

契約法理論の再構成を目指して(二)

——約束理論および信賴理論に対する考察を中心に——

久須本 かおり

- 一 問題の所在
- 二 古典的契約理論の構造とその限界
- 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(以上一六九号)
 - 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(以上本号)

四 新しい契約法理論構築の試み（信頼理論）

1 アテニアの歴史観

2 アテニアの問題意識（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

三 新しい契約法理論構築の試み―約束としての契約理論―

3 契約不履行に対する救済

契約の法的拘束力の根拠をどこに求めるかという問題は、契約不履行に対する救済の方法として何を選択するかという問題と密接に結び付いている。なぜなら、法的拘束力とは契約の履行を法的に強制しうる力を意味するが、こうした法的強制力の発動を契約当事者が裁判所に要請するのは、まさに一方当事者が契約を自発的に履行しない場合、すなわち契約不履行に対して裁判所に救済を求める場合にほかならないからである。英米法では、契約違反に対する救済としては損害賠償が原則であり、限られた場合(特定履行や捺印証書に基づく金銭の支払い)を除き、契約の履行を直接的に強制することは認められない。したがって、救済方法として何を選択するかという問題は、損害賠償の算定方法として何を選択するかという問題に帰着することになる。

合理的判断能力を持つ人間が自由な意思に基づいて一旦契約を締結した以上、原則としてそれを履行しなければならぬと考えるフリードの見解からは、契約の不履行に対する救済方法として、期待利益の賠償、すなわち、契約が履行されたならば得られたはずの利益が、実際には得られなかったことから生じる損害の賠償が当然に導かれることになろう。実際、彼はこの結論を支持して次のように主張する。約束者は、約束を実行すべきであり、もし約束を実行しない場合には、約束を実行すれば得られるべき利益に相当する価値の引き渡しを義務づけられるのが公正である。言い換えれば、約束によって受約者の側に履行に対する期待が生じるので、履行が出来なくなった場

合には、受約者の期待に相当する損害賠償、つまり期待利益の賠償を与えるのが公正だということになるのである。²³ 一方で、フリードは、信賴利益の賠償を原則とすることが逆に道徳的に望ましくない結果をもたらすとも主張している。信賴利益は、期待利益よりも賠償額が少ないのが通常である。したがって、仮に約束を破った者が信賴利益の賠償しか義務付けられないとしたら、賠償額が少ない分だけ違反者は自分の引き受けた義務から免責されることになる。これは約束者自身が引き受けることを選択した義務の拘束力が弱められることを意味するものであって、約束者の選択をないがしろにする。こうした取り扱いは、約束者を道徳的人間として尊重しないことにつながり、私的自治に反することから、道徳的に許されないのである。²⁴

しかしながら、約束者が契約を履行しなかった場合に、仮に相手方がその結果としてなんらの実質的損害を被っていないとしても、なお契約の履行利益を全額賠償させることになるフリードの見解は、約束者にとつて過酷な結果をもたらすのではなからうか。フリードはこれに対して次のように反論する。²⁵ まず、約束者が身勝手から後になつて約束の履行をしたくなくなった場合、例えば、ある物を購入した者が後になつてその代金を支払いたくなくなった場合について、この購入者は全く同情に値しないので、彼には期待利益の賠償を課すべきであると考ええる。期待利益の賠償を課さないことは、宝くじに外れた者やレースに入賞できなかった者に救いの手を差し伸べることに同じであつて、常に助けてもらえると考える約束者が反省もなく同じ行為を繰り返すという結果を導きかねなく、かえって彼の取引能力を侵害することになるという。第二に、約束者が錯誤や事情の変化のために約束したことを後悔している場合については、錯誤・後発的不能・挫折等の法理によつて、約束の絶対的拘束力が緩和されることになるので、過酷な結果は十分回避され得るとする。第三に、そもそも契約を締結してしまつたことに対してさえ後悔している場合、つまり単に気が変わったに過ぎない場合について、期待利益の賠償を課さないことは、約束者の

した第一の選択を尊重しないことを意味し、約束者自身に対してかえって失礼にあたるという。すなわち、人を自由でかつ合理的判断能力を持った人間として尊重するためには、その人の価値判断能力および選択能力を尊重することが要求されるが、これは裏を返せば自分の選択に対し責任を持たせることを意味するものである。つまり、約束者は、一旦約束をした以上、それを履行すべき責任を負うべきであり、また約束者に最初の約束に対する責任を負わせることが、彼を一人前の大人として尊重することにつながるがゆえに、気が変わったことを理由として期待利益の賠償を免除することは許されない。また、仮に期待利益の賠償責任が課されないとすれば、彼は約束の相手方に彼自身が引き受けた責任の一部を移転できることになってしまっただろう。以上の検討を踏まえて、フリードは、期待利益の賠償が約束者にとって不相当に過酷なものとはいえないと主張する。

但し、契約違反に対する救済として期待利益の賠償が原則であることを主張するフリードも、以下のような場合において、例外的に、期待利益の賠償が適切ではなく、むしろ信頼利益の賠償もしくはそれ以外の方法が採用されることを容認する。

まず、期待利益の賠償の代わりに信頼利益の賠償が命ぜられるべきであるとフリードが考える三つの場合をみてみよう。第一に、期待利益の算定が困難な場合である。この場合に該当する判例としてフリードが引用しているセキユリテイーストープ会社対アメリカ鉄道運送事件判決²⁰⁾は、次のような事案である。ストープメーカーである原告会社が、展覧会展示用のストープの運搬を被告である運送会社に依頼していたところ、被告が展示品を定刻までに届けることができなかつたため、原告会社が、被告会社に対し損害賠償の訴えを提起した。この裁判により原告について認容された損害賠償は、原告会社の現実の出捐に対する賠償、つまり信頼利益の賠償に留まり、原告会社が展覧会にストープを展示できたなら得られたであろう利益、すなわち期待利益の賠償は、算定の事実上の不可能性

を理由に退けられた。フリードは、この判決で信頼利益の賠償が命ぜられた理由が期待利益の算定の困難性にあるという点を強調し、信頼利益の賠償は期待利益の賠償の代用として採用されたに過ぎず、算定が不可能でない限りは期待利益の賠償が課されるのが通常であり、かつ原則でなければならぬと主張する。²⁸⁾

第二に、期待利益が非常に小さく、その賠償を命じることが一方当事者に過酷な結果をもたらす場合である。例えば、ある人が、機械を制作するのに必要な部品の仕様書を持って部品メーカーを訪れ、そこで部品を購入したところ、それが実は粗悪品であったため、それを使用した結果、機械までも壊れてしまったとする。もし問題となっている部品の市場価格が非常に低廉なものであるとすれば、この場合に期待利益の賠償、すなわち購入した部品の価格の賠償しか認められないと、買主にとって非常に酷な結果がもたらされることになろう。このような結果を回避する何らかの方策を取るべきことについては、フリードも異論のないところであるが、だからといって、部品に欠陥がないことを信頼した結果生じた損害の賠償、すなわち信頼利益の賠償を買主に認容すべきであるとは考えない。彼によれば、一見単純に見える部品の売買取引の中には、部品を引き渡すという約束だけでなく、それが適切な機能を果たすことを保証するという約束が暗に含まれており、こうした黙示の約束を破ったがゆえにメーカーは契約責任を負うと考えることができるという。したがって、部品に欠陥がないことを信頼した結果生じた損害に対して賠償を命じることが、黙示の約束について生じた期待に対する損害賠償、すなわち期待利益の賠償を命じることにはかならないのであって、ここでもやはり期待利益の賠償が原則であるといえるのである。²⁹⁾

第三に、契約締結過程でなされた不法行為から生じた損害に対して信頼利益の賠償が命ぜられる場合である。先に引用したホフマン対レッドアウルストア事件判決がその例である。この判決では、約束的禁反言の適用により、被告レッドアウルストアに対し、原告ホフマンがフランチャイズ契約の成立を信頼したことによって被った損害の賠

償、つまり信賴利益の賠償が命ぜられている。フリードは、本判決において信賴利益の賠償が認められたのは、被告が不誠実な交渉態度をとった結果として原告に生じた損害を補償させるためであって、いまだ締結されるに至っていない契約の拘束力を肯定し、それを法的に強制したわけではないと説明する。すなわち、そもそも契約締結過程は、不法行為法が適用される領域であって、フリードが主張する約束理論が適用される領域ではないので、この領域において信賴利益の賠償が認められたとしても、期待利益の賠償の原則にはなんら影響を与えないとする。⁽⁸⁾

以上の考察から、フリードは、期待利益の賠償が原則となることを主張しながらも、信賴利益の賠償を完全に否定するのではなく、むしろ後者が前者を適度に補強する機能を果たすものと捉えていることが明らかになる。

