

## 債権法改正と契約の趣旨の概念

東海大学実務法学研究科特任教授（弁護士） 鈴木仁志

### 第1 問題提起

平成25年2月26日、法制審議会民法（債権関係）部会（以下「債権関係部会」）は、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（以下「中間試案」）を決定し、同年3月11日にこれを法務省のウェブページ上に掲載した。債権関係部会においては、中間試案をもとにした要綱案（仮案）を策定すべく、そのたたき台についての議論が行われている。

中間試案及びこれに引き続く要綱案のたたき台にかかる議論は、検証すべき多数の論点を含んでいるが、その中でもとりわけ重要な論争点となると思われるのが「契約の趣旨」という概念の解釈である。なぜなら、この概念は、現行の民法典中に存在しない新設の概念であり<sup>1</sup>、さまざまな解釈の行われうる抽象的・多義的なものでありながら、中間試案の枢要部において極めて頻繁に用いられているからである。つまり、「契約の趣旨」なる新種の概念が中間試案において突如として登場し、改正案において一躍これが債権法の中心概念の地位を占めるようになっているのである。したがって、この概念の検証及び解明なくして、改正案の是非そのものを論じることはできないと言っても過言ではない。

そこで、本稿においては、債権法改正作業における「契約の趣旨」の概念の意義について検討したうえ、かかる概念が債権法ひいては民法典全体に与える影響について考察する。

### 第2 中間試案における「契約の趣旨」

#### 1 多用される「契約の趣旨」

中間試案においては、以下の各提案の中に「契約の趣旨」との文言が登場する（これらの提案の多くは、第3読会における要綱案のたたき台の議論においても維持されている。）。

##### ① 第8 債権の目的 1 特定物の引渡しの場合の注意義務(1)

<sup>1</sup> 現行民法典では、第415条及び第493条において「債務の本旨」、第600条において「契約の本旨」、第644条において「委任の本旨」との文言がそれぞれ用いられているが、「契約の趣旨」との文言は用いられていない。

- ② 第9 履行請求権等 2 契約による債権の履行請求権の限界事由<sup>2</sup> ウ
- ③ 第10 債務不履行による損害賠償
  - 1 債務不履行による損害賠償とその免責事由(2)
  - 6 契約による債務の不履行における損害賠償の範囲(1)イ、(2)
- ④ 第12 危険負担 2 債権者の責めに帰すべき事由による不履行の場合の解除権の制限(1)
- ⑤ 第26 契約に関する基本原則 3 付随義務及び保護義務(1)、(2)
- ⑥ 第34 継続的契約
  - 1 期間の定めのある契約の終了(2)
  - 2 期間の定めのない契約の終了(3)
- ⑦ 第35 売買
  - 3 売主の義務(2)、(3)
  - 4 目的物が契約の趣旨に適合しない場合の売主の責任(1)～(3)
  - 5 目的物が契約の趣旨に適合しない場合における買主の代金減額請求権(1)
  - 6 目的物が契約の趣旨に適合しない場合における買主の権利の期間制限
  - 7 買主が事業者の場合における目的物検査義務及び適時通知義務(2)～(4)
  - 10 買主の義務 ア
  - 14 目的物の滅失又は損傷に関する危険の移転(2)
- ⑧ 第36 贈与 2 贈与者の責任(1)ア、イ
- ⑨ 第37 消費貸借 5 貸主の担保責任(1)～(3)
- ⑩ 第38 賃貸借
  - 10 賃借物の一部滅失等による賃料の減額等(1)
  - 13 賃貸借終了後の収去義務及び原状回復義務(2)
  - 14 損害賠償及び費用償還の請求権に関する期間制限(1)
- ⑪ 第39 使用貸借
  - 3 使用貸借終了後の収去義務及び原状回復義務(2)
  - 4 損害賠償及び費用償還の請求権に関する期間制限(1)
- ⑫ 第40 請負
  - 1 仕事が完成しなかった場合の報酬請求権・費用償還請求権(3)

---

<sup>2</sup> 民法(債権関係)部会資料 68A 「民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(3)」1～2頁においては、この中間試案の提案に代わり、「履行不能」の定義として、「契約の趣旨に照らして不能であること」との文言が用いられるようになっている。

