

契約改訂規範の構造 (三)

—— 契約改訂プロセスにおける法の介入と支援 ——

吉 政 知 広

- I 問題の所在
- II 契約改訂規範の意義と機能——ドイツ法の分析
 - 一 行為基礎論と契約改訂規範 (以上・二二六号)
 - 二 当事者の再交渉と契約改訂規範
- III 契約規範と免責法理——アメリカ法の分析
 - 一 免責法理の経済分析 (以上・二二一号)
 - 二 免責法理の規範的正当化
 - 三 裁判所・契約当事者の能力と免責法理
 - 1 裁判所の能力と契約法理論
 - 2 シュワーツの見解 (以上・本号)
- IV 契約改訂規範の構造

III 契約規範と免責法理——アメリカ法の分析（承前）

二 免責法理の規範的正当化

1 序説

本節では、哲学的・規範的理論に依拠して、免責法理に関する分析を行なう議論を取り上げる。ここでも、本稿の問題関心からは、免責法理が当事者の締結した契約との関係でどのように位置づけられているのかという点、および、どのような規範的原理に基づいて裁判所の介入が正当化されているのかという点が注目される。そこで、本節では、免責法理の内容そのものをめぐる議論に着目するのではなく、個々の論者が依拠している契約法理論から、免責法理がどのように位置づけられ、どのように正当化されているのかという観点から検討を進めることにしたい。このような観点からは、自らの契約法理論を踏まえた形で免責法理について分析を加えている論者として、フリード、スパイデル、ヒルマンの議論が重要である。順次、見ていくことにしよう。

2 フリードの見解——約束原理

(1) 約束原理と免責法理

フリード (Charles Fried) の契約法理論が、アメリカ契約法学における重要な理論の一つであることについて、異論はないと思われる。彼の理論は、その主著の『約束としての契約』³³⁾ というタイトルが示しているように、「約束原理 (promise principle)」を中心とするいくつかの基本的な道徳原理に基づいて、契約法の体系が構成されてい

ることを主張するものである。伝統的な契約法理論に対して様々な陣営から批判が投げかけられていた当時の議論状況において、フリードは、伝統的理論とその根底に存在する意思理論 (will theory) を正面から援護する議論を展開した。

フリードは、契約が拘束力をもつ根拠を、契約が約束に支えられたものだという点に求めている。それでは、約束が拘束力をもつのはなぜなのか。この問題について、功利主義的な観点などから説明が試みられてきたところ、フリードは、約束を守らなければならないというコンベンション (convention) が存在するという観点から説明している。すなわち、我々の社会においては、自律的な個人が他人と関わりつつ様々な目的を達成することを可能にするために、約束は守られなければならないというコンベンションが予め存在していると考えられる。そして、こうしたコンベンションを自らの意思で援用したにもかかわらず、約束を守らないことは、同じく自律的な存在である他人の信任 (trust) を裏切る行為に該当するため、許されてはならないのである⁸³。フリードは、以上のような理解から導き出される、自律的な個人の行なう約束の拘束力を自らの理論の基礎にすえて、コモン・ローの諸々の契約法理について検討を加えている。

それでは、本稿の関心の対象である免責法理は、フリードの立場からどのように説明されるのであろうか。フリードは、前掲書の中で、契約の「欠缺」に関する章において、錯誤法と共に免責法理について検討を加えている。このような位置づけが示しているように、免責法理は、契約に欠缺が存在している場合、つまり当事者の合意が存在しない場合に関する法理として理解されている。例えば、王の戴冠式を見るために部屋が賃貸されたところ王の病気のために式が中止されたという、いわゆるコナーション・ケースを考えると、フリードによると、契約当事者は、王が病気にかかるというリスクについて何ら合意を行っていない。当事者が約束をしていないのであるから、

問題を解決するための手がかりは、約束原理とは異なる原理に求められなければならないことになる。フリードは、当事者の意思を推定するなどといった形で免責を説明しようとしてきた伝統的理論とは異なり、免責法理が約束原理とは異質のものであることを正面から認めることによって、約束原理の純粋性を確保することを選んだのである。⁵⁶⁾

(2) 分かち合いの原理

フリードの主張するように、免責法理を約束原理から説明することができないとすると、どのような原理に基づいて問題が処理されるのであろうか。この問題について、約束原理と並ぶ私法の二つの基本原理によって適切な解決を導くことはできない。すなわち、不法行為原理 (tort principle) は、いずれかの当事者に過失が存在するわけではないため、適用することができない。また、不当利得原理 (restitution principle) を適用しようにも、当事者に利得が生じているとは限らない。そこでフリードは、損失と利益を配分する原理として、分かち合いの原理 (principle of sharing) という原理を持ち出す。この分かち合いの原理について、フリードは、人類が新たな惑星に到着したならば適用されるであろう原理と表現しており、当事者の中で合意がなされていないような事態、つまり契約上の事故 (contractual accident) と評価できるような事態が生じた場合に、事後的な処理を行なうための原理として適切なものであると主張している。⁵⁷⁾

このように、フリードによると、事情の変動などによって発生した損失は、分かち合いの原理に基づいて両当事者によって分担して負担されることになる。ここで問題となるのは、契約当事者が約束をしていないにもかかわらず、契約上の事故から生じた損失を負担しなければならないのはなぜなのかという点である。言い換えるならば、生じた損失を、政府あるいは社会に転嫁するなどといった処理がなされないのはなぜなのかという問題である。この問題について、フリードは、当事者自身が損失を負担すべき根拠を、契約当事者が自らの意思に基づいて契約

関係に入ることによって、社会の他の構成員とは異なる密接な関係を形成するに至っているという点に求めている。その限りで、契約当事者は、約束原理からは導き出されない義務も、自らの意思で契約を締結したことを理由として負担するのである。もちろん、ここで行なわれる損失の分担は、契約と無関係になされるわけではない。フリードは、当事者の自律をできる限り尊重しつつ、同じ状況において合理的な当事者であれば行なっていたであろう形で、裁判所が損失および利益を配分するべきだと主張している。当事者の合意は確かに存在しないものの、裁判所としては、契約を当事者関係の憲章、あるいは、憲法のように扱って損失の処理を行なわなければならないと表現されている。⁸⁸⁾

以上を要するに、フリードによると、免責法理は、当事者の合意が存在しない場合、つまり契約に欠陥が存在する場合に、裁判所が分かち合いの原理に基づいてその欠陥を補充する法理として位置づけられているのである。

3 スパイデルの見解——関係的契約理論

(1) 長期的契約と経済分析の限界

次に、裁判所が契約の改訂を行なった判決として大きな注目を集めたアルコア判決⁸⁹⁾に触発され、裁判所による介入を積極的に支持する議論を展開したスパイデル (Richard E. Speidel) の研究⁹⁰⁾を取り上げることになろう。彼の議論は、長期にわたる契約関係において経済分析の有している意義は限られたものにならざるをえないという問題関心から、マクニールの提唱する関係的契約理論⁹¹⁾に大きく依拠しつつ、裁判所による契約の改訂を根拠づけようとするものである。

