

## アメリカ錯誤法の足跡（一）

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学大学院 公開日: 2010-03-09 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 古谷, 英恵 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/7896">http://hdl.handle.net/10291/7896</a>

## アメリカ錯誤法の足跡(一)

### —The Flow of American Law of Mistake (1)—

博士後期課程 民事法学専攻 2004年度入学

古 谷 英 恵

FURUYA Hanae

#### 【論文要旨】

わが国の錯誤論に関する学説は、立法当時の意思主義的解釈から離れ、次第に客観的な要素をも考慮に入れる折衷的立場をとる学説が増えつつある。それに対してアメリカ錯誤法は、契約理論が大陸法の影響を受けた主観主義的意思理論から客観理論へと変化するのに伴って発展し、契約の客観理論の中で錯誤の判断基準としてリスク配分その他の理論を生み出してきた。そこで本稿では、アメリカ錯誤法の歴史の変遷を見て、その根底にある思想や背景を探ることで、わが国の錯誤論の客観主義への移行に伴う論理的根拠に対する示唆を得ることを目的とする。まず、本号では、19世紀初頭から南北戦争を経て20世紀前半に至るまで、アメリカの錯誤法が主観主義的意思理論から客観理論への転換に伴っていかに変化していったのか、およびその結実であるリステイトメントにおける錯誤法を中心に検討する。

【キーワード】 アメリカ、錯誤、リステイトメント、主観理論、客観理論

第1章 はじめに

第2章 アメリカ錯誤法の概観

第3章 初期の錯誤法準則

第4章 主観理論から客観理論への転換

第5章 法形式主義とリステイトメントにおける錯誤法—第一次契約法リステイトメントおよび第一次原状回復法リステイトメント

第6章 リステイトメントに対する法曹界の評価—法形式主義と法学リアリズム

(以上、本号)

第7章 第二次大戦前後の錯誤法

第8章 「法と経済学」学派と錯誤法

## 第9章 第二次契約法リステイトメントにおける錯誤法

## 第10章 第二次契約法リステイトメントへの反応

## 第11章 アメリカ錯誤法の展開と日本法への示唆

# 第1章 はじめに

アメリカ法においては、契約法理論が19世紀に大陸法の影響を受けた主観主義的意思理論から、放任主義経済の要請によって極端な客観理論へと転換し、さらに緩和された客観理論へと変遷する中で、錯誤法理論も発展してきた。すなわちアメリカの錯誤法理論は、19世紀初頭には大陸法およびイギリス法の影響を受けてローマ法に依拠した錯誤の分類によっていたものの、客観理論の発展に伴い、次第に大陸法の影響から離れて、さらにイギリス法とも異なった道を歩んできた。そして、その一つの到達点が第二次契約法リステイトメントにあると指摘されている<sup>1</sup>。

日本に目を転じてみると、錯誤論に関する学説状況は、「要素の錯誤」とは何か、すなわち動機の錯誤との区別という論点を論じるに伴い、法律行為論の枠組みの中で、錯誤者の意思を強調する極端な意思主義（あるいは主観主義的意思理論）から、錯誤者の意思のみならず四囲の状況や相手方の予見可能性等の事情も考慮に入れ、客観的な要素をも判断材料とする学説が増えつつある<sup>2</sup>。これは意思主義（主観主義）と表示主義（客観主義）の折衷的な立場への変遷であるといえよう。

そこで、アメリカ錯誤法が大陸法の影響からいかに脱していったのか、また、その根底にある思想は何かを、リステイトメントを中心に探ることにより、日本法の客観主義への移行に伴う理論的根拠の示唆を得ることを本稿の目的とした。

## 第2章 アメリカ錯誤法の概観

### 1 契約法における一般準則

第二次契約法リステイトメント<sup>3</sup>では、契約を以下のように定義する。「契約とは、一個または

<sup>1</sup> 木下毅『英米契約法の理論〔第2版〕』（東京大学出版会、1985年）316頁。

<sup>2</sup> 川島武宜「意思欠缺と動機錯誤」『民法解釈学の諸問題』（弘文堂）所収、特に223頁参照；野村豊弘「意思表示の錯誤（一）～（七・完）」法学協会雑誌92巻10号～93巻6号；川井健『新版 注釈民法(3)総則(3)』（有斐閣、2003年）385頁以下、特に425-426頁。

<sup>3</sup> リステイトメントとは、アメリカ法律協会（American Law Institute；略称：A.L.I.）という「アメリカ法の簡明化、より良き司法の確保などを目的として、1923年に創立された団体」により、アメリカ法の主要分野について、判例法の現状と、判例が分かれている点についてはあるべき法を、条文の形で再述（リステイトメント）した書物である。アメリカの場合、日本やフランスのように「契約法」や「債務法」という法典は存在せず、判例主義であり、また州ごとに細部の異なる50の州法が存在するのである。しかし、リステイトメントは、法源としての効力はないが、当事者や判例中にもしばしば引用され、実際上の権威は高いものである。また州ごとにばらばらのアメリカ法の統一にも一定の役割を果たしていると言われている。樋口範雄『アメリカ契約法』（弘文堂1994年）15頁；松浦以津子「リステイトメントとは何か」加藤一郎先生古稀記念『現代社会と民法学の動向(下)』（有斐閣、1992）495頁。

一組の約束 (promise) であって、その違反に対して法が救済方法 (remedy) を与え、またはその履行 (performance) を法が何らかの方法で義務として認めるものをいう。<sup>4</sup>

契約の成立要件として、まず一個あるいは一組の約束または合意が必要となる。

次に、他の法制度と同様に、アメリカ法 (英米法) は、すべての約束を強行するのではなく、強行しうる約束の範囲を限定する仕組みを有している。その最も基本的なものが、約因である<sup>5</sup>。すなわち、約束が捺印証書によらない場合、約束と引き換えに受約者 (Promisee) は、現実に何らかの履行をなし、あるいは、後に何らかの履行をなす約束をしなければ、裁判所は一般的にその約束を強行しないのである<sup>6</sup>。

アメリカ契約法においては、契約によって課された義務は絶対である、という一般準則が存在する。つまり契約責任は厳格責任であり、フォルト (過失) に基礎を置く責任ではないとされるのである。そして、原則として、約束は特定の結果に到達する絶対的引受 (undertaking) として理解される。これは、契約に対する正当な期待に背かぬよう、契約は最終的な状態であること (決定的であること、契約の終局性、finality) が望ましいという考えに基づいており、pacta sunt servanda (合意は守られなければならない) という格言にも表されている。

しかし、このような厳格な準則に直面した当事者らは、自らの契約上の債務を限定する様々な方法を考案するようになる。そのような契約法における例外としての慣習的扱い、すなわち免責を概念化したものの1つが、主としてエクイティにおいて発展した錯誤の法準則である<sup>7</sup>。

## 2 錯誤の定義

錯誤とは、第二次契約法リステイトメントによれば、「事実と合致しない所信」のことであるという。この事実とは、契約締結時に存在しているもののことをいう。また、事実と合致しない所信

---

<sup>4</sup> Restatement, Second, Contracts, §1

<sup>5</sup> 望月礼二郎『英米法〔新版〕』(青林書院, 2001年) 333頁; Farnsworth, Contracts (4th ed. 2004), §2.2

<sup>6</sup> Farnsworth, *id.* §1.1; 19世紀のイギリスでは、コモン・ロー上の引受訴訟のほかでは、受約者が約束と引き換えに何かを与えなければならず、それは受約者にとって不利益であるか、または約束者にとって利益となるものでなければならなかった。しかしながら、19世紀末以降、少なくともアメリカでは、この利益・不利益を要求する立場から、約因が「取引された」ことを要求する立場へと変わった。1932年に公表された第一次契約法リステイトメントでは、約因は利益・不利益に言及することなく、もっぱら取引という文言を用いて定義された(第75条)。1981年に公表された第二次契約法リステイトメントは、約因について、以下のように定義している。「第71条 交換の必要性、交換の種類 ①約因を構成するためには、履行または反対約束 (return promise) が交換的に取引され (bargained for) 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、受約者によって約束者の約束と交換に与えられる場合に、交換的に取引されたことになる。(以下、省略)」約因とは、片務契約においては履行、双務契約においては約束である。また、受約者から約束者になされる必要はなく、約束者へなされることも、また、受約者からなされることも必要ではない。このように利益・不利益説から取引説へと変質する契機となったのは、意思理論であるといわれている。(Farnsworth, *id.* §2.2 at p. 47; 19世紀末の約因理論の詳細については、鈴木龍也「十九世紀末における約因理論の構成とその特質」愛媛法学会雑誌14巻3号参照)。

<sup>7</sup> Farnsworth, Contracts (2nd ed., 1998), 558

とは、両当事者が文言に異なる意味を付している状況、すなわち意思の不一致 (misunderstanding) の場合は除かれる<sup>8</sup>。錯誤は、相互的錯誤 (mutual mistake) と一方的錯誤 (unilateral mistake) に分けられる。前者は、両当事者が事実につき同一の誤った認識 (perception) の下にある場合をいい (両当事者とも誤った認識を持っているが、その認識が実質的に異なるものである場合は、一方的錯誤とされる)<sup>9</sup>、後者は、一方当事者が事実について誤った認識を有している場合をいう<sup>10</sup>。

### 3 錯誤法の歴史的概観

コモン・ローにおいては従来、契約の両当事者が錯誤に陥った、いわゆる相互的錯誤の場合にのみ、法的保護が与えられていた。その範囲は広く、大陸法における原始的不能の事例をも含むものである。このいわゆる相互的錯誤に関する法は、イギリスにおいて誕生した。「契約における錯誤の効果に関する一般原則を定めようとした」最初の試みが Kennedy v. Panama etc. Royal Mail Co. であり<sup>11</sup>、これは英米法諸国において指導的な判例として位置づけることができる。また、アメリカの古典的な判例である Sherwood v. Walker<sup>12</sup> においても、Kennedy 事件判決は先例として踏襲されている。

以来、アメリカ契約法において、法的保護を与えられる、人や目的物の「同一性 (identity)」あるいは「存在 (existence)」に関する錯誤と、法的保護の与えられない「価値 (value)」または「性質 (quality)」、「属性 (attribute)」に関する錯誤との区別、または、より一般的に、法的保護の与えられる「本質的錯誤 (intrinsic mistake)」と、そうでない「非本質的錯誤 (extrinsic mistake)」との区別がなされるようになった<sup>13</sup>。これらの区別は、ストア学派およびアリストテレスの形而上学の影響を受け、ローマ法学者らが発展させた“error in substantia”や“error in corpore”等の区別に由来するといわれる<sup>14</sup>。しかしこれらは、曖昧で一貫性がないという批判を受け、学説でそれに代わる判断基準が論じられるようになり、1981年に公表された第二次契約法リステイメントでは、リスク概念が錯誤法の判断基準とされるに至っている。

他方、裁判所は伝統的に、表意者が錯誤に陥っているととしても、それが相手方によって共有されていない場合に、取引の安全を尊重するため、錯誤を根拠として契約取消を認めることに消極的であった。このような立場に対し、次第に反対する学説が多く見られるようになった。そして、その