## 2 仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の請負人の責任(1)～(5)

### ⑬ 第41 委任

#### 1 受任者の自己執行義務(1)(注)

#### 4 報酬に関する規律(3)イ

### ⑭ 第42 雇用 1 報酬に関する規律(労務の履行が途中で終了した場合の報酬請求権)(2)

### ⑮ 第43 寄託 2 寄託者の自己執行義務(1)イ(注)

## 2 分類

上記のとおり、中間試案において、「契約の趣旨」との文言は、債権法の枢要的規定の中に数多く見られるが、これらを整理すると、大要次のような各場面で用いられていることがわかる。

### ① 帰責事由・帰責原因に関連する場面（「契約の趣旨に照らして債務者[債権者、賃借人、借主、注文者、委任者、使用者]の責めに帰することのできない[責めに帰すべき]事由」）

第 10-1（債務不履行による損害賠償とその免責事由）、第 12-2（債権者の責めに帰すべき事由による不履行の場合の解除権の制限）、第 38-10（賃借物の一部滅失等による賃料の減額等）、第 38-13（賃貸借終了後の収去義務及び原状回復義務）、第 39-3（使用貸借終了後の収去義務及び原状回復義務）、第 40-1（仕事が完成しなかった場合の報酬請求権・費用償還請求権）、第 41-4（報酬に関する規律）、第 42-1（報酬に関する規律(労務の履行が途中で終了した場合の報酬請求権)）

### ② 担保責任に関連する場面（「契約の趣旨に適合する[適合しない]」）

第 35-3（売主の義務）、第 35-4（目的物が契約の趣旨に適合しない場合の売主の責任）、第 35-5（目的物が契約の趣旨に適合しない場合における買主の代金減額請求権）、第 35-6（目的物が契約の趣旨に適合しない場合における買主の権利の期間制限）、第 35-7（買主が事業者の場合における目的物検査義務及び適時通知義務）、第 35-10（買主の義務）、第 35-14（目的物の滅失又は損傷に関する危険の移転）、第 36-2（贈与者の責任）、第 37-5（貸主の担保責任）、第 40-2（仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の請負人の責任）

### ③ 現行民法典に「契約の本旨」として規定されている場面

第 38-14（損害賠償及び費用償還の請求権に関する期間制限）、第 39-4（損害賠償及び費用償還の請求権に関する期間制限）

④ 信義誠実の原則（信義則）の問題として論じられてきた場面  
第 26-3（付随義務及び保護義務）

⑤ その他

第 8-1（特定物の引渡しの場合の注意義務）、第 9-2（契約による債権の履行請求権の限界事由）、第 10-6（契約による債務の不履行における損害賠償の範囲）、第 34（継続的契約）、第 41-1（受任者の自己執行義務）、第 43-2（寄託者の自己執行義務）

### 第 3 「契約の趣旨」の意義及び性質

#### 1 「趣旨」の語の通常の意味

日本語の「趣旨」という言葉は、「①ある事をする理由・目的。趣意。②話や文章の言おうとする肝心なこと。要旨。」<sup>3</sup>あるいは「1 事を行うにあたっての、もとにある考えや主なねらい。趣意。2 文章や話などで、言おうとする事柄。趣意。」<sup>4</sup>を表す語とされている。

このような言葉の意味からすれば、「契約の趣旨」とは、契約の当事者がその契約をどのような理由、目的、ねらいで締結しようとしたかを表す概念と考えることが自然である。つまり、「契約の趣旨」との語は、本来、契約の根源にある当事者の真意やねらいを表す概念であることになる。

ところが、中間試案において、「契約の趣旨」との文言は、上記の日本語の通常の意味とは異なるものとして想定されているようである。

#### 2 中間試案における「契約の趣旨」の意義

##### (1) 定義

中間試案第 8 の 1 (1)には、「契約によって生じた債権につき、その内容が特定物の引渡しであるときは、債務者は、引渡しまで、[契約の性質、契約をした目的、契約締結に至る経緯その他の事情に基づき、取引通念を考慮して定まる]当該契約の趣旨に適合する方法により、その物を保存しなければならないものとする。」との記述がある。

