



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	契約責任決定規範の多元性（1）：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
Citation	北大法学論集，68(6)，1-62
Issue Date	2018-03-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/68630
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol68no6_01.pdf



契約責任決定規範の多元性（二）

——アメリカ契約法における fault の発見を端緒として——

木
戸

茜

序章	目次
第一節	問題意識

- 第二節 考察の対象と分析の視角
- 第三節 本稿の構成
- 第一章 アメリカ契約責任法理の形成と転換
- 第一節 はじめに
- 第二節 アメリカ契約法の発端
- 第三節 形式主義的契約観
- 第四節 厳格責任の確立
- 第五節 アメリカ契約責任法理の転換
- 第六節 小括
- 第二章 アメリカ契約法における 'fault' の発見
- 第三章 アメリカの裁判例における契約責任決定規範
- 第四章 日本法における契約責任法理の展開
- 第五章 日本の裁判例における契約責任決定規範
- 終章

(以上、本号)

序章

第一節 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。アメリカ契約法においては、*pacta sunt servanda*（契約は履行すべし）⁽¹⁾の法諺の通り、各人は自らの約束を守り実行せねばならないとされる。例えば第二次契約法リステイトメントにおいて、「契約責任は嚴格責任である。*pacta sunt servanda*は承認された格言である」との記述がある。⁽²⁾一度成立した契約は履行されねばならず、契約によって引き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、一九九〇年前後から、契約違反に基づく損害賠償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、近年の債権法改正作業における検討の結果、二〇一七年五月二六日に成立した改正債権法において採用された。改正後民法四一五条一項の本文は「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」と規定する。⁽⁵⁾

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、嚴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⁾ 嚴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、不可抗力の事案だけではない。近年のアメリカ契約法に関する議論からは、不可抗力の事案に限らず、契約違反があつ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場合があることが指摘されている。とりわけ、締結時に契約内容のすべてを決定するのではなく、ある程度長期に渡る契約期間のなかで状況に応じて契約内容を詰めていくような事案——後述するように、アメリカにおいては必要量購入契約に関する議論が盛んである——では、契約内容に反したことにとどまらない規範的な要素が帰責根拠として機能しているようである。⁽¹⁰⁾

確かに、債務者が契約に違反すればそのことをもって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。特に、単発の取引ではない契約において、当事者が当

初合意しなかったことについて紛争が生じた場合、契約責任の決定にあたつて合意に反したか否かのみを重視するのは現実的ではないように思われる。⁽¹¹⁾

伝統的に嚴格責任主義に立つとされてきたアメリカ契約法においてさえ、実際の運用では契約違反にとどまらない規範的な帰責根拠が考慮されているとの指摘があることも、合意を重視する立場を貫徹することの困難の証左であろう。また、わが国の改正後民法四一五条一項但書は、「その債務の不履行が、契約……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」とする。債権法改正作業においては、契約における合意を重視するという方針が採用されたものの、契約に基づく損害賠償責任の有無の決定にあたつては、「契約」とともに「取引上の社会通念」が考慮されることになる。⁽¹²⁾ ここでも、契約違反にとどまらない帰責根拠を觀念する余地がありそうである。

このように考えてくると、契約責任の帰責根拠については、具体的事案の実質的検討の積み重ねから論じられねばならないように思われる。すなわち、具体的事案において当事者が契約上何を引き受けていたのか、引き受けたことになぜ反することになったのか等の個々の状況を検討することで、契約責任がいかに決定されるかが明確になろうと考える。⁽¹³⁾

そこで本稿では、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、継続的な取引において契約締結時に当事者が明示的に合意したこと以外の要素によつて責任判断がなされ得る場面——を分析し、それらの事案における実質的な責任判断の検討から、契約責任を決定する規範的要素を確定することを試みる。さらに、結論を先取りしていえば、こうした規範が、契約責任の有無だけでなく、責任内容——すなわち、最終的な損害賠償の額の調整——にもかかわる多元性を有するものであることを示す。⁽¹⁴⁾

(1) 同法諺は「約束は守らなければならない」とも訳される(田中英夫『英米法辞典』東京大学出版会(一九九五年)六一六頁)他、「約束」ではなく「契約」、「合意」との語も用いられる(小山貞夫『英米法律語辞典』研究社(二〇一一年)七八頁)。

(2) 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嚴格責任の法である」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嚴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(第二版)』弘文堂(二〇〇八年)六七頁。

(3) 森田宏樹『契約責任の帰責構造』有斐閣(二〇〇二年)四六頁以下、潮見佳男『債権総論(第二版)』I——債権関係・契約規範・履行障害』信山社(二〇〇三年)二六九頁以下、同『債権総論(第四版)』信山社(二〇一二年)五五頁以下。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」ジュリ一三二八号(二〇〇六年)一一七頁以下。

(4) 「民法の一部を改正する法律案」内閣提出法律案第六三三号、及び「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」同六四号は、二〇一六年一月一六日の一九二回国会において審理が開始され、二〇一七年五月二六日に参議院本会議において可決・成立し、平成二九年六月二日法律第四四号として公布された。二〇二〇年四月一日の施行が予定されている。

(5) 本稿第四章で後述するが、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(一)』商事法務(二〇〇九年)二四四、二四六―二四七頁。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(二〇〇九年)八二頁以下、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(二〇一三年)二三頁以下も参照。

