

続・錯誤論再考

——「法的拘束力からのアプローチ」についての検討——

樋
口
直

目次

- 一 問題の所在
 - 1 二元論と一元論
 - 2 錯誤無効の理論的根拠を巡る問題状況
 - 3 錯誤無効の理論的根拠の提示
 - 4 問題点
- 二 「法的拘束力からのアプローチ」の考え方
 - 1 前提的合意説
 - 2 合意原因説
 - 3 両説の構造
 - 4 法的拘束力アプローチの有意義性
 - 5 論点
- 三 法的拘束力について

1 英米契約法

2 日本法における法的拘束力

- (1) 法的拘束力の性質・内容について
- (2) 法的拘束力概念の必要性・有用性について
- (3) 法的拘束力欠如の効果・効力について
- (4) 判例における法的拘束力

ア 最高裁判例

イ 下級審判例

四 まとめ

一 問題の所在

1 二元論と一元論

筆者は、前回の「錯誤論再考」(以下「前回論文」という。)において、最高裁判所平成一四年七月一日判決を契機として、従前からの判例の二元論を再検討し、その理論的拠り所を探り、それを理解・擁護する立場に立つことにより、「本判決が、錯誤無効の理論的根拠として、明示はしていないものの、いわゆる一元論を意識し、あるいは念頭に置いているとしても、前記のとおり、一元論ないし表示主義的立場が錯誤無効の理論的根拠を明確に提示できない限り、本件判決で示唆されているかのような、二元論から一元論への変更の兆しは、大きくならず、続かないであろう。今後も、判例は、これまでの考え方(二元論)に抗してまでは一元論に踏み切れず、二元論を捨て切れまいであろう。」と結論付けた。¹⁾そして、かかる結論は、意思主義的意思表示論を基礎に置く

限りは、正しいであろうし、民法の諸規定とも合致する考え方である。

2 錯誤無効の理論的根拠を巡る問題状況

他方、前回論文「四 錯誤論の現状」において触れたように、「判例における動機表示定式に対する批判とその克服への議論及び意思表示論の表示主義が錯誤無効の理論的根拠を提示していないこともあつてか、学説における「動機の錯誤」論の錯綜状況があり、さらに、錯誤事案の具体的な解決を志向する考え方が拍車を掛けられているように思われる。⁽³⁾⁽⁴⁾近時の学説として、「動機の錯誤」の問題を、動機部分を当事者双方が了解していた場合を、前提合意（深層合意）とし、意思表示（内心的効果意思と表示上の効果意思）の合致を表層合意としたうえで、表層合意と前提合意（深層合意）との齟齬ないしねじれの場合は当該法律行為は無効となる、と説明する考え方（加藤雅信教授の見解―筆者註）もあるが、かかる見解も、何故、表層合意と前提合意（深層合意）との齟齬ないしねじれを生じた場合に、法律行為が無効になるのかについて、表示主義と同様、（説得的な）理論的な論拠を示していないように思われる。また、本件事案を、「共通錯誤」ないし「意思表示による合意（表層合意）」と前提（的）合意（深層合意）との齟齬ないしねじれ⁽⁵⁾と解する立場があるが、「共通錯誤」については、一元論を背景としており、一元論が抱える問題点は前述のとおりであるし、「意思表示による合意（表層合意）」と前提（的）合意（深層合意）との齟齬ないしねじれ⁽⁶⁾については、無効の根拠を拘束力がない、ということの説明するようであるが、かかる考え方は、現時点では、必ずしも熟された理論とは言えないうえ、意思表示における錯誤論というよりも、契約論である。」としたところである。

3 錯誤無効の理論的根拠の提示

しかしながら、山本敬三教授は、判例の動機表示構成の立場を、さらに、信賴主義を基礎とする動機表示重視説と合意主義を基礎とする内容化重視説とに区分し、「同じく動機表示構成といっても、こうした二つの理解が存在すること自体が、これまでかならずしも明確に認識されてこなかった」としたうえ、「学説では、以上のような、動機表示構成に対して、……最初に、信賴主義の観点から錯誤法を再構成する立場（一元論―筆者註）が有力化したのに対して、最近では、合意主義の観点から錯誤法を再構成する立場（新二元論（錯誤外構成説）及び新一元論（合意主義的錯誤理論））要素の錯誤一元論が登場してきたということが出来る。」としたうえ、このうち、上記分類における要素の錯誤一元論は、「表示錯誤と動機錯誤の区別は、九五条にとって意味をもたないとする。九五条は、法律行為の要素を基準として、法律行為のいかなる部分に錯誤があるかによって、顧慮される錯誤の範囲を確定するという立場を採用していると考えられるからである。」、そして、要素の錯誤一元論において、「要素の錯誤が錯誤無効の要件とされる趣旨（は）……合意の拘束力の観点から基礎づけられる（この基礎にあるのは、フランス法のコーズに関する考え方である）」……合意に拘束力が認められるのは、それによって債務を負担することを正当化する理由がある場合にかぎられる。そのような理由、つまり合意の原因が存在しない場合は、合意の拘束力は否定されなければならない。……九五条により、錯誤無効が認められるのは、合意の拘束力を正当化する理由が錯誤によって失われるからである。したがって、要素の錯誤とは、そうした合意の拘束力を正当化する理由、つまり合意の原因に関する錯誤であると考えられる。」とし、錯誤無効の論拠を合意の拘束力（欠如）に基礎を置く考え方を提示している（上記新一元論（合意主義的錯誤理論））要素の錯誤一元論のうち、錯誤無効の論拠を合意の拘束力（欠如）に基礎を置く考え方を、便宜上、「合意の拘束力論」といい、錯