次に、契約違反に対して与えられる損害賠償の内容が実質的に制限される場合を検討しよう。フリードは、この場合に該当する判例として、ヤコブ&ヤングス対ケント事件判決⁽⁹⁾を引用している。この事案は、建物建築を依頼された建設会社が、リーディング・マニユファクチャー製のパイプを使用するよう契約で定められていたにもかかわらず、同形・同品質の別のパイプを使用したため、これを契約違反であるとして、注文主が、建物の引渡をうけたにもかかわらず、代金の支払を拒絶する旨主張したものである。この判決では、建築会社が約束のパイプを使用しなかったことは確かに契約違反にあたるとしながらも、本件において指定されたパイプを使用することが契約の「重要な条件」であるとはいえないから、注文主が自らの履行である代金の支払を拒絶することはできず、また救済として認められる損害賠償額は、指定されたパイプの価値と実際に使用されたパイプの価値の差額に留まり、本件ではおそらく差額はゼロであると判示された。この判決は、建設会社の側に契約違反があるにもかかわらず、その違反が些細であることを理由に、注文主について受領の拒絶を認めず、損害賠償の内容さえも制限するものであるから、これを約束理論ならびに期待利益の賠償の原則といかに整合的に説明しうるかが問題となる。フリードは、次

のように説明する。すなわち、原則として注文主は、契約で指定したパイプが使用されていない建物の受領を拒むことができ、かつパイプの変更を要求することができる。しかしながら、本件の場合には、注文主は既に建物の引渡をうけており、それにもかかわらず代金の支払拒絶を容認するのはいかにも不合理である。注文主が建物の引渡によって既に契約上の利益を保有しているという事実は、彼が代金の支払いを拒絶し、パイプの変更を要求できる権利をやはり「放棄」したことを意味するものである。この状況において注文主に許される権利は、次善の策であるところの、支払わねばならない代金が、契約で定めた通りの価格ではなく、別のパイプを使用した場合の価格に減額されるべきであると主張することである。但し、本件では、どちらのパイプもその市場価値は変わらないから、代金減額の請求は認められなかったものと考ええる。

ところが、損害賠償の内容が制限されるのは、ヤコブ&ヤングス対ケント事件判決のような特別な場合に限られない。一般に契約違反の犠牲者は、自分の利益を守るために合理的な努力をし、合理的に回避できる損害を阻止する義務、つまり軽減義務があるといわれており、契約違反の犠牲者が請求できる損害賠償は、実際に生じた損害から、軽減義務を尽くしたならば回避し得たであろう損害を差し引いた額になると解されている。⁶³ 軽減義務を説得的に説明できない限り、契約違反に対する救済は期待利益の賠償が原則であるとするフリードの主張、ひいては約束理論そのものの説得力さえも著しく弱まることになろう。なぜなら、軽減義務は、違反者が実際に支払う損害賠償の額と彼が支払う旨約束した額とを異ならしむる実質的效果を有しているのみならず、約束者が、受約者に対して損害賠償することを要することなく、堂々と契約違反をすることが可能であることを意味するからである。そこで、フリードは、軽減義務の正当性を道徳的に説明しようとして試みる。契約とは、受約者に約束者を支配する力を与えるものであるが、これが時として約束者にとって非常に酷な結果を生み出してしまったため、契約法にはこれを緩和す

べく様々な法理が用意されているが、その一つが軽減義務である。確かに、軽減義務は、契約当事者が、ただ契約に従って行動するだけでは足りず、さらに損害を軽減すべく一歩踏み出した行動をとるべきことを要求するものであり、これは結果的に契約違反者の賠償責任を減少し、もって彼を保護するという非常に利他的な義務であるといえる。しかしながら、契約当事者にこのような義務が課されたとしても、それが一方的に大きな負担を課されたこととなるわけではなく、状況としては軽減義務が課されている場合と異なる場合とではそれほど違いはない。むしろ、軽減義務は、契約関係を不必要に悪化させないよう契約当事者に注意を喚起するために存在するものと考えべきである。⁵⁴⁾

先にも述べたように、契約違反に対する損害賠償の方法として何を選択するかという問題は、契約の法的拘束力の根拠をどこに求めるかという問題に対する解答から自然に導き出されるものであるから、損害賠償に関するフリードの主張が適切であるかどうかは、結局、約束理論が説得的な理論であるかどうかにかかってくることになる。したがって、既に述べた約束理論に対する批判と重複しないよう、ここでは主として、期待利益の賠償の例外に関するフリードの説明における問題点を指摘することしよう。

まず、期待利益の賠償は契約違反者にとつて過酷ではないというフリードの論証について。第一、第二の場合に關する論証は成功しているが、気が変わった場合に関する論証には問題がある。フリードは、たとえ相手方が履行に着手していない場合であっても、一旦約束をした以上、約束者は気が変わったからといって約束を履行しないことは許されないと主張するが、相手に何も損害が生じないのであれば、また仮に損害が生じたとしても、それを賠償しさえすれば、気が変わることを認めても問題がないのではないか。フリードのいうように他人の自治を尊重しなければならぬのなら、むしろ現在の選択を尊重すべきであって、なぜ過去の選択に拘束されなければならない

のか疑問である。確かに、契約したのにならなくなって気が変わったから契約を破棄したいという主張を認めることが、相手方に何らかのコストを生ぜしめるのは事実であるが、これが認められないと、逆に自分の側にコストが生じることになる。仮に、約束をした以上気が変わったからといって約束を履行しないことは許さないとする考え方の背後に、コスト回避という配慮が働いているとするなら、前者のコストのみが優先的に考慮されるべき理由はない。なぜなら、こと未履行契約に関する限り、他人に生じるコストは失われた期待の損失に過ぎないが、自分に生じるコストは現実の損失であって、後者の方が前者に比してより深刻なものと捉えることができるからである。アティアも、自らに生じるコストが一般に無視されがちであるのは、全ての人が自らの利益を適切に判断し、後から気が変わったということのないような選択が常に可能であることを当然の前提としているからであって、これが現実であるとはいえない以上、自らのコストが軽視される謂れはないと指摘する⁵³。

次に、期待利益の賠償が適切ではない場合に関するフリードの説明について。第二の購入した部品に欠陥があった事例の説明において、フリードは、メーカーが部品の品質を保証する「黙示の約束」をしたものと解しているが、この保証約束が果たしてメーカーの真に意図したものであったのか、むしろそうであるべき意思を当事者の意思として擬制しているに過ぎないのではないかと疑問が生じる。さらに、 Hoffman 事件判決およびヤコブ事件判決に対するフリードの説明にも問題がある。そもそも、約束理論では、約束を信頼することは正当化されるが、約束に至らないものを信頼することは正当化されないはずである。したがって、相手の約束的でない行為を信頼して損害を被ったとしても、その責任は自らに帰せられるべきであって、相手方に帰せられるべきではない。同様に、約束理論において、利益の受領者は、支払いの約束をした場合に限って、受け取った利益に対して支払いをなす義務が生じるはずである。個人には、それぞれ何が利益で、その利益にはどれだけの価値があるのかを決める権限が与

えられているのであり、したがって支払いの約束をすれば義務を負うが、約束をしなければ義務を負わないはずである。この「約束なければ責任なし」という約束の免責的機能は、個人の自治の尊重へのイデオロギー的傾倒の反映であり、これは正にフリード自身の約束理論の基礎となつてはいるはずである。このように考えれば、「ホフマンの請求は認められない」という結論および「注文主の請求を認めるべき」という結論がフリードの支持すべき結論となるはずである。⁶⁶最後に、軽減義務に関するフリードの説明も説得力に欠けるものである。実務上、軽減義務はフリードが考えているほど軽い義務であるとはいえない。なぜなら、軽減義務を果たさなければ、損害賠償額は実質的に制限されることになるが、かといって軽減義務を果たしても、損害賠償は額として些細な信頼利益について認められるに留まり、訴訟を起こしてまで賠償を求める経済的価値を持たなくなるといふように、軽減義務は善意の当事者を窮地に追いやることしばしばであるからである。

(2) 英米法では、損害賠償の算定方法には期待利益の賠償と信頼利益の賠償と原状回復の三つがあるといわれている。期待利益の賠償は、契約が履行されたら得られたであろう利益が実際には得られなかったことから生じる損害の賠償を与えるものである。信頼利益の賠償は、履行されなかった契約に対する合理的な信頼によつて生じた費用や損害を賠償するのに必要な金額を与えるものである。期待利益の賠償は犠牲者を契約が履行されたのと同じ状態におこうとするものであるが、信頼利益の賠償は彼を契約締結前の状態に戻そうとするものである。原状回復賠償は履行されなかった約束から得た利益の金銭的価値を返還するように強制するものである(ゴードン・シェーパー・クロード・ローワー著「アメリカ契約法」(平成四年)一八五―一八六頁)。

なお、期待利益・信頼利益に相当する概念として我が国には履行利益・信頼利益という概念が存在する。もともと、我が国では、学説において担保責任の効果として信頼利益の賠償が履行利益の賠償かが論じられていたとどまり、民法典上は履行利

益・信頼利益の区別はもうけられていない。損害賠償の範囲を規定する民法四一六条では、通常損害と特別損害という損害項目の分類がなされている。担保責任における信頼利益・履行利益概念の詳細については、高橋眞「判例における『信頼利益』『履行利益』概念について」判タ四九三号（昭和五八年）四頁以下参照。一方、ドイツ法では、実定法上、契約の解除、錯誤による取消、原始的不能による無効の場合に信頼利益の賠償が認められている（ドイツ民法一二二条・一七九条・三〇七条）。

(23) CHARLES FRIED, *CONTRACT AS PROMISE* 17 (1981).

