

「私的自治の原則」と「契約自由の原則」 とを、あらためて考える

一最近の日本私法学会で注目されている「強行法」と 「任意法」との区別と関連して一

流通経済大学教授 弁護士 西島良尚¹

1 はじめに

民法の基本原則である（したがって、私人間を規律する「私法」の基本原則でもある）「私的自治の原則」と「契約自由の原則」については、台湾の大学の法学部においても勉強されていることでしょう。

もっとも、台湾の民法においては、それら両原則の名称や、それら両原則の各内容や、両原則の関係について、日本とまったく同じであるのかどうか、その詳細については、私のほうに十分な知識がありません。この点をご容赦ください。しかし、台湾の民法においても、同様あるいは、類似の基本原則・原則が存在するのではないかと思います

¹ 本講演は、①西島良尚『私的自治』と『契約自由の原則』の再検討のための覚書（道垣内弘人ほか編『社会の発展と民法学[上巻]—近江幸治先生古希記念論文集—』（2019年、成文堂）29頁以下）、および、②同「典型契約・冒頭規定の強行法性」（近江幸治・椿寿夫編著『強行法・任意法の研究』（2018年、成文堂）227頁以下）を基礎としています。②論文の続編が①論文であり、①論文の方が②論文より後に執筆したものです。

本講演では、1～4までは①論文の一部を基礎に、5については、②論文の一部を基礎にしています。時間の制約で、両論文の詳細を紹介できません。関心がある方は、両論文を参照していただければ幸いです。

なお、「強行法と任意法」は、2018年の日本私法学会（於：東北大学）のメイン・シンポジウムのテーマであり、②論文の所収されている『強行法・任意法の研究』は、その際の資料論文集です。

す。

今回の講演では、日本における、両原則についてのこれまでの理解と、1980年代に有力な学説から既になされていた問題提起や示唆をふまえて、私なりにそれらを敷衍して展開する一つの試論（実験的な議論）を示してみたいと思います。

日本における有力な学説をふまえているとはいえ、あくまで私の試論にすぎませんので、日本の学会で十分に認知された議論ではありません。その点は誤解のないようにしてください。オーソドックスな民法の先生からは、とんでもなく飛躍した議論だと批判される可能性が高いかも知れません。

また、この大きなテーマをどう考えるかについては、各人が、現在の日本の社会状況や世界の社会状況をどのように認識するか、いわば、広く「社会状況」や「時代状況」をいかに認識し理解するかということによって異なってくるといえます。

もう少し具体的に言えば、現在のような「自由競争」や「市場原理」を尊重する社会の方向性が基本的には妥当で正しいと認識するのか、あるいは、同じく「自由」を尊重する社会がもちろん望ましいけれども、それは誰の「自由」であるべきなのか、もっぱら経済活動に関わる「自由競争」や「市場原理」が過剰に強調されすぎてはいないかなど、現在の社会が向かっている方向性に対し疑問を抱きその方向性に改善・修正が必要だと認識するのかによって、この法学における大きなテーマについて、どのように考えるかが、異なってくるでしょう。

さて、本日、私の講演を聴いてくださる皆さんは、どのようにお考えになるのでしょうか。これからお話しすることは、限られた時間で、私が考えていることの、ほんの概略にすぎません。それでも、私の考えている方向性に、賛成するのか反対するのかを問わず、近代そして現代私法におけるこの大問題について、皆さんがそれぞれ自分なりに考える「きっかけ」になれば、大変うれしいです。

それでは早速始めましょう。

2 「私的自治の原則」と「契約自由の原則」についてのこれまでの理解と、 星野英一博士からの問題提起

(1) 両原則についてのこれまでの理解

「私的自治の原則」とは、一般に、「人は自らの意思に基づいてのみ拘束される」という近代市民社会の思想を背景として、私人の私的生活関係を規律する私法分野における法律関係の形成には「個人の自由な意思が尊重されるべきである」とする原則といわれます²。

これまで、一般には、「契約自由の原則」は、この「私的自治の原則」の取引の場面でのあらわれとして、両原則はその内容や意義についてほぼ等置され重なるものと理解されてきました。しかし、本当にそれでいいのでしょうか？

日本において、かつて有力な学説より大きな問題提起と示唆がありました。しかし、いまだにこの問題につき正面から十分な議論がなされていないように思われます³。

(2) 星野英一博士の問題提起と示唆

故星野英一博士（1926年～2012年、東京大学名誉教授、民法専攻。故我妻栄博士の後継者。）は、歴史的思想史的検討をふまえられ、両者を次元の違うものとして把握されます。

