

契約法理論の再構成を目指して(三)

— 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〔以上一七〇号〕

四 新しい契約法理論構築の試み―信頼理論―

- 1 アテイアの歴史観
- 2 アテイアの問題意識（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（以上本号）
- 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

四 新しい契約法理論構築の試み―信頼理論―

フリードは、法哲学的視点から意思理論を再評価し、かつその欠点を修正することによって、古典的契約理論の再生を試みた。これに対して「信頼理論」を提唱するパトリック・アテイアは、契約法の歴史的研究を基に、古典

的契約理論に時代遅れのレッテルを貼り、これに代わる全く新しい契約法理論の構築を試みている。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 アティアの歴史観

アティアは、「契約自由の盛衰」⁽¹⁾という著書の中で、社会的・経済的・政治的見地から広くイギリス契約法の発展の歴史を検証している。古典的契約理論の誕生とその衰退に関する議論は、フリードマンやギルモア、ホービッツ、シンブソンらによってアメリカで始まったものであるが、同じテーマをイギリスの場合に置き換え、かつ一層詳細に研究したのがアティアのこの著書である。信賴理論は、この著書で述べられている契約法の歴史観に大きく基礎をおくものであることから、信賴理論に対する理解をより充実したものにするために必要な限りで、本論に入る前に彼の歴史観を概観しておくのが有益であると考ええる。

さて、アティアは、契約法発展の歴史を三つの時代——一七七〇年以前、一七七〇年から一八七〇年、一八七〇年以降——に区分し、「契約の自由」が最盛期を迎え、かつ古典的契約理論が生み出されたのは一七七〇年から一八七〇年にかけてであると主張する⁽³⁾。では、彼の見解によれば、各時代において契約法はいかなるものとして認識され、それが時代を経るごとにどのように変遷していったのであろうか。

まず初めに、一七七〇年以前の契約法は、個人の意思の実現を支えるものとしては認識されていなかったという。すなわち、「合意をすればそれに拘束される」とする観念は確かに存在してはいたものの、実際の裁判では、合意の内容が公正でないという理由で契約の拘束力が否定される場合もあれば、逆に、たとえ合意が存在しなくても公正

の見地から契約の拘束力が認められる場合もあるというように、契約の拘束力は必ずしも絶対的なものとして扱われていたわけではなかった。また、この時代には、契約責任の法的根拠が約束ではなく約因、すなわち利得や損失の信頼にあるものと考えられており、約束のみによって直ちに契約が法的に成立するとは認識されていない。したがって、未履行契約の法的拘束力は認められず、その違反に対して期待利益の賠償が与えられることもなかった。むしろ、契約当事者のいずれかが履行に着手して初めて契約の法的拘束力が発生すると考えられ、その違反に対する救済としては、信頼利益の賠償や原状回復による救済が原則とされた。さらに、裁判所も、より積極的に私人間の取引関係に介入し、取引の公正を保障すべく共同体的な価値判断を行っており、制度的には衡平法裁判所が重要な役割を果たしていた。⁽⁴⁾

しかし、一七七〇年頃を境にして、社会・経済・政治の全ての局面において大きな変化が生じた。それまで、人口も少なく、産業の中心が農業にあったイギリスにも、産業革命によって急速に市場経済の波が押しよせてきたのである。資本、労働力、土地が自由に流動するようになり、かつあらゆる社会生活の領域において分業化が進展することにより、取引関係の量や範囲が大きく拡張することとなった。このような市場経済の中で、進取の気性、技術、才能を利用して莫大な富を築いた企業家達は、新中産階級を形成するに至り、契約に対する政府の介入を一切廃して自由競争市場を確保し、もって自らのさらなる利潤の追求を可能にするために、「契約の自由」を要求するようになった。こうした「契約の自由」の要求は、一七七六年のアダム・スミスによる「国富論」の出版を契機に始まった近代経済学が、レッセフェールの哲学を唱道したとと相俟って、経済学者や資本家、後には法律学者までが一緒にあって主張しかつ普及させようとしたプロバガンダとなり、ひいては近代契約法の基本理念となっていく。一方で、産業革命を契機とする農村人口の都市への流入によって、諸個人の関係は、地縁的結合により規定される

ものから金銭のみによって媒介される非人格的な関係へと変化した。すなわち、個人が社会秩序の単位となり、諸個人の関係は、「身分から契約へ」、すなわち当事者の意思とは無関係に押し付けられるものから自ら選択したものと変化したのである。これによって、一般市民のレベルにおいても自己の利益の自由な追求や選択の自由を保障する個人主義の要請が高まった。さらに、人口過密状態にある都市部において、当時の行政機構の未発達を補うため、新たな社会規範として自己規律や独立自尊の倫理がもてはやされるようになるとともに、その一つである「約束は守らなければならない」という教訓が重要視されるようになった。以上のような社会的経済的状況の変化は、市場経済の円滑な運営を実現するために取引の枠組みを設定し、かつ毎日大量に発生する取引の画一的処理を可能にする一般抽象的な契約法理の形成を要請するものであり、その結果生み出されたのが古典的契約理論であった。

もはや契約は当事者の自由な合意によって成立するものであり、契約法はこのような私人の意思に秩序形成力を付与し、国家をしてその保障に当たらせるものとなった。すなわち、裁判所の職分は、契約当事者の意思を発見しそれを忠実に実現へと導くことであり、実体的正義や公正に基づいて任意的に契約の拘束力を判定する従来の裁判は、予測可能性を失わせる独断的裁判として後退していくことになった。また、個々人による計画的な経済活動の重要性の増加は、未履行契約の保護の要請という形で法的に表現され、これによって単なる期待が財産的な価値を持つ確実なものとして保護されるようになった。これは、既履行契約に代わって未履行契約が新たに契約法理論のパラダイムとなることを意味するものである。さらに全ての契約が諾成的に考えられるようになると、契約の拘束力の根拠も利得や損失的信頼ではなく約束に求められるようになった。⁵⁾

しかし、一八七〇年頃を境にして状況はさらに一転する。消費社会の到来によって、確かに消費者は個人として経済の中心に置かれたが、著しい経済成長から生じた巨大コーポレーションによる市場の独占や寡占、政府による

需要および価格の作為的統制によつて、個人はもはや自由市場において自己の所得を消費しているとはいえなくなり、個人の「契約の自由」は事実上大きく制限されるようになった。とりわけ、消費者取引の分野では、契約当事者の対等性の欠如や消費者の無知を利用する悪徳業者を取り締まり、もつて経済的弱者である消費者を保護しようというパターナリスティックな立場から、私的契約関係に私法的コントロールが及ぶようになってきている。一方、かつては「契約の自由」をとともに唱道していた経済学者の間でも、新古典派経済学の興隆とともに、自由市場経済が現実を反映するものではないことが認識されるようになり、レッセフェールの哲学を唱える者はほとんどいなくなっている。同時に、社会における個人の役割も、行政機構の整備が進むにつれて、それまで個人主義的な自助に頼ってきた分野が行政の管轄領域となることによつて、一般的に減少している。

このような状況の中で、契約法ならびに裁判所の現実社会における役割も大きく変化している。社会環境の急激な変化に沿う形で生活のベースが変化し、将来のことについて約束に拘束力を与えることが難しくなったこと、また、契約の主体が個人から会社へと移ることによつて、約束の道德的拘束力に対する認識が弱まったことなどから、「約束は守らなければならない」という原則、そして未履行契約の役割は次第に低下し、これに伴つて、契約責任の根拠は、約束から再び利得や損失の信頼へと回帰しつつある。また、裁判所は、司法裁量の範囲の拡張を通じて、実体的正義や公正に基づく契約関係への介入に、より積極的な傾向を示している。ところが、このような現実にもかかわらず、理論の上では依然として「契約の自由」が基本理念であり続け、同時にこの理念の上に構築された古典的契約理論が今もなお契約法理論に長く影を落とし続けている。こうした理論と現実との乖離が法学者によつて長らく放置されていたことが、まさに今日の問題状況を作り出す直接の原因となっているのだといえる。⁶⁾

アティアは、以上の歴史的な分析から、今日の契約法理論を支配しているのは未だ一八世紀的な価値観に基づいた

古典的契約理論であって、現代の価値観を反映するものではないこと、したがって、これに代わり、一八七〇年以降に起こった社会・経済・政治の各変化を反映した新しい契約法理論が構築される必要があることを示唆してこの著書を締めくくっている。そして、この問題提起から始まった彼の新しい契約法理論探求の試みは、「契約に関するエッセイ」⁽⁷⁾の中で信頼理論として結実することになる。そこで、次節では、アティヤの目からみた古典的契約理論の問題点を理論面からより詳細に検討し、もって全く新しい契約法理論の構築を決意させるに至った彼の問題意識を鮮明にしたい。

- (1) PATIYAH, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT (1979).
- (2) See e.g., L.FRIEDMAN, CONTRACT LAW IN AMERICA(1965); M.HORWITZ, TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW (1977); A.SIMPSON, A HISTORY OF THE COMMON LAW OF CONTRACT (1975). 「契約自由の盛衰」はこれらの先行研究の影響を強く受けて書かれたと思われる。See e.g., B.Black, A Tale of Two Laws 79 MICH.L.REV.929, 930 (1981); C.Fried, Book Review (PATIYAH, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT), 93 HARV.L.REV.1858 (1980).
- (3) ATIYAH, *supra* note 1, at 1-7.
- (4) *Id.* at 11-216.
- (5) *Id.* at 219-569.
- (6) *Id.* at 571-779.
- (7) PATIYAH, ESSAYS ON CONTRACT (1986).

