

# 「契約を破る自由」に関する分析 —Trolley Problemの視点から—

東京大学法学政治学研究科 岩崎 卓真  
(最終修正:2015年6月29日)

## 1. はじめに —本稿の構成—

### (1) 法制度の概観

アメリカ契約法と日本民法を比較した時に、顕著な差の一つとして「契約を破る自由」の保障という点をあげることができる。

アメリカ契約法の下では、債務者に(i)債務を契約通り履行するか、または(ii)債務を免れるために、債権者に十分な損害賠償をしたうえで、契約関係から一方的に離脱するかを選ぶ権利が与えられていると解されている。また関連する諸法制度についても、債務者の「契約を破る自由」を保護するものとなっている(第2章)。

一方の日本では「契約を破る自由」の保障は一見なされていないようにも見える。だが日本の関連する法制度を見ると、「契約を破る自由」の保障と親和的な制度が採られていると理解できる(第3章)。

### (2) 公平性・効率性の視点からの先行研究の概観

「契約を破る自由」については、公平性に着目した、伝統的な法学の視点からの分析と、効率性に着目した「法と経済学」の視点からの分析結果が多く蓄積している。こうした議論の状況から、「契約を破る自由」とは、効率性と公平性という2つの問題が密接に重なり合う領域であり、双方の視点から分析を行うことが肝要であると言える。

だが「法と経済学」の分析において公平性の視点を考慮する際には、実証的かつ分析的な知見が必要となるが、従来の定性的な議論にはそうしたものに乏しい。このように両者の議論はうまく噛み合っておらず、先行研究の大半は一方の視点からの分析に終始している。

### (3) Trolley Problemの議論による、公平性と効率性の視点の統合

そこで第7章では、公平性と効率性の問題の双方をはらむ事例に直面して、人々はどのように判断を下すのかという点に着目したTrolley Problemの議論について述べる。そしてそこでの有力な知見を応用することで「契約を破る自由」に関し、新たな観点からの分析を試みる。

### (4) 社会調査

Trolley Problemの議論は、公平性と効率性の問題を統合的に捉えることのできる点で優

れた分析ではあるが、抽象的な議論に終始することも多い。

そこでこうした分析に実証的な裏付けを与えるために、「契約を破る自由」に関する社会調査を行った。そして社会調査の結果、人々が「契約を破る自由」の保障を強く支持しているという結果が得られた(第8章)。こうした実証的な裏付けを伴うことで、本稿で行った理論的分析が説得性を増したと考えられる。

## 2. アメリカ法における「契約を破る自由」

### (1) 契約を破る自由と損害賠償

「契約を破る自由」とは、契約を既に締結した債務者には、履行をするかしないかの選択権が与えられているというものであり、つまり十分な賠償を債権者に対して支払った上であれば、債務を履行せずに契約関係から一方的に<sup>1</sup>離脱することが認められることになる<sup>2</sup>。

アメリカ契約法において「契約を破る自由」が認められる<sup>3</sup>と解されるのは、契約違反をされた者(「Promisee」と呼ばれる)が受ける法的救済として、損害賠償が原則とされているためである。強制履行<sup>4</sup>による救済は、損害賠償による救済では適切な解決が図られない時にのみ認められる<sup>5</sup>。

よって債務者が債務を履行しなかったとしても、相手方に損害を賠償し、相手方を履行があったと同等の状態にすれば法的救済として十分とされる。こうして債務者の契約関係からの一方的な離脱が保障されることになる。

### (2) 契約解消の基本的類型

「契約を破る自由」が問題となる典型的な事例として、(ア)第三者の競合注文があった場合(Overbidder Paradigm<sup>6</sup>と呼ばれる)と、(イ)履行に要する費用が、契約によって得られる利益よりも上昇し、履行が困難になる場合(Loss Paradigm<sup>7</sup>)がある。

---

<sup>1</sup> 契約の解除を認める法律の規定や契約の条項がある場合に、一方的な契約関係からの離脱が認められることは当然である。他方で、一方的離脱を認めないことを契約当事者が明示的に合意することも、排除されるものではない。その点で「契約を破る自由」は任意規定として、当事者間の合意がない場合に作用する。

<sup>2</sup> 故に、相手方を害してまで、自らの思い通りに行動する「自由」を意味するものではない(樋口範雄『はじめてのアメリカ法 補訂版』51,88頁(有斐閣,2013)参照)。

<sup>3</sup> この法理が認められるのは、コモンローとエクイティという二つの法体系の存在という歴史的な沿革に負うところも大きい(樋口範雄『アメリカ契約法 第二版 アメリカ法ベーシックス』50-52頁(弘文堂,2008)参照のこと)。

<sup>4</sup> 英米法においては「特定履行」specific performance と呼ばれる(樋口(2008)49頁)。

<sup>5</sup> 樋口(2008)49頁。

<sup>6</sup> Melvin A. Eisenberg, *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*, 93 Cal. L. Rev. 975,998 (2005)。

<sup>7</sup> Eisenberg(2005)980 及び 1015 頁。

### (ア)Overbidder Paradigm

売主 A と(旧)買主 B が売買契約を締結し、代替物 G を価格 P で売買したとする。ここで A と B にとっての G の主観的評価額をそれぞれ  $P_A$  と  $P_B$ 、G の市場価格を  $P_M$  とする<sup>8</sup>。この契約により G を B へ引き渡す義務が A に生じるが、契約締結後、債務の履行が行われる前に、第三者 C が価格  $P_N(>P_B)$  で G を購入したいと A に申し出たとする。この時 A の保有する G の量は限度があるため、B への債務と C への引き渡しを同時に履行できないとする。

ここで裁判所によって履行が強制される場合、A は B に G を引き渡して  $P-P_A$  の利益しか得られない<sup>9</sup>。だが「契約を破る自由」が認められる場合、A は B に対して十分な額 D を賠償することで、C からの高値の注文に応じることができる。このとき D は、A の契約違反によって B を不利な状態にさせないような額に設定され、 $P_N-P_A-D > P-P_A$  が満たされる時に、B との契約が破られることとなる<sup>10</sup>(こうした違反を「効率的契約違反」と呼ぶ)。

### (イ)Loss Paradigm

(ア)の例と同様の売買契約について検討する。ただし第三者 C は現れず、そして G の原材料費が高騰して  $P_A > P$  という状況を想定する<sup>11</sup>。もし A に「契約を破る自由」が認められていない場合、A は B に債務を履行して  $P_A-P$  という損害を被ることとなる。

だが A に「契約を破る自由」が認められている場合、B に対して賠償額 D を支払い、履行を免れることを A は選択できる。AB 間の契約が破られるのは  $D < P_A-P$  の時である<sup>12</sup>。

## (3)関連する法理・法制度

「契約を破る自由」を十全に保障するためには、損害賠償を法的救済の原則とするだけでは不十分である。なぜならその他の法理や法制度によって「契約を破る自由」の実現が著しく妨げられ、画餅に帰す事態も考えられるためである。

そこで「契約を破る自由」が英米法系の国で積極的に認められる一方、大陸法系の国では概して保障されていない原因を、関連する法制度に求める主張が存在する<sup>13</sup>。そこでは既

<sup>8</sup>  $P_A > P$  であれば A は G を売却せずに保有し続けるため、 $P_A \leq P$  である。同様に  $P_B \geq P$  である。

<sup>9</sup> AB 間の再交渉および BC 間の交渉については第 6 章で後述する。

<sup>10</sup> 具体的には  $D = \min(P_B - P, P_M - P)$  である。B は、履行によって得られるはずであった利益  $P_B - P$  の賠償を受けるか、他の供給者から G を買い受けるために追加的に必要となる額  $P_M - P$  を得ることで、債務が履行されたと同等の地位に置かれるためである。よって AB 間の契約が破られる条件は  $P_N > \min(P_B, P_M)$  である。

<sup>11</sup> こうした場合  $P_M$  も同様に急騰すると考えた方が自然であろう。

<sup>12</sup>  $D = \min(P_B - P, P_M - P)$  より、上記の条件は  $\min(P_B, P_M) < P_A$  となる。

<sup>13</sup> Ronald J. Scalise Jr., *Why "no efficient breach" in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract*, 55 Am. J. Comp. L. 721, 725-755 (2007)。

に述べた、法的救済の内容以外に、①賠償すべき損害の内容、②損害額の予見可能性、③損害算定の時期、④契約関係への第三者による介入行為に対する、不法行為法上の制裁、⑤訴訟コストの移転という諸要素が挙げられている。

#### (ア) 法的救済の内容

これは先述したように、「契約を破る自由」が直接関係する要素である。アメリカ法では損害賠償によって、**Promisee** を法的に救済することが原則となっている。

一方で大陸法系の多くの国では、強制履行が法的救済の原則とされる<sup>14</sup>。よって契約関係から離脱するには、当事者間で再交渉をして契約を解除する必要がある<sup>15</sup>。つまり離脱を望む債務者(**Promisor** と呼ばれる)は一方的に契約関係から離脱することはできない。

#### (イ) 賠償すべき損害の内容

アメリカでは債務不履行時に救済が認められる損害は履行利益に限定される<sup>16</sup>。履行利益とは、債務の履行が仮になされたと想定した時の **Promisee** の状態と、現状との差を金銭的に評価した額を意味する<sup>17</sup>。

履行利益を損害の内容とする趣旨は、契約違反に制裁を加えて抑止効果を発揮させるというのではなく、あくまで相手方を不利にしなければ、契約締結後であっても私的利益の追求を許容し促進することにある<sup>18</sup>。

だが、契約解消によって **Promisor** が得られることになる利益も損害賠償の内容に含めるという、利益の吐き出し規定を定める国も存在する<sup>19</sup>。こうした規定の存在により、**Promisor** の効率的契約違反に対するインセンティブが消滅してしまう。ゆえに、たとえ法的な建前として「契約を破る自由」が認められていたとしても、実際に効率的契約違反が生じる事例は観念しにくくなり、「契約を破る自由」の保障がなされていない状態と同視される。

#### (ウ) 損害額の予測可能性

---

<sup>14</sup> 強制履行が原則である例として、フランス、ドイツの他、南欧諸国、そして国連モデル条約がある(Scalise (2007)729,730-733 頁)。ただ法の文言上、強制履行が中心とされていても、実際に履行の強制がなされる事例は少ないという事態は想定しうる(同 730-733 頁参照)。第 3 章で述べるように、日本法についても同様の状況が見られる。

<sup>15</sup> こうした当事者間の再交渉には、取引費用が発生して社会の効率性が害されると考えられる(詳しくは第 6 章で述べる)。

<sup>16</sup> Scalise(2007)734 頁。

<sup>17</sup> これに関連して、履行があった状態と同等の状態に **Promisee** を置くことを主眼とした法的救済ルールは履行利益賠償ルールと呼ばれる。また履行利益と異なる概念として、契約自体がそもそもなかったとした状態と現状との差を、信頼利益と言う(内田貴『民法Ⅲ[第 3 版]債権総論・担保物権』東京大学出版会(2005)152,153 頁参照)。

<sup>18</sup> 樋口(2008)46,61 頁参照。具体例としては **Overbidder Paradigm** において、契約締結後も、より高値を付ける第三者を探す努力を怠らないことが、支持・奨励される。

<sup>19</sup> Scalise(2007)735 頁ではドイツの例が挙げられている。

ここでは、アメリカに継受された *Hadley v. Baxendale* 判決の法理が重要となる<sup>20</sup>。この法理は損害賠償を、通常生ずべき損害と、Promisor が予見可能な特別損害とに分類し、それ以外の損害は損害賠償の範囲に含まれないことを示したものである。

この法理によって Promisor は、効率的契約違反に関する意思決定の時点で、支払うべき賠償の額を算定するか、少なくとも予見することが可能となる。なぜなら通常生ずべき損害は客観的な市場価格を基に算定されるため<sup>21</sup>、A にとっても予見可能であるためである。また特別損害については、自らが予見した範囲の損害に賠償範囲が限定されるため、自らが予見しない損害の賠償は必要なく、Promisor にとって不意打ちの危険性が排除されている<sup>22</sup>。

つまりこの法理によって Promisor は、より多くの利益を自らにもたらず行動を正しく選択出来るようになる。ゆえに「契約を破る自由」の保障に意義を有する法理であると言える。

### (エ) 損害算定の時期

英米法系の国では、契約違反時、または契約違反を相手方が知った時点での損害が賠償の範囲となる<sup>23</sup>。そのため損害賠償の限度額を、ある程度予見することができる。

一方、フランスでは判決時までには生じた損害が賠償すべき範囲とされる<sup>24</sup>。この制度の下では、Promisor は賠償額を予見することが非常に困難であるため、効率的契約違反に関する意思決定が歪められることになる。

### (オ) 契約関係への第三者による介入に対する、不法行為法の制裁

アメリカ法の下では、第三者が当事者間の契約の存在を知りながら、それと両立しえない申し出を一方当事者に行って、他人の契約関係に介入した場合、その行為は不法行為と評価される<sup>25</sup>。こうして、契約法による規律よりも厳しい制裁<sup>26</sup>が不法行為法に基づいて下されることによって、第三者が競合注文を行うインセンティブが阻害される結果となる<sup>27</sup>。

---

<sup>20</sup> 156 Eng. Rep. 145 (Ex. Ch. 1854)。

<sup>21</sup> 樋口(2013)87 頁参照。

<sup>22</sup> 樋口(2008)53 頁。

<sup>23</sup> Scalise(2007)744 頁。

<sup>24</sup> Scalise(2007)745 頁。

<sup>25</sup> Scalise(2007)748 頁。例えばテキサコ・ペンゾイル事件でも、第三者であるテキサコの行為が不法行為にあたると判断され、契約法の規律では課されない多額の懲罰的賠償がテキサコに課されることになった。

<sup>26</sup> 不法行為と異なり、契約違反自身は道徳的に「悪」ではないと考えられている(樋口(2008)46 頁及び樋口(2013)51,84-85 頁)。そのため契約法と不法行為法の下で認められる損害賠償はいくつかの点で異なり、前者の損害賠償額は後者に比べて限定される。例えば契約法の下では懲罰的賠償は認められていない(樋口(2008)80 頁)。このように契約法上の規律は、不法行為と比べて制裁的色彩が弱いと言える。

