

契約自由の原則とその制約法理を めぐる改正論議の帰趨

山 田 希*

目 次

- 一 はじめに
- 二 契約自由の原則をめぐる議論の攻防
 - (1) 原則の明文化
 - (2) 制約原理の明文化
- 三 個別的な制約法理をめぐる議論の攻防
 - (1) 付随義務・保護義務
 - (2) 契約交渉の不当破棄
 - (3) 契約締結過程における情報提供義務
 - (4) 事情変更の法理
 - (5) 暴利行為
- 四 若干の考察

一 はじめに

契約自由の原則¹⁾は、契約法に通底する基本原理であるにもかかわらず、現行民法にはこれに関する規定が置かれていない。しかし、この原則

* やまだ・のぞみ 立命館大学法学部教授

1) 契約自由の原則に関する研究には、白羽祐三「契約の自由——現代社会における契約自由の意義（はたして自由があるか）、その機能」『契約法大系 I 契約総論』（有斐閣、1962年）1頁以下、広中俊雄「『契約の自由』とその制約」『契約法の研究（増補版）』（有斐閣、1964年）237頁以下、星野英一「現代における契約」『民法論集第三卷』（有斐閣、1972年）1頁以下、同「意思自治の原則、私的自治の原則」『民法講座第1巻』（有斐閣、1984年）335頁以下、同「契約思想・契約法の歴史と比較法」『基本法学4 契約』（岩波書店、1983年）3頁以下、大村須賀男「契約自由の再構成について（1）～（4・完）」民商88巻2号1頁以下、3号1頁以下、4号1頁以下、5号（以上1983年）26頁以下等がある。

は、市民社会の根幹をなす私的自治を支える原理であると同時に資本主義経済の基盤でもあるから、これを条文の形で定めることには大きな意義がある。このような趣旨から、2015年3月に国会に提出された「民法の一部を改正する法律案」(以下、「法律案」という。)では、契約自由の原則について、次のような規定を設けることとされている。

(契約の締結及び内容の自由)

第521条 何人も、法令に特別の定めがある場合を除き、契約をすることがどうかを自由に決定することができる。

2 契約の当事者は、法令の制限内において、契約の内容を自由に決定することができる。

(契約の成立と方式)

第522条 [省略]

2 契約の成立には、法令に特別の定めがある場合を除き、書面の作成その他の方式を具備することを要しない。

ところで、2013年3月に公表された「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」(以下、「中間試案」という。)では、「付随義務及び保護義務」、「契約交渉の不当破棄」、「契約締結過程における情報提供義務」、「事情変更の法理」、「暴利行為を無効にする旨の規律」といった、契約自由を制約する法理も検討項目にあがっていた。これらは、いずれも信義則や公序良俗といった一般条項を媒介として形成された判例法理であり、すでに一定程度の認知を得て社会に定着しているものばかりである。

それにもかかわらず、上記の法律案には、これらの制約法理を具体化した規定は、まったく見当たらない。法制審議会民法(債権関係)部会による審議の結果、すべて明文化が見送られることになったからである。諸外国の民法典や国際ルールでは条文が存在することも多いこれらの法理が明文化されなかったのは、なぜか。この素朴な疑問の答えを探りたいという

のが、本稿の率直な動機である。

本稿では、主に中間試案の公表以降に行われた部会会議の議事録を資料として、契約自由の原則（二）とその制約法理（三）につき、どのような論点をめぐって意見が対立し、どのような経緯で明文化が見送られることになったのかを、まずは個別的に分析している。そのうえで、意見対立の背後にある共通の原因を提示し、これに若干の考察を加えている（四）。

部会会議には、広い意味での民事法分野の研究者や官僚のほか、経済界・労働者・消費者・弁護士・裁判官といった各界の代表者が出席し、議論を重ねている。各界の考え方にはそれぞれ一定の特徴があり、それがどのような審議事項に対する意見にも直截に反映されている。部会会議における意見の対立状況は、さながら社会の縮図のようである。ヒアリング等の調査を行っているわけではないため、発言者の意図をどこまで正確に汲み取れているかはわからないが、このような縮図の形を浮き彫りにすることが、本稿の目的である²⁾。

二 契約自由の原則をめぐる議論の攻防

(1) 原則の明文化

基本原理とは、こうあるべきだという根本の考えであり、法律要件や法律効果を定めるものではないから、これを法典の中に条文の形で置くべきかどうかは、改めて検討を要する問題であろう³⁾。このため、部会の審議（第9回会議）でも、契約自由の原則に関する明文規定を置くことの要否

2) 中田裕康「民法（債権法）改正と契約自由」法の支配156号（2010年）25頁以下は、契約自由の観点から、民法（債権法）改正検討委員会が2009年に公表した「債権法改正の基本方針」の検討を行っている。

3) 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）』（商事法務，2009年）4頁も、「改正民法を支える基本原理・思想が法律の中で条文の形で記述されるべきかどうかについては、債権法を越え、およそ民法において基本原理・思想を法典中で条文化するかどうかという法典全体の編成方針ともかかわることであり、立法の際に改めて検討されるべき問題である」と指摘していた。

が、まずは検討されている。委員や幹事からは、明文化に賛成する意見が相次いでだされた。たとえば、鹿野幹事は、「国民に分かりやすい民法ということから考えると、このような当然の原則についても明文で規定することに意味がある」⁴⁾と述べ、中田委員も、「どうして契約自由を尊重するのかというと、……自由な意思決定の尊重ということが一つあると思いますし、それから市場経済の基盤になっているという意味でも重要ですので、書くということに賛成です」と述べている。

ところで、中間試案においては、内容決定の自由のみを規定し、契約締結の自由、相手方選択の自由、方式の自由については規定を設けないこととされていた。しかし、「契約自由の原則のうち内容決定の自由だけを取り出して規定を設けるのはバランスを失する」(部会資料75A)との理由から、その他の自由も併せて明文化されることとなった。

