

講 演

## 契約法における同意理論

ランディ E. バーネット

小 粥 太 郎 訳

契約法理論はいくつかの目的を持ちます。第一は、契約教義doctrine（契約法のルールと原理）の現状がなぜそうであるかを説明すること。第二は、契約教義が正当化されるかどうかをみるためにこれを評価すること。最後は、我々に契約教義がどのように改正ないし変更されるべきかを語ること、であります。契約法のほとんどの局面について理論が存在しますが、私は契約上の義務contractual obligationについてのみ扱うつもりです。それは、以下の問題に答えるための理論です。ある人が他の人に対してなしたコミットメントのうちどのようなものが強制されるべきで、どのようなものがされるべきでないのか。

今日の話の中で、私は、アメリカの契約法学者の間で支配的な契約上の義務についての理論に、なぜ欠陥があるのか、を述べたいと思います。特に、契約法理論の主流は、私が契約の約束理論promise theory of contractsと呼ぶ理論によって支配されています。[そこで今日は、約束理論の検討からはじめるつもりです。] つぎに、目を転じて、もう一つの選択肢である、関係理論relational theory、これはイアン・マクニールIan Macneilらによって推し進められてきた理論ですが、私は、この理論にも、真実の核心と良識が含まれているにもかかわらず、やはり欠陥があることを述べるつもりです。これらの理論にとまなう問題が明らかにされたなら、私が主張する、「同意理論 a consent theory of contract」が魅力的であることがよりはっきりするでしょう。

契約のリステイトメントから、チャールズ・フリードCharles Friedの著書、約束としての契約Contract as Promiseに至るまで、契約の強制可能性の基礎は、人がその約束を守らなければならないという義務に関係するものである、と広く理解されています。この理論によれば、約束という制度によって、な

ぜ、そしていつ、コミットメントが法的に強制可能であるべきかが理解されることとなります。これは、ほとんど新しい発展とはいえないものです。契約の約束理論は、ハーバード・ロー・スクールの教授であったサミュエル・ウィリストンSamuel Willistonの有名な体系書と契約の第一次リステイトメントによって傑出したものとされました。

この理論の問題をはっきりさせる前に、私はまず、この理論が、特に契約自由の原理の観点から持つ魅力を強調したいと思います。私は、自由の構造：正義と法の支配The structure of liberty:Justice and the Rule of Lawという私の著書の中で、自由主義的な正義の観念にとって、契約自由の原理が重要であることを論じ、その分析の要旨を、東京における神戸レクチャーにおいて示します。なぜなら、私は論争相手の契約理論の正しさを、その理論がいかに契約自由の原理を尊重しているかによって評価するので、私にとってはこの原理の性格を明らかにすることが重要なのです。

契約自由は、二つの異なる次元を持ちます：第一の、「契約からの自由」というのは、人はその同意consentなくして契約上の義務を有するべきではない、と規定されます。第二の、「契約への自由」というのは、人はその法律関係を同意によって変更する権限powerを有するべきである、と規定されます。これらの原理を支持することは、人々が他者と密接に関わる生活の中で、幸福、平和そして繁栄を追求するために必要なことなのです。

たとえば、同意によって権利移転が実現される、という「契約への自由」によって、人は、自己の有する個人的および局地的な知識を利用して価値を増加させるような権利の移転をすることが可能になります。同意なしの権利移転はないという、「契約からの自由」によって、人は他人の利益をも考慮に入れることを余儀なくされます。あなたから私に権利を移転してもらうために私があなたの同意を得ようとするなら、私はあなたに対して、あなたが失おうとしているもの以上の何かを提供しなければなりません。もし、私がああなたの同意なしにああなたのものをもらえるとすると、私の状況を改善することがあなたの状況を悪くしない、と信じる理由は何もないこととなります。「契約からの自由」も、無数の人々の多様な利害を反映する有意義な市場価格の発展のために決定的であり、この価格というのが、資源の利用に関する我々のあらゆる決定に際して、社会における他者の利害を統合することを可能にする唯一の方法なのです。

