

契約法理論の再構成を目指して(1) (久須本)

契約法理論の再構成を目指して(一)

——約束理論および信託理論に対する考察を中心に——

久須本 かつお

一 問題の所在

- 1 「契約の自由」の変容
- 2 契約法理論をめぐる我が国の研究動向
- 3 契約法理論をめぐるアメリカ法学の状況
- 4 本稿の構成

二 古典的契約理論の構造とその限界

- 1 古典的契約理論の構造
- 2 古典的契約理論の限界

三 新しい契約法理論構築の試み——約束としての契約理論——

- 1 契約の拘束力の根拠
- 2 約因理論と約束的禁反言 (以上本号)

- 3 契約不履行に対する救済
 - 4 錯誤・挫折・後発的不能
 - 5 不実表示と情報開示義務
 - 6 強迫
 - 7 非良心的契約
 - 8 債権法の構造
- 四 新しい契約法理論構築の試み（信頼理論）
- 1 アティアの歴史観
 - 2 アティアの問題意識（古典的契約理論の限界）
 - 3 契約の拘束力の根拠
 - 4 約因理論と約束的禁反言
 - 5 契約不履行に対する救済
 - 6 契約紛争の解決
 - 7 債権法の構造
- 五 契約法理論の再構成
- 1 両説に対する評価ならびに両説から得られる日本法への示唆
 - 2 新しい契約法理論の基本的枠組み
 - 3 今後の課題

一 問題の所在

1 「契約の自由」の変容

今日の契約法理論は、社会・経済の変化に伴って若干の修正・変更が加えられてきたものの、基本的には一八世紀から一九世紀にかけて形成・発展した古典的契約理論の構造を継承するものであるといわれている。⁽¹⁾ この古典的契約理論は、当時、最盛期を迎えていた自然法思想やレッセフェール哲学の契約法への強い影響の中から生まれた、「契約の自由(Freedom of Contract)」という観念をその根本理念とするものであるが、この理念の意味するところは、「契約とは自由な意思に基づく両当事者の合意である」こと、また、「契約の締結は両当事者の自由な選択の結果であること」である。ここでは、契約当事者として、自己の利益に関して合理的判断能力を持つ人間像が前提とされており、契約締結時における意思形成の自由ならびに選択の自由さえ確保されていれば、その結果として生じる契約は常に最も合理的かつ正当な契約として尊重されるべきであると考えられている。したがって、仮に当事者の一方が、判断ミスによって、履行の結果、自らが過酷な状況に陥るような契約を締結してしまった場合でも、当事者はその契約をあくまで履行しなければならず、また裁判所に許されるのも、履行の強制にとどまり、過酷な状況にある当事者の救済は慎むべきであるとされる。ここから、当事者間の特約に常に劣後する契約法の任意法規的性格と、裁判所による契約関係への事後的・外在的な介入に対する抑制的な態度が導き出される。また、紛争解決のよりどころが契約締結時における当事者の意思およびその解釈に求められるため、意思という要素が契約の内容や効果を決

定する上で最も重要な役割を果たすことになる。この意味において、古典的契約理論は、まさに意思を核として体系化された契約法理論、すなわち意思理論(Will Theory)であるといえるのである。

では、今日において、「自由な意思による両当事者の合意」や「両当事者の自由な選択」に基づく契約が、現実にとれだけ存在しているといえるであろうか。一方では、標準書式契約や約款の急速な普及による契約締結方法の変化によって、純粋な意味で「両当事者の合意」に基づく契約といえるものは少数となった。確かに、こうした契約も、書面上は当事者相互の合意に基づく契約であることが明示されてはいるものの、そこで提示されている契約条件は、受け入れる側に交渉の機会や自由を許さない、一方的に押し付けられたものであることが通常である。また一方で、選択の自由も様々な形で制約され、自分にとって利益とならないことが分かっているながら、他に選択肢がないために契約を締結せざるを得ない状況が増加している。社会的経済的圧力による契約締結の強制、産業組織や商業組織の巨大化と独占・寡占市場の増加に伴う契約の相手方を選択する自由の喪失、さらには、会社の急増に伴う契約形態の変化(個人間の契約から会社間あるいは会社と個人間の契約へ)、契約当事者間における取引交渉力の非対等性による契約内容を決定する自由の喪失、などがこれである。また、たとえ自由な意思に基づき、自由な選択の結果として契約を締結したとしても、現代における社会関係の複雑化は時に当事者の予想を遙かに越える出来事を生じさせるものである。この意味で、もはや当事者が契約締結時に将来生じ得る全ての可能性を考慮に入れて契約を締結することは不可能であり、それゆえ契約締結時の当事者の意思を探求しても紛争解決が図れないような事態がたびたび発生することとなる。したがって、現代では、純粋な意味での「自由な意思による両当事者の合意」や「両当事者の自由な選択」に基づく契約の存在を、現実に見いだすことは非常に困難であるといえよう。

むしろ、現代における「契約の自由」は、契約の形式を通じて弱者から搾取を行う社会的経済的強者によって、彼

らがその名の下に裁判所から身を守る手段として濫用されるという結果を生ぜしめている。悪徳業者と消費者との間で行われる売買契約がその最たる例であろう。近年、急速に整備が進められている消費者関連立法は、「契約の自由」理念に縛られているために契約関係に介入できないでいる契約法に代わって、一定の領域について経済的弱者たる消費者を救済することを目的とするものである。しかし、こうした特別法を通じた立法的解決は、規制対象が狭い、立法化に時間がかかるなど、常に一定の限界がつきまとう。今や、契約法自体が、一八世紀的な理念に縛られることなく、現代社会の生んだ新しい問題にも柔軟に対処できるよう根本的に変革すべきである。それは、契約関係への介入を阻止し続けている「契約の自由」理念自体を見直すこと、さらにはそれを反映した理論として古典的契約理論を修正することを意味する。場合によっては、意思を中核とする古典的契約理論とは全く体系を異にする、新しい契約法理論を構成し直す必要が生じるかもしれない。いずれにしても、今日の新しい法現象を包括的に処理できるような契約法理論の再構成が急務となっていることは確かである。

(1) P. ATIYAH, AN INTRODUCTION OF THE LAW OF CONTRACT 2-19 (1961).

2 契約法理論をめぐる我が国の研究動向

このような問題状況を反映して、近年、我が国においても、様々な角度から契約法理論の再構成が試みられている。契約法の再構成という問題の萌芽は、すでに戦前において、契約締結上の過失や積極的債権侵害論を巡って活発な議論が展開されたドイツにおける契約責任論の研究・紹介にみられたものである。⁽²⁾それが、戦後になって、か

ねてから論じられていた種類債務にも瑕疵担保規定が適用されるかという問題から発展して、瑕疵担保責任が契約責任とどのような関係にあるのかという問題⁽³⁾、あるいは、自衛隊員の国に対する安全配慮義務の最高裁判所判決⁽⁴⁾ともない、この義務が契約責任の中でいかに位置付けられるのかという問題⁽⁵⁾、さらには、不動産売買や融資について、契約準備過程において契約が締結されることを信頼するに至った段階では契約責任類似の責任を生じるかという問題などといった様々な形を通じて、⁽⁶⁾契約責任の本質を問い直すような議論が数多く展開されるようになっていく。また、一方で、約款による取引の普及により、約款の拘束力をいかに説明するかという問題を中心に、約款を契約法理論との関係でどう理解し評価するのにかについても議論がなされている。⁽⁷⁾これらの問題に関して個別的にはかなり深められた研究が行われているが、相互の体系的関連性や契約法の全体構造に関する研究はほとんど存在しないのが実情である。⁽⁸⁾これは、契約法の構造変化、新しい契約法理論の提示を行うためには、その基礎理論、とりわけ契約の拘束力の根拠に関する研究が不可欠となるにもかかわらず、こうした研究に対する実定法学者の関心は希薄で、かつこれについて研究を行っている法哲学者との交流も十分ではないことに、一つの原因があるように思われる。

- (2) 「契約締結上の過失」についてはかなりの研究がある。主要なものとして、北川善太郎「契約責任の研究（昭和五八年）一九四頁以下、同「契約締結上の過失」契約法体系1（昭和三七年）二二一頁以下、片山金章「契約締結上の過失について」綜合法学二巻六号（昭和五八年）一頁以下、本田純一「契約締結上の過失」理論について「現代契約法体系（1）（昭和五八年）一九三頁以下、円谷峻「契約締結上の過失」の法理は必要か、必要とすれば何故か」民法（5）（昭和五一年）二二頁以下、森泉章「契約締結上の過失」に關する一考察」民事研修二八五号（昭和五五年）八頁以下・同二八七号（昭和五五年）九頁以下・同二九〇号（昭和五六年）二頁以下、

