



意図的契約違反と故意不法行為：隠れた不履行による集团的被害の救済法理

山本，顯治

(Citation)

神戸法學雑誌, 68(4):213-252

(Issue Date)

2019-03

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/81011170>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81011170>



神戸法学雑誌第六十八巻第四号二〇一九年三月

意図的契約違反と故意不法行為 ——隠れた不履行による集团的被害の救済法理——

山 本 顯 治

〔目次〕

はじめに

第一章 不完全情報と意図的契約違反

第一節 基本条件

第二節 社会的に合理的な意思決定

第三節 完全情報下での意思決定

第四節 不完全情報下での意思決定

第五節 超過損害賠償の帰結主義的正当化

第六節 二つの効率性のトレード・オフと再交渉

第二章 法的含意

第一節 意図的契約違反と効率的契約違反

第二節 隠れた不履行による集团的被害の救済

おわりに

はじめに

本稿は、「意図的契約違反 (willful breach of contract)」に課される「超過損害賠償 (supercompensatory damages)」の正当化根拠に関する米国損害賠償法の近時の研究を取り上げ、それがわが国の損害賠償法に対して有する意義を検討する。先行研究により明らかにされたとおり、債務者が意図的に⁽¹⁾ (willful) 不履行を行った場合、これを不法行為と評価し履行利益を超える高額の損害賠償を課す判例法理がアメリカ法には存在する。意図的契約違反は、「不誠実な契約違反という不法行為 (tort of bad faith breach of contract)」⁽²⁾とも呼ばれ、通常の契約違反に対しては履行利益賠償が課されるところ、債務者が不誠実 (bad faith) な行為態様で不履行をなした場合には、当該行為を故意不法行為 (intentional torts) と評価することで履行利益を超える損害賠償までも認める⁽³⁾とする法理である。

意図的契約違反は米国における取引的不法行為の代表例であり、わが国契約法理論および不法行為法理論にとり幾つもの問いを投げかけるが、本稿は同法理を二つの観点から検討する。第一に、契約違反における損害賠償は原則履行利益賠償とするのが効率的契約違反 (efficient breach of contract) 論からの

- (1) 山下友信「不当な保険金支払拒絶についての保険者の責任—アメリカ法を中心として—」保険学雑誌494号（1981年）1頁、吉田直「アメリカにおける保険者の誠実・善意義務の動向について」国学院法学20巻4号（1983年）211頁、樋口範雄「不誠実な契約違反という不法行為—契約を破る自由の例外—」学習院大学法学部研究年報21号（1986年）25頁参照。近時のものとして、深澤泰弘「米国における不誠実な契約違反という不法行為について—不当な保険金支払拒絶における保険者の責任—」生命保険論集第161号（2007年）1頁がある。
- (2) 「計画的契約違反 (deliberate breach of contract)」とも呼ばれる。
- (3) RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 355 (1979) も、不履行が懲罰的損害賠償が認められる程の不法行為を構成する場合には、例外的に懲罰的損害賠償が認められる旨規定する。なお、後出注 (34) に見るように、意図的不履行については広義と狭義を考えることができるが、本稿は意図的不履行を広義の意味で用いる。

一般的帰結であるところ、履行利益を超過する損害賠償を認める意図的契約違反の法理は効率的契約違反論からどのように評価されるのかを検討する。第二に、意図的契約違反を理由とする超過損害賠償は填補賠償原則から逸脱するようにも見えるところ、意図的契約違反の法理は「隠れた債務不履行に対する救済法理」という含意を有しており、我が国損害賠償法が基礎とする填補賠償原則の枠内においてそれはどのように受け止められるのかにつき検討する。ここでは、また、2016年に施行された「消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律」に対する含意を検討する。

第一章 不完全情報と意図的契約違反

意図的契約違反の法理が、効率的契約違反論、および、集団的被害の救済に関して有する意義を検討するための手掛かりとして、本稿では2008年に“Fault in American Contract Law”と題してMichigan Law Schoolにおいて開催されたシンポジウムの中で公表されたOren Bar-Gill & Omri Ben-Shaharによる理論を紹介・検討する⁽⁴⁾。Bar-Gill & Ben-Shaharは、意図的契約違反に基づく超過損害賠償についての自身の正当化理論を、「情報に準拠した理論 (information-based theory)」と呼ぶ。その骨子は、債務者のなした意思決定や行為に関して情報の不完全性 (imperfect information)⁽⁵⁾ があるとき、意図的契約違反は債務

(4) Oren Bar-Gill & Omri Ben-Shahar, *An Information Theory of Willful Breach*, 107 MICH. L. REV. 1479 (2008). また、本論文はOmri Ben-Shahar and Ariel Porat ed., *FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW* (CAMBRIDGE UNIV. PRESS, 2010) 174頁以下に収録されている。以下同論文の引用頁は、Michigan Law Review掲載論文に基づく。

(5) 以下に見るBar-Gill & Ben-Shahar論文のモデルは「信頼投資に関する債務者の決定→給付環境に関する自然の決定→努力水準に関する債務者の決定」と手番が続く意思決定の樹形図 (decision tree) に書き表すことができる。モデルの基本条件においては、樹形図の構造、両当事者のペイオフは裁判所も含めた全ての当事者の間で共有知識となっている (完備情報) が、債務者のなした幾

者の有する私的情報を裁判所に顯示する行為であり、意図的契約違反から推論される債務者の私的情報に準拠して、社会的厚生最大化（効率性の実現）という目的から履行利益を上回る超過損害賠償を課すことが正当化されるというものである。

第一節 基本条件

今、二人の契約当事者がサービス給付について契約を締結したとする。本質を失わず論旨を明確にするために、報酬は契約締結と同時に支払われるとする。⁽⁶⁾この時、基本条件を以下のように設定する。

[1] サービス給付の品質は債務者の高水準努力 (S)、中水準努力 (M)、低水準努力 (T) の三つの努力水準に依存すると仮定する。低水準努力 T をなす場合債務者が給付に要するコストは常に0であるが、より高水準な努力をなすためにはその分コストがかかるとする。つまり債務者に発生するコストの大きさは $S \geq M \geq T$ と仮定する。債務者が高水準努力 S をなすと給付は高品質なものとなり、債権者にとっての給付の価値は50となる。債務者が中水準努力 M をなすと給付は中品質のものとなり、債権者にとり給付の価値は40となる。低水準の努力 T しかなさなかった場合には給付の価値は常に0となる。両当事者は、高水準努力 S がなされること、すなわち、50の価値がある給付をなすこと⁽⁷⁾で合意し契約を締結したとする。

つかの意思決定（信頼投資の有無、給付にあたっての努力水準の選択）については情報が欠けている（不完全情報）ことが仮定される。この意味で、Bar-Gill & Ben-Shahar論文のモデルは、「完備情報（complete information）」ではあるが「不完全情報（imperfect information）」が存するモデルである。

(6) See, Bar-Gill & Ben-Shahar, *supra* note (4) at 1486.

(7) この基本条件では、債務者の努力水準と給付価値ないし給付の品質は同視することができる。以下では、債務者の努力水準と給付価値は互換的に用いる。例えば、債務者が高水準努力 S をなしたとは、高品質の給付 S がなされたことと等しい。

[2] 給付に要する債務者のコストは、以下の三つの要因に依存するとする。

	信頼投資あり (H) : コスト 25		信頼投資なし (L) : コスト 0	
	環境良好 (G)	環境劣悪 (B)	環境良好 (G)	環境劣悪 (B)
高水準努力 (S) : 給付価値 50	0	20	25	100
中水準努力 (M) : 給付価値 40	0	20	20	75
低水準努力 (T) : 給付価値 0	0	0	0	0

表1：給付に要する債務者のコスト

(1) まず、上に仮定したように債務者の努力水準 (S, M, T) に依存する。

(2) 次に、債務者による事前の信頼投資に依存する。債務者は契約締結と同時に、信頼投資をなすか (H)、なさないか (L) を決定し実行する。信頼投資をなすには25のコストがかかるが、なさなければ投資にかかるコストは0である。このとき、債権者は債務者の信頼投資の有無を観察できず、事後的に裁判所に立証することもできないと仮定する⁽⁸⁾。

(3) さらに、給付に要する債務者のコストは給付環境に依存して増減するとする。給付環境は、良好な環境 G が生起する場合と、劣悪な環境 B が生起する場合の二つの可能性がある。この給付環境は、原材料の市場価格や天候等、両当事者が影響を及ぼすことのできない要因により確率的に生起する。環境 G が生起すれば、環境 B が生起した場合よりも、原材料調達費用や労賃が低くなる等債務者の給付コストは低くなる。このとき、良好な環境 G が生起する確率を q とし、劣悪な環境 B が生起する確率を $1-q$ とする ($0 < q < 1$)。給付環境の確定前には生起確率 q の値を契約当事者および裁判所のいずれも知っている

(8) 信頼投資とは、例えば、サービス給付をなすために新しい機械を事前に導入する、従業員のトレーニングを実施する等である。債務者の給付コストを低く抑えるこのような信頼投資（投資者個人の利益になる信頼投資）を「利己的信頼投資 (selfish reliance investment)」という。Bar-Gill & Ben-Shahar は、このモデルにおける信頼投資という要素はより広い含意を持つとし、取引に臨む債務者の誠実さ、営業方針、企業体質等を象徴するとする。See, Bar-Gill & Ben-Shahar, *supra* note (4) at 1491.

(9) See, Bar-Gill & Ben-Shahar, *supra* note (4) at 1487.

し、また、給付環境の確定後は G, B いずれが生じたのかについて契約当事者および裁判所は観察できると仮定する。

[3] 債務者の努力水準・信頼投資・給付環境という上記三つの要因が、債務者の給付に要するコストに及ぼす影響をまとめると表1のようになる。⁽¹⁰⁾表1の見方は以下の通りである。

債務者が信頼投資をなした場合 (H) には、信頼投資をなさなかった場合 (L) に比べ、給付環境 (G, B) にかかわらず、債務者が給付に要するコストは小さくなるかあるいは等しくなる。また、信頼投資をなし (H)、かつ、良好な給付環境 G が生じた場合には、高水準努力 S と中水準努力 M をなしたときの給付コストはいずれも0となる。信頼投資をなし (H)、かつ、劣悪な給付環境 B が生じた場合には、高水準努力 S と中水準努力 M をなしたときの給付コストはいずれも20となる。

信頼投資をなさず (L)、かつ、良好な給付環境 G が生じた場合には、高水準努力 S をなすと給付コストは25となり、中水準努力 M をなすと給付コストは20になる。信頼投資をなさず (L)、かつ、劣悪な給付環境 B が生じた場合、高水準努力 S をなすと給付コストは100、中水準努力 M をなすと給付コストは75となり、それぞれの場合の給付の価値50, 40を給付コストが上回る。⁽¹¹⁾

[4] モデルの時間軸は以下の通りである。

時間1において、両当事者は固定価格のサービス契約を締結し、債権者は報酬全額を支払うとともに、債務者は信頼投資をなすか否か (H, L) を決定し実行する。

時間2において、給付環境が G であるか B であるかが確定する。

時間3において、債務者は、生じた給付環境を踏まえ努力水準 (S, M, T) を選択し、給付コストを支出する。

(10) See, Bar-Gill & Ben-Shahar, *supra* note (4) at 1487.

