

## 契約法理論の再構成を目指して(四)完

―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（以上一七一号）
- 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（以上本号）

#### 四 新しい契約法理論構築の試み―信賴理論―

##### 7 債權法の構造

ここまでは、アティアによる新しい契約法理論構築の試み、すなわち信賴理論の内容とその問題点を検討してきた。彼は、契約の拘束力の根拠を、約束ではなく、不当利得や不法行為の場合と同様、利益や信賴の要素に求め、かつその判断に公正の基準を採用するなど、これまでの契約法の枠を超越する解釈論を提示している。したがって、信賴理論によれば、債權法における契約法の位置付けや、契約法と不当利得法・不法行為法との関係は従来の理解とは大きく異なるものとなる。実際に、アティアは、「契約に関するエッセイ」の中で債權法構造の再編に関して意識的に議論を展開し、かなり明確な形で契約法の役割ならびに契約法とその他の法との関係を論じている。

まずは、アティアが現代社会における契約法の役割をいかに捉えているかを見てみよう。古典的契約理論では、単発的で、二当事者間で行われる、商業的な未履行の交換取引が典型的な契約として想定され、このような契約を当事者が自発的に締結するためのルールを規定するのが契約法の役割であると解されていた。しかしながら、今日では、こうした典型には該当しない契約群が沢山存在する。まず、契約関係には、旅先でお土産を買うというような単発的な契約に限らず、賃貸借・雇用・フランチャイズのような継続的な契約関係も多く存在し、さらに、従来は独自の規範により規律されていた継続的な非契約的關係、例えば婚姻関係や労働者・労働組合間の関係についても、契約規範の適用が多くみられるようになっていいる。また、分業化の進展によって、契約関係は二面的なものに限ら

ず、信用取引のような多面的取引も登場し、かつ契約の主体が一個人に限らず会社を中心となるなど、取引関係が複雑化している。もちろん、商業的な契約のほかに非商業的な関係を想定することも可能であることはいうまでもなく、例えば、家屋や中古車に関しては不動産会社やディーラーを通さない私人間売買がしばしば行われているし、消費者取引も、会社間の取引関係とは異質の非商業的關係とみることができよう。さらに、未履行契約の存在は希であつて、むしろ契約は既履行の状態にあるのが一般的であることは既に述べた。最後に、全ての契約に交換が伴うわけではなく、慈善的な寄付行為や遺言といった、交換が志向されていない取引も存在する。以上から明らかなように、一口に契約関係といっても、そこには様々な要素が組み合わされた無数の状況が想定されるのであり、契約法はこれらの状況全てを包括的に規律するものとして観念されなければならないはずである。そこで、アティアは、契約法を「協同活動 (co-operative activity)」、すなわち人間の相互作用に関する法という形で非常に一般的に定義し、さらに、この協同活動は、同意 (consent)、利益の交換 (reciprocity of benefit)、信頼 (reliance) を中心とする様々な要素が多様な形で組み合わされて構成されていると考える。このように観念することにより、契約法を、一つの典型的行為を中心的に規律する法と捉えるのではなく、むしろ多数存在する典型的な状況の集合体を包括的に規律する法と捉えることができるようになるという。<sup>73</sup>ただし、同じ契約法に支配されるからといって、これらの集合体が全てにわたつて共通の性質を持つているとは必ずしもいえない点にアティアは注意を促している。例えば、状況Aと状況Bとが近似し、かつ状況Bと状況Cとが近似しているとしても、状況Aと状況Cはほとんど類似点を持たないということもあり得る。<sup>74</sup>このように考えてこそ、先に示したような古典的契約理論が典型的契約として想定していた状況の集合体と、アティアが提示したような、従来は不法行為法や不当利得法によって規律されるものと考えられてきた状況の集合体とを、ともに契約法の対象とする取引関係の一種と捉えることが何の矛盾もなく可能

となるのであろう。

では、契約法と不法行為法・不当利得法との関係はどのように捉えられているのか。四の3で述べたように、アティアは両者の区別を放棄すべきことを主張する。まず、契約と不当利得との関係に關していえば、一九世紀以前において、契約と不当利得とは区別されておらず、むしろ両者は原告から被告に与えられた利益に対する弁済もしくは損害賠償請求を伴うという点で共通性を持つものとみなされていたところ、一九世紀中期から始まった意思理論の流行に伴って、自由選択や自発的な債務の負担という要素を持たない不当利得は、契約とは全く別の問題として議論されるのが通常となつてしまったのだという。しかし、アティアの主張するように、契約の拘束力を判断する上で利益の要素が果たす役割に再び注目することによって、意思という要素の強調ゆえに生じた契約と不当利得との区別は必然的に崩壊し、両者が再び一体的に把握されることになる。<sup>(74)</sup> また、契約と不法行為との關係については、不法行為が契約の対局に位置付けられるようになったそもその原因も、不当利得と同じく、意思や責任の自発的引受の要素を過度に強調した一九世紀の意思理論にあるという。すなわち、契約上の義務は当事者が自発的に引き受けた義務であるのに対して、不法行為上の義務は公正や相当性といった社会的基準に照らして法により課された義務であるの特徴付けられ、両者は性質を全く異にするものとして認識されたのである。両者を峻別するこうした観念は、両者の併合が判例上ますます多くみられるようになって今日でも、なお根強く多くの法律家の思考を支配してことは言うまでもない。<sup>(75)</sup> アティアは、この観念が誤つたものであって、契約と不法行為とは性質を全く異にするものではなく、意思や債務負担の自発性といった契約責任特有の要素とみなされているものが、実は不法行為責任と密接な關係を有することを指摘する。そもそも現代不法行為法で中心的役割を果たしているネグリジェンスの不法行為は、歴史的にみても契約類似の取引から発達したものであり、契約法の支流と位置付けることが可

能である。すなわち、現代不法行為訴訟の典型である交通事故訴訟は、全く契約関係のない者の間での損害賠償責任が問題となる場合ではあるものの、もとは一定の契約関係を持つ者の間での損害賠償責任を問題とする場合、具体的には、労働者が雇用者に対して、あるいは乗客が鉄道会社に対して提起する身体への侵害行為に対する損害賠償請求訴訟を先駆とするものである。また、交通事故にしても、ある意味で当事者の自発的行為により惹起されるものであるといえよう。なぜなら、公道で自動車運転している最中に誤って他人にけがを負わせた運転者は、自発的に車を運転していたのであり、彼には車の運転に際して商品の売主に対し法が要求するのと同じ程度の注意義務が課せられているとみなすことは十分可能だからである。確かに契約責任がしばしば不法行為責任よりも厳格に取り扱われる傾向があることは事実であり、それは、例えば、瑕疵ある商品の売主はその瑕疵から生じた損害に対して過失の立証なくして責任を負うという点に見られる。しかしながら、今日では、製造物責任などに見られる契約責任の拡張によって、瑕疵ある商品の製造者や売主が、直接契約関係のない買主や商品の使用者に対しても責任を負うものと考えられるようになってきている。ここにおいて、製造者や売主は、もはや契約関係にない相手方に対する契約責任を自発的に引き受けたということは出来ない。むしろ、売主は売却の利益を得ているということ、および買主もしくは使用者は売主が危険のない商品を提供してくれることを信頼していること、という二つの要素が、売主に契約責任を賦課する正当化根拠を与えると考える方がより説得的である。<sup>77)</sup>ただし、アティアは、契約法と不法行為法との領域が完全に一致するとはまでは言っておらず、逆に契約責任を認めることができない領域に不法行為責任を無制約に拡張することのないよう注意を喚起している。不法行為法の拡張適用は、本来適用されるべき契約法の背後にある政策的考慮があくまで無視されない形で行われなければならないのである。<sup>78)</sup>