そして、上記に関する法務省民事局参事官室の説明によれば<sup>5</sup>、「契約の趣旨」

<sup>3</sup> 「大辞林」（三省堂）による。

<sup>4</sup> 「大辞泉」（小学館）による。

<sup>5</sup> 平成 25 年 3 月法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）」（以下「概要付き」）32 頁、同年 4 月同室「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」（以下「補足説明」）90 頁

とは、「合意の内容や契約書の記載内容だけでなく、契約の性質（有償か無償かを含む。）、当事者が当該契約をした目的、契約締結に至る経緯を始めとする契約をめぐる一切の事情に基づき、取引通念を考慮して評価判断されるべきもの」（下線筆者）とされている。

また、債権関係部会の第3読会においても、「契約の趣旨」について、「契約の内容（契約書の記載内容等）のみならず、契約の性質（有償か無償かを含む。）、当事者が契約をした目的、契約の締結に至る経緯を始めとする契約をめぐる一切の事情を考慮し、取引通念をも勘案して、評価・認定されるもの」（下線筆者）との説明がなされている<sup>6</sup>。

このように、改正案の中心概念のひとつである「契約の趣旨」は、合意・契約の内容のみならず、契約の性質、目的、経緯等の一切の事情及び取引通念を考慮して定められる概念とされている。

ここからわかることは、改正案のいう「契約の趣旨」は、「合意（契約）の内容」とは別個の概念であって、しかも「合意（契約）の内容」のほうが（他の諸要素とともに）「契約の趣旨」を定める一要素とされているということである。つまり、「合意（契約）の内容」が認定されてはじめて、それを一要素とする「契約の趣旨」が次に認定できる構造になっているのである。

かかる論理構造からするならば、「契約の趣旨」は、「合意（契約）の内容」をその一要素として下位に置くものとみるほかに、合意（契約）よりも上位にある概念と考えざるをえないように思われる。

## (2) 帰責事由と契約の拘束力

中間試案は、第10の1「債務不履行による損害賠償とその免責事由」の項において、「(2) 契約による債務の不履行が、当該契約の趣旨に照らして債務者の責めに帰することのできない事由によるものであるときは、債務者は、その不履行によって生じた損害を賠償する責任を負わないものとする。」と定めることを提案し、帰責事由の文言自体は維持したうえ、これに「契約の趣旨」の概念をかぶせて一定の意味付けを行う方針をとっている。

そして、法務省民事局参事官室は、その意味について、「契約の趣旨」を基準として不履行原因につきリスクを負担すべきだったか否かによって免責の可否を判断するものであるとしている<sup>7</sup>。また、同室は、中間試案の補足説明

<sup>6</sup> 平成25年10月29日民法(債権関係)部会資料68A「民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(3)」2頁

<sup>7</sup> 「概要付き」39頁「債務不履行の原因につき債務者がそのリスクを負担すべきだったと

において、帰責事由を「故意、過失又は信義則上それと同視すべき事由」と解してきた伝統的通説に対し、近時の学説から、行動の自由を前提とした過失責任主義を契約関係に持ち込むことへの批判がある旨述べたうえ、帰責事由概念の維持によって「伝統的な定式である故意過失等という理解を維持するとのメッセージになりかねないとの批判が想定される」とし、「『契約の趣旨に照らして』との判断基準を付加することにより・・・故意過失等を意味するなどといった解釈を封ずることができる」<sup>8</sup>と説明している。

このような説明からするならば、中間試案は、過失責任主義をベースとする伝統的通説の考え方を排除し、契約の拘束力を帰責原因とするリスク分配を志向する近時の学説の考え方を採用するために、契約の拘束力を示すものとして「契約の趣旨」の概念を導入したものと考えられる。

### (3) 担保責任と契約責任説

中間試案は、各種契約における一連の担保責任を「契約の趣旨」に適合するか否かで判断する枠組みを提唱し、これを売買契約にも及ぼしている。

すなわち、中間試案第 35 の 4(2)は、民法第 570 条本文の規律を改め、売主が引き渡した目的物が「契約の趣旨」に適合しない場合、「債務不履行の一般原則に従って、その不履行による損害の賠償を請求し、又はその不履行による契約の解除をすることができる」としている。