(11) この場合には、給付価値を給付コストが上回るため、履行がなされると社会的厚生がかえって阻害される。これは、社会的厚生を最大化・効率性実現という目的から効率的契約違反が求められる場合である。

時間4において、債務者のなした給付の品質が判明する。このとき、高水準努力 S によりもたらされる給付の価値50より劣る給付がなされた場合には、債権者に減価分の損害が発生する。

第二節 社会的に合理的な意思決定

以上の基本条件の下で、社会的厚生を最大化する債務者の意思決定を考える。債務者が時間1において信頼投資をなしていた場合 (H)、社会的厚生の最大の期待値 W_H は以下のようになる⁽¹²⁾。

$$W_H = -25 + 50q + (50 - 20)(1 - q) = 5 + 20q$$

次に、債務者が時間1において信頼投資をなさなかった場合 (L)、社会的厚生の最大の期待値 W_L は以下のようになる⁽¹³⁾。

$$W_L = (50 - 25)q + 0 \cdot (1 - q) = 25q$$

両者を比較すると、 $W_H - W_L = 5 - 5q$ となるから、条件 $q < 1$ より $W_H > W_L$ とな

- (12) 信頼投資にかかるコストは25である。確率 q で環境 G が生起したとき、給付の価値から努力水準にかかるコストを差し引いた値を最大化するのは努力水準 S が選択された場合である(50となる)。確率 $1-q$ で環境 B が生起したときも、給付の価値から努力水準にかかるコストを差し引いた値を最大化するのは努力水準 S が選択された場合である(50-20となる)。
- (13) 信頼投資にかかるコストは0である。確率 q で環境 G が生起したとき、給付の価値から努力水準にかかるコストを差し引いた値を最大化するのは努力水準 S が選択された場合である(50-25となる)。確率 $1-q$ で環境 B が生起したとき、給付の価値から努力水準にかかるコストを差し引いた値を最大化するのは努力水準 T が選択された場合である(0となる。その他の場合は社会的厚生は負となる)。環境 B が生起したときには、債務者は合意された努力水準 S に違反し、努力水準 T を選択すること、つまり、契約違反をなすことが社会的にみて合理的な意思決定となる(効率的契約違反が求められる)。なお、債務者が T を選択した場合、損害賠償 D が裁判所により債務者に課されるが、 D は債務者から債権者に支払われるものなので余剰分配にのみ影響を与え、社会的厚生には影響を与えない。

る。よって、債務者が時間1において信頼投資 H をなし時間3において努力水準 S を選択することが、社会的厚生を最大化するという意味において社会的に合理的（効率的）な決定であることが判明する。⁽¹⁴⁾

第三節 完全情報下での意思決定

次に問題となるのは、債務者が前節に見た社会的に合理的な意思決定をなすインセンティブを持つか否かである。契約締結時に報酬を全額受け取っているため、債務者は、自分が負担するコストを最小化する努力水準を時間3において選択するはずである。まず、ベンチマークとして裁判所が給付価値 S, M, T を観察できる場合、つまり努力水準（＝給付価値）に関する完全情報を仮定した場合について検討する。この仮定の下では約定した S 水準以外の努力水準を債務者が選択した場合、これを裁判所は観察できるため、裁判所は債務不履行を理由として減価分の損害賠償を債務者に課することができる。このことを予測して債務者は時間3で努力水準を決定するから、信頼投資をなした場合となさない場合のそれぞれにおいて債務者に発生する期待コストは以下のようになる。

まず、信頼投資をなしたとき（ H ）の給付にかかる債務者の最小の期待コスト C_H は以下のようになる。⁽¹⁵⁾

-
- (14) この結論は、確率 q で給付環境 G が生起するか、確率 $1-q$ で B が生起するかに左右されない。See, Bar-Gill & Ben-Shahar, *supra* note (4) at 1488.
- (15) 信頼投資にかかるコストは25である。確率 q で環境 G が生起したとき、 S, M, T の給付に要するコストはいずれも0であるが、 M については10の填補賠償が裁判所により課され、 T については50の填補賠償が課される。よって、 S を選択することが債務者にとり最もコストが小さい（0となる）。他方、確率 $1-q$ で給付環境 B が生起し、そのとき、 S, M の給付に要するコストは20であり、 T の給付に要するコストは0である。 M の場合には填補賠償10が課され、 T の場合には填補賠償50が課されるから、 S を選択することが債務者にとり最もコストが小さい（20となる）。よって、時間1において信頼投資をなした債務者にとっての給付に要するコストの期待値は、環境 G, B いずれが生起したとしても、高水準努力 S を選択するものとして算出できる。

$$C_H = 25 + 0 \cdot q + 20(1 - q) = 45 - 20q \quad (1)$$

他方、信頼投資をなさなかったとき (L) の債務者の最小の期待コスト C_L は以下のようになる。⁽¹⁶⁾

$$C_L = 25q + 50(1 - q) = 50 - 25q \quad (2)$$

C_H と C_L を比較すると、

$$C_H - C_L = -5(1 - q)$$

となり、条件 $q < 1$ より、 $C_H < C_L$ となる。

このように、完全情報の仮定の下では裁判所により課される損害賠償を債務者はコストに算入せねばならず、信頼投資を行った場合の方が給付にかかる期待コストが小さくなるため ($C_H < C_L$)、債務者は信頼投資 H を行うことが判明する。信頼投資がなされる結果、時間3において高水準の努力 S を選択することが債務者にとって合理的な意思決定となる。この個人的に合理的な意思決定は前節にみた社会的に合理的な意思決定と一致する。つまり、「完全情報の下では、填補賠償は効率性を実現する。」のである。

(16) 信頼投資にかかるコストは0である。確率 q で環境 G が生起したとき、 S, M, T の給付に要するコストは25, 20, 0となるが、 M については10の填補賠償がコストとして加算され、 T については50の填補賠償がコストとして加算される。よって、 S を選択することが債務者にとり最もコストが小さい (25となる)。他方、確率 $1-q$ で環境 B が生起すると、努力水準 S, M, T のそれぞれのコストは100, 75, 0となる。 M の場合には填補賠償10が課され、 T の場合には填補賠償50が課される。よって、 T を選択することが債務者にとり最もコストが小さくなる (50となる)。以上より、時間1において信頼投資をなさなかった債務者にとっての給付に要するコストの期待値は、確率 q で環境 G が生起したときに S を選択し、確率 $1-q$ で環境 B が生起したときに T を選択するものとして算出できる。

第四節 不完全情報下での意思決定

次に、債務者の選択した努力水準、すなわち、債務者のなした給付の価値について情報が不完全 (imperfect information) な場合を検討する。裁判所は給付価値 S (M) と T の違いを観察できるが、 S と M の区別は観察できないと仮定する。さらに、裁判所は M 品質の給付がなされたときも S 品質の給付がなされたと判断するとする。この仮定の下では、債務者に損害賠償が課されるのは T 品質の給付がなされた場合のみとなる。

不完全情報の下では、債務者が信頼投資をなしたとき (H)、給付にかかる最小の期待コスト C_H は以下⁽¹⁷⁾ になる。

$$C_H = 25 + 0 \cdot q + 20(1 - q) = 45 - 20q \quad (3)$$

信頼投資をなさなかったとき (L) の給付にかかる最小の期待コスト C_L は、以下⁽¹⁸⁾ になる。

(17) 信頼投資にかかるコストは25である。確率 q で給付環境 G が生起し、そのときの S, M, T の給付に要するコストはいずれも0である。不完全情報下では裁判所は努力水準 S と M の区別を観察できないため、 T の場合のみ50の填補賠償を債務者に課す。この場合、 S, M いずれを選択しても債務者のコストは最小となるが ($=0$)、ここでは債務者は S を選択するとする。他方、確率 $1-q$ で環境 B が生起し、そのとき、 S, M の給付に要するコストは20である。 T の場合には50の填補賠償が債務者に課される。ここでも、 S, M いずれを選択しても債務者のコストは最小となるが ($=20$)、ここでも債務者は S を選択するとする。よって、時間1において信頼投資 (25) をなした債務者にとっての給付に要するコストの期待値は、環境 G, B いずれが生起したとしても、 S を選択するものとして算出できる。結果として、填補賠償を課することによって、不完全情報の下で信頼投資をなした場合の債務者の給付コストを表す式 (3) は、完全情報の下で信頼投資をなした場合の給付コストを表す式 (1) と一致する。

(18) 信頼投資コストは0である。確率 q で G が生起し、そのときの S, M, T の給付に要するコストはそれぞれ25, 20, 0であるが、裁判所は S, M の区別を観察できず、 T との区別のみ観察できるので、 T の場合のみ50の填補賠償が債務者に課される。よって、環境 G が生起したとき、債務者は M を選択しコスト20を支出する。他方、確率 $1-q$ で環境 B が生起すると、努力水準 S, M, T のそれぞれの

$$C_L = 20q + 50(1 - q) = 50 - 30q \quad (4)$$

C_H と C_L を比較すると、

$$C_L - C_H = 5(1 - 2q)$$

となる。

このことから、良好な環境条件 G が生起する確率が $q < \frac{1}{2}$ であれば $C_L > C_H$ となり、信頼投資 H を行う方が給付コストが小さくなるため、債務者は信頼投資 H を行う。また、信頼投資 H を行えば、給付環境 G が生起するか B が生起するかにかかわらず、努力水準 S を選択することが債務者にとって合理的となる。これは完全情報の場合と同じ結果であり、社会的にみて合理的な決定でもある。他方、 $q > \frac{1}{2}$ のときは $C_L < C_H$ となるから、債務者は信頼投資 H を行わない。これは社会的厚生を最大化を阻害するという意味において社会的にみて不合理（非効率）な決定である。

非効率が発生した理由は、完全情報の下で信頼投資を行わなかったときの債務者の期待コスト C_L を表す式（2）と、不完全情報の下で信頼投資を行わなかったときの債務者の期待コスト C_L を表す式（4）が乖離していることによる。環境 G が生起したときに完全情報の下では債務者は努力水準 S を選択するため、式（2）の第1項が $25q$ となっているのに対し、不完全情報の下では努力コストを削減しようとして債務者が努力水準 M を選択するために、式（4）の第1項が $20q$ となっているところに非効率性の原因が表現されている。信頼投資を行わなかった（ L ）場合、給付環境 G が生起したならば、完全情報の下

コストは100, 75, 0となる。同じく、不完全情報の下では T のときのみ50の填補賠償が債務者に課される。よって、 T を選択することが債務者にとり最もコストが小さい（=50）。以上より、時間1において信頼投資をなさなかった債務者にとっての給付に要するコストの期待値は、確率 q で環境 G が生起したときに M を選択し、確率 $1-q$ で環境 B が生起したときに T を選択するものとして算出できる。

