法典（ABGB, 1811年）も、法律行為による債権の発生を述べている。859条「他人に対する給付を人に義務づける人的物権（Die persönlichen Sachenrecht〔債権である〕）は、直接に法規により、または法律行為ないしは損害を生じることにより発生する」。また、861条「他人に対し自分の権利を譲渡すること、すなわち、他人に何かを認め、与え、またはその他人のために何かをし、あるいはしない旨の表示をした者は、約束（Versprechen）したものであり、相手方がその約束を有効に承諾したときには、双方当事者の一致した意思（durch den übereinstimmenden Willen）によって契約が成立する。（以下略）」。

しかし、1900年のドイツ民法典では、合意の拘束力や契約自由は当然の前提とされ、必ずしも明文にはみられない。たんに申込と承諾に関する技術的な規定があるにとどまる。この点は、わが民法典も同様である（521条以下）²⁾。大まかにみると、初期の近代民法が原則の宣言を重視する形式をとるのに対し、しだいに技術的な規定を重視する形式に変化したといえよう。

スイス債務法1条にも、「契約の締結には、当事者の双務的な意思表示の合致が必要である。それは、明示または黙示になしうる」（1881年および1911年法）との規定がある。

(2) 契約自由の意義は、伝統的な民法典だけではなく、国際的・統一的な新しい立法作業においても異ならない。とりわけ従来参照されることの多かったヨーロッパ法においては、統一ヨーロッパ法を法源とする立法例が増大しつつあることから、本稿は、各国法のほか、とくにこの統一作業やEU指令にも焦点をあてることとしたい。EU各国の近時の重要な民事立法は、ほとんどがEU指令にもとづく法（Umsetzungsgesetz）であり、各国の議会はほとんどその下請けになっているといっても過言ではない。しかも、細かな付属法規にとどまらず、EU指令

2) Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1967, S.482 (§25). 同書第1版に関するヴィアッカー「近世私法史」（鈴木祿彌訳・1961年）582頁（24章）参照。ギリシア民法典361条「法律行為による債務関係の発生および変更には、法律に別段の定めがないかぎり、契約を必要とする」。Vgl. Gogos, *Das Zivilgesetzbuch von Griechenland* (1940), 1951, S.41.

が2002年のドイツ債務法現代化法の契機になっていることは、記憶に新しいことである³⁾。

契約法の新たな動向は、近時の法の統一作業にもみられる。そして、Lando委員会のヨーロッパ契約法原則(Principles of European Contract Law 1997, 1998/1999, Art.1.102 PECL)とユニドロワの原則(Unidroit Principles of International Commercial Contracts 1994, 2004, Art.1.1 PICC)に、契約自由の規定がみられる⁴⁾。

ヨーロッパ契約法原則1.102条「(1) この原則のもとでは、契約当事者は、自由に契約を締結し、自由にその内容を決定することができる。ただし、信義誠実および公正な取引の原則 (good faith and fair dealing)、および本原則に規定されている強行規定に従うものとする。

(2) 本原則に別段の定めがある場合を除き、当事者は、本原則の個々の規定の適用を排除し、あるいはその効果を排除または変更することができる」。同時に、強行法規によるその制限規定もみられる。

同1.103条「(1) 本来であれば適用されるべき法が選択を認める場合には、当事者は、当該の契約を規律するものとして本原則を選択することができる。その場合には、国内法の強行規定は適用されない。

3) そして、統一化の影響は、契約の自由や消費者法といった理念的あるいは特定の法領域だけではなく、給付障害法のような民法の中核部分にも及んでいるのである。Vgl. Grundmann, Leistungsstörungsmodelle im Deutschen und Europäischen Vertragsrecht, insbesondere Zurückweisung der charakteristischen Leistung, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. I, 2007, S.307.

4) Lando/Beale, Principles of European Contract Law, 2000, p.99. ヨーロッパ法のもつ統一化機能について、Eger und Schäfer (hrsg), Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung (Beitäge zum X.Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts, 20. März bis 1. April 2006), 2007 所収の諸論文は、経済や沿革などの種々の見地からヨーロッパ私法の位置づけを行っている。とくに、vgl. Schmidtchen, Vereinheitlichung des Vertragsrechts in Europa, S.1; Ranieri, Vereinheitlichung des Vertragsrechts in Europa. Wirtschaftspolitisches Projekt oder rechtskulturelle Herausforderung?, S.46.

とくに、給付障害法におけるハーグ条約、ウィーン条約、Lando契約法原則、Unidroitの意義について、ONO, Die Entwicklung des Leistungsstörungsrechts in Japan aus rechtsvergleichender Sicht, Hitotsubashi Journal of Law and Politics, vol.30 (2002), S.15ff., S.31ff. (IV 2 & 3). 小野・司法の現代化と民法 (2004年、以下【現代化】と略する) 230頁所収。

(2) しかし、国際私法上の密接な関連を有する法を適用するというルール (relevant rules) によって、契約を規律する法とは関係なく適用される国内法、超国家法、国際法の強行規定は、効果を生じる〔強行法規の効果が優先する〕。

(3) ユニドロワの原則にも、契約の自由と強行法規によるその制限がみられる⁵⁾。

1.1条「契約当事者は、自由に契約を締結し、自由にその内容を決定することができる」。あるいは方式の自由に関する1.2条「本原則においては、契約を締結するに際して書面 (by writing) を必要とせず、契約の締結を書面によって証明する必要もない。契約の締結は、証人を含むあらゆる手段によって証明することができる」。

さらに、契約の拘束性に関して、1.3条「有効に締結された契約は、当事者を拘束する。契約は、その条項あるいは合意による場合、または本原則に別段の定めがある場合に限り、変更し、あるいは解除することができる」との規定があり、強行法規によるその制限については、1.4条がある。「本原則において、国際私法上の密接な関連を有する法を適用するとのルールによって適用される強行規定については、国内的、国際的、または超国家法的規定のいずれにもとづくかを問わず、その適用を妨げられない」。

ユニドロワのコメントによれば、契約自由の原則は、国際取引において最高の重要性を有する。誰に商品やサービスを提供しようとするのか、また、誰から供給をうけようとするのかを自由に決定する商人の権利は、個別の取引の条項を自由に合意することと並んで、公開の、市場主導、かつ競争的な国際経済秩序にとって基本となる⁶⁾。(Comment 1)

他人と契約を締結する自由については、国家が自由な競争から除外しようとする公共の利益 (public interest) の経済的領域がある。このような場合に、問題となる商品やサービスは、1人の供給者からのみ提供される。これは、通常は公

5) Basedow, Die UNIDROIT-Prinzipien der internationalen Handelsverträge und das deutsche Recht, Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz, (hrsg.) Schack, Horn, Lieb, Luig, Meincke und Wiedemann, 2000, S.1, S.8. なお、Unidroitの翻訳には、曾野和明・広瀬久和・内田貴・曾野裕夫・国際商事契約原則 (2004年)、条文は、221頁以下を参照。

6) Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004, S.8.

共同体 (public body) であろう。また、申込をする者と契約を締結する義務をおっている (あるいはおっていない場合もありうる)。(Comment 2)

契約の内容を決定する自由に関しては、まず、その原則も、当事者が離脱できない規定を包含している (Art.1.5 任意法規と強行法規による限界)。また、国家による強制的性格の公法および私法のルールもある (反トラスト、交換規制、価格法、特別な責任を生じる分野、または重大な不公正契約の禁止の条項など)。これらは、契約自由の原則を超えるものである (Art.1.4 強行法規の優越)。(Comment 3)

ヨーロッパ法原則も、ユニドロワの原則も、ともに強行法規による契約自由の制限を認める。あるいは、契約の自由は、強行法規の優先を認めるための序論になっているとさえいえるのである。

2 損害賠償、撤回権による契約の制限

(1) 他方で、近時は、契約自由への種々の制限が増大しつつあることは、周知のとおりである。このような制限は、古くは、ごく控えめに個別法規によって特定の分野でのみ行われた (賃貸借や労働における解除の制限や特定の行為の無効)。包括的なものは、せいぜい公序良俗による法律行為の制限であったが、新しいものとしては、損害賠償の拡大による事実上の締結強制と、撤回権による合意や契約の一方的な制限がある。これらは、間接的ではあるが、他面で、包括的であるという性質をもっている。

公序良俗による制限は、法律行為の無効をもたらすが、内容的に中性のものであり、当事者にそれ以上の制裁をもたらすものではない。たとえば、賃貸借契約の解除の無効は、契約の存続をもたらすだけである。古くからの保護法規である労働の分野でも、たとえば、就職の差別において、事業者に締結強制をしないかぎり、たんなる違法の評価や無効の構成だけでは、それ以上のダメージを与えない。より新たな現代法による契約自由の制限も、消費者保護を中心として片面的であるという特徴を有する。ここでも、救済の中心は、法律行為の無効や解除である。

これらの無効や解除に、さらに損害賠償の負担を付加するとすれば (取引法的

不法行為の増大)、爾後の契約締結にあたって予防的効果を与えるだけでなく、救済をうける当事者にとっても利益となる。損害賠償は、公的な課金を私的な制裁に転嫁するものであり、ときに中世的なBußに似た機能を帯びるのである。契約締結の自由への積極的な制限ともなる⁷⁾。

撤回権による契約の解消にも類似の機能がある。契約は両当事者により形成されるものであり、一方的には解消されないことを原則とする。クーリングオフ(撤回権)は、この原則の例外となる。契約解消の自由は、反面では、契約締結(維持)の自由への制約としての性格を有している。現代法は、多様な撤回権をもつにいたっている。

わがくににおいても、撤回権には、割賦販売法29条の3の3、30条の2の3、旧訪問販売法6条、9条の12、特定商取引法9条、9条の2など、種々のものがある。ただし、個別法にとどまり、ドイツ法のように、消費者契約全体に一般化されていない。他方、ドイツ民法典355条以下は、消費者契約一般を対象とする広範な撤回権となっている(消費者消費貸借では、495条にもとくに規定がある)。

(2) 契約の自由が明確に進展したのは、伝統的に、契約の方式の自由の領域である(たとえば、ローマ法的な方式主義に対するもの)。その後の進展は、むしろ、契約締結と内容決定の自由の制限である(貸貸借と労働)。相手方選択の自由も制限されることが増大した。包括的な性格を有するものとしては、近時EU指令にもとづいて各国で具体化されつつある反差別法による契約のコントロールがある。そして、契約における私法的倫理の問題が提唱されることにより、契約自由の制限は、より広範な新たな局面に突入したと目される。契約自由の制限が、たんなる民法的次元を超えて、基本権的なレベルに達したと把握できるからである。

一般平等法(AGG = Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) = 反差別法(Antidiskriminierungsgesetz)は、法と私法的倫理の関係を具体化する方法の1つであり、包括的な性質を有する立法である。とりわけ2006年8月に、ドイツでは、つぎの4つのEUの差別禁止関連の指令が国内法化されたことから注目された(14.

7) 中世ゲルマン法におけるBußには、罰金のような公法的な性格のほか、債務の強制的満足という私法的性格など、多様な機能がある。これにつき、小野・危険負担の研究(1996年、以下【研究】と略する)31頁。

August 2006, BGBl. I S.1897)。おもに、勤労者、職業訓練生、公共サービスを対象とするが、私人間の法律関係である商品売買と賃貸借にも適用される (§§19-21)。担当は、連邦家庭・高齢者・女性・少年省の反差別局である。

① Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. EG Nr. L 180 S.22). 反人種差別指令 (Antirassismus-Richtlinie)

② Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. EG Nr. L 303 S.16). 職業における平等指令 (Rahmenrichtlinie Beschäftigung)

③ Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. EG Nr. L 269 S.15). ジェンダー指令 (Gender-Richtlinie)

④ Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. Nr. L 373 S.37). 男女平等指令 (Gleichbehandlung-Richtlinie)

それ以前の古い例としては、旧男女平等指令 (Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, v. 9. 2. 1976 (Abl. Nr. L 39, S.40)) があったが、これは、労働条件の男女平等を求めただけで包括的ではなく、救済も限定されていた (6条、相当の地位の請求)。

新指令は、広く人種、出生、宗教、世界観、性別、年齢、障害により差別されず、不当な不利益をうけないとするものである。私人と国家の関係は、憲法の領域であるが、近代市民社会においては、一般的にも、これらの差別が行われるべ

きでないことは疑念の余地がない。そこで、私人間においても、これらの事由から不利益をうけないものとするのである。契約の自由も法的な倫理から自由ではないからである。反差別は倫理の問題にとどまらず、経済的理性でもある。寛容な社会は、経済的にも差別のないことを求めている。

市民社会には自由が必要であるが、人種主義や、宗教や世界観、性別、年齢、障害などによる差別には、歯止めが必要である。年齢や性別など、人為的に左右しえないものに関しては、人的な差異を認めない態度が必要である。この場合に、法が具体的に何を求めるかは、必ずしも各国で同一ではない。ドイツのそれが、私法の最低限のスタンダードであるのに反し、オランダの反差別法は、より厳しい。後者の歴史は古く1994年に遡る。2003年には、45件の仲裁判決が出されており、この数字を人口比でドイツにあてはめると、およそ250件と予想される。当初、経済界には、濫訴に対する危惧があったが、この件数は、ドイツの区裁判所の裁判官1人の半年間のもち件数よりも少ない⁸⁾。また、この程度のスタンダードは、多くの法人の倫理規範においては、すでに当然の前提とされている。

一般的な反差別法の存在は、最小限の基準としての倫理観念が、すでに契約の自由を左右する重要な要素の1つとなっていることを示している。

3 契約から地位へ

(1) 20世紀中葉までの直接的な制限に加えて、間接的な制限を考慮すると、契約自由の重大な変質をみることができる。とりわけ反差別法のような包括的な制限のもつ意味は大きい。従来から存在する公序良俗による制限や損害賠償の拡大も無視しえない。直接的な締結強制も存在する。種々の契約における撤回権の付与は、拡大することはあっても、今後減少することはない。

近代自然法からパンデクテン法学にいたる19世紀の法学の特徴は、法的な安定性の確保のために、できる限り、解釈から道徳的な衡平判断を避けることにあった。契約自由の原則は、中世的な正当価格理論や*clausula rebus sic stantibus*（事情変更）理論の否定とともに、この潮流にのったものであった。

8) BMJ, Vortrag v. 10. 02. 2005 (Recht und Ethik in der Wirtschaft).

現在では逆に、法的安定性も、法の妥当性や衡平を確保することなしにはありえないとの立場が有力である。精神的損害に対する損害賠償請求権の拡大は、これを反映している。ALRの時代まで、損害賠償は、狭く財産的損害なしには請求できないものであった。精神的損害に対する損害賠償請求は、わが法では文言上広いが(710条、フランス法に由来する)、ドイツ法では、法律に規定がある場合に限定されてきた(253条1項)。身体、健康、自由、性的自己決定の侵害による精神的損害に一般的に、衡平上の損害賠償が認められたのは、その例外と位置づけられる(ド民旧847条から253条2項に移動)。わがくにでも、文言ほどに広いわけではなく、財産的損害が救済されれば、精神的損害は治癒されることが原則とされている⁹⁾。

契約の修正については、とくに事情変更の考慮について方法論的な議論があり、契約外的な矯正とみるか、もっと内在的で当事者主義的なものに再構成するかでとらえ方には、かなりの争いがある。もっとも、当事者のイニシアティブを認めて再交渉義務による方法を採用しても、結局、背後に裁判所が控えていることから、まったく契約が自由になるというわけではない。当初の契約が確定的なものだと、最終的にいえるわけではないからである¹⁰⁾。

しかも、その後行われた契約自由の制限は、契約上の個別の制限を超えて、賃借人や労働者あるいは消費者といった地位にもとづく一般的な性格を有するとの

-
- 9) 精神的損害に対する慰謝料請求の拡大については、Ono, *The Law of Torts and the Japanese Civil Law*, *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, vol.26, 1998, p.43, p.50 (およびその注31, ALRの起草者であるSvareczの言参照)。小野「財産的損害と慰謝料請求権」国際商事34巻6号765頁。わがくにおける非財産的損害における慰謝料請求については、分譲マンションのケースが目目される。最判平16・11・18民集58巻8号2225頁。また、否定例としては、最判平15・12・9民集57巻11号1887頁参照。
- 10) 方法論が効果論にどこまで影響するかは疑問であるが、たとえば、等価性の破壊のケースで、裁判所が契約の外側から矯正するのであれば、10倍もの不均衡が必要であるが、再交渉義務でいけば、契約自由の延長であるから、2倍程度でもいいといえるならば、相違が生じそうである。しかし、少なくともわがくにの再交渉義務論は、そこまで実質的な相違を認めるのではなさそうである(この場合に、むしろ当事者の意思は、対象を限定するのであろう)。再交渉を徹底するならば、価格以外の要件も、修正可能だといえそうであり、そうだとすれば、方法論は、要件論にも影響するのではないのか、と思われる。また、そうでなければ、新たな方法論にあまり意味はないことにもなる。本稿では立ち入りえない。

特徴を有する。かねてイギリスの法制史家メーン (Maine, 1822-88) は、その著名なテーゼ「身分から契約へ」(Movement of societies *from Status to Contract*; Maine, *Ancient Law, its connection with the early History of Society and its relation to Modern Ideas*, 1861 (1963), p.164) において、封建的身分制度からの契約自由の発展を指摘した。それとの比較からすれば、今日、新たに「契約から地位へ」の転換が行われているともいえるのである¹¹⁾。

特別法の領域にとどまらず、民法典自体も修正されている場合がある。たとえば、ドイツ民法典の12条および13条では、広く「消費者」「事業者」の概念が導入されている。これは、ヨーロッパ法から導入された概念であり、形式的な平等をモデルとする伝統的民法典の修正である。そして、その後の多数のEU指令による保護法規の前提ともなっている。

このような修正は、現代の消費者には、契約にあたって十分な情報をえて独自に合理的な判断をすることが困難になっていることを反映している。救済としては、cic (契約締結上の過失) や情報提供義務などによる損害賠償や解除といった個別の方法もありうるが、契約上の地位に着目した制限は、予防的な紛争防止手段として効果的である。商法典も、概括的な商人概念 (Kaufleute) の区別をしているが、民法の修正は、私法の一般的な変容を反映したものである¹²⁾。

わがくには、まだ民法上同種の概念はないが、個別法にはあり、やや一般的な性格のものでは消費者契約法 (2000年法、施行は翌年) が制定されている。その一般法化や「消費者」概念の導入は、当事者間の知識の不均等や素人も合理的判断をなしうるとの前提の乖離、あるいは契約の複雑化や長期化を反映すれば、いずれ必至とも予想される。EU基準の普遍化が行われれば、競争条件の均一の要請からも変更が加速される可能性がある。

かつての「身分から契約へ」の動きは、私法においても、デモクラシーにもと

11) 近時これを指摘するものとして、Bruns, Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen in Europa und den USA - Movement from Contract to Status? JZ 2007, S.385. また、契約自由の形骸化につき、Wolf, E., Vertragsfreiheit - Eine Illusion?, Festschrift für Keller zum 65. G., 1989, S.359.

