

拙著・「契約総論」について

——本城武雄氏に答える——

加藤 正男

一 わたくしがさきに公刊した『契約総論』に対しては、予想をはるかに上回った多くの書評や私信が寄せられた。それらのうち、とくに本城武雄君が同法六二号にのせた「書評」は、ひじょうにこいせつていねいなもので、わたくしが最も教えられたもののひとつである。まったく感謝にたえない。ところで、同君の書評は、実に多岐にわたっているが、その大半は、おそらく、わたくしの「教科書」的概説が余りにも簡単にすぎたという点に帰すると思われる。それは、実は、わたくし自身が最もよく承知するところなのだが、拙著の増補改訂版のための原稿中すでに執筆済みのもも、かなり多くの点で同君の書評と一致している。しかし、他方、同君とわたくしとの間には、かなり多くの点で見解の違いがあるように考える。ともあれ、批判を反批判するのは学者の義務なのだから、以下では、簡単ながらわたくしの答えを綴ることにしたい。

二 まず第一に契約総論と法社会科学との関連性について。

「1」本城君が、この点で私見を批判するところの一端は、つぎのとおりである。いわく、『著者〔加藤〕は「資本論」に

いう社会経済機構と法律との関連を、さしあたって法解釈の場で説明しようとされる。だが、よく言われるように、資本論を法律用語に置きかえても、それが直ちにいわゆる社会科学としての法律学ではあるまい。』と（同法一四四頁）。そのとおり。この社会科学としての財産法学がなにかは、まさにわたくしの本書や諸論文や今後の研究における一大課題にはかならない。それはとにかくとしても、ここではただ、わたくしの問題は、単に『資本論』だけではなく、とくにマルクシズム一般、たとえば『帝国主義論』・『経済学教科書』等々にも関連しているということ、このことは、本城君によっても引用された「契約の社会的構造」（拙著四）・「契約自由の原則とその制限」（同 一〇・一一）などに関する簡単な私見だけでも、少していねいに読まれれば、おのずから理解されるのではないかということ、のみを付言するにとどめよう。

なお、本城君の書評には、ハッキリいって、一般に「無いものねだり」や上げ足とりの感じが少なくない。たとえば、同君は、社会科学としての契約総論の『具体的展開を……期待したい』という（同法一四五頁）。わたくしもまた、同君が引用した個所のほか、契約法の法源（拙著一三）・第三者契約（同三二（2））・契約解除（同三七（2））などの諸個所で、不十分ながらその解説を試みた。しかし、わたくし自身、『マルクシズム、アメリカ社会学などの完全な利用……契約総論に対するその利用は、いちばんむつかしい仕事の一つなのではあるまいか。』（拙著・はしがき三―四頁）とした気持は、むしろ、いま

なお変っていない。もしそのような契約総論が——わたくしが言及した諸文献のほかに——あるのならば、か聞か見のわたくしにぜひ教えてもらいたい。ともかく、契約法の社会科学的研究における具体的展開の完成は、今後の緊急課題として残そう。

〔2〕 つぎに、継続的契約の社会的構造について、わたくしが、『封建的身分的支配関係にかわった資本主義の発展によって、特に独占段階の資本によって、継続的契約は、経済的および経済外的強制を受けることが多い』（拙著三八〔1〕（b））と語ったのに対し、本城君は、『私には、ちょっと分かりにくいのだが、おそらく大屋・店子の賃貸借や親分・子分的雇傭が、近代的契約の形式の下に、なお残っていること、また電気・ガスなど独占的事業が、価格その他、付従約款を一方的に押付けるのを行政上規整する法制、労働法による民法の雇傭の修正変革などを考えておられるのだろうか』（同法一四九頁）という。同君のこの理解は、私見の説明が不十分なせいか、半分は正しいが、他の半分は間違っている。継続的契約の「経済的強制」（または被強制）の典型的事例は、いうまでもなく、資本ないし経営に対する「労働の経済的従属性」の問題である。本城君が『分かりにくい』というのは、「経済外的強制」であろうか。

この「経済外的強制」というのは、本来は労働地代や物納地代における前近代的搾取を特色づける言葉である。マルクスによれば、労働地代の場合には、農奴が『一週のうち何日かは：…事実上自己に属する土地を耕し、他の何日かは地主の所有地で無償で労働するという、もっとも単純な地代』（『資本論』第

三巻下）の形態をとる。この場合の地代の搾取には、「経済外的強制」が必要であった。また物納地代の場合の「経済外的強制」の特色は、前には『直接の強制によっていたのを事情の力に、むちをもってさせていたのを法律上の規定に、かりたられて自分自身の責任のもとに剰余労働を給付せねばならなくなる』（同上）ようにされたことである（なお『ロシアにおける資本主義の発展』を見よ）。どちらにしても、「経済外的強制」は「暴力」を基礎にするといつてよい。だから、「封建的」継続的契約における「経済外的強制」の典型的な一事例として、わたくしの援用した名子小作のそれをあげることができる（拙著一〇〔2〕）。「近代」社会に入ってからでも、継続的契約への暴力の介入は、いくらでも指摘されうる。たとえば、最近の労働契約の領域で、国会、裁判所、労働省、労働委員会、労働基準局、警察など、ほとんどすべての国家機関が、使用者や右翼等と結びついて労働者を弾圧している点、公務員法や公労法が、スト規制法・破防法などとならんで労働争議を制限している点、スト防衛行為としてのピケ権が、いまだに犯罪視されている点、一部にILOの存在理由まで否定しようとする動きがある点、などは、そのいくつかのケースにすぎない。また、公有地や大私有地における絶対主義的「天皇陛下の小作人」層の存在、官庁土建請負契約における「片務契約」性（拙著一六二頁以下に引用の契約書を見よ）等々、「経済外的強制」の例をあげればきりがなくらいである。

