HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	契約責任の帰責根拠としてのfaultの役割 ： アメリカ契約法におけるfaultの発見を端緒として
Author(s)	木戸, 茜
Degree Grantor	北海道大学
Degree Name	博士(法学)
Dissertation Number	甲第12522号
Issue Date	2017-03-23
DOI	https://doi.org/10.14943/doctoral.k12522
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/65577
Type	doctoral thesis
File Information	Akane_Kido.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

学位申請論文
木戸茜

契約責任の帰責根拠としての fault の役割
――アメリカ契約法における fault の発見を端緒として――

木戸　茜

序論
I.　問題意識
II.　考察対象と分析の視角
III.　本稿の構成

第一章　アメリカ契約責任法理の形成と転換
I.　はじめに
II.　アメリカ契約法の発端
III.　第一次契約法リステイトメント
IV.　UCC 第二編（売買）
V.　第二次契約法リステイトメント
VI.　アメリカ契約責任法理の転換
VII.　契約の死
VIII.　関係的契約理論
IX.　小括

第二章　アメリカ契約法における fault の発見
I.　はじめに
II.　契約責任の歴史における fault
III.　契約違反に対する救済における fault
IV.　契約法における信義則と fault
V.　損害賠償額の調整における fault
VI.　契約当事者へのインセンティブと fault
VII.　契約違反の反倫理性・非難性としての fault
VIII.　法と経済学からの反論
IX.　裁判例における fault
X.　小括

第三章　日本法における契約責任法理の展開
I.　はじめに
II.　契約違反に基づく損害賠償法理
III.　契約責任法理に関する伝統的通説の形成とその評価
IV.　契約責任に関する学説の展開
V.　債権法改正における契約責任の帰責根拠
VI.　小括

第四章　契約内容の決定にかかわる日本法の学説の展開
I.　はじめに
II.　資本主義社会における契約法理論
III.　意思主義の復権
IV.　契約正義論
V.　関係的契約論
VI.　基本権に基づく私的自治の再構築
VII.　交渉秩序と実効的な私的自治
VIII.　契約の法性決定
IX.　典型契約論
X.　小括

第五章　日本の裁判例における契約責任の帰責根拠
I.　はじめに
II.　契約責任の帰責根拠に関する裁判例
III.　裁判例の分析
IV.　わが国の契約責任論との整合性
V.　アメリカ契約法における fault 論による再構成
VI.　小括

終章
I.　契約責任の帰責根拠
II.　アメリカ契約法における fault の役割
III.　わが国の契約法における fault の役割
IV.　日本法への示唆
V.　課題と展望

参考文献表

序論

I. 問題意識

契約当事者はなぜ契約責任を負うのか。

契約における合意に反したことが契約責任の根拠となることは、自明であるかに思われる。例えばアメリカ契約法においては、pacta sunt servanda（契約は履行すべし）は承認された格言であり、各人は自らの約束を守り実行せねばならないとされる[1]。アメリカ法における契約責任が伝統的に厳格責任であると解されてきたことも、このことと整合的である[2]。一度成立した契約は履行されねばならず、契約によって引受けたことを履行しない当事者は、そのことをもってただちに契約責任を負わねばならない。

わが国の契約法においても、近時、契約責任の正当化根拠を「契約の拘束力」に求める見解が有力となっている[3]。そこでは帰責根拠は、債務者が契約において約束したことを履行しないことに求められる。この考え方は広く受け入れられ、現在国会での審議を待っている民法（債権関係）改正法案[4]においても採用されている[5]。

---

[1] pacta sunt servanda はカノン法に由来する法諺であり、自然法の中でも最も神聖な規範であると説明される。BRIAN A. BLUM, CONTRACTS §1, at 1 & n1 (4th ed. 2007).なお、同法諺は「約束は守るべし」、「約束原理」とも言われる（内田貴『契約の再生』弘文堂（1990年）107頁以下）他、「合意は遵守されるべし」、「合意原則」との語も用いられる（内田貴・大村敦志・角紀代恵他「〔特別座談会〕債権法の改正に向けて――民法改正委員会の議論の現状（上）・（下）」ジュリ1307号102頁以下・同1308号134頁以下（いずれも2005年））。

[2] 例えば第二次契約法リステイトメントにおいて、「契約責任は厳格責任である。pacta sunt servanda は承認された格言である」との記述がある。RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS ch.11, introductory note, at 309-12 (1981).また、Farnsworth は、「契約法はその本質的な構想において厳格責任の法である」と説明する。E. ALLAN FARNSWORTH, CONTRACTS §12.8, at 761 (4th ed. 2004).わが国でも、アメリカ法における契約責任は厳格責任であると紹介されている。樋口範雄『アメリカ契約法〔第2版〕』弘文堂（2008年）67頁。

[3] 森田宏樹『契約責任の帰責構造』有斐閣（2002年）46頁以下、潮見佳男『債権総論〔第2版〕Ⅰ――債権関係・契約規範・履行障害』信山社（2003年）269頁以下、同『債権総論〔第4版〕』信山社（2012年）55頁以下。また、契約責任の帰責根拠を「契約の拘束力」によって基礎づける学説を概観するものとして、小粥太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリ1318号（2006年）117頁以下を参照。

[4] 「民法の一部を改正する法律案」内閣提出法律案第63号、「民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律案」同64号。2016年11月16日の192回国会において審理が開始され、次回以降の国会での成立が待たれる。

[5] 後述するように、わが国の伝統的通説は、契約違反に基づく損害賠償責任の要件として、i）債務の本旨不履行、ii）債務者の故意・過失または信義則上これと同視すべき事由を掲げており、過失責任主義を採用していた。これに対して、法制審議会民法（債権関係）部会では、契約違反に基づく損害賠償責任の帰責根拠を「過失責任の原則」から「契約の拘束力」へと転換する方針であることが説かれた。民法（債権法）改正検討委員会編『詳解　債権法改正の基本方針Ⅱ契約および債権一般（1）』商事法務（2009年）244、246-247頁。

帰責根拠を契約違反そのものに求める立場は、債務者に契約の不履行があれば（不履行の理由を問わず）責任が発生するという、一見明快な責任判断構造を採用している。アメリカ契約法の歴史を見ても、客観的に明確で予見可能な形式的ルールの要請から、厳格責任主義が採用されるに至ったことは後述する通りである[6]。

とはいえ実際には、契約の不履行が帰責根拠とならない場合が生じることは否定できない。例えば、わが国では自然災害や戦乱といった不可抗力による免責を認めている[7]。厳格責任主義を採用するアメリカ契約法においても、非常に限定された場合ではあるが、force majeure（不可抗力）に基づく履行義務の減免が認められる[8]。また、第二次契約法リステイトメントでは、supervening impracticability（後発的実行不能）の場合――すなわち、「ある出来事の生じないことを基本的前提として契約が締結されている場合に、契約締結後に、そのような出来事が生じたことにより、当事者の一方の履行が、その者の過失（fault）によらずして実行不能となったとき」――には、当該履行義務は消滅すると規定されている[9]。

これらの場面では、債務者が契約において約束したことに反したとしても、債務者の責任が否定されることとなり、契約違反がただちに帰責根拠となるわけではない。さらに、契約違反が帰責根拠とならない場面は、不可抗力の事案のみにとどまらないように思われる。結論を先取りしていえば、アメリカ契約法においては、不可抗力の事案に限らず、契約違反があったとしても債務者の責任を否定することで妥当な紛争解決を導くべき場合があるためである。

債務者が契約に違反すればただちに契約責任が発生するとする責任判断構造は、形式主義的であるがゆえに迅速かつ安定した運用をもたらし得る。しかし一方で、そのような処理を文字通り徹底すれば、個々の具体的事案の妥当性への配慮に欠ける可能性は否定でき

また、内田貴『債権法の新時代――「債権法改正の基本方針」の概要――』商事法務（2009年）82頁以下、森田宏樹『債権法改正を深める――民法の基礎理論の深化のために――』有斐閣（2013年）23頁以下も参照。

6 本稿第一章Ⅸ参照。

7 「不可抗力」という概念は多義的であるが、わが国では、異常な事変、予見不可能な自然災害のほか、戦乱等の人為的状況をも含む。なお、不可抗力は免責事由であるが、「無過失（債務者に過失がないこと）」とは同一視されないことが多い。後者は「債務者が社会生活において必要とされる平均的な注意を尽くしたこと」を意味し、前者よりも広い概念であるとされる。奥田昌道編『新版注釈民法（10）Ⅱ債権（1）』有斐閣（2011年）170頁以下〔北川＝潮見執筆部分〕。

8 アメリカでは、契約の締結にあたってforce majeure clause（不可抗力条項）を設けて免責事由・範囲を広げることが一般的な慣行になっているため、契約文言上これを規定しない場合には却って履行義務の減免・猶予が狭く解釈される傾向がある。平野晋『体系アメリカ契約法』中央大学出版部（2009年）502頁以下。

9 RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS §261 (1981).以降、第二次契約法リステイトメントの翻訳は、松本恒雄「第二次契約法リステイトメント試訳（1）～（5・完）」民商94巻4号111頁以下・同5号115頁以下・同6号115頁以下・同95巻1号136頁以下・同2号139頁以下（いずれも1986年）による。

ない。当事者が契約において何を引受けていたのか、引受けたことになぜ反することになったのかを事案ごとに検討することを通じて、契約責任の帰責根拠を論じる必要があるように思われる[10]。

本稿は、契約責任の帰責根拠について、具体的事案の実質的検討の積み重ねから論じられるべきであるという立場から、契約責任の帰責構造に関する立法史、学説を概観したうえで、契約違反に基づく責任追及がなされている事案――特に、当事者が契約において明示的に合意したこと以外の要素によって責任判断がなされ得る場面――を分析する。そして、それらの事案における実質的な責任判断の検討から、一定の責任判断ルールの抽出を試みる。

II. 考察対象と分析の視角

本稿は、契約違反に基づく救済の一場面における実質的な責任判断ルールの分析を通じ、契約責任の帰責構造をいかにとらえるべきかを問うものである。研究の手法としてアメリカ契約法との比較法研究を選択し、特に、アメリカ契約法において近年盛んに議論されている fault に関する研究と、関連する裁判例を参照する。そのうえで、わが国における契約責任――とりわけ、契約違反に基づく損害賠償責任――の規定とその起草過程、学説の状況、関連する裁判例の分析を通じ、わが国の契約責任法理を理解するにあたり一定の示唆を得ることを試みる。

本稿の検討対象及び位置づけを明確にするため、以下では、課題の設定にあたって選択するアプローチについて、また、本稿において扱われるいくつかの重要な概念について、あらかじめ整理しておく。

1. アメリカ契約法における fault 論

アメリカ法において契約責任は伝統的に厳格責任であるとされてきた。すなわち、債務者が契約によって引き受けたことに反すれば、そのことをもって契約責任が生じることになる。これは、わが国の新しい契約責任論における責任判断構造と同視することができそうである。しかし近年のアメリカ契約法学をみると、契約責任を厳格責任とする伝統的法理に動揺が見られ[11]、学説上の議論が続いている[12]。ここでは、契約責任が生じるかどうか

---

[10] わが国においても、「契約の拘束力」から帰責根拠を導く場合、単純に当事者が契約において明示的に引き受けたことに反したか否かが問われるわけではないと言及されている。むしろ、当事者が契約において何を引受けていたのか、契約解釈の作業を通じて確定することがきわめて重要となるとの指摘がある。小粥（2006 年）・前掲注 3・124 頁。小粥はさらに、新理論が帰責根拠の問題を契約内容確定問題ととらえた後に、その問題解決のツールとして結果債務・手段債務（あるいは、与える債務・なす債務）の類型区分が持ち出されたことは必然であったと述べる。なお、結果債務・手段債務の区別及び新しい契約責任論については、本稿第三章Ⅳ参照。

[11] 2008 年にシカゴ大学ロー・スクールにおいて、Fault in American Contract Law と題

を判断する際、契約上の明示の義務に違反したことのみに着目するのではなく、それ以外の何らかの規範的判断がなされているのではないか、あるいはなされるべきではないかとの指摘がなされている[13]。

近年の議論においては、契約法における一種の規範的判断が fault として語られる。fault という語は「過失」と訳されることがあるが[14]、近年の fault 論の文脈では、いわゆる注意義務違反としての過失を意味するものとして論じられるわけではない。ここでは、債務者が契約責任を負う根拠が論じられ、とりわけ、当事者が契約上の明示の合意に反したこと以外の帰責根拠が fault として扱われる[15]。契約責任の有無の判断にあたっては、当事者がなぜそのような行動をとったのか、どのような行動をとることが合理的に期待されていたかが検討される。わが国の契約法学と比較した場合、fault 論は、損害賠償責任を肯定する

したシンポジウムが開催され、翌年に論文集としてまとめられている。107 MICH. L. REV. 1341 (2009).また、この論文集を修正・要約して出版したものとして、OMRI BEN-SHAHAR AND ARIEL PORAT EDS., FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW (2010).また、これらの論稿をわが国に紹介するものとして、参照、笠井修「契約責任は厳格責任か―アメリカ契約法学に見る論争―」中央ロージャーナル 7 巻 3 号（2010 年）27 頁・8 巻 1 号（2011 年）45 頁、小林一郎「米国契約法における帰責性（fault）の役割」NBL1062 号（2015 年）27 頁。

[12] 上記シンポジウムの後の学説の展開として、参照、Robert A. Hillman, *The Importance of Fault in Contract Law*, CORNELL LAW FACULTY WORKING PAPERS, PAPER 111 (2012), http://scholarship.law.cornell.edu/ clsops_papers/111; Robert A. Hillman, *The Future of Fault in Contract Law*, 52 DUQ. L. REV. 275 (2014); ROBERT D. COOTER & ARIEL PORAT, GETTING INCENTIVES RIGHT: IMPROVING TORTS, CONTRACTS, AND RESTITUTION (2014).なお、このうち 2014 年の Cooter と Porat の共著の紹介として、拙稿「【著書紹介】不法行為・契約・原状回復におけるインセンティブの最適化――ROBERT D. COOTER & ARIEL PORAT, GETTING INCENTIVES RIGHT: IMPROVING TORTS, CONTRACTS, AND RESTITUTION, Princeton University Press, 2014, pp. vii + 232――」アメリカ法 2015-2 号（2016 年）249 頁以下。

[13] 詳細は第二章。

[14] 例えば、田中英夫『英米法辞典〔第 4 版〕』東京大学出版会（1995 年）335 頁では、fault の訳語の一つめに「過失」が挙げられている。小山貞夫『英米法律語辞典』研究社（2011 年）419 頁では、「過誤」や「瑕疵」等と並んで「過失」が fault の訳語とされ、「liability without fault（無過失責任）」、「no-fault（無過失）」といった用例が掲げられている。この他、第二次契約法リステイトメント 261 条において fault は「過失」と訳されている。一方、アメリカ統一商事法典（UCC）第 1-201 条（一般定義）（16）の訳は分かれており、「『過失（fault）』とは、不法な作為、不作為または違反をいう」、あるいは「『帰責事由（fault）』は、不法な行為、脱漏または違反を意味する」とされる。なお、前者については「fault は、通常の過失のみではなく、故意を含む帰責原因一般を意味する概念として使用されるが、ここでは、『故意』は当然のこととして『過失』と訳してある」との訳注が付されている。前者の訳は、アメリカ統一商事法典研究会「アメリカ統一商事法典の翻訳（1）～（3）」法協 82 巻 4 号 526 頁以下・5 号 676 頁以下・6 号 775 頁以下（いずれも 1966 年）、後者の訳は、田島裕『UCC2001――アメリカ統一商事法典の全訳――』商事法務（2002 年）による。以降、本稿では UCC の条文訳として前者を参照することとする。

[15] なお、近年の fault 論の文脈における fault について、笠井は「過失」、小林は「帰責性」と訳している。

要件として債務の不履行に加えて債務者の過失を要求する、わが国の伝統的通説である過失責任主義とは異なるものである[16]。

また、fault 論においては、契約に違反した債務者の fault と共に、債権者の fault についても言及がなされている点に注意が必要である。ここでは、契約違反の発生や損害の発生、拡大について、債権者に何らかの寄与がある場合が論じられる[17]。fault は、債権者が救済を受ける権利を制限される根拠としても機能することになる。

2. アメリカ契約法における厳格責任主義との関係

fault 論は、契約責任の決定に規範的判断を持ち込むものであるが、これは厳格責任主義を完全に否定するものではない。アメリカ契約法における fault の意義を積極的に評価する論者も、基本的には、債務者が契約責任を負う根拠は第一義的には合意に反したことに求められると認めている[18]。そのうえで、厳格責任主義のもとで採用されてきた good faith（信義誠実）[19]等の契約法理を取り上げ、これを明示的な義務違反以外の規範的判断を行うものであり、契約法における fault の顕れであると評価する。ここでは、実際に契約当事者が意図していたかにかかわらず、good faith にのっとって行動するような黙示の義務が契約内容に読み込まれることになる（implied by law）[20]。形式的には、（黙示の）契約に反したために債務者が責任を負うということができ、その意味で厳格責任の立場からも説明することが可能であるといえる[21]。

---

16 わが国では伝統的に、過失責任主義の原則は、契約法・不法行為法にまたがる一般的な原則としてとらえられてきた。ここでいう過失は、注意義務（due care）違反に基づく過失である。これは、アメリカ不法行為法において negligence と表現されるものであり、本稿で扱う契約法における fault とは異なる。なお樋口は、アメリカ不法行為は過失責任主義の原則（fault principle）を採用するものであり、そこでいう過失は、故意（intention）と過失（negligence）の両方を含む概念であると説明する。樋口範雄『アメリカ不法行為法』弘文堂（2009 年）9 頁。

17 わが国の契約法が過失相殺を認めているのに対し、アメリカ法では comparative fault defense（比較過失）は不法行為の事案のみに適応されるものとされてきた背景がある。日米の過失相殺制度の比較について、参照、樋口範雄「過失相殺の日米比較の試み」私法 50 号（1988 年）110 頁。また、イギリス法を対象とする比較法研究であるが、長谷川義仁『損害賠償調整の法的構造――請求者の行為と過失相殺理論の再構成のために――』日本評論社（2011 年）77 頁以下、は「寄与過失」法理の契約への拡張可能性の議論を扱っている。

18 本稿第二章X参照。

19 例えば第二次契約法リステイトメントは、「すべての契約は、その履行および強行にあたって、信義誠実および公正取引の義務を各当事者に課す」と規定する。RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS §205 (1981).

20 これに対して、仮定的当事者意思に基づく補充的契約解釈――例えば、当事者が契約価格を決めずに売買契約を締結した場合に、市場価格を契約価格とする――については、明示されていないだけで当事者にはそのような意思があったということができる（implied in fact）。

21 もっとも、アメリカ契約法における fault 論で専ら扱われるのは、契約当事者の意思から導くことのできない規範的な要素によって契約責任が決定される場面である。

3. 契約違反に対する救済としての損害賠償請求

本稿は、契約違反に対する救済の場面において契約当事者の帰責根拠がいかに判断されているか検討するものであるが、特に損害賠償請求の場面を取り上げることとする。

というのも、わが国の伝統的契約法理論からは、履行請求権が債権の本来的機能として当然に認められるのに対し、損害賠償請求権は債権そのものから直接基礎づけられる権利ではなく、過失責任主義によって説明される[22]。このため、契約責任の帰責根拠は、契約違反に基づく損害賠償責任（民法 415 条）の要件論の文脈で論じられることが多かった。帰責根拠を「契約の拘束力」に求める新理論の動向を見ても、契約責任の領域においては民法 415 条の過失責任主義の放棄に関する議論が盛んである[23]。これらを踏まえ、本稿も契約責任の帰責根拠を検討の中心に据えることから、特に契約違反に基づく損害賠償にかかわる学説及び事案に着目する[24]。

アメリカ法については、コモン・ロー上の monetary damages（金銭賠償）による救済が原則とされることに注意が必要である[25]。specific performance（特定履行）は例外的にしか認容されないが、契約が金銭の支払を約束するものであった場合には、債権者は金銭債務の履行を求めることができる[26]。

この点、損害賠償（填補賠償）請求と金銭債務の履行請求との関係については、各法体系によって異なるとの分析がある[27]。契約責任につき厳格責任主義が採用される場合には、両請求権はパラレルにとらえられるという。というのも、厳格責任主義のもとでは、契約

---

[22] 奥田〔北川＝潮見〕（2011 年）・前掲注 7・5 頁以下。
なお、今日では、履行請求権も、債権関係が正常に展開されなかった場合の救済手段のひとつであり、従って損害賠償請求権と同じく、債務不履行の効果としてとらえられるべきであるとの見方が存在しているという。

[23] 森田（2002 年）・潮見（2003 年）・同（2012 年）・いずれも前掲注 3。過失責任主義に対する新しい契約責任論の立場は、近時の債権法改正における改正案 415 条の議論に受け継がれている。前掲注 5 参照。また、帰責根拠を「契約の拘束力」に求める考え方は、さらに、債務不履行の三分体系を採用するか否か、履行請求の第一義性とレメディ・アプローチのいずれを採用するか等の論点とも関わり、広がりを見せている。

[24] なお、契約違反に対する救済手段として、履行請求権、損害賠償請求権とともに解除が挙げられる。通説によれば、解除も損害賠償請求と同様、債務者の故意・過失または信義則上これと同視すべき事由が要件とされる。谷口知平＝五十嵐清編『新版注釈民法（13）債権（4）〔補訂版〕』有斐閣（2006 年）803 頁以下〔山下末人執筆部分〕。帰責根拠に関する議論は解除にもかかわるものであるが、解除については近時の債権法改正における危険負担制度の廃止等さらなる論点とのかかわりが深いため、本稿ではひとまず損害賠償請求の場面における帰責根拠の議論に集中することとする。なお、債権法改正における危険負担の解除権構成に関する議論について、参照、森田（2013 年）・前掲注 5・61 頁以下。

[25] 平野（2009 年）・前掲注 8・154 頁以下。

[26] 同上・155 頁。

[27] 吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務』東京大学出版会（2010 年）15 頁以下。

責任が認められるか否かは、債務者が履行をしたか否かによることになる[28]。例えば代金を請求する場合、債権者は、債務者の代金支払い債務の不履行を主張して損害賠償を求めるが、これは金銭債務の履行請求と機能的には変わりない。

そのため、本稿で扱われるアメリカ法の裁判例には、損害賠償請求の事案と共に、金銭債務の履行請求の事案が含まれる。

4. わが国における新しい契約責任論、及び近時の債権法改正との関係

契約責任の帰責根拠については、上述してきた通り、わが国においても議論が盛んになされているところである。

契約違反に基づく損害賠償請求については、伝統的には i）債務の本旨不履行、ii）債務者の故意・過失または信義則上これと同視すべき事由、が要件とされてきたが、このような過失責任主義の放棄が有力に主張されている。「契約の拘束力」を帰責根拠とし、契約において約束したことに反した債務者は、そのことをもって契約責任を負うことになる。すなわち、債務者の契約責任を主張する債権者は、「帰責事由」を証明する必要はなく、不履行の事実を証明すれば足り、債務者は自身に「責めに帰すべからざる事由」を証明しなければ免責されない[29]。この考え方は、近時の債権法改正においても受け入れられた[30]。

さらに、損害賠償の調整については、従来民法 418 条の「過失相殺」によって処理されてきたが、これを「過失」概念でなく「損害軽減法理」によって認知することが検討された[31]。結局、改正法案において「過失」の語が維持されたものの[32]、従来わが国では必ずしも明確に論じ分けられていなかった、(i) 債権者が債務不履行の発生に寄与したために損害

---

[28] 前述したように、厳密な厳格責任を採用せず、帰責根拠に規範的判断を持ち込むとしても、それらを黙示の合意内容として契約に取り込む限りは、損害賠償請求が認められるか否かは、依然債務者が履行をしたか否かの判断に行き着くことになる。

[29] 潮見（2003 年）・前掲注 3・260-261 頁。

[30] 改正案 415 条（債務不履行による損害賠償とその免責事由）「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき又は債務の履行が不能であるときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。ただし、その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない。」下線は引用者。商事法務『民法（債権関係）改正法案新旧対照条文』商事法務（2015 年）91 頁。

[31] 民法（債権法）改正検討委員会の基本方針では、ウィーン売買条約（CISG）7 条を参考に、現行民法 418 条に代わって「債権者の損害軽減義務」の規定を置くことが提案されている。民法（債権法）改正検討委員会編（2009 年）・前掲注 5・285 頁。なお内田は、損害軽減義務を信義則上の義務の一種であるとしており、損害賠償額の調整の他、損害賠償額算定基準時の選択においても機能すると指摘する。内田（2009 年）・前掲注 5・95 頁。

[32] この点について、「過失」、「過失相殺」という用語法を維持したのは、過失相殺の制度の意味に関して――不法行為における過失相殺の制度も含めて――多種多様な理解があるところ、今回の改正によってその理解に影響を及ぼすことになるかもしれない態度決定をすることを避けたためと説明されている。潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』きんざい（2015 年）64 頁。

賠償が否定される場面と、(ii) 債権者が損害軽減義務に反して損害の発生・拡大を招いたために損害賠償が否定される場面とが、区別されようとしている点に、損害軽減義務概念の影響を見ることができよう[33]。

契約の拘束力によって契約責任を肯定し、損害軽減理論によって損害賠償額を調整するという新しい契約責任論の立場は、英米法の従来の立場である他、ウィーン売買条約 (CISG) や UNIDROIT 国際商事契約原則、ヨーロッパ契約法原則 (PECL) が採用してきたものでもあり、その意味で国際的潮流に沿ったものと評価される[34]。

新しい契約責任論における責任判断構造は、国際的潮流にも合致した明快なものであり、一般的なルールとして積極的に評価することができる[35]。本稿は、わが国が契約に反したことを帰責根拠とする枠組みを受け入れた場合に、なお規範的判断によってこそ妥当な紛争解決を図ることができる場面を模索し、そのような枠組みのもとでいかに整合的に規範的判断を行うことができるか、検討するものである。

III. 本稿の構成

本稿は、帰責根拠を契約違反そのものに求める近時の契約責任論について、その明快な責任判断構造を積極的に評価したうえで、それが実際にわが国において採用されたとしても規範的判断による妥当な紛争解決が否定されるわけではないとの立場に立つ。以下では、伝統的に厳格責任主義を採用するアメリカ契約法と、伝統的に過失責任主義を採用するわが国の契約法とを比較しながら、具体的事案においていかに規範的判断がなされてきたのか検討する。

本稿はまず、比較法研究の対象となるアメリカ契約法について、その契約責任法理がいかに形成されてきたのかを概観する (第一章)。Langdell、Holmes、Williston により古典的契約理論が形成されるに至る過程、契約法リステイトメントや UCC 第二編 (売買) の成立、さらに、Gilmore や Macneil による古典的契約観への批判が検討対象となる。拘束力

---

33 改正案 418 条「債務の不履行又はこれによる損害の発生若しくは拡大に関して債権者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の責任及びその額を定める」。下線は引用者。商事法務 (2015 年)・前掲注 30・92 頁。英米法や CISG、UNIDROIT 国際商事契約原則、PECL では、債権者が債務不履行の発生に寄与したために損害賠償が否定される場面と、債権者が損害軽減義務に反して損害の発生・拡大を招いたために損害賠償が否定される場面とが、理論的には区別されている。

34 曽野裕夫「ウィーン売買条約 (CISG) と債権法改正」日本国際経済法学会編『国際経済法講座Ⅱ取引・財産・手続』法律文化社 (2012 年) 322 頁以下、松尾弘「民法改正とグローバル・スタンダード――統一化の要請と民法原則の動揺――」法セミ 693 号 (2012 年) 18 頁以下。

35 以下本稿では、「新しい契約責任論」は、契約責任の帰責根拠を契約の拘束力に求める立場を指す。

ある契約[36]が締結されれば、それに反した者はただちに契約責任を負うとする契約責任法理が、アメリカ契約法において必ずしも普遍的なものではなかった可能性を指摘する。

次に、アメリカ契約法における伝統的な厳格責任主義の立場に対し、契約法における fault を積極的に評価しようとする議論を紹介する（第二章前半）。fault 論は、厳格責任主義のもとでも、実際には一定の契約法理を介して（明示の義務違反以外の）規範的判断がなされてきた事案類型があることを指摘する。そこでさらに、具体的事案の検討を通じ、(i) 債務者に明示の義務違反がないが、fault があるために責任が肯定された事案、(ii) 債務者に明示の義務違反があるが、fault がないために――裏返せば、債権者に fault が認められるために――責任が否定された事案の分析を試みる（第二章後半）。

翻って、わが国の契約法は伝統的に過失責任主義を採用してきたとされる。そこで、わが国の契約責任法理の起草過程と伝統的通説の形成、近時の債権法改正へ至る学説の展開を概観する（第三章）。ここでは、過失責任主義がドイツ法学説継受によって事後的に持ち込まれたものであることを確認し、むしろ、起草者意思は新しい契約責任論と親和的であることを指摘する。

新しい契約責任論は帰責根拠を契約違反そのものに求めるため、契約当事者が契約において何を約束したかを重要視する。とはいえ、契約類型や契約当事者の性格を考慮すれば、明示の合意のみによっては妥当な紛争解決が図られない場合がある。そこで、こうした問題意識を共有するわが国の学説の動向を紹介する（第四章）。具体的には、契約内容の決定にあたって、当事者の自由な決定にすべてを委ねるのではなく、一定の介入が求められるとの議論が扱われる。これらの議論は、資本主義社会における経済的弱者の問題に端を発するものであるが、近年では、契約規範の実体的構造という、より大きな問題意識へとつながっているように思われる。

これに対して本稿は、契約違反の救済の場面に着目し、明示の義務違反にとどまらない帰責根拠を検討するものである。そこで、わが国の実際の裁判例がいかに帰責根拠――とりわけ、明示の義務違反に還元されないもの――を判断してきたのかを分析する（第五章）。特に、第二章において当事者の fault が帰責根拠となっていると指摘された事案と似た性格を持つ事案を取り上げる。そして、実際の責任判断構造が、伝統的な過失責任主義の立場

---

[36] アメリカ法における契約への拘束力の付与に関する議論は、伝統的には、形式的で客観的な基準である約因の存否という形で論じられてきた。すなわち、契約当事者の合意が強制可能なものであるか否かは、約因の存否に基づいて決せられるのである。これに対して、UCC には、意思以外の要素を補完しつつ当事者の意思を重視する諸規定が多いとされる。木原浩之「契約の拘束力の基礎としての『意思』の歴史的解釈とその現代における再評価――第一次契約法リステイトメント・UCC 第 2 編・第二次契約法リステイトメントをマイル・ストーンとして (1) ～ (4・完)」明治学院大学法科大学院ローレビュー第 1 巻 1 号 (2004 年) 81 頁以下・同 2 号 (2005 年) 53 頁以下・亜細亜法学 40 巻 1 号 (2005 年) 173 頁以下・同 2 号 (2006 年) 97 頁以下。この研究は、「意思」に基づく契約法理論と「関係」に基づくそれとを対置し、伝統的な意思理論の限界を認識しつつも「意思の優位性」を保持した契約法理論の構築を志向するものである。

と整合的なものであるか、また、新しい契約責任論の立場からいかに説明され得るものであるか、検討する。

最後に、日米の契約法学の比較法研究、及び裁判例の分析から、fault が契約責任の帰責根拠としていかなる役割を果たしてきたといえるか考察する（終章）。本稿は、具体的事案における実質的な責任判断構造の一端を明らかにすることで、債権法改正を間近に控えるわが国の契約法学及び契約実務の一助となることを意図するものである。

第一章　アメリカ契約責任法理の形成と転換

I.　はじめに

本稿は、アメリカ契約法においてfaultの役割がいかにとらえられてきたかを概観、分析し、過失責任主義の放棄が論じられているわが国の近年の契約法学に対する示唆を得ることを試みるものである。

もっとも、広く知られているように、アメリカ契約法は伝統的に厳格責任の立場に立っており、fault という概念は契約法においてはほとんど顧みられてこなかった[37]。むしろ、契約責任の根拠は、当事者が契約において引受けたことそのものに求められ、債務者が契約によって引き受けたことに反すれば、そのことをもってただちに契約責任が生じることになる[38]。そこでは、なぜ債務者が契約に違反したかといった事情は基本的に考慮されない。

このような伝統的な契約責任理論に対して、近年のアメリカ契約法学は、faultを契約法においても一定の役割を果たしうるものとして評価しつつある。詳細は後述するが、先取り的に言えば、ここでは、債務者に契約責任が生じるかどうかを判断する際、契約上の明示の義務違反のみに着目するのではなく、当事者の合意内容に還元されない規範的な要素をも帰責根拠として扱うべきではないか、あるいは、それらが実際の裁判例において考慮されているのではないか、との指摘がなされている[39]。

アメリカ契約法にfaultを見出そうとする新しい議論はいかにして生じてきたのか。また、このような議論は、アメリカ契約責任法理についての伝統的な理解に対し、どのような問題を指摘し、またそれをどのように克服しようとするものであるのか。近年のfault論を検討する前に、以下では、前提となるアメリカ契約責任法理の形成の歴史と、伝統的な契約法学のアプローチを概観することとする。

なお、アメリカは判例法主義を採用しており、法の基幹的部分は判例法によって規律され、制定法は大陸法における特別法としての機能を果たす[40]。そのため、一次的法源は判例法および州法であるが、全米的な実体法の把握のため、以下では便宜上、二次的法源であ

---

37 Farnsworthは、「契約法はその本質的な構想において厳格責任の法である」と説明する。E. ALLAN FARNSWORTH, CONTRACTS §12.8, at 761 (4th ed. 2004).アメリカ法において、fault principle（過失責任主義の原則）は不法行為法が採用する原則である。なお、ここでいうfaultは、故意（intention）と過失（negligence）の両方を含む概念であると説明される。樋口範雄『アメリカ不法行為法』弘文堂（2009年）9頁。

38 契約当事者が何を引受けていたかを確定する際、すなわち、契約の解釈にあたって、裁判所は第一に契約書に明記された条項の内容をみることになる。樋口範雄『アメリカ契約法〔第2版〕』弘文堂（2008年）152頁以下。

39 本稿第二章参照。

40 MELVIN ARON EISENBERG, THE NATURE OF THE COMMON LAW 1 (1988).同書の翻訳として、参照、メルヴィンM. A.アイゼンバーグ著（石田裕敏訳）『コモンローの本質』木鐸社（2001年）。

るリステイトメントやアメリカ統一商事法典（UCC）[41]を参照することとする。というのも、リステイトメントは判例法の原則を条文化したものであり、裁判所を拘束する力はないものの、明示的に引用されることも多く、その指導性は少なからず認められる。また、1951 年に起草された UCC は、それ以前に多くの法域で採用されていた商事取引に関する統一州法を、内容の改訂を加えつつ統合・拡充したものであり、50 州すべてにおいて採択されている[42]。

II. アメリカ契約法の発端

1. アメリカ法の起源

Llewellyn は、1960 年に刊行された著書において、それ以前のアメリカ法の歴史を三つの時期に分けている[43]。アメリカ独立革命後の 1800 年から南北戦争まで、南北戦争から第一次世界大戦まで、そして、第一次世界大戦以降である。Gilmore も、法に対するアメリカ的アプローチが、南北戦争及び第一次世界大戦の頃にそれぞれ根本的に変化したという考え方を、非常に多くの人々によって受け入れられたものであると評価している[44]。なお Gilmore は、三つの時期をそれぞれ、「発見の時代」（The Age of Discovery）、「確信の時代」（The Age of Faith）、「不安の時代」（The Age of Anxiety）と呼んでいる。

アメリカ法の発端――Gilmore の言うところの「発見の時代」の始まり――は、1800 年ごろであると仮定される。Gilmore によれば、それ以前の植民地時代においても、植民地の発展や人口の増加にともなって裁判所が設置され、専門家階級としての法律家や裁判官が出現していた[45]。しかしこの時点では、裁判所の判決が規則的に公刊されることはなく、法制度と合理的に呼びうるものは存在しなかった。その後、独立革命が成功し、集権化された連邦政府が設立した。これは、政治的諸制度の構築に向けての新しい出発であり、同時に、連邦及びそれを構成する各州の法制度の創設が始まったと評価される。このような歴史的背景ゆえに、Gilmore は、アメリカ法は自身が全体として何らかのまとまった意味を持つ体系でなければならないとの考えを自覚的かつ自己批判的に持ち続けてきたと指摘する

41 なお UCC は、州制定法化されれば一次的法源となる。
42 ルイジアナ州は動産売買に関する規定などを除いて採択している。
43 KARL N. LLEWELLYN, THE COMMON LAW TRADITION: DECIDING APPEALS (1960).
44 GRANT GILMORE, THE AGES OF AMERICAN LAW (1977).同書の翻訳として、G. ギルモア著（望月礼二郎訳）『アメリカ法の軌跡』岩波現代選書（1984 年）があり、本稿では同翻訳を引用する。なお、Holmes、Pound、Llewellyn の法思想の背景にあるアメリカ法の歴史について分析したものとして、WILLIAM TWINING, KARL LLEWELLYN AND THE REALIST MOVEMENT (1973) .また、戒能通弘「近代英米法思想の展開（4・完）」同志社法学 63 巻 1 号（2011 年）631 頁以下（同『近代英米法思想の展開』ミネルヴァ書房（2013 年）所収）は、Twining の分析等をもとに近代英米思想の展開を論じている。
45 ギルモア（1984 年）・前掲注 44・27 頁以下。

[46]。

もっとも Gilmore は、ひとつの法体系をただちに作り上げることは不可能であると指摘する[47]。当時、アメリカ法を論じた著書は存在せず、アメリカの判決録も公刊されていなかった。そこでアメリカの多くの法律家は、唯一知っているイギリス法を参考にした。彼らは Coke による『Littleton 注釈』や Blackstone の解説書を翻刻し、やがて「アメリカ側の注釈」がつけられるようになった。1820 年頃には、アメリカの裁判所の判決やアメリカ法に関する著書の公刊が始まった。当時の法制度の創造にあたって、特に大きな役割を果たしたのは裁判官であった。Marshall や Story といった合衆国最高裁判所裁判官は、創造的革新的精神を持ち、あらゆる訴訟当事者が提起するあらゆる問題に回答しようとした。この時代は法の黄金時代であったというのが、多くの法学者の共通認識である[48]。Llewellyn によれば、それは「偉大な様式」（Grand Style）の時代であり、裁判のプロセス、すなわちいかに裁判所が事件の決定を行うかについての偉大な様式が見出されたという[49]。

2. 古典的契約法理論

18 世紀のアメリカ契約法が参照したイギリス法体系において、契約法は property（財産権）の法に従属していた。Blackstone は、この背景には、財産を基礎とする社会を道徳的に正当化した Locke の思想があると指摘する[50]。

17 世紀から 18 世紀頃のイギリスでは、長男相続制及び限嗣相続の法律により、土地不動産は長男にのみ相続され、それ以外の者が自由に土地を所有することはできなかった。これに対して、政治思想家であった Locke は、自然状態下において人は全て公平に、生命、健康、自由、財産の諸権利を有すると主張した[51]。私有財産は自然法から生じるのであって、政府が与えるものではなく、むしろ政府はこれを保護するために創設されたのである。

彼の思想は、独立革命後のアメリカに強い影響を与えた[52]。当時のアメリカ契約法において、交換はすべて同時的に履行され、当事者はそれぞれ新たに引渡を受けた物の所有者となると考えられていた。当事者の権利は、約束（promise）に基礎を置くものというより、むしろ財産権（property）に基づいていたといえる。契約違反に基づく救済は、エクイティによって解決されていたにすぎず、約束の法的拘束力の問題と対応関係にあるものとして当初から位置づけられていたわけではなかった[53]。

---

46 同上。
47 同上。
48 同上。
49 LLEWELLYN 1960, *supra* note 43.
50 1 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 139 (1765).
51 JOHN LOCKE, THE SECOND TREATISE OF CIVIL GOVERNMENT (1960).
52 アメリカ独立宣言は、政府と個人の権利についての Locke の考えを数多く反映しており、憲法にも彼の財産権についての理論が盛り込まれている。
53 MORTON J. HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW, 1780-1860

一方イギリスでは 18 世紀末から、財産の交換は次第に契約的色彩を帯びるようになる。当時 Locke に代わって台頭しつつあった Smith の思想は、契約を基礎とする社会を正当化するものであった。曰く、利己的に行動する個人が市場において自由競争を行えば、神の見えざる手によって、意図せずして公正かつ安定した社会が成立する。レッセ・フェール（放任される自由）が強調され、個人主義の哲学に基づく市場経済社会と小さな政府からなる夜警国家が理想とされた。この段階では、当事者の一方によって交換が履行され、相手方の債務だけが残っている場合が観念され、その債務支払の約束について法的拘束力が与えられることとなった。

こうした契約自由の潮流のなかで、1790 年の Powell の著作[54]によって古典的契約法理論が完成をみた。未履行的交換にも法的拘束力が認められ、救済方法についても、原状回復利益、信頼利益から期待利益へと、損害賠償の範囲が次第に拡大された。未履行契約は危険配分のメカニズムであるとされ、契約締結時に危険を予測できない者は、利益を喪失して当然であると考えられた。ここでの契約当事者としての個人は、自律的で自己完結的な存在であった。そのため、錯誤、強迫、契約目的の達成不能といった抗弁は狭隘化された。

19 世紀初頭のアメリカ法思想は形式主義的なアプローチを志向するようになり、そのなかで、交換的取引理論は約因との関連で論じられ、第一次契約法リステイトメントにおいて体系化されることになる。

III. 第一次契約法リステイトメント

1. 「科学としての法」

19 世紀初頭、確立されつつあった法律家による法の運用を確実なものとするため、また、次の世代の法律家に知識体系を伝達するため、アメリカ法は、法に関する知識を体系化、理論化する必要に迫られた。同時に、アメリカ法思想はより形式主義的なアプローチへと転換することになった。

Gilmore は南北戦争以降の「確信の時代」のシンボルとして、Langdell を挙げている[55]。1870 年代に Langdell が提唱した「科学としての法」[56]という考え方は、従来の断片的な主張とは違って体系的かつ総合的なものであり、その後 Ames や Williston らに受け継がれた。「科学としての法」は、物理化学や動植物学に類比される科学として法学を位置づける。当時、自然科学のルールは、一度論証されれば永続的に存在するものと考えられており、法的ルールもこれと同様に、ひとたび発見されればその後変化することなく存続するとさ

160-62 (1977).

[54] JOHN JOSEPH POWELL, ESSAY UPON THE LAW OF CONTRACTS AND AGREEMENTS (1790).

[55] ギルモア（1984 年）・前掲注 44・59 頁以下。

[56] CHRISTOPHER C. LANGDELL, A SELECTION OF CASES ON THE LAW OF CONTRACTS (1871).

れた。また、自然科学の仮説が、説明する現象が多いほどよい仮説であるとされるのと同様に、法的ルールも多様な現象を一元的に説明するものがよいと考えられた。法学研究の最善の方法は判例研究であるとされ、考えられ得る個々の事例から、その全てを説明するような一元的な法理論を構築することが理想とされた。このようにLangdellの思想は、コモン・ローの広範な領域において多様な姿で現れる現象を、少数の基本的な法理にまとめようとするものであった。

1871年の最初の契約法のケース・ブックの冒頭で、Langdellは以下のように宣言している。「法はひとつの科学として考えられ、一定の原則と理論から成り立つ。……従って、例えば契約法のような一分野を例にとって、その根本原理の生成、発展、完成に大きく貢献したすべての判決を選び出し、分類し、整序することが可能であると思われる」[57]。

なお、アメリカ法におけるこのような試みはLangdell以前にはなかったとされる。1837年に、Joseph Storyはマサチューセッツ州知事に対してコモン・ローの法典化に関する報告書を提出している[58]。ここでStoryは、commercial contractsの分野については法典化が可能であり、かつ望ましいと述べているが、彼は契約の一般理論を構想していたわけではなく、専らその個別分野――代理とパートナーシップ、手形、保証、海事法、等――を考えていた。この態度はその後のWilliam Story、Parsonsに受け継がれ、彼らの契約法に関する書物は、「様々な契約類型論集」という体裁をとっていた[59]。しかし、Langdellのケース・ブックはこれと異なり、第一章「合意」、第二章「約因」、第三章「条件附契約」という新しい形であった。ここに至ってはじめて契約は抽象的な存在として観念されたのである。

また、Langdellは、ロー・スクールでの法学教育に関しても重要な役割を果たしたとされる[60]。18世紀末から19世紀末にかけては、法学教育の中心は法律実務家の事務所であり、ロー・スクールではなかった。当時、法律家を目指す者は、一種の師弟制度の下で実務家の指導と助言を受けながら法を学んでいた。やがて、法律事務所における教育が発展、拡大したものとしてロー・スクールが私設され、法が教えられるようになった。次第に法律事務所における法学教育は重要性を失い、最終的には大学に付置されたロー・スクールが法学教育の主役の地位を獲得するに至った。この変化は同時に、法学教育の担い手が、実務家から教育専門家である法学教授に移行したことをも意味していた。Langdellは、1870年にハーバード大学ロー・スクールの学部長に就任した後、ロー・スクールの卒業生から教授職に就く者を選抜し、教育と研究に専念できる専門家集団としての法学教授を誕生さ

---

57 *Ibid.*
58 J. STORY, MISCELLANEOUS WRITINGS 698 (W. W. Story ed. 1852).
59 W. W. STORY, TREATIES ON THE LAW OF CONTRACTS NOT UNDER SEAL (2nd ed. 1847); THEOPHILUS PARSONS, THE LAW OF CONTRACTS (1853).
60 松浦好治「Law as Science 論と 19 世紀アメリカ法思想（1）～（3・未完）」中京法學 16 巻 2 号（1981 年）50 頁以下・中京法學 16 巻 4 号（1982 年）24 頁以下・阪大法学 125 号（1982 年）51 頁以下。特に、（3）52 頁以下参照。

せた。また、Langdell が導入した新しい法学教育方法であるケース・メソッドは、各地のロー・スクールに広く採用された。

Langdell によって牽引された 19 世紀末から 20 世紀前半にかけてのアメリカ契約法は、それ以前の契約法研究が分野別的なものに偏っていたのに対して、一般原則に目を向け、契約全体に通じる諸原則を示そうとした。そのなかで、1923 年に、「法を明瞭かつ単純化し、法をより確実なものとならしめるための第一歩として、コモン・ロー……の整然たるリステイトメントを作成すること」を目的とし、アメリカ法律協会（American Law Institute）が設立されることとなった[61]。このように、Langdell の思想は、後述する 1920 年代――Gilmore のいう「不安の時代」――のリアリズム法学の登場によって排斥されるまで、アメリカ法思想に支配的な影響を与えたといえる。

2. 第一次契約法リステイトメントの成立

少数の一元的な法理論の構築を目指す Langdell の思想は、第一次契約法リステイトメントにおける契約法理論に多大な影響を与えた[62]。このことは、当時のロー・スクール及び専門家としての教授集団の台頭を Langdell が支えていたこと、そしてリステイトメントの起草者をすべて学者が担っていたことからも裏付けられる[63]。

実際、アメリカ法律協会の設立にあたって、リステイトメント制定の必要性は以下のように説明されていた[64]。アメリカ法には、不確実性と複雑性という欠点が存在する。このような欠点のために、不必要な訴訟が提起され、裁判所が正義を執行する根拠を失わせしめることになる。また、正当な権利を持っている人に対して適切な助言をすることも不可能になっている。その結果、訴訟が提起された場合には、遅延と訴訟費用増大を引き起こすことにもなっている。そして、これらのことにより、法に対する尊敬の念が失われるとい

---

61 RESTATEMENT (FIRST) OF CONTRACTS intro. at viii (AM. LAW INST. 1932).以下、第一次契約法リステイトメントの翻訳は、アメリカ法学協会著（末延三次訳）『条解米国契約法』弘文堂（1957 年）による。また、第一次契約法リステイトメント、UCC、第二次契約法リステイトメントの成立過程に触れるものとして、木原・前掲注 36。

62 松浦は「リステイトメントの制定が可能であった背景には、この時期までのロー・スクールおよび専門家としての教授集団の台頭という事実が存在する」と指摘する。松浦以津子「リステイトメントとは何か」『現代社会と民法学の動向 下』有斐閣（1992 年）495 頁。ラングデルは 1870 年にハーバード大学ロー・スクールの学部長に就任した後、ロー・スクールの卒業生から教授職に就く者を選抜し、教育と研究に専念できる専門家集団としての法学教授を誕生させた。そして、リステイトメントの起草者はすべて学者が担ったのである。

63 同上。

64 AALS（アメリカ・ロー・スクール協会）の設立した「法的状況改善のための恒久的機関を設置する委員会（a Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law）」による報告書。A.L.I., 1 A. L. I. Proceedings 6-11.第一次リステイトメントの起草については、末川博「米国に於ける法律改革の運動」法學論叢 9 巻 5 号（1923 年）695 頁以下、田中保太郎「米国普通法の Restatement の意義（1）～（2・完）」同 31 巻 1 号 87 頁以下・同 4 号 95 頁以下（いずれも 1934 年）も参照。

う深刻な問題が生じる。そこで、欠点である不確実性と複雑性を取り除かなければならない。そのために、アメリカ法律協会は、法を明確化、単純化し、社会的要求に対応できるようにする方法で、法のリステイトメントを行う。これに加えて、科学的な法的仕事を遂行する。

アメリカ法律協会が最初に出したリステイトメントは、1932 年に完成した契約法のリステイトメントであった。契約法に続いて、コモン・ローの主要部分を含む「不法行為法」、「代理法」、「原状回復法」、「物権法」、「信託法」等の各分野について、重要と考えられる判例準則を制定法の条文の形でまとめたものとして、リステイトメントが発表されることとなる。なお、リステイトメントの条文は「専門家の意見の産物でもあり、同時に法律家による法の表現」[65]であり、法的拘束力は認められない。

第一次契約法リステイトメントでは、Williston がチーフ・レポーターをつとめ、アドバイザーとして Corbin らが選ばれた。起草作業は以下のように進められた。まず、各章のレポーターが予備的草案を作成し、それをアドバイザーに提出し、評議会が一定の修正を加える。その後、仮草案としてアメリカ法律協会の年次総会に提出され、弁護士会や一般の法律家からの批判やアドバイスを受ける。9 年間の起草作業を経て、1932 年 5 月のアメリカ法律協会年次総会において第一次契約法リステイトメントが採択され、刊行されることとなった。

第一次契約法リステイトメントの構成は以下の通りである――序文、第 1 章　用語の意味、第 2 章　契約の成立――総則、第 3 章　不要式契約の成立、第 4 章　要式契約の成立――捺印、第 5 章　2 人以上の者が同一の履行について約束者または受約者である場合の義務および権利、第 6 章　契約当事者でない者の契約上の権利、第 7 章　権利の譲渡および義務または条件の委任、第 8 章　詐欺防止法、第 9 章　契約の範囲および意味、第 10 章　条約――および返約不履行の免責事由としての約束違反、第 11 章　契約違反、第 12 章　契約違反に対する裁判上の救済、第 13 章　契約の解消、第 14 章　不能、第 15 章　詐欺および不実表示、第 16 章　強迫および不当威圧、第 17 章　錯誤、第 18 章　違法な取引。

第一次契約法リステイトメントは契約を「ひとつの約束または一組をなす約束であって、その違反に対して法が救済を与え、またはその履行を法が何等かの方法で義務として認めるもの」[66]と定義する。このように契約を「約束」の一種だとすると、契約法は、いかなる約束が契約たる約束になるのか、契約ができてからの当事者の権利義務はどうなるのか、についてのいろいろな原則から成り立つことになる。

3.　第一次契約法リステイトメントにおける契約の拘束力

19 世紀初頭のアメリカ法思想に見られた形式主義的なアプローチは、契約法においても存在感を示すこととなった。当時、約束の法的拘束力に関する議論の中心にあった約因法

---

[65] *Id.* at xii.
[66] RESTATEMENT (FIRST) OF CONTRACTS §1.

理においても、このことが現われている[67]。

約因とは、不要式契約の成立にあたり、当事者間の約束に効力を与えるための要件のひとつである。コモン・ローのもとでは、当事者の合意が強制可能なものであるか否かは、しばしば約因の存否に基づいて決せられる。約因の起源は明確ではないが、コモン・ローにおける交換の形態が発展していくなかで登場した過去の訴訟形式に見出されるとされる[68]。交換の形態は、時代に応じて三段階に区別することができる[69]。すなわち、(i)交換がすべて同時に生じていた中世の時代、(ii)金銭債務訴訟によって「半分完成された交換」が保護されるに至った 12 世紀後半、(iii)引受訴訟が契約法上の訴訟方式となり、未履行の交換が強制可能なものとなった 18 世紀後半である。

上述したように、イギリスでははじめ、すべての約束が法的結果を認められたわけではなかった。13 世紀末までには捺印証書による契約が有効とされ、いわゆる捺印契約訴訟（action of covenant）の提起が許されていた。しかしその場合でも、約束が一定金額の支払いを目的とするときは、金銭債務訴訟（action of debt）というものを提起することになっていた。この訴訟は、書面が全然ない場合でも、金銭の賃借、売買、労務の提供などを理由として、一定金額の支払いを求めるために用いられたもので、それらの場合には現実の金銭、物品、労務と、将来支払われるべき金銭との交換がなされたのであり、債権者は、相手方の占有内にある、自身が所有する金銭の返還を求めるというのが当時の考え方であった。相手方に提供された金銭、物品、労務などが、この訴訟提起の要件としてのいわゆる対応物（quid pro quo）とされた。Holmes は、この対応物を約因の起源であると位置づけている[70]。この他に、動産返還請求訴訟（detinue）も認められていた。

しかし、以上に述べたもの以外の一般の約束が、訴訟の目的となりうるのは、中世の人々にはなかなか考えられなかった。それが次第に認められてきたのは、15・6 世紀のことで、それはまず、契約違反を不法行為と見ることから始まった。元来は故意の違法行為に対して提起されることになっている侵害訴訟（trespass）が、その範囲を広げられ、約束の履行について過失があったか、またはそれが不完全であったという違法行為に対しても提起し得ることになり、15 世紀にはついに自ら引受けた（assume）義務を履行しなかった場合の救済方法として認められるに至った。そしてその場合特に引受訴訟（assumpsit）――令状の中の「自ら引受けた（super se assumpsit）」という文字からきている――と称され広く契約不履行の場合の訴訟形式となった。

とはいえ、あらゆる契約を有効とするのは行き過ぎで、何か限界を設ける必要があると

---

67 約束の法的拘束力の根拠について、参照、木下毅『英米契約法の理論〔第 2 版〕』東京大学出版会（1985 年）特に 163 頁以下。

68 イギリスではかつて、訴訟を提起するには、あらかじめその種類の訴訟について定められた一定の訴訟開始礼状（original writ）を入手することが必要で、実体法はたいてい、この令状ならびにそれによって始まる一定の形式の訴訟を中心として発達してきた。

69 L. FULLER & M. EISENBERG, BASIC CONTRACT LAW 45-46 (4th ed. 1981).

70 O. HOLMES, THE COMMON LAW 60 (1881).

された。引受訴訟を提起した人は、被告がどういう理由で義務を引受けたのかを証明すべきではないか、被告が引受けたために自分が何か損をしたという必要はないか、という考え方である。この損失（detriment）という概念が、16 世紀の終わりごろから約因（consideration）という名称で呼ばれることとなり、Ames はこれを約因の出発点であると説明している[71]。

17 世紀初頭には、既存の金銭債務は、債務の発生の時からすでに、それを支払うとの「引受」を包含し、従って金銭債務訴訟のかわりにより新しくかつ進歩した引受訴訟を提起し得るという画期的な判決が下され[72]、約因には金銭債務訴訟における対応物の観念をも取り入れられることとなり、さらに債権的売買その他の双方未履行契約の発達に伴って、受約者が提供する約束もまた約因となりうることとなった。

このように、より客観的、外在的、かつ形式的な基準に基づく契約法理論を構成するための要素として、約因は重要な役割を果たすこととなった。Williston や Horwitz は、契約訴訟の基礎は、当事者の相互意思よりも約因にあると考えていた[73]。Holmes も以下のように述べている。「我々の法は、当事者がなす約束をすべて強制するわけではない。約束に対して約因が存在しない限り、約束には法的拘束力がない。すなわち、通常いわれているごとく、被約束者が、約束をする誘因として、約束者に対して利益を与えるか、または自ら損失を被るかしない限り、約束には法的拘束力がない」[74]。約因法理を基礎とする交換的取引理論は、Holmes 及び Williston によって体系化され、第一次契約法リステイトメントにおいて結晶化されることとなった。

4. 第一次契約法リステイトメントにおける契約責任ルール

契約の拘束力を決するルールが形式主義的に定められた一方で、第一次契約法リステイトメントは、契約責任の決定の場面についても形式主義的なルールを設けた。

第一次契約法リステイトメント 312 条及び 314 条によれば、正当な理由によらないで契約上の約束を履行しないことは、契約違反であるとされる[75]。違反が重大であって、被害者が契約は全面的に侵害されたとみてよい場合、このような違反は全部的違反（total breach）とされる。しかし、不履行がさほど重大なことでないか、あるいは何か細かい点に関するものであって、契約が全面的に違反されたものとは考えられない場合、そのような違反は一部違反（partial breach）とされる[76]。さらに、双務契約の一方当事者が自分の債務の履行を履行期到来前に拒否することが、履行期の到来をまたずにすぐさま契約違反として扱

---

[71] J. AMES, LECTURES ON LEGAL HISTORY AND MISCELLANEOUS LEGAL ESSAYS 129 (1913).
[72] Slade's Case, 4 Coke's Rep. 92 b, 76 Eng. Rep. 1074 (K.B. 1602).
[73] Samuel Williston, *Freedom of Contract*, 6 CORNELL L. REV. 365 (1921); HORWITZ 1977, *supra* note 53, at 160-62.
[74] HOLMES 1881, *supra* note 70, at 200.
[75] *Id.* § 312 cmt. a 及び § 314.
[76] *Id.* § 313.

われることがあり、これは期前違反あるいは履行期前の履行拒絶と呼ばれる（anticipatory breach）[77]。

契約違反に対する裁判上の救済方法として、リステイトメントは(i)損害賠償、(ii)原状回復、(iii)特定履行を挙げる[78]。なお、これらの三種の救済方法は多少重複する。例えば、金銭債務の取立を認める判決は特定履行の判決に非常に近いが、やはり損害賠償の判決の中に入れられる。損害賠償を目的とする賠償金と履行の金銭的価値の回復との相違点も、ある場合には、結果が同じであるとか訴訟の形式が同じであるとかのために、不明瞭になることがある[79]。

損害賠償の判決は、婚姻を約因とする約束を除く、すべての契約違反に対して下される[80]。上述した救済方法のうち、損害賠償請求訴訟が最も普通であるとされる[81]。その額は、違反者がなすべきであった履行の価格から、被害者が違反者の不履行のためにしなくてもよいことになった履行の価格を差引いた差額である。

特定履行（specific performance）の判決は、損害賠償による救済方法をもってしては十分でない場合に、要件[82]を満たせば認められる[83]。これはすなわち、被告に契約の趣旨通りの履行を強制する判決である。これは、エクイティ裁判所によって、コモン・ロー裁判所が与える救済方法の足りないところを補うために認められたもので、元来はイギリスの大法官が作り出したものである。現在、アメリカのほとんど全部の州で、同一の裁判所がコモン・ロー上およびエクイティ上のすべての救済を与えるが、これらの救済方法の性質は今なお別々のものである[84]。履行の強制は事実上なかなか難しく、たいていの場合、損害賠償だけで十分な救済となるので、特定履行は認められない。ただし、不動産については原則として代替性がないため、不動産売買の契約については特定履行が認められている。万一、被告が特定履行の判決に背くときは、裁判所は自分を侮辱したものとして、判決に従うまでその者を監禁する。

原告が被告に対してある程度の履行をしており、その履行の価格の返還だけを希望する場合には、一般的に、契約の解除があったものとしてその価格の返還を請求する訴訟が認

---

77 *Id.* § 318.
78 *Id.* § 326.
79 *Id.* cmt a.
80 *Id.* § 327.
81 *Id* cmt. c.ただし、損害賠償請求訴訟は許されないが特定履行の請求なら許される場合がひとつある。それは、詐欺防止法（Statute of Frauds）の適用を受ける契約が該法の要件を満たさないから損害賠償の訴えは起こせないが、裁判所をして特定履行の判決を下さしめるに足る程度の一部履行がすでになされた場合である（§ 197, § 358 cmt. e）。
82 *Id.* § 359-380.
83 *Id.* § 358.
84 エクイティ上のルールは、コモン・ロー上のルールの存在を前提としており、エクイティ上の救済手段はコモン・ロー上の救済手段では救済の目的を十分達しえない場合にのみ補完的に与えられる。伊藤正巳『アメリカ法入門〔第 4 版〕』日本評論社（2008 年）105 頁。

められている[85]。特別の場合には、譲渡された物そのものの返還を強制するエクイティ上の救済方法も認められる。

IV. UCC 第二編（売買）

1. リアリズム法学の台頭

Langdell に代表される契約法思想については、第一次リステイトメントの起草以前から、これに反対する議論が見られた[86]。Langdell がひとつの正しい法的ルールを観念し、体系的な研究のためには判例の圧倒的多数は有害ですらあると述べたのに対し[87]、第一次契約法リステイトメントの起草者の一人でもある Corbin は、判例の中にある効果的事実（operative facts）を知るためにも、すべての判例を研究すべきであると主張した[88]。さらに、リアリズム法学の立場から、「科学としての法」の立場はあまりに形式主義的かつ硬直的であるとの批判がなされ、こうした動きが統一商事法典（UCC）や第二次契約法リステイトメントの起草につながることになる。

古典学派の主張に対して懐疑的であったのがリアリズム法学の立場であった[89]。リアリズム法学のひとつの特徴として、法を道具主義的にとらえ、コモン・ローにおける推論を裁判官による立法としてとらえることが挙げられる。ここでは、法は裁判官が規定した決定のためのルールからなり、裁判官が適用しないルールは法ではないとされる。ここでは、裁判所がそれらのルールを適用することがそれらを法にするのであり、神秘的な実体、これらのルール以外の法は存在しない。裁判官は法の発見者というより、むしろ法の創造者であると説明された[90]。このように、リアリズム法学の観点からは、裁判所が創造的な解釈によって法を発展させる権限が正面から認められることになった。

また、もうひとつの特徴として、リアリズム法学は、法を社会的、経済的、あるいは政治的なコンテクストにおいてとらえることを要請した[91]。例えば F. Cohen は、労働組合が、その成員の行為による不法行為に対して責任を持つべきか否かという問題について、組合が法人格を持つか否かといった伝統的な法学における探求を否定した[92]。そして、特定の法的規則によってどのような社会的、経済的な目標が達せられるのかを検討すべきであると主張した。この他、民事および刑事手続きや、破産法、銀行法の実務について等、特定の法の社会的、経済的効果を検討することもリアリズム法学の課題のひとつであった[93]。この

---

85 HOLMES 1881, *supra* note 70, §347.
86 木原（2004 年（1））・前掲注 36・107 頁。
87 LANGDEL 1871, *supra* note 56, at .
88 ギルモア（1984 年）・前掲注 44・114 頁。
89 戒能（2011 年）・前掲注 44・678 頁。
90 J. GRAY, THE NATURE AND THE SOURCES OF THE LAW 121 (1972).
91 戒能（2011 年）・前掲注 44・678 頁以下。
92 ROGER COTTERRELL, THE POLITICS OF JURISPRUDENCE 179 (2nd ed. 2003).
93 *Id.* at 182.

ような考え方は、その後のポスト・リアリズムとして最も影響力を持つこととなった法と経済学の立場につながることとなる。法と経済学が自由市場における取引交換促進に焦点を当てたほか、社会学や哲学など、様々な学問分野から学際的に法を研究する立場が発展している。

このようななか、リアリズム法学の代表的論者である Llewellyn は、規範の定義化、一般化、形式化に懐疑的であり、第一次契約法リステイトメントにおける一元的な契約理論を否定した。曰く、「Langdell による衝撃と分析、Williston によるさらなる発展と明確化、判例不在の契約法リステイトメント、これらは、満足するには余りにも多くの点において、諸判決とも一般感覚とも不一致がある」[94]。彼は、裁判官の専門的職務・技能の伝統とその理念に一定の安定性・予測可能性を見出す一方で、個々の判決の正当性には「ルールがケースを決定する」という従来の教義を疑問視したのである。

リアリズム法学の立場からは、契約ルールは、規範への偏重から離れ、法理が何を示すかだけでなく、それが実際にいかに機能しているかに着目し、現実の商取引に適合したものでなければならないとされる[95]。ここでは、人間行動の相互作用への洞察を進め、倫理や経済や社会状況を考慮に入れることが求められる。消費者保護の局面でも、法律分析に対しより柔軟なアプローチを採り、契約自由の原則への規制が唱えられた。これはすなわち、Holmes らによってすすめられてきた「紙の上の法」から「行動における法」への視座の移行であった[96]。

2. UCC 第二編（売買）の成立過程

Llewellyn が編纂委員会（Editorial board）のチーフ・レポーターをつとめた UCC は、統一州法委員全国会議（National Conference of Commissioners on Uniform State Laws: NCCUSL、なお現在の略称は ULC）によって作成された統一法のひとつである[97]。そもそも ULC は、各州の法律の統一を促進することを目的として 1892 年に創設された専門家団

---

94 Llewellyn, *The Rule of Law in Our Case Law of Contract*, 47 YALE L. J. 1243, 1269 (1398).

95 ギルモア（1984 年）・前掲注 44・111 頁以下。

96 同上。

97 UCC に関する主な研究として、以下のものが挙げられる。ブラウカー＝道田信一郎『アメリカ商取引法と日本民商法典 I 売買』東京大学出版会（1960 年）、並木俊守『アメリカ統一商法典』東洋経済新報社（1971 年）、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（1991 年）、ストーン著（渋谷年史訳）『アメリカ統一商法典』木鐸社（1994 年）、田澤元章「アメリカ統一商事法典（UCC）の概要」日本銀行金融研究所ディスカッション・ペーパー・シリーズ 2000-J-26（2000 年）、國生一彦「アメリカの物品売買契約法――UCC Article Two (UCC-2)――（1）～（11・完）」国際商事法務 42 巻 4 号 524 頁以下・同 5 号 744 頁以下・同 6 号 919 頁以下・同 7 号 1062 頁以下・同 8 号 1209 頁以下・同 9 号 1375 頁以下・同 10 号 1533 頁以下・同 11 号 1691 頁以下・同 12 号 1846 頁以下（いずれも 2014 年）・同 43 巻 1 号 45 頁以下・同 2 号 202 頁以下（いずれも 2015 年）、等。また、木原・前掲注 36 も参照。

体であるが、UCC 以前の統一法は必ずしも成功してはいなかった。例えば、1906 年統一売買法を採択したのはわずか 10 州にとどまった。1906 年統一売買法は、起草者である Williston が、イギリスの 1893 年動産売買法を模範として作成したものであったが、19 世紀のイギリス制定法はアメリカの現代的取引に適合しないと考えられ、受け入れられなかった[98]。

このように、商業関連の統一法の全般的な進展がみられず、州際取引における不便が解消されない状況が続くなかで、1944 年に ULC と ALI が共同で UCC プロジェクトをすすめることとなった[99]。Llewellyn は 1949 年草案（1949 Proposed Draft）をまとめ、さらに各編の内容を再検討する委員会を経たうえで、1952 年公式テキスト（1952 Official Text）を公表した。この公式テキストも、当初はペンシルバニア州のみにしか採用されないなど、ただちに受け入れられたわけではなかった。特にニューヨーク州では、指導的な立場にあった弁護士や銀行家からの反対が強く、ニューヨーク州法改訂委員会が UCC の研究と提案を行った。Llewellyn らはこの提案を受けて 1957 年公式テキスト（1957 Official Text）を公表し、さらに変更を加えて 1958 年公式テキスト（1958 Official Text）、1962 年公式テキスト（1962 Official Text）を公表した。

全国の州議会は改訂された UCC を次々に採択し、1968 年までに 49 の州とコロンビア特別区、ヴァージニア諸島において同法典が制定されることとなった。ルイジアナ州も、UCC 全編を採択してはいないものの、1974 年には 1972 年公式テキスト（1972 Official Text）のうち第 1 篇、第 3 篇から第 5 編、第 7 編から第 8 篇を採択しており、UCC は州法の統一化という当初の目的をほぼ達成したといえる[100]。

もっとも、1961 年には、同法典を制定したほとんどの州がそれぞれの州のニーズにあった修正を行っていることが明らかになった。そこで、ULC と ALI の間で、UCC に対する統一的な改訂を継続していくための常設編纂委員会（Permanent Editorial Board）が設立された。その後、1980 年代には、新たに第 2A 編「リース」（1987 年公布）、第 4A 編「資金移動」（1989 年公布）が新設され、各編に対する改正も随時実施された。すなわち、各州独自の UCC の解釈や改正、特別立法によって、結果として法の不統一が招かれることを防ぐため、UCC には社会の変化に対応したメンテナンスが求められたのである。その意味で、UCC の起草は、法理論よりも現実の取引実務を重視して行われることとなった[101]。

3. UCC 第二編（売買）における契約責任ルール

UCC の損害賠償法の基本原則は、第一編§1-106 に見られる。「損害を受けた当事者を、相手方が完全に履行したときと同じ地位に置くという目的を達成するように、柔軟に運用

98 木原（2005 年）・前掲注 36（2）・56 頁。
99 同上 57 頁。
100 同上。
101 同上 58 頁。

されなければならない」[102]。別段の定めがない限り、「結果損害の賠償（consequential damages）、特別損害の賠償（special damages）、懲罰的な損害賠償（penal damages）は認められない」。第二編第七章は、売主と買主の損害賠償を別個に規定している。コモン・ロー上の救済である損害賠償が第一次的方法とされ、契約内容の強制履行を求める特定履行というエクイティ上の救済は、伝統的に劣位におかれてきた。強制履行の命令が出されるのは、「売買の目的物が独特のものであるか、またはその他の適切な場合」[103]など、限定的な場合である。

買主が契約違反をした場合の売主の救済方法は、買主が目的物を受領したか否かで異なる。なお、UCC 第二編では、目的物が単に買主の支配圏内に入る受取り（receipt）と、それを契約の履行として買主が了承する受領（acceptance）とが区別される。

買主が目的物を受領すれば、売主は代金を請求でき、さらに被った付随的損害[104]の賠償も請求することができる[105]。買主が目的物を受領しない場合には、不当な受領拒絶や受領撤回が問題となり、売主は買主に事前に通知したうえで、契約を解除することなく目的物の再売却をすることができる[106]。そして、その再売却が誠実にかつ商取引上の合理性をもってなされ、再売却価格がもとの契約価格よりも低ければ、その差額を損害として賠償請求することができる[107]。もっとも、売主は再売却をする義務を負うものではないから、再売却をせず、市場価格と契約価格との差額を損害として請求することも可能である[108]。その場合に基準となる市場価格は、売主が物品を提供すべき時と場所における市場価格であり、それをもって再売却価格に代置する。ただし、市場価格との差額の賠償では、履行がなされたのと同じ地位に売主を置くのに不適切であれば、再売却するとしないとにかかわらず、売主は逸失利益の賠償を求めることになる[109]。

損害額の算定には以下のような調整が加えられる。まず、付随的損害が加算される。また、市場価格との差額による場合は、契約を履行せずにすんだために節約できた費用――違反買主への運送費など――が控除される[110]。なお、結果損害の賠償請求は売主に認められていない。

---

[102] UCC の翻訳として以下のものがある。アメリカ統一商事法典研究会「アメリカ統一商事法典の翻訳（1）～（3）」法協 82 巻 4 号 526 頁以下・5 号 676 頁以下・6 号 775 頁以下（いずれも 1966 年）、田島裕『UCC2001――アメリカ統一商事法典の全訳――』商事法務（2002 年）。以降、本稿では UCC の条文訳として前者を参照することとする。

[103] UCC 2-716 (1).

[104] 契約違反によって生じる種々の費用で、商取引上、合理的なものをいう。例えば、再売却の相手を探すのに要した費用、目的物の保管に要した費用などがこれにあたる。UCC2-710.

[105] UCC2-709.

[106] UCC2-706.

[107] UCC2-706.

[108] UCC2-708(1).市場が存在しなければ、代金請求をすることができる。UCC2-709(1)(b).

[109] UCC2-708(2).

[110] UCC2-706(1),2-708(1).

