



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	UCC第二編（売買）の改正作業にみる現代契約法の一動向（下）
Author(s)	曾野, 裕夫; SONO, Hiroo
Citation	北大法学論集, 44(5), 255-315
Issue Date	1994-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15552
Type	departmental bulletin paper
File Information	44(5)_p255-315.pdf



UCC第二編(売買)の改正作業にみる現代契約法の一動向(下)

曾野裕夫

目次

序章

第一章 UCC改正作業の背景と現況

第一節 UCC改正作業の背景

第二節 UCC改正作業の現況

第二章 PEB検討会報告書の紹介と検討(その一)

——損害賠償法——

第一節 UCC第二編の損害賠償法

第二節 《市場損害則》の問題点

第三節 《逸失利益則》の問題点

第四節 損害賠償額算定ルールの適用区分

第五節 PEB検討会の基本姿勢

第六節 日本法への示唆

第三章 PEB検討会報告書の紹介と検討(その二)

——その他の重要問題——

第一節 必要的改正事項(二まで前号、三以下本号)

第二節 その他の重要事項

第四章 横断的考察

第一節 UCC第二編改正作業にみるCISG

第二節 UCC第二編改正作業にみる関係的契約理論

結 章

第三章 PEB検討会報告書の紹介と検討

(その二) — その他の重要問題 —

第一節 必要的改正事項(承前)

三 契約の成立とその変更——「書式の戦い」を中心に——

こので必要的改正事項とされているのは、「書式の戦い」(Battle of the forms)」に関する§2-207と、契約の変更(modification)に関する§2-209である。両条は、契約の成立一般に関する§2-204とともに、「bargain in fact (事実上の取引)」に法的保護を与えるというUCCの契約概念(§1-201(3)(1))¹⁸⁾を参照¹⁸⁾を支える重要条文である。たとえば、§2-209(1)は、新

たな約因がなければ契約の変更は法的拘束力をもたないとする pre-existing duty rule を排するものである。それにより、再交渉を通じて当事者間で現実に行進する契約プロセス¹⁹⁾を契約内容に取り込むことが可能となり、商取引の円滑な遂行に資するものである。それをめぐる問題には、たとえば再交渉における経済的強迫(economic duress)や機会主義的行動(opportunistic behavior)をどう規律するかなどきわめて重要なものがある²⁰⁾。ここでは、PEB検討会がUCCの契約概念の根幹に迫る提案をしている§2-207をめぐらる問題を中心に見ていくことにする。

「混沌(chaos)」²¹⁾と評される「書式の戦い」をめぐらる法状況の一因である§2-207が必要的改正事項とされたことは、十分に予想されたことである。主に企業間取引において両当事者がそれぞれの書式を用いて注文や承認を行う場合、それぞれの書式の内容が一致することはまずない。そこから生じるのが「書式の戦い」といわれる問題である。そのように、申込と承諾に用いられた書式の文言が一致していない場合、契約は成立しているのかということ——契約は成立していないと主張する、取引からの逃亡者(welsher)の問題として紛争になる——、また、その契約が成立しているとして、契約の内容はどうなるのかと

いうことが主な論点である。逃亡者の問題は、申込と承諾が完全に一致しなければ契約は成立しない(申込内容と異なる回答は反対申込(counter-offer)になる)とするコモン・ローの鏡像原則(mirror image rule)を口実に、その取引が不都合になった者が契約の不成立を主張することをどう抑えるかという問題である。これに対してUCC第二編は、三つの方法での契約成立を認めている(§2-207(1)(3))。しかし、§2-207の解釈の問題としてより重要なのは、「書式の戦い」を経て成立した契約の内容如何という後者の問題である。それは、契約成立の三つの方法のどれによって契約が成立したかによって異なる(§2-207(2)(3))が、その解釈論上の問題を詳論することは他の論稿に譲り、そこで批判されていることの核心だけを述べれば、それは§2-207(1)によって成立した契約の内容が、§2-207(2)によって、結局、いずれかの当事者の用いた書式の内容によることになる点——“first-shot rule”か“last-shot rule”かはともかく——にある。⁽²⁵⁾「書式の戦い」の問題が当事者は書面を読まないことを前提とする問題であることを考えれば、bargain in factに着目する§3-207(3)とは対照的に、いずれかの書式によって契約内容を決することは、合理性を欠くことになろう。⁽²⁷⁾

Murrayは、これに対して、UCC第二編の補充規定(gap-filler)としての性格を積極的に認識して、UCC第二編による補充を考えるべきであると、§3-207の改正案を提案している。⁽²⁸⁾おそらくMurrayの議論に影響を受けたPEB検討会は——Murray教授もその一員である——Murray案を今後の改正作業のたたき台として提示している(PEB/PR Rec. A2. 2(8) 68-71 [1055-57], PEB/ES 1878-79)。その中で、契約内容の問題との関連では、「書式使用の時間的先後という偶然に契約内容を支配させないような、次のような工夫が注目される。つまり、基本的には、両当事者が意識的に検討した書式上の条項——dickered terms——とそうでない書式上の条項——boilerplate terms——を区別し、前者については契約内容になるとし、後者はUCC第二編の補充規定が代わりに契約内容になるとしている。これは、当事者の書式のうちでも単なる boilerplate terms は契約内容にならないということであり、bargain in factに着目する§3-207(3)のアプローチを発展させたものといえよう。⁽²⁹⁾

また、この提案の過程で、「書式の戦い」に対するCISGのアプローチが明示的に拒絶されていること(PEB/PR n. 36 at 68 [1055])にも注目したい。CISGの下では、「書式の戦

い」は、一般的な契約成立についての規定である arts. 18, 19 で扱われるが、その処理は、(実質的な変更 (material alteration) の有無を基準として) 結局いずれかの当事者の書式によって契約内容を決定するものである。これは、前述した、現行の §2-207(2) の問題点をそのまま残した解決であり、「書式の戦い」の問題を直視した解決とはいえない。⁽³¹⁾ PEB 検討会がこのアプローチを否定していることは、同検討会の「書式の戦い」問題の理解と一貫したものである。

ところで、ABA 専門委員会は、PEB 検討会が UCC 第二編による契約内容の補充を提案していることに難色を示しているが、これは補充規定が必ずしもバランスのとれたものではなく、買主に有利な規定が多いとの認識による (ABA / TF 1057, 1062 *et seq.*)。これについての同委員会の対案はラディカルなものである。すなわち、§1-201(3) の agreement (合意) の定義を介して usage of trade (商慣習) を契約内容に含ませるための手続きとして Lewellyn が一九四〇年代に提案していた、商人で構成されるパネルの設置を再び提案しているのである (ABA / TF 1066, 1019)。この提案に対する違和感を緩和するために、州レベルで存在する医療過誤のスクリーニング・パネルとの類似性が挙げられており (ABA / TF 1066) ⁽³²⁾

商取引の分野外での代替紛争処理 (ADR) 利用の増加が人々の意識に与えている影響がうかがえる。また、別の提案としては、現行の補充規定とは別に、「書式の戦い」の場面でのみ適用される補充規定を設ける可能性も挙げられている。現行の補充規定は、当事者が交渉しなかった事項を補充するのに適しているとしても、当事者がお互いに主張しながらどちらの主張も——互いに knock-out して——契約内容にならなかった事項を補充するのに適しているとは限らないという点である (ABA / TF 1066-67)。

今後、これらの議論に起草委員会がどう対応していくのかは興味深い問題であり、日本法における「書式の戦い」への対応、⁽³³⁾そしてより一般的には「約款の採用」問題への対応にも示唆を与えるものとなる。

四 品質のワランティの問題

——製造物責任との関係を中心に——
品質のワランティ (warranty) ⁽³⁴⁾、すなわち品質についての売主の担保責任との関係で必要的改正事項とされているのは、明示ワランティ (express warranty) (§2-313) の成立要件の明確化 ⁽³⁶⁾ の問題、⁽³⁵⁾ ワランティの制限をめぐる問題 (§2-316, 2-719(2))、⁽³⁷⁾

そして直接の契約関係 (priority of contract、以下、プライバシー関係) の不存在を売主が抗弁とすることを認めるかという⁽³⁸⁾ §2-318をめぐる問題である (PEB/ES 1875)。明示ワランテイ (§2-313) も、契約交渉時の売主の表示や説明が契約内容(品質保証) に与える問題⁽³⁹⁾として興味深い。以下では、PEB検討会の議論としてはより社会的、政治的インパクトの大きいプライバシー関係の問題をとりあげる。ここでは、論理的思考と政治的配慮の緊張関係がみられ、欠陥製品による消費者被害の救済という問題の議論を日米で共有することの困難性が浮き彫りにされているのである。なお、ワランテイの制限については、第二節一で触れる。

コモン・ローでは、プライバシー関係にない者にはワランテイ違反をはじめとする契約上の訴権は認められていないが、§2-318は、プライバシー関係にない者——たとえば買主の家族や、目的物を使用することが予想される買主以外の者など——にも、売主に対するワランテイ訴権を与える条文である。ドイツの「第三者保護効を伴う契約 (Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte)」論や、フランスの「直接訴権 (action directe)」に対応する問題であり、⁽⁴⁰⁾それが製造物責任との関係で重要な条文であることは明らかであろう。ところが、UCC第二編を採

択している諸州におけるこの問題の解決は、きわめて不統一なものである。その原因としては、一九六六年以来、UCC第二編の公式テキストが選択肢 A-C の三つのヴァージョンの §2-318——訴権者の範囲および保護の対象となる損害が異なる——を併記して各州にその選択を委ねており、UCC第二編自体がそもそも不統一であること、またこれらの選択肢以外にも独自の解決をする州もあることが挙げられる⁽⁴¹⁾。問題の重要性和不統一の度合いを考えれば、本条が必要的改正事項として挙げられたことは十分に予想されたことである。

PEB検討会の改正案の理論上の支柱は、UCCで保護すべきなのは「契約利益 (contract interest)」——契約上のリスク配分などの対価的均衡に含まれている諸利益——⁽⁴²⁾であるという考え方 (cf. PEB/PR 99-100 [1084]) であると思われる、そのことが、訴権者と賠償されるべき範囲の議論 (損害論) に影響している。

(1) 訴権者

訴権者の議論との関係では、それは、プライバシー関係にない者のうちでも、《垂直的》非プライバシー関係者 (“vertical” non-privacy party) と、《水平的》非プライバシー関係者 (“horizontal” non-privacy party) は、区別して扱うべきだとの主張

(PEB / PR Rec. A2.3(8) (9) at 98 [1083], 100 [1084], Rec. A2.3(15) at 110-14 [1113-15]) につながる。《垂直的》非プ

リヴィイ関係者とは、「流通の連鎖関係 (distributive chain) にある買主で、被告 (となつてゐる売主) から直接に買ったのではない者」をいう。⁽⁴³⁾ 典型的には製品を購入した消費者本人がメーカーを訴えるような場合の、その消費者がそれにあたり、たとえばメーカーは価格を上下するなどして間接的にでも消費者——《垂直的》非プ⁽⁴⁴⁾リヴィイ関係者——との対価的均衡を調整しうるのである。換言すれば、《垂直的》非プ⁽⁴⁵⁾リヴィイ関係者は「契約利益」を有するのである。これに対して、《水平的》非プ⁽⁴⁶⁾リヴィイ関係者とは、「流通の連鎖関係にある買主ではないが、〔問題となつてゐる〕物品を摂取・使用したり、それに影響を受ける者」をいう。たとえば、家族の一員が購入した欠陥食品を摂取したその家族の他のメンバーなどがこれにあたる。ところが、その欠陥食品のメーカーは、その《水平的》非プ⁽⁴⁷⁾リヴィイ関係者との間では、何ら対価的均衡を調整する手段をもたない。《水平的》非プ⁽⁴⁸⁾リヴィイ関係者には、「契約利益」がないのである。PEB 検討会のこれらの議論からは、《垂直的》非プ⁽⁴⁹⁾リヴィイ関係者には訴権を認める余地があるが、《水平的》非プ⁽⁵⁰⁾リヴィイ関係者には訴権を認めることは

できないということになる。

ところで、§2-318 は、選択肢 A-C によってその範囲に違⁽⁵¹⁾いがあるが、《水平的》非プ⁽⁵²⁾リヴィイ関係者に人損 (Personal Injury) の賠償請求権を与えている (ただし選択肢 C は人損に限定しない)。「契約利益」の有無を基準とする PEB 検討会がその中間報告書で、これを削除すべきだとの提言をした (PEB / PR Rec. A2.3(8) at 98 [1083], Rec. A2.3(15) (C) at 114 [1115]) のは、PEB 検討会の立場からの論理的帰結であつたといえる。ところが、後述するように、消費者保護に対する中立的姿勢——冷徹な姿勢ともいえる——を厳しく批判された PEB 検討会は、その最終報告書において §2-318 削除論を撤回するにいたる (PEB / ES 1880)。PEB 検討会が論理一貫性を貫徹しえなかつたことに、この問題の政治性が如実に表れているように思われる。したがって、今後の起草作業においても、この問題の解決がどの方向に進むかは全く予断を許さない。⁽⁵³⁾ それでは、《垂直的》非プ⁽⁵⁴⁾リヴィイ関係者は訴権者とされるべきか。§2-318 は《垂直的》非プ⁽⁵⁵⁾リヴィイ関係者については触れておらず、その問題の解決はコモン・ローに委ねられていると理解されている (comment 3 to §2-318)。⁽⁵⁶⁾ これに対して、PEB 検討会は、《垂直的》プ⁽⁵⁷⁾リヴィイ関係がなくても

ワランティ訴権を与えるべきかの問題を、明示ワランティ (express warranty) (§2-313)、特定目的に適合しているとの黙示ワランティ (implied warranty of fitness for particular purpose) (§2-315)、商品性の黙示ワランティ (implied warranty of merchantability) (§2-314) の場合に分けて検討している。結論は、①売主の広告等による明示ワランティがある場合には、《垂直的》非ブリヴィティ関係者にもワランティ訴権が認められるべきであるが、②購入物品が売主の特別の使用目的のためには適さない場合には、§2-315の要件が満たされなければならず、したがって、なんらかの取引関係がなければ——「契約利益」の調整ができないから——、そもそもそのワランティが成立しない、そして、③商品性の黙示ワランティについては両論併記ということになっている (PEB / PR 110-13 [1113-14])。なお、非ブリヴィティ関係者にワランティ訴権を認めた場合、その内容が、ブリヴィティ関係に立つ当事者間のワランティ訴権と完全に一致するの点については、具体的に詰めなければならぬ技術的問題が残されてゐる (PEB / PR Rec. A2.3(15) (B) at 113-14 [1114-15])。

(2) 損害論

ここで問題とされる損害の種類は、人損 (personal injury)、

物損 (property damages)、経済的損失 (economic loss) —— 欠陥物品の修理費や代替物購入費用などの直接的経済的損失 (direct economic loss) と、逸失利益などの結果的経済的損失 (consequential economic loss) がある (PEB / PR n. 29 at 98 [1983]) —— であるが、現在のUCC第二編は人損を優遇する体系になっている。すなわち、§2-318で《水平的》非ブリヴィティ関係者が賠償されるべき損害として挙げられているのは人損のみであり（ただし、選択肢Cは人損に限らない）、また、消費者の人損の賠償に関する責任制限は非良心的 (unconscionable) (§2-302) とみなされる (§2-719(3))。これに対して AEB 検討会は、中間報告書では《水平的》非ブリヴィティ関係者にはそもそも訴権を否定し、《垂直的》非ブリヴィティ関係者の損害は結局「契約利益」の問題であるから、このような損害の種類による格付けをやめ、経済的損失も、人損・物損も区別することなく、賠償されうる損害の範囲に含めるべき (PEB / PR Rec. A2.3(8) at 98 [1083], Rec. A2.3(15) (A) at 110 [1113]) としていた。そのうえで、当事者間での対価調整がなされることを期待したのである (Rec. A2.7(16) (C) at 241-42 [243])。しかし、この問題の政治性が露頭する。最終報告書は、結局§2-719(3)の削除論を撤回するのである

(PEB / ES 1880)。これによって、《水平的》《垂直的》のどちらの非ブリヴィティ関係者も——もちろんブリヴィティ関係者も——消費者であれば、人損に対する責任制限という不利益は受けない——非良心的とされる——ことになる。

ところで、一般的にはより容易に消費者保護を実現できる製造物責任訴権（不法行為訴権⁽⁵¹⁾）に加えて、(C) PEB / PR Rec. A2.3(7) at 98 [1083]、なぜフランティ訴権をも非ブリヴィティ関係者に認めようとの議論がなされるのであろうか。第二次不法行為法リステイメント§402Aの定める「不当に危険な欠陥状態 (a defective condition unreasonably dangerous)」という「欠陥」概念が証明困難の場合があるという事情 (ABA / TF 1087-88) は、《水平的》《垂直的》の両方の非ブリヴィティ関係者について当てはまるが、《垂直的》非ブリヴィティ関係者については、もう一つの答えが損害論に見出せる。すなわち、少なくともPEB検討会の認識によれば、不法行為訴権では経済的損失が回復できないとされ、^(52b) 《垂直的》非ブリヴィティ関係者にフランティ訴権を認めることの主な実益は経済的損失の保護にあるのである（《水平的》非ブリヴィティ関係者は人損しか回復できないと考えられているようだから (C) Alternatives A & B of §2-318) られは^(52c) 当てはまらない。

それでは、なぜ不法行為訴権では経済的損失は回復できず、フランティ訴権（契約訴権）では回復できるのであろうか。第一に、理論的には、経済的損失が個々の契約によって調整されるべき「契約利益」としての性格が強いこと (PEB / PR 98-100 [1084]) が挙げられる。第二に、結果損害としての、経済的損失は、消費者には稀にしか生じず、それはむしろ企業取引の問題である⁽⁵³⁾ から、消費者保護を主な目的とする製造物責任で経済的損失を回復できないとしても、実際上の不都合は小さい。そして第三に、そのことと関連して、経済的損失が企業取引の問題であるということは、それが予めのリスク配分——代金調整あるいは保険を通じての——⁽⁵⁴⁾ を当事者に求めやすい性質の問題であるということをも意味しているように思われる。

このように、§2-318をめぐるPEB検討会の議論は、経済的損失を製造物責任で賠償されるべき損害に含めるかどうかという問題に、一つの視点を提供しているといえる。⁽⁵⁵⁾ しかし、とくに人損に関しては、PEB検討会の中間報告書と最終報告書の間にもられる動揺に象徴される、欠陥製品による非ブリヴィティ関係者の被害をどう救済するかという問題の政治性^(55a) (politically charged character) が、その解決の難しさを示している。

ABA専門委員会もその見解を明らかにしておらず(ABA/UFILIS)、『CISGも、国際的法統一を挫折させる危険のある人損の賠償については、〈水平的〉〈垂直的〉ブリヴィティ関係者にかかりなく、art.5でCISGの射程外の問題として、これを避けていることが想起される。

第三章第一節三、四の注

(8) John E. Murray, Jr., *The Article 2 Prism: The Underlying Philosophy of Article 2 of the Uniform Commercial Code*, 21 *WASHBURN L. J.* (1981)；吉田直『アメリカ商事契約法——統一商事法典を中心に——』(中央経済社、一九九一)一六二頁以下など参照。Murray, *supra* at 20は、「裁判所がまずしなければならぬのは、当事者間の factual bargain (= bargain in fact)——彼らの真の理解——を発見すること」であるとするが、これは単に契約締結時の当事者意思の探究(鹿野菜穂子「アメリカ法における契約の解釈と当事者の意思」(1)(2)『九大法学五七号』(一九八九)六〇号(一九九〇)参照)を意味するにとどまらず、「factual bargainを表象する agreementであるところの契約は、古典的契約法が非現実的にも反映し、新古典的契約法が反映するとされる、静的な取引(=締結時に確定する取引)に貶められるものではない」(Murray, *supra* at

15)。なお、これに関連して、澤田壽夫「U.C.C.のもとにおける契約解釈に関する当事者の行為の意義」(一九六八—二)『アメリカ法』二—三頁以下参照。なお、マクニール理論と factual bargain 概念の関係につき、本稿第四章第二節三(1)参照。

(19) See generally, e.g., Stewart Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 *Am. Soc. Rev.* 55 (1963), Macaulay, *The Use and Non-use of Contracts in the Manufacturing Industry*, *Prac. Law.*, Nov. 1963 at 13, Russell J. Weintraub, *A Survey of Contract Practice and Policy*, 1992 *Wis. L. Rev.* 1.