(6) 本稿第一章参照。

- (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（一〇）Ⅱ債権（一）』有斐閣（二〇一一年）一七〇頁以下（北川善太郎・潮見佳男執筆部分）。
- (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（二〇〇九年）五〇二頁以下。
- (9) Restatement (Second) of Contracts §261 (1981). 以降、第二次契約法リステイメントの翻訳は、松本恒雄「第二次契約法リステイメント試訳（一）」（五・完）『民商九四卷四号一一頁以下・同五号一一五頁以下・同六号一一五頁以下・同九五卷一号一三六頁以下・同二号一三九頁以下（いずれも一九八六年）』による。
- (10) 本稿第二章、及び第三章参照。
- (11) この点に関連して、事情変更の原則を契約当事者のリスク配分の場面としてとらえる見解がある。吉政知広『事情変更法理と契約規範』有斐閣（二〇一四年）。これは、契約における合意を重視する立場であり、契約責任の帰責根拠を合意の違反のみに求める立場と親和的であるように思われる。しかし、とりわけ継続的な取引においては、契約締結時に想定しなかった事態が出来ることは当然に想定されるのであり、合意の時点で対応しなかったリスクは負うべきとする考え方が必ずしも妥当とはいえない。
- (12) ここで「取引の社会通念」という表現が用いられたことにつき、潮見は、免責事由が契約当事者の主観的意思のみによって定まるのではなく、当該契約の性質、契約をした目的、契約締結に至る経緯その他の事情をも考慮して定まることがあり得ることを示すためであると説明する。潮見佳男『新債権総論Ⅰ』信山社（二〇一七年）三八九―三八〇頁。もつとも潮見自身は「取引の社会通念」という表現について、契約規範の内容が契約を離れて確定され得るとの誤った印象を与えると危惧しており、免責事由はあくまで「契約内容の趣旨に照らして定まる」と強調している。
- (13) 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（二〇〇六年）・前掲注3・一二四頁。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、本稿第四章参照。

（14）この点に関連して、長野史寛『不法行為責任内容論序説』有斐閣（二〇一七年）は、不法行為に基づく損害賠償責任の内容を確定する規範——「責任内容画定規範」——を検討するものである。ここでは、不法行為法の制度目的である「権利の保障」を基準とした責任内容の算出が試みられる。これは、不法行為法における「権利の保障内容」とは何か解釈することに他ならず、契約違反に基づく損害賠償の場面において合意内容を——個々の契約の背景を考慮しながら——解釈することで契約責任を決定する考え方と重なるところが大きいにあるように思われる。

第二節 考察の対象と分析の視角

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、契約責任の有無や責任内容を決定する規範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 *Best* 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。

一 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嚴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、契約の拘束力を重視するわが国の近年の議論における責任判断構造と一見同じ構造を採用しているかのようと思われる。しかし近年のアメリカ契約法学をみると、契約責任を嚴格責任とする伝統的法理に動揺が見られ、学説上の議論が続いている。⁽¹⁵⁾ここでは、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。⁽¹⁷⁾

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⁽¹⁸⁾ことがあるが、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。⁽¹⁹⁾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。⁽²⁰⁾

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。⁽²¹⁾ 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。

二 アメリカ契約法における嚴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、これは嚴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。⁽²²⁾ そのうえで、嚴格責任主義のもとで採用されてきた good faith (信義誠実)⁽²³⁾ 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 の頭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否かにかかわらず、good faith に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)。⁽²⁴⁾ 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ことができ、このような説明は嚴格責任の立場と必ずしも矛盾しない。もつとも、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。⁽²⁵⁾

三 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か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。⁽²⁶⁾ 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（民法四一五条）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四一五条の過失責任主義の放棄に関する議論が盛んである。⁽²⁷⁾ 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。⁽²⁸⁾

一方で、本稿の検討対象であるアメリカ法においては、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。⁽²⁹⁾ specific performance（特定履行）は例外的にしか認めされないが、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。⁽³⁰⁾

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。⁽³¹⁾ この分析によれば、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ためである。例えば金銭債務の不履行の場合、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らない。

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。

四 わが国における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という考え方は、近時の債権法改正においても受け入れられた⁽³³⁾。

さらに損害賠償の調整については、従来、民法四一八条の「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⁽³⁵⁾。結局、改正法案において「過失」の語が維持されたものの⁽³⁶⁾、これまで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⁽³⁷⁾。

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る。契約責任に関しても当事者の合意を重視する考え方は、国際的潮流にも合致した明快なルールとして、債権法改正において積極的に検討されてきた⁽³⁸⁾。

しかし、厳格責任主義を採用するとされるアメリカ契約法においても、実際には合意違反以外の要素によって契約責任が決められる場面があり得る。また、わが国の債権法改正作業においても、基本的には契約における合意を重視する立場を採用しながら、最終的には、「契約」とともに「社会通念」に照らして契約責任の免責を判断することとなったことは上述した通りである。

この点につき、免責の基準を「契約」と「社会通念」のいずれに求めるか、また両者の基準としての優劣関係をどのように考えるかは、改正にあたって大きな争点となったようである⁽³⁹⁾。すなわち、一方では、契約責任の判断が契約書の

記載次第で左右されることへの危惧から、規範的要素を考慮しやすいよう「社会通念」という語を用いるとの考え方が主張され、また一方では、「社会通念」の語が個人を抑圧することを懸念し、あくまで当事者の合意を基礎とする考え方が主張された。ただし、ここで契約の拘束力、ひいては契約における合意を重視するということが、当事者の明示的な合意違反以外の要素を責任判断において排除するということを意味するものではないことは明確に説明されている⁴⁰。この点、契約責任の免責をいかに規定するかは、以下の二つの問いに対していかなる立場をとるにかかっているように思われる。

一つは、「契約」という語をどのようにとらえるかという問いである。仮に、契約書に記載されている明示的な合意を特に指して「契約」というのであれば、免責の判断にあたって「契約」とは異なる「社会通念」が持ち込まれる余地が認められそうである。あるいは、「契約」を契約当事者の意思だけでなく、社会的な背景をも含有したものととらえることも可能であろう。そうであれば、当事者の明示的な合意にとどまらない事情や背景を黙示の契約として読み込むことで、あくまで「契約」に反したか否かで責任を決定するということもできそうである。

いま一つの問いは、債権法改正の目的をどこに設定するかである。例えば、「契約」はそのイニシアティブにより社会を形成していくものであり、従って個々の契約当事者の合意に必ずしも還元されない規範的要素が入り込むものであるという一学説の立場を前提として、債権法改正作業を行うこともあり得よう。しかし、法律に馴染みのない一般市民でも一読して理解することのできる条文の記述を目指すのであれば、「契約」という語が一般にどう理解されているのか——文字通り当事者が契約したことそのものと理解されているか、あるいは契約において明示されない規範的要素をも当然に含み得るものと考えられているか——がさらに問われねばならない。

いずれにせよ、契約において明示された合意に反したことを帰責根拠とする枠組みのもとでも、なお規範的判断によつ

てこそ妥当な紛争解決を図ることができる場面——主に、単発でない継続的な取引が想定される——⁽⁴⁾があり得ることは明白である。むしろそこでは、どのような要素が考慮されるのか、また、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が問題となろう。