それによると、「私的自治の原則」は、自由な個人がなにゆえ人との関係（社会関係）において拘束されるか（義務づけられるか）という

² 内田貴『民法I [第4版]』14頁・35頁（2008年）。

³ この大問題については、星野英一①「現代における契約」民法論集第3巻（1972年）1頁以下（初出・岩波講座『現代法』8「現代法と市民」（1966年）所収）、同②「契約思想・契約法の歴史と比較法」同論集第6巻（1986年）201頁以下（初出・岩波講座『基本法学』4「契約」（1983年）所収）、同③「意思自治の原則、私的自治の原則」同論集第7巻117頁以下（初出・『民法講座（1）民法総則』（1984年）所収）の各論稿を参照されたい。なお、この議論をふまえた関連論稿として、西島良尚『「マンション分譲取」と『三角取引（多角取引）』に関する覚書』（『流経法学』第16巻1号（2016年9月）1頁以下）を参照。

問いに対する「自らの意思ゆえ（彼が欲したから）」という「社会契約説」と同様な哲学的な原理であるとされます。

他方、「契約自由の原則」は経済政策的次元の原理であり、「契約の拘束力」とともに、それらは直ちに「私的自治の原則」によって全面的に根拠づけられるものではないことを示唆されています⁴。

その示唆によりますと、経済政策的次元の問題である「契約自由の原則」の限界や修正は、より高次の哲学的指導原理である「私的自治の原則」そのものの修正や限界の問題ではないこととなります。「契約自由の原則」の限界や修正は、むしろ「私的自治の原則」からその限界・修正を指導されるべきものであることとなります。

このような認識によりますと、大企業や経済的強者との関係で、「契約自由の原則」の名において一般市民の「自由の意思」が抑圧・形骸化される場面で、経済的強者側の「契約自由の原則」の修正は、むしろ一般市民側の「私的自治の原則」の回復のためであるということになります。また、「私的自治の原則」のあるべき内容の探求に照らした「契約的拘束力」の根拠の探求も可能となるでしょう⁵。

さらに、このような星野博士の示唆を突き詰めていきますと、「私的自治の原則」によるすべての個人（特に自然人）の自由な意思の尊重は、すべての個人の人格の独立性と密接不可分なものであり、経済活動の自由だけではなく、深く個人の精神的自由とも結びついたより高次のものであることにもなります。

他方「契約自由の原則」は、私的自治の原則と関連性はありますが、もっぱら経済取引の場面での原則であり、企業の営業の自由と密接に関連する原則であります。

⁴ 星野③論文・論集七 134 頁、およびそこで指摘されている同①論文・論集三巻 8 頁以下の各箇所を参照。

⁵ 以上の趣旨を最近の拙稿においても指摘したところである（西島「マンション管理における訴訟上の権利行使と規約自治の限界」『マンション学』58 号（日本マンション学会誌・2017 年 11 月）43 頁以下、特に 51 頁注（31）を参照。

(3) 村上淳一教授の論文との接合

この点は、ドイツ法学の泰斗である村上淳一教授（1933年～2017年、東京大学名誉教授）が、19世紀ドイツの「私的自治の原則」（Privatautonomie）の概念の形成とその変容の過程と、その結果もたらされたドイツの経済的寡占体制について紹介されていることとも関連します。

19世紀中葉にいたるまでのドイツにおいては、「私人のアウトノミー」（「私的自治」）は「自由を認められた個人（家長）の倫理的自律を意味し」「19世紀後半に入って倫理的自律の観念が崩壊し、経済過程の予定調和的自律性に対する信仰が形成され」、それが企業における「営業の自由」に強く結びつきます。そして、それが「契約自由」として、企業の「寡占体制」の形成・正当化の原理となっていきます。村上教授は、その過程について、戦後西ドイツの「市場経済」を指導した経済法学者フランツ・ベームの晩年の講演（1971年）などを取り上げて、詳細に紹介されています⁶。

このような村上教授の議論は、星野博士の議論と「接合」していることに注目すべきだと思っています。星野博士は、村上教授の上記論文をふまえられ、「村上教授の指摘されているとおり（カッコ内略）、意思の自由から経済活動の自由、特に営業の自由が必然的に帰結するのかが根本問題であり『意思の自由』『人間の自律』のスローガンが、経済的自由主義のイデオロギーに墮する恐れのあることを十分に自覚しておく必要がある。」と述べられています。（星野③論文 162頁）。