<sup>8</sup> 望月・前注, 362頁; Farnsworth, *supra* note 5 at §9.2, p. 601

<sup>9</sup> Farnsworth, *supra* note 5 at §9.2, p. 604; §9.3, p. 605

<sup>10</sup> Farnsworth, *supra* note 5 at §9.4, p. 614

<sup>11</sup> Atiyah, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT 436 (1979)

<sup>12</sup> Sherwood v. Walker, 33 N.W. 919 (Mich. 1887)

<sup>13</sup> Palmer, Mistake and Unjust Enrichment, 39

<sup>14</sup> Patterson, The Apportionment of Business Risks Through Legal Devices, 24 Colum. L. Rev. 335, 355; ローマ法では、a. 契約の性質に関する錯誤 (error in negotio), b. 人に関する錯誤 (error in persona), c. 物の同一性に関する錯誤 (error in corpore), d. 物の実質あるいは材料における錯誤 (error in substantia, in materia) の4つが考慮されていた。(Williston, Contracts (1920-22) §1546)

後の多くの裁判所はこの厳格な見解を放棄し、(i)契約締結時に錯誤について、相手方が実際に知っていた場合、(ii)契約締結時に錯誤について、相手方が知りうべき場合、または(iii)相手方のフォルトが表意者の錯誤を引き起こした場合に、救済が与えられるようになった。そして、さらにそれらに加えて(iv)錯誤の結果が非常に重大であるため、契約を強行することが非良心的であろう場合も、救済を認めるようになった。これらのうち(i)については、「不実表示」という制度によって処理され、(ii)～(iv)は、一方的錯誤として扱われた<sup>15</sup>。

第二次契約法リステイトメントの公表以来、*Sherwood v. Walker* で示された区別を使い続ける裁判所はいくつかあるが、多くの裁判所が第二次契約法リステイトメントで示された基準を採用する。

### 第3章 初期の錯誤法準則

#### 1 Wood v. Boynton 事件<sup>16</sup>

本件は、*Sherwood v. Walker* 事件の2年前の1885年にウィスコンシン州最高裁によって判決されたものである。

〔事実関係〕 未亡人である Wood は急に金銭が必要となり、カナリア鳥の卵ほどの大きさの麦色の石を、宝石商である Boynton に \$1 で売った。売買契約に先立ち、Wood はその石の「性質」や「価値」を知らなかったため Boynton にたずねた。彼は Wood に、それはおそらくトパーズであろうと告げた。売買契約時においては、両当事者はその石がトパーズであると信じていた。しかし、後にそれがカットされていないダイヤモンドであり、\$700の価値があることがわかった。そこで、Wood は、Boynton に \$1 と利息としての \$10 を提供し、その石を返還するよう求めた。しかし、Boynton がそれを拒否したため、Wood が動産占有回復訴訟を提起した。

〔判旨〕 ミシガン州最高裁判所は、以下のように述べ、売主は契約を取消することができないと判示した。「我々の知る限り、売買契約の取消および売主における権利の回復 (revesting) を求めて売主が買主に対し、(コモン・ロー上の) 占有回復請求訴訟を提起するための理由は、以下のものだけである。(1)買主が売買契約をするにつき、何らかの詐欺をした場合、(2)売買目的物ではない物品を引き渡したことに付き、売主が陥った錯誤がある場合— (すなわち) 売買契約に基づいて引渡された目的物の同一性に関する事実の錯誤 (がある場合)。……(中略)……本件において、原告自身の証言からは、Boynton 氏側の詐欺や不公正な取引によって彼女が契約締結するよう誘引されたと主張するための正当な根拠は存在し得ない。両当事者はその時、その石の特質 (character) およびその本質的価値につき、まったく知識を欠いていた。Boynton 氏はカットされていないダイヤモンドに熟練しておらず、1ドル (で購入) を申込む前に手にとって見た以外、石について何ら調

<sup>15</sup> Restatement, Second, Contracts, §153 comment a ; 「不実表示 (misrepresentation)」とは、相手方に誤解を生じさせる虚偽の表示のことである。(Restatement, Second, Contracts, Ch. 7)

<sup>16</sup> *Wood v. Boynton*, 64 Wis. 265, 25 N.W. 42 (Wis. 1885)

査をしなかった。そして、その1ドル（での購入）の申込はその時断られたが、後に承諾された時、Boynnton氏から何らかのコメントやさらなる調査はなされなかった。上訴人（Wood）はその石を長い間占有しており、彼女自身の証言から、その本質および性質に関する質問をしたことが明らかである。もし彼女が、詐欺や不公正な行為をしていない者に対して、その本質的価値についてさらなる調査をすることなしに、少額でそれを売却することを選んだのならば、彼女は、後で不利な取引（bad bargain）をしたことが確認されたことを理由に、売買契約の履行を拒絶することはできない。Kennedy v. Panama, etc., Mail Co., L.R. 2Q.B. 580. 売買目的物の同一性に関する錯誤の主張（pretense）は一切ないのである。」

## 2 Sherwood v. Walker 事件

前述のように、アメリカにおける初期の錯誤法に関する指導的判例が、1887年のSherwood v. Walker<sup>17</sup>である。

〔事実関係〕 本件は“Rose 2d of Aberlone”という名の乳牛の売買契約に関する事件である。売主によると、売主および買主の両者ともRoseは受胎能力がないと信じており、それゆえ価格は\$80（食用牛の価格）に確定したという。その価格は、Roseに受胎能力があれば付けられたであろう価格の10分の1であった。売主は、契約締結後、引渡前に、Roseが妊娠している事実を発見し、当該契約を取消して買主へのRoseの引渡しを拒否した。

〔判旨〕 ミシガン州最高裁判所は以下のように述べ、売主には取消権が与えられると判示した。「これは際どい（close）問題であり、すでに判決を下された事案との間の境界線は容易に認められ難いことを、私は知っている。しかし、重大な事実—売買目的物や価格、合意を実質的に（materially）誘引した何らかの付随的事実—に関する錯誤の上に契約の意思（assent）の根拠が与えられ、または契約が締結された場合、売買契約に見かけ上の同意（consent）を与えた表意者が履行拒絶できるか、履行後に取消することができるのか、ということも考慮されなければならない。……（中略）……取引された事物の本質について相違や誤解がある場合；現実引渡または受領された事物が、取引され、かつ売却を意図された事物とは本質的に異なる場合、一契約は存在しない；しかし、何らかの性質や付随的事情においてのみ相違がある場合、たとえその錯誤が買主または売主、あるいは両者にとって行動させる動機であったとしても、契約は拘束力を持ち続ける。……（中略）……しかしながら本件において、この記録から、当事者らの錯誤や誤解は合意の本質全体に及んだと、私には思われる。もしその牛に受胎能力があれば、それは少なくとも\$750の価値があった；もし受胎能力がなければ、\$80以上の価値はなかった。当事者らは、その牛に受胎能力がなく、乳牛として使えないという理解と所信なくして、売買契約を締結しなかっただろう。……（中略）……その錯誤は、動物の単なる性質に関するものではなく、事物の本質そのものにつ

---

<sup>17</sup> 33 N.W. 919 (Mich. 1887)

いてである。不妊の牛は、受胎能力のある牛とは実質的に異なる生き物である。……（中略）……その牛は、要するに被告（売主）が売ることを意図し、または原告（買主）が買うことを意図した動物、またはその動物の種類ではない。……（中略）……その錯誤は約因全体の本質に影響を及ぼし、かつ、実際にそうであった牛（不妊の牛）の売買契約は存在しないと考えなければならない。売買なされたものは実際には存在しなかったのである。その牛は食用牛が売却されるものとして、売却された；その牛は、実際は受胎能力のある牛であり、価値あるものである。」

### 3 初期の錯誤法準則

ここで、ロー・スクールでの最初の1年で契約法の教師が学生に質問する基本的な問題が生じる。「Sherwood 事件と Wood 事件では、どのように調和するのか。」すなわち、(相互的) 錯誤法の準則とは何か、という問題である。

上述した2つの判決はともに、イギリスにおける1867年の *Kennedy v. Panama etc. Royal Mail Co.*,<sup>18</sup> 事件判決をその先例としている。これは、郵船会社の株式申込みのための目論見書が、会社のビジネスの展望について、善意ではあるが、しかし重大な誤った陳述を含んでいたという事件である。株式購入者は契約を取消し、(株式の発行価額を分割して払い込むことになっていたのだが)すでに一部支払った金銭を返還するよう求めた。それに対して会社は、次回の払い込みを求めて反訴した。女王座裁判所の判決はブラックバーン判事によって言い渡された。彼は、原告が相手方の詐欺によって株式を取得するよう誘引されたならば、その者は契約を取消す権限を付与されると判示した。しかし、本件において、被告である郵船会社側は錯誤に陥っていたため不正確な表示をなしたと認定し、したがって不実表示は善意であり、「善意不実表示または誤解 (misapprehension) があった場合、約因の滅失を構成するような、考えられていたものと取得されたものの本質的な完全なる相違を立証するようなものでない限り、取消は認められない」と判示した。ところが、本件はコモン・ローの裁判所である女王座裁判所の手によるものであり、しかも、コモン・ローとエクイティを融合させる最高法院法 (1873年および1875年) の制定以前であったので、郵船会社に善意不実表示を根拠とする責任を問えなかった。そのため、錯誤の答弁がなかったにもかかわらず錯誤法によって判断することとなった<sup>19</sup>。そして、彼は、「その原則は大陸法においてよく説明されている」として、学説彙纂 (Digesta) から、売主は S という奴隷を売却すると考えていたが買主は P という奴隷を購入すると考えていた、という売買に関する事例を引用した。この事例において契約は目的物の同一性に関する錯誤 (error in corpore) を理由に無効である。ブラックバーン判事はまた、「物の本質について誤解がある場合、契約は存在しない。しかし、何らかの性質や付帯的事情に相違があるだけならば、たとえその誤解が購入者にとって行動させる動機であったとしても、契約は拘束力を持ち続ける。」と述べ、ローマ法で発展した本質に関する錯誤と単なる性質

<sup>18</sup> 2 L.R.-Q.B. 580 (1867)

<sup>19</sup> F. H. Lawson, *Error in Substantia, The Comparison*, 189



に関する錯誤の区別をも採用した。すなわち、当事者が売買目的物につき合意していたが、その本質につき錯誤に陥っていた場合、契約は無効であるが、その錯誤が単にその性質に関するものであるのならば、契約は拘束力を有することになる。ブラックバーン判事はコモン・ローの原則は大陸法のそれと同一であると判示した。そして、「あらゆる事件において、錯誤または誤解が、事物の根源に及ぶような、約因全体の本質に関するか、それとも、何らかの部分について、たとえそれが重要な部分であったとしても、約因全体の本質に影響を及ぼさない錯誤なのかどうか、を判断すること」を求めている。ブラックバーン判事は Kennedy 事件における錯誤は、株式を求めるよう原告を誘引する動機の重要な部分に関するものではあるが、それは単に株式の性質に関するものであり、契約は拘束力を有すると結論付けた。