売主が契約違反をした場合にも、買主が目的物を受領するか否かによって、買主の求め得る損害賠償額が異なる。買主が目的物を受領し、もはや受領の撤回もできない場合で、目的物が契約に適合しないときは、その契約違反から通常生じるであろう損失を損害として賠償請求できる[111]。その契約違反がワランティ違反である場合の損害額の算定は、契約に適合する目的物の価値と現実に引き渡された目的物の価値の差額による。

買主が目的物を受領しない場合、あるいは受領を撤回した場合、買主は契約を解除することなく、誠実にかつ不合理な遅滞なく代品購入をしたうえで、その価格がもとの契約価格よりも高ければ、差額を損害として請求することができる[112]。

UCC においては、契約当事者の義務違反――売主は移転し、引き渡す義務、買主は受領し、契約に従って支払をする義務[113]――以外の帰責根拠について記述がない。条文上は、まさに契約に反したことが帰責根拠となり、それ以外の規範的判断は持ち込まれないようである。

4. UCC 第二編（売買）の改正とその撤回

なお 1990 年代には、第 1 編「総則」、第 2 編「売買」、第 2A 編「リース」、第 7 編「権原証券」、第 9 編「担保取引」を中心に、大規模な改訂作業が進められた[114]。

この改訂の背景には、第一には、UCC が運用されるなかでその問題点が明らかとなり、各州が不統一な改正、特別立法を行っていたことへの対応の必要性があった。また、UCC の他の編の改正との整序も問題となった[115]。第二に、消費者問題、製造物責任問題、コンピュータ契約など、新しく生じてきた現代アメリカ社会の現実問題に対応する必要があった[116]。第三に、Macneil を主唱者とする関係的契約理論など、契約法の新しい理論に対して、UCC 第二編がいかに対応すべきか問題となったことが挙げられる[117]。

しかし、改正された 2003 年版第二編はどの州議会においても採択されず、結果として改

---

111 UCC2-714(1).
112 UCC2-712.
113 UCC2-301.
114 UCC 第二編（売買）の改正について、わが国では以下の研究がある。曽野裕夫「UCC 第二編（売買）の改正作業に見る現代契約法の一動向（上）（下）」北大法学論集 44 巻 4 号（1993）159 頁以下・同 5 号（1994 年）255 頁以下、三枝健治「UCC 第二編改正作業における「契約の尊重（favor contractus）」」早法 84 巻 3 号（2009 年）191 頁以下、木原浩之「改正 UCC 第二編における「合意」を基礎とする契約法理（1）～（5・完）」亜細亜法学 44 巻 2 号（2010 年）210 頁以下・45 巻 1 号（2010 年）158 頁以下・46 巻 2 号（2012 年）148 頁以下・47 巻 2 号（2013 年）124 頁以下・48 巻 2 号（2014 年）116 頁以下。
115 曽野（1993 年）・同上（上）・162 頁。
116 同上、163 頁。
117 同上。また、後述するように、1979 年に公表された第二次契約法リステイトメントは法と経済学の影響を受けていた。内田貴「〔著書紹介〕Anthony T. Kronman & Richard A. Posner, THE ECONOMICS OF CONTRACT LAW (1979)」アメリカ法 1983-2 号 249 頁、同『契約の再生』弘文堂（1990 年）74 頁以下。本稿第一章Ⅴ参照。

正作業は失敗に終わったと見られている[118]。2011 年には ULC と ALI は 2003 年版第二編への支持を撤回することを正式に表明した[119]。

V. 第二次契約法リステイトメント

1. 第二次契約法リステイトメントの成立過程

第二次契約法リステイトメントは、1979 年に採択され、1981 年に公表された[120]。1963 年から 1971 年まで Braucher が、その後は Farnsworth がチーフ・レポーターをつとめた。また、ALI の評議会は、レポーターのアドバイザーとして法学部教授、弁護士、裁判官を選抜した。

第一次リステイトメントの起草方針は、既存の法を叙述すること、法の準則を客観的に記述するにとどめることにあったとされる[121]。そのため、確立した判例に反する立場をとることは許されず、また、判例の存在しない点について補充がなされることもなかった。また、法の準則について、より一般的な原理とともにその背景が説明されたり、根拠となる判例が挙げられたりすることもほとんどなかった[122]。そのため、第一次リステイトメント公表後の裁判所は、リステイトメントに示された準則の理由づけを窺い知ることができず、また、具体的事件にそって修正を加えるための指針を与えられることもなかった。結果的に、各州の判例法が当初期待されたほど統一されるには至らなかった[123]。

こうした反省をふまえ、第二次リステイトメントの編纂にあたっては、法が判例を通して発展していくことが強調され、リステイトメントの果たすべき役割も、判例による法形成への影響という点が重視され動態的にとらえられた[124]。具体的には、注釈のなかで、理由づけが従来よりも詳しく説明されることになったほか[125]、州によって判例の立場が異なるところについて、その旨が説明され、なぜそのうちのある立場をリステイトメントとして採用するに至ったかが述べられている。また、起草者の責任において書かれた Reporter's Notes が捕捉として追加され、判例や論文を引用しながら、問題のある箇所についての解説

---

118 撤回の経緯について、木原（2014 年）・前掲注 114（5）・102 頁以下。
119 2011-12 年のオフィシャル・テキストの Appendix において、「officially withdrawn in May 2011 by ALI and NCCSL」との記述がある。
120 第二次リステイトメントの編纂過程について、参照、田中英夫「RESTATEMENT (SECOND)の編纂」アメリカ法 1967 号（1967 年）74 頁以下。また、第二次契約法リステイトメントについて論じた諸論文を紹介するものして、参照、望月礼二郎「Symposium on the Restatement (Second) of Contracts, 81 COLUM. L. REV. 1-157 (1981)」アメリカ法 1983 号（1983 年）128 頁以下。
121 本稿第一章Ⅲ参照。
122 例外として、Restitution における Seavery 及び Scott による詳細な Reporter's Notes がある他、Property 第 2 章には Powell による解説が附されている。
123 木原（2010 年）・前掲注 114（1）・87 頁以下。
124 木原（2012 年）・前掲注 114（3）・176 頁以下。
125 多くの個所で Rationale という見出しの項目が置かれている。

がなされることとなった。

第二次リステイトメントに影響を与えた諸原因として、Farnsworth は、(i)第二次リステイトメントに示唆を与えた諸個人、(ii)判例法の権威、(iii)制定法の影響の三点を挙げている[126]。

このうち、(i) 第二次リステイトメントに示唆を与えたものとして、特に Williston[127]及び Corbin[128]の『契約法』、Palmer の『原状回復法』[129]、Fuller の信頼利益に関する論文[130]、Dawson の不当威圧に関する一連の論文[131]が挙げられている。

また、(ii)各法域において発展してきた判例法が今回のリステイトメントに影響を与えたと評価される。リステイトメントが現行法（判例法）の忠実な再述であるか、また、そうあるべきか否かは、以前より度々論じられてきた問題であった。Farnsworth は、今回のリステイトメントが概して現行の判例法の立場を忠実に守ったとする。一方で、主に当事者の信頼を保護する方向での法の拡充など、部分的にはっきりと革新的な姿勢をとったとしている。これは例えば、契約の成立に関する約束的禁反言の原則の拡充（§§87, 139）や、損害賠償の範囲の限定要因または拡大要因として、債務者または債権者の信頼の度合いを斟酌しうること（§§87,90,97,351、また§§158,272）等である。

(iii)制定法の影響としては、一般的に UCC の影響を多く受けたことが指摘されている。UCC 第二編がとりわけ物品売買に関する契約を対象としているために、それらが契約法の一般原則に関わるリステイトメントに対して有益な類推を提供するかは幾分不明瞭であるものの、UCC で採用された諸概念や専門用語、契約ルールのいくつかが、第二次契約法リステイトメントにも組み込まれている。

2. 第二次契約法リステイトメントにおける契約責任ルール

第二次契約法リステイトメントの構成は以下の通りである[132]――第一章「用語の解説」、第二章「契約の成立――当事者と能力」、第三章「契約の成立――相互的同意」、第四章「契約の成立――約因」、第五章「詐欺防止法」、第六章「錯誤」、第七章「不実表示、強迫および不当威圧」、第八章「公序を理由とする強行不能」、第九章「契約上の債務の範囲」、第十

---

126 E. Allan Farnsworth, *Ingredients in the Redaction of The Restatement (Second) of Contracts*, 81 COLUM. L. REV. 1 (1981).
127 SAMUEL WILLISTON, CONTRACTS (3rd ed. 1957-1978).
128 ARTHUR L. CORBIN, CONTRACTS (1950).
129 GEORGE E. PALMER, THE LAW OF RESTITUTION (1978).
130 Lon L. Fuller & William R. Perdue, Jr., *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 YALE L. REV. 52, 373 (1936).
131 John P. Dawson, *Economic Duress: An Essay in Perspective*, 45 MICH. L. REV. 253 (1947); John P. Dawson, *Duress through Civil Litigation*, 45 MICH. L. REV. 571, 679 (1947).
132 第二次契約法リステイトメントの翻訳は、松本恒雄「第二次契約法リステイトメント試訳（1）～（5・完）」民商 94 巻 4 号 111 頁以下・同 5 号 115 頁以下・同 6 号 115 頁以下・同 95 巻 1 号 136 頁以下・同 2 号 139 頁以下（いずれも 1986 年）による。

章「履行と不履行」、第十一章「履行の実行不能と目的の達成不能」、第十二章「同意または変更による消滅」、第十三章「合同的約束者および受約者と個別的約束者および受約者」、第十四章「契約受益者」、第十五章「譲渡と委任」、第十六章「救済方法」――。

第二次契約法リステイトメントによれば、「契約とは、ひとつあるいは一組の約束であって、その不履行に対して法が救済を与え、あるいはその履行を法が何らかの意味で義務と認めているものである」[133]。これは、第一次契約法リステイトメントから文言の変更がない。

なお、UCC において契約の定義は、「当事者の合意によって生じた……法的な権利義務関係の総体」[134]とされていたが、第二次契約法リステイトメントはこれを適切な代替的定義であると認めている[135]。ただし、「合意」は「取引」よりも広い意味を持つものであるとする。というのも、第二次契約法リステイトメントにおける契約は、交換を目的とした取引だけでなく、不利益を伴う信頼、道徳的義務、その他の根拠に基づいて強制される約束を含むものであるとの認識があったためである[136]。

第二次契約法リステイトメントにおいても、契約責任は依然として厳格責任であると考えられていたようである。以下のような記述がみられる。「契約責任は厳格責任である。契約は守られなければならないというのは、承認された格言である。したがって、債務者は契約違反に基づく損害賠償については、たとえ過失がない場合でも、また、事情により契約の履行が予期していたものよりも困難となった場合や予期していたのよりも有利なものではなくなった場合でも、責任を負う」[137]。「履行期が到来した場合において、完全な履行に何か欠けるところがあるときは、たとえ完全な履行を行っていない当事者に過失がなくても、すべて契約違反である」[138]。すなわち、債務者が契約によって引き受けたことに反すれば、そのことのみをもって契約責任が生じるとされた。

VI. アメリカ契約責任法理の転換

以上のように、アメリカ法においては、契約責任は伝統的に厳格責任であるとされてきた。すなわち、債務者が契約によって引き受けたことに反すれば、契約責任が生じる。体系書でも、契約責任が厳格責任であることが確認されている。「契約法は、その核心的デザインにおいて、厳格責任の法であり、それに伴う救済システムは fault に関わりなく働くのである」[139]。ここでは契約は、結果の保証を提供するものであると性格づけられる。不履

133 RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 1.
134 UCC1-201 12.
135 RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 1 cmt b.
136 *Id.* § 3 cmt c, § 82-90.
137 RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS, ch.11, introductory note at 309 (AM. LAW INST. 1981).
138 *Id.* § 235 cmt. b, at 212.
139 FARNSWORTH 2004, *supra* note 37, at 761.

行の理由は契約違反を判断するうえで問題とならず、損害賠償責任の有無を判断するうえでも問題とならない。契約違反の相手方は期待利益を求める権利を与えられ、不履行の理由は損害賠償の範囲を判断するうえでも問題とされないのである。

また、契約違反に対する救済として、アメリカ法では、コモン・ロー上の救済である損害賠償が第一次的方法とされ、契約内容の強制履行を求める特定履行というエクイティ上の救済は、伝統的に劣位におかれてきた。強制履行の命令が出されるのは、「売買の目的物が独特のものであるか、またはその他の適切な場合」（UCC2-716(1)）など、限定的な場合である。

損害賠償が第一次的救済とされる背景について、Holmes 裁判官は以下のように述べている[140]。「英米法上、契約を結ぶということは、契約を履行するか損害賠償を支払って履行をやめるかの選択権をもつことを意味するに過ぎない。」また、Farnsworth は以下のように述べている。「アメリカ契約法上の救済制度の目的は、債務の現実的履行ではない。…問題は、どうやって債務者に約束を守らせるかではなく、どうしたら人々が契約関係に入るのを促進できるかである」[141]。すなわち、いったん契約を結んだら必ず履行強制が行われるという制度でない方が、人々は気軽に契約を締結することができる。履行強制が経済的な合理性に反する場合に、非経済的な行動を回避することができるのである。

さらにアメリカ契約法においては、期待利益の賠償が基本原則とされている。R. A. Posner は、「契約法とは、経済的効率性と社会厚生とを増進させる準則及び原則の体系である」、「交換取引約束に関する期待利益は、原告に、被告の履行があったならばそうであったような状態に置かれた価値を与え、被告には、最も高い価値を与える者と資源を交換するインセンティブが提供され、その結果、効率的結果が促進される」とする[142]。

また、契約の拘束力の決定の場面についても、交換取引理論を中核とする伝統的な契約観に支えられた形式主義的なルールが採用された。これはすなわち、契約当事者の相互的な合意に拘束力を認める立場であり、合意に還元されない規範的な要素は当然契約から排除されることになる。そしてその背景には、当時の個人主義・自由主義思想や、個人の負担する社会的義務を制限しようとする思想の存在があった。

このように、アメリカ法においては、契約責任の帰責根拠は契約に違反したことにあるとされており、契約責任を厳格責任としてとらえてきた。しかし、古典的契約理論が完成するまでの歴史を眺めれば、契約責任は厳格責任主義であるとの立場が必ずしも貫かれてきたわけではないことが分かる。

19 世紀以前には、契約法は独立した法としての立場を確立しておらず、一定の典型的な契約関係ごとに、その特性に即した契約責任が理解されているに過ぎなかった[143]。そして、

---

140 O. W. Holmes, *The Path of the Law*, 10 Harv. L. Rev. 457, 467 (1897).
141 FARNSWORTH 2004, *supra* note 37, at § 12.1, 729-30.
142 R. A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 65ff (2d ed. 1977).
143 G. ギルモア著（望月礼二郎訳）『アメリカ法の軌跡』岩波現代選書（1984 年）65 頁以下。

こうした特定の関係性のある当事者間においては、行為者は標準化された一定の義務を負っており、その権利義務の内容は関係そのものによって輪郭付けられるものであって、個別の合意で決められるものはわずかであるとされていた[144]。

当時の契約責任の原則的基準は、当事者の明示の合意違反に基づくものではなく、むしろ個別の契約類型ごとの公平の観点から契約内容が規制されていたといえる。この意味では、厳格責任主義の立場とは異なる責任判断構造が機能していたといえる。Horwitz も指摘するように、客観的な公平性という価値によって契約の内容を規制することをやめ、当事者の意思の合致による契約を重視するようになったのは、社会の始まりから存在した当たり前の事実ではない。むしろ、19 世紀に近代契約法が形成されるにあたり、あえて選択され、導入された原理だったのである[145]。

Langdell、Holmes、Williston によって完成された古典的契約理論は、19 世紀の個人主義的思想から福祉国家思想への時代の変化により、大きな挑戦を受けることになった。すなわち、当初想定されていなかったような、市場における有利な地位を持つ者と持たざる者があらわれ、市場における強者がその地位を濫用するようになったのである。これに対し、立法、行政の面からの介入が増大し、取引交換理論は衰退することとなった。

そのようななかで、古典的契約理論への批判を主導したのが、Gilmore の「契約の死」であった。さらに Macneil の「関係的契約理論」も、古典的契約理論における契約観を批判し、契約は社会的な背景から切り離して孤立的あるいは単発的にとらえられるものではないと主張した。

古典的契約理論を批判し、当事者の明示的な意思の交換のみに限らない約束の拘束力を探求したという点において、本稿の問題意識との関係において Gilmore 及び Macneil の主張は重要な意義を有すると考える。そこで以下では、両議論を概観し、他律的な契約法規範を考えるにあたっていかなる示唆が得られるか検討することとする。

VII. 契約の死

1. 伝統的契約法理論への批判

19 世紀後半から、アメリカ契約法は理論至上主義、体系尊重主義のなかで理論を形成してきた。そこで中心的役割を担った Langdell、Holmes、Williston と、彼らが形成した伝統的契約法理論に対して、20 世紀後半に強い懐疑が唱えられることとなった。Gilmore は 1974 年に発表した著書において、「契約は死せり」と述べ、伝統的契約法理論が現代社会において崩壊したことを指摘している[146]。Gilmore の主張は大きな反響を呼び、その主張の

144 Roy Kreitner, *Fault at the Contract-Tort Interface*, 107 MICH. L. REV. 1533 (2009).
145 MORTON J. HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW 160 (1977).
146 GRANT GILMORE, THE DEATH OF CONTRACT 151 (1974).本書の日本における紹介として、曽野和明「書評」アメリカ法（1978 年）199 頁以下、樋口範雄「グラント・ギ

全てが必ずしも好意的に受け入れられたわけではなかったにしても、アメリカ契約法理論はひとつの転換点を迎えることとなった。

Gilmore は伝統的契約法理論を以下のようにとらえている。それは Langdell によって形成され、Holmes に引き継がれ、Williston によって完成された。その考え方の基礎には客観主義があり、契約法の機能はいかに責任を限定するかにあるとされた。彼らの契約法理論の中核には約因理論があり、約因が契約の一生――契約の成立から変更、消滅に至るまで――を支配する。また、彼らは伝統的契約法理論を従来の先例から出てきたものと説明してきた。

Gilmore が「契約は死せり」と表現し、批判したのは、約因の交換取引理論を中核とするアメリカの伝統的契約法理論についてである。Langdell、Williston、Holmes らは、形式的、外在的、及び客観的な基準に基づく契約法理論の構成を目指しており、そのための重要な要素となったのが約因であった。

2. 伝統的契約法理論の形成

Gilmore によれば、伝統的契約法理の形成は Langdell にはじまり、Holmes に引き継がれ、Williston によって完成された。契約法の一般理論の必要性を最初に説いたのは Langdell であった。上述したように、Langdell は、法は一つの科学であると信じていた。Langdell ははじめて契約を抽象的な存在としてとらえ、重要な判例をすべて分類し、整序することを試みた。

3. 伝統的契約法理論の承継

契約法に一般理論を見出そうとする Langdell の思想を引き継いだのは Holmes であった。Holmes の理論の核心は「理想としては、いかなる人に対しても、それがどんなことであれ、誰も責任を負うべきでない」ということであった[147]。とはいえ、これはあくまで理想であり、実際には達成不可能なことであるから、現実的な解釈としては可能な限り責任を限定しようとする。

Holmes は民事責任を契約責任と不法行為責任とに峻別するが、不法行為理論においては特にこの傾向が顕著となる[148]。すなわち、責任は個人的過失に基づくのではなく、事故から生じた損失はそれが降りかかったところに存するというのが法の一般原則であるべきだという[149]。というのも、行動という言葉に選択の自由が含まれている以上、人はある特定の行動をとる義務はない。しかし、人はともかく何らかの行動はしなければならず、しかも社会は個々人の行動によって一般に利益を得るものである。行動することが不可避であ

ルモア著『契約の死』」學習院大學法學部研究年報 14 巻（1979 年）103 頁以下。また、本書の翻訳として、森達ほか訳『契約法の死』文久書林（1979 年）。

147 *Id.* at 14

148 *Id.* at 15-17.

149 O. HOLMES, THE COMMON LAW 76 (1881).

り、公益に役立つものである以上、行為者にとって必然的でかつ望ましい冒険を投げ捨ててしまうという政策をとる必要はないと Holmes は考える。

ただし、理想を完全に現実にすることはできないから、客観主義によって責任を縮減することになる。Holmes は不法行為について、倫理的非難というような要素を極力排除しようとする。ここでは、個人の主観的過失は問題にされず、個々人の行為は客観的に社会的通念上の基準に照らして判断されることになる。

このように、可能な限り責任を限定しようとするための balance-wheel として機能するのが、約因の交換取引理論（bargain theory of consideration）であった。法はすべての約束に法的拘束力を与えるわけではない。捺印証書という方式によらない約束についてコモン・ローは約因を要求する。Holmes は約因を「約束をした当人が受けた利益か約束の相手方が被った不利益であるが、それだけでは不十分で、その約因（利益ないし不利益）と約束の間に交換的な関係が認められることを要する」と定式化した。それらの認定は、あくまで客観的に行為の外形に基づいて行うわけである。そして約因がなければ契約は成立せず、もちろん責任もない。

ただし、責任を認める範囲をこのように限定する反面で、その範囲内では責任は絶対的なものとされる。Holmes によれば、法律上拘束力のある約束の唯一の普遍的効果は、もしも約束した事柄が生じなかった時には、約束をした人が法によって損害賠償を払わせられるということである。約束をした事柄が生じなかった原因が、当人の故意に基づくものであれ、やむをえない事情によるものであれ、それは問題とならない。その意味では責任は絶対的で、客観主義に徹している[150]。

4. 伝統的契約法理論の完成

Holmes によって骨格が作られた契約の一般理論を洗練し、完成させたのは Williston である。ここでは、約因理論は契約の成立から消滅までの全局面を支配するものとして、まさに契約を動かす balance wheel となった[151]。例えば、有効な約因を欠くのならば、撤回可能と表示されていても、承諾する以前なら申しこみ撤回することが可能である。あるいは、既存の契約で約束されている以上に報酬増加を約束しても拘束力はない。また、債権者が債務の一部弁済で満足すると約束しても拘束力はない。このように、契約の成立の際にも、その内容の変更の際にも、契約消滅の際にも、約因を探求することが要求される。

5. Gilmore による批判

こうして完成した伝統的契約法理論に対して、Gilmore は以下のように批判を加えている。

まず Gilmore は、Williston がそれぞれの原則の先例として挙げる判決について、事実に遡って丹念に検討し、それらがいずれも先例とするには甚だ怪しいものであると論証して

150 *Id.* at 236.
151 *Id.* at 21-22.

いる[152]。

さらに、第一次リステイトメントにおいてすでに伝統的契約法理論の破綻があらわれていると指摘する。すなわち、一般理論の金科玉条たる 75 条（約因の定義）に対して、それと相いれないはずの 90 条（約束的禁反言の規定）が挿入された。Williston はこれに反対していたが、Corbin の勧めにより 90 条は採択された。当初は贈与的契約に限って適用される例外と見られていたにもかかわらず[153]、その後、商取引の領域でも広く活用されることとなった[154]。さらに、第二次契約法リステイトメントに至っては、約束的禁反言に関する 90 条の文言に変化が見られ、同条を根拠とする限り、約因を含むテクニカルな契約理論を顧慮することは、多くの場合もはや不必要であるとすらいわれる[155]。Gilmore によれば、原則と例外が逆転しており、その様子は精神分裂病的症状に例えられる。

Langdell の業績についても、Gilmore は以下のように指摘している[156]。Langdell のケース・ブックに含まれる判例は、実際にはほとんどがイギリスの判決であり、17 世紀以来のものを年代順に羅列したに過ぎない。しばしばニューヨーク州及びマサチューセッツ州の判決による補充がなされたが、その他のアメリカの州は全く顧みられなかったという。また、ケース・ブックにおける説明も、どの判決が正しくどの判決が誤りであるという一刀両断的なもので、それがなぜなのか、それをどのように考えていくべきか探求しようとする姿勢に乏しい。Langdell にとってのケース・メソッドとは、学生自身に自ら考えさせるものではなく、むしろケースを通して「正しい理論」を覚えこませようというものであったといえる。結局、Langdell は、契約の一般理論というようなものが存在する、あるいは存在すべきだという考え方を世に送り出す以上のことはほとんど何もしなかった。すなわち、彼の考える「科学」とは、ひとつの理論、ひとつのドグマの存在を示唆するに過ぎなかったのである[157]。

また、Gilmore によれば、契約法上の救済の側面からみると絶対責任は理論上のものにすぎず、実際には厳しい限定がつけられていることが分かる。第一に、契約の特定履行というエクイティ上の救済はできる限り避けられる。第二に、主たる救済とされた金銭賠償も、損失を填補するものであって、契約違反者に対する救済と観念されているわけではない。むしろ、すべての人間は契約を破る権利を持つ。契約当事者にはその契約上の義務を履行するか、そうせずに代わりに金銭賠償を支払うかを選択する権利がある。しかも実際に認められる損害賠償の範囲は、損失を填補するといいながら、相手方が実際に被った損失の全部を填補するものではなかった。また、契約違反の際の違反者の主観的事情を問わないということは、逆にそれがどんな悪意に基づくものであれ、損害賠償額には無関係という

152 *Id.* at 22-23.
153 James Baird Co. v. Gimble Bros., 64 F. 2d 344 (2d Cir. 1933).
154 Drennan v. Star Paving Co., 51 Cal. 2d 409, 333 P.2d 757 (1958).
155 cmt a.
156 Gilmore1974, *supra* note 146, at 13-14.
157 ギルモア（1984 年）・前掲注 44・61-63 頁。

ことになる。

Gilmore は、Holmes の契約理論は、過去とは無関係にいわば象牙の塔の中で案出された抽象的産物であると考える。Holmes の約因理論が全体として支持されるに至った後でも、ニューヨーク州最高裁判所の Cardozo 判事は、その流れから逸脱する一連の判決を出した。そもそも、Gilmore によれば、約因という言葉は 19 世紀になるまでどのような機能を果たすものとしても観念されていなかった。例えば 18 世紀末のイングランドの Mansfield 卿による約因観は、Holmes のそれとは対極的である。Mansfield 卿の考えが後の判決で否定されたのだとしても、後の彼の批判者たちよりも Mansfield 卿の側に誤りが少なく、むしろ歴史的なセンスが存在した可能性を否定することはできない。約因理論は、必ずしも Holmes の考えるように把握されねばならないものではなく、実際には自由な解釈を施され、理論に縛られない妥当な解決が図られた[158]。

6. 「契約の死」における問題提起

Gilmore によれば、Langdell が契約法の一般理論の必要性を唱える以前から、個別の部門は十分に発展していた。むしろ、流通証券法の分野などはすでに固定化していたといえる。一般理論は、それが唱えられた後で、一種の巻き戻し的効果によって、いくつかの個別の部門、特に売買の新たな発展を促したに過ぎない[159]。一般理論が求められ、形成された背景を、Gilmore は以下のように説明している。

まず、Friedman も指摘しているように[160]、伝統的契約理論モデルは、当時の自由放任主義的経済理論と著しい類似性、関連性を持つ。いずれも、自由な個人の存在を疑わず、その行動を放任する――すなわち、責任を限定する――ことによって最善の結果が得られると考える。伝統的契約法理論は時代の要請にこたえたものであり、時代の要請が変化するにつれて存在基盤を失うことになった[161]。

また、アメリカ法が各州で基本的にばらばらであることから、その統一を望む動きが活発化したといえる。特に、1860 年代からのナショナル・レポーター・システムの完備によって、大量の判例が眼前に出現した。これに対応する必要性が、統一的法理論への要請へとつながったことも、ひとつの重要な背景である[162]。

さらに、陪審に対する不信も、一般理論の形成の大きな要因となったと考えられる。伝統的契約理論の特色である客観主義的アプローチから生じてきた約因理論は、実際問題として争点を可能な限り事実問題から切り離し、法律問題に限定する働きを持つ。ここでは、従来事実問題として陪審の手に委ねられていた事柄が、法律問題と名付けられて裁判官の

158 同上 19 頁。
159 同上 11 頁。
160 LAWRENCE M. FRIEDMAN, CONTRACT LAW IN AMERICA 20-24 (1965).
161 ギルモア（1984 年）・前掲注 44・94-95 頁。
162 同上 96-98 頁。

職域に取り込まれ、あわせて上訴審の審理の対象に組み入れられることになる[163]。

以上のような背景から誕生した伝統的契約法理論について、Gilmore はその崩壊を宣言し、契約法は不法行為法に取り込まれつつあるとか、むしろ新たに民事責任法とでも呼ぶべきものに統一されつつあるといった指摘を行う[164]。しかし、Gilmore の主張の重点は、伝統的契約法理論にかわる新たな理論を打ち立てることではなく、むしろ、一般理論が崩壊したことにあるようである。Gilmore は、過去 200 年の教訓によれば、問題に直面したときにそれをあらゆる目的にかなうような理論で解決してしまおうとする態度を警戒するべきである、と強調している[165]。Gilmore は伝統的契約法理論の辿った歴史を振り返ることで、その理論が現実には必ずしも受け入れられていないことを明らかにし、多様な契約法上の問題を一般理論によって解決しようとする態度そのものについて問題提起を行っているのである。

VIII. 関係的契約理論

1. 古典的契約法理論への批判

Macneil による関係的契約理論は、1969 年の論文ではじめて言及され、1974 年に包括的なものとして発表された[166]。さらに、1980 年の著書[167]の刊行前後から 1980 年代にかけて、多くの論文が公表されている[168]。上述したように、1974 年の Gilmore の著書において「契約の死」が唱えられており、当時はいまだ古典的な意思理論による契約法の枠組みが強固でありながらも、それが動揺し始めていた。

---

163 同上 98-100 頁。
164 同上 87-88、94 頁。
165 同上 141 頁以下。
166 Ian Macneil, *Whither Contracts?*, 21 J. LEGAL EDUC. 403 (1969); Ian Macneil, *The Many Futures of Contracts*, 47 S. CAL. L. REV. 691 (1974). また、包括的な紹介として、DAVID CAMPBELL EDS., THE RELATIONAL THEORY OF CONTRACT: SELECTED WORKS OF IAN MACNEIL (2001).その翻訳として、池下幹彦・東繁彦訳『関係的契約理論――イアン・マクニール撰修――』（2015 年）日本評論社。また、Macneil の議論はわが国でも紹介され、わが国の契約法学に影響を与えている。内田貴『契約の再生』弘文堂（1990 年）、吉田邦彦『都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」』有斐閣（2011 年）357 頁以下、中田裕康『継続的売買の解消』有斐閣（1944 年）419 頁以下。
167 IAN MACNEIL, THE NEW SOCIAL CONTRACT: AN INQUIRY INTO MODERN CONTRACTUAL RELATIONS (1980).
168 Ian Macneil, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, 72 NW. U. L. REV. 854 (1978); Ian Macneil, *Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a "Rich Classificatory Apparatus"*, 75 NW. U. L. REV. 1018 (1981); Ian Macneil, *Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky*, 68 VA. L. REV. 947 (1982); Ian Macneil, *Values in Contract: Internal and External*, 78 NW. U. L. REV. 340 (1983); Ian Macneil, *Bureaucracy, Liberalism, and Community: American Style*, 79 NW. U. L. REV. 900 (1984-85); Ian Macneil, *Reflections on Relational Contract*, 141 J. INST. THEORETICAL ECON. 541 (1985).

Macneil も、Williston にみられるような古典的契約法理論を批判するという点では、Gilmore と問題意識を共有していたといえる。Macneil によれば、Williston のいう「申し込み」と「承諾」の合意主義的構成による契約観は、契約を現在化し、社会的な背景から切り離して孤立的あるいは単発的に契約をとらえるものである。しかし、特に継続的契約――フランチャイズ契約、労働契約、賃貸借契約、会社等が強調される――に着目すれば、契約はこのように単発的なものだけではない。Macneil の思想は社会学の影響を強く受けており、労働分業の社会的実態から帰納するかたちで、契約現象、契約法をとらえなおそうとする問題意識が強い[169]。

なお、Macneil は継続的契約における関係の重要性を主張する一方で、そもそも、純粋あるいは完全な単発契約はありえないとも述べる[170]。すなわち、たとえ最も純粋な単発的契約であっても、少なくとも次のものを備える社会的基盤を前提としている。それは、(i)両当事者にとって理解可能な意思疎通の方法、(ii)当事者が殺人や盗みをせずに交換を行うための秩序ある体制、(iii)現代では一般的な貨幣制度、(iv)約束された交換の場合、約束を強制する有効なメカニズム、である。純粋に単発的な交換という概念は抽象的・空想的なものであり、実際のどの取引にも関係は存在しているのである[171]。

2. 関係的契約規範

Macneil は契約規範を、(i)共通契約規範、(ii)単発規範、(iii)関係規範の三つに分類している。これらの規範は、無数の変化に富む契約に現出する多様で特殊な規範の要点を抜粋したものである[172]。

共通規範は、われわれが契約的だと呼ぶに申し分ないと思われるあらゆる行動に不可欠なものであり、道義的義務に転化することで正しい行為の原則にもなる。契約が単発的であるか関係的であるかにかかわらず、契約の内的領域に存するその価値ということになる。共通契約規範には、「役割の整合性」、「相互性」、「計画の実行」、「同意の実現性」、「柔軟性」、「契約的連帯」、「原状回復利益、信頼利益、履行利益」、「権力の生成・抑制」、「手段の正当性」、「社会基盤との調和」を挙げる。いずれも契約行動に不可欠な要素で、そのような行動の価値を成すものである。

このうち、「計画の実行」と「同意の実現性」が強くなって生じるのが単発規範である。当事者が単発規範に調和して行動し、自らを律すれば律するほど、当事者は、自らを完全に拘束する計画、当事者がとりうる完全な拘束に近いプランニングをますます選択するこ

169 Ian Macneil, *Lon Fuller: Nexusist*, 26 AM. J. JUR. 219, 225-227 (1981).
170 Macneil 1978, *supra* note 168, at Bn.5.
171 例えば、あるガソリンスタンドにたまたま立ち寄った運転手がガソリンを購入する契約において、当事者間にはいかなる関係も存在せず、また将来も存在しないだろうと思われるが、このような取引においても社会基盤は必要であり、単発的に思えるだけで実際にはそうではない。Macneil 1974, *supra* note 166, at 720-21.
172 Macneil 1980, *supra* note 167, at 39.

とになる。その結果、人間的見地から可能な限り、将来が現在にもたらされることになる[173]。

一方、「役割の整合性」、「契約的連帯」、「社会基盤との調和」が強くなって関係規範となる。関係規範は契約行動に不可欠ではないが、関係的契約行動には不可欠である。契約関係においては、習慣、慣習、内的原則と規則、社会的交換、他の社会的原則、依存、期待、その他多くの事柄が入り組んで結びついている。また、関係的役割は長期的なものになり、第一次関係や様々な義務を取り込む傾向がある。そのようななかで、契約における役割を一貫したものにし、関係を維持しようとする規範は、複合的な価値を持つことになる。

Macneil はまた、古典的契約法理論や、法の経済分析にみられる方法論についても批判を加えていた。Macneil は、単発契約でも継続的契約でも、社会的背景として関係的側面があることを強調する。しかし、従来の古典的契約法理論家は、意思の合致だけを取り出す。また、法と経済学の研究者は、関係当事者を孤立的に括りだし、彼らを合理的な利益最大化を図るものと措定する。当事者が協調すれば社会的効用は高まるにもかかわらず、このような機会主義的なとらえ方のもとでは、当事者は自己利益中心的にふるまうことになる。機会主義的行動を前提とする取引社会では、信頼規範は希薄になってしまう。これに対して Macneil は、機会主義とは対照的な「役割の整合性」を打ち出す[174]。ここでは、効率的契約違反や、契約を破る自由のような首尾一貫しない態度は許されない。

Macneil の議論は契約責任の帰責根拠を直接論じるものではないが、契約をとらえるにあたって、契約当事者の背景や関係性をも考慮すべきであると主張するものである。意思の合致を重視する古典的契約法理論に対して、当事者の合意にとどまらない規範的な要素を取り込む余地を認めたという点で、伝統的な厳格責任主義の立場とは異なるものであるといえよう。

IX. 小括

以上のように、アメリカ法においては、ひとたび拘束力があると認められた契約は、当事者に絶対的責任を課すとされた。すなわち、契約責任の帰責根拠とは（有効な）契約に違反したことそのものであり、契約責任を厳格責任としてとらえてきたのである。ここでは、基本的に、契約両当事者の性質や、なぜ債務者が不履行に至ったのかといった背景は考慮されなかった。

しかし一方で、1870 頃から契約自由の原則は往年の勢いを失っていく。古典的契約法理論から法社会化への転換が見られ、利得責任と信頼責任の復活、信義誠実や公正取引の強調が見られるようなった。1979 年には Gilmore が、古典的契約法理論における約因を基礎とする交換的取引理論の崩壊を指摘している。ここでは、現代市民社会における責任発生の中核として、約因にかえて、「信頼の保護」と「不当な利得の発生阻止」が考えられる。

---

173 *Id.* at 60.
174 *Id.* at 66.

19 世紀後半までの夜警国家においては、私人間の契約という手段による交換的正義を通じて経済的発展が達成できると考えられており、約因は、取引における真剣性を担保するものとして重要な役割を果たしていた。しかし、福祉国家の倫理観および価値観があらわれるにつれ、完全に客観的なルールの機械的適用による解決ではなく、「正義」、「非良心性」、「信義則」といった漠然とした一般条項に依拠した解決が盛んとなる。

古典的契約法理論が揺らぎつつあるなか、Macneil もまた、契約を現在化し単発的にとらえる契約観を批判した。特に継続的取引において顕著であるように、契約法規範には、「役割の整合性」や「社会基盤」との調和といった関係規範が含まれるという。

本稿との関係でいえば、Gilmore や Macneil らの指摘はいずれも、契約をとらえるにあたって明示された合意以外の規範的な要素を取り込もうとする方法論であるという共通点を見出すことができる。Gilmore のいう「信義則」等の一般条項による紛争解決は、契約当事者の合意内容のみを帰責根拠とする立場にとどまらないものである。Macneil も、契約は社会的背景――これは、当事者の合意内容のみに還元されないものである――と切り離すことのできないものであると指摘している。両者はいずれも、帰責根拠を当事者の合意内容のみによって構成されるものではないとする立場と親和的であると考えられる。とはいえ、具体的な責任判断の場面、すなわち、損害賠償や履行請求といった救済が問題となる場面において、帰責根拠をいかにとらえるかは、必ずしも明確に議論されてはいないようである。

そこで、以下では、古典的契約責任論が動揺するなかで、近年の fault 論が、特に契約違反に基づく救済の場面における帰責根拠をいかに問い直そうとしているか、検討することとする。

第二章　アメリカ契約法における fault の発見

I.　はじめに

アメリカ契約法は伝統的に厳格責任の立場に立っており、債務者が契約に違反すれば、契約違反に至った理由や債権者側の事情等とはかかわりなく、ただちに契約責任が肯定されるとされてきた[175]。ここでは契約責任の判断において、債務者が契約違反を犯したか否かがすべてであり、それ以外の規範的な要素は一切考慮されないかのように思われる。

これに対して、近年、アメリカ契約法においても当事者の明示の義務違反以外の帰責根拠が認められると主張する学説がみられる。これらの学説は主に、従来の厳格責任主義のもとでも、一定の事案においては、契約当事者の fault の有無という規範的あるいは介入的な要素が機能してきたことを指摘する[176]。例えば、1981 年の Muris の論文[177]や 1992 年の Cohen の論文[178]では、特に機会主義的な契約違反の場面において債務者の fault が考慮されるべきであると主張されている。さらに 2008 年には、シカゴ大学ロー・スクールで Fault in American Contract Law と題したシンポジウム が行われるなど、伝統的な契約法理に動揺が見られる[179]。その後も、Hillman の論文[180]や Cooter＝Porat の著作[181]において、いか

---

175 本稿第一章参照。

176 なお、アメリカ契約法と同様に厳格責任をとるイギリス契約法においても、fault に関する議論が見られる。イギリス契約法は伝統的に business law であり、プロフェッショナル同士の取引が念頭に置かれているとされるが、従来認められてこなかった信義誠実の法理を積極的に評価する議論があり、その文脈で fault について触れられている。そこでは、厳格責任が原則通りに機能する場面（金銭支払の不能、種類物の供給不能、目的物の瑕疵）が挙げられる一方で、fault が問題とされ得る場面（物品供給とサービスの一体型契約におけるサービス提供の瑕疵、単独のサービス提供契約の瑕疵）があると指摘される。G. H. Treitel, *Fault in the Common Law of Contract*, *in* LIBER AMICORUM FOR LORD WILLBERFORCE 185 (Maarten Bos & Ian Brownlie eds., 1987); B. Nicholas, *Fault and Breach of Contract*, *in* GOOD FAITH AND FAULT IN CONTRACT LAW 337 (J. Beatson & D. Frierdman eds., 1995).

177 Timothy J. Muris, *Opportunistic Behavior and the Law of Contracts*, 65 Minn Law Rev. 521-590 (1981).

178 George M. Cohen, *The Negligence-Opportunism Tradeoff in Contract Law*, 20 HOFSTRA L. REV. 941 (1992).

179 このシンポジウムを論文集としてまとめたものとして、107 MICH. L. REV. 1341 (2009).さらに、この論文集を修正・要約して出版したものとして、OMRI BEN-SHAHAR AND ARIEL PORAT EDS., FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW (2010).これらの論稿をわが国に紹介するものとして、参照、笠井修「契約責任は厳格責任か―アメリカ契約法学に見る論争―」中央ロージャーナル 7 巻 3 号（2010 年）27 頁・8 巻 1 号（2011 年）45 頁、小林一郎「米国契約法における帰責性（fault）の役割」NBL1062 号（2015 年）27 頁。

180 Robert A. Hillman, *The Importance of Fault in Contract Law,* CORNELL LAW SCHOOL RESEARCH PAPER No.12-34 (2012); Hillman, *The Future of Fault in Contract Law*, 52 DUQ. L. REV. 275 (2014).

181 ROBERT D. COOTER & ARIEL PORAT, GETTING INCENTIVES RIGHT:

に債務者及び債権者の fault を考慮していくべきか、議論が続いている。

ただし、こうした学説における fault のとらえ方は一様ではない。アメリカ法における fault に関しては、従来、不法行為が fault principle（過失責任主義の原則）を採用しており、そこでいう fault は、故意（intention）と過失（negligence）の両方を含む概念であると説明される[182]。しかし近年の契約法における fault 論においては、それにとどまらない規範的な要素が fault と呼ばれているようである。

また、その文脈も様々である。例えば、契約責任が生じるかどうかを判断する際、契約上の明示の義務に違反したことのみに着目するのではなく、当事者の fault の有無という規範的要素を持ち込むべきであるとして、伝統的な厳格責任の立場から fault に基づく責任判断構造への転換を主張する学説もある。一方で、good faith や mitigation などをとりあげ、従来の契約責任判断の枠組みの中に fault と呼びうるものを見出すことで、契約法における fault の役割を見直そうとするものもある。後者の立場からは特に、実際の裁判例における契約責任の決定にあたって、特定の法理を通して fault の有無が考慮されていることが強調される。

そこで以下では、近年のアメリカ契約法における fault 論と、そこにおいて fault が機能していると指摘される裁判例やいくつかの契約法理を概観する。これらの学説・裁判例の分析を通じて、(i)アメリカ契約法の伝統的な厳格責任の立場がなぜ批判され、見直しをせまられているのか、(ii)契約責任の判断にあたって fault が重要な役割を果たすとすれば、いかなる契約類型において、いかなる契約法理を通じて考慮されるのか、明らかにすることを試みる。

II. 契約責任の歴史における fault

1. アメリカ契約法における fault

アメリカ契約法の伝統的な立場は、契約責任は厳格責任であると考えてきた。ここでは、不履行ないし契約違反の理由は原則として問題とならず、また、契約違反の相手方当事者は期待利益を求める権利を与えられ、損害賠償の範囲を判断するうえでも fault は重要視されない。

近年の fault 論からは、不法行為法においては、過失責任主義（fault principle）は最も重要な原則のひとつであるとされてきたが[183]、その一方で、契約責任の判断における fault

---

IMPROVING TORTS, CONTRACTS, AND RESTITUTION (2014).

182 樋口範雄『アメリカ不法行為法』弘文堂（2009 年）9 頁。

183 ここでいう過失（fault）とは、故意と過失（negligence）の両方を含む概念であるとされる。その他、fault を問題としない不法行為として、製造物責任のような厳格責任に基づく不法行為が一定の範囲で認められている。従って、アメリカの不法行為は、それが不法行為とされる基礎づけによって、(i)故意による不法行為（intentional torts）、(ii)過失による不法行為（negligence）、(iii)厳格責任に基づく不法行為（strict liability）の三種類に分

の位置づけについては、アメリカ契約法学において積極的に議論されてきたわけではなかったとの指摘がなされている[184]。そもそも、契約責任について厳格責任主義を採用したことは、必ずしも理論的に十分な議論が尽くされた結果ではなく、なお fault の役割が見直されるべき余地があるという[185]。

そこで以下では、契約責任法理の発展のなかで、いかにして厳格責任主義が採用されるに至ったのか、また、そのなかで近時の fault 論はどのような意義を有するのか、検討する。

2. 典型的な契約関係における契約責任

契約責任が一種の厳格責任であるという考え方がアメリカ契約法に本格的に表れたのは、19 世紀後半のことであった。当時、不法行為法における「過失なくして責任なし」のレジームが学説主導的に形成されたのに対し、契約責任における厳格責任主義の理論的承認は、裁判例の展開を追認するようにあらわれてきた[186]。

それ以前には、契約法は独立した法としての立場を確立しておらず、一定の典型的な契約関係ごとに、その特性に即した契約責任が理解されているに過ぎなかった。一般的な契約法は存在せず、代理法、寄託法、保証法、為替手形法、約束手形法、保険法、組合法等が個々に認識されていた。これらの法は特定の法的関係――例えば、代理関係、寄託関係、保証関係等――を個別に規律するものとされ、裁判官にその適用が委ねられていた[187]。こうした特定の関係性のある当事者間においては、行為者は標準化された一定の義務を負っており、その権利義務の内容は関係そのものによって輪郭付けられるものであって、個別の合意で決められるものはわずかであるとされていた。そして、このような関係においては、典型的には、合理的な技量、合理的な勤勉さ、合理的な注意によって義務を枠付ける考え方がとられていた。

当時の契約責任の原則的基準は、当事者の明示の合意違反に基づくものではなく、むしろ個別の契約類型ごとの公平の観点から契約内容が規制されていたといえる。この意味では、厳格責任主義の立場とは異なる責任判断構造が機能していたといえる。Horwitz も指摘するように、客観的な公平性という価値によって契約の内容を規制することをやめ、当事者の意思の合致による契約を重視するようになったのは、社会の始まりから存在した当た

けられる。同上。

184 Kreitner 2009, *supra* note 144, at 1539.なお、契約の成立過程における fault については、そもそも問題にならないとの指摘がある。契約の成立に関する基礎理論は、当事者が合意しない限り契約も存在しないというものであり、これは厳格責任の考え方と適合的であるといえる。一方で、契約責任の判断においては、伝統的な厳格責任の立場と fault 論との間で、「債務者が履行を怠ったことの理由」が問題とされるべきか否かが争われるという。George M. Cohen, *The Fault that Lies within our Contract Law*, 107 MICH. L. REV. 1447 (2009).

185 Kreitner 2009, *supra* note 144, at 1533.

186 *Ibid.*また、契約責任法理の形成過程について、本稿第一章Ⅱ及びⅢも参照。

187 コモンローにおける「関係」の考え方について、Roscoe Pound, *The End of Law as Developed in Juristic Thought (part 2)*, 30 HARV. L. REV. 201 (1917).

り前の事実ではなく、事後的に選択され導入された原理だったのである[188]。

このように、当初契約根拠は明示的な合意違反にのみ求められているわけではなく、個々の契約類型における規範的要素が考慮される余地があったようである。もっとも、当時の契約法学説は、契約責任と fault との関係や、契約責任の判断過程における fault の位置付けを論じていたわけではなく、主に「契約関係を形成する義務の根源」について論じていた[189]。

3. 厳格責任主義の登場

19 世紀後半、契約法一般を叙述することが試みられるなかで[190]、契約責任を厳格責任ととらえる立場が登場した[191]。

その背景には、当時のアメリカ法思想に見られた形式主義的なアプローチがみられることは上述した通りである[192]。契約の拘束力に関する議論においては、客観的に明快な基準の要請から、有効な約因を備えた契約には法的効力を認めるという考え方が有力となった[193]。約因法理を基礎とする交換的取引理論は、Holmes 及び Williston によって体系化され、第一次契約法リステイトメントにおいて結晶化された。ここに至り、それ以前の契約法学説が個別の典型的な法律関係ごとの「関係的な義務」を論じていたのに対し、「合意によって形成された義務」が強調されるようになったとされる[194]。

この点につき、19 世紀末から 20 世紀初頭の諸学説は、当該取引が該当する関係よりも、当事者の意思に焦点を合わせて契約の解釈理論を再構築することを試みたとも評される[195]。この過程において、契約は、法によって規定された債務ではなく、当事者自身によって支配された領土であると考えられるようになったという[196]。

契約上の義務の根源に関する考え方の変容は、債務やその基本的構造の再構成をもたら

---

188 本稿第一章Ⅱ参照。

189 Morris R. Cohen, *The Basis of Contract*, 46 HARV. L. REV. 553 (1933).及びそこで言及されている諸学説を参照。なお、同時期の不法行為法は、それ以前の因果関係を中心とした構造から「過失なくして責任なし」のレジームへと転換している。このことについて、契約法と不法行為法とが、fault の要素に対するそれぞれの立場を交換することになったとの指摘がある。Kreitner 2009, *supra* note 144, at 1535.

190 本稿第一章参照。

191 厳格責任主義の歴史的展開を追ったうえで、その正当性への懐疑から、アメリカ契約法における厳格責任主義を問い直すものとして、参照、笠井（2010-2011）・前掲注 179。

192 本稿第一章Ⅲ参照。

193 約束の法的拘束力の根拠について、参照、木下毅『英米契約法の理論〔第 2 版〕』東京大学出版会（1985 年）特に 163 頁以下。

194 Kreitner 2009, *supra* note 144, at 1535.

195 JAMES GORDLEY, THE PHILOSOPHICAL ORIGINS OF MODERN CONTRACT DOCTRINE 208-13 (1991).

196 関係に着目する古典的理論と、これを批判し意思に基づく契約を唱える学説の展開について、参照、MORTON J. HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW, 1780-1860 33-63 (1977).

した。当事者は、既存の何らかの標準化された法的関係に入るというよりも、契約により自らが服するべき私的規範を作り出すものであると考えられるようになったのである。そこでは、当事者自治の理念を高めるため、当事者が相互に厳格な責任を負うことが含意された。

例えば、当時の一般的な取引のひとつとして、農産物の先物取引が挙げられる。ここでは当事者は、実際に商品の将来の価格に関するリスクの分配をしているに過ぎない。彼らは相互に「保険者」としてふるまい、厳格責任を負うのが一般的であった。判例においても、井戸の掘削工事の契約について「当事者が自己の契約において自身に対して義務を課したときには、その履行が完全に不能でない限り、いかに費用と困難が伴おうとも、それを尽くす義務と責任を負う」とする表現があらわれた[197]。

この点、Holmes 裁判官も以下のように記述している。「拘束力ある約束がなされると、そのコモン・ロー上の効果は、約束者が約束したことがらに対してどの程度の力を有しているかによっては左右されない。…翌日に雨を降らせるという拘束力ある約束をした場合には、それによる直接の法的効果は、約束者がそのことのリスクを引き受けたという点に認められる。彼がひと梱の綿花の引渡しを約束した場合にも、何らこれと異なるところはない」[198]。

他方で、契約法における fault の重要性は大きく後退することになった。とういうのも、fault の評価基準が契約当事者の合意に先立って存在するという点が、問題視されたためである。このような基準に従うことは、国家あるいはコモン・ローが私人の関係に介入することを許すことになる[199]。国家を排除しようとすれば、契約法理は、当事者が自らに課す義務を絶対的なものとして構成するものでなければならない。そうすると、少なくとも、約束を通して義務付けを行う役割を当事者に与えるということは「引き受けた義務が中心となり、課された義務は例外的なものとなるべき」ことになる[200]。

このような厳格責任の正当性は、厳格責任に関する契約上の合意が容易に推認できかつ意思と fault の評価との区別が明瞭であるという前提に立つ。しかし実際には、当事者の意思は不明確でしばしば解釈を要するものであるうえに、契約法においては当事者の合意と fault とは密接に関連しているとされる[201]。

4. アメリカ契約法における fault の問い直し

アメリカ契約法は厳格責任主義の立場に立ってきたが、その理論的な正当化根拠は必ず

197 Leavitt v. Dover, 32 A. 156 (N. H. 1892).
198 O. HOLMES, THE COMMON LAW 299-300 (1881).
199 Kreitner 2009, *supra* note 144, at 107.
200 Karl N. Llewellyn, *Forward, On the Complexity of Consideration*, 41 COLUM. L. REV. 777 (1941); Ian R. Macneil, *The Many Futures of Contracts*, 47 S. CAL. L. REV. 691 (1974).
201 笠井（2010）・前掲注 179（1）・39 頁以下。

しも十分であるとはいえないと主張される[202]。

厳格責任を正当化するということは、契約上引き受けた義務の履行を行わなかったことが、fault の有無を問わず、不履行当事者に損害賠償を支払わせるのに十分な根拠になるということを示すという[203]。しかし、上記のような経緯の中で、厳格責任の考え方によって契約法から fault を排除したことに関して、その必然性を裏付ける材料は必ずしも豊富に見出されるわけではなく、十分に分析されているともいえない。契約責任を厳格責任とする理解は、奇妙なことに必ずしも大きな論点となることなく受け入れられ、その根拠は十分な議論を経たものではないと指摘される[204]。

なお、伝統的には、厳格責任の正当化について少なくとも二つの共通の姿勢を見出すことができるという[205]。第一に、契約責任を当事者の相互の合意の中に基礎づけることである。契約において、不履行があった場合の損害の補償の義務についてあらかじめ合意があったと見ることは、確かに理論的には可能である。第二に、fault について、合意とは異質の一種の社会的評価であると性格づけることである。そのうえで、当事者が責任の範囲を限定する可能性、つまり、社会的評価ではなく、当事者の意思に即して合意を規律する余地を認める。そこでは、当事者が形成した何らかの合意に即した責任がありうることになる。その限りで、それは当事者から独立した責任基準ではない。

このように、今日、契約責任は厳格責任であるという伝統的な理解に対して、改めてその正当性が議論されている。そこでは、規範的あるいは現状認識としての正当性を問うもの、法と経済学あるいは道徳的な観点からの議論など、多様な見解が見られる。

III. 契約違反に対する救済における fault

1. Cohen の見解

上述したように、アメリカ契約法の伝統的な立場は、契約責任は厳格責任であると考える。過失責任主義（fault principle）が、不法行為法の最も重要な原則のひとつであるとされる一方で、契約責任の判断における fault の位置づけについては、ほとんど議論が見られなかった。そのなかで、1992 年以降の Cohen による一連の研究[206]をはじめとして、近年、

---

202 同上 34 頁以下。
203 同上 35 頁。
204 同上。
205 同上。
206 George M. Cohen, *The Negligence-Opportunism Tradeoff in Contract Law*, 20 HOFSTRA L. REV. 941 (1992); Cohen, *The Fault Lines in Contract Damages*, 80 VA. L. REV. 1225 (1994); Cohen, *Implied Terms and Interpretation in Contract Law*, 3 ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS 78 (2000); Cohen, *Finding Fault with Wonnll's "Two Contractual Wrongs",* 38 SAN DIEGO L. REV. 137 (2001); Cohen, *The Fault that Lies within our Contract Law*, 107 MICH. L. REV. 1447 (2009); Cohen, *How Fault Shapes Contract Law, in* FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW 53 (Omri Ben-Shahar & Ariel Porat eds., 2010).

アメリカ契約法における fault の役割が様々な角度から論じられるようになってきた。

Cohen は経済学的視点から、契約責任の決定にあたって債務者の fault を考慮することの意義を唱えた。そして、契約当事者の機会主義的な行動を fault として評価し、実際に救済の場面において、そのような fault を評価したうえで契約責任の有無が判断されていると主張した。なお、契約における機会主義的な行動については、1981 年の Muris の論文においても論じられている。ここでは、契約当事者が機会主義的に行動したことを必ずしも fault と評価しているわけではないものの、明示された契約内容にとどまらない黙示の合意を読み込むことで、裁判所が機会主義的行動を抑止していることが指摘される。Muris の指摘は、債務者が明示された契約内容に反したことのみをもって契約責任を成立させる伝統的な厳格責任の立場を否定するものであり、この点で近年のアメリカ契約法における fault 論と共通するものである。

以下では、特に救済――損害賠償請求及び金銭債務の履行請求が年頭に置かれる――の場面において、契約当事者の fault がいかに評価されると考えられるかを中心に、学説の状況を概観する。

2. 厳格責任主義への反論

Cohen は、厳格責任主義を正当化する立場を伝統的なものと経済学的なものとに分け、それぞれに反論を加えている[207]。

第一に、厳格責任主義を採用する伝統的な立場は、契約は相互の約束の交換であるとする。契約法において、責任は当事者相互の合意に基礎づけられることになる。これに対し fault は、合意とは異なる外在的な評価である。よって、fault は契約法には馴染まない。契約責任の決定にあたって唯一関連のある fault は、当事者が合意に違反したということである。このような立場に対し、Cohen は、約束の強制が当事者の相互の意思に基礎づけられるということだけでは、必ずしも厳格責任を意味しないという。

第二に、経済学の視点から厳格責任主義を正当化する立場がある。このような立場も、伝統的な説明と同様、裁判所は当事者の相互の意思によって合意を強制すべきだとするが、その理由づけが異なる。すなわち、経済学的な立場は、契約から得られる利益を最大にすることに焦点を当てるのである。裁判所が合意に基づかずに当事者を規制しようとすれば、利益は最大化されない。個々の契約当事者が明確に厳格責任を好んでいるわけではないが、経済学者は、多くの当事者が厳格責任を好むと想定する。

このような立場によれば、厳格責任主義がより効率的であるとされる理由は以下の通りである。(i)契約違反から生じる損害につては、違反を犯した債務者の側がよりよいリスク回避者であることが多く、履行のコストを上げたり価値を失わせたりするリスクをよりよく回避することができる。債務者に厳格責任を課すことで、よりよいリスク回避者にリスクを負わせることになるため、効率的である。(ii)また、fault を基礎とする責任ルールによれ

[207] Cohen 1992, *supra* note 206, at 941; Cohen 2009, *supra* note 206, at 1447.

ば、当事者はより高額な訴訟費用を負担せねばならない。というのも、裁判所は、fault の有無や算定のためによりコストを必要とするようになり、そのコストは、fault を基礎とする責任ルールを採用した場合の利益を凌駕するものである。(iii)最後に、fault の判断によって規律しようとするものについて、契約当事者は裁判所よりよく備えている。よって当事者は、裁判所によるフォーマルな強制より、インフォーマルな強制を好む。

このような立場に対して、Cohen はいずれの理由付けも説得的ではないと主張する。(i)経済学者のいうよりよいリスク回避者の議論は、むしろ、fault 論をサポートし得るものである。実際に契約違反のリスクを回避することができるのは債務者だけではなく、債権者が、履行への適切な信頼や協力を通じてリスクをよりよく回避することができる可能であるためである。(ii)さらに Cohen は、厳格責任主義によれば紛争解決コストを減らせるという議論はまったく不透明であると批判する。fault を基礎とする責任ルールのもとでは、例えば、当事者による fault のエビデンスを裁判所は簡単に制限することができる。fault は誰もが無制限に主張することのできるものではない。(iii)最後に、契約当事者が裁判所ではなく自ら fault を判断することを望むとしても、このような判断は結局、裁判所による契約当事者の意思の解釈に帰着する。

3. fault の拡大

このように Cohen は、契約違反の救済における責任判断にあたって、純粋な厳格責任の枠組みによってのみ契約法をとらえることを批判している。さらに Cohen は、契約法における fault が、様々な根拠から、より広い場面で重要な役割を果たしうることを示唆する[208]。

厳格責任は、当事者は自己の自由な意思で契約を締結し（substantive or primary intent, implied in fact）、ゆえに契約に拘束されるとするが、これは、(i)当事者双方の意思は明確である、あるいは容易に確定できる、(ii)当事者双方の意思は内在的なもので、介入的ないし規範的な fault 概念とは相いれない、との前提から成り立っている。

しかし Cohen によれば、これらの前提は疑わしい。第一に、契約意思は不明確でしばしば争われるものである。parol evidence rule[209]や merger clause[210]の存在が、契約意思確定の困難の証左である。そこで裁判所は、当事者の契約意思を解釈するというかたちで、あるべき解釈を押しつけている（procedural or secondary intent, implied in law）。第二に、債務の内容によっては相手方が履行そのものを保障している場合もあるが、当事者が最善・合理的な注意を尽くせば十分だと考えている場合もある。ここでは実際には、fault が

---

208 Cohen 2010, *supra* note 206, at 53.

209 contract（契約書）、deed（捺印証書）、will（遺言書）等について、書面化された合意内容ないし意思内容と異なることを、他の口頭証拠または文書証拠を用いて証明するのを許さないという準則。

210 完結条項。当事者間の合意はすべて契約書面中に表示されてあり、それ以外の合意はないと明示する契約条項。この条項を入れることにより、契約は integrated contract（完結した契約書）とされて、その内容に反する別の証拠の提出が制限される。

持ち込まれていると評価できる。

また、法と経済学の議論からも、効率性の観点から厳格責任が支持されている。契約違反の原因は、不法行為法における事故と類似するものであり、（契約違反に陥った）債務者は不法行為の加害者と同じように予防しなくてはならない。すなわち債務者がよりよいリスク負担者であると言うことができ、契約違反に陥れば（リスクを負担しなかったのならば）責任を負うべきである。

しかし Cohen は、不法行為と契約には、帰責根拠に関連する重要な違いが 2 つあると指摘する。第一に、もともと債務者と契約関係にあった債権者は、不法行為の被害者よりも効率的な損害軽減者であるし、また、債務者よりも効率的な損害軽減者である場合もある。第二に、契約においては、機会主義的行動が大きな問題となる。機会主義的行動は、関係的特殊的投資の場面だけでなく、契約の過程で一方が他方に損害を与えられる立場に立つような場面すべてで問題となる。当事者が契約の相手方を注意深く選んだり、契約書をうまく書いたりすることで、裁判所の介入なしに機会主義的行動をコントロールできるという考えは誤っている。よって Cohen は、契約に関する紛争では、どちらがよりよく契約違反を予防できるかだけではなく、どちらがよりよく損害を軽減できるか、どちらがより機会主義的に行動したかをも考慮しなければならないとする[211]。

さらに Cohen は、損害賠償額の決定の枠組みにおいても、厳格責任を徹底することへの疑問を提示している。厳格責任の立場からは期待利益の賠償の優先が導かれることになるが、これは幻であるという。実際には、契約法では信頼利益の賠償や原状回復が認められており、損害軽減義務、予見可能性、明確性によって期待利益の賠償は制限されている。

裁判所は契約の実質的履行、価値の減少（財産の毀損前後の財産価値の差）の 2 つの基準を用いて期待利益の賠償を算定していると評価される[212]。また、裁判所は、不履行の原因を内包する当事者の帰責根拠により損害賠償額を決めることで、当事者の最適な行動を促している。具体的には、債務者の帰責根拠が重要なものであると判断された場合、債権者に、期待利益の賠償や利益吐出し型の原状回復など、高額な損害賠償が認められる。一方、債務者の帰責根拠がそれほど非難に値しないような場合には、信頼利益の賠償や弁償

---

211 同様に、Eric Posner は経済学的観点から、厳格責任の考え方を批判し、帰責根拠の見直しを提唱している。ここでは good faith や best efforts といった概念が示され、これは、契約で引き受けたことを達成すれば債務を履行したことになり、そうでなければただちに契約責任を負うという厳格責任の概念とは相いれないとされる。帰責根拠にこのような規範的な判断を持ち込むことにより、裁判所は、当事者に最適な契約を強制することがより容易になる。もっともそれによって裁判所の調査の負担が増え、また裁判所のミスが増える危険もあるが、裁判所が合理的な債務の内容を促進することで得られる利益とのバランスを考えると、やはり fault の概念を否定するべきではないという。Eric A. Posner, *Fault in Contract Law*, *in* FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW 69-81 (Shahar & Porat eds., 2010).

212 賠償額の決定に際しても、裁判所は fault を考慮すべきであるが、実際にそうであるかは議論のあるところである。

型の原状回復など、債権者には低額な損害賠償しか認められない。

このように、単に契約に違反したことに尽きない債務者の帰責根拠を考慮することで、損害賠償額の決定は機会主義的契約違反の抑止としての機能を持つ。裁判所は、債務者が機会主義的に行動した場合、よりよい損害軽減が可能であった場合、また、履行した方が双方に有利であった場合に、期待利益の賠償を認める傾向にある。

モラルの面からも経済学の面からも、契約責任の有無の決定にあたって fault が考慮されるべきであるし、実際にそうであることは異議のない事実である。

IV. 契約法における信義則と fault

1. 救済以外の場面における fault

契約法において fault が実質的な役割を果たしているのは、損害賠償をはじめとする救済の場面だけではない。ここでは、good faith や mitigation といった法理が挙げられ、これらによって債務者が明示的な合意内容に反したことにとどまらない外的要素が考慮されていると主張される。以下では、アメリカ法において実質的な過失責任主義が行われていると指摘する見解を概観するとともに、fault のあらわれであるとされる信義則の法理を紹介する。

2. Muris の見解

契約法においては、契約の成立、解釈、契約違反が生じた際の救済が検討されるべき論点とされている。これに対して Muris は、当事者が債務の履行にあたってどのような行動をとること（あるいはどのような行動をとらないこと）を契約上引き受けていたかをも、合わせて考えなければならないと主張する[213]。

ここで着目されるのが、契約当事者の機会主義的行動である。Muris によれば機会主義的行動とは、一方当事者が、他方から自身へ利益を移動させる目的で、明示の契約内容には反しないものの、他方当事者の期待から外れるような行動をとることを指す。契約当事者がどのような行動をとるべきか（あるいはとるべきでないか）判断する際に、機会主義的は重要な役割を果たす。裁判所は、契約当事者が機会主義的行動を取ることのないように取り締まり、そのような行動を抑止しなければならない。

Muris が契約法において機会主義的行動が問題となる例として、以下のものを挙げる。すなわち、契約の修正・変更（modification）、契約の信義誠実（good faith）にのっとった履行、契約に適合しない物品の提供（nonconforming tenders）、損害賠償額の予定条項（stipulated damage clauses）である。以下、それぞれの場面において、どのような機会主義的行動が問題となるのか見てみる。

第一に、Muris は、数多くの上訴裁判所が、一方の当事者の契約上の権利は拡大せず義

[213] Muris 1981, *supra* note 177, at 521.

務のみを拡大するような内容の契約の修正に関する事案を扱っているという[214]。例えば、建築会社が、二年間、月 3000 ドルの契約で建築士を雇用したとする。プロジェクトの詳細について建築士が精通したころ、建築士は会社に対し、月 4000 ドル支払わなければプロジェクトを完成させないと通達する。このような値段の釣り上げを裁判所が強制することができるか否かはひとまず置くとして、会社は建築士の要求を飲まざるを得ない場合が多い。というのも、かわりとなる建築士を短期間で探すのは難しいし、しかも、プロジェクトに関する特殊な知識や関係を持っている建築士が必要である場合もある。特に、プロジェクトの完成のため、新たに雇用した建築士に急いで仕事を進めてもらわなければならないとすれば、会社は、4000 ドルより高額な金を支払わねばならないかもしれない。いずれにせよ、会社が 3000 ドル以下でかわりの建築士を探すことができないなら、建築士は給料の増額を見込めるだろう。この例のような契約の修正がなされた場合、会社は建築士により高額な金額を支払わねばならないが、建築士は以前に約束したことを履行すればよい。このことから、契約法の専門用語の中では、これらの修正は約因の欠落に当たるとされる[215]。Muris は、機会主義的な修正とそうでないものとを区別することが重要であり、そのために、契約の修正・変更の複雑な特徴をとらえることが求められるという。

第二に、Muris は、機会主義的行動のような外的な要素が、黙示の合意の解釈によって契約内容に取り込まれる可能性を示唆しており、その代表的な例として信義則を挙げている[216]。2001 年改正 UCC 第一篇（総則）§1-304 では、「（統一商事法典の）対象とする契約または義務について、その履行および強制においてこれを信義誠実に行う義務を負う」と規定されている。また、第二次契約法リステイトメント 9 章（契約上の債務の範囲）2 節（公正さと公の利益の考慮）§205 は、「すべての契約は、その履行および強行にあたって、信義誠実および公正取引の義務を各当事者に課す」とする。good faith の定義は、「当該行為または当該取引において実際に誠意があり、かつ、取引における公正な行動に関する商業上の合理的基準を遵守すること」[217]というものに過ぎないが、UCC では 13 の規定が信義則を明記しており、その他の 20 の規定において信義則を含むコメントがつけられている。また、裁判所は、契約のあらゆるプロセス――交渉から救済まで――において信義則がかかわるとしてきた。

Muris は、特に契約の履行における信義則に着目し、履行の妨害、生産物一括売買契約、割合賃料による賃貸借、不誠実な解釈、悪意のある実質的履行を例として挙げる。これらの例において、信義則への信頼が機会主義的行動に対する一般的な反応であり、これまで考えられてきたよりもっと統一的なものとして信義則をとらえることができるという[218]。

---

214 *Id.* at 532.
215 第二次契約法リステイトメント§75(1)-(2)。
216 Muris 1981, *supra* note 177, at 552.
217 UCC§1-201(20).商人に関する場合も同様である。UCC§2-103(1)(b).
218 同様の観点から、より詳細に UCC をはじめとする契約法における信義則を扱ったものとして、Robert S. Summers, *Good Faith in General Contract Law and the Sales*

機会主義的行動の抑止という観点から不誠実さへの批判をとらえることは、その他のアプローチによるよりも、より論理的厳密さを伴う基礎を提供するものである。

第三に、契約に適合しない物品の提供がなされたとき、買主は売買をキャンセルして物品を売主に返しても良いし、使用あるいは転売するために物品を受取り、損害賠償を請求することもできる。Muris は、いずれの救済方法を選択するかで異なるのは費用だけではないとし、買主のインセンティブに着目する[219]。すなわち、契約締結時から市場価値が下がった等の理由により、買主が物品を売主に返すインセンティブが働くことがある。このような場合、買主は売主にリスクを移したいと考え、買主が売主の出費とひきかえに利益を得るという形で、利益が当事者間で移動することになる。契約法が買主の機会主義的な救済の選択を許すのなら、買主は瑕疵を探し出したり、些細な瑕疵を強調したりして、物品を返却しようとしかねない。逆に、このような機会主義的な救済を許さなければ、当事者はコストを最小化する救済を選択するようになる。転売することが好ましく、また買主が、売主に物品を返却して転売させる費用よりも低額で自ら転売することができる場合、機会主義的な選択が許されないなら、契約法によって二つの選択肢が与えられていたとしても、買主は物品を受け取って転売するだろう。

第四に、契約当事者はあらかじめ、契約に違反した側が支払う金額を決めておくことがある。このような損害賠償額の予定条項の必要条件（十分条件ではないが）は、条項において定められた額が契約違反の被害者側を過剰補償することである。Muris は、損害賠償額の予定条項と違約罰条項との間には、理性的な区別が存在するとし、その区別によって機会主義的行動を抑止することができると主張する[220]。実際の損害賠償額を超える金額を要求する条項は、機会主義的行動をとるインセンティブを与え得る。すなわち、そのような条項を包含することで、債権者は、債務者の履行よりも債務者の違反によってより利益を受けることになり、契約違反を引き起こそうとするインセンティブが働くのである。

上述したいずれの例においても、Muris は、機会主義的行動の判断は複雑であり困難だと指摘する。一方で、これらの例は三つの明確な特徴を共有するという。すなわち、(i)いずれも契約が形成された後の行動が問題となる。また、(ii)これらの例に通常適用される法の重要な部分が、一般的に、やっかいであるとか不可解であるとかいった扱いを受けてきた。最後に、(iii)これまで認識されていなかった法の一貫性が認識される。実際には裁判所は、機会主義的行動を抑止するための条項を示唆することがある。

このように、Muris によれば、契約違反や契約責任の有無は、債務者が明示的な合意に反したことのみをもって決するわけではない。機会主義的行動のような、当事者が契約において明らかにする意思とは直接関わりのない、いわば介入的な要素によって契約責任が判断されるのである。厳格責任主義の立場からは、当事者が契約責任を負うか否かは自ら

Provisions of the Uniform Commercial Code, 54 VA. L. REV. 195 (1968).

[219] Muris 1981, *supra* note 177, at 573.

[220] Muris 1981, *supra* note 177, at 580; Roger LeRoy Miller Miller & Timothy J. Muris, *Liquidated Damages v. Penalties: Sense or Nonsense?,,* 351 WIS. L. REV. 365 (1978).