「契約自由の原則」が企業の「営業の自由」に結びつき、特定の経済的強者の「契約自由」のみが強調されると、かえって多くの個人の前国家的な自由である「私的自治」を害するものとなります。そうす

⁶ 「近代ドイツの経済発展と私的自治—「営業の自由」を中心として—」（加藤一郎編『民法学の歴史と課題』（東大出版会、1982年）351頁以下）

ると、多くの個人の「私的自治」を守るために、企業の「営業の自由」は、国家によって経済政策的にコントロールされなければならない対象となります^{7,8}。

3 「自由主義経済思想」と「契約自由の原則」

(1) 経済学の父といわれるアダム・スミスの「自由主義経済」の思想

なお、このような「契約自由の原則」は、アダム・スミス（1723年～1790年）に始まる「自由主義経済思想」と密接に関連し、「神の見えざる手」による「自由放任」（レッセフェール）の哲学によるより多くの富を獲得することのできる社会が目指されたことと結びついているといわれます⁹。

しかし、そもそも、アダム・スミスの「自由放任」は世に上いわれるほど自由放任ではないし、「神の見えざる手」が働くための一種の倫理的制約を前提としています。

これまで、スミスの生涯の2つの著作のうち、『国富論』（1776年初版、1778年第2版出版。）ばかりが強調されてきました。しかし、も

⁷ 星野博士の重要な指摘として以下の部分は注目すべきです。「『契約に対する種々の国家的規制を、私的自治によってバック・アップし、これを合理的なものにする努力』の根拠となること、つまり国家権力が民主的なものであれば契約に対する規制は『より大きい意味において私的自治の肯定であること』、我が国では丸山真男教授のいわれる『作為』の発想が弱いから、その見地から私的自治の原則の再認識を強調する必要がある」と述べられています（星野^③論文・論集七135頁）。

⁸ また、この問題に関連して重要な論稿として注目すべきは、前掲（注）(5) 村上論文です。紙幅の関係で、ここでは詳しく言及できませんが、村上教授のこの論稿を受けた星野博士の以下のコメント（本文にも記載しました）だけを記載しておきます。「村上教授の指摘されるとおり（カッコ内略）、意思の自由から経済活動の自由、特に営業の自由が必然的に帰結するのかが根本問題であり、『意思の自由』『人間の自律』のスローガンが、経済的自由主義のイデオロギーに墮する恐れのあることを十分自覚しておく必要があろう」と述べられています（星野^③論文162頁）。

⁹ 内田『民法Ⅱ〔第3版〕』（有斐閣、2011年）18～19頁）。

う一つの著作『道徳感情論』（1759年初版を出版。以後1790年出版の第6版まで改訂増補がなされる。）の存在に注目すべきことを、星野博士およびアティアの指摘をふまえて、私の別稿で、経済学史家の著作を紹介し若干展開しました¹⁰。

ここで、『道徳感情論』の趣旨を簡単に述べておきますと、人間は自己保存本能もあって本来利己的な面もあります。しかし、多くの人、たとえばそばで他人が転ぶと思わず駆け寄って助け起こそうとするなど、他人が困っているときに共感ないし同感（Sympathy）することができる能力ももっています。それは、キリストや孔子のような「聖人」ではなくとも、誰でもが持っている能力です。スミスは、そうした人間の「他人に同感できる能力」を重視します。したがって、「自由競争」は勝つためには何をしてもいいということではなく、「利害関係のない公平で中立な一般人が『同感』できる範囲内で許容される」ということにつながります。「自由競争」はフェアプレイでなければいけないということになるのです¹¹。

このように、スミスは、「自由主義経済」は、一定の「倫理」を前提としていることを示唆しています。いわば、経済学は「モラル・サイエンス」であることを示した最初の人でもあるといえます。

(2) スミス以後の経済学の潮流

ところが、イギリスでは、18世紀後半から19世紀の初頭にかけて産業革命と市場社会への転換が進行することになります。そうすると、経済学史では、スミスの後の、マルサス（1766～1834年）やリカード（1772年～1823年）の古典派経済学の時代に入り、市場の自己調

¹⁰ 西島『『マンション分譲取引』と『三角取引（多角取引）』に関する覚書』流経法学第16巻第1号（2016年9月）1頁以下、特に22～26頁参照。

¹¹ 水田洋『アダム・スミスー自由主義とは何かー』（1997年、講談社学術文庫）64頁、242頁など。堂目卓生『アダム・スミスー『道徳感情論』と『国富論』の世界ー』（2008年、中公新書）も参照されたい