では債務者は努力水準 S を選択するのに対し、不完全情報の下では裁判所が努力水準 S と M の区別を観察できないため、債務者は給付コストを最小化しようとして努力水準 M を選択する。この結果、環境 G の生起確率 q の値によっては($q > \frac{1}{2}$)、信頼投資がなされなかった場合(L)の債務者の期待コスト C_L が、信頼投資をなした場合(H)の期待コスト C_H を下回る場合が生じる。環境条件の生起確率 q は対称情報であると仮定したから、 q を知っている債務者は給付コストを最小化しようとして信頼投資を行わない。信頼投資に関する債務者のこの意思決定は社会的にみて非効率である。以上より、「不完全情報の下では、填補賠償は効率性を実現しない場合がある。」のである。

第五節 超過損害賠償の帰結主義的正当化

以上のように、債務者の努力水準、すなわち、給付の品質に関する情報が不完全である場合、給付環境 G が生起する確率が $q > \frac{1}{2}$ のときには、填補賠償を前提とする限り債務者は信頼投資を行わないという社会的に見て非効率な意思決定をなす。これに対し本節では、損害賠償を適切にデザインすることによって、不完全情報の下でも信頼投資をなすインセンティブを債務者に与えることができる⁽¹⁹⁾ことを見る。

式(1)と式(3)に見たように、債務者が信頼投資を行ったとき(H)には、情報の不完全性如何にかかわらず債務者は高水準努力 S を選択するので、給付コスト C_H は以下ようになった。

$$C_H = 25 + 0 \times q + (1 - q)20 = 45 - 20q \quad (5)$$

他方、債務者が信頼投資を行わなかったとき(L)の給付コスト C_L は、損害賠償額により変動する。不完全情報下では裁判所は S と M の品質を区別できないため、上に見たように、給付環境 G が生起した場合債務者は給付コストを最小化しようとして努力水準 M を選択する。そのとき発生するコストは給付に

(19) See, Bar-Gill & Ben-Shahar, *supra* note (4) at 1490.

要するコスト20のみである。給付環境 B が生起した場合、債務者が T 品質の給付をなした場合のみ、裁判所は債務者の不履行を観察できる。このとき裁判所は意図的不履行を根拠として損害賠償責任を債務者に課すが、この額を D とする。給付環境 B の下では債務者は努力水準 T を選択し損害賠償 D を支払うか、それとも努力水準 M を選択し給付コスト75を支出するかの選択に直面する。

この場合、履行の効率性実現という目的に照らすと、債務者には高水準努力 S を選択するという契約に違反し、努力水準 T を選択することが求められる。なぜならば、債務者が契約を遵守し努力水準 S を選択するならば100の給付コストがかかり、その場合の給付価値は50であるから、社会的厚生はマイナス50となる。債務者が努力水準 M を選択するならば75の給付コストがかかり、その場合の給付価値は40であるから、社会的厚生はマイナス35となる。これに対して、債務者が努力水準 T を選択するならば給付コストは0であり、その場合の給付価値は0となるから、社会的厚生も0となる。よって、社会的厚生が最大化されるのは（ここでは、社会的厚生が阻害される程度が最も小さくなるのは） T が選択されたとき、つまり、効率的契約違反がなされたときだからである。⁽²⁰⁾このとき、 $D < 75$ と設定するならば、債務者は75のコストで M 品質の履行をするよりも、 T 品質の給付をなし損害賠償 D (< 75)を支払う方を選択するから、効率的契約違反が実現する。そして $D = 50$ という填補賠償はこの条件を満たす。つまり、「填補賠償は、不完全情報下においても履行の効率性を実現する。」⁽²¹⁾のである。

さらに $D < 75$ と設定するならば、不完全情報下で信頼投資を行わなかった⁽²²⁾
(L) 債務者の給付コストは以下ようになる。

(20) 前出注(13)参照。

(21) 不完備契約の条件下でも履行利益賠償は履行の効率性を実現する救済方法であることについては、参照、内野耕太郎＝山本顯治「契約の経済学と契約責任論(上)」NBL942号(2010年)11頁、17頁以下、山本顯治「関係的契約理論による損害賠償論の試み—私的自治の射程—」ホセ・ヨンパルトほか編『法の理論29』(成文堂、2010年)43頁、47頁以下。

(22) q の確率で環境 G が生起した場合、債務者は努力水準 M を選択し、そのときの

$$C_L = 20q + (1 - q)D \quad (6)$$

信頼投資を行った場合の給付コストを表す式 (5) と、信頼投資を行わなかった場合の給付コストを表す式 (6) の大小関係を見ると、

$$C_L - C_H = 40q - 45 + (1 - q)D$$

となるから、損害賠償 D を、

$$D > \frac{45 - 40q}{1 - q}$$

に設定するならば $C_L > C_H$ となり、債務者は給付にかかるコストを最小化しようとして信頼投資 H を行う。これは信頼投資に関して社会的に合理的な意思決定である。

よって、上に見た履行の効率性を実現する損害賠償の条件 ($75 > D$) と合わせると以下が得られる。

$$75 > D > \frac{45 - 40q}{1 - q} \quad (7)$$

式 (7) は、情報準拠理論の基本モデルから導かれる、履行の効率性と信頼投資の効率性を同時に達成する損害賠償の条件である。⁽²³⁾

ここで、給付環境 G , B が生起する確率と、履行の効率性および信頼投資の効率性の関係を検討しよう。式 (7) を第四節までに得られた結果と照らし合わせると、 $q < \frac{1}{2}$ であれば損害賠償 D を填補賠償である 50 に設定すれば $C_L > C_H$ となるため、債務者は信頼投資をなすのであった。つまり、良好な給付環境 G が生起する確率が $q < \frac{1}{2}$ であるときは、履行の効率性と信頼投資の効率性の実現

給付コストは 20 である。 $1 - q$ の確率で環境 B が生起した場合、 $D < 75$ であるので、債務者は努力水準 T を選択し、損害賠償 D を支払う。

- (23) 履行の効率性と信頼投資の効率性については、内野 = 山本・前掲注 (21) 17 頁以下、山本・前掲注 (21) 49 頁以下参照。

という目的に照らして填補賠償が正当化される。⁽²⁴⁾

他方 $q > \frac{1}{2}$ のとき、填補賠償では $C_L < C_H$ となる場合が生じ、非効率が発生する可能性があった。例えば $q = 0.75$ のとき、填補賠償 ($D = 50$) では $C_L < C_H$ となってしまう債務者は信頼投資を行わない。この場合、式 (7) を満たすためには $D > 60$ とせねばならない。さらに、 $q = 0.8$ のときには、式 (7) を満たすためには $D > 65$ とせねばならない。つまり、良好な給付環境 G が生起する確率が $q > \frac{1}{2}$ であるときは、信頼投資の効率性実現という目的に照らし、填補賠償を超える損害賠償が正当化される。⁽²⁵⁾

以上より、良好な給付環境 G が実現する確率が $q < \frac{1}{2}$ のときには填補賠償を課し、 $q > \frac{1}{2}$ のときには超過損害賠償を課することが正当化される。不完全情報の条件下では、債務者に信頼投資をなすインセンティブを与えるという目的から超過損害賠償は正当化されるというのである。

このように、Bar-Gill & Ben-Shahar は、「不完全情報の下では、良好な環境 G が生起する確率によっては超過損害賠償が効率性を実現する。」ことを明らかにし、この理論を「情報準拠理論 (information-based-theory)」と呼んだ。「情報に準拠した理論」と呼ぶ理由は、債務者が T 品質の給付をなすのは、信頼投資をなさず⁽²⁶⁾ (L)、かつ、給付環境 B が生起した場合に限られるのであるから、

(24) 式 (7) を見ると、 q が $\frac{1}{2}$ に近づくと ($q \rightarrow \frac{1}{2}$)、右辺は 50 に近づく。 q が 0 に近づくと、右辺は 45 に近づく。つまり、 $q < \frac{1}{2}$ においては損害賠償 D を 50 から 75 の間に設定すれば、履行の効率性と信頼投資の効率性を同時に実現する最適なインセンティブを債務者に与えることができる。これは、 $q < \frac{1}{2}$ の条件下では、直近の T 品質の不履行に対する $D = 50$ という填補賠償が社会的に効率的な結果を実現することを意味する。

(25) このとき、式 (7) より、良好な給付環境 G が生起する確率 q が 1 に近づくほどに、より大きな超過損害賠償を課すことが必要となることが分かる。もっともこの点に関しては民事損害賠償の基本原則に照らして疑問があることについては、後出第二章第二節第三款参照。

(26) 信頼投資をなしていたならば、給付環境にかかわらず債務者は S 品質の給付をなし、信頼投資をなさず、かつ、給付環境 G が生起した場合には債務者は M 品質の給付をなすことはすでに見たとおりである。

給付環境 *B* が生起し債務者が *T* 品質の給付をなした（基本条件より、これらはいずれも債権者の主張立証に基づき裁判所は観察できる。）という情報は、「信頼投資をなさなかった。」という債務者の私的情報を顕示するものであることに由来する。加えて、給付環境 *B* の下で債務者が *T* 品質の給付をなしたという情報は、今回の給付に先立って給付環境 *G* の下でなされた他の給付も *S* 品質ではなく *M* 品質であったという、それまで裁判所に観察できなかった契約違反⁽²⁷⁾についての債務者の私的情報をも顕示する。信頼投資がなされなかった場合 (*L*) には、給付環境 *G* が生起したとしても、不完全情報下では債務者は *S* 品質の給付をなすという合意に違反して *M* 品質の給付をなすインセンティブを持つ。不完全情報の下では、債権者は *M* 品質の給付を受領したとしても、不履行の事実（*S* 品質ではなく *M* 品質の給付がなされたこと）そのものを裁判所に証明することはできなかった。しかし、今回債務者が *T* 品質の給付をなしたことが判明したならば、これにより債務者が信頼投資をなしていないことが証明される。このことに基づき、今回に先立ってなされた他の給付は *S* 品質のものではなく、*M* 品質のものであったとの推定が働く。つまり、給付環境 *B* の下で *T* 品質の給付を債務者がなしたという情報は、信頼投資を行っていないという債務者の私的情報を顕示するのみならず、債務者が先立って行っていた他の給付も契約に違反する *M* 品質給付であったことを顕示するのである。

第六節 二つの効率性のトレード・オフと再交渉

以上のように、不完全情報の下で信頼投資へのインセンティブを債務者に与えるためには、債務者が努力水準 *T* の給付をなしたときに、裁判所は式 (7) を満たす超過損害賠償を課せば良いことが判明した。しかし、超過損害賠償を通じた信頼投資の効率性の実現は、履行の効率性との緊張関係を惹起する⁽²⁸⁾。既に見たように、債務者が信頼投資をなさなかった (*L*) という条件下で給付

(27) See, Bar-Gill & Ben-Shahar, *supra* note (4) at 1491.

(28) See, Bar-Gill & Ben-Shahar, *supra* note (4) at 1493.

