

## 「生、死、および契約」

リチャード・ハイランド  
三枝健治訳\*

およそ過去一世紀にわたり、我々は生死の観点から法を考えるようになった。少なくとも、コモン・ローの伝統において当然にも最も有名な三つの文章であるものの観点がそうである。ホームズは、著書「The Common Law」の最初のページで、英米法体系を一般的に説明するには論理に加えて何が必要かを論じた。ホームズは、法の生命が存在し、彼の見方によれば、その生命は社会的経験により育まれると示唆した。メイトランドは、著書「The Forms of Action at Common Law」の冒頭の文章で、令状制度という古雅な法制度の死について考察し、訴訟方式は、葬り去られたにもかかわらず、墓場から我々を支配し続けていると主張した。その後、ギルモアは、「The Common Law」が出されてから百年経るほんの数年前に、著書「The Death of Contract」のなかで、契約法という法の一分野全体の死について論じ、また、その本の最初のページで、契約は神の如く死んだと我々に断言した。

このような見方—すなわち、法制度を、生まれて所定の期間生存し、死亡する主体と考える見方—は、我々の伝統において、ホームズ以前もギルモア以後も、法律家にはあまり思い浮かぶことがなかったように思われる。かかる見方は現在も我々の興味を刺激し続けるが、まさしく、ギルモアの卓越した著書によって締め括られるまでの一世紀間の特徴で

---

\*本稿は、Richard Hyland, "Life, Death, and Contract", 90 North Western Law Review 204 (1995) を訳出したものである。

あり、そのような見方の死は、ギルモアの文章と同様、今日、我々に考察することが求められている話題である。

ホームズは、生涯を通じて、特に生死の問題に関心を寄せた。彼は、ハーバード大学を卒業したばかりの若者として、北軍に登録し、三度重傷を負い、その度に、回復後、前線の戦闘へと戻った。その後、彼の考えは、彼自身壇上に立つ度に、我々に与えられた短い生の意味と、死に直面したときに必要な心構えとに向けられた。おそらく、かかる関心こそが、荘厳な静穏の装いの下でコモン・ローが変化しているようであると彼が気付く—実際には、彼がそう気付いた最初の学者の一人となる—ことを可能にしたのだらう。制定法体系においても法典体系においても、変化はしばしば認識しやすい。—すなわち、法律は、立法府において練られて公布され、そして、その後時期が来たら廃止され、その法律が規律する事柄の数は徐々に減少する。しかしながら、判例法体系においては、変化は同定するのがより困難である。それぞれの訴訟の事実は以前の訴訟の事実とは異なり、従ってそれぞれの判決は先例とどこかで異なっているのだが、かかる違いは、一般的に、既存の原則の変化ではなく、その生成 (elaboration) を意味する。

ホームズが発見した—そしてその著作の序章で描いた—ものは、判例法体系においてさえ規範の発生及び消滅について正確に話しうる意味が存在する、ということである。規範が生まれたと言えるのは、それが目的にかなうように形成されるとき、すなわち、法の外で一定の結果に達するように形成されるときである。より後の時点で、社会が進展するにつれ、もはや準則の当初の目的をかなえる必要はなくなる。しかし、準則の権威はしばしば依然として減じていないので、新しい目的を古い目的と取り替えることが可能となる。新しい目的は規範に新たな生命を吹き込むが、その過程でこの規範を変容する。非常にゆっくりと、古い規範は新しい目的の影響を受けて消失し、新たな規範が生まれるのである。

メイトランドはホームズのかかる発見に、別の視点からではあったが、魅惑された。メイトランドのしばしば引用される文章には紛れもなくゴシック風のところがある—そして、メイトランドとブラム・ストーカーがまさに同じ時代の人であるということは偶然の一致では全くない。著書「The Forms of Action at Common Law」は、死者が我々の力をいかにして徐々に弱めることができるかについて、我々の法体系の構造を口述することによるか、息つく暇も与えることなく我々の想像を引くことによるか、という違いはあるにせよ、「ドラキュラ」と共に魅惑されるものである。ホームズは、もたつきながらも漸進する法の改善に着目したが、メイトランドは、それよりむしろ、いかにして過去の法が我々を引き続き混乱へと導いているかを思案した。「古い原則と古い表現に新しい内容が詰められる過程は、法律家の見地からすると、古い法の真の意図と意味の進展である。しかし、それは、歴史家の見地からすると、ほとんど必然的に曲解と誤解の過程である。」(Frederic W. Maitland, *Why the History of English Law Is Not Written*, in 1 *The Collected Papers* 480, 491 (H. A. L. Fisher ed., 1911).) 法を単にその先例的価値の見地から考察する法律家の習性は、歴史的な偶発をあたかも法的な必然であるかのように崇めがちである。かかる習性の結果、ほとんどの法は古風な形式に固定されたままである。メイトランドは、歴史家の見方だけが進展 (evolution) と生成 (elaboration) を区別することができ、従って、歴史だけが、コモン・ローに食いつく吸血鬼のような過去を認識し、それを打ち倒すことを可能にすると信じた。

ギルモアは、ホームズとメイトランドと同様、コモン・ローは進展していると正当にも言うことができるのか、という問題を提起した。ギルモアを解釈する際に困難なのは、ホームズ流の変化の概念が我々のものの見方を悉く構築しているので、ギルモアの批判の革新性を現在の我々の語彙では表現することがほとんどできない、ということである。ギル

モアにとって、コモン・ローの根本的な構造は変化しない。ギルモアは、事件の判決を下すのは判事であって準則ではないという自己の信念を決して撤回しなかった。判決の過程のなかで、コモン・ローの判事は、これまで常にそうであったように、紛うことなく手元の紛争に答え続けている。かかる紛争解決過程は法の根であり幹である。この過程の用語は、たとえ変わるとしても、ゆっくりと変化するものである。その代わり、学説による準則の定式に誕生と死が影響を与える。かかる準則の定式の必然に抽象的な性質のために、概念的枠組みは裁判所の判決の微妙さを無視している。判例法体系の見地から考察すれば、ほとんどの学説は表層的な思索である。というのは、その準則の定式は判決の結果にめったに影響しないからである。ケセラーとギルモアは、ほとんど強情に等しいほど楽しんで、自己の契約法のケースブックの毎ページにかかる洞察を証明している。さらに、法典化は学說的思考より生まれ、同様の老齡過程を受ける。ギルモアは、著名な別離の言葉のなかで、判例法を正確に測定してそれを統一商事法典に法典化するという自身の試みから次の教訓を引き出した。「制定法は、それが法典と呼ばれるものであるにせよ、人間よりもはるかに急速に老齡化するという事実到我々にはとするかもしれない。統一商事法典は1940年代に遡る。それには老人の地位が既に与えられる。統一商事法典を尊敬をもって一郷愁の慕情さえもって一扱おう。しかし、我々はその奇妙で時代後れの方法に圧倒される必要はないし、年を経るごとにその必要性はさらになくなるであろう。」(Grant Gilmore, *The Good Faith Purchase Idea and the Uniform Commercial Code: Confessions of a Repentant Draftsman*, 15 Ga. L. Rev.

605, 629 (1981).)

