慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	コモンローにおける約因と契約の拘束力
Sub Title	The Consideradion and the Binding Power of Contract
Author	西川, 理恵子(Noshikawa, Rieko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1986
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.59, No.2 (1986. 2) ,p.105- 132
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	須藤次郎先生退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19860228-0105

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

コモンローにおける約因と契約の拘束力

西川理恵子

一、初めに
二、契約法の展開と約因の発生
三、約因の定義
・リステイトメントにおける定義
・イギリスにおける約因
・約因理論
四、契約は何故拘束力を持つか
・モラルと約束
・約束と取引
・契約の相互性
・信頼と期待利益
五、結論

一、初めに

社会的なルールが法的な強制力を持つためには一定の手続をへなければならない。場合によりそれは議会決議であったり判決であったりする。そして、法適用の場面でも、適用のための基準が必要となってくる。ことに慣習が法の母体になっている場合にはその法的効力の発生源、根本理念の解明が必要となってくる。本稿においては、コモンローにおける契約法の基本原理の一つである約因（Consideration）を、契約法の拘束力との関係で考察してみたい。即ち、コモンロー上、何故契約が契約として法的拘束力を有するのかを考えてみたいのである。

二、契約法の展開と約因の発生

近代債権法の発展を表現するにあたって、「身分から契約へ」という表現がよく使われる。コモンローにおいても同様のことが言えるであろう。しかしイギリスにおいてこの傾向は、不動産法から債務法（Law of Obligation）へと言い換えることができよう。[1] 契約法はこの債務法の一部として十七世紀頃までにその基礎を確立した。現代的な意味での契約概念が成立するのはさらに遅れた。これは契約法が当初から一つの法体系として発展しなかったことに原因があろう。[2] 事実、スレード事件をイギリス法制史は契約法の統一として捉えている。[3] それまでは契約法は不動産法と不法行為法の一部として発展していたのである。何故こうなったのだろうか。

中世において現代的な意味での契約、即ち当事者間の合意は Covenant と呼ばれていた。Contract は日本法でいう物権契約であり、物 Res の移動を表わすものであった。[4] それが現代的な契約になったのは次のような展開があったからである。

契約はその実現に絡んで以下の二つの方向から分析することができる。一つは履行請求権であり、他方は契約違反の防止である。さらに契約違反の内容は契約の不履行 Non-Performance と不完全履行 Mis-Performance に分けることができる。中世においてはそれぞれの違反の態様に従って訴訟形式が異った。即ち、相手方に自己の権利に基いて履行をもとめる場合、言い換えれば相手方が履行に着手しない場合には Action of Covenant、それ以外の場合には Action of Debt 等の異った方法を使わなければならなかったのである。例えば、家の建設を請け負って家を建てたのに相手が代金を支払わない場合には前者の方法が使用されたのである。ベーカー[5]はこれにつき次のように言う。即ち、契約法は将来の履行を確保することを求めて発展した。Action of covenant は契約債務の強制的履行を目的とする訴えであった、と。

そもそも Covenant-deed は土地の移転を証明する書類として作成されていた。それが、時代が下がるにつれてそれ以外の当事者の権利関係を証する書面も捺印証書として認められるようになってきた。即ち Covenant は当事者の合意を書面にしたものとなった。形式的には、両当事者、または一方の当事者の封蠟(ろう)による捺印がなされていることが要求されるようになった。この段階においては口頭のものも Covenant と称されていた。[6] しかし十三世紀になると Covenant の意味は制限されるようになる。Action of Covenant を持ち出し、法廷において維持するためには Covenant の証明が必要になった。その証拠となる書面を Covenant と称するようになり、合意の意は忘れさられていくのである。

当事者間の合意を実現するために十一世紀の人々は Writ of Praecipe を使った。この Writ は本来、土地に関する権利関係を確立するために出された。[7] 即ち、被告に対しある土地の引き渡しを請求するとか、代金支払を被告に強制することが目的であった。この訴えの目的は〝引渡し〟行為、〝支払〟行為であったから、その内容を土地を巡る関係以外のものに拡張することはそう難しくなかったらしい。Statute of Walse 1284 は様々な内容を有する Covenant

が存在していたことを記録している。しかし、この方法は事実の立証に問題を持っていた。つまり、明確な証書がない限り立証方法や、その内容の吟味の方法がなかったのである。故に、十四世紀になると、捺印証書 Deed が存在しない限り訴えは認められないこととなった。

ところで何故、履行請求がされるのであろう。履行請求の基礎は相手方が債務を履行しないからである。この訴の形式はこのような債務の存在を確認し、その内容を実現するために存在する。不法行為上の損害と同視し得る、不完全履行のてん保を請求できる性質のものではなかった。判決は常に「Covenant の内容を実現せよ」[8]というのであって、例えば遅延履行による損害の保障は含まない。即ち、ここで保障される救済は不履行 Nonfeasance の態様についてのみであった。同時にこの訴訟形式の発展により、捺印証書がある場合にはその合意は契約として認められるという原則を築いた。即ち書面契約の優越的性格が確立したのである。

だが、世の中には書面のない契約、即ち口頭契約というものも存在する。それらすべてを書面の不存在を理由に強制力なしとするのは公正を欠く。その不公正さを埋める方法が必要なのは当然である。

Covenant が契約であったのに対し、債務負担行為—Debt—という責任の形式が存在した。Deed が主として不動産の権利変動や賃貸借等に関係していたのに対し、これは売買その他の関係から生ずる債務である。これらの関係を基礎に、その債務の実現をはかるために用いられたのが、Action of Debt であった。[9] 負担の内容を実現することを相手方に請求するという点において、この訴訟形式は Action of Covenant と同一の基礎を有する。双方とも不履行、即ち着手されていない事柄を実現することを目的としていた。両者の相違点は書面の必要性である。何故、Action of Debt において書面は不要となり得たのであろうか。

書面が Covenant について要求されたのはもっぱら合意の内容の証明の手段としてであった。即ち、書面以外に合意の存在を証明するものがなければ救済を裁判所は与えられないのである。一三二一年、ヘール判事は次のように