ただ、相手方選択の自由に関しては、「『契約をするかどうかを自由に決定することができる』という表現に包摂される」(部会資料75A)として、独立した規定の体裁がとられていない⁵⁾。部会の審議では、賃貸借や雇用の場面で起こる高齢者や外国人等に対する不当な差別を懸念する意見がだされていることから⁶⁾、このような意見を踏まえて判断した結果であろうと推察される。

(2) 制約原理の明文化

契約自由にも一定の制約があることは言うまでもないが、法律案では、そのことが「法令の制限内において」等の文言で示されている。しかし、

4) この発言にもある「国民に分かりやすい民法」というのは、法務大臣からの要請である。諮問第88号(2009年10月28日付)には、「民事基本法である民法のうち債権関係の規定について、同法制定以来の社会・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、国民の日常生活や経済活動にかかわりの深い契約に関する規定を中心に見直しを行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい」とある。

5) 加藤雅信『迫りつつある債権法改正』(信山社、2015年)226頁以下は、「相手方選択の自由も規定されるべきである」と批判する。

6) 第9回会議での山野目幹事・能見委員の意見や第48回会議での山川幹事の意見等参照。

部会の審議（第9回会議）では、そもそもこのような制約を明示することの要否をめぐり、意見が対立した。明示に積極的な立場からは、契約自由の原則だけを明文化すれば、「それがひとり歩きして、行き過ぎになる」といった意見〔鹿野幹事〕や、「自分たちがその自由を持っているというより、むしろ相手方がその自由を自由に使っているがために不利益を被る」といった意見〔岡田委員〕が述べられた⁷⁾。

他方、明示に消極的な立場からは、パンデクテン体系との整合性に問題が生じることへの疑義が示されている⁸⁾。これは、具体的な制約原理の候補として公序良俗や強行規定が念頭に置かれていたからであるが、幹事の一人は、民法90条や91条との重複を避ける趣旨から、「ここでは端的に契約自由の原則を明文化すべきではないか」〔山本（敬）幹事〕と述べている。

公序良俗や強行規定のほかに、どのような制約原理を盛り込むのか。この点も重要な論点であった。部会の審議では、信義則⁹⁾、契約正義、実体的な公正さと手続的な保障、公共の福祉といったものが具体的な候補としてあがっている。しかし、経済界出身の佐成委員から「收拾がつかなくなる」ことへの懸念が示されたほか、学者出身の山本（敬）幹事からも「何か実質的な制約根拠、原理、要件に当たるものをここで別に定めるのは、私は問題がむしろ大きくなる可能性がある」との反対意見が述べられている（第48回会議）。

もっとも、ここでは意見を同じくする二人の間には相容れない立場の違

7) 第9回会議では、野村委員も「原則だけが明文化された改正法を見ると、例外のことを余り考えない可能性があり、一般人がどのように基本原則を受け止めるかについて配慮しなければならないと思います」と述べている。

8) 意見対立の背景にパンデクテン体系の現代的意義をどう把握するかという民法体系上の論点があるという点は、すでに吉田克己「民法改正と民法の基本原則——民法（債権法）改正検討委員会『債権法改正の基本方針』をめぐって」法時82巻10号（2010年）12頁が指摘している。

9) なお、信義則については、「契約内容をいろいろ制約する場合もあるんですけども、ちょっと公序良俗とは違う意味での制約」であるとの理由で、これを外すべきであるとする能見委員の意見もあった（第48回会議）。

いがある。付随義務等の個別的な制約法理の明文化にも消極的な佐成委員は、社会（経済社会）に対する国家の介入には慎重なスタンスをとっており¹⁰⁾、安易な推測は慎まなければならないものの、「收拾がつかなくなる」という、さきの発言の基礎には、国家と社会とを二元的に捉える考え方が、おそらくはあるものと思われる。

これに対し、個別的な制約法理の明文化には積極的である山本（敬）幹事が、一般的な制約原理の明文化に反対するのは、信義則や公共の福祉等の制約原理と公序良俗との関係が複雑になるからであり（第48回会議）、さらに言えば、明文化された制約原理が、個人の意思や自己決定権を過度に制約する法解釈や立法を招く事態を恐れてのことであろう¹¹⁾。付随義務等の個別的な制約法理や公序良俗は、山本（敬）幹事が展開する「リベラリズムの思想に立脚した権利論」¹²⁾のもとでは、いずれも私的自治や自己決定権に基礎づけられることになるが、それとは異質の価値観に支えられた制約原理が入り込む余地を嫌ったものと推測される。

なお、この点に関連する会議中の発言として目にとまったのは、「自由の大原則があり、その例外として、90条だとか、信義誠実だとかがあるのではなく、もう少し何か強いものがあるのではないか」という、第9回会議での岡委員（弁護士）の意見である。この意見は、公序良俗を「全法律

10) たとえば、第20回会議において「『人』という単一概念で市民社会の構成員をくくっているというのは、むしろ構成員間の多様性についていたずらに国家が容喙しないというようなことであり、実質的な平等を「国家が強制的に実現しようということになると、かって社会の活力やエネルギーを喪失させる」との発言がある。

11) 山本（敬）幹事は、第48回会議において、「契約を締結するかどうかを自由に決定することができるということは、……自由主義社会では根本原則であって、これを否定してしまうと、自由主義社会が成り立たないというぐらいの重要な基本原則だと思います。そのような原則を認めるのであれば、それはそれとして明確に定めることが、今回の改正の趣旨に合うのではないかと思います」とも述べている。

12) 権利論の考え方は、山本敬三「民法における公序良俗論の現況と課題」民商133巻3号（2005年）1頁によれば、「個人の権利を保障することに他の社会的な目標の実現に優先する価値を認める立場」をいう。

