

典型契約の意義と契約類型

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2021-03-30 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 長坂, 純 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/21490

【論 説】

典型契約の意義と契約類型

長 坂 純

目 次

- I 問題の所在
- II わが国における典型契約・契約類型論の展開
 - 一 典型契約・混合契約・非典型契約に関する議論
 - 二 契約法規範の変容と改正民法
 - 三 小 括
- III ドイツ法における議論状況
 - 一 緒 論
 - 二 典型契約（法定契約類型）の意義・機能
 - 三 契約類型論の展開
 - 四 小 括
- IV 典型契約の意義と契約類型
 - 一 議論状況の整理
 - 二 典型契約と混合契約・非典型契約との関係把握
—類型的思考から段階的思考へ—
- V 結びに代えて—典型契約制度の再構築へ向けた展開可能性—

I 問題の所在

今日、契約自由の原則の下で、民法典所定の典型契約とは異なる多種多様な非典型契約群が台頭している。それには、典型契約のどの類型にも該当しないものほか、典型契約の混合型や複合型（二当事者間での複合的給付、多数当事者関係）、典型契約の内容が変容したものなど広く捉えられる⁽¹⁾。非典型契約は、新種の契

(1) 典型契約と非典型契約の考察視点に関しては、椿寿夫「典型契約と非典型契約をめぐって」椿 = 伊藤進編『非典型契約の総合的検討（別冊 NBL142号）』（商事法務、2013）3頁以下参照。そこでは、典型契約ではない財産法上の契約（第三者のためにする契約、保

約のような給付態様における非典型性のみならず、契約主体の変容（消費者、事業者、労働者など）や客体の多様性（情報、無形サービスなど）、取引方法・取引関係の多様化（電子手段・ネットワークの利用、複合契約・業務提携契約など）等の観点からも観察できる⁽²⁾。

そこで、非典型契約の契約類型としての性質決定とそこで合理的とされる契約規範や契約正義を明らかにすることは、今日、きわめて重要な作業である。それは、これまで典型契約制度の評価と密接に関連づけて論じられてきた問題である。典型契約に対する従来の消極姿勢においては、典型契約に振り分けることなく、当事者の具体的意思を探求し、それにかなる法的効果を付与すべきかを判定することになる。これに対し、近時の典型契約制度の意義と機能を積極的に評価する「典型契約制度の復権」論によるときには、非典型契約についてもその基礎となる視座を典型契約に求めることになる。つまり、非典型契約の法的扱いに関しては、典型契約制度との対比がその出発点となる。また、典型か非典型かを問わず、現実利用されている契約内容から定型化される「現実類型」という観点から捉える立場では⁽³⁾、非典型契約の提起する問題を踏まえ、現実の中で契約が果たしている機能・役割を解釈論として把握するが、ここでも典型契約類型との関連が問題となる⁽⁴⁾。さらに、典型・非典型契約の両者との関係において、いわゆる混合契約の位置づけに関しても議論されてきた（混合契約論）⁽⁵⁾。

そして、今回の民法改正においては、近時の契約自由の強調ないし合意重視の傾

証、債権譲渡など）を「法定契約」、典型契約と法定契約を合わせた上位概念を「法典契約」と称される。

(2) 河上正二「債権法講義 [各論] 4」法学セミナー 738 号(2016)86-89 頁参照。なお、今日の契約実務において問題とされる諸契約の理論状況を検討するものとして、内田貴＝門口正人編『講座 現代の契約法 各論 1・2・3』（青林書院、2019）参照。

(3) 北川善太郎『債権各論（民法講要Ⅳ）〔第3版〕』（有斐閣、2003）109-121 頁。フランチャイズ契約、製作物供給契約、品質保証契約、旅行契約、老人ホーム契約、会員契約、共同研究開発契約など、種々の契約が析出される。

(4) 「現実類型」という視点から捉える見解に対しては、そこではあくまで類型的思考が重視されているとして、典型契約制度を積極的に評価する見解に一致するとも評されるが（石川博康「典型契約と契約内容の確定」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』〔有斐閣、2007〕237 頁）、むしろ典型契約制度に対する消極説・積極説の中間的立場に位置するものと目される。

(5) 拙稿「混合契約と非典型契約」椿＝伊藤・前掲注(1)12頁以下参照。

向を踏まえ⁽⁶⁾、契約から生じた債権（契約債権）を中心とする債権法の構築が目指された⁽⁷⁾。契約の効力を債権法の中心概念に据えるときには、契約内容の確定ルールが問題となるが、そこで、契約内容に関する基本原則とされたのが「合意原則」である。つまり、改正民法は、契約締結時の「当事者の合意」に依拠して「契約内容の確定」を行い、そこから当事者間の権利義務関係（＝契約規範）を定立することを原則とする⁽⁸⁾。

改正民法が契約当事者の合意を強調するときには、典型・非典型という契約の類型的思考に対し消極的な立場に傾くことも予想されるが、なお既存の契約類型に依拠した上で自由な法律関係の創造を志向する理解も考えられる。また、改正民法では、典型契約の諾成契約化が図られたと同時に、売上の契約不適合責任の有償契約への準用や履行（または利益）割合に応じた報酬請求権規定の創設など、規定の統一化・契約の平準化も進められた。

以上のような状況にあつては、典型契約制度の意義と契約類型の本性に関して改めて検討してみる必要がある。そこで、以下では、わが国における契約類型論の展開と改正民法の規律構造を整理し（Ⅱ）、ドイツ法における議論状況を概観した上で（Ⅲ）、典型契約の意義と契約類型を検討したい（Ⅳ）。

-
- (6) 中田教授は、1990年代頃から日本では契約自由の強調および合意重視の傾向がみられ、①契約自由の復権、②債権者の契約利益を中心とする債権法の構築、③契約の保護（*favor contractus*）を指摘する。そして、①②が合流して、債権法の改正論議の中で一つの有力な立場を占めるに至ったとする（中田裕康「債権法における合意の意義」新世代法政策学研究8号〔2010〕2頁以下）。
- (7) 民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針（別冊NBL126号）』（商事法務、2009）12頁。
- (8) 詳細は、拙稿「改正民法における『契約の尊重（*favor contractus*）』思想—契約法規範の変容の一斑—」本誌91巻2・3合併号（2018）136頁以下参照。

II わが国における典型契約・契約類型論の展開

一 典型契約・混合契約・非典型契約に関する議論

1 典型契約の意義・機能

(1) 契約法規定の性質

民法の典型契約に関する規定は、第一次的には契約自由の原則を採って当事者の意思に拠るものとしつつ、実際に行われた契約の内容が不明瞭・不完全な場合、これを明瞭・完全なものにする解釈の規準を与える作用をなす任意法規であると解されてきた(例外として、572条、604条、626条、628条、678条などは強行法規だとされる)⁽⁹⁾。しかし、古くから、経済的弱者保護の見地から任意法規を合理的な理由なくして排除する特約の効力が疑問視され、任意法規が強行法規化する傾向が指摘されてきた⁽¹⁰⁾。また、任意法規により契約内容を規制するという法的処理(任意法規の半強行法規化)が約款規制論の中でも洗練されるとともに⁽¹¹⁾、特別法の規定等を通して、契約法の規定が次第に任意法規から強行法規へと変容し得ることも否定できない⁽¹²⁾。