<sup>27</sup> 例えば保険契約については契約解消行為が不法行為類似の行為と判断され、懲罰的賠償

こうした「契約を破る自由」を制約する点について、アメリカの学説で批判がなされたため、それに基づき判例法理も変更を見せ、不法行為と認定されるための要件が加重された例もある<sup>28</sup>。こうして不法行為とされる範囲を狭めることで、効率的契約違反が促進されると言える。

#### (カ) 訴訟コストの移転

最後に、弁護士費用など訴訟費用の問題がある。たとえ「契約を破る自由」が認められたとしても、裁判所で両当事者が履行利益の額をめぐる争い、その争いが長期化する恐れがある。その結果として勝訴者が、訴訟に要した自らの弁護士費用を、相手方に負担させることが出来るという法制度が採られていた場合<sup>29</sup>は、敗訴者は勝訴者の弁護士費用という不確定な額の費用を負担しなければならないことになる。

だがアメリカでは、弁護士費用は判決の結果に関わらず、自らに関する分を払う制度となっているため、出費の予測可能性が担保されている<sup>30</sup>。

#### (4) 2章のまとめ

アメリカでは「契約を破る自由」が原則認められており、また関連する法理や法制度も概して、「契約を破る自由」を保障するものとなっている。

### 3. 日本法の展開

#### (1) 契約違反に対する法的救済

日本民法において、契約違反に対する法的救済としては強制履行(民法 414 条 1 項)が原則と考えられている<sup>31</sup>。この点で、上述のアメリカ契約法とは異なる特徴を有している<sup>32</sup>。

---

などの制裁が課されうる(樋口(2008)77 頁)。ただこの法理は現在のところ、保険契約以外の事例には広がりを見せていないとされている(同・79 頁)。

<sup>28</sup> Scalise(2007)749 頁。

<sup>29</sup> この制度は、敗訴者の出訴や応訴という行動を、事後的に不合理的なものとして判断し、抑止を企図したものである。だがこうした判断は単なる結果論に過ぎないとの批判がある(太田勝造、藤田政博『弁護士報酬敗訴者負担制度の社会的影響』「自由と正義」2003 年 1 月号 22 頁)。

<sup>30</sup> Scalise(2007)752 頁。また弁護士費用以外の訴訟費用について、日本は訴額に対応する形で変動するスライド制の手数料を設定しているが、アメリカの制度では訴額に関わらず定額となっている(太田勝造『訴訟の経済的効果・インセンティブ』松下満雄、(財)知的財産研究所編「競争環境整備のための民事的救済」(別冊 NBL44 号)(1997)122 頁)。よって、裁判にかかる費用の予測可能性は一層高いと言える。

<sup>31</sup> 履行の強制については、①損害賠償請求と異なり、帰責事由の存在が必要とされておらず、多くの場面で請求できること、②履行の強制と損害賠償の請求を同時にすることができることを理由に、通説では強制履行が法的救済の原則と考えられている(内田貴『契約の

だがこの一事を以て、アメリカ法と日本法が対極的な性質を持つと即断することは早計である。債権者が強制履行を求めている場合でも、強制履行が認められずに損害賠償による救済のみがなされる場合として以下の場合があげられる。まず考えられるのは、債務の履行が不能となった場合であり、この場合は履行が実現できないため、損害賠償による救済が図られることになる。

第二の類型として、債務の履行が現実的には可能であるものの、履行に多くの費用を要し、債権者にとっての主観的な履行の価値と比して不均衡である場合に、履行不能の場合に準じて、強制履行ではなく損害賠償での救済が図られるとするものがある。こうした法理を「社会通念上の履行不能」の法理と呼ぶ<sup>33</sup>。

そしてこれらの他にも、**Promisee** に損害軽減義務が生じていることを根拠に、一定の条件を満たした場合に強制履行が認められないと主張する議論もある<sup>34</sup>。

以上のように、日本民法の下では強制履行が救済方法として採られる場面は一定程度限定されている。加えて民法の上記規定は規定は任意規定と考えられており<sup>35</sup>、契約締結時に法的救済ルールを当事者双方の合意によって決定することが出来る。これは **Promisor** による契約違反の時点で、**Promisee** が強制履行と損害賠償のうちから、自身にとって望ましい救済方法を選択できることを意味している<sup>36</sup>。

このように、**Promisee** に対して与えられる法的救済について、日本法上の原則はあくまで強制履行であるものの、日本法においても結果として損害賠償が救済として選択される

---

時代—日本社会と契約法』岩波書店(2000)170頁。ただし通説とは異なる内田自身の考えについては後述する)。

<sup>32</sup> ここでは伝統的な民法の解釈論としての言説を紹介した。だが「法と経済学」からの視点を加味して、日本民法も損害賠償を法的救済の原則としており、「契約を破る自由」が認められているという考えもある(小林秀之、神田秀樹『「法と経済学」入門』45頁(弘文堂,1986))。

<sup>33</sup> 田中亘『契約違反に関する法の経済分析—強制履行を認める法体系の意義—』(<特集>法と経済学,2011)27頁。同じく強制履行を法的救済の原則とするドイツ民法においては、この「社会通念上の履行不能」の法理が明文化されている。だが日本法上は判例法理として形成されているに過ぎない(同・27頁)。ここで挙げられているケースは、2章の **Loss Paradigm** に対応する。

<sup>34</sup> 内田は上記義務の課されている **Promisee** を過度に保護することのないよう、①契約の対象となる財が代替物であり、②それについての市場が存在しており、③代品の取得が容易である場合は、履行の強制が認められないと考えている(内田(2000)174-175頁)。また債務不履行に対して信頼利益の賠償のみにとどまる場合も強制履行の請求は出来ないとする(同 195-196頁)。

<sup>35</sup> 田中(2011)28頁。

<sup>36</sup> 強制履行ルールと履行利益賠償ルールでは効率性の優劣を一概に断定できないという田中の分析に基づく、個別の契約の特質や当事者の特徴などに鑑み、当事者による最適なルールの選択を可能としている点は日本法の優れた点と評価される(田中(2011)29頁)。

ことは決して少なくない。よって「契約を破る自由」が保障される場合もあると言える<sup>37</sup>。

## (2) 「契約を破る自由」に関連する法理・法制度

以下ではアメリカ法に関する記述と同様に、Scalise(2007)の提示した六つの指標に基づいて、「契約を破る自由」に関する法制度の検討を行う。

### (ア) 法的救済の内容

前述したように、日本法では強制履行の実現を制限する法理が存在している等の理由から、実際には Promisee に対して損害賠償による救済がなされることで、「契約を破る自由」が一定程度保障されている

### (イ) 賠償すべき損害の内容

日本法では、債務不履行に基づいた損害賠償請求(民法 415 条)だけでなく、後述するような不法行為に基づく損害賠償請求(709 条)についても、損害の発生とその額が損害賠償請求の要件となっている。つまり日本法の下では、自らに生じた損害の他に、相手方が得た利益を賠償額に加えることは認められない。

よって契約の一方的解消の際にも、契約の解除によって得られた Promisor の利益は懲罰的賠償として賠償額に含まれることはない。よって効率的契約違反の余地が十分残されているので、こうした日本の法制度は「契約を破る自由」の保障に資すると言える。

### (ウ) 損害額の予見可能性

損害賠償額の予見可能性については、民法 416 条により、アメリカで通用している Hadley v. Baxendale 法理と同様の規定となっていて、自身の予見し得なかった特別損害は損害賠償の範囲に含まれない<sup>38</sup>。そのため Promisor にとって、賠償すべき損害額に予見可能性が担保されている。ゆえに Promisor は契約解消に関する意思決定を正しく行いやすくなるため、「契約を破る自由」の保障がこの法理によって促進されていると言える。

### (エ) 損害算定の時期

(ウ)と同様に、この問題も民法 416 条に基づいて判断される。債務者にとって予見可能である場合は、契約違反後の損害であっても例外的に損害賠償の範囲に含まれるが、原則として日本法の下でもアメリカ法と同様、契約違反時の損害が賠償の対象となる<sup>39</sup>。よって

---

<sup>37</sup> 一部の契約類型においては、日本法上も「契約を破る自由」が認められている。たとえば請負契約における注文者(民法 641 条)や委任(651 条)、役員及び会計監査人(会社法 339 条)などがある。

<sup>38</sup> 内田(2005)157-161 頁参照。

<sup>39</sup> 通説・判例は予見可能性を不履行の時点で判断する「不履行時説」であるとされる(内田

Promisor にとって、損害賠償額につき一定の予見可能性が担保されている。ゆえに「契約を破る自由」の保障を促す結果となっている<sup>40</sup>。

### (オ) 不法行為法による規律

#### (i) 第三者による契約関係への介入

この問題は **Overbidder Paradigm** の下で顕在化し、日本法上は、第三者による債権侵害に当たるかという問題に帰着する。

「契約を破る自由」が認められる場合、第三者の競合注文によって Promisee に対する債権の給付が妨げられるために、不法行為に基づく損害賠償請求がなされうる<sup>41</sup>。よって第三者の行為を不法行為法によって規制することは、**Overbidder Paradigm** が生じ得る事例を減少させるため、「契約を破る自由」の保障を減じさせるものであると言える。

ただアメリカにおいては、不法行為法と契約法の下で、認められる損害賠償額が大きく異なっていたため、この点は効率的契約違反のインセンティブに大きな影響を与えていた。だが日本では懲罰的賠償の制度はなく、損害賠償額に大きな差はない<sup>42</sup>。よって仮に、第三者の行為が不法行為と認定されたとしても、それが「契約を破る自由」を委縮させる程度については、アメリカの場合よりも小さいと考えられる。

#### (ii) Promisor との関係

日本法の下では Promisor の契約違反行為自体に対しても、709 条で充足を要求される「権

---

(2005)161 頁)。

<sup>40</sup> 内田は、通説・判例と異なり、予見可能性を契約締結時で判断する「契約締結時説」は、損害賠償額の予見可能性を高めることを目的としていると主張する(内田(2005)162 頁)。そして損害賠償を支払って、債務不履行をすることもやむを得ないとの考えを、「やや極端な表現であるが契約を破る自由といわれる」と表現した上で、「契約を破る自由」を認める立場は「契約締結時説」と親和的であるとする。(それに対して通説・判例の立場は、契約を守ることの道徳性を根拠として、契約はあくまで履行されるべきものであるとの考えに基づくものと説明されている(同頁))。

だが、この内田の説明は妥当でないと考えられる。「契約を破る自由」を認める際に、Promisor にとって損害賠償額の予見可能性が重要であることは、Promisor の正しい費用便益計算の基礎となるため当然である。しかし Promisor が債務を履行するか、賠償をして契約関係から離脱するかという行動について意思決定するのは、まさに通説・判例が基準とする「不履行時」である。この時点で Promisor が Promisee に対して支払うべき損害賠償額が、Promisor に予見されている必要があり、かつそれで足りる。

よって「契約を破る自由」を認める立場は、通説・判例の立場である「不履行時説」にも親和的であり、この状況はアメリカにおける状況と共通すると考えられる。

<sup>41</sup> 内田(2005)178-179 頁。ただし内田自身はこの通説に強い批判を加えている(内田(2005)179-189 頁)。

<sup>42</sup> アメリカにおいては、不法行為に基づく損害賠償にのみ懲罰的賠償が認められ、かつその賠償額が多額になりやすい(例えばテキサコ・ペンギル事件においては、懲罰的賠償が 30 億ドル分認められた)。そのため、契約違反が不法行為にあたるか否かは、重大な影響を及ぼす。

利又は法律上保護された利益」を侵害したとして、不法行為と判断されうる<sup>43</sup>。

このように、Promisee が損害賠償を請求する際、不法行為という法律構成を採用することで、単なる債務不履行に基づく損害賠償と比べて有利となる事項が存在する<sup>44</sup>。だが前述のように、日本には懲罰的賠償の制度がないため、賠償額には大きな差が生じないと考えられる。よって、契約の一方的解約が仮に不法行為と認定されたとしても、効率的契約違反を行う Promisor のインセンティブに対して、深刻な影響は与えないと言える。

#### (カ) 訴訟コストの移転

訴訟費用に関しては、民事訴訟法 61 条の規定により日本法は敗訴者負担の制度となっているが、その「訴訟費用」の中には、弁護士報酬は含まれないとされている<sup>45</sup>。よって敗訴者が相手方の弁護士費用を負担する必要のない日本の法制度は、アメリカの制度と同様に、Promisor の支払うべき賠償額の予見可能性を上昇させ、効率的契約違反に関する正しい意思決定に資するものである。

### (3) まとめ

Promisee への法的救済の方法という点では、日本民法は「契約を破る自由」を保障していない。だが個々の規定や法理を検討すると、アメリカの法制度との違いは小さく、「契約を破る自由」の保障に資する制度が数多く存在する。よって「契約を破る自由」の保障は日本においても一定程度なされうると考えられる。

## 4. 契約についての法意識

### (1) アメリカでの法意識

#### (ア) 概説

ここまでアメリカと日本の法制度について概観した。次に伝統的な法学の枠組みでどのような先行研究があったかを概観する。主にここでは公平性に着目した議論が言及される。まずはアメリカで人々が契約に関してどのような法意識を抱き、それが「契約を破る自由」

---

<sup>43</sup> 平野裕之『権利侵害を伴わない債務不履行ないし担保責任と不法行為』281-2 頁、慶応法学 vol.7(2007)。平野自身は、不法行為と認定できる程度にまで強い違法性が認められるためには、通常の契約違反では足りないと主張する(同 284-288 頁)。

<sup>44</sup> 例えば従業員の不法行為について使用者責任を追及できることなどの利点があるが、それは Promisor の支払うべき損害額自体には直接の影響を与えない。

<sup>45</sup> 2001 年に司法制度改革審議会が発表した意見書には、弁護士報酬も敗訴者負担とすることが提案されているが、この主張は明確な立法事実による裏付けを欠くとされる(太田ほか(2003.1)20-21 頁)。そのためか、この試みは現在も立法化されていない。ただ例外的に、契約違反が不法行為にあたる場合に、弁護士費用の支出が不法行為との相当因果関係の範囲内に含まれると判断されると、損害賠償の対象となると考えられる(太田(1997)123 頁)。