誤論において、動機を含む内容ないし要素の錯誤の問題を、合意の拘束力を以って説明し、論ずる立場即ち、法的拘束力からのアプローチを、便宜上、「法的拘束力アプローチ」ないし「拘束力アプローチ」という。

4 問題点

そこで、改めて、上記「合意の拘束力論」ないし「法的拘束力アプローチ」を検討しようと思う。

二 「法的拘束力からのアプローチ」の考え方

1 前提的合意説

まず、加藤雅信教授の見解は、以下のとおりである。

(一) 同教授は、「動機の錯誤」の問題につき、同教授の提唱する三層的法律行為論に基づき、いわゆる動機部分を深層意思とし、かかる動機部分を当事者双方が了解していた場合を、深層意思の合致、即ち、前提的合意とし、双方の意思表示（表示行為と内心的効果意思）の合致を表層合意としたうえ、表層合意と前提的合意（深層意思の合致）との齟齬ないしねじれの場合は当該法律行為・契約は無効となる、とする。⁽⁵⁾⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾さらに、「深層意思の合致（前提的合意）があつた場合には、それも契約内容の一部をなし、当事者を拘束する」としたうえ、「表層合意と前提的合意とに齟齬（ないしねじれ）があれば、契約全体を無効とする」としている。⁽⁷⁾上記の加藤教授の考え方は、前提的合意即ち、当事者双方が了解していた動機部分も、「契約内容の一部をなし、当事者を拘束する」としたうえ、「表層合意と前提的合意とに齟齬（ないしねじれ）があれば、契約全体を無効とする」とし

ているので、明確には述べられていないものの、表層合意と前提的合意とに齟齬（ないしねじれ）を生ずれば、前提的合意の拘束力が失われ、契約内容の一部（前提的合意部分）のみならず、契約全体が無効となる、とするようであり、その意味で、山本教授の言う「合意主義の観点から錯誤法を再構成する立場」の一つとしての、新一元論（合意主義的錯誤理論）＝要素の錯誤一元論の一つであり、無効の理論的根拠を法的拘束力（欠如）に基礎を置く「合意の拘束力論」に位置付けられると思われるが、なお明確ではない（以下、上記の加藤教授の考え方を、便宜上、「前提的合意説」という）。

(2) このように、加藤教授の唱える前提的合意説は、基本的な考え方として、まず、契約の解釈において、いわゆる動機部分を当事者双方が了解していた場合を、黙示的な場合を含め、表層合意（双方の意思表示の合致）の内容としてとらえるのではなく、前提的合意（深層合意の合致）として把握することから始まる。そして、この前提的合意（深層合意の合致）の把握の仕方は、かなり広範にわたる（いわゆる性状（性質・属性）・同一性に関する事項を含むようである）。加藤教授は、注（10）記載の「懸談」において、錯誤に関する判例（受胎した馬の売買の事例^⑮、絵画の売買の事例^⑯、譲渡所得税負担者が問題となった財産分与契約の事例^⑰、空クレジット契約に関する保証契約の事例など）の読み解きをしているが、これによると、上記の各事例でいえば、売買契約における良馬（受胎した馬）としての当該馬、売買契約における真作としての当該絵画、財産分与契約における譲渡所得税負担者は妻、保証契約における（実の）商品売買契約の成立などの当事者双方の了解事項、また、いわゆる共通錯誤が問題になる場合における当事者双方の前提事項（例、売買契約の動機たる地下鉄開通についての当事者双方の認識が共通錯誤の場合でも、当事者双方は地下鉄開通を売買契約の前提事項にしている場合）などが前提的合意である^⑱。そして、表層合意、即ち、当該（良馬としての馬でも、駄馬としての馬でもない）馬（実

は、駄馬)の売買契約、(真作としての絵画でも、偽作としての絵画でもない)当該絵画(実は、偽作)の売買契約、(譲渡所得稅負担者が妻か夫かに触れていない)財産分与契約(実は、税法上は夫が譲渡所得稅負担者)、クレジット契約(実は、空クレジット契約)に関する保証契約はいずれも成立しているので、上記の各事例でいえば、表層合意の内容たる当該馬(実は、駄馬)の売買契約、当該絵画(実は、偽作)の売買契約、(譲渡所得稅負担者が妻か夫かに触れていない)財産分与契約(実は、税法上は夫が譲渡所得稅負担者)、クレジット契約(実は、空クレジット契約)に関する保証契約と、いわゆる動機部分としての、良馬、真作の絵画、妻の譲渡所得稅負担、(実の)商品売買契約の成立という前提的合意との間にそれぞれ不一致、齟齬・ねじれを来たし、表層合意と前提的合意との齟齬・ねじれとして、当該法律行為・契約は無効となる、ということになる。このように、前提的合説は、錯誤論における「動機の錯誤」の部分を(内容の錯誤ないし事実の錯誤(事実についての誤った認識・誤解・誤信)としたうえで)、表層合意と前提的合意(深層合意の合致)との齟齬ないしねじれととらえ、この場合は当該法律行為・契約は無効となる、つまり、「前提的合意は、その合意をした当事者を拘束する」としたうえで、表層合意と前提的合意(深層合意の合致)との齟齬ないしねじれの場合には、その前提的合意は拘束力を欠くから、当該契約全体が無効となるとしているようである。そうだとすれば、かかる見解は、表層合意と前提的合意(深層合意の合致)との齟齬ないしねじれの場合における当該法律行為・契約の無効の拠り所・根拠を法的拘束力の欠如に求めていると言うことができる。