環境 B が生起した場合、高水準努力をなし品質 S の給付をなすという契約に違反し、債務者は低水準努力をなし品質 T の給付をなす方が、社会的厚生⁽²⁹⁾の損失が最小となるという意味において履行の効率性が実現する。

他方、信頼投資の効率性の観点からは、信頼投資を促すために、例えば、良好な給付環境 G が生起する確率が $q=0.86$ のとき、式(7)より $D>75.7$ と超過損害賠償を課さねばならない。しかし、 $D>75.7$ という損害賠償を課すならば、信頼投資をなさなかった債務者は、環境 B が生起したとき、 T 品質の給付を選んで超過損害賠償 $D(>75.7)$ を支払うよりも、給付にかかるコストが75で済む M 品質の給付をなす方を選択してしまう。このように、信頼投資の効率性を実現するための超過損害賠償が履行の効率性を阻害する場合が生じる。良好な給付環境 G が生起する確率が大きい場合には、信頼投資の効率性を実現しようとして超過損害賠償 D を課すと、劣悪な給付環境 B が生起した場合に望まれる効率的契約違反を抑止するという、「信頼投資の効率性と履行の効率性のトレード・オフ」が発生するのである。⁽²⁹⁾

この問題を解決するために、Bar-Gill & Ben-Shaharは損害賠償という救済方法に加えて再交渉という救済方法を考慮に入れねばならないとする。不完備契約論の一般的枠組みによれば、履行の効率性は再交渉により解決可能だからである。⁽³⁰⁾例えば、今 T 品質の給付に対して $D=76$ という超過損害賠償を課すとする。さらに、債務者が信頼投資をなさないままに給付環境 B が生起したと

(29) 但し、Bar-Gill & Ben-Shaharも指摘するように、本文の数値条件においてはこのようなトレード・オフは発生しない。 $D>75.5$ と設定するならば信頼投資が実現するため、環境 G 、 B のいずれが生起するにかかわらず、債務者は必ず S 品質の給付をなすからである。仮に本文の数値条件を所与とするならば、トレード・オフが生ずるのは、例えば、 $D>75.7$ と設定したにもかかわらず、現実問題として債務者が信頼投資を行わず、かつ、環境 B が生起した場合である。See, Bar-Gill & Ben-Shahar, *supra* note (4) at 1493.

(30) See, Bar-Gill & Ben-Shahar, *supra* note (4) at 1493. 履行の効率性と再交渉の関係については、内野耕太郎＝山本顯治「契約の経済学と契約責任論（下）」NBL943号（2010年）28頁以下参照。

仮定する。このとき、債務者は M 品質の給付に75のコストがかかり、 T 品質の給付に損害賠償という形で $D=76$ のコストがかかるため、 M 品質の給付をなすという選択を行い、効率的契約違反は実現しない。しかし、債権者は、 M 品質の給付がなされれば40の利得を得、 T 品質の給付がなされれば損害賠償を通じて $D=76$ の利得を得る。 T 品質の給付がなされた場合、つまり効率的契約違反がなされた場合の方が、債権者は $76-40=36$ だけ超過利得を得る。このため、債権者は M 品質の給付をなそうとする債務者に対し再交渉を提案するインセンティブを有し、債権者は36の超過利得の内から2の利得を債務者にサイド・ペイメントとして支払うことを提案することで、効率的契約違反を実現することができる。債務者が契約に違反し T 品質の給付をなすと76の損害賠償を支払わねばならないが、その内2については債権者からのサイド・ペイメントで補填することができ、不履行により債務者が負担するコストは74となる。これに対し、債務者が M 品質の給付をなせば、債務者の負担するコストは75であるから、両者を比較し債務者は再交渉に応じて T 品質給付をなすことに同意する⁽³¹⁾。このように、超過損害賠償 D が効率的契約違反を抑止する場合であっても、両当事者は再交渉を通じて履行の効率性を実現することができる。

以上より、信頼投資と努力水準に関する不完全情報という条件下において、超過損害賠償という救済方法は信頼投資の効率性を実現する。他方、超過損害賠償と履行の効率性のトレード・オフという問題が存するが、この問題は両当事者による再交渉を促すことにより解決可能であった。超過損害賠償という救済方法により信頼投資の効率性を実現しつつ、再交渉という救済方法を取り入れることによって履行の効率性も同時に実現することができるのである。

(31) 本文の数値例に見られるように、新たに余剰が発生する限り再交渉は契約当事者間で自発的になされるはずとも考えられる。しかし、再交渉が両当事者にとり利益をもたらす場合であっても、面子や思い込みに基づく価値評価の歪み等から再交渉が実現せず、また、難航する場合は現実にも多々見られる。これは契約の経済学 (economics of contracts) において「事後のホールドアップ問題」(ex post hold-up problem) と呼ばれる問題である。かかる場合には、交渉促進者として第三者(裁判所等)が再交渉に関与することが求められる。

第二章 法的含意

第一節 意図的契約違反と効率的契約違反

前章に見た情報準拠理論の第一の意義は、それが効率的契約違反と意図的契約違反の関係について新しい知見をもたらすことにある。⁽³²⁾ 効率的契約違反論は、ルールや当事者の行為を厚生を増減という帰結に着眼し評価する厚生主義の帰結主義に立脚する。この結果、効率的契約違反を肯定する法の経済分析にとっては、債務者の意図や故意といった主観的態様は、それが社会的厚生を増減⁽³³⁾という帰結に影響を及ぼさないのであれば意味をなさない。そこでは、債

(32) 効率的契約違反と意図的契約違反の緊張関係を検討する文献は枚挙に暇がないが、初期の研究として *see*, Patricia H. Marshall, *Willfulness: A Crucial Factor in Choosing Remedies for Breach of Contract*, 24 ARIZ. L. REV. 733 (1982); Alan Schwartz, *The Myth that Promisees Prefer Supracompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damage Measures*, 100 YALE L. J. 369 (1990). 近時の研究として *see*, Richard Craswell, *When is a Willful Breach “Willful”? —The Link between Definitions and Damages—*, 107 MICH. L. REV. 1501 (2008); Steve Thel & Peter Siegelman, *Willfulness versus Expectation: A Promisor-Based Defense of Willful Breach Doctrine*, 107 MICH. L. REV. 1517 (2008); Michael D. Knobler, *A Dual Approach to Contract Remedies* 30 Yale Law & Policy Review 415 (2011); Martijn van Kogelenberg, *MOTIVE MATTERS ! : AN EXPLORATION OF THE NOTION ‘DELIBERATE BREACH OF CONTRACT’ AND ITS CONSEQUENCES FOR THE APPLICATION OF REMEDIES*, INTERSENTIA (2013).

(33) 米国裁判例においても、例えば、*Harris v. Atlantic Richfield Co.*, 14 Cal. App. 4th 70, 77 (1993) は、「契約法における救済の伝統的な目的は、不履行から生じた債権者の損害を填補するところにあり、債務者にその約束したところを強制的に実現させるところにあるのではない。よって、『意図的』不履行が他の不履行から区別されることはない」とする。続けて、契約法上の救済に制限が存する理由は、「不法行為には見出すことのできない目的がそこにあるから」であり、それは、「リスクに関する当事者の取引の自由を保証し」、「契約により実現する価値についての責任を限定することで、契約の成立を促進し」、これにより「効率的契約違反を促すことで、社会的コストを押さえつつ財とサービスの生産を増大させるという結果を生じさせることにある。」とする。

務者が意図的に不履行を行った場合であっても、当該不履行が効率性を改善するのであれば、高額な損害賠償を課して不履行を抑止すべきではないという結論が導かれる。よって、効率の契約違反を肯定する法の経済分析は、意図的契約違反を理由として履行利益を超えた高額な損害賠償を肯定する米国判例法理を前にして、これをいかに説明するのかを問われることになる。⁽³⁴⁾

意図的契約違反については、その反道徳性ないし高度の帰責性を根拠として

-
- (34) 意図的不履行の法理は、契約に付随する誠実義務の違反を不法行為と評価し懲罰的損害賠償を課す保険契約の領域において関心と呼んだが、これに限定せず、履行利益賠償を実質的に超過する損害賠償基準が採用された採鉱契約、建築請負契約等のケースも含めて論じる米国学説もある（むしろこれが一般的立場である）。前者は狭義の、後者は広義の意図的不履行と呼ぶものである。Bar-Gill=Ben-Shahar も広義の意味で意図的不履行を用いており、意図的不履行による損害賠償を懲罰的損害賠償と呼ばず、超過損害賠償と呼ぶのもそれが一つの理由であると推察される。

なお、懲罰的損害賠償が課される狭義の意図的不履行については、商事契約（石油供給契約）への実質的な拡張が試みられたカリフォルニア州最高裁判決、*Seaman's Direct Buying Service Inc. v. Standard Oil Co.* 686 P.2d 1158 (1984) が存していた。これは契約の成立を不誠実に否定することが不法行為に該当すると判断されたケースであり、そこで示された法理は「不誠実な『契約の否定』という不法行為」(tort of bad faith “denial of contract”) と呼ばれる（本判決については、樋口・前掲注 (1) 54 頁以下が詳しい）。この判決に対しては以後の諸判決において疑問が提示されていたが、遂に、*Freeman & Mills, Inc. v. Belcher Oil Co.* 900 P.2d 669 (Cal. 1995) においてカリフォルニア州最高裁自身により覆された。事案は、ある訴訟を抱えていた石油会社 Belcher Oil が、財務分析および訴訟のサポートを得ることを目的として会計会社である Freeman & Mills と顧問契約を交わしたが、その後 Belcher Oil が契約の存在を否定し顧問料の支払いを拒んだため、Freeman & Mills が Belcher Oil を「不誠実な契約の否定という不法行為」を理由に訴えたというものである。これに対し、カリフォルニア州最高裁は *Seaman's* 判決を変更すると述べ、保険契約以外の契約においては、不法行為の基本原則に基づいて認められる独立の義務違反がない限り、契約違反が不法行為を構成することはないとされた（法定意見に対しては、*Seaman's* 判決を覆すのではなく、明確化に務めるべきとの Mosk による反対意見が付されている）。

超過損害賠償が肯定されるとする見解が英米において有力に主張されている。⁽³⁵⁾ 効率的契約違反論は厚生 (welfare) の増加それ自体を善と評価し、社会的厚生を最大限増加させるところに正当化根拠を求める。これに対し、意図的契約違反の反道徳性ないし高度の帰責性を重視する見解は、意図的契約違反に対して超過損害賠償を認める米国判例法理を効率的契約違反論に対する反証と考え、意図的契約違反は効率的契約違反論の限界を顕在化させると評価する。批判説は、厚生を増大にかかわらず当該行為の反道徳性・帰責性の大きさを根拠として超過損害賠償を課すものが意図的契約違反の法理であるとし、「契約の神聖 (sanctity of contract)」が効率的契約違反を覆滅することを表す代表的法理として意図的契約違反を位置付けるのである。

このように意図的契約違反は効率的契約違反の成否にとって試金石とも評しうる重要な問題であり、実際、わが国において効率的契約違反論を先駆的に紹介した樋口範雄は、早くから意図的契約違反の法理に注目していた。樋口によれば、「アメリカ法は経済的合理性に適った法」であって、アメリカ法における契約を破る自由、即ち効率的契約違反は、アメリカ法の基礎に存する経済的効率性の観点から正当化される。⁽³⁶⁾ 他方、意図的契約違反は、効率的契約違反の「重要な例外」であって、このような「重要な例外が現れてきたという事実

(35) 多数の文献があるが、例えば、Marshall, *supra* note (32) at 739-742, 757 (主に建築請負契約、採掘契約に関する意図的不履行判例の分析に基づき、①意図性、②修補に伴うコストの大小、③債務者である請負人の修補コストと債権者である注文者が得る利得の不均衡、④注文者の審美的選好 (美観のこだわり) という四つの要因が超過賠償の可否にあたり重要な役割を果たしているとする。その上で、不履行が意図的である時は、直ちに実質的に履行利益を超える高額の賠償基準を採用すべしとする。) ; Bar-Gill & Ben-Shahar, *supra* note (4) at 1482 (但し、Bar-Gill & Ben-Shahar 自身は反道徳性に根拠を見出さない。) ; van Kogelenberg, *supra* note (32) at 160; Seana V. Shiffrin, *The Divergence of Contract and Promise*, 120 HARV. L. REV. 708 (2007) at 730.

