

論 説

# 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(3)

——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——

木 原 浩 之

〔付記〕

本稿の第一章から第三章までは、目次に示した通り、筆者の前任教である明治学院大学の『明治学院大学法科大学院ローレビュー』第一巻第一号八一頁以下(二〇〇四)および第一巻第二号五三頁以下(二〇〇五)に掲載されている。本年四月より筆者が亜細亜大学法学部に勤務することになったため、第四章以下を『亜細亜法学』に掲載させて頂けることになった。読者各位には、ご迷惑をおかけすることをお詫び申し上げます。

## 目 次

### 第一章 問題の所在

#### 第一節 問題提起

#### 第二節 検討の方法

### 第二章 第一次契約法リステイトメントにおける

「主観説・客観説」論争とその限界

#### 第一節 概説

#### 第二節 第一次リステイトメントの成立過程

#### 第一項 起草作業の経緯

- 第二項 法の統一化
- 第三項 契約法の理論化
- 第四項 リーステイメントの問題点
- 第三節 第一次リーステイメントにおける契約の成否
  - 第一項 「契約」の定義とその成立要件
  - 第二項 相互的同意の表示
  - 第三項 不完全な合意
- 第四節 第一次リーステイメントにおける約因法理
  - 第一項 約因法理の生成
  - 第二項 第一次リーステイメントの立場
  - 第五節 第一次リーステイメントにおける約束的禁反言の法理
    - 第一項 約束的禁反言の法理の生成
    - 第二項 第一次リーステイメントの立場
    - 第三項 判例法の展開
  - 第六節 小括（以上、『明治学院大学法科大学院ローレビュー』第一巻第一号）
- 第三章 UCC第二編〔売買〕における合意理論の構築
  - 第一節 概説
  - 第二節 UCCの成立過程
- 第一項 初期の統一法
- 第二項 一九〇六年統一売買法
- 第三項 統一商事法典
- 第三節 UCCにおける契約の成否
  - 第一項 起草者ルウエリンの見解
  - 第二項 UCC第二編における契約ルール
- 第四節 UCCにおける約因法理の排除
  - 第一項 起草者ルウエリンの見解
  - 第二項 UCC第二編における契約ルール
- 第五節 UCCにおける約束的禁反言の法理の排除
  - 第一項 起草者ルウエリンの見解
  - 第二項 UCC第一―一〇三条と約束的禁反言の法理
  - 第三項 UCC第二―二〇四条の起草過程
  - 第四項 UCC第二―二〇五条の起草過程
  - 第五項 UCC第二―二〇六条の起草過程
  - 第六項 UCC第二―二〇一条の起草過程
  - 第六節 小括（以上、『明治学院大学法科大学院ローレビュー』第一巻第二号）
- 第四章 第二次契約法リーステイメントとその後
  - 第一節 概説
  - 第二節 契約法理論の展開

第二節 第二次リスティメントの成立過程

第一項 起草作業の経緯

第二項 同リスティメントに影響を与えた

諸要因

第三項 同リスティメントの問題点

第三節 第二次リスティメントにおける契約の

成否

第一項 契約の定義とその成立要件

第二項 相互的同意の表示

第三項 不完全な合意

第四節 第二次リスティメントにおける約因法理

第一項 第二次リスティメントの立場

第二項 その後の学説の展開 (以上、本号)

第五節 第二次リスティメントにおける約束的禁

反言の法理

第六節 小括

第五章 総括

第四章 第二次契約法リスティメントとその後の契約法理論の展開

第一節 概説

本章では、一九七九年に採択され、一九八一年に公表された「第二次契約法リスティメント (Restatement (Second) of Contracts)」の検討を行う。ここでは以下の二点が重要となろう。第一に、第二次リスティメントが、どの程度、第一次リスティメントの契約法原則を遵守しているのかという点である。第二に、第二次リスティメントが、どの程度、UCCの契約法理の影響を受けているのかという点である。

本章は以下の手順で検討を進める。まず、第二節では、第二次契約法リスティメントの起草者の一人であったファーンズワース (Farnsworth) の論文を中心に、同リスティメントの成立過程およびその起草に影響を与

えた諸要因について検討する。

第三節以下では、前章までの構成と同様に、第二次契約法リステイトメントが、①契約の成否〔第三節〕、②約因の交換的取引理論〔第四節〕、および、③約束的禁反言の法理をどう規律し〔第五節〕、契約当事者の「意思」をどのように捉えているかを、個々の条文を挙げながら検討する。

また、本章では、第二次契約法リステイトメントが公表された後の学説の展開についても可能な限り、言及するように努めた。例えば、第三節の「契約の成否」に関連して、「予備的交渉と誠実交渉義務」に関する議論が一九八〇年代後半よりアメリカ合衆国で活発に行われるようになった。第四節で取り上げる「約因の交換的取引理論」は、UCCの影響を受けてか、今日ではそれほど求心力をもたなくなり、第二次契約法リステイトメントにおいても、同理論の影響力は相対的に低下している。しかし、他方で、コモン・ローにおいて約因法理は依然として重要であるとの指摘もある。第五節で取り上げる「約束的禁反言の法理」に関しては、近時のその著しい発展を踏まえて、伝統的な契約法理論を再構成しようという試みがある一方で、それに対する慎重論も出されている。これらの議論は、今後のアメリカ契約法理論の動向を探る上で、重要な指標となろう。

## 第二節 第二次リステイトメントの成立過程

### 第一項 起草作業の経緯

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、一九八一年に刊行された。ALIの評議会は、まず第二次リステイトメントのチーフ・レポーター（代表起草者）として、当時ハーバード大学教授であったブラウカー（Robert Braucher）を任命した。彼は、一九六三年から一九七一年までその立場にあったが、彼がマサチュー

セツ州最高裁判所の判事に任命された時点で、コロンビア大学教授のファーンズワース (E. A. Farnsworth) がその後を引き継いだ。ファンズワースは、一九八一年に公表した論文で、第二次リステイトメントの起草作業の経緯を以下のように述べる。<sup>(1)</sup>

まず、A.L.I.の評議会は、レポーターのアドバイザー(助言者)として数多くの法学教授、弁護士、および裁判官を選抜した。<sup>(2)</sup> また、特筆すべきこととして、第一次契約法リステイトメントのアドバイザーであり、かつ、第一二章(救済方法)のレポーターであったコービン (Arthur L. Corbin) は、彼が亡くなる一九六七年まで、第二次リステイトメントの顧問 (consultant) を務めた。<sup>(3)</sup> 本節第三項で述べるように、コービンの存在は、第二次契約法リステイトメントの起草に重大な影響を与えている。

第二次契約法リステイトメントは、以下のプロセスを経て作成された。<sup>(4)</sup> まず、レポーターが、毎年夏にかけて、各章の予備的草案 (preliminary drafts) を作成し、評議会がそれらを限定版 (limited version) として再構成した後、アドバイザーらに提出した。早秋に入った頃、アドバイザーらがその予備的草案を議論するために会合を行った。その会合は非公式に行われ、そして、アドバイザーらのコメントに基づいて予備的草案が改訂された後、評議会草案 (council draft) が作成された。但し、アドバイザーのコメントは、レポーターを拘束するものではなかったという。次に、同草案は、通常一二月、五〇ないし六〇名の著名な弁護士、裁判官および法学教授らにより構成される評議会に提出され、議論が行われた。ここでの評議会の決定はレポーターを拘束するものであった。そして、同評議会における議論を基礎とした二度目の改訂が行われ、それが翌年の三月または四月に、仮草案 (tentative draft) として公表された。五月の年次総会の前には、多くの有益な提案が郵便で到着し、また、総会期間中はA.L.I.会員〔会員数一七〇〇名、総会出席者は数百名〕が会場から有益な提案を行った。そして、

解説 (commentary) および設例 (illustration) につき、また時には、条文 (black letter rule) への批判が行われ、ALI会員の発声評決の方法に基づいて変更が承認された。レポーターの自由裁量に任されたのは、条文に影響を及ぼさない事柄と各章・各条文の末尾に付されたレポーターズ・ノート (reporter's note) のみである。

このような作業を踏んだ後、一九七九年五月に、最後の章が受理され、そして、第二次契約法リステイトメントがALI評議会により採択された。その後、刊行の準備に向けた最終的な改訂作業が開始され、ファンズワースの指導の下、デトロイト大学教授のリンツァー (Peter Linzer) が編集校正者 (editorial reviser) として仮草案の条文を整理し、レポーターズ・ノートに最新の資料を追加した。第二次リステイトメントは、最終的に一九八一年に刊行された。

ファンズワースは、以上のように同リステイトメントの起草経緯を明らかにした後、同リステイトメントに影響を与えた諸要因を3つの事項に分けて論じる。すなわち、(1) 諸個人の影響、(2) 判例法の権威、および(3) 制定法の影響である。<sup>(5)</sup> 以下では、起草者の立場からみた「第二次契約法リステイトメント」の位置づけを明らかにする。

## 第二項 同リステイトメントに影響を与えた諸要因

### (1) 諸個人の影響

ファンズワースは、「第二次リステイトメントに影響を与えた個々人のリストを作るとしたら、それを起草するのには有益であった数多くの学問的な著作物や論文の著者を挙げなければならないであろう。」と述べ、<sup>(6)</sup> 各章・各条文の末尾に付された「レポーターズ・ノート」は、有益な示唆を与えた学者たちへの敬意を表したものだ

いう。ファンズワースはまた、第二次リステイトメントに特に影響を与えた学者の作品として、以下のものを挙げる。まず、ウィリントンとコービンの『契約法』の影響は第二次リステイトメント全般に広く及んでおり、また、パルマー (George Palmer) 教授の四巻から成る『原状回復法』は同リステイトメント第一六章『救済方法』第四節(原状回復)の起草に特別の尽力を与えた。<sup>(8)</sup>その他に、フララー (Lon Fuller) 教授の「信頼利益」に関して論じた論文、<sup>(9)</sup>ドーンソン (John P. Dawson) 教授の「不当威圧」に関して論じた一連の諸論文が挙げられている。<sup>(10)</sup>

(2) 判例法の権威

リステイトメントにおいて公式化されるルールは、コモン・ロー(判例法)のあるがままの姿を反映したものであるのか、それとも、コモン・ローがいかにあるべきかの指針を示すものであるのか。この「リステイトメントと判例法の関係」は、第一次リステイトメントの起草過程でも問題となったが、<sup>(11)</sup>第二次リステイトメントの起草過程でも争点の一つとなった。

ファンズワースは、第二次契約法リステイトメントが「伝統的な立場」を採っているのか、「革新的な立場」を採っているのか、という問いに答えることは容易ではない、という。<sup>(12)</sup>第一に、革新は、新たな実体ルールの創設ではなく、「新たな専門用語の置き換えか、または、伝統的な専門用語の分析」という形をとる場合がある。<sup>(13)</sup>例えば、第二次リステイトメントでは、契約の説明として「一方的・双方向的契約」という用語や、条件の説明として「事前・事後」という用語を放棄している。<sup>(14)</sup>また、申込の撤回に関して「オプション契約」という用語を新たに用いている。<sup>(15)</sup>これらの専門用語レベルでの変更が、実体レベルでの「革新」をどの程度反映するものであるかを評価する方法はない。<sup>(17)</sup>第二に、革新が新たな実体ルールの創設という形をとる場合でも、その革新の程度を評価するのは容易ではない。<sup>(18)</sup>ここでは、第二次リステイトメントが「多数州のルール」を遵守しているのか否か

が問題となるが、ファンズワースによれば、「幾つかの判例または裁判所の分析における混乱が、革新と伝統との対照を完全に不可能なものにさせる」<sup>19)</sup>。

