

契約法原理としての市場

一オーマン『商取引の尊厳：市場と契約法の道徳的基礎』（2016）を読む一

椎名智彦

目次

- I. 序説
- II. 本書の概要
- III. 検討

I. 序説

本稿は、ネイサン・B・オーマン『商取引の尊厳：市場と契約法の道徳的基礎』（2016）¹⁾を読み解くことを通じて、同書で示された市場観、および、それに基づく契約法の役割論について考察するものである。

次章で詳しくみるように、本書の核心は「健全な市場は、取引当事者間における交流の所産として社会道徳を生み出すので、契約法の役割は、そのような働きを保全するという目的に照らして再定義されるべきである」という主張にある²⁾。

本書は、商取引がもつ道徳的側面について独自の分析を行うとともに、その成果に基づいて、約因、救済、および約款という3つの実践的課題について検討している。そして、それらの検討はいずれも、基本的には英米契約法における具体的題材を対象として進められる。しかし、そこで考察の基軸として採用される市場観そのものは、シェイクスピアの『ヴェニス商人』やギリシャ叙事詩、中世イスラムの商慣習や17世紀の奴隷貿易など、幅広い歴史的知見を基にして構築されており³⁾、その意

味では、本書は狭い意味での英米契約法を超えるインプリケーションをもつものといえる。

次に、本書は、英米契約法における原理的論点の1つである、契約強制の正当化根拠およびその実践的射程をめぐる伝統的論争に対しても、一定の興味深い貢献をなすものといえる。周知のように、英米契約法では、古典的リベラリズムの観点から、債務者の財産処分権に対する国家的介入としての実質をもつ契約強制は、いかなる事実的条件の下で、いかなる規範的根拠によって、どのような範囲で許容されるのかという根本問題が永年にわたって争われ、今日に至っている。

特に、現代米国では、個人の自律性の発露としての約束の意義を重視する〈自律＝約束〉陣営と、個人的効用や社会的厚生を最大化を重視する〈法と経済学〉陣営とが、この論点をめぐる有力な立場として学界を二分する様相を呈している。しかし、本書は、いずれの陣営にも与しない第3の立場としての〈市場説〉（Market Theory）を提唱し、現在の膠着状態に一石を投げようと試みている。第Ⅲ章において詳しく検討するように、同説の成否については慎重な検討を要するものの、商取引に関する独創的な機能分析に基づく挑戦そのものは注目に値するものといえる。

以下では、本書の概要をやや詳しく紹介した上で（Ⅱ）、その中核的主張である〈市場説〉について吟味しつつ、その課題と展望について若干の検討を行う（Ⅲ）。

Ⅱ. 本書の概要

1. はしがきおよび第一章（Preface & Chapter I）

著者によれば、彼を契約の法哲学的考察に向かわしめたのは、「法をめぐる経済学的理論と自律性理論とのあいだのきわめて非生産的な分断」であり、本書へと至る彼の従来の研究は、「経済学的理論と自律性理論との対立を解消しうる方法」を見出そうとする試みであったという⁴⁾。

つづく第一章は、「序論:シェイクスピアと契約法の袋小路」と題されている。その冒頭において、著者は「本書は、契約法と市場の関係について規範的主張を提示する。可能な限りシンプルに言えば、健全な市場(well-functioning markets)は道徳的に望ましく、契約法は、そのような市場を支えるという観点から組み立てられるべきである」と、本書のねらいを宣言する⁵⁾。

i. 『ヴェニス商人』

著者によれば、シェイクスピアの代表作の1つである『ヴェニス商人』は、今日的な意味における英米契約法が形成された当時の世界へとわれわれを誘うという。その物語は、大規模な国際取引や商業社会の萌芽期に著されたものであり、契約強制を、個人的道徳の観点からではなく、特定の社会制度、すなわち市場という枠組みの保全という観点から描き出すものである。同時に、中世的な世界観から、当時出現しつつあった商業社会的な世界観への移り変わりの中で人々が感じ始めていたような、ある種の受け入れがたい道徳観の変化をも表現するものであるという⁶⁾。

物語のクライマックスでは、市場および契約に関するさまざまな観念が一堂に会する。そして、著者によれば、ここで特筆されるべきは、契約というものの規範的基礎に関する際立った考え方、すなわち、市場における商取引を守るという点に法の存在意義を求めるという立場が、そこで明確に提示されている点であるという。すなわち、契約が強制されなければならない理由は、そこで発生するかに見える内在的な道徳的義務がそれを要求するからではなく、契約強制が、市場における商取引を活性化させるからなのである、と。結論として、『ヴェニス商人』の素晴らしさは、商人、法、そして市場というすべての要素が、いずれも傷つけられることなく物語が幕を閉じることに求められる⁷⁾。

著者によれば、近代英米契約法の出発点となる Slade's Case が1602年に判示されたことと⁸⁾、『ヴェニス商人』が1590年代中頃に初演を迎え

たことの時期的近接性は、単なる偶然ではない。それらはいずれも、15世紀以来の英国商品経済の拡大が、契約法の在り方そのものを大きく変容させたことの、異なる2つの表現にすぎないという⁹⁾。

ii. 現代契約理論における〈市場〉の欠落

序説でもふれたように、現代米国の契約法学では、〈自律＝約束〉陣営と〈法と経済学〉陣営とが学界を二分している。前者の代表例は、契約の本質を「約束を守る」という道徳的義務の表れとみるフリード（C. Fried）であり、後者の代表例は、契約法の役割を最適な資源配分のためのインセンティブ調整とみるポズナー（R. Posner）及びその知的後裔たちである。著者によれば、いずれの陣営においても市場は完全に無視されているわけではないものの、その取扱いはいずれも満足のものではない。