著書「The Death of Contract」はギルモアの論理を実証するために作られたケース・スタディである。コモン・ローの判決は決して契約と不法行為を明白には区別しなかった一引受訴訟は、結局、一種の特殊主

張訴訟であった。学説上の古典的な契約概念は、契約と不法行為の二つの概念の平穏な相互依存に突如割って入り、それらの厳格な区別を強要した。古典的な概念はロー・スクールの授業のなかで変化し、学説による準則の定式に影響を与えたが、紛争の結果を決することは稀でしかなく、しかも、通常は、不幸な結果を伴うにすぎなかった。契約の「死」は、学説の抽象性という刺激物が消えるや判決例に戻ってきた静けさなのである。「記述的に言えば、現在生じていることは、『契約』が『不法行為』という本流に再び吸収されつつあるということである。契約の一般理論が19世紀後半に急速に広まるまで、不法行為はいつも民事責任の残余カテゴリーであった。契約の準則が消失するにつれて、再びそうなりつつある。」(Grant Gilmore, *The Death of Contract* 87 (1974).)

コモン・ローのなかの変化の過程は、これらの三人の学者にとって、同一の理由により重要であった一すなわち、それぞれ、自己が賛意を示す特定の変化が不可避的なものであると読者に納得させようとしたのである。このような形の議論の不幸な結果の一つは、これらの学者がめったに自らの立場を明白には述べず、ほとんど決して自己の立場を支持する論拠を示さなかった、ということである。彼らは、その代わり、かなり強力な規範的立場に歴史的進展という装いをなすことを選んだのである。

例えば、ホームズは、コモン・ローの進展のなかに、責任の根拠が主観的な帰責性から、客観的基準によって測られる外的な行為へと移動したことを見出したと信じた。彼は、この進展が契約責任のより限定的な範囲を示していると信じた。いらいらさせることに、ホームズは自己の歴史的な一そして後には司法上の一企てを刺激した壮大な考えを、ほとんど決して直接的には述べなかった。かかる考えを、それが史実であるかのように紹介する無益な方法から解放する過程は非常に困難なものであり、ホームズの主張を理解するほとんどの読者が彼の著書を開く前に

既にその主張を理解していたほどである。おそらく、そういうわけで、ホームズが「悪人論」と言われる法の見方に固執しているという特に愚かな考えを含め、かくも多くの無意味なことが彼の見解について書かれているのであろう。この「悪人論」によれば、我々の負う義務は、ある特定の状況において裁判所が制裁を課すことになるか否かについての予測に基づく予言から引き出されるものだけである。ポズナーは、ホームズを引用しつつ、このような考えに偏屈な〔利己主義的〕偏狭性を加えて効率的違反理論へと発展させた。〔しかし〕ホームズにとって、法がそれだけのことであるとすれば、彼がかくも法を崇拜したのはなぜか、彼が税金を払うことにより文化社会を手に入れていると信じたのはなぜか、そして、彼が連邦政府に人命救済を委ねたのはなぜかを理解することは難しい。

事実、ホームズの見解を「善人論」的な法の見方と呼ぶほうがより意味をなすものである。なぜなら、彼の見解は、十分に啓発された道徳的良心の範囲外にある者にとってほとんど意味がないからである。ホームズにとって、義務は生活の必須である。彼は、個々人が道徳的ジレンマに直面しそれを解決したり、あるいは自己の負う債務を遵守したりする際に枠組となる諸々の社会的制度を保障することが法の役割であると信じた。ホームズは、その制度的枠組みを保護するために必要であるいかなる立法にも賛意を示した—明白かつ現在の危険の判定は私法にも同様に簡単に適用されうる—ただしかし、彼は、個人の主観の発展する余地を与えるために、裁判所の介入を限定することを望んだのである。

メイトランドは、我々の法的伝統のなかの偉大な歴史家であり、彼が自己の暴いた歴史を徹底的に拒否したことは、彼の時代について多くを物語る。その他のほとんどの時代と場所の歴史家とは対照的に、メイトランドは、いかなる知恵も過去から引き出されるとは考えていなかったように思われる。メイトランドの唯一の目的は、法の合理的で前向きな

面を、歴史の行き詰まりと区別することであった。「現在、歴史研究の役目は、過去が現在に影響を与えるに違いない圧力、および現在が将来に影響を与えるに違いない圧力を説明し、そしてそれを解明するというものであると我々は考えることができる。我々は、昨日が今日を、今日が明日を麻痺することがないように、今日、一昨日を研究する。」(Frederic W. Maitland, *A Survey of the Century : Law*, in 3 *The Collected Papers* 432, 439.) メイトランドにとって、進歩は必然的に二つの要素に砕ける—すなわち、将来の発展の核心として機能する要素と、ごみ箱行きを宣告される要素である。法史学者の役割は、立法者が「法のまさに中心部分に集まるゴミを掃き去る」ことができるように (Frederic W. Maitland, *English Law and the Renaissance* 34 (1901))、この二つの法の側面を区別することである。メイトランドは、後に有用であると判明する種々の実務上の改革について並外れて先見の明があった。「そのうえ、ユース法 (Staute of Uses) という立法府の無用さを示す驚くべき記念碑が存在している。ユース法は、四頭立ての馬車だけではなく槍持ちや吹者を伴う司法全体の隊列が勝ち誇って往来しながら素通りして無視するものである。この野心的な法については、その効果は『不動産譲渡にユースという三文字を付け加えるだけのものであった』と言われてきた。これは、当時のエピグラムとして通用するかもしれないが、真実全体からはほど遠い。ユース法は数え切れないほど無数の不必要な訴訟を生ぜしめた。これはエピグラムではなく事実である。ユース法は単なる〔無用な〕ユースレス法 (Staute of Uselessness) ではなく濫用法 (Staute of Abuses) なのである。」(Frederic W. Maitland, *The Law of Real Property*, in 1 *The Collected Papers* 162, 191.) そして、そういうわけで、かくも奇妙なことに、一般的に、メイトランドは、改革に賛意を唱えることを、ただ単にそれを支持する十分な論拠を示すことによってではなく、むしろ歴史的進展を叙述することによって、なすことにしたのであった。

ギルモアにもまた彼の目的があった。彼は、判事が事実に適切に対応した判決例を形作るにつれて学説の分類は不可避免的に崩れる、と信じた。このような観点から、ギルモアは、不法行為法において生成された複雑な過失概念とは別個に契約法を区切ろうとしたり、あるいはまた、実際、元請人と下請人、保険者と被保険者、商人と消費者のいずれの間の合意であれ、その合意の個々の文脈と緊張関係から切り離して契約法を区切ろうとしたりするいかなる試みにも特に懐疑的であった。

ギルモアは、おそらくコービンに教えを受けたなかで最も正統派な者として、裁判所の判決—コービン曰く、「幾頁もの判例集は幾葉もの木の葉のようである！」—、とりわけカードゾーの判決の解釈に捧げた生涯からコービンが学んだ教えに忠実であった。その教えは、契約は主として法準則の構築物ではない、というものである。契約は、むしろ、裁判所の想像行為である。裁判所は、当事者及び状況—例えば、言説、行為、取引慣行、背景にあった理解、目くばせ、うなづき、事情を知りつつ一瞥すること—が提供する原材料から契約を作り上げる。〔もちろん〕判事は、情報を収集してそこから説得的な物語を作るような小説家では決していない。ギルモアの考える裁判の方法では、正しい判決の徴表は、手元の事件のその固有の事実に鋭く焦点を当てていることである。準則は何もせずその焦点をぼやかす。準則とは、適切に理解すれば、判事が判決を下す際に問う質問の便法なのである。