ファンズワースは以上のように「伝統」と「革新」を区別する難しさを指摘するが、第二次リステイメントは、概して現在の判例法の立場を忠実に守っていると評価する<sup>20)</sup>。しかし、革新的な立場をとった部分も存在し、その重要なものの幾つかは「信頼に関する保護の強化」に関わるものである<sup>21)</sup>。ファンズワースは、「第一次リステイメント第九〇条における『約束手続の法理』の公式化は、リステイメントの創造的な機能の注目すべき一例であった」という<sup>22)</sup>。そして、第二次リステイメントでも、同法理のその後の発展を反映して、①契約の成立に関する約束手続の法理を拡充しているという<sup>23)</sup>。また、②損害賠償の算定方法としての「信頼利益の賠償」を明確に認め<sup>24)</sup>、③当事者らの信頼の度合いに応じて、信頼利益の賠償の制限または拡張する諸規定を設けている<sup>25)</sup>。

ファンズワースは、断定的な結論を避けているが、第二次契約法リステイメントが「たんにコモン・ローのありのままの姿を反映したのではなく、あるべき法の姿を示したものである」という学説の多数意見を暗黙のうちにも認めていると思われる<sup>26)</sup>。そのことは、第一次リステイメント第九〇条を「リステイメントの創造的な機能の注目すべき一例であった」という彼の言葉に顕著に表されている。

### (3) 制定法の影響

ファンズワースは、第二次リステイメントの起草に最も影響力を与えた立法として、「統一商事法典(UCC C)——特にその第一編と第二編——を挙げる<sup>27)</sup>。彼はまず、第二次リステイメントに対するUCCの影響力を評価する上で、第一編『総則規定』と第二編『売買』とを区別して考えるべきであると指摘する。



(a) UCC第一編の影響

ファンズワースは、まず、「UCC第一編『総則規定』の射程が全く明確ではない」という<sup>(28)</sup>。すなわち、第一編の総則規定は、それに続く八編の範囲内にある諸事例にのみ適用されるのか。UCCの前文 (title provision) は、統一商事法典を、八つの編から引き出され、かつ、列挙された事柄を含む「特定の商取引に関連し、または、それらに関する個人財産、契約および他の文書の関連した」法律だと説明しており、このような見方に一定の裏づけを与える。しかし、他方で、本質的に「商業的」なものとはされるあらゆる商取引に拡張されるという見方も完全に否定できるものではない。このように「射程」に関わる問題が残されているが、ファンズワースは、UCC第一編の総則規定が、第二次リステイトメントに影響を与えた明らかな例として、①UCC第一一二〇三条〔信義誠実義務〕(二〇〇一年改正後、第一一二〇四条)<sup>(29)</sup>、②UCC第一一二〇五条〔取引の経過および取引慣行〕(二〇〇一年改正後、第一一二〇三条)<sup>(30)</sup>、および、③UCC第一一〇七条〔相手方の義務違反の後での権利放棄〕(二〇〇一年改正後、第一一二〇五条)の三つを挙げている。<sup>(31)</sup>

(b) UCC第二編の影響

ファンズワースは、第二編『売買』については、「その諸規定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。」と指摘する。<sup>(32)</sup> それにもかかわらず、UCC第二編で採用された諸概念や専門用語が第二次リステイトメントにも組み込まれており、また、UCC第二編の契約ルールの幾つかが、第二次リステイトメントにも組み込まれているという。例えば、非良心性の法理を定めた第二〇八条はUCC第二一二〇二条のルールを類推によって拡張したものである。また、保証の不供与を履行拒絶として取り扱う第二五一条は、UCC第二一六〇九

条のルールを類推し、かつ一定の修正を伴って、拡張したものである。しかし、他方で、第二次リステイトメントの条文には、UCC第二編の契約ルールを全く遵守していないものもある。例えば、UCC第二二〇七条二項は、コモン・ローの「ミラー・イメージ・ルール」を拒絶しているが、第二次リステイトメント第五八条は「承諾は、なされるべき約束またはなされるべき履行に関して申込の承諾するところに合致していなければならない」と規定して同ルールを維持している。<sup>(35)</sup> また、UCC第二二〇九条二項は「署名された書面によらなければ変更や合意解除はできない」という合意が署名付でなされている場合、その他の方法で変更や合意解除することはできない。」と規定する。これに対して、第二次リステイトメント第一四八条は、「口頭の合意による解除」を認めている。<sup>(36)</sup>

以上の起草者ファンズワースの見解を整理すると、まず、第二次リステイトメントの起草に大きな影響を与えた学説として、ウィリントン、コービン、パルマー、フラー、およびドーソンらが挙げられる。次に、同リステイトメントは、概して判例法の立場を忠実に反映したものと評価できるが、信頼保護に関する諸規定を充実させるなど、部分的に革新的な立場を採り、コモン・ローのあるべき姿を提示しているのも事実である。さらに、同リステイトメントにはUCC第一編と第二編の影響が顕著にみられるが、UCCの契約ルールを遵守していない部分もあり、同リステイトメントがUCCの全面的な影響下にあったわけではない。

ここで引用したファンズワース論文は、「第二次契約法リステイトメントに影響を与えた諸要因」をわずかに一二頁で概観しており、従って、そこで取り上げられている具体例〔学説、採用された判例準則、および、UCCの影響を受けた条文〕もごく代表的なものにすぎない。ただし、全三八五条で構成される同リステイトメントの全体像を明らかにする上で、起草者自身による評価、位置づけを知ることが有益であると考え、ここで紹介し

た。次に、同論文の内容を踏まえて、第二次契約法リステイトメントの問題点を検討する。

### 第三項 同リステイトメントの問題点

第二次契約法リステイトメントを鳥瞰すると、①第一次リステイトメントとの連続性、とくに、約束概念・約因理論を中心とする契約ルールが維持されている点は否定できない<sup>37)</sup>。また、②ファンズワースが指摘するように、判例法の発展、とくに「約束的禁反言の法理」の発展を重視して、当事者の信頼保護を拡充する諸規定を充実させている。そして、③前述したように、UCC第一編・第二編の影響を受けた点も数多くみられる。

このようにみえると、第二次契約法リステイトメントは、一九八一年の時点で、二〇世紀のアメリカ契約法のそれまでの到達点を示したものと位置づけることができよう。しかし、第二章で論じたように、①第一次契約法リステイトメントは、約因の交換的取引理論を中心とした古典的契約理論の完成を意味するものであった。

②約束的禁反言の法理は、一元化された契約法理論の解体を示すものであり、そして、第二次リステイトメントで拡充された同法理に関連する諸規定は、その解体の進行をさらに示すものである。また、第三章で論じたように、③UCCは、第一次リステイトメントで構築された古典的契約理論を根底から覆すことを意図した法典であり、約因の交換的取引理論・約束的禁反言の法理のいずれも排除しているばかりでなく、伝統的なコモン・ローの諸原則の多くを変更している。第二次契約法リステイトメントでは、これらの目的や趣旨を異にする諸要素が、パッチ・ワークのように組み込まれているかのような印象を受ける。

第一次契約法リステイトメントとUCCについては、それぞれに問題点があるにせよ、起草者の意思は明確であり、そこに内在する契約法理論の特徴を把握することはさほど困難ではなかった。本稿では、前者を「形式的・

外在的および客観的な基準に基づく一元化された契約法理論」、後者を「現実の商取引に適合した柔軟な契約法理論」と位置づけた。これに対して、第二次契約法リステイトメントの契約法理論はどのように把握することができるであろうか。起草者ファンズワースはこの点について何も語っていない。ムーレイ (John E. Murray Jr.) は、このことに関して、第二次契約法リステイトメントの起草メンバーには、彼ら特有の苦悩があったと指摘する。<sup>(38)</sup>

ムーレイによれば、第二次契約法リステイトメントの「レポーターとアドバイザーらは、その先人の影響力をできるかぎり排除した作品を生み出すことを引き受ける上で、不断の努力と忍耐とを強いられた」<sup>(39)</sup>。まず、第二次リステイトメントの起草メンバーは、ウィリストンの見解に敬意を払う一方で、コービンの見解を具体化するという本質的に妥協できない二つの信念を調和させることを試みたのであり、その結果、誰もが満足しない「妥協の産物」としての第二次契約法リステイトメントが完成してしまった。<sup>(40)</sup> 彼らは、一方では、第一次リステイトメント、すなわちウィリストンの構築した契約法理論の影響下で、作業を行わなければならないという暗黙の制限があった。他方で、第二次リステイトメントの顧問 (Consultant) を務めたコービンの下で、彼が亡くなる一九六七年まで、起草作業を行わなければならなかった。実際に、起草メンバーが考慮に入れる必要がある判例法は、それ自身がコービンの影響を受けたものであった。彼らは、コービンが顧問に就任すると同時に、必然的に「コービン化 (Corbinized)」されることになった。<sup>(41)</sup>

次に、起草メンバーらが直面した最も困難な作業は、同リステイトメントと UCC 第二編の契約法理とを結びつけることにあった。<sup>(42)</sup> ALI は、UCC が第二次契約法リステイトメントに「多くの重要な追加を促す」という公式的な立場を採っていた。<sup>(43)</sup> それは、契約法の一般原則の中に、物品売買契約を規律する (かつコモン・ローの

ルールを大幅に変更した) UCC第二編の契約ルールを一致させるという挑戦であった。その挑戦は同時に、UCC第二編が古典的契約法に修正を加えた箇所を明らかにし、そして、その条文が概念的にまたは起草上の欠陥を有している場合には、それを推敲しかつ明確にする有益な機会でもあった。しかし、ムーレイによれば、第二次リステイメントは、部分的にはUCCの特定の条文を推敲しかつ明確にし、その条文に適切な効果を与えることに成功しているが、<sup>(44)</sup> 全般的にみると、UCCの諸概念との調和が極めて重要だと思われる大部分に関しては、その挑戦に直面すること、あるいは、その挑戦の機会を掴むことはなかった。<sup>(45)</sup>

ムーレイによれば、第二次契約法リステイメントは、その当初から、ウィリントンとコービンの契約法理論をめぐる見解の相違、また、リステイメントとUCCの契約法理の相違、その両方を一致させるという実際には不可能な作業を強いられたのである。このことを踏まえた上で、以下では、同リステイメントにおける「契約の成否」、「約因の交換的取引理論」および「約束的禁反言の法理」の取扱いをみることで、それらの契約ルールがどのように形成または変更されているか、そして、個別の条文にどう反映されているかを検討する。

### 第三節 第二次リステイメントにおける契約の成否

#### 第一項 契約の定義とその成立要件

まず、契約の定義およびその成立要件につき、第二次リステイメントは、第一次リステイメントのそれと完全に調和している。第二次リステイメント第一条は、「契約とは、一つの約束または一組の約束であつて、その違反に対して法が救済を与え、またはその履行を何らかの方法で義務として認めるものをいう。」と定義し<sup>(46)</sup> ており、その文言は第一次リステイメント第一条のそれと全く変更がない。同条(第二次)のコメントbは、

UCC 第一—二〇一条二二項における契約の定義（「契約とは…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をいう。」）も「適切な」代替的な定義であることを認めている。しかし、第三条のコメントcによれば、「合意」は「取引」よりも広い意味をもつとして、「合意」と「取引」との区別を強調する。その理由としては、第一に、「社会的合意」のように、いかなる法的関係も意図しない合意が存在するという認識があり、第二に、同リステイトメントの下での「契約」には、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」および、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いう認識がある<sup>(47)</sup>。契約法リステイトメントが契約法の一般原則を定めたものであるのに対して、UCCは商業的取引のみを規律対象とする。UCCの下では、より限定された契約の定義を定めること、そして、信頼やその他の根拠を通じて強制される契約を考慮に入れないでおくことが可能であったのである。