ところで、アティアは、現在行われている契約法・不法行為法・不当利得法の三分法を全く無意味なものだと考

えているわけではない。彼は、これが少なくとも教育的・説明的機能を有していることは認めつつも、意思理論が十分機能しえない今日では三者の境界がなきに等しいものとなっていることに鑑みると、こうした機能的側面が強調されるあまり、契約責任の判断に際して現実には当事者の意思以外の要素も考慮されているという認識が曖昧になり、契約法の正しい理解が妨げられるようなことになることを危惧しているのである。<sup>79)</sup>

また、契約の拘束力の根拠を利益と信頼という二つの要素に求めるアティアの見解にあつても、この二要素により全ての契約関係が説明可能であるとまではいわれていない。そもそも、現代の社会経済関係は複雑にすぎ、単純化には馴染まない性質を持っている。むしろ、彼の主張は、これまでなされてきたような、自発的に引き受けた債務に関する契約法と、法によって課された責任に関する不法行為法や不当利得法との二分法自体が過度な単純化であつて、これに固執すべきではないことに力点がおかれている。構造的には、契約・不当利得・不法行為という区別を廃してより緩やかなつながりを持った一体としての債権法を想定しているようであり、アティアの言葉を用いれば、「利益の交換・相当な信頼に基づく行為・人間の自発的な行為の各観念間の相互関係を中核とした債権法のより充実したより統一的な概念構造の構築」が今後の課題であるという。<sup>80)</sup>

契約・不当利得・不法行為の境界を廃してしまうというアティアの主張に対しては、多数の批判がある。これらの批判は、契約法・不当利得法・不法行為法が、それぞれ全く異なる原理を基礎とするものであり、それらを区別することは実質的に可能であるばかりでなく、理論的に非常に重要であると主張する。<sup>81)</sup>確かに、従来の債権法の三分法が社会の変化に伴う新たな契約関係の登場等に十分対応できるものであるといえるか疑問は残るものの、だからといって、アティアの言うように、三者の境界を全く廃してしまうのは行き過ぎであるように思える。なぜなら、アティアの見解からは、境界を廃した後の問題、すなわち三者の結合形態ならびにどのポイントでいかなる法

理が適用されることになるのかが一向に明確とならないからである。恐らく、アティア自身も、この点に関する見解はいまだ漠然と有しているに留まり、その明確化は今後の検討課題となっているのであろう。

(72) PATIYAH, ESSAYS ON CONTRACT 5 (1986).

(73) *Id.* at 6-8.

(74) *Id.* at 40.

(75) アティアは、今日において契約と不法行為の併合が明らかになった理由として、第一に、古典的契約理論の影響が強かった頃に比べて、契約紛争の当事者に解決を与えるために、不法行為訴訟で用いられる公正の判断基準を使用することが、それほど非論理的なものとみなされなくなったこと、第二に、今日の裁判官が硬直的で不十分な契約法よりも流動性を持った不法行為法の規定を好むこと、の二つを挙げている (*Id.* at 89)。彼は、契約法による解決が可能な問題に対してあえて柔軟性に富んだ不法行為法を用いることが、逆に硬直化した契約法を現代の価値観に適合させることを可能にするものであると考えているようである。

(76) この見解によれば、何ら契約関係にない歩行者あるいはその他の道路利用者に対するバス会社の責任は、契約関係にあるバスの乗客に対する同会社の責任とそれほど変わらないことになる。

(77) *Id.* at 41-42. 一方、利益や信頼の存在が責任を免除する例として、運行供用者に対する責任の制限が挙げられている。これによれば、同乗者は車に乗せてもらうことによつて無償の利益を得ているのであるから、仮に事故が生じ損害を被った場合でも、同乗者の受け取った利益の分だけ運転者の責任は制限されるのが望ましいと説明されることになる。この場合に同乗者が運転者の過失を非難することは、「貰いもののあらを探すような」行為であるとアティアは述べている。

(78) *Id.* at 42-43. ネグリジェンスの契約法領域への拡張は、とりわけ経済的損失に対する損害賠償に関する判例において顕著であ



る。一つの行為の結果として生じる有形的損害は事柄の性質上、自然法則によって一定程度限定されるのに対して、ある行為の、他人の経済的利益に対する影響はほとんど際限がないため、行為者の責任が広大になりすぎるのを避けるという政策的な理由から、従来純粹な経済的損失に対する法的保護は狭く限定されてきた。しかしながら、近年の判例においては、純粹に経済的な損失に対してもネグリジェンスの不法行為によって保護を与えようとする強い傾向がみられる。その口火を切ったのは、*Hedley Byrne v. Heller & Partners Ltd.* (A.C. 465 [1964])であった。これは次のような事案である。訴外Bの信用状況の調査を依頼された原告の取引銀行Aは、Bの取引銀行たる被告に照会し、その結果を原告に伝えた。そこで原告は被告から得た情報を信頼してBと取引関係にはいったが、その情報が正しくなかったために大きな経済的損失を被った。貴族院は、情報提供者がその情報を信頼するであろうことが、情報提供者にとつて合理的に予見可能であるという場合には、たとえ情報提供者と受取者との間に契約関係などの関係がなくても、提供者に注意義務を生ぜしめるべき特別の関係がある、と述べた。ただし、この事件においては、被告が情報の正しさにつき責任を負わない旨を示して情報を提供していたので、結論的には賠償義務を免れた(望月礼二郎「現代法律学全集55『英米法〔改訂第二版〕』」(平成四年)一六五頁参照)。

(79) ATTYAH, *supra* note 72, at 52.

(80) *Id.* at 379-385.

(81) See Peter B.H.Birks, *Restitution and the Freedom of Contract*, 1983 CURRENT LEGAL PROBLEMS 141; A.S.Burrows, *Contract, Tort and Restitution — A Satisfactory Division or not?*, 99 L.Q.REV. 217 (1983).