(3) ただし、この前提的合説のいう表層合意と前提的合意(深層合意の合致)との齟齬ないしねじれの問題は、従来の法律行為論・意思表示論的には、一般に、まず、当事者間に、いわゆる動機部分についての合意と言えものが成立しているのか、合意があるとした場合、当該合意は意思表示の合致としての法律行為(契約)

の内容に入るのか、入らないのか、という形で問題になると思われる。そして、いわゆる動機部分についての合意があり、かつ、法律行為（契約）の内容に入るとした場合は、当該法律行為（契約）そのものの解釈の問題となり、この場合は、原則的に、法律行為（契約）の内容と動機部分についての合意との齟齬ないしねじれの問題は生じない。ここで生じる齟齬ないしねじれとは、動機部分を含め、法律行為・契約の内容と事実（現実）との齟齬・ねじれ・不一致の問題であり、動機部分についての合意との齟齬・ねじれではない。即ち、上記齟齬・ねじれ・不一致は、上記の各事例でいえば、駄馬、偽作の絵画、夫の譲渡所得税負担、空クレジット契約との事実と、契約内容になった動機部分の合意即ち、良馬、真作の絵画、妻の譲渡所得税負担との不一致であるが、このことは、錯誤論的には、「動機（の錯誤）」が内容化されたうえで、いわゆる「内容の錯誤」における「事実（現実）」と意思（合意）・認識との不一致」のことであり（これが「要素の錯誤」とされたとしても）、表層合意（双方の意思表示の合致）即ち、法律行為ないし契約の無効を来たさないことは、既に、前回論文で詳述したとおりで²⁰ある。

(4) いずれにせよ、前提的合意説は、加藤教授の三層的法律行為論を基礎に、かなり広範にわたるいわゆる動機部分を前提的合意にいわば格上げし、前提的合意をキーワードとして、当事者双方の意思表示の合致との齟齬・ねじれという形で、いわゆる動機部分を問題化して、伝統的な法律行為・意思表示論を前提にしている従来²¹の錯誤論を契約そのものの効力論として再構成的に論じているようである。

2 合意原因説

また、森田宏樹教授は、コオズ論を基礎とした錯誤の定式化について、次のように述べている。

(1) 「この点に関し、つとに私は、フランス法のコオズ論を手がかりとして、法的にいかなる動機が契約の内容に取り込まれるかの要件化を試みたことがある。錯誤の要件論を考えるうえで、コオズ論が有益な分析視角を与えるものであることは、理論的にみて十分に理由がある。コオズの理論とは、契約が拘束力を持つのはなぜかというその法的根拠を問うものである。そして、錯誤無効が、表意者がある事項に関して誤った認識を有していたことを理由に契約の拘束力を否定するものであることから、そのような錯誤として顧慮されるのは、コオズ、つまり、契約上の義務の拘束力を基礎づけるような事項に関する錯誤でなければならぬ、という関係がある。錯誤の要件論をめぐって、コオズ理論が援用されるのは、錯誤とコオズ論との間に、このような理論的な関連性があるからにはかならない。」とする。²¹⁾

(2) この考え方は、要するに、前提として、動機の錯誤の問題を法律行為(契約)の要素Ⅱ契約の内容化の問題として捉えた上、動機に錯誤があった場合、その錯誤については、単なる動機についての錯誤ではなく、契約の拘束力を基礎づけるような事項に関する錯誤でなければ、錯誤無効を来さない、言い換えれば、契約の拘束力を基礎づけるような事項、即ち、相手方の受容により契約の領域にとり込まれた動機Ⅱ「合意の原因」に関する錯誤と言えるならば、合意の原因は存在しないことになり、合意・契約の拘束力は否定され、法律行為の要素の錯誤として錯誤無効が認められる(もつとも、森田教授の上記「錯誤無効が、表意者がある事項に関して誤った認識を有していたことを理由に契約の拘束力を否定するものである」との記述が、このような趣旨であるかは必ずしも明確ではないが)とするようである(以下、上記の森田教授の考え方を、便宜上、「合意原因説」という)。

(3) そうだとすると、「合意原因説」は、前述した、錯誤無効の論拠を合意の拘束力(欠如)に基礎を置く「合意の拘束力論」、また、錯誤論において、動機を含む内容ないし要素の錯誤の問題を、合意の拘束力を以って説

明し、論ずる立場である「法的拘束力アプローチ」に位置付けることができよう。

3 両説の構造

このように、「前提的合意説」にしろ、「合意原因説」にしろ、これらの見解は、いわゆる動機部分（その範囲に広狭の幅があるが）をいわば合意にまで格上げ（これについても、明示の了解ないし相手方の受容から、黙示の了解ないし相手方の受容までの幅がある）したうえで、伝統的な法律行為・意思表示論を前提にしている従来の錯誤論を再構成的に、即ち、いわゆる動機の錯誤が問題になるケースを、「法的拘束力」をキーワードとして、契約の法的拘束力の有無という形に置き換えて論じているように思われる。

