

設問としての「契約の解釈」

——契約をめぐる議論空間の整序にむけて——

2014年4月入学

池田悠太

I. 序章

1 問題の所在

- (1) 出発点としての「契約の解釈」
- (2) 文脈における「契約の解釈」
- (3) 設問としての「契約の解釈」
- (4) 問題状況
- (5) 「契約内容の確定」の手段としての「契約の解釈」

2 課題の設定

- (1) 課題
- (2) 構成
- (3) 補足

II. 契約内容確定問題と設問としての「契約の解釈」

1 損害賠償請求・その1

- (1) 過失責任主義と帰責事由
- (2) 契約の拘束力と帰責事由
 - a 森田宏樹『契約責任の帰責構造』
 - b 潮見佳男『債権総論』
 - c 対比
 - d 検討

2 損害賠償請求・その2

- (1) 相当因果関係説と賠償範囲
- (2) 保護範囲説と賠償範囲
 - a 平井宜雄『損害賠償法の理論』
 - b 潮見佳男『債権総論』
 - c 対比
 - d 検討

3 履行請求

- (1) 外在的制約としての事情変更
- (2) 内在的限界としての事情変更

4 小括

- (1) 設問のねらい
- (2) 解答方法論への示唆

III. 契約内容確定法理と解答方法論としての契約解釈論

1 「契約の解釈」の構造——契約解釈論の展開

- (1) 一元的構造・その1 ——「表示の意味」
- (2) 多元的構造——本来的解釈・規範的解釈・補充的解釈
- (3) 一元的構造・その2 ——「共通の意思」

2 「契約の解釈」の限界

- (1) 「契約の解釈」と「意思表示の解釈」
 - a 山城一真『契約締結過程における正当な信頼』
 - b 検討
 - c まとめ

(2) 「契約の解釈」と「契約の補充」

- a 山本敬三「補充的契約解釈」——補充的契約解釈による個別的補充と法適用による典型的補充
- b 沖野眞已「契約の解釈に関する一考察」——個別的解釈としての黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究と典型的解釈
- c 石川博康『「契約の本性」の法理論』——本性的要素に基づく類型的な契約補充
- d 比較検討
- e 課題

3 契約内容の正当化

- (1) 契約における「自律」と「他律」
 - a 山本敬三による「融合論」
 - b 森田修による応答
 - c 比較検討
- (2) 契約における「現在化」
 - a 森田修による問題提起
 - b 山本敬三による応答
 - c 比較検討
- 4 小括
 - (1) 契約内容確定法理
 - (2) 契約内容の正当化

IV. 結章

1 総括

- (1) 損害賠償請求をめぐる議論空間から・その1——帰責事由
- (2) 損害賠償請求をめぐる議論空間から・その2——賠償範囲
- (3) 履行請求をめぐる議論空間から——事情変更

2 残された課題

I. 序章

1 問題の所在

(1) 出発点としての「契約の解釈」

- (a) 人と人との間の取決めに法律家が対峙

し、そこに「契約」を見てとるときには、「解釈」という営みが行われる。「契約の解釈」は、契約がある限り必ず問題になる営みであり¹⁾、その意味で契約の法的取扱いにおいて出発点をなすものであると言える。

(b) そして、契約の解釈の重要性については学説も従来から認識しており、それに関す

1) もっとも、「解釈」の用語法によっては本文のように言うことができない。すなわち、一定の場合には契約の解釈が行われないことを認める見解もあり、それに従えば、本文のように言うことはできないことになる。具体的には、契約の解釈が行われる条件なるものを指定する見解がそれに当たる。

たとえば、平井宜雄『債権各論 I 上 契約総論』84-85 頁（弘文堂，2008）は、「合意のあったことを推断させるに足るだけの外形的事実が存在すること」(①) および「合意の意味が明確でないこと」(②) を契約の解釈が必要となる「要件」として提示する。ここには、契約内容の確定にあたって契約の解釈が行われない場合があるという見方が示されている。

しかし、以下のとおり、これら①または②の要件を欠く場合にも「契約の解釈」が行われていると考えることは可能であり、本稿はそう考える。

まず、①は「外部に現れない心理学的意味での『意思』は、証拠による事実の認定がすべてである法の世界では、これを論じる余地がない」ことから導かれた要件であり（同 84-85 頁）、①の要件が充たされない場合には解釈対象——同書においてそれは内心的効果意思の合致としての「合意」である（同 84 頁）——が存在しないという趣旨に基づくものと解される。そして、同書によれば、「合意の存在が認定できないときは、合意がなかったもの（不成立）として扱」い、「そしてその不成立が、契約の達成しようとしていた主要な目的……の達成を不可能にさせるに至った場合には、契約全体が不成立であると解す」ことになる（同 102 頁）。しかしながら、第一に、①の要件を欠いて合意の成立（ひいては契約の成立）が認められない場合について、「解釈」が行われるがその結果合意ないし契約の存在が認められないのだと言うことも十分に考えられる。そして、同書も全体としてみれば、平井自身、上記の同書 102 頁の叙述において、「以上の基準を用いても、合意の存在が認定できないときは」（傍点引用者）合意が不成立として扱うべきだとしているところ、「以上の基準」とは、それまでに述べられる「契約の解釈に関する基準」とくに「本来的解釈」に関するそれに他ならないのであって、合意不成立という結論を導くに際して「解釈」が行われることを示していると言える。また第二に、——そこである「規範的解釈」を含めて（同 104 頁）つねに合意の存在が認定されるものとする平井説とは異なって——内心的効果意思の合致を認定できない場合であっても何らかの形で契約内容を解釈によって確定することを説く通説的見解による場合には、そもそも①の要件を置くことはあり得ない。

次に、②の要件は、「あらかじめ合意したことを疑問の余地なく明確かつ詳細に契約書に表現しておけば、裁判所においてもそれをそのまま権利義務であると解釈される程度が大であればあるほど、……契約法学の任務〔引用者注：権利義務関係の設計〕はよりよく果たされると思われる」（傍点引用者）ことを理由に、挙げられている（同 85 頁）。しかしながら、平井自身が指摘する「解釈の余地のないほど明確な条項がありうるか……についても疑問が生じうる」ことや「争いが起こるのは何らかの意味で解釈の余地のある条項であろう」こと（以上、同 85 頁）に加えて、「解釈の余地のないほど明確」だということもやはり「解釈」によって導かれる——「解釈の余地がな

る議論は既に一定の蓄積を見ている。ごく大まかに学説史を振り返れば、伝統的見解が形成された1920年代前後²⁾、それに対して批判が加えられ新たな通説が形成された1960年代前後³⁾、という二つの画期に続いて、第三の画期とも言うべき1990年前後に、二つの本格的な研究⁴⁾が現れたことで、議論は深化を見ている。

(2) 文脈における「契約の解釈」

(a) 問題領域のつながり ところで、他の問題についても言えることではあるが、契約の解釈という営みが、それ自体を自己目的として行われるという状況は考え難い。契約の解釈は、もっぱら何らかの文脈において、他の問題とあわせて問題となるものと考えられる。すなわち、或る人と或る人との間にいかなる契約が存在している(いた)のか、ということが法的に問題になるのは、もっぱら紛争の局面においてであると考えられる。ここでいう紛争とは法的なそれであり、とりわけ、何らかの請求の当否が問題になる場面である。何らかの請求の当否を判断するにあたって、何らかの要件の充足性を判断するために、契約の解釈が行われるものと考えられる。

このことは訴訟の場面において顕著である。訴訟の場において、契約の解釈そのもの

が独立に問題になることはないであろう。訴訟は紛争の存在を前提としている。そして、訴訟は多くの場合給付の訴えという形をとり、その中で契約の解釈が問題になる。たとえば、履行請求に際して、請求されている内容の履行請求権が存在するかどうかを明らかにすべく、契約の解釈が行われる。あるいは、損害賠償請求に際して、「債務者が債務の本旨に従った履行をしないとき」(民法415条前段)という要件が充足されているかどうかを明らかにするために、契約の解釈が行われる。もちろん、訴訟といっても確認の利益があれば確認の訴えという形をとることもあり、この場合には一定内容の契約が存在することを確認することそれ自体が問題となり、契約の解釈それ自体が問題となるとも言える。とはいえ、確認の利益はその確認が紛争解決に資する場合に認められるのであるところ、潜在的に何らかの請求に基づく紛争を前提にしていると言える。

以上では訴訟を念頭に置いていたが、訴訟外で行われる契約の解釈についても同様である。ほとんどの場合には、紛争になったらどうなるか、何を請求できるかということを考えるために、いわば潜在的な紛争・請求を念頭に置いて解釈を行う。たしかに、一切紛争・請求を度外視していかなる内容の契約が

い」というのは「他の解釈の余地がない」ということに他ならない——のではないかと考えられる。したがって②の要件を欠く場合も「解釈」が行われていると言うことも十分に考えられる。そして、上記引用箇所傍点部分からは、平井自身もやはり「解釈」が行われることを認めていることが窺える。

以上の検討を踏まえて、本稿では「契約の解釈」が行われる局面について上記①②のような制限は設けず、契約を語る限りつねに問題になるものとする。

なお、以上は、契約内容の確定にあたって契約の解釈が行われない場合があるのではないかという問題に関する検討であったが、これとは別に、契約内容の確定は契約の解釈に尽きるのかという問題もある。後者については後述する(本稿I 1(5))。

2) ここではとくに暁道文藝「法律行為ノ解釈(民法第九十二条)」京都法学会雑誌10巻11号293頁(1915)、同「続法律行為ノ解釈(1)～(3・完)」京都法学会雑誌11巻5号677頁、7号979頁、11号1634頁(1916)、我妻栄「ダントの『裁判官の解釈的作用』」『民法研究I』51頁(有斐閣、1966)[初出1923]、同『民法総則』371頁以下(岩波書店、1930)を念頭に置いている。

3) ここではとくに川島武宜「法律行為」法セ9号11頁(1956)、同『民法総則』187頁以下(有斐閣、1965)、穂積忠夫「法律行為の『解釈』の構造と機能(1, 2・完)」法協77巻6号603頁、78巻1号27頁(1961)、内池慶四郎「無意識的不合意と錯誤との関係について——意思表示解釈の原理をめぐり」法学研究38巻1号187頁(1965)、賀集唱「官判を押しした契約は有効か」判タ229号32頁(1969)、同「契約の成否・解釈と証書の証明力」民商60巻2号179頁(1969)、星野英一『民法概論I(序論・総則)』174頁以下(良書普及会、1971)を念頭に置いている。

4) 山本敬三「補充的契約解釈——契約解釈と法の適用との関係に関する一考察——(1)～(5・完)」論叢119巻2号1頁、4号1頁、120巻1号1頁、2号1頁、3号1頁(1986)、沖野眞巳「契約の解釈に関する一考察——フランス法を手がかりとして——(1)～(3)」法協109巻2号245頁、4号495頁、8号1265頁(1992)。

存在しているのかということ解釈することは一応あり得る。しかし、そもそも契約は何らかの法的効果を生じさせるものであり、そこでいう法的効果とは権利義務関係である。契約の解釈の意義いかんという問いには様々な答え方があり、争いもあるところではあるが、少なくとも契約の解釈が契約内容を確定する機能を持つことには争いがない。そして契約内容とは権利義務関係なのであり、それを明らかにする必要があるのは何らかの紛争・請求の中においてであろう。

(b) 議論空間のつながり 以上は、私人ないし裁判官の営みという、いわば現象面での説明であったが、これに加えて、それについて論じる学説の議論にも目を向けてみたい。

現実に生起する法的紛争は多種多様であるが、上記のように、そこには、いくつかの問題が存在し、それらが文脈を形成し、交錯・結合している様子が見て取れる。これらの問題一つ一つを「問題領域」と呼ぶこととすると、問題領域およびそれらの間に存在する文脈は、法律家による議論、とくに学説としてのそれによって見出されたものだと言える。学説は法的紛争のカオスの中から問題を一定の範囲で切り取り、そのうえで議論を展開しているものと言えよう。こうして区切られた議論の範囲を、ここでは「議論空間」と呼ぶこととする。問題領域は議論空間のあり方を投影して画され、議論空間は問題領域ごとに形成される。そして、問題領域も議論空間も、タイルのように間隙なく敷き詰められているわけではなく、重なったりつながったりしながら、存在している。

契約の解釈に関連して上記(a)の例に沿って言えば、一方で、区切り方はさまざまなレベルで存在するものの、たとえば「契約責任」「債務不履行」「履行請求権」「(債務不履行に基づく)損害賠償請求権」……といった形で、問題領域を画して議論空間が形成されている。そこでの議論の結果として、契約の解釈が問われるに至ることになる。他方で、もちろん、「契約の解釈」という議論空間も存在している。そこでは、いかにして契約の解釈を行うかということが議論されている。後者

を「狭義の契約解釈論」と言うことができようが、前者もあわせて、一連の文脈の中にある議論空間をまとめて「広義の契約解釈論」として捉えることができよう。

(3) 設問としての「契約の解釈」

(a) 契約の解釈という営みに関する議論が複数の問題領域に係る議論空間にまたがる文脈の中に存在しているということは以上に述べたとおりであるが、このことを別の視点から見ると、次のように言うこともできよう。すなわち、「契約の解釈」は一つの〈設問〉であり、それを置くに至る議論と、それに答えるための議論とがある、ということである。このことについて、以下敷衍する。

まず、契約の解釈という営みの一つ一つは、解釈者が、契約(と認められるべき取決)を前にして、「この契約をいかに解釈すべきか」という問いを立ててそれに答える営みであると言える。この、「この契約をいかに解釈すべきか」という問いの一つ一つを、本稿では「設問としての『契約の解釈』」ないし『契約の解釈』という設問」として捉えることとする。

こうして、契約の解釈という営みを、「契約の解釈」という設問を置き、それに解答を与えるというプロセスとして捉えたとき、このプロセスに関連する議論空間は以下のように大きく二つに分けて捉えることができよう。すなわち、一方で、「この契約をいかに解釈すべきか」という問い(「契約の解釈」という設問)を立てるのは、何らかの議論空間において、或る問題領域について「この問題を解くために、契約を解釈すべきである」ということが言われるからである。この議論空間はたとえば契約責任論や債務不履行責任論といった議論空間であり、「設問を置く側の議論空間」として捉えることができる。他方で、「この契約をいかに解釈すべきか」という問い(「契約の解釈」という設問)に答えるにあたっては、「およそ契約はいかに解釈すべきか」という問いに対する答えを用いることになる。この「およそ契約はいかに解釈すべきか」を論じる議論空間は「解答方法を用意する側の議論空間」として捉えることができるが、それに相当するのが狭義の契約

解釈論であり、「解答方法論としての契約解釈論」と言うことができよう。

以上を要するに、「設問を置く側の議論空間」における議論の結果として「設問としての『契約の解釈』」が置かれたことを承けて、「解答方法論としての契約解釈論」たる狭義の契約解釈論の成果を用いて解答を与える、というプロセスとして、契約の解釈という営みを捉えることができる。

(b) ところで、以上のような「設問」の用語法に関して、以下のような注意が必要である。

そもそも、あらゆる議論は何らかの設問に解答する試みであると言える。たとえば、「貸借権の無断譲渡・無断転貸を理由とした賃貸借契約の解除はいかなる場合に認められるか」という設問を置き、それに対して信頼関係破壊法理を解答として与える、ということが行われる。このように、各議論空間にはつねに一つの設問があると言える。本稿が提示した上記(a)の枠組でも、「解答方法論としての契約解釈論」には「およそ契約はいかに解釈すべきか」という設問があり、「設問を置く側の議論空間」にも、たとえば「損害賠償請求の要件は何か」といった設問が置かれる。これらも設問であることには違いないが、しかし、あえてそれらに注目する意義も乏しい。これに対して、本稿が注目するのは、それらとは位相を異にする「設問」である。すなわち、本稿で注目する「設問」は、そのようにおよそ議論空間において置かれるいわば一般的な設問ではなく、「この契約をいかに解釈すべきか」というレベルでの、いわば個別的な設問である。なお、上記の解除の例で言えば、「この賃貸借契約は解除できるか」という設問や、あるいは「この契約関係において背信的行為はあったか」といった設問がこのレベルに位置する。

以上のことを、議論の主体という観点から換言すれば、本稿でいう「設問としての『契約の解釈』」は、議論空間における論者——実際のところ具体的には研究者ということになろう——が自身のために設定する一般化された問いではなく、紛争に直面した当事者ないし裁判官が自身のために設定する個別的な

問いであり、あるいはまた、彼らが議論空間を参照する点に鑑みれば、研究者が裁判官に対して提供する問いである、ということもできよう。

なお、付言するに、議論空間での議論は一般性をもった形で展開されるものであり、それは、「契約の解釈」という設問を置く側の議論空間における議論についても当てはまることである。そこでは、特定人と特定人との間の契約が念頭に置かれているわけではなく、一般化された形で論じられるから、「契約をいかに解釈すべきか」を問うべきである、という形で論じられる。その意味で設問としての「契約の解釈」は一般性を有しているが、それは、あくまでも、「この契約をいかに解釈すべきか」という問いの集合体、という意味においてであり、先に対比した狭義の契約解釈論における「およそ契約をいかに解釈すべきか」という問いの一般性とは意味を異にしている。たとえば、「損害賠償請求の要件は何か」という問いに答えるべく置かれた、集合体としての「契約をいかに解釈すべきか」という問いを、まさに個別の契約についての「この契約をいかに解釈すべきか」という問いへと個別化し、そこで「およそ契約をいかに解釈すべきか」という(一般的な)問いとの接点が生まれることになるのである。

(c) そうした意味での「設問」があり、議論空間がそれを介してつながっている、という構造は、契約の解釈に関する場合に限られず、一般に見られるものである。たとえば、再び上記の解除の例で言えば、「貸借権の無断譲渡・無断転貸を理由とした賃貸借契約の解除はいかなる場合に認められるか」に関する議論空間では、信頼関係破壊法理のもとで、「この契約関係において背信的行為はあったか」という設問が置かれる。その結果、「およそ背信的行為はいかなる場合に存在すると言うべきか」に関する議論空間に移り、そこで設問への解答方法を得たうえで、背信的行為の有無を判断することになろう。

ただ、その中でもとくに、契約の解釈に関する議論の場合には、先に確認した意味における「設問」に注目する意義があるように思

われる。というのは、多くの場合には、あえて「設問」に注目せずとも、既に見たような議論空間のつながりは意識されており（たとえば信頼関係破壊法理に関する上記の例で言えば、解除の要件を論じるときも、背信的行為の有無をどう判定するかを論じるときも、相互の議論のつながりは意識されていると思われる。）、あえて「設問」に注目する意義は必ずしも大きくないと考えられるのに対して、契約の解釈に関する議論の場合には、こうした議論空間のつながりについての意識の存在が、必ずしも明らかではないと考えられるからである。

すなわち、従来、契約の解釈に関する議論と言えば狭義の契約解釈論であり、解答方法論としての契約解釈論であった。その際、「契約の解釈」という設問の存在は前提とはされているものの、その存在は自明のものと考えられ、必ずしも設問を置く側の議論空間につ

いて特段の意識が向けられてこなかったものと思われる⁵⁾。他方、「契約の解釈」という設問を置く側の議論も、設問を置くところ、あるいは契約解釈論との接合の重要性を説くところで止まり、解答方法論との整合性については必ずしも十分に意識されてこなかったものと思われる⁶⁾。

しかるに、個別的な設問としての「契約の解釈」に注目することには、契約の解釈をするということは自明ではないということ意識できること、個別的な設問を媒介としてつながる議論空間の構造を意識化し、議論空間をつなぐ文脈に意識を向けることができること、といった意義があろう。

(4) 問題状況

(a) 問題領域と議論空間、それらをつなぐ文脈、設問の置かれ方、といったものに注目する以上のような枠組の下で、「契約の解釈」に関連する契約法学の議論状況を一瞥する

5) 近年の代表的な教科書を概観するに、まず、山本敬三『民法講義 I 総則 (第3版)』(有斐閣, 2011) は134頁以下、佐久間毅『民法の基礎 1 総則 (第3版)』(有斐閣, 2008) は67頁以下、河上正二『民法総則講義』(日本評論社, 2007) は246頁以下で、それぞれ「法律行為の解釈」(河上のものは「法律行為・意思表示の解釈」)を論じている。こうした扱いは体系を重視したものであり、かつ伝統的なものであると言えよう。そこでは文脈から切り離された法律行為が静態的に論じられていると言うことができよう。これに対して、内田貴『民法 I 総則・物権総論 (第4版)』(東京大学出版会, 2008) は同様に「法律行為」の章で「法律行為の解釈」について言及するものの(同344頁)、実質的な説明は「契約の有効性」という章で「契約内容についての一般的有效要件」としての「確実性」について論じの中で、「解釈による契約内容の確定」という項目の下に、なされている(同269頁以下)。そこではまず「契約の解釈によって契約内容を確定することになる」状況として「当事者が定めなかった契約条件を事後的に補う」必要が生じる場合や「当事者が明示的に合意していても、合意内容が不明確で意味がはっきりしない場合」が挙げられ、前三者と比べたとき相対的に動態的な視点が強いと言えよう。また、大村敦志『基本民法 I 総則・物権総論 (第3版)』(有斐閣, 2007) は、「契約の効力」たる「債務の発生」について論じの中で「債務の内容」を定める作業として論じている(同108頁)。そこでも「契約の解釈という作業が必要となる」のが「契約内容が不明瞭なために、何を決めかかについて当事者間に意見の対立が生じる」場合であることをまず述べており、動態的な視点が取り入れられていると言えよう。以上のように、教科書ごとに特徴が見られ、とくに内田のものや大村のものには動態的な要素が強いと言えるが、総じて、いかなる場合に問題になるのかということについてそれほど立ち入った言及はないと言ってよかろう。

6) たとえば、初期のものとして、潮見佳男『契約規範の構造と展開』(有斐閣, 1991) [初出1984-1990] は、「義務構造論と契約解釈論・債務発生原因論との接合」を図るものであったが(同i頁(まえばき)), 著者自身前者の「意義を検証することを試みた」と述べており(同ii頁(まえばき)), あくまでも前者の議論空間にとどまった検討であると言える。たとえば、「債務発生原因たる契約と義務構造論とを繋ぐものとしての『給付』(給付行為を経て給付結果が実現していく過程の総体)を中心に、債務者が負う各種行為義務の基本構造を分析する」という姿勢のもとに「債権関係における給付義務の構造」が検討され(同7頁), 『債権者に給付結果を実現すべき義務』(給付結果実現義務)たる「給付義務」と「給付結果実現のために(給付結果実現を目的として), 履行過程において具体的になされるべき行為(作為・不作為)」をする義務たる「具体的行為義務」との二元的構造が示される際に(同49-51頁), このように把握することが、「合意内容から何が給付結果であるのかを確定する行程が先ず存在し、次いで、履行過程において債務者が具体的になすべきことが確定されるという行程が存在するという、契約の解釈方法にもつながる」と述べられているが(同51頁), あくまでも義務構造論を主題とする論文であることから、そう述べることで終わっており、契約解釈論の議論空間にも身を置いてたとえばそれまでの契約解釈論との関係について検証するといったことが行われているわけではない。潮見佳男『債権総論 I (第2版)』28頁(信山社, 2003)も、「解釈ならびに法規の適用を通じてこの債権者利益(契約利益)が何であるかを確定していくところこそ重要である」と述べるにとどまっている。

と、以下の諸点が興味を惹く。

(b) 第一に、設問を置く側の議論空間に目をやると、「契約の解釈」という設問が置かれる文脈が増えている、すなわち設問を置く側の議論空間が増えていると言える。すなわち、とくに1990年代以降の民法学においては、契約を基点として債権法の諸問題を考えるという傾向が見られる⁷⁾。そこでは「契約内容の確定」ないし「契約の解釈」という問題が、契約責任論⁸⁾における種々の問題を解くための下位の問題として設定されている。

そこには、まず、それらの問題領域について論じるために「契約内容の確定」ないし「契約の解釈」という設問を置くことにはいかなる意味があるのか、言い換えれば、なぜそうした形で設問を置くようになってきているのか、ということにつき検討を促す契機が含まれている。そして、設問を置くに至る文脈と、解答方法論としての契約解釈論との整合性につき検討を促す契機も含まれている。たしかに、設問を置く側の議論空間が増えることから直ちに解答方法論の再検討の必要性が導かれるわけではない。というのも、設問を置く文脈が増えたとしても、そのそれぞれにつき、既

に一定の蓄積を見ている解答方法論としての契約解釈論を、単純に接合すれば足りるようにも思われるからである。しかしながら、果たして単純に接合すれば足りるのか、そうしてよいのか、という点は検証に値する。というのは、設問を置く側の議論に何らかのねらいがあり、解答方法につき一定の含意があるのだとすれば、そこで念頭に置かれる解答方法と、契約解釈論で論じられる解答方法との間に齟齬がある可能性があり、もし齟齬があるとすれば二つの問題領域間での調整——或いは問題設定の仕方を変更すること、或いは解答方法論を修正ないし精緻化すること、など——が必要になると考えられるからである。両者に齟齬はないかということを確認する必要がある。

(c) 第二に、解答方法を用意する側の議論空間における動向として、2015年2月まで開催されていた法制審議会民法（債権関係）部会において契約の解釈に関する規定をめぐっても議論が行われたことが挙げられる。そこでは、主に学者委員と実務家委員との間で——立法作業という特殊な文脈においてではあるが——契約解釈準則をめぐって意見の一致が見られなかった⁹⁾。

7) 本文に述べた傾向については、「契約責任論の再構築」と題する2006年日本私法学会シンポジウムにおいてまとまった議論が展開された（そこの討論は、潮見佳男ほか「契約責任論の再構築」私法69号3頁以下（2007）に掲載されている。また、潮見佳男、山本敬三、窪田充見、小粥太郎、松岡久和による各報告はジュリ1318号81頁以下（2006）に掲載されている。こうした状況認識は、学界に広く見られるものであると言ってよからう。ただ、その具体的な画期をどこに設定するかについては、微妙な差異もある。たとえば、中田裕康は、「1990年前後という時期」を「転換期」と見ており（潮見ほか・同5頁〔中田裕康発言〕）、山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリ1318号87頁、87頁（2006）も「1990年代に入り、新たな展開がみられる」とする。これに対して潮見佳男「総論——契約責任論の現状と課題」ジュリ1318号81頁、81頁（2006）『債務不履行の救済法理』1頁（信山社、2010）所収は「1990年代半ば以降にわが国で活性化した」としており、「活性化」を問題にしていることにもよるのであろうがやや遅めに転換期を見出していることが窺われ、逆に森田修『新しい契約責任論』は新しいか——債権法改正作業の文脈化のために」ジュリ1325号210頁、210頁（2006）は「平井説（平井宜雄『債権総論』〔弘文堂、1985〕43頁・45頁）以後は、『債務の本旨』を契約解釈と結び付ける立場が、既に一定の市民権を得ている」「この点については『新しい契約責任論』の発想は、少なくとも筆者には旧聞に属するとさえ感じられた」としており、より早い時期に転換期を見出していることが窺われる。また、1990年前後を転換期と見る中田も、森田と同様に、「債権をその発生原因、特に、契約との関係で考える動きが現れ始め」たのは「1980年代半ばから」であるとしている（潮見ほか・同6頁〔中田裕康発言〕）。

8) 「契約責任」という問いの立て方自体に、既に契約重視の観点が反映されているとも言えよう。

9) 法制審議会民法（債権関係）部会「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（2013年7月4日補訂）（<http://www.moj.go.jp/content/000112242.pdf>）（以下、単に「中間試案」というときはこれを指す。）には「第29 契約の解釈」という項目のもと立法提案が置かれており、第85回会議まで議事が重ねられたが（法制審議会民法（債権関係）部会第85回会議議事録（2014年3月4日）（<http://www.moj.go.jp/content/000125618.pdf>）1頁以下、民法（債権関係）部会資料75B「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討(1)」（<http://www.moj.go.jp/content/000121260.pdf>）5頁以下）、結局、「契約の解釈」の論点は取り上げられないこととなった（法制審議会民法（債権関係）部会第92回会議議事録（2014年6月24日）（<http://www.moj.go.jp/content/001129009>））。

そこには、従来の学説をあらためて反省することを促す契機があるとともに、そこでの実務家委員の発言には、そこから従来の学説とは異なる契約解釈論を構成することができるようなものが含まれているように思われる。

(d) 第三点は、設問を置く側の議論空間に関係するとも、解答方法を用意する側の議論空間に関係するとも言える。近時、契約締結過程の事情と契約内容の確定との関係を論じる研究で、契約の解釈による契約内容の確定と意思表示の解釈によるそれとを意識的に区別し、後者固有の意義を説くものが現れた¹⁰⁾。これは、一方で、「契約の解釈」という設問を置いてきた各議論空間において「契約の解釈」という設問のみならず「意思表示の解釈」という設問も置くべきことを説くものであるとも言えるとともに、他方で、設問として「契約内容の確定」を措定した場合には、「契約内容の確定」という設問に対する解答方法として、「契約の解釈」という設問を置くのみならず「意思表示の解釈」という設問を置くべきことを説くものであるとも言え、「契約内容の確定」という設問に対しては解答方法論に位置付けられる。

ここには、「契約の解釈による契約内容の確定」という営みを相対化する視点が示されており、契約内容の確定という問題のうち「契約の解釈」によって捕捉されるのはどの範囲なのか、「意思表示の解釈」によってしか捕捉し得ない問題があるのか、といったことを検討する契機が含まれていると言える。

(5) 「契約内容の確定」の手段としての「契約の解釈」

(a) 本稿は「契約の解釈」に注目するものであり、(1)ないし(3)でも、「契約の解釈」に注目して、本稿が則る枠組について提示してきた。

しかるに、(4)において取り上げた素材を見ると、まず第一点に関しては、「契約の解釈」を問題にするものもある一方で、単に「契約内容の確定」という問題の立て方をしているものもある¹¹⁾。次に、第三点に関して言えば、「契約の解釈」も「意思表示の解釈」も、それによって「契約内容の確定」がなされるという点においては共通している。既述のとおり、第三点は、直接に「契約の解釈」という設問を置くか「意思表示の解釈」という設問を置くかという点に関する議論として見ることもできるが、中間に「契約内容の確定」という設問を措定すれば、「契約内容の確定」という共通の設問に対する解答方法をめぐる議論として位置付けられることになる。

そこで、本稿における以下の議論を進めるにあたっては、「契約の解釈」とは別に「契約内容の確定」という中間項を設けることが有用であると考えられる。

(b) この「契約内容の確定」と「契約の解釈」との関係については、理解が分かれるであろう。

もっとも、まず、「契約の解釈」によって「契約内容の確定」が行われる（「契約の解釈」 \subseteq 「契約内容の確定」）、という関係にあることについては、異論がないと言ってよからう。たしかに、「契約の解釈の意義」は何かと問えば「表示行為の有する意味を明らかにすること」¹²⁾「当事者ノ共通ノ意思ヲ推尋スルコト」¹³⁾などといった様々な見解が提示されることになるが、そこにある対立は解釈の基準ないし方法（契約の解釈をどのように行うか）に関する対立であって、契約の解釈とは契約内容を確定することである、あるいは契約の解釈には契約内容を確定する機能がある、という点（契約の解釈とは何であるか、何のために行うか）については異論がないものと思われる¹⁴⁾。

pdf) 56頁以下、民法（債権関係）部会資料 80-3「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の原案（その2）補充説明」（<http://www.moj.go.jp/content/000124580.pdf>）31-32頁）。

10) 山城一真『契約締結過程における正当な信頼』（有斐閣、2014）。

11) ただ、こうした違いが意識的なものかどうかは定かではなく、後者の場合も「契約の解釈」と同義のものとして「契約内容の確定」を語っているということも考えられる。

12) 我妻栄『新訂 民法総則（民法講義I）』249頁（岩波書店、1965）。

13) 平井・前掲注1)84頁。これは旧民法財産篇356条の表現である。

14) たとえば星野・前掲注3)175頁が「法律行為の『解釈』とは、ごく大ざっぱに言えば、法律行為の意味内容

そのうえで、「契約内容の確定」が「契約の解釈」に尽きるのかということについては争いがあり¹⁵⁾、「契約内容の確定」は「契約の解釈」に尽きると考えることもできる一方で（「契約の解釈」＝「契約内容の確定」¹⁶⁾、「契約の解釈」とは別に「契約の補充」といったものを観念することも考えられる（「契約の解釈」⊃「契約内容の確定」¹⁷⁾）。

ただ、いずれにせよ、「契約の解釈」は「契約内容の確定」の手段であると言える。そして、(1)で述べたことと関連して、「契約の解釈」が「契約内容の確定」のために必ず行われるということも異論がないと思われる。そうすると、「契約の解釈」を問うときは「契約内容の確定」を問うており、「契約内容の確定」を問う場合も「契約の解釈」を問うことを含んでいる、という関係が認められよう。