不要式契約の成立要件につき、第一次リステイトメント第十九条(b)号は、「契約を成立させる当事者が、契約条項に対して、かつすべての約束者が自己の約束の約因に対して、同意を表示すること」と定義していた。すなわち、不要式契約が成立するには、「約因」と「同意の表示」が求められる。第二次リステイトメント第七条第一項は、<sup>(48)</sup>第一次リステイトメント第十九条(b)号に基づくものであり、<sup>(49)</sup>「第二項で定める場合を除き、契約の成立には、交換に対する相互的同意の表示と約因を伴った交換的取引が必要である。」と規定する。第二次リステイトメントは、第一次リステイトメントと同様に、「相互的同意の表示」を不要式契約の成立要件としており、契約の成否の判断にあたり、客観説の立場を採用している。次項で、より詳しく検討する。

第二項 相互的同意の表示

第一次リスティメントでは、前述の第一九条(b)号と並んで、第二〇条において「不要式契約の当事者による相互的同意の表示は、契約の成立に本質的なものであつて、その同意を表示する行為は、それらの行為を行う意思をもつてなされなければならない。」と規定し、契約の成否の判断にあたり、原則として客観説の立場をとつていた。第二次リスティメント第二二条は、「約束が法的に拘束力を有する旨の現実の意思も、外見上の意思も、ともに契約の成立には必須ではない。但し、約束が法律関係に影響を及ぼさない旨の意思表示は、契約の成立を妨げる可能性がある。」と定める。同条は新設されたものであるが、<sup>(51)</sup> 実質的に第一次リスティメント第二〇条に相当する条文である。また、第二次リスティメントの第二二条第一項は、「約束とは、特定の方法で行はし、または行為しない旨の意思表示であり、言質が与えられたものと被約束者が理解するのが正当なものをいう。」と定義するが、<sup>(52)</sup> 同条のコメントは「意思の表示」について以下のように説明する。すなわち、「多くの契約紛争は、異なる人々が同一の言葉または行為に対して異なつた意味を付するために生じる。「意思の表示」という用語は、行為を解釈する上で外在的または客観的な基準を採用する。それは、覆われている意思から区別されることのある外在的な意思の表示を意味する。約束者は、被約束者が他人の言葉または行為から意思を推測するであろうことを知りまたは知るべきであつた場合に、意思を表示する。」<sup>(53)</sup> 第二次リスティメントは、第一次リスティメント以上に、契約の成否にあたり、客観説の立場を採ることを明言している。

ところで、第二章第三節で論じたように、第一次リスティメントは、原則として客観説の立場にたつが、一定の範囲で「客観説の例外」を認めていた。ウィッターは、その客観説の例外に該当する条文として、第七一条〔申込者または被申込者の解釈で表示されないもの—それが重要である場合<sup>(54)</sup>〕、第五五条〔一方的契約の申込の承

諾<sup>(54)</sup>、第五一条(申込の通知における遅延の効果)、第二五条(意思表示が申込でない場合)、および、第七二条(沈黙または支配をなすことによる承諾)一項(b)号を挙げている<sup>(55)</sup>、これらの条文は、当事者の「内心の意思」が契約の成否にあたって重要性を帯びてくる場合を定めている。第二次リスティメントでも、条文の配置や文言に相違はあるものの、その実質的なルールはそのまま継受されている(注53-57を参照)。

以上のように、第二次リスティメントは、①「約束」を契約の基礎としている点、②「約因」と「相互的同意の表示」を不要式契約の要件としている点、および、③契約の成否を判断するにあたり、原則として客観説の立場にたち、かつ、一定の範囲で「客観説の例外」を設けている点で、第一次リスティメントの契約ルールを遵守している。

### 第三項 不完全な合意

#### (1) 第二次リスティメントの立場

第二章第三節でみたように、第一次契約法リスティメントの下では、契約目的物の数量、代金額、または契約の存続期間といった条項が省略されている場合には、原則として、契約の強制が認められていなかった。これに対して、第三章第三節でみたように、UCC第二編の下では、契約当事者らに契約を成立させる「意思」があることを確認した上で、未決定条項の補充的解釈を行い、可能な限り、契約の強制が認められている。この未決定条項の問題につき、第二次リスティメントは、UCCの影響を受けつつ、新たなルールを定めている。

まず、第一次リスティメント第三二条では「契約条項は明確かつ完全に定められなければならない」という「確定性の原則」が定められていた。第一次リスティメントでも、第三三条一項において、「意思表示が申込と



して理解されるべく意図されている場合であっても、契約条項が合理的に確定していなければ、承諾されても契約を成立させることはできない。」と規定し、この現実性の原則を維持しているかのように見える。<sup>(58)</sup>しかし、同条のコメントeは、代金が未決定の場合でも、契約当事者らはその契約条項に拘束され得るという。また、同条のコメントfは、「約束は、時間や価格以外の側面でも不明確なものとなり得る。∴重大でない項目については、当事者らの一方のオプションに、または、取引慣行あるいは相当性といわれるものに委ねるのが適当である。」と説明する。同条では、一定の範囲で「現実性の原則」が緩和されている。

次に、UCCの下では、「当事者の文言に示されたもの」や「履行の経過、取引の経過または取引慣行」(第一二〇一条三項)に基づいて契約当事者の真意を確定し、そして、「引渡時の合理的な価格(市場価格)」や「誠実性」といった基準により、未決定の条項が補充されることになっている(第一二一三〇五条、第一二一三〇六条)。第二次にリステイトメントにおいても、第一九条の「知りうべきテスト」(“reason to know” test)に基づいて当事者の意思を確認し、そして、当事者の意思があると判断された場合には、新設された第二〇四条(省略された必須条項の補充)の下で、未決定条項の補充が行われる。同条は、「契約であると十分に行うことのできる交換的取引の当事者が、当事者間の権利および義務を決定するのに必須の条項に関して合意をしていなかった場合、諸般の事情からみて相当とされる条項が裁判所によって補充される。」と規定する。<sup>(59)</sup>以下では、この「知りうべきテスト」と第二〇四条における未決定条項の補充規定について検討する。

(a) 「知りうべきテスト」

スパイデル(R. E. Speidel)は、第二次リステイトメントの「知りうべきテスト」は、当事者の契約意思を確認する方法としてUCCのそれよりも優れていると指摘する。<sup>(60)</sup>このテストは、第二次リステイトメント第一九条

〔同意の表示としての行為〕二項に規定されており、合意の範囲、有効性、およびその意味を決定することを目的とする。同条二項は、「当事者の行為は、その行為者が行為をなす意思を有しており、かつ、相手方がその行為から同意を推定し得ることを、行為者が知りまたは知りうべきである場合を除き、同意の表示としての効果を有しない。」と規定する。<sup>61)</sup> すなわち、Bによる行為が約束を構成したとAが主張する場合に、Aが「Bの行為からBの同意を推定し得る」ことを、Bが「知りまたは知りうべきである場合」には、Bの行為は「同意の表示」(ここでは約束)としての効果をもつことになる。同条のコメントbは「知りうべきテスト」の方法について説明を加えている。<sup>62)</sup> このテストは五つの問いに分けられる。<sup>63)</sup>

すなわち、①AはBが行為したことを実際に認識していたのか。そうでない場合には、同意の表示は存在しない。②そうである場合には、Bは他人の行為をAが認識した時点で、Bはそのこと(Aの認識)を知っていたのか(すなわち、現実的な認識をしていたのか)。そうである場合には、同意の表示は効果をもつ。③Bが「全体的な状況」において何が事実であるかを知らない場合に、Bは現実的な認識をしていたのか。④この認識が与えられ、かつ、Bの認識レベルを考慮に入れた場合に、Bが特定の方法で行為したときに、Aは同意があったと理解するであろうことをBが推定しうるか。⑤そうでない場合には、Aは同意があったと理解するであろう実質的な機会が存在したことをBが推定しうるか。そうである場合には、Bは誤解(misunderstanding)を回避するための相当な注意力をもって行為すべき義務を負う。すなわち、相当な注意力をもって行為することを怠ることは、明らかに「知りうべき」であったことに等しい。

以上のように、同意の表示が存在するかどうかは、その被約束者(ここではA)が理解したこと、および、「知りうべき」であった約束者(ここではB)が理解したであろうことから推定される事実問題である。そして、こ

の「知りうべきテスト」は、特定の取引において申し立てられた約束と、周囲の状況とを関連づけさせる役目を果たす。<sup>(64)</sup> すなわち、このテストは、関連する商業的な場面における合意の効果、範囲およびその意味を決定させるために多くの規範を関連づけさせる試みであり、そして、いずれの当事者の認識が優先されるべきかを裁判所が決定する際の指針を示す試みである。<sup>(65)</sup>

UCCの下では、合意の効果、範囲および意味を決定させることを目的とした「知りうべきテスト」は存在しない。契約当事者の合意は、あくまでも「当事者の文言に示されたもの」や「履行の経過、取引の経過または取引慣行」に基づいて確定されるのである(第一—二〇三条三項)。従って、第二次リステイトメント第十九条は、当事者の合意を確定することにつき、UCC第二編が実施する以上の、より具体的な指針を提供しているのである。

(b) 第二次リステイトメント第二〇四条

スパイデルは、第二次リステイトメント第二〇四条の未決定条項の補充規定は、UCCのそれと同様の問題を抱えていると指摘する。<sup>(66)</sup> すなわち、UCCの契約法理の特色は、第一次リステイトメントに象徴される古典的契約法理論のように厳格かつ抽象的な契約ルールを定めるのではなく、現実の商取引から引き出される規範(standard)を基に、個々の具体的な契約紛争の解決を促している点にある。その規範には、第二次リステイトメントにも影響を与えた「非良心性」、「信義誠実」、また「取引慣行」といったものが挙げられる。ただ、UCCの起草者らは、問題解決の材料となる「規範」を提供したが、その「規範」をいかに判断すべきかについては何ら語らず、裁判所の裁量に一方的に委ねてしまっている。スパイデルによれば、これは、裁判所に対して「水の飲み方を教えることなしに、水を与えること」<sup>(67)</sup>、「オールも持たせずに商業世界(という海)に裁判所を飛び込ませる」のに等しい。<sup>(68)</sup> その結果として、「非良心性」に関する絶え間ない論争や、「信義誠実」義務の範囲と内容

をめぐる論争が繰り広げられることになった。<sup>70)</sup>従って、「規範」を基礎としたUCCの契約法理にも問題がないわけではなく、現実を理解し秩序づける方法論自体が不完全なものなのである。スパイデルは、「前後関係を関連づける意識的な判断それ自体は法学的に重要性をもつが、それは指針の欠如により、契約当事者にも裁判所にも大きな負担を与える。」という。<sup>71)</sup>

UCC第二編の未決定条項の補充規定と同様に、第二次リステイトメント第二〇四条も、①誰がいかなる立証責任を負うのか、②補充されるべき条項は事実問題か、法律問題か、③いかにして「共同体」規範を確認し、関連する証拠を判断すべきか、また、未決定条項を補充する場合に裁判所が採るべき司法の「姿勢」はどうあるべきか、などについて、いかなる指針も提供していない。<sup>72)</sup>また、UCC第二編は、物品売買契約のみを規律するため、その規範はあくまでも「市場」と「商人間の取引実務」に限定される。これに対して、契約法の一般原則を再述した第二次リステイトメントの下では、物品売買契約以外の契約も対象とするため、そこで想定される規範も多種多様なものとなる。従って、第二〇四条に基づいて未決定条項を補充する作業は、UCCの場合以上に複雑かつ困難なものとなりうる。<sup>73)</sup>