(20) この問題については、第四章第二節二(2)で簡単に触れろ。

(21) John E. Murray, Jr., *The Chaos of the "Battle of the Forms": Solutions*, 39 *VAND. L. REV.* 1307 (1986) (紹介として西川理恵子「論文紹介」(一九八八—二)『アメリカ法八五頁がある』)。

(22) 川又良也「アメリカ統一商事法典二—二〇七条について」大隅健一郎遺暦記念『商事法の研究』(有斐閣、一九六八)、道田信一郎「国際取引」竹内昭夫ほか『現代の経済構造と法』(筑摩書房、一九八〇)三〇五頁以下、石原全「商取引における契約の成否と契約内容——『書式の戦い』について——(一)〜(三)完」『民商法雑誌八五巻五

六号、八六卷一号（一九八二）、則定隆男『書式の戦い』に対処する米国統一商法典2-207条の不明瞭性」商学論究（関西学院大学）三三巻四号（一九八六）など参照。

(23) 同条の文言にとらわれずにその概略を示せば、まず、

① 申込に対して付加的な条項 (additional terms) や申込と異なる条項 (different terms) を含む回答があった場合でも、それが明示的に反対申込とされていない限り、それは承諾とされ (§2-207(1))、契約は成立する。② それが明示的に反対申込とされている場合には、これを最初の申込者が口頭または書面で承諾すれば——履行の開始は②においては承諾とはみなされない (Murray, *supra* note 18 at 11-12, JAMES J. WHITE & ROBERT S. SUMMERS, UNIFORM COMMERCIAL CODE §1-3 at 40 (3d ed., West 1988))——通常の申込と承諾として契約は成立する (§2-207から“contract-out”した、つまり同条の適用を排除したといわれる)。そして、③明示的な反対申込に対する口頭または書面での承諾がないのに、両当事者が履行を開始して、「契約の存在を認めうるような両当事者の行為」がある場合にも、契約は成立する (§2-207(3))。以上、WHITE & SUMMERS, *supra* §1-3 at 39-43 の整理による。なお、それぞれの場合の契約内容については、次注参照②と③の区別の実益も、契約内容に関わる。

(24) 前注の①による契約成立 (§2-207(1)) の場合には、

§2-207(2) が契約内容を規定し、被申込人の回答が付加条項 (additional terms) を含んでいても、商人間では、その条項が申込の内容を實質的に変更する (materially alter) ものでなく (§2-207(2)(b))、かつ申込者が申込時に予めの異議ないし回答に対する異議を述べない (§2-207(2)(a)(c)) という要件を満たせば、契約はその付加条項を含む (last-shot rule)。上記の要件を満たさなければ、申込の内容がそのまま契約の内容になる (first-shot rule)。商人間では、付加条項は、すでに成立した契約への付加の提案 (proposals for addition) として解釈される (first-shot rule)。なお、(付加条項ではなく) 申込と異なる条項 (different terms) がどう扱われるかについての規定はならぬことに注意しなければならない (この論点については、see WHITE & SUMMERS, *supra* note 23, §1-3 at 31-36)。次に、前注の②の方法によって成立した契約は、コモン・ローの原則に従い、反対申込の内容がその契約の内容となる。最後に、前注③の方法によって成立した契約は、両当事者の書面で一致する条項と、UCC第二編の補充規定を内容とする (§2-207(3))。

(25) 前掲注(22)に挙げた文献参照。See also, generally, Murray, *supra* note 21, at 1323-72 (“counter-offer riddle”, “different v. ‘additional’ puzzle” etc.).

(26) 前注(24)参照。

- (27) John E. Murray, Jr., *A Proposed Revision of Section 2-207 of the Uniform Commercial Code*, 6 J. L. & Com. 337, 349, 353 (1986).
- (28) *Id.* at 352 *et seq.*, reprinted in PEB / PR 69-71.
- (29) §2-207(3)はUCCの起草作業がLlewellynの手を離れてから加えられたものである(Murray, *supra* note 21, at 1309)にもかかわらず、§2-207(2)よりもLlewellynの考え方に忠実である。Cf. KARL LEWELLYN, *THE COMMON LAW TRADITION: DECIDING APPEALS* 370 (Little, Brown & Co. 1960).
- (30) CISG art. 19(2)は、申込に対する回答が申込内容に変更を加えている場合、その変更を実質的(material)なものとならないものとに分け、後者であればその回答が承諾となり、かつその非実質的な変更は契約内容になるとする(いわゆるlast-shot rule)。その変更が実質的であれば、回答は反対申込として扱われ、それ自体では契約は成立しないが、反対申込に対して最初の申込者が履行に及べば、art. 18(3)を通して契約は成立し、契約内容は反対申込の内容ということになりそうである(これもlast-shot rule)。ただし、この点につき、曾野和明『山手正史「国際売買法」(青林書院、一九九三)九八頁注(2)』参照。
- (31) PETER SCHLECHTRIEM, *UNIFORM SALES LAW* 57 (Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1986)は、「書式の戦い」を、CISGでは正面から扱われていない問題として挙げている。ただし、法の欠缺ではないとすることに注意(*id.* at 49)。なお、石原・前掲注(22)(三)民商法雑誌八六巻一七四一七六頁は、CISGの起草段階で検討されたアプローチを紹介するが、それはPEB検討会のアプローチと類似するものである。
- (32) 手嶋豊「医療事故における被害者救済と事故法の役割——アメリカの医療過誤危機とその立法的対応・提案を中心として——」判例タイムズ五六三号(一九八五)四七頁以下参照。
- (33) 石原・前掲注(22)(三)民商法雑誌八六巻一七九〇頁以下の解釈論は、同七五―七六頁と合わせ読めば、基本線においてboilerplate termsを契約内容から排除するPEB検討会の考え方と一致する。反対、神崎克郎「商行為法I」(有斐閣、一九七三)七五頁(実質的変更を基準とする)、大塚龍児「約款の解釈方法」民法の争点II(一九八五)九三頁(まず、どちらの約款が契約内容になるかを決定し、それができなければ法律の規定を適用)など。
- (34) 河上正二「約款規制の法理」(有斐閣、一九八八)一七一頁以下参照。
- (35) 一般的には、谷原修身「Warranty理論と消費者保護(1)」「5」アカデミア経済学経営学編(南山大学)五一号

五五号(一九七六—一九七七) 参照。

(36) 笠井修「アメリカ統一商法典における明示の保証——売主の性質保証責任に関する一考察——」一橋研究九卷三号五五頁(一九八四) 参照。

(37) 谷原・前掲注(35)(4)(5)アカデミア五四号、五五号参照。

(38) 谷原・前掲注(35)(2)アカデミア五二号一八四頁以下など参照。

(39) 広告やセールス・トークと客観的事実の不一致がある場合に、消費者契約の錯誤無効を広く認めようとする見解として、長尾治助『消費者私法の原理——民法と消費者契約——』(有斐閣、一九九二)一〇三頁以下、同『広告と法——契約と不法行為責任の考察——』(日本評論社、一九八八)一一七頁以下、伊藤進「錯誤論——動機の錯誤に関する一考察——」山本進一還暦記念『法律行為論の現代的課題』(第一法規、一九八八)などがある。それらに対する批判的見解として、森田宏樹「合意の瑕疵」の構造とその拡張理論(1) NBL四八二号(一九九一)三〇頁以下、早川眞一郎「広告と錯誤(3)——広告の視点からみた契約法・序説」NBL四九三号(一九九二)四五頁以下などがある。さらに、契約締結前になされた表示も契約内容に取り込むアプローチ——契約が有効に成立した場合の契約締結上の過失に対する明示ワランティ的なアプローチ——も考えられる。長尾・前掲書(消費

者私法の原理)一〇一頁以下、円谷峻「契約の成立と責任(第二版)」(一粒社、一九九二)二二六頁、潮見佳男「債権総論講義案上」(信山社、一九九二)一三三頁、後藤巻則「契約の締結・履行と協力義務(三・完)」民商法雜誌一〇七巻一号(一九九二)四〇頁、五〇頁注(12)に引用されている文献など参照。

(40) 第三者保護効を伴う契約については、奥田昌道「契約法と不法行為法の接点——契約責任と不法行為責任の関係および両義務の性質論を中心に——」於保不二雄還暦記念『民法学の基礎的課題(中)』(有斐閣、一九七四)二二三頁以下、船越隆司「第三者の保護効をとらなう契約」奥田昌道ほか編『民法学5』(有斐閣、一九七六)、船越隆司「渡辺達徳「契約の第三者効」神田博司追悼記念」取引保護の現状と課題』(蒼文社、一九八九)、および同論文一五四頁注(5)に引用されている文献参照。直接訴権については、浜上則雄「製造物責任における証明問題(八)」判例タイムズ三三二号(一九七五)、加賀山茂「民法六一三条の直接訴権「action directors」」(一)阪大法学一〇二号(一九七七)、平野裕之「製造物責任の理論と法解釈」(信山社、一九九〇)四二頁以下、野澤正充「契約の相対的効力と特定承継人の地位(三)」民商法雜誌一〇〇巻四号(一九八九)六二〇頁以下など参照。

(41) これらの不統一の実情については、WHITE & SUMMERS,

supra note 23, §11-3 at 461 以下、Whitmore Gray, *E pluribus unum? A Bicentennial Report on Unification of Law in the United States*, 50 *Rabasz* 111, 142-43 (1986), David A. Rice, *Product Quality Laws and the Economics of Federalism*, *B. U. L. Rev.* 1, 15 *et seq.*, *esp.* n. 43 at 16 (1985) 参照。

(42) ここでいう「契約利益」には、「完全性利益」も含まれることに注意しなければならない。たとえば、「完全性利益」の典型である身体の安全も、人損を填補する保険を売主と買主のどちらが負担するかという形で、「契約利益」——対価の均衡の調整の対象——になりうる。「完全性利益」と「契約利益」の区分については、平野裕之「契約責任の本質と限界——契約責任の拡大に対する批判的考察(序説)——」法律論叢五八巻四〇五号(一九八六)、同「完全性利益の侵害と契約責任論——請求権競合論及び不完全履行論をめぐって——」法律論叢六〇巻一号(一九八七)、同「利益保障の二つの体系と契約責任論——契約責任の純正化および責任競合否定論——」法律論叢六〇巻二二三号(一九八七)、同「完全性利益の侵害と契約責任論」私法五〇号(一九八八)などがあるが、平野助教が、「完全性利益」と「契約利益」が重なりうることを認めるのかどうかは明らかではないように思われる。

(43) WHITE & SUMMERS, *supra* note 23, §11-2 at 456.

(44) ただし、その限界について、広瀬久和「約款規制への一視点——対価との関連性(上・中)」ジュリスト八二八、八三二号(一九八五)、河上・前掲注(34)四一〇頁以下参照。

(45) WHITE & SUMMERS, *supra* note 23, §11-2 at 456.

(46) ドイツにおける第三者保護を伴う契約論やフランスにおける直接訴権論がその理論化を志向しているのと対照的に、ここでは純粋な政策論がなされているのである。しかも、《水平的》非プリヴィティ関係者も人損と物損について不法行為法上の保護を否定されたわけではない(S. PEB / PR Rec. A2.3(7) at 98 [1983]) (ただしPEB検討会の認識によれば、不法行為訴権では、§2-318と同じく、経済的損失(economic loss)は填補されない)。不法行為訴権に加えて《水平的》非プリヴィティ関係者にワランティ訴権を認めても構わない——§2-318を維持する——とすることの実益は、人損についてワランティ違反を証明することの方が、「欠陥」を証明するよりも簡単なことがあるという点にあるが(ABA / TF 108(7-88)、その実益を尊重するために、PEB検討会はその立場を変えざるを得なかったのである)。

(47) PEB検討会の最終報告書も必ずしも明瞭ではない。おそらく、現行§2-318の三つの選択肢のうち、訴権者および損害論において最も限定的な選択肢Aへの統一を

企図しているように思われるが、なぜ選択肢Aなのか、明らかではない。また、《水平的》非プリヴィティ関係者に訴権を認めるとしながら、プリヴィティ関係の存在が訴権の要件であるとするなど、最終報告書(EBB/ES 1880)自体も動揺しているように思われる。

(48) WHITE & SUMMERS, *supra* note 23, §11-3 at 460.

(49) これらの概念につき、安田総合研究所『製造物責任(第2版)』(有斐閣、一九九二)一一二—一七頁(山口正久)、浦川道太郎「損害論」一九九〇年私法学会報告者グループ編『製造物責任の現状と課題』(別冊NBL二四号)一九九二)参照。

(50) ただし、結果損害としての経済的損失は、《垂直的》非プリヴィティ関係者間でも対価的調整はできないとの議論がある。WHITE & SUMMERS, *supra* note 23, §§11-5, 11-6 at 463-67。これは、特定目的への適合性の黙示ワランティが、《垂直的》非プリヴィティ関係者には否定されるとの議論(本文参照)と共通する。

(51) ワランティ訴権では、プリヴィティ関係の欠缺が抗弁となりうる他、買主は合理的期間内に売主に対して違反の通知をしなければ救済を受けられなくなり(§§-607(3))、消費者の人損以外であれば責任制限がありえ(§. §2-719(3))、また出訴期限(statute of limitation)の起算点も引渡の提供があった時である(§2-725(2))。

(52) RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS, §402A. 安田総合研究所・前掲注(49)六五頁(朝見行弘)参照。その改訂作業につき、ジェームズ・A・ヘンダーソンJr. & アーロン・D・トウワースキー(平野晋訳)「不法行為法第2次リステイトメント §402Aの改訂提案(上・中・下)」国際商事法務二二巻五七号(一九九三)、朝見行弘「米国における製造物責任の新たな展開(1)——不法行為第三リステイトメント第一予備草案の概要」NBL五二七号以下(一九九三)(連載中)、田谷峻「アメリカ合衆国における製造物責任の新たな提案とその検討——ヘンダーソン／トワースキー・リステイトメント四〇二A条改訂試案を中心に——」判例タイムズ八一九号(一九九三)参照。

(52 a) 《水平的》非プリヴィティ関係者につき、前注(46)参照。

(52 a) *But see* WHITE & SUMMERS, *supra* note 23, §11-5 at 464-45.

(52 c) 前注(46)参照。

(53) WHITE & SUMMERS, *supra* note 23, §11-6 at 466. 浦川・前掲注(49)六四頁参照。

(54) WHITE & SUMMERS, *supra* note 23, §11-6 at 466-67は、製造物責任保険は、一般的に経済的損失をカバーしておらず、それは、保険者が計算できないリスクを引き受けることに抵抗するからだとしている。なお、浦川・前

掲注(49)六四頁参照。しかし、経済的損失は、誰が原告となるか分からない製造物責任保険だからこそ計算困難なのであって、契約で予めリスク配分した経済的損失について、保険者が計算困難を理由として危険を引き受けないという問題は起こらないであらう。

(55) もっとも、すべての経済的損失が賠償されるべき損害であるとするには、前注(50)で示したような問題もある。

(55 a) See generally, Rice, *supra* note 41.

第一節 その他の重要問題

第一節では、PEB検討会が、それだけでもUCC第二編を改正する理由になるとする必要的改正事項をとりあげてきた。以下では、それ以外の論点で、PEB検討会がその重要性を認めながらも、改正の必要についてはそれを否定あるいは結論を留保したものをとりあげ、概観する。

一 消費者保護

UCC第二編は、消費者契約をそれ以外の契約から区別せず、

消費者保護の問題を正面からは取り上げていない。⁽⁵⁶⁾ 非良心性(unconscionability)の法理(§2-302)などを通じて、事実ごとに消費者に保護を与えるにすぎない⁽⁵⁷⁾。PEB検討会の報告書においては、その§2-302について、それをUCC全体の通則である第一編に移動すべきとの提言がされているが(PEB/PR A2.3D)(A) at 79 [1073-74)、それ以外では目立った動きはみられない。たとえば、PEB検討会は、§2-302を消費者取引とそれ以外の商取引を区別した規定(§ 2A-108)にすべきかどうかを検討しているものの、多数派はそれを否定しているのである(PEB/PR 81 [1075))。また、より一般的な消費者保護という視点においても、PEB検討会は(とくに中間報告書の段階で)消極的である。たとえば、売買契約における消費者保護を目的とする立法としては、州レヴェルで、主に新車購入に関する lemon laws と呼ばれる直接的な内容規制を旨とする立法例⁽⁵⁸⁾、連邦レヴェルでは州による規制を補充するものとして Magnuson Moss Warranty Act による開示規制があつて⁽⁵⁹⁾、その限りでは消費者保護は実現されているが、これらの立法は個別的な問題を規律するものにすぎない。そこで、その穴をUCC第二編で規制すべきかということが問題となる。これについて、PEB

検討会は、消費者保護の重要性を肯定しつつ(§ PEB/PR

Rec. Int. (2)(B) 20 [1995], PEB / PR Rec. A2. 3(6) 96-97 [1082-83]、基本的には現状を維持すべきであるとし、UCC第二編に消費者保護法としての性格をもたせることには消極的である (PEB / PR Rec. Int. (2)(A) 20 [1995]、PEB / ES 187(6))。

PEB検討会の最終報告書では、中間報告書よりもやや消費者保護に歩み寄ったと評価しうる点もあるが、それも多くはない。

§2-318の選択肢Aは、《水平的》非プリヴィティ関係者の人損に関して、プリヴィティ関係の存在をワランティ訴権の要件から除く規定であるが、最終報告書がそれを再評価している点(第一節四参照)、人損に関する売主の責任制限を非良心的とみなす§2-719を再評価している点(第一節四参照)などは、消費者保護への歩み寄りであるといえよう。また、免責条項 (disclaimer) に関しても同様の姿勢がみられる。すなわち、現行§2-316(2)はワランティの免責条項は書面による場合は明瞭 (conspicuous) でなければならぬとしているが、中間報告書は、免責は書面によらなければならないとしながら (PEB / PR Rec. A2. 3(13)(A) at 105-06 [1107])、同時に、その免責条項が明瞭ではなくても買主がそれを知っていれば有効とするとしていた (PEB / PR Rec. A2. 3(13)(B) at 106 [1107])。前半部分は疑いなく消費者保護に資するが、後半部分は消費者に不利

な提案であり、免責条項に関する中間報告書の提案は総体として、消費者保護の観点からは不満の残るものであった。これに對して最終報告書は、書面を要件とすべきとの提言は維持しながら、明瞭でなくとも知っていれば有効とすべきとの提言は撤回しており (PEB / ES 187(9-80))、消費者保護に資する方向での提案がなされているといえる。

このように、消費者保護に対する若干の歩み寄りはみられるものの、PEB検討会は全般的には消費者保護に消極的である。なぜであろうか。PEB検討会の中間報告書から読みとれる第一の理由は、UCC第二編は一般的な商事立法であり、包括的な消費者保護立法は別個になされるべきである (PEB / PR Int. (2) (A) at 20 [1995]) ということである (したがって、ワランティ法、責任制限法、非良心性、誠実性 (good faith) の規定などにおいて、個別的に消費者保護に活用できる規定を入れることは考慮する (PEB / PR Int. (2) (C) at 20 [1995]))。その他、付随的な理由としては、たとえばNCCUSLが品質の直接規制に関するモデル法 (model lemon law) を準備中である (PEB / PR Int. 27 at 97 [1083]) ことも挙げられよう。しかし、UCC第二編は商事立法であるから消費者保護は管轄外であるという理由は、きわめて形式的な説明であり、一般の商取引に関する規定