(c) (a)のとおり「契約内容の確定」に注目することとしても、(1)ないし(3)で示した枠組は、基本的にそのまま妥当する。ただ、「契約の解釈」という設問の上位（ないし等位）の設問として「契約内容の確定」という設問が置かれることで、以下のように構造が若干複雑になる。すなわち、①「契約内容の確定」という設問（以下、「契約内容確定問題」という。）を置くに至る議論空間と、②それに対する解答方法として契約内容の確定方法（以下、「契約内容確定法理」という。）を論じる議論空間とがあり、後者（②）は同時に「契約の解釈」という設問を置くに至る議論空間でもあり、③それに対する解答方法としての契約解釈方法を論じる議論空間がある、という構造になる。

2 課題の設定

(1) 課題

以上の問題意識を承けて、本稿では、以下の三つの課題に取り組むこととしたい。

第一に、「契約の解釈」という設問が置かれるのはいかなる議論空間においてであるか、設問が置かれるに至る文脈を把握すること。そして、1(5)での検討を承けて、このことを、契約内容確定問題が置かれるのはいかなる議論空間においてであるか、ということを検討することを通じて行う。

第二に、「契約の解釈」という設問に対する解答方法として、契約の解釈方法についていかなる議論が蓄積されているか、近時の動向に注意しながら、契約解釈論の現状を明らかにすること。これも同様に、契約内容確定法理についていかなる議論が蓄積されているか、ということを検討することを通じて行う。

第三に、設問を置く側の議論空間と、解答方法を用意する側の議論空間との接合可能性について検証すること。すなわち、或る議論空間において「契約の解釈」という設問が置かれた後、（狭義の）契約解釈論の議論空間に移行することで、問題を解決することができるか、複数ある言説の組合せに、限定はかからないか、といったことを検証する。そして、この課題に関しても、「契約内容の確定」というレベルに注目することとし、契約内容確定問題を置く側の議論空間と、契約内容確定法理を用意する側の議論との関係を検討するという形で論じる。

なお、1(4)で注目した問題状況のうち第一点は第一の課題と第三の課題、第二点は第二の課題と第三の課題、第三点は第二の課題

を明らかにすることである」としているほか、本文で挙げた我妻、平井についてもそのように言うことができる。我妻・前掲注 12)248 頁には「目的の確定（法律行為の解釈）」とあり、法律行為の解釈とは「法律行為の目的——当事者がその法律行為によって発生させようとした効果——を確定」することであるという理解が示されている。また、平井・前掲注 1)69 頁にも契約の解釈という作業によって「権利義務関係の存否・内容〔が〕……判断される」という理解が示されている。その他、山本・前掲注 5)134 頁、佐久間・前掲注 5)67 頁、河上・前掲注 5)246 頁、内田・前掲注 5)269 頁、344 頁、大村・前掲注 5)108 頁。

15) 詳しくは本稿 III 2(2)で論じる。

16) たとえば沖野・前掲注 4)の採用する捉え方はこれに当たる（「(2)」543 頁）。

17) たとえば石川博康『「契約の本性」の法理論』（有斐閣、2010）はこの立場に立つ（22 頁）。

に、おおむね対応することになる。

(2) 構成

以下では、1(1)ないし(3)で示した枠組に則り、設問を置く側の議論空間と解答方法を用意する側の議論空間とに大きく分けて、議論を進める。そして、1(5)での検討を承けて、さしあたり、「契約内容の確定」という設問に照準を合わせる。

Ⅱでは、設問を置く側の議論空間を検討する。契約内容の確定が問題になる文脈は多様であるが、ここでは三つに絞って取り上げる¹⁸⁾。第一に、損害賠償請求に関するものとして、その要件論から帰責事由をめぐる議論を取り上げる(1)。第二に、同じく損害賠償請求に関するものとして、その効果論から賠償範囲をめぐる議論を取り上げる(2)。これら二つの議論空間では、伝統的には債権総論的な発想からの答え方がされていたところ、近時、「契約内容の確定」という設問を置くことで問題に答えようとするようになってきている。第三に、履行請求に関するものとして、事情変更をめぐる議論を取り上げる(3)。ここでも、事情変更法理の問題を契約内容の確定の問題と捉える見解が有力に説かれている。

ところで、第一・第二の議論空間においては「契約内容の確定」という設問を置くことが通説化していると言えるのに対して、第三の議論空間では「契約内容の確定」という設問を置くかどうかについてそもそも有力な反対がある。内容を先取りすると、この反論は、解答方法が十分でないということに由来するものであり、解答方法を用意する側の議論空間との対照によって導かれたものである。しかるに、解答方法を用意する側の議論空間との対照が必要であることは第一・第二の議論空間において設問が置かれる際にも同様であって、まさに本稿における第三の課題

はそれを行おうとするものに他ならない。第一・第二の議論空間で異論がないのもこうした対照の問題が意識されていないだけかもしれないのであって、本稿はそこに意識を向けようと試みるものである。かくして、第三の議論空間において見られる、設問の置き方に関する議論は、本稿が第三の課題の下で論じようとしていることと、内容的には同質であると言える。したがって、それらの検討は、後述のとおりまとめてⅣ1で行うこととする。

Ⅲでは、解答方法を用意する側の議論空間を検討する。契約内容の確定方法については、これまでとくに契約の解釈に関する議論空間で論じられてきた。そこで、まず1では、「契約の解釈」による契約内容の確定を扱う。そこでは従来の契約解釈論の展開を振り返り、契約の解釈という営みの「構造」について、大まかな傾向を示したい。次に2では、契約の解釈以外による契約内容の確定について扱う。そこでは、一方で、「解釈」の内側の問題として、「契約の解釈」と区別されるものとしての「意思表示の解釈」による契約内容の確定を観念すべきかどうかを検討するとともに(1)、他方で、「解釈」の外側の問題として、「契約の解釈」と区別される「契約の補充」を観念すべきか、法の適用との関係を中心に検討する(2)。これらは、契約の解釈という営みの「限界」について検討する作業であるとも言える。以上を踏まえて、3では、以上の1,2とは異なる次元に移り、契約内容の確定をどのように正当化するかという問題について扱う。具体的には、まず、自律の契機と他律の契機をどう考えるかという問題を(1)、次に、事前にすべてが規律されていたことにするのかどうかという、いわゆる「現在化」の問題を扱う(2)。

最後に、Ⅳにおいて、以上の検討を総括し、設問を置く側の議論空間で想定されていた契

18) そのすべてにつき検討を加えることは、契約法ひいては債権法の総点検とも言える壮大な作業を意味するところ、それを本稿で行うことはできないし、必要でもない。本稿では、契約重視の潮流の「2006年日本における到達点を示すもの」(潮見ほか・前掲注7)7頁)とされる、前掲注7)で言及した2006年日本私法学会シンポジウムを手がかりに、以下の三つを選択した。それらに注目したのは、それらにおいてはとくに契約内容確定問題への移行が顕著に見られること、本格的な研究も複数存在し、議論が充実していること、といった理由による。さらに事情変更をめぐる議論は、契約内容確定法理に関する理解を反映した議論を含んでおり、それ自体、契約内容確定問題を置く側の議論と契約内容確定法理を用意する側の議論とが関連する様を示すものと言え、興味深い。

約内容確定法理と、解答方法を用意する側の議論空間で論じられていたそれとの整合性につき検討を加えるとともに（1）、残された課題を提示する（2）。

なお、(1)で掲げた課題との関係について言えば、第一の課題と第二の課題がそれぞれⅡとⅢに、そして第三の課題がⅣ1に、対応することになる。

(3) 補足

最後に、個別的な実定法上の概念との関係について、若干付言しておきたい。すなわち、現行民法典には、「債務の本旨」（民法415条前段、493条本文）や「契約の本旨」（民法600条）、「委任の本旨」（民法644条）といった概念が存在している。また、民法改正法案¹⁹⁾では、新412条の2第1項や新415条1項但書において「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」という表現が用いられており、新400条、新483条でも同様の表現が用いられている。また、新562条1項本文等では「契約の内容」という表現が用いられている。その他、判例法上でも、種々の表現が用いられる。

こうした概念がある場合、各議論空間における議論は、これらの概念の解釈いかんという形で行われる。その意味で、これらは各議論空間における設問である。そして、それに対する解答として、契約内容の確定がさらに設問として置かれることになる。

こうした下位の設問としての契約内容の確

定と、上位の設問としての各概念への包摂との関係については、まさに各議論空間において論じられる各実定法の解釈によって定まるものである。場合によっては、契約内容と、上位の設問であった概念との間には、齟齬があることも考えられる（とりわけ新412条の2第1項などにおける「及び取引上の社会通念」という部分をどう解釈するかは問題であろう。ただし、これは改正法の解釈の問題であり、本稿では立ち入らない。）²⁰⁾。また、「契約内容」の概念が、文脈ごとにいわば伸縮するということも考えられる。

実定法上このような概念がある場合には、設問を置く側の議論空間の分析にあたっては、こうした齟齬や伸縮の有無についても注意する必要がある。

Ⅱ. 契約内容確定問題と設問としての「契約の解釈」

Ⅱでは、契約内容確定問題を置く側の議論空間につき検討する。具体的には、いかなる文脈において——何に対抗して、いかなるねらいの下に——設問として契約内容確定問題が置かれているのかということ进行分析することがⅡの課題である。

具体的な素材としては、まず、契約上の債務の不履行に基づく損害賠償請求に関するものとして、その要件論から帰責事由に関する議論と（1）、その効果論から賠償範囲に關

19) 平成27(2015)年3月31日に国会に提出された、「民法の一部を改正する法律案」を指す。

20) 多くの場合直ちに「契約内容」と等置されるように思われるが、条文上の概念の意味内容という点に注意を向け、中間試案において用いられていた「契約の趣旨」という概念について、現行法の「本旨」概念と対比しつつ論じるものとして、石川博康『契約の趣旨』と『本旨』法時86巻1号22頁(2014)がある。

そこでは、①合意に基づく規範と②法に基づく規範との重層構造の存在が示されている(同28頁)。そして、「合意に基づく規範と法に基づく規範との階層構造を反映した契約内容の実体的把握」(同28頁)という表現からは、石川は重層構造をなす①②がいずれも「契約内容」に含まれると解しているものと解される。そのうえで、実定法上の概念の解釈として、一方で、歴史的分析を踏まえ、「本旨」概念に包摂されるのは本来的に①に限定されるという理解が示される。たしかに「仮想的な機能」(同28頁)としては①と②の重層構造を「本旨」の概念が担うこともできることを指摘する。具体的には、民法644条と商法505条との重層構造を民法644条の内部にも反映させるという形で、民法644条の解釈としても②を拡張的に把握することができる。とはいえ、①も②も「本旨」の概念によって包摂し得るものと考えられるというわけではない、と明確に区別しており、あくまでも「本旨」概念は本来的に①を包摂するものだという理解が示されている。他方、これに対して、「契約の趣旨」という概念は、直截に①②の重層構造を担い得るものとして描かれている(以上、同28-29頁)。

石川の解釈論において、結論的には条文が「本旨」概念を用いている場合と「趣旨」概念を用いている場合とで「契約内容」との関係に差は出ないものの、仮に「本旨」概念の仮想的な機能を排して①のみを担うものと解することを貫いた場合には、「本旨」概念を用いている場合と「趣旨」概念を用いている場合とでは、「契約内容」との関係が異なることになる。

する議論を(2)、それぞれ取り上げる。次に、契約上の債務の履行請求に関するものとして、事情変更があった場合に関する議論を取り上げる(3)。

1 損害賠償請求・その1

まず、1では、契約上の債務の不履行に基づく損害賠償請求の要件論から、帰責事由の解釈に関する議論を取り上げる。債務不履行に基づく損害賠償請求の要件として帰責事由の存在が必要であると一般に解されているところ、伝統的には「故意・過失またはこれと同視すべき事由」をもって帰責事由とされていたのに対して(11)、近時、契約上の債務の内容いかんによって帰責事由の有無を判断するという見解が示されており(12)、後者では契約内容確定問題が提起されていると言える²¹⁾。具体的な検討素材としては、前者を代表するものとして我妻栄の見解を取り上げ²²⁾、後者を代表するものとして森田宏樹の見解と潮見佳男の見解を取り上げる²³⁾。

(1) 過失責任主義と帰責事由

伝統的見解は、「帰責事由」を「債務者の故意・過失またはこれと同視すべき事由」と解する²⁴⁾。そのうち、「債務不履行を生ずべきことを知って、あえて何事か……をすること、または何もしないでいること……」をいう「故意」と、もっぱら「いわゆる履行補助者の故意過失」に代表される「信義則上債務者の故意過失と同視される事由」とを除いたところの「過失」は、「債務者の職業、その属する社会的・経済的な地位などにある者として一般に要求される程度の注意(善良なる管理者の注意に同じ……)を欠いたために、

債務不履行を生ずべきことを認識しないこと」をいうとされる²⁵⁾。

帰責事由要件は最軽過失(culpa levissima)の理論の影響を受けて置かれたものであるとされ²⁶⁾、「厳格な過失主義が緩和され」「故意過失より広い概念」となっているとされるものの²⁷⁾、責任能力が必要だとする理由として「過失責任」であることを挙げていることにも照らせば²⁸⁾、以上の解釈は過失責任の考え方を基礎に置いたものだと言える²⁹⁾。

(2) 契約の拘束力と帰責事由

これに対し、森田や潮見は、契約上の債務の内容に着目して帰責事由の有無を判断すべきことを説く。

a 森田宏樹『契約責任の帰責構造』

まず、森田は、フランス法の結果債務・手段債務論が前提とするような契約責任の帰責構造の捉え方、すなわち「債務不履行責任における帰責性は、約束したことを履行しなかったこと、つまり、債務者が自らの意思(合意)によって設定した契約規範に従わなかったこと、という点に求めることができ、その帰責の根拠は、契約の拘束力にある」という理解を前提に、「債務不履行における『帰責事由』の判断は、契約上の債務の内容・射程についての解釈に帰着することになる」、³⁰⁾「債務者が契約上負った債務の射程ないし厳格さの程度に応じて、『帰責事由』の内容やその判断の仕方も異なってくる」と説く³⁰⁾。

以上のような理解に基づき、「契約上の債務の射程ないし厳格さの程度によって——すなわち、債務者が結果の実現が確実であると約束したのか否か、という結果の確実性(射倖性)によって——結果債務と手段債務とに区別して「帰責事由」の要件を判断するこ

21) 山本・前掲注7)89-90頁、92-93頁、小粥太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリ1318号117頁、117-120頁(2006)が要点を整理している。

22) 我妻栄『新訂債権総論(民法講義IV)』(岩波書店、1964)。

23) 森田宏樹「結果債務・手段債務の区別の意義について——債務不履行における『帰責事由』『契約責任の帰責構造』1頁(有斐閣、2002)[初出1993]、潮見・前掲注6)債権総論I。

24) 我妻・前掲注22)105頁。

25) 我妻・前掲注22)106頁。

26) 我妻・前掲注22)100頁。

27) 我妻・前掲注22)105頁。

28) 我妻・前掲注22)111頁。

29) 山本・前掲注7)89頁、潮見・前掲注6)債権総論I 261-262頁。

30) 森田・前掲注23)49頁。

とが有意義であると説く³¹⁾。すなわち、一方で、債務者が結果の実現が確実であると約束した場合には、「結果の不実現があれば、それが不可抗力によらない限り、その不履行の事実のなかに債務者の『帰責事由』が含まれていると判断される」ことになり、この類型が結果債務だとされる³²⁾。他方で、債務者が結果の実現が確実であると約束したのではない場合には、「債務者に『帰責事由』があると認定判断するためには、結果の不実現のみならず債務者が一定の行為義務違反があったことの評価を必要とする」ことになり、この類型が手段債務であるとされる³³⁾。

b 潮見佳男『債権総論』

次に、潮見説を取り上げる。潮見は、債務不履行責任の「帰責原理面」について、「保証責任」と「過失責任」との「二元的構造」を説く³⁴⁾。著書の各所で述べられていることを再構成しつつ概観すると、以下のように

なろう。

すなわち、「保証責任」とは、「行動可能性や結果発生認識可能性を欠く」がゆえに「行為義務を課すること」ができないときであつても、「債権関係に入った当事者（債務者）……[が] 当該債権関係の中で、債権者にとって獲得が期待されている利益、すなわち給付利益の実現それ自体をみずからが担保（保証）することを引き受けている場合」に、「結果保証を帰責事由として債務者に責任を負わせる」というときの責任をいい³⁵⁾、「過失責任」とは、「債権関係が正常に展開するために必要とされる様々の具体的行為（作為・不作為）」をする「具体的行為義務」に対する違反があつたときに、「過失責任の原理に基礎を置」いて「義務違反を根拠に」責任を負わせるというときの責任をいう³⁶⁾、といった二元的な構造が提示されている³⁷⁾。

31) 森田・前掲注23)49頁。

32) 森田・前掲注23)49頁、47頁。

33) 森田・前掲注23)49頁、47頁。

34) 潮見・前掲注6)債権総論I271頁。

35) 潮見・前掲注6)債権総論I275頁、271頁。

36) 潮見・前掲注6)債権総論I272頁、273頁。

37) もっとも、ここに示された見解における「過失責任の原理」に対する態度は一義的には明らかでない（このことについて、山本・前掲注7)93頁注25が指摘している。）。というのも、潮見・前掲注6)債権総論Iにおいて、一方で、具体的行為義務違反を根拠に債務者の負う損害賠償責任は「過失責任の原理に基礎を置くものである」とされ（同273頁）、「『債務者が何故に帰責されるのか』という帰責の原理を説明し、債務者自身または補助者の行為の結果を債務者に帰属させることを正当化するための根拠となる原理として『過失責任』（＝「注意を欠いた意思決定・行為操縦に対する規範的非難を理由とする責任）」を挙げるのは適切である」と確認しているのに対して（同275頁）、他方で、「過失責任は『原則』としての地位を滑り落ちる」（同270頁）「過失責任の原則を採用しない」（同282頁）とも述べられているからである。過失責任が『原則』としての地位を滑り落ちることは、「①『自己決定により引き受けた結果については、その実現がされることにつき、決定主体が負担すべきである』という『自己決定による自己責任』の原理（＝『契約により引き受けた結果が実現されることについての責任』）」と、②『契約で実現を保障された利益の保持へ向けた債権者の期待が保護されてこそ、国家による自己決定の尊重・支援が実現される』という判断を基礎に据え」ることから導かれており（同270頁）、代わって「①『債務者が契約において約束した利益を債権者が獲得していない場合は、約束違反が存在する』との立場を基点に据えて、『債務内容』——ただし、履行過程での具体的行為義務のみならず、結果実現保証をも含み得るものである——を吟味した上で、そこからの逸脱をもって債務不履行と捉え、そのうえで、②例外的に、契約類型上の危険分配あるいは特別に約定された危険分配の枠を超えた障害（不可抗力・偶発的事故に対応）と債権者に圧倒的な帰責性がある障害についてのみ債務者の免責を認めるという方向」が示される（同270-271頁）。

ここに看取される二つの傾向のうち、後者を重視して、「過失責任」は本当のところ帰責原理の地位にないのだと読む可能性は存在する。実際に、山本敬三は、潮見説について、「『過失責任』を『帰責原理』と呼ぶのは、少なくとも誤解を招くものといわざるをえない」とまで述べる（山本・前掲注7)93頁注25）。たしかに、過失責任の原則性を否定して契約における典型的または個別的な危険分配の逸脱のみをもって免責事由とする方向を示していることからすると、「過失責任」という考え方は放棄されたかのように映る。そして、「二元的構造」の一翼に残されている「過失責任」についても、「債務不履行における過失の標準としての『注意』は、契約債務の履行過程上の具体的行為義務と一致する」と見ていることから（潮見・前掲注6)債権総論I274頁）、責任の根拠を『契約を守らなかった』ことに求めていると考えることも可能である（山本・前掲注7)93頁注25）。

しかしながら、やはり「過失責任」は繰り返し「原理」「帰責原理」として位置付けられているのであつて、帰

c 対比

(a) 過失モデルと契約モデル 以上に概観した森田説および潮見説を、(1)で見た我妻説と対比したとき、我妻説が過失責任主義に基づいて契約を少なくとも明示には意識することなく帰責事由を理解していたのに対して(過失モデル)、森田説と潮見説はいずれも契約の解釈による契約内容の確定に基づいて帰責事由の有無を判断することを説くという点において共通している(契約モデル)。

(b) 契約=契約モデルと契約=過失モデル

しかし、森田説と潮見説との間には、帰責の根拠となる原理の面において、決して小さくない差異を見出すことができる。森田は「契約の拘束力」を帰責の根拠として一貫して提示するのに対して、潮見は、「自己決定による自己責任の原理」に指導される「保証責任」の領域とならんで「過失責任の原理」に指導される「過失責任」の領域を認めているからである。潮見説のうち、保証責任の領域については帰責原理の面においても森田説との差異はほとんどないが、過失責任の領域において、森田説との相違が見られるのである。この相違を捉えて、森田説に見られる考え方を「契約=契約モデル」、潮見説に見られる考え方を「契約=過失モデル」と呼ぶことができよう。後述のように両者の差異はあまり強調しすぎるべきではないのかもしれない

いが、少なくとも、検討に値する相違だと言うことはできる。

d 検討

(a) 契約=過失モデル——潮見説 叙述の順序を入れ替えて、まず潮見説から検討を加える。潮見説は、保証責任と過失責任との二元的な構造を提示するものである。

まず、このうち、保証責任原理の領域では、帰責事由の有無は結果保証の存否および内容の判断を通じて判断されることになるが、結果保証は、「法律上で結果保証が要求されている場合」(①)のほかに、「当事者間で特別に保証約束がされている場合」(②)に認められること、「物の引渡しを目的とする双務契約上の債務で、引き渡された契約目的物に関する権利に瑕疵がある場合や、物に瑕疵がある場合」(③)に「『当該契約において、このような瑕疵のない物の給付が契約内容となっているかどうか』が、個別の契約解釈により両当事者が意図し、あるいは評価に入れた点を探求する中で確定されるべきこととなる」こと、「目的物の調達を引き受けている場合」(④)に「個別の契約解釈により債務者が引き受けた『調達』の意味を確定する必要がある」ことが述べられている³⁸⁾。ここでは、「契約解釈」によって「契約内容」を確定し、結果保証の有無を判断することが要請される、ということが明示されている³⁹⁾。

責原理の地位にあるものとして読むべきであろう。むしろ次のように読むべきではなからうか。すなわち、過失責任の『原則』としての地位」を否定した後に「正しい」「方向」として示されている「①……債務不履行と捉え、②例外的に、……のみ債務者の免責を認める」という判断枠組は、あくまでも「二元的構造」のうち「保証責任」のみに妥当するものなのであろう。というも、「②例外的に、……のみ債務者の免責を認める」ということは、潮見の説く「二元的構造」のうち「保証責任」についてのみ説かれており、これに対して「過失責任」については債務不履行とは別に帰責事由(としての過失)を問わないとされるのである(潮見・前掲注6)債権総論I275頁)。要するに、ここで放棄されているのは「過失責任」の「原理」性ではなく「原則」性なのである(「過失あれば責任あり」「過失なければ責任なし」のうち後者を否定しても前者は残る。)。すなわち、二元的構造を認めるという意味において過失責任の『原則』としての地位」を否定したにとどまり、「過失責任」の「原理」自体を否定しているわけではなく、むしろ「過失責任」は「帰責の原理」として認められていると解釈すべきだろう。

なお、既に見た森田説を「帰責原理と債務不履行との一体性を強調するもの」として取り上げて、それについて「もともと、結果債務と手段債務という2つの『責任類型』は、帰責の根拠が契約上の債務の拘束力にあるという点では『共通する帰責構造』を前提としており、『契約上の債務の内容・射程』によって『帰責性の判断のあり方』が異なる」と言う」と述べる箇所があるが(潮見・前掲注6)債権総論I271頁)、「もともと」は「……前提としており」にかかっていると読む、すなわち、『契約上の債務の内容・射程』によって『帰責性の判断のあり方』が異なる」という意味で「帰責原理と債務不履行との一体性を強調する」点では自説と共通するもの、帰責構造が二類型において共通する点では自説と異なるという趣旨に解釈することで、本文に述べた潮見説理解と整合する。

38) 潮見・前掲注6)債権総論I276-277頁。

39) ただし、潮見・前掲注6)債権総論Iには、③について、「両当事者の意図ない評価が契約解釈によっても

(1)で見た伝統的見解と異なって「保証責任」の領域を設けたのは、行為義務を課することができない場合でも、債務者が自己決定により給付利益の実現を引き受けている場合にはそのことを根拠に責任を負うべきものと解したためであるが、その結果として、「契約内容の確定」「契約の解釈」が問われるに至ったものと言える。

次に、他方の過失責任原理の領域においては、過失を基礎づける義務違反の有無を判定するために注意義務の内容が問題となるところ、『契約において、いかなる注意が債務者に義務づけられているのか』という視点が、契約責任における過失にとって決定的である」こと、「その際、『契約により給付のための能力を引き受けたこと』が重視され、『契約中において債権者が債務者に対して有している期待の保護』という角度から、債務者の尽くすべき注意の内容が確定されるべき」であること、「注意の内容、さらにはその前提となる債権者の期待の内容は、両契約当事者の合意から導き出されることもあれば、注意内容につき合意がなされていない場合には、補充的契約解釈を通じて確定されることもある」ことが述べられており⁴⁰⁾、契約の解釈によって契約内容の確定をすることを通じて過失の前提となる注意義務の内容を確定すべ

きことが要請されている。

「過失責任」の領域では、(1)で見た伝統的見解と同様に、過失を根拠に帰責するものとされるが、そこで、注意義務の内容を、契約内容に照らして判断することとしたために⁴¹⁾、「契約内容の確定」「契約の解釈」が問われるに至ったものと言える。

(b) 契約＝契約モデル——森田説 次に、森田説の検討に移る。森田は、「契約上の債務の内容・射程についての解釈」によって帰責事由の内容および判断構造が決まる旨を説く。そして、「契約上の債務の内容・射程」を判断することは契約内容の確定に他ならず、そのうえ、契約上の債務の内容・射程を定めるのは「解釈」であると述べられていることからすれば、——必ずしも明示的に述べられているわけではないにせよ——そこでもやはり契約の解釈による契約内容の確定が問われているものと言える。

森田は、潮見が保証責任と過失責任との二元的構造を説くのと異なり、一元的に「契約の拘束力」を帰責根拠として掲げる。森田は、帰責事由を「不法行為法上の過失とほぼパラレルに理解してきた」⁴²⁾ 従来の通説に代えて、契約の拘束力にこそ帰責性の基礎があるという理解を示すが、それは、潮見説と同様、契約を離れて帰責事由を判断すること

確定されない場合、「双務契約においては……引き受けたものと見るのが素直である」という記述もある(同276-277頁)。また、④について、「個別の契約解釈により……確定する必要があるが」に続けて「目的物の獲得についての結果実現保証が認められるべきである」という記述がある(同277頁)。これらの記述の解釈の仕方は様々あり得ると考えられるが、④において、「……認められるべきである」と言う以上もはや「契約解釈」と言うまでもなくなりそうであるところ、それでも契約解釈という構成をとろうとしていることからすれば、③では明確に「契約解釈によっても確定されない」と述べているにもかかわらず、いずれの場合についても、契約解釈の指針を提供しているものを見ることができよう。

40) 潮見・前掲注6)債権総論I274頁。

41) 我妻説は、「債務者の職業、その属する社会的・経済的地位などにある者として一般に要求される程度の注意」「善良なる管理者の注意」を標準とするところ(我妻・前掲注22)106頁)、そこでは職業・地位が考慮されてはいるが、そこで契約によっていかなる注意をすべきことと取り決められているかという考慮は表れていない。潮見説は、それに対して、過失責任の帰責にあたって契約において取り決められた内容を考慮すべく、過失判断の前提として、契約内容の確定、契約の解釈を問うものである。

なお、山本・前掲注7)93頁は、森田のいう手段債務、潮見のいう過失責任の領域につき、それらは「債務者の具体的な行為についての評価が……必要となる」場合であるところ、「そうした評価が必要となる場合は、結果として、伝統的理論による過失の判断と大幅に重なることになる」と述べる。たしかに、行為についての評価が必要となるという点においては「大幅に重なる」と言える。しかし、そこで評価の標準を決めるものが何であるかという点に目をやったとき、契約で定められた注意義務という発想は伝統的理論においては少なくとも表面には表れていない。そこには有意な差を認めてよいのではなからうか(なお、山本はそのうえで過失責任の原則が責任の根拠となるか、債務者がそのように具体的な行為をすることが契約で約束されたからにすぎないと考えるか、という点に伝統的通説と森田説・潮見説との差を認める。)

42) 森田・前掲注23)51頁。

を否定することとともに、「契約上の債務の内容・射程を決定することは、原則として当事者の意思に委ねられていること」を認め、「債務者が結果の実現それ自体を約束すること」を認め、その場合に結果の不実現をもって原則として帰責事由ありとすることを認めるべきだと考えることによる。そして、その結果として、「契約内容の確定」「契約の解釈」が問われるに至ったものと言える。

(c) 帰責原理の相違 (aa) 森田説と潮見説とは、以上のとおり、「契約内容の確定」「契約の解釈」という設問を置くことで帰責事由の有無を判断することを説く点で共通しており、伝統的な見解に対する問題意識や解釈論のねらいもほぼ共通していると言えよう。しかし、既に見たとおり、両説の間には、帰責原理の説明において差がある。このことは、両説の含意や、ひいては両説における「契約内容の確定」「契約の解釈」という設問のもつ意義に反映してはいないだろうか。

両説の帰責原理の説明における差異の所在をあらためて確認するに、潮見説における保証責任の帰責原理は「自己決定による自己責任」の原理であり、その限りで、「契約の拘束力」を帰責根拠とする森田説とほぼ共通する。両説の差異が顕在化するのが、潮見説という過失責任、森田説という手段債務の領域においてである。後者においてはそこでも「契約の拘束力」が帰責根拠とされるのに対して、前者においてはそこでは「自己決定による自己責任」の原理は後景に退き「過失責任の原理」が前面に出るからである。

たしかに、潮見説における過失責任の領域において「過失責任」が帰責原理とされるといっても、過失の判定基準が契約の定めによって定まる以上、その領域においてもなお「自己決定による自己責任」ないし「契約の拘束力」といった原理・根拠は間接的に妥当しているといえる⁴³⁾。そして、「契約内容の確定」「契約の解釈」という設問の意義も、その限りにおいて共通しているといえる。

しかしながら、潮見説が「過失責任の原理」

を介在させること、反対に森田説が「過失」概念を一切排除していること、といったことを重視した場合、そこに何らかの含意を見出せないであろうか。森田が潮見説に承接している箇所があるので、それを手がかりに考えることとしたい。

(bb) まず、森田は、契約＝過失モデルが「過失責任」の領域で「過失責任の原理」を帰責原理とすることについては、それが「債務者が結果の実現それ自体に義務づけられるということ」を否定するものである⁴⁴⁾。すなわち、森田は、北川善太郎や前田達明のものと並んで潮見の過失責任に関する見解を「伝統的通説の理論的正当化の試み」として取り上げて以下のように分析している⁴⁵⁾。いわく、それらはいずれも「帰責事由とは契約によって債務に課された一定の具体的な行為義務を果たさないことであると捉える」見解であるが、そのように捉えるのは、「一見すると当事者が結果の実現を約束したように見える場合でも、理論的に正確に言えば、債務者は、結果の実現それ自体ではなく、それを実現するための一定の具体的な行為に義務づけられているにすぎない、とみている」からである。そして、そのような理解は「債務者が結果の実現それ自体に義務づけられるということ」を否定するものである⁴⁶⁾が、「契約上の債務の内容・射程を決定することは、原則として当事者の意思に委ねられていることを認めるならば」結果の実現それ自体に義務づけられる余地を認めるべきである、と批判する。

もっとも、過失概念によって帰責を基礎づけること自体については、森田も特段の批判を加えておらず、その点は論駁されたとは言えない。

また、上記の問題点も、保証責任の領域の肯定により直ちに解消される。森田も、フランス法にいう結果債務に相当する類型について、保証責任として責任を認める際に説かれていることは、「結果債務における『帰責事由』と実質的にはほとんど異なるものではな

43) この点を強調するのが、前掲注 37) で見た山本敬三の潮見説理解である。

44) 森田・前掲注 23)52 頁。

45) 森田・前掲注 23)51-52 頁。

い」ものであると認識している⁴⁶⁾。

(cc) そこで、森田は、潮見説による場合と森田説による場合とで「実際上の法的解決にはあまり相違はなく、単に理論的な説明ないし用語に差異があるにすぎないともいえよう」と述べる⁴⁷⁾。ただ、そのうえで、森田は、森田説が潮見説（「過失責任と保証責任という二つの責任類型を併存的に認める見解」）よりも理論的にすぐれている点として、「右にいう二つの類型〔引用者注：過失責任と保証責任〕が、それらの帰責の根拠は契約上の債務の拘束力にあると言う点では共通する帰責構造を前提としていることを明らかにすると同時に、そのなかで契約上の債務の内容・射程によって帰責性の判断のあり方が異なってくることを説明しうるような枠組みを提示している点」（傍点原文）を挙げている⁴⁸⁾⁴⁹⁾。