2 アティアの問題意識（古典的契約理論の限界）

古典的契約理論は、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が、その他の契約形態にも適用可能な一般の原理へと普遍化・体系化されたものであることは既に指摘したとおりである。そこで、アティアがまずもって批判したのは、様々な契約類型の中からモデルとするのにふさわしい典型契約を選び出すこと自体が不可能であるということである。そもそも典型契約とはいかなる基準で決定されるのであろうか。例えば、取引回数のもっとも多い類型の取引を典型契約と捉えるという基準をとった場合、その結果として決定される典型契約は時代や地域によって大きく異なり、普遍性を欠くものとなろう。また、取引を通じて得られる価値が最も高い類型の取引、つまり商業取引を典型契約と捉えるという基準も考えられるが、何をもつて価値を図るかが明瞭ではないし、商人間でとられる取引形態が広く一般人にも採用されているとは到底考えられない。さらに、法律家が実務上取り扱う機会の最も多い取引を典型契約と捉える基準も考えられようが、それは非常に複雑で私人の手に負えない契約であるか、または紛争が生じやすい契約類型であることを意味することに留まる。結局、いかなる基準をもって典型契約を決定しても、それが唯一の契約モデルとなることを正当化することはできないのであって、むしろ、契約には様々な類型のものが併存し、それぞれに固有の法原理が存在すると考えるべきである。ということは、古典的契約理論が契約モデルとした未履行契約も必ずしも典型契約とはいえず、ただ単に契約類型の一つに過ぎないということになる⁸⁾。

また、古典的契約理論が未履行契約を契約モデルに採用したのは、まさに契約の拘束力の根拠を当事者の意思の

表象としての約束以外に求める余地を残さないためであり、これによって意思理論の説得力が大いに高められ、結果として非常に堅固な理論枠組みを構築するに至ったことも既に指摘した。そこで、アティアは、古典的契約理論の牙城を突き崩すべく、まず、未履行契約の拘束力が現実には古典的契約理論が想定しているほど強いものではないことを証明しようとする。取引実務では、契約当事者は、相手方が契約の履行に着手していない段階であれば、相手方に対して最低限度の違約金を支払うことによって、自由に契約を破棄できることを期待するのが通常である。なぜなら、仮に契約が破棄されたとしても、履行に着手していない限り、相手方は履行のあてが外れたという以外、なんの損失も被っていないからである。現実の裁判でも、未履行契約の違反に対しては、期待利益の全額賠償が認められるのは稀なことで、通常は軽減義務を尽くした結果として回避し得た損害に対する賠償額が控除されるため、実際に認められる賠償額はごく僅かに留まる。それゆえ取引実務において未履行契約が破られる比率は非常に高いのである。さらに、純粋な意味での未履行契約は、その存続期間が極めて短いことも指摘される。そもそも未履行契約の締結は、何らかの理由からその場で即履行できないが、将来的には確実に履行する意思のある契約当事者が、来るべき履行期日に備えて準備を開始する旨の合意であって、その時点からそれほど間を空けることなくそれぞれの当事者が履行に着手するのが通常だからである。契約が未履行のままで留まっているのは、契約締結直後にそれが取り消された場合や、非常に遠い未来のことを契約する場合、もしくは契約したことを忘れて両当事者が一向に履行に着手しない場合ぐらいである。したがって、契約の一生を通じて時間的に最も長く継続する状態としての契約は、未履行契約ではなくむしろ既履行契約であることになる。⁹⁾

では、既履行契約の法的拘束力の根拠はどこに求められるのであろうか。契約が未履行の段階では、当事者の意思の表象であるところの約束や合意を除いて、他に何の要素も存在しないため、未履行契約が法的拘束力を持つと

すれば、その拘束力は約束や合意そのものから発生すると考えざるを得ないことになろうが、既履行契約も、未履行契約と同様に考えるべきであろうか。アテニアは、既履行契約の場合には当事者の意思よりもむしろ利得や損失的信頼に契約上の義務の源を求める方が自然であると主張する。例えば、バスの運送契約を考えてみると、乗客について運賃を支払う義務が生じるのは、乗車の際に運賃を支払うことを約束したからであり、バスに乗るることによつて利益を受けたからであると説明する方が自然である。また、契約書に署名する場合を考えてみると、その結果として契約を履行する責任を負うのは、契約責任を積極的に引き受ける意思をもつて署名をしたからであるというよりも、署名という行為が契約の相手方に信頼を与えるために責任が生じるのだと考える方がより現実に近い。逆に、契約責任を考える上で利得や損失的信頼といった要素を全く考慮しないと、次のような歪みが生じることになる。アテニアは指摘する。例えば、一〇〇ドルを支払う旨の約束は、古典的契約理論を前提とすると、それが贈与の約束であろうと、借りていた金を返す約束であろうと、契約上の義務はどちらも約束から発生するという理由から、同じ義務とみなされることになる。贈与の場合には約束者は自分の払った金銭と引き換えに何も受け取っていないのに対して、金銭貸借の場合には約束者は返す金銭に見合うだけの十分な価値を既に受け取っており、両者の約束の性質は現実には大きく差異があるにもかかわらず、これらを同一視することになるのである。そもそも、契約の履行になんら着手していない者についても、約束を信賴して履行に着手した結果、損失を被った者と全く同様の保護が与えられるべきであると考えること自体に問題がある。後者は現実に金銭的損害を被っているのに対して、前者は期待が裏切られたというだけに過ぎない⁽⁴⁾。このように、既履行契約においては、合意や約束よりも利得や損失的信賴行為を義務の発生根拠と捉えるべきであるとする発想は、まさにアテニアの信賴理論の出発点となっているものである。

以上の検討から、未履行契約が必ずしも契約のパラダイムであるとはいえないこと、取引実務において一般的にみられる状態である既履行契約においては、その拘束力の根拠を約束ではなく利得や損失的信頼に求める方が説得的であることが明らかになった。しかしながら、以上の議論をもつてしても、こと未履行契約に関しては、契約の拘束力を約束に求める古典的契約理論の見解が依然として説得的であることに変わりはない。この部分を論破するには、未履行契約が法的拘束力を持つと考えること自体を疑問視せざるを得ない。しかしながら、未履行契約が道徳的にも法的にも拘束力を持つという考え方は、一七世紀の自然法学者により主張されて以来、今日に至るまで当然視されてきたものである。アティアは、こうした考え方をそのものを否定し、以下に示す論証でこれを覆そうとしたのである。

そもそも未履行契約には古くから拘束力が認められていたのであるか。アティアの歴史的認識に基づけば、未履行契約の拘束力が認識されるに至ったのは一九世紀に入ってからで、古くから当然に拘束力を持つものではなかったことになる。では、それ以前はどうであったかという点、彼によれば、未履行契約に基づいて訴えを提起した者は、訴え提起の後もお自らの負う履行義務もしくは不履行に対する損害賠償義務から解放されないものと考えられていたとい¹⁰⁾。つまり、契約当事者は、相手方の契約違反を理由に、自らの履行を免れつつ、さらに相手方から損害賠償をうける可能性はなかったのである。したがって、相手より先に契約不履行を犯した者は、判決によって自らの不履行について損害賠償を支払うよう法的に強制されるものの、これはやがて相手側からなされるであろう契約の履行に対する対価を支払う行為と同視することができ、結果的には当初の契約通り目的物が相互に交換されるシステムになっていたのである。ところが、現行法では、未履行契約に基づいて訴えを提起した者は、彼の軽減義務を考慮しない限り、契約の履行に対する失われた期待に対して損害賠償を得ることができる、つまり相手

方の履行が自分にとって有する価値から自分の側の履行にかかるはずであったコストを差し引いた額に相当する賠償を得ることができると解されるようになっていく。これは、契約違反をうけた側が、実際に自分の側の履行を完了する必要なしに、履行の利益を得ることができること、すなわち一方当事者のみの契約の履行が法的に強制されることを意味する。

さらに進んで、これまで当然視されてきた未履行契約の法的拘束力を、理論的に正当化することが果たして可能なのであろうか。アティアは、未履行契約の拘束力を正当化するために今日にいたるまで行われてきた主だった論証を順に批判し排除するという手法によって、未履行契約の法的拘束力が理論的に正当化できないことを明らかにしようとする。まず、約束は受約者の心中に正当な期待を生じさせるので、たとえ契約が未履行の状態にあっても、受約者の期待を保護すべく契約の拘束力を認めなければならないとする第一の論証はどうか。ここでいうような正当な期待は、約束に限らず事実の表示からも同様に生じるものであるが、なぜ約束から生じた期待のみが特別に保護される必要があるのか不明である。実際、未履行契約から生じた期待を裏切ったとしても、身体的傷害や金銭的損失が生じるわけではなく、それに対して補償も与えられない傾向があり、そのような期待を特に「正当」視する理由は乏しいように思われる。¹³⁾次に、未履行契約の目的は当事者が相互に信頼し履行に必要な準備段階を踏むことを可能にすることにある点に鑑み、現実に信頼が惹起されているか否かに関わらず、未履行契約により常に信頼が誘引されるものと仮定した上で、これを保護するために、「未履行契約は拘束力を有する」という一般原則を確立することが必要不可欠となると考える第二の論証はどうか。確かに、こうした考え方は、信頼の存否の判断に伴うコストやエラーを回避しようという機能的な面で、積極的に評価しえないわけではない。しかし、実質審理を一切排除した一般原則の適用は形式主義的であるし、ましてや原則の形式的適用が不当な結果を生み出す可能性が高まっ

