



Title	契約侵害（債権侵害）に関するアメリカ法の近時の動向
Author(s)	吉田, 邦彦; YOSHIDA, Kunihiko
Citation	北大法学論集, 38(5-6下), 255-286
Issue Date	1988-07-30
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16609">https://hdl.handle.net/2115/16609</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	38(5-6)2_p255-286.pdf



契約侵害（債権侵害）に関するアメリカ法の近時の動向

吉田邦彦

目次

- 一 序——問題意識
- 二 判例の概観——附伝統的学説
- 三 近時の学説の動き（一九八〇年代）
- 四 若干の考察

## 一 序——問題意識

私は、かつて発表した助手論文において、従来の日本の債権侵害の議論は、ドイツ法の一部(下民八二三条一項)の強い影響を受けたために、比較法的にはかなり特殊な地位にあり、「不法行為法による契約の対第三者保護」という観点から見て保護は薄きに失すること<sup>(1)</sup>、他方で、わが立法者たちは、契約侵害に対する保護に積極的なイギリスの *Lumley v. Gye* の法理を既に継受していたことを指摘しつつ<sup>(2)</sup>、参照に値するイギリス法及び大陸法(フランス法・ドイツ法)をも含めた比較法的動向に徴すると、わが国の解釈論としても、不法行為法による契約の保護は従前以上に推し進められるべきであることを主張した<sup>(3)</sup>。

本稿は、この分野におけるアメリカ法の近時の動向を紹介し、若干の考察を加えるものであるが、ここで日本法と関連の薄いアメリカ法をとりあげるのは、単なる比較法的関心から旧稿を補充するということの他に、以下の事情にも起因している。すなわち、第一は、労働法の分野は別として法理が比較的固定化しているイギリス法とは対照的に、アメリカ法(とくに学説)には近時流動化現象が生じていることである。その火付け役となったのは、いわゆる *law & economics* の潮流のこの分野への波及であり、効率的契約違反 (*efficient breach of contract*) を支持する立場から、契約侵害の不法行為につき限定的な解釈論が示された(従ってわが国の従来の通説・判例の立場に近いと言える)ために、その評価をめぐり、賛否両論の興味深い議論がなされるに至っているわけである。従って、契約保護を主張する私の立場からこれらの見解を考察し、また私見を再検討するという必要性を感じた次第である<sup>(4)</sup>。また第二は、アメリカでもわが国と同じ様に、従来の不法行為法の関心は、主としてネグリジェンスないし無過失責任 (*strict liability*) に注がれていたが、近時莫大な賠償額で注目を浴びた *Texaco case* <sup>(5)</sup> により、契約侵害の不法行為法理は一躍ホットな問題として浮上して

いることである。そして、ネグリジェンスの枠内では把握できないというこの法理の特殊性ゆえにその理論的位置づけが問われており、これは債権侵害の判断枠組を考へる際にも有益であろうと思われる。

そこで以下では、まずアメリカ合衆国における契約侵害の判例法を概観し(一)、次に、学説の近時の動向を紹介し(二)、最後に、それに対する私なりの若干の考察を加えることとしたい(四)。

(1) 拙稿「第三者の債権侵害」に関する基礎的考察(八) 法協一〇四巻一号(一九八七)二〇二頁以下参照。

(2) 拙稿・同右(二) 法協一〇二巻九号(一九八五)一六四八頁以下。

(3) 拙稿・同右(九・完) 法協一〇四巻七号(一九八七)九八八頁以下。

(4) イギリス法については、拙稿・同右(三)〜(六) 法協一〇二巻二二号、一〇三巻一号、二号、三号(一九八五―八六)で論じた。

(5) 私法学会における私の論文報告(一九八五・一〇)後に、このようなアメリカ法の動向を背景として、樋口範雄教授と私との間で質疑応答がなされたが、本稿はそこでの私の発言の補充を意図している。

(6) *Texaco Inc. v. Pennzoil Co.*, 784 F. 2d 1133 (2d Cir. 1986), 106 S. Ct. 3270 (1986). わが国でも、本判決は新聞で報ぜられ(日経一九八五・一一・二〇夕刊二面)一九八五・一一・二六朝刊六面)その詳しい紹介として、道田信一郎「契約法の相異と近似」ジュリスト八六六号(一九八六)一一九―一二三頁、比較法研究四八号(一九八六)一五二―一五五頁、同・契約社会(一九八七)二二頁、二四七―二六六頁、K・G・グリフィン「ペンゾイル対テキサコ社事件の最高額評決」国際商事法務一四巻一号(一九八六)八二七頁以下がある。

(7) これについては、拙稿・前掲(九・完) 法協一〇四巻七号(一九八七)一〇九九―一一〇二頁参照。そして、同所で列挙した規範命題(ファクター)が相互に対立・相剋する構造をもつことは、アメリカでの近時の議論から、より明確に示されるであろう。すなわち、後に見るように、law & economicsのアプローチによる効率的契約違反の立場は、「(ii)第三者(ないし債務者)の取引の自由」に傾くのに対し、伝統的な判例ないしそれを支持する学説(及び近時の関係理論)では、「(i)契約

関係の保護」が重視されるのである。

## 二 判例の概観——附伝統的学説

(1) 契約侵害に関するアメリカの判例法の状況は、結論的には、イギリス法と大差ない。すなわち、とくに本稿で問題としている場面は、第三者がそれ自体適法な手段（「競争行為」）により、契約違反を誘致することが、不法行為と評価されるのかという点であるが、一九世紀末ないし二〇世紀初頭には、各州で躊躇する立場（イギリスの *Lumley* 法理の継受に対する抵抗）が見られたもの<sup>(8)</sup>、今では概ね積極的判断が下されている<sup>(9)</sup>。つまり、責任の要件としては、第三者の契約の認識（及び侵害の意図）が必要であるが、逆にそれがあれば有責となり——手段それ自体の不法性は要求されない——、自由競争（competition）による正当化（免責）は認められないわけである<sup>(10)</sup>。

その理由づけとしては、キャリフォニア州の著名な判事である Traynor J. の「契約上の安定（contractual stability）の方が競争の自由（competitive freedom）よりも重視される」のであり、「原告の犠牲の下に、被告が自己の利益を追求することはできない」という言葉に<sup>(11)</sup>、判例の立場を代表させることができるであろう。そして、このように契約上の利益を重んずる考え方の背後には、野放図な自由競争を支持するのではなく、秩序づけられた社会を志向する取引倫理（business ethics ; business morality）への配慮がなされていることは、たびたび説かれる通りである（property right の侵害だからと述べられることもしばしばである）。

(2) 次に、実際に裁判例で問題とされる具体的場面としては、まず、(i) 不正競争（条件付取引の違反誘致）及び (ii) 引き抜き（競争禁止義務・守秘義務違反の誘致も含む）が主要な類型をなしている<sup>(13)</sup>。また、かつては (iii) 労働争議のケース

が多数見られて、判例法上ストは通例不法とされていたが、<sup>(14)</sup> 其の後の立法（一九三五年ワグナー法）（National Labor Relations Act [NLRA] s. 7）により権利として保護されるに至っている（もともと、其の後の法改正（一九四七年）により、一定の場合に責任（差止・損害賠償）が認められている（s. 10(j), (1) ; s. 303）が、もはや連邦法上の問題であり、運用は主にNLRB「全国労働関係局」に委ねられているので、ここでは立ち入らない）。

その他に、アメリカ法の特殊な類型として耳目を引くのは、<sup>(15)</sup> (iv) 不動産ブローカーの仲介契約（報酬債権）の侵害に関するケース、(v) 解雇誘致による雇傭契約侵害のケース等であり、これらにおいては、被侵害契約の拘束力が他の場合ほど強くない事例が多い（<sup>(16)</sup> (vi) では、口頭の合意は詐欺防止法（statute of frauds）との関係で履行強制できない（unenforceable）とされ、(v) では、解約自由（terminable at will）とされることかしばしばである）が、契約侵害の不法行為として、他のケースと連続的に処理されている。また、<sup>(17)</sup> (vi) 不動産・動産二重譲渡の事例がほとんど見あたらないのは、証書登録制度（recording system）の完備によつて、もはや不法行為法を機能させる必要性があまりないことによるのではないかと推測される。

(3) このように、アメリカの判例法の状況は、イギリス法と大体類似するものであると言えるが、強いてアメリカ法の特色を抽出するならば、かつて *prima facie tort theory* として契約侵害を包摂する一般理論が追求されたことが関係してか、やや広い定式化がなされ、従つて、不法行為法上の保護がイギリスよりも広汎に及ぶ傾向が窺えるように思われる。<sup>(18)</sup>

詳述すれば、第一に、契約侵害が存在しない場合にも、「将来の経済的利益（prospective economic advantage）」の侵害として、基本的に同様の判断枠組の下に、契約侵害と連続的にパラレルな議論がなされている。もとより、正当事由（*privilege; justification*）の範囲が異なるために、イギリス法の立場とあまり違いがない——すなわち、契約侵害

よりも保護を薄くする<sup>(20)</sup>のであるが、個別の不法行為(例えば、「共謀」(conspiracy)「脅迫」(intimidation)・「詐欺」(deceit)等)のみで賄う英法とは異なるアプローチであると言ふことができよう。また第二に、被害者契約が解約自由(terminable at will)の場合の解消誘致の問題も、契約侵害の隣接領域として連続的に扱われている。そしてここでもこの契約の性格上、その保護の程度は弱くなり、この場合には競争行為による免責が認められるときれるのであるが、契約侵害と区別されないこともままあり(例えば、前述した(iii)「引き抜き」、(v)「解雇誘致」の場合)ともすれば両者の相違は曖昧になり易い<sup>(22)</sup>。そして第三に、取消しうる契約ないし履行強制すべきない契約(voidable contract or unenforceable contract)の侵害の場合には、契約侵害と同等の保護を認めるのが、多数の判決例の立場である(学説もこれを支持している)<sup>(24)</sup>。そして、この限りでは「第二」「第三」、イギリス法よりもやや保護が厚いと言えるのではなからうか。

(4) なお、学説に目を転ずると、伝統的な立場は、かかる判例法の立場を追認している。そして、その基礎づけとしては、判例と同様に、契約はpropertyであり、right in remであるという分析が示され<sup>(26)</sup>、さらにより実質的な根拠として、「契約関係の安定性(security)・完全性(integrity)」に関する利益の重要性が指摘されている(とくにHarper)<sup>(27)</sup>。