このうち、「契約上の債務の内容・射程によって帰責性の判断のあり方が異なってくる」との説明は、巧拙こそ問い得るものの両説とも成功していると言ってよい。やはり、森田自身の分析によっても、究極的には、両モデルの差異は「それらの帰責の根拠は契約上の債務の拘束力にあると言う点では共通する帰責構造を前提としていること」を明らかにして「そのなかで」説明するかどうか、という点に帰着すると言える。

まず、一元的に説明できるという理論的な

美しさが森田説の方には備わっているということは確かである。しかし、それを超えて、さらなる含意を見出すことはできないだろうか。

(dd) 既に述べたとおり、過失概念を用いること自体の弊害はここでとくに指摘されているとはいえない。森田論文のねらいは、「比較法的にもやや特異なドイツ法の影響を受けたわが国の伝統的通説が説くような『帰責事由』の理解を再検討し、わが民法典の規定の構造により適合的であり、わが判例法に示された実際の解決を説明し、体系化するような『帰責事由』の理論的定式化を行う」ことにあるとされているところ⁵⁰⁾、たしかにドイツ的な理解は再検討に付され、そして、「わが民法典の規定の構造により適合的であり、わが判例法に示された実際の解決を説明し、体系化するような」理論的定式化も成功を収めている。しかし、森田論文とは別のモデルによる、過失概念を用いた定式化の可能性は直接には否定されていない。否定される理由があるとすれば、対抗モデルとしての森田論文の定式化が成功していること自体のみである⁵¹⁾。かくして、「過失責任の原理」の下で契約を基点とした過失判断を行うことも否定されはしないと考えられる。したがって、結果債務に当たるものを除き、過失に基づく責任として構成し得る限りにおいて⁵²⁾ そう構成してもよかつたはずである。

46) 森田・前掲注 23)53 頁。

47) 森田・前掲注 23)53 頁。

48) 森田・前掲注 23)54 頁。

49) なお、この点における理論的な優劣に加えて、森田・前掲注 23) では、債務不履行責任の規定の構造への適合性の問題も論じられている。これは、潮見説が 415 条に規定される債務不履行責任を狭く解してそれとは別個の責任として「保証責任」を構成しているということを前提にした批判であったが（森田・前掲注 23)53 頁および 58 頁注 132）、その後潮見は、森田論文「の指摘を受けて、『保証約束を帰責事由とする債務不履行責任』も民法 415 条から導かれることを明確にし」（森田・前掲注 23)60 頁）、本稿が検討対象としている『債権総論 I(第 2 版)』（潮見・前掲注 6) 債権総論 I）に至っている。したがってその点はここで問題にしているモデル間の優劣にもはや関係しない。

50) 森田・前掲注 23)48 頁。

51) これに関連して、山本は、契約の拘束力に帰責の根拠を求めれば「もはや、それとは別に過失責任の原則を持ち出す必要も理由もないわけである」と説明する（山本・前掲注 7)92 頁。なお山本・前掲注 7) では「過失責任の原則」の語が潮見・前掲注 6) 債権総論 I における「過失責任の原理」の意味において用いられていると思われる。）。たしかに「必要」がないことは森田が行った理論的定式化が成功していることそれ自体によって直ちに示されているといえるが、「理由」もないことは論証されていないのではなからうか。

52) 翻って森田説における結果債務、潮見説における保証責任に当たる類型について、「過失」概念に包摂できないのは自明なのか、ということはお一考に値するように思われる。潮見は、保証責任につき過失責任の原理に根拠を置く帰責の可能性を否定するにあたって、①過失は具体的行為義務違反であること、②行為義務は「そ

それにもかかわらず「契約の拘束力」という帰責根拠による説明を採用することの意味を考えるに、そこに森田説における「契約の拘束力」への強いこだわりを見出すことができよう⁵³⁾。そうするとさらに、そこでいう契約の拘束力の根拠は何か、という問いが誘発されるが、これは古典的な議論につながる。意思による基礎づけ、信頼による基礎づけ、など複数考えられるが、森田説の内在的な理解としては、「意思」による説明が整合的であろう⁵⁴⁾。

(e) 他方で、潮見の掲げる「過失責任の原理」には、「故意過失がなければ責任を負わない」という消極面（行動の自由の保障）と、「故意過失があれば責任を負う」という積極面とが考えられる。そのうえで「過失」を「契約において合理的に期待可能な努力を債務者がしないこと」の意味で捉える場合には、消極面は大きな意味を持たないとして、積極面は、「契約において合理的に期待可能な努力をすべし」という規範命題となり、ここから「契約は守らねばならない」までの距離はほとんど存在しない。したがって、過失概念を媒介して、「契約の拘束力」やそれと類似する「自己決定・自己責任の原理」は、過失責任の原理の中でも働く。

しかし、第一に、その場合はやはり「自己決定・自己責任の原理」（あるいは「契約の拘束力」と帰責性との距離が遠い。第二に、「保証責任」が「自己決定による自己責任」の原理に基礎付けられるものとしつつ「過失責任」を「過失責任の原理」で基礎付けると

き、「保証責任」と区別されるものとしての「過失責任」においては「自己決定による自己責任」の原理が働かないようにも映る。こうした点を踏まえると、「自己決定・自己責任」あるいは「契約の拘束力」を一元的に帰責根拠ないし帰責原理として掲げる場合の方が、それらを重視する程度が高まるということが言えよう。

(f) 以上を要するに、潮見説で過失が語られ、森田説で過失が語られないという差異については、潮見説においてはときに「自己決定・自己責任の原理」と帰責事由の解釈とのつながりが間接的になるのに対して、森田説においてはつねに「契約の拘束力」と帰責事由の解釈とが直接的につながっているという違いとして捉えられる。このことが「契約内容の確定」「契約の解釈」という設問のニュアンスに反映するということは考えられる。

もっとも、直接・間接の違いこそあれ、潮見説も森田説も、「契約の拘束力」「自己決定・自己責任の原理」を契約責任の局面においても重視するという点においては類似している。むしろ、「契約内容の確定」「契約の解釈」という設問の持つ意義に関してより重要なことは、両説が掲げる帰責根拠と整合的な契約内容確定法理・契約解釈方法が要請される、ということであろう。すなわち、潮見説の場合には、自己決定とは何かということが問われるべきことになる。これに対して、森田説の場合には、「契約の拘束力」を帰責根拠とすることだけからは、いかなる契約内容確定法理・契約解釈方法も整合すると言える

れが規範的な命令・禁止に適合する債務者の行為に向けられたものである以上」行為義務は行動可能性や結果発生認識可能性を前提とすること、といった理解を前提に、行動可能性や結果発生認識可能性を欠く状況下で行為義務を課することができないことを理由としている（潮見・前掲注6）債権総論1275頁、同『契約責任の体系』202頁（有斐閣、2000）。しかし、①②の理解につき検討の余地は本当にはないのであろうか。たとえば、過失が行為義務違反であること（①）を維持しつつ、行動可能性や結果認識可能性がない場合であっても行為義務が課されることはあるということ（②）は考えられないのであろうか。もっとも、これが共通理解の醸成されている概念の再編作業になるのだとすれば弊害も大きい。実質的にも、行動の自由の保障という観点を放棄せざるを得なくならないか、単なる契約の拘束力の言い換えになるとすれば概念としてかえって不要にならないか、といった点につき考えることが必要になると思われる。

53) このほか、潮見が過失の研究から出発した（潮見佳男「契約責任における『過失の標準』」前掲注52）契約責任の体系177頁〔初出1993〕、同『なす債務』の不履行と過失の判断構造同211頁〔初出1996〕のに対して森田はそうではないという研究史の観点からの違いもあろうか。

54) 必然的な根拠はないが、「自らの意思（合意）によって設定した契約規範に……」（森田・前掲注23）49頁とあること、その他「意思」による説明が重視されていること（同52頁参照）が手がかりとなろう。

が、そこから立ち入って「意思によって定めた」ことを重視するに至ると⁵⁵⁾、「意思によって定めた」ことは何かということが問われるべきことになる(この問題についてはIV 1において再び取り上げる)。

2 損害賠償請求・その2

2では、契約上の債務の不履行に基づく損害賠償請求の効果論から、賠償範囲に関する議論を取り上げる。伝統的見解は、民法416条1項が相当因果関係の原則を定めているものと解し、そのうえで同条2項にいう予見可能性を債務者の不履行時における予見可能性と解釈した(1))。これに対して、両当事者の契約時の予見可能性を契約の解釈によって判断することによって賠償範囲が決定されるものとする見解や、予見可能性には還元しないものの契約の解釈として契約を基点にリスク分配に関する判断を行うべきものとする見解が説かれている(2))⁵⁶⁾。後者としてここで挙げたのはそれぞれ平井宜雄と潮見佳男の見解であり⁵⁷⁾、前者を代表するものとしては我妻栄の見解を取り上げる⁵⁸⁾。

(1) 相当因果関係説と賠償範囲

伝統的見解は、賠償範囲は「債務不履行と相当因果関係に立つ全損害」であるとしたうえで⁵⁹⁾、民法416条1項がその相当因果関係の原則を定めており、同条2項がその基礎とすべき特別の事情の範囲を示していると解釈する⁶⁰⁾。そして、予見可能性は債務不履

行時を標準として債務者について見る⁶¹⁾。そこでは、標準時に関して「債務不履行時に損害の拡大する事情を予見または予見しうべきに拘わらず不履行をなす者は、その賠償をなすべきのは当然だからである」と述べられていることからして⁶²⁾、契約の定めを基準とするというよりは外在的に規範が設定されるという考え方に立っていることが窺われる。ここに、過失責任主義の考え方が見られる⁶³⁾。

(2) 保護範囲説と賠償範囲

a 平井宜雄『損害賠償法の理論』

「相当因果関係」概念に代えて、「被告の……行為という事実と……損害と評価される事実との間に存在する *conditio sine qua non* の関係」をいう「事実的因果関係」⁶⁴⁾、「事実的因果関係に立つ損害のうちどこまでを賠償させるのが妥当かという裁判官の政策的価値判断」をいう「保護範囲」⁶⁵⁾、そして「保護範囲内に存すると判断された損害をどのようにして金銭に評価するか」をいう「損害の金銭的評価」⁶⁶⁾という三つの理論的な分析道具概念を用意した平井は、このうち契約不履行に基づく損害賠償に関する保護範囲につき、次のように説く。

まず、「契約不履行にもとづく損害賠償において保護範囲を決定する基準となるのは416条であり」⁶⁷⁾、416条は予見可能性を「究極の要件」として賠償範囲を決定している⁶⁸⁾。そして、「予見可能かどうかは、……、契約不履行のあった当該契約当事者の

55) 森田・前掲注23)49頁においては「債務不履行責任における帰責性は、約束したことを履行しなかったこと、つまり、債務者が自らの意思(合意)によって設定した契約規範に従わなかったこと、という点に求めることができ、……」という考え方が示されている。

56) 同様に伝統的見解と近時の見解とを対比するものとして、山本・前掲注7)90頁、93-94頁、潮見佳男「損害賠償責任の効果——賠償範囲の確定法理」ジュリ1318号127頁、128-135頁(2006)。

57) 平井宜雄『損害賠償法の理論』(東京大学出版会、1971)、潮見・前掲注6)債権総論I。

58) 我妻・前掲注22)。

59) 我妻・前掲注22)118頁。

60) 我妻・前掲注22)120頁。

61) 我妻・前掲注22)120頁。

62) 我妻・前掲注22)120頁。

63) 山本・前掲注7)90頁。

64) 平井・前掲注57)135-136頁、142頁。

65) 平井・前掲注57)138頁、142頁。

66) 平井・前掲注57)142頁。

67) 平井・前掲注57)169頁。

68) 平井・前掲注57)171頁。

職業……，目的物の種類……，契約の目的……，契約当事者間の属する取引圏における慣行などを考慮し，当該契約当事者にどれだけの範囲について損害賠償義務を負わせるのが妥当かどうかという政策的な価値判断にもとづいて決定しなければならない⁶⁹⁾。このことから，平井は，「したがって，契約不履行における保護範囲の決定は，右のような政策的価値判断に導かれるところの契約の解釈という作業に等しくなるわけである」と述べる⁷⁰⁾。

そして，以上を基礎として，保護範囲を決定する「予見可能性」は，①契約締結当時における②両当事者のそれであることを説く。すなわち，②につき，「契約不履行にもとづく損害賠償の範囲は，契約の解釈に帰着するものであるとすれば，それはまさに契約両当事者にとっての問題である」として，実際上は債務者の予見可能性が重要だとしても理論上は両当事者の予見可能性を要求すべきだとする⁷¹⁾。さらに，①につき，「予見可能性の判断は究極的には契約の解釈に帰着する」ところ，「契約の解釈という作業は，契約締結当時の状況を背景として裁判所による当事者の合理的意思の探究ないしその名のもとにおける新たな規範の創出を意味する」のであって「保護範囲の画定に際しての契約の解釈もこれを前提とする」ので，予見可能性は契約締結当時において判断されるべきだとする⁷²⁾。そして，②の結論は，「契約の機能」の観点，すなわち，「契約の締結によって当事者は相互に一定の利益を取得することを目的とし，その利益の計算の上に立って取引関係を発展させる」のであって，当事者は契約によって得ようとする利益を「計算しつつ契

約関係に入る」のであるから，「契約不履行における損害賠償は，契約によって当事者が得ようとした利益の賠償として把握されなければならない」，という観点からも正当化されている⁷³⁾。

以上のとおり，平井は，「契約の解釈」によって契約締結当時の両当事者の予見可能性を判断することで保護範囲を決定すべきことを説いている。

b 潮見佳男『債権総論』

上記の平井説を承けて，その「制限賠償原則」と「保護範囲論」を支持しつつも「賠償範囲の確定問題を『予見可能性に基づく制限賠償』の思考様式に依拠させることに対して」疑問を唱えるのが⁷⁴⁾，潮見説である。

平井説に対して，潮見は，『契約によって保護された債権者の利益』を確認して『契約の意味と目的に従った責任の限界づけ』を図る際に考慮すべきファクターを，すべて契約当事者の『認識』の平面へと還元して，『予見可能性』概念に基礎付けられた賠償範囲確定ルールに凝縮できるのかが問題⁷⁵⁾。賠償範囲の確定は「当為規範のレベル」が決定的であるところ，「この当為規範に盛り込まれる内容を『予見』という認識レベルにすべてを還元し，正当化するのは，契約内容を確定しその履行過程でのリスク分配規準をあらゆる規範命題の言明として適切さを欠く」というのである⁷⁶⁾。

そのうえで潮見は，自身の見解を次のようにまとめる。「このように『予見可能性』に賠償範囲確定にあたっての決定的意義を見出さないとするならば，……『履行障害についてのリスク分配に関して，契約を基点として価値判断をおこなう』プロセスに焦点を当て

69) 平井・前掲注 57)171 頁。

70) 平井・前掲注 57)171 頁。

71) 平井・前掲注 57)173 頁。

72) 平井・前掲注 57)180 頁。

73) 平井・前掲注 57)180-181 頁。

74) 潮見・前掲注 6) 債権総論 I 351 頁。

75) 潮見・前掲注 6) 債権総論 I 351 頁。

76) 潮見・前掲注 6) 債権総論 I 352 頁。なお，これに伴って，416 条 2 項の『予見可能性』の対象は，「賠償範囲確定（履行障害についてのリスク分配）のための契約解釈にあたりどこまでの事情を取り込むかという観点から，文字通り『特別の事情』として捉えるのが適切であるということになる」とする（同頁）。

77) 潮見・前掲注 6) 債権総論 I 352 頁。

た分析が重要となる」⁷⁷⁾。「保護範囲による賠償範囲の確定」として問題となる作業は、平井の説くように『「当該契約当事者にどれだけの範囲について損害賠償義務を負わせるのが妥当かどうかという政策的な価値判断」……の具体化」作業であり、『契約の解釈』に還元される作業」である⁷⁸⁾。そして、『債権』（ないしは、契約から契約当事者に生ずる地位）に結びつけられたリスクに関する規範的評価」であり、『債務不履行がされたときに、実現を企図された契約利益の実現・不実現に伴うリスクをどの範囲で債務者に負担させるべきか』という点に関する当為判断」である⁷⁹⁾。

以上のとおり、潮見は、予見可能性への還元は拒絶しつつ、なお『契約の解釈』に還元される作業」⁸⁰⁾として、契約を基点としてリスク分配に関する価値判断を行うことで、賠償範囲を確定すべきことを説いている。

c 対比

(a) 相当因果関係説と保護範囲説 我妻説が過失責任主義を背景として相当因果関係説に立つのに対して、以上に概観した平井説と潮見説は、いずれも保護範囲説として位置付けられる。そして、両者はいずれも、「契約の解釈」によって賠償範囲を確定することを説く点において共通している（契約モデル）。

(b) 契約＝予見モデルと契約＝利益モデル

しかし、両説の間には構成の差が存在している。いずれにおいても「契約の解釈」として「当該契約当事者にどれだけの範囲について損害賠償義務を負わせるのが妥当かどうかという政策的な価値判断」を行うことになるのであるが、平井説は、その作業をすべて契約締結時における「予見可能性」の判断に還元する（契約＝予見モデル）。それに対し潮見説は、同じ作業を予見可能性の判断に

は還元されない判断として、契約利益の実現についてのリスク分配に関する当為判断をそれとして行う（契約＝利益モデル）。

d 検討

(a) 契約＝予見モデル——平井説 平井は、保護範囲の決定のために予見可能性の判断を行うべきことを説くところ、その予見可能性の判断が「契約の解釈」であることを明言する⁸¹⁾。

もっとも、ここでいう「契約の解釈」は、あくまでも、「契約不履行のあった当該契約当事者の職業……、目的物の種類……、契約の目的……、契約当事者間の属する取引圏における慣行など」を考慮した「当該契約当事者にどれだけの範囲について損害賠償義務を負わせるのが妥当かどうかという政策的な価値判断」に基づく予見可能性の判断に他ならない⁸²⁾。それは、本稿がこれまで念頭に置いていた、そして一般に念頭に置かれる、契約内容の確定の手段としての契約の解釈ではない。このことは平井自身明言するところであって、「契約の解釈といっても、ここで問題となっているのは、通常言われるもの——法律行為の解釈の一環としての契約の解釈、すなわち当事者の意思あるいは表示の意味を明らかにする作業としての契約の解釈——とは性質を異にする」、「後者の意味での契約の解釈によって契約の意味内容が明確に定まっている契約について不履行があったときにはじめて、保護範囲を決定する作業としての契約の解釈が問題となる」、ということが述べられている⁸³⁾。このように、平井自身の整理によれば、平井説は契約の解釈という設問を置くものではあるが、契約内容確定問題を置くものではない、ということになる。さらに、一方では、用語法につき外在的な基準に立脚して、契約の解釈ということばは用いられていてももはや契約の解釈と見るべきではないと言うこともできよう。ただ、他方で

78) 潮見・前掲注6) 債権総論 I352 頁。

79) 潮見・前掲注6) 債権総論 I353 頁。

80) 潮見・前掲注6) 債権総論 I352 頁。

81) 平井・前掲注57)171 頁。

82) 平井・前掲注57)171 頁。

83) 平井・前掲注57)171 頁。

は、こうした作業もまた契約内容の確定なのだと言う余地もある。そうした中で本稿では、契約内容の確定と言えるもの、または契約内容の確定ということばが用いられているものを広く「契約内容の確定」として取り上げることとし、「契約の解釈」についても同様とする。したがってここでの議論も契約内容確定問題、設問としての「契約の解釈」を提示するものとして、位置付けることとする。

ここでの「契約の解釈」が予見可能性の判断に他ならないことから、「契約の解釈」という設問が置かれる理由も、保護範囲を決定する基準となるのが民法416条であり、同条が予見可能性によって損害賠償の範囲を制限しているから、ということになろう⁸⁴⁾。

ところで、予見可能性につき、両当事者の契約締結時におけるそれを判断すべきだという解釈論的帰結を導いているのは、予見可能性の判断が契約の解釈に帰着するということである⁸⁵⁾。もっとも、そこでいう「契約の解釈」が契約内容の確定作業とは性質の異なるものであって種々の事情を考慮して政策的な価値判断のもとに予見可能性を判断するという作業なのであれば、通常の契約内容確定手段としての契約解釈と同じように「それは契約両当事者にとっての問題であ」⁸⁶⁾るとは必ずしも言えないように思われる。予見可能性を債務者について考えることは可能であり、その場合も同質の判断が行われると考えられるからである。同様に、「契約の解釈という作業は、契約締結当時の状況を背景として裁判所による当事者の合理的意思の探究ないしその名のもとにおける新たな規範の創出を意味する」⁸⁷⁾ということは、通常の契約解釈については言えるとしても、「これを前提とする」にとどまる「保護範囲の画定に際しての契約の解釈」⁸⁸⁾については自明でな

く、後者について「契約締結当時においてなされるべきことが帰結される」⁸⁹⁾とは必ずしも言えないように思われる。

ここで、契約締結時の予見可能性を問題にすべきことが、「契約の機能」の面から正当化されることが述べられていること⁹⁰⁾に注目したい。ここに実質的な理由があると考えられ、契約の解釈だから両当事者の契約締結時の予見可能性が問題になるというよりもむしろ、「契約の締結によって当事者は相互に一定の利益を取得することを目的とし、その利益の計算の上に立って取引関係を発展させる」という「契約の機能」があり、それゆえ「契約不履行による損害賠償は、契約によって当事者が得ようとした利益の賠償として把握されなければならない」⁹¹⁾、という理解、つまり当事者の契約締結時の判断を尊重すべきとの理解から、両当事者の契約締結時における予見可能性を問題とすべきことが導かれ、それとともに予見可能性の判断としての「契約の解釈」が問われるに至る、と理解するのが適当だと思われる。

(b) 契約＝利益モデル——潮見説 平井説が、意識的に、契約締結時の予見可能性を問題にしていたのに対して、潮見説は、これまた意識的に、問題を「予見」という認識レベルから切り離す。それでも、潮見説は、平井説と同様、契約を基点としたリスク分配に関する価値判断によって保護範囲を決定するものとし、かつ、その判断を「契約の解釈」に還元する。

ここでいわれる「契約の解釈」という作業の内実は、『債権』（ないしは、契約から契約当事者に生ずる地位）に結びつけられたリスクに関する規範的評価』『債務不履行がされたときに、実現を企図された契約利益の実現・不実現に伴うリスクをどの範囲で債務者に負担させるべきか』という点に関する為

84) 平井・前掲注57)169頁。

85) 平井・前掲注57)173頁，180頁。

86) 平井・前掲注57)173頁。

87) 平井・前掲注57)180頁。

88) 平井・前掲注57)180頁。

89) 平井・前掲注57)180頁。

90) 平井・前掲注57)180頁。

91) 平井・前掲注57)180頁。

判断」であって⁹²⁾、これは平井説における「当該契約当事者にどれだけの範囲について損害賠償義務を負わせるのが妥当かどうかという政策的な価値判断」と一致する⁹³⁾。

そこでは、賠償範囲の確定はリスク分配に関する規範的な判断によるべきであるという理解の下で、認識とは切り離れた形で、かつ、契約を基点として、そうした価値判断を行うべきことが説かれ、そうした価値判断として「契約の解釈」が問われるに至っている。「契約の解釈」とされるのは、「実現を企図された契約利益の実現・不実現に伴うリスク」が問題になっているからであり、「契約を基点として価値判断をおこなう」からである。また、認識のレベルから切り離されているのは、総合的に規範的な評価をすべきであり、それを認識レベルに還元するとフィクション性が強まるので適切でないと考えていること、リスク分配を含めた契約内容がその都度定まるもの、時間的に広がりをもった存在として契約を理解していること、などによるものと考えられる。

(c) 両説における「契約の解釈」の特徴

平井説においても潮見説においても、「契約の解釈」として行われる価値判断は、どの範囲で賠償義務＝リスクを負担させるべきかということにかかわるものであって共通である。そのうえで、平井説は、当事者による事前設計という要素を重視して、予見可能性の問題として論じる。そこでは、当事者を經由した判断の正当化が行われる。これに対し

て、潮見説では、予見とは切り離れた形で契約利益に関するリスク分配を論じる。そこでは、判断者の判断が正面から問われることになる。

3 履行請求

3では、契約締結後の事情が変動した場合に履行請求を免れることを認める法理として一般に存在が認められている事情変更法理に関する議論を取り上げる⁹⁴⁾。事情変更法理は、伝統的には信義則に基づいて外在的に契約の拘束力を制限する法理として位置付けられてきたが(1)、近時、これを契約内容の確定問題として位置付けるべきことを説く見解が現れている(2)。具体的には、前者を代表するものとして五十嵐清の見解を⁹⁵⁾、後者を代表するものとして吉政知広の見解を⁹⁶⁾、それぞれ中心に取り上げる。

(1) 外在的制約としての事情変更

伝統の見解を代表する五十嵐説では、「事情変更の原則」は「従来の私法理論の形式的適用より生ずる不公平な結果を是正するために認められるものであり、まさに信義則適用の一場面であるということができ」、「この原則の適用を認めるべきかどうかの最終的判断にあたっては、信義則によらざるをえないであろう」とされる⁹⁷⁾。ここには、契約外在的な制約として、事情変更法理を位置付ける見方が示されている。

もともと、五十嵐は、勝本正晃によって提

92) 潮見・前掲注6)債権総論I353頁。

93) 潮見・前掲注6)債権総論I352頁。

94) 「事情変更の原則」を体系的にどう位置付けるかについては、その効果論が安定を見ていないのみならず、想定される効果が複層化していることから、必ずしも容易ではない。たとえば潮見・前掲注6)債権総論I197頁は、「事情変更・行為基礎障害の理論」が、契約内容改訂へのイニシアティブを与えるという「オフェンス面」と、履行請求に対する履行拒絶の抗弁となるという「ディフェンス面」との両面を持つことを指摘しつつ、あくまでも「便宜的に」、「履行請求権の貫徹障害」という項目の下で取り扱うことを宣言する。また、山本敬三『民法講義IV-1契約』101頁以下(有斐閣,2005)は、「契約の効力」のうち「契約の履行」に関する問題の一つとして「事情変更」を取り上げるが、それは「契約の締結後、債務の履行に障害が生じたことを理由に債務の履行をまぬがれる可能性」と「契約の締結後、反対債務の履行に障害が生じたことを理由に債務の履行をまぬがれる可能性」との両者にかかわるものとされている(同56頁,93頁)。

95) 五十嵐清『契約と事情変更』(有斐閣,1969)、谷口知平=五十嵐清編『新版注釈民法(13)』63頁以下〔五十嵐清〕(有斐閣,1996)。

96) 吉政知広「契約締結後の事情変動と契約規範」『事情変更法理と契約規範』9頁(有斐閣,2014)〔初出2003〕。

97) 谷口=五十嵐編・前掲注95)68頁〔五十嵐清〕。

示された「事情変更の原則は意思表示の問題に非ず」という命題⁹⁸⁾を検討する際に、「今日では、ライト卿やラーレンツの理論に見られるように、事情変更の原則を意思表示の客観的解釈として構成する可能性が与えられている」と述べ、「この点からの再検討が必要である」としている⁹⁹⁾。そして、そこには、「もつとも、勝本博士自身、その後、意思表示の客観的解釈の必要性を認め……、さらに、昭和32年4月29日の日本私法学会の席上、事情変更の原則を契約の解釈として認めうる旨、発言された。」という脚注が付されている。この点を捉えて、たとえば内田貴は、五十嵐が「事情変更の原則を契約の客観的解釈で正当化する見解」に立っていると見るようである¹⁰⁰⁾。しかし、これ以上の論及はないこと、のちに上記箇所を参照されていた「ラーレンツ」の行為基礎論につき「ドイツでも異論が多く、わが国でどの程度採用されるかは疑問であるが」と述べたり、「信義則によらざるをえない」と述べたりしていることからすれば¹⁰¹⁾、五十嵐は、最終的には、契約の解釈として事情変更の原則を認める見解には立っていないと見るべきであろう。

ところで、我妻の見解もまた、基本的にこうした伝統的見解と共通するものと言えるのであるが、そこには折衷的な要素も見出し得る。というのも、一方で、要件として「契約の文言通りの拘束力を認めては信義の原則に反した結果となること」を挙げていること¹⁰²⁾や、事情変更の原則が「新しい契約理論から当然に」認められるべきものであるとしているところ¹⁰³⁾、「新しい契約理論」とは「契約をもって、私人間の関係を合理的に

処理する——重要な、然しあくまでも、一つの——手段に過ぎない」という考え¹⁰⁴⁾、契約も「種々の方面からする社会の意識的統制に服する」という考え¹⁰⁵⁾を指しているものと考えられることからすれば、事情変更の原則を契約外在的な制約として位置付けていると言えるが、他方で、「事情変更の原則とは、すべての契約は、暗黙のうちに、『その契約が締結された時の事情がそのまま存続する限りにおいてのみ効力を有する』という約款(clausula rebus sic stantibus)を含んでいる、従って、その事情が変更したときは、契約は、もはや拘束力をもたない、という意味である」(傍点引用者)という記述があり¹⁰⁶⁾、これを、「事情変更の原則は、……認められるべきものである」という箇所¹⁰⁷⁾にそのまま当てはめると、我妻説において認められているところの事情変更の原則も、暗黙の約款によるものとして契約内在的なものとする余地もあるからである。とはいえ、「約款」という説明は歴史的説明にとどまっており、「契約内容決定の自由とその制限の形式」という項目の下で論じられていることからすれば、やはり契約外在的な説明と受け取るべきであろう。

(2) 内在的限界としての事情変更

これに対して、事情変更法理を契約内容確定問題として位置付けるのが、吉政説である。吉政は、まず、契約締結後の事情変動をめぐるドイツ法の議論の中に、「当事者の意思表示に着目するアプローチ」(意思表示アプローチ)と「当事者が設定した契約規範に着目するアプローチ」(契約規範アプローチ)という二つのアプローチを見出す¹⁰⁸⁾。いわ

98) 勝本正晃『民法に於ける事情変更の原則』25頁以下、461頁以下(有斐閣、1926)。

99) 五十嵐・前掲注95)149頁。

100) 内田貴『契約の時代』112頁(岩波書店、2000)[初出1993]。そしてその見解が「有力である」とする(同118頁)。

101) 谷口=五十嵐編・前掲注95)66頁、68頁[五十嵐清]。

102) 我妻栄『債権各論上巻(民法講義V-1)』26-27頁(岩波書店、1954)。

103) 我妻・前掲注102)26頁。

104) 我妻・前掲注102)26頁。

105) 我妻・前掲注102)12頁。

106) 我妻・前掲注102)25頁。

107) 我妻・前掲注102)26頁。

108) 吉政・前掲注96)51頁。

く、前者は、「当事者がその意思表示の内容に拘束されるという理解」を出発点に据え、「当事者が事情変動についてどのような表象を有していたのかという点」は、「原則として、法的に顧慮されない動機として」位置付け、ただ「一定の要件の下で本来ならば動機に過ぎないはずの事情変動に対する表象を顧慮して修正を行なう」というものであり¹⁰⁹⁾、そこで事情変更法理は「原則としてそのまま承認されるはずの当事者意思に対する制限」として位置付けられるのに対して¹¹⁰⁾、後者は、「契約を締結することによって、当事者は事情変動によって生じうる不利益を配分する一定の規範に拘束されるという理解」を出発点に据え、「当事者がいかなる場合に給付義務から解放されるのかという点」を「当事者が設定した契約規範に照らして」判断するというものであり¹¹¹⁾、そこで事情変更法理の問題は「当事者の合意とリスク配分に関する規範からなる、契約規範の内容確定と適用の問題に解消されることになる」¹¹²⁾。そのうえで、日本法の「事情変更の原則」が「意思表示アプローチ」に対応するものと捉えつつ¹¹³⁾、「契約を通じてどのような権利義務関係を設定するかということは、当事者の私的自治に委ねられている」のであるから、「事情変更法理を、当事者が締結した契約の内容を制限または変更する法理として位置付けようとする、意思表示アプローチの前提」は適切でなく、「むしろ、当事者が契約においてどのような事情変動を克服することを義務づけられているのかという点が問題にされなければならないはずである」とし、日本法においても「契約規範アプローチ」を採用すべきことを説く¹¹⁴⁾。