合意した契約上の義務に反したか否かによって定まるのであり、当事者が契約上なすべきことは契約上引き受けたことから導かれるといえよう。そうであるとすれば、契約に外在的な要素によって当事者がなすべきことを定めようとする Muris の考え方は、厳格責任主義の立場に反するものであると思われる。その意味で Muris は、契約責任を厳格責任ととらえる立場を疑問視するものであるといえる。

3. 契約法における信義則

第二次契約法リステイトメントや UCC は、契約法の一般原則として、信義誠実に契約を履行する義務（good faith performance）／不誠実な履行をしない義務（bad faith performance）を承認している。ただし、当事者の合意が信義誠実に優越し、信義誠実の適用は「履行、履行の強制」の場面に限定される。

信義誠実の法理が適用され得る具体的な場面は、以下の通りである。契約を締結する際、特定の契約条項（売買の目的物の量、価格、履行期など）について定めず、後に決定することで当事者が合意することがある。例えば、必要量契約においては、売買の目的物の量に関する決定が締結時になされない。買主は、マーケティングの方法を変更することで、表面上の必要量を操作することができ、取引量をコントロールできる立場にある。また、例えば、割合賃料による商事賃貸借契約では、価格（賃料）に関する条項を未定とし、賃借人の販売量等の割合によって支払期における価格が決定される。このとき、賃借人は顧客を別の店舗にふりむけるなどして、賃料をコントロールすることができる。このように、特定の契約条項について、一方当事者が自らの裁量で決定することができる場合、その当事者は信義誠実に行動せねばならないとされる。

以上のように、特定の契約条項について後から影響を与え得る立場にある契約当事者には、信義誠実な行動が求められる。そして、信義誠実の判断にあたっては、当事者がそのように行動した目的・意図が重視される。すなわち、何らかの取引上の合理的な理由のためではなく、単に自らの利益のためだけに契約条項をコントロールすることは許されない。

裁判所は、信義誠実という規範的要素を通じて、当事者がどのような行動をとったのか、それはなぜかを考慮し、契約責任を判断しているように思われる。ここでは、明示的な契約条項の違反とどまらない規範的な要素が帰責根拠となっており、その意味で、fault が顕れているといえる。

なお、信義誠実の法理は、弱い立場にある契約当事者の救済のために用いられるが、交渉力や情報収集力で劣る弱者の保護のための規定というわけではない。典型的には、交渉力の対等な当事者、洗練された事業者間の取引が対象である。契約条項をコントロールできるか否かという意味での立場の強弱は、当事者の交渉力の差から生じるものではなく、両当事者自身の合意から生ずるものである。

V. 損害賠償額の調整における fault

1. 賠償額の決定における fault の役割

以上では主に、契約責任の判断にあたって契約当事者の fault が考慮されている、あるいは考慮されるべきであるとする議論を見てきた。これに対し、契約責任の決定後、損害賠償額の決定における fault の役割を検討する議論が見られる。

契約違反に対する救済は原則として、契約上の約束に代替する金銭賠償であり、そこでは履行利益の賠償が原則とされる[221]。履行利益は純損失（net loss）を回復する権利を付与するものであり、「生じた損失＋妨げられた利得－実現できた節約」（losses caused + gains prevented – savings made）の公式によって表すことができる。

履行利益の補償は、予見可能性、確実性、損害軽減義務といったルールによって制限されることになるが、このうち、後者二つについては、fault の顕れであるとの指摘がある。なお、債権者の損害軽減義務については、good faith の一例ととらえることができる[222]。

この他、債務者の契約違反が故意によるものであるとき、裁判所が、これを理由に期待利益を選択したり、違約罰を課したりすることで、損害賠償額を拡大させるべきであるとの主張も見られる。これは、故意の契約違反を好ましくないと考え、債務者によるこのような違反を抑止しようとするためである。

2. 債権者の損害軽減義務

債権者の損害軽減義務は、「損害賠償の制限としての回避可能性」として、第二次契約法リステイトメント 16 章（救済方法）§ 350 に以下のように定められている。 「(1)第二項に定める場合をのぞき、契約違反を受けた当事者が、不当なリスク・負担・屈辱感を伴うことなく、回避することができたはずの損失に対して、損害賠償を認めることはできない。」「(2)契約違反を受けた当事者は、損失を回避するためにした合理的な努力が不成功に終わった場合であっても、それが合理的な努力である限度において、第一項に定めるルールによって賠償を妨げられることはない。」

債権者が契約違反により生じた損害を自らの合理的な行為によって相当に減じることができる場合、債権者は、損害を軽減する合理的措置をとることを要請され、債権者がこれを怠った場合には、これを原因に被った損害についての損害賠償は否定される。これは損害軽減の法理、あるいは、回避可能な結果の法理（avoidable consequences rules）とも呼ばれる。

損害軽減の法理は、債権者に経済的損失の防止行動をとるよう働きかける効果をもつ。また、救済の範囲を当事者の意思に沿ったものにする。すなわち、一般に債権者は、代替取引を行うことで損害軽減をはかりやすい立場にあるといえ、そうであれば、安価に軽減をはかることのできる当事者にその義務を課すのが、通常の契約当事者の意思であるとみ

---

221 第二次契約法リステイトメント § 347、2001 年改正 UCC § 1-305。

222 F. KESSLER & G. GILMORE, CONTRACTS 976-90 (1970).

なすことができる。

なお、損害軽減義務は間接義務であり、債権者が損害軽減の合理的手段をとらなかったとしても、それについて債務者から義務違反を追及されるわけではなく、単に、その分の損害賠償を請求することができなくなるにすぎない。債権者が当該状況で合理的に行動することを怠ったことについては、債務者が立証責任を負う。

損害軽減の法理は、損害の発生や拡大について債権者が寄与していた場合に、それを評価して賠償額を制限するものであり[223]、賠償額の決定にあたって債権者の fault が考慮されていると評価することができる。

3. 損害賠償の拡大

さらに、債務者の契約違反が故意によるものであるとき、裁判所は、これを理由に期待利益を選択したり、違約罰を課したりすることで、損害賠償額を拡大させるべきではないかと指摘される。故意の契約違反を好ましくないため、債務者によるこのような違反を裁判所は抑止すべきである。

Bar-Gill と Ben-Shahar は、不注意による契約違反に対し、故意による損害はより厳しく罰せられるべきであると主張する[224]。とはいえ、アメリカ契約法の原則も、法と経済学の立場からも、この主張は否定される。厳格責任主義の立場からは、債務者が契約に違反したことをもって契約責任が成立するのであり、契約違反の理由や背景は問われないためである。しかし、Bar-Gill と Ben-Shahar は、異なる視点の法の経済分析により、故意の契約違反に対する補償を超える賠償を正当化しようとする。故意に契約に違反する債務者は、平均よりもすすんで不誠実に、利己主義的かつ非生産的にふるまう。このような行動を選択することで、債務者は契約の尊厳を損ない、契約違反による単なる損害にとどまらない敵意・うらみを生じさせる。故意に契約に違反した債務者は、契約違反による損害の補償だけでなく、自らの行動によって引き起こされることが推定される結果についても責任を負うべきである。

このような立場は、契約法の現状認識ではなく、あくまで規範的な主張である。しかし、近年、契約違反に対して裁判所が命じる法的救済として、本来的賠償（期待利益の賠償）にとどまらない利益の吐き出しが認められうるとの検討が見られる[225]。これは、本来的賠

---

[223] 損害軽減義務が問題とされるのは、損害の発生・拡大に債権者が寄与している場面である。契約違反そのものが生じるにあたって、債権者が寄与していた場面は、介入行為のルールによって処理される。実務上は区別が難しく、判例も相互交換的にこれらのルールを用いているとされる。契約違反の発生と、損害の発生・拡大とは、英米法や CISG では理論上区別されているが、日本法ではしばしば両者を区別せずに「損害軽減義務」として論じられることがある。

[224] O. Bar-Gill & Omri Ben-Shahar, *The prisoners' (plea bargain) dilemma*, 1 JOURNAL OF LEGAL ANALYSIS 737, 1479 (2009).

[225] Hanoch Dagan, *Restitutionary Damages for Breach of Contract: An Exercise in Private Law Theory*, I Theoretical Inq. L. 115 (2000). また、参照、山田八千子「売主の契

償で売主の利得をすべて吐き出させることができない場合に、約束違反者に不公正な利得の保有を許さないという価値観から、約束違反者の利得を受約者に吐き出させるというものである。もっとも、自由競争社会では、いったん契約してもその契約から離脱してより有利な地位に自らを置くことが許されると考えられる。そして、約束違反者が契約から離脱する際に負う負担は、受約者の被った損失の範囲に限るべきであるとされる。そのため、単なる契約違反では「不公正」であるとはいえず、利益の吐出しが認められる場合には一定の枠がはめられることになる。加えて、利得吐出し法理の適用については、違反と利得との因果関係という制約もある。判例上認められたルールはいまだ明確ではないが、売買契約の約束違反者が違反により獲得した利得を吐き出すべきであるというルールは、悪意の土地売主、動産横領の責任を負う動産の売主、および買主の独占的な権利を侵害した売主に対して認められている。

Kull は、契約違反に対する利得吐出し型の救済が認められる場面として以下の二つを挙げている[226]。第一に、学説からより受け入れられた考え方として、機会主義的な契約違反の場面は、他人の法的利益を故意に、かつ違法に侵害した場面と類似のものとして扱われる。このような契約違反の場面では、原告は、契約違反の結果被告が得た利益を与えられることになる。これは、機会主義的な契約違反を故意の権利侵害として扱うことで、意図的な権利侵害者に利益をとどまらせることを否定するという一般的な原状回復の目標から正当化される。第二の場面は、重大な契約違反であり、これは Kull によればより切迫した場面であるという。このような場面において、機会主義的な行動はないが被告に責任が認められた場合、原告には、原告の履行から得た利得を被告に吐き出させることが可能となり得る。

以上のように、債務者が合意に反したことのみならず、それが故意によるものであったり機会主義的であったりしたことが評価され、賠償額が拡大されるべきであるとの議論がある。ここでは、故意、あるいは機会主義的な契約違反が許されないものであるとの外在的価値判断が、賠償額の決定に影響を与えており、これを fault が考慮されていることの顕れととらえることができよう。

4. 故意の契約違反における確実性の原則の緩和

第二次契約法リステイトメント 16 章（救済方法）§ 352 条は、確実性の原則として、「合

約違反と買主の損害――アメリカ法における利益吐出し法理の適用をめぐって」東洋法学 34 巻 2 号（1991 年）87 頁。また、イギリス法における同法理の紹介として、櫻井博子「イギリス法の契約違反に対する利益の吐き出し損害賠償の展開」東北ローレビュー2014-3（2014 年）99 頁。

[226] Andrew Kull, *Disgorgement for Breach, the "Restitution Interest," and the Restatement of Contracts*, 79 TEX. L. REV. 2021 (2000-2001); Caprice L. Roberts, *Restitutionary Disgorgement for Opportunistic Breach of Contract and Mitigation of Damages*, 42 LOY. L. A. L. REV. 131 (2008-2009).

理的な程度の確実性をもって立証される額を超える損失に対して、損害賠償を認めることはできない」と規定する。

すなわち、間接的損害について賠償を受けるためには、債権者は、確実性のハードルをクリアしなければならない。損害の種類についてだけでなく、その因果関係においても確実でなければならない。例えば、スポーツやエンターテイメント等の興行の契約が違反された場合に、その損害額が確実に立証され得るか問題となる。

なお、確実性のルールは近年、その要件が緩和される傾向にあり、2001 年改正 UCC 第一篇§1-305(a)のコメントでは、損害は数学的な正確さをもって立証する必要はなく、当該事件の事実が許す限りでの正確さで立証すればよいとされている。また、第二次契約法リステイトメント§352 のコメントでは、契約違反が故意によるものである場合には、裁判所が要件を緩めるとされている。

原則として、相手方の契約責任を追及する側が、確実性のハードルを課されるのであるが、第二次契約法リステイトメントにみられるように、契約違反が故意によるものである場合には、債務者が不確実性のリスクを負うことがある。ここでは、単に契約に違反したか否かにとどまらず、その契約違反が故意によるものであるか否かが検討されることになる。その意味で、単なる契約違反にとどまらない債務者の fault が、賠償額の決定に影響を与えているといえる。

VI. 契約当事者へのインセンティブと fault

1. 債権者の fault

Cooter と Porat は 2014 年の共著書[227]において、法と経済学の考え方をもとに、アメリカにおける私法上の救済のより良い運用を提唱している。具体的には、不法行為（第 1 章～第 5 章）、契約（第 6 章～第 8 章）、原状回復（第 9 章～第 11 章）の各場面における救済が扱われる。いずれの分野においても、前提として、法はより良い社会的厚生をもたらすものでなければならず、また、そのように運用されねばならないとされる。例えば、不法行為法（特に事故法）は、事故のコストや頻度を減少させようとするインセンティブを当事者に与えなくてはならない。契約法は、契約が当事者および社会に利益をもたらすものであることから、取引を円滑にするように運用されねばならない。原状回復・不当利得法は、市場が提供し得ない利益を人々が他人に与えようとするインセンティブを促進するものでなくてならない。以上のような伝統的な法と経済学の考え方をベースにしながらも、本書は、これまで法の経済分析が欠けていたり不十分であった部分があることを指摘する。そのうえで、社会的厚生や効率性の促進のために、私法上の救済をいかに改善すべきか提案する。

[227] ROBERT D. COOTER & ARIEL PORAT, GETTING INCENTIVES RIGHT: IMPROVING TORTS, CONTRACTS, AND RESTITUTION (2014).

このうち第二部（契約と被害者のインセンティブ）において、アメリカ契約法における fault の見直しが主張される。従来、契約違反に基づく責任を決する際、債務者のインセンティブのみが考慮され、債権者については検討されてこなかった。しかし、契約の価値にかかわる役割を果たすのは債務者だけではなく、債権者も以下の三つの方法で影響を与え得る。まず、債務者が約束を信頼することで、履行から得る利益・違反から生じる損害が増大する。また、債権者が債務者の履行に協力することで、履行にかかるコスト・違反の可能性が減じられる。さらに債権者は、債務者の契約違反から生じた損害を軽減することができる。

このように、債権者の最適な信頼・協力・損害軽減によって契約の価値を高めることができるにもかかわらず、これらの最適な基準についての議論は欠落している[228]。そこで Cooter と Porat は、不法行為法同様に被害者（債務者）のインセンティブを考慮することの意義を明らかにし、特に債権者の over reliance（過剰な信頼）と under assistance（不十分な協力）の問題をいかに解決するか検討する。

2. 最適なインセンティブを与える契約設計

Cooter と Porat は、契約法と不法行為法の統一的理解を主張する。不法行為法では、被害者の過失について長年研究がなされており、裁判所は、被害者の比較過失を加害者の抗弁として認めている。しかし契約法では、比較過失の抗弁はほとんど認められないか、存在しない。契約法における責任は、過失ではなく契約違反そのものによって決せられる。これに対して Cooter らは、債務者・債権者のインセンティブを同時に検討すべきであり、そうであるならば、契約法の経済分析は不法行為法のそれに近づくと指摘する。契約においても、当事者が契約条項として書き込むことで、過失のない債務者は責任を負わないとか、比較過失によって責任の範囲を狭めるといったルールを適用することができる。とはいえ、実際にはこのような条項は曖昧であり、当該条項に基づく義務が果たされたか否か、裁判所が判断することは難しい。

そこで、そのような困難を回避する解決策のひとつとして、Cooter と Porat は anti insurance（反保険）[229]を提案する。例えば、中古車のトランスミッションを売主が修理したうえで、一定期間の保証をつけて買主に売却する場合、保証期間が短ければ、売主がより良いトランスミッションを搭載しようとするインセンティブは低下する。反対に、保証期間が長ければ、買主がトランスミッションを注意深く扱うインセンティブが低下する。これは compensation paradox（補償のパラドクス）と呼ばれる。このような状況のもとで、

---

[228] 初期の契約法の経済分析において、債権者のインセンティブに関する議論は損害軽減の分野に集中している。Charles Goetz & Robert Scott, *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*, 69 VA. L. REV. 967 (1983).

[229] 反保険は保険契約とは逆の発想であるといえる。保険契約では、保険者は被保険者のリスクを減じ、それによって予防に対する被保険者のインセンティブを低下させる。これに対し、反保険では、被反保険者のリスクを増加させ、予防のインセンティブを高める。

Cooter らが提案する反保険では、第 3 者が登場し、トランスミッションの瑕疵についての損害賠償請求権をあらかじめ買主から買うことになる。その後、瑕疵があることが判明すれば、売主は買主ではなく、第 3 者に対して損害賠償責任を負う。これにより、瑕疵があっても補償を受けることのない買主は、契約違反のコストが内部化することとなり、売主の履行を過度に信頼せず、最適な履行のために協力するインセンティブを得ることになる。売主は第 3 者に対して責任を負うのであるから、やはり契約違反のコストが内部化するうえ、買主の最適な協力を期待することができる。これにより取引の価値は高まり、3 者はその利益を分け合うことになる。反保険は、理論上は補償のパラドクスを解決するものであり、信頼と協力の最適な基準をかなえることができる。とはいえ、このような契約は実際の市場で用いられておらず、ただちに実務上の解決になるとはいえない。

続けて、反保険よりも実現可能性の高い解決策として紹介されるのが、decreasing liability contracts（逓減責任契約）である。段階的に履行がなされる契約において、契約違反が生じた場合、一部履行によって得た利益を期待利益から引いた額が損害とされている[230]。しかし理論上、契約の履行に伴い、責任も段階的に減っていくものである。このような場合、逓減責任契約によって 2 種類のインセンティブの最適化が図られる。まず、時間の経過と共に履行に要する費用も低下するため、債務者に最終的な履行を完了させるインセンティブを与えるには、より低額な賠償責任を与えれば良い。また、最終的な賠償額が低くなることで、債権者には履行に協力するインセンティブが生じる。今日、逓減責任契約という言葉自体を用いる研究者や実務家はいない。しかし実務上は、多くの企業が、契約の各段階の履行に要した費用を段階的に支払うという契約を締結している。その意味で、逓減責任契約は今日でも受け入れられやすいものであるといえる。

VII. 契約違反の反倫理性・非難性としての fault

1. 契約違反の反倫理性・非難性

Muris 及び Cohen は特に機会主義的契約違反の場面に着目し、契約責任の有無を判断するにあたって、明示的な合意内容に反したことにとどまらない規範的要素――すなわち、機会主義的に行動したこと――が考慮されるべきであること、実際に裁判例で考慮されていることを主張した。その後、契約法における fault は様々な観点から論じられることとなり、2008 年には、シカゴ大学ロー・スクールで Fault in American Contract Law と題するシンポジウムが開催された。

この成果をまとめた著書には、契約責任の決定にあたって反倫理性・非難性を問題とする余地があることを主張する議論が複数見られる。これらは法と経済学の観点から、反倫理性・非難性の評価としての fault を契約責任の判断の要素とすべきであり、また、賠償範

[230] RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 347 cmt. b (1981); E. ALLAN FARNSWORTH, CONTRACTS 775-6 (4th ed. 2004).

囲・賠償額の決定においてもこれを考慮すべきであると主張する。これらは、Muris や Cohen と同じ問題意識を共有しながらも、機会主義的契約違反にとどまらない幅広い fault について論じているものである。

2. Eisenberg の見解

契約責任は厳格責任であると広く認識されているが、fault は契約法の基礎をなす概念であるとの指摘がある[231]。というのも人間とはそもそも、何が正しく何が間違っているかについて、多様な道徳的判断をするものである。このような人間の在り方を、契約法が完全に排除することはできないとされる。

最適な契約法のルールを作るためには、政策判断や経験則に基づく提案だけではなく、様々な帰責根拠を考慮することによって道徳的な価値判断を取り込むことが不可欠である。帰責根拠には実に様々なものがあるが、契約法においては以下の二つに分けられる。第一に、嘘をつくなどといった、強い社会規範に違反するような行為、第二に、それよりはいくらか弱い社会規範に違反するような行為である。例えば、契約の一方当事者は、相手方の正当な利益を損なうことがないように注意を払わねばならならい。契約法において最も多く扱われる帰責根拠は後者にあたり、その代表的なものは「過失」（negligence）あるいは「相当の注意」（due care）である。

契約制度は、以下の三本の柱によって効率的なものとなる。すなわち、(i)法的な救済、(ii)評判への影響、そして(iii)社会的規範の内在化である。法的なルールや、世間での評判への影響は、社会的規範によって強く支えられている。一方で社会的規範は、法的なルール、評判への影響によって補強されている。この三本の柱は一体となっており、例えば法的なルールのみでは契約法を効率的なものとするのに十分ではない。なぜなら法による紛争の解決は、高額で、不確実なものだからである。約束を守らねばならないという社会規範もまた、それのみでは不十分である。全ての当事者がその社会規範を内在化しているとはいいがたいからである。評判もまた不確実で、債務者が過去に契約違反を犯したかどうかについての信頼に足る情報はなかなか表に出ないものであるし、仮に情報が得られたとしても注意を払われないことが多い。

これらの三本の柱が一本でも失われると、効率的な契約制度は深刻なダメージを受ける。第一に、当事者は相手方の履行を確実なものにするために余分な費用を負担しなければならなくなる。第二に、社会的規範と密接な関係にある、評判への影響が持つ力が弱まる。最後に、費用のかかる訴訟が増えることになる。よって、fault が契約法において重要な役割を担わないとすれば、それは最適な契約法であるとはいえなくなる。

---

[231] Melvin Aron Eisenberg, *The Role of Fault in Contract Law: Unconscionability, Unexpectd Circumstances, Interpretation, Mistake, and Nonperformance*, *in* FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW 82-97 (Shahar & Porat eds., 2010).

3. Hillman の見解

契約において明示的に引き受けたことをしなければ責任を負うのではなく、不履行の原因に注目して契約責任を判断することで、契約法に関する紛争の多くを解決することができる[232]。そこで、債務者が不履行に陥った原因に即して、契約違反を以下の三つの場面に分類する。第一は、違反によって得られる利益が賠償責任より大きいとか、損失の出る契約を締結してしまったといった場合に、債務者が故意に履行を拒否する場面（willful breach）である。第二は、債務者が履行のための適切な行動をとらず、契約違反に陥った場面（negligent or reckless）である。第三は、債務者が不履行をさけるべく、あらゆる合理的に可能な行動を取ったにも関わらず、状況が変化し、履行が不可能となった場面（unavoidable）である。このうち第一及び第二の場面では、債務者の fault が問題となる。第三の場面では、債権者の fault が問題となる。

実際に裁判例には、契約責任や賠償額の決定にあたって、fault 概念が多く顕れている。例えば裁判所は、債務者がどれほど不道徳な行いをしたか、非難に値する行いをしたかを考慮している。そしてそれを、法的な判断やルールに持ち込んでいる。あるいは裁判所は、公平で平等な取引を理想とし、当事者の行為がそれに向けた合理的なものであったかどうかを考慮している。さらに、効率的な結果がもたらされるような行動をとるよう当事者に働きかけている。このような働きかけには、必然的に、不履行の原因や救済の決定が関わることになる。もちろん、このような場合が唯一の例であるとは言えないが、契約責任の概念に道徳的な価値判断が持ち込まれているという議論は少なくない。

4. 不完備契約

このように、契約違反の反倫理性・非難性を評価するものとして fault をとらえる立場からは、しばしば、意図的な契約違反は効率性の問題ではなく、モラルの問題であるとする主張がなされる[233]。しかし、契約責任の判断や fault の判断にあたって、反倫理性や非難性といったモラルの問題がかかわるか否かについては、fault 論の中でも意見の分かれるところである。

そもそも、多くの人が契約違反をモラルに反するものだととらえている理由は、契約に関する誤った認識によるものであるとの指摘がある[234]。契約は往々にして不完備なものであるのにもかかわらず、当事者はこれを無視し、契約が単純な約束同士のセットであるかのように認識しがちである。当事者がすべき行為、すべての事態が明示的に規定されつくしているとき、すなわち、その契約に関連して生じ得る事態のすべてについて契約が明示

---

232 Hillman 2012, *supra* note 180, at 12-34; Hillman 2014, *supra* ntoe 180, at 275.
233 Seana Shiffrin, *Could Breach of Contract be Immoral?*, 107 MICH. L. REV. 1551 (2009).
234 Steven Shavell, *Why Breach of Contract May Not Be Immoral Given the Incompleteness of Contracts*, *in* FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW 257 (Shahar & Porat eds., 2010).

的に規定しているとき、その契約は完備である（complete）と評価される。しかし、現実の契約は完備に特定されたものとは程遠い。契約は、当事者にとって重要となり得る様々な変数や条件について規定していないことがむしろ通常である。

もっとも、契約を不完備なものにしておくことが、当事者の利益となる場合もある[235]。例えば、将来起こり得る事態を予測し、それらについて交渉し、明確に契約に規定することに、費用と努力が必要となることがある。特に起こる確率が低い事態については、わざわざ契約条項に書き込むことは当事者にとって割が合わなくなる。さらに、契約を不完備にしておくことで予想される結果は、当事者にとってそれほど有害ではない。なぜなら、裁判所が不完備な契約を適切に解釈してくれる可能性があるためである。

契約違反が問題となる場合、当事者が、あらかじめ契約によって明示的に規定された義務に違反することもあるが、不完備契約においては、義務の内容についての当事者の理解に微妙な差異があったり、明示されていない義務に違反したりすることが多い。ここでは、契約責任の決定にあたって、当事者の合意を基準とすることは適当ではなく、このような契約違反と明示の合意違反とは区別して考えられねばならない。

VIII. 法と経済学からの反論

1. 契約の機能

近年の fault 論に対しては、法と経済学の立場からの批判がある。すなわち、アメリカ法における契約責任はあくまで厳格責任であり、債務者の fault の有無や度合いに従って責任が変化することはない[236]。また、道徳的な観点から故意の契約違反をモラルに反するものであると評価し、そのような債務者に fault を認める立場[237]に対しても、法的義務とモラル上の義務とが重なることはないという[238]。

では、法と経済学の立場は、契約責任の根拠をどのようにとらえているのだろうか。

そもそも、法と経済学の立場からは、契約の機能は以下のように説明されている。まず、最も基本的な機能は、将来の財やサービスの供給である。一方で、当事者は契約を締結することにより、リスクの再配分または分担ができるとされる。リスク回避的な被保険者が、リスク中立的な保険者に対して保険料を払い、リスクをカバーしてもらう保険契約が、その典型的な例である。総利益を配分するパートナーシップ（組合）契約も、このような機能を果たす。また、契約によって消費のタイミングを変えることも可能である。例えば、

---

235 スティーブン・シャベル著（田中亘＝飯田高訳）『法と経済学』日本経済新聞社（2010年）342 頁以下。

236 Richard A. Posner, *Let Us Never Blame a Contract Breaker, in* FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW 3-19 (Shahar & Porat eds., 2010); Robert E. Scott, *In (Partial) Defense of Strict Liability in Contract*, *in* FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW 20-34 (Shahar & Porat eds., 2010).

237 Shiffrin 2009, *supra* note 233, at 1551.

238 Posner 2010, *supra* note 236, at 19.

金銭や資産を貸し借りするとき、両当事者は消費の時期を変えることによって相互に利益を得るのである。さらに、契約が締結されるのは、将来の事態について当事者間で見解の相違があるためであるとも説明される。金融商品や土地など、永続性のある資産が売買される場合、少なくとも部分的には、それらの資産の将来の価格について買主と売主が異なる信念を有しているのである。同様に、賭が行われるのは、賭の対象となる事態が起きる確率について、両当事者が異なる信念を抱いているためであるといえる。以上のような機能が契約に認められるために、当事者には契約を締結するインセンティブが働くことになる。

当事者によって契約が締結され、有効に成立すると、契約は国（主には裁判所）によって強制的に実現されうる状態となる[239]。契約に関する裁判所の基本的な機能として以下の四点が挙げられる。第一に、裁判所は契約の締結について判断する。第二に、契約がきちんと締結され、かつ法的に有効であるとしても、さらに契約の解釈が求められることが多い。ここでは裁判所は、契約の空白を補充したり、曖昧な条項の意味を決したりする。第三に、契約違反が問題となる場面では、契約違反の有無を判断し、違反があればそれに対して債務者へのサンクション、言い換えれば債権者への救済を与える。サンクションには、相手方への損害賠償と強制履行とがある。最後に、契約が問題なく成立しており、契約違反が起きていない場合にも、裁判所は契約を無効とし、契約の実現を拒否することがあり得る。

2. 契約の強制的な実現

このように契約は強制的に実現されることになるが、それはなぜ正当化されるのだろうか。言い換えれば、裁判所のような外部者に強制されなければ契約は破られるのか、そして、契約違反はなぜ当事者にとって望ましくないのだろうか。法と経済学の立場は、三つの視点からこれに答えようとする。

第一に、もしも契約が強制的に実現されないのならば、当事者は自分が契約を履行する前に相手方から支払われた資産を横領することができる。このような横領が可能ならば、契約は一般的に機能不全に陥ることになる。例えば、借主が借りたお金を自分のものにでき、返済を強制されないのであれば、金銭の消費貸借契約は成立しないであろう。また、保険者が保険料を自分のものにして、事故が起きても保険金を払わなくてよいとすれば、保険契約も不可能となる。契約の強制的な実現手段がなければ、このように、ほとんどの金融契約やリスク分担に関する合意は機能しなくなる。このことは、財・サービスの提供

239 裁判所以外にも、仲裁機関や、企業、業界団体もしくは宗教団体内部の意思決定機関が、一種の裁判所としての役割を果たし、契約を強制的に実現することがある。また、国によらない契約の実現手段として、評判が挙げられる。これは、評判が損なわれることに対するおそれから、当事者が契約を守るインセンティブが生じるという指摘である。とはいえ、そのようなインセンティブは不十分であり、現実には裁判所に代替するような役割を果たすことは期待されない。シャベル（2010 年）・前掲注 235・370-71 頁。

とその対価の支払いが同時に履行される契約を別にすれば、すべての契約に当てはまるといえる。

第二に、契約の実現を強制されなければ、当事者は供給を約束した財やサービスを提供しないかもしれない。財やサービスの提供を約束した当事者が、他にもっと有利な取引機会を見つけるとか、あるいは、履行の費用が予想以上にかかることに気付くといったことがありうる。その場合、当事者は相手方と再交渉して、価格を上げてもらうのと引き換えに履行することも考えられる。しかし、そうした交渉をすることが実際的ではなく、あるいはスムーズに妥結する見込みが乏しければ、当事者は履行をしないことにするかもしれない。こうした理由によって、履行の便益が本当はその費用を上回るときにも履行がなされないことがあるとすれば、当事者にとっての契約の価値は減少してしまう。そして、こうした契約の価値の減少は、契約を強制的に実現できれば解決できるのである。

第三に、契約の強制的な実現手段がなければ、価格を事前に確定することができない。当事者が取引の価格について機会主義的に交渉することで、価格のホールドアップ[240]が起こりうる。この場合、契約の価値が減少するか、そもそも当事者が契約を締結しようとするインセンティブが失われてしまう[241]。履行と対価の支払いをめぐる交渉の段階でのホールドアップの問題は、契約によって行われる事業において、あらゆる態様の過少投資を引き起こすことになる。例えば、土地の売買契約において、売主が買主との交渉のために時間をかけ、しかも別の買い手に土地を売る機会を見送っているような場合、売主は買主によるホールドアップを恐れることになるだろう。

これらの理由から、契約の強制的な実現は正当化され、当事者にとって望ましいものであると考えられた。契約の強制的実現が物の生産や取引を促進するものであり、当事者にとっても社会にとっても望ましいという考え方は、契約法学者の多くによって一般的に受け入れられ、常に認識されてきた[242]。

---

240 例えば、ある製造企業（依頼人）が、代金を支払うという口約束に基づいて、下請けの部品企業（代理人）に特注部品を注文したとする。特殊部品が完成し納品を待つばかりとなった段階で、依頼人が代金の減額を要求した場合、特注部品を容易に転売することのできない代理人は、この要求を飲まざるを得ない立場に追い込まれる。このように、相手が逃れられない状況に陥っていることにつけ込んで、一方当事者が有利に事を運ぼうとすることをホールドアップ問題という。

241 ホールドアップの問題について指摘し、契約の強制的な実現がその解決策になるという考え方を最初に示したのは、経済学の文献であった。OLIVER WILLIAMSON, MARKETS AND HIERARCHIES: ANALYSIS AND ANTITRUST IMPLICATIONS (1975); Benjamin Klein, Robert G. Crawford, and Armen A. Alchian. Benjamin Klein, Robert G. Crawford, & Armen A. Alchian, *Vertical Integtration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, 21 JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 297 (1978); Paul A. Grout, *Investment and Wages in the Absence of Binding Contracts: A Nash Bargaining Approach*, 52 ECONOMETRICA 449-460 (1984).

242 Pound 1917, *supra* note 187, at 201.

3. 効率的契約違反

アメリカ法において契約責任が厳格責任主義であるとされてきた背景は、すでに述べた通りである。これについて、特に近時の fault 論への批判[243]と関連して、効率的契約違反の考え方が改めて主張されている。

効率的契約違反とは、経済的効率性に資するのであれば、積極的に契約に違反してもよいとする考え方である。すなわち、契約に基づく権利は、ひとつの「選択権」であるとし、ある契約を結んだ者は、まさに契約によって履行するか損害賠償を支払うかの選択権を持つという議論である[244]。履行を選択しなかったのであれば、損害賠償を支払わなければならないが、損害賠償を支払う場合においても（その損害賠償額が損害賠償額の予定によるものであろうと、損害賠償法の理論に従って判決で認められたものであろうと）、それは契約違反に対する何らかの非難性によって課されるものではない。契約違反が故意によるものであったとしても、同様である。契約違反は、非難されるべき行為ではなく、損害賠償を支払うという義務の引き金を引いたに過ぎないことになる。

効率的契約違反の背景には、契約の意義が、人々が財の交換によって利益を享受し、ひいては財の効率的な配分が達成されることにあるという考え方がある。合意が遵守されること自体には直接の意義はなく、それゆえに契約の拘束力が認められるわけではない。契約当事者は、経済的効率性資する場合に限って、契約を現実に履行することを求められる。契約違反の場面でも、経済的効率性に資する解決が目指され、通常は契約を解消して損害賠償によって解決すれば足り、履行請求権を認める必要は必ずしもない。むしろ、履行請求権によって契約の履行を強制することは、かえって経済的効率性を妨げる場合もあり得るのである[245]。

このように、損害賠償を支払って契約に違反することが問題とされず、むしろ一種のオプションとして契約に組み込まれている[246]と考えると、契約違反に際しての債務者の fault は問題とならない[247]。その意味で、契約責任は厳格責任であるといえる。

IX. 裁判例における fault

1. 裁判例における fault の発見

アメリカ契約法における fault の役割を見直そうとする近年の学説の中には、厳格責任主

---

243 Posner 2010, *supra* note 236, at 3; Scott 2010, *supra* note 236, at 20.
244 O. W. Holmes, *The Path of the Law*, 10 Harv. L. Rev. 457, 462 (1897).
245 契約違反の場合に自動的に契約を解消させ、損害賠償による救済を原則とするイギリス法は、効率的契約違反の考え方により親和的である。一方で、わが国の契約法は、本来の契約の履行を目的とする履行請求権に重要な位置づけを与え、履行請求権を契約違反の第一義的な救済手段として位置づけている。また、他の救済手段の規律においても、本来の契約の履行が優先される。
246 HOLMES 1897, *supra* note 244, at 462.
247 Scott 2010, *supra* note 243, at 20-34.

義からfaultを基礎とする契約責任法理への転換を主張するもの――いわば規範的な議論――だけでなく、現状認識としてfaultが重要な役割を果たしていることを示そうとするものも多い。後者の立場は、実際の法理や裁判例において、契約責任を判断するにあたってfaultが考慮されている場面を挙げている。具体的には、契約当事者のいずれかの機会主義的な行動が問題となった事案であり、それらは信義則等の法理を通して考慮されているという。

そこで以下では、契約責任判断においてfaultの有無が考慮されている可能性のある裁判例を挙げ、分析することで、アメリカ契約法における責任法理の現状認識を改めて問い直すことを試みる。

なお、以下の裁判例には、損害賠償請求の事案の他、金銭債務の履行請求の事案が含まれる。というのも、アメリカ法ではコモン・ロー上の monetary damages（金銭賠償）による救済が原則とされ、specific performance（特定履行）は例外的にしか認容されないが[248]、契約が金銭の支払を約束するものであった場合には、債権者は金銭債務の履行を求めることができる[249]。この点、厳格責任主義のもとでは、契約責任が認められるか否かは、債務者が履行をしたか否かによることになる[250]。例えば代金を請求する場合、債権者は、債務者の代金支払い債務の不履行を主張して損害賠償を求めるが、これは金銭債務の履行請求と機能的には変わりなく、その意味で両請求権はパラレルにとらえられる[251]。

この他、faultの有無が考慮されていると指摘される必要量購入契約については、売主が買主に対して代金の支払を求めた事案とともに、買主が売主に対して目的物の引き渡しを求めた事案（非金銭債務の履行請求の事案）も取り扱うこととする。

2. 損害賠償請求の事案

まず、当事者の一方が他方の契約違反を主張し、それに基づく損害賠償を請求している事案をとりあげる。なお、損害賠償請求とともに解除の主張がなされている事案も含む。

(2)-1. 必要量購入契約[252]

---

248 平野晋『体系アメリカ契約法』中央大学出版部（2009年）154頁以下。

249 同上155頁。

250 前述したように、厳密な厳格責任を採用せず、帰責根拠に規範的判断を持ち込むとしても、それらを黙示の合意内容として契約に取り込む限りは、損害賠償請求が認められるか否かは、依然債務者が履行をしたか否かの判断に行き着くことになる。

251 この点、損害賠償（填補賠償）請求と金銭債務の履行請求との関係については、各法体系によって異なるとの分析がある。吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務』東京大学出版会（2010年）15頁以下。

252 必要量購入契約とは、買主がある事業のために必要とする物品を、必要な時期に必要な量だけ売主が供給するという趣旨の契約である。あらかじめ契約量が特定しないという点、さらに買主は事業をやめれば物品を購入する義務をまったく負わないという点で、有効な約因とならないのではないかという疑問があった。この点につき、UCC§2-306(1)は、必要な量の請求に関して買主に誠実義務を課すことにより、このような契約の有効性を認め、必要量購入契約が強制可能であることが明示された。必要量購入契約の定義につき、参照、

A-1 Loudenback Fertilizer Co. v. Tennessee Phosphate Co. (121 F. 298; 1903 U.S. App. LEXIS 4608)

売主（Tennessee Phosphate Co.）と買主（Londenback Fertilizer Co.）との間のリン鉱石の必要量購入契約。買主は契約締結後の二年間全く購入しなかったにも関わらず、市場価格が上昇した三年目に可能な限り最大の量を購入しようとしたが、売主は履行することができなかった。そこで買主が、売主の契約違反に基づく損害賠償を求めて訴えたが、売主が勝訴した。

中間上訴裁判所も第一審を支持した。この契約を有効たらしめている約因は、双方に義務があるという点であり、明確な合意はなくとも、買主には適当な量を毎年購入する義務があった。よって、はじめに契約違反を犯したのは買主であり、そのために売主の契約違反を追及することは許されないとして、訴えを認めなかった。

A-2 Oscar Schlegel Mfg Co. v. Peter Cooper's Glue Factory (231 N.Y. 459; 132 N.E. 148; 1921 N.Y. LEXIS 656)

売主（Peter Cooper's Glue Factory）と買主（Oscar Schlegel Mfg Co.）との間ののりの必要量購入契約。その後のりの市場価格が上昇したため、買主は受注を急増させたが、売主は買主が希望する量を履行しなかった。そこで、買主が損害賠償を求めて訴訟を提起した。これに対し売主は、本件の必要量購入契約には約因がないとして、書面上の契約の強制力は否定されると主張した。第一審は、売主の契約違反を認め、損害賠償請求を肯定した。中間上訴裁判所も、売主にはのりを供給する義務があったとして第一審を維持した。

ニューヨーク州最高裁判所は、本件の契約のもとでは買主・売主の双方の債務の間に相互関係がないとして、約因が欠けていることを認めた。よって、買主による損害賠償請求は否定された。

A-3 Fort Wayne Corrugated Paper Co. v. Anchor Hocking Glass Corp. (130 F.2d 471; 1942 U.S. App. LEXIS 3127)

売主（Fort Wayne Corrugated Paper Co.）と買主（Anchor Hocking Glass Corp.）との間の波型の紙製品の必要量購入契約。買主は自らが必要とする量の 90%以上を売主から購入することが約束された。売主は、買主に供給するための製品を用意するスペースを確保しておくことを約束し、自らの製造の容量の 50%を超えるような契約を第三者と締結しないこととした。また、買主は自らの敷地内に建物を建築し、売主が買主との契約を履行するために製品のインストール等を行う場所として、それを売主に貸すことに同意した。やがて買主のビジネスは縮減し、売主に求められる必要量が減ったため、売主は買主の契約違反に基づく損害賠償を請求して訴訟を提起した。その後、売主は、契約を終了させる旨の通知を買主から受け取った。

田中英夫『英米法辞典』東京大学出版会（1991 年）。

中間上訴裁判所は、本件の契約が必要量購入契約であることを指摘した。そのため、買主は good faith にのっとって行動している限り、必要でないものを購入する義務はないのである。本件の事実及び状況からして、買主のビジネスの縮減は good faith にのっとったものであり、売主の請求は認められない。

A-4 Texas Indus., Inc. v. Brown (218 F.2d 510; 1955 U.S. App. LEXIS 5339)

売主（Texas Indus., Inc.）と買主（Brown）との間の軽量の骨材の必要量購入契約。売主は、買主との契約を履行するため、及びその他の自らの顧客との間の契約を履行するために、新しい工場を建築することにした。その後買主は、骨材を必要としていた自らの施設を売主の後任者に賃貸し、そのために骨材が必要でなくなったので、その後売主の履行を受領することを拒否した。そこで売主は、買主に履行期前の契約違反があるとして、損害賠償を請求する訴えを提起した。これに対し買主は、施設の賃貸によって自らは必要量購入契約から解放されたと主張した。なお、売主の後任者は必要量購入契約にサインしていないため、契約違反に無関係であると主張している。第一審では買主が勝訴した。

中間上訴裁判所は、買主と売主の間には、賃貸借契約にかかわらず、必要量購入契約を継続する旨の黙示の合意があったとして、売主の請求を認めた。

A-5 Western Oil & Fuel Co. v. Kemp, Webb Oil Co. (245 F.2d 633; 1957 U.S. App. LEXIS 4836)

売主（Western Oil & Fuel Co.）と買主（Kemp）との間の 2 年間にわたる石油の必要量購入契約。その間に、買主は売主と競争関係にある石油会社（Webb Oil Co.）との間で新たに契約を締結すること試み、そのために売主から購入する石油の量が減った。そこで売主は、買主及び競争関係にある石油会社に対し、契約違反に基づき、契約の解除と損害賠償を請求する訴訟を提起した。第一審では、石油会社は買主に対して契約に違反するよう唆し、必要量購入契約を妨害したと認め、売主の請求を認めた。

これに対し、買主は、石油の売買契約が必要量購入契約であったことから、石油の購入量が減ったとしても契約違反ではないと主張した。中間上訴裁判所は、買主が売主に求めた石油の必要量が減ったことを認め、それはビジネスにおいて正当であると認められる理由によるものではないとした。買主の目的が、売主との契約関係を終わらせ、新たな石油会社との間で独占的な購入契約を締結することにあったことは明らかである。過去の裁判例からも、必要量購入契約においては、当事者は good faith にのっとった行動をしなければならないというルールがあるといえる。本件において買主はこれに反したのであり、解除及び損害賠償の請求は認められる。

A-6 Wilsonville Concrete Products v. Todd Bldg. Co. (281 Ore. 345; 574 P2d. 1112; 1978 Ore. LEXIS 754)

売主（Wilsonville Concrete Products）と買主（Todd Bldg. Co）との間のコンクリートの必要量購入契約。買主がある建物を建設するのに必要なだけのコンクリートを、売主が決められた代金で供給し、買主はその工事に必要なコンクリートを売主以外から購入しないことになっていた。ところがその後、その工事が都市計画の目的別地域区分に合致しない者であることが判明し、買主は工事を完成させることができなくなった。買主は売主との間の必要量購入契約を終了させることにした。これに対し売主が、買主の契約違反に基づく損害賠償を請求した。第一審では売主が勝訴した。

中間上訴裁判所は、本件契約は必要量購入契約であり、コンクリートを必要としていたプロジェクトが終了すれば、買主もまたコンクリートを必要としなくなるのは合理的なことであるとした。よって買主は工事の終了後に売主からコンクリートを購入する義務がないとして、売主の請求を退けた。

A-7 R.A. Weaver and Assoc., Inc. v. Asphalt Constr. (587 F.2d 1315; 190 U.S. App. D.C. 418; 1978 U.S. App. LEXIS 8260)

売主（R.A. Weaver）と、アスファルトの建築会社である買主（Asphalt Constr.）との間の石灰石の必要量購入契約。買主は政府の建築プロジェクトについて建築請負契約を締結していたのであるが、政府がプロジェクトを変更したため、売主に注文することがなくなった。そこで売主が買主に対し、契約違反に基づく損害賠償を請求した。それに対し買主は、必要量購入契約は約因を欠いているし、どれだけの量を購入しなければならないかという点についての合意はなかったと主張した。第一審は、契約は有効に成立しているとして、売主の請求を認めた。

中間上訴裁判所は、契約を全体として見ると、本件の契約は特定の量の石灰石の売買契約ではなく、買主がそのビジネスを行ううえで必要なだけの量を売買する契約であるといえる。買主は必要でない量を購入すべき義務はなく、よって売主の請求は認められない。

A-8 UEF Incorporated v. Methode Electronics, Inc. (808 F. Supp. 1407; 1992 U.S. Dist. LEXIS 19242)

売主（UEF Incorporated）と買主（Methode Electronics, Inc.）との間の、プラスティックの部品の 5 年間の必要量購入契約。この部品は、買主によるエアーバッグの製造に使用されるものであった。5 年の間、売主と買主は何度か連絡を取り合っていたものの、実際に部品が購入されることは一度もなく、結局買主はより安価で部品を供給する第三者と契約を締結し、部品を入手した。そこで売主は、買主の契約違反に基づき、損害賠償を請求して訴えを提起した。

裁判所は、一度も実際の契約が履行されていなくとも必要量購入契約は存在し、買主は good faith にのっとって適当な量を注文すべきであったことから、買主の契約違反を認め、売主の損害賠償請求は認められた。なお、売主は、契約違反に基づく救済とともに、約束

的禁反言に基づく救済をも同時に請求していたが、これについては、契約が存在する場合には（本件では売主と買主との間に必要量購入契約が存在する）、約束的禁反言の法理は全く適用されないとして認められなかった。

A-9 Koch Hydrocarbon Co. v. MDU Resources Group, Inc. (988 F.2d 1529; 1993 U.S. App. LEXIS 4555)

天然ガスの規制緩和を受け、ガス販売業者である売主（Koch Hydrocarbon Co.）と小売業者である買主（MDU Resources Group, Inc.）との間で、天然ガスの必要量購入契約が締結された。契約においては、支払と引渡しが同時に行われることが約束された。その後ガスの市場価格が低くなると、買主が債務の履行を拒否したため、売主は、買主に契約違反があるとして損害賠償を請求する訴えを提起した。第一審では売主が勝利したが、売主はより高額の損害賠償を求めて、また買主は損害賠償責任がないとして、それぞれ上訴した。

中間上訴裁判所は、第一審と同様に、ガスの引渡しの受領を拒否した買主に契約違反があるとし、損害賠償責任が生じるとした。また、本件における損害賠償額については、売主が損害を軽減しなければならい（すなわち、市場価格に見合った代替取引を迅速に行わねばならない）ことから、契約価格から市場価格を引くことで正確に計算することができるとした。

A-10 Porous Media Corp. v. Midland Brake, Inc., (220 F.3d 954; 2000 U.S. App. LEXIS 17427)

売主（Porous Media Corp.）と買主（Midland Brake, Inc.）との間の、5 年間の必要量購入契約。売主が、買主が運用するシステムのために必要な部品の一部を製造することになった。しかし買主は結局、売主以外の第三者から当該部品を購入した。そこで売主が買主に対し、契約違反に基づく損害賠償を請求して訴えを提起した。第一審は、買主には契約違反があったとし、売主の損害賠償請求を認めた。損害賠償の額は買主の契約違反によって得られなくなった利益によるが、契約期間である 5 年間に加え、3 年間分の利益を賠償の範囲内に含めるとした。

中間上訴裁判所は、本件の契約が必要量購入契約であることに鑑み、第一審の判断を適当なものであるとした。必要量購入契約においては、当事者が対等な立場で契約を締結するとは言い難く、双方が洗練された弁護士のアドバイスを受けてビジネスを行っている場合も少ない。有利な立場にあった買主が、売主ではない第三者から部品を購入し、売主に注文をしなかった点について、契約違反が認められる。

(2)-2. その他の売買契約

A-11 Patterson v. Meyerhofer (240 N.Y. 96; 97 N.E. 472; 1912 N.Y. LEXIS 747)

売主（Patterson）が買主（Meyerhofer）に 23000 ドルで住宅を売る契約が締結された。

まず売主が競売で当該住宅を入手し、その後に買主に売るはずだったが、買主が競売に参加し、22350 ドルで競り落としてしまった。そこで売主が買主に対し、契約違反による損害賠償請求をしたところ、第一審は両当事者に信頼関係はなかったとし、買主に有利な判決を下した。

中間上訴裁判所は第一審と同じく、両当事者の間に信頼関係はないとした。しかし、全ての契約において当事者は、相手方が契約を履行するのを妨害するような行動をとらないという黙示の合意を引き受けるのであり、本件の買主は黙示のうちに、売主が不動産を入手するのを妨害する行動をとらない旨の契約に合意しており、これに違反した。よって両当事者の間に信頼関係がなくとも、買主は自分が支払った 22350 ドルと売主に支払うはずであった 23000 ドルとの差額を賠償しなければならない。

A-12　Moore v. American Molasses Co. of NY (106 Misc. 263; 174 N.Y. 440; 1919 N.Y. Misc.)

売主（Moore）と買主（American Molasses Co.）との間の糖蜜の売買契約。売主が糖蜜を船で運送するための費用について、買主が支払をしなかったため、売主は買主の契約違反に基づいて損害賠償を請求した。しかし、売主が実際に運送にかけた費用に対して、買主が請求された費用は異常なものであった。

以上より、第一審は、売主の 15251 ドルの損害賠償請求を妥当でないとし、9900 ドルを控除したうえで、買主に 5351 ドルの損害賠償を支払うように命じた。

A-13　Iron Trade Products Co. v. Wilkoff Co., Appellant (272 Pa. 172; 116 A. 150; 1922 Pa. LEXIS 794)

レールの売買契約において、売主が契約通りにレールを納品しなかったため、買主は第三者からレールを購入せざるをえなかった。そこで、買主が、第三者に支払った額と売主との契約額との差額について損害賠償請求した。売主は、買主の行動によってレールの履行が妨害されたと主張したが、第一審は買主の請求を認めた。

中間上訴裁判所は、買主が売主の履行を困難にした事実を認めつつも、妨害したとはいえず、それによって売主の契約違反が許されるものではないとした。また損害賠償額についても、原告がその後レールを転売したとしても、売買契約上の利益を求める権利がある。

A-14　Pirrone v. Monarch Wine Co. (497 F.2d 25; 1974 U.S. App. LEXIS 7706)

カリフォルニアのワイン製造者である売主（Pirrone）と国内で最大のピーチブランデーの購入者である買主（Monarch Wine Co.）の間の州をまたぐ契約。1968 年 1 月、売主が 1968、1969 年にそれぞれ 150000 ガロンを製造し、1 ガロン 7.5 ドルで販売するとの契約が締結された。その後ブランデーの市場価格が下落したため、買主は商品の受取りを遅らせたいと申し入れたが、売主はこれを拒否した。そこで買主は、自身が船による輸送の申

請を出さなければ国からの許可が出ないことを利用し、申請を出さなかったため、売主はスケジュール通りにブランデーを輸送することができなかった。その後両当事者は受け取りを遅らせることで合意した。売主は買主に対し、契約違反に基づく損害賠償を求めて訴えを提起した。第一審は請求を認めた。

中間上訴裁判所は、買主が商品の受け取りを遅滞した点について損害賠償の請求を認めた。一方、二年目の契約については両当事者が契約を終了することで合意していたとして、損害賠償請求を否定した。

(2)-3.　賃貸借契約

A-15　Frank M. Groves v. John Wunder Co. (286 N.W. 235, 236; Minn. 1939)

Frank M. Groves v. John Wunder Co. (286 N.W. 235, 236; Minn. 1939)

貸主（Groves）と借主（John Wunder Co.）との間で、貸主の所有する土地とその上の掘削機について七年間のリース契約が締結された。契約では、土地の上の砂利を決められた状態にして返却することが約束されていた。しかし、借主は価値のある状態の砂利のみを持ち去るなどして、故意に契約に違反し、土地の価値が下がったため、貸主が損害賠償を請求した。第一審、控訴裁判所は土地を原状回復するための賠償のみを認めたため、これに失望した貸主が上訴した。

ミネソタ州最高裁判所は、借主の契約違反は故意によるものであり、信義誠実に反し、許しがたいことであるとして、原状回復よりも高額な賠償を認めた。

A-16　Dickey v. Philadelphia Minit-Man Corporation (377 Pa. 549; 105 A.2d 580; 1954 Pa. LEXIS 550)

賃貸人（Dickey）の不動産を賃借人（Minit-Man）が占有し、洗車のビジネスを行う賃貸借契約が締結された。賃料は、一年間の売上の総計の 12.5%で、最低額は年 1800 ドルとされた。その後、賃借人がビジネスを自動車のワックスがけに替えたので、賃貸人が、賃借人の契約違反を理由に不動産回復訴訟（不動産の占有回復と損害賠償）を提起した。第一審は賃貸人の請求をしりぞけた。

中間上訴裁判所は、そのビジネスをやめれば賃料が下がるとしても、洗車のビジネスを続ける黙示の義務が賃借人にあったとはいえないとした。賃貸人は別の場所にビジネスを移したわけではなく、賃貸人に賃貸借契約を終わらせようと思わせるために、故意に賃料を下げようとしたわけでもない。洗車のビジネスをやめたのは、good faith にのっとった、正当なビジネス上の判断によるものである。よって賃貸人の訴えを退けた。

(2)-4.　建築請負契約

A-17　Theodore Schultze v. Issac Goodstein, and Jacob Deng (180 N.Y. 248; 73 N.E. 21; 1905 N.Y. LEXIS 1073)

注文者（Schultze）と請負人（Goodstein）との間の建築請負契約。請負人が契約で合意したパイプではなく劣等な質で安価なパイプを使用したため、注文者はその後建物を修理せざるをえず、一部代金の支払を拒否した。そこで、代金の弁済について債権を譲渡された下請負業者（Deng）がリーエンを行使するために訴えを提起した。これに対し注文者は、請負人が配管工事において契約に違反しており、請負人の示した建築士の証明書は不実表示・詐欺により入手したものだったとして、必要な修理のために注文者が支払った額について損害賠償請求した。第一審で注文者が勝訴。中間上訴裁判所で請負人側が勝訴。

ニューヨーク州最高裁判所は、適切なパイプを使わなかった請負人に契約違反があるとして注文者の主張を認め、下請負業者の請求については認めなかった。

(2)-5.　その他の役務提供契約

A-18　Lakota Girl Scout Council, Inc., v. Havey Fund-Raising Mgmt. Inc. (519 F.2d 634, 643; 8th Cir. 1975)

原告（Lakota Girl Scout Council, Inc.,）は、専門家に基金調達を依頼することにした。複数の会社と交渉したところ、被告（Havey Fund-Raising Mgmt. Inc.）が約 345,000 ドルの基金調達が実現可能であると述べたため、原告は被告との間で契約を締結した。原告は被告に 28,000 ドルを支払い、345,000 ドルの基金調達が依頼されたが、この目標額が達成されることについての保証はなかった。その後、目標額を遥かに下回る結果となったため、原告は被告が契約に違反したとし、失われた利益の賠償を求めて訴えた。第一審、控訴裁判所はともに、被告に契約違反があったとし、35,000 ドルの損害賠償を認めた。

最高裁判所も同様に被告に契約違反があったとし、以下のように述べた。自ら他人の権利を侵害した側が、侵害行為によって引き起こされた不確実性のリスクを負わねばならない。なぜなら、疑わしきは、実際に損害を被った者の利益に、違反した者の不利益になるよう、一般に解決されるためである

3.　履行請求の事案―金銭債務の強制履行

以下でとりあげる事案は、特定履行の請求のうち、金銭債務の強制履行にかかわるものである。履行請求は契約によって基礎づけられ、債務者が履行をしなければ債権者は当然に履行を請求することができる。ところで、契約責任の有無の判断に際して厳格責任をとるならば、損害賠償請求が認められるか否かは、債務者が履行をしたか否かによることになる。後述するように、厳格責任をとらずその他の判断要素をも帰責根拠として考慮するとしても、それらを黙示の合意内容として契約に取り込む限りは、やはり、損害賠償請求が認められるか否かは債務者が履行をしたか否かの判断に行き着くことになる。そうであるならば、損害賠償請求と金銭債務の履行請求は、結果としてほとんど同じ機能を果たすことになる[253]。そこで以下では、金銭債務の履行請求の事案を概観する。

[253] 契約責任について無過失責任主義をとるならば、損害賠償請求権と金銭債務の履行請求

(3)-1　必要量購入契約

A-19　Dowd v. Hercules Powder Co. (66 Colo. 302; 181 P. 767; 1919 Colo. LEXIS 365

売主（Hercules Powder Co.）と買主（Dowd）との間の粉末製品の必要量購入契約。期間は 2 年間で、価格は契約締結時に合意された額とされた。2 年間の期間の終わりに、売主はすでに履行された物品の一部について、その代金を支払うよう請求した。これに対し、買主は反訴として、2 年間の期間の終わりに自らが求めた物品の提供に売主が応じておらず、売主には契約違反があると主張した。中間上訴裁判所は売主の訴えを認め、買主の反訴を棄却した。

コロラド州最高裁判所は、買主は期間の終わりになした要求について、それが合理的なものであることを証明しなければならないが、それをしなかったとして、売主の請求を認める中間上訴裁判所の判断を維持した。

(3)-2　賃貸借契約

A-20　Cissana Loan Co. v. Barrron (149 Wash. 386; 270 P. 1022; 1928 Wash. LEXIS 694)

賃借人（Baron）が賃貸人（Cissana Loan Co.）からデパートでの事業を買い、建物について賃貸借契約を締結した。建物で行った事業全体の売上高によって賃料が決まることになっていた。その後隣接した建物を入手した賃借人はデパートの事業の一部をそちらに移した。賃貸人は、移された事業の売上高による賃料についても賃借人は支払うべきだとし、訴えを提起した。一方で賃借人は、隣接した建物での事業に関しては賃料を支払う必要がなく、自身には全ての事業を移動する権利があると主張した。第一審で賃貸人が勝訴した。

中間上訴裁判所は、賃借人が行っている事業全体の売上高から賃料を計算する契約であること、隣接した建物での商品の販売の事業が実際には元の建物で行われていると言えることから、賃貸人の請求を認めた。

A-21　Palm v. Mortgage Investment Co. of El Paso (299 S.W.2d 869; 1950 Tex. App. LEXIS 2076)

賃貸人（Palm）と賃借人（Mortgage Investment Co.）との間の店舗の賃貸借契約。賃貸人は、当該店舗において靴の販売及び修理のみが行われることが、黙示に合意されたと思っていた。また、契約によれば賃料は売上高によって定まるとされており、賃貸人はこのことをもって、当該店舗で賃借人のビジネスの大部分が行われる旨の合意があったものと考えていた。その後、契約期間の終了の前に賃借人が店舗からビジネスを撤退したため、賃貸人は売上高の総計の 6%から賃借人がすでに支払った額を除いた額の支払を請求して訴えを提起した。第一審では賃貸人が勝訴した。

権がパラレルになるとの指摘は、吉川（2010 年）・前掲注 251 に見られる。

中間上訴裁判所は、契約内容、事実、状況からすれば、最低額の賃料を支払うことで賃借人は契約上の全ての義務を履行したといえるとして、賃借人の主張を認めた。

A-22　Mutual Life Ins Co. v. Tailored Woman Inc. (309 N.Y. 248; 128 N.E. 2d 401; 1955 N.Y. LEXIS 952)

女性服の小売業者である賃借人 (Tailored Woman Inc.) が、賃貸人 (Mutual Life Ins Co.) の所有する建物の 1-3 階を借りる契約を締結した。固定の賃料以外に、売上高による賃料を支払うこととされていた。その後さらに、建物の 5 階部分について固定の賃料による賃貸借契約が締結された。5 階での事業が成功しなかったため、賃借人が 1-3 階で行っていた毛皮の事業を 5 階に移したところ、両方の階で儲けが出るようになった。賃貸人は、毛皮の事業の売上高に基づく追加的な賃料を請求して訴えを提起した。第一審で賃貸人が勝訴し、中間上訴裁判所では損害賠償請求を減額したうえで認めたため、両当時者が上訴した。

ニューヨーク州最高裁判所では、契約において賃借人が事業を 1-3 階から 5 階へ移すことを禁ずるものは何もなかったとした。しかし毛皮の事業は実質的には 1-3 階の事業に属するものであり、その売上高は 1-3 階の賃貸借契約の賃料の計算に含まれるとした。

A-23　Stop & Shop, Inc. v. A. John Ganem & others (347 Mass. 697; 200 N.E.2d 248; 1964 Mass. LEXIS 825)

賃貸人（John Ganem）と賃借人（Stop & Shop, Inc.）の間での建物及び駐車場の賃貸借契約。賃借人が年に定額の賃料に加え、総売上の 1.25 パーセントの賃料を支払うことになっていた。契約締結当時、賃借人は当該物件においてスーパーマーケットを営業するつもりであり、賃貸人もそのことを知っていた。その後 10 年間、賃借人はスーパーマーケットを営業し賃料を納めていたが、隣接地において複数のスーパーマーケットの営業を開始し、10 年目以降の当該物件でのスーパーマーケットの営業をやめることにした。そこで賃貸人が訴訟をすると脅したため、賃借人が訴えを提起。賃貸人は反訴において、スーパーマーケット営業の継続、近隣で賃借人が展開しているスーパーマーケットの売上の 1.25 パーセントの賃料の支払いを請求した。第一審で賃借人が勝訴。

マサチューセッツ州最高裁判所は、本件の賃貸借契約において、当該物件でスーパーマーケットの営業を継続すべき旨の黙示の合意はなく、賃貸人が隣接地に新たにスーパーマーケットを開くことを禁じるような黙示の合意もなかったとして（同じ立場にある合理人が黙示の合意があると判断するだろうことを賃貸人は証明しなかった）、賃貸人の請求をしりぞけた。

(3)-3　建築請負契約

A-24　Jacob & Youngs v. Kent (230 N.Y. 239; 129 N.E. 889; 1921 N.Y. LEXIS 828)

請負人（Jacob & Youngs）が注文者（Kent）のためにカントリーハウスを建築する契約

を締結し、代金の一部が支払われた。契約では、特定のブランドのパイプを使って建築することが決められていたが、請負人はそれと異なるパイプを用いて工事を進め、ほぼ全てのパイプの設置が終わるまで注文者も何も不満を言わなかった。その後、注文者がパイプのブランドが異なることを理由に、最後の支払いを拒んだため、請負人が支払いを求めて訴えを提起した。第一審では注文者が勝訴し、中間上訴裁判所では請負人が勝訴した。

ニューヨーク州最高裁判所は、請負人が契約で定められたパイプを用いなかったのは、詐欺的なものでも故意によるものでもないうえ、使われたパイプの値段や品質が契約で定められたパイプとほぼ同一であるとして、請負人の請求を認めた。

(3)-4　その他の役務提供契約

A-25　Orville E. Fortune v. Nat'l Cash Register Co. (364 N.E.2d 1251, 1255-56; Mass. 1977)

労働者（Fortune）は使用者（Nat'l Cash Register Co.）のもとで、セールスマンとして長期にわたって働いてきた。しかし、労働者が多額の売上をもたらしたことに対して支払われるべきだったボーナスが支払われる前に、彼は解雇された。そこで、労働者は、ボーナスの支払は雇用契約上の義務であったとして、提供役務相当金額を求めて使用者を訴えた。第一審は使用者の契約違反を認めたが、控訴裁判所はこの判決を覆した。

マサチューセッツ州最高司法裁判所は、第一審の立場に立った。例え使用者が、明示的な契約条項に違反していなくても、契約には信義誠実や公正取引といった黙示の約束が含まれる。使用者がボーナスを支払わずに労働者を解雇したことは、信義誠実に反し、契約違反が認められる。

4.　履行請求の事案―非金銭債務の強制履行

以下では、非金銭債務の強制履行の事案を見る。非金銭債務の強制履行が認められるか否かの判断基準についても、アメリカ法では伝統的に厳格責任によるとされており、以下の裁判例を検討することで、アメリカ契約法における厳格責任の具体的中身を明らかにすることを試みる。

(4)-1　必要量購入契約

A-26　Asahel Wheeler Co. v. Mendleson (180 A.D. 9; 167 N.Y.S. 435; 1917 N.Y. App. Div. LEXIS 8094)

売主（Mendleson）と買主（Asahel Wheeler Co.）は 20 年以上にわたって取引を行ってきた。1914 年に売主が供給した 2000 ポンドの苛性ソーダは、買主が 1915 年のビジネスで利用するものとして充分であった。そこで両者は、1915 年に買主が必要とするであろう苛性ソーダについて、売主が供給する旨の未履行契約を締結した。1915 年の終わりに、売主はすでに買主に 2000 ポンドの苛性ソーダを引き渡していたが、苛性ソーダの市場価格が急

上昇したことを受け、買主はさらに追加して 50000 ポンドの苛性ソーダを引き渡すよう売主に求めた。売主が履行を拒否したため、買主は売主に契約違反があるとし、履行を請求する訴えを提起した。

中間上訴裁判所は、契約において給付されるべき苛性ソーダの量が明記されていない以上、当事者の取引がどのようなものであったか見ることで合理的な量を決める必要があるとした。買主は、50000 ポンドの注文が good faith にのっとった合理的なものであることを示していない。そうであれば契約の目的は、契約価格等から推測され、契約締結時に両当事者が 50000 ポンドもの苛性ソーダを取引する意図があったとは考えられない。よって買主の請求は否定された。

A-27　Southwest Natural Gas Co. v. Oklahoma Cement Co.(102 F.2d 630; 1939 U.S. App. LEXIS 4819)

ガス会社である売主（Southwest Natural Gas Co.）とセメント会社である買主（Oklahoma Cement Co.）との間で、15 年間の必要量購入契約が締結された。契約締結から 7 年後、セメント会社のボイラーの設備（契約締結の 20 年前から使用されていた）が古くなったために、買主は新たな技術を導入することになり、その結果、必要なガスの量が減ることになった。売主は新技術の導入が契約違反にあたるとして、買主が必要なガスの量を変えない方法で新技術を導入するよう訴えたが、第一審では認められなかった。

中間上訴裁判所は、買主による新技術の導入は good faith にのっとった適当なものであり、契約違反にはあたらないとした。

A-28　Eastern Air Lines, Inc. v. Gulf Oil Corp. (415 F. Supp. 429; 1975 U.S. Dist. LEXIS 15673)

売主である石油会社（Gulf Oil Corp.）と買主である航空会社（Eastern Air Lines, Inc.）との間の長期間にわたる石油の必要量購入契約。石油の原産国による通商禁止により、石油の市場価格が上昇した際、買主は、代金は契約締結時のままで航空燃料を供給するよう求めた。売主は、経済的な観点から履行が不可能になったとして、必要量購入契約を終了させることを求めた。しかし買主は、石油の原産国による通商禁止が近々起こりうることは、売主・買主双方が認識していたのであり、そのうえで契約を締結していたのであるから、自らには履行を請求する権利があると主張し、訴えを提起した。

裁判所は、経済的な観点から履行が不可能であるという主張は、売主が実際に経済的な損失を受けている場面でなければ有効でないとした。その点、本件の売主は、その他のビジネスによって利益を出している状態であり、本件の必要量購入契約において被る金銭的損失はわずかなものである。よって、買主による履行請求を認めた。

5.　裁判例の分析

(1) 事案の整理

以上の 28 件の事案を分析するにあたり、契約において当事者が明示的に合意した内容について債務者に違反があったかどうか、債務者に（明示の義務違反以外の）fault が認められたかどうかによって分類する。

表 A	明示の義務違反あり	明示の義務違反なし
fault あり	A-13、A-14、A-15、A-17、A-19、A-24、A-28 ⇒責任肯定	A-4、A-5、A-8、A-9、A-10、A-11、A-18、A-20、A-22、A-25 ⇒責任肯定
fault なし	A-1、A-2、A-12（？）、A-26 ⇒責任否定[254]	A-3、A-6、A-7、A-16、A-21、A-23、A-27 ⇒責任否定

まず、債務者の fault が問題となっている事案のうち、債務者が契約に違反しており、またその契約違反は重大な帰責根拠となると認められる（債務者が機会主義的に行動している、故意に契約に違反しているなど）場合、債務者には契約責任が発生していた（表 A 左上)。債務者が契約に明示的に表れている義務に違反したとはいえない場合であっても、債務者に強い fault が認められれば契約責任が発生し（表 A 右上)、そのような強い fault が見られない場合には責任が発生しなかった（表 A 右下)。また、債務者が契約上の義務に違反しているものの、債務者に fault は認められず、むしろ債権者側に強い fault が見られる場合に、債権者の債務者に対する契約責任の追及を許さないものがみられた（表 A 左上)。

(2) 厳格責任の立場から説明できない事案

単純に表を眺めると、A-4、A-5、A-8、A-9、A-10、A-11、A-18、A-20、A-22、A-25（表 A 右上)、及び A-1、A-2、A-12、A-26（表 A 左上）の事案は、純粋な厳格責任論では説明できないといえる。前者のグループにおいては、債務者は契約において明示的に合意した内容に違反していないのであるから、厳格責任論によれば責任を負うことはないはずであるが、契約責任が生じている[255]。ここでは、契約に違反したかどうか以外の要素が帰責根

[254] 表 A の左下に区分される事案は、損害の発生について契約責任を追及する側に fault があり、契約責任を追及されている側には fault が認められない事案であるといえる。

[255] なお、契約責任の帰責根拠について、日本法における伝統的通説の立場（過失責任）に立ったとしても、前者のグループを説明することはできない。日本法において契約責任が生じるためには、債務者の故意・過失だけでなく、契約違反の事実が必要とされてきたためである。前者のグループで契約責任が生じることを正当化するためには、黙示的な合意を契約内容に読み込むという解決があり、これは過失責任、厳格責任のいずれの立場でもありうる解決であるが、この点について詳しくは後述する。

拠として考慮されている可能性がある。また、後者のグループについては、債務者が契約締結時に合意した内容に違反しており、厳格責任によればそのことをもって契約責任が生じるはずである。ところが、事案では必ずしもそうではなく、債務者が責任を免れている（あるいは追及されるべき損害賠償の額が減額されている）のであり、純粋な厳格責任の立場では説明できない。そこで以降では、これら二つのグループに位置する 13 件の裁判例を個別に分析し、明示の義務違反以外の帰責根拠――すなわち、機会主義的行動の有無や故意による契約違反――が考慮されているといえるか、検討することとする。

まず、前者のグループ（表 A 右上）のうち A-4 は、必要量購入契約の事案であり、このような契約類型においては、買主が自らの事業のために必要とする物品を、必要な時期に必要な量だけ売主に供給するよう求めることができるという性格上、売主が一方的に不利な立場におかれることが多い。買主が機会主義的行動をとりやすい典型例であるといえよう。本件で売主は、骨材を必要としていた施設を第三者（買主の後任者ではあるが）に引き渡し、その後骨材の購入をやめている。必要量購入契約であるとはいえ、買主の行動が適切であったかどうかが、契約上の義務違反の有無とは別に考慮されている可能性がある。

A-5 も必要量購入契約の事案であり、本件で買主が売主から購入する物品の量が減ったのは、買主が売主と競争関係にある石油会社との間で新たに契約を締結しようとしていたためであった。必要量購入契約なのであれば、買主はどのような理由であれ必要でない物品を購入する契約上の義務はないはずである。しかし本件では、物品の購入が減った理由が考慮され、それは good faith にのっとった行動ではないとの判断から、買主に契約責任が生じているのである。

A-8、A-10 の必要量購入契約の事案でも A-5 と同様、売主から購入する物品の量が減った、あるいは購入しない買主について、その原因が問題とされている。A-8、A-10 の事案では買主は、売主とは別の、より安価で部品を提供する第三者と契約を締結したために、売主から購入する物品の量が減った、あるいは購入しなくなったのである。このような行動は good faith にのっとっていないとされ、買主には契約責任が認められた。

A-9 の必要量購入契約の事案で、買主が売主からの履行を拒否した原因は、市場価格の変動であった。本件では契約締結後、天然ガスの市場価格が、契約によって定められた価格よりも低くなり、買主は売主からの購入をやめることにしたのである。このように、必要量購入契約の買主である立場を利用し、市場価格の変動によって自らの利益になるように働いたため、買主には契約責任が認められたと考えられる。

A-11 の事案は、建物の売買契約であるが、契約において両当事者が、買主が競売に参加してはいけない等の明確な合意をしていないにも関わらず、裁判所が黙示の合意を契約の中に読み込んでいる。それにより、売主から建物を買う契約を締結しながら、競売に参加して先んじて建物を購入した買主に、契約責任が認められている。

A-20、A-22 の賃貸借契約では、事業の移動を禁ずる旨の明示的な合意はなく、そのことは判決文の中でも確認されている。そうであるならば、いずれの事案においても賃借人の

行動に問題はないはずであるが、賃貸人による賃料の請求は認められている。賃料を抑えるために事業を移すといった賃借人の機会主義的行動を抑止するような判断がなされているといいうるのではないか。

役務提供契約の違反が認められた A-18、A-25 の事案では、それぞれ、使用者が労働者にボーナスを支払うこと、被告が原告のために一定額の資金調達を行うことについて、明示的な合意はなかった。しかし、A-18 の事案では信義誠実という黙示の約束の存在が認められ、債務者はこれに反したとして責任を肯定している。また、A-25 の事案では原告の行為が故意によるものであったことが指摘され、契約責任が肯定され、さらにこのことが賠償額の決定にも影響している。