整機能が絶対視されるようになりスミスの『国富論』の観点だけが強調されるようになります。

その結果が、皮肉にも、「市場の自己調整機能」の「神話」にもかかわらず、大企業による寡占・独占状況を招き、先進諸国は格差社会に歯止めが利かない苦悩に陥ります。後進のドイツの急激な台頭と植民地争奪戦もからみ、第一次世界大戦と第二次世界大戦が起こります。第一次世界大戦後には、一方でロシアなどの後進地域では社会主義革命が起こり以後の社会主義革命の契機となり、他方では、特に第二次世界大戦後になって、先進諸国では、イギリスなどを中心にケインズ革命による福祉国家観に基づく富の再分配政策により（「揺り籠から墓場まで」）一時的に格差の拡大がおさまるようになります。

しかし、ケインズ政策が財政赤字を導いてきたなどの点の批判から、1980年代からのアメリカのレーガンやイギリスのサッチャーの政策転換を契機として、F・A ハイエクやM・フリードマンらの「新自由主義」陣営が力を取り戻し、「市場原理」が再び世界的に強調されるようになります。しかし、それとともに、再び世界的に格差社会の拡大の問題が大きな深刻な問題として浮上してきました。日本も例外ではありません。

そこで、現在では、経済の低成長時代にふさわしい「富の適正な配分」のための構造転換と制度構築によって、世界的にも国内的にも、これ以上の「格差社会」の拡大を防ぎ、格差を縮小する努力をせまられているという状況にあるのではないのでしょうか。

(3) 再び「モラル・サイエンスとしての経済学」への注目の高まり

このような「市場原理」の弊害に対応しようとする近代経済学の潮流として、「モラル・サイエンスとしての経済学」の潮流とあってよいものがあります。その潮流は、アダム・スミスから始まるとしてよいものであり、ソースティン・ヴェブレン、ジョン・メイナード・ケインズ、ジョン・ケネス・ガルブレイス、アマルティア・セン、アン

ソニー・アトキンソン、ジョセフ・スティグリッツ、ポール・グルーグマン、トマ・ピケティなどが含まれると思われます¹²。その中には、多くのノーベル経済学賞の受賞者を含みます。

法学において「私的自治の原則」と「契約自由の原則」のあり方を考えるとき、近代経済学における、「自由放任」や「市場原理」を過剰に強調せず、その限界を意識し常に一種の「倫理」との融合をはかろうとする「モラル・サイエンスとしての経済学」の潮流との対話が必要だと考えています¹³。

4 憲法における基本的人権の保障と「私的自治の原則」

星野博士が、「国家権力が民主的なものであれば契約に対する規制は『より大きい意味において私的自治の肯定であること』」という指摘さ

¹² これらに関しては、佐和隆光『経済学のすすめ』（岩波新書、2016年）、根井雅弘『物語 現代経済学』（中公新書、2006年）、同『経済学の歴史』（講談社学術文庫、2005年）、宇沢弘文『経済学の考え方』（岩波新書、1989年）などを参照。また、アマルティア・セン『経済学と倫理学』（徳永澄憲ほか訳、ちくま学芸文庫版・2016年）、原著は Amartya Sen, *On Ethics And Economics*）も参照。

¹³ なお、この「潮流」に属するといえると思いますが、社会の市場経済への従属に対する根本的な問題提起をおこなった壮大な文明論『大転換』（初版1944年）を著した別格的なカール・ポラニーにも注目すべきです。ここでは同書（2001年版）の序文を担当したジョセフ・スティグリッツ（2001年ノーベル経済学賞受賞者）の論述を以下に若干引用しておきます。

「規制は、ある者の自由を奪うかもしれないが、それによって他の者の自由を増大させるだろう。ある国について資本を意のままに出し入れする自由は、一部のものが他のものに莫大な損害を与えて行使する自由なのだ（カッコ内略）。残念ながら、自己調整的経済の神話は、それがレッスフェールという古い衣装を身につけたとしても、あるいはワシントン・コンセンサスという新しい衣をまとったとしても、このような自由の均衡を表すものではない。」としたうえで、そして、市場での過度な自由の強調が世界的な格差・貧困が蔓延し飢餓や恐怖からの自由さえも損なっていることを述べ、さらに、スティグリッツは次のように述べています。「もしもポラニーが今日執筆していたとしたら、次のように書き記したことであろう。地球社会が今日直面している課題は、こうした自由の不均衡を是正できるかどうかである—もはや手遅れになる前に。」（ポラニー・前掲2001年版野口健彦・栖原学訳（2009年、東洋経済新報社）スティグリッツ序文x x頁）。