ている今日においても、その便宜性ゆえに、なお一般原理に執着することは、単なるルール崇拜に過ぎず、なにより現代の気風にあわない¹⁴⁾。さらに、未履行契約の主たる目的は将来生じ得るリスクを効率的に処理できる、もしくはリスクの発生自体をよりよく回避できる当事者にそのリスクを分配することにあるので、未履行契約の拘束力を認めることは経済的に意味があるという論証はどうか。そもそも、未履行契約を締結する契約当事者の全てが、初めからリスクの分配を志向しているわけではなく、事後的にみればそれがリスクの分配行為と評価し得るというだけに過ぎないケースが多い。また、未履行契約の目的は、リスクをより効率的に処理できる人にそれを振り分けることにあるという主張も、一部の商人間取引についてのみ妥当するものであつて、現実には社会的・経済的地位において劣後する側の当事者がより多くのリスクを負担することになる場合がほとんどであらう¹⁵⁾。第四の論証は、フリードの見解にみられるような、人は約束を守るよう道徳的に義務づけられているがゆえに、未履行契約を破れば履行の価値に相当する損害賠償を支払わなければならないとする説明である¹⁶⁾。この説明の最大の問題点、すなわち契約の道徳的拘束力を説明しただけでは、その法的拘束力を説明したことにはならないという点は既に指摘したが、さらに、一八七〇年代以降における宗教の重要性の衰退に伴つて、法を一定の道徳哲学体系の中に位置付けることはもはや時代遅れとなり、むしろ法と道徳は別個の問題であることが強調されていることも批判として付け加えることができよう。結局、上記のいかなる論拠によつても未履行契約が法的拘束力を持つことを十分正当化できないことが明らかになる。未履行契約の法的拘束力の問題は、古典的契約理論の最も根本的な部分に関わるものであり、同時に意思理論の根本にも深く関わる部分であることから、仮にアティアの批判が的を得たものであるとすれば、それは古典的契約理論を修復不可能なほどに瓦解させる破壊力を有するものであるといえよう。

以上の考察の結果から、アティアは、古典的契約理論が今やその理論構造において根本的な欠陥を抱えており、今

日の法状況に適合した契約法理論を構築するにしても、古典的契約理論の欠陥の治癒によってそれをなすのは不可能であると判断した。そして、これに代わる契約法理論として新たな発想のもとに生み出されたのが、以下で紹介する信頼理論である。

- (8) ATTIAH, *supra* note 7, at 18.
- (9) *Id.* at 30-31.
- (10) *Id.* at 19-22.
- (11) *Id.* at 32. グロチウスは、約束や契約によってみずからを拘束する権利は、財産権を処分する権利から当然に導かれるという。なぜなら、約束によつて自らを拘束することは、権利を処分すること、つまり受約者に約束者の自由あるいは将来の財産に関する権利を直ちに与えることになるからである。彼は、約束という方法による将来における財産権の処分はあまり重要な処分形式ではなく、現在における財産処分の権限のなかに当然含まれると考えていた (See H. GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis*, Book II ch. XI)。一方、プッフENDORフは、未履行契約の持つ内在的な拘束力に着目する。彼は、約束の内在的拘束力の正当化根拠を、約束は信頼される傾向があり、かつ人は約束をする傾向があるということに求めている。しかしながら、彼は、約束は信頼されない限り拘束力を持たないわけではなく、信頼がない場合であっても実質的損失が相手方に生じないようにする義務が約束者に課されるのであり、人は常に相手方の利益を促進するように努力しなければならないのであるから、無信頼の約束も当然に拘束力を持つべき (See S. PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, Book III, ch. V, §11)。
- (12) ATTIAH, *supra* note 7, at 29.
- (13) *Id.* at 33-35.
- (14) *Id.* at 35-36.

(15) *I.d.* at 36.

(16) *I.d.* at 38-39.

3 契約の拘束力の根拠

上述した古典的契約理論に対する問題意識から、取引関係において存在する契約の状態としては、未履行契約というよりも、むしろ履行への着手が何らかの形でなされた契約が一般的であり、また契約の拘束力の根拠も、約束ではなく利得や信頼に求められるべきであると考えられるアティアの着想は、ほぼ明らかとなった。彼はこれをいかにして信頼理論へと発展させていったのであろうか。

まず、アティアは、契約の拘束力の根拠が約束ではなく利益や信頼にあるという主張を裏付けるべく、不当利得法や不法行為法を挙げて、利益や信頼が約束を伴わず単独で義務を生じさせ得るものであることを説明する¹⁷⁾。すなわち、不当利得法では、利益の受領は、たとえ払戻しの約束がない場合であっても、それを返還する義務を発生させる十分な根拠になると解されている。また、不法行為法においても、相手方を信頼して行動した結果として被った損害に対して、たとえその行動が明示の約束に基づくことなくなされた場合であっても、相手方はその損害を賠償する責任を負うものと解されている。確かに、現行法では、不当利得法や不法行為法が契約法とは適用領域を全く異にするものとして取り扱われており、これらを契約法における利得責任や信頼責任の例として持ち出すことは、奇妙に感じられるかもしれない。しかしながら、アティアは、これらの区別が古典的契約理論の成立に伴って確立されたものであるにすぎず、古典的契約理論が機能しない現在では、もはや教育上・説明上の便しか有しないもの

として、こうした区別の廃止を主張している。この点については7で詳細に取り上げるが、仮にアティアのように考えると、不当利得法や不法行為法を契約法における利得責任や信頼責任の例として引き合いに出すことは、なんらおかしいことではないということになる。また、法制史的にみても、約因を構成する「利益」および「不利益」という二つの要素は、不当利得返還訴訟や不法行為に対する損害賠償請求訴訟の方式から生まれてきたものであり、契約法と不当利得法および不法行為法との密接な関係はこの点でも明らかである。⁰⁸⁾さらに、これらの法領域に限らず、契約法およびその関連法においても、約束を根拠として責任を課しているというより、むしろ相当な信頼行為の保護を目的としている規定が多数存在するとして、不実表示、保証、約束的禁反言などを列挙している。しかしながら、利益や信頼が単独で契約の拘束力の根拠となり得ると主張するアティアの見解にあっても、約束や合意の中に含まれる「自由な選択」や「自発性」といった要素が、契約上の義務の創造において重要な役割を果たすと考えている点で、注意を要する。⁰⁹⁾というのは、利得責任の場合であっても、人は自分が受け取る利益を選択する権限を有しているのが通常であるし、信頼責任の場合であっても、人は相手方に他人の判断を信頼しないよう警告する自由を持っているからである。ただし、今日、こうした権限や自由は、それを行使した当事者が一方的に利益を得ることのないよう、一般に制限される傾向があり、この意味では従来に比べて当事者の自由な選択に与えられる価値が信頼保護の要請よりも低いものになっているといえる。

利益や信頼が契約の法的拘束力の根拠として単独で機能するとすれば、古典的契約理論において中心的役割を果たしてきた約束は、もはや契約において何の意味も有しないことになるのであろうか。これに対して、アティアは、明示の約束が証拠的機能という重要な役割を果たすものと考える。⁰⁸⁾すなわち、明示の約束は、取引が公正であることや、商品あるいはサービスに対して適切な価格が支払われたことを証明する一応の証拠として機能するものであ

り、例えば、取引の性質や当事者の明確化、利率その他の付随的条件の確定などに役立つ。ここで注意すべきことは、明示の約束はあくまで「一応」の証拠に過ぎず、決定的なものではないから、反証によつて覆すことが可能であるということである。⁽²¹⁾ 現在の裁判実務では、約束が決定的証拠として取り扱われるのが一般的であるが、アティアによれば、これは、約束を決定的証拠として一律に処理することで、契約の内容に対する詳細な調査にかかる費用を節約し、かつ調査ミスや判断ミスのリスクを最小化するという便宜的理由のためであるという。⁽²²⁾ ただし、約束のこのような便宜的取扱いが許されるのは、形式的な約束の背後にある実質的理由が何か別の形で適正に審理される可能性が存在することが必要条件となる。⁽²³⁾ ところが、今日ではこの必要条件が常に満たされているとは言い難く、それに伴つて約束を決定的証拠とみなすことの妥当性も徐々に疑わしいものとなっている。⁽²⁴⁾ 例えば、不当な免責条項を規制する立法的介入の増加は、契約条項の効力の判断に際して、消費者が契約書をきちんと精読し、その内容を正確に理解した上で契約を締結していることを当然の前提とすることができるのか大いに疑問視されていることの一つの現れであるといえよう。加えて、アティアは、約束の証拠力の強さがその社会におけるパターンリズムの程度に比例することを指摘する。⁽²⁵⁾ 確かに、知識や才能のある人がそれを活用して利益を得ることを積極的に認容する社会では、こうした人々による搾取から無知で無力な人を保護しようとする社会に比べて、約束の絶対的拘束力がより尊重される傾向があり、それゆえ約束の存在は契約の拘束力を左右する決定的証拠として機能することになる。しかしながら、多くの消費者保護立法にみられるように、今日の社会はかつてに比べてパターンリズムの傾向が強く、むしろ約束が決定的証拠とみなされる場合が減少しつつあるといえる。ただし、このような理解をもつてして、アティアがまるでパターンリズムの傾向の色濃い今日の状況を諸手をあげて容認しているかのように誤解してはならない。彼も、フリードのように、個々人が自らの判断のもとに契約の締結を決定し、その履行を確実に実

施する自立的な社会を理想として、變わりはなく、約束を決定的証拠として取り扱うことが、自己規律的な社会の形成を導くという大きな意義を有することは十分承知している。こうした認識に立ちながらも、今日の社会経済状況を前提とした場合にはそれが著しく困難であるとの判断を下しているのである。アティアの主張するように、約束は、単独で契約の拘束力を発生させるものではなく、むしろ既存の義務の内容を明瞭にするという証拠的役割を果たすに過ぎないとすれば、裁判上も、約束の存否が審理される以前に、既存の義務を発生させる場所の利益あるいは信頼の存否が審理されるべきことになる。つまり、契約上の義務の存否は、約束の存在とは無関係に、利益や信頼の存否によって判断されることになり、その審理の結果、義務が存在すると認定されて初めて約束があると判断されることになるのである。