(24) 「他人を自由で合理的な人間として尊重するためには、自分の価値を判断する彼の能力を真面目に捉えることが必要である。」
Id. at 19-21.

(25) *Ibid.*

(26) *Id.* at 20-21. これでは成人に未成年者と同じ無条件の解除権を与えるのと同じことになる、とフリードは考えている。

(27) *Security Stove & Mfg. Co. v. American Railway Express*, 51 2 S.W. 572 (1932).

(28) フリードがこの事案について信頼利益の賠償が適切であると考える理由は、本件の原告は展覧会で大きな利益を得ることを期待していたというよりは、むしろうまくいけば商品が売れるかも知れないという淡い期待を抱いていたに過ぎないとみることができる点にある。*Id.* at 22.

(29) *Id.* at 22-23.

(30) ホフマン事件判決については、三の2「約因理論と約束的禁反言」参照。

(31) *Jacob & Youngs v. Kent*, 129 N.E. 889 (1921).

(32) *FRIED, supra* note 23, at 123-126.

(33) ドイツでは実定法上、損害の発生に被害者の過失が共同したときに加害者の賠償責任を制限するという形で損害軽減義務が規定されており（二五四条）、我が国における「過失相殺」制度に相当する（四一八条）。

(34) FRIED, *supra* note 23, at 131.

(35) PATRICK ATIYAH, *ESSAYS ON CONTRACT* 167-169 (1986).

(36) 私的自治や自由選択の尊重から当然に導き出される結論が不合理に思われるとすれば、それは、今日において、私的自治や自由選択の価値がかつてほどは尊重されなくなったことの現れであるとアティアはいう。 *Id.* at 144-145.

4 錯誤・挫折・後発的不能

錯誤や挫折、後発的不能は、それぞれ異なる状況を指し示す法律用語であるが、そのいずれも、外見上は両当事者の意思の合致が存在しているものの、実は契約の基礎をなす一定の事実に関する認識が欠けている場合である点で類似する。意思理論をもってしては十分に正当化できないと批判された古典的契約理論の限界を、まさに古典的契約理論の再生を目指すフリードはいかにクリアするのであろうか。

ここで、フリードは、約束すなわち当事者の意思が、契約上の権利義務関係を決定する唯一絶対の基準であると捉える古典的契約理論の見解が誤りであることを認めてしまう。すなわち、錯誤や挫折、後発的不能のように、契約当事者が意図していなかった事柄が生じた場合について、当事者の意思と契約との間にギャップの存在を観念し、このギャップは約束理論以外の法理により埋められるものであると考えるのである。一般に、法は、全ての法律上の紛争に解決を与え得るよう完全なものであることが要求されるが、私人が形成する契約は、法とは違って、このような完全性が要求されない。また、実際にも当事者が起こり得る全てのことを契約によってあらかじめ規定することは不可能である。したがって、契約には当事者の意思では解決できないギャップの発生が常に予定されている

といえる。しかし、このギャップが約束原理では埋められない場合でも、契約関係の背後には完全性を備えた一般的な法がそれを包むマントのように控えていて、それによってギャップは常にカバーされることになるから問題はない。ここで、ギャップを埋める法理として約束理論以外の法理の適用を認めてしまっても、だからといって当事者の意思を中核とする約束理論全体が否定されることにはならないし、その他の法理の適用はあくまで契約にギャップが存在する場合に限定されるから、約束理論本体の契約法領域における支配力は依然として失われるものではないとフリードは主張する⁸⁷。

では、契約に存在するギャップを埋めるその他の法理とはいかなるものを指すのか。フリードは、不法行為法や不当利得法を支配する法理、分かち合い (sharing) の法理を挙げている。不法行為法や不当利得法を支配する法理は、過失や不当な利得の要素が存在する場合に限って適用される。つまり、契約当事者が発生するリスクの性質を明確に変化させるような事柄を知りながら隠していたか、もしくは誤って見過ごした場合には、不法行為法を支配する法理に基づいてその結果生じた損失はその当事者の負担となる。また、当事者が契約に基づいて利益を与えたにもかかわらず、結果として契約が挫折または履行不能となってしまった場合には、不当利得法を支配する法理に従って与えた利益は当事者に返還される。ところが、現に損害や利益が発生しているにもかかわらず、過失や不当な利得の要素が存在しないために、これらの法理が適用できない状況が多く存在する。このように、特に尊重されるべき権利が存在しない状態で、そこで生じた損害や利益を関係者がともに分かち合い、もって紛争を解決するために適用される第三の法理が分かち合いの法理である。これは、アルトゥリズム (altruism) に近い意味合いで用いられるところの、フリードの理論の中にしばしば登場する観念である⁸⁸。

では、フリードのこうした認識が、錯誤・挫折・後発的不能の各場合に対する古典的契約理論の解釈をいかに修

正するものであるのかを具体的にみてみよう。まず、一方の当事者にのみ錯誤がある場合において、意思理論を厳密に適用すれば、これは意思の合致が存在しない場合であるから、契約は無効となるはずである。しかしながら、実際の判例では、一方的錯誤の抗弁はほとんど認められず、契約は文字どおり有効とされる場合が多い。こうした判例実務に対して、古典的契約理論は、一方的錯誤の場合にも何らかの合意の存在が認定されているのだと考え、たとえそれ以外の部分につき錯誤が存在しても、それが相互的なものではなく一方的なものである限り、合意は無効とされないのだとの説明を与えてきた。しかし、契約内容の決定的事項について錯誤がある場合には、そこにないがしかの当事者の合意を発見することすら困難であるのが通常であることから、意思の要素に固執する古典的契約理論では、一方的錯誤を十分に説明することができなかつたのである。そこで、フリードは、一方的錯誤の場合にはそもそも合意自体が存在しないのであるから約束理論は適用できないとし、それでもなお契約の法的強制が認められるのは、約束理論とは異なる様々な考慮要素が作用しているからであると説明する。確かに、一方的錯誤の存在にもかかわらず契約を有効とすることは、錯誤者に対して彼が意図していなかつた事柄に対する責任を負うことを法的に強制するような印象を与えるかもしれない。しかし、錯誤に陥っていない方の当事者は、契約で定められた当初のリスク分配を前提に行動しているのであるから、彼の行動が正当でかつ通常の方法で行われている限り、彼のリスク分配に対する期待は裏切られるべきではない。なぜなら、一方的錯誤による契約の無効を認めれば、結果的に不注意な者が慎重な者に自分が原因で発生した損失を移転させることができることになり不当であるし、また、一方的錯誤の主張は錯誤者の事後的な思い付きでなされる場合が非常に多く、見積りを誤つた当事者が契約を無効にする手段として錯誤の主張を濫用する危険性が高いからである。こうした考慮は、当事者の態様に応じて、例えば、錯誤に陥っていない当事者が相手方の誤解を知っている場合、あるいは相手方の誤解を知るべき理由が存在

する場合、相手方の誤解を知らなくても、錯誤者の被った損失が非常に大きく、それに比して仮に契約が無効とされても錯誤に陥っていない当事者は他者と取引をする公正な機会を奪われていない場合のそれぞれについて、異なる程度で作用する。³⁹ 重要なのは、こうした考慮が当事者の合意を法的に強制するためになされるものではなく、あくまで、当事者の合意のないところに裁判所が公正という外在的基準に基づいて解決を与えているのだということ、を明確に認識した点にある。

次に、両当事者が同じ錯誤に陥った場合、意思理論によれば、そこには意思の合致が存在しているので、契約は有効となるはずである。しかしながら、相互的錯誤の場合には、契約は無効とされるのが判例である。裁判所が契約を無効とすることは、少なくとも当事者の一方の意思が満たされる結果となる一方的錯誤の場合とは異なり、どちらの当事者の意思にも基づいていない結果を当事者に課すことになり、これを意思理論をもって正当化することは一方的錯誤以上に困難な問題であるといえよう。また、どちらの当事者も予想していなかったリスクが生じた場合である後発的不能や挫折についても、相互的錯誤と全く同じ問題状況にある。これらについて、フリードは、合意の前提となる事実が存在しないことが明らかになった場合、もしくは債務の履行が予期しなかった事情の変更に経済的に無意味または不可能となった場合にまで、形式上存在する合意に当事者が拘束されるとすることは不合理であるとし、むしろ相互的錯誤を理由に契約を無効としたり挫折や後発的不能を理由に債務の全面的消滅を認める方が、当事者の意思にかなった解決を与えることになるのだと主張する。⁴⁰ しかしながら、フリードの主張するように契約の無効または全面的消滅を認めるとすれば、そこで生じた損失をどちらの当事者に負担させるべきかの判断が必要となる。そこで、フリードは、相互的錯誤や挫折・後発的不能の場合にみられるような、契約の重要事項に關する当事者の意思がまったく存在しない所に解決を与える裁判所の判断は、不法行為から生じた事故に解決を与