をめぐる公平性の問題に影響するかを述べる。

### (イ) 伝統的契約観と実態の乖離

アメリカ契約法は、契約当事者が綿密に契約内容を検討した上で、全ての合意内容を契約書に記すことで、明確な範囲が定められた権利と義務が当事者間に発生するとの考え方に立脚していた<sup>46</sup>。だがこうした認識は、アメリカの契約社会の実態からかけ離れていたことが社会調査から指摘されている。

#### (i) Macaulay による社会調査

Macaulay の調査<sup>47</sup>によると、ビジネス社会における実際の慣行は、相手方を信頼した上で紳士協定に多くを依存し、綿密な契約書ではなく簡単な合意書を取り交わすというものだった<sup>48</sup>。

そして契約をめぐる当事者間に紛争が生じた場合は、契約書の文言が参照されず、紛争が度々再交渉で解決されていた<sup>49</sup>。よって訴訟が起きることはまれで、互酬的な解決が重視されていた<sup>50</sup>。

こうした協動的で柔軟な当事者間の関係の背景には、個別的契約ではなく長期にわたる契約が、実際の社会で主流であったことが挙げられる<sup>51</sup>。お互いの長期的関係を維持するために、自らの利益だけを追求することなく、もし一方の当事者に不都合な事情があった場合には、柔軟な紛争解決の手段として再交渉が頻繁に用いられていた<sup>52</sup>。

こうした社会の実態を明らかにした Macaulay の先駆的な調査は、伝統的な契約観を大きく覆すものであったと言える。

#### (ii) その他の調査結果

Macaulay の調査は、アメリカの州の 1 つにすぎないウィスコンシン州で行われたもので

---

<sup>46</sup> S. Macaulay, “An Empirical View of Contract” *Wisconsin Law Review* 465(1985)467 頁。

<sup>47</sup> S. Macaulay “Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study” *American Sociological Review*, Vol. 28, No. 1 (Feb., 1963)55 頁。

<sup>48</sup> Macaulay(1963)58 頁。ゆえに契約によって生じる債務の内容も、必ずしも明確なものではなかった(Macaulay(1963)62 頁)。

<sup>49</sup> Macaulay(1985)467-468 頁。

<sup>50</sup> Macaulay(1963)61 頁。こうしたビジネス社会の慣行・規範に従わない者には、裁判所を通じた法的制裁ではなく、コミュニティを構成する他の構成員からの評判の低下を通じて、取引先との長期的関係が損なわれうるという不利益に立脚した私的な制裁が下されていた(Macaulay(1985)467-468 頁)。

<sup>51</sup> Macaulay(1985)467 頁。

<sup>52</sup> Macaulay(1985)467-468 頁。

あり、アメリカ社会一般の傾向を調査したものではない<sup>53</sup>。だがこの Macaulay による先駆的な研究の後も、制定法の理念と、現実社会の実態との間の差異を示すような研究がなされている。例えば Weintraub は全米 83 社の顧問弁護士から、契約をめぐる法意識について回答を得て<sup>54</sup>、Macaulay の主張と類似の結果を得た。

まず、回答した企業のうち 89.2%もの企業が、期間を 1 年以上とする長期契約を利用していると答え、長期にわたる契約が実際によくつかわれていることが確認された。

そして、契約締結後の事情変更に際して、相手方からの契約内容の見直しの要求を常に拒絶すると答えた企業はわずか 4.9%のみであり<sup>55</sup>、契約後の事情に対する柔軟な姿勢が窺える。また相手方からの要求を受け入れるかどうかについて、多くの企業が、その要求が慣習に合致しているかどうか、相手方との関係が長期にわたるものであり、その関係の継続が利益をもたらすものかどうか、といった事項を考慮して検討するとしている<sup>56</sup>。

このことから、多くの企業が機会主義的・近視眼的に自らの利益の増加・維持を期待しているわけではなく、相手方との関係を重視して、長期的な利益を重視していることが示されている。

#### (ウ)「契約を破る自由」に関する示唆

このようにアメリカ社会の慣行は、関係の継続性を尊重すると同時に、事情の変化に対し柔軟に対応するという二つの特徴を有している。これらは「契約を破る自由」の保障に関して、相反する影響を及ぼすと考えられる。

まず「契約を破る自由」とは契約関係からの一方的離脱を意味するため、当事者間の関係の継続を重視した場合は、「契約を破る自由」は制限されることになると考えられる。特に当事者間が既に継続的な取引関係を構築していた場合<sup>57</sup>は、そうした傾向が強いと考えられる。

---

<sup>53</sup> LoPucki は、同様の成文法による規律がされている場合であっても、州によって大きく慣行が異なると主張している(Lynn M. LoPucki "Legal Culture, Legal Strategy, and the Law in Lawyers' Heads" Northwestern University Law Review,(1995-1996)1504-1507 頁)。

<sup>54</sup> Russell J. Weintraub "A Survey of Contract Practice and Policy" Wisconsin Law Review (1992)1-2,13-14 頁。

<sup>55</sup> Weintraub(1992)18 頁。この調査によると長期的契約において、契約条件見直しのための再交渉について規定する条項は、41.9%の企業が採用していた(同 17 頁)。

<sup>56</sup> 前者を考慮要素にすると答えた企業は 75.6%、後者を考慮要素にすると答えた企業は 79.5%であった(Weintraub(1992)18 頁)。

<sup>57</sup> 後述するように、ある 1 つの長期にわたる包括的契約を当事者間で締結し、基本契約に基づいて個別の契約が結ばれることではじめて、具体的な権利義務関係が発生する形態も見られる。その場合、個別契約が一方的に解消されたとしても、当事者間では基本契約があるため、依然として関係が継続するという場合も多く見られると思われる。このような場合には、個別契約について契約の解消が認められたとしても、当事者間の関係の継続性は害されにくい。よって「契約を破る自由」の保障が認められやすいと言えるだろう。

一般に「契約を破る自由」が問題となる背景には、契約締結後に生じた事情の変更が潜んでいるが、契約締結後に事情の変更が起きたという理由をもってしても、自己の利益追求は肯定されにくいであろう。

一方で、契約の柔軟性を重視するという特徴からは、契約締結後に大きな事情の変化があった場合には、契約関係の解消を肯定する、つまり「契約を破る自由」も肯定される場合があるとも考えられる。事前に予見し得ない、契約締結後の重大な状況の変更があった場合、契約に対する柔軟な姿勢によって、相手に甚大な不利益を負わせないことが重視されるためである。こうした柔軟な姿勢は同時に、当事者間での関係の構築・促進にも資すると考えられる。

このように、アメリカ契約社会の実態に関する知見からは、「契約を破る自由」に関して、相反する結論が導かれうる。だがここで問題なのは、どのような状況で関係の継続性が優先し、または柔軟性が重視されるのか、つまりどのような状況で「契約を破る自由」が認められるのかという点である。この点は本稿の主要な問題意識の一つであるが、仔細に検討した先行研究は見当たらない。

## (2) 日本での法意識

### (ア) 川島による分析

次に日本での契約をめぐる法意識について検討する。これに関する古典的なものとしては、川島による社会調査がある。川島は近代法制定後も、日本には依然として前近代的な法意識が残存していたと主張する<sup>58</sup>。

これを契約という文脈で考察すると、当事者は権利義務の成立時期について明確さを求めず<sup>59</sup>、単なる合意によっては、権利義務が完全な形で発生するわけではないという意識が日本では共有されていたとされる<sup>60</sup>。

そして契約締結後の事情変更については、たとえ契約書に既に書かれている事項であっても<sup>61</sup>、話し合いで解決することを旨とし、各当事者は相手方の事情変更にも臨機応変に対処することが求められていたと述べられている<sup>62</sup>。

このような柔軟な対応の基盤となるのは、友情や義理などの人々の関係性であり<sup>63</sup>、約束

---

<sup>58</sup> 川島武宜『日本人の法意識』岩波書店(1986) i 頁及び 3-5 頁。

<sup>59</sup> 川島(1986)94 頁。つまり契約が契約成立時期の前後を通じて、拘束力が全くない時点から、完全に生じる段階に、離散的に移動するのではなく、連続的に、時を経て拘束力が次第に生じていくと説明される(同書 93 頁)。

<sup>60</sup> 川島(1986)93 頁。当然権利義務の範囲も不明確なものとされた(同書 102-112 頁参照)。

<sup>61</sup> 川島(1986)116 頁。契約書通りに対応することを「融通が利かない」と非難する姿勢にこうした特徴がよく表れているとされる(同書 116-117 頁)。

<sup>62</sup> 川島(1986)94-95 頁。川島自身は日米の意識の違いを示すことを主眼としていたと思われるが、前記の MaCauley の調査結果と照らすと、日米の類似性が目立つ。

<sup>63</sup> 川島(1986)93,100-101 頁。

そのものよりも相手との関係こそが重要であると考えられた。そのため、契約は純経済的なものと考えられず、当事者間の感情が大きな役割を果たしたとされる<sup>64</sup>。

こうした知見に差し当たり基づいて考えると、アメリカ同様に、関係の継続性と柔軟性の2点が重視されていたと言える。よってある文脈では「契約を破る自由」が制限され、ある時は強く保障されていたと考えられる。

#### (イ)評価

こうした川島の議論に対し、実証的な裏付けの不足を批判する主張がある<sup>65</sup>。川島は戦後直後の農村での一人の女性の談話や、柔軟な契約解釈を行った数個の判決を基に、日本人の法意識論を展開している<sup>66</sup>。だがこうした議論は、自らの主張に適合する事例が少なくとも一つ「存在」することを示すのみであって、こうしたエピソードや判決の存在をもとに、日本人の法意識論を一般に語ることは妥当ではないと考えられる。

ただ、川島が市井の人々をも含めた法意識を議論している点は注目すべきである。前述した Macaulay や Weintraub の社会調査は、調査モニターがビジネスマンに限られている点で、人々の法意識一般を的確に反映しているか明らかではないためである。

#### (ウ)実証的研究

法意識に関する知見は「契約を破る自由」の分析に必要不可欠であるものの、伝統的な議論には実証性に欠ける議論が存在し、そこから得られる示唆は大きくなかった。

法意識に関する実証的研究として、アメリカに関しては既に述べた Macaulay や Weintraub の社会調査がある。日本が関係するものとしては、世界各国での契約に関する法意識を実証的に調査した、加藤雅信らによる研究の例がある。15カ国で行われたこの社会調査では、契約締結後の事情変化による、長期的契約の破棄に対する許容性が調査テーマであった<sup>67</sup>。その結果として日本人の法意識は15カ国の中でも、最も平均的な結果となり、中程度の柔軟性を見せた。またアメリカも比較的平均に近い結果となった<sup>68</sup>。

この研究が日米の法意識の類似性を示したことは、アメリカについての Macaulay や

---

<sup>64</sup> 川島(1986)119-122頁。

<sup>65</sup> 批判の例として加藤雅信、藤本亮『日本人の契約観—契約を守る心と破る心—』三省堂(2005)63頁がある。これと通底するものとして、日米以外の国を含んだ包括的な調査が必要とした主張(内田(2000)54-57頁)がある。ただし内田は、日本の特殊性をことさら強調する論調を批判しているのみであって、川島の示したような特徴が日本社会に見られることまでは否定していない。

<sup>66</sup> 川島(1986)88-93,96,97,102-111頁。

<sup>67</sup> 加藤ほか(2005)59-63頁。社会調査のテーマや手法の詳細については第8章で後述する。

<sup>68</sup> 加藤ほか(2005)63,85-86頁。同調査では、儒教的影響が共通して大きいと思われる東アジア諸国内でも法意識はバラツキを見せており、また西欧先進諸国の中でも一定の傾向が見られない(同書86-88頁)。

Weintraub の実証的研究と、日本の法意識に関する川島の定性的な研究が多くの共通点を示唆していることと親和的であると言えるかもしれない。

#### (4) 分配と公平性

ここまで、契約自体に関する人々の法意識について検討してきた。本章の最後に、利得の分配についての人々の法意識も、「契約を破る自由」の分析に有用となるという点を指摘しておく。

「契約を破る自由」をめぐる分配の問題は、元の契約が解消されたことによる追加的利益を、どの人物が取得するのが公平か、という問題に帰着する。

Overbidder Paradigm を例にとると、「契約を破る自由」を肯定するアメリカ契約法の下での理解では、契約締結後であっても、より有利な契約相手を見つける努力を継続した者こそが、その追加的利益を一元的に把握すべきと考えられている<sup>69</sup>。だが第三者から一方的に申し出があつて、Promisor は特に営業活動の努力もせずにそれを受容しただけというような場合には、第三者との契約による追加的利益が、契約締結後における Promisor の努力の産物と言うことは困難であろう。

この時第三者は、既に契約締結してしまった Promisor とではなく、契約の結果財の所有者となる者を相手に交渉をし、買主としての地位を譲り受ける、または債務の履行がなされた後に B から G の転売を受けるなどの処理がなされることが、より公正であるという考えもあるだろう<sup>70</sup>。

こうした議論に関し、「契約を破る自由」に関する全ての事案に妥当するような考え・理論は存在しないと思われる。そこで人々が様々な事例に対し、どのような考えを抱くのかを調査する必要があると考えられる。

#### (5) まとめ

本章では、人々の契約に関する法意識について検討してきた。実際の社会においては、柔軟性と継続性が重視されることが示された。そこでは「契約を破る自由」への影響が相反する方向で考えられ、実際に特定の事案でどのように影響が現われるのかは不明瞭であった。その影響を検討する際には、数多ある背景的要素の中から特定のものを選択し、事案の類型ごとに、その影響を探ることが必要となるだろう。また公平性をめぐっては、実証的裏付けの乏しい議論が散見されるため、社会調査を通じた実証的な分析が必要となる。

---

<sup>69</sup> Daniel Friedmann, “*The Efficient Breach Fallacy*”, *The Journal of Legal Studies*, Vol.18 2 頁(1989)、及び樋口(2008)61 頁。アメリカでは契約違反が悪でないと認識されていることを背景とする(樋口(2008)46 頁及び樋口(2013)51,84-85 頁)。

<sup>70</sup> Friedmann(1989)5,6 頁。ただ転売に関する議論は、B と C が同一の商品を望んでいるという前提を設けている。

## 5.人々の法意識を支える法理

前章で言及した様々な研究によって、人々の契約をめぐる法意識は柔軟性に富んだものであることが示された。そこで前章の中心であった法社会学的な研究を離れて法解釈学の議論として、柔軟性を重視した日本における法理について付言する。