の商事立法としての性格を変えることなく、消費者保護のみを目的とした特別規定をおくことも技術的には十分可能なはずである。PEB検討会のこの姿勢は、ABA専門委員会の厳しい批判を浴びた。しかし、その批判への対応の中で、PEB検討会の消極性の隠れていた真の理由があぶりだされてきたのである。

ABA専門委員会の批判の中心は、UCC第二編が消費者保護の問題に中立的な立場をとっていても、それを解釈する裁判所は消費者保護に傾斜しているから、そこにUCC第二編解釈の無理が生じ、また、判決理由(*stare decisis*)を狭く解して消費者売買についての先例は商事売買を射程内に置かないとしたり、(PEB検討会が提案するように(PEB/PR Rec. Int. (2) (D) at 20 (1995-96))消費者契約にUCC第二編が適用されるのは別個の制定法や判例がない場合に限るとすると、その分野での法の統一が実現されなくなってしまうことである(ABA/TF 1002-03)。おそらくこれが最も強力な批判であり、法の統一性の危機はPEBとしても避けたいところであろう。⁽⁶¹⁾しかし、PEB検討会は法の統一性についての別の危機を持ち出し、自らの立場を正当化する。すなわち、PEB検討会の最終報告書が明確に述べるように、消費者保護のように政策的な規定を

もUCC第二編に包含するアプローチをとれば、改正第二編がNCCUSL II ALIで採択される可能性、そして究極的にはそれが各州において採択される可能性を損なってしまうというのである(PEB/ES 1876, 1878)。これこそが、中間報告書では隠れていた真の理由であろうと思われる。そして、ABA専門委員会の指摘する法の統一性の危機——UCC第二編とは別の消費者売買立法ないし判例法の各州における乱立——との比較では、たとえ改善の策でも、PEB検討会の恐れる危機——改正UCC第二編の不採択——の方を優先して回避すべきということは当然であろう。ABA専門委員会の危機論が、消費者売買に関する法の不統一についてのものにすぎないのに対して、PEB検討会の危機論は、UCC第二編の本来の規定対象である商事売買に関する法の不統一についても及ぶものだからである。結局PEB検討会は、最終報告書でも包括的な消費者保護立法をUCC第二編に含めることには反対する立場を貫いてゐる(PEB/ES 1878)。

二 UCC第二編の射程とコンピュータ・ソフトウェア契約
 一で検討した消費者契約の問題もUCC第二編の射程の問題ともいえるが、PEB検討会が射程の問題として取り上げるの

は、物とサーヴィスの両方の要素を含む混合契約へのUCC第二編の適用可能性である(PEB/PR 37-44 [1022-25], PEB/ES 1875-76, 1878)。一般的に、UCC第二編の射程という議論をする際に想起されるのは、まず、輸血によるたとえばHIV感染にUCC第二編のフランティ規定が適用されるか——血液の売買か——という問題⁽⁶²⁾、そしてコンピュータ・ソフトウェアの供給が売買かサーヴィスの提供かという問題である。輸血については、血液供給者をワランティ違反の責任から保護するblood shield statute (血液シールド法)⁽⁶³⁾などによって立法的解決が図られていることが多いようであり、PEB検討会も触れていない。PEB検討会が触れるのは、ソフトウェアの供給へのUCC第二編の適用可能性である(PEB/PR 39 [1023])。

これが問題とされるのは、ソフトウェア契約には物品(ソフトウェア)の供給という側面と、ソフトウェア開発あるいは供給後のインストールメントやメンテナンスに関する諸々のサーヴィス提供という側面が含まれるからである。紛争の対象となりやすいのは、そのソフトウェアが備えているべき品質をめぐるトラブルや、ソフトウェアの使用方法の制限条項やソフトウェア供給者の責任制限条項などを含む契約への同意をパッケージの開封にかからしめるシュリンク・ラップ・ライセン

ス(shrink-wrap licensing)⁽⁶⁴⁾などである⁽⁶⁵⁾。そして、これらの紛争の解決にUCC第二編の諸規定が適用になるのかということが問題とされる⁽⁶⁶⁾。§2-102により、UCC第二編は“transactions in goods (物品の取引)に適用されるものとされているが、一般的には、契約の支配的目的(predominant purpose)が物品売買であればUCC第二編の適用があり、そうでなければ適用がないとされている⁽⁶⁷⁾。その基準にしたがって、既製ソフトウェアの供給が売買であって、それにUCC第二編の適用があることはほぼ固まっているようである⁽⁶⁸⁾。それ以外のカスタム・ソフトウェア(customized software)の開発や、コンピュータ・システムのターンキー契約については、支配的目的の基準を個別的に適用して対処され、現時点では裁判所の判断を予測することは困難だということのようである⁽⁶⁹⁾。

ところで、NCCUSLは、本稿が検討対象としているUCC第二編の改正準備における検討とは別個に、“Uniform Computer Software Contracting Act (統一コンピュータ・ソフトウェア契約法)⁽⁷⁰⁾の可能性を検討中であり、UCC第二A編の制定によってリースに第二編の適用がないことが明らかとなったのと同様に、⁽⁷¹⁾そこでの結果次第でUCC第二編がコンピュータ契約に適用があるのかという問題が解決されることもありうる。

したがって、ソフトウェア契約へのUCC第二編の適用可能性という問題に関する今後の動向は、これらの二つの作業の相互作用を視野に収めて検討しなければならない。ここでは、ソフトウェア契約に限らず、より一般的に、売買とサービス提供という両面をもつ契約にUCC第二編の適用があるのかという問題についてのPEB検討会の姿勢を一瞥するにとどめるが、その立場は明確なものではない。ただ、われわれからみて特徴的なのは、そこでの議論が、UCC第二編の直接適用と類推適用を区別していることである。UCC第二編の直接適用については、現行§102がUCC第一編の射程とする「物品の取引」を、①「物品の売買」に限定して売買が支配的部分である場合にUCC第二編の適用があるとする案、②売買が付随的でない限り、すべての物品の販売を射程に入れる拡張案、そして③紛争の対象によってUCC第二編を適用する紛争とそうでない紛争を分ける案(たとえばワランティ訴訟においてのみUCC第二編を適用するが如く)を例示したうえで、これらの案にこだわらない検討を起草委員会に託している(PEB/PR Rec. A2.1(B) at 41-42 [1024])。類推適用については、UCC第二A編の物品以外のリースへの類推適用に関する comment to §2A-102 (当事者の明示の意図と、物品リースとそれ以外の

物のリースの違いを考慮したうえで類推適用が認められるとす(る)を参照しつつ、類推適用の基準を定める規定の必要性を説くにとどまる(PEB/PR Rec. A2.1(F) at 43-44 [1025])。なお、ABA専門委員会も、明確な案を示しえないうる(ABA/TF 1027-28)。

この問題は、典型契約の存在を前提とする「非典型契約」「混合契約」という概念を古くからもつ日本の民法学⁽⁷²⁾では、おそらく新しい問題とは受け止められないであろう。しかし、典型契約という概念をもたず、契約法の一般理論を志向してきたLangbeil以降のアメリカ契約法⁽⁷³⁾では、mixed / hybrid transactionsという考え方自体、UCCをはじめとする制定法の出現によって、初めてヴィヴィッドに意識される問題であった。そして、各州におけるUCCの採択以後も、「UCC第二編」が適用されるか、それともそれ以外の法源が適用されるのかという二者択一的な思考がなされてきたように思われる。わが国で有力なように、典型契約規定を推論の出発点ないし思考のガイドラインとしてとらえ、典型契約、(狭義の)無名契約、混合契約を区別する実益は少ない(したがって直接適用と類推適用を区別する実益も少ない)という考え方を、アメリカ契約法⁽⁷⁴⁾がしないのは、おそらく次のような原因からであろう。第一に、

UCC第二編自体が、「物品の取引」への「UCC第二編」の包括的な適用あるいは不適用（類推適用を含む）⁽⁷⁶⁾を問題としている（§2-102）ことがあげられる（その前提としては、UCC第二編が適用されない場合にはコモン・ローが控えている——いわばUCCは特別法である——という条件がある）。したがって、法典内で示されている価値判断の前提となっている「契約の構成分子間の主従と軽重を問い、相互の結合のあり方を見極め、法規範と事実とを結びつけるための類似性の遠近を慎重にはかりながら自己の新種契約への視点を見定めよう」と⁽⁷⁷⁾「思考プロセス」をとるまでもなく、問題となっている契約が物品売買（「物品の取引」）でないのであれば、UCC第二編を適用しないですむのである。そのことも関連するが、第二に、UCC第二編が適用される場合であっても、UCCは「完結性」と「無欠索性」を備えた法典ではなく、コモン・ロー、エクイティ、商慣習法（*law merchant*）による補充を予定されていること⁽⁷⁸⁾（§1-103）が挙げられよう。UCC第二編が物品売買という契約類型のみを対象としているということをしばらく置くとしても、より根本的に、UCCの「法典方法論」⁽⁷⁹⁾が混合契約論とそぐわないのである。すなわち、混合契約論は、法典が自己充足的に紛争解決の基準を示していることを前提とするが、UCC

Cにおいては、そのような前提が成り立っていない。そして、最後に、UCC第二編を補充すべきコモン・ローが、契約法の一般理論を志向するものだったことは上述の通りである。

なお付言すれば、UCC第二編との関連でなされてきた二者択一的な思考に、日本もいつまでも無関心ではいられない。CISG art. 3(2)は、物品供給者の義務の支配的部分（*predominant part*）がサーヴィスにある契約を、CISGの適用範囲から外しているからである。CISGが日本でも批准されれば、ソフトウェアの売買をはじめとする物とサーヴィスの売買の両面をもつ契約にCISGを適用するのか、それとも従来の国際私法のアプローチによって指定された準拠国内法を適用するのかという二者択一の問題が生じるのである。

三 その他

以上で述べたほか、PEB検討会が最終報告書で重点をおいているのは、第二編の改正にCISGの観点を持ち込むべきかという問題（PEB/ES 1876）、また（第一編の再検討をも伴う問題として）誠実義務（*duty of good faith*）の適用範囲と内容の問題（PEB/ES 1877）、第二編の基礎となっている契約理論が「ポスト第二次リステイトメントの時代」においても有効性を

保ちうるかどうか、すなわち、経済分析、関係的契約理論、権利論などから取り入れるべき点はないかという問題である(PEB/ES 1877)。そして最後に、特殊UCC的な問題として、各条文(text)とそれに続く公式コメント(official comment)の關係も再検討されなければならぬとしている(PEB/ES 1877⁽⁸⁰⁾)。最後のものを除いたこれらの問題の検討を含め、次節でPEB検討会報告書の横断的考察を試みることにする。

第三章第二節の注

(56) 例外は、消費者に生じた人損(Personal injury)に対する売主の責任制限を認めない§2-719(3)であったが、中間報告書ではその条文も削除すべき——事案ごとに非良心性を判断すべき——とられてきた(PEB/PR Rec. A2, 716)(C) at 241-42 [1243]。ただし、この削除論は後に撤回されている。第一節四参照。

(57) もっとも、買主が消費者である場合、契約が非良心的であるとの認定がしやすくなる(John E. Murray, Jr., *MURRAY ON CONTRACTS* §96 at 498-99 (3d ed., Michie 1991))。執行秀幸「事業者間契約における契約の自由——諸外国の動向——」高島平蔵古稀記念『民法学の新たな展開』(成文堂、一九九三)四二七頁から、このことは、消費

者が機能的には商人より厚い保護を受けていることを否定するものではない。この点に関して、谷原修身「Unconscionabilityの法理——歴史的考察——」アカデミア経済経営学編(南山大学)四六号(一九七五)一〇五頁以下、同「Unconscionabilityの法理の分析——学説を中心にして(1)(2)——」アカデミア経済経営学編(南山大学)四八号(一九七五)、五〇号(一九七六)とくに四八号一五三頁以下、同「アメリカ統一商法典の消費者保護的機能」私法四三三号(一九八一)参照。なお非良心性の法理については、石原全「米国における免責約款の司法的規整——非良心性による是正——」一橋論叢六六卷三号(一九七一)、森達「契約法における非良心性の法理——アメリカの判例を中心として——」東洋大学大学院紀要一八集(一九八一)もある。

(58) See e.g., Rice, *supra* note 41, at 22-27, 30-35 (1985).

(59) 紹介は多いが、詳細なのは谷原修身「米国連邦マグヌソン・モス保証法と消費者訴訟(一)(二)」南山法学三卷二号(一九七九)、四号(一九八〇)。

(60) 前注(57)参照。

(61) 第一章第一節一、四参照。なお、批判の第二は、連邦や州の消費者保護立法ではカヴァーされない事案が多いこと、第三は、UCC第二編の適用される消費者売買に重疊的に適用されるMagnuson-Moss Warranty Actとの

- 整合性は少なくとも保つべきこと——もともとPEB検討会もUCC第二編の「消費者物品 (consumer goods)」の定義規定とMagnuson-Moss法の「消費者製品 (consumer products)」の定義規定の整合性の検討を促している (PEB / PR Rec. A2.1(2)(C) at 45 [1029])——、第四は「附合契約の規制は、もはや交渉過程の規制 (間接規制 / 間示規制) では消費者保護には不十分で、直接の内容規制——たとえば、フランティ責任の制限を認めないなど——によらなければならぬ」ということ (cf. Arthur Allen *Left, Contract as Thing*, 19 Am. U. L. Rev. 131, 149 *et seq.* (1970)) である。しかし、第二と第四の批判は結局そのような保護をUCCですべきか、他の立法ですべきかという問題に帰着する。また、第三の批判は、Magnuson-Moss Warranty Actがそれぞれにせよ適用されるのであるから、消費者保護の増進という観点からは、それほど実益のある問題点ではない。
- (62) 手嶋豊「血液製剤によるエイズウイルス感染責任の所在」社会科学研究年報 (龍谷大学) 一八号 (一九八八) 参照。AID以前にの状況については、谷原・前掲注 (35) (3) マカテミア五三三号一四五頁以下参照。
- (63) Ann Lousin, *Cases on the Scope of Article 2*, 46 Bus. Law. 1855, 1862 (1991).
- (64) この契約については、北川善太郎「ソフトウェアの使用と契約——開封契約批判——」NB1四三五号 (一九八九)、吉田和夫「コンピュータ契約と統一商事法典」早稲田社会科学研究四四号 (一九九二) 一五頁以下参照。なお、ソフトウェア契約の契約法上の問題点一般については、後藤巻則「契約の締結・履行と協力義務 (二) (三)」民商法雑誌一〇六卷六号 (一九九二) 七八八頁以下、七九四頁以下、民商法雑誌一〇七卷一号 (一九九二) 四三頁以下、夏井高人「裁判実務とコンピュータ」(日本評論社、一九九三) 五〇頁以下参照。
- (65) 各州における立法活動も、フランティとシュリンク・ラップ・ライセンスの分野で盛んなようである。Boss & Woodward, *supra* note 12, at 1518-19.
- (66) 一般的には、Amelia H. Boss, *Developments on the Fringe: Article 2 Revisions, Computer Contracting, and Suretyship*, 46 Bus. Law. 1803 (1991), Lousin, *supra* note 63, Ritter, *supra* note 13, Amelia H. Boss, Harold R. Weinberg, & William J. Woodward, *Scope of the Uniform Commercial Code: Advances in Technology and Survey of Computer Contracting Cases*, 44 Bus. Law. 1671 (1989), Boss & Woodward, *supra* note 12、吉田 (和)・前掲注 (64) が参考になる。
- (67) WHITE & SUMMERS, *supra* note 23, §1-2 at 26.
- (68) Lousin, *supra* note 63, at 1864, Ritter, *supra* note 13, at

2545. 吉田(和)・前掲注(64) 四頁。
- (69) Lousin, *supra* note 63, at 1864. 吉田(和)・前掲注(64) 五頁。ただし両者のニュアンスはやや違う。
- (70) *PBB / PR n. 5. at 39 [1023]. Boss, supra* note 66, at 1811-16.
- (71) 高橋めぐみ「アメリカ統一商事法典第2A編——賃貸借の紹介」[一九九二—]「アメリカ法一五七頁参照。リース契約の法的性質に関する日本の議論につき、河上正二「契約の法的性質決定と典型契約——リース契約を手掛かりにして——」加藤一郎古稀記念『現代社会と民法学の動向 下』(有斐閣、一九九二)およびそこに引用されている文献参照。
- (72) 日本の「混合契約論」をまとめる近時の論稿として、湯浅道男「混合契約および非典型契約の解釈にあたっては、どういふ点に留意すべきか」椿寿夫編『講座現代契約と現代債権の展望5契約の一般的課題』(日本評論社、一九九〇)、河上正二「混合契約論」覚書『法学五六巻七号(一九九二)参照。〔校正段階で、大村敦志「典型契約論(一)——契約における個人と社会」法学協会雑誌一一〇巻九号(一九九三)に接した。〕
- (73) 木下毅『アメリカ私法——日米比較私法序説——』(有斐閣、一九八八)三四頁。〔大村・前掲注(72)一三〇三頁以下参照。〕
- (74) 来栖三郎『契約法』(有斐閣、一九七四)七三六頁以下に代表される。ところで、河上・前掲注(72)は、典型契約規定の有する、契約の性質決定をする際の「サーチライト」「推論の出発点」の機能と「秩序づけ機能(Ordnungsfunktion)」を強調して混合契約論を再評価するものであり、典型契約(狭義の)無名契約、混合契約の区別の実益は少ないとする最近の有力説は、それらの機能を軽視する「手放しの『類推適用論』」であるとして批判する。なお、河上・前掲注(71)も参照。しかし、来栖・前掲書も、典型契約規定を推論の出発点とするからこそ、詳細な「類型」論(七四四頁以下)を展開しているものと思われ、河上教授がなぜそれを「手放しの『類推適用論』」とされるのか、必ずしも明らかではないように思われる。もっとも来栖・前掲書が「秩序づけ機能」を重視していないことはたしかであろう。
- (75) 「ひろく無名契約の問題は制定法上の問題(Gesetzesproblem)であって法上の問題(Rechtsproblem)ではない」(来栖・前掲注(74)七四〇頁・また河上・前掲注(72)四一〇頁)というのは、たとえば、本文で以下に述べるようなことを指しているであろうか。
- (76) ただし、UCC第二編の類推適用が意外と少ない可能性がある)につき、James J. White, *Evaluating Article 2 of the Uniform Commercial Code: A Preliminary Empirical*

Expedition, 75 MICH. L. REV. 1262, 1282 *et seq.* (1977) 参照。

(77) 河上・前掲注(72) 四二〇頁。

(78) WILLIAM TWINING, KARL LEWELLYN AND THE REALIST MOVEMENT 311-12 (University of Oklahoma Press 1973).
吉田(直)・前掲注(18) 八一頁以下参照。

(79) 河上・前掲注(72) 四一六頁(ただし、カウザ論との関連について)。また、同上・四一七頁以下に紹介されている「吸収理論」「結合理論」「類推適用説」(以上ドイッの議論)と、スイスの議論である「創造説」(同上・四二〇頁)との対比が興味深い。その前提となるスイス民法典の法典観については、石田穰『民法学の基礎』(有斐閣、一九七六) 参照。スイス民法典型の法典編纂への高い評価として、たとえばK・ツヴァイゲルトH・ケッツ(大木雅夫訳)『比較法概論原論 上』(東京大学出版会、一九七四) 三二六頁、アーサー・S・ハートカンブ(曾野裕夫訳)『オランダ新民法典における裁判官の裁量』(民商法雑誌一〇九卷四―五号(近刊予定) 一一節など参照。そして、Lewellyn に対するスイス民法典型の法源観の影響の可能性につき、Twining, *supra* note 78, at 106 *et seq.*, 312 参照。さらなる検討を今後の課題とした。

(80) この問題の一端が、吉田(直)・前掲注(18) 一二四頁以下で検討されている。See also ABA/TF 996-97.