約束理論は、契約自由の両側面について一定の程度において有益なものでし

た。約束理論は、契約の起源を約束すること、に見ています。契約の創出は、重要な部分において、国のような第三者というよりはむしろ、約束者の意思による行為から生じるとみているのです。この点において、この理論は「契約への自由」の古典的で自由主義的な価値を促進します。約束理論は、同様に、契約の解釈が両当事者に条項の意味を押しつけることによってではなく、条項が約束された意味に従って行なわれるべきだという意見を支持します。この点において、この理論は「契約からの自由」の古典的で自由主義的な価値を促進します。しかし、約束理論も難点を免れるわけではありません。

### 約束理論の問題点

約束を強制することの理論的根拠を探究すると、約束理論の重大な問題点が出てきます。約束理論が解決しようとしている問題というのは、契約がなぜ法的に強制可能なのか（そして、それゆえに、どのようなコミットメントが強制可能なのか）を正確に描き出すことです。我々が関心を寄せるこの問題は、なぜ人が言ったことwordを守らなければならないのか、ではなく、なぜ、そしてそれゆえにいつ、言ったことを守らなかった人に対して履行または損害賠償の支払を、国を含めた第三者によって約束者に強制する強制力が行使されるのか、ということなのです。約束理論によって示された、法的強制可能性の問題に対する最もよく知られた解答は、しばしば非常に道徳的、ないし同時に性質上不法行為的なものです。

フリード教授は、たとえば、約束を守る義務が道徳上のものであることを論じました：

個人は道徳上その約束を守らなければならない。なぜなら、彼は自らの意図によって、他人に対して約束されたことが履行されることを期待させる道徳的根拠を与える機能を持つコンヴェンション（習律）に訴えたからである。約束に背くことは、彼が引き起こしても引き起こさなくてもよかったにもかかわらず、自らの意図によって引き起こした信頼を踏み躪ることである。この信頼を踏み躪ることはそれゆえ嘘をつくようなものである（のようなものであるにとどまる）：信頼による絆に訴えることを狙う、我々が共有する社会的制度を踏み躪ることなのである<sup>(註1)</sup>。

(註1) See Charles Fried, *Contract as Promise: a Theory of Contractual Obligation* 5 (1981).

しかし、約束の道徳理論は、裁判所に単なる道徳的コミットメントまで強制させることにはなりますが、それは立法的な美德と同等のものです。このような開放的な根拠づけによって、契約の自由の価値は重大な問題にさらされます。第一に、裁判所が、当事者自身さえ「契約上の」あるいは法的に強制可能だと考えていなかったような約束によるコミットメントをも強制することによって、「契約からの自由」の価値を掘り崩すこととなります。第二に、ひとたび約束者の道徳的行動が強制可能性という論点に関して意味があるものとみなされると、約束理論は、約束の強制に反対に作用する約束者の行動の道徳的側面についても同じように強制可能性という論点に関して意味があるものとすることによって、「契約への自由」の価値を掘り崩すこととなります。このようにして、契約から生じる法的権利を明らかにすることが、衡平法裁判所の司法的裁量に似てくるのです。

約束理論を、被約束者promiseeの側から約束を見ることによって正当化することも一般的です。これは、人が履行または損害賠償の支払を強制される理由を、他方がその損失において約束を信頼したか、または信頼することがもつともであったことに求めます。しかしながら、ひとたび被約束者が損失を被ることが約束を強制する主要な合理的根拠とされると、我々は以下のような、非常に不法行為的な契約理論に行き当たることとなります：物理的行動によって損失を被った人に対して賠償をさせる不法行為の訴えとまったく同じように、契約の訴えは口頭の約束をするという行動によって損失を被った人に対して賠償をさせることとなります。このようなアプローチにおいては、契約自由のいずれの次元も、仮にあったとしてもほとんど意味のある役割を果たしません。要するに、このような約束理論の正当化は、究極的には損害を伴う信頼detrimental relianceの理論に行き着くのであり、これは、自由主義的な正義の観念における同意に基づく義務を独自の型とする契約「観」を支持するどころか、掘り崩すものです。

