

契約理論の現在
—契約の再交渉論への序説—¹

姫 野 学 郎*

**Contract Theories in Japan: Towards
a Theory of Contract Renegotiation**

Himeno Gakuro*

Abstract

Two theories have appeared in the last decade in Japanese contract scholarship that are labeled as postmodernist: one is Professor Takashi Uchida's "relational contract theory" that has been profoundly influenced by Professor Ian Macneil; the other is Professor Kenji Yamamoto's theory that has been inspired by Professor Norbert Horn's "Duty to Re-negotiate (Neuverhandlungspflicht)." In this short article I seek to analyze the two theories because both are focused on the performance stage of contracts -- contract renegotiation. The most significant difference between the two theories is that Yamamoto highlights the tension inherent to the "Duty to Re-negotiate," an obligation to freely agree (eine Pflicht, sich freiwillig zu einigen), while Uchida deliberately alleviates it by regarding the duty as an "immanent norm." The reference group in the Yamamoto theory is indeed all the potential discussants (following Jürgen Habermas) whilst that in Uchida's theory is the interpretative community of the business (following especially Hans-Georg Gadamer). The two are related, it will be discussed, to the traditional argument about the appropriate relationship between "ratio" and "voluntas," furthermore between Vertragsgerechtigkeit and Vertragsfreiheit.

キーワード

意思主義、再交渉義務、法のプロセス化、契約法の二元性

*ひめの がくろう：大阪国際大学法政経学部講師〈2002.10.24受理〉

I はじめに —分析視角—

- (1) 内田貴教授と山本顯治教授の契約理論は、ともに「ポスト・モダン志向の契約理論²」として注目を浴びながらも、しばしば対照的に捉えられてきた。これらに言及する論者がほぼ共通して指摘するのは二点である。すなわち、第一に、「『普遍主義的合理性』に対する反感」が前者の底流を形づくるのに対して後者には欠けていること、第二は、内田理論の個人が「共同体」に埋没しているのに対して、山本顯治理論では個人の自律性こそが中核をなしていること³、これである。そして、こうした把握は、学界のなかで、見ようによっては奇妙な反応をもたらした。大ざっぱに言えば、とりわけ「近代法」の立場⁴から内田教授に厳しい批判が加えられたほかは、これら二つの理論は、——それぞれに与えられた高い評価とは裏腹に——学界全体を巻き込むほどの論争は呼び起こさなかったのではないだろうか。

それはなぜだろうか。結論からいえば、以上で言及した反応（より正確に言えば無反応）から逆に、この国の民法学界を——おそらくその成立以来——つらぬく「執拗低音⁵」を聞き分けることができるようにも思われる。すなわち、「利益衡量論」「利益考量論」「実益論」——と呼びならわされる見方に立つ——論者と反対論者との——多分に没交渉的な——棲み分けである。

もちろん、ここから、ポスト・モダンの法思考が——西欧諸国ならぬ——この国で直面する困難⁶、現在この国の法思考に与える示唆⁷、等を探りを入れるのは不可欠の作業である。けれども、本稿でとりあげたいのは、もっとローカルな問題である。というのはこうである。

二つの契約理論の中核にあるのが契約の再交渉の問題であることは、これをめぐって両教授の間で実際に応酬が交わされた⁸ことからみても明らかであろう。けれども、少なくとも筆者には、その他の論者の多く⁹の展開する再交渉論は、——上記の「執拗低音」と符節をあわせるかのように——内田・山本顯治両教授の再交渉論から切り離されているように思われる。端的に言えば、内田・山本顯治両教授にはあった契約理論との結びつき¹⁰がそこでは希薄化しているように見受けられる。そして、おそらくその最大の理由は、両者の再交渉論——とくにそれぞれの背後にある契約理論——に対する賛否はともかく、契約の再交渉という問題構成そのものは、ことのほかすんなりと日本学説に受け入れられたことにある。そこで、この論文の目的は、ある分析視角を投入することによって、それぞれの契約理論を整理し、再交渉論を契約理論のなかに置き直すことにある。

- (2) 本稿が投入する分析視角とは、制度と自由、規範と状況の矛盾・相剋という——周知の——問題構成である。西欧の法思考で支配的なのは、両者の間には、人為的に創設した制度・規範は、自然的かつ流動的な自由・状況に規制を加えようとし、他方で自由・状況は制度・規範を絶えず批判・告発する、という抜き差しならない緊張関係が成り立つ、という見方であろう¹¹。

契約理論でこれらに対応するのは、契約正義と契約自由、そして——トマス主義に淵

源をもちとりわけWerner Flumeをつうじて契約理論に導入された——理性と意思というアンティテーゼである。周知のように、1980年代以後、これらの対概念はあれかこれかという関係におかれ、一方に「意思の上に理性を」が標榜され¹²、他方に「意思主義の復権」論が説かれる¹³、という対立状況を生み出すことになった。そして、1989年、1990年と踵を接するようにして登場した山本顯治・内田兩理論は、両極端の拮抗から生じ、滞留した閉塞感を打ち破るものとして、迎えられた¹⁴。

- (3) これらの対概念を二つの契約理論がどう扱ったかはさておき（V参照）、ここで注目のしたいのは、——ことに川島武宜博士以来しばしば論じられる——契約法の二元性である¹⁵。

川島博士によれば、1960年代後半の日本には、一方に「権利義務が不明確且つ不確定的な・したがって話しあいによる解決を期待して詳密な規定をもたない契約内容」を求める法意識が、他方に「権利義務が明確且つ確定的な・したがって話しあいをまつことなく客観的に権利義務関係が確定されるような詳密な規定をもつ契約内容」を求める法意識がある。どちらが選びとられるかは近代化の進展にかかっている。具体的には、社会的優位をもつ当事者が契約関係を拡散機能的・特定個人的に意識するなら前者の法意識が、特定機能的・非特定個人的に意識するなら後者の法意識が選びとられたことになる¹⁶。ここには固有「法」・継受法の矛盾・相剋がこだましている。継受法を制度と類比するなら、固有「法」は状況である。

これに対して、15年後、星野英一教授は「日本的契約観が契約についての国家法の中にも浸透していると断言することができよう¹⁷」と述べている。ここでは、近代化論の退潮に照応して、——固有「法」・継受法の対立図式に代え——国家法・日本的契約観の対立が登場している。そればかりではない。注意されるのは、ここでは日本的契約観は国家法をたんに批判・告発するにとどまらず、「国家法の中にも浸透」していることである。だとすれば、ひとり契約理論が制度と自由、規範と状況の矛盾・相剋というシエーマに拘泥する必然性は、果たしてあるのだろうか。

Ⅱ 問題状況 —意思主義のディレンマ—

- (1) 両教授の議論の出発点は、山本教授のいわゆる「意思主義のディレンマ」である。山本教授によれば、従来の「私的自治」または「意思」尊重論——その典型は「意思主義の復権」論にみいだされる——にはあるディレンマがはらまれていた。すなわち「一方で、紛争解決の基準としての意思の実効性を増そうとすればするほど意思に擬制が入りこまざるを得ず、他方で、このような意思の擬制的拡張を限定しようとするれば紛争解決基準としての実効性を失う」という問題である¹⁸。

このディレンマの解消を目指して二つの理論が提示するのは、法律関係の「形成」「設定」「成立」と「法律効果」「内容」との伝統的な区別——内田教授の用語を借用すれば、契約成立時への「現在化」——の相対化である（内田教授の「契約プロセス」、山本教授の契約「法のプロセス化」）。

- (2) 相対化の端緒は、1991年の私法学会シンポジウム報告者たち（野村豊弘、河上正二、広瀬久和、内田貴、岩城謙二、星野英一の各教授）にみられる。その代表者である星野教授によれば、「契約の成立の問題と内容の問題とは、必ずしも截然と区別することができないのではないか、両者はオーバーラップする部分が多いとみることもできるのではないか¹⁹」というのである。

この問題構成は、「意思主義の復権」論者だけでなく、かつて「意思の上に理性を」を説いた星野教授自身の立場をも克服しようとした、とみることができる。というのはこうである。一方で、「意思主義の復権」論が暗黙裏に前提にする「成立」「内容」の区別によるかぎり、——山本教授がその他の論者とともに教えるように——不当な「内容」に規制を加えようとすれば「成立」時の意思に何らかの擬制を潜り込ませざるをえない。これは「意思」の希薄化を招こう。他方、星野教授の1983年当時における診断によれば、——「内容」への介入を極力回避しつつ「成立」に関心を払う伝統的な規制のパラダイムとは正反対に——「契約法において、契約の成立でなく、契約から生ずる権利義務の内容がより重要なものとして前面に浮かび上がっている。」この傾向が「契約正義の要請に基づくものであることは繰り返すまでもあるまい²⁰。」この立場も、少なくとも「成立」「内容」の区別を前提とする点では「意思主義の復権」論者と共通する、といつてよい。

- (3) 二つの契約理論——内田理論・山本理論——が解決しようとする問題状況は、法化（法制化）の問題である。すなわち、とりわけ両者が依拠するHabermasの社会認識にしたがえば、法化——実質的合理性をもつ法を媒体とした、福祉国家（より広くいえば「システム」）による介入——によって、本来言語的コミュニケーション＝「私的自治」の場であった「生活世界」は浸蝕——「植民地化」——されつつある²¹。そしてこれに対する対抗戦略として位置づけられるのが、内田教授にあっては「生活世界」に「内在する規範」の吸い上げ、山本教授においては「法のプロセス化」である。

それぞれの戦略を契約法の文脈におきなおせばこうである。一方、内田教授は「契約プロセス」に定位しながら、——「内在的な契約規範」が実定法のなかに取り込まれた結果として形成されつつある——「関係的契約規範」の「核」に「継続性」原理、「柔軟性」原理を見いだす。他方で、山本教授にいわせれば、契約法で「法のプロセス化」に対応するのは、契約責任規範（債権・債務アプローチ）から交渉促進規範（契約アプローチ）への視点の転換である。