### (1)事情変更の原則

#### (ア)法理の内容

伝統的な契約観では、当事者間で契約成立時に給付の均衡が保たれているだけでなく、契約締結後であっても、当事者間で債務の等価関係が維持されることが望ましいと考えられている<sup>71</sup>。だが契約成立時に契約の効果が完全に確定されると考えた場合、契約締結後の事情変更により、債務の等価関係が大きく崩れることは十分想定されよう。

そこで日本の裁判所は、契約書の文言から当然には導けない法理を、信義則を用いることによって導いてきたという歴史がある<sup>72</sup>。その典型例として、事情変更の原則がある<sup>73</sup>。

事情変更の原則とは、①契約成立時に基礎となっていた事情が変更され、②その変更が契約締結当初には当事者が予想していなかった、またはできなかったものであり、③その変更が当事者の責に帰すことのできない事由によって生じたもので、④事情が変更されたことにより、当初の契約に当事者を拘束することが信義則上著しく不当と認められる場合に<sup>74</sup>、契約内容の変更や契約自体の解除が認められるとするものである。

この法理により契約内容の変更が認められることで、事情の変更を原因として長期的契約の全ての部分が唐突に解消されるという事態が回避され、当事者間の関係の継続性を確保している<sup>75</sup>。

長期的契約においては、契約締結後の事情変更により生じる将来への不確実性が大きいので、契約成立時点で全ての事項について確定的に合意を結ぼうとすると、合意が困難となり交渉コストの増大を招いてしまう。そのため契約締結後に重大な事情の変更があった場合は、契約内容についての再交渉や契約自体の解消が、事情変更の法理によって許容されている<sup>76</sup>。

---

<sup>71</sup> 内田(2000)97頁参照。

<sup>72</sup> 内田(2000)74-84頁。

<sup>73</sup> 内田貴『制度的契約と関係的契約——企業年金契約を素材として』新堂幸司、内田貴編「継続的契約と商事法務」商事法務(2006)23頁。

<sup>74</sup> 五十嵐清「契約と事情変更」有斐閣(1969)152-153頁。また我妻榮は、当事者間で等価関係が破壊され、契約書の文言をそのまま適用することが信義に反するか、という要素を重視している(我妻榮「債権各論 上巻(民法講義 5-1)」岩波書店(1954)26頁)。

<sup>75</sup> 内田(2000)94-95頁。

<sup>76</sup> 契約内容の変更や契約解除といった、事情変更の原則による効果は、契約書の文言には

## (イ)「契約を破る自由」との関係

事情変更の法理の背景にあるものは、当事者の関係の継続性と柔軟性の重視であり、これは既に述べたように、「契約の自由」に対して相反する作用を有する。

つまり、契約関係を継続させることが妥当でないと考えられる大きな事情の変更の場合には、たとえ契約書に明示されていない場合であっても、「契約を破る自由」が認められうる。他方で、契約の一方的解除が許されないような事例においては、当事者の関係の継続性が重視されることで、「契約を破る自由」が厳しく制限される可能性がある。

## (2) 継続的契約の法理

### (ア) 概説

当事者間の関係性と柔軟性が関係する法理として、継続的契約の法理も挙げられる。

本稿は「契約を破る自由」を一般的な文脈において分析するものであるが、「契約を破る自由」の問題と、継続的契約の解消の問題とは、契約債務が履行されるだろうと期待した Promisee の信頼を保護しなければならないという問題意識において共通している。また議論の中心が、Promisee の信頼の保護をどのような場合に、そしてどのような方法で図るかという点であることも共通点であると言える。そのため「契約を破る自由」を論じる際にも、継続的契約の議論を参照することは有益であると考えられる。

### (イ) 問題の背景

継続的契約を結ぶ際は、まず当事者は大まかな合意を定めた包括的契約を結び、それを基にして個別の契約を結ぶ<sup>77</sup>という理解がなされている。よって個別的契約によって既に成立している債務の不履行が問題となる場合は、通常の契約法の規律に従って Promisee に法的保護を付与することとなる。

だが継続的契約の法理が想定する典型的事例は、包括的契約は成立しているものの、個別的契約及び具体的な債務が当事者間でいまだ成立していないような場合である。伝統的な契約法の規律の下で考えると、当事者間では具体的な権利義務関係が成立していないため、関係の解消について Promisee に法的保護を与えることは困難であるように思える。そこで、いかにして Promisee に法的保護を与えるかという点が、継続的契約の焦点となる<sup>78</sup>。

---

表れていなくても、実現されうる(内田(2000)100頁)。よって、契約書の文言を絶対視しない社会の実態を反映した法理と考えることができる。

<sup>77</sup> この個別の契約によって、契約の条件が決定し、具体的な権利義務関係が発生すると考えられる(中田裕康『継続的売買の解消』有斐閣(1994 第1版)35頁)。その点で、包括的契約と個別的契約との区別が必要である(ただし、中田(1994)473頁にあるように、包括的契約の存在により、即座に具体的な義務が発生するという類型もあると考えられる)。

<sup>78</sup> 中田(1994)8頁。

### (ウ) 法的保護の方法

継続的契約については、当事者間の関係の緊密さに応じて、個別的契約が締結されていない部分についても保護を与えるべきだとの考えがある<sup>79</sup>。

ここでは Promisee への保護は、①履行の強制が可能な場合<sup>80</sup>、②履行の強制はできないものの、損害賠償請求が可能な場合、③契約関係の成立は認められないが、信義則により相手方の責任を認められる場合、④法的保護が認められない場合の 4 つの分類に従って検討される<sup>81</sup>。そして当事者間の関係に関する様々な要素を考慮し、当事者間の公平や Promisee の要保護性を判断することで、いかなる保護が Promisee に与えられるべきかが決せられることになる<sup>82</sup>。

### (3) 「契約を破る自由」との関係

前述したように「契約を破る自由」の問題を分析するうえで、継続的契約の法理に関する議論には参考となる点が多い。よって継続的契約において Promisee にいかなる法的保護が与えられるべきかを判断する際に、日本の裁判例や学説によって検討されている要素は、「契約を破る自由」の分析の際にも有益であると考えられる<sup>83</sup>。

そのような要素の中でも、契約解消に至る事情は、Overbidder/Loss Paradigm の分類に一致する。また当事者間の取引実績は、前記の日米双方の社会の実態の 1 つの特徴となっていた、関係の継続性に対応する要素として重要であると思われる。ただ 10 近い要素を全て勘案するという枠組みでは、結果として各要素の重要性、そして最終判断への寄与度が漠としたものとなり、分析に不都合である。そのため知見を応用して分析を行う際には、重要な要素に絞って分析することが必要となるだろう。

---

<sup>79</sup> 中田はこの保護を、当事者間の関係が特に緊密である場合は契約法の規律で(447 頁)、それ以外の場合は信義則を用いてなすべきだと述べている(同書 5,459,484 頁)。

<sup>80</sup> 被供給者が契約を解消し、供給者が法的保護を主張する場合に、履行の強制が認められることは、日本の裁判例ではまれである(中田(1994)105 頁)。個別的契約が存在していない状態で、被供給者に「買う義務」を認めることが困難であるからだという説明がなされている(中田(1994)478 頁参照)。

<sup>81</sup> 中田(1994)476 頁。

<sup>82</sup> 中田(1994)477-483 頁。主な要素は以下のようなものである。①当事者間に明示の契約があったか、②契約の解消が商取引の慣行と合致するか、③当事者の意識はいかなるものか、④継続的関係を前提とした投資があったか、⑤一方当事者(特に Promisee)が他方当事者へ依存しているか、⑥契約解消にまでいたる事情はどのようなものか、⑦目的物はどのような性質を有するか、⑧取引の実績はどれほどか。

<sup>83</sup> つまり「契約を破る自由」が認められる状況というのは、継続的契約を解消される Promisee の要保護性が特段高くない状況に類似すると考えることができる。

## 6.法と経済学からの分析

### (1)強制履行ルールと履行利益賠償ルール

#### (ア)はじめに

今までは主に公平性の観点からの議論を概観した。以下では効率性の分析に優れる、「法と経済学」の分野でなされる議論を扱う。まずは契約違反に対する法的救済についての基本的な二つのルール、つまり強制履行ルールと履行利益賠償ルールについて検討する。

#### (イ)履行利益賠償ルール

履行利益賠償ルールとは、相手方に履行利益を賠償して、契約の履行が行われた場合と経済的に同等の状態に相手方を置くことで、自由に契約を解消し、契約関係から離脱することが出来る、とするものである。これは「契約を破る自由」を認めるルールであると考えられる。

第二章の **Overbidder Paradigm** で用いた例に則ると、契約の解消がなされることで **Promisor** は追加的利益を受けていた。そして契約解消によって **Promisee** の受ける利益は変わらないため、社会全体として効率的な結果が招来されたと言える<sup>84</sup>。

#### (ウ)強制履行ルール

一方強制履行ルールでは、契約違反に対する法的救済が常に債務履行の命令となるルールである。一見この強制履行ルールでは **Loss Paradigm** の場合に、債務者に甚大な被害をもたらすように思える。だがこの時、債務者は裁判所の命令とは別に、債権者と契約解消について再交渉を行うことができる<sup>85</sup>。よって裁判所の判断を仰ぐことなく、当事者間で合意解除を行うことで、債務者は履行を免れることができる<sup>86</sup>。

だが **Promisor** が一方的に契約関係から離脱することが出来ず、相手方との再交渉を行う必要があるという点で、強制履行ルールの下では「契約を破る自由」が認められていないと言える。そして当事者間の再交渉には交渉コストがかかるという点で、履行利益賠償ルールの方がより効率的であると主張されることとなる<sup>87</sup>。

---

<sup>84</sup> パレート基準、カルドア・ヒックス基準、社会的厚生基準(スティーブン・シャベル著、田中亘・飯田高訳『法と経済学』691-693頁(日本経済新聞社,2011)参照)のいずれを用いたとしても、効率的と評価される。

<sup>85</sup> 太田(1997)119頁。

<sup>86</sup> 太田(1997)119-120頁。この場合、契約当事者間の利益の具体的な分配は、当事者間の再交渉によって決まる(太田勝造『権利と法の経済分析』棚瀬孝雄(編)「現代法社会学入門」法律文化社(1994)288頁)。

<sup>87</sup> 仮に当事者間の再交渉にかかるコストを無視した場合は、コースの定理により、契約についてどちらの規律が採用されたとしても、再交渉を通じて社会に効率的な事態がもたらされる(その場合、効率性に影響する要因としては、契約締結後に相手方の履行を前提になされる投資行動の水準というものが挙げられる(藤田友敬『契約法の経済学:契約関係への最

そこで強制履行ルールの下では、第二章の **Overbidder Paradigm** で用いた A と B の例で、いかなる利益構造となるかを検討する。裁判所に訴えた場合には履行が必ず強制されるということを認識して、A は B との間で契約解消に向けた再交渉を行う。契約解消がなされなければ、A が  $P - P_A$ 、B が  $P_B - P^{88}$ 、二人合わせて  $P_B - P_A$  の利益が得られる。一方 A が B との契約を解消して C に G を売ることで、賠償額をどう設定したとしても、A と B で合わせて  $P_N - P_A$  の利益を得ることが出来る。つまり契約が解消されることによって、二人合わせて  $P_N - P_B$  の追加的利益が生じることとなる。

AB 間の再交渉は、この追加的利益を二人の間でいかに分配するかをめぐるものとなる。ここで仮に、A と B の交渉力が対等であり、追加的利益を互いに折半すると仮定する。するとお互い  $(P_N - P_B)/2$  の追加的利益を得ることになるので、最終的な利益としては A が  $P - P_A + (P_N - P_B)/2$ 、B は  $(P_B + P_N)/2 - P$  の利益を得ることになる<sup>89</sup>。その結果、強制履行ルールの下では B、つまり **Promisee** が得られる利益は、履行利益賠償ルールでの場合と比べて多くなる<sup>90</sup>。これは、契約関係の解消によって生じた追加的利益を **Promisor** が独占するのではなく、**Promisee** にも配分されたことを意味する。

## (2) 履行利益賠償ルールへの批判

### (ア) 裁判所の認定能力

強制履行ルールの下では、紛争が訴訟に持ち込まれる前に、当事者間での再交渉が自発的に行われるため、裁判所による判断が実際になされない場合が多いと考えられる<sup>91</sup>。

一方の履行利益の賠償ルールについては、裁判所の能力をめぐる問題がある<sup>92</sup>。このルールの下で **Promisee** を、履行があった時と同等の状態にするためには、**Promisee** の G に対

---

適投資のためのインセンティブ・メカニズム』ソフトロー研究, Vol.11 146 頁(2008))。また交渉コストをゼロであると仮定した場合、財の対価を適切に調節することで、リスク中立的な当事者間では、履行利益賠償ルールと強制履行ルールとで、同様の利益状況が生み出せることが分かっている(田中(2011)14-15 頁)。

だが実際には、当事者間の交渉に要する費用など、取引コストは大きく(太田(1997)120 頁)、コースの定理が指定する前提は満たされないため、履行利益賠償ルールの有する利点はなお重要であり、現実的である。

<sup>88</sup> ここでは便宜上、再調達にかかるコストではなく、主観的評価額を基準に検討する。

<sup>89</sup> この時 A から B に支払われる賠償額は  $(P_N + P_B)/2 - P$  である。賠償額の多寡は A から B への富の移転を意味するだけであるので、社会の効率性には影響を与えない。

<sup>90</sup> 強制履行ルールの下で B が A との契約から得られる利益を  $P_B - P$  としたことと平仄を合わせ、履行利益賠償ルールの下での賠償額 D を  $P_B - P$  とすると、 $P_N > P_B$  より、本文のような関係が成り立つ。

<sup>91</sup> 太田(1994)289 頁、及び田中(2011)24 頁。この時、裁判所の判断が有する機能は、当事者間の再交渉の共通前提を設定・構築するという点に見出される(田中(2011)24 頁)。