たとえば、〈自律＝約束〉陣営では、市場にしか果たせない美徳の涵養機能が等閑視されている一方で、〈法と経済学〉陣営では、市場における経済活動そのものは重視されるものの、功利主義の価値原理に囚われるあまり、契約法の目的から邪悪な効用の充足を排除しないので、倫理的観点から問題が残る¹⁰⁾。著者によれば、両陣営はいずれも、契約法における市場の意義を十分にくみ取るものではないとして批判される。ただし、過去においては、ルウェリン（K. Llewellyn）やガードナー（G. Gardner）といったリアリズム法学の論客たちが、契約法の在り方が究極的には市場に依存するという関係を適切に把握していたという¹¹⁾。

iii. 法解釈への含意

その上で著者は、次のように主張する。すなわち、市場における商取引は、道徳的観点から見て望ましいアウトプットを有しており、それらは、例えば〈法と経済学〉陣営が挙げるような、資源の効率的配分などには還元されえないものであるということ。および、市場がもつ道徳的

役割は契約法に対してその規範的基礎を与えること、そして、契約法は市場を拡大強化する役割を果たすべきであるとともに、市場から産出される道徳的価値を保全すべきであること。

ただし、これらは論理的必然、あるいは確実な因果関係によってつながっているものではなく、結果としてそのような因果関係が相当程度成立してきたという、一種の経験的事実から導かれる主張であるという。実際、著者は、契約法によるバックアップが存在しない状況でも、市場自体は成立しうるものと述べており、契約法の存在を不可欠なものとはみていない。

また、市場を契約理論の中核に据えることは、従来のものとは異なる新しい実践的含意を導くことを可能にする。たとえば、強制されるべき合意の範囲という伝統的論点については、市場の拡大強化という観点から、伝統的学説に比べてよりオープンな立場が導かれる。この立場は、具体的には、約因法理の緩和や約款の拘束力に対する寛容な立場を帰結する。また、契約法の目的を、健全な市場の保全と理解する場合、非良心性や公序則といった実体規制法理は、社会的病理を生み出すような悪しき市場を排除するための手段として、積極的運用が期待されることにもなる¹²⁾。

2. 第I部 (Part I)

i. 第2章：健全な市場と契約法

「健全な市場とは、自発的な協力活動や富、その他の美德といった道徳的に好ましい成果を、望まれない病理を伴うことなく産出する市場である」¹³⁾。契約法の目的が市場の保全であると主張する本書にとって、その市場の中身を具体的に示すことは、是非とも必要であろう。特に、健全な市場と有害な市場 (pernicious markets) と区別する著者にとって、その健全性がいかなる条件の具備によって達成されるのかを示さない限り、その主張は説得的なものとはなりえない。

この点について、著者は、健全な市場の構成要素として5つの性質を提示している¹⁴⁾。

- ① 財やサービスの交換によって構成されること。
- ② 一定量の社会的資源を配分する集団的な社会实践であること。
- ③ あらゆる人々にとって参入がある程度可能であること。
- ④ 特定の相手方との関係においても、参入および離脱が自由であること。
- ⑤ 個人の基本的アイデンティティを決定する共同体のあいだの境界を超えて取引が行われること。

これらはいずれも、市場一般が成立する上で基本的な条件であると思われるが、本書が強調するのは、特に③から⑤に示される参入・離脱に関する自律的選択の存在、および、事前情報や面識を欠くような相互に未知なる人々のあいだでの社会实践という性質である¹⁵⁾。

次に、著者は、健全な市場は経済学における完全競争市場とは異なるものであることを強調する。その理由として著者は、経済学が目標とする効率性の達成は結果の道徳的当否を問わないが、健全な市場ではそれが重要な関心事項となりうること、および、完全競争市場が現実には存在しない仮想モデルにすぎず、その点において、現実的な社会实践としての市場、そしてその保全装置としての契約法を論じるための理論としては有効ではないこと、という2点を挙げている¹⁶⁾。

つづいて、著者は、市場の成立にとって契約法はどの程度必要か、という問いを立てる。その上で、歴史上みられたような大小さまざまな種類の市場にとっては、その成立に対して契約法による支援は必ずしも不可欠なものではないが、現代の先進国や大都市にみられるような大規模かつ複雑化した市場は、法による維持管理なしには存在しえないとする¹⁷⁾。また、そのような法的保全の中核原理として、取引の安全 (security of exchange)、契約の尊重 (sanctity of contract)、および契約の自由

(freedom of contract) を挙げている¹⁸⁾。

ii. 第3章：健全な市場が生み出す成果としての道徳

市場と社会道徳 本章で著者は、健全な市場における商取引は、現代社会が直面する価値多様性やそれに基づく党派的分断—多元主義—の下においてさえ、人々のあいだでの平和的かつ生産的な協力活動を生み出すのであり、そうであればこそ、契約法によって維持保全する価値があるということを主張する。

悲惨な宗教戦争への反省の下に構築されてきた近代市民社会は、価値観の多元性を保障することを重要な目的としてきた。したがって、特定の世界観や価値観は、各個人が内心において保持すべきものであり、法や政治はこれらとのあいだで注意深く距離を保ってきた。