このような動向を前提にすると、契約法における任意法規は、当事者の特約がない場合の補充・解釈規定にすぎないとみるべきではなく、当該法律関係における合理的な当事者意思を推測すべくモデルとして位置づけられる(任意法規の「秩序づけ機能」・「指導形像機能」)⁽¹³⁾。したがって、原則的には、当事者自身による法律

(9) 我妻榮『債権各論中巻一』(岩波書店、1957) 220頁、来栖三郎『契約法』(有斐閣、1974) 737-738頁。なお、契約法の任意法規に関しては、松田貴文「任意法規をめぐる自律と秩序(一)(二・完)—任意法規の構造理解に向けた序論的考察—」民商法雑誌 148 巻 1 号 34 頁以下、同 2 号 1 頁以下(2013)(ドイツ法において 19 世紀後半から展開された議論を手がかりにして、任意法規理論を検討する)、同「契約法における任意法規の構造—厚生基底的任意法規の構造へ向けた一試論—」神戸法学雑誌 63 巻 1 号(2013)171 頁以下(法の経済分析の手法から、任意法規の市場における効率的効果を検討する)参照。

(10) 我妻榮『債権各論上巻』(岩波書店、1954) 46 頁、同『新訂民法総則』(岩波書店、1965) 255 頁。

(11) 河上正二『約款規制の法理』(有斐閣、1988) 383 頁以下参照。

(12) なお、任意法規の強行法規化に消極的な見解もある(北川・前掲注(3)31頁)。

(13) 河上・前掲注(11)383 頁以下、同『民法総則講義』(日本評論社、2007) 256-257 頁、263 頁、同「任意法の指導形像機能(Leitbildfunktion)について」NBL1128 号(2018)48 頁以下、同「債権法講義[各論]【第 44 回】」法学セミナー 787 号(2020)104 頁以下。

このように、典型契約類型とその規定は相対的で便宜的なものではなく、実際に行われた契約に適合した柔軟な解釈と法の適用が重視されるべきであるとの方向が示された。ここでは、典型契約・冒頭規定の性質は、あくまで任意法規として理解されているといえる。

② 積極的評価（今日の有力説）

これに対して、近時、典型契約の意義と機能を積極的に評価する見解が有力である。その第 1 は、現代型の新種契約について、その法的性質を典型契約との関係で明らかにしようとする動きがある。湯浅教授⁽¹⁷⁾は、現代型の新種契約を念頭においた非典型契約論を検討する中で、不合理な内容の特約の効力を否定するに際し、その特約によって排除された任意規定により契約内容が修正される場合があること（任意規定の強行規定化）を指摘する。また、河上教授⁽¹⁸⁾は、リース契約を素材に契約の法的性質決定作業の意味を明らかにし、最終的には当事者が債務内容として合意したかを具体的に当事者の意思に即して確定することが重要であるが、その作業の中で、民法上の契約類型や契約規範が常に視野の一部におかれているとする。したがって、そのような解釈作業の過程で、「典型契約」という契約類型に結びつけられた法規範群が一種のマトリックスとしての役割を果たしていることを指摘する。いずれも新種の契約を理解したり創造するに際して、典型契約の類型的思考を再評価する見解である。

第 2 は、典型契約類型を契約に関する中心的なカテゴリーであるとして、契約問題を処理する上での典型契約の諸機能を分析する見解であり、大村・山本両教授⁽¹⁹⁾を中心に主張された。すなわち、①典型契約は当事者や契約を解釈する主体（例えば、裁判官）にとっても、契約問題を法的に構成するための準拠枠として機

(17) 湯浅道男「混合契約および非典型契約の解釈にあたっては、どういう点に留意すべきか」

椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望 第 5 巻』（日本評論社、1990）20 頁以下。

(18) 河上正二「契約の法的性質決定と典型契約—リース契約を手がかりとして—」星野英一＝森島昭夫編『加藤古稀・現代社会と民法学の動向 下』（有斐閣、1992）299-301 頁、同『混合契約論』についての覚書」法学 56 巻 5 号（1992）22 頁。

(19) 大村・前掲注(14)351 頁以下、山本敬三「契約法の改正と典型契約の役割」山本＝大村敦志他『債権法改正の課題と方向—民法 100 周年を契機として—（別冊 NBL51 号）』（商事法務研究会、1998）7-8 頁、同『民法講義Ⅳ—1 契約』（有斐閣、2005）7-9 頁、石川・前掲注(4)237-239 頁、同『契約の本性』の法理論』（有斐閣、2010）505 頁以下など。なお、中田裕康『契約法』（有斐閣、2007）64 頁参照。

合契約から排除されることになるが、この点は明らかにされているわけではない。

これまでの混合契約論においては、主に当該契約の構成分子たる給付態様には注目されるものの、契約としての性質決定に関する議論は乏しい。したがって、混合契約は、そもそも一個の契約として把握できるのかが問題となろうし⁽³²⁾、典型契約の要素を具有するとしても、それはどの程度重視されるのか⁽³³⁾など、なお検討を要する。さらに、混合契約概念を定立すること自体につき消極的（否定的）な立場も有力である。北川博士⁽³⁴⁾は、混合契約論は典型契約との対比で契約の形態論ともいえる方向に流れたために、具体的な問題を解決するための具体的規範の確定には、契約当事者の意思解釈が改めて必要になるとして、「混合契約論の衰退」を説く。また、来栖博士⁽³⁵⁾は、結局は問題ごとに契約をどう扱うべきかを考慮せざるを得ず、あえて非典型契約から区別して混合契約を捉える必要はないとする。

以上からは、混合契約に関しては、一方では、典型契約に関する規定をどのように（類推）適用すべきかという問題に帰着するとみることも可能であり、これは既に混合契約の論者が共通して出発点としてきた観点でもある。しかし、他方で、混合契約をあくまで非典型契約概念の中で位置づけることも可能である⁽³⁶⁾。したがって、典型・非典型契約の両者との関係において、混合契約の位置づけを考える必要がある。

前述したように、典型契約制度を消極視するときには、混合契約概念のみならず、典型・非典型の区別自体意味をもたなくなる。また、契約の現実類型を立てる場合も同様であり、契約の性質決定及び契約内容を確定するための規範が模索されなければならない。これに対し、類型的思考を重視する立場では、混合契約概念を別個に定立させる方向もひらけるが、ここでは典型契約との関係が改めて問われることになる。