このような見方からすると、ギルモアのホームズ批判は、ホームズの提唱する契約法が多く判例法を無視していたという単純な考えをはるかに超えている。ギルモアの考えによれば、ホームズの中心的な誤りは、準則は必然的にある特定の方向に進展する—すなわち、「法の不可避免的な発展過程が存在する」—という確信である (Grant Gilmore, *The Death of Contract* 41)。ギルモアの著書の目的は、この点につきホームズが思い違いをしていたこと、つまり、判例法体系において一定の立場

に立たないいかなる変化の概念も存在しないということ、を証明することである。ある者が、判例法の一要素を前向きなものと同定し、それをその他残りの判決例と区別する度に、その者はある目的を心のなかに抱いている。コモン・ローの歴史は、常に、法的議論の例証なのである。

しかし、これらの三人の学者はもう一つ別の特徴を共有している一すなわち、彼らの説明は、現在では、歴史というより物語 (story)、事実というよりフィクションであると考えられているのである。事実、今日の我々にとって、この三人の学者の著書の偉大さは、まさにその創造的な見方にあり、かかる創造的な見方は、彼らの語る話とその物語る発展の実際に事実であったと考えられるものとはかくも著しく異なるが故に、いっそう明白なものである。彼らの発明の範囲について、暫し思索することがなすに値する。

著書「The Common Law」の逆説は、それが、法の過去の姿や現在の姿、又は書かれた当時の姿さえ現実には述べていないとしても、依然として、我々の伝統のなかでただ一つの偉大な著書である、ということである (Mark D. Howe, *Justice Oliver Wendell Holmes: The Proving Years, 1870-1882*, 160-252頁 (1963) の名分析を参照)。主観から客観への法の普遍的発展についてのホームズの認識が、大部分、彼の非常に無用な想像の虚構であったという主張の典拠を引用する必要はもはや全くない。例えば、初期の民事訴訟が道徳的帰責性に基づいていたというホームズの主張を裏付けるものは明らかに全く存在しない (G. Edward White, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self* 155-57 (1993))。さらに、大陸法は一ローマ時代の形式主義から、キリスト教や自然法といった道徳的な作用のある理論により影響を受けた近代の法典へと一まさに反対方向に発展してきたように思われる。

令状制度の起源と消滅についてのメイトランドの説明は、同様に、現在では、正確な発明というよりは素晴らしい発明であると証明されてい

る。メイトランドは、コモン・ローの進展が、大部分、意識的な改革の望まれた結果であったと信じた。従って、メイトランドの考えによれば、新侵奪不動産占有回復訴訟 (the Assize of Novel Disseisin) は占有所有法制度へのコモン・ローの変化を完全ならしめるために導入され、引受訴訟令状は契約の形式主義の限界を回避するために捺印契約に取って代わったのである。しかしながら、より近時の歴史研究が示したように、〔令状制度の〕進展は、おそらく、あるいは司法の偶発から生じた面もあり、あるいは性急な政治的判断の不可見な結果として生じた面もあった (参照 Robert C. Palmer, *The Feudal Framework of English Law*, 79 Mich. L. Rev. 1130 (1981) (S. F. C. Milsom, *The Legal Framework of English Feudalism* (1976) の批評); Robert C. Palmer, *English Law in the Age of the Black Death, 1348-1381* (1993))。

同様に、ギルモアの歴史の多くの教えは特異なものであると理解するのが最善である。例えば、ギルモアは、ホームズがラングデルの後継者であり、契約の一般理論に対するラングデルの基本的な洞察をあざやかに再定式化した、と主張した。しかし、法の生命に関するホームズの有名な主張の元々の言明は、まさにラングデルを犠牲にして定式化されたものである (Oliver W. Holmes [無署名], *Book Review*, 14 Am. L. Rev. 233, 234 (1880) (C. C. Langdell, *A Selection of Cases on the Law of Contracts* (2d ed. 1879)) の批評)。しかも、ラングデルと同様の考えを持っている者はその他にもいた—ラングデルは、ギルモアが見せかけようとした革新者ではなかった (Ralph J. Mooney, *The Rise and Fall of Classical Contract Law: A Response to Professor Gilmore*, 55 Or. L. Rev. 155 (1976))。さらに、古典的な契約概念が、ギルモアが示唆したように、レッセフェール思想の勝利に歴史的に関連しているとしても、なぜホームズが契約責任の範囲を限定することをかくも望んだのかを説明することは困難である (Morton J. Horwitz, *Book Review*, 42 U. Chi. L. Rev.

787 (1975))。

これらの批評者が正しいならば、この三人のコモン・ローの伝統の独創に富む歴史は、大部分、フィクションの作品である。もちろん、このことは、それらの作品が真実ではないということの意味するものではない。小説を読む者は誰でも、フィクションが真実と両立しないわけではないということを知っている—出来事は作り上げられるが、我々はなおその物語のなかにいる。要点は、単に、これらの歴史のそれぞれが一つの解釈であり、それぞれがある特定の法の見方を生成するための根本的な神話として機能する、ということである。例えば、ホームズは、自己の見方が自身の研究の限界を乗り越るであろうということを十分に理解していた。「[John M. Zane] は、私の著書『Common Law』の誤りに対して慫慂な態度をとっている (patronizing)。著書『Common Law』に重大な誤りがあるか又いくつあるのか私は知らない—しかし、重要なことは、私が亜麻を集め、糸を作り、布を紡ぎ、服を裁断したということであると私は考える—し、この著書がその中の多くの事柄に対してこれまでになされた研究の全てに着手したものか私は知らない。[ただ] 原著は全て、それ自体の死の種を自らのなかに持っている…が、しかし、依然として原著のままなのである…」(Letter from Oliver W. Holmes to Harold J. Laski (Feb. 1, 1919), in 1 *Holmes-Laski Letters* 182, 183-84 (Mark D. Howe ed., 1953).) これはその真価を最も発揮しながら叙事詩的に物語るものである—そして、これらの三つの本のそれぞれが、十分に理解する能力のある聴衆に対しなされた連続講演として始まったということは、おそらく偶然の一致では全くない。

もちろん、この三人の学者を回顧し、彼らは自らの視点を直接には論じようとしていないと批判してそれで済ますことは容易であろう。しかし、よく考えてみると、彼らのこの点の躊躇は、我々自身のやや誇張された多数的見解の批判として機能しているのかもしれない。少なくとも

も、これらの三人の学者は作法を尊重している。彼らは、ある一人の者の視点を無媒介に表現することは法的に価値の小さいことであると理解していた。より普遍的なものが議論を可能にするには必要なのである。学説上の議論が生じれば、彼らは伝統を広範に受容する状態へと引き戻されてしまったであろう。その代わり、彼らは、論証のやりとりの新たな種類の普遍性を提供するために歴史的進展を用いようとしたのである。このような目的で歴史研究を使用する危険は、結局、ギルモアの著書に体现されている。しかしながら、ギルモアの見方を理解するためには、英米法において歴史がいかに道具としての価値を獲得したかを簡潔に考察することが重要である。