(15) 二〇〇八年にシカゴ大学ロー・スクールにおいて、*Fault in American Contract Law*と題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て、OMRI BENSHAHAR 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「契約責任は嚴格責任か—アメリカ契約法学に見る論争—」中央ロージャーナル七卷三号（二〇一〇年）二七頁・八卷一号（二〇一一年）四五頁（同論文は後に、同『契約責任の多元的制御』勁草書房（二〇一七年）の一部としてまとめられている）、小林一郎「米国契約法における帰責性（fault）の役割」NBL一〇六二号（二〇一五年）二七頁。

(16) 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/clspops_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、このうち二〇一四年のCooter = 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——」アメリカ法二〇一五—二二号（二〇一六年）二四九頁以下。

(17) 本稿第二章参照。

(18) 例えば、田中（一九九五年）・前掲注1・三三五頁では、*fault*の訳語の一つめに「過失」が挙げられている。小山（二

〇一一年・前掲注1・四一九頁では、「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。その他、第二次契約法リステイメント二六一条において fault は「過失」と訳されている。一方、アメリカ統一商事法典（UCC）第一二〇一条（一般定義）（一六）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（一）」（二）「法協八二巻四号五二六頁以下・五号六七六頁以下・六号七七五頁以下（いずれも一九六六年）、後者の訳は、田島裕『UCC 二〇〇一——アメリカ統一商事法典の全訳——』商事法務（二〇〇二年）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。

(19) 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。ただし笠井は、「帰責要素としての過失」と「制御要素としての過失」とを区別して論じるべきであると主張する。後者は「いかなる要素が実際に責任判断を左右しているか」という問いであるという。笠井（二〇一七年）・前掲注15・八四頁。ここでも注意義務違反としての過失が意味されているわけではないことは明らかである。

(20) 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。ここでの過失は、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、そこでの過失は、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（二〇〇九年）九頁。

(21) 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」私法五〇号（一九八八年）一一〇頁。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（二〇一一年）七七頁

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。

(22) 本稿第二章参照。

(23) 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).

(24) これに対して、仮定の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)。

(25) このことは、伝統的に厳格責任を採用してきたアメリカ契約法学にインパクトを与えるためには自然なことであるといえよう。

(26) 奥田〔北川Ⅱ潮見〕(二〇一一年)・前掲注7・五頁以下。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。

(27) 森田(二〇〇二年)・潮見(二〇〇三年)・同(二〇一二年)・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四一五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。

(28) 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Ⅱ五十嵐清編『新版注釈民法(一三) 債権(四)〔補訂版〕』有斐閣(二〇〇六年)八〇三頁以下(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(二〇一三年)・前掲注5・六一頁以下。

(29) 平野(二〇〇九年)・前掲注8・一五四頁以下。

(30) 同前・一五五頁。

(31) 吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務』東京大学出版会（二〇一〇年）一五頁以下。

(32) 前述のように、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。

(33) 潮見（二〇一七年）・前掲注12・三七七頁以下。

(34) 改正法案の成立以降、改正債権法に関する数多くの書籍が公表されつつある。主要なものだけでも以下が挙げられる。出版順に、山野目章夫『新しい債権法を読みとく』商事法務（二〇一七年）、債権法研究会編『詳説改正債権法』きんぎょ（二〇一七年）、潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』きんぎょ（二〇一七年）、潮見佳男・北居功・高須順一・赫高規・中込一洋・松岡久和編著『Before／After 民法改正』弘文堂（二〇一七年）、山本敬三『民法の基礎から学ぶ民法改正』岩波書店（二〇一七年）、大村敦志・道垣内弘人編『解説 民法（債権法）改正のポイント』有斐閣（二〇一七年）、松尾弘『債権法改正を読む 改正論から学ぶ新民法』慶應義塾大学出版会（二〇一七年）、中田裕康・大村敦志・道垣内弘人・沖野眞巳『講義 債権法改正』商事法務（二〇一七年）。

また、改正債権法に関する雑誌連載として、森田修『「債権法改正」の文脈——新旧両規定の架橋のために（第一回）』法教四二七号（二〇一六年）七一頁以下（現在第二一回まで公表されている。このうち、特に帰責事由論につき論じたものとして、第一八回（同四四四号（二〇一七年）九〇頁以下）、第一九回（同四四五号（二〇一七年）一〇四頁以下）を参照）、山口幹雄『改正民法講座Ⅰ——契約の基本的効力編（第一回）』（第六回・完）法セミ七七七号七五頁以下、同七八号七八頁以下、同七四九号五九頁以下、同七五〇号六〇頁以下、同七五一号八〇頁以下、同七五二号七一頁以下（いずれも二〇一七年）、道垣内弘人・筒井健夫・池田清治・山田八千子・白石大・笠井修・山本豊・大村敦志・井上聡・飯島奈津子『特集』債権法改正の要点』ジュリ一五一号（二〇一七年）一三頁以下。

(35) 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）七条を参考に、改正前民法四一八条に代わって「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（二〇〇九年）・前掲注5・二八五頁。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（二〇〇九年）・前掲注5・九五頁。

(36) 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關して——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ことによる」と説明されている。潮見（二〇一七年）・前掲注33・七三頁。

(37) 改正後民法四一八条「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關して債権者に過失があつたときは、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。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合と、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合とが、理論的には区別されている。

(38) 曾野裕夫「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（二〇一二年）三三二頁以下、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搖——」法セミ六九三号（二〇一二年）一八頁以下。

(39) 森田（二〇一七年・第一九回）・前掲注34・一〇九頁。債権法改正作業の経緯、及び、契約責任の免責をいかにとらえるかという点については、本稿第四章で詳述する。

(40) 潮見（二〇一七年）・前掲注12・三七四、三七九頁。

(41) 継続的取引を題材とした、一方当事者による解除が可能であるかという観点からの代表的な研究として、中田裕康『継続的売買の解消』有斐閣（一九九四年）、同『継続的取引の研究』有斐閣（二〇〇〇年）。また、平井宜雄「いわゆる継続的契約に関する一考察——『市場と組織』の法理論』の観点から——」中川良延ほか編『日本民法学の形成と課題（下）』有斐閣（一九九六年）六九七頁以下。

