

新基本民法 1 総則編

——基本原則と基本概念の法

大村敦志

2017年4月発売/284頁/本体1900円+税
A5判/並製編集
担当者
から

『新基本民法シリーズ』全8巻、完結！ シリーズのコンセプトは、民法の基本を学ぶ、です。そこで本書では民法総則を、まずは機能的な観点から、契約の成立・効力・効果帰属についての一般法と理解し、他方、原理的な側面から、市民社会の基本法である民法の全体像を示すもの、と捉えます。最初の章（総論）では、民法とは何かや、その構造を丁寧に解き、次の章では、総則の作り、法律行為（契約）と総則の関わりを学びます。その後、具体的な内容に入っていきますが、本書全体の流れ、各章の流れを追っていくとスムーズに総則の全体像がイメージできる作りになっています。また、たとえば民法の歴史のなかで「公序良俗」はどのような役割を果たしてきたかなどは、現代日本史の知識とも関連させつつ興味深く読んでいただけることでしょうか。今までに使っているツールに加え、基本用語にマークを付けて脚注で説明をしています。民法（債権法）改正に対応。カバーは明るい水色。（YF）

Point!

P

2色刷。工夫を凝らした図表や、目鱗モノのKEY SENTENCEは全巻統一。

46 第1章 契約の成立

◆ 締約の自由

もう一つは、当事者は合意をしてしまわない限り、いつでも契約交渉を打ち切ることができるということ。アパートの洋服売場で何着も試着をしても、また、地下の食料品売場で試食をしても、「買う」という意思表示をするまでは、「やっぱりやめた」と言うことは可能である。これを「契約締結（締約）の自由」と言うことがある。もっとも、最近では、契約交渉がかなり具体化して、契約が成立するという期待を相手方が抱くのが当然だという段階に達していた場合には、たとえ契約が成立したとは言えない場合でも、契約交渉を打ち切る者には、損害賠償を支払う義務が生ずることがあるとされている（⇒本シリーズ契約編）。

証明の問題や損害賠償の問題はあるものの、合意さえすれば契約は成立し、合意さえしなければ契約は成立しないのが原則である。この点はしっかりと押さえておいてほしい。

【広義の）契約自由の原則 序章（UNIT 2）B図（1）で、当事者が契約内容を自由に決められることができる考え方を「契約自由の原則」と呼ぶと述べたが、これを「内容の自由」と呼び、「方式の自由」「締約の自由」を含めて、広い意味で「契約自由の原則」という用語を用いることもある。

◎ 合意の分析

ここまでは一般的な説明であるが、さらに立ち入って考えると、契約の成立＝合意＝意思表示の合致という図式には、次のようなあいまいな点が残されていることがわかる。あらかじめ目で問題点を指摘すると、合意の有無の判断は必ずしも常に容易なわけではないということである。

(1) 合意の範囲

まず合意の範囲に関する問題がある。売買契約において売主Xと買主Yとの間で、すべての契約内容について合意が成立しているのであれば、つまり、XYの意思表示は完全に一致しているのであれば問題はない。しかし、ある部分については一致しているが、ある部分については一致していないという場合には、合意はあると言えるのだろうか。たとえば、読者諸氏が英会話スクールを相手にして、英会話のレッスンを受けるという契約をしたとし

第1節 合意の存在 47

よう。授業は1回90分で15回、授業料は5万円と決めた。英会話スクールから講師は（英語教師として筆者を）サトウ先生かシバタ先生だと、あなたは漠然と思っていた。ところが、スクールの方は別の講師を予定していた。この場合、合意は成立していると言えるだろうか。

図3-2-1 契約成立に必要な合意の範囲



この点に関する一般的な考え方は、**契約の本質的部分について合意があれば契約は成立する**というものである。規定はないが、判例も学説もこのように考えていると言えるだろう（図表3-2）。たとえば、大判昭19・6・28民集23-387 [18]には「両者は契約の要素たるべき点に付合致を欠き……」という表現が見られるが、これは「要素たるべき点に付合致」していれば契約は成立するという考え方を前提としている。英会話スクールの設例では、講師が誰であるかが契約の本質的部分にあたるかどうかによって、合意が成立しているか否かが判断されることになる。

(2) 合意の深度・熟度

次に、合意の深度・熟度とでも呼ぶべき問題がある。「深度」はここでの仮の用語。「熟度」は一般にも用いられるようになったが、ここでは意味を拡張している¹⁾。合意の範囲がいわば量的な問題であったのに対して、こちらは質的な問題であると言える。問題は二つに分かれる。

1) 「熟度」については、藤田薫「不動産売買契約の成否」判タ484号（1983）を参照。