の全体系を支配する理念」¹³⁾と位置づける我妻榮の協同体主義を彷彿とさせるが、ここにもまた、さきの二人のいずれとも異なる考え方をみとることができよう¹⁴⁾。

結局、法律案では、法令による制約がある旨を明示する案が採用されたが¹⁵⁾、この点に関しては、第67回会議において、契約自由に対する過小な制約と過大な制約の双方を懸念する声があったことを指摘しておきたい¹⁶⁾。契約自由を制約する理由には、「様々な意味で弱い当事者を保護するとか、社会的利益を保護するとか、市場経済を保護するとか、あるいは契約制度自体の内在的な制約とか、いろいろなものがある」〔第9回会議・中田委員〕が、どのような理由で、どの程度の制約が許されるのかは、「法令」の解釈に委ねられることとなった。

三 個別的な制約法理をめぐる議論の攻防

(1) 付随義務・保護義務

付随義務・保護義務については、中間試案の段階では、次のような規定を設けることとされていた（第26, 3）。〔(1) 契約の当事者は、当該契約において明示又は黙示に合意されていない場合であっても、相手方が当該契約によって得ようとした利益を得ることができるよう、当該契約の趣旨

13) 我妻榮『新訂民法総則』（岩波書店、1965年）271頁。

14) 我妻・協同体主義と山本・権利論の関係については、山本敬三「憲法・民法関係論の展開とその意義(2)——民法学の視覚から」法セ647号（2008年）44頁以下を参照されたい。

15) このような案が採用された経緯は定かではないが、第48回会議で野村委員が「所有権の範囲に関する205条では、法令の制限内という表現も使われています」と発言している。

16) たとえば、松本委員は、過小な制約に対する懸念から、「法令というのは、民法以外の取り分け行政規制的な意味の法令を考えられているのか、民法も入っているということなのか。……従前の議論でも契約正義の原則を民法に掲げるべきだという意見があったはずですから、そういう趣旨も含んでいるのかどうか」と尋ねている。これに対して、中田委員は、過大な制約に対する懸念から、「法律あるいは命令で決めれば何でも制約できるということになると、ニュアンスが違ってくる」と述べている。

に照らして必要と認められる行為をしなければならないものとする。／(2) 契約の当事者は、当該契約において明示又は黙示に合意されていない場合であっても、当該契約の締結又は当該契約に基づく債権の行使若しくは債務の履行に当たり、相手方の生命、身体、財産その他の利益を害しないために当該契約の趣旨に照らして必要と認められる行為をしなければならないものとする。」

部会の審議では、中間試案にある「当該契約の趣旨に照らして」という文言との関係で、この規定が、契約成立前の締結段階をも視野に入れたものなのかどうか争点となった(第67回会議)。具体的には、鹿野幹事は「契約締結過程の義務一般に契約の趣旨という概念を及ぼすのは、行き過ぎ」であり、「既に契約を締結した当事者間の義務とは別立てで、契約締結過程の義務の規定を設けるという提案のほうが、誤解がなくてよい」と述べているのに対し、山本(敬)幹事は、「契約との関連性が示されなければおよそ第三の領域でもなく、不法行為と全く変わらないではないかという話になりかねない」と述べ、締結段階にも規定が及ぶことを明確にするための文言の修正提案を行っている。「契約の趣旨」が及ぶ範囲を広く認めようとする山本(敬)幹事の主張には、個人の自己決定権を尊重するリベラリズムの思想がみとれるが、いずれにせよ、このような意見対立を生む根本的な原因は、審議の場で中田委員も指摘しているように、「ここで出されている規範と契約解釈及び信義則との関係が必ずしもはっきりしない」点にあるといえよう。

第48回会議では、義務(とくに保護義務)の法的性質についても、若干の意見対立がみられる。たとえば、「契約責任だと根拠付けると、あるいは付随義務、特に保護義務のほうかもしれませんが、その範囲が狭まる可能性があるかもしれない」と説く能見委員に対し¹⁷⁾、山本(敬)幹事は、「相手方の生命、身体、財産その他の利益を害しないようにすることは、

17) ほかに、岡委員(弁護士)が、「せっかく最高裁が広く安全配慮義務を認めたのを契約当事者だけに狭めるのではないか」という危惧を表明している。

それ自体としては、別に契約当事者に限らず、当然に認められるべきことでして、だからこそ、不法行為責任が基礎付けられるわけです」が、「それとは別に、わざわざ契約当事者について、このような保護義務に当たるものを定める……のであれば、これは契約上の義務、そしてまた契約上の責任を基礎付ける規定としての意味を持つというほうが素直で、理解しやすいのではないかと述べ、契約責任説を推している¹⁸⁾。

なお、義務の法的性質に関連する問題としては、エンタイア・アグリーメント条項を設けるなど、当事者が合意によってこれらの義務を排除できるかどうかも問題となった。この点に関しては、「当事者が明示的に排除すれば、それは有効ではないか」とする内田委員と、「契約に書かれている以上には何らの義務も課されないとは、必ずしもならない」とする道垣内幹事との間に意見の対立がみられた。

第67回会議では、信義則という一般条項を定式化することの是非につき、積極・消極双方の考え方が示されている。たとえば、弁護士の高須幹事が、「実務的に訴訟等でこの規定が問題になるということを考えたときには、信義則のような表現的なものよりは、より付随義務という形で明確化されたほうが、主張する側にしろ、守る側にしろ、戦いやすい」と述べているのに対し、最高裁事務総局の岡崎幹事は、「裁判例では、信義則という一般条項の解釈を通じて、妥当な解決が図られているということだと思いますけれども、これは飽くまで個別具体的な事実関係の下で、そのような解決がされたということであって、多くの裁判例がこういう一般論を言わば法理として示しているかという、必ずしもそうではない」と述べたうえで、「1条2項の信義則の規定と重ねて規定を置く必要はなく、一般条項を定式化することについては、いろいろな懸念があり得る」という趣旨の記述を中間試案の概要に入れるよう求めている。