- 田沼証「契約締結上の過失における債務関係の基礎づけについて」比較法雑誌二〇巻二号(昭和六一年)四七頁以下、などがある。
- (3) 学説の分析については、森田宏樹「瑕疵担保責任に関する基礎的考察」法協一〇七巻二号(平成二年)一頁以下、が詳しい。
- (4) 最高裁昭和五〇年二月二十五日判決民集一九九巻二四三頁。
- (5) 安全配慮義務に関する研究としては、奥田昌道「契約法と不法行為法の接点——契約責任と不法行為責任の関係および両義務の性質論を中心に」於保不二「男先生還暦記念論文集(昭和四九年)二〇七頁以下、平野裕之「契約責任の本質と限界——契約責任の拡大に対する批判的考察(序説)」明治大学法律論集五八巻四二五号(昭和六一年)五七五頁以下、など多数存在する。
- (6) 分譲マンションの購入の前提として売主が電気容量変更工事をしたにもかかわらず、購入を拒否した買主の責任が問題となった東京地裁昭和五六年二月一日判決(判タ四七〇号一四五頁)や、割引の交渉中に、銀行の方で不渡り処分の手続をせずそのため不渡りとなり、手形割引による融資を無意味ならしめた銀行の責任が問題となった大阪地裁平成二年一〇月一二日判決(判時一三七六号九一頁)がある。
- (7) 我が国の約因法研究の現状については、河上正二「約款(付合契約)論——我が国の約款法学の展開」民法講座5巻(昭和六〇年)一頁以下参照。
- (8) 内田貴教授は、後述するマクニールの関係的契約理論とケネデーの共同体理論に着想を得た新しい契約法理論を、具体的な形で展開されている。内田貴「契約の再生」(平成二年)、同「現代契約法の思想的基礎」私法五四号(平成四年)一六頁以下、同「契約プロセスと法」岩波講座・社会科学の方法第六巻・社会変動のなかの法(平成五年)一一九頁以下。

3 契約法理論をめぐるアメリカ法学の状況

一方、アメリカに目を転じると、一九七〇年代以降、「契約法学のルネサンス」と呼ばれる現象が見られ、契約の

基礎理論に関して今なお活発な議論が展開され続けていることに気付く。この現象は、一九七四年に出版されたギルモアによる「契約の死」という書物の中での、「契約法原理は徐々に不法行為法原理に吸収されつつある」という主張を直接的な引きがねとして始まったものである。⁽⁹⁾

ここで、アメリカで見られる議論状況を、便宜上、次の五つの立場に分類して簡単に説明しておこう。第一は、フリードの「約束としての契約」理論である。⁽¹⁰⁾ この見解は、契約の拘束力の根拠を、約束のもつ道徳的拘束力に求める点に特徴がある。第二は、法と経済学派であり、ポズナーやクロンマンがその代表である。⁽¹¹⁾ この見解は、契約法を社会の経済的効率性を促進する道具であるとみなす点に特徴がある。第一の見解は、それが、当事者の意思、さらにはその発現形態である約束を最も重視し、そこに責任の根拠を求めるといふ理由で、第二の見解は、その基本的理念である「契約の自由」が最も高い経済的効率性を実現するという理由で、ともに古典的契約理論が今日もなお正当であることを主張する。第三は、「契約の死」を主張する学派であり、上述のギルモアや信頼理論を唱えるアティアに代表される見解である。⁽¹²⁾ この見解は、契約法の根本原理を不法行為法のそれと共通なものと考え、両者を一元的に把握する点で、古典的契約理論とは根本的に異なる契約法理論を提示している。第四は、批判法学派であり、ケネディーがその代表である。⁽¹³⁾ この見解は、契約法とは、何かを決定するものではなく、社会の現状を維持する結論を事後的に正当化する機能を果たすに過ぎないと考えるものであるが、こうした考慮をふまえて古典的契約理論に代わる新たな理論を積極的に提示するものではない。第五は、マクニールの関係的契約理論である。⁽¹⁴⁾ この見解は、契約を単発的契約と関係的契約の二種類に分けて考え、古典的契約理論は前者を規律するためのルールではないことから、後者を規律する契約法理論が新たに必要であると主張する。第三から第五の見解は、従来の契約法理論はもはや社会的現実に適格的ではないという認識が前提とされ、これに代わる新しい契約法理論の必要性が強調さ

れている点で共通する。

こうした議論状況の中に、我が国において契約法理論を再構成する上での数々のヒントが隠されているように思われる。確かに、我が国の契約法は大陸法を継受したもので、アメリカとは法系を異にするため、アメリカにおける実定法上の議論が我が国にとって直接的には参考とならないものも少なくない。もちろん、議論の前提となっている問題状況も、この法系の違いゆえに若干異なっている。すなわち、一九世紀頃に大陸法から導入された意思理論は、完全な形で英米法のなかに取り込まれたわけではなく、事実、意思理論が貫徹されている大陸法系の契約法理論では、意思と意思が合致すれば直ちに契約が成立すると考えられているのに対して、英米契約法においては、意思理論の導入にもかかわらず、いまだに判例を通して形成されてきた伝統的な約因原理が意思のみによる契約の成立を阻む形で存在し続けている。つまり、英米契約法の中には、判例を通して培われてきた約因原理を中核とする固有の法体系と、近代になって導入された大陸法的な意思の体系とが奇妙な形で混在しており、これが約因に支持されない限り契約の拘束力を認めない判例実務と、当事者の意思に契約の拘束力の根拠を求める古典的契約理論との間に矛盾を生ぜしめているのである。したがって、契約法をめぐるアメリカで展開されている論争の焦点は、もっぱら伝統的に培われてきた判例準則と近代的な意思理論との矛盾をいかに解消するかにおかれており、意思理論を所与の前提として、それをいかに修正すべきかが議論されている大陸法系の国々(日本も含む)とは法状況が異なっているといえる。しかしながら、契約の拘束力の根拠をどこに求めるかという問いは、契約法理論の最も根源的な問題として法系に関わらず共有しうるし、逆に、異なる法系であるがゆえに、そこで形成された契約法理論は、意思理論を所与の前提とする我が国では見いだし得ない、全く新しい視点を提供する可能性を秘めているとも考えられる。

そこで、本稿では、上述したアメリカの見解のうち、特に、古典的契約理論を擁護する見解の中からフリードの「約束としての契約」理論を、また古典的契約理論を否定し新たな契約法理論を提示しようとする見解の中からアティアの信賴理論をそれぞれ取り上げ、その内容および両者間で戦わされた論争を紹介するとともに、各理論の具体的な妥当性を検討していくことにしたい。この二つの理論を研究対象として選択した理由は、次のとおりである。第一に、数ある理論の中で今のところ規範的な契約法理論の体系的提示に成功しているのはこの二つの見解に留まっていること。第二に、両者の見解は古典的契約理論の修正と新たな契約法理論の提示という全く逆の方法をとって契約法理論の再構成を試みており、比較検討するのに適していること。フリードの見解は、契約法における意思という要素の重要性に立ち戻り、古典的契約理論の意義を再確認した上で、なお古典的契約理論をより妥当なものにすべく修正を試みるものであるが、その成否如何は、我が国の契約法理論の先行きを占う上で非常に興味深い。一方、アティアの見解は、古典的契約理論を否定し、むしろ判例の中で個別に発展してきた多数の法原理の混乱を体系的に整序することによって、そこから信賴責任を中核とする契約法理論を提示しようとするものであるが、こうした問題意識やその発想は我が国に有益な視点を与えてくれるであろう。さらに付け加えるなら、両説の間では、直接相手を名指しする形で批判が応酬されており、こうした論争の中でその対立点が浮き彫りにされていることも、比較の対象として適していると考えられる理由の一つとしてあげられる。

なお、アメリカでの論争に参加しているとはいえ、アティアはイギリス法学者であり、彼の理論がイギリス法に依拠している場合が少なからずあること、それゆえ、アメリカとイギリスとの間で理論や実務に相違がみられる場面では、フリードとアティアの論争がうまく噛み合わないことになる点に、若干の注意を要する。しかしながら、英米両国の理論的相違はその比較を全く不可能なものにしてしまうほど大きなものではないことから、適宜その相

違にコメントを加えることで十分に対処可能であると考える。

- (9) G. GILMORE, THE DEATH OF CONTRACT (1974). *But see* Farnsworth, *Contract is not Dead*, 77 CORNELL L. REV. 1034 (1992).
- (10) C. FRIED, CONTRACT AS PROMISE (1981).
- (11) R. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 2nd ed. 1977). Kroman, *Contract Law and Distributive Justice*, 89 YALE L.J. 472 (1980). *A New Champion for the Will Theory*, 91 YALE L.J. 404 (1981).
- (12) PATTIYAH, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT (1979); ESSAYS ON CONTRACT (1986).
- (13) D. Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARV. L. REV. 1685 (1976).
- (14) I. MACNEIL, THE NEW SOCIAL CONTRACT (1980).