これまで論じてきた第二次リステイトメントの第十九条二項の「知りうべきテスト」と第二〇四条の「未決定条項の補充規定」は、第一次リステイトメントとは断絶された、第二次リステイトメントの新たな特色を示すものである。第二次リステイトメントの初代レポーターであったブラウカーは、同リステイトメントの初期の草案は「法理上 (doctrinal)」の思考様式から「解釈と正当化 (explanation and rationalization)」と「思考様式への根本的な変更を示すものだ」と論じている。<sup>74)</sup>その全てがそうだとは言えないが、少なくとも第十九条二項と第二〇四条に関しては、「法理から解釈へ」という思考様式の変化を表しているのだといえよう。

同リスティメントの顧問であったコーピンは、より適切な評価を下していると思われる。彼によれば、第二次リスティメントは、基本的に第一次リスティメントに立脚したものであり、かつ、その内容において完全に矛盾する点はないが、「その実質においてはところどころ、表現形式においてはくまなく、多くの相違点」を示すものである。<sup>(25)</sup> 「契約の成否」に関わる問題につき、両者が一致しているのは、「相互的同意の表示」と「約因」により構成される「交換的取引」という枠組みであり、一致していないのは第二〇四条にみられる「未決定条項の補充規定」なのである。

(2) その後の学説の展開

ところで、第二次リスティメントのレポーターの一人であり、第二〇四条の導入にも貢献したファンズワースは、その後、一九八七年に公表した論文「契約締結前の責任と予備的合意」において、契約成立前の予備的合意の問題を総括的に論じ、その後の学説に多大な影響を与えた。<sup>(26)</sup> 第二次リスティメント公表後の学説の到達点を見る上で、同論文の検討は重要である。<sup>(27)</sup>

(a) 交渉プロセスの区分

ファンズワースは、まず、契約交渉のプロセスをその進展度合いに応じて三段階に区分する。すなわち、①当事者間でいかなる予備的合意も交わされていない「純然たる交渉」の段階、②当事者間で「最終的な合意」が交わされる交渉の最終段階、および、③①から②の段階に直ちに移行することなく、③当事者間で様々な予備的合意が交わされる「中間の段階」である。

(b) 各段階における「公正取引義務」の適用

次に、ファンズワースは、これらの各段階で交わされる予備的な合意に一定の拘束力を認めるための根拠とし

て、「公正取引義務」(誠実交渉義務)を挙げる。ただし、フランスワースは、①の「純然たる交渉」の段階では「公正取引義務」を認めるべきではないとの立場をとる。すなわち、このような義務を設定すれば、その決定において不確実性を生じさせ、当事者らに交渉に入ること自体を思いとどまらせたり、早急に最終段階へと持ち込む圧力をかけるといった望ましくない効果を生じさせる、という。<sup>78)</sup>しかし、この段階においても、例外的に責任が認められるとして、(a)交渉中に受領した「不当利得の返還」が問題となる場合、(b)交渉中になされた「不実表示の責任」が問われる場合、および、(c)約束に法的拘束力を与える根拠(約因または捺印証書)がなくとも、裁判所が「約束的禁反言」や「黙示の約束」に基づいてその約束に一定の拘束力を認める場合を挙げる。<sup>79)</sup>

②の「交渉の最終段階」では、両当事者が交渉の主たる内容を明確にするための「最終的な合意」が交わされることがある。もつともこの段階に至っても、当事者らは、後の交渉のために一定の条項を未決定のままにしておくことは可能であり、また、状況が変化する場合には、その最終的な合意の変更を決定することも可能である。しかし、当事者らが交渉を継続する場合には、彼らは、既存の合意により課せられた公正取引義務に束縛され、そして、交渉拒絶の自由を享受しない。<sup>80)</sup>

③の「中間の段階」では、当事者間で交わされる全ての予備的合意が強制可能なわけではないが、「未決定条項を有する合意」と「交渉するための合意」に違反した当事者は、公正取引義務を負う。<sup>81)</sup>まず、「未決定条項を有する合意」に関しては、交渉当事者らは、決定済みの条項に拘束されることに合意する一方で、未決定のままである条項において合意に達するために交渉を継続することを引き受けている。<sup>82)</sup>従って、未決定の条項を有する合意は、二つの結果を伴う。第一に、当事者らは、すでに合意された内容を実施する義務を負う。第二に、当事者らは、未決定のままとされた全ての条項につき、公正取引に関する一般的な義務を負う。<sup>83)</sup>

次に、「交渉するための合意」に関しては、交渉当事者らは、それらの条項に拘束されることに合意しているのではなく、最終的な合意に達するために、交渉のプロセスを継続することを引き受けている。従って、未決定条項を有する合意とは異なり、両当事者による継続的な交渉にもかかわらず、最終的な合意が達成できない場合には、その当事者らはいかなる合意によっても拘束されることはない<sup>87)</sup>。しかし、交渉のための合意に関与する当事者らは、その交渉において公正に取引を行なう一般的な義務を引き受ける<sup>88)</sup>。

(c) 公正取引義務の内容

最後に、ファンズワースは、契約交渉段階における「公正取引義務(誠実交渉義務)」の具体的な内容を提示しようと試みる。すなわち、アメリカ合衆国では、契約の履行における一般的な誠実義務は、UCC第一―二〇三条(二〇〇一年改正後、第一―三〇四条)<sup>89)</sup>、および、第二次契約法リステイトメント第二〇五条に明文化されているが、契約交渉における一般的な誠実義務は明示的に認められるに至ってはいない<sup>88)</sup>。そこで、ファンズワースは、労働法上の「団体合意(collative agreements)」における誠実義務の諸概念の類推を通じて、契約交渉における「誠実交渉義務」の具体的な内容を提示する<sup>90)</sup>。

(d) ファンズワース論文の評価

ファンズワース論文の意義は、契約交渉プロセスを三段階に区分し、各段階における「予備的合意」の主たる特徴、また、各段階における公正取引義務(誠実交渉義務)の適用のあり方、さらに、公正取引義務の具体的な内容を提示している点にある。いわば、伝統的なコモン・ローが想定してこなかった「契約交渉過程」の領域において、交渉当事者の責任の可否を判断するための枠組みが提示されているのである。もちろん、その枠組みがどの程度の普遍性を有しているのか、という問題は残る。例えば、ある予備的合意がいずれの段階に属するもの

かを区別する具体的な基準は示されていない。また、同論文によれば、誠実交渉義務は、「中間の段階」と「交渉の最終段階」でのみ課せられるというが、交渉過程の極めて早い段階（「純然たる交渉段階」）で同義務が課せられることも十分に考えられる。<sup>(91)</sup> 逆に、予備的合意が存在する「中間の段階」において、「純然たる交渉段階」で例外的に責任の根拠とされる「約束的禁反言」が適用される場合がある。<sup>(92)</sup> このようにファンズワースの提示する枠組みには一定の限界が存在するが、アメリカ合衆国の近時の判例・学説が、「信義誠実義務」に基づいて「予備的合意」に一定の拘束力を認める方向にあるのは確かである。

### (3) イギリス法の現状

以上のように、アメリカ合衆国では、「信義誠実義務」を根拠に、契約交渉過程における紛争解決が図られている。この領域では、「法理から解釈へ」という思考様式の変化が顕著に現れているといえよう。これに対して、興味深いのがイギリス法の現状である。イギリス法は、アメリカとは対照的に、「確実性の原則」を重視し、「信義誠実義務」を認めない立場を採っている。イギリス法の検討は本稿の主たるテーマから外れるが、「思考様式の変化」を考える上で参考になるので、ここでは、一九九五年に公表され、近時のイギリス法における契約交渉論についてまとめたニリ・コーエン (Niri Cohen) 論文を検討する。<sup>(93)</sup>

#### (a) 誠実義務が認められてこなかった理由

コーエンは、イギリス法において、確実性の原則が重視され、交渉過程における一般的な誠実義務が認められてこなかった理由として、イギリス法が、他のコモン・ロー諸国や大陸法系諸国に比べて、「消極的な契約の自由」、すなわち、「最終的な契約が締結される以前に、各当事者がその交渉から身を引く自由」を重視する傾向にあることを指摘する。従って、各当事者は自らの費用を負担し、自らのリスクの下で行為する。<sup>(95)</sup> コーエンは、こ



れを「ゲームのルール (the rules of the game)」と呼び、そして、イギリス法は、契約当事者がゲームのルールによって行為し、それらのルールによって与えられる自由から利益を得ることを可能にさせる傾向にある、という。<sup>96</sup> そのため、イギリス法では、誠実義務は「消極的な契約の自由」を制限するものと捉えられる。<sup>97</sup>

(b) ウォルフォード対マイルズ事件判決

次に、コーエンは、「消極的な契約の自由」を尊重し、かつ、一般的な誠実義務を認めないイギリス法において、予備的合意がどのように規律されているかを論じる。コーエンは、まず、イギリス法の現状と問題点を示すものとして、一九九二年の「ウォルフォード対マイルズ事件判決」を紹介する。<sup>98</sup> 本件の事実関係は以下の通りである。ある写真撮影会社の所有者であるYらがその事業の売却を計画していたところ、YらはXから二〇〇万ポンドの申込を受けた。Yらは、Xにその事業を売却することに原則として同意し、その売却完了後の一年間の純利益として約定された額を保証した。電話での会話において、Yらは、一定の期日にXが銀行から確約書 (comfort letter) を用意することを条件に、Yが「第三者とのいかなる交渉も終了する」ことにも合意したXは、然るべき時に、指定された期間内に当該確約書を用意し、そして、Yらは、契約を条件として、彼らがその売却に合意したことを手紙で承認した。しかし、数日後、Yらは、その交渉から身を引き、そして、その事業を同じ価格で第三者に売却することを決定した。そこで、Xは、契約上の訴訟原因として、YらがXと誠実に交渉する積極的な義務、および、第三者と交渉しない消極的な義務を内容とする付随的な契約に違反したと主張した。事実審裁判所は、Yらがその付随的な契約に違反したことを認め、Xの機会の喪失に対する損害賠償を命じた。控訴審裁判所は、多数意見において、Xの行為は、イギリス法の下では強制不可能な「交渉するための合意」を信頼したものにすぎないと判示した。

貴族院は、控訴審裁判所の立場を維持した。判決を言い渡したアクナー (Ackner) 卿は、まず、イギリスの下では、「交渉するための合意」が現実性の欠如のために拘束力を有しないことを理由に、「誠実に交渉する積極的な義務」は根拠を欠くと判示した。<sup>(9)</sup>次に、「第三者と交渉しない消極的な義務」については、それがいかなる期間の制限も特定していなかったことを理由に根拠を欠く、と判示した。これに対してビングガム (Bingham) 判事は異議を唱え、「相当な誠実義務の違反を生じさせる」ことを理由に、「Yらが偽って…その相当期間を終了させることは…不可能である。」と述べて、「Yらは第三者と交渉しないという消極的な合意に違反した」と反対意見を述べた。しかし、アクナー卿は、ビングガム判事が提示した解釈は、イギリス法において認められていない義務、すなわち、売主に誠実に交渉する義務を間接的に課すものである、と指摘した。<sup>(10)</sup>

コーエンによれば、本件において問題となった当事者間の合意は二つの部分から構成され、いずれも不現実性を理由に適法とされなかった。<sup>(11)</sup>第一の「契約するための合意」は、現実性の原則に反し、かつ、誠実交渉義務が認められないという固有の理由によって、その拘束力を否定されている。第二の「ロックアウト合意」は、事前に合意された期間の特定という要素が欠如していたために、不現実なものとされた。もつとも、理論的なレベルでは、貴族院は、本質的に効力を有しないとされる「交渉するための合意」に比べて、「ロックアウト合意」は寛大に取り扱っている、という。<sup>(12)</sup>ロックアウト合意は、その存続期間が特定されている限り有効なものである、というのが貴族院の立場である。<sup>(13)</sup>