第三節 本稿の構成

本稿は、特に継続的な取引を念頭に置き、当事者の明示的な合意以外の契約責任決定規範の一端を明らかにすることを試みるものである。以下では、伝統的に嚴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。

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、契約法リスティメントやUCC第二編(売買)の成立、さらに、古典的契約観へのGillmoreやMacneilによる批判が検討対象となる。ここでは、拘束力ある契約が締結されれば、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嚴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)。Fault論は、嚴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、必要量購入契約をはじめとする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がないために責任が否定された事案を分析する。これにより、合意違反にとどまらない契約責任決定規範を解明し、さらにこのような規範が契約責任の有無だけでなく契約内容の決定にも深くかわるものであることを指摘する(第三章)。

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(第四章)。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、起草者意思は契約の拘束力を重視する立

場と親和的であることを指摘する。

そのうえで、わが国の実際の裁判例がいかに関係根拠——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、第三章において当事者の *best* が帰責根拠となっていると指摘された事実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と整合的なものであるか、また、改正後の債権法において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、*best* が契約責任決定規範としていかに多面的な役割を果たしてきたかを考察する（終章）。

(42) 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、DCC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・DCC第二編・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（一）」（四・完）明治学院大学法科大学院ローレビュー第一巻一号（二〇〇四年）八一頁以下・同二号（二〇〇五年）五三頁以下・亜細亜法学四〇巻一号（二〇〇五年）一七三頁以下・同二号（二〇〇六年）九七頁以下。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。

第一章 アメリカ契約責任法理の形成と転換

第一節 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。

もつとも、広く知られているように、アメリカ契約法は伝統的に嚴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。⁽⁴³⁾むしろ、契約責任の根拠は、当事者が契約において引き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。⁽⁴⁴⁾

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得るものとして評価しつつある。詳細は後述するが、先取りの言え、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。⁽⁴⁵⁾

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る。一次的法源は判例法及

び州法であり、制定法は大陸法における特別法としての機能を果たす⁽⁴⁶⁾。もつとも、判例の原則を条文化したリステイトメントは、裁判所を拘束する力こそないものの、明示的に引用されることも多く、その指導性は少なくない。また、一九五一年に起草されたアメリカ統一商事法典（UCC）⁽⁴⁷⁾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、五〇州すべてにおいて採択されている⁽⁴⁸⁾。そこで以下では、全米的な実体法の傾向を把握するため、便宜上、二次的法源であるリステイトメントやUCCを参照することとする。

- (43) 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り、契約責任との関係で議論されることは従来なかった。なお、不法行為法における 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（二〇〇九年）・前掲注20・九頁。
- (44) 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とされる。樋口（二〇〇八年）前掲注2・一五二頁以下。
- (45) 本稿第二章参照。
- (46) 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・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（二〇〇一年）。
- (47) なおUCCは、州制定法化されれば一次的法源となる。
- (48) 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。

第二節 アメリカ契約法の発端

一 アメリカ法の起源

アメリカ法の歴史研究において、同法は植民地時代の終焉とともに誕生したとされる。

例えば Llewellyn は、一九六〇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⁽⁴⁹⁾いる。アメリカ独立革命後の一八〇〇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。Gillmore 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。⁽⁵⁰⁾ Gillmore 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)と呼称する。

このように、アメリカ法の発端は一八〇〇年頃であると仮定されるが、Gillmore 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う裁判所が設置され、専門家階級としての法律家や裁判官が出現していた。⁽⁵¹⁾ 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。このような歴史的背景ゆえに、Gillmore 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。⁽⁵²⁾

もっとも Gillmore によれば、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。⁽⁵³⁾ 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。やがて一八二〇年頃には、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という。⁽⁵⁴⁾ 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。このことをもってこの時代は法の黄金時代であったと評価するのは Gilmore だけではなく。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。⁽⁵⁵⁾

二 一九世紀以前の契約責任判断構造

契約法もまた、一九世紀以前には独立した法としての立場を確立していなかった。当時は、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のである。

Gilmore は以下のように述べている。「契約の類型は多数あり、その数は、契約を締結する人びとの類型の数と同じであった。……多元論の支配した時代においては、誰ひとりとして、これらすべての類型の契約がひとつの一元的な準則大系に包摂されねばならぬとする理由を認めなかった。それぞれの類型の契約者にまかせてそれぞれの取引、事業ないし職業にふさわしい仕組みをつくり出させておけばよかったのである」。⁽⁵⁶⁾

同様の指摘は、後述する近年の Fault 論の立場からもなされている。⁽⁵⁷⁾ 例えば Kreimer は、当時の契約状況について、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指摘する。⁽⁵⁸⁾

三 古典的契約法理論の完成

一九世紀以前の契約を取りまく状況に対し、一八〇〇年以降のアメリカ法は契約法分野についてもイギリス法を参考にして理論を構築し始めた。当時のアメリカ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⁽⁵⁹⁾と指摘する。

一七世紀から一八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⁽⁶⁰⁾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。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。⁽⁶¹⁾当時のアメリカ契約法において、交換はすべて同時に履行され、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。ここでは当事者の権利は、約束 (promise) に基礎を置くものというより、むしろ財産権 (property) に基づくものとしてとらえられていた。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、約束に対する違反、ひいては約束の法的拘束力の問題として当初から位置づけられていたわけではなかった。⁽⁶²⁾

やがてイギリスでは一八世紀末から、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。

こうした契約自由の潮流のなかで、アメリカでは一七九〇年の Powell⁽⁶³⁾の著作によって古典的契約法理論が完成をみた。契約を法的拘束力のある約束としてとらえるようになり、救済方法についても、原状回復利益、信賴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。

- (49) KARL N. LLEWELLYN, THE COMMON LAW TRADITION: DECIDING APPEALS (1960).
- (50) 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（一九八四年）がある。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すべし、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』ミネルヴァ書房（二〇一三年）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。
- (51) ギルモア（一九八四年）・前掲注50・一一頁以下。
- (52) 同前一四頁。
- (53) 同前二七頁以下。
- (54) 同前二〇頁以下。
- (55) LLEWELLYN 1960, *supra* note 49, at 45.
- (56) ギルモア（一九八四年）・前掲注50・六五頁以下。
- (57) 本稿第二章参照。

- (58) Roy Kreimer, *Fault at the Contract-Tort Interface*, 107 MICH. L. REV. 1533 (2009).
- (59) I WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 139 (1765).
- (60) JOHN LOCKE, THE SECOND TREATISE OF CIVIL GOVERNMENT (1960).
- (61) 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。
- (62) MORTON J. HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW, 1780-1860 160-62 (1977).
- (63) JOHN JOSEPH POWELL, ESSAY UPON THE LAW OF CONTRACTS AND AGREEMENTS (1790).