える裁判所の判断と非常に形態が類似していることに着目して、これらの状況を「契約的事故(contractual accident)」と総称する。そして、契約的事故に解決を与えるには、当事者の意思を基準とするのではなく、先に挙げた三つの法理を用いて、公正に基づく損失の分配が行われるべきであるという。ただし、他人の約束を信頼したがために、生じた損害を全て負担しなければならないとすれば、人は約束を履行しなくなるのが容易に想像され、かえって約束制度の崩壊を招きかねないので、損失の分配方法には十分配慮するよう注意を喚起している。⁽⁴¹⁾

以上に示したフリードの説明は、古典的契約理論の限界をクリアできているであろうか。確かに、約束理論の限界を認め、かつその他の法理の適用を認めることによって、全てを当事者の意思との関係で判断しようとする古典的契約理論の不合理な解釈をはつきりと否定した点は、大いに評価できよう。しかしながら、この認識の変更が、かえって約束理論に致命傷を与えることになりはしないだろうか。現実の契約には、フリードのいう契約にギャップの存在する場合、すなわち当事者の意図していなかった結果の生じる場合が非常に多く存在する。こうした場合について約束理論の適用を排除してしまうとなると、約束理論そのものを用いて解決できる契約紛争の数は事実上極端に制限されることになる。仮に、ギャップが現実化しなくても、契約には約束によって予め規定し尽くすことができないあらゆる可能性が含まれているという意味において、契約は本来的に約束理論以外の法理によって支配されるべき潜在的なギャップに満ちているといえる。フリードは、約因理論の箇所、合理的判断能力を持った人間の自由な企画は尊重されなければならないと主張しているが、契約が公正の基準で判断されるような潜在的なギャップを常に内包しているとすれば、それを恐れて、当事者の自由な企画が結果的に制約されてしまうことになりはしないか。仮に、約束理論で説明できない契約法の大部分が、その背後に控える不法行為法や不当利得法に吸収されてしまえば、契約法自体を独立で存続させる意味は失われてしまい、行き着く先は「契約法の死」というこ

とになってしまふだろう。フリード自身は、約束理論によって正当化できる契約法の領域の大小をそれほど問題としないようであるが、適用範囲が非常に制限された約束理論を契約法の中核におくことの実務的有効性は大きい疑問である。⁴²⁾

さらに、フリードの用いる分ち合いの法理は、関係当事者に一種の相互扶助義務を負わせるものであるために、この法理を認めることが逆に約束理論を支える私的自治の原則を侵食することにつながるのではないかが危惧される。これに対して、フリードは、現代福祉国家の基本的機能を、私的かつ自律的な市場 (private market autonomy) と一般的な再分配的福祉機構 (general redistributive welfare schemes) とに分化することによって、前者のシステムの中で個人の自由を完全に守りながら、同時に後者のシステムの中で分ち合いの観念を発達させることが可能であると主張する。⁴³⁾ 後者のシステムは、共同体を構成する全ての人間の参加が前提とされている租税制度を通じて、同社会の存続を脅かすような極端な富の不平等を除去するとともに、社会的最低限度の生活水準を保障し、かつ自らを発展させていく機会を全ての人に公平に与えるという目的を実現しようとするものである。したがって、ここで育まれる分ち合いの観念は、個人の私的自治を司る前者のシステムを侵害するものではなく、むしろそれが有効に機能するための前提条件を整備するためのものである。確かに、ここまでの説明は納得できようが、いかんせん、フリードは、本節の冒頭で分ち合いの原理が前者のシステムの中でも適用される場合があることを認めてしまっている。彼によれば、契約関係を結ぶことは、単に同じ共同体の構成員であるという以上により密接な関係をとる結ぶことになるが、こうした関係は、相手方の未来を良くも悪くも併せて分ち合うという集中的 (focused) な義務を生み出し、それゆえ協同して事業を営む契約当事者は、事業の過程において発生した事故から生じた予想もしなかった利益や損失を分ち合う義務を負うことになるのだという。そこで、フリードには、前者のシステムに

持ち込まれた分ち合いの法理が、私的自治の原理と抵触するものではなく、ましてやそれを崩壊せしめるものは決してないことを、さらに論証する必要がある。実は、フリードはこの部分をうまく説明できていない。彼は、そもそも契約関係の意味や範囲をコントロールする権利は契約当事者に与えられているものであって、裁判所がどのような法理を用いてギャップを埋めようとも、あくまで当事者の意思を実行化するための作業に過ぎないから、それによって当事者の私的自治が侵害されることはないのだと説明している。しかしながら、分ち合いの法理が、契約によって初めから明示的に引き受けられた義務以上のものを課す結果をもたらした時、これを私的自治との関係でいかに正当化するのか。もはや契約当事者の契約に対するコントロール権を持つて説明することは不可能であろう。

(37) FRIED, *supra* note 23, at 69.

(38) 彼はこれを「我々地球人が新しい惑星に着陸したときに適用されるであろう原理である」と表現している (*Id.* at 71)。

(39) *Id.* at 62-63. フリードは、前者の理由を「公正の考慮 (consideration of fairness)」もしくは「適正な注意の奨励 (encouragement of due care)」と表現し、後者の理由を司法行政上の要請と表現している。

(40) *Id.* at 63.

(41) *Id.* at 65.

(42) 「ブティン」は同様の指摘を「ブティン」°。 ATIYAH, *supra* note 35, at 140-142; See *Book Review* (C. FRIED, CONTRACT AS PROMISE) 81 MICH.L.REV. 904-907 (1983).

(43) *Id.* at 71-72.

5 不実表示と情報開示義務

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かと解されているが、古典的契約理論は、これを、不実表示によって得られた契約は意思に瑕疵があるからその効力が制限されるのだと説明するに留まっていた。フリードは、法哲学的視点からこれをさらに突き詰めて考え、契約の拘束力の根柢に関する議論と同様、その正当化根柢が道徳的なものに求めらるることを示している。

そもそも嘘をつく行為が禁じられるのは何故か。近代市民社会では、個人には利潤を追求すべく自らの財産をいかようにも処分する自由が認められているが、それによって他人の自由を侵害することは許されない。なぜなら、他人に不法を働くことは、彼の人格を軽視することに等しい非道徳的行為だからである。他人の自由を侵害することなく自らの利潤を追求する手段である約束制度は、人間相互間の権利の尊重を基礎として成り立っているのであるから、この基盤を崩壊させるような非道徳的行為は許されるべきではない。確かに、嘘をつくことは、対話者に誤信を生み出すことで自らの目的を達成する行為であって、必ずしも目に見える形で相手方に損害を与えるものではない。しかしながら、暴漢が被害者の体に手をかけて傷を負わせるのと同じように、嘘をついた者は被害者の心に乱暴を働くことよって損害を与えているとみることができる。したがって、嘘をつくという行為はそれ自体悪いことであって、自らの利潤を追求する方法としては許されないのである。⁴⁴⁾

さて、一般的に、契約関係に入りまたは入ろうとしている当事者は、自己の知っている事実を相手方に積極的に

知らせる義務を負わないものとされ、法によって特に義務づけられていない限り、開示しないことは不実表示とはならない。しかし、契約の一方当事者が、契約締結に際して、契約の基本的前提となる事実について相手方に錯誤があることを知っている場合、その当事者は嘘をついているとはいえないにしても、道徳的にみればその当事者には事実を開示する義務が負わされていると考えるべきではなからうか。また、仮にその当事者には開示義務が課されるべきであるとしても、それが契約中で明示的に定められていない場合、約束理論との関係でこの義務をいかに正当化するのか、さらには義務の根拠をどこに求めるのが問題となる。

フリードは、この問題を二つの具体例を挙げて検討する。第一の事例は、売主が売家に白蟻が寄生していることを知っていたにもかかわらず、目につく部分だけ修繕処置を施した上、その事実を開示しないまま相手方に売却した場合である。⁴⁵⁾ もう一つの事例は、相当な費用を投じて石油の埋蔵量調査を行った結果、有望な埋蔵地を発見したある石油会社が、その土地に石油が埋蔵されている可能性を何も知らせないで、土地の所有者である農場経営者から、その地域における農地の標準価格で土地を買収した場合である。どちらの場合にも、一方当事者は、自分の知っている事実を開示しなかったに過ぎず、相手を騙す意図をもって積極的に「嘘をついている」と認定することはできないため、嘘をつくことの道徳的不当性をもって情報の不開示を非難することは難しい。しかしながら、第一の事例では、白蟻のことを知らないのは買主の側だけであるし、また第二の事例でも、石油の埋蔵可能性を知らないのは土地所有者の側だけであって、どちらの場合にも契約の基本的前提となる事実に関して一方当事者のみが錯誤に陥っていることは明らかである。そこで、フリードは、これらの場合を、先に紹介した一方的錯誤の事例と同様に契約的事故として扱い、こうした事故から生じた紛争は約束理論以外の法理、具体的には公正の考慮に基づいて解決されるべきであるという。⁴⁶⁾ 第一の事例に関していえば、目につく部分に修繕を施すことによって売家に白