- (4) 以下では、それぞれの契約理論を分析し（Ⅲ・Ⅳ）、これを承けて両者を比較検討したい（Ⅴ）。それぞれの分析にあたっては、とくに山本顯治「契約交渉関係の法的構造についての一考察」（1989）、内田貴『契約の再生』（1990）に焦点を合わせたい。というのは、二つの契約理論はその後変遷を遂げ、その帰結として両者の対照性は不鮮明になってきたようにみられるからである。二つの理論のその後については、両者の比較検討の章（Ⅴ）で論じたいと考える。

Ⅲ 山本顯治教授 ——契約「法のプロセス化」——

(1) 山本顯治教授は、「意思主義のディレンマ」という問題状況から出発する。そして、もっぱら契約内容形成の瞬間に注意を集中させる「意思の尊重」論に対して、「契約締結前から履行後まで継続的に持たれる契約交渉関係」における「両当事者の自律性の尊重²²」を対置する（契約「法のプロセス化」「手続化」）。これとともに浮かび上がるのが、契約義務の——それまでいわれてきた「契約責任規範」としてだけでなく——「交渉促進規範²³」としての役割である。こうして「契約関係の法的枠組み」を形成し交渉を促進する契約義務として、「再交渉義務」（「継続的交渉義務²⁴」）が注目されることになる（そのほか、「情報提供義務」「告知義務」などもあげられている²⁵）。こうして、私的自治の再生が果たされることになる。

(2) より詳細にみれば、本論文は、つぎのような構成をとっている。第一に、社会哲学者Habermasの「コミュニケーション的行為」を批判的基準として、「私的自治」の活性化の方向づけを探る。こうして契約義務は「交渉促進規範」として再評価される（「第一章」）。眼差しを社会理論から民法学説へと転じると、福祉国家における「古典的契約理論の変容という基本的認識²⁶」がそこにはたしかに共有されている（Joachim Schmidt-SalzerとManfred Wolfの見解）。だがその一方で、両者の具体的解決策の方向性は対照的であった。この対照性は、「意思尊重」論の多くと著者自身の立場との対立につながっている（「第二章」）。著者はWolfの示唆する方向をさらに徹底する可能性を秘めた見解として、Norbert Hornの「再交渉義務」論に注目する。そして私的自治を制度的に保障する契約義務として「継続的交渉義務」を提示する（「第三章」）。以上を一貫する問題意識をあらためて敷衍して、本論文は締めくくられる（「おわりに」）。以下、順を追って概観しよう。

(3) 山本教授によれば、「契約交渉関係はまずもって当事者の『了解』により調整される行為、つまりハーバーマスのいうコミュニケーション的行為を批判的基準として評価されるべき行為である」と言いうる²⁷。このように、「契約交渉」の帰属を戦略的行為ではなくコミュニケーション的行為——ことに規範に規制された発話行為——に求めることは、大まかにいって二つの帰結をみちびくことになる。第一に、規範（とりわけ契約義務）自身の正当性を当事者間の「討議」（後出）にさらすことが可能になること。第二は、「討議」の結果得られた合意の正当性を審査するための批判的基準として、「理想的発話状況」——ここでは、両当事者の機会均等的な「手続的平等性を保障する契約義務」——を導入できること、である²⁸。著者は、コミュニケーション的行為を批判的基準として、契約交渉関係をつぎのように描き出す²⁹。

言明はそれによって一定の事実や状態を記述するばかりでなく、何らかの行為の遂行そのものでもありうる。このような言明をつうじて、各種の「妥当要求」がかかけられるからである。契約交渉は、規範命題の「正当性」の妥当要求³⁰を中心とした、もろも

ろの発話行為のやりとりである。さて、こうした——規範的——言明は相手方によってつねに承認されるわけではない。ここでコミュニケーション的行為（契約交渉関係）は、異議の提起された妥当要求をテーマとする「討議」に移行することになる（「正当性」が疑われた場合は「実践的討議」に、「真理性」が疑われたときは「理論的討議」に）。すでに言及した二つの帰結は、この地点で生じる。すなわち第一に、当事者の行為、主張だけでなく、それらを根拠づける規範（契約義務）それ自身の正当性もまた、「討議」を経て合意が成立してはじめて承認される³¹。いいかえれば、契約の拘束力の正当性根拠は、いったん有効に成立したことではなく、こうした「社会的なコミュニケーション関係に求められる³²。」第二に、この合意の正当性は、「討議」手続き自体が歪められているときは、認められない³³。こうして、契約規範・契約義務も新しい視点からとらえ返される。「一定の契約義務を契約交渉関係の『ゆがみ』を是正するための枠組みとして両当事者に課すことにより、両当事者間の対等性・平等性を保障し、自主的交渉を促進³⁴」することができる。

以上のような視点は、私的自治の再生という著者の問題意識に根ざしている。というのはこうである³⁵。契約による取引関係（私的自治）は、本来は生活世界における、言語をつうじて相互的理解を志向する行為（コミュニケーション的行為）に属していた。すなわち契約交渉関係は、両当事者間の友好的諸関係の確立、維持、発展の場であった。ところが、一方で（市場）経済システムがそこから分離独立し（いわゆる形式法）、他方、やがて国家システムが市場を補完する役割を引き受けるにいたる（実質法、介入主義法）。後者の段階で顕在化するのが、法化の消極的側面——「自律的生活領域」への介入——である³⁶。ネガティブな法化のもとから私的自治を救い出すためには、既存の制度的措置³⁷を制度化された「討議の手続的諸条件³⁸」としてとらえなおすほかない（「プロセス化」）。このように従来の「意思尊重」論とはちがった方向から、すなわち言語的コミュニケーション関係の回復そのものによって「自律的生活領域」（私的自治）の活性化が企てられることになる。

- (4) 社会哲学、法理論で論じられてきた法化の問題は、契約法の領域でも顕在化している。ここでとりあげられるSchmidt-SalzerとWolfは、ともに「契約メカニズム説」（Walter Schmidt-Rimpler）から出発する。「契約メカニズム説」によれば、契約内容の「正当性」は「契約締結にあたっての両当事者間の交渉の中で互いの対立する利益が調整される³⁹」（傍点引用者）という、いわば契約締結そのものに内在する「契約メカニズム」が機能するかぎりで、保障される。それゆえ、このメカニズムに——締約交渉時における当事者間の知的・経済的格差のゆえに——何らかの機能不全が生じたときは、これを補うものとして、公共的立場から高権的・国家的関与が肯定される。起点として「契約メカニズム説」の問題意識、現状認識（古典的契約理論の変容）を共有しつつも、この両者は対照的な解決方法にたどりついた。すなわち、前者における客観的・実質的「正義」による高権的関与（その基準となるルールの精緻化の手続、その手続の無際限な進行を遮断するものとしての「実質的」「正当化根拠の必要性」テスト（「任意法の指

導形象機能⁴⁰」))、そして他方で後者における「任意法の条件での契約締結権」の提案がそれである。

なかでも、後者による任意法の条件での「契約締結権」は、劣位当事者に対して——「締約の拒絶」にくわえて新しい交渉材料——を与えることで、いったん機能不全に陥った契約メカニズムを再び活性化する意味をもつ。「この締約権の承認は契約内容の正当性の直接的実現の手段として主張されているというよりも、むしろそれを通じて契約交渉を促進することがまず第一の目的とされている⁴¹。」

山本教授によれば、たしかに以上のようなWolfの提案は、「契約メカニズム」をこえた「客観的正義」による直接的コントロールを認めるSchmidt-Salzerに比較して、いわば契約メカニズムそのものの機能回復をつうじて、間接的に両当事者の「私的自治」を活性化させる点で評価に値する。しかし、Wolfは依然として——契約交渉を締結前にかぎってとらえる点ばかりでなく——「客観的正義の体現としての任意法」（任意法の「指導形象」機能に現れるような⁴²）という考えを前者と共有する⁴³。それは相手方にとっては「締約強制」を意味し、したがってこの締約権を承認するためには、契約自由の要請をこえる公共的利益による正当化が必要になる⁴⁴。そこで著者は、「締結前から締結後にかけて継続的になされる両当事者による契約内容の形成・意味確定行為⁴⁵」すなわち「契約交渉関係⁴⁶」の促進という観点から、「任意法の条件での契約締結権」からいま一步踏み出し、「継続的に交渉を行う義務⁴⁷」へと移行する。これと同時に、契約紛争（交渉）、契約規範についての古典的な見方（後掲⑦コメントにいわゆる「射幸的交渉観・契約観」、後掲⑧論文にいわゆる“aleatory view of contract”にあたる）は、ほとんど根底から覆される——そのような帰結の是非はともかくとして——といってさしつかえない。その手がかりとして参照されるのが、締結後に生じる契約調整問題についてNorbert Hornの提唱する「再交渉義務」である。

- (5) およそ契約紛争一般に妥当するように、契約の事後的調整が問題となる局面でもやはり、「法的権利として承認される契約利益のみならず、それを超える極めて多様な人的・物的関係が問題となっていることも多い⁴⁸。」すなわち、調整目的自体が明確でない場合も多く、これに対して調整方法も法律要件への包摂による一義的解決には基本的になじまないものが多い。こうして問題になるのが、「一方では諸事情の変動により再び流動化した両当事者の多種多様な要求をなるべく両当事者に納得のいく形で汲みあげたいという要請と、他方では現に存在する契約規範の拘束力を考慮に入れねばならないという制約をどのように調和させていくのか⁴⁹」である。山本教授の説明にしたがえば、Hornは「再交渉義務」によってこれらの相対立する要請を調和させようとする。

