

口頭証拠法則をめぐって

——意思表示の成立の問題に寄せて——

滝 沢 昌 彦^{**}

- I 序
- II 古典的口頭証拠法則論
- III 比較的最近の議論
- IV 結語

I 序

1 問題意識

わが国では、意思表示に関して、「表示」そのものと「諸般の事情」とは理論上は区別されておらず、例えば、意思表示の解釈に際しては、表示そのもののみではなく諸般の事情をも考慮すべきとされている¹⁾。そもそも、要式行為でもない限り意思表示が書面においてされる必要はなく書面以外の口頭の表示等にも法的効力が認められる以上、契約交渉過程における口頭の表示や態度による（黙示の）表示も、意思表示解釈の際の（解釈の）対象とされることは当然である。しかし、その為に、どのような場合に意思表示が成立するのかがあいまいとなることもあるように思われる。

例えば、真意とは異なる表示をしても有効（＝表示通りの効力を生じる）であるが、それが表示者の真意ではないことが相手方にも分かったか分かるような状況だったならば表示は無効とされる（93条但書）。全くの冗談で「売ってやろう」と言ったところ、相手方にも冗談であることが分かっていた場合等が例として挙げられよう²⁾。他方で、93条は意思表示が存在することを前提とするのであ

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

【一橋法学】（一橋大学大学院法学研究科）第3巻第1号2004年3月 ISSN 1347-0388

1) 例えば我妻栄・新訂民法総則250頁（岩波書店、昭和40年）では「解釈の標準」に関して「意思表示のなされた当該の事情も、標準に加えられることがある。しかし、これはむしろ、表示行為そのものを組成する要素とみるのが至当である」とされている。

るから、意思表示が存在しない場合、例えば「教壇や舞台の上での教師や俳優の行為」の場合にはそもそも93条の適用の問題も生じないとされる³⁾。しかし、その場の状況(顔付きや口調等)から冗談であることが分かっていた場合と、教壇や舞台の上での行為とを区別することは可能なのであろうか。一般論としては「一定の効果意思を推断するだけの価値のある行為」の有無が基準となるのであろうが⁴⁾、その行為は書面でされなければならないわけではない。それどころか、そもそも言語である必要もなく、その場の状況から黙示にされてもよいものである以上、この二つ(冗談と教壇や舞台の上での行為)とを理論的に区別することは不可能なのではなかろうか⁵⁾。

あるいは、通常、動機の錯誤は、動機が表示されて相手方にも認識できた場合には意思表示の内容となり、それが要素に該当するなら表示も無効となるとされ、例として、「鉄道が敷設される予定地と誤信して、そうでない土地を高価で買った場合、受胎している良馬と誤信して駄馬を買った場合」などが挙げられる⁶⁾。そして、これらの場合には動機が表示されれば、「鉄道敷設地としての売買、受胎している良馬としての売買」となると説明されているが、買主の期待が売主にも認識できたというだけであり、特に契約書に書き込まれることもなく、(明示または黙示の)条件が付けられたわけでもないような場合に、その買主の期待が契約内容となるのであろうか。また、もし、契約内容となるのなら、これらは債務不履行の問題として解決されるべきではなかろうか。これも、表示と諸般の事情との区別があいまいである(というより区別がない)為に生じる問題であろう。

以上の例からも分かるように、表意者の真意(動機も含めて)が相手方にも分かるような状況で(真意とは異なる)表示がされた場合、その真意は、①契約内

2) 内田貴・民法I(第2版)(東京大学出版会、平成11年)47頁には「Aは自慢のパソコンを、貧乏学生のBにはまさか買えまいと思って、売る気もないのに10万円なら売ってやってもいいよと言った」というケースにおいて「Aは普段から貧しいBをからかって売る気もないものを売ってやろうと言うのが癖で、今回もそうであることをBが知っていた」場合を挙げる。

3) 我妻・前出注1) 287頁

4) 我妻・前出注1) 287頁

5) もっとも、この問題に、どれほど実際上の意義があるかは疑問とされてよい。

6) 我妻・前出注1) 297頁

容とされることもあり、②契約内容にはならないが、契約を無効とする事由とされることもあり、③全く無視されることもあろう。①と②・③との区別は、それが表示内容となるか否かによるのであるが、表示は書面である必要はなく、明示の表示も黙示の表示も法的価値は同一であるとする「表示と諸般の事情とを区別しない」理論による限り、この区別は事実上困難であるのみならず、理論的にも区別できないのである。

2 口頭証拠法則

常日頃から上記のような疑問を感じていた筆者にとって、英米法の口頭証拠法則 (Parol Evidence Rule) は興味深い。これは大雑把に言えば「当事者が契約書を作成したときには口頭の証拠 (証言等) によって契約書の内容を否定することは許されない」というルールであり、むしろ、口頭証拠「排除」法則である。確かに古臭い形式主義の名残であって現代において合理性があるのか疑問もあるが、他方、第2次契約法リステイトメントにも採用されるなど現代においても一定の有用性を認められている⁷⁾。筆者が口頭証拠法則に注目する理由は二つある。

一つには、契約交渉過程における「諸般の事情」の内、どれが表示の内容となり、どれがならないかという問題に関して、口頭証拠法則は (必ずしも充分な説得力はないが) 一つの明確な解答を与えている点である。例えば、上述したように、いかに買主が「鉄道敷設地である」と期待していたことが売主に認識できたとしても、それが常に契約内容となるわけではあるまいと筆者は疑問に感じているが (錯誤無効の主張は許してよい)、口頭証拠法則によれば、これを簡単に説明できる。鉄道敷設地であることを前提とした売買であることが契約書からは伺

7) 筆者は「証書による証明と意思表示理論——ウイグモアの証拠法を契機に——」一橋法学1巻1号83頁 (平成14年) (『契約成立プロセスの研究』(有斐閣、平成15年)に所収。以下、引用は同書の頁数による) では「イギリスでは口頭証拠法則の廃止論まで主張される」(273頁)と述べて、ロー・コミッション (Law Commission) のワーキングペーパー70号 (1976) を紹介した及川光明「口頭証拠の法則について——イギリス契約法改革の一環として——」亜細亜法学14巻2号24頁 (昭和55年) を引用した。しかし、その後1986年に、ロー・コミッションは口頭証拠法則を現状のままに存続させてよいとする報告 (LAW COM.NO 154) を出して見落としていた。

われない場合には、鉄道敷設地であるという買主の期待を売主が認識できたことが証言等によって証明できるとしても、その証言は採用されない。他方、後述するように錯誤の主張をすることは妨げられないのであるから、買主の期待を売主が認識することができたという事情は——契約内容にはならないが——契約を否定する事由にはなり得るのである。

第二は歴史的興味であるが、口頭証拠法則には、法律行為論の「原型」とも言える側面が認められる。錯誤や詐欺を主張して契約の効力を否定することは、裁判においては、証言等によって契約書以外の事情を証明して契約の効力を争うという形で表れるであろう。つまり、英米法では、口頭証拠法則の「例外」として法律行為論に相当する議論をしてきたのである⁸⁾。口頭証拠法則と法律行為論との間に「系譜」と評価できる程の関係があるかは疑問であるが、他方、伝統的な法律行為論が主に契約書を念頭に発達してきたものであることは疑いえない以上、その親近性も否定できまい⁹⁾。

筆者は、上の（後者の）観点から、ウィグモア（John Henry Wigmore）の口頭証拠法則論を紹介したことがあった¹⁰⁾。しかし、これは、あくまで「ウィグモアの口頭証拠法則」の紹介にとどまり¹¹⁾、一般的に英米法において口頭証拠法則がどのようなものとして扱われているかの紹介としては全く物足りない。そこで、もう少し広くアメリカでの議論を紹介しようと計画したのであるが、いざ始めて見ると——よくあることだが——文献の余りの多さにしり込みしてしまった。本稿では、アメリカにおける古典的（と筆者が考える）議論を紹介して、さらに、比較的新しい論文を二つばかり検討して、アメリカにおける口頭証拠法則論の一端なりともを覗く「窓」としたい。