結局、明文化は見送られることとなったが、部会資料75Aには、その理

18) なお、山本（敬）幹事は、契約上の義務であれば、「履行請求が比較的簡単に基礎付けられる」とも述べている。

由として、次のような説明がある。「契約の当事者が義務づけられることになる『契約の趣旨に照らして必要と認められる行為』については、『相手方が当該契約によって得ようとした利益を得ることができるよう』『相手方の利益を害さないため』という目的によってどのような行為がこれに含まれるかの判断基準が一応示されることになり、少なくとも民法第1条第2項の抽象的な文言のみに比べると、規範の内容が明確になるという意見がある一方、その内容が十分に明確であるとは言えず、契約当事者の予測可能性が高まるかどうかには疑問もあり得るし、裁判規範として十分に機能するかどうかには疑問も残るとの批判もあり」って、「部会においてもこのような規律の有用性については意見が分かれており、パブリック・コメントに寄せられた意見も分かれている」ことから、「この論点については取り上げないこととした」。

(2) 契約交渉の不当破棄

契約交渉の不当破棄については、中間試案の段階では、次のような規定を設けることとされていた(第27, 1)。「契約を締結するための交渉の当事者の一方は、契約が成立しなかった場合であっても、これによって相手方に生じた損害を賠償する責任を負わないものとする。ただし、相手方が契約の成立が確実であると信じ、かつ、契約の性質、当事者の知識及び経験、交渉の進捗状況その他交渉に関する一切の事情に照らしてそのように信ずることが相当であると認められる場合において、その当事者の一方が、正当な理由なく契約の成立を妨げたときは、その当事者の一方は、これによって相手方に生じた損害を賠償する責任を負うものとする。」

この規定は、その後、まずは次のような形に修正される(部会資料75A)。「契約を締結するための交渉の当事者が、契約の成立が確実であると相手方に信じさせるに足りる行為をしたにもかかわらず、正当な理由なく契約の成立を妨げたときは、これによって相手方に生じた損害を賠償する責任を負う。」

この修正案と中間試案との相違点は、第一に、原則規定を削った点にある。契約が成立しなかった場合でも損害賠償責任を負わない旨を定める原則規定の部分は、契約自由の原則の一内容であるため、それとの重複を避けようとする趣旨である。第二に、「相手方が契約の成立が確実であると信じ、……そのように信じることが相当であると認められる」という部分が、「契約の成立が確実であると相手方に信じさせるに足りる行為をした」という文言に置き換えられた。これは、「相手方が相当の理由によって契約成立を信じたのであれば、その信頼が必ずしも当事者の行為によって引き起こされたものでなくてもその当事者の損害賠償義務を発生させるとも理解し得るが、それは適当ではない」（部会資料75A）と考えられたためである。

その後、上記の修正案は再度修正され、「契約を締結しようとする当事者は、信義に従い誠実に交渉を行わなければならない」（部会資料80B）という、極めて抽象的な規定となる。修正前の表現では、「裁判例において損害賠償義務が認められた事案を全て包摂するような要件化ができていないとの指摘や、規定が濫用され、紛争が増えるおそれがあるなどの指摘があり、いまだ十分な支持を得ることができていない」し、また「この規定によって認められる損害賠償義務の法的性質をどのように考えるべきか」という問題もあり、これを明らかにしないまま規律を設けることに対する批判もあり得る」〔第92回会議・合田関係官〕と考えられたためである。

たしかに、このように抽象的な規定であれば、「契約交渉の不当破棄に限らず、もう少し広く契約交渉段階において信義則が適用される場面」〔第92回会議・合田関係官〕が射程に入る。しかし、今度は逆に、その射程の広さが批判的となった。たとえば、「契約交渉の所でこのような広い信義則に係る義務というものだけをルール化するということに対しては、私は受け入れられない」〔潮見幹事〕といった意見や、「契約を締結するまでの間は、やはり自由にいろいろ交渉できてしかるべきなのに、ここだけこういう規定を入れてしまうと、特にこの最後の部分が『誠実に交渉

を行わなければならない』と、こういうふうになっているのが、非常にクレームのネタになるだろうということで、……ちょっと現段階では受け入れられない」〔佐成委員〕といった意見が表明された。

その結果、「このような抽象的な規律であれば明文化する必要性に乏しいとの意見や、……このような規律を設けた場合には規律が濫用されるおそれがある」(部会資料82-2)との理由で、結局、明文化は見送られることとなった。

(3) 契約締結過程における情報提供義務

契約締結過程における情報提供義務については、中間試案の段階では、次のような規定を設けることとされていた(第27, 2)。「契約の当事者の一方がある情報を契約締結前に知らずに当該契約を締結したために損害を受けた場合であっても、相手方は、その損害を賠償する責任を負わないものとする。ただし、次のいずれにも該当する場合には、相手方は、その損害を賠償しなければならないものとする。／(1) 相手方が当該情報を契約締結前に知り、又は知ることができたこと。／(2) その当事者の一方が当該情報を契約締結前に知っていれば当該契約を締結せず、又はその内容では当該契約を締結しなかったと認められ、かつ、それを相手方が知ることができたこと。／(3) 契約の性質、当事者の知識及び経験、契約を締結する目的、契約交渉の経緯その他当該契約に関する一切の事情に照らし、その当事者の一方が自ら当該情報を入手することを期待することができないこと。／(4) その内容で当該契約を締結したことによって生ずる不利益をその当事者の一方に負担させることが、上記(3)の事情に照らして相当でないこと。」

事務当局からの報告(第84回会議)によれば、パブリックコメントの手続には、次のような意見が寄せられたようである。まず、前段については、「原則として当事者が情報提供義務を負う場合もあり、このような原則が従来の判例法理を適切に記述したものとは言えないとの批判」がある

一方で、「情報提供義務に関する規定を設けるに当たっては、原則として当事者がこのような義務を負わないことを確認することが不可欠であるという意見」もあり、「実質的な点で意見が大きく分かれている状況」がある。また、後段についても、一方では、「従来の裁判例に比べて義務が生ずる範囲を拡大するものであるという批判」があり、他方では、「従来の裁判例に情報提供義務の範囲を不当に狭めるという批判」もある。