(32) 河上・前掲注(18)『「混合契約論」についての覚書』9頁参照。

(33) 主・従の給付からなる契約については、主たる給付が完全にある典型契約に合致する場合には、もはや混合契約とみるべきではないとの見解もある（柚木＝高木・前掲注〔30〕5頁〔柚木＝高木執筆〕）。

(34) 北川・前掲注(3)110-111頁。

(35) 来栖・前掲注(9)740-741頁。

(36) 湯浅教授は、混合契約と非典型契約を合わせて「広義の非典型契約」と称する（湯浅・前掲注〔17〕8頁）。

わが国においても、非典型契約論、とりわけ混合契約論に示唆を与え、また、新たな契約類型の規律の形成に向けた出発点となり得るとの指摘もある⁽⁴³⁾。

2 改正民法の規律構造

以上のような状況において、改正民法の立法過程および新たな規律構造に関して、契約類型の再構成に関わるいくつかの留意点が認められる。「継続的契約」に関しては、中間試案の段階では共通する規律が設けられていたが（期間の定めのある契約の終了、期間の定めのない契約の終了、解除の効力）⁽⁴⁴⁾、要綱仮案に至る過程で見送られている⁽⁴⁵⁾。また、「役務提供契約」に関しては、民法（債権法）改正委員会の改正試案およびそれを踏まえた法制審において、その総則的規律が検討された⁽⁴⁶⁾。そこでは、雇用・請負・委任・寄託を包括する上位カテゴリーとして「役務提供契約」を位置づけ、無名の役務提供契約に対しても適用される総則規定として、①役務提供者の義務、②具体的報酬請求権の発生に関する一般原則、③役務受領者の任意解除権とそれに伴う役務提供者の損害賠償請求権が予定されていた。しかし、中間試案の段階で総則規定を置くことが断念され、準委任の規定

(43) 都筑・前掲注(42)「フランス契約法における各種契約の一般理論の形成と展開(3・完)」315頁以下。なお、森田（宏樹）教授は、このような動向からは、古典的な契約類型は、民法典に維持すべきものと、他方で、民法典の外で別の枠組みに位置づけられるものに分かれ、多様な契約を生み出す基礎となり得る「原型としての契約」のみが民法典の中に保持され、特定の債務や性質によって共通に妥当する「同系類の契約」ごとの規律とを重層的に組み合わせることによって再構成する方向がみえてくるとする（森田・前掲注[42] 330頁）。

(44) 商事法務『民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）（別冊 NBL143号）』（商事法務、2013）135頁以下、同『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務、2013）392頁以下。

(45) パブリック・コメントにおいて、①適用範囲が不明確であり取引実務が混乱するおそれがあること、②継続的契約の解消の可否について具体的な基準を示した最高裁判例もなく明文化は時期尚早であること、③継続的契約は多様であり一律に適用される規定を設けるべきではないこと、④期間の定めがある契約の場合は期間満了によって契約が終了するの考えるのが契約当事者の意思であることなどを理由として、反対する意見が寄せられ、これらを踏まえ、継続的契約の論点については取り上げないこととされた（法制審議会民法〔債権関係〕部会第80回会議〔平成25年11月19日〕部会資料70A PDF版67頁）。

(46) 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針V』（商事法務、2010）3頁以下、民事法研究会編集部編『民法（債権関係）の改正に関する検討事項』（民事法研究会、2011）633頁以下、商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』（商事法務、2011）420頁以下参照。

契約成立論といった契約法の基礎理論に関わる論点も浮上してくる。

また、上述したように、同系類の契約間における規律の準用（共有）（フランス法にいう中間理論）も典型契約・契約類型を考える上で留意されるべき重要な論点である。「継続的契約」、「役務提供契約」といった契約の横断的類型⁽⁵²⁾に関しては、改正法における規律の創設は見送られたが、継続的契約は財産権利用（貸借）型や役務（サービス）提供型の典型契約にも共通しており、準用規定も多い（600条〔使用貸借〕の準用〔622条〕、620条〔賃貸借〕の準用〔630条・652条〕、委任の規定の準用〔665条〕など）。役務提供契約に関しては、債権総則規定では、「与える債務」と「なす債務」といった債務（給付）の概念分類には一切言及されず、主体としての役務提供者の視点や対象としての役務の視点から定められた規定もない。また、契約規定の中に役務提供型の典型契約である雇用・請負・委任・寄託をおいているが、これらは多様な役務の一部を抽象的な概念でもって対象とするものであり、不完全な役務に対する提供者責任の根拠の一端を提示するに留まっており、解明すべき論点は山積している。

さらに、改正民法の規定（特に契約責任規律）には、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」認定判断を要するものが多いが（412条の2第1項、415条1項ただし書、541条ただし書）、上述したように、「個別的なもの」と「典型的なもの」とが混在するとの指摘がみられた。ここでは、当事者の意思（合意）に基づく自律的規範と法に基づく他律的規範との関係をどのように評価すべきかが課題となる。

以上からは、典型契約の意義と契約類型を検討する上で、典型契約の類型的理解、当事者意思と典型契約との関係（規範性の程度）、典型契約相互の関係と混合・非典型契約との類別可能性といった諸論点の浮き彫りとなる。

(52) 中田教授は、通常の典型契約よりもやや抽象度の高い、しかし、双務契約や有償契約よりも具体的な、いわば中2階に位置する契約類型と解する（中田・前掲注〔51〕300頁）。

ある。同条は、法律行為上の、および法律行為類似の債務関係に関する原則規定であり、1項は、「法律行為による債務関係の設定ならびに債務関係の内容の変更には、法律が別段の定めをしない限り、当事者間の契約が必要である」と規定する。同条は、契約自由の原則を定めたものと解され⁽⁵⁶⁾、これを根拠に典型契約の規定（BGB433条以下）は、決して完結的（類型強制的）なものではなく、当事者はそれらの類型を結合させ（混合契約）、また、これらの類型とはまったく異なる契約（非典型契約〔*atypische Verträge*〕）を締結することができる⁽⁵⁷⁾。

このような理解は、債務法の規律は原則として当事者の合意により排除できる任意法規であることを理由とする。しかし、任意法規による場合には、当該契約の性質決定・内容の確定に際して法定の契約類型の規律はどの程度適用されるのかが問題となる。また、法律規定のない場合には普通取引約款が用いられるが、その規準となる一般条項も置かれている（BGB307条）⁽⁵⁸⁾。BGB307条は、普通取引約款の内容規制に関する規定であり、「普通取引約款の条項は、それが信義誠実の要請に反して、約款使用者の契約相手方を不相当に不利益に扱うときは、無効とする。不相当な不利益は、その条項が明確でなく、または理解できないことから生じる」（同条1項）とし、また、ある条項が「法律規定と相違し、当該規定の本質的な基本思想と相容れないとき」も不相当な不利益があると推定される（同条2項1号）。