12) 小野・民法における倫理と技術 (2006年、以下【倫理】と略する) 421頁参照。Vgl. Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2004, S.764ff.

づき秩序を形成することを表現していた。そして、この新たな秩序は、自由な法律関係の形成を自己責任のもとで認めたのである。これは、個人に法の発展を促進する機能を保障した。こうして、契約自由の原則は、西側世界の共通の法の基礎となった。これに対する新たな動きを、広く「契約から地位へ」と位置づけるかが問題である¹³⁾。近代社会の自由と不可分なのは、たんに自由だけではなく民主的なことであり、人権を尊重することが必要だからである。そこで、この動きが、契約自由をどう変質させるのが疑問となる。私的自治の限界は、すべての時代について静的に定義されるのではなく、変動する時代ごとに異なる。本稿は、この新たな動き（とくにEUレベルのヨーロッパ法）について検討し、契約法の変容と基礎を探ろうとするものである。

(2) 古い起源をもつ民法は、従来から種々の法分野のモデルでもあったし、民法からの借用概念も多い。たとえば、社会契約説や国家法人論である。人権のモデルは、所有権などの絶対権である。契約法やその中心をなす契約自由がもつ意味は大きく、たんに民法のみにとどまらない法の現代化の一側面を示すものでもある。また、逆に、民法の契約法理論にも、種々の観念（実証主義、法治国家、権力分立などの観念）が投影されていることは無視できないであろう。

契約法は、ときとして社会を映す鏡である。契約自由は、自由なデモクラシーの基礎条件の1つとなる。デモクラシーは、個人が自由な自己責任で、自分の事柄を決し、選挙によって代表を決するものである。国家の規制からの自由なしには、デモクラシーの国家形態は実現されない。そして、私的自治は、経済的、法的側面において、個人が自己責任で形成された意思で私的な生活を形成するものである。デモクラシーの国家形態と私的自治にはパラレルな関係があり、私的自治はデモクラシー社会の不可欠の条件である。あまりに規制がきびしいと、個人による形成の余地もなくなる¹⁴⁾。英米法では、契約自由はデモクラシーの基本的価値と関連づけられて発展してきた。もっとも、デモクラシーは、EU基本法(EUV) 6条1項によっても、EUの基礎であるとされている。他方、多様な保護

13) Vgl. Bruns, aa.O., S.386.

14) 近い例では、かつての社会主義国において、私的自治が制約されていたことがある。Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 1996, S.314ff. Cf. Farnsworth, Contracts, 1999, §1.7 (p.20). Freedom of contract as supporting the market.

法規的なEU指令の発生は、自由放任の時代から社会国家理念への変質を広範なレベルで契約法に反映するものとなる。

(3) 従来、契約よりも身分や地位による法律関係が主であったのは、家族法の領域である。しかし、この分野では、かえって家庭の契約化、社会化がみられる。扶養や後見、相続は、かねて家族法において、身分によって行われていた。ところが、現在の核家族化の増大した社会の中では、家族法がそれらを引きうけるだけではならず、社会的あるいは契約的な補完が必要となり、家族法の自己完結性は、過去のものとなっているのである。高齢者の扶養と介護は、公的年金制度と介護保険によって、すでに家族外への社会化が行われている。わがくにで1999年に行われた成年後見制度の導入も、基本的には、従来家族内で完結していた後見制度のアウトソーシングの一例と位置づけられる。また、部分的には、所有する不動産を担保とするリバースモーゲージや保険売買のような契約的補充が行われているのである。いわば、家族法の社会化・契約化である¹⁵⁾。

II 契約自由のモデルと現状

1 契約自由と2つの契約モデル

(1) 契約の理解には、歴史的に2つのモデルが存在する。1つは、リベラルなものであり、他は、パターンリズムにもとづくものである。

古典ローマ法は、形式的な契約の方式を定め、諾成契約は、部分的にしか認められていなかった¹⁶⁾。方式主義は、技術の中に思想をとどめることによって、契

15) 小野「虚無の所有権、終身年金、保険売買と射幸契約」現代取引法の変容と新たな展開＝川井健先生傘寿記念論文集（2007年）133頁。

16) Kaser, Das Römische Privatrecht, I, 1971, §122 I 2 (S.522f), §56 I (S.227); ders., Römisches Privatrecht, 1976, §33 I (S.133ff); 1992, S.154f. 後者については、紫田光蔵訳・ローマ私法概説（1979年）310頁以下。Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht, 2005, S.42ff. ローマ法における方式の必要性や諾成契約の占める位置づけなどについては、広中俊雄・契約とその法的保護（1974年）3章（91頁以下）、同「契約および契約法の基礎理論」契約法の研究（1967年）所収（とくに14頁以下）が詳細な研究である。また、三ヶ月章「契約法に於ける形式主義とその崩壊の史的研究」法協64巻2号117頁・5号318頁・6号378頁・8号648頁、自然債務の一類型として検討するものとして、石田喜久夫・自然債務論序説〔1981年〕とくに第3章参照。本稿（とくにローマ法）もこれらによるところが多く、詳細には立ち入っていない。

約の自由を否定するものである。売買や賃貸借など債権法の中心をなす典型契約では、認められる類型が限定され、諾成契約は、むしろ周辺部から生じたのである。

(ア) ローマ法においては、裸の合意は債務を生じない (*Nuda pactio obligationem non parit*, Ulp. D.2, 14, 7, 4)、との法格言がいうように、無方式の合意によっては債権は成立しないことを原則とした。債権が成立するには、要物契約 (消費貸借、使用貸借、寄託)、質問と解答による儀式によって初めて義務を生じる言語契約 (問答契約)、文書と登録を必要とする文書契約、および諾成契約 (売買、賃貸借、委任、組合) の類型に従って、前三者では物または方式を要する、とされたのである¹⁷⁾。

そして、これ以外の無方式の合意によっては、市民法上債権は成立せず、訴求力は生じない、とされた。これは、のちに中世の法律家によって、自然債務 (*obligatio naturalis*) の一類型と位置づけられた。

しかし、このような制限には、しだいに例外が生じた。取引の発展により、方式のない無名契約にもその保護が必要となったが、諾成契約の類型は限定されており、これを補うべき問答契約は煩雑と考えられたためである。

そこで、古典期以後、方式性の緩和が行われた。諾成契約や要物契約と結合することによって他の無方式の合意も、訴求可能とされた (付加された合意、*pacta adiecta*)。また、言語契約、文書契約においても、言語儀式よりも意思の合致が債務成立の原因と考えられるようになった。さらに、契約の典型性もくずれていっ

17) Otto, Schilling und Sintenis, Das Corpus Juris Civilis (deutsche übersetzt), I, 1830, S.317ff. (Ulp. lib. IV ad Edictum). „Liegt aber das Wesen eines Contracts nicht vor, so ist es gewisse, dass in diesem Falle aus der Convention allein keine Verbindlichkeit erwachse. Also blosser Vertrag bringt keine Verbindlichkeit, nur eine Einrede, hervor.“ なお、小野「契約の成立における方式と自由」商論55巻3号 (以下、前稿という)において、古法・中世法 ((1)ローマ法、(2)中世イタリア法、(3)カノン法、(4)ローマ法継受とゲルマン法)、近代法 ((1)人文主義法学、(2)自然法理論、(3)近代的法典編纂)、および、19世紀以降の変遷 ((1)パンデクテン法学、(2)ドイツ民法典) の方式の自由を概観した。本稿ではいちいち繰り返さない。前稿48-51頁参照。

包括的な研究として、Seuffert, Zur Geschichte der Obligatorischen Verträge, 1881, S.24; Nanz, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, 1985, S.31ff.

た。すなわち、あらかじめ予定された契約類型にあてはまらなくても、広く無名の要物契約が承認されたのである。その結果、方式を備えない口頭契約であっても、要物性の具備によって無名契約たりうることとなった。典型性の緩和は、方式性の緩和とならんで、契約成立の柔軟性を与えるものとなったのである¹⁸⁾。

(イ) 中世法は、基本的にはローマ法の体系を受け継ぐものであったが、特定の合意にはそれを成立させる方途が限定されているとし(典型性の強制、*numerus clausus*)、諾成性の予定されていない合意には無方式のままでは拘束力はないとする。しかし、実務は、この制限を不便なものとして、しだいに広い例外を認めた。すなわち、訴権を付与されていない「裸の合意」(*pacta nuda*)に對立する概念として、訴権を付与された「着衣の合意」(*pacta vestita*)を認め、ローマ法上予定された類型をもたない合意にも、契約としての効力を認めたのである。そうすると、すべての合意は、契約の種類を問わず、方式を備えることによって効力をもちうる。ここで、合意は、たんに方式を欠くときに効力をもたないにすぎず、また方式の種類は問わないことになったのである¹⁹⁾。

(ウ) これに対し、カノン法は、契約の効力についてまったく新しい観念をもちこんだ。すなわち、神学理論を基礎にすべての合意の拘束力を認めたのである²⁰⁾。これは、事実上、実務で行われる方式性の緩和と一致するものであったし、さらに、商事裁判所においては、商慣習として「裸の合意」も拘束力をもつとされた。

18) 同。また、Kegel, Zur Entwicklung der Auffassung vom Vertrag im kontinentalen Europa, Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz, (hrsg.) Schack, Horn, Lieb, Luig, Meincke und Wiedemann, 2000, S.347. にも、簡単な歴史的素描がある(歴史的な記述は、前述のNanz(前注17))の文献によっている)。

19) 同・55-56頁。

20) 同・57-58頁。なお、カノン法的な自由意思は、神の意思とは別に人が罪を犯しうることの説明として必要とされたといわれる(前田達明『『神学大全』と民法学』創文500号1頁)。自己責任の原点は、罪の帰責の根拠としての自由意思にあるというのである。もっとも、近代的な過失責任の源流は、予定調和説の上に厳格な自己責任をとったカルヴァニズムに遡る。この場合には、人に対する非難は、予定された救済(神の意思)に対する自由意思による妨害という点に求められる。オランダを嚆矢として、プロテスタント諸国において自由意思論が唱えられたことは、偶然ではない。他方、カトリック的な原罪論からは、自己責任があいまいになることは避けられず(人が原罪から自由であるかは、必ずしも自由意思だけでは十分には説明できず)、また罪の赦しに対して聖職者の介在する位置づけも、文字通りパターンリズムに適合する。救済は、自律のみではなく、他律的な贖罪からも生じるからである。

しかし、ローマ法理論を正面から否定するにはいたらず、イタリアでは15世紀にいたっても、カノン法と商法の領域を除いて、無方式の合意が一般的に肯定されることはなかった²¹⁾。

(2) (ア) 伝統的なローマ法の理論に正面から反対したのは、16世紀の近代自然法理論であった。その中心は、オランダの法学者ヴェーゼンベック (Wesensbeck, 1531-86)、ついで、グロチウス (Grotius, 1583-1645) である。自然法論者の契約理解は、ローマ法における方式の強制は、実定法上の制約にすぎず、自然法によれば、人間の意思を尊重することから当然に拘束力を認めることができ、それが法の理性に合致する、とするものである²²⁾。

契約自由は、思想的には、啓蒙の時代に始まる。中世のカノン法のように、意思の自由やそれにもとづく契約の自由を認める具体的な動機は多様であったが (たとえば、カノン法の優越、より実際的には贈与の自由など)、契約自由が、封建的な拘束を排し、個人に自己決定の実現を認めたことも見逃せない。自己責任、私法関係の決定、および自律的形成の能力は、デモクラシーの国家形態の発展と

21) 同・59頁。しかし、やがて「裸の契約」の意味が変えられた。すなわち、約束のほかには何の原因もないときに裸の契約であり、しかし原因のあるときには、債務を生じ、訴権も生じることとなったのである。nudum pactum est ubi nulla subest causa praeter conventionem; sed ubi subest causa fit obligation, et parit actionem. すなわち、契約の成立にとって、形式的な方式の有無よりも、原因が重要になったのである。もともと、ローマ法でも、原因は、契約 (σ υ ν α λ λ α γ μ α) = Contractの拘束力の源として考慮されたのである。諾成契約として認められた類型は、双務契約など原因の存在が明確だったのである。Vgl. Otto, Schilling und Sintenis, a.a.O., S.318.

22) 同・69-72頁。グロチウスの契約論は著名であるが、自然法の学説では、アントワープのヴェーゼンベックの合意論が先駆である。彼は、ローマ法では、裸の合意は、抗弁だけを基礎づけたが、万民法 (simplicitas iuris gentium) と自然法では、訴権を与えたという。ヴェーゼンベックは、裸の合意にも、真摯と熟慮 (Ernst und Überlegtheit) を求めた。そして、ローマの契約法の精密さは、今日ではもはや利用しえず、カノン法では、裸の合意の訴求可能性が認められ、衡平により判断される封建法、仲裁、商事裁判所でも同様であるとされた。さらに、当時の一般の見解 (communis opinio) によって、商人法 (aequitas mercatoria) についてのそのような理解が、しだいにオランダの民事裁判所でも受容されていったのである。Nanz, a.a.O., S.85ff.

さらに、ローマ法が知らない新たな取引あるいは契約類型も生じ、伝統的な方式主義を不便なものとした。公開商事会社、手形、所持人への債務証券 (Schuldverschreibung)、海上運送契約、船舶貸借 (charte-partie)、船荷証券 (Konnossement)、海上貸借、海上保険、大海損 (Haverei) などである。Vgl. Kegel (前注18), S.353; Nanz (前注17), S.58.

も一致した。中世の契約法の出発点は、正当価格論 (*iustum pretium*) にみられる正当な契約内容にあり、リベラルな自己決定とは異なっていた²³⁾。初期のパンデクテン法学においても、サヴィニー (Savigny, 1779-1861) は、方式の自由を唱え、合意の相当性の根拠として当事者の自由な意思の合致をおいていた²⁴⁾。もっとも、パンデクテン法学は、契約の拘束力について、自然法理論を受け継いだのであり、それがより深められることはなかった。

(イ) そして、18世紀初頭の近代的法典編纂は、いずれもたんなる合意に拘束力を認めたのである。たとえば、フランス民法典 (1804年) 1134条、プロイセン一般ラント法典 (ALR, 1794年) 1部5章4条、オーストリア一般民法典 (ABGB, 1811年) 861条などである (前述 I 1 参照)²⁵⁾。さらに、19世紀のパンデクテン法

23) もっとも、本文との関係では、近代の経済学も、価格をすべて市場価格に統一したわけではなく、「自然価格」概念も存在したのである。すなわち、商品の価格が、それを産出し、加工し、市場にもってくるのに使用された土地の地代と労働の賃金と貯えの利潤とを、それらのものの自然率によって支払うにたりだけの額と同じ場合がそれである。これに対し、市場価格は、商品が通常売られる実際の価格である。アダム・スミス・国富論 (1776年。水田洋 = 杉山忠平訳・2000年) 1巻104頁。

24) Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, I, 1840, S.370f., II, S.231, 242, III, S.308 (§140); ders., Das Obligationenrecht, II, 1855, §76 (S.235ff.). サヴィニーによれば、契約は一致した意思表示への多数人の合意 (Vereinigung Mehrerer) であり、それにより、法律関係が決定されるものである。ウルピアヌスが根拠とされる。ローマ法については、ユスティニアヌスの法の間答契約 (Stipulation) は、方式契約として訴求可能であり、若干の特別な種類の契約では、方式なしでも訴求可能であったが、すべて他の方式のない契約 (*nuda pacta*) は、訴求できなかったとする。しかし、このような区分の理論は、今日の普通法では、方式のない契約が、ローマの Stipulation の代わりに取り入れられており、契約には、ローマ法の諾成契約と裸の合意に共通する訴求可能なルールが適用されるべきであるとする。無方式の合意の効力を認める理由として、かつて、Stipulation の方式によって当事者の慎重さがえられた意義を不要とし、今日では、当事者が、慎重な考慮によりみずから損害を回避するべきものとしているのである。ここには、原則的な、契約、とくに方式の自由が述べられている。

内容の自由は、サヴィニーでは、間接に明らかにされている。すなわち、有名な債権のほかに、新たな債権を形成する自由な余地があり、これは、時代の変化により、また自由な意思により生じるとするのである (フ民1107条1項に類似。契約が典型であろうと、無名であろうと、一般規定 (à des règles générales) に服するというのである)。

プフタ (1798-1846) は、サヴィニーと同じく、契約の成立には、双方当事者の意思の一致と表示が必要であり、表示は、双方当事者から (約束と承諾) 行われなければならないとする。Vgl. Puchta, Pandekten, 1845, S.363 (§250).