しかし結論からいえば、Hornの見解では「一方では依然として従来の契約法解釈学分析視角に拘束されつつ、他方では、かかる分析視角の限界の克服に向けた解釈理論の手がかりが萌芽的に示されて⁵⁰」いる。そこで著者は、Hornの見解につき「本稿に関する限りでとりあえず留意されるべき点⁵¹」を抽出する、というアプローチをとる。

Hornの立場と著者のそれをあえて対比すると、つぎのようになる。すなわち、Horn

が契約調整問題、しかも時的にも契約締結後にかぎって「再」交渉義務を論じる⁵²のに対して、山本教授は「より広い問題領域に渡り契約の締結前から履行の終了後に至るまで⁵³」妥当する「継続的」交渉義務を提起する⁵⁴。そして「ホルンの掲げる例を超えた適用の可能性を探るための一つの例」として著者があげるのが、「給付困難」類型である（たとえば、わが子を失った女流声楽家が同じ日の夜に喜劇に出演せねばならない、という場合（精神的理由にもとづく給付困難））。ここで特徴的とされるのは、この「紛争類型が非常に多面的な様相を有しているため、給付障害法が本来予定する契約解除あるいは損害賠償という法律効果をもってしては、この紛争の持つ多面的様相を十分には汲み尽くし得ない⁵⁵」点である（先の設例の解決方法としては、その日のプログラムをその声楽家の出演を要しない、または出番の少ないプログラムに変える⁵⁶、等があげられている）。このように「継続的」交渉義務によって形成された「契約交渉関係の法的枠組み⁵⁷」をつうじて、「一義的で明確な解決方法」よりも、なるべく両当事者間の事情を考慮した「弾力的・調整的な解決方法⁵⁸」が模索されることになる。

「継続的」交渉義務は、すでに言及したように、契約交渉、契約規範に関する古典的な見方を覆すことになる。まず、古典的な契約交渉観——「紛争の対象となる問題（紛争主題）が『まず存在』しており、その問題に既に解釈が施された規範を『適用』することにより解決が図られるというシェーマ⁵⁹」——に對置されるのは、つぎのような理解である。すなわち、契約交渉においては「解決されるべき『問題の確定』と問題解決のために適用される『規範の確定』、更にはかかる問題の『解決方法の確定』自身がそれぞれ相互に影響し合う形で進展していく⁶⁰」というのが、それである。つぎに、契約規範、なかでも契約義務は、古典的な「契約責任規範」としてばかりでなく「交渉促進規範」としてもとらえられることになる（継続的交渉義務のほか、情報提供義務や告知義務、説明義務が、このような義務としてあげられる⁶¹）。「交渉促進規範」としての契約義務（付随義務）の機能は「明確な法律要件に基づいた法律効果としての給付義務がまず存在し、それを具体的に実現するために従たる給付義務や付随義務が従属的に存している⁶²」という把握によっては、十分にとらえきれない。これとともに、信義則観も転換する。すなわち、信義則が「なんらかの『価値の序列』を措定し、その価値基準に従った判断を裁判官がなす⁶³」というモデルから、「交渉促進規範」を基礎づけることで、あくまで両当事者による「『議論のフォーラム』を制度的に形成する⁶⁴」というモデルへの転換である。

このような「法のプロセス化」によってはじめて、先に触れた——「意思主義のディレンマ」と重なる——二つの要請——「諸事情の変動により再び流動化した両当事者の多種多様な要求をなるべく両当事者に納得のいく形で汲みあげたいという要請」と「現に存在する契約規範の拘束力を考慮に入れねばならないという制約⁶⁵」——が調和させられるわけである。

- (6) 手続的規範（「継続的交渉義務」）の設定による契約交渉関係の規律という考えの背後にあるのは、「この手続的規範を外延とした日常的実践知の多様な働きを可及的に尊重しようという基本的態度⁶⁶」である。したがってここでは「必ずしも法的とは言えな

い種々の社会的規範や更には当事者間の個別的関係にも規範性を承認し、これらの規範にも契約をめぐる紛争解決にあたっての重要な役割が認められるとの基本的視座⁶⁷がとられる。すなわち「法的・社会的な様々な規範をその紛争解決機能を発揮しやすい形で当事者間に取り込み、また当該契約を取り巻く人的・物的諸関係を両当事者に納得のいく形で汲み上げる契約法理論が要請されていると言うべきである⁶⁸。」

このような基本的態度は、くりかえしになるが、法化論の問題意識と重なり合うことになる。すなわち、契約交渉関係への手続的ルールを導入という着想は、言語的コミュニケーションの回復それ自体をつうじて、「日常的な言語共同体あるいは生活世界」いいかえれば「私的自治⁶⁹」の保障・活性化をはかる、という法化論の戦略（「法のプロセス化」）に「他ならない⁷⁰」からである。

こうして「継続的交渉義務」論と法化論は、裁判（法的議論、契約自由）や紛争が生活世界での実践（一般的実践的議論、私的自治）にほかならない、という考えをともにする。すなわち「契約交渉関係を規律する手続的規範は一般的実践的議論の構造を参照しつつ、『制度化』された法的議論の特質を考慮して導かれるべきもの⁷¹」である。では、「一般的実践的議論と法的議論との相補的關係は認めつつも、実際的にはどちらにより定位して評価基準を導くのか⁷²」。この問いに対して、山本教授は、後者に定位して現行の法的議論に対する具体的な批判的基準を導出すべきだ、と答える。けれども、このような立場に対してはもちろん、つぎのような疑問が生まれる。すなわち、著者の「意味での私的自治を貫徹しようとする結果、制度的自由である契約自由の変質ないし解体を意図する」のではないか、というものである⁷³。この問題については、章をあらためて言及したい（V参照）。

Ⅳ 内田貴教授 —「契約法の二元性」—

- (1) 後述（V参照）のように、内田理論は大体1994年以前と1996年以後とで変遷を遂げているように思われる（以下、とくに断らないかぎり、たんに「内田理論」といえば1994年までのそれを指すことにする）。他方で、1994年以前の内田理論の全貌は『契約の再生』（1990年）だけからは必ずしも明らかにならない。むしろ、以下の諸論考をも参照することがその理解には不可欠なように思われる。

- ①探訪「法の帝国」——RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIREと法解釈学——(1)(2)完、法協105巻3号（1988）219頁以下、4号（1988）408頁以下
- ②本書
- ③現代契約法の思想的基礎、＜シンポジウム＞現代契約法論——約款・消費者契約を機縁として——私法54号（1992）51頁以下
- ④現代契約法の新たな展開と一般条項(1)-(4)、NBL514号（1993）6頁以下、515号（1993）13頁以下、516号（1993）22頁以下、517号（1993）32頁以下
- ⑤契約プロセスと法、岩波講座・社会科学の方法Ⅵ（1993）129頁以下

- ⑥現代日本社会と契約法、石黒ほか、日本法のトレンド（1993）16頁以下
- ⑦現代契約法の新たな展開と契約法学、法律時報66巻8号（1994）28頁以下

ところで、内田理論の動因を形づくる問題状況は、全世界的に認知された「原理としての契約の死」である。結論を先取りするなら、それは山本教授のいわゆる「意思主義のディレンマ」と重なり合うといってよい。というのは、——内田教授が正当化理論（後出）の候補としてあげるうちで——アメリカの古典的契約原理にいうバーゲン理論に相当する地位を占めたのは、戦後日本の近代的契約法では、意思主義であったからである。

「原理としての契約の死」とは、契約法に整合性を与える一定の正当化原理と整合しない契約法規範の登場を指している。わが国では1960年前後以降登場した、新たな傾向の裁判例——信義則の適用による「契約責任の拡大」——が、それにあたる（交渉過程の責任、安全配慮義務、説明義務等々）。こうして、内田教授の課題はつぎのことに求められる。すなわち、新たな契約法原理（正当化理論）の提唱によって、契約法を、固有の原理（意思主義）の喪失（「契約の死」）から救い出すこと（「契約の再生」）である⁷⁴。

日本の文脈にかぎっていえば、内田教授は③④論文のなかで、このような可能性のある正当化理論として、大まかに四つをあげている⁷⁵。「『古典的意思主義の復権』論」「権利論的再分配論」「コミュニケーション的合理性理論」、そして内田教授自身の「『納得』の合理性」がそれである（これ以外にあげられているのは、「『法と経済学』アプローチ」と「システム論的自省的法」の二つである）。

「『納得』の合理性」にいう「納得」は、「究極的には、共同体の道徳的直観である⁷⁶。」ここでは裁判官はもはや「いちいち個々の紛争の事実の微細に立ち入ることなく紛争を解決」する裁定者ではない。「事件の背景を詳細に問いかけ、当事者の属する社会の規範意識を共感しようと努める仲介者⁷⁷」である。

著者によれば、「契約責任の拡大という現象が、仮に世界的な傾向であったとしても、それを正当化する社会理論なり思想は、各国共通である必然性はない⁷⁸。」むしろ、「『納得』の合理性」は、戦後批判にさらされてきた「日本的契約意識」を正当化するものとして提示される。このように、意識的に反普遍主義（同時にリベラリズム批判）を標榜する点で、内田説は他の諸説から突出する——それだけに他説との対立は非妥協的になる——ことになる。

「契約の再生」とともに『契約の再生』の掲げるいまひとつの目標は、「現代アメリカ法学の特質を理解」することにある。したがって、本書の大部分が、アメリカ法における「契約の再生」にあてられる。まず、古典的契約法（バーゲン理論）と整合しない契約法規範の登場（「責任の爆発」）が描き出される（「Ⅰ章」「Ⅱ章」）。そして「契約の死」が社会現象というより、むしろ原理としてのそれであることが、明らかにされる（「Ⅲ章」）。これを承けて、新たな法原理となる可能性をはらんだ正当化理論として、四つが検討される。すなわち、「効率性」「約束」「信頼」「社会関係」である（「Ⅳ章」）。転じて、アメリカにおけるリベラリズムの強固な伝統に正面から挑戦する批判法学がと