第四章 横断的考察

これまでPEB検討会の報告書における重要論点を個別に概観してきたわけだが、ここでは、UCCの「統一州法」としての性格から生じる特殊問題、UCCの契約概念、UCCの法源観(法典観)などの一端を垣間見ることができた。本章では、その報告書——あるいは現代アメリカ契約法学——に徹底する、その根本的な特徴をやや詳しくみるために、次の二点を検討する。第一点は、PEB検討会報告書に対してCISGの影響がみられるかということであり、第二点は、関係的契約理論(relational contract theory)の影響がみられるかということである。これらの検討を通じて、UCC第二編を現代契約法の動向の中にどう位置づけるべきかを明らかにしたい。

第一節 UCC第二編改正作業にみるCISG

一 今回の改正作業の開始の要因の一つにCISGの批准があげられていることは、第一章で述べた通りであるが、それに

もかわらず、PEB検討会の報告書がCISGを明示的に参照している論点は少ない。CISGへの言及としては、たとえば、①詐欺防止法(§2-201)や口頭証拠排除法則(§2-202)をCISGが含んでいない(arts. 11, 8参照)、この指摘(PEB/PR 51 [1034], n. 21 at 59 [1043])、②「書式の戦う」についてのCISGの規定(arts. 19, 18も参照)の批判(PEB/PR n. 36 at 68-69 [1055])、③FOBやCIFをはじめとする貿易用語(trade terms)の定義(§§ 2-319-2-32a)をCISGやインコタームズに⁽¹⁾協調させることを考慮すべきだとの指摘(PEB/PR 116-18 [116-17], PEB/ES 1881)、④CISGは完全提供ルール(perfect tender rule)(§2-601)を拒絶しているが、UCC第二編はそれを維持すべきだとの主張(PEB/PR 158 [158])などがある。これらは、CISGの肯定的または否定的な評価を含む言及である。その他、CISGの危険負担(risk of loss)の規定への単なる言及もある(PEB/PR n. 21 at 145 [1150])。

しかし、全体として、PEB検討会がCISGを重要視しているという印象は受けない。CISGに好意的なWinship教授は、「中間報告書の読者が、[CISGへの]言及がCISGの系統的な検討の結果なされているのか判断する方法はない」⁽³⁾

とするが、これは反語として解釈するべきであろう。たとえば、PEB検討会は損害軽減義務を明示的に規定すべきだとするが(PEB/PR Rec. A2, 7(1)(B) at 195 [1205]) (第二章第五節など参照)、CISGの損害軽減義務規定(art. 77)への言及は、意外にも、みられないのである。他方、PEB検討会の最終報告書は、Winshipらの批判に應える形で、改正UCC第二編の起草委員会におけるCISGの検討を促している(PEB/ES 1876)。今後の改正作業の中では、CISGはより大きく取り上げられていくことになろう。

二 それでは、なぜPEB検討会の報告書にはCISGの影響があまりみられないのであろうか。その要因の一つに、同検討会の時間的、人的制約にあったことは疑いない⁽⁴⁾。しかし、それ以上に、そこにはCISGを参照するという必要性ないしインセンティブの欠如があったように思えるのである。このように、現実的な問題意識が契機として欠けていたことを、すでに⁽⁵⁾広く日本でも紹介されているドイツのBGB債務法改正作業との比較において明らかにしたい。

一九九一年一月に公表されたドイツの債務法改正委員会の最終報告書では、一般給付障害法、売買契約法・請負契約法、

消滅時効法についての改正の提案が行われている。⁽⁶⁾ これらのうち、国内取引か国際取引かという規律対象の違いを別にすれば C I S G と適用対象が重なる一般給付障害法（債務不履行法）と売買契約法の分野では、C I S G の影響は甚大である。⁽⁷⁾ 説明するまでもなく、現行 B G B は債務不履行の態様を履行遅滞と履行不能に二分し、その間隙を判例・学説上発達した積極的債権侵害論が埋めてきた。しかし、この区分は批判の対象とされ、債務法改正委員会の最終報告書ではそれに代えて債務不履行の統一的な概念としての「義務違反」が提唱されている。また、一般の債務不履行とは別個の体系とされてきた売主の担保責任の制度も廃止して「義務違反」へ包含することが提案されている。これらが、「契約違反 (breach of contract)」という統一概念で債務不履行法を規律する C I S G の影響を受けた改正意見であることは、司法省の最終報告書の説明を待つまでもなく、明らかなことである。⁽⁸⁾ 同様に、原始的不能制度の廃止や債務者の帰責事由を要件としない解除なども、C I S G の影響がみられる分野である。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

それでは、なぜ、B G B 債務法の改正が、このような根本的な部分において C I S G をモデルとしたのであろうか。この点を明らかにするのに、栗田哲男教授の分析が有益である。栗田

教授は、最近のドイツ民法の発展を内在的發展と外在的發展に分け、まず、内在的發展の契機として (ア) B G B に存在していた矛盾や欠陥 (例、事情変更の原則、積極的債権侵害、完全賠償主義など) を是正するという契機、そして外在的發展の契機として、(イ) 国際化の進展による「国際的協調による立法」が必要だという認識があったことを挙げる。これに付け加えるならば、(ウ) いずれ予想される E C 債務法の統一に向けて、そのモデルとなりうる新しい B G B を持ちたいという外在的發展の契機もあつたと思われる。⁽¹¹⁾ そして、このような背景をもつて始まった B G B 債務法の改正作業においては比較法が重視され、かつ C I S G をモデルとしたドイツ法の原則の修正が提言されることとなった。⁽¹²⁾ B G B の構造的な欠陥とされた債務不履行法を改善するのに、B G B とは構造的に異なる債務不履行法を有する C I S G をモデルとすることが、その内在的發展に資する可能性を持つことは確かであるし、他の E C 諸国をはじめ、各国に広く受け入れられている C I S G をモデルとすることが「国際的協調による立法」にも資し、かつ、将来の E C 債務法への (改正) B G B の影響力を確保することにも資するという意味でも、C I S G がモデルとされたのは自然なことだったのだといえよう。このように、B G B 債務法改正作業においては、

その契機そのものがCISGを指し示していたのである。

三 さて、UCC第二編の改正作業をこのBGB債務法改正作業と比較してみると、なぜUCC第二編の改正作業がCISGの影響を大きく受けてこなかったのか、その理由の一端が明らかになってくるように思われる。栗田教授の上述の分析枠組みをUCC第二編の場合に当てはめると、まず、外在的發展の契機は、UCC第二編の場合には薄弱であることに気付かされる。たとえば、CISGをモデルとした立法によってECの債務法統一への影響力を保持しようというドイツの問題意識は、米国には無縁なものである（ウ）。第一章で述べたように、今回のUCC改正作業の契機の第一が、〈各州における不統一なUCCの採択への対応〉であることはたしかである。しかし、ECのように、EC内の債務法統一への共通基盤を提供するモデルとして、新たにCISGを用いるという必要はないし、既存の共通基盤（UCC第二編）に代わる共通基盤を持ち込むことは（たとえ、それが——後述するように——類似のものであっても）有用でもないであろう。不完全な形ではあれ、UCC第二編が各州の物品売買法の共通基盤を提供しているのであり、あえてCISGをモデルにする動因はなかったのである。

また、国際的協調立法を含んだ国際的な法統一（イ）に関しては、米国がそれに無関心ないし冷淡であるとはいえないとしても、CISGとUCC第二編の構造的、類似的ゆえに、——あたかも、パンデクテン体系を採用した明治民法がその内容もドイツ法的なものとして理解され、「学説継受」が起こったように——CISGとUCC第二編の内容的な類似性が誇張して理解されているとはいえる。そして、CISGとUCC第二編の類似性は構造面にとどまらない。そのアプローチにおいても類似するのである。Honoldは、CISGの特徴として、①当事者間の取引慣行や商慣習、誠実義務、条約の一般原則などを通して、新しい状況への対応力を有していること、そして、②国内法における古色蒼然たる概念の排除をあげるが、これらは、いずれも、現実への柔軟な対応を可能にするUCCの契約観、そして法理論に対する実理性的の優位というUCCの特徴と通じるものがあるといえる。このように、構造とアプローチの二重の類似性ゆえに、CISGに合わせてUCCを改正することが国際的協調に資するという認識も——客観的にそれが国際的協調に資するかどうかは別として——なかったのではないかと思われるのである。

また、UCC第二編の内在的發展の契機（ア）は、消費者

保護、製造物責任、EDIやソフトウェア契約などの〈現実社会の変化への対応の必要性〉—— UCC第二編改正の第二の契機（第一章第一節四参照）——、そして様々な〈規定の不備〉

—— UCC第二編改正の第三の契機（第一章第一節四参照）—— にあつたわけだが、CISGは消費者保護と製造物責任の問題をそれぞれその適用範囲から除いているし（arts. 2(a), 5）、EDIとソフトウェア契約の問題も正面から検討しているわけではない。⁽²²⁾そして、UCC第二編の規定の不備とされるものも、決して構造的、体系的なものではなくて、比較的ピースミールな欠陥であつた。それゆえに、これまでみてきたように、今回の改正作業で提言されている改正案は、いずれもUCC第二編の抜本的な構造変革を求めるものではなかつたのである。また、仮にその不備が構造的なものであつても、上述したUCC第二編とCISGの構造的類似性という事実と、その内容的類似性という認識ゆえに、おそらくCISGをモデルにしようとする動因は、いずれにせよ薄弱だつたといえよう。

このように、UCC第二編の改正作業がCISGをモデルとしなかつたことの根底に、両者の構造およびアプローチにおける類似性、そしてそのためにCISGがUCC第二編の派生物として理解されたという事情があるように思われる。世界的な

契約法の変動に影響を与えているCISG（序章二）がモデルとされなかつたことの一つの説明は以上のようにできよう。

四 しかし、これでは、CISGがモデルとされなかつたことの説明はできても、なぜ、UCC第二編に抜本的な改造が加えられないのかの説明にはなっていない。これには、それに伴う諸々のコストの回避という消極的な理由の他に、現行UCC第二編の構造とアプローチを維持すべきであるという積極的な判断があるように思われる（cf. PEB / PR 8-17 [1988-94]）。次節では、この問題を、新古典的契約法（neo-classical contract law）の代表とされるUCC第二編の改正作業において、関係的契約理論（relational contract theory）が、なぜそれほど影響を与えていないのかという問題として検討することにする。

第四章第一節の注

(一) Incoterms 1990 (ICC Publication No. 460)（和英対照版（朝岡良平訳）として『1990年インコタームズ』（国際商業会議所日本国内委員会、一九九〇）がある）。インコタームズについては、小原三佑嘉「1990年代のICCルール」の行方」国際商事法務一八巻三号（一九九〇）、同「国際

売買と貿易条件」遠藤浩ほか監修『現代契約法大系第9巻国際取引契約(2)』(有斐閣、一九八五)、朝岡良平「貿易売買と商慣習(第三版)」(東京布井出版、一九八一)参照。ただし、後の二つの文献は、一九九〇年版以前のインコタームズについてのものである。

- (2) CISGのアプローチはこれらの貿易用語(Trade terms)を定義せず、インコタームズなどに解釈を委ねるというものである(art. 8)。山手正史「ウィーン統一売買法とインコタームズ——危険の移転時期を中心として——」東北学院大学論集(法学部)三三三号(一九八八)。
- したがって、PEB検討会のこの指摘は、定義規定を削除するか、インコタームズの定義を取り入れることを意味する。See Peter Winship, *Domesticating International Commercial Law: Revising U. C. C. Article 2 in Light of the United Nations Sales Convention*, 37 *LOYOLA L. REV.* 43, 67 (1991)。また、現行UCC第二編の定義規定は、インコタームズと合致しないことには注意を要する。朝岡・前掲注(1)一一六、二〇二頁以下、江頭憲治郎「商取引法」(弘文堂、一九九〇)五五頁以下参照。
- (3) Winship, *supra* note 2, at 45.
- (4) 一般論として、五十嵐清「民法と比較法」(一粒社、一九八四)一二五頁以下参照。
- (5) この作業を紹介する文献は多いが、さしあたり、下森

定ほか「西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究」(日本評論社、一九八八)、好美清光「西ドイツの債権法改訂委員会の作業について——その一、委員会の構成・活動等——」一橋論叢九九卷三号(一九八八)、ベーター・シュレヒトリム(岡孝訳)「西ドイツにおける債務法改正の現況(続)」法学志林八七卷二号(一九八九)、ドイツ連邦共和国司法大臣編(岡孝〓辻伸行訳)「ドイツ債務法改正委員会の最終報告書・総論(上・中・下)」ジュリスト九九六〓九九八号(一九九二)など参照。

(6) ドイツ連邦共和国司法大臣・前掲注(5)。

(7) 一般的には、栗田哲男「ドイツ民法の動向と日本法への示唆」判例タイムズ七六〇号(一九九二)三八〓三九九頁、研究会「ドイツ私法の最近の動向」判例タイムズ七六〇号(一九九二)五七頁以下、ベーター・シュレヒトリム(武久征治訳)「ドイツ債務法の発展への国際統一売買法の影響」龍谷法学一五卷三号(一九八二)、同(岡孝訳)「西ドイツにおける債務法改正の現況」下森ほか・前掲注(5)所収など参照。

(8) ドイツ連邦共和国司法大臣・前掲注(5)(上)ジュリスト九九六号一〇二頁、(中)九九七号八六頁、(下)九九八号一〇四頁以下など。また、宮本健蔵「債務不履行法体系の新たな構築——ウルリッヒ・フーバーの鑑定意見——」下森ほか・前掲注(5)所収参照。

- (9) 小林一俊「最近の統一売買法における原始不能ドグマ否認の構想」*亜細亞法学*二〇巻一―二号(一九八六)、同「西ドイツ債権法改訂案における原始不能法の克服」下森ほか・前掲注(5)所収参照。
- (10) ドイツ連邦共和国司法大臣・前掲注(5)(上)ジュリスト九九六号一〇二頁、(下)九九八号一〇四頁以下。
- (11) 栗田・前掲注(7)。
- (12) ただし、国際的協調による国内立法に批判的だと思われる見解として、ディーター・メディクス(上田誠一郎ほか訳)「ドイツ債務法の改革についての必要性および構想」*民商法雑誌*九三巻二号(一九八五)一八八頁以下〔潮見佳男訳〕がある。
- (13) なお、BGB債務法改正の公式の目的は、当初は特別法の民法典への統合(「法律の氾濫」の抑制)に、その後には、実務上の重要問題の実際の解決を図ることにあるが(能見善久「債権法改正計画の背景」下森ほか・前掲注(5)所収参照)、これは栗田教授の契機論とは別次元の問題である。内在的發展の契機を受けて公式目的が立てられ、また、外在的發展の契機を受けて作業が方向づけられている——たとえば、瑕疵担保責任の規定は「機能的には同じ内容の規律をしている(CISG)とかなり異なっているという理由からも……改正することが適切」(ドイツ連邦共和国司法大臣・前掲注(5)(中)ジュリスト九九七号八二頁)とされている——といえる。
- (14) See generally, Ole Lando, *Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation*, 56 *RABELSZ* 261, 264 et seq. (1992), reprinted in 40 *Am. J. Comp. L.* 563, 576 et seq. (1992).
- (15) シュレヒトリーム(岡訳)・前掲注(7)七〇二頁、同(岡訳)・前掲注(5)一九頁、岡孝「明治民法と梅謙次郎——帰国一〇〇年を機にその業績を振り返る——」*法学志林*八八巻四号(一九九一)二七頁など参照。また、EC債務法統一の共通基盤を求める動きにつき、Lando, *supra* note 14 参照。
- (16) 司法大臣の Hans Engelhard は、債務法改正委員会の任務について、「民法典の「全面的改正が問題ではなく、体系的な基本構造……を維持して、いわば法適用の八〇年の経験をもとめあげるといような改正が問題なのである」(ドイツ連邦共和国司法大臣・前掲注(5)(上)ジュリスト九九六号九八頁)としているが、これは拘束力をもたなかったということであろうか。それとも、そこでいう体系的な基本構造とはBGBの根底にある自由主義的イデオロギーのこと、すなわちBGBの「性格」のことを指すのであろうか。能見・前掲注(13)参照。
- (17) UN Doc. A/CN.9/381によれば、一九九三年七月一日四日現在、CISGの批准国は三四カ国にのぼり、EC

二カ国のうち、半分のデンマーク、フランス、ドイツ、イタリア、オランダ、スペインでC I S Gがすでに発効している。また、近くEC加盟(あるいはマーストリヒト条約に基づく欧州連合加盟)が予想されるオーストリア、フィンランド、ノルウェー、スウェーデンでも既にC I S Gが発効している(ただし、デンマーク、フィンランド、ノルウェー、スウェーデンはC I S G第Ⅱ部(契約の成立)を除いての批准である)。しかも、ノルウェーはC I S Gを国内売買法としても施行し、フィンランドとスウェーデンは、C I S Gに適合するような改正を国内売買法に施している。Winship, *supra* note 2, at 46. See also, Leif Sevón, *The New Scandinavian Codification on the Sale of Goods and the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in EINHEITLICHES KAUFRECHT UND NATIONALES OBLIGATIONENRECHT 343 (Peter Schlechtriem ed., Nomos Verlagsgesellschaft 1987).

(18) PEB検討会の比較法軽視の姿勢はその傍証であるかもしれない。外国法への言及は、くわすかであり、それもコモン・ロー国のものに限られる(例、カナダの動産売買法(Sale of Goods Act)の適用範囲の改正案への言及(PEB / PR n. 9 at 42 [1024])、そしてイギリスが詐欺防止法(statute of frauds)を廃止したとの指摘(PEB / PR 51 [1034])。比較法を重視したBGB改正作業とは対照的

である。栗田・前掲注(7)三三頁参照。

(18 a) Cf. Paul Lansing, *The Change in American Attitude to the International Unification of Sales Law Movement and UNCITRAL*, 18 AM. BUS. L. J. 269 (1980).

(19) 星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響」同『民法論集第一巻』(有斐閣、一九七〇)、北川善太郎『日本法学の歴史と理論』(日本評論社、一九六八)参照。

(20) 「論者、特にアメリカの論者は、C I S Gの規定の多くはUCCの規定に類似しているから、アメリカの弁護士はC I S Gを自力で理解することに困難を感じないであろうと、しきりに述べてきた」とされる。ALBERT H. KRITZER, *GUIDE TO PRACTICAL APPLICATIONS OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS 2* (Kluwer 1989). See also, e.g., Paul Lansing & Nancy R. Hauserman, *A Comparison of the Uniform Commercial Code to UNCITRAL's Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 6 N. C. J. INT'L L. & COM. REG. 63 (1981), Isaak I. Dore & James E. Defranco, *A Comparison of the Non-Substantive Provisions of the UNCITRAL Convention on the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code*, 23 HARV. INT'L L. J. 49 (1982), Jim C. Chen, *Code, Custom, and Contract: The Uniform Commercial Code as Law Merchant*, 27 TEX. INT'L L. J. 91

(1992).