(36) 参照、樋口範雄「契約を破る自由について」アメリカ法1983=2号 (1984年)、217頁、223頁、231頁。

は、契約を破る自由の限界を示唆する。」とされる。⁽³⁷⁾意図的契約違反に関する樋口論文は、「契約を破る自由の例外」というその副題が物語るように、意図的契約違反を効率的契約違反の例外法理と位置づけていた。確かに、意図的契約違反は超過損害賠償を課すことにより不履行を抑止する法理であるように思われるところから、一見すると効率的契約違反と相反するよう見える。しかし、問題の所在はその正当化根拠にあるというべきであり、効率的契約違反が効率性を根拠に正当化されるのに対して、意図的契約違反はこれとは異なる正当化原理に基づく法理なのか、それとも、実は両者とも共通した正当化原理に基づくものなのかが問題とされねばならない。⁽³⁸⁾

この問題について、Bar-Gill & Ben-Shaharは、意図的不履行とされる事例群においては、債務者の不履行行為により顕示された「隠れた先行行為」を根拠として効率性達成という目的から超過損害賠償が正当化される事例があり得るとした。そこでは直近の不履行における故意や意図といった行為者の主観的態様や高度の帰責性を根拠として超過損害賠償が課されるのではなく、そもそもの信頼投資の不実施、および、それまで立証できなかった不履行行為という

(37) 樋口・前掲注(1) 27頁参照。

(38) 樋口・前掲注(1) 40頁以下は、保険契約において意図的不履行が故意不法行為と構成され懲罰的損害賠償が認められる根拠を、保険契約が有する以下の特性に見出す。①保険契約においては被保険者と保険会社は一種の信託的關係にあること、②両当事者間に存する経済的格差、③保険事業が公的規制を受けていること、④契約違反に対する救済方法では被保険者の権利保護が十分に図られないこと（保険金不払いの場合、売買契約の不履行と異なり、代替市場に赴いても救済されず、また履行利益賠償では保険会社の不払いインセンティブを抑止できない）、である（なお、前掲注(34)に見たFreeman & Mills判決も類似した指摘をなしており、保険契約以外の契約にはこのような要素が欠けていることを理由に不法行為の成立を否定している）。他方で、樋口・前掲注(1) 61頁以下は、懲罰的損害賠償が肯定される要因として、①契約法違反をされた当事者にとっての代替市場の有無、②契約締結時における契約違反の予見可能性の有無、および、実行可能な対応策の有無、③契約違反の態様、被害者にとり代替市場が存しないことにつき悪意であったかどうかという諸点も掲げており、効率的契約違反論との整合性を意識しているようにも思われる。

債務者の隠れた先行行為が根拠となって超過損害賠償が課される。意図的契約違反という不法行為の内には、社会的厚生を最大化・効率性達成という効率的契約違反を支える根拠に基づき正当化することが可能な事例群が存しているというのである。この事例群においては、不履行の意図性や高度の道徳的帰責性を理由として意図的不履行・故意不法行為という法的評価が下されているのではなく、信頼投資の効率性と履行の効率性実現という社会的目的から超過損害賠償が要請される行為について、翻って意図的不履行・故意不法行為との呼称が付与されるに過ぎないとされる⁽³⁹⁾。

もっとも、意図的契約違反が認められた裁判例に対し情報準拠理論がどこまで説明力を有するかという点についてはなお検討の余地がある⁽⁴⁰⁾。広義の意図的契約違反に該当する事例群には、詐欺法理、売主の契約不適合責任、経済的公序等々の隣接法理と繋がるものもあり、今後は、これら隣接法理と併せそれぞれの事例において社会的厚生・効率性が阻害されるメカニズムを検討する作業が必要となる。

第二節 隠れた不履行による集団的被害の救済

多くの先行研究が指摘する通り、米国においては債務不履行に対して懲罰的損害賠償を課することができないために、故意不法行為と構成することによって懲罰的損害賠償が課されてきた。このことは、前節に見たとおり効率的契約違反論との緊張関係を生むこととなった。これに対し、我が国は懲罰的損害賠償制度を持たず、意図的不履行に対して履行利益を超える損害賠償が課されることはない。その点においては、米国よりも効率的契約違反を認めることに対し法制度上の障壁が低いと言え、効率性契約違反論の立場からする意図的契約違反の正当化の試みは我が国ではさほど意味を持たないとも言えそうである。これに対し本稿は、情報準拠理論は我が国損害賠償法に対し以下の三点について

(39) See, Bar-Gill & Ben-Shahar, *supra* note (4) at 1491.

(40) See, Bar-Gill & Ben-Shahar, *supra* note (4) at 1495.

示唆的であると考ええる。第一に、不完全情報の仮定の下では、裁判所は債務者による S 品質給付と M 品質給付を区別できないため、債権者は債務者が先行してなした M 品質の給付という隠れた不履行に対し賠償請求することができなかった。情報準拠理論は、この二当事者間で繰り返しなされてきた「隠れた不履行」に対する賠償請求を正当化する手掛かりを与える。第二に、情報準拠理論は、二当事者間での隠れた不履行に対する損害賠償のみならず、多数の当事者に対してなされてきた大規模な隠れた不履行に対する救済法理・救済法制度の構築を要請する。第三に、信頼投資の効率性に象徴される社会的目的を実現するために、政策的に民事損害賠償制度を用いることの可能性と限界を情報準拠理論は明らかにする⁽⁴¹⁾。

第一款 同一当事者間での隠れた不履行の救済

まず、「隠れた不履行」に対する損害賠償請求という問題を検討する。情報準拠理論は、直近の不履行を契機として提起された損害賠償請求訴訟において、これまで立証できなかった先行する「隠れた債務不履行」による損害を加算して損害賠償をなすことを正当化する⁽⁴²⁾。Bar-Gill & Ben-Shaharのモデルによれば、債務者が信頼投資をなしておらず(L)、かつ、良好な給付環境 G が生じたという場合に、不完全情報下では高品質給付(S)と中品質給付(M)を裁判所は区別できないため、これを知っている債務者は給付コストを最小化しようとして契約に違反し中品質の給付をなす。中品質の給付は債務不履行であり債権者に10の損害を発生させるが、不完全情報下では不履行の存在を

(41) 以下に見るように、この三つの問題は上記式(7)に集約的に表現されている。履行の効率性と信頼投資の効率性を同時に実現する式(7)は、二つの重要な部分に分けることができる。その一つが $75 > D$ という履行の効率性を実現する損害賠償の条件を表す部分であり、もう一つが $D > \frac{45-40q}{1-q}$ という信頼投資の効率性を実現する条件を表す部分である。第一と第二の隠れた不履行の問題は前者の $75 > D$ という条件に主に関連し、第三の政策的損害賠償の問題は $D > \frac{45-40q}{1-q}$ という条件に主に関連する。

(42) 本稿第一章第五節参照。

債権者は裁判所に立証することができず、この結果、「信頼投資がなく (L)」、かつ、「良好な給付環境が生起した (G)」という条件下で債務者により既になされた中品質給付 (M) という債務不履行に対して、債権者は損害賠償を請求できない。「契約当事者間では明確に認識されるが、第三者に対しては立証が困難」という不履行 (不完全情報下での不履行) は現実にも身近に多々観察することができるが、情報準拠理論はこのような隠れた不履行が成立する条件例を明らかにした。情報準拠理論は、裁判所に立証可能な直近の不履行に基づいて先行する隠れた不履行の存在を推定させ、後者もまた賠償可能とするように損害賠償法をデザインする手掛かりを提供するのである。

第一章第五節にみたように、 T 品質の不履行がなされたことが立証されたならば、これにより債務者が信頼投資をなしていない (L) ことが推定される。基本条件の仮定により、環境条件 G が生起したこと、またその環境下でなされた給付行為の回数 n はいずれも裁判所に立証可能であるから、この立証がなされたならば、環境条件 G の下でなされた給付の回数 n は繰り返しなされてきた隠れた不履行の回数を表すことになる。つまり、一度 T 品質の給付がなされたならば、信頼投資がなされていないことが推定され、これに基づき、先行する隠れた債務不履行も含め債務者が被った損害は総計 $50 + 10n = D$ であることが推定される⁽⁴³⁾。この損害賠償 D は、直近の不履行 T にのみ着目すれば履行利益 50 を超える超過損害賠償であるが、その実質はこれまで検知されなかった隠れた不履行に基づく損害に対する填補賠償である。これを、第三款に見る政策目的実現のための超過損害賠償と区別する意味で、擬似的超過損害賠償と呼ぼう。このとき、 $n \leq 2$ であれば (つまり先行する不履行が2回以下の場合)、 $75 > D$ となるから、擬似的超過損害賠償 D は不完全情報下においても履行の効率性を実現する。他方、隠れた不履行の回数が $2 < n$ の場合には、 $75 < D$ となり、擬似的超過損害賠償は、信頼投資がなされず (L)、かつ、給付環境 B が生

(43) 信頼投資がなされていない場合 (L)、給付環境 B が生起し、債務者が T 品質の給付をなせば、債権者は 50 の損害を被る。給付環境 G が生起したならば債務者は M 品質の給付をなし、1回の給付あたり債権者は 10 の損害を被る。

起した場合に T 品質の給付を選択するという効率的契約違反に向けた債務者のインセンティブを阻害する。しかし、第一章第六節に見たように、債権者と債務者の再交渉という救済方法を考慮に入れるならば、債権者から債務者へのサイド・ペイメントが支払われることにより債務者は T 品質給付を選択し、この場合も履行の効率性が実現する⁽⁴⁴⁾。

以上のような擬似的超過損害賠償の問題は、 T 品質給付という不履行から先行してなされた隠れた不履行を推定するという損害推定の問題でもある。これは直近の不履行についての填補賠償を超える損害賠償であるかのように見えるが、その実質は先行する不履行の推定に基づいた填補賠償に過ぎない。この意味で、同一当事者間でなされてきた隠れた不履行に基づく損害賠償は我が国損害賠償法制度の下でも認め得ると思われる。