言った。

契約は言葉による当事者の合意であるが、言葉は〝書面〟（捺印証書）によってのみ証明される。[10]だが、私的な取引においては必ずしも書面が存在しなくとも取引の実体は存在する。[11]その実体に関し、裁判所は二つの債務形式を認められた。一つは Dett on obligation で、これは Bond に認められている債務、即ち金銭の支払を命ずるものであった。他方は Debt on Contract である。これは deed がなくて、合意の内容が実現を求められる場合に用いられた。この場合、債権者はその請求の原因（Causa Debendi）を証明しなければならなかった。イヤーブフクの時代において、その証拠は Quid pro quo と呼ばれた。Quid pro quo を備えるということは、それを供給した側にとっては履行行為を終えることであった。[12]自らの履行を終えて初めて、原告は相手方に契約の履行を請求することができた。裁判所にとって Quid pro quo が与えられたことが即ち、契約の存在確定の基礎、即ち口頭契約成立の要素であった。

これらが、契約不履行に関する法律の発展であるとするなら、一方に契約違反による損害の発生の方向から見た契約法がある。即ち、不履行に基く履行請求でなく、不完全履行その他の理由に基く損害発生に関する問題である。それらの解決を目的とした不法行為法上の訴をとり入れたのが引受訴訟 Assumpsit である。[13]

瑕疵のある契約の履行によって損害が生じた場合、その状況は不法行為の範疇に入りうる。即ち、何らかの行為を行うことによって相手方に不測の侵害をなしたのと同じ状況だと考えることができる。損害の補償を要求することは自らの権利の行使とは異なったものである。侵害された権利が契約上のものであれ、その他の原因によるものであれ、同様に扱われるべきであろう。イギリスにおいてはそれ故、契約の瑕疵ある履行や、不完全履行は不法行為の問題として考慮された。その最初の事件がハンバーフェリー事件であった。[14]以後引受訴訟が契約法の中で、Misfeasance（作為による不法行為）によって引き起こされる損害の発生につき盛んに使用されるようになった。

しかし不作為によって相手方に損害を生じさせることもある。不履行を不法侵害の一態様と考えることもできる。[15] 例えば監督不行き届きで渡し船の荷物が減失した場合は不法侵害である。また注文通りの彫刻をつくらない場合も同様である。後者の場合、彫刻される材料はその注文者のものである場合、その財産を減少させたことになる。よって侵害行為があるとする。この場合の損害賠償は基本的には行為の結果生ずる損害であるから、本来持っている権限の行使と同等のものであるとは限らない。その点が Covenant の訴訟と相違するところであろうか、言い換えれば、損害の範囲は Assampsit の場合には受けた損害の額に限られる。また引受訴訟ならば欺罔行為、保証、信頼利益の保護などの側面からのアプローチが、不法行為として解釈されたために可能であった。[16]

引受訴訟の場合でも、請求の基礎は必要である。損害額の確定のための算出基準も必要である。その目的達成のために二つの原則が十七世紀に発明された。一つは、取引の相互性（mutuality）の原則、もう一つは公平の原則、即ち、一方が他方によって損害を被るなら、その損害は担保されねばならない、という原則であった。第一の原則を担保するために Quid pro quo が利用された。双務契約において Quid pro quo を提供する、そして相手方の反対約束を期待させることで相互性が担保されたのである。第二の原則は、約束は守らるべきであるということよりも、むしろ当事者間の信頼関係の保護が当初は目的とされていた。その信頼のシンボルとして何らかの負担行為が必要であった。法的に認めうる証拠が必要だったのである。この二つの原理は独立した法原理としてでなく相互に入り混じった概念として約因論へと発展していった。[17] そして最終的には、「契約は約因がなくては拘束力を有しない」という原則に集約されたのであった。

約因 consideration はそれ故、歴史的にみれば引受訴訟を契約に関して成立させるための法的要件の統合体であった。即ち、相手方の欺罔行為を証明するのも、訴訟原因の存在も約因 consideration によって証明される。さらに実体的には契約の存立及び契約と他の合意との区別基準としても働いたのである。それ故に約因は現在のものであるこ

とが要請されたりするのである。[18] 十七世紀に入るまでには、アサンプシットという言葉さえ、合意を意味するものになっていた。

一六〇二年のスレード事件[19]は以上のような不法行為から発生した原理と、不動産法から発展した原理を結びつけたランドマーク的な判例である。この時点で口頭契約に関する訴えは全て Assumpsit で扱われるようになる。

一方、約因原理の発明は後の契約法に大きな影響を与える。約因が、様々な契約違反救済のための要素をとり込んで発生したために、それはコモンロー上の契約を特徴づけると共に、複雑にしている。また、契約の拘束力の基礎をになうものとして重要な要素となっているのである。

それでは現在約因はどのように定義され、どのように機能しているのであろうか。

三、約因の定義

社会の近代化と共に契約の様式も変化してきた。コモンローにおいて認められる最も著しい変化は捺印の衰退であろう。これは契約方式の簡素化を招いた。即ち、封蠟を使って印章を押すことが、当事者の署名にとって代わられるのである。事実、アメリカにおいては捺印証書契約は廃止された。[20] また、契約書についても正式なものでなくとも署名のあるものは、メモでも契約書として認められうるUCCにおいては[21]さらに契約成立の幅が広く認められており、契約内容に関する柔軟性は非常に進んでいると言えるであろう。[22] 書面が存在してさえもこのように柔軟な対応がされるなら、当然、口頭契約の方にもその影響は現われてくる。

詐欺防止法 Statute of Fraud の存在により、書面の要求はもちろん残っているが、半面、口頭契約、即ちインフォーマルな契約が様々な場合に使われている。その結果、約因も、約因の解釈自体も大きく変貌している。アメリカ