(21) JOHN HONNOLD, UNIFORM LAW OF INTERNATIONAL SALES UNDER THE 1980 UNITED NATIONS CONVENTION §§18-21 at 60-62, §30 at 66 (2d ed., Kluwer 1991). また、曾野和明「英米商取引法と日本法の三〇年」ジュリスト六〇〇号(一九七五)一三二二頁参照。

(22) UNCITRALは、EDIに関するルール作成をめざしている。藤下健「国連国際商取引法委員会(UNCITRAL)第25会期の報告」国際商事法務二〇巻八号(一九九二)九一四頁。

(23) HONNOLD, *supra* note 21, n. 16 to §34 at 70 (抜本的な改正はなからせんとする)。

第二節 UCC第二編改正作業にみる関係的契約理論

今回の改正作業の背景に、「法と経済学」とならんで関係的契約理論(*relational contract theory*)の発展があったことは本稿冒頭で紹介した通りである。本節では、その関係的契約理論の主唱者である Ian R. Macneil の理論(以下、マクニール理論⁽²⁴⁾)が、PEB検討会の報告書にどのように影響しているかを検討

する。マクニール理論についてはすでにすぐれた紹介がある⁽²⁵⁾ので、本稿では誤解をおそれずに同理論を図式的に再整理し(一)、そこで明らかとなる同理論の四つの主張がUCC第二編改正作業にどう影響しているかを検討し(二)、最後にその影響の多寡の原因についての試論を展開する(三)。

一 マクニール理論の再整理

マクニール理論は一九七四年の“The Many Futures of Contracts”と題する論文ではじめて本格的に展開され^(1985-Reflections:541)、その後様々な変容を遂げつつ成長したが、一九八七年の“Relational Contract Theory as Sociology”で一応の安定期に入ったものと思われる。

マクニール理論の出発点は、当事者の契約行動(*contract behavior*) (以下、「契約」と互換的に用いる)と、契約法ないし理論(*contract law / theory*)を区別するところにある⁽¹⁹⁶⁹⁾において最も顕著)。契約行動とは、社会現象としての契約を意味し、そのような契約は「交換(*exchange*)をした、または交換をしつつある、または将来交換することが期待されている人間の間の関係」として定義される^(1987:274)。それは、売買をはじめとするいわゆる取引法で対象となるような契約行動に

限らず、婚姻や企業組織などをも含む広範な概念である(1980:5)。このような契約行動に対する、契約外の社会的対応(external social response)の一つが、国家的実定法(sovereign positive law)——制定法や判例法など——としての契約法である。主に学説で展開される契約理論も、そのような契約外の社会的対応の一つである。

このように契約行動と契約法の区別をしたうえで、現代社会における契約で重要な位置を占めている契約行動は「関係的契約(relational contract)」であるのに、契約法は「個別的契約(discrete contract)」を前提としていて、契約行動と契約法に乖離がみられるとする。「関係的契約」と「個別的契約」の概念については後述するが、ここで注目したいのは、この契約行動と契約法の乖離⁽²⁷⁾という指摘が、Sewart Macaulayの一九六三年以来の実証研究と合致するということである。それは、ビジネス実務においては非契約的關係(non-contractual relations)が支配的であり、契約法(国家的実定法)が前提とする契約的關係は存在しないというもので、学界に大きな影響を与えた⁽²⁸⁾。その意味で、Macneilの主張するパラダイム転換の地下づくりをMacaulayがしたと評価できる(1985:Relational Contract:509)。しかし、MacaulayとMacneilの共通点は、ここまで

である。Macaulayは、この乖離を所与として甘受しつつ(リーガル・リアリズム)、契約法を当事者間の交渉の背景をなすものとしての捉える視点からの研究を促す⁽²⁹⁾。これに対してMacneilは、この乖離を埋めようとする議論を展開するのである。

Macneilはまず、あらゆる契約行動に共通する要素(common elements)を抽出し、契約行動においてはその共通項に従った行動が期待されているとして、それを全ての契約に共通する規範(common contract norms)に転化する。そして、サイン(is)をゾレン(ought)に転化することは、そのサイン(s)の存在が期待されているということから正当化する⁽³⁰⁾。これらの共通規範は、契約に内在する規範であるという意味で「内在規範(internal norms)」である⁽³¹⁾といえるが、マクニール理論では、そのような内在規範を有する契約行動への契約外(external)の法的対応である契約法——「外在規範(external norms)」——は、その内在規範を反映すべきだ⁽³²⁾という(ここにマクニール理論の第一の主張がみられる)。また、いかなる社会においても、内在規範に従うことが誠実性(good faith)ないし信義誠実の本質である⁽³³⁾とすること(1983:n. 21 at 347-48)も注目される。

これらの内在規範は、しかし、すべての契約に共通する規範ではあるが、契約によって、どの規範がどの程度強調されるか

に違いがある。ここでマクニール理論が導入するのが、次のような思考図式である。すなわち、契約行動には、その契約の「前後左右」⁽³⁴⁾において当事者間の接触を予定しない、「個別的契約 (discrete contracts)」——例、同じ客が再び訪れることのないハイウェイのガソリン・スタンドにおけるガソリン売買——から、契約期間が長期に及び、当事者間の濃厚な接触が予定される「関係的契約」(例、労働契約、家族、企業)——のちに「相互連関的契約 (intertwined contract)」という概念に代えられることになる——まで様々な態様があり、理論的には個別的契約と関係的契約——のちに「相互連関的契約」と訂正される——を両極とするスペクトラムが描けるとする。そして、そのスペクトラムのどの位置に存在する契約行動かによって、どの共通規範が強調されるかが変わってくるのである。

たとえば、個別的契約の極に近づくにつれて、「個別性 (individuality)」と「現在化 (presentation)」という個別性規範が生じてくる。⁽³⁶⁾「個別性」とは、その契約の背景をすべて捨象することであり、「現在化」とは、その契約の将来をすべて契約締結の時点で確定的に決定してしまうことである。これらを反映する外在規範が古典的契約法 (classical contract law) であり、一九世紀に発展し、Williston によって完成させられたもの

である。その集大成が、(第一次) 契約法リステイメント (一九三二) である。それは、具体的には次のような特徴を持つ。「個別性」を反映する外在規範として、(a) 《当事者の属性 (identity) は無関係》、(b) 《目的物を商品としてとらえる》(例、労働力という商品)、(c) 《契約内容の確定 (解釈) に用いることのできる事実を限定》、(d) 《救済方法の限定》、(e) 《契約の成立と終了が明確 (sharp-in, sharp-out)》、(f) 《第三者は考慮に入れない》、ということである。また、「現在化」の規範を反映するのが、(g) 《契約締結時における契約内容の固定》、(h) 《予測可能性を高める明確な法ルール》、(i) 《期待利益の保護》と
いうことである。

ただし、ここで注意しなければならないのは、どんなに「個別性」と「現在化」が強調されても、それ以外の共通規範の側面がなくなるわけではないということである。そのことを典型的に表しているのが、「真の一匹狼は物やサーヴィスを交換すべき相手を持たない」(1969:405) という一節である。どのような契約でも社会関係が背後にあることを忘れてはならないということ、マクニール理論は強調しているのである。これが、後に説明するように、「相互連関 (intertwined)」と区別されるところの「社会関係 (relation)」の概念につながってくる。

さて、個別的契約の極とは逆の、相互連関的契約の極に近くにつれて、「役割の一貫性 (role integrity)」、「関係の維持 (preservation of the relation)」、「関係の紛争の調和的解決 (harmonization of relational conflicts)」、そして「契約超越規範 (supracontract norms)」という関係的規範 (relational norms) が生じてくるとマクニール理論は⁽³⁷⁾いう。個別性規範を体现する古典的契約法が比較的イメージしやすかった (上記 (a) (i)) のに對して、Macneil 自身が具体的な議論をあまりしていないこともあつて⁽³⁸⁾、この関係的規範を体现する「関係的契約法」をイメージすることは困難である。その具現化は二で試みることにして、まず、なぜ「関係的契約」像が明瞭でないのかを考えてみよう。理論美学の問題も大きな原因であるが、ここで指摘したいのは、関係的規範とされるものの中に、異なる二種の「関係」に由来するものが混在していたということである。一九八七年にいたつてマクニール理論の採用した、「相互連関性 (intertwined ness)」と「社会関係 (relation)」の區別 (1987:276) は、それを整理するための概念である。すなわち、「関係」という語に含まれていた意味の第一は、あらゆる交換の背景にある「社会関係」としての「関係」であり、先に挙げた「一匹狼」の例は、まさしくこの「社会関係 (relation)」のことを表している。

これに對して、「関係」の第二の意味は、「個別性 (discreteness)」との対極にある「関係」で、交換が絡まりあつたパターンで行われる「相互連関性 (intertwined-ness)」の性格である。したがつて、「個別的契約 (discrete transactions)」と相互連関的契約 (intertwined contract) を両極とするスペクトラムの全体を、「社会関係 (relation)」が通底していることになる。

そうすると、先に挙げた「関係的規範」とされるものが、それぞれ「社会関係」と「相互連関性」のいずれに定礎するのかが、あるいは両方に定礎するのかが問題となる。今後は、社会を維持していくのに必要な「社会関係」に定礎するものと、柔軟性や関係維持の要請など「相互連関性」に由来するものとを分けた議論が、マクニール理論の課題ということになろう⁽⁴⁰⁾。

ところで、本稿が検討の対象とするUCC第二編は、マクニール理論によれば、第二次契約法リステイメント (一九七九) とともに、「新古典的契約法 (neo-classical contract law)」を体现するものとされる (1978: n. 2 at 855)。新古典的契約法は、古典的契約法 (個別的契約法) を基礎として、それに関係的考慮を加えたものとされるが (1978: n. 2 at 855)、マクニール理論のめざす関係的契約法との決定的な差異は、それが「約束 (promise)」（意思）にも定礎するものであり、「関係」（非約束

(non-promise) による「元的基礎づけ」をするものではないという点にある(1974-Futures:693-94, 696)。

さて、以上をまとめると、マクニール理論には次の四つの主張が含まれているといえる。

〔1〕内在規範を法定法規範(外在規範)に反映すべきであるという主張。

〔2〕契約行動には、個別的(discrete)なものから相互連関的(intertwined)なものまでであるという主張。

〔3〕新古典的契約法は、基本的には個別的契約を念頭においているが、相互連関的契約にも対応できる、あらゆる契約行動に適合する契約法規範が必要だという主張。

〔4〕あらゆる契約の背景にある社会関係(relation)との調和的配慮が必要で、社会関係の存在から導かれる内在規範も契約法規範に反映されるべきであるという主張。この〔4〕には、

〔4a〕社会関係が社会関係たりうるためには何が必要かという——(1980)の題名『新社会契約論』に象徴される——社会

哲学の問題意識に基づく、「共同体主義」の主張、そして、

〔4b〕関係的契約法の一元的正当化原理は何かという問題意識に基づく、契約の拘束力の根拠としての「関係」という主張

(「意思」の後退)が含まれている。

二 UCC第二編改正作業にみる関係的契約理論

そこで次に、現行のUCC第二編およびPEB検討会報告書を、関係的契約理論と整合的に説明できるかどうかを、マクニール理論の主張〔2〕～〔4〕に即して検討する。〔1〕については、〔2〕～〔4〕の影響の検討のなかで自ずと明らかになろう。

〔2〕について。UCC第二編あるいはPEB検討会報告書において、相互連関的な契約の存在は承認されているであろうか。UCC第二編の適用がある売買契約で、〈相互連関(intertwined)〉の極に近いものとして考えられる契約行動には、「練り上げ」型の契約成立形態を有するもの⁽⁴³⁾、基本契約の有無に関わらず売買が継続的になされる継続的売買が考えられる。また、〈社会関係(relation)〉を背景に有することが鮮明に意識されるものとしては、生産者から最終購入者に物品が流通する過程における一連の契約をあげることができる。公益と密接なエネルギー関連の原料購入契約は、その両方にまたがる契約行動であるといえよう。そのような資源の長期供給契約、とくに「take-or-pay」契約⁽⁴⁵⁾について、PEB検討会は、その関係的な性格と新古典的契約法的なUCC第二編の規定の間に緊張関係があることを指摘し、第二編の適用において配慮が必要である

とする(PEB/PR 46-48 [1032-33])。その意味で、個別的契約の他に相互連関的な性格をもつ契約類型があるというマクニール理論の主張〔2〕は受け入れられているものといえる。そして、さらに注目したいのは、UCC第二編を關係的契約に対応しようように改正するには、現在の第二編ではそのような契約の当事者の利益を保護できないことが明らかにならなければならないのに、少なくとも大改正を必要とする立論は今のところなされていないとされていることである(PEB/PR 48 [1033])。このことは、新古典的契約法とされる現在のUCC第二編に、すでに〔3〕〔4〕の主張が取り入れられているのではないかということを感じさせる。結論を先取りして言えば、UCC第二編は、若干の例外を除き、概ね關係的契約法と整合的であると評価できるように思われるのである。

次に、マクニール理論の主張〔3〕〔4〕の影響をみるが、そのためには相互連関的契約に適合する關係的契約法とは何か、共同体主義に基づく關係的契約法とはどのようなものか、「關係」を正当化原理とする關係的契約法とはどのようなものであるか、ということが明らかでなければならぬ。しかし、一で述べた通り「關係的契約法」の内包の具体的イメージは構築しにくい。そこで、本稿では關係的規範(一でみた「役割の

一貫性」、「關係の維持」等々)を参考としつつ、個別的契約法の内包(上記(a)(i)の反対解釈を行い、それをもって仮に「關係的契約法」の内容とみなすことにする。そのうえで、UCC第二編およびPEB検討会報告書の提言を關係的契約法と整合的に説明できるかということを検討する。たしかに、このようなアプローチでは、關係的契約法との整合性を説明できたとしても、それが原理的にもマクニール理論に端緒を有するものかどうかは明らかにならない。しかし、それでも、少なくともUCC第二編ないしPEB検討会報告書において古典的契約法ないし新古典的契約法の克服がみられるかということは明らかにするはずである。そして、まさしくそのことが、現代契約法の動向の中のUCC第二編の位置づけを見極めようという本稿の目的にとって重要なことなのである。

(1) 契約の成立・終了と契約の内容をめぐる問題

① 古典的契約法では、〈契約の成立と終了が明確(Sharp-in, sharp-out)〉であった。逆に、關係的契約法では、契約の成立と終了が曖昧でも構わないと解される。

契約の成立については、§2-204(1)が「練り上げ」型の契約成立形態を認識し——そこには必然的に「關係(社会關係)」が生じる(Macneil [1981: 1026-27])——、すでに關係的契約法

と整合的であるといえる。つまり、§2-204(1)は、申込と承諾が特定できなくても契約の存在を認識した当事者の行動などによって合意(agreement)の存在が示されれば契約は成立しているとし、さらに§2-204(2)は、契約の成立時期が特定できなくとも契約の成立を認める。すでに触れた「書式の戦い」に関する§2-207(3)も、そのことを確認する(§1980:72-75)。PEB検討会もこの点について改正への提言をしておらず(PEB / PR 62 [1050])、すでに関係的なUCC第二編が追認されている。

ただし、契約準備段階に誠実義務(good faith duty)が適用されるかという、契約の成立時期と密接な関係を持つ問題では、古典的契約法の考えが維持されている。§1-203の文言は、誠実義務を契約の履行(performance)または強制(enforcement)の段階のみに課し、契約成立前には誠実義務が存在しないとす。§2-204が「練り上げ型」の契約成立形態を前提としている以上、契約の成立の前後で明確に誠実義務の有無を区分けする考え方は成り立たない場合もあるはずである。「申込承諾型」の場合には成り立つ考え方である。それにもかかわらず、PEB検討会の多数派は、売買契約に結実しない契約前交渉に誠実義務を拡張することは正当化できないとする(PEB / PR Rec.

A.1(5) (A) at 30 [1017])。この点では、古典的契約法からの脱却はみられないといわなければならない⁽⁴⁶⁾。

次に、契約の終了については、§2-309(2) (3)が、期間の定めのない継続的契約は合理的な期間を経過すれば一方当事者からの合理的な告知によっていつでも終了(terminate)できるとしている⁽⁴⁷⁾。随意の終了(termination at will)を認める点は古典的契約法の性格をもつといえるが(関係的規範である「権限の抑制」にも反する)、逆に「合理的な期間(reasonable time)は契約を一方的に終了できないとする点(§2-309(2))⁽⁴⁸⁾、告知を不要とする合意が非良心的とされる場合があるとす点(§2-309(3))では、信頼を保護する(投下資本回収・代替的契約締結の余裕を与える)という意味で、すでにUCC第二編は関係的(非約束的)であり、PEB検討会もそれを追認している(PEB / PR 91-92 [1079-80])。また、PEB検討会の多数派は、この告知は誠実になされなければならないことを明確にすべきだとしており(PEB / PR Rec. A2.3(4) (B) at 90 [1080])、これも、関係的であると評価できる。(PEB / PR 91-92 [1079-80])。

② さて、古典的契約法はまた、〈契約内容の確定に用いることのできる事実を限定〉するとしていた。例えば、口頭証拠

排除法則(parol evidence rule)⁽⁴⁹⁾はその代表であり、§2-202は、合意の最終的な表現として意図された書面(final written expression)がある場合には、その書面の内容を否定(contradict)するために、先行の合意(prior agreement)や同時になされた口頭の合意(contemporaneous oral agreement)を証拠に用いることを認めない。これは書面に統合(integrate)された内容をもって契約内容とし、統合以前の外的証拠(extrinsic evidence)——「口頭(parol)」のものに限られない点に注意——によるその書面の内容の変更を認めないというものである。これが、最終書面から読み取れる合意にしか効果を与えないという点で「個別的(discrete)」であることは表見的には明らかである。そして、PEB検討会が、基本的には同条は維持されるべきであるとす(PEB/PR 58-62 [1043-45])⁽⁵⁰⁾を古典的契約法の維持と評価することも可能である。しかし、より仔細に見ると、§2-202は、多くの外的証拠を実は排除していないことが明らかとなる。第一に、統合(integration)があったかどうかの判断には、外的証拠——したがってその契約の背景にある「関係」——をみなければならぬ。また、第二に、「統合」された合意であっても、それを交渉の過程(course of dealing)、商慣習(usage of trade)、履行の過程(course of performance)、整合的

な追加的条項(consistent additional terms)など、外的証拠——統合の前後を問わず——を用いて説明・補充することが許されている(§2-202(a)(b))。ここにも、契約の背景にある「関係」を考慮する余地が開かれている。このような点を考えれば、§2-202が古典的契約法から脱却していないとはいえない。さらに、統合後の事実——したがって§2-202によっては排除されない事実——についても、§2-208の定める実践的契約解釈(practical construction)⁽⁵⁰⁾は、継続的契約における履行の過程、つまり「関係」を契約内容に反映させるものであり、個別的契約規範からの脱却を示すものといえよう。PEB検討会報告書も、§2-208を第二編から第一編に移すことにより、同条を物品売買以外の契約にも適用できるようにすべきであると、同条の意義を高く評価している(PEB/PR 71 [1067])。このように、契約内容の確定に用いることのできる事実の限定という古典的契約法の特徴は、§2-202にその残滓を見出しうるが、それもほぼ克服されているといえる。

③ 《契約締結時における契約内容の固定》(「現在化」という個別的契約規範は、上記の実践的契約解釈(§2-208)において克服されているし、§2-204(c)もその克服の例である。それは、法的救済を与えるのに合理的に確固たる基礎があれば、未

定条項(open terms)があっても、契約内容が不確定であることを理由として契約の成立は妨げられないとする条文である。それが「現在化」の規範の克服を示していることは明らかであろう。その場合、未定条項が代金や目的物の量のように契約の要素といえる部分についてのものであっても(例、代金額の定まっていない契約(open price contract)や、目的物の量の確定していない生産量契約(output contract)や必要量契約(requirement contract)⁽⁵¹⁾)、その決定方法を§§2-305, 2-306が規定していることにも同様の傾向が見出せる(その他に、§§2-307-2-311などのgap-fillerもそうである)。とくに、§2-305(4)は、代金額について「合意する合意(agreement to agree)」の存在をも認めており、ここでも関係の契約への配慮が見てとれるが、P E B検討会も、基本的にこれらの条文を維持すべきものとしている(PEB/PR 83-88 [1075-78])。

このように、契約の成立・終了、そしてその内容をめぐる問題の処理においては、契約準備段階の誠実義務を認めない点で個別的契約規範の残滓がみられるほかは、現行UCC第二編は、関係的な物品売買契約には対応できる程度に、関係の契約法と整合的であり、P E B検討会もそれ以上の関係の規範化を試みていないことになる。