25) 前稿 (注17) 74-77頁。

学は、これを当然の前提としている。たとえば、ヴィントシャイト (Windscheid, 1817-1892) の契約の定義は、ごく伝統的なものであり、すなわち、債務的な契約は、2つの意思表示の合致したものであるとする。契約は、法律行為の1つのかつもっとも重要な場合であるとし、また、法律行為は、法的な効力の発生に向けられた私的な意思表示であるとする。デルンブルク (Dernburg, 1829-1907) も、法律行為は、私的な法律関係を発生させるために意図され合意された私的な意思表示であるとし、債務契約、すなわち債権者と債務者の間の合意が、債務を発生させるとする。そこで、19世紀後半以降、方式の自由は、契約内容決定の自由、契約締結の自由などとならんで、契約自由の原則の1つと位置づけられるようになったのである。この時代の特徴は、たんに合意の拘束力を認めたことにとどまらず、これが契約自由の原則の一部ととらえられ、後者の意義が強調されるに至ったことである²⁶⁾。

そこで、契約自由の理念は、1900年のドイツ民法典編纂にあたって、基本となった。すなわち、契約の締結と内容を当事者の意思にゆだね、広く任意法規の適用を認めたのである。これによって、自由に合意された契約は正当なものと扱うことができ、手続的な保障によって正当性を確保することとし、内的な契約正当性の判断の必要性から免れることができたのである²⁷⁾。意思の尊重は、同時に契約の安定に資するものとなった。社会の革新のためのリベラルな伝統にもとづいたというよりは、自由に形成された契約への介入を控えるとの保守的な傾向に適合したものである。同様の配慮は、ドイツ民法典138条 (日民90条相当) の

26) 同・79-85頁。Windscheid/Kipp, Pandekten, II, 1906, §312 (S.278ff.); Dernburg, Pandekten, 1900, §8 (S.21).

27) Motive, I, S.161 (Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, I, 1899, S.441); Protokolle, S.156 (Mugdan, a.a.O., S.688). Bruns, a.a.O., S.386. BVerfGE 103, 89, 100 (Gerichtliche Kontrolle des Inhalts ehevertraglicher Abreden).

そして、内的な契約正当性の判断を免れようとするこのような自己抑制は、近代法の判断構造である立法と司法の区分、権力の分立の思想にも合致したのである。パンデクテン法学、とりわけヴィントシャイトが、自由主義的な国家概念をもっていたことについては、クレッシェル・ゲルマン法の虚像と実像 (石川武訳・1989年) 268頁参照。この自由 (放任) 主義的な実証主義に対して、イエーリング以来、種々の対抗思想が現れたことも、繰り返すまでもないであろう (利益法学や、法社会学、ゲルマン法的な団体主義、新カント派などである)。

構造にも現れている。すなわち、良俗違反による無効は、まず「窮迫、未経験、判断力の不足、あるいは著しい意思の薄弱に乗じた」場合（同条2項）に考慮され、内容上の不当性は相対的に退くのである（同条1項）²⁸⁾。

もっとも、ドイツ民法典には、当事者の意思を明確にする必要のある場合や、相続、土地に関して、なお方式を必要とする例が多く残されている（311b条、518条、550条、766条、780条-784条、873条、2276条、2371条など）。この点は、わが民法典においても同様であり（法人の設立の登記や、不動産の登記、身分上の届出、遺言など）、また、それらは、必ずしも契約自由の原則に抵触するものとは考えられていない。

(ウ) 契約自由は、憲法的意味では、個人の尊厳（日本国憲法13条）、財産権（同29条）を基礎としている。ドイツ法では、人間の尊厳（ド基本法1条）、人格権（同2条）、所有権（同14条）がその根拠とされている。また、契約自由は、契約の拘束力なしには意味がないから、そこに契約の拘束力が包含されていることはいうまでもない。そして、契約は守られるべし（*pacta sunt servanda*）とのことは、債務不履行の制度によって、保護されている。もっとも、いかなる自由も無制限ではありえないから、契約自由にも制限のあることは当然である²⁹⁾。

(3) (ア) 契約自由に対するものとしては、パターンリズムがある。リベラルな契約自由に対する著名な反対論者は、ゲルマニストのギールケ（Gierke, 1841-1921）である。社会の潤滑油としての意義が知られている。無制限の契約自由は、弱者に対する過度な負担となる。それは、当初ゲルマン法的観点³⁰⁾にもとづいて主張されたが、これとは別に、社会主義的観点にもとづく批判³¹⁾もあった。また、民法典成立後には、法社会学的観点からの批判もみられた³²⁾。しかし、具体的な

28) ドイツ民法典138条の構造については、小野・利息制限法と公序良俗（1999年、以下【利息】と略する）172頁、182頁参照。

29) Wolf, a.a.O. (Vertragsfreiheit), S.359ff., S.385 (Die ausdrückliche Verneinung der Vertragsfreiheit durch das BVerfG). ドイツの憲法裁判所は、繰り返し、私的自治の限界にふれている。Vgl. BVerfGE 8, S.274; BVerfGE 53, S.1; BVerfGE 65, S.248. その根拠の1つは、社会国家的考慮である (Sozialstaatsprinzip)。Vgl. BVerfGE 72, S.155; 89, S.214; 103, S.89; 136, S.347.

30) Gierke, Die sozial Aufgabe des Privatrechts, 1889, S.10; ders., Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889 (1997), S.164.

解釈論において、民法典の修正と云うものは部分的にとどまったのである³³⁾。

ギーレケは、ゲルマン法的な方式性が否定されたことに不満を示し、合意を書面で明確にすることを廃止するべき理由はないとし（第一草案91条＝現125条に関する）³⁴⁾、他方、契約申込の拘束力が認められたこと（第一草案80条＝現145条に関する）については、ゲルマン法に合致するとして肯定する³⁵⁾。書面主義は、外見上は歴史を根拠に主張されているが、実質的には、その後の時代にある、書面による契約条件の明確化の要請につながるものである。ゲルマニステンだけではなく、ロマニステンを含めても、技術は思想によって選択されているのであり、19世紀の概念法学も、価値判断はしているのである。パンデクテン法学が、概念や技術のみに終始したとみるべきではない。

(イ) 保護法的な立法例としては、ドイツ民法典の制定前にも、早くに割賦販売法 (Abzahlungsgesetz, v. 16. 5. 1894) があつた (RGBl. 1894, S.450)。これは、実質的に「消費者」である買主の保護のために（条文上は、買主 (Käufer) である）、契約自由を制限した初期の例である（1条、5条—解除のさいの返還義務、その同時履行関係、4条—契約罰の制限、期限の利益の喪失条項の制限、また、

31) Mengar, Anton, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1890; ders., Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft, 1905 (2.Aufl. 初版は1895), S.2 (Schutz der Schwachen, sozialer Charakter).

また、19世紀以来の利益法学につながる思想（反実証主義や自然法的な正義論）との対立も無視はできない（前注27参照）。これらは、第一次大戦後の行為基礎論につながるものである。

32) Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903, S.17; ders., Die juristische Logik, 1918, S.3ff. (おもに法の欠缺にかかわる)。なお、主要な民法典草案批判については、Leonhard, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich und seine Beurteilung, 1891, S.4f. に詳しい。

エールリッヒの批判は、必ずしも民法の内容に影響を与える余地のないものではなかったが、当時の解釈学にとっては、たんなる方法論にすぎず、つまり具体的解釈に影響するものとはなされなかった（なお、Die stillschweigende Willenserklärung, 1893; Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899; Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913）。

33) しかし、シュタウプによる積極的契約侵害の指摘は、不能と遅滞を給付障害の典型ととらえる民法典にとって、その体系化に与える影響は少なくなかった (Staub, Die positive Vertragsverletzungen, Fest. f. den Deutsch Juristentag, 1902, S.46ff.)。

34) Gierke, aa.O. (Entwurf), S.165.

35) Ib. S.164.

のちの追加であるが、1a条一方式の要請、1b条一撤回権³⁶⁾。また、第一次世界大戦後の住宅不足にさいしては、種々の賃借人保護が行われ、また、労働者保護も始まった³⁷⁾。

経済の発展と大量契約に直面しては、リベラルな契約法の危機が学説で語られ、実質的契約正義が必要とされた。第一次世界大戦(1914年-18年)を契機に提唱された種々の概念がある。

第1は、ニッパードイ(Nipperdey, 1895-1968)による契約の締結強制(Kontrahierungszwang)の概念である³⁸⁾。彼は、その著書「締結強制と命令的契約」(1920年)において、契約当事者の一方が独占的地位を有し、かつ契約の目的物が生活必需品である場合には、契約が強制的に締結されるべき場合があることを述べた。また、そのさいに、契約内容も、当事者に平等に修正・解釈されるべきとする³⁹⁾。

第2に、民法典成立後の概念法学的手法に代わって、信義則などの一般条項にもとづく自由な法解釈が採用されるようになった⁴⁰⁾。これは、とりわけ債権法の領域でいちじるしくみられる。たとえば、エルトマン(Oertmann, 1865-1938)によって提唱された行為基礎論である⁴¹⁾。第一次大戦後の、とくにドイツにおけるインフレは急激なものであったから、契約締結後の貨幣価値の変動に対する契約の修正がよぎなくされた⁴²⁾。裁判官による事後的な契約矯正が肯定された。し

36) Wieacker, aa.O., S.481. 訳582頁。

37) Ib., S.547 (§28). 訳646頁(27章)。

38) Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag, 1920, S.2, S.29ff. 基本的な出発点は、個別規定と(S.36. 鉄道、軽便鉄道、郵便、電信、供託所、ライヒスバンクなど)、一般的な規制としては、826条の、故意による良俗違反の行為による損害賠償と(S.53)、不正競争(S.67)である。ニッパードイが、不能と事情変更の考慮にさいして、同時に、契約上の信義則の尊重に向かったのも、この実質的衡平論にもとづいている。Vgl. Nipperdey, Vertragstreu und Nichtzumutbarkeit der Leistung, 1921, S.1., S.20ff.

39) Ib. (Kontrahierungszwang), S.23, S.30. ニッパードイは、私的な法秩序のほかに「憲法」(基本法2条1項)にもふれている。また、Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1960, S.894 (§145)も、法律行為との関係で憲法秩序の重要性にふれる。山下文「契約の締結強制」現代契約法大系(1)(1983年)2頁以下参照。ドイツ法理論にならって、間接的締結強制を認めるための条件としては、供給企業が法律上または事実上の独占的地位にある場合、および給付の目的が生活必需の物資またはサービスであることとするが(243頁)、検討されているのは、特定の救済としての、文字通りの締結の強制である。

かも、価格の変動に対処するもっとも有効な手段は、契約価格の修正であるから、そのさいに、給付相互の等価性の思想が根拠とされたのである⁴³⁾。

第3は、ドイツ民法学を称するナチズムの主導にそって試みられた。とくに、労働関係および会社関係では、団体主義が強調された⁴⁴⁾。契約についても、債権者と債務者との共同体思想が唱えられた⁴⁵⁾。また、契約の成立に関して、ハウプトの「事実的契約」の概念が現れ⁴⁶⁾、契約の成立にあたっての当事者の意思の機能を事実上縮小する試みがされたのである⁴⁷⁾。

このような変化は、長期的には、BGHの判例では、242条による内容のコントロールをもたらしした⁴⁸⁾。そして、立法による契約自由の制限は、1976年、包括

40) これは、フランス民法学では、民法典の成立後(1804年)、半世紀近くも注釈学派の手法が全盛であったのと同様である。19世紀初頭と異なり、社会的変動が大きいことによる。しかし、フランスでも、第一次大戦後には法解釈の方法に大きな変化の生じたことは、早くに指摘されている。Cf. Weill et Terré, *Droit civil, obligations*, 1976, n° 201 et s.; n° 377 et s. なお、vgl. Hedemann, *Die Frucht in die Generalklauseln (Eine Gefahr für Recht und Staat)*, 1933. ドイツでの出発点は、ALR § 10 II 17 (*exceptio doli generalis*) と、BGBの826条、242条である。

41) ほかに、たとえば、労働法学における営業危険理論(*Betriebsrisiko*)がある。民法でも、帰責事由に代えて領域概念をもちこんで契約的な危険分配を修正した領域説がある(詳細は、【研究】176頁、253頁。または、Nassauer, *Sphärentheorie zu Regelungen der Gefahrtragungshaftung in vertragliche Schuldverhältnisse*, 1978, S.70ff.)。

42) 天文学的な貨幣価値の下落を招いたといわれるインフレがおさまったのは、レンテンマルクへの貨幣切替の行われた1923年であった(なお、この間の事情については、我妻栄・近代法における債権の優越的地位(1953年)111頁参照)。

43) この判例・学説による給付の等価性への要請をもって、中世的・自然法概念である *laesio enormis* (過大な損害の禁止)の再生とみる見解もある(Klinke, *Causa und genetisches Synallagma*, 1983, S.124)。

44) ロマニスト的な民法典に対するナチズムからの攻撃については、Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 1947, S.311ff. (S.335f.)。なお、共同体思想そのものは、1900年以前に、とくにギールケのものが著名である(Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, II, 1873, *Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs*, § 2, S.6ff.)。

45) 一部の学者は、新たな債権法の体系を提唱した(Stoll, *Vertrag und Unrecht*, 1943; Larenz, *Vertrag und Unrecht*, 1936; Wieacker, *Zum System des deutschen Vermögensrecht*, 1941)。いわゆるキール学派である。クレッシェル「ナチズム下におけるドイツ法学」前掲書(前注27)339頁以下、359頁。五十嵐清「ファシズムと法学者」比較民法学の諸問題(1976年)1頁。

46) Haupt, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Fests. f. Siber, II, 1943, S.5ff.