りあげられる（「Ⅴ章」）。その主張は、内田教授によれば、わが国の法解釈学者にとっては、むしろ自明である。そこで、リベラリズムの伝統を欠く日本法により適合的な理論として、独自の「関係的契約法」が提示されることで、本書は結ばれる（「Ⅵ章」「Ⅶ章」）。

とりわけ内田理論を理解するために重要なのは本書のⅥ・Ⅶ章である⁷⁹。Ⅵ章の構成はつぎのとおりである。まず、わが国の解釈論における「形式論」「実質論」の二元論が、「内在的規範」「外在的規範」という関係的契約法の枠組みから説明される（「一」）。つぎに、この「仮説」にもとづいて、二つの契約規範の相剋の具体的場面が分析される（「二」「三」「四」）。そして最後に、この理論が新たな整合的法原理の「核」になることを示唆する（「五」）。この「核」は、⑤論文で「継続性原理」と「柔軟性原理」として定式化されることになる（古典的契約法の「単発性」「現在化」と対比）。Ⅶ章は、今後の課題として「判例や特別法に現れた関係的契約法規範の断片を集めて体系化し、新たな契約モデルのもとに、古典的契約法原理に対する対抗原理を中核とする『日本の契約法』を構築していくこと⁸⁰」を指摘する。③から⑦論文、ことに③④⑤論文は、この課題の遂行として受け止めることができる。

以下、適宜③④⑤論文で補いながら、本書Ⅵ・Ⅶ章を概観しよう。

- (2) 契約法の二元性——実定契約法と「日本的契約意識」の乖離——は、川島博士の『日本人の法意識』（1967）以来、日本法に固有の現象といわれてきた。しかし内田教授によれば、この二元性は「何もわが国の専売特許ではない⁸¹。」むしろ、欧米の契約法と比較可能な、より普遍的なモデル——マクニールの関係的契約法——で再構成すべきである。そしてこのモデルによれば、わが国の特殊性は、二元性そのものではなく「日本の契約意識」（内在的規範としての）のほうに求められるべきである。

すなわち、マクニールの関係的契約理論にしたがえば、「契約法」は、——国家法に代表される——外在的規範と——契約実践のなかに存在する——内在的規範に二分される。そして後者である内在的規範は、多くの場合同時に関係的契約法としての性格をも有する、とされる。内田教授によれば、日本固有とされてきた「契約法の二元性」は、関係的契約法の「契約規範の二重構造」という、より普遍的なモデルに解消される。したがって「比較法的な議論」は、二元性それ自体ではなく「その内在的規範の内容や、それと実定契約法（古典的契約法）との関係をめぐってなされなければならないのである⁸²。」

では、普遍的なモデルとしての「契約法の二元性」の採用は、「現代」契約法にどのような視野を開くだろうか。現代の契約法原理を従来のそれから区別するのは、「一般条項」を媒介とした「責任の拡大」であった。この新たな現象を説明し、正当化の手がかりを与えるのが、契約法の二元性である。すなわち「責任の拡大」は、古典的契約法＝外在的規範と現代的契約法＝内在的規範のディレンマとしてとらえられる。そして、そのために活用される「一般条項」は、内在的規範の外在的規範（実定法）への吸い上げパイプ（媒介）として理解される。ここでは、各国の比較は、どのような内在的規範

をどこまで実定法に吸い上げるか、をめぐっておこなわれる。その内容や社会的背景（司法の役割・個人主義の強さ等）に応じて、「関係の契約なるものも、各国で異なりうる⁸³。」

けれども、『契約の再生』Ⅵ章であつかわれる三つの事例（継続的保証・下請・委任は、必ずしも現代的な「責任の拡大」に直接にかかわるわけではない⁸⁴（⑤論文の主題のひとつである「柔軟性」原理も、それほど前面化していない）。むしろこれらの事例は、川島博士以来、ことに「近代法」の立場から、「日本的契約意識」の特殊性・前近代性を示す格好の素材として、好んでとりあげられてきたものである。したがって、この章の「契約法の二元性」論は、「近代法」へのボレーミクとして読むこともできる。「近代法」が内田理論に対して敏感に反応したのは、その当然の帰結であった。

- (3) さて、『契約の再生』Ⅵ章で、内田教授は、「契約法の二元性」モデルに立脚しながら、その前半で日本独自の議論のスタイルである「実質論」「形式論」を説明し、後半でもろもろの「日本的契約意識」を説明し、正当化しようとする。

著者にしながえは、「法的議論そのものが形式論と見なされ、法律から離れた事案の実質具体的な妥当性判断が実質論と呼ばれる」ことがある。そして「形式論（法的推論）によって答えが出るかのように装うことが批判され、実質論がむしろ形式論たる法的議論を導くべきであること、実質論抜きの形式論は空虚であることが強調されたのであった⁸⁵。」

この意味の「形式」論は、他の二つの「形式」主義から区別される。すなわち、リベラリズムの法化によって基礎づけられた「形式主義」と、諾成主義と対比される意味での「形式主義」である。

ところで「実質論」「形式論」という発想は、「ある意味で驚くべきルール懷疑主義である⁸⁶。」いいかえれば、リベラリズム的「形式主義」——法的ルールの役割を「個別の実質的妥当性の問題に立ち入らずに法的判断を可能にする」点に求める——と、くだんの「実質論」「形式論」は、まさにルールの役割への評価で真っ正面から対立する。著者によれば、「このような懷疑主義を可能にしたのが、法の二元性の意識だった⁸⁷。」こうして、「実質論」がリベラリズムのなお血肉化していない「日本的契約意識」に、「形式論」がリベラリズムを体現する「継受法」に、それぞれ重ね合わせられる。だからこそ、批判法学（リベラリズム批判）の諸命題、すなわち法的判断の不確定性やルール懷疑主義は、法解釈論争の洗礼をすでに受けたわが国の法解釈学者にとっては、ラディカルな響きを失ってしまうことになる⁸⁸。

「内在的規範と対立するのが継受法である、という特殊性は、確かに無視しがたい影を落としている。継受法であるがゆえに、一方において両者の対立は一層の激しさを増したし、また他方において国家法たる条文の適用をいとも簡単に『形式論』として脇役の座に追い遣ることができたのである⁸⁹。」

もちろん、実定法がつねに「実質論」に対立していたわけではない（たとえば、贈与に関する諾成主義（民法549条）⁹⁰）。しかし、「このような例は必ずしも多くはない。む

しろ、継受法と内在的規範との相剋は一般的に見られる現象で、それが企業の裁判回避の傾向を一層強めていると言えよう⁹¹。」

内田教授は、形式と実質の齟齬が生じた場合の裁判所の解決を二つに分ける。すなわち「あくまで外在的規範たる継受法の論理を押して解決を図る場合」と「内在的規範の論理（実質）が外在的規範（形式）を超える」場合がそれである。前者が、新たな契約法規範が、外在的規範に整合性を与える原理（近代的契約モデル）にまだしも係留されうる場合であるのに対し、後者は、「まさに関係的契約理論が解釈学的帰結に結びつく場合にほかならない⁹²。」立法者も「そのような場合がありうることは十分意識しており、そのために法の規定は簡単で大まかであることがよいとされた⁹³。」こうして、後者の場面、すなわち両規範の相剋の具体的な場面が、継続的保証・下請・委任に即して、分析されることになる。これが本章の後半部分である。

そこでの著者の議論は、契約法の二元性へのこだわりを「近代法」と共有しているように思われる。いいかえれば、「近代法」モデルにおける前近代的な契約法・近代的契約法の二元論⁹⁴と、内田理論における関係的契約法・実定契約法の二元論とは、あたかも陽画と陰画のように、互いに反転像を結んでいる⁹⁵。たしかに、内田教授のいう「契約法の二元性」は、「近代法」モデルというよりはむしろ、星野教授による「契約に関する国家法」と「契約観および契約に関する習俗」の二元性の指摘⁹⁶につらなっている。けれども、星野教授の場合は、この二元性の指摘はかならずしも解釈論と結びついていたわけではないし、そのモデルとしての普遍性も標榜されていない。二元性が解釈論と結びついて主張される点、そして二元性モデルの普遍性が標榜される点で、内田教授と「近代法」は一致している。

これに対して、内田教授を「近代法」モデルから分かつのは、何だろうか。それは、「契約責任の拡大」を「正当化する思想... [は]、あくまで、単線的な進化論モデルに陥ることなく各国の多様性が肯定されるべきである⁹⁷」という主張である。

それでは、関係的契約モデルと近代的契約モデルは、なぜ契約法の二元性を共有するのか。というのはこうである。たしかに、「近代法」の立場が二元性に傾くことは、それほど奇異ではない。なぜなら、そこでは近代・前近代の間に断絶をともなった「単線的な進化論モデル」がとられていると思われるからである。だが、日本法における「契約法の二元性」は、アメリカ法の「契約規範の二重構造」モデルのなかに本当に解消できるのだろうか。

この問題をとりあげたのが、中田裕康教授である⁹⁸。それによれば、日本法ではアメリカ法におけるほど「契約法」と「実態」の乖離は際立っていない。すなわち、「日本の民法典は成立についての形式的要求が少なく、効力においても信義則の支配を定める（一条二項）など、それほど硬質ではない。これに対し、アメリカの古典的契約法は... かなり硬質であると思う。」内田教授も認めるように、信義則は英米法では古典的契約法を突き崩す役回りを演じた⁹⁹のに対して、日本法では「戦後の改正で民法典の中に入ったが、法原理としては大正時代から判例で認められていた¹⁰⁰。」