(2) 状況の変化をめぐる問題

《契約締結時における契約内容の固定》(＝現在化)を規範とする古典的契約法では、契約締結後の事情の変更を考慮しない。これに対して、関係の契約行動においては、契約締結後も当事者間で契約内容の見直し(広義の再交渉)が行われ続けることが多い⁽⁵²⁾。したがって、関係の契約法は、広義の再交渉を促進、少なくとも尊重する外在的規範であるということになる。古典的契約法の下では、当事者による契約内容の変更(modification)は、約因(consideration)を欠くものとして強制可能性(enforceability)が認められていなかった。一方当事者の義務のみが変更される場合、その相手方は新たな義務を負うものではないから、その変更は無償契約に近い性格のものとなるのである(pre-existing duty rule)。これに対して、§2-209(1)は、「契約を変更する合意」は約因がなくても法的拘束力を有することを明言する。P E B検討会は、comment 2 to §2-209ですでに要求されているように、その合意が誠実な合意(good faith agreement)であることを要件とすべきだとしている(PEB/PR Rec. A2.2(9)(A) at 72 [1068])。コモン・ロー上、脅し(threat)⁽⁵⁴⁾による契約の変更は、経済的強迫(economic duress)の法理⁽⁵⁴⁾によって取り消せる(avoid)とされてきたが、P E B検討会のこの提

言は、脅しをともしない不誠実(bad faith)な変更にも救済の与えられることを確認するものである。§2-209の内容を實質的に変えるものではない。また、上述したように§2-208が契約締結後の履行過程(course of performance)を契約内容に反映

するとしているのも、広義の再交渉を尊重したものである。このように、すでに現行UCC第二編は再交渉を尊重するものであるが、さらにPEB検討会は、再交渉の重要性を強調する。つまり、§2-615のコメントにおいて、とくに長期供給契約における再交渉による合意の有意義性を強調すべきであるとしているのである(PEB / PR Rec. A2:610(F) at 189-90 [197-98])。このように、当事者による契約内容の変更という問題について、UCC第二編は現実の契約行動で広範にみられる再交渉を尊重し、PEB検討会もそれを促進する態度を示しており、いずれも関係的契約法と整合的であると評価できる。

他方で、契約締結後に状況の変化があった場合において、当事者に「誠実再交渉義務」を負わせるべきかという点については、PEB検討会の少数派がその検討を慎重に行うべきであるとうとうにとどまらざる(PEB / PR Rec. A2:610) (F) at 189-90 [197-98], n. 11 at 85-86 [1077])。この消極性は、⁽⁵⁵⁾当事者が再交渉で対応しきれない場合の裁判所による契約改訂

(adjustment)を認めるかという、関係的契約法の重要な試金石となる場面でも表れている。

実行困難性(impracticability) (§2-615)の場面での裁判所による契約改訂は、「契約締結時における契約内容の固定」(「現在化」という個別的契約規範だけでなく、「救済方法の限定」という個別的契約規範を克服しているかという問題でもある。

しかし、これまでにUCC第二編の解釈として契約改訂を認め⁽⁵⁶⁾た唯一の裁判例は、もっぱら批判の対象となっており、PEB⁽⁵⁷⁾検討会も裁判所による契約改訂に否定的である(PEB / PR at 189-90 [197-98])。これは、「柔軟性」よりも「現在化」を強調する点で、そして、救済方法が限定的であるという点でも、関係的契約法よりも古典的契約法に、より整合的である。

次に、実行困難性に基づく免責(excuse)については、§2-615(a)が規定する⁽⁵⁸⁾それは、契約締結時の「基本的前提(basic assumption)」では起こらないはずであった事態が生じて履行が実行困難(impracticable)になった場合、そして、契約締結後の政府規制などを誠実に守ろうとすれば履行が実行困難である場合には、売主の引渡(delivery)の遅滞や不引渡は契約違反にはならないとするものである。ただし、裁判例における⁽⁵⁹⁾§2-615(a)の運用において、「基本的前提」が崩れたとされて

きたのは、不可抗力 (force majeure, act of God) のように客観的に履行が困難ないし不能になった場合に限られており、インフレやコスト高騰などのように、履行をすれば損失を被るといように当事者の履行のインセンティブを削ぐにすぎない場合—— market events, incentive events という——には「基本的前提」が崩れたとはされていない。⁽⁵⁸⁾これは厳格なコモン・ローの影響を引きずった解釈である。これに対して PEB 検討会は、§2-615(a) は incentive event における免責をも肯定するものであり、「単に裁判所がその誘いに乗ってきていけないだけ」だと理解に立って、その旨をコメントで明らかにすべきだとする (PEB / PR Rec. A2.6(10) (C) at 187 [1196])。これとも関連するが、§2-615(a) の文言は、実行困難による免責を売主についてのみ認め、買主には認めないように解釈しうる。これについては、買主にも §2-615(a) の適用があることを条文中明示すべきだというのが PEB 検討会の提言である (PEB / PR Rec. A2.6 (10) (A) at 185 [1195])。⁽⁶²⁾裁判所による免責については、すでに関係的契約と整合的な §2-615(a) を、PEB 検討会が追認し、より積極的な運用を提言したものと見える。

状況の変化をめぐる問題については、以上のように、再交渉義務や裁判所による契約改訂の面を除き、すでに現行の UCC

第二編は関係的契約法に整合的であると評価できる。

(3) 損害賠償法をめぐる問題

損害賠償法についていえば、〈予測可能性を高める法ルール〉という個別的契約規範が、〈期待利益の保護〉という規範とともに、UCC 第二編第七章の損害賠償法 (本稿第二章参照) の規定で顕著である。もちろん、UCC 第二編の損害賠償法を、信頼利益、原状回復利益を保護するという関係的契約法と整合的に説明することも可能である。たとえば、〈市場損害則〉⁽⁶³⁾ (§§2-706, 2-708(1), 2-712(2), 2-713) においては期待利益と信頼利益は合致するから、信頼利益の保護が図られているといえなくもない (第二章注 (39) 参照)。また、〈市場損害則〉にビルトインされている損害軽減義務 (duty to mitigate damages) も、日本の裁判例がそうするように信義則に根拠づけられれば関係的契約法と整合的であるようにも思われる。⁽⁶⁴⁾

しかし、信頼利益に関していえば、関係的契約法が保護すべきとしているのは、約束に根拠づけられた期待利益の保護では保護されない (たとえば約束的禁反言 (promissory estoppel) に根拠づけられた) 信頼利益の保護である。それに対して、〈市場損害則〉によって保護される信頼利益は、期待利益の保護としても、保護しうるものであるから、〈市場損害則〉の採用をも

って関係的契約法規範の採用であるとはいえないであろう。⁽⁶⁶⁾また、損害軽減義務にしても、UCC第二編にビルトインされている代替取引をする義務としての損害軽減義務は、信義則ないし誠実義務の問題ではなくて、代替取引をできるのだから損害がない(あるいはその契約には拘束力がない)⁽⁶⁷⁾という損害論として理解されているように思われ、関係的契約法とは関係がない。また、結果損害(consequential damages)の範囲を画する予見可能性も、契約締結時が基準とされていて(§2-715(2))、「現在化」の個別的契約規範を尊重するものとなっている。上述のいずれについても、PEB検討会は古典的契約法から脱却するような改正を提言していないのである(第二章参照)。

あえていえば、PEB検討会が、代替取引義務にとどまらない一般的な損害軽減義務の導入を議論している点(PEB/PR Rec. A:27(1)(B) at 195 [1205] (第二章第五節参照))で関係的契約法との整合性がみられる。しかし、それも、それが契約責任の拡大ではあることはたしかでも、マクニール理論のいう関係的契約法規範のどれとどのような対応関係にあるのか、必ずしも明らかではないように思われる。損害賠償法は、一般的に古典的契約法のままとどまっているべきであろう。

(4) その他の問題

最後に、(1)～(3)では触れなかった問題について概観しておく。

① まず、「当事者の属性は無関係」という古典的契約法規範の克服という点との関連では、すでに触れたように(第三章第二節一)、消費者保護立法としての性格をUCC第二編に持たせようとの動きはない。それだけをみれば、すべての人間を等しく扱う古典的契約法の姿勢を維持しているようにみえるのである。しかし、消費者が契約当事者である場合のその保護が全く考慮されていないわけではない。たとえば、非良心性の法理(§2-302)による消費者保護があるし、消費者売買については完全提供ルール(perfect tender rule)(§2-601)を維持しながら——これは消費者に有利——、商取引については実質的棄損(substantial impairment)の基準を用いる可能性を示唆している点(PEB/ES 1881) (第三章第一節一参照)にも消費者ゆへの保護という考え方がみられる。また、消費者に生じた人損に対する責任制限を非良心的であるとする§2-719(3)においても、消費者という属性が考慮されている。

なお、誠実性(good faith)の定義において、§1-201が「当該行為や取引における現実の誠意(honesty)」として主観的な基準を用いているのに対して、§2-103が商人(merchant)の場合

に限って、誠実性とは「現実の誠意があり、かつ、その業界 (trade) における公平な取引 (fair dealing) についての合理的商業基準 (reasonable commercial standards) を遵守すること」としており、客観的な基準をも加え、非商人と商人を区別している。これに対して、PEB検討会は、§2-103の定義を非商人についても及ぼすべきであると提言し、UCC全体(§1-201)についても客観的な基準を導入する可能性を問題提起し(PEB / PR Rec. A.1(5) (D) at 31 [1017-18], Rec. A.21(2) (B) at 44-45 [1029])、消費者保護に逆行するかにみえる(なお、ABA / B A 専門委員会もPEB検討会の提言に賛成している(ABA / TF at 1029))。しかし、ここでいう非商人には、消費者は含まれていないことに注意すべきである。したがって、これは決して消費者と事業者を平等に扱う古典的契約法への回帰ではない。UCC第二編およびPEB検討会報告書においては、少なくとも「消費者」という《当事者の属性》は、保護を指向するものとして考慮されているのである。そして、UCC第二編およびPEB検討会報告書に消費者保護という点では不十分な点があるとしても、それは消費者保護の必要性を否定する趣旨ではなく、UCCの枠外での消費者保護がなされることを期待していることであるということも想起されるべきである(第三章第

二節一参照)。

また、古典的契約法規範では《第三者は考慮に入れない》わけだが、それを克服する関係の契約法規範では、第三者を考慮に入れるということになりそうである。すでに触れたように(第三章第一節四参照)、ワランティイ訴訟は、プリヴィイイ関係にない第三者にも与えられており(§2-318)、PEB検討会はそれをさらに拡張する方向の議論をしている。これも、古典的契約法では説明しにくいことであろう。また、第三者を考慮するという点に関しては、実行困難性(impracticability)による免責(69)については、§2-615(b)が非常に興味深い規定である。§2-615(b)は、実行困難による免責が履行義務の一部のみに及ぶ場合、残存する履行義務を顧客の間に配分(allocate)することを認めるが、驚くべきことに、その顧客に「その時点では契約関係にない常連の顧客(regular customers)」をも含めることが認められるのである。PEB検討会も、§2-615(b)については何らの改正提言をしていない(PEB / PR Rec. A.2.6(10) (E) at 189 [1197])。これなどは、明確に關係の規範を体现したものであるように思われる。(さらに、ABA 専門委員会が述べていることであるが、実行困難性の判断において、免責を認めた場合の両当事者への影響だけでなく、その契約が公益(pub-

lic interest) に関わるものであるような場合——たとえば、電力会社の原料供給契約などが念頭にあるものと思われる——には第三者への影響をも考慮すべき場合もあるとしている（ABA /TF n. 442 at 1202）のも、同様に評価できよう⁽⁷⁰⁾。

その他、商取引について §2-601 の完全提供ルール (perfect tender rule) を放棄する可能性の示唆 (PEB / ES 1881) (第三章第一節一参照) は、〈契約締結時における契約内容の固定〉〈予測可能性を高める明確な法ルール〉という古典的契約法の規範からの脱却も示すものである。

結局、現行UCC第二編においては、損害賠償法、契約準備段階の誠実義務の否定、状況の変化に対応する再交渉義務の否定、そして裁判所による契約改訂の否定という点で古典的契約法の色彩が残っている。しかし、それ以外の分野では一般的にマクニール理論の〔2〕〔3〕〔4〕の主張の全部もしくは一部——実は〔2〕〔3〕のみであることについて後述——が受容されている可能性があるといえる。

三 小括

以上でみたように、UCC第二編はそもそもも関係の契約法と整合的であり、PEB検討会も技術的な修正を除けば、現行U

CC第二編の法原理をほぼ追認しているといえる。このことは、マクニール理論がUCC第二編を（関係の規範をも取り入れた）新古典的契約法の代表として位置づけていることからすれば、当然ともいえる。しかし、ここではさらに進んで、第一に、なぜ、PEB検討会報告書において、それ以上の関係の規範の取り入れがみられないかということ、そして、第二に、なぜ、マクニール理論が新古典的契約法を体现するUCC第二編に満足せず、「関係の契約法」の構築をめざしているのかということを考えてみたい。まず、前者から試論を展開する。

(1) PEB検討会報告書におけるマクニール理論の不受容
PEB検討会報告書が、なぜ積極的にマクニール理論を撰取しようとしなかったのかということの原因としてはいくつかの可能性が考えられる⁽⁷¹⁾。

第一に考えられるのは、UCC第二編の新古典的契約法としての性格づけが間違っているかということである。つまり、UCC第二編は関係の契約法として性格づけるべきではないか、少なくとも、第二次契約法リストイメントと同じカテゴリーに含めることは誤りではないかという可能性がある。マクニール理論によれば、新古典的契約法と関係の契約法の決定的な違いは、前者が「意思」への定礎から完全に脱却していない

のに対して、後者が一元的に「関係」に定礎する——「関係」において「意思」(約束)は何の役割をも果たさないのかということ自体疑問であるが——という点である(1985-Rational Contract: 496-508)。ところが、UCCの契約概念が、本来に意思への定礎から脱却していないのかは、実は検討の余地があることである。その手がかりとなるのが、§1-201にみられる「bargain-in-fact(事実上の取引)」という概念である。⁽⁷³⁾ 第一次契約法リステイトメントは、契約を「一個または一組の約束(promise)であつて、その違反に対して法が救済方法を与え、またはその履行を法が何らかの方法で義務と認めるもの」(Restatement (Second) of Contracts §1)⁽⁷³⁾と定義するが、そこでいう約束とは、「意思の表示(manifestation of intention)であつて、コミットメントが与えられたものと被約束者が理解するのが正当なもの」(id. at §2)とされる。これは明確に意思に定礎しているものといえよう。それに対してUCCは、契約を「当事者の合意(agreement)から帰結する法的義務の総体」(§1-201(1))と定義し、合意を「当事者の事実上の取引(bargain of the parties in fact)であり、それは当事者の言葉、または取引の過程(course of dealing)もしくは商慣習(usage of trade)もしくは履行の過程(course of performance)を含むその他の状況から示唆

されるもの」(§1-201(3))とする。この「事実上の取引」という概念において、「意思」は大きく後退し、「関係」への定礎という側面が強調されているようにも思えるのである。これ以上の検討は今後の検討課題としたいが、⁽⁷⁴⁾ 少なくとも、新古典的契約法といつても、UCC型のそれと第二次契約法リステイトメント型のそれを区別すべき理由はありそうであることを指摘しておきたい。^{(75)(75a)}

第二に、UCC第二編の適用対象が物品売買であるということが重要である。一般的に物品売買は、マクニール理論が関係的契約行動の典型として挙げる、労働契約、家族関係、企業組織とは、かなり様相を異にする契約行動といえる。典型的な関係的契約行動に内在する規範であっても、関係的(相互連関的)な売買契約には内在しないということが考えられる。単純な例を考えれば、継続的な売買契約の維持への要請と、企業組織の存続への要請は同列には考えられまい。

第三に、UCC第二編のアプローチの現実適応力が挙げられる。第一章で触れたように、LlewellynはUCCの起草において経験を重視し、かつ、その後の商取引の発展に対応しうる柔軟性をUCCに組み込んだのであった。すなわち、事実上の取引(bargain in fact)‘取引の過程(course of dealing)‘誠実性

(good faith)などの概念を媒介として、UCCは商取引に内在する規範が実定法規範に吸い上げられる構造になっているといえる。マクニール理論の主張〔1〕を待つまでもなく、内在規範は実定法規範に反映されているのである。このビジネス界への信頼に基づくプラクティカルな現実主義が、相互連関的(interrelated)な契約行動への対応をも可能にしているといえよう。その意味で、マクニール理論の主張〔2〕〔3〕もすでにUCC第二編に反映されており、「いまや、われわれは皆、『関係主義者 (relationalist)』である」というのも、あながち誇張ではないように思われる。

PEB検討会報告書が現行UCC第二編のさらなる関係的契約法化を図っていない原因の、第四の可能性は、マクニール理論の主張〔4〕に関わる。つまり、〔4〕にみられる共同体主義(communitarianism)の思想が、アメリカの社会、とくに商取引の社会においては「納得」を得ることのできる性質のものではないことが指摘できよう。その論証は筆者の能力を超えるが、共同体主義が、自由主義・個人主義を標榜するアメリカ社会の内在規範ではないということ、少なくとも通念(conventional wisdom)であろう。もちろん、Macaulayの実証研究で明らかとなったビジネスマンの行動を、共同体主義あるいは利他主義

(altruism)で説明することもできようが、逆に、評判(reputation)の経済学⁷⁹⁾によって、それを利己的行動として説明することも十分に可能であり、Macaulayの研究のみからは、アメリカのビジネス界が共同体主義を信奉しているとの結論は導けなはずである。

(2) マクニール理論におけるUCC第二編への不満

PEB検討会報告書が、なぜ現行UCC第二編のさらなる関係的契約法化を図っていないのかということの原因としては、以上のようなことが考えられるように思うが、それらは同時に、なぜマクニール理論が(UCC型の)新古典的契約法に満足していないのかということをも浮き彫りにしているように思われる。それは、たとえば契約準備段階の誠実義務、再交渉義務、裁判所による契約改訂などをUCC第二編が否定しているという周辺のな点に関する不満ではなく、より根源的(radical)、原理的な点に関する不満なのである。すなわち、マクニール理論の主張〔1〕〔3〕は、ある程度までは、現行のUCC第二編で実現されているわけだが、とくに後期マクニール理論が強調する〔4a〕の共同体主義の思想をUCC第二編が受け入れていないことこそ、マクニール理論がUCC第二編に対して感じていた不満であるように思われるのである。主張〔4b〕の

「関係」による一元的な契約の拘束力の根拠論が入れられているかどうかは、「事実上の取引 (bargain in fact)」概念のさらなる検討を待たなければならないが、おそらく、契約の拘束力の根拠については、多角的な説明を企図するものであると理解するのが Llewellyn の思想とも合致するように思われる。結局、マクニール理論の UCC 第二編に対する不満は、共同体主義の否定と、一元的な契約の拘束力の根拠づけの否定という二点に集約されよう。

個別的契約 (discrete contract) と相互連関的契約 (intertwined contract) を両極とするスペクトラム上の諸々の契約行動に対応する法技術として、マクニール理論の主張〔1〕〔3〕と整合的な UCC 第二編は現実対応力に富む契約法である。第一節で述べたように、PEB 検討会が CISG を参照する必要性を感じず、また、UCC 第二編に抜本的な改造を加えようとしていないのも、故なしではないというべきである。

第四章第二節の注

(24) マクニール理論は、主に次の諸文献で展開された(以下、それぞれ「」内の記号で引用する)。すなわち、

[1974-Futures] *The Many Futures of Contracts*, 47 S. CAL.