この報告の後、さらに事務当局は、「中間試案のような考え方とは別に、部会の審議の過程では、その情報を知らないことによって当事者の生命や身体に危険が及ぶような情報については、他方の当事者に提供義務を課するという考え方も示されました」と述べているが、これは、具体的には第49回会議での山本（敬）幹事の提案を指しているものと思われる。なお、ここでいう生命や身体等の安全に関する情報には、「契約の締結をするかどうかの判断にとって重要であり従って契約前の説明が必要」なものと、「契約締結後に問題になる」ものがあり、後者は「必ず契約締結前に行われなければならない」わけではないため、「これを分けて検討した方がよい」〔鹿野幹事〕との指摘もあった。

これ以外の法的論点としては、① 情報提供義務の法的根拠は何か、② 契約締結後の情報提供義務と、どのような関係に立つのか、③ 情報提供の範囲に何が含まれるか（財産に危険が及ぶ場合を含むか）、④ どの程度、具体的な危険性である必要があるのか、⑤ どの程度、具体的な情報を提供する必要があるのか、といった問題（以上、第84回会議での岡崎幹事の整理による。）や、義務違反の効果として「契約の取消し」を認めるべきかどうかといった問題があると指摘されている。

明文化に対する消極的な意見としては、経済活動への影響を心配する声¹⁹⁾が、まずは目につく¹⁹⁾。たとえば、「当事者の有している情報量や内容の

19) 明文化に対する消極的な意見としては、このほかにも、金融機関の守秘義務等、情報保有者側の事情が考慮されない点を指摘するものがある〔第67回会議・三上委員、第84回会議・中原委員〕。

専門性、当事者の属性などは契約類型ごとに様々であり、その義務の範囲を適切な文言で画することは難しい」が、だからといって「情報提供義務の範囲を広く定めると、企業はリスク管理の観点から必ずしも必要のない情報まで提供することになり、事業活動が阻害される懸念」があるとの意見〔第84回会議・大島委員〕や、「先験的に説明義務を明文化してしまうというのは、契約交渉段階での当事者の情報収集のインセンティブを必要以上にゆがめ、かなり問題が大きい」との意見〔第49回会議・佐成委員〕があった。

裁判官の消極的な意見も目立っている。たとえば、東京地裁判事の村上委員は、第49回会議において、「問題は、過不足のない適切な規定を作ることができるかどうかだと思います」が、「仮に、それが難しいのであれば、無理に規定を設けたために硬直した運用をせざるを得ないということになっても困ります」と述べている。

以上のような審議の結果、「コンセンサス形成が困難である」(部会資料 81-3) という理由で、結局、明文化は見送られることとなった。

(4) 事情変更の法理

事情変更の法理については、中間試案の段階では、次のような提案がなされていた(第32)。「契約の締結後に、その契約において前提となっていた事情に変更が生じた場合において、その事情の変更が次に掲げる要件のいずれにも該当するなど一定の要件を満たすときは、当事者は、[契約の解除／契約の解除又は契約の改訂の請求]をすることができるものとするかどうかについて、引き続き検討する。／ア その事情の変更が契約締結時に当事者が予見することができず、かつ、当事者の責めに帰することのできない事由により生じたものであること。／イ その事情の変更により、契約をした目的を達することができず、又は当初の契約内容を維持することが当事者間の衡平を著しく害することとなること。」

パブリック・コメントに関する事務当局からの報告(第75回会議)によ

れば、経済界や裁判所を中心に明文化自体に反対する意見が強く、弁護士会の意見も、契約改訂に関しては反対が多かったようである。明文化自体に反対するのは、「要件が明確化できない」、あるいは「不明確な要件では濫用の懸念がある」ためであるとの説明が、また、契約改訂に関しては、「検討すべき課題が実体面、手続面で、相当程度残されているところ、これを適切に詰め切ることができるかという問題」があり、「解釈に委ねるといっても可能な論点ではないかと思われ」との説明が、それぞれあった（部会資料77A）。

その後の部会の審議を経て、提案内容は、次のような文言に修正される。「契約の締結後に、天災、事変その他の事由に基づき、契約の基礎とされた事情に著しい変更が生じた場合において、次の各号のいずれにも該当するときは、当事者は、当該契約の解除をすることができる。／(1) 事情の著しい変更が、契約の当時、各当事者が予見することのできなかつた特別なものであること。／(2) 事情の著しい変更が、当該解除権を行使しようとする当事者の責めに帰することができないものであること。／(3) 当該契約を存続させることが、契約の趣旨に照らし、当事者間の衡平を害する著しく不当なものであること。」

中間試案との主な相違点は、要件の部分では、①「天災、事変その他の事由に基づき」という例示がつけられたこと、②「著しい」変更とされたこと、③「契約の趣旨に照らし」および「不当なもの」という文言が追加されたこと、④「契約の目的を達することができず」という文言が削除されたこと、であり、効果の部分では、「契約の解除」に一本化（「契約の改訂の請求」が削除）されたこと、である。

上記①～③は、この制度を「著しい事情の変更があった場合に、特別に生ずる解除権」〔第87回会議・村松関係官〕と位置づけたことによる要件の厳格化である。このうち③に係わる部分は、当初の修正案では「契約の趣旨に照らして当該契約を存続させることが信義ないし衡平に反して著しく不当であるとき」となっていた。この案は、「衡平を害するというのが、

……最後の時点におけるバランスだけで考えるような印象を受け」るために「信義誠実の原則上、拘束が著しく不当かどうか、そういう言葉のほうがよいのではないか」〔第75回会議・岡委員〕といった意見に対応したものとみられるが、「事情変更の法理の明文化自体が信義則の具体化という趣旨であったとすると、ここにまた信義という言葉が入ってくるのは、実務家としてはやや気になる」〔第81回会議・佐成委員〕という意見があり、結局、「信義」という文言が削除されることになったという経緯がある。