スパイデルは、自らの議論を展開する前提として、従来の経済分析の成果によると、裁判所による契約の改訂を

認めることは、効率性という観点から望ましくないと評価されることになるはずだと指摘している。すなわち、事前のリスク配分という観点から眺めるならば、一において取り上げたボズナーとローゼンフィールドの分析が示しているように、優れたリスク負担者に損失を負担させることが効率的であり、合理的な当事者であれば、そのような合意を行なうと考えられる。また、事後的な救済という観点からしても、事後的な損失の分配はゼロサム的な性格を有しており、改訂を行なうことによって効率性が改善されるわけではない。むしろ、裁判所の介入によって取引費用が増加し、効率的でない状態をもたらすだけだと考えられるのである。⁴⁰⁾

しかしながら、スパイデルによると、経済分析から導き出される以上のような帰結は、長期的な契約関係においてもそのまま妥当するわけではない。経済分析は、経済的に合理的な存在として想定された個人が、交渉を通じて効率的な帰結に到達しうることを前提としているが、長期にわたる契約関係においては、契約締結時にあらゆる事情を想定して最適な合意を行なうことを期待できないからである。むしろ、関係特殊な信頼が形成されているなど、様々な利益が複雑に絡み合っていることの多い長期的契約においては、契約関係を維持し、事後的な再交渉などを通じて柔軟に契約を調整していくことが重要な意味をもつ。長期的契約は、効率性の観点から抽象化するには豊か過ぎるものなのである。⁴¹⁾このような長期的契約の特性を踏まえて、スパイデルは、一定の条件の下で裁判所の介入が認められるべきだという議論を展開している。

(2) 裁判所による介入

スパイデルは、長期的契約において、裁判所による介入がなされるべき状況のことを、発動場面 (operative situation) と呼んでいる。具体的には、予測されていなかった事情の変動によって、取引されていない (unbargained for) 重大な利得・損失が生じた場合が該当する。⁴²⁾スパイデルは、このような場合に裁判所による介入が認められ

るべき根拠を、次の二点に求めている。第一に、予測されていなかった事情の変動が生じたということは、当事者が契約締結時にリスクを配分していなかった、すなわち契約に欠陥が存在しているということの意味している。その結果として生じた「取引されていない」利得や損失を、一方の当事者のみに帰属させるならば、それはいわば手にするべきではない（undeserved）利得を与える、あるいは、損失を負担させることになってしまい、不公正である。このような利得・損失については、両当事者で分け合うという処理が適切だと考えられるのである。第二の根拠は、関係的契約理論に強く影響されたものである。すなわち、長期間契約の当事者は、契約関係を維持しつつ、協調的に紛争を解決するべきだという関係的規範（relational norm）に服することになり、合意による紛争解決へ向けて合理的な努力を行なうことを義務づけられるというのである⁴⁶⁾。

以上のような理解を踏まえて、スパイデルは、発動場面において、具体的に次のような形で裁判所が介入するべきだと主張している。まず、事情の変動が自らにとって有利となる当事者は、相手方によって提案された契約の改訂について誠実に交渉を行なう義務を負う。当事者がこのような義務に違反し、交渉が暗礁に乗り上げている場合、裁判所としては、履行の停止などという方法を通じて、当事者の交渉を促進するべきである。反対に、事情の変動が自らにとって不利益となる当事者が契約の改訂へ向けて提案を行なっているという場面では、契約の改訂の要求が機会主義的行動に該当せず、さらに、提案の内容が衡平だと評価できるものであるならば、相手方がその提案を拒絶することが交渉義務の違反だと評価されることになる。こうした交渉義務の違反が認められる場合、裁判所としては、契約の改訂を強制するべきである⁴⁷⁾。このような形で裁判所が介入することによって、当事者に対して、合意によって問題を解決するインセンティブを与えることができる⁴⁸⁾と考えられている。

以上のような理解に照らして、スパイデルは、アルコア判決が示した判断について、裁判所が契約の改訂を認め

たこと自体は支持しつつも、当事者の交渉が失敗に終わった理由を検討していない点において不十分なものであったという評価を示している。⁴⁸⁾

4 ヒルマンの見解

(1) 多元的な契約法と免責法理

フリードの見解とスパイデルの見解が、特定の契約法理論に大きく依拠する形で展開されたものであったのに対して、ヒルマン (Robert A. Hillman) の研究⁴⁹⁾は、契約法が様々な原理に支えられた多元的性格をもつものであるという理解に立って展開されている。ヒルマンによると、ある特定の原理が契約法を支えているという主張は、契約法の一面しか見ていないものであって、現実の契約法においては、契約自由という原理をはじめとして、公正・正義、効率性といった諸々の原理のいずれもが重要な意味を担っている。このような状況は、非論理的、不確実なものとして、否定的に評価されるべきではない。むしろ、社会に存在している多様な価値・利益が調整された成果として、積極的に評価されるべきものだと考えられる。私人の円滑かつ公正な取引活動は、多元的な原理を基礎とする契約法の存在によって支えられているのである。⁵⁰⁾このような契約法観に立脚して、ヒルマンは、スパイデルのように関係的契約理論という新たな理論を採用しなくとも、裁判所による契約の改訂を認めることができると主張している。

ヒルマンは、裁判所による契約の改訂が適切な問題局面を二つに分けている。第一は、契約当事者が、契約の改訂がなされるべきことを想定している場合である。ヒルマンは、このような局面を、契約を改訂すべき合意がなされているという意味で「合意モデル」と呼んでいる。⁵¹⁾このような合意は、明示的に契約条項において定められて

いることもある。さらに、明示的な条項が存在しなくとも、改訂を行なう旨の合意が黙示的になされている場合もある。すなわち、関係の契約理論の論者が強調するように、契約当事者は、長期にわたり、柔軟な契約関係を維持することについて利益を有していることが少なくない。そのような事例においては、取引慣行や従前の取引の経過などに照らして、契約の改訂がなされるべき旨の合意が存在すると評価できる場合がある。具体的には、契約の均衡が崩れている程度や、契約関係の継続に対して当事者が有している利益などが、判断の指針となってくる。ヒルマンは、具体的な事例において、改訂に関する合意の有無を確定することが困難となり得ることを認めつつも、それは契約解釈一般に存在する問題であって、契約の改訂を否定するべき理由にはならないことを強調している。⁵³⁾

さらに、ヒルマンは、契約の改訂が要請されるもう一つの場面として、契約当事者が一定のリスクについて配分を行なっていない場合をあげている。このような場面は、契約において合意がなされていないという意味で「ギャップ・モデル」と呼ばれている。「合意モデル」における契約の改訂が、当事者の合意を尊重するべきであるという契約自由の原理から正当化されるのに対して、「ギャップ・モデル」における契約の改訂は、配分されていない損失を、契約当事者で分け合うことが望ましいという観点から正当化される。つまり、契約当事者が当初の契約において配分していないリスクについては、一方の当事者のみに損失を負担させるべき理由はない。むしろ、両当事者が契約から利益を得るといふ契約の互酬性の観点や、当該リスクについて当事者が交渉していたらならば合意していたであろう内容に合致しているという観点からも、契約の改訂を認めることが望ましいと考えられるのである。⁵⁴⁾