蟻が寄生しているという事実を隠そうとしている売主の行為は、単に買主の錯誤を知っていたというだけに留まらず、むしろ錯誤の発生を助長したものとみることができるといえる。公正の考慮は、契約的事故を自ら生ぜしめた当事者に法的助力を与えるものではなく、それゆえ売主からは相手方に契約の履行を請求する権利が剥奪されるのだという。⁴⁷⁾ところが、第二の事例では、石油会社はせいぜい農場経営者の錯誤を知っているに過ぎず、相手方の錯誤の発生を積極的に助長したとはいえないため、第一の事例と同じ理由をもって契約の履行を請求する権利を石油会社から剥奪することはできない。フリードは、こうした判断の困難な事例に関しては、契約の背景をなすコンベンションに照会し、そこに当該契約の法的強制力を肯定する方に導く公正の配慮が潜在しているか否かを探るべきであるという。ここでいうコンベンションとは、約束制度の説明で用いられたのと同様に、契約当事者間でのコミュニケーションを可能ならしめ、かつ約束を相互に交換する場を提供するところの共有された目的や経緯、共有された世界観という目に見えない期待システムを意味する。そして、コンベンションに照会した結果、より多くの情報を有する当事者が、彼に期待する権限が与えられているところの優越的地位を剥奪されることなく相手方の欠陥を補うことができないう場合には、彼が開示しなかつたとしても公正の基準は彼に対して不利に働くことはないという。この考え方を第二の事例に当てはめてみると、その状況において石油会社に優越的地位の利用を許すコンベンションが存在するといえる場合には、情報を開示しなくても石油会社は契約の履行を請求する権利を剥奪されることはないが、そうしたコンベンションが存在しない場合には石油会社に開示義務が課されることになるという説明が導き出される。⁴⁸⁾つまり、フリードの見解によれば、契約の履行を請求する権利が認められるか否かは、問題となっている行為が自らの優越的地位を利用する方法として許されるか否かを明示する一般的な背景的コンベンションに照会することによって決定されねばならないということである。

一方、同じ問題に対して、法と経済学派であるクロンマンは、法が不実表示によって得られた契約の強制を否定したり、契約当事者に情報開示義務を課したりするのは、それによって当事者間における富の再分配を実現するためであると説明し、したがって契約法が分配的正義を実現する手段であることを強く主張する。⁴⁹ フリードは、分配的目的を促進するために契約法を用いることは、コンベンション上当事者に与えられた期待権が覆される可能性を内包するものであつて、この可能性が自発的な取引を不安定なものとしてしまうと、これが結果的にはコンベンション自体の崩壊を招くことになるとしてクロンマンの見解には批判的である。⁵⁰ しかしながら、フリードも、再分配という要素がコンベンションとは全く無関係であると主張しているわけではない。なぜなら、契約の背景をなすコンベンションの中には、裁判所によって徐々に確立されたものもあり、とりわけ契約当事者のいかなる期待が正当とされるかは、どのような形の優越的地位の利用が許されるかを巡って裁判上形成されたルールに基づいて定義されねばならないが、そのようなルールを形成するに際して、効率性や再分配やアルトウルーズムといった様々な目的の追求が念頭におかれているのが現実だからである。それでもなお彼の見解がクロンマンの見解と異なるのは、仮に法ルールが再分配やアルトウルーズムを考慮して形成されているとしても、当事者はある目的の促進を予定する規範枠組の内での個々の取引がとり行われることを期待できるという意味において、再分配やアルトウルーズムといった目的の追求そのものが、ルールの支配を受ける全ての契約に対して当事者が有する合理的な期待の一部となしていると考える点である。つまり、フリードは、効率性や再分配等の目的に基づいて法ルールが選択されること自体には反対していないが、ただ個々の事例に関して既存のコンベンションの制約を離れて効率性やアルトウルーズムといったアドホックな理由に基づく自由な判断がなされることに反対しているのである。むしろ、こうした目的は一般的なコンベンションの確立を通して追求されるべきであり、これによって個人の権利が集団的目的のた

めに犠牲になる危険を回避することが可能になる。そもそも、当事者がコンペションを背景として一旦計画を立てそれに乗り出した以上、計画がうまくいっている最中に予期しない開示や分かち合いを当事者に要求するようなルールの変更は不当である⁵¹⁾。

では、果たして、契約当事者は、不実表示や情報開示義務違反に当たらない限り、相手方に対して一切責任を負わされることはないのであろうか。というのは、第二次リステイトメントによれば、契約当事者には全て「誠実でかつ公正に取引」しなければならないという一般的な義務が課されている旨記されており、これは不実表示の禁止や情報開示義務を越えて相手方に対するより広い義務の存在を契約当事者に認めるものであるかのように読めるからである。ハーバードビール製造株式会社事件判決⁵²⁾を引用して具体的に考えてみよう。この事件は、ビールの製造過程で生じるビール粕全てを牛の飼料として供給するという長期的な契約がある農場と結んでいたビール製造会社⁵³⁾が、ビールの需要の減少が原因で、最終的にビール工場の操業を停止してしまったことに対して、農場側は訴訟を提起し操業停止は公正取引義務違反であると主張した事案である。ビール製造会社は、たとえ利益が得られない状態になっても、農場に飼料を供給するためになお操業を継続しなければならないのであろうか。フリードの答えは当然ノーである。彼によれば、公正取引義務は、約束の誠実な履行のみを義務付けるものであって、漠然とした人間関係全般に対して忠誠であることを義務付けるものではないという。すなわち、公正取引義務はあくまで約束という私的制度的円滑な作用と契約関係の積極的な創造の促進、および相手方に対する配慮の促進を目的とする限りにおいて課されるべきであって、その範囲を越えて一般的レベルでの義務を強制することは、先に示したようなコンペションに対する契約当事者の期待を裏切ることになる。この事件の場合、ビール製造会社に自らが損失を被つてもなお操業を継続しよう命じることは、約束の誠実な履行を越えて非常に利他的な義務を課すものであるし、な

によりビール会社自身のコンベンションに対する期待を覆すことになる。したがって、ビール製造業者に公正取引義務が課されているものとみることはできないとする。⁶⁴⁾

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ように思われる。

まず、フリードは、法が不実表示を禁じる根拠を嘘をつく行為の道徳的不当性に求めているが、この説明では現在の法状況を説明するに不十分である。今日では、詐欺的不実表示、過失的不実表示に加え、善意の不実表示に対しても救済が拡大されつつあり、もはや「騙す意図」あるいは「損害を与える意図」という意味での道徳的不当性が不実表示の必須要件とはいえないことは明らかである。

さらに、情報開示義務を正当化する場面において、フリードは、コンベンションという概念を用いることによつて、クロンマンの見解との差別化を図ろうとしているが、これが成功しているとは思えない。公正という基準は両当事者の意思から全くかけ離れたところに見いだされるものではなく、むしろ当事者の属する社会に存在する価値観が裁判官を通して吸い上げられた結果として形成されるものであり、公正に基づく判断が必ずしも無制約でアドホックな判断を導くものではない。そもそも、コンベンション自体が、ある面で公正を含めた社会に共有されている価値観を反映するという性質を有するものである。したがって、情報開示義務の認定が「コンベンションに照らして」行われるべきであるといおうが、「公正に基づいて」行われるべきであるといおうが表現の差に過ぎず、そこで考慮されている中身は実質的にはそれほど相違がない。また、フリードの考えによれば、情報開示義務を認めるコンベンションのないところにそのような義務を認めるためには、あくまでコンベンションの確立を待つ必要があるということになるが、これでは、とりわけコンベンションが自律的には確立しにくい領域において一方当事者に著しく不利な状況が永続することになり、社会の変化に対する迅速な対応が望めない。実際こうした分野におい

ては、情報を開示する義務に留まらず、さらに踏み込んだ義務を課す判決も存在しており、例えばエッソ石油対マードン事件判決⁵³では、事業の将来性を予測しそれに基づく助言を行う際に契約の相手方に十分配慮すべき義務が認定されている。この認定は、契約当事者が契約を締結する前提条件として自らのもつすべての知識を相手方と共有することを要求するものであって、義務の存在をコンベンションによって一定範囲に絞るといふよりはむしろ、より広く拡張していこうとする判例の方向性が見てとれるのである。

(44) FRIED, *supra* note 23, at 78.

(45) これは実際に起こった事件である。Obde v. Schlemeyer, 562 Wash. 449 (1978)。この判決では、買主を騙したものと認定された売主に対して賠償責任が課された。

(46) FRIED, *supra* note 23, at 81.