4 本稿の構成

以上を踏まえて、本稿では次のように研究を進めることとする。まず、次章二では、新しい契約法理論の検討を始める前提として、古典的契約理論の概念構造とそれが持つ問題を明らかにしておく。続く三・四では、フリードの約束としての契約理論ならびにアティアの信頼理論が、それぞれ古典的契約理論の問題点を如何に克服するかを各論点ごとに紹介し、かつその妥当性を検討する。そして、結章である五では、まず、前章までの検討により示された各見解の意義と問題点を改めて整理した上で、各見解に対する総合的評価と、各見解から得られる我が国への示唆を明らかにする。これを踏まえて、我が国における契約法理論再構成にあたってとるべき基本的なスタンス

と、そこから導き出される新しい契約法理論像を、具体的な解釈論にも若干言及しつつ、私見として提示する。最後に、本稿では検討が適わなかった問題を今後の課題として明らかにしたいと考えている。

なお、次章以下に出てくるアメリカ契約法の各概念は、我が国の概念に必ずしも対応しないものが少なくない。例えば「約因」がそれにあたる。すなわち、各法制度はそれぞれ、全ての合意の中で強行し得る合意の範囲を限定する仕組を持っているが、約因(consideration)もそのような仕組の一つであり、合意は、それが契約をなす有効な意思をもってなされたものであっても、約因により支持されるのでなければ拘束力を持たないと解されている。これは英米法特有の概念であるが、同じ約因という仕組を採用しているイギリスとアメリカの間でも定義上の相違が存在し、これが約因概念の理解を一層困難なものにしている。¹⁵⁾ 本稿では、こうした英米法系の契約法概念の内容および大陸法系の契約法概念との相違点について、各概念が問題となる箇所、必要に応じて解説を加えることとした。¹⁶⁾

(15) イギリスでは、約因とは、約束と引き換えに、約束者が得るところの何らかの利益(benefit)または受約者が負う何らかの不利(detriment)であると定義されている。この「不利益」とは、以前には義務ではなかったことをすること、およびするとの約束、または、何かをする法的権利をもっているのにこれをしてしないこと、およびしないとの約束を意味する。双務契約の場合には、自己の与える約束が相手方から受ける約束の約因となり、片務契約の場合には、約束者によって特定された行為の履行が約束者の与える約束の約因となる。無償の約束(gratuitous promise)は約因により支持されないから当然には拘束力を持たない。こうした約因の基本的定義のほかに、何が有効な約因であり得るかについて発達してきた準則には次のものがある。第一に、過去の約因(past consideration)は有効な約因ではない。第二に、約因は受約者によって与えられなければならない。第三に、有効な約因となり得る利益または不利益は、法的に何らかの価値を有するものでなければならない。ただし、それは経済的価値であ

る必要はなく、また与えられる約束と釣り合うものである必要もない。「法は約因の相当性(adequacy of consideration)の吟味には立ち入らない」ものであり、ある約束をどれだけの約因を対価として行うかは当事者が全く自由に決定できる事柄であるとされている。第四に、原則として受約者の既存債務の履行あるいは履行の約束はこれらの債務変更約束の有効な約因とはならないが、例外的に既存の債務軽減約束は約束的禁反言の法理(doctrine of promissory estoppel)により約因なくして拘束力を持ち得る。一方、アメリカにおいて、約因を約束と交換される約束者の利益または受約者の不利益と捉える約因観は変容を遂げ得る。ここでは、利益・不利益という約因と交換的に与えられるものの実質よりも、約因と称されるものが約束と交換されるに至るプロセスに重点がおかれるようになった。つまり、約束と、約因と称されるものとの交換が取引(Bargain)の所産であれば有効な約因であり、そうでなければ有効な約因ではあり得ないという考え方、いわゆるバーゲン理論(Bargain Theory)がアメリカ法の通説となり、第二次リステイトメントにおいて採用された(RESTATEMENT, CONTRACTS, 2nd §71)。ある行為あるいは行為の約束が約因となり得るかどうかは、それが法的に価値のある利益または不利益であるかどうかにより決まるのではなく、当事者双方が約因と称されるものを約束の交換物として求め、かつかかるものとして与えたかどうか——約因と約束とが互いに他方の誘引(inducement)となっていたかどうか——によって決まる。したがって、実質的な利益・不利益であっても取引の対象ではなかったものは約因ではないことになる反面、客観的にみてどんなに無価値なものでも当事者が取引の対象としたものであれば有効な約因となる。なお、約因観の変容にもかかわらず、そこからアメリカにおいて発達した準則はイギリスと概ね相違ないが、約因は受約者によって与えられなければならないという準則をとらない点でイギリスとは異なっている。以上にみられるような約因の定義や各準則は一般に約因理論と総称されている。

- (16) 本稿における英米法概念の解説は、主として、望月礼二郎『現代法律学全集55』英米法〔改定第2版〕(平成四年)によるものである。その他、英米契約法理論の総合的な研究である、木下毅『英米契約法の理論』(昭和五二年)、樋口範雄『アメリカ法ベリシックス』アメリカ契約法〔平成六年〕などを参照した。

二 古典的契約理論の構造とその限界

新しい契約法理論の検討を始める前提として、これまでの契約法理論の構造とその限界を明らかにしておく必要がある。理念的レベルでの限界、すなわち古典的契約理論が「契約の自由」の観念を理念的基礎としていること、そして今日その理念のもつ意味内容が大きく変容していることは、既に前章で指摘した。そこで、本章では、理論的レベルでの限界、すなわち、古典的契約理論がいかなる理論構造を持ち、それが今日の社会・経済状況との関係でいかなる問題点を内包しているかを検討する。

1 古典的契約理論の構造

古典的契約理論の中核をなす意思理論とは、一八世紀から一九世紀にかけて発展した自由市場経済の存在と、これを前提とする古典派経済学やベンタム急進主義および自由主義的政治思想を背景として生まれた理論である。そもそも、「契約の本質は合意にあり、当事者の意思が法的義務を生じさせる」という意思理論の考え方と、これを核とする一般的な契約法理論の確立の試みは、大陸法系の国々から発生したものであって、英米法系の古典的契約理論は、こうした大陸法系の意思理論が導入され、それが独自の発展をみたものである。すなわち、意思理論を初めて提唱したフランスにおけるポティエの「債権法」、その強い影響の下で生み出されたドイツにおけるサヴィニーの「債権法」が、それぞれ翻訳という形でイギリスに導入されることによって、意思理論は一九世紀半ばにはイギリス

法に定着し、その後しばらくしてアメリカに渡ったといわれている⁽¹⁾。英米法では、契約を構成する約束がそれぞれ何らかの約因に支持されるのでなければ拘束力を持たないとされている関係上、契約を意思と意思の合致、すなわち合意の産物として単一的に捉える大陸法とは異なり、契約の拘束力を一つ一つの約束の拘束力の問題に分解して考える点に特徴がある。厳密に考えれば、合意と約束とは確かに異質の概念であるが、「合意」の中には常に「約束」が含まれているし、「約束」は通常「合意」の形をとるから、「契約を『合意』の概念を用いて定義するか、「約束」概念によるかは實際上ほとんど差異を生じない」といえよう。⁽²⁾

意思理論、すなわち「契約の全ての結果を当事者の意思に帰せしめる」という考え方の正当性は、次のように説明される。自由競争市場で取引をしようとする者は、相互に対等な立場で、自分にとつて最も利益になると判断した契約を選択するはずであり、選択の結果として締結された契約に不公正なものはない。したがって、裁判所がこうした不公正を除去すべく介入し、当事者の締結した契約の拘束力を事後的に否定または制限する必要性は存在しない。これは、契約当事者が、自らの意思に基づく選択の結果に対して厳格な責任を負わなければならないこと、すなわち一旦契約をした以上はそれを履行すべく法的に義務づけられることを意味する。こうした世界では、契約法という形で当事者が従うべきルールを定めておきさえすれば、原則的に契約関係の成立から終了までの一連の過程を契約当事者の自治に委ねたとしても、そこでは自ずから公正な取引が形成されるはずであって、裁判所の介入による公正の担保は必要ではない。むしろ、裁判所は、この私的自治の円滑な機能を実現するため必要とされる範囲に限って契約関係に介入するという補助的な機能を果たすに過ぎない。具体的には、契約締結時における当事者の意思を発見し、それを実現すべく契約の履行を強制することが最も重要な役割とされる。同様に、契約法も、当事者の自発的な判断を可能にする客観的で中立的な一連のルールを定め、もって私的自治を促進するという補助

的機能を果たすに過ぎないので、当事者の意思により別異の取り決めがなされた場合には、それが契約法の規定に優先して尊重されるべきことになる。

ここで、古典的契約理論の三つの特徴が明らかになる。第一の、最も重要な特徴は、契約の法的拘束力の根拠を当事者の「意思」に求める点である。契約法において最も重要なものは、契約締結時において、当事者が契約によって実現しようとする意思がいかなるものであったのかを探求することであって、契約締結後になされた当事者の行為は、契約の効果に影響を与えないものとみなされる。この点で、契約法は、責任の根拠を当事者の「行為」に求める不法行為法や不当利得法とは全く性質を異にするものとして捉えられる。第二の特徴は、契約法や裁判所の機能が非常に消極的に捉えられている点である。既に述べたように、契約法は、所詮、契約に関する一応のルールを定めた任意規定に過ぎず、当事者間に特約が結ばれば、もはやそれに干渉することができない。また、それを用いる裁判所の機能としては、一般に、市民が社会的に望ましい行動基準に従うよう奨励する抑止的勧告的機能と、平和的かつ公正な手段で紛争を解決する紛争解決的機能の二つが考えられるが、古典的契約理論では前者こそが裁判所の果たす主たる機能であることが想定されている。すなわち、裁判所は、債務の自発的な履行・約束の遵守・誠実な取引の奨励といった抑止的・勧告的の念頭におきつつ、契約の強制を行うものとされる。第三の特徴は、取引の場である市場が自由でかつ完全競争的であることが前提とされている点である。市場が個人の力ではどうにもならないような障害を一切抱えていないと考えればこそ、そこで合理的判断能力を持った個人が行う取引の結果は常に公正であると言うことができ、契約を巡る一連の過程を当事者の私的自治に完全に委ねることが可能となるのである。