において、約因は次のように定義されている。

リステイトメントにおける定義

リステイトメント Restatement 2nd において約因に関する規定は第四章にまとめられている。そして、三十九条は約因を次のように定義する。

(一) 約因を構成するためには履行、又は反対約束 (Return Promise) が提供されなければならない。

(二) 約束者が彼の約束と交換に履行を求め、そしてその約束と交換に被約束者が履行をする場合には、履行又は反対約束は提供される。

(三) 履行は以下の三つの要素のいずれからかなる。

(a) 約束以外の行為

(b) 負担行為

(c) 法的関係の創設、変更、解消

(四) 履行又は反対約束は約束者又は他の者に与えることができる。またそれは被約束者又は第三者によって与えられうる。

つまり、約因は実際に価値のあるものでなく、約束であっても良いが、それは提供 Bargained for[23] されなければいけない。例えばAがBから本を十ドルで買う場合を考えてみよう。AはBに本に対して十ドル支払うことを約束した。Bはその約束を受けて本をAに引き渡す。この引き渡しが約因となり、Aはその契約に拘束される[24]。この場合、本の引き渡しはBの履行行為である。またUCCにおいては例えば即時船積みの約束は約因と解している[25]。

約因が反対約束と解される場合には結果的には大陸法的な意思主義と同様にみえるかもしれない。表面的には約束が約因とされた場合には意思の合致——合意——が拘束力を持つように見えるからである。問題は約因を提供するということの意義は何かということである。単に申し込みを受けそれに承諾が与えられた段階では申し込み者の約束は裸の約束 (Nudam Pactum) にすぎない。口約束ならいくらでもできて、守らなくても何の実害もないと見做されるか

らである。双方ともこの段階では利益も不利益も受けていない、衡平な状態であるからである。しかし、その約束に対し反対約束をしたり、自分の側の履行行為をしたりすると当事者間に利益の不均衡が生ずる。例えば、本の売買の例では本を引き渡した側は本の代金分のマイナスがあり、本を受けとった側には本の分のプラスがある。この場合、約束者は支払を行う買い手であり被約束者は売り手である。また、反対約束の場合、被約束者は法的義務がないのに自ら、約束を守る義務を負うこと（Forbearance）にしたわけである。法的には、自らを不利な状況に置いた、即ち法的不利益（Legal Detriment）を引き受けたことになる。言い換えれば約因の本質は被約束者が法的不利益を負担し、相手方はその分の利益を得ることであると言えよう。

法的に認められる不利益とは何であろうか。有名なものに、ペッパーコーン理論というものがある。約因であるためには、経済的に無価値であっても良いが三粒の胡椒粒のような形骸のみではいけない、という。[26] それ故約因は一ドルでも良い。[27] リステイトメントは約因になりうるものを列挙している。それらは履行約束の交換、法的義務の履行、約束に対する約束などである。[28] これらのものが約因と評価される基準をウイリストンは「現実的」であり「十分」であることだと定義する。[29]

この基準は具体的に何を意味するかを、何が約因とならないかを検討することによって考えてみよう。

まず、動機 Motive は約因とならない、とされる。[30] 動機とはその約束を当事者にさせた原因ではある。しかし、それは被約束者の側に負担を負わせるものではない。例えば「きみが貧しくて気の毒だから、五百ドルあげよう。」というのは契約とは認められない。「貧しい」ということは何ら特別な自己の自由な選択によるものではない。また、過去に行ったことも約因にはならない。過去に起きたことはそれ以上の法的負担を誰にも与えないからである。[31] 契約が取引 Bargain と交換 Exchange からなると考えれば当然であろう。それ故、例えば贈与等の無償約束（Gratuitous Promise）は、約因がないから（何の法的不利益も授与者は負わない）拘束力を認められない。[32] このことは次のことを示唆

する。即ち「現実的な約因」とは現在結んだ約束と交換になる負担行為である。過去にした行為はそれが約因となり得べきものであっても現在、新な約束と交換に提供されるのではない。即ち今、相手に守らせたい約束のために負担行為をしたという意志がないから「現実」の約因ではない。[33]

条件 Condition も約因にはならない。履行のための条件とは通常相手の履行行為を受領するための準備行為で、その行為自体は何ら法的に被約束者の側に不利益を課すものではない。例えばある男が乞食に「あの角のむこうの洋服屋まで行ったら、私の勘定でコートを買って良い」と約束する。[34] 洋服屋まで歩くことはそのコートをもらうための準備行為であってそれによって特別の法的負担を負うわけではない。いずれにせよ乞食は洋服をもらうために、洋服屋に行く。そこには何ら「取引（Bargain）」が存在しない。一方、同様に当事者の片方が一方的に利益を得るような場合でもその当事者に独立の相手方の履行行為受領の準備でない行為が求められる場合には、その行為に着手することが、「十分」な約因となる。例えばハーマー対シドウェイ事件[35]のように、一定期間の禁酒をしたら五百ドル与えるという約束をしてその期間禁酒するとか、[36] ブルックリン橋を徒歩で渡ったら十ドル払うという約束をしたから、橋を渡った等という場合を考えれば良い。これらは有効な約因である。

「十分」であることはしかし、その約因が経済的にひきあうものであったり、意味のあるものである必要はない。例えば法的に無効即ち、経済的にも無価値な書類の引き渡しは約因を構成するとした例がある。[37] その理由はその書類に関し、当事者に取引関係を認定しうるというのであった。

要するに約因とは、相手方の約束と交換に提供される法的に実行の義務のない行為、又は不作為、及びそのような行為をする約束であると定義しうる。法的にはする義務のない行為をすることは、自らの権利を放棄したという点でその現実的経済的価値の有無に関らず（その法的価値が当事者の意思の上でバランスがとれていれば）法的に被約束者は不利益を負ったと解する、そしてその利益が約因であると考えられる。

イギリスにおける約因

アメリカの教科書の議論が比較的約因となりうるものの基準を中心とするのに対し、イギリスにおけるそれはその実体・原理を問題にする傾向が強いようだ。アメリカではリステイトメントの成立により、約因の役割が確定され承認されたように見えるところがある。ところがイギリスではそのようなものがないためにより自由な論議がされたようである。[38]

イギリスにおける約因論は簡単に言えば次のような展開をした。契約法が一つの体系として十七世紀に成立して以来、[39]法が保護すべきものは約束か取引かという議論が続けられている。約因の存在は取引の保護、即ち交換の原理を証明するものだというのが現在でも通説と言えるだろう。[40]