したがって、中間試案は、売主の瑕疵担保責任についていわゆる「契約責任説」を採用したうえで、「契約の趣旨」の概念を導入することにより、「契約責任」が契約の内容のみならず交渉経緯等の諸事情及び取引通念からも導かれるようにしたものと考えられる。

### (4) 付随義務・保護義務・契約締結上の義務と信義則

中間試案は、第 26 の 3 において、(1)相手方に契約上の利益を得させるための「付随義務」及び(2)契約締結過程から債務履行段階に至るまでの「保護義務」につき、「契約の趣旨に照らして必要と認められる行為」を行う義務として明文規定を置く提案を行っている。

法務省民事局参事官室の補足説明によれば、上記規定は、「債務者が給付義務のほか信義則に基づいて負うとされる義務」として、「給付義務の存在を

---

評価できるか否かによって免責の可否を判断する旨を示すものとしている。そして、契約による債務にあっては、その基本的な判断基準が当該契約の趣旨に求められることを付加する考え方を提示している」

<sup>8</sup> 「補足説明」 112～113 頁

前提としてこれを契約の趣旨に従って実現できるように配慮し、給付結果・給付利益を保護すべき注意義務(付随義務)及び「権利の行使又は債務の履行に当たって相手方の生命・身体・財産などを害しないように配慮する義務(保護義務)」があるとされていることから、「これまで信義則に基づいて当事者に課されてきた義務を表現」するものとして明文規定を設ける提案を行ったとのことである<sup>9</sup>。

また、上記補足説明によれば、「その情報を知らなければ相手方の生命・身体・財産などに危険が及ぶような情報の提供は、契約の締結後に限らず契約締結過程の段階でも問題になる」との趣旨から、(2)の保護義務の項において「契約締結段階」が含まれる旨を明示したとのことである<sup>10</sup>。

したがって、上記の「契約の趣旨」の概念は、契約締結過程(交渉段階)から債務履行場面に至るまでの契約を取り巻く関係性に基づいて生じる信義則を表す概念として用いられていると考えられる。

### 3 「契約の趣旨」の性質

#### (1) 合理的意思解釈

それでは、上記のような意義を有するものとされる「契約の趣旨」の概念は、いかなる性質の概念と考えるべきであろうか。

この点、「契約の趣旨」について、契約内容の認定において社会通念をも勘案した合理的意思解釈が行われるべきことを表す概念と捉える考え方もありえよう<sup>11</sup>。筆者もこのような考え方と基本的な問題意識を共有するものであるが、反面、そのような考え方をとることは困難なのではないかとの疑義も抱いている。

なぜなら、合理的意思解釈によって認定されるのは「合意(契約)の内容」であるから、合理的意思解釈の指針を明示するのであれば、法文上、「契約の内容は、契約の趣旨(目的、意図、ねらい)、性質、経緯等の一切の事情を考慮し、取引通念をも勘案して、合理的に解釈・認定される」と書かれるはずだからである<sup>12</sup>(「契約の内容」こそが最終命題であって、「契約の趣旨」は逆

<sup>9</sup> 「補足説明」328～330頁

<sup>10</sup> 「補足説明」331頁

<sup>11</sup> 東京弁護士会『民法(債権関係)の改正に関する中間試案』に対する意見書27頁及び東京弁護士会法制委員会バックアップ会議有志「契約の趣旨」及び「契約の解釈」に関する意見(平成26年3月4日)1～3頁は、いずれもこの考え方に立つものと思われる。

<sup>12</sup> 法令用語研究会編「法律用語辞典(第4版)」(有斐閣)によれば、意思解釈とは、「契約の内容を決定する場合に、その契約の締結された事情の下において、取引慣行と信義誠実

に「契約の内容」を探るための一考慮要素として扱われなければならない。)。もし「契約の趣旨」が合理的意思解釈を意味するものであるとすれば、「契約の内容」を考慮して認定された「契約の趣旨」により合理的意思解釈を行って「契約の内容」を認定すべきこととなり、論理が永久に循環してしまう。