さらに、古典的契約理論は、未履行契約(executory contract)を契約モデルとして選択し、このモデルにふさわし

い法原理を契約法の一般原理として体系化・普遍化することによって、契約の拘束力の根拠を約束、すなわち当事者の意思に求めるという意思理論の説得力を高めることに成功している。未履行契約をモデルとするのは、この場合に契約の法的拘束力の根拠を純粹に約束にのみ求めることができるからである。すなわち、古典的契約理論では、契約は、双方の当事者が、申込と承諾という形で、将来何らかの行為を行うという約束を相互に交換し合うことによつて成立するものとされるが、約束を交換した時点で直ちに(なんらの行為も行われないうちに)契約の法的拘束力が生じるとすれば、法的拘束力の根拠は、約束、もとを辿れば当事者の意思にあると考えざるを得ないからである。契約が一旦成立すれば、当事者には契約の趣旨に従った履行が法的に義務付けられ、その履行を怠った場合には、契約の履行に対して相手方が有する期待の金銭的価値、すなわち契約が履行されたならば得られたであろう利益(期待利益)について損害賠償を支払う義務が生じる。ここに、古典的契約理論の第四、第五の特徴がある。第四の特徴は、未履行契約という単一の契約モデルを想定し、そこで適用される法原理を、その他の契約形態にも適用可能な普遍的原理として捉える点である。この普遍性は、契約形態の違いのみならず、時代や地域、民族の相違をも問題としないという非常に広い意味で認識されている。第五の特徴は、契約が客観的に存在する「もの」として認識され、それが一種の財産的価値を有するに至っている点である。すなわち、契約は「締結」されたり「破られ」たり「解除」されたりする「もの」であると觀念され、だからこそ、未だ履行に着手されていない契約であってもあらかじめ破ることが可能であるし、破った場合には、それによつて失われた財産的価値を弁償しなければならないと考えられているのである。こうした「契約」概念の具象化の傾向は、多くの契約取引が書面で行われるという事実によつて一層強調されている。

- (1) PATIYAH, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT 398-408(1979).
 (2) 望月礼次郎『現代法律学全集55『英米法』改訂第2版』(平成四年)三一五頁参照。

2 古典的契約理論の限界

古典的契約理論の最大の特徴は、契約の全ての結果を当事者の意思に帰せしめるという意思理論にあるが、古典的契約理論の限界もまたこの特徴ゆえに生じるものだといってもよいであろう。契約当事者の意思に紛争の解決を求めることができない場合、具体的には、当事者間で合意自体が欠けている錯誤・挫折・後発的不能の場合や、明示的合意はあるが公正の見地から合意の効力が否定される不実表示・強迫・非良心的契約の場合を、意思理論との関係で如何に処理するのが古典的契約理論の最大の課題であった。しかしながら、古典的契約理論がこれらの場合について十分な理論的正当化に成功しておらず、いまだ課題を残し続けていることは、以下に示す通りである。

判例上、契約当事者の双方が異なる錯誤を犯した場合、例えば、一方当事者がある物について契約を結んでいると考え、相手方は別の物について契約を結んでいると考えた場合において、そこには当事者間の内心の意思の合致がないにもかかわらず、合意の外観が存在する限り、契約の法的強制が認容されることが多い。逆に、契約当事者の双方が同じ錯誤を犯した場合、例えば、既に存在しないものを存在すると信じてそれにつき契約を結ぶ場合において、そこには意思の合致が存在しているにもかかわらず、契約は無効とされる⁽⁸⁾。また、契約締結後に生じた出来事によって契約の履行が不法・不可能または商事的に無意味になった場合には、たとえそうした事態を想定して契約中に債務の免責規定をおいていなかったとしても、契約は自動的に消滅し、どちらの当事者も債務から解放され

ると解されている。これらの場合に共通していえることは、外観上、契約という形で当事者間に合意が成立しているようにみえても、実際には契約の前提となっている重要な事柄や、当初は想定していなかったが後になって重要であることが判明した事柄に対して当事者間になんらの合意も存在しておらず、こうした状況に解決を与えるに当たって裁判所が当事者の意思を基準に判断することは事実上不可能であるということである。しかしながら、古典的契約理論は、意思理論に過度に引きずられた結果、これらの場合には当事者の意思以外の基準によって解決を与えざるを得ないことを正面から認めようとせず、当事者の意思が存在しない場合にも、まるで当事者の意思が存在するかのように擬制することによって対処してきた。例えば、外見上は合意が存在しないかのようにみえる事柄であっても、それに対する当事者の黙示の意思の存在を推定するという方法や、当該状況で合理的人間であればいかなる意思を有するべきかといった客観的基準に照らして契約を解釈するという方法をとることで、契約の法的強制を認めてきたのである。ところが、推定された黙示の意思は当事者の実際の意思ではないことが多く、当事者の意図してもいないような責任を裁判所が課すのと実質的に変わらない結果をもたらす。また、当該状況でいかなる意思を有するのが合理的かといった客観的な解釈基準を用いることは、現実の契約当事者の意思とは全く関係のない外在的な基準に従った判断を当事者に課すことに等しい。したがって、どちらの方法を採用しても、意思理論の道德的基礎——当事者は自らの意思の発現である約束によって自らを拘束することを自発的に選択したがゆえに、約束に拘束される——からの乖離を必然的に伴うものであった。つまり、古典的契約理論によってなされた意思の存在の擬制は、かえって意思理論の「直観的説得力」(intuitive plausibility)と一貫性を失わせる方向へ作用し、自らの首を締める結果となったのである。⁹⁾この点がいまに古典的契約理論の欠陥として激しく批判の対象とされてきたのであった。

一方、裁判所は、契約内容の非良心性(unconscionability)を理由に、あるいは契約締結過程で不実表示や強迫(duress)が用いられたことを理由に、当事者が一旦締結した契約の強制を否認したり、または情報の開示を一方当事者に要求することによって、引き受ける旨を明示的に約した以上の義務を当事者に課すような場合がまま存在する。ここでは、当事者が自らの意思に基づいて明示的に決定した契約関係が、裁判所の公正および実体的正義の判断、すなわち、当事者間で契約から生じた利益や損失をいかに分配するのが望ましいかといった判断に基づいて事後的に修正・解消されており、契約に反映された当事者の意思が意思理論から当然導かれるような形で全面的に尊重されているとはいえない。したがって、当事者の意思に基づいてなされた契約に絶対的拘束力を認める古典的契約理論では、なぜ、不実表示または強迫によってなされた契約や非良心的な契約の拘束力が、公正や実体的正義に基づいて事後的に否定されるのかを、意思理論との調和を保ちつつ説明することが困難である。この点も、先に示した点と同じく、古典的契約理論の欠陥として批判の対象となったのであった。

今日様々な形で展開されている古典的契約理論の見直し、あるいはそれに代わる新しい契約法理論の追求という動きはすべて、古典的契約理論では十分な説明を与えることのできない現象をいかに正当化するかといった問題提起をそもそもの出発点としていることができる。以下で検討するフリードとアティアの各見解も、こうした動きの一環をなすものであるが、同じ問題を出発点としながらも、問題に対するアプローチの方法は両者全く異なったものとなっていることは非常に興味深い。フリードは、古典的契約理論の屋台骨ともいうべき意思理論を揺るがさない形で、古典的契約理論の不備を部分的に修正するという手法をとる一方で、アティアは部分的に現れた古典的契約理論の不備を古典的契約理論そのものの根本的な問題性の徴表と捉え、それに代わる新しい契約法理論の提示を試みている。

(3) 錯誤は契約の締結時点に存在する事実に関する誤った所信を意味するものであり、当該契約における決定的に重要な要素に関する錯誤の存在は契約の取消原因になると解されている(RESTATEMENT, CONTRACTS, 2nd §152)。

(4) 挫折(Frustration)と後発的不能(impossibility)はともに契約締結後に生じた出来事によって契約の履行が不法、不可能または商事的に無意味になった事態を意味するものであり、こうした事態が生じた場合には、契約は自動的に消滅し、どちらの当事者も債務から解放されると解されている。イギリスにおいては、後発的不能と挫折は明確に区別されていないが、アメリカにおいては、履行が不可能ではないが無意味な場合を指すのが挫折、現実的にも履行が不可能な場合を指すのが後発的不能というように区別して理解されている。

後発的不能ないし挫折は、大陸法における事情変更の原則(causa rebus sic stantibus)に対応する。大陸法では、後発的不能や挫折に対して、事情変更の原則が意思の要素とは無関係に適用されてきたのに対して、英米法においては、当事者の黙示の意思を推定するという方法に代表されるように、同じ問題が意思との関係で処理されてきた。また、大陸法においては、事情変更の原則は契約成立後の問題として錯誤等の契約成立を阻む法理とは区別されてきたのに対し、英米法では、錯誤も後発的履行不法や挫折もともに契約基礎の消失の一場合として観念されている(木下毅「英米契約法の理論」昭和五二年)二六一頁以下参照)。