アティアの理論を突き詰めると、最終的には利益や信頼の要素を伴わない単なる約束、つまり未履行契約の拘束力を否定するという結論に至る。彼自身、リスク分配を目的とする商人間取引に使用される場合を除き、未履行契約の法的拘束力はもはや否定されるべきであるとして主張している。未履行契約の拘束力が否定されるということは、契約の拘束力の眞の根拠である利益や信頼が発生するまで、契約当事者には気が変わったからといって契約を解除する自由が認められることを意味する。仮にこのように考えたとしても不測の損害は生じないとアティアはいう。なぜなら、未履行契約には法的拘束力がないことが当然の前提となれば、契約当事者は、契約が未履行の状態である間は常に相手方の気が変わって契約が解除される可能性があることを考慮に入れつつ行動すべきことになるから、彼がその可能性を適切に見積もることができる限り、たとえ契約が解除されたとしても実質的損害を被ることにはならないからである。

以上に示したアティアの見解に対しては、様々な問題点が指摘される。まず、未履行契約は一八世紀においては

未だ完全に認識されておらず、一九世紀になって初めて契約法理論のパラダイムとなったというアティアの見解に対して、未履行契約の法的強制力はすでに一六世紀からコモントロー上も認められていたし、約束自体の強制が多くの法制度において早期からみられる現象であることが、法史学者によって指摘されている。²⁹ フリードも、義務の発生根拠としての約束は古代から普及していたものであり、「約束は守らなければならない」という考え方は、ローマ法においても、中世の教会における道徳的教えにおいても存在していたと主張している。³⁰

契約の拘束力の根拠を利益あるいは信頼のみに求める点にも問題がある。確かに利益や信頼が契約の拘束力を語る上で無視できない要素であることは異論のないところであり、約束と信頼の密接な関係はフリードさえも認めるところである。しかし、約束を伴わない利益や信頼までが契約の拘束力の根拠となり得ると主張するアティアの見解は行き過ぎではないか。³¹ まさか、アティアも、フリードが利益や信頼のみでは契約の拘束力の根拠とはなり得ないことを示すために挙げた二つの例、すなわち、一方当事者が勝手に相手方を信頼した結果として損失を被った場合や、相手方に一方的に利益の受領を強制するような場合についてまで、契約責任の発生を認めるわけではない。いくら利益や信頼が契約責任の根拠になるとはいえ、そこで想定される利益や信頼の性質は、それらを正当化する根拠(一般的には約束もしくは約束類似のもの)を必要とする点で、不当利得法や不法行為法における利益や信頼とは性質が異なるはずである。とりわけ、信頼概念は非常に曖昧で、いかなる信頼が契約の法的拘束力を発生させるのかのメルクマールを明確にしておく必要がある。アティアは、全ての「非契約的な信頼」が保護されるわけではなく、法的保護の対象となる正当な信頼は「事実的・慣習的信頼」であると主張し、これに当たるかどくは契約の背後に存在する慣習や取引実務に照して決定されるとしている。³² これによれば、例えば、約束はその存在のみで無条件に相手方に期待を生じさせるので、それに対する信頼は正当であるが、単なる意見の表明や表示に

対する信頼は、それを信頼して行動する権限があるかどうか、すなわちその表示が真実であることを保証したかどうかによって決定されることになるという、この点は、フリードのいうコンベンションと考え方が類似する。しかし、この判断基準では、保護されるべき信頼かどうかは裁判をうけてみないと分からないことになり予測可能性を欠くばかりか、行われた裁判が任意的なものでなかったことを客観的に保証するものはない。なお、アティアが信頼責任の例として列挙している不法行為法や不実表示・約束的禁反言などは、それぞれが信頼という言葉に付与している意味合いも、信頼を保護することによって実現しようとする目的も異にしているから、これらを漠然と信頼という言葉で一纏めにしようことは妥当ではなからう。

ましてや、未履行契約の廃止を主張するアティアの過激な議論に対して投げかけられる批判は激しい。⁸³ 未履行契約の存在が希であるということがたとえ経験的に真実であるとしても、それが直ちに未履行契約の廃止に結びつくと考えべきではなく、少なくとも、未履行契約を債務の「原型」として存続させる価値は十分あるのではないかということが指摘されている。とりわけ、商業取引において現実に汎用されている未履行契約の経済的重要性を考えると、これを無視して未履行契約の廃止を唱えることには問題がある。アティア自身も、一部の商業取引について未履行契約の有効性を承認しているが、こうした例外の承認によって、今度は逆に、例外的に付与される未履行契約の拘束力を信頼理論によっていかに正当化するかという課題がアティアに突きつけられることになる。

(17) ATIYAH, *supra* note 7, at 21 (1986). 同じく信頼に約束の拘束力の根拠を求める見解として、N. MacCormick, *Voluntary Obligations and Normative Powers*, 46 *PROCEEDINGS OF THE ARISTOTELIAN SOCIETY* 59 (1972) があげられる。See also Pardeh, *And That's Promise*, 18 *PHIL. Q.* 225 (1968); F. McNeil, *Promises Demoralized*, 81 *PHIL. REV.* 63 (1972).

- (18) 約因が「利益」および「不利益」という二つの要素から構成されているのは、次のような法制史的背景に基づくものと解されている。まず、「利益」という構成要素は、「裸の約束は法的保護を受けない (ex nudo pacto non nascitur actio)」というローマ法から受け継いだ観念、およびそれに由来するとされる金銭債務訴訟 (Debit) の要件としての対応物 (quid pro quo) の観念の影響を反映するものである。金銭債務訴訟は、一方当事者から相手方に対して現実の金銭、物品、労務などのいわゆる対応物が提供され、その結果発生した債務が一定額の金銭の支払を内容としている場合に認められる救済方法であり、ここでは約束者が対応物を受領したか否かが問題とされる。また、金銭債務訴訟の令状に記載された原告の請求の実体は、被告が原告に対し一定額の債務を負っており、それを不法に留置しているという点にあったことから、動産の不法留置に対して提起される動産返還請求訴訟 (Detinue) に極めて近いものであったといわれる。一方、「不利益」という要素は、引受訴訟 (Assumpsit) が場合侵害訴訟 (Trespass on the Case) という不法行為に対する訴訟方式から発展してきたものであるために、契約違反による損害の発生に重点がおかれていることを反映するものである。引受訴訟は、被告が原告のためにある仕事の履行を引き受け、その引き受けた約束の履行方法に過失があったため、原告に損害を被らせた場合に利用しうる場合侵害訴訟が、被告が引き受けた約束を不当に履行するかまたは全く履行しないときに活用される一般的な訴訟方式に進化したものであり、ここでは受約者が約束者の約束または引受を信頼することによって何らかの損害を受けたか否かが問題とされる。木下毅「英米契約法の理論」(昭和五二年) 六四頁以下参照。
- (19) *Id.* at 25.
- (20) *Id.* at 25-27.
- (21) *Id.* at 112.
- (22) *Id.* at 113.
- (23) *Id.* at 118. 例えば、管轄違いを理由に訴えを却下する場合には、その訴えに対する管轄権を持つ裁判所が他に存在することが

説

前提となる。

(24) *Id.* at 119.

論

(25) *Id.* at 28.

(26) *Id.* at 120.

(27) *Id.* at 23.

(28) *Id.* at 171.

(29) See J. Thomson, *Book Review* (C.FRIED, CONTRACT AS PROMISE), *LEGAL STUDIES* 211 (1983). 例えば、カーンによれば、一八世紀以前において裁判上、未履行契約の法的強制がみられないのは、当時の大部分の契約紛争が事実問題として陪審の判断に委ねられ、裁判所がそれを取り扱う機会が絶対的に少なかったことによる起因であるとする。B. Baker, *Book Review* (P.ATIYAH, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT), 43 *THE MODERN L. REV.* 467, 469 (1980). See also C. Turpin, *Book Review* (P.ATIYAH, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT), 39 *C.L.J.* 396 (1980).

(30) C.FRIED, CONTRACT AS PROMISE 1864-1865 (1981). See Black, *supra* note 2, at 929, 933.

(31) H. Collins, *Book Review* (P.ATIYAH, ESSAYS ON CONTRACT) 45 *LEGAL STUDIES* 227, 230 (1987); A. Kronman, A New Champion for the Will Theory, 91 *YALE L.J.* 408-409 (1981); Black, *supra* note 2, at 937.

(32) ATIYAH, *supra* note 7, at 89 (1986).

(33) E.g., H. Collins, *Book Review* (P.ATIYAH, PROMISES, MORALS, AND LAW), at 229; Collins, *supra* note 31, at 228; J. Swan, *What is the Modern Role of Contract?* 38 *U. TORONTO L.J.* 217, 222 (1988).

4 約因理論と約束的禁反言

古典的契約理論を擁護しようとするフリードにとって、約因理論や約束的禁反言は邪魔な存在であった。なぜなら、約因理論は、当事者の自由な意思決定によりなされた約束の拘束力を、約因に支持されないという理由で事後的に制約するものであって、フリードが目指そうとした大陸法的な意思理論には適わないものだからである。また、約束的禁反言も、約束のないところに契約責任を認定する法理として、古典的契約理論の大原則である「約束なければ責任なし」に明らかに反するものであった。したがって、フリードは、約因理論を廃止して意思理論への一本化を図り、かつ約束的禁反言を不法行為法の領域に押し込むことによって、約束理論の純血を保つという道をとった。これに対して、古典的契約理論、ひいてはその中核をなす意思理論の根本的欠陥を指摘するアティアは、フリードとは全く逆の道をとることによって、すなわち意思理論を廃止し約因理論に一本化することによって、両者の併存から生じた今日の理論的混乱を整理しようとする。ただし、アティアも現在の約因理論をそのまま使用すれば必要かつ十分であると考えているわけではない。今日の約因理論が一貫性を持たず、しかも判例実務との乖離が存在するという現状認識はアティアもフリードと変わらず共有しているからである。そこで、アティアは、約因が歴史的に果たしてきた役割を再評価すると同時に、約束的禁反言を約因の中に取り込んでしまうという新しい形で、約因理論のリステイトメントを主張する。

まず、約因に対するアティアの考え方をみてみよう。従来、つまり約因が理論として定式化されるずっと以前において、約因とは約束を動機づける理由を意味するものであって、裁判所は、その理由が約束の法的強制力を肯定