ここでは、契約締結後の事情変動に関するリスク分配を行うために、契約内容の確定という問いが立てられており、そこには契約を通じて当事者が自ら権利義務関係を設定する

ことを尊重するねらいがある、ということが言える。

もっとも、以上のように事情変更法理を契約内容確定問題として位置付けることに対しては、有力な異論もあるところであるが¹¹⁵⁾、内容を先取りすれば、それらは、契約内容の確定によっては対処し得ないということから来る異論であるところ、異論の当否は「契約内容の確定」によって対処できるか、ということを考えることで明らかになると言えるため、IV 1 で検討する。

なお、吉政説において、「契約内容の確定」が「契約の解釈」によって行われるのかどうかについてはとくに言及がないが、「契約の解釈」として行われるとわれわれが考えるべきかどうか、この問題を考えることで明らかになる。

4 小括

以上、II では「契約の解釈」「契約内容の確定」といった設問を置く側の議論空間の状況を検討してきた。ここで、設問が置かれた文脈 (1) と、解答方法にかかわる含意 (2) とに注意しながら、検討結果をまとめておきたい。

(1) 設問のねらい

まず 1 では、損害賠償請求の要件論から、帰責事由をめぐる議論空間を取り上げた。ここではとくに森田宏樹の見解と潮見佳男の見解を検討したが、いずれも、「契約の解釈」によって「契約内容の確定」を行い、それによって帰責事由の判断構造、帰責事由の有無を決すべきことを説くものであった。そして、そこでの「契約内容」とは、債務者は何に義務付けられているのか、というまさに契約上の債務の内容・射程に関するものであった。すなわち、結果の実現それ自体を約した

109) 吉政・前掲注 96)52-53 頁。

110) 吉政・前掲注 96)54 頁。

111) 吉政・前掲注 96)54-55 頁。

112) 吉政・前掲注 96)57 頁。

113) 吉政・前掲注 96)58 頁。

114) 吉政・前掲注 96)60-61 頁。

115) 潮見・前掲注 6) 債権総論 I や、石川博康『再交渉義務の理論』(有斐閣, 2011)。

のか一定の注意義務を負うにとどまるのか、後者の場合いかなる行為義務を負っているのか、といった内容であるが、そこには、程度ないし濃淡の要素があることに特徴があると言える。

次に2では、損害賠償請求の効果論から、賠償範囲の確定をめぐる議論空間を取り上げた。そこではとくに平井宜雄の見解と潮見佳男の見解を検討したが、いずれも、「契約の解釈」として、どこまで賠償させるべきかというリスク分配に関する価値判断を行うことで、賠償範囲を決るべきことを説くものであった。そして、とくに平井説においてはそこでの「契約の解釈」は「契約内容の確定」とは異なるものとして捉えられていることが明示されていた。それを捉えて、ここで言われている作業はもはや「契約の解釈」とも言えないと位置付けることも可能であるが、逆に、このような作業をも「契約内容の確定」作業に含めて理解する余地もあろう。

最後に3では、履行請求に関するものとして、事情変更をめぐる議論空間を取り上げた。具体的にはとくに吉政知広の見解を取り上げて検討したが、ここでは、契約締結後の事情変動に伴うリスク分配を、「契約内容の確定」として行うべきことが説かれていた。これに対して、契約内容の確定問題として捉えることに対しては異論もある。それらは、契約内容の確定によっては対処し得ないということから来る異論であるところ、異論の可否は「契約内容の確定」によって対処できるか、ということを考えることで明らかになる(IV 1で扱う)。ところで、吉政説において、「契約内容の確定」が「契約の解釈」によって行われるのかどうかについてはとくに言及がないが、「契約の解釈」として行われるとわれわれが考えるべきかどうか、この問題を考えることで明らかになる。

(2) 解答方法論への示唆

1で取り上げた議論空間における森田説と潮見説は、第一に、いずれも帰責事由の判断を「契約内容の確定」とりわけ「契約の解釈」に帰着させるものであるが、それは、帰責の根拠を、森田説の場合は直接に「契約の拘束力」の原理に、潮見説の場合は直接または間

接に「自己決定による自己責任」の原理に、求めていることによる。そうすると、そうした帰責根拠の理解に整合的な契約の解釈が求められると言えよう。一方の森田説に沿って言えば、帰責根拠が「契約の拘束力」にあるということからは、「契約」の内容は何かということ問うべきことまでしか導かれないが、さらに、ここでは「約束したことを履行しなかったこと、つまり、債務者が自らの意思(合意)によって設定した契約規範に従わなかったこと」に帰責性が求められるとも言われていることからすると、とりわけ、「約束したこと」とは何か、「自らの意思(合意)によって設定した契約規範」とは何か、ということ問うべきである、と言える。他方の潮見説では、「自己決定によって引き受けた」ことに帰責の根拠を求める以上は、「自己決定」は何か、ということ問うべきである、と言える。また第二に、確定すべき「契約内容」といっても、それは、結果の実現それ自体を約したのか一定の注意義務を負うにとどまるのか、後者の場合いかなる行為義務を負っているのか、といった内容である。そうした「強度」については明示の定めを置いていないことも多いと考えられるため、定めがない場合の「契約の解釈」「契約内容の確定」がいかにして行われるべきかということが重要性を持つ。

2で取り上げた議論空間における平井説と潮見説は、いずれも賠償範囲の確定のための価値判断を「契約の解釈」として行うことを説くものであるが、そこで要請される「契約の解釈」は、まず、価値判断を引き受けるものでなければならないこと、次に、そこでの価値判断は、契約を基点とした判断でなければならないこと、を指摘することができる。さらに、そこから先になると、平井説における「契約の解釈」は、契約締結時の当事者の予見可能性という「事前」の「認識」を構成する作業として捉えられるのに対して、潮見説における「契約の解釈」は、より直截な価値判断であり、事後的な価値判断として事後の観点から現在におけるリスク分配規範を導く作業として捉えられるという違いも見られる。

3で取り上げた議論空間における吉政説

は、「契約内容の確定」によって契約締結後の事情変動に関するリスク分配のあり方を定めるべきことを説くものであった。そこで念頭に置かれている実質は「契約を基点とした判断」であり、そのようなものとして「契約内容の確定」作業を行うべきことが説かれていると言える。また、この問題領域においてはほとんどの場合契約に明示の定めがないことから問題化していると考えられ、定めがない場合の「契約内容の確定」がいかにあるべきかが問われる。

Ⅲ. 契約内容確定法理と解答方法論としての契約解釈論

Ⅲでは、解答方法を用意する側の議論空間につき検討する。契約内容の確定という問題に対していかにして解答するか、すなわち、いかにして契約内容の確定を行うかということに関する議論を分析することがⅢの課題である。

具体的には、まず、契約内容を確定するための最重要の手段である「契約の解釈」についての議論を検討する(1)。次に、「契約の解釈」以外の方法による契約内容の確定について検討する(2)。そのうえで、以上とは次元を異にする議論として、契約内容をいかにして正当化するかという、原理的な問題を検討する(3)。

1 「契約の解釈」の構造——契約解釈論の展開

「およそ契約はいかに解釈すべきか」という解答方法をめぐる議論こそ、いわゆる契約の解釈に関する議論、契約解釈論であり、これまでに一定の議論の蓄積を見ている。1では、これまでの契約解釈論の展開を振り返り、「契約の解釈」という設問——すなわち

「この契約をいかに解釈すべきか」という設問——に対していかなる解答方法がこれまでに用意されているかということを検討する。

もっとも、契約の解釈に関する学説史研究という観点からは、既に複数の先行研究が詳細な分析を行っている¹¹⁶⁾。そこで、以下の記述は、先行研究以降の動向を付加するとともに、とくに重要と思われる見解について、契約の解釈という営みの構造、という観点から位置付けを与える、といった程度にとどめる。

(1) 一元的構造・その1——「表示の意味」

大正時代から昭和初期にかけて確立した伝統的通説は、一元的な構造を持つものであった。ここでは、その代表的論者である我妻栄の所説¹¹⁷⁾を取り上げる。

我妻説は、法律行為の解釈を、「表示行為の有する意味を明らかにすること」「表示行為が有すべき客観的な意義を決定すること」だとする¹¹⁸⁾。これは、「解釈の本質」から導かれている。いわく、「法律行為解釈の任務」は「第一に、普通人のする表示行為を組成する言語・挙動などの曖昧・不完全なものを明瞭・完全にし、第二に、非法律的なものを法律的に構成し、かようにして、当事者の達しようとする社会的目的に法律的助力を与えることのできる基礎を作ること」であって、「表意者のかくれた真意(内心的効果意思)を探究すること」ではない(後者を任務と考えるのは「誤った個人意思自治の思想に膠着して、意思表示が専ら表示行為を介して為されるものであることを忘れた考」である。)¹¹⁹⁾。そして、解釈の「重要な標準」として、「当事者の目的」「慣習」「任意法規」「信義誠実の原則」の四つが挙げられる¹²⁰⁾。なお、「意思表示のなされた当該の事情」は、標準ではなくむしろ表示行為そのものを組成するものとして位置付けられている¹²¹⁾。

この我妻説は、解釈を「表示の意味」の探

116) 野村豊弘「法律行為の解釈」星野英一編代『民法講座第1巻』291頁(有斐閣、1984)、山本・前掲注4)、沖野・前掲注4)。

117) 我妻・前掲注2)「ダンスの『裁判官の解釈的作用』、『民法総則』、我妻・前掲注12)。

118) 我妻・前掲注12)249頁、256頁。

119) 我妻・前掲注12)249-250頁。

120) 我妻・前掲注12)250頁。

121) 我妻・前掲注12)250頁。

究として一元的に捉えるものであり、後述の見解と比較した場合に、一元論として特徴づけることができる。もちろん後述の見解も解釈につき定義を加えようとするれば「意味」に一元的に還元することにもなりその点では異なるのであるが、ここでは、判断構造が重層化しておらず考慮要素としての標準が挙げられるにとどまっている点が、その一元論たるゆえんである。

(2) 多元的構造——本来的解釈・規範的解釈・補充的解釈

(a) 序 以上にみた我妻の立場は、曄道文藝のそれ¹²²⁾とあわせて通説的見解を形成したが¹²³⁾、昭和30年代以降、さまざまな観点から再検討が行われて現在に至っている。その内容は、沖野眞巳により、①第一に「いわゆる『法律行為の解釈』には、法律行為の意味を客観的に確定する作業と裁判官が法的価値判断に基づいて法律行為の内容を合理的に確定する作業という異なる二つの作業が含まれていることが指摘された」こと、②第二に「『解釈』の方法・基準を考えるにあたってとりわけ、法律行為一般について論じることに対する疑念が表明された」こと、③第三に「契約の場合に、当事者の意思が一致しているときには、表示の客観的意味を問うことなく、当事者が一致して表示に付与した主観的意味で表示が効力を有することを認めるべきであることが……主張された」こと、④第四に「解釈には『意味の発見』と『意味の持ち込み』という二種の異なる作業があり、具体的な解釈基準もそれを前提として論

じられるべきだ」と主張されたこと、の四点にまとめられている¹²⁴⁾。この四点に、⑤補充的契約解釈という作業の存在が指摘されたこと、を加えた五点をもって、現在までの動向と言うことができる。

これらのうち、②は本稿も既に前提としている。次に、①④は、川島論文¹²⁵⁾や穂積論文¹²⁶⁾によるところが大きいものである。これらも契約の解釈をめぐる議論としてきわめて重要であるが、社会学的関心によるところが大きく必ずしも解釈論的主張を伴うものではないこと¹²⁷⁾、①④で説かれる「意味の発見」と「意味の持ち込み」との区別は、③⑤で説かれる後述のような区別と独立のものであり、直接に解釈論的な枠組を示す後者を独立に取り上げることができると考えられること¹²⁸⁾から、ここでの叙述からはさしあたり除外する。本稿にとって重要なのは、具体的な解釈方法に関する③⑤である。これらによって、契約の解釈という営みが、重層構造を持つものとして考えられるようになったと言える。以下、こうした動きについて敷衍する。

(b) 本来的解釈の分離 (aa) まずもって両当事者の共通の意思を探究し、それがあれば両当事者が一致して表示に与えた意味によって解釈すべきことについては、ほぼ¹²⁹⁾異論がない。これは「主観的解釈」「事実的解釈」などとも呼ばれるが¹³⁰⁾、本稿では「本来的解釈」と呼ぶこととする。

本来的解釈の存在を強調したのは、星野説¹³¹⁾、内池説¹³²⁾、賀集説¹³³⁾であった。また、平井説¹³⁴⁾も本来的解釈を説くもので

122) 曄道・前掲注2)「法律行為ノ解釈(民法第九十二条)」,「続法律行為ノ解釈」。

123) 沖野・前掲注4)「(2)」500頁。

124) 沖野・前掲注4)「(2)」514-519頁。

125) 川島・前掲注3)「法律行為」。

126) 穂積・前掲注3)。

127) 平井・前掲注1)87頁。

128) 沖野・前掲注4)「(2)」521-522頁も、「狭義の解釈」「補充的解釈」「修正的解釈」の区別と「意味の発見」「意味の持ち込み」との対応関係が明らかでないことを論じている。

129) 例外として、滝沢昌彦「表示の意味の帰責について——意思表示の解釈方法に関する一考察——」一橋大学研究年報法学研究19号181頁以下(とくに305-306頁)(1989)がある。

130) 沖野・前掲注4)「(2)」521頁。

131) 星野・前掲注3)。

132) 内池・前掲注3)。

133) 賀集・前掲注3)「盲判を押しした契約は有効か」,「契約の成否・解釈と証書の証明力」。

134) 平井・前掲注1)。

ある。各論者の示す論拠は異なっており興味深い。ここでは星野説と平井説とを比較するにとどめる。一方で、星野説は、「契約当時は実は意思の合致があったが、一方が、後からそれでは都合が悪いと思って、自分はそういうつもりではなかったといつてがんばることがしばしばある」が「後から開き直った者を保護する必要はない」ということを理由としている¹³⁵⁾。これに対して平井説は、『表示の合致』または『意思の合致』のいずれから出発すべきかは、決定するのにはなほだ困難な問題である」としつつも、「意思理論の存在する法系におけるように過度に意思を重視するというイデオロギー（たとえば、フランスにおけるように、すべての権利義務を意思から導き出すような）からは自由でなければならない」が、財の配分の仕組みとしての市場機構の重要性や、将来の権利義務関係を設計するという契約法学の任務などからすると、「契約上の権利義務関係の基準、すなわち契約の解釈の対象は、内面的効果意思の合致……である」と述べている¹³⁶⁾。両者を比較すると星野説の方がミクロの観点、平井説の方がマクロの観点からアプローチしていると言えそうであるが、いずれにせよ、これらの理由から、本来的解釈の優先性はほぼ一致して肯定されている。

(b) こうして当事者の意思が一致している場合が切り出されるとして、当事者の意思の一致が認められない場合にどのように扱うかという点については、様々に見解が分かれる。ここでは、平井説、星野説、内池説および賀集説、の三つを取り上げる。「本来的解釈」に当たらない場合を「規範的解釈」と呼ぶことが多く、本稿でもその呼称を用いる。もっとも、その内容が様々に異なることは以下に示すとおりである。

まず、平井説は、この場合に合意の成立を

認めない。たしかに平井説は共通の意思の探究のほかに「規範的解釈」の存在を認めている。すなわち、「本来的解釈（つまり『共通の意思の推尋』）という形をとりつつも、あるいはそれをもとらないで、行われるところの裁判官による規範の定立、すなわち、契約当事者の意思如何に関わりなく行われる契約上の権利義務を創造する作業」としての「規範的解釈」を措定する¹³⁷⁾。その意味で、本来的解釈と規範的解釈との二元的構造を持つ。しかし、そこでいう規範的解釈は、「契約当事者間に合意が存在する（つまり、契約が成立する）場合において……、その合意どおりの権利義務関係の成立を承認するのは適切でない、と判断されるときに登場する」ものであって¹³⁸⁾、「合意の存在が認定できないときは、合意がなかったもの（不成立）として扱」われるのである¹³⁹⁾。

これに対して、以下に見る二つのように、多くの見解はこの場合も何らかの意味での成立を認める。

まず、星野説は、両当事者の内心の意思が一致している場合について上記のとおり伝統的通説を批判したものであるが、それ以外の場合つまり両当事者の内心の意思が一致していない場合の処理については、伝統的通説と異なる。すなわち、「両当事者により表示されたところが一致していれば契約は完全に成立」するものとし、「慣習」「任意規定」「条理」（「信義誠実の原則」）を参考にして「契約に用いられた用語その他の客観的な意味」に解すべきだとする¹⁴⁰⁾。これは、「各自は、その使用する言葉その他の表現方法がその社会において有する意味に解されることを覚悟して行動するべきものであり、表現方法の意味につき間違っただけで考えていた人は、客観的な意味に解されて不利を蒙ってもやむを得ないとすべきだからである」とされる¹⁴¹⁾。結局、

135) 星野・前掲注3)176頁。沖野はこれを「実質的配慮」「実質的な考慮」と評している（沖野・前掲注4）「(2)」516-517頁）。

136) 平井・前掲注1)80-84頁。

137) 平井・前掲注1)102頁。

138) 平井・前掲注1)104頁。

139) 平井・前掲注1)102頁。

140) 星野・前掲注3)176-178頁。

141) 星野・前掲注3)177頁。

星野説における契約の解釈は、共通の意思の探究と、表示の客観的意味の探究との二元的構造を持っていると言える。

これに対して、内池説・賀集説は、これらも星野説と同様両当事者の内心の意思が一致している場合について伝統的通説を批判したものであるが、それ以外の場合つまり両当事者の内心の意思が一致していない場合についても、伝統的通説と袂を分かたず。すなわち、内池説においては、「当事者の主観的合致は契約成立の要素を為す」と解する結果「当事者間に了解を欠く場合は、不合意の観念に含まれることとなり、そのうち誤解に基づく不合意は契約の成立を妨げ、錯誤に基づく不合意の場合には一定の場合にのみ無効となると解する¹⁴²⁾。そこでは結局、表現行為面における責任が双方にある場合には不成立となり、いずれか一方にある場合には他方の付与した意味によって解釈されることとなる¹⁴³⁾。賀集説においても、真意の合致が認められない場合には「表示をまちがえた一方当事者の意思表示を補充して完成させ」「他方の意思表示に符合させる」ことで結局後者の付与した意味によって解釈することとなる¹⁴⁴⁾。内池説・賀集説における契約の解釈は、共通の意思の探究と、各当事者の帰責性判断との二段階から成る二元的構造を持っていると言える。

(c) 補充的解釈の発見 以上が③の概観であったが、次に⑤について見ると、山本敬三「補充的契約解釈」¹⁴⁵⁾によって、定めがない場合に行われる契約解釈として、補充的解釈という作業の存在が指摘された。それは、契約中に定めがない場合でも「できるかぎり両当事者の下した評価を尊重し、個々の事案に即した解決をはかろうとする」ものである¹⁴⁶⁾。川島武宜『民法総則』¹⁴⁷⁾以来、解釈と補充との区別は意識されてきたが、解

釈と区別される補充についてはもっぱら客観的規範の適用が問題とされてきたところ、個別的な補充として補充的解釈という中間項を指すべきことが説かれたのである。

(d) 小括——中間試案 以上概観した動向のまとめに代えて、今般の債権法改正における立法提案をここで確認することとした。

法制審議会民法（債権関係）部会「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」「第29 契約の解釈」は、以下のように定めている。「1 契約の内容について当事者が共通の理解をしていたときは、契約は、その理解に従って解釈しなければならないものとする。／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。／3 上記1及び2によって確定することができない事情が残る場合において、当事者がそのことを知っていれば合意したと認められる内容を確定することができるときは、契約は、その内容に従って解釈しなければならないものとする。」¹⁴⁸⁾（以下、順に「第一ルール」「第二ルール」「第三ルール」と呼ぶ。）

ここでは立法過程の評価に詳しくは立ち入らないが、以上の立法提案に対して、学者委員から賛成こそあれとくに反対は出ておらず、おおむね学説の共通理解を表していたと言ってよいと思われる。もちろん、規範的解釈のあり方については様々な見解があり、上記(b)で取り上げた見解の中にも第二ルールと一致しないものもある。また、第三ルールに示されたような補充的解釈の理解をめぐっては必ずしも一致を見ていないと思われる。し

142) 内池・前掲注3)218-219頁。

143) 内池・前掲注3)219頁。沖野・前掲注4)「(2)」517頁も参照。

144) 賀集・前掲注3)「契約の成否・解釈と証書の証明力」200頁、201頁。

145) 山本・前掲注4)。

146) 山本・前掲注4)「(5)」37頁。

147) 川島・前掲注3)民法総則188頁以下（「法律行為の解釈」）、250頁以下（「有効な法律行為の効果意思の補充」）。

148) 法制審議会民法（債権関係）部会・前掲注9)「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」。

かし、少なくとも、この中間試案のように重層化したものとして契約の解釈という営みが捉えられていること、とりわけ第一ルールのとおり本来の解釈の優先性は認められていること、という点においては現在のところほぼ一致を見ていると言うことはできよう。

(3) 一元的構造・その2 —— 「共通の意思」

以上が、学説の大まかな流れであり、現在は学説史上安定期に入っていたように思われる。しかし、債権法改正の過程において、上記(2)(d)で見た中間試案に対して、学者委員は賛成したもの、実務家委員とくに裁判官の反対が強かったためコンセンサスが得られず、立法が見送られるという事態が生じた。この一連の事実について、単に学説に対する実務の無理解として済ませることはできないと思われる。この過程でなされた実務家委員の発言から反対論を再構成すると、また一つの契約解釈論のモデルが浮かび上がる。

ここでは、とくに第二ルールと第三ルールについての反論の一部を取り上げる。まず、中間試案の第二ルールに対しては、それが第一ルールのための事実認定の問題であるとすると第一ルールとの区別が困難である、との反論が加えられた¹⁴⁹⁾。もっとも、そこでは「この第2ルールで契約の内容を確定できるときは、これは第1ルールに戻って意思が合致していると認定できる場合がほとんどではないかと思うわけです」ということが言われているが¹⁵⁰⁾、それはまさに「契約の内容についての共通の理解をしていた」として第一ルールが適用される場面であって、第二ルールが適用される「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」ではない。したがってこれは第二ルールに対する反論となっていないのであるが、こうした発言を立法提案の内容に関する単なる誤解として済ませることなく、こうした反論が出てくる背景を推察するに、第一ルールと区別される

第二ルールは存在しないのだ、つまり、表示の解釈は共通の理解の探究に尽きるのであって、それ以外にはあり得ないのだ、という主張として再構成することが考えられる。

次に、第二ルールと第三ルールとの関係に関して、第二ルールが第一ルールのための事実認定に関するものではないとすると今度は第三ルールとの境界が分かりにくい、という反論が加えられた¹⁵¹⁾。何らかの表示はあるが共通の理解がない場合に第二ルールが適用され、第一・第二ルールを適用しても定めがないことがわかり、したがって表示もない場合に第三ルールが適用されると応答できようが、そもそもこうした反論の背景には、ルールが重層構造をなすこと自体を否定する考えがあるのではないかと思われる。

また、第三ルールに関して、「この第3ルールを使う場合というのは、実務的には実際には黙示の合意を認定できる場合がほとんどであります。」という反論が加えられている¹⁵²⁾。これは、第一ルールが適用されているということに他ならないが、むしろ、第一ルール以外に第三ルールは存在しないという主張として再構成することが考えられる。

他にも多様な反論が加えられているが、さしあたり以上の三点からだけでも、次のような契約解釈論モデルを再構成することができる。すなわち、中間試案のように三つのルールの重層構造を観念するのではなく、すべてを第一ルールで処理するというモデルである。それは、「共通の意思」の認定に一元的に考えるものである。もっとも、その守備範囲が広いぶん、中間試案における「共通の理解」と比べると、そこでいう「意思」は、実証性がより乏しく、解釈者によって構成されたものという性格がより強いものとして捉えられる。

このように、重層構造を精緻化してきた従来の方向性とは反対に、解釈作用を共通の意思の探究へと一元化し、裁判官の解釈作用に

149) 法制審議会民法（債権関係）部会第85回会議事録・前掲注9)（以下、「第85回会議事録」として引用する。）6頁、18頁〔永野委員発言〕。

150) 第85回会議事録・前掲注9)6頁〔永野委員発言〕。

151) 第85回会議事録・前掲注9)6頁〔永野委員発言〕。

152) 第85回会議事録・前掲注9)6-7頁〔永野委員発言〕。

多くを委ねつつ、すべてを「意思」から正当化するというモデルもあり得ることが、最近の立法過程からは窺えるところである。

2 「契約の解釈」の限界

2では、「契約の解釈」以外の方法による契約内容の確定を行う必要性につき、検討を加える。まず、同じく「解釈」でも、契約の解釈とは区別されるものとして「意思表示の解釈」を観念すべきかどうかということを検討し(1)、次に、「解釈」に限界を認め、契約の解釈とは区別されるものとして「契約の補充」を観念すべきかどうかということを検討する(2)。

(1) 「契約の解釈」と「意思表示の解釈」

契約内容の確定にあたっては、「契約の解釈」によるのではなく、「意思表示の解釈」によることも考えられる。意思表示は契約の構成要素であることからすれば、いずれを解釈対象として措定しようとも、実践的に差が生じることは考えにくい。両者には、思考様式の点において大きな違いがある。(1)では、「契約の解釈」とは区別される営みとしての「意思表示の解釈」による契約内容の確定を考える必要があるか、ということを検討する。

従来は、むしろ、内容確定のための解釈という作業は、法律行為の解釈、とくにその構成要素である「意思表示」の解釈という形で論じられることが多かったが、1990年前後から「契約」の解釈という形で論じられるようになり¹⁵³⁾、現在に至っている。しかし、これに対して、そうした動向を意識した上でなお、「契約の解釈」と区別される「意思表示の解釈」の意義を説く研究が最近になって

現れている。山城一真『契約締結過程における正当な信頼』¹⁵⁴⁾がそれである。ここ20年余りの潮流に逆行する動きにも見えるこの主張の論拠を検討し、両者の区別の必要性につき検討を加えるというのが、(1)の具体的な課題となる。

山城一真『契約締結過程における正当な信頼』

(a) 山城論文の課題と結論 はじめに、山城の説くところを確認する。各所に重点を異にするいくつかの記述が存在しているが、それらを再構成しつつ提示すると以下のようになる。

まず、そもそも山城論文は、「契約形成論」を論じるものである。すなわち、「当事者の契約締結過程の行為によって契約(内容)を策定すること」として定義されるところの「契約(内容)の『形成(formation)』』という問題を論じている¹⁵⁵⁾。このことは、「目的」ないし「終局的な目的」が契約内容と契約締結過程との関係についての考察にあるという記述とも平仄を合わせている。すなわち、「本研究の目的は、……〔契約上の規律の内容を決するのは契約交渉ではなく契約であるが、契約交渉は契約の解釈にとってしばしば非常に大きな意味をもつという〕契約法の基本原則を踏まえううえで、契約締結過程という『空間的・時間的な拡がり』が、契約内容の形成に対してどのような影響を与えるかを考察することにある」という記述や、「本研究の終局的な目的は、……〔契約の内容形成¹⁵⁶⁾と契約締結過程と〕の関わりが、理論的、実践的にどのような意義をもつかを解明する点にある」という記述があるが¹⁵⁷⁾、これらは、契約形成論を扱うということとほぼ同義である。

153) 大村敦志『典型契約と性質決定』9頁(有斐閣、1997)[初出1993-1995]、小粥太郎「最近の契約法学の一つの傾向について」早稲田法学71巻1号195頁、205頁(1995)。山本・前掲注4)、沖野・前掲注4)がその画期に位置する。

154) 山城・前掲注10)。以下、「山城論文」という。

155) 山城・前掲注10)30頁。そこでいう「契約締結過程の行為」とは、「契約交渉から意思表示までを含む一連の行為」と定義されている(同頁)。

156) 厳密には、前記の「契約(内容)の形成」の定義からして、「契約締結過程」という要素は既に「契約の内容形成」に含まれているので、両者の「関わり」という表現は釈然としないが、契約内容の確定と、契約締結過程との関わり、という意味であろう。

157) 山城・前掲注10)1頁、2頁。

そのうえでさらに、山城論文は、「課題」という表現の下にいくつかのことを述べている。フランス法との比較に関する固有の課題を除いても、以下のようなことが言われている。まず、最も直截に課題を提示していることが予想される「本研究において取り組まれるべき理論的・実践的課題を整理する」箇所では、『契約締結過程』と『契約』という時期区分に即して、解釈の対象について『意思表示』と『契約』という論理的区分を設定することの正当性と有用性を裏付ける」という「第一の課題」、 「意思表示の解釈における『意思』『表示』の調整方法を、具体的な問題領域に即して考察する」という「第二の課題」、 『意思表示』の解釈を『契約締結過程における手続的適正性』の保障手段という観点から捉えることにより、その機能を関連諸法理との比較において考察する」という「第三の課題」を列挙している¹⁵⁸⁾。またこれらとは別に、それに先立って、一方で、「契約の内容形成」と「契約締結過程」との「関わり」の持つ「理論的意義」について述べる箇所では、『意思表示の解釈』の存在意義を再考することを課題とする」と述べており¹⁵⁹⁾、他方、「実践的意義」について述べる箇所では、契約締結過程の諸事情の取扱い、とくに契約書外の事情の取扱いが問題となった事例における裁判例の態度の相違の「意味するところ」が何かを説明することが「目的」とであると述べている¹⁶⁰⁾。このほか、『意思表示』の解釈をめぐる理解を深めるために、本研究がどのような手順を用意しているか」という一節も手がかりとなる¹⁶¹⁾。

これらの相互関係は直ちには明らかでないが、本稿に必要な限りで再構成すれば、山城論文は、契約形成論の領域において、「意思

表示の解釈」の役割があることと、いかにして「意思表示の解釈」を行うかを論じたものと言ってよいだろう。この整理は、総括の冒頭の「本研究の基本的視点は、『意思表示』の解釈が、『契約』の解釈によっては捕捉し得ない一定の役割を果たしているのではないか」というものであった¹⁶²⁾という記述や、全体の要約の冒頭の「考察の出発点は、『意思表示』の解釈と『契約』の解釈の問題領域を時的・論理的区分に即して識別し、前者に固有の規律を探究することにある」¹⁶³⁾という記述とも整合的だと言える。

以上のように捉えられる課題ないし目的に対する結論として、まず、「『意思表示』の解釈の特性」につき、「意思表示は、……契約そのものとは異なる規律の論理を有する。具体的には、『意思表示』の解釈においては、『契約』の解釈におけるとは異なり、各当事者における契約締結過程の手続的適正性の保障という要請が前面に押し出されることとなる」ということ、それに対応して、「意思表示の本来の解釈は、直ちに『契約』の解釈でもある」のに対して意思表示の規範的解釈には『契約』の解釈とは不連続な問題が含まれている」ということ、が述べられる¹⁶⁴⁾。なお、以上が「理論上の問題」と総称されている。

次に、「意思表示の解釈」、とくにその規範的解釈に関する「解釈論的提言」を示す。すなわち、「契約締結過程において、不適切な表示を行い、あるいは適切な表示を怠ったことによって相手方の信頼を裏切ったことにつき、契約内容の形成というかたちでサンクションを課する機能を担う」ものとして「意思表示の規範的解釈」を捉え、それを「契約締結過程における手続的適正を保障する諸法

158) 山城・前掲注10)27-28頁。

159) 山城・前掲注10)8頁。さらに「意思表示の解釈は、……『意思』のあり方との関わりをもつ」ということが言われ、具体的な現れとして「意思がいかにして形成されるか」「意思形成がどのような場合に障害されるか」「不法行為法理との交錯」という三つの問題の存在も指摘されている(同頁)。

160) 山城・前掲注10)20頁。

161) 山城・前掲注10)21頁。

162) 山城・前掲注10)419頁。

163) 山城・前掲注10)445頁。

164) 山城・前掲注10)444頁。

理の一環」として位置付ける¹⁶⁵⁾。

(b) 山城論文における「意思表示の解釈」と「契約の解釈」の区別 このように、契約締結過程の規律を担うものとして「意思表示の解釈」を捉えるのが山城論文であると言えるが、本稿の関心は、そこで示された契約締結過程の規律のあり方の当否にではなく、そうした役割を「意思表示の解釈」に担わせる一方、「契約の解釈」には担わせられないと解されている点にある。山城論文は、『意思表示の解釈』と『契約の解釈』との基底的区别を前提とし「たうえでの『意思表示の解釈』の存在意義¹⁶⁶⁾、『契約』の解釈では捕捉し得ない一定の役割¹⁶⁷⁾、意思表示の解釈に「固有の規律」¹⁶⁸⁾を探究するものであり、上記のような規律は、意思表示の解釈に固有の役割として捉えられている。しかしながら、仮に山城論文が提言するような解釈論を実現するとしても、「契約の解釈」という形で実現することもできるのではなからうか。果たして「契約の解釈」によっては達成できないものなのであろうか。