(5) 不実表示は、人をして契約締結へと誘うところの真実ならざる表示のことをいい、これを受けた者は、それを理由に契約を取り消すことができると解されている(RESTATEMENT, CONTRACT 2nd. §164)。真実ならざる表示とは、事実と一致しない主張を指すのみならず、他人が事実を知ることを妨げようとする行為、すなわち秘匿も不実表示の一形態であるとされている。しかしながら、何らかの法的根拠がない限り、表示者は積極的な情報開示義務を負わないものとされ、このような場合にたとえ開示しなくても不実表示とはならない。こうした開示義務は、当事者間に信託の関係や信託関係がある場合に認められる。例えば、本人と代理人、弁護士と依頼人、受託者と受益者、医者と患者等の「信託関係(fiduciary relation)」がある場合、信託を

受けている者がその行動に必要な注意義務を果たさない場合には、それによって生じた損失に対して補償しなければならない、とされている。さらに、保険契約、土地売買契約、株式引受契約、家族承継的財産設定などのいわゆる「最高信義の契約」(contracts uberrimae fidei)の場合には、契約の重要な事項を開示すべきことが要求されている。

英米法においても大陸法においても詐欺が契約の取消事由になることは同じであるが、大陸法における詐欺に対する考え方が、常に欺罔者の主観的な故意的要素を前提として被欺罔者の法的保護を図るのに対し、英米法においては、欺罔行為によって詐欺に陥った被欺罔者の法的保護を重視するため、欺罔者に故意的要素があったか否かをそれほど重視していない点で異なる。かかる考え方を反映して、英米法上詐欺の認定される範囲は相対的に広く解されている。また、不実表示は大陸法には知られていない観念であるが、大陸法ではこの法的範疇に属する問題を詐欺の拡張・類推解釈によってその射程距離を広げることにより、あるいは不実表示によって生じた錯誤それ自体を契約の取消の対象とすることにより、解決している(木下・前掲注(4)二二五頁以下参照)。

(6) 強迫は、コモンロー上、当事者本人に対する物理的暴力または身柄の拘束、あるいはそれらの威圧であると定義されているが、今日では、強迫の認定要件が緩和され、威圧行為の種類如何に関わらず、合意の実質を失わせるような相手方の意思の強制が存在すれば契約は取り消し得るものとされている。かかる新しい「強迫」観念はしばしば商事関係において「経済的強迫」(economic duress)と呼ばれる類型を発展させている(RESTATEMENT, CONTRACTS, 2nd, §176)。また、エクイティー上では、コモンローの当初における強迫概念の狭さを補う形で、ある種の不当な圧力の下で契約を結んだ者にも救済があたえられている。救済が与えられる場合としては、本人に対する強迫以外の仕方による不当な圧力の下で契約が結ばれた場合、契約当事者間に特別の信頼関係があるために一方が他方に対して不当威圧を加えたものと推定される場合、一方当事者が相手方の貧困と無知に乗じて自己に有利な契約を締結した場合がある。最後の場合が非良心的取引と言われるものであり、現在では統一商法典により規定されるに至っている。

なお、強迫・不当威圧(undue influence)および非良心的取引を併せて大陸法の強迫観念と対応させることができる。これらの法理はいずれも信頼の濫用を防ぎ、かついかなる者といえども自己自身の詐欺その他の違法性を帯びた行為によって得た不正な利益を保持すべきでないとするエクイティー上の一般法理にその基礎をおいている。したがって、瑕疵ある意思表示という観点から強迫の問題を解釈する大陸法に対して、英米法は、強迫により引き出された合意それ自体の拘束力を否認するのではなく、当事者の一方が違法性を帯びた強迫行為によって得た不正な利益を保持することは良心的ではないという理由から強迫の被害者に法的保護を与えるものである(木下・前掲注(4)二四六頁以下参照)。

(7) UCC §3-302 非良心的な契約または契約条項

(1) 裁判所が、法律問題として、契約または契約のある条項を、契約締結時点において非良心的と認定する場合には、当該裁判所は、契約の強制を拒むか、非良心的な条項を除いて残りだけを強制するか、または非良心的な結果を避けるために非良心的な条項の適用を制限することができる。

(2) 契約または契約条項が非良心的であるとの主張があり、または裁判所にそうみえる場合、当事者は、裁判所の判断の援けとする為に、その商業上の背景、目的および結果についての証拠を提出することができる。

非良心的な法理は、不公正な不意打ちや抑圧を妨げることが目的とするものであって、うま味のない取引からの当事者の解放を許すものではない。近時の判例は、非良心的取引を手続的に問題のあるものと実体的に問題のあるものに分けて定義上のパラメーターを提示している。前者は、ある条件が契約の一部となる過程に焦点を置くもので、具体的には、契約締結過程における適切な手続の欠如ゆえに当事者の知識や理解が欠けている場合、交渉力の格差から任意性が欠如している場合に問題となる。これに対して、後者は結果として締結された契約そのものの抑圧性や過酷性に焦点を当てたものである。このような区別はあるものの、実際には両方の幾つかの要素が存在しなければ、非良心性を根拠に救済が認められることは難しいとされている。

なお、大陸法にも契約内容の公正さを直接はかる規定はごく少ないが存在する。一方では、キリスト教倫理に由来する「公正な価格」の理論は「重大な損害」の制度としてユスチニアヌス法典から中世にいたり、中世の暴利禁止理論とともに、一八世紀の近世自然法理論をへ、フランスではドマ、ポチエを通じて民法典に入り（フランス民法一六七四条）、プロセイン一般法典やオーストラリア民法典には採用されていない。しかしながら、個々のひどい契約につきごく一般的にその効力を否定する規定として、日本民法典には採用されていない。しかしながら、個々のひどい契約につきごく一般的にその効力を否定する規定として、「公の秩序および善良の風俗」に反する契約等を無効にするものや（フランス民法六条）、あるいは「善良な風俗」に反する法律行為と、「他人の窮迫、無経験、判断力の欠如または著しい意思の衰弱を利用して」自己の給付に対し著しく均衡を失した財産的利益を約束させるなどの法律行為を無効とするもの（ドイツ民法一三八条一項二項）などがあり、日本の民法九〇条はこれに近いとされる（星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」岩波講座・基本法学4（昭和五八年）九頁）。

(8) 前者の錯誤を一方的錯誤、後者の錯誤を相互的錯誤と呼ぶ。相互的錯誤は英米法における独特の法理であり、大陸法的にいえば、「原始的不能」と両当事者相互の「目的物の性状に関する錯誤」という全く相異なる法理を、「存在」に関する両当事者の相互の錯誤という決定基準を用いて両者の上位概念として構成し、一つの独立した法理として発展させたものといえる。すなわち、目的物の現実的存在に関する相互的錯誤は、大陸法においては、締結された契約の内容が客観的に不能であるため、その契約は初めから無効であり、仮に給付をなすべき当事者がその不能なことを知りうべき場合ないし不法なことを知らないことにつき過失があった場合には、「契約締結上の過失」法理が適用されるものとして位置付けられている。他方、一方的錯誤は、大陸法にいういわゆる「錯誤」に対応している（木下・前掲注(4)二〇二頁参照）。

概念を同じくする一方的錯誤に関して言えば、我が国においては、比較的容易に錯誤の主張が認められるのに対して、アメリカにおいては、その成立要件がかなり厳しいことから錯誤の主張が容易には認められず、結果として契約が有効とされる判例が多いという点で、法状況が異なっている。したがって、我が国においては、錯誤に関する限り、本稿で述べているような

意思理論との矛盾はそれほど生じていないということが出来る。

(9) C.FRIED, CONTRACT AS PROMISE 57 (1981).

三 新しい契約法理論構築の試み〜約束としての契約理論〜

「約束としての契約」理論を提唱するチャールズ・フリードは、契約法学者であると同時に法哲学者でもある。哲學的問題には疎い者が大半をしめる実定法学者の中で、フリードは、法哲學的視点から、意思理論の思想的根源に立ち戻り、その意義を問い直すとともに、それを実定法の解釈に接続するという手法によって、古典的契約理論の再評価を試みている。以下では、彼の理論を紹介しつつ、その妥当性を検討する。

1 契約の拘束力の根拠

フリードは、契約を「特殊な約束」として捉え、約束自体の持つ拘束力を法哲學的に検証することによって、契約の拘束力の根拠をも説明しようとする。

まず、フリードは、約束の社会的役割を、他人と協調しつつ自らの利潤を追求することを可能にする手段であると考ええる。すなわち、近代市民社会では、私有財産制度や所有権絶対の原則によって、個人には、利潤を追求すべく自らの財産を処分する広範な自由が認められている。ところが、社会生活を営む以上は他人との協調が必要不可欠であって、他人の自由を制約してまで自らの欲望を追求するような絶対的な自由は許されない。ここで、個人が

他人の自由を侵害しない程度に自らの自由を制約し、しかも自らの利潤を追求することを可能にする方法が必要となり、この方法が約束であるとす⁽¹⁾。確かに、短期的に見れば、約束をすることは、相手方のために将来における自らの行動の自由を一方的に制約することになるが、相手方が約束を当てにして行動し利潤を得ることが可能となれば、立場が逆転して自分が約束をされる側に回ったときに同じことが可能となるのであるから、長期的に見れば自らの自由をも拡大することになる⁽²⁾。約束によって相手方の自由を相互に尊重し合うことが可能となれば、結果的には個人の自由の範囲が拡大され、かつ利潤が増大し、もって社会全体としての幸福がより増進されるという利益がもたらされることになる。