他方で、市場において営まれる商取引は、人間による欲望の充足行動として認識されることが通例であり、社会道徳の観点からは卑しいもの、醜いものと評価されてきた¹⁹⁾。

しかし、著者によれば、市場や商取引に関するこれらのネガティブな評価は誤りであるという。むしろ、モンテスキューが『法の精神』において説いたように、商取引には欲望を統制し、人格を陶冶する働きがある。なぜなら、商取引においては、当事者は相手方のニーズや視点を考慮しなければならないとともに、相手方を納得させて取引を成立させるために、自らの利益や欲求を抑制しなければならないからである。これは、他者利益への配慮の一形態だが、単なる利他主義とは質的に異なる。

また、市場における経済的利益の追求は、歴史的には、自らが属する部族、家族などに基づく集团的閉鎖性を希釈することで、それらのしがらみから取引当事者を解放するとともに、他者への寛容を生み出してきた。実際、比較文化研究が示しているように、社会における産業の種類が農業中心から商業中心への変化するにつれて、人々が他者の利益に配慮する程度は高まる²⁰⁾。

また、歴史的には、商取引は原則として対等な当事者間で展開されてきたので、相手を平等な他者として扱う美德をも涵養する。トクヴィルもまた、米国における商取引の精神が、ヨーロッパ的な貴族社会的性格を駆逐し、民主主義の成立を促進することに言及している²¹⁾。

価値に関する多元主義・相対主義 宗教戦争は過去のものとなったが、現代は価値に関する多元主義をその特徴の1つとしている。血みどろの宗教戦争が、価値多元主義の最も病理的な形態であるとすれば、異なる信念を抱く人々が平和的に共存する社会は、リベラルな理想を体現しているといえる。そして、このような社会を維持する原理として、公共道徳の重要性が主張される。しかし、人工妊娠中絶をめぐる米国内の論争が示しているように、公共道徳の名の下に行われる決定が、必ずしも暴力的な対立を回避しうるわけではない。また、議会や裁判所といった、公共道徳を発見したり、適用したりする諸機関もまた、万能ではない。この点、市場は、道徳的、宗教的、政治的論点に関して著しい不一致にある人々のあいだで、協力関係を構築するための極めて有効な場である。たとえば、企業やプロジェクトなどにおいて、宗教や政治的信条を異にする人々が、同僚やビジネスパートナーとして平和的に働いていることは珍しくない。このことは、市場における取引が、人々の合意を不可欠の要素として成立していることとも無関係ではない²²⁾。

健全な市場は、望ましいリベラルな制度の1つであることは疑いがなく、経済的利益の追求は、道徳的問題についての一致を要求することなく、相手と協働することを可能にする。このような性格は、集団的圧力が個人の選択に影響することもある民主政治と対比しても、自由を一層尊重しているともいえる²³⁾。

社会的害悪の除去手段としての富 ある意味で自明だが、富は、ほとんどの社会問題を解決するために不可欠である。逆からいえば、経済的に繁栄している状況の下でこそ、さまざまな社会的害悪の除去は容易なものになる。たとえば、サハラ以南のアフリカにおいて、多くの人々

が AIDS やマラリアで命を落としているのは、その経済的貧しさのゆえに、比較的安価な治療薬へのアクセスすら十分でないからである。また、経済的に豊かな国々では、まさに経済的余裕があるがゆえに、自然環境の保護でもより先進的かつ効果的な取り組みがなされていることが通例である。そして、市場における商取引は、その富を生み出すための主要な方法であることは明らかである。したがって、商取引は、富を生み出すことで、道徳的に望ましい状態を間接的に支援し、擁護するものなのである²⁴⁾。

iii. 第4章：契約法、効率性、道徳性

本章では、著者は、現代米国契約法学における2つの主要な立場、すなわち、〈自律＝約束〉陣営の視点と〈法と経済学〉陣営の視点とが、本書の〈市場説〉とのあいだでどのような関係に立つのかという問題について詳論する。著者によれば、両陣営の視点は、本書が提示するような立場を通じて仲介されることによって、市場を補強するものとして読み替えることが可能である。また、そのような役割を与えられてこそ、契約法の理論的基盤として有意義なものとなりうるとされる。

効率性と契約法 著者はまず、〈法と経済学〉陣営の所説を批判の俎上に載せる。〈市場説〉では、〈法と経済学〉陣営の視点とは異なり、効率性そのものは自己目的化されることはない。法のルールは、効率的なインセンティブを創出することを通じて、市場の維持発展に寄与する限りにおいて価値をもつと観念される。前章で論じたように、市場は様々な社会道徳を生み出す場であるがゆえに、契約法によって支えられるに値する。また、契約法がもつ強制力の正当化根拠も、それが市場のそのような役割に貢献する点に求められることになる²⁵⁾。

次に、〈法と経済学〉陣営が効率性という言葉を用いるとき、それは、経済学におけるパレート優位やパレート最適を意味することもあるが、カルドア＝ヒックスの意味で用いられることが最も一般的であるとい

う。しかし、古典的功利主義における実体的価値内容への無関心が典型的に示すように、これらはいずれも、不公平であったり、邪悪であったりする効用充足を排除しえない点で、道徳的観点から問題が残る²⁶⁾。

つづいて、コースが指摘したような、取引費用の低減についてはどのように考えるべきか。これについては、たしかにより実的な意味での効率性と考えることも可能である。

しかし、〈市場説〉は、取引費用の低減化そのものは重視しない。「法の経済分析は、取引の費用を、可能な限り排除されるべき資源の浪費として概念化する。突き詰めて考えれば、そのような立場は、市場における実践とは全く相容れない。…市場から生み出される社会的便益の多くは、取引や交換といったプロセスの中から発生する。ギブ・アンド・テイク、あるいは目的となる対価の交換といったプロセスにおいては、異なる価値観をもった人々が、相互に信頼し、理解し合うことを学習する。この『浪費的な』プロセスが法的命令によって省略されてしまえば、上のような便益もまた失われる。それにもかかわらず、ルールが、交換の要素を除去することなく取引費用を低減するものであるならば、それは〈市場説〉の立場からも大いに推奨しうるものである」²⁷⁾。