コモン・ローの多くに関して、物語の始まりは、簡便にも、ブラックストーンを参照してまとめることができよう。ブラックストーンは、18世紀の非歴史的な見方、および当時の普遍的自然法への傾斜のために、歴史を書くことはできなかつたろうと考えられるかもしれない。しかし、彼は、著書「Commentaries」の序論のなかで、ローマ法及び教会法の進展の優れた要約を提供した。事実、その四巻とも、個々の法制度の見事な歴史的スケッチによりぐっと引き締められている。

それにもかかわらず、ブラックストーンによるコモン・ローの伝統の序論的概観では、歴史は役割を、たとえあるにせよ、ほとんど果たしていなかった。その代わり、ブラックストーンは、コモン・ローを、英国民の太古からの慣習—すなわち、それと異なる記憶が浮かばないほど実際に長年からの慣習—であると示した。事実、ブラックストーンの考えによれば、規範の起源を発見することが可能である場合はいつでも、かかる規範は慣習を表していないのである。ブラックストーンは、議会により作られた法でさえ同じ視点から理解していた。彼は、一般的にそのような法を積年の慣習の宣言—in perpetuum rei testimonium—であると考えた。ブラックストーンは、制定法のなかには時と状況の変化によ

り生じるものもあることを認めていたが、しかし彼はそのような考えについて詳しくは思案していなかったし、読者にその例を与えもしなかった。ブラックストーンに興味を引いたのは、むしろ、コモン・ローの驚くべき安定性であった。ブラックストーンは、偉大な先駆者—グランビル (Glanvil) やブラクトン (Bracton)、ブリトン (Britton) やフリータ (Fleta)、リトルトン (Littleton) やフィッツハーバート (Fitzherbert)、そしてもちろんエドワード・コック (Edward Coke) —と同じ言葉を話していると確信した。ブラックストーンは、それらと同じ質問をし、さらに、同じ解決策を生成していた。ブラックストーンの著作が法は有機的組織体であると示唆しているならば、法は、人の記憶のなかで生まれ死亡すると言いうるものではない。彼にとって、コモン・ローは、我々よりはるかに前から存在し、そして引き続き将来も自分なりのやり方を貫き通す構築物であると理解するのが最善なのである。

ブラックストーンがコモン・ローを進展するものと考えた見方を拒否するのは、しっかりと抱かれている他のもう一つの確信と結び付いている。すなわち、法律の無思慮な変更によっては、悪影響以外の何もかも達せられない、という確信である。ブラックストーンは、無経験で教養に乏しい立法者—つまり、コモン・ローの才分 (genius) を信じていない者—による法改正のいかなる試みにも反対であった。そのような繕いは、不覚にも、法の簡潔さを破壊し、法の均整を歪め、見掛け倒しの飾りと奇妙な目新しきものを挿入するだけである。ブラックストーンにとって、法とは、体系の基本的な概念の生成から生じる、ゆっくりとした知恵の累積に存する。このような発展は、はっきりとした輪郭は全く残さず、始まりの跡も終わりの跡も残さない。換言すると、法がそれを生み出す社会に適したものとなるのは、法に好きなようにやらせるときだけなのである。繕いは、十分に意図した場合でさえ、ただ法を減じるうにすぎない。それぞれの文化は、決して完全には理解できない複雑な

特質を有しているのも、協議したうえでの変化ではなく、ただ無意識的な進展だけが自由を保証することができる。例えば、ブラックストーンの評価では、イギリスは、政治的自由及び市民的自由を建国の目的として保持する唯一の国であった。皇帝の命令によって支配されている国家は、もはや、その国家に適切な法律によって規律されているのではなく、君主の気まぐれに従うよう強制されるのであった。

ブラックストーンに教えを受けたなかで最も理解力ある者の一人がジョセフ・ストーリーであった。「ブラックストーンの『Commentaries』ほど古くから世に出ている著書について、我々が称賛の言葉を〔今さら〕一言も言う必要はないであろう。明快な方法、深遠な調査、言葉遣いの純粋さ、内包的な簡潔さ、問題の含みの深さ、古典の引用の豊富さに関して、そして、例証や飾りや教育のいずれの目的にせよ導入された外国の判例の知識の範囲と種類に関して、彼の著書『Commentaries』は、我々の言語、またおそらく他の全ての言語のなかで比肩するものがない、と言っても過言ではない。」(Joseph Story, *Course of Legal Study*, in *Miscellaneous Writings* 66, 74 (William W. Story ed., 1852).) ストーリーは、コモン・ローの才分がその安定性であり、判事も立法者も何が適切であるかについて自分なりに考えたところに従って口述した準則を自由に公表することはできないという点で、ブラックストーンと意見が一致した。しかしそれでも、ブラックストーンは、ストーリーが認めたように、コモン・ローの基本的な法理と区別技術 (distinctions) を要約的にスケッチしたにすぎなかった。新しい判決が加わるにつれ、原理はより詳細に調査され、ブラックストーンの述べた数少ない原理は一つの整然とした体系的制度へと結合される。ストーリーは、その過程の幾つかの例を提供した。例えば、コモン・ローは、流通証券の概念を生み出すために自然的正義の準則と商慣習の準則とを統合した。引受訴訟は、売却物の代金又は労務の価値の回復を求める、より一般的に選択

される訴訟として金銭債務訴訟に取って代わった。これらの新たな法理は革新というよりはむしろ、コモン・ローの基本的な準則の科学的生成を構成しているとストーリーは考えた。「コモン・ローは、社会の要請により拡大する一つの準則体系である。」(Joseph Story, *Codification of the Common Law*, in *Miscellaneous Writings* 698, 705.) 従って、ストーリーの考えでは、革新は完全無欠性 (integrity) と両立しうる。

ストーリーの統合からすると、法を進展するものと捉えるホームズ及びメイトランドの理論に至るために必要なものは、コモン・ローの基礎とされた自然法に対するブラックストーンの確信をはぎ去り、その場所に人類進歩論を据えることであった。その作業のほとんどは19世紀〔という時代〕がなした。ホームズが40年後に回想したように、彼の著書「The Common Law」はブラックストーンを論破しようという試みで開始された。「あなたは、私にこの本を書き始めさせたものは何かと尋ねている…、私は、そのような動きが内部から—例えば、ブラックストーンの中のかくも恣意的に思われることもある程度合理的な意味をなすべきであるとか、法は知識人の関心を引くに値するものであると、もし可能であれば証明されるべきであるとかいった熱列な要求から—生じたと思う (以上が、あの時のあなたの質問の形であった) (Letter from Oliver W. Holmes to Harold J. Laski (June 1, 1922), in 1 *Holmes-Laski Letters* 429, 429-430)。ブラックストーンは、コモン・ローを一般的に概観しようとする試みではホームズに先立つ最も注目し得る者であったが、ブラックストーンの名前はホームズの著書には12回程度しか現れず、しかも、その非常に多くが脚注における引用を束ねる下げ札としてであった。

ホームズもメイトランドも共に、コモン・ローが自然法的な正義の体系を具体化しているというブラックストーンの確信を拒否し、何かかかる確信を取り替えるために必要となるかを自らは理解していると信じた。彼らは、伝統に関する称賛的論考から、我々が自らの目的を達成す