<sup>92</sup> 強制履行ルールの下では、裁判所は常に履行を命じるという判断を下すので、裁判所の能力の問題が顕在化することはない。

する主観的な評価額  $P_B$  を認定する必要がある<sup>93</sup>。だが主観的な評価は外部から認識がしにくいため、実際に裁判所がこの額を算定する場合大きな困難を伴う<sup>94</sup>。また裁判所の賠償額の認定は保守的な傾向にあるとの指摘もある<sup>95</sup>。こうした場合最適な賠償額の認定がなされずに、過小(または過剰)な額の賠償となることが考えられる<sup>96</sup>。

すると契約関係の解消に過大(または過小)なインセンティブが付与される結果、社会にとって効率的でない契約違反行為がなされうる(または効率的な違反がなされない)。よって、履行利益賠償ルールの下では、過剰(または過小)な契約違反による社会の非効率性という事態が生じる恐れがある。

このように「法と経済学」の視点から検討した場合、履行利益の賠償ルールの下では、裁判所による賠償額の認定という問題が存在していると言える。

また同じく裁判所の認定の問題に由来し、履行利益賠償ルールの下であっても当事者間の再交渉がなされうること<sup>97</sup>、そして裁判所の認定に関する両当事者の予測の違いにより、再交渉でも妥結されずに、さらに紛争が訴訟に持ち込まれることで二重の取引費用が生じうること<sup>98</sup>も指摘されている<sup>99</sup>。

このように裁判所の認定能力の問題は、履行利益賠償ルールの効率性という長所を大きく制限する危険をはらんでいると言える。

---

<sup>93</sup>  $D = \min(P_B - P, P_M - P)$  であるため。

<sup>94</sup> 太田(1997)125-26 頁、及び田中(2011)26 頁。そのため認定が容易な客観的な価値、つまり市場価格などをベースに賠償額が認定される傾向にある(田中(2011)26 頁)。

<sup>95</sup> 田中(2011)26 頁。この背景には、証明責任として高度の蓋然性をもって事実が証明されない限り、損害の認定がなされないということが挙げられる(同・26 頁)。この点はアメリカの法理である **Certainty Rule** と類似している(Eisenberg(2005)92 頁)。

<sup>96</sup> 太田(1997)131 頁。

<sup>97</sup> 田中(2011)21-22 頁。本文で述べたような、裁判所の履行利益の認定の過大、または過小の問題は、当事者間の再交渉によって回避されうるが、それにより発生する交渉コストにより、履行利益賠償ルールの長所である、交渉コストの低減という点が減殺されてしまう。

<sup>98</sup> 田中(2011)22-23 頁。当事者間の再交渉の基礎が、裁判所の認定という不確実なものであるため、交渉の妥結が困難となる。

<sup>99</sup> 田中(2011)は①契約解消の原因(つまり **Overbidder/ Loss Paradigm**)、②当事者のリスク選好(リスク中立的/リスク回避的)、③当事者間の再交渉の可否に着目し、履行利益賠償ルールと強制履行ルールの優劣を詳細に検討している。

そして①いかなる原因による契約解消であっても、②当事者がリスク中立的であり、③再交渉が可能であれば、上記 2 つのルールは適切な価格を設定することで、同様の利益分配状況を招来できることが述べられている(同 14-15 頁)。

また **Overbidder Paradigm** では、上記 2 つのルールの下で同じ利益状況になるように価格を選択すると、履行利益賠償ルールの下で売主のリスクが大きくなる(履行利益賠償ルールであるため、買主は常に履行利益を得られるためリスクは見られないが、一方の売主は競合注文の有無により大きなリスクを甘受しなければならない)。よって売主がリスク回避的であれば、強制履行ルールの方が望ましいこと(16-18 頁)も述べられている。

だがこれらの知見は交渉コストがないことを前提としていることに留意する必要がある。

#### (イ)事業計画へのインセンティブの低下

裁判所の認定能力以外の問題としては、当事者が長期的な見通しや計画を立てることのインセンティブが低下しうることが挙げられる。

再び **Overbidder Paradigm** の事例を例にとると、契約当事者は将来の経済条項の変化についての不確実性が高い段階から、リスクをとって契約関係に入ること、契約のために必要となる長期的な投資を早期から開始し、生産性の上昇を試みることができる<sup>100</sup>。そしてそのためには将来の不確実な状況について予想する高い能力が必要となるところ、上記の例では、**Promisee** は当該能力に優れているため、第三者より早期に取引関係に入ることができた<sup>101</sup>。

他方第三者は将来の予測に関する能力に劣り、または投資の意思に乏しかった故に、**Promisee** より遅れて契約関係に入ることになってしまったと考えられる。

よって不確実性の低下した段階になってようやく、高い値段をつけて契約関係に入ろうとする第三者<sup>102</sup>を、従前の契約当事者より保護することは、将来の予測について高い能力を持つ者や投資の意欲に富む者を害する結果となる。それによって将来予測や投資といった社会に有益な行動のインセンティブが阻害され、社会の効率性が害されると指摘されている<sup>103</sup>。

#### (4)まとめ

本章では「契約を破る自由」について、効率性の視座から先行研究を検討した。強制履行ルールと比べて交渉コストの面で効率性に資するとの議論がある一方、裁判所の認定能力の乏しさを起因とする問題が履行利益賠償ルールには見られた。

## 8. Trolley Problem の知見とその応用 —効率性と公平性の統合—

### (1)「契約を破る自由」をめぐる分析の問題点—効率性と公平性

ここまで「契約を破る自由」について公平性と効率性の視点からの研究を概観した。両者とも議論の蓄積が大きいことから、「契約を破る自由」という問題は両視点が密接に関係し合う問題であることが分かる。ゆえにこの 2 つの視点を同時に考慮した分析手法が重要となる。

---

<sup>100</sup> Eisenberg(2005)1011 頁。

<sup>101</sup> Eisenberg(2005)1011 頁。

<sup>102</sup> 一般に、ある財に対して高い価格を提示する者は、その財について相対的に高い主観的評価額を有している傾向にあるため(Eisenberg(2005)1011 頁)、その人物からの注文を保護することで、社会の効率性は向上すると考えられる。だが上記のような理解を前提とすると、遅れてきた第三者による高値の注文は、将来の予測能力の不足や投資への消極的な姿勢に起因するものである。よって、第三者の競合注文を優先しても、必ずしも社会に効率的な結果がもたらされるとは限らないと言える。

<sup>103</sup> Eisenberg(2005)1012 頁。

公平性の概念を「法と経済学」の分析に取り入れることは可能であり<sup>104</sup><sup>105</sup>、そもそも、社会政策とは本質的に、公平性と効率性の問題を調整するものであると言えるため<sup>106</sup>、政策科学としての「法と経済学」<sup>107</sup>が公平性を考慮した分析を行うことは当然と言える。

だが実際に人々の公平性に関する意識が効用に対してどれほどの影響を及ぼすのか、金銭的利益との大きさの比較はいかに行うのかという問題は残っている<sup>108</sup>。そしてその比較にあたっては、法意識をめぐる法社会学の知見などを「法と経済学」の分析に応用することが有益であると思われる。

だが第4章で述べた公平性についての先行研究に関して、「法と経済学」への分析に応用可能な、実証的かつ網羅的な議論は見られなかった。一方の「法と経済学」における先行研究についても、効率性の議論に終始し、公平性への考慮が欠けている点も否定できない。このように大半の先行研究は、効率性と公平性のうち一方の視点から分析を行ってきたと言える。

## (2) Trolley Problem の知見の応用

### (ア) 前提

そこで本稿では Trolley Problem の議論・知見の応用を試みる。Trolley Problem に着目した理由は以下のとおりである。

#### (i) 公平性と効率性の統合 — 応用の必要性 —

---

<sup>104</sup> 例えば分析手法として、公平性を効用の問題に捉え直そうとする方法があるが、これは多義的な「公平性」という概念の意義を、効用という基準で同定する方法と言える。こうした考えは「法と経済学」にのみ見られるものではない。例えば、無制限な功利主義に反対する Dworkin も、ある種の功利主義は許容されるとした上で、道徳という概念を、他人の行動に対して自らが感じる効用に捉えなおすことで、功利主義的分析が可能であると説いている(Dworkin "Rights as Trumps", Kavanagh, A., & John Oberdiek(eds). *Arguing about Law*. Routledge(2013)355 頁)。

<sup>105</sup> 社会規範に従うこと自体に人々は効用を感じると考えることで、社会規範の存在とその影響を、「法と経済学」の分析に含めることもできる(藤田友敬、松村敏弘『社会規範の法と経済——その理論的展望』COE ソフトロー・ディスカッションペーパー・シリーズ(2004)5-6 頁)。

<sup>106</sup> 太田勝造『危険分散・損失補償・事故抑止：不法行為の経済分析』「私法」52号(1990)62-63 頁参照。

<sup>107</sup> 太田勝造『法学におけるエージェント・ベースト・モデルの可能性』「理論と方法」5号(2004)55 頁。

<sup>108</sup> 例えば、「契約の神聖さ」を人々が非常に重視しており、契約違反に接すると強い義憤の念を感じるとする。公平性の影響を効用の概念で分析する場合、契約違反によって社会の構成員が大きな不効用を感じるため、契約違反は社会にとって望ましくない行為と判断される。だがその契約遵守への意識がどの程度まで上がれば、契約違反が社会にとって望ましくない行動とされるのかという点について、「法と経済学」の観点から分析するには、人々の意識が効用に与える影響を定量化、ないし金銭的利益との比較を行うことが必要となる。

「契約を破る自由」をめぐっては、公平性と効率性の視点からの議論がお互いに噛み合わず、統合的な分析が困難な状況が生まれていた。一方、Trolley Problem の議論は、この二つの要素の双方を人々がどのように総合的に勘案して、最終的に望ましい(または許容される)判断を下すのかという点に着目するものである。よって従来の分析では困難であった上記二つの視点の統合に資するという長所がある。

#### (ii) 想定事例の共通性 ー 応用の許容性 ー

「契約を破る自由」の問題は、債務の履行と契約からの離脱という、二つの相両立しえない行為の中から、「社会にとっては最も効率的であるが、道徳的に疑義が生じかねない行為」と、「社会にとっての効率性という点では劣るとも思われるが、道徳的な問題はほとんど生じない行為」との間で、一つの行為を選択するという構造を伴うものである。

Trolley Problem についても、双方とも害悪を生じるような、二つの両立しえない行為のうちから、一つの行動を選択せざるをえないという極限の状況で、どのような行為が許容されるのかを分析したものである。よって「契約を破る自由」をめぐる状況と非常に類似しており、知見を応用するだけの共通性を備えていると言える。

#### (iii) モデル分析

Trolley Problem の分析の長所の1つとして、モデル分析によるアプローチが挙げられる<sup>109</sup>。例えば継続的契約の法理など、従来の法律学の議論では、公平性の判断に際しどのような要素がどれだけの影響力を有しているのかについて明確に語られることが非常にまれであり、公正性についての判断がブラックボックスとなっていたと考えられる。一方 Trolley Problem においては、背景となる要素を自ら設定できるため、事例に潜むどのような特徴が行動の許容性に強い影響を与えるのかという点について、詳細な分析が可能である。この点で Trolley Problem の議論は、法律学の議論の欠点を補うものであると言うことが出来る。

#### (イ) Trolley Problem の応用例

こうした長所を持つ Trolley Problem の分析枠組みであるが、法律学、特に日本の実定法学の議論において、その応用が検討された先行研究は数少ない。だが近年 Trolley Problem の知見を応用し分析を行う学際的な研究がなされ始めている<sup>110</sup>。

---

<sup>109</sup> Joshua Greene “Moral Tribes: Emotion, Reason, and the Gap between Us and Them” Penguin Press (2013)116-117 頁。Trolley Problem の議論の長所として、意思決定の中でも人々の直感に着目している点も挙げられている。

<sup>110</sup> 脳科学の視点から分析したもの(Greene(2013)120-131 頁)や言語学の視点を用いたもの(John Mikhail “Elements of Moral Cognition: Rawls’ Linguistic Analogy and the Cognitive Science of Moral and Legal Judgment” Cambridge University Press(2011))などがある。

そこで本稿も、こうした近年の研究の例に倣って、以下で **Trolley Problem** の主な議論について概観した後、そこでの知見を「契約を破る自由」への分析に応用することを試みる。

### (3) Trolley Problem について

#### (ア) 概説

**Trolley Problem** とは、以下のような限界事例において、人々はいかなる行動を許容するのかという点を分析するものである。

最も基本的な事例は以下のようなものである<sup>111</sup>。あるトロッキ運転手が、線路の先に 5 人の修理士がトロッキの線路を修理していることに気付いた。彼らはトロッキが近付いていることに気づいていない。運転手は彼ら 5 人にトロッキの存在を気付かせたり、ブレーキを踏んでトロッキを停止させようとするが、全てうまくいかなかった。

ただその 5 人の修理士が線路上で作業をしている地点よりも前の地点に分岐路があることに運転手は気付いた。運転手は直進せずにその分岐路を曲がることで、5 人を轢かずに済む。だがその横道の先には同様に一人の修理士がいる。もしこのまま直進すると、トロッキは 5 人を殺すことになる。一方、トロッキが直進せず曲がった場合、直進していれば死んでいたであろう 5 人を殺さずに済むが、曲がった先にいる 1 人は轢かれて死んでしまう。

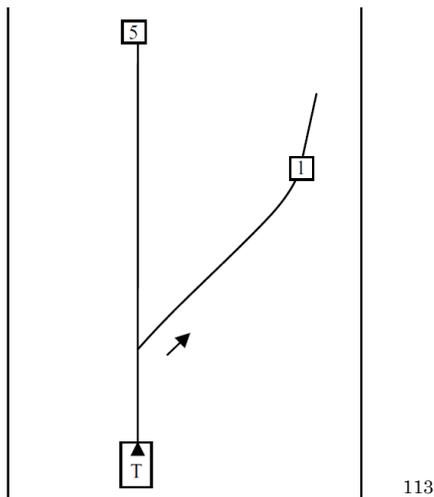
こうした状況で、運転手は分岐路を曲がるべきか否かという極限的な選択を迫られることになる。運転手がトロッキを横道に逸らすことは許されるか。確かに助かる人数の総和(効率性に対応する)を考慮すると、トロッキを横道に逸らせるべきであるが、人の死をもたらす行為は許容されるのだろうか。