(8) 詐欺・強迫等の不法な手段によることが要求されたり、個人的な労務関係の場合に限ってLumley法理の適用が認められたりした(Ashley v. Dixon, 48 N. Y. 430 (1872) (土地の二重取引), Daly v. Cornwell, 54 N. Y. S. 107 (1898) (家屋持分の二重取引), De Jong v. B. G. Behrman Co., 131 N. Y. S. 1083 (1911) (被用者の引き抜きの事例であるが、Lumley caseは充分に継承されていなくとして、それ自体不法な行為によらない限り、一律に契約侵害の不法行為を否定する(1085))「ニューヨーク」); Boyson v. Thorn, 33 P. 492 (1893) (ホテルの部屋からの追い出しをはかることによる賃貸借契約の侵害)「キャリフォルニア」); Swain v. Johnson, 65 S. E. 619 (1909) (木材の二重取引)「ノース・キャロライナ」); Glencoe Sand & Gravel Co. v. Hudson Bros. Commission Co., 40 S. W. 93 (1897) (砂利運送契約の侵害)「ミズーリ」); Chambers v. Baldwin,

15 S. W. 57 (1891) (タバコの二重売買) 'Bourlier v. Macauley, 15 S. W. 60 (1891) (演劇俳優の引き抜き。契約相手方だけを頼りとすれば足り、不法行為責任を認めるは個人的支配 (personal dominion) を認めるところとなる (61))' 'Brooks v. Patterson, 29 S. W. 2d 26 (1930) (デュラックスストアの営業の売買の侵害。直接的因果関係がないとする (28))' 「ケンタッキー」: 'Kline v. Eubanks, 33 So. 211 (1902) (ブランドナーシヨンの被用者の転職のケースであるが、詐欺等を要求してゐる。去つた被用者自身が損害の原因 (proximate cause) であるといはれる (213))', 'Cust v. Item Co. Ltd., 8 So. 2d 361 (1942) (サービス事業のパートナーシップ契約の侵害 (競業禁止義務違反))', 'Templeton v. Interstate Electric Co., 37 So. 2d 809(1948) (フランチャイズ (代理店) 契約がらみの営業譲渡の侵害) 「ルンジーナ」: 'Erswell v. Ford, 94 So. 67(1922) (不動産売買における排他的取引権侵害) 「マラババ」等。これらの判決例にしばしば引用されてゐる。少なからぬ影響力を有したと推測されるのは、'Lumley case (1853) における Coleridge 卿の反対意見 (拙稿・前掲 (三)) 法論一〇二巻一三三頁参照) 及び T. M. COOLEY, A TREATISE ON THE LAW OF TORTS, ON THE WRONGS WHICH ARISE INDEPENDENTLY OF CONTRACT (1st ed. 1879) p. 497, (2nd ed. 1888) p. 581 (参照は必要なかった) である。

(6) 今日でもなおも限定的要件 (それ自体の不法性) を要求してゐるのは、'Lunje v. Maun' (Roussel Pump & Electric Co., Inc. v. C. G. Sanderson, E. Q. Porson, and the New York Air Brake Co., 216 So. 2d 650 (1968) (産業用ポンプのブランドチャイズ・メーカーの被用者の信任義務違反の誘致), 'W. J. Moss v. A. J. Guarisco, 409 So. 2d 323(1981) *aff'd* 412 So. 2d 540 (1982) (某メーカーの排他的取引権を含む営業の二重売買。Templeton case (1948) の立場が踏襲されてゐるが、母法であるフランス法では積極的立場がとられており、現代の取引上の考慮により、契約当事者の権利は、第三者の一般の競争権よりも大きな保護が与えられてゐると述べて、ルイジアナの判例法の再検討が示唆されてゐる (330))'、雇傭契約侵害以外の場合に関しては、アラバマ州も限定的である (Homa-Goff Interiors, Inc. v. Cowder, 350 So. 2d 1035 (1977) (貸主による転貸契約 (交渉) の侵害), 'James S. Kemper & Co. v. Cox & Associates, 434 So. 2d 1380(1983) (製材業傷害保険会社の被用者の競業禁止義務 (二年間) 違反の誘致) 等。但し、前者では、詐欺的言辭があるといはれ、また後者では、雇傭契約侵害には不法性の要件は課せられないとされて、いずれも不法行為責任を肯定してゐる)。

(10) リステイトメントでも夙に明記されてゐる (REST. (1st) § 768 (2) (1939), REST. (2d) § 768 (2) (1977))。これに関する判決例は多数あり、後述するものを参照されたい。

- (11) *Imperial Ice Co. v. Rossier*, 112 P. 2d 631, 633 (1941). なお、同判決は、積極的に (actively and affirmatively) 誘致するものが責任の要件とされており (*id.* at 633, 634)、「リステイトメントでも、通常の広告・事業の場合も単に両立しなく取引をしたただけの場合には、不法行為にはならぬ」との立場を示唆している (REST. (1st) § 766 comment i (1939); REST. (2d) § 766 comment m, n (1977))。「この限りでは、イギリス法よりも慎重である (もともと、本件が「条件付取引違反誘致型」事例であるこの特殊性も無視すべきでない)」。
- (12) 目録にわたる「例えは、*Sorenson v. Chevrolet Motor Co.*, 214 N. W. 754, at 756 (Minn. 1927) は、取引倫理の基礎原理 (elementary principles of business ethics) にあり、第三者の行為は不正にならぬ」、「法は立派な取引人 (reputable businessmen) により与えられている取引道徳 (business morality) と同じの高度の基準を要求する」と述べ、競争の権利は、契約上の権利を破壊する権利ではないこととされており (Wilson C. J.)。また、*Louis Kamm, Inc. v. Flink*, 175 A. 62, at 67-68 (N. J. 1934) は、不正な侵害はなされることなく事業を営む権利及びそれに対応する義務 (correlative duty) は、秩序づけられた社会 (well-ordered society) の基礎であり、それは基本的には、社会契約 (social compact) なる自然的正義 (natural justice) に由来するところ、契約侵害の不法行為法理の適用の拡大は、誠実な取引 (honest trading) を確保するためのルールの拡張という現代的傾向の帰結であり、共同体の経済生活に於ては、公正な自由競争 (full, fair, and free competition) が必要であることと認めている (Heher J.) (この判決は、後にも詳述引用されている)。また、*Wear-Ever Aluminum, Inc. v. Towneocrat Indus., Inc.*, 182 A. 2d 387, at 394 (N. J. 1962) でも、裁判所の役割は、取引上の倫理及び配慮 (business morality and care) の基準を高め、それにより、産業界の無知の成員及び一般大衆を保護することであると述べられている (Pashman J.)。その他、「ゲームのルール」(rules of game) なる「フーマー・フーマーの枠」(pale of "fair play") という言葉から不法行為を基礎づける判決例もある (Sustick v. Slatina, 137 A. 2d 54, at 60 (N. J. 1957) (Freund J.); *Glem v. Point Park College*, 272 A. 2d 895, at 899 (Pa. 1971) (Pomeroy J.); *Leonard Duckworth, Inc. v. Michael L. Field & Co.*, 516 F. 2d 952, at 958 (5th Cir. 1975) [Tex. law] (Skelton J.) etc.)。同様の考え方をいふと思われる。なお、近時の *Guard-Life Corp. v. S. Parker Hardware Mfy. Corp.*, 406 N. E. 2d 445, at 454 (N. Y. 1980) は、市場倫理を重視する意見が述べられている (Cooke C. J.)。また、後述する。
- (13) 例えは、(i) の事例としては、*Beckman v. Marsters*, 80 N. E. 817 (Mass. 1907) (ホーストンの観光代理店の排他的代理権の

侵害) ; Sperry & Hutchinson Co. v. Louis Weber & Co., 161 F. 219 (1908) [Ill. law] (所持人を指定する景品授受契約の侵害) ; Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U. S. 373 (1911) [Ind. law] (製薬会社の再販価格指定に反した安価売却。不法行為は否定された) ; Sunwalt Ice Co. v. Knickerbocker Ice Co., 80 A. 48 (Md. 1911) (ディーラーによる氷の排他的販売契約があるのに、製造業者が直接販売した事例) ; Cumberland Glass Mfg. Co. v. De Witt, 87 A. 927 (Md. 1913) (排他的にガラス製フラスコを供給しているディーラーの権利の侵害) ; Twitchell v. Nelson, 155 N. W. 621 (Minn. 1915) (井戸水供給業の賃貸借契約(譲渡・転賃を禁止する)の侵害) ; Westinghouse Electric & Mfg. Co. v. Diamond State Fibre Co., 268 F. 121 (1920) [Del. law] (キヤの改良に関する特許のライセンス契約に伴う材料の排他的供給契約の侵害) ; Sorenson case, *supra* note 12 (Minn. 1927) (自動車及び部品の供給の代理店契約を害するため、メーカーと共謀した事例) ; Imperial Ice Co. case, *supra* note 11 (Cal. 1941) (氷配分業の営業譲渡に伴う競業禁止義務の違反の誘致) ; Elsbach v. Mulligan, 136 P. 2d 651 (Cal. 1943) (トイン・リキュールの輸入・販売に関する排他的代理店契約の侵害) ; Hannigan v. Sears, Roebuck & Co., 410 F. 2d 285 (7th Cir.), *cert. denied* 396 U. S. 902 (1969) [Ill. law] (戸外収納庫用キャブネットに関する排他的契約の侵害) ; Engine Specialties, Inc. v. Bombardier Ltd., 605 F. 2d 1 (1st Cir. 1979), *cert. denied* 446 U. S. 983 (1980) [Pa. law] (花米を扱ってサヤの一手販売権(二年間の競業禁止義務付)の排他的取引)の侵害) ; Nifty Foods Corp. v. Great Atl. & Pac. Tea Co., 614 F. 2d 832 (2d Cir. 1980) [N. Y. law] (冷凍マンツルの排他的供給契約の侵害) ; Guard-Life Corp. case, *supra* note 12 (N. Y. 1980) (日本製の錠の排他的輸入・販売権の侵害) ; Seaman's Direct Buying Service, Inc. v. Standard Oil Co. of Cal., 206 Cal. Rptr. 354 (Cal. 1984) (石油販売に関する代理店契約の破棄による、それを条件とする再開発土地の賃貸借契約(四〇年間)の侵害。契約侵害の結果自体を意図する必要があり、付随的な契約侵害は不法行為にならないと述べて、絞りをかけていることが、本類型との関連で注意される)等がある。