第二款 意図的契約違反による集团的被害の救済

さらに、隠れた不履行に対する救済という考え方は、「多数の当事者に対する大規模な隠れた債務不履行」にも拡張される。これは、一人の契約当事者に

(44) 今、効率的契約違反をなし T 品質の給付をなした場合に債務者が負担する損害賠償は $D = 50 + 20n$ であり、裁判所に検知できない M 品質の給付をなした場合に債務者が負担する給付コストは75である。両者を比較すると、 $2 < n$ という条件下では $D - 75 = 20n - 25 > 0$ となるから、債務者は M 品質の給付をなし、効率的契約違反は実現しない。しかし、再交渉という救済方法を取り入れると事情が変わる。 T 品質の給付という不履行がなされると、債権者は隠れた不履行の分も合わせて損害賠償という形で $D = 50 + 20n$ の利得を得る。 M 品質の給付がなされると40の利得を得る。よって M 品質の履行がなされる場合に比べて、不履行がなされると債権者は $D - 40 = 10 + 20n$ の超過利得を得る。他方、債務者は不履行をなすと $D = 50 + 20n$ という損害賠償を負担し、 M 品質の給付をなすと75の給付コストを負担する。そこで、債権者から債務者に支払われるサイド・ペイメントを π と置くと、 $50 + 20n - \pi < 75$ となるように π が支払われるならば、債務者は不履行を選択する。この場合、債権者の超過利得が π の上限を画すことを合わせて考えると、サイド・ペイメント π の範囲は $20n - 25 < \pi < 20n + 10$ となる。

対する不履行行為が、他の多数の当事者に対する、それまで隠れていた不履行を顕示させるというケースである。この問題につき参考になるのが、Bar-Gill & Ben-Shaharが情報標準理論と親近性ある事案として言及するCampbell v. State Farm事件⁽⁴⁵⁾である。

Campbellは、1981年5月にユタ州ローガン市近郊の高速道路において無理な追い越しによる交通事故を引き起こし、被害者一人が死亡、他の被害者一人が後遺症を伴う重傷を負った。Campbellが契約していたState Farm自動車損害相互保険会社は、Campbellの過失を裏付ける証拠があり、和解はCampbellにとり十分な価値があるとの自社の損害査定人による報告があったにも関わらず、被害者側から提案のあった保険金上限の5万ドルでの和解案を拒絶し訴訟に持ち込むようCampbellを説得した。その結果、裁判ではCampbellに100%の過失があるとされ、18万ドル余の損害賠償が命じられた。State Farmは保険金上限を超える部分の13万ドル余の支払いを拒み、控訴に必要な執行停止保証金（supersedeas bond）の支払いも拒絶した。そこでCampbellは誠実義務違反、詐欺、意図的に精神的苦痛を与えたこと（bad faith, fraud and intentional

-
- (45) Campbell v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 65 P.3d 1134 (Utah 2001), State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S. 408, 123 S.Ct. 1513 (2003). ユタ州最高裁判決および連邦最高裁判決については、参照、伊藤壽英「懲罰的損害賠償に関する憲法上の制約とその具体的基準」ジュリ 1251号（2003年）185頁、山口正久「アメリカの課題な懲罰賠償と due process clause による制限—State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell 事件判決（2003年連邦最高裁）の意味するもの—」金城学院大学論集・社会科学編（2003年）13頁、浅香吉幹「最近の判例」アメリカ法 [2004-1] 149頁以下、会沢恒「懲罰的賠償の終焉!? (1) —私人は法を実現できないのか?—」北大法学論集 59巻1号（2008年）522頁、508頁、吉村顕真「20世紀アメリカ合衆国における懲罰的損害賠償の改革過程—現代損害賠償法における『懲罰的』要素の意義と課題—」龍谷法学 42巻2号（2009年）121頁、164頁、初岡宏成「混迷を深めるアメリカの懲罰的損害賠償制度 —エクソン判決（2008年）評釈」北海道教育大学紀要〔人文科学・社会科学編〕61巻1号（2010年）87頁、89頁、吉村顕真「アメリカ合衆国における懲罰的損害賠償の判例法史—判例法史から見る「懲罰」の理論と課題—」青森法政論叢 13号（2012年）1頁、9頁。

infliction of emotional distress) を理由として State Farm を被告とし損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は填補賠償を 260 万ドル、懲罰的損害賠償を 1 億 4500 万ドルとする評決を下したが、トライアル・コートは填補賠償を 100 万ドル、懲罰的損害賠償を 2500 万ドルに減額した。原告 Campbell、被告 State Farm とともにユタ州最高裁に上訴。主たる争点は、そもそも懲罰的損害賠償が認められるか否か、認められるとしてその額が過大ではないかという点であった。ユタ州最高裁は填補賠償を 100 万ドルとする原審の判断を維持しつつ、Campbell 個人に対する対応、および、State Farm が全米規模で 20 年以上にわたり保険金支払いの抑制（不払い）を社の営業方針として採用・実施していたとの証拠を採用し、懲罰的損害賠償を減額する理由に欠けるとして差し戻した。これに対し、填補賠償の 145 倍もの懲罰的損害賠償を課すことは憲法違反であるとして State Farm は連邦最高裁に上訴した。連邦最高裁は破棄差し戻し。これを受けて、ユタ州最高裁は、填補賠償 100 万ドル、懲罰的損害賠償はその 9 倍の 900 万ドル余とする判決を下し、この判決が最終的に確定したという事件である。⁽⁴⁶⁾

Bar-Gill & Ben-Shahar が注目するのが、加重された懲罰的損害賠償を認めるにあたって State Farm の非難可能性 (reprehensibility) を基礎付けるためにユタ州最高裁が重視した以下の事実関係である。⁽⁴⁷⁾

(1) State Farm の統括責任者と地域責任者は自社の損害査定人が Campbell の過失を裏付ける証拠があり、和解を拒絶すると Campbell を大きなリスクに晒す可能性があると報告したにもかかわらずこれを拒絶した。地域責任者は、損害査定人に報告ファイルの当該部分の削除を要求し、さらに死亡した被害者が妊娠中の彼女に会うためにスピードを出していたと改竄するよう指示した。しかし、実際には、被害者はスピードを出しておらず、妊娠中の彼女もいなかった。また、統括責任者は報告に同意する旨の手紙を損害査定人に一度送ってい

(46) Campbell v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co. 98 P.3d 409 (Utah 2004).

(47) Campbell v. State Farm 65 P.3d 1134, 1141, 1148. また、連邦最高裁の Ginsburg 反対意見において言及された事実関係も参照。See, State Farm v. Campbell 538 U.S. 408, 123 S.Ct. 1513, 1528.

るが、この手紙を送り返すよう要求し、その後、State Farmは当該査定人を本件訴訟に関わることから外した。また、State Farmは、和解を拒絶し訴訟に持ち込むという決断は、本件限りの「誠実なミス」であり、懲罰的損害賠償に値する行為ではないと主張した。これに対して、Campbell側は多数の専門家証人の証言を元に、和解を拒否し訴訟に持ち込むというState Farmの決定は、保険金支払いの総額に上限を設けることで、同社の財務目標を達成するという米国全土で同社が採用していたスキームの結果に過ぎないことを証明した。このスキームは、“Performance, Planning and Review” 方針（“PP&R” 方針）と名付けられ、1979年に同社の最高責任者が導入して以来用いられてきたものであった。この方針に基づき、20年以上に渡り、State Farmは月ごとの支払いに上限を設け、市場平均より少なく支払いをなしたエージェントに報償を与えてきた。エージェント達は、ファイルの内容を改竄し、顧客を偽り、財務目標を達成するために、その他の不誠実・欺罔的行動を行っていた。例えば、上に見た損害査定人に対する報告書改竄の指示もこの一例であった。さらに、State Farmの元被用者達の証言により、欺罔行為は、最も脆弱なグループ、即ち、貧困者、マイノリティー、女性、高齢者、その他自己の権利に対する知識に欠ける状況にある顧客をターゲットとして実行されていたことも判明した。これらの顧客は、異議申立をしたり、訴訟を提起する可能性が低いと考えられたためであった。

(2) State FarmはPP&R方針に関連するあらゆる文書の計画的隠匿・廃棄に関与していた。State Farmにおいては、PP&R方針を受けて“Excess Liability Handbook” という文書が作成されており、そこには例えば損害査定人に自社に有利な文書をファイルに入れ、不利なものはファイルから除外する旨記載されていた。さらに、不払いに関する文書を廃棄することもルーティンとなっており、それはディスカバリ手続を通じて、PP&R方針が明るみに出る可能性を回避するためであった。State Farmは、会社の方針として、自社に対して提起された訴訟に関する記録を保存しないこととしていた。それは、自社が関係した誠実義務違反（bad faith）訴訟の数と規模に関連する情報が外部に漏れるこ

とを防止するためであった。

(3) State Farmは、自社に抵抗する権利主張者、証人、弁護士に対し、組織的にハラスメント、威嚇行為を繰り返していた。例えば自社に対する訴訟提起を抑止するために、権利主張者の調査・審査の一貫として「私的な質問」をなすよう命ずるマニュアルを作っていた。さらに、裁判で証言した証人の内複数の者が、ハラスメント、威嚇行為が自分達に向けられていたと証言した。State Farmはある証人の私生活について88頁に上るレポートを作成し、この証人が宿泊したホテルの部屋に深夜の来訪者がなかったかどうかを明らかにするために、ホテルのメイドを買収しようとしていたことも明らかになった。さらにState Farmは権利主張者およびその弁護士に対して、「狂犬からの護身手段 (mad dog defence tactics)」と呼ぶ方策を採るよう指示していたことも判明した。それは、意味のない異議申し立て、虚偽の責任免除の主張、文書破棄等、あらゆる手段を用いて訴訟を遅延さ、相手方弁護士を「疲弊させる」ために、⁽⁴⁸⁾ 会社の巨大なりソースを活用せよというものであった。

Bar-Gill & Ben-Shaharによれば、以上のような“PP&R”方針の存在は情報準拠モデルにおける信頼投資の欠如に相当し、それは契約当事者の不誠実さ・営業方針、会社の体質を象徴するとする。この隠れた営業基本方針が主因となって全米規模での隠れた不履行（不払い）行為が惹起されたのであって、このようなシステムティックな違法行為のパターンを抑止するという点に、ユタ州最高裁が超過損害賠償（本件では、懲罰的損害賠償）を認めた正当化根拠を見出すことができるとするのである。⁽⁴⁹⁾

(48) 伊藤・前掲注(45) 189頁によれば、State Farm自動車相互保険会社が属するState Farmグループは、総合金融グループであり、State Farm自動車相互保険会社が獲得した契約高は、当時自動車保険では全米1位であった。

(49) See, Bar-Gill & Ben-Shahar, *supra* note (4) at 1947. このような考え方は、次注に見る連邦最高裁判決におけるGinsburgの反対意見にも見出すことができる。See, *State Farm v. Campbell* 538 U.S. 408, 123 S.Ct. 1513, 1527.