この事例(本論文では **Trolley ケース** と呼ぶ)については、おおむねトロッキの方向転換は許容されると考えられている<sup>112</sup>。

---

<sup>111</sup> Judith Jarvis Thomson “The Trolley Problem” 94 Yale Law Journal (1984-1985)1395,1396-頁。

<sup>112</sup>このケース(Greene は”Switch”ケースと呼ぶ)では 87%の被験者が、5 人を助ける行為を許容できると答えた(Greene(2013)219-220 頁)。



こうした行動の許容性をめぐって、様々な学者が多種多様な理論を展開している<sup>114</sup>。ここではその中から、「契約を破る自由」への応用に有用と考えられる代表的な主張を取り上げる。

#### (イ) Double Effect

利益の対立と道徳的葛藤が存在する際の行動の判断基準として、**Double Effect** という考え方が主張されている<sup>115</sup>。

**Double Effect** は、許容性が問題となっている行動(Aとする)によって生じる害悪に着目する。この害悪よりも大きい利益を実現するという効率的なものであっても<sup>116</sup>、Aから生じる害悪が、行動の帰結として「意図された」ものである場合<sup>117</sup>、つまりその害悪が①行為の目的である場合、②行為者の真の目的のために資するものである場合<sup>118</sup>は、Aを行うことは許容されないと考えられている。

一方Aにより生じる害悪が、あくまでその発生を「予期はしていたものの、意図はして

<sup>113</sup> Michael Otsuka "Double Effect, Triple Effect and the Trolley Problem: Squaring the Circle in Looping Cases" *Utilitas*, Volume 20, Issue 01 (March 2008), 93 頁より転載。

<sup>114</sup> 本文で紹介しない議論として Positive duty の議論(Philippa Foot "Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy" University of California Press(1978)p.27)や Triple Effect(Frances M. Kamm "intricate ethics: Rights, Responsibilities, and Permissible Harm" Oxford University Press (2006)p.118)の議論などがある。

<sup>115</sup> Foot(1978)19-20 頁など。

<sup>116</sup> Otsuka(2008)94 頁注釈。

<sup>117</sup> 当然想起されるように、何をもって「意図」となすか(intend)が問題となる。代表的論者 Foot は「意図された」害悪とは、他の方法を用いてでも発生が求められる害悪のことを指す、とする(Foot(1978)24 頁)。

<sup>118</sup> Foot(1978)20-21 頁。Otsuka は、その害悪自体が目的達成のために良い結果をもたらしているかという基準で判断している(Otsuka(2008)94 頁)。

いなかった」ものにとどまる場合は、その行動は許容される<sup>119</sup>。Trolley ケースにおいて、運転手がトロッキを横に逸らしたとき、あくまでその目的は本線上の 5 人を助けることである。その目的を達成するために重要であったのは、トロッキを横に逸らしたことであり、1 人を殺したことは、5 人を助けるという目的達成のために何の影響も及ぼしていない。つまり、もし仮に横の線路上にいる 1 人が何らかの理由でトロッキをよけることができ、死を回避できた場合、運転手はその一人を他の方法で殺す必要はない<sup>120</sup>。

このように横の線路上の一人の死は「予期されたが、意図されていない」弊害だと言えるために、Double Effect の理論からは運転手がトロッキを横に逸らせることは許容されると説明される<sup>121</sup>。この帰結は、人々の感覚とも整合する<sup>122</sup>。

### (エ) Thomson の理論

この Double Effect に異を唱えた者に Thomson がいる<sup>123</sup>。彼は以下のような基準を提案した。

その基準とは①既に顕在化している危機をどう移転しても、何かしらの害悪が生じてしまう状況で、②その危機の移転自体が重大な権利の侵害ではない、という 2 つの要件を満たした場合は、効率性に則った行動は許容されるというものである<sup>124</sup>。

①に関して、Double Effect では説明できないとされた、注で述べたようなケースでは、既に生じている危機を移転させているのではなく、全く別の新たな危機を 1 人の患者に生

---

<sup>119</sup> こうした条件は、効率性を追求する行為が道徳的に是認される条件と捉える事が出来る。

<sup>120</sup> Foot(1978)23 頁参照。

<sup>121</sup> この考えと似たものとして武力紛争法がある。他国に対する爆撃行為に関して、故意に相手国の市民を狙った爆撃は違法とされているが、相手国の戦力を減少させる意図で武器工場を攻撃し、それに伴って相手国の市民が死ぬと「予期されたにすぎない」場合は、合法とされている(Greene(2013)218 頁)。

<sup>122</sup> ただ Foot 自身は、Double Effect を道徳的対立について説明する万能の原理としてではなく、説明の仕方の一つであると述べている(Foot(1978)19-20 頁)。

<sup>123</sup> Double Effect では以下の事例を説明できないことが知られている(Foot(1978)29 頁)。

ある病院に 5 人の重病の患者がおり、その 5 人の命はある気体を病院内で製造しなければ助からない。だが病院がその気体を製造すると、副産物として致死性の気体が発生してしまう。致死性の気体は別の病室に 1 人である患者のもとへ流れ込み、その患者は死んでしまう。またその患者を病室から移動させることもできない。この時、5 人の患者の命を助けるために、気体の製造を行うことは許容されるだろうか。

Double Effect の考えを用いると、1 人の患者が死ぬことは、5 人の患者を助けるという目的に貢献するものではなく、また 1 人の患者がその病室にいなかったとしても、5 人の患者を助けることはできる。よって 1 人の死は「予期されたが意図されていない」害悪として、気体の製造は許容されるという帰結となる。だが人々の感覚では気体の製造は許容されないと考えられるため、Double Effect では人々の感覚を説明できていないとされる。

<sup>124</sup> Thomson(1984-1985)1406-1409 頁。あくまで積極的に肯定されるのではなく、許容されると述べられている。

ぜしめていると考えられる<sup>125</sup>。ゆえに①の要件を満たさないため、気体の製造は許容されないと説明されることになる。

また②の説明として、Thomson は以下の事例を挙げる。今線路上を暴走しており、このままでは線路上にいる五人を轢き殺してしまいそうなトロッコがあるとする。その線路上にかかっている橋に、ある人物(この事例での行為者)と、その横に太った男性がいた。行為者は、隣にいる太った男を橋から落とせば、トロッコはその男の体重のおかげで停止し、その先にいる 5 人を轢き殺さなくても済むことに気付いた。この場合、行為者が隣にいる男性を橋から落とすことは正当化されるか。

ここでは橋から男性を落とす行為を人々は許容しないと考えられる<sup>126</sup>。その説明としては、②の要件に関して、橋から太った男を落とす行為自体が、その男への「重大な」権利の侵害であるとされる。よって、男を橋から落とす行為は②の要件を満たさず、たとえ多くの人間を助けることが出来るとしても道徳的に許容されないことと説明される。

#### (4) 「契約を破る自由」への知見の応用

以上の知見を前提に、本稿では「契約を破る自由」に関して、(i)原則として Double Effect の理論が妥当するため、効率的契約違反は許容されると考える。その上で Thomson の考えを応用し、(ii)危機の移転にあたる行為は許容度が高く、そして(iii)信頼利益のみを賠償する行為は重大な権利侵害に当たり許容されないとする。

##### (ア) Double Effect

Double Effect は、ある行為による損害が「意図された」ものである場合は、その行動が許容されにくいとの考えである。

契約の一方的解消によって、裁判所が履行利益を過小に評価する傾向にあるため<sup>127</sup>、実際には Promisee に十分な保護が与えられにくいとされている。よって Promisor にとって、契約解消に伴うそうした不利益は事前に「予期された」ものであると言える。

問題はその不利益が「意図された」ものであるかという点である。「契約を破る自由」の本旨は、Promisee を債務の履行があった時と同等の状態に置いた上で、自身の利益を最大化させることである。Promisee への保護が不十分である実態が度々指摘されるが、あくまでそれは裁判所の認定能力に端を発するものであり、Promisor 自身が意図したものではないと考えられる<sup>128</sup>。

---

<sup>125</sup> このケースでは患者 5 人の命を危険にさらしていた「病気」という危機と、1 人の患者への有毒ガスの危機は全く異なる別個の危機であると言える。

<sup>126</sup> Fat Man ケース(Greene は”Footbridge”ケースと呼んでいる)では、5 人を助ける行為を許容できると答えた被験者は 31%に過ぎなかった(Greene(2013)219-220 頁)。

<sup>127</sup> Weintraub(1992)7 頁、Eisenberg(2005)1007 頁、太田(1997)31 頁。

<sup>128</sup> もし意図されていた場合は、契約の解消が認められないばかりか、不法行為法の制裁が課せられる。

よって契約からの離脱は効率性を追求する行為として広く許容されることとなるため、アメリカで一般的とされる、契約違反は悪ではないとの考えが導かれることになると思われる。

#### (イ) Thomson の理論

Thomson は①ある行動が、既に生じている危険を移転したものにすぎず、②相手方への重大な権利侵害ではないという要件を満たせば、当該行動は許容されると述べる。

①について、Loss Paradigm では、契約の一方的解消は、原材料費の高騰など自らに対して既に生じた<sup>129</sup>経済的危機や危険を、契約の相手方に一部移転するものと言える。よって、新たな危険を創造している行動ではなく、①の要件を満たす。また②の要件に関しては、裁判所の消極的認定によって Promisee の被ることになる損害は「重大」な害悪とは言えないだろうと思われる。よって自己の利益を増大させる行為は許容されると考える。

だが信頼利益賠償ルールについては、②の要件を満たさないため、許容されにくいと考えられる。「契約を破る自由」とは異なり、信頼利益の賠償では Promisee が契約によって得られるはずであった利益自体が保全されない事態となる。契約違反の事例において、契約によって得られる一方当事者の利益は本質的なものであると考えられるため、ここで生じる害悪は「重大」なものにあたるのではないかと考える。

#### (5) まとめ

Trolley Problem の知見を応用した結果、本稿では、「契約を破る自由」があくまで Promisee に不利益を与えないという前提を設けているため、効率的契約違反行為が広く許容されるのではないかと考える。たとえ Promisee に害悪が生じたとしても、その要因は端的に裁判所の認定能力の問題にあるので、「意図していない」不利益として、契約解消の許容性に影響しないのではないかと考えられるためである。

次に、このように構築した仮説が、実際にどういった場合に妥当し、またしないのかを調べることで、理論の妥当性の検証を行う。こうした検証を経ることで、先行研究の多くが欠けていた、実証的裏付けが与えられて、理論の提供する示唆が大きくなると考えられる。

## 8. 社会調査

### (1) 調査の背景

「契約を破る自由」について、効率性の分析と組み合わせるに値する実証的なモデル分析としての、公平性に関する先行研究は乏しい。そこで従来から蓄積されてきた定性的な議論とは異なり、社会調査の結果に基づき「契約を破る自由」に関する分析を行うことが

---

<sup>129</sup> Foot は自己への害悪は要保護性の点で、他人への害悪と異ならないとしている (Foot(1978(29 頁))。

本社会調査の意義である。

## (2) 先行研究の検討

だが勿論、社会調査に立脚して「契約を破る自由」について論じた先行研究も存在する。その例として加藤雅信らによる 15 カ国での社会調査がある。

この調査は、長期的契約を破棄することへの許容度に関して、どのような事情の変化が人々の判断に影響を与えているか、またその判断について各国でどのような差異が見られるかをテーマとしている<sup>130</sup>。そこで各国共通の事例として、商品価格の変化を原因とする、買主側からの契約解消要求という事例を設定している<sup>131</sup>。

だがこの研究は以下の点で、本社会調査の目的を満たすものではない。第一に、この先行研究は国際比較に大きな力点が置かれているため、「契約を破る自由」に関する 1 つの事例を共通事例として設定している。ゆえに契約の解消が商品価格の変動ではなく、契約外の第三者から有利な競合注文が舞い込んできたために問題となった場合には、人々の決定がどのように変化するのか、また買主ではなく売主が契約解消を請求した場合はどうかといった点が明らかにされていない<sup>132</sup>。

第二に、加藤らの調査は国際ビジネスという側面を重視しているため、社会調査の対象を法律家とビジネスマンに限定して、彼らの法意識に着目している<sup>133</sup>。だが「契約を破る自由」は日常的な文脈においても問題となる。ゆえに「契約を破る自由」に関する一般の人々の法意識について知見を得るためには、上記の先行研究では不十分である。

## (3) リサーチデザイン

### (ア) 仮説

そこで本調査は、①契約違反に関連する様々な法的救済のルールに対して、人々はどのような許容度を示すのか、そして②その許容度にはどのような背景的要因が影響を及ぼしているのか、という二点を調査対象とする。そして検証する仮説には、上記のような **Trolley Problem** の知見を応用したものをを用いる。

①に関しては、人々は「契約を破る自由」について許容する態度を示すと考える。履行利益賠償ルールについては公平性、効率性の双方の視点から異議が唱えられているが、**Double Effect** の理論を背景に、人々は許容すると考える。一方、信頼利益の賠償ルールは許容されにくいと考える。

②については、**Loss Paradigm** では許容度が一般に高くなると考えられる。また定性的な先行研究の知見をも応用し、継続的契約の法理において重要な判断要素とされていた当

---

<sup>130</sup> 加藤ほか(2005)59-63 頁。

<sup>131</sup> 加藤ほか(2005)60-61 頁。

<sup>132</sup> 「契約を破る自由」に関しては、Weintraub(1992)という先行研究もあるが、同様の欠点を有している。

<sup>133</sup> 加藤ほか(2005)60-61 頁。

事者間の継続的関係の有無、そして Promisor が誰かという要素も、人々の考えに影響を与えるという仮説を設定し、その検証を試みる。この検証によって、「契約を破る自由」が認められるべき要件の策定や裁判所の判断について、大きな示唆を得ることが出来ると考えられる。

#### (イ)本調査で用いる事例の種類

上記のように本調査では、契約解消の要因、継続的関係、Promisor という三つの要因を設定した。そこで調査の事例として各々2水準を設定し、合計8種類の事例を用意した<sup>134</sup>。

#### (ウ)事例の具体的内容

今回の社会調査で用いる8つの事例は、共通の前提として、Aを売主、Bを買主とする、代替物の売買契約に関するものである。商品の原価は合計で800万円であり、それがBにとっては1200万円の価値を有する<sup>135</sup>。つまり、AとBはこの売買契約を結ぶことで、二社あわせて400万円の利益を分配することになる。本調査ではこの利益が対等に200万円ずつ分配され、売買価格が1000万円として設定されたとする。