また、中間試案においては、合理的意思解釈そのものを端的に示す規定を設ける提案がなされている（第26-2「契約の解釈」）<sup>13</sup>。したがって、これに重ねて、合理的意思解釈を意味するものとして「契約の趣旨」との文言があえて多用されているとはにわかに考えがたい。

さらに、中間試案において、「契約の趣旨」なる文言の多くは、それ自体が要件として用いられており、そこからさまざまな効果が発生するものとされている（このことは特に担保責任型の規定（上記第2の2②）において顕著であり、そこでは、「契約の趣旨」に適合するか否かによって担保責任が発生するか否かが判断される構造が採られている。）。かかる重要な文言について、これを単なる解釈指針と読み替えることは困難であろう。

そして、「契約の趣旨」の概念は、前述のとおり、契約の拘束力（帰責原因）、契約責任（担保責任）、契約の本旨等の用語や考え方を統合し、契約締結上の義務から締結後の付随義務まで含む信義則上の責任をも包摂するものとされており、中間試案において、まさに契約法上の最重要概念のひとつとして想定されているように見受けられる。このような概念について、注意的な（実質の乏しい）単なる合理的意思解釈の指針と解することは困難なのではなかろうか。

## (2) 合意を上回る概念の創設 - 关系的契約理論との親和性

上記のとおり、改正案の考え方は、合理的意思解釈における最終命題である「合意（契約）の内容」を一考慮要素の地位に押し込めたうえ、これも含めた諸事情を総合的に考慮して最後に「契約の趣旨」を定め、そこからさまざまな法律効果が発生させようとするものであり、「契約の趣旨」との概念に合意を上回る特別の地位を与えるものと考えられる。

この発想は、契約の拘束力の根拠を社会関係規範に求め、これを約束（合意）よりも上位にみる考え方（いわゆる「关系的契約理論」）と強い親和性を有す

---

の原則に従い、当事者が普通に持っていると認められる合理的な意思を標準とすること」とされている。

<sup>13</sup> 中間試案第29（契約の解釈）「2 契約の内容についての当事者の共通の理解が明らかでないときは、契約は、当事者が用いた文言その他の表現の通常の意味のほか、当該契約に関する一切の事情を考慮して、当該契約の当事者が合理的に考えれば理解したと認められる意味に従って解釈しなければならないものとする。」

るものであるように思われる。

關係的契約理論とは、意思を中核とする古典的な契約像を否定的に評価し、社会関係そのものが契約の拘束力及び様々な契約上の義務を生み出すという契約像を「關係的契約」（非約束的契約）というモデルとして提示し<sup>14</sup>、継続的契約である「關係的契約」を中心に契約法を再構築することを主張するものである<sup>15</sup>。

すなわち、論者は、約束（合意）の周辺・付随部分に信義則上の義務が認められるようになったことにより、「約束原理（意思理論）」が説得力を喪失し<sup>16</sup>、また特別法による規制の増大や約款の普及により、「私的自治の原則」や「契約自由の原則」の喪失が生じており<sup>17</sup>、これらにより契約は危機に瀕すると説く（論者の言う「契約の死」）<sup>18</sup>。そして、「継続性原理」と「柔軟性原理」という相互に密接に関連する「基本的法原理」からなる「關係的契約モデル（理論）」を契約法の新しいモデルとして民法典を再構築すれば、契約は救われると主張する<sup>19</sup>。

このように、当該理論は、契約の拘束力の根拠を「合意（約束）」ではなく「社会関係」に求め、「契約」概念について、当事者の合意のみならず、信義則上の義務（付随義務等）から契約に継続性・柔軟性を求める社会的事情までを包摂する（契約成立前から契約消滅後までの）一連の動的なプロセス<sup>20</sup>として捉え直そうと試みるものである。

これを前提に債権関係部会の改正案を再検討すると、改正案のいう「契約の趣旨」の概念と關係的契約理論にいう新しい「契約像」との間に顕著な類似性があることがわかる。すなわち、改正案における「契約の趣旨」は、合意（契約）の内容のみならず、「取引通念」をも考慮して認定されるものとされ、契約成立前の交渉段階から契約締結後の付随的要素にまで及ぶ（契約を取り巻く）「一切の事情」によって導かれる概念とされている。さらに、「契約の趣旨」は、前述のとおり、帰責原因（契約の拘束力）、担保責任（契約責任）、信義則（付随義務・保護義務・契約締結上の義務）等を包摂する広汎な場面でその決