次に、後者のグループ（表 A 左上）であるが、A-1 の事案は必要量購入契約の事案なので、買主が必要なときに必要なだけ供給できなかった売主には明確な契約違反があり、裁判所もそれを認めている。しかし裁判所は、買主が三年目に大量の注文をしたのは、物品の市場価格が上昇したためである点に触れている。そのうえで、そのような合意は明示的になされていなかったにもかかわらず、買主には最初の二年間に合理的な量を売主から購入する黙示の義務があったとし、買主はそれに違反したために売主の契約違反を追及できないとしている。

A-2、A-26 の事案も A-1 と同様に、必要量購入契約の事案で、市場価格が上昇したことを受けて買主が大量の注文をしたものである。ここでも、このように自己に有利なように機会主義的に働いた買主には、売主に対する損害賠償請求が認められなかった。なお、A-2 の事案では裁判所は、損害賠償請求を否定する理由として、本件の必要量購入契約に約因が認められないことを挙げている。A-26 の事案では、追加的に大量の注文をする買主は、そのような行動をとる good faith にのっとった理由を示さねばならず、それがないために売主に対して強制履行をする権利がないとしている。ここでは、裁判所が、機会主義的行動があったか否かを契約責任の判断に含めていることが、よりよく表れているといえる。

A-12 の売買契約においては、買主は、物品の運送費用を負担するはずであったのにこれを支払わなかった。厳格責任の立場からは、買主が契約責任を負うことになり、買主は売主からの請求に応じなければならない。ところが裁判所は、売主が請求した運送費用が妥当なものであったかどうかを判断したうえで、買主が支払うべき損害賠償額を減額している。

(3) 厳格責任の立場から説明し得る事案

次に、A-13、A-14、A-15、A-17、A-19、A-24、A-28（表 A 左上）、及び A-16、A-21、A-23、A-27（表 A 右下）の事案を見ることとする。このうち前者のグループは、債務者が契約で明示的に引き受けた義務に違反していて、契約責任が認められた事案であり、後者のグループは、債務者に明示の契約違反がなく、契約責任が否定された事案である。これらの事案は、厳格責任の立場からストレートに説明することができそうであるが、裁判例

を具体的にみると、単に契約違反があるから、あるいはないから、という理由のみで契約責任の有無が判断されているとはいえないものが見受けられる。すなわち、債務者はどのように行動するべきであったかといった価値判断にも触れたうえで、契約責任が生ずるかどうかを決しているのである。なかには、当事者が訴訟においてそのような主張をしたために、裁判所がそれに応じたと思われるものもあるが、これは、アメリカにおいても、明示的な契約で引き受けたことのみをすれば足りるという認識が必ずしも一般的なものではないことを示しているといえよう。契約によっては、当事者が、このように行動すべきである、あるいは行動すべきでないとの価値判断をし、それに従って行動すれば債務を履行したことになると考えている場合が多くみられるのである。

例えば、前者のグループ（表 A 左上）に属する A-14 の事案においては、契約に違反したために当然に契約責任を負ったとも言いうるが、判決文では債務者が明示の義務違反を犯したことのみに触れているわけではない。例えば判決文の中で、買主が輸送について一方的に支配することができる立場にあったことに触れたり、売主については、再三受取りを遅らせたいと連絡を受けながらそれを拒否し続けたことについて、ブランデーの製造の後、工場をワインの作業（売主にとってメインの事業である）に使う予定であったことが示され、売主の行動に問題はなかったとされたりしている。

A-19 の必要量購入契約の事案では、買主が売主に対し代金の一部を支払っていない一方で、買主は、売主が買主の注文に応じていないことを主張している。必要量購入契約においては、売主は買主が必要な時に必要な量を供給しなければならないのであるが、裁判所は、買主は自らの注文が合理的なものであることを証明しなければならないとしている。

A-24 の事案では注文者は一部代金の支払をしておらず、明確な契約違反があるため、支払う義務があるとされたのは当然ともいえる。しかし一方で、契約書に定められたパイプを用いていない請負人も契約に違反しているはずであるが、これについては、使われたパイプと契約書に定められたパイプがほぼ同じもので、請負人に故意や詐欺的な目的はなかった点が言及され、問題とされていない。当事者の実質的な合意が特定のブランドを指すものではなく、それと同等のパイプを使うことであったとの考慮がなされているといえる。

A-28 の必要量購入契約の事案では、売主が履行をやめた理由が考慮されている。本来であれば、売主が単に契約上の義務を果たさなかったことをもって契約責任が認められそうであるが、ここでは、売主には経済的な観点からも履行をやめる合理的な理由がないと判断されているのである。

次に、後者のグループ（表 A 右下）のうち、A-3 は必要量購入契約の事案である。買主は単に必要でなくなったために、売主から購入する量を減らしたのであり、契約上は何の問題もない。しかし裁判所は、買主がこれまでのような量の物品を必要としなくなった理由が買主のビジネスの縮減にあることに言及し、さらにビジネスの縮減が good faith にのっとったものであるとの判断をしたうえで、買主の契約責任を否定している。

A-16 の事案においては、当該不動産においてどのようなビジネスを行うか、契約上では

合意がないので、賃借人に契約違反がないと単純に言えそうであるが、洗車のビジネスをやめたのは good faith にのっとった、正当なビジネス上の判断との考慮がされている。

A-21 の賃貸借契約では、明示の契約に従っていた賃借人には契約責任はないといえそうである（賃貸人の期待には背いていたかもしれないが、これは契約締結時に当事者が明示的に合意した内容に含まれてはいなかった)。しかし裁判所は、契約内容だけでなく、本件における事実や状況をあわせて検討したうえで、賃借人の契約責任を否定している。

同じく賃貸借契約の事案である A-23 では、スーパーマーケットの営業を継続すべき旨の黙示の合意、及び近接地で同様の営業を行わない旨の黙示の合意があったかどうか判断されている。明示の契約上はこれらの合意はないため、賃借人の行動に問題はないが、賃貸人が黙示の合意の存在を主張した事案である。裁判所は、黙示の合意の存在を主張するためには、同じ立場にある合理人も黙示の合意があると判断するだろうことを証明しなければならないところ、賃貸人はこれを証明しなかったとし、これを理由に賃貸人の請求をしりぞけている。

A-27 は必要量購入契約の事案であり、必要でなくなった分のガスを単に購入しなかったのであるから契約責任を負う必要はないといえそうである。しかし、15 年という長期間の契約であればその間に技術は進化していくのが普通であると言及するなど、新技術の導入が適切なものかどうか考慮したうえで、契約違反の有無を判断している。

もちろん、債務者が契約で引き受けたことに違反したことのみをもって、ストレートに契約責任を認めた事案もある。例えば A-17 では、請負人が契約で合意したパイプではなく劣等な質で安価なパイプを使用しているため、明示の義務違反があり、それゆえに注文者の主張が認められた。A-13 も同様に、契約で定められた通りにレールを納品しなかった債務者に、契約責任が認められている。また、A-6 及び A-7 の事案では、必要量購入契約であるのだから、買主が必要な量のみ購入すること、あるいは必要でなければ購入しないことにまったく問題はないとしており、契約上の義務違反がないことのみをもって契約責任を否定している。ただしこれらの事案は、契約に違反すること以外の要素が帰責根拠になることを否定するものではない。これらの事案では、いわば、帰責根拠として契約に違反したことがあてはまるのである。契約で合意したことに違反することが責められるべき根拠となるのは当然のことであるといえる。

(4) fault の読み込み

アメリカ法において契約責任は伝統的に厳格責任であり、fault などの規範的要素は一切考慮されないとされてきた。しかし以上の裁判例の検討によれば、当事者がとるべきでない行動（機会主義的行動や、故意の契約違反）があったか否かが、当事者が明示の契約に違反したかどうかを問わず、契約責任の判断の中に取り込まれているものが見受けられた。さらに、これらの fault が帰責根拠として判断される際、その態様には以下の二通りがあるように思われる。第一に「契約違反の有無の判断とは別に、帰責根拠として fault を考慮す

る場合」、第二に「当事者の合意そのものに還元されない fault を黙示の合意として読み込んだうえで、契約違反の有無を判断する場合」である。

特に前者の態様が強く見られた事案として A-20、A-22 が挙げられる。これらは賃貸借契約において、賃借人が賃借している建物内で、あるいは賃借している建物の外へ事業の一部を移動した例である。これらの裁判例においては、賃貸借契約において事業の移動を禁ずる旨の合意がされていなかったことが明確にされている。にもかかわらず、当事者間での契約には直接還元されない、賃借人の行動の評価がなされ、その結果、事業の一部を抑えることで賃料を抑えた賃借人には契約責任が認められている。

また、後者の態様が見られる事案は、A-1、A-11 である。A-1 では、必要量購入契約であるにもかかわらず、最初の二年間全く購入せずに、市場価格が上昇した三年目に大量に購入しようとした売主に、最初の二年間に一定量を購入する黙示の義務があったとしている。このような買主の機会主義的行動を抑止するために、社会的な価値判断を当事者の契約内容に黙示の合意として読み込んだものと評価できよう。この他、必要量購入契約の事案においては、明示の契約には義務として表れていないにも関わらず、買主に合理的な行動を要請する例が多く見られた。A-11 の売買契約においても、明示的な契約内容に表れていないにも関わらず、買主は売主の履行を妨害するような行動をとらない黙示の合意があったとし、競売に参加した買主に契約責任を認めている。このような態様で契約責任の有無の判断に機会主義的行動を取り込む場合、形式的には契約に違反したかどうかによって契約責任の有無が判断されていると説明でき、より厳格責任の立場への親和性が高いと思われる。

(5) 契約責任の帰責根拠としての fault

以上で見てきたように、契約違反の理由を一切問わず、契約で引き受けた義務の違反があればそのことのみをもって契約責任が生じるとする伝統的な厳格責任法理は、判例・学説の双方から批判を受けている。

学説からは、過失（negligence）や相当の注意（due care）を代表例とする fault の概念によってこそ、より良い契約制度を作ることが可能であると主張されてきた。経済学的な観点からみても、fault の概念を取り入れることで当事者が最適な行動をとり、効率的な契約法が可能になるとされた。これによれば、契約責任が生じるかどうかを判断する際、契約上の明示の義務に違反したことのみに着目するのではなく、それ以外の規範的な要素を fault として考慮することになる。

裁判例を検討すると、債務者に明示の義務違反があるにも関わらず契約責任が否定された事案（A-1、A-2、A-12、A-26）や、明示の義務違反のない債務者の契約責任が肯定された事案（A-4、A-5、A-8、A-9、A-10、A-11、A-18、A-20、A-22、A-25）が見受けられた。一方で、明示の義務違反がある債務者に契約責任を認めた事案（A-13、A-14、A-15、A-17、A-19、A-24、A-28）、あるいは明示の義務違反のない債務者の契約責任を否定した事案（A-3、

A-6、A-7、A-16、A-21、A-23、A-27）においても、明示の義務違反があったかどうかだけではなく、当事者が機会主義的に行動したか、契約違反が故意によるものであったかについて言及がみられるものがあり、伝統的通説の理解とは異なる判断要素が機能しているのではないかと考えられる。

また、このように明示的な義務違反にとどまらない fault が考慮される際、その態様が二通りあると思われる。一つは、債務者に明示の契約の違反がないことを明言しながら、契約違反の有無の判断とは別に fault を考慮したうえで、債務者の責任が肯定された事案である（A-20、A-22）。もう一つは、当事者の機会主義的行動を抑止するような黙示の義務などが契約内容に読み込まれ、そのうえで契約違反の判断がなされているものである（A-1、A-11）。これらの事案は、当事者の合意に対して外在的な要素が考慮されているとはいえ、形式的には契約に違反したかどうかによって契約責任の有無が判断されており、厳格責任の立場からも説明しうるものであろう。

こうした状況をふまえれば、アメリカ契約法において契約責任の有無を判断する際、その帰責根拠としては第一に明示の契約に違反したことが挙げられる。しかし、帰責根拠はそれに尽きるものではなく、当事者の明示の義務違反にとどまらない規範的な要素を fault として読み込むことにより、より妥当な紛争の解決を図ったり、当事者の適切な行動を促進したりするものであるといえよう。

X. 小括

1. アメリカ契約法学における fault

以上のように、近年、アメリカ契約法において fault を積極的に評価しようとする議論が活発になってきている。とはいえ、アメリカ法での fault は、日本法におけるように帰責根拠として体系的に議論されてきたわけではなく、その体系的な位置づけや、fault という言葉の定義自体、いまだ明確に共有されているとはいいがたい。よってアメリカ契約法における fault のとらえ方は一様ではなく、学説において主張される内容も多様である。そこで以下では近年の fault に関する研究の一応の整理を試みる。

まず、伝統的な厳格責任の立場から fault に基づく契約責任判断構造への転換を主張する議論がある。伝統的には、契約責任の判断において当事者の fault は考慮されず、fault が重要な役割を担う不法行為法とは対照的であるといえる。これについて Kreitner は、fault は社会的に課せられるものであり、社会ではなく当事者がルールを形成する契約とはそもそもそぐわないためであると説明する。これに対して Muris や Cohen は、主に機会主義的な契約違反の場面を想定し、機会主義的な行動を取ったという債務者の fault を契約責任判断に持ち込むことで、このような契約違反を減少させることができるとする。Eisenberg は故意の契約違反の場面について、債務者の fault がより重くとらえられ、最終的な賠償額の決定に反映されるべきであるとする。ここでは、契約法において fault が現在よりも大き

な役割を果たすことが正当化されるか否かが論じられている。

さらに Cooter＝Porat は、従来の契約責任の判断において債務者のインセンティブのみが考慮されてきたことを批判する。そのうえで、債権者の債務者に対する過剰な信頼を抑え、不十分な協力を是正するため、新しい契約類型――anti insurance、decreasing liability contracts――を提案する。契約違反の場面にける債権者側のインセンティブという観点は、わが国における近時の契約責任論との関係でも興味深いものである。わが国では近年、契約責任の帰責根拠を契約の拘束力に求め、従来の過失責任主義を放棄することが検討されている。この点、単に債務者が契約違反を犯したか否かに着目するだけではインセンティブの最適化が図られないとする Cooter＝Porat の主張は、日本法に対しても有用な示唆を与え得るものであるといえよう。

一方で、fault に基づく契約責任への転換を主張するのではなく、現在の法制度の中に fault を見出す研究もなされている。近年の fault に関する研究は、基本的には、契約法における fault の役割が限られていることを認めている。これらの研究の主眼はむしろ、厳格責任主義のもとで運用されてきた様々な契約法理論の中に浸透している fault を分析することにある。例えば Eric Posner は、契約違反が債務者の fault によって生じたものでない場合に、そのことをもって債務者が契約責任を免れる場合を挙げている。また、Cohen は、損害の発生や拡大について債権者に fault があった場合に損害軽減義務が認められることを指摘し、債権者の fault が契約責任の決定に影響を与える場面であると説明する。これらの議論は、従来の契約責任判断の枠組みの中に fault と呼びうるものを見出すことで、契約法における fault の役割を見直そうとするものもある。

さらに、Cohen や Hillman の近年の研究では、さらに問題が整理されている。まず、伝統的な厳格責任の原則が妥当する事案類型と、fault が判断要素となりうる事案類型の区別がなされた。さらに、後者のなかでも、債務者の fault が考慮されるべき契約違反の場面（willful, negligent）と、債権者の fault が考慮され得る契約違反の場面（unavoidable）とが区別して考えられるようになった。また、fault が損害賠償責任の決定に作用していることが実務・学説上広く受け入れられていることが確認され、賠償額の決定に作用しているか、あるは作用すべきかが議論されるようになった。

以上のように、アメリカ契約法における fault 論は、契約法に fault を持ち込むことの意義を論じると共に、実際の契約法理のなかに fault が見出せることを指摘している。機会主義的な契約違反や故意の違反、債権者に fault が認められる場合等において、契約法における利害調整機能として、当事者の明示の義務違反にとどまらない帰責根拠としての fault の役割が積極的に見直されつつあるといえる。

2. 裁判例における fault

近年の fault 論からは、実際の裁判例において、一定の法理を通して契約責任の決定にあたって fault が考慮されていることが指摘されていた。そこで本章では、当事者の明示の義

務違反以外の要素が帰責根拠となっていることが指摘される具体的事案の検討を行った。ここでは、(i) 債務者に明示の義務違反がないが fault があるために責任が肯定された事案、（ii）債務者に明示の義務違反があるが fault がないために――裏返せば債権者側に fault が認められるために――責任が否定された事案が存在することが確認された。

これらの事案では、契約当事者は締結時に契約内容をすべて決定するのではなく、また、契約違反や損害の発生・拡大について一方がコントロールし得る立場にある。このような場合、裁判例は、当事者が opportunistic behavior（機会主義的行動）によって契約違反や損害の発生･拡大を生じさせたか否かによって契約責任を判断しており、契約当事者の fault の有無が帰責根拠となる一例であると説明できる。

以上のように、伝統的に厳格責任主義を採用してきたアメリカ契約法においても、明示の義務違反にとどまらない規範的ないし介入的な要素が帰責根拠として機能しているようである。そうであるとすれば、帰責根拠を契約当事者の明示の義務違反のみに求める純粋な厳格責任主義の立場は、反省を迫られているといえる。

第三章　日本法における契約責任法理の展開

I.　はじめに

本稿はここまで、契約責任の帰責根拠について具体的事案の実質的検討の積み重ねから論じられるべきであるという立場から、アメリカ契約法とその下での具体的な裁判例を検討してきた。

その結果、アメリカ契約法の伝統的通説とされる厳格責任主義が必ずしも普遍的なものではなく、客観的に明確で予見可能な形式的ルールの要請から選択されるに至った経緯を指摘した。そして、約因に基づいて契約の拘束力を認め、厳格責任によって契約責任を決定する形式的な立場が、Gilmore や Macneil の研究による批判を受け、転換期を迎えたことを確認した[256]。近年では、特に契約違反に基づく救済の場面に着目し、帰責根拠は明示の義務違反にとどまるものではなく、契約当事者の fault の有無という規範的判断が持ち込まれていることを指摘する学説が有力に主張されている[257]。厳格責任主義を採用するアメリカ契約法においても、契約責任の判断にあたっては、規範的な要素が考慮されてきたといえよう。

翻ってわが国の契約法は伝統的に過失責任主義の立場に立つとされる。しかし、学説の展開や近時の債権法改正の動きをみると、そこでは過失責任主義の放棄が検討され、帰責根拠を「契約の拘束力」に求める立場が有力となっているようである[258]。ここではすなわち、債務者が契約に反したことそのものが帰責根拠となる。このような考え方は、厳格責任主義を採用するアメリカ契約法の立場や CISG 等における国際的潮流と合致していると評価されたり[259]、従来の実務における判断構造を明確にするものであり変更するものではないと説明されたりする[260]。

---

256 本稿第一章参照。

257 本稿第二章参照。

258 例えば、法制審議会民法（債権関係）部会では、契約違反に基づく損害賠償責任の帰責根拠を「過失責任の原則」から「契約の拘束力」へと転換する方針であることが説かれた。民法（債権法）改正検討委員会編『詳解　債権法改正の基本方針Ⅱ契約および債権一般（1）』商事法務（2009 年）244、246-247 頁。

259 曽野裕夫「ウィーン売買条約（CISG）と債権法改正」日本国際経済法学会編『国際経済法講座Ⅱ取引・財産・手続』法律文化社（2012 年）322 頁以下、松尾弘「民法改正とグローバル・スタンダード――統一化の要請と民法原則の動揺――」法セミ 693 号（2012 年）18 頁以下。一方、この点につき、厳格責任主義を採用する英米法との統合をはかる社会的必要性はないとの批判や、国際的な動きへの配慮はされるべきであっても国際商事取引の分野に合わせて債権法を全て改正する必要はないといった批判がなされている。加藤雅信『民法（債権法）改正―民法典はどこにいくのか』日本評論社（2011 年）、吉田邦彦「近時の「民法(債権法)改正」目的・趣旨の再検討と法解釈方法論」法時 82 巻 12 号（2010 年）76 頁。

260 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解　債権法改正の基本方針Ⅱ契約および債権一般

いずれにせよ、わが国における実質的な契約責任の判断構造を分析するにあたり、従来いかに帰責根拠がとらえられてきたのか、また近年の議論において従来の考え方がいかに変更を迫られているのか、学説の展開を追うことには意義があろう。そこで以下では、わが国の契約責任法理の起草過程から近年の債権法改正に至るまで、学説の状況を概観することとする。

具体的には、まず、わが国における契約違反に対する救済制度を概観したうえで特に損害賠償請求の場面を取り上げ、その起草過程と起草者意思を確認する。さらに、伝統的通説である過失責任主義が形成される経緯と、伝統的通説が批判され、新しい契約責任論が主張されるに至る流れを追う。なお、新しい契約責任論は、過失責任主義と共に不能概念をも否定するものであるため[261]、わが国における債務不履行の三分体系についても検討することとする。最後に、債権法改正に関する議論における契約責任の帰責根拠について考察する。

II. 契約違反に基づく損害賠償法理

1. 契約違反に基づく救済制度

(1) 三つの救済制度

契約に違反した債務者に対し、債権者に認められる救済として、主に以下の三つが挙げられる。

第一は履行の強制であり、債権者は、債権の内容それ自体の履行を強制することができる。第二は、本稿が主たる議論の対象とするところの損害賠償の請求である（民法 415 条）。第三は、民法債権編第 2 章第 1 節第 3 款に規定されている、契約の解除である[262]。

では、以上の三つの制度の関係はどうか[263]。まず、履行の強制と解除が両立しないことは明らかである。というのも、履行の強制は債権を存続させたままその実現を図るのに対し、解除は債権を消滅させるものだからである。次に、履行の強制と損害賠償の関係について、民法 414 条 4 項は両者が両立することを認めている。履行の強制によって債務の内

（1)』商事法務（2009 年）245、254 頁。法制審議会民法（債権関係）部会第三回会議（平成 22 年 1 月 26 日開催）における配布資料 5-2「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（1）詳細版」。

[261] 過失責任主義の否定と不能概念の否定をかかげる新しい契約責任論の立場は、CISG における契約責任と同じ構造を採用するものである。本稿第三章Ⅳ参照。

[262] 債権総則は、契約だけでなく、不法行為上の債権等をも対象とする総則である。債権の具体的な機能のうち、「履行の強制」と「損害賠償の請求」については総則に規定が置かれている。これに対し「契約の解除」は、契約上の債務の不履行の場合の問題であるため、契約法に規定され、債権総則には登場しない。

[263] この他、契約に基づく債権の債権者には、債務が履行されない場合、同時履行の抗弁（民法 533 条）や代金減額請求（同 563 条 1 項、565 条、568 条 1 項）が認められる場合もある。

容が実現できたとしても、それまでの遅滞による損害は生じ得る。さらに、同 545 条 3 項によれば、解除と損害賠償も両立する。

(2) 履行請求権と填補賠償請求権

履行の強制と損害賠償が両立する場合について、債権者がいずれかを自由に選べるのか、あるいは何らかの制限を受けるのかは、議論のあるところである。

伝統的通説では、履行請求権は債権の本来的効力であると考えられてきた（履行請求権の第一義性）[264]。履行請求権と填補賠償請求権には同一性があり、履行請求権が填補賠償請求権に転化する。両者の同一性の証左としては以下の四点が挙げられる。すなわち、(i) 本来の債権の担保は、損害賠償請求権に及ぶ。(ii) 時効期間の性質は、本来の債権によって決まる。(iii) 本来の債務が時効消滅すると、損害賠償請求権も発生しない。(iv) 本来の債権が譲渡されると、既発生の損害賠償請求権（遅延損害金債権）も原則として移転する。履行請求権は、不能を条件に排除されたとき、填補賠償請求権に転形する。

また、判例も履行請求権と填補賠償請求権の同一性を認め、損害賠償請求権の時効の起算点を、本来の債務の履行を請求し得る時であるとする[265]。

これに対して、近年、債務不履行から発生する救済手段の関係において、履行請求権を原則としない見解が台頭した[266]。すなわち、履行請求権も填補賠償請求権も、ともに債務不履行の結果として債権者利益が侵害されたことにより債権者に認められる救済手段である[267]。もっとも、両者の同一性が認められるわけではなく、前者がある時期に後者へと転形するという関係ではない。両者はいずれも、債務者の債務不履行を原因として発生するものであり、債務不履行に対する別個の救済手段として並列的にとらえられる[268]。両救済手段は、共通する価値実現をめざし相互排他的に存在するものだから、債権者に二重の利得をもたらすことのないように配慮しなければならないという点において関係性を有するに過ぎない[269]。

この他、債務転形論を全面的に否定するわけではないものの、一定の範囲で両請求権の併存を認め、原則として債権者はそれらを自由に選択して行使できるという構成も主張されている。曰く、両請求権は同一性を有するが、確定的不履行に転化するまでの一定の範囲で択一的な関係に立ちつつも共存するという関係にあり、そのかぎりで、債権者は履行

---

264 我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』岩波書店（1964 年）101 頁、平井宜雄『債権総論〔第 2 版〕』弘文堂（1994 年）74 頁、川井健『民法概論 3 債権総論〔第 2 版補訂版〕』有斐閣（2009 年）95 頁。

265 最判昭和 35 年 11 月 1 日民集 14 巻 13 号 2781 頁、最判平成 10 年 4 月 24 日判時 1661 号 66 頁。

266 潮見佳男『債権総論 I 〔第 2 版〕』信山社（2003 年）359 頁以下、奥田昌道編『新版注釈民法（10）Ⅱ債権（1）』有斐閣（2011 年）496 頁以下〔北川＝潮見執筆部分〕。

267 潮見（2003 年）・前掲注 266・363 頁。

268 同上。

269 同上。

請求権と損害賠償請求権との選択権を有することになる[270]。ここでいう「確定的不履行」とは、契約目的を基準として債権者の利益を考慮し、その実現が不確実な履行請求をするよりも填補賠償をするほうが望ましいと認められる場合であると定義される[271]。

こうした流れを受けて、伝統的立場からは、履行請求権と填補賠償請求とが併存することを認めつつ、あくまで履行請求権を債権の本来的効力ととらえる見解が示されている[272]。ここでは、履行請求権は、債権者が債務者に対して契約上有する利益すべてを表す地位としてとらえられる。何らかの契約不適合があったとき、履行請求権と損害賠償請求権いずれかを債権者が選択できるものの、後者を選択するには厳格な要件を満たす必要がある。例えば、不能に先立つ段階で、確定的不履行のような場面以降債権者に履行請求権と填補賠償請求権との選択を認めると、債務者は、この場面で両請求に応じる準備を強いられる。確定的不履行ありとする判断には、債務者がこのような負担を強いられても仕方がないという判断が含まれていなければならない[273]。さらに、確定的不履行後であっても、たとえ債務不履行の被害者であるとはいえ、債権者にもなお、何等かの信義則上の義務があるとすれば、この債権者の選択権にも何らかの制約が課されるべきことになる[274]。

以上のように、履行請求権と填補賠償請求権との関係について、伝統的には両者は同一性を有し、前者が債権の本来的効力であると考えられてきた。これに対し、近年の議論状況を見ると、伝統的通説に反対し、履行請求権と填補賠償請求権とが選択的な関係にあるとする立場と、伝統的通説を再検討する余地を認めながらも、履行請求権の第一義性を維持する立場とに分かれているようである。

(3) 解除と損害賠償

民法 545 条 3 項によれば、解除と損害賠償の関係については、双方が両立し、選択的にその一方のみが許されるのでないことは明白である。しかし、そこでいう損害賠償の性質については争いがある。

通説は、債務不履行による履行利益の損害賠償であると考える[275]。すなわち、解除は契約を遡及的に消滅させ、当事者に原状回復義務を負わせしめるが、しかしそれだけでは債務不履行による債権者の損害を償うに足りない場合が多いので、その損害賠償を認めるの

---

270 森田宏樹『契約責任の帰責構造』有斐閣（2002 年〔初出 1991 年〕）。
271 同上 113 頁。
272 森田修『契約責任の法学的構造』有斐閣（2006 年）、同「履行請求権か remedy approach か――債権法改正作業の文脈化のために」ジュリ 1329 号（2007 年）82-89 頁。
273 森田（2006 年）・前掲注 272・181 頁。なお、この判断は、第一義的には、債権者がもはや債務者の追完に甘んじるという形で従来の債務関係から帰結する履行に拘束される必要はないという判断を中核とするという。
274 同上。
275 鳩山秀夫『日本債権法各論』岩波書店（1922 年）250 頁、末弘厳太郎『債権各論』有斐閣（1918 年）267 頁、我妻栄『債権各論上（民法講義Ⅵ）』岩波書店（1954 年）200 頁、末川博『契約法（上）』岩波書店（1958 年）170-175 頁。

だとする。したがって、その賠償の範囲も民法 416 条の一般原則によって決せられることになる。判例もまた、多くは債務不履行による損害賠償であるとする[276]。

これに対して、解除が契約を遡及的に消滅せしめることから、履行利益の存在する理由がなく、民法545条3項にいう損害賠償とは信頼利益の賠償であるとする反対説がある[277]。この他、原状回復が第三者の権利などによって不可能な場合、その原状回復に代わるものとして認められる損害賠償とみる説[278]、契約が解除されることなく完全に履行されることを期待したことによる損害とみる説[279]、債務者が履行を不能とし、または催告にもかかわらず履行せず解除をやむなくさせたこと、つまり契約の目的たる交換を挫折させたことによる損害の賠償とみる説[280]がある。

通説の採る債務不履行による損害賠償説と、その他の反対説との差異の根拠は、原状回復義務と損害賠償の関係、形式的には解除の遡及効をどのように見るかにある[281]。解除の遡及効理論を抽象的に貫徹すれば、債務不履行による損害賠償と解除が両立するのは論理的矛盾である[282]。したがって通説の立場からは、損害賠償の範囲で解除の遡及効は制限されるとする[283]か、上の形式論を排除するに足る解除の実質的目的を持ち出さねばならない[284]。他方、信頼利益賠償説は、形式論的一貫性は認められるとしても、実質的に履行利益賠償説とどれだけ異なるか疑問であると指摘される[285]。というのも、契約が実は無効であるのに有効と信じた場合には、その履行まで信頼するのが普通であり、したがって履行利益の喪失は通常の損害と考えられる。せいぜい、信頼利益の喪失は履行利益の喪失より大きく算定しえぬという極めて消極的な差異しか生じない[286]。

このように見ると、履行利益か信頼利益かの区別は抽象的形式論に過ぎない。問題は、具体的契約関係においてどの範囲の損害賠償が認められるかにあり、結局は具体的契約の法的保護の内容、いわゆる相当因果関係論によって決せられることになろう[287]。

---

276 大判昭和8年2月24日民集12巻251頁、最判昭和28年10月15日民集7巻10号1093頁。
277 石田文次郎『債権各論』早稲田大学出版部（1948年）52頁、柚木馨『債権各論（契約総論）（現代法学全集）』青林書院（1956年）314頁以下。
278 勝本正晃『債権法概論（総論）』有斐閣（1949年）85頁。
279 石坂音四郎『日本民法第三編債権第二巻』有斐閣（1919年）2342頁。
280 三宅正男『契約法（総論）』青林書院（1978年）253頁。
281 谷口知平＝五十嵐清編『新版注釈民法（13）債権（4）契約総則〔補訂版〕』有斐閣（2006年）896頁〔山下執筆部分〕。
282 山中康雄「解除の効果」同『総合判例研究叢書（2）民法』有斐閣（1958年）159-162頁。
283 我妻（1954年）・前掲注275・188頁。
284 末川（1958年）・前掲注275・171-174頁。
285 於保不二雄『債権総論〔新版〕』有斐閣（1972年）127頁。
286 谷口＝五十嵐・前掲注281・896頁〔山下執筆部分〕。
287 同上。

(4) favor contractus

ところで、履行請求権と填補賠償請求権との関係について、近年、改めて履行請求権の第一義性を維持する立場が見られることは上述した通りである。森田（修）は、このような考え方の背景には、favor contractus（契約の尊重[288]）と呼ばれる概念があると指摘する。

この概念は、UNIDROIT 国際商事契約原則の起草過程及びその注釈の議論において、契約法の問題系列ないしそれに対する一般的な解釈態度を示すものとして用いられている[289]。ボネルによれば、favor contractus は UNIDROIT 国際商事契約原則の基本発想のひとつであり、出来る限り契約を保存することであると定義される。そして、その有効性が疑問視されたり、履行期前に解消されてしまったりする局面をできるかぎり制限する。その背後には、通常は、市場に代替となる財・サービスを求めるより、もともとの取引を維持する方が両当事者の利益にかなうという思想がある。

また favor contractus の外延は、(i)契約の成立（Favouring binding agreements）、(ii)契約の有効性（Favouring contract validity）、(iii)履行困難にも関わらない契約の存続（Favouring keeping the bargain alive despite hardship）、(iv)契約違反にも関わらない契約の存続（Favouring keeping the bargain alive despite breach）に下位分類されている[290]。このように、favor contractus がカバーする問題は広範にわたるが、そこには、契約の成立要件・有効要件にかかわるもの（(i)(ii)）と、契約責任法にかかわるもの（(iii)(iv)）とがいずれも含まれている。

日本法においても favor contractus は紹介されており[291]、近時の債権法改正の文脈においても注目されるに至っている[292]。履行請求権との関係では、改めてその第一義性を認める立場から、favor contractus と履行請求権との密接な関係が指摘されている[293]。曰く、そもそも契約規範は、契約当事者に、その諸々の利益を法的保護の対象とするために様々な義務を定位する。これらの義務群は、契約の履行プロセスの当初において、契約内容の本来的実現というひとつの方向に向かう指向性を帯びている。この指向性の根拠は、契約当

---

288 favor contractus の訳語としては「契約の尊重」という語が当てられるのが一般的であり、この他「契約の保護」と訳されることもあるが、これらは、pacta sunt servanda との差異が必ずしも明確に表現されていないとの指摘がある。また、「契約の維持」という訳語は、favor contractus の一側面しかとらえていない。曽野裕夫「Favor contractus のヴァリエーション――CISG と債権法改正論議の比較を通じて――」藤岡康宏先生古稀記念論文集『民法学における古典と革新』成文堂（2011 年）255 頁以下。

289 M. J. BONELL, AN INTERNATIONAL RESTATEMENT OF CONTRACT LAW 102-126 (3d ed., 2005).

290 *Ibid.*

291 内田貴『契約の時代』岩波書店（2000 年）260 頁以下、円谷峻「ファヴォール・コントラクトス（契約の尊重）」好美清光先生古稀記念『現代契約法の展開』経済法令研究会（2000 年）所収。

292 曽野（2011 年）・前掲注 288・256 頁。森田修「『契約の尊重（favor contractus）』について」『遠藤光男元最高裁判所判事喜寿記念文集　論集編――実務法学における現代的諸問題』ぎょうせい（2007 年）所収。

293 森田（2007 年）・前掲注 292・209 頁。

事者の当初意思が契約のノーマルな展開に向けられているという点にある。履行プロセスの中で義務群のこの指向性を重視すればするほど、favor contractus の思想が、契約責任について実現される。履行請求権を契約責任の体系化原理とすることは、その存続のかぎりで、上記の義務群にこの指向性を与えることを意味し、このような履行請求権が義務群を実質的に統御する[294]。

このように、favor contractus とは、当事者が契約の維持を志向するなら、たとえ障害があってもなるべく契約を維持、存続させていこうとすることであるといえる。いったん設定された契約によって、当事者の間に特別な関係が生じたことが尊重される。もっとも、当初の契約内容や当事者意思はさほど重要視されず、債務不履行が生じた後に両当事者が再度交渉することで、なるべく契約関係を継続することが好まれる。履行請求権体系の立場からは、不履行に際して、契約関係を維持するか否かの被不履行者の決定が尊重されることが強調される[295]。

2. 契約違反に基づく損害賠償制度

(1) 契約違反に基づく損害賠償に関する諸規定

わが国の民法が契約違反に対して用意している救済手段は以上の通りであるが、以下、本稿は特に損害賠償請求の場面を取り上げて論じることとする。というのも、わが国の契約法は伝統的に過失責任主義の立場に立っており、後述するように損害賠償請求は「債務の本旨不履行」と「帰責事由としての過失」を要件として認められてきた。そのため、契約責任の帰責根拠は民法 415 条に規定される損害賠償責任の要件論の文脈で論じられることが多く、本稿の問題意識からも主な検討対象となる。

契約違反に基づく損害賠償請求[296]に関連して、わが国の民法において用意されている規

---

294 同上。もっとも森田によれば、remedy approach のもとでもこのような指向性が実現され得ないわけではない。しかし契約規範は、もはや当初契約意思に固定されたものではなく、紛争解決後の当事者の交渉の中での自治的関係形成によって変容し、履行プロセスを通じて存続する。履行請求権概念は、このように変容する契約規範と当初契約意思とを媒介する装置なのである。

295 森田（2006 年）・前掲注 272・211 頁。

296 債権の発生原因のひとつに法律行為が挙げられ、その主たるものが契約である。契約によって発生する約定債権の内容は、契約の解釈によって定まる。本来の給付義務やその他の付随的な義務に違反した場合、債務不履行による損害賠償請求権が発生することがある。この他、事務管理（民法 697 条以下）、不当利得（同 703 条以下）、不法行為（同 709 条以下）等の法律の規定によっても債権が発生する。このような法定債権の内容は、当該法律の趣旨によって定まる。さらに、一定の社会的接触関係にある者の間で、信義則上の義務が発生することがある。例えば判例は、国が公務員に対して安全配慮義務を負うことを認め、その違反を根拠とする損害賠償請求に、通常の債務不履行と同様の規律を適用するとしている（最判昭和 50 年 2 月 25 日民集 29 巻 2 号 143 頁）。

このように債権の発生原因は様々であるが、本稿では、契約による債権を議論の主な対象とする。なお、近年、債権の効力を論じるのではなく、不履行の際に債権者に与えられる救済方法はどのようなものか検討するという、新たな視点が提唱されている。特に、契

定は以下の通りである。

まず民法 415 条は、その前段において、債務者が債務の本旨に従った履行をしない場合に、債権者が債務者に対して損害賠償を請求することができる旨を定める。そして後段において、債務者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合も、同様に、債権者が債務者に対して損害賠償を請求することができる旨を定める。損害賠償にあたっては、同 417 条が、債務不履行における損害賠償として、金銭賠償の方法によることを規定する。

損害賠償の範囲について、同 416 条は、1 項において、債務不履行の場合に通常生ずべき損害の賠償を規定し、2 項において、特別の事情によって生じた損害については、当事者が予見可能であった場合にその賠償を債権者が請求することができる旨を定めている。

債務者に損害賠償責任が認められ、その範囲が決定すると、同 418 条によって損害賠償の調整がなされ得る[297]。損害の発生が債務者の帰責事由だけではなく、債権者の過失も原因となって発生した場合には、損害のすべてについて債務者に負担させることは衡平に反する。そこでこのような場合には、債権者の過失に応じて損害賠償額を減額することができる。このように、過失相殺については、損害の公平な分担という理念から説明するのが一般的である。例えば、同条について、「損害賠償制度を指導する公平の原則と債権関係を支配する信義則との具体的な一顕現である」[298]といった説明がなされている。

さらに、同 419 条は、金銭の給付を目的とする債務（金銭債務）の不履行についての特則を定めるものである。債務不履行の要件に関しては、債務者が履行期を徒過した以上は、それが不可抗力によるものであっても免責されず（同条 3 項）、また損害の発生についての証明を不要としている（同条 2 項）。金銭債務の不履行の効果につては、遅延利息（法定利率または約定利率で計算する遅延損害金）の支払を命じ、しかも、実際の損害が遅延利息を超える場合であっても、その賠償を認めない立場をとるものと解されている（1 項）。

金銭債務については、金銭の特質及び金銭債務の社会的・経済的特質から、各国の法制においても、その不履行については何らかの特則を設けるか、あるいは、例外的な扱いを

約が履行されない場合に債権者にどのような救済が認められるかは、その契約において当事者がどのように合意していたかによる。ここでは、債権の効力から不履行時の規律を導くのではなく、契約が履行されない場合の救済方法の内容を契約の拘束力から導くことになる。このような見解に立つものとして、潮見（2003 年）・前掲注 266・10 頁以下、同『契約法理の現代化』有斐閣（2004 年〔初出 2001 年〕）339 頁以下、同『債務不履行の救済法理』信山社（2010 年〔初出 2006 年〕）1 頁、山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリ 1318 号（2006 年）87 頁、参照。

297 この他、損害賠償にあたっては損益相殺的調整がなされ得る。わが国の民法典には明文の規定はないが、学説・判例は損益相殺を認める点で異論をみない。奥田（2011 年）・前掲注 266・504 頁以下〔北川＝潮見執筆部分〕参照。また、損益相殺の基本的な考え方を明確にしようとする最新の研究として、濱口弘太郎「損害賠償法における損益相殺に関する総合的研究（1）～（4・未完）」北大法学論集 66 巻 4 号（2015 年）1226 頁以下・同 5 号 1666 頁以下・同 6 号 2130 頁以下・67 巻 1 号 282 頁以下（いずれも 2016 年）。

298 我妻（1964 年）・前掲注 264・128 頁。

している[299]。わが国の民法においてこのような特則を設けた理由は、起草者によれば、(i)金銭の用途は千差万別であり、債権者が不払によってどのような損害を被るのか確知することが困難であること、(ii)通常は不払によって生じるのは利息相当の損害であること、(iii)債務者としても利息を支払えば金銭を他から調達できるので、調達できないことが不可抗力だというような抗弁を認めるべきではないこと、等の点にある[300]。

同 420 条は、損害賠償額の予定について規定する。債務不履行があった場合に、請求し得る損害賠償額を当事者間であらかじめ約定しておくと、債権者にとっては、損害を立証しなくてよいという点で便利である。債務者も、債務不履行の場合に賠償すべき額があらかじめ決まっていれば安心するということもある。このように、損害賠償額の予定という制度は、債権者・債務者の双方にとって便利な制度であり、契約自由の原則からも賠償額を契約で定めることには問題がないので、わが国の民法は、他の多くの諸国と同様に[301]、損害賠償額の予定という制度を認めた[302]。

わが国の民法は、損害賠償の方法について金銭賠償の原則を定めており（同 417 条)、賠償額の予定を認めている（同 420 条)。そこで、損害賠償額の予定も金銭でしなければならないかとの疑問が生じる。しかし、金銭以外のものをもって損害賠償に充てる旨の合意があらかじめなされることを否定する必要もないので、その旨を明らかにしたのが同 421 条である[303]。

最後に同 422 条は、債務不履行に基づき債権の目的たる物または権利の価額の損害賠償を支払った債務者が、その物または権利について債権者の地位に代わって入ることを規定する。賠償者代位が認められる趣旨は、賠償を受けた債権者に二重の利得を許さないとい

---

299 ドイツ法では、債務の内容等からより厳格なまたはより軽減された責任が導かれない限り、債務者は故意・過失について責任を負うと規定される（改正民法（2002 年施行）276 Ⅰ）のに対し、金銭債務については原則として、債務者の故意・過失を要件としない厳格責任であると解されている。フランス法では、金銭債務の不履行の効果について、損害賠償の範囲を原則として遅延利息に限定する（フランス民法典 1153 条)。この他、スイス法においては、金銭債務の不履行を理由として遅延利息が請求される場合には、債務者は無過失を理由に責任を免れることができないと解される（スイス債務法 104 条)。奥田（2011 年)・前掲注 266・554-557 頁〔北川＝潮見執筆部分〕参照。

300 梅謙次郎『民法要義巻之 3（債権編)』有斐閣（1912 年〔復刻 1984 年〕）65-67 頁。

301 英米法では、債務不履行に際して債務者が支払うべき額をあらかじめ約定した場合に、それが「損害賠償額の予定（liquidated damages)」であると判断されれば有効であり、実際に生じた損害額のいかんにかかわらず予定額を請求し得る。ドイツ民法典は違約罰についてのみ規定しており、損害賠償額の予定について直接の規定はないが、債権者は、合意した違約罰の額までは､実際の損害がそれ以下でも請求し得る(ドイツ民法典 340 条 2 項)。フランス法においても損害賠償額の予定は認められるが、1975 年のフ法改正以降、損害賠償額の予定に対して裁判官の改訂権が認められることとなった（フランス民法典 1152 条 2 項)。奥田（2011 年)・前掲注 266・571-591 頁〔北川＝潮見執筆部分〕。

302 現実には、経済的強者が債権者である場合には、過小な損害賠償額を予定し、不当な責任制限をすることが多い。そこで、損害賠償額の予定の濫用に対して、これをどのように制限するかが重要な課題となる。同上 571 頁。

303 法典調査会民法議事速記録〔学振版〕18 巻 99 丁裏〔穂積陳重〕。

う点に求められる[304]。

以上に契約違反に基づく損害賠償にかかわる法制度を確認した。以下では、これらの条文のなかでも、特に本稿の問題意識――契約違反に基づく損害賠償請求の場面において、いかに責任判断が行われるか――とかかわりの深い同 415 条、416 条、418 条について、その起草過程を概観することとする。

3. 民法 415 条の起草過程

(1) 旧民法における損害賠償責任

契約違反を理由とする損害賠償責任については、現行民法 415 条に規定が置かれている。同条の伝統的な理解[305]によれば、(i)債務の本旨不履行、及び、(ii)債務者の帰責事由が損害賠償責任の成立の要件であるとされている。(ii)債務者の帰責事由とは、「債務者の故意過失または信義則上これと同視すべき事由」と定義される。

しかし、同条の起草過程をみれば、このような理解は必ずしも立法当時から受け入れられてきたものではない。特に、同条において債務不履行の要件として掲げられている帰責事由については、同条のもととなった旧民法財産編 383 条では必ずしも積極的に規定されていたわけではない。そこで、以下では、旧民法財産編 383 条を中心に、契約責任の帰責構造についていかに規定されていたのか、簡単に触れておくことにする[306]。

旧民法は財産編第二章「義務ノ効力」の総則に 1 条を設け、直接履行の訴権（第一節）と、不履行の場合に付随的に与えられる損害賠償の訴権（第二節）とを義務の主たる効力とする。これを受けて、いかなる場合に債務不履行が成立するかについて、第二節「損害賠償ノ訴権」383 条以下に規定が置かれている。

旧民法財産編 383 条[307]は以下のように規定する。「債務者カ義務履行ヲ拒絶シタル場合ニ於テ債権者強制執行ヲ求メサルカ又ハ義務ノ性質上強制執行ヲ為スコトヲ得サルトキハ債権者損害賠償ヲ為サシムルコトヲ得。債務者ノ責ニ帰ス可キ履行不能ノ場合ニ於テモ亦同シ。又債権者ハ履行遅延ノミノ為メ損害賠償ヲ為サシムルコトヲ得。法律ヲ以テ損害賠償ノ額ヲ定メタル場合ノ外当事者之ヲ定メサリシトキハ下ノ区別及ヒ条件ニ従ヒテ裁判所之ヲ定ム」。ここでは、(i)債務者の履行拒絶、(ii)債務者の責めに帰すべき履行不能、(iii)債務者の履行遅滞の三つについて規定されている。

旧民法典の起草にあたって作成されたボアソナード草案 403 条は、フランス民法 1142 条及び同 1147 条を引用している[308]。これらの規定はそれぞれ以下の通りである。フランス民

---

304 奥田（2011 年）・前掲注 266・669 頁〔北川＝潮見執筆部分〕。
305 本稿第三章Ⅲ参照。
306 民法 415 条の立法の経緯については、淡路剛久『債権総論』有斐閣（2002 年）87 頁以下も参照。
307 1890 年 4 月 21 日公布。
308 ボアソナード草案 403 条には、(i)1882 年版、(ii)1883 年版、(iii)旧民法公布後の 1891 年版があるが、このうち(ii)及び(iii)においてフランス民法 1142 条及び 1147 条が引用され

法 1142 条「債務者側の不履行の場合には、なす債務、または、なさない債務は、すべて損害賠償に転化する」。フランス民法 1147 条「債務者は、必要あるときは、不履行が自己の責めに帰することのできない外来の原因によって生じたものであることを正当づけることができない限り、たとい自己の側にいかなる悪意なかったときであっても、債務不履行を理由として、あるいは履行における遅延を理由として、損害賠償の支払を命じられる」[309]。

このため、旧民法財産編第 383 条はこれらの規定に由来するといえるが、フランス民法と旧民法との間には以下のような違いが指摘される[310]。フランス民法 1142 条は、すべての作為・不作為債務は債務者の不履行により損害賠償に転化する旨を規定し、同 1147 条は、債務の不履行もしくは履行の遅延による損害賠償責任を規定している。フランス民法では、損害賠償をもたらす債務不履行の態様として、(i)債務の不履行（l'inexécution de l'obligation）と、(ii)履行遅滞（retard dans l'exécution）の二種が挙げられていることになる。一方、旧民法では、(i)債務者の履行拒絶、(ii)債務者の責めに帰すべき履行不能、(iii)単なる履行遅滞の三種が挙げられる。

このように、フランス民法と旧民法は、履行遅滞を独立の類型とする点で共通するが[311]、前者にある不履行が後者にはなく、前者にない履行拒絶や履行不能が後者では規定されている。この点につき、ボアソナードは不履行の概念を多義的に用いていたとの指摘がある[312]。すなわち、履行拒絶・債務者の責めに帰すべき履行不能・履行遅滞の上位概念として用いる場合[313]、前二者の上位概念として用いる場合[314]、履行拒絶のみを指す場合[315]がある。旧民法財産編 383 条は、不履行を債務不履行の態様としては掲げず、履行拒絶・履行不能・履行遅滞という、より具体的な類型によって規定したといえる。

(2) 旧民法における履行不能

ている。Boissonade (G.), Project de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire, livre II-II^{e} partie, 1882, p.316; 2^{e} éd., t. 2, 1883, p.310; nouvelle éd., t.2, 1891, p.347.

309 翻訳は、稲本洋之助ほか訳、法務大臣官房司法法制調査部編「法務資料第 441 号 フランス民法典――物権・債権関係――」法曹会（1982 年）による。

310 奥田（2011 年）・前掲注 266・8 頁〔北川＝潮見執筆部分〕、中田裕康「415 条・416 条（債務不履行による損害賠償）」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年第三巻―個別的観察(2)債権編』有斐閣（1998 年）3 頁以下。

311 旧民法が債務不履行の一類型として履行遅滞を挙げるのは、フランス民法における付遅滞制度を継いだものである。履行遅滞の独立性につきボアソナードは、「遅れて弁済する者は過少に弁済す」という中世ローマ法学の注釈学派に由来する法格言によって説明する。ただし、付遅滞制度の承継は、現行民法 412 条 1 項によって否定された。フランスにおける付遅滞制度の研究として、参照、森田修「フランスにおける債務転形論と『附遅滞』――履行請求権の存在意義に関する覚書 1――」法学志林 90 巻 1 号（1992 年）1 頁以下。

312 中田（1998 年）・前掲注 310・4 頁。

313 旧民法財産編 381 条 1 項参照。

314 旧民法財産編 385 条 2 項及び 3 項、387～390 条参照。

315 ボアソナード草案 1891 年版 347 頁。

旧民法の特色のひとつとして、履行不能を「義務ノ消滅」の理由として明記したうえで[316]、さらに積極的にそれを債務不履行の一類型としたことが挙げられる[317]。これは、現行民法においても引き継がれている。

しかし、フランス法においては、履行不能は債務不履行の独立した一類型として挙げられているわけではない。フランス民法 1147 条によれば、「債務不履行（l'inexécution de l'obligation）」あるいは「履行における遅延（retard dans l'exécution）」の場合に、有責を要件として損害賠償義務が生ずる。両者の関係について、「履行における遅延」が同時に「債務不履行」を意味するため、二種類の異なるものというわけではないとの指摘がある[318]。履行不能に対応するケースは、「確定的かつ取消しえない不履行（inexécution definitive et irrévocable）」として、不履行に吸収されている[319]。

この点について、比較法的にみれば、履行不能を債務消滅事由とすることは一般的であるが、日本法のように債務不履行の一類型とすることはそれほど一般化していないとの指摘がある。北川は、遅滞法と不能法を、ドイツ型、フランス・スイス型、北欧型、英米型に類型化して分析し、債務不履行を不能と遅滞のパラレル構成によって考える方向は、ドイツ民法典に独自のものであるとする[320]。

一般的には、履行不能は、契約責任の構成要件としてよりも、解放効を持つ給付障害として重要な機能を果たしている。厳格責任主義を採用する英米型においても、無責の不能に契約からの解放効をみとめるドグマは形成されている。英米法において 17、8 世紀では、疑わしい場合は無制限に契約違反の責任が問われていたが、19 世紀後半からは典型的な免責条項の一般化がなされた[321]。ただし、後発不能は免責事由とはならないのが原則であり、無責の後発不能に解放効を認めるといっても、法命題ではなく黙示の合意内容の解釈によって行われる[322]。ドイツ民法典のように不能と遅滞の対比を積極的に規定するものは他に類をみないが、無責の履行不能を免責事由とすることは一般に行われており、その意味で不能と遅滞のパラレル構成は消極的には受け入れられていると評価される[323]。

(3) 現行民法における旧民法財産編からの変更点

以上のように、債務不履行における損害賠償について定める現行民法 415 条は、旧民法

316 旧民法財産編 539～543 条参照。
317 奥田（2011 年）・前掲注 266・8 頁以下〔北川＝潮見執筆部分〕。
318 Laurent, Principes, tome 16. p.313 et s.; Constantinesco, Inexécution et Faute contractuelle en Droit Comparé (Droits Français, Allemand, Anglais) 1960. p.41.
319 なお、これとの関係で、履行遅滞については「一時的で確定的でない不履行」という意義が与えられる。voy. Constantinesco, op. cit. p.41-2.
320 北川善太郎『契約責任の研究――構造論』有斐閣（1963 年）38 頁。
321 谷口知平『英米契約法原理』有斐閣（1932 年）409 頁以下。
322 同上 193 頁以下。新井正男「イギリス契約法における履行不能について」法学新報 62 巻 1 号（1955 年）43 頁。
323 北川（1963 年）・前掲注 320・38 頁。

財産編 383 条を経由して、フランス民法を母法とする規定であると理解されている[324]。

現行民法 415 条の第一草案[325]は、損害賠償をもたらす原因を不履行と履行遅滞の二種としている点、免責事由を積極的に規定している点において、旧民法よりもいっそうフランス民法に近かった。一方で、付遅滞の制度は破棄されており、この点に大きな相違がある。これに対し、第二原案は、損害賠償の原因を不履行に一元化し、かつ、免責事由を「債務者ノ責ニ帰スヘカラサルトキ」という消極的な形の、より抽象的な表現に変えた。これはそのまま法典調査会原案 409 条となった[326]。

この点、履行不能に関して、「履行ヲ為ササルトキ」をいかに考えるか、起草過程で議論があった。法典調査会において、穂積起草委員は、法典調査会原案 409 条が旧民法財産編 383 条の「重モニ文字ノ修正ニ止マツテ居ル」と述べたうえで、次の通り説明した。「履行ヲ為ササル」とは、強制履行もせず任意履行もせずという両方を含む。「本旨ニ従ヒ」というので「不履行モ遅延モ両方共ニ含マレル積リ」である。但書は、諸外国では不可抗力等の場合を除外するが、「前ヨリシテ」「然ウ挙ゲズシテ」「過失ニ出デヌ」などの書き方になってきているので、いかなる原因であれ不履行が債務者の責めに帰すべからざるときは、損害賠償責任は生じないことを広く断っただけのことである。

これに対し、土方委員が、不可抗力による履行不能の場合に債務が消滅することが別に規定されるのだとすると、債務者の責めに帰するべからざる不履行というのはそれに当たるから、本条但書は不要ではないかと質問した。穂積委員は、これに対し、「不能ト云フ字ヲ広ク使ヒマスレバ其処デ済ムカモ知レマセヌガ之ハ不可抗力ノ場合デ不能ノトキノミノ場合デアリマセヌ……兎ニ角不能ト云フコトテハ如何ニモ狭ク為ルト思ヒマス夫レカラ本文ニ『履行ヲ為ササルトキハ』トアリマスカラ此履行ヲ為サヌノガ何ニノ原因テ為サヌノカ他ノ原因デ為サヌノカ自分ノ過失デ為サヌノカ一向分カリマセヌ夫故ニ但書ヲ置テ夫レ丈ケノ制限ヲ此処ニ付ケテ置カナケレバ往ケヌト思ヒマシタ」と答弁している[327]。すなわち、但書の内容は不可抗力による不能に限らずより広いものであり、但書による制限を付けておかないと本文の「履行ヲ為ササルトキ」がいかなる場合か分からないため、制限を置く必要がある。こうして、原案通り可決された。

しかし、その後、起草委員は改めて次の修正案（法典調査会 414 条修正案[328]）を法典調査会に提出した。富井起草委員は、修正案提出の理由として、前の規定にある「履行ヲ為ササルトキ」に履行不能を含ませるのは少し無理のように思われるからだと述べた。梅は

---

324 中田（1998 年）・前掲注 310・1 頁以下。なお、法典調査会原案及び修正案について、前田達明監修『史料債権総則』成文堂（2010 年）86 頁以下〔玉樹智文執筆部分〕。

325 穂積第一原案 第リ条「債務者カ其義務ヲ履行セス又ハ其義務ノ履行ヲ遅延シタルトキハ債権者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得但其不履行又ハ履行ノ遅延カ不可抗力又ハ意外ノ障礙ニ因ルトキハ此限ニ在ラス」。

326 法典調査会原案及び修正案につき、前田（2010 年）・前掲注 324・155 頁（玉樹執筆部分）。

327 民法議事・学振版 18 巻 49 丁裏～51 丁表、商事法務版 3 巻 63～64 頁。

328 この間に、条数変更があり、同条文は 414 条となっている。

これを捕捉し、「自己ノ直接ノ過失」で履行不能となった場合は、「履行ヲ為ササルトキ」に含まれるが、「其履行ノ不能ニナツタ直接ノ原因ハ全ク債務者ノ意外ノ事柄テアツテ履行ヲ怠ツテ居ツタ」という場合は含まれないと解される余地があり、そうなっては困るからだと説明した。これが改めて原案とされた[329]。なお、審議に先立って、債務者の責めに帰すべからざる事由による履行不能を債務消滅原因として規定すること（旧民法財産編 539 条以下）は、当初の予定を変更し、取りやめることと決定された。このことは、この場合に債務が消滅することは疑いないからだと説明されている[330]。つまり、履行不能の効果としての債務消滅は当然の前提として規定を置かず、債務者の責めに帰すべき履行不能の場合の損害賠償義務の方を規定することにしたわけである。同修正案は、法典調査会決定案となり、条数の変更はあったものの内容の変更はなく、現 415 条となった。

この点につき、現行民法は明文で履行不能を規定している点で、履行遅延と不履行を併置するフランス民法に比して、ドイツ民法[331]にやや親近性を示す。しかし、起草委員の説明から見る限り、これはパンデクテン法学が形成した履行不能論の継承というよりも、立法技術の便宜に由来すると思われる[332]。上述したように、法典調査会原案 409 条では、履行不能は規定されていない。これは旧民法財産編 383 条を修正したもので、前文の「債務ノ本旨ニ従ヒタルトキハ此限ニ在ラス」に不履行も遅滞も双方とも含まれると説明されている[333]。ここではまだ不能は債務解放事由という形が強く、修正前の原案では、起草委員はフランス民法的な遅滞と不履行の二分構成を念頭においていたものとみられる。

これが、法典調査会 414 条修正案によって、現行法と同じく「債務者ノ責ニ帰スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ為スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同ジ」とされた。これは「414 条ノ書方ハトウモ少シ履行不能カ嵌リ憎イト思フ……債務者ノ過失ニ依リ履行ヲ為スコトノ出来ナクナツタトキハ履行ヲ為サナイト云フノカ日本ノ言葉テトウテアリマセウ少シ無理テアラウ結果ハ同シコトニナラナケレハナラヌ只履行ヲ為サヌト云フ言葉ノ中ニ履行ノ不能ヲ含マスト云フコトハ少シ無理ナヤウニ思ヒマシタカラ此修正案ヲ提出シタノテアリマス」という理由からであり、遅滞については、すでに 411 条の修正案で債務者の帰責事由として規定されているため、ここであえて再規定することはしないとの説明を与えている[334]。

以上のように、原案では、履行不能は不履行の中に規定上包摂されていたわけであるが、修正案では逆に、「履行をしない」ことに「履行しえない」ことを入れるのは用語的に無理であるという考慮からこれを但書に移行している。このことをもって、起草委員が「履行不能」を「債務の本旨に従わない不履行」と対立的なカテゴリーとした、と見るよりも、

329 民法議事・学振版 23 巻 150 丁表～154 丁裏、商事法務版 3 巻 640～43 頁。
330 同上　144 丁裏～146 丁表、商事法務版 3 巻 638～39 頁。
331 BGB. §280.
332 北川（1963 年）・前掲注 320・303 頁。
333 民法議事・学振版 18 巻 49～50 葉（穂積委員説明）。
334 同上 23 巻 150～1 葉（富井委員説明）。

むしろ、後者の一例として履行不能を注意的に規定したものとみるのが妥当であろう[335]。すなわち、債務不履行の原則規定である現行 415 条は、債務の本旨にしたがわぬ不履行一般の中に、履行遅滞・履行不能を例示的に取り込んでいるという構造を持つことになる。起草委員も、損害賠償額の予定に関する審議で、単に不履行について賠償額の予定をしうるというのでは履行請求との関連で曖昧な点が生ずるとの質問を受けて、「是レハ不履行ノ所テ説明シマシタガ遅延ハ完全不履行ノ一種ナノデ遅延シナクテモ本旨ニ従ハスシテ不完全ニ履行スルコトガ幾ラモアル夫故ニ不履行ト書イタノデ或ル国デハ不履行若クハ不適当ナル履行ト云フ様ニ書イテアル位デ遅延丈ケヲ殊ニ取除イテハ少シ狭クハアリマセヌカ」と回答している[336]。このことからも、債務不履行は、法文上直接には履行遅滞と履行不能が規定されているが、これをもって債務不履行を二分する態様としているものではないことが分かる。

また、現行民法 412 条は、旧民法にいう付遅滞の制度を除くことを本来の立法趣旨としている[337]。当初は単に「債務ヲ履行スヘキ時期ニ付キ別段ノ定メナキトキハ債権者ハ何時ニテモ其履行ヲ請求スルコトヲ得」[338]とし、富井委員は、履行を請求しさえすれば、旧民法にいう付遅滞の結果が生じ、別に付遅滞の行為自体は要求しないと説明している。このように、履行遅滞法は明白にフランス民法的な付遅滞から脱しており、不履行責任とは別個の独立性を持つ概念として積極的に規定されているわけではない。このことは起草委員によって意識されていたところであり、「遅滞ノ責」の内容として損害賠償責任を挙げ[339]、さらに現行 415 条に関する審議過程でも「遅滞ニ付テハ前ノ４１１条ノ修正案ニ於テ遅滞ノ責ニ任スト云フコトガ採用サレマシタカラ債務者ノ責メニ帰スヘキ事由ト云ヘハ遅滞ノコトハ明カテアラウト思ヒマス」と説明されている[340]。

現行民法における遅滞法の不合理な位置は、フランス民法の付遅滞と遅延賠償の制度をほぼ継受した旧民法の実質的な修正を示しており、同時に、履行遅滞が債務不履行に吸収されたにもかかわらず、外形的にフランス民法から旧民法への系譜が残っていることをも示していると解される[341]。

(4)　以上を前提として、本稿との関係で、民法の起草過程に民法の起草過程における帰責事由

おいて帰責事由がいかにとらえられてきたか見ておくこととする。

---

335 北川（1963 年）・前掲注 320・304 頁、川島武宜『債権法総則講義』岩波書店（1949 年）91 頁。
336 民法議事・学振版 18 巻 87、89～93 葉。
337 同上 18 巻 29～30 葉、同 23 巻 247～8 葉、民法修正案理由書・第三編債権ノ効力 340 頁以下。
338 法典調査会原案 406 条、後に法典調査会 411 条修正案。
339 同上 23 巻 148 葉。
340 同上 23 巻 151 葉。
341 川島（1949 年）・前掲注 335・91 頁。

そもそも、フランス民法 1147 条は「不履行が自己の責めに帰することのできない外来の原因」によって生じたことと規定し、同 1148 条は「外来の原因」が「不可抗力又は偶発事故」であることを示す。これに対し、旧民法財産編 383 条は、「債務者ノ責ニ帰ス可キ」というにとどまるが、ボアソナードは注釈で「そのことは、不履行が偶発事故又は不可抗力による場合、反対の解釈がなされることを含意する」と述べており、フランス民法との連続性が認められる[342]。ボアソナードはさらに、履行不能が債務消滅をもたらす場合（旧民法財産編 539 条以下）にも言及し、帰責性の有無がその場合との区別をもたらすことを示す[343]。つまり「責ニ帰ス可キ」という要件は、免責事由としての機能と、無責の履行不能による債務消滅との区別のための機能いう二重の構造を持っているといえる。

また、現行民法を体系的に見れば、同 412 条が履行遅滞について規定し、同 415 条が一般的包括的な規定を設けている。上述したように、履行遅滞は債務不履行の一態様として説明されるものの、これは法典の位置から見て明確であるとはいえない。旧民法財産編 383 条のボアソナード原案を見れば、債務不履行に基づく損害賠償責任が発生する場面として、「債務者による履行の拒絶」もしくは「その責に帰すべき履行の不能」あるいは「単なる履行の遅延」が挙げられていた[344]。このことから、債務者の帰責性が明確に求められていたのは、履行の不能の場面のみであった。また、その帰責事由の内容は、注意義務違反、あるいは過失と説明されていたわけではなかった。

わが国の現行民法は、債務不履行論について、系譜的にはフランス民法につながるにもかかわらず、後述するように、その後の学説はドイツ民法理論の圧倒的影響を受けることになる。民法典制定以降、当初の遅滞を不履行に吸収する方向は必ずしも前面化していないが[345]、石坂博士を先鋒とするドイツ民法理論の継受は、412 条と 415 条の位置関係を捨象し、「債務者ノ遅滞又ハ履行遅滞トハ債務者カ履行ヲ為シ能フニ拘ラス履行期ニ履行ヲ為ササルヲ云フ。債務者ハ給付義務ヲ負フモノナル故ニ、履行遅滞ハ即債務侵害ナリ」との見解が打ち出され通説となった[346]。以降の学説の多くは、遅滞が過失責任かどうかを論争の対象とすることになる[347]。

4. 民法 416 条の起草過程

(1) 民法 416 条とその起草過程

債務不履行によって、債権者に様々な損害が生じた場合、そのうちのどこまでを債務者

---

342 吉田邦彦「債権の各種――『帰責事由』論の再検討」星野編『民法講座・別巻 2』有斐閣（2003 年・初出 1990 年）1 頁。
343 旧民法理由書 523 頁。
344 Art 403. Voy. Boissonade, Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon. Tome 2. Des Droits Personnels ou Obligations. 1883. p.310.
345 岩田「過失論――『日本民法典における梅と富井』」新報 49 巻（1940 年）386、515 頁以下。
346 石坂（1921 年）・前掲注 279・461 頁。
347 岩田（1940 年）・前掲注 345・515 頁以下。

が賠償すべきか定める必要がある。民法 416 条は 1 項において、債務不履行の場合に通常生ずべき損害の賠償を規定し、2 項において、特別の事情によって生じた損害については、当事者が予見可能であった場合にその賠償を債権者が請求することができる旨を規定する。このように当事者の予見可能性を損害賠償の範囲の確定基準とするのは、16 世紀のフランスの学説に始まり、18 世紀のフランスの学説を経て、フランス民法典に採用されたものであり、これはイギリスの判例法にも影響を及ぼした[348]。わが国の民法 416 条は、直接的にはイギリスの判例法理を基本とし、さらに若干の変更を加えたものであると評価される[349]。

以下では、損害賠償の範囲がどのように決定されることが意図されていたのか――特に、債務者の責任の原因がそこでいかなる役割を果たすことが意図されていたか――を念頭に置きながら、民法 416 条の起草過程を検討することとする[350]。

(2) 現行民法典原案 410 条の起草過程

ボアソナード起草による旧民法財産編 385 条は、債務不履行に基づく損害賠償の範囲につき、以下のように規定していた。「①損害賠償ハ債権者ノ受ケタル損失ノ償金及ヒ其失ヒタル利得ノ補填ヲ包含ス。②然レトモ債務者ノ悪意ナク懈怠ノミニ出テタル不履行又ハ遅延ニ付テハ損害賠償ハ当事者カ合意ノ時ニ予見シ又ハ予見スルヲ得ヘカリシ損失ト利得ノ喪失トノミヲ包含ス。③悪意ノ場合ニ於テハ予見スルヲ得サリシ損害ト雖モ不履行ヨリ生スル結果ニシテ避ク可カラサルモノタルトキハ債務者其賠償ヲ負担ス。」

同条 1 項は、債権者が受けた損失と債権者が失った利得が損害賠償に含まれることを宣言したうえで、2 項と 3 項で、賠償すべき範囲を制限することを定めたものである。2 項は、損失の予見可能性を基準とし、3 項は不履行により生じた結果が避けることのできないものであったかどうかを基準としている[351]。

現行民法典の起草にあたって法典調査会に提出された原案 410 条は、旧民法財産編 385

---

348 奥田（2011 年）・前掲注 266・5322 頁以下〔北川＝潮見執筆部分〕、中田（1998 年）・前掲注 310・20 頁以下、中田裕康『債権総論〔新版〕』岩波書店（2011 年）162 頁。予見可能性を基準とする考え方は、フランスにおいて Dumoulin の『利益論』（1546）で提示され、Pothier も『債権債務関係概論』（1761）でこれを承継し、フランス民法 1150・1151 条がそれをほぼ採り入れた。また、これをアメリカにおいて Sedgwick『損害賠償額算定論』（1847）が紹介し、1854 年のイギリス Hadley v. Baxendale 判決では同書が参照された。

349 平井宣雄『損害賠償法の理論』東京大学出版会（1971 年）146 頁、中田（1998 年）・前掲注 310・20 頁。

350 民法 416 条の沿革に関する研究として、福島正夫「明治民法典における損害賠償諸規定の形成」川島武宜編『損害賠償責任の研究・上』有斐閣（1957 年）25 頁以下、平井宜雄「債務不履行責任に関する法的構成（3・完）」法協 81 巻 3 号 13 頁以下、平井（1971 年）・前掲注 349・146 頁、北川善太郎「損害賠償論序説（2）」論叢 73 巻 3 号（1963 年）38 頁。

351 旧民法財産編 385 条 1 項はフランス民法 1149 条、2 項は同 1150 条、3 項は同 1151 条に従っている。ただし、3 項で用いられた「不履行ヨリ生スル結果ニシテ避ク可カラサルモノ」という文言が、フランス民法では、「合意の不履行の直接の結果」となっている点が異なる。奥田（2011 年）・前掲注 266・330 頁、林良平ほか『債権総論〔第 3 版〕』青林書院（1996 年）138 頁。

条と体裁を大きく異にするものであった。同条は以下のように規定する。「損害賠償ノ請求ハ通常ノ場合ニ於テ債務ノ不履行ヨリ生スヘキ損害ノ賠償ヲ為サントスルヲ以テ其目的トス。当事者カ始メヨリ予見シ又ハ予見スルコトヲ得ヘカリシ損害ニ付テハ特別ノ事情ヨリ生シタルモノト雖モ其賠償ヲ請求スルコトヲ得」。

この規定は穂積委員が起草し、梅・富井両委員との三人でなる起草委員会での修正を経てできあがったものであるが、そこでは様々な議論がみられた。特に梅委員は損害賠償の範囲の制限に反対しており[352]、なるべく損害賠償の範囲を拡大しようとしていた。試案の中には、「債務ノ不履行ノ結果トシテ債権者ノ受ケタル一切ノ損失ヲ回復スルヲ以テ目的トス」というように、現行民法 416 条と対立する趣旨の規定も見られる[353]。

(3) 起草時における賠償範囲に関する議論

原案 410 条について、穂積委員は以下のように説明している。「……債務ノ履行ト云フモノニ依ツテ債権者ハ或ル利益ヲ予見シテ居ル其不履行ヨリ出タ結果デアリマスカラ立派ニ法廷ニ出シテ証明ノ出来ル位ノモノデアレバ之ハ債権者ヲ可成元トノ有様ニ返スト云フノガ当然ノコトデアラウト思ヒマスカラ此原因ニ直接間接ノ区別ヲ致サヌ方ニ吾々ハ取極メマシタ」[354]。「……債権者ノ有様ヲ標準ニ取ラヌデ債務者ノ有様ヲ標準ニ取ルト云フコトハ何ウモ理屈ガ可笑シイ之ハ徳義ノ方デ懲罰ヲ支ヘル方デモナイ又債務者ヲ懲戒スル方デモナイ債権者ヲ元トノ有様ニ回復スルト云フ方デアリマスカラ夫故ニ悪意善意ト云フ方夫レカラ過失ノ程度階級ヲ設ケテ此額ノ多少ヲ定メルト云フヤフナ標準ハ一切排斥致シマシテ此処ニハ採ラヌコトト致シマシタ」[355]。ここでは、原案 410 条が、直接ないし間接の結果あるいは悪意過失によって賠償の範囲に影響を与えるという立法主義を排斥していることが確認される。