るうえで役に立ちそうな規範を発見しようとしてなされる科学研究へ、焦点を移すことを勧めた。「ドグマの説明において歴史の果たす役割が非常に小さくなり、我々が、独創的研究の代わりに、達成されようとする目的とその目的を望む理由を検討することに労力を費やすようになるときに私は楽しみに待っている。かかる理想への一段階として、全ての法律家は経済学を理解するよう努めるべきである。」(Oliver W. Holmes, *The Path of the Law*, 10 Harv. L. Rev. 457, 474 (1897).) 同様に、メイトランドは、法学の大海 (oceanus iuris) に飛び込む前の聡明な学生にどのような勉強を勧めようかと考えたときに、歴史学、倫理学、および政治経済学を示唆した (Frederic W. Maitland, *Law at the Universities*, in 3 *The Collected Papers* 419, 426)。

換言すると、ホームズもメイトランドも共に、歴史的分析は過渡的な役割を果たすだろうと信じたのである。歴史的分析の任務は、コモンの法律家を伝統に隷属した状態から解放すること、および私達のなかに自分自身の目的を自由に追求しようという理解を呼び起こすことであった。ホームズもメイトランドもそれぞれ、伝統が我々をどのように支配してきたかについて歴史を叙述することによって、むしろ、我々こそが伝統を支配し、有益なものを伝統から選び、そしてそれ以外のものを無視することができるようになることを望んだ。〔ただ〕この選択の過程それ自体は社会科学に委ねられているのだろう。ホームズとメイトランドによって、我々は隷属状態から脱出したが、しかし、結局、イヤ・ブック (Year Books) 及び訴訟記録集 (plea rolls) というあまり心地好くない地帯を、40年ないしそれ以上の間、彷徨わされたにすぎなかったのである。彼らのいずれにも、手段及び目的に関する論理的な論考という憧れの地に足を踏み入れる特権はなかった。

リーガルリアリズムはその憧れの地であった。この点で、リーガルリアリズムには、法規範は、伝統におい果たす役割や体系において占める

位置によってではなく、むしろ、現実の世界において目的を達成するうえで有用であるかよって正当化されるべきであるというホームズの示唆に従う理論の全てが含まれる、と理解するのが最善かもしれない。法規範がリーガルリアリストによって正当化されるのは、法の奨励する有益な行動又は法の子防する有害な行動を我々が法の外で指し示すときである。換言すると、リーガルリアリズムは、以上のように解すれば、一般に認められているように、概して一、法を、我々の企図及び願望に応じて世界を変容させることのできる道具と考えるのである。従って、リーガルリアリズムは、法の議論の基礎として、これまでとは違った種類の普遍性、すなわち、我々の準則が我々の目的を達成するために適切に作られているか否かに関する科学的な論考を提供するのである。

ギルモアの著書の最初のパラグラフから、我々は、彼が、科学的志向のリーガルリアリストの社会学的な見方には深くは興味を示していなかったことを知る。さらに、ギルモアが書いたときには、ブラックストーンの著書はただ骨董主義的な関心を提供するだけであった。ギルモアは、ホームズとメイトランドの個人的威光もあって、また、両者の著書がリーガルリアリズムの産婆であったこともあって、歴史的方法をとらなければならないと感じたのかもしれない—ただ、彼の目的は、結局、その歴史的方法が基礎に置く諸前提を論駁することではあったが。

この時点で、ギルモアの業績の優れてポストモダン的な特質を評価することが可能となる。ギルモアは、学説と判例法との間の距離を証明するために、不法行為法の現代的復活の一部として、裁判所による約束手的禁反言の解釈が学説上の約因概念を追い越そうとしていることを理論化した。換言すると、ギルモアは、コモン・ローの一つの要素、すなわち、契約法への不法行為法的な訴訟原因の侵出という要素だけを切離し、かかる要素を将来を表すものであると示したのである。もちろん、これが、まさに、ホームズが、自ら発見したと信じた、主観の見方から

客観的見方への進展に関してなしたことである。ギルモアは、コモン・ローの不可避的な進展を示す諸々の理論の瑕疵を、それとは異なる進展を前提とすることによってのみ、明らかにすることができるであろうと信じていたようである。ギルモアの話の冷笑的な論調は、ホームズを批判するために利用しうる唯一の論考がまさしくホームズの創造した論考に他ならないという皮肉に、幾分負うところがあるのかもしれない。

ギルモア後の時期は、リーガルリアリズムにも歴史的方法にも親切ではなかった。政治的形態が明白にばらばらとなり、社会科学の助力を得て我々が達成すべき社会の諸目的について、合意は、これまではあったにせよ、現在ではもはや存在しない。社会科学を基礎に置く普遍性は個別的立場性 (situatedness) に取って代わられたが、この個別的立場性とは法規範を普遍的に正当化することの可能性自体を否定するもののように思われる。歴史的方法も同様の発展によって衰退した。コモン・ローの歴史は法的な一又はしばしば政治的な一議論となり、歴史的装いはほとんど残されていない。この点に関して例証となるのがモートン・ホロウィツの著作で、彼の著作は、彼の政治的見地を共有する読者によってのみ高く評価される傾向にある。

リーガルリアリズムも歴史的方法も共に衰退するにつれて、我々がブラックストーンを捨てるのはあまりに早すぎたのではないかと尋ねることは、おそらく時宜に適っている。例えば、ブラックストーンならばこのような発展について何と言うであろうと思うかもしれない。リーガルリアリズムに関する限り、ほぼ間違いなく、彼であれば、次のように答えたであろう。すなわち、法は我々の目的を達成するためには変更されるべき我々自身のものであるという見方を正当化するほど広範な自由を論証することはとても困難であろう、と。法は我々が辿り着くまでに既にそこに常に存在しているとブラックストーンは言うだろう。ブラックストーンは、ある特定の文化の正義観をかくも密接に反映する私法が無

限の地平線を提供しうると考えることは奇妙であるとおそらく指摘するだろう。現代の比較法研究は、ブラックストーンの直観を確証している。「確かに、立法者は、一筆ふるって、現実の法準則を修正することができるかもしれないが、それにもかかわらず、それらのその他の要素や特質は存続する。これらの要素や特質は、我々の文明及びもの考え方に密接に結びついているので、そう恣意的に変更することはできない。立法者がその準則の要素や特質に影響を与えることができないのは、彼らが我々の言語又は我々の推論過程に影響を与えることができないのと同じである。」(René David & John E. C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today* 19 (3d ed. 1985).)

歴史的方法に関しては、ブラックストーンは、確かに、彼の時代から発展してきた法の大部分に感銘を受けるであろうが、法は一定の間継続するという見地から理解するが最善であるという自己の確信を捨てはしないだろう。ブラックストーンは、もちろん、ある程度、常に変化が存在しているし、関心ある者にとっては、歴史が存在している—新たな制定法が可決され、さらに判決意見が書かれる—ことには同意するだろう。コモン・ローとエクイティ、不法行為と契約、そして公法と私法の境界は時々移動するかもしれない。ブラックストーンは、このことすべてに十分気がつき、おそらくはそれを列記さえするだろうが、それはブラックストーンにはあまり印象を与えないものだろう。18世紀に見ることができたもの—そして、それ以降は見ることがはるかに困難となったもの—は、例えばコモン・ローのような、存続する体系が、それ自体の中に、自己に提示された問題を解決するに十分な才分を含んでいるために繁栄することができる、ということである。原則は絶えず生成され洗練されるけれども、議論の基礎は固定されたままである。ブラックストーンは、この過程のなかに、コモン・ローが一定の間に徐々に明らかになることを見たであろう。