以上のように、ウォルフオード対マイルズ事件判決は、現実性の原則を重視する一方で、誠実義務を認めないとの立場をとる。コーエンは、イギリス法の下では、未だに「ルールによる統治」を維持させることによって「現実性」の価値が強調され、「協力」や「連帯」といった現代契約法の基礎にある価値は発展してこなかった、と

いう。<sup>(16)</sup>

(c) 思考様式の変化―その長所と短所

最後に、コーエンは、「法理から解釈へ」という思考様式の変化を「ルールからスタンダードへ」という言葉で表現する。ここでいう「ルール」とは、確実性の原則のように、「要件たる事実が認定されれば機械的に適用できる規範」である。<sup>(17)</sup>これに対して、「スタンダード」とは、信義誠実や非良心性のように、「法律の目的を直接表現した規範」であり、「その意味は、そこに体现された目的・社会的価値との関連で評価するという作業を経なければ明らかにならない」ものである。<sup>(18)</sup>

コーエンはそれぞれの長所と短所を以下のように述べている。「ルール」については、それが「裁判所に裁量権を行使させる必要性を回避させ、さらに、その訴訟手続を迅速化させる」という長所がある一方で、「その適用が過度にまたは過少に包括的なものとなりうる」という短所がある。<sup>(19)</sup>「スタンダード」については、それが「包括的な形式上のルールを矯正する」という長所がある一方で、「裁判所と契約当事者の両方に不確実性を増加させ」、<sup>(20)</sup>裁判所による裁量は、「濫用の可能性」と「スタンダードの適用における不規則性」を創出させるという短所がある。<sup>(21)</sup>

コーエンの指摘する「スタンダード」の問題点は、その思考様式を重視するUCCおよび第二次リステイトメントにも当てはまるであろう。ルールとスタンダードのいずれに優位性を与えても、それぞれ問題は残る。ただし、形式的な契約ルールを個々の事例に画一的に適用することは、当事者らの真の意思を無視してしまうという点でより深刻な問題を抱えている。他方で、スタンダードは、その範囲と内容をめぐって不確実性を増加させようが、この問題に対しては、前述したファンズワース論文にみられるように、完全とはいえないまでも、紛争解

決のための枠組みを設定し、具体的な義務内容を提示することが可能である。

#### 第四節 第二次リスティメントにおける約因法理

##### 第一項 第二次リスティメントの立場

(1) 第二次契約法リスティメント第一七条は「契約の成立には、交換に対する相互的同意の表示と約因を伴った交換的取引が必要である。」と規定し、第七一条一項は、「約因を構成するためには、履行または反対約束が交換的に取引されなければならない。」と規定する。<sup>⑩</sup>このように、第二次契約法リスティメントは、第一次リスティメントと同様に、「約因の交換的取引理論」を採用する。しかし、以下でみるように、第二次リスティメントにおける同理論の役割は相対的に低下しており、そこにUCC第二編の影響をみることができる。

##### (2) 申込・承諾の方法

第一次契約法リスティメントの起草者であったウイリソンは、約因の交換的取引理論に基づき厳格かつ画一的な契約ルールを定めた。そのことは、まず、「一方的契約と双方的契約との区別」、および、それぞれの契約の画一的な「申込・承諾ルール」に現れている。<sup>⑪</sup>これに対して、第二次契約法リスティメントでは、「区別の有益性に関して疑問があることを理由に」、一方的契約と双方的契約とを区別するルールが排除されている。<sup>⑫</sup>UCCの起草者であったルウエリンが指摘したように、契約実務においては、当事者が合意したという事実が重要なのであって、「約束に対する約束」や「約束に対する行為」を発見するという作業は現実の商取引には適合していないのである。<sup>⑬</sup>そして、第二次リスティメント第三〇条二項は、「文言または諸般の事情から別段のことが察知される場合を除き、諸般の事情において相当とされるものであれば、いかなる方法および手段による承諾

であつても申込によって誘引された承諾にあたる。」と規定する。<sup>(14)</sup> 同条のコメントdに明示されているように、この規定は、「合理的なものであるかぎり、申込に対する承諾の方式を問わない」とするUCC第二二〇六条の影響を受けたものである。

他方で、第一次リステイトメントで定められた一方的契約と双方的契約に関する「申込・承諾ルール」、すなわち、一方的契約の申込に対する承諾は「一部履行」があれば足り、<sup>(15)</sup> 双方的契約の申込に対する承諾は「約束」だけでなく「履行」という方法を採用しても有効であるというルールは、<sup>(16)</sup> 第二次リステイトメントに受け継がれている。ただし、同リステイトメントは、第三二条において、「一方的契約」と「双方的契約」に代えて、「現実の履行による承諾」と「約束による承諾」という名称を用いており、いずれの場合でも、被申込者の選択する方法で承諾すればよいと規定する。<sup>(17)</sup>

以上のように、第二次契約法リステイトメントで定められた「申込・承諾ルール」は、一方的契約と双方的契約との区別をなくし、承諾の方法を問わない点でUCC第二二〇六条の影響を受けており、他方で、その新たな枠組みの中で、第一次リステイトメントで定められた「申込・承諾の方法」を取り込んでいる。

### (3) 「法律関係の創設、変更もしくは解消」における約因法理

「約因の交換的取引理論」の第二の特徴は、それが、「契約の成立・変更・消滅」の全過程を通じて適用されることであつた。これは、一定期間、申込を撤回不可能とするには約因の提供が求められ、同様に、契約成立後に契約内容を変更する場合にも約因の提供が求められるという契約ルールに結実した。第二次リステイトメントは、これら二つの場合につき、第一次リステイトメントと同様に、約因の提供を求めているが、そのルールは一定の範囲で緩和されている。以下でみるように、そこには、いずれの場合にも約因要件を不要とするUCC第二編の

影響がみられる。

(a) 申込の撤回

申込の撤回可能性につき、第二次契約法リステイメント第八七条一項は、「申込は、(a) それが、申込者の署名入りの書面でなされ、申込に対する約因の表示があり、かつ公正な契約条項に基づく相当な期間内の交換を提案するものである場合、または、(b) 制定法によって撤回不可能とされる場合に、オプション契約として拘束力をもつ。」と規定する<sup>(18)</sup>。このように、同条一項は、申込を撤回不可能なものとしうる二つの場合を定めている。

まず、(a) 号によれば、申込を撤回不可能とするために提供されるべき約因は「書面化された申込に対する約因の表示」であれば足りる。従って、実質的な対価の支払い(約因)は不要であり、被申込者が支払うべき対価は、一ドルの支払やその支払約束といった名目的な約因(nominal consideration)であれば足りる<sup>(19)</sup>。裁判所は、通常、取引目的とされた「約因の相当性」を考慮に入れられないためである<sup>(20)</sup>。しかし、その支払いとオプションの価値に余りに大きな不均衡があり、その支払いが実際には取引目的でなかった場合には、約因は存在しないと判断される可能性がある。そこで、名目的な約因でも十分なものとするために、同条一項は「公正な契約条項に基づき」、かつ、「相当な期間内に交換を提案すること」を要件としている<sup>(21)</sup>。次に、(b) 号は適用可能な制定法への遵守を要求している。同条のコメントdに明示されているように、これはUCC第二二〇五条の「撤回権の制限された申込」の規定を想定したものである。同条の下では、三ヶ月間を限度として、商人による、物品を購入または売却する申込が「署名された書面」においてなされ、かつ、それが「撤回権の制限」を意図するものであることを条件に、申込は撤回不可能なものとなる。

このように、第二次リステイメントにおける申込撤回の規定には、約因要件の形骸化(名目的約因があれば

よい)がみられる一方で、UCC第二二〇五条の影響が強くみられる。これは、第一次リステイメントとUCCの契約ルールを、第二次リステイメントに調和させるといふ起草者らの試みを反映している。すなわち、第二次リステイメント第八七条一項は、約因の交換的取引理論を完全に排除することなしに、UCCのルールに可能なかぎり近づけているのである。

(b) 契約内容の変更

第二次契約法リステイメント第八九条は、三つの特定の場合に、約因の提供がなくても、契約内容の変更を認める。すなわち、「(a) 契約締結の時点で両当事者が予見し得なかつた事情を考慮して、その変更が公正かつ公平である場合」、「(b) 制定法により定められた限度」、または、「(c) 約束を信頼してなされた重大な地位の変更を考慮して、正義の観点から強制が必要とされる限度」である。<sup>②</sup>

同条が、UCC第二二〇九条の影響を強く受けているのは以下の点である。UCC第二二〇九条の下では、契約内容の変更に関する合意は原則として有効なものと解されるが、「正当な商業上の理由なき『変更』に基づく強要は、信義誠実義務の違反として効果をもたない」。第二次リステイメント第八九条では、「その変更が公正かつ公平である場合」や「正義の観点から強制が必要とされる限度」において、約因の提供なき契約内容の変更に関する合意を有効とするのである。ここでも、約因に関するルールを完全には排除することなしに、UCのルールに可能なかぎり近づけるといふ起草者らの試みが現れている。

(4) 相互性の原則

第二次契約法リステイメントでは、「相互性の原則」が緩和されている。第七九条(c)号は、約因の要件が満たされる場合には、「債務の相互性 (mutuality of obligation)」という追加的な要件は不要である、と規定す

る。<sup>(12)</sup>しかし、相互性がないことを理由に有効とされてこなかった偽装約束 (illusory promises)、すなわち、契約当事者の一方のみが履行に選択権を有している契約は、第二次リスティメント第七七条の下で、原則として強制可能なものではないと定められている。<sup>(13)</sup>さらに、同条の設例一では、買主がその事業のために必要とする物品を必要な量だけ売主が供給する旨の「必要量購入契約」には約因が存在せず、従って、その約束は強制可能ではないことを明示している。<sup>(14)</sup>また、設例二は、役務提供契約に関するものであるが、定められた契約期間に関わらず、いつでもその契約を終了し得ることに合意した契約には約因が存在しないと述べる。<sup>(15)</sup>

以上のように、第二次契約法リスティメントの下では、UCC第二編の影響を受けて、約因の要件を完全に排除しないまでも、同要件を緩和または形骸化することで、実質的にUCCの契約ルールに近づける趣旨の諸規定が数多くみられる。しかし、契約当事者の一方のみが履行に選択権を有している契約が「約因」の不存在を理由に、原則として強制不可能であるとしている点では、第一次契約法リスティメントのルールがそのまま遵守されている。

## 第二項 その後の学説の展開

約因の交換的取引理論に対する学説の批判は一九世紀後半に始まり、二〇世紀半ばまで続いたといわれる。<sup>(16)</sup>そして第三章で論じたように、約因法理に批判的であったカール・ルウエリンは、同法理を採用することなく、同法理に基づく厳格かつ画一的な契約ルールの多くを排除したUCC第二編を起草した。本章で取り上げた第二次契約法リスティメントでは、約因それ自体は排除されていないものの、約因要件は緩和ないし形骸化される方向にある。以下でみるように、今日の学説の多くは同リスティメントの採用した立場を支持している。<sup>(17)</sup>



今日、「約因法理を廃止すべきだ」との極論を唱える者はいない。また、ルウエリンがUCC第二編で示した合意理論が、契約法の一般原則として採用されるべきだと主張する者もいない。UCC第二編において約因法理が排除できた背景には、それが物品売買契約のみを規律対象とし、信賴やその他の根拠によって強制される契約を考慮に入れずに済んだという事情がある。強制可能な約束と強制不可能な約束とを区別する方式として機能してきた約因法理がコモン・ローの契約法原則から完全に排除されることはないであろう。