なお、山本（敬）幹事は、この要件について、『『契約の趣旨に照らして』と入れていただいたのはよい』が、「事情の著しい変更のために、この契約をした当事者間で契約をそのまま維持すると、到底、許容できないような不均衡が生じてしまうというのが問題」なのであるから、『『信義に反して著しく不当である』というよりは』『『当事者間の衡平を著しく害する』』ということのほうが実際に合っているのではないか」〔第81回会議〕と述べているが、ここでの発言にも、当事者の意思（自己決定権）ないし自律性を重んじるリベラリズムの思想がみとれよう。

他方、効果²⁰⁾の部分では、部会の審議でも経済界を中心に、契約改訂に対する強い反対意見が示された。裁判所等の第三者が介入することへの拒絶感が主な理由であるが、このような議論状況に対しては、山本（敬）幹事が、「比較法的な状況を見ますと、……多くの国々では、事情変更の原則が、契約改訂まで含めて規定されています」し、「国際取引のような場面を想定したモデル法等においても、同様の傾向があります」が、「日本法において、事情変更の原則を明文化することに対し、非常に強い異論が出て、特に契約改訂については規定ができないというのは一体なぜなのか」〔第75回会議〕と、問題提起を行っている。

部会の審議では、再交渉義務（再交渉請求権）を導入することの可否に

20) 効果に関しては、相手方の履行請求に対する履行拒絶という提案〔中井委員〕もなされている。

についても、議論が交わされている（第75回会議）²¹⁾。再交渉義務とは、事情変更の法理に当事者による自律的な交渉プロセスの確保という機能をもたせるための制度である〔潮見幹事〕。会議のなかでは、「解除の規定のみを置くということで、十分、再交渉を促進する機能を持つ」という、導入に消極的な意見〔松本委員〕もみられたが、「交渉の中での信義則に反するような対応などがあると、信義則違反の責任が生じたり、またそれをきっかけに、更にまた交渉がなされ、場合によっては改訂にまでつながるということもあり」、「このように弱い効果かもしれませんが、契約の再交渉義務というのを、解除の前提問題とは別に独立に考える方向がいいのではないか」という積極的な意見〔能見委員〕も示された。

このような審議を経て、提案内容は、次のような文言に再度修正される（部会資料81-1）。「契約の締結後に、異常な天災地変その他の事由に基づき契約をするに当たって基礎とした事情に著しい変更が生じた場合において、当該契約を存続させることが、当該契約及び取引上の社会通念に照らし、当事者間の衡平を害する著しく不当なものであるときは、当事者は、当該契約の解除をすることができる。ただし、その変更が次の(1)及び(2)のいずれにも該当する場合に限る。／(1) 契約の締結の当時、当事者双方が予見することのできなかった特別のものであること。／(2) 解除権を行使しようとする当事者の責めに帰することができないものであること。」

旧案からの変更点は、①天災地変という例示に「異常な」が付加されたこと、②「取引上の社会通念」という基準が増えたこと、③予見の主体が「当事者双方」となったこと、である。この新しい修正案の検討は第

21) 第75回会議では、このほかにも、履行不能と事情変更（目的不到達）との境界が曖昧である点が話題となっている。具体的な状況として想定されたのは、たとえば「XがYに対して、山中の別荘を1か月間賃貸する契約を締結したところ、その賃貸期間の直前になって、大雨によって土砂災害が起りまして、別荘のものには被害は生じていないのですが、別荘に至る林道が土砂災害によって閉鎖されてしまって、当面復旧する見通しが立たず、1か月間の賃貸期間が、その間に経過する見通しになっている」〔岡崎幹事〕といったケースである。なお、第94回会議では、危険負担との関係を整理する必要性も指摘されている。

94回会議で行われているが、大島委員が①の例示について、「当事者が契約時に想定できなかったあらゆる事情が含まれると理解される可能性があり、裁判外での濫用の懸念がぬぐえないため、「契約の前提となる客観的な社会状況が大きく変動した場合にのみ適用される……ことが明確になるように、例えば異常な天災地変等予期し得ない社会状況の変化に基づき、契約の基礎とした事情が失われた場合においてなど、より限定的な文言に変更していただきたい」として、再度の修正提案を行っている。

以上の審議の結果、結局、明文化は見送られることとなったが、部会資料82-2では、その理由として、「事情変更の法理に関して、解除権に限定したとしても、規定を設けることについては裁判外において紛争を惹起しかねないなどの意見がなお強くある一方で、そのような懸念を条文の文言上払拭することについて検討を重ねたが、技術的に困難を伴うものであり、かつ、これを制限的なものとし過ぎると、かえって判例法理よりも厳格化^マなルールとなるおそれも^マあり、「コンセンサス形成が困難である」と説明されている。

(5) 暴利行為

暴利行為に関する規律に関しては、第82回会議において、部会資料73Bで示された2つの提案についての検討が行われている。一つは、「当事者の一方に著しく過大な利益を得させ、又は相手方に著しく過大な不利益を与える法律行為は、相手方の困窮、経験の不足、知識の不足その他の相手方が法律行為をするかどうかを合理的に判断することができない事情があることを不当に利用してされたものであるときは、無効とするものとする。」という案（甲案）であり、もう一つは、「法律行為が公の秩序又は善良の風俗に反するか否かについて判断するに当たっては、法律行為の内容、当事者の属性、財産の状況、法律行為に至る経緯その他一切の事情を考慮するものとする。この場合において、法律行為の内容を考慮するに当たっては、当事者がその法律行為によって得る利益及び損失の内容及び程