(2) 改訂に対する批判への応接

以上のような理解を踏まえて、ヒルマンは、裁判所が契約の改訂を行なうことに対して批判的な見解⁶⁵⁾に対して、応接を試みている。ヒルマンが取り上げている批判は、裁判所の能力に関するものと、当事者が締結した契約に介入することの是非に関するものに分けることができる。

まず、裁判所は、契約をどのような内容に改訂すべきか基準を有していないため、裁判所の裁量によって改訂がなされてしまうという指摘がある。この点について、ヒルマンは、裁判所としては、他の契約当事者が締結している類似の契約の内容、当初の契約の内容、当事者が提案した和解案などを指針として利用することができる」と反論している。さらに、契約を改訂すべきかを判断するに際しては、あるリスクについて配分がなされていたのかといった複雑な判断が必要となるところ、裁判所は、適切な判断をする能力を欠いていると指摘されることがある。このような指摘に対して、ヒルマンは、複雑な問題への対応を迫られるというのは、契約の改訂に限られた問題ではないこと、裁判所は事後的に様々な知見を用いて判断できることなどを理由として、一方の当事者のみが損失を負担し、他方が利得を得るという不公正な結論を回避するために、裁判所が介入することは十分に可能であると主張している。⁶⁶⁾

さらに、裁判所が契約の改訂を行なうことは、当事者の契約自由に対する介入にあたり、当事者の自主的な紛争解決の妨げにもなるという指摘がなされている。しかし、ヒルマンによると、「合意モデル」の場面においては、裁判所による介入が、まさに当事者の合意によって正当化されることになる。また、「ギャップ・モデル」の場面においては、当事者は、当該リスクについて何ら合意を行っていないのであるから、当事者の契約自由に対する介入とはならない。むしろ、当初の契約において全ての事柄について規律をしていないということは、裁判所によ

る介入を予定していたと考えることができるのである。裁判所による改訂を認めることが当事者の自主的な紛争解決に対してどのような影響を及ぼすかという点については、ヒルマンも、実証的な研究が必要であることを認めている。ただ、裁判所が当事者の一方にのみ利益となる判断を示す可能性が低い以上、裁判所による改訂を認めることによって、両当事者が解決へ向けて交渉を行なうように仕向けられ、解決の質が高められるであろうという見通しが示されている。裁判所による改訂がこのような機能をもつことについて、ヒルマンは、当事者が重要な投資などを行なっている長期的な契約関係においては、一方の当事者がそれにつけ込んで交渉を行なおうとする可能性があるため、とりわけ重要な意味があると指摘している。⁵⁰

5 小括

本節では、経済分析とは異なった観点から免責法理の正当化を試みる議論を取り上げた。ここでは、それぞれの論者が依拠する契約法理論には違いがあるものの、契約との関係で免責法理がどのように位置づけられるのかという点については、共通した理解が示されていたことができるであろう。すなわち、免責法理は、当事者が当初の契約において規律していなかったリスクが実現した場合に、裁判所が一定の原理に基づいて利益・損失の配分を行なうという観点から正当化されていたのである。ここでは、法および裁判所が介入する根拠という本稿の第一の分析視角について、ドイツの通説的理解とは大きく異なる理解が示されていたことができるであろう。

免責法理がこのように位置づけられている帰結として、本稿の第二の分析視角における二つ課題も、異なった原理に照らして判断されるべきものとして区別されていた。すなわち、契約に対する介入が正当化されるかどうかは、当初の契約においてどのような規律がなされているかによって決まる。これに対して、契約が改訂されるべきだと

して、そこで法がどのように介入すべきかという点は、分かち合いの原理に代表されるような、利益・損失の配分を正当化する別個の原理に基づいて判断されることになる。ただ、本節で取り上げた議論も、裁判所が直ちにこれらの原理に基づいて介入を行なうべきだと考えていたわけではなかった。スパイデルとヒルマンは、当事者自身による紛争解決を尊重することが望ましく、それを支援するために法の介入が必要になると主張していた。ここでは、ドイツの再交渉義務論と類似の視点が示されていたということができるであろう。

以上のような観点から契約への介入を正当化しようとする潮流が存在する一方で、アメリカの契約法理論においては、近時、裁判所が契約に介入することに対して批判的な潮流も有力となっている。このような潮流は、裁判所の能力には限界が存在するものであり、契約締結後の事情変動という問題への対応は、当事者自身による規律にゆだねるべきだという問題意識に出たものである。これは、ヒルマンが応接しようとしていた批判と類似する側面をもつ議論である。このような議論において示されている、裁判所が果たしうる役割に限界があるという視点は、本稿の問題関心からも興味深いものだと考えられる。次節では、そのような議論を検討することにしよう。

三 裁判所・契約当事者の能力と免責法理

1 裁判所の能力と契約法理論——エリック・ポズナーの整理に即して

本節では、裁判所と契約当事者の能力に着目して、免責法理について分析を行なう議論を取り上げる。一で取り上げたように、免責法理を効率性の観点から説明できるかという議論においても、裁判所が有する情報には制約があるとの指摘がなされていたが、本節で取り上げる議論は、経済学の知見の影響を受けて、当事者が事後的に再交

渉を行なう可能性まで視野に入れて、裁判所による介入の適否について検討しようとするものである。個別적인見解の検討に入る前に、ここでは、前節までの議論と本節で取り上げる議論との関係を明らかにするために、関係的契約における裁判所の介入方法に関するエリック・ポズナー (Eric A. Posner) の整理を取り上げることしたい。

エリック・ポズナーの論文⁸⁰⁾は、マクニールの関係的契約理論に関するシンポジウム⁸¹⁾における報告に基づくものである。その論文において、エリック・ポズナーは、マクニールの議論が契約法学にもたらした貢献の一つを次の点に求めている。すなわち、マクニールの研究の登場によって、長期的な契約関係において生じる諸問題が広く注目を集めるようになり、その解決を考えるにあたっては、当事者の契約締結時の意思を基準として紛争を解決するという、伝統的な契約観が想定していた方法が必ずしも適切ではないという認識が広く共有されるようになった点である。こうしたマクニールの問題提起を受ける形で、その後の契約法理論は、当事者の意思を基準とすることができな⁸²⁾いとして、裁判所はどのようにして紛争を解決すればよいのかという課題に取り組むことになったのである。

この課題に関して、エリック・ポズナーは、裁判所のとるべき対応として三つの有力な契約法理論が示されていると指摘し、それらについて裁判所の能力という観点から整理を行なっている⁸³⁾。本稿にとって興味深いのは、エリック・ポズナーの取り上げている契約法理論が、当初の契約において当事者が定めていない事項について裁判所がどのように介入すべきかを問題とするものであり、その限りにおいて、前節まで検討してきた免責法理をめぐる議論と共通の前提に立っている点である。このような事情を反映する形で、エリック・ポズナーの取り上げている三つの有力な契約法理論は、免責法理について主張されている見解と対応関係にある。