47) *Ib.*, S.33; vgl. Siebert, *Faktische Vertragsverhältnisse*, 1958; Simitis, *Die faktischen Vertragsverhältnisse*, 1957 など、関連の文献は多い。

的な法律である約款規制法 (AGBG, v. 9. 12. 1976) をもたらしたのである (BGBl. I, S.3317)。わがくにの約款規制が個別のかつ主として行政的規制に頼ってきたのに比して、多数の契約のために定型化された契約条件のすべてに適用されることを予定した包括的な規制である (旧1条1項参照)。

(ウ) 1930年代以降、新たな観点から、民法典とくに債権法の修正が試みられた。ラーベル (Rabel, 1874-1955) の提唱した売買法の国際的統一の運動である⁴⁹⁾。しかし、その成果は、戦後に結実した。

1964年には、有体動産に関する国際的売買の統一法条約 (ハーグ国際動産売買統一法条約) が成立し、ドイツ (連邦共和国) も、1974年にこれを批准した。ハーグ国際動産売買統一法条約は、たんに国際取引に関し内国法としての効力を備えただけではなく、その構成のユニークさから、民法典との比較によって後者の解釈のうえにも影響を与えている⁵⁰⁾。また、1988年に成立した国連のウィーン国際動産売買統一法条約も、大陸法と英米法の統合を旨とするものとして注目され、各国の債権法の解釈や準備作業に影響を与えた⁵¹⁾。

そして、ドイツ債権法の領域では、1981年には債務法改定に関する鑑定意見が公表された。さらに、債務法改定作業は、1991年に改定草案が公表され、

48) 242条による契約コントロールについては、多くの民法の文献が言及している。Staudinger Kommentar zum BGB, Einl zu §§241ff, §§241 - 243, 2005, S.301ff, S.340f, S.511f. (Looschelders und Olzen); Schulze, BGB, 2005, S.196ff. 詳細に立ち入る必要はないであろう。Vgl. RGZ 168, 329; BGHZ 22, 90; 114, 228 (ABGB). 憲法裁判所については、前注29)参照。

49) ラーベルは、みずから比較法の手法による「商品売買法」(Das Rechts des Warenkaufs, I, 1936, II, 1958. を完成させ、統一化のための理論的準備をもしたのである。

50) この時期のまとまった成果としては、Leser und von Marschall (hrsg.), Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das Deutsche Schuldrecht, Kolloquium zum 65. G. von Ernst von Caemmerer, 1973; Huber, Einige Probleme des Rechts der Leistungsstörungen im Licht des Haager einheitlichen Kaufrechts, JZ 1974, S.433; Herdrich, Die Haager Einheitlichen Kaufgesetz, NJW 1974, S.2156; Magnus, Reform des Haager Einheitskaufrechts, ZRP 1978, S.129. 近時のテキストは列挙にいとまがない。詳細には、Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht -CISG-, 2004, S.XXXV (Literaturverzeichnis)を参照されたい。

51) たとえば、Ebenroth, Internationale Vertragsgestaltung im spannungsverhältnis zwischen ABGB, IPR-Gesetz und UN-Kaufrecht, JBl 1986 (108), S.682; Schlechtriem, Einheitliches UN-Kaufrecht, JZ 1988, S.1037; Piltz, Internationales Kaufrecht, NJW 1989, S.615 など。

1990年の再統一に伴いかなり遅延したが⁵²⁾、2002年には、債務法の大規模な改定が実現された(債務法現代化法)。

また、1980年代半ばからは、ヨーロッパ指令が、契約法の中で大きな位置を占めるようになってきた。競争条件の統一のためという限界はあるが、とりわけ消費者保護の領域では多くの指令が行われている。これらをうけて、学説の中には、民法の予定する平等な社会は、ユートピアである(inequality of bargaining power)、との理解もある⁵³⁾。

(4) (ア) フランスでも、1890年代から、いわゆる科学学派(École science)がおこり、条文からの自由な解釈を唱えた。サレイユ(Saleilles, 1855-1912)、ジェニー(Gény, 1861-1959)を中心とする⁵⁴⁾。そして、サレイユは、おりから公表されたドイツ民法典第一草案の注釈を通じて、比較法的手法を民法典の解釈に取り入れたのである⁵⁵⁾。

フランス民法典の制定(1804年)からかなりの期間を経過し、制定直後の注釈学派の方法がしだいに成り立ちがなくなってきたことの反映である。このような傾向は、法典一般に共通する傾向であるから、ドイツ民法典の給付障害規定がその成立(1900年)直後から批判をあげたことは、むしろ例外といえよう⁵⁶⁾。

フランス法のドイツへの影響は、バーデン民法典(1809年)やライン左岸に

52) Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1981. 債権法改定作業のその後の動きについて、好美清光「西ドイツの債権法改定委員会の作業について」一論99巻3号[1988年]。【現代化】193頁。

53) Zweigert/Kötz, a.a.O., S.314f., S.323; Wolf, a.a.O. (Vertragsfreiheit), S.359.

54) 科学学派(École science)は、注釈学派(École de l'exégèse)に対する概念である。これについては、山口俊夫「フランス法学」碧海純一=伊藤正己=村上淳一編・法学史(1976年)201頁、ツヴァイゲルト=ケッツ・比較法概論・上(大木雅夫訳・1974年)165頁参照。

55) Saleilles, Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après de premier projet de Code civil allemand, 1901; Introduction à l'étude du droit civil allemand, 1904. なお、cf. Lerebours-Pigeonnière, La contribution essentielle de R. Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté, L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles, 1914, p.397 et s.

また、サレイユは、不法行為法(フ民1302条=日民709条)の再構成に関しても、功績が大きい(cf. Massigli, Les travaux de Raymond Saleilles sur la théorie objective de la responsabilité extra-contractuelle, L'oeuvre, op.cit., p.435 et s.)。

56) すなわち、StaubやRabelによる給付障害(不能)論への批判である。

適用されたフランス法（ライン・フランス法）を通じて19世紀を通じて行われたが、ドイツ法のフランスへの影響も無視することはできない。必ずしもサレイユをまつことはなく、ツァハリエの研究を先駆として（Zachariä, Handbuch des Französischen Civilrechts, 1808）、同書が Aubry et Rau（Cours de droit civil français, 5^e et 6^e éd., 12 vols. 1897）によってフランス語に訳され、大きな影響を与えた⁵⁷⁾。その後のものでは、Crome, Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts, 1894 がある⁵⁸⁾。

(イ) しかし、解釈学の全面的な転換が起こるのは、やはり第一次大戦後である。大戦後のインフレは、フランスでもいちじるしく、それに対する救済が問題とされたのである⁵⁹⁾。また、民法典への概念的固執も、いっそう薄れた。

(ウ) フランス民法典の全面改定作業は、第二次世界大戦後に始められたが、一部の成果を公表したのみで、その作業は数年間で中断した⁶⁰⁾。その後も、民法典の条文の個別的修正はほぼ毎年行われるものの、全面修正の動きは遅れ、20世紀には実現しなかった。しかし、契約の自由、とくに弱者保護の目的をとともなう多くの付属法規が出現し⁶¹⁾、契約自由の基礎となる当事者意思の自由を再検討する動きがある⁶²⁾。民法典の全面的な改定は、21世紀の課題としてもちこされた。

57) 【研究】53頁の注10、335頁の注8参照。Ono, Das Japanische Recht und der Code Civil als Modelle der Rechtsvergleichung, Hitotsubashi Journal of Law and Politics, vol.34, 2006, S.15 (S.19).

58) 【研究】338頁の注23、小野「ドイツにおける大学再建と法学教育の改革(4)」一論117巻1号96頁とその注16参照。小野・専門家の責任（2000年、以下【専門家】と略する）196頁。

59) とくに、給付の等価性にそくした契約の改定を認める事情変更の原則（imprévision, 不可予見の理論）や過大な損害の理論（laesio enormis, lésion, フ民1118条、1674条以下）の再評価がみられた。

60) La Commission de Réform du Code civil, Travaux de la Commission, 1945/50.

61) たとえば、売買において、契約価格と売買価格との間にいちじるしい差がある場合に、過大な損害（lésion）を理由に契約の取消を認める諸法である。民法の過大な損害の制度を拡大したものである（フ民1674条「売主が不動産の価格の12分の7を超える損害をうけたときには、売主は、売買の取消を求める権利を有する。売主が契約において取消を請求する権利を明示に放棄したときおよび代金を超過する額を与えると表示したときも同様である」）。

2 契約自由の現状

(1) 契約自由は、①契約締結の自由、②相手方選択の自由、③内容決定の自由、④方式の自由に分類される。民法も、締結の自由、内容の自由などを当然の前提としている。これに対する例外も、多様である。種々の例外に立ち入る必要はないであろう。とくに、締結と内容強制に注目しよう。なお、この2では、1との関係上、とくにドイツ法の例に着目し、日本法の契約自由の制限は、後述する(IV 1)。

制限は、元来、法規により例外的にされるだけであつた。たとえば、契約の拘束力の矯正は、裁判官ないし官庁による形成行為による特別な場合にみられた(HausratsVO 5条2項、BauGB 6条2項、97条2項)。また、契約締結の自由の重要な制限は、個別法による締結強制、カルテル法による差別の禁止(GWB 20条)、入札者に対する官庁の発注法(Vergaberecht)にもみられる⁶³⁾。さらに、一般的なものとして、前述のように種々の撤回権と民事の反差別法がある。

また、近時、EU基準の旅客保護のための改正法が予定されていることは、参照に値いしよう。列車の遅延のさいに旅客の賠償請求権の確保を目的としたものである。日常的な社会生活に関する契約への制限の典型的な一例である。

すなわち、2007年6月にEU代表者会議は、ヨーロッパの鉄道交通における旅客保護のための統一ルール(Einheitliche Regelungen für den Schutz von Fahrgästen im Eisenbahnverkehr in Europa)に合意した。これは、国内において、近郊交通と遠距離交通とを問わずに、列車の遅延や停止のさいに、旅客の権利を保護しようとするものである。60分以上、列車が遅延した場合には、代金の25%、120分以上では50%を現金で賠償するとするものである(たとえば、110ユーロの切

62) Batiffol, La crise du contrat et sa portée, Archives de philosophie du droit, 1968, p.11; Louis-Lucas, L'autonomie de la volonté en droit interne et en droit international privé, Étude de droit civil à la mémoire d'H.Capitant, 1939, p.469; Niboyet, La théorie de l'autonomie de la volonté, Recueil des cours de L'Académie de droit international, 1927, p.5; Rieg, Le contrat dans les doctrines allemandes du 19^e siècle, Archives de philosophie du droit, 1968, p.31.

63) Remien, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, S.297ff. (Abschluß des Vertrages), S.301, S.311.

また、cicの中にも、契約交渉の破棄を防止する観点からの自由の制限があるとする(S.304)。なお、vgl. Wolf, a.a.O., S.360.

符を買い、60分以上遅れた場合には、25%の、27.5ユーロが賠償される)。また、60分以上の遅延では、飲料を提供し、宿泊が必要な場合には、ホテルの宿泊も提供されなければならないとする。ただし、鉄道事業以外の事情で遅延した場合には、鉄道会社に責任はなく、また、4ユーロ以下の少額の場合にも、責任は、このルールからは生じない。また、近郊交通の特則が定められ、50km以下または乗車時間が1時間以内の場合には、賠償よりも、早く到着することに意義があるとされ、共通の運行企業体内の他の交通機関を使用できるものとされた。たとえば、急行の遅延のために、ICE（新幹線）を使うことや、夜間（23時から5時の間）の遅延で、他に交通手段がない場合には、タクシーを使うことも可能となる。さらに、人損の場合につき、賠償額の一部前払い義務が定められている。死亡のときには、最低2万1000ユーロであり、発効すれば、全ヨーロッパで同じ基準が適用される。また、障害者や老人、子どもの権利が強化され、事業者の積極的な補助が必要となる。駅、ホームにおいて、車両の乗り降りをしやすくする義務が生じるのである。事業者の情報義務や苦情処理の迅速も義務づけられる。

統一ルールは、ヨーロッパ議会と委員会の賛同をえて、24か月後、早ければ2009年末には、EU構成国に適用される。構成国には、15年の経過期間の設定が可能であるが、ドイツ連邦司法省では、できる限り早期に、導入する予定であり、2007年秋に、参事官草案が予定されており、政府草案は、2008年1月にも決定される⁶⁴⁾。

(2) 契約締結の自由の制限は、直接のほか、間接にも行われる。直接のそれは、法規によるものであるが、間接のそれは、損害賠償、除去義務、あるいは契約締結の不作为義務による。

直接の締結強制の例は、営業法 (BetrVG = Betriebsverfassungsgesetz 1952年の78a条; BPersVG = Bundespersonalvertretungsgesetz 1974年の9条)、弁護士法 (BRAO = Bundesrechtsanwaltsordnung 1959年の48条、49条、BRAO i.V.m.BerHG = Beratungshilfegesetz 1980年の49a条)、交通法 (BOKraft = Verordnung über den Betrieb von Kraftfahrunternehmen im Personenverkehr 1975

64) BMJ, Signale auf Grün für mehr Fahrgastrechte (7 Sep 2007).

年の13条；PersBefG = Personenbeförderungsgesetz 1964年 (Neubekanntmachung 1990. 8. 8) の22条、47条、LuftVG = Luftverkehrsgesetz 1999年の21条2項3文)、電話法 (TKG = TelekommunikationsG 1996年の16条、19条、21条)、エネルギー法 (EnWG = Energiewirtschaftsgesetz 1998年の10条；EEG = Erneuerbare-Energien-G 4条)、責任保険法 (PflVG = Pflichtversicherungsgesetz 1965年の1条、5条)、特許法や意匠法による営業保護 (PatG = Patentgesetz 1980年の24条；GebrMG = Gebrauchsmustergesetz 1980の20条；VerlG = Verlagsrecht G. 1901年の26条)、カルテル法 (GWB = Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) 1998年の20条6項)。さらに、公法的な締結強制として、NGOによる公共施設の利用の場合がある (NGOG = NichtregierungsorganizationsG の22条1項)、あるいは貯蓄組合による口座維持義務がある (Kontenführung, NW SparkassenVO 1995年 (州法である) の4条2項；Nds.SparkassenG (州法) の4条。連邦法である Sparkassengesetz は1961年、BGBl I S.881)⁶⁵⁾。

間接的な締結強制は、必ずしも明確な形では現れないから、その範囲については、争いがある。RGと通説は、生活必需品に関し独占者の排除義務について、826条の保護 (良俗違反の故意による損害の賠償義務) を肯定する。そして、新たなものとしては、前述の一般平等法の公布がある。人種、出生、性別、宗教、世界観、障害、年齢または性的同一性を理由とする不利益 (Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität) にさいし、排除、差止めまたは損害賠償請求権が付与される (AGG 21条、19条)。排除ないし差止めは、たんなる締結強制を超えるものである。

契約の締結請求権の可否と性質についても、争いがある。多数説は、原則として過失責任である損害賠償請求権 (間接的な効果) のみを予定するが、有力説には、無過失の (物権的請求権に近い) 締結請求権を認める見解もある。競争法では、直接的な請求は限定されており、多くは間接的な方法によることとされてい

65) これらにつき、Bruns, a.a.O., S.388.

る(UWG 8条の差止と除去請求=Beseitigung und Unterlassung)では過失は不要、同9条の損害賠償請求では故意または過失が必要)⁶⁶⁾。

(3) 典型契約による客観的な秩序づけ、強行法規違反(134条)、良俗違反(138条)の場合には、内容の自由が制限される。共同的な価値を保護する場合には、双方向的な強行法に、弱者たる当事者を保護する場合には、片面的な強行法となる。片面的な強行法は、古典的な例としての住宅賃貸借、労働法に限られるのではなく、私的保険法もみられる⁶⁷⁾。民法典305条以下の約款規制法でも、当事者の契約の形成に対し、裁判官による内容コントロールが行われる。また、ドイツの保険契約法(Versicherungsvertragsrecht)の改正法は、2007年9月21日に連邦参議院を通過し(連邦議会は通過済み)、2008年1月1日から発効した。改正の眼目は、消費者保護の拡大である。助言と情報の提供、契約前の通知義務、被害者による直接請求権、撤回権の統一、生命保険の現代化、透明化である(利益配当の請求権、モデル給付や解約返戻金の法定、早期の取消権の保障、運営コストの公表など)。いっそう消費者保護の性格が強まりつつある。改正法の眼目である保険契約における情報義務法(Verordnung über Informationspflichten bei Versicherungsverträgen; VVG- Informationspflichtenverordnung)も、いくつかのEU指令の実体化法である。

さらに、責任法の領域にも強行法があり、責任制限の合意が制限されることもある。旅店の主人(Gastwirt)の責任は、702条1項の最高額を超える部分についてだけ、あらかじめ免責することが可能とされる(702a条)⁶⁸⁾。製造物責任法(Produkthaftungsgesetz, 1989年の10条、85,000,000ユーロ)、環境責任法(Umwelthaftungsgesetz, 1990年の15条でも同額)および遺伝子技術法(Gentechnik-

66) Ib., S.389; Larenz, Schuldrecht, I, 1987, §4 I a (S.46)は、鉄道や郵便など法文に締結強制がある場合だけではなく、個別規定が欠ける場合でも、社会国家(sozialer Rechtsstaat)の憲法的な原則から、締結義務が一般的に肯定できるとする(独占は要件ではなく、良俗基準による)。ただし、ライヒスゲリヒトの1判決はこれを否定したが(RG 133, 390)、他は肯定し(RGZ 132, 276(独占的な電力会社の例))、後者が判例とされる(RGZ 142, 93)。

67) 賃貸借では、536条4項(片面的強行規定)、549条1項、551条4項ほか、労働関係では、619条(保護義務)、622条5項(告知権の短縮)などがある。保険契約法(VVG)には、15a条、34a条ほかがある。Vgl. BMJ, Bundesrat billigt neues Versicherungsvertragsrecht (21 Sep 2007)。

gesetz, 1990年の33条でも同額である)は、最高責任額の制限をおいている⁶⁹⁾。

3 契約自由と、方式の自由・諾成契約

方式の自由は、契約締結、相手方選択、契約内容の決定とならんで、契約自由の原則の一部をなすものと位置づけられている。そして、方式の自由が言及される場合は、2つある。①第1は、諾成契約との対比においてである。すなわち、近代的な諾成契約は、当事者の意思の合致のみを要件としており、とくに方式を要しない、とする説明にみられる。この場合には、書面、文書などを必要としない、との意味で用いられる。②第2は、要物契約との対比においてである。この場合にも、近代的な契約は、当事者の意思の合致のみを要件として、契約目的物の現実の引渡を必要としない、というように説明される。そして、諾成契約と要物契約とが対比される場合には、①は当然の前提とされ、②に重点をおいて説明されることが一般である⁷⁰⁾。