しかし、約因の交換的取引理論は、約束に法的拘束力を付与するという本来の機能に加えて、申込と承諾の方法に関する画一的なルールを生み出し、また、契約の成立・変更・消滅の全過程に適用されてきた。そのため、約因法理には本来予定されていなかった機能が付加されることとなった。とりわけ、契約内容の変更に際して約因の提供が求められたことにより、約因法理は契約内容の変更に關する約束が公正なものであるか否かの判断基準とされた。しかし、約因法理は契約条項の公平性を判断する基準とはならない。この点につき、アイゼンバーク (Eisenberg) は、約因法理にこのような機能が備わったのは、裁判所が契約の公平性を判断することに消極的であった時期にそれが形成されたためだと指摘する。しかし、今日では、非良心性の法理を一般的に認めることによって、裁判所はより直截に契約の公平性を吟味することが可能であり、従って、約因法理は贈与に関する限定的な場面を除いて不必要なものになると述べている。<sup>12)</sup> これに対して、ゴードレイは、結論的にはアイゼンバークの意見に賛成するものの、「裁判所が、約因法理を適用してきた方法」を学ぶことによって、いかなる行為が公正であり不正であるかの判断材料が提供されると指摘する。<sup>13)</sup>

「非良心性」や「信義誠実」の諸概念を用いて契約条項の公正さを判断するというのはUCC第二編が採用してきたアプローチである。それは同時に、その諸概念の範囲と内容をめぐる論争を生じさせ、判断基準としては

不明確さを増大させるという問題を内包している。その意味で、ゴードレイが指摘するように、裁判所が公平性を規律するために約因法理をどのように適用してきたかを分析することが必要となろう。従って、「今後の約因のあるべき姿」とは、約束に拘束力を付与するという本来の機能に戻ることにあり、それとは無関係に付加された機能は、非良心性や信義誠実などのより適切な概念の下で再構成されることになろう。その作業は今後の学説に委ねられている。

## 注

- (1) Farnsworth, *Ingredients in the Redaction of The Restatement (Second) of Contracts*, 81 COLUM. L. REV. 1 (1981). 論文紹介として、望月礼二郎・アメリカ法「一九八三—二二八頁。
- (2) *Id.* at 3 n 18. まず、法学教授からは、ハーバード大学ロー・スクール教授であった Robert Braucher は、第二次リステイトメントのレポーター役を退いた一九七一年の一年間はレポーターを務めた。また、次のレポーターとなった A. Farnsworth は一九七〇年から七一年にかけてレポーターを務めている。この他に、ボストン大学ロー・スクール教授 Daniel Robert Coquillette (一九七七年)、前ノースウエスタン大学ロー・スクール教授 Harold C. Havighurst、ロビンア大学ロー・スクール教授 Harry W. Jones、ウイスコンシン大学ロー・スクール教授 Stewart Macaulay、ハーバード大学ロー・スクール教授 Arthur T. von Mehren がアドバイザーを務めた。裁判官からは、ニューヨーク州最高裁判所 (N.Y. Court of Appeals) の首席裁判官 Charles D. Breitel、コロンビア特別区合衆国控訴裁判所の首席裁判官 Carl McGowan、コネチカット州最高裁判所の陪席裁判官 (前イェール大学教授) Ellen Peters、イリノイ州最高裁判所判事 Walter V. Schaefer、合衆国請求裁判所の事実審裁判官 David Schwartz、メイン州最高裁判所の首席裁判官 Robert B. Williamson (一九七六年) がアドバイザーを務めた。さらに、ニューヨーク州弁護士会会員であった Carlos Israels (一九六九年) と Charles H. Willard がアドバイザーを務めた。なお、アドバイザーは通常 ALI の会員であったが、必ずしもそうである必要はなかった。 *Id.*

- (3) Id. at 3.
- (4) Id. at 4.
- (5) Id. at 3.
- (6) Id. at 5.
- (7) S. WILLISTON, *CONTRACTS* (3rd ed. Jaeger 1957-1978) ; A CORBIN, *CONTRACTS* (1950-1964).
- (8) G. PALMER, *THE LAW OF RESTITUTION* (1978).
- (9) Fuller & Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages* (pts. 1 & 2), 46 *YALE L.J.* 52, 373 (1936-1937). 同論文は、特に第三四四条〔救済方法の目的〕に影響を与えている。
- (10) Dawson, *Economic Duress- An Essay in Perspective*, 45 *MICH. L. REV.* 253 (1947) ; Dawson, *Duress Through Civil Litigation* (pts 1 & 2), 45 *MICH. L. REV.* 571, 679 (1947).
- (11) 本稿の第二章第一節第四項を参照されたい。
- (12) Farnsworth, *supra* note 1, at 5.
- (13) Id.
- (14) 第二次契約法リステイトメント第一条〔契約の定義〕のレポーターズ・ノートによれば、一方的契約と双方的契約を定義する第一次リステイトメント第二条は、「その区別の有益性に関して疑問があることを理由に」削除された。
- (15) 第二次契約法リステイトメント第二二四条〔条件の定義〕のレポーターズ・ノートによれば、「事前の条件」と「事後の条件」という用語は、「その専門用語が長らく批判に晒され、そして、訴答責任および立証責任に関連した問いに答えることを試みる際に、混乱を生じさせてきた」ことを理由に削除された。
- (16) 第二次契約法リステイトメント第三七条〔オプシオン契約の下での承諾権限の消滅〕、第四五条〔一部履行または一部提供によって成立するオプシオン契約〕、第八七条〔オプシオン契約〕。
- (17) Farnsworth, *supra* note 1, at 6.
- (18) Id.
- (19) Id.

- (20) *Id.* at 8.
- (21) *Id.* at 7.
- (22) *Id.* at 5.
- (23) 第二次契約法リステイトメント第八七条〔オプション契約〕二項、第二三九条〔信頼に基づく行為を理由とする強制〕。
- (24) 第二次契約法リステイトメント第三四四条〔救済方法の目的〕、第三四九条〔信頼利益に基づく損害賠償〕。
- (25) 第二次契約法リステイトメント第八七条〔オプション契約〕二項、第九〇条〔作為または不作為を合理的に誘引する約束〕一、一五八条〔原状回復を含む救済〕、第二七二条〔原状回復を含む救済〕。
- (26) 「第二次契約法リステイトメントが判例法のあるべき姿を示したものである」と明言する諸論文として、Gordley, *European Codes and American Restatements: Some Difficulties*, 81 *COLUM. L. REV.* 140 (1981) (論文紹介として、望月礼二郎・アメリカ法〔一九八三〕一三三頁)；Maggs, *Ipsa Dixit: The Restatement (Second) of Contracts and the Modern Development of Contract Law*, 63 *GEO. WASH. L. REV.* 508 (1998) (論文紹介として、久保安之・アメリカ法〔一九九九〕二九九頁)など。なお、Clark, *The Restatement of the Law of Contracts*, 42 *YALE L. J.* 643 (1933) は、すでに第一次契約法リステイトメントに関して同様の評価を下している。
- (27) Farnsworth, *supra* note 1, at 10. なお、ファンズワース論文で取り上げられているUCC第一編は二〇〇一年改正前、UCC第二編は二〇〇三年改正前の条文である(どの公式テキストに典拠しているかは明示されていない)。本稿においても、一九五一年に成立したUCCが一九七九年に採択された第二次リステイトメントにかななる影響を与えたかを明らかにするという目的上、原則として、UCC成立時の諸規定を遵守する「一九九五年公式テキスト」の条文に依拠している。なお、UCCの近時の改正作業については、本稿の第三章第二節第三項(3)とその中の注(34)を参照されたい。
- (28) *Id.*
- (29) UCC第一―二〇三条〔信義誠実義務〕は「本法の対象とする契約または義務については、その履行または履行の強制においてこれを信義誠実に履行義務を負う。」と規定する。第二次リステイトメント第二〇五条〔信義誠実および

公正取引の義務」は、UCC第一二〇三条と極めて類似した文言を含んでいる。すなわち、「すべての契約は、その履行および強制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」。同条は、本リースイットメントで新設された条文であるが、UCCの影響を受けていると同時に、信義誠実義務を認容してきたUCC以前の判例法のルールを具体化したものであると捉えることができる。Id. なお、UCC第一二〇三条については本稿の注(86)も参照されたい。

(30) UCC第一二〇五条(取引の経過および取引慣行)は、取引の経過と取引慣行に関する詳細な規定を設けているが、第二次リースイットメントでも、第二二三条(取引慣行)、第二二三条(取引の経過)において、同一の文言を含んだ諸規定を置いている。同条についても、UCCの影響を受けていると同時に、慣行に効力を与えてきたUCC以前の判例法のルールを具体化したものであると捉えることができる。Id.

(31) UCC第一一〇七条(相手方の義務違反の後での権利放棄)は「損害を受けた当事者が署名し交付した書面による権利放棄書または権利放棄証書があれば、約因がなくとも」その申し立てられた違反から生じた請求を当事者に免除することを認めている。第二次リースイットメントもまた、第二七七条(放棄)一項において「債権者の署名のある放棄の書面が交付されたときは、約因がなくとも、契約違反から生じた義務は消滅する。」と規定し、UCCのルールに従っている。本条については、UCC以前の判例法に十分な典拠を見出すのが難しく、従って、前の二つの条文に比べてUCCへの依拠が大きいと判断できる。Id.

(32) Id. at 11.  
 (33) 例えば、第二次リースイットメント第三七条とそのコメントaは、UCC第二一五〇八条における「治癒(cure)」の概念の影響を受けていることを示しており、また、同リースイットメント第三五〇条二項と三五〇条のコメントhは、UCC第二一七〇六条と第二一七二二条における「再売却(resale)」および「代品入手(cover)」の概念の影響を受けていることを示している。

(34) UCC第二一六〇九条(契約の履行の適切な保証を要求する権利)四項は「保証の正当な要求を受けた後三〇日を超えない合理的期間内に、適切とみられる保証を提供しないことは、契約の履行拒絶となる。」と規定するが、第二次リースイットメント第二五一条(いかなる場合に保証の不供与を履行拒絶とみなすことができるか)には、このよう

な法定期間は定められていない。

- (35) もっとも、第二次契約法リステイメント第五八条〔申込の条項と合致した承諾の必要性〕のコメント a は、ミラー・イメージ・ルールを適用する際の厳格さを緩和するように促している。
- (36) 第二次契約法リステイメント第一四八条〔口頭の合意による解除〕「詐欺防止法の規定にもかかわらず、強制可能な契約に基づく未履行の義務全部を口頭の解除の合意によって解除することができる。ただし、財産の譲渡を解除する契約には、詐欺防止法を適用することができる。」なお、同条のコメント b は、UCC 第二一〇九条二項は「本条において規定されたルールを否定するものである。」と明示している。
- (37) ファンズワースはこのことに明確に言及していないが、「諸個人の影響」の部分で、ワイリストンの「契約法」の影響が第二次契約法リステイメントに広く及んでいると指摘する。Farnsworth, *supra* note 1, at 5.
- (38) Murray, *The Standardized Agreement Phenomena in the Restatement (Second) of Contracts*, 67 CORNELL L. REV. 735, 737-38 (1982). ムーレイ教授自身は、ALI 会員ではあるが、第二次リステイメントの起草には携わっていなかった。
- (39) *Id.* at 738.
- (40) *Id.*
- (41) *Id.* at 737.
- (42) *Id.* at 738.
- (43) H. WECHSLER, FOREWORD TO RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS viii (1979).
- (44) Murray, *supra* note 38, at 738, n.21. ムーレイは、その例として UCC 第二一〇六条〔契約の成立における申込と承諾〕と第二次契約法リステイメント第三〇条〔誘引された承諾の形式〕、第三二条〔約束の誘引か履行の誘引か〕との関係を挙げる。UCC がたんに承諾の方式を問わないと規定するのに対して、第二次リステイメントは、個々の承諾の方式について詳細な規定をおく。詳細は本章の第四節を参照されたい。
- この他に、UCC 第一一〇三条三項と第二次リステイメント第一九条〔同意の表示としての行為〕二項との関係が挙げられよう。第二次リステイメントは、UCC に比べて、当事者の契約締結意思を確定するためのより詳細な規定をおく。詳細は本章の第三節第三項を参照されたい。