具体的に見ていこう。エリック・ポズナーが取り上げている一つ目の契約法理論は、マクニール自身の理論である。マクニールの関係的契約理論よると、裁判所は、契約当事者間に存在している関係的な規範を確定し、それを

適用して紛争を解決することが要請される。エリック・ポズナーは、このようなマクニールの契約法理論を、提唱されている諸理論のうち、裁判所に対して最も高い能力を要求するものとして位置づけている。すなわち、マクニールの主張するように、当該契約関係における関係的規範に照らした判断を行なおうとするならば、裁判所としては、紛争の内容を的確に把握するだけでなく、契約当事者間の関係について一種の社会的な分析を行ない、そこに存在している規範を確定することができなければならないのである。免責法理については、前節で取り上げたスバイデルの見解が、これに対応するものだといえることができるであろう。⁸³⁾

次に、エリック・ポズナーは、裁判所に対して要求する能力が二番目に高い契約法理論として、ゲッツ (Charles J. Goetz) とスコット (Robert E. Scott) の理論⁸⁴⁾を取り上げている。ゲッツとスコットの議論は、現実の不確実性・複雑性ゆえに、当事者が契約締結の時点において詳細な条項を定めることができない関係的契約において、当事者がとりうる手段や、裁判所がとるべき対応について、経済学の知見を参照しつつ分析したものである。関係的契約においては、「最善の努力 (Best effort)」を尽くすといった条項に代表されるように、裁判所が事後的に補充することが必要となる、あいまいな条項が定められることが少なくない。ゲッツとスコットは、このような場合、裁判所としては、両当事者が当該契約関係から手にすることのできる利益を最大化する形で、すなわち最も効率的な形で、契約の補充を行なうべきだと主張している。このような形での補充は、多くの当事者の意思にも適ったものであり、裁判所がとるべき対応として合理的だと考えられるからである。⁸⁵⁾ゲッツとスコットの議論は、裁判所による事後的な補充が必要な契約一般について展開されているものであるが、免責法理については、一で取り上げたりチャード・ポズナーとローゼンフィールドの見解が、これに対応するものだということができるであろう。⁸⁶⁾そして、裁判所に要求される能力という観点からは、ゲッツとスコットの主張に沿った対応を行なうには、裁判所としては、両

当事者の利益を最大化する手段を知る必要がある。そのためには、契約当事者が行なった取引特殊的な投資、契約を通じて生み出された価値に対する各当事者の貢献度などといった、当該契約関係に関する広範な情報が必要となってくる。このような点を捉えて、ポズナーとローゼンフィールドの見解に対して、裁判所が有する情報の制約という観点から批判が投げかけられているのは、一で見たとおりである。⁸⁵⁾

そこで、第三に、裁判所に対して低い能力しか要求しない契約法理論が主張されることになる。エリック・ポズナーは、そのような理論として、シュワーツ (Alan Schwartz) の理論⁸⁶⁾をあげている。シュワーツの議論は、紛争の解決に必要な私的情報の多くを手にすることができない裁判所としては、契約に対する介入を行なうのではなく、当事者が締結した契約をそのままの形で尊重すること、すなわち契約を文言どおりに強制するのが最も望ましい対応だと主張するものである。一で取り上げたポズナーとローゼンフィールドの議論や、二で取り上げた諸々の議論が、何らかの原理に基づいて契約への介入を正当化しようとしていたのとは、全く対照的な議論だといえることができるであろう。シュワーツに代表されるこのような議論は、経済学の契約理論に強い影響を受ける形で、近時のアメリカ契約法理論において一つの潮流を形作っている。ここでも、免責法理に関連する点を中心として、その主張内容を見ておくことにしよう。

2 シュワーツの見解——新形式主義

(1) 受動的戦略

シュワーツ⁸⁷⁾によると、関係的契約、あるいは、不完備契約 (incomplete contract)⁸⁸⁾に関する紛争を眺めると、裁判所が一定の社会的目的へ向けて積極的に介入を行っていると評価できる局面と、契約を文言どおり強制すると

いう消極的な対応を行なっている局面が存在する。すなわち、製造物責任や保険という分野においては、裁判所は、一定の社会的目的の達成へ向けて積極的に介入を行なっていると評価できるのに対して、フランチャイズ契約や免責法理という問題局面については、裁判所の態度は控え目だといえることができる。シュワーツは、裁判所のこのような態度を、従来の議論において必ずしも意識されてこなかった、裁判所の制度的な制約、能力の限界という観点から説明しようと試みている。

シュワーツは、当事者の締結する契約が不完備となる原因を次の五点に整理している。すなわち、①契約に際して用いられる言語のあいまいさ、②当事者の不注意・怠慢、③完備契約を締結することにかかる費用、④情報の非対称性、⑤契約当事者が当事者の多様な属性を区別することなく契約内容を定めることを選択する可能性⁷³の五つである。そして、これらの原因のうち、④情報の非対称性以外の原因については、経済分析によるアプローチが有効だと考えられる。例えば、①②③の原因については、裁判所が効率的な条項をもって契約を補充することが有効な対応になると考えられる。さらに、⑤の原因についても、情報の開示を促進し、効率的な契約の締結を実現させるような規律が探求されている⁷⁴。以上に対して、④の原因については、裁判所は適切な対応を行なうことができない。すなわち、ある情報が当事者にとって観察不可能なものである場合、当事者は当該情報に依存した契約を締結することができず、情報が裁判所などの第三者にとって検証不可能なものである場合、当事者は当該情報に依存した契約を強制することができない。いずれの場合においても、裁判所としては、当事者が望むであろう条項を補充するという方法を用いることができない。また、経済分析に依拠するのではなく、裁判所が公正な規範に従った解決を提示すればよいと考える論者からも、このような場合に関して、具体的な解決方法が提示されるには至っていない。そこで、契約が不完備である原因が情報の非対称性にある場合、契約の補充を行なう手立てをもたない裁判所とし

ては、契約があたかも完備なものであるかのようには扱い、契約を文言どおり強制するという受動的戦略（passive strategy）を採用していると考えられるのである。⁸⁶

（2） 免責法理の位置づけ

シュワーツは、いくつかの具体的問題に関する裁判所の対応からも、以上のような理解を裏づけることができる。と主張している。ここでは、本稿の検討対象である免責法理について、どのような説明がなされているのか確認しておくことにしよう。

前節までに取り上げた議論がそうであったように、近時の見解は、履行不能、実行困難性、契約目的の達成不能という三つの問題局面を区別せずに扱う傾向にある。このような主張に対して、シュワーツは、裁判所の能力という観点を踏まえると、それぞれを区別して扱う必要があると考えている。まず、履行を行なうことが物理的に不能となったという履行不能の事例においては、裁判所は、履行を行なうことが不可能かどうかを検証することができる。そして、事情の変動によって履行が不能となるリスクについては、多くの場合、債権者のほうがより安価に保険をかけることができるなどの理由から、債権者に負担させることが効率的だと考えられる。従って、履行が不能となった事例については、裁判所が債務者の免責を認めることが望ましいと評価することができる。

