

はしがき

社会を規律する法が同時に社会から規定されたものとしてあるという、法と社会との回帰的な関係は、法にとって本質的なものである。契約法ももちろん例外ではない。しかし、この関係は一見考えられるほど単純ではない。基礎となる取引社会自体一枚岩ではないし、契約を取引の道具として使うその使い方も多様である。また法も、独自の規制理念を掲げて社会を先導していくこともあれば、社会の自律的な秩序づけを尊重して控えめな役割に徹しようとすることもある。こうした法と社会との関わり方を具体的に契約法において検証し、現代的な契約法理の展開を理解する手掛りを得たい、というのが本書の課題である。対象とする法理も、分析を進める方法論も論者ごとに多様であるが、契約慣行をどのような角度から問題にするかという点で、大きく二つに、そしてまた、それぞれが二つに分かれる。

最初は、「契約取引の実態」を問題として認識し、そこから契約法理を考え直していこうとするものである。その一つが、「診断的な分析」である。社会の中で実際にどのような取引が行われているかを調べ、それを契約法が適切に規律できているか検証するものである。これは契約法学が普段から行っていることであるが、とくに、救済すべき被害についてのわれわれの感受性が高まり、法の対象を見る目も細かくなっていくにつれ、古典的な契約法の持っていた概念的明快性が失われていくという問題も現れてきている。こうした契約法に期待される役割の拡大に対応した契約の基礎範疇の見直し、実際に契約法学において行われてきている（第4章 山本、5章 河上）。

同じく契約取引の実態を認識し、それに現在の契約法理が適切に対応していないのではないかということの問題とする場合でも、もう一つ、この取引そのものの合理性を主張して、その取引慣行を尊重するような解釈論を導こうとする議論がある（第3章 コリンズ）。取引に「内在する法」の主張である。アメリカでは、既に1940年代に、ドグマ化したコモンローに対する取引社会からの不満が強く出て統一商事法典が起草されたとき、たんに規定を当時の取引社会の慣行に合わせるだけでなく、契約法そのものが「取引社会の合理

的期待」をその規定の内に含むような改正がなされて、この取込みのルーティン的な作動が確保されている。この法の社会に開かれた窓という点では日本の信義則も同じであるが、実際に誰の、どのような期待を合理的な期待と見るのかという点では、かなりずれがあるように思われ、それは、多分に社会の中での「契約の位置づけ」の違いから来ている。この違いを観察することが、本書の他の論文が扱うテーマである。

その一つは、「契約の不在」の話である。既にアティアが指摘しているように、人が「本を買う」、「飛行機の予約をする」として語る中に、定型化された行為と、その行為の中に不可分に埋め込まれたものとしての責任が社会的に存在しているのであるが、そこでは契約は、主観の外にあって、当事者にとってよそよそしい、むしろトラブルの時に取って付けたように持ち出されるものにすぎない(第7章 櫻村)。また、契約は、当事者間に关系的紐帯があって、その中で取引のあり方が日常的に交渉され、構築されていくところでも存在しない。変化する取引環境の中で、そのつど最適な取引を協議していける、あるいはいけると信じている当事者にとって、契約は干からびた一片の紙切れにしか見えないであろう(第6章 和田)。

こうした契約の不在を取引社会の現実として認識することがどのような契約法理を導くのか、それ自体は曖昧である。これに対して、契約の位置づけを問題にするもう一つの議論、「契約の実践」の話は、当事者および法実務家の契約に対する関わり方を直接に対象としていて、契約法が社会の中で働く、まさにその現場を押さえるという仕事である。

この契約への関わり方を理解する鍵は、「契約の非契約的要素」というデュルケームの言葉の中にある。これは、契約には、当事者が自由な意思で選択する以上のものが既に社会的に規定されて入っているという事態を言い表したものであるが、今日では、取引当事者がお互いに負う義務は、社会的な了解だけでなく、一般的注意義務から付随義務、さらには信義則上の誠実義務まで法によっても広汎に規定されている。この注意義務の客観化が、契約の死として意識されたり、逆に、この現実に合わせて合意概念の再構成を行おうとしたりといった学説上の対応を生んでいるのであるが、当事者の実践の観点からは、なおその中で明示的に取り引きして、自己の負うべき注意義