「意思表示の解釈」と「契約の解釈」との区別については、山城論文は以下のような理解を示している。すなわち、「意思表示の解釈」は「契約の成立段階において、外部に表示された各当事者の意思を探究する作業」であるのに対して、「契約の解釈」は「契約の内容確定段階において、契約条項に与えられた両当事者の共通の意図を探究する作業」であるというのである¹⁶⁹⁾。さらに両者の「特徴」につき、前者は「契約の締結過程を通じて、契約という債権発生原因を発動させるのに見合った意思決定行為がなされたかを検証すること」「契約を『手続的』に規律すること」であるのに対して後者では「有効に成立し、内容形成が行われた契約の存在を前提として、その内容を規制することが問題になり

得」、「『内容的』規律としての性格をも認めることができる」と対比される¹⁷⁰⁾。

この記述を踏まえると、山城論文が、契約締結過程における行動に基づく契約内容の形成という役割を「契約の解釈」は捕捉し得ず、「意思表示の解釈」は捕捉し得ると解するに至った論理は、[i] 契約締結過程の手続的適正性の保障は「意思表示の解釈」固有の役割である、[ii] 契約締結過程の行動に基づく契約内容の形成は契約締結過程の手続的適正性の保障の一環である、[iii] ゆえに契約締結過程の行動に基づく契約内容の形成は「意思表示の解釈」固有の役割である、というものであると考えられる。

b 検討

(a) 問題の所在 しかし、大前提である[i]は決して自明なものではない。これは「基底的区别」として山城論文が設定する上記の区別から導かれたものであるが、この区別が必然でなく、区別に関する他の理解が可能なのだとすれば、[iii]の結論をとる必要もなくなる。そこで、以下では、山城論文の設定する「基底的区别」の必然性につき検討を加える。

山城論文が「基底的区别」を設定するのは、『成立段階』『内容確定段階』という時的区分は、『意思表示』『契約』という論理的区分を反映したものとみることができる」という理解にもとづいている¹⁷¹⁾。これはすなわち、「成立段階」においては「意思表示の解釈」が、「内容確定段階」においては「契約の解釈」が、それぞれ問題になるという時的=論理的区分があるという理解である。

しかしながら、第一に、この時的=論理的区分は適切か、すなわち「成立段階」では「意思表示の解釈」しか問題になり得ないのか、第二に、仮に適切だとしても「契約締結過程の手続的適正性の保障」は「成立段階」でし

165) 山城・前掲注 10)444 頁。

166) 山城・前掲注 10)8 頁。

167) 山城・前掲注 10)419 頁。

168) 山城・前掲注 10)445 頁。

169) 山城・前掲注 10)7-8 頁。

170) 山城・前掲注 10)7-8 頁。

171) 山城・前掲注 10)7 頁。

か問題になり得ないのか、という二つの疑問が生じる。以下これらの疑問につき検討する。

ところで、山城は、この時的＝論理的の区分に関する理解を、沖野眞巳の所説から導出している。そこで、沖野の説く「成立」「内容確定」や「意思表示」「契約」の意味するところを明らかにすることを通じて、山城論文の理解を批判的に検討し、別の理解を抽出できないか考えたい。

(b) 「時的区分」と「論理的区分」との結合の当否 たしかに、沖野は、①「契約の成立段階における解釈の問題と契約の内容確定段階におけるそれとを分けることによって日本の議論を整理できるのではないか」という指摘と、②「解釈の対象を契約とするか、申込・承諾の意思表示とするかは重要な視点である」という指摘を行っている¹⁷²⁾。

そこから山城は、「……沖野教授の分析は、次のように整理されよう」と述べて、まず①につき、「『成立段階』においては、いまだ『契約』の存しない段階（契約締結過程）を扱うことから、交渉の各当事者によって契約を成立させる『行為』が問題となる」のに対して「『内容確定段階』においては、成立した『契約』がいかなる内容のものかを確定する作業が行われるから、その契約の両当事者によって既に成立させられた『規範』が問題となる」と「整理」する¹⁷³⁾。次に②につき、典型的な場面として二つの意思表示が顕出された契約書の存在を想定したうえで、「二つの意思表示が一つの証書の上になされていることに注目し、そこから両者の合致を推定する際には、『契約』が問題となる」のに対して「二つの意思表示がなされている以上、各々の内容を個別に確定し、その合致の有無を確かめなければならないと考えるならば、『意思表

示』が問題となる」と「整理」する¹⁷⁴⁾。そのうえで、『成立段階』においては、どこまでの事柄について合意が成立したかが確定されるのだから、複数の意思が一つの証書に顕出される場合であっても、問題とされるのはあくまで『各当事者』の意思、つまり意思表示でなければならない」とも述べ¹⁷⁵⁾、先に引用したとおり、「かくして、『成立段階』『内容確定段階』という時的区分は、『意思表示』『契約』という論理的区分を反映したものとみることができる」と述べるに至る¹⁷⁶⁾。以上の山城の理解は、沖野の指摘①と指摘②をそれぞれ「時的区分」と「論理的区分」として「整理」したうえで、そこに、成立段階においては意思表示しか問題となり得ないという理解を合わせることで、「時的区分」と「論理的区分」とを「統合」¹⁷⁷⁾したものであると言える。

しかしながら、沖野の元来の所説と、山城によるその解釈との間には、隔りがある。沖野が①②を指摘した文脈で何を述べていたかをさらに確認するに、沖野は其中で、「成立段階における解釈」の対象は「契約」または「意思表示」のいずれでもあり得ること、それに対して「内容確定段階における解釈」の対象は「契約」であること、を述べている¹⁷⁸⁾。この時点で既に、山城論文のいう時的区分と論理的区分との一致は、沖野の説くところでないと言えよう。すなわち、沖野は明示的に「成立段階」における「契約」の解釈の可能性を肯定しているのである（山城自身もこの箇所を引用している¹⁷⁹⁾）。それどころか、沖野は、「成立段階」における「意思表示」の解釈も「完全に意思表示を解釈の対象としていると言えるかは疑問がないわけではない」とし、さらには「契約の解釈は、法律行為ないし意思表示の解釈一般の問題に帰

172) 沖野眞巳「フランス法における契約の解釈」私法 54 号 276 頁、282 頁（1992）。

173) 山城・前掲注 10)6 頁。

174) 山城・前掲注 10)6 頁。

175) 山城・前掲注 10)7 頁。

176) 山城・前掲注 10)7 頁。

177) 山城・前掲注 10)6 頁。

178) 沖野・前掲注 172)282 頁。

179) 山城・前掲注 10)6 頁。

着するのではない」という理解の可能性も示唆している¹⁸⁰⁾。したがって、山城論文にいう「時的区分」と「論理的区分」とは、必ずしも一致するものではなく、「成立段階」において「契約」の解釈を問題にする可能性も大いに存在し、現にそのような見方も沖野によって示されているものと言うべきである。

(c) 「成立段階」の理解 以上が上記第一の疑問に関する検討結果となるが、続いて第二の疑問に関する検討も行いたい。これは、「成立段階」の意味するところは何か、という疑問であり、①にいう「成立段階」「内容確定段階」の区別とは、「時的区分」なのか、という疑問であると言い換えられる。

この点、山城は、沖野の指摘①で示された区別を「時的区分」(傍点原文)として解釈している¹⁸¹⁾。この理解は、「成立段階」では「いまだ『契約』の存しない段階(契約締結過程)」を扱うのだという記述に現れている¹⁸²⁾。そして、ここでいう時的区分は、解釈者の判断の時的区分であるにとどまらず、手続的／内容的の区別まで含意したものである¹⁸³⁾。

これに対して、沖野の元来の意図が山城のいう意味での時的区分の設定にあったのかどうかは疑わしい。沖野は、成立段階と内容確定段階の区別を語るときに、契約の構造的な理解を意識していると読めるからである。すなわち、沖野は「成立段階における解釈」を問題にしている議論の例として、「まず各当事者が表示に付与した主観的意味を確定し、双方の主観的意味が合致している場合にはその意味により、そうでない場合には各当事者の帰責性ないし正当性を判断していずれかの主観的意味を表示の意味とし、いずれにも帰責性ないし正当性がない、あるいは双方に帰責性ないし正当性があるときは無意識的不合意

として契約は不成立とすべきであるとの見解」を挙げている¹⁸⁴⁾。そして、この見解が「内容段階の解釈」を問題にした議論ではないこと理由について、この見解は「いかなる場合においても当事者の主観的意味と異なる第三の意味は妥当しないと主張する」が、「解釈が争われている事項が契約の成否を左右するものではない場合、帰責性ないし正当性判断の結果表示に意味を付与し得ない場合には、端的に慣習等の基準によるにせよ、なお表示を重視してその客観的意味によるにせよ、いわゆる第三の意味によって契約内容を確定せざるを得ないと思われる」ことから、この見解は「その対象を契約の成否を左右するほどの重要な事項に限定していると考えざるを得ない」と論じている¹⁸⁵⁾。ここからわかるのは、沖野の所説において、「成立段階における解釈」は、「契約の成否を左右する」事項すなわち本質的要素について行われるものであり、いわば無内容を付与すること、すなわち不成立とすることもあり得る判断であるのに対して、「内容確定段階における解釈」は、本質的要素もそれ以外の事項も含めて行われるものであり、それらの事項につき契約が成立していることを前提にしたものであるため必ず何らかの内容を付与することとなる判断であると解される。こうした二つの段階も、解釈者の判断過程という意味においては「時的区分」であるが、その限りでの「時的区分」でしかない。むしろ、単なる時的区分ではなく、契約に関する構造的な理解を伴った区分として提示されたものと見るべきであって、山城のいう、契約締結過程を手続的に規律するものか否かという区分とは視点を異にするものであったと言えよう。

以上を踏まえれば、沖野の所説のような考え方からは、「内容確定段階」において「契約締結過程」の「手続的」規律という要素を

180) 沖野・前掲注 172)282-283 頁。

181) 山城・前掲注 10)7 頁。

182) 山城・前掲注 10)6 頁。

183) 手続的／内容的の区別は、時的区分と論理的区分とが結合したうえで説かれているものであるが、「手続的」規律が問題になるということは「意思表示」だからという点(論理的区分)よりは「成立段階」だからという点(時的区分)から導かれているように思われる。

184) 沖野・前掲注 172)282 頁。

185) 沖野・前掲注 172)282 頁。

考慮することも何ら妨げられないということとなり、仮に沖野の所説を山城がそう読んだように「成立段階においては意思表示の解釈、内容確定段階においては契約の解釈」と読んだとしても、なお「成立段階」と「契約締結過程の手続的適正性の保障」とは必然的なつながりをもたないということになる。これが、上記第二の疑問に関する検討結果である。

(d) 小括——「基底的区别」の必然性の不存在　かくして、「成立段階＝意思表示の解釈＝契約締結過程の手続的適正性の保障」という図式を背景に持つ山城論文と、それが依拠していた沖野の所説との間には、二重の意味において齟齬があったということがわかった。したがって、山城論文のいう「時的＝論理的区分」「基底的区别」は必然的なものではなく、「契約締結過程における手続的適正性の保障」とのつながりの必然性の欠如とあわせて、上記 a (b) で整理した大前提 [i] は必然的なものではなく、別の理解もあり得ると言えよう。

(e) 「意思表示の解釈」と「契約の解釈」との区別・再論　ところで、以上のように①成立段階における解釈と内容確定段階における解釈との区別と②意思表示の解釈と契約の解釈との区別とを分けて考える理解に立った場合、①②それぞれの区別の意味につき再度明確化する必要が生じる。このうち、①の内容については既に(c)で検討したとおりである。以下では残る②の内容につき検討を加えたい。②の区別は、沖野や大村敦志によって示されていた区別であるので、山城のほか、沖野、大村の説くところを手がかりにして考える。

山城は、「意思表示の解釈」と「契約の解釈」との区別(②)につき、「判断枠組の相違」¹⁸⁶⁾によって特徴づけられる「論理的区分」¹⁸⁷⁾として理解する。もっとも、その区

別は時的区分としての①の区別を反映したものであるとして把握されており¹⁸⁸⁾、そのうえでもっぱら時的区分に関心を持っているように見える。

これに対して、まず、沖野が②の区別を指摘するとき、いかなる違いが念頭に置かれていたであろうか。沖野は、意思表示を解釈の対象とするものの例として「各意思表示につき表意者と表示受領者を分け、各々の主観的意味、表意者が受領者が理解すると認識すべきであった意味、受領者が認識すべきであった意味、等によって各意思表示の意味を確定したうえで双方の意思表示の合致をみるという見解」を挙げるのに対して、契約を解釈の対象とするものの例として「各当事者の主観的意味を確定し、帰責性ないし正当性を問うことによって表示の意味を確定するという見解」を挙げている¹⁸⁹⁾。そして、前者の見解につき、「受領者の帰責可能性や受領者の了解の期待可能性が問われるとき、受領者がなした意思表示につき改めて表意者としての受領者の帰責可能性や了解の期待可能性が問題とされることが前提とされているのかどうか疑わしい」ことから「完全に意思表示を解釈の対象としていると言えるかは疑問が残る」とも述べている¹⁹⁰⁾。さらに、「意思表示の解釈を行う前提作業として、対象となる意思表示の確定、つまりどれが申込であり承諾であるかを確定する必要がある」が、「承諾とは申込に対する無条件の同意と理解されているから、申込を確定しそこで表意者、受領者の帰責可能性を明らかにしてその意味を決定すると、承諾の意味の確定も尽くされてしまうのではないかと考える余地があり、そうすると「契約の解釈は、法律行為ないし意思表示の解釈一般の問題に帰着するのではない」と言うことができよう」とも述べる¹⁹¹⁾。以上からすれば、複数の当事者がいて二つ以上の意思表示が向き合っているという「複数性」

186) 山城・前掲注 10)6 頁。

187) 山城・前掲注 10)7 頁。

188) 山城・前掲注 10)7 頁。

189) 沖野・前掲注 172)282 頁。

190) 沖野・前掲注 172)282-283 頁。

191) 沖野・前掲注 172)283 頁。

を視野に入れるのが「契約の解釈」、そうではなく分析的に単独の意思表示について見るのが「意思表示の解釈」、という区別であり、思考の様式に関する区別であると言えよう。そして、意思表示の解釈であっても契約におけるそれである以上は複数性を視野に入れざるを得ず、あくまでも契約の解釈として思考していることになるのではないか、という指摘がなされていると言える。山城が両者の区別を「判断枠組の相違」として捉えるのは、その限りにおいて正当だということになる。

また、大村が「意思表示」の解釈に「ウエイト」を置いた論じ方から「契約」の意味の決定に「ウエイト」を置いた論じ方への移行を語る際にも¹⁹²⁾、上記のような思考の様式の相違に注目していると言えよう。これに対して山城は、大村の示す「意思表示」「契約」の区別について、「二つの解釈が、契約の『成立』を基準時として区別されるという観念に基礎を置いている」と解釈したうえで¹⁹³⁾、「成立段階」「内容確定段階」の区別に対応するものと解釈しているが¹⁹⁴⁾、大村の議論はそのような時的区別を説くものではなからう。大村が解釈につき「意思表示」「契約」を対比させるのは、あくまでも「契約の基礎理論に関する研究のグループに属する」「契約の解釈に関する二つの研究」の中に「典型契約の持つ意味をより積極的に評価しようという態度を見いだす」一環においてであり¹⁹⁵⁾、解釈についても契約単位で思考するようになった結果、「解釈の基準として、契約当事者の意思を重視すべきか任意規定を重視すべきかという問題が提起されている」こと、「その際、当事者意思と任意規定は、主観＝客観という次元ではなく、個別＝典型と

いう次元において、把握されている」ことを指摘することに主眼があったのであって¹⁹⁶⁾、従来は契約の成立前に注目して意思表示の解釈を問題にしていたのに対して近時は契約の成立後に注目して契約の解釈を問題にするようになっていて、という主張をしているわけではなからう。やはり大村のいう「意思表示」「契約」の区別は沖野のいう「意思表示」「契約」の区別に対応するのであって、沖野のいう「成立段階」「内容確定段階」の区別にも、山城によれば沖野がいうとされる「成立段階」「内容確定段階」の区別にも、対応するものではなからう。

こうして見ると、契約締結過程の事情に基づく契約内容の形成を行う際も、両当事者の事情を考慮するものと考えられるので、むしろ、「意思表示の解釈」よりも、「複数性」に注目した「契約の解釈」の方が適当な枠組であると言えるように思われる¹⁹⁷⁾。

c. まとめ

以上、山城論文の問題提起を手がかりに、契約内容確定方法として「契約の解釈」によっては捕捉し得ず「意思表示の解釈」によらなければ捕捉し得ない機能があるのではないかということを検討したが、必ずしもそのようなことはなく、「意思表示の解釈」との対比において「契約の解釈」の限界が明らかになることはなかったと言える。

(2) 「契約の解釈」と「契約の補充」

「契約内容の確定」は、「契約の解釈」に尽きるのか。「意思表示の解釈」との関係での限界は考える必要がないことは(1)で論じたとおりであるが、次に、(2)では、「契約の補充」との関係を考える。

そもそも契約当事者がある事項について少

192) 大村・前掲注 153)9 頁。

193) 山城・前掲注 10)5 頁。

194) 山城・前掲注 10)6-7 頁。なお、ここでは後者は「沖野教授のいう」(同 6 頁)区別として述べられているが、あくまでもそれは山城が沖野のいうところとして理解したものである。それが、沖野自身のいうところとして本稿が理解するものと異なることについては既述のとおりである。

195) 大村・前掲注 153)8-10 頁。

196) 大村・前掲注 153)9-10 頁。

197) 意思表示の解釈によらねばならない理由はないことが本文の検討を通じて示されたいま、山城論文が「意思表示の解釈」に関するものとして論じたことを、「契約の解釈」に関するものとして論じることには、他に障害はないと考えられる。具体的な問題解決に際して、山城論文の成果として得られた解釈論的提言を、「契約の解釈」によって実現することは十分にあり得よう。

なくとも明示的には定めていなかった、という状況は往々にして考えられるところであるが、その場合の「契約内容の確定」のあり方については、「契約の解釈」の理解いかんにかかわって、考え方が分かれる。この点につきいかなる考え方があり得るか、検討を加えるのが(2)の課題である。

a 山本敬三「補充的契約解釈」——補充的契約解釈による個別的補充と法適用による典型的補充

(a) 日本民法学の学説史上、「補充」の問題を正面から取り上げ、「契約の解釈」の領分を意識しつつ本格的に論じたものとして、山本敬三「補充的契約解釈」¹⁹⁸⁾(以下、(2)において「山本論文」という。)がきわめて重要である。山本論文は補充的契約解釈の存在を肯定するものであるが、それがいかなる法作用であるかにつき、「位置づけと役割」「前提要件と限界」「方法と基準」に分けて説明されているので、順にその説くところを確認し、補充的契約解釈の特徴を把握することとしたい。

(b) 補充的契約解釈の「位置づけと役割」については、「補充的契約解釈の許否」と「任意法規と補充的契約解釈との関係」という二つの問題を通して分析されている。まず、「許否」の問題は、「表示の意味づけとしての解釈」と「法の適用としての補充」との間に「補充的契約解釈という第三のもの」が認められるか、という形で定式化されたうえで、それを認める見解と認めない見解とで必ずしも結論において差が生じるものではないが、補充的契約解釈を認める見解の意義は「両当事者が契約の中で下した評価を貫徹するという、すなわち両当事者のなした契約をできる限り尊重するという」ことを制度的に担保するところに求められるとされる¹⁹⁹⁾。そして、「任意法規と補充的契約解釈との関係」

については、補充的契約解釈を認めない見解からも事件の個性性は考慮に入れられるのであるが、補充的契約解釈を認める意義は、「事件の解決手段が任意法規だけではないことを制度的に明確にし、さらに任意法規が適用できないと思われる場合にも、補充的契約解釈という契約に依拠する制度があれば、より一層任意法規の呪縛から免れ、契約に即した個別的な解決を導く道が開かれる」という点にあるとされる²⁰⁰⁾。そして、以上を踏まえて、補充的契約解釈の「位置づけと役割」は「契約の尊重、それに即した事件の個別的解決」にあると言えるものとされる²⁰¹⁾。

(c) 次に、補充的契約解釈の「前提要件」は、「いわゆる契約の欠缺」であるとされる²⁰²⁾。この要件は、狭義の解釈との関係、任意法規の適用との関係、法による補充一般との関係の三通りで問題になる。第一に、狭義の解釈との関係では、一般に「(意思)表示の意味づけ……、つまり表示行為の意味の確定」としての「狭義の解釈」が尽きた場合に、「特に規律されていない」場合であるとして、補充的契約解釈が行われる、とされる²⁰³⁾。ただ、そのうえで、「表示」とは「表示行為、つまり法律行為上の表示として認識される態容」であるが、これは「言語その他の表示記号、表示手段そのもの」を指すことも「それと密接に関連した諸事情」をも含めたその全体を指すこともあること、「意味の確定」において規範的な基準が用いられ、規範的な評価が及ぶこともありうることから、狭義の解釈と補充的契約解釈との区別は流動的であるということが指摘されている²⁰⁴⁾。第二に、任意法規の適用との関係については、契約においてある問題が規律されていないならば既に契約欠缺と言うべきであって、任意法規からも空白の問題の規律が出てこないということは不要であり、欠缺が任意法規で

198) 山本・前掲注4)。

199) 山本・前掲注4)「(3)」18-22頁。

200) 山本・前掲注4)「(3)」22-28頁。

201) 山本・前掲注4)「(3)」28頁。

202) 山本・前掲注4)「(4)」2頁。

203) 山本・前掲注4)「(4)」3頁。

204) 山本・前掲注4)「(4)」3-6頁。

補充されるか補充的契約解釈で補充されるかは別の問題として思考すべきだということが述べられる²⁰⁵⁾。第三に、法による補充一般との関係で補充的契約解釈が行われるべきなのはいかなる場合かということについては、「それを規定することが契約目的によれば欠くことができないような場合」、「仮定的当事者意思によれば規律を要する場合」、「両当事者により創設された規律の基礎にある両当事者の規律企図の実現に必要な規定がない場合」、「法律行為の連関から両当事者の理解可能性・帰責可能性の要件を満たすところまで」、「当該の点を補充しなければ契約目的が危殆化されることになる場合」、といった諸基準が挙げられていることが確認されている²⁰⁶⁾。

他方で補充的契約解釈の「限界」については、「契約対象の拡張の禁止」と「契約修正の禁止」が一般に挙げられるところ、前者は前提要件が充たされなければならないことと一致し、後者は、契約欠缺を埋めることによって当事者の合意そのものが変更されるに至ってはならないことを意味する、とされている²⁰⁷⁾。

(d) 補充的契約解釈の「方法と基準」に関しては、まず、「仮定的当事者意思」が代表的かつ指針的な基準であるとされる²⁰⁸⁾。それは、現実の意思が存在しない状況で、『両当事者が規律を要する点を考えていたならば』という仮定の下で、両当事者が規律したのであること」を意味するとされる²⁰⁹⁾。その中でも「具体的な両当事者が契約締結の際に規律されるべき点を考えていたならば何を合意したか」という「個別的仮定的当事者意思」と、「両当事者の個人的な性格を顧慮せ

ず、より客観的に観察する」ことで得られる「客観的仮定的当事者意思」との間でニュアンスの差があるところ、前者を基準とすることに対する評価は一般にかなり消極的であり、仮定的当事者意思が基準とされるときは客観的仮定的当事者意思の意味で用いられているのが一般であるとされる²¹⁰⁾。そして、そのように仮定的当事者意思を用いる場合には、具体的な基準を提供するというよりも、むしろ裁判官に対して具体的な契約における両当事者の評価を尊重することを命ずることに力点が置かれており、補助概念として裁判官が判決をなすのを容易にしうという存在理由を持つものとされる²¹¹⁾。そのうえでそこに含まれる多様な要素の精確化が必要であるが、「学説の対応は抽象論にとどまり」、「ドイツにおいてもまだ確立した方法論は存在」しないとされる²¹²⁾。もっとも、ザンドロック、ゾンネンベルガー、リュエデリッツらによる「一定の観点から補充的契約解釈の方法、基準を整理しようとする試み」から、全体的な分析枠組として、「両当事者が実際になした評価を中立的に展開するという方法」と「かかる評価に対して介入し、それとは別の規範的観点から解決を図るという方法」という視点、「個別的、具体的な方法」と「典型的、一般的な方法」という視点が提示されている²¹³⁾。それに即して、一方で規範的補充方法については正面から認めるわけにはいかないとされ²¹⁴⁾、他方、中立的個別的補充方法として契約目的、契約連関、慣例、契約締結の際の諸事情が、中立的典型的補充方法として取引慣行や契約目的、契約連関が挙げられている²¹⁵⁾。

(e) 以上をもとに、山本は補充的契約解釈

205) 山本・前掲注4)「(4)」6頁。

206) 山本・前掲注4)「(4)」6-9頁。

207) 山本・前掲注4)「(4)」10-12頁。

208) 山本・前掲注4)「(4)」18頁。

209) 山本・前掲注4)「(4)」19頁。

210) 山本・前掲注4)「(4)」19-21頁。

211) 山本・前掲注4)「(4)」22頁。

212) 山本・前掲注4)「(4)」22頁、23頁、25頁。

213) 山本・前掲注4)「(4)」25-26頁。

214) 山本・前掲注4)「(4)」33頁。

215) 山本・前掲注4)「(4)」26-32頁。

の基本的な考え方を抽出するに至る。「一般論において確認された契約の尊重という要請は、補充的契約解釈をめぐる議論において一貫して看取することができた」とし、「補充的契約解釈を貫く考え方は、この契約の尊重であると言うことが許されよう」と述べてのである²¹⁶⁾。すなわち、「両当事者が決めたことをできる限り尊重すべきであるという、狭義の解釈において第一に重視されるべき私的自治に基礎を置いた要請が、合意が存在しない契約欠缺の場合にも同じく尊重されねばならないとされるのである」としている²¹⁷⁾。なお、同時に、「意思」との関係では、「かような要請を実現するにしても、当事者『意思』ではなく、両当事者の利益調整の結果としての契約に焦点が当てられた」ということを指摘している²¹⁸⁾。

(f) 以上はドイツにおける補充的契約解釈論に関する考察であったが、最後に、「我々は……ドイツの補充的契約解釈論から示唆を受ける点が少ない」として、以上の議論を日本法の議論としても展開できることが示される²¹⁹⁾。そこでは、両当事者のなした契約を尊重するという考え方は「本質的な要請」を含んでおり、「当事者の一致した意思ないし主観的意味を尊重する方向と十分結合が可能であろう」ということ、「個別—典型という視点」を持つことで正確な議論が望めること、契約目的、契約連関をめぐる議論、取引慣行、契約類型の位置づけ、規範的・評価的な基準を認めるとしてその内実・要件、といったものを議論する場として補充的契約解釈が重要な位置を占めること、が述べられる²²⁰⁾。

(g) 以上を要するに、「表示の意味の確定」によっては定めが見出せない場合に「補充

が問題となり、その際、既になされた契約を尊重して個別的に補充するために補充的契約解釈が、それ以外に典型的な補充を行うために法適用が、それぞれ行われる、という枠組が示されていると言える。

ここでは、最初に、定めがあるかどうか——厳密には、「表示」があるかどうか——を問うことになる。そのうえで、表示があるとするれば、表示の意味を確定できるかどうか問題となり、それで確定できればその意味で契約内容を確定する（狭義の解釈）。これに対して、表示があっても意味を確定できない場合、またはそもそも表示がない場合には、——それが本質的要素に属さない限り²²¹⁾——補充が問題となる。その補充のために、まずは——狭義の解釈で定まった——契約の定めを尊重した、個別的な補充が試みられる。これが補充的契約解釈である。そして最後に、典型的な補充として、法適用による補充が行われることになる。

b 沖野眞已「契約の解釈に関する一考察」——個別的解釈としての黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究と典型的解釈

(a) 次に、もう一つ、本格的な研究として、沖野眞已の研究を取り上げる。なお、沖野の所説を分析するに先立ち、分析対象となるテキストにつき若干の説明を要する。というのも、沖野の論文のうち、契約の解釈に関する詳細な議論が展開されている「契約の解釈に関する一考察」²²²⁾（以下、(2)において「(沖野)第一論文」という。）は、基礎的作業としてフランス法の考察を行い、そこから日本の議論への示唆を探る、という計画のもとに執筆されたものであるが、日本の議論の整理と問題点の指摘の後、フランス法の考察の途中で終わっており、日本法への示唆には至ら

216) 山本・前掲注4)「(4)」46頁。

217) 山本・前掲注4)「(4)」46頁。個別性との関係では、補充的契約解釈は個別的なものも典型的なものもその内部に取り込んでいるので、そのすべてが事件の個別的解決の要請に集約されるとは言えないが、「任意法規、取引慣行などの典型的解決をはかるものに対して、個別的な解決をはかる拠り所があれば必ずそれを顧慮することを当然の出発点とするものである」ことを指摘している（同47頁）。

218) 山本・前掲注4)「(4)」47頁。

219) 山本・前掲注4)「(5・完)」39頁。

220) 山本・前掲注4)「(5・完)」39-40頁。

221) 本質的要素につき定めがないということになれば、契約は不成立となり、補充は問題とならない。

222) 沖野・前掲注4)。

ず未完となっているからである。他方、沖野自身によるその要約とも言える論文「フランス法における契約の解釈」²²³⁾ (以下、(2)において「(沖野)第二論文」といい、第一論文とあわせて「沖野論文」という。)において、日本法の問題として、「個別と典型という視点」を導入すべきことが説かれている。ここでは「当事者の個別事情に即した解釈か、それから離れたより典型・類型的な解釈かという視点」の重要性が説かれているのであるが、これは、フランス法の議論の特色として第一論文でも指摘されている内容と一致する。そこで、以下では「個別と典型という視点」に関して第一論文においてフランス法の考察として述べられていることを、沖野による日本法上の議論としても取り上げることとする。

(b) 沖野第一論文において、「個別と典型という視点」は、フランスにおいて通説化したとされる「ドゥルッ、グノオの主観・客観二元論」の中に見出されている。それは、契約解釈において第一には「両当事者の共通の意図の探究」をすべきであり、ただ「両当事者の共通の意図が存在しない場合」には「端的に一般利益および衡平という客観的基準によって契約内容を決することになる」という見解であるとされる²²⁴⁾。ここに、「当事者が何を取り決めたかを当事者の具体的事情に即して決定する、個別具体的解釈」と「より抽象的な基準によって内容を確定する典型的

(ないし類型的) 抽象的解釈」という対比が見出されており、「個別具体から典型抽象へという視点」が見出されている²²⁵⁾。

ここで注意すべきは、第一に行われる個別的解释で探究される「両当事者の共通の意図」には、「明示の意思」のほか「黙示の意思」「仮定的・潜在的 (virtuelle) な意思」も含まれているとされることである²²⁶⁾。そこでは、「偶々両当事者がその問題点について定めていなかったとしても、何らかの状況から契約時に彼らが必要な場合に選択すべき解決について合意していたと断言し得るのであれば、裁判官はここでもまた意思の原理を適用できる。裁判官は両当事者の仮定的な (éventuelle) 共通の意図に想を得るわけである」というドゥルッの言葉が引用されており²²⁷⁾、明示には定めていなかったが定めていたと言える内容をもって「黙示の意思」「仮定的・潜在的な意思」としていることがわかる²²⁸⁾。

第二段階である典型的解釈が行われる「両当事者の共通の意図が存在しない場合」に該当するのが「付随的な点に関して両当事者に合意がない場合、あるいは両当事者がある問題について全く考えていなかった場合」であるとされるが²²⁹⁾、第一段階に関する上記の記述からすれば、それらは単に「定めていなかった」というだけではなく、黙示的・仮定的・潜在的な意思すらもない場合を指していると読むべきであろう。

223) 沖野・前掲注172)。

224) 沖野・前掲注4)「(3)」1273-1274頁。

225) 沖野・前掲注4)「(3)」1297頁。

226) 沖野・前掲注4)「(3)」1274頁。

227) 沖野・前掲注4)「(3)」1274頁。

228) 「定めていなかったとしても……合意していたと断言し得る」というのは矛盾しているようにも聞こえるが、整合的に読むとすれば、①「定めようとするれば合意していたと断言し得る」と読むか、②「定めていなかったように見えても」と読むか、二通りほどの解釈が考えられる。最終的に「合意していた」と「断言」する以上両者に大差はないが、定めていなかったことを認めつつ仮定的に定めを認定する①と、そもそも定めていたことにする②とには、正当化の方法ないしレトリックとして、有意な違いがあると言ってよからう。この引用箇所は「仮定的な (éventuelle) 共通の意図」の説明であり、「仮定的」という訳語は、①の解釈と親和的であるが、さしあたり仏和辞典 (小学館ロベール仏和大辞典編集委員会編『小学館ロベール仏和大辞典』(小学館、1988))を参照するに、éventuelの語義は「場合によっては起こりうる、可能性のある、潜在的な；不確定な」等とされており、定めていれば定めを置いたという意味にも (①)、定めはあるものの現実には明示されるに至っていないが、ある拍子に明示されうる、という意味にも (②) 用いることのできる語ではないかと考えられる。むしろ「状況からすれば」合意していたと断言し得る」という一節は②の解釈に親和的である。いずれも考えられるところであるが、本文では②の解釈をとった。