4 法的拘束力アプローチの有意義性

これらの「前提的合意説」「合意原因説」が、「合意の拘束力論」「法的拘束力アプローチ」だとすれば、確かに、これらの見解はそれなりの説得力を持っていると思われる。見方を変えれば、動機の錯誤を含む錯誤論、即ち、要素ないし内容の錯誤論、引いては、意思表示論における表示主義において、錯誤無効の理論的根拠を提示できないところを、これに代わって、当該法律行為・契約における法的拘束力の欠如という法的構成により、無効の根拠を提示しているとも言える。そして、かかる法的拘束力アプローチの論理、即ち、法的拘束力を基礎に置く錯誤論が成り立つのであれば、筆者が前回論文で指摘した、意思表示論を前提にする錯誤論における諸難点（一元論の「効果意思欠如」論等の諸難点、二元論における「錯誤無効の理論的根拠欠如」等）がクリアーできそうである。そうであるならば、拘束力アプローチは、判例の動機表示構成（「動機表示不定式」）より、より説得力を

持てるかも知れない。また、後述する法的拘束力論から見れば、その適用場面、応用場面となるかどうかということでもあろう。

5 論点

いずれにせよ、論点は、法的拘束力を欠く場合、当該契約を無効たらしめるのか、である。そこで、以下に、「合意の拘束力論」「拘束力アプローチ」の見解のキーワードである法的拘束力について検討し、上記論点を検証すると共に、法的拘束力を巡る問題状況の一端を明らかにしたい。

三 法的拘束力について

1 英米契約法

法的拘束力については、日本民法上に規定がないし、間接的にしろ、法的拘束力の根拠となるような規定も存在しない。したがって、法的拘束力の概念、その性質・効力、その必要性・有用性が十分に吟味されなければならない。

ところで、法的拘束力は、もともとは、英米契約法の概念である。したがって、英米契約法上の法的拘束力論を検討したうえで、日本の学説への影響や日本法で使われている法的拘束力の概念を比較法的に論ずる必要がある²⁴のであるが、筆者には、その余裕がないので、後の機会に論述を試みたい。

2 日本法における法的拘束力

(1) 法的拘束力の性質・内容について

ア 内田貴教授によれば、「国家権力を使って強制的に約束の内容を実現したり、あるいはそれと同じ状態をもたらすのに必要な金銭を賠償として取ることができる」こともって「法的拘束力を生ずる」とし、このような法的拘束力の生ずるところに、法律上の制度としての契約の意味がある」とする⁽²⁵⁾。そして、「契約に拘束力が与えられるのは、本人が約束したからであり、約束は守るべきだと道徳的にいえるからだ、との主張がなされる。約束とは、自らが拘束されるという意思であるから、このような立場を意思主義と呼ぶ。」とする⁽²⁶⁾。「意思説」〔合意説〕。

あるいは、「契約が成立すれば、各当事者は、契約内容の履行規範に拘束される。「合意」による当為 (Sollen) 的な規範的拘束関係の発生である。この合意による規範拘束を、〈契約の拘束力〉と呼んでいる。もとより、〈拘束〉するとは、国家ないし社会がその〈拘束〉を法的に保障することである。」⁽²⁷⁾、「契約の拘束力とは」契約をすることに、契約をした者はそれに拘束され、その実現を強制される(ということである)⁽²⁸⁾、「契約は守られなければならないし、契約が守られない場合には、強制執行という形で、あるいは、損害賠償という形でその責任を負わなければならないが、それは、当該契約に係る合意に法的拘束力が認められているからである。」「契約に法的拘束力が認められる所以については、……同語反復的になるが、法的に保護し得る合意を契約として保護して法的拘束力を認めているにすぎない。」⁽²⁹⁾。

なお、法的拘束力が生ずる根拠につき、「意思説」「合意説」の外に、「法規説」「事実的契約関係理論」等がある⁽³⁰⁾し、意思主義・意思説に対する事実的契約関係理論及び法規説からの批判がある(注(31)(38)参照)。

もつとも、大村敦志教授は、「契約は成立すれば効力を持つのが原則である。ここで効力を持つということは債務を発生させるということである。…（中略）…以上のように、契約が成立すればその内容通りの効力が発生する、つまり、契約で決めた通りの債務が発生する。このことを「契約の拘束力」と呼ぶことがある。」とするが、かかる見解は、法的拘束力について、契約は効力を持ち、債務を発生させるという当然のことを表現しているとの意味しか持たせていないようである。⁽³²⁾

イ 以上によれば、契約（合意）に法的拘束力があるということは、あるいは、法的拘束力がある契約（合意）は、その内容が国家権力を使って強制的に実現され得る、ということであり、かかる法的拘束力が生ずる根拠は、自らが拘束されるという意思にある、ということである。したがって、内田教授によれば、デートの約束（合意）については、「約束として守られるべきことに異論はないが、相手が来なかったからといって、損害賠償の請求を認めるべきだとは通常考えられていない。その理由…法的拘束力が否定される理由は、裁判所なり国家権力なりが出る幕ではないというのが社会の通常の意識だからだろう。したがって、合意があれば全て契約として保護されるというわけではないのである。」とし、さらに、「この問題に関する有名な判例が、「カフェー丸玉女給事件」である。⁽³⁴⁾昭和初期、大阪道頓堀にあった「カフェー」で、客が女給の歡心を買うために行なった独立資金贈与の約束（合意）について、大審院は、任意に履行すれば有効な履行となるが履行の強制はできないという「特殊の債務関係」である可能性を肯定して、女給側の請求を認めた原審判決を破棄した。」とし、デートの約束（合意）や上記独立資金贈与の約束（合意）は、法的拘束力はない、とする。⁽³⁵⁾ そうだとすれば、かかる法的拘束力とは、契約（合意）の効力として、その内容が国家権力を使って強制的に実現され得る、ということに尽きる。