度をも勘案するものとする。」という案（乙案）である。

このうち甲案は、主観的要素と客観的要素の組合せによって暴利行為の該当性を判断するものであり、中間試案と実質的に同じ内容の規律を設けようとするものである²²⁾。これに対して乙案は、「暴利行為を無効とする機能は飽くまで公序良俗に関する民法第90条の規定に委ね、その適用に当たっての考慮要素を書き込むことによって公序良俗の規定が当事者の私的な利益を保護する機能をも果たしていることを明らかにしようとするもの」〔第82回会議・笹井関係官〕である。

部会の審議では、経済界から、とりわけ甲案に対する強硬な反対意見が示されている。たとえば、佐成委員が、「甲案という形で〔明文化〕することについては、非常に抵抗感があるというのが現時点での私の感触です」が、「乙案につきましては、……まだそれほどの抵抗感はないと感じております」と述べているし、大島委員も、「濫用のおそれに加え公序良俗違反の一般条項としての意味を曖昧にすることから、民法に〔暴利行為に関する〕規定を設ける必要はな」く、かといって乙案も、「このような表現では中小企業など法律の専門家でないものにとっては公序良俗の適用範囲が広がったものと誤解を招く懸念があり、仮に規定が設けられた場合、想定外の利益及び損失をめぐり紛争や裁判外の争いが多発することが予想され」と述べている。

これに対して、労働者や消費者の利益を代表する委員からは、甲案に賛成する意見が相次いだ。たとえば、消費生活専門相談員である岡田委員は、「今の条文からは、公序良俗と暴利行為というのはどうしても結び付」かず、「判例を見て初めて分かる状況ですので、これは是非条文化していただきたい」と述べている。

22) ただし、中間試案とは異なり、「給付が不均衡であるということだけでは法律行為が無効になるわけではなく、それが相手方の事情を利用して行われたという主観的要素が具備されて初めて無効になることを明らかにするということを重視した書き方」〔第82回会議・笹井関係官〕に改められている。

他方、学者出身の委員・幹事からは、「甲案が固定されるとマイナスがかなり出てくるのではないかという印象を持っています」〔松本委員〕という意見がある一方、「甲案のような形で規定することによって、従来の裁判例の示している方向性のある程度形をとって示すことができます」〔山本（敬）幹事〕という意見や、「甲案にいろいろ不満はございますけれども、これまでの様々な経緯を考えますと甲案は従前の判例法の連続性と高いのではないかと思います」〔大村幹事〕という意見があった。

なお、甲案のような形で暴利行為の規定を公序良俗規範の一分肢として置くことのメリットについては、大村幹事が、「社会的な価値あるいは公益的な価値に反する古典的な公序に関するものが一方にあって、そして、個人の利益を保護するというものが2項にあることになり……それらにはうまく収まらないというものも出てくるわけですが、1項と2項が併存することによって、2項を勘案して1項の中で処理をしていくことが可能になる」と説いている。

これに対し、裁判官出身の永野委員は、明文化が判例による法創造を妨げるという趣旨から、甲案に対する懸念を次のように表している。「甲案の中で著しく過大な利益あるいは不利益ということが書かれていますけれども、立法で要件を設けるということになってくると、そこから外れていくということは裁判の実務においてかなりハードルの高いものになるのではないかと。判例からの乖離の部分については、判例の射程をどういうふう読み込んでいくのかという中で比較的自由に事案ごとの区別ができるところがあるのだらうと思いますが、法律で明確な要件を定めた場合に、そこから乖離していくというのがどれくらい可能かというのは今後の将来の予測にも関わる問題だらうと思っています」²³⁾。

その後、乙案の修正案が提示され（部会資料78B）、第88回会議では、

23) この点については、山本（敬）幹事が、客観的要件にある「著しく過大な」という文言を「不当な」に変えることで、判例法の形成を阻害せずにすむのではないかと述べている。

この修正案についての検討も行われたが、「規定の趣旨が分かりにくいなどの問題が依然として残るといった批判」〔第92回会議・忍岡関係官〕があり、この案がまずは姿を消した。他方、甲案については、規律の対象を法律行為一般から契約へと限定する旨の修正案（部会資料80B）²⁴⁾も示されたが、それと同時に、暴利行為に関する新たな規定を設けない旨の提案もなされ、結局、「規律を設けることによって、実務上形成された暴利行為のルールよりも、適用範囲が過度に広がることへの懸念やルールが濫用されることに対する危惧が寄せられている一方、実務上形成されたルールよりもその要件が限定的にすぎるといった指摘もあり、仮に要件の適切性について疑義があるとすれば、そもそも現時点での判例法理の明文化には障害があると言わざるを得ないことになる」〔第92回会議・忍岡関係官〕という理由で、明文化が見送られることとなった。

四 若干の考察

二、三では、部会の審議で意見が対立した論点を示したが、ここで、もう一度それらを整理し、若干の考察を加えておきたい。

まず、契約自由の原則に関しては、制約原理の扱いをめぐる意見の対立があった。具体的には、公序良俗や強行規定以外の制約原理（信義則、契約正義、公共の福祉など）を条文に書き込むかどうかであったが、法律案では「法令の制限内において」等の文言が採用されたため、このままの形で法案が成立すれば、いかなる原理によって契約自由を制約しうるのか、今後は、この文言の解釈に委ねられることになる。

その際にとくに問題になるのは、信義則と公序良俗との関係、より端的にいえば、信義則の意味内容であると思われる。部会の審議でも、能見委員が、「信義則はもちろん契約内容をいろいろ制約する場合もあるんです

24) 部会資料73Bで示された案とほぼ同じ内容であるが、「法律行為」を「契約」に変え、「限り」という文言挿入によって、適用範囲がより限定的なものとなっている。

けれども、ちょっと公序良俗とは違う意味での制約だと思います」〔第48回会議〕と述べているが、信義則にどのような役割をもたせるかは、論者によっても考え方が相当に異なっている。三で紹介した個別法理をめぐる議論においても、契約の趣旨ないし解釈と信義則との関係が問題となる場面があった。信義則は、債権の行使や債務の履行に誠実な行動を求めるという規定の文言を超えて、契約関係における新たな義務の発生根拠とされることも多い。一般条項である信義則には、多様な問題への対処に利用する打ち出の小づち的な役割も期待されるが、少なくとも、この原則がどのような価値や利益を保護し、または保護しうるのかは、時代の遷り変りとともに、その都度、議論を深めていく必要があるように思われる。