L. REV. 691 (1974)

[1974-Restatement] *Restatement (Second) of Contracts and Presentation*, 60 VA. L. REV. 589 (1974)

[1978] *Contract: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neo-Classical, and Relational Contract Law*, 72 NW. U. L. REV. 854 (1978)

[1980] *THE NEW SOCIAL CONTRACT: AN INQUIRY INTO MODERN CONTRACTUAL RELATIONSHIPS* (Yale University Press 1980) (紹介として木下毅「著書紹介」[一九八五―一] アメリカ法二二六頁がある)

[1981] *Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a 'Rich Classificatory Apparatus'*, 75 NW. U. L. REV. 1018 (1981)

[1982] *Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky*, 68 VA. L. REV. 947 (1982)

[1983] *Values in Contract: Internal and External*, 78 NW. U. L. REV. 340 (1983)

[1985-Reflections] *Reflections on Relational Contract*, 141 JITE 541 (1985)

[1985-Bureaucracy] *Bureaucracy, Liberalism, and Community - American Style*, 79 NW. U. L. REV. 900 (1985)

[1985-Relational Contract] *Relational Contract: What We Do and Do Not Know*, 1985 WIS. L. REV. 483

- [1986] *Exchange Revisited: Individual Utility and Social Solidarity*, 1986 *Ethics* 567
- [1987] *Relational Contract Theory as Sociology: A Reply to Professors Lindenberg and de Vos*, 143 *JITE* 272 (1987)
- [1988] *Contract Remedies: A Need for a Better Efficiency Analysis*, 144 *JITE* 1 (1988)
- である。また、マクニール理論の近接的な萌芽が、
 [1969] *Whither Contracts?*, 21 *J. Legal Educ.* 403 (1969) にみられる。なお、[1981][1982][1988]は、関係の契約理論の視点から「法と経済学」——とくに取引費用ゼロの仮定をとる経済分析——を批判することを目的としたもので、[1981]を除き、関係の契約理論そのものを展開したのではない。この三論文をまとめて紹介するものとして吉田邦彦「論文紹介」[一九八九—]「アメリカ法八〇頁がある。Macneil以外の関係の契約理論の概観は、[1985-*Relational Contract*:494 et seq.]参照。
- (25) 木下・前掲注(24)、吉田(邦)・前掲注(24)、内田貴『契約の再生』(弘文堂、一九九〇)、中田裕康「継続的売買の解消(六)」法学協会雑誌一〇九巻一号(一九九二)一九頁以下参照。
- (26) 「Discrete」の訳語としては、「個別的」(吉田(邦)・前掲注(24)、中田・前掲注(25))の他、「単発的」(内田・前掲注(25))、「抽象的」「非関係的」(木下・前掲注(24))、

「個別独立的」「非関係的」(吉田(邦)・前掲注(24))、「孤立的」(吉田(邦)・後掲注(32))などがあてられている。本稿では「個別的」を訳語としてあてておく。なお、「単発的」は one-shot の訳語としてとっておきたい(たとえばマーク・ラムザイヤ「法と経済学——日本法の経済分析——」(弘文堂、一九九〇)六七頁以下)が、その意味での「単発的契約」は同時に「関係的契約」であることでもあるように思われる。不動産売買は典型的な単発的契約であるが、その交渉過程は、通常「練り上げ型」であり(池田清治「契約交渉の破棄とその責任(五)——現代における信頼保護の一態様として——」北大法学論集四二巻五号(一九九二)一一八三頁以下)、そこに「関係」が発生する余地がある([1981:1026-27])。なお、「マーク・ラムザイヤ(曾野裕夫訳)「芸娼妓契約——性産業における『信じられるコミットメント(credible commitments)』——」北大法学論集四四巻三号(一九九三)六〇二頁訳注(一)参照。

(27) Stewart Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 *Am. Soc. Rev.* 55 (1963); Macaulay, *The Use and Non-Use of Contracts in the Manufacturing Industry*, *Prac. Law*, Nov. 1963 at 13 など参照。最近の実証研究としては、Russel Weintraub, *A Survey of Contract Practice and Policy*, 1992 *Wis. L. Rev.* 1 などがあ

- る。Macaulay の議論についても紹介がある。太田知行「交換過程における契約の役割——日米の比較を中心に」藤倉皓一郎＝長尾龍一編『国際摩擦——その法文化的背景』(日本評論社、一九八九)二一七頁以下、内田・前掲注(25)六一頁以下、中田・前掲注(25)一五頁以下など。
- (28) Macaulay は「契約は死んだ」学派の「Lord High Executioner」と崇められ(Grant Gilmore, 'THE DEATH OF CONTRACT (Ohio State University Press 1974) n. 1 at 105) [森達ほか訳『契約法の死』(文久書林、一九七九)一〇三頁注(一)]「その研究はたとえ次の二つのシンポジウムを生んだ」*The Relevance of Contract Theory: A Symposium*, 1967 Wis. L. Rev. 803, Symposium, *Law, Private Governance and Continuing Relationships*, 1985 Wis. L. Rev. 461.
- (29) Stewart Macaulay, *An Empirical View of Contract*, 1985 Wis. L. Rev. 465, 475 *et seq.* のような視点の研究で先駆的なのは、契約法以外の分野のものであるが、Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L. J. 950 (1979) である。邦語文献としては、山本顯治「契約交渉関係の法的構造についての一考察——私的自治の再生にむけて——(一)ー(三)完」*民商法雑誌*一〇〇巻一、三五号(一九八九)、和田仁孝「民事紛争交渉過程論」(信山社、一九九二)、内田貴「契約プロセスと法」岩波講座

『社会科学の方法Ⅵ 社会変動のなかの法』(岩波書店、一九九三)などが類似の視点に立つ。

- (30) このような議論は、「社会規範(内在規範)は克服すべき近代的なものである」との議論を経験した現代日本では説得力を持ちにくいであろうことが予想される(内田貴「現代契約法の新たな展開と一般条項(2)」NB15一五号(一九九三)一九頁参照)。たとえば、シンポジウム「現代契約法論——約款・消費者契約を機縁として——」私法五四号(一九九二)九七頁以下における滝沢隼代教授、米倉明教授の発言が象徴的である。しかし、そのような議論の洗礼を受けていないアメリカでは Macneil の論理展開がそれなりの説得力を持ちうるであろうことは、一般条項解釈の基準を社会規範に求める議論が戦前の日本では説得力を持ちえたこと(内田・前掲論文一九頁)から推測できる。
- (31) [1983:347]によれば、内在する共通規範は次の一〇個である。①役割の貫徹(role integrity)(理解しにくい)が、当事者は一貫性を持つべきこと、契約規範は、人が内的葛藤を抱え、本来的に複雑な生き物であることを直視すべきこと、と理解できようか(6) [1980:40 *et seq.*]。マクニール理論における人間像——人は利己主義と自己犠牲の間をいったりきたりする分裂症気味の非合理的(irrational)な生き物である([1983:348])——からくる要請で

あろう)。(2)相互性(reciprocity)。(3)計画の実行(implementation of planning)。(4)同意の現実化(effectuation of consent)。(5)柔軟性(flexibility)。(6)契約的連帯(contractual solidarity)。「他人に依存することができる」との確信で、これによって時間差のある相互性が可能となる。交換の空中分解を避け、社会をつなぎ止めるための規範である)。(7)原状回復利益、信頼利益、期待利益の保護(約束に基づく期待利益だけでなく、不当利得や信頼に基づく利益も契約利益として保護すべきという規範である。L. L. Fuller & William R. Perdue, Jr., *The Reliance Interest in Contract Damages: I*, 2, 46 *YALE L. J.* 52 (1936), 373 (1937)の問題提起以来、この問題意識は学界に共有されている。その関係の契約理論における展開につき、吉田(邦)・後掲注(32)二七〇頁以下参照)。(8)権力・権限(power)の創造と制限(契約とは権限を付与するものであるが、一方的な権限の行使(たとえば労働契約の一方的解除)は制限されるべきであるという規範)。(9)手段の妥当性(propriety of means)。(10)契約と社会背景(social matrix)との調和である。

(32) 吉田邦彦「アメリカ契約法学における損害賠償利益論——『法と社会』批判研究瞥見——」[一九九二—]「アメリカ法」二四六頁、二七七頁注(128)は、内田・前掲注(25)等における「内在規範」と「外在規範」の理解を批判し、

それらが「生ける法」と「実定契約法」にそのまま対応するのではなく、実定契約法は内在規範たることもありうるとする。この指摘はおそらく正当であり、internal/external normsは「当事者内の規範」「当事者外的規範」といふべきものであるという指摘も本稿の理解と即応する。しかし、実定契約法規範が内在規範としても機能しうるのと同様、実定契約法規範が「生ける法」として機能することもあるように思われ、そのような実定契約法を含むものとして「生ける法」を理解すれば、「内在規範」を「生ける法」と直結させることが必ずしも誤まりであるとは言い切れないであろう。本稿では、これを用語法の問題として処理し、内在規範として機能する場合の「実定契約法規範」は、もはや外在規範(契約に対する契約外の社会的対応)としての性格を有しないことから「実定契約法規範」とは称さず、外在規範として機能する「実定契約法規範」のみを「実定契約法規範」と称することにする。

(33) Cf. B. J. Reiter, *Good Faith in Contracts*, 17 *VAL. U. L. REV.* 705 (1983).

(34) 河上正二『契約の成立』をめぐって(二)——現代契約論への一考察——判例タイムズ六五五号(一九八八)一一頁にみられる表現である。

(35) これは「98」ではじめて導入された概念である。従来

は「関係(relation)」とされていたものを、「相互連関(intertwined)」と「社会関係(relation)」に整理・分解して生まれた概念である。詳しくは後述する。

(36) 前掲注(31)の、③(計画の実行)と④(同意の現実化)の内在規範が強調されたものである。

(37) 前掲注(31)の、①(役割の貫徹)、⑥(契約的連帯)、⑩(社会背景との調和)の内在規範が強調されたものであり、他に②(相互性)、⑤(柔軟性)、⑧(権力・権限の創造と制限)も強調される。

(38) William C. Whitford, *Ian Macneil's Contribution to Contracts Scholarship*, 1985 Wis. L. Rev. 545, 551-52, n. 35 at 557.

(39) *Id.* at 555-57.

(40) 前掲注(31)に挙げた共通規範のうち、②(相互性)と⑥(契約的連帯)とは、「社会関係」をひとつにつきとめるための規範——人々が交換よりも殺戮と窃盗を好む世界」を回避するための規範——であるといえる。また、⑧(手段の妥当性)と⑩(社会背景との調和)もそうであろう。これに対して、①(役割の貫徹)、⑤(柔軟性)は、まさしく契約行動の「相互連関性(intertwinedness)」から導かれる規範といふことになりそうである。

(41) GRANT GILMORE, *THE AGES OF AMERICAN LAW* (Yale University Press 1977) n. 11 at 146-47 [望月礼二郎訳『ア

メリカ法の軌跡』(岩波書店、一九八四)二〇四頁注(11)が、効率性(efficiency)に基づく一元的原理を主張する Posner とともに、Macneil を新概念主義の例としてあげる所以である。中田・前掲注(25)法学協会雑誌一〇九卷一号二九頁。

(42) ここで、内田貴教授の關係的契約理論、木下毅教授の關係理論と、マクニール理論の異同をみておこう。まず、内田理論(内田『契約の再生』(弘文堂、一九九〇)、同『現代契約法の思想的基礎』私法五四号(一九九二)、同『現代契約法の新たな展開と一般条項(1)』(4)』NBL五一四〜五一七号(一九九三)、同『現代日本社会と契約法』石黒一憲ほか『日本法のトレンド』(有斐閣、一九九三)、同『契約プロセスと法』岩波講座『社会科学の方法』VI 社会変動のなかの法』(岩波書店、一九九三)が、マクニール理論の主張「[1]」[3]の影響を受けていることは、「契約規範の三元性」「一般条項(特に信義則)」を通じての内在的規範の実定法への吸い上げ」という主張(いずれもNBL五一五号一七頁以下)からみて明らかであろう。マクニール理論も、内在規範に従うことを誠実義務(good faith duty)の本質としていたのである。「[2]」についても、内田理論は(個別的契約行動はもちろん)相互連関的契約行動の存在を前提とするが(内田・前掲『契約プロセスと法』は、「社会関係」に由来する關係的契約

ではなく、「相互連関性」に由来するものの具体的検討である）、そのような社会現象としての契約行動の存在自体は、内田理論の構造上、マクニール理論におけるような不可欠の要素ではない。なぜなら、「3」においてマクニール理論が契約行動〔2〕から内在規範〔3〕を引き出すのに対して、内田理論は——事実の法源性という議論を回避するために——現実の契約行動ではなくて、裁判例にみられる新しい規範から内在規範を引き出し、新しい契約のモデル（関係的契約）を構築しようとするからである（内田・前掲（現代契約法の新たな展開と一般条項）(2)NB151-154号八頁以下）。その限りでは、すでに裁判例に吸い上げられている内在規範の体系化という説明理論の性格が強いが、そこからさらにすすんで、その新しい契約モデルに基づく契約法を正当化する概念として、「納得の合理性」を提示し、正当化理論の性格も備えている。「4a」については、マクニールが政治的信条として共同体主義をとるのに対して、内田は共同体の共通規範として「納得の合理性」をもちだしているのであり、その社会がどの程度共同体主義的であるか、あるいは個人主義・自由主義的であるかによって、「納得」の内容は変化することになる。〔4b〕については、内田理論が試みる「納得」の合理性による契約法の正当化が、「関係(relation)」による正当化といかなる関係に立つのかは

明らかではない。このように、内田理論は、マクニール理論の主張〔1〕～〔3〕には対応するが、〔4〕については対応関係が明らかではないことになる。

一方、木下理論（木下『英米契約法の理論（第2版）』（東京大学出版会、一九八五）、同『アメリカ私法——日米比較私法序説——』（有斐閣、一九八八）、Tayoshi Kinoshita, *The Relational Contracting, in UNITED STATES / JAPAN COMMERCIAL LAW & TRADE 679* (V. Kusuda-Snick ed., *Transnational Juris Publications 1990*) は、内田理論とは対照的に、マクニール理論の主張〔4b〕に対応する正当化原理の議論であることは明らかである（木下理論は「意思理論」に対するアンチテーゼである）。すなわち、英米契約法では当初は「関係」に約束の拘束力の根拠を求めていたが（当初の約因理論）、法自由化から法成熟化の過程（一七～一九世紀）で、意思主義的な古典的契約法が成立し、法社会化の段階（二〇世紀）に入ってから再び「関係」への回帰がみられるというのである。Macneil [1985-*Relational Contract: 511 et seq.*] が関係的契約理論の歴史研究としてあげる、HorwitzやAuyahらの系譜につらなる研究であるといえる。しかし、木下理論における「関係」はいわば現代版「身分」のことであり、マクニール理論における「社会関係」「相互連関性」などとは異なる点に注意しなければならない。また、〔1〕～〔4

a)の問題意識は、木下理論にみられないように思われる。そもそも、アメリカでは個人主義的契約行動と関係的契約法が対立し、日本では関係的契約行動と意思主義的契約法の対立があるとみているようであり(Kimoshita, *supra*, at 684-85)。¹ Macneil や Macaulay とは認識を異にする。これにしたがい、マクニール理論の主張 [2] [3] とは対立することになる。

(43) 契約成立形態の「申込承諾型」と「練り上げ型」の対置につき、池田清治「契約交渉の破棄とその責任」(一) (七) 完——現代における信頼保護の一態様として——北大法学論集四二巻一—六号(一九九二)、四三巻一号(一九九二) 参照(とくに(三) 四二巻三号六九二頁、(四) 四二巻四号一〇〇七頁)。なお、前注(26) 参照。

(44) 中田裕康「継続的売買の解消」(一) (六) 完 法学協会雑誌一〇八巻三、四、七、一一、一二号(一九九二)、一〇九巻一号(一九九二) 参照(とくに(一) 一〇八巻三号三八九頁、(六) 一〇九巻一号八四頁以下)。

(45) Take-or-Pay 契約は天然ガスの生産者とパイプライン業者の間の売買で用いられる生産量契約(output contract)の一種で、パイプラインは産出されたガスを受領(take)して支払う(Pay)か、産出されたガスの受領は拒絶し、支払いだけはして、将来、生産者が埋め合わせをする(とを期待するという契約である。この契約のメリットは、

買主は長期間にわたって天然ガスの安定した供給を安定した価格で受けることができ、また、売主は安定した運転資金の供給をうけることができる点にある。ところが、天然ガスの需要の低下と市場価格の下落にともなって、当然買主はガスを受領しなくなるが、支払義務からも免れようとして様々な紛争が生じた。以上につき、Edward J. Murphy & Richard E. Seidel, *STUDIES IN CONTRACT LAW* 964-65 (4th ed., Foundation Press 1991) 参照。

(46) ただし、日本で契約準備段階における責任の問題として議論されている問題類型は、契約有効型、契約無効・不成立型、契約締結に至らない型であるが(北川善太郎「契約責任の研究」(有斐閣、一九六三) 三三九頁以下、谷口知平編『注釈民法』(三) (有斐閣、一九六六) 六一頁以下(上田徹一郎)、(中谷峻「契約の成立と責任」[第二版] (一粒社、一九九二) などによる)、アメリカ法では、前二者については、別個の法理による対応が予定されており、UCC 第二編の下で問題が残るのは、主に最後の型、しかもそのうちの交渉破棄類型だということには注意を要する。一般的には、Friedrich Kessler & Edith Fine, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*, 77 HARV. L. REV. 401 (1964), E. Allan Farnsworth, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotia-*

ions, 87 COLUM. L. REV. 217 (1987) (紹介として樋口範雄「論文紹介」[一九八八—]「アメリカ法二八〇頁」参照。契約有効型に対しては、明示のワランティ(express warranty) (§2-313) や警告欠陥(warning defect)型の製造物責任(安田総合研究所「製造物責任」[第2版]) (有斐閣、一九九一) 六四頁(朝見行弘) などによる対応、契約無効・不成立型のうち、無意識的不合意(misunderstanding) (RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS §20) に対しては規範的契約解釈型の対応(同、at §201) 錯誤(mistake) に対しては信頼利益の賠償(同、at §158) など、ロモン・ロー上の救済がある。また、契約締結に至らない型のうちでも、契約準備段階における加害については、不法行為法上、たとえば、顧客(business invitee) に対する注意義務違反のネグリジエンス(RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS §332, 341A) による対応がある。

(47) 一般的には、行澤一人「継続的取引関係の終了に関する法的考察」(一) (六) 完——アメリカ法を中心として——「神戸法学雑誌四一巻一—三三号(一九九一)、四二巻一、三三号(一九九二)、四三巻一〇号(一九九三) 参照。ただし、同論文が検討の対象とするフランチャイズ契約にUCC第二編が適用されるのかは疑問である。JOHN MURRAY, JR., MURRAY ON CONTRACTS §57 at 215 (3d ed., Michie 1990)。

(48) 本文ではPEB検討会報告書の認識(PEB/PR 91-92 [1079-80] に従い、合理的期間が経過してはじめて一方的に終了ができるとしたが、§2-309(2) を、その期間内であっても§2-309(3) の手続に従っていつでも一方的に終了できると解する余地もある。JOHN D. CALAMARI & JOSEPH M. PERULLO, THE LAW OF CONTRACTS §4-12 at 230 (3d ed., West 1987) 行澤・前掲注(47) (四) 神戸法学雑誌四二巻一—一八八頁はそう読むべきか。この解釈が正しいとすれば、それは古典的契約法の色彩の強い規定だということになる。

(49) 口頭証拠排除法則一般については、太田知行「契約の解釈——アメリカ合衆国における学説の紹介を中心にして」上原行雄・長尾龍一編『自由と規範——法哲学の現代的展開』(東京大学出版会、一九八五) 一一五頁以下、道田信一郎「契約社会——アメリカと日本の違いを見る」(有斐閣、一九八七) 一三七頁以下参照。

(50) 澤田壽夫「UCCのもとにおける契約解釈に関する当事者の行為の意義」[一九六八]「アメリカ法二二頁参照。ただし、そのpractical interpretationの定義(二一五頁) には若干の違和感を覚える。

(51) 行澤・前掲注(47) (一) 神戸法学雑誌四二巻一—一九頁以下、(二) 四一巻二—二八頁以下参照。

(52) Macaulay, *supra* note 27 (both articles), Weintraub, *supra*

pra note 27.