第三節 形式主義的契約観

一 「科学としての法」

一九世紀初頭、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し、次の世代の法律家に伝達するため、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⁽⁶⁴⁾。一八七〇年代に Langdell が提唱した「科学としての法」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。

一八七一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つて、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」⁽⁶⁶⁾。

Gilmoreは、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評価する⁽⁶⁷⁾。一八三七年に、Joseph Storyは「サチュールセ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」⁽⁶⁸⁾。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、海商法、等——を考えていた。Langdellのケース・ブックは「様々な契約類型論集」という体裁をとる他のものと異なり、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⁽⁷⁰⁾。

Langdellによって牽引された一九世紀末から二〇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、一九二三年に、「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。⁽⁷¹⁾ このように、Langdell の思想は、後述する一九二〇年代——Gillmore 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。

二 伝統的法理論の完成

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。Gillmore によれば、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。⁽⁷²⁾ 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。⁽⁷³⁾ 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⁽⁷⁴⁾ という。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。

契約法においては、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「約束をした本人が受けた利益か

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。⁽⁷⁵⁾ 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。⁽⁷⁶⁾

三 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。⁽⁷⁷⁾ 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裏付けられる。⁽⁷⁸⁾

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。⁽⁷⁹⁾ 「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、法のリスティメントを行う。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ィメントは、一九三二年に完成した契約法のリスティメントであった。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、リスティメントが発表されることとなる。なお、リスティメントの条文は「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」であり、法的拘束力は認められないことが、あわせて確認された。⁽⁸⁰⁾

第一次契約法リスティメントでは、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。九年間の起草作業を経て、一九三二年五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ィメントが採択され、刊行されることとなった。

四 第一次契約法リスティメントにおける約因法理

一九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。第一次契約法リスティメントは契約を「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」と定義する⁽⁸¹⁾。そこで、このように契約を「約束」の一種ととらえたうえで、いかなる約束が拘束力ある約束になるのか、約因法理において論じられた。⁽⁸²⁾

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。⁽⁸³⁾ 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。⁽⁸⁴⁾ 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一二世紀後半、(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一八世紀後半である。

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。一三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、⁽⁸⁵⁾ この対応物を約因の起源であると位置づけている。この他に、動産返還請求訴訟 (detinue) も認められていた。

しかし、以上に述べたものの以外の一一般の約束が、訴訟の目的となり得るのは、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、一五・一六世紀のことで、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、一五世紀にはついに自ら引き受けた (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「自ら引き受けた (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き受けたのかを証明すべきではないか、被告が引き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、一六世紀の終わり頃から約因 (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。⁽⁸⁶⁾

一七世紀初頭には、既存の金銭債務は、債務の発生時からすでに、それを支払うとの「引受」⁽⁸⁷⁾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、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。⁽⁸⁸⁾ 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」⁽⁸⁹⁾。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。

五 第一次契約法リステイトメントにおける契約責任判断構造

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三一二条及び三一四条によれば、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⁽⁹⁰⁾。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⁽⁹¹⁾。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つて、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⁽⁹¹⁾。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)⁽⁹²⁾。

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⁽⁹³⁾。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⁽⁹⁴⁾。

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⁽⁹⁵⁾。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⁽⁹⁶⁾。その額は、違反者がなすべきであった履行の価額から、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つては十分でない場合に、要件を満たせば認められる⁽⁹⁶⁾。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⁽⁹⁷⁾。履行の強制は事実上なかなか難しく、たいいていの場合、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、契約の解除があつたものとしてその価格の返還を請求する訴訟が認められている⁽¹⁰⁾。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。

(64) ギルモア（一九八四年）・前掲注50・五九頁以下。

(65) CHRISTOPHER C. LANGELELL, A SELECTION OF CASES ON THE LAW OF CONTRACTS (1871).

(66) *Id.* at vi.

(67) ギルモア（一九八四年）・前掲注50・六五頁。

(68) J. STORY, MISCELLANEOUS WRITINGS 698 (W. W. Story ed. 1852).

(69) W. W. STORY, TREATIES ON THE LAW OF CONTRACTS NOT UNDER SEAL (2nd ed. 1847) ; THEOPHILUS PARSONS, THE LAW OF CONTRACTS (1853).

(70) 一八世紀末から一九世紀末にかけては、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、一八七〇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。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。松浦好治『Law as Science 論と一九世紀アメリカ法思想』(一) (三・未完)「中京法學一六卷二号(一九八一年)五〇頁以下・中京法學一六卷四号(一九八二年)二四頁以下・阪大法學一二五号(一九八二年)五一頁以下。特に、(三) 五二頁以下参照。

(71) Restatement (First) of Contracts intro. at viii (1932). 以下、第一次契約法リステイメントの翻訳は、アメリカ法学協会著(末延三次訳)『条解米国契約法』弘文堂(一九五七年)による。また、第一次契約法リステイメント、UCC、第二次契約法リステイメントの成立過程に触れるものとして、木原・前掲注42。

(72) GRANT GILMORE, THE DEATH OF CONTRACT 151 (1974) at 14. 本書の日本における紹介として、曾野和明「書評」アメリカ法(一九七八年)一九九頁以下、樋口範雄「グラント・ギルモア著『契約の死』」学習院大學法学部研究年報一四卷(一九七九年)一〇三頁以下。また、本書の翻訳として、森達ほか訳『契約法の死』文久書林(一九七九年)。

(73) *Id.* at 15-17.

(74) というのは、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²⁶ Holmes は考²⁶ O. HOLMES, THE COMMON LAW 76 (1881).