道徳性と契約法 次に、〈市場説〉は、〈自律＝約束〉陣営の所説に対しても、基本的には、〈法と経済学〉陣営に対するものと同様の態度をとる。すなわち、〈市場説〉の立場からは、契約法は、義務論的道徳観それ自体を基盤として構築されるべきではない。あくまでも、義務論的道徳観が市場における商取引を促進する限りにおいて、それが契約法においてもつ意義を認めるのである。この点で、〈自律＝約束〉陣営の所説に一般的に看取される、約束の基礎にある道徳性のみを強調し、契約の経済的・実践的側面を等閑視する傾向が批判される²⁸⁾。

また、著者は、〈自律＝約束〉陣営が、道徳的義務と法的義務の差異を十分に説明しきれていない点、および、契約上の義務の中には、価格、引渡し、履行命令など、約束の道徳性の観点からは必ずしもうまく説明

できない要素も少なくない点なども批判している²⁹⁾。その他、市場における商取引の促進という観点からは、自律的選択という、あくまでも一個人に着目した道徳の源泉ではなく、取引当事者のあいだに発生する相互的な信頼こそ、個人の自律性に由来する道徳的要素としてより重視されるべきであるとも主張する³⁰⁾。

最後に、著者は、両陣営の対立を克服し、それらを調和させるための視点について、次のようにまとめている。「効率性理論は、法のルールをその効果に基づいて評価するものであり、本質的には帰結主義的な立場であるので、ほとんどの法理論家は、法のルールを効果ではなく主として道徳的義務との一致の観点から評価する道徳理論とは、相容れないものであると考えている。また、効率性分析は事前予測的な道徳的観点をとるのに対し、約束その他の道徳的契約理論は、事後回顧的観点をとるといわれてきた。したがって、契約法をめぐる多くの理論的主張は、ある立場に対する強硬な支持という形や、批判に対して自分の好みの規範原理を擁護するなどの形をとってきた。多元主義的な契約理論を構築しようという試みもみられる。この立場によれば、効率性と道徳性とは、それぞれ、異なる対象についての理論であるか、あるいは、それらが衝突する際には優劣を決しうるように、それらを順位付けすることが可能な何らかの原理が存在するということになる。〈市場説〉は、このような多元主義の契約理論であり、効率性と義務論的道徳とを単一の理論の中で調和させようとするものである。しかしながら、ある価値を他のものの上位に、いわば階層的にすえるといういわゆる垂直的統合戦略を採用するものではない。むしろ、契約法を、道徳的価値を有する特定の社会実践、すなわち、市場での交換を支えるという観点から理解するものである。したがって、市場にとって有益である場合には、効率性論も道徳性論も両方援用するが、商取引を支えるという契約法的能力を侵食するような場合には、いずれも採用することはない」³¹⁾。

3. 第Ⅱ部（Part II）

i. 第5章：約因

本書第Ⅱ部は、契約に関する一般理論としての〈市場説〉を、各論的題材に応用する箇所となっている。第5章では、そのような題材として、英米契約法の特徴の1つである約因が組上に載せられる。

第2次契約法理ステイトメントは、契約とは、「法が強制する、または、本来であれば法がその履行を義務と認める約束」と定義する³²⁾。公的強制に値する約束とそれ以外とを識別することは、契約法の最も重要な任務であり、約因法理は、英米契約法においてその任務を果たす主要な法理の1つであった。

しかし、周知のように、約因法理は長年にわたって様々な角度から批判にさらされてきた。法理としては、それは多くの混乱を生み出してきており、特に、契約の修正や、交換取引された約束とのあいだで区別することが困難な贈与約束の場面などは、その代表例であった。この点、約因をめぐる本書の立場は、以下のようなある意味で思い切ったものである。すなわち、著者は「現在の約因法理を廃棄し、商業的活動を促進するためになされたすべての約束は、対価を伴うか否かに関わらず、強制しうるものと推定すべきである」と主張する³³⁾。

著者によれば、19世紀から20世紀初頭にかけて、著名な契約法学者がその定式化を試みて以来、約因法理はおよそ3つの角度から批判されてきた。すなわち、上でもふれたとおり、交換の一貫性、契約の修正、および贈与約束がそれらであった³⁴⁾。

約因法理に対する批判は、その他にも枚挙にいとまがないが、ともあれ著者は、それらの混乱や批判を一掃すべく、上に示したようなドラスティックな修正を提案する。そして、その背景には、前章において示された市場の道徳的機能を強化しようとする狙いがある。「健全な市場では、見知らぬ相手方とのあいだで、複雑な相互交流を行うことが必要となる。このような相互交流がなければ、商取引は相対的にシンプルなもの