だが、契約締結後に一方当事者に生じた事情の変更により、Promisor が当該契約の解消を要求する。Overbidder Paradigm では、当該契約を解消して新たな契約を結ぶことで、Promisor には900万円の利益が生じるが、Promisee には既に信頼利益が100万円生じているとする。よって当該契約が解消されることによって、二社合計で800万円の利益が生じることとなるので、生じる追加的利益の合計は400万円である。これを様々なルールの下で当事者間に分配する。

一方、Loss Paradigm では、Promisor が債務を履行すると700万円の損害となる。また Promisee には信頼利益100万円が生じている。よって契約解消がなされれば、二社合わせて100万円の損害、契約解消がなされなければ、二社合わせて500万円の損害<sup>136</sup>が生じる。そこで契約解消により回避される損失400万円を、当事者間で分配することになる。

つまり今回の調査は、どの違反類型であっても、契約解消により追加的に生じる400万円の分配が、大きな争点となる。

このような事例を基に、「当事者間での利益分配状況」が許容度に及ぼす影響を探るため、Promisee への賠償額を100万円(信頼利益のみ)、300万円(履行利益の賠償を行う)、500万

---

<sup>134</sup> ここに挙げた3つの要因以外にも、契約の対象が代替物か非代替物か、当事者間で契約書は作られていたか、契約の成熟さはどの程度か、当事者間に経済力の差は存在するか、など様々な要素が影響を及ぼしうる。だが事例の種類数を制限するために、本稿では3つの要因に限定して分析した。

<sup>135</sup> この設定を分かりやすくするため、小売店であるBは、それを1200万円で顧客に売ることが出来るという説明を調査票で行っている。

<sup>136</sup> 事情変更が影響しない相手方は、債務が履行されることで200万円の利益が生じるため、200万円-700万円=-500万円という計算となる。

円(300万円に加え、追加的利益の半分を賠償する)、600万円(追加的利益の大半を賠償する)と変動させた。それぞれ「信頼利益賠償ルール」、「履行利益賠償ルール」、「強制履行ルール」、「Promiseeに大半の利益を配分するルール」(以下「強制履行2ルール」とする)に対応する。

#### (エ) 調査の細則

本調査は2014年12月に、調査モニター800名に対し、インターネットを通じた社会調査を行った。上記8つの事例に対応する8種の質問票を、調査モニターにランダムに、1人につき1種類を割り当てた。

多くの設問は、契約解消に関する当事者の様々な行動に対して、その許容度を問うものであり、1から5のリカート尺度で尋ねた。ある行動について数字が大きければ、その行動の許容度の低さを表わすようにしている<sup>137</sup>。

分析手順としては、まず要素の影響を捨象して、いかなる賠償額が望ましいと考えられているのか、つまり履行利益賠償ルールや強制履行ルールなど4つのルールがもたらす帰結について、どれが最も望ましいと考えられているかを検討する。次に、交互作用を含め、要因の影響を勘案して検討を行う。

### (4) 分析結果

#### (ア) 回答者について

はじめに、回答者の属性について記述する。属性と結果との関係は後述する。

性別について、男女ともに400人のデータを得た。また年齢については以下のとおりとなった<sup>138</sup>。

年齢	20歳代	30歳代	40歳代	50歳代	60歳-70歳
人数(N)	128	160	176	144	192

加藤らによる先行研究は国際ビジネスという文脈を設定していたが、本社会調査は一般の人々の法意識を調査するものである。よって調査サンプルが会社員に偏ることは避けるべきである。調査対象者の職業は以下の通りとなった。

職業	会社員(正規雇用)	自営業、会社役員	公務員	非正規雇用者	学生	専業主夫・主婦	無職	その他

<sup>137</sup> 1を「(ある行動が)許されるべきだと思う」、2を「どちらかと言えば、許されるべきだと思う」、3を「どちらとも言えない」、4を「どちらかと言えば、許されるべきでないと思う」、5を「許されるべきでないと思う」とした。

<sup>138</sup> 調査対象者は20歳から70歳までである。

人数	254	81	22	153	15	168	90	17
----	-----	----	----	-----	----	-----	----	----

会社員が全体の 1/3 以上を占めるものの、それ以外の職業が多くを占めた。よって上記の先行研究との差別化を果たしていると考えられる。

また本社会調査は法的議論とも関連するが、人々の直感をあくまで調査の関心とする。よって法律の専門知識を有する対象者が多い場合、調査の目的が達成されない恐れがある。そのため大学時代の専攻を尋ねた<sup>139</sup>。

専攻分野	人数
法学	33
経済学・経営学・商学	96
その他の社会科学	33
人文科学	79
自然科学	45
芸術	23
その他	114
大学・大学院には行っていない	379

結果として、法学を修めた者は全回答者の 4%にとどまり、当初の目的に沿う結果となった<sup>140</sup>。

<sup>139</sup> 副専攻も加味して、二つまで選択可とした。

<sup>140</sup> また大学で法学教育を受けていない場合であっても、職場での経験などを経て法律の専門知識を有している場合もありうる。そこで自らの法律知識について自己申告をもらった。

法的知識の程度	人数
法学部出身者と同等か、それ以上	9
専門的な知識は有していないが、法律について触れる機会が多く、一通りの知識を有している	34
法律に触れる機会が多くなく、一般常識以外の知識も有している	140
法律に触れる機会がほとんどなく、一般常識以下	585

大学の専攻に関する結果同様、法的知識を有していない回答者が大半となった。よって、本実験結果は調査対象者の法的意見ではなく直感を集計できたと考えられる。

### (イ) 様々なルールの比較

まず背景的要素の影響を捨象して、人々はいかなるルールの下での利益構造を支持するのかについて分析する。

ここで分析対象となるのは、①信頼利益賠償ルール、②履行利益賠償ルール、③強制履行ルール、④強制履行 2 ルールである。上記のように数が少ない方が、その行動の許容性が高いことを示す。

まず記述統計の結果を示す。

	標本数	合計	平均	分散
信頼利益賠償ルール	800	2133	2.66625	1.404116
履行利益賠償ルール	800	1989	2.48625	1.198809
強制履行ルール	800	2672	3.34	1.306033
強制履行ルール 2	800	2769	3.46125	1.267583

平均の小さいもの(つまり、許容度の高いもの)から、履行利益賠償ルール、信頼利益賠償ルール、強制履行ルール、強制履行 2 ルールの順となった。

次にこの差が有意なものかを調べる(ここでは有意水準を  $p=0.05$  とし、多重比較はライアンの方法で行った。有意な結果は赤字及び※で示す。以下同じ)。

比較組	R	名義的有意水準	t 値	P
強制 2*履行	4	0.00833	18.931	※0.0000
強制 2*信頼	3	0.0125	15.436	※0.0000
強制*履行	3	0.0125	16.577	※0.0000
強制 2*強制	2	0.0250	2.354	※0.0186
強制*信頼	2	0.0250	13.082	※0.0000
信頼*履行	2	0.0250	3.495	※0.0004

※誤差項=1.061041, 自由度=2376, 有意水準=0.05

結果として、全ての比較組で有意な差が見られた。よって許容度は、履行利益賠償ルール、信頼利益賠償ルール、強制履行ルール、強制履行 2 ルールの順となった。人々が履行利益賠償ルール、つまり「契約を破る自由」に対して許容的であることが示された。

### (ウ) 各要因の影響

次に各要因の影響を加味して分析を行う。記述統計の結果は以下である。

契約破棄の理	Promisor	継続的関	利益の分配(1:	平均値	標準偏差	N
--------	----------	------	----------	-----	------	---

由 (1:Loss Paradigm 2:Overbidder)	が誰か(1:買主 2:売主)	係の有無 (1:あり 2:なし)	信頼、2:履行、3:強制 4:強制2)			
1	1	1	1	2.61	1.113	100
1	1	1	2	2.48	1.127	100
1	1	1	3	3.39	1.122	100
1	1	1	4	3.42	1.124	100
1	1	2	1	2.60	1.200	100
1	1	2	2	2.57	1.177	100
1	1	2	3	3.40	1.131	100
1	1	2	4	3.44	1.143	100
1	2	1	1	2.18	1.108	100
1	2	1	2	2.43	1.125	100
1	2	1	3	3.27	1.279	100
1	2	1	4	3.52	1.253	100
1	2	2	1	2.27	1.103	100
1	2	2	2	2.29	1.052	100
1	2	2	3	3.33	1.059	100
1	2	2	4	3.38	1.173	100
2	1	1	1	2.89	1.076	100
2	1	1	2	2.60	1.010	100
2	1	1	3	3.32	1.067	100
2	1	1	4	3.40	0.98	100
2	1	2	1	2.87	1.172	100
2	1	2	2	2.34	1.107	100
2	1	2	3	3.27	1.190	100
2	1	2	4	3.46	1.178	100
2	2	1	1	3.02	1.225	100
2	2	1	2	2.64	1.054	100
2	2	1	3	3.47	1.135	100
2	2	1	4	3.60	1.049	100
2	2	2	1	2.89	1.182	100
2	2	2	2	2.54	1.043	100
2	2	2	3	3.27	1.121	100

2	2	2	4	3.47	1.063	100
---	---	---	---	------	-------	-----

従属変数: 許容度					
ソース	平方和	自由度	平均平方	F 値	有意確率
破棄理由(A とする)	19.0653125	1	19.0653125	9.870	※0.0017
Promisor(B とする)	0.7503125	1	0.7503125	0.388	0.5333
継続的關係(C とする)	2.2578125	1	2.2578125	1.169	0.2800
A*B	12.3753125	1	12.3753125	6.406	※0.0116
A*C	2.0503125	1	2.0503125	1.061	0.3032
B* C	0.8778125	1	0.8778125	0.454	0.5004
A*B *C	0.0078125	1	0.0078125	0.004	0.9493
誤差[S(ABC)]	1529.9375	792	1.9317393		
利益分配(D とする)	562.5159375	3	187.5053125	176.718	※0.0000
AD	33.3734375	3	11.1244792	10.484	※0.0000
BD	4.8034375	3	1.6011458	1.509	0.2102
CD	0.7609375	3	0.2536458	0.239	0.8692
ABD	3.8434375	3	1.2811458	1.207	0.3055
ACD	1.1234375	3	0.3744792	0.353	0.7870
BCD	0.8409375	3	0.2803125	0.264	0.8512
ABCD	2.9559375	3	0.9853125	0.929	0.4260
誤差[DS(ABC)]	2521.0325	2376	1.0610406		
修正総和	4698.5721875	3199			

有意となったものは AB,AD,A,D であり、その他には有意な結果は認められなかった。

(i)単純主効果の検定 —AB について—

まず交互作用 AB における単純主効果を検定する。記述統計は以下のとおりである。

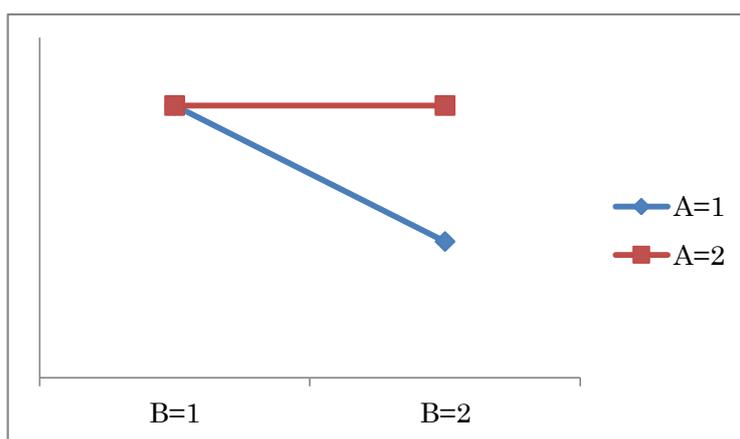
A	1		2	
	1	2	1	2
平均	2.989	2.834	3.019	3.112
N	800	800	800	800

単純主効果は以下の通りとなった。

Effect	平方和	自由度	平均平方	F	P
--------	-----	-----	------	---	---

A at B=1	0.3600000	1	0.3600000	0.186	0.6661
A at B=2	31.0806250	1	31.0806250	16.089	※0.0001
誤差		792	1.9317393		
B at A=1	9.6100000	1	9.6100000	4.975	※0.0260
B at A=2	3.5156250	1	3.5156250	1.82	0.1777
誤差		792	1.9317393		

交互作用の概略を下の表に表わす。ただし縦軸は回答された数字を意味するので、下に行くほど許容度が高い。



(ii)単純主効果の検定 —ADについて—

次に AD 交互作用における単純主効果を検定する。

A	1			
D	1	2	3	4
平均	2.415	2.442	3.348	3.440
N	400	400	400	400

A	2			
D	1	2	3	4
平均	2.917	2.530	3.333	3.482
N	400	400	400	400

Effect	平方和	自由度	平均平方	F	p
A at D=1	50.501250	1	50.501250	39.494	※0.0000
A at D=2	1.531250	1	1.531250	1.197	0.2739

A at D=3	0.045000	1	0.045000	0.035	0.8512
A at D=4	0.361250	1	0.361250	0.283	0.5951
誤差		3168	1.2787153		
D at A=1	374.35250	3	124.7841667	117.605	※0.0000
D at A=2	221.5368750	3	73.8456250	69.597	※0.0000
誤差		2376	1.0610406		

そしてDに関しては、ライアンの方法における多重比較を行った。

A=1 のとき

D	1	2	3	4
平均	2.415	2.442	3.348	3.440
N	400	400	400	400

比較組	R	名義的有意水準	t 値	P
4-1	4	0.00833	14.073	※0.0000
4-2	3	0.0125	13.695	※0.0000
3-1	3	0.0125	12.803	※0.0000
4-3	2	0.0250	1.270	0.2042225
3-2	2	0.0250	12.425	※0.0000
2-1	2	0.0250	0.378	0.7057940