(2) 法的拘束力概念の必要性・有用性について

ア しかしながら、法的拘束力とは、当該契約（合意）の効力として、その内容が国家権力を使って強制的に実現され得るといふことだとすれば、このことは、従来、契約そのものの効果・効力の問題と言うよりは、法律行為・契約（意思表示の合致）における効果意思の効果・効力として論じられた問題ではないだろうか。即ち、日本民法における意思表示論・意思表示構造を前提とする限り、契約は意思表示の合致であり、その意思表示の内容・効果は、効果意思を中心に検討される³⁶。

イ まず、意思表示論としては、従来の代表的な見解は、意思表示の要素である「効果意思（一定の効果を欲する意思：筆者注）」の内容は、社会関係における事実的效果であつて、法律がその理想からみて、当事者の意欲するところから従つて法律的效果を与える価値があるとなすものである。現代の法律理想からみれば、親子や夫婦の間の些細な物の貸借、友人の間の儀礼上の約束、純粹に宗教上の約束などは、法律效果を生じさせず、単に人情・道徳・宗教上の規律を受けるに止めさせるのが至当である。従つて、かような内容の意思は、効果意思ではない。また、表意者が、法律的な効果を生じさせず、単に徳義上の問題に止めようとする意欲をあらわして表示している場合には、法律は、原則として、これを是認し、法律的な効果を生じさせない。従つて、この場合にも、その意思は、効果意思たる価値をもたない。」とする³⁷。この見解によれば、要するに、意思表示の要素である「一定の効果を欲する意思」の内容によつて、その意思が効果意思といえるか否かが決まる、ということになる。即ち、上記見解によれば、「一定の効果を欲する意思」の内容が、法律からみて、当事者の意欲するところから従つて法律的效果を与える価値があるとなすものではない、親子や夫婦の間の些細な物の貸借、友人の間の儀礼上の約束、純粹に宗教上の約束などは、単に人情・道徳・宗教上の規律を受けるに止めさせるのが至当であるから、効果意思ではないし、表意者が、法律的な効果を生じさせず、単に徳義上の問題に止めようとする

意思を表示している場合も、効果意思はない、ということであり、逆に、法律からみて、当事者の意欲するところに従って法律的效果を与える価値があるとなすものが効果意思である。

そして、かかる意味の効果意思の意思内容につき、法律即ち、国家は、強制力をもって助力、保障、強制し、実現させるのである。³⁸⁾

このように、契約の法的拘束力とは、当該契約（合意）の効果・効力として、その内容が国家権力を使って強制的に実現され得るといふことだとすれば、従来から法律行為・契約（意思表示の合致）における効果意思の効果・効力として論じられた問題なのである。

もつとも、効果意思が認められる場合は、その意思内容につき、法律即ち、国家は、強制力をもって助力、保障、強制し、実現させるのが原則であるが、当該効果意思の意思内容が国家が強制力をもって助力、保障、強制し、実現させる程度のものではない場合もある。例えば、前記「カフェー丸玉女給事件」における独立資金贈与の約束（合意）の事例のように、この事件における客の効果意思の意思内容は、意思解釈として、独立資金贈与の約束（合意）を「任意に履行すれば有効な履行となるが履行の強制はできない」程度の意味内容なのであるから、かかる「一定の効果を欲する意思」の意味内容・程度どおりの効力が発生する場合もあるということである。その限りでは、効果意思の意思内容によっては、国家は、ストレートに、効果意思を、強制力をもって助力、保障、強制し、実現させるのではなく、「任意に履行すれば有効な履行となる」程度に助力、保障し、実現させる場合も存在すると考えられるのである。

このように、前記「カフェー丸玉女給事件」における独立資金贈与の約束（合意）の効果・効力については、客の効果意思の有無の観点からばかりではなく、その効果意思の内容・程度の視点から説明し得るのである。³⁹⁾

ウ さらに、意思表示の合致としての契約が有効に成立すれば、当然、契約で決めたとおりの債権債務関係が発生するから（このことを、契約の拘束力と呼ぶ、とする見解があることは前述した）、今度は、かかる法律行為・契約に基づき生じた債権の効力の問題即ち、かかる債権を、法律ないし国家は、強制力をもって助力、保障、強制し、実現させるのか、という形で、強制力の問題が登場するが、債権の効力として一般的に言われる給付保持力、訴求力、執行力の全て、あるいはその一部のみを持つか否かについては、これまでの効果意思についての議論を前提に、挙げて、意思表示の合致としての契約における効果意思の内容によって規定・制約されることになると言わざるを得ない。要するに、債権の効力の問題は、効果意思の内容如何の問題に帰着する。前記「カフェー丸玉事件」におけるいわゆる自然債務も、これによって説明されるのである。