そして、いずれの場合にも、方式の自由には、積極的な意味づけがなされることが多い。この点は、契約自由の原則のその他のもの、たとえば、相手方選択の

- 68) また、702a条2項によれば、免責は、物の喪失や毀滅が主人やその雇人の故意または重過失によつたり、702条3項に反して主人が保管を引き受けなかった場合には、免責できない。さらに、StVO 8a条、HpfG 7条、製造物責任法14条など参照。商法にも、323条4項、454h条1項などの制限がある。
- 69) 遺伝子技術法については、【倫理】272頁。その他の厳格法制との比較については、同276頁参照。
- 70) 諾成契約・要物契約と方式の自由の関係は以下のように整理できよう。

	諾成契約	要物契約
方式の自由	①書面、文書を必要としない。合意主義の系譜。	②契約目的物の引渡を必要としない(これに反し、必要とする場合には、消極的に評価される。たとえば、消費貸借)。
問題の焦点	ローマ法との対比。契約自由の原則との関連、その変容。	約因・原因との連続性。
	諾成契約・要物契約の二者が対比される場合には、②の意味が多い。	

なお、方式の自由について一般的に整理したものとして、谷口知平=小野秀誠・注釈民法13巻(2006年・補訂版)392頁以下参照。

自由などが、いささか消極的に意味づけられるのと異なる⁷¹⁾。もっとも、契約自由の原則に一般にいわれるのと同じく、方式の自由も、近時、制限されることが多い。たとえば、消費者保護のために契約文書の交付を義務づける場合である(割賦販売法4条、旧訪問販売法4条=特定商取引に関する法律、建設業法19条、宅建業法37条など)。

しかし、方式の自由は、契約内容決定の自由などと異なり⁷²⁾、それが完全に自由とされたことはない。当事者の意思を明らかにする必要性が高い身分行為や相続では、届出や書面の作成がまったく不要とされたことは、かつてなかったし(たとえば、遺言に関する、日民967条)、公示の必要から登記・登録が要件とされることも多かったからである(かつての禁治産宣告、法人の設立における定款に関する日民旧37条、39条、一般社団法人及び一般財団法人301条以下、不動産の物権変動など)。また、商取引の明確さと画一性との法技術的な理由から書面が要件とされることもある(手形法1条、小切手法1条、商599条など)。さらに、外国法には、新たに証法的理由から、契約の目的物が一定額以上の場合には、証書の作成が義務づけられるとした例がある(フ民1341条)⁷³⁾。

方式の自由の問題は、この書面の必要性の問題(上述①)との関係では、契約自由の原則の他の諸場合と同様、近代における契約の実質的意義の変容を基礎としており、したがって、その検討には、契約自由の原則の他の場合をも視野にいれることが必要である。

71) 当事者の意思が尊重されるべきことからすれば、契約の成立には、文書の作成も目的物の引渡をも要しないことになる。しかし、当事者意思の一方的な尊重である、このような契約自由の原則の主張は、今日必ずしも支持されない。契約の当事者は、一方だけではないから、双方の意思の均衡が必要であり、その前提として契約の明確性も必要だからである。そこで、契約自由の原則は、今日、契約によっては、むしろ制約されるものとして言及されるとさえない。

72) 契約内容決定の自由は、契約自由の原則の中心をなすものであるが、これについても、たとえば、物価統制や利息制限によって制限の課せられることは少なくない。利息制限法については、小野・行政社会論集1巻1=2号参照(【利息】所収60頁以下、222頁)。

73) これは、1980年7月15日のデクレでは、5000フランを基準とする。なお、ヨーロッパ連合(EU)が1999年1月から単一通貨ユーロを導入したことにより、5000フランの金額は、Décr. n° 2001-476 du 30 mai 2001によって、800ユーロとされた(2002年1月1日から)。また、ドイツ民法典でも、1年以上の土地の賃貸借につき書面の作成を必要とする(550条)。書面がないと、期限の定めがないものとされる。

これに反し、要物性との関係では(上述②)、方式の自由は、より法技術的な問題を含んでいる。すなわち、近代的な契約観のなかに、要物契約の考え方が残存しているのではないかと、とのことである。この点は、やや説明を要するので、後述する(Ⅲ)。なお、契約の一部についても、要物契約とする例は多い(日民587条、593条、657条)。このような方式の自由への制約は、①契約自由の原則、当事者の意思への制約とのかかわりのほか、②契約法の基礎を探る観点でも考慮する必要がある。

Ⅲ 英米法とその特質

1 イギリス

(1) (ア) イギリスでも、契約の基礎として合意の効力を承認することは、伝統的にまれであった⁷⁴⁾。15世紀にいたるまで、合意の拘束力は当然には認められていない。契約は、もっぱら書面によるか要物契約として成立したのである⁷⁵⁾。15世紀にいたると、契約がたんなる合意によって形成されることが承認された。

74) イギリス法については、とくにChloros, Comparative Aspects of the Intention to create Legal Relations in Contract, 33 Tul. L. Rev. 607 (1958/59); Plucknett, A Concise History of the Common Law, 1956, pp.628, p.643. によるところが多い。

75) たとえば、売買契約についても、要物契約が認められていたのにとどまる(Glanville, A Translation of Glanville (A Treatise on the Laws and Customs of the Kingdom of England, transl. by Beames, 1980, p.266), 10, 14)。

アダム・スミスの考え方が、その著、法学講義(1763年、水田洋訳・2005年)の「契約」中に詳しい。同書・226頁。「ローマ法によれば、明文化されない約束は訴訟の根拠にならなかったように、イングランド法によれば、はじめは、約因すなわち約束の原因が、それを履行義務あるものとするのに必要であった」。

「民法によって訴訟の根拠とされた最初の約束は、法廷でむすばれたものであり」、「そのつぎに訴訟の根拠となった契約は、事実契約すなわちあるものを、将来返還されることとしてひきわたすにあたり、返還はそのもの自体または同種のもの、あるいはその価値でなされるべきだとしてむすばれた契約である(消費貸借、使用貸借、寄託、質)。つまり、契約は、法廷契約か、要物契約(約因は要物契約の延長である)として成立したのである。

さらに、ローマ法に由来する諸成契約があった。「合意契約もまた4つあって、それはすなわち売買、貸借、組合、委託である」。「これらに加えて、ローマ法には、無裝備約束とよばれるものがあった。それは何も約因のないたんなる約束がなされたばあいであって、訴追者の訴訟に対する異議または弁明を生んだ」。つまり、無方式の合意には拘束力はなかったのである。

大陸法の場合と同様に、カノン法の影響によるとされる。しかし、これには、なお制限があった。

第1にコモン・ローは、個別的な訴訟類型ごとに法的保護を与えたにすぎず、一般的な契約訴訟を認めていなかったのである。引渡訴訟 (action of assumpsit) が契約の一般的救済方法として発展したのは、ようやく16世紀からであった。つまり、実体法上、契約の拘束力を認めようにも、訴訟法的な手段が欠けていたのである⁷⁶⁾。

第2に、イギリス法では、大陸法とは異なり、当事者の意思のみを契約の基礎とする考え方が、一般化したことはない。むしろ、法的概念である約因が契約の基礎と考えられたのである。そして、契約の効力を認めるさいに、人は約束によって拘束される、とする道徳的な義務の神聖性を援用する大陸法的 (自然法的) 思考は、必ずしも強くなかったから、むしろ救済手段の一般化という技術的要求が契機となった⁷⁷⁾。そこで、商事取引のような広く契約の効力を承認すべき場合にも、せいぜい約因の緩和が行われたにとどまる⁷⁸⁾。実際のなアプローチといえる。

(イ) また、イギリス法には、契約に方式を必要とする重要な法規が長く存在し、それも、合意を契約の源とすることを妨げた。1677年の詐欺防止法 (Statute of Frauds, 1677) 旧17条、および1893年の動産売買法典 (Sale of Goods Act, 1893) 旧60条である⁷⁹⁾。

包括的な法典である1893年の動産売買法典は、当初、売買契約は、捺印あり

76) Plucknett, op.cit., pp.637; Chloros, op.cit., p.610. 引受訴訟の拡大による契約の保護を確立するにいたった先例は、1602年の Slade's Case, 4 Rep. 92 (おもに、Plucknett, op.cit., p.645.による) である。

77) Chloros, op.cit., p.614. ローマ法では方式を欠く合意が裸の債務であったが、イギリス法では、むしろ約因を欠く債務が nude pact であった (Plucknett, op.cit., p.649)。前述のアダム・スミスの言もこれを前提としている。大陸法でも、原因が諾成契約の契機となったことについては、前注21) 参照。

78) Chloros, op.cit., p.611.

79) 詐欺防止法によれば、契約の成立そのものは書面の作成を要しないが、訴訟を提起し契約を強行するには、書面の作成が必要である (書面がなければ、unenforceable である。なお、4条、Law of Property Act, 1925, s.40. 参照)。証拠法の不備を補うために書面の作成を要求したものであるが、その煩雑性と弊害から、縮小・廃止されつつある (Law Reform (Enforcement of Contracts) Act, 1954)。

または捺印なしの文書 (in writing (either with or without seal))、口頭 (by word of mouth) により締結され、または当事者の行為 (conduct) による黙示の合意 (implied from the conduct of the parties) から成立しうるものとした (3条。1979年改正法4条も同様) が、10ポンド以上の動産の売買契約においては、買主が目的物の一部を受け取り (accept)、かつこれを現実に受領し (receive)、または手付あるいは代金の一部を支払うか、または契約の文書を作り相手方またはその代理人が署名しなければ、訴によって強行しえない、とした (旧4条—削除)⁸⁰⁾。

1979年の動産売買法典の全面改定も、必ずしも契約の思想的基礎を改める性質のものではなく、むしろ法技術的なものである。もっとも、契約目的物の価額によって方式を要求することは削除され、1979年法もこれを踏襲したから、方式に関する制限は大幅に失われたと位置づけられる。

(2) 他方で、契約自由については、英米の契約法は、伝統的に、私的自治のリベラルな理解をしている。18世紀にすでに、アダム・スミスは、契約自由が国民経済の基礎たるものとしていた⁸¹⁾。19世紀には、イギリスの契約法は、すでに深くリベラリズムに根ざしていた⁸²⁾。契約の締結と内容は、法と良俗の限界まで、当事者の自由と責任を認めた。当事者自治は、必ずしも憲法的な保護や規範秩序において高い地位を与えられたわけではないが、イギリスの裁判所は、契約の内容的コントロールには抑制的である。たとえば、責任制限の合意は、大陸よりも、認められる可能性が高い⁸³⁾。イギリスの保険契約法は、ドイツと同じでな

80) アメリカ統一売買法典 (1906年) も、売買契約の成立には方式を問わないとしながら (3条)、500ドル以上の売買については、現物か代金の全部または一部の交付、あるいは書面の作成がなければ契約を強行しえない、とした (4条)。

81) Adam Smith, *The Wealth of Nations*, 1776 (1964), Book I, Chap. II (of the principle which gives occasion to the division of labour), pp.12 (分業と交換・契約に関する)、Book V, Chap. III (of public debts), p.368 (公債に関する部分、契約による歳入の補填)。アダム・スミス・前掲国富論 (前注23) 参照) 1巻23頁、4巻286頁以下参照 (分業には工場内の技術的分業のほかに、社会的分業があるからである)。

アダム・スミス・前掲書 (前注75) 229頁。そこで、無方式の契約は、本来「教会裁判所以外の法廷には訴えられなかったが、しかしだいに民事法廷にきた。名誉と徳の原理によって裁判をした普通法は、無償でなされる契約であっても、人びとを履行義務があるものとした。これは民法によって模倣されたし、われわれの法律によれば、もし約束が明白に証明されるならば、約束した人はそれを遂行しなければならない」。

82) Chitty, *Contracts*, I, 1994, 1-004 (p.5).

いとしても、保険義務を認めるが、締結強制はなく（制限があるのは、Race Relations Act, 1976の20条1項a、およびSex Discrimination Act, 1975の29条1項a、Disability Discrimination Act, 1995の19条による差別禁止のみである）、保険契約の内容の自由も、自動車、海上保険など、限定的であり、ドイツなど大陸法よりもずっと制限的であると評価されている（Marine Insurance Act, 1906の33条3項、Road Traffic Act, 1988の145条3項、Industrial Assurance Act, 1923の41条）⁸⁴⁾。

イギリス私法の契約自由への固執の例は、消費者契約の濫用条項の団体訴訟に関するEU指令の国内法化が遅いことにもみられた⁸⁵⁾。しかし、EU内のヨーロッパ法の増加のもとで、イギリスでも、契約自由の制限、消費者保護の強化は増大しつつある。Unfair Contract Terms Act, 1977; Fair Trading Act, 1973; Prices Act, 1974などである。20世紀の後半以降、消費者保護を目的とした特別法が成立している⁸⁶⁾。もっとも、契約法の内容を全面的に修正するような性格のものではない。

83) イギリスにおける契約自由およびその制限について、Cheshire, Fifoot and Furmston, Law of Contract, 1996, p.11, p.20; Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract, 1979, p.318, p.585, p.716. とくに比較法的見地からの責任制限の合意については、Bruns, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, 2003, S.12, S.117ff. (Die Zulässigkeit vertraglicher Haftungsbeschränkungen in den nationalen Rechtsordnungen wichtiger EU-Staaten); ders., aa.O. (Vertragsfreiheit), S.390.

84) Rühl, Basedow und Fock (hrsg.), Europäisches Versicherungsvertragsrecht, II, pp.1377 (Vereinigtes Königreich und Republik Ireland), S.1384ff. (Vertragsschluß), S.1391 (Kontrahierungszwänge), p.1392 (Zwingendes recht). Cf. Atiyah, op.cit., p.716 (the decline of contractの部分).

85) EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen angeordneten Verbandsklageverfahrens; RiL 93/13/EWG des Rates v. 5. 4. 1993, Abl. EG Nr. L 95 v. 21. 5. 1993, S.29.

86) とくに消費者保護に関係するものでは、たとえば、Consumer Safety Act, 1978 (cf. Consumer Protection Act, 1961, 1971); Consumer Credit Act, 1974などである。初期のものの詳細については、ポーリー・ダイヤモンド・消費者保護（新井正男＝池上俊雄訳・1975年）、とくに契約の自由と売主の義務については、25頁以下、55頁以下参照。Cheshire, Fifoot and Furmston, op.cit., p.23.

また、EU指令やそれにもとづく法、PECL, PICCなどは、イギリス法のテキストでも普通に法源としてとりあげられるようになりつつある。Cf. Rose, Blackstone's Statutes on Contract, Tort & Restitution, 2003-2004, pp.450.

法学説のうへでは、1970年代の終わりから、有力な学者によって契約自由の原則が歴史的に検討され、その意義が再検討されつつある⁸⁷⁾。サッチャー改革(1979年-90年)による競争主義下で、契約自由の復権と位置づけられる。

2 アメリカ

(1) ヨーロッパ法とは異なり、アメリカ法には、目的物価額によっては、比較的広範な方式への固執が存続している。個別的立法を除くほか、必ずしも契約法を全面的に修正するものではないが、たとえば、統一商法典にもみられる。

統一商法典2-201条 「(1) 5000ドル以上の代金の物の売買契約は、訴または防御の方法によって (by way of action or defense) 強行することができる。ただし、当事者間で売買契約がなされ、強行しようとする当事者の相手方またはその当事者から授権された代理人によって署名されたことを示すに足る記録 (record) を要する。記録は、合意された条項が省略されまたは完全に記されていないなくても足りる。ただし、そのような記録によって示される量以上の物を、本項のもとで強制することはできない。

(2)項〔省略。商人間の契約〕、(3)項〔省略。買主のためにとくに作られた物につき、当事者が認容した場合に、あるいは支払がなされた場合に契約が強行されうることを定めたものである〕⁸⁸⁾。

87) Atiyah, op.cit. (The Rise and Fall of Freedom of Contract), p.318, p.716. ほかに、cf. Atiyah, Contracts, Promises and the Law of Obligations, 94 L. Q. R. 193 (1978); An Introduction to the Law of Contract, 3rd. ed. 1981; Promises, Morals and Law, 1981, p.177.

これに対する書評も多い。Cf. Collins, Promises, Morals, and Law. by P. S. Atiyah, 45 Mod. L. Rev. 225 (1982); Raz, Promises, Morals, and Law. by P. S. Atiyah, 95 Harv. L. Rev. 916 (1982); Simpson, Promises, Morals, and Law. by P. S. Atiyah, 98 L. Q. R. 471 (1982). ただし、最後のものは、Dawson, Gifts and Promisesをも対象としている。また、Kronman, A New Champion for the Will Theory, 91 Yale L. J. 404 (1981).