のであり、部族的、宗教的、地域的アイデンティティによって特徴づけられる集団の内部に制限される。… 健全な市場がもたらす便益の多くは、人々が、まさに部族的境界を越えた商取引に参加する際に発生する。市場が、道徳的不一致の下においてさえ人々が協力するための制度的文脈を提供し、リベラルな美徳を教え、大規模な富を生み出すという役割を果たすのは、このような状況においてである」³⁵⁾。現在の約因法理は狭隘に過ぎ、このような道徳的役割を果たす合意を広範囲にわたって排除してしまうため、著者はその大幅な修正を主張するのである。

ii. 第6章：救済

著者によれば、フラー&パーデューによる1936年の記念碑的論文の発表以来³⁶⁾、米国契約法における救済論は、賠償の範囲に関する議論に支配され、その他の重要な課題を放置してきたとされる。本書は、そのように放置されてきた論点のうち、双方主義 (bilateralism) および私的当事者適格 (private standing) を取り上げる³⁷⁾。

著者自身も指摘しているように、これらのテーマが救済論で主題化されることは稀であるので、ここで少し補足する。著者が検討の俎上にあげているのは、契約違反が発生した場合に、債権者の権利を実現する際の制度設計の問題である。すなわち、このような場合、権利侵害を受けた債権者本人に訴えを提起させるというやり方のほかに、公的機関に権利回復のイニシアティブを委ねるというやり方もありうる。しかし、英米契約法において後者の立場がとられることはなく、私人による民事訴訟のみが採用されてきた。その理由はいかなるルーツに求めることができるであろうか。著者によれば、この論点については、〈自律＝約束〉陣営も、〈法と経済学〉陣営も、これまでのところ満足な回答を提示してこなかった³⁸⁾。

では、契約違反に対する救済の枠組みとして、双方主義および私的当事者適格が採用されている理由とは何なのか。著者は、ある意味で非常

にユニークな結論を提示する。「契約法は、契約それ自体を強制するのではない。むしろ、違反を受けた当事者に対して、違反した当事者に対して裁判所を通して攻撃することを授權しているのである。それによって、契約法は、取引の当事者間の相互的な和解の余地を残しつつ、商取引上の協力を促進すると同時に、機会主義的行動があった場合には報復が待っているという脅威を保存しているのである」³⁹⁾。では、そのような結論はいかなる論拠によって導かれるのか。

著者は、旧約聖書、ギリシャ叙事詩、ホップズなどを援用しながら、ヨーロッパ古法が私的復讐の権利を承認しつつ、そのような復讐が過度なものにならないように周到的な制約を設けていたことに着目する。そして、たとえば、契約成立時点と履行期とが時間的に離れている場合、一方当事者が機会主義的行動に走るリスクが発生するところ、それを防ぐ方法の1つは違反を受けた当事者が、違反した相手方に対して報復することを認めることであったという⁴⁰⁾。

「次第に、社会は、違反に対する報復を一定の範囲で許容することに伴う対立激化のリスクを抑制するための、ヨリ強力な安全弁を発達させてきた。すなわち、暴力的対応に代えて財産を取り上げること、自力救済に代えて裁判を用いることで報復を管理すること、金銭を通じた報復についてさえ、その範囲に制限を設けることなどである。要は、契約法は、無政府状態を完全に除去するのではなく、むしろホップズが示唆したように、古代以来の報復の仕組みを、その基本構造を根本的には変更することなく馴致し、枠づけているのである」⁴¹⁾。

このような発想が現代でも法理のかたちで残存する例として、著者は違約罰に言及する。「契約責任を報復の一形態であると考えれば、違約罰の法理をシンプルに説明することができる。すなわち、法は、お互いに略奪するという当事者の能力を制限するためでもあるのである」⁴²⁾。

また、期待利益の完全賠償が認められることが実務上稀であることに着目しつつ、それが違反者に対する報復にキャップをかぶせて、違反

者に過度の責任を負わせないためのものであるとも主張する。「[損害額算定における] 確実性の要件や、派生的損害の除外などは、債権者が違反した債務者に対して利用可能な手段を制限する役割をもつ」⁴³⁾。

結論として、〈市場説〉との関係では、救済論における双方主義および私的当事者適格は、違反に対する報復が激化し、道徳の源泉としての市場が瓦解することを防ぐという目的に由来する、ということになる。

iii. 第7章：約款

著者によれば、約款 (boilerplate) をめぐる問題とはつまるところ、契約法における同意 (consent) の役割に対する評価に行きつくという。そして、そこで提起される批判としては、約款に対して消費者が提示する同意は、その強制を正当化するためのものとしては、あまりにも希釈されているというものが一般的であった⁴⁴⁾。では、この論点に対して本書はどのような立場をとるのか。〈市場説〉によれば、同意は契約強制を正当化しない。むしろ、契約強制が市場を維持拡大するからこそ、契約強制は望ましい⁴⁵⁾。

〈自律=約束〉陣営や〈法と経済学〉陣営の見方と対比する場合、〈市場説〉では、同意が果たす役割やそれがもつ重要性は、より小さなものとなる。したがって、〈市場説〉は一定の条件が具備されれば、希釈された同意に基づく契約強制を承認する⁴⁶⁾。

著者によれば、市場における商取引が、さまざまな実験を繰り返しながら健全に発展していくためには、契約における債権債務の内容が、当事者によって柔軟に創造されることが不可欠であるとされる。そして、そのような柔軟性を確保するためには、約款のように、一方当事者が契約内容を完全に決定してしまうことは好ましくない。相手方もまた、最終的な契約内容に対して一定のアクセスをもたなければならない。同意過程は、このようなアクセスにはほかならない。

したがって、約款の強制には消費者側の同意が必要であることになる

が、それは伝統的学説が主張していたような完全なものでも足りるのであって、いわゆる希釈された同意で十分である⁴⁷⁾。そして、そのような場合には、事業者側による濫用的条項の挿入を抑止しうる条件が必要となるが、① 共通の商品・サービスを提供する事業者間の競争（特に価格競争）、② 約款の内容を事業者とのあいだで実質的に争うような例外的な消費者の存在などが、それに当たる⁴⁸⁾。