イギリスの錯誤法について、ドイツの法律家であるサヴィニーの影響はすでに指摘されているが<sup>20</sup>、ブラックバーン判事のこの論理構成もサヴィニーのそれを想起させるものである。すなわち、サヴィニーは、普通法学におけるローマ法に依拠した伝統的な錯誤類型である①法律関係の性質に関する錯誤 (error in negotio)、②法律関係の相手方に関する錯誤 (error in persona)、そして、③法律関係の客体たる物の取り違いという錯誤 (error in corpore) を、本質的錯誤として法律行為を無効にする、という。しかし、目的物の性質に関する錯誤は、法的取引の安全のため、原則として法的保護を与えられない、すなわち、法律行為を無効としない、という。ただし、目的物の性質に関する錯誤によって「取引上の異種物」と扱われるような場合には、error in corpore に準じて、本質的性質錯誤として法律行為を無効にするという<sup>21</sup>。

上記のような大陸法における錯誤法理論を引用して、ブラックバーン判事は「約因の滅失」というイギリスの伝統的な法理を説明し、それを根拠に錯誤を理由とする契約無効の是非を検討している。約因とは、前述のとおり非要式契約の成立要件であるが、伝統的には受約者が約束と引き換えに何かを与えなければならず、それは受約者にとって不利益であるか、または約束者にとって利益となるものでなければならなかった (利益・不利益説)。この法理に基づき、ある物の売買において、買主が代金を支払ったのに売主がその物の引き渡しをしないという場合、その代価支払い約束

<sup>20</sup> イギリスでは、1840年代から50年代にかけてサヴィニーの学説が紹介され、大陸法的な意思理論がイギリス契約法に影響を与えたという。(イギリス錯誤法については、木下毅「英米契約法における錯誤(1)」立教法学12巻16頁参照。)

<sup>21</sup> サヴィニーに関する文献はわが国において多く発表されており、以下のようなものがある。小橋一郎訳『現代ローマ法体系』(成文堂、1998年)、石本雅男「錯誤論におけるサヴィニーの地位」法時9巻5号69頁以下、川島武宜「意思欠缺と動機錯誤」『民法解釈学の諸問題』所収(弘文堂)、村上淳一「ドイツ普通法学の錯誤論」『ドイツの近代法学』(東京大学出版会、1964年)所収、山下末人「サヴィニーにおける意思・法律行為について(一)~(三)」神戸商大商大論集42巻33頁以下・43号39頁以下・44号27頁以下、磯村哲「動機錯誤と行為基礎」『錯誤論考—歴史と論理—』(有斐閣、1997年)所収、三宅正男「売主の担保責任と錯誤」契約法体系Ⅱ122頁以下、高橋三知雄「私的自治・法律行為論序説(三)」関西大学法学論集24巻6号75頁以下、中松纓子「ドイツにおける錯誤論の基本問題」法学研究(慶応大学)第52巻第7号以下、川村泰啓「性状瑕疵保障序説(九)」判例時報908号3頁以下、大久保憲章「ドイツ民法典以前の性状錯誤の位置づけ」法政研究(九州大学)第48巻第1号以下。

は、その約因たるその物の引渡を受けていない、すなわち約因を滅失したために拘束力を失うとされ、すでに支払った金銭の返還請求が認められていた。これが約因の滅失という法理であるが、同様の場合に、ある物が引渡されていたとしても、それが約定された物の引渡と言えるかどうかという形で性状の錯誤の問題が取り扱われることがあったという<sup>22</sup>。このように、伝統的な「約因の滅失」とサヴィニーのそれに着想を得た錯誤法理論を重ね合わせる点に、錯誤論形成の過渡期の足跡を見ることができる。

この Kennedy 事件に依拠して、Sherwood 事件と Wood 事件が判示されたのであるが、やはり、この2つの判決においても、「約因の滅失」法理とローマ法の分類に依拠した錯誤理論をもって、根拠づけられている。そうでありながら、両者とも目的物の性質に関し、ほぼ同一の文言により、同一の論理構成をもってなされた判決であるにもかかわらず、なぜ正反対の結果となったのか、すなわち、いかにしてこの2つの判決を調和させるのか、という問題があり、これに対しては、伝統的に、錯誤法準則として、約因の滅失ではなく大陸法の影響を受けた法理が論じられてきたのである。上記の質問に対する答えは、合意にとって「重要 (material)」である、人や目的物の「同一性 (identity)」や「存在 (existence)」に関する錯誤は法的保護が与えられるが、(合意にとって)「付随的 (collateral)」な「価値 (value)」や「性質 (quality)」, 「属性 (attribute)」に関する錯誤には法的保護が与えられない、と説明されてきた。または、より一般的に、法的保護を与えられる「本質的錯誤 (intrinsic mistake)」と、そうではない「非本質的錯誤 (extrinsic mistake)」との区別によって説明されてきたのである<sup>23</sup>。すなわち、Wood 事件では、その種の取引にとって本質的なこと (essentials) は、特定の有形物が、合意された価額で、特定の売主から特定の買主へ売却されたことである、と理解された。したがって、その石がトパーズであったかダイヤモンドであったかということは、売買目的物の「性質」や「価値」、 「属性」といった「非本質的な」問題でしかなかったのである<sup>24</sup>。それに対して、Sherwood 事件は、牛に受胎能力があるかどうかということ、「不妊の牛は、受胎能力のある牛とは実質的に異なる生き物である」や「売買なされたものは実際には存在しなかったのである」という表現から明らかなように、売買目的物の「同一性」や「存在」に関わり、そのような取引にとって本質的なことだと説明されてきたのである。

1776年7月4日の独立宣言から1820年代頃まで、建国後の混乱の中でアメリカ法の形成は本格的に進行せず、イギリス法の継受もままならなかった。その理由としては、開拓者たちが「単純かつ自然的な正義 (simple and natural justice)」の可能性を信じ、専門的に訓練された裁判官や法曹によって運営される法や裁判に対する反感があったことや、独立戦争の余波としてイギリス法を含

<sup>22</sup> 鈴木龍也「イギリス『古典的』契約法理論における錯誤」愛媛法学会雑誌17巻3号52頁。

<sup>23</sup> Palmer, *supra* note 13 at 39-40; Schneyer, *The Culture of Risk: Deconstructing Mutual Mistake*, 34 Am. Bus. L. J 429, 432; University Case Book Series, *Cases and Comment, Contracts* (7<sup>th</sup> ed. 1998) 610

<sup>24</sup> Palmer, *supra* note 13 at 40

むイギリス文化全体に対する嫌悪感があったことが指摘されている<sup>25</sup>。しかしながら、そのような風潮も1820年代には収まり、その後、専門法曹は自分たちが習熟していたイギリス法を基礎として法を発展させていったのである<sup>26</sup>。

当時のアメリカ社会では、イギリス法を介したサヴィニーの錯誤論の影響や、フランスの法律家であるポチエの1761年にフランスで出版された注釈書 *Traite des obligations*<sup>27</sup> の英訳が1802年にアメリカで出版されたこと等を背景に、1820年代から30年代にかけてローマ法の法理を用いて錯誤法を説明する見解が登場した<sup>28</sup>。加えて、約因理論も意思理論の影響を受けて19世紀末以降、利益・不利益説から取引説へと変質した。このような諸々の事情を背景に、英米法の伝統的な約因の滅失の法理によらず、ローマ法の分類方法に依拠した錯誤法理が確立したといえよう。

また、錯誤法だけでなく、契約法全体もシビル・ローの影響を受け、18世紀から19世紀前半にかけて、契約の拘束力の根拠を契約当事者らの意思の合致に見出す意思理論のうち、公平と正義に

---

<sup>25</sup> 例えばニュージャージー州やケンタッキー州では、法律によって独立戦争の日以後のイギリスの判例や法の文献に言及することを禁止していた。

<sup>26</sup> 望月・前注5, 53頁, G. ギルモア著・望月礼二郎訳『アメリカ法の軌跡』(岩波現代選書, 1984年) 32-33頁。

<sup>27</sup> ポチエの錯誤論は現行のフランス民法に最も強い影響を与えていると言われており、以下のようになっている。強迫、詐欺、約束における原因の欠缺等とともに、錯誤を合意の瑕疵となる事由としている。そして、錯誤を、物に関する錯誤、人に関する錯誤、合意の原因となった錯誤、物の性質に関する錯誤、動機の錯誤について、考察している。物に関する錯誤と人に関する錯誤の場合にはコンサントマンは完全に破壊され、合意は無効であるとしている。それに対し、合意の原因となった錯誤および物の性質に関する錯誤は解除の原因となるにすぎず、解除の許可状を必要とする、としている。(野村豊弘「意思表示の錯誤(二)―フランス法を参考にした要件論」法学協会雑誌93巻1号78頁。) 伝統的なローマ法における錯誤の分類とコンサントマンを結び付けて論じている点が、イギリス法においてローマ法における分類と約因を結びつけて論じている点と類似している。ポチエの著書の英訳はイギリスにおいても出版され、かつてあるイギリス人の注釈者が「ポチエの契約法準則はオルレアン(フランスの都市名)と同様にウェストミンスター(イギリスの都市名)の法律である」と述べたほど、イギリスおよびアメリカのコモン・ローに多大な影響を及ぼしたことを考えると、イギリスの錯誤法もサヴィニーの影響のみならず、ポチエの影響も受けていたことは明らかだろう。(Ricks, *American Mutual Mistake: Half-Civilian Mongrel, Consideration Reincarnate*, 58 *La. L. Rev.* 633, 686)

<sup>28</sup> その中でももっとも著名なのがジェームズ・ケント (James Kent) およびジョセフ・ストーリー (Joseph Story) である。ケントは1827年に主としてコモン・ローについて、ストーリーは1836年にエクイティについて、それぞれ注釈書を記した (Kent, *Commentaries on American Law*; Story, *Commentaries on Equity Jurisprudence, as Administered in England and America*)。彼らは、イギリス法継受の担い手として理解されているが、その中でケントは、「売買契約」に関して叙述するにおいて、ローマ法および大陸法、特にポチエを引用し、契約締結時に目的物が全部滅失していた場合と一部滅失していた場合について論じている。(Kent, *id.* vol. II at 367-374 [Da Capo Press, 1971 (Da Capo Press reprints in American constitutional and legal history)])。また、ストーリーは、主としてケントおよび学説彙纂 (*Digesta*) に依拠しながら、相互的錯誤について、「当事者に救済を与える事実の不知または錯誤の準則は、その事実は行為または契約にとって重大なものでなければならない、すなわち、それは、その特質にとって不可欠なものであり、その混合物についてある結果を生じる原因でなければならない、というこの重要な要件を有する」と論じている。(Story, *id.* at 139-141 [12th ed., by Joseph Story. William S. Hein & Co., 1984-1877 (Historical reprints in jurisprudence and classical legal literature)])。

根拠を置いて当事者の「主観的」または真の意図を探求する主観主義によって支配されていたといわれている<sup>29</sup>。

#### 4 問題点

しかし、伝統的な錯誤法の区別は、次第に、その基準が曖昧で、一貫性がないと考えられるようになった。たとえばファーンズワース (Farnsworth) によれば、Sherwood 事件で裁判所は、「錯誤は動物の単なる性質に関するものではなく、事物の本質そのものについてである。不妊の牛は、受胎能力のある牛とは実質的に、異なる生き物である。」と論じたが、Wood 事件における石についても同じ議論がなされうる、という<sup>30</sup>。つまり、錯誤は石の単なる性質に関するものではなく事物の本質そのものについてであり、トパーズはカットされていないダイヤモンドとは実質的に、異なる物体である、と論じうるというのである。そして次第にこのような区別を支持する学説はなくなっていった<sup>31</sup>。