(47) フリードが意味しているのは、契約的事故の発生を促すような売主の振舞は必ずしも契約の発生そのものを妨げるものではなく、売主には錯誤を伴わない契約を結んでいれば得たであろう利益を請求することが許されなくなることである。

(48) フリードは、この事例について開示義務を認めるのは不当であると考えているようである。おそらく石油会社は石油の埋蔵量調査のために相当の費用を投じており、こうして獲得した情報を農場経営者に開示する義務を課すことは、投じた費用に見合った利益を得る権限を石油会社から剥奪することになるのみならず、農場経営者に自分の土地の価値を上昇させるような貴重な情報を無償で与えてしまうことになることがその理由であろう。

(49) A. Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, 89 YALE L.J. 472, 490 (1980)。クロンマンによれば、不実表示が禁じられる理由は次のように説明される。仮に契約を締結する上で不実表示を用いることが法によって許されるとすれば、人々は、不実表示であることを看破するために必要な情報を収集することに、より多くの投資をすることが予想される。しかし、この投資は非

生産的な投資であって、その他の目的に財力を投入する方が全ての人にとってずっと利益となる。したがって、取引行為において不実表示を禁止するルールは、より生産的な投資を奨励することを目的とするものである。

(50) FRIED, *supra* note 23, at 84.

(51) *Ibid.*

(52) RESTATEMENT, CONTRACTS, 2nd, §205. なお、誠実および公正取引義務は、我が国における信義誠実義務にあたる。

(53) Neofotistos v. Harvard Brewing Co., 171 2 N.E. 865 (1961).

(54) FRIED, *supra* note 23, at 89-90.

(55) Esso Petroleum v. Mardon, Q.B. 801 (1976).

6 強 迫

強迫は、通常、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、これを受けた者は契約を取り消すことができる と解されている。ところが、今日、強迫が認定される状況は拡大をみせており、威圧行為の類型如何にかかわらず、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るようになっていいる。古典的契約理論は、強迫によって得られた契約を、選択の自由が完全に奪われた上でなされた契約、すなわち、不実表示の場合と同様に、意思に瑕疵のある契約であるとして、その取消権を説明してきた。しかしながら、近年における強迫概念の拡大にともない、強迫の存在が認定される状況の中には、実際、約束者が自分の行為を認識し、かつ選択肢を十分認識した上で選択したにもかかわらず、その選

扱が客観的に見て公正でないと感じられるために拘束力が事後的に否定される場合が少なからず存在する。ここでは、当事者の意思に瑕疵があることを根拠とするに留まらず、当事者の経済力や社会的地位の優劣から生じる取引上の立場の不平等の存在を強迫の認定基準とする判断がなされており、これを裁判所による直接的な富の再分配行為と見ることも可能である。フリードは、こうした現象を約束理論との関係でいかに説明するのであるうか。

そもそも、「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」行為によって得られた契約が取り消し得るのはなぜか。フリードは、その理由を、嘘をつく行為と同様、暴力的な威圧行為そのものの持つ道徳的不当性に求める。近代市民社会では、個人には私有財産権が保障されているが、その中には、物に対する支配権のみならず、自分の人格・能力に対する支配権も含まれている。人間の能力に財産的価値を見だし、それを権利として保障することは、人は自らの意思に反して他人に利用されないという判断の現れであり、まさに自由主義的個人主義の根幹を形作る道徳理念である。暴力的な威圧行為は、それを受けた者の人格権を侵害するだけでなく、その者を彼の意思に反して利用するという個人主義の根幹をも揺るがしかねない非道徳的な行為であるがゆえに、このような行為によって得られた契約の効力が制限されるのであるとする。⁶⁶

ところが、先に指摘したように、今日、強迫の概念は拡張されており、問題となっている行為が「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」には当たらなくても、強迫の成立が認められる場合がある。このような場合を、上述のように行為そのものの道徳的不当性をもって説明することは難しい。そこで、フリードは、強迫の定義を改めることによって、いかなる場合に強迫の成立が認められ、かつその根拠がどこに求められるかを判断する新たな基準を提示している。彼によれば、強迫の存否を判断する要は威圧 (coercion) の要素が存在するか否かにかかっていると、相手の立場を悪化させる提案である脅し (threat) と、選択権を増加させ結

果的に相手の立場をよくする提案である申込 (offer) のうち、前者の脅しが威圧に該当するという。脅しが相手の立場を悪化させたかどうかは、自然法上規定されている財産権に照らして、当事者が権利を有しているか否かによって決定される。つまり、提案者が自由に申し込む権利を持っている事を申し込めば威圧ではないが、そのような権利を持っていないにもかかわらずそれを申し込み、結果として相手方に不法行為を働くことになる場合には威圧となる。したがって、例えば、泥棒は被害者に対して損害を加えるとの脅しをかける権利を持たないので、被害者に不法行為を働くことになり、これは威圧に当たるが、スーパーマーケットが法外な値段で豆の缶詰を売り出したとしても、スーパーマーケットは好きな価格で缶詰を提供する権利を持っており、買物客は代金を支払わずにそれを得る権利を持たないから、これは威圧に当たらないことになる。結局、威圧に当たるか否かの判断は、公正の見地から当該契約が法的に強制されるべきどうかを判断することではなく、普遍的な基準として存在する財産権の所在に照らして契約当事者がいかなる権利を有するかによって定められることになるのだと主張する⁶⁷⁾。

しかしながら、フリードの見解には次のような問題があると思われる。

まず、フリードの見解によれば、暴力的な威圧行為はその道徳的・不当性ゆえに当然禁じられるが、経済的・社会的地位の優越を利用してなされる威圧行為、いわゆる経済的強迫行為は、それが権利として認められる限り規制されないことになる。フリード自身は、個人は自分の能力や才能を活かして利益を追求する権限を当然有しているであって、経済的社会的地位を利用した利潤の追求もそうした権限の範囲内の行為として許されると考えているようである⁶⁸⁾。しかしながら、今日では暴力的な類型の強迫はあまり見うけられず、むしろ一方当事者の経済的地位の優越を利用した威圧行為が大半をしめるという状況の中で、経済的弱者に対する保護をこれほどまで簡単に切捨ててしまつてよいのかは大いに疑問である。

さらに、当該行為が強迫に当たるか否かを判断する基準を権利の有無に求めるフリードの見解は、そもそも財産権の既存の配分自体が判定の基準とするだけの妥当性を有するものかといえるのかという問題と、財産権のように時代や地域によって変化する任意的なものを基準として採用することができるのかという問題を孕んでいる。フリードによれば、財産権は自然法に基づいて決定されるものであるから、結果としての財産権の分配は中立的かつ妥当なものであるし、たとえ財産権が時代や地域によって変化するものであっても、必要な限りで時間や場所を限って財産権の範囲を確定することは十分可能であると説明するに留まっている⁶⁹。しかしながら、権利というものは、時代や社会の要請によって形成されるものであって、客観的中立的なものであるというよりも、むしろ目的志向的に決定されるものであるといえよう。フリードも、強迫行為を禁じることによって当事者間での地位格差の是正や資源の効率的な分配が図られることを認めているが、それはあくまで結果であって、目的ではないとする。このように、彼は、不実表示の場合と同じく、自分の見解と法と経済学派との間に一線を画そうとしているが、権利の基準が必ずしも価値中立的なものではないことが明らかになった時点で、両説の違いは希薄とならざるを得ない。

(56) 暴力的強迫行為の非難可能性が道徳的なものに求められると主張するフリードも、暴力的強迫行為の禁止が結果的には資源の効率的な分配を導くことを認めている。しかし、あくまでこれは非難の結果であって、非難の根拠ではないという(FRIED, *supra* note 23, at 99)。これに対して、クロンマンは、強迫の規定が再分配的目的を促進するために設けられたものであると説明する。すなわち、暴力的な脅しによって利益を得ることを許すルールは、限られた資源を生活水準の向上といった生産的目的への活用から、より強力な武器やより性能のいい防弾チョッキの開発といった非生産的目的への活用に投入させるインセンティブを人々に与えるものであって、せいぜい現状維持の効果をもたらすに過ぎず、社会を發展させる方向へ働くものではない。それゆ

え、資源のより生産的な活用をもたらすという目的で暴力的な脅しが禁止されるのだという (Kronman, *supra* note 49, at 490)。

(57) FRIED, *supra* note 23, at 96-98.

(58) Cf. Sealy, *Book Review* (C. FRIED, CONTRACT AS PROMISE) 41 C.L.J. 190 (1982).

(59) FRIED, *supra* note 23, at 101.