- (45) *Id.* at 738-39.
- (46) 第二次契約法リステイトメント第一条〔契約の定義〕。
- (47) 第二次契約法リステイトメント第八二条、第九〇条。
- (48) 第二次契約法リステイトメント第一七条〔交換的取引の必要性〕。
- (49) *Id.* § 17, Reporter's Note (This section is based on former § 19 (b)).
- (50) 第二次契約法リステイトメント第二二条〔法的に拘束される意思〕。
- (51) *Id.* § 21, Reporter's Note (This section is new; compare former § 20).
- (52) 第二次契約法リステイトメント第二条〔約束、約束者、被約束者、受益者〕。
- (53) 第一次リステイトメント第七一条は、第二次リステイトメント第二〇条〔意思の不一致 (misunderstanding) の効果〕に継受されており (§ 20, Reporter's Note)、文言の変更はあるもののその内容はほぼ同一である。第二〇条は以下のように規定する。「(1) 当事者がそれぞれの表示に著しく異なった意味を付与しており、かつ、(a) 相手方によって付与された意味をいずれの当事者も知らないか、もしくは知りうべきでない場合、または、(b) 相手方によって付与された意味を各当事者が知り、もしくは知りうべき場合は、交換に対する相互的同意は存在しない。(2) 当事者の表示は、(a) 当事者の一方が相手方によって付与された異なる意味を知らないが、相手方は前者によって付与された意味を知っている場合、または、(b) 当事者の一方が相手方によって付与された異なる意味を知りうべきでないが、相手方は前者によって付与された意味を知りうべきである場合に、当事者の一方によってその表示に与えられた意味に従った効果をもつ。」
- (54) 第一次リステイトメント第五五条は、第二次リステイトメント第五三条〔履行による承諾、承諾しない旨の意思の表示〕に継受されているが、第一次第五五条の「承諾意思」の要件は、「意思の表示」の要件を規定する他のルールと一致させるために削除されている (§ 53, Reporter's Note)。第五三条一項は「申込が履行をなすことによる承諾を誘引している場合にのみ、そのような方法によって申込を承諾することができる。」と規定し、同条三項は「約束の申込が履行による承諾を誘引している…場合において、申込者が自らの約束を履行する前に、被申込者が承諾しない旨の意思を表示したときは、誘引された履行をなしても承諾とはならない。」と規定する。

- (55) 第一次リステイトメント第五条は、第二次リステイトメント第四九条〔申込の通知における遅延の効果〕に継受されており、同条に関しては文言の変更がない (§ 49, Reporter's Note)。
- (56) 第一次リステイトメント第五条は、第二次リステイトメント第二六条〔予備的交渉〕に継受されており (§ 26, Reporter's Note)、文言の変更はあるもののその内容はほぼ同一である。第二六条は「進んで交換的取引に入る旨の表示は、表示者がさらに同意の表示をするまでは取引を締結する意思のないことをその表示を受けた者が知りまたは知るべきであるときは、申込はなされなかったものとする。」と規定する。
- (57) 第一次リステイトメント第七二条一項 (b) は、第二次リステイトメント第六九条〔沈黙または支配をなすことによる承諾〕一項 (b) に継受されており (§ 69, Reporter's Note)、同条に関してはほとんど文言の変更がない。第六九条一項は「被申込者が申込に対して返答しなかった場合において、その者の沈黙および不作為は、以下の場合にのみ承諾としての効力をもつ。(b) 沈黙または不作為によって同意を表示することができる旨を申込者が述べ、または被申込者がそのように解釈することを可能ならしめ、かつ被申込者が沈黙もしくは不作為を続けたままで申込を承諾する意思をもつ場合。」と規定する。
- (58) 第二次契約法リステイトメント第三三条〔確実性〕。
- (59) 第二次契約法リステイトメント第二〇四条〔省略された必須条項の補充〕。これは、第九章「契約上の義務の範囲」第一節「合意の意味」に新設された条文である (§ 204, Reporter's Note)。
- (60) Speidel, *Restatement Second: Omitted Terms and Contract Method*, 67 CORNELL L. REV. 785, 793 (1982)。
- (61) 第二次契約法リステイトメント第十九条〔同意の表示としての行為〕。
- (62) *Id.* § 19, Comment b.
- (63) Speidel, *supra* note 60, at 795.
- (64) *Id.*
- (65) *Id.* at 796.
- (66) *Id.* at 793.
- (67) *Id.* at 791.



- (68) Id. at 804.
- (69) 「非良心性」の論争の経緯については、大村敦志「非良心性」法理と契約正義」『日本民法学の形成と課題 上』(有斐閣、一九九六)五〇七、五二六頁以下、谷原修身「Unconscionabilityの法理の分析—学説を中心として」南山大学アカデミア経済経営学編四八号、五〇号(一九七六一七七)など。
- (70) Speidel, supra note 60, at 792. 例えは、Summers, “Good Faith” in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code, 54 VA. L. REV. 195, 201-7 (1968) ; Burton, *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*, 94 HARV. L. REV. 369 (1980) など。サマーズとバートンは、契約の履行における一般的な誠実義務に焦点をおきつつ、誠実義務の内容を具体的に確定することを試みている。しかし、「誠実 (good faith)」という極めて抽象的な概念から具体的な義務内容を導き出すことは極めて困難な作業であり、両者は、その方法論をめぐって論争を繰り返している。両者の論争については、Summers, *The General Duty of Good Faith-Its Recognition and Conceptualization*, 67 CORNELL L. REV. 810 (1982) ; Burton, *More on Good Faith Performance of a Contract : A Reply to Professor Summers*, 69 IOWA L. REV. 497 (1984) を参照されたい。サマーズの一連の諸論文を含め、アメリカ合衆国における「誠実義務」の議論については、吉田直「アメリカ商事契約法—統一商事法典を中心に」(中央経済社、一九九一)一七九、二二三頁以下、サマーズとバートンの論争の経緯については、早川真一郎「アメリカ法」(一九八六)四三二頁以下が詳しく。
- (71) Speidel, supra note 60, at 792.
- (72) Id. at 804.
- (73) Id. at 805.
- (74) Braucher, *Offer and Acceptance in the Second Restatement*, 74 YALE L. J. 302, 303 (1964).
- (75) Corbin, *Samuel Williston*, 76 HARV. L. REV. 1327, 1329 (1963).
- (76) Farnsworth, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, 87 COLUM. L. REV. 217 (1987). 本論文を紹介・検討するものとして、樋口範雄「アメリカ法」(一九八八)二八〇頁、岡谷峻「契約の成立と責任(第二版)」(一粒社、一九九一)一二七頁、同「現代契約法の課題—国際取引と民法理論」(一粒

社、一九九七）三八頁、同「新・契約の成立と責任」（成文章、二〇〇四）一五二頁など。この他に、アメリカ契約法における契約交渉論を論じる文献として、Knapp, *Enforcing the Contract to Bargain*, 44 N. Y. U. L. REV. 673 (1969)（論文紹介として、本田尊正・アメリカ法【一九七〇】二四五頁）；Shell, *Opportunism and Trust in the Negotiation of Commercial Contracts: Toward a New Cause of Action*, 44 VAND. L. REV. 221 (1991) がある。

- (77) 「予備的合意」の議論については、田谷（課題）・前掲注（76）三五頁、則定隆男「契約成立とレター・オブ・インテント」（東京布井出版、一九九〇）一五一頁、中村昌子「不動産取引契約と交渉契約—アメリカ法における交渉契約の拘束力をめぐって—」法学政治学論究九号二六七頁（一九九一）、池田清治「契約交渉の破棄とその責任」（有斐閣、一九九七）一七九頁、山口志保「合意」の意義の歴史的展開（一）（二）（三）未完—「信義則」と「誠実交渉義務」の対比において—東京都立大学法学会雑誌三九巻二号、四〇巻一号（一九九九）、四〇巻二号（二〇〇〇）、有賀恵美子「契約交渉過程における『合意』の法的効果に関する一考察」法律論叢七三巻二〇三号四五七頁（二〇〇〇）、同「アメリカにおける予備的合意の法的位置づけ」法律論叢七三巻四〇五号一八一頁（二〇〇一）など。
- (78) Farnsworth, *supra* note 76, at 242-243.
- (79) *Id.* at 229-239.
- (80) *Id.* at 243.
- (81) *Id.* at 249.
- (82) *Id.* at 250.
- (83) *Id.* at 253.
- (84) *Id.* at 251.
- (85) *Id.* at 263.
- (86) UCC第一一二〇三条（信義誠実義務）については本稿の注（29）を参照。なお、二〇〇一年のUCC第一編の改正に伴って、同条は、第一一三〇四条（信義誠実義務）に移された。文言はほとんど変更されず、以下のように規定されている。「統一商事法典の」対象とする契約または義務については、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。」

- 二〇〇一年のUCC第一編改正により「信義誠実義務」は以下の点で変更を受けた。すなわち、従来、第一二〇一条一九項は「信義誠実 (good faith)」を「主観的な誠意」(「事実として誠意あること」)と定義づけていたのに対して、第二二〇三条一項(b)は「信義誠実」を「主観的な誠意と客観的な商業的合理性」(「事実としての誠意があること、および、公正取引という合理的な商業上の基準を遵守すること」)と定義づけていた。今回の改正では、第二編のみに適用されていた「客観的な商業的合理性」を他の編にも適用可能なものにさせるために、旧二二〇三条が削除された上で、旧第二二〇三条一項(b)の文言が新第一二〇一条二〇項に盛り込まれた。第一編二〇一条二〇項〔一般定義〕「信義誠実」(Good faith)とは、第五編で別に定められた場合を除き、事実としての誠意があること、および、公正取引という合理的な商業上の基準を遵守することをいう。UCC §1:201(2)(2002)。
- (87) 第二次契約法リステイメント二〇五条〔信義誠実 (good faith) および公正取引 (fair dealing) の義務〕:「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。」。
- (88) Farnsworth, *supra* note 76, at 269.
- (89) ファンズワースは、連邦労働関係法 (National Labor Relations Act; NIRA) 一五一一一六九条(一九八二)の諸規定を解釈した諸事例を参考にして、通常の契約交渉における「公正取引」の意味を考慮するのが適切だという。Id. at 270. なお、一九六九年に公表されたナップ論文においても、労働協約における誠実交渉義務を参考にしつつ、いかなる行為が交渉段階において「不誠実」にあたるかという観点よりその具体的な規程が提示されている。Knapp, *supra* note 76, 721-22.
- (90) ファンズワースは、誠実交渉義務の違反に該当する「不公正な取引の例」として、「交渉の拒絶 (Refusal to Negotiate)」、「不当な戦略 (Improper Tactics)」、「不合理な提案 (Unreasonable Proposals)」、「情報の不開示 (Non-disclosure)」、「他者との交渉 (Negotiation with others)」、「すべてに合意された事項についての破棄 (Reneging)」、「および、交渉の打ち切り (Breaking Off Negotiation)」を挙げる。Farnsworth, *supra* note 76, at 273-285.
- (91) 例として Hoffman v. Red Owl Stores, 26 Wis.2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965); Werner v. Xerox Corp., 732 F.2d 580 (7th Cir. 1984) など。これらの判例の概要と評価につき、本稿の第二章第五節第三項(一)、拙稿「米国における契約交渉論の現状」横浜国際社会科学研究所第六巻四号・三頁(二〇〇二)の【9】【12】を参照されたい。