そこで、以下では、典型契約（法定契約類型）の意義・機能および契約類型に関する議論状況をみる。

Aufl. 1986, 4f. ; *Bamberger / Roth BGB - Markus Gehrlin*, 3. Aufl. 2012, Rn. 17 zu § 311. ; *MünchKomm - Volker Emmerich*, 8. Aufl. 2019, Rn. 24, 27. zu § 311. など参照。なお、中山知己「ドイツにおける非典型契約論」椿＝伊藤・前掲注(1)82頁以下参照。

(56) BGB311条1項の規律の史的変遷に関しては、*Andreas Thier*, § 311 I . Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse, in : *Mathias Schmoeckel / Joachim Rückert / Reinhard Zimmermann* (Hrsg.), *Histrisch - kritischer Kommentar zum BGB Bd. II 2. Teilband : § § 305 - 432*, 2007, S. 1508ff. 参照。

(57) *Dieter Medicus / Stephan Lorenz*, *Schuldrecht II Besonderer Teil*. 18. Aufl. 2018, S. 4. ; *Prütting / Wegen / Weinreich BGB Komm - Michael Stürner*, 14. Aufl. 2019, Rn. 15 - 18. zu § 311.

(58) *Hartmut Oetker / Felix Maultzsch*, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, 5. Aufl. 2018, S. 892.

二 典型契約（法定契約類型）の意義・機能

1 ラーレンツ（Larenz）の理解

ドイツ法においては、典型契約（法定類型）の意義・機能に関する議論は必ずしも活発だとはいえない。そのような中、ラーレンツ（Larenz）は以下のように述べる。すなわち、「法定の契約類型（法的構造類型〔**rechtliche Strukturtypen**〕）は、立法者が法生活の現実から見出したものであり、そのような契約類型にとって適当な規則が付け加えられた。このような類型は、制定法によって意味を付与された類型として標準的なものであるが、当事者の合意から法生活において制定法以外の新しい契約類型が開発されることがある（規範的実在的類型〔**normative Realtypen**〕）。例えば、混合贈与、比例的利益参与契約（**partiarische Verträge**）、リースおよびその他種々の割賦売買のような『混合類型（**Mischtypen**）』は、経済取引と商取引により生じ、種々の基本類型の諸要素が特有の仕方では結びつけられて相互に関係する。これに対し基本類型（売買、交換、賃貸借、使用貸借など）は、あまり分化しない関係においてみられるし、また、長い時間を通して変化の可能な基本類型として保持される⁽⁵⁹⁾」。さらに、ラーレンツは、別の箇所では、「契約当事者は、法定の債務契約に制限されず、契約自由の下で契約内容を任意に決定できる。一般に任意法規としての法定の契約類型は規律モデル（**Regelungsmuster**）であり、補充され、様々な形であられる。当事者は、それを修正し変更することにより契約を有効に締結でき、混合契約や非典型契約を形成する。例えば、売買には、現実購入、分割払購入、所有権留保売買といった変容がみられるが、法律はそれに十分に配慮してはいない。当事者の目的、利益状況を考慮して法律規定の適用が問題とされ、適当な規定が存しない場合には補充的契約解釈（**ergänzende Vertragsauslegung**）により規定の補完・修正がなされる」と述べる⁽⁶⁰⁾。

ラーレンツは、典型契約（法定類型）は、現実の法生活から見出されたものであり、基本類型としての機能は維持しつつも、現実の諸類型においては混合する形であられるなど、変容可能性を有すると考えている⁽⁶¹⁾。そして、典型契約の意

(59) Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, S. 465f. なお、K・ラーレンツ=米山隆（訳）『法学方法論』（勁草書房、1991）706-707頁参照。

(60) Larenz, a. a. O. (Fn. 55), S. 4f.

(61) なお、フルーメ（Flume）は、私的自治による法律関係の形式は行為（Akt）によって生

義・機能を積極的に評価する立場には立たない。このような立場は、ドイツ法において今日でも一般的な理解であるように思われる。

2 典型契約の意義・機能

典型契約（法定類型）の意義・機能に関しては、一応以下のような点が指摘される⁽⁶²⁾。すなわち、第1は、契約の補充機能である。有効な契約の締結に向かう意思表示には、主たる給付義務（また、明確に予定されている限り従たる給付義務）の対象を定めるとともに、債務者による履行の実現に向けられた債権者の信頼要件としての意味がある。そこで、典型契約は、当事者間の契約規範プログラムを補完するための予備規範（*Reserveordnung*）として、契約上の権利義務を確定するための法の適用を支援する機能が認められる（法発見の支援機能）。このように、典型契約規定は、当事者間に特別な合意がなくても、同様の権利義務が生じていた場合のモデルとされ、当事者間の合意が明確ではなく、また意思が相違していても一定の効果を生じ得るものとして、紛争の回避機能という面も認められるとされる。

第2は、契約の内容規制としての機能である。任意法規としての典型契約規定は、合意の法的有効性をコントロールする際の規準を提供する。特に、普通取引約款の条項の内容規制の規準として機能し、実務では「任意法の指導形像性（*Leitbildcharakter des dispositiven Rechts*）」と称される。任意契約法の目的を基礎として普通取引約款の内容規制に関して、その正当性が判断される（BGB307条2項1号参照）。

3 典型契約類型の消極的評価

学説においては、以上のような典型契約の機能を一応は認めつつも、その消極的な評価も有力に主張される。シュトッフエルズ（*Stoffels*）は、典型契約（法定類型）の有用性の限界を以下のように述べる⁽⁶³⁾。すなわち、法律規定は、論理的・

じるとして、多様な債務契約も任意に設定された「行為類型（*Aktstypen*）」（作為または不作为〔現行 BGB241条1項〕の給付義務を根拠づけるもの）として理解する（*Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. 2. Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 1f., 12f.*）。

(62) *Oechsler*, a. a. O. (Fn. 53), S. 888 - 895. ; *Markus Stoffels*, *Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge*, 2001, S. 105 - 111. ; *Dieter Medicus / Jens Petersen*, *Grundwissen zum Bürgerlichen Recht Ein Basisbuch zu den Anspruchsgrundlagen*, 11. Aufl. 2019, S. 35f.

(63) *Stoffels*, a. a. O. (Fn. 62), S. 112 - 117.