約束理論は、理論上そうならざるをえないのですが、約束がひとまず与えられることにばかり焦点を合わせるので、契約自由に対する別の重大な問題を作り出してしまいます。現実世界の契約法の問題の多くは、当事者の約束の中に不可避免的に、「空白gap」が残されていることから生じているのです。論者の中には、契約法の「空白充填gap-filling」ルールを決定するためには約束とは関係のない原理が用いられなければならない、と論じる人がいます。チャールズ・フリードによれば、彼はまさにこの立場をとっているのですが、契約に空

白が存在する場合には、「裁判所は当事者が合意したと考えていたが実際にはそうでなかったことから生じる困難を片付けなければならない。これらの場面を解決するのに依拠してはならないひとつの基礎とは、合意、つまり約束としての契約である。」<sup>(注2)</sup> フリードが、おそらくは渋々とこの点について譲歩しているのに対して、他の論者、たとえばイアン・マクニールやピーター・リンツァーPeter Linzerら、関係理論の主張者たちは、同意を契約法を中心だと見ることにまったく批判的であり、以上のような見方を賞賛します。

### 契約法の同意理論の長所

約束理論がその欠点を避けながら長所を維持するためには、どのような選択肢があるのでしょうか。私は、契約の古い見方よりも、その改訂版、つまり、契約当事者がその法的関係を創設または変更する意志を表明したかどうかによって約束が強制可能か強制不可能かを区別しようとする見方、を好みます。このアプローチによれば、約束に伴って約束に対する実質的な信頼を正当化する要素は、法的関係を創設する意志が表明されたことであり、別の一般的な定式によれば、法的に拘束されるべく表明された意志a manifested intention to be legally bound, ということになります。

私はこれを、契約の「同意理論consent theory」と呼んできました。同意理論によれば、約束およびその他のタイプのコミットメントは、それらが被約束者に対して、不履行の場合に約束者が法的責任を負う意志があるというメッセージを伝えるような仕方でもなされているなら、法的に強制可能とされます。このメッセージは、形式を踏んで、たとえば、署名する人に認識可能な態様で書かれた不法行為責任放棄証書への署名によって伝えられます。あるいは、世界中で行なわれている日用品の交換におけるように、形式を踏まないでも伝えられます。このメッセージがどのように伝えられたかにかかわらず、これなくして約束は強制可能な契約上の義務を創設しません。約束は、このメッセージと一緒になることによって、契約として強制可能であると推定されるのです。

要するに、約束をするだけでは契約するのに十分ではありません：約束に加えて法的に拘束されるべく表明された意志が必要です。我々がコミットメントを強制する理由は、人がお互いにその約束を守るべきだからでも、他人の約

---

(注2) Fried, at 60.

束を信頼した人が損失を被ることがあるからでもなく、約束者が被約束者に対して法的に拘束されるべき意志を表明したからであり、このような場合に、コミットメントを信頼する権利があったということになるのです。

同意理論は、我々が自分のコミットメントを、法体系が保護するコミットメントの枠内に持ち込むことに同意しないかぎり契約上の義務から自由であるという基本的な自然権fundamental natural right（「契約からの自由」）を保護しようとしており、また、契約関係に入り自らを違反による法的帰結に服させるという基本的な自然権（「契約への自由」）を行使して人がいつどのように自らのコミットメントの信頼性を高めることができるかを説明しようとしています。