ところで、約束は、将来の行為を対象とするもので、約束した時点とそれを実行する時点との間に一定のタイムスパンが常に伴うものである。そこで、約束が上述の社会的機能を果たすためには、相手方が約束を守るであろうという強い期待、すなわち約束に対する「信用(trust)」の存在が必要不可欠となる⁽³⁾。では、このような「信用」はいかにして生み出されるのであろうか。フリードによれば、約束は、言語などと同様に、そのルールについて共通の認識が存在する普遍的なコンベンション(convention)であり、ここから約束に対する「信用」が導き出されると説明する⁽⁴⁾。例えば、言語の場合、言葉は誠実に用いなければならないというルールが存在し、そのルールが言語を使用する者の間に共有されているので、ある言葉を発せられた者はそれが本当のことを言っていると「信用」するのが通常であるし、仮に嘘を言った場合には、言語のコンベンションを持ち出すことによつて相手方に生じた「信用」を裏切ることになるので、それに対して道徳的非難が浴びせられるのだとする。同様に、約束の場合も、いったん約束をした以上、それを守らなければならないというルールが社会で共有されているので、約束をされた者はそれが遵守されることを「信用」するのが通常であるし、約束を破ることは、約束のコンベンションを持ち出すことによつて相手方

に生じた「信用」を裏切ることになるので許されないと考えるのである。では、なぜ「約束は守らなければならない」ということがルールとなるのであろうか。ここで、フリードは、約束の拘束力の根源を道徳的なものに求める。いったん約束をしておきながらそれを守らないことは、自らの利潤を拡大するために他人を利用し、結果的には他人の自由を冒涇するという非道徳的な行為であって、許されてはならない。約束を破るという非道徳的行為の発生を防止し、もって約束に対する「信用」をより確実なものにするためには、「約束は守らなければならない」というルールを設定しておくことが必要であり、これをもって初めて、約束を通じた個人間の交渉の促進による個人の自由の拡大という、約束のコンベンションのもつ社会的有用性が十分に發揮されるのだという。⁶⁾

最後に、フリードは、約束そのものが道徳的拘束力を持つという議論を、契約の拘束力の議論へと持ち込む。すなわち、契約とは、道徳的拘束力に加え法的拘束力をも与えられた「特殊な約束」であるから、契約の拘束力の根拠は、約束の場合と同様、約束のもつ道徳的拘束力に求められ、契約をした者は、約束をしたがゆえにそれを守ることが道徳的に義務づけられるのだとする。⁶⁾

では、約束以外の要素が、契約の拘束力の根拠になると考えることはできないのであろうか。この点で、フリードはアテアを意識してか、アテアが契約の拘束力の根拠であると主張する「利益」と「信頼」の二つの要素について、その可能性を検討している。⁷⁾ まず、「約束」がなく、ただ「信頼」の要素だけが存在するような状況を想定する。例えば、管弦楽団の一員であるBが自宅アパートで練習を行っていることを知ったAが、となりに住めば無料で管弦楽の演奏を聴くことができるであろうと期待して、となりの部屋へ引っ越したところ、その後しばらくしてBは練習を別の場所で行うことに決めたとする。AはBの決定によって期待を裏切られたかもしれないが、AにはBに対して不平を言ったり、裏切られた期待に対して賠償を求めることはできない。なぜなら、Bが自分のアパートで

練習を続けることをAに約束したのでない限り、Aの期待を裏切ることが道徳的に不当な行為に当たるとはいえないからである。この事例は、約束が存在しないところで、一方的に相手を信頼して行動したというだけでは、法的にも道徳的にも義務が生じないことを示すものである。同様に、「約束」がなく、「利益」の要素だけが存在するような状況として、Cが要求されもしないのにDの部屋の窓の下でバイオリンを演奏し、Dに演奏料金を請求した場合を考えてみる。Dがその演奏を楽しみ、結果的には利益を得たといえるような場合であっても、DはCに料金を支払う義務はない。なぜなら、Dが料金を支払うことを事前に約束していない限り、Dが料金に対するCの期待を裏切るとは道徳的に不当な行為にあたるとはいえないからである。この事例は、利益を得たという単なる事実では、利益を得た当事者とその利益を返還させるように義務付ける理由として十分ではないことを示すものである。以上から、フリードは、「利益」や「信頼」の要素が、単独で拘束力の根拠とはなり得ず、結局「約束」以外の要素が契約の拘束力の根拠になるとは考えられないと主張するのである。

フリードは、契約の拘束力の根拠が約束にあるという古典的契約理論の主張をただ反復するにとどまらず、コンベンションという概念を導入することによってその拘束力の根源的な部分を明らかにするとともに、約束のもつ社会的機能を改めて認識させることによって、古典的契約理論の中核をさらに強固なものとすることに成功している。しかしながら、彼の説明には、次のような問題が存在する。

最大の問題点は、単なる約束とは違って、契約には、道徳的拘束力を越えてさらに法的拘束力までも付与されているのなぜかが説明されていないことである。約束を守らない者に対しては、約束が道徳的拘束力しか持たないがゆえに、道義的非難が与えられるに過ぎないが、法的拘束力を持つ契約を履行しない者に対しては、道義的非難にとどまらず、法的制裁、具体的には履行の強制や履行の価値に相当する損害賠償が課される点で、道徳的拘束力

と法的拘束力はイコールではない。したがって、契約の拘束力の根拠が約束の道徳的拘束力にあるのだといったただけでは、その法的拘束力、すなわち国家が私人間の契約関係に介入し契約の目的を強制的に実現することの正当性を説明したことにはならないのである。

また、フリードは、約束のコンベンションがうまく機能するための媒介項として、約束に対する「信用(trust)」の存在を重要視しているが、これが後に紹介するアティアの見解において契約の拘束力の根拠として登場する「信頼(faith)」概念とどう違うのかはつきりしない。フリードの認識では、「信用」とは、約束のコンベンションという、社会において共有された、確実に存在するものに対して寄せられるものであって、個々の契約当事者間で生じ、その程度を主観的にしか判断し得ないような「信頼」とは、異なるレベルに位置付けられるものと思われる。実際には、これら二つの概念は同義的に用いられることが多いことから、混同されることを警戒してか、フリードは、約束の拘束力の根拠を論じるに際して、「信用」という言葉を一切使用しないことによって、契約の拘束力の根拠を「信頼」そのものに求めるアティアの見解と一線を画している。しかしながら、約束のコンベンションに対する「信用」も、初めから客観的に存在するものではなく、個々の契約関係における「信頼」の積み重ねによって形成されたものといえるから、両概念は意味的にそれほど違いを持たない。そうであるとするれば、結局フリードも「信頼」類似の概念を用いることなく約束の拘束力を説明することができないということになる。この概念がフリードの見解において果たす役割の重要性を鑑みれば、契約における「信頼」という要素の重要性を正面から捉えようとするアティアの見解と言わんとするところは変わりがないように思われる。

その上、「利益」や「信頼」が契約の拘束力の根拠とはなり得ないとするフリードの論証の仕方にも問題がある。確かに、「利益」や「信頼」が単独では契約の拘束力を十分に説明し得ないことは彼の論証によって示されるものの、だ

からといって「利益」または「信賴」のどちらの要素も伴わない単なる「約束」が、それ自体、契約の拘束力の根拠であるという結論を導き出すことはできるのであろうか。約束の道德的拘束力のみでは、契約の法的拘束力を説明することができないことは先に指摘したとおりである。そもそも、「利益」も「信賴」も伴わない単なる約束が法的拘束力を持つとするフリードの見解自体に直感的に容認できないものであるのではなからうか。たとえ約束を破ったとしても、約束を破った側が既に利益を得ているか、もしくは相手方が約束を信賴して行動した結果損失を被ったのではない限り、実質的損失はなんら生じていないのであるから、損害賠償義務も発生しないと考えるよりもよいはずである。純然たる「約束」が単独で契約の法的拘束力の根拠となり得ると主張するフリードの見解を維持するためには、「利益」や「信賴」を伴わない「約束」を守らない者に対しても、懲罰的な意味での損害賠償を科すべきであると考える必要が生じてくるが、⁸⁾ここまで言うともはや我々の直感には到底適わないものとならう。

なお、契約の拘束力の根拠に関するフリードの議論に対して、アティアからとりたてて批判はなされていないが、これはアティアがフリードの見解を暗に支持していることを意味するものでは決してない。仮にフリードが契約の拘束力の根拠について従来より洗練された説明を与えることに成功したとしても、契約の拘束力の根拠を約束に求める限り、古典的契約理論の持つ問題点が抜本的にクリアされるわけではないからである。古典的契約理論に対するアティアの批判は、四の2で改めて紹介する。

(1) C. FRIED, CONTRACT AS PROMISE 8 (1981).