三 第二に、契約法総則の解釈をめぐって。

〔1〕 まず、契約法の任意性と強行性に関するわたくしの結論は、多数説とほぼ同じである。いわく、『契約法は原則として任意法規である。……もつとも、契約の自由は、現在では多くの方面から制限されているのだから、契約法は、そのかぎりでは任意法規としての性質を失い、強行法規としての性質をもつようになっている。』と(拙著二一〔1〕)。これに対して、本城君は、『もちろん、こういわれても、……特別法でなくても、すでに民法典上の契約法規で強行法規と解されるものも若干存することを、著者は否定されるのではあるまい(例えば民五七二・六〇四・六二六・六二八・六四〇条など)』という(同法一四七頁)。これは、まったくそのとおりである。わたくしは、それを否定するどころか、増訂版原稿のうちには、すでにそれとほとんど同趣旨の議論を執筆済みである。また、私見によれば、このほかに、商品交換の円滑化そのものの要求から、第三者や善意者の保護規定が原則化し、契約法の任意性はその点からも制限されていると思われる。

〔2〕 つぎに、契約成立の諸問題中、承諾の効力発生の時期についても、わたくしは、ほとんど多数説と同じく、『要するに、契約法の領域では、意思表示に関する到達主義の原則(九七条一項)ではなく、発信主義の特則(五二六条一項)を重視すべきである。なぜなら、商品交換の必要に応じ、なるべく契約の成立を早くするほうがよいからである』と結論した(拙著一九〔1〕(a))。この説明も、教科書におけるそれだとはいえ、余りにも簡約にすぎたかもしれない。だから本城君が、こ

れ『では、その決め手になるだろうか。』(同法一四八頁)と批評するのも、いちおうもつともである。しかし、わたくしの説明の裏には、むしろ、申込者は承諾を予想し、承諾者は発信と同時に契約上の行為をするのがふつうだから、との理由が当然に前提されていた。賢明で素直な読者に、それを読みとってもらうのは、無理だったろうか。

〔3〕 また、第三者のためにする契約について、本城君は次のようにいう。
『近時通説に対し疑問論が出ているので(来栖教授債権各論、同有斐閣民法演習IV所収論稿)、注目しているが、こうした疑問論に対しても著者のより詳しい理論の展開を期待したい。』と(同法一四八頁)。これも、いちおう無理のない注文である。ところで、来栖三郎氏は、第三者契約に関しては、教科書類のうちだけではなく、特殊論文をも書いている(民商二五年論集所収——拙著一七五頁にも引用)。それは、簡単にふれてみると、第三者のためにする契約の概念を、代理・権利義務(又は法律関係)の承継・弁済・規範設定契約・不真正な第三者のためにする契約などの諸概念と比較することにより、前者の意義をハッキリさせる意図を持つもののようなのである。だが、その結果は、従来の判例・多数説よりも、第三者のためにする契約を認める場合をきゅうくつにするように思われる。いまのところ、わたくしには賛成しがたい。

〔4〕 さらに、本城君はいう、『著者の異説かと思ったのは、危険負担について、「右の債務者主義は、合理的根拠に乏しく、

また当事者の普通の意思と異なる場合が多い」（加藤六八頁）と言われる点である。……我妻教授債権各論上巻九九頁と比べ疑問を感じたが、誤植であると同ったので了解した。』と（同法一四八頁）。むしろ「務」は「権」の誤植で、まことに申し訳ない。ただ、誤植であることは、単に、我妻氏だけではなく、拙著の文章の前後からも、ある程度まで判断されるのではあるまいか。たとえば、本城君の右引用文の直前の『債権者主義はできるだけ制限的に解釈されなければならない』（拙著六八頁）といったふうな私見からも。これに付言すると、次のような解釈論もなりたつ（Planiol, Traité, p. 185 et suiv.）。つまり、所有権の移転が特に延期されているような場合には、売主（債務者）が危険を負担すべきであり、さらに所有権は直ちに移転されたが引渡に期限がある場合には危険は買主に移転するが、この場合の売主は受託者となるのであるから、もし売主が引渡の催告を受ければ、危険はさらに売主に移転する、とも解される。また現実的にも、売主が買主に対して危険負担を要求するような例は、おそらくひじょうに少いだらうと考えている。

四 なお、拙著では、『この本の体系における中心的なものとして、判例とその批判を置いた。判例は、……たんに、「学説」の理解のための具体的設例や、「学説」に対する異説的意義をもつだけではなく、かえって客観的な判例史を形成する。……この本では、代表的な判例、または既存のケース・ブックにあまり利用されていない判例の所在はできるだけ網羅的に指摘するようにつとめ、その判示の内容は、わずかな紙数のうち

で、うるさいほどの引用をあえてしている。……不完全ながらわたしの試みる判例債権各論は、本書の一つの大きな特色といえはいるかもしれない。』と自負した（拙著・はしがき四頁）。今後、わたくしは、民法の「判例史」および「判例体系」論の完成にアプローチするため、できるだけ多大のエネルギーをそそぎたく思っている。読者諸氏による、きわめて厳格で具体的な批判を鶴首して待ちたい。

以上のほかにも、なお反批判すべき点は少なくないが、いまはしばらくおく。おわりに、本城君がわたくしの学問に大きな反省の機会を与えたことを、くれぐれも有難く思う。