「〈市場説〉は、契約強制の理論における同意の地位を変更するものである。同意は、契約強制の主要な根拠としての機能は最早果たさない。むしろ、契約法が促進しようとする債権債務の起草のための分権化されたプロセスに奉仕するものであるとともに、馬鹿げていたり、略奪的であったりする条項を抑制するための、数ある装置の中の1つとなる」⁴⁹⁾。また、「〈市場説〉は、意味のある同意（meaningful consent）の探求は放棄されるべきであると提案する」⁵⁰⁾。

「全体として、〈市場説〉は約款の強制の問題に対しては許容的態度をとるものである。一般論からいえば、最低限の形式的同意がある場合には、約款は強制されるべきである。これらの合意を規制しようとする場合には、裁判所は、意味のある同意の探求は放棄すべきであるとともに、そのような同意がない場合における仮定的同意の探求も放棄すべきである。むしろ、過剰、濫用、無能力などを規制するためのフィードバック装置の有無を判断するために、契約が締結されたり、履行されたりする社会的文脈を注視すべきである」⁵¹⁾。

iv. 第8章：有害な市場と契約法の限界

著者によれば、本書は、市場の役割について極めて肯定的な立場をとるものである。しかし、あらゆる市場が例外なく人間社会にとって有益なもので、契約法による保護に値するとまで主張するものではない。むしろ、そのような有害な市場を適切に認識することによって、契約法の領分もまた明確になるとする⁵²⁾。

契約法の限界 　いかなる法システムにおいても、すべての合意が法的に強制されるわけではない。〈自律＝約束〉陣営や〈法と経済学〉陣営の所説も、いかなる性質の合意をどのような範囲で強制すべきかという論点に関わるものである。この点、〈市場説〉は、繰り返して述べているように、契約法の役割は健全な市場を支えることであるとの立場をとる。すなわち、契約上の債務の強制は、それによって市場における商取引が促進され、かつ、そのような制度的実践が、政府による介入支援を道徳的に正当化するに十分な社会善が産出するような場合に、理論的に許容されることになる。

すなわち、契約法の本分は、人々のあいだでの協力、美徳、富といった、道徳的価値を創出するような市場を維持発展させることにある。したがって、15世紀から19世紀にかけて展開された大西洋の奴隷貿易の周辺に生じた市場などは、そのような道徳的諸価値を生み出すものとは程遠いため、契約法による支援の対象とはならない⁵³⁾。

次に、契約法による保護の対象から除外されるような有害な市場について、著者は3つの態様を挙げている。「第1に、市場は好ましくない結果をもたらすことがある。一部の市場は、そこで取引に参加する当事者に損害を与えたり、他者に損害を与えるような効果を生んだりすることがある。第2に、第3章において論じたように、市場は一定の道徳的習慣—いわば商人的エートス—に依存していると同時に、それを涵養する。このエートスは、多くの美徳を伴うものであり、法が契約強制を通じて市場を支えるべきであることの理由の1つでもある。それにもかかわらず、商人的エートスは、人生におけるあらゆる場面において適切なものであるというわけではない。商人的価値の注入が、一定の文脈や実践を破壊してしまうような場合には、市場は有害なものになるといえよう。第3に、物品や行為の中には、市場において取引されると、その性格が変化してしまうものがある。市場で流通させないことによるのみ保たれるような価値が、結果として失われてしまうのである」⁵⁴⁾。

非商業的状況における商人的エートス 本来、市場において商取引に参加する人々は、〈法と経済学〉陣営が想定するように、単純に利益の最大化のみを考えているわけではない。取引の過程には相互の信頼が不可欠であり、倫理的行動に関する一定の規範が両当事者に内面化されていることが、当然の前提となっている⁵⁵⁾。

もちろん、そのような商人的エートスは、伝統的に非商業的な規範によって支配されてきた領域においては不適切なこともある。そして、そうであるとすれば、契約法は、そのような不当な越境に左袒すべきではない。家族法は、商人的エートスに馴染まない領域の1つである。コモン・ローが、離婚の成就を条件として当事者の権利に変更を生じさせる契約—首尾よく離婚を成立させた弁護士が、成功報酬制で代金を受け取る契約など—の強制を拒絶してきたことは、その一例である。このことは、商取引と婚姻とが、規範的な性格や文脈を著しく異にするという見方を前提としている^{56)、57)}。

V. 結論

結論として、契約法の存在意義、あるいは、契約の法的強制の正当化根拠は、それが市場の存立を可能ならしめるという点に求められる。この点は、契約法の哲学において長年見落とされてきた。実務上も、契約法が適用される事件の圧倒的多数は商取引をめぐる紛争である。契約法の規範的基礎は、商取引の擁護に求められるべきである。著者は、市場の役割に着目し、それを肯定的に評価するという視点を〈法と経済学〉陣営と共有する。しかし、効率性そのものの道徳的意義については、立場を異にする。市場が重要であるのは、あくまでも、それが個人の徳性と社会的相互交流を育む場であるからである。また、著者は、市場を契約法哲学の中心に置くことによって、〈自律＝約束〉陣営の立場と、〈法と経済学〉の立場とを有意義に調和させる方法が明らかになるとも主張する⁵⁸⁾。