国家と経済社会の関係をどのように把握するかという問題も、改めて考えてみるべき問題である²⁵⁾。部会の審議における経済界の意見には、経済的な効率性や効用といった結果を重んじる功利主義的な発想が感じられるものも多いが、それとは一線を画する形で、経済的自由をより原理的に求める思想から、国家と経済社会の二分論を説くとみられるものもあった²⁶⁾。その一方で、私的自治や自己決定権の実質的な保障という観点²⁷⁾や、それとはまったく別に、弱者に対するパターナリスティックな保護という観点から、国家の積極的な介入を主張するものも見受けられた²⁸⁾。このような考え方の違いは、契約自由に対する制約の在り方にも直結する

25) この問題については、吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、2008年）が精力的に検討を行っている。なお、山本敬三＝加藤新太郎＝加藤雅信「民法学の新潮流と民事実務 第2回『公序良俗論の再構成』」判タ1177号（2005年）4頁以下、公序良俗論の再構成』判タ1177号（2005年）4頁以下、山本・前掲注(14)44頁以下も参照されたい。

26) たとえば、注(10)に引用した意見などがあげられる。

27) たとえば、第61回会議議事録11頁にある山本（敬）幹事の発言などがあげられる。

28) 国家の介入の根拠を自己決定権の尊重に求めるか、それとも弱者の救済に求めるかは、規制の在り方や法解釈の違いとなって現れる。この点に関連して問題となるのは、いわゆる市民法と消費者法や社会法との関係である（なお、消費者法と社会法との関係も問題となる）。この問題を扱う文献は枚挙に暇がないが、近時の文献として、松尾弘「『法と開発』（Law and Development）の理論と実践』法セ640号（2008年）102頁以下、牧佐智代「市場秩序と消費者保護(3)——断定的判断の提供法理をめぐる思想のねじれ」NBL

ため、より広範囲に議論を喚起していくことが求められる。

他方、個別的な制約法理に関しては、明文化がすべて見送られる結果に終わったが、その原因には共通する点も多い。その一つに、一般条項を具体化することの難しさがある。明文化を断念する理由として繰り返し語られていたのは、適用範囲が過度に広がることや濫用に対する危惧であり、それとは逆に、要件が限定的で運用が硬直的になることに対する懸念であった。これは、抽象化と具体化のディレンマとでも呼ぶべき問題であるが、審議の過程で適切な落としどころが見つけれなかったことについては、会議の進め方も含めて²⁹⁾、再考の余地があるように思われる。

個別法理の明文化には、経済界だけでなく³⁰⁾、裁判官もまた、悉く反対意見であった³¹⁾。たしかに、個々の裁判例においては、一般論を展開

↘925号（2010年）116頁以下をあげておく。なお、吉村良一「労働契約における労働者の『意思』と『規制』」根本到＝奥田香子＝緒方桂子＝米津孝司編『労働法と現代法の理論』（日本評論社、2013年）3頁以下も参照されたい。

- 29) 奥田昌道（聞き手：松岡久和）「[インタビュー] 債権関係規定の見直し——要綱仮案を読んで」法時86巻12号（2014年）9頁によれば、「法制審の民事関係の部会では全会一致でないと採用しないという伝統がある」。
- 30) 経済界の意見として目立ったのは、濫用・濫訴の弊害である。この点に関しては、第82回会議における内田委員の次のような発言に共感を覚える。すなわち、「同じく経済界の観点から、もう少しグローバルなものごとを見ますと、どの国にもルールがありますので、日本の市場でビジネスをやるときに暴利行為についてはどうなっているのだろうと民法を見ても、ルールが明示されていないという状態は、日本の市場の信頼性という点からいうと、経済界にとっては必ずしもプラスにはならないのではないか、そういう考慮も必要ではないかと思えます。現在、世界各国で19世紀的な契約ルールの現代化が進められているわけですが、そういういろいろな国の立法過程と比較して、日本の今回の改正の非常に大きな特色は、比較法といいますか、グローバルな視点からの考慮が余り正面切って議論されないということのように感じます。」
- 31) 大村敦志「2 契約の内容と裁判官 日本側報告（小特集 日民法セミナー 契約と裁判官 契約自由の比較考察）」法時87巻7号（2015年）64頁は、「日本の債権法改正においては、契約の解釈を導く規定だけでなく、契約内容に介入する規定もその多くは採用を見送られた。この結果だけを見ると、日本の裁判所は自由主義的な態度を採っているように見えるが、決してそうではない。自らの裁量判断が縛られることを恐れているだけで、契約内容への介入につき消極的なわけではない」と主張するが、部会の審議をみる限りにおいては、このような主張にも一理あると頷かざるを得ない。

することなく、個別具体的な事実関係のもとで信義則上の義務違反が認められており、要件が条文の形で明確化されることで、運用が硬直的になる恐れは否めない。しかし、その一方で、制定法の意義と裁判官の役割についても改めて考えてみる必要がある。制定法には、行為規範や裁判規範を明確にし、市民の予測可能性を高める機能のほか、裁判官をコントロールするという役割もある³²⁾。もとより、法の柔軟な運用や社会の変化に伴う法創造は不可欠ではあるが、相当程度の判例が蓄積し、その共通要素を抽出できる段階に至ったところでは、その都度、制定法の形に整えていくことが、民主的な社会という観点からは望ましいと考える。

32) 裁判官と制定法の関係については、小粥太郎「広中俊雄の民法解釈方法論（特集 法における『国家』と『人間』 広中俊雄博士の法学研究）」法時87巻9号（2015年）40頁以下参照。