もっとも、それ以前にも、とくに普通取引約款との関係、契約法の変容やそれに対する救済に言及したものは多い。Grinfeld, Reform in the Law of Contract, 24 Mod. L. Rev. 62 (1961); Treitel, Mutuality in Contract, 77 L. Q. Rev. 83 (1961); Guest, Fundamental Breach of Contract, 77 L. Q. Rev. 98 (1961)など。

88) 立法理由でも、方式の要求に対する問題は言及されていない (cf. §2-201 Purposes of Changes, Official Uniform Comment)。

なお、原規定では、1項1文は、文字通り書面を必要としていた。「本款 (Section 2) に別段の定めがないかぎり、5000ドル以上の代金の物の売買契約は、訴または防御の方法によって (by way of action or defense) 強行することができる。ただし、当事者間で売買契約がなされ、強行しようとする当事者の相手方またはその当事者から授權をうけた代理人によって署名されたことを示すに足りる書面 (writing) を要する」。

(2) 契約自由については、アメリカ法は、イギリス法と同じく、リベラルな出発点にたっている⁸⁹⁾。法史的に、アメリカ法における契約自由の意義は大きい。アメリカの経済的、政治的發展は、自己責任と自己主導の産物である。もちろん、1930年代 (1933年以降・ニューディール政策) を境に取引活動への政府の介入が増大したのは、諸外国と共通する。

契約法分野では、契約法リステイメント (1932年公表)、売買については、統一売買法 (1906年公表) の成立が注目される。法の發展への動きは、第二次大戦後、第二次契約法リステイメント (1981年)、統一商法典 (1956年) へと続いている。

20世紀には、契約自由を制限する傾向があるが、一般契約法における強行法は、ヨーロッパ法よりも、一般的に少ないといえるであろう。裁判所による普通取引約款の内容コントロールも、大陸法に比較してまれである⁹⁰⁾。特定の契約への内容コントロールも少ない。責任制限の合意も、ヨーロッパ以上に許容される⁹¹⁾。もっとも、公的な給付や労働に関する Civil Rights Act, 1964 (42 U.S.C.A §2000a, Prohibition against discrimination or segregation in places of public accommodation, ただし、公衆に開かれた施設のみを対象とする。公衆に開かれていればたり、ホテルや食堂など私的所有のものでも対象となる) による差別禁止の違反に関しては、損害賠償による事実上の締結強制がみられる。また、これを拡大した 42 U.S.C.A (Chap. 21, Civil Rights) §§1981 (法の下での平等) の差別禁

89) Farnsworth, op.cit. §1.7 (p.19); Bruns, aa.O. (Vertragsfreiheit), S.391.

90) *Ib.*, pp.307; Bruns, *ib.*, S.391. たとえば、非良心性法理 (Unconscionability) によるコントロールである。もっとも、法理自体は、新しい法、たとえば、UCC §2-302にも存在する。単純な比較はむずかしいであろう。Cf. Chitty, op.cit., 7-042 (pp.427).

91) Bruns, aa.O. (Haftungsbeschränkung), S.75; ders., aa.O. (Vertragsfreiheit), S.391.

止に反する場合も同様である。この禁止は、政府や州以外の差別に対しても適用される (protection against impairment by nongovernmental discrimination)⁹²⁾。

しかし、大陸法に顕著な種々の方法、すなわち契約締結を求める可能性、あるいは訪問販売、消費者信用における撤回権も、あまり知られていない。そして、契約の締結と内容コントロールにおける判例の自制は、手続法にもみられるから、契約内容に対する裁判所の影響は、全体として大陸法よりも少ない。自己責任的な考慮と当事者の自由は、民事手続でも、なおキーワードとなっている⁹³⁾。

3 関係的契約法理

(1) 契約思想については、1970年のギルモアの所説が大きな反響を与えた⁹⁴⁾。その見解によれば、イギリス・アメリカの契約法の基礎は、意思表示の合致 (meeting of the minds, bargain) と、対価性 (consideration) にあるが、20世紀後半の判例法の展開により、これがしだいに維持されなくなった。中世法では、契約侵害は、身体侵害、窃盗、詐欺と本質的には異ならない不法行為の一部であるが、約因理論を中心とする伝統的契約理論が、今日破綻しはじめているとし、それを補うために不法行為責任が拡大し、やがて (中世法と同様) ふたたび契約法が不法行為法に回帰することを論じた。その所説は、民事責任の機能的分配におもにかかわるものであるが、契約法の射程にかかわる問題を含んでおり⁹⁵⁾、その後、当事者意思や契約自由の原則とのかかわりを論じた見解の先鞭をつけたものである⁹⁶⁾。わがくにでも、とくに英米法の契約理論を導入して哲学的考察をすることがさかんになった。

しかし、ギルモアなどの見解は、抽象的な契約の基礎理論というより、約因契

92) 42 U.S.C.A. §1981.

93) Bruns, a.a.O., S.391. 小野・大学と法曹養成制度 (2001年、以下【大学】と略する) 332頁。

94) Gilmore, *The Death of Contract*, 1974. 本書には、森達=三和一博=今上益雄訳・契約法の死 [1979年] がある。ギルモアの所説は、1970年に行ったオハイオ・ロースクールにおける講演にもとづくものである。なお、曾野和明「書評」アメリカ法 (1978年2号) 199頁、樋口範雄「紹介」学習院研究年報14号 (1979年) 103頁。また、ギルモアには、アメリカ法の発展を概観した *The Ages of American Law*, 1977. がある (同書には、望月礼二郎訳・アメリカ法の軌跡 (1984年) がある)。また、内田貴・契約の再生 (1990年) 12頁、同・契約の時代 (2000年) 14頁。

約の基礎理論を中心とする。すなわち、英米法で、1970年代にこの種の議論がさかんになったのは、バーゲン・セオリー（契約の成立には、約因が必要であり、有償契約では反対給付が互いに約因となる）が、破綻したことから、信託理論や衡平法で補う必要が生じたからである。なぜなら、判例は、約因のない契約でも、信託保護のためにこれを有効としてきたからである。

そこで、英米法でいう契約の基礎理論とは、約因契約、または、その代わりとなる契約の基礎理論である。大陸法とはやや次元を異にする。大陸法では、契約はもともと無方式で成立することが承認されているから、その根拠を問う必要はなく、契約の基礎理論として採用することは、過大な評価である⁹⁷⁾。

また、契約の基礎を意思説とか、信託説とか、衡平説、取引説とかで、一貫して説明しなければならないのか、も疑問としなければならない。わが民法典自体のなかにも、条文によっては沿革に従い、意思説、信託説、衡平を予定しているものが、初めからあることもある。わが民法は、比較法の産物であり、もともと単一の思想によって貫かれているわけではないからである。たとえば、法律行為

95) 大きな反響を呼んだことから、ギルモアの見解や契約法の運命などを論じたものが、短期間に現れた。Gordley, *The Death of Contract*, by Grant Gilmore, 89 *Harv. L. Rev.* 452 (1975); Horwitz, *The Death of Contract*, by Grant Gilmore, 42 *Univ. of Chicago L. Rev.* 787 (1975); Milsom, *A Pageant in Modern Dress*, 84 *Yale L. J.* 1585 (1974); von Mehren, *The Death of Contract*, by Grant Gilmore, 75 *Colum. L. Rev.* 1404 (1975); Speidel, *An Essay on the Reported Death and Continued Vitality of Contract*, 27 *Stanford L. Rev.* 1161 (1975). なお、Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, 1977; *ib.*, *Historical Foundation of Modern Contract Law*, 87 *Harv. L. Rev.* 917 (1974).

96) Fried, *Contract as Promise*, 1981. これに対する書評として、cf. Turpin, *Contract as Promise*, by Charles Fried, 41 *Cam. L. J.* 190 (1982). また、cf. Tillotson, *Contract Law in Perspective*, 1981; Burrows, *Contract, Tort and Restitution - A satisfactory Division or not?*, 99 *L. Q. R.* 217 (1983).

97) 19世紀には、Pothier, *Treatise on Obligations*, p.35. にもとづく意思理論 (will theory) が英米法にも大きな影響を与えたのである (Cheshire, *Fifoot and Furmston*, *op.cit.*, p.13)。原著では、*Traité des obligations*, (par Bugnet), 1848, p.4, p.46. こうして、19世紀後半から20世紀の初頭にかけて、英米法に対してもかなりの大陸法理論の影響がみられた (Pothier, Domat, Savigny が英訳され個別の問題に利用されたことのほか、1893年の動産売買法典のような比較的大きな一般法典の例もみられる。【研究】365頁。また、コモンローの法典化運動があったことにつき、ツヴァイゲルト＝ケッツ・比較法概論・下 (大木雅夫訳・1974年) 385頁参照)。その当時影響をうけた大陸法の意思理論が、のちに修正されるという意味で、契約法の死が語られることは、さほど不思議ではない。

や契約の基礎づけには意思説が妥当するし、外観の保護には信頼説が、公序良俗や給付の均衡には衡平説が、それぞれ妥当するのである。

かりにわがくに「契約法の死」に相当するものがあるとすれば、それは、カノン法以来の意思万能の思想の終息をいうにすぎない。拘束力の基礎はもともと多様だからである。18、19世紀には（とりわけ自然法）、人の主体性を強調することは、神から法を取り戻すという時代の要請に適合した。そのプロセスにおいて、大陸法にもともとあった多様性が失われたのである。そして、中世的な多様な財産関係が捨象され、法律関係が単純化された。今日、ある意味では、それが再び多様な取引の要請から回帰しているにすぎないのである。

(2) ローマ法による方式の要求がくずされたのちにも、近代以前の法にあっては、契約上の保護は、たんに当事者が合意したことによって当然に生じるのではなく、一方当事者が相手方に自分の債務を履行している場合にのみ与えられた。これは、当初は文字通り要物契約を意味するものであったが、のちには、現実の履行に代えて「履行に代わるもの」を相手方に与えることで足りるようになった。たとえば、売買では、目的物がただちに買主に与えられなくても、対価の象徴的な給付あるいは反対給付の約束を付与することによって拘束力をもつようになったのである。

その名残が、英米法の約因（consideration）、フランス法の原因（cause）である。すなわち、英米法もフランス民法も、諾成契約の概念を認めるが、契約の拘束力は、たんに当事者の意思の効力のみではなく、反対給付の履行（に代わるもの）が、給付債務を基礎づけている。ここで、履行は、観念的な反対給付の約束である約因・原因に抽象化されてはいるが、要物契約の場合と同様、給付債務ひいては契約を基礎づけるものとされているのである⁹⁸⁾。

そして、この履行の擬制が、双務契約にあっては、給付の牽連関係（*σ υ υ α λ λ α γ μ α*）を支えるのである。すなわち、債務の成立、法的な拘束力の根拠は、もっぱら反対給付の債務の履行によって正当化されるから、逆に、一方の給付債

98) 【研究】95頁所収。邦文のものでは、川村泰啓「追奪担保体系・権利供与体系と日本民法典」ジュリスト621号、622号、624号、625号、630号、633号、636号、とくに624号106頁以下が詳細である。

務の不成立は、反対給付債務の消滅をもたらすものと解されるからである（成立上の牽連関係）。そして、これを延長すると、一方の給付債務の消滅にさいしては、反対給付債務の消滅をも認めなければならないことになるのである（日民536条1項）⁹⁹⁾。そこで、契約の方式の問題は、双務契約の基礎や給付の牽連関係を探る問題の一部ともなっているのである¹⁰⁰⁾。

(3) 英米法では、1970年代から、上述の契約の基礎をめぐる論争が行われている。伝統的な、約因を基礎とした契約の構造が、形骸化し、外観の保護や給付の均衡を重視する判例法によって変容せしめられていることによる。これらの見解は、約因なしに契約が成立することを認め、その代わり当事者の一方的な約束、あるいは外観保護の思想などを契約の基礎として主張するのである。その過程で、当事者意思の尊重、契約自由の原則や、逆に契約の社会的基礎の考え方などが明らかにされたのである¹⁰¹⁾。これらの主張は、本来、約因契約の合理的説明のために登場したものと位置づけられるが、これを超えて、契約の基礎理論にもかかわる。その過程で、必然的に契約自由の原則や契約の解釈一般の問題にも関連するようになっていく。ただし、上述のように、大陸法的な観念とまったく同視することはできない。

なお、フランス民法でも、伝統的に、民法上の合意の要件である原因を廃止しようとする、反「原因」論者（anti-causalist）の主張がみられるのである¹⁰²⁾。

99) もっとも、初期の法典では、たとえば、フランス民法ではかなり不完全であり、存続上の牽連関係は明文上認められていない。給付の不履行にさいして、解釈上、契約を解除して反対給付の義務を消滅することが行われている（1184条）。【研究】43頁所収。

100) 【研究】96頁所収。

101) 約因理論には変遷がみられ、過去の約因（past consideration）の可能性、相当の代価であることを要しないとす胡椒の実（peppercorn）の理論によって、交換性、等価性を緩和されているのである（Holdsworth, A History of English Law, 8, 1914, p.13, p.32; Plucknett, op.cit., p.650）。

また、英米法で、正面から約因を廃止しようとする見解は以前からみられ、古くは、約因をたんなる契約の証拠の地位に引き下げようとしたマンスフィールドの理論がある（Pillans v. Van Mierop, 3 Burr. 1663, 97; 97 Eng. Rep. 1035 (K.B.1765)）。Cf. Pound, An Introduction to the Philosophy of Law, 1954, 144; *Ib.*, The Role of the Will in Law, 68 Harv. L. Rev. 1 (1954); Wright, Ought the Doctrine of Consideration to be Abolished from the Common Law?, 49 Harv. L. Rev. 1225, 1251 (1936)。【研究】103頁参照。

IV 自由の制限と契約法の変容の意義

1 契約の変容と付合契約

(1) (ア) すでに、方式主義の撤廃を概観し、多くの立法例では、もはや契約の成立に関し、技術的理由からする制約（方式の制限）がなくなったことをみた。しかし、19世紀以降、新たな変化が生じた。契約の社会的機能の変化に伴うものである。

その変化は、契約自由の原則の他の分野（たとえば、契約の締結の自由など）において、より顕著にみられる。また、それが方式の自由の制限とも関係するので、以下、対象をやや拡大して概観しよう。なお、すでに繰り返し指摘されているところでもあり、本稿は必ずしも網羅的なものではない。

(イ) その最初の契機は、契約の大量化と形骸化である。すなわち、取引の大量化にともなって、契約当事者の一方が作成した契約が、定型的に取引関係を規律するようになった。いわゆる附合契約（*contrat d'adhesion*）¹⁰³⁾、あるいは普通取引約款（*Allgemeines Geschäftsbedingungen*）¹⁰⁴⁾の発生である。そのため、(a) 契約内容は一方的に決定され、個別の交渉による古典的な契約の形成は相対的に減少した。内容的にも、約款作成者に有利な契約が押しつけられることになったのである。(b) また、そうした場合に、取引の一方当事者が独占的地位を有する者であるとすると、相手方は、取引の成立を望むかぎり他の契約者を選択することはできず、(c) さらに、契約目的物が生活に不可欠のものであれば、契約の締結を拒絶することもできないのである。

そこで、附合契約の弊害を除去するために、行政上、司法上、および立法上、多くの規制が加えられることになった¹⁰⁵⁾。わがくにでも、以下のものがある。

102) Ernst, Laurant, Huc, Planiolなどの見解である(Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t.I, 1922, n° 1037; cf. Marty et Raynaud, *Droit civil*, II-1, 1962, n° 174 (p.158))。【研究】53頁注9参照。

103) サレイユの提唱にかかるものである(Saleilles, *De la déclaration de volonté*, 1901, n° 891 (p.229 et s.))。なお、Rabel, *Das Recht des Warenkaufs*, I, 1957, S.108。

104) ドイツでは、1976年に約款規制法(AGBG = *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*)が成立し、それを契機に約款法の検討がふたたびさかんになった。旧約款規制法は、2002年の債務法現代化法によって、民法典に組み込まれた(305条以下)。

基本的には、上述Ⅱ2(2)のドイツ法の場合とそう異なるわけではない。

(2) (ア) 契約の締結の自由のうち、承諾の自由への制限がこの分野では顕著である。電気・ガスのような生活必需品を独占的に扱う事業への規制に代表される(電気事業法18条、ガス事業法16条)。また、多くの運送事業でも承諾が義務づけられている(鉄道営業法6条2項、道路運送法15条、海上運送法12条、通運事業法17条など。なお、倉庫業法5条)。そして、原則として、相手方選択の自由も存在しない。

逆に、契約申込の自由が、独占的事業の運用のために制限される場合がある。たとえば、主要食糧の供出義務を生産者に課した旧食糧管理法(3条、11条)である。しかし、これは、1990年代の規制緩和の流れの中で1995年に廃止された(94年に、食糧法)。また、受信設備設置者に受信契約義務を課した放送法(32条1項)などである。なお、売買には、品目ごとに一定の販売者の独占・取引制限を認める特別法がある(商品取引所法、卸売市場法)。

(イ) また、独占的事業には、免許や登録など公法的規制が加えられる(電気事業法18条、ガス事業法16条、倉庫業法3条、保険業法3条、道路運送法4条、47条、貨物自動車運送事業法3条、海上運送法3条)。そして、契約内容を規制する約款について行政的規制の行われることも多い。

(ウ) 独占的・大量的取引の処理には、普通取引約款が用いられることが多い。したがって、契約相手方は、事実上、それに署名することによってのみ、契約の成立を期待しうる。これに反し、約款作成者は、約款作成の利益に加えて、その適用・解釈などをも主張しうる地位に立つ。いわば、方式の自由は、一方的なものとなったのである。そこで、個別に提示されないまたは提示が不十分な約款の拘束力の否定、解釈における作成者不利の原則などの制限解釈(ド民305c条2項

105) また、前注73)のように、フランス法では、デクレによって定められる一定額を超える場合には、公証人のまたは私署の証書を作成しなければならない(1999年1月から単一通貨ユーロが導入されたことから、この金額は、Décr. n° 2001-476 du 30 mai 2001で、800ユーロとされた。2002年1月1日から)。

ドイツには、1900年の民法典成立後に、方式の自由について論じた文献は比較的乏しいが、民法典や商法典における方式を整理し、方式自由との関係、その欠缺のさいの無効の限界を検討したものとして、Lobe, Die Form der Rechtsgeschäfte nebst einem Verzeichnis der formbedürftigen Rechtsgeschäfte, 1901, 1 (S.13).