8) 例えばウィグモア（John Henry Wigmore）の『証拠法』（EVIDENCE）第1編第4部「口頭証拠法則」においては「法律行為」（Jural Act）という概念が導入されて、その効力が論じられている。拙稿・前出注7）参照

9) 拙稿「証書による証明と表示主義——ペールの事実認定論を契機に——」法学研究（一橋大学）36号81頁（平成13年）（『契約成立プロセスの研究』（有斐閣、平成15年）に所収。以下、引用は同書の頁数による）では、ドイツの表示主義の先駆者であるペール（Otto Bähr）の事実認定論と口頭証拠法則との類似性を指摘しておいた（223頁）。

10) 拙稿・前出注7）

11) 拙稿・前出注7）248頁

II 古典的口頭証拠法則論

1 概略

(1) 具体例

前述したように、口頭証拠法則とは証言等の口頭の証拠によって契約書を覆すことを禁止するルールであり、口頭証拠「排除」法則である。とりあえず具体的なイメージをつかむ為に、現代アメリカの代表的な契約法学者であるファーンズワース (E.Allan Farnsworth) が契約法教科書の中で「古典的な適用例」として引用しているジャンニ対ラッセル事件 (1924年) を見てみよう¹²⁾。

ジャンニ対ラッセル事件¹³⁾

フランク・ジャンニは、ピッツバーグにあるオフィスビルの中でタバコ、果物、キャンディーおよびソフトドリンクを販売していた。このビルが売却された時、ジャンニは新所有者の代理人との間で3年間の賃貸借契約を締結したが、契約書によれば、ジャンニは果物、キャンディーおよびソーダを販売する為にスペースを利用する権利があるのみでタバコを売る権利はないとされている。後になって別のドラッグストアがこのビルの中でソフトドリンクの販売を始めると、ジャンニは、ビルの所有者を相手に「ビルの中ではジャンニのみがソフトドリンクを販売する専売権がある」という（所有者とジャンニとの間の）約束の違反であると主張した。ジャンニによれば、代理人との交渉の際、タバコを売らないと約束し、かつ、賃料の増額に応じる代わりに、この（ジャンニに専売権を認める）約束がされたのである。しかし、ペンシルバニアの最高裁判所は、ジャンニの主張する約束を証明すべき証言を採用することは口頭証拠法則に反して許されないとした。

「本当に代理人がこのような約束をしたとしても、それ（約束）を証明する為にジャンニが交渉過程の証拠を提出することは、このルール（口頭証拠法則）により禁じられるのである」とファーンズワースはコメントしている¹⁴⁾。

(2) ルールの性質および例外

口頭証拠法則に関しては、以下の2点が指摘される¹⁵⁾。

12) Farnsworth, Contracts §7. 2 (2nd ed. 1990).

13) 281 Pa. 320, 126 A. 791 (1924).

14) Farnsworth, supra note 12, §7. 2.

① 排除されるのは「口頭の」交渉過程のみではない。最終的な契約書が作成される以前の書面——手紙、電報、メモや契約書草案等にも口頭証拠法則が適用されて排除されることがある。

② これは「証拠法」ではなく、「実体法」である。確かに、ある一定の証拠を排除するルールではあるが、しかし、例えば伝聞証拠法則のように、証拠の信用性に疑いがあるから排除するわけではない。口頭証拠法則は、ある事実（実際の合意は契約書とは異なった内容であったという事実）を証明すること自体を禁止しているのである。

そして——やや先走りになるが——口頭証拠法則が適用されない「例外」を見ておくことも、このルールを知る一助となろう。ファーンズワースは、三つの例外を挙げる¹⁶⁾。

① 契約書の作成に先行する、または、それと同時の交渉過程の証拠のみに適用されるのであるから、契約書作成後にされた交渉の証拠は排除されない。

② 書面による有効な合意を前提とするのであるから、合意が成立していない、または、合意が無効である旨の証拠は排除されない。したがって、錯誤や詐欺・強迫を主張して合意の効力を争うことは許される。

③ 書面と矛盾するような証拠や（場合によっては）書面を補充するような証拠が排除されるのみであり、書面の文言を解釈する為の証拠は排除されない。もっとも、この最後（③）の例外は微妙な問題を含んでおり、かなり難しい。この問題については後述する。

(3) 正当性の根拠

さて——話が前後して恐縮であるが——このルールを正当化する根拠に関して、どのような議論がされているかを見てみよう¹⁷⁾。元来は、詐欺防止法（Statute of

15) 本文の記述はファーンズワースの契約法教科書（前出注12）§7.2）によるが、どの教科書にも「決まり文句」のように出てくる指摘である。

16) Farnsworth, *supra* note 12, §7.3. もっとも、何を例外として挙げるかは論者によって若干異なり、ファーンズワースも、注の中でさらに幾つかの例外を論じている。

17) 本文の記述はファーンズワースの契約法教科書（前出注12）§7.2）を筆者なりに敷衍して自由にアレンジしたものである。口頭証拠法則の根拠については、論者によってアクセントの置き方が異なりニュアンスも様々であるが、根拠として通常挙げられるものは、本文に述べたものでほぼ尽きていると思う。

Frauds)と同様に、契約が書面によって締結されることを要求していた要式主義の名残であるが、しかし、現代では、これのみでは十分な説得力はない。その要式主義が、なぜ正当化されるのかが問題なのである。

① 当初は、書面の方が口頭証拠（証言等）よりも証拠としての信用性が高いという理由から、この要式主義が正当化された。しかし、近代法においては口頭の合意にも法的効力が認められるので、これは、理論的根拠としては弱くなりつつある。もっとも実際には——理論的にはともかく——書面の方が信用できるのは（常識として）当然であり、この限りでは、現代でも、書面の意義が全く失われたわけではあるまい。

② 裁判官が陪審員をコントロールする為の手段であることも指摘される。つまり、英米法においては陪審員が事実認定をする権限を有するところ、素人である陪審員が口の上手い証人に惑わされないように、そもそも証言を採用してはならないと決めたわけである。この(②)根拠については、さらに後述する。

しかし、前述したように、今日では、口頭証拠法則はそもそも証拠法ではないとされ、また、メモ等の書面にも口頭証拠法則が適用されることを考えると、上記①および②のみでは、十分な根拠とならない。

③ 当事者が契約書を作成したときには、当事者は、すべての契約条項を書面に書き込んだであろうと（事実上）推定できるであろう。これも、契約書作成後になって、契約書に書いてない条項を主張することを禁止する根拠になる。

④ 当事者には契約を変更する自由があるのだから、最後の合意によって、それ以前の合意は変更されたと言える。当事者が意図的に変更した場合は当然であるが、合意の変更を意図していなかったとしても、ある事項についての合意が2回されたときには後の合意の方が優先的に適用されるべきであろう。「後法は前法を廃する」原則の「法律行為版」であって——明確に意識されることは少ないが——われわれにも親しい原則であり¹⁸⁾、説得力もある。コービン (Arthur L. Corbin) が強調した点である¹⁹⁾。

⑤ そこで(③および④を統合したとも言えるが)、当事者が契約書を「当事者

18) 例えば日本民法1023条参照

間の合意を最終的に、かつ、すべて（もれなく）表現したもの」と合意したときには、この合意の効力によって、契約書に表現されていない事情を証明することは禁止されると説明されるようになった。これを「完成された (integrated)」契約と言ひ、当事者の合意によって、契約が、その背後にある事情から切り離されたと理解するわけである（一種の抽象化・無因化か?）。ウィグモアがこの概念を導入したとされるが²⁰⁾、現在では、口頭証拠法則の根拠についてはこのように説明されるのが一般的であり、例えば（第1次および第2次）リステイトメントや統一商事法典も基本的にはこのような理解を前提として口頭証拠法則を規定している。

2 陪審員をコントロールする手段として

話を戻すことになって恐縮であるが、当初は口頭証拠法則も証拠法であるとされ、その手続的な側面が重視されていた。特に、マコーミック (Charles T. McCormick) が「陪審員をコントロールする手段」である点を強調したが（上述した口頭証拠法則の根拠の②²¹⁾、1932年に発表されたこの論文は現在でもよく引用される。手続的な側面も口頭証拠法則の一つの（重要な）要素であることは否定できないと思われるので、この議論を紹介しよう。