エ 以上に検討したとおり、契約の法的拘束力とは、当該契約（合意）の効果・効力として、その内容が国家権力を使って強制的に実現され得ることだとすれば、従前、法律行為・契約（意思表示の合致）における効果意思の効果・効力、引いては、債権の効力として論じられて来た事柄であり、これらを、法的拘束力という言葉・表現に置き換えて論じているに過ぎないといえる。なお、法的拘束力における意思説は、法的拘束力、即ち、その合意内容が国家権力を使って強制的に実現され得るということが生ずる根拠を、当事者の自らが拘束されるという意思に求めているが、意思表示論においては、前述したとおり、強制力は、通常は、法律行為・契約（意思表示の合致）における効果意思の効果・効力として当然に生ずるのである。敢えて言えば、その強制力発生の根拠は効果意思ということであろう。

オ ところで、内田教授は、英米法における損害軽減義務の法理に関連して、債権の効力に関する従来の理論一般に対しても、ある程度のインパクトを持ちうるであろう、として、強制執行はできないが損害賠償は可能な

債権が現実には数多く存在し、また、強制執行も損害賠償もできない債権が、いわゆる自然債務以外に生じうるとしたうえ、これは、そのような契約には拘束力がない、あるいはきわめて弱いことを意味するであろうか、そうだとすると、現実の社会においては典型的とさえいえる債権の効力が、決して教科書的に説明されるようなものではないことを意味するであろう、換言すれば、単に合意が成立しただけでは完全な法的拘束力が生ずるとは限らず、相手の履行を信頼して費用を支出したり、自らの債務の履行行為があつてはじめて拘束力が生ずる契約が現実には広範に存在するのである、これは、契約の拘束力の根拠についての議論にも少なからず影響する事実といえるであろう、とするが、この論述は、内田教授においても、契約の法的拘束力ないしその根拠の議論は、従来、(主に、契約に基づき生じた)債権の効力、引いては、効果意思の効果・効力として論じられた問題であることを認めているといえるのではないか。⁽¹⁴⁾

カ 法的拘束力に関しては、なお、検討を要する議論がある。近時の「あるべき契約責任の枠組み」の構築の議論において、契約内容の実現が妨げられたとき(債務不履行)に、伝統的理論のように、(契約に基づき発生した)債権・債務の問題ないしは意思表示・法律行為論に基づく「債権の効力」に属する問題として構成する、例えば、債務不履行責任を、契約に基づき発生した債権債務関係を前提として構成するのではなく、(債権・債務の発生原因である個別・具体的な)「契約」という観点を基礎に据えて構成し、その責任の根拠付け・正当化を「契約の拘束力」に求める考え方を展開している。即ち、契約内容の実現が妨げられ(債務不履行)、ある責任を認めるべき場合に、それを契約に基づく責任として正当化し、その契約責任の要件及び内容も契約に基づくものとして再構成し、かつ、その正当化の根拠を、「契約の拘束力」⁽¹⁵⁾「契約は守らなければならない」に求められている(以下、上記の「契約」を基点とする契約責任論を、便宜上、「新たな契約責任論」という。⁽¹⁶⁾ここで提

示されている契約の拘束力とは、「契約は守らなければならない」との意味のようであるが、そうだとすれば、かかる契約の拘束力は、前述した法的拘束力に関する諸説のうち、「契約に拘束力が与えられるのは、本人が約束したからであり、約束は守るべきだと道徳的にいえるからだ、との主張がなされる。約束とは、自らが約束されるという意思であるから、このような立場を意思主義と呼ぶ。」とする「意思説」「合意説」に近似していると言えるが、ここで言う拘束力が、当該契約（合意）の効果として、その内容が国家権力を使って強制的に実現され得るとの性質・内容を持つのかどうかは明確でない（かかる性質・内容を持つことは当然のこととされているのであろうか）。

したがって、「新たな契約責任論」によれば、契約責任に関する問題、例えば、当事者が契約の履行を怠った場合（債務不履行）に認められる損害賠償責任、解除権行使も、債権・債務の発生原因である契約の拘束力から基礎づけられると考える、即ち、みずから特定の行為をすることを契約で約束した以上、それを怠ったときに責任を負うことまでも約束したとみるわけである。つまり、責任の根拠は、そのような契約をしたことに求められ、それにもかかわらず当事者が契約で約束したことを履行しないことが責任の要件となる。したがって、それとは別に、伝統的理論が債務不履行に基づく損害賠償責任や解除権行使を根拠づける過失責任の原則を持ち出す必要も理由もないとされる。要するに、新たな契約責任論においては、契約内容の実現が妨げられたとき（債務不履行）に、契約の拘束力Ⅱ「契約は守らなければならない」ことを、契約責任としての損害賠償責任・契約解除の根拠付け・要件とし、契約論として再構成しているのである。その結果、場合により、例えば、上述した、伝統的理論においては債務不履行に基づく損害賠償責任を基礎づける帰責事由（過失）の要件や契約解除における帰責事由（過失）の要件を不要化することまで帰結する⁽⁴³⁾。

そうだとすると、新たな契約責任論においては、契約の拘束力に基づく責任の発生・有無及び範囲を明確化するための要件規定を新たに制定・立法化する必要があると思われる。その場合には、契約の拘束力は、直接間接、その制定・立法化に従った意味内容を持つことになろう。⁴⁴

ただし、「新たな契約責任論」のいう「契約の拘束力」は、原則的に、契約責任の発生・有無及び範囲を根拠付け、正当化するのに対し、本論文の検討の対象である「合意の拘束力」「拘束力アプローチ」のキーワードである法的拘束力は、契約（合意）がそれを欠く場合、当該契約（合意）を無効たらしめるかという形で問題になるのであり、両者には拘束力が機能する場面の違いがあると思われる。