なお、Campbell事件を見ても明らかなように、保険契約における誠実義務違反を根拠とした懲罰的損害賠償については、それを「契約を破る自由」の例

もっとも、連邦最高裁においては、州外の行為を理由に今審理の対象となっている行為の非難可能性の度合いを評価することは、管轄権の観点から、また、当該行為が州外では適法とされる場合もあり得ることから認められないこと、州外の行為が違法であってもそれが現在審理の対象となっている **Campbell** の損害に関連したものでなければ、審理の対象となっている損害とは無関係の行為を抑止し、制裁を与えることになること、さらに、填補賠償額に対する懲罰的損害賠償額の倍率が一桁を超えなければデュープロセスに適合する可能性⁽⁵⁰⁾ がある等と指摘し、ユタ州最高裁の判断は覆されている。しかし、連邦最高裁による否定にもかかわらず、ユタ州最高裁の考え方は保険法における損害賠償

外法理と位置づけてよいか、再吟味されねばならないように思われる。保険契約違反を故意不法行為と構成し懲罰的損害賠償を課す意図的不履行の法理を契約を破る自由の例外法理と呼ぶためには、保険会社の契約違反が「社会的厚生」を増大させるものであるにも関わらず、懲罰的損害賠償によりそれが抑止されたものである必要がある。それは、填補賠償を支払ってもなお契約違反が保険会社に利益を残すものであるにも関わらず、懲罰的損害賠償により抑止されたという場合と混同されてはならない。後者は保険会社が自社の利得増大を目論んだ（個人的合理性が追求された）事例であって、社会的厚生（社会的合理性）が阻害されている事例だからである。**Campbell** 事件においては、保険会社の不履行行為はそもそも社会的厚生を増大させるものではなかった（むしろ大幅に社会的厚生を阻害する行為であった）。よって、保険会社に懲罰的損害賠償を課し契約違反を抑止することは、契約を破る自由の例外とは言えず、むしろ社会的厚生の阻害を防止し効率性を達成するために必要だったと考えられるからである。

- (50) 法定多数意見に対しては、Scalia、Thomas、および、Ginsburg による反対意見が付されている。特に Ginsburg は、PP&R 方針の存在や同方針に基づく **State Farm** 側の一連の行為は **Campbell** の損害には無関係であるとの法廷意見を批判し、事実関係の詳細な吟味に基づき、PP&R 方針に基づき実行された **State Farm** の一連の行為は、**State Farm** の行為が計画的かつ非難可能なものであることを示しており、立証された **State Farm** の様々な行為と **Campbell** の損害の間には「明らかに関連性がある」（there surely was “a nexus”）と述べた上で、ユタ州最高裁の判断は維持されるべきとした。See, *State Farm v. Campbell* 538 U.S. 408, 123 S.Ct. 1513, 1527, 1530, 1531.

理論の中に深く浸透しているとBar-Gill & Ben-Shaharは言うのである。⁽⁵¹⁾

第二款の二：消費者裁判手続特例法について

このように、情報準拠理論は隠れた不履行行為による集団的被害の発生を抑止するための法理として超過損害賠償の正当化を試みる。しかし、填補賠償原則に立つ我が国損害賠償法の下では、多数の契約当事者に対する隠れた不履行を理由として債務者に超過損害賠償を課すことは認められない。そのため、填補賠償原則を維持しつつ、多数の当事者に対する隠れた不履行を抑止し、被害者救済を図ることのできる法理・法制度が必要となる。その方向に一步を進めるものとして注目されるのが、2013年12月に成立し2016年10月から施行された「消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律」(以下「消費者裁判手続特例法」ないし「特例法」と呼ぶ。⁽⁵²⁾)である。

もっとも、特例法の定める「共通性要件」(特例法2条4号)と「支配性要件」(特例法3条4項)の解釈・運用如何により特例法の実効性は大きく左右される。今、Campbell事件におけるPP&Rに相当する営業方針、および、これ

(51) See, Bar-Gill & Ben-Shahar, *supra* note (4) at 1497.

(52) 特例法については、消費者庁消費者制度課編『一問一答・消費者裁判手続特例法』(2014年、商事法務)、山本和彦『解説 消費者裁判手続特例法〔第2版〕』(2016年、弘文堂)、伊藤眞『消費者裁判手続特例法』(2016年、商事法務)等参照。また、千葉恵美子＝長谷部由紀子＝鈴木将文編『集団的消費者利益の実現と法の役割』(2014年、商事法務)所収の関連論文も参照。なお、特例法の実体法への影響として、共通義務確認訴訟においては、相当多数の消費者に対する事業者の金銭支払義務の存在が確認されることになるが、このことは、具体的な金額を伴わない金銭債権が法律上承認されたことを意味する。額を伴わない金銭債権は定義上そもそも観念できないとするのが実務上の原則的扱いであったと思われるが(学説には批判も多い)、今後、無視できない影響があると思われる。実体法に対するその他の影響としては、例えば、鹿野菜穂子「集団的消費者被害回復制度と消費者の権利—消費者裁判手続特例法の意義と課題」中田邦博＝鹿野菜穂子『消費者法の現代化と集団的権利保護』(2016年、日本評論社)375頁、383頁以下参照。

を受けた“Excess Liability Handbook”に相当する違法な営業マニュアルに従い、ある事業者が全国規模で不実告知をなし、これにより誤認を惹起された相当多数の消費者が契約甲を締結したという事件が発生したとする。これに対して、特定適格団体は、消費者契約法（以下、「消契法」と呼ぶ。）4条1項1号の不実告知による契約の取消しを理由とする不当利得返還請求の共通義務を主張する。共通性要件は「個々の消費者の事業者に対する請求を基礎付ける事実関係がその主要部分において共通であり、かつ、その基本的な法的根拠が共通であること」を言う⁽⁵³⁾とされる。この場合、請求を基礎付ける事実関係がその主要部分において共通していると認められたならば、共通する事実関係を土台として構成される金銭支払義務の法的根拠については通常は大きな妨げなく共通性が肯定されると推察される。このため、共通性要件の充足性判断に当たっては、「請求を基礎付ける事実関係のその主要部分における共通性」の画定メルクマールが特に重要となる。

このとき、請求を基礎付ける事実関係の共通性について、消契法4条5項に例示される複数の「事項」が主張されているならば、これらは実体法上の要件である「重要事項」に包含され（消契法4条1項1号）、そこに一つの共通性が認められるのが問題となる。これは、共通義務の「共通性」を担保するものはなにか（訴訟法上の考量判断に依るのか、実体法の基準に依るのか）という問題である。仮に、消契法4条5項に例示された個々の事項ごとに共通性が要求されるとすれば、「質」、「用途」、「その他の内容」についての不実告知という個々の事項ごとに共通性が異なることになりかねない。この結果、契約甲の重要事項について不実の事実を告知した勧誘行為の存在という点において共通性が認められるにも関わらず、告知された事実ごとに共通義務は分断される。他方、Campbell事件におけるPP&R方針や営業ハンドブックのように、違法な営業マニュアルに「質に関する欺罔手口」、「用途に関する欺罔手口」「その

(53) 参照、消費者庁消費者制度課編・前掲注(52)18頁、伊藤・前掲注(52)39頁、山本・前掲注(52)153頁。

他の内容に関する欺罔手口」が記載され、そのいずれかが個々の消費者に対する欺罔行為において使用されたという場合、いずれの消費者に対しても違法マニュアルに基づき「重要事項」の不実告知がなされたという点に事実関係の主要部分における共通性を認めるならば、今度は支配性要件の解釈・運用によっては、「対象債権の存否及び内容を適切かつ迅速に判断することが困難である」とされ（特例法3条4項）、共通義務確認の訴えが却下される可能性が生ずる。これは論者の言う「トレード・オフ」の一例である⁽⁵⁴⁾。この問題については、「同種の被害が拡散的に多発するという消費者被害の特性に鑑み、消費者被害の集団的な回復を図る」という特例法の趣旨に基づき、共通性は実体法の要件を⁽⁵⁵⁾

(54) 山本・前掲注(52) 157頁参照。共通性が問題となる場合として、山本・前掲注(52) 156頁以下は、詐欺取消しに基づく不当利得返還請求の共通義務が主張されているとき、原告の主張する「虚偽のパンフレットによる勧誘」の有無により対象消費者をサブカテゴリーに分けるという例が掲げられている。これは共通性を確保するためのカテゴリーの細分化である。これに対して本文の問題は、被告事業者が違法な営業方針や詐欺的な営業マニュアルが存しており、虚偽パンフレットの使用に関わらず消費者に対して不実告知がなされていたとして、取消しに基づく不当利得返還請求の共通義務が主張されるならば、これを一つのカテゴリーとして共通性は認められないかという問題である（虚偽パンフレット使用は不実告知の一手段に過ぎないと位置づけられる）。これは共通性をどこまで拡張できるのかという問題である。この点、三木浩一「消費者集合訴訟制度の構造と理論」高橋宏志＝上原敏夫＝加藤新太郎他編著『伊藤眞先生古稀祝賀論文集 民事手続の現代的使命』（2015年、有斐閣）597頁、599頁、は「共通義務確認訴訟は実体権の成立要件の一部のみを対象として審判する」ものであり、対象債権が勧誘行為の不当性に基礎を置く場合は「時期によって範囲を特定するほか、共通的な勧誘の方法（文言、手段、場面）をもって、特定を図ることになろう。」とする。問題は、「勧誘方法の共通性」をどの範囲で認めるかであり、「重要事項についての不実告知」が実体法上の成立要件の一部であり、「質、用途、その他の内容」という個々の事項は重要事項という要件の構成要素に過ぎないと解することができるならば、「契約甲とその勧誘時期」、「重要事項についての不実告知」の主張をもって共通性要件は満たされると解することができるのではなかろうか。

(55) 消費者庁消費者制度課編・前掲注(52) 3頁。

基準として広く認めつつ、支配性要件に照らした訴えの却下は抑制的に運用することが望ましいと考えられる。

第三款 政策的損害賠償の可能性と限界

最後に、填補賠償からさらに進んで、信頼投資まで含めた社会的厚生の実最大化・効率性の実現という社会的目的のために政策的に民事損害賠償制度を用いることの可能性と限界について検討する。上記に見た隠れた不履行に対する損害賠償のみを正当化するのであれば、Bar-Gill & Ben-Shaharのモデルにおける「信頼投資の有無」という条件設定は不要であり、 S, M, T という給付の品質に関する情報の非対称性のみを仮定すれば良いようにも思われる。にも関わらず、彼らのモデルには信頼投資の有無という条件が組み込まれており、当初の信頼投資の欠如（Campbell事件でのPP&R方針がこれに相当する）が主因となってその後の隠れた不履行が頻発するというモデルになっている。そして、この条件が組み込まれていることにより、政策的損害賠償としての超過損害賠償の特質が顕在化する。