約束理論が20世紀における支配的な見方であるとしても、同意理論は、何世紀も前から生じており、おそらくは19世紀における支配的な契約理論でした。ウィリントンとその余の約束理論の主張者が論陣を張らなければならず、最終的には打ち負かしたのは、アーネスト・ローレンツェンErnest Lorenzenが1919年に述べたことでした：「物理的に可能で法的に許容される合意は、……それが当事者の法的関係を引き受ける意志による場合には、原則として強制可能でなければならない。」<sup>(注3)</sup>

私は、契約に関する著作において示しているように、法的に拘束されるべく表明された意志に同意することが強制可能な約束と強制不可能なものを区別する鍵になると考えますが、だからといって裁判所が単にこの意志を一般的なルールと原理による導きなしに探究すべきだというつもりはありません。私は、具体的な事件ごとにこれらの意志を直接追及することは、同意という立場からみて、避けえたものよりも大きな不正義を生じさせるのではないかと懸念します。

ところで、約因considerationによる対価的取引bargainの要請は、第一次および第二次リステイトメントにおいて中軸としての働きをし、相互に誘引となる約束は強制可能であると推定するものですが、これは、同意による義務についての完璧ではないにせよ素晴らしい基準です。なぜなら、対価的取引の存在は非常にしばしば法的に拘束されるべく表明された意志の存在と対応するからです。これは、同意理論が対価的取引のない場合にもコミットメントが強制されるべきである理由を説明したり、対価としてなされたコミットメントであるにもかかわらず強制されるべきでない理由を説明することがあるにもかかわらず

(注3) Ernest G. Lorenzen, *Causa and Consideration in the Law of Contracts*, 28 YALE L.J. 621, 646 (1919).

ず、実務において、リステイトメントに具体化された約束理論と同意理論の帰結との間にしばしばきわめて僅かな相違しかないことを意味します。

## イアン・マクニールによる契約法の関係理論の問題点

契約法を当事者の同意の上に基礎づける見解に対する最大の批判者はイアン・マクニール教授です。同意についてのマクニールの主たる批判は、最も単純で例外的な場面を除くすべての場合において、「同意」が現実のものではなく、フィクションであるというところにあります。つまり、我々は、当事者が真に合意した条項を決定する同意を実際に見ることはできないというのです。マクニールはこれを、彼が「古典的」な契約と呼ぶものに付与した二つの観念：単発性Discretenessと現在化Presentiationによって説明します。

「単発性」というのは、ひとつの取引が、他のいかなる取引とも別個の、ある特定の時点でなされた約束と同視されうる独立のものとして見られるという考え方のことです。ところが実際のところ、そのような単発的取引は、ルールに対するまったくの例外です。たいがいの商業上の契約は、当事者間に継続的な関係を作り出します。たいがいの単発的取引は、より複雑な継続関係の基盤の中で生じるのです。それゆえ、両当事者が同意の対象とした単発的で他から識別される合意というものは存在しません。どのようなものであれ、当事者が拘束されるべき義務を当事者の同意から明らかにすることはできないのです。

「現在化」というのは、未来のあらゆる偶然性が、契約の観念にとっての魔法の瞬間〔である契約の締結時〕には、現在の期待に縮減されうる、という考え方のことです。しかしながら、不確実性は未来というものの本質であって、あらゆる未来の偶然性の微分化された部分だけが把握され、あるいは明示的に考慮に入れられます。このためマクニールは、将来当事者間に生じるかもしれない紛争を裁断するために必要なほとんどの条項について当事者が契約締結時に同意したこととを理由に〔契約に基づいて紛争を解決〕することはきわめて擬制的だと論じます。

当初の同意にはこのような欠陥があるため、マクニールいわく、「本当に関係的なアプローチにおいては」、「参照すべき点は、問題となった変化の時点まで展開してきた全体としての関係（そしてその変化以降に展開した多くの出来事）である。これには『当初の合意』が含まれているかもしれないしそうでないかもしれませんが、かりにそうだととしても、大きな違いに至ることもあれば至らな