務を慎重に限定しようとするのが行われる。それこそが契約をあえて結ぶことの意義であるという、どこまでも契約の本質を取引に見る契約観がそこでは実践されているのである(第2章 樋口)。

この“opt out”とも言うべき戦略に対して、“diffuse in”の実践が対立する。事実的にも、規範的にも、当事者が契約を結ぶことによって行うことは、我妻の言う「合理的な法律関係を形成する」ことであり、契約内容の規定をむしろ社会の側に委ねていくという契約観である。この客観化は、しかし実際の取引を、その自分たちの置かれた取引環境の中で個人的なものとして造形する役割を事後的な交渉に割り振ることによってバランスされるのであるが、その事後交渉も、取引慣行や業界内部の評判など拡散的なメタ組織の中に自らを積極的に定礎することによって可能となっている(第1章 棚瀬)。

あくまでも契約を主観の側に引きつけて、明示的に同意した義務のみに拘束されるように持っていか、あるいは、大きく広がった客観的な取引世界の中に自らを位置づけて、問題の処理をその衡平法的な調整にゆだねていくかというこの対立する戦略は、それぞれ背後に一つの固有の世界を持っている。それゆえにこそ、それは当事者の実践、契約慣行にとどまらず、それを規律すべき契約法理の側にも、その社会の固有の契約法として認識される個性をもたらすのである。

ただそれは、契約法として持つ普遍性との緊張から法の中に矛盾や裂け目をも作り出す。しかし契約実践の中に、弁護士を媒介とした契約市場とも呼ぶべきものを導入すれば、主観の側に引きつけつつ、客観化の機能性もある程度取り込むことが可能となる。たとえば、リスクの高い、将来性だけでまだ実績のない企業に融資を行うベンチャー・キャピタルは、この点、見知らぬ者同士が契約の明示的なリスク分配だけを信頼して取引を始める、まさに契約法の機能性が問われる教科書的な事例であるが、そこでも、个性化的な契約を結ぶための取引費用の問題や、取引が順調に発展し、長期化していった場合の変化への対応など、単発的な契約を想定していただだけでは行き詰まらざるを得ないという問題を抱えている。こうした問題を、契約サービスの市場は、契約の効率化と標準化を通じて、緩やかな取引共同体の形成と相まって実践的に解決するのである(第8章 サッチマン)。

このように、本書は、契約法の規律を考える前提として、市場で当事者がどのように取引を行っているのか、また、契約をどのようにその取引の中に位置づけているのかという広義の契約慣行の問題を扱った論文集である。契約法理の側からその関わりで議論したものから、契約慣行そのものを分析し、記述することに重点を置いたもの、また、契約慣行と契約法理との回帰的な関係そのものを個性的な契約法として認識したものなど、法解釈学との関わりはさまざまである。しかし、契約慣行の分析と契約法理の提言という、記述と規範との二つの異なる学問作業を結ぶ学際的な研究として、共通の関心に導かれている。

当初、より緊密な共同研究を意図して10人で始めた研究会が本書の母体となっているが（平成5-7年度科学研究費の助成を得た）、ふり返って、法解釈学と法社会学というそれぞれの学問の枠を越えて対話をしていくことの難しさをあらためて感じた研究会でもあった。方法論的に異質な議論を自分の土俵に取り込んで自分なりの議論を組み立てていくということは、かなり腕力のいる仕事であり、それに割ける時間と、さらにその成果を評価してくれる寛容な学者共同体がなければ成り立っていかないことである。腹を立てたり、挫けそうになったりとまさに挫折の連続であったが、ともかく97年の11月にシンポジウムを開催し、その時の外国人学者の報告2本を合わせて本書が成立したことに編者としては率直に喜んでいる。

また、わたし自身も、もうほとんどの議論は出尽くした観のあるこの契約法の領域で、いかに法社会学者として独自の議論ができるか、ずいぶん悩み抜いた。その評価は読者に任せなければならないが、この過程で、法の問題を考えていく上での多くの貴重な視点も得ることができた。本書の批判を糧にしながらかまた学際的な研究を続けていきたいと思っている次第である。

最後になったが、弘文堂編集部丸山邦正さんには、本書の出版にあたっていろいろご無理をお願いした。また、京都大学の吉田卓史君には索引の作成でお手伝いをいただいた。合わせて謝意を表したい。

1999年8月

棚瀬 孝雄