(1) カージル対スチュウッド事件

マコーミックは、1924年のある判決を紹介して論文の発端とする。スチュウッドは製粉会社の代表者であったが、この会社が小麦問屋から購入する小麦代金について、スチュウッド個人が書面によって保証した。契約書によれば、小麦問屋が供給した「すべての金額 (any and all sums of money)」について保証したことになる。製粉会社が倒産して4万ドルが未払となったので小麦問屋がス

19) Corbin, The Parole Evidence Rule, 53 Yale L. R. 603, 607. なお、コービンのこの論文は契約法教科書 (Contracts (1960)) に収録されているようであるが、ここでは、雑誌の頁数で引用する。

20) ウィグモアの「完成」概念については拙稿・前出注7) 251頁以下を参照

21) McCormick, The Parole Evidence Rule as a Procedural Device for Control of the Jury, 41 Yale L. J. 365 (1932). なお、この論文は証拠法教科書の第1版 (Law of Evidence, 1st ed. 1954) に収録されているようであるが、ここでは、雑誌の頁数で引用する。

チュウウッドに支払を求めたが、スチュウウッドは、製粉会社の製粉機や倉庫がある町で供給された小麦についてのみ保証が適用されると口頭で合意したのに、請求された金額は、製粉所に輸送する為にミネアポリス市場で購入された小麦の売掛代金であると反論した。事実審では陪審員がこの反論を採用して原告は敗訴したが、控訴審は、口頭証拠法則を根拠にスチュウウッドの反論を認めなかった。判決は「このルール（口頭証拠法則）がなければ、書面による契約が実行されるという保障がなくなってしまう」と述べて取引の安全を強調したのである。

マコーミックも、契約書を（その書面と矛盾する）口頭の合意から保護しなければ取引の安全は覚束ないとする²²⁾。そもそも、契約書に対して（それとは異なる）口頭の合意を主張する者は大抵は経済的弱者（under-dog）であるところ、陪審員は、このような者に同情する傾向がある。書面に比べて証言は信用性が乏しいし、しかも、証人自身が利害関係者であることが多い。そして、（先行する）口頭の合意が（後続の）契約書によって廃棄されていたとしても、これが陪審員に理解できるかも疑わしい。これに対して、裁判官なら、その経験から、書面を軽視することの危険が分かっているはずである。

これに続いて、マコーミックは、口頭の合意の効力の判断を陪審員に委ねない為の制度的な工夫という観点から、口頭証拠法則の歴史の素描を試みる。アイデアに満ちた魅力的な記述ではあるが、制度の歴史を実証的に辿ったというよりは、さまざまな問題をマコーミックなりの「ストーリー」にまとめたものに思われるので、ここでは省略する。

(2) 合意の完成理論に対して

さて、マコーミックは、口頭証拠法則を合意の「完成」の効果として説明しようとするウイグモアの見解（前述した口頭証拠法則の正当化根拠の⑤）に対して、口頭証拠法則の実体法的側面を指摘しているものの、「書面を保護する」という口頭証拠法則の重要な機能を見失っていると批判する²³⁾。完成理論による限り、（後続の）口頭の合意が——もしそれが完成されたものであるなら——（先行の）合意を排除することもあり得るはずだからである。

22) Id.366.

23) Id.374.

マコーミックによれば書面の保護という機能は手続的なものであり、「書面が、先行する口頭の合意を置き換えるものとして意図されていたか否か」という問題の判断を——陪審員に委ねるのではなく——裁判官に留保するものであった。そして、口頭証拠法則によっても書面に矛盾しない口頭証拠は認められ、矛盾するか否かは「当該の論点が書面において扱われているか否か」を基準として判断される（扱われていないなら口頭証拠は書面とは矛盾しない——後述）、ウィグモアやウィリストン（Samuel Williston）や第1次契約法リステイトメントを引用しながら、これは証拠の許容性の問題であって裁判官によって判断されるべきであると言う。

(3) ジャンニ対ラッセル事件

最後に、マコーミックは、前述（57頁）のジャンニ対ラッセル事件を素材として裁判官と陪審員の役割分担の方法を幾つか検討した後、自身の見解として、先ず裁判官が口頭証拠の主張および証拠を調べて、「通常であれば書面に含まれたであろう」とときには（通常なら含まれたであろうにもかかわらず書面にないなら口頭証拠は書面と矛盾する——後述）口頭証拠を排除し、「書面に含まれない（書面とは別の合意とする）のが通常である」と判断するなら、口頭証拠を陪審員に見せてよいとする²⁴⁾。そして、従来議論では裁判官と陪審員の役割分担という面が軽視されていたが、口頭証拠法則は、伝統的に、口頭証拠を認めるか否かを——証拠の許容性という形で——裁判官に留保する意味を持っていたと言う。さらに、マコーミックは、役割分担という観点からいくつかの判例を検討した後、口頭証拠の許容性（通常なら含まれたであろうか否か）を「裁判官の判断に基づいて」認定するように第1次リステイトメントを改正するように提案する²⁵⁾。

3 完成合意の理論

マコーミックの分析は高く評価され、また、陪審員をコントロールするという意義は未だ失われてはいないとされるが（後述67頁）、しかし、前述したように、現在では、口頭証拠法則は実体法的な側面から、つまり、当事者が合意を完成さ

24) Id.379.

25) Id.383. note 43.

せたことの効果として考察されるのが普通である。以下では、主としてファーンズワースの教科書によりつつ、この理論の概略を紹介しよう²⁶⁾。

(1) 完成の概念および程度

書面の完成とは——前述したように——当事者が、書面を「当事者間の合意の最終的な、かつ（場合によっては）すべて表現したもの」と意図したことである²⁷⁾。この定式からも分かるように、書面が合意をすべて表現している場合と全部は表現していない（部分的にのみ表現している）場合とがあり、それぞれ、「完全な」完成 (completely integrated) および「部分的な」完成 (partially integrated) と呼ばれる²⁸⁾。

書面が完成されたものであるときには、書面の作成に先行する、または、それと同時にされた合意や交渉に関する証拠を提出して書面を争うことは許されない²⁹⁾。もっとも、完成が部分的なものであるときには——書面と矛盾する証拠は許されないが——書面を補充する証拠は認められる。完全な完成の場合には、その書面と矛盾しないような追加的条項の証明も許されない³⁰⁾。

書面が完成しているか否かは当事者の意図の問題であり、特別の形式は必要で

26) Farnsworth, *supra* note 12, §7. 3.

27) 参考までに第二次契約法リステイトメントの条文を挙げておこう（以下、訳は松本恒雄「第2次契約法リステイトメント試訳」民商94巻6号129頁以下（1986年）による）。

第209条 完成合意書 (integrated agreement)

- ① 完成合意書とは、合意の一個または数個の条項についての最終的な表現をなす一個または数個の書面をいう。
- ② 完成合意書が存在するか否かは、解釈についての問題を決定するにあたっての、または口頭証拠規則 (parol evidence rule) を適用するにあたっての前提問題として、裁判所によって決定される。
- ③ 両当事者がその完全さおよび明確さから見て完成合意書であると思うのが合理的である書面に合意をしたためた場合、その書面は完成合意書であるとみなされる。ただし、その書面が最終的な表現をなすものではなかったことが他の証拠によって証明された場合は、この限りでない。

28) 第210条 完全な完成合意書と部分的な完成合意書

- ① 完全な完成合意書とは、合意の条項を完全にかつそのみを述べるものとして両当事者によって採用された完成合意書をいう。
- ② 部分的な完成合意書とは、完全な完成合意書以外の完成合意書をいう。
- ③ ある合意書が完全な完成合意書であるか、それとも部分的な完成合意書であるかは、解釈の問題を決定するにあたっての、または口頭証拠法則を適用するにあたっての前提問題として、裁判所によって決定される。

はない。当初は単なる提案として交付した文書が——通常は完成した書面ではないが——後の合意によって完成されることもあり得る。諸般の事情を考慮して当事者の意思を解釈して決めるべきものである。