## 五 契約法理論の再構成

前章までの検討を踏まえて、本章では、まず、約束理論および信賴理論のそれぞれについて、積極的に評価し得る点およびさらなる検討を要する点を、各理論の全体を通して改めて整理しつつ、各理論から得られると思われる我が国への示唆を明らかにする。その上で、契約法理論再構成の方向性に関して若干なりとも私見を展開し、最後に、残された課題を明らかにすることで本稿を締めくくりたい。

### 1 各理論に対する評価ならびに各理論から得られる日本法への示唆

まず、フリードの理論に対する評価から始めよう。通常、契約の拘束力という問題は哲学の領域で語られるに留まり、そこでの議論が実定法の解釈という技術的領域に持ち込まれることはまずない。また、意思主義の思想的背景をなす自由主義的個人主義や私的自治の原則は、契約法思想として一般的に論じられてはいるものの、個々の法原理と思想との関係が詳細に論じられることも少ない。フリードの理論は、まさにこの哲学的・思想的視点から契約法という極めてテクニカルな法領域にメスをいれ、約束の道德的拘束力の根拠を中心として、錯誤や不実表示強迫を含めた契約法のおおよその基本法理について、「自由で合理的な個人によりなされた判断の尊重」という観点から一貫して説明を与えるものである。確かに、古典的契約理論の基礎をなす「契約の自由」が、今日様々な面で規制を受けていることは、前述のとおり事実であろうが、現実には規制の対象となっていないのは、もっぱら意思主義の

過度の強調から導かれた絶対的個人主義、とりわけ経済的・社会的地位の優位を利用した契約自由の濫用であって、意思主義の思想的背景をなす個人主義や私的自治そのものが否定されているわけではない。むしろ、各人の自由な生き方が尊重されるようになった現代社会においては、個人主義や私的自治が重要な価値観として一層尊重されるべきものとなる。こうした認識に基づいて、我が国でも、意思概念を社会の変化を反映したものに転化することによって、意思主義を再評価しようとする試みがみられる<sup>(3)</sup>。古典的契約理論による意思主義の過度の強調を否定しながらも、契約法の中核部分に関してはなお意思理論による正当化が可能であることを哲学的側面から立証するフリードの理論は、まさに意思主義の再評価の一つの試みである。すなわち、彼の理論は、理念としての意思主義の意義とその重要性を再確認させるとともに、具体的な解釈論のレベルにおいても意思が依然として重要なキー概念であり続けていることを強く示唆するものであるといえよう。

しかし、契約の拘束力の根拠を約束の道德的拘束力のみを求めるフリードの説明は不十分であるといわざるをえない。既に指摘したように、道德的拘束力と法的拘束力は必ずしもイコールで結ばれるものではなく、したがって約束の道德的拘束力を説明するのみでは、契約の法的拘束力を説明したことにならない。また、フリードの説明では、そもそも約束の道德的拘束力自体、すなわち約束が単独で契約責任の根拠となり得ること自体が十分に実証されているとは言い難い。契約違反に対する救済の正当化根拠たる法的拘束力を認定するに当たっては、フリードのように約束という要素の存在のみで必要十分であるとは考えられず、事実上は約束プラス $\alpha$ としてなんらかの要素が要求されているのではなからうか。こうした意味において、利益や信頼を伴わない純然たる約束、すなわち未履行契約の法的拘束力を否定するアティアの見解は、一見過激ではあるが、より現実には即した見解であるように思われる。フリード自身は、利益や信頼を契約責任の根拠の一要素と捉えることを頑強に否定しているようであるが、約

束のコンベンションを説明する上で信頼に類似した「信用 (trust)」という概念を用いるなど、結局は信頼の要素を自らの理論から完全に放逐することに成功していない。期待を正当化するのとはもっぱら信頼の存在であるし、約束を破ることによって相手方の期待を裏切ることの道徳的非難可能性は、「相手方の信頼を裏切ってはならない」という信念の裏返しでもあることを考えると、約束という要素と信頼という要素は相互規定的な関係にあり、どちらの要素も単独では契約の拘束力を正当化するのに十分ではないことが認識されるべきであろう。

また、契約の拘束力を論じるに当たって、コンベンションという概念を新たに導入した点も、フリードの見解の一つの特徴であるといえる。この概念によって、最も重要な問題であるにもかかわらず、倫理的な領域であるだけに論理的な法学とは馴染みにくく、それゆえ曖昧なままに残されがちであった約束の道徳的拘束力の解説が、論理的かつ構造的に明瞭なものとなった点は評価できよう。しかしながら、公正に基づく判断によって契約責任を課すことを、当事者に予期せぬ負担を負わせる危険を内包するものとして否定し、契約責任を賦課するにあたっては常にコンベンションへの照会が必要であるとする彼の主張には、若干疑問が残る。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るから、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とは考えられない。かくいうコンベンション自体も、ある面では、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り、その中には公正の考慮も当然に含まれているといえよう。したがって、契約責任の認定が、「コンベンションに照らして」行われるべきであるというおうが、「公正に基づいて」行われるべきであるというおうが、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ように思われる。

一方で、フリードは、意思主義の過度の強調を否定し、契約法の中には意思では説明できない領域が存在していることを深く認める。彼によれば、契約にギャップが発生した場合には、当事者の自律的な契約関係の形成に必要な「自由な意思形成」を手続面から保証するものとしての契約法がもはや機能し得ず、そこに生じた利益や損失は不法行為法理や不当利得法理、さらには分かち合い法理と呼ばれるものにより分配されるのだという。意思理論の純粹に適用できる領域を確定し、その領域における意思の重要性を強調しながらも、それ以外の領域では不法行為法や不当利得法と同じ紛争解決原理が働くことを認めるといふ二元的な構造を提示するフリードの見解は、古典的契約理論の修正の一つの方向性を示すものとして評価できよう。こうした二元的把握は、意思主義の限界を探り、その先を表示主義で補うことによって、契約法における意思主義と表示主義の並存を模索する法律行為論をめぐる我が国の議論の中にもみられるものである。<sup>(4)</sup>しかしながら、フリードの理論では、契約法の領域の中で意思主義が純粹に貫徹できる部分の確定作業が行われるに留まり、そこから排除された法現象に対しては、約束理論以外の法理によって正当化されると述べる以上には踏み込んだ説明が与えられていない。先に述べたように、英米法上の論争の核心が判例準則と意思主義との矛盾の解消にあることを考えれば、判例上形成された約因原理を事実上の形骸化を理由に廃止し、約束理論が契約法の中核原理として正当であることを立証するフリードの主張は、それだけで十分に理論的意義を有するものであるかもしれない。しかし、純粹な意思理論の洗礼を受けている我が国に今まさに必要とされているのは、その先の理論、つまり意思理論では説明できない法現象を正当化する解釈論レベルでの具体的な理論である。不法行為や不当利得の法理によって正当化されると漠然と述べるに留まり、これらの法現象に対する説明を事実上放棄しているように思われるフリードの理論は、その意味で示唆を欠いているといえう。