### 第4章 主観理論から客観理論への転換

放任主義経済の結果、19世紀半ばごろから、アメリカでは経済活動が全国規模になり、その活動主体も会社を中心となるにつれ、商取引の標準化、画一化の要請が出されることになる。それに合わせて、法的結論の画一性と一貫性、確定性、そして予測可能性が求められるようになった。そこで南北戦争（1861～1865年）後には主観主義理論に代わり、契約の意思理論を強化、補充するものとして、平均的通常人が理解する通常の意味で契約を解釈する客観主義が姿を現すことになる。すなわち、主観主義的意思理論は当事者らの真の意思の合致を契約の拘束力の根拠とするが、その意思の合致の有無は事実問題であるため、事実問題を審理する陪審に対して、必然的に、広範な権限を与えることになる。しかしながら陪審の決定は一定しないので、裁判所が形成した公式的なルールの下に置くことで、画一性を実現するよう、外観から平均的通常人を基準として契約を解釈する客観主義へと変化していったのである<sup>32</sup>。また、意思理論における主観主義から客観主義への移行の背景について、以下のように指摘される。「他の多くの法分野と同様に、19世紀後期の契約法理は、事実として、独立革命後の自然権理論の影響からすでに脱却していた。経済成長を促進するために法を用いようとする功利主義的傾向が強まり、個々のケースでの正義の感覚を犠牲にする場合も少なかった。個人主義や地域主義の要求は、全国的市場と国民経済の下で必要とされた画一化の要請の前に、たびたび斥けられた。主観主義はまた、ユートピア的自然権哲学と密接に関係

<sup>29</sup> M. J. ホーウィッツ著・樋口範雄訳『現代アメリカ法の歴史』（弘文堂、1996年）、39頁；Friedman, *The Objective Principle and Mistake and Involuntariness in Contract and Restitution*, 119 L.Q.R. 68, 70

<sup>30</sup> Farnsworth, *supra* note 7 at 576-577

<sup>31</sup> A.L.I. 52<sup>nd</sup> Annual Meeting Proceedings (1975), 391

<sup>32</sup> ホーウィッツ・前注29, 39頁；Joseph M. Perillo, *The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation*, (2000) 69 Fordham L. Rev. 427, 427-432

あるものとされ、それは、かつてないほどの社会的経済的対立を経験しつつある社会の中で、今、求められている『秩序の探求』を不可能にするとみなされていた。<sup>33</sup>

そしてこの動きは、アメリカ史上、最も著名な裁判官の一人であるホームズの登場によって決定付けられた<sup>34</sup>。彼は、全著作を通じて、法の客観的なルール、すなわち個々人の心理や道徳的な状況を考慮に入れない一般的な法準則の形成が必要であり、かつ望ましいと主張した。彼は、客観的な法準則を通してのみ、いっそう複雑化し、相互依存を強める社会を規制するのに必要な安定性と予測可能性を、法によって提供できると信じていたのである<sup>35</sup>。

1881年に出版された著書、「コモン・ロー (The Common Law)」において、彼は「法は、当事者らの現実の意思とは関係がない。契約では、他の場合と同様に、外観に基づいて判断し、そして当事者らの行動によって彼らを判断しなければならない。」<sup>36</sup>と述べ、客観理論を支持している。

ホームズはさらに、彼の最も影響力を持った論文、「法の小径 (The Path of the Law)」において、法と道徳の峻別を強く主張して客観理論を支持したのだが、それとの関連で契約の解釈につき、以下のように述べた。「法の発展に作用する唯一の力は論理であるという考えは誤ったものである。」「司法判断の文言は主として論理的文言である。」しかしながら、「いかなる結果にも論理的形式を与えることはできる。契約に黙示的に条件を読み込むことが常にできるのである。しかし、なぜ黙示的に読み込むのか。それは、共同体やある階層の実状についての何らかの所信や、あるいは何らかの政策的な意見が原因であり、要するに、正確に量ることができず、それゆえ、厳密な論理的結論を形成することのできない事柄についての、あなた自身の態度によるのである。」<sup>37</sup>このように述べることで、ホームズは、裁判所が解釈という名の下に当事者の意思とは異なった裁判所自身の所信や政策を展開していると主張した。そして、この考えにより、契約責任を当事者の意思に基づかせていたと理解することが不可能となり、これにより、客観主義は、契約の意思理論と相容れないものと解されるに至ったと指摘されている。ホームズのこの言明は非常に大きな影響を与え、契約の自由に対して徐々に強まっていく攻撃の出発点になったという<sup>38</sup>。

彼は客観理論を支持するに至る根拠として、後にこのように述べている。「一方当事者が一方のものを意味し、他方当事者が他方のものを意味したことが明らかとなる場合、一般的に言えば、法の定立者にとって唯一可能な選択は、以下のどちらかである。すなわち、(思慮分別のある通常の

---

<sup>33</sup> ホーウィッツ・前注29, 39-40頁;ギルモアやローレンス・フリードマン、ホーウィッツらは、19世紀後半になって客観理論が発明され、主観理論に取って代わられたという立場を取るのに対し、近時、ペリロは、早くからコモン・ロー上の契約法は客観理論を採用していたが、19世紀中頃に主観理論が一時的に論じられたに過ぎず、かつ、英米法の口頭証拠の禁止の準則により、その適用は極めて限られたものであった、と主張している。Perillo, id.

<sup>34</sup> ホーウィッツ・前注29, 42頁。

<sup>35</sup> Holmes, *The Common Law* (The Collected Works of Justice Holmes, vol. 3, 1995), 273

<sup>36</sup> Holmes, *id.* 309

<sup>37</sup> Holmes, *The Path of the Law* (1897) (The Collected Works of Justice Holmes, vol. 3, 1995), 396-397

<sup>38</sup> ホーウィッツ・前注29, 39-45頁

英語の話し手によって用いられたある文言が、その状況において何を意味するか、という) 私が説明した意味での裁判官による文言の解釈に両当事者を従わせるか、もしくは、意思の合致がないことを理由として契約が無効とされることを許容するか。後者の手段は、敗訴当事者に対して契約を強行することが非常に難しくなるだけでなく、正義という明白な原則に反するだろう。というのも、契約の各当事者は、相手方がその状況下で通常の英語の話し手の慣用に従って彼の言葉を理解するであろうことに気づいており、それゆえ、彼の言葉がその意味で受け取られた場合に、不平を言うことはできないからである。」<sup>39</sup>

このような社会的背景や議論を経て、当事者らの権利と義務は彼らの行為の外観どおりに決定され、一方当事者の意思に合致しない内容で契約が形成されたと判示されるような、極端な客観理論が、20世紀初頭のアメリカを支配することとなる<sup>40</sup>。

## 第5章 法形式主義とリステイトメントにおける錯誤法—第一次契約法リステイトメントおよび第一次原状回復法リステイトメント

### 1 法形式主義 (Legal Formalism) とリステイトメント

アメリカを二分した南北戦争の後、契約法理論が主観主義から客観主義へと移行しはじめた頃、アメリカの法曹界に法形式主義が登場し、支配的となった。法形式主義とは、法は広く一般的に定義や概念、法理を含む諸原則によって成り立ち、その諸原則の数は少なく、法律問題に関する答えはそこから演繹すると考えるものである。また法形式主義者は、法は一般的に特定の事実的背景・状況に影響されず、また影響されるべきではない、と考えた<sup>41</sup>。

この法形式主義の代表がラングデル (Langdell) である。彼は、1870年にハーバード・ロースクールの学長となり、ケース・メソッド (case method) と呼ばれる法学教育の方法を確立した人物である。ラングデルは、「法はひとつの科学である」と考えていたという。それは、彼の有名な言葉に表されている。「この科学 (=法) の素材として利用しうるものはすべて印刷された書物の中に含まれている。……我々 (法律家) にとってのそれ (図書館) は、化学者や物理学者にとっての大学実験室、動物学者にとっての自然史博物館、植物学者にとっての植物園と同じである。」<sup>42</sup> 彼のこのような発想の結果、以下の二つの考えが導かれることとなる。ひとつは、「法的真理は科学

<sup>39</sup> Holmes, *The Theory of Legal Interpretation* (1899) (The Collected Works of Justice Holmes, vol. 3, 1995), 424

<sup>40</sup> Friedman, *supra* note 29 at 68–69; なお、ホームズと同様に強い影響力を与えたラーニッド・ハンド判事は、以下のように述べている。「契約は、厳密に言えば、当事者らの現実の意思とは関係ない。契約は、通常の言葉で言えば、法の効力のみによって、当事者らの一定の行為に結び付けられた義務である。」*Hotchins v. National City Bank* 200 F. 287 at 293 (1911)

<sup>41</sup> G. B. Wetlaufer, *Systems of Belief in Modern American Law: A View from Century's End*, 49 *Am. U.L. Rev.* 1, 12

<sup>42</sup> Record of the Commemoration, November Fifth to Eighth, 1886 on the Two Hundred and Fiftieth Anniversary of the Founding of Harvard College (1887) PP. 97, 98; see Sutherland, *The Law at Harvard* (1967), 175

的真理の一種である」というものである。19世紀において、科学的真理とは、一度論証されると、それは永続するものと理解されていたため、ラングデルに代表される法形式主義者たちは、ひとたび発見されればその後変化することなく永続する、ひとつの正しい法準則が存在すると考えたのである。もうひとつの考えは、数多くの法準則は、科学が進歩するにつれて次第により高次の抽象化された準則に向かって統合されるように、最終的には限られた数の単純な命題に還元される、というものである。このような考えの下に、ラングデルは、判例を素材として、契約法の一般理論を構築した<sup>43</sup>。その際、彼は、以下のように述べている。「(法原則または法理に精通するという目的)のために有益かつ必要な判例は、報告されている判例全体の中でごく小さい部分しか占めていない。(判例の)圧倒的多数のものは、体系的な研究のためには無用であり、さらに有害ですらある。」<sup>44</sup>

法形式主義のもう一人の代表者として名を上げられるのが、前述したホームズである。この法形式主義に方法論を与えた者がラングデルであったとすれば、それに内容を与えた者はホームズであった<sup>45</sup>、とも言われている。

彼は、著書「コモン・ロー (The Common Law)」の「第三章 無効および取消」において、錯誤法について論じている。最初に彼は無効と取消の違いを論じている。すなわち、無効とは、契約が成立されたように思われるが、成立し損ねた場合のことをいい、取消とは成立はしたが一方当事者又は他方当事者によって取消され、決して存在しなかったように扱われることであるという。そして、契約が不成立となる根拠は通常、錯誤、不実表示、あるいは詐欺であると言われているが、これらは単に印象的な状況だけであり、不成立となる真の根拠は契約の成立要件が欠如しているからであるという。次に彼は錯誤を説明するために三つの例を挙げており、その一つとして彼は著名なピアレス (Peerless) 号事件<sup>46</sup>を引用して論じている。