(2) 部分的完成

完成が部分的なものであるときには、書面の条項に矛盾する証拠は許容されないが、書面の条項を説明または補充するに過ぎない証拠は認められる。例えばマスターソン対サイン事件³¹⁾においては、ある夫婦が農場を妹夫婦に譲渡したが、証書において買戻権 (option) が留保されていた。譲渡人が破産して管財人が買戻権を行使しようとしたが、譲受人は、財産が家族から散逸するのを防ぐ為に譲渡人個人のみを買戻権が与えられたのであり管財人が行使できるものではない旨の口頭の合意があったと主張した。管財人は口頭証拠法則に反すると反論したが、カリフォルニアの最高裁判所は、合意は部分的にのみ完成しているとした(したがって、書面に矛盾する口頭証拠法則は許されないが、書面を補充する証拠なら許容されることになる)。

管財人は、カリフォルニア法においては予約完結権 (option) を有する者は——特に禁止されない限り——その権利を他人に譲渡することが認められているので、譲受人が提出した(買戻権の一身専属性を主張する)証拠は書面に矛盾すると主張した。裁判官の多数意見(5人)は、法律上推定されるような効果(買戻権の譲渡性)を覆す程度なら(書面と矛盾はしないので)証拠は排除されなかったとした

29) 第213条 完成合意書が従前の合意に及ばず効果(口頭証拠法則 parol evidence rule)

- ① 拘束力のある完成合意書は、従前の合意と矛盾する限りにおいて、従前の合意を消滅させる。
- ② 拘束力のある完全な完成合意書は、従前の合意がその範囲内に含まれる限りにおいて、従前の合意を消滅させる。(第3項は省略)

第215条 完成された条項の否認

前条に定める場合を除き、完全なものであれ、部分的なものであれ、拘束力ある完成合意書が存在する場合、従前にまたは同時になされた合意または交渉についての証拠は、書面の条項を否認するための証拠としては許容されない。

30) 第216条 矛盾しない追加的条項

- ① 完成合意書を補充するために、矛盾しない追加的条項についての証拠が許容される。ただし、合意書が完全に完成されていたと裁判所が認定する場合は、この限りでない。(第2項は省略)

31) 68 Cal.2d 222, 436P.2d 561.

が、少数意見(2人)は、この証拠は書面を変更したり(書面に)矛盾したりするものであると(多数意見に)反対した。

(3) 完全な完成

これに対して、書面が完全に完成されている場合には——書面に矛盾する証拠はもちろん——書面に矛盾しないで補充するような証拠も許されない。そして、完成が完全であるか部分的であるかは当事者の意図の問題であり、当事者が、契約書は当事者間の合意を「すべて」表現していると意図したなら完全な完成であるとされる。ところが、この意図を、どのように認定するかが問題となった。

ウィリソンは、書面のみから当事者の意図を認定すべきであり、その他の事情は考慮すべきでないと言う³²⁾。書面を完全に完成させる旨の条項があるならよいが、そうとも限らない。そして、そうではないとき(書面を完全に完成させる旨の意図が書面そのものには表現されていないとき)には、書面の作成と同時に(書面とは別の)口頭の合意があったことさえ証明できれば、書面は完全には完成されていなかったことになってしまう。すると、口頭証拠法則は単なる推定規定になってしまうが、反証を許したのでは口頭証拠法則の実際上の意義は減殺されてしまうし、法もその趣旨ではない。書面自体から完全ではないことが明らかな場合でなければ、口頭証拠を認めるべきではないとする。後述するコービン説よりは、口頭証拠法則を広く適用することになる。

これに対して、コービンは、書面の他にも、すべての事情を考慮すべきであるとする^{32A)}。書面自体から、それ(書面)が完全であることや正確であることを証明することはできない。仮に(完全に完成した旨の)明示の条項があるとしても、当事者がそれに(その条項に)同意をした旨を証明しなければならないはずであろう。書面が完全かつ正確であることや、それに先行する合意をすべて解消

32) Williston, *Contracts* § 633 (3d ed.1961). なお、ウィリスンの議論は「完成が完全か部分的か」という問題に限って論じたものではなく、「書面が完成されたものであるか否か」をも含めて、当事者の意図をどのように認定するのかを扱っている。しかし、ウィリソンも、「書面が全く完成されていなかった」と主張される場合よりは「完成は部分的なものに過ぎなかった」と主張される場合においてこれ(書面以外の事情をも考慮してよいか)が問題とされることが多いと言う。

32A) Corbin, *supra* note 19, 630. コービンの議論も「完成が完全か部分的か」に限って論じたものではなく、完成が完全であり正確であるか否かの認定の問題である。

したものであることは、当事者や証人の(口頭の)証言によって証明しなければならぬのである。口頭証拠法則の適用範囲を狭めようとすることになるが、近時ではこの立場が有力であり、第二次契約法リステイトメントもこの見解によっていると言える³³⁾。

なお、上述のように、書面が完全に完成したものである旨の条項が契約書に挿入されることもあり、これを「統合条項 (Merger clauses)」などと言う。典型的には「この契約書は、当事者間の合意をすべて含んでいるものとする」という表現が使われるようであるが、近時の傾向(コービン説)によるなら、完全に完成されていることを一応推定する程度の意味しかないことになる。

(4) 独立合意ルール

いかに書面が完全に完成されていても(同じ当事者間での)全く別個独立の合意があったことを証明することは許され、これを「独立合意 (Collateral agreement)」ルールと言う。この場合には、その独立合意が「書面に含まれなかったのも不自然ではない」ものであるなら許容される(通常なら書面に含まれたであろう(にもかかわらず含まれなかった)場合には独立合意は書面に矛盾することになる)。

この典型例はミッチェル対ラース事件(1928年)³⁴⁾であり、ある土地の買主が、近くにある見苦しい氷貯蔵庫を取り壊す旨の売主との合意があったと証明しようとしたが、ニューヨーク控訴裁判所は、このような証明は口頭証拠法則に反するとした。売買契約書においては当事者それぞれの義務が詳細に規定されており、もし本当に売主が氷貯蔵庫を取り壊す旨の合意があったなら、それも契約書に書き込まれたはずであると考えるのが自然だからである。もっとも、より広く独立

33) 第209条3項(前出注27)および第214条a号およびb号(後出注35)参照

34) 247 N. Y. 377, 160 N. E. 646 (1928). この判決に関するカニンガム(Lawrence A. Cunningham)の指摘は面白い。多数意見はウイリス頓的立場をとり、先ず、契約書のみを検討して、当事者の義務が詳細に規定してあるのだから(もっとも約款である)完成した書面であると判断して口頭証拠を排除したが、少数意見はコービンの立場で、先ず(氷貯蔵庫を取り壊すという)合意があったという事実を前提として、合意があったにもかかわらず書面に書き込まれていなかったのだから、書面は完成していないと結論したのである。Cunningham, Toward a Prudent and Credibility-centered Parol Evidence Rule, 68 Cin. L. Rev. 269, 276 (2000).