ここから生まれるのは、つぎのような疑問である。すなわち、日本では関係的契約法

と原理的に整合しない契約法（近代的契約法）はそもそも構成できたか。換言すれば、日本法では関係の契約法は、従来の契約法のうちに「整合的」に取り込むことができるのではないか。

- (4) この疑問に答える手がかりになるように思われるのが、平井宜雄教授の「議論の理論」について内田教授が『契約の再生』等のなかで与えるコメントである¹⁰¹。先回りするというならば、内田教授は内的視点（観察者ではなく参加者の視点）を平井教授と共有しつつも、平井教授と重要な点でたもとを分かち¹⁰²。ちなみに、平井教授の論文「契約法の再構築」（1999）をめぐって、後に両教授の間に論争（2000）が起こることになる¹⁰³。論争の火種は、しかし、すでに1994年以前に播かれていたわけである。

さて、平井教授の「議論の理論」は、「発見のプロセス」から「正当化のプロセス」を区別し、「議論」を後者のプロセスに位置づける。すなわち、価値判断を中心にまとめるなら、ここで重要なのは、「いかに価値判断をおこなうか」ではなく「価値判断そのものをいかに正当化するか¹⁰⁴」である。これに対して、内田教授によれば、むしろ「発見のプロセス」（「実質論」）こそが、新たな契約規範に正当性を与える。しかも、ここでは「いかに価値判断をおこなうか」（「方法」）を「語ることはできない。」「必要なのは、対象となる生活世界を理解することが可能なだけの『共通感覚』であり…、さらに、規範を共感し解釈するためのしかるべき教養と天分である…¹⁰⁵。」

平井教授と内田教授は、ともにその主張を「合理」性で特徴づけている（前者では「合理主義」、後者においては「『納得』の合理性」）。けれども、それぞれでいわれる「合理」性は異なっている。

すなわち、平井教授にあっては、「合理性」は「発言ないし言明の根拠づけおよび批判可能性」（Habermas）¹⁰⁶にある。法律家の仕事は、「言語を武器に論拠を示して主張し、反論を受ける、というプロセスを重ねていく¹⁰⁷」ことである。「法律家にあっては、『議論』は究極的には紛争に関わっているのであるから、そこでは意味の『理解』や生活世界の『体験』への共感ではなくして、利害相反する立場にある者の間の言語による戦いが問題¹⁰⁸」である。法律家は「いずれも共通かつ特有の思考様式（法的思考様式）に立ち、かつそこから生まれた共通の言語の体系を用いて議論をする¹⁰⁹」必要がある（「議論」の伝統は、価値の多元化した現在では一層重要性を増している¹¹⁰）。これに対して、内田教授にとっては、共同体で培われた「プロネーシス（賢慮）」「機会理性」こそが「われわれが紛争解決において依拠すべき」という意味で「合理性」を有する。「裁判官が規範を形成するときの基準を表現するのに、われわれの日常言語がもっとも感覚的にしっくりくるのは当然のことである¹¹¹。」しかも共有された規範は「はじめから明確に命題されているとはかぎらない」。「場合によっては、言語化されていないかもしれない¹¹²。」言語化された規範の背後には「言語化されていない知識や慣習¹¹³」が潜んでいる。

こうして、両教授では定位される「共同体」が違ってくる。すなわち、平井教授が「批判の自由を至上価値とする法律家共同体の伝統¹¹⁴」に定位するのに対して、内田教授が念頭に置くのは「人々が言語活動の前提として共有してきた生活世界¹¹⁵」である。

内田教授にいわせれば「古典的契約法に対抗する現代契約法の生成は、経済システムとの棲み分けによる生活世界の回復への動き¹¹⁶」として説明できる。

- (5) 話を戻して、内田教授がなお「法の二元性」を維持するとすれば、その理由は何か。

結論からいうと、直前に言及したような『「経済システムによる生活世界の植民地化」に対する契約法の領域における反流』へのコミットメントのゆえである、と思われる。古典的契約法による植民地化（「契約の死」）から、関係的契約法を救い出そうとした（「契約の再生」）わけである（このことは、「近代的契約法」を「経済システムの論理が貫徹される領域」に封じ込める点にも窺われる）。このように、著者はリベラリズム批判（共同体の復権）を批判法学と共有していたように思われる。すなわち、日本における内田理論と「近代法」の対立は、アメリカにおける批判法学とリベラリズムの対立の再現であったということが出来る。「より普遍的なモデル」（関係的契約法）の継受と「特殊性」を帯びた「日本的契約意識」の正当化——反普遍主義——とは、こうして一貫することになる。

だが、(3)の末尾でふれたように、関係的契約法は、日本法にかぎっていえば、——その是非はともかく——従来の契約法のうちに「整合的」に取り込むことができるのではないか、また実際に、そうされてきたのではないか、と思われる。すなわち「一方において両者（内在的規範と継受法——引用者）の対立は一層の激しさを増した」ことはなく、内在的規範がつねに「他方において国家法たる条文の適用をいとも簡単に『形式論』として脇役の座に追い遣¹¹⁷」っていたように思われる。

とすれば、つぎの疑問は依然として解決されていないように思われる。すなわち、「批判法学とともに関係的契約法がリベラリズムや個人主義の伝統を超えようとするものだとすれば、それはまさに対峙する勢力の大きさに応じた意義をもつからである。同じことは、議論の様式であるルールへの信頼という点にも言える。わが国においては、そもそも死すべき契約（法理）がどれだけ存在していたかが、アメリカとは異なる意味で問われる必要がある¹¹⁸。」

V 検討

- (1) 山本教授の場合、その後の論考のほとんどすべてが、「契約交渉関係」と「私的自治」にささげられてきた、といってよいかもしれない。そこで、以下では下掲の諸文献を適宜参照することにしたい。

①本論文

②契約規範の獲得とその正当化、私法53号（1991）218頁以下

③契約規範の獲得とその正当化、林良平・甲斐道太郎編集代表、谷口知平先生追悼論文集2 契約法（1993）69頁以下

④アレクシーの法的論証理論について——『法的議論の理論』第二版を契機に——、山下

- 正男編、法的思考の研究（1993）515頁以下
- ⑤契約と交渉、田中成明編、現代理論法学入門（1993）48頁以下
- ⑥ポスト福祉国家と契約法、法社会学46号（1994）281頁以下
- ⑦コメント——契約法学の立場から——、法哲学年報1994（1995）95頁以下
- ⑧*Aleatory View of Contract and Critical Contract Theory in Japan*, in: LEGAL CULTURE ENCOUNTERS AND TRANSFORMATIONS: THE PROCEEDING OF 1995 ANNUAL MEETING, RESEARCH COMMITTEE ON SOCIOLOGY OF LAW, INTERNATIONAL SOCIOLOGICAL ASSOCIATION, AUGUST 1-4, 1995, PAPER SECTION MEETINGS SUPPLEMENT 2, at 143 (Japan Committee of RCSL '95, 1995)
- ⑨再交渉義務について(1)——交渉理論と契約法理論の交錯——、法政研究63巻1号（1996）1頁以下

これに対して、1996年以後の内田教授の——その理論の理解に不可欠と思われる——論考としては、以下のものをあげることができる。

- ⑧契約法の現代化、NBL584号（1996）4頁以下
- ⑨規制緩和と契約法、NBL632号（1998）17頁以下
- ⑩市場のグローバル化と法の統一、司法研修所論集103号（2001）1頁以下

(2) 内田教授と山本顯治教授が「再交渉義務」に言及するとき、「再交渉」と「義務」の関係の捉えかたは対照的である。両者の関係がなぜ問題かといえ、ば、「再交渉」が自由・状況の側に位置づけられるとするなら、「義務」は制度・規範の側にあるからである。Hornもいうように、「再交渉義務」は「自発性への強制」というアンティノミーをそのうちにはらんでいる¹¹⁹。こうして、「再交渉」と「義務」の間に緊張関係を見いだすかどうか、が問われるわけである。

山本教授と内田教授の対照性を端的に示すのは、「紛争の準拠集団」の範囲である。すなわち、山本顯治教授にあっては「潜在的討議参加者のすべて¹²⁰」であるのに対して、内田教授では「取引を支える共同体¹²¹」である¹²²。一方で、山本教授「契約交渉関係の法的構造についての一考察」は、「再交渉（討議）」と「契約義務（制度）」とをつなぎとめるために、「継続的交渉義務」の導入による法のプロセス化——それは契約交渉、契約規範についての見方の転換となって現れる——を提案する。ここには、当事者間の言語による討議こそが、言語的定式化に必ずしもなじまない諸規範の「ゆがみ¹²³」を不断に——「継続的」に——批判できる（それゆえ、正当化できる）、という観点がある（コミュニケーション的合理性、「討議」「対話」）。これに対して、内田教授は再交渉「義務」を「当事者の孤立的な合意」を離れた「背景の社会関係に内在する規範¹²⁴」（「柔軟性原理」）に回収する¹²⁵。反面で、当事者間の契約「交渉」関係そのものは、了解を志向したコミュニケーション行為ではなく成果を志向する「戦略的行為」「とみたほうが現実的¹²⁶」である。これに対応して、当事者ではなく「共同体の道徳的直観」を代表する共感者が納得することが、規範を正当化する（納得の合理性、裁判官の「プロ

ネーシス』)。その規範は「場合によっては、言語化されていないかもしれない¹²⁷。」こうして、山本理論で「再交渉」と「義務」の間には依然として矛盾・相剋が潜むのに対して、内田理論では「再交渉」と「義務」の間に緊張関係が生じる余地は、はじめから封じられている。