- (75) *Id.* at lecture viii.
- (76) *Ibid.*
- (77) 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（一九九二年）四九五頁。Langbeinは一八七〇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。
- (78) 同前。
- (79) 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」法学論叢九巻五号（一九二三年）六九五頁以下、田中保太郎「米国普通法の Restatement の意義（一）」（二・完）同三一巻一号八七頁以下・同四号九五頁以下（いずれも一九三四年）も参照。
- (80) *Id.* at xii.
- (81) Restatement (First) of Contracts §1 (1932).
- (82) 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（第二版）』東京大学出版会（一九八五年）特に一六三頁以下。
- (83) 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札状（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。
- (84) L. FULLER & M. EISENBERG, BASIC CONTRACT LAW 45-46 (4th ed. 1981).
- (85) HOLMES 1881, *supra* note 74, at 60.
- (86) J. AMES, LECTURES ON LEGAL HISTORY AND MISCELLANEOUS LEGAL ESSAYS 129 (1913).

- (87) *Slade's Case*, 4 Coke's Rep. 92 b, 76 Eng. Rep. 1074 (K.B. 1602).
- (88) Samuel Williston, *Freedom of Contract*, 6 CORNELL L. REV. 365 (1921); HORWITZ 1977, *supra* note 62, at 160-62.
- (89) HOLMES 1881, *supra* note 74, at 200.
- (90) Restatement (First) of Contracts §312 cmt. a and §314.
- (91) *Id.* §313.
- (92) *Id.* §318.
- (93) *Id.* §326.
- (94) *Id.* cmt. a.
- (95) *Id.* §327.
- (96) *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)。
- (97) *Id.* §359-380.
- (98) *Id.* §358.
- (99) 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〔第四版〕』日本評論社（二〇〇八年）一〇五頁。
- (100) HOLMES 1881, *supra* note 74, §347.

第四節 厳格責任の確立

一 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。⁽¹⁰⁵⁾ 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、⁽¹⁰⁶⁾ 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。⁽¹⁰⁷⁾ 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。⁽¹⁰⁸⁾ 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。⁽¹⁰⁹⁾ 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發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キストにおいてとらえることを要請した。⁽¹¹⁰⁾ 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。⁽¹¹¹⁾ 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。その他、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。⁽¹⁰⁸⁾このような考え方は、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事となる。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發展している。

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、「Langbeinによる衝撃と分析、Willistonによるさらなる發展と明確化、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」⁽¹⁰⁹⁾。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ぬとされる。⁽¹¹⁰⁾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らによって定められてきた「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。⁽¹¹¹⁾

二 UCC 第二編（売買）の成立過程

Llewellynが編集委員会(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。⁽¹¹²⁾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一八九二年に創設された専門家団

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、一九〇六年統一売買法を採択したのはわずか一〇州にとどまった。一九〇六年統一売買法は、起草者である Williston が、イギリスの 一八九三年動産売買法を模範として作成したものであったが、一九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⁽¹³⁾。

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、一九四四年に 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⁽¹⁴⁾。Llewellyn は一九四九年草案 (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、一九五二年公式テキスト (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一九五七年公式テキスト (1957 Official Text) を公表し、さらに変更を加えて一九五八年公式テキスト (1958 Official Text)、一九六二年公式テキスト (1962 Official Text) を公表した。

全国の州議會は改訂された UCC を次々に採択し、一九六八年までに四九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、一九七四年には一九七二年公式テキスト (1972 Official Text) のうち第一篇、第三篇から第五編、第七編から第八篇を採択しており、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⁽¹⁵⁾。

もともと、一九六一年には、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、一九八〇年代には、新たに第二A編「リース」(一九八七年公布)、第四A編「資金移動」(一九八九年公布)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DCC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、DCC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、DCC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。⁽¹⁶⁾ なお一九九〇年代には、第一編「総則」、第二編「売買」、第二A編「リース」、第七編「権原証券」、第九編「担保取引」を中心に、大規模な改訂作業が進められた。⁽¹⁷⁾

この改訂の背景には、第一には、DCC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、DCCの他の編の改正との秩序も問題となった。⁽¹⁸⁾ 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る⁽¹⁹⁾。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、DCC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。⁽²⁰⁾

しかし、改正された二〇〇三年版第二編はどの州議会においても採択されず、結果として改正作業は失敗に終わったと見られている。⁽²¹⁾ 二〇一一年にはULCとALIは二〇〇三年版第二編への支持を撤回することを正式に表明した。⁽²²⁾

三 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、一九七九年に採択され、一九八一年に公表された。⁽²³⁾ 一九六三年から一九七一年までBrucher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つたとされる。⁽¹²⁴⁾ 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。⁽¹²⁵⁾ 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、具体的事件にそつ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。⁽¹²⁶⁾

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。⁽¹²⁷⁾ 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、⁽¹²⁸⁾ 州によつ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。⁽¹²⁹⁾

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 及び Corbin の『契約法』、Palmer の『原状回復法』⁽¹³⁰⁾ Fuller の信頼利益に関する論文⁽¹³¹⁾ Dawson の不当威圧に関する一連の論文⁽¹³²⁾ 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、部分的にはつ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する⁽¹³⁵⁾ (§§87, 90, 97, 351、また §§158, 272) 等にあらわれている。

(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ィ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、第二次契約法リスティメントにも組み込まれている。

四 UCC及び第二次契約法リスティメントにおける契約責任判断構造

UCCの損害賠償法の基本原則は、第一編(総則)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、柔軟に運用されなければならない⁽¹³⁶⁾」。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の方法とされ、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⁽¹³⁶⁾」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⁽¹³⁷⁾の賠償も請求することができる⁽¹³⁸⁾。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⁽¹³⁹⁾。そして、その再売却が誠実にかつ商取引上の合理性をもつてなされ、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⁽¹⁴⁰⁾。もつとも、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⁽¹⁴¹⁾。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うにかかわらず、売主は逸失利益の賠償を求めることになる⁽¹⁴²⁾。

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⁽¹⁴³⁾。なお、結果損害の賠償請求は売主に認められていない。

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どうかによって、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⁽¹⁴⁴⁾。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取り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。

さる。⁽¹⁶⁾

JCC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⁽¹⁶⁾——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。