合意の証明を許す判決も多いようである。

(5) その他

合意が完成されていたか、また、その完成が完全なものであったかは、当事者の意図の問題であるから、これは事実問題として陪審員が判定すべきものである。にもかかわらず、多くの裁判所では、証拠が陪審員に渡される前に、裁判官がこの問題（合意の完成の問題）を判断する傾向がある。この限りで、口頭証拠法則は、実体法というよりは手続法として——証拠を排除するルールとして扱われていることになる。

また、口頭証拠法則は（完成した）合意が成立したことを前提とするのであるから——前述したように（58頁）——合意が成立していない旨の証拠や、合意の効力を否定する証拠などは許される³⁵⁾。したがって、錯誤や詐欺・強迫を証明することは認められるのである。

Ⅲ 比較的最近の議論

以上、「古典的な」口頭証拠法則論を概観してきた。完成合意の理論は、説得力もあるし洗練された理論ではあるが、洗練され過ぎて、複雑な例外を作りだしてしまった。完成が部分的であるときには書面を補充する口頭証拠は認められるし、完全に完成している場合でも「書面に含まれていないのも不自然ではないような」独立の合意を証明することは許される。しかし、完成しているか否か・完全に完成しているのか部分的な完成なのかは当事者の意図の解釈の問題とされており、書面を「補充する」証拠と書面と「矛盾する」証拠との区別にもなかなか難しい。ある合意が書面に含まれていないのが「自然」か否かも、判断基準とし

35) 第214条 従前にまたは同時になされた合意および交渉についての証拠 書面の採用前またはそれと同時に成された合意および交渉は、以下の事実を証明するための証拠として許容される。

- (a) 書面が完成合意書であること、または完成合意書ではないこと
- (b) 完成合意書である場合に、それが完全なものであること、または部分的なものであること
- (c) 完成合意書であるか否かを問わず、その書面の意味
- (d) 違法、詐欺、強迫、錯誤、約因の欠如、もしくはその他の無効原因
- (e) 解除、訂正、特定履行もしくはその他の救済方法を許容し、または否定する理由

ては明確ではあるまい。

次には、比較的最近のアメリカの契約法学者が、口頭証拠法則にどう取り組んでいるのかを見てみたい。もっとも、すべての業績を網羅することは困難なので——やや恣意的な選択にならざるを得ないが——ここでは、約束的禁反言によって口頭証拠法則を補充しようとするメツガー (Michael B. Metzger) の論文 (1983年)³⁶⁾と、法と経済学の観点から口頭証拠法則の適用方法を検討するポズナー (Eric A. Posner) の論文 (1998年)³⁷⁾を紹介して、最近の傾向を知る一つの契機としたい。

1 約束的禁反言との関係

英米法においては契約には約因が必要なのが原則であるから、一方的な約束には拘束力はない。しかし、相手方が約束を信頼したときには信頼を保護する為に約束にも拘束力が認められることもあり、これを約束的禁反言 (Promissory Estoppel) と言う³⁸⁾。

すると、交渉過程における口頭の約束を信頼して契約を締結した場合に、口頭の約束を排除しようとする口頭証拠法則と、約束の拘束力を認めようとする約束的禁反言との間に緊張関係を生じる。約束的禁反言を適用した判決も存在するがファーンズワースは批判的であり、約束が詐欺的なものでない限り、約束的禁反言を適用して口頭証拠法則を回避することを正当化するのは困難であると言う³⁹⁾。前述 (57頁) のジャンニ対ラッセル事件も、口頭証拠法則を適用して約束を排斥

36) Metzger, The Parol Evidence Rule: Promissory Estoppel's Next Conquest?, 36 VAND. L. REV. 1383 (1983).

37) Posner, The Parole Evidence Rule, the Plain Meaning Rule, and the Principals of Contractual Interpretation, 146 U. PA. L. REV. 533 (1998).

38) 参考までに第2次契約法リステイメントの条文を挙げる (訳は前出の松本訳)。第90条 作為または不作為を合理的に誘因する約束

① 約束が作為または不作為を受約者または第三者の側において誘因することを約束者が合理的に予期すべき場合であって、実際にそのような作為または不作為を誘因した場合は、約束の強行によってのみ不公平が避けられるときは、その約束は拘束力をもつ。約束違反に対して認められる救済は、公平の観点から制限することができる (第2項は省略)。

39) Farnsworth, supra note 12, § 7.3.

した事例と言えよう。これに対して、メツガーは、むしろ約束的禁反言を積極的に適用することを提唱する。

(1) 約束的禁反言と詐欺防止法

メツガーは、先ず、口頭証拠の現状を検討して、近時では口頭証拠が許容される傾向にあるが、それだけに口頭証拠法則の適用範囲があいまいになって混乱が生じているとする⁴⁰⁾。これについては既に検討した通りなのでメツガーの議論を紹介する必要はないが、ただ、チルドレスとスピッツの研究⁴¹⁾を引用して、口頭証拠法則の適用の有無は、実際には、契約の性質や当事者の立場を考慮して決められていると指摘しているのは興味深い。当事者に法的素養があって公正かつ詳細に交渉された「正式の (formal)」契約においては口頭証拠法則が適用され、これに対して、法的素養のない当事者間の「非正式の (informal)」契約においては適用されず (適用されるときは証拠の信用性に疑問があるときである)、さらに、契約交渉の濫用が認められるときには、口頭証拠法則が被害者に不利に適用されることはないと言う⁴²⁾。メツガー自身も、約束を信頼して契約を締結した場合に口頭証拠法則によって約束を排除すると不正義を招くし、また、消費者には書面化された契約条項 (まして統合条項) の意味が理解できないであろうから、その為に口頭証拠法則が消費者に不利に作用することを心配する⁴³⁾。そこで、約束的禁反言を適用して、この不合理を回避することが必要となる。

次に、メツガーは、約束的禁反言の発達を回顧する。約因という「取引」理論の為に約束への信頼は保護されなかったが、これへの反動として、20世紀初頭位から受約者の信頼利益を保護しようとする傾向が生じた⁴⁴⁾。その際には禁反言が用いられたが、伝統的な (衡平法上の) 禁反言は (現在または過去の) 「事実」についての不実表示について適用されるものであった為に限界があり (例えば「ある事実が存在する」と表示した後になって「実はそのような事実はなかった」と主張することを禁止するものであり、何かを「約束」した後になって (約

40) Metzger, *supra* note 36, 1398.

41) Childres & Spitz, *Status in the Law of Contract*, 47 N. Y. U. L. REV. 1 (1972). (未見)

42) Metzger, *supra* note 36, 1402.

43) *Id.* 1405.

44) *Id.* 1408.

束を) 否定することを禁止したわけではない)、将来の「約束」について適用される「約束的」禁言が発達したのである。

そして、メッツガーは、詐欺防止法と約束的禁反言との関係に移る。詐欺防止法 (Statute of Frauds) とは「売買契約は書面によらなければ拘束力を有しない」とするルールであり⁴⁵⁾、実は存在しない約束を「(口頭の) 約束があった」として証明しようとする偽証から被告を保護して陪審員の権限を限界付ける為に制定されたのであるが、実際に契約をしたのに書面化しなかった場合に不正な結果となる危険があった⁴⁶⁾。そこで、これを回避する為に立法や解釈による努力がされ、さらに、約束的禁反言が適用される (=書面化されていない約束にも禁反言が適用されて拘束力が認められる) ようになってきたと言う。当初は衡平法上の禁反言が使われたが、前述のように、これは「事実」の不実表示についてのみ

45) 参考までに統一商事法典を掲げておこう (訳は田島裕・UCC2001——アメリカ統一商事法典の全訳——(商事法務、平成14年)による)。

第2—201条 (形式の要件: 詐欺防止法)

(1) 本条に別段の定めがない限り、価格が500ドル以上の物品の売買契約は、売買契約がその当事者間で締結されたことを示すのに十分であって、強制が求められた相手方当事者によるまたはその者が授権した代理人もしくは仲立人による署名がなされた何らかの書面がない場合には、訴訟または抗弁の手段によって強制することはできない。合意された条項を書き落としていたり、不正確に記載していることを理由として、書面が不十分であるとされることはないが、当該の書面に記載された物品の数量を越えて、その契約が本条により強制されることはない。

(2) 商人間では、もし契約を追認する書面であって発信人に対して義務づけるのに十分であるものが受理され、それを受理した当事者がその内容を知るべき理由があるならば、その書面は、当該の当事者に対しては(1)項の要件を満たしている。但し、その内容に対して異義を申し立てる通知書が、それを受理した後10日以内に与えられる場合はその限りではない。

(3) (1)項の要件を満たした契約ではないが、以下の違反の場合には、その他の点で有効であるならば、強制することができる。

- (a) 物品が買主のために特別に製造され、売主の営業の通常のプロセスにおいて他の者に販売するには適しておらず、かつ、売主が解約の通知を受理する前に、当該の物品が買主のためのものであることを合理的に示す状況のもとで、その物品の製造を実質的に開始したか、その資材の購入をしてしまった場合: または、
- (b) もし強制が求められた相手方当事者が、その者の弁論、証言、その他の裁判所の手続において、売買契約がなされたことを認める場合。ただし、その契約は、自認された物品の数量を越えて本条文により強制されることはない: または、
- (c) 支払がすでになさされていて受領された物品、または受理されてかつ受領された物品に関する場合 (第2—606条)。

46) Metzger, *supra* note 36, 1423.