これに対して、債務の履行に必要な費用が、契約から得られる利益を超えてしまうという実行困難性の事例について適切な判断を行なうには、様々な情報が必要となってくる。しかし、そのような情報の多くは、観察不可能あるいは、検証不可能なものである。そのため、裁判所としては、契約に定められた価格などをそのまま強制するという受動的戦略を採用するべきだと考えられる。同様のことは、履行が債権者にとって価値のないものとなってしまふという、契約目的の達成不能の事例についても妥当する。すなわち、法律の改正などによって、履行が債権

者にとって完全に価値のないものとなってしまふ事例では、情報の非対称性という問題は生じない。そのため、このような場合には、裁判所が債権者を契約から解放することが望ましいと考えられる。これに対して、債権者の得られる利益が、当初に考えていたものよりも低かったという部分的な目的達成不能の事例については、判断に際して必要となる情報の多くが観察不可能、あるいは、検証不可能性なものである。そのため、裁判所としては、契約をそのままの形で強制するべきだと考えられるのである。^{m)}

シュワーツは、以上のような分析結果について、免責法理に関する多くの裁判例とも整合的なものであると主張している。確かに、スパイデルが着目したアルコア判決のように、契約の改訂を認めた裁判例も存在するが、そのようなものは極めて少数に過ぎないという評価が示されている。^{m)}

(3) 裁判所による介入の否定

さらに、シュワーツは、経済学の契約理論の知見に依拠しつつ、裁判所が契約をその文言どおりに強制するといふ受動的戦略が、当事者による効率的な契約の形成という観点からも望ましいものである可能性を指摘している。すなわち、契約を締結した当事者としては、当初の契約が不完備なものであったとしても、リスクなどが実現した時点において、再交渉を行なうことができる。その際に、裁判所が受動的戦略を採用していれば、当事者は、契約を当初の内容のまま強制するのか、それとも、再交渉を通じて新たな契約を形成するのかを選択することになる。そして、交渉が決裂した際の当事者の取り分というのは、再交渉の結果に大きな影響を及ぼすため、再交渉を通じて新たに形成される契約の内容は、当初の契約に依拠することになる。事後的な再交渉がこのような構造をもつ結果として、これから契約を締結しようとする当事者は、再交渉の可能性を意識し、そこで新たに形成される契約の内容に対する影響を考えながら、当初の契約の内容を定めるといふ対応をとることになる。このような場合、裁判

所が事後的に介入を行なうならば、当事者の期待に反することになってしまふ。つまり、種々の原因から当初の契約が不完備にならざるをえないとしても、契約当事者としては、将来の様々な事態に対応するための「構造」を作り出す可能性があり、そのような場合には、裁判所による介入は望ましくないと考えられる。このように、シュワーツは、裁判所の能力の限界、および、契約当事者が自らの手で適切な「構造」を作り出す可能性に着目して、裁判所による介入を排除するという、前節までの議論とは対照的な結論に到達したのである。

シュワーツの議論のように、裁判所の役割を当事者が締結した契約を文言どおりに強制するという点に限定しようとする主張は、裁判所が当事者間の慣行や取引社会に内在する慣習を積極的に考慮するべきことを主張し、UC Cにも大きな影響を及ぼしたルウェリン (Karl N. Llewellyn) の理論⁷⁶⁾と対置される形で、新形式主義 (new formalism) と称されることがある⁷⁸⁾。このような動向において重要な位置を占めているのは、シュワーツ自身の研究がそうであるように、契約理論を中心とする経済学の知見を利用した研究成果である⁸⁰⁾。さらに、近時は、法と社会規範の関係・相互作用に関する研究が進展を見せされており、⁸¹⁾ それでも社会規範を国家法によって強制することが必ずしも望ましい帰結を導かないという主張が有力になされている⁸²⁾。これらの主張が結びつく形で、裁判所の役割を限定的に理解しようとする議論は、近時のアメリカ契約法理論において一定の影響力をもつに至っているといふことができる⁸³⁾。

注

- ③③ Charles Fried, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* (1981) (同書の紹介として、木下毅「著書紹介」アメリカ法「一九八三—」二六四頁(一九八四年)がある)。さらに、信頼理論を展開するアティアの著書の書評である Fried, *Book Review* (Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*), 93 *Harvard Law Review* 1858 (1980) も参照。フリードの見解の紹介として、内田・前掲注⑤一〇七頁以下、久須本かおり「契約法理論の再構成を指して——約束理論および信頼理論に対する考察を中心に(1)(2)」名古屋大学法政論集一六九号八九頁以下・一七〇号一六三頁以下(一九九七年)がある。アティアとの論争との関係でフリードの見解に言及するものとして、下村正明「イギリス契約法史の一潮流(Ⅶ)契約法における意思と信頼」*阪大法学*一三二号二〇五頁(一九八四年)がある。
- ③④ 当時の議論状況を描き出すものとして、木下・前掲注①一六三頁以下、内田・前掲注⑤七一頁以下を参照。
- ③⑤ Fried, *Contract as Promise*, *supra* note 33, at 11-17. さらに、フリードの近時の論稿として、Fried, *Modern Liberty and the Limits of Government* 69-70 (2007) も参照。
- ③⑥ Fried, *Contract as Promise*, *supra* note 33, at 58-63.
- ③⑦ *Id.* at 69-71.
- ③⑧ *Id.* at 71-73.
- ③⑨ *Aluminum Co. of America v. Essex Group, Inc.*, 499 F. Supp. 53 (W.D. Pa. 1980). 同判決については、久保・前掲注(4)六六頁以下、山口・前掲注(4)六九頁以下、丸田・前掲注(4)七〇頁以下を参照。
- ④① Richard E. Speidel, *Court-imposed Price Adjustments Under Long-term Supply Contracts*, 76 *Northwestern University Law Review* 369 (1981) (*hereinafter* Speidel, *Price Adjustments*). さらに、本稿との関係で重要な論稿として、Speidel, *Excusable Nonperformance in Sales Contracts: Some Thoughts About Risk Management*, 32 *South Carolina Law Review* 241 (1980)