参照、Lasten des Verwenders)が生じた。また、一部の契約には、クーリング・オフが認められている。

(3) その他の分野でも、事実上、契約自由の原則の制限が生じた。おもに、契約当事者の経済的な力の相違などによる交渉能力の相違にもとづくものである。供給量の限られたものの売主が貸主となり、逆に過剰なものの買主や借主・使用者は、社会的に有利な地位に立つからである。そこで、これに対しても、弱者保護を目的とする法的規制が加えられることが多い。また、危険をとまなう職種への公共的目的からの規制も存する。

(ア) まず、契約締結の自由に関してみると、申込の自由を制限するものとして、契約者に一定の資格を要するとし、無資格者による申込を禁じる場合がある。たとえば、宅建業者の免許を要求する宅建業法3条以下、前払式割賦販売業を規制する割賦法11条以下、証券業に免許を要求する旧証取法28条以下などである(2007年9月からは、金融商品取引法29条以下)。

人の健康に関する職種には、申込に対し承諾が義務づけられる(医師法19条1項、歯科医師法19条1項、薬剤師法21条、保健婦助産婦看護婦法39条、なお、公証人法3条)。

また、右のような公法的規制に比して、私法的規制を加えるのは、不動産賃貸借に関する分野である(契約更新の拒絶を制限する旧借地法4条1項、旧借家法1条の2、借地借家法4条、5条、28条、農地法19条)。

申込者の意思表示によって当然に契約関係が形成されるとするのは、承諾義務をいっそう強めたものといえる(旧借地法4条2項、10条による建物買取請求権、旧借家法5条による造作買取請求権、借地借家法13条、14条、33条、国土利用計画法19条1項による土地買取請求権。なお、鉱業法46条、47条、採石法9条、24条)。

(イ) 相手方選択の自由の制限のうち、消極的に一定のものを排除してはならないとするものに、組合員の忌避を禁じた労働組合法7条1項がある。逆に、積極的に一定の資格の具備を要件とするのは、組合員を雇用の条件とするクローズド・ショップを認めた同7条1項但書の場合である。

同じく、契約締結に一定の資格を要件とし、資格具備の有無の判断について許

可手続を必要とする農地法3条がある。

(ウ) 内容決定の自由の制限も、弱者保護のために多く行われる(片面的強行法規である旧借地法11条、旧借家法6条、借地借家法16条、21条、37条、農地法20条7項、23条が保護する諸場合、および利息制限法、労働基準法13条以下)。

また、不動産賃貸借・労働関係にはその継続性に着目して解約制限がある(旧借地法2条、4条、旧借家法1条の2、借地借家法3条、5条、28条、農地法20条、労働基準法19条-21条)。逆に、クーリング・オフなど契約の解除権を認めて契約の拘束力を緩和し、間接的に消費者保護をはかる特別法もある(旧訪問販売法6条、特定商取引法9条、割賦販売法4条の4、宅建業法37条の2)。

さらに、事業者は、労働基準法によって就業規則を作成する義務をおう(89条-93条)。

なお、とくに売買については、経済統制・産業保護などの公共的目的から、その代金額の統制がされることがある。主要なものには、かねて物価統制令があった。すでに適用対象はほとんどなくなったが、なお現行法である。また、農産物価格安定法(廃止)、肥料価格安定等臨時措置法(廃止)、砂糖の価格安定等に関する法律、畜産物の価格安定に関する法律、蘭糸価格安定法、野菜生産出荷安定法などがあったが(その一部は廃止されているが)、必ずしも全廃されているわけではない。

(エ) 方式の自由の制限も、契約当事者の地位の相違に着目し、合理的な契約を締結するように、また契約内容の証拠とするように、書面作成が義務づけられることによって行われる(労働組合法14条、農地法25条、建設業法19条、割賦販売法4条、13条、旧訪問販売法4条、5条、特定商取引法4条、5条、宅建業法37条)。

(4) さらに、古典的契約のなかでも、修正がある。契約の明確化や紛争の防止のためである。

方式の自由は、おもにここにかかわる。外国法には、一定額以上の取引に対して、書面、とくに公正証書の作成を義務づける例がある(フ民1341条3項)。わがくにでも、不動産のように重要な財産の取引については、事実上書面が作成されるのが通常であるのはもとより、対抗力をもつには登記を要する(日民177条)。また、ほかに、とくに公示の必要がある行為には、登記や登録が成立要件とさ

れることがある（日民37条、旧39条、旧45条、旧46条、旧48条、旧77条、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律299条以下参照）。さらに、身分上の行為についても、届出が必要とされることが多い（日民739条、799条、764条。なお、967条）。画一的処理を必要とする商法上の証券にも、形式を要件とするものが多い（商法570条2項、599条、627条、649条、769条、会社法216条、681条、682条、手形法1条、小切手法1条）。

歴史的に要物契約とされてきた契約には、その成立に引渡を要件とするものがある（日民587条、593条、657条。なお、550条は要物契約とする代わりに、効力を制限する）。

2 ヨーロッパ法における契約自由の制限

(1) 本稿の対象との関係では、近時、ヨーロッパ共同体（EU）指令がもつ各国法を規律する機能が進展した。従来の方が国民国家を基礎としたのに対し、（地域的）国際化を基礎とする特徴をもっている¹⁰⁶。これにより、ヨーロッパの各国法の内容もかなり変容をうけつつある。各国の私法は、しだいに独自に発展をする機能を失い、EU法の下部構造となりつつある。そこで、従来、諸国の民法において契約自由がもっていた地位にも、相当の変化が生じたものととらえられる。

契約自由に対する一般的な制限が、必ずしも明示されているわけではないが、国際私法あるいは他の適用可能な法が指示されていることが多い¹⁰⁷。そして、ヨーロッパ基準においても、法や良俗違反における種々の無効の構成がある。そこで、契約自由は、ヨーロッパ契約法でも、原則という以上のものではない。個別の規制については、(3)で後述する。

(2) EU指令による多様な制限がみられるが、その前提として、ヨーロッパ基本法（Der Vertrag über die Europäische Union（EUV、EU条約）、Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft（EGV、ヨーロッパ共同体創設条

106) 【倫理】218、219頁参照。

107) 強行法規による制限（*zwingendes Recht*）については、Art.1. 103 PECL, Art.1. 4 PICC。後者は、国際私法による同様の制限についてもふれる。

約))においても、契約自由の保障があることはいうまでもない。EUは、1950年のヨーロッパ人権条約を尊重し、かつ構成国の共通の憲法価値を共同体の基本原則 (als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts) とするからである (Art.6. II EUV. ヨーロッパ人権条約8条には、私生活の尊重の規定があり、また付属議定書1の1条に財産の保障、14条に差別の禁止規定がある)。また、EUV 6条1項は、デモクラシーの基本的価値を尊重するとしている¹⁰⁸⁾。EGVにおいても、個別に、取引の自由 (3. Teil, Tit 1、23条以下、28条)、関税の免除 (3. Teil, Tit 1, Kap. 1、25条以下)、労働の自由 (Tit 3, Kap. 1、39条以下; Kap. 3、49条以下)、資本移動の自由 (Kap. 4、56条以下)、競争の自由 (Tit 6, Kap. 1、81条以下) などがうたわれており、これらは、契約の自由なしには、ありえない。そこで、ドイツの通説も、契約自由は、これらのヨーロッパ条約から導けるものとしている¹⁰⁹⁾。

また、ヨーロッパ基本憲章 (Europäische Grundrechte-Charta) においても、人権の保障 (1条1文)、取引の自由 (6条)、企業の自由 (16条)、所有権の自由 (17条1項1文) が定められ、これらから導かれる契約自由は、汎ヨーロッパ的な規範に数えられる。

(3) ヨーロッパ法による契約の規制は、この基本法を元に行われている。個別のヨーロッパ指令とこれにもとづく国内法が多数ある。

108) 自由、デモクラシー、人権と法治国家の構造は、不可分の関係にあり、EUのような近代的な国際組織も同じである (Die Union beruht auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit; diese Grundsätze sind allen Mitgliedstaaten gemeinsam)。

EU法における契約自由について、Remien, aa.O., S.33ff. とりわけ重大なのは、1984年の消費者契約における濫用条項に関する指令である (Mitteilung über mißbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen)。1980年代を転機とみることができよう。

109) Rittner, Die wirtschaftsrechtliche Ordnung der EG und das Privatrecht, JZ 1990, S.838; Müller-Graff, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, NJW 1993, S.13; Canaris, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in Festschrift für Lerche zum 65. Geburtstag, Wege und Verfahren des Verfassungslebens, 1993, S.873.

また、ヨーロッパ人権条約 (EMRK = Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten) 1条1文と、EUV6条2項の所有権の保障からも、私的自治は前提とされている。

まず、内容の自由の制限としては、比較的早くに、消費者契約における濫用条項に関する指令 (Richtlinie 93/13/EWG des Rates über mißbräucheliche Klauseln in Verbraucherverträgen v. 5. 4. 1993, Abl. EG Nr. L 95, S.29) がある (たとえば、その3条)。普通取引約款は、古くから当事者の一方によって策定されることから、当事者間の力関係の違いが反映されやすく、裁判例においても、多様な制限がみられたからである。

普通取引約款は、その後、ドイツ民法では、1976年の旧約款規制法 (AGBG v. 9. 12. 1976; BGBl. I S.3317) によって包括的な規制が行われ、これは、2002年の債務法現代化のうちに、民法典に統合された (305条以下)。とりわけその307条は、普通取引約款において、内容的コントロールが行われるべきものとしている。「普通取引約款の規定は、約款利用者の相手方に、信義則に反し不当な不利益を与えるときには、無効 (unwirksam) とされる」(同条1項)。

また、その308条、309条は、普通取引約款が無効になる種々の場合を規定している (Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit, Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit)。

内容的コントロールは、必ずしも直接に契約条項を無効にするものばかりではない。製造物責任法 (Produkthaftungsgesetz, 1989; BGBl. I S.2198) は、人的損害 (Personenschäden) には、85,000,000ユーロの責任制限をおいている (10条)。同法が、製造物責任指令 (Richtlinie 85/374/EWG des Rates über die Haftung für fehlerhafte Produkte v. 25. 7. 1985, Abl. EG Nr. L 210, S.29) にもとづくことは、繰り返すまでもない (なお12条、16条1項参照)。同様の制限は (上述 II 2 (3) 参照)、1990年の、環境責任法 (Umweltschutzgesetz, 1990; BGBl. I 1990, 2634) にも、おかれている (15条、85,000,000ユーロ)¹¹⁰⁾。

片面的な強行法規として、包括旅行契約指令 (Richtlinie des Rates 90/314/EWG v. 13. 6. 1990 über Pauschalreisen, Abl. EG Nr. L 158 v. 23. 6. 1990, S.59) の5条3項、国外振替に関する指令 (Richtlinie 97/5/EG über grenzüberschreitende Überweisungen v. 27. 1. 1997, Abl. EG Nr. L 43 v. 14. 2. 1997, S.25) の8条1項もある。

110) Ono, Modern Development in Environment and Product Liability, Hitotsubashi Journal of Law and Politics, vol.27 (1999), p.16. 【倫理】394頁所収。

より包括的なものでは、消費物売買指令 (Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchergüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, Abl. EG Nr. L 171, S.12) が、不履行、減額請求、解除に関し、買主のための強行規定を定めた (3条、7条)。また、保障の内容についても、詳細な強行規定を定めた (6条、7条)¹¹¹⁾。この指令が、2002年の債務法現代化法の施行される直接のきっかけとなったことは記憶に新しい。

支払遅滞の遅延利息ルールの指令 (Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlung im Geschäftsverkehr v. 29. 6. 2000, Abl. EG Nr. L 2000, S.35) は、ヨーロッパ中央銀行の基礎利率プラス7%の最低遅延利息を定めたが、債権者に「いちじるしく不利益」(grob nachteilig) な合意を制限している (3条3項)¹¹²⁾。

消費者信用指令 (Richtlinie 87/102/EWG des Rates v. 22. 12. 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über den Verbraucherkredit, Abl. EG Nr. L 42 v. 12. 2. 1987) は、消費者信用の取引の締結にさいし、書面と売買契約において最低限の内容が強制されることを定めている (4条、6条、14条2項)¹¹³⁾。

ほかに、私的自治の役割を減じているとみうる指令がある。

営業譲渡のさいの労働者の請求権の保護に関する指令 (Richtlinie 2001/23/EG des Rates über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen v. 12. 3. 2001, Abl. EG Nr. L 82, S.16) は、国際的な企業買収を予定したものである。

また、支払手段に関しては、国外振替に関する指令 (Richtlinie 97/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über grenzüberschreitende

111) 小野「ドイツの2001年債務法現代化法」国際商事29巻7号809頁・8号924頁、【現代化】193頁所収。

112) 小野「遅延利息の設定における競争契約の統一と消費者信用」国際商事31巻11号1543頁、【倫理】69頁所収。

113) これに対して、消費者消費貸借の495条の撤回権は、ヨーロッパ法の次元では、まだ知られていない。

Überweisungen v. 27. 1. 1997, Abl. EG Nr. L 43, S.25)、および支払および有価証券の交付と割引システムに関する指令 (Richtlinie 98/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen v. 19. 5. 1998, Abl. EG Nr. L 166, S.45) がある。

(4) 契約締結の自由に関する制限の例も多い。締結の自由の制限は、まず撤回権により、また締結の強制により行われている。

その嚆矢として、訪問販売による契約の締結のさいには、消費者保護の撤回権が知られている (5条、6条)。Richtlinie 85/577/EWG des Rates betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen v. 20. 12. 1985, Abl. EG Nr. L 372, S.31.

通信販売では、通信販売指令 (Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz v. 20. 5. 1997, Abl. EG Nr. L 144, S.19) による通信販売法の規定がある (6条、12条1項)。また、金融サービス給付販売指令 (Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23. 9. 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der RiL 90/619/EWG und RiL 97/7/EG und 98/27/EG, Abl. EG Nr. L 271/16 v. 9/10/2002, S.16) による国内法が金融給付の通信販売を規制している (6条、12条)¹¹⁴⁾。

また、電子取引に関する指令 (Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt v. 8. 6. 2000, Abl. EG Nr. L 178, S.1) による国内法、タイムシェア指令 (Richtlinie 94/47/EG v. 26/10. 1994 des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über

114) これにつき、小野「通信販売と金融サービス給付」国際商事32巻4号448頁、【倫理】74頁所収。通信販売指令の旧規定は、Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz v. 20. 5. 1997, Abl. EG Nr. L 144, S.19.

den Erwerb von Teilnutzungsrechten an Immobilien, Abl. EG Nr. L 280 v. 29. 10. 1994, S.83) にもとづくタイムシェア法がある(5条、8条)¹¹⁵⁾。

契約締結に関する不安定性は、指令に合致した消費者情報の判定困難によっても増大する。そして、締結自由の制限は、内容の自由の制限とともに、増大することになるろう。

さらなる制限は、労働法的な平等指令にもある。公的および私的な使用者は、とくに、契約締結にさいし、性別(2条2項 平等指令)¹¹⁶⁾および近時は、人種または出生(3条1項、4条、7条 反差別指令)¹¹⁷⁾による差別を禁止される。そこで、使用者の選択権は制限される。

締結自由の制限への新しいヨーロッパ指令は、Richtlinie 2004/113/EG v. 13. 12. 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, Abl. EG Nr. L 373, S.37である¹¹⁸⁾。これは、2007年12月21日までに国内法化される。そして、一般私法に影響することがとりわけ大きい。法的手段と損害賠償請求によって、差別禁止が確実にされる必要がある(8条、14条)。

全体として、明確に、法(指令およびそれにもとづく国内法)規制による契約自由の制限の傾向がみられる。

(5) EU指令による多様な制限から、現在のヨーロッパ契約法の体系が、契約自由を保障するヨーロッパ条約に合致するかに疑問を生じることもある。ドイツの憲法裁判所の判例によれば、憲法=基本法は、ヨーロッパ指令やそれにもとづく法(Umsetzungsrecht)を検証し、契約自由の保障を行っている(基本法101条1項2文)。しかし、その実務は必ずしも積極的ではない¹¹⁹⁾。

115) これにつき、小野「所有権概念の変容と私権の体系—ドイツの期間割りの居住権契約との関係で—」国際商事33巻4号479頁、【倫理】193頁所収。

116) Richtlinie 2002/73/EG v. 23. 9. 2002 zur Änderung der RiL 76/207/EWG des Rates v. 9. 2. 1976, Abl. EG Nr. L 269, S.15. I 2(2)参照。

117) Richtlinie 2000/43/EG des Rates v. 29. 6. 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, Abl. EG Nr. L 180, S.22. 人種による差別を禁止する平等取扱に関する指令である。I 2(2)参照。

118) とくに、個人保険(Personenversicherung)の価格算定に影響すると目される。価格統制法(Preisgesetz)による契約自由への制約について、vgl. Wolf, a.a.O., S.385.