次に、アティアの理論に対する評価に移ろう。具体的な紛争解決の集積を通して徐々に形成されてきた「救済の体系」としての英米契約法の沿革を踏まえ、契約法原理を紛争解決の側面から一貫して体系化しようとするアティアの視点そのものが、意思に基づく法律関係の変動に焦点がおかれ、大部分が意思形成場面である契約関係の成立を規律する法規定から構成された契約法を有する我が国にとって、興味深いものであるといえよう。とりわけ、明示的約束の存在を契約の有効性を推認させる一応の証拠に過ぎないものと捉え、契約の拘束力の実質的根拠を利益や信頼に求める認識は、有用な視点を提供するものである。すなわち、我が国では意思の合致さえあれば直ちに契約が成立すると解されているが、意思と意思の合致によつて早い段階で契約の成立を認めることに對しては批判が高まつており、とりわけ消費者取引においては、買主である消費者に一定の時期まで気が変わったからといって契約を解消する権利を認める必要性が叫ばれている。そこで、契約の成立の必要条件として利益や信頼の要素を要求することは、契約の成立時期を遅らせる実務的效果を有するものである。他方、信頼を契約の拘束力の根拠と捉えることは、契約の成立時期を早める実務的效果をも有し、契約交渉段階にあつて相手方の表示を信頼して損失を被つた場合に対しても、責任の認定を可能にするものである。このように、アティアの提示する視点は、契約の成立時期を決定するに当たつて、我が国で唯一の基準とみなされてきた形式的な意思の合致が有する意味について反省を促すものであり、ひいては契約の拘束力の根拠を一義的に意思に求める考え方に対しても疑問を投げかけるものであるといえよう。

しかしながら、ひとくちに信頼責任といっても、信頼という概念は非常に漠然としており、どの程度の信頼が責任を発生させるのかについて、ある程度の類型化が必要であるように思われる。明示的約束の存在は相手方を信頼する最も強い根拠となり得ることから、契約を信頼した結果被つた損失に関する限り（具体的な賠償額の算定は別

として、救済の認定自体は比較的容易に行われるであろう。しかし、契約締結以前に責任の成立範囲を拡張する場合には、明示的な約束が存在せず、もっぱら一定の「表示」を信頼して被った損失に対して救済が求められることになるため、どのような表示に対する信頼を法的保護の対象とすべきかが明確にされる必要がある。なぜなら、表示には、日常的になされる単なる事実の主張から、ある事柄の保証を意図するものまで様々な段階が存在するのであって、何気ない表示が何らかの責任を常に発生させるとすれば、我々のコミュニケーションが大きく阻害されることになるからである。信頼理論も責任の成立範囲を無制限に拡張するものではない以上、信頼責任を問い得るためには、少なくとも約束に相当する表示に対する信頼、つまり契約締結への相手方の期待がかなり高まっていることを表示者が認識した上でなされた表示に対する信頼が要求されるべきであろう。一応、アティアも、法的保護の対象となる正当な信頼の基準として、「事實的・慣習的信頼」であることを挙げており、これに当たるかどうか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考えている。しかしながら、この見解によれば、問題となっている信頼が法的保護の対象となるかどうかは、実際の裁判を受けてみないと分からないことになり、当事者にとっては予測可能性を欠くばかりか、行われた裁判の正当性を客観的に担保することが困難となることは既に指摘したとおりである。信頼理論を実効化するためには、法的保護に値する信頼を生じさせる表示の類型が、より一層明確な形で提示される必要がある。そこで、我が国に目を向けると、契約締結交渉を不当に破棄した当事者に賠償責任を認定するに当たって、信義則上の注意義務違反に根拠を求める判決が多数存在している。これらの判例を分析することを通じて、どのような表示に対する信頼が責任を発生させるのかに関する程度明確な基準を提示することは可能であるように思われる。実際に、契約締結交渉に関する判例に留まらず、広く契約法に関して信義則が適用された裁判例を包括的に分析しようとする試みは、既に我が国において進められつつある<sup>6)</sup>。

契約法を契約紛争に対して適切な救済を与えるための法体系として把握するアティアの見解では、契約の効力の判定は、約束（もしくは表示）を信頼して損害を被った者に救済を与えるべきかどうかの判定を意味し、その具体的な判定に当たっては、公正な紛争解決を導くような損失の分配が志向される。それゆえ、錯誤に基づいて締結された契約に関しては、錯誤者の表示を信頼した相手方の保護と、錯誤によって損失を被るであろう錯誤者本人の保護とを比較衡量した上で契約の効力が決定されるものと説明されることになるし、不実表示や強迫の結果としてなされた契約に関しては、不実表示者や強迫者の反倫理的・反社会的行為に対する制裁として、彼らにはそうした行為から得た利益の保有が禁じられるがゆえに、契約の効力が否定されるものと把握されることになる。アティアの見解が従来の見解の枠を越えて意味をもってくるのは、こうした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、もしくは任意性が欠如している場合に契約の効力を否定するに留まらず、契約内容そのものの抑圧性・過酷性を理由に契約の効力を否定することさえ正当化する点にある。我が国には、特に不当な契約についてその効力を一般的に否定する民法九〇条の他に、取引の公正を直接担保する非良心性の法理のような規定は存在しないが、信義則の場合と同様に、民法九〇条の適用判例を類型化し、一定の基準を抽出することによって、不当な契約を直接的に規制する手段を確保することはある程度可能であろう。しかしながら、アティアの見解に則って、我が国においても、取引の公正を実現する手段として契約関係への直接的介入を容認すべきであると主張する前に、なお慎重な検討を要するように思われる。すなわち、取引の公正を実現する手段としては、契約関係に直接介入する方法の他にも、当事者の意識的かつ自由な意思形成を可能ならしめるような手続面の充実によって結果の公正を実現する間接的な方法が存在し、どちらがより現代社会に適した方法であるかが検討されなければならない。先に述べた意思主義の再評価とともに、国家による後見的規制を離れて再び個人の自己決定権が尊重されつつある今日



の傾向を考えると、契約内容への直接的な介入は一方当事者に過度な保護を与え、却ってその者の判断能力を低下させる虞がある。むしろ、意思形成の前提条件を十分整備することに焦点をおき、意思形成の結果に対し当事者に一定の責任を負わせる形をとる間接的規制の方が、自己責任の確立を通して個人の人間性の尊重を図るものであるといえよう。しかしながら、間接的規制を採る場合であっても、その手段である錯誤・詐欺・強迫の各法理は、その射程範囲の狭さおよび立証の困難性から、現在のところ、結果の公正を間接的に担保する実務上の機能を十分果たしているとはいいいにくく、これらの法理をより柔軟な形に構成し直すことがまずもって要求される<sup>(7)</sup>。