適用される。そこで、例えば、書面化する合意があったケースや、詐欺防止法を主張しない旨の約束があったケースにも——厳密には「事実」の不実表示ではないのに——禁反言が拡大して適用されるようになった⁴⁷⁾。

約束的禁反言を適用して詐欺防止法を回避することにはさまざまな批判があるが、メツガーは反論していく。特に重要なのは、書面化されていない約束に約束的禁反言を適用すると、書面の①証拠としての機能や②警告的機能（書面化を要求すれば慎重に判断するようになる）が確保できなくなるという難点であるが、メツガーは、①約束的禁反言も信用できる約束のみを保護するのであって証拠として価値の低いものを保護しているわけではないとし、また、②実際には取引当事者は取引上の「常識」として書面を作成するのであり詐欺防止法を意識して書面を作成するわけではないし、また、詐欺防止法を知りつつも相手方を信用して書面を作成しないこともあるので、詐欺防止法には、書面の警告的機能を促進する意味はないと言う⁴⁸⁾。このようにして、メツガーは約束的禁反言を適用して詐欺防止法を回避することを擁護するが、さて、口頭証拠についても、約束的禁反言を適用する可能性を追求する。

(2) 約束的禁反言と口頭証拠法則

先ず、口頭証拠について約束的禁反言を適用する可能性を論じた判決が検討されるが⁴⁹⁾、そのような判決は少ないし、実際に約束的禁反言を適用したケースはさらにはない。メツガーが検討した例すべてを紹介するのは煩瑣であるし必要もないと思われるので、幾つかを抜き出そう。

先ず、約束的禁反言を適用しなかったが他の法理で救済した例として、ヴォチェコフスー対アモコ石油事件⁵⁰⁾がある。ここでは「石油販売法 (Petroleum Marketing Practices Act—PMPA)」によるガソリンスタンドの「試用フランチャイズ (trial franchise)」契約が問題となった。契約交渉の際、被告（フランチャイザー）の代理人は、PMPAによれば原告（フランチャイジー）は「試用ラン

47) Id. 1426.

48) Id. 1432.

49) Id. 1437.

50) 483 F. Supp. 109 (E. D. Wis. 1980).

チャイジー (trial franchisee) にならなければならないと不実の表示をし、そして、原告が十分な実績をあげるなら被告は原告との契約を更新すると口頭で約束した。ところが、被告が試用フランチャイズ契約を解約しようとしたので、原告が争ったのである。原告は約束手続を主張したが、裁判所は、この主張は口頭証拠法則によって妨げられるとした。その代わりに、裁判所は、被告の「PMPAによれば試用フランチャイズ契約をしなければならない」という不実表示が詐欺に該当するので試用フランチャイズ契約は成立せず（その代わりに通常のフランチャイズ契約が成立し）、したがって、通常のフランチャイズ契約が要求する厳格な要件を満たさなければ解約することはできないとした。そもそも、法に関する不実表示は詐欺にならないはずであるのに、裁判所は、当事者間の信頼関係や知識の格差等を考慮して詐欺に該当すると判断し、また、被告が「将来の行為についての詐欺は成立しないはずである」（将来の行為について言明をしておきながら行為をしなかった場合は約束違反であり詐欺ではないという趣旨であろう——筆者注）と反論したのに対しても、裁判所は、原告が十分な実績をあげても被告はフランチャイズ契約を継続するつもりはなかったのなら「現在の」意図に関する不実表示なので詐欺になるとした。

プルーデンシャル保険対クラーク事件⁵¹⁾では、ベトナムでヘリコプター事故により死亡した兵士の生命保険が問題とされたが、保険証書では、戦争および航空事故のリスクはカバーしないこととされていた。しかし、元来は、このような免責条項のない保険契約をしていたのに、プルーデンシャルの代理人が、同様（＝免責条項のない）の保険証書を渡すと約束して、契約を切り替えさせたのであった。裁判所は、保険証書とは別個独立の約束となっているのであるから、約束手続を適用しても口頭証拠法則には反しないとした（前述したように口頭証拠法則は（書面とは）独立の合意には適用されない）。

この他にも、実質的には約束手続を適用して口頭証拠法則を回避したと言える例をいくつか挙げた上で、しかし、メツガーは、判例は全体としては約束手続を適用しているとは言えないと自認する⁵²⁾。その上で、詐欺防止法と口

51) 456 F. 2 d. 932 (5th Cir. 1972).

52) Metzger, *supra* note 36, 1453.

頭証拠法則との間には類似性があるのだから、口頭証拠にも約束的禁反言を適用してよいと言う。そうすると書面の保護は薄くなるわけであるが、メツガーは、これは詐欺防止法の場合でも同様であると言い（前述のように約束的禁反言を適用して詐欺防止法を回避した例は多い）、書面にそれ程の意義を認めない⁵³⁾。さらに、口頭証拠法則そのものが緩和されて柔軟に運用される傾向にあるのだから約束的禁反言は不要であるという議論に対して、約束的禁反言の方が信頼保護の法理として明確であると反論する⁵⁴⁾。

2 法と経済学

次にはポズナーの議論を見よう。ポズナーは、いかにも「法と経済学」派の大家らしく、契約を書面化するコストと書面化による利益（誤判が減る）とを比較して口頭証拠法則の適用方法を論じる。

(1) 分析の視点——取引コストと誤判コスト

ポズナーは、先ず、口頭証拠法則の運用の現状について、口頭証拠を排除してもっぱら書面に依拠する「厳格説 (hard-PER)」と、口頭証拠も考慮する「緩和説 (soft-PER)」との立場が対立していると言う⁵⁵⁾。もちろん、すでに我々も見てきたように、前者がウィリントンに代表される見解であり、後者はコービンの立場のことである。そして、書面を使うコストと誤判のコストという観点から、この問題の検討を試みる。

ポズナーの分析は、先ず、両説を単純に比較することから始まる。売主と買主が、何日かの交渉を経て契約を締結したとしよう⁵⁶⁾。交渉の際にはさまざまな約束や（要求の）拒絶がされるが、これらをSとする。その内の一部が契約となるが、これがCである。売主が約束をして買主が受諾することもあるが（そのときはSは契約の一部となる）、買主が拒絶することもあるし、また、買主が約束を受諾する前に売主が約束を撤回することもあるので、CはSよりも小さい

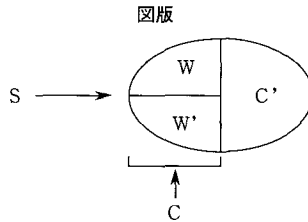
53) Id. 1457.

54) Id. 1461.

55) Posner, *supra* note 37, 534.

56) Id. 541.

(ここでの「約束」とは個々の契約条項のことであり契約そのものではない。例えば自動車の売買において売主が「カッコいいキャブレターが付いているよ」と約束したような場合を考えられたい⁵⁷⁾——筆者注)。Cには含まれなかったSをC'とするが、これは「合意に含まれなかった言明 (extra-contractual statement)」と呼べる。当事者はCの一部を契約書に書き込む。これをWとするが、すべての契約条項を書面に書き込むには費用がかかりすぎるので、WはCより小さい。書かれなかった部分がW'である。



すると、厳格説とは、Wをすべて実現してW'やC'を実現しないように裁判所に命じるルールであると言えるし、これに対して、緩和説とは、WおよびW' (つまりC) をすべて実現してC'を実現しないように命じるルールであるという事になる。

もし裁判所が絶対に誤りを犯さないなら、重要な証拠をすべて考慮することを許す緩和説の方が優れていることは明らかである。しかし、そもそも、口頭証拠法則は、裁判所といえども誤る可能性があることを前提としている。緩和説によると、裁判所はC' (これは契約内容ではない) を実現するという誤りを犯す可能性があり、これに対して、厳格説の場合には、裁判所はW' (書面にはないものの契約の一部である) の実現を拒否するという誤りを犯すかもしれない。

さて、もう一つの重要なコスト (誤判の危険を一つのコストを見ていたのである——筆者注) は契約条項を書面化するコストであり、「取引コスト (transaction cost)」と呼ぶこととする。取引コストがゼロである場合に厳格説によるときは、この説によれば契約を書面化しなければ法的効力を認められないところ書

57) ボズナー自身が別の場所で挙げている説例である。Id. 536.