---

14 内田貴「契約の時代」（岩波書店、2004年）24頁

15 前掲注14同書321頁

16 内田貴「契約の再生」（弘文堂、1990年）42～43頁

17 前掲注16同書43頁、47頁

18 前掲注14同書24頁

19 前掲注14同書29～30頁、315頁、321頁

20 前掲注14同書89～91頁

定要因として措定され、これらを統合的に把握する概念として用いられている。このように比較検討してみると、「契約の趣旨」の概念は、関係的契約理論における契約像に顕著に近似するものと捉えることが可能であるように思われる。

なお、関係的契約理論の主唱者である内田貴元東京大学教授は、法務省参与として債権法改正の起草作業において重要な役割を果たし、同時に債権関係部会の委員及び同分科会（第1～第3）の各委員をも兼務しているほか、同部会の審議のたたき台となるべき試案（債権法改正の基本方針）を策定した「民法（債権法）改正検討委員会」の発起人、事務局長、各準備会委員、幹事会委員、全体会議委員のすべてを兼務している<sup>21</sup>。このような客観的状況からしても、債権関係部会の策定する改正案と関係的契約理論との間に見られる親和性が偶然の産物であるとはにわかに思われない<sup>22</sup>。

## 第4 問題点と影響

### 1 諮問適合性の観点

債権関係部会の改正案策定作業は、法務大臣から法制審議会に対して発せられた諮問第88号（平成21年10月）に基づき、「（民法）制定以来の社会・経済の変化への対応を図り、国民一般に分かりやすいものとする等の観点」から、契約に関する規定を中心に見直しを行うものとされている。

この点、法務省民事局は、「民法（債権関係）の見直しについて」と題する書面を公表し<sup>23</sup>、「諮問を必要とする理由」として「1 社会・経済の変化への対応」及び「2 国民に分かりやすい民法」との2つの項目を立てたうえ、前者の「変化」が通信手段・輸送手段の発達と市場のグローバル化の進展等を指すことを明らかにし、また後者について、「民法制定以来110年余りの間に膨大な数の判例法理が形成され、その中には、条文からは容易に読み取ることのできないものも少なくない。」としたうえ、「そこで、民法を国民一般に分かりやすいものとする観点から、判例法理等を踏まえて規定を明確化する必要がある。」との説明を加えている。

<sup>21</sup> <http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/soshiki.pdf> 「民法(債権法)改正検討委員会 組織とメンバー一覧」参照

<sup>22</sup> 債権関係部会の幹事であり、民法(債権法)改正検討委員会の第1準備会、幹事会、全体会議の各委員を務めた潮見佳男京都大学教授も、給付請求権中心の債権体系から「債権関係」（債権者利益）中心の体系へのパラダイム転換（債権機構の再構築）が必要であるとの認識を示したうえ（奥田昌道編「新版注釈民法(10) I」（有斐閣）20～32頁）、そのような立場は関係的契約理論と接合していると述べている（同書15頁）。

<sup>23</sup> <http://www.moj.go.jp/content/000009581.pdf>

したがって、諮問第 88 号及び法務省民事局の発表からすれば、本改正作業は、①社会・経済の変化（通信・輸送手段の発達、市場のグローバル化等）への対応、②わかりやすい民法（判例法理の明文化）の 2 つの観点のいずれかに該当するものでなければならないこととなる。

ところが、「契約の趣旨」の概念は、中間試案において突如として登場した新種の概念であり、その性質（素性）は未だ明らかにされていない。また、この概念が「通信・輸送手段の発達、市場のグローバル化」から導かれるとはにわかに思われず、新種の概念である以上、判例の明文化とも言いがたい。

そして、「契約の趣旨」との文言は、抽象的かつ多義的であって、当事者のもとのねらいや意図を示す日本語の通常の意味からも乖離しており、わかりにくい（わかりやすい民法との観点からは、本概念は、むしろ諮問の方向性に逆行するものであるように思われる。）。