- (hereinafter Speidel, *Excusable Nonperformance*); Speidel, *The New Spirit of Contract*, 2 *Journal of Law and Commerce* 193 (1982) (hereinafter Speidel, *New Spirit*); Speidel, *Restatement Second: Omitted Terms and Contract Method*, 67 *Cornell Law Review* 785 (1982); Speidel, *The Characteristics and Challenges of Relational Contracts*, 94 *Northwestern University Law Review* 823 (2000) (hereinafter Speidel, *Relational Contracts*); Speidel, *Contract in Crises: Excuse Doctrine and Retrospective Government Acts* (2007) (hereinafter Speidel, *Crises*) がある。スパイデルの見解の紹介として、久保・前掲注(4)一四八頁以下、森田修「アメリカにおける『再交渉義務』論—同『契約責任の法学的構造』(有斐閣・二〇〇六年・初出一九九六年)三二七頁以下、棚瀬孝雄「関係契約論と法秩序観」同編『契約法理と契約慣行』(弘文堂・一九九九年)四五頁以下がある。
- (41) マクニールの関係契約理論については、内田・前掲注(5)五四頁以下・一四五頁以下、中田裕康『継続的売買の解消』(有斐閣・一九九四年・初出一九九二年)四一九頁以下、吉田邦彦「アメリカ契約法学における損害賠償利益論—『法と社会』批判的研究瞥見」同・前掲注(3)九八頁以下(初出一九九三年)、曾野裕夫「UCC第2編(売買)の改正作業にみる現代契約法の一動向(下)」北大法学論集四四卷五号二八六頁以下(一九九四年)、船越資晶「市場関係の多様性に関する法社会的「考察—関係的契約論を超えて(1)」法学論叢一四五卷四号八〇頁以下(一九九九年)を参照。さらに、ウィリアムソンの理論を検討の対象としたものであるが、森田修「ウィリアムソンの契約理解について—法と市場の制度分析のために(その1)」社会科学研究四八巻一号二一九頁以下(一九九六年)も参照。
- (42) Speidel, *Price Adjustments*, *supra* note 40, at 381-394.
- (43) *Id.* at 396-400, 420. *ἄσυνιδεῖ* Speidel, *Excusable Nonperformance*, *supra* note 40, at 277-278 参照。このようなスパイデルの理解は、新古典派経済学による契約法の分析が契約関係の内包する複雑性を無視したものであるという、マクニールの主張の影響を受けたものである。この点については、Ian R. Macneil, *Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a "Rich Classificatory Apparatus"*, 75 *Northwestern University Law Review* 1018 (1981) (同論文の紹介として) 吉

田邦彦「論文紹介」アメリカ法「一九八九—」八〇頁（一九八九年）がある）を参照。

- (44) Speidel, *Price Adjustments*, *supra* note 40, at 395, 405, 419.
- (45) スパイデルが依拠しているベクニール理論における関係的規範の意義については、Macneil, *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations* 64-70 (1980)（同書の紹介として、木下毅「著書紹介」アメリカ法「一九八五—」二二六頁（一九八五年）がある）；Macneil, *Values in Contract: Internal and External*, 78 *Northwestern University Law Review* 340, 350-351, 361-366 (1983) を参照。
- (46) Speidel, *Price Adjustments*, *supra* note 40, at 405-407; Speidel, *New Spirit*, *supra* note 40, at 207-208.
- (47) Speidel, *Price Adjustments*, *supra* note 40, at 407-412.
- (48) *Id.* at 421-422; Speidel, *Crises*, *supra* note 40, at 234.
- (49) Speidel, *Price Adjustments*, *supra* note 40, at 412, 422; Speidel, *New Spirit*, *supra* note 40, at 203, 209.
- (50) Robert A. Hillman, *Court Adjustment of Long-Term Contracts: An Analysis under Modern Contract Law*, 1987 *Duke Law Journal* 1 (1987) (*hereinafter* Hillman, *Court Adjustment*). やさしく、本稿との関係に重要な論稿として、Hillman, *An Analysis of the Cessation of Contractual Relations*, 68 *Cornell Law Review* 617 (1983) (*hereinafter* Hillman, *Cessation*)（同論文の紹介として、久保宏之「論文紹介」アメリカ法「一九八五—」一〇九頁（一九八五年）がある）；Hillman, *Contract Excuse and Bankruptcy Discharge*, 43 *Stanford Law Review* 99 (1990)（同論文の紹介として、ロバート・A・ヒルマン＝高谷知佐子訳「契約上の免責と破産上の免責」*ヒルマン＝笠井・前掲注*③二四二頁がある）；Hillman, *Principles of Contract Law* (2004) (*hereinafter* Hillman, *Principles*); Hillman, *Maybe Dick Speidel Was Right About Court Adjustment*, 46 *San Diego Law Review* 595 (2009) (*hereinafter* Hillman, *Speidel*) がある。ヒルマンの見解に言及するものとして、久保・前掲注(4)一五六頁以下、北山修悟「契約の改訂——資源開発契約を中心として」*法學協会雑誌*二二二巻一号一四八頁以下（一九九五年）がある。ヒルマンの契約法観については、

- Hillman, *The Crisis in Modern Contract Theory*, 67 *Texas Law Review* 103 (1988) (*hereinafter* Hillman, *Crisis*) (同論文の紹介として、樋口範雄「論文紹介」アメリカ法〔一九九〇—二〇三頁(一九九〇年)〕同『アメリカ契約法〔第2版〕』(弘文堂・二〇〇八年)三四七頁以下がある)、『および、同論文とその他の関連論文が加筆・修正の上まとめられたHillman, *The Richness of Contract Law: An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law* (1997) (*hereinafter* Hillman, *Richness*) (同書の紹介として、久須本かおり「著書紹介」アメリカ法〔一九九一—二〇八頁(一九九九年)がある)を参照。免責法理に関するヒルマンの議論を、『フェミニズムの観点から、ボズナーとローゼンフィールドの見解と対比して検討するも』(ユリ) Mary Joe Frug, *Rescuing Impossibility Doctrine: A Postmodern Feminist Analysis of Contract Law*, 140 *University of Pennsylvania Law Review* 1029 (1992) が参照。
- 51) Hillman, *Crisis*, *supra* note 50, at 133-136; Hillman, *Richness*, *supra* note 50, at 36-41, 267-274; Hillman, *Cessation*, *supra* note 50, at 658-659.
- 52) Hillman, *Court Adjustment*, *supra* note 50, at 3.
- 53) *Id.* at 14.
- 54) *Id.* at 14-17. ヨウジツ Hillman, *Cessation*, *supra* at 652-654; Hillman, *Principles*, *supra* note 50, at 320 参照。
- 55) ヒルマンが主として念頭に置いているのは John P. Dawson, *Judicial Revision of Frustrated Contracts: Germany*, 63 *Boston University Law Review* 1039 (1983); Dawson, *Judicial Revision of Frustrated Contracts: The United States*, 64 *Boston University Law Review* 1 (1984) 以下を参照。
- 56) Hillman, *Court Adjustment*, *supra* note 50, at 19-27. ヨウジツ Hillman, *Principles*, *supra* note 50, at 319; Hillman, *Speidel*, *supra* note 50, at 606 参照。
- 57) Hillman, *Court Adjustment*, *supra* note 50, at 29-33. ヨウジツ Hillman, *Cessation*, *supra* note 50, at 654-655 参照。