(3) 法的拘束力欠如の効果・効力について

ア 次に、法的拘束力が上述したようなものだとして、かかる法的拘束力を欠如するということの意味は何か。法的拘束力のない合意は、契約とは認められない、即ち、契約として成立していないということなのか。⁴⁵ だとすれば、契約の成立要件なのか。それとも、成立した合意の効力の問題で、法的拘束力を欠く合意の効力はない、即ち、無効（有効要件）なのか。あるいは、（信義則違反等の場合と同じように）効力・有効を主張できないということなのか。法的拘束力の強弱の概念はあるのか（注（14）（41）参照）。このように、法的拘束力欠如なし強弱の効果の問題には疑問が尽きない。

イ つまり、法的拘束力を契約（合意）の成立要件的に考えるか、有効要件的に考えるか、いずれにせよ、法的拘束力を以って論ずるケースというのは、そもそも当該合意が法的拘束力を持つような契約と言えるのか、あるいは、当該合意は契約としての法的拘束力を有するのか（当該合意の契約性）、という形で問題になる。しかし、この問題は、従来からの意思表示論からすれば、意思表示の問題である。即ち、意思表示の合致として成立した

当該合意において、双方または一方が効果意思を全く欠いている場合や、諸事実に基づき、その意思が効果意思と評価できない場合（意思解釈）は、効果意思不存在として、当該合意は契約とは言えない、または契約として不成立とされるが、そうでなければ、意思表示の合致により成立した合意に表れている効果意思を中心に検討（意思解釈）され、その効果意思の内容において、法律・国家が、強制力をもって助力、保障、強制し、実現させるに足りるものであれば、かかる効果意思が存する当該合意は契約として成立しており、かつ、契約としてその効果意思の内容どおりの効力が発生するということである（意思表示に錯誤等が存した場合に錯誤等無効として意思表示、引いては意思表示の合致としての契約が無効とされることがあることは別論）。このように、当該合意が契約として成立しているのか、にしろ、契約として有効か、にしろ、意思表示論とは別に、法的拘束力を持ち出して論ずる必要性ないし有用性はないと思われるのである。

（4）判例における法的拘束力

前述したとおり、法的拘束力については、理論的には、意思表示論とは別に、法的拘束力を持ち出す必要性ないし有用性に疑問があり、実務的にも、法的拘束力が争点になる法的問題は、結局のところ、当該合意（内容）の解釈即ち、合意に至る事実関係、合意時の状況等の認定事実に基づく当該意思表示における効果意思の解釈、引いては、発生する債権の効力の問題として説明・解決でき、敢えて、法的拘束力を持ち出して法的判断をしなければならぬ状況ではないところであるが、判例上は、当事者の主張としてはしばしば登場し、判旨において、争点として法的判断がなされることは少なくないようである（なお、契約実務においては、契約の拘束力を高める特約が条項化されるようであるが、これを巡る裁判例は数多く存在する⁴⁶）。

このような中、ア記載の最高裁判例が存在する。

なお、古くは、前記カフエー丸玉女給事件がある。前述したとおり、内田教授によれば、カフエー丸玉女給事件における客の女給に対する独立資金贈与の約束（合意）には法的拘束力はない、とされ、法的拘束力を否定した判例として挙げられているが、この判決は、意思表示論における自然債務ないし効果意思の有無ないし意味内容を判示したものと理解すべきであろう。

ア 最高裁判例

a 最判昭和四二・一二・二一は、ダム建設に伴う損害に関して地域住民の代表者である甲らと電力会社の乙及び県知事の丙との間で締結された「漁業および流木につき実害があれば関係者と協議して適正な補償をする」旨の補償協定について（原審が、同協定を紳士協定として（法的拘束力を否定し）、甲らが乙に対して補償金の支払いおよび損害賠償を求める請求を棄却したのに対し）「右協定書および契約書は多年の紛争をすべて解決するための乙の行うべきことを特に書面に認めてこれを明らかにしたものであると考えられ、従って右漁業および流木の補償に関する記載は、特別の事情の存しない限り、当事者に対して、何等法的拘束力がないものとは解されない」などとして、法的拘束力を否定した原判決を破棄差戻した、ものである。⁽¹⁾

b 最判平成元・一一・二四は、乗合自動車事業者甲乙間でかわされた運転事業の免許申請及び事業遂行に関する「甲乙が共同して当該事業の主体となるべく会社を新たに設立し、新会社の事業の免許は限定免許とする」と等と内容とする原協定が締結され、翌日、甲乙間に甲が新会社に代わって、当該事業の主体となるべく乙から甲に対して出資及び役員派遣をすること等を内容とする修正協定が締結された場合」の各協定中の合意において、（原審が、各協定に法的拘束力があること、即ち、各協定が紳士協定であるとはいえないなどとしたが）「各協定はいずれも甲乙が将来における当該事業の基本的な構想を策定したものにすぎないなど」の事実関係においては、

新会社の設立又は資本参加を前提とする原協定ないし修正協定の個々の合意に未だ法的な拘束力を認めること
はせず、修正協定によって原協定における法律上の権利義務が甲乙間に発生するものではない、とした。⁽⁴⁸⁾