それは、ボンベイからピアレス号という船舶でイギリスのリバプールへ運ばれる綿の売買契約に関する事件である。ボンベイから来るピアレス号という船舶は2隻あり、売主は12月出航のピアレス号を、買主は10月出航のピアレス号を意味していた。そして、買主は綿の受領を拒絶したため、売主が受領および代金支払いを求めて提訴した。それに対して裁判所は、被告である買主は、その綿を受領する義務はない、と判示した。本件についてホームズは以下のように述べている。「(本件は)一般的に、目的物に関する共通の錯誤を理由に、それゆえ、当事者らが同一物について意思の合致がなかったことを理由に、そのような契約は無効 (void) であると言われている。しかし、それをこの方法で説明することは、誤解を招くように思われる。法は、当事者らの現実の意思とは関係がない。契約においては、他の場合と同様に、外観に基づいて判断し、そして当事者らの

---

<sup>43</sup> ギルモア・前注26, 59-69頁。

<sup>44</sup> Langdell, *Case on Contract* (1871), preface; see Sutherland, *supra* note 42 at 174

<sup>45</sup> ギルモア・前注26, 70頁。

<sup>46</sup> *Raffles v. Wichelhaus* (1864), 2 H. & C. 906; 159 ER 375

行為によって、彼らを判断しなければならない。本判決の真の根拠は、上記説明で読み込まれたように、一方当事者が他方当事者とは異なる物を意味したのではなく、各当事者が異なる物を述べたということである。<sup>47</sup> このように彼は客観的に契約を解することを示した後、次のように述べる。「(2隻あるうちどちらのピアレス号か、という意味での) 適切な名前は、ビジネスや訴答手続において用いられたとき、誰もが知っているように、一方の個別の物を意味し、他方の物を意味するのではない。そして、それゆえ、そのような名前を用いられた者は、示された目的物が何であるかを、自らの危険において (at his peril) 見つけなくてはならない。」<sup>48</sup>

このようにホームズは契約の文言を厳格に客観的に解釈した上で、契約文言が取引の根源に至る事実において矛盾がある場合には錯誤を理由に契約を無効とする、という準則を示している。加えてホームズはピアレス号事件において、どの船舶を指し示すかは、通常の英語の話し手によって理解されるべきものであり、その名称を示された者が自らの危険において調べるべきであると述べたが、非常に興味深いことに、ホームズによって、契約解釈は客観的に行うという考えが提示されただけでなく、契約解釈における客観主義を貫徹する結果、現実の意思が示す目的物と現実の目的物が異なるというリスクを負担している者は法的保護を与えられない、というリスク負担の考えの端緒となりうるものがすでに見出されていたのである。

「法の区別は論理ではなく、経験に基づいている」<sup>49</sup> という彼の言明からの明らかなように、ホームズは法形式主義の代表と考えられてはいるものの、彼の法学には経験主義的、または実用主義的な側面が含まれていた。つまり、彼は、法の内容を規定する究極的要因は「時代の切実な要請」であるとして、超自然的なものとして定められる抽象的命題からの論理的演繹による判決の方法を批判した、という。そして、この側面が、次の時代の法学リアリズムに受け継がれ、発展させられるのである<sup>50</sup>。

時を同じく1880年代、ウエスト・パブリッシング (West Publishing) 社が、全国の連邦および州の上訴裁判所の判例すべてを掲載するナショナル・レポーター・システム (National Reporter System) を開発する。これにより、実務界が参照すべき判例は膨大なものとなり、その対応に実務家たちは困惑した。このような社会的事情を背景に、ラングデルをはじめとする法学者たちが行う理論化・体系化は、正しい判例と圧倒的多数の無価値な判例を選別するのに有益となった<sup>51</sup>。

こうして、アメリカ法における学説の地位は著しく高まり、法実務に大きな影響を与えるようになった<sup>52</sup>。法形式主義の中心はラングデルのハーバードの学生や同僚であり、その中には、ジェームズ・バー・エイムズ (James Barr Ames)、ジョセフ・ビール (Joseph Beale) そしてサミュエ

---

<sup>47</sup> Holmes, *supra* note 35 at 273

<sup>48</sup> Holmes, *ibid.*; なお、ホームズは一方的錯誤を法的保護の根拠とは認めていない。

<sup>49</sup> Holmes, *supra* note 35 at 274

<sup>50</sup> 望月・前注5, 59頁。

<sup>51</sup> 望月・前注5, 59頁。

<sup>52</sup> 望月・前注5, 57-60頁; ギルモア・前注26, 59-96頁。



ル・ウィリントン (Samuel Williston) が含まれる。そして、この法形式主義の成果は、ウィリントンと彼の同僚によって記された注釈書と、第一次契約法リステイトメントという形で、結実している<sup>53</sup>。

## 2 リステイトメントにおける契約の成立と解釈、そして錯誤法

### 契約の成立と解釈

1932年に公表された第一次契約法リステイトメントは、19世紀以来のコモン・ローとエクイティの融合により、両者の法準則を統合する形で規定された<sup>54</sup>。

非要式契約の成立については、「相互的同意の表示 (manifestation of mutual assent)」と「約因」が要件とされている<sup>55</sup>。この「相互的同意」について、「当事者の主観的な意思の合致 (mental assent) は、契約の成立にとって必要ではない<sup>56</sup>とされ、また契約の解釈の箇所においては、「非要式契約の成立に必要とされるのは、実際の同意それ自体ではなく、外見上、相互的同意を示す表示である<sup>57</sup>と述べられており、客観主義的立場を基本としていることが明示されている<sup>58</sup>。

### 錯誤の定義と要件

本リステイトメントにおいて、錯誤は「事実と合致しない意思<sup>59</sup>と定義され、それに続いて、契約の成立を妨げる錯誤、および、契約を取消すべき相互的錯誤あるいは一方的錯誤の三種類の錯誤について、準則が定められている。

最初の類型である、契約の成立を妨げる錯誤とは、被申込者に対する申込の通知が遅延したこと

---

<sup>53</sup> Wetlaufer, *supra* note 41 at 15

<sup>54</sup> イギリスでは中世後期に、エクイティの裁判管轄が確立したものの、コモン・ロー裁判所とエクイティ裁判所の間では、その権限の問題や裁判管轄権をめぐる争いがあった。18世紀には、このような技術的な問題のみならず、コモン・ローの法律家たちは、エクイティ裁判所を司る大法官たちが、いまだに「良心の裁判所」としての中世的かつパターナリスティックな役割観念を有し、実体的な裁判の問題を法のルールに反する方法で解決していると非難した。そして、19世紀初めまでには、エクイティの制度は、ほぼ完全にコモン・ローに従属するものとなり、大法官自らが、コモン・ローとエクイティの実体は同一であり、ただ救済だけが異なると述べるに至った。アメリカでは、1820年代からの法典化運動の中、ニューヨーク州において、フィールドによって起草された民事訴訟法典が成立したのだが、本法典は訴訟方式を単一化して、コモン・ローとエクイティの運用を統一化する内容となっており、アメリカにおけるコモン・ローとエクイティの融合の象徴として理解されている。(ホーウィッツ・前注29, 17-18頁; 望月・前注5, 56頁)。

<sup>55</sup> Restatement, Contracts, §19

<sup>56</sup> *id.* §71 comment a

<sup>57</sup> *id.* §226 comment b

<sup>58</sup> この立場に基づいて完成合意書の解釈および完成合意書のない合意の解釈基準につき、§230および233で定められている。詳細については、鹿野菜穂子「アメリカ法における契約の解釈と当事者の意思(一)」九大法学60号95頁以下。また、このような原則に対して、当事者の意思が契約の成立に影響を及ぼす例外的場合として、意思の不一致について、第71条で規定されている。後注61参照。

<sup>59</sup> Restatement, *supra* note 55 at §500

を被申込者が知りまたは知りうべきであった場合（51条）、意思の不一致の場合（71条）、そして契約時に当事者らの知らない事実によって履行が不能であったという、いわゆる原始的不能の場合（456条）のことをいい、この錯誤がある場合には、各条に定められた準則に従い、契約の存在は妨げられ、また、同一の準則に従って義務の免除又は譲渡の効力は妨げられるという<sup>60</sup>。ちなみに、ホームズが相互的錯誤の問題として言及したピアレス号事件は、第一次契約法リステイトメントにおいて、意思の不一致に関する第71条で処理され<sup>61</sup>、意思の不一致と相互的錯誤は区別して論じられている。

相互的錯誤については、「当事者らが契約関係に影響を及ぼす取引に入るに際し、取引に入る根拠として当事者らが前提とした事実について、双方とも錯誤に陥っていた場合、取引を強制することが、当事者らが信じていたような事実があった場合と比べ、いずれかの当事者に重大に（materially）不利となるならば、その取引は、以下の場合を除き、当該当事者によって取消しうる」と規定している。以下の場合とは、すなわち、(1)善意の第三者の利益（welfare）が不公正に影響を及ぼされる場合、(2)取引の取消を求める当事者が取引に入ったときに当事者らが有していた実際の意思に従って文書訂正命令（reformation）を得ることでき、または、取引を履行できる場合、そして、(3)錯誤によって損害を被った当事者に損害賠償をすることにより、彼が想定していた取引があった場合と同等の地位に彼を置くことができる場合のことをいう<sup>62</sup>。ここで①契約の両当事者が、契約締結の根拠とした事実につき錯誤に陥っていること、そして、②取引を強制することにより、当事者が信じていた事実が存在する場合と比べ、一方当事者に重大に（materially）不利となること（あるいは、錯誤が、当事者らが契約締結の根拠とした事実にきわめて重大な影響を及ぼすこと<sup>63</sup>）が要件として挙げられている。この規定について、「両当事者が取引に入る根拠として事実の一定の状態の存在を前提としていた場合、その前提が誤りであるのならば、当該取引は害

<sup>60</sup> Restatement, *supra* note 55 at §501

<sup>61</sup> 「第71条 申込者又は被申込者の表示されていない理解が重要である場合 55条および70条で定められた場合を除き、自分自身の文言その他の行為、又は他方当事者の文言その他の行為の意味につき、表示されていない理解は、以下の場合のみにおける契約成立において、重要である：(a)一方当事者の意思表示が不正確または曖昧であり、かつ、他方当事者に対してその者がそれら意思表示に付したものと異なる意味を負担することを知りうべきでない場合、他方当事者がそれらに同様の意味を付する場合に限り、その表示は契約成立につき、効力を生ずる。(b)両当事者が、いずれの当事者の表示も不正確または曖昧であることを知り、あるいは知りうべき場合で、かつ、両当事者らがその表示に対して互いに異なる意味を付している場合、この相違は、不正確または曖昧な表示が申込または承諾として効力を生ずることを妨げる。(c)一方当事者が、他方当事者の文言その他の行為が示したものを意図していないことを知っている場合、この認識は、そのような文言その他の行為が申込又は承諾として効力を生ずることを妨げる。」なお、ウィリストンが起草した統一売買法（Uniform Sales Act, 1906）には、原始的不能について、以下のような規定が設けられている。「第7条(1) 当事者らが特定物の売買を意図したが、合意時に目的物が完全に破損されていることを、売主が知らなかった場合、その合意は無効である。（以下省略）」

<sup>62</sup> Restatement, *supra* note 55 at §502

<sup>63</sup> Wiliston, *Contracts* (1920~22) §1544; Restatement, *supra* note 55 at §502 comment e