する理由として十分であるか否かを吟味した上で、約束の拘束力の有無を判断するのが通常であったという。⁸⁴⁾ すなわち、ここでは、約束が、それだけでは法的拘束力を生ぜず、十分な理由または動機により支えられて初めて約束者を法的に拘束すると考えられていたことが分かる。さらに、約束に対して与えられた利益や不利益は約束の法的強制を正当化する重要な要素ではあったものの、約束がこれらの要素を形式上備えているかどうか問題にされるのではなく、利益や不利益の実質的内容の審理が各事案ごと始めから行われていた。ところが、判例の蓄積を通じて約束の法的強制を正当化する理由が約因理論として定式化されるに至ると、約因の存否のみが形式的に問題とされ、約因の内容（約束の法的強制の理由）への審理が次第に行われなくなり、それがさらに進んで、今日では、約因が約束の動機に関する実質的審理とは無関係な、単なる法の技術的要求に過ぎないものとみなされるようになってしまったのである。こうした定式化の過程から明らかなように、約因理論を構成する各準則は、各事案ごとに行われる実体的な判断の積み重ねにより、長い時間をかけてケース・バイ・ケースに発展せしめられたものであるにすぎず、本質的に論理的の一貫性を持つものではない。それにもかかわらずこれを約因理論の名の下に統括すること自体に、そもそも無理があったのであって、むしろ約因が定式化される以前のように、約因を約束の法的強制を正当化する理由として広く捉え直すことが必要なだとアティアは主張する。⁸⁵⁾ そして、約因が法の技術的要求に退化してしまつたかのようにみえる今日でもなお、裁判所の実際の審理過程においては、約因の名の下に約束を法的に強制するのが望ましいかどうかの個別具体的な判断が従来と変わらず行われていることを指摘する。

次に約束的禁反言に対するアティアの考え方をみてみよう。伝統的な約因理論における約束的禁反言の位置付けは、一般原則に対する例外でしかなく、約因に基づく約束と約束的禁反言によって拘束力が付与される約束とが明確に区別されている。すなわち、約因の場合には受約者に生じる「不利益」が要件として必要とされるのに対して、

拘束的禁反言の場合には予見可能な「損失的信頼 (detrimental reliance)」がその要件として必要とされる。「不利益」と「損失的信頼」は全く異なるもので、前者は損害を及ぼす類のものでなくともよく、またどのような額のものでよいが、ただし取引されたものでなければならぬと解されているのに対して、後者は顕著な悪い結果を含むものでなければならず、かつ取引的交換からは発生しないものであると解されている。こうした従来のな區別に対してアティアは批判的である。彼によれば、拘束的禁反言の要件である損失的信頼は、性質の違いこそあれ、不利益と同じく拘束の法的強制を正当化する理由であることに変わりはない。ここで約因を拘束の法的強制を正当化する理由と捉え直すようリステイトメントすれば、損失的信頼も不利益と同様に約因の要件とみなすことが可能になり、拘束的禁反言と約因との境界は消滅することになるという。つまり、拘束的禁反言は約因に吸収され、損失的信頼も利益や不利益と共に拘束の強制を肯定する根拠としての約因とみなされることになるのである。⁵⁷⁾

一約因を拘束の法的強制を正当化する理由と捉え直すことによって約因を再評価する試みは、利益や信頼を契約の拘束力の根拠とみなすアティアにとって不可避的なものであるということができる。先に述べた約因の定義から明らかのように、これまで約因は契約の拘束力と利益の要素とを結び付ける機能を果たしてきたものであるから、現実の約因理論がいかに不合理なものであると、フリードのように約因の廃止を唱えてしまうことは、それと結び付いた利益の意義を著しく低下させる結果を生み、利益を契約法理論の中核に置くアティアの理論の正当性は大きく減少することになる。これを避けるためには、利益という要素を傷つけない形で約因をリステイトメントする必要があったといえる。一方で、約因をより広い概念として捉え直さない限り、約因とは別個の法理であると解されてきた拘束的禁反言の要件たる信頼を、契約の拘束力の根拠として約因理論の中に取り込むことは不可能であった。裏を返せば、信頼を契約法理論の中核にもつてくるためには、約因をより広い概念である拘束の法的強制を正

当化する理由としてリステイトメントすることが必要であったといえる。

結局、アティアの手によってリステイトメントされた約因理論は、契約の拘束力と利益および信賴の要素とを結び付ける重要な役割を担うものであつて、信賴理論を背後から支えるものとなつてゐる。このような約因觀念は、契約責任と不法行為責任・不当利得責任との間に横たわる境界線を取り払う役割を果たすとともに、契約の法的強制力を判断する上で、約束や同意、あるいは契約書の存在は、あくまで契約の効力を肯定へと導く形式的根拠に過ぎず、むしろその背後に控えた実質的根拠が審理されるべきであり、かつ現実にも審理されていること、すなわち裁判所が実体的公正判断に常に関わつてゐることを認識させるものである。³³⁸

以上に示したアティアの約因理論には、次のような問題がある。確かに約因に対する認識を振り出しに戻すことによつて、約因理論の抱えていた一貫性の欠如や形骸化の問題はある程度クリアできるかもしれない。しかし、現在の約因理論は、問題は多いながら、少なくとも約因の名のもとに行われている裁判所の判断過程を客観的に明らかにする役割を果たすものであり、アティアの言うように約因概念を元のように広く捉え直すことは、この判断過程を再び曖昧化してしまうことにつながるのではないか。約因を約束の法的強制を正当化する理由として非常に一般的に捉えることは、約因の名のもとに行われる判断対象を従来以上に拡張すること、すなわち、錯誤や不実表示、強迫などが介在する契約の有効性さえも、約因の有無に関する判断に一括することを意味するだけに、裁判のあり方に相当影響を与えるものと思われる。これには、判断過程の客観性が確保されなくても、裁判所の判断自体の公正性は必ず保たれると言い切れるのかという疑問がつきまとうことにならう。また、アティアの言うような抜本的なりステイトメントが果たして必要であるのか疑問視する見解もある。³³⁹ この見解によれば、従来のな約因であつても一定範囲の事例に関しては約束の強制可能性を決定する基準として有効に機能しているのであるし、約因が基準

として十分に機能しない場合であっても、約因を唯一の基準と考えるのではなく、状況に応じて何らかの実質的考慮がなされる必要があることさえ認識していれば、十分に対処可能であつて、リストイットメントといった大袈裟なものには必要ないとする。

(34) 約因理論の変遷のより詳細な説明については、ATTYAH, *supra* note 7, at 184-186.

(35) 約因という単一の普遍的な原理が存在し、そこから全ての結論が演繹されることを期待する考え方は、契約法原理というものに対する古典的契約理論の認識に強い影響を受けているとアティアは指摘する。 *Id.* at 187.

(36) 正確にいえば、約因は「約束の法的強制を正当化する理由」としてではなく、「義務の存在を認識させる理由」というより広い概念として認識されるべきである。信頼理論によれば、約束を伴わない利益や信頼も契約の拘束力の根拠となり得るのであつて、法的強制がなされる対象が約束に限定される理由はないからである。 *Id.* at 183.

(37) *Id.* at 226-240.

(38) *Id.* at 127.

(39) Collins, *supra* note 31, at 230.

5 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、損害賠償の算定方法として何を選択するかという問題と密接に関わっていること、そして契約の拘束力の根拠を約束に求めるフリードの見解からは、期待利益の賠償が

導き出されることは既に述べた。期待利益の賠償を原則とすることは、契約当事者の履行に対する期待を確実に保証すること、すなわち将来の履行に対する単なる約束を財産的地位にまで高めることを意味するものであった。これに対して、単なる約束、すなわち未履行契約の拘束力が現実にはそれほど強いものではなく、利得や損失的信頼行為がなされるまでは自由に契約を解消することができる⁴⁰と考えるアティアの見解によれば、契約違反の犠牲者に対して履行に対する期待まで保護してやる必要はなく、せいぜい彼を契約がなかったのと同じ状態に戻すのに必要な程度の賠償で十分だということになる。すなわち、契約が締結されていなければ受約者がおかれていたであろう地位に受約者をおくことにより、契約に対する信頼から生じた損失を填補する信頼利益の賠償、あるいは受約者が相手方に与えた利益を自己のもとに回復する原状回復を、契約違反の救済の原則と考えるべきことになる。このように考えれば、契約が未履行の状態にある限り、契約当事者には「契約を破る自由」が認められることになるし、仮にどちらかが履行に着手した後であっても、信頼利益や原状回復利益さえ賠償すれば、よりよい契約のチャンス⁴⁰を継続して探求することが可能となり、期待利益の賠償が原則とされる場合よりも契約締結行動がかえって促進されることになる。実際の裁判でも、商人間取引を除く一般的な取引、とりわけ消費者取引の分野では、信頼利益の賠償や原状回復が適切な救済方法として数多く認定されており、上述したホフマン事件判決やヤコブ事件判決は、まさにその代表例であるといえる。

では、現行法上、期待利益の賠償が原則とされているのはなぜであろうか。アティアによれば、期待利益はイコール履行の価値であることからその算定が容易であるのに対して、信頼利益の客観的な算定は困難であること、そしてなにより信頼の立証は困難で、かつその存否の判断には契約の実質的内容に踏み込んだ審理が必要となるが、これにはコストやエラーを伴い、画一的処理に向かないことにその原因があると主張する。アティアのこの主張は、フラ

とパーデュの古典的論文⁴¹⁾によるところが大きく、この論文でも、契約法における損害賠償の主たる機能は実際には信頼の保護であつて、アティアが示したような理由から、期待利益の賠償は信頼利益の賠償の代用として与えられているに過ぎないことが、具体的な判例の分析を通じて指摘されている。これに加えて、契約当事者に課される軽減義務の存在は、期待利益の賠償が現実には与えられないことを証明するものであることもアティアは指摘している。なぜなら、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、彼が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おり、それゆえ犠牲者に軽減義務が課されることは、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からである。したがつて、軽減義務の存在は、利益や信頼を伴わない単なる約束の法的拘束力が極めて弱いものであり、それゆえ受約者の期待はそれが利得も損失も伴わない純然たる約束に基づいている限り保護に値するものではないことを証明するものである⁴²⁾ことができる。