また、公正な紛争解決という側面から契約関係を捉えるアティアの見解は、古典的契約理論が説明できなかったものも含めて、社会の変化にともしない必然的に発生する新しい法現象に対して、救済の必要性が認められれば順次契約法体系に取り込むことを可能にするような、より柔軟な契約法の構造を提示するものである。しかし、契約法のあまりの柔軟化は、紛争解決にいたる判断過程を不明瞭なものとし、裁判の公正性の客観的な担保および予測可能性を失わしむる虞があると同時に、契約関係の自律的形成を阻害する危険性をも内包するものである。アティアが主張する契約法の柔軟化には、積極的意義が存在することは確かであるが、それによって契約法が「取引の公正」の名の下にいかなる解決でも導き出すことのできる便利なブラックボックスになってしまわないよう、契約紛争の解決に際して行われた裁判所の判断を類型化・分析し、それを何らかの法理として明確化する作業を通じて、契約法を契約関係の自律的な運営に必要な一定の指針を提示するものとして位置付けていくことが必要であろう。

以上に述べた両説の見解を総体的に評価すると次のとおりである。フリードの見解は、意思理論を理論的により深化・充実させ、その意義を再確認させたという意味では積極的に評価できる。しかしながら、意思理論による契約法体系の貫徹を志すあまり、新しい法現象も含めあまりにも多くのものを契約法の領域から排除し、その理論化

にまで踏み込んだ解釈論を展開していない点に問題がある。一方、アティアの見解は、契約法の救済的側面に注目し、そこで重要な役割を果たしている信頼や利益の要素を核とする、全く新しい契約法体系を提示することに成功している点で大いに評価できる。ただし、その着想の面白さにもかかわらず、理論の詳細についてはまだ十分に煮詰まっていない部分が多く、特に契約の拘束力の認定基準が不明瞭な点に問題がある。結局、どちらの見解も単独では十分完成された理論とは成り得ていないということができよう。

ちなみに、両理論が、一見全く異なる契約法体系を志向しているようにみえるものの、最終的に得られる構造はそれほど違うものではない点は、非常に興味深い。どちらの理論も、過度な意思主義も過度なパナナリズムもとにも否定し、その中庸を模索するものである以上、細部の解釈論に違いはあれど、大枠の構造が重なり合うのは当然のことといえるのかもしれない。

(1) 法哲学的観点から意思説と信頼説の比較をしたものとしては、小林公「約束と信頼——契約の拘束力に関する一考察」自由と規範（昭和六〇年）八六頁以下、がある。

(2) 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）三頁以下参照。

(3) 安井教授は、こうした意思主義の再評価の動きを総称して「意思主義復権論」と呼んでいる。意思主義の復権を唱えている代表的な学者として、星野教授（現代における契約）講座現代法8・現代法と市民（昭和四一年）二〇五頁以下、ほか）・高橋教授（私的自治・法律行為論序説(1)・(3)完）法学論集二四卷三・六号（昭和四九年）、ほか）・石田喜久夫教授（現代法律行為論の課題——意思主義の復権とその限界）Law School一二号（昭和五四年）一四頁以下）・原島教授（民法理論の古典的体系とその限界——ひとつの覚え書き）山中康雄教授還暦記念論文集・近代法と現代法（昭和四八年）一一九頁以下）・伊藤進教授（法

律行為の基礎理論」ジュリ七三二号(昭和五六年)八四頁以下)・長尾教授(「消費者契約における意思主義の復権」判タ四九七号(昭和五七年)一二頁以下)・曾田教授(「現代契約理論における意思主義」現代契約法体系第二卷(昭和五九年)が挙げられているが、各説の詳細については、安井宏「最近のいわゆる『意思主義復権論』について」修道法学八巻一号(昭和六〇年)一八八頁以下、および同「『意思主義の復権』という比喻は、どのように理解し評価すればよいか」講座・現代契約と現代債権の展望4(代理・約款・契約の基礎的課題)三〇五頁以下参照。

(4) 原島・前掲注(3)、山口俊夫「フランスにおける意思自律理論とその現代の変容」法学協会百周年記念論文第三卷(昭和五八年)二二一頁以下、石田穰「意思主義と表示主義」同四八五頁以下、北村一郎「私法上の契約と『意思自律の原理』」岩波講座・基本法学4(昭和四八年)一六五頁以下、山下末人「法律行為論の現代的展開」(昭和六二年)、伊藤・前掲注(3)参照。

(5) 河上正二「『契約の成立』をめぐって——現代契約論への一考察(1)(2)完」判タ六五五号・六五七号(昭和六三年)参照。

(6) 信義則に関する判例の包括的分析を試みたものとしては、内田貴「現代契約法の新たな展開と一般条項(1)」「(5)完」NBL五一四号・五一八号(平成五年)、池田清治「契約交渉の破棄とその責任——現代における信頼保護の一形態として(1)」「(7)完」北大法学論集四二巻一・六号・四三巻一号(平成三年・四年)、河上・前掲注(5)、横山美夏「不動産売買契約の『成立』と所有権の移転——フランスにおける売買の双務予約を手がかりとして(1)(2)完」早稲田法学六五巻二号・三号(平成二年)、今西康人「契約準備段階における責任」不動産法の課題と展望(平成二年)一七三頁以下、などがある。

(7) 詐欺・錯誤理論の再検討に関しては、後藤卷則「詐欺・錯誤理論は、どのような活用可能性があるか」講座・現代契約と現代債権の展望4(代理・約款・契約の基礎的課題)(平成六年)九九頁以下が詳しい。後藤教授は、情報提供義務の違反による詐欺の成立を広く認め、詐欺の故意の必要性ないしその立証の緩和を図るフランス法に依拠して考察すれば、我が国においても、民法九六条の規定する詐欺法理と同九五条に規定する錯誤法理を柔軟に解することによって、新たに消費者取消権や高齢者取消権という観念を構想することなく、消費者の保護を図ることが可能になると主張している。

## 2 新しい契約法理論の基本的枠組み

契約法理論を再構成する上で考えなければならぬ根本的な問題は、結局のところ、社会における契約法の役割をいかなるものとして捉えるかにあるといえる。この問題は、約束理論や信頼理論ではもちろんのこと、およそ契約法理論の再構成を試みる全ての見解において、常にその検討の出発点となっている。そして、この問題に対する各見解のスタンスは、そこから契約法理論の個別具体的な解釈論が全て導き出されることになるという意味において、まさに再構成の方向性を決定付ける重要な役割を果たすものである。本研究の最終的な目的が契約法理論の再構成にある以上、少なくとも約束理論と信頼理論に関する一応の考察を終えた現時点における、この問題に対する自らのスタンスと、そこから導き出されることになる新しい契約法理論像を、私見としてここで明らかにしておく必要がある。

契約法が果たすべき役割には、私人間での契約関係の自律的形成・継続を可能にするような客観的かつ中立的なルールを提示する役割と、契約関係上発生したトラブルに対して裁判所が公正かつ妥当な解決を与えるための判断の指針となる役割の二つがあることは、既に指摘したところである。古典的契約理論が契約法に前者の役割のみを期待したのは、「契約の自由」理念の強い影響のもと、契約の発生から消滅にいたる一連の過程を、その過程に発生したトラブルの処理も含め、すべて私的自治の支配する領域として捉えることに由来するものであった。こうした理解には、合理的な判断能力と対等な取引能力を持つ契約主体が、自らにとって最も利益になると判断し、自由な意思形成の結果として一定の契約を締結した以上、それを履行しないという事態はそもそも想定しえないこと、ま