契約法に歴史があるという示唆にブラックストーンならばどのように答えたであろうかを想像することは特に示唆深い。ギルモア、アティア、およびその他の者は、我々の伝統的な契約法が、損害を伴う信頼を保護することを意図した、過失を基礎に置いた不法行為法的な考え方向向かって前進しつつある、あるいは回帰しつつあると示唆してきた。ブラックストーンであればおもしろがったであろうと私は思う。彼はコモン・ローの継続性が議論や論議を妨げないことを認めたであろうと私は確信する。実際、この継続性の特質とは、議論の根本的な用語が一定の間同じままであるということである。論争の一つの立場が、一時的に、あるいは長い期間、他の立場を圧倒することはできるかもしれないが、しかし、無期限に、他に完全に圧勝したり屈伏したりする立場など決してない。

ブラックストーンは、法が、文学及び芸術のように、古典主義とロマン主義が交互になす周期的変動を知っているという点でギルモアとは意見が一致したであろう。契約法において、古典主義は、裁判上強制すべき約束を見定めるための形式主義的な基準を求める。逆に、ロマン主義的見地に立つ者は、強制しなければ不正義が生じるようなときに約束を強制する。ブラックストーンは、約束に関するこの二つの考え方の対立がコモン・ローの絶え間ざる特徴であることを我々に思い起こさせるだろう。ホームズ及びフラーが指摘したように、約因は一種の形式として機能する一約因の存在は、両当事者が約束の強制に関心があり、彼らがそのことを十分に考慮していることをしばしば示唆する。第二次〔契約法〕リステイトメントは、コモン・ローのこの側面を構築する上述の二つの考え方の対立を完璧に例証している。第二次リステイトメントは、交換的に取引された約因を、強制しうる約束の基本的な要素であると考え、一ある時は損害を伴う信頼の結果として、またある時は、その他の種類の不正義、例えば道徳的義務の存在などの結果として一不正義

を防ぐために約束を強制することを推奨する。裁判所は同様の手法に従い、まず第一に、交換的取引が存在しているか否かを問い、その次に、交換的取引が存在しない場合、エクイティが不正義を防ぐために介入すべきか否かを問うのである。第二次リステイメント、判決例、および諸論稿を解釈すると、上述の二つの理論のいずれかが追放されそうであるとの感じは持たないとブラックストーンは指摘するであろう。

ブラックストーンは、これと同じ対立が彼自身の時代に既に明白であったこともまた、我々に思い起こさせるであろう。1760年代に、ブラックストーンは、後に彼の著書「Commentaries」となる講義のなかで、いかなる約束も約因なくしてコモン・ロー上強制しえないと強調した。同じ1760年代に、マンズフィールド裁判官の法廷は *Pillans v. Van Mierop* 事件に判決を下したが、同事件の判決の過程で、Wilmot 裁判官は、自己の判決意見を、主として、書面が十分な形式を構成するという理由に依拠させた一方で、Yates 裁判官は、主に、損害を伴う信頼を根拠に、約束は拘束力を持つと判示した (*Pillans and Rose v. Van Mierop and Hopkins*, 3 Burr. 1663, 1670-75 (K. B. 1765))。この、二つの考え方の対立は逆の方向でも現れた。というのは、エクイティ裁判所は18世紀には、たとえ約因によって支えられた約束でも、約束の強制が不正義に至るであろうときには、その約束を強制することを拒んだからである。

これらの例が示しているように、形式主義と不正義の回避との対立は、英米私法全てに跨がる区分、すなわち、かつてコモン・ローとエクイティの区別として制度化されたもの、を反映している。コモン・ローのこれらの二つの要素のそれぞれが、契約法において生じる問題に対し相争う解答を与える。この区分は、〔契約〕成立段階に限られるものではない。例えば、フラ－＝パーデュは、期待利益つまり、コモン・ロー上の主たる損害賠償算定基準一が、信頼というエクイティ上の概念の見地から再考されうるものであることを論証することができた。

実際には、この二つの要素は、私の気付いた限りでは、我々の伝統が産出した最初の法的文書であるもの、すなわちイギリスで織り込まれ、現在はフランスのバイユーという町で展示されている有名なタペストリーのなかに既に現れていた。そのタペストリーは、征服王ウィリアムが懺悔王エドワードの正当な王位継承者であるという主張の趣意書 (brief) と解することができる。タペストリーは、ノルマン征服直後に織り込まれたものだが、形式的規準とエクイティの原則の双方から論じている—この両者が、相まってコモン・ローという生地を織ることになるのであろう。その作品の芸術的核心には、王位を求めるウィリアムの主張を支持するハロルドの厳粛な宣誓がある。宣誓に先行するのがエクイティの議論である。すなわち、ウィリアムはハロルドを侵奪者から守り、二人はともに僚友として戦い、そしてハロルドはウィリアムが王位継承することを承諾した、というのである。換言すると、ハロルドの約束は、信頼—そして履行の強制—を正当化する感謝と同盟の文脈でなされたものであった。タペストリーの残りの部分は、ハロルドの約束の違反に対する救済—確かに神の救済であって、裁判所による救済ではないが—を記録している。驚くことに、この千年間でほとんど変化はない。優れた議論はなおも二つの要素を要求する。今日、当事者の寄せ集めることのできる議論がただ契約文言を指摘することだけであれば、その当事者は、ほぼ間違いなく負けることになる。形式主義と不正義の回避は、交互に、支配的なパラダイムを指示するが、しかし、そのいずれも消失することはない。両者は、我々の体系が構築される基礎にある対立を構成しており、双方とも、我々が消えた後もなおあたりに存在するであろうということを全てが示唆している。

かかるコモン・ローの構造の中心的特徴は、ギルモアが体系の構築者を疑う理由を確証する。問題毎に相矛盾する〔二つの〕解答を提供する構造は、理論的一貫性にさほど関心を持つ必要はない。もちろん、論

者個人の概念的理論は、そのような贅沢を共有しない。概念化の原動力は、コモン・ローの理論家をして、二つの根本的なアプローチのいずれか一方を強調するよう常に引き込んできた。厳密な理論的解釈の問題として、二つのアプローチを共に受け入れることは、おそらく不可能である。この二つの見地の一方から着想を引き出す者にとって、もう一方の見地は、ほとんど必然的に、無縁な一群となるように思われる。このような現象の恰好の例が、ギルモアのホームズの扱い方である。ギルモアは、ホームズを、ただレッセフェールの個人主義の理論家としか見ていなかった。ギルモアは、法と道德のホームズ流の区別の効力、およびその区別によって認められる道德の高度な自律性を正確に述べることは決してできなかった。

この時点で、我々は、結局、法を生死の観点から描写したあの有名な三つの文章になぜ関心が引かれるのかを問うことが、おそらく価値あるだろう。それは、単に、それらの文章が伝える人間の自由という人を奮立たせる概念によるだけかもしれない。それらの文章は、可能性の充分に開かれた個人の生命と、完全に変化しうる世界とを示唆している。法を誕生と死という不可避的なサイクルで捉えるならば、法に関しては、その便宜性以外に我々を引き留める必要のあるものは全く存在しない。規範を、ある特定の文化の必然的な要素としてではなく、むしろ、全くの偶発的なものとして捉え直すや、我々は、自由に、自らの望むように規範に対処することができる。このように、この三つの著名な文章は、我々をして、自己の運命の主人、我々の法の創造主にするのである。