体系的なものではなく、歴史的・経験的なものである。したがって、立法者は、契約類型を考案したのではなく、現実の生活の中で見出し、それを類型的に理解し規定を付け加えたのである（前述したラーレンツの見解参照）。新しい契約類型の条文化も、現実の生活関係に適合した展開を反映するはずである。しかし、BGBは、以前から検討されていた損害担保契約やライセンス契約は取り上げず、また、旅行契約は採用されたが、リース契約は規定されていない。このように、法律上の債務契約類型のカatalogueは不完全なものである。また、個々の契約の条文化に際しては具体的な生活実態に合わせようとしても、立法者はその生活実態の一部のみに注目する結果、その規定は不十分なものとなる。例えば、売買法の規定（とりわけ瑕疵担保責任〔現行BGB434条以下〕）は、新品の物には妥当するが、中古品（例、中古車）には適用が困難であり、また、売買法（また、一般給付障害法）は粗略であり、一回限りの「物と金」の交換を予定し、長期間の取引関係（例、継続的供給契約）には適合しない。また、請負規定も、具現化された仕事を想定し、例えば請負の亜種である運送契約には多くの規定は適用できない。つまり、任意法に反映されない危険と、法定の契約類型の過大評価という危険がみられる。こうして、条文化されない契約類型については、裁判所が立法者の役割を担い、そこでは争いのある契約当事者の権利義務の拘束力を確定し、当該当事者の合意の有効性を検証することになるとする。

同じく、エクスラー（*Oechsler*）も、任意契約法による契約の補充機能を認めたとしても、個々のケースでの当事者間の合意にそれがどこまで妥当するかは疑問であるとする⁽⁶⁴⁾。すなわち、契約法各則の諸規定（BGB433条以下）は、規範構造類型（*Normstrukturtypen*）として理解される（当事者の合意がその諸規定に「包括」されるのではなく、法定の契約類型を全体的な評価視点から「分類」づける）が、実際の当事者の合意が、規範構造類型が前提とする特徴を示すことは希である。また、当該契約が規範構造類型（法定類型）に属するの否かは、法律効果の根拠づけにとっても意味がない。BGB433条以下は、組み合わせが可能な規定群の「貯水池（*Reservoir*）」とも称されるのであり、法定類型への分類はうまくいかない。それゆえ、裁判実務においては、当事者の合意の類型化は拒絶され、典型契約の混合・融合した契約が問題とされ、個々のケースごとに契約法規定の類推適

(64) *Oechsler*, a. a. O. (Fn. 53), S. 895ff.

用が検討されるにすぎないとする。

いずれの見解も、典型契約（法定類型）の機能としての限界を論じている。典型契約の積極的評価が表面化しないのは、わが国における議論状況とは対照的な現象である。

三 契約類型論の展開

1 混合契約類型

前述したように、契約自由の原則により当事者は契約債務関係の内容を自由に定めることができる。契約類型の強制はなく、当事者は典型契約（法定類型）により制限されない。典型契約を変更し、またはいくつかの諸要素を組み合わせ、また、新たな類型を考案できる⁽⁶⁵⁾。そして、契約類型としては、典型契約を基礎にして混合契約と非典型契約その他に分類するのが一般的な理解である。もともと、それぞれの契約群をどのように分類・整序するかについては、必ずしも見解は一致しない。

まず、混合契約（gemischte Verträge）はいくつかの典型（または非典型）の諸要素を含む契約類型であるが、それを①「典型結合（Typenkombination）」と②「典型融合（Typenverschmelzung）」とに分類するのが学説一般の理解である⁽⁶⁶⁾。①は、いくつかの契約類型に特徴的な給付が結合する場合である。例えば、ホテルの宿泊契約において、ホテルが宿泊者に対して部屋の賃貸（賃貸借）、食事・サービスの提供（売買・雇用など）などをするように、給付の一方がいくつかの契約類型の諸要素から構成され、相手方はこのような複数の給付（給付の束）の履行に対して反対給付を負う場合である（その他、入院契約、老人ホーム契約など⁽⁶⁷⁾）。②は、2つの異なる典型（または非典型）契約の間に存する給付が分離

(65) Karl Larenz / Claus - Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts zweiter Band Besonderer Teil 2. Halbband, 13. Aufl. 1994, S. 41f.

(66) Gehrlein, a. a. O. (Fn. 55), Rn. 20 - 24. zu § 311. ; Emmerich, a. a. O. (Fn. 55), Rn. 28 - 32. zu § 311. ; Stürner, a. a. O. (Fn. 57), Rn. 19ff. zu § 311. ; Oetker / Maultzsch, a. a. O. (Fn. 58), S. 894 - 897. ; Medicus / Petersen, a. a. O. (Fn. 62), S. 38f. ; Larenz / Canaris, a. a. O. (Fn. 65), S. 41 - 43. ; Staudingers BGB - Manfred Löwisch / Cornelia Feldmann, 2013, Rn. 40 - 51. zu § 311. ; Erman BGB - Johann Kindl, 15. Aufl. 2017, Rn. 19f. zu Vor § 311. など。

(67) Gehrlein, a. a. O. (Fn. 55), Rn. 22 zu § 311. ; Kindl, a. a. O. (Fn. 66), Rn. 19f. zu

されずに結合（融合）する場合であり、混合贈与（*gemischte Schenkung*）がその模範とされる。混合贈与は、ある客体が対価と引換えに譲渡されるが、その額は価値の一部のみをカバーするにすぎない⁽⁶⁸⁾。

さらに、混合契約として、上記の①②とは別に、③「別種の反対給付を伴う契約」、④「別種の従たる給付を伴う契約」を類別する見解も有力である。③は、例えば、ある住居を管理人に引き渡す場合であり、賃貸と管理人としての役務（サービス）の提供が別々に金銭として差し引かれるのではなく、（全部かまたは一部について）給付と反対給付の關係に立つような場合である⁽⁶⁹⁾。また、④は、目的物の組立・据付義務の付いた売買、清掃付きの部屋の賃貸、賄い付きの学生の下宿、デポジット付きミネラルウォーター瓶の売買など、主たる給付に別種の従たる給付が伴うような場合が例示される⁽⁷⁰⁾。なお、混合契約は、典型契約の構成分子が結合する契約の他、非典型契約の構成分子も含まれる場合があることを認める見解も多い⁽⁷¹⁾。

そこで、混合契約への法律適用を決定する分析概念として、従来、わが国にも紹介されてきたものが結合理論（*Kombinationstheorie*）と吸収理論（*Absorptionstheorie*）である⁽⁷²⁾。結合理論は、混合契約において相互に混合されている契約類型の諸要素に適合する規定を適用すべきであるとする。吸収理論は、契約の重要な構成部分