このかぎりでは、山本教授のいう「法のプロセス化」と内田教授のいわゆる「契約プロセス」は——さまざまな共通性を含みつつも¹²⁸——対照的な位置にある。

- (3) とはいえ、両理論のその後の展開は、こうした対照性を不鮮明にしているようにみえる。端的に言えば、1996年以後の内田教授がグローバル化＝規制緩和論を受け、その反普遍主義を後退させつつあるのに対して、山本教授は、その後徐々に——とくに⑨論文(1996)で——「制度」に対置されていた「一般的実践的討議」の一般性・普遍性を後景に退けていったようにみえる。それでは、両理論は、ちょうど1996年ごろをひとつの画期として、収斂していったといえるだろうか。それとも、その後の変遷にもかかわらず、両者の対照性は失われていないとみるべきだろうか。この問題に答える((6))に先立ち、内田教授、山本教授それぞれの理論の変遷に探りを入れたい((4)(5))。

- (4) 2000年に、内田教授は、③④⑤⑥⑧(⑨)⑩論文を——他の論文とあわせて——書にまとめている(『契約の時代——日本社会と契約法——』)。本書に対する書評のなかで、山本敬三教授は、1994年までに執筆された③④⑤⑥論文に対して、⑧(⑨)⑩論文が「内容的にも区別できる¹²⁹」と指摘する。すなわち、本書前半(③④⑤⑥論文等を加筆修正のうえ収録する)では残っていた「納得の合理性」(「その内容を問わないという意味で形式的な合理性」)が⑧(⑨)⑩論文では——共同体の内在的規範とは無縁の——「実質的合理性」にとってかわられているのではないか。そして「著者の考え方は、経済サブシステムと生活世界という二分法を超えて、希薄化された共同体を前提とした『合理性』にもとづく契約法を構想するという方向へシフトしつつある———という、言いすぎであろうか¹³⁰」というのである。

もちろん、内田教授の規制緩和論に対する応答からただちに内田理論の「シフト」を語ることはいえない。というのは、「規制緩和と契約法」(本書Ⅲ6章——⑨論文の一部を含む)が「まさに普遍的な合理性を志向した説明であり、少なくとも……共同体の内在的規範にもとづく『納得』の合理性と異なる¹³¹」のは、内田理論の「シフト」のゆえというよりも、むしろ、内田理論が語りかけようとした対象がまさに「普遍的な合理性」を標榜する規制緩和論者だったためであろうからである。

にもかかわらず、山本敬三教授の指摘は必ずしも「言いすぎ」ではあるまい。その指摘の正当性を示すのは、とくに⑧論文(1996)である。なるほど、そこでは国際動産売買ウィーン条約やユニドロワ国際商事契約原則が——言わず語らずのうちに——自らの関係的契約規範と重ね合わされている¹³²。けれども、同時に、ウィーン条約の任意規定は「合理性の標準¹³³」として捉えられ、しかもこれが「国内法にも次第に影響を及ぼしていく可能性は少なく」ない¹³⁴。こうした任意規定観は、内田理論にはもともととはなか

ったものである。というのは、そこでは、1960年前後に端を発する「契約責任の拡大」現象が既存の法規範・法概念との関連づけでは解決できないことが、主張されていたからである（「新たに登場した契約類型は、…既存の典型契約の規定をいくつか寄せ集めてきて、類推することでは解釈し切れないような独自性を持って」おり、「したがって、そこで展開している法理を、新たな視点から理論化するという必要性が生じて¹³⁵」いる）。

- (5) 内田教授の「契約プロセス」に対して、山本教授のいう「法のプロセス化」は、法化論の問題意識——生活世界（コミュニケーション的行為）とシステム（制度）のあいだの緊張、そして言語的理解そのものの回復——を前提する。山本教授によれば、契約規範を正当化するのは、一般的実践的議論と——その制度化としてとらえられる——法的議論とのうちでは、前者に定位した批判的基準である。ここでも山本敬三教授の用語を借用するなら、制度的自由としての契約自由は、自然的自由である私的自治からの間断のない批判にさらされるわけである¹³⁶。こうして、すでに言及したように（Ⅲ(6)参照）、山本顯治教授は「この意味での私的自治を貫徹する結果、制度的自由である契約自由の変質ないし解体を意図」するのではないか、という疑念が生じる。

たしかに、このような疑念は、②論文から⑨論文へと順を追うにつれて、しだいに高まってくる（とりわけ①論文と⑨論文（とくに2-13頁）を比較）。というのは、「制度（法的討議）」に對置される項が、②論文から⑧論文にかけて徐々にではあるが、「一般的実践的討議」から「日常生活実践」へと移り変わってきているからである。山本教授の定位する批判的基準の軸足は、普遍性——潜在的にしても、討議参加者すべての承認が正当性を基礎づける。「普遍化原理」と呼ばれる——から状況依存性、文脈依存性——具体的な参加者の承認で十分である——へと移されつつあることになる。だがしかし、「制度」と「日常生活実践」とのあいだでも、依然として緊張関係は失われていない。それというのも、著者が期待をかけるようにみえる立場は、規範の基礎づけの討議（普遍化原理が妥当する）から「適用をめぐる関係当事者の実践的な討議」（「具体的状況のすべてのメルクマールを汲み上げることを要求する¹³⁷」）を析出し、両討議のいわば循環的な相互依存関係に着目することで「規範の普遍性と状況性の架橋問題¹³⁸」に答えようとするものだからである¹³⁹。

- (6) それでは、内田理論と山本顯治理論は収斂していったといえるだろうか。結論からいえば、そうではない、と思われる。というのは、山本顯治教授が「私的自治」と「契約自由」の緊張という問題の構成（抽象的にいえば、普遍主義的倫理の立場——③論文121-122頁注56）を山本敬三教授と共有しているのに対して、すでにふれたように、内田教授は依然としてそうではないとみられるからである。山本敬三教授のくだんの疑問（Ⅲ(6)注73に対応する本文参照）に対して、山本顯治教授ならばこう切り返すかもしれない。すなわち「重要なことは『社会的事実』か『制度』かではなく、…『制度』の動態化をどこまで押し進めることができるのか。また押し進めるべきか¹⁴⁰」である、と。

VI おわりに

契約の再交渉の問題は、「取引関係を一個のシステムとして見」るならば、「市場の変動や予測しがたい事態の発生など環境要因から来る攪乱を抑えて均衡を回復する『外的適応』¹⁴¹⁾」として位置づけることができる¹⁴²⁾。

ここで、もし再交渉に関するもろもろの規範をあくまでも裁判規範として位置づけるならば、「意思主義のディレンマ」がもつインパクトは間接的なものにとどまる。この場合、問題は、たとえば「再交渉」カードを手にした一方当事者による機会主義を抑制する制度をどのようにして構築するか（「再交渉のディレンマ」¹⁴³⁾をどう解決するか）、に縮減される¹⁴⁴⁾。ここでは、契約理論との結びつきは必然的ではない。ところが、これらの規範を行為規範と捉えたときに、「意思主義のディレンマ」は切実なものになる。いいかえれば、この場合、論者は否応なく契約理論——理性・契約正義（山本敬三教授の用語では、「契約自由」）と意思・契約自由（同様に「私的自治」）の関係をどう捉えるか——に直面することになる¹⁴⁵⁾。そして、内田教授と山本顯治教授は、まさにこの問題に正面から立ち向かい、相対立する二つの契約理論を生み出したわけである。

1 本稿の原型は、京都大学大学院法学研究科における山本敬三教授の——「この10年間の民法学の全体的な動向に関係し、それに影響を与え」てきたと考えられる論著を検討する——授業で読み上げられた二つの報告である。第一は山本顯治著「契約交渉関係の法的構造についての一考察」に関するもの（1997年11月）、第二は内田貴著「契約の再生」のうちⅥ章に関するもの（1998年5月）である。そこでは、山本敬三教授をはじめ、参加者の方々からさまざまな批判、意見等が提出された。本稿がこれらに大いに負うものであることはいうまでもない。記して感謝する。もちろん、本稿の誤り等はすべて筆者の責任である。

2 吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、1999）15頁。

3 吉田・前掲注(2)16頁。

4 法律時報66巻8号（1994）所収の諸論考（大島和夫、安井宏、田中教雄、吉岡祥充の各教授による）、川角由和「現代民法学における《関係的契約理論》の存在意義(1)-(4)完」島大法学37巻4号（1994）95頁以下、38巻1号（1994）89頁以下、3号（1994）27頁以下、39巻2号（1995）51頁以下を参照。なお、川角教授の見解は、同「現代契約法の動向をどう見るか——マクロ的視点からの素描——」法の科学22号（1994）216頁以下、とくに217-219頁にもまとめられている。

5 丸山真男「原型・古層・執拗低音——日本思想史方法論についての私の歩み——」『丸山真男集』12巻（岩波書店、1996）151-153頁。

6 村上淳「現代法分析の視角——西ドイツ法学におけるシステム理論の展開——」、同『ドイツ現代法の基層』（東京大学出版会、1990）70-71頁。

7 村上淳「転換期の法思考」、同『システムと自己観察——フィクションとしての〈法〉——』（東京大学出版会、2000）26-28頁。

8 野村豊弘ほか「現代契約法論——約款・消費者契約を機縁として——」私法54号（1992）57-58頁、61-62頁（以上内田報告）、99-101頁（山本発言）、104-106頁（内田発言）。