た、仮に履行を困難にするようなトラブルが発生したとしても、それに備えて契約の中にはあらかじめ何らかの解決方法が用意されているはずであるから、なお契約当事者間での自律的な紛争解決は可能であることが前提となっている。また、当事者の一方が契約上用意された解決方法に自発的に従おうとしないために、裁判所の助力なくして紛争を解決することが事実上不可能となった場合であっても、訴訟を提起する当事者の目的は、せいぜい用意された解決方法に従わない相手方をして、これに従わせるために必要な法的強制力の付与を裁判所に求めるに過ぎないのであって、当事者が当初から予定していた解決方法とは全く別の、当該状況における公正かつ妥当な解決方法の提示を裁判所に期待するわけでは決していないのである。ここには、契約法を、契約紛争に対し公正かつ妥当な解決を与える際の指針となるべき裁判規範と捉える発想はみられない。重要なのは、当事者間で取り決められた契約内容そのものであって、契約法は、そうした取り決めを誰もが容易にすることができるよう、参考となる一定のひな型を提示するものに過ぎないものとして理解される。契約法が任意規定であり、当事者間で別異の取り決めがなされた場合には、それが契約法に優先すると解されるのは、こうした理解から導き出されるものである。

しかしながら、契約関係上のトラブルについて、それを常に契約当事者間の自律的解決に委ねることができると考えること自体、果たして可能なのだろうか。今日、契約関係を取り巻く社会的・経済的状况は複雑化の一步を辿っており、これが時には当事者の予測を遙かに越える出来事を生じさせることもある。その意味で、契約当事者に対し、契約締結の時点で、履行までの間に生じ得る全てのトラブルに備えて事前の対策を期待することは、事実上不可能であろう。契約をめぐる予測不可能な領域の飛躍的な拡大は、契約紛争の自律的解決が可能な領域、すなわち私的自治の領域を著しく制約するものである。また、今日では、私的自治の中で形成された契約について、結果の公正性が常に担保されているとは言い難い。むしろ、契約主体間での取引能力の不均衡や、各契約主体のもつ

合理的判断能力の低下から、契約関係の一連の過程を契約当事者の自治に全面的に委ねると、結果として形成される契約内容は一方当事者に不利なものとなる傾向が強い。いまや、私的自治とは別の、結果の公正性を担保するための何らかのシステムが必要とされているといえよう。

こうした状況において、契約法に期待されている役割は、私的自治がもはや機能しなくなった契約関係に対して、裁判所が当該事案における公正かつ妥当な紛争解決を与えるための指針たること、すなわち裁判規範たることでありと理解すべきである。このような契約法の機能は、私的自治の妥当しない領域を対象とする点、ならびに公正かつ妥当な紛争解決を目的とする点で、不法行為法や不当利得法が現実には果たしている機能に極めて近いものとなる。また、契約紛争の処理が裁判所の手に委ねられた時点で、契約当事者は私的自治による解決を放棄したものとする見ることができるから、そこからは私的自治の存在を前提とした当事者間での取り決めは効力を失い、裁判規範たる契約法が優先的に適用されることになると考えるべきである。これは、契約法を、従来考えられていたような、当事者間で自由に結ばれた特約に常に劣後するものとしての任意法規的なものから、なかば強行法規的なものとして解釈・運用される必要があることを意味するものである。これにより、「契約の自由」を濫用して締結された、一方当事者にのみ著しく有利な内容の特約の効力は否認されることになる。だからといって、当事者間で結ばれた特約の効力が全面的に否定されるものではない点に注意を要する。契約法が特約に優先する効力を与えられるのは、あくまで、私的自治がもはや機能し得ず、裁判所の手に紛争処理が委ねられた契約関係に限られるのであって、私的自治が十分機能している契約関係では、むしろ特約がその関係を支配する規範となると考えるべきである。すなわち、私的自治の領域では、たとえ裁判規範とはかけ離れた内容の特約であっても、当事者間では有効に成立し、当事者の一方が相手方に特約の自発的な遵守を促すことまでは、契約関係の自律的運営の一環として許される。しか

し、自発的遵守がなくなつた時には、たとえ裁判所に対し特約の強制的実現を求めても、裁判所は特約に裁判規範のレベルまでの強制力しか付与し得ないという意味において、特約の法的有効性は裁判規範の範囲内に制約されることになるのである。その限りでは、本稿の最初に引用したギルモアの「契約の死」という言葉は、私的合意としての「契約」に、もはや「契約の自由」の下で絶対的な自由が与えられないということを意味するものとして理解すべきであつて、「契約法」そのものが存在意義を失つたということでは決してない。むしろ、契約法は、裁判において不当な契約を規律する上位規範としてより積極的な機能を果たすべきものである。

このように、今日の契約法が、契約関係の自律的形成を可能あるいは容易にするひな型としての役割よりも、むしろ契約紛争に対し公正かつ妥当な解決を与えるための裁判の指針たる役割を期待されているものと考え、契約法理論もこれに即した形で再構成されることが必要となる。すなわち、私人間における契約関係の自律的形成の促進に資するべく展開されてきた従来の契約法理論は、今や、私的自治が機能しなくなつた契約関係に対して、裁判所が与える紛争解決の公正性や妥当性の確保に資するような形で展開されねばならない。こうした方向性で契約法理論を再構成するにあつては、契約法原理を紛争解決の側面から一貫して体系化しようとする信頼理論が大いに参考になるものと思われる。

まず、契約の拘束力の根拠と損害賠償の算定方法に対する考え方に関しては、基本的には信頼理論の考え方に依拠することができるであろう。古典的契約理論が、契約の拘束力の根拠を約束に求め、約束を守らない者に対して期待利益の賠償責任を課すことによつて、約束そのものに法的保護の対象となる一種の財産的価値を与えてきたのは、契約不履行という事態の発生を極力排除し、契約に対する一般的な信頼を確保することで、人々の契約締結行動の一層の促進を図るためであつた。これに対して、今日の契約法理論の主たる目的が、公正かつ妥当な紛争解決