面化するコストがゼロならば、当事者はすべての条項を書面化し、これらは（裁判所によって）正確に実現される。他方、緩和説によるときは、この説によれば書面化しなくとも法的効力が認められるのだから当事者は書面化しないであろうが、しかし、裁判所は誤ることがあるので契約が完全には実現されない。したがって、取引コストがゼロである場合には、厳格説の方が緩和説よりも優れている。

取引コストがゼロより大きい場合には、より複雑になる。当事者は、最も重要な条項を先ず契約書に書き込み、次に、2番目に重要な条項を書き入れ、その次に3番目に重要な条項……というように契約書を作成するであろう。したがって、契約書に書き込む条項を一つ増やすことによる「限界価値 (marginal value)」は逡減することになる（「価値」とは約束が実現されることによる利益である——筆者注）。他方、契約書に書き込む条項を一つ増やす毎に取引コストは増大することを考えなければならない。

この場合、厳格説によれば、条項を一つ増やすコストが限界価値を越えるようになったら、当事者は、もう契約書に条項を追加することをやめるであろう。これに対して、緩和説によれば書面化しなくとも法的効力を認められるのだから、条項を増やしてもコストが増えるだけで利益はない。では、緩和説によると、当事者はもはや書面を使わないのだろうか？ ここで、ポズナーは二つの仮定を導入する。①当事者は——法的な目的以外にも——自分達のメモとして（記憶を補う為に）書面を使うであろうし、また、②緩和説に立つ裁判所でも、口頭の約束よりは書面化された約束の方を尊重するであろう。したがって、緩和説によっても当事者が書面を使うことを期待できるが、厳格説による場合よりは書面を使うことは少ないであろう。

厳格説の利点は、取引コストが約束の価値よりも低いときには当事者は書面化するであろうから、裁判所が（契約を）正確に実現してくれる保障がある点である。難点は、取引コストが約束の価値よりも高いときには当事者は書面化しないであろうから、裁判所が正確に実現することに失敗する可能性があり、すると、当事者も約束による利益を完全には享受できないことになる。緩和説の利点は、取引コストが約束の価値よりも高いときには当事者は書面化しないであろうにも

かわからず、書面化しなくとも裁判所は（契約を）実現してくれるので——多少の誤判の可能性があったとしても——書面化しなかった分の価値をすべて失うわけではない点である。緩和説の難点は、取引コストが約束の価値よりも低いときでも裁判所が書面を正確に実現してくれるとは限らない（書面化されていない約束まで実現するから書面とはズレてしまう可能性がある）点である。

(2) 補充法規としての口頭証拠法則

次に、ポズナーは、口頭証拠法則を、契約の欠缺を埋める為の補充法規（Default Rule）として論じる⁵⁸⁾。つまり、口頭証拠をどのように利用すべきかが契約において定められていないときに、口頭証拠法則が必要となると言う。

さて、補充法規は、当該事案に合わせて大なり小なり具体化される（tailored）。具体的な補充法規とは「当該」当事者の期待を実現することであり、具体的でない（抽象的な）補充法規とは「平均的」当事者の期待を実現することである。しかし、口頭証拠法則の場合、高度に具体的されたルールとは、当該当事者が裁判所に口頭証拠を許容して欲しいと思ったときのみ裁判所は口頭証拠を認めるべきであるとするルールということになるが、これは意味がない。例えば、当事者が裁判所は誤る可能性が高いと（適切にも）考えて、裁判所には口頭証拠を採用して欲しくないので約束をなるべく書面化したとしよう。当事者の予想通り裁判所が誤るなら、裁判所は、当事者の意図を誤解して口頭証拠を採用するであろう。また、口頭証拠の採否を決定する為には裁判官（陪審員ではない）は証拠を評価しなければならないが、その後に証拠を排除したとしても、一度見た証拠の影響を排除することは難しい。

それなら抽象的なルールが良いという事になりそうだが、では、厳格説と緩和説のどちらが妥当であろうか。実際にはコストを算定するのは困難なので決定することは難しいが、一般的傾向として、(a)取引コストが低いほど厳格説が好ましく、また、(b)裁判所の能力が低いときにも厳格説が好ましいと言えるであろう。これは事案の類型によって異なる要素なので、補充法規としての口頭証拠法則も、具体的ルールではなく、抽象的ルールでもなく、セミ具体的ルール——要するに

58) Id. 547.

契約を類型化して、厳格説と緩和説とを使い分けるのが良いのである。

(3) 各論的考察

さて、各論的考察に入る前に、また、ポズナーは二つの仮定をする⁵⁹⁾。まず、当事者に法的素養がない (unsophisticated) 場合、および、取引が複雑 (complex) 場合には取引コストは高いであろう。いずれの場合にも契約書の起草に手間がかかるのである。第2に、取引が型通りではない (unconventional) 場合には、裁判所が誤る可能性は高いであろう。この二つの仮定を掛け合わせると、次のような表になる。

	型通りの取引	型通りでない取引
単純取引／素養のある当事者	?	厳格説
複雑取引／素養のない当事者	緩和説	?

型通りで複雑な取引のコマ (左下) では緩和説が良い。契約が複雑で当事者に素養がないときには書面化は困難であるのに対して、裁判所が誤る可能性は少ないからである。他方で、型通りではなく単純な取引のコマ (右上) では厳格説が良い。契約が単純で当事者に素養があるときには書面化は容易であるし、しかも、(契約は単純とは言え型通りではないので) 裁判所が誤る可能性は高いので書面化が望ましいからである。残りの二つのコマは簡単には決められない。

このような総論的考察を経て、ポズナーは契約類型毎の検討をするが、ここでは、その一部を紹介しよう。

① 日常的な消費者契約

素養のない消費者から見れば「複雑な」契約であるが、裁判所からすれば日常的で扱いやすいので、緩和説が適当である。しかも、日常的な取引はさして高価な物を扱わないので消費者にとって慎重に契約書を読んだりするだけの価値がないだけに、緩和説が望ましい。

もっとも、売主に有利な口頭証拠が問題となっているときは別である。売主は素養があり、しかも、取引から利益を得ているのだから取引コストも低いので、

59) Id. 553.

厳格説が妥当する。このように、買主に有利な口頭証拠か売主に有利な口頭証拠かで扱いが異なるので、対称的ではない。

② 高価な消費者契約

不動産のように高価な消費者取引の場合には、単純に「緩和説が良い」とも言えなくなる。商品が高価であり、また、取引類型も、日常的な型通りのものではなくるので（もっとも市場が小さい不動産取引の場合と市場が大きい自動車取引では異なる）、誤判のリスクが高まるからである。厳格説なら、消費者が弁護士に依頼するように誘うであろうし、また、消費者が弁護士に依頼したときには、弁護士が契約を書面化することを促進するであろう。

③ 型通りではないが単純な契約

素養のある当事者間での単純だが型通りではなく、しかも、価値の高い取引の場合には、厳格説が望ましい。例えば、デリバティブのような金融商品が該当しよう。型通りではないので裁判所には理解しにくいかも知れないが、素養のある当事者にとっては単純で書面化しやすい。しかも、高価な取引なのである。

④ 有価証券や証書

約束手形は単純かつ高度に要式化されたものだが、大抵は、背後により複雑な取引がある。当事者は、裁判所の介入や誤判を嫌って証券を使うのであるが、しかし、「この約束手形はある特定の資金から支払われるべきものであった」という口頭証拠を許す例がよくある。厳格説に対して制限的に緩和説的例外を認めているわけだが、特定の資金が存在することを証明することは容易なので、この例外は正当化されるであろう。