(2) これはカントの主張を基にしている。カントによれば、約束という制度は、未来に向けて約束されたものを受約者の現在の財産として計算に入れることが事実上可能となるように、約束者が自らを道德的に拘束することを許すことによって、約束者

- 自身の意思の範囲を拡大する方法であるという(See L. KANT, METAPHYSICAL ELEMENTS OF JUSTICE 248-249 (1965)).
- (3) 「あなたからの援助に対する確信(confidence)があなたが正しいことをするであろうという私の確信から引き出された時、私はあなたを信用(trust)し、信用はこの世で我々相互の意思を作用させるための強力な道具となる。」 FRIED, *supra* note 1, at 8. 同じく「trust」の重要性を強調するものとして、D. Locke, *The Object of Morality and the Obligation to Keep a Promise*, 2 CANADIAN J. OF PHILOSOPHY 135 (1972).
- (4) 「約束をするというコンベンションは：様々な目的を持っている。私ができる限り自由であるために、そして私の意思が他人の同じ意思と最も広い範囲で一致するために、：さもなければ選択肢の与えられていた行為過程について私が自ら選択肢をなくすことを可能にする方法が必要である。この方法によって、私は他人の企画を促進させることが可能になる。なぜなら、他人が私の未来の行為を当てることができれば、他人がより複雑でより到達困難な企画を追求することが可能になるからである。他人が努力を進める過程で私を当てるにできるということが私の目的であり意思であるとすれば、：私自身を他人の手にもっと確実に引き渡すことを可能にする方法が必要である。：我々は時間を経た取引を可能にする工夫が必要である。つまり、私がBを必要としている時にあなたが私のためにBをしてくれるであろうことを確信しながら、あなたがAを必要としている時に私があなたのためにAをすることを可能にする工夫が必要である。あなたの約束はあなたの将来の履行を現在の私の手に委ねるものであるように、私の約束も私の将来の履行をあなたの手には委ねるものとなるのである。未来の交換は現在の交換に置き換えられる。これを達成するために我々が必要としているのは、：コンベンション的工夫なのである。」 FRIED, *supra* note 1, at 12-14. 同じく、約束のコンベンション的性質を主張するものとして、J. Rawls, *Two Concepts of Rules*, 64 PHIL. REV. 3 (1955); J. Raz, *Voluntary Obligations*, 46 PROCEEDINGS OF THE ARISTOTELIAN SOCIETY 79 (1972); *Promises and Obligation in LAW, MORALITY AND SOCIETY* (Hacker, Raz ed. 1977).
- (5) FRIED, *supra* note 1, at 15-16.

- (6) 「契約はなによりもまず約束であるので、約束は守られねばならないがゆえに契約は守られねばならないのである。」 *Id.* at 17.
- (7) *Id.* at 9.
- (8) A. Kronman, A New Champion for the Will Theory, 91, YALE L. J. 408-409 (1982). フリードが契約の拘束力における信頼の役割をいかに考えているのかは、必ずしも明らかではない。しかしながら、信頼の正当性を証明するのは約束であると述べる箇所もあり、約束と信頼の密接な関係を認めているような風でもある。Fried, *Book Review* (PATIYAH, THE RISE AND FALL OF FREE-DOM OF CONTRACT) 93 HARV. L. REV. 1858, 1863 (1980).

2 約因理論と約束的禁反言

約因理論は、古典的契約理論にとって無用の長物であった。なぜなら、約因理論とは、当事者の合意によって一旦は締結された契約について、その法的拘束力を「約因が備わっていない」との理由で事後的に否定するものであるから、合理的判断能力を持った人間が、自由な意思に基づいて契約をした以上、その契約は絶対的に尊重されるべきであると考ええる意思理論とは、そもそも相いれないからである。しかしながら、一九世紀に意思理論が導入されて以来、それと約因理論との矛盾をいかに解消するかという問題は、いまだに解決されておらず、この矛盾が契約法に理論的な混乱をもたらしているといってもよい。これに対して、フリードは、古典的契約理論の再生を図る立場から、約因理論の廃止と大陸法的な意思理論による一本化を主張する。ただし、フリードの批判は、アメリカの約因理論、すなわちバーゲン理論に向けられていることを忘れてはならない。

フリードは、約因理論が提示する約束の法的拘束力の有無を決定するための基準は一貫性に欠けること、しかも、

約因理論に従えば約因の欠如ゆえに拘束力が否定されるべき約束に対しては拘束力を肯定している判決が多く存在しており、現実には約因理論が判例実務においても必ずしも支持されていないことを指摘し、こうした現象の生じた原因をそれぞれ究明している。彼によれば、約因理論の一貫性の欠如の原因は、約因概念を構成する二大準則の矛盾にあるという。すなわち、第一の準則である「法は約因の相当性の吟味には立ち入らない」は、合理的判断能力を持った人間が自由な選択の結果となした約束は、絶対的に尊重されるべきである、という思想的スタンスを示すものである。これは、一九世紀に導入された意思理論を伝統的な約因理論の中に組み込むべく、約因原理の一つとして後発的に追加された準則である。他方、第二の準則である「約因とは約束と交換的(バーゲン)に与えられたものでなければならぬ」は、法的拘束力を持つ約束の種類をバーゲンされた約束に制限するものである。これは、個人の自己決定に基づいて一旦なされた約束であっても、バーゲンというプロセスを経ないという理由で、その拘束力が裁判所によって事後的に否定される可能性を容認するもの、すなわち、個人の自己決定が絶対的なものとはみなされず、それが他の共同体的政策によって覆される可能性を常に内包するものである。このように二つの準則の持つ意味を考察すると、約因原理は、それ自体の中に、個人の自由な企画決定を尊重する一方で、完全に合理的な企画決定に実質的制約を課すという矛盾を内包していることが明らかになる。さらに、約因理論が多くの判例法と乖離している原因は、裁判所がバーゲンの存在をもちや形式的要件に過ぎないものとして処理しており、実際にはバーゲンの不在を理由として法的拘束力を否定することはほとんどないことにある。すなわち、判例実務においても、約因理論は、過去の判例法に拘束されるがゆえに、なんとか契約の形式的要件に留まっていられるもの、もはや契約の法的拘束力を左右する程の実質を伴った存在ではなくなっているといえる。

以上の考察から、フリードは、個人の自由への制約を伴う約因はもはや廃止すべきであり、合理的判断能力を持つ

た人間が自由になした約束は原則的に尊重されねばならないと主張する。すなわち、約束が法律上強制し得るためには約因によって支持されなければならないという附加的な要求はもはや課されるべきではなく、自由が制約されているか、もしくは全く奪われている状態でなされた約束や、未成年者または精神薄弱者によりなされた約束を除き、通常人が自由になした約束であれば全て法的拘束力を持つと考えるべきであるとする。ただし、フリードも、まったく全ての約束が法的拘束力を持つと主張しているわけではない。約束が尊重されなければならないのは、それが個人の「自由」な自己決定の結果であるからだと考えるフリードの見解において、自己決定の「自由」の確保、すなわち約束が「自由」になされたかどうか、約束の拘束力を左右する重要な要件となる。そこで、彼は、約束の法的拘束力の有無を決定する基準として、約因に代わり、以下のような三要件を提示し、これを約束理論と命名している。第一に、約束は自由になされなければならない、かつ不正なものであつてはならない。これは、不実表示や強迫によってなされた約束の拘束力を否定するために設けられた要件である。第二に、約束は合理的かつ慎重になされなければならない。つまり、約束者が、約束によって法律関係を創造する意思を持つてることが必要である。これは、いわゆる社会的約束(social promise)の問題を念頭において設定された要件である。すなわち、社会的約束は、約束者に道徳的な義務を生ぜしめるものの、特別な場合を除き法的な義務は生ぜしめないと解するのが一般的であるが、従来それは約因の欠如という理由で説明されてきた。そこで、約因理論の廃止を主張するフリードには、約因に代わり、社会的約束の法的拘束力を否定する別の根拠を提示する必要がある。彼は、当事者が法的な義務を創造しないことを意図して社会的約束を締結したのであれば、その約束はそういうものとして尊重されるべきであるから、社会的約束の法的拘束力は否定されるのだと説明する。第三に、当該約束に法的拘束力を認めることによって第三者の利益が著しく害されないことである。これは、契約の第三者効を考慮した要件であつて、

仮に第一、第二の要件を満たした約束であっても、その法的強制が第三者の利益侵害をもたらす場合には、その限りで法的拘束力が実質的に制約されることを意味している。

フリードは、判例実務においても、今まで約因理論により正当化されてきた事案の大部分が、約束理論よって判断されるようになる日は遠くないこと、それにしたがって約因理論がやがては消滅していくであろうことを確信しているようである。すなわち、自由で自発的になされた約束はその形式如何を問わず原則として拘束力が付与されると考えることにより、約因理論の下ではその拘束力が否定されざるを得なかった種類の約束についても、拘束力を認めることが可能となる。そればかりか、たとえ約束の拘束力が否定されるべき場合であっても、その根拠が、従来のような「約因が不十分である」という漠然とした理由ではなく、意思が欠けているとか不公正であるといった一層明確な理由として提示されるという効果も生ずるといふ。¹⁰⁴⁾

一方、約束的禁反言¹⁰³⁾は、受約者の約束に対する信頼を契約の拘束力の根拠とするものであることから、約束理論の中でこの法理をいかに位置付けるかが最大の問題となるが、フリードは、それに意思理論の「例外」的地位しか認めない古典的契約理論と考えを同じくしている。フリードは約束的禁反言について直接には解釈論を展開していない。しかしながら、約束的禁反言が適用された実際の判決であるホフマン対レッドアウルストア事件判決¹⁰⁶⁾に対して、彼がどのような解釈を与えているのか見ることによって、約束的禁反言に対する彼の考え方を明らかにすることができる。ホフマン事件は次のような事案である。原告であるホフマンはスーパーマーケットを営営する被告レッドアウルストアの代理店となることを希望し、被告の勧めに応じて自分が経営していたパン屋を売却し、その他準備のために様々な費用を投じたにもかかわらず、最終的には被告が当初言っていたよりも多額の出資を原告に要求したため、交渉は決裂、原告は被告に対して損害賠償を請求した。ウイスコンシン州最高裁判所は、本件

