

Title	アングロアメリカ法における合意と約束とその効力(二) : 歴史的視点を加えて
Sub Title	Agreement promise, Its binding force under the Anglo-American law (2) : from the Historical View
Author	西川, 理恵子(Nishikawa, Rieko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2000
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.73, No.10 (2000. 10) ,p.35- 71
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20001028-0035">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20001028-0035</a>

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.

# アングロアメリカ法における合意と約束とその効力(二)

——歴史的視点を加えて——

西川 理恵子

まえがき

## 1 序章

### 2 若干の歴史的考察

(1) イギリスにおける法の発展

(2) イングランドの始まりと法制度

(3) アメリカ合衆国とコモンロー

(4) アメリカ植民地におけるコモンローの継受

### 3 判例法としてのコモンロー

(1) 判例法の構造

(2) 判決文の構造

(3) 立法作用としての判決

### 4 コモンローの本質

(1) コモンローの法源

(2) 予測可能性と法

(3) 慣習と社会合意とその反映としての判決理由

..... (七三巻八号)

### 5 契約法に関する簡単な考察

(1) 序章

(2) 契約法と近代

(3) わか国民法における契約法概観——コモンローの視点

から

(i) 日本民法について

(ii) 民法の契約法の構成

### 6 コモンローにおける契約

(1) 契約の意味

(2) 申込みと承諾

(3) 契約の効力発生要件

### 7 約因論小考

(1) イギリスにおける契約法の発達に関する簡単な考察

(i) *Stable's Case* まで

(ii) *Stable's Case* 以後

(iii) 一九世紀以降

(2)	契約の自由と約因	
(3)	約因の定義	
(4)	約因の機能	
(5)	Bargained - for Doctrine …………… (以上本号)	
8	約束的禁反言	
(1)	背景	
(2)	約束的禁反言の成立要件と最初のリストステイトメント	
(3)	約束的禁反言の法理の適用拡大と第二リストステイトメン	
10	コモンローの振り子…………… (七三卷一一号)	
(4)	Detrimental Reliance	
(5)	信頼と損害賠償の範囲の関係	
9	契約と公正	
(1)	契約は死んだか	
(2)	約因論と禁反言の法理の関係	
(3)	契約の復活	

## 5 契約法に関する簡単な考察

### (1) 序章

いろいろな意味で人間が自らすすんで形成する関係の中核をなすのは、約束に基づく関係である。近代社会においては、他者を自らと同等の存在と認識するから、様々な人間生活の局面において、その他者との衝突を避けるために、そして、衝突してしまった場合には、その解決をはかるために、人々は様々な約束をする。そして、そのもつとも広い意味で法規範は約束の一種だということができよう。その意義は、人は、規範に拘束されることを自らの意思で選択し、約束したと考えることができるということである。<sup>(18)</sup>そしてそこから約束は守られねばならぬという、道徳的倫理的規範が生ずる。<sup>(19)</sup>

しかし、現実の社会生活においては約束が必ず守られることを期待することは不可能である。見方によっては約束は破られるために存在するかのようである。例えば、契約書の中に、不履行の場合、どのような賠償をすべきかが、決められていることがあるが、そのような条項があるのは、かなり高い確率で不履行がある事を考えて

いるからであろう。絶対に、約束が守られることが保証されているなら、必要のない条項といえるだろう。そして社会が高度に発達するにつれ、その約束違反が他者に与える影響は大きくなる。そうなるかという状況に対応するための社会秩序が必要になってくる。その様な社会的圧力の中で、私的な関係を規律するために造られたのが契約であり、契約法であると言えよう。

さて、ここで、少し、契約そのものについて考えてみよう。その中で、契約法の基本的前提である、契約の自由についても少し考えてみたい。日本法における契約の自由と、コモンローのそれはまったく同じであるか、それとも違いがあるか、もしあるとしたらどうしてか。また、コモンローにおける契約概念と日本法のそれは、まったく同じであると考えてよいか。それを考えるためには、少し、コモンローにおける契約法の発展についても考える必要がある。

## (2) 契約法と近代

イギリスでは、一八世紀になると、一七世紀までのように、支配階級は私的な関係を公共秩序とはあまり関係が無いという理由で、無関心を装うことができなくなつて来た。<sup>(120)</sup> コモンローで、実際、真に契約法が成立したのは一八世紀末から一九世紀初頭にかけてである。<sup>(121)</sup> イギリスでの、契約法の確立は、財産法や不法行為法の成立より後、産業革命に触発されるようにして達成されたと言えよう。<sup>(122)</sup> 経済史的な見方をするならば、生産手段が市民の手に移り、アダム・スミスの夜警国家論が風靡した時代に、それに呼応するかのよう契約法と契約自由の觀念がおおきくひろがったといえるだろう。<sup>(123)</sup> フランス法をはじめとする、大陸法においても契約自由の原理は市民社会の成立とともに近代民法の主要原理の一つとなっていることは周知の事実である。

さて、言ってみれば、一八世紀というのは、英国にとつて、産業革命の時代であった。即ち、社会における人

間関係のあり方が、産業構造の変化によりドラスティックに変化した時代だったといえるだろう。前世紀との大きな違いはまず、人間関係の中心が私的な関係に移ったことである。近代を形容するのに、身分から契約へという言葉がよく使われるが、これは様々な意味で、貴族から市民に社会活動の重心が移ったことを現している。一七世紀までの英国は、貴族社会であるが、それは、封建契約を核として形成された権力機構によって支配されていた。そのような社会では、商業活動そのものが十分に評価されているとは言えない。例えば、ベニスの商人において、なぜ、シャイロックはユダヤ人でなければならなかったか。現在で言えば、銀行業務にあたるものが、キリスト教世界において卑しい職業だと考えられていたからこそ、しかし、それが必要な機能であったからこそ、社会的に低く見られていたユダヤ人が、それを引き受けていたのである。もちろん、この状態は、産業革命が終了するまでには大きく変化した。だから、例えば、スローソンは、その著作の中で、一七世紀をコモコンリーグ Common Calling の時代だととらえている<sup>(四)</sup>。即ち、人は、社会に貢献するために働くと考えられていた時代だということである。だから、個人にメードなどとして雇われているものと、封建契約によって結ばれる関係以外には、私的な関係は存在しなかったという。それ以外の取引 (Trade) は全て、公共 (Public) のためになされているとみなす<sup>(四)</sup>。だから、訴