そのうえで、損害賠償の範囲を定める標準をいかに定めるかについて、「損失ノ償金及ビ其失ヒタル利得ノ填補」と規定するのは当然のことであるとして、穂積委員は「今少シ慥カナ標準ヲ定メナケレバ」ならないとする[356]。そこで賠償範囲を制限する標準として挙げられるのが「予見」である。穂積委員は以下のように述べている。

「予見ト云フコトハ何ウモ之ハ債務関係ノ性質ヨリシテ一ツノ標準ト致サナケレバナラナイト存ジマシタノデ当事者ガ始メカラ予見シテ居ツタ之ガ這入ルノハ論ヲ俟タヌコトデアリマスガ通常ノ人ガ或ル取引ヲ致シマスル或ハ売ル位置ニ在リマシタナラバ十人カ九人即チ注意深イ人多数ノ者ガ然ウ云フ場合ニ於テハ之ヲ履行シナケレバ必ズ斯ウ云ウ損害ガ債権者ノ方ヘ生ズルト云フコトヲ予見シテ居リマスルシ又其予見シテ居リマスルモノガ賠償ノ額ヲ定メル標準ニ為ナラナケレバ住クマイ夫レヲ若シ予見又ハ予見スルコトガ出来マ

352 例えば、速記録 18 巻 68-70 丁、40 巻 169 丁。
353 福島（1957 年）・前掲注 350・32 頁以下。
354 法典調査会民法議事速記録 18 巻 52 丁（裏）―53 丁。
355 同 53 丁（裏）―54 丁。
356 同 54 丁。

シタモノデアリマスレバ縦令ヒ特別ノ事情カラ生ジマシタモノデアツテモ其賠償ヲ請求スルコトガ出来ル……」[357]。

このように、利得の填補がどこまで含むかという問題、すなわち賠償の範囲をいかに制限するかという問題に対して、「予見」が制限の標準とされている。換言すれば、ここでは完全賠償の原則が否定されているといえる。

「予見」がどのような系譜に属するものかについては議論があるものの、穂積委員が「……英吉利抔ノ有名ナ判決例ノ規則抔デモ詰リ之ニ帰スルノデアツテ通常ノ結果カラ予見シテ居レバ特別ノ結果デモ之ヲ償フコトヲ要スル如何ニモ穏カナ規則ジヤラウト思ヒマス夫故ニ本条ノ如ク標準ヲ定メタノデアリマス」[358]と述べていることからすれば、原案 410 条の母体となったのは、同条で参照されている Hadley v. Baxendale, 9 Exch. 341, 354 であることは明らかであるとされる[359]。

(4) 賠償範囲と規範的判断

以上のように、現行民法 416 条の系譜をたどると、ドイツにおける完全賠償の原則とは異なり、責任原因と賠償範囲とを結合するという構造を持ち、損害賠償の範囲を制限する機能を果たしていることが確認される。この点、契約締結時を基準時とし、その時点で当事者が引き受けていたリスクについては完全な損害賠償を認める立場は、損害賠償の範囲の決定にあたって規範的な要素は持ち込まれないといえる。これに対し、債務不履行時を基準とし、予見可能性の有無によって損害賠償の範囲を制限するとする考え方は、契約締結時の明示の合意にとどまらない規範的な要素が持ち込まれる余地を残すものといえそうである。

5. 民法 418 条の起草過程

(1) 民法 418 条と 722 条 2 項

債務不履行や不法行為に関して、債権者や被害者に過失があるとき、裁判所は損害賠償責任の有無又は賠償額を定めるにあたってその過失を斟酌する。わが国の民法は、418 条で債務不履行の場合について、722 条 2 項で不法行為の場合について、それぞれ過失相殺の規定を置いている。

このうち、債務不履行における過失相殺は、損害賠償制度を指導する公平の原則と債権

357 同 54 丁（裏）―55 丁。
358 同上。
359 福島は、410 条は民法財産編 385 条とドイツ民法第一草案 218 条との「接合」であると説明する。すなわち、旧民法から「予見」が、第一草案から「通常の損害」および「特別の事情」が、それぞれ採用されたという。福島（1957 年）・前掲注 350・37 頁。これに対して平井は、穂積委員の説明にドイツ民法理由書をうかがわせるものがないではないとしながらも、ドイツ民法との関連性を強調することを否定する。というのも、ドイツ民法第一草案は逸失利益にのみ関連する規定であり、賠償範囲に関する旧民法の立法主義が否定されているためである。平井（1971 年）・前掲注 349・149 頁。

関係を支配する信義則の具体的な一顕現であると説明される[360]。これに対して、不法行為における過失相殺は、公平の原則と社会生活を支配する協同の精神が適用される具体的な一場面であるといわれる[361]。しかし、「社会生活を支配する協同の精神」と「信義則」は異なるものではなく、両者はことさらに区別されない[362]。

わが国での過失相殺制度の理論的分析については、特に不法行為における過失相殺を対象とする議論が多く見られる。そこでは、過失相殺の本質を、何らかのレベルでの被害者への帰責と考えるのか、あくまで加害者の減責を通じていわば反射的に被害者への損害負担が生ずるに過ぎないと考えるのか、立場が対立している。また、規範的な評価のレベルの問題なのか、因果関係等の事実的なレベルの問題なのかといった対立もある[363]。

一方で、債務不履行の過失相殺については、こうした過失相殺の本質をめぐる議論は必ずしも盛んではない。これは、一定の債権関係を前提とする民法 418 条の債務不履行においては、信義則を通じて、債権者の過失の前提となる義務を比較的容易に考えることができるということにもよるほか、不法行為における過失相殺では具体的問題となる被害者の能力等の問題も、同 418 条の場面では重要性が乏しいといったことによるものと考えられているようである[364]。

とはいえ、損害賠償訴訟における当事者の関心が、損害賠償責任の有無と同時に賠償額にもあることは容易に想像でき、契約違反に基づく損害賠償請求の場面においてもそれは変わりない。そのため、賠償額の決定に直接関わるものとして民法 418 条が規定する過失相殺の制度の理論的な分析に重要な意義が与えられるべきことは当然である。

そこで以下では、同 418 条の起草過程にかかわる歴史的分析[365]を手掛かりとしながら、

---

360 我妻（1964 年）・前掲注 264・128 頁。

361 同上。

362 同 129 頁。

363 不法行為における過失相殺の理解の対立について、奥田（2011 年）・前掲注 266・156 頁以下〔能見執筆部分〕、窪田充見『過失相殺の法理』有斐閣（1994 年）、橋本佳幸「過失相殺法理の構造と射程――責任無能力者の『過失』と素因の斟酌をめぐって（4）」論叢 137 巻 6 号 2 頁以下。この他、不法行為法における過失相殺と契約法におけるそれとの違いに言及したものとして、能見義久「「痛み分け」社会の民法」『論文から見る現代社会と法』有斐閣（1995 年）103 頁以下。

364 奥田（2011 年）・前掲注 266・538 頁以下〔窪田執筆部分〕。

365 不法行為法における過失相殺とともに債務不履行における過失相殺の歴史的概観を検討したものとして、長谷川貞之「法典編纂から見た「被害者の過失」――ローマ法からドイツ民法典の成立まで――（1）」駿河台法学第 2 号（1988 年）93 頁、窪田（1994 年）・前掲注 363。現行民法 722 条 2 項は、旧民法の施行延期により新たに民法が起草される際、ボワソナード民法草案（財産編〔債権〕第 407 条）、旧民法（財産編第 387 条）と受け継がれてきた被害者の不注意・過失に関する規定を、債務不履行と不法行為の場合とに分けて設けられた結果である。ボワソナード民法草案には、不法行為の場合における被害者の過失に関する規定はなかったが、同 407 条は加害者の不注意による不法行為の場合にも適用

わが国における契約違反の場面での過失相殺制度について整理する。

(2) 旧民法における「被害者の過失」

ボアソナードの起草による民法草案では、損害賠償を定めるにあたって債権者の「非理」が斟酌されると規定されている[366]。旧民法財産編 387 条も同様に規定する。「遅延又ハ不執行ニ関シ当事者雙方ニ非理アルトキハ裁判所ハ損害賠償ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌ス」。

この規定の趣旨について、ボアソナードは、債務者が義務を履行しないか、またはその履行を遅延するような場合に、債権者自身にも多少の過失（非理）があることは実際少なくはないので、このような場合には、「損害賠償ノ責罰（言渡）ヲ斟酌スルヲ以テ至当トス可キヤ必然ナリ」と説いている[367]。なお、ボアソナードが同草案の効果として、賠償責任の完全な排除まで認めていたか否かが問題となるが、債権者の非理には責任の否定（免責）という効果までは予定されていなかったと考えられる[368]。

ボアソナード民法草案の起草に影響を与えた 1804 年のフランス民法典では、債務不履行の場合、「予見可能な損害（dommage prévu）」についてのみ責任を負うとする[369]。わが国における過失相殺に相当する規定はないものの[370]、債権者自身の過失が共働することによって債務不履行が生じた場合には、賠償責任が完全な範囲で免責されると考えられる。というのも、債権者自身の過失は、通常、契約締結の際には予見し得ないからである。ただ、債権者の過失が損害の一部のみに共働する（共働過失＝faute commune）に過ぎない場合には、「予見可能な損害」には含まれないとしても、賠償されるべき損害の範囲から控除され、控除される範囲で賠償責任が軽減されるとされる[371]。

されると説明されていた。そのため、不法行為における被害者の過失に関する法条の源流は、旧民法 387 条、ボワソナード民法草案 407 条に遡るといえる。

長谷川（義）は、債務不履行における過失相殺と不法行為におけるそれとを同じ趣旨に解する立場から、これを「損害賠償の調整制度」ととらえ、イギリス法との比較法研究を通じて損害軽減義務概念の受容の是非を検討している。長谷川義仁『損害賠償調整の法的構造――請求者の行為と過失相殺理論の再構成のために』日本評論社（2011 年）。

この他、久須本かおり「民法 418 条の類推適用による履行請求権の割合的縮減」愛知大学法学部法経論集 160 巻（2002 年）103 頁は、損害賠償額の算定以外の場面で民法 418 条を類推適用し、履行請求権を一定の割合に縮減する判例・学説を検討する。

366 財産編第二部人権、第二章義務ノ効力、第二節損害賠償ノ訴権、第 407 条（再閲修正民法草案では条数がずれて、第 907 条）。

367 『ボワソナード氏起稿　再閲修正民法草案注釈　第膩編人権ノ部中巻』51 頁。なお、そのような場合の例として「約束ニ恰好セスト過当ナル申立ヲ為シテ義務者ノ執行ノ方法ヲ適法ニ争議シ又ハ提供サレタル引渡ヲ拒絶シタルトキ」が挙げられている。この例が「当事者雙方ニ非理アルトキ」の適切な例であるかは疑問がある。長谷川（1988 年）・前掲注 365・105 頁。

368 同上 106 頁。

369 Art. 1150, 1151 C.c.

370 窪田（1994 年）・前掲注 365・142 頁。

371 長谷川（1988 年）・前掲注 365・103 頁。

(3) 現行民法 415 条との関係

現行民法 418 条の原案 412 条は、「債務ノ不履行ニ関シ債権者ニ過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ責任及ヒ其金額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌ス」と規定する。

同条の起草者である穂積委員によれば、債務不履行の場合には、債務者に普通の意味での過失がなくても責任が負わされることになっているので[372]、債権者側に過失があったような場合に依然として債務者をもとの責任関係に拘束させておくことは妥当ではない。というのも、損害賠償の標準を定めた原案第 410 条（現行民法 416 条）の箇所で議定されたように、「損害賠償ノ多寡ト云フモノハ徳義上ノ関係トカ然ウ云フコトノ畢竟懲罰ノ意味ヲ含ンデ之ヲ増減スルト云フコトハナイ」ためである[373]。そこで原案第 410 条の例外を定める必要から本条を設けることになったようである。

また、損害賠償額のみならず責任の有無までも斟酌できることにした点について、穂積陳重は以下のように説明する。旧民法財産編第 387 条からは「明カニ法律ノ表ニ責任ノ有無迄モ含ヤト云フコトガドウモ分ッテ居リマセヌ」、「債務不履行ト云フコトガ債権者ノ過失ガ原因トナッテ其過失ニ依テ全ク不履行ガ生ジタト云フ時ハ全ク責任ガナイ不履行ノ原因ニ依テ責任者有無ノ問題ガ起ルコトデアリマスカラ責任ノ有無ニ付キ之ヲ斟酌スト書キマシタ」。とはいえ、「債権者ノ過失ガ此不履行ノ原因トハナラズ不履行ヲ助勢致シマシタ場合ニ於テハ其金額ヲ定メマスニ付テノ裁判所ノ斟酌ト云コトガ必ズ必要ニナッテ来ル」ので、「裁判所ノ公平ナル判断」に委ねるという[374]。

(4) CISG80 条との類似性

以上のように、現行民法 418 条の歴史的背景は、同 415 条の責任をどのように理解するかという点と密接に関連する。

同 415 条の元となった旧民法財産編 383 条のボアソナード原案を見れば、債務不履行に基づく損害賠償責任が発生する場面として、「債務者による履行の拒絶」もしくは「その責に帰すべき履行の不能」あるいは「単なる履行の遅延」が挙げられていた。債務者の帰責性が明確に求められていたのは履行の不能の場面のみであり、その帰責事由の内容も、注意義務違反、あるいは過失と説明されていたわけではなかった。これに対して、債務者側に理由のない不履行や、債権者側の理由による不履行の場合に対応する必要が生じたことから、現行民法 418 条が設けられたと考えるのが自然である。

現行民法の起草過程において意図されていた構造は、国際物品売買契約に関する国際連合条約（CISG）[375]の構造と類似しているといえる。周知の通り CISG は、契約責任につい

372 立法当時の理解では、民法 415 条にいう「帰責事由」が当然に「過失」を指すものでなかったことは前述した通りである。
373 法典調査会・民法議事速記三　81 頁。
374 法典調査会・民法議事速記三　81 頁。
375 国際物品売買契約に関する国際連合条約（平成 20 年条約 8 号）、以下 CISG。その規律

てわが国のような過失責任主義を採用していない。同 45 条(1)(b)は、「売主が契約又はこの条約に基づく義務を履行しない場合」の買主の救済方法として、「第 74 条から第 77 条までの規定に従って損害賠償の請求をすること」を挙げており、ここでは売主の過失は要求されない。同 61 条(1)(b)では、「買主が契約又はこの条約に基づく義務を履行しない場合」、売主も同様に損害賠償を請求することができる旨定められている。すわなち、債務者の過失は要件とならず、契約上の義務違反があれば、債権者は損害賠償請求をすることができるのである。

これに対して、同 80 条は、債権者の作為、不作為によって生じた不履行について、「相手方の不履行が自己の作為又は不作為によって生じた限度において、相手方の不履行を援用することができない」とする。たとえば、売主が物品の発送を遅滞し、さらに買主が誤って指定した住所に物品が届けられた場合には、買主は誤った住所に届けられたことによって生じた損害の賠償を求めることはできないが、発送の遅滞によって生じた損害の賠償を求めることができるということになる[376]。

なお、同 79 条によれば、義務の不履行が自己の支配を超える障害によって生じた場合、当事者は損害賠償責任を免責される可能性が認められる。ただし、その障害の回避可能性・克服可能性がないことだけでなく、契約締結時におけるその障害の予見可能性がないことも要件とされているため、実際に免責が認められる場合は限られると評価される[377]。

後述するように、帰責根拠を契約の拘束力に求める近時の契約責任論の立場も、CISG をはじめとする国際的潮流に合致するものと評価されているが[378]、債務者が合意に反したことをもって契約責任を肯定し、債務者に理由のない損害については別に免責する規定を設けるという構成も持つ起草当時の意図にも CISG との類似性を認めることができよう。

III. 契約責任法理に関する伝統的通説の形成とその評価

1. 民法典制定当初の議論

(1) 債務不履行類型と契約責任法理

本稿は、当事者の明示的な合意違反に還元されない帰責根拠を検討することを通じ、責任判断構造における規範的判断の機能について論じるものである。契約違反に基づく救済の場面においては、規範的要素は、当事者の明示的な義務違反に還元されない事由によっ

内容については、曽野裕夫「ウィーン売買条約（CISG）の意義と特徴」ジュリ 1375 号（2009 年）4 頁。また、同「国際物品売買契約に関する国際連合条約の解説（1）～（3・完）」民月 64 巻 1 号、同 2 号、同 4 号（いずれも 2009 年）の逐条解説も参照。

376 曽野（2009 年（3））・前掲 375・21 頁。なお、同条は単に「相手方の不履行を援用することができない」と規定しているため、債権者は損害賠償請求だけでなく、履行請求、代金減額、契約解除、利息支払請求もすることができなくなる。

377 曽野（2009 年）・前掲 375・10 頁。

378 本稿第三章Ⅳ・Ⅴ参照。

て債務者に責任が認められる、あるいは免責されるという形で現れると考えられる。わが国では、上述したように、債務者が債務の本旨に従った履行をせず、その不履行に債務者の帰責事由が認められるとき、損害賠償責任が認められるとされてきた。

そこで以下では、現行民法典制定以降、債務不履行の帰責事由がどのように解されてきたか、伝統的通説の立場を概観する。とりわけ、現行民法の制定以降、ドイツ的な債務不履行の三分体系――履行遅滞、履行不能、不完全履行――がわが国において受け入れられたことに着目し、それが民法 415 条の解釈論にいかに組み入れられるに至ったかを確認する。

(2) 起草時における「債務不履行」の理解

今日、債務不履行は一般に履行遅滞、履行不能、不完全履行ないし積極的債権侵害の三つに分けて理解されている。しかし、このような債務不履行の三分体系は、民法制定当時から意図されていたものではなかった。

現行民法415条がフランス民法1147条に由来するものであったことは上述した通りである[379]。民法 415 条は、その前段において「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき」と規定している。その後段は「債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする」と規定する。これは、「債務の本旨に従った履行をしない」という中に「履行できない」という意味が含まれないとの誤解を避けるためのものであり、「履行不能」が「債務の本旨に従わない履行」と対立した概念として債務不履行体系に規定されたわけではない[380]。

このように考えれば、民法 415 条は本来、あらゆる債務不履行を対象とするものであって、法の欠缺はなかったと考えられる[381]。

2. 伝統的通説の完成

(1) ドイツ法学の影響

このような立法当時の理解にもかかわらず、わが国の伝統的通説は、債務不履行の三分体系――履行遅滞、履行不能、不完全履行ないし積極的債権侵害――を支持するに至った[382]。

---

379 本稿第三章Ⅱ参照。

380 北川善太郎『日本法学の歴史と理論』日本評論社（1968 年）34 頁以下。

381 この点、民法 415 条における「責メニ帰スヘキ事由」について、同条原案における「責ニ帰スヘカラサルトキ」は不可抗力を意味するとも考えられ、そうだとすると、原案は帰責事由を故意過失と同視する伝統的通説とは大きく異なるとの指摘がある。平井（1994 年）・前掲注 264・78 頁以下。

382 明治期以降、ドイツ法学説継受によって三分体系が受け入れられ、その反省から契約責任論が台頭するに至るまでの議論の展開について、潮見（2010 年）・前掲注 296・13 頁以下参照。また、全体を通覧するものとして、北川（1968 年）・前掲注 380・34 頁以下、早川眞一郎「不完全履行、積極的債権侵害」星野英一編『民法講座 4 債権総論』有斐閣（1985 年）49 頁以下。

その発端となったのは、1960 年に岡松参太郎によってわが国に紹介された、シュタウプの積極的契約侵害の理論であった。当時のドイツ民法典においては、19 世紀後半のパンデクテン法学の影響を受けて、履行不能概念が債務不履行の主軸をなしていた。これに対してシュタウプは、履行不能を中核とする債務不履行体系は「部分大系」に過ぎないと批判した。シュタウプによれば、ドイツ民法の債務不履行体系は履行不能と履行遅滞という「消極的行為」による不履行の場合――すなわち、「履行できない」あるいは「履行しない」場合――のみを規定しており、「積極的行為」による債権侵害――給付をしたことで債権者を害した場合――の規定が欠けているという。そこで、履行不能、履行遅滞に加えて、積極的債権侵害類型が第三の不履行類型として提唱された[383]。

岡松によって持ち込まれたシュタウプの理論は、日本民法学に承継され、債権総論の体系書にまとめられた。石坂音四郎は、シュタウプのいう「積極的契約違反」には様々な場面が含まれるが、「不作為債務違反」を「遅滞」の問題として処理し、「不完全給付」のみをもって「遅滞」および「給付不能」以外の独立の債務不履行として認めるべきであると説いた[384]。また、川名兼四郎も、「遅滞」「不能」と並ぶ債務不履行として「不完全履行」を挙げている[385]。さらに川名は、これはドイツでは「不能」と「遅滞」のみを指定しているからおおいに争われているが、日本民法 415 条は債務の本旨に従った履行をしないことを不履行に属させているから、同条によりこの問題を決することができるとする[386]。

このような分析を経て、積極的債権侵害論はドイツ民法理論に立脚しながらも、日本民法上の解釈論として定着することとなった。鳩山は以下のように債務不履行を整理している[387]。ドイツおよびフランスでは、債権侵害の場合として「履行不能」と「履行遅滞」とを規定している。これらはいずれも債務者がその負担した給付をしない消極的場合であるが、債権者または債務者が積極的にその負担した給付と異なったことをすることで相手方を侵害することもある。しかし、不作為債務違反については履行遅滞とみるのが正当であるから、広く積極的行為によって債権を侵害した場合というよりは、債務者の負担した給付と異なった積極的行為をした場合というのがよい。日本民法上これを認めるべきであるかは疑問であるが、「不完全履行」については、日本民法上類推解釈を用いることなくこれを認めることができる。民法 415 条が債務の本旨に従った履行をしない場合というのは、全然履行をしない場合のみならず、とにかく履行はしたけれどもその履行が債務の本旨に従ったものではないという場合をも包含するからである。

鳩山による分析により、債務者の負担した給付と異なった積極的行為をした場合を意味する「不完全履行」が位置を見出し、その後、その構造分析や要件・効果の議論が展開さ

383 北川（1963 年）・前掲注 320・56 頁以下、林良平「積極的契約侵害論とその展開（1）～（2・完）」法学論叢 65 巻 5 号 1 頁（1959 年）、同 71 巻 2 号 1 頁（1962 年）。
384 石坂（1912 年）・前掲注 279・590 頁以下。
385川名兼四郎『債権法要論』（1915 年）165 頁。
386 同上。
387 鳩山秀夫『日本債権法（総論）』1916 年 142 頁以下。

れることとなった。

(2) 帰責事由と過失

同時に、民法 415 条における「責めに帰すべき事由」について、過失と結び付ける議論が展開された。横田は、過失の基準となる規定として民法 400 条に注目し、「仏民法第 1137 条ノ規定ヨリ来リ旧民法ニ之ヲ襲用シ我民法モ亦其儘之ヲ存置シタルモノニシテ仏国民法ノ下ニ於テ此規定ハ単ニ特定物ノ給付ニ関スル原則タルニ止マラス一般債務ノ履行ニ関スル原則タルヘシトハ学者間ニ解釈一致スル所ナリ」と述べている[388]。すなわち、日本民法においても 400 条を一般化し、「善良ナル管理者ノ注意義務」は「債務者ノ履行ニ付キ用フヘキ注意ノ一般ノ標準」とされるべきであるとする[389]。さらに石坂は、過失を「意思ノ欠点」ないし「注意ノ欠缺」として主観的なものであるととらえた。それゆえに、主観的な要件としての過失（注意義務違反）と、客観的な要件としての給付義務違反（債務不履行）とが区別され、二元的にとらえられることとなった[390]。

このように帰責事由と過失責任主義とを結びつける解釈は以降通説となり、損害賠償責任の帰責事由とは、債務者の故意・過失、または信義則上これと同視すべき事由（履行補助者の故意・過失）であると主張されるようになった[391]。「行為者（債務者）の行動自由の保障」という基本原理を前提に、債務不履行・不法行為いずれにも共通する、帰責を導くための枠組として、(i)客観的要件としての行為の違法性（債務の本旨不履行がこれに該当する）[392]、(ii)主観的要件としての帰責事由が挙げられるに至ったのである[393]。

(3) 日本民法における三分体系の完成

ドイツ法の学説継受によって持ち込まれた三分体系の議論は、その後、特に不完全履行をいかに解するかという観点から分析が進められた。分析は、一方では不完全履行におけ

---

388 横田秀雄『債権総論』清水書店（1908 年）259 頁以下。なおここではフランス法に言及しているが、横田は最終的にドイツ法に志向している。吉田（2003 年）・前掲注 342・13 頁。

389 同様に、川名も民法 400 条の一般の債務への準用を説く。川名兼四郎『債権法要論』金刺芳流堂（1915 年）144 頁以下。

390 石坂音四郎『民法研究Ⅱ』有斐閣（1919 年）413 頁以下。

391 我妻（1964 年）・前掲注 264・105 頁、奥田昌道『債権総論[増補版]』悠々社（1992 年）125 頁。

392 違法性は本旨不履行があれば原則として認められる。

393 なお、以上のような解釈のもとでは、一般の債務の免責事由になるとされる民法 419 条 3 項の「不可抗力」と、「帰責事由」との関係が問題となる。従来、不可抗力は天災等の偶然事と説明されてきたが、そうすると、同様に債務不履行に陥ったものが責任を免れる場面であるはずの不可抗力と無過失との間にズレが生ずる。そこで石坂は、民法 419 条 3 項にいう不可抗力とは無過失と同じ意味であるとし、金銭債務については、不可抗力（＝無過失）は免責事由とならないが、一般の債務では免責事由となると説明した。石坂（1919）・前掲注 390・50 頁。

る履行態様の積極性に注目した検討へと発展し、もう一方では不完全履行において違反された義務の性質に注目した検討へと発展した。

我妻によれば、債務不履行とは、債務者が債務の本旨に従った履行をしない場合を言い、履行遅滞・履行不能・不完全履行の三態様が含まれる。このうち不完全履行は、民法が明らかに定める観念ではなく、履行遅滞と履行不能だけについて規定するドイツ民法のもとで比較的後になって問題とされたものであるという。それは、債務者が単に履行をしないという消極的な場合ではなく、不完全なものを給付するか、または給付行為をなすにあたって不注意で損害を与えたような場合であって、415 条の「本旨ニ従ヒタル履行ヲ為ササルトキ」に含まれる[394]。

このように学説において三分体系は定着することとなったが、一方で、ドイツ法学の学説継受による理論構成を反省し、母法であるフランス民法の研究を通して、日本民法に適合する契約責任論が台頭することとなった。

3. 伝統的通説の評価

(1) ドイツ法学説継受への批判

北川はこのようなドイツ法学説継受の流れについて、履行不能論と積極的債権侵害論とが、ドイツ法において見られた学説の対立や議論とは切り離され、「地盤協定のすんだもののごとく」わが国に導入され体系化されたと指摘する[395]。

そのうえで、契約責任の意義について、本来は狭く契約債務不履行責任を指すところ、従来の契約責任概念では履行義務・給付義務にとどまらない各種の付随義務に十分対応することができないとする[396]。契約の前・中・後における当事者の一定の法的態度に対しても、契約的保護に値する契約債権関係が発生していることから、契約責任を論じる余地が認められる[397]。すなわち契約責任とは、単に履行義務の不履行を対象とする「基本的契約責任」に尽きるものではなく、各種の付随義務や注意義務が債権関係に定着することによって形成された「補充的契約責任」を含む段階的構造として考えられる[398]。

契約責任が契約交渉段階から契約終了後に至るまで存続するとする北川による指摘は、その後の契約責任論の展開に大きな影響を与えた。

また末弘も、ドイツ法学の学説継受の流れを批判した。末弘は、積極的債権侵害をめぐる議論について、「遅滞」にも「不能」にも当てはまらないが、履行が債務の本旨に従って

---

394 我妻（1940 年）・前掲注 264・99 頁。また、我妻によれば、不完全履行により生じた拡大損害については一般に特別事情による損害と解される。同 157 頁。
395 北川（1963 年）・前掲注 320・44 頁。なお、履行不能論と積極的債権侵害論との対立について、林良平「ドイツ民法 280 条における不能概念について」『近代法における物権と債権の交錯』（1989 年、初出 1955 年）191 頁以下。
396 北川（1963 年）・前掲注 320・1 頁。
397 同上。
398 同上 5 頁。

いない場合に、日本民法 415 条は同じく債務者に損害賠償責任を課していると指摘する[399]。このことは日本民法の明文から明らかであるにもかかわらず、ドイツ民法上の議論をそのまま輸入することは疑問であるという[400]。

(2) 母法としてのフランス民法研究

川島もドイツ的構成による三分体系を批判し、民法 415 条がフランス民法の系譜を引くことを明らかにした。日本民法上の損害賠償規定に関しては、その大半がフランス民法から旧民法への系譜を有するのであり、日本民法の規定は根本においてフランス民法と異なるところがない[401]。民法 415 条の解釈によれば、「広い意味での債務不履行」は「履行遅延」と「狭い意味での債務不履行」とに分かれるのであり、いわゆる「履行不能」も「不完全履行」も債務の本旨に従った履行をしないことに他ならないのであって、いずれも後者に含まれる[402]。日本法においては、「不完全履行」という不履行の類型を解釈上認めることの困難はそもそも存在しない[403]。

星野もまた、民法 415 条は旧民法を承継し、フランス民法に連なるものであり、ドイツ民法に倣うものではないと指摘する[404]。415 条前段は、字の通り履行不能を除く債務不履行全般を指すと解すべきである。そのうえで、不完全履行についてはどのような場面を指すか、要件・効果はどのように考えるか、類型的研究をする必要を説いている[405]。

(3) 債務不履行一元論

ドイツ民法に連なる三分体系への批判がなされた後、債務発生原因と債務内容、不履行評価を連続的・一体的にとらえる判断枠組みを提示する諸説が出現するに至った。とりわけ議論に大きな影響を与えたのは平井宜雄による見解である。

平井はドイツ民法独自の構造から生まれた三分体系、とりわけ不完全履行というあいまいな中間概念を放棄したうえで、端的に 415 条の「債務の本旨に従わない履行」を分析する必要性を説いた[406]。すなわち、債務発生原因が契約である場合には、個々の契約の解釈によって解決されるべきである。その際、まずいかなる義務が当事者により黙示的に合意されたのかを確定すべきであり[407]、次に、契約の解釈という作業によってもなお当事者の意思が明らかにならない場合に、はじめて規範的に判断して、当該契約によって意図され

399 末弘厳太郎『債権総論』日本評論社（1938 年）190 頁以下。
400 同上。もっとも、末弘は日本における三分体系の妥当性自体に異論を唱えたわけではなかった。
401 川島武宜『債権法講義総則 1』近代思想社（1948 年）。
402 同上 131 頁
403 同上。
404 星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論）』良書普及会（1978 年）。
405 同上 46、51 頁。
406 平井（1985 年）・前掲注 264。
407 明示的に合意されたのであれば、それは本来の債務となることは言うまでもない。

た目的をもっともよく達成するような義務が承認されるべきである[408]。なお、法律論としては、最終的には信義則をその根拠として用いることになる[409]。

(4) 三分体系の否定と帰責根拠

このように、契約責任体系がドイツ法学の学説継受による三分体系から離れることとなり、端的に「債務の本旨に従わない履行」が分析の対象とされることになった。ここに至って、「債務の本旨に従わない履行」と共に損害賠償責任の要件となる「責めに帰すべき事由」――換言すれば、損害賠償責任の免責事由となる「責めに帰すべき事由によらないこと」――の意味が問い直されることとなった。

民法 415 条は、前段で「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる」と規定する。さらに後段において「債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする」としている[410]。すでに指摘した通り、立法当時、現在の伝統的通説のように、「責ニ帰スヘキ事由」が故意・過失と同義ととらえられることはなかった。しかし、その後、明治末期から帰責事由の内容が積極的に議論されるようになり、ドイツ法の学説継受の流れの中でドイツ民法における帰責原理が取り入れられることとなった[411]。ここに至って帰責事由と過失とが等置されるに至った経緯は上述した通りである。

これに対して、「債務の本旨に従わない履行」とはどのような場合をいうのか分析するにあたり、明示的な合意違反があった場合はともかく、契約解釈にあたって規範的判断が持ち込まれる場合に、帰責事由がいかなる役割を果たすのか――従来理解されていたような「注意義務違反」との評価が妥当するのか――検討されることとなった。

IV. 契約責任に関する学説の展開

1. 結果債務と手段債務

408 平井（1985 年）・前掲注 264・44 頁。

409 同上。

410 後段は履行不能の場面のみを指すのではなく、前段の「履行をしない」という概念に「履行することができない」場合が含まれないとの解釈を避けるために、念を入れて述べたものである。民法 415 条は「債務の本旨」に従っていない債務者のあらゆる行為態様―作為・不作為いずれをも含む―をもって債務不履行と捉えている。潮見佳男『債権総論[第二版]Ⅰ』信山社出版（2003 年）258 頁。

411 ドイツ民法 276 条（債務者の責任）「(1)債務者は、厳格化された責任または軽減された責任が定められてもおらず、とくに、保証または調達上の危険の引受けに基づく債務関係のその他の内容から推測されもしないとき、故意および過失について責めを負う。827 条（責任の排除および軽減）および 828 条（未成年者）の諸規定は、準用される。(2)取引で必要な注意を払わない者は、過失で行為する。(3)故意に基づく責任については、債務者をあらかじめ免除することはできない。」なお、ドイツ民法の翻訳は、ディーター・ライポルト著 円谷峻訳『ドイツ民法総論 [第 2 版]』成文堂（2015 年）550 頁以下、による。

(1) ドイツ法学説継受への反省

伝統的通説は、債務不履行に基づく損害賠償責任は、(i)債務者が債務の本旨に従った履行をせず、(ii)債務者に故意・過失または信義則上これと同視すべき事由があった場合に生じるとしてきた。しかしこれに対し、帰責事由を故意・過失と同視する現在の通説と立法者の理解が異なる点が指摘されるとともに、債務不履行におけるドイツ的な過失責任原則の妥当性が疑問視され、帰責事由の再構成が試みられてきた。

帰責事由の内容を明らかにするにあたって、手段債務・結果債務を区別して論ずる方法は多く見られる[412]。すなわち、「一定の結果の到来そのものを目的とする債務を生じさせるために契約がなされる場合」の債務を意味する結果債務と、「一定の結果そのものではなく、そのための手段としての意味を持つ債務を生じさせるために、契約がなされる場合」の債務を意味する手段債務とが区別されるのである。これは民法 415 条の母法であるフランス法において展開された議論であり、裁判例からも、債務が手段債務であるか結果債務であるかによって帰責事由の判断枠組みが異なる傾向が指摘されてきた。

(2) 平井宜雄の見解

例えば平井は、帰責事由を債務不履行責任の要件として扱うのではなく、債務不履行責任の成立を阻却する事由と位置づけたうえで、裁判例を以下のように分析する[413]。結果債務については、判例は、引渡しのない場合は特段の事情のない限り常に帰責事由の存在を認めている。たとえ第三者の行為が介在しても、判例は帰責事由の存在を否定するのに消極的である。これに対し、手段債務の場合には判例の立場は異なる。債務者がいかなる内容の債務を負っているか、どの程度の行為（作為・不作為双方を含む）をすれば要求された債務を履行したことになるか、あるいは債務の内容を実現するためにどのような結果を回避すべき義務を負っているかを特定したうえで、それらと現実になされた債務者の行為とを比較し、両者の間に食い違いがあれば帰責事由があるとする。

すなわち、結果債務では、結果不発生の事実があればそれだけで債務の本旨に従わない履行となり、かつ、債務者の「責めに帰すべき事由」の存在が高い程度で推測されるのに対して、手段債務では、結果の不到来という事実があっても、直ちに債務不履行ないし「責めに帰すべき事由」が存在するとはいえず、さらに立ち入って契約の趣旨を探求したり他の要件を考慮したりすることが必要になる。このような判断の構造は、手段債務の場合、

412 以下に紹介する論稿に先立ち、結果債務・手段債務的発想あるいは引渡債務・行為債務定発想を整理する研究として、参照、中野貞一郎「診療債務の不履行」同『過失の推認』弘文堂（1979 年・初出 1974 年）、國井和郎「不完全履行」倉田卓次編『要件事実の証明責任　債権総論』西神田編集室（1986 年）。また、結果債務・手段債務論の学説史的展開を紹介するものとして、参照、潮見佳男「債務不履行・契約責任論史」水本浩＝平井一雄編『日本民法学史・各論』信山社（1997 年）183 頁以下。

413 平井（1994 年）・前掲注 264・77 頁以下、川島武宜＝平井宣雄「契約責任」石井照久他編『経営法学全集十八巻』ダイヤモンド社（1968 年）268 頁。

債務の本旨に従った履行かどうかという判断と帰責事由の存否とが表裏一体の関係にあることを表している。手段債務については、債務者がなすべき債務をなさないことが原則として帰責事由に該当するから、帰責事由は主観的要件である故意・過失につきないものになっているといえる。

(3) 吉田邦彦の見解

吉田もまた、フランス法の議論にのっとり、裁判例を引渡債務、物の保存・保管債務、手段債務に分類して検討している[414]。

これによれば、引渡債務の場合、帰責事由が否定されたのは戦争・災害、ストライキ、法令適用ないし取引の不許可・不承認、債権者の行為・妨害がある場合等であり、フランス的な「不可抗力」ないし「外来原因」と大差がない[415]。ここでは帰責事由要件は積極的作用をしておらず、むしろ一定の債務不履行から類型的・結果的に帰責するという判断がなされており、帰責事由は実質的には免責要件として機能していると評価される[416]。

次に物の保存・保管債務の場合、善管注意義務・保管義務を論じながらも帰責事由に言及されなかったり、また義務違反が債務不履行と構成されたり、または実質的判断がなされた後に形式的に帰責事由に言及されたりする裁判例が多く見受けられるという[417]。そもそも「善管注意を尽くして保管・保存する義務」とは、賃借人・受寄者が負うべき債務の内容そのものであり、債務不履行と帰責事由とを二分して構成する必要はない。むしろ直截に「債務不履行ないしフォートの推定」法理として構成すべきであると主張される[418]。

最後に、手段債務の場面でも、前述した物の保存・保管債務の場面と同様の問題状況が見られるという[419]。債務不履行と帰責事由の二元的構成を採るのが裁判例の主流ではあるが、ここでの帰責事由の持つ意義は必ずしも明らかでなく、受任者、運送人、請負人等の義務内容に還元することができる。裁判例の中には正面から「債務の本旨不履行」のレベルで処理するものもある。以上のように裁判例を見ていくと、契約責任におけるドイツ的な一律の過失責任主義から脱却し、英米法・フランス法的な客観責任（厳格責任）に向けての、契約内容に即した多層的な処理への転換が表れているとされる[420]。

(4) 森田宏樹の見解

さらに、森田（宏）は結果債務・手段債務を二分したうえで、契約責任の帰責事由を以

414 吉田（2003 年）・前掲注 342・53 頁以下。
415 同上 49 頁。
416 同上。
417 同上。
418 同上 50 頁。
419 同上。
420 同上 51 頁。

下のように定義している[421]。民法 415 条の「帰責事由」とは、伝統的通説にいう違法性（客観的要件）と有責性（主観的要件）の両者を含んだ概念である。違法性と有責性とを峻別対置し、債務者に賠償責任を認めるべきか否かをこの二段階に分けて判断するという枠組みは、そのような区別をしていない民法典の規定の構造にも、かつ、わが国の判例法の実際にも適合しないものであり、妥当ではない。また、帰責事由の内容は、債務者が「契約において約束したことを履行しないこと」に含まれる。ここでは帰責事由の存否は、契約によって債務者が義務づけられた「債務の内容・射程」を媒介として判断される。

債務不履行の存否に関する実際の判断にあたっては、結果債務と手段債務とでは、債務者の行為態様の評価が必要となるかどうかという点で違いがあるとされる[422]。債務者が結果の実現が確実であると約束した場合（結果債務）には、不可抗力によらない結果の不実現があれば、債務者に帰責事由があると判断される。一方、債務者が結果を実現すべく一定の慎重な注意義務を負うことしか約束していない場合（手段債務）では、債務不履行の存否につき債務者の具体的な行為態様を評価する必要がある。すなわち、債務者に注意義務違反があったかどうかという過失の判断がなされる。

2. 契約法における帰責事由に関する裁判例の研究

(1) 長尾治助の研究

一方で、わが国の実際の裁判例の研究から契約法における帰責事由を再検討したものとして、長尾の研究[423]が挙げられる。ここでは、契約法における帰責事由が、債権者側の事情、第三者の事情、人為的社会状況の変化、公権力による拘束、戦乱又は自然的災害に分類されている。

このうち、結果債務の場面では、不履行の結果をもって過失が証明されることが多い。手段債務については、例えば、医師の注意義務について不可抗力ないし適正な措置を講ずることが著しく困難であることが認められない限り、債務不履行は医師の帰責事由によるとされる傾向にある。

ただし、長尾は結果債務か手段債務かの区別を重視するのではなく、債務不履行の事案一般について、予見義務、回避・防止義務を尽くしたか否かの判断要素を以下のように示している。契約の性質、債務者の地位・職業、契約の主目的の実現に対する当事者の期待の程度、契約締結後に生じた諸状況のほか、不履行の内容が人の生命・身体・名誉に対する損害としてあらわれた場合か、財産に対する損害の場合か等について、具体的な類型ごとに基準を設定する必要がある。今日の義務の深化と多様化に比例して、債務者には従前以上に結果発生に対する予見義務、回避・防止義務が強くかつ広く求められるようになっ

421 森田宏樹「結果債務・手段債務の区別の意義について」同『契約責任の帰責構造』有斐閣（2002 年、初出 1993 年）1 頁以下。
422 同上 25 頁以下。
423 長尾治助『債務不履行の帰責事由』有斐閣（1975 年）。

てきているのであり、帰責事由にも、単に過失の有無で判断するのではなく、社会的性格が要請されている。

長尾は、債務者の責任とは、約束に対する期待が裏切られたことに対する債権者のための救済の制度であるとし、債権者の有する契約に対する合理的な期待を保護する法技術的用語として、帰責事由という概念が条文上明記されているものと理解する。そのうえで、帰責事由の中核は過失であるという考え方（過失責任主義）を、「人間の自由に対する社会的な保障制度の一としての意思尊重に基礎を有する一の法律制度である」と評価しながらも、それを債務不履行の要件として取り込むことの必要性に疑問を投げかけている。

(2) 中田裕康の研究

また、中田は、帰責事由の具体的内容につき、判例はどのように解しているのかを明らかにするためには、どのような場合に債務不履行者が責任を免れることができたのか、すなわち、帰責事由がないと認められた場合はどのようなものかを見る必要があるとする[424]。債務不履行の事案において帰責事由がないと認められた最上級審判決[425]をみると、債務不履行の原因が債務者側以外の事情によるものである場合については、債権者又は第三者の行為や不可抗力など、外部的事情が評価の対象となっている。一方で、債務者側に不履行の原因がある場合には、抽象的には債務者の故意・過失に言及していても、具体的には債務不履行の事実の有無と帰責事由とが一体的に判断されている。物の引渡しを目的とする債務については前者の場合が多く、役務の提供を目的とする債務については後者の場合が多い傾向がある。さらに、履行遅滞については、過失がないから債務者が免責されるというような事例はほぼ存在せず、免責されるのはいわゆる不可抗力に近いような場面であるという[426]。

---

424 中田（1998 年）・前掲注 310・36 頁。及び、中田裕康『債権総論[新版]』岩波書店（2011 年）34、35 頁。

425 売買契約の締結後、売主が履行遅滞に陥ってから、目的物（葉煙草）の取引を禁止する法律が発令された場合（大判明治 39 年 10 月 29 日、民録 12 輯 1358 頁）、米穀取引所仲買人が受託者の注文に応じて定期米の買埋をする義務について相場が成立しなかった場合（大判大正 6 年 5 月 23 日、民録 23 輯 896 頁）、他人甲の権利の売主乙が、甲から権利を取得して買主丙に移転できなかったが、丙が直接甲に権利を請求できる関係にあった場合（大判大正 10 年 11 月 22 日、民録 27 輯 1978 頁）、他人甲の権利の売主乙が、甲から権利を取得して買主丙に移転できなかったが、甲が乙に引渡しができなかったのは不可抗力によるものであった場合（大判大正 13 年 3 月 14 日、新聞 2247 号 22 頁）、建物賃借人の返還義務が原因不明の出火による建物焼失のため不能となったが、債務者が善良な管理者の注意をもって建物を保存していた場合（大判昭和 11 年 3 月 7 日、民集 15 巻 376 頁）、更地として引き渡す債務を負う土地の売主が地上建物所有者を速やかに立ち退かせるのに必要な合理的な努力をした場合（大判昭和 16 年 9 月 9 日、民集 20 巻 1137 頁）、土地の立会測量をする義務について債権者が履行を妨害した場合（大判昭和 16 年 12 月 9 日、法学 11 巻 7 号 81 頁）、患者に胆嚢癌の疑いがあると診断した医師が当該状況のもとで結果的に患者の家族に説明をしなかった場合（最判平成 7 年 4 月 25 日、民集 49 巻 4 号 1163 頁）。

426 なお、医師の診療債務をはじめとする手段債務については、責任の成否を判断するにあ

そのうえで中田は、裁判例は債務者の主観的有責性と本旨不履行とを必ずしも分けて考えていないと指摘する[427]。少なくとも、伝統的通説のいう、ⅰ）債務者が債務の本旨に従った履行をせず、ⅱ）債務者に故意・過失または信義則上これと同視すべき事由があった場合に、債務者に損害賠償責任を認めるという枠組みに従っているとは言い難いだろう。

結果債務についていえば、債務者が契約において約束したことを履行しないのであれば、それが不可抗力といえるような理由によるものでない限り帰責事由が認められる場合が多く、債務不履行の事実と帰責事由とが必ずしも区別されて論じられているわけではない。

また、医療契約のような手段債務については、債務不履行の有無の判断がまさに注意義務（過失）の判断と重なる点が指摘されている。ここでは裁判例は、債務不履行に基づく損害賠償責任の帰責事由について、ドイツ法的な過失責任主義によるというより、個々の具体的契約内容に即し、債務不履行と過失の有無とを一体として考慮して責任の成否を判断しているといえよう。

3. 「契約の拘束力」論

(1) 森田宏樹の見解

森田宏樹は、上述した結果債務・手段債務が前提とする債務不履行責任における「帰責事由」のとらえ方に基づき、ドイツ法の学説を継受したわが国の伝統的通説における「帰責事由」を再検討する[428]。そして、新たな「帰責事由」の理解が、わが国の民法典の規定の構造により適合的であり、わが国の判例法に示された実際の解決を説明し、体系化しうるものであると主張する[429]。

ここでは、契約責任の帰責根拠は、約束したことを履行しなかったこと、すなわち、債務者が自らの意思（合意）によって設定した契約規範に従わなかったことという点に求められる[430]。

結果債務においては、約束された結果の不実現があれば、債務者がその不履行が不可抗力――すなわち、何人も予見も回避もしがたい事情――によることを立証しない限り、債務者には不履行について「帰責事由」があると判断される[431]。一方、手段債務については、債務者の不履行の事実とその「帰責事由」の判断とが実務上同一に帰し、「帰責事由」が独自の意味を有していないと認識される[432]。

なお、森田は結果債務・手段債務の区別について、相対的なものであり、それぞれの内

たり、債務不履行の有無と過失の判断とが一体となって行われているとの指摘がある。内田貴『債権法の新時代』商事法務（2009 年）83 頁。

427 中田（1998 年）・前掲注 310・36 頁。

428 森田（2002 年）・前掲注 421。

429 同上 48 頁以下。

430 同上 49 頁。

431 同上。

432 同上 50 頁。

部においても均一ではなく、債務の強度に濃淡ないし段階があると説明している[433]。この区分は、契約上の債務がすべて同一の強度または範囲にあるわけではないという正当な考え方を表現したものであるという。契約内容は当事者の意思によって自律的に決定されるとする意思自治の原則のもとでは、契約上の債務の射程ないし強度も、二つ以上の段階があるのは当然であるとされる。

(2) 潮見佳男の見解

学説からも裁判例の実情からも帰責事由の見直しが進められるなかで、潮見は、ドイツ民法における過失の標準を分析したうえで、わが国の契約法における過失の合理性を論じている[434]。曰く、「過失の標準」の合理性を探求する場合、不法行為責任における注意と契約責任における注意は、その存立基盤を異にするものであるがゆえに、別個に検討する必要がある。そして契約責任について、「社会生活において必要とされる注意」の内容がどのようなものか、補充的契約解釈ないしは契約の意味適合的解釈によって探求されねばならないという[435]。

そこで潮見は、商品の提供を目的とする「与える債務」と、可視的要素に乏しくまた内容自体も履行過程の進展をまってはじめて具体的に確定されることの多い「なす債務」とを区別する[436]。「なす債務」では、履行過程における人の具体的な行為態様そのものへの法的評価（契約に即しての合法・不法評価）が問題となるという。つまりここでは、一定の目的をもって意思決定され、展開される具体的行為自体が、個々の契約における債務の対象となる。

このように考えると、結果実現保証の約束がなされていない「なす債務」については、契約内容に適合した作為・不作為がなされたかどうかという「債務不履行」の面のみを議論すれば、これと別に「過失」の問題を論じる意味がないと潮見は指摘する[437]。さらに、結果実現保証の約束を含んだ「なす債務」を想定すると、保証された事態が実現しなかった場合には、保証約束の違反を理由としてその結果が債務者に帰責されることになる[438]。ここでは「保証約束」の解釈が問題となり、契約締結時にどこまでの危険が引き受けられたのかという観点からの契約内容の確定作業が行われる。

このような考え方は、森田宏樹同様、契約において合意した債務に従わなかったことをもって債務不履行ととらえ、かつ債務不履行と帰責事由を一体的にとらえ、契約の内容に

433 同上 36 頁以下。また、森田宏樹『債権法改正を深める――民法の基礎理論の深化のために――』有斐閣（2013 年）38 頁以下も参照。
434 潮見佳男『契約責任の体系』有斐閣（2000 年）199 頁以下。
435 同上 201 頁。
436 同上 211 頁以下。
437 同上 214 頁。
438 同上 215 頁。

応じて帰責根拠を判断するものであるといえる[439]。

このように債務不履行責任の帰責事由を契約の拘束力に求める新しい契約責任論について、潮見は、さらなる課題として以下の二つを挙げている[440]。第一に、「契約」という観点に基礎を据えて契約責任の問題をとらえるために、契約内容の確定法理と契約責任論とを関連づけた理論を構築する必要がある。契約責任を理論的に洗練するにあたり、「契約の拘束力」の持つ意味が重要になってきているほか、契約責任論において契約内容の確定問題の占める割合が著しく増大することになる。第二に、契約責任論の現代化に取り組むグローバルな流れを受けて、わが国でも、現代社会において「あるべき契約責任の枠組み」を実現するために契約責任の理論を構築する必要がある[441]。

(3) 山本敬三の見解

こうした新しい契約責任論は、伝統的な過失責任主義を放棄し、契約責任の帰責根拠を契約の拘束力に求める。ここでは当事者が何を引受けていたか確定することが重要となる。

この点、同様に山本（敬）も、契約内容の確定を重要視している[442]。山本によれば、債権の発生原因である契約によって拘束されていたことが損害賠償責任の根拠であり、それゆえ、契約内容の確定と帰責事由の有無の判断とが重なる。ここでは、契約の拘束力が認められる射程が決定的な意味を持つため、契約の内容をどのようにして確定するかということが避けて通れない問題となるが、私的自治の原則から、個々の当事者が契約により行った決定が優先されることになる。

このように当事者の合意を重視する考え方は、近年の債権法改正に理論的基礎を提供するものであった。山本によれば、合意原則には「契約の当事者は互いに合意したことに拘束される」という積極的側面と、「契約の当事者は、本法その他の法律の定めによる場合を除き、互いに合意していないことには拘束されない」という消極的側面とがあるという[443]。

もっとも、このような合意原則は局面に応じて補完ないし制約されることがある。この点につき山本は、「契約自由に対する規制」を正当化する根拠として、「契約正義」にその根拠を求める考え方、「共同体の内在的規範」にその根拠を求める考え方、「権利・自由の保護」にその根拠を求める考え方があるとする[444]。山本はこのうち三つ目の考え方をとる

---

439 森田宏樹は、これを「債務の強度」に応じた帰責事由の内容決定、と表現する。なお、潮見（2010 年）・前掲注 296 においても、伝統的な過失責任主義を批判し、債務不履行の事実と帰責事由とを一体としてとらえようとする姿勢が共有されている。

440 潮見佳男「総論―契約責任論の現状と課題」ジュリ 1318 号（2006 年）81 頁。

441 国際化の流れのなかで契約法理の現代化をとらえようという発想は、潮見の以下の著作でもみられる。潮見（2004 年）・前掲注 296・290 頁以下。

442 山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリ 1318 号（2006 年）87 頁、同「債務不履行責任における「帰責事由」」法セミ 679 号（2011 年）10 頁。

443 「座談会　債権法の改正に向けて」ジュリ 1307 号 120 頁の山本の発言。

444 山本敬三『民法講義Ⅳ――１』有斐閣（2005 年）19 頁。また、同「契約規制の法理と民法の現代化（1）～（2・完）」民商 141 巻 1 号 1 頁以下・同 2 号 177 頁以下（いずれも

とし、それゆえに契約規制の類型として秩序維持や弱者保護のための「他律型規制」よりも、当事者の自律を保護するための「自律保障型規制」が重視されることになると説明する[445]。

(4) 国際的潮流との調和

新しい契約責任論には、少なからず国際的潮流との調和を図ろうとする面がある。新しい契約責任論の特徴である（i）過失責任主義の否定、（ii）不能概念の否定は、例えばCISGにおける契約責任の構造と同様である[446]。

この点について内田は、世界的に契約法統一の動きが進むなかで、共通法としての債権法のモデルの一つを発信する立場を積極的に評価している[447]。内田は、そもそも、債務不履行責任における過失責任主義は理論上の話であって、実際には裁判規範として機能していなかったと指摘する。とはいえ、過失がなければ債務不履行責任が免除されるというレトリックは、現在に至るまで判例・学説の議論を支配しているという。

帰責根拠を契約の拘束力に求める立場は、近年の債権法改正においても、国際的潮流に即したものとして積極的に受け入れられた。民法改正検討委員会は、契約で約束した義務を履行しなければ債務不履行責任を負うが、もともと契約で引き受けていなかったような事由で債務不履行が生じた場合、つまり予想していなかったような事態が起きた場合には免責されるという、常識的なルールを端的に書くことを提案している。伝統的通説に見られるような、不注意がなければ債務不履行に陥っても損害賠償責任を負わなくてよいという不自然な結末を名実ともに否定するためには条文を変えるべきであり、検討委員会の提案はその点で評価しうる。

一方で、これらの主張に対し、新しい契約責任論の展開を受けた債権法改正を批判する動きもある。加藤からは、無過失責任（厳格責任）への転換であるとか、英米法や国際的潮流との統合をはかる社会的必要性はないといった批判がなされている[448]。また、吉田は、

2009年）、同「日本における債務不履行法の変遷と課題――ドイツ法との対比から」小野秀誠ほか編『民事法の現代的課題』商事法務（2012年）405頁以下も参照。

445 山本（2009年）・前掲注444・141巻1号10頁以下・32頁以下・2号178頁以下。なお、契約内容の確定ないしその規制については、本稿第四章参照。

446 CISG45条（1）（b）は、「売主が契約又はこの条約に基づく義務を履行しない場合に」買主の損害賠償請求を認めている。また、同61条（1）（b）は「買主が契約又はこの条約に基づく義務を履行しない場合に」売主の損害賠償請求を認めている。ここでは帰責根拠としての過失は要求されない。また、不能概念の否定により、債務不履行の三分体系は否定され契約責任は一元化される。この他、瑕疵担保責任や危険負担といった制度もCISGにおいては存在しない。この点につき、参照、曽野裕夫「ウィーン売買条約（CISG）における瑕疵担保責任の不存在とその理由」野澤正充編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』日本評論社（2009年）117頁以下。

447 内田（2009年）・前掲注426・82頁以下。

448 加藤雅信『民法（債権法）改正―民法典はどこにいくのか』日本評論社（2011年）。また、加藤は法制審議会による債権法改正の問題点を指摘したうえで、自ら「国民有志案」

債権法改正の問題点として、以下の三点を挙げている[449]。第一に、これまでの民法改正は、例えば根抵当であれ、仮登記担保であれ、特別養子であれ、成年後見であれ、一定の社会的要請・必要性があって、それへの対応ということで個別的に改正がなされてきた。しかし、今回の債権法改正はこれらの場合と事情が異なる。第二に、「市民のための分かりやすい民法」を目指すとされているが、実際の法案は、既存の判例をこれまでの条文に盛り込んでいるため、長く読みにくい。第三に、「比較法的帰趨」からも債権法改正が求められているとされるが、国際的な動きへの配慮はされるべきであっても、国際的条約の批准によって解決する問題であり、国際商事取引の分野に合わせて債権法を全て改正する必要はないという。

V. 債権法改正における契約責任の帰責根拠

1. 「契約の拘束力」論とその影響

このように、近時の議論においては、過失責任主義から脱却し、債務不履行責任の要件を本旨不履行及び帰責事由（過失）とするのではなく、契約の拘束力そのものに求めることが主張されてきた。ここでは、契約責任を論じるにあたり、債権・債務の発生原因である個別・具体的な「契約」から説き起こして問題がとらえられるようになったといえる。当該債務が「契約」に基づいて生じたものであることや、当該債務を発生させた「契約」の内容が、債務不履行の問題を処理するための法理論にどのような影響を与えるかという点に関心が向けられる。このような考え方は、近時の債権法改正に大きな影響を与えることとなった。

なお、こうした近時の議論について、シビル・ロー的契約法理とコモン・ロー的契約法理とのいずれに軸足を置くかという議論であるとの指摘がある[450]。

曰く、シビル・ロー的契約法理とは、個々具体的な当事者の合意ないし意思から抽象化され、一般化された債務者の故意・過失ないし過責を中心とする帰責事由に契約責任の根拠を求める考え方であり、日本法の伝統的な帰責事由主義はこれにあたる。これに対し、個々の契約の文言に現れた当事者の合意ないし意思、すなわち、契約で当事者が約束したことないし引き受けたことそのものを契約責任の根拠とする考え方を、コモン・ローの契約法理である契約責任主義と呼ぶ。

帰責事由主義によれば、債務不履行を理由とする損害賠償請求等に帰責事由を要するが、債務者の帰責事由によらない後発的不能の場合は債務の当然消滅を認める。その結果、債務者は自己の債務を逃れるために契約を解除する必要はないが、双務契約の反対給付請求

を提案している。同『迫りつつある債権法改正』信山社（2015 年）。

449 吉田（2010 年）・前掲注 76 頁、同『都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」』有斐閣（2011 年）385 頁以下も参照。

450 松尾弘「民法改正とグローバル・スタンダード」法セミ 693 号（2012 年）18 頁。

の可否に関し、危険負担ルールを必要とする。債務者の帰責事由によらない原始的不能の場合も債務は存在しないため、瑕疵担保責任に関するルールが必要になる。

一方、契約責任主義は、瑕疵も契約不履行に包含し、債務者の帰責事由を問わずに履行請求、損害賠償請求、解除に関するルールを適用する。債務者に帰責事由のない履行不能の債務も契約が解除されない限り存続するから、解除制度が危険負担の領域をカバーすることになる。

一方で、新しい契約責任論の展開、及びそれにともなう債権法改正の動きに対して、小粥は、新しい契約責任論の議論が十分に浸透していないことを指摘している[451]。

ここでは、帰責事由論固有の領域を超えて、様々な事柄との関係の中で、新理論の内容、意義と課題等が検討されている。それによれば、新理論には、伝統理論（過失責任の原則）を破壊する相における強さと同時に再構築する相における弱さがある。あるいは、議論の実益が見えにくいとの印象を与える。

しかし、新理論は少なくとも、結果債務類型において伝統理論が擬制的な過失判断によって帰責事由を認めてきたところを契約内容――不履行があれば免責事由のない限り帰責事由がある――から合理的に説明することを可能とし、手段債務類型においても判例・学説における不履行判断と帰責事由判断との一致の減少に理論的な説明を与えているという[452]。この点において、裁判官が行ってきた法的処理と価値判断およびその理由付けそのものを対象として客観的に分析し、法的処理の性質の差異を明らかに析出するとともにその価値判断を導く因子と理由付けとを論理的に整合的命題として構成して判決行動の客観的科学的認識を可能ならしめる概念ないし論理を提供する「理論」としては、伝統的理論に勝るといってよい[453]。

2. 債権法改正作業の過程

わが国の民法典は制定後百年を超え、その間に大きな時代の変化、社会の進展をみた。こうした背景に対し、民法典の規定内容との齟齬が拡大したこと、また、取引法改正の世界的潮流に対応することを目的として、2009 年から法制審議会民法（債権関係）部会が民法改正に向けての議論を開始した[454]。その後、2011 年には「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」が、2013 年には「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」が公表された。それからも法制審議会での審議が進み、パブリック・コメントの手続きを経たうえで、2014 年に「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」が決定された。最終的に法制審議会は、2015 年に「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」を決定したうえ、同年 2 月 24 日開催の第 174 回会議において、原案通りの内容で「民法（債権関係）の改正

451 小粥太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリ 1318 号（2006 年）117 頁。
452 同上。
453 平井（1971 年）・前掲注 349・17 頁。
454 『民法（債権関係）部会資料集第一集第一巻』商事法務（2011 年）10 頁。

に関する要綱」を採択した。

法制審議会の要綱に基づき、法務省において「民法の一部を改正する法律案」、「民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律案」が立案され、2015 年 3 月 31 日の第 189 回国会に提出された[455]。その後、両法律案は、2016 年 11 月 16 日の 192 回国会において審理が開始され、次回以降の国会での成立が待たれる[456]。

3. 民法（債権関係）改正法案における損害賠償に関する諸規定（415 条）

(1) 基本方針の立場

近時の債権法改正作業において、債務不履行に基づく損害賠償責任の要件論については、「過失責任の原則」を基礎とする伝統的学説の立場から、帰責の正当化根拠を「契約の拘束力」によって基礎づける最近の学説の考え方に転換するものであると説かれる[457]。

この提案の考え方は「債務者が契約によりいかなる債務を負担したのかを確定した上で、次に、どのような事態について債務者が損失の負担をしないでよいのかを契約内容に即して判断し、債務者の『責めに帰すべき事由』の有無を評価しようとしている従前の実務の処理方法を明確にすることこそあれ、これと矛盾するものではない」とも説明されている[458]。

この他、「現行実務は、債務不履行責任の判断作業として、①契約等の債務発生原因の分析等に基づき債務の内容を確定し、②その債務の不履行事実を確定し、③債務者に帰責事由がないという抗弁が成立するかを確定するという 3 段階の作業を行っているとされる」が、契約の拘束力に根拠を求める考え方も、「このような判断構造の変更を意図するものではないとされている」とし、「いずれの考え方も、実務におけるこのような判断構造を維持した上で、上記③における抗弁事由の具体的な在り方を問題としている点で共通するとされている」と指摘されている[459]。

---

455 内閣提出法律案第 63 号及び 64 号。

456 債権法改正の基本方針に対するコメントとして、内田（2009 年）・前掲注 426、また、中間試案に対するコメントとして、森田（2013 年）・前掲注 433、内田貴『民法改正のいま――中間試案ガイド』商事法務（2013 年）がある。さらに、改正法案の概要を紹介、考察するものとして、潮見（2015 年）・前掲注 31、石崎泰雄『新民法典成立への扉――法制審議会の議論から改正法案へ――』信山社（2016 年）。改正法案の問題点を指摘するものとして、加賀山茂『民法改正案の評価――債権関係法案の問題点と解決策――』信山社（2015 年）がある。

また、要綱仮案について債権法改正のポイントをまとめたものとして、山野目章夫「民法（債権関係）改正のビューポイント（1）～（16）」NBL1038 号 8 頁以下・1039 号 72 頁以下・1040 号 68 頁以下（いずれも 2014 年）・1041 号 58 頁以下・1042 号 76 頁以下・1043 号 70 頁以下･1044 号 49 頁以下・1045 号 91 頁以下・1046 号 56 頁以下・1047 号 56 頁以下・1048 号 63 頁以下・1049 号 35 頁以下・1050 号 50 頁以下・1051 号 51 頁以下・1052 号 66 頁以下・1053 号 50 頁以下（いずれも 2015 年）。

457 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解　債権法改正の基本方針Ⅱ契約および債権一般（1）』商事法務（2009 年）244 頁、246-247 頁。

458 同上 245、254 頁。

459 法制審議会民法（債権関係）部会第三回会議（平成 22 年 1 月 26 日開催）における配布

基本方針【3.1.1.62】「債務不履行を理由とする損害賠償」は「債権者は、債務者に対し、債務不履行によって生じた損害の賠償を請求することができる」と規定する。そのうえで、【3.1.1.63】「損害賠償の免責事由」として、「(1) 契約において債務者が引き受けていなかった事由により債務不履行が生じたときには、債権者は【3.1.1.62】の損害賠償責任を負わない。(2) 債務者が【3.1.1.54】または【3.1.1.55】に定められた抗弁権を有しているときには、債権者は【3.1.1.62】の損害賠償責任を負わない」とする。

ここでは、当事者が合意に反したことによってただちに損害賠償責任が肯定されること（【3.1.1.62】）、そのうえで【3.1.1.63】は免責事由として機能することが明確にされている。そして、免責にあたっても、「契約において債務者が引き受けていなかった事由」という表現が用いられ、従来注意義務違反としての過失と分かちがたく結びついて解されてきた「責めに帰すべき事由」の文言が排されている。基本方針においては、あくまで帰責根拠は当事者の合意から導かれるとの立場が貫かれているといえる。

(2) 中間試案の立場

これに対して、中間試案は「債務不履行による損害賠償とその免責事由」を以下のように規定する。「(1) 債務者がその債務の履行をしないときは、債権者は、債務者に対し、その不履行によって生じた損害の賠償を請求することができるものとする。(2) 契約による債務の不履行が、当該契約の趣旨に照らして債務者の責めに帰することのできない事由によるものであるときは、債務者は、その不履行によって生じた損害を賠償する責任を負わないものとする。(3) 契約以外による債務の不履行が、その債務が生じた原因その他の事情に照らして債務者の責めに帰することのできない事由によるものであるときは、債務者は、その不履行によって生じた損害を賠償する責任を負わないものとする」。

ここでは、基本方針で用いられていた「契約において債務者が引き受けていなかった事由」という文言がなくなり、「債務者の責めに帰することのできない事由」という表現が復活している。この点については、「責めに帰すべき事由」という文言を維持して、債務不履行の原因につき債務者がそのリスクを負担すべきだったと評価できるか否かによって免責の可否を判断する旨を示すものであると説明される[460]。

ただし、契約に基づく債務については、「当該契約の趣旨に照らして」との文言を付加することで、その基本的な判断基準が契約の趣旨に求められることを示すという[461]。ここでは、基本方針に比べて明確ではないものの、帰責根拠をあくまで契約の拘束力に求めるという姿勢は維持されているようである。

(3) 改正法案の立場

資料 5-2「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（1）詳細版」。

460 『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』商事法務（2013 年）111 頁。

461 同上。

基本方針、中間試案を経て、現行民法 415 条の民法（債権関係）改正法案における改正案は以下の通り規定することとなった。「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき又は債務の履行が不能であるときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。ただし、その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない」。

ここでは、債務者が免責事由を主張立証して損害賠償を免れることができることが明確にされている。一方で、債務不履行と損害との間に因果関係が認められるならば、その損害を債務者が常に賠償しなければならず、債務者は、抗弁を提出して損害賠償責任を免れることは一切できないという考え方は採用されていない。免責の成否は、不法行為法上の過失の有無の判断とは異なり、個別の契約の文脈に照らし、その趣旨を踏まえて判断されることとなる[462]。

契約に基づいて生じた債務の不履行の場合の免責事由については、中間試案に引き続き、「責めに帰することができない事由」という表現が維持された。そして、免責事由の判断にあたっては、「契約その他の債務の発生原因」とともに「取引上の社会通念」という基準が用いられる。このうち前者は、基本方針においては「契約において債務者が引き受けていなかった事由」、中間試案においては「当該契約の趣旨に照らして」と表現されていたものと同じ趣旨であろう。問題となるのは、後者の「取引上の社会通念」の意味、及び両者の関係であるが、これは改正法案の文言から明確であるとはいえない。

この点につき潮見は、両者の関係について、並列で記されているが、前者を抜きにして後者の基準のみから判断されることを意味するものではないと説明する[463]。

一方山野目は以下のように解する。免責事由とは、契約およびに照らして債務者の責めに帰することができない事由である。これは、当該個別の当事者の意図と共に、その種類の契約に係る一般の観念も参酌して見定められるものであるから、免責の成否の考慮事由には取引上の社会通念ということも掲げられる。一般の意識を背景にしながら、さらに当該当該契約の個別性と向き合う思考が、免責事由の存否の判断にほかならない[464]。

契約を当事者の合意に基づいて理解し、帰責根拠を契約の拘束力に求める立場は、債権法改正の当初の議論においては明確に意図されていたように思われる。しかし改正法案においては、帰責根拠が当事者の合意違反のみに求められるわけではなく、「取引上の社会通念」による規範的判断が行われる余地があることを認めているように思われる。

4. 民法（債権関係）改正法案における損害賠償に関する諸規定（416 条）

462 この点は、契約責任法理において不法行為法の過失と同じ判断手法を用いることは適切でないとの潮見による指摘の影響がみられる。潮見（2010 年）・前掲注 296・89-94 頁。
463 潮見（2015 年）・前掲注 31・60 頁。
464 山野目（2014-2015 年）・前掲注 456・NBL1040 号 70 頁。

損害賠償の範囲に関する民法（債権関係）改正法案 416 条は、1 項については現行民法 416 条と変わらず、2 項において以下の通り規定する[465]。「特別の事情によって生じた損害であっても、当事者がその事情を予見すべきであったときは、債権者は、その賠償を請求することができる」。

どの範囲の特別損害の賠償をするべきであるかに関して、現行民法が「当事者がその事情を予見し、又は予見することができたとき」とするのに対し、「当事者がその事情を予見すべきであったとき」と改められている点が最大の変更点であろう[466]。これは、現行法の規定ぶり規範として問題があり、予見可能性が自然的な事実に即した判断ではなく、規範的な評価に服するものであることを強調した結果であると説明される[467]。特別損害に当たるとするために予見すべきであったという規範的な評価をするかどうかは、契約および取引上の社会通念に照らして判断される。債務者が単に知っているとか、告げられていた、というのみで予見可能であるとされるものではないという。

現行法の問題点の改良にあたっては、現行民法 416 条の起草の元となった Hadley v. Baxendale 事件が改めて参照され、予見可能性を適切にコントロールすることで認められる損害を確定しようとする考え方が積極的に評価されている[468]。

5. 民法（債権関係）改正法案における損害賠償に関する諸規定（418 条）

新しい契約責任論とその後の債権法改正作業において盛んに議論された、契約責任における帰責事由については、民法 418 条に関する議論もかかわりが深い[469]。というのも、同条は「過失」相殺に関する規定であり、結局は改正法案においても「過失」の語が維持されるに至ったためである。

---

465 債権法改正における損害賠償の範囲に関する議論を扱ったものとして、参照、石崎泰雄「債務不履行による損害賠償の範囲――法制審議会の議論をめぐって――」都法 53 巻 2 号 47 頁以下。

466 特別損害の概念に対し、通常損害の概念が従来通り用いられていることについて、潮見は以下のように説明する。通常損害と特別損害を区別しないで、契約および取引上の社会通念に照らし、賠償すべきものは賠償し、賠償する必要がないものは賠償しないということでよいのではないかという議論もあるかもしれない。実質はそうであるとして、そのように規範を表現し、契約の解釈一本でゆこうとすると、やや実務に負荷を課す恐れが気になる。賠償すべき損害であることについて特に説明を要しない種類のものと、特段の説明とそれを支える立証があってはじめて賠償が得られるものと、二つの形態があるという仕方で規範を提示しておくことで、安定感のある運用が期待されるともみられる。潮見（2015 年）・前掲注 31・62 頁。

467 同上。

468 内田（2013 年）・前掲注 456・125 頁。

469 債権法改正における過失相殺制度について論じるものとして、参照、道垣内弘人「債務不履行における過失相殺――債務不履行法改正との関係において」法曹 65 巻 1 号（2013 年）1 頁以下。また、特に損害軽減義務について論じるものとして、参照、岡林伸幸「損害拡大防止義務」田井義信編『民法学の現在と近未来』法律文化社（2012 年）122 頁以下、長谷川（2011 年）・前掲注 365。

基本方針は、現行民法上の債務不履行における過失相殺の趣旨を、「契約上で債務者に課された債務の履行がないことを理由として債務者に対して帰責されることとなった損害の一部を、損害回避のための合理的措置をとらなかった債権者に対して負担させるという、損害リスクの債権者への（再）転嫁」であると理解したうえで、改正作業においてもこの理解を踏襲するとした[470]。

一方で大村委員は、現行民法 418 条を基本的には維持しながらも、債務不履行による損害の発生を抑止ないし軽減するために、債権者にどのような行動を求めるかという観点を全面に押し出すと説明している[471]。「過失相殺そのものについては、一応債権者の側の損害抑止・軽減義務のところで、従来の過失相殺を取り込んだような考え方をと」るといい、「それとは別に、免責要件の中でどういう考え方をとるのかという問題はあるのだろう」としている[472]。