れていることは、憲法その他の公法との関連を示唆していると思われます。

(1) 近代国家は何のために存在するか—国家への権力集中とその理由

この問題は、近代国家の延長にある現代国家が、そもそも何のために存在すると考えるのかという大きな問題とかわりません¹⁴。ホブズやロック、ルソーの思想・哲学とも深く関連します。

そもそも「近代国家」は、すべての個人の「生命、自由、財産」を守るために存在すると考えられました。そこでは、必然的に個人相互間の「自由の調整」を国家の重要な役割とすることになります。その「調整」は、一部の個人や組織・団体の自由だけが偏重されないように最大限配慮されなければならないはずです。そうした、すべての個人の自由を守るために、そもそも封建的な特権的身分や中間的な権力団体を解体して「国家にのみ権力を集中」したのが近代国家であるといわれます。

(2) 国家に集中された権力とその濫用防止のための立憲主義

そうして国家に集中された権力は、国民の自由を守るためにのみ使われるものですが、それは同時に、集中した強大な国家権力の濫用から個人の自由を守る必要性も生まれます。そのために、そうした権力集中によって強大な権力機構となった国家権力の濫用を防止する枠組みである「憲法」も必要となります。近代立憲主義の誕生です。

¹⁴ 以下の論述は、木庭頭『現代日本公法の基礎を問う』（勁草書房・2017年）1頁「国家とは？」以下に負うところが大きい。そこでは、政治やデモクラシーの概念についての予備知識を説く部分において、同書16頁は樋口陽一『憲法Ⅱ』（青林書院、1998年）との接続が示されている。これを受けて樋口教授の、『抑止力としての憲法』（岩波書店、2017年：以下樋口『抑止力』と引用）viii頁以下の論述がある。

(3) 権力集中による「国家による自由」と権力濫用防止のための「国家からの自由」との緊張関係

従来の憲法学においては、近代立憲主義が、もっぱら国家権力の濫用を防止する「国家からの自由」の面が強調されますが（もちろん、それはいくら強調しすぎても強調しすぎることはない、必要なことです）、同時に、「個人の自由」を守る国家の役割が忘れられるべきではないのです。その役割は、高度な資本主義の発達による格差社会を是正するための積極国家・福祉国家の思想の発達による社会権（日本国憲法 25 条）概念の形成により「国家による自由」の発想が意識されてはきました。

しかし、それ以前に、すべての国民（個人）の自由のための環境整備の使命は、近代国家存在の正当化根拠であり、近代立憲主義国家誕生時から前提とされていたものといえます。もちろん、「国家による自由」と「国家からの自由」は矛盾・緊張関係をはらんでおり、そうした両者を両立させる国家の運営は、もともと近代国家の出現当初から「困難」を内包しているものだといえます。そのコントロールは最終的には、すべての国民の「不断の努力」（日本国憲法 12 条前段）にかかっているのです。

(4) すべての個人（自然人）の「私的自治」は、国家による不干渉だけではなく、積極的に守るべき対象でもあること

私法の分野で問題となっているのは、その国家が守る役目を与えられている「私人間の自由」な分野におけるルールです。そして、「私人間の自由」な分野での大原則が「私的自治の原則」です。

「私的自治の原則」は、経済活動に関わる自由だけではなく、精神的自由も前提とする、個人（自然人）の全人格的自由を前提とするものです。そうすると、それは、憲法の保障する基本的人権そのものということになります。

(5) 憲法の私人間適用についての問題と「間接適用説」(日本の判例・通説)

ただし、従来憲法学においては、憲法の基本的人権規定は、対公権力との関係での規定であり、私人間には直接適用されず、その趣旨や精神は民法90条や709条の規定を介して間接的に適用されると解するのが、憲法学説の通説や判例¹⁵といわれます。私人間では、当事者のいずれもが「自由」を享受する主体であり両者の「自由」が守られなければならないから、自由が守られる必要のない公権力(ただし「裁量」の問題がある)と同列には扱えず、より慎重な「調整」が必要であるというのが、その主たる理由です。

もちろん、「間接適用」といっても、どういう当事者間のどういう場面で、憲法の趣旨や精神を積極的に活かすか、「間接適用のあり方」によっても違いが生じます。さらに、そもそも、「間接適用説」の前提は、私人が質的にも量的にも基本的に「対等な自由」を有することが前提です。一応「私人」であっても強大な力をもつ大企業等との関係では「直接適用」を肯定しようとする有力な見解が説かれるゆえんであります。