229) 沖野・前掲注4)「(3)」1274頁。

(c) 以上を要するに、明示のものから黙示のもの、仮定的・潜在的なものまでを含む個別的な共通の意図の探究と、それが尽きた場合の典型的解釈とから成る「二元論」が描かれている。この枠組における明示の合意がない場合の取扱いは次のようなものだと考えられる。すなわち、まず、個別的に黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思を探究してそれによって契約内容を確定する。次に、典型的に一般利益や衡平といった基準によって契約内容を確定するのである。

ここでは、まず、明示的に表示された共通の意思（明示の合意）があるかどうかを探究されることとなろう。次に、定めがなくても——厳密には、明示の合意がなくても——両当事者が合意していたと言えないか、すなわち黙示的・仮定的・潜在的な合意があると言えないか、ということを行うことになる。ここまでに行われるのが、個別的解釈である。そのうえで、——本質的要素以外について²³⁰⁾——合意が存在となれば、典型的解釈が行われることとなる。そこでは、一般利益や衡平といった客観的基準によって契約内容が決定される。

o 石川博康『「契約の本性」の法理論』——本質的要素に基づく典型的な契約補充

(a) 契約解釈に関係する本格的な研究は1990年前後の山本論文、沖野論文以来現れていなかったが、近時、それらとは視角を異にするものの密接に関連するものとして、石川博康『「契約の本性」の法理論』²³¹⁾（以下、(2)において「石川論文」という。）が現れている。

はじめに、本稿の関心の対象と石川論文の全体像との関係を確認しておく必要がある。石川論文は、契約概念の中核に「合意」という要素を認めつつ、任意法規等による補充（合意に対する法の補充的作用）や公序良俗に関する法規定等による修正（合意に対する法の修正的作用）があり得ることから、契約上の権利義務の内容が「合意によって定められたこと」と完全に一致するわけではない、という点に注目し、「合意に対して法が与える補充的・修正的作用」という——巨大な——問題に対して、「契約内容の実体的構造に関するいかなる考慮が契約の補充や内容規制の作用をどのように支えているのか」という統一的な分析視角の下に、取り組むものである²³²⁾。この、合意に対して法が与える補充的作用と修正的作用という二つの法作用のうち、本稿の関心は、前者の補充的作用にある。

(b) 合意に対して法が与える補充的作用の問題の検討にあたっては、最初に、イタリアとドイツにおける契約の解釈と補充をめぐる法状況の検討をもとに、「契約の内容決定手続」が「合意の意味の解明としての契約解釈」と「契約上の空白部分の補充としての契約補充」という二種類の作業に区別されること²³³⁾、そして契約補充が契約解釈によっても埋められ得ない欠缺部分の存在を前提としてのみ行われ得ること（契約の解釈と補充との段階構造）、契約補充の作業の内部において段階構造が存在すること（各手続内部での段階化）、といった基本的理解が——イタリアとドイツに共通して認められるのみならず普遍的なものとして²³⁴⁾——示される²³⁵⁾。

230) 本質的要素につき定めがないということになれば、契約は不成立となり、補充は問題とならないことは既述（前掲注221）のとおりである。

231) 石川・前掲注17)。

232) 石川・前掲注17)2頁, 38頁。

233) ここでは明言されていないが、契約補充が「法による」ものであることは前提とされていると考えられる。石川・前掲注17)2頁, 3頁, 24頁等。

234) 「契約の内容決定手続に関し、契約における合意の意味の解明としての『契約解釈』と契約上の空白部分の法による補充としての『契約補充』という二種類の作業が区別されること」が「比較法的にはしばしば看取される事態である」と述べられていること、「合意によって当事者が自律的に定めた契約規範の内容を明らかにすることが本来的な意味での契約解釈であり、そのような本来的な意味での契約解釈という作業の他に、任意法規や慣習などによって当事者の合意内容を超えて契約内容を補充するという作業が介在するというものについては……広く承認されていると言ってよいであろう」ということについて「例証」すべく、イタリアとドイツの法状況が取り上げられているということから（石川・前掲注17)3-4頁）、このように言うことができる。

235) 石川・前掲注17)22-23頁。

そのうえで、「契約の解釈および補充の構造という内容決定手続レベルの問題に関する検討は、それらの内容決定手続の結果として導かれる契約規範の構造という実体的規範レベルの視点によっても支えられなければならない」という問題意識のもと、「契約解釈や契約補充というそれぞれの内容決定手続の結果として導かれるべき契約規範の内容を踏まえて、特にそれぞれの規範内容の相互関係とその内部構造に照らして、法による契約補充の構造を理解する」という分析視角が、「法による契約補充の構造についてのさらなる理解」のために、用意される²³⁶⁾。この問題意識は、上記のとおり「当事者の具体的な合意を前提としたそこにおける規律の欠缺に関してしか契約補充が作用し得ない」以上、「契約補充によって補充されるべき契約内容を決定する際の出発点となるのは、当事者の合意によって定められた契約規範それ自体でしかあり得ない」ため、「任意法規による補充に関しても、信義誠実や取引慣習の考慮というより一般的な補充に関しても、その前提として、当事者の合意に基づく契約規範が法による契約補充との関係でどのように法的に把握されるべきかがまず問われねばならない」、との考えに基づくものである²³⁷⁾。より具体的には、「どのような合意上の契約規範がいかなる論理を経由して任意法規や信義則等による契約補充をもたらすのか」という問題意識をもって、契約内容の実体的構造についての検討を行うこと」が課題として設定される²³⁸⁾。

(c) 以上の課題に答えるべく石川論文が用意した分析方法は、「三分法の理論は、契約

の類型性に関する考慮を基礎とする理論であって、契約の補充や規制と関係しつつ契約内容を典型的に整序するという機能を果たすものである、という仮説」に基づき²³⁹⁾、「契約規範の内容に関する本質的要素 (substantia; essentialia) ・本性的要素 (naturalia) ・偶有的要素 (accidentalia) の三分法の理論」について検討し、「そこから得られる示唆を基礎としつつ、契約の補充と内容規制をめぐる問題について考えていく」というものであって²⁴⁰⁾、重厚な歴史研究を含むものであるが、本稿ではそのうち解釈論に直結し得る結論部分のみを取り上げることとする²⁴¹⁾。

(d) まず、三分法の理論は、「本質的要素 (essentialia) に関する当事者の規律から帰結される一定の契約類型を前提とし、その契約類型に関して通常備わるべき契約規範が本性的要素 (naturalia) として合意を超えて契約内容に補充されるとともに、その本性的要素に関する変更または排除は (偶有的要素 [accidentalia] としての) 当事者による具体的な規律によつてのみ行われ得る」というものであり²⁴²⁾、石川論文はこの理論の現代的な意義を説くものである。そこでは、法による補充的作用は、本性的要素の補充として捉えられることになる。そのうえで石川は、とくにドイツにおける議論に示唆を受け²⁴³⁾、以下のように「本性的要素の二元的構成」を説く。すなわち、一定の契約類型における本性的・典型的な契約内容としての本性的要素には、①「典型契約規定のような一定の法定類型を前提とした法規定」と、②「いわゆる現実類型——社会的な相互行為において自生的に生起するとともに、現実の契約関係の背後

236) 石川・前掲注 17)24 頁。なお、この分析視角は、石川論文を通底する「契約内容の実体的構造」ないし「契約規範の構造」という分析視角の下位にある視点の一つとして提示される「合意に基づく契約規範と法に基づく契約規範とを区別する視点」が、具体的に敷衍された結果であるとされている (石川・前掲注 17)38-39 頁)。

237) 石川・前掲注 17)24 頁。

238) 石川・前掲注 17)24 頁。

239) 石川・前掲注 17)43-44 頁。

240) 石川・前掲注 17)41 頁。

241) もっとも、以下は「歴史的・比較法的考察から導かれる示唆を、その限りにおいてより具体的な形で提示する」ものであって、「暫定的かつ綱領的な見通し」にすぎず、「日本法における個別的な問題に関する解釈論や立法論の提示を目的としたものではない」ことが前もって強調されている (石川・前掲注 17)505 頁)。

242) 石川・前掲注 17)505-506 頁。この理論の内容については、41-43 頁にはじまり、論文全体を通じて説かれるところである。

243) 石川・前掲注 17)407-408 頁等。

にある社会規範や共通理解から構造化される社会的存在——を基礎として」具体化・定型化されるところの「その契約関係における社会規範などを基礎としたより社会的文脈に依存した規範」とが含まれると言う²⁴⁴⁾。そうすると、本性的要素を基礎とする法作用としての契約補充も、①「任意法規を基礎とする本性的要素」が関係する「その具体的な任意法規に従った契約規範の補充」と、②「信義則を基礎とする本性的要素」が関係する「現実類型を基礎とした社会規範や内在的規範に従った規範補充」とに二元化することになる²⁴⁵⁾。

このうちとくに②は、一方で、内容規制との関係で、三分法の理論の機能を十分に果たすためには「本質的要素や本性的要素の内容等に関するより個別的な把握による実効化」が必要であるという視点から説かれるものであり²⁴⁶⁾、また他方で、信義則による契約の内容補充との関係で、それが「現実類型における内在的規範や社会的規範に従った契約補充等として」「個別の任意法規に基づく契約補充……とは異なった理論的特質において」把握されるという視点、および「信義則による契約補充作用を一定の理論枠組みの中に囲い込みかつそれを適切に統御するためには、現実類型上の本性的要素を経由しつつ行われる法的作用として信義則等を媒介とした社会規範に従った契約補充を把握することが有用である」という視点から説かれるものである²⁴⁷⁾。

(e) 以上を要するに、石川論文の示す枠組においては、まず、「合意の意味の解明」として「契約解釈」が行われ、それによって埋められ得ない欠缺がある場合に「契約補充」が行われる。その契約補充は、契約類型に備

わる本性的要素の補充として捉えられるものであり、法定類型の本性的要素の補充としての任意法規による契約補充と、現実類型の本性的要素の補充としての信義則による契約補充との二元的構造を持っていると言える。

ここでは、まず、「合意の意味の解明」としての契約解釈が行われる。ここでいう「合意の意味の解明」が何を意味するのかは必ずしも明らかでないが、契約解釈の内実が「合意に際しての当事者の真意を探求するもの」か「当事者がなした合意の客観的意味の探求」かという「いわゆる法律行為（契約）の解釈における意思主義と表示主義の対立」にも拘わらず「合意によって当事者が自律的に定めた契約規範の内容を明らかにすること」が「本来的な意味での契約解釈」であることが承認されているという記述²⁴⁸⁾や、イタリアの例では「当事者の共通の意図の探求としての主観的解釈」と「規範的な観点からの合意の客観的意味の探求としての客観的解釈」とが合わせて「契約解釈」とされていること²⁴⁹⁾、ドイツの例で補充的契約解釈が本質的に契約解釈と異なる性質の作用であることを述べる際に「契約上の規律に関してその意味を探求する」ことが契約解釈であるとの理解が示されていること²⁵⁰⁾、からすれば、その確定方法はともかく、——表示とその意味の探求にせよ、共通の意思の探求にせよ——何らかの確定方法から、合意の有無およびその意味を確定すること、という広い意味で捉えるべきことがわかる。したがってまず「合意」があるかどうか判断され、そのうえで、一定の意味内容を持った合意があるとされればその内容が契約内容となり、他方、そのような合意が認められなければ、——それが契約の本質的要素にかかわらない限り²⁵¹⁾

244) 石川・前掲注 17)507 頁。なお、この法定類型と現実類型との二元化に伴い、契約類型への帰属は重層的なものとなり得るとされる(石川・前掲注 17)508 頁)。

245) 石川・前掲注 17)507-508 頁。

246) 石川・前掲注 17)506 頁。

247) 石川・前掲注 17)509 頁。

248) 石川・前掲注 17)3 頁。

249) 石川・前掲注 17)6-7 頁。

250) 石川・前掲注 17)14 頁。

251) 本質的要素に関して合意が存在しなければ契約は不成立となり、補充は問題にならないことは既述(前掲注 221), 前掲注 230)) のとおりである。

——契約解釈によってはその事項について欠缺を埋められないものとして、契約補充が行われることになる。そして、契約補充は、欠缺を伴いつつ成立している契約が包摂される現実類型と法定類型の、本性的要素の補充として行われることになる。

d 比較検討

(a) 序 以上、山本論文、沖野論文、石川論文の内容を見たことで、契約内容の確定方法につき、現時点で異なる三つのモデルが存在していることがわかった（以下、「山本モデル」「沖野モデル」「石川モデル」という。）。以下、これら三つのモデルを比較することでそれぞれの特徴をより明確に把握することとしたい。後述のとおり「定めがない」ということの意味も各モデルにおいて異なっているのでそれ自体検討を要するが、さしあたり、大まかな意味で「定めがない」場合の取扱いに注目して、検討してゆく。

(b) 山本モデルと沖野モデル (aa) まず、山本モデルと沖野モデルを比較検討する。前提として、山本モデルにおける「定めがない」場合とは、表示がない——より正確には、意味を確定し得る表示がない——場合をいうのに対して、沖野モデルにおける「定めがない」場合とは、一定内容の明示的な共通の意思——明示的合意——が認められない場合をいう。このように、「定めがない」場合の範囲がそれぞれにおいて異なっており、このままでは比較が困難であるが、ここではさしあたり、山本モデルにおける「定めがない」場合に局面を固定したうえで、それが沖野モデルにおいてどのように取り扱われるか、という形で比較検討を試みることにする。

山本モデルにおいて、「定めがない」場合には、まず契約に即した個別的な補充としての補充的契約解釈が、次に典型的な補充としての法適用が、行われることになる。こうした局面は、沖野モデルにおいていかに扱われることになるのであろうか。この場合、明示

的な共通の意思は存在せず、沖野モデルにおいても「定めがない」場合に当たると言えようから、個別的解釈としての黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究と、典型的解釈とがあり得ることになる。

(bb) ここで、沖野論文自体において山本論文を位置付ける記述があるので、その内容を確認しておく。沖野第二論文では、「個別と典型という視点」が提示される際、それは「山本助教授が補充的解釈に関して主張されたところであるが、ここで再度強調したい」と述べられており²⁵²⁾、山本論文との連続性が意識されている。そこで「強調したい」理由としては、仮定的意思の問題が鮮明になること、規範的解釈と補充的解釈の関係が明確になること、の二点が挙げられている²⁵³⁾。このうち第一点は、仮定的意思が個別的解釈において探究される共通の意思として問題になることと対応するものと思われる。他方、第二点に関しては、「意思表示がある場合を規範的解釈の問題、ない場合を補充的解釈の問題とする見解」も「当事者の合意を補うのが補充的解釈であるとの定義」も不適切であるとしたうえで「個別的解釈・典型的解釈という軸の導入により、この点にも解決が与えられる」と述べられているが²⁵⁴⁾、そこでいう「解決」の意味をどう理解すべきか、直ちには明らかでない。規範的解釈と補充的解釈との区別に代えて個別的解釈と典型的解釈との区別を導入することを説いているとも読めるが、そこまでは含意しておらず、個別と典型との区別が規範的解釈と補充的解釈との区別の基準になることを説いているとも読める。ただ、そうだとすると、それらの対応可能性は二通りいずれも一応考えられる。第一に、個別的解釈のうち明示の共通の意思の探究（本来的解釈）以外のものを規範的解釈と、典型的解釈を（共通の意思の不存在を補うという意味で）補充的解釈と、対応させることが考えられる。この読み方によれば、「補充的解釈」は両当事者の共通の意思が存在しな

252) 沖野・前掲注 172)283 頁。

253) 沖野・前掲注 172)283 頁。

254) 沖野・前掲注 172)283 頁。

い場合における典型的解釈に対応することとなるが、山本論文における補充的契約解釈は、個別性をその特徴とするものであるから、沖野論文における二元論で言えば、第一段階である個別的解釈の方に該当することになるはずである。山本論文における補充的契約解釈と、ここで規範的解釈と対置されている補充的解釈とを同内容のものとして捉える限り、この読み方は採用できない。そこで、第二に、個別的解釈のうち明示の共通の意図の探究（本来的解釈）以外のものを補充的解釈、典型的解釈を規範的解釈、と区別することを説くものと考えることができよう。

以上のような記述があることを踏まえつつ、以下、山本モデルとの対応関係につき検討を加える。

(c) まず、山本モデルにおける個別的補充としての「補充的契約解釈」に相当し得るものとして、沖野モデルにおいては、個別的解釈としての「両当事者の共通の意思」の探究のうち明示的な共通の意思の探究でないもの、つまり黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究がある。

補充的契約解釈と黙示的・仮定的・潜在的な意思の探究とは、個別的な性格において共通しており、一致することもあるであろうが、山本モデルにおける「表示の意味」をどう理解するかという点にもかかわって、一致するとは限らない。

また、仮に一致するとしても、ここには、山本モデルにいう補充的契約解釈が、契約に定めがないところを補充すると構成されるものであるのに対して、沖野モデルでは、明示的合意がないという意味では「定めがない」としても、あくまでも——黙示的・仮定的・潜在的であれ——合意が存在し、それを探究するものと構成される、という違いが見受けられる。

(d) 次に、山本モデルにおいて補充的契約解釈と区別される一般的補充としての「法適用による補充」は、その一般性ゆえに、沖

野モデルにおいては、典型的解釈に相当し得る。

もつとも、同じく「典型的」と言っても、沖野モデルではもっぱら一般利益・衡平・慣習といった一般条項的なものが念頭に置かれるのに対して、山本モデルにおいては一般条項とともに任意法規が念頭に置かれているという違いがある。

また、仮に内実が共通しているとしても、山本モデルはこれを契約解釈とは区別したのに対して、沖野モデルにおいてはこれも契約解釈に含めている、という違いが見受けられる。この違いは、沖野第一論文における「解釈」の意味に由来していると考えられる。すなわち、ドゥルウ、グノオの学説について個別に確認されているわけではないものの、フランス法の考察全体に際して、「学説が『解釈』に関する諸原則・諸基準や裁判官の活動を語る時に想定している作業をもって広義の『解釈』と捉える」こととすることが述べられており、そこでは、①「契約中の諸規定の意味を明確にすること」を意味する「狭義の『解釈』」のみならず、②「法性決定」（狭義の解釈「によって契約の具体的内容が定められて後」「契約の性質、契約が属しその適用を受ける法的カテゴリーを決定すること」）や③「契約の法的内容の確定」（「法性決定の後、法律上当該契約に付される効果を決め、あるいは法律上の規定のないときに当該契約の効果に関する客観的原則に従い効果を決定すること」）も含めて「解釈」の問題を見ることがとされている²⁵⁵⁾。このことと、フランス法において契約の解釈が成立段階とは異なる「契約の効果の問題、瑕疵なく成立した契約の内容確定の問題」と位置付けられているとされていること²⁵⁶⁾とあわせて、広く契約内容を確定する作用を「契約の解釈」に含めていると考えられる。山本論文において主題的に行われるような「契約解釈」と「法適用」との区別は、沖野論文においては想定されていないように読めるのである²⁵⁷⁾。同じ「個

255) 沖野・前掲注4)「(2)」542-543頁。

256) 沖野・前掲注4)「(3)」1298頁。

257) 既に述べたように、沖野論文における個別—典型的のスペクトラムにおいて、「典型」として語られるのはもっぱら一般利益、衡平、慣習といったものであり、任意規定の位置付けが必ずしも明らかでないが、その一因はこ

別と典型という視点」を持ちながら、一方で山本モデルにおいては、補充的契約解釈を含めて個別的な法作用として契約解釈が、典型的な法作用として法適用が、それぞれ特徴づけられていたのに対して、他方で沖野モデルにおいては、広義の契約解釈の内部において個別と典型との区別が見出されている、と言えよう。

(c) 山本モデルと石川モデル (aa) 次に、山本モデルと石川モデルを比較検討する。前提として、山本モデルにおける「定めがない」場合が意味を確定し得る表示がない場合を指すところ、石川モデルにおいて「定めがない」場合という、「合意の意味の解明」ができない場合を指すことになる。石川モデルにおける「合意の意味の解明」は契約解釈に関する複数の理解を反映して複数の捉え方が可能な定式であり、石川モデルにおける「定めがない」場合とは、一方で、山本モデルにおける「定めがない」場合と一致するものとして捉えることもできるが、他方で、別の捉え方をする余地もある。そこで、以下では、山本モデルにおける「定めがない場合」に局面を固定したうえで、それが石川モデルにおいてどのように取り扱われるか、という形で比較検討を試みることにする。

既に見たように、山本モデルにおいて、「定めがない」場合には、まず契約に即した個別的な補充としての補充的契約解釈が、次に典型的な補充としての法適用が、行われることになる。同じ局面は、石川モデルにおいてはどのように扱われることになるのであろうか。

(bb) まず、山本モデルにおける個別的補充としての補充的契約解釈に相当するものは、石川モデルにおいて見出し得るであろうか。

第一に、石川モデルにおける契約解釈すなわち「合意の意味の解明」を、沖野モデルという個別的解釈と一致するものとして捉えた場合、この局面（山本モデルにおける「定め

がない」場合）において、石川モデルにおいては、沖野モデルにおけるのと同様に、なお契約解釈として、黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究が行われることになり、これが補充的契約解釈による個別的な補充に相当し得ることになる。

この場合には、上記(b)(cc)で述べたのとほぼ同様のことが言える。まず、山本モデルにおける補充的契約解釈と石川モデルにおける黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究とは、一致するとも一致しないとも考え得る。また、仮に一致するとしても、山本モデルでは定めがないところを補充するという構成がとられるのに対して石川モデルでは定めがあると構成されることになる、という違いがある。

第二に、石川モデルにおける契約解釈すなわち「合意の意味の解明」に、山本モデルにおける狭義の解釈と補充的契約解釈とをともに含めるという可能性も、一応考えられる。

もっとも、石川論文内在了的に見た場合、この可能性は乏しいであろう。石川論文のモデル提示部分から一度離れて、冒頭で契約解釈と契約補充の段階構造の普遍性を例証する際のドイツ法に関する叙述に目を向けると（石川論文序章）、そこでは補充的契約解釈の位置付けについてある程度詳細に言及されており、そこで石川の態度が示唆されている。そこでは、ドイツにおける補充的契約解釈が「契約解釈としての形式と契約補充としての実質とをともに備える」という折衷的な性質が指摘され²⁵⁸⁾、一方で「具体的な契約に定められた意味に従った解決を探求する個別具体的な判断であるという点において、……契約の『解釈』としての性質を備える」ことが言われるものの²⁵⁹⁾、契約解釈としての側面について述べるのはその一箇所にとどまり、他方で、「契約上の規律に関してその意味を探求するものではなくむしろ契約上の規律の欠缺に際してそれを填補するものであるという点で、本質的に契約解釈とは異なる性質の

こにあるのではなからうか。

258) 石川・前掲注17)21頁。

259) 石川・前掲注17)16頁。

作用」であること²⁶⁰⁾、「契約における空白部分を補充するという意味での契約補充としての側面」を有していること²⁶¹⁾、「法律問題としての規範的な契約補充の側面」を有していること²⁶²⁾、が繰り返し指摘されており、あくまでもそれが契約補充としての実質を持つことの方に力点が置かれているように読める。こうした記述を踏まえれば、石川モデルにおいて契約解釈として補充的契約解釈に当たる作用が認められることは考えにくい。

第三に、石川モデルにおける契約解釈すなわち「合意の意味の解明」を、沖野モデルという明示的な共通の意思の探究に限定した場合や、山本モデルにいう表示の意味の探究と一致するものと捉えた場合には、この局面（山本モデルにおける「定めがない」場合）において、もはや契約解釈の余地はないことになる。

このとき、一つには、石川論文においては明示されていないものの、契約解釈でも契約補充でもない折衷的なものとして、別途、補充的契約解釈を行うということが一応考えられる。しかしながら、「契約補充は、契約解釈によっても埋められ得ない欠缺部分の存在を前提としてのみ行われ得る」ことを述べる際に、ドイツにおいて「解釈と補充の折衷的性質を有する補充的契約解釈という手続が存在すること」について、「契約解釈手続の内部構造や解釈と補充の限界づけに関しては必ずしも十分に明確なものとされてはいない」と評しつつ、「しかし、契約補充に関して言えば、契約補充が契約上の規律の欠缺を前提としてまたその点に関してのみ行われ得るということはイタリアとドイツにおいて共通し

て認められており、……」と続けていることから²⁶³⁾、折衷的性質に対する消極的な評価と、契約解釈と契約補充との二分法を貫徹することへの志向が窺えるのであり、石川モデルにおいて、契約解釈と契約補充以外に別途折衷的な作用が認められることはないものと考えられる。

そうすると、このときは、石川論文のいう契約補充が行われることになると考えられるが、それは、法定類型ないし現実類型に関する本性的要素の補充である。山本モデルにおける補充的契約解釈は、個別性をその特徴とするものであるが、『契約の本性』による契約規範の類型的『規整 (Ausgestaltung)』²⁶⁴⁾を主題とする石川論文が、類型性を離れて個別的な補充作用を認めるということはないものと考えられる。たしかに、現実類型の構成いかんによっては、実質的に個別性を考慮しているのに近い作用が行われるということは考えられる。しかし、あくまでも類型的な作用なのであり、個別の契約への着目を謳う補充的契約解釈とは性質を異にすると言ふべきであろう。

この場合、契約補充につき、山本モデルが個別的な補充と典型的な補充とを二元的に措定するのに対して、石川モデルが典型的な補充のみを措定する、という違いが見受けられることになる。これは、山本モデルの個別志向と石川モデルの類型志向という差異に由来していると言える。また、山本モデルが法に基づく補充と（補充的）契約解釈に基づく補充とを二元的に措定するのに対して、石川モデルはおおよそ補充を法に基づく補充として捉える²⁶⁵⁾、という違いもある。これも第一の

260) 石川・前掲注 17)14 頁。

261) 石川・前掲注 17)21 頁。

262) 石川・前掲注 17)21 頁。

263) 石川・前掲注 17)22 頁。

264) 石川・前掲注 17)524 頁。

265) なお、「任意法規や慣習などによって当事者の合意内容を超えて契約内容を補充するという作業」が『解釈』という作業に含まれるべきものであるのか、あるいはそれとは異質な作業であるのかについては意見の相違があり得る」とされ、さらにその問題は①「任意法規や慣習などによる契約補充」と「契約解釈において探求されるべき当事者意思」との関係という「契約補充の意義をめぐる問題」と②「任意法規や慣習などによる契約補充」が「解釈」の一環として位置付けられるかという「契約補充の体系上の位置付けの問題」という二つのレベルに分化させられているが（石川・前掲注 17)3 頁）、ここでの争点はあくまでも法に基づく補充としての「任意法規や慣習などによる契約補充」もまた「解釈」と言えるか、という問いであり、法に基づくという点に関しては争いがないものと捉えられている。

相違点から帰結するものと見ることもできるが、それだけでなく、こちらは石川論文の問いの立て方にも由来していると言えよう。すなわち、石川論文の出発点は、「合意に対して法がもたらす……補充的……作用に関し、どのような理論的基礎といかなる契約法体系上の位置付けとが与えられるべきか」という問題にあるところ²⁶⁶⁾、この段階で既に、「合意」と「法」との対置が行われている。また、契約内容の実体的構造からの分析という視角が用意され、そこで「合意に基づく契約規範と法に基づく契約規範とを区別する視点」が示されているが、そこで既に合意と法との二分法的思考にコミットしているのである。もちろん、問題設定ないし分析視角の設定の際に二分法に立脚しつつ結論において折衷的なものを認めることということも一般論としてはあり得るが、石川論文はその途をとらなかった。

(c) 次に、山本モデルにおける典型的補充としての法適用による補充には、石川モデルにおける契約補充が相当すると言える。任意規定の適用による補充は法定類型の本性的要素の補充、信義則の適用による補充は現実類型の本性的要素の補充として、それぞれ位置付けられることになる。

もっとも、石川モデルは、法規範の内容を、類型の本性的要素として捉えるという点において、山本モデルと異なっている。任意規定は何らかの類型ごとに設けられているので、任意規定の適用による補充については両モデル間の差異が実際に生じることはないと考えられるが、信義則の適用による補充については、石川モデルではそれを類型的な補充として捉えるのに対して、山本モデルは必ずしもそうでない、という違いが生じる。山本論文のいう典型性は個別の契約を離れることを意味するところ、石川論文ではそこからさらに進んで、そうした個別の契約を離れた規範が、類型的に定まっているということも説かれているものと言える。

(d) 沖野モデルと石川モデル (a) 以上、山本モデルと沖野モデル、山本モデルと

石川モデルを比較検討し、山本モデルをかすがいとして三者の特徴が一定程度明らかになったと思われるが、最後に、沖野モデルと石川モデルの比較検討も行いたい。

ここでは、沖野モデルにいう「定めがない」場合として、明示的な共通の意思が認められない場合に局面を固定したうえで、それが石川モデルにおいてどのように取り扱われるか、という形で比較検討を試みることにする。

この局面において、沖野モデルにおいては、個別的解釈として黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究が、次に典型的解釈として一般利益や衡平といった客観的基準の適用が、行われることになる。同じ局面は、石川モデルにおいてはどのように扱われることになるのであろうか。

(b) まず、沖野モデルにおける個別的解釈に相当するものは、石川モデルにおいて見出し得るであろうか。

第一に、石川モデルにおける契約解釈すなわち「合意の意味の解明」を、沖野モデルにいう個別的解釈すなわち明示的・黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究として捉えた場合、この局面（沖野モデルにおける「定めがない」場合）において、まず、契約解釈として黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究が行われる。

これは、まさに沖野モデルにいう個別的解釈と一致する。石川モデルも、「合意の意味の解明」に黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究を含めることによって、契約解釈・契約補充の二分法のうち契約解釈の枠内で、個別性を追求し得るのである。

第二に、石川モデルにおける契約解釈すなわち「合意の意味の解明」を、沖野モデルにいう「定めがある」場合すなわち明示的な共通の意思の探究に限定して捉えた場合、この局面（沖野モデルにいう「定めがない」場合）では、契約解釈は尽きたものとして、契約補充として本性的要素の補充がもっぱら行われる。

この場合、沖野モデルでは、典型的解釈と

266) 石川・前掲注17)2頁。

は別に、黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究により個別的解決を実現するという方法があるのに対して、石川モデルでは典型的な補充のみが行われ、個別的解釈に相当するものを行う余地がない、という違いが生じることになる。この違いは、黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究を認めるかどうかの違いとともに、石川モデルが契約補充において類型性を重視するという点に由来するものと言える。

第三に、石川モデルにおける契約解釈すなわち「合意の意味の解明」を、山本モデルという狭義の解釈すなわち表示の意味の確定として捉えた場合、この局面（沖野モデルという「定めがない」場合）において、なお契約解釈として表示の意味の確定が行われる余地がある。明示的な共通の意思がないというときであっても、表示はあり、その意味を共通の意思以外の方法で確定するということが行われることになろう。

この場合、沖野モデルにおける個別的解釈と、個別性を持つという点においては共通するものであるが、沖野モデルが共通の意思という構成をとるのに対して、表示の意味の確定という構成をとるものであり、構成において差異があり、内実も異なるであろう。

(c) 次に、沖野モデルにおける典型的解釈に相当するものは、石川モデルにおいて見出し得るであろうか。

第一に、石川モデルにおける契約解釈すなわち「合意の意味の解明」として沖野モデルという典型的解釈まで含めるという理解も一応あり得るが、沖野モデルが契約内容確定をもっぱら契約解釈に担わせているのに対して（上記(b)(dd)）、石川モデルが契約解釈と契約補充との二分法を採っていることからすると、このような理解は採用し難いように思われる。

そこで第二に、石川モデルにおける契約補充が、沖野モデルにおける典型的解釈に相当し得るかどうかにつき検討するに、石川モデルにおける契約補充は、法による補充であって、沖野論文において個別性と対置されるところの典型性を有していると言えるため、沖野モデルにおける典型的解釈に相当し得る。

もつとも、まず、沖野モデルはここでもなお「解釈」が行われるものとする一方、石川モデルにおいては解釈と区別されるところの「補充」として観念されているという違いがある。これは、上記(b)(dd)で述べたような、沖野モデルにおける解釈の広義性に由来するものと言える。また、石川モデルにおける契約補充は、現実類型ないし法定類型の本性的要素の補充として行われる典型的なものであるのに対して、沖野モデルにおける典型的解釈は、必ずしもそうではないという違いがある。ここでは、上記(c)(cc)で述べたのと同様、沖野論文という典型性が個別の契約から離れることを意味するところ、石川論文ではそこからさらに進んで内容の類型性が説かれているとすることができる。