これに対して様々なバリエーションがある。中にはアメリカの利益—不利益アプローチもあるし、また約因を約束の対価とする理論もある。[41]しいて両国の違いを上げるなら、イギリスの方が、約因の存在に対しことに双務契約につき懐疑的であることだろうか。

約因理論

約因の存在意義に関する議論は既に十八世紀から存在していた。その中でも重要なものはマンスフィールド卿の約因不要論である。[42]マンスフィールド卿の約因理論に対する批判は次のようなものであった。[43]即ち、約因とは当事者のその契約に拘束されることを認める意思の証拠に他ならず、契約存立の要件ではないとしたのである。彼は契約の基礎を道徳的義務に求めた。即ち、支払義務は道徳上生じるのであってそれ故、約因の提供は道徳的義務の履行だとした、道徳的義務は法的拘束力は持たないのは自明の理である。よって約因提供にも何ら拘束力がない、それ故、約因提供は契約成立の要件にはならないとした。しかし彼の理論は一八四〇年のデンマン卿の判決[44][45]により終止符をうたれ、約因は契約成立の要件であるという原則は確立された。

しかし十九世紀後半から二十世紀の初頭にかけて新な約因の存在理由に対する疑問がなげかけられるようになった。おそらく社会の変化の速度が大変速くなったこと、附合契約の分量が増えたこと、取引量が多くなったことなどのために契約手続が簡略化されたことにもこの現象の理由があるようだ。また、大陸法の影響や、契約の履行強制における約束的禁反言 Promissory Estoppel の役割が増大したことと共に約因の持つあいまいさがこのような傾向を強めた。

約因廃止論がアメリカにおいて最も高まったのは一九四〇年から一九五〇年代にかけてで、多くの論文がかかれた。この動きのきっかけとなったのはエイムズの Two Theories of Consideration[46] であった。また、イギリスにおいても一九三六年のライト卿の論文、また一九三七年の法律改正委員会も約因理論につき、再考を促し、かつ他の原理の導入を推薦もしていた。[47]

アメリカにおいてはしかし、リステイトメントの作成により約因の定義は一応確立された。しかしパターソンによれば実際問題としては、Promissory Estoppel[48] の方が裁判官には好まれるようだという。こちらの方が約因より単純で理論的であるというのである。[49]

約因不要論はさらに従来の理論構成ではコモンローでは強制できない契約についてその成立と効力を主張する。例えば贈与をどう考えるかである。これは無償契約 Gratuitous Promise の一種である。原則としてコモンローでは無償契約は拘束力がない。だが場合によってはそのような約束も履行が強制されないと、当事者間の利益のバランスを欠くことがある。即ち、被約束者に不利益を与えることがある。例えば落下物から雇い主を救って負傷した被傭者に対する年金の約束、[50] 成人の息子をかなりの期間看護した看護婦に対する父親の補償の約束等[51]がそれにあたる。フリードは約束的禁反言が適用される場合も、約因理論では契約に効力を認め得ないとする。[52] 例えば建設業者が予期しなかった地盤の弱さを発見した場合、建設業者に危険負担があるにもかかわらず、余分な費用の支払に依頼者が同意した事例がその場合にあたる。[53] また支払期限の猶予の約束も有効である。[54] 前の例では依頼者は支払の拒絶は認められない

し後の例では猶予期間以前の債務履行の強制できない。これらの事例においてはもともとの債務の他には新なる約束も負担も被約束者の側は提供していない。即ち、最初の例では建設業者はたとえ依頼主が余分な補償をしなくても請け負った工事をしなければならない筈であるし、また支払猶予の例においては猶予した債権者には何のメリットもない。約因を構成するに足る交換も負担の引受も存在しない。しかしこれらは法的に強制可能な約束であらねばならない。約因論ではカバーできない。とすれば約因は口頭契約においても不可欠な要素ではないのではないか、ということになる。

さらに、比較法的な見地からも約因の存在理由について批判が加えられる。例えばパターソンは約因をローマ法の Causa と比較する。その結論は約因は単に契約の履行にあたってその契約の成立に関する瑕疵が問題になった時にのみ、考慮されるもので Causa のように契約の本質に関する問題を解く鍵にはならないと主張する。さらに契約を当事者の意思の合致と考え、当事者の自由な意思の実現を契約履行の目的とするなら、約因は役に立たない。約因論は形式的な約因の存在に契約の成立の Formality を求めるが、それは当事者の真の意思実現を目的とはしないと主張する。(55)

また、契約の形式の問題からみると無償契約の強制を契約法に含めて考えようとする場合には約因論では統一的解釈ができない。即ち、例えば我が日本法のように合意が契約形成の必要十分条件であると考える法制度においては無償契約も契約としての保護をうける。しかしコモンローにおいては約因をいかに形式的に解釈するにしても全くゼロにはなりえないし、ゼロになりうるとするのなら、不要の附属品ということになる。その場合には約因は不必要な歴史的遺物であるという批判をうけることになる。

もしも約因が本当に契約の拘束力のそして成立の基礎として不要であるかどうかは契約が何故、拘束力を有するかという問題としてとらえなおせよう。約因以外のものが契約の拘束力の基礎にあるのなら、約因論は将来、確かに消

滅するかもしれない。

四、契約は何故拘束力を持つか

約因論を通してうかんでくる問題は、何故一定の当事者間の合意が法的拘束力を持つのか、契約法が保護の対象としているものは何なのかということである。即ち言い換えれば契約の本質とは何かということである。契約とは一体何なのであろうか。そして契約責任の源泉は何なのであろうか。

ところで大陸法系の契約法ではあまりこのような議論はされないようである。大陸法系の契約法と較べると、コモンローのそれは契約成立に関する要件が厳しいようにみえる。例えば日本法では完全な意思主義をとるために法的には契約の実体的成立要件に関する規定はない。制定法により当事者間の合意に契約として拘束力を認めることを宣言することによってほぼ完全な契約自由の原則を定立した。制定法として法典に書かれている分だけ大陸法の方が形式的には抽象的で融通がきくと言えるのではないだろうか。