Vor § 311. 参照。

- (68) その他、リース契約、ファクタリング契約、株式の予約購入なども挙げられる（*Gehrlein, a. a. O. [Fn. 55], Rn. 24 zu § 311.; Emmerich, a. a. O. [Fn. 55], Rn. 29 - 30. zu § 311.; Löwisch / Feldmann, a. a. O. [Fn. 66], Rn. 47 - 49. zu § 311.*）
- (69) *Gehrlein, a. a. O. (Fn. 55), Rn. 23 zu § 311.; Emmerich, a. a. O. (Fn. 55), Rn. 31. zu § 311.; Medicus / Petersen, a. a. O. (Fn. 62), S. 39.; Löwisch / Feldmann, a. a. O. (Fn. 66), Rn. 50f. zu § 311.; Kindl, a. a. O. (Fn. 66), Rn. 19. zu Vor § 311.* ③類型は、「中間契約（*Zwittervertrag*）」、「連結契約（*gekoppelter Vertrag*）」、「二重の典型を伴う契約（*Vertrag mit doppeltem Typus*）」などとも称される。また、③類型を①類型の下位概念として位置づける見解もある（*Oether / Maultzsch, a. a. O. [Fn. 58], S. 895f.; Larenz / Canaris, a. a. O. [Fn. 65], S. 42f.*）。
- (70) *Gehrlein, a. a. O. (Fn. 55), Rn. 21. zu § 311.; Emmerich, a. a. O. (Fn. 55), Rn. 32. zu § 311.; Löwisch / Feldmann, a. a. O. (Fn. 66), Rn. 45f. zu § 311.; Wolfgang Fikentscher / Andreas Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl. 2006, S. 389f.*
- (71) *Gehrlein, a. a. O. (Fn. 55), Rn. 20. zu § 311.; Emmerich, a. a. O. (Fn. 55), Rn. 28. zu § 311.; Kindl, a. a. O. (Fn. 66), Rn. 19. zu Vor § 311.; Fikentscher / Heinemann, a. a. O. (Fn. 70), S. 389f.* なお、前掲注(68)参照。
- (72) 両理論に関する議論の詳細については、*Oether / Maultzsch, a. a. O. (Fn. 58), S. 897ff.* 参照。

宿泊契約など多数に上る。これらは、一般には非典型契約として類型化されるが、混合契約において位置づける見解もある。法的取扱いとしては、取引典型契約および（狭義の）非典型契約であっても、債務法総則の規定に服し、その解釈は、当事者意思（合意）また契約目的と取引慣行により補充され、さらに、類似の典型契約に関する法が考慮される⁽⁷⁸⁾。

また、「契約の結合 (Vertragsverbindung)」を論じる見解がある⁽⁷⁹⁾。これは、多数の関与者によって締結された複数の契約が相互に依存し合って結合した契約となっている場合である。ビール醸造所が、その経営者との間でビール供給契約を締結し、同時に当該経営者に飲食店を賃貸し、金銭を貸し付ける場合が例示される。その他、建設融資において土地の売買と建築資材の売買が複数当事者間で締結された場合、自動車を修理に出す際に、修理工場主から別の自動車を賃借するような場合である。ここでは、一部の契約の障害が契約全体を無効にするのか (BGB139 条参照)、双務契約に関する規律が拡張され解除の規定 (BGB346 条以下) が適用されるのかなどの問題が指摘される。

さらに、「関連契約 (Zusammenhängende - Zusammengesetzte Verträge)」を混合契約とは別に析出する見解がある⁽⁸⁰⁾。混合契約は一つの統一的な契約として存するのに対し、関連契約は、いくつかの独立した契約が当事者意思（合意）により相互に依存し合っているものである。例えば、売買契約と融資契約、土地の売買と建築契約、新車の購入と中古車の下取り、飲食店の売却に際して同時にビール供給契約を締結した場合のように、ある合意の効力が他の契約の行為基礎 (BGB313 条参照) となる場合である。

四 小 括

ドイツ法においては、わが国の議論状況と比較するとき、いくつかの特徴的な傾

(78) *Gehrlein*, a. a. O. (Fn. 55), Rn. 19. zu § 311. ; *Emmerich*, a. a. O. (Fn. 55), Rn. 25 - 27. zu § 311. ; *Medicus / Petersen*, a. a. O. (Fn. 62), S. 38. ; *Looschelders*, a. a. O. (Fn. 75), S. 3f.

(79) *Gehrlein*, a. a. O. (Fn. 55), Rn. 25, 25.1, 26. zu § 311. ; *Medicus / Petersen*, a. a. O. (Fn. 62), S. 39f. ; *Larenz / Canaris*, a. a. O. (Fn. 65), S. 44ff. ; *Fikentscher / Heinemann*, a. a. O. (Fn. 70), S. 388.

(80) *Gehrlein*, a. a. O. (Fn. 55), Rn. 27. zu § 311. ; *Löwisch / Feldmann*, a. a. O. (Fn. 66), Rn. 52 - 57. zu § 311.

向がみられる。前述したように、わが国においては典型契約制度を積極的に評価し、その機能を重視するのが今日の有力な見解である。これに対し、ドイツ法では、一応、典型契約（法定類型）の意義・機能を認めつつも、その規範性に関しては必ずしも重視されない傾向にある。この点は、典型契約の規律構造および典型契約と混合・非典型契約概念との関係把握の相違に起因するものと思われる。また、これは、非典型契約の性質決定や内容確定に向けた典型契約相互の関係を明らかにする上でも重要となる。

混合契約論に関しては、わが国の議論も長らくドイツ法の示唆を得て展開されてきており、その分類や整序につき同様の理解が窺える。そして、混合契約概念を典型契約と非典型契約との関係においてどのように概念規定されるべきかが問題となる。

また、このような中で、わが国において展開されてきた契約法規範の変容傾向を前提にした議論は、ドイツ法においても認められる。契約の定型化や取引方法の多様化から派生して登場した「取引典型契約」の展開は、わが国においても「現実類型」といった概念分類の中で主張されている。また、「契約の結合」・「関連契約」類型は、取引関係の多様化の現象を特徴づけるわが国の複合契約取引・多角的法律関係論にも共通するものであろう。もっとも、ここで複数の契約関係の構造把握や契約当事者論・契約成立論に関しては、日本・ドイツにおいても共通した問題性を有している⁽⁸¹⁾。

以上から、ドイツ法においては、典型契約（法定類型）の意義と混合・非典型契約との関係如何が問題とされており、これはわが国における問題性にも接合する。わが国の将来的な典型契約制度の再構築を考える上でも、留意されるべき観点であろう。

(81) ドイツ法においても議論の展開がみられる（例えば、*Michael Zwanzger, Der mehrseitige Vertrag*, 2013.）。

Ⅳ 典型契約の意義と契約類型

一 議論状況の整理

前述したように、わが国における典型契約の意義・機能は、その規律の性質に関連づけて議論されてきた。そして、典型契約規定を消極的に評価するかつての通説的見解は、典型契約類型をあくまで任意法規として捉えていたといえ、これまでの強行法規と任意法規の原則的な区別規準を前提にしている。これに対し、近時有力な積極説は、典型契約規定を積極的に活用することを強調し、その強行法性も認められ得る。ただし、典型契約規定の規範性をどの程度認めるかにより評価が分かれるであろう。