また、「間接適用説」は、たとえばフランスに典型的にみられるように、近代国家成立時には、「社会的権力」たる封建的な中間団体を徹底して解体して、文字通り「権力」を公権力にかぎった歴史的経緯をもった国では妥当性を有します。しかし、日本のようなそうした「中間的団体や勢力」の解体が不徹底な国には当然には妥当せず、政治によるそうした勢力の解体や、私人間適用も考慮されなければならないとする見解も有力です¹⁶。ここで、少なくとも意識すべきことは、私人

¹⁵ 最大判昭和48年12月12日(民集27巻11号1536頁・三菱樹脂事件)。

¹⁶ 木庭・前掲注(14)16頁、139～140頁。なお、樋口『抑止力』(岩波書店、2017年)ix頁には「ル・シャブリ法(一七九一)による結社の禁圧から届出制による法人取得を承認した結社の自由法(一九〇一)に至る過程を体験しなかった日本は、まさしくそれゆえに、私人間適用の一方当事者を社会的権力として扱うことが、実定法上での意味を持つと考えてきた」とあります。

間では「間接適用説」を基本的にとるとしても、それは無前提ではないことなのです。

(6) 憲法の「個人の尊厳」原理＝「私的自治の原則」が私法にも取り込まれていること

そして重要なことは、日本の民法第2条において「この法律は個人の尊厳と両性の本質的平等を旨として、解釈しなければならない」と明記されていることです。これは憲法の原理が民法にも取り込まれているということです¹⁷。同法第2条の趣旨は、私法の分野において、すべての個人の尊厳の前提となる「自由」、すなわちそれはすべての個人の人格的自由を前提とする「私的自治」が尊重されるべきであるということを示すものにほかなりません。

「私的自治の原則」は、私法の分野での「個人の尊厳」を尊重するための、経済活動の自由だけではなく、精神的自由やその倫理的自律観念も内包する、私人間の「自由」な分野での哲学的な指導理念であると考えられます。そこから直ちに、具体的な私法上の法律効果が導かれるものではありませんが、公権力は、私法上の活動において、すべての個人の「私的自治」が損なわれないように、立法を整備し、私法の解釈・適用にあたって行政部門、司法部門を指導し、具体的な事件においてはその十分な考慮を怠ると違法となりうるもので、単なるスローガンとは異なるものです。

(7) 「契約自由」が問題となる場面によって「私的自治の原則」との関係が異なることに注意

¹⁷ 樋口・前掲『抑止力』197頁「はじめに」の注9において「基本権の私人間効力論によって対応しようとしてきた問題が、民法2条の積極的活用によって解決できる可能性がかりに現実的になったとすれば、社会的権力論という裏づけも不要になるだろう」と述べられています。

こうして、「私的自治の原則」は、憲法の基本的人権の保障の理念に通じる私法の場合における最重要な哲学的理念であり、「契約自由の原則」よりも上位の指導理念だと考えるべきです。

それは、特に経済的強者による「契約自由の原則」の濫用を防止し、その適正な制約を導くものであると考えられるのです¹⁸。

ただし、ここで注意しておきたいことにして、「契約自由」が精神的自由や民主主義の根幹にも関わるような場合には、その「契約自由」の制約に対しては、「私的自治の原則」の理念から厳格にチェックされなければならないことも、付記しておきます。

主として「営業の自由」に関わる大企業の「契約自由」は、個人や経済的弱者の「私的自治」の回復のために制約の対象となります。しかし、他方で、個人の精神的自由や民主主義の前提となるような「契約自由」は、「私的自治の原則」から保護される対象となるのです。受信設備（テレビ）購入によるNHK受信契約の強制的な締結の問題は、このような側面の問題といえます¹⁹。

¹⁸ なお、山本敬三教授が「契約自由の原則」を憲法の問題と位置づけ「公序良俗論」を展開される（山本敬三『公序良俗の再構成』（有斐閣、2000年））ことへの共感と、私見との違いについては、西島・前掲『『私的自治』と『契約自由の原則』の再検討のための覚書』57頁を参照されたい。