では、アティアのいうように、信頼利益の賠償や原状回復を契約違反に対する救済の原則と考えると、信頼の審理に伴うコストやエラーの問題はいかにしてクリアされるのであろうか。立証の困難性の問題に対して、アティアは、約束者に重い立証責任を負わせることによつて、つまり約束者に契約責任から逃れる条件として全ての信頼について反証を挙げさせることによつて、立証の困難性を緩和することが可能である⁴³⁾と考える。また、信頼利益の算定に伴うコストやエラーの発生に関して、それをある程度やむを得ないものとみなしている。契約の画一的処理は、すべての契約当事者が対等な立場に立ち、自らの合理的判断能力に基づいて、自らにとつて最も利益となる行動をとることを常に予測できる社会の存在が前提となるが、社会環境の変化によつて今日ではこの前提が崩れつつあることは既に指摘したとおりである。こうした状況において、画一的処理から生じるであろう不正や不正義を

無視してまで、契約の実質的内容への審理に伴うコストやエラーを回避しようとすることは本末転倒であろう。⁴⁴ 正義を実現するためにはコストやエラーがつきものである。⁴⁵

なお、アティアも、期待利益の賠償が認められるべき場合の存在を例外的に認めている。すなわち、先に示したような商人間取引を始め、一方当事者が履行の確実性を保証した場合には、相手方当事者に生じた「取引が破棄されないだろう」という期待を保護するのが正当であると考える。⁴⁶ したがって、契約の履行に対する期待について法的保護を受けようとする者は、相手方から履行の確実性を保証する別の約束をとりつける必要があるということになる。

アティアの見解の最大の障害は、やはり現行法が期待利益の賠償を原則としており、契約が未履行か既履行かにかかわらず受約者は契約違反に対して期待利益の保護を請求することが制度上可能となっている点である。また、契約違反に対する救済が原則として損害賠償であるとはいえ、捺印契約 (Promise under seal) 違反に対する救済や特定履行 (specific performance) の救済は例外的に期待利益の賠償を与えるものであり、これをいかに説明するかが問題となる。アティアは、どちらの救済も今日の契約法において非常に限られた役割を果たしているに過ぎないのであるから、一般に行われる救済である損害賠償を中心に議論すれば十分であると答えている。⁴⁷ 確かに、捺印契約に関しては、アメリカの約半数の州でその効力が否定され、またUCCの規定によって、物品の売買契約に関する限り、捺印契約の効力は完全に否定されるに至っており、かつての重要性を失っているといえるであろう。⁴⁸ しかし、特定履行に関しては、相変わらず例外的救済であることには変わりがないが、かつては極めて限られた範囲でしか認められなかったこの救済が、UCCの規定によってその要件が緩和され、比較的容易に認められるようになってきており、アティアのいうようにこれを例外として無視するわけにはいかない状況にある。⁴⁹

- (40) ATIYAH, *supra* note 7, at 123-127.
- (41) Fuller & Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 YALE L.J. 52, C373 (1936). *But see* W.Slawson, *The Role of Reliance in Contract Damages*, 76 CONNELL L.REV. 197 (1990). なお、フルーの见解は、アティアの信頼理論の形成に大きな影響を与えてゐる。(Atiyah, *The Binding Nature of Contractual Obligations in CONTRACT LAW TODAY* (Harris & Tallor ed. 1989)). *See* J.Raz, *Book Review* (P.ATIYAH, PROMISES, MORALS, AND LAW) 95 HARV.L.REV. 916 (1982).
- (42) ATIYAH, *supra* note 7, at 124-125.
- (43) *Id.* at 171.
- (44) 本稿四の3参照。
- (45) "Justice is often an expensive commodity." *Id.* at 114.
- (46) *Id.* at 277.
- (47) *Id.* at 176-177.
- (48) U.C.C. §2-203. *See* MURRAY, *CONTRACT* §53, at 200-201.
- (49) U.C.C. §1-106, §2-706(1). *See* E.FARNSWORTH, *CONTRACTS* §12.6, at 858.

6 契約紛争の解決

信頼理論によれば、当事者の意思に訴えても解決できない契約上の紛争は、いかなる方法で解決されることになるのであろうか。古典的契約理論は、このような場合にも当事者の合理的意思の存在を推定し、その意思に基づい

て紛争が解決されると考える解釈論上の工夫を行うことによって、意思理論を貫徹しようとしたが、これがかえってその説得力を弱める方向に働いてしまったことは既に示したとおりである。古典的契約理論の廃止を主張するアティアには、意思理論の拘束から解放された、より自由で素直な解釈論の展開が期待できよう。しかしながら、アティアの「契約に関するエッセイ」の中では、錯誤や不実表示・強迫等によりなされた契約の取扱いについて、それぞれの場合に個別の解釈論が開示されているわけではなく、全てが公正判断に関わるものとして一括的に把握、説明されている。また、個別の解釈論を求めて彼の著した教科書に目を通してみても、その大部分が要件と効果とをごく一般的に述べるに留まっている⁵⁴。そこで、本節では、断片を繋ぎ合わせ、かつそこに生じた穴を推論で埋めることによって、この問題に関するアティアの見解を体系的に明らかにしたい。

4で示したように、約因を「約束の法的強制を正当化する理由」として拡張的に捉えるアティアの見解によれば、錯誤や不実表示・強迫等によりなされた契約の効力に関する判断、さらには非良心性に関する判断も、約因の存否の判断に吸収されることになる。アティア自身も、これまで錯誤や不実表示等のそれぞれについて約因とは独立した個別的な法理が形成されてきたのは、「約因の相当性は契約の有効条件ではない」という約因原理の存在が、約因への吸収の障害となったためであると考えている⁵⁵。というのは、この約因原理は、「契約の自由」の理念の下で裁判所による取引の実体的公正への関与を排除すべく形成されたものであって、実体的公正に密接に関わる錯誤や不実表示によりなされた契約の効力の判断とは到底相容れないものであったからである。しかし、裁判所が取引の実体的公正に関与する必要があると断言しうるためには、全ての取引当事者が合理的な判断能力に基づいて自らの最も利益となる契約を締結でき、かつその結果に常に満足しているという前提の存在が必要不可欠である。これまで何度も述べてきたように、今日果たしてこの前提が常に整っているといえるか大いに疑問である。むしろ、契約当事

者は往々にして合理的な理由もなく契約の締結に合意してしまうものであり、全ての当事者について合理的行動を期待できないことは経験上明らかになっている。とりわけ、今日の大部分の契約形式、すなわち既に契約条項が印刷済みで、あとは下欄に署名をするだけというタイプの契約形式の場合には、契約条項を読まなくても署名さえすれば契約が締結できるという点で、同意が単純化・形式化されており、合理的理由のない同意が引き出される危険性が一層高いといえよう。

また、独立の法理として発達してきた錯誤や不実表示・強迫等も、現実には約因法上の制約ゆえに取引の実体的公正に裁判所が関与できないのを補う形で発展してきたものであるにもかかわらず、「契約の自由」⁵³理念の強い影響を受けて、まるで実体的公正判断とは何の関係も持たない法理のように認識されるのが通常となってしまう。すなわち、錯誤や不実表示等は、契約の締結へと至る手続の中に存在する欠陥の一つと見なされ、こうした契約の効力を制限することは、結果として生じた不公正を是正する行為ではなく、あくまで手続的な欠陥を治癒し、もって当事者の真の意思を実現する行為であると解されてきたのである。これに対して、アティアは、手続のあり方が結果を大きく左右するがゆえに手続の公正が要求されるのであるから、そもそも手続的公正と実体的公正とを完全に分離すること自体が不可能であって、むしろ両者は共生関係にあると考える。例えば、契約交渉を行うに際して不実表示や強迫等の手段の使用が法律上禁じられているのは、不実表示や強迫が一般に不公正で一方当事者にのみ有利な結果を導きやすいという現実を反映していることであるし、逆に、非常に不公正で不平等な結果が現に存在している場合には、取引過程で不実表示や強迫といった何らかの不正が行われたのではないかとの疑いを持つのが我々の自然な反応である。つまり、不公正な手続は不公正な結果として直接的に現れるし、不公正な結果の発生は不公正な手続の存在を相当高い蓋然性をもって推測させるものなのである。⁵³ましてや、今日では、不実表示・強迫の成

立要件の緩和あるいは非良心性の法理の登場を通じて、従来のな意味では手続的欠陥すら存在しない契約についても、結果の不正を理由にその拘束力を制限または否定する裁判所の強い傾向が見られる。もはや、裁判所も、「契約の自由」の理念の強い影響力から逃れて、取引の実体的公正により積極的に関与しつつあるといっても過言ではないであろう。

以上の一般的な議論を踏まえた上で、次に個別的な法理について検討していこう。まず、錯誤や挫折・後発的不能についてはどうか。裁判上、一方的錯誤によりなされた契約の効力は有効とされ、その結果、錯誤者の側が履行のリスクを負担することが多い。また、契約に双方の錯誤の存在する場合、契約が挫折しあるいは後発的不能となった場合には、契約が無効とされ、錯誤者もしくは約束者が不可能となった履行のリスクを負担することは少ない。古典的契約理論は、このような裁判上の取扱いを、契約から当事者の黙示の意思を読み取るという方法や、当該状況で合理人が持つであろう意思を推定するという方法をもって正当化を図ろうとしたが、これがかえって意思理論の説得力を弱める方向に働いてしまったことは既に指摘したとおりである。これに対して、アティアは、錯誤や挫折、後発的不能を伴う契約の効力の判断は、発生したトラブルのリスクを契約当事者のどちらに負担させることがより公正な結果をもたらすことになるかという考慮と密接不可分であると考える。⁶⁴ただし、ここで裁判所が行うリスクの分配は、全くアドホックなものではない。アティアは、裁判所がリスク分配を決定する際に従うべき一応の準則のようなものを以下のようにまとめている。⁶⁵第一に、一方当事者があるリスクを引き受けることに明示的に同意した場合には、その者がリスクを負担する。第二に、一方当事者の目的にのみ影響を与えるが、両当事者の共通の目的には影響を与えないリスクは、それによって影響を受ける当事者が負担する。第三に、契約によって一方当事者が異常に大きな報酬を受け取る場合には、その者が契約から生じるリスクを負担するのが正当である。第四に、あ