また、(四)の事例としては、Thacker Coal Co. v. Burke, 53 S. E. 161 (W. Va. 1903) (炭鉱労働者の引き抜き) ; S. C. Posner Co. v. Jackson, 119 N. E. 573 (N. Y. 1918) (夫人用ガウン・アパレルの製作に携わるデザイナー(取締役社長)の引き抜き) ; Prairie Oil & Gas Co. v. Kinney, 192 P. 586 (Okla. 1920) (落雷による火災現場(石油タンク地域)における消火援助人員をめぐる紛争とごく特殊な事例) ; Wade v. Culp, 23 N. E. 2d 615 (Ind. 1939) (電気のスTEEキプロイラー考案者その他の技師の引き抜き) ; Buxdom v. Smith, 145 P. 2d 305 (Cal. 1944) (新聞広告・ラジオ等の分配会社の被用者の奪取) ;

American League Baseball Club of N. Y. Inc. v. Pasquel, 63 N. Y. S. 2d 537 (N. Y. 1946) (二トローキョウキャンキースのトロ野球選手のメキシコリレーによる引き抜き) ; International Tailoring Co. of N. Y. v. Lukkas, 64 N. Y. S. 2d 879 (N. Y. 1946) (衣服仕立て業従事者の引き抜き) ; Wear-Ever case, *supra* note 12 (N. J. 1962) (トルシ製調理器具の販売員の大量引き抜き) ; Certified Laboratories of Texas, Inc. v. Rubinson, 303 F. Supp. 1014 (1969) [Pa. law] (化学製品(殺菌剤・石けん・洗剤等)販売会社の被用者引き抜きによる企業秘密開示) ; Purcell v. Joyner, 200 S. E. 2d 363 (Ga. 1973) (車両損害査定員の競業禁止義務(三年間)違反。被用者の行動の制約が非合理的であり、引き抜いた会社の積極的働きかけ又は悪意が見られないとして、責任は否定されたケース) ; Custom Drapery Co. v. Hardwick, 531 S. W. 2d 160 (Tex. 1975) (衣服会社の副社長の辞職及び守秘義務・競業禁止義務(一年間)違反。制限的合意は、合理的に必要なものではなく、また、第三者は、副社長の独立的な判断による行動を単に受容したにすぎないとして、責任を否定する) ; National Merchandising Corp. v. Leyden, 348 N. E. 2d 771 (Mass. 1976) (電話帳のカバー広告の製作・販売業者の被用者の競業禁止義務違反の誘致) ; Haag Bros., Inc. v. Artex Int'l, Inc., 376 N. E. 2d 636 (Ill. 1978) (病院施設への物品納入会社の被用者に対し、新設会社が競業禁止義務(二年間)の違反誘致。被侵害契約は非合理的に強制できぬ(enforceable)ものではなく、不法行為請求の基礎にならなことをする) ; Nager v. Lad'n Dad Slacks, 251 S. E. 2d 330 (Ga. 1978) (衣服の販売員を計画的に相当数引き抜き、秘密情報を利用した事例) ; Felicie, Inc. v. Leibovitz, 412 N. Y. S. 2d 625 (N. Y. 1979) (限定版発行計画が既に進められている芸術家への同種契約の働きかけ)等を挙げるといふことが出来る。

(14) Carroll v. Chesapeake & O. Coal Agency Co., 124 F. 305 (4th Cir. 1903) [W. Va. law] (炭鉱労働者の違法ストによる石炭供給契約の侵害) ; Hitchman Coal & Coke Co. v. J. Mitchell, 245 U. S. 229 (1917) [W. Va. law] (黄大契約制による炭鉱会社に反対し、被用者の組合化を求めたストライキ) ; Niles-Bement-Pond Co. v. Iron Molders' Union, Local No. 68, 246 F. 851 (1917) [Ohio law] (ストによる非組合員の労働阻止のため、代理店への機械供給契約侵害) ; Daitl-Overland Co. v. Willys-Overland, Inc., 263 F. 171 (1919) [Ohio law] (賃金上昇・労働条件改善を求めたストによるディーラーへの自動車供給契約の侵害) ; Ran W Hat Shop, Inc. v. Sculley, 118 A. 55 (Conn. 1922) (組合員の雇傭安定を求めて、クローストシステム制を採らない業者との帽子取引の契約違反誘致) ; Stillwell Theatre, Inc. v. Kaplan, 182 N. E. 63 (N. Y. 1932) (映画関係の労組間紛争に起因し、労働条件改善を目的とする平和的ピケッティンツ。平和的労使紛争には裁判所は介入せず、

当事者に委ねるとする) ; Service Wood Heel Co., Inc. v. Mackesy, 199 N. E. 400 (Mass. 1936) (非組合員を雇傭する木靴ヒール製造業者との取引中止の誘致) ; Yankee Network, Inc. v. Gibbs, 3 N. E. 2d 228 (Mass. 1936) (音楽協会の内規違反を理由とするストによる出演契約の侵害) ; Lichter v. Fulcher, 125 S. W. 2d 501 (Tenn. 1938) (請負人札に関する規約違反を理由に、煉瓦職に対する労務中断の働きかけ) etc.

- (15) (iv)にあたるものとしては、Luis Kamm, Inc. case, *supra* note 12 (N. J. 1934) (劇場売買の仲介に関する) ; Johnson v. Gustafson, 277 N. W. 252 (Minn. 1938) (友人が代って購入したケース) ; Sweely v. Gordon, 118 P. 2d 842 (Cal. 1941) (仲介契約の効力が問題とされて、責任が否定されるが、例外的処理である) ; California Auto Court Ass'n. v. Cohen, 219 P. 2d 511 (Cal. 1950) (モーターの売買仲介契約の侵害) ; Sustick case, *supra* note 12 (N. J. 1957) (家屋売買仲介契約の侵害) ; Zimmerman v. Bank of America, 12 Cal. Rptr. 319 (Cal. 1961) (口頭の仲介の合意は、voidable contractとされるが、「不法行為の性質は、侵害された関係の法的強さないし履行強制の可能性によつて変わるものではない」とされる (320-321. Tobriner J.)) ; Allen v. Powell, 56 Cal. Rptr. 715 (Cal. 1967) (不動産賃貸借の仲介契約の侵害) ; Glenn case, *supra* note 12 (Pa. 1971) (ホテルの売買に関する) ; Keely v. Price, 103 Cal. Rptr. 531 (Cal. 1972) (Zimmerman caseを引用する) ; McCann v. Biss, 322 A. 2d 161 (N. J. 1974) (仲介契約が、void and unenforceableとされ (詐欺防止法違反)、不法行為責任も否定される) ; Buckaloo v. Johnson, 122 Cal. Rptr. 745 (Cal. 1975) (不動産ブローカーの未開拓海岸に関する排他的売却権の侵害。有効な契約に依拠しなくても、より包括的な経済的関係侵害の不法行為でブローカーの保護ははかれるとする (751-752. Mask J.)) ; Leonard Duckworth, Inc. case, *supra* note 12 (5th Cir. 1975) [Tex. law] (アパート売却仲介に関する) ; Tomposi Associates, Inc. v. Star Market Co., 406 A. 2d 132 (N. H. 1979) (ショッピングセンターに関する仲介及び賃貸借契約の侵害。契約の認識なしとして、責任否定) ; Mina L. Smith, Inc. v. Cyprus Indus. Minerals Co., 427 A. 2d 1114 (N. J. 1981) (商業用地の売買に関する。仲介契約がunenforceableであることは、抗弁にならないとする (Prosser, Torts (4th ed. 1971) § 129を引用する) (1118-1119. Seidman J.)) などがある。

また、(v)に関するものとしては、London Guarantee & Accident Co., Ltd. v. Horn, 69 N. E. 526 (Ill. 1903) (保険会社が、保険契約解除の威嚇の下に、自転車製造に従事する被用者を解雇させたケース) ; Johnson v. Aetna Life Insurance Co., 147 N. W. 32 (Wis. 1914) (上記同様保険会社が解雇を示唆した事例であるが、因果関係が否定された) ; United States Fidelity

& Guaranty Co. v. Millonas, 89 So. 732 (Ala. 1921) (傷害保険契約の解除の威嚇による解雇誘致。適法な権利の不法な行使であることを) ; Bacon v. St. Paul Union Stockyards Co., 201 N. W. 326 (Minn. 1924) (家畜取引業者を排除するための解雇誘致) ; Hill Grocery Co. v. Carroll, 136 So. 789 (Ala. 1931) (旧使用者が、被用者に金員を支払わせるために、(新使用者に対し)解雇誘引。法及び道徳に照らして) (in law or morals) 正当化できなうことを) (792. Bouldin J.)) ; Owen v. Williams, 77 N.E. 2d 318 (Mass. 1948) (内科医による看護婦の解雇誘致。拘束力ある契約の立証がななくとも、経済的利益の合理的期待で足りることを) (322. Qua C. J.)) ; American Surety Co. v. Schottenbauer, 257 F. 2d, 6 (8th Cir. 1958) [Minn. law] (責任保険会社による解雇の示唆。被侵害契約が解約自由 (terminable at will) であることを、重要ひななうこと) ; 自己の利益の追求だけでは正当化されないと述べる (10.12. Mathes C. J.)) ; Birl v. Philadelphia Elec. Co., 167 A. 2d 472 (Pa. 1960) (被用者に関する誹毀・虚言による解雇誘致) ; Herron v. State Farm Mutual Insurance Co., 14 Cal. Rptr. 294 (Cal. 1961) (保険会社の事故被害者に対する弁護士解雇の誘致) ; Green v. Lundquist Agency, 140 N. W. 2d 575 (Mich. 1966) (保険会社が、交通事故多発のトラック運転手の解雇を働きかけたケースにつき、解雇のための適切な理由が示されているとして責任を否定する) ; Pino v. Trans-Atlantic Marine, Inc., 265 N. E. 2d 583 (Mass. 1970) (負傷して提訴した船員の解雇を、海上保険会社が誘致した事例。契約が terminable at will であることを、第三者を利するものにならず、なお救済を受けられるとする (588. Spiegel J.)) ; Smith v. Ford Motor Co., 221 S. E. 2d 282 (N.C. 1976) (フォード社が、業者保護のための連盟運動をしたことに対する不満から、その者を解雇するようにディーラーに圧力をかけた事例。解雇誘致の目的・動機に害意があり、正当な取引利益と関係がないから責任を負うとする (292, 296. Lake J.)) 点でやや限定的である) などがある。