また、本概念を「関係的契約理論」と結びつけて理解するならば、本概念の創設は、世界的に見ても（わが国においても）少数説にとどまる考え方に依拠するものと言わざるをえず、グローバル化や判例の明文化からはさらに乖離するものとなる。

したがって、本概念については、諮問適合性というもっとも根本的な点においてすでに疑義があると言わざるをえない。

## 2 予測可能性の観点

上述のとおり、「契約の趣旨」の概念は、中間試案においてはじめて登場したものであり、研究や判例の蓄積のない新設概念であるから、現時点において国民がその意味を認識することは困難である。

また、債権関係部会及び法務省民事局の想定する「契約の趣旨」は、前述のとおり、当事者の意図や意思のみならず、その契約にまつわる「一切の事情」と同種の契約にまつわる一般的な「取引通念」をすべて総合的に考慮して定まるものとされており、あらゆる事情をすべて考慮して定まる「究極の規範的要件」とも言うべきものであるから、この要件を含む規定から法的な結論を予測することは性質上極めて困難となる<sup>24</sup>。

## 3 要件事実の観点

上述のとおり、「契約の趣旨」との要件は、あらゆる事情を総合考慮して定まる

---

<sup>24</sup> 脳研究者の池谷裕二東京大学教授によれば、脳のあらゆる機能は、突き詰めればすべて「予測」に帰着するという（池谷裕二・鈴木仁志「和解する脳」（講談社、2011年）231頁参照）。この論からすれば、予測可能性を喪失した状態は、脳を使えない状態にも等しいことになる。

究極的な規範的要件であるから、その法律効果を欲する側において、あらゆる事情を評価根拠事実（要件事実）として総花的に主張すべきこととなる。このような一般条項的な規範的要件は、一定の場面を想定してあらかじめ規範を示すべき個別条項の法律要件として適切か、国民に行為指針を与える行為規範としての性質を具備しうるのか、法があらかじめ裁判官に判断の枠組みを与える裁判規範としての機能を十全に果たしうるのか等の懸念を生じさせるように思われる。

また、「契約の趣旨」は、合意（契約）の内容のみならず、「一切の事情」と「取引通念」をも考慮要素に取り込み、帰責原因、担保責任、信義則等をすべて包摂する概念とされており、これによって原則と例外を同時に説明しようとしたがために、その内実が希薄になっているとの印象を受ける。裁判実務（要件事実論）の観点からは、原則的事象については法律効果の発生を求める者に主張させ（積極的要件）、例外的事象については法律効果を妨げようとする者に「抗弁」として主張させる（消極的要件）べきものと考えることが通常であるが、原則と例外を同時に盛り込んだ究極の規範的要件を積極的要件として規定する場合、主張責任の観念は希薄とならざるをえない。したがって、かかる要件が債権法の枢要部において頻繁に用いられるとすれば、主張立証の実質的公平その他の判断において、裁判実務にも多大な影響が出る可能性がある。

原則と例外の一元的把握は、研究者の理論としては美しく見えるものであるとしても、現実の社会において場面ごとにきめ細かな解決基準を共有する道具としては使いづらい側面があることを指摘しておきたい<sup>25</sup>。

#### 4 契約法の強行法規化、私的自治・契約自由との緊張関係

前述のとおり、「契約の趣旨」が「合意」を上回る原理であるとするれば、これを合意によって排除することは不能であるはずであり（合意を上回る規定が合意により覆されることは自己矛盾である。）、かかる文言を含む規定は任意規定ではありえず、債権法の枢要的規定の多くが強行規定と解されることになりそうである。

そうなると、市民の私的自由を尊重すべきはずの契約法が社会規範による規制法の色彩を帯び、その本質が変容するのではないかとの懸念が生じうる。特に、「契約の趣旨」を关系的契約理論と関連するものと把握する場合には、当該理論が「私的自治の原則」と異なる（これに代わる）思想を模索するものであるだけに<sup>26</sup>、「契約の趣旨」の原理の導入によって私法の基本原則が後退ないし再考を迫られることもありえよう。