を被った当事者により取消されうる。その錯誤が人の同一性に影響を及ぼすのか、人や事物の属性に影響を及ぼすのかは、重要ではない。当事者らが取引の根拠として前提とした事実の存在に錯誤があること、それが重要なのである。事実の重要性は、当事者らがこの前提をなしたという重要な証拠である。」という説明がなされている<sup>64</sup>。この事実の重要性は、主として説明の便宜のため、①取引の本質に関する錯誤、②契約の相手方の同一性に関する錯誤、③契約の目的物の同一性に関する錯誤、④周辺の事情に関する錯誤（すなわち、非本質的錯誤）、の四つの錯誤に分類されるが<sup>65</sup>、第一次契約法リステイトメントの報告者<sup>66</sup>であるウィリストンによれば、これらの分類は、イギリス法がローマ法における錯誤の分類方法を借用したものに基いているが、これらはイギリス法およびアメリカ法においては、錯誤を通常生じる事実によって分類するのに役立つ、という以上に価値のあるものではない、という。というのも、裁判所が取引を取消しうべきものとするにもかかわらず、これらの分類に入らない錯誤もあるからである<sup>67</sup>。ここに、従来のローマ法に依拠した錯誤の分類と錯誤法準則が明確に否定されたのである。この他、上記(1)~(3)の場合に該当しないことが要件とされる。

最後に、一方的錯誤については、伝統的に法的保護を与えられないと解されていたのに呼応して、原則としては「契約締結の根拠をなす、一方当事者のみの錯誤、又は、両当事者の錯誤が各々異なる事項に関する場合には、それ自体で契約を取消すことはできない」としている。「しかし、錯誤が同一の事項に関する場合には、その事実に関する当事者らの錯誤が同一でないことを理由に取消権は妨げられない」<sup>68</sup>と述べ、同一の事項に関する一方的錯誤を理由とする取消を認めるに至っている。ここにおいても、「たとえ申込が錯誤の下でなされ、又は申込者が意図していることを表示し損ねたとしても、申込の承諾によって契約は成立する。申込者の行為の客観的外観が支配するのである」と説明し、客観主義の立場を明示している。加えて、註釈においては、一方当事者のフォルトによる場合（476条参照）、あるいは、契約締結時に錯誤があることを当事者が知り、又は知りうべきであった場合（472条b項参照）には、契約は取消されるとしており<sup>69</sup>、結果として後に詳細する第二次契約法リステイトメントと同一の立場を示している。

このほか、両当事者が錯誤に陥っていることを知るができず、または発見することができなかったというネグリジェンスは、契約の取消や文書訂正命令を妨げないという<sup>70</sup>。

第一次契約法リステイトメント公表の4年後に公表された第一次原状回復法リステイトメント<sup>71</sup>

<sup>64</sup> Restatement, *supra* note 55 at §502 comment a

<sup>65</sup> Restatement, *supra* note 55 at §502 comment e

<sup>66</sup> リステイトメント起草の際、まず報告者が立案し、その後アドバイザーらによって審議される。アドバイザーらの議論や判断は報告者を拘束しないが、通常はそれにしたがってリステイトメントは修正される。そして修正された立案は、50~60名の著名な弁護士や裁判官、法学部教授らによって構成される評議会（Council）によって審議される。（Farnsworth, *Ingredients in the Redaction of the Restatement (Second) of Contracts*, 81 Colum. L.R. 1）

<sup>67</sup> Williston, *supra* note 63 at §1546

<sup>68</sup> Restatement, *supra* note 55 at §503

でも、法的保護の与えられる「基本的事実の錯誤」<sup>72</sup>の内容については、第一次契約法リステイメント502条（相互的錯誤）で挙げられた要件が引用されている<sup>73</sup>。

### 救済方法

救済方法としては、文書訂正命令と契約の（不成立）無効、契約の取消の三種類がある。

文書訂正命令は、当事者らの現実の意思を表すように文書を訂正することを裁判所が命じるものであるが、以下の場合に認められる。まず、意思の不一致において、契約書等の法律的文書の作成時に、一方当事者が、当該文書は正確に他方当事者の意思を表示していないことのみならず、他方当事者の意思が何であるかを知っている場合には、他方当事者は、意思を表示するよう文書を訂正することができる（505条）。また、相互的錯誤において、両当事者の意思は一致しているが、それを表した文書がその意思と重大な矛盾を有している場合、それによって善意の第三者が不公正に影響を受けないのならば、当事者らは自らの意思を表示するよう、文書訂正命令を得ることができる（504条）。

契約の（不成立）無効と取消は、錯誤を知った時直ちにその主張がなされなければならない、錯誤により、たとえ受領された金銭その他の目的物が錯誤者または相手方によって滅失、毀損されたとしても、受領した時と同程度の状態で返還されなければならないという<sup>74</sup>。

### 3 リステイメントにおけるリスク配分

この時点ではまだ、リスク配分は錯誤の判断基準の一要素として法準則の中に列挙されていない。しかし、すでに、「リスク」という文言はリステイメントにおいても登場している。

---

<sup>69</sup> Restatement, *supra* note 55 at §503 comment a ; この外、リステイメントでは言及されていないが、ウィリントン、契約が未履行であり、かつ当事者らが原状回復しうる場合にも取消しを認める判例がいくつかあること、および救済を求める一方的錯誤者にネグリジェンスがないことが求められることを、体系書で述べている（Williston, *supra* note 63 at §1578, 1580）。

<sup>70</sup> Restatement, *supra* note 55 at §508

<sup>71</sup> 従来英米法（アメリカ法）では、種々雑多な訴訟方式の分類や救済上の分類について、首尾一貫した完全体として認識されてこなかった。しかし1936年に公表された原状回復リステイメントによって、原状回復・不当利得法の構成要素が発見され、その存在を知らされることとなった。この原状回復リステイメントは、アメリカのみならずイギリスやカナダ、オーストラリアなど、広く英米法圏に影響を与えた。（Restatement, third, Restitution, Discussion Draft, Reporter's Introductory Memorandum）近時、特にイギリスにおいて原状回復法の議論が活発になされているが、そのきっかけとなったゴフ（Goff）およびジョーンズ（Jones）による「原状回復法（Law of Restitution）」（初版は1966年）も、この原状回復法リステイメントから着想を得たものである。（P. Birks, *Misnomer in Restitution Past, Present and Future Essays in Honor of Gareth Jones*）

<sup>72</sup> Restatement, Restitution §9 (3)

<sup>73</sup> Restatement, *id.* §16 comment c.

<sup>74</sup> Restatement, *supra* note 55 at §510 ; 錯誤を理由とする返還の方法については、第一次原状回復法リステイメントに詳述されている。（Restatement, *supra* note 72, Ch. 2）

まず、第一次契約法リステイトメントにおいては、相互的錯誤の注釈において、「当事者らが特定の事柄 (matter) およびそれを前提とした契約について疑いがあることを知っている場合、事実が望みと一致しているという期待が外れたことを理由に、契約を取消しうることはない。疑わしい事実の存在のリスクは、取引の要素の一つとして引き受けられているのである」<sup>75</sup>と述べられている。ここで、契約当事者の意思の一要素としてリスクが言及されている。

また、第一次原状回復法リステイトメントでは、§11に「錯誤のリスクの引き受け。和解」と表題としたものが登場した。「(1)和解その他の方法により、それを根拠に取消権を付与され、その結果、原状回復請求権も付与されるであろう錯誤のリスクを引き受けることに合意し、あるいは引き受ける意図を持っていた場合、その者は他者との取引を取消す権限を有しない。(2)さもなければ取消権を有しないとしても、当事者らがそのように合意した場合、錯誤を理由にある者は他者との取引を取消す権限が付与される。(3)錯誤を理由とした取消権が存在し、あるいは存在しないという合意は、それが詐欺的不実表示もしくは重要な不実表示によって引き起こされ、または両当事者が引き受けた基本的事実の存在に関する相互的錯誤によって引き起こされたならば、その合意自体、取消されうる。」これに付された注釈は、以下のように述べている。「錯誤のリスク負担に関する合意は、詳細な約定によるものであり、または慣習あるいは制定法の産物であろう。仮定された事実状態の存在に関するリスクが譲渡人にあるという条項が有効な合意の中に見出される限りで、そのような事実に関する錯誤を理由として、取引の取消しはありえない。当事者らの意思に関する明確な表示や関係のある慣習、当事者らが合意していないときに条項を指定する統一売買法 (Uniform Sales Act) のような制定法がない場合、裁判所が両当事者らにとって公正であると考え、錯誤のリスクに関する条項にしたがって、取消権が与えられ、または拒絶されるのである。」<sup>76</sup> ホームズによって提唱された契約の客観理論により、当事者の意思が明らかとなっていない場合、裁判所は当事者の意思の解釈という擬制を用いて判断することができなくなった。そこで第一次原状回復法リステイトメントでは、「裁判所が両当事者らにとって公正であると考え、錯誤のリスク」によって判断するということで、裁判所による判断が当事者らを拘束することを正当化するに至っている。

以上からすでに、第一次契約法リステイトメントでは、後に言及する第二次契約法リステイトメント §154(b)と同様の法準則が、また第一次原状回復法リステイトメントにおいては、§154(a)および(c)と同様の法準則が、示されていることが明らかになる。

#### 4 小括

英米では19世紀前半まで形式主義であったため、大陸法的のように契約当事者の意思の欠缺を理由とする錯誤を認めることはなく、そのため当事者らが契約の前提としていたものが誤っていた

<sup>75</sup> Restatement, *supra* note 55 at §502 comment f

<sup>76</sup> Restatement, *supra* note 72 at §11 comment d.