なお、その他にも、会社役員の間接的責任を負うとする (例えば、Navarro v. Florida, 71 N. E. 2d 468 (N. Y. 1947) (輸出注文用の在庫のみを副社長が自己のために流用し、輸出担当係が報酬を得られなくなったケース) ; Buckley v. 112 Central Park So., Inc., 136 N. Y. S. 2d 233 (N. Y. 1954) (同) の事例であり、売却した会社の役員が直接の買主となっている。詐欺・不実表示があり、それ自体独立の不法行為を行っているとする) ; Wampler v. Palmerton, 439 P. 2d 601 (Or. 1968) (木材の運搬のための道路建設資金の融資の打ち切りを示唆したケース。詐欺の立証がないとして、責任を否定する) ; Seven D. Enterprises, Ltd. v. Fonzi, 438 F. Supp. 161 (1977) [Mich. law] (副社長が、代理店契約及び賃貸借契約の解消を誘致したという事実であるが、契約関係侵害として処理されている。自己の利益のためになされたのであ

れば、免責されないとする) : Olympic Fish Products, Inc. v. Lloyd, 611 P. 2d 737 (Wash. 1980) (いわしの二重売買を行つた会社役員が問われたケースであり、後記(例)の事例である。会社の利益に資する意図がなく、単に自己の利益をはかるためだけになされたのであれば、責任を免れないとする (739-740, Dolliver J.)) が、これは、会社(本人)に契約違反を誘致した会社役員(代理人)は、責任を負わないという alter ego 免責法理が及ばない場合であり、不法行為責任の基準は他の類型よりも厳しくなっている(なお、この類型は、前述の諸類型とは異なるレベルから抽出したものであり、他の類型とオーバラップしうるものである)。なお、会社がその契約違反誘致の問題については、A. Avins, *Liability for Inducing a Corporation to Breach its Contract*, 43 CORNELL L. Q. 55 (1957) 参照。また、邦語文献としては、江頭憲治郎「法人格否認論の形成とその法構造(四)」法協九〇巻三号四七六—四七八頁(一九七三)がある。

(16) 例えば、Bowen v. Spear, 166 S. W. 1183 (Tex. 1914) (土地の二重売買(申込の受領後の他者への売却)。第二買主は、第一買主の取引銀行として第一売買に関与した) ; Phez Co. v. Salem Fruit Union, 205 P. 970 (Or. 1922) (ペリー(さち)類)の売買契約の侵害) ; Winston v. Williams & McKeithan Lumber Co., 42 S. E. 2d 218 (N. C. 1947) (立木の二重売買及び伐採・搬出) ; Royal Realty Co. v. Levin, 69 N. W. 2d 667 (Minn. 1955) (不動産会社への売却契約の侵害。第一契約が口頭のものゆえに、unenforceableであるから) ; 第二買主は免責されないとする (671-672, Dell C. J.) ; Dryden v. Tri-Valley Growers, 135 Cal. Rptr. 720 (Cal. 1977) (オリーブ油製造工場主が、副産物を売却していたのに、それを履行せぬままに工場を他者に譲渡した事例。工場譲渡と契約侵害との間には因果関係が欠けており、そもそも、承継人としての契約違反の責任を問うべきであるとする (725, Kane Ass. J.) ; Gruen Indus., Inc. v. Biller, 608 F. 2d 274 (7th Cir. 1979) [Wis. Law] (株式の二重売買。第二買主は先行契約を認識して買った) ; Mooney v. Johnson Cattle Co., Inc., 634 P. 2d 1333 (Or. 1981) (牛の二重売買。本件では、第一買主の名誉侵害による精神的損害の賠償の可否が問題とされており、多数意見では、契約関係の種類及び被害者のそれに対する関係・立場に依存するとして、積極的判断が示された (1337, Linde J.) ; Blair v. Boulger, 336 N. W. 2d 337 (N. D. 1983) (家屋売買の侵害。但し、解除招致のケースであり、買主の加害又はその犠牲の下に自己の利益を得るといふ間接的目的のためになされたのであれば、正当化されないと述べられ (341-342, Yande Walle J.)) 若干絞りがかけられている) などが、これに当たると言うことができる。そして、これらの判決例においては、効果としてもすべて損害賠償(ないしは懲罰的損害賠償)のみが問題とされており、原状回復的

- 効果まで不法行為法によって認めている大陸法とは事情が異なっていることにも注意されよう。
- (17) これに関しては、さしあたり、成田博「米国における不動産物権変動と証書登録制度(一)(二完)」法字四六卷二号、三号(一九八二)同「アメリカ合衆国における不動産三重譲渡問題」民事研修三三五号(一九八五)一一一―一五頁、私法四八号(一九八六)二二二―二二七頁を参照。
- (18) 意図的加害行為があれば、一応不法行為が成立したとして、後は、被告側の正当事由(免責事由)(privileges)の立証の問題になるという形で、統一的な説明を試みるものである。詳しくは、R. L. Hale, *Prima Facie Torts, Combination and Non-Feasance*, 46 COLUM. L. REV. 196 (1946); do., *The Prima Facie Tort Doctrine*, 52 COLUM. L. REV. 503 (1952); M. D. Forkosch, *An Analysis of the "Prima Facie" Tort Cause of Action*, 42 CORNELL L. Q. 465 (1957); J. E. Brown, *The Rise and Threatened Demise of the Prima Facie Tort Principle*, 54 Nw. U. L. REV. 563 (1959) を参照。
- (19) L. Green も' prima facie tort には批判的であるが、不法行為法理の拡張に寄与したと述べている (*Protection of Trade Relations under Tort Law*, 47 VA. L. REV. 559, at 571 (1961))。
- (20) 不法手段の使用があつた限りで、不法行為法上の保護が与えられるにすぎない (See, REST. (1st, 2nd) §§ 768 (1), 769)。
- (21) See, REST. (2nd) §768 (1).
- (22) *Developments in the Law — Competitive Torts*, 77 HARV. L. REV. 888, at 901 (1964) でも、保護の拡張に伴い、契約侵害とそれ以外の期待侵害との相違は、曖昧になると指摘されている。具体例としては、American League Baseball Club of New York, Inc. case, *supra* note 13 (N. Y. 1946), at 539 (Miller J.); Wear-Ever Aluminum, Inc. case, *supra* note 12 (N. J. 1962), at 393 (Pashman J. 解約自由であることは、契約当事者に固有の権利であり、第三者の行為を正当化する基礎にはならないとする); Nager case, *supra* note 13 (Ga. 1978), at 333 (Webb J. 解約できる場合でも、原告には property right があり、それを侵害すれば、公正な競争にはならず、不法行為になるとする) [以上、(iii)の事例]; Hitchman Coal & Coke Co. case, *supra* note 14 (1917 [W. Va. law]), at 252 (Pitney J. 解約自由の契約でも、不当な侵害からは保護されるとする) [(iv)の事例]; United States Fidelity & Guaranty Co. case, *supra* note 15 (Ala. 1921), at 735 (Gardner J. 解約自由であることは、結論に影響しないと述べる); American Surety Co. case, *supra* note 15 (8th Cir. 1958) [Minn. law], at 10, 12 (Matthes C. J. 前説); Pino case, *supra* note 15 (Mass. 1970), at 588 (Spiegel J. 前説) [以上(v)の事例]

などを参照。近時では *Alyeska Pipeline Service Co. v. Aurora Air Service, Inc.*, 604 P.2d 1090 (Alas. 1979) は、パイロット付飛行機による運送契約の侵害の事例であるが、解約権条項があるため、Yが解消誘致したものであるが、裁判所は、責任要件としてYの書意を要求しているが、善意 (in good faith) であることの立証責任をYに課している (1095-1096 Connor J.)。また *Ahern v. Boeing Co.*, 701 F.2d 142 (11th Cir. 1983) [Fla. law] では、焼却炉売却に関する排他的契約（一手販売権付与）の解消誘致のケースにつき、動機を問題としており、単なる私的利益に基づく競争的働きかけならは免責されるとしつつ、善意を認定する点となし、責任を認めつつも (145, Kravitch C.J.)。従って、契約侵害の場合との相違は、かなり微妙であると言わなければならない。

(83) 例えば *Cumberland Glass Mfg. Co. case*, *supra* note 13 (Md. 1913), at 930 (Burke J.) (詐欺防止法違反) ; *Aalto Co., Inc. v. Kinney*, 144 A. 715 (N. J. 1929), at 716-717 (Gummere C. J.) (コンミンシヨンの五年間の包括的取引 (価格は変動する) に引き、不確定性なものを知らず) ; *Royal Realty Co. case*, *supra* note 16 (Minn. 1955), at 671-672 (Dell C. J.) (詐欺防止法違反) ; *Zimmerman case*, *supra* note 15 (Cal. 1961), at 320-321 (Tobriner J.) (キャリフォニア民法典一六二四条により、取消し不能 (voidable) である) ; *Carman v. Heber*, 601 P. 2d 646 (Colo. 1979), at 648 (Kelly J.) (営業譲渡における相互性欠如が問題とされる) ; *Felicie, Inc.*, *supra* note 13 (N. Y. 1979), at 627 (Fein J. 他) (詐欺防止法違反) 等では、すべて第三者の責任は肯定されている。

もちろん *Haag Bros., Inc. case*, *supra* note 13 (Ill. 1978), at 640-641 (Goldberg J.) (非合理的で強制による (unenforceable) された競業禁止義務 (二年間) の違反誘致) ; *Gruen Indus., Inc. supra* note 16 (7th Cir. 1979) [Wis. law], at 282 (Pell J.) (詐欺防止法違反) などでは、消極的立場が採られており、ニューヨーク州でも、近時は限定的ではある (*Nifty Foods Corp case*, *supra* note 13 (2d Cir. 1980), at 837-838 (Smith Circuit J.) (詐欺防止法違反) ; *Guard-Life Corp. case*, *supra* note 12 (1980), at 449 (Jones J. 他) (錠の排他的供給契約は相互性を欠くとされる) 参照。もっとも、後者は、多数意見は、不法手段が用いられることを、責任の要件とするが (*ibid.*) Cooke 主席判事は、有力な反対意見を付しており、そこでは、市場論理 (market moral) ならず倫理律 (ethical precept) の背馳という見地から見て、voidable contract は、enforceable agreements と同様の保護が与えられるべきであり、解約自由の契約とは区別されると述べられる (453-454)。

- (24) F. V. Harper, *Interference with Contractual Relations*, 47 *Nw. U. L. Rev.* 873, at 879 (1953) ; L. Green, *supra* note 19, at 563 (1961). そのほか *supra* note 22, at 963 (1964) 等 のような立場には批判的である。
- (25) 但し、この分野におけるアメリカの最初の詳しい研究とされる F. B. Sayre, *Inducing Breach of Contract*, 36 *HARV. L. REV.* 663, at 678, 685-686 (1923) では、また「誘致」に関しても限定的な見解が示されている。
- (26) Sayre, *id.* at 676 ; C. E. Carpenter, *Interference with Contractual Relation*, 41 *HARV. L. REV.* 728, at 733 (1928).
- (27) Sayre, *id.* at 695 ; Harper, *supra* note 24, at 874.