<sup>25</sup> フリーハンドの感覚的判断を裁判官に委ねる結果となりかねない。

<sup>26</sup> 前掲注 14 同書 35 頁

また、取引通念を含む「契約の趣旨」規定が強行規定であるとするれば、取引通念にとらわれないイノベティブな合意を当事者が行った場合に、社会一般の取引通念によってこれが覆されるのではないかとの疑心も生じうる。

さらに、「契約の趣旨」概念の導入は、わが国の民法が世界の契約実務から敬遠される原因ともなりうるように思われる。なぜならば、英米型の契約実務においては、契約書中に「完全合意条項 (entire agreement clause)」を盛り込むことが一般的となっているところ<sup>27</sup>、契約交渉時の口頭合意や暫定合意、契約書の文言外の事情等を契約から排除することを内容とする上記条項は、契約交渉時の事情や取引通念の主張を認める「契約の趣旨」の原理と緊張関係に立つおそれがあるからである<sup>28</sup>。

反対に、「契約の趣旨」の原理を含む条文が任意規定にすぎず、契約書において、詳細に「契約の趣旨」を記載してそれを優先適用させたり、「契約の趣旨」の文言を含む民法の条文の適用を明文で排除したりすることができるのであれば、そもそもこの大がかりな改正にどのような意味があるのかとの根源的な問いに遭遇することとなる。

ひるがえって考えるに、任意規定は、契約に定めがないときに効果を発揮するものであるから、任意規定の規律を「契約責任」や「契約の拘束力」で一元的に説明することには、論理的な難しさがあるように思われる（「契約に定めのない事柄については、契約によって律する」と述べるに近似するからである。）。この点、民法典をもたない判例法体系（英米法系）の社会においては、実務上、想定しうる規範を極力契約書に書き込むことにより、すべてを契約責任（合意の拘束力）によってカバーしようと試みることになろう。しかし、制定法主義をとるわが国においては、あらかじめ国民が立法により明文の任意規定を用意しているから、契約書に些事まですべて書き込まなくとも、社会通念に合致した公平・公正な任意規定により妥当な解決が可能である。このため、「契約（当事者の合意）による解決→任意規定（実定化された社会通念・公平・公正）による解決→信義則（個別事案における裁判官の規範的判断）による解決」との序列が重要な意味を有することとなる。この観点からするならば、合意、社会通念、信義則等をすべて「契約の趣旨」（契約責任、

---

<sup>27</sup> 青山大樹・湯田聡「完全合意条項の機能と効果」(ビジネスロー・ジャーナル No.61 (2013年4月号) 40～43頁) 参照

<sup>28</sup> また、裁判官の規範的判断（諸事情の総合考慮に基づく評価）を待たなければ結論がわからない（予測可能性の乏しい）民法が世界の契約実務から好意的に受け入れられるとは、にわかには想像しがたい。

契約の拘束力)で一元的に把握する原理を実定化する場合、そこにいう「契約の趣旨」ないし「契約」は合意をはるかに上回るものとなり、必然的にこの概念を含む規定は強行法規性を帯びることとならざるをえず、任意規定を中心とする契約法の構造や民法典全体の価値序列にまで影響が生じる可能性があるように思われる。

## 第5 結語 — 熟議の必要性

以上のとおり、「契約の趣旨」の概念には、検討すべき課題が山積している。

そして、本概念が合意から信義則までを包摂する統合原理ともいうべき位置を占めるものとして想定され、このためにこれが改正案のあらゆる場面で多用されていることに鑑みるならば、これが債権法ひいては民法典全体に与える影響は小さくない。

もとより、本概念ないしその根源にある提案の趣旨の中に、多くの有益な示唆が含まれていることは言うまでもない。

しかしながら、ひとたび本概念を原理とする一般法改正が行われれば、日本国民は、半永久的ともいうべきタイムスパンにおいてこれに拘束されることとなる。研究及び議論の蓄積のない新種の概念を一般法の重要原理として実定化することの危険性については、いかに強調しても足りることはないであろう。

したがって、本概念を実定化する立法については、十分に時間をかけて慎重に研究・議論・検証を重ねたうえ、真に民主的な手続の中でその採否にかかる国民のコンセンサスを形成するよう務めるべきである。

(東海法科大学院論集第5号原稿 平成26年5月18日脱稿)