これに対し、コモンローの場合、判例の積み重ねが重要であるために契約の形式や成立要件に関する細かい規定が存在する。例えば契約条項の分類等である。[56] これは制定法作成作業のような抽象化の手続がなかったためにより実体的な規律が法として成長したと言えよう、また一方これは契約が何故どのような場合に法的拘束力を持ちうるのかという問題も実体法の領域の問題として残っている。契約と解される約束と法的には契約と認められない約束の間にある相違点、また契約の本質は約束のみに集約できるのかという問題をモラルの問題とからめながら考察してみよう。

モラルと約束

約束は守らなければならないという規範はその出発点において道徳規範である。だから、例えば友人との待ち合わ

せが可能になるのである。

しかし一方で約束は常に破られる可能性を含んでいる。道徳律にとどまる限り約束違反は法的に悪しきこととはされない。言い方を変えれば全ての約束が破ったことを非難されるものではないのである。契約の自由という側面から考えればこれは締結の自由と契約からの自由（Free from Contract）の問題となる。

コモンローにおいて契約の本質は約束であると言われる、約束 Promise とはある者が他者に対して責任を負担することを承認することであると定義できる。[57] 即ち約束とは債務 Obligation を引き受けることだと言い換えることができる。この債務引受行為は他に何の原因もない場合は法的効力を持たない。即ち、一方的に債務負担行為をした場合、それは誰をも拘束しないのである。道徳律のみでは契約がたとえ約束の一種であるとしても法規範に保護される理由としては十分ではない。それ故コモンローにおいては例えば贈与は契約とは見做されない。また、片務契約の場合にはその拘束力が問題となる。一方的な約束は裸の約束 Nudam Pactum と呼ばれ拘束力を持たないのである。[58] 何故、裸の約束は拘束力を持たないのか。これは法の衡平、正当性の問題として捉えることができよう。一方的に約束者を何の代償もなく不利な立場におくことは法的に不衡平な状態だと考えることができる。被約束者はその約束の実現により一方的に利益を享受することになる。そのような約束の実現を法的に承認することは社会的衡平の実現の要請には合致しない。法的に価値がないのである。約束を契約にまで高めるためには、その約束が相互的であり、経済性を持ち、取引（Bargained for）されたものであるべきであろう。マンスフィールド卿は彼の時代に、この道徳問題を契約の基礎とみなした。そして約束に契約的な法的価値を与うべく発達した約因をより明確な法理論に転換しようとしたのである。[59]

約因は約束との関係からみるなら、裸の約束を裸でなくする手段と言うことができる（大陸法では causa がその役割を果たすのではないかと英米の学者は見ている）。約因は古くは Quid pro quo として、物の移転を債務負担行為を確認す

るものとして発展したのである。[60]

約束と取引

約束を契約にするべき要素の一つに約束が取引交換されたことがある。その内容は即ち契約が約束のくみ合わせなのか、それとも取引に基く当事者間の合意であるのか、というものである。もしも契約が約束の一種であるとするのなら、それは道徳的な規範にしばられることでのみ有効になりうる。それはひいては、その内容がどのようなものであれ、[61] 約束の履行を法的に強制しうることになる。例えば、現在のコモンローでは贈与は契約とは考えられていないが、それも契約の一部として法的保護を与えられうることになろう。即ち現在のような約束的禁反言理論による解決策のみではなくなるのかもしれない。

しかし、契約を、取引の状況に応じて生ずる当事者間の合意に法的強制力を与えるものだとするなら、その法的な根拠には道徳的要素の入る余地は減少する。その代わりにその取引の経済性の問題がクローズアップされる。例えば Goetz と Scott はその一九八〇年の論文で、[62] 契約履行の経済性を方程式にしてそれを基に契約の基礎につき考察を加えている。実際の生活の中で、「契約」即ち法的に拘束力ある約束を考慮した場合、この経済性の問題は無視することはできない。例えば、何故、支払不能債務の更改が成されるのか。また、なぜそれが拘束力を持つのか。これは即時に一部でも債務を償還させる方が、債権者にとっては長い目で見れば有利であるからであろう。[63] このような場合リステイトメントの定義による約因はそなわってはいないが、しかし、取引行為は存在する、債権の担保というものも取引利益の一部であるからである。

現代社会ではしかし法的に保護しなければならないものは商業的取引行為のみではない。その他の債務負担行為というものにも強制力は必要である。一方に債務負担行為があれば他方には利益の享受がある。その利益を一方的に享受することは通常、公平とは認められない。また、契約は二つ以上の当事者を含む。するとその当事者間には何らか

の意思の交換が存在する。そして相互に互から欲するものを手に入れようとする。一方的に他方を約束によって拘束することはできない、双方の間には常に取引関係が存すると言えよう。

契約の相互性

近代社会が、身分から契約へ、という方向で発展し、その結果、自由契約の思想が私法原理の一つとなったのは歴史的事実である。この原理の前提は当事者間の力の均衡であった。中世においては現在で言えば契約にあたるものを忠誠義務に転換した。それが、社会資本の充実と共に、個人の尊厳が確立し、人間が平等になると一方的な負担を身分や力関係を理由に強制することはできなくなった。そのような状態になった時、公正さや正義は衡平にその標準をおくことになる。契約の自由は当事者間の力関係が均等になった時に最も強くその効果を発揮する。公正な交渉と合意が可能となる。この状況において債務が履行されるのは当事者が法的に同等のものを交換することを要求するからである。

債務が履行されるのは――その原因がいかなるものであろうと――当事者の片方に何らかの損失が、負担行為が在るからである、例えば不法行為ならば、被害者は損害を負担し、事務管理ならば、管理者は管理行為をした事による労力を損失と考えることができる。そして相手方には一方の行為から利益を受ける場合と、相手に損害を与えたという事実が存在する。後者の場合、マイナスはこうむらない。契約の場合はこの相互性がそれぞれの履行義務という形で発生する。(64) 即ち、一方の行為によって他方が自らの受益につき相手方に償還せねばならぬ。