7 非良心的契約

古典的契約理論は、契約当事者の自由な意思に基づいて締結された契約に絶対的拘束力を付与し、それが裁判所の公正判断に基づいて事後的に覆されることを許さない。たとえ錯誤や不実表示、強迫の要素が存在するがゆえに契約の法的強制力が否定または制限されるとしても、それは意思理論から演繹しうる結論として、そこには契約の拘束力の根拠であるところの契約当事者の意思がそもそも存在しない、あるいはそれに瑕疵があることを理由に、正当化が可能であった。ところが、現実には、錯誤や不実表示、強迫の要素が存在しない場合であっても、なお契約内容があまりに不公正・非良心的であるという理由で契約の強制を拒んだ判決がいくつも存在し、これが今日では非良心的の法理として統一商事法典第二編三〇二条に明文をもって規定されるに至っている。非良心的契約は、手続的 (procedural) なものと実体的 (substantive) なものに分けて処理されることが多く、前者は、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を対象とするのに対して、後者は、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といわれる。手続的な非良心的契約には、契約当事者の認識上の欠陥 (cognitive defects) が通常存在することから、錯誤や不実表示、強

追の場合と同様に、意思の不存在または瑕疵を理由にその法的拘束力の否定を正当化することは可能であろう。ところが、実体的な非良心的契約では、契約当事者はまがりなりにも自由で自発的な意思決定に基づいて契約を締結しているといえるのであって、このような契約の法的拘束力を裁判所が公正判断に基づいて事後的に否定することが可能であるとすれば、これを意思理論をもって説明することはもはや困難であるし、自由な意思に基づく契約の絶対的拘束力を認めるという古典的契約理論の大原則に明らかに反することになる。

そこで、古典的契約理論の再生を目指すフリードがとった道は、非常に限られた場合を除き、非良心性を理由とする契約の拘束力の否定を認めないというものである。彼は、この理由を、一般に非良心的であるとみなされやすい三つの契約を例に挙げて説明する。⁶⁰

①の場合…スラム街のある小売店は、定職を持たない客を対象に、通常よりも高い価格で家具や電化製品の掛け売りを行っている。そこで締結される契約の条件は、高利率を定める条項や商品に対する売主の品質保証を免除する旨の条項、契約違反が発生すれば、それがいかに些細なものであろうとも、直ちに商品を引き揚げる旨の条項を含む、小売店の側に一方的に有利なものとなっている。

②の場合…小さな下請会社で、失業率の高い時期に、低賃金ではあるものの、技能を全く持たない若い労働者を雇い入れようとした。労働契約を締結するに際して、会社側は、仕事には非常な危険が伴うこと、しかしながら、その危険を防止するための十分な安全設備を備えることも保険をかけることも出来ないことを説明した。それでも職を得たいと考えた労働者は、危険のリスクを全て自らが負い、結果として被った傷害について決して会社を訴えない旨を記す承諾書に署名した。

③の場合…自動車の売買契約に際して「当社は商品の欠陥から生じた身体的損害に対して一切責任を負いません」

という免責条項を含む標準保証書を、買主に対して常に渡す旨の協定が自動車会社間でなされた。

まず、①および②の場合について、フリードは、小売店や下請会社が提示した契約条件を非良心的であるとして非難することは、感情的な主張であつて正当性に欠けるという。なぜなら、貧しい客を対象とする取引では債務不履行が生じる可能性が非常に高く、これに対応するためには高い価格設定をし買主に過酷といえるような契約条項を設けることがどうしても必要となるし、また、仮に下請会社に対して未熟な労働者を高賃金かつ好条件で雇用するように要求したとしても、不況の折から小規模経営の下請会社自体がそのうち立ちゆかなり、ゆくゆくは労働者が再び失業してしまうことは目に見えているからである。むしろ、通常の店からは掛け売りしてもらえないような客に掛け売りをする小売店や、他社では雇ってもらえないような未熟な労働者をあえて雇おうとする下請会社の行為は、不当な契約条項の被害者とされる者に対してより広い選択肢を提供し、彼らの機会を拡張する者として積極的に評価されるべきである。ここで小売店や下請会社の提示した契約条件の効力を非良心的であることを理由に否定することは、相対的に豊かな当事者が個人的に富の再分配の負担を負わなければならないことを意味する。すなわち、自分より貧しい人と偶然取引するに至った人達に対してアットランダムにアドホックな方法で再分配の負担を課すことになり、これは突然負担を課された個人の私的自治、人生設計を打ち壊すことになってしまふだろう。こうした理由から、フリードは、たとえ契約内容が非良心的であるといえる場合でも、それを理由に契約の拘束力を否定すべきではないと考へるのである。⁶¹⁾

しかし、非良心性の否定は、しばしば経済的弱者への同情を欠いた過酷な結果を生み出すことは否定できない。そこで、フリードは、結果の過酷性を緩和する方法として、全市民の一般的な負担のもとに行われる富の再分配を主張する。具体的には、支払能力のある全市民に対して税金を課し、それを通じて得られた資金を基に、貧者に対す

る生活保障手当の支給を行うことによつて、各人の私的自治がなんら干渉されることのないままに、共同体の存続を脅かす不平等を除去することが可能となるのだという。これを①および②の場合に当てはめると、小売店も下請会社もその収入に見合つた税金を払つてはらずで、彼らの払つた税金は貧者の救済に用いられ、これが結局はスラム街にすむ客に対して過酷な契約条項の押し付けを必要としたり、未熟な労働者を低賃金で危険な仕事への就労へと駆り立てるような社会条件の改善にも用いられていくという意味で、彼らは既に富の再分配の実現に十分貢献しているといえるのである。こうした見解の背後には、上述したように、ある一定の社会条件を背景にして私的取引をなす特定個人に、自分達が作り出したわけでもない現在の社会条件を改善する負担を課すのは不公正であるという考慮が働いている。

ただし、フリードも、非良心性ゆえに契約の拘束力を否定すべき場合があることを非常に限られた範囲で認めている。すなわち、課税によつて富の再分配を実現する方法は、市場を含めた社会制度が正常に機能している状態にあることを前提として始めて、彼の主張するような役割を適切に果たすことができるのであるが、この前提が崩れたときには例外的に非良心性を肯定する必要性が生ずるといふ。例えば③の自動車会社は、カルテル類似の協定を結び、消費者を犠牲することによつて独占的利益を得ようとしているものとみることができるといふ。この場合、非良心性を理由に免責条項の効力を否定することは、自動車会社をして損害賠償という形でその独占的利益を消費者に還元するよう強制することになり、これがひいては会社により低い価格でより安全な車を製造するインセンティブを与えることにつながる。このように独占等が原因となつて市場が十分に機能していない状況を、フリードは「市場の失敗 (market failure)」と呼ぶ。ところで、無知や恐れ、偏見が生み出す状況は、独占と同じ程度に自由競争への障害を自ずから構成するものと捉えることができる。このように考えると、①の小売店や②の下請会社は、相手方

の無知や貧困、窮迫を利用して市場価格とはかけ離れた価格でサービスを提供している点で、実質的には自然的独占を不当に利用していることになるのではないだろうか。これに対して、フリードは、自動車会社は会社間の合意によって独占状態を作り出しているのに対して、小売店や下請会社はそうした合意をしていないこと、また自動車会社の行った共謀は事前に一般的なルールで禁止することが可能であるのに対して、企業心の旺盛な小売店や雇者によって享受される利益を、例えばフラフープの発明者によって享受される利益と区別する方法は存在しないという理由で、③の場合とは異なり、①②の場合に非良心性が否定されるのは正当であると主張する⁶³。

さらに、市場の失敗に加えて、社会制度の正常な機能が期待できない状況として、フリードは、制度的な補償が困難な突発的事故の発生、あるいは個々の取引をなすのに必要な最低限の社会条件を崩壊させるところの戦争の勃発といった状況を挙げる。そして、こうした状況は自然状態と同じであって、ここでは各市民がより大きな社会的正義を追求することが要求される、つまり困っている他人を助けよという人間としての義務が課されるのだという。仮に、ある事故が突発的に起こった場合、事故の被害者を救済する義務を被害者と偶然接触をもつに至った者に課したとしても、事故の発生頻度自体が非常に低く、課される負担は総体的にみればそれほど大きなものではない。戦争が勃発した場合に言えば、戦争状態において、人と人との結束を要求し、戦争から生じた負担を分かち合う義務を認めることは、かえって市民社会の復活をより迅速に導くものである⁶⁴。

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ように思われる。

まず、非良心性を理由に契約の拘束力を否定することは、アットランダムかつアドホックな方法で富の再分配を行う行為であって許されないとするフリードの主張に対して、アティアは、そもそも今日の契約法から再分配的な要素を一切排除すること自体が不可能であるとして、契約法が再分配的行為へ関与していることを示す最たる例と

して、未履行契約の法的強制を挙げる。すなわち、未履行契約の法的強制が正当化されるのは、契約締結の時点で約束者から受約者に対して契約から得られる利益を全面的に受領する権限が移転されているからであり、この権限分配は、自らの合理的判断能力を駆使して最もうまく計画した人間が最も利益を得られるような形で決定されており、もつて私的自治のより一層の促進を図ろうとする分配的考慮の反映であるといえるからである。⁶⁵⁾

また、非良心性の否定によって過酷な状況に陥る経済的弱者に対するフリードの対応は、全く放置するつもりはないにしても、依然として冷たいものである。彼によれば、一般的なレベルでの富の不平等の是正は税制を通じて行われるべきであつて、それを越えて契約法が弱者保護を行うことはかえつておせっかいであり、経済的弱者について生じやすい理解力の欠如は、錯誤の法理やその他の特別立法によつて救済が与えられる限りで十分であるといふことにならう。しかし、実際に税制を通じて行われている富の再分配は、社会条件の改善を積極的に促進するものであるとはいえず、その効力はせいぜい現状維持に留まるものである。また、上述したように錯誤の抗弁は容易に認められないこと、また特別立法もその適用範囲が限定され実効性に欠けることから、これによつても十分経済的弱者を過酷な状況から擲り上げることができない。なお、弱者保護との関係で言えば、今日では、契約内容の不公正を理由にその効力を事後的に否定する非良心性の法理とは別に、不公正な契約条項の使用を予め規律する沢山の消費者保護立法が存在している。こうした法律は、契約から発生するリスクを契約条項を用いて消費者に負担させることを一律に禁ずるものであるが、生産者側は商品の価格にリスク回避費用を上乗せするという形で自らに課されたリスクを分散するのが通常であるから、実質的には消費者がリスク回避の対価を支払っているものとみることができるといえる。しかし、中には発生するかどうかとも分らないリスクから保護されるよりも、商品がより安く提供されることを望む消費者も存在することを考えれば、全ての消費者に一律に保護を与えることは、こうした一部の消