(53) 道田信一郎「契約内容の変更と約因および誠実性」英米判例百選Ⅱ私法(一九七八)参照。

(54) See generally, John P. Dawson, *Economic Duress - An Essay in Perspective*, 45 Mich. L. Rev. 253 (1947), 木下毅「英米契約法における強迫——原状回復法的アプローチ——」立教法字一四号(一九七五)。

(55) PEB検討会のディレクターを務めたSpiegel教授は「再交渉義務の支持者である。Richard Speidel, *Court-Imposed Price Adjustments Under Long-Term Supply Contracts*, 76 Nw. U. L. Rev. 369 (1981)」。学説の状況を概観する邦語文献として「久保宏之」『経済変動と契約理論』(成文堂、一九九二)一五四頁以下がある。また「再交渉義務を課した裁判例として」Oglebay Norton Co. v. Armco, Inc., 52 N. E. 2d 515 (S. Ct. of Ohio, 1990)がある。

(56) Aluminum Co. of America v. Essex Group Inc., 499 F. Supp. 53 (W. D. Pa. 1980)のAlcoa判決を紹介する文献として「久保・前掲注(55)六六頁以下、山口裕博」『契約修正による契約関係の維持——アメリカ契約法における商的实际不能法理の展開を中心に——』法学新報九六巻六号(一九九〇)がある。

(57) 主たる批判者は故John P. Dawson教授であらう。Daw-

son, *Judicial Revision of Frustrated Contracts: Germany*, 63 B.U. L. Rev. 1039 (1983), Dawson, *Judicial Revision of Frustrated Contracts: United States*, 64 B.U. L. Rev. 1 (1984), 裁判官の能力欠如と契約自由の視点からの批判である。他に「当事者間の交渉への悪影響という視点からの批判として」JAMES J. WHITE & ROBERT S. SUMMERS, *UNIFORM COMMERCIAL CODE* §3-9 at 168 (3d ed., West 1988), Robert E. Scott, *Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts*, 75 Cal. L. Rev. 2005, 2051 (1987)がある。また「Alcoa判決におらて裁判所の改訂した契約内容が「判決後の和解によって実際には当事者を拘束していないことには注意する必要がある。Macaulay, *supra* note 29, at 475-76。」

(58) 澤田壽夫「U. C. C.における履行不能と目的滅失の交錯」上智法学論集一五巻二号(一九七二)「久保・前掲注(55)とくに三三頁以下参照。」

(59) 久保・前掲注(55)四五頁以下参照。例外的な判決としては「前注(56)掲記のAlcoa v. Essex (1980)がある。」

(60) 久保・前掲注(55)五一〜五四頁。

(61) 同上二九頁。

(62) なお、ABA専門委員会は「買主の免責の基準としては、実行困難性(impracticability)ではなくて、第二次契約法リステイトメント(RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS

§265) にならって、契約目的の挫折(frustration)を用いるべきだとする(ABA/TF at 1199)。

(63) マクニール理論における契約利益論については、吉田(邦)・前掲注(32)二七一―二七三頁参照。本稿が、個別契約規範(古典的契約法ないし新古典的契約法)からの反対解釈という視点から関係的契約法の内容を示そうとしているのに対して、吉田(邦)・同上は、正面からそれを試みる。

(64) そのような裁判例の解釈として、内田貫「強制履行と損害賠償——『損害軽減義務』の観点から——」法曹時報四二巻一〇号(一九九〇)、同「現代契約法の新たな展開と一般条項(3)」NBL五二五号(一九九三)参照。また、学説では齋藤彰「契約不履行における損害軽減義務——損害賠償額算定の基準時との関連において——」石田Ⅱ西原Ⅱ高木還暦記念『損害賠償法の課題と展望』(日本評論社、一九九〇)七六頁が信義則による根拠づけを主張する。学説としての内田・前掲(強制履行と損害賠償)は、代替取引が可能な場合には、契約の拘束力がないことを根拠として損害軽減義務を認めると読んでよいだろうか(二六六五―二六六六頁)。

(65) 吉田(邦)・前掲注(32)一二七二頁。

(66) 期待利益とは別個に、約束的禁反言に根拠づけられる信賴利益が問題となる場面について、久保宏之「アメリカ

カ契約法における約束的禁反言の法理——歴史・現状——として将来の展望(1)完——」六甲台論集二八巻一、三号(一九八二)参照(とくに(2)二八巻三号一〇六頁以下)。なお、約束的禁反言が当初意図した申込の拘束力の承認——アメリカ法の原則では申込は撤回可能である——に關しては、§2-205が、商人は約因なしでも撤回不可能な申込(firm offer)をすることができるとしている。同条に關しては、PEB検討会は改正を提言していない(PEB/PR 64 [1051])。

(67) 前注(64)参照。

(68) 結論は留保したいが、損害軽減義務を誠実義務(または信義則)に根拠づける文献には行き当たっていない(Murray, *supra* note 47, §122 at 697)も、代替取引義務に(5)の記述ではな(5)。Interview with Richard E. Speidel, Professor of Law, Northwestern School of Law, in Chicago, IL (Nov. 25, 1991)でも、損害軽減義務は誠実義務とは関係がなく、損害賠償額を制限せよとの要請の問題であるとされた。

(69) 久保・前注(55)三九頁以下。See also, James J. White, *Allocation of Scarce Goods Under Section 2-615 of the Uniform Commercial Code: A Comparison of Some Rural Models*, 12 Mich. J. L. Reform 503 (1979); White, *Contract Law in Modern Commercial Transactions: An Artifact of Twentieth*

Century Business Life?, 22 WASHBURN L. J. 1 (1982).

(70) この考慮をはじめ、古典的契約法を脱却した関係的契約法において行われる考慮は、リーガル・リアリズムの洗礼を受けたアメリカ法学では既成事実として了解されていることだろうと思われる。しかし、それは隠れた(covered)な考慮であった。それを、公然(over)なものにするのがマクニール理論であると位置づければ(内田理論(前注(42))参照)は、日本の契約法についてのそのような作業であろう)、リアリストである Lewellyn によって起草された UCC 第二編がマクニール理論と整合的なもの不思議なことではない。しかし、マクニール理論の位置づけをそれに限定することは、その主張〔4〕(第二節一参照)を考慮すれば正当ではないであろう。

(71) マクニール理論がアメリカ契約法学に対して、なぜ限定的な影響しか持ちえなかったかについては、Whitford, *supra* note 38 も検討している。なお、以下で述べる可能性の他に、制定法の解釈における厳格解釈(strict interpretation)の原則の存在もまた、関係の規範に沿った UCC 第二編の運用に対する制約となっていることが考えられ。Cf. Roscoe Pound, *Common Law and Legislation*, 21 HARV. L. REV. 383 (1908). UCC 第二編がいかに進歩的なものであっても、司法府——古典的契約法を育んできたコモン・ローを運用するのと同じ司法府である——に

よるその厳格な運用が、UCC 第二編の潜在能力の發揮を抑制してきたことはありそうなのである。厳格解釈の例として、たとえば、第三章第一節一(2)(特定履行について)、本章第二節二(2)(実行困難性による免責について)参照。

(72) 「事実上の取引」概念については、たとえば、John E. Murray, Jr., *The Article 2 Prism: The Underlying Philosophy of Article 2 of the Uniform Commercial Code*, 21 WASHBURN L. J. 1 (1981); 吉田直「アメリカ商事契約法——統一商事法典を中心に——」(中央経済社、一九九二)一六二頁以下など参照。なお、第三章注(18)参照。

(73) 訳は、松本恒雄「第二次契約法リストコメント試訳(一)——(五)完」民商法雑誌九四巻四一六号、九五巻一、二号(一九八六)を参考にした。以下同じ。

(74) もっとも、UCC における「契約の拘束力の根拠」という議論は、UCC 第二編の起草にあたって、現実社会に機能する契約を直視し、現実適応力を重視したルウェリンにとつては心外なものかもしれない。契約当事者は、その議論の帰趨にかかわらず、契約行動をするのである。Cf. E. Allan Farnsworth, *A Fable and a Quiz on Contracts*, 37 J. LEGAL EDUC. 206 (1987); もちろん、「拘束力の根拠」論も、損害賠償の範囲と結びつければ、きわめて実践的な問題となる。木下・前掲注(42)(アメリカ私法)一八

六頁以下参照。それでもUCCにおいては、期待利益の保護が本旨であり(§1-105)、そのような議論をする余地は少ない。

(75) Macneil [1985a: n.3 at 542]は、新古典的契約法の例として第二次契約法リステイメントのみを挙げるが、これに積極的な意味を見出すのは読み込みすぎだろうか。

(75 a) 脱稿後、)の点にも関する Michael Gibson, *Promissory Estoppel, Article 2 of the U. C. C. and the Restatement (Third) of Contracts*, 73 IOWA L. REV. 659 (1988) の存在に気づいた。

(76) Randy E. Barnett, *Conflicting Visions: A Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract*, 78 VA. L. REV. 1175, 1200 (1992).

(77) *Id.* at 1200 *et seq.*

(78) Macaulayの調査が法律家を対象としたものでなごころには注意を要する。従来、日米の契約観・契約意識の違いは、日本の非法律家とアメリカの法律家の比較が多かったのではないだろうか。比較すべきは、法律家同士あるいは非法律家同士である。Whitmore Gray, *The Use and Non-use of Contract Law in Japan: A Preliminary Study*, 17 LAW IN JAPAN 98, 101 (1984).

(79) Benjamin Klein & Keith B. Leffler, *The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance*, 89 J. Pol.

ECON. 615 (1981)、ラムザイヤー・前掲注(26)（法と経済学）八四頁以下。また、内田・前掲注(42)（契約の再生）一七九頁注(7)参照。

(80) UCC第二編およびPEB検討会報告書における、契約準備段階の誠実義務、再交渉義務、そして裁判所による契約改訂などの否定には、[4]との関連で注目すべき共通項があるように思われる。いずれも非約束的な信頼責任として認められる範囲は別とすれば、「契約からの自由(freedom from contract)」を否定する度合いがかなり強そうに思われるのである。そして、共同体主義と「契約からの自由」の否定は密接に関連する。関係的契約理論が「契約からの自由」を制限するものであることを指摘するものとして、Richard E. Speidel, *The New Spirit of Contract*, 2 J. L. & Com. 193 (1982), Barnett, *supra* note 76, などがある。

結 章

今日、近代西欧で生まれた契約法に変動がみられる。契約法に内在あるいは外在する要因に契機を得たその変動は、国内法の枠内にとどまらず、国際的協調の要求される国際的法統一の

場面にまで及び、その変動はまさしく世界的規模で進行中である。しかし、本稿が検討の対象としたUCC第二編の改正作業は、たとえばCISG(一九八〇)、UNIDROITの「国際商事契約の諸原則」、EC債務法統一を視野に収めたランド委員会の「ヨーロッパ契約法の諸原則」、スカンディナヴィア諸国の統一売買法、BGB債務法の改正作業、オランダ新民法典(一九九二)(以上につき、序章二参照)、そして日本でみられる契約法の変動とは、一線を画しているというべきである。

UCC第二編の改正作業は、そのような現代契約法の潮流の一つとして位置づけるよりも、現代契約法の変動の *the day after* の残務処理としての性格が強い。それは、現代の経済活動の変化に対応するための、あるいは、四〇年の運用で明らかとなった立法上の問題を克服するための微調整にとどまりそうなのである。むしろ、アメリカは、四〇年前のUCC第二編の公表によって、世界に先立って契約法の変動を経験していたというべきである。これは、決して法的に優れたものをUCCが多く含んでいるということではない。とくに技術面において改良されるべき点が多いことは、これまでの検討で明らかである。そうではなくて、注目すべきなのは、契約(行動)と法に対するUCC第二編のアプローチなのである。この早く生まれすぎ

た現代契約法とその四〇年間の運用は、現在進行中の契約法の変動に対して、有益な抛り所となりうる。人知れず消えていくには惜しい素材なのである。

しかし、UCCにはアメリカが連邦制をとるがゆえの限界があることも事実である。すなわち、UCCが各州による自発的な採択を待たなければならぬ統一州法であるということが、そして、連邦と州の間に緊張関係があるということが、UCC第二編とその改正作業に理論面で歪みを与えている場合がある。ことは、これまでにみてきた通りである。それがかえって柔軟な解決を可能にする環境を提供する結果になっている場合もあるから、それが限界であるとは限らないかもしれない。しかし、少なくとも、UCCとその改正作業を内在的に理解しようとするのであれば、この《特殊アメリカ的事情》を無視するわけにはいかない。

そのようなUCCの特殊事情も視野にいれつつ、今後数年にわたって続いていくであろうUCC第二編の改正作業を見守っていきたい。それは、Jewellが現代契約法に対して残した豊かな遺産を再発見するための、貴重な道案内なのである。

(追記)

校正段階で接したAmelia H. Boss & Stephen Veltri, *Introduction to the Uniform Commercial Code Survey: A Plea for Cooperation*, 48 Bus. Law. 1583 (1993)によれば、現在、UCC第二編を“hub-and-spoke”式に再構成すること——いわばバンデクテン方式化であり、物品売買、リース、ソフトウェア売買、ライセンス契約等が各論となる——が検討されている(*Id.* at 1586-87)。これについては山田卓生教授からも口頭で御教示いただいた。改正作業の完成は、かなり先のことになりそうである。

〈本稿は、財団法人村田海外留学奨学会の援助および平成五年度文部省科学研究費補助金による研究成果の一部である。執筆にあたって、Professors Amelia H. Boss (Temple), Whitmore Gray (Michigan), Richard E. Speidel (Northwestern), James J. White (Michigan)に貴重な情報、資料、助言をいただいた。ここに記して謝意を表したい。〉

The Revision of U. C. C. Article 2: PEB Study Group Reports, Llewellyn's Rich Legacy, and Modern Contract Law

Hiroo SONO*

Introduction

Chapter 1 The Background and Status of the Revision

Section 1 The Background

Section 2 The Status

Chapter 2 PEB Study Group Reports (1): The Law of Damages

Section 1 An Overview of the Law of Damages Under U. C. C. Article 2

Section 2 Problems of the "Market Damages Rule"

Section 3 Problems of the "Lost Profit Formula"

Section 4 Choice of Rules

Section 5 The Baseline of the PEB Study Group Reports

Section 6 Implications to Japanese Law

Chapter 3 PEB Study Group Reports (2): Other Issues

Section 1 Areas Mandating Revision

(1) Remedies for Breach of Contract

(2) EDI and the Statute of Frauds

(hereinabove appeared in vol. 44, no. 4)

(3) Formation and Modification of Contracts: Battle of Forms

(hereinafter in this issue)

(4) Warranty and Products Liability

Section 2 Other Significant Issues

(1) Consumer Protection

(2) The Scope of Article 2 and Computer Software Contracts

(3) Other Issues

Chapter 4 Llewellyn's Rich Legacy and Modern Contract Law

Section 1 CISG and the Article 2 Revision

Section 2 Relational Contract Theory and the Article 2 Revision

Conclusion

*Doctoral Candidate, Faculty of Law, Hokkaido University ; Fellow, Japan Society for the Promotion of Science.

Article 2 of the Uniform Commercial Code (U. C. C.) is undergoing an extensive revision process. In 1988, the Permanent Editorial Board (PEB) of the U. C. C. appointed a study group with a mandate to "consider whether Article 2 should be revised and, if so, to report on what revisions might be required."¹ The group has produced two reports, *i. e.*, *PEB Study Group, Uniform Commercial Code, Article 2, Preliminary Report* (1990)² and *PEB Study Group: Uniform Commercial Code, Article 2 Executive Summary* (1991)³, and concluded that Article 2 should be revised. In response, a Drafting Committee was established in 1991. As a prelude to the examination of the yet-to-come output of the Drafting Committee, this paper attempts to reevaluate, through the analysis of the PEB Study Group reports, the place of Article 2 in the modern law of contracts.

The analysis of selected topics in these reports reveals that the recommended changes are extensive. However, in contrast to the changes of contract law presently being witnessed in other parts of the world, *e. g.*, UNIDROIT's drafting of "*Principles of International Commercial Contracts*", EC's Lando Commission's "*Principles of European Contract Law*" project, Germany's attempt to revise BGB, and the Netherland's new civil code, to mention a few, the recommended changes in Article 2 are rather piecemeal and technical. A possible explanation for this may be drawn from the examination of the days of U. C. C. 's inception. The idea of U. C. C. was conceived amidst a political tug-of-war between the federal and state governments. It was a "uniform state law" that required voluntary adoption by each jurisdiction. These factors often led to a compromise of its theoretical integrity, but at the same time gave impetus for a balanced solution of business interests. And Karl Llewellyn entered. The thesis here is that Llewellyn's pragmatic drafting policy and code methodology as symbolized in §§1-102(2)(b) and 1-103 have created a fertile soil on which "the preservation of flexibility and encouragement of continued expansion of

-
1. *PEB Study Group: Uniform Commercial Code, Article 2 Executive Summary: Prepared for the Permanent Editorial Board of the Uniform Commercial Code*, 46 BUS. LAW. 1869, 1870 (1991).
 2. PEB STUDY GROUP, UNIFORM COMMERCIAL CODE, ARTICLE 2: PRELIMINARY REPORT (March 1, 1990).
 3. PEB Study Group, *supra*, note 1.

commercial practices"⁴ may flourish. The concept of "contract" as "bargain-in-fact" is another of Llewellyn's innovation that feeds the soil. These may have contributed to Article 2's supple strength that rendered its radical revision unnecessary.

The minimal impact of the U. N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and Ian Macneil's relational contract theory on the Study Group reports also sheds light on the thesis. Due to the similarity between Article 2 and CISG in their structure and code methodology, CISG seems to have been equated as a spin-off of Article 2, and thus have been neglected. The Study Group seems to have ignored that not only is CISG enjoying a growing number of ratifications, but also is heavily influencing the change of contract law on a worldwide scale. This is unfortunate given the fact that Article 2's structure and code methodology is upheld by the international community *via* CISG.

With regard to relational contract theory, Macneil argues that neo-classical contract law is not well designed to govern "intertwined" contract behaviors prevalent in the real world, and classifies Article 2, as well as the *Restatement (Second) of Contracts*, as such neo-classical contract law. If that is correct, a drastic overhaul of Article 2 would be required. However, a careful comparison of Article 2 and Macneil's vision of relational contract law uncovers a striking compatibility between the two. To mention a few examples, §§2-204(1) (2) and 2-207(3) are anti-"sharp-in" ; §§2-208, 2-209(1), and 2-615 are anti-"presentation"; and, §§2-318 and 2-615(b) gives consideration to non-parties. These are all signs that Article 2 has already overcome the limits of classical contract law. Moreover, the concept of "bargain-in-fact" signifies a departure from a "promise"-oriented neo-classical contract law. These characteristics are confirmed and even reinforced in the PEB Study Group reports. This not only suggests that Macneil's classification of Article 2 as neo-classical is wrong, but also supports the thesis mentioned above that Llewellyn's pragmatic realism has made Article 2 of the U. C. C. easily adaptable to the need of the business community.

At the same time, a line should be drawn between the current revision

4. WILLIAM TWINING, KARL LLEWELLYN AND THE REALIST MOVEMENT 305 (Okla. Univ. Press 1973).

process of Article 2 and the innovative trend of contract law worldwide. The United States experienced that innovation 40 years ago when Article 2 appeared. A closer examination of the law of contract exemplified in Article 2 still provides a useful point of reference for the students of modern contract law, and its revision process shall serve as a valuable roadmap for the search of Llewellyn's rich legacy.