の実現にあることに鑑みれば、一方当事者にのみ何らかの損失や利益が発生した結果、当事者間に生じた不公正な状態について、これを是正する必要性が現実化した段階で初めて契約の拘束力を認め、かつその不公正を是正するのに必要な範囲で損害賠償を認めれば、紛争解決には必要かつ十分であるといえる。逆に、そうした不公正が現実化していないにもかかわらず法的保護を与えることは、一方当事者を必要以上に利することとなり、かえって不公正な結果を導くことになろう。したがって、契約の拘束力の根拠は、約束という行為ではなく、むしろ一方当事者にのみ損失や利益が発生させる原因となった信頼行為や利得行為に求められるべきであり、また契約不履行に対する損害賠償も、信頼利益の賠償や不当利得の返還に止められるべきであると考ええる。しかし、契約の拘束力の根拠を信頼や利益の要素に求めるとはいえ、それらが単独では契約責任の範囲を画するのに十分ではないことは既に指摘したとおりである。仮に、信頼行為や利得行為の全てが契約責任を発生させるとすれば、契約法は不法行為法や不当利得法と完全に一体化し、それを独立して存続させる意味は失われることになるであらう。しかしながら、契約紛争は、私的自治により支配される契約関係から発生し、少なくとも自律的な紛争解決の余地を残しているという点で、自律的解決がそもそも想定されておらず、むしろそれが「自力救済の禁止」という形で制限されている不法行為や不当利得をめぐる紛争とは、明らかに性質を異にするものである。その意味では、約束は、まさに紛争の自律的解決を可能ならしめる契約関係を関係当事者間に発生せしめる契機となるものであって、契約責任の成立範囲を画する重要な機能を果たすものと見ることができよう。したがって、契約の拘束力の根拠自体は、信頼行為や利得行為に求められるものの、それらが契約法の保護対象となるためには、約束に基づく信頼行為あるいは利得行為でなければならないと考えるべきである。

また、契約不履行に対する損害賠償の原則が信頼利益の賠償または不当利得の返還であると主張し得るためには、



この主張が我が国の裁判の実態に適うものであることを、判例の分析等をふまえて証明する必要がある。少なくとも現時点では、この問題に関して確実なことは何もいえないが、我が国の裁判において、建前上は期待利益の賠償が原則となつているとしても、公序良俗や信義則の規定を用いて、あるいは過失相殺の規定を用いて何らかの形で賠償額の減額が行われ、最終的に認められる賠償額は信賴利益のそれに相当するというような判決が相当数存在するのではないかと推測される。また、我が国には英米法における軽減義務の概念は存在しないが、古い判例ではあるが「損害避抑義務」を尽くさなかつたために生じた損害の賠償を認めなかつた判決が存在すること、また国際統一売買法七七条が、契約当事者の双方に損害軽減義務を規定していることから、こうした概念の我が国への導入が今後は積極的に検討されても不思議ではなからう。むしろ、我が国において信賴利益の賠償を原則と捉える上で最大の障害となるのは、英米法では例外的救済手段として位置付けられている履行請求が、我が国では、理論上、損害賠償請求と選択的に認められるものとして位置付けられている点である。履行請求は、實際上、期待利益の賠償を金銭を介さずして実現する手段であるだけに、これが我が国において一般的に認められる救済手段であるとすれば、信賴利益の賠償や不当利得の返還を救済の原則と捉えることは困難とならう。これについても、判例の分析を経ないと確実なことはいえないが、少なくとも売買契約に関する限り、契約目的物の引渡請求が訴訟上問題となるケースは、土地の売買がほとんどであり、それを除けば損害賠償請求の方がむしろ一般的であるように思われる。確かに、土地の売買のように、契約目的物の個性に着目して契約がなされ、その代替物を市場で獲得することが容易ではない場合には、目的物の引渡請求を認めるべき正当な根拠が存在するから、損害賠償を救済の原則と捉えるにしても、履行請求の存在は一定の範囲で認めざるを得ない。しかし、契約責任が契約関係の存在を前提とする点で不法行為責任や不当利得責任とは異なるものであると理解するなら、後者にはありえない救済方法が前者には容認

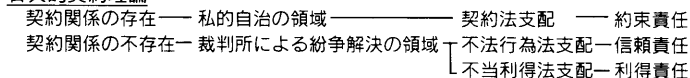
されるときも、それほどおかしなことではなからう。

契約の拘束力の根拠ならびに損害賠償の算定方法について以上のように考えると、その理論的正当化が大きな問題となっている契約締結上の過失や安全配慮義務については、次のように解されるべきことになる。まず、前者の問題については、当事者間に明示的な合意が認められない以上、そこに契約関係の存在を認めることはできないので、たとえ一方当事者が相手方の言動を信頼して行動した結果損失を被ったとしても、それに対して契約責任は成立しえないが、少なくとも相手方の言動を信頼した結果被った損害の範囲で、相手方に不法行為責任が成立するものと考ええる。契約締結上の過失責任を不法行為責任と捉えれば、いつをもつて契約関係の成立を認めるのかを、契約の成熟度などといった曖昧な概念でもつて説明する必要はなくなるし、私見によれば、契約責任に基づく損害賠償の額も信頼利益の賠償に止められる以上、たとえ契約締結上の過失責任を不法行為責任と捉えたとしても、得られる損害賠償の額は契約責任の場合と変わらない。このように損害賠償の算定額が同じになるからといって、契約責任と不法行為責任との境界が自動的に消滅してしまうものではなく、時効や立証責任などの点で両者は異なるから、それを区別して考える意義は依然として存在すると思われるべきである。一方、後者の問題については、さらに、安全配慮義務が契約上の権利義務関係の中でいかなる性質を持つものとして位置付けられるかという問題と、一で引用した自衛隊判決が提起する問題、すなわち契約関係の存在しない当事者間に安全配慮義務を認めることができるかという問題とに分けて考える必要があるが、ここで検討するのは後者である。これも、契約締結上の過失の問題と同様に、当事者間に契約関係がない以上、そこにはなんらの契約上の義務は発生し得ず、したがって安全配慮義務も認められないと考える。それにもかかわらず、前述の判決が安全配慮義務の存在を認めたのは、消滅時効との関係で契約責任として構成する必要があつたからに過ぎない。

一方、契約紛争の解決に関する信賴理論の考え方は、そこでの判断が公正性や妥当性の基準に照らして行われるべきであるとする基本的スタンスにおいては支持し得るものの、紛争解決の柔軟性の確保に力点をおくあまり、これまでの法概念に囚われない自由な判断の可能性を裁判所に許すものであって、これが裁判の客観的公正性や予測可能性を失わしむる危険性があることは既に指摘したとおりである。裁判所に無制約の裁量権を与えないためにも、取引一般の公正性の担保を、個々の事案における裁判所の事後的な公正判断に全面的に委ねる方法は妥当ではない。むしろ、個々の事案における公正判断を契約法に反映させる作業を通じて、契約関係を形成する際的前提条件を法的に整備し、そこから生じる個々の契約について結果の公正性を確保し得るようにすることによって、取引全体としての公正性を可能な限り確保しつつ、それでもなお生じ得る不公正な結果の是正に限り、裁判所の裁量的判断が許されるところである。この点は、裁判所の裁量の余地を全く許さない点に違いはあるものの、コンベンション概念の導入によって裁判所の無制約でアドホックな判断を排除しようとする約束理論の考え方に通ずるところがある。また、こうした考え方がもたらす効果という側面からみても、不公正な契約の裁判による直接的規制が、一方当事者に過度な保護を与え、かえってその者の判断能力を低下させる危険性を伴うのに対して、契約法を介した間接的規制は、必要な手続を踏んだ以上、そこから生じた結果に対して契約当事者に一定の責任を負わせる形をとるものである点で、意思主義や自己決定権の持つ意義が再評価されつつある今日の傾向により適うものであるといえよう。しかしながら、契約法の現在の規定および解釈が、取引の公正性を間接的に担保する実務上の機能を十分に果たしているかは、はなはだ疑わしい。とりわけ、そうした役割が期待される詐欺や強迫の各規定は、その射程範囲の狭さおよび立証の困難性から、現在のところその機能を十分果たしているとはいえない。したがって、各事案に現れた公正判断の類型化・分析を参考にしながら、これらの法理をより柔軟な形に構成し直す作業が必要となる