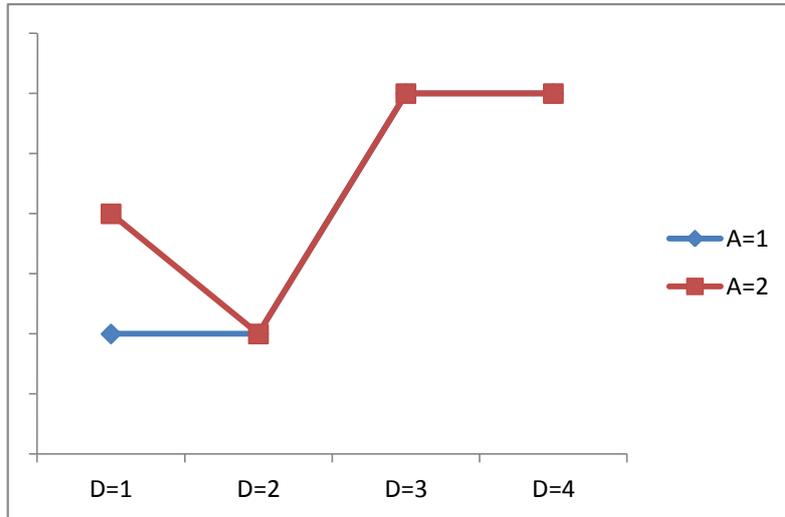
※誤差項=1.061041, 自由度=2376, 有意水準=0.05

A=2 のとき

D	1	2	3	4
平均	2.917	2.530	3.333	3.482
N	400	400	400	400

比較組	R	名義的有意水準	t 値	P
4-2	4	0.00833	13.077	※0.0000
4-1	3	0.0125	7.757	※0.0000
3-2	3	0.0125	11.018	※0.0000
4-3	2	0.0250	2.059	0.0395649
3-1	2	0.0250	5.698	※0.0000
1-2	2	0.0250	5.320	※0.0000

誤差項=1.061041, 自由度=2376, 有意水準=0.050000



(エ)属性について

いかなるルールに対する許容度であっても、年齢との間には強い相関関係は見られなかった。一方性別については、信頼利益賠償ルールと履行利益賠償ルールの下で有意な差が見られ、女性の方が許容的な態度を示した。

男女間での t-検定: 分散が等しくないと仮定した 2 標本による検定

ルール	男性平均	女性平均	P(T<=t) 片側
信頼利益ルール	2.7425	2.59	※0.034368
履行利益ルール	2.6275	2.345	※0.000126
強制履行ルール	3.315	3.365	0.268212
強制履行ルール 2	3.435	3.4875	0.254972

法学専攻者に関しては、強制履行ルールと強制履行 2 ルールの下で、有意に許容度が他の回答者より高くなった。

t-検定: 分散が等しくないと仮定した 2 標本による検定

ルール	法学専攻者平均	他専攻者の平均	P(T<=t) 片側
信頼利益ルール	3.030303	2.650587	0.067375
履行利益ルール	2.393939	2.490222	0.290466
強制履行ルール	2.818182	3.362451	※0.004428
強制履行ルール 2	3.030303	3.479791	※0.023989

## (5)まとめ

### (ア)分析結果のまとめ

結論として本社会調査では、人々が履行利益賠償ルール、つまり「契約を破る自由」に対し許容的であるということが示された。一方で強制履行ルールの下での行動と結果については否定的な考えが表明された。

また背景的要因の影響は幾分限定的であった。継続的契約の法理における先行研究では重要な要因とされた当事者間の継続的關係について、交互作用・主効果ともに有意な結果は得られなかった。

一方、契約解消の原因については、売主による解消の時に **Loss Paradigm** となった場合に、**Overbidder Paradigm** と比べて許容度が高くなった。また **Loss Paradigm** の時は信頼利益賠償ルールと履行利益賠償ルールの間には有意な差は見られないのに対し、**Overbidder Paradigm** の時は、信頼利益賠償ルールは履行利益賠償ルールと比べて許容度が低くなった。

### (イ)仮説の検証

本稿での仮説は、①「契約を破る自由」の許容度は高い、②**Loss Paradigm** の許容度は高い、③信頼利益賠償ルールの許容度は低い、というものだった。

①については他の要素を排した場合に、そして要素の影響を加味しても **Overbidder Paradigm** の時は、全てのルールより有意に許容度が高かった。また **Loss Paradigm** においても、強制履行ルールより許容度が高かった。よって **Double Effect** に基づく仮説は実証的裏付けを得たと言える。

②の **Loss Paradigm** の影響については、売主が契約解消する時と信頼利益賠償ルールの下で、許容度が **Overbidder Paradigm** に比べ有意に高くなった。よって **Loss Paradigm** は危険の移転という特徴を持つために契約解消の許容度を上げる、という仮説はある程度妥当したと言える。

③の信頼利益賠償ルールについては、**Overbidder Paradigm** の下で履行利益賠償ルールより許容度が低くなった。**Promisee** に「重大な」影響を与えるため許容度が低くなると思われたが、その効果は限定的なものにとどまった。また強制履行ルールよりも許容度が有意に高くなった点は、仮説とは異なる点であった。

### (ウ)示唆と課題

本社会調査では「契約を破る自由」を許容する人々の法意識を明らかにしたと言える。定性的な先行研究の中には、「契約を破る自由」を認めると、人々の公正の意識に反するとすることになると主張するものもあったが、本調査はそれとは異なる示唆をもたらしている。今回の結果は「契約を破る自由」を支持するものとなった。

また背景的要因については、ある程度 Loss Paradigm の許容度の高さが示された。特に売主が Promisor である Loss Paradigm は原価の高騰を原因とするものであって、許容度が高い結果も自然であろう。一方、当事者間の継続的關係については全く影響が見られなかったことに鑑みると、「契約を破る自由」の保障を検討する際は、契約解消の要因についてまず着目して判断すべきであると考えられる。

課題の一つは信頼利益賠償ルールについての考えがある。本稿の仮説は履行利益賠償ルールと強制履行ルールの比較に主眼を置いていたため、大きな課題ではないものの、信頼利益賠償ルールの許容度の高さを説明することはできなかった点に改良の余地があるだろう。

また「法と経済学」での議論から、「契約を破る自由」については裁判所の不十分な認定能力に起因する非効率性の問題が指摘されていた。本稿では事案の複雑さを回避するため、裁判所の認定額の不確定性については分析の範囲内とはしなかった。今回の結果を基に今後更なる社会調査の機会に恵まれた場合は、上記の点をも考慮して、公平性と効率性をより統合的に分析できるような調査・分析を行いたいと思う。

## 9. 結語

本稿では「契約を破る自由」について先行研究を概観した後、近年学際的研究において活用が進んでいる Trolley Problem の知見を用いて仮説を立て、社会調査によって実証的裏付けを行った。結果として、「契約を破る自由」が広く許容される結果となったほか、契約解消の要因がその許容度に影響していることが示された。

だが「契約を破る自由」に関する非効率性の問題や、その他の背景的要因の影響については今後の研究課題としたい。

最後に、紙幅の関係から全ては掲載できないが、本調査で用いた調査票の文面の一部を掲載する。

### Appendix: 調査票の文面(抄)

調査票の一部を掲載する。ここで挙げる事例はパターン 1 に関するものである。設定が異なるパターンについては適宜、別途表記した。

#### (1) 事案の説明

家具の製造工場「A」と、家具を販売するホームセンター「B」は、10年前から継続的に取引をしている関係です。(略)

今 A と B の間で、A が机 1000 台を作って B に売るという契約を結ぼうとしています。机の材料費や製品の保管費、輸送費などを全て含めた「原価」は合計 800 万円で、B は

これを消費者に合計 1200 万円で売る予定です。

#### パターン 8

家具の製造工場「A」と、家具を販売するホームセンター「B」は、10 年前から継続的に取引をしている関係です。(略)

今回は価格を 1000 万円と設定して、A と B は契約を結んだとします。(略)

A の机は特殊な木材を使用しているのですが、契約を結んだ後に、ホームセンター B ではその木材を用いた机の売上が全体的に悪くなっていきました。

#### パターン 2

契約締結後 A に対し、工場 A が作る高級な机 1000 台を 1100 万円で購入したいという、別のホームセンター Xからの注文がありました。A が B と X の両方の注文に応えることは、工場の規模を考えるとできません。

#### パターン 3

契約締結後、別の家具製造工場 Xが B に対し、机 1000 台を 900 万円で売るという申し出をしました。B の売り場面積からしても、B が A と X 双方の注文に応えることはできません。

#### パターン 4

A の机は特殊な木材を使用していたのですが、契約を結んだ後に、その特殊な木材の価格が急激に高くなりました。

## (2) 信頼利益賠償ルール

その後 B では、A 製の机の売れ行き予想がさらに悪化しました。このままでは B は、1000 万円で購入した A の机を 300 万円分しか売ることができず、B は 700 万円の赤字となる予想です。B は赤字を少しでも減らすために、この契約を解消したいと考えました。

この時点では A はまだ机を作り始めてはいませんでした。机を作る準備として、A は新たな工具を 100 万円で既に購入していました。この工具は B に売る机のためにのみ必要なものなので、B との契約が解消されると、全くの無駄になります。

そこで B は、「契約が解消されると A にとって無駄になる工具代金 100 万円を賠償する」という条件で、契約の解消を A に提案しました。

Q.5

Aは契約を解消されても、工具の代金は賠償してもらえるので何も損害は発生しません。  
 ですが、契約によって本来得られるはずだった 200 万円も得られません。  
 一方、Bは 100 万円の賠償を払うのみで済みます。

	契約時の利益の見込み	<u>契約を解消しない時の利益の見込み</u>	<u>契約解消した時の利益</u>
A の利益	200 万円	200 万円	0 円
B の利益	200 万円	-700 万円	-100 万円

この状況で、Bからの契約解消は認められるべきだと思いますか。第三者の立場でお考えください。

1 認められるべきだと思う (略)

#### パターン 2

その後 X は A の作る机 1000 台に対し 1700 万円で購入したいと言いました。A は原価 800 万円の机を 1700 万円ですることが出来るので、X との契約により 900 万円の利益を得られます。A は B と X、双方の注文に応えることはできないため、**B ではなく X に机を売ることにしました。**そのためには **B との契約を解消することが必要です。**

この時点で B は、A の作る机の販売促進のために、100 万円をかけて広告を既に出していました。この広告は A の製造する机のためにのみ必要なものなので、A との契約が解消されると、**全くの無駄になります。**

#### パターン 3

その後 X は 300 万円で B に机 1000 台を提供すると、B に伝えました。B は原価 300 万円の机を 1200 万円ですることが出来るので、X との契約により 900 万円の利益を得られます。

B は A と X、双方の注文に応えることはできないため、**A ではなく X から机を買うことにしました。**そのためには **A との契約を解消することが必要です。**

この時点では A はまだ机を作り始めてはいませんが、机を作る準備として、A は新たな工具を 100 万円で既に購入してました。この工具は B に売る机のためにのみ必要なものなので、B との契約が解消されると、**全くの無駄になります。**

パターン 4

その後、A の机に用いられる木材の価格は急激に上がり続け、結局机 1000 台の原価は合計 1700 万円 となってしまいました。A はこれを 1000 万円で売りますので、700 万円の赤字となる予想です。A は赤字を少しでも減らすために、この契約を解消したいと考えました。

この時点で B は、A の作る機の販売促進のために、100 万円をかけて広告を既に出していました。この広告は A の製造する機のためにのみ必要なものなので、A との契約が解消されると、全くの無駄になります。

(3) 履行利益賠償ルール

A はこの契約が解消されなければ、200 万円の利益が本来得られたはずでしたので、A は B の申し出に対して難色を示しました。

そこで B は、「工具の代金 100 万円に加えて、契約が解消されなければ A が本来得られたであろう 200 万円もあわせた 300 万円を A に賠償する」という条件で、契約解消を要求しました。

A は B から 300 万円の賠償を受けることで、既に出費した工具代金 100 万円を差し引いても、最終的に 200 万円の利益を得られることになります。ですので、契約時当初の利益の見込みと同額を得られます。一方、B は 300 万円の賠償を払うのみで済みます。

	契約時の利益の見込み	契約解消をしない時の利益の見込み	300 万円を賠償して契約解消した時の利益
A の利益	200 万円	200 万円	200 万円
B の利益	200 万円	-700 万円	-300 万円

Q.7

このように、「A が契約から得られたはずの金銭も賠償する」という条件で、B 側から契約を解消することは、認められるべきだと思いますか。第三者の立場でお考えください。

(4) 強制履行ルール —交渉力対等の場合—

	契約時の利益の見込み	現在の利益の見込み	契約解消した時の利益
A の利益	200 万円	200 万円	200 万円
B の利益	200 万円	-700 万円	-300 万円

B は契約解消がなされなければ 700 万円の赤字となります (上の表の赤字部分)。です

ので、賠償額が 300 万円ではなく 500 万円だったとしても、依然として B にとっては契約解消した方が得ということになります。

そのことに気付いた A は、契約解消の条件として賠償額を 500 万円に値上げするよう、B に要求しました。賠償額が 500 万円の場合、A は 100 万円の工具の出費と合わせると、400 万円の利益を得られることになり、契約時当初の利益の見込みよりも多くの金額を得られることになります。一方、B は 500 万円の賠償を払うのみで済みます。

	契約時の利益の見込み	契約を解消しない時の利益の見込み	300 万円の賠償で契約を解消した時の利益	<u>500 万円の賠償で契約を解消した時の利益</u>
A の利益	200 万円	200 万円	200 万円	400 万円
B の利益	200 万円	-700 万円	-300 万円	-500 万円

Q.10

A による 500 万円への賠償額の値上げは、認められるべきだと思いますか。

(カ)強制履行ルール —交渉力が対等でない場合—

B は、契約解消がなされなければ 700 万円の赤字となります。ですので、賠償額が 500 万円ではなく 600 万円だとしても、依然として B にとっては契約解消した方が得ということになります。この時、A は 100 万円の出費と合わせても、500 万円の利益を上げることが出来ます。一方、B は 600 万円の賠償を払うのみで済みます。

	契約時の利益の見込み	契約を解消しない時の利益の見込み	300 万円の賠償で契約を解消した時の利益	<u>500 万円の賠償で契約を解消した時の利益</u>	<u>600 万円の賠償で契約を解消した時の利益</u>
A の利益	200 万円	200 万円	200 万円	400 万円	500 万円
B の利益	200 万円	-700 万円	-300 万円	-500 万円	-600 万円

Q.11

値上げは認められるべきだと思いますか。

以上