ヨーロッパ裁判所の機能は、もっと限定されており、現在のシステムでは、二次的なヨーロッパ法の是非を条約による基本的な私的自治の見地から検証することはできない。EU上級審の実務では、その任務は、指令の有効性を保障することであり、たんにEGV 234条による事項の解釈 (Vorabentscheidung, a-cの各号、すなわちEU条約、EU組織の行為の有効性、EU委員会のした規則の解釈) である。もちろん、この場合に、ヨーロッパ裁判所の解釈は、契約自由に対してより積極的であることは可能である。たとえば、責任法の強行規定については、部分的には疑問も提示されており、より限定した尺度によらなければ、契約自由と合致しないとされることもある。具体的には、飲食店の主人 (Gastwirt) が、無過失で、料理によって肝炎を惹起させたときに、ヨーロッパ製造物責任によって、70,000,000ユーロまでの最高限度額までの責任をおい (1985年指令の額。1979年指令では無制限。国内法でも無制限とする例もある。ドイツ法では、85,000,000ユーロである)、これをより制限できないことは (製造物責任法14条)、私的自治に合致しないとの批判がある¹²⁰⁾。

ヨーロッパ指令を実体化する法が、強行法規として幅広く内容のコントロールをし、また、撤回権と締結規定により締結自由を制限することによって、ヨーロッパの契約法の体系が、私的自治の制限を増大させていることは、パターンリズム的である。もっとも、このような動きは、すでに、各国法では、19世紀以降継

119) BVerfGE 73, 339 (JZ 1987, S.236 mit Anmerkung v. Rupp), 1986. 10. 22. また、憲法裁判所は、EU条約に照らしてEU法をいわば違憲審査できるが、ヨーロッパ裁判所にはそのような権限はなく、また主たる任務としているわけでもないのである。

120) Bruns, a.a.O. (Vertragsfreiheit), S.394; ders., a.a.O. (Haftungsbeschränkung), S.275f. すなわち、通説とは異なり、物をみずから売却した自然人については、最高額の制限は個別の損害に対するものではなく、契約的な制限は可能だとするのである。Vgl. BGHZ 116, 104f.; Palandt (Thomas), BGB, 2007, § 10 ProdHaftG Nr.1 (S.2721).

たとえば、総額300万ユーロまでというのは不可能であるが、個別の損害につき、1万ユーロまでというのは制限できる。それで、総額850万ユーロまでというものである。後者は制限できないとするのである。

なお、賠償の制限額をより高くすることは可能であり、各国でそうしている例は多い。また、責任制限が高いことは、製造物責任による厳格責任を実効性あるものとする限りは避けられないであろう。不法行為責任であれば、あらかじめ制限できないことは当然である。さもないと、責任として画餅になるからである。Brunsがしばしば引用するイギリス法でも無制限であるし、アメリカ法も基本的には同様である。

続している動向の反映であるともいえる。その結果、ヨーロッパ契約法において「契約から地位へ」(Contract to Status)の動向がみられ、契約法体系の変容をもたらしているのである¹²¹⁾。

3 契約自由の機能的な意義

(1) 私的自治と強行法の緊張関係の判断においては、個別の契約のミクロの分析だけではなく、マクロの意味で、契約自由がどのような機能をもつかを明確にすることが必要である。私的自治の限界に関する議論は、たんに個別の契約の自由だけを対象とするわけではない。契約自由の機能を現代の経済および市民社会との関係でも考察することが必要である。

契約自由は、私的自治を基本とする社会の中で、3つの重要な機能をもっている。デモクラシー、イノベーション、安定性の確保である¹²²⁾。他方、近代社会は、中世的な倫理を否定し、利潤主義とこれを可能にする自由主義をもっている。自由放任は、契約自由の思想的基礎であり、企業の最大限の自由の追及を可能としている¹²³⁾。

しかし、近時の契約観の修正により、過失責任主義の見直し、契約自由の変容が生じている。契約自由は、中世法が否定した利潤主義の是正に係わるが、もともデモクラシーという歯止めを有したのである。グローバリズムの最大の欠陥は、利潤主義をチェックしていた国民国家によるデモクラシーの歯止めが失われ

121) これに対し、Bruns, aa.O., S.394.は、契約自由の歴史と、デモクラシー的な法秩序におけるその機能を考えるときに、現在の行き過ぎには疑問があるとし、また、アメリカにおいては、なおリベラルな契約自由が高い価値をもっているとし、ヨーロッパ法の動きは私法の麻痺をもたらすとして反対する。そして、ヨーロッパの立法者とヨーロッパ裁判所は、時代の兆候を認識し、ヨーロッパ司法の限界において、リベラルな契約自由を考慮する必要があるとする。

しかし、国内法に反して、ヨーロッパ法のみが契約自由に関執することはできないし、英米法でも、種々の制約が生じていることは変わらない。一面的な自由を唱えるのではなく、たとえば、アメリカ法が競争条件の均一化などで、市場に即した規制をおいことに着目する必要がある。また、そこで根拠となっている製造物責任自体、アメリカ法に由来するものでもある。むしろ、制約の方法にこそ着目すべきであろう。

122) Bruns, aa.O., S.389.

123) *Ib.*, S.389. 同説に対する一番の疑問は、デモクラシーも、自由の途という位置づけになることである。少なくとも両面的な意義を認める必要がある。

ることである。デモクラシーの基本は、人権や基本権の尊重である。私権の基本原則のうち、権利能力の承認の原則は、たんに人の形式的平等（政治的には多数決主義）のみを意味するものではなく、基本権という不可欠の要素のあることを前提とする。契約法の変容やEU指令の拡大などは、ここにかかわっており、その再評価にはかならない。

(2) 契約自由は、自由主義にも係わっており、イノベーションの能力を保障するものでもある。私的自治は、法的発展の重要な道具である。なぜなら、これは、新たな経済的および技術的な条件を流動化し、簡明にすることを当事者に可能にするからである。新たな契約類型の発展は、たとえば、振込信用、分割支払取引、ファイナンス・リース、ファクタリング、フランチャイズなどにみられる。これに対し、強行法は、私法的なイノベーション力を制限する。当事者の処分能力が制限されるほど、将来の発展の可能性は小さくなる。はなはだしい場合には、私法のダイナミズムが失われることから、契約自由は、イノベーション力の保障である。

(3) 最後に、契約自由や私的自治は、自由主義に係わることから、法律関係の安定化機能をも有する¹²⁴⁾。自己責任による法形成は、流動性をもたらし、契約当事者に個人の希望や目的達成の自由を与える。それにより、契約自由は、社会的緊張を私法によって調整する安全弁となる。自分の事務処理につき変更の機会を与えるための契約の自由がなければ、社会的緊張の危険は増大し、私法は、場合によっては社会的受容力を失う。当事者は、私法以外の方法で、必要性を迫るかもしれない。契約自由のリベラルな要素は、安定化機能としてなお重要である¹²⁵⁾。

V むすび

(1) 契約自由については、2つの異なった契約自由のモデルが対立している。

124) 改革後の立法による安定化機能については、古くから指摘されるところである。契約自由は、このような安定化機能を日々の装置として組み込むものである。Ono, Comparative Law and the Civil Code of Japan, Hitotsubashi Journal of Law and Politics, vol.25, 1997, pp.29 (p.34, pacification of law).

125) Bruns, a.a.O., S.390.

1つは、リベラリズムであり、もう1つはパターナリズムである。私的自治の歴史的な根源は、啓蒙主義とそれに続く自由主義、および自己責任的な契約正義にある。

一方で、大陸法の契約法では、締結と内容の自由の制限の増加により、契約自由のパターナリズムへの傾向がある。一般的平等法（AGG）における締結強制の規定が、顕著な新たな例である。他方、英米法では、契約自由は、歴史的に規定され、デモクラシー、とりわけ自由の基本的価値と関連づけられて発展した関係にある。それは、今日まで、実体法上も手続法上も、比較的高い価値を有しており、契約に関する内容上、締結上のコントロールは、ヨーロッパ法よりも相対的に弱いと目される。もっとも、英米法は独自の懲罰的損害賠償の制度を有しており、一たび契約あるいは社会的なコントロールを決定した場合には（たとえば、反差別規制）、民事的救済を超えた強い制裁が加えられることもあるから、形式的側面だけを見て、契約へのコントロールが弱いと一義的にいうことはできないのである。

(2) 近代法にいたるまで、契約の基礎は方式にあった。ここで、方式とは、たんなる契約書の形式のみをいうのではなく、古くは呪術と法廷の権威であり、中世には、神の意思を表現するものであった。近代以降、とりわけ宗教改革は、世俗の領域において、人の意思の主体性を認めることによって、財産関係の単純化をもたらしたのである。たとえば、教会領の没収、世俗化、封建的拘束の廃止と契約の自由である。もっとも、最後のものは、すでにカノン法理論の中にも、ローマ法からの例外を設けることによって、行われていた（その契機は、財産関係の単純化、端的には寄進、遺贈の自由である）。しかし、それが例外としてではなく正面から認められるには、近代の到来を必要とした。

近代以降、中世の神に代わって、人が権威の中心としての地位を占めた。これは、領邦主義の近代立法のもとでは、国家による法の独占の源となったのである。もっとも、カルヴァニズムではややニュアンスが異なり（ルター派の領邦主義の優先とは異なり）、宗教的な意味では外部的な権威はありえないから、法も、基本的には個人の良心のみに遡るべきものとされる。そして、外部的な権威を否定することは、法的な権威の内部的再構成、すなわち契約的な構成（社会契約説）

や基本権的な構成への道を開いたのである。その重要な契機は、封建的拘束に反対した近代市民社会であるが、私見によれば、その端緒は、プロテスタンティズム、とりわけカルヴァニズムに遡る¹²⁶⁾。

私的自治と所有権の自由は、自然法的な意思の理論と所有権中心主義に由来する。後者は、基本権の一部に位置づけられる。包括的な権利としての近代的所有権は、近代法あるいはそれに先立つ近代市民社会の産物である。近代的所有権は、中間的・封建的な諸規制を廃して、単純な構成を目ざしたからである。そのさいに、権利の自然権的な把握は、この単純化に資するものであったし、法的な権威を人為的なものではなく、個人の内心にのみ求める思想にも一致するものであった¹²⁷⁾。

私的自治は、中世的な神の意思ではなく、人の意思を私法の基礎にすえるための装置であり、経済関係の自律や競争と表裏をなすものである¹²⁸⁾。そして、契

126) 小野「東ドイツ地域の共同所有権の私有化」(山内進編・混沌の所有(2000年)所収) 165頁以下参照。および「私法におけるカノン法の適用」第2章4節(1)(ア)参照(【利息】所収11頁以下、50頁)。

127) したがって、契約の自由や権利も、必ずしも無限定のものではない。私見では、近代法には、ある種の西欧法の伝統や内在的制約が存在するが(たとえば、カノン法に由来)、それは同時に、カルヴァニズムによる法の伝統からの離脱、法や企業の無国籍性という特性を有している(【現代化】11頁、21頁の注28参照)。西欧法の伝統を重視すれば、必ずしも外見的にはみえない規範を探ることは重要であるが(法社会学の課題であろう)、無国籍性が前提となれば、もっと露骨な法の適用が可能となる(依るべき国家をもたないことが、カルヴァニズムの特徴であり、かつ世界的な伝播性の根源である。近代資本主義社会の構成と企業の無国籍性は、根源的にはこれに由来する)。近代法についても、相当程度まで、あてはまる。国民国家の段階では伝統との連続性はなお存続したが、グローバリズムは連続性を断ち切ろうとする。アメリカ型の規範の国際標準としての主張は、一面では、このような普遍性の主張でもある。ここでは、ヨーロッパ型の法とアメリカ型のそれとの相違という観点も重要となろう(【大学】332頁、【現代化】11頁、260頁において指摘)。

このような自由な契約のモデルは、法そのもののとらえ方の反映でもある。中世的な法は、「古き良き法(gute saltes Recht)」(慣習)の中から発見されるものであったが、法の自由な定立は、法規実証主義とそれを技術的に可能にした国民国家の産物である。しかし、文化や言語と法における伝統主義の拘束(時代精神)については、周知のごとく、かねての法典論争におけるサヴィニーの主張が参考となる。法も、決して完全に自由には定立できないのであるが、およそ定立する場合には、現在では、いわば国民国家が神を代替するのである。グローバルな規範の定立は、新たな課題である(たとえば、後注128)参照)。

約自由は、私法的な法律関係の自己責任的な形成の自由を意味するが、デモクラシー、イノベーション、法秩序の安定化の担保でもあり、また、当初平等や所有の概念は、もっぱら自由に奉仕するものであった。こうして、18、19世紀を通じて、契約の自由が全盛となったが（身分から契約へ）、やがて、この意思の理論と、基本権との対立が顕在化した。そして、20世紀の後半からは、むしろ後者の優越が顕著となった。その結果、形式的な平等の当事者という前提が理論上も分解し、所有者と利用者、使用者と労働者、あるいは一般人と商人、事業者と消費者、各種の専門家（専門家の責任）などの概念のもつ意味が増大したのである。

(3) 大陸法の私法も、このような潮流をうけ、リベラルな契約自由から、私的自治のパターナリズム的な理解へとという傾向を帯びている。当事者による自己責任的な契約の形成のみが絶対視できるわけではない。各国の私法のみならず、新たなヨーロッパ的規範における契約自由も、実質的には必ずしも中心的意義を保持してはいない。消費者保護立法は、消費者と事業者の地位による契約の修正を増加させた。21世紀以降、この概念は、たんに民法の周辺に位置づけられるのではなく、部分的には、各国の一般民法にも採用され、契約の自由を地位の重視へと変容させている。ここに、私法の中に、もう1つのデモクラシーの価値である人権の復権をみることができるのである（契約と所有から人権へ）。そして、

128) 契約自由は、経済関係における自律の裏面であるから、私法関係を律するには、第一義的には契約、ついで任意法規の補充的機能が期待される。強行法規による規制は最終的な担保としての意味をもつが、この中間に、自律的スタンダードの方法がある。その中にも、認証機関による規格をデファクトのルールとして尊重する方式や、そのような規格の受容を宣言することにより、正式なルールに昇進させる方式がある。

前者は、ISOの技術規格などにみられ、後者には、たとえばドイツのコーポレート・ガバナンス〔企業倫理〕準則（Deutscher Corporate Governance Kodex）がある。この倫理準則は、本来企業を直接拘束するものではないが（拒絶は可能）、会社法関連の法律規定を修正する改正法「企業経営の透明性と開示のための法律」（Transparenz- und Publizitätsgesetz, 2002年7月26日施行）によって、2002年に、株式法（Aktiengesetz）161条が改正され、企業が、コーポレートガバナンス準則委員会の勧告規定の遵守を宣言した場合には、それに拘束されるとしたことにより、間接的に、法律に準じた効力をもつにいたっている（いわゆる強制規格の引用の方式である。小野「経済活動における法と倫理」国際商事34巻12号1603頁参照）。経済活動の複雑化、国際化により、この自律的な方式は今後いっそう拡大するものと考えられる。

一般平等法の存在は、必ずしもヨーロッパに特有のものではなく、世界人権宣言などの普遍的な価値を基本とする。公序規定への読み込みなどを通じて、一般的な影響力をもつものとみる必要がある。

したがって、弱者や一定の地位に着目した規律は、たんなる民法の異物とのみとらえられるべきではなく、基本権の復権を意味しているのである。また、ヨーロッパ法に特有なものともみるべきではない。この点において、わが民法が、従来、付屬法規のみによって（古くは、旧借地法、旧借家法、利息制限法、借地借家法、近時では、特定商取引法、消費者契約法など）民法を修正してきたことは、基本権への消極的な態度をも示すものであり、体系的な見通しの悪さとともに、根本的な再検討を要するところであり、新たな立法の課題でもある¹²⁹⁾。

129) これに反し、ドイツ民法典は、古くから民法典中に、賃貸借関係の保護規定をおき、形式的な当事者の平等という理念は、少なくとも部分的には、早くから放棄されていたのである（法の発展が、特別法によるか、法典そのものの修正によるかについては、小野「司法の現代化とドイツ私法の改革」法の支配132号、【倫理】所収218頁）。また、2002年の債務法現代化法によって、約款規制法や消費者信用法、訪問販売法、通信販売法といった特別法も、民法典に組み込まれたことは記憶に新しい。