¹⁹ NHK受信料契約に関する最大判平成29年12月6日（裁判所時報1689号3頁）は、「国民の知る権利を実質的に充足する」ことを前提とした「放送法64条1項は、日本放送協会の放送を受信することのできる受信設備を設置した者に対しその放送の受信についての契約の締結を強制する旨を定めた規定」であるとし、この判決は、私法の契約法理論の観点からも、憲法の特表の自由の観点からも、検討を深める必要がある重要な判例といえます。上記のような「私的自治の原則」と「契約自由の原則」との関係の理解によると、個人の「知る権利」（どのような情報源を選択して「知る」かも含めた、民主主義の根幹に関わる「表現の自由」に内包される重要な基本的人権です）は、私法上においても「私的自治の原則」に内包される精神的自由の重要な要素であり、同原則から、こうした精神的自由に深く関わる場面では、「契約自由の原則」に対し、その「自由」の原則が強く堅持される要請がはたらく場合であると考えます。企業の営業の自由のあり方が制約される場面とは明らかに異なります。現在の放送法やNHKが、すべての受信設備設置者に受信契約を強制することを正当化できるほどに、民主主義の観点からの「知る権利」を充足するための公正・中立で（これは「あたりさわりが無い」という意味と

以上のような「私的自治の原則」が、「契約自由の原則」を適切にコントロールするためには、立法、行政、司法に関わる国家権力が、真に民主的に運営されていなければならないことが意識されなければならないのです。

5 私法における「強行法」と「任意法」の区別²⁰と、「契約自由の原則」と「私的自治の原則」との関連について

(1) 従来の「強行法」と「任意法」との区別

これまで、「強行法」あるいは「強行法規」とは、契約当事者が、民法を中心とする私法において、その法律の定める規定と異なる内容の「特約」（合意）をしたときにおいて、その特約内容を無効とするか、あるいはその規定の内容が強行的に修正される法規を意味するといわれてきました。これに対して、「任意法」あるいは「任意法規」とは、契約当事者が当該法規と異なる「特約」をしたときには、その特約の内容が優先することになる法規をいうといわれてきました。

従来、伝統的な民法学においては、契約法の分野では基本的に「契約自由の原則」が妥当し、民法典の債権編の「契約」法に定められる売買契約などの「典型契約」の規定などは、その多くが「任意規定」

は違います) 必要・十分な情報を提供できているかどうか、また、そのような公的機能をチェック・担保する制度的環境が整備され、かつ実際に運用されているといえるかどうか、十分な検討が必要です。そして、こうした問題も、憲法やその他の公法と密接に関連する、私法における「私的自治の原則」と「契約自由の原則」の、それぞれの関係と機能をどのように考えるかということについての、重要な場面の一つですと思われる。

²⁰ 「強行法」と「任意法」との区別に関しましては、これはこれで、私法上の大変大きな問題です。ここでは時間の制約上、引用すべき重要な文献等も含めて多くを省略しており、十分にお話しすることはできません。このテーマに関心のある方には、特に、上記注(1)で示しました西島②論文および近江・椿編著『強行法・任意法の研究』(2018年、成文堂)所収のその他の論文を参照していただければ大変ありがたいです。

であり、公序良俗（民法 90 条）違反や他の特別法による「強行法規」（民法 91 条）に違反しない以上、当事者の「特約」が常に優先すると考えられてきました。

「典型契約」における「任意規定」は、契約当事者の合意内容が不明瞭ないし不完全な場合に、これを補充するための消極的機能を有するものであるとの理解が一般的でした。信義則あるいは契約や意思表示の合理的解釈による制約があるとしても、明確な「特約」があれば、簡単に任意法規から離脱でき「特約」が優先する、との一般的な傾向や意識が強かったといえます。

(2) 最近の学説による両者の相対化の傾向

しかし、今日、日本の学説において「強行法」と「任意法」との区別は相対化する傾向にあり、それと関連し、各法規と異なる特約（合意）に対する効果も多様でありうることを示唆する見解が有力になっています。

たとえば、河上正二教授の「約款論」との関連での見解があります。企業が作成する一方的で包括的な「約款」に関して、たとえ相手方が包括的に同意していても実際には個々の条項について十分な同意の意思が存在しない場合に、特に当該「約款」の相手方にとって不合理な不利益条項については、それに該当する公正な「任意法」が「半強行法化」して優先適用されるという見解です。

また、大村敦志教授が、「典型契約」規定のうち特約による離脱が「合理的な離脱に限って認められる任意規定（半＝強行規定）」と「全く自由に離脱できる任意規定」とを区別されようとする見解などがそうです。