ときには、形式主義の枠内で約因の滅失や証書作成否認答弁、非債弁済等の法理により、契約の拘束力から免れるよう理論付けしていた<sup>77</sup>。その後、大陸法の影響を受けて、形式ではなく意思が契約の拘束力の根拠とする意思理論を導入し、意思の不一致を含んだ錯誤理論を構築することとなった。ここでは主観主義的意思理論により、契約当事者の真の意思を探究することが可能となり、真の意思と事実の不一致という錯誤を認め、契約を（不成立）無効とするに至った。しかし、時代の要請から客観理論が支配することとなった時、再び錯誤を認めることが難しくなる。すなわち、外観から平均的通常人を基準として契約を解釈することにより、当該契約当事者の内心を問題とすることができなくなるのである。加えて、約因理論も意思理論の影響を受け、利益・不利益説から取引説へと変質したため、約因の有無を問うことによって解決する方法へと戻ることはできない<sup>78</sup>。そこでホームズは、極端な客観理論を貫徹することにより、外観どおりに契約を解釈することで内心とは異なる事態が生じる「リスクを負担する」という契約責任の問題へと転化し、その責任を負わない場合のみ、錯誤を根拠とする（不成立）無効を認め、錯誤者は法的保護を受けられる、と理論を構築したといえよう。後に見るリスク負担の法理は、主観主義から極端な客観主義へと転換する過程で錯誤を認めるために必然的に出た法理といえる。

第一次契約法リステイトメントは、契約の成立と解釈において明示したように、当事者の真の意思とは無関係に、表示上の（外観上の）意思の合致を根拠に契約が成立するという客観主義の立場を原則として採用している。それに対して、事実と合致しない意思が当事者にあり、それが重大で当事者に害を及ぼすときには錯誤を理由に契約の取消を認めることによって、客観主義の例外的場合を定めており、この限りでは、主観的アプローチによっている。しかしながら、その表示と意思が不一致である場合には、文書訂正命令によって、意思と表示が一致するよう認め、第三者が善意である場合や損害賠償によって錯誤者の損害を填補できる場合には取消を認めないという準則を採用することにより、取引の安全あるいは相手方・第三者の信頼の保護を図っており、この方法によって客観主義が採用されたのと同じの価値判断ないし政策が実現されているのである。

また上述したように、従来、アメリカ法は大陸法の影響を受け、法的保護が与えられるのは合意にとって「本質的な」錯誤でなければならず、その判断基準として、人や目的物の「存在」や「同一性」、「性質」、「価値」、「属性」といったものが考慮されてきた。しかし、第一次契約法リステイトメントでは、大陸法の影響を否定した上で①「契約の両当事者が、契約締結の根拠とした事実につき錯誤に陥っている」こと、そして②「取引を強制することにより、当事者が信じていた事実が存在する場合と比べ、一方当事者に重大に（materially）不利となる」ことが錯誤の判断基準とされている。これは、法的保護が与えられるのは「重大」であるという意味で本質的な錯誤であることには依然として変わらないのだが、その判断基準は、「同一性」や「性質」、「価値」、「属性」と

<sup>77</sup> 英米の錯誤法の前史については、木下毅「英米契約法における錯誤（一）」立教法学12巻32-33頁

<sup>78</sup> ホームズは伝統的な利益・不利益説に立った議論は間違ったものであると主張し、「取引説」という文言は用いていないものの、取引説と同様の立場を明らかにしている。（Holmes, *supra* note 36 at 264）

いった曖昧な基準を捨て、「信じていた事実が存在する場合と現実とを比べて」その程度が重大か否かを判断するという、より抽象的なものとなっており、法形式主義の影響が見て取れる。

他方、アメリカ錯誤法では、伝統的に相互的錯誤と一方的錯誤を二分し、契約の安定性を保護するため前者にのみ法的保護が与えられる、と説明されてきた<sup>79</sup>。しかし、第一次契約法リスティメントの注訳では、①「一方当事者の錯誤が他方当事者のフォルト（過失）による場合」、そして②「他方当事者が、取引に入るときに錯誤があることを知り、あるいは知りうべき場合」には、相互的錯誤と同様に救済が与えられるとされた。客観理論は、「表意者が一定の事項に合意したと前提にするのに合理的根拠を有する相手方が、有効な契約の存在を信頼できるようにする」ものであるため、「この相手方が、表意者の錯誤に気がついている場合には、客観的基準に」よって保護されないという<sup>80</sup>。したがって、リスティメントにおける上記の準則は、このような客観理論の適用の結果であると言えよう。それと同時にこれは、多くの裁判所が、公平ないし公正であると考え結果に到達するために、共通の錯誤と一方的錯誤の二分法を機械的に適用することを拒んだ結果でもあろう<sup>81</sup>。

第一次契約法リスティメントは、19世紀末から20世紀初頭にかけて強い影響力を有した法形式主義の論者である、ウィリントンが報告者として起草に携わった。そのため、当該リスティメントは法形式主義の考えが強く反映されている。しかし、リスクという文言が登場した背景には、客観主義を唱えたホームズの影響のみならず、1920年代、30年代にアメリカで広く一般に広がった、法学リアリズム（Legal Realism）が強く影響していることも考えられる。法学リアリズムとは、後述するが、他の学問分野の中でも特に社会学や精神分析学を含む社会科学の広い範囲を法に持ち込もうという努力をなしたものであり、後の「法と社会科学」や「法と経済学」、「批判法学（critical legal theory）」の源流である。当時、経済学分野においてリスクという文言が多用され、「リスクとリスク負担（Risk and Risk Bearing）」という著書が1923年に出版されている<sup>82</sup>。当該著書は経済学分野において当時最も読まれた教科書であったのだが<sup>83</sup>、その翌年、錯誤法の大家であるパターソン（Patterson）が、その著書を引用しつつ、リスク配分という観点から法律問題を解決すべきであると論じた「法的工夫を通してのビジネスリスクの配分」<sup>84</sup>という論文を発表している。本論文において、彼はリスク配分という観点から法的問題の解決を図る立場を表明し

---

<sup>79</sup> E.g. Steinmeyer v. Schroepfel, 80 N.E. 567, 566 (Ill. 1907)

<sup>80</sup> Friedman, *supra* note 29 at 72

<sup>81</sup> Corbin, Contracts (1960) §608; Kessler & Fine, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*, 77 Harv. L. Rev. 401, 434 ; パターソンはすでに1928年に発表した論文において、サヴィニーおよびドイツ法に依拠しながら、一方的錯誤による救済が認められるべきことを主張し、その論理的根拠、適用範囲、救済方法等の一方的錯誤法準則を論じている。Patterson, *Equitable Relief for Unilateral Mistake*, 28 Colum. L. Rev. 859 (1928)

<sup>82</sup> Hardy, *Risk and Risk Bearing*

<sup>83</sup> Hardy, *Readings in Risk and Risk-bearing* (1924), preface

<sup>84</sup> Patterson, *The Apportionment of Business Risks Through Legal Devices*, 24 Colum L. Rev. 335

ている。ここで彼は、重要な事実に関する相互的錯誤が、従来、ローマ法を起源とする区別や、意思理論に基づいて論じられてきたことを批判している。つまり、彼によると、一般的な錯誤概念は実務上の判断をするのに役立つことはすでにドイツの法学者イエーリングによって指摘されており、また、意思理論は、法的結果を人間の行為に結びつけるプロセスを考えるものであり、行為の外観は個人の意思を表す決定的な証拠だとされているが、これも結局は外観を「解釈」しているにすぎないという。そこで、リスク配分から相互的錯誤の問題を考えることが、問題をより明瞭にすると論じている。彼は、錯誤のみならず法律問題全般のリスクを考える要素を五つ挙げている。

1. たとえば保険契約における火事や病気のような「出来事」、2. その出来事の「原因」、3. その出来事によって引き起こされた「損害」、4. 除去し、または他人に移転することを望むようなリスクが自らに課せられていることを知っている者の主観的な「不確実性」、5. その出来事における「人物」である。4. の「不確実性」が具体的に何をさしているのかは、定かではない。また5. については、たとえば農家の納屋に鉄道会社の機関車から飛び散った火花が移り、火災が起きた場合、損害賠償請求する相手が鉄道会社が保険会社かによって考慮される点が異なることをあげている。

## 第6章 リステイトメントに対する法曹界の評価—法形式主義と法学リアリズム

### 1 リステイトメントに対する評価

このリステイトメントに対する評価は、賛否両論あった。たとえばヒューズ (Hughes) 首席裁判官は、リステイトメントを「記念碑的な業績」と賞賛し、その出版を「最初の重要な出来事」と述べた、という<sup>85</sup>。

それに対して、クラーク (Clark) はこのリステイトメントに対して批判的であった。彼はイェール大学ロー・スクール学長であり、財産法リステイトメントのアドバイザーであったのだが、彼が属した財産法リステイトメントの部会は「しばしば、従来決して存在し得なかった基礎的準則を強制しようとし、吐き気をもよおす以外何ものでもない、耐え難いものとなった」と述べているように、A.L.I. のリステイトメント方法全体を、激しく批判している<sup>86</sup>。また、コロンビア大教授のパターソンやイリノイ大教授のゴープル (Goble)、そしてノースウエスタン大教授のハヴィーハースト (Havighurst) らは、リステイトメントという成果を高く評価しつつも、法律用語の用法の曖昧さや矛盾、個別規定の内容について、批判をしている<sup>87</sup>。この中で錯誤法に精通しているパターソンは、リステイトメントを以下のように評価している。

<sup>85</sup> Hughes, Restatement of Contracts is Published by the American Law Institute, 18 A.B.A.J. 775 (1932); see Farnsworth, Ingredients in the Redaction of The Restatement (Second) of Contracts, 81 Colum L. Rev. 1

<sup>86</sup> Clark, The Restatement of the Law of Contracts, 42 Yale L.J. 643, 646

<sup>87</sup> Patterson, The Restatement of the Law of Contracts, 33 Colum. L. Rev. 397 (1933); Goble, The Restatement of the Law of Contracts, 21 Calif. L. Rev. 421 (1933); Havighurst, The Restatement of the Law of Contracts, 27 Ill. L. Rev. 910 (1933)



まず、第一次契約リステイトメント全体については、意思の合致ではなく「契約意思の表示 (manifestation of assent)」が法的債務の基本的な基準であるので、いわゆる契約の客観理論と一致しているが、「相互的合意の表示 (manifestation of mutual assent)」のような意思に言及することにより、または、「意図 (intention)」や「当事者らの予期 (contemplation of the parties)」, 「知りまたは知りうべきである (knows or has reason to know)」といった不明確な唯心論的な文言を用いることによって、行為が特徴付けられているため、結果的に「客観理論は一部分にしか、形成されていない」という<sup>88</sup>。またパターソンは、個人の行為や意思の解釈の中よりも、黙示的リスク負担 (implicit risk-taking) というある種の司法的・経済的理論 (juristic-economic theory) の中に、真の基準が見出されるという自らの見解を明らかにしており<sup>89</sup>、これに関連して、相互的錯誤における「当事者らが取引に入る根拠として前提とした事実」という基準は、リスク負担の準則を表したものであると評価しつつも、注意を要するという。というのも、第一次契約法リステイトメントの基準は個人の契約意思 (assent) やその意思を無効とする個人の機会に向けられているが、標準化された (客観的な) リスク配分の準則は、これらの (主観的な) 基準を承認しないため、両者は潜在的に矛盾しているからである<sup>90</sup>。たとえば、甲土地に関する B の権利放棄型捺印証書<sup>91</sup> に対して、A が単純不動産権<sup>92</sup> の公正価格を支払う場合に、AB 両者は、B が担保や用益等の土地に対する負担のない単純不動産権を有すると考えているが、そうではなかったとき、おそらく A は、コモン・ローにおいてもエクイティにおいても救済されないという<sup>93</sup>。つまり、彼らは「当事者らが取引に入る根拠として」B を所有者とする事実を前提としていたにもかかわらず、B の権利放棄型捺印証書を A が受け取ったために、A は甲土地についての何らかのリスクを負担していると考えられ (これを理由に A は救済されないのであるが)、第一次契約法リステイトメントにおける基準とリスク配分の準則の間には矛盾が見出されるのである。そして、彼は、以下のように結論付けている。「慣習やビジネスの便宜に基づく一連の準則は、コペルニクスの天動説がプトレマイオスの地動説と調和しないように、個人の契約意思に基づくジンテーゼ (総合命題) と調和しな