ここでは、契約の拘束力によって契約責任を肯定し、損害軽減理論によって損害賠償額を調整するという新しい契約責任論の立場の影響がうかがわれる。この立場は、英米法の従来の立場である他、CISG や UNIDROIT 国際商事契約原則、PECL が採用してきたものでもあり、国際的潮流の一部であるともいえる。特に、従来日本法では必ずしも明確に論じ分けられていなかった、債権者が債務不履行の発生に寄与したために損害賠償が否定される場面と、債権者が損害軽減義務に反して損害の発生・拡大を招いたために損害賠償が否定される場面とが、区別されようとしている点は意義深い[473]。

基本方針【3.1.1.73】は「債権者の損害軽減義務」と題して以下のように規定する。「(1) 裁判所は、債務不履行により債権者が被った損害につき、債権者が合理的な措置を講じていればその発生または拡大を防ぐことができたときは、損害賠償額を減額することができる。(2) 債権者は、債務者に対し、損害の発生または拡大を防止するために要した費用の賠償を、合理的な範囲で請求することができる」。ここでは、「過失相殺」の文言は排され、「損害軽減義務」によって損害賠償額が調整されることが意図されていた。

しかし結局、改正法案においては「過失相殺」の文言が残されることになった。損害賠償の範囲に関する民法（債権関係）改正法案 418 条は以下の通りである。「債務の不履行又はこれによる損害の発生若しくは拡大に関して債権者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の責任及びその額を定める」。

ここでは、債権法改正作業において、損害賠償責任や賠償額の決定にあたって従来の過失責任主義を採用しないことが強く指向されながらも、最終的には「過失」相殺の規定が残った点に注目すべきである。この点につき潮見は、「過失」「過失相殺」という用語法を

470 民法（債権法）改正検討委員会編（2009 年）・前掲注 457・143 頁、284-285 頁。
471 民法（債権法）改正検討委員会全体会議第二回議事録 27 頁。
472 同 30 頁。
473 英米法や CISG、UNIDROIT 国際商事契約原則、PECL では、両者は理論的には区別されている。

維持したのは、過失相殺の制度の意味に関して――不法行為における過失相殺の制度も含めて――多種多様な理解があるところ、今回の改正によってその理解に影響を及ぼすことになるかもしれない態度決定をすることを避けたと説明している[474]。

VI. 小括

周知の通り、わが国の契約法は伝統的に過失責任主義であるとされる。民法 415 条は (i) 債務者が債務の本旨に従った履行をせず、(ii) 債務者に故意・過失または信義則上これと同視すべき事由があった場合に、債務者に損害賠償責任を認めるものと解されてきた。しかしこのような考え方は、19 世紀のドイツ法学の思想を反映したものであり、民法の起草過程からは必ずしも導かれないとの指摘がかねてよりなされてきたところである。

そこで、ドイツ法学説継受への反省、母法であるフランス民法の検討を通じ、債務不履行の三分体系が否定され一元的にとらえられるようになるとともに、契約責任を「契約に基づく責任」としてとらえる立場が展開されてきた。これは、契約責任の帰責根拠を契約の拘束力そのものから導き、従来の過失責任主義を放棄しようとするものである。このような新しい契約責任論は、英米法の従来の立場である他、CISG や UNIDROIT 国際商事契約原則、PECL が採用してきたものでもあり、国際的潮流の一部であると評価される。

この点、本稿が指摘するように、債務者が合意に反したことをもって契約責任を肯定し、債務者に理由のない損害については別に免責する規定を設ける CISG の立場は、そもそもわが国の民法の起草当時の意図と親和的なものであるといえる。特に、民法 415 条と 418 条の関係についてみると、損害賠償責任は債務者の過失を要せず認められており、これに対して、債務者側に理由のない不履行や、債権者側の理由による不履行の場合に対応する必要が生じたことから、民法 418 条が設けられたようである。これは、CISG45 条ないし 61 条と、同 80 条との関係に類似しているといえる。

近時の債権法改正においても、新しい契約責任論の主張が色濃くあらわれている。とはいえ、最終的に公表された改正法案においては、新しい契約責任論の立場が貫徹されているとは必ずしも言えないようである。例えば、民法 415 条の改正について、基本方針は「過失」や「帰責事由」といった語が排し、免責事由は「契約において債務者が引き受けていなかった事由」であるとして、帰責根拠は当事者の合意からのみ導かれることを明確にしていた。しかし最終的な改正法案では、免責事由について「帰責事由」の語が維持され、それは「契約その他の債務の発生原因」とともに「取引上の社会通念」によって判断されるという。二つの判断基準の関係は必ずしも明確でない。また、民法 418 条については、結局「過失相殺」という文言は維持されることとなったものの、英米法や CISG 等の損害軽減理論を参照した経緯がうかがわれる。

いずれにせよ、近時の債権法改正において従来の過失責任主義が放棄されることは明ら

474 潮見（2015 年）・前掲注 31・64 頁。

かとなった。しかし、帰責根拠を契約の拘束力に求める枠組みを受け入れたとしても、契約責任の決定にあたって規範的ないし介入的な判断が行われる余地はなお認められよう。そこで以下では、当事者の合意に介入的な契約法理論に関するわが国の議論の蓄積を概観した後、実際の裁判例において明示的な義務違反にとどまらない契約両当事者の帰責根拠がいかに判断されているか分析することとする。

第四章　契約内容の決定にかかわる日本法の学説の展開

I.　はじめに

本稿は契約違反の救済の場面に着目し、日米の学説の展開および具体的な裁判例の分析を通じて、契約責任の帰責根拠を論じるものである。また、個々の妥当な紛争解決のためには、明示の義務違反の有無のみで契約責任を決するのではなく、当事者の合意のみに還元されない規範的判断が持ち込まれるべき場面もあろうと考える。

この点、救済の場面のなかでも契約内容の決定に関して、契約への介入を認めることで具体的な問題を解決しようとする研究がみられる。例えば、20 世紀後半に星野が公表した論稿は、資本主義社会における経済的弱者の存在を認識し、契約自由の原則や私的自治の原則といった契約法の基本原理を今一番問い直そうとするものであった[475]。星野による問題提起以降、21 世紀のわが国の契約法学は、それぞれの時代における契約をとりまく具体的問題に着目してきたといえる。その後も、経済的弱者や取引能力の劣る者等、契約の一方当事者が不均衡な状況に置かれている状況を是正するために、契約内容の決定にあたって当事者の合意を制限するべき場面、あるいはそのための契約法理論が論じられてきた。

こうした研究が契約への介入をいかに理論付けるかという課題に取り組んできたことからも明らかなように、契約は当事者の自由な決定にすべてを委ねられるものではない。例えば、契約類型ごとに標準的な契約内容が定まっている典型契約の場合、当事者の明示的な決定がなくとも契約内容が定まることがある。あるいは、当事者が明示的な決定をしても、公序に反する等の理由で、契約内容がその通りにならないこともある。具体的な問題――例えば、経済的弱者や取引能力の格差の問題――の解決のために、当事者の明示的な合意への介入を認める契約法理論のあり方を検討する立場は、契約内容の決定か契約責任の決定かという場面の違いはあれど、本稿と問題意識を共有するものであるといえる。

これに対して、近時の債権法改正作業には、「債権」という発想から「契約」という発想への転換という特徴がみられる[476]。すなわち、債務の内容は「契約」によって定まるのであり、どのような場合に履行しないことが認められるかも、契約でどのように決めたかによることとなる[477]。「契約」を重視するこのような考え方は、形式主義的であるがゆえに客観的に明快ではあるが、上述したように、わが国の実情に即したものであるかどうかは疑問である[478]。

---

475 星野英一「現代における契約」加藤一郎編『岩波講座現代法 8 現代法と市民』岩波書店（1966 年）。なおこの論文は、同『民法論集第三巻』有斐閣（1972 年）に所収されている。

476 大村敦志『民法改正を考える』岩波書店（2011 年）160 頁以下。

477 本稿が着目する契約責任の決定の場面についていえば、このような立場からは、帰責根拠もまさに「当事者が契約したことに反したこと」に求められるということになる。その意味で、帰責根拠は契約の拘束力から導かれる。

478 本稿第三章Ⅳ参照。なおこのような立場は、ドイツ法学説継受への反省や、日本民法の

また、契約内容の決定に関連して、近年では、いかなる契約類型においていかなる制限がかけられるかという観点からの検討がなされている[479]。これは典型契約論に近い考え方であり、結論を先取りしていえば、むしろ形式主義的な方向性の議論であろう。

このように近年のわが国の契約法学は、契約責任の決定、及び契約内容の決定の双方について、おおまかにいえば形式主義的な基準を採用しようとする方向にあるように思われる。しかし、契約内容の決定については、実質主義的な立場からの研究がかねてよりなされてきたところであるし、契約責任の決定についても、実質的には形式主義的な基準――帰責根拠を契約の拘束力のみに求める――にとどまらない責任判断構造が機能しているように思われる。

そこで以下では、星野による問題提起を端緒とする契約内容の決定に関する先行研究について、とりわけそれらがどのような具体的問題を解決しようとするものであったか検討する。さらに、こうした問題提起から近年の典型契約論的な研究へと至る学説の展開について、その概要を検討することとする[480]。

II. 資本主義社会における契約法理論

1. 当時の契約法学の状況

契約法の基本原理を再検討しようという試みは、1966 年に発表された星野の論稿に端を発する[481]。星野はこの論文において、資本主義化のすすむ現代における契約観念の変遷という観点から、当時議論されることのなかった私的自治の原則や意思主義の概念を再検討する必要性を説いた[482]。

当時の契約法に関する主だった議論をみてみると、例えば広中も、経済や社会の発展のなかで契約がいかに保護されるか、法社会学的な観点からの検討を行っている[483]。そこでは、有償契約について市場倫理が支配するものとされ、その紛争解決にあたっては、国家（裁判所）が人的要素に介入することは許されないと説明された[484]。広中の研究は、市民

母法たるフランス民法の研究を経て生じてきたものであり、昨今の国際的潮流に合致するものでもある。

479 例えば、後述する石川の研究に代表される立場である。

480 1980 年代の契約法の理論的検討について、特に消費者保護の観点から従来の研究を概観するものとして、大村敦志『生活民法研究 I 契約法から消費者法へ』東京大学出版会（1999 年）3 頁以下がある。また、1990 年代の契約法学のおおまかな理論動向については、吉田克己『現代市民社会と民法学』日本評論社（1999 年）8 頁以下参照。

481 星野（1966 年）・前掲注 475。大村は、契約法についての理論的検討はこの論稿を契機として飛躍的に進んだと評する。大村（1999 年）・前掲注 480・18 頁。

482 星野は（i）法律行為概念の意義、（ii）契約法の基本原理という二つの問題について議論を展開したが、本稿の問題関心から、以下では専ら（ii）を紹介することとする。

483 広中俊雄『契約法の研究』有斐閣（1958 年）、同『契約とその法的保護』創文社（1974 年・初出 1953 年）。

484 広中は有償契約と無償契約の発展に関する歴史的研究をも行っている。ここでは、いま

社会対国家の構図を前提としており、そのなかで国家の介入を限定すべきとの問題意識によるものであった。また、我妻は星野と同様、資本主義の発達にともなう私法の変遷につき検討していたものの、その研究は契約による財貨の移転に着目するものであった[485]。

2. 資本主義社会における契約

星野は、産業革命以降の大企業の発達にともない、現代の我々の日常の契約実体においては、私人が交渉により契約内容を変更する自由はなく、近代法が想定する契約の自由はほぼ存在しないと指摘する。むしろ、契約の自由の原則は、経済的強者による経済的弱者の支配という現実を隠蔽する機能を果たしていると批判する。このことから、現代法のもとでは、国家による積極的な規制が求められることとなる[486]。

契約自由の原則に対する国家の介入が認められれば、私的自治の原則に修正がなされることとなる。星野はその修正の態様を以下の二つに分けて説明している。

第一に、現代においては私的自治の原則そのものの修正が迫られているという。当事者の合意を重視すると、就業規則や約款を用いる附合契約の拘束力を説明することができない。また、当事者の合意通りの拘束力が認められるか否かは、最終的には国家による裏付けを前提とするのであり、政策の変更によって拘束力が否定されることもあり得る。このように、契約の拘束力に対する基礎づけとしての私的自治の原則の力は弱まっており、その範囲も限定化されつつある[487]。

第二に、私的自治の原則の帰結たる意思主義にも修正が加えられる。星野はこれを、「意思主義」から「表示主義」への変遷として説明する。すなわち、意思主義のもとでは、意思表示者の保護を重視するあまり、その相手方の保護への配慮を欠くことがある。また、相手方は意思表示者の「表示」を前提に自ら解釈・理解するのであるから、誤った表示をなした者よりもその表示を信頼した相手方こそが保護されるべきである。その意味で、意思ではなく表示行為の客観的な意味を重視する表示主義へのシフトがみられる[488]。

3. 契約自由の原則と私的自治の原則

星野は「契約思想、あるいは契約観念の変遷」を扱うとしたうえで、契約自由の原則、私的自治の原則を検討の中心にすえた[489]。というのも、両原則は契約法の基本原理とされ

だなされない給付に対する offensive な法的保護が認められる有償契約に対し、無償契約ではすでになされた給付に対する defensive な保護が認められるに過ぎないと説かれる。同上。

485 我妻栄『近代法における債権の優越的地位』有斐閣（1953 年）。我妻によれば、資本主義社会においては、物質の支配という従来の所有権の作用から、契約（債権）を通して他人を支配する資本的作用への変化がみられる。

486 星野（1972 年）・前掲注 475・32-37 頁。

487 同上 47-48 頁

488 同上 44-47 頁。

489 星野（1966 年）・前掲注 475・209 頁。

てはいたが、当時十分な検討がなされているとは言い難かったためである[490]。具体的には、星野は、契約自由の原則と私的自治の原則を区別すべきことを説く。

星野は、私的自治の原則による契約の拘束力の説明を「近代的な解答」であるとする[491]。これは、「なぜ人は人に対して義務づけられるか」という問題に対する規範的根拠付けの問題であり、その根拠は西洋の近代自然権思想的な「自由意思」論に求められる[492]。自由意思論はもともとルソーにより国家権力の基礎づけのために用いられたものであるが、契約の基礎づけという私法領域でも同様に理解された[493]。

そこで、私的自治の原則にもとでは、以下の二通りの意味で当事者の意思が重要なファクターとなる。第一には、法律行為において当事者の意思が尊重されねばならない。具体的には、(i) 意思能力の存在や意思の欠缺（錯誤、詐欺）の不存在など、正常な意思が存在すること、(ii) 契約の成立にあたって意思の合致があること、が求められる。第二に、契約の解釈においても、意思表示をした両当事者の意思が探求されねばならない[494]。

他方、契約自由の原則については、これを近代資本主義国家の政策であるとしており[495]、特に、契約自由の積極面、すなわち、「国が、社会関係の形成につき私人に授権する」とい

---

490 同 267 頁。

491 同 212 頁。

492 この点に関連して、筏津は、近代ヨーロッパ大陸法系における契約理論には、二つの異なったタイプがあり、両者を明確に区別すべきであると説く。そこでは、ドイツ型の契約理論に対し、それとは異なる法的思考原理に基づく契約理論としてプーフェンドルフの契約理論が取り上げられる。そのうえで筏津は、ルソーはホッブスの国家論を克服するため、プーフェンドルフの契約理論を修正して社会契約に応用したのではないかと主張する。曰く、一方では、認知的段階ですべての契約当事者に認知された契約の内容（社会契約書）に対する同意という理論構成、他方では、「合意のみによる所有権の移転」という、プーフェンドルフの契約理論を特徴づける二つの基準が、ルソーの社会契約論を支えている。筏津安恕『失われた契約理論――プーフェンドルフ・ルソー・ヘーゲルボワソナード――』昭和堂（1998 年）182 頁以下。プーフェンドルフの契約理論と区別されるドイツ型の契約理論については、同『私法理論のパラダイム転換と契約理論の再編――ヴォルフ・カント・サヴィニー――』昭和堂 (2001 年)。また、プーフェンドルフの契約理論については、同『義務の体系のもとでの私法の一般理論の誕生――スアレス・デカルト・グロチウス・プーフェンドルフ――』昭和堂（2010 年）も参照。

493 星野（1966 年）・前掲注 475・222-24 頁。その後サヴィニ―により自由意思論は法律行為一般に拡張されるに至ったが、星野自身は、法律行為一般への自由意思論の拡張に対しては消極的であったようである。

494 こうした意思による契約の義務づけについて、星野は、西洋においては契約の拘束力は強くなければならないとの観念があると説明している。例えば、pacta sunt servanda の規範がこれを証明しているという。一方わが国では、契約の拘束力の観念は弱いと評価される。同上。もっとも、契約のとらえ方に関するこのような西洋と日本の比較にはいくらか疑問が残る。例えば Macaulay の研究では、lawyers は契約締結時に将来の紛争に備えて詳細な契約条項を設けるが、business men は簡単な内容で契約を締結し、その後必要に応じて修正を行うという契約実務が説明されている。Stewart Macaulay, *Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 AMERICAN SOCIOLOGICAL REV. 1 (1963).

495 星野（1966 年）・前掲注 475・225 頁。

う局面に着目することが重要であるとしている[496]。

このように星野は、契約自由の原則と私的自治の原則を区別し、後者は根拠の次元の問題であるのに対し、前者は政策の次元の問題であるとする[497]。契約においては自由と干渉（強制）とが錯綜し、ことは政策判断にかかっている。人間の本質的自由から、契約の自由が直ちに導かれるとはいえない[498]。また、契約の拘束力は客観的倫理により基礎づけられるべきであるとする[499]。

「現代における契約」での主張は、基本的にはその後の星野の研究にも承継された[500]。ただし、ここでの「私的自治」の説明は「意思自治」の説明に当たると後に訂正されている[501]。意思自治はフランスに発生した考え方、私的自治はドイツに発生した考え方であり、直接には別々の発展をしたものであるという[502]。そして、両者は具体的帰結においては共通しており、その理由は両者とも近代意思主義哲学を源に持つことによると思われるが、最も高次のレベルにおいては、両者は異なったものと解しておくのが差当り適当であるとする。

さらに、国家による契約自由への介入について、規制目的、規制方法、規制対象という三つの視点から整理がなされ[503]、「『契約自由』から『契約正義』へ」[504]、「『意思』から『理性』へ」[505]という二つのテーマが提示されている。

4. その後の学界への影響

このように星野の研究は、「契約自由」あるいは「意思」が尊重される領域が今後も残ることを認めつつも、「客観的倫理」、「理性」、「契約正義」を強調する立場をとっていた。当時十分に議論されていなかった契約自由の原則や私的自治の原則といった契約法の基本原理について、その検討の重要性を説いた点は非常に意義深い。さらに、意思自治の原則と私的自治の原則の異同を明らかにし、その位置づけを行うことにより、これらを相対化する視点を提供したといえる。資本主義社会における経済的弱者の存在と、そこでの契約法の基本原理のあり方に関する星野の問題提起に対し、その後の学界は様々なアプローチでこれに応えようとすることになる。

---

496 同 226-27 頁。一方で消極面としては、(i) 契約の成立に関する自由、(ii) 契約の内容に関する自由、(iii) 契約の法式に関する自由が含まれる。
497 同 212 頁。
498 同 262-64 頁。
499 同 265-66 頁。
500 星野英一「史契約・契約思想の歴と比較法」同『岩波講座基本法学 4 契約』岩波書店（1983 年）、同「意思自治の原則、私的自治の原則」同編『民法講座第 1 巻民法総則』有斐閣（2012 年）。
501 星野英一「民法とはなにか（2）」法教 3 号（1980 年）24 頁。
502 星野（1983 年）・前掲注 500・21 頁。
503 同上 30 頁以下。
504 同上 47 頁。
505 同上 49 頁。

III. 意思主義の復権

1. 石田喜久夫の見解

星野が意思主義の限界を示唆する一方で、石田は、人間を拘束しうるのは人間自身であるとの信条を基礎的姿勢とした[506]。石田は「『みずからが拘束される意思を有していたがゆえに拘束されるのである』という発想まで捨て去ることには、問題がある」[507]として、星野の見解に対立する立場をとっている。

また、星野が近代以前からの西欧大陸法の伝統を重んじ、後述する原島が 19 世紀ドイツをモデルとするのに対し、石田はむしろ自己の哲学を全面に押し出している。石田の議論では一貫して、「人間の自由な意思の尊重」という明確な価値観が認められる。「契約自由」は「人間の自由」の一顕現形態であると表現され、そのうえで、現代社会における人間疎外の状態の克服が試みられる[508]。石田は契約の拘束力について、「人間の人間たるゆえんは『自由な意思を持つ存在』にあり、納得しなければ拘束され難いのが、人間の本性なのである」[509]とし、法規範の存立根拠についても、「人間は本来自由であるべきであり、自由を確保するためにのみ法規範を設定するのである」[510]とする。

もっとも石田は、国家による契約への介入を否定するものではない。ただしその根拠付けにおいても、やはり当事者の意思を契約の拘束力とする基本姿勢が維持される。例えば、国家が市民間の契約に干渉する場合、その実質的根拠は、国家自体にはなく、市民の一般的意思に求められなければならないという。市民の一般意思による客体に対する十分な認識が客観化されているという点において、自己決定の原則の前提を制定法が定めているということができるのである[511]。

そのうえで石田は、契約への介入の場面について以下の通り説明する。当事者は不公正な内容の契約条項には拘束されない。というのも、社会的経済的事情から、生活をするために不可欠の契約を結ぶときには、『自由な意思』の存在を語ることはできないためである[512]。そして、何が不公正かは、に可能な選択が容易になされるとした場合、常識ある人ならそのような条項を承認したであろうか、という基準によるべきである[513]。その根底には、

---

506 石田喜久夫『現代の契約法』日本評論社（1982 年・初出 1979-81 年）。これは、1979 年から 1981 年にかけて法学セミナーに連載していた論稿をまとめたものである。
507 同上 23 頁。
508 同上 2 頁。
509 同上 230 頁。
510 同上 226 頁。
511 石田喜久夫「契約の拘束力」淡路剛久編『現代契約法大系（1)』有斐閣（1983 年）100 頁以下。
512 石田（1982 年）・前掲注 506・36 頁以下。
513 このことはすなわち、紛争の解決にあたって、裁判官が「契約自由の原則」の基礎的前提を欠く条項を無効と認定すべきであるということに他ならない。同上。

人間が理性的存在であるとすれば、「自由な意思」は「合理的な意思」でなければならないとの考え方がある[514]。

さらに、石田は無制約な私的自治の承認を否定しながらも、「本来の」私的自治を肯定する点が興味深い。私的自治は、特定の社会が許容する一定限度において妥当する原則である。無制約な私的自治の承認は、社会の崩壊を招き、弱肉強食の結果、ついに人間の自由を奪うに至るからである。強行法違反や公序良俗に反する行為が無効とされているのは、このゆえにほかならない[515]。すなわち石田は、表見的には私的自治を否定しているかにみえる特別法が、かえって、本来の私的自治を確保する目的に出るものであると評価するのである[516]。

このように石田の議論では、「人間の自由な意思」の尊重という価値観が一貫しており、立法による契約への介入も、やはり意思によって積極的に基礎づけられる。ここに至って「意思」という語は、石田も認めるように、多様な側面を有することになる[517]。

2. 原島重義の見解

原島も星野の問題提起に対して、星野とは異なる見解に立つ。石田と同様に意思が重視され、現代的な契約現象に対応するために、古典的な契約法に立ち戻る必要性が説かれた[518]。原島の基本的立場は以下の通りである。契約自由は私的自治の現象形式のひとつであるとされ、自己決定が私的自治・契約自由の規定要素として説明される。自分が決めたことに責任を持つという自主性こそが契約の拘束力・有効性の根拠であり、契約の神聖といわれるものにつながる[519]。

原島は具体的な一場面として約款を取り上げ、もはや古典的な法律行為論は用をなさないとする立場を否定し、本来の私的自治の原則・契約理論に立ち返る必要があると説く[520]。そのうえで、約款の拘束力に疑問を呈し「二重の手当て」――取入れ要件と内容コントロール――が必要であるとする立場を示した[521]。すなわち、約款による契約においては、原則として当事者の自由な合意なしに任意規定から離れることはできない[522]。また、約款の内容については、現に存在する契約の自由を制限するのではなく、約款が一方的に形成さ

514 同上 36 頁以下。
515 同上 231 頁。
516 同上 235 頁。
517 同上 247 頁。
518 原島重義「契約の拘束力」法セ 345 号（1983 年）。また原島は、約款規制という特定の問題を念頭に置き、具体的な解釈論的主張がなされている点に特徴がある。同「約款と契約の自由」淡路剛久編『現代契約法大系（1）』有斐閣（1983 年）、同「約款と『市民法』論」法科 12 号（1984 年）。
519 原島（1983 年「約款と契約の自由」）・前掲注 518・52 頁。
520 原島（1983 年「契約の拘束力」）・前掲注 518・34 頁。
521 同上 50 頁。
522 原島（1983 年「約款と契約の自由」）・前掲注 518・46 頁。

れ、そのために私的自治・契約自由の原則からコントロールする必要性が出てくるという[523]。このような理解を通して、約款による契約は通常の契約締結に近づき、約款の取り扱いにおいても契約による法律関係の自主的形成が重視されることとなる[524]。

原島は、現代社会における取引過程について、約款使用取引に象徴されるように、ますます契約原理が無視され、私的自治や契約の自由がまったく空虚なものになりつつあると指摘する。そこで、法律による強制によって私的自治・契約自由を確保することで[525]、かえって市民本来の契約原理が復活し、「実質的契約自由」がかなえられることになる[526]。

3. 意思主義の復権とその後の学界への影響

星野による問題提起を受けて石田・原島の議論が展開され、契約法の基本原理という理念的な問題が議論の対象となった。意思主義の限界を示唆した星野に対し、石田・原島は古典的な契約法に立ち戻り、契約当事者の意思を重視する立場をとった。もっとも、両者の間では「意思」や「契約自由」といった言葉の用語法がそれぞれ異なるようであり、特に石田については具体的問題への言及が十分なされたわけではなかった。

実質的・実効的な契約自由、私的自治を支持する見解はこの後の一部の議論にもみられ、契約の具体的な場面における検討が重ねられることになる。

IV. 契約正義論

1. 契約正義による契約への介入

星野による問題提起以降、消費者保護の必要性という現代的現象を背景とした契約原理が論じられることとなった。この点につき大村は、契約自由と対抗するものとして「給付の均衡」法理を挙げ、約款規制や消費者保護といった今日的な課題に対処するために、このような「給付の均衡」法理の拡張が求められていることを指摘した[527]。大村理論は星野同様、契約関係における個人の自律を無条件に認めるのではなく、契約正義をはじめとする外在的価値基準による介入を肯定的に評価するものである。

「給付の均衡」法理とは契約正義に立脚する契約原理であり、契約自由と対抗するものである[528]。日本においては、旧民法の立法過程において「給付の均衡」法理のひとつの現

---

523 同上 53 頁。
524 同上 68 頁。
525 なお、自由な意思が不在である場合には、そのことが契約への介入の根拠となる。そのような介入の場合には私的自治が確保されている以上、結果の当不当は問題とされない。同上 46、52 頁。
526 原島（1984 年）・前掲注 518・31 頁。原島は現代的な契約現象に対応するために、古典的な契約法――「市民法」と呼ばれるものである――に立ち戻る必要があると説くが、その原型はサヴィニーの議論に求められているようである。
527 大村敦『公序良俗と契約正義』有斐閣（1995 年・初出 1987 年）367-368 頁。
528 同上。

れであるフランス法のレジオン法理の導入が試みられたこともあるが、結局挫折した経緯がある。そのため日本の民法典上は「給付の均衡」法理は存在しないものの、その後の判例の展開のなかで、暴利行為法理を柔軟に活用することによって日本型の「給付の均衡」法理が創造された[529]。

大村は、民事裁判を通じて当事者の契約関係に国家が介入することを積極的に評価し[530]、その広範な介入のあり方について検討した。具体的には、行政法上の諸法令に違反した行為に私法上効力が認められるか否かについて、法令をその目的によって以下の二つに区別したうえで、いずれの法令違反行為も無効であるとする[531]。ひとつは、個々の取引において当時者の利益を保護することを目的とする「取引利益保護法令」であり、法令の規制目的と取引の効力否定との間に矛盾相剋が存在せず、法令違反行為を無効とすることが規制目的にもかなうし、当事者の信義・公平を実現することにもなるという[532]。もうひとつは、取引の環境となる市場秩序の維持を目的とする「経済秩序維持法令」であり、市場の確保や競争の維持が真に追及されるべきものであるのなら、独占禁止法などによってその実現を追及するだけでなく、私法においてもこれらの価値の擁護が試みられるべきであるという[533]。

2. 典型契約論の積極的評価

さらに大村は典型契約論に関して、その積極的意義を認めない支配的見解を批判し[534]、公平な契約内容を保障するための装置として典型契約を見直そうとする[535]。ここでは典型契約規定に、契約当事者間に特約がない場合の補充規定としての意味だけでなく、場合によっては、契約自由を制約する効力が認められることになる[536]。典型契約類型は、「契約という行為のために社会によって提供されているカテゴリー」と理解され、個人と社会は対

---

529 同 361 頁。

530 当事者の契約関係への国家の介入を考えた場合、その手段として、行政的・刑事的なものと民事裁判によるものとが考えられる。大村は民事裁判による規範実現を「一定限度での定型的規制と消費者のイニシアティブに基づく事後的調整」と位置付け、自由放任と全面介入を調和させる可能性を有するものとして肯定的に評価している。大村敦「消費者・消費者契約法の特性――中間報告（1）～（4)」NBL475～478 号（いずれも 1991 年)。特に、(4）58 頁参照。

531 大村敦「取引と公序――法令違反行為効力論の再検討（上）（下)」ジュリ 1023 号・1025 号（いずれも 1993 年)。

532 同上（上）86 頁。

533 同上（下）68 頁。

534 例えば大村は、典型契約の意義に否定的な来栖の見解について、制定法の拘束力から契約を解放しようとする指向に基づくものであると指摘したうえで、現在ではむしろ、「法律は一つの法源に過ぎないことを強調するのではなく、依然として一つの法源ではあることを確認するということが重要である」と述べている。大村敦『典型契約と性質決定』有斐閣（1997 年・初出 1993-95 年)。

535 同上 4 頁以下。

536 同上 42 頁、304 頁。

立するものではなく、むしろ「個人を支援し個人によって更新される絆」としての共同体理解がなされている[537]。

このように大村の理論は、民事裁判を通じた契約への介入を積極的に活用し、契約正義を実現することで、約款規制や消費者保護などの今日的な課題に対処しようとするものであった。契約における個人の自律はさほど重視されず、契約正義というひとつの実体的価値を志向するものであり、その背景には社会（共同体）への信頼や共感がみられる点が特徴的である。

V. 関係的契約論

1. 古典的契約パラダイムの限界

経済的弱者の保護の観点から契約法の基本原理が見直される一方で、内田もまた、古典的契約パラダイムの限界を指摘した[538]。内田は、契約が両当事者の合意の時点で成立・確定するものであるという古典的な契約概念に疑問を呈した。そのうえで、現代における契約の問題状況をふまえ、アメリカ法における Macneil の議論[539]を参考に「関係的契約」という代替モデルを提示したのである。

古典的契約概念において契約とは、独立対等の見ず知らずの個人間で、交渉の結果締結されるものであると考えられてきた。契約内容は合意の時点で成立・確定し、締結後はそれに従って淡々と履行がなされることになる。しかし、契約締結時に当事者が将来の事象をすべて予見し、それを組み込んだ権利義務関係を設計するのは不可能である[540]。むしろ、契約は時間の幅を持つものであり、交渉・成立・履行といったプロセスのなかで当事者が継続的に契約規範を形成していくことが多い。

実際に内田は、一般条項のような不確定な法概念を活用することによって、古典的な契約概念からは導けない新たな契約責任を導くという現象が、世界にほぼ共通して見られることを指摘する[541]。このような責任の拡大減少は、既存の契約理論の修正によってはとうてい対応できない問題を含んでおり、新たな契約理論が求められている[542]。

問題状況は日本でも同様であり、特に 1960 年代以降、それまで見られなかった新たな傾向の裁判例――信義則を媒介として「契約責任の拡大」を認める一連の裁判例――が登場

537 同上 350-52 頁。
538 内田貴『契約の再生』弘文堂（1990 年）
539 Macneil の議論については、本稿第一章Ⅷ参照。
540 内田（1990 年）・前掲注 538・57-58 頁。
541 具体的には、「付随的義務」や「保護義務」等の新たな概念によって、これらを既存の契約理論にとりこむ努力がなされている。内田貴「現代契約法の新たな展開と一般条項（1）～（4）」NBL514～517 号（いずれも 1993 年）。同『契約の時代〔第 8 版〕』岩波書店（2009 年・初出 2000 年）。
542 同上（2000 年）43 頁。

する。内田はこれらの裁判例を、その法原理に即して以下の六つに分類する[543]。すなわち、（i）契約締結交渉不当破棄に対する損害賠償責任を認めるもの、（ii）契約締結に際して説明義務や助言義務を課すもの、（iii）契約条件改訂のための再交渉義務を課すもの、（iv）契約関係に入った相手方の損害の発生や拡大を防止するために一連の作為義務を課すもの、（v）一定の契約関係において「継続性」原理（契約の更新拒絶や解約、解除に際して、契約の継続を尊重し、正当な理由なしには契約の解消を認めないとする考え方）を承認するもの[544]、（vi）報酬や賃金の返済等、金銭の支払いが問題となる場合に、これを減額することによって当事者の利害を調整する中間的解決を与えるものである。

以上のいずれについても、判断基準がルールとして明確化しえずスタンダードという形をとることが指摘され、古典的契約モデルから導くことは不可能もしくは極めて困難であるとされる[545]。

2. 関係的契約論

そこで内田は、Macneil の議論を参照し[546]、契約法を二元的に把握する[547]。ひとつは、古典的契約法が想定する「約束を中核とする約束的契約」である。これは、独立対等の見ず知らずの個人間で交渉の結果締結されるもので、「単発的契約」とも呼ばれる。これに対し、「非約束的契約」においては、約束の代わりに当事者の置かれている社会関係が企画において重要な役割を演じることになる。これを「関係的契約」と呼ぶ。また、単発的契約から関係的契約へと段階的スペクトラムが想定される[548]。

古典的契約法は、一定の歴史的条件のもとで誕生した特殊な規範体系と評される。契約に伴う社会的関係を法の世界から排除し、ルールとして抽象化することで形式的合理性を達成したものであり、そのために現実の契約実務と乖離することとなった。これに対し、関係的契約法規範においては、古典的契約法のもとでは放逐されていた、当該取引をめぐる社会的背景（関係）が、再び契約法のなかに取り込まれることになる。近年の裁判例の動向に見られる新たな法現象は、契約実践のなかの契約規範（内在的契約規範）が実定法

543 同上（2000 年）73 頁以下。
544 具体例として、独占的販売総代理店契約に関するいわゆる舟本決定などが挙げられる。
545 内田（2000 年）・前掲注 541・85、86 頁。
546 わが国における Macneil 理論の紹介として、この他に、木下毅「著書紹介」アメリカ法 1985-2 号（1985 年）、吉田邦彦「論文紹介」アメリカ法 1989-1 号（1989 年）、同「アメリカ契約法学における損害賠償利益論」アメリカ法 1992-2 号（1993 年）、中田裕康『継続的売買の解消』有斐閣（1994 年・初出 1991-92 年）419 頁以下、がある。
547 日本における契約法の特徴として、「実定法としての契約法」と「生ける法」との契約の二元性が指摘されることがある。しかし内田理論における契約の二元性は、日本に限定されない、より普遍的な分析枠組みとして提示されている。吉田（1999 年）・前掲注 480・10 頁。
548 内田（1990 年）・前掲注 538・57-58 頁。

に取り込まれたものと把握される[549]。

このように内田理論は、古典的契約理論に対して新たに関係的契約モデルを理論化し、信義則を介して関係的契約法規範を実定法に吸い上げるという、すでに裁判実務などで見出される現象を積極的に正当化した。

3. 制度的契約論

内田はさらに、契約当事者への介入が正当化されうる場面――具体的には、民営化に伴う契約の場面――の検討を通じ、現代における契約を理解するための新たな理論枠組みを論じている[550]。

民営化に伴う契約には、「提供の対象となりうるすべての人に適切な品質の財やサービスが平等に提供されること」を担保するための法規制が求められており、契約自由の原則を制限することが正当化されることがある[551]。具体例として、一般家庭への電気・ガス・水道の供給契約、学校教育契約、福祉契約（介護契約、保育契約）、企業年金契約が挙げられる[552]。内田はこのような契約を「制度的契約」として整理し、ある意味で「公的」な性質を有する給付が契約を通して行われる場合であり、個別交渉が排除され、統一的・画一的な取り扱いが要請される契約であると定義する[553]。

制度的契約においては、制度全体としての不当条項規制が要請される。内田は制度的契約に共通する特質として以下の四つを挙げる[554]。(i) 契約締結の際に、個々の当事者が契約条件を交渉し、個別に合意することは、正義公平に反する（個別交渉排除原則）。(ii) 財やサービスは、受給者としての資格を有する者に、平等に差別なく提供されねばならない（締約強制、平等原則、差別禁止原則）。(iii) 契約の拘束力が正当性を得るためには、契約の内容やその運用に対して、財・サービスの潜在的な受給者が、直接的または間接的な方法で、集権的に決定に参加できる仕組みが確保されている必要がある（参加原則）。(iv) 財やサービスの給付の内容や手続について透明性が確保されるべきであり、給付の提供者は受給者に対して説明責任を負う（透明性原則、アカウンタビリティ）。

---

549 同上。

550 内田貴『制度的契約論――民営化と契約』羽鳥書店（2010 年）135 頁以下。内田自身は、制度的契約と関係的契約との関係について、制度的契約論においては契約当事者間の「信頼」という関係に特に着目して、形式的なルールの修正を試みると説明している。

551 内田は、その背景にはアメリカにおける公法的規範拡張論があると説明する。市場主義的発想が拡大するなかで、従来公的制度がカバーしてきた領域のなかに市場メカニズムが機能すべき問題があることが主張され、public utilities（公益事業）への規制がなされるようになった。公的機関から民間主体へと財やサービスの提供主体が移された後の契約について、公的機関に課されていた公法的規範が私的契約においても拡張して適用されることになる。特に、従来公的主体が服してきた行政手続きやアカウンタビリティについての規範を、民営化により回避させてはならないことが強調されている。同上 51 頁。

552 同上 67 頁以下。

553 同上 57 頁。

554 同上 86 頁以下。

内田の理論は、取引的契約に対して、非市場的で個々人の意思によるコントロールを受けない契約類型として制度的契約を提示した。こうした契約類型における公共性（集権的になされるべき社会の機能についての重要な選択が問題となる場合、公的機関にはアカウンタビリティが要請される)、外部性（同様の財・サービスを受ける立場にある契約当事者への配慮が要請される）といった要素が導かれ、そのために契約への介入が正当化されると説明される。

なお、個別交渉を排除し画一的・統一的な処理をするという点では約款論との類似性が指摘されるが、内田はこれを否定している[555]。約款はその内容を開示することが理念として要求され、そのために約款の拘束力は「意思による契約形成」という建前を維持することになる。これに対して制度的契約では、個別交渉の事実上の困難というより、個別交渉を認めること自体による不公平が問題となるのであり、もはや「意思による契約形成」という建前を維持できない。

契約への介入の具体的場面を検討する議論のなかでも、内田の理論では、集団的な契約における、同様の地位に立つ複数当事者間の平等的取扱いを理由とした契約規制が論じられている点に特徴があるといえる。

VI. 基本権に基づく私的自治の再構築

1. 前提としての基本権

山本敬三は、「私的自治や契約自由がそのままでは十分に機能せず、それを補うために介入が行われざるをえないが、しかしそれによって逆にまた私的自治や契約自由の基礎が掘り崩されるのではないかというディレンマにどう対処するか」が現代の民法学の最大の理論的課題であるという[556]。このような課題設定は後述する山本顕治と共通するところであるが、その課題への対処の方向性は異なる[557]。山本敬三は、個人による私的自治と自己決定権を尊重しながらも、わが国の憲法との関係をふまえた私的自治の再構築を試み、ときに契約自由への介入が肯定されることを認めている。

山本敬三はまず、憲法が国家に対して課している義務として以下の三つを挙げる。第一に国家は、それを正当化するに足りるだけの十分な理由がない限り、基本権を侵害してはならない（国家の介入禁止)。第二に国家は、個人の基本権を他人による侵害から保護するために、積極的な措置をとらなければならない（国家の基本権保護義務)。第三に国家は、個人の基本権がよりよく実現されるよう、積極的な措置をとらなければならない（国家の基本権支援義務）[558]。国家が定めた法としての性格を持つ以上、私法にもこれらの義務は

---

555 同上 126 頁以下。
556 山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治（1）～（2・完)」法学論叢 133 巻 4、5 号（いずれも 1993 年)。特に（1）6 頁を参照。
557 本稿第四章VI参照。
558 山本敬三「憲法と民法の関係――ドイツ法の視点」法教 171 号（1994 年）48-49 頁。

当てはまる。そこで、私法もまた、個人の基本権の保護あるいはその支援措置を定めねばならず、またそれによって他の個人の基本権を過度に侵害することは禁止される[559]。

2. 私的自治と契約自由

契約法の領域についていえば、私的自治と契約自由とが憲法上の自由として位置づけられる[560]。ここでの私的自治とは、「市民の生活空間を主体的に形成する自由」を意味するとされ、従来の一般的理解よりも広く、あらゆる私事についての自己決定権の問題として議論される。とはいえ契約制度においては、一人だけで自己の生活空間を形成することはできず、他人の同意を得てはじめてそのような生活空間の形成が可能となる場面が多くある。契約には、国家による契約の承認と裁判所によるその強制的実現という面があり、それは契約自由の積極的側面として評価される。すなわち契約制度とは、「出発点としては私的自治と自己決定権を支援するための制度であるが、当事者間の関係が破綻した場合には、反対する者の現在の私的自治と自己決定権を無視してでもその者を拘束するという強制的性格を併せ持つ」のである[561]。

このように、原則としては、国家は基本権である契約自由を制約することを禁止される。しかし、契約が個人の基本権を侵害するような場合には、国家は契約自由に介入することができるし、また、介入しなければならない。このような国家の義務は、立法を通じて果たされることになるが、立法が十分な保護手段を用意していない場合には、裁判所が立法の不備を補って自ら法形成のかたちで保護を与える憲法上の責務を負う[562]。

3. 比例原則

さらに山本敬三は、ある個人の基本権の保護または支援を目指した国家介入が、他方で、

---

559 山本敬三「取引関係における公法的規制と私法の役割――取締法規論の再検討（1）～（2・完）」ジュリ 1087～1088 号（いずれも 1996 年）、特に（1）126-29 頁を参照、同「基本法としての民法」ジュリ 1126 号（1998 年）262-63 頁。

560 憲法三条は、幸福追求権を定めることによって、リベラリズムの思想を採用していると理解することができる。リベラリズムの思想が「市民の生活空間を主体的に形成する自由」を要請することはいうまでもなく、その意味で、私的自治は憲法上の自由であるという。山本敬三「公序良俗論の再構成」奥田昌道先生還暦記念『民事法理論の諸問題（下）』成文堂（1995 年）24 頁。同『公序良俗論の再構成』有斐閣（2000 年）参照。

561 この側面では契約自由は私的自治と断絶しているといえる。しかし、この強制的性格がなければ、契約を通じて自己の生活空間を主体的に形成する自由も無意味なものになってしまうため、これは憲法 13 条によって要請されるものであると把握される。山本（1993 年（2））・前掲注 556・5-6 頁。

562 山本（1993 年（1））・前掲注 556・17 頁、同（1995 年）・前掲注 560・60-62 頁、同（1996 年（1））・前掲注 559・127-128 頁。なお、各個人に保護請求権のような対国家請求権を認めるわけにはいかず、誰の基本権をどの程度支援するかは、原則として、国民の民主的決定、すなわち、立法に委ねられるべきものとされる。

他の個人の基本権を侵害する場面を想定する[563]。このような場合に、国家介入によって後者の基本権がかえって侵害されることを防ぐため、「比例原則」による原理間衡量がなされることになる。この比例原則は、より具体的には、(i)「適合性の原則」(手段が目的の達成に適したものであること)、(ii)「必要性の原則」(手段が目的の達成に必要不可欠であること)、(iii)「均衡性の原則」(狭義の比例原則、目的と手段が均衡を失していないこと)、の三つの部分原則からなる[564]。

VII. 交渉秩序と実効的な私的自治

1. 契約法の領域における私的自治

山本顕治も山本敬三同様、現代の民法学における私的自治のあり方をテーマとした論稿を公表している。特に山本顕治は、契約交渉過程における法規範に着目した新たな契約法パラダイムの提示を試みており、過程志向型である点に留意したい。

山本顕治はまず、現代社会における法化現象の問題性を指摘する[565]。法治国家、民主主義国家においては、法は個人に平等な法人格や契約自由・私的所有権等の基本的権利を保障するという積極的な役割を果たしていた。しかし、現代の社会福祉国家においては、法は個人の自律的生活領域への介入法に転化しているという(法化現象)。

契約法の領域については、契約両当事者の経済的・知的対等性が欠けており、両当事者の自律性は機能不全を起こしていると指摘される[566]。その意味で、対等な契約当事者間を前提としていた従来の契約法観は、すでに崩壊しているのである。また、両当事者間に自律性が保障されている場合であっても、その結果として契約が公共的利益に反する結果を生み出す場合が顕在化している。

そこで、一方では両当事者間の自律性を保障するために、他方では公共的利益を保障するために、契約関係に関してもともと存在していた制定法規範の範囲を拡張し、またその規律密度を高めることが要請されることになる。しかし、かかる契約関係における法規範の拡張と濃密化は、当事者の自律性との緊張関係を生み出すことになり、かえって私的自治を危機に陥れている[567]。

なお、山本顕治のいう「私的自治」とは、「近代的な主体性」としての自己決定を意味するものではない[568]。従来の近代的契約法観においては、契約はあくまで国家制度としての法制度の次元に属するものと考えられてきた。これに対し山本は、契約を日常生活におけ

563 山本(1996年(1))・前掲注559・129頁。
564 山本(1993年(2))・前掲注556・15頁。
565 山本顕治「契約規範の獲得とその正当化」『谷口知平先生追悼論文集 2 契約法』信山社(1993年・初出1991年)73-77頁。
566 同上79-80頁。
567 同上。
568 同上2-13頁。

る言語活動によって生成される秩序ととらえる。このような契約法観によれば、契約とは、主体の抽象的意思の合致により、締結時に拘束力を持つルールを定立するというようなものではない。むしろ、現実の人間の日常的な生活実践におけるかかわり合いのひとつとして契約がとらえられ、その前提となる意思は抽象的なものではなく、本来的に「矛盾とゆらぎを内包した意思」である。

山本は、近代的な契約観からの移行、換言すれば「制度と日常性の狭間の越境」を正当化する原理として私的自治を理解する。そのうえで、現代における私的自治は、場合によって容認しがたいほどの「猥雑さと多様性」を内包する原理であり、法制度を逸脱して矛盾と多様性に満ちた「生」と向き合うことが必要となると指摘する。

2. 法のプロセス化

現代における法化現象に対して、山本顕治は、「法の手続化」あるいは「法のプロセス化」と呼ばれる戦略をとる[569]。契約法の領域においては法のプロセス化による私的自治の保障が目指され、具体的には、交渉促進規範として契約法規範をとらえなおす[570]。すなわち、契約に関する実体的規範は、裁判外では契約当事者間の交渉関係を規律し、裁判内では両当事者と裁判官との間の対話関係の枠組みを規律する手続き的な規範としての役割を果たす。また、契約当事者間においては、紛争主題についての直接的な規律の形成を目的として順次提出・交換される実体的な論拠としてとらえなおされる[571]。

VIII. 契約の法性決定

1. フランス法における古典的契約規範論と「契約のエコノミー論」

森田修もまた、当初契約意思に基づく古典的契約概念とは異なる、現代における新しい契約法の体系を再考している[572]。その研究は主にドイツ、フランス、アメリカを比較法研

---

569 同上 78-79 頁。この他、法化が果たす自由や権利の保障という積極的側面に着目してそれを擁護しさらに推し進めようとする見解、また反対に、いわゆる新自由主義的な立場からの「規制緩和」あるいは「脱中央集権化」の主張もある。しかし、山本顕治はそのいずれでもない第三の道を志向している。

570 山本顕治「競争秩序と契約法――「厚生対権利」の一局面――」神戸法学 56 巻 3 号（2006 年）272 頁以下。

571 同上 84-85 頁。さらに、交渉促進規範の一場面として、山本顕治は再交渉義務を取り上げる。山本顕治「契約交渉関係の法的構造についての一考察（1）～（3）」民商 100 巻 2、3、5 号（いずれも 1989 年）、特に（3）89 頁以下参照。また、より詳細な研究として、同「再交渉義務論について――交渉理論と契約法理論の交錯一」法政研究 63 巻 1 号（1996 年）。

572 森田修『契約責任の法学的構造』有斐閣（2006 年）、同「『新しい契約責任論』は新しいか――債権法改正作業の文脈化のために」ジュリ 1325 号（2006 年）210-215 頁、同「履行請求権か remedy approach か――債権法改正作業の文脈化のために」ジュリ 1329 号（2007 年）82-89 頁、同「『契約の尊重（favor contractus）』について」『実務法学におけ

究の対象としており、歴史的手法、法と経済学を基礎に分析したうえで、日本法の理論構築を行っている。

森田は、フランスの伝統的な契約規範論について、契約に基づく法律関係を、一方当事者の義務負担行為に解体してとらえるものと説明する[573]。ここでは、一方当事者の義務負担に向けた一方的意思（同意）を出発点として、その合致としての合意が契約の有効要件の中心とされるが、これに「債務の objet」および「債務のコーズ」に関する要件が付加的に要求される。このように、契約のレベルでなく債務のレベルに定位し、かつ、このような意思の分節的支持構造を備える点が、フランス法の古典的契約規範論の特徴であるという[574]。

これに対して「契約のエコノミー論」からは、古典的契約規範論は、当事者が契約によって実現しようとした実質を直接に把握しえないとされる。この実質は、「当事者の意図した経済／構造的取引」という概念によって捉えられるものであり、このように「取引」のレベルで問題を包括的・総合的に設定する志向は、「契約のエコノミー論」から現代フランス契約法学へと広く共有されたという[575]。

2. 合意による契約の修正

フランス法における古典的契約規範論の見直しに関する研究に続き、森田はわが国においても契約の古典的概念構成を見直そうとしている[576]。ここでいう古典的概念構成において、当初契約意思は締結後の将来の事象をすべて組み込んでおり、契約規範は両当事者の合意の時点で成立・確定する。契約の履行も合意の実現に厳密に固定され、無時間的に完了する。いったん契約が成立し、履行過程が開始されると、当事者が意思によって権利義務関係を設計するという意味での当事者の権能は及ばなくなる。

このような契約の現在化（presentiation）の考え方に対し、森田は新しい概念構成を試みる。というのも、締結時に当事者がすべて予見することは不可能である。契約の成立も履行も、時間の幅をもつものであり、契約規範は時間の中で継続的に形成され続け、逐次的に履行される。ここにおいて契約における時的要素が発見され、現在化（presentiation）

る現代的諸問題』ぎょうせい（2007 年）、同『契約規範の法学的構造』商事法務（2016 年）等。

573 森田修「フランスにおける『契約のエコノミー』論の展開」法協 127 巻 10 号（2010 年）1602 頁以下。

574 同上 1693 頁。

575 同上。なお、「契約のエコノミー論」を総括したとされる Pimont の研究について、参照、森田修「Pimont の『契約のエコノミー』論――契約規範の形態原理をめぐる近時フランス法理論の一斑（1）～（2・完）」法協 127 巻 1 号 124 頁以下・同 9 号 1361 頁以下（いずれも 2010 年）。

576 森田修「合意による契約の修正（1）～（7・完）」法協 128 巻 12 号～130 巻 9 号（2011～2013 年）、特に（1）2972 頁以下参照。

の呪縛から解放される[577]。

さらに重要な点として、契約当事者の具体的な権利内容（契約関係）とは別に、当事者が有効な契約関係によって権利義務関係を形成していること（契約紐帯）が観念される[578]。そのうえで、森田は合意による契約の修正の場面に着目する[579]。というのも、「合意による契約の修正」は単なる現在化の更新ととらえられてきたが、これはむしろ逐次的な当事者の再合意とみるべきである。そして、「合意による契約の修正の自由」が認められるためには、修正対象行為と修正結果関係との間の「契約の同一性」という制限があると考える[580]。同一性の判断基準は、取引の経済的構造に変化がなかったか否かによって定まる[581]。

契約の同一性に関する議論は日本では必ずしも盛んではなかった。森田の議論は、日本法について考えたとき、各有名契約が契約類型として法技術的な必要に十分対応できているかどうか検討することになる。

3. 契約の法性決定

さらに森田の研究は、個々の契約関係を典型契約の法的カテゴリーを用いて性質決定する――例えば、売買契約と性質決定する――方向へ進む。ここでは、わが国において、類型化の作業が重視される一方で、かくしていったん定立された既存の類型概念に、事実や下位の法形象を分類する思考操作自体についての議論は薄いという問題関心があるという[582]。森田は、この点につき法学的関心の顕著なフランス法の学説及び裁判例を手掛かりに、わが国における契約類型と法性決定のあり方を探ろうとする。

後述する石川博康の見解同様、森田修の見解は、一定の契約類型を用意して法性決定を

---

577 同上 2983 頁以下。

578 同上。

579 契約規範の継続的形式の一場面である契約の修正には、裁判官の裁量に基づく契約の司法的改訂によって契約規範の再設計がなされる場合と、逐次的な当事者の再合意の場合とがあるが、森田修は後者を取り扱う。後者は（森田によれば）当事者が合意をし直すことによる自律的な法律関係の変更であると説明され、更改、和解、代物弁済、準消費貸借といった場面が挙げられる。同上。

580 同上 3042 頁以下。

581 森田修は Ghozi の見解を参考に、個々の契約についてどの契約規範が適用されるかの分類を提示している。すなわち、(i) 修正合意（同一性が維持される）、(ii) 更改（同一性が失われるが新旧コーズの結びつきがある）、(iii) 解約＋新合意（同一性が失われ、コーズの結びつきもない）の三分類である。さらに一定の加重要件を満たせば和解、代物弁済と法性決定されることになる。修正合意は法性降格の受け皿として機能する。同上。

582 森田修「フランスにおける『契約の法性決定』(1) ～ (6・完)」法協 131 巻 12 号（2014 年）2415 頁以下・132 巻 1 号 79 頁以下・同 4 号 664 頁以下・同 9 号 1654 頁以下・同 11 号 2009 頁以下・同 12 号 2288 頁以下（すべて 2015 年）。この他、フランス法における典型契約を参考に契約の性質決定を論じるものとして、山代忠邦「契約の性質決定と内容調整――フランス法における典型契約とコーズの関係を手がかりとして――(1) ～ (4)」法学論叢 177 巻 3 号 49 頁以下・同 5 号 48 頁以下・178 巻 3 号 48 頁以下（すべて 2015 年）・同 4 号 59 頁以下（2016 年）も参照。

行う一方で、利益衡量や信義則判断を避け裁判官の裁量を狭める傾向にあり、契約当事者の合意の解釈にゆだね契約自由の原則なかで修正をとらえる見解とは対照的であるといえよう。

VII. 典型契約論

1. 契約の本性

石川は、合意に対して法が与える補充的・修正作用の問題、より具体的には、法による契約補充の問題と契約の内容規制の問題について、その理論的基礎を探求することを目的とする。特に、契約内容の実体的構造に関する考慮が契約の補充や内容規制の作用を支えるという論理構造に着目し、そのような観点と関係する「契約の本性論」とそのひとつのヴァリエーションである三分法の理論について、その歴史的展開をふまえつつ具体的に検討を加えている[583]。

考察対象とされる三分法の理論は、以下の三つの要素から構成される[584]。すなわち、(i)契約規範の内容に関する本質的要素――その点に関する規律がなければ、その種類の契約が成立し得ない要素。例えば、売買契約における代金など――、(ii)本性的要素――その種類の契約に通常備わるべき要素であって、その点に関する当事者の具体的な規律がなくとも契約の内容となる一方、当事者の規律によって排除することもできる要素。例えば、売買契約における売主の担保責任など――、(iii) 偶有的要素――その点に関する規律が欠けていてもその種類の契約の成立は阻害されない非本質的部分であって、その点に関する当事者の規律が存在してはじめて契約の内容となる要素――である。

石川は、ローマ法から現代にまで及ぶ歴史的考察をふまえて、上記の三分法にかんする議論から、以下のような特徴を抽出する[585]。すなわち、第一に、三分法は様々な形で信義誠実（bona fides）の原理と結び付けて議論されている。第二に、三分法は、様々なヴァリエーションがあるが、その差異の多くは、変更あるいは排除の可能性と、合意の必要性という三分法の基礎にある二つの視点と、三分法の三つの要素との関係性・結びつき方により分かれるものである。最後に、三分法は類型化の要請にこたえている。

石川はこれらの特徴を前提としたうえで、本性的要素の二元性・重層性――具体的には、法定類型と現実類型に分類する――を基礎とした内容補充と内容規制の構造化の必要性を説く[586]。その理由は、現代における「契約の本性」論の諸機能の実効性を確保するために

---

583 石川博康『「契約の本性」の法理論』有斐閣（2010 年）。
584 同上 40 頁以下。なお、ローマ法、中世ローマ法学、近代のフランスおよびドイツにおける三分法の理論について詳細な分析がなされている。
585 同上 499 頁以下。
586 同上 518 頁以下。なお、「契約の本性論」による内容規制は、上記を前提としつつ、本質的要素のうちの本質的な部分――すなわち、排除されざる本質的要素――と矛盾する条項の効力を否定することによって行われる。

は、本質的要素や本性的要素の内容等に関するより個別具体的な把握を通じて、その類型的規律に関し可能な限り個別化を図ることが有用である点に求められる。石川の見解によれば、契約の補充と規制というふたつの法作用は、「契約の本性」による契約規範の「規整（ausgestaltung）」として統一的に把握することが可能になるという。

2. 再交渉義務の理論

また、石川は特に契約締結後の再交渉の場面に着目し、再交渉義務による積極的な交渉環境の整備の必要性を説く[587]。これは、再交渉の場面においては通常の交渉より強く特殊なディレンマが存在する点に着目したものであり、石川は締結後の事情変更の場面を対象として再交渉義務要件・効果の体系化を試みる[588]。具体的には、(i) 契約改訂提案の申し出および検討に関する義務、(ii) 交渉プロセスを形成する義務、(iii) 誠実に交渉を行う義務がその内容とされる[589]。また、固定要件として法的な契約調整課題が存在すること、動的要件として契約改訂課題の複雑性（積極的要件）、再交渉を期待困難にする事情の存在（消極的要件）が要求される。石川は多様な再交渉義務の内容に対応するべく、義務内容の段階的把握、要件の動的衡量を可能とする動的システム論を志向するが[590]、単なる利益衡量ではなく事前に一定の要件が立てられている。

契約における他律的規範に対する立場としては、石川は森田修同様、一定の契約類型を立てその類型による当事者の合意では排除できない規制・修正がなされ得ることを積極的にとらえている。石川の議論はむしろ、いかなる契約類型に対していかなる制限がかけられるかの検討を重視しており、その意味で典型契約論に近いといえよう。いずれにせよ、ここで契約法規範の実体的構造を明らかにするという問題意識が明確に示されたことに留意したい。

IX. 小括

近代から現代にかけてのわが国の契約法学は、社会の資本主義化に伴う契約法の変化に直面してきた。特に星野の研究は、経済的弱者の存在に着目し、契約法における私的自治の原則や、意思主義の意味を問い直そうとするものであった。星野は、契約自由の名のもとに、交渉力や情報力の劣る契約の一方当事者が不均衡な状況に置かれたままになってい

---

587 石川博康『再交渉義務の理論』有斐閣（2011 年）。

588 私的自治の再生論においては、山本顯治による交渉促進規範論からのアプローチ、内田貴による関係的契約理論からのアプローチ、森田修による関係的再交渉義務論の再構成があり、当事者の交渉力・情報力のアンバランスや締結後の地位の濫用の場面が取り上げられてきたところである。

589 石川（2011 年）・前掲注 587・58 頁以下。

590 同上 176 頁以下。法規範は、硬直した判断しか導き得ない固定化された要件・効果の形ではなく、いくつかの確定された要素の「力」の協働によって構成される柔軟な要件効果の形で示される。

る現状を批判し、意思主義の限界を示唆したのである。

一方で、契約が両当事者の合意の時点で成立、確定するものであるという古典的な契約概念にも動揺がみられた。内田は、契約締結時に当事者が将来の事象をすべて予見し、それを組み込んだ権利義務関係を設計するのは不可能であると指摘する。ここでは、契約は時間の幅を持つものとしてとらえられ、交渉、成立、履行といったプロセスのなかで、当事者は継続的に契約規範を形成し続けるという。

このような契約の時的要素の発見は、21 世紀の契約法学において広く受け入れられたといえる。そのうえで、契約法は経済的弱者にいかに対応すべきか、様々な角度から解決が模索されてきたが、そのアプローチは二つに大別することができる。

第一は、実質的私的自治を実現することで、意思主義を復権しようとするものである。山本は、ハーバーマスの提唱する理想的発話状況を参考に、契約交渉段階における交渉促進規範の機能を検討した。曰く、交渉力の不平等な契約当事者に対して、適切な環境下での交渉を促進するような交渉促進規範が求められる。

第二の立場は、契約への介入によって経済的弱者の保護を図るものであり、ここでは介入をいかに正当化するかが問題となった。内田は、契約が当事者の意思と関係なく規制され得る根拠を、契約の外部性に求めた。介護サービスや義務教育の提供といった、公共性の内在する契約では、平等性を維持するアカウンタビリティが要請され、そのための介入が許される。また、約款規制論においては、例えば、消費者契約法 10 条の任意規定から外れるような約款の不当条項を認めないといった方法がとられた（任意規定の指導形象機能に着目した半強行規定化）。

さらに、石川や森田も、締結後に契約が修正される場面を想定し、当事者の意思に基づかない修正や規制のあり方を検討した。ただし、これらの議論は、むしろ典型契約論に位置づけられるといえる。石川は、契約を段階的な構造でとらえ、契約規範の内容に関する本質的要素、契約類型によって決せられる本性的要素、当事者のその他の合意によって契約内容となる偶有的要素に分ける。本性的要素について契約類型が決定されると、類型ごとに、当事者が合意によって排除できない規制や修正がなされる。森田は、契約が修正前後で同一性を維持するか否かを問題とし、それは、個々の契約の法性決定によるという。同一性が維持されるような契約類型では、当事者の合意による契約の修正が制限されることになる。

以上のように、星野による問題提起の出発点は、経済的弱者や取引能力の劣る者など、契約の一方当事者が不均衡な状況に置かれている状況にあり、21 世紀の契約法学は、こうした不均衡を是正するために、当事者の合意への介入を論じてきた。これに対し、石川博康をはじめとする近年の契約法学は、個別の契約実態に対応するというより、むしろより一般的な契約法規範とそれが規律する契約類型の構築を試みているようである。ここに至って、契約内容の決定に関する議論は、契約法規範の実体的構造をいかにとらえるかという、より形式的な観点からの研究へとシフトしつつあるといえる。

この点、本稿は契約違反に基づく救済の場面に着目し、契約責任の帰責根拠をいかにとらえるか問うものである。特に、当事者の明示的な義務違反に還元されない規範的判断によって契約責任が決定される場面に着目する。このことは裏返して言えば、契約法規範の実体的構造――特に、そこにおける他律的規範――を明らかにしようとする課題設定と問題意識を共有するものといえそうである。何となれば、当事者の合意に還元されない規範的な要素によって帰責根拠が構成され、当事者に契約責任が認められた場合、このような合意に基づかない規範的要素は他律的規範として契約法規範に組み込まれており、当事者を規律していたのだと考えられるためである。

いずれにせよ、わが国の契約法学は、経済的弱者の保護といった実質的な要請から、契約内容の決定を論じてきた。このように具体的な問題に向き合ってきたわが国の契約法において、契約責任の帰責根拠を契約の拘束力に求める枠組みが採用されたとしても、それがあらゆる事案類型について文字通り徹底されることはないように思われる。そもそも、伝統的に厳格責任主義を採用し、当事者の合意違反を帰責根拠としてきたアメリカ契約法においても、実際の裁判例においては必要に応じて規範的判断が持ち込まれていることは上述した通りである。

そこで以下では、実際の裁判例に着目することで、契約責任の帰責根拠として規範的判断が機能し得る場面を明確にし、そこにおける責任判断構造を探求することを試みる。

第五章　日本の裁判例における契約責任の帰責根拠

I.　はじめに

本稿は、契約違反に対する救済の場面において、明示の合意違反以外の規範的判断がいかになされ得るかという疑問を出発点とし、アメリカ契約法において fault を見出す議論を検討してきた。近年の fault 論は、伝統的に厳格責任の立場を採用してきたアメリカ契約法においても、債務者が明示的な合意に反したことのみが帰責根拠とされているわけではないことを明らかにするものであった。そこでは、契約の解釈、契約違反と損害との因果関係の判断、損害軽減法理等を通じて、契約両当事者について規範的判断がなされていることが指摘された[591]。

さらに、アメリカ法の裁判例をみると、(i) 債務者が契約上明示された義務に違反していないにもかかわらず契約責任が肯定された事案、(ii) 債務者が契約上明示された義務に違反しているにもかかわらず契約責任が否定された事案、が存在する。fault 論の立場からは、これらの事案は、(i) 明示の義務違反はないが、債務者に fault が認められるために契約責任が肯定された、あるいは、(ii) 明示の義務違反はあるが、債務者に fault が認められないために――むしろ損害の発生・拡大について債権者に fault が認められるために――契約責任が否定された、と説明される[592]。具体的には、必要量購入契約をはじめとする契約類型について、債務者が契約に違反したか否かだけでなく、当事者が機会主義的に行動したか否かによって契約責任が決定されているとされる。

これらの事案の特徴として、契約期間がある程度長期に渡ること、契約締結時に契約内容の全てが決定されているわけではないこと、そしてそのために契約の一方当事者が機会主義的行動をとり得ること等が挙げられるように思われる。例えば、契約締結時に具体的な購入量を決定しない必要量購入契約では、市場価格の下落を理由に買主が売主への注文を控えたために紛争が生じることがある。このような場合には、アメリカ契約法は厳格責任主義に立ちながらも、契約当事者の機会主義的行動の有無といった規範的判断を持ち込むことで、妥当な紛争解決を図っているようである。

翻ってわが国では、契約責任は伝統的に過失責任であると解されてきた。契約違反に基づく損害賠償責任は、債務者の本旨不履行に加え、債務者に過失が認められることで肯定されることになる。これに対して新しい契約責任論は、帰責根拠を契約の拘束力に求める考え方を有力に主張し、このような立場は近時の債権法改正においても承認されることとなった[593]。

---

591 本稿第二章Ⅹ参照。
592 本稿第二章Ⅸ参照。
593 本稿第三章Ⅳ参照。

とはいえ、わが国の契約法が過失責任主義を放棄し[594]、帰責根拠を契約の拘束力に求めたとしても、契約責任の決定にあたって明示の合意違反以外を考慮することが一切なくなるというわけではない。改正法案をみても、帰責根拠について「契約その他の債務の発生原因」と「取引上の社会通念」に照らして判断されると記されており、契約のみによってすべてが決するというわけではないようである[595]。また、契約の解釈等を通じて当事者が契約において何を引受けていたのかを確定することが重要であるとの指摘もある[596]。

そこで以下では、わが国の実際の裁判例においていかに契約責任が判断されてきたのか、特に明示の合意違反以外の要素が帰責根拠となる場合について検討する。特に、厳格責任主義を採用するアメリカ契約法において規範的判断がなされていると指摘される事案類型を参考に、これらと似た性格――すなわち、契約期間がある程度長期に渡り、契約締結時に契約内容の全てを決定せず、そのために契約の一方当事者が機会主義的行動をとり得る――を持つ裁判例を扱う。具体的には、一手販売権を持つ販売代理店契約[597]において、損害賠償責任の帰責根拠が争われた事案である[598]。

これらの事案を分析することで、明示の合意違反以外の規範的判断が求められ得る一契約類型について、わが国の裁判例は過失責任主義の立場と整合的であるか、あるいは近時の債権法改正の立場から説明し得る責任判断構造を採用しているのか、明らかにすることを試みる[599]。さらに、近時のアメリカ契約法学において主張される fault の枠組みによって、

---

594 民法（債権関係）改正法案では、過失相殺制度において「過失」という用語が残されており、これは不法行為における過失相殺制度への影響等を考慮した結果であると説明されている。潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』きんざい（2015 年）64 頁。とはいえ、債権法改正が過失責任主義を放棄することを目的としていたこと、改正法案においても過失責任原則を否定する立場が貫かれたことは明言されている。同 60 頁。また、参照、商事法務編『民法（債権関係）部会資料集　第 3 集〈第 2 巻〉――第 77 回～第 79 回会議議事録と部会資料』商事法務（2016 年）68A6 頁。

595 両者の関係について、並列で記されているが、前者を抜きにして後者の基準のみから判断されることを意味するものではないとの指摘がある。潮見（2015 年）・前掲注 594・60 頁。

596 小粥太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリ 1318 号（2006 年）124 頁。

597 アメリカ契約法において多くみられた紛争は必要量購入契約に関するものであったが、わが国では必要量購入契約という語は一般的ではないようである。必要量購入契約では、一定の期間、契約の目的物について、お互いが相手方とのみ取引することを約束することが多く、その意味で一手販売権を持つ販売代理店契約と類似しているといえる。

598 このような一手販売権を持つ販売代理店契約については、その取引の継続性に着目し、一方当事者による解除が可能であるかという観点から裁判例を分析した研究がある。升田純『現代取引社会における継続的契約の法理と判例』日本加除出版（2013 年）。他、継続的取引の研究について、中田裕康『継続的売買の解消』有斐閣（1994 年）、同『継続的取引の研究』有斐閣（2000 年）。なお、以下で取り上げる事案には、損害賠償と共に解除の有効性が争われたものも含まれるが、本稿は損害賠償責任の帰責事由に関する争点に着目する。

599 近時の債権法改正の立場について、契約責任判断に関する従前の実務の処理方法を明確にするものであり、従前の責任判断構造を維持するものであると述べられている。民法（債権法）改正検討委員会編『詳解　債権法改正の基本方針Ⅱ契約および債権一般（1）』商事

わが国の責任判断構造をも統一的に理解することができるか検討する。

II. 契約責任の帰責根拠に関する裁判例

J-1 大阪地判昭和 36.10.12 下民 12-10-2434

Y1 株式会社（被告）は、Y2 株式会社（被告）が製造する肥料について、大阪府一円の一手販売特約店としてその販売を行うことになった。昭和 27 年 10 月、Y1 は X 株式会社（原告）との間で有効期間を一年とする一手販売権の特約店契約を締結し、Y1 は同府下では X 以外に同肥料を販売せず、また同府下で X 以外が同肥料を販売することを許さない旨取り決めた。一年が経過した後、X・Y1 間で期間の定めなく契約を継続することが合意され、X の営業活動により同肥料の売れ行きは漸次増加した。

一方、Y2 は昭和 31 年頃から同肥料を次第に増産し、Y1 に対して同府下での売れ行きの不振を指摘したため、Y1 は X に売れ行き増加のための努力を度々要請した。昭和 32 年 8 月頃、X は大量の在庫を抱えたために注文をせず、以降取引は中絶したままであった。そこで Y1 が X に通告したうえで、Y2 が昭和 33 年に（X と競合する）他の業者に同府下での販売を認める等したところ、X が Y1 らに対して債務不履行、不法行為に基づき逸失利益等の損害賠償を求めて提訴した。

本判決は、Y1 らの債務不履行の有無を検討するにあたり、Y1 は X に対し一手販売権を許与すべき債務を負うほか、「X を自己の特約販売店として待遇し、X から同肥料の取引の要求があればこれに応じ、X 自身の行う同肥料の販売、宣伝その他市場開拓、顧客獲得のためのピーアールの企画ないしその実施に協力を与え」るべき諸債務を負うとした。また一方で、X も「特約販売店としての責任を果たすべく、自ら進んで同肥料の販売成績の向上、市場の開拓、顧客の獲得等に努力するのはもちろんのこと、Y1 の行う同肥料の販売量拡大のための諸政策、宣伝、ピーアール等の企画ないしその実施に協力を与え」るべき諸債務を負うとした。そのうえで、同府下での同肥料の販売が Y1 の事業全体にとって相当重要な比重を占めていた一方で、肥料販売事業の他に海運業を営んでいた X にとっては、「同肥料の取扱量はその最盛期においても全肥料取扱量の約一割程度にしか達せず、その上、本件契約締結の前後において X が同肥料の市場開拓、販売成績向上等のため企業の物的、人的構成やそれをめぐる環境に重大な変更をもたらしたあとはない[600]」とした。以上より、X 以外の事業者との取引を決断したことにつき Y1 らを責めるべき理由はないとして、Y1 らの債務不履行、不法行為を否定し、X の請求を棄却した。