る行為の履行を引き受けた者は、その履行が想像以上に負担の重いものであるというリスクや、予測可能な状況の変化のために履行が不可能となるリスクは引き受けるべきであるが、異常事態の発生が原因で不可能となった履行のリスクを負担するものではない。第五に、異常事態の発生が原因で履行が不可能になった場合であっても、一方当事者が別のところから何らかの救済を得られる場合には、その者がリスクを負担するのが正当である。⁵⁷⁾第六に、未済のある日における履行を予定した契約を締結した場合には、たとえ将来何が起ころうとも、当事者のどちらかが履行のリスクを負ったものとされる。⁵⁷⁾ここで重要なのは、当事者の意思の欠陥をいかに埋めるかにあるのではなく、結果として生じた損失をいかに分配すれば公正な結論を導くことができるかにある。次に、不実表示についてはどうか。不実表示を受けた契約当事者には、契約の取消権および損害賠償請求権が認められているが、信頼責任を主張するアティアの見解によれば、相手方の表示を信頼して行動した結果損害を被った者は、表示を信頼する権限を有する限り、信頼利益の賠償を得ることができるのであるから、⁵⁸⁾ここでは表示が真実であろうとなかろうと損害賠償責任が発生することに変わりはない。ただし、不実な表示をしたという事実は、表示を信頼する権限の存否を判断する際に不実表示を受けた者に有利に働くことになる。つまり、表示の不実性という事実は、たとえ表示が真実であることを表示者が保証していない場合であっても、その表示を信頼してなされた行動の相当性を証明するとともに、表示者に損害賠償責任を課すことの積極的な正当化根拠を与えるものとなると考えられる。⁵⁹⁾最後に、強迫による契約や非良心的契約の効果の判断について、アティアはこれを素直に実質的公正判断そのものとして把握し、かつ今日における強迫概念の拡大や非良心性の法理の発達を、裁判所による取引の実体的公正判断へのより積極的な関与の傾向を示すものとして歓迎している。

以上に述べた法原理以外にも、アティアは、契約法が取引の公正に密接に関与していることを示す例を幾つか挙

げている。例えば、申込と承諾のルールがある。申込と承諾のルールによれば、被申込者が、自らは最終段階まで契約に拘束されないことを留保しながら、申込者の側にのみ直ちに拘束力ある義務が発生するという趣旨の承諾をすることは基本的に認められていない⁶⁰。アティアによれば、このルールは、一方当事者のみが契約に拘束され他方当事者が自由のままであるという状態は明らかに不平等であつて公正感覚に反するとの信念を反映したものであるという⁶¹。また、契約の解釈や黙示の契約条件の認定もその一つである。これを雇用契約を例に挙げて説明しよう。一般に、雇用者は、被用者に対して契約で定められた賃金を支払いさえすれば雇用契約上の義務を果たしたものとみなされ、契約に規定されていない限り、被用者に仕事もしくは仕事の機会を与える義務まで負うものではないと解されている。しかし、被用者にとつて仕事の機会が与えられるということ自体が重要な意味をもっている場合、例えば彼が役者で、その仕事に成功すれば名が売れてさらなる仕事を得られるようになるかもしれないという期待を抱いている場合、たとえ仕事の機会を与える義務が契約上定められていなくても、裁判所は通常、何等かの解釈によつてそうした義務を雇用契約の黙示条件として認定するであろう⁶²。アティアはこうした認定を、当該状況における取引の公正を考慮した結果なされた判断であるとみなしている⁶³。一般に、裁判所は、取引の公正への積極的関与を複雑な法の概念装置で覆い隠す傾向があるため、契約の解釈や黙示の契約条件の認定の中に、明確な形で公正判断を見いだすことは非常に困難であるが、裁判所が従来から解釈技術を用いて何らかの形で取引の公正に関与し続けてきたことは確かな事実である。さらに、判決に用いられた様々な格言および法原理にもまた公正判断の発現をみることができるとアティアはいう⁶⁴。

さて、契約法が現実には手続的公正だけでなく実体的公正にも密接に関与していることは明らかになったものの、この状態が契約法のあるべき姿であるといえるかどうかは、また別問題である。フリードをはじめとする古典的契

約理論を擁護する立場からすれば、契約当事者はその契約が自分にとって有する価値の主観的評価に基づいて締結の有無を決定するのであって、「取引の公正」というような客観的な基準は現実には存在しないし、その結果として生じた利益の分配は当事者の納得の上のものであるはずだから、公正の名の下に裁判所が後から口をさしはさむべきものではない。本来、取引の公正は自由競争市場の適切な運営を通じて担保されるべきものであり、その事後的・外在的な変更を可能にする公正判断は市場原理への侵害ともなりかねない。したがって、彼らによれば、契約法の実体的公正への関与は規範的にみて正当ではなく、またそれを言う以前に、そもそも「取引の公正」という判断基準を客観的に観念すること自体が不可能であるということになる。これに対して、アティアは、契約法の実体的公正への関与は望ましくかつ正当であるとして、次のように反論する。確かに、誰の目からみても絶対的な「公正」というものが観念できないことは事実であるが、だからといって契約法が取引の実体的公正に関与すべきではないと考える理由はない。現に、裁判所は公正あるいは正当な価格を確定する作業を実に多くの局面で要求されている。例えば、不法行為訴訟では、裁判所は被告が賠償すべき公正で相当な価格を確定しなければならぬし、契約訴訟でも、契約が価格について明瞭に規定していない場合には、当該状況からみて最も公正と思われる価格を裁判所が確定しなければならぬ。また、複雑な解釈論によって覆い隠されてはいるものの、数多くの判決の背後に公正判断の作用をみることができることは、既に指摘したとおりである。次に、裁判所による取引の公正の追求が市場原理を破壊するという主張に対して、アティアは、確かに当該状況における公正で相当な価格を決定するに際して、商品の市場価格がしばしば重要な役割を果たすことは事実であるが、市場が全てを決定する絶対的基準とはなりえないと反論する。⁶⁶⁾ 市場価格以外に正当で公正な価格は有り得ないという観念では、そもそも市場を持たない商品に対応できないし、当事者の合意した価格が市場価格から明らかにかけ離れている契約や、独占の存在、外部化、情報

の偏在化など、市場の失敗と呼ばれる多くの困難な問題に答えることができない。仮に適切に機能している市場が存在している商品であっても、裁判所によって確定された価格がその他の商品の市場価値に影響を与える場合もある。⁶⁸つまり、取引の公正の担保を市場のみに委ねることが困難になった場合、裁判所は必然的に自ら公正で相当な価格を確定することが要求されるのであるから、フリードらの言うように、裁判所による公正取引の追求は必ずしも市場原理を破壊するものではないのである。では、裁判所が実体的公正判断を行うことによって、当事者の合意を無視するような結果をもたらす虞はないのであろうか。アティアは、当事者間に明示的合意が存在するにもかかわらず合意の効力が認められない状況が存在するのは事実であるが、こうした状況には当事者間の合意の実質を失わしむるなんらかの要因が常に存在しているので、取引の公正に基づいて合意の効力を否定する判断が必ずしも当事者の合意を無視した不当な結論を導くことにはならないという。⁶⁹例えば、市場が独占されているために事実上の選択権をもたない契約当事者は、詐欺や強迫の被害者と同様に、たとえ合意をしていてもその結果を否定する権限が与えられるべきであるし、情報の欠如が原因で相手方の履行価値の目測を誤った契約当事者は、場合によっては契約の取消権が与えられるべきである。また、今日の一般的な法の傾向は、合意だけでは契約の拘束力を肯定するのに十分ではなく、さらに合意がなされた理由の審理を必要とするものであることは、既に述べたところである。

以上、アティアの取引の公正に関する議論を総合すれば次のようになる。今日の契約法において、実体的公正という観念は現実には重要な役割を果たしているし、一層積極的な役割を果たすべきことが要求されている。そのためには、契約法が手続的公正のみに関与し結果の相当性には無関係であるという考え方を捨て、これまで手続的公正判断の背後に隠されてきた実体的公正判断を明確化するような形で判決がなされることが必要である。ただし、以上の主張は、裁判所が取引の公正を追求することに終始すればよく、契約法においてこれまで重要な役割を果たす