9 ここで念頭に置かれているのは、北山修梧、松井和彦、和田安夫の各教授である。

10 瀬川信久教授は、両教授の理論を「既存の法規範・法概念との関連を重視する法解釈論」に数え

- ている（同「民法解釈論の今日的位相」、同編『私法学の再構築』（北海道大学図書刊行会、1999）13-14頁、29頁注29）。
- 11 たとえば、樋口陽一「戦後フランス憲法思想における転換」、同『現代民主主義の憲法思想——フランス憲法および憲法学を素材として——』（創文社、1977）3頁以下は、こうした問題構成を背景に執筆されたといつてよい。
 - 12 星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」、同『民法論集』6巻（有斐閣、1986）269頁。
 - 13 自他ともに許す代表的論者は、石田喜久夫、長尾治助の両教授であろう。
 - 14 この間の契約法学説史を簡潔にまとめたものとして、山本敬三「序論」、加藤雅信ほか編『民法学説百年史』（三省堂、1999）400-408頁。
 - 15 川島武宜「日本人の法意識」、『川島武宜著作集』4巻（岩波書店、1982）294頁。川島理論を再検討する近年の労作として高橋眞『日本の法意識論再考——時代と法の背景を読む——』（ミネルヴァ書房、2002）がある。
 - 16 川島・前掲注(15)316-318頁。
 - 17 星野英一「日本における契約法の変遷」、同『民法論集』6巻（有斐閣、1986）304頁、285頁。
 - 18 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)」民商100巻2号（1989）202頁。
 - 19 星野英一「現代契約法の諸問題〔1〕・連載にあたって」、NBL469号（1991）7頁。
 - 20 星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」、同『民法論集』6巻（有斐閣、1986）269頁。大村敦志『典型契約と性質決定』（有斐閣、1997）は、ここに指摘される傾向を發展させたといえる（「典型契約類型は…、個人の活動を支援するとともに正義を実現する」（同352頁——傍点引用者））。
 - 21 Habermasの認識については、村上淳一・前掲注(6)83-85頁に依拠した。
 - 22 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(1)」200頁。
 - 23 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(1)」200-201頁。
 - 24 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(1)」222頁。
 - 25 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(3)」826-827頁。
 - 26 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(2)」402頁。
 - 27 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(1)」220頁。
 - 28 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(1)」208-209頁、221-222頁。
 - 29 以下の叙述は、山本・前掲注(18)「契約交渉関係(1)」205-225頁による。
 - 30 「発語内行為」または「規制発語行為」。これに対して、ある発語行為において命題の「真理性」の妥当要求が掲げられるとき、「事実確認的発語行為」と呼ばれる（山本・前掲注(18)「契約交渉関係(1)」220頁、214-215頁注5）。
 - 31 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(1)」209頁。
 - 32 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(2)」407頁注4。
 - 33 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(1)」209頁。
 - 34 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(1)」222頁。たとえば、意思表示の瑕疵に関する規定の再解釈につき、同223-224頁注4を参照。
 - 35 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(1)」210-211頁、224頁注5を参照。
 - 36 これに対して前者の段階では、法化は平等な法人格や契約自由・私的所有権等の各種の基本的諸権利を制度をつうじて保障する、という積極的な役割を果たしていた（山本顯治「契約規範の獲得とその正当化」、林良平ほか編『谷口知平先生追悼論文集2契約法』（信山社、1993）77頁——「法化の両義性」）。
 - 37 実定法規範、判例法、「伝統的、歴史的に形成・受容されてきた法理論」がそれである（山本・前掲注(18)「契約交渉関係(1)」221-222頁）。ここではとくに一定の契約義務がえらびだされる。

- 38 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(1)」221頁。
- 39 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(2)」388頁。
- 40 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(2)」391頁。
- 41 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(2)」398頁。
- 42 山本顯治教授は、任意法の指導的形象機能に対して懐疑的である。たとえば、「任意法規というM・ヴェーバーにいう『近代的形式法』によることでは契約をめぐる交渉の多面的な性格が十分に汲みあげられないのではないか」(山本・前掲注(18)「契約交渉関係(2)」403頁)、というように。さまざまな論者の任意規定観については、山本豊『不当条項規制と自己責任・契約正義』(有斐閣、1997) 86頁を参照。
- 43 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(2)」404頁。
- 44 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(2)」397-398頁。
- 45 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(2)」405頁。
- 46 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(2)」405頁。
- 47 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(2)」405頁。
- 48 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(3)」830頁。
- 49 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(3)」809-810頁。
- 50 山本顯治「再交渉義務について(1)——交渉理論と契約法理論の交錯——」法政研究63巻1号(1996)14頁(1996)。
- 51 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(3)」818頁。
- 52 この義務の成立と消滅について、山本・前掲注(18)「契約交渉関係(3)」816頁。
- 53 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(3)」824頁。
- 54 ちなみに、山本教授はHornの言及する、論拠の「権威」——「法的議論をある時点で終結させるために...当該論拠にあらかじめ結び付けられた拘束性」——を、「法的議論と一般的実践的議論の相違点として強調すること」に対して批判的である(山本・前掲注(18)「契約交渉関係(3)」822頁注17を参照)。
- 55 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(3)」825頁。
- 56 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(3)」826頁。
- 57 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(3)」826頁。
- 58 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(3)」826頁。
- 59 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(3)」830頁。
- 60 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(3)」830頁。
- 61 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(3)」826-827頁。
- 62 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(3)」827頁。
- 63 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(3)」828頁。
- 64 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(3)」828頁。
- 65 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(3)」809-810頁。
- 66 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(3)」831頁。
- 67 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(3)」829頁。
- 68 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(3)」830頁。
- 69 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(3)」831頁。
- 70 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(3)」831頁。
- 71 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(3)」831頁。
- 72 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(3)」831-832頁。
- 73 山本敬三「公序良俗論の再構成」、同『公序良俗論の再構成』(有斐閣、2000) 41頁注31。ここでは、本論文のほか、後出③⑤論文が参照されている。

- 74 整合性と正当化については、内田貴「探訪『法の帝国』——RONALD DWORKIN, LAWS EMPIREと法解釈学——(1)」法協105巻3号(1988——上掲①論文)246-259頁、「探訪(2)」法協105巻4号(1988)408-417頁を参照。
- 75 内田貴「現代契約法の思想的基礎」、私法54号(1992)54-58頁、内田貴「現代契約法の新たな展開と一般条項(4)」NBL517号(1993)32-37頁。
- 76 内田・前掲注(75)「一般条項(4)」37頁。
- 77 内田・前掲注(75)「一般条項(4)」38頁。
- 78 内田・前掲注(75)「一般条項(2)」18頁。なお、内田貴『契約の再生』(弘文堂、1990)255頁。
- 79 「以下は、マクニール理論そのものというより、彼の理論に示唆を得た私自身の『関係的契約理論』の試みとでも言うべきものである」(内田・前掲注(78)223-224頁)。
- 80 内田・前掲注(78)254頁。
- 81 内田・前掲注(75)「一般条項(2)」17頁。
- 82 内田・前掲注(75)「一般条項(2)」17頁。
- 83 内田貴「現代契約法の新たな展開と契約法学」法律時報66巻8号(1994)30頁。
- 84 この作業は、とりわけ④論文で遂行されることになる。
- 85 内田・前掲注(78)225-226頁。
- 86 内田・前掲注(78)226頁。
- 87 内田・前掲注(78)226頁。
- 88 内田・前掲注(78)220頁。
- 89 内田・前掲注(78)227頁。
- 90 これについては、「近代法」による批判——単なる合意に完全な法的拘束力が与えられるのは、有償契約の場合にかぎられる(たとえば、広中俊雄『契約法の研究[増訂版]』(有斐閣、1964)39-48頁)——と内田教授による正当化——贈与が関係的契約である場合は、単なる合意に完全な拘束力を与えるべきである——とが対立する。
- 91 内田・前掲注(78)228頁。
- 92 内田・前掲注(78)228-229頁。
- 93 内田・前掲注(78)228-229頁。
- 94 そこでは、——「法規範命題」と「現実の法関係」の——二元性ばかりではなく、継続的契約関係の前近代性(「封建」性)も強調されている。「要するに、継続的關係を生ずる契約は、多かれ少かれ封建的色彩を帯び、またそのような契約関係をつくり出すような社会的地盤の上に多くの契約関係が継続的な人的な結合関係をつくり出し、そこに封建的な上級下級の関係をつくり出していたのである」(川島武宜・渡邊洋三『土建請負契約論』(日本評論社、1950)180頁)。
- 95 (a)継続的保証について。
身元保証法現5条に関する政府委員の答弁は、つぎのようなものであった。「現在一般人が身元保証契約と云ふものを余りさう法律的に考へて居らぬ、道徳的に考へて居ると云ふ其実際の一般人の予期に幾分合ふやうなことになるはしないか……」川島博士がこの答弁を「契約についての伝統的な法意識の典型的なもの」(川島・前掲注(15)312頁)とみるのに対して、内田教授によれば、これは「外在的規範としての民法に対するわが国固有の内在的契約規範の指摘」である(内田・前掲注(78)234頁)。答弁原文はカタカナ旧字体、川島博士からの引用部分における傍点は原文どおり。
(b)下請について。
内田教授によれば、ここで内在的規範とは、内容的に問題のある契約実務ではない。関係的契約モデルは、「現実の社会的事実のなかにあるものというより、法の世界において解釈学的に構成されたものと理解すべき」だからである(内田・前掲注(75)「一般条項(2)」19頁)。いいかえれば、関係的契約だから新たな規範(実定法や裁判例)が導かれた(「法源論的アプローチ」)のではなく、新たな規範から解釈によって構成されるものが関係的契約だと考える(「解釈学的アプローチ」)べ