J-2 福岡地判昭和 39.3.19 下民 15-3-563

昭和 30 年 11 月 3 日、建築用軽石の採掘・販売を業とする訴外 A 株式会社は、壁材の生

法務（2009 年）245、254 頁。

600 以下、判決文中の下線はすべて引用者による。

産・販売を業とするX株式会社（原告）との間で、Xが北九州・中国地方でAの軽石製品の販売を代行し、福岡では専売する権利を与えることを内容とする契約を締結した。その後Aは事業不振により経営困難となり、昭和32年10月15日に別会社としてY株式会社（被告）が設立され、Aの事業が承継されることとなった。

A・YとXとは継続的に取引を続けてきたが、昭和34年、Yは福岡に代理店を設置し、同軽石製品の販売を開始した。そこでXは、Yに対して債務不履行、不法行為に基づき逸失利益等の損害賠償、および謝罪文の交付を求めて提訴した。

本判決は、YがAの本件契約上の一切の地位と債権債務を承継したことを認めたうえで、Xの独占的販売権を侵害したとしてYの契約違反及び不法行為を肯定し、謝罪文の交付請求を一部認容した。ただし、本件契約に関するXの収支が明白でないことから逸失利益を算定することができないとして、損害賠償請求は失当とされた。

J-3 横浜地判昭和40.4.6 下民16-4-600

砂利等の採取・販売を業とするX株式会社（原告）は、同種物品の仲介販売業者であるY株式会社（被告）に対して砂利製品を継続的に販売してきた。昭和38年7月8日、YはXに対し、代金の支払日を一月延期し、支払方法を現金から約束手形の交付による支払に変更することを申し出た。これに対してXは申し出を撤回するよう要求し、本件売買代金を全額前金払しなければ契約を解除するとして製品の出荷を停止した。

Xが売買代金の支払を求めて提訴したところ、YはXの債務不履行に基づく損害賠償請求権につき相殺を主張した。

本判決は、代金の支払に関するYの態度はXに対する背信的行為であるとし、Xはこれを理由に将来の取引を断ち切ることができると認めた。しかし、すでに成立していた本件売買契約については、Xは自己の債務の履行につき口頭の提供を行う等しておらず、適法に解除権を取得したとはいえない。そこで、Xの債務不履行責任を認め、Yの逸失利益の賠償請求を肯定し、請求を一部認容した。

J-4 東京地判昭和40.12.25 判時443-40

昭和33年9月、貿易業を営むX株式会社（原告）は、インキを製造するY1株式会社（被告）との間で、Y1のインキ商品についてXに欧州各国における独占的販売権を認める契約を締結した。昭和35年1月には、Xが独占的販売権を有する国を15国に拡大し、契約期間を2年とし、裁定取引数量を10万ダースとする等の変更が加えられた。同年、Y1の営業不振等を動機としてY2及びY3株式会社（被告）が設立され、遅くとも昭和36年2月頃には本件契約はXとY1ら三社との契約となった。

その後、ヨーロッパ各地で当該商品の類似品が安価で大量に流通するようになった。そこでXは、本件独占販売契約は実効がなくなったとしてY1らとの取引を中断し、債務不履行に基づき逸失利益等の損害賠償を求めて提訴した。

本判決は、Y1 らの関係から Y1 ら三社が連帯して本件契約上の債務を負担していたことを認めたうえで、Y1 らは「X に独占販売権を与えた国には、それ以外の経路で直接当該商品を輸出してはならないのは勿論、間接的にも……再輸出されたりすることのないよう努めなければならない」が、「そうした努力を払ったことを認めるに足る証拠はな」いとした。また、類似品がいずれも Y1 らが製造した商品であることが窺われる等の事情から、類似品の流通につき「Y1 らの責に帰すべき事由に基づかないでなされたとは到底認められない」として、Y1 らの債務不履行責任を肯定し、X の請求を認容して約三年分の逸失利益の損害賠償を認めた。

J-5 名古屋高判昭和 46.3.29 判時 634-50

海苔等の製造・販売を業とする Y 株式会社（被控訴人）と海苔等の販売を業とする X 株式会社（控訴人）は、昭和 37 年頃、X の注文に応じて海苔等の Y 社製品を販売する期間の定めのない契約を締結した。X は、名古屋地区における Y の指定販売店として一手販売権を取得し、多額の費用を投じる等して販路の拡張に努めた。その結果、Y が直営していた当時に比べて当該製品の年間売上高が約 200 パーセント増加し、当該製品は X の取り扱う商品の中でも重要部分を占めるようになった。

昭和 41 年 5 月以降、右製品の値上げに伴って Y は X のマージン率を負担に感じるようになり、マージン率を 21 パーセントから 18 パーセントへ引き下げてほしい旨申し入れた。これを X が拒絶したこと等から紛争が生じ、Y は取引を中止する旨を申し出、納品を拒否したため、X が Y に対して債務不履行又は不法行為に基づき損害賠償を請求した。第一審判決が請求を一部認容したため、X が控訴した。

本判決は、一手販売権を持つ指定販売店としての X の Y への寄与や、売上高において相当の好成績を挙げたことを指摘したうえで、Y からのマージン率引下げの申入れは「合理的理由に乏しいものであり、X が右申入れに応じなかったからといって……これを理由に一方的に解除することはできない」とした。Y の解除申入れは取引の継続を期待しがたい重大な事由を欠き、相当な予告期間を与えないでされたものであって不当解除に当たるとし、純益の一年分に相当する損害が認められるとし、原判決を変更し、損害賠償請求を一部認容した。

J-6 大阪地判昭和 47.12.8 判時 713-104

流し台、調理台等の製造・販売を業としている Y1 株式会社（被告）は、X 株式会社（原告）との間で、X から流し台等に取り付けるステンレス部分（シンク）を継続的に買い受ける契約を締結した。Y2 が Y1 のために連帯保証をした。

X は Y1 に代金支払いの遅延があったとして、昭和 44 年 7 月から 3 ヵ月にわたって受注していた商品の出荷を停止し、その後取引を全面停止し、Y1 に対して代金の支払、Y2 に対して保証債務の履行を求めて提訴した。これに対して Y1 が、出荷停止及び取引停止の債

務不履行によって生じた損害賠償請求権につき相殺を主張した。

本判決は、X の側に出荷制限または取引停止の債務不履行があったこと、Y1 の側に代金の未払いの債務不履行があったことを認めたうえで、債務不履行の違法性について以下のように判断した。Y1 の代金未払いについては、本件製品のように「注文品のうち一部の未納品があり、それによって製品としての完成ができないときは、注文品全体について不完全履行の状態にあるものというべく、これに対し Y1 が代金の全部または一部を支払わなかったからといって、その代金不払いに違法性があるとはいえない」。そのため Y1 が継続的取引において信頼関係を破壊する事情を生じさせたとはいえず、X の出荷制限には「結局のところ相当の理由がないことになり、その債務不履行は違法であるというほかない」。そこで Y1 の相殺を認め、X の請求を棄却した。

J-7 名古屋地判昭和 49.5.29 判時 768-73

昭和 43 年 8 月、機械部品の製造・販売業を営む X 株式会社（原告）は、機械部品の販売業者である Y1（被告）との間で、契約期間を二年間として機械部品を販売する契約を締結した。Y1 の売買代金債務につき Y2 が連帯保証をした。本件契約の取引条件として、営業区域を一定の地域に限定し、理由の如何を問わず他の業者から仕入れない旨の協定がなされた。また、その違約に対しては、50 万円の違約金を支払う旨の特約が付された。

昭和 44 年 3 月以降、Y1 が他の業者から仕入れを行ったため、X が Y1 に対して違約金、売買残代金の支払、Y2 に対して保証の履行を求めて提訴した。

本判決は、Y1 が工具販売の営業に関して門外漢であったこと、零細企業者であったこと等を指摘したうえで、「自己の取引上の地位が相手方に対して優越していることを利用して正常な商慣習に照らし相手方に不当に不利益な条件で取引する場合に該当する（独禁法第 2 条第 7 項第 5 号一般規定の 10）ばかりでなく……独禁法が禁遏しようとする状態の実現に直接かつ積極的に奉仕する場合に該当するから」、違約金に関する特約は無効であるとした。以上により、売買残代金の支払請求を認容し、違約金の支払請求を棄却した。

J-8 東京地判昭和 52.7.22 判時 880-51

X 株式会社（原告）は医療器具等の製造を業としており、Y1 株式会社（被告）は X の姉妹会社として X の製造に係る医療器具を販売していた。昭和 51 年 1 月頃、X が製造し Y1 が販売する製品について Y2（被告）が取り扱う話が持ち上がり、Y1 と Y2 間で当該製品につき年間 5000 台程度販売する基本契約が締結された。

昭和 51 年 3 月 15 日付で Y2 から本件製品 100 台の注文がなされたが、Y1 は期日までに売買代金が支払われない恐れがあることを理由に製品を出荷しなかった。そこで Y2 は損害賠償請求権と代金債権を相殺する旨を通知した。Y1 が代金債権を X に譲渡したため、X が Y1 らに対して代金の支払いを請求し、他方 Y2 が Y1 に対して損害賠償を請求した。

本判決は、客観的事実によって売買代金決済が期待できないことが相当高度の蓋然性を

もって認められれば供給を停止できるが、本件はそのような場合に当たらないとした。そして、「本件売買契約が Y2 において販売ルートを開拓した上、これにより相当長期間にわたって商品を提供販売することを予定している……以上、Y1 の一方的な恣意的認定によって Y2 への販売を停止することが許されないのは信義則上当然」であるとし、X の請求を棄却し、Y2 の請求を一部認容したものである。

J-9 東京高判昭和 56.2.26 判時 1000-87

上記の控訴審判決（X、Y2 が控訴）。Y1 は契約上出荷すべき義務を負っていたとして、供給停止が認められるには代金支払いを履行していないおそれにつき客観的合理性が必要であるところ、本件ではそのおそれに達していないとし、Y1 の債務不履行を肯定し、X の控訴を棄却、Y2 の請求を一部認容した。

J-10 東京地判昭和 53.1.23 判タ 364-266

昭和 49 年 9 月、壁面装飾部品の製造・販売を業とする X 株式会社（原告）は、Y1 株式会社（被告）との間で、Y1 が X の製造に係る壁面装飾部品を購入する契約を締結した。契約期間は二年間とされ、Y1 は X 以外の者から同一の商品を買い取り、販売しない旨が取り決められた。Y2Y3 が Y1 のめに連帯保証をした。

昭和 50 年、Y1 が X との取引を中止し、他から材料を購入して本件商品と同一視できる商品を製造・販売するなどした。そこで X が Y1 に対して債務不履行に基づく損害賠償、Y2 らに対して保証債務の履行を請求したものである。

本判決はまず、本件契約が独禁法 2 条 7 項 4 号及び一般指定の 7、8 に違反せず、有効であることを認めた。そのうえで、Y1 が他から購入した材料は X の製造に係る材料と概ね同一であること、Y1 がその材料を合成して商品自体の目的・機能からみて同一視しうる商品の製造・販売を行ったことから、本件契約条項が本件商品と「同一の商品購入のみならず、その販売をも禁止していることをも合わせて考察すれば、Y1 の右取引行為は本件条項に違反する」として Y1 の債務不履行を肯定し、X の請求を認容した。

J-11 東京地判昭和 56.1.30 判時 1007-67

X 株式会社（原告）は装身具等の販売を業としていたが、昭和 52 年 5 月頃から新たに商品として時計を扱うことを企図した。そこで昭和 52 年 8 月、時計等の卸販売を業とする Y 株式会社（被告）との間で契約を締結し、X の発注により Y が取り扱う時計を継続的に供給すること、代金は手形支払とすること等の旨を取り決めた。

同年 11 月、Y は X について債権確保の点で不安があるとして、同年 9 月以降の取引は現金決済でなければ取引に応じない旨を通告した。X がこれに応じなかったため、Y は契約を解除し、時計を供給しなかった。そこで X が債務不履行に基づき損害賠償を請求した。

本判決は、特段の事情の変更ないし相当の事由がある場合、取引条件の改定を求めるこ

とができ、相手方がこれに応じなければ以降の取引を拒絶しても債務不履行の責任を負わないとした。そのうえで本件について、「X は本件契約の前後を通じ、年々その業績を伸ばし、売上高、従業員数、店舗数等も順調かつ大幅に増加させていること、Y は、X の信用調査をした上で、本件継続的取引を開始しているものであるところ、その後、X に信用不安が生じたことを示す資料は見当たらないこと」を認めた。そうであれば、Y による取引条件の改定や納品の停止は、特段の事情の変更ないし相当の事由がないのになされたものであり、Y の債務不履行責任を肯定して X の請求を認容した。

J-12　東京地判昭和 56.5.26 判時 1020-64

X 株式会社（原告）と Y 株式会社（被告）はいずれも化学建築材の製造・販売を業としていたが、昭和 47 年 1 月、Y の製造に係る工場床材につき X が関東以北の販売代理店として販売する契約を締結した。以降、X は化学建築材の製造を行わず、床仕上工事等を主たる営業とすることとなった。

その後 Y における本件商品の売上げが低下したことから、昭和 50 年頃から Y は、関東以北における本件床材を用いた床仕上工事を自らが受注し売上げ増大を図る動きに出た。さらに Y は今後 X に工事をさせないという意図を明確にするため、同年 9 月 30 日付の書面をもって X に対し本件床材の販売を中止する旨申し入れ、製品の出荷を拒否した。そこで X が Y に対して債務不履行、不法行為に基づき逸失利益等の損害賠償を請求した。

本判決は、「本件のようないわゆる特約店契約の性質を有する販売代理店契約においては、代理店は当該商品の販売のために多額の投資を行い、あるいは犠牲を払い、相当の営業努力をもって販路の維持拡大に努め、商品供給者の利益のためにも貢献をしているのであって……公平の原則ないし信義則上、代理店に著しい不信行為、販売成績不良等契約の継続を期待し難い特段の事情が存しない限り、商品供給者は一方的に解約を申入れて商品の供給を停止することはできない」とした。「Y は自己の利益のみのために取引停止の申入れをしているのであって、右申入れには何ら正当な理由がな」いため、Y が出荷を停止したことについて債務不履行等を認め、X の請求を認容した。

J-13　東京高判昭和 59.12.24 判時 1144-88

上記の控訴審判決。期間の定めのない継続的売買契約の成立を認め、継続的契約についてはいつでも解約できるが、相当の予告期間を設けるか、相当の期間が経過するか、契約の継続を期待しがたい特段の事由がなければ解約できないとしたうえで、Y の債務不履行を認め、X の請求を認容した。

J-14　東京地判昭和 56.9.30 判時 1045-105

X 株式会社（原告）は、大手の卸業者から書籍・雑誌を仕入れて中小の卸業者に販売する中間卸業者であり、Y1 及び Y2（被告）は雑誌類を小売店に販売する地方の卸業者である。

X と Y1 らとの間で、Y1 らが X から雑誌類を継続して購入し、X の営業所名をもってこれを小売店に卸販売する契約が締結された。期間は 20 年とされ、Y1 らは X の指定業者以外の業者から仕入れることができない旨の特約が付された。

本件契約締結の 8 カ月後である昭和 53 年 8 月、Y1 らは一方的に雑誌類の仕入れ先を変更し、本件契約を解除する旨を申入れた。そこで X が Y1 らに対して残存期間である 19 年間の得べかりし利益につき損害賠償を請求した。

本判決は、X が大規模な卸業者であるのに対し Y1 らは資産や特別な技能を有さない点を指摘したうえで、「X が取引上優越した地位を利用して……期間 20 年の拘束という不当に不利益な条件を科したものであり」、独禁法 19 条及び公序良俗に反するとして、拘束期間が 20 年であることは無効であるとした。そして、期間の定めのない継続的供給契約を解除するには、やむを得ない事由があるか、相当期間の予告期間を設ける必要があるが、Y1 らはいずれも欠いているとして、相当な予告期間である 6 ヵ月分の逸失利益を認め、X の請求を一部認容した。

J-15　東京地判昭和 57.10.19 判時 1076-72

Y 株式会社（被告）は、大手印刷会社である訴外 A 株式会社から商品ラベルの印刷の一部を請負っており、X は個人経営により印刷物の大断加工業を行っていた。昭和 39 年頃、Y は A から新たな商品ラベルの印刷を請負うこととなったが、その印刷に必要な大断加工を行う設備を持っていなかったため、大断加工について継続的に X が請負う旨の契約を XY 間で締結した。

昭和 53 年 7 月頃、Y は A から同商品ラベルの印刷につき注文を打切る旨を通告され、同年 12 月末頃には注文が激減し、同年末をもって A からの発注が完全に途絶えるに至った。そこで X と Y との間で他の加工について下請けの交渉が行われたが、結局折り合いがつかず、昭和 54 年 3 月頃 Y が契約を解約して取引を中止した。そこで X が Y に対して債務不履行に基づき逸失利益の損害賠償を求めて提訴した。

本判決は、本件大断加工の下請けが X の売上の 8 割方を占めるようになっていたこと、X が Y の発注に対応するために相当の投資をして機械設備、人員確保等に努めてきたことを指摘した。そして、「右のような取引関係に立つ当事者間においては、右のように受注者側がその受注のため相当の金銭的出捐等をなしている場合は、注文者は已むを得ない特段の事由がなければ、相当の予告期間を設けるか、または相当な損失補填をなさない限り一方的に取引を中止することは許されない」とした。本件ではやむを得ない事由が認められず、Y が一方的に発注を中止したことは債務不履行にあたるとして X の請求を認容した。

J-16　大阪地判昭和 58.3.28 判時 1096-102

Y1 株式会社（被告）はかねてより Y2 株式会社（被告）製造の自動販売機の販売及びその中身商品の販売を行っていた。X 株式会社（原告）はホテルに設置した X 所有の自動販

売機において、同グループ会社の製造に係る旅行用洗面セットを販売していた。昭和 48 年、X が Y2 株式会社の製造に係る自動販売機を購入し、これを無償で Y1 に貸与し、Y1 が X から商品を購入してホテル等に販売する旨の契約が締結された。その後、昭和 51 年に契約期間を 1 年間として再度同様の契約が締結された。

昭和 53 年 3 月頃、訴外 A から同様な取引の勧誘を受けた Y1 は、A との間で自動販売機のリース契約及び売買契約等を締結して取引を開始し、X の自動販売機を撤去する等した。そこで X が、Y1 に対して債務不履行に基づき逸失利益の損害賠償、連帯保証人である Y2 らに対して保証債務の履行を請求した。

本判決は、X と Y1 との間の継続的契約の成立を認めたうえ、Y1 は X の製品のみを取り扱い販売拡張すべき義務があると認めた。Y1 は X と競合する A の商品の販売拡張に努力していたのであるから、「公正な競争の範囲を超えて、一方的に自己の利益を図ったものであって、その責に帰すべき事由に基づくものであり、明らかに本件契約、すなわち継続的商品供給契約・特約店契約の約定に違反する」。以上より Y1 の債務不履行を認め、X の請求を認容した。

J-17　京都地判昭和 60.1.18 金判 716-30

昭和 54 年 3 月頃、冠婚葬祭に関する業務を請負う Y 株式会社（被告）は、冠婚葬祭用の贈答品の販売業者 X（原告）との間で、Y が業務上必要とする粗供養品、香典返し等を X から購入する契約を締結した。契約期間は二年間とされ、自動更新特約が付された。X は本件契約に基づき、Y の奈良営業所が取り扱う葬祭関係で粗供養品等を納入するため、奈良に新たに店舗を賃借して従業員 6 名を専従させた。

その後、Y の元奈良営業所長 A が本件契約に反して Y を通さずに 11 件の葬祭業務を執行し、X が Y に知らせずに粗供養品を納入して代金を集金した。そこで Y が X の違約を理由に昭和 57 年 4 月に本件契約を解約して取引を中止したところ、X が債務不履行に基づき、取引中止の後の 2 ヵ月分の賃料、逸失利益等の損害賠償を請求した。

本判決は、X の違約は主として A が自己の不正行為を糊塗するために X に誤った指示をしたことに起因するのであり、X が不正の利益を得たわけでもなく、Y による解除を正当化するほどの重大な違法性はないと判断した。そこで、Y が取引を終了させたことにつき損害賠償責任を肯定し、信頼利益の賠償を認め、X の請求を認容した。

J-18　東京地判平成 5.2.10 判タ 848-221

フルートの製造・販売を業とする X 株式会社（原告）は、楽器の卸販売等を業とする Y 株式会社（被告）との間で、フルートの継続的売買契約を締結した。契約期間は 2 年間であり、期間満了の 3 ヵ月前に更新拒絶をしない限り 2 年間ずつ更新し、契約違反があった場合には違約取引額に相当する金額を違約金として支払うとの特約が付された。

昭和 63 年頃から、Y が X と競合する台湾のフルート製造業者の製品を取り扱う等したた

め、X は取引を停止し、Y に対して未払いの代金を請求した。これに対し Y は取引停止が契約違反に当たるとし、相殺を主張するとともに、違約金の支払いを請求した。

本判決は、Y が台湾の製造業者と接近したことは「X との信頼関係に悪影響を及ぼすものであり、Y に道義的な責任を生じさせるものとは思われるが、本件契約書には明文で競合する他社との取引を禁止した条項はないこと……を考えると、本件では催告を要せず契約を即時に解除できるほどの信頼関係を破壊する事由が Y にあったとは認められない」とした。そのため X による解除は本件契約に違反するものであるとして、粗利益の逸失利益の損害を認め、Y の相殺の抗弁を一部認めた。

J-19　東京地判平成 7.5.29 知的財産権判決速報 241-99

美顔化粧品の販売等を業とする X 有限会社（原告）と、化粧品の製造・販売を業とする Y1 株式会社（被告）との間で、X の代表者が処方及び成分を考案した化粧品につき Y1 が製造して X に販売する契約が締結された。Y は本件化粧品を X 以外の第三者のために製造・販売しない旨が合意された。

その後、Y1 が商品名を変えて本件化粧品を製造し、株式会社訴外 A に販売した。そこで X は、Y1 に対して債務不履行に基づく損害賠償を、Y1 代表取締役である Y2（被告）と A の代表取締役である Y3（被告）に対して不法行為等による損害賠償を求めて提訴した。

本判決は、名称を変更した化粧品が本件化粧品と同一成分、分量であることから、Y1 の A への化粧品の販売が債務不履行にあたるとして X の請求を一部認容した。

J-20　大阪地判平成 7.11.7 判時 1566-85

化粧品の小売店である X 株式会社（原告）は、化粧品の製造・販売を業とする Y 株式会社（被告）との間で、X に Y の商品を供給する旨の契約を締結した。

その後、X が Y の指示した価格より低価で本件商品を卸売りしたため、Y は平成 5 年に契約を解除し、商品の供給を拒絶した。そこで X が Y に対して債務不履行に基づき得べかりし利益等の損害賠償を求めて提訴した。

本判決は、Y が従来卸売り価格と今回の低価格との差額分を補償するよう X に交渉したことについて、独占禁止法が禁止する再販売価格の拘束に該当し違法であり、そのような Y の要求を X が拒絶したことは解除の根拠にならないとした。そのうえで、「販売代理店契約においては、信義則上代理店に著しい不信行為がある等契約を継続し難い特別の事情が存しない限り解除して商品供給を停止することはできない」ところ、本件ではそのような事情は認められないとして、Y の解除を不当と認め X の請求を認容した。

J-21　大阪高判平成 9.3.28 判時 1612-62

上記の控訴審判決。独禁法 19 条の不公正な取引にはあたらないとしたが、継続的商品供給契約は、契約上解約権が留保されていたとしても、一方的に解除するためには、信義則

上取引関係を継続しがたいような不信行為等、やむを得ない事由の存することが必要であるとした。そのうえで、本件ではそのような事由が認められず、解除が無効であるとし、ほぼ5か月分の得べかりし利益の損害を認め、原判決を変更、請求を一部認容した。

J-22　東京高判平成 9.5.29 判タ 981-164

昭和 57 年、プラスチック成形部品の製造等を目的とする A 株式会社は、X1 及び X2 株式会社（控訴人）から多数の金型の貸与を受け、これを用いてオーディオ製品部品等を製造し Y1 らに対して継続的に供給する契約を締結した。

その後 X は、Y1 らから協業避止契約の締結を迫られたこと等から、すでに注文を受けていた製品の納入を停止したものの、破産宣告を受けた。Y（被控訴人）が破産管財人に選任され、Y1 らに対して売掛代金の支払いを請求したのに対し、Y1 らが A の契約違反による損害賠償、違約金債権によって相殺を主張するとともに、損害賠償を請求した。

本判決は A の債務不履行を認めたものの、Y1 との取引が A の売上の過半を占めるほど増加したこと、Y1 からの再三のコストダウンの要求に応えるため A が設備投資を重ねる等企業努力を重ねてきたこと、昭和 60 年に Y1 が一方的に一部の発注を停止する旨通告し、それが X の利益の四割程度を占め、人件費率が高く従業員の配置転換も困難な組立に係るものであったことを指摘した。以上より、「A による Y1 に対する本件納品停止は、Y1 によるその契約上の優位性を背景にした右のような一連の行為が誘因となっているものというべきであるから、それに由来する損害の発生については、Y1 にも責められるべき点があることは否定でき」ないとして、Y1 の被った損害のうち三割の過失相殺を認めた。

J-23　東京地判平成 9.9.26 判時 1639-73

平成 6 年 2 月頃、洋菓子を製造・販売する X 有限会社（原告）は、運送業を営む Y 株式会社（被告）との間で、洋菓子を運送する契約を締結した。契約期間を明示されなかった。

平成 7 年 12 月、Y は訴外会社との間で洋菓子等の継続的運送契約を締結し、X の商品の運送を中止した後、X との契約を解約する旨を通告した。そこで X が、一方的な運送中止が継続的運送契約の債務不履行に当たるとして Y に対して損害賠償を請求したのに対し、Y は未払いの運送賃の支払いを請求した。

本判決は、XY 間の継続的運送契約の成立を認めたうえで、Y が予告なしに運送を中止したことは債務不履行に当たるとして X の損害賠償請求権を一部肯定した。そのうえで相殺を認めたため、X の請求を棄却し、Y の請求を一部認容した。

J-24　東京地判平成 12.8.28 判時 1737-41

X 株式会社（原告）は医療品の製造・販売等を業とするものであり、Y1 株式会社（被告）は医薬品及びそれらの原料の製造・販売等を業とするものである。Y2 株式会社（被告）は Y1 の 100 パーセント子会社であり、医薬品原材料の製造等を行っている。X と Y1 はある

原末を原料とする製剤の共同開発のため、互いに費用を負担して研究を重ねてきたが、平成 6 年 7 月に Y1 が本原料を継続的に供給する契約を締結した。同年 10 月から X は本製剤の販売を開始し、平成 8 年 9 月に Y1 が本原料につき特許登録を取得した。

その後 Y1 が、薬価が切下げられる傾向を鑑みて X に価格の改定等を申入れたが、交渉が決裂し、平成 10 年 5 月、Y1 らが原料の供給を停止して本件契約を解除した。そこで、X が Y1 らに対して原料の供給を受けることができる継続的供給契約上の権利を有すること等の確認及び損害賠償を請求し､Y1 らが反訴として契約関係がないことの確認を請求した。

本判決は、本件契約のような継続的供給契約の解除については、取引契約を継続しがたいような不信行為等のやむを得ない事情が必要であるとした。そのうえで、薬価等の変化は契約締結当時の経済状況から予想される範囲内であり、信義則違反といえる事情もないとして、Y1 による解除の効力を否定した。以上より X の本訴請求を認容、Y1 らの反訴請求を棄却した。

J-25　東京地判平成 15.9.19 判時 1860-80

通信販売等を業とする X 株式会社（原告）は、通信販売用雑貨品の卸売業等を行う Y 株式会社（被告）からブランド商品である P 製のバッグ等を購入する契約を締結し、テレビ番組の中で通信販売を行っていた。

その後、本件バッグが偽造品であることが判明し、商品の回収を余儀なくされた X は、Y に対して債務不履行に基づき返金した代金相当額、商品回収事務の委任経費、信用毀損等の損害賠償を請求した。

本判決は、本件バッグは並行輸入品であり、偽造品である可能性が少なくないことを指摘し、並行輸入品を真正品として転売する者は、商品の流通経路の調査確認や形状等の点検を通じて商品が偽造品でないことを確認する義務があるとした。そのうえで、本件では Y は調査確認を尽くさなかったとして債務不履行を認め、商品返品による損害、商品の回収による損害、信用毀損による損害について X の請求を認容した。

J-26　大阪地判平成 17.9.16 判時 1920-96

平成 12 年 8 月頃、食料品の輸入等を業とする X 株式会社（原告）は、ファーストフード店舗を経営する Y 株式会社（被告）との間で基本的な合意を締結し、Y が開発した肉まんの製造を請負うべく試作品を製造する等した。同年 12 月、月産 200 万個を目途とする等の内容の契約書によって XY 間で供給業務委託契約が締結された。なお、契約期間を 1 年間とし、XY いずれかにより契約満了の 2 ヵ月前までに書面で更新しない旨の意思表示がない場合には自動的に 1 年間更新され、以後も同様とする旨の特約、契約期間中に書面による 2 ヵ月前の預金により契約を解除できる旨の特約が付された。

基本契約の締結後、X は Y の求める品質を満たすために試作を繰り返すなかで、本件肉まんのレシピの中に日本での使用・販売が禁止されている添加物が含まれていることを発

見した。これに対してYの担当者はXに感謝を示し、Xへの本件肉まんの発注を100万個増やして200万個とすることを約束した。その後、これらの経緯がY社内で問題となり、結局平成13年10月にYは一方的に契約を解約した。そこでXがYに対して解約は無効であると主張し、債務不履行に基づき損害賠償を請求した。

本判決は、本件契約のように「契約の実現に一定の資本の投下が必要で、継続されることを前提に当該契約が締結された場合、当事者はその契約から投下した資本を回収することを期待しているから、このような場合には……契約を解約するために『正当な事由』が存在すること必要である」とした。そのうえで、Xとの契約が不適切な契約であるとの解約事由はY側からみた一方的な見方に過ぎず、本件では正当な事由がないとして、Yに債務不履行を認め、Xの請求を認容した。

J-27　東京地判平成19.10.29判時2002-116

平成15年1月、カタログ通信販売を業とするX株式会社（原告）は、自転車の開発販売等を業とするY株式会社（被告）との間で、Yからバッテリーで駆動するモーターを搭載した電動ハイブリッド自転車の供給を受ける商品販売契約を締結した。

Xが本件商品を自転車として販売していたところ、道交法上、自転車ではなく原動機付自転車にあたり、公道を走行するためには運転免許等が必要であることが判明した。そのためXは購入者に対する返品等の事後処理をせざるを得なくなり、Yに対して債務不履行に基づき返品費用、代替品費用、逸失利益の損害賠償を請求した。

本判決は、Yが本件商品につき原動機付自転車に該当しないか懸念を抱きながらもXに対して誤った説明をしたことに加え、事後処理においても、経営状態への影響を恐れたYが途中から返品に応じなくなる等態度を変化させたことをも考慮し、Yの帰責性を認めた。一方で、Xが本件商品以外にも複数の契約相手から提供を受けた多数の商品について通信販売を行う業者であること等に鑑み、Xとしても本件商品を調査すべき義務があったとした。以上より、Yが異なる商品説明をしたことに債務不履行を認めてXの請求を認容したうえで、二割の過失相殺を認めた。

J-28　東京地判平成19.11.26判時2009-106

X株式会社（原告）は食料品の輸入等を業としており、Y株式会社（被告）は飲食店のフランチャイズ業等を行うものである。平成13年8月、XがYから冷凍食品の加工食品の注文を受け、中国におけるA食品加工工場等で製造させて輸入し、Yが購入する売買契約が締結された。

平成16年8月、Yは一方的に本件取引を打ち切り、Yが開発した商品をAに直接注文して取引を行うようになった。そこでXがYに対して猶予期間を置くことなく取引を中止したことが不法行為、債務不履行、信義則上の義務違反にあたると主張し、損害賠償を請求した。

本判決は、本件取引について継続的取引契約が成立しているとまでは認められないとしながら、取引が約三年にわたって行われていること、X が Y の発注に対応するために新たに中国の食品加工工場を開拓して指導・支援する等していることから、「X と Y との間には個別の取引を超えた信頼関係が形成されていた」と認めた。そのうえで、本件取引の終了は、X の Y との取引に対する依存度が相当程度大きいものであることを Y が認識していたにもかかわらず、Y 自ら A と直接取引をするというもっぱら Y 側のみの事情によるものであるとした。Y には、本件取引を中止するにあたって猶予期間を置く等 X に生じる損害が最小限になるよう配慮すべき義務があるが、これに反したとして、信義則上の配慮義務違反を認めて Y の債務不履行を肯定し、X の請求を認容した。

J-29　東京地判平成 20.9.18 判時 2042-20

訴外 A 株式会社は医薬品の製造・販売等を業とするものであり、X 株式会社（原告）は A の連結子会社として A から健康食品を仕入れて販売する等していた。Y 株式会社（被告）は食料品の販売等を業とするものである。平成 15 年 3 月、Y が訴外 B 株式会社を介して X から健康食品を購入し、その代金を B と連帯して払う旨の契約が締結された。契約期間は一年間とされ、その後自動更新された。

平成 18 年 1 月、Y が取引を破棄する旨を通知して発注を行わなくなったため、X は Y に対して発注義務違反による債務不履行を主張し、損害賠償を請求した。

X は本件商品の品質確保や販促を行ってきた以上、本件商品を供給する地位は一定期間確保される旨主張したが、本判決は、そのような行動は X の義務であり、X の利益にも関わるものであるから「過大評価することは相当でない」とした。また、「そもそも更新期間を 1 年と定めたのは、X を含む当事者が、それ以上長期にわたる契約への拘束を選択しなかった結果であ」るとして、Y による更新拒絶の効力を肯定した。ただし、すでに自動更新がなされていた平成 18 年 2 月 1 日から 3 月 3 日までの約一ヵ月分については Y に発注義務があるとして、その分の債務不履行を肯定し、X の請求を一部認容した。

J-30　東京地判平成 22.7.30 金判 1352-59

訴外 A 株式会社とオーストラリアの訴外 B 社は、昭和 62 年、B が生産・販売するワインを日本に独占的に輸入し、販売することを内容とする販売代理店契約を締結した。その後、A は平成 11 年に新たに設立した子会社である X（原告）にワイン部門の事業を譲渡した。また、B は平成 13 年に Y 社（被告）に買収された。

平成 15 年頃から日本における本件ワインの販売業績の不振に懸念を強めた Y は、平成 17 年 1 月、同年 5 月 1 日をもって販売代理店契約を変更することを決定し、X に通知した。そこで X が 1 年間の予告期間を置くべき義務違反、独占的な輸入販売権の侵害を主張し、Y に対して債務不履行、不法行為に基づき損害賠償を請求した。

本判決は、継続的契約である販売代理店契約の成立を認めたうえ、18 年間にわたり取引

関係を継続し、X が日本における本件ワインの売り上げを大幅にのばしてきた等の事情を考慮し、販売代理店契約を解約するにあたっては、一年間の予告期間を設けるか、その期間に相当する損失を補填する義務を負うとした。以上より Y の債務不履行責任を認め、請求を認容した。

J-31　東京地判平成 22.9.15 判時 1346-175

半導体製品の検査装置を製造・販売する X 株式会社（原告）は、半導体容器洗浄装置の製造・販売を業とする Y 株式会社（被告）との間で、Y の製造に係る装置を X に供給する基本契約を締結した。契約期間を一年であり、自動更新特約、競業禁止特約等の特約が付された。

平成 20 年 3 月以降、Y が本件製品と類似する製品を他に販売し、同年 4 月、本件契約の更新を拒絶した。そこで X が Y に対して、類似製品の製造や更新拒絶が債務不履行に当たると主張し、損害賠償を請求した。

本判決は、競業禁止特約が公序良俗に反せず有効であるとし、Y が類似製品の製造、販売を行っていたとして競業禁止特約違反を認めた。そのうえで、Y による更新拒絶は翌年の更新拒絶としては有効であるが、本件契約上の個別の受注義務に違反したことを認め、X の請求を一部認容した。

J-32　東京地判平成 22.12.22 判時 2118-50

食品の製造・販売等を業とする X 株式会社（原告）は、加工食品の輸入・販売等を業とする Y 株式会社（被告）が海外から輸入した加工食品を継続的に購入し、販売する取引を継続的に行っていた。Y は、中国の A 食品輸出入集団の B 工場が製造する冷凍焼豚等の冷凍食品を購入して X に販売していた。

平成 20 年 1 月、B 集団の製造に係る冷凍餃子につき中毒事件が発生し、本件商品について販売が中止されるとともに、X は商品を回収し破棄等を行った。そこで X が Y に対して瑕疵担保責任、債務不履行責任、製造物責任に基づき損害賠償を請求したものである。

この判決は、Y の債務不履行責任について、本件商品の納品は債務の本旨に従ったものであるとはいえないとして債務の不履行を認めた。しかし、故意の犯罪行為によって本件商品に有害物質が混入された経緯を踏まえ、これは「通常想定し得ない異常事態であって、不可抗力に準ずるもの」であるとして Y の帰責性を否定した。ただし、Y の契約上の瑕疵担保責任に基づく損害賠償責任を認め、X の請求を一部認容した。

III. 裁判例の分析

1.　裁判例における責任判断構造

以上 32 件のうち、29 件が継続的かつ独占的な性格を有する売買契約に関する裁判例であ

る。この他、J-15 は加工業務の請負契約、J-23 は運送契約、J-26 は供給業務委託契約の事案である。これら 3 件はいずれも継続的かつ独占的な性格を有するため、本稿の検討対象とする。以下では、これらの裁判例において、具体的にどのような要素によって契約責任が判断されたのか考察する。

なお、分析の便宜上、販売代理店契約の売主（あるいは受注者）側の契約違反が問題となった事案と、買主（あるいは注文者）側の契約違反が問題となった事案とを分類すると以下の通りとなる（表 J-a）。

表 J-a	損害賠償責任肯定	損害賠償責任否定
売主の契約違反	J-2（ただし損害賠償請求失当）、3（相殺）、4、5、6（相殺）、8・9、11、12・13、18（相殺）、19、20・21、22（ただし過失相殺あり）、23、24、25、27（ただし過失相殺あり）、30、31。	J-1、32（ただし瑕疵担保責任肯定）。
買主の契約違反	J-7（一部のみ）、10、14（一部のみ）、15、16、17、23（相殺）、26、28、29（一部のみ）	J-3、6、18。

(1) 契約当事者の営業努力や投資

一手販売権を持つ販売代理店契約の事案では、損害賠償責任の決定にあたって契約当事者の営業努力や投資に言及するものが多く見られた。

例えば、一方的に取引を停止した売主の契約違反が追及された事案である J-5 は、一手販売権を持つ指定販売店としての買主（X）の売主（Y）への寄与や、売上高において相当の好成績を挙げたことを指摘したうえで、Y からのマージン率引下げの申入れは「合理的理由に乏しいものであり、X が右申入れに応じなかったからといって……これを理由に一方的に解除することはできない」とした。

J-8 は売主（Y1）が製品の出荷を一方的にとりやめたことについて、「本件売買契約が Y2 において販売ルートを開拓した上、これにより相当長期間にわたって商品を提供販売することを予定している……以上、Y1 の一方的な恣意的認定によって Y2 への販売を停止することが許されないのは信義則上当然」であるとした。なお、J-8 の控訴審である J-9 も同様である。

J-11 は、一方的に供給を停止した売主（Y）の責任判断にあたり、「X は本件契約の前後を通じ、年々その業績を伸ばし、売上高、従業員数、店舗数等も順調かつ大幅に増加させていること、Y は、X の信用調査をした上で、本件継続的取引を開始しているものであるところ、その後、X に信用不安が生じたことを示す資料は見当たらないこと」を認めた。

J-12 は、売主（Y）が製品の出荷を停止した事案について以下のように述べている。「本件のようないわゆる特約店契約の性質を有する販売代理店契約においては、代理店は当該商品の販売のために多額の投資を行い、あるいは犠牲を払い、相当の営業努力をもって販路の維持拡大に努め、商品供給者の利益のためにも貢献をしているのであって……公平の原則ないし信義則上、代理店に著しい不信行為、販売成績不良等契約の継続を期待し難い特段の事情が存しない限り、商品供給者は一方的に解約を申入れて商品の供給を停止することはできない」。「Y は自己の利益のみのために取引停止の申入れをしているのであって、右申入れには何ら正当な理由がな」い。また、J-12 の控訴審判決である J-13 も同様に判示した。

注文者側が取引を停止したことについて損害賠償責任が争われた事案でも、当事者が当該契約の履行のためになした投資への言及が見られる。加工業務の請負契約について注文者（Y）が一方的に取引を停止した事案である J-15 では、「右のような取引関係に立つ当事者間においては、右のように受注者側がその受注のため相当の金銭的出捐等をなしている場合は、注文者は已むを得ない特段の事由がなければ、相当の予告期間を設けるか、または相当な損失補填をなさない限り一方的に取引を中止することは許されない」とした。

同様に、供給業務委託契約の事案である J-26 でも、発注を一方的にとりやめた注文者（Y）の責任について、「契約の実現に一定の資本の投下が必要で、継続されることを前提に当該契約が締結された場合、当事者はその契約から投下した資本を回収することを期待しているから、このような場合には……契約を解約するために『正当な事由』が存在すること必要である」とした。そして、そのような事由がないにもかかわらず一方的に取引を停止したことについて損害賠償責任を認めた。

上記はいずれも損害賠償責任が肯定された事案であるが、責任を追及する側の営業努力がなかったことを理由に、損害賠償責任が否定された事案も存在する。J-1 は、買主（X）が一手販売権を持つ販売代理店であるにもかかわらず、X 以外と取引を行った売主（Y1 ら）の損害賠償責任が問われた事案であるが、「本件契約締結の前後において X が同肥料の市場開拓、販売成績向上等のため企業の物的、人的構成やそれをめぐる環境に重大な変更をもたらしたあとはない」等として、X 以外との Y1 らの取引について責任を認めなかった。

以上の事案については、販売代理店契約あるいは供給業務委託契約の当事者の帰責根拠として、契約当事者の営業努力を尽くしていたか否か、当該契約のために投資を行っていたか否かといった規範的な要素が考慮されていた。

(2) 当該取引の事業全体における比重

また、問題となった取引が契約当事者の事業全体に対してどれほどの比重を占めるものであるかに言及した裁判例が見受けられる。

例えば、継続的な加工食品の売買を一方的に中止した買主（Y）の損害賠償責任について、J-28 は、本件取引の終了は、X の Y との取引に対する依存度が相当程度大きいものである

ことをYが認識していたにもかかわらず、Y自らAと直接取引をするというもっぱらY側のみの事情によるものであるとして、責任を肯定した。

一方で、契約両当事者にとっての当該取引の比重を考慮して、損害賠償責任が否定された事案もある。一手販売権を持つ販売代理店である買主（X）以外と取引を行った売主（Y1ら）の損害賠償責任を否定したJ-1では、「同府下での同肥料の販売がY1の事業全体にとって相当重要な比重を占めていた一方で、肥料販売事業の他に海運業を営んでいたXにとっては、同肥料の取扱量はその最盛期においても全肥料取扱量の約一割程度にしか達」しないことが考慮された。

ここでは、契約当事者の当該取引への依存度が高いか否かの判断が、帰責根拠のなかに読み込まれているといえる。

(3) 契約当事者の態度

この他、損害賠償責任の決定にあたって、契約当事者の行動について違法性や信義則違反の有無を検討した裁判例がある。

売主側の取引停止や、相手方への態度を理由として売主の損害賠償責任が肯定された事案として以下のものがある。例えばJ-6は、売主（X）が買主（Y1）の代金未払いについて、Y1がXの取引停止について、それぞれ損害賠償責任を主張したものである。これに対し、Y1の代金未払いについては、本件製品のように「注文品のうち一部の未納品があり、それによって製品としての完成ができないときは、注文品全体について不完全履行の状態にあるものというべく、これに対しY1が代金の全部または一部を支払わなかったからといって、その代金不払いに違法性があるとはいえない」としてY1の責任を否定した。さらに、このためXの取引停止には相当の理由がないとして、Xの責任を肯定した。

J-24は、契約の目的物の価格をめぐって紛争が生じ、売主（Y1）が供給を停止したことについて損害賠償責任が争われたが、薬価等の変化は契約締結当時の経済状況から予想される範囲内であり、信義則違反といえる事情もないとして、Y1による解除の効力を否定、Y1の責任を肯定した。

J-27は、継続的売買契約の目的物について売主（Y）が誤った説明をしたために買主（X）に損害が生じた事案であるが、Xに対して誤った説明をしたことに加え、事後処理においても、経営状態への影響を恐れたYが途中から返品に応じなくなる等態度を変化させたことをも考慮し、Yの損害賠償責任を認めた。

一方、取引を中止した買主の損害賠償責任の決定にあたって、売主側の行動の違法性が検討された事案がある。J-17では、売主（X）の行為が違約にあたるとして取引を中止した買主（Y）の損害賠償責任が争われた。Xの違約は主としてAが自己の不正行為を糊塗するためにXに誤った指示をしたことに起因するのであり、Xが不正の利益を得たわけでもなく、Yによる解除を正当化するほどの重大な違法性はないとした。そのうえで、Yの取引停止について損害賠償責任が肯定された。

以上の事案では、契約当事者の行動態様が考慮され、その違法性や信義則違反の有無といった規範的要素が帰責根拠を構成しているように思われる。

(4) 不可抗力

さらに、契約違反について不可抗力に該当するとされた事案がある。

J-32 は、有害物質を含む商品を供給した売主（Y）について、本件商品の納品は債務の本旨に従ったものであるとはいえないとして契約違反を認めた。しかし、故意の犯罪行為によって本件商品に有害物質が混入された経緯を踏まえ、これは「通常想定し得ない異常事態であって、不可抗力に準ずるもの」であるとして Y の帰責性を否定した[601]。

(5) 規範的判断の排除

一方で、意図的に規範的判断を排除することで、一方的に取引を停止した買主の損害賠償責任を否定した裁判例が 2 件存在する。

J-18 は、買主（Y）が売主（X）の競合他社との取引を開始したことを理由に、X が Y との取引を停止したことについて、Y が契約違反を主張したものである。競合他社との取引について、「X との信頼関係に悪影響を及ぼすものであり、Y に道義的な責任を生じさせるものとは思われるが、本件契約書には明文で競合する他社との取引を禁止した条項はないこと……を考えると、本件では催告を要せず契約を即時に解除できるほどの信頼関係を破壊する事由が Y にあったとは認められない」と判示された。ここでは、X の道義的責任を認めつつも、明示の義務違反がないことから、結局損害賠償責任が否定された。

また、J-29 は、発注を停止した買主（Y）に対して売主（X）が損害賠償を請求したものである。X は本件商品の品質確保や販促を行ってきた以上、本件商品を供給する地位は一定期間確保される旨主張したが、判決は、そのような行動は X の義務であり、X の利益にも関わるものであるから「過大評価することは相当でない」とした。また、「そもそも更新期間を 1 年と定めたのは、X を含む当事者が、それ以上長期にわたる契約への拘束を選択しなかった結果であ」るとした。すでに自動更新がなされていた約 1 ヵ月分については、発注義務の違反による損害賠償請求が認められたものの、更新拒絶された 1 年分についての請求は認められなかった。結局、X の営業努力等は評価されず、あくまで明示の義務違反はないという立場から、実質的に Y の責任が否定された。

2. 裁判例における過失相殺制度

32 件のうち、J-22、27 の 2 件については過失相殺が認められた。

J-22 は、製品の納入を停止した売主（A）の損害賠償責任を肯定したが、一方で、「A による Y1 に対する本件納品停止は、Y1 によるその契約上の優位性を背景にした右のような

[601] ただし J-32 では、債務不履行責任とともに瑕疵担保責任が追及されており、結局、Y の契約上の瑕疵担保責任に基づく損害賠償責任が認められた。

一連の行為が誘因となっているものというべきであるから、それに由来する損害の発生については、Y1 にも責められるべき点があることは否定でき」ないとして、Y1 の被った損害のうち三割の過失相殺を認めた。ここでは、A の営業努力や当該取引への依存度から、Y1 が契約上優位な立場にあったことが指摘され、Y1 の行為について過失相殺がなされている。

J-27 では、商品について誤った説明を行った売主(Y)の損害賠償責任を肯定したうえで、X が本件商品以外にも複数の契約相手から提供を受けた多数の商品について通信販売を行う業者であること等に鑑み、X としても本件商品を調査すべき義務があったとし、二割の過失相殺を認めた。ここでは、X が本件取引について知識・経験を有する通信販売業者であったことが考慮されている。

Ⅳ. わが国の契約責任論との整合性

1. 過失責任主義との整合性

わが国における契約責任は、伝統的に過失責任であるとされてきた。伝統的通説からは、契約違反に基づく損害賠償責任の決定にあたっては、(i) 債務の本旨不履行に加え、(ii) 不履行について債務者に過失があったことが必要であるとされる。

契約違反に基づく損害賠償責任に関する民法 415 条は、「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする」と規定する。伝統的通説は、債務の本旨不履行に加えて要件とされる「責めに帰すべき事由＝帰責事由」を「過失」と解するが、このような理解は条文から必然的に導かれるわけではない。

学説からは、伝統的通説はドイツ法の学説継受の流れを汲んだものに過ぎず、条文の起草者意思に沿ったものではないとの指摘がかねてよりなされてきた[602]。また、債務不履行責任の帰責事由が争われた裁判例を分析したうえで、帰責事由は実際には過失の有無で判断されているわけではないと主張する研究もある[603]。

---

602 例えば北川は、ドイツ法学説継受の流れについて、ドイツ法における学説の対立や議論とは切り離された形で「地盤協定のすんだもののごとく」わが国に導入されたと批判する。北川善太郎『契約責任の研究――構造論』有斐閣（1963 年）44 頁。また、日本民法 415 条がフランス民法の系譜に連なるものであると指摘し、ドイツ的構成による債務不履行の三分体系を批判するものとして、参照、川島武宜『債権法講義　総則 1』近代思想社（1948 年）131 頁、星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論)』良書普及会（1978 年）46、51 頁。詳細は本稿第三章Ⅳ参照。

603 債務不履行責任の帰責事由に関する多数の裁判例を検討したものとして、参照、長尾治助『債務不履行の帰責事由』有斐閣（1975 年)。長尾は、過失責任主義を「人間の自由に対する社会的な保障制度の一としての意思尊重に基礎を有する一の法律制度である」と評価しつつも、今日の契約上の義務の深化と多様化に合わせ、帰責事由の判断において、単に

この点、本稿の裁判例を概観してみても、伝統的通説が説明するような「債務の本旨不履行＋過失」という責任判断構造が採用されているわけではないように思われる。というのも、一手販売権を持つ販売代理店契約における損害賠償責任が争われた場合、伝統的通説の理解によれば、「契約違反があったか否か」と「債務者に過失があったか否か」とがそれぞれ検討されることになろうが、実際の裁判例はこれとは異なる。

まず、本稿において検討した裁判例においては、「債務の本旨不履行」と「過失」とが必ずしも区別して論じられているわけではない。例えば、一手販売権を持つ販売代理店契約の売主（あるいは、請負契約の受注者）が一方的に供給を停止した事案において、供給停止が債務の本旨不履行に当たることを認定したうえで、その供給停止につき売主に過失があるか否か検討するのではなく、売主の供給停止がいかなる経緯によるものであるか総合的に検討するなかで契約責任の有無を決定しているようである[604]。買主（あるいは注文者）が一方的に注文を停止した事案も同様に、注文停止について本旨不履行であるか、過失があるかがそれぞれ検討されているわけではない[605]。これらの裁判例においては、伝統的通説とは異なり、むしろ不履行と過失とを一元的に検討することで、債務者の帰責根拠を判断していると考えられる。

また、帰責根拠の判断にあたって、伝統通説は債務者の本旨不履行、及び債務者の過失に注目するが、この点についても本稿において検討した裁判例とは違いが見られるように思われる。契約違反を犯した（と追及される）債務者の帰責根拠を論ずるにあたって、裁判例では、債務者のみならず債権者の行為態様が評価されていた。

例えば、一方的に供給を停止した売主の契約違反が争われた際、具体的には、売主がなぜ供給を停止するに至ったかを検討するなかで、（債務者たる売主の事情だけでなく）買主がどのような行動を取っていたかをも検討している。買主が営業努力を尽くしていたり投資を行ったりしている場合に、売主が一方的に取引を停止したことについて責任を肯定した裁判例や[606]、逆に、買主が営業努力を尽くさなかったために売主が取引を停止したとして売主の責任を否定した裁判例[607]がある。

過失の有無で判断するのではなく、社会的性格が要請されていると述べる。また、長尾の研究を引用したうえで、債務不履行の帰責事由がないと認められた裁判例に着目して検討したものとして、参照、広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅲ個別的考察（2）債権編』有斐閣（1998 年）35 頁〔中田裕康執筆部分〕、中田裕康『債権総論〔第 3 版〕』岩波書店（2013 年）132 頁。中田は、債務不履行に基づく損害賠償責任の帰責事由について、ドイツ法的な過失責任主義によるというより、個々の具体的契約内容に即し、債務不履行と過失の有無とを一体として考慮して責任の成否を判断していると指摘する。詳細は本稿第三章Ⅲ参照。

604 売主側の契約責任が肯定された事案として、J-2、3、4、5、6、8、9（J-8 の控訴審）、11、12、13（J-12 の控訴審）、18、19、20、21（J-20 の控訴審）、22、23、24、25、27、30、31。売主側の契約責任が否定された事案として、J-1、32。

605 買主側の契約責任が肯定された事案として、J-7、10、14、15、16、17、23、26、28、29。買主側の契約責任が否定された事案として、J-3、6、18。

606 J-5、8、9（J-8 の控訴審）、11、12、13（J-12 の控訴審）。

607 J-1。

一方的に注文を取りやめた注文者について契約違反が争われた場合にも、注文者だけでなく受注者の事情を考慮する裁判例がある。ここでは、受注者が一定期間にわたり契約が継続することを見込んで投資を行ったことや、そのために受注者にとって当該取引が依存度の高いものであったことが考慮され、それにもかかわらず注文を停止した注文者の責任が肯定されている[608]。また、売主の行為が違約にあたるとして取引を中止した買主について、売主の行動に違法性が認められないことから、契約責任が肯定された[609]。

以上のように、裁判例においては、紛争において発生した損害について、契約両当事者の背景や事情を総合的に考慮しながら、帰責根拠がどこに求められるのか検討しているといえる。このように考えると、わが国の伝統的通説における判断枠組み――債務の本旨不履行＋債務者の過失――は、必ずしも実情に即した理解ではないように思われる。

2. 新しい契約責任論との整合性

上記のような伝統的通説に対して、契約責任の帰責根拠を「契約の拘束力」に求める説が近時有力に展開されている[610]。ここでは、債務者が契約において約束したことを（不可抗力によらず）履行しないことが帰責根拠となる[611]。相手方の契約違反を主張する債権者は、不履行の事実を証明すれば足り、「帰責事由」を証明する必要はない。これに対して債権者は、責めに帰すべからざる事由を証明しなければ免責されない。

このように従来の「帰責事由」は見直しを迫られ、近時の債権法改正においても、過失責任主義から脱却し、債務不履行責任の要件を本旨不履行及び過失とするのではなく、契約の拘束力そのものに求めることが意図された[612]。

現在法案は国会での審議を待っているところであるが、現行民法 415 条の改正法案を見てみると、「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき又は債務の履行が不能であるときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。ただし、その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない」[613]となっている。この改正は、免責事由が債務発生原因に即して判断されるべきものであること、

608 J-15、26、28.
609 J-17。
610 契約責任を論じるにあたり、債権・債務の発生原因である個別具体的な「契約」から説き起こして問題をとらえ、当該債務が「契約」に基づいて生じたものであることや、当該債務を発生させた「契約」の内容が、債務不履行の問題を処理するための法理論にどのような影響を与えるかという点に関心を向ける議論は 1990 年代半ば以降に活性化した。森田宏樹『契約責任の帰責構造』有斐閣（2002 年）、潮見佳男『契約責任の体系』有斐閣（2000 年）、同『契約法理の現代化』有斐閣（2004 年）、同『債務不履行の救済法理』信山社（2010 年）。これらの学説の展開について、詳細は本稿第三章Ⅳ参照。
611 森田（2002 年）・前掲注 610・54 頁以下。
612 民法（債権法）改正検討委員会編（2009 年）・前掲注 599・246-247 頁。
613 商事法務『民法（債権関係）改正法案新旧対照条文』商事法務（2015 年）91 頁。下線は引用者による。

したがって、契約の場合には免責の可否が契約の趣旨に照らして判断されるべきものであることを示すものであり、過失責任原則の否定であると説明される[614]。

ここで、伝統的通説による帰責事由の理解が否定されたことは明らかであるように思われるが、やや不明瞭に感じられるのは「契約その他の債務の発生原因」と「取引上の社会通念」との関係である。この点について、「前者を抜きにして後者の基準のみから免責事由が判断されることを意味するものではない」との説明があるが[615]、改正法案をみる限りでは「契約その他の債務の発生原因」と「取引上の社会通念」とは併記されている[616]。

この点、本稿で検討した裁判例をみてみると、当事者の帰責根拠の判断にあたって、当該取引のために営業努力を尽くしたか、どれだけ投資を行ったか、取引全体における比重はどれほどか、等が考慮されていた。この点、これらの事情による免責が、「契約その他の債務の発生原因」に基づくものであるのか、「取引上の社会通念」に基づくものであるのか、一見して明らかであるとはいえない。

例えば販売代理店契約において、買主が販促を行ったり人員・設備を整えたりして、売主の供給する製品について売上を伸ばすよう努力することは、（例え契約締結時に明示的に合意されなかったとしても）契約の趣旨から当然であるようにも思われる[617]。

一方で、当該取引が契約当事者の事業全体に対してどれほどの比重を占めるものであるかによって損害賠償責任の有無が決定されることについては、「契約その他の債務の発生原因」に基づく基準であるとは言い難い。販売代理店契約の買主以外と取引を行った売主について、裁判例は、当該取引が売主の事業全体にとって相当重要な比重を占めていたのに対し、買主にとっては約一割程度にしか達しないものであったことを考慮し、売主の損害賠償責任を免責している[618]。このような考え方の背景には、当該取引への依存度が大きい契約当事者を、相手方による一方的かつ急な取引の停止から守ろうという考慮が働いているように思われ、その意味で「取引上の社会通念」に基づく基準であるように思われる。

このように考えると、免責事由は契約の趣旨に照らしてのみ定まるものではなく、少なくとも本稿で検討した継続的かつ独占的な性格を有する売買契約においては、当事者が意図していない事情によって免責されることがあるようである。そこでは必ずしも「契約そ

614 潮見（2015 年）・前掲注 594・60 頁。
615 同上。
616 なお中間試案の段階では、損害賠償の要件は「契約による債務の不履行が、当該契約の趣旨に照らして債務者の責めに帰することのできない事由によるものであるときは、債務者は、その不履行によって生じた損害を賠償する責任を負わないものとする」とされており、「取引上の社会通念」の語は見られない。法制審議会民法（債権関係）部会『民法（債権関係）の改正に関する中間試案（別冊 NBL No.143）』商事法務（2013 年）第 10,1（2）。下線は引用者による。
617 例えば J-29 では、買主による品質確保や販促は、自身の利益にもかかわるものであり、買主の義務であると評価する。なおこの裁判例は、こうした営業努力が義務である以上「過大評価することは相当でな」く、買主が努力を尽くしていたとしても、売主が一方的に更新拒絶することは許されるとしている。
618 J-1。

の他の債務の発生原因」に基づく基準が優先されているわけではなく、むしろ個々の契約による妥当な紛争解決のために「取引上の社会通念」に基づく規範的判断がなされることもあるのではないか[619]。

V. アメリカ契約法における fault 論による再構成

1. アメリカの裁判例における fault

アメリカ契約法はわが国と異なり、伝統的に厳格責任主義を採用するものと理解されてきた。しかし近年、アメリカ契約法における fault の役割を見直そうとする学説が有力に主張されている[620]。このような新しい fault 論には、厳格責任主義から fault を基礎とする契約責任法理への転換を主張する規範的な議論だけでなく、現状認識として fault が重要な役割を果たしていることを示そうとするものも多い。

そこで実際の裁判例を眺めてみると、契約責任の判断にあたって fault が考慮されていると評価し得るものがみられた[621]。例えば、債務者に明示の義務違反があるにも関わらず債務不履行責任が否定された事案[622]や、明示の義務違反のない債務者の債務不履行責任が肯定された事案[623]があった。ここでは、明示の義務違反がただちに帰責根拠となるわけではなく、当事者が機会主義的に行動したか、契約違反が故意によるものであったか等について検討したうえで責任判断がなされていた。なお、その際には、当事者の機会主義的行動を抑止するような黙示の義務を good faith の法理を通じて契約内容に読み込む等の処理を行う裁判例が多くみられた。

本稿において帰責根拠として fault が一定の役割を果たしていると評価される裁判例には、必要量購入契約の違反に基づく救済の事案の他、賃貸借契約や建築請負契約の違反の事案が含まれる。これらの事案はいずれも、契約が現在化されておらず、後から影響を受けやすい。さらに、一方当事者が契約違反や損害の発生・拡大についてコントロールし得る立場にあり、にもかかわらず契約違反や損害の発生・拡大を生じさせた場面であるといえる。

---

619 この点に関連して、新しい契約責任論のもとでの契約責任の帰責性判断は、契約上の義務の内容・射程がどこまで及んでいるのかによってなされるとの説明がなされる。このような判断は契約上の債務の「強度」による分類――結果債務、債務者の具体的な行為義務違反を債権者が立証すべき手段債務、債務者が具体的な行為義務違反がないことの立証責任を負う手段債務――に服する。さらに、この区分は相対的なものであり、濃淡ないし段階があるという。森田宏樹『債権法改正を深める――民法の基礎理論の深化のために――』有斐閣（2013 年）37 頁以下。このような考え方からは、一概に「契約その他の債務の発生原因」が「取引上の社会通念」に優先するという発想は出てこないように思われる。契約によって帰責根拠が柔軟にとらえられるべきであるとする点で、本稿に親和的な立場であるといえる。

620 本稿第二章Ⅹ参照。

621 本稿第二章Ⅸ参照。

622 A-1、2、12、26。

623 A-4、5、8、9、10、11、18、20、22、25。

こうした状況をふまえると、少なくとも一定の事案類型については、アメリカ契約法の伝統的通説の理解とは異なる判断要素が機能しているのではないかと考えられる。もっとも、裁判例が契約内容に規範的な要素――例えば、機会主義的に行動しないという黙示の合意――を読み込んでいる以上、形式的には契約に違反したかどうかによって契約責任の有無が判断されているということができる。その意味で、契約責任の帰責根拠として第一に契約違反を掲げる厳格責任の立場は維持されるが、帰責根拠の実態は明示の合意違反に尽きるものではない。実際の裁判例は、契約締結時における当事者の意思には還元されない要素を fault として読み込むことにより、より妥当な紛争の解決を図ったり、当事者の適切な行動を促進したりしていると評価できる。

2. 日米の裁判例の比較

アメリカ契約法は伝統的に厳格責任主義に立つにもかかわらず、実際の裁判例においては、明示の合意違反には還元されない規範的判断がなされていることが明らかにされた。そこで、日米の裁判例の比較検討の便宜上、(i) 契約責任を追及されている側に明示の義務違反があったか否か、(ii) 契約責任を追及されている側に明示の義務違反以外の fault が認められるか否か、という観点から本稿で検討したわが国の裁判例を分類すると以下のようになる（表 J-b）[624]。

表 J-b	明示の義務違反あり	明示の義務違反なし
fault あり	J-2、3（相殺）、4、6、8、9、10、16、19、20、21、23（相殺）、24、25、26、31。 ⇒損害賠償責任肯定 J-7、14。 ⇒損害賠償責任肯定、一部のみ J-22、27。 ⇒損害賠償責任肯定、過失相殺	J-5、11、12、13、15、17、28、30。 ⇒損害賠償責任肯定 J-18、29。 ⇒損害賠償責任否定
fault なし	J-1、6、32。 ⇒損害賠償責任否定[625]	

ここでまず注目されるのは、明示の義務違反がないにもかかわらず損害賠償責任が肯定された事案、及び、明示の義務違反があるにもかかわらず損害賠償責任が否定された事案である。これらの事案では、アメリカ契約法実務同様、わが国においても、明示の義務違

624 表 J-b はアメリカ契約法の裁判例をまとめた表 A に対応する。本稿第二章Ⅸ参照。
625 表 J-b の左下に区分される 3 件は、損害の発生について契約責任を追及する側に fault があり、契約責任を追及されている側には fault が認められない事案であるといえる。

反のみに帰責根拠が求められるわけではなく、むしろ fault の有無によって責任判断がなされていると説明できる。

前者の事案では、継続的に取引を行うか、どれだけの期間契約関係を続けるかが、契約締結時には明示的に合意されていなかった[626]。そうである以上、取引を停止したり更新を拒絶したりすることは、必ずしも明示の義務違反であるとはいえない。あるいは、契約の一方当事者が取引条件の改定を求めたものの、相手方が応じないために契約を解除して製品の供給を停止した場合についても[627]、そのような改訂の交渉が拒絶されたために以降の取引を取りやめること自体は明示の義務違反であるとはいえない。しかし裁判例はこれらの事案において、例えば、取引停止を受けた債権者が売上高において相当の好成績を挙げたことを指摘したうえで、取引停止について契約違反を認め損害賠償責任を肯定している。

また後者の事案は、売主が買主に独占的な一手販売権を与えておきながら、買主の競合他社との取引を開始した[628]、代金を支払わなかった[629]、瑕疵ある目的物を供給した[630]等、いずれも明示の義務違反が認められる。しかし裁判例は、買主が市場開拓や販売成績向上のための営業努力を尽くさなかった場合には、売主が買主以外との取引を開始したとしても損害賠償責任を問われないとした。あるいは、相手方の一部未納のために製品を完成させることができないという事情を認めて代金未払いについて責任を否定したり、契約の目的物たる食品に有害物質が混入した経緯について不可抗力であると評価して責任を否定したりした。

さらに、明示の義務違反がある場合に契約責任が肯定された裁判例のなかにも、請求内容の一部について損害賠償責任が否定されたり、過失相殺が認められたりした事案がある。これらの事案は、近年のアメリカ契約法における fault 論の観点からは、契約に違反した債務者は、自分に fault の認められない損害については責任を負わないと説明することができよう。

例えば、一手販売契約を締結した買主が他の業者から仕入れを行ったことについて損害賠償責任が肯定された事案[631]では、これに加えて売主から 50 万円の違約金の支払いが求められた。裁判所は、違約金の特約については、買主が零細企業であったこと等を指摘したうえで、「自己の取引上の地位が相手方に対して優越していることを利用して正常な商慣習に照らし相手方に不当に不利益な条件で取引する場合に該当する（独禁法第 2 条第 7 項第 5 号一般規定の 10）ばかりでなく……独禁法が禁遏しようとする状態の実現に直接かつ積極的に奉仕する場合に該当するから」無効であるとし、違約金の支払請求を棄却した。同様に、販売代理店契約の期間中（20 年）に一方的に仕入れ先を変更した買主についても、「売

626 J-5、12、13、15、17、28、30。
627 J-11。
628 J-1。
629 J-6。
630 J-32。
631 J-7。

主が取引上優越した地位を利用して……期間 20 年の拘束という不当に不利益な条件を科したものであり」、独禁法 19 条及び公序良俗に反するとして、拘束期間が 20 年であることは無効であるとした[632]。結局、6 カ月分の逸失利益については買主の損害賠償責任が肯定されたが、その余については売主の請求は認められなかった。

過失相殺が認められた事案[633]では、納入の停止や商品についての誤った説明等、契約に違反した売主の損害賠償責任が認められた。一方で、「本件納品停止は、買主によるその契約上の優位性を背景にした右のような一連の行為が誘因となっているものというべきであるから、それに由来する損害の発生については、買主にも責められるべき点があることは否定でき」ないとして過失相殺が認められている。あるいは、買主が本件商品以外にも複数の契約相手から提供を受けた多数の商品について通信販売を行う業者であること等に鑑み、X としても本件商品を調査すべき義務があったとして過失相殺を認めた。

3. 統一的な枠組みとしての fault

本稿では、共通の性格を持つ裁判例について、日米の具体的事案の比較検討を試みた。具体的には、アメリカ契約法においては必要量購入契約、生産物一括売買契約、割合賃料による賃貸借契約の事案、日本契約法においては主に一手販売権を持つ販売代理店契約が扱われた。

これらの事案はいずれも、契約が現在化されていないために後から影響を受けやすく、契約の一方当事者が契約違反や損害の発生・拡大についてコントロールし得る立場にあるものである。近年のアメリカ契約法における fault1 論は、このような事案において、単に明示的な合意に反したか否かによって契約責任の有無が決まっているわけではないと指摘するものであった。ここでは、義務違反契約違反や損害の発生・拡大についてコントロールし得る立場にある当事者が、機会主義的な理由からそれをせず、契約違反や損害の発生・拡大を生じさせたか否かが帰責根拠となると指摘された。

本稿で検討したわが国の裁判例の大多数についても、fault の有無が帰責根拠となっていると説明することができそうである[634]。個々の裁判例における具体的な判断を見ても、契約上の紛争にかかわる損害の発生について、契約両当事者の事情や行為態様を総合的に考慮しながら、誰がその責任を負うべきか検討しているように思われる。

---

632 J-14。

633 J-22、27

634 明示の義務違反がある場合に責任が肯定された事案（J-2、3、4、6、8、9、10、16、19、20、21、23、24、25、26、31）については、fault の有無にかかわらず、単に明示の義務違反が帰責根拠となったと説明することが可能である。しかし fault 論の立場は、上述したように、厳格責任主義と矛盾するものではないのであり（本稿序論Ⅱ参照）、fault 論から説明できないわが国の裁判例は 32 件のうち J-18、29 の 2 件のみということになる。この 2 件では、その他の裁判例において評価されたような規範的判断が意図的に排除され、一方的に取引を停止した買主について、あくまで明示の義務には反していないとして損害賠償責任を否定された。

さらに、わが国の裁判例における過失相殺についても、その機能についていえば、債権者に fault の認められる損害については契約責任の追及を制限する（その分の損害について債権者に帰責根拠を認める）ものであり、fault の観点から統一的に理解することができそうである[635]。

VI. 小括

契約責任の帰責根拠の検討にあたり、具体的事案の実質的検討の積み重ねが重要であるという立場から、本章は、一定の事案類型における契約違反に基づく損害賠償責任の判断構造の分析を試みた。事案類型としては、アメリカ契約法の裁判例における fault の役割を参考に、契約締結時に定まっていない内容について一方当事者が機会主義的にコントロールし得るもの――継続的かつ独占的な売買契約や請負契約――を選択した。

裁判例の検討の結果、損害賠償責任の判断にあたって、契約当事者が営業努力を尽くしていたか否か、当該契約のために投資をしたか、当該取引への当事者の依存度等に基づく契約上の立場の優劣はあったか等が考慮されていることが分かった。このような場面では、契約当事者が明示的な契約上の義務に反したことにとどまらない規範的判断がなされているようである。

このような裁判例における責任判断構造について、わが国の契約責任論からは必ずしも整合的に説明されていないといえる。わが国の伝統的な過失責任主義の立場からは、損害賠償責任は債務の本旨不履行＋債務者の過失によって成立するとされてきた。しかし実際の裁判例においては、紛争において発生した損害について、契約両当事者の背景や事情を総合的に考慮しながら、一元的に責任を判断している。

新しい契約責任論の立場は、契約責任の帰責根拠を契約の拘束力に求める。債権法改正の法案もこの立場を踏襲し、「契約その他の債務の発生原因」に基づく免責を認め、さらに場合によっては「取引上の社会通念」に基づく免責をも認めるようである。これに対して、本稿において検討した裁判例では、必ずしも「契約その他の債務の発生原因」に基づく基準が優先されているわけではなく、むしろ個々の契約による妥当な紛争解決のために「取引上の社会通念」に基づく規範的判断がなされているといえる。

さらに本章では、わが国の裁判例をアメリカ契約法における fault 論の立場からとらえ直すことで、その大多数が fault に基づく責任判断構造として説明できるものであることを確認した。わが国の裁判例も、契約上の紛争にかかわる損害の発生について、契約両当事者の事情や行為態様を総合的に考慮しながら、誰がその責任を負うべきか検討している。過

635 もっとも、わが国の民法は損害賠償責任についての 415 条とは別に、過失相殺に関する規定を 418 条に置いている。実際の裁判例においては、債務者に損害賠償責任があるか（契約違反についての契約両当事者の fault）と、過失相殺が認められるか（損害の発生・拡大についての債権者の fault）とは個別の争点として争われる。

失相殺制度も、債権者に fault の認められる損害の責任追及を制限し、その分について債権者に責任を負わせるものであるといえる。

このように、わが国の裁判例は、当事者の明示の義務違反のみに基づかない帰責根拠を採用しており、その責任判断構造は fault という枠組みで統一的に理解することが可能であろうと思われる。

終章

I. 契約責任の帰責根拠

アメリカ契約法において pacta sunt servanda（契約は履行すべし）は承認された格言であり、契約責任は伝統的に厳格責任であると解されている。アメリカ法における契約責任が伝統的に厳格責任であると解されてきたことも、このことと整合的である。一度成立した契約は履行されねばならず、契約によって引受けたことを履行しない当事者は、そのことをもってただちに契約責任を負わねばならない。