いこともある。」<sup>(註4)</sup>

同意の不毛な探究の代わりに、マクニールは、契約前から存在したものと履行の最中に生じたもの二つの関係を含めた契約当事者の関係について、非常に複雑で多様な調査をすることを選択します。マクニールはさらに、契約当事者の合意が彼らの参画するより広い社会的関係の中に位置付けられる必要があるとも考えます。マクニールによれば契約は、関係を支配する「生ける構造 living constitution」のようなものであり、あらゆる結果を決めるものでもなければ、当事者の当初の意志に厳格にしたがって解釈されるべきものでもないのです。

マクニールの理論について私が誤りだと考えることを述べる前に強調しておきたいことは、単発性と現在化に関する主張の要点が正しいというだけでなく、契約法理論および契約法のメインストリームに広く受け容れられてきた、ということです。今日だれもが、当事者の当初の合意が背景をなす黙示の了解に反して行なわれ、そして当事者の合意は実際にそれが効力を保持する期間に応じて発展し修正されることが多い、ということを知っています。契約を強制する場合には、これらの現象のいずれをも考慮に入れるべきです。

しかし、同意に対する批判をするに際して、マクニールは不幸にもわら人形を攻撃したのです。彼の過ちの鍵は、問題となる同意が主観的かつ自覚的な同意、つまり我々が契約に入るときに実際に心に抱く内容以外にない、としたことにあります。ところが、別の文脈においてマクニール自身、我々が自覚的かつ明示的に合意する対象は、我々が考えもせずに受け容れている様々な暗黙の前提の氷山の一角にすぎない、としています。マクニールの先生であるロン・フルーLon Fullerが随分昔に観察したように、大学教授が本を読んだまま歩いて研究室の外に出る場合、彼は自分の足の下に床が存在することを暗黙の前提としているのです。彼は確かにこの前提に気づいていませんが、それにもかかわらず、これらを含めた無数の前提は非常に現実的なのです。

現在、この部屋の中にいるすべての人が自分の家、アパート、あるいは寮がこれからも存在しつづけ、そこから出かけた時の状況がすべて今でも存在することを暗黙の前提にしているのと同じことです。あなたは暗黙のうちにビル・クリントンが依然として合衆国の大統領であること、この建物の外側の道路が

(註4) Ian R. Macneil, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, and Relational Contract Law*, 72 Nw. U. L. Rev. 854 (1978).

デモ隊や犯罪者集団によって占拠されていないことを前提にしています。それぞれが現時点で暗黙の前提としていることのリストは文字通り、終わりがなく、……無限です。これらの無自覚的ないし暗黙の前提は、みなさんが意識しているものと同じように現実的であり、同じような状況におかれたほとんど誰もが共有する前提です。暗黙のものを明示的にするには、注意を喚起するだけで十分です。それゆえ、同意の時点でははっきりと意識の中に存在しなかったけれども相互に抱いていた確実な基本的前提の上に履行することを同意する、ということ認めるのは、フィクションなどではありません。

すでに述べたように、マクニールはこれらのことをすべて認めていますが、ただひとつ、同意が持つ豊かな意味と現実性を考慮した場合の含意を見過ごしています。ひとたびこれらの暗黙の前提が考慮にいられると、逆に、契約締結時に我々が意識的に同意した契約条項と並んで、合意がまさに足場を置く現実の暗黙の前提そのものにも注目することが現実的になってきます。

マクニールのわら人形に対する攻撃の第二の点は、彼が、同意を批判する際に、法的に拘束されるべき同意の表明と、我々が拘束されるすべての条項とを区別しなかったところにあります。同意理論によれば、コミットメントは法的に拘束されるべき意志が表明された場合に強制可能です。この意志の表明は、同意の対象となるすべての事柄について完全な情報を持っていなくても、まったく可能です。それは丁度、われわれがコンピュータプログラムやウェブサイトを使用するライセンスを承諾するクリックをする場合と同じようなものです。しかし、合意の条項をすべて読まないという事実は、読まれなかった条項によっても拘束されるという明確な意志の表明の事実を切り落とすものではなく、同意の表明は我々が読む労をとらなかった条項についてさえ強制することを正当化します。