さらに、椿寿夫博士も、「強行法規」と「任意法規」をいずれか単純に割り切った区別をしないで、各規程の趣旨を探究して具体的事情の類型をふまえた段階的な効果の違いを模索することを示唆され、両者の「中間地帯」を意識されています。

これらの区別に当たっても、「契約自由の原則」は「私的自治の原則」から指導される理念であることに照らして判断されるべきことになると考えます。

(3) 具体的な若干の説明

たとえば、従来任意規定とされた規定の中にも、売買契約において売主が目的物についての「瑕疵」などについて担保責任の規定（旧（現行）民法 561 条以下 570 条。新民法では 561 条、特に 562 条、563 条など。なお、日本の民法は、2017 年 4 月に契約法を中心とする「債権法改正」が行われ、同年 6 月に公布されました。ここで「新民法」とは、何らかの改正がなされた条文を指しています。ただしその施行は、公布の日から 3 年以内となっており、2020 年 4 月ころに施行されることになりそうです。それまでは、旧法（現行法）が生きています。）があります。これは、契約の公正さに関わる規定といえますが、それについても当事者で「免責特約」をすれば、売主が「瑕疵」の存在を知っていた場合でないかぎり、担保責任を免れることができます（民法 572 条）。しかし、常に、その「免責特約」を有効としてよいか問題となるのです。

事業者と消費者の契約については、消費者契約法という特別法によって消費者に「任意規定」よりも一方的に不利な特約がある場合には無効とする強行法規（同法 10 条）があるので、その場合はよいのです。しかし、事業者どうしの契約で消費者契約の適用がない場合でも、その経済的な力関係から一方当事者に一方的に不利益な「免責特約」がある場合など、簡単にその免責特約を優先させてよいか問題となる場合があります。

具体的な契約の目的や契約締結の経緯、代金の設定の仕方などの諸事情から、特に買主の正当な「意思」を支える「合理的事実」（たとえば、買主は、仮に目的物に一定の瑕疵があったとしても、どうしてもその目的物をその値段で欲しかった事情があるなど）が存在して初め

て、免責特約が有効であると考えべきだということになるのです。

こうした考え方は、上記の「任意規定の半強行法化」という考え方につながるものです。こうした考え方は、「契約自由」といっても、それは「私的自治」を実現するための手段であって、当該契約が「私的自治の原則」に照らして合理的か、それを損なうものではないか、という観点からの規範的評価を受ける一つの表れとみることができます。

従来「任意規定」とされている規定についても、一般に個人が合理的な「自治」を行うとすれば「こうするはずだ」という規定については、具体的な場面では「そうしない」という具体的な「私的自治」の表れとして「明確で合理的な意思」が積極的に認められることを要すると解されるのです。

その意味で、意思決定の対象の種類・性質に応じて、契約当事者に、どれだけ十分な情報が与えられていたか、どの程度の見通しがあつての「意思」かなど、事柄の種類や性質に応じて、「私的自治の原則」に適合しているかどうか、実質的に問われることになると考えられます。

このように、従来「任意法規」とされてきた規定においても、それが、通常の「私的自治」のあり方を示唆していると考えられるときは、それと異なる具体的な「私的自治」があることが積極的に示されることが必要だと考えるのです。

その意味で、「私的自治」というのは、常に人々のその都度の「生(なま)の意思」あるいは「裸の意思」に基づく行動そのものに、法的拘束力を認めれば達成できるものと考えべきではありません。

個人の一時的な個別の「生の意思」や「裸の意思」は、体調の良し悪しや、詐欺ではなくとも他者の誘導や、情報の保有量や、予見や見通しの不足や限界など、必ずしも常に自己責任とは言えない「不安定性」「不明確性」や「流動性」をもっています。

もちろん、契約の種類や性質から、ほぼ「生の意思」を法的拘束力の根拠とすればよい場合もあります。すべての日常的なささやかな「意思の不安定」さを、法的にも問題にすべきだといっているわけではありません。

しかし、場合によっては、そうした「生の意思の不安定さ」から本来の「私的自治」の回復を図らなければならない場面があります。「私的自治の原則」は、そうした「意思」の不安定性から実質的な「私的自治」を可能にし「私的自治」の実現を守るための理念といえるのです。そのことを、先ほど述べた、日本の民法第2条は示していると考えています。

6 結 語

本講演が、「私的自治の原則」や「契約自由の原則」などの私法学の基本原理・原則を今一度考え、ひいては、「個人の尊厳」の前提となる「自由」とは何かを考える契機になれば幸いです。ご清聴ありがとうございました。