- (88) Eric A. Posner, *A Theory of Contract Law Under Conditions of Radical Judicial Error*, 94 *Northwestern University Law Review* 749 (2000) (*hereinafter* Posner, *Judicial Error*). 同論文の議論は、Posner, *Law and Social Norms* 150-166 (2000) (同書の紹介として、鳥澤田「著書紹介」アメリカ法 [二〇〇一―] 一〇八頁(二〇〇一年)・邦訳として、太田勝造監訳『法と社会規範——制度と文化の経済分析』(木鐸社・二〇〇二年)がある)においても展開されている。
- (89) *Relational Contract Theory: Unanswered Questions: A Symposium in Honor of Ian R. Macneil*, 94 *Northwestern University Law Review* 735 (2000).
- (90) Posner, *Judicial Error*, *supra* note 58, at 751.
- (91) 類似の整理を行なうものとして、Robert E. Scott, *The Case for Formalism in Relational Contract*, 94 *Northwestern University Law Review* 847, 849-853 (2000); Scott, *Rise and Fall of Article 2*, 62 *Louisiana Law Review* 1009, 1018-1023 (2002) も参照。
- (92) Posner, *Judicial Error*, *supra* note 58, at 753. このようなエリック・ポズナーの評価は、マクニールの関係的契約理論に関する内田貴の次のような記述とも符合していることができるであろう。すなわち、内田によると、「関係的契約法のもとにおいては、紛争解決に際し、古典的契約法が想定しているよりはるかに多くの事情を考慮することを要請する」。「単に当事者がどのような合意を行ったかということだけではなく、現在に至るまでの当事者関係の歴史、当事者を囲む社会関係の変動、そして当事者の属する社会の行為規範、等々が考慮の材料となる。これは、契約紛争の解決を、単なるルールの適用としてではなく、契約関係という時間の経過と事実の変動を伴う事態を全体として事後的に評価し、適合的な規範を見出す過程として理解する視点と言える」。「このような立場をとると、裁判の位置づけ、裁判官に期待される機能も当然変化する」というのである(内田・前掲注⑤(一七七頁以下))。このように、契約の背後にある社会関係を裁判所の後見的介入を通じて法的判断に反映していくこうとする内田理論の特徴を「法的空間の垂直的拡大」と名づけて分析するものとして、吉田克己『現代市民社会と民法学』(日本評論社・一九九九年・初出一九九六・九八年)二二五頁注(3)がある。

- (63) エリック・ボズナー自身、スパイデルの議論を、マクニールの議論の「興味深い適用例」として位置づけている (Posner, *Judicial Error*, *supra* note 58, at 751 note 9)。
- (64) Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *Principles of Relational Contracts*, 67 *Virginia Law Review* 1089 (1981). ゲッツとスコットの——マクニールのものとは対照的な——関係的契約理論に言及するものとして、沖野真巳「約定担保物権の意義と機能——UCC第9編の『効率性』に関する議論の素描」学習院大学法学会雑誌三四卷一号一四五頁以下(一九九八年)、吉田邦彦「リアリズム法学と利益考量論に関する『基礎理論』的考察——民法解釈方法論の思想的系譜その一」同『民法解釈と揺れ動く所有論』(有斐閣・二〇〇〇年・初出一九九九年)六三頁がある。さらに、取締役の信認義務をめぐる議論を検討の対象としたものであるが、田中亘「取締役の社外活動に関する規制の構造(2)」法学協会雑誌一一七卷一〇号六九頁以下(二〇〇〇年)における、信認義務に関する「契約説」の分析も、ゲッツとスコットの主張内容を理解する上で有益である。
- (65) *Id.* at 1114-1117. 同様の理解については、Scott, *A Relational Theory of Default Rules for Commercial Contracts*, 19 *Journal of Legal Studies* 597, 602-606 (1990) も参照。
- (66) 例えば Gillian K. Hadfield, *Judicial Competence and the Interpretation of Incomplete Contracts*, 23 *Journal of Legal Studies* 159, 161 (1994) においては、効率性という基準に照らして契約の欠陥を補充するべきことを主張するものとして、ゲッツとスコットの論文と共に Posner & Rosenfield, *supra* note 6 が引用されている。
- (67) Posner, *Judicial Error*, *supra* note 58, at 753.
- (68) III c (法政論集二二二号二一九頁以下)を参照。
- (69) Alan Schwartz, *Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies*, 21 *Journal of Legal Studies* 271 (1992) (*hereinafter* Schwartz, *Relational Contracts*).
- (70) *Id.* のほか、本稿に関係するシュワーツの論稿については、Schwartz, *Legal Contract Theories and Incomplete Contracts*, *in*

Contracts Economics 76 (Lars Weira & Hans Wiikander eds. 1992) (*hereinafter* Schwartz, *Legal Contract Theory*); Schwartz, The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law, 3 Southern California Interdisciplinary Law Journal 390 (1993); Schwartz, Incomplete Contracts, in 2 The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law 277 (Peter Newman ed. 1998) (*hereinafter* Schwartz, *Incomplete Contracts*); Schwartz, Contract Theory and Theories of Contract Regulation, in The Economics of Contracts: Theories and Applications 116 (Eric Brousseau & Jean-Michel Glachant eds. 2002) (*hereinafter* Schwartz, *Contract Regulation*) がある。シュワーツの議論に言及するものとして、吉田・前掲注③一四四頁、棚瀬・前掲注④五〇頁以下がある。

- (7) シュワーツのいう「不完備契約」とは、契約の経済学における用語法に従ったものであり、契約より生じる利得があらゆる事態において最適になるような形で、契約の条件が事前に定められていない契約を指す (Schwartz, *Relational Contracts*, *supra* note 69, at 272-273; Schwartz, *Incomplete Contracts*, *supra* note 70, at 277-278) (ただし、不完備契約論に関する文献では、当事者間の情報の非対称性は存在しないという仮定の下で分析がなされるのが一般的である (この点については Oliver Hart, Firms, Contracts and Financial Structure 34 (1995); Jean Tirole, Incomplete Contracts: Where Do We Stand?, 67 *Econometrica* 741, 753-756 (1999); 伊藤秀史『契約の経済理論』(有斐閣・二〇〇三年)三六一頁を参照)と)し、シュワーツは、以下で見るように、契約の不完備性の原因の一つとして、当事者間の情報の非対称性もあげている)。そのため、「不完備契約」という概念が、契約法学においてしばしば問題とされるような、一定の事項について規律がなされていない——欠陥 (gap) が存在する——契約と一致するわけではない。このような、不完備契約論と契約法学の問題設定の違いについては、Richard Craswell, The "Incomplete Contracts" Literature and Efficient Precautions, 56 *Case Western Reserve Law Review* 151, 152-155 (2005); Robert E. Scott & George G. Triantis, Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design, 56 *Case Western Reserve Law Review* 187, 189-192 (2005) を参照。

不完備契約論全般については、伊藤・前掲書三五七頁以下、柳川範之『契約と組織の経済学』(二〇〇〇年・東洋経済新報

社)を参照。不完備契約論の法律学への応用を試みるものとして、三輪⁷⁶⁾神田⁷⁷⁾柳川⁷⁸⁾・前掲注⁷⁹⁾所収の諸論稿のほか、伊藤秀史「現代の経済学における株主利益最大化の原則——契約の不完備性と人的資本の見地から」商事法務一五三五号五頁(一九九九年)、田中亘「取締役の社外活動に関する規制の構造⁸⁰⁾」法学協会雑誌一一八巻七号一五四頁以下(二〇〇一年)、藤田・前掲注⁸¹⁾北大法学論集五二巻五号四六九頁以下、田中亘「忠実義務に関する一考察——機能に応じた義務の設計方針」落合誠一先生還暦記念『商事法への提言』(商事法務・二〇〇四年)一二二五頁、常木淳『法理学と経済学』(勁草書房・二〇〇八年)六九頁以下などがある。

⁷⁶⁾ Schwartz, *Relational Contracts*, *supra* note 69, at 278-280; Schwartz, *Legal Contract Theories*, *supra* note 70, at 80-81.