(92) 一九八〇年代に入ると、予備的合意の違反に対して約束的禁反言を適用する裁判例が現れる。例えば、*Yigoda v. Denver Urban Renewal Auth.*, 646 P.2d 900 (Colo. 1982); *Skycom Corp. v. Telstar Corp.*, 813 F.2d 810 (7th Cir. 1987); *Arcadian Proshates Inc. v. Arcadian Corp.*, 884 F.2d 69 (2d Cir. 1989); *Budget Marketing Inc. v. Centronics Corp.*, 927 F.2d 421 (8th Cir. 1991); *Marilyn Miglin Inc. v. Gottex Industries Inc.*, 790 F.Supp 1245 (S.D.N.Y. 1992) など。これらの判例の概要と評価につき、拙稿・前掲(91)三三頁以下の【18】～【22】を参照されたい。

コーエンは、これらの裁判例を通じて、「アメリカ法において、交渉における誠実に行為する明示的な義務が今にも認められようとしている。」と述べ、誠実交渉義務の規範的な効力として、前述した①契約履行における誠実義務、②労働法上の誠実義務に加えて、③約束的禁反言の法理が想定されている、と説明する。Cohen, *infra* note 94, at 414. また、「これらの諸判決は「誠実に交渉する非契約的な約束の認容に対して道を開き、かつ、交渉における黙示的な誠実義務への道を整えた初期の諸判決を強固なものとする。」という。Id.

(93) *Courtny & Fairbairn Ltd. v. Tolaini Bros.*, 1 W.L.R. 297 (C.A. 1974). 本判決は、「不確実性と損害賠償額の算定が困難であることを理由に、「交渉するための契約」の拘束力を否定している。デニング(Denning)卿は、「コモン・ローが契約を締結するための契約を認めないのであれば(未だに合意されるべき基本的な条項が存在するときに)、交渉するための契約を認識し得ないと私には思われる。その理由は、それが余りに不確定であるために、拘束させるためのいかなる権限も存しないからである。裁判所は、何人も、その交渉が成功したか、それとも失敗したかどうか、仮に成功したとして、その結果がいかなるものになるか、を述べることが不可能であることを理由に、損害額を評価し得ないであろう。」と判示した。Id. at 301.

(95) Chen, *Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate*, J. BEATSON & D. FRIEDMANN (ed.), *GOOD FAITH AND FAULT IN CONTRACT LAW* 25 (1995).

(95) Id. at 27. もっとも、イギリス法においても取引過程における行為の自由に対して一定の制限を課すために断片的な解決方法が提供されてきたという。契約締結前の責任を課すための主たる根拠としては、①約束的禁反言の法理(アメリカ合衆国のそれに比べて幾分制限的に適用される)、②原状回復法(相手方を信頼したことにより移転した利益の回復)、③付随的な契約(契約締結前の約束を契約として取り扱う)、④郵便による承諾ルールの解釈(契約締結時

点を先行させる)、および、⑤ネグリジエンスに関する不法行為法が挙げられる。Id. at 29-30. コーエンは、これらの根拠に基づいて交渉当事者に責任を課すことは「消極的な契約の自由」を一定の範囲で縮減するものであるが、交渉過程において信用が築かれ、かつ、その結果として諸費用が負担されるときには、自由のルールは、別のリスク配分のルールに代替されるべきである、と述べている。Id. at 31.

(96) Id. at 28.

(97) Id.

(98) *Walford v. Miles*, 2 AC 128 (1992).

(99) アクナー卿は、「いかにして、裁判所は、『そのような合意』を規律するのか」と述べた後、「誠実に交渉する義務は、それが本質的に交渉当事者の立場と一致しないために、実際には実施可能ではない。…。交渉が存続する間、いずれの当事者も、いかなる時も、いかなる理由によっても、その交渉から身を引く権限を有する。」と判示した。Id. at 138.

(100) Id. at 140.

(101) *Cohen*, supra note 94, at 35-36.

(102) Id. at 43.

(103) Id. 期間の特定されたロックアウト合意が有効であると認めた判例として、*Pitt v. PHH Asset Management Ltd.*, 1 WLR 327 (1994) がある。

(104) *Cohen*, supra note 94, at 52. アティアもまた、一九八〇年以降、古典的な諸原則へのポスト・モダン的な回帰が存在し、そして、ウォルフオード事件判決がそのような潮流を例証していることは疑いがなく、と主張する。P. ATIYAH, AN INTRODUCTION TO THE LAW OF CONTRACT 30-39 (4th ed. 1989).

(105) 内田貴『契約の再生』(弘文堂、一九九〇)二〇三頁。

(106) Id.

(107) *Cohen*, supra note 94, at 53.

(108) Id.

- (109) 第二次契約法リスティメント第一七条〔交換的取引の必要性〕。
- (110) 第二次契約法リスティメント第七一条〔交換の必要性、交換の類型〕「(1) 約因を構成するためには、履行または反対約束が交換的に取引されなければならない。(2) 履行または反対約束は、それが約束者によって約束と交換に求められ、かつ、被約束者によって約束者の約束と交換に与えられる場合に、交換的に取引されることになる。(3) 履行は、(a) 約束以外の行為、(b) 不作為、または(c) 法律関係の創出、変更もしくは解消によって成り立ちうる。(4) 履行または反対約束は、約束者もしくははその他の者に与えることができる。それはまた、被約束者もしくはその他の者から与えることができる。」
- (111) 本稿の第二章第四節第二項の(1)を参照されたい。
- (112) 第二次契約法リスティメント第一条〔契約の定義〕(Reporter's Note)。
- (113) 本稿の第三章第三節第一項を参照されたい。
- (114) 第二次契約法リスティメント第三〇条〔誘引された承諾の形式〕。
- (115) 第一次リスティメント第五二条〔申込の承諾の定義〕第二文と第四五条〔一方的契約の申込の撤回——一部履行または提供の効果〕は、第二次契約法リスティメント第五〇条二項〔履行による承諾〕と第四五条〔一部履行または提供によって成立するオプション契約〕に踏襲されている。
- 第二次契約法リスティメント第五〇条二項「履行による承諾には、申込によって求められている事柄の少なくとも一部が履行または提供されることが必要である。履行による承諾が反対約束としての効果をもつ場合もある。」
- 第二次契約法リスティメント第四五条「(一) 申込が被申込者に履行をなすことによる承諾を誘引しているのであつて、約束による承諾を誘引しているのではない場合において、被申込者が誘引された履行を提供もしくは開始し、またはその履行の最初の部分を提供したときは、オプション契約が成立する。(二) そのようにして成立したオプション契約の下での申込者の履行義務は、誘引された履行が申込の条項に従つて完了または提供されることを条件とする。」
- (116) 第一次契約法リスティメント第五二条第三文は、第二次契約法リスティメント第五〇条三項「約束による承諾」において、「約束による承諾には、約束をなすのに必須のすべての行為を被申込者が完了することが必要である。」

という規定に置き換えられた。第一次リスティメントでは、第五〇条三項の例外として第六三条を定め、双方向的契約の承諾として「履行」という方法を採用しても契約が成立するとしたが、第二次リスティメントでは、一方的契約と双方向的契約とを区別せず、被申込者の選択する方法で承諾することが可能となったため、旧第六三条は削除された。

(117) 第二次契約法リスティメント第三二条〔約束の誘引か履行の誘引か〕「疑いのある場合には、申込は、申込において要求されていることを履行する旨の約束をなすこと、または、現実の履行をなすこと、のいずれが被申込者の選択する方法で承諾することを被申込者に対して誘引しているものと解釈される。」。

(118) 第二次契約法リスティメント第八七条〔オブション契約〕一項。

(119) 同条、コメントb。

(120) 第二次契約法リスティメント第七九条〔約因の相当性、債務の相互性〕「約因の必要性が満たされる場合には、次のような追加的な要件は不要である。(b) 交換された価値の等価性。」。

(121) 第二次契約法リスティメント第八七条、コメントb。

(122) 第二次契約法リスティメント第八九条〔未履行契約の変更〕「いずれの側でも完全には履行されていない契約に基づく義務を変更する約束は、次の場合または限度において拘束力をもつ。(a) 契約締結の時点で両当事者が予見し得なかつた事情を考慮して、その変更が公正かつ公平である場合、(b) 制定法により定められた限度、または、(c) 約束を信頼してなされた重大な地位の変更を考慮して、正義の観点から強制が必要とされる限度。」。

(123) 第二次契約法リスティメント第七九条〔約因の相当性、債務の相互性〕「約因の必要性が満たされれば、次のような追加的な要件は不要である。(a) 約束者にとつての利得(gain)もしくは利益(benefit)、または被約束者にとつての損失(loss or detriment)もしくは不利益(detriment)、または、(b) 交換された価値の等価性、または、(c) 『債務の相互性』。」。

(124) 第二次契約法リスティメント第七七条〔偽装約束と選択的約束〕「約束者または約束者と自称する者が、約束の条項において、複数の履行の中から選択する権利を留保するときは、約束または約束の概観を有するものは約因とはならない。ただし、次の場合はこの限りではない。(a) 履行の選択肢の中のいずれもが、もし単独で交換的に取引されていたならば約因となったであろうような場合、または、(b) 履行の選択肢の中の一つが約因となったである

う場合で、約束者が選択を行う前に、約因とはならないであろう他の履行を選択する余地を消滅させる出来事が生じ  
る可能性が多分にある場合、または両当事者にとつてそのように思われる場合。」。

- (125) 第二次契約法リステイトメント第七七条の設例一「Aは、五〇〇〇ブッシェル（木原注・一ブッシェル＝小麦六〇  
ポンド）を限度として、一ブッシェルあたり二ドルの小麦を引き渡し、Bは、続く三〇日以内に注文しうる旨の申込  
を行った。Bは、その期間内にAから注文した時点での価格で購入することに合意した上で、承諾を行った。Bの承  
諾は同人による約束を伴っておらず、従つて約因は存在しない。」。

- (126) 第二次契約法リステイトメント第七七条の設例二「AはBに対して、特定期間、将来のある時点から三年間、Bの  
代理人として行為することを約束した。Bは、Aがそのように行爲しうることに合意したが、いつでもその合意を終  
了しうる権限を留保した。Bの合意は、それが同人による約束を伴いことを理由に、約因を構成しない。」。

- (127) Patterson, *An Apology for Consideration*, 58 COLUM. L. REV. 929, 929 (1958). 同論文の部分訳として、ヒルマン・笠  
井編『アメリカ契約法』（弘文堂、二〇〇〇）一六頁以下がある（訳者：西川理恵子）。

- (128) 例え、Patterson, supra note 127, at 941 ; J. DAWSON, GIFTS AND PROMISES 207, 220-21 (1980) ; Eisenberg, *The  
Principles of Consideration*, 67 CORNELL L. REV. 640 (1982) ; Gordley, *The Common Law in the Twentieth Century: Some  
Unfinished Business*, 88 CALIF. L. REV. 1817, 1848-59 (2000) 等。

- (129) Eisenberg, supra note 128, at 647.

- (130) Gordley, supra note 128, at 1858.