### 三 近時の学説の動き（一九八〇年代）

しかし、一九八〇年代に入ると、やや停滞していたこの分野の議論は、俄かに流動化ないし活性化してきたように思われる。すなわち、冒頭でも述べたように、法の経済分析の余波として、効率的契約違反の考え方が契約侵害の領域にも及ぼされ、かなり有力に、従来よりも限定的な——つまり、それ自体適法な競争行為による契約違反の誘致は不法行為にならないとする——見解が示され（Dobos 論文（一九八〇）Perlmán 論文（一九八二）、Dowling 論文（一九八六））、それをめぐって活発な議論がなされるに至っているのである。そこでここでは、まず効率的違反分析による限定説を紹介し（三一一）、続けて、それに対する伝統的立場からの反論を見ることにする（三一二）。

#### 三一一 効率的違反分析による限定説

(1) 契約侵害の問題に入る前に、まず効率的違反（efficient breach）の考え方につき一言しておく。もともと、既に「契約を破る自由」という形で紹介がなされているので深くは立ち入らないが、これは、かつてホームズ判事が、契約責任における賠償範囲が不法行為の場合と異なり一定限度に限られている（懲罰的賠償は伝統的に認められない）ことの説明として、法と道徳を峻別する立場から、「コモロー上の契約を遵守する義務とは、守らなかつたら損害賠償をしなけ

ればならないということであり、それ以外の何物でもない」と述べたこと<sup>(30)</sup>に端を発している。もとより、それは断片的なものであり、本格的に議論されるようになったのは、一九七〇年代に入ってからのものであり、経済学的手法を用いることにより——すなわち、パレート最適基準のコロラリーである Kaldor-Hicks 基準の一適用として——、契約違反による損害が十分に填補されてもなお違反者に余剰利益が生ずるのであれば、右違反は効率的でありむしろ積極的に支持されるとの見解が示されるようになったわけである。この考え方を、最初に詳述したのは、Birmingham（一九七〇）<sup>(31)</sup>であり、その後 Goetz & Scott 論文（一九七二）で theory of efficient breach と命名<sup>(32)</sup>され、また、かの著名な Posner の体系書にも採用<sup>(33)</sup>されている。

(2) ここで紹介する Dobbbs, Perlman, Dowling による三編の論文は、大略主として右に述べた考え方を契約侵害の場面に反映させて、従来よりも限定的な解釈論を提示したものであると位置づけることができる（とくに後二者にその傾向が強い）。もとより、各論文相互間には、結論、理屈づけのいずれにおいても相違が認められるので、以下では個別に紹介することとする。

まず、Dobbbs 論文（一九八〇）は、従来の判例法における正当事由の範囲が不明確であるとの問題意識<sup>(34)</sup>の下に、それ自体としては許されるべき行為により何故責任を負うことになるのか、という疑問から出発している<sup>(35)</sup>。そして、判例に對する批判としては、(i) 原理 (Principle) が欠落しており、明示性を欠くこと、(ii) 契約が property というだけでは不<sup>(36)</sup>充分であり、第三者の自由の制約を正当化することはできず、正義感に反すること、(iii) 適用上のコスト (Cost of error) が存すること、(iv) 人間の自律性 (autonomy) と相容れないこと、(v) 履行に特殊性がない場合においては、効率的違反の考え方が採られるべきこと等が述べられている<sup>(36)</sup>。かくして、より個別的な分析により他の法理で処理できる場合には、契約侵害を持ち出すまでもないと述べられ<sup>(37)</sup>（従って、不法行為が否定されるわけではない）、また、契約侵害を問題にす

べき場合として、履行に代替性(市場志向性 (market-orientedness))がない時には、侵害責任を肯定し、懲罰的損害賠償等も認められている<sup>(38)</sup>し、また、特定履行ができる場合には、エクイティー法理により第三者の侵害行為の差止め認められるとされている<sup>(39)</sup>。従って、限定的志向は窺えるものの、結論的には、判例の立場とあまり大差ないところに落ちていることには留意すべきである。

これに対して、Perlman論文(一九八二)の方は、law & economicsの議論の影響が濃厚であり、結論としても、それ自体適法な競争行為は免責されるとして、契約侵害の不法行為の要件として不法な手段の使用を要求する立場が貫徹されている<sup>(41)</sup>。ここでは、適法手段による侵害の場合に絞って見てみると、リステイトメント及び判例の立場には、競争による経済秩序との関連で疑問があるとして、<sup>(42)</sup>効率的契約違反分析 (efficient breach analysis)を展開させている。すなわち、(i)契約違反者もしくは第三者のいずれが訴えられるか不明であることに伴うコスト(一種の cost of error)がかかること、(ii)第三者と売主(cheaper searcher とされる)との取引が阻害されること、(iii)第三者は売主(cheaper salvager とされる)に比して、損害をカバーするのに有利な地位ではないこと、また、(iv)個人的労務契約の場合にも、特定履行のコストがかかる点及び被用者(cheaper searcher とされる)と第三者との取引費用の低さ等から、社会的取引費用の最小化という効率性の目的に鑑みて、第三者の不法行為責任を認めることは、非効率的な取引のインセンティブがもたらされて、望ましくないと述べられるのである<sup>(43)</sup>。そしてさらに、違反誘致の道義的責任を強調する立場に対しては、非効率的契約の違反を促進させる契約責任の処理にそぐわないとして片付けている<sup>(44)</sup>。

さらに、Dowlingの見解(一九八六)は、基本的にはPerlmanと同様である(随所に、論文の引用がなされている)が、その延長線上で一段と徹底させて、契約侵害の不法行為の廃棄を提唱している<sup>(45)</sup>(もつとも、詐欺・名誉毀損・反トラスト法違反等の別の不法行為が成立するときには、第三者の責任を肯定されるから、実質的には、それ自体として不法手段の使用を要件

とする Perlman の立場と大差なく、結局は、立証責任の相違に帰着するようである<sup>(46)</sup>。そしてその論拠の中心は、(i) 効率的契約違反を促進させるといふ契約法のポリシーとの衝突という問題を完全に回避するためには、Perlman の立場では不充<sup>(47)</sup>分であり、それを一歩進める必要があると言う点にあり、さらに、(ii) 被害者は彼自身が作り出した契約上の訴権のみを利用すべきであり、従って不法行為法上の保護を薄くしてもよいとか、(iii) 侵害不法行為を認めても第三者の行動への影響はあまりなく、むしろ契約違反がしやすくなるとか等と述べられているが、なお論証不十分の感は否めない<sup>(48)</sup>。

### 三—二 判例支持説からの反駁

(1) しかし、このような限定的見解が出る一方で、判例と同様に、広く契約侵害の不法行為を認める立場も依然として有力である。特に、矯正的正義 (corrective justice) の立場から property right の保護を重視し、功利主義 (法の経済分析) に対しても批判的な論文を発表している Epstein の本稿の問題に関する見解 (一九八七) が注目されるが、以下では時期を追って見てゆくことにする。

(2) まず、Dantforth 論文 (一九八一) は、Dobbs 論文の翌年に出され、同論文を意識しつつも、判例及び伝統的な学説を踏襲している<sup>(52)</sup>。そして、注目されるのは、契約を property right とする分析は二〇世紀早期に支配的であったに止まると述べて、<sup>(53)</sup> 前述の限定説を踏まえてか、契約の保護を肯定する実質的根拠が追求されていることである。すなわち、契約関係の安定ないし安全性に対する社会的利益が強調されて、契約の信頼性 (reliability) は、市場経済の基礎であり、<sup>(54)</sup> 第三者の取引行動の指針として、取引活動の安定性の基礎となるとされるのである。もっとも、契約の安定性に対する社会的利益は、第三者の取引活動の利益と衡量する必要があり、その結果として、意図的侵害者こそが、倫理規範——契約の信頼性——を侵していると結論づけている<sup>(55)</sup>。

また、Fine 論文 (一九八三) は、Epstein の corrective justice の立場から出発して、<sup>(56)</sup> 経済的効率性を指針とする Perl-

manの分析に正面から対峙し、既存の判例法の合理性を説明する記述的理論 (positive theory) の構築に努めている。すなわち、「未獲得のプロパティに対する追求権」という property right の中間的段階から、契約侵害の不法行為責任を統一的に説明するとのアプローチがとられており、論文でも述べられるように、一種の property analysis を行うものである。<sup>(59)</sup>

そして、最近発表された Epstein 論文 (一九八七) では、この分野は近時の不法行為理論の統一化の試みにおいて等閑視されていた (neglected stepchild であつたとする) とし、また、従来の strict liability or negligence の議論は、物理的侵害の場合には重要であるが、契約侵害には妥当しないとされている。<sup>(60)</sup> その上で、ここでの問題は物理的侵害 (destruction) ではなく、「奪取」 (taking of property) に関する不法行為であると述べて、「表見所有権 (ostensible ownership) の法理」の問題として理論的に位置づけるユニークな見解を示しており、<sup>(62)</sup> property に関する法理の適用として説明するのは、一種の property analysis のように思われる。<sup>(63)</sup> としかく、結論的には、ほとんど判例の立場と変わらないが、やや異なるのは、契約解消誘致の場合 (引き抜きで、雇傭契約違反がない場合等) に競争市場の要請に鑑みて消極的立場をとる点<sup>(64)</sup>、契約が不完全な場合 (unenforceable contracts) に保護を否定する点<sup>(65)</sup>、及び、効果として差止及び回復的賠償「被告の利益の返還」を認める点<sup>(66)</sup>などである。なお、後半部分では、効率的契約違反の立場に対する批判がなされているが、これは後に併せて扱うこととする。<sup>(67)</sup>

(28) 注目されるのは、HARPER, JAMES, AND O. S. GRAY, *THE LAW OF TORTS* (2nd ed. 1986) vol. 2 p. 356-358 において、判例を支持する初版の記述 ((1st ed. 1956) p. 517) とは異なり、限定説に理解を示す立場が説かれ、学界・裁判所ともに不安定な状況にある (p. 358) と変更されたことである。もっとも、近時の PROSSER & KEETON ON TORTS (5th ed. 1985) p.