⑤ 複雑な取引契約

会社の譲渡のような複雑な取引契約も、厳格説を適用すべき候補である。交渉においては多くの言明がされるのであろうから、合意に含まれなかった言明(C')も多いであろうし、これらを裁判所が誤って実現する可能性もある。しかも、取引価値は高いので、誤判があったときのコストも大きい。ただし、このような複雑な取引を書面化するには取引コストもかかるので、厳格説が割に合うかは分からない。

この他にもさまざまな取引類型をポズナーは検討しているが、ここですべてを

紹介する必要はあるまい。そして、この後、ポズナーは契約解釈を論じるが⁶⁰⁾、これも本稿の範囲を越えるので省略する。ただ、ポズナーがコービンの見解に触れて、口頭証拠を広く許容することにより当事者の意図を実現したが、しかし、裁判となったときに裁判所が契約をどのように扱うかに関する当事者の意図（裁判所に口頭証拠を採用してもらいたくないからこそ完成合意書を作成した）を見落としていると述べていることは指摘しておこう⁶¹⁾。つまり、口頭証拠法則には、証拠を限定することにより、当事者が裁判所をコントロールするという面もあったのである（なお、マコーミックなどが主張していた「陪審員へのコントロール」とは「裁判官が陪審員をコントロールすること」であるが、ポズナーが問題にしているのは「契約当事者が裁判所をコントロールすること」である）。

これでポズナーの論文の紹介を終えるが、幾つかコメントしておきたい。

- ① ポズナーの分析は、コストの分析をして合理的な人間ならどう行動するかを予測しようとするものであるが、そもそも現実にはコストを計算できるかには疑問もないではない⁶²⁾。ただ、それでも、取引当事者は（正確には計算できなくとも）コストを「肌で感じる」であろうから、合理的な人間の行動の「傾向」を推定する手がかり程度にはなろう。
- ② この分析は当事者が口頭証拠法則の存在を知っていることを前提としているが、これにも異論を差し挟む余地があるかも知れない。もっとも、商人を前提とするなら——消費者取引とは異なり——常識としてこの位のことは知っているのかも知れない。

IV 結語

1 要約

以上、アメリカにおける口頭証拠法則をめぐる議論を概観して来た。元来は要

60) Id. 561.

61) Id. 568.

62) ポズナーに示唆を受けたカニンガムは、コストを計算する代わりに、裁判官に証拠を評価させればよいと言う。証拠が客観的であるなら誤判のコストは少ないであろうし、また、そのコンテキストに照らして書面化のコストも考慮して、契約の一部であったのに書面化されなかったのか議論された末に落とされたのか（契約内容とされなかった）を考えればよいのである。Cunrigham, *supra* note 34, 275.

式主義の名残であり、また、裁判官が陪審員をコントロールする手段という意味もあった（この側面は現代でも残っている）。しかし、やがて、当事者が契約を書面化したことの意味が分析されてウィグモアにより完成合意の理論が提唱され、口頭証拠法則は「実体法」になった。口頭証拠法則はさまざまな複雑な例外を生み出し、また、この過程で、書面を重視するウィリントンと、口頭証拠をより自由に考慮するコービンの対立が明らかとなる。

現代のアメリカ契約法学者はこの複雑な例外を扱いかねている感があり、例えば、メッツガーは約束的禁反言により整理しようとするし、ポズナーはコストを分析して典型的考察をする。ただ、メッツガーの場合には口頭証拠法則に対する否定的評価が前提となっているが、ポズナーは、当事者が裁判所をコントロールする面を強調しており、また「証拠法」（一種の証拠契約？）に戻ろうとしているようにも見える。

問題の本質は、一般的正義と具体的正義との緊張関係であるように思われる。具体的な公平を重視するなら、できるだけ多くの証拠を——書面に限定することなく——採用すべきであろう（それを信用するか否かは別問題だが）。他方、証拠を多く採用すると、その分だけ裁判所の判断を予想することは難しくなるので、証拠を限定することにも一理ある。しかも、（合意の完成という形で）当事者の意思を根拠にするのであるから私的自治の原則にも合致する点で、単なる要式主義よりは気が利いているとも言える。ただし、その為に（一般的正義の為に）具体的妥当性を犠牲にする場合も生ずるわけである。

2 日本法への示唆

言うまでもなく日本とアメリカは法的土壌が異なるし、まして、陪審制を前提とする口頭証拠法則を、そのまま日本に導入する意味はない。それでも、以下のように、幾分かの示唆を得ることができるのではなからうか。

(1) 経験則として

契約書から当事者の意思を認定することは事実問題であり⁶³⁾、日本では裁判官の専権に属する。その為に、その過程はブラック・ボックス化しているように思われ——職業裁判官は陪審員よりは信用できるものの——不透明な部分が多いの

ではなかろうか。一般的には書面はかなり重視されているのであろうが、他方で、例文解釈なども行われているのである。

この経験則を整理する上で、口頭証拠法則から学べるものは多い。

- ① そもそも当事者が詳細な書面を作成した場合には、それ以前の細かい個別的な合意は意味を失っていると考えるべき場合も多いであろう（完全性の推定）。
- ② また、口頭証拠法則の例外の複雑さも——アメリカではこれが口頭証拠法則の難点とされているわけだが——豊かな経験をバックに議論が洗練された結果とも言える。完成が部分的である場合には書面に矛盾する証拠は許されないが書面を補充する証拠は許容されるどころ、書面に矛盾するか否かに関する議論は参考になるし、さらに、完全に完成していても独立合意は許されるどころ、その判断基準——当事者が書面化しなかったのも不自然ではなかったか否か——も一つの常識としては使えると思われる。
- ③ さらに、契約類型によって異なって論じられており、その際には、取引の複雑さや当事者の法的素養などが考慮されているのも参考になろう。

(2) 理論的示唆

冒頭に述べたように（56頁）、筆者は、（表示とは区別された）「諸般の事情」の内どこまでが意思表示の内容となるのかという問題について、口頭証拠法則は一つの解答を与えていると思っている。例えば「受胎馬」事件においては、買主が「受胎した馬である」と期待していたことを売主が認識していたとしても、この事情は、契約書に書かれない限り、契約を否定する事由とはなっても（錯誤無効の主張はできる）契約内容にはならないであろう（契約違反ではあるまい）。当事者が「あえて契約書に書き込まなかった」点に意味があると思われ、つまり、ある事情を契約書に書かないことは、契約を、その背後の事情から切り離す（一種の「無因化・抽象化」？——もっとも（究極の）無因化とは錯誤無効の主張をも認めないことである）ことではなかろうか。

63) 学説上は契約の解釈は法律問題とあるとされているが（我妻・前出注1）258頁）、これは、解釈には「表示が有すべき意味」を決定するという側面があり規範的考慮が含まれるからである。当事者が（現実的に）どのような意思を有していたかを探究する作業は事実問題であろう。

契約書に書き込むという意思は——アメリカでは書面を完成させる意思であるが——ドイツ法的には「表示意思」である⁶⁴⁾。口頭の発言にも表示意思があるのは当然であるが、その意思の強さ(?)は、書面化した場合と口頭の発言の場合とでは全然異なるであろう。意思表示には、意思の伝達行為としての側面の他に、規範設定行為としての側面もあるとすれば(「通用理論」)⁶⁵⁾、ある程度強い表示意思に支えられている表示のみが規範として設定されたことになるのではないだろうか。以前に「効果意思が契約の『内容』を決定するが、契約の『拘束力』は表示意思(および行為意思)に由来する」と主張した所以である⁶⁶⁾。そして、表示意思がおよぶ範囲を考える際にも、完成合意の理論およびその(複雑な)例外は参考になると思われるが、この点については、さらに検討したい。また、商事確認書のような書面の「確定効」との関係についても考えたいと思っている。

64) 表示意思についての本格的研究は——残念ながら——少ないが、それでも、佐久間毅「意思表示の存在と表示意識」岡山大学法学会雑誌46巻3=4号879頁(平成9年)がある。

65) 通用理論については、Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., S. 479. 参照。

66) 前出注7)の拙著204頁