ものとされてきた「契約の自由」の理念や当事者の意思の尊重は全く不要であるという主張へと必ずしも発展しないことに注意しなければならない。そもそも契約法が全ての人間活動を詳細に規定していないのは、裁判所の介入が要請されるような規範からの重大な逸脱がある場合を除いて、大部分の人間活動はそれに直接関わる当事者に委ねることが可能であるという基本的推定が働いているからである。したがって、基本的推定が維持し得る限りにおいては、個人の自由な選択の尊重が支配的価値として重視されるべきであって、そこに正義感覚を侵害するほど深刻な不平等が生じ、基本的推定が崩れた時はじめて、契約の自由の価値は後退し、パターンリズムに基づく実体的公正判断が支配するものと考えらるべきなのである。アティアが考えているのは、契約の自由と取引の公正の相互補完関係であって、自由および公正のどちらか一方の極端な強調ではない。自らの利益の最良の判断者は自分自身であるという観念に基づく一九世紀に叫ばれた極端な「契約の自由」がもはや支持し得ないものであることは、これまで示したアティアの議論からも明らかであるが、これと同時に、当事者が契約の内容や条件を理解しているかどうかに関係なく、経済的弱者であるというだけの理由で無差別的保護を与える過度なパターンリズムも今日支持されてはいない。例えば、消費者契約の場合、業者側はトラブル発生のリスクに商品価格の引き上げという形で対応するのが通常であるが、これは消費者が保護を受ける代わりにその代償を上乗せ価格という形で支払わざるを得ないこと、すなわち消費者がリスクから保護される権利を自ら購入することを意味する。しかしながら、リスクの性質や範囲を適切に判断する能力を持った消費者にとれば、そのような保護を受ける必要は全くなく、むしろより安い価格で商品を購入できることを望むはずである。つまり、消費者に経済的弱者であるからといって無差別的保護を与えることは、リスクに関する判断能力を持った一部の消費者に、その者には本来不必要なはずの経費の負担を強制することになるばかりでなく、判断能力を持たない消費者にとっても、賢明な選択をすべく情報収集したり勉強

したりするインセンティブを弱めるものであり、結果として消費者の一経済主体としての自立を阻害するものであるといえよう。このような認識のもとに、現時点では、むしろ二〇世紀前半までの過度ともいえるパターナリズムの傾向からの揺り戻しが生じ、振り子はパターナリズムと「契約の自由」との調和点を求めてさまよっている状態にあると考えられる。アティアも、契約当事者が弁護士によって助言を受け、契約の内容や性質を熟知した上で契約を締結している場合には、契約条項がいかに苛酷で不公正なものであってもその効力を認める判例の登場に、こうした傾向をみてとっているようである。⁷⁾

契約紛争の解決に関するアティアの議論の中で最も問題であると思われるのは、4で述べたように、錯誤や不実表示、強迫等に関する判断をすべて「取引の公正」の基準にしたがって行われるものとして一括している点である。これらの判断が、発生したりリスクを公正に分配するという考慮と密接不可分であることは否定しないにしても、「公正」の内容が漠然かつ広範であるために、「取引の公正」に基づいて判断すべきと言っただけでは何も説明していないに等しく、裁判所が「公正」の名の下に行った判断そのものの「公正性」が担保されているかどうかを客観的に判定することができない。現在ある錯誤や不実表示などに関する各法理は、時として社会情勢の変化への柔軟な対応を困難にする足枷として作用するものであるかもしれないが、少なくとも裁判所で行われた判断過程を明確化する役割を果たすものであるから、これを公正判断に関わるものとして曖昧に捉えることで満足し、その内容の確定そのものは裁判所の判断に委ねるというアティアの考え方は、裁判所の能力を過信しているような気がしてならない。やはり、判決で示された判断を類型化・分析し、それを何らかの法理へと結実させる必要は常に存在するものと考ええる。

- (50) PATTYAH, AN INTRODUCTION TO THE LAW OF CONTRACT (1961).
Id. at 329. なお、約因自体が契約の有効条件とされている関係上、約因の相当性原理は、実際のところ、「約因の相当性の欠如は契約の無効原因とはならない」という制限的な意味でしか用いられておらず、約因の相当性の欠如が無効以外の何らかの救済の理由となる可能性を排除するものではなく、例えば、約因と約束とを一致させるという形での救済が与えられる場合もあると云う (*Id.* at 332)。
- (51) *Id.* at 330. 衡平法裁判所においては、従来から取引の実体的公正に関わる判断が明示的になされてきたものの、その判断対象が一定の取引や契約に制限されていたことから、そうした判断の意義があまり重要視されてこなかったという。
- (52) 手続的不公正と結び付いた実体的不公正の判断がみられる裁判例として、例えば、離婚手続の過程でなされた、抵当債務からの免責と引き換えに婚姻中住んでいた家屋に対する持分権を放棄する旨の妻の合意が、合意に際して第三者からの助言を得られなかったという手続的欠陥を理由として無効とされた *Creswell v. Potter* 事件判決 (1 W.L.R. 235 (1978)) が引用されている。アティアはこれを、第三者による助言の必要性を正当化する原因は、実際には合意の内容自体の実体的不公平にあるのであるから、結果的不公正を離れて手続的不公正のみで第三者による助言の必要性を正当化することはできないと考える。また、契約の一方当事者が他方当事者に対して契約を破棄するとの脅しをかけた結果、前者に不当に有利な形で契約条件が修正された場合、いわゆる経済的強迫により契約が修正された場合、契約修正の交渉過程に不当な強迫があるという理由で修正を無効とする裁判所の判断の裏には、修正された結果そのものが著しく不公正なものであるという認識が存在していると云う。ATTYAH, *supra* note 7, at 343-347.
- (53) ATTYAH, *supra* note 50, at 135, 145.
- (54) *Id.* at 145-149.
- (55) 例えば、第一次世界大戦中に、船の所有者と用船者との間で五年間の用船契約が締結されていたところ、二年が過ぎた頃に

なつてその船が海軍によつて徴用されることになつた場合でも、海軍から船の所有者に対して用船者が支払う用船料より高額の補償を支払われていれば、用船契約は挫折したものとみなされ、用船者の用船料支払義務は消滅する。

(57) この準則は、未来に生じ得る危険のリスク分配をその目的として明確に志向している契約、つまりアティアが例外的にその法的拘束力を認めているところの商人間における未履行契約を対象とするものではないかと思われる。

(58) 本稿四の3参照。

(59) *ATTYAH, supra note 7, at 275-304.*

(60) こうした性質をもつた契約は通常オプション契約と呼ばれ、今日では商業実務上広く活用されていることもあつて、特に不正がみられない限りその有効性が認められるに至っている。なお、我が国では、申込一般について、申込の拘束力（撤回を許さない効力）が実定法化されているため（民法第五二一条、五二四条）、オプション契約というものを特に認める必要性は存在しない。

(61) *Id.* at 335-337.

(62) *See Withers v. General Theatre Corp.* (1933) 2 K.B. 536. 裁判所は、約因を報酬の支払と仕事の機会の付与という二つ要素から構成されているものと解釈することによつて、被用者に仕事の機会を与える義務が存在することを正当化している。

(63) *Withers v. General Theatre Corp.* 事件判決の他にも、次の二つの判決が引用されている。*Liverpool City Council v. Irwin* 事件判決 (A.C.239(1977)) に関しては、契約書面に賃貸人の義務が全く記載されていない建物賃貸借契約において、裁判所がなした賃貸人の義務の内容を確定する裁判所の判断を、また *Staffs. Area Health Authority v. S. Staffs. Waterworks* 事件判決 (W.L.R.1387(1978)) に関しては、たとえ契約書において価格のスライド条項が規定されていない場合であっても、相当な告知による契約の解除を認めることによつて実質的に価格の増額をなす機会を与えた裁判所の判断を、まさに取引の公正を考慮した判断として理解している (ATTYAH, *supra note 7, at 337-340*)。

(64) 例えば、「人は相対立する救済のどちらかを選択しなければならない」、「人は負担を負わずして契約の利益を受けることはできない」、「事業から利益を得る者はその損失に対しても責任を負わねばならない」などが挙げられる。 *Id.* at 341-343.

(65) *Id.* at 347-349.

(66) *Id.* at 349-352.

(67) 外部化とは契約の第三者効を意味する。「自由市場において私的利益と公共の利益は調和する」と考える古典派経済学が支配的であった一九世紀とは異なり、今日では契約が第三者に及ぼす影響を無視しない限り私的合意が公共の利益に資すると推定することができないことは既に認識されている。したがって、当事者間で自由かつ自発的に締結された契約であっても、それが第三者あるいは社会全体にとって有害な効果を与える場合には、事後的に契約の効力が否定されたり、そうした契約の締結自体が初めから禁止されるのである。

(68) 例えば、不法行為訴訟における損害賠償額の確定は、保険市場に影響を及ぼすという。

(69) *Id.* at 352-353.

(70) *Id.* at 338.

(71) See *Multiservice Bookbinding Ltd. v. Malden* (1979) Ch. 84; *Davies v. Drestloans* (1986) 1 W.L.R. 823. なお、こうした傾向を示すその他の判決として *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.* 判決 (A.C.827(1980)) や *National Westminster Bank v. Morgan* 判決 (A.C.686(1985)) が引用されている。前者の事件で、裁判所は、商業契約関係においては、対等の交渉力を有する当事者達に、十分な情報と合理的な計算に基づいて、特定の契約に伴うリスクの配分方法として一定の免責約款の挿入に合意することが希ではなく、かかる場合に免責約款の効力を否定することは、全くフェアな取引を根本から覆すことになり不当であるとの判断を示している。また、後者の事件において、裁判所は、不公正契約約款法が存在する今となつては、非良心性という一般原理で消費者を特に保護する必要性があるのか疑問であると述べている。

契約関係への過度な介入を控える裁判所の傾向は西側世界に広くみられる現象であるが、イギリスに関して言えば、一九七九年のサッチャー内閣発足に伴う新保守主義 (The New Right) 政権の誕生以降からその傾向が強まっているという。アティアはこの傾向を契約の自由の「復活」と呼んでいるが、今日要請されている契約の自由と一九世紀にもはやされた契約の自由とは、時代背景に次のような相違があることを留保している。第一に、一九世紀における契約の自由の追求は、政治的にみて左翼的な運動であり、民主主義運動と密接に関わっていたが、今日の契約の自由は右翼的なイデオロギーであり、民主主義運動との関係を喪失してしまっている。第二に、一九世紀の政治家は大衆教育のもたらす効果に対して非常に楽観的な見解をとっており、全ての人が教育を受けられるようになった暁には、取引を自由市場に委ねても何も問題は生じなくなるであろうと予測していたが、教育の普及した今日において、仮に教育を受けた人であっても市場に放置されれば賢明な選択ができないうちとんどであることは十分認識されるに至っている (Id. at 356-358)。