例えばAが倉庫に品物を預けた場合、倉庫業者は預り料を請求する。かように、通常契約は相互に債務を負担する。それ故相互約束 Mutual Promise は拘束力ある契約になる。

一般に、契約が当事者双方の地位のバランス、即ち公平を保つことを要求する。それ故、契約の内容は相互的であり、交渉も相互的 Reciprocal であるべきなのである。これも契約拘束力の発生原因の一つである、と言って良いだ

ろう。ことに商業契約においては相互性は重要な要素である。その相互性を証明するのが約因の役割である。

しかしそれだけでは充分でない。殊に最近五十年の社会の動きについてはこの相互性につき、また真の契約自由、そして従来の契約原理のあり方に疑問が生じてきている。アティヤはその原因を三つ程に整理している。第一は信頼理論の発展、第二は契約の解釈と履行強制に関する法手続の中立性、第三は契約になじみのない一般人の保護等である。[65] 本稿においてこの中で最も重要なものは信頼理論であろうか。

信頼と期待利益

社会の取引の速度が速くなるにつれて、自由な交渉の余地がなくなってきたことは前述の通りである。[66] さらに、取引が複雑化するにつれて、取引になれていない人は場合によっては殆ど選択の余地がなくなる場合がある。例えば、保険契約等はその約款の変更につき申込み人は何ら手を附けられない。それが附合契約の特質となっている。それでも契約は成立する。その契約は如何にそして何故締結され履行するのであろうか。契約の利点は何なのだろうか。

ロン・フラーによれば契約法によって保護されるべき利益は三種類ある。それらは償還利益、信頼利益、そして期待利益である。これらはそれぞれ契約違反が生じた場合に損害賠償を受けたりそれぞれに適当な救済を与えられる。償還利益とは、被約束者 Promisee が約束を信頼してある価値を引き渡したのにその約束が破られた場合に生ずる。即ち償還利益の本質は被約束者の損失において他方が利益を受けるのを防ぐことである。[67] 信頼利益とは、被約束者が約束を信頼して自らの地位を変更することを言う。フラーによれば「約束以前の立場と同様の立場を被約束者に確保すること」が、契約においてこの利益を守る「目的である。」と言う。最後の期待利益とは契約により獲得し得た筈の利益ということができるだろう。

さて、契約債務が履行を法的に強制されるのは以上のような契約上の利益が侵害されて、不利益が生じた場合である。不法行為に基く債務であれ、契約上の債務であれ、それらが発生し強制されるのは、究極的には法及び権利に対

する侵害行為であったためである、と考えることができるであろう。[68] どの利益が侵害されている場合も、根本的には被約束者の約束者に対する信頼が裏切られている。次のような三つの場合を考えてみよう。

Ⅰ、AがBの建物の一部を修繕した時にBが支払を拒絶した場合。[69]

AがBの建物の修繕に着手したのはAはBの支払の約束を信頼したからである。その結果、BはAが工事を終わった部分につき、修繕の結果を利益として受けている。この時点でAは相手を信頼した結果、契約上の債務、即ち労力や資材を少くとも損失として被っている。一方Bの方は支払することなしに建物の改良という、Bの行為の結果として利益を得ている。

Ⅱ、AはBから土地を買う契約をした。その契約を信じて、Aは土地の測量やBの所有権確認のための手続費用を支払った。

Ⅲ、AはBからタイプライターを買う契約をしたのに、BはAに品物を引き渡さない場合。

Ⅱの例は信頼利益侵害の例である。Aは約束を信じたからその土地の測量を開始したのである。即ち、約束を信頼したからこそ、測量費の支払という損失を被っている。

第三の例については、売り手は買い手の契約に対する信頼から生ずる商品受領の期待を裏切っている。第二の例との相違は、第二例の損失が、直接契約違反から生ずる損失ではなく、契約実現に伴う派生的な損失である。契約が守られることを信頼したことによって生じた損害であるという点で、両者の相違は必ずしも明確でないが、期待利益の場合は将来に対する、予見可能性の保護ともいうことができよう。

では何故期待と信頼は保護されなければならないのだろうか。

契約はその成立過程で当事者間の意思の合致を要求する。即ち、当事者はその契約に拘束される意図を有している。当事者は双方ともその意思を信頼して次の行動に移る。双方ともその次の行動に責任 liability を有する。また法の公

平に対する要求が次のことも要請する。即ち、不当にどちらかが相手方の行動も当事者の相手方に対する信頼の保護が目的だと当初は考えられた。しかしこの二つの原則は、独立した法原理としてでなく相互に入り混じった概念として発展した。[70] そして最終的には「契約は約因なくては拘束力を有しない。[71]」という原則に行きついたのである。

約因 consideration はそれ故、歴史的にみれば引受訴訟を契約に基く訴訟の一部にするための様々な要素の統合体であった。即ち、相手方の欺罔行為を証明するのも consideration によって損害を受けてはならないのである。

信頼を守る要請がない、とするとどうなるだろうか。契約は守られないことが前提となる。すると詐欺行為も合法的であることになる、例えば、善き信頼 Good faith をフリードは契約拘束力の基礎としているが、[72] もしも信頼利益が守られないとするなら、欺罔行為が違法とされることは法的にバランスを欠くことになる。

信頼保護にはまた経済的利益衡量も必要である。契約は通常、何らかの利益を期待して締結される。将来、ある価値を得ることを見越しているわけである。それ故、一定の〝予見可能な利益〟も法的に保護されうる。[73] また、自らを一時的には不利な状況 Detrimental Reliance においこむこともする。信頼がなければ、相手方はその信頼を裏切られて損害を被ることはないのである。

それ故に、信頼は期待と共に契約においてはその拘束力の基礎となるのである。[74] 時々、契約は破られるために存在する、と言われることがある。人には勿論契約からの自由もある。しかし、そのためには代償を払わなければいけない。契約を信頼し、それによって財産の、権利の変動をこうむる当事者の立場を危くしたり、損害を与えたりしてはいけないのである。