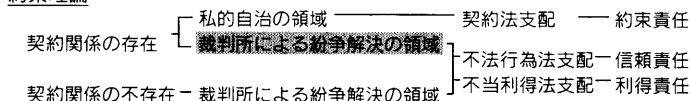
## 各理論から導き出される債権法の構造

## 古典的契約理論



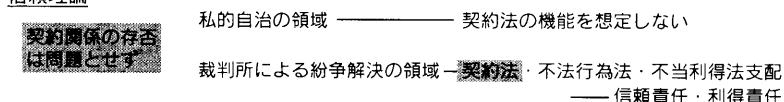
\*契約関係の存否によってすべてを区別する完全な二元的構造

## 約束理論



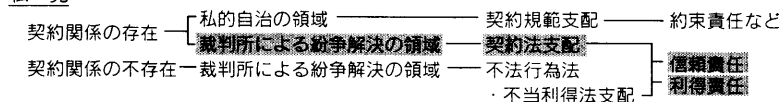
\* 契約関係の存否を区別の出発点とすることは古典的契約理論と同じであるが、契約関係の存在する場合にも、不法行為法や不当利得法が支配する裁判所による紛争解決の領域を認めることにより、二元的構造を修正。

## 信賴理論



\* 契約関係の存否を区別の基準とすることを否定し、契約法が機能すべき領域を不法行為法や不当利得法と同様、裁判所による紛争解決の領域として捉えることにより、債権法構造を一元化。

## 私見



\* 契約関係の存否を区別の出発点としながらも、契約関係の存在する場合について、裁判所による紛争解決の領域を認める。ただし、この領域を支配する法は、契約関係の存在を前提とする以上、不法行為法や不当利得法ではなく、あくまで契約法であると考ええる。これにより契約法の支配する領域とその他の法の支配する領域とが明確に区別されることとなるが、責任の根拠を信頼や利益に求める点で、契約法は不法行為法や不当利得法と共通性を有する。

## 私見と各理論との相違

約束理論との相違、契約関係の存否による区別を維持し、契約関係の存在する場合について、裁判所による紛争解決の領域を認める点では共通する。しかし、約束理論は、その領域を支配する法として契約法を想定していない点で、私見とは異なる。

信賴理論との相違：契約法を裁判所による紛争解決の領域を支配する法として捉え、かつ契約責任の根拠を不法行為責任や不当利得責任と同じ信頼や利益に求める点では共通する。しかし、信賴理論は、契約関係の存否を問題とせず、契約法の支配する領域とその他の法が支配する領域とを一元的に捉えるのに対して、私法は、契約法の存否を基準として、契約法の支配する領域とその他の法の支配する領域とを区別して捉える点で異なる。

う。

以上で検討した、契約の拘束力の根拠、損害賠償の算定方法および契約紛争の解決方法の各論点は、契約法理論の中核的な部分を構成するものであるから、これらの点について解釈論が大きく転換することは、これに付随する全ての解釈論について再考の必要があることを意味する。なかでも、契約当事者の権利義務関係が、新しい契約法理論によれば、いかに整理されることになるかという問題は、これが契約関係を論じる上での出発点であるだけに、早急な検討を要する。上述した安全配慮義務の前者の問題、すなわち同義務を契約上の権利義務関係のどこに位置付けるかという問題も、こうした整理の一環として論じられることとなる。そして、契約法理論再構成の終点には、個別具体的な解釈論の見直しを集大成するような形で、現行の債権法の条文内容や各条文の体系的構成を見直すという大きな作業が控えている。

### 三 今後の課題

本稿では、約束理論と信頼理論から得られる示唆をもとに、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の一応の枠組みを、私見として提示することができた。しかしながら、これはほんの出発点に過ぎないのであって、契約法理論の再構成を完全に実現するまでには、いまだ検討すべき課題が山積していることは、前節で示したとおりである。

残された数ある課題のうち、まずもって取り組まねばならないのは、私見として提示した枠組みを実証的研究に

よって裏付け、補強する作業であるといえよう。具体的には、我が国の裁判において、契約不履行に対し現実と与えられている救済方法としては、損害賠償が一般的であり、しかも実際に認められる賠償額は、信頼利益の賠償または不当利得の返還に留まるものであることを、判例の分析等を踏まえて証明していかなければならない。この実証的研究は、本稿が推測によってしか論じ得なかった部分を実質的に正当化するために必要であるのみならず、今日の契約法に裁判規範としての役割を期待する以上、契約法の全ての解釈論が裁判における紛争解決の実態に即したものでなければならぬという意味において、一般的に要請されるものである。したがって、次のステップ、すなわち、私見として提示した枠組みを前提として、契約法理論の内容を構成する個別具体的な論点について、従来の解釈論を順次見直していく際にも、紛争解決の実態を契約法理論へ反映させるための実証的研究は常にセットとして行われねばならないことになろう。

ちなみに、本稿では取上げなかった、ドイツやフランスで展開されている現代契約法理論をめぐる議論についても、我が国と法系を同じくし、問題状況も共通する部分が多いだけに、アメリカでの議論との相違を含めて非常に関心を持っており、今後の研究において適宜取上げていきたいと考えている。<sup>(8)</sup>

(8) 例えば、ドイツにおいても信頼責任論の展開がみられる。ドイツの信頼責任論は、イエーリング (Jering) による「契約締結上の過失 (culpa in contrahendo; Verschulden beim Vertragsschluss)」責任から発展した理論であり、意思理論の下では契約責任を課することができない状況、例えば、意思に瑕疵および欠陥が存在する場合、もしくは契約締結過程に向かう準備段階において何らかの損害を被った場合に対して責任の根拠を提示する、いわば意思理論の緩和を目的とする理論である。ここでは、取引関係に入っているか否か(契約締結に至れば契約責任とみなされる)を基準として信頼責任と不法行為責任が明確に区別され、取引

関係に入った当事者には不法行為責任上要求されるよりも高度な義務が要求されると解されている。したがって、契約責任と不法行為責任を信頼責任の名の下に統合しようとするアティアの信頼理論とは異なる(渡辺博之「契約締結上の過失責任をめぐる体系化の傾向と『信頼責任』論——カナリスおよびシュトルの所論を中心として」民商八八卷二号(昭和五八年)一九二頁以下参照)。