〔しかし〕このような観点からすると、歴史研究上の最も困難な争点  
は、ある特定の法学説又は法制度が、もはや状況に適切ではないように  
思われるや、すぐに消滅することがないのはなぜか、である。我々はブ  
ラックストーンの解答を知っている。すなわち、規範が〔直ちに〕消滅

しないのは、法が我々の要求に応える単なる道具にすぎないというわけではないからなのである。法がまず最初にそこに存在していて、そして我々よりも長く存続することになるのである。このことを否定するいかなる法の歴史もただ単に玉手箱である。不幸なことに、ブラックスーンの見方は、我々に自らの限界を思い起こさせるには残念ながらあまりに不親切である。自由の感覚を保つためには、何らかの消滅は必要である—そして、実際、それを作り出すことができるのである。〔しかし〕それは、法のなかで我々の心に訴えかけないような側面が盛りを越え、消え去る運命にあると歴史家が時々宣言すれば足りる。我々は、彼らがそうするたびに、彼らの葬り去ろうとした法がその墓場からなおも支配し続けていることに気付いて、改めて驚くのである。

〔訳者あとがき〕

原論文 Richard Hyland, “*Life, Death, and Contract*”, 90 *North Western Law Review* 204 (1995) は、「グラント・ギルモア著『契約の死』の再考」と題したシンポジウムの下に上掲ローレビューに収録されている一連の論稿の一つである。著者リチャード・ハイランド教授（ラトガーズ大学ロースクール）は、1996年4月から一年間、フルブライト招聘講師として早稲田大学法学部及び東京大学法学部でアメリカ契約法及び動産売買法の講義を担当された。訳者が本論文の訳出を思いついたのも、かかる機会に同教授の考えに直接接したところによるところが大きい。

本論文で、ハイランド教授は、ギルモアの主張した「契約の死」を否定する—無論、ここで念頭にある死は、契約それ自体の死ではなく、いわゆる形式主義的な古典的契約法の死である。同教授は、メイトランドの有名なフレーズを用いて、葬り去ろうとされた古典的契約法が今なお存続していると指摘する。「規範が〔直ちに〕消滅しないのは、法が



ン・ローの理論家をして、二つの根本的なアプローチのいずれか一方を強調するよう常に引き込んできた。厳密な理論的解釈の問題として、二つのアプローチを共に受け入れることは、おそらく不可能である。この二つの見地の一方から着想を引き出す者にとって、もう一方の見地は、ほとんど必然的に、無縁な一群となるように思われる。」一方の《柔軟な実質主義的思考アプローチ》の誕生を企図したギルモアにすれば、古典的契約法に体现された他方の《厳格な形式主義的思考アプローチ》の存在は許容しうるものではない、すなわち死を宣告するほかなかったのである—もちろん、逆に、《厳格な形式主義的思考アプローチ》を墨守するホームズやウィリントン等にすれば、《柔軟な実質主義的思考アプローチ》の誕生など想像もできないものであろう。そして、このような二つの流れのいずれか一方にのみ立つ者は—例えば、ホームズにせよ、ギルモアにせよ—、自己の側の立場こそが唯一であるということ、その論拠自体を直接論じるよりはむしろ、各人が不可避的な歴史的進展と信じる過程を描くことによって論証しようとした。その結果として、《厳格な形式主義的思考アプローチ》からはその立場なりの歴史的進展が、また、《柔軟な実質主義的思考アプローチ》からはやはりその立場なりの歴史的進展が、それぞれ不可避的な進展過程として提示されたのである。「要点は、単に、これらの歴史のそれぞれが一つの解釈であり、それぞれが法のある特定の見方を生成するための根本的な神話として機能する、ということである。」

ハイランド教授は、ギルモアとは異なり、契約法は、法システムとして、記述的にみれば、この対立する二つの思考の流れ、すなわちコモン・ロー流の《厳格な形式主義的思考アプローチ》とエクイティ流の《柔軟な実質主義的思考アプローチ》が常に併存して成り立っていると指摘する。「もう少し理論的なことを言えば、このような考え方は、一九三〇年代の UCC の起草者であるルウェリンの有名な本『ブラン

ル・ブッシュ』から始まります。伝統的には法はルールの体系であり、これを事実に適用することによって答えがでてくると考えられていました。これに対してルウェリンは、何が法であるかは裁判官が裁判で決めるが、法とは法律家や市民が将来どのような裁判がなされるであろうかということについての議論であると考えました。法は議論なのです。このような理解から議論としての契約法を眺めたものがこの二つの流れなのです。裁判所が広く介入すべきか、介入を制限すべきかについての長い議論なのです。コモン・ローとエクイティーとの間の議論と言ってもよいかもしれません。コモン・ローをあらわす前者の流れは、当事者の約束に対する介入には抑制的であり、後者のエクイティーの流れは、正義を理由とする介入に賛成します。「もし、いずれかの流れに属する者が自己の考えこそが正しいのだと思っていたとしたら、それは法というものをご誤解しています。契約の二つの立場は、契約法を構成する二つの要素をなしているのです。一方の要素だけが正しいということはありません。」(前掲「特集」法学教室204号49頁及び50頁〔ハイランド発言〕。)

以上の基本的な視点は、当然、個別問題の約因に関する議論に反映される。ギルモアは、《厳格な形式主義的思考アプローチ》の死を、主に、そのアプローチの典型であるバーゲン理論の破綻の様相を示すことによって訴えた。彼は、バーゲン理論の死と引換えに、自らの立場の《柔軟な実質主義的思考アプローチ》に基づくエクイティ上の概念、つまり約束的禁反言法理こそ唯一の原則であることを確認しようとした。このようなギルモアにすれば、ただ一つ正しいものとして存在すべき約束的禁反言法理と、もはや死すべき運命にあるその対立概念のバーゲン理論とが並列的に規定されるリストメントは、「精神分裂病的 (schizophrenic)」なものでしかない—もちろん、逆に、《厳格な形式主義的思考アプローチ》に立つホームズにしても、その立場から提唱したバーゲ

ン理論と、「約因法理を根絶することになるであろう」(木下毅・英米契約法の理論 [第 2 版] (1985) 236 頁引用箇所) 他方アプローチの概念である約束的禁反言法理とが併存するとなれば、ギルモアとは正反対の見地からとはいえ、同様に「精神分裂病的」なものと評価したであろう。しかしながら、そもそも《厳格な形式主義的思考アプローチ》と《柔軟な実質主義的思考アプローチ》の対立する二つの思考の流れが常に併存することを指摘するハイランド教授にすれば、その併存こそまさに本来の姿である。「第二次〔契約法〕リステイトメントは、コモン・ローのこの側面を構築する上述の二つの考え方の対立を完璧に例証している。第二次リステイトメントは、交換的に取引された約因を、強制しうる約束の基本的な要素であると考え、—ある時は損害を伴う信頼の結果として、またある時は、その他の種類の不正義、例えば道徳的義務の存在などの結果として—不正義を防ぐために約束を強制することを推奨する。裁判所は同様の手法に従い、まず第一に、交換的取引が存在しているか否かを問う、その次に、交換的取引が存在しない場合、エクイティが不正義を防ぐために介入すべきか否かを問う。第二次リステイトメント、判決例、および諸論稿を解釈すると、上述の二つの理論のいずれが追放されそうであるとの感じは持たない—略—」。事実、バーゲン理論を死に追いやったとギルモアによって評価された約束的禁反言法理は、少なくとも近時の判決例を見る限り、今日、一定の意味を持ちつつも、バーゲン理論を追放するに至るところか、その適用は再び制限的なものになっているように思われる (Robert A. Hillman, “*The Triumph of Gilmore’s The Death of Contract*”, 90 North Western Law Review 32, 39-40, 42 (1995) のカルフォルニア州及びニューヨーク州の近時の判決例の動向の指摘等を参照)。「形式主義と不正義の回避は、交互に、支配的なパラダイムを指示するが、しかし、そのいずれも消失することはない。両者は、我々の体系が構築される基礎にある対立を構成しており、双方と