事案では、契約申込となり得る完全な約束がまだ存在しないことを認めながらも、なお約束的禁反言が拡張的に適用されるものとして、被告は原告がフランチャイズ契約が成立するであろうと信頼したことによって生じた損害を賠償する責任を負うと判示した。この判決の法理は、単に約束的禁反言が適用された事例であるというだけに留まらず、古典的契約理論の下では厳密に約束があるとはいえず、それゆえ請求が否定されるべき場合において、契約責任の発生を認めたものであるだけに、この判決が約束理論に与える衝撃は一層大きなものといえよう。

フリードはこの判決を次のように説明する。本件においてレッドアウルストアに課された責任は、契約法に基づく責任ではなく、むしろ不法行為法に基づく責任である。すなわち、本件では、そもそも明確な約束が締結された段階に達していないことから、契約責任は発生し得ない。むしろ、ホフマンの支出が無分別な期待に基づいていることを知りながら、ホフマンにこれを認識させようとしなかったレッドアウルストアの不誠実な交渉態度に基づいて、ホフマンが被った損失を補償するために不法行為責任が課されたのである。フリードは、約束的禁反言を約束理論の中で説明することを放棄し、その正当化を不法行為法に求めているものの、ここで不法行為法の適用を認めたとしても、それはあくまで例外的適用に留まるものであって、契約法は約束理論により正当化されるという見解が揺らぐものではないと主張する¹⁸⁾。

以上に示したフリードの見解には、次のような問題がある。約因理論の廃止を主張することによって、意思理論との間の矛盾は確かに解消されようが、大陸法においてさえ、絶対的な意思理論を主張する者はほとんど存在しない今日、約束の絶対的拘束力を主張することにどれだけの意味があるろうか。フリードが主張するように、約因理論が約束理論にとって代わられつつあるという兆候は現実にはみられない。むしろ、書面の要求、消費者契約におけるクーリングオフ期間の設定、保護立法の拡張、強迫法理の拡張、交渉当事者間におけるネグリジェンス責任の拡

張といった現象に見られるように、今日では判断を誤って過酷な契約を締結するに至った人に対して保護を与える傾向が強く、必ずしも約束の絶対的拘束力を認める方向へと法が発展しているとはいえない。アティアも、約因を廃止すべきであるというフリードの主張はナンセンスであると批判している。なぜなら、約因の廃止は、これまで培われてきた先例の完全な否定を意味し、各事案ごとに履行し得る約束を決定する作業を裁判所が常に始めから繰り返さねばならないという煩雑さを生み出すことになるからである。¹⁹⁾

また、約因理論に代わるものとしてフリードが提示する約束理論にも、問題がある。結局、約束理論は、法的に強制可能な約束の範囲を、当事者がその約束をいかなるものとして意図したのかを検証することによって、確定しようとするものである。ところが、そもそも当事者の意思が不明な場合、約束の範囲を確定する必要上、同じ立場におかれた者であれば通常有するであろうと思われる意思を仮定的に構成することが要請される。また、仮に当事者の実際の意思が明瞭な場合であっても、その意思のあり方は多様であるため、それらを効率的に処理する便宜上、やはり法的拘束力の有無を決する基準となる一定のルールが必要となるが、このルール自体も一種の仮定的意思に基づいて構成されるものである。この仮定的意思は、当該状況において当事者が何を期待し意図することが合理的かを判断する基準を提示するものであるが、それを構成するに当たっては当事者の意思以外の要素、つまり社会に共有されている価値観が重要な役割を果たしているといえる。それゆえ、法的に強制可能な約束の範囲を確定する基準を最終的に純粹な意味での当事者の意思に求めることはできないのである。²⁰⁾

もっと具体的な問題について考えてみよう。フリードの見解によれば、贈与の約束は、上述の三要件を満たす限り、約束のみによって法的拘束力が認められることになる。しかし、実際に贈与には一定の方式(書面)が要求されており、約束のみによって法的拘束力が与えられるものではない。²¹⁾ 仮に贈与の約束が法的拘束力を持つとすれば、

贈与約束の遵守を法的に強制することが可能となるが、これはまさに法が道徳、すなわち人の善意を強制することになり、社会的約束の法的拘束力を否定することと相いれないことになる。

一方、約束的禁反言の存在が古典的契約理論もしくは約束理論と与える衝撃に対するフリードの認識も甘いように思われる。確かに、約束的禁反言を不法行為法に属するべき法理として位置付けることによって、契約法の領域では約束理論を原則としつつも約束的禁反言の存在を例外的に正当化することは可能となる。しかし、彼の理論を全体としてみたとき、約束理論で説明が困難な法理について、その正当化根拠を不法行為法や不当利得法などに求めるという例外的措置があまりにも多い。仮に、彼の主張にしたがって、約束理論で正当化できない法理を契約法の領域から放逐すると、実際に約束理論で正当化できる契約法の領域は非常に限られたものとなることが予想されるが、それでもなお、約束理論が原則であると主張し続けることに意味があるといえるかは果たして疑問である。この点は以下の検討の中でも繰り返し指摘することになる問題である。

- (9) 例として、オプション契約、債務の免除約束、義務の内容を修正する約束、過去に受けた親切な行為に対してお礼をする約束、贈与の約束などが挙げられている(FRIED, *supra* note 1, at 28)。なお、約因理論の詳細については、本稿一の4注(15)参照。
- (10) *Id.* at 35.
- (11) *Id.* at 38.
- (12) *Id.* at 35.
- (13) 社会的約束が問題となる場面として、例えば次のような場合がある。車に轢かれそうになったAを、そこへ偶然通りかかったBが身を呈して庇ったため、Aは軽傷で済んだが、Bは半身不随となってしまった。AはBの行為に感謝して、Bに対し定

額の見舞金を毎月送付した。ところが、十年後、Aが病死したため、それまで続けられてきた見舞金の送付がとどえてしまつた。こうした状況において、Aの相続人は、Bが死ぬまで見舞金を支払い続ける法的な義務があるといえるかが問題となる。

(14) *Id.* at 39.

(15) 契約の一方当事者が、相手方に対して、自己の権利を行使せずまたは一時的に猶予すると約束し、かつ、相手方がその約束を信頼した結果、その後一方当事者が前言を翻してその権利を行使することが衝平に反することになるような事態が生じた場合には、一方当事者は前の約束に反した行為をすることができない、つまり彼の権利の行使は許されない。この準則を約束的禁反言の法理という。先に述べたように、既存の債務を変更する約束は、約束的禁反言の法理により約因なくして拘束力を持ち得るとされる。アメリカでは第二次リステイメントの第九〇条に約束的禁反言の規定を持っており、ここで約束的禁反言は「ある約束は、それが受約者または第三者の行為または行為の自制 (*act of forbearance*) を誘引するであろうと約束者により合理的に予期され、かつ現実に誘引した場合であつて、その約束の強行によるのみ不正義が回避され得る場合には、拘束力を持つ」と定義されている。この法理は、受約者の約束に対する信頼を約束の拘束力の根拠とするものであることから、約因法に対する重要な例外とされており、債務軽減約束の拘束力を認める場合のみならず、契約締結過程における責任を認める場合にも拡張適用されるに至っている。ただし、約束的禁反言のもたらす効果は、イギリスとアメリカでは異なっている。イギリスにおいて、約束的禁反言は約束者にもとの約束的権利を主張させないという効果を生ずるだけであつて、受約者に新たな権利を生ぜしめるものではない。一方、アメリカにおいて、約束的禁反言は約因の代替物と認められていることから、単に約束者の既存の権利行使を阻止するだけでなく、受約者の権利を創設する効果をも持っている。望月礼二郎「現代法律学全集55」英米法(改訂第二判)〔平成四年〕三三三頁参照。

(16) *Hoffman v. Red Owl Stores*, 133 2 N.W. 267 (1965).

(17) *Friedl, supra* note 1, at 24.

- (18) *Id.* at 1867.
- (19) P. PATIYAH, *ESSAYS ON CONTRACT* 182 (1986).
- (20) フリード自身も、当事者が法的義務を創造する意思を持っていたか否かを判断することが困難な場合が存在することを認識しているが、これを「解釈の問題」として簡単に退けている (Fried, *supra* note 1, at 38)。これに対して、クロンマンは、仮定的合意の構成において重要な役割を果たすものとして、自己利益 (self-interest) と効率性の考慮を挙げている (Kronman, *A New Champion for the Will Theory*, 91 *YALE L. J.* 415-416 (1981))。
- (21) 我が国では、贈与を「当事者ノ一方ガ自己ノ財産ヲ無償ニテ相手方ニ与フル意思ヲ表示シ相手方ガ受領ヲ為スニ因リテ其効力ヲ生ズ」る諾成・片務・不要式の契約として構成しており (民法五四九条)、贈与が成立するためには、贈与者が無償で財産を与える旨の合意の成立が必要であり、またそれで十分であるとされている。