987では、従前の立場が維持されている。

(29) 樋口範雄「契約を破る自由について」アメリカ法「一九八三—二〇二七頁以下（なお、本稿の問題についても、二二九頁で言及される）、飯山昌弘「法の経済分析——契約法の周辺——」都立法学会雑誌二五巻一号（一九八四）五二〇—五三一頁、神田秀樹—小林秀之「契約（救済）の法と経済学」法と経済学入門（一九八六）四二—五七頁、ポリンズスキー（原田—中島訳）・入門法と経済—効率的法システムの決定（一九八六）四六—五二頁、森村進「契約の拘束力の基礎づけ」人間の秩序（一九八七）二〇—二二—二〇五頁等参照。なお、この種の考え方がアメリカで風靡していることは、例えば、阿川尚之・アメリカン・ロイヤルの誕生（中公新書）（一九八六）五三頁からもうかがえる（もともと、同書・九九—一〇〇頁では関係維持の重要性にも触れられる）。道田教授は、これを「アメリカの契約観」だとされており（前掲書（一九八七）二七頁、九七頁）、北川教授も、アメリカでは契約意識が低く、契約法理もそうなっていると述べられる（法意識の現状をめぐって（法社会学三七号）（一九八五）六一—六三頁）。

(30) O. W. Holmes, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457, at 462 (1897) そしてこれに関しては、Pollockから、契約違反を単なる損害賠償支払の選択 (election; alternative) と見ることは、Lumley v. Gye 及びそれを支持する判例の立場を否定することになるのではないかと書信（一九九七年九月—十月）が寄せられている（THE POLLOCK-HOLMES LETTERS (Howe ed. 1942) 80, cited in Birmingham, *infra* note 31 (1970), at 283 note 42). Holmes がアメリカの法学史上どのように位置づけられるかは、興味深い問題であるが、この点について、例えば G. Gilmore は次の如く指摘している。すなわち、リアリストで道徳を排除した Holmes は、過去と断絶 (Sharp break) があり、彼の提唱した原理は、契約上の義務履行についての道義上の責任を否定し、契約責任に対する客観的アプローチをとった点で、革命的意義を持つとする (THE DEATH OF CONTRACT (1974) p. 17, 20, 31, 112)。

(31) R. L. Birmingham, *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*, 24 RUTGERS L. REV. 273, at 281—285, 292 (1970) . また、Hartzler, *The Business and Economic Functions of the Law of Contract Damages*, 6 AM. BOS. L. J. 387, at 392—393 (1968) ; E. A. Farnsworth, *Legal Remedies for Breach of Contract*, 70 COLUM. L. REV. 1145, at 1147 (1970) ; H. Barton, *The Economic Basis of Damages for Breach of Contract*, 1 J. LEGAL STUD. 277, at 291 (1972) へも、同様の考え方が示唆されているが、それ程詳しくはなす。

- (32) C. J. Goetz & R. E. Scott, *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle : Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach*, 77 COLUM. L. REV. 554, at 557-559 (1977) 参照。
- (33) R. A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* (1st ed. 1973) p. 55-60 ; (2d ed. 1977) p. 89-90 ; (3d ed. 1986) p. 107. 契約違反による利益が、契約履行による利益よりまゝなる時には、an incentive to commit a breach が生じ、またそうでなければならぬと述べられる。その他、P. Linzer, *On the Anomaly of Contract Remedies — Efficiency, Equity, and the Second Restatement*, 81 COLUM. L. REV. 111, at 112-116 (1981) でも、商事取引の場合に絞つてであるが、効率的違反が支持されている。また、T. S. Ulen, *The Efficiency of Specific Performance : Toward a Unified Theory of Contract Remedies*, 83 MICH. L. REV. 341, at 342 (1984) では、経済的効率性の契約法への導入による理論の進歩の中心的部分 (key advance) として、効率的契約違反の考え方を述べている (*id.* at 344-345 も参照)。
- (34) D. B. Dobbs, *Tortious Interference with Contractual Relationships*, 34 ARK. L. REV. 335, at 338 (1980).
- (35) *Id.* at 343.
- (36) *Id.* at 346 ((i)), 351, 355 ((ii)), 356-357 ((iii)), 358 ((iv)), 360-361 ((v)).
- (37) *Id.* at 365-373.
- (38) *Id.* at 374-375.
- (39) *Id.* at 375 note 154.
- (40) H. S. Perlman 自身、Dobbs の立場を批判し、非経済的 (non-economic) 事由は、それほど重要ではないとしてゐる (*Interference with Contract and Other Economic Expectancies : A Clash of Tort and Contract Doctrine*, 49 U. CHI. L. REV. 61, at 92 note 131 (1982))°
- (41) *Id.* at 62, 128.
- (42) *Id.* at 78.
- (43) *Id.* at 83-84, 86-87. もともと競業禁止義務条項の特定履行及び第三者への差止に関しては、積極的立場がとられている (*id.* at 113 note 234)°
- (44) *Id.* at 93.

- (45) D. C. Dowling, *A Contract Theory for a Complex Tort: Limiting Interference with Contract Beyond the Unlawful Means Test*, 40 U. MIAMI L. REV. 487, at 513, 519.
- (46) *Id.* at 512 (but Perلمانは意図的侵害の立証を原告に負わせるだけで、侵害行為自体に不法性がないことの立証責任を被告に課していること) (*supra* note 40 (1982), at 77を引用する)；Dowlingはそれに反対し、原告に第三者の独立の不法行為を立証させる必要があると説いている (*id.* at 514)。
- (47) *Id.* at 514-515. その「刑法との権衡論に対しては、契約違反は、取引上の判断 (business decision) であり、それに働きかけることは非難されるべきではない」と述べて (*id.* at 517) 斥けている。
- (48) *Id.* at 515-516, 519 (iii), 508 (iii). 後者は、Perلمانとも異なる理解である。その他、(ii)と関連して、契約侵害の不法行為を認めると、「二重賠償 (double recovery) の余地があり、社会的損失が生ずるとされる (*id.* at 509) が、あまり説得的ではない。
- (49) 本稿の問題から逸れるが、取引関係 (business relation) の侵害の方が、契約侵害より保護に値すると述べられ (従ってその限りでPerلمانの立場は支持されるとする)、「この点は歴史的にも支持されるとしている (*id.* at 511, 513, 517-518, 519)」。しかし、このような「通常とは全く逆の立場の論証としては、不十分のように思われる。
- (50) 近時の Epstein の立場を示すものとして、例えば、Nuisance Law: *Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints*, 8 J. LEGAL STUD. 49 (1979); *Causation and Corrective Justice: A Reply to Two Critics*, 8 J. LEGAL STUD. 477 (1979) があり、正義の要請と功利主義 (効率性) の要請との調和が試みられている。なお、「矯正的正義」とは、周知のように、「配分的正義」と対比するアリストテレスの正義論 (高田三郎訳・ニコモス倫理学 (b) (岩波文庫) (一九七二) 一八一頁以下) に由来し、人間交渉の場でバランス (均等) の保持をはかる正義であり (契約関係の場面では、後世「交換的正義」(commutative justice) と呼ばれることについては、加藤新平・法哲学概論 (法律学全集) (一九七六) 四四五-四四六頁参照) Epstein が、不法行為法を矯正的正義のシステムであると言う際には、まず個人の liberty 及び property の保護を重視するという意味がある (*Intentional Harms*, 4 J. LEGAL STUD. 391, at 441 (1975))。従って、自由尊重的である——すなわち、国家の役割を重視しない——という意味では、「功利主義的な経済分析論者と近似しているが、property right の保護を目的とする点で思考タイプが異なっている。そして、この目的 (property right の不可侵性 (inviolability) ならびに自律性 (autonomy)

- の確保とも述べられる)との関係で、所有秩序 (ownership rules) と不法行為法とは緊密な関係に立つと説かれている (Causation and Corrective Justice, *supra* (1979), at 499-501)。
- (51) J. Danforth, *Tortious Interference with Contract : A Reassertion of Society's Interest in Commercial Stability and Contractual Integrity*, 81 COLUM. L. REV. 1491, at 1493 note 14 (1981) にその引用がある。
- (52) 例えば、強制履行できない契約 (unenforceable contract) にも、不法行為法上の保護を認めている (*id.* at 1518-1519) のは、従来の見解と同様である。
- (53) *Id.* at 1502 note 82.
- (54) *Id.* at 1493, 1509, 1511, 1513-1514.
- (55) *Id.* at 1522-1523.
- (56) B. L. Fine, *An Analysis of the Formation of Property Rights underlying Tortious Interference with Contracts and Other Economic Relations*, 50 U. CHI. L. REV. 1116, at 1118, 1124 (1983).
- (57) *Id.* at 1120.
- (58) *Id.* at 1126 では、the right to free pursuit of unacquired property, including unacquired performance と述べられており、契約の締結により原告は履行につき排他的な権利 (an exclusive right/a right that is superior to a third party's right to advance his own commercial interest) を取得するとしている (*id.* at 1137, 1142)。
- (59) *Id.* at 1139.
- (60) Epstein は、通常の不法行為の場面においても、「厳格責任理論」(theory of strict liability) と称して、重畳的な訴訟過程に即した再構成を試みているが、これについては、小林秀文「アメリカ不法行為法字における新潮流(二)」志林八一巻二一  
号九頁以下(一九八三)参照。
- (61) R. A. Epstein, *Inducement of Breach of Contract as a Problem of Ostensible Ownership*, 16 J. LEGAL STUD. 1, at 2, 11 (1987).
- (62) *Id.* at 2-3, 21 et seq.
- (63) 契約違反誘致がある場合には、property right の喪失を語ることもでき、「表見所有権」法理による説明ができるとする(*id.*

at 23)。また、Epsteinは、「奪取」不法行為から公法的な「収用」(eminent domain)をも包括する統一理論を試みる著書を発表しているが、そこでも「契約上の権利は処分権に関わる property rightである」ことが指摘されている（TAKINGS : PRIVATE PROPERTY AND THE POWER OF EMINENT DOMAIN (1985), at p. (脚註) 74, 88)。

(75) *Id.* at 22. *cf. id.* Epstein, *In Defense of the Contract at Will*, 51 U. CHI. L. REV. 947, at 963-976 (1984) も参照。

(99) *Id.* at 28, 41. その他、第三者の行為態様として積極性が要求されず、認識しつゝ受領 (receipt) することですりとする点 (*id.* at 27-28) もやや異なる。

(97) *Id.* at 34 et seq.