(e) まとめ 以上三通りの比較検討により、とくに山本モデルの持つ①解釈の狭義性と②解釈・補充の二元性、③補充における個別・典型の二元性、沖野モデルの持つ①解釈の広義性と②補充の解釈への解消、③解釈における個別・典型の二元性、石川モデルの持つ①解釈の狭義性と②解釈・補充の二元性、③補充における類型性、といった特徴が示されたものと考えられる。

e 課題

以上に見た三つのモデルはいずれもあり得るモデルと言うべきであるが、いずれをとるにせよ、難点ないし課題は残る。

第一に、石川モデルについては、まず、モデル自体の問題として、一方で、契約解釈の領分を広く理解し、たとえば黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究をも契約解釈に含める場合、それが契約補充の局面において説かれる契約規範の典型的規整という考え方といかなる関係に立つのか、という疑問が生じる。黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の認定が広がることになれば、補充を典型的に規整することの意義が薄れるおそれがある。他方、石川モデルにおける契約解釈と契約補充との二分法の下では、類型を離れた個別的考慮を担い得るのは契約解釈のみである。そうすると、契約解釈の領分を狭く理解し、たとえば明示的な共通の意思の探究に限定的な場合には、明示的な共通の意思がない

場合に個別的考慮を担い得る作用がないことになるが、それでよいか、という疑問が生じる。さらに言えば、果たして補充的作用はすべて「類型性」で説明できるのか、という疑問も残る。たしかに、本性的要素に注目した理論枠組を用いることによって、内容規制と契約補充とを制御することが可能になると言え、本性的要素を個別具体的に把握すれば実効性も欠かないとも思えるが、そのような類型による説明に限界はないか、とりわけ、現実類型として構造化されるには社会規範や共通理解が必要であり、個別具体性に限界があると考えられるがそれでよいか、といった疑問を提起できよう。

次に、実践的な課題もあろう。すなわち、契約補充は法定類型に関する補充と現実類型による補充とから成るところ、前者については問題が少ないが、後者を機能させるためには、現実類型の適切な整備が不可欠となる。「契約規範の補充や規制に際しては、その契約を背後の取引関係や社会的文脈に還元しつつ、その契約に関し各当事者において了解されている定型的期待を基礎として現実類型を解釈学的 (hermeneutisch) に構成することが、有益であり必要となる作業となる」のである²⁶⁷⁾。そうした現実類型の構成という課題が残ることになる。

第二に、沖野モデルについては、まず、モデル自体の問題として、「定めがない」場合の個別的な考慮を引き受けるのは個別的解釈としての共通の意思の探究であるが、それは適切か、という疑問を提起できよう。一方で、個別的な考慮の要請を重視すれば、それは、黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思を広く認定するということになるが、それは過度の擬制につながる。他ならぬドゥルッ、グノォが19世紀フランスの註釈学派の古典理論に対して意思擬制の非現実性という観点から批判を加えているとされているのであり²⁶⁸⁾、だからこそ意思の不存在の場合の典型的解釈という途を設けているのである。他方で、擬制の抑制を重視すれば、結局典型的

解釈に委ねることになるが、それでは個別的考慮が担保されないことになり、ディレンマが想定される。

次に、沖野モデルによった場合の実践的な課題もあるであろう。それはとくに、黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思はいかにして認定されるのか、という問題として現れる。

最後に、山本モデルは、個別と典型という視点、解釈と補充という視点を取り入れておりモデルとしてはバランスがとれていると評価できようが、実践的な課題は大きい。他ならぬ補充的契約解釈の方法をいかにして可視化・定式化するのか、という問題である。「実際に補充的契約解釈をどのように行うかという問題は極めて重要な問題である²⁶⁹⁾。当時ドイツにおいてもまだ確立した方法論は存在しなかったとされるが、これが重要な問題であることは間違いない。

3 契約内容の正当化

以上、契約内容確定法理につき、契約の解釈と、その外側とに分けて検討を加えた。続いて3では、契約内容をいかにして正当化するかという問題を検討する。これは1, 2とは次元を異にする議論であるが、これも契約内容をいかにして確定するかということにつながる。まず、契約内容の確定に際して自律の契機と他律の契機とがどのように存在しているかという問題を(1)、次に、契約内容はすべて事前に規律されていたことにするのかどうかという問題、いわゆる「現在化」の問題を検討する(2)。

(1) 契約における「自律」と「他律」

(1)では、契約内容の正当化にかかわる問題の第一として、契約内容およびその確定作業において、自律の契機と他律の契機をどう見出すか、という問題を検討する。この問題は難問であるが、ここでは、この問題について考える手がかりとして、山本敬三の説く「融合論」を取り上げる。

267) 石川・前掲注17)508頁。

268) 沖野・前掲注4)「(3)」1267頁。

269) 山本・前掲注4)「(4)」23頁。

a 山本敬三による「融合論」

まず、山本の所説を確認する。山本は、契約内容の確定が「当事者の自律的な合意の確定と他律的な規範による補充という2つの作業からなる」という理解を「二元論」、それに対して「当事者の自律的な合意の確定と他律的な規範による補充を対立的にとらえるのではなく、むしろ融合的に捉える考え方」を「融合論」と呼び、両者を対比させている²⁷⁰⁾。

二元論は、さらに「厳格な合意観」と「柔軟な合意観」とに分類され、前者では「合意の内容が比較的リジッドにとらえられ」るため、「他律的な規範による補充が働くべき場面が相対的に広」いのに対して、後者では「合意の内容をより柔軟に理解する」とされる²⁷¹⁾。

これに対して融合論は、「契約という行為がそもそも契約制度を前提としてはじめて考えられる行為——制度的行為——であるというところに「ポイント」がある考え方であり、「制度的行為としての契約をするとは、そのような契約制度を構成する諸ルールによって内容を規定された行為をおこなうことにほかならない」という考え方であるとされる²⁷²⁾。そのうえで、融合論には他律の契機と自律の契機とが共存していることが確認される。すなわち、「結局のところ——それ自体としては——他律的な規範が適用されることになる」点に着目すれば「二元論によるのと異ならないとみることもできる」が、「制

度的行為の意味内容はその制度を構成するルールによって規定されざるをえないとしても、まさにそのような行為をすることを当事者がみずから選び、決めていることに変わりはない以上、そこに当事者の『自律』をみてとることもできる」とされる²⁷³⁾。もっとも、融合論でいう「契約制度を構成するルール」は典型的な場合を想定したものであるところ、その適用には「個々の当事者が契約により実際に行った決定」が優先すること、さらに、契約に欠缺がある場合にも「当事者が契約により実際におこなった決定」から「一定の指針」を引き出してそれにしたがって「その欠缺を補充すること——補充的契約解釈——が要請されることが説かれる²⁷⁴⁾。

b 森田修による応答

以上に見た山本の見解については、森田修によって検討が加えられている。そこで次に、森田の所説を確認する。

森田は「〈事実としての意思〉と〈規範としての意思〉との関係」を問う。より具体的には、『新しい契約責任論』がいうところの意思はどこまで規範化されているか、その中の事実としての意思はどのように位置付けられるか、その位置付けの仕方は適切か、といった問題」を提起する²⁷⁵⁾。

そのうえで森田は、山本の立場について次のように理解する。すなわち、一方でそれは『事実として存在する当事者の自然的な意思』への絶対的拘束を主張するものではな

270) 山本・前掲注 7)99 頁。

271) 山本・前掲注 7)100 頁。

272) 山本・前掲注 7)101 頁。

273) 山本・前掲注 7)101-102 頁。さらに山本は、「二元論によるのと異ならないとみることもできる」との箇所を承けて「そうした他律的な規範が当事者を拘束しているのだから、そこまで含めて『契約内容』を構成すると呼ぶことは、違和感が残るかもしれない」と述べ、しかし「当事者の『自律』をみてとることもできる」と考えるならば「これもまた『契約内容』を構成する——つまり契約の拘束力にもとづく効果であり、それとは別の根拠にもとづく法定の効果ではない——ということも不可能ではないだろう」と述べている（同 101-102 頁）。これは、『契約内容』を構成して「契約の拘束力に基づく効果」をもたらすのは自律的な合意に基づくものに限られるという理解を前提とした記述であると読める。しかしながら、二元論においても「契約内容」の確定が自律的な合意の確定と他律的な規範による補充とからなるものと理解されてきた（と述べられている（同 99 頁））のであって、他律的な規範による補充も「契約内容」であり、それによる拘束もまた「契約の拘束力に基づく効果」として考えられてきたのではなからうか。この箇所でも述べられようとしていたのはあくまでも「自律」か「他律」かということであって、契約内容か否か、「契約の拘束力に基づく効果」か「法定の効果」か、といった問題ではないのではなからうか。

274) 山本・前掲注 7)102 頁。

275) 森田・前掲注 7)210 頁。

く、「山本報告にいう意思・合意もまた規範化されざるを得ない」²⁷⁶⁾。他方、「山本教授は……〈契約は白地から作り上げるものではない〉という見方をたびたび述べたが、そこでの『類型』への依存……の背後に、『深層意思』なる裏打ちを貼ろうとする構想を持っているとすれば、山本教授の〈事実としての意思〉への拘泥はなお根強い」と見る²⁷⁷⁾。

そして、「融合論」の立場に対して、それは「解釈論としては当然あり得る」としつつ、「なぜ契約規範を契約意思に基づくものとして構成するのか、なぜ契約責任をもつばら自律の形式で一元的に表現しなくてはならないのか」と問う²⁷⁸⁾。そして、二元論を採っても「自律の領域を確保することは可能であり、「むしろ二元論は、事実としての意思によって基礎付けられる責任の範囲がどこまでかを構成上可視的とすることによって、意思の規範化による他律の浸潤への適切な歯止めを可能にし、事実としての意思による自律を（そう望めば）むしろ確保するのではないか」、と結ぶ²⁷⁹⁾。

c 比較検討

(a) 「融合論」と「二元論」 ここで、山本の所説と森田の所説とを対比すると、融合論と二元論の分岐点がより明瞭になる。両者の間には、発生原因は同じでも、それを「自律」と捉えるかどうかという点において差があるのである。

(b) 「融合論」への疑問の検討——「意思」か「契約」か ところで、融合論に対する森田の疑問につき、次のような疑問がある。すなわち、森田は、融合論につき、「契約規範を契約意思に基づくものとして構成すること」を問題視する²⁸⁰⁾。翻って、山本のいう

融合論が「自律の形式で一元的に表現する」²⁸¹⁾ことは確かであるが、そこでは《契約制度を構成するルール》による拘束も想定されているのであって、自律即ち契約意思という理解に立てばともかく、必ずしも「契約意思」に基づくものとして捉えているとは言えないのではなからうか。

実際に、ここで——山本自身が融合論に立っているとして——、山本の報告全体を概観してみても、「新しい契約責任論」の描写において山本は、「契約で約束した」²⁸²⁾という表現も用いているが、基本的には「契約」「契約の拘束力」によって説明する理論として描写しており²⁸³⁾、必ずしも「意思」にこだわっているようには思えない。

以上の疑問は、森田が「〈規範としての意思〉との関係」を問うていることに対する疑問にもつながる。すなわち、森田が二元論の利点として挙げるのは、「自律と他律との共存」を認めることで「どこまでが〈事実としての意思〉に基づく責任であり、どこからはそれに解消されない責任根拠規範に基づくかを端的に示す」ことである²⁸⁴⁾。そこでは「事実としての意思による自律」の確保に主眼があり、そのうえで、事実としての意思に基づく範囲と自律の範囲とが一致すること（事実としての意思＝自律）に対して積極的な評価を下していると思われる。しかるに、その侵害（事実としての意思≠自律）の態様としては、[A] 意思が規範化されること（規範としての意思との関係。事実としての意思≡意思≡自律）と、[B] そもそも意思以外も自律に基づくものとみなすこと（事実としての意思≡意思≠自律）とが考えられ、両者は区別され得るものである。

276) 森田・前掲注 7)211 頁。

277) 森田・前掲注 7)211 頁。

278) 森田・前掲注 7)211 頁。

279) 森田・前掲注 7)211 頁。

280) 森田・前掲注 7)211 頁。

281) 森田・前掲注 7)211 頁。

282) 山本・前掲注 7)92 頁。

283) 山本・前掲注 7)91-99 頁。なお、解除につき「契約において何が合意され……」という表現もあるが（同 95 頁）、重大な契約違反に関する記述であり、契約の中核部分が問題になるので、それはいずれにせよ合意に基づくものであり、決め手にはならないように思える。

284) 森田・前掲注 7)211 頁。

森田は随所で [A] すなわち「意思の規範化による他律の浸潤」を問題視し、「〈事実としての意思〉と〈規範としての意思〉との関係」を問うているが、融合論が自律は「意思」に基づく場合に限られないとするのであれば（意思≡自律）、[A]の問題は背景に退くはずであり、「事実としての意思」と「自律」との関係に関する内在的な批判としては、[B]を問題とすべきではないかと考えられる。しかるに森田は上記のように融合論もなお「意思」に基づく構成をとっている（意思＝自律）と捉えていると見る余地があり、それがゆえにもっぱら [A] が問題とされているのではないかと考えられる。

(c) 「融合論」再考 翻って、山本のいう融合論につきあらためて検討を加えるに、そこでは、契約内容として、①当事者間で合意されたもの、②補充的契約解釈によって補充されるもの、③法適用によって補充されるもの、という三種類が想定される。そのうえで①ないし③はいずれも「自律」に基づくものとして把握されるのであり、その意味では一元的であるが、その中でもなお差異は存在している。

まず、①が優先して行われるべきことがその個別性から導かれるが、それは究極的には、「私的自治の原則から出てくる当然の要請」としての「個々の当事者が契約により実際におこなった決定が……原則として尊重されなければならない」という要請から導かれる²⁸⁵⁾。このことは、①は「自律」に基づく程度が大きいからだとも言い換えられる。

次に、②が③に優先することも、同様の要請が「あてはまる」こと、「契約制度のもとで可能なかぎり当事者の自律を尊重するため」という理由から導かれている²⁸⁶⁾。

最後に、①と②との優劣関係は明らかでないが、同等、あるいは①の方が実際に決定されているぶん②より大きい、と考えられよう。

かくして、「自律」に立脚する程度に関し

て、① \geq ② $>$ ③というスペクトラムが描けることとなる。

(d) 「自律」と「他律」 以上の検討を踏まえ、さらに融合論から二元論までもを含めた形で視野を広げると、「契約内容」の基礎としての自律ないし他律のスペクトラムとして、 α ：「つよい自律」、 β ：「よわい自律」、 γ ：「他律」、というグラデーションが考えられる（場合によっては β の中にも強弱があるだろう）。

そして、融合論からは①②③が α と β の中に位置付けられ（①②[$\subset \alpha$] $>$ ③[$\subset \beta$]; または①[$\subset \alpha$] $>$ ②[$\subset \beta 1$] $>$ ③[$\subset \beta 2$]）、二元論からは①③が——おそらく②を想定していない—— α と γ とに位置付けられる（①[$\subset \alpha$] $>$ ③[$\subset \gamma$]）、という整理ができよう。

(2) 契約における「現在化」

(2)では、契約内容の正当化に関する問題の第二として、契約締結時にすべてが規律されていたことにするのかどうかという、いわゆる「現在化」をめぐる問題を取り上げる。そこには、解釈・内容確定の対象である「契約」の存在形態をどのように考えるかという理解が反映されていると言える。

a 森田修による問題提起

この問題に関して手がかりとなるのは、森田修の所説である。具体的には、2006年日本私法学会シンポジウムを承けて書かれた、森田修『『新しい契約責任論』は新しいか——債権法改正作業の文脈化のために』²⁸⁷⁾を取り上げる。これは短い論稿ではあるが、森田の問題意識が端的に示されており、それとともに一定の態度表明もなされているものと言える。

その中で森田は、『『現在化 (presentation)』をどう考えるか』という問題として、「当事者の合意が契約締結時にすべての不履行プロセスを抽象的には規律し尽くしていると考えられるか否か」という問題を提起する²⁸⁸⁾。そして、「現在化」の論理、すなわち「契約によっ

285) 山本・前掲注7)102頁。

286) 山本・前掲注7)102頁。

287) 森田・前掲注7)。

288) 森田・前掲注7)211頁。

て当事者がいかなる責任を負担したかということが、契約締結時に確定可能であるとすると論理が、「契約締結時の『当事者の合意』に依拠して『契約内容の確定』を行い、そこから『契約によるリスク配分』として契約規範を取り出し、契約規範が、『過失責任主義』を媒介することなく、契約責任の法律効果を決定するという『新しい契約責任論』の背骨を形成している」ことを指摘する²⁸⁹⁾。

そのうえで、森田は、日本私法学会における山本敬三の報告について、ここでは「意思……〔が〕融合論の一元論的に規範化されるかわりに、当事者の〈事実としての意思〉においては予想されていなかった契約締結時以降の事態にも、当初契約意思によってリスク配分の規範が用意されていたと構成することで、融通無碍に対処し得ることになる」²⁹⁰⁾として捉え、それに対して否定的に応接する。すなわち、森田は、「債務不履行後の当事者関係の規律、すなわちその時点での契約規範を現在化の呪縛から解放して当初契約意思から切断する立場においては、翻って当初の当事者の合意を規範化する必要はなくなる」ことを述べており、それに続けて「〈事実としての意思〉への志向の強い」ものとして「潮見教授にとっての『当事者の合意』を挙げ、そこに「現在化の呪縛を去って、当初契約意思の守備範囲を限定すること……が、債務不履行後の契約規範をそれとして端的に設計することによって意思の規範化への適切な歯止めを可能にし、かえって当初の意思による関係の規律を適切に尊重する可能性が示されている」、と結ぶ²⁹¹⁾。ここには、森田自身の、意思についての〈事実としての意思〉への志向や、「現在化の呪縛」に対する否定的態度が示されていると言える。

ところで、こうした森田の「現在化の呪縛」への否定的態度は、森田の契約責任論、とく

に解除論においてかねてより強調されてきたものである。そこではより詳細に森田の見解が示されているので、参照することが有益であろう。

その中で森田は、「履行期までの当事者間の権利義務関係は、それを規律する基準点が、当初の契約における当事者の合意に求められ、初発の不履行の評価にあたっては **presentation** の視点が維持される」のに対して、「初発の不履行後の当事者の権利義務関係は、不履行による契約紛争を解決する交渉のための信頼関係を維持する義務を中核として、当事者の当初合意に必ずしも拘束されずに評価されるものに変容する」という視点を、「契約責任論に対する……基本的視点」として提示する²⁹²⁾。そのうえで、これを実現するための法律構成について、「当事者が当初約定した実体的な権利義務関係とは独立の要素（不履行時の市場の状況、当事者の履行能力等々）」を考慮に入れるために、「裁判官の事後的な裁量の余地を正面から認める方向で解除の要件としての催告概念の柔軟化を……図るべきである」と説く²⁹³⁾。これに対して、別の法律構成として、「不履行後の交渉解決のための信頼維持義務を、契約時に実体法上あらかじめ確定しているものとして想定し、その違反によって無催告解除権という形成権が当事者に発生すると構成」することで「不履行後の当事者関係も含めて『債務不履行』の要件の中に一括する」構成も想定するものの、これでは「おそらく事前的な当事者意思を基準とした債務不履行・過失の擬制的な性格（これこそが **presentation** の呪縛に他ならない）を強めることになろう」としてこれを拒絶する²⁹⁴⁾。こうして、森田は、解除の可否を判定するにあたり契約締結後の状況も含めて種々の考慮に入れることを説くと同時に、契約締結時の当事者意思の擬制的な性格

289) 森田・前掲注 7)211 頁。また、この論理は「『手段債務・結果債務論』にも共有されている」と指摘する（同頁）。

290) 森田・前掲注 7)211 頁。

291) 森田・前掲注 7)211-212 頁。

292) 森田修『契約責任の法学的構造』414 頁（有斐閣、2006）〔初出 1999〕。

293) 森田・前掲注 292)415 頁。

294) 森田・前掲注 292)415 頁。

を拒絶している。

こうした議論を背景に持ちながら、あらためて指摘されているのが、「現在化の呪縛」なのである。

b 山本敬三による応答

次に、これに対して、森田修によって「『現在化』の立場を鮮明に打ち出している」²⁹⁵⁾とされているところの山本敬三の所説を確認する。

もっとも、山本の「現在化」についての考え方が比較的明確に示されるのは、上記シンポジウムにおける報告それ自体というよりも、質疑応答の際の発言であると言えるので、ここではそちらを参照する。すなわち、「すべての契約規範は、契約成立時に確定しているとする『現在化』の考え方との関係については、どのように考えることになるのでしょうか」²⁹⁶⁾という質問に対して、山本によって応答がなされている。

すなわち、山本は、森田修の指摘のうち、「不履行後の関係につき紛争解決のために当事者がおこなう再交渉のプロセスに正当な位置づけをあたえるべきであるという主張」が重要な指摘であることを認めつつ、「果たして従来の見解が、……本当に『現在化』に『呪縛』されてきたのかどうか」は検討の余地がある、と応答する²⁹⁷⁾。

そこでは、二元論でも融合論でも、信義則等の他律的規範の適用があることが指摘され、したがって「現在化」の批判は当たらない、と述べられる²⁹⁸⁾。また、補充的契約解釈も、契約締結後の決定を見出せればそれも取り込むものであること、実際に行われた契約を出発点としたその継続形成を意味するものであることから、「現在化」の発想とは異

なる、と述べられる²⁹⁹⁾。

総じて、『契約時の合意』に純化された『近代的契約』か、『締結前から履行過程に至るプロセスを取り込んだ契約』かという二項対立的な問題設定そのものが、うまく……議論状況にあてはまっていないのではないかと述べられている³⁰⁰⁾。

c 比較検討

(a) 前提 以上に概観した両者の見解を比較検討するに、まず注意すべきは、①契約内容が（実際に）確定するのがいつかということ、②契約内容が規律されていた（とされる）のがいつかということ、さらに、③契約内容の確定にあたって斟酌する事情はどの範囲かということは、区別して考えなければならないということである。

このうち、①は、紛争の発生を承けてたとえば裁判官が確定するのであるから、これが事後的であることについては争いの余地がない。他方、②③については争いがあり得、実際に争われている。③について事後的な事情を斟酌することにしても②についてあくまでも事前に規律されていたことにするということは考えられるのであって、これらは区別できる。そして実際に、上記 a で引用した森田の解除論では、同じく③について事後的な要素を顧慮するにしても②についてどう構成するかということが主題とされていた。こうした区別については、③は発見のプロセス、②は正当化のプロセスに関係するとも言ってもできよう。

そして、森田が問題として提起する「現在化の呪縛」は、②にかかわるものと見るべきである³⁰¹⁾。他方、山本も、「この『現在化』というのは、契約当事者の権利義務関係は、

295) 森田・前掲注 7)211 頁。

296) 潮見ほか・前掲注 7)10 頁 [森田宏樹発言]。

297) 潮見ほか・前掲注 7)20 頁 [山本敬三発言]。

298) 潮見ほか・前掲注 7)20-21 頁 [山本敬三発言]。「二元論」「融合論」については本稿 III 3 (1) 参照。

299) 潮見ほか・前掲注 7)21 頁 [山本敬三発言]。

300) 潮見ほか・前掲注 7)21 頁 [山本敬三発言]。

301) 「すべての契約規範は、契約成立時に確定しているとする『現在化』の考え方」(潮見ほか・前掲注 7)10 頁 [森田宏樹発言])、「契約当事者の権利義務関係が契約締結時にすべて決まっているとする presentation の思想」(森田・前掲注 283)393 頁)、「当事者の合意が契約締結時にすべての不履行プロセスを抽象的には規律し尽くしている」と考える」(森田・前掲注 7)211 頁)、「契約によって当事者がいかなる責任を負担したかということが、契約締結時に確定可能であるとする」(同頁)、などさまざまな表現が用いられている。とくに最後のものは若干紛らわし

最初の契約を締結した時にすべて決められているという考え方を指します」と述べており³⁰²⁾、②の意味で現在化を捉えていると言えよう。

(b) 検討 このように、「現在化」の意味を共有していると考えられるとして、山本の立場につき、一方で森田は現在化を志向するものと見ており、他方で山本自身は現在化を志向するものではないと述べている。

それでは、山本自身が実際にどのような立場に立っていると見るべきかということはさしあたり措くとしても、自律的な合意の確定、他律的規範による補充、補充的契約解釈、といった各種の契約内容確定法理による契約内容の確定について、現在化の有無をどのように考えるべきであろうか。山本の発言を手がかりに検討を加えることとしたい。

第一に、山本は、自律的な合意の確定による契約内容の確定について、二元論のうち柔軟な合意観を取り上げる際に、「合意の内容を柔軟化するという発想」には、「そこでいう合意を当初の意思の合致にリジットに限定するのではなく、契約の履行のプロセスでのやり取りをふくめて、当事者の合意にあたるものを可能なかぎり拾い上げていくということ」も含まれているということ、少なくともそうした方向も排斥されていないということを述べている³⁰³⁾。

たしかに、二元論に限らず融合論においても、柔軟な合意観の発想から、さらに進んでこうした考え方をとるのであれば、現在化の否定につながると言える。もっとも、柔軟な合意観が現在化の否定に直結するわけではなく、ここで言えるのは現在化の否定も排斥されないということにとどまるであろう。

第二に、山本は、他律的規範の適用による契約内容の確定について、それが現在化を志向するものでないことを述べている。すなわち、二元論のうち厳格な合意観について、「他

律的規範によることが当然の前提とされている」ことから、「『当初契約意思』にすべてを還元するという発想がそもそもとられていないことが述べられる³⁰⁴⁾。また、二元論のうち柔軟な合意観についても、「あくまでも二元論」であり、「信義則による補充を当然予定している」ことが述べられるが³⁰⁵⁾、これは厳格な合意観について述べたことと同様のことが当てはまることを示唆するものと言える。融合論についても、「少なくとも一定の限度で、当事者の自律的な合意の確定と、契約制度を構成するそれ自体としては他律的な規範の適用が一体のものとして融合的にとらえられる」という契約の捉え方をするものであり、そうすると、「契約の履行過程で出てくるさまざまな問題に関する規律も、その意味での契約内容を構成するものとして捉えられ」、「契約をするということは、そのような規範によって内容を規定された制度的な行為をすることである」ことになるから、「『現在化』という批判はそぐわない」とする³⁰⁶⁾。

もっとも、他律的規範の適用があるということから、必ずしも現在化が否定されるとは限らない。というのも、ここでいう他律的規範の適用は、契約内容を決定するものであるところ、他律的規範を適用した契約内容の確定が、履行過程で徐々になされると考えるのか、契約締結時点でなされていたことにするのかということ、いずれもあり得ると考えられるからである。「当初契約意思」にすべてを還元するという発想がそもそもとられていない、とも言われるが、他律的規範の適用があるがゆえに「契約意思」には還元されないとしても、なお「当初」に還元されるということはあるのである。このように、他律的規範の適用による契約内容の確定は、現在化の否定にも肯定にも結び付くものと言わなければならない。

第三に、山本は、補充的契約解釈について、

いが、いずれも本文②の問題に関するものと見るべきだろう。

302) 潮見ほか・前掲注7)19頁〔山本敬三発言〕。

303) 潮見ほか・前掲注7)20-21頁〔山本敬三発言〕。

304) 潮見ほか・前掲注7)20頁〔山本敬三発言〕。

305) 潮見ほか・前掲注7)20頁〔山本敬三発言〕。

306) 潮見ほか・前掲注7)21頁〔山本敬三発言〕。

契約締結時および契約締結後の両当事者の決定を尊重しながら、実際におこなわれた契約の「継続形成」を行うものであるから、現在化の発想と異なる、と述べている³⁰⁷⁾。

たしかに、このうち後半部分すなわち契約の継続形成であるということを認めるとすれば、補充的契約解釈は現在化の否定と必然的に結びつくことになる。これに対して、前半部分すなわち契約締結後の決定をも尊重するという点だけからは、必ずしも現在化の否定は導かれない。補充的契約解釈で「尊重」される「決定」が契約内容そのものをいうのだとすればまさに現在化を否定するものでしかあり得ないことになろうが、これは最終的な契約内容というよりは上記(a)でいう③に当たるものにすぎないとも考えられ、そうすると、契約締結後の決定を考慮事情として(③)、契約締結時に規律されていたことにする(②)ということは、なおあり得るのである。現在化を否定するとすれば、もっぱら後半部分すなわち継続形成であるという点によることになる。

以上の検討から、いずれにおいても、現在化を否定する余地があるということがわかるとともに、逆に現在化を肯定することもあり得るとことが確認できる。自律的な合意の確定、他律的規範による補充、補充的契約解釈、といった契約内容確定法理それ自体は、現在化の肯否とは独立のものと言えよう。翻って、上記bで見た山本の議論は、中立的ないし論理的に、各種の契約内容確定法理と現在化の肯否との関係を論じたものとして、上記aで見た森田の議論は、山本がそのうち現在化を肯定する立場にコミットしているとした場合における問題点を指摘するものとして、それぞれ捉えることができる。

4 小括

以上、Ⅲでは、「契約の解釈」を中心に、「契約内容の確定」の方法に関する議論空間、すなわち——Ⅱで見た議論空間において置かれた設問に対する——解答方法を用意する側の

議論空間の状況を検討してきた。ここで、契約内容確定法理の諸相と((1))、その正当化((2))とに注意しながら、検討結果をまとめておきたい。

(1) 契約内容確定法理

(a) 契約の解釈 1では、「契約の解釈」に視点を定め、これまでいかなる議論が蓄積されてきたかを概観した。そこでは、「契約の解釈」が、伝統的には表示の意味の確定という一元的な営みとして把握されてきたところ、共通の意思が認められる場合の本来的解釈が分離独立し、また、定めがない場合の補充的解釈の存在が指摘されるといったことを通じて、多元的な構造をもつ営みとして把握されるようになっていったということが確認された。もっとも、最近の立法過程における実務家委員の発言には、「共通の意思」に還元する理解も示唆されており、「契約の解釈」という営みの構造につき再検討の契機が認められた。

(b) 意思表示の解釈 2(1)では、「契約の解釈」による契約内容の確定とは区別されるものとして「意思表示の解釈」による契約内容の確定を措定する必要があるか、という問題について、最近の契約締結過程に関する研究を手がかりに、検討を加えた。そこでは、一定の役割を捕捉するために「契約の解釈」と区別される「意思表示の解釈」を措定すべきだとする理由はとくにないこと、むしろ当事者の複数性を考慮しやすい「契約の解釈」という設問の方が適切だと思われることを述べた。

(c) 契約の補充 2(2)では、定めがない場面における契約内容の確定にとくに注目し、「契約の解釈」と区別される「契約の補充」を措定するかどうかということを含めて、補充に関する問題を検討した。そこでは、契約解釈の広狭によって別途補充を観念するかどうか左右されていること、補充のあり方については「個別と典型」「類型性」といった観点からどのような態度をとるかによって左右されていることが確認された。

307) 潮見ほか・前掲注7)21頁〔山本敬三発言〕。

(2) 契約内容の正当化

(a) 契約における「自律」と「他律」

3(1)では、契約内容の正当化に関する問題の第一として、契約内容およびその確定作業において、自律の契機と他律の契機をどう見出すか、という問題を検討した。そこでは、合意に基づく規範と法に基づく規範とがあるとして、一方には前者を自律の契機、後者を他律の契機と見る見方があるが、他方には前者も後者ともに自律の契機と見る見方があるということを確認した。前者は二元論、後者は融合論と呼ばれるが、融合論は、制度的行為の考え方に立脚していた。それとともに、「自律」を基礎付け得る「契約」「意思」「事実としての意思」といった要素は、レベルを異にして重層構造をなしているということ意識する必要があること、また、自律から他律に至るまでには連続的なスペクトラムがあるということ述べた。契約内容の正当化にあたっては、自律のレベル、契約のレベル、意思のレベル、これらのどこに焦点を当てて論じるかが重要になる。

(b) 契約における「現在化」 3(2)では、契約内容の正当化に関する問題の第二として、契約締結時にすべてが規律されていたことにするのかどうかという、いわゆる「現在化」をめぐる問題を検討した。そこでは、契約内容の確定にあたって斟酌する事情の範囲の問題とは別に、いつ規律されていたことにするのかという問題があるということを確認した。そして、後者の問題については、契約締結時に規律されていたこととする見方とそうでない見方とがある。契約内容の正当化にあたって、前者は当事者にも責任を割り振る傾向にあるもの、後者は判断者にもつぱら責任を負わせる傾向にあるもの、として特徴づけることができよう。

IV. 結章

1 総括

1では、以上に見た、設問を置く側の議論空間と、解答方法を用意する側の議論空間との状況について、本稿の第三の課題として掲

げたところの両者の関係について検討しながら、まとめることを行う。各議論空間の状況についてはⅡ、Ⅲそれぞれの小括として既に要約したところであるから、ここでは、両者の関係を中心に総括する。その際、前者の議論空間を座標軸とすることとする。