Ⅲ. 検討

1. 市場は実践的法理となりうるか

本章では、前章で概要を示した著者の〈市場説〉について、これまでに公にされたいくつかの書評をも参照しつつ、評価を試みたい。

まず、本書の最大の特長は、契約法をめぐる原理的考察において、従来よく知られていた〈法と経済学〉陣営とは全く異なる角度から、市場の意義に光を当てたことであろう⁵⁹⁾。また、その洞察は、歴史に登場した様々な市場に対して、どちらかといえば法社会学的な角度から検討した結果として導かれており、契約法原理をめぐる学説としては、手法としてもユニークであるといえる⁶⁰⁾。また、そこから導かれる契約強制の正当化根拠については、商取引に参加する人々がその過程で一定の道徳的行動規範を身につける点に着目しているが、これ自体非常に斬新なものであると考えられる。

しかしながら、冒頭で提示された本書最大の課題は、現代米国契約法学における〈自律性=約束〉陣営と〈法と経済学〉陣営との理論的な止揚ないし統合であった。では、この点の成否についてはどのように評価すべきか。

その課題に対して著者が提示している回答は、個人的・社会的徳性の源泉としての市場というモチーフである。そして、そこでは〈法と経済学〉陣営における中心的ヴィジョンとしての市場という場において、〈自律性=約束〉陣営における中心的価値である個人的選択の道徳性が尊重されるという構図が提示されている。その意味ではたしかに、〈市場説〉は、両陣営の視点を一定の範囲で両立させることに成功しているといえるのかも知れない。

しかし、このようなかたちでの理論的統合から、具体的にどのような実践的帰結が導かれるのかという問題に対して、本書が十分な回答を与えているかどうかについては、留保が必要であるように思われる⁶¹⁾。両陣

営の考え方を調和的に発展させる方法は、著者が本書で示したものに限りされると考える理由はない。英米契約法における多様な法理の解釈適用に対して、より具体的なアイデアを提示しうるような止揚の在り方を発展させていくことが、〈市場説〉にとって今後の課題となるのではないか。

もちろん、本書が主として契約法の背景にある哲学的原理を取り扱ったものであるという点を考慮すれば、そこで示されたアイデアが、実際の契約紛争処理に対してもつインプリケーションについては、過度な期待を寄せるべきではないのかも知れない。しかしながら、約因および約款を取り扱った個所において示されたように、〈市場説〉からの具体的帰結が、「商取引を活性化させるために、約因を欠く合意でも、従来批判されてきたような約款でも、それらの強制可能性を幅広く認めよ」というものにすぎないならば、それは契約法理論としてはやや緻密さや洗練性を欠くもののように思われる⁶²⁾、⁶³⁾。

2. スコットランド啓蒙思想との類似性

次に、本書で示された「市場での交流が個人の徳性を涵養する」というモチーフと、スコットランド啓蒙思想とのあいだの類似性について指摘しておきたい。

周知のように、商業社会への参加が、人々の内面に正義の遵守や社交性といった徳性を涵養するというヴィジョンは、ヒュームやスミスといった、スコットランド啓蒙を代表する思想家がとった視座であった⁶⁴⁾。田中によれば、18世紀中葉の英国において、ヒュームは「強欲ではなく相互の穏当な利益の獲得を基礎とする、相互性の取引社会としての商業社会が形成されつつあった」ことを見抜いていたとされる⁶⁵⁾。そして、経済学の父とされるスミスもまた、「商業社会は、野蛮な未開社会とは異なり、洗練された文明社会であり、勇気や剛毅より、正義と社交性、温かな作法 (manners) が徳の核をなすようになった、安全で豊かな社会」であることを看破していたといわれる⁶⁶⁾。

これらは、まさに本書の中核的主張に通じるものであろう。もちろん、本書では、著者もスコットランド啓蒙に対して全く言及していないわけではない⁶⁷⁾。しかし、筆者の見立てでは、いわゆる商業的共和主義 (*doux commerce/commercial republicanism*) ないし商業ヒューマニズムの思想は、〈市場説〉の屋台骨となる思想と実質的に大きく重なり合っているにもかかわらず、その主要なルーツの1つであるスコットランド啓蒙思想への言及が、臍目に見ても散発的であることは、いかにもバランスを欠くように思われる。ともあれ、そのような理論的な重なり合いには、読者も留意すべきであろう。

- 1) NATHAN B. OMAN, *THE DIGNITY OF COMMERCE: MARKETS AND THE MORAL FOUNDATIONS OF CONTRACT LAW* (2016).
- 2) *Id.* at 23, 161-4.
- 3) *Id.* at 1-8, 121-30, 144, 162-3.
- 4) *Id.* at ix.
- 5) *Id.* at 1.
- 6) *Id.* at 1-2.
- 7) *Id.* at 4-5
- 8) *Slade's Case*, (1602) 4 Co. Rep. 91a, 92b, 76 Eng. Rep. 1072, 1074 (K. B.).
- 9) OMAN, *supra* note 1, at 5-8.
- 10) *Id.* at 8-13.
- 11) *Id.* at 13-4.
- 12) *Id.* at 15-8.
- 13) *Id.* at 23.
- 14) *Id.* 23-4.
- 15) *Id.* at 26-30.
- 16) *Id.* at 30-2.
- 17) *Id.* at 33-6.
- 18) *Id.* at 36-9.
- 19) *Id.* at 40-2.
- 20) *Id.* at 43-5.