一方、第二次契約法リスティメントによれば、「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」⁽¹⁷⁾。これは、第一次契約法リスティメントから文言の変更がない。

なお、JCC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」⁽¹⁸⁾とされていたが、第二次契約法リスティメントはこれを適切な代替的定義であると認めている。⁽¹⁹⁾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ィ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。⁽²⁰⁾

第二次契約法リスティメントにおいても、契約責任は依然として嚴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。「契約責任は嚴格責任である。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も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」⁽²¹⁾。「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」⁽²²⁾。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。

- (101) 木原（二〇〇四年・一）・前掲注42・一〇七頁。
- (102) LANGDEL 1871, *supra* note 65.
- (103) ギルモア（一九八四年）・前掲注50・一一四頁。
- (104) 戒能（二〇一一年）・前掲注50・六七八頁。
- (105) J. GRAY, THE NATURE AND THE SOURCES OF THE LAW 121 (1972).
- (106) 戒能（二〇一一年）・前掲注50・六七八頁以下。
- (107) ROGER COTTERRELL, THE POLITICS OF JURISPRUDENCE 179 (2nd ed. 2003).
- (108) *Id.* at 182.
- (109) Llewellyn, *The Rule of Law in Our Case Law of Contract*, 47 YALE L. J. 1243, 1269 (1398).
- (110) ギルモア（一九八四年）・前掲注50・一一一頁以下。
- (111) 同前。
- (112) 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（一九六〇年）、並木俊守『アメリカ統一商法典』東洋経済新報社（一九七二年）、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（一九九一年）、ストーン著（渋谷年史訳）『アメリカ統一商法典』
本郷社（一九九四年）、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（二〇〇〇年）、國生一彦『アメリカの物品売買契約法——UCC Article Two（UCC-2）——』（一）～（一一）
完』国際商事法務四二巻四号五二四頁以下・同五号七四四頁以下・同六号九一九頁以下・同七号一〇六二頁以下・同八号
一二〇九頁以下・同九号一三七五頁以下・同一〇号一五三三頁以下・同一一号一六九一頁以下・同一二号一八四六頁以下（い
ずれも二〇一四年）・同四三巻一四四五頁以下・同二二二頁以下（いずれも二〇一五年）、等。また、木原・前掲注36

も参照。

- (113) 木原 (二〇〇五年・二)・前掲注36・五六頁。
- (114) 同前五七頁。
- (115) 同前。
- (116) 同前五八頁。
- (117) 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。曾野裕夫「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)」北大法学論集四四卷四号(一九九三)一五九頁以下・同五号(一九九四年)二五五頁以下、三枝健治「UCC第二編改正作業における「契約の尊重(favor contractus)」」早法八四卷三号(二〇〇九年)一九頁以下、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(一)」「(五・完)」亜細亜法学四四卷二号(二〇一〇年)二二〇頁以下・四五卷一号(二〇一〇年)一五八頁以下・四六卷二号(二〇一二年)一四八頁以下・四七卷二号(二〇一三年)一二四頁以下・四八卷二号(二〇一四年)一一六頁以下。
- (118) 曾野 (一九九三年・上)・前掲注117・一六二頁。
- (119) 同前一六三頁。
- (120) 同前。また、後述するように、一九七九年に公表された第二次契約法リステイ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)」アメリカ法一九八三—二四九頁、同『契約の再生』弘文堂(一九九〇年)七四頁以下。
- (121) 撤回の経緯について、木原(二〇一四年・五)・前掲注117・一〇二頁以下。
- (122) 二〇一一年のオフィシャル・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。
- (123) 第二次リステイメントの編纂過程について、参照、田中英夫「RESTATEMENT (SECOND) の編纂」アメリカ法一九六七号(一九六七年)七四頁以下。また、第二次契約法リステイメントについて論じた諸論文を紹介するものとして、参照、望月礼二郎「Symposium on the Restatement (Second) of Contracts, 81 COLUM. L. REV. 1-157 (1981)」アメリカ法一九八三号(一九八三年)一二八頁以下。

- (124) 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。
- (125) 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 第二章には Powell による解説が附されてゐる。
- (126) 木原（二〇一〇年・一）・前掲注117・八七頁以下。
- (127) 木原（二〇一二年・三）・前掲注117・一七六頁以下。
- (128) 多くの個所が Rationale によつて見出しの項目が置かれてゐる。
- (129) E. Allan Farnsworth, *Ingredients in the Redaction of The Restatement (Second) of Contracts*, 81 COLUM. L. REV. 1 (1981).
- (130) SAMUEL WILLISTON, *CONTRACTS* (3rd ed. 1957-1978).
- (131) ARTHUR L. CORBIN, *CONTRACTS* (1950).
- (132) GEORGE E. PALMER, *THE LAW OF RESTITUTION* (1978).
- (133) Lon L. Fuller & William R. Perdue, Jr., *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 YALE L. REV. 52, 373 (1936).
- (134) 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).
- (135) UCC1-106.
- (136) UCC2-716 (1).
- (137) 契約違反によつ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.
- (138) UCC2-709.
- (139) UCC2-706.
- (140) UCC2-706.
- (141) UCC2-708 (1). 市場が存在しなければ、代金請求をすべきとがべき。UCC2-709 (1) (b).

- (142) UCC2-708 (2).
- (143) UCC2-706 (1), 2-708 (1).
- (144) UCC2-714 (1).
- (145) UCC2-712.
- (146) UCC2-301.
- (147) 第二次契約法リステイトメントにおける契約法理論について、参照、木原（二〇〇五年・三）・前掲注42。
- (148) Restatement (Second) of Contracts §1.
- (149) UCC1-201 (11).
- (150) Restatement (Second) of Contracts §1 cmt b.
- (151) *Id.* §3 cmt c, §82-90.
- (152) *Id.* ch.11, introductory note at 309.
- (153) *Id.* §235 cmt. b, at 212.