これに対し、ドイツ法では、学説において典型契約（法定類型）の規範性は必ずしも重視されてはいない。典型契約規律には具体的な契約実態が反映されず、法律効果の根拠としての機能も十分ではないとの消極的評価もみられた⁽⁸²⁾。このような傾向は、ドイツ契約法が、日本法とは異なり、新種の類型が典型契約として適宜法律に取り込まれるというように（例えば、消費製品売買〔BGB474条以下〕、消費者金銭消費貸借〔同491条以下〕、住居使用賃貸借〔同549条以下〕、医療契約〔同630a条以下〕、旅行契約〔同651a条以下〕など）、「追加補充型」ともいえる契約法体系を採用していることによるものと思われる（もっとも、EU指令や欧州裁判所によるその解釈の影響を受けて展開されてきたことにも注意を要する）。また、混合・非典型契約の類型化に際しては典型契約との関係把握がなされるが、これも典型契約の積極視傾向というよりも、このような契約法体系の特質に起因するものといえる。ここでは、混合・非典型類型に対する典型契約規律の適用の限界が明らかにされると、社会的・法的承認を経て（裁判実務の役割は重要となる）、新たな典型契約（法定類型）として創成されることが可能となる。この意味では、特に「取引典型契約」の展開が重要とならう。

そして、ドイツ法におけるこのような状況からは、典型契約を「類型的存在」として概念規定する必要はなくなる。既にみたように、ラーレンツは、典型契約は当

(82) 前述したように、わが国においても、例えば我妻説は、混合契約に関して、非典型契約の構成分子が典型契約の構成分子よりも重要な契約において、その典型契約に関する規定が不当に強く類推適用される危険を指摘していた。

契約・非典型契約はどのように解されるのが問題となる。

二 典型契約と混合契約・非典型契約との関係把握

— 類型的思考から段階的思考へ —

1 典型契約の意義・性質

典型契約制度を積極的に評価する見解（積極説）は、典型契約に関する規律を個別の契約内容を確定・合理化するための規準として積極的に適用していく方向を支持する。したがって、典型契約規定を純粹な任意法規としては捉えておらず、この立場を貫徹させると、その強行法性も認められ得る。そして、典型契約類型は、社会において契約内容の合理性・公平さを定めるものとして認知され、その意味で契約正義に資することを強調し、これと極端に異なった内容をもつ各個別の契約は、その限りにおいて原則として正義に適さぬものとする立場に立てば、典型契約・冒頭規定の強行法性はより鮮明なものとなり得る。

しかし、典型契約は、常に私的自治・契約自由の原則の下におかれている。したがって、典型契約規定は、当該契約類型について合理的な内容を定型的に定めたものであり、それを積極的に適用していく方向が支持されるべきであるとしても、それはあくまで私的自治・契約自由の範囲においてであり、そこでは当然に当事者意思が尊重される。積極説が、自由な離脱を制限する任意規定（半強行法化）の存在を認める場合であっても、その任意法規としての性質を完全に否定するものだとは思われない⁽⁸⁶⁾。また、典型契約の冒頭規定は、当該契約につき本質的部分（要素）が何であるかを定めてはいるが、それを有しない契約は法律上効力のないものとして扱うという趣旨ではないはずである。

このように考えると、典型契約・冒頭規定は、当事者の意思によっても排除されないとか、規定に反する行為は効力が生じないといった、これまで通用されてきた強行法規の認定規準に馴染むものではない。しかし、典型契約はある一定の私法関係の基本的枠組みを構成していることも確かである。そうすると、典型契約に関する規律は、強行法規であるとは断言できないものの、私法秩序を支えるガイドライン（任意法規のガイドライン化）として捉えることができるであろう。混合・非典型契約に属する各個別の契約に対して、典型契約規定を柔軟に解する（強行法規性

⁽⁸⁶⁾ 大村・前掲注(14)355頁参照。

には固執されない）ことにより、その延長戦上において位置づけることができる。そして、不合理な約束・合意の効力をこのような典型契約規範に依拠して否定するに際しては、その強行法性に直接の根拠を求めるのではなく、信義則違反あるいは公序良俗違反により規制されるべきである⁽⁸⁷⁾。

2 混合契約概念の有用性

既にみたように、混合契約論においては、この概念の捉え方やその類型に関して一一致した理解には至っていない。しかし、概して、混合契約の性質決定および内容（効果）の認定規準としては、典型契約に依拠する傾向にある。また、混合契約の定立に消極的な立場からは、混合契約を非典型契約へ組み入れて処理する傾向も顕著となる。

そして、典型契約制度を消極視する見解（かつての通説的見解）にあっては、典型・非典型・混合契約の概念自体に意義を見出し難い。これに対し、典型契約制度を積極的に評価する立場（今日の有力説）からは、これらの分類は維持されるが、典型契約に依拠した処理が予定される。しかし、契約の実質的目的に即してその内容（効果）を確定すべきことを重視すると、このような類型的思考の意義は薄れる。

そこで、混合契約の処遇としては、一応、非典型契約の中に取り込むか、あるいは、あくまで非典型契約とは別個に定立する方向が考えられる。前者に立つ場合には、典型契約との関係において非典型契約をどう位置づけるのかという問題に集約される。また、後者に立つと、典型・非典型との間で混合契約を定立すべき意義が問われることになる。

新種の非典型契約を含め、典型契約に必ずしも合致しない契約に対して、かつては典型契約にはめ込むべきではないとか、法的性質論自体不要だとする見解が有力であった。しかし、それだけでは何等解決にはならないであろう。同様に、どの典型契約にも属さず、契約の趣旨等を総合判断してその内容を決めるべきだといってみても、また、安易に混合契約だとみても曖昧さを残し、やはり契約の法的性質を検討してみる必要がある⁽⁸⁸⁾。それは、債務者が債務内容として何を合意したのか

(87) 河上教授は、私法上の効力を否定する場面では、単に「任意法の半強行法化」を語るのみでは不十分であり、契約当事者間における「相手方の利益顧慮義務」を前提としつつ、「信義則違反」あるいは「公序良俗違反」を媒介項とすべきであるとする（河上・前掲注〔13〕法学セミナー 787号 106頁）。

(88) 河上・前掲注(18)「契約の法的性質決定と典型契約」289-290頁、椿寿夫「契約法学の

を当事者意思に即して判断するという作業である。その上で、当事者の経済目的、取引慣行なども考慮して妥当な法律効果を定めることになるが、そこでは当該契約の性質の許す限り典型契約に関する規定を参照せざるを得ない。