同意は、法体系、あるいはより重要なのは合意の当事者およびその弁護士に、裁判官が結論に達するより先に、強制可能な契約と強制不可能な合意とを区別することを可能にしますが、結局マクニールは、同意に實際上代わりうるものを提示していません。彼の理論を全面的に採用するなら、契約法は紛争を回避しようとする要請に答えるための指針を提供することができず、その関係を維持するだけのものになるでしょう。要するに、法の支配をもたらしることができないでしょう。

しかし、マクニールの理論が当事者の関係を円滑にするというよりむしろ実際には掘り崩す局面はこれだけではありません。マクニールは、裁判官が契約

当事者の一方ないし双方に対して彼らが決して同意したこともないような義務を課すことによって、躓いた契約上の関係を「維持する」ことを容認します。なぜなら、裁判官は当事者の個人的状況についての知識を欠いているからです。これは、結局のところ一方ないし両当事者をそれまでに比べてかなり悪い状況に追い込み、継続している関係を他の選択肢よりも望ましくないものにするだけです。伝統的な契約法は、同意した条項を強制することによって、あるいは、当初の合意を掘り崩すような状況の変化があった場合には当事者に関係から逃れることを許すことによって、有益な関係を維持するために本当に役に立ちます。関係が両当事者の利益を保持するときは、当初の条項からいったん解放されたとしても、当事者はそれまでの条項よりも双方にとって有利な新しい法的関係に再び入ることを妨げられません。合意の当事者は、裁判官には欠けているこの評価をするための知識を持っています。このように、関係理論にしたがう裁判官は当事者の関係を損なうのに対して、同意という考え方に基づく契約法の伝統的ルールにしたがう裁判官は、関係が契約当事者にとって依然として有利であればこれを存続させることを可能とし、他方で、後に抑圧的になった関係の当事者にはより実りある選択肢を探すことを可能にします。

## 結 論

約束理論も関係理論も、契約上の義務の理解を大きく進めます。約束理論は、我々の照準を当事者自身のコミットメントに向けさせ、そうすることで、契約「からの」および「への」自由の双方を促進させます。関係理論は、当事者が現実合意したこと、そして時間の経過と共に合意の条項がいかに発展するものであるか、について我々により広い視野を示します。契約の同意理論は、今日の話では表面的にふれたにとどまりますが、両者の強みを併せ持ちながら、その弱点を免れるものです。今日の午後の話によって、みなさんが契約法理論に関心を持ち、契約の同意理論についてさらに読んでみよう、と思ったださればと思います。

(訳者付記)

2000年6月30日午後3時から早稲田大学にて、ランディ・バーネット教授の報告、千葉大学の嶋津裕教授のコメントを中心に、「契約法理論の現実と課題」と題された比較法研究所公開セミナーが開催された。本稿はバーネッ

ト教授の報告原稿の翻訳である（原題は、Lecture on a “Consent Theory” of Contract）。著者の関連する論文として、A Consent Theory of Contract, 86 Colum. L. Rev. 269 (1986), The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent, 78 Va. L. Rev. 821 (1992), Conflicting Visions: A Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract, 78 Va. L. Rev. 1175 (1992), ...And Contractual consent, 3 Southern California Interdisciplinary Law Journal 421 (1994).

著者のバーネット教授（Randy E. Barnett, Austin B. Fletcher Professor, Boston University School of Law）は、契約法のみならず、法哲学の研究者としても知られている。2000年6月から7月にかけて、IVR日本支部の招きで来日し、「神戸レクチャー」の講師を務めた。なお、本文中に言及されている同教授の著書「自由の構造」の翻訳が出版された（嶋津格・森村進監訳・自由の構造）。