第五節 アメリカ契約責任法理の転換

一 古典的契約理論への批判

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⁽¹⁵⁴⁾ *strict*に関わりなく働くのである」。⁽¹⁵⁴⁾ 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る。その背景について、Holmes 裁判官は以下のように述べている。⁽¹⁵⁾「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」。⁽¹⁶⁾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。⁽¹⁷⁾

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、契約責任を嚴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、契約責任は嚴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。

一九世紀以前には、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。⁽¹⁸⁾そして、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つて輪郭付けられるものであつて、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。⁽¹⁵⁹⁾

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、嚴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のである。Horwitzも指摘するように、客観的な公平性という価値によつ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、一九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。⁽¹⁶⁰⁾

さらに、一九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、伝統的契約理論は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、伝統的契約理論への批判を主導したのが、Gilmoreの「契約の死」であつた。さらにMacneilの「関係的契約理論」も、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。

伝統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でも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、契約責任判断構造における規範的要素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。

二 「契約の死」

一九世紀後半から、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、二〇世紀後半に強い懐疑が唱えられることとなった。Gilmoreは一九七四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。⁽¹⁰⁾ Gilmoreの主張は大きな反響を呼び、その主張の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説明した。そ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。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。

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、事実と遑って丹念に検討し、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いる。⁽¹¹⁾

さらに、第一次リステイ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七五条（約因の定義）に対して、それと相いれないはずの九〇条（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の勧めにより九〇条は採択された。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、その後、商取引の領域でも広く活用されることとなった。⁽¹²⁾ さらに、第二次契約法リステイメントに至っては、約束的禁反言に関する九〇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。⁽¹⁶⁾ 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。⁽¹⁶⁾ 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、一七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。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。⁽¹⁶⁾ Gilmoreは、Holmesの契約理論はいわば象牙の塔の中で案出された抽象的産物であると評した。⁽¹⁶⁾

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、一種の巻き戻しの効果によって、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。⁽¹⁶⁾ 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、⁽¹⁷⁾ 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。⁽¹⁷⁾ また、アメリカ法が各州で基本的には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。⁽¹⁷⁾ 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。⁽¹⁷⁾

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、Gillmore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⁽¹⁷⁴⁾。しかし、Gillmore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。Gillmoreは、過去二〇〇年の教訓によれば、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⁽¹⁷⁵⁾。Gillmore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。

三 「関係的契約理論」

Macneilによる関係的契約理論は、一九六九年の論文ではじめて言及され、一九七四年に包括的なものとして発表された⁽¹⁷⁶⁾。さらに、一九八〇年の著書⁽¹⁷⁷⁾の刊行前後から一九八〇年代にかけて、多くの論文が公表されている⁽¹⁷⁸⁾。上述したように、一九七四年のGillmore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。

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、Gillmore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。⁽¹⁷⁾

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、純粹あるいは完全な単発契約はありえないとも述べる。⁽¹⁸⁾ すなわち、たとえ最も純粹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。純粹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。⁽¹⁸⁾

さらに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。⁽¹⁸⁾

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。⁽¹⁸⁾

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ふ。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¹⁸⁴。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、伝統的な嚴格責任主義の立場とは異なるものであるといえよう。

- (154) FARNSWORTH 2004, *supra* note 2, at 761.
- (155) O. W. Holmes, *The Path of the Law*, 10 Harv. L. Rev. 457, 467 (1897).
- (156) FARNSWORTH 2004, *supra* note 2, at §12.1, 729-30.
- (157) 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に資源を交換するインセンティブが提供され、その結果、効率的结果が促進される」とする。R. A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 65ff (2d ed. 1977).
- (158) キルモア（一九八四年）・前掲注50・六五頁以下。
- (159) Kreitner 2009, *supra* note 58, at 1533.
- (160) HORWITZ 1977, *supra* note 62, at 160.
- (161) GILMORE 1974, *supra* note 72.
- (162) *Id.* at 22-23.
- (163) James Baird Co. v. Gimble Bros., 64 F. 2d 344 (2d Cir. 1933).
- (164) Drennan v. Star Paving Co., 51 Cal. 2d 409, 333 P.2d 757 (1958).
- (165) Restatement (Second) of Contracts §90 cmt a (1981).
- (166) GILMORE 1974, *supra* note 72, at 13-14.
- (167) キルモア（一九八四年）・前掲注50・六一―六三頁。
- (168) 同前一九頁。
- (169) 同前一一頁。
- (170) LAWRENCE M. FRIEDMAN, *CONTRACT LAW IN AMERICA* 20-24 (1965).
- (171) キルモア（一九八四年）・前掲注50・九四―九五頁。
- (172) 同前九六―九八頁。特に、一八六〇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。

- (173) 同前九八—一〇〇頁。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。
- (174) 同前八七—八八、九四頁。
- (175) 同前一四—一頁以下。
- (176) 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・マクニール操修——』（二〇一五年）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（一九九〇年）・前掲注120、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（二〇一一年）三五七頁以下、中田裕康『継続的売買の解消』有斐閣（一九四四年）四一九頁以下。
- (177) IAN MACNEIL, *THE NEW SOCIAL CONTRACT: AN INQUIRY INTO MODERN CONTRACTUAL RELATIONS* (1980).
- (178) 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).
- (179) Ian Macneil, *Lon Fuller: Nexusist*, 26 AM. J. JUR. 219, 225-227 (1981).
- (180) Macneil 1978, *supra* note 178, at Bn.5.
- (181) 例えば、あるガンリンスタンにたまたま立ち寄った運転手がガン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、単発的に考えるだけで実際にはそうではない。Macneil 1974, *supra* note 176, at 720-21.

(182) Macneil 1980, *supra* note 177, at 39.

(183) *Id.* at 60.

(184) *Id.* at 66.

第六節 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てきた。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、契約責任を嚴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、一八七〇頃から契約自由の原則は往年の勢いを失っていく。伝統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になった。一九七九年には Gilmore が、伝統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」が考えられるようになった。一九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發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」といった一般条項に依拠した解決が盛んとなったのである。

伝統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。このような考え方からは、契約における意思の合致のみを論じるのではなく、社会的背景をふまえて契約をとらえねばならないとされる。

本稿との関係でいえば、GillmoreやMacneilらの指摘はいずれも、契約をとらえるにあたつ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。Gillmore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つ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かったようである。

そこで、第二章では、伝統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。

（未完）

【付記】

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇一七年三月二三日授与）「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——」を修正・加筆したものである。なお、本稿の執筆にあたっては、JSES 科研費15J00526の助成を受けた。