以上は、「協定」なる合意の法的拘束力が問題になった事例であり、前者は、補償協定の法的拘束力を肯定し(ただし、差戻し審は、補償協定を「法的効力のない協定と解することはできない。」とする)⁽⁴⁹⁾、後者は、「未だ法的な拘束力を認めることはできない」から、原協定及び修正協定によって「互いに権利義務を取得又は負担するもの」ではないとしている。しかしながら、これらの事案は、「協定」なる合意が(権利義務を発生させるような)契約と言えるか(契約性)が争点であり、従前の意思表示・効果意思論をもって判断(意思解釈)することも可能であったと思われるが、おそらく、当事者の主張に沿ったこともあって、最判は、何の説明・留保もなく法的拘束力を用いて判断している。そのため、協定の法的拘束力の有無によって、従来 of 意思表示・効果意思論とは別に、何故、協定当事者は、互いに権利義務を取得又は負担したり、しなかったりするのかの法的根拠が明確にされていないと言わざるを得ない(ちなみに、各最判についての最高裁判所調査官による判例解説はない)。

c なお、最決平成一六・八・三〇は、「基本合意」における「独占交渉権条項」について、(原審が、同条項は法的拘束力を有し、差止請求権発生の根拠となりうるが、…本件事情の下では、同条項は将来に向かって失効しており、差止請求権を認める余地はないとして、原決定及び本件仮処分決定を取り消し、本件仮処分申立てを却下したが)「同条項に基づき、甲及び乙が負担する不作為義務が消滅したか否かについてみるに、前記の事実関係によれば、同条項は、両者が、今後、本件協働事業化に関する最終的な合意の成立に向けての交渉を行うに当たり、本件基本合意書の目的と抵触し得る取引等に係る情報の提供や協議を第三者との間で行わないことを相互に約したものであって、上記の交渉と密接不可分なものであり、上記の交渉を第三者の介入を受けないで円滑、

かつ、能率的に行い、最終的な合意が成立するための、いわば手段として定められたものであることが明らかである。したがって、今後、甲と乙が交渉を重ねても、社会通念上、上記の最終的な合意が成立する可能性が存しないと判断されるに至った場合には、同条項に基づく債務も消滅するものと解される。」「現段階では、甲と乙との間で、本件基本合意に基づく本件協働事業化に関する最終的な合意が成立する可能性は相当低い」が、しかし、「いまだ流動的な要素が全くなくなってしまうとはいえず、社会通念上、上記の可能性が存しないとはまではいえないというべきである。そうすると、同条項に基づく不作為義務（債務）はいまだ消滅していないものと解すべきである。」として抗告棄却の決定をした（ただし、本決定は、保全の必要性を欠くことを理由としている⁽⁵⁰⁾）。

しかし、この判決は、契約締結交渉段階での合意に関するもので、特殊な場面における法的拘束力が問題になったケースであり、しかも、原審は、（当事者の主張に従ったのであろうが）法的拘束力の概念を用いて被保全権利（差止請求権）の有無を判断しているが、本決定は法的拘束力の概念を用いずに不作為義務の存在を肯定している。したがって、同条項が法的拘束力を有することを肯定しているか否か明確ではない。最高裁判所判例解説においては、本決定は、被保全権利（差止請求権）の存在を肯定も否定もしていない、と明言されている⁽⁵²⁾。したがって、法的拘束力についての判例として扱うことは適当でない。

いずれにせよ、以上の事例は、各協定（前記cを含めると、いわゆる中間合意であり、前記bの協定についても「中間的合意」と見る見解がある⁽⁴⁸⁾）が法的拘束力を有する契約と言えるかどうか（合意の契約性）が論点になったのであり、契約成立を前提に、その拘束力の有無を判断したものではなく、ましてや、錯誤ないし動機の錯誤が争点になったケースではない。

イ 下級審判例

a 紙幅の制約もあり、今は、法的拘束力に関する下級審判例を網羅的に検討し、コメントすることはできないが、次の点を指摘し、下級審判例の検討・分析は、改めて行いたい。

b 下級審において、法的拘束力と動機の錯誤が争点化した場合、通常は、当該合意について、まず、法的拘束力を欠くと主張し（当該合意に対する否認になろう）、次いで、「動機の錯誤」無効を主張することになる。この場合は、まず、当該合意についての法的拘束力そのものの有無が判断され、法的拘束力ありと判断されれば、次いで、「動機の錯誤」無効の判断がなされる（もつとも、「動機の錯誤」の場面と関係なく、種々のケースで、特に、最判同様の種々の「協定」、あるいは、いわゆる「紳士協定」に関して、なされた法的拘束力の有無についての裁判例は少なくない）。

c 二つ目のケースは、動機の錯誤が争点になるケースにおいて、仮に、法的拘束力アプローチを主張する場合、まず、主位的に、いわゆる「動機表示定式」を主張し、二次的に、予備的に、法的拘束力アプローチを主張することが考えられる。この場合は、当然、裁判所は当事者の主張に拘束されるのであるから、認定した事実関係の下に、主位的主張の「動機表示定式」が立てば、法的拘束力アプローチの成否を判断することなく、「動機表示定式」で結論を導くし、仮に、「動機表示定式」の主張が認められない場合には、予備的主張である法的拘束力アプローチの成否を判断することになるけれども、認定された同じ事実関係の下では、「動機表示定式」の主張が認められないとする理由と同じような理由で、法的拘束力アプローチの主張も立たないと容易に判断されることになるであろう。⁽⁵⁴⁾