#### 四 若干の考察

以上に、近時の学説の動向をやや詳しく見てきたが最後に私なりの若干の検討を加えておきたい。すなわち、先に述べた限定的学説（三一参照）は、契約の対第三者保護をかなり広く認めるアメリカ判例法（二参照）に対する——そして日本法の下でそれを強調する私見に対する——問題提起として受け止めることができるのであるが、限定説ひいてはその前提をなす効率的契約違反分析には、今尚いくつかの問題点が含まれているようであり、直ちに賛同できないように思われる。そこでここでは、アメリカにおける批判的見解を踏まえつつ、簡潔に問題点なり将来の課題を列挙しておくこととしたい。

(1) 「効率的契約違反分析（費用便益分析）に対する内在的批判」

まず、効率的契約違反が主張される際になされる費用便益分析に関する問題点としては、さしあたり次のことが指摘できよう（なお、二重契約の図式化として、A—B間でまず契約が結ばれていたところ、Aが違反してA—C間で新契約がなさ

説  
れた場面を考えて、以下での議論を進めてゆく。

論

まず第一に、Bの効用(すなわち損害)の填補の仕方として、期待利益の賠償だけでは不十分ではないかという点である。<sup>(68)</sup>言うまでもなく、契約法上の損害賠償にはハドレー・ルールに伴う制約(契約時における損害の予見可能性等)<sup>(69)</sup>があり、また、契約の履行に代替性がない場合の効用(損害)の算定はかなり難しいのではないかと思われる。そして留意すべきは、契約侵害が問題となるのは主としてこのような場合であるということである。

第二に、契約違反後にA—B間で生ずるコスト——例えば、示談・訴訟等のコスト——が十分に顧慮されていない憾みがある。<sup>(70)</sup>確かに、取引費用がゼロと仮定するならば、コースの定理によつて、契約による財の配分如何にかかわらず、効率性「パレート最適」が達成されて、Cの効用が大であれば、財はCに帰着する。<sup>(71)</sup>そして実際には、取引費用はゼロではないため、そのコストが安価になるような取引態様が求められ、効率的違反を支持する論者は、A↓B↓CよりもA↓Cの方が安価だからと説くのであるが、ここにはA—B間の契約違反によるコストへの配慮が稀薄である。

また第三に、Perman論文では、Aがcheaper searcher & salvagerであるから、Aに契約違反させる方がcheaperだとされて、<sup>(72)</sup>情報入手等に関する価値判断がなされているが、その論証はなされておらず、むしろ逆に、Bの効用とCの効用との比較はBに判断させた方がよいという考え方(Garber (一九八〇))<sup>(73)</sup>も充分可能である。

さらに第四に、効率的違反を認めるか否かという問題は、余剰利益(surplus)を、違反者Aに帰属させてよい(それともAには帰属させない)という分配(distribution)上の相違点も出るために、契約違反の方がパレート優位(pareto superior)とは言えなくなるとの問題がある。<sup>(74)</sup>

そして第五に、効率的契約違反を促すことには、取引第三者への影響(外部的効果)——社会的影響——が生ずることになるが、これをどのように考慮するかという問題も存在する。この点は、Danforth論文が強調するところであるが、<sup>(75)</sup>

その後、Macneil（一九八二）、Harris（一九八四）らも指摘している。<sup>(76)</sup>

(2) 「より基本的ないし方法論的批判」

そしてさらに、効率的契約違反理論（及びその反映としての契約侵害の不法行為の限定）に対しては、経済学の導入による効率性を基軸とした費用分析というアプローチ自体に対する疑問を投じうることは、昨今の議論からも示されている。

例えば、第一は、「所得分配」の問題をどう扱うかという点である。そもそも、契約侵害の不法行為を認めることの實際上の最大のメリットは、第三者を訴えるルートを創設することにより引当財産を殖やすところにある、この点は、契約相手方がしばしば無資力であるという実情に鑑みると極めて重要であり、夙に *Lunley v. Gye* 判決でも意識されたことであつた。<sup>(77)</sup> そして第三者の不法行為が問題とされる場合に、現実には契約上の訴権の存在が重視されていないことは、判例分析から知られるところである（従つて、契約法上の救済があるから、不法行為法上の保護を薄くしてよいという論法（Dowling 論文<sup>(79)</sup>）には問題がある）。しかし、経済分析モデルでは各人の所得の相違の問題は視野外に置かれているために、モデルの論理では、C の出捐により（A の契約責任を通じて）B の保護がはかられるはずなのに、現実には、B は保護を受けられない（A は金貨を他の目的に費消する）という「モデルと現実とのギャップ」が間々生じうる。これは、資源配分の問題だけに限定して「弱い価値判断」を目指した厚生経済学の手法に伴う問題であり、不法行為の存否を論ずる際に無視することができないと思われる。

また第二に、今日の種々の契約関係（殊に継続的契約の場合）は、効率的違反論者が説く如く、単に損害賠償をするだけで清算されると言えるのか、換言すれば、履行又は損害賠償という契約主体の「自由な選択」により生成、消滅するものにすぎないとして割り切ることができるとかという疑問を出すこともできよう。この点で、関係理論を提唱して

いる I. R. Macneil は、ミクロ経済モデル（新古典派モデル）はそのバックグラウンドをなす現実の複雑な関係を無視している（relation-omitting model であるとする）として、社会学的研究から、経済分析的手法に対する批判を行って、興味深い。そして、効率的違反に対しては、協同性（cooperation）ないし関係（relation）への配慮を欠いた個人主義に偏した考え方であると批判しており、ホモ・エコノミクスの効率的モデルに対する一つのアンチ・テーゼとして、注目すべき潮流である。<sup>(83)</sup> 関係理論は、単に経済分析批判に止まらず、広く社会構造論（例えば、個人・社会・国家の相互の関係・位置づけ、官僚論——官僚の拡大と契約規範との関係、共同体論——Macneil は共同体主義者（communitarian）である）にも射程を及ぼす奥行のある理論であるが、契約関係の重要性を説く本稿の立場にも有益な基礎を与えるものとして、今後研究を進めていきたいと考えている。

さらに第三に、法哲学的には、「正義」の実現の仕方として効率性を偏重することに対する疑問を提起できよう。すなわち、効率性（efficiency）を至上目的として、契約をその実現のための道具（instrument）として把握する「目的＝手段」的思考様式（パラダイム）に対する批判であり、契約遵守の倫理・道義の軽視に対する不満とも繋がるものである。

そして、これに関連して見逃せないのが、周知の如く、近時は盛んに権利主義的正義論が議論されていることであり、これは効用主義（功利主義）に拮抗する考え方であり、功利主義が社会全体の利益を重視して所与の所得分配への関心が稀薄であることを衝いて、個人（自律性ある道徳的人格）の自由・権利及び財産（property）の保護、それ自体を目的とし、<sup>(87)</sup> それにより「秩序ある社会」がもたらされると説かれるのである。そして、不法行為法のレベルにおいても、経済学的アプローチに対するアンチ・テーゼとして述べられている Fletcher の相互性（reciprocity）のパラダイム及び Epstein の矯正的正義論は、その哲学的基礎を探ると、近時の哲学的潮流と符合している。すなわち、前者は Rawls の「公正としての正義」の第一原理「基本的諸自由への平等な権利」の影響が認められ、<sup>(90)</sup> 後者は Nozick の強い影響——ひい

ては Locke の自然権思想の影響——の下に自由尊重主義 (libertarianism) の立場から、個々人の原初的権原 (original entitlement) 及び自律性 (individual autonomy) を強調する一環で説かれているのである。<sup>(91)</sup>

では、このような伝統的な考え方の復権及びその権利・財産保護の主張の延長線上で捉えうる property analysis による契約侵害法理の基礎づけをどのように見るべきであろうか。かつて私は、契約侵害の理念的基礎としてイギリスの伝統的な「自由競争」の観念(例えば、J. S. Mill の考え方)——競争と倫理との融合的理解——に求め、それが保守的論者から説かれる論理であることを指摘したが、まさにアメリカの昨今の状況はそれと通ずるところがあるという意味で示唆的である。哲学的にないし政治的にいかなる立場をとるべきかは、難問であり、ここで結論を出すことはできないが、仮に Nozick の如く徹底した考え方を採らなくとも、Rawls, Dworkin のようなやや折衷的な立場<sup>(92)</sup>（「格差原理」）マクシミン・ルール）及び「平等な配慮」は、リベラルな福祉国家観に繋がらうる）からも、効率的分析とは異なるアプローチにより、契約の保護に積極的な立場が導けるように思われる。そして、このことは、近年注目されている「経済の前提としての法」の側面<sup>(93)</sup>を強調することにもなるであろう。

(68) 例えば、Espstein, *supra* note 61 (1987), at 37 では、契約法上の期待利益の賠償には法理上の制限が伴い、市場性のないもの場合には、「不確実である (speculative)」として賠償が認められない損害もあるとする。

(69) これについては、平井宜雄・損害賠償法の理論 (一九七二) 一一六—一三〇頁、望月礼二郎・英米法 (現代法律学全集) (一九八二) 四二〇—四二四頁など参照。なお、この点が既に Lumley v. Gye 判決において意識されていたことは、注目に値するであろう (拙稿・前掲 (三) 法協一〇二巻一二号 (一九八五) 一三三—一三五頁参照)。