例えば、混合契約の典型とされてきた「賄い付き下宿」は、売買・賃貸借・雇用の要素が結合した契約とみた上で、解除については、その継続的な債権関係性に注目すると、売買の規定によらず、賃貸借の解約申入れの規定に従うべきとの判断がなされることになろう⁽⁸⁹⁾。ホテル・旅館の宿泊契約は、賃貸借に売買・雇用などが結合した契約だとされるが、賃貸借に関する規定がどこまで適用可能かが別に考慮されることになる⁽⁹⁰⁾。また、製作物供給契約も売買と請負の混合契約とされるが、かつては(改正前民法においては)瑕疵責任についてはいずれの規定によるかが問題とされ、混合贈与に関しては、当事者が給付を有償と無償の二重的性質を有するものとみる場合に贈与と売買の混合契約性が判断される。このように、混合契約とされるものも、基本的には典型契約の規律に服することになる。ただし、単にある契約定型の規定が一律に適用されるとか、双方の規定が部分的に共用されるということになるのではなく、複数の構成分子が結合・融合された一つの契約として捉えた上で、問題ごとにいずれの規定を適用するのが適当かが契約関係の特性に照らして判断されることになろう。

このように考えると、混合契約は、典型・非典型契約間の子間に位置するとか、非典型契約へ集約されるというような類型的処理に馴染むものではない。契約は、その構成要素が、あくまで典型契約の要素を併存し、それと連続性を有している場合には「混合契約」性が認められるであろうし、それが変容し、典型契約的要素(連続性)が欠落する場合には「非典型契約」性が認定されることになろう。したがって、混合契約は、典型・非典型契約に対する類別概念ではなく、典型・非典型契約を限界づける処理概念として捉えられるべきである。つまり、混合契約は、典型契約類型におけるトップ・ダウン思考の限界づけを探るという、問題処理の仕方(判断枠組み)としての意義を有するものとする。

以上から、私見によると、混合契約は、典型契約から非典型契約に至る思考プロ

今日的課題」法律時報 59 卷 3 号(1987)3 頁参照。

(89) 柚木=高木・前掲注(30)4-5 頁(柚木=高木執筆) 参照。

(90) 須永醇「ホテル・旅館宿泊契約」契約法大系刊行委員会編『契約法大系VI』(有斐閣、1963) 206-207 頁参照。

セスの中で、典型契約性を限界づける概念として評価できる⁽⁹¹⁾。

3 典型契約と混合・非典型契約との関係

以上の検討からは、典型契約・混合契約・非典型契約という契約類型概念は、相互に流動性・連続性を有する「段階的存在」として理解されるべきである。典型契約制度の積極的意義を強調する立場からは、契約は一定のカテゴリーにある類型的存在として捉えられる。しかし、契約の捉え方としては、いわば「類型的思考」から「段階的思考」への転換（回帰）が図られるべきであると考えられる。

各個別の契約の法的性質・内容を確定する規準はあくまで当事者意思（合意）である。そして、その契約解釈に際しては類似の典型契約に関する法が参照され、契約の適法性・衡平性といった契約正義が保障される。しかし、そこで典型契約規定は厳格に適用（類型強制）される必要はなく、契約の性質決定や法律効果の根拠として諸類型間での結合・融合は可能であり、さらに当事者が意図した契約目的や利益状況、取引慣行などにより補充される。契約法規範は、私的自治・契約自由の原則の下で、当事者間で設定された規範（契約債権債務関係）を尊重することが出発点とされるべきである⁽⁹²⁾。

このような理解（段階的思考）は、契約法をめぐる近時の潮流である契約自由の強調や改正民法における合意重視の志向（合意原則）にも相応するといえる。また、上述したような「基本類型保持」型の契約法体系の下で進められた規律の統一化・契約の平準化にも整合するものである。なお、以上のような理解は、前述したドイツ法からの帰結にも一致することになる。

(91) なお、混合契約論は、いわゆる複合契約取引（多角的取引）関係の構造把握へ向けた理論的素材を提供するものとも思われる。

(92) 各個別の契約の性質・内容を確定する際には、当事者間の給付義務（主たる給付義務・従たる給付義務）の解明が出发点とされている（*Oechsler*, a. a. O. [Fn. 53], S. 890f., 905.; *Gehrlein*, a. a. O. [Fn. 55], Rn. 21. zu § 311.; *Emmerich*, a. a. O. [Fn. 55], Rn. 32. zu § 311.; *Fikentscher / Heinemann*, a. a. O. [Fn. 70], S. 389f.）。ここでは、契約義務論（債務構造論）の成果が有用となろう（拙著『契約責任の構造と射程—完全性利益侵害の帰責構造を中心に—』〔勁草書房、2010〕13頁以下参照）。

V 結びに代えて—典型契約制度の再構築へ向けた展開可能性—

私見は、典型契約を柔軟性・連続性を有するものとして捉えた上で、典型・混合・非典型契約を段階的存在（概念）として理解する。本稿は、典型契約制度の再構築を直接の考察対象とするものではないが、最後に、本稿の検討から、再構築へ向けたいくつかの留意点について考えておきたい。

今回の民法改正においては、新たな典型契約の創設はなかったが、今後いくつかの方向が考えられる。第1に、新類型の創設は今後も検討されるであろう。その際に、いわゆる「現実類型」（取引社会において重要性和定型性を有する契約類型。ドイツ法での「取引典型契約」）の展開が重要となる。第2に、既存の典型契約類型の再構成（再分類）も考えられる。その場合の類別の仕方としては、当事者の属性、客体（目的物）、契約期間、給付形態に拠るなど種々考えられる。今回の改正においても議論されたような「継続的契約」、「役務提供契約」の共通規定の創設も再提案されることも予想され、また、規定の位置（債権総則、契約総則など）に関しても論点となり得る。第3に、今回の改正規定にもみられるような（契約の方式・効果の統一化など）諸契約間での整序も今後さらに検討されることになろう。第4に、各典型契約内部での規律の再構築も予想され、例えば、契約内部でのサブ（下位）類型（委任の内部での仲介・媒介という類型など）の創設も考えられる⁽⁹³⁾。

さらに、以上のような諸論点は、典型契約法体系の構造にも関わる。わが国現行法の基本類型保持型（原型尊重型）の体系においては、各契約内部または諸契約間での整序を要し、上記のような留意点が浮上する。他方で、ドイツ法のような追加補充型の契約法体系にあっては、これらの留意点に必ずしも固執する必要はなくなる。いずれの方向を志向するにしても、それは今後の民法学に残された課題である。

（明治大学法学部教授）

〔付記〕 なお、本研究はJSPS 科研費JP19K01404の助成を受けた成果である。

(93) 中田・前掲注(51)300-301頁参照。なお、森田（修）教授は、典型契約（有名契約）およびいわゆる現実類型（類型的契約）を含めた契約（「法定類型」と称する）の法性決定（「契約カテゴリー」としての性質決定）に着目し、その議論（類型的契約規範論）の展開を検討する（森田・前掲注〔41〕『契約の法性決定』特に515頁以下参照）。