も、我々が消えた後もなおあたりに存在するであろうということを全てが示唆している。」

もっとも、このようにコモン・ロー流の《厳格な形式主義的思考アプローチ》とエクイティ流の《柔軟な実質主義的思考アプローチ》が常に両者併存することを指摘するハイランド教授も、そこに、時代の風潮があることは認めるようである。すなわち、ある期間では、一般的傾向として、一方のアプローチが優勢となり、その後、別の期間では、逆に、他方のアプローチの方が一般的に優勢となりうることは認めるのである。一ただし、かかる一般的傾向が何によって作られるのかは本論文では論じられてはいない。周知の如く、この両アプローチの交替のリズムは既にギルモアが思い浮かべていた。彼は、著書「契約の死」の最後に、死の宣告を受けた《厳格な形式主義的思考アプローチ》が、今度は、それと引換えに登場した《柔軟な実質主義的思考アプローチ》の死とともに将来再び誕生するであろうことを予言していたのである。確かに、両アプローチの周期的交替のリズムを承認するという意味では、ハイランド教授とギルモアは一致しているように見える。しかし、両者の基本的な視点はやはり異なる。ギルモアにとって、あくまで、《厳格な形式主義的思考アプローチ》と《柔軟な実質主義的思考アプローチ》は拮一的に存在するものでしかない。一方の生は他方の死である。彼の見地からは、《柔軟な実質主義的思考アプローチ》が舞台上上がれば《厳格な形式主義的思考アプローチ》は墓場に行かなければならないし、《柔軟な実質主義的思考アプローチ》が墓場に去らなければ《厳格な形式主義的思考アプローチ》は再び舞台にあがることはない。しかしながら、ハイランド教授にとっては、これまで繰り返した述べてように、この二つの対立する思考の流れはいずれも絶えることはあり得ない。同教授の見地からすれば、両アプローチの交替のリズムは、ただ、併存する《厳格な形式主義的思考アプローチ》と《柔軟な実質主義的思考アプローチ》のう

ち、ある期間は一方が、またある期間は他方が、一般的傾向として優勢的に援用された結果、生じるものであり、二つの思考の流れが両者ともに常に存続する構造それ自体は維持されている。「ブラックストーンは、法が、文学及び芸術のように、古典主義とロマン主義が交互になす周期的変動を知っているという点でギルモアとは意見が一致したであろう。契約法において、古典主義は、裁判上強制すべき約束を見定めるための形式主義的な基準を求める。逆に、ロマン主義的見地に立つ者は、強制しなければ不正義が生じるようなときに約束を強制する。ブラックストーンは、約束に関するこの二つの考え方の対立がコモン・ローの絶え間ざる特徴であることを我々に思い起こさせるだろう。」事実、この《厳格な形式主義的思考アプローチ》対《柔軟な実質主義的思考アプローチ》の対立は、例えば、ホームズ対カードゾー、ウイリントン対コービン、そしてそれ以前に、既に古くはブラックストーン対マンズフィールドの理論家の対立(対話)に現れている。かかる対立の主体が互いに同じ時期に活躍する者同士の間でなされていることから両アプローチの同時併存性が、また、その対立が繰り返し出現していることからその同時併存性の恒常性が確認されよう。「形式主義と不正義の回避との対立は、英米私法全てに跨がる区分、すなわち、かつてコモン・ローとエクイティの区別として制度化されたもの、を反映している。コモン・ローのこれらの二つの要素のそれぞれが、契約法において生じる問題に対し相争う解答を与える。」

ところで、このように、契約法が、法システムとして、相対立する《厳格な形式主義的思考アプローチ》と《柔軟な実質主義的思考アプローチ》の二つを同時に含むとすると、個別の紛争において、そのいずれのアプローチにより解決すべきかが問題とならざるを得ない。併存する以上、いずれが適当かという問題は不可避免的に問われるのである。この点、ハイランド教授にとっては、その答えを生み出す両アプローチの対

話（対立）こそが重要である。そして、まさにそのような対話が、同教授の見地からすれば、法の本質なのである。「法のシステムが二つの対立する契機を常に抱えていると見るのが重要なのです。」（前掲「特集」法学教室204号50頁〔ハイランド発言〕。）結局、「先ほどの契約についての二つの考え方に戻ると、そのどちらが適当かということ重要なのではなくて、二つの考え方の間の対話が重要だということですね。」（同〔能見発言〕。）

以上述べたように、ハイランド教授は、本論文において、一貫して、《厳格な形式主義的思考アプローチ》と《柔軟な実質主義的思考アプローチ》が常に両者対話しつつ併存し、そのいずれも過去に消失したことはないし、また将来消失することもないであろうと指摘している。確かに、このようなコモン・ローに表れる《厳格な形式主義的思考アプローチ》とエクイティに表れる《柔軟な実質主義的思考アプローチ》の二つの対立的な思考の流れが契約法の基底に常に併存するとの指摘は、直接には、アメリカ契約法を念頭に置いた記述でしかない。我が国の契約法全体を、そのような過度に二極分化した両アプローチが対話しつつ併存するとの視点から捉えられるものであるとは一般に思われまいだろう。しかし、実際、我が国においても、いわゆる「熟度論」をはじめ、とりわけ契約締結交渉過程の局面を中心として、契約法における信義則の活躍ぶりに、その形式主義的な思考の揺らぎが感じられていることもまた事実である。そうであれば、ギルモアが「契約の死」と表現した《形式主義的思考アプローチ》から《実質主義的思考アプローチ》への交替のリズムは、場面と程度を異にするにせよ、我が国でもやはり見られるものであるとも言えよう。それでは、この「法の実質化」現象とも指摘される状況において、はたして《形式主義的思考アプローチ》と《実質主義的思考アプローチ》はどのような関係にあると評価されるのであろうか。ギルモアの示唆したように、前者のアプローチから後者のアプ

早法 73 卷 4 号 (1998)

チへと前者の死を伴って単線的に移行する過程がその現に進む姿なのであろうか。「法の実質化」現象は「契約の死」を必然的に伴うものなのであろうか。これらの問題を訳者自身どう考えるかはさらに具体的な検討を要するが、しかし、少なくとも、ここで訳出したハイランド教授の論文は、考えるべき課題と、その答えを探るうえでの一つの有用な視点とを示してくれるものであるように思われる。

※ハイランド教授には、本論文の訳出を快諾して下さったうえに、訳者からの幾つかの質問等に対して貴重な助言を頂いた。特にそのことを記して感謝申し上げたい。なお、本訳者あとがき中、原典の明示なき「」内の引用源は本訳稿である。