一方、従来のわが国の契約法は過失責任主義を採用してきたが、これに対して、近時、契約責任の正当化根拠を「契約の拘束力」に求める見解が有力となっている。そこでは帰責根拠は、債務者が契約において約束したことを履行しないことに求められる。この考え方は広く受け入れられ、現在国会での審議を待っている民法（債権関係）改正法案においても採用された。

債務者が契約に違反すればただちに契約責任が発生するとする責任判断構造は、形式主義的であるがゆえに迅速かつ安定した運用をもたらし得る。しかし一方で、そのような処理を文字通り徹底すれば、個々の具体的事案の妥当性への配慮に欠ける可能性は否定できない。この点、伝統的に厳格責任主義を採用してきたアメリカ契約法においても、近年、契約責任を厳格責任とする伝統的法理に動揺が見られる。学説上の議論をみると、裁判例が契約責任の有無を決定する際、実際には契約上の明示の義務違反にとどまらない規範的判断が行われているのではないかとの指摘がなされている。

そこで本稿は、契約責任の帰責根拠について、具体的事案の実質的検討の積み重ねから論じられるべきであるという立場から、日米の学説及び裁判例を検討した。特に、契約違反に基づく責任追及がなされている事案のうち、当事者が契約において明示的に合意したこと以外の要素によって責任判断がなされ得る場面について分析を行った。本稿は、このような具体的事案における実質的な責任判断構造の一端を明らかにすることで、わが国の契約法学及び契約実務に一定の示唆を得ることを試みるものである。

II. アメリカ契約法における fault の役割

1. アメリカ契約責任法理の形成と転換

契約法における fault を積極的に評価する近年の fault に対し、アメリカ契約法は伝統的に厳格責任の立場に立っており、fault という概念は契約法においてはほとんど顧みられてこなかった。むしろ、契約責任の根拠は、当事者が契約において引受けたことそのものに求められ、債務者が契約によって引き受けたことに反すれば、そのことをもってただちに契約責任が生じることになる。そこでは、なぜ債務者が契約に違反したかといった事情は

基本的に考慮されない。そこで本稿はまず、近年の fault 論に至るまでのアメリカ契約責任法理の形成の歴史と、伝統的な契約法学のアプローチを概観した。

アメリカ契約法の発端に遡ると、そこでの契約責任は必ずしも厳格責任主義に立つものではなかった。むしろ個別の契約類型ごとの公平の観点から契約内容が規制されており、この意味では、厳格責任主義の立場とは異なる責任判断構造が機能していたといえる。

これに対して、客観的に明確な統一的ルールの要請から、有効な約因を備えた契約には法的効力を認めるという考え方が有力となった。約因法理を基礎とする交換的取引理論は、Holmes 及び Williston によって体系化され、第一次契約法リステイトメントにおいて結晶化された。ここに至り、それ以前の契約法学説が個別の典型的な法律関係ごとの「関係的な義務」を論じていたのに対し、「合意によって形成された義務」が強調されるようになった。これに伴い、契約責任の決定にあたっても、当事者が自ら合意した義務に違反したか否かが帰責根拠を構成することとなった。

このような古典的契約理論は、しかし、1870 頃から往年の勢いを失っていく。1979 年には Gilmore が、古典的契約法理論における約因を基礎とする交換的取引理論の崩壊を指摘している。Macneil もまた、契約を現在化し単発的にとらえる契約観を批判した。特に継続的取引において顕著であるように、契約法規範には、「役割の整合性」や「社会基盤」との調和といった関係規範が含まれるという。

本稿との関係でいえば、Gilmore や Macneil らの指摘はいずれも、契約をとらえるにあたって明示された合意以外の規範的な要素を取り込もうとする方法論であるという共通点を見出すことができる。Gilmore のいう「信義則」等の一般条項による紛争解決は、契約当事者の合意内容のみを帰責根拠とする立場にとどまらないものである。Macneil も、契約は社会的背景――これは、当事者の合意内容のみに還元されないものである――と切り離すことのできないものであると指摘している。両者はいずれも、帰責根拠を当事者の合意内容のみによって構成されるものではないとする立場と親和的であると考えられる。

とはいえ、具体的な責任判断の場面、すなわち、損害賠償や履行請求といった救済が問題となる場面において、帰責根拠をいかにとらえるかは、ここまでは必ずしも明確に論じられてはいなかった。

2. アメリカ契約法における fault の発見

アメリカ契約法における伝統的な厳格責任主義に対して、近年、当事者の明示の義務違反以外の帰責根拠が認められると主張する学説がみられる。これらの学説は主に、従来の厳格責任主義のもとでも、一定の事案においては、契約当事者の fault の有無という規範的あるいは介入的な要素が機能してきたことを指摘するものであった。近年の fault 論は、2008 年のシカゴ大学ロー・スクールにおけるシンポジウム「Fault in American Contract Law」においてその立場を鮮明にし、その後も議論が続いている状況である。

とはいえ、アメリカ法での fault は、日本法におけるように帰責根拠として体系的に議論

されてきたわけではなく、その体系的な位置づけや、fault という言葉の定義自体、いまだ明確に共有されているとはいいがたい。よってアメリカ契約法における fault のとらえ方は一様ではなく、学説において主張される内容も多様である。そこで本稿では、近年の fault に関する研究の一応の整理を試みた。

まず、伝統的な厳格責任の立場から fault に基づく契約責任判断構造への転換を主張する議論がある。伝統的には、契約責任の判断において当事者の fault は考慮されず、fault が重要な役割を担う不法行為法とは対照的であるといえる。これについて Kreitner は、fault は社会的に課せられるものであり、社会ではなく当事者がルールを形成する契約とはそもそもそぐわないためであると説明する。これに対して Muris や Cohen は、主に機会主義的な契約違反の場面を想定し、機会主義的な行動を取ったという債務者の fault を契約責任判断に持ち込むことで、このような契約違反を減少させることができるとする。Eisenberg は故意の契約違反の場面について、債務者の fault がより重くとらえられ、最終的な賠償額の決定に反映されるべきであるとする。ここでは、契約法において fault が現在よりも大きな役割を果たすことが正当化されるか否かが論じられている。

さらに Cooter＝Porat は、従来の契約責任の判断において債務者のインセンティブのみが考慮されてきたことを批判する。そのうえで、債権者の債務者に対する過剰な信頼を抑え、不十分な協力を是正するため、新しい契約類型――anti insurance、decreasing liability contracts――を提案する。契約違反の場面にける債権者側のインセンティブという観点は、わが国における近時の契約責任論との関係でも興味深いものである。わが国では近年、契約責任の帰責根拠を契約の拘束力に求め、従来の過失責任主義を放棄することが検討されている。この点、単に債務者が契約違反を犯したか否かに着目するだけではインセンティブの最適化が図られないとする Cooter＝Porat の主張は、日本法に対しても有用な示唆を与え得るものであるといえよう。

一方で、fault に基づく契約責任への転換を主張するのではなく、現在の法制度の中に fault を見出す研究もなされている。近年の fault に関する研究は、基本的には、契約法における fault の役割が限られていることを認めている。これらの研究の主眼はむしろ、厳格責任主義のもとで運用されてきた様々な契約法理論の中に浸透している fault を分析することにある。例えば Eric Posner は、契約違反が債務者の fault によって生じたものでない場合に、そのことをもって債務者が契約責任を免れる場合を挙げている。また、Cohen は、損害の発生や拡大について債権者に fault があった場合に損害軽減義務が認められることを指摘し、債権者の fault が契約責任の決定に影響を与える場面であると説明する。これらの議論は、従来の契約責任判断の枠組みの中に fault と呼びうるものを見出すことで、契約法における fault の役割を見直そうとするものもある。

さらに、Cohen や Hillman の近年の研究では、さらに問題が整理されている。まず、伝統的な厳格責任の原則が妥当する事案類型と、fault が判断要素となりうる事案類型の区別がなされた。さらに、後者のなかでも、債務者の fault が考慮されるべき契約違反の場面

（willful, negligent）と、債権者の fault が考慮され得る契約違反の場面（unavoidable）とが区別して考えられるようになった。また、fault が損害賠償責任の決定に作用していることが実務・学説上広く受け入れられていることが確認され、賠償額の決定に作用しているか、あるは作用すべきかが議論されるようになった。

以上のように、アメリカ契約法における fault 論は、契約法に fault を持ち込むことの意義を論じると共に、実際の契約法理のなかに fault が見出せることを指摘するものであった。そこで本稿はさらに、当事者の明示の義務違反以外の要素が帰責根拠となっていることが指摘される具体的事案の検討を行った。

その結果、(i) 債務者に明示の義務違反がないが fault があるために責任が肯定された事案、(ii) 債務者に明示の義務違反があるが fault がないために――裏返せば債権者側に fault が認められるために――責任が否定された事案が存在することが確認された。これらの事案では、契約当事者は締結時に契約内容をすべて決定するのではなく、また、契約違反や損害の発生・拡大について一方がコントロールし得る立場にある。このような場合、裁判例は、当事者が opportunistic behavior（機会主義的行動）によって契約違反や損害の発生・拡大を生じさせたか否かによって契約責任を判断しており、契約当事者の fault の有無が帰責根拠となる一例であると説明できる。

伝統的に厳格責任主義を採用してきたアメリカ契約法においても、明示の義務違反にとどまらない規範的ないし介入的な要素が帰責根拠として機能しているといえる。

III. わが国の契約法における fault の役割

1. 日本法における契約責任法理の展開

アメリカ契約法における契約責任の帰責根拠を検討した結果、厳格責任主義が必ずしも普遍的なものではなく、規範的な要素である fault が責任判断構造に読み込まれていることが明らかにされた。

翻ってわが国の契約法は伝統的に過失責任主義の立場に立つとされる。民法 415 条は(i) 債務者が債務の本旨に従った履行をせず、(ii) 債務者に故意・過失または信義則上これと同視すべき事由があった場合に、債務者に損害賠償責任を認めるものと解されてきた。しかしこのような考え方は、19 世紀のドイツ法学の思想を反映したものであり、民法の起草過程からは必ずしも導かれないとの指摘がかねてよりなされてきたところである。

そこで、ドイツ法学説継受への反省、母法であるフランス民法の検討を通じ、債務不履行の三分体系が否定され一元的にとらえられるようになるとともに、契約責任を「契約に基づく責任」としてとらえる立場が展開されてきた。これは、契約責任の帰責根拠を契約の拘束力そのものから導き、従来の過失責任主義を放棄しようとするものである。このような新しい契約責任論の考え方は、CISG をはじめとする国際的潮流に即したものであるとされ、近時の債権法改正法案においても採用された。

この点、起草過程の検討から、債務者が合意に反したことをもって契約責任を肯定し、債務者に理由のない損害については別に免責する規定を設ける CISG の立場は、そもそもわが国の民法の起草当時の意図と親和的なものであると考えられる。特に、民法 415 条と 418 条の関係についてみると、損害賠償責任は債務者の過失を要せず認められており、これに対して、債務者側に理由のない不履行や、債権者側の理由による不履行の場合に対応する必要が生じたことから、民法 418 条が設けられたようである。これは、CISG45 条ないし 61 条と、同 80 条との関係に類似しているといえる。

近時の債権法改正においても、新しい契約責任論の主張が色濃くあらわれている。とはいえ、最終的に公表された改正法案においては、新しい契約責任論の立場が貫徹されているとは必ずしも言えないようである。例えば、民法 415 条の改正について、基本方針は「過失」や「帰責事由」といった語が排し、免責事由は「契約において債務者が引き受けていなかった事由」であるとして、帰責根拠は当事者の合意からのみ導かれることを明確にしていた。しかし最終的な改正法案では、免責事由について「帰責事由」の語が維持されることとなった。さらに、これは「契約その他の債務の発生原因」と「取引上の社会通念」によって判断されるというが、この二つの判断基準の関係は必ずしも明確でない。また、民法 418 条については、結局「過失相殺」という文言は維持されることとなったものの、英米法や CISG 等の損害軽減理論を参照した経緯がうかがわれる。

わが国において従来の過失責任主義から離れ、帰責根拠を契約の拘束力に求める枠組みを受け入れたとしても、契約責任の決定にあたって規範的ないし介入的な判断が行われる余地はなお認められように思われる。そこで以下では、当事者の合意に介入的な契約法理論に関するわが国の議論の蓄積を概観した後、実際の裁判例において明示的な義務違反にとどまらない契約両当事者の帰責根拠がいかに判断されているか、分析を試みた。

2. 契約内容の決定にかかわる日本法の学説の展開

本稿は、個々の妥当な紛争解決のためには、明示の義務違反の有無のみで契約責任を決するのではなく、当事者の合意のみに還元されない規範的判断が持ち込まれるべき場面があるのではないかという問題意識を出発点とする。この点、救済の場面のなかでも契約内容の決定に関して、契約への介入を認めることで具体的な問題を解決しようとする研究がみられる。

例えば、20 世紀後半に星野が公表した論稿は、資本主義社会における経済的弱者の存在を認識し、契約自由の原則や私的自治の原則といった契約法の基本原理を今一番問い直そうとするものであった。星野による問題提起以降、わが国の 21 世紀の契約法学は、契約当事者間の不均衡を是正するために、当事者の合意への介入を論じてきた。これに対し、石川博康をはじめとする近年の契約法学は、個別の契約実態に対応するというより、むしろより一般的な契約法規範とそれが規律する契約類型の構築を試みているようである。ここに至って、契約内容の決定に関する議論は、契約法規範の実体的構造をいかにとらえるか

という、より形式的な観点からの研究へとシフトしつつあるといえよう。

この点、本稿は契約違反に基づく救済の場面に着目し、契約責任の帰責根拠をいかにとらえるか問うものである。特に、当事者の明示的な義務違反に還元されない規範的判断によって契約責任が決定される場面に着目する。このことは裏返して言えば、契約法規範の実体的構造――特に、そこにおける他律的規範――を明らかにしようとする課題設定と問題意識を共有するものといえよう。何となれば、当事者の合意に還元されない規範的な要素によって帰責根拠が構成され、当事者に契約責任が認められた場合、このような合意に基づかない規範的要素は他律的規範として契約法規範に組み込まれており、当事者を規律していたのだと考えられるためである。

また、本稿の問題意識に引き付けていえば、わが国の契約法学は、経済的弱者の保護といった実質的な要請から、契約内容の決定を論じてきた経緯がある。このように具体的な問題に向き合ってきたわが国の契約法において、契約責任の帰責根拠を契約の拘束力に求める枠組みが採用されたとしても、それがあらゆる事案類型について文字通り徹底されることはないように思われる。

以上を前提とし、本稿はわが国の実際の裁判例を分析することで、契約責任の帰責根拠として規範的判断が機能し得る場面を明確にし、そこにおける責任判断構造を探求することを試みた。

Ⅳ. 日本法への示唆

1. 日米における契約責任の帰責根拠

アメリカ契約法における近年の fault 論は、伝統的な厳格責任主義のもとでも、債務者が明示的な合意に反したことのみが帰責根拠とされているわけではないことを明らかにするものであった。そこでは、契約の解釈、契約違反と損害との因果関係の判断、損害軽減法理等を通じて、契約両当事者について規範的判断がなされていることが指摘された。

さらに、アメリカ法の裁判例をみると、(i) 債務者が契約上明示された義務に違反していないにもかかわらず契約責任が肯定された事案、(ii) 債務者が契約上明示された義務に違反しているにもかかわらず契約責任が否定された事案、が存在した。

fault 論の立場からは、これらの事案は、(i) 明示の義務違反はないが、債務者に fault が認められるために契約責任が肯定された、あるいは、(ii) 明示の義務違反はあるが、債務者に fault が認められないために――むしろ損害の発生・拡大について債権者に fault が認められるために――契約責任が否定された、と説明される。具体的には、必要量購入契約をはじめとする契約類型について、債務者が契約に違反したか否かだけでなく、当事者が機会主義的に行動したか否かによって契約責任が決定されているとされた。

これらの事案の特徴として、契約期間がある程度長期に渡ること、契約締結時に契約内容の全てが決定されているわけではないこと、そしてそのために契約の一方当事者が機会

主義的行動をとり得ること等が挙げられた。

翻ってわが国では、契約責任は伝統的に過失責任であると解されてきた。契約違反に基づく損害賠償責任は、債務者の本旨不履行に加え、債務者に過失が認められることで肯定される。これに対して新しい契約責任論は、帰責根拠を契約の拘束力に求める考え方を有力に主張し、このような立場は近時の債権法改正においても承認されることとなった。

とはいえ、わが国の契約法が過失責任主義を放棄し 、帰責根拠を契約の拘束力に求めたとしても、契約責任の決定にあたって明示の合意違反以外を考慮することが一切なくなるというわけではない。改正法案をみても、帰責根拠について「契約その他の債務の発生原因」と「取引上の社会通念」に照らして判断されると記されており、契約のみによってすべてが決するというわけではないようである。また、契約の解釈等を通じて当事者が契約において何を引受けていたのかを確定することが重要であるとの指摘もある。

そこで本稿は、契約責任の帰責根拠の検討にあたり、具体的事案の実質的検討の積み重ねが重要であるという立場から、一定の事案類型における契約違反に基づく損害賠償責任の判断構造の分析を試みた。

2. 規範的な要素が帰責根拠となる事案類型

本稿では、厳格責任主義を採用するアメリカ契約法において規範的判断がなされていると指摘される事案類型を参考に、これらと似た性格――すなわち、契約期間がある程度長期に渡り、契約締結時に契約内容の全てを決定せず、そのために契約の一方当事者が機会主義的行動をとり得る――を持つ裁判例を扱った。具体的には、一手販売権を持つ販売代理店契約 において、損害賠償責任の帰責根拠が争われた事案である。

裁判例の検討の結果、損害賠償責任の判断にあたって、明示の義務違反以外の要素――例えば、契約当事者が営業努力を尽くしていたか否か、当該契約のために投資をしたか、当該取引への当事者の依存度等に基づく契約上の立場の優劣はあったか等――が考慮されていることが分かった。このような場面では、契約当事者が明示的な契約上の義務に反したことにとどまらない規範的判断がなされているといえる。

3. わが国の契約責任論との整合性

実際の裁判例における責任判断構造について、本稿は、わが国の契約責任論からは必ずしも整合的に説明されていないことを指摘した。

わが国の伝統的な過失責任主義の立場からは、損害賠償責任は債務の本旨不履行＋債務者の過失によって成立するとされてきた。しかし実際の裁判例においては、紛争において発生した損害について、契約両当事者の背景や事情を総合的に考慮しながら、一元的に責任を判断している。

一方、新しい契約責任論の立場は、契約責任の帰責根拠を契約の拘束力に求める。債権法改正の法案もこの立場を踏襲し、「契約その他の債務の発生原因」に基づく免責を認め、

さらに場合によっては「取引上の社会通念」に基づく免責をも認めるようである。これに対して、本稿において検討した裁判例では、必ずしも「契約その他の債務の発生原因」に基づく基準が優先されているわけではなく、むしろ個々の契約による妥当な紛争解決のために「取引上の社会通念」に基づく規範的判断がなされているといえる。

4. アメリカ契約法における fault 論による再構成

さらに本稿は、わが国の裁判例を、アメリカ契約法における fault 論の立場からとらえ直すことを試みた。その結果、裁判例の大多数が fault に基づく責任判断構造として説明できるものであることが確認された。わが国の裁判例も、契約上の紛争にかかわる損害の発生について、契約両当事者の事情や行為態様を総合的に考慮しながら、誰がその責任を負うべきか検討している。過失相殺制度も、債権者に fault の認められる損害の責任追及を制限し、その分について債権者に責任を負わせるものであるといえる。

このように、わが国の裁判例は、当事者の明示の義務違反のみに基づかない帰責根拠を採用しており、その責任判断構造は fault という枠組みで統一的に理解することが可能であろうと思われる。

V. 課題と展望

1. 残された課題

本稿は、契約責任の帰責根拠について、具体的事案の実質的検討の積み重ねから論じられるべきであるという立場から検討したものである。

もっとも、本稿は日米の契約責任の帰責根拠にかかわる学説・裁判例の展開を照らし合わせながら、明示の義務違反以外の規範的ないし介入的な帰責根拠たる fault が果たす役割について、その一例を示したに過ぎない。さらなる事案類型、あるいは、わが国において損害賠償の帰責根拠として論じられている場面以外における交錯領域について、なお検討を進める必要がある。

2. 付随義務論との関係

本稿では、契約責任の判断において明示の義務違反以外の規範的な要素があらわれる場面として、特に損害賠償責任を規定するわが国の民法 415 条を中心に検討した。しかし、すでに本稿でも示した通り、過失相殺や信義則の法理も規範的な要素を読み込む受け皿として機能している。帰責根拠（ないし免責事由）としてだけでなく、契約当事者の責任の有無や賠償額の決定など、多様な場面において fault が機能する可能性がある。

この点、本稿では触れられなかったが、わが国において付随義務論として論じられてきた領域との関係が問題となる。

わが国ではドイツ民法を参考に、債務の構造を（i）給付義務、（ii）付随義務、（iii）保護

義務に分類して分析する立場がある[636]。このうち（ii）は「給付義務を債務の本旨に従って実現できるよう配慮する、給付結果・給付利益の保護へ向けられた義務」、（iii）は「債権者・債務者間で相互に相手方の生命・身体・財産を侵害しないよう配慮すべき注意義務」であるとされる[637]。（i）が契約から発生する債務であるのに対し、（ii）及び（iii）は信義則から発生すると説明される。このような債務構造分析アプローチは、給付義務のみならず、その前後左右を含む付随的な義務を捕捉し、様々な場面の問題を統一的体系的に理解しようとするものである。

もっとも付随義務論については、かねてより批判がなされているところである。とりわけ「債務」ではなく「契約」による理解を主張する立場からは、「ドイツ民法のように、給付義務・付随義務という形で債権総則のレベルにおいて扱われるべきではなく、債務発生原因が契約の場合には契約各論のレベルで、言いかえれば、個々の契約の解釈として解決されるべきである」と指摘されている[638]。さらに、債務者の負担が合意により引受けた部分を超えて、契約目的達成のために必要と考えられる事柄や、履行の際に生じ得る相手方の完全性利益の侵害からの保護のために必要と考えられる事柄にまで拡張することが承認された今、給付義務・付随義務構成は役割を終えたとの指摘もある[639]。

付随義務論は、契約から導かれるもの以外の債務を体系的に説明しようとするものであり、学説からの批判も含めて、その意義を問い直す必要があろう。

3. 不可抗力との関係

わが国の近時の債権法改正においては、契約に基づく損害賠償責任は、債務の不履行によって肯定され、免責事由に該当すれば免責されるという形をとることになる。そうであれば、同じく契約責任を免責する機能を持つ不可抗力との関係が問題となる。本稿の問題意識に引き付けていえば、不可抗力によって契約目的が達成されなかった場合は、まさに債務者に fault がないといえる場面であろう。

わが国では、「不可抗力」という概念は異常な事変、予見不可能な自然災害のほか、戦乱等の人為的状況をも含むとされる[640]。ただし、不可抗力は免責事由であるが、「無過失（債務者に過失がないこと）」とは同一視されないことが多い。後者は「債務者が社会生活において必要とされる平均的な注意を尽くしたこと」を意味し、前者よりも広い概念であるとされるという[641]。

ただし、不可抗力を結果債務における「債務の射程ないし厳格さの限界を画するもの」

636 奥田昌道『債権総論〔増補版〕』悠々社（1992 年）16 頁以下・163 頁以下。
637 同上。
638 平井宜雄『債権総論』信山社（1994 年）49 頁以下。
639 潮見佳男『契約責任の体系』有斐閣（2000 年）216 頁以下。
640 奥田昌道編『新版注釈民法（10）Ⅱ債権（1）』有斐閣（2011 年）170 頁以下〔北川＝潮見執筆部分〕。
641 同上。

と理解すれば、当事者が契約に基づいて画した債務の内容と射程に即して「免責事由」としての不可抗力が相対的に把握され得るとの指摘がある[642]。

また、こうした考え方は、CISG における免責と――不可抗力免責という枠組みそのものを採用しているわけではないものの――つながるとも指摘される[643]。というのも、CISG は、帰責根拠を契約違反に求め、そのうえで、義務の不履行が自己の支配を超える障害によって生じた場合に損害賠償責任を免責するという構成をとっているのである[644]。

当事者に fault がないために契約責任が否定される場面を論じる際、不可抗力免責との異同について、CISG における責任判断構造を参照しながら検討することで、一定の示唆が得られよう。

4. 契約規範の実体的構造との関係

本稿は、特に契約違反に基づく損害賠償請求の場面に着目し、そこで当事者の明示的な義務違反にとどまらない規範的要素がいかに帰責根拠を構成するか分析することを試みた。この試みの背後には、契約規範の実体的構造をいかにとらえるかという、より大きな課題があるように思われる。

契約当事者を規律する契約規範として第一に挙げられるのは、当事者の合意であろう。これを自律的規範とすると、当事者の合意に基礎づけられず、また当事者の合意によって排除することでのできない規範が他律的規範であるといえる。問題は、このような他律的規範が認められるか否かであり、認められるとして、どのような場面でどのような内容の他律的規範が当事者を規律するかということにある。

契約は、当事者間の交渉を経て成立し、履行がなされ、あるいは履行がなされなかったり不完全であったりした場合には、救済がなされ得るというプロセスをたどる。当事者を規律する契約規範がいかに形成されるか考えた場合、契約に拘束力があるか否かは、裁判所が契約違反に対して認める救済にかかっており、この問題は、当事者にどのような救済が認められるかに収束するといえる。

契約規範を構成するのは当事者の合意（自律的規範）だけではなく、他律的規範が持ち込まれることもある。この点、本稿は、明示的な合意の違反にとどまらない契約当事者の帰責根拠を探求するものである。本稿の検討対象であった救済の場面では、他律的規範が契約の解釈によって黙示の合意として読み込まれる等の作業を通じて、契約責任の有無や損害賠償額の決定に影響を与えることがあり得る。

このように考えると、規範的ないし介入定な帰責根拠を分析することは、契約規範の実

642 森田宏樹『契約責任の帰責構造』有斐閣（2002 年）50 頁。
643 奥田〔潮見補訂部分〕（2011 年）・前掲注 640・172 頁以下。
644 曽野裕夫「ウィーン売買条約（CISG）の意義と特徴」ジュリ 1375 号（2009 年）10 頁。ただし、その障害の回避可能性・克服可能性がないことだけでなく、契約締結時におけるその障害の予見可能性がないことも要件とされているため、実際に免責が認められる場合は限られるとされる。

体的構造というさらなる課題に一定の解答を示し得るものであるといえる。

参考文献表

序論

アメリカ統一商事法典研究会「アメリカ統一商事法典の翻訳（1）～（3)」法協 82 巻 4 号 526 頁以下・5 号 676 頁以下・6 号 775 頁以下（いずれも 1966 年)。
内田貴『契約の再生』弘文堂（1990 年)。
内田貴『債権法の新時代――「債権法改正の基本方針」の概要――』商事法務（2009 年)。
内田貴・大村敦志・角紀代恵他「〔特別座談会〕債権法の改正に向けて――民法改正委員会の議論の現状（上)・(下)」ジュリ 1307 号 102 頁以下・同 1308 号 134 頁以下（いずれも 2005 年)。
奥田昌道編『新版注釈民法（10）Ⅱ債権（1)』有斐閣（2011 年)。
笠井修「契約責任は厳格責任か―アメリカ契約法学に見る論争―」中央ロージャーナル 7 巻 3 号（2010 年）27 頁以下・8 巻 1 号（2011 年）45 頁以下。
木原浩之「契約の拘束力の基礎としての『意思』の歴史的解釈とその現代における再評価――第一次契約法リステイトメント・UCC 第 2 編・第二次契約法リステイトメントをマイル・ストーンとして（1）～（4・完)」明治学院大学法科大学院ローレビュー第 1 巻 1 号（2004 年）81 頁以下・同 2 号（2005 年）53 頁以下・亜細亜法学 40 巻 1 号（2005 年）173 頁以下・同 2 号（2006 年）97 頁以下。
小粥太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリ 1318 号（2006 年）117 頁以下。
小林一郎「米国契約法における帰責性（fault）の役割」NBL1062 号（2015 年）27 頁以下。
小山貞夫『英米法律語辞典』研究社（2011 年)。
潮見佳男『債権総論〔第 2 版〕Ⅰ――債権関係・契約規範・履行障害』信山社（2003 年)。
潮見佳男『債権総論〔第 4 版〕』信山社（2012 年)。
潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』きんざい（2015 年)。
商事法務『民法（債権関係）改正法案新旧対照条文』商事法務（2015 年)。
曽野裕夫「ウィーン売買条約（CISG）と債権法改正」日本国際経済法学会編『国際経済法講座Ⅱ取引・財産・手続』法律文化社（2012 年）322 頁以下。
田島裕『UCC2001――アメリカ統一商事法典の全訳――』商事法務（2002 年)。
田中英夫『英米法辞典〔第 4 版〕』東京大学出版会（1995 年)。
谷口知平＝五十嵐清編『新版注釈民法（13）債権（4）〔補訂版〕』有斐閣（2006 年)。
長谷川義仁『損害賠償調整の法的構造――請求者の行為と過失相殺理論の再構成のために――』日本評論社（2011 年)。
樋口範雄「過失相殺の日米比較の試み」私法 50 号（1988 年）110 頁以下。
樋口範雄『アメリカ契約法〔第 2 版〕』弘文堂（2008 年)。
樋口範雄『アメリカ不法行為法』弘文堂（2009 年)。
平野晋『体系アメリカ契約法』中央大学出版部（2009 年)。

松尾弘「民法改正とグローバル・スタンダード――統一化の要請と民法原則の動揺――」法セミ 693 号（2012 年）18 頁以下。
松本恒雄「第二次契約法リステイトメント試訳（1）～（5・完）」民商 94 巻 4 号 111 頁以下・同 5 号 115 頁以下・同 6 号 115 頁以下・同 95 巻 1 号 136 頁以下・同 2 号 139 頁以下（いずれも 1986 年）。
民法（債権法）改正検討委員会編『詳解　債権法改正の基本方針Ⅱ契約および債権一般（1）』商事法務（2009 年）。
森田宏樹『契約責任の帰責構造』有斐閣（2002 年）。
森田宏樹『債権法改正を深める――民法の基礎理論の深化のために――』有斐閣（2013 年）。
吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務』東京大学出版会（2010 年）15 頁以下。
拙稿「【著書紹介】不法行為・契約・原状回復におけるインセンティブの最適化――ROBERT D. COOTER & ARIEL PORAT, GETTING INCENTIVES RIGHT: IMPROVING TORTS, CONTRACTS, AND RESTITUTION, Princeton University Press, 2014, pp. vii + 232――」アメリカ法 2015-2 号（2016 年）249 頁以下。

BRIAN A. BLUM, CONTRACTS (4th ed. 2007).
E. ALLAN FARNSWORTH, CONTRACTS (4th ed. 2004).
OMRI BEN-SHAHAR AND ARIEL PORAT EDS., FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW (2010), 107 MICH. L. REV. 1341 (2009).
RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS (1981).
Robert A. Hillman, *The Importance of Fault in Contract Law*, CORNELL LAW FACULTY WORKING PAPERS, PAPER 111 (2012), http://scholarship.law.cornell.edu/clsops_papers/111.
Robert A. Hillman, *The Future of Fault in Contract Law*, 52 DUQ. L. REV. 275 (2014).
ROBERT D. COOTER & ARIEL PORAT, GETTING INCENTIVES RIGHT: IMPROVING TORTS, CONTRACTS, AND RESTITUTION (2014).

第一章　アメリカ契約責任法理の形成と転換

アメリカ統一商事法典研究会「アメリカ統一商事法典の翻訳（1）～（3）」法協 82 巻 4 号 526 頁以下・5 号 676 頁以下・6 号 775 頁以下（いずれも 1966 年）。
伊藤正巳『アメリカ法入門〔第 4 版〕』日本評論社（2008 年）。
内田貴「【著書紹介】Anthony T. Kronman & Richard A. Posner, THE ECONOMICS OF CONTRACT LAW (1979)」アメリカ法 1983-2 号（1983 年）249 頁以下。
内田貴『契約の再生』弘文堂（1990 年）。
内田貴『制度的契約論――民営化と契約』羽鳥書店（2010 年）。
戒能通弘「近代英米法思想の展開（4・完）」同志社法学 63 巻 1 号（2011 年）。

戒能通弘『近代英米法思想の展開』ミネルヴァ書房（2013 年）。
木下毅『英米契約法の理論〔第 2 版〕』東京大学出版会（1985 年）。
木原浩之「改正 UCC 第二編における「合意」を基礎とする契約法理（1）～（5・完）」亜細亜法学 44 巻 2 号（2010 年）210 頁以下・45 巻 1 号（2010 年）158 頁以下・46 巻 2 号（2012 年）148 頁以下・47 巻 2 号（2013 年）124 頁以下・48 巻 2 号（2014 年）116 頁以下。
國生一彦「アメリカの物品売買契約法――UCC Article Two (UCC-2)――（1）～（11・完）」国際商事法務 42 巻 4 号 524 頁以下・同 5 号 744 頁以下・同 6 号 919 頁以下・同 7 号 1062 頁以下・同 8 号 1209 頁以下・同 9 号 1375 頁以下・同 10 号 1533 頁以下・同 11 号 1691 頁以下・同 12 号 1846 頁以下（いずれも 2014 年）・同 43 巻 1 号 45 頁以下・同 2 号 202 頁以下（いずれも 2015 年）。
三枝健治「UCC 第二編改正作業における「契約の尊重（favor contractus）」」早法 84 巻 3 号（2009 年）191 頁以下。
末川博「米国に於ける法律改革の運動」法學論叢 9 巻 5 号（1923 年）695 頁以下。
ストーン著（渋谷年史訳）『アメリカ統一商法典』木鐸社（1994 年）。
曽野裕夫「UCC 第二編（売買）の改正作業に見る現代契約法の一動向（上）（下）」北大法学論集 44 巻 4 号（1993）837 頁以下、同 5 号（1994 年）255 頁以下。
田澤元章「アメリカ統一商事法典（UCC）の概要」日本銀行金融研究所ディスカッション・ペーパー・シリーズ 2000-J-26（2000 年）。
田島裕『UCC2001――アメリカ統一商事法典の全訳――』商事法務（2002 年）。
田中英夫「RESTATEMENT (SECOND)の編纂」アメリカ法 1967 号（1967 年）74 頁以下。
統一商事法典研究会「アメリカ統一商事法典の翻訳（1）～（3）」法協 82 巻 526 頁以下・同 676 頁以下・同 775 頁以下（いずれも 1966 年）。
中田裕康『継続的売買の解消』有斐閣（1944 年）。
並木俊守『アメリカ統一商法典』東洋経済新報社（1971 年）。
樋口範雄『アメリカ契約法〔第 2 版〕』弘文堂（2008 年）。
樋口範雄『アメリカ不法行為法』弘文堂（2009 年）。
ブラウカー＝道田信一郎『アメリカ商取引法と日本民商法典 I 売買』東京大学出版会（1960 年）。
松浦以津子「リステイトメントとは何か」『現代社会と民法学の動向 下――加藤一郎先生古稀記念』有斐閣（1992 年）。
松浦好治「Law as Science 論と 19 世紀アメリカ法思想（1）～（3・未完）」中京法學 16 巻 2 号（1981 年）50 頁以下・中京法學 16 巻 4 号（1982 年）24 頁以下・阪大法学 125 号（1982 年）51 頁以下。
松本恒雄「第二次契約法リステイトメント試訳（1）～（5・完）」民商 94 巻 4 号 111 頁以下・同 5 号 115 頁以下・同 6 号 115 頁以下・同 95 巻 1 号 136 頁以下・同 2 号 139 頁以

下（いずれも 1986 年）。
望月礼二郎「Symposium on the Restatement (Second) of Contracts, 81 COLUM. L. REV. 1-157 (1981)」アメリカ法 1983 号（1983 年）128 頁以下。
安田総合研究所『製造物責任――国際化する企業の課題――〔第 2 版〕』有斐閣（1991 年）。
横尾邦子「アメリカにおける消費者保護の実態」自由と正義 32 巻 4 号（1981 年）39 頁以下。
吉田邦彦『都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」』有斐閣（2011 年）。
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（1991 年）。

AM. LAW INST., RESTATEMENT (FIRST) OF CONTRACTS (1932).
翻訳：アメリカ法学協会著（末延三次訳）『条解米国契約法』（弘文堂、1957）。
ARTHUR L. CORBIN, CONTRACTS (1950).
CHRISTOPHER C. LANGDELL, A SELECTION OF CASES ON THE LAW OF CONTRACTS (1871).
DAVID CAMPBELL EDS., THE RELATIONAL THEORY OF CONTRACT: SELECTED WORKS OF IAN MACNEIL (2001).
翻訳：池下幹彦＝東繁彦訳『関係的契約理論――イアン・マクニール撰修――』日本評論社（2015 年）。
E. Allan Farnsworth, *Ingredients in the Redaction of The Restatement (Second) of Contracts*, 81 COLUM. L. REV. 1 (1981).
E. ALLAN FARNSWORTH, CONTRACTS (4th ed. 2004).
GEORGE E. PALMER, THE LAW OF RESTITUTION (1978).
GRANT GILMORE, THE DEATH OF CONTRACT (1974).
紹介：曽野和明「書評」アメリカ法（1978 年）199 頁以下。
樋口範雄「グラント・ギルモア著『契約の死』」學習院大學法學部研究年報 14 巻（1979 年）103 頁以下。
翻訳：森達ほか訳『契約法の死』文久書林（1979 年）。
GRANT GILMORE, THE AGES OF AMERICAN LAW (1977).
翻訳：G. ギルモア著（望月礼二郎訳）『アメリカ法の軌跡』岩波現代選書（1984 年）。
Ian Macneil, *Whither Contracts?*, 21 J. LEGAL EDUC. 403 (1969).
Ian Macneil, *The Many Futures of Contracts*, 47 S. CAL. L. REV. 691 (1974).
Ian Macneil, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, 72 NW. U. L. REV. 854 (1978)
IAN MACNEIL, THE NEW SOCIAL CONTRACT: AN INQUIRY INTO MODERN CONTRACTUAL RELATIONS (1980).
Ian Macneil, *Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need*

for a "Rich Classificatory Apparatus", 75 NW. U. L. REV. 1018 (1981).

Ian Macneil, *Lon Fuller: Nexusist*, 26 AM. J. JUR. 219 (1981).

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

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

Ian Macneil, *Bureaucracy, Liberalism, and Community: American Style*, 79 NW. U. L. REV. 900 (1984-85).

Ian Macneil, *Reflections on Relational Contract*, 141 J. INST. THEORETICAL ECON. 541 (1985).

J. AMES, LECTURES ON LEGAL HISTORY AND MISCELLANEOUS LEGAL ESSAYS (1913).

J. GRAY, THE NATURE AND THE SOURCES OF THE LAW (1972).

John P. Dawson, *Economic Duress: An Essay in Perspective*, 45 MICH. L. REV. 253 (1947).

John P. Dawson, *Duress through Civil Litigation*, 45 MICH. L. REV. 571 (1947).

JOHN LOCKE, THE SECOND TREATISE OF CIVIL GOVERNMENT (1960).

JOHN JOSEPH POWELL, ESSAY UPON THE LAW OF CONTRACTS AND AGREEMENTS (1790).

J. STORY, MISCELLANEOUS WRITINGS (W. W. Story ed. 1852).

Karl N. Llewellyn, *The Rule of Law in Our Case Law of Contract*, 47 YALE L. J. 1243 (1938).

KARL N. LLEWELLYN, THE COMMON LAW TRADITION: DECIDING APPEALS (1960).

LAWRENCE M. FRIEDMAN, CONTRACT LAW IN AMERICA (1965).

LON L. FULLER & M. EISENBERG, BASIC CONTRACT LAW (4th ed. 1981).

Lon L. Fuller & William R. Perdue, Jr., *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 YALE L. REV. 52 (1936).

MELVIN ARON EISENBERG, THE NATURE OF THE COMMON LAW (1988).

翻訳：メルヴィン M. A.アイゼンバーグ著（石田裕敏訳）『コモンローの本質』木鐸社（2001年）。

MORTON J. HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW, 1780-1860 (1977).

O. W. HOLMES, THE COMMON LAW (1881).

O. W. Holmes, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457 (1897).

R. A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (2d ed. 1977).

ROGER COTTERRELL, THE POLITICS OF JURISPRUDENCE (2nd ed. 2003).

Roy Kreitner, *Fault at the Contract-Tort Interface*, 107 MICH. L. REV. 1533 (2009).

Samuel Williston, *Freedom of Contract*, 6 CORNELL L. REV. 365 (1921).
SAMUEL WILLISTON, CONTRACTS (3rd ed. 1957-1978).
THEOPHILUS PARSONS, THE LAW OF CONTRACTS (1853).
WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND (1765).
WILLIAM TWINING, KARL LLEWELLYN AND THE REALIST MOVEMENT (1973).
W. W. STORY, TREATIES ON THE LAW OF CONTRACTS NOT UNDER SEAL (2nd ed. 1847).

James Baird Co. v. Gimble Bros., 64 F. 2d 344 (2d Cir. 1933).
Drennan v. Star Paving Co., 51 Cal. 2d 409, 333 P.2d 757 (1958).
Slade's Case, 4 Coke's Rep. 92 b, 76 Eng. Rep. 1074 (K.B. 1602).

第二章　アメリカ契約法における fault の発見

笠井修「契約責任は厳格責任か―アメリカ契約法学に見る論争―」中央ロージャーナル 7 巻 3 号（2010 年）27 頁、8 巻 1 号（2011 年）45 頁。
木下毅『英米契約法の理論〔第 2 版〕』東京大学出版会（1985 年）。
小林一郎「米国契約法における帰責性（fault）の役割」NBL1062 号（2015 年）27 頁。
櫻井博子「イギリス法の契約違反に対する利益の吐き出し損害賠償の展開」東北ローレビュー2014-3（2014 年）99 頁。
スティーブン・シャベル著（田中亘、飯田高訳）『法と経済学』日本経済新聞社（2010 年）。
田中英夫『英米法辞典』東京大学出版会（1991 年）。
樋口範雄『アメリカ不法行為法』弘文堂（2009 年）。
平野晋『体系アメリカ契約法』中央大学出版部（2009 年）。
山田八千子「売主の契約違反と買主の損害――アメリカ法における利益吐出し法理の適用をめぐって」東洋法学 34 巻 2 号（1991 年）87 頁。
吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務』東京大学出版会（2010 年）。
G. ギルモア著（望月礼二郎訳）『アメリカ法の軌跡』岩波現代選書（1984 年）。

Andrew Kull, *Disgorgement for Breach, the "Restitution Interest," and the Restatement of Contracts*, 79 TEX. L. REV. 2021 (2000-2001).
B. Nicholas, *Fault and Breach of Contract*, *in* GOOD FAITH AND FAULT IN CONTRACT LAW 337 (J. Beatson & D. Frierdman eds., 1995).
Benjamin Klein, Robert G. Crawford, & Armen A. Alchian, *Vertical Integtration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, 21 JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 297 (1978).
Caprice L. Roberts, *Restitutionary Disgorgement for Opportunistic Breach of Contract and Mitigation of Damages*, 42 LOY. L. A. L. REV. 131 (2008-2009).

Charles Goetz & Robert Scott, *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*, 69 VA. L. REV. 967 (1983).

E. ALLAN FARNSWORTH, CONTRACTS (4th ed. 2004).

F. KESSLER & G. GILMORE, CONTRACTS (1970).

G. H. Treitel, *Fault in the Common Law of Contract*, *in* LIBER AMICORUM FOR LORD WILLBERFORCE 185 (Maarten Bos & Ian Brownlie eds., 1987).

George M. Cohen, *The Negligence-Opportunism Tradeoff in Contract Law*, 20 HOFSTRA L. REV. 941 (1992).

George M. Cohen, *The Fault Lines in Contract Damages*, 80 VA. L. REV. 1225 (1994).

George M. Cohen, *Implied Terms and Interpretation in Contract Law*, 3 ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS 78 (2000).

George M. Cohen, *Finding Fault with Wonnll's "Two Contractual Wrongs",* 38 SAN DIEGO L. REV. 137 (2001).

George M. Cohen, *The Fault that Lies within our Contract Law*, 107 MICH. L. REV. 1447 (2009).

GRANT GILMORE, THE DEATH OF CONTRACT 151 (1974).

Hanoch Dagan, *Restitutionary Damages for Breach of Contract: An Exercise in Private Law Theory*, I Theoretical Inq. L. 115 (2000).

Ian R. Macneil, *The Many Futures of Contracts*, 47 S. CAL. L. REV. 691 (1974).

JAMES GORDLEY, THE PHILOSOPHICAL ORIGINS OF MODERN CONTRACT DOCTRINE (1991).

Karl N. Llewellyn, *Forward, On the Complexity of Consideration*, 41 COLUM. L. REV. 777 (1941).

Morris R. Cohen, *The Basis of Contract*, 46 HARV. L. REV. 553 (1933).

MORTON J. HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW, 1780-1860 (1977).

O. Bar-Gill & Omri Ben-Shahar, *The prisoners' (plea bargain) dilemma*, 1 JOURNAL OF LEGAL ANALYSIS 737 (2009).

O. HOLMES, THE COMMON LAW (1881).

OLIVER W. HOLMES, JR., THE COMMON LAW (1881).

Oliver W. Holmes, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457 (1897).

OLIVER WILLIAMSON, MARKETS AND HIERARCHIES: ANALYSIS AND ANTITRUST IMPLICATIONS (1975).

OMRI BEN-SHAHAR & ARIEL PORAT EDS., FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW (2010).

Paul A. Grout, *Investment and Wages in the Absence of Binding Contracts: A Nash*

Bargaining Approach, 52 ECONOMETRICA 449 (1984).

Robert A. Hillman, *The Importance of Fault in Contract Law,* CORNELL LAW SCHOOL RESEARCH PAPER No.12-34 (2012).

Robert A. Hillman, *The Future of Fault in Contract Law*, 52 DUQ. L. REV. 275 (2014).

ROBERT D. COOTER & ARIEL PORAT, GETTING INCENTIVES RIGHT: IMPROVING TORTS, CONTRACTS, AND RESTITUTION (2014).

Robert S. Summers, *Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code*, 54 VA. L. REV. 195 (1968).

Roger LeRoy Miller Miller & Timothy J. Muris, *Liquidated Damages v. Penalties: Sense or Nonsense?,,* 351 WIS. L. REV. 365 (1978).

Roscoe Pound, *The End of Law as Developed in Juristic Thought (part 2)*, 30 HARV. L. REV. 201 (1917).

Roy Kreitner, *Fault at the Contract-Tort Interface*, 107 MICH. L. REV. 1533 (2009).

Seana Shiffrin, *Could Breach of Contract be Immoral?*, 107 MICH. L. REV. 1551 (2009).

Timothy J. Muris, *Opportunistic Behavior and the Law of Contracts*, 65 MINN L. REV. 521 (1981).

WILLIAM M. WIECK, THE LOST WORLD OF CLASSICAL LEGAL THOUGHT: LAW AND IDEOLOGY IN AMERICA, 1886-1937 (1998).

Leavitt v. Dover, 32 A. 156 (N. H. 1892).

Loudenback Fertilizer Co. v. Tennessee Phosphate Co. (121 F. 298; 1903 U.S. App. LEXIS 4608).

Theodore Schultze v. Issac Goodstein, and Jacob Deng (180 N.Y. 248; 73 N.E. 21; 1905 N.Y. LEXIS 1073).

Patterson v. Meyerhofer (240 N.Y. 96; 97 N.E. 472; 1912 N.Y. LEXIS 747).

Asahel Wheeler Co. v. Mendleson (180 A.D. 9; 167 N.Y.S. 435; 1917 N.Y. App. Div. LEXIS 8094).

Dowd v. Hercules Powder Co. (66 Colo. 302; 181 P. 767; 1919 Colo. LEXIS 365).

Moore v. American Molasses Co. of NY (106 Misc. 263; 174 N.Y. 440; 1919 N.Y. Misc.).

Jacob & Youngs v. Kent (230 N.Y. 239; 129 N.E. 889; 1921 N.Y. LEXIS 828).

Oscar Schlegel Mfg Co. v. Peter Cooper's Glue Factory (231 N.Y. 459; 132 N.E. 148; 1921 N.Y. LEXIS 656).

Iron Trade Products Co. v. Wilkoff Co., Appellant (272 Pa. 172; 116 A. 150; 1922 Pa. LEXIS 794).

Cissana Loan Co. v. Barrron (149 Wash. 386; 270 P. 1022; 1928 Wash. LEXIS 694).

Frank M. Groves v. John Wunder Co. (286 N.W. 235, 236; Minn. 1939).

Southwest Natural Gas Co. v. Oklahoma Cement Co.(102 F.2d 630; 1939 U.S. App. LEXIS 4819).

Fort Wayne Corrugated Paper Co. v. Anchor Hocking Glass Corp. (130 F.2d 471; 1942 U.S. App. LEXIS 3127).

Palm v. Mortgage Investment Co. of El Paso (299 S.W.2d 869; 1950 Tex. App. LEXIS 2076).

Dickey v. Philadelphia Minit-Man Corporation (377 Pa. 549; 105 A.2d 580; 1954 Pa. LEXIS 550).

Mutual Life Ins Co. v. Tailored Woman Inc. (309 N.Y. 248; 128 N.E. 2d 401; 1955 N.Y. LEXIS 952).

Texas Indus., Inc. v. Brown (218 F.2d 510; 1955 U.S. App. LEXIS 5339).

Western Oil & Fuel Co. v. Kemp, Webb Oil Co. (245 F.2d 633; 1957 U.S. App. LEXIS 4836).

Stop & Shop, Inc. v. A. John Ganem & others (347 Mass. 697; 200 N.E.2d 248; 1964 Mass. LEXIS 825).

Pirrone v. Monarch Wine Co. (497 F.2d 25; 1974 U.S. App. LEXIS 7706).

Lakota Girl Scout Council, Inc., v. Havey Fund-Raising Mgmt. Inc. (519 F.2d 634, 643; 8th Cir. 1975).

Eastern Air Lines, Inc. v. Gulf Oil Corp. (415 F. Supp. 429; 1975 U.S. Dist. LEXIS 15673).

Orville E. Fortune v. Nat'l Cash Register Co. (364 N.E.2d 1251, 1255-56; Mass. 1977).

Wilsonville Concrete Products v. Todd Bldg. Co. (281 Ore. 345; 574 P2d. 1112; 1978 Ore. LEXIS 754).

R.A. Weaver and Assoc., Inc. v. Asphalt Constr. (587 F.2d 1315; 190 U.S. App. D.C. 418; 1978 U.S. App. LEXIS 8260).

UEF Incorporated v. Methode Electronics, Inc. (808 F. Supp. 1407; 1992 U.S. Dist. LEXIS 19242).

Koch Hydrocarbon Co. v. MDU Resources Group, Inc. (988 F.2d 1529; 1993 U.S. App. LEXIS 4555).

Porous Media Corp. v. Midland Brake, Inc., (220 F.3d 954; 2000 U.S. App. LEXIS 17427).

第三章　日本法における契約責任法理の展開

新井正男「イギリス契約法における履行不能について」法学新報 62 巻 1 号（1955 年）43 頁。

淡路剛久『債権総論』有斐閣（2002 年）。

石坂音四郎『日本民法第三編債権第二巻』有斐閣（1919 年)。
石坂音四郎『民法研究Ⅱ』有斐閣（1919 年)。
石崎泰雄『新民法典成立への扉――法制審議会の議論から改正法案へ――』信山社（2016 年)。
石崎泰雄「債務不履行による損害賠償の範囲――法制審議会の議論をめぐって――」都法 53 巻 2 号 47 頁以下。
石田文次郎『債権各論』早稲田大学出版部（1948 年)。
稲本洋之助ほか訳（法務大臣官房司法法制調査部編)『法務資料第 441 号 フランス民法典――物権・債権関係――』法曹会（1982 年)。
内田貴『契約の時代』岩波書店（2000 年)。
内田貴『債権法の新時代』商事法務（2009 年)。
内田貴『民法改正のいま――中間試案ガイド』商事法務（2013 年)。
梅謙次郎『民法要義巻之 3（債権編)』有斐閣（1912 年〔復刻 1984 年〕)。
岡林伸幸「損害拡大防止義務」田井義信編『民法学の現在と近未来』法律文化社（2012 年）122 頁以下。
奥田昌道『債権総論[増補版]』悠々社（1992 年)。
奥田昌道編『新版注釈民法（10）Ⅱ債権（1)』有斐閣（2011 年)。
於保不二雄『債権総論〔新版〕』有斐閣（1972 年)。
加賀山茂『民法改正案の評価――債権関係法案の問題点と解決策――』信山社（2015 年)。
勝本正晃『債権法概論（総論)』有斐閣（1949 年)。
加藤雅信『民法（債権法）改正―民法典はどこにいくのか』日本評論社（2011 年)。
加藤雅信『迫りつつある債権法改正』信山社（2015 年)。
川井健『民法概論 3 債権総論〔第 2 版補訂版〕』有斐閣（2009 年)。
川島武宜『債権法講義　第一分冊』近代思想社（1948 年)。
川島武宜『債権法総則講義』岩波書店（1949 年)。
川島武宜＝平井宣雄「契約責任」石井照久他編『経営法学全集十八巻』ダイヤモンド社（1968 年）268 頁。
川名兼四郎『債権法要論』金刺芳流堂（1915 年)。
北川善太郎『契約責任の研究』有斐閣（1963 年)。
北川善太郎「損害賠償論序説（1）～（2・完)」論叢 73 巻 1 号 1 頁、同 3 号 38 頁（いずれも 1963 年)。
北川善太郎『日本法学の歴史と理論』日本評論社（1968 年)。
久須本かおり「民法 418 条の類推適用による履行請求権の割合的縮減」愛知大学法学部法経論集 160 巻（2002 年）103 頁。
國井和郎「不完全履行」倉田卓次編『要件事実の証明責任　債権総論』西神田編集室（1986 年)。

窪田充見『過失相殺の法理』有斐閣（1994 年）。
小粥太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリ 1318 号（2006 年）117 頁。
潮見佳男「債務不履行・契約責任論史」水本浩＝平井一雄編『日本民法学史・各論』信山社（1997 年）183 頁以下。
潮見佳男『契約責任の体系』有斐閣（2000 年）。
潮見佳男『債権総論Ⅰ〔第 2 版〕』信山社（2003 年）。
潮見佳男『契約法理の現代化』有斐閣（2004 年〔初出 2001 年〕）。
潮見佳男『債務不履行の救済法理』信山社（2010 年〔初出 2006 年〕）。
潮見佳男「総論―契約責任論の現状と課題」ジュリ 1318 号（2006 年）81 頁。
潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』きんざい（2015 年）。
末川博『契約法（上）』岩波書店（1958 年）。
末弘厳太郎『債権各論』有斐閣（1918 年）。
末弘厳太郎『債権総論』日本評論社（1938 年）。
曽野裕夫「ウィーン売買条約（CISG）の意義と特徴」ジュリ 1375 号（2009 年）4 頁。
曽野裕夫「国際物品売買契約に関する国際連合条約の解説（1）～（3・完）」民月 64 巻 1 号、同 2 号、同 4 号（いずれも 2009 年）。
曽野裕夫「ウィーン売買条約（CISG）における瑕疵担保責任の不存在とその理由」野澤正充編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』日本評論社（2009 年）117 頁以下。
曽野裕夫「Favor contractus のヴァリエーション――CISG と債権法改正論議の比較を通じて――」藤岡康宏先生古稀記念論文集『民法学における古典と革新』成文堂（2011 年）255 頁。
曽野裕夫「ウィーン売買条約（CISG）と債権法改正」日本国際経済法学会編『国際経済法講座Ⅱ取引・財産・手続』法律文化社（2012 年）322 頁以下。
谷口知平『英米契約法原理』有斐閣（1932 年）。
谷口知平監修『口語債権法＜増補版＞』自由国民社（1990 年）。
谷口知平＝五十嵐清編『新版注釈民法（13）債権（4）契約総則〔補訂版〕』有斐閣（2006 年）。
円谷峻「ファヴォール・コントラクトス（契約の尊重）」好美清光先生古稀記念『現代契約法の展開』経済法令研究会（2000 年）。
ディーター・ライポルト著円谷峻訳『ドイツ民法総論［第 2 版］』成文堂（2015 年）。
道垣内弘人「債務不履行における過失相殺――債務不履行法改正との関係において」法曹 65 巻 1 号（2013 年）1 頁以下。
長尾治助『債務不履行の帰責事由』有斐閣（1975 年）。
中田裕康「415 条・416 条（債務不履行による損害賠償）」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年第三巻―個別的観察(2)債権編』有斐閣（1998 年）3 頁以下。
中田裕康『債権総論〔新版〕』岩波書店（2011 年）。

中野貞一郎「診療債務の不履行」同『過失の推認』弘文堂（1979 年・初出 1974 年)。
能見善久「履行障害」『債権法改正の課題と方向』103 頁以下。
能見義久「「痛み分け」社会の民法」『論文から見る現代社会と法』有斐閣（1995 年）103 頁以下。
橋本佳幸「過失相殺法理の構造と射程――責任無能力者の『過失』と素因の斟酌をめぐって（4)」論叢 137 巻 6 号 2 頁以下。
長谷川貞之「法典編纂から見た「被害者の過失」――ローマ法からドイツ民法典の成立まで――（1)」駿河台法学第 2 号（1988 年）93 頁
長谷川義仁『損害賠償調整の法的構造――請求者の行為と過失相殺理論の再構成のために』日本評論社（2011 年)。
鳩山秀夫『日本債権法総論』岩波書店（1916 年)。
鳩山秀夫『日本債権法各論』岩波書店（1922 年)。
濱口弘太郎「損害賠償法における損益相殺に関する総合的研究（1）～（4・未完)」北大法学論集 66 巻 4 号（2015 年）1226 頁以下・同 5 号 1666 頁以下・同 6 号 2130 頁以下・67 巻 1 号 282 頁以下（いずれも 2016 年)。
早川眞一郎「不完全履行、積極的債権侵害」星野英一編『民法講座 4 債権総論』有斐閣（1985 年）49 頁以下。
林良平ほか『債権総論〔第 3 版〕』青林書院（1996 年)。
林良平「積極的契約侵害論とその展開（1）～（2・完)」法学論叢 65 巻 5 号 1 頁（1959 年)、同 71 巻 2 号 1 頁（1962 年)。
林良平「ドイツ民法 280 条における不能概念について」『近代法における物権と債権の交錯』（1989 年、初出 1955 年)。
平井宜雄「債務不履行責任の範囲に関する法的構成（1）～（3・完)」法協 80 巻 6 号、同 81 巻 1 号（いずれも 1964 年)、同 81 巻 3 号（1965 年)。
平井宜雄『損害賠償法の理論』東京大学出版会（1971 年)。
平井宜雄『債権総論〔第 2 版〕』弘文堂（1994 年)。
福島正夫「明治民法典における損害賠償諸規定の形成」川島武宜編『損害賠償責任の研究・上』有斐閣（1957 年）25 頁以下。
法典調査会民法議事速記録〔学振版〕。
星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論)』良書普及会（1978 年)。
前田達明監修『史料債権総則』成文堂（2010 年)。
松尾弘「民法改正とグローバル・スタンダード――統一化の要請と民法原則の動揺――」法セミ 693 号（2012 年）18 頁。
三宅正男『契約法（総論)』青林書院（1978 年)。
民法（債権法）改正検討委員会編『詳解　債権法改正の基本方針Ⅱ契約および債権一般（1)』商事法務（2009 年)。

森田修「フランスにおける債務転形論と『附遅滞』――履行請求権の存在意義に関する覚書（その 1）――」法学志林 90 巻 1 号（1992 年）17 頁。
森田修『契約責任の法学的構造』有斐閣（2006 年）。
森田修「履行請求権か remedy approach か――債権法改正作業の文脈化のために」ジュリ 1329 号（2007 年）82 頁。
森田修「『契約の尊重（favor contractus）』について」『遠藤光男元最高裁判所判事喜寿記念文集　論集編――実務法学における現代的諸問題』ぎょうせい（2007 年）。
森田宏樹『契約責任の帰責構造』有斐閣（2002 年〔初出 1991 年〕）。
森田宏樹『債権法改正を深める――民法の基礎理論の深化のために――』有斐閣（2013 年）。
山中康雄「解除の効果」同『総合判例研究叢書（2）民法』有斐閣（1958 年）159 頁。
山野目章夫「民法（債権関係）改正のビューポイント（1）～（16）」NBL1038 号 8 頁以下・1039 号 72 頁以下・1040 号 68 頁以下（いずれも 2014 年）・1041 号 58 頁以下・1042 号 76 頁以下・1043 号 70 頁以下・1044 号 49 頁以下・1045 号 91 頁以下・1046 号 56 頁以下・1047 号 56 頁以下・1048 号 63 頁以下・1049 号 35 頁以下・1050 号 50 頁以下・1051 号 51 頁以下・1052 号 66 頁以下・1053 号 50 頁以下（いずれも 2015 年）。
山本敬三『民法講義Ⅳ――１』有斐閣（2005 年）。
山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリ 1318 号（2006 年）87 頁。
山本敬三「債務不履行責任における「帰責事由」」法セミ 679 号（2011 年）10 頁。
山本敬三「日本における債務不履行法の変遷と課題――ドイツ法との対比から」小野秀誠ほか編『民事法の現代的課題』商事法務（2012 年）405 頁以下。
柚木馨『債権各論（契約総論）（現代法学全集）』青林書院（1956 年）。
横田秀雄『債権総論』清水書店（1908 年）。
吉田邦彦「債権の各種――『帰責事由』論の再検討」星野編『民法講座・別巻 2』有斐閣（2003 年・初出 1990 年）1 頁。
吉田邦彦「近時の「民法(債権法)改正」目的・趣旨の再検討と法解釈方法論」法時 82 巻 12 号（2010 年）76 頁。
吉田邦彦『都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」』有斐閣（2011 年）。
我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』岩波書店（1964 年）。
我妻栄『債権各論上（民法講義Ⅵ）』岩波書店（1954 年）

大判明治 39 年 10 月 29 日、民録 12 輯 1358 頁。
大判大正 6 年 5 月 23 日、民録 23 輯 896 頁。
大判大正 10 年 11 月 22 日、民録 27 輯 1978 頁。
大判大正 13 年 3 月 14 日、新聞 2247 号 22 頁。
大判昭和 8 年 2 月 24 日民集 12 巻 251 頁。
大判昭和 11 年 3 月 7 日、民集 15 巻 376 頁。

大判昭和 16 年 9 月 9 日、民集 20 巻 1137 頁。
大判昭和 16 年 12 月 9 日、法学 11 巻 7 号 81 頁。
最判平成 7 年 4 月 25 日、民集 49 巻 4 号 1163 頁。
最判昭和 28 年 10 月 15 日民集 7 巻 10 号 1093 頁。
最判昭和 35 年 11 月 1 日民集 14 巻 13 号 2781 頁。
最判昭和 50 年 2 月 25 日民集 29 巻 2 号 143 頁。
最判平成 10 年 4 月 24 日判時 1661 号 66 頁。

M. J. BONELL, AN INTERNATIONAL RESTATEMENT OF CONTRACT LAW (3d ed., 2005).

第四章　日本法における契約内容の決定にかかわる学説の展開

筏津安恕『失われた契約理論――プーフェンドルフ・ルソー・ヘーゲルボワソナード――』昭和堂（1998 年）。
筏津安恕『私法理論のパラダイム転換と契約理論の再編――ヴォルフ・カント・サヴィニー――』昭和堂（2001 年）。
筏津安恕『義務の体系のもとでの私法の一般理論の誕生――スアレス・デカルト・グロチウス・プーフェンドルフ――』昭和堂（2010 年）。
石川博康『「契約の本性」の法理論』有斐閣（2010 年）。
石川博康『再交渉義務の理論』有斐閣（2011 年）。
石田喜久夫『現代の契約法』日本評論社（1982 年・初出 1979-81 年）。
石田喜久夫「契約の拘束力」淡路剛久編『現代契約法大系（1）』有斐閣（1983 年）100 頁以下。
内田貴『契約の再生』弘文堂（1990 年）。
内田貴「現代契約法の新たな展開と一般条項（1）～（4）」NBL514～517 号（1993 年）。
内田貴『契約の時代〔第 8 版〕』岩波書店（2009 年・初出 2000 年）。
内田貴『制度的契約論――民営化と契約』羽鳥書店（2010 年）。
大村敦『公序良俗と契約正義』有斐閣（1995 年、初出 1987 年）。
大村敦『典型契約と性質決定』有斐閣（1997 年〔初出 1993-95 年〕）。
大村敦『生活民法研究 I 契約法から消費者法へ』東京大学出版会（1999 年）。
大村敦「消費者・消費者契約法の特性――中間報告（1）～（4）」NBL475～478 号（いずれも 1991 年）。
大村敦志「取引と公序――法令違反行為効力論の再検討（上）（下）」ジュリ 1023 号、1025 号（1993 年）。
大村敦『民法改正を考える』岩波書店（2011 年）。
木下毅「著書紹介」アメリカ法 1985-2 号（1985 年）。

中田裕康『継続的売買の解消』有斐閣（1994 年、初出 1991-92 年)。
原島重義「契約の拘束力」法セ 345 号（1983 年)。
原島重義「約款と契約の自由」淡路剛久編『現代契約法大系（1)』有斐閣（1983 年)。
原島重義「約款と『市民法』論」法科 12 号（1984 年)。
広中俊雄『契約法の研究』有斐閣（1958 年)。
広中俊雄『契約とその法的保護』創文社（1974 年、初出 1953 年)。
星野英一「現代における契約」加藤一郎編『岩波講座現代法 8 現代法と市民』岩波書店 1966 年（同『民法論集第三巻』1972 年所収)。
星野英一「民法とはなにか（2)」法教 3 号（1980 年）24 頁。
星野英一「契約・契約思想の歴史と比較法」『岩波講座基本法学 4 契約』岩波書店（1983 年)。
星野英一「意思自治の原則、私的自治の原則」同編『民法講座第 1 巻民法総則』有斐閣 (2012 年)。
森田修『契約責任の構造』有斐閣（2006 年)。
森田修「『新しい契約責任論』は新しいか――債権法改正作業の文脈化のために」ジュリ 1325 号（2006 年）210-215 頁。
森田修「履行請求権か remedy approach か――債権法改正作業の文脈化のために」ジュリ 1329 号（2007 年）82-89 頁。
森田修「『契約の尊重（favor contractus)』について」『実務法学における現代的諸問題』ぎょうせい（2007 年)。
森田修「フランスにおける『契約のエコノミー』論の展開」法協 127 巻 10 号（2010 年）1602 頁以下。
森田修「Pimont の『契約のエコノミー』論――契約規範の形態原理をめぐる近時フランス法理論の一斑（1）～（2・完)」法協 127 巻 1 号 124 頁以下・同 9 号 1361 頁以下（いずれも 2010 年)。
森田修「合意による契約の修正―契約改訂における意思自律―（1）～（7・完)」法協 128 巻 12 号・129 巻 1 号・2 号・3 号・130 巻 1 号・3 号・9 号（2011～2013 年)。
森田修「フランスにおける『契約の法性決定』（1）～（6・完)」法協 131 巻 12 号（2014 年）2415 頁以下・132 巻 1 号 79 頁以下・同 4 号 664 頁以下・同 9 号 1654 頁以下・同 11 号 2009 頁以下・同 12 号 2288 頁以下（すべて 2015 年)。
森田修『契約規範の法学的構造』商事法務（2016 年)。
山代忠邦「契約の性質決定と内容調整――フランス法における典型契約とコーズの関係を手がかりとして――（1）～（4)」法学論叢 177 巻 3 号 49 頁以下・同 5 号 48 頁以下・178 巻 3 号 48 頁以下（すべて 2015 年)・同 4 号 59 頁以下（2016 年)。
山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治（1）～（2・完)」法学論叢 133 巻 4、5 号（1993 年)。

山本敬三「憲法と民法の関係――ドイツ法の視点」法教 171 号（1994 年）48-49 頁。
山本敬三「公序良俗論の再構成」奥田昌道先生還暦記念『民事法理論の諸問題（下）』成文堂（1995 年）24 頁。
山本敬三「取引関係における公法的規制と私法の役割――取締法規論の再検討（1）～（2・完）」ジュリ 1087～1088 号（1996 年）。
山本敬三「基本法としての民法」ジュリ 1126 号（1998 年）262-63 頁。
山本敬三『公序良俗論の再構成』有斐閣（2000 年）。
山本顕治「契約交渉関係の法的構造についての一考察（1）～（3）」民商 100 巻 2、3、5 号（1989 年）。
山本顕治「契約規範の獲得とその正当化」『谷口知平先生追悼論文集 2 契約法』信山社（1993 年、初出 1991 年）73-77 頁。
山本顕治「再交渉義務論について――交渉理論と契約法理論の交錯一」法政研究 63 巻 1 号（1996 年）。
山本顕治「競争秩序と契約法――「厚生対権利」の一局面――」神戸法学 56 巻 3 号（2006 年）272 頁以下。
吉田克己『現代市民社会と民法学』日本評論社（1999 年）。
吉田邦彦「論文紹介」アメリカ法 1989-1 号（1989 年）。
吉田邦彦「アメリカ契約法学における損害賠償利益論」アメリカ法 1992-2 号（1993 年）。
我妻栄『近代法における債権の優越的地位』有斐閣（1953 年）。

Stewart Macaulay, *Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 AMERICAN SOCIOLOGICAL REV. 1 (1963).

第五章　日本の裁判例における契約責任の帰責根拠

川島武宜『債権法講義　総則 1』近代思想社（1948 年）。
北川善太郎『契約責任の研究――構造論』有斐閣（1963 年）。
小粥太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリ 1318 号（2006 年）124 頁。
潮見佳男『契約責任の体系』有斐閣（2000 年）。
潮見佳男『契約法理の現代化』有斐閣（2004 年）。
潮見佳男『債務不履行の救済法理』信山社（2010 年）。
潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』きんざい（2015 年）。
商事法務『民法（債権関係）改正法案新旧対照条文』商事法務（2015 年）。
商事法務編『民法（債権関係）部会資料集　第 3 集〈第 2 巻〉――第 77 回～第 79 回会議議事録と部会資料』商事法務（2016 年）。
長尾治助『債務不履行の帰責事由』有斐閣（1975 年）。
中田裕康『継続的売買の解消』有斐閣（1994 年）。

中田裕康『継続的取引の研究』有斐閣（2000 年）。
中田裕康『債権総論〔第 3 版〕』岩波書店（2013 年）。
広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅲ個別的考察（2）債権編』有斐閣（1998 年）。
法制審議会民法（債権関係）部会『民法（債権関係）の改正に関する中間試案（別冊 NBL No.143）』商事法務（2013 年）。
星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論）』良書普及会（1978 年）。
升田純『現代取引社会における継続的契約の法理と判例』日本加除出版（2013 年）。
民法（債権法）改正検討委員会編『詳解　債権法改正の基本方針Ⅱ契約および債権一般（1）』商事法務（2009 年）。
森田宏樹『契約責任の帰責構造』有斐閣（2002 年）。
森田宏樹『債権法改正を深める』有斐閣（2013 年）。

大阪地判昭和 36.10.12 下民 12-10-2434
福岡地判昭和 39.3.19 下民 15-3-563
横浜地判昭和 40.4.6 下民 16-4-600
東京地判昭和 40.12.25 判時 443-40
名古屋高判昭和 46.3.29 判時 634-50
大阪地判昭和 47.12.8 判時 713-104
名古屋地判昭和 49.5.29 判時 768-73
東京地判昭和 52.7.22 判時 880-51
東京高判昭和 56.2.26 判時 1000-87
東京地判昭和 53.1.23 判タ 364-266
東京地判昭和 56.1.30 判時 1007-67
東京地判昭和 56.5.26 判時 1020-64
東京高判昭和 59.12.24 判時 1144-88
東京地判昭和 56.9.30 判時 1045-105
東京地判昭和 57.10.19 判時 1076-72
大阪地判昭和 58.3.28 判時 1096-102
京都地判昭和 60.1.18 金判 716-30
東京地判平成 5.2.10 判タ 848-221
東京地判平成 7.5.29 知的財産権判決速報 241-99
大阪地判平成 7.11.7 判時 1566-85
大阪高判平成 9.3.28 判時 1612-62
東京高判平成 9.5.29 判タ 981-164
東京地判平成 9.9.26 判時 1639-73
東京地判平成 12.8.28 判時 1737-41

東京地判平成 15.9.19 判時 1860-80
大阪地判平成 17.9.16 判時 1920-96
東京地判平成 19.10.29 判時 2002-116
東京地判平成 19.11.26 判時 2009-106
東京地判平成 20.9.18 判時 2042-20
東京地判平成 22.7.30 金判 1352-59
東京地判平成 22.9.15 判時 1346-175
東京地判平成 22.12.22 判時 2118-50

終章

奥田昌道『債権総論〔増補版〕』悠々社（1992 年）。
奥田昌道編『新版注釈民法（10）Ⅱ債権（1）』有斐閣（2011 年）。
潮見佳男『契約責任の体系』有斐閣（2000 年）。
曽野裕夫「ウィーン売買条約（CISG）の意義と特徴」ジュリ 1375 号（2009 年）10 頁。
平井宜雄『債権総論』信山社（1994 年）。
森田宏樹『契約責任の帰責構造』有斐閣（2002 年）。