上記式（7）より、信頼投資をなしていない場合の債務者の期待給付コスト C_L が、信頼投資をなした場合の期待給付コスト C_H を上回るための条件、即ち、信頼投資をなすインセンティブを債務者に与える損害賠償 D の条件は以下の通りであった。

$$D > \frac{45 - 40q}{1 - q}$$

信頼投資の効率性を実現するためのこの条件式を見ると、良好な給付環境の生起確率 q の値が低い場合（ $q < \frac{1}{2}$ ）には、上式右辺の最大値は50となるから、上記の擬似的超過損害賠償によってもこの条件は満たされる。他方、 q の値が1に近づくとも上式右辺の値は飛躍的に大きくなり、直近の T 品質給付という不履行と先行する M 品質給付という隠れた不履行に基づく損害を合算した填補賠償を大きく超過する損害賠償が必要となる。この損害賠償は上に見た擬似的超過損害賠償と根本的に性格を異にする。なぜならば、条件式の導出過程を見

ると、損害賠償 D は信頼投資へのインセンティブを債務者に与えることで社会的厚生⁽⁵⁶⁾の最大化を実現するという目的のために、期待給付コストの大小に関する $C_L > C_H$ という条件式から導出される損害賠償であって、この導出過程において損害填補という原理は働いていないからである。上記式(6)で表される C_L は不完全情報下で信頼投資を行わなかった場合の債務者の期待給付コストであり、上記式(5)で表される C_H は同じく信頼投資を行った場合の期待給付コストである。損害賠償 D はこの内式(6)で表される C_L に現れており、そこで D は期待給付コストを表す式の中の変数でしかなく、この段階では D に対し損害填補に限定する等の制約は付されていない。損害賠償 D は $C_L > C_H$ という条件式からその範囲が画定されているに過ぎない。本文の数値例では超過損害賠償 D は債権者が現に被った損害を填補するものでもあるが、それは信頼投資の効率性・社会的厚生⁽⁵⁶⁾の最大化という社会的目的実現の副次的な効果にすぎない。

このように、上記式(7)の $D > \frac{45-40q}{1-q}$ という部分で表される損害賠償 D は社会的厚生⁽⁵⁶⁾の最大化・効率性の実現という「政策目的」から導出されるものであり、それは被害者の損害填補という「原理」に基づいて認められているものではない。この超過損害賠償は、填補賠償原則を維持する限り認められない損害賠償である。その実質が填補賠償である擬似的超過損害賠償と異なり、この超過損害賠償は信頼投資の実現による社会的厚生⁽⁵⁶⁾の最大化・取引における効率性の実現という政策目的から課されるものであって、懲罰的損害賠償制度の枠組みによって初めて認められる政策的損害賠償である。意図的契約違反・故意不法行為に対する超過損害賠償を法と経済学の観点から正当化しようとした

(56) 以上の点について、本稿第一章第五節参照。このことは、現代の私法理論を特徴付ける「厚生 対 権利」あるいは「政策論法と原理論法」という問題の損害賠償法における一つの現れである。この問題については、参照、山本顯治「現代不法行為法学における『厚生』対『権利』—不法行為法の目的論のために—」民商法雑誌133巻6号1頁(2006年)、同「競争秩序と契約法—「厚生 対 権利」の一局面—」神戸法学雑誌第56巻第3号272頁(2006年)。

Bar-Gill & Ben-Shahar論文の主眼も、信頼投資の効率性実現、即ち社会的厚生
の最大化・効率性の実現という目的から、この政策的損害賠償の正当化を図
ろうとしたところにあったと考えられる。⁽⁵⁷⁾

もっとも、Bar-Gill & Ben-Shaharによる政策的損害賠償の正当化の試みは、
次のような問題を抱えているように思われる。第一に、なるほどこの政策的損
害賠償を認めるならば、信頼投資をなすインセンティブが債務者に与えられ、
社会的厚生が増大し効率性が達成される。匡正的正義は不履行にあった相手方
当事者の損害填補を要請するが、この超過的損害賠償は匡正的正義の要請を超
える社会目的を実現する。しかし、第一章第一節の基本条件から明らかなよう
に、信頼投資をなすことはそもそも契約内容になっておらず、債務者は信頼投
資をなす義務を負っていない。にもかかわらず、直近の不履行を契機として提
起された損害賠償請求訴訟において信頼投資を促進するために超過損害賠償を
課すことは、政策目的実現のために不履行なきところに損害賠償を認めるもの
との批判が可能である。⁽⁵⁸⁾第二に、 $D > \frac{45-40q}{1-q}$ を満たす損害賠償 D は、式から明
らかなように給付環境の生起確率である q の値により変動する。しかし、確率
 q は債務者のコントロール下でない要因であり、債務者に帰責性のない確率 q
に依存して賠償額を変動させることは、私法的損害賠償の枠を超えていると言
わざるを得ないように思われる。

(57) See, Bar-Gill & Ben-Shahar, *supra* note (4) at .1496.これに対して、Bar-Gill & Ben-Shahar論文に言及する米国内の研究論文には、「隠れた不履行に対する賠償請求の可能性を基礎付けた」という点のみを強調するものが散見される。しかし、これらはBar-Gill & Ben-Shahar論文の主旨を理解するものではないように思われる。

(58) もっとも、信頼投資をなしていないことは、いわば債務者が意図的に生み出した構造的欠陥である。この欠陥のゆえに債務不履行が爾後頻発することになる。このとき、損害賠償法の役割は、この構造的欠陥から生み出された個々の損害を填補することに限定されるのか、それとも構造的欠陥そのものを是正するという役割をも担うのかはここでは問われている。

おわりに

情報準拠理論のモデルは、意図的不履行という検知された行為が、他の隠れた不履行行為、さらにはその基礎にある信頼投資の不実施という債務者の一連の行為を顕示する一つのメカニズムを明らかにした。このモデルにおける信頼投資の有無とは、爾後の多数の不履行行為を惹起する主因を象徴する。それは、広くは、日常的な品質管理、従業員教育への投資の懈怠の有無といった債務者の企業体質を表現し、より具体的にはCampbell事件におけるPP&R方針のように、違法な営業方針そのものを表す。そして、意図的不履行により超過損害賠償が課されるのは、当該不履行行為における「故意」「意図」といった債務者の主観的要素や当該行為の道徳的非難の強さが理由となっているのではなく、当該不履行行為の背景に存在しこれまで検知されてこなかった主因、さらには、その主因から発しているシステムティックな債務者の一連の行動が理由となっているとされたのだった。もっとも情報準拠理論をさらに検討するならば、そこには超過損害賠償・懲罰的損害賠償を前提としなければ認めがたい部分と、填補賠償原則の下でも認めうる部分とに分別できることが判明した。そして、顕示された多数の隠れた不履行による被害に対応し得る法制度として、2016年10月に施行された消費者裁判手続特例法に期待が寄せられるのであった。

ところで、消費者裁判手続特例法1条は「消費者の利益の擁護を図り、もって国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする。」と定める。これは「①消費者と事業者の双方の関係を良好にして、消費の活性化、健全な事業者の発展や公正な競争をもたらすものであるとともに、②被害回復を受けた消費者が新たな消費をなすことにより、健全な事業者への需要を喚起し、ひいては経済の成長を促す」ことを踏まえたものと説明されており、⁽⁵⁹⁾消費者の権利擁護とともに市場への影響が意識されている。そして、同

(59) 消費者庁消費者制度課編・前掲注(52)2頁参照。

様の問題意識は、懲罰的損害賠償という特例法とは異なった手段によって、多数の被害者を生んだ意図的不履行（保険金の不払い行為）に対処しようとした Campbell v. State Farm⁽⁶⁰⁾ ユタ州最高裁判決の以下の説示にも見出される。

曰く、もし今、加重された懲罰的損害賠償を課さなければ、「State Farm が Campbell 夫妻に対してもたらした直接の不利益、事故の被害者達に対してもたらした間接的な不利益、そして、State Farm と取引した全ての者からなる大きなコミュニティに及ぼした不利益に対し救済が与えられないという結果を生んでしまう。State Farm の違法行為を取り巻く事実がすべて指し示しているのは、必要とあらばいかなる手段を用いてでも利益を得ようという目的により動機づけられた同社のスキームである。〔中略〕 State Farm の行為は、Campbell 夫妻に深刻な影響を与えたのみならず、他の多くの人々にも影響を与えた。特に State Farm の行動は同社の社員を墮落させ、詐欺的な行動に従事させ、職を失わせた。さらに、State Farm の継続的な違法行為は、自らの利潤を増大させ、代わりに他の誠実な保険会社を市場において不利な立場に追いやった。原告の多くの専門家証人が明らかにしたように、この違法に得た競争優位は、他の競合会社に同様の詐欺的手段を採用するプレッシャーを与え、あるいは、市場からの撤退を促すプレッシャーを与えた。このような行動は保険市場に歪みを惹起し、最終的にはすべての消費者に損害を与える。State Farm の行動は潜在的かつ広範な影響を有しており、このことが、高額の懲罰的損害賠償を正当化するのである。」と。

〔追記〕

山本弘さんとの思い出は多い（親愛の情を込め普段通り「弘さん」と呼ぶ）。中でも強く印象に残っているのが、2003年6月に神戸大学民法判例研究会で改正民事訴訟法220条を巡って当時関心と呼んでいた文書提出命令につき私が報告を行った時のことである。それは、訴訟法上の一般的解明義務を基礎として

(60) Campbell v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 65 P.3d 1134, 1149.

交付請求権を検討する立場と、実体法に基礎を置く付随的請求権として交付の可否を検討する立場を対比しつつ、後者の立場から考えてみようとするものだった。その際、文書提出命令の第一次ピークと第二次ピークのそれぞれの事件類型と、第三次ピークの最中に示された最決平成11年11月12日民集53巻8号1787頁が扱った事件類型との差に目を向けるべきであり、事件類型を規律する実体法の規律内容を踏まえるべきというのが報告の骨子であった。予定時間を大幅に超過し、要領を得ない報告であったが、弘さんは終始真剣に耳を傾けて下さり、いくつもの重要な指摘を頂いた。さらに、研究会で積み残しとなった問題につき、後日、ドイツ法における文書提出義務の立法趣旨を調べ、文書についての所有権の絶対性や人格権の問題までも踏まえた詳しいコメントおよび資料を送って下さった。大変恐縮するとともに、確固とした訴訟哲学に裏打ちされたその研究態度に感銘を受けた。民事訴訟法の第三の波論に対しては、日頃から厳しく批判しておられたが、このとき頂いたコメントでは三期派による文書提出命令を好意的に評価しておられた。三期派の中核メンバーに計報を伝えたところ、早世を悼むとともに、「芯の通った論説を書き続けておられた。立場は違ったが、議論の噛み合う人だった。」旨の返信が届いた。最大の敬意と讃辞が込められた言葉と私は受け取めた。

※本稿は、平成30年～平成33年度科学研究費補助金・基盤研究（C）「契約の経済学に基づく契約責任論の構築」（研究課題/領域番号18K01339）に基づく研究成果の一部である。