きである(内田・前掲注(83)30頁)。

(c)委任(とくにその解約)について。

内田教授にしたがえば、最判昭和56年1月19日(民集35巻1号1頁)のような事案では、「一方的解約を認め、後はお金でけりをつけよ、という解決」は適当ではない。「本件の紛争解決としては、委任契約の以前から契約締結、そしてその解約に至るまでの当事者にまつわるさまざまな『関係』を法的判断の中で考慮することが必要であり、その意味で一、二審のような判断が妥当であった可能性が高いように思われる」(内田・前掲注(78)245-246頁——なお、内田・前掲注(75)「一般条項(1)」10頁も参照)。これに対して、たとえば広中教授によれば、有償委任の場合は「委任者が自己の事務の処理を他人にゆだねている関係を解消したくなったとき即時にそれを解消することはやむをえない事由がないかぎり認められ」ない(民法「651条がそのまま適用されてよい」のは無償委任に限る)。しかし、こうするのが「妥当でないことがありうるものであり、このような場合には、やむをえない事由なくして委任関係の即時解消をすることができ、ただ、上述の一定期間に受託者が得たであろう利益を賠償しなければならない、と解するのが妥当である。」そして、この判決はこの解釈を「示唆したものであるというべきであろう」(広中俊雄『債権各論講義[第6版]』(有斐閣、1994)290-292頁)。

96 星野・前掲注(17)280頁。

97 内田・前掲注(75)「一般条項(2)」18頁。

98 中田裕康「契約と関係—継続的取引の調査から(下)」、NBL632号(1998)55-56頁。

99 内田・前掲注(78)39-42頁。

100 内田・前掲注(78)229頁。

101 内田・前掲注(78)248頁注2、内田・前掲注(75)「一般条項(2)」19頁、「一般条項(4)」40頁注23。

102 以下の部分は、松本恒雄「内田貴『現代契約法の新たな展開と一般条項(1)～(5)』」法律時報65巻11号(1993)122頁にもとづいている。

103 平井宜雄「契約法学の再構築——法律家の養成という視角から——(1)-(3)完」ジュリスト1158号(1999)96頁以下、1159号(1999)135頁以下、1160号(1999)99頁以下。

この論文をめぐる論争は、内田貴「平井宜雄教授著『契約法学の『再構築』』をめぐる覚書(上)(下)」NBL684号(2000)13頁以下、685号(2000)35頁以下、平井「内田貴教授著『契約法学の『再構築』』をめぐる覚書」を読んで(上)(下)NBL689号(2000)23頁以下、690号(2000)29頁以下、と続いた。

104 山本敬三「法的思考の構造と特質——自己理解の現況と課題」、岩村正彦ほか編『岩波講座現代の法15現代法学の思想と方法』(岩波書店、1997)247頁。平井教授自身の表現を借りれば、重要なのは「ある言明にいかにして到達したのか、という心理のプロセス」ではなく「到達されたところの、その言明の正当化…のプロセス」(平井『法律学基礎論覚書』(有斐閣、1989)20頁)である。

105 内田・前掲注(75)「一般条項(4)」40頁注23。

106 平井宜雄「法解釈論の合理主義的基礎づけ——法律学基礎論覚書・その二——」法協107巻5号(1990)734-735頁、平井『続・法律学基礎論覚書』(有斐閣、1991)8頁。

107 平井・前掲注(106)750頁、平井・前掲注(106)続・覚書15頁。

108 平井・前掲注(106)756頁、平井・前掲注(106)続・覚書18頁。

109 平井・前掲注(104)63頁。

110 平井宜雄「『良い』法律家になるために」司法研修所論集92号(1994)11頁、平井・前掲注(104)64頁。

111 内田・前掲注(83)31頁。

112 内田・前掲注(75)「一般条項(4)」37頁。

113 内田・前掲注(83)32頁。

114 平井・前掲注(110)15-16頁。

- 115 内田・前掲注(83)32頁。
- 116 内田・前掲注(75)「思想的基礎」59頁、内田・前掲注(75)「一般条項(4)」38頁。
- 117 内田・前掲注(78)227頁。
- 118 樋口範雄「内田貴著・契約の再生」月刊法教127号(1991)90頁。
- 119 Horn, Neuverhandlungspflicht, AcP 181, 255, 256 (1981)。
- 120 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(1)」224-225頁注7。
- 121 内田・前掲注(83)32頁。なお、私法学会シンポジウムにおける報告(内田・前掲注(75)「思想的基礎」参照)を単著に収めるにあたって、内田教授は「共同体」に関する説明を補っている(同『契約の時代——日本社会と契約法——』(岩波書店、2000)本文154-156頁、注59-60頁(注24))。
- 122 内田・前掲注「一般条項(4)」40頁注21。
- 123 山本・前掲注(18)「契約交渉関係(1)」222頁。
- 124 内田貴「契約プロセスと法」、山之内靖ほか編『社会変動のなかの法』(岩波書店、1993)132-133頁。
- 125 山本教授の疑問——「大文字の合意にならないような、それ以前の小文字の合意を……どういうふうに評価するのか」(野村ほか・前掲注(8)100頁)——に答えて内田教授はつぎのように述べる。「結局は小さいにせよ意思に還元できるのではないかという主張がもしあるとすれば、それは私の主張とは異なっている」と(野村ほか・前掲注(8)105-106頁)。
- 126 内田・前掲注(75)「思想的基礎」57頁、内田・前掲注(75)「一般条項(4)」36頁。
- 127 内田・前掲注(75)「一般条項(4)」37頁。
- 128 他方、両教授は、少なくとも言語化されているかぎりでは、契約規範についての見方をほぼ共有する、といっていいかもしれない。というのは、第一に、ともに「一義的で明確な解決方法」よりも関係の維持をにらみあわせた「弾力的・調整的な解決方法」としての性格(内田教授のいう「継続性」と「柔軟性」)を強調し、第二に、裁判外の契約実践を射程に収めること(法の自律性の否定)を主張するからである。

両理論に対して、「再交渉義務」論の多くは、古典的な契約規範観に依拠しているようにも思われる。少なくともそこでめざされているのは、再交渉義務の要件・効果ルールの個別化、精緻化であるかのようである。
- 129 山本敬三「内田貴著『契約の時代——日本社会と契約法』」法律時報74巻11号(2002)90頁。
- 130 山本・前掲注(129)95頁。
- 131 山本・前掲注(129)93頁。
- 132 内田貴「契約法の現代化」、NBL584号(1996)7-10頁。なお、ユニドロワ国際商事契約原則へのより早い時期における言及として、内田・前掲注(83)33頁注11。
- 133 内田・前掲注(132)「現代化」8頁。
- 134 内田・前掲注(132)「現代化」10頁。
- 135 内田貴「現代日本社会と契約法」、石黒一憲ほか『日本法のトレンド』(有斐閣、1993)32頁。
- 136 山本敬三・前掲注(73)21-22頁、27-28頁。

その提案によれば、「契約自由」(制度的自由)と「私的自治」(自然的自由)とは、つぎのように対比的に理解される。すなわち、前者は後者のコロラリーでありながらも、あらかじめ存在する制度を前提にはじめて可能になる点で、後者から区別される。「私的自治」においては契約に対する国家の「許容」(法的禁止・命令の不存在)がみられるにすぎないのに対して、「契約自由」では国家は契約の「許容」(契約自由の消極的側面)だけでなく、その法的有効性の「承認」、裁判所をつうじた強制的実現(積極的側面)にも関与する。ここでは、山本顯治教授によって再生が図られる「私的自治」は、——制度的自由である「契約自由」ではなく——あくまで自然的自由としての「私的自治」にとどまることになる。
- 137 山本顯治「契約と交渉」、田中成明編『現代理論法学入門』(法律文化社、1993)73頁。

- 138 山本・前掲注(137)73頁。
- 139 すなわち、適用可能な規範が妥当するためには普遍性をテストされ、他方で基礎づけられた規範の適用のためには具体的状況での公平さを試される（山本顯治「アレクシーの法的論証理論について——『法的議論の理論』第二版を契機に——」、山下正男編『法的思考の研究』（京都大学人文科学研究所、1993）537-538頁、山本・前掲注(137)72-74頁、山本顯治「ポスト福祉国家と契約法」『法秩序の近代と現代・法社会学46号』（有斐閣、1994）286-287頁を参照）。
- 140 山本・前掲注(50)8頁。
- 141 棚瀬孝雄「関係的契約論と法秩序観」、同編『契約法理と契約慣行』（弘文堂、2000）9頁。
- 142 この位置づけを選ぶかぎりにおいて、「契約締結前から履行後まで継続的に持たれる契約交渉関係に着目する」（山本・前掲注(18)「契約交渉関係(1)」200頁）のが妥当ということになる。なお、解釈論で具体的に問題になる項目として、山本・前掲注(137)66-68頁のほか、不履行当事者の有する追完権がある。追完権については別稿を準備中である。
- 143 Andreas Nelle, *Neuverhandlungspflichten: Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten* S.125-126 (1993).
- 144 森田修「アメリカにおける『再交渉義務』論と債務転形論」、中川良延ほか編『星野英一先生古希祝賀・日本民法学の形成と課題』上（有斐閣、1996）543頁（『再交渉義務』を裁判規範としてどのように理解するか、とくにその違反の法的効果をどのように構想するか——傍点引用者）。また、石川博康『『再交渉義務』論の構造とその理論的基礎(2)』法協118巻4号612-614頁、619頁注29～620頁注31も、——「再交渉義務」を「自律支援規範」と呼び、契約正義に引き寄せつつも——それがもたら裁判規範として機能する場面を想定しているように読める。
- 145 以上では、再交渉をめぐる規範を「裁判規範」と捉えるか、それとも「行為規範」と捉えるかで整理した。これに対して、「再交渉の義務を一般的に認める」かどうか、を「自由意思の普遍性を法の基礎と考えるか、紛争の具体的解決が即ち法であると考ええるかの差」として受け止めるものとして、浅野有紀「契約の再交渉」、佐々木吉男先生追悼論集刊行委員会編『民事紛争の解決と手続』（信山社、2000）716頁、とくに726-730頁。