---

<sup>88</sup> Patterson, *id.* at 410

<sup>89</sup> Patterson, *id.* at 422 note 124

<sup>90</sup> Patterson, *id.* at 426

<sup>91</sup> 権利放棄型捺印証書 (quitclaim deed) とは、譲渡人が譲渡しようとする財産 (通常は不動産) に対して正当な権限を有することの保証はせずに、その時点で何らかの権原 (title) を有していたらこれを放棄し、譲渡するという趣旨の捺印証書のことである。譲渡人の権原に疑いのある場合、譲渡人が無資力の場合、贈与による譲渡などに用いられるという。(田中英夫「英米法辞典」(東京大学出版会) 692頁)

<sup>92</sup> 単純不動産権 (fee simple) とは、相続人のいるかぎり、その相続人の種類を問わず承継され、存続しうる財産権をいう。英米の不動産に対する物権法は、大陸法では所有権概念がその中心となっているのに対し、不動産権 (estate) 概念を中心に構成されている。その不動産権には、不動産を占有・収益する権利の終期を基準に、歴史的に認められてきたいくつかの種類があるが、単純不動産権は、これらの中で最大のものであるという。(田中英夫「英米法辞典」(東京大学出版会) 341頁)

<sup>93</sup> *Whittemore v. Farrington*, 76 N.Y. 452 (1879)

い。」パターソンは、客観主義を貫徹するため、すでに発表した論文で述べたように、従来保険において考えられていたリスク配分という方法を用いて、法律問題を解決する道を考えていたのである。

第一次契約法リステイトメントに対する賛否は、法形式主義と法学リアリズムの対立として理解することが可能であろう。法形式主義においては、前述のように、法は広く一般的に定義や概念、法理を含む諸原則によって成り立ち、特定の事実的背景や状況に影響されず、また影響されるべきではない、と解され、裁判では、その数少ない諸準則から、特定事件の事実を通して三段論法的に明確な判決に到達するものとされてきた。したがって、裁判官の唯一の任務は、適切な準則や判例を発見し、それを大前提として個別事件に適用することに限られ、こうすることによって、裁判官は確実性と画一性を持って事件を論理的に判決できるとされていた<sup>94</sup>。しかし、このように裁判を行うことに対しては、すでにホームズによって批判されていた。そして、アメリカの産業が活発となるにつれて、1920年代頃からしだいに、法形式主義に基づく法理論で当時の法の実態を説明するのはもはや不可能だと感じる人々の数は増大していった。他方、法実務に携わってから教職についた者達は、弁護士や裁判官としての活動の背後にある個人的、人間的要因を熟知しており、多くの判例や準則が混乱に満ちた性質のものであることも、現場で体験していた。このような経験から、彼らは、法と変化しつつある社会との間の現実の関係を理解すると同時に、当時の実務の背後にある諸々の理由を説明することの必要性を感じた。そして彼らは、新しい、科学的な法理学を求めて、社会学や精神分析学、経済学等、社会科学の広い範囲を法に持ち込み、模索を始めたのである<sup>95</sup>。この新しい法理学は「法学リアリズム」と呼ばれ、第一次契約法リステイトメントに対して批判的な態度をとったクラークやパターソンらは、この学派に属す者達であった。

## 2 法学リアリズム

法学リアリズムをめぐる本格的な議論が始まったのは、ルウェリン (Llewellyn) とフランク (Frank) が1930年に相次いで法学リアリズムに関する論文を発表してからである。この法学リアリズムは、法律文書や法的事実を決して確実ではありえず、また終始論理的ではありえないものであり、法というものは単に変化する現象である、という想定に立ち、抽象的な概念や概念的思考(法形式主義が考えていたような法の諸原則)は、明晰な思考を妨げるものとして、これを排した<sup>96</sup>。ルウェリンによれば、法律概念や分類は、世界を扱いやすくするための単純な工夫に過ぎず、必要なものではあるが、「経験に根拠を持たないところ硬直性、実在性そして固有の価値をあ

<sup>94</sup> E. A. Purcell, Jr., *American Jurisprudence between the Wars: Legal Realism and the Crisis of Democratic Theory*, 75 *Am. Hist. Rev.* 424 (E. A. パーセル著・碧海純一訳「両大戦間におけるアメリカ法理学(1) (2・完)」*アメリカ法*1972-1, 1973-1), 426

<sup>95</sup> Purcell, *id.* at 429; Wetlaufer, *supra* note 41 at 18

<sup>96</sup> Wetlaufer, *supra* note 41 at 16-22; Purcell, *id.* at 434

たかも具備しているかのような外観を有する傾向にある」という<sup>97</sup>。そして、その硬直性のゆえに、「概念が生じたモデルとなる事実が消え、または変わった後でも、結晶化した法的概念は残存する」<sup>98</sup>ため、「新しい事実や状況が、時代遅れの概念に無理に合わせられるか、全く無視されることになる」<sup>99</sup>という。また、これら法的準則の概念は、それらが誰の訴訟に関する準則なのか、どの訴訟について定められているのか、裁判所がなすべき (ought) ことを内容としているのか、現実になしている (is) ことを内容とするのか、また裁判所が果たしてそれに実際に従っているのか、人々は、自らがなすべきだと定められる準則に従って行動しているのか、等という点で曖昧であるという。そして、理論家は、これらの意味が自らの言葉にどれだけ含まれているかをわざわざ示すことをほとんどせず、そのような意味のうちの一つを基に論じる。その結果、法律上の討論は必然的に、大いに混乱するという<sup>100</sup>。したがって、「特定の準則の意義は」「最も重要で中心的な現象である行動の調査を待ってはじめて明らかになる」<sup>101</sup>という。フランクはルウェリンの考えをさらに進めている。彼によると、裁判官も人間であり、人間の通常の思考過程では、誰も三段論法的推論によって、判断に到達はしないという<sup>102</sup>。すなわち判決とは、彼によると、裁判官は、特定の事件において何が善で何が悪であるかという直観 (intuitive sense, hunch, 勘) によって判断をし、その後、自分の「勘」を支持すべき適当な準則を探すものであるという<sup>103</sup>。したがって、裁判所の意見は、判事が自分の判決を合理化するためのものであって、それを本当に理由づけるものではないという。このような考えを基に、法学リアリズムは、法の現実の作用を分析するに際し、正確な研究を行うため、「当為 (ought)」「書かれた準則 (paper rule)」から「存在 (is)」「現実の準則 (real rule)」を分離し、区別することを主張したのである<sup>104</sup>。

これらの論文・著作が発表された翌年、パウンド (Pound) が「リアリズム法学への喚起 (The Call For A Realist Jurisprudence)」<sup>105</sup>と題された論文を発表した。それは「法学リアリズム」という新しい学派に属する者たちの名や論文名を上げずに、彼らの著作の特色を挙げ、「批判するよりも理解することの方がはるかに重要である」<sup>106</sup>と述べた上で、パウンドが法学リアリズムについて考えたことを述べたのである。この論文は、前年に発表されたルウェリンやフランクの著作を念頭には置いていなかったようであるが<sup>107</sup>、ルウェリンとフランクは自分たちが批判されたと思い、

<sup>97</sup> Llewellyn, A Realistic Jurisprudence—The Next Step, 30 Colum. L. Rev. 431, 453 (1930)

<sup>98</sup> Llewellyn, *id.* at 454

<sup>99</sup> Purcell, *supra* note 94 at 430

<sup>100</sup> Llewellyn, *supra* note 97 at 439

<sup>101</sup> Llewellyn, *supra* note 97 at 444

<sup>102</sup> Frank, Law and the Modern Mind (1930, 6<sup>th</sup> ed. 1949), 100–101

<sup>103</sup> Frank, *id.* at 102–104, 116

<sup>104</sup> Wetlaufer, *supra* note 41 at 16–22; Purcell, *supra* note 94 at 430–432, 434

<sup>105</sup> Pound, The Call for a Realist Jurisprudence, 44 Harv. L. Rev. 697 (1931)

<sup>106</sup> Pound, *id.* at 709

<sup>107</sup> ギルモア・前注26, 190頁

「リアリズムに関するリアリズム—パウンド学長への返答 (Some Realism about Realism A Reply to Dean Pound)」<sup>108</sup>という論文を発表し、法学リアリズムに関する論争が法学雑誌上に展開された。

以来、法学リアリズムの主張に対して、様々な批判がなされた。というのも、ルウェリンもフランクも、抽象論理と演繹的合理主義、そしてそこから生まれた絶対命題というべき法準則を批判し、具体的な経験事実をもって法の現実を分析すべきとしたのだが、このような立場が、「当為 (ought)」の理念を排除して「存在 (is)」の事実を重んずる結果となるように見えたのである。実際、リアリストの大半は、証明可能な道德基準（倫理的基準）というようなものはありえない、と考えていたという<sup>109</sup>。特にこの点に関して、1935年頃から、攻撃の論調は激しさを増していったという。なぜならば、この頃からヨーロッパにおいて全体主義政権が台頭し、アメリカ人の反応が敏感になっていったからである<sup>110</sup>。法学リアリズムに対する代表的な批判者であったコーエン (Cohen) は、法学リアリズム学派の一人であるロビンソン (Robinson) の著書に対する書評で、法律概念や当為（あるいは、あるべき倫理的基準）の必要性和それらがなくことによってファシズムへとつながる危険性を強調したのである<sup>111</sup>。1940年には、パウンドが「今日の政治上、法学上の説教 (= 法学リアリズムの主張) は論理的に (政治的) 絶対主義に行き着かざるを得ない」<sup>112</sup> と批判した。

様々な方面からの批判が10年近く続いた結果、ルウェリンはついに、「現実の判決の予言に専念するような経験主義は……法を見る方法としては不完全である」と述べた。彼は、法理学の核心は法における倫理的問題であり、「このことを見失ったのだという印象を生ぜしめたことにおいて私が万一にも一役買ったとすれば、それに対する公の懺悔をする用意がある」と述べた<sup>113</sup>。ここに、法学リアリズムをめぐる論争は幕を閉じたのである。

### 3 本号の小括

本号においては、契約法が大陸法の影響を受けた主観主義的意思理論から大規模かつ迅速な経済活動からの要請を受けた極端な客観理論へと移行し、また約因理論が利益・不利益説から取引説へと変容したのに伴い、錯誤法がどのように展開したかを検討し、後に見るリスク配分という理論の端緒を見出した。

次号では、極端な客観理論が揺れ戻され、様々な契約法理論が提唱される中で、錯誤法がどのように位置づけられていったのか、そして、第二次契約法リストメントに至るまでリスク配分が錯誤の判断基準としていかに組み込まれていったのか、という足跡を追う予定である。その上で、

<sup>108</sup> Llewellyn, Some Realism about Realism, A Reply to Dean Pound, 44 Harv. L. Rev. 1222 (1931)

<sup>109</sup> Purcell, *supra* note 94 at 435-436

<sup>110</sup> Purcell, *supra* note 94 at 437

<sup>111</sup> Book Review, (of Robinson, LAW AND THE LAWYERS), 22 Cornell L.Q. 171 (1936), 175

<sup>112</sup> Pound, Contemporary Juristic Theory 9 (1940); See Purcell *supra* note 95 at 438

<sup>113</sup> Llewellyn, On Reading and Using the Newer Jurisprudence, 40 Colum. L. Rev. 593, 603 (1940)

このリスク配分という思考が日本の錯誤法の表示主義的（客観主義的）構成に役立ち得るのか、もしそうであれば、法律行為論の枠組みの中にいかに組み込まれるのかについて、検討していきたい。

（未完）