(70) この点に関しては、D. A. Farber, *Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract*, 66 Va. L. Rev. 1443, at 1453-1454 (1980); I. R. Macneil, *Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky*, 68

- VA. L. REV. 947, at 957-958 (1982); Epstein, *supra* note 61, at 36 (1987).
- (71) 財の流れとしては、特定履行の場合には A → B → C、契約違反の場合には A → C、契約解消の場合には A → B → A → C となる。
- (72) See, *supra* note 43.
- (73) Farber, *supra* note 70 (1980), at 1454.
- (74) *Id.* at 1454-1455.
- (75) See, *supra* note 54.
- (76) Macneil, *supra* note 70 (1982), at 958 et seq.; マナルド・ハリス「法的諸問題の解明のための経済学上の視角の活用」法社会学三十六号（一九八四）八三頁。
- (77) 拙稿・前掲（三）法協一〇二巻一二号（一九八五）二三四三頁、二三五九—二三六〇頁参照。
- (78) イギリスについては、拙稿・前掲（四）法協一〇三巻一号（一九八六）一〇七一—一〇八頁参照。また、アメリカの前述した判決例（注（13））（16）参照）に於いても、同様のことは指摘できる。
- (79) See, *supra* note 48.
- (80) この点については、さしあたり、今井賢一他・価格理論Ⅱ（現代経済学）（一九七二）一〇〇頁、平井宜雄「法政策学序説（5）」ジュリスト六一八号（一九七六）一三〇—一三三頁、同・法政策学（一九八七）一〇五一—一〇七頁参照。
- (81) I. R. Macneil, *Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a "Rich Classificatory Apparatus"*, 75 NW U. L. REV. 1018 (1981) では、新古典派モデル——単一的モデル (unitime model) による——には、適用上の問題があり、事態が複雑化するとその正確さには限界が生ずるとして、現代的契約関係にも留意した多面的考察を説いている。
- (82) I. Macneil, *supra* note 70 (1982), at 968. そして、別著では、契約上の連帯性、社会秩序との調和等は、relation から生ずる common norms によるより、継続的取引によるより、それらは関係の維持・調和として、一層強調されることになっている (THE NEW SOCIAL CONTRACT — AN INQUIRY INTO MODERN CONTRACTUAL RELATIONS (1980) at 52, 58-59, 65 et seq.)。また、同書を敷衍するその後の論稿では、「連帯性」(solidarity) は「相互性」(reciprocity) と並んで、本質的な行動原理で

あり、その意味で、「契約上の連帯性」は重要な一般契約規範たるもの（*Values in Contract: Internal and External*, 78 NW. U. L. REV. 340, at 348-349 (1983)）。

(83) 木下毅「日米比較私法序説」藤倉編・英米法論集（田中遼曆記念）（一九八七）三七三—三七四頁では、前注の著書を指して、法の成長・発展を社会との関係で経験主義的に把握しようとする「法と社会」研究の画期的業績であるとしている。また、同・アメリカ法法「一九八五—二〇〇四」三四頁も参照。

(84) この点については「マクネル、*supra* note 2 (1983), at 351-355, 379-381, 397-418; do., *Bureaucracy, Liberalism, and community* — *American Style*, 79 NW. U. L. REV. 900 (1984-85), at 900-905, 934 et seq. 参照。なお、立場は異なるが、契約「関係」の重要性に注目するものとして、V. P. Goldberg, *Toward an Expanded Economic Theory of Contract*, 10 J. ECON. ISSUES 45 (1976); do., *Relational Exchange: Economics and Complex Contracts*, 23 AM. BEHAVIORAL SCIENTIST 337 (1980); O. Williamson, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, 22 J. LAW & ECON. 233 (1979) など参照。また、取引関係に於て、「インフォーマルで個人的な関係が基礎をなす」として「非契約法的」「非法律的」な側面に注目する——本稿との関連では、例えば「契約違反による社会的評判 (social reputation) の失墜」ということは無視できないであろう——S. Macaulay の社会学的業績 (*Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 AM. SOCIOLOGICAL REV. 55 (1963), *Elegant Models, Empirical Pictures, and the Complexities of Contract*, 11 LAW & SOC. REV. 507 (1977); *An Empirical View of Contract*, 1985 Wis. L. REV. 465) や「同様の系譜に属するものとして」数々の論文などにも留意せよ。

(85) 例えば、E. A. FARNSWORTH, *CONTRACTS* (1982) § 12. 3 p. 818 以下、契約法の経済分析の箇所として指摘されている。またさらに「経済学導入の興隆の一方で、契約法固有の約束法理 (promise principle) など意思理論 (will theory of contract) の復権を説く有力な流れがある (C. FRIED, *CONTRACT AS PROMISE: A THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATION* (1981) [本書については、木下毅・アメリカ法「一九八三—二〇〇四」二六四頁以下参照])、ことにも「注意されよう」。

(86) 塩野谷祐一「価値理念の構造——効用対権利 (二九八四) 一九頁では、「効用対権利」という論争は、「一八世紀以来の」「功利主義ないし社会的効用の理論と自然権・自然法の理論」との対立の再現であるとされ、また、「道徳概念としての善 (幸福) と正義の価値的先行関係にも関わって、権利論は後者を前者に優先させて、効率の規範に対する前提的枠組を与えるも

のだとされている(同書四五二頁、四五七頁、四六〇頁参照)。

(87) 平井教授は、法律学に固有の「法」正義「思考様式」(法的思考様式)ないし法的決定モデルの核心として、個人(当事者)それ自体を目的として、他者との比較の下に正義公平を考える点にあるとされており、「法の解釈」論覚書」加藤編・民法学の歴史と課題(来栖古稀)(一九八二)八九頁、法政策学(一九八七)一四頁、五九一六〇頁等)、この点では権利主義的正義論も同様であると言える。

(88) 近時のアメリカの規範的正義論については、例えば、井上達夫「正義論」現代法哲学Ⅰ(一九八三)六六頁以下(同・共生の作法(一九八六)一〇一頁以下に所収)参照。

(89) G. P. Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 HARV. L. REV. 537 (1972). その大要は、小林秀文・前掲(二)志林八一巻二号(一九八三)一一九頁に紹介されている。

(90) *Id.* at 550で引用されている。

(91) R. A. Epstein, *Intentional Harms*, *supra* note 50 (1975), at 441 note 129 以下。R. Nozick の立場を支持すると述べており、do, *Causation and Corrective Justice*, *supra* note 50 (1979), at 487-488 以下。自説を libertarian theory と称して、個人の自由及び財産 (property) の保護を強調している。もともと「強制的取引 (forced exchange)」の許容という形で、功利主義的要請との調和・折衷が試みられていることには注意される (see, TAKINGS, *supra* 63 (1985), at 336-338, 343-344)。

(92) 拙稿・前掲(三)法協一〇二巻二号(一九八五)一三六〇頁、同・前掲(五)法協一〇三巻二号(一九八六)三〇三—三〇四頁参照。

(93) 例えば、佐々木毅・現代アメリカの保守主義(一九八四)一一二頁、一九七頁、二二六頁では、リベラリズムの哲学的立場として、Rawls・Dworkin に言及されるが、他方で、ロックの伝統を引く、権利主義・個人主義の立場であるともされている(同・保守化と政治的意味空間——日本とアメリカを考える——(一九八六)一四三頁)。

(94) 落合仁司・浜田宏一「法の論理、経済の論理」現代法哲学Ⅲ(一九八三)三三〇—三三二頁、三三三頁。ここでは、この側面をクローズアップさせたのが、F. A. Hayek の「自生的秩序 (spontaneous order)」の主張(これについては、嶋津格・自生的秩序——ハイエクの法理論とその基礎(一九八五)一〇七頁以下参照)であるとされる。

## The Recent Movement of the Tort of Interference with Contractual Relations in the U.S.A.

Kunihiko YOSHIDA\*

The focal point is as follows : whether or not a person who interferes with a certain contractual relationship (his competitor's contractual right) is held liable, even though he does not use unlawful means to do so.

### I. The Case Law

The attitude of American courts is almost the same as that in England, which was examined in my previous article. That is, the *Lumley v. Gye* principle has been accepted in almost all the states in the U.S.A., so that the unlawful-means test has not been adopted. And interestingly enough, some judges award broader protections compared to English law in some cases, such as unenforceable contracts or contracts terminable at will. As for the basis of this tort, the need for contractual stability or business morality has been mentioned.

The interference tort has been discussed in many situations, including labor disputes and unfair competitions. Examples are : (1) infringement of exclusive dealing ; (2) "picking-out" (acquiring employees from a competitor ; violation of non-compete clauses ; disclosure of confidential information); (3) interference with real estate brokerage contracts ; (4) inducing termination of employment at will contract ; (5) successive dealings. (Labor disputes are now regulated by federal law.)

### II. Recent Changes in Legal Scholarship

Although scholars traditionally support the position taken in the case law, a different view has been advanced in the 1980's by law & economics theorists. They have introduced into this field the idea of efficient breach of contract, i. e., that value-maximizing breach should be encouraged. Therefore, according to this view, the ambit of the interference tort should be restricted to the effect that tortious

---

\*Associate Professor, Faculty of Law, Hokkaido University

liability can be established only when an unlawful act is done. Of course, even nowadays, those who support the case law position are making strong arguments against the efficient breach theory from the viewpoint of property analysis.

### III. Some Observations

The restrictive opinion by way of economic analysis, which conflicts with the idea of relational protection, seems to be unacceptable for the following reasons.

To begin with, there are several problems with the cost-benefit analysis, i. e., the way in which micro-economic model is to be applied. For example, the costs of dispute resolution (esp. litigation costs) and externalities to third parties are not satisfactorily considered in the efficient breach theory.

Furthermore, it seems to me that there are also methodological problems in this approach. Firstly, the distributional question is beyond the scope of the economic model, although it is crucial from a practical viewpoint when we decide tort liabilities. Secondly, it should be noted that relational theorists, most prominently Prof. I. Macneil, criticize this model as relation-omitting from a sociological viewpoint. Thirdly, contrary to the instrumental way of thinking which includes the efficiency theory, the property or right analysis is also to be considered from a jurisprudential viewpoint.