

【第13回法と教育学会、学術大会】基調講演

「契約」とは何か — 契約を基礎から考える

東京大学・東北大学名誉教授

河上 正二

2022.9.11 明治大学リバティータワー

## 1 「契約」とは何か

★ 「契約」と「約束」の違いはどこに？

「[子どもに向かって] 今度買ってあげるから……」

「明日、映画を見に行こう♡」 違約に対する法的制裁はあるだろうか？

「社会的合意」の世界 と 「法的合意(権利・義務の根源へ)」

かつての「隣人訴訟」で論じられた子の預託をめぐる契約の成否

「それでは宜しく願います」+「二人で遊んでいるから大丈夫でしょう」

★ 「契約は、法的拘束力のある合意」

朝起きて眠るまで、眺めてみれば、あれも契約、これも契約

ソフトウェアをダウンロードする(クリックすると何が起きるのだろう)

学校へ通う (意識しなくても「在学契約」はある)

自動販売機でジュースを買う

美容院へ行く (契約は「物の売買」だけとは限らない)

病院で治療を受ける

アパートに住む、電気を使う、水道を使う、NHKのテレビを見る……

★ 合意や約束と、呪術的「まじない」や「儀式」との結びつきに注目してみよう

法的拘束力と「指切りげんまん、嘘ついたら針千本の一ます。指切った！」

:本当に指切るの？ 針を千本飲むの？

「さむらいの<sup>きんちよう</sup>金打」: 武士が腹を切つてまで守ろうとしたもの 「武士の面目」

「武士に二言はない！」 日本人の口約束は意外に重い！

「贈与」の約束が合意だけで成立する国は珍しい

★ 「片思い」では約束にならない。 でも、相手のそれらしい「そぶり」は？……

「黙示的意思」・「意思実現」というくせ者

## 2 人の心は移ろい易い

★ 契約を「固める」行為

「書面」、巻いた粘土、動物の血をまたぐ、

ローマ人は同じ言葉を繰り返した (*spondesne · spondeo*)

「言葉」の重み

諾成契約と要式契約

口にされた「言葉」への信頼

### 3 契約が、拘束力を持つとは？

- ★ 契約違反に対する「制裁」と債務不履行責任(損害賠償責任)
- ★ 債務者を債務に繋ぐ「法鎖」……債務奴隷と四肢分離  
シェークスピア「シャイロックの悲劇」とイェーリンク
- ★ 「身分から契約へ」(サー・ヘンリー・メイン『古代法』)  
かつては身分によって行為規範が定まっていたが……
- ★ 「合意は法に代わる」(フランス民法)

### 4 契約は、いつの時点で成立するのだろうか。

スーパーでの買い物を例に考えると

- ①棚に定価付きで陳列された商品をとって、かごに入れた時
- ②レジにいて、「お願いします」と言って商品を差し出した時
- ③レジの店員さんが、うなづいた時
- ④レジの合計金額が告げられて、客が「はい」といった時
- ⑤代金を支払って、レジを通り過ぎた時
- ⑥自分の買い物袋に入れて、スーパーを出る時

もう少し考えてみよう

タクシーに手を挙げて、止まってくれたら？

書面に、自署・捺印する行為……「調印式」

絵画の入札で、槌を打つと(前後を敢然とわかる「音」)

ヤクザの「手打ち」は「和解」契約なのか

### 5 契約は誰と誰の間で成立することになるのだろうか。

赤ん坊の予防注射を例に(嫌がる子どもは診療契約の当事者か)

トリアのワイン市……手を挙げて対面の友人に挨拶したら、落札した。

### 6 契約に拘束力が生じるのは何故だろう。

「契約守るべし(Pacta sunt servanda)」という法格言。

「神様もすなる約束(新約聖書・旧約聖書)、ましてや、人間においておや」(教会法由来)

「本人の自由な自己決定」が自らを縛る。私的自治。近代哲学の贈り物。

契約の自由とレッセ・フェール(アダムスミス「自由な競争と合意が、社会の富を最大化する」)

「契約を破る自由」？

相手の「信頼」を保護するのが法の役目。相互主義。信義と誠実。

### 7 法の経済分析から……「囚人のジレンマ」

「囚人のジレンマ」:各人が自分にとって一番魅力的な選択肢を選んだ結果、協力した時よりも悪い結果を招いてしまう。(ノイマン)

## 8 社会生活を円滑に機能させる手段を社会が求める(市場経済)

「もし、あなたが契約の信頼性を失わせるなら、人々の相互交流は損なわれてしまうだろう」(アリステレス)

## 9 「紳士協定」とは何だろう

「強制」の契機は何だろう……力と暴力？

権力が集中した「国家」のないところに「法的拘束力」生ずるのだろうか……「条約」は法か？

順法精神

## 10 「法」意識から考える

意志・意思・意識 本人・当事者・社会通念 ……「契約」は当事者間のもの  
学級会・大学教授会・国会の決議の違いはどこにあるのだろう。

世界人権宣言。

## 11 ルールは成長する

法の担い手は「主権者」たる国民

時代と共に、ルールは変わる。

## 12 消費者契約法上の取消権と「クーリング・オフ(Cooling off)」を考える

熟慮の上で、冷静に考えてみると……

自由な自己決定が困難な状況とは？ 契約の巻き戻しが何故正当化されるのだろう。

契約における当事者間の情報格差と「消費者契約」。

「脆弱な個人」・「迷う人間」。……誰もが持つ脆弱さ

消費者契約法における取消権(消契法4条3項、4講)

……「社会生活上の経験が乏しいことから」

## 13 「成年年齢引き下げ」を機に

「未成年者取消権」で守ろうとしたもの。 「行為能力」制度と制限行為能力者

成年年齢の引き下げで、18歳から「大人」!

新成人にとって、できること、できないこと

「消費者市民」として考えて欲しいこと……社会の構成員として

自ら考える力、責任ある判断と人間力

以 上