契約は法的な拘束力を持つ、それは約束として、取引の合意として、当事者間の意思の合致として、相互の信頼をになうからである。それが守られなければ、何ら安全な行動は保障され得ない。ゆえに、信頼は保護されねばならないのである。

信頼が保護される、という保障があるから人々は安心して契約を守るのである。人は約束を信頼するからこそ、自己の占める地位を不利益を被るかもしれない方向に変更するのである。[75] この問題を約因理論と絡めた場合、次のような考え方が出てくる。即ち信頼利益は何によって保護されうるか。というのである。

信頼が存在するかどうかは何らかの外形的な行為が存在しなければ推測することはできない。人間の意思は表面に出て来なければその存在を判定し得ないからである。また、真実誠実になされた契約以外、そしてそれを信頼したもの以外法に保護される必要はないであろう。すると、その外形から当事者の意思を推し測る基準は形式によることになる。約因は通常その当事者の責任引受の象徴的行為と考えることができよう。

五、結論

以上述べてきたように、契約の本質はコモンローにおいては約束であり、また取引でもある。そして、現在は信頼理論が中心的な学説となっているわけである。[76] その点においては契約の約束としての側面が強調されているわけである。また、約束それ自体の信頼性が強調されればされる程、約因はその存在理由を失うように見えてくるのである。

しかし、果たしてそれは真実であろうか。大陸法的な考え方からすれば、契約の方式の自由も絶対的原理となりうる、即ち、意思の合致さえ存在すれば契約は成立し拘束力を持つと考える。

しかし、それでも通常の約束と契約の間には区別をつけねばならない。約束というだけでは法的保護の対象にならないのは自明の理である、法的に保護すべき価値のあるものしか法は強制しない。同時に法はまた公正であるものしか保護しない。コモンローにおける約因理論はここの問題に大きく関わっている。契約法が成立した時に約因は契約と他の約束との間に一線をひいた。即ち、契約上の債権を行使するためには自分も債務を負担しなければならない、

ということである。さらには、それが履行されていることも要求された。言い換えれば、債務の存在を自らが負担行為や、債務引受によって証明されて始めて履行請求が、ひいては損害賠償請求権が認められたのである。約因理論はその点につき、不法行為との橋渡しをしたのである。即ち、約束を破ることによって生ずる損害の発生も確定するのである。

契約の自由には二つの側面がある。一つは契約締結の自由であり、もう一つは契約からの自由である。近代法は意思自治の原則を重んずるから契約締結の自由は保証されねばならぬ。一方で、人は不当な約束からも自由でなければならぬ。これが不当性 Unconscionability として扱われる問題である。不当である、ということは必ずしも不法であることは意味しない。ある行為を人に行わせることが正当であるかどうか、正当でない場合にはそのような約束を守ることを強制することはできない。例えば一方的に不利な約束、経済的にあまりにも不公平な契約は場合によっては不法である。ここでもかつて約因はその役割を持っていた。即ち、約因が存在することで、当事者が契約締結の意思を持っていたことを証明し、その適切性によってその契約が法的に価値のあることを証明しているのである。

契約は、真正（seriously）に締結されねば効力を持つものではない、というのが法理である。書面契約においては捺印により、その決意を当事者に促した。同様の役割を約因は口頭契約において果たしていた。約因不要論は、現代社会の複雑性とその速度の点から、また約因が様々な法的な性格持つあいまいな存在であること等を理由に約因存在の理由を否定する。[77] また契約の自由に対する信仰にかげりが出てきたことから、[78] それを担保するための約因に対しても懐疑的になっているように思える。

しかし、筆者はこれに対しいささかの疑問を持つものである。まず第一に、口頭契約の場合、どのような状態になったならば、履行請求が可能であろう。我国の場合でも例えば植木職人に庭の手入を頼む場合、相手が期日迄に仕事をしなかった場合に相手を訴えることができるだろうか。例えばその約束をしたことをどう証明するのだろうか。勿

論、日本人の国民性を勘定に入れれば、信用の問題として履行してもらえないことはない。しかし、契約の存在を証明する手段がなければ、法的な救済は求められないであろう。これが即ち約因の最大の存在理由ではないだろうか。

ロン・フラーはその著書で、次のように約因の未来をうらなっている。即ち、契約の形式が消滅しない限り、そしてそれは消滅しそうもないが、約因はその独自の存在理由を失わないであろうと主張する。契約成立の要請がいかにインフォーマルになろうと、常にその存在を証明することが要求される。フラーはその証明の手段として約因の役割を強調するのである。

契約拘束力の原因を信頼に託すという、前述の信頼理論にしても、そこに信頼が生じていたということを証明せねばならぬ。[29] さらに相手の約束や、双方の合意を信頼に足るものと考えるから、一定の行為をさし控えたり、他との契約をしなかったりするわけである。そのような信頼に基いて自らの立場を転換することはそれ自体、法的不利益と考慮しうるであろう。即ち、安定した基礎を持っていた自らの地位を、たとえそれが、約束成就の暁にはより良いものになろうとも、相手の意思—履行の有無を条件とする不安定な立場におくわけである。

以上のように考えてくると、そしてまた、拘束力ある契約とそうでないものの間に区別をつけることの困難さを思うにつけても、私は約因理論の消滅は容易なものではないのではないかと考える。およそ既に百年近く反対論がありながら、消滅論が成功しなかったこと、また経済的な公正がますます要求される場合には、その約束を信頼する、ことに法を知らぬ一般人の保護のためには何らかの実体的行為が必要とされる、と考えるならば、約因理論はかなり説得力があると思われる。また未だに、その存在を議論し続けなければならない、という事実の中にも約因はコモンローにおいて無視し得ない存在理由をになっている、と言えるのではないだろうか。

(1) 実体と手続法の関係がコモンローにおいては大陸法系の場合よりはるかに深いため訴訟形式と切っても切れなかったのである。また先例拘束の原理が働くために新しい権利や債務関係は古い訴訟形式にあてはめて考えなければならなかった。

(2) Slade v. Morley, 4 Co. Rep. 92(16.02) 1971 CLJ 51—67.