費者の意向を無視するだけでなく、需要と供給のバランスからなりたっている市場の作用を侵害することにもつながら。フリードの立場からは、このような性質を有する消費者保護立法の存在は、非良心性原理を否定するのと同じ理由で否定されるべきことになるにもかかわらず、彼はこの問題にほとんど関心を払っていない。⁶⁶⁾

最後に、フリードが非良心性を肯定する例外的状況、つまり市場の失敗や社会秩序の崩壊といった状況は、現実には、彼が考えている以上によくみられる現象であるといえるのではないか。アティアはこの点について次のような批判を加えている。自由競争原理が作用していないという意味での市場の失敗は、独占という形でごく一般的にみられる現象であるにとどまらず、より個別的な当事者関係に目を向けた場合にも、一種の独占的状況を多数見いだすことができる。例えば、BがAの所有している土地を特別な目的のために必要としており、それ以外の土地ではその目的を果たすことができない場合、ある意味でAはその土地に関して独占的利益を得ているということができる。また、継続的契約関係においては、当事者間で市場を介して行われるのとは違った形での契約交渉が行われることが多く、ここに相互的独占状態を見いだすことができる。一方、社会秩序の崩壊は、戦争の勃発といった滅多に存在しない状況に限ってみられる現象ではなく、これを「法によって必要なときに必要な保護が与えられない状況」という広義の意味に捉えれば、経済的強迫や契約に際して第三者の助言が得られない状態もまた一時的な社会秩序の崩壊とみることができるのではないか。このように市場の失敗や社会秩序の崩壊は頻繁に発生する現象であるから、こうした場合に限って非良心性の法理の適用を認めることは、実質的には広くその適用を認めることにはかならないのである。⁶⁷⁾

⁶⁶⁾ FRIED, *supra* note 23, at 103-104. なお①②の事例はそれぞれ 'Jones v. Star Credit Corp. 事件判決 (59 2 Wisc. 189 [1969])'.

Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc. 事件判決 (32 N.J. 356 (1960)) に基づいている。

(61) FRIED, *supra* note 23, at 105-106. 自分より貧しいものと偶然取引をするに至った人達に再分配の負担を課すという方法をとると、例えば、ビバリーヒルズに住んでいる外科医は①②の小売店や下請け会社の十倍もの収入を得ているにもかかわらず、貧しい者と取引する機会をもたないという理由から再分配の負担が課されなくなり、ここに不公平が生じることになるとフリードはいう。他方、ロールズもフリードと同じ議論を展開しており (See JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 55 (1971))、一般に自由主義論者は富を分配する適切な手段として契約法よりも租税制度を好む傾向を有しているようである。

(62) 自動車会社間でこうした合意が行われる原因としては、新規参入の困難性、競争相手の数が少ないこと、生産が集約的に行われているのに対して消費者が分散していることが考えられる。

(63) FRIED, *supra* note 23, at 107. なお、フリードは、上記の説明が当てはまらないものとして破産法を挙げている。免除制度を持つ破産法は、たとえ破産者が契約上の義務を負っていても、契約の法的強制の結果として彼が最低限度の生活をなしえなくなるであろうことが予想される場合には、その義務を免除する旨規定しており、破産の場面では最低限度の生活水準が租税収入から構成される社会的財源によってではなく、特定の契約当事者によって補償されているという実態が存在するからである。これに対して、フリードは、契約当事者は一般的に破産を自分の事業の成功に付随するリスクとみなしており、契約を締結する段階で既にこのリスクが考慮されているといえるから、特定個人にこうした負担を課しても不意打ちにはならないという。同時に、こうした義務はアルトウルイズムに基づく義務の一例とみなすことができるが、あくまで明確に定義され、制限された義務であって、広く一般的に課されるものではないという。 *Id.* at 108.

(64) *Id.* at 109-111.

(65) *Id.* at 131-134. 逆に約束者からは気が変わる権利が剥奪されていると見ることができると。

(66) ATIYAH, *supra* note 35, at 374-379. フリードは、脚注で僅かにこの問題に触れている。「例えば、一定の保証の免除を禁止し

たり、標準的な契約条項の挿入を要求したり、安全基準の設定もしくは労災保険への加入をある種の関係に強制するという立法の問題をここでは一時棚上げにする。第一に、これらの法は一般的で、通常制定法ルールである。第二に、このルールはしばしば市場の明らかな不完全性を排除するために設けられている。第三に、こうしたルールの多くが非効率率である。」
(FRIED, *supra* note 23, at 108n. *)

(67) ATIYAH, *supra* note 35, at 134-135.

8 債権法の構造

ここまでは、フリードによる古典的契約理論の再構成、すなわち約束理論の内容とその問題点を検討してきた。既に明らかのように、フリードは、契約をめぐって生じた紛争を当事者の意思をもって解決することには限界があり、そこでは約束理論ではなく不法行為法や不当利得法を支配する法理、分かち合いの法理といったその他の法理の適用が必要となることを認めている。では、フリードは、債権法という大きな構造の中で、契約法にいかなる位置付けを与えているのであろうか。

彼は、約束理論によって支配される領域とその他の法理によって支配される領域とを明確に分離し、両者の連続性を完全に否定する。⁶⁸ すなわち、契約法は基本的に約束理論によって支配されるものであり、その他の法理によって支配され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観念される。但し、例外的に、錯誤や挫折・後発的不能や不実表示・強迫の要素が存在するため約束制度がうまく具合に作動しない場合、これを解決するために約束理論以外の法理を持ちださざるを得ないとして、その限りにおいて契約法が約束理論以外の法理によって支

配されることを容認する。このように契約法が全ての面で一貫して約束理論を使って正当化できないからといって、約束理論そのものの正当性が弱まるわけではなく、契約法の中核は依然として約束理論が支配しているのだと主張する。⁶⁹

では、フリードは具体的に契約法と不法行為法・不当利得法との各関係をどのように捉えているのであろうか。彼は次のように論じている。不法行為法理や不当利得法理は、契約法理に比べて、より原始的かつ完全で、同じ共同体の構成員であるという以上の関係を持たない他人同志が何らかの接触を持つ際に一般的に要求される「正義」に近い規範である。一方、契約法理は、このような原始的な規範から一歩進んで、人が自らの選択によって相手方との間により密接な関係を形成し、かつその関係を自らが規律することを可能にする、約束というより高次の制度を律する規範である。約束制度の恩恵を受けようとする者は、あらゆる面において約束制度の規範に従うことが要求され、これに反した場合には、契約法理による判断を受けることはもはやかなわず、より原始的な不法行為法理や不当利得法理の「正義」に基づく判断を受けざるを得なくなるのである。⁷⁰つまり、人は、相手方との間により密接な関係を形成する約束制度に乗るかどうかを自らの選択によって決定することができ、この制度に乗っていない限りは約束法理により支配されるが、契約過程で何か問題が生じると、約束制度に乗っていることがもはやかななくなり、そこに結果として生じた損失や利益を振り分ける必要から、不法行為法理や不当利得法理が適用されるのである。⁷¹また、約束的禁反言の箇所でも述べられているように、フリードによれば、不法行為法理や不当利得法理は、約束理論を適用する結果として生じる一方当事者に対する過酷な結果を回避する実質的效果も有しているとい⁷²う。

結局、フリードは、不法行為や不当利得といったより原始的な規範によって支配されるギャップの存在しない法

を背景にして、その上に約束理論によって支配される契約法という一種特別な法が存在し、契約法にギャップが生じた場合には背後に控えている不法行為法や不当利得法がそれを埋めるというような債権法構造を観念しているものと思われる。但し、両者の緩やかな連続を観念するアテニアとは異なり、フリードは背景となる法と契約法とをハッキリ断絶するものとして観念していることに注意しなければならない。

既に指摘したとおり、フリードは約束理論で正当化できないものをすべてその他の法理の中に放り込み、結果としては約束理論そのものを純化させることに成功してはいるものの、このような取捨選択の後で約束理論に残された領域は非常にわずかであって、これがなお契約法を支配する法理であるということができると疑わしい。また、契約関係は潜在的なギャップに満ちており、法の背後に控えている不法行為法や不当利得法が全面にでくることができるとすれば、契約法とその他の法をハッキリと区別して捉えることにどれほど意味があるのか疑問である。

(68) FRIED, *supra* note 23, at 133.

(69) 本稿三の2、6を参照。

(70) *Id.* at 126.

(71) *Id.* at 26.

(72) *Id.* at 131.