- 21) *Id.* at 46-9. 「リベラルな政治的秩序は、市民のあいだに精神と行動に関する一定の習慣—美德—が広く行き渡っていることを必要とする。市民は、中立的な制度の中で他者の視点を想像しながら平和的に熟議しなければならない。商取引は、これらの美德を支える習慣を涵養する。なぜなら、市場参加者は、家父長制的・貴族制的動機を棄てて、ニーズや欲求を相互に考慮しなければならないからである。端的にいえば、健全な市場はリベラルな美德を注入するのである」。 *Id.* at 49.
- 22) *Id.* at 49-54.
- 23) *Id.* at 56.
- 24) *Id.* at 58-66.
- 25) *Id.* at 67.
- 26) *Id.* at 68-71.
- 27) *Id.* at 76 (emphasis in original) .
- 28) *Id.* at 76-8.
- 29) *Id.* at 79.
- 30) *Id.* at 81-3.
- 31) *Id.* at 85 (citations omitted) .
- 32) Restatement (Second) of Contract § I, *quoted in OMAN, id.* at 89.
- 33) OMAN, *id.* at 89-90.
- 34) 交換の一貫性については、特定の取引において、約因の存否を争いが生じない形で識別するための一貫した方法は存在しないので、約因法理はそもそも成立していない、という批判がある。次に、契約の修正については、すべての契約は約因によって支えられていなければならないという要件は、履行開始後その終了前に、当事者が契約内容を再交渉しようとする場合に、当事者の期待などに著しく反するという点が批判される。つづいて、贈与約束については、約因法理は過小包摂的であり、約因を欠くものの、通常の商業的取引と実際には区別することが困難な約束を強制不能なもの扱ってしまう、という批判がある。これらのケースにおいては、約因法理は、引受けの強制可能性を不当に制限してしまうと批判される。 *Id.* at 90.
- 35) *Id.* at 101.
- 36) Lon L. Fuller and William R. Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 *YALE L. J.* 52, 373 (1936).
- 37) OMAN, *supra* note 1, at 112-3.

- 38) *Id.* at 114-20.
- 39) *Id.* at 132.
- 40) *Id.* at 120-3.
- 41) *Id.* at 124-5 (citation omitted).
- 42) *Id.* at 128.
- 43) *Id.* at 130 (citation omitted). [] 内は補充。
- 44) 米国契約法学において、そのような批判の起点となった古典的研究として、著者は Friedrich Kessler, *Contract of Adhesion—Some Thoughts about Freedom of Contract*, 43 COLUM. L. REV. 629 (1943) を挙げている。従来、約款に対する批判としては、そのほか、① 事業者は消費者の不注意に付け込んで利益を搾取している、② マクロ的にみた場合、約款は法として機能しているので、事業者は民主過程の立法権を事実上篡奪している、等があった。*Id.* at 136-41.
- 45) *Id.* at 134.
- 46) *Id.* at 142.
- 47) *Id.* at 144-7.
- 48) *Id.* at 148-52.
- 49) *Id.* at 153.
- 50) *Id.* at 156.
- 51) *Id.* at 158.
- 52) *Id.* at 160-1.
- 53) *Id.* at 161-4.
- 54) *Id.* at 166-7.
- 55) *Id.* at 172.
- 56) *Id.* at 173-5.
- 57) また、市場において物品やサービスを取引することが、目的物の性質を変えてしまい、その価値を毀損することもある。あるいは、ある物品の価値が、その配分方法と深く結びついている場合、それを市場を通じて配分してしまうと、その価値が傷つけられることがある。著者は、いくつかの具体例を挙げてこれらの主張を例証しようとしている。*Id.* at 175-9.
- 58) *Id.* at 183-4.
- 59) See Robert A. Hillman, *A Pragmatist's View of Promissory Law with a Focus on Consent and Reliance*, 9 WM. & MARY BUS. L. REV. 419, 424-4 (2018). Kimberly D. Krawiec & Wenhao Liu, *Does Contract Law Need Morality?*, 9 WM. & MARY BUS. L.

- REV. 435, 437-8, 442-4 (2018).
- 60) このような観察の手法は、法多元主義論においてしばしば採用されるアプローチを想起させる。See e. g., BRIAN Z. TAMANAHA, *LEGAL PLURALISM EXPLAINED: HISTORY, THEORY, CONSEQUENCES* (2021).
- 61) See Krawiec & Liu, *supra* note 59, at 448.
- 62) Krawiec & Liu, *id.* at 439-40. このほか、書評としては以下のものがある。Wim Decock, *Ethics and Economics*, 21 J. MKT & MORALITY 413 (2018). Mark L. Movsesian, *Is It Really Commercial Activity that Civilizes?*, LAW AND LIBERTY (Jun. 26, 2017), <https://lawliberty.org/book-review/is-it-really-commercial-activity-that-civilizes/> (last visited 5/4/2023). 後者も、オーマンの結論に対してやや批判的な立場をとる。
- 63) この点では、比較的近い時期に公開された類似の研究の中では以下のものが注目に値する。PETER BENSON, *JUSTICE IN TRANSACTION: A THEORY OF CONTRACT LAW* (2019). 同書は、〈自律性＝約束〉陣営の主要な理論家であるフリードの流れを汲む著者によるものであり、正義論などで著名なロールズの哲学を契約法に適用しようとしている。同書は、約因、申込と承諾、黙示的条項、非良心性、約款、救済といった幅広い主題について考察しており、その成否には議論があるものの、契約法の哲学的考察を多様な実践的法理に落とし込もうとする努力の点で、一歩先を行くものといえる。
- 64) 田中秀夫『スコットランド啓蒙とは何か—近代社会の原理—』v頁(2014)。
- 65) 前掲(注64)108頁。
- 66) 前掲(注64)125-6頁。
- 67) OMAN, *supra* note 1, at 43.