⁷⁷⁾ これは、情報の経済学にいう一括(合同)均衡(pooling equilibrium)が均衡点になっている場合を指す。一括均衡という概念については、ベルナル・サラニエ(細江守紀⁸²⁾三浦功⁸³⁾堀宣昭⁸⁴⁾訳『契約の経済学』(勁草書房・二〇〇〇年)八三頁以下などを参照。法律学へのインプリケーションについては、Douglas G. Baird, Robert H. Gertner & Randal C. Picker, *Game Theory and the Law* 122-157 (1994); 森田修「ゲーム理論と契約法——法と市場の制度分析のために(その2)」社会科学研究所 四九巻三号八五頁以下(一九九八年)を参照。

⁷⁸⁾ このような議論の代表例がペナルティー・デフォルト論である。ペナルティー・デフォルト論については、前掲注⁷⁹⁾所掲の文献を参照。

⁷⁹⁾ Schwartz, *Relational Contracts*, *supra* note 69, at 281-283; Schwartz, *Legal Contract Theories*, *supra* note 70, at 81-83, 40-42; Schwartz, *Contract Regulation*, *supra* note 70, at 119-120 ♪参照。

⁸⁰⁾ Schwartz, *Relational Contracts*, *supra* note 69, at 290-292; Schwartz, *Legal Contract Theories*, *supra* note 70, at 90-91.

⁸¹⁾ Schwartz, *Relational Contracts*, *supra* note 69, at 292-295.

⁸²⁾ *Id.* at 316-318, 40-42; Schwartz, *Incomplete Contracts*, *supra* note 70, at 282 ♪参照。

- (79) ルウェリンの法理論については、さしあたり、邦語文献として、守屋明「カール・ルウェリンの法理論——法体系の機能主義的理解を中心として(1) — (3)」法学論叢一〇五巻三号四四頁・一〇六巻二号二二頁・一〇七巻三号五二頁(一九七九—八〇年)、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)一六頁以下を参照。
- (80) David Chatty, *The New Formalism in Contract*, 66 *The University of Chicago Law Review* 842 (1999); John E. Murray, Jr., *Contract Theories and the Rise of Neoformalism*, 71 *Fordham Law Review* 869 (2002); Roy Kreiner, *Fear of Contract*, 2004 *Wisconsin Law Review* 429 (2004); William C. Whitford, *Relational Contracts and the New Formalism*, 2004 *Wisconsin Law Review* 631 (2004); Mark L. Movsesian, *Formalism in American Contract Law: Classical and Contemporary*, 12 *IUS GENTIUM* 115 (2006) など、を参照。
- (81) シェフーツと並ぶ有力な論者であるスコットの論稿として、Scott, *The Case for Formalism in Relational Contract*, *supra* note 61; Scott, *The Uniformity Norm in Commercial Law: A Comparative Analysis of Common Law and Code Methodologies*, in *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law* 149 (Jody S. Kraus & Steven D. Walt eds. 2000); Scott, *Rise and Fall of Article 2*, *supra* note 61; Scott, *Rethinking the Default Rule Project*, 6 *Virginia Journal* 84 (2003); Scott, *A Theory of Self-Enforcing Indefinite Agreements*, 103 *Columbia Law Review* 1641 (2003); Scott & Schwartz, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 113 *Yale Law Journal* 541 (2003); Scott, *The Death of Contract Law*, 54 *University of Toronto Law Journal* 369 (2004); Scott, In (Partial) *Defense of Strict Liability in Contract*, 107 *Michigan Law Review* 1381 (2009) を参照。
- (82) このような研究プログラムについては、川浜昇「法と経済学の限界と可能性——合理的選択と社会規範をめぐる」井上達夫・嶋津格・松浦好治編『法の臨界Ⅱ 秩序像の転換』(東京大学出版会・一九九九年)二二〇頁以下、曾野・前掲注⑧ジュリスト一一五号八七頁以下、飯田高『〈法と経済学〉の社会規範論』(勁草書房・二〇〇四年)、藤田友敬・松村敏弘「社会規範の法と経済——その理論的展望」ソフトロー研究一号五九頁(二〇〇五年)、落合誠「商人間取引の特色と解釈」法学教

室二九五号六八頁以下 (二〇〇五年)、曾野裕夫「商人による私的秩序形成と国家法の役割」絹巻康史・齋藤彰編著『国際契約ルールの誕生』(同文館出版・二〇〇六年) 四七頁以下を参照。

⁸³⁾ とりわけ注目を集めたのが、バーンスタイン (Lisa Bernstein) の一連の研究である。Lisa Bernstein, *Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, 21 *Journal of Legal Studies* 115 (1992); Bernstein, *Social Norms and Default Rules Analysis*, 3 *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 59 (1993); Bernstein, *Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms*, 144 *University of Pennsylvania Law Review* 1765 (1996); Bernstein, *Private Commercial Law, in 3 The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* 108 (Peter Newman ed. 1998); Bernstein, *The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy: A Preliminary Study*, 66 *University of Chicago Law Review* 710 (1999); Bernstein, *Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms, and Institutions*, 99 *Michigan Law Review* 1724 (2001) を参照。

⁸⁴⁾ このような動向の対極に位置する関係的契約理論の陣営からは、Spiegel, *Relational Contracts*, *supra* note 40, at 837-846; Spiegel, *Crises*, *supra* note 40, at 231-234, 253-256 を参照 (スバイデルは、形式主義の復権という現象に対して、自らの契約観に親和的な法モデルとして、一九九四年に公表されたユニドロワ国際商事契約原則に言及している。日本において関係的契約理論を提唱する内田貴も、同原則に着目していることとの対応関係が興味深い (内田「グローバルゼーションと契約法の統一」同『契約の時代——日本社会と契約法』(岩波書店・二〇〇〇年・初出一九九九年) 二四九頁を参照)。さらに、Stewart Macaulay, *The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules*, 66 *The Modern Law Review* 44 (2003) も参照。

以上のように、アメリカには裁判所の役割をめぐって対照的な議論が存在しているところ、日本の民法学界では、マクニールの関係的契約理論をはじめとして、裁判所に積極的な役割を担わせようとする議論が主に注目されてきたということができ

るであろう。吉田・前掲注④六三頁は、こうした状況を「片面的撰取」と評価し、日本における積極的裁判官像が影響を及ぼしている可能性を示唆している。

- (85) このような契約法理論の動向は、アメリカにおいて、近時、法（憲法）解釈方法論をめぐる裁判所の能力・制度的限界を重視する形式主義が有力に主張されていることも軌を一つにしている。こうした主張については、松尾陽「法解釈方法論における制度的展開——近時のアメリカ憲法解釈方法論の展開を素材として(1)(2)」民商法雑誌一四〇巻一号三六頁・二号六一頁（二〇〇九年）を参照。例えば、同論文において紹介・検討されている Adrian Vermeule, *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation* 63-85 (2006) の議論と、本節で検討している契約法理論との間には、明確な対応関係が認められる。