(3) Baker, *An Introduction to English Legal History*, 2nd Ed., 1979, p. 287.

(4) 合意に基く抽象的な当事者の約束は Contract Consensus と呼ばれていた。コモンローにおいては強制力は認められていなかった。

(5) Baker, *Supra* p. 263.

(6) Barkshire Eyre 1248.

(7) Baker, *Supra* p. 56.

(8) Baker, *Supra* p. 264.

(9) Baker, *Supra* p. 273.

(10) Case of Waltham Carrier (1321) London eyre 1321 (86 SS) 287.

(11) Royal court で用いられた証明方法は Wage of Law のみであった。

(12) Black, *Law Dictionary*.

(13) Baker, p. 60.

(14) Humber Ferry Case, Bukton v. Tounesende (1348) Kiralty SB p. 187, Kiralty sc. p. 222.

(15) Baker, p. 275.

(16) Baker, p. 277.

(17) Sharington v. Stratton (1505) 1 Pound 300, 308 Baker, p. 280.

(18) *Ibid.*

(19) *Supra* Note (2).

(20) Restatement 2nd U. C. C., 2—203.

(21) U. C. C., 2—202.

(22) U. C. C., 2—305.

(23) "Bargained For" 英語辞典によれば、"Expect, prepared for" と同義とされる。しかし契約上は交換されまたは、ひき渡しが確保されていることを意味すると考える方が良いと思われる。

(24) Restatement 2nd §39, Comment.
(25) U. C. C., Ard., 2—106～301.
(26) Calamari-Perillo, *Contracts* 2nd (1977), p. 360.
(27) Calamari, p. 136.
(28) Restatement 2nd § 71.
(29) Williston, *On Contracts* (1958), p. 372.
(30) Arthur T. von Mehren, Civil Law Analogues to Consideration, 72 H.L.R. 1009.
(31) Calamari, *Supra* p. 135.
(32) 大陸法系の考え方によれば贈与も契約の一種である。コモンローの契約は当事者の意思の実現を計ることは目的にしていない。
(33) 意思自治の保護。
(34) Williston, *On Contracts*, p. 442.
(35) Harmer v. Sidway 12 N. Y 330, 77 N.E. 256.
(36) Charles Fried, *Contract as Promise* (1981), p. 30.
(37) Hay v. Brooks 113 Eng. Rep. 119 (K. B. 1839).
(38) *Ibid.*
(39) *Supra.*
(40) Hamson, 54 L.Q.R. 233.
(41) Cheshire, *Contracts* (1976), p. 65.
(42) Lord Manstield CJ 彼は契約法史において大きな役割を果たした。
(43) Black, *Supra*, Cheshire, p. 63.
(44) Lord Denman, Cheshire, *Supra* p. 64.
(45) East wood v. Kenyon (1840) 11 Adb El 438.
(46) 19. H.L.R. 29.

(47) Cheshire, *Supra* p. 65.

(48) Restatement 2nd § 90.

(49) Edwin Patterson, *An Apology for Consideration*, 58 Columbia, L. R. 929.

(50) Webb v. McGowin, 27 Ala App. 82, 168 So. 196(1935).

(51) Mills v. Wyman, 3 Pick 207 (Mass. 1825).

(52) Fried, *Supra* p. 39.

(53) Fried, *Supra* p. 33.

(54) Calamari, p. 150.

(55) Patterson, *Supra*.

(56) 日本では今まであまり注目されていなかったらしい。

(57) Atiyah, p. 9.

(58) Calamari, *Supra* p. 156.

(59) *Ibid.*

(60) *Ibid.*

(61) 即ち慈善や一方的に負担を負うべきものも全て契約になりうる。

(62) Charles Goetz and Robert E. Scott, *Enforcing Promises*, 89 Y.L.J. 1261.

(63) Calamari, p. 150.

(64) Calamari, p. 156.

(65) 95 H.L.R. 510.

(66) *Infra*.

(67) Lon L. Fuller, 46 Y.L.J. 52.

(68) S. Atiyah, *Promises, Norals, and Law* (1981), p. 201.

(69) Johnston v. Stor Buckect Pumb Co, 274 MO 70411, 202 S. W. 1143(1910).

(70) Atiyah, *Supra* p. 280.

(71) Sharihgto v. Stratton, 1 Pound 300~308(1565).

(72) Fried, *Supra* p. 74.

(73) U.C.C. Article 2, chapter 7.

(74) Atiyah, *Supra* p. 177.

(75) Kirksey v. Kivksey, 8 Ala, 131 (1845).

(76) Atiyah, *Supra* p. 60.

(77) Patterson, *Supra*.

(78) 現代社会における契約の自由とは何か。附合契約の増加につれ交渉の余地が少くなっていることにも理由があろう。又、社会的弱者の保護という法的な要求も重要な私法上の問題となりうる。

(79) Restatement, 2nd § 90.

《参考文献》

- Charles Fried, *Contract as Promise*.
- P.S. Atiyah, *Promises, Norals, and Law*.
- Calamari-Perillo, *Contract*.
- Cheshire. *Contract*.
- Williston, *On Contract*.
- Corbin, *Contract*.
- Goez & Scott, *Enforciag Promises*, 59 Y.L.J. 1261.
- Lon L. Fuller, *Coasrderatlon and Form*, 41 Colum, 799.
- A.T von Mehreh, Civil Law Analogues to Consideration, 72 H.L.R. 1009.
- Ames, *Two Theories of Consideration*, 19 H.L.R. 29.
- M.A. Eisenberg, *Donation Promises*, 47 Chicago L.R. 1.
- E.W.Patterson, *An Apology for Consideration*, 58 Colum. L.R. 929.

- J.L. Barton, *The Early History of consideration* (1969), 85 L.Q.R. 322.
- Roscoe Pound, *Promise or Bargain*, 33 Tulane L.R. 455.
- Fuller and Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46, Yale L.J. 52. 373.
- P.S. Atiyah, *Contracts, Promises and the Law of Obligations*, 94 L.Q.R. 194.
- P.S. Atiyah, 95 H.L.R. 509.
- J. Raz, 95 H.L.R. 916.