(1) 損害賠償請求をめぐる議論空間から・ その1 — 帰責事由

(a) 設問としての「契約の解釈」「契約内容の確定」 Ⅱ 1では、損害賠償請求の要件論から、帰責事由をめぐる議論空間を取り上げて検討を加えた。そこでは、「契約の解釈」による「契約内容の確定」を通じて帰責事由の判断構造、帰責事由の有無を決すべきことが説かれていた。

しかるに、第一に、そこでの議論は、損害賠償責任の帰責根拠に関する一定の理解に立脚しているものであるところ、そこで示された帰責根拠と契約内容確定法理のあり方が整合することが必要となる。また第二に、そこで確定すべきとされる契約内容は債務の強度であるところ、それについて定めがない場合も多く、その場合の契約内容確定法理が重要性を持つ。以下では、これら二点につき、解答方法を用意する側の議論空間に位置付けてさらに検討する。

(b) 帰責根拠と契約内容確定法理との関係

(aa) 契約の解釈による契約内容の確定によって帰責事由の有無を判断すべきだとされるのは、損害賠償責任の帰責根拠を、森田説は直接に「契約の拘束力」の原理に、潮見説は直接または間接に「自己決定による自己責任」の原理に、それぞれ求めていることによる。そうすると、そうした帰責根拠の理解に整合的な契約の解釈が求められる。

(bb) まず、森田説に沿って検討する。ここでは、「契約」のレベルと「意思」のレベルとが重なり合っている。

一方で、帰責根拠に関する言明が「契約」のレベルにとどまる場合にはあらゆる契約内容確定法理が整合する。というのも、帰責根拠が「契約の拘束力」にあるということ自体からは、「契約」の内容が何かを問うべきだということまでしか導かれないからである。

しかし他方で、帰責根拠に関して「意思」

のレベルにまでコミットした場合、契約内容確定法理としては、「意思」から正当化される法理が整合する³⁰⁸⁾。すなわち、森田説においては、帰責根拠が「契約の拘束力」にあるというだけでなく、さらに、「約束したことを履行しなかったこと、つまり、債務者が自らの意思（合意）によって設定した契約規範に従わなかったこと」に帰責性が求められるということまで述べられている³⁰⁹⁾。そうすると、「約束したこと」とは何か、「自らの意思（合意）によって設定した契約規範」とは何か、ということを問うべきである、と言えるのである。もっとも、「契約当事者がその合意により設定する規範」に「連動して適用される客観的規範」の拘束力の根拠も「当事者の合意」にあるのだとすれば³¹⁰⁾、それに対する違反が帰責性を基礎付けるような契約規範は、合意によって設定した契約規範それ自体には限られず、それに連動するものもまた含まれると言い得る。

そこで、解答方法を用意する側の議論を踏まえ（Ⅲ）、その場合の具体的な契約内容確定法理との適合性について検討を加える。まず、契約解釈方法としては（Ⅲ 1）、個別に見ると、本来的解釈が「共通の意思」に立脚するものであって適合的である。全体的な構造を見ると、平井説や、立法過程から再構成された「一元的構造・その2」が、「共通の意思」にもつばら立脚するものであって、適合的と言えよう（Ⅲ 1）。次に、補充のモデルとしては（Ⅲ 2(2)）、とりわけ沖野モデルのうち個別的解釈としての黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究が、「共通の意思」に還元するものであって適合的である（石川モデルにおける契約解釈にそれを含める場合も同様である。）。また、合意により設定する規範に連動して適用される客観的規範もまた適合的であるとすれば、石川モデルのうち、契約解釈として共通の意思の探究を据えた場

合には、契約補充も合意によって設定した規範から導かれることになるので、適合的であろう。同様に、山本モデルにおける補充的契約解釈は、それ自体意思に基づくものではないが、狭義の解釈として共通の意思の探究を行い、それを尊重しつつ補充的契約解釈を行うというときは、これも合意によって設定した規範から導出されるものとなるので、適合的だということになる。

もっとも、同じ「意思」という語が使われていても、たとえば永野委員らのいう「意思」と、森田説にいう「意思」とが同質と言えるかどうかは検討の余地がある。

なお、森田説が「意思」を重視している背景には、フランス法研究から立論しているという事情があると言えよう。Ⅲ 2(2)で取り上げた沖野第一論文に示された理解のように、「共通の意思」を基本に据えるのが、フランス法における契約内容の確定に関する一般的理解であると考えられるからである。

(c) 次に、潮見説に沿って検討を加える。潮見説では「自己決定によって引き受けた」ことに帰責の根拠が求められるため、「自己決定」は何か、「自己決定」がいかなる内容のものとして存在しているか、ということを問うべきだということになる。

そうすると、ここで、「自律」をめぐる議論（Ⅲ 3(1)）と接続する。「自律」概念と「自己決定」概念との異同についてはさしあたり同一のものとして考えたうえで、Ⅲ 3(1)での検討結果を参照すると、帰責の根拠となる「自己決定」を契約のレベル、意思のレベル、事実的な意思のレベル、といった重層構造の中でどこに見出すかということと、契約内容確定法理がその中のどのレベルで正当化を図っているかということとを検討し、それらを一致させることで、「自己決定による自己責任」の原理に整合的な契約内容確定法理が拮定できると言えよう。

308) 本稿Ⅲ 3(2)での議論で示唆した発見のプロセスと正当化のプロセスとの区別に即していえば、ここで問題にしているのは後者である。

309) 森田・前掲注 23)49 頁。

310) 森田・前掲注 23)i 頁（はしがき）には、「契約上の債務は、契約当事者がその合意により設定する規範と、それに連動して適用される信義則などの客観的規範との総体によって構成されると捉えることができるが、そのような契約上の債務という規範の拘束力の根拠は、当事者の合意にあると一般に観念されている」とある。

たとえば、二元論からは合意に基づく規範、融合論からはあらゆる規範が、自律に基づくものとされ、自己決定原理と整合的だということになる。もっとも、設問を置く側の議論がいうところの「自己決定」の含意によっては、それがⅢ 3(1)でいうところの「つよい自律」に限定されるなどといったこともあり得るだろう。

(c) 定めがない場合における契約内容の確定 債務の強度という要素は、売買の目的物や賃貸借の期間などといったものと異なり、従来あまり意識されてこなかったと言える。したがって、当事者がそれについて定めを置いていないということがしばしば想定される。そこで、そのような場合における契約内容確定法理が重要になる。

翻って、従来の契約解釈論は、Ⅲ 1で概観したところからもわかるとおり、もっぱら何らかの表示があると言える場合について、その意味をいかに解すべきかを議論してきた(本来的解釈、規範的解釈)。

それでも、補充的契約解釈の存在が指摘されるなど(Ⅲ 1)、定めがない場合の契約内容の確定をめぐる議論は一定の蓄積を見ている(Ⅲ 2(2))。Ⅲ 2(2)での検討の結果、補充に関しては、「補充的契約解釈による個別的補充」と「法適用による典型的補充」とを措定する山本モデル、「個別的解釈としての黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究」と「典型的解釈」とを措定する沖野モデル、「本性的要素に基づく類型的な契約補充」を措定する石川モデル、といった考え方があることが確認された。こうしたモデルに従って、契約内容の確定が行われることになる。

ただ、同時に、これらのモデルがそれぞれ課題を抱えていることも同時にそこで指摘したとおりである。

(2) 損害賠償請求をめぐる議論空間から・その2——賠償範囲

(a) 設問としての「契約の解釈」 Ⅱ 2では、損害賠償請求の効果論から、賠償範囲

の確定をめぐる議論空間を取り上げて検討を加えた。そこでは、「契約の解釈」として、どこまで賠償させるべきかというリスク分配に関する価値判断を行うことで、賠償範囲を決すべきことが説かれていた。

しかるに、第一に、そこでいわれる「契約の解釈」は、価値判断を担うものであった。第二に、そこでは契約を基点とした価値判断が行われる。第三に、そうした価値判断を契約締結時の当事者の予見可能性に還元するか、還元せずに直截的な価値判断とするか、という問題があった。以下では、この三つの問題を、解答方法を用意する側の議論空間の中で把握することを試みる。

(b) 価値判断 第一に、「契約の解釈」として何らかの価値判断が行われるということそれ自体は、従来の契約解釈論においても認められてきた。嚆矢と言えるのは、Ⅲ 1で言及した、川島武宜「法律行為」³¹¹⁾、穂積忠夫「法律行為の『解釈』の構造と機能」³¹²⁾である。

(c) 契約を基点とした判断 第二に、契約を基点とした判断ということに関しては、これは補充的解釈においてとられる思考様式であり、従来の契約解釈論にとって決して異質のものではないと言える。本稿では、補充的解釈については、Ⅲ 1のほか、Ⅲ 2(2)でも検討した。

ただし、平井説は、当事者の意思あるいは表示の意味を明らかにする作業としての契約の解釈によって契約の意味内容が明確に定まっている契約について不履行があったときにはじめて保護範囲を決定する作業としての契約の解釈が問題となるということから、「通常言われる」契約の解釈とは性質を異にするものと位置付けている³¹³⁾。しかし、或る事実が不履行の場合の賠償範囲に含まれるかどうかということもまた契約内容であると解する余地もあり、そうすれば補充的契約解釈による契約内容の確定を行っているのと差がなくなる。ただ、やはり、最終的な判断対

311) 川島・前掲注3)「法律行為」。

312) 穂積・前掲注3)。

313) 平井・前掲注57)171頁。

象が予見可能性であることには変わりがなく、両当事者が予見可能であることと契約内容であることとの間には、なお距離があるということは確かである。

(d) 「現在化」の有無 第三に、平井説と潮見説との比較からは、同様の作業であっても、契約締結時の認識レベルに還元するか否かという点で差が生じ得ることがわかったが、ここで論じられる内容は、契約締結時にすべて規律していたことにするのかどうかという、いわゆる「現在化」をめぐる議論と共通する。予見可能性に関して、平井説は現在化を志向し、潮見説はそれを拒絶するものだということができよう。

そこで、現在化をめぐる議論空間に目を転じると、まず、Ⅲ 3(2)での検討の結果、発見のプロセスと正当化のプロセスとを区別して論じるべきこと、現在化の問題は後者にかかわるものであること、が確認された。このことは、賠償範囲をめぐる議論についても同様に妥当するものであり、実際に、平井説は、正当化のプロセスにおいて現在化を志向しつつも発見のプロセスとしての価値判断においては契約締結後の事情を斟酌することを必ずしも否定するものではなかろう。

次に、従来の契約解釈論において「現在化の呪縛」が存在しているのかどうかということは必ずしも明らかにならなかったが、契約解釈論という議論空間においてこうした問題が意識されてきたとは言えないところ(Ⅲ 1)、そのことが、基本的には現在化が行われてきたのではないかということを示唆している。その意味においては、賠償範囲を確定するための「契約の解釈」について言えば、平井説におけるそれの方が従来の契約解釈論における「契約の解釈」と親和的であると言える。

(3) 履行請求をめぐる議論空間から——事情変更

(a) 設問としての「契約内容の確定」

Ⅱ 3では、履行請求に関するものとして、事情変更をめぐる議論空間を取り上げて検討を加えた。そこでは、契約締結後の事情変動に

伴うリスク分配を、「契約内容の確定」として行うべきことが説かれていた。

しかるに、第一に、ここでも、「契約内容の確定」の内実は、契約を基点としたリスク分配の判断であった。第二に、ここでも、定めがない場合の契約内容の確定が重要性を持つ。そして第三に、事情変更の問題を契約内容の確定問題として捉えることに対しては有力な異論がある。それは、契約内容の確定によっては対処し得ないということから来る異論であるところ、異論の当否は「契約内容の確定」の限界の有無を検討することで明らかになる。以下では、上記第一点・第二点につき簡単に言及したのち、第三点につき、解答方法を用意する側の議論空間に立ち入りながら検討を加える。

(b) 契約を基点とした判断 契約を基点とした判断が補充的解釈においてとられる思考様式であることについては、上記(2)(c)で述べたとおりである。

(c) 定めがない場合における契約内容の確定 上記(1)(c)で述べたように、定めがない場合における契約内容確定法理については、Ⅲ 2(2)で検討したとおりである。

(d) 契約内容確定法理の限界 (aa) 事情変更法理を契約内容確定問題として位置付ける吉政説に対しては、潮見佳男や石川博康による異論がある。ここでの議論は、論者の契約内容確定法理に関する理解を反映した形で展開されている。

(bb) まず、潮見は、「契約利益の確定手続を経て『契約締結によって当事者により自律的に引き受けられたリスク配分』が判明した後に、これを超えるリスクにどう対処すべきかが問題となるのが、*clausula rebus sic stantibus* 原則が機能する問題領域であるから、事情変更法理を、当事者の自律的活動を基礎とした契約内容の確定問題に収斂するだけでは問題の解明にとってなお不十分と思われる」とする³¹⁴⁾。そのうえで、「『通常の危険を前提として設定された契約上の危険分配』とこれに対処すべく定立された規範群をもってしてはもはや処理するのが適切でない

314) 潮見・前掲注6) 債権総論 I 221 頁。

『通常の危険を超える異常事態』については、契約当事者の意思や評価とは関係のないところで生じた事態の変更に伴う危険の分配が問題となっているのであるから、これを処理するための特別の法理（他律的規範）が必要とされる」のだと捉え³¹⁵⁾、「契約内容となっているリスク分配（具体的なリスクが現実化したときにこれにどのような法律効果を結びつけるかを契約中で規律している場合）については、契約によるリスク引受け——合意内容の確定および補充的契約解釈を経て確認される——を尊重すべきであって、事情変更・行為基礎障害の法理による修正は妥当しない」一方、「契約で引き受けられたリスクを超えるリスクが発現した場合」には、「事情変更・行為基礎障害の問題として処理すべき」だと説く³¹⁶⁾。

これに対しては、山本敬三から、「『通常の危険を超える異常事態』——たとえば、価格統制令が施行され、知事の認可が必要になった上、土地区画整理事業地区に属しているため、評価が困難になったという事情——は、売主が克服すべき障害には属さないという指針が取引社会にあり、契約当事者もそれを前提として契約していると考えれば、これもまた『契約によるリスク配分規範』によって処理される問題であるということが出来る」からやはり契約内容を確定する作業に吸収されると言えるのだという再反論がある³¹⁷⁾。もっとも、これに対してはさらに——それを契約解釈と捉え直したうえで——「そこでいう契約解釈には過度の擬制が入り込まざるを得ないのではないか」「過去志向の判断枠組みで事情変更の問題を適切に解決できるのか」という疑問も北山修悟によって

提起されているところである³¹⁸⁾。

なお、吉政論文における「当事者の合意とリスク分配に関する規範からなる、契約規範の内容確定と適用の問題に解消される」という契約規範アプローチの定式³¹⁹⁾は、初出論文では、「当事者の具体的合意と、契約を締結することによって当然に適用される常素からなる、契約規範の適用に解消される」というものであった³²⁰⁾。これはフルーメの見解³²¹⁾に従ったものであったといえるが、この見方に対しては、石川から、「本性的要素に基づく規範はその類型的性質ゆえに個別的・特殊的状況の全てを覆い尽くすものとはなり得ない」ことから「合意や法に基づく契約規範をいかに拡張しようとも、契約締結後に生じ得る全てのリスクについての配分の基準を、そのように契約締結時において事前に設定されている規範の中から導出することは不可能であると考えざるを得ない」との批判が加えられている³²²⁾。石川は、事情変更法理は「契約に際して当事者による予見および配分がなされ得なかつたリスクが現実化したことによる問題に対処するもの」であり、「契約によっても法によってもそのリスクの配分が行われていない場面——いわゆる契約と法の『二重の欠缺 (Doppellücke)』の場合——」でのみ適用されるものと理解し、いわば契約規範の外に位置付ける³²³⁾。ここには、石川の契約内容確定法理に関する理解が反映されていると言えよう。すなわち、石川は、「契約によって」すなわち「補充的契約解釈などによる契約解釈の作用」によっても、「法によって」すなわち「任意法規や信義則等に基づく契約補充の作用」によっても、「当該事情変更に関するリスクの配分をもたらす規範

315) 潮見・前掲注 6) 債権総論 I 222 頁。

316) 潮見・前掲注 6) 債権総論 I 222-223 頁。

317) 山本・前掲注 94) 104 頁注 21。

318) 北山修悟「事情変更の原則」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』ジュリ増刊 225 頁 (2007)。

319) 吉政・前掲注 96) 57 頁。

320) 吉政知広「契約締結後の事情変動と契約規範の意義 (2・完)」民商 128 巻 2 号 185 頁 (2003) (以下、これを「吉政旧稿」といい、吉政・前掲注 96) を「吉政論文」という)。

321) 吉政・前掲注 96) 28 頁。

322) 石川・前掲注 115) 347 頁注 3。

323) 石川・前掲注 115) 346 頁。

が契約規範に組み込まれ得ない」場合に、「事情変更法理という他律的な規範」による規律が要請される、という構造を示す³²⁴⁾。そして、事情変更法理の作用は「解釈」や「補充」と異なる「契約内容の修正」という法作用であると理解している³²⁵⁾。

(c) 以上の議論の中には、契約当事者間のリスク配分規範の確定における契約解釈の役割、補充的契約解釈の可能性につき見解の相違が見出せる。

一方で、吉政や山本は、契約のうち定めがある部分を手がかりにして契約当事者間のリスク配分規範を導出することが、補充的契約解釈という法作用によって可能であると考えていると言える。他方、これに対して、潮見や石川は、契約当事者間に妥当する規範を契約規範で網羅することはできないという理解——補充的契約解釈³²⁶⁾、さらには法による補充にも限界がある、という理解——を示していると言える³²⁷⁾。かような限界を見出したうえで、潮見も石川も「他律的規範」としての事情変更法理を用意するのである。

しかし、まず、吉政旧稿に対する石川の批判は、本性的要素の非網羅性に基づくものであったが、これに対しては、補充的契約解釈にはそのような限界はないという応答が可能である。本質的要素に関する合意を基点として本性的要素の補充によって典型的な補充をすることには限界があるとしても、本質的要素に関する合意を基点として補充的契約解釈によって個別的な補充をすることは否定され得ないのである。これはまさに、石川の示す、類型性に立脚した契約内容確定モデル(本稿Ⅱ 2(2))の限界を反映したものに他ならない。

また、石川の批判対象となった吉政旧稿か

ら内容を変更した吉政論文によった場合には、そこで行われる契約内容の確定作業は、石川が契約規範外的なものとして位置付ける事情変更法理の作用と、大差がなくなるのではないかとも思われる。石川は、契約解除はさて置き、契約改訂については、整合性の原理によって正当化しているのであって³²⁸⁾、本質的要素との整合性からリスク配分を考えるという思考形態をとることになる。翻って、これは、吉政論文が想定する補充的契約解釈の作用と、大差がないように思えるところである。

次に、潮見の説くところに対しても、同様の疑問を提起することができる。潮見は、①「契約締結によって当事者により自律的に引き受けられたリスク配分」と②「これを超えるリスクにどのように対処すべきか」、あるいは①「通常の危険」と②「通常の危険を超える異常事態」を区別し、①「契約上の危険配分」は①「通常の危険」を前提としているものとするのであるが、「契約利益の確定手続」によって判明するのは①、すなわち「契約締結によって当事者により自律的に引き受けられたリスク配分」「通常の危険を前提として設定された契約上の危険配分」とこれに対処すべく定立された規範群に限られる、という理解もまた前提となっている。しかしながら、吉政論文が説くのはまさに②をも契約内容の確定によって導出できるということであるところ、「契約利益」を、①②を包摂するメタレベルの利益として観念すれば、契約利益の確定手続によって②まで導出することも考えられ、補充的契約解釈がそれを担い得ると考えられる。

こうした検討を踏まえれば、補充的契約解釈によって対処し得ると考えることも可能で

324) 石川・前掲注115)346-347頁。

325) 石川・前掲注115)347頁。

326) 潮見も石川も、「補充的契約解釈」によってもリスク配分規範を発見できないことを明示している。潮見・前掲注6)債権総論1223頁、石川・前掲注115)346頁。

327) たしかに山本も、その補充的契約解釈に関する所説からすれば(本稿Ⅲ 2(2))、その外側に典型的補充としての法適用を想定しているはずであるから、補充的契約解釈の限界を認めることも考えられるが、本文に先に引用した再反論からは、契約の領域での解決がほとんどの場合に可能であると考えていることが窺える。

328) 石川・前掲注115)348頁。本質的要素の存続と、リスクの配分をもたらす規範の不存在との間に、規範構造上の不整合があるとす。

あり、事情変更法理を契約内容確定問題として位置付けることは可能であると考えられる。

(d) 結論としていずれに解するにせよ、本稿の関心からは、以上のように、事情変更法理をめぐるのは、解答方法を用意する側の議論空間における、当事者の定めを基点とするリスク分配によっては対処し得ない問題状況を想定するかどうかという議論と連動して、設問を用意する側の議論空間において、契約内容確定問題を置くかどうか論じられているということが、それ自体として重要である。

2 残された課題

以上が、本稿において設定した課題に関する検討結果であるが、最後に2では、本稿で行った議論をより広い文脈に位置付けるとともに、それとの関係で、残された課題を提示したい。

(a) 契約をめぐる議論空間の整序 本稿では、「契約の内容確定」、とりわけ契約の法的取扱いの出発点をなす「契約の解釈」という営みに注目したうえで、それに関する議論空間を、「この契約をいかに解釈すべきか」という設問を用意する側の議論空間と設問に対する解答方法を用意する側の議論空間とに区別して（以下、こうした分析視角を、「設問＝解答方法モデル」と呼ぶ。）、これまでに、各議論空間の状況と、議論空間相互の関係とについて検討を加えてきた。

こうした作業は、契約の解釈という営みを手がかりとして、より広く契約をめぐる議論空間の整序——契約法の構造把握——を試みるものであったと言えることができる。というのも、契約をめぐるもの、という形で広く議論空間を視野に収めたとき、そこには様々な言説が複数の重層的な議論空間を形成しながら存在しているところ、その中で、契約の内容確定、とりわけ契約の解釈という営みに注目しつつ、設問＝解答方法モデルという一定の分析視角を用いることによって、部分をなす議論空間相互の関係が明らかになり、全体としての議論空間の構造が一定程度浮かび上がったものと考えられるからである。

このように契約をめぐる議論空間を整序することは、それ自体が一つの目的であるとともに、それにはさらに次のような意義がある。すなわち、契約をめぐる言説は複数の議論空間に分かれて存在しているところ、複数の議論空間相互の関係を問い、全体としての議論空間を整序することで、複数の言説のあり得る組合せが明らかになり、広く契約をめぐる議論空間に貫通する「契約論」の可能性がいくつか明らかになるものと考えられる。そして、それによって始めて、契約をめぐる議論空間の全体を支える基本的な契約観としていかなるものが考えられ、さらにはそこからどう選択すべきか、ということを実感的に論じることも可能になるものと考えられる（本稿で扱われたものとして、たとえば、自律に立脚する契約観、現在化を肯定する契約観、典型的な契約観、など）。

(b) 残された課題・その1 ——設問＝解答方法モデルの中で 以上のように、本稿は、契約をめぐる議論空間の整序の試みであったと言えるが、そこには、契約の解釈という営みに注目するという、および、分析視角として設問＝解答方法モデルを用いること、という二つの前提が置かれていた。しかるに、この二つの前提のうち前者はさしあたり固定したうえで、それでもなお以下のような課題があると言えよう。

第一の課題は、設問＝解答方法モデルによる議論空間の整序作業をより充実したものとするとともに、ひいては基本的な契約観のレベルにおける検討につなげる、ということである。すなわち、本稿で行ったような議論空間の整序作業は、既に述べたように、終局的には基本的な契約観の検討作業につながり得るものであるところ、本稿での検討は、前者にとどまるとともに、前者についても不十分にとどまる。そこで、前者の検討を充実させながら、後者にまで検討を及ぼすこと、それが残された課題の第一である。

とりわけ、解答方法を用意する側の議論空間として位置付けられる議論についての検討を、より立ち入って行うことが必要となろう。ここでは三点を挙げる。まず、自律と他律をめぐる議論について、そこで示唆される

契約観にまで立ち返って検討を行うことが必要であろう³²⁹⁾。次に、現在化をめぐる議論について、より立ち入った検討を加えるためには、現在化を否定した場合の契約内容確定のあり方いかんという問題まで検討する必要がある³³⁰⁾。さらに、本稿では正面からは取り上げなかったが、契約内容の確定という観点からは、法適用による契約内容の確定をどう考えるか、より一般的には思考様式に關係して類型をどう考えるか、という問題は重要である。これまでに蓄積されてきた典型契約論・性質決定論³³¹⁾に関する検討を出発点として考察を加える必要がある。

他方で、設問を置く側の議論空間も、Ⅱで取り上げた三つには限られない。一例として、損害賠償請求の要件論のうち、「その債務の本旨に従った履行をしないとき」(民法415条本文)という要件の解釈論も、設問を置く側の議論空間として位置付けられる。そこには債務の構造に関する議論も含まれる。

そして、以上のように、説明対象を増やしてゆきながら設問＝解答方法モデルによる分析を進め、設問を置く側の議論空間と解答方法を用意する側の議論空間とをつなぐ文脈を明らかにして整合性の有無を問い、あるいは

また、そのように複数存在する文脈同士の相互関係を明らかにして整合性の要否・有無を問うことは、その先にある、契約をめぐる議論空間全体を通じる基本的な契約観の検討につながるであろう。

(c) 残された課題・その2 ——設問＝解答方法モデルを超えて 以上は、さしあたり設問＝解答方法モデルを維持することを前提とした課題であったが、第二の課題は、設問＝解答方法モデルという分析視角の再検討である。契約をめぐる議論空間の整序のための分析視角は、設問＝解答方法モデルに限られない。そして、設問＝解答方法モデルには以下のような欠点があることもまた既に示唆されている。

まず、一方の、解答方法を用意する側の議論空間について見れば、設問＝解答方法モデルによった場合、解答方法を用意する側の議論空間の一部しか注目されないおそれがある。たとえば、既に上記(b)で挙げた典型契約論・性質決定論は、契約内容確定法理に関する議論として重要であることは言うまでもないが、それにもかかわらず本稿の分析視角の下では正面からは取り上げられなかった³³²⁾。その理由としては、従来の典型契約論・性質

329) たとえば、たびたび取り上げた山本敬三の見解は、補充的契約解釈論にせよ、制度的行為論による融合論にせよ、リベラリズムの考え方を基礎に据えていると考えられる(そのうえで前者は個別的なるもの、後者は典型的なるものにかかわる。とくに後者につき、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(2・完)」論叢133巻5号2-7頁(1993))。このほか、複数存在している言説につき、それらの異同を整理し、検討を加えることが課題となる。そして、この議論空間についてのこうした検討は、契約をめぐる議論空間全体における検討につながるものが多いであろう。

330) 現在化を否定する言説としては、本稿で取り上げた森田修によるもののほか、山本顯治によるもの(山本顯治「契約交渉関係の法的構造についての一考察——私的自治の再生に向けて——(1)～(3・完)」民商100巻2号198頁, 3号387頁, 5号808頁(1989)など)や、内田貴によるもの(内田・前掲注100)などがある。契約を動態的に捉えるこれらの見解から、どのような契約内容確定法理が導かれるのか、それぞれの契約観を支える基本思想も含めて、検討することが必要であろう。ここで若干の見通しを示せば、山本の場合には、「プロセスとしての法」(山本顯治「契約規範の獲得とその正当化」私法53号218頁, 220頁(1991)、同「契約規範の獲得とその正当化」谷口知平追悼『谷口知平先生追悼論文集 第2巻 契約法』69頁, 69頁(信山社, 1993)など)という考え方のもと、私的自治に適う契約内容の確定方法として、まさに当事者による交渉を通じて契約内容の確定を行うことが(山本・「契約交渉関係の法的構造についての一考察(2)」405頁)、他方で内田の場合には、関係的契約モデル(内田・前掲注100)30頁)のもと、裁判官による一般条項を通じた内在的規範の吸い上げを通じて契約内容の確定を行うことが(内田・前掲注100)63-64頁)、それぞれ想定されることになる。

331) 代表的なものとして、来栖三郎『契約法』736頁以下(有斐閣, 1974)、河上正二「契約の法的性質決定と典型契約——リース契約を手がかりにして」加藤一郎古稀『現代社会と民法学の動向(下)』277頁(有斐閣, 1992)、大村・前掲注153)、石川・前掲注17)、森田修「フランスにおける『契約の法性決定』(1)～(6・完)」法協131巻12号2415頁(2014)、132巻1号79頁, 4号664頁, 9号1654頁, 11号2009頁, 12号2288頁(2015)など。

332) 本稿でも、補充の場面に関する限りで「類型」につき検討を加えたが(Ⅲ2(2))、議論の全体を視野に収めることはできなかった。

決定論においては、関係する何らかの典型契約規定が存在する場合の契約内容の確定に主眼が置かれ、そのうえで典型契約規定・典型契約制度の意義や類型的思考の意義について考察されていたという傾向があるところ³³³⁾、設問＝解答方法モデルのもと、Ⅱで取り上げたような設問を置く側の議論空間を踏まえたとき、それらにおいて確定すべきとされる契約内容がいずれの場合もリスク分配に関係しており、それに関して直接に定めた典型契約規定が存在しない場面であった、ということが挙げられる。ここには、設問＝解答方法モデルによった場合、解答方法を用意する側の議論空間のうち、設問を置く側の議論空間との接合部分に注意が集中することに伴って、その余の部分に対する関心が薄くなるということが示唆されている。もちろん、設問を置く側の議論空間との接合部分にとどまらずに解答方法を用意する側の議論空間の検討を進めればよいとは言えるものの、その検討を有益なものにするためには別途何らかの視点を用意することが求められよう。

また他方で、設問を置く側の議論空間についても、視野に収められるものが限定されるおそれがある。たとえば、錯誤論について言えば、そこでは、しばしば、動機が「意思表示の内容」「法律行為の内容」「契約内容」になっているか否か、ということが問われる。そこでの問いは、論者によって、まさに契約内容確定問題と言える場合もあるが、一般的な意味における契約内容確定問題とは異なる場合もあり、設問＝解答方法モデルによっては議論空間をうまく捉えきれないおそれがある。しかし、そこで問われることは契約内容確定問題と或いは一致し、或いは隣接ないし密接に関連するものだと言うことができ、分析対象に含めることは有益であろう。

さらに言えば、設問を置く側の議論空間と、解答方法を用意する側の議論空間とが区別困難となる場合もある。たとえば本稿でも、損害賠償請求をめぐる議論の位置付けは

設問＝解答方法モデルにおける区別に親和的であったのに対して、事情変更をめぐる議論は、設問を置く側の議論空間と、解答方法を用意する側の議論空間とにまたがって展開されていた(Ⅱ 3, Ⅳ 1)。また、山城論文の位置付けについても、一定の検討を要した(Ⅰ 1(5))。他にも一定の工夫によりモデルに取り込むことは可能であると考えられるが、工夫が必要になること自体がモデルの限界を示唆しているということもまた確かである。

以上のように、分析対象として取り込む議論空間を増やしつつ分析視角自体を更新するということが考えられる。契約をめぐる議論空間を整序するための分析視角として、設問＝解答方法モデルの限界を見定め、新たな視点を獲得するということが、残された課題の第二である。

(d) 結語 以上大きく分けて二つの課題を挙げたが、いずれに関しても、説明対象を増やしてゆくことで、分析視角が精緻化してゆくことが期待される。既に挙げたような議論空間を取り込むことのほか、より一般的には、学説のみならず裁判例に見られる言説をも議論空間として取り込むこと、また、日本の議論空間のみならず外国の議論空間にも目を向けること、といったこともまた有益となる。

分析視角として最後まで設問＝解答方法モデルを維持するにせよ、それを最終的に放棄するにせよ、契約をめぐる議論空間を整序し、ひいてはその議論空間における言説を支える基本的な契約観を提示すること——これが本稿の先にある課題である。

* 本稿は、2016年1月に東京大学大学院法学政治学研究科に提出した研究論文に、若干の加筆修正を施したものである。

指導教授としてご指導いただいた大村敦志先生、大村先生とともに口述試験の労をおとりいただいた道垣内弘人、森田修両先生をはじめとして、お世話になったすべて

333) もちろん、たとえば大村・前掲注153)は類型の生成を論じ(同306頁)、石川・前掲注17)は現実類型を指定し(同507頁)、森田・前掲注331)も帰納的分類を説いていたが(「(5)」2017頁)、やはり本稿Ⅱ)が取り上げたような議論に直ちには当てはまらないと言ってよいであろう。

の方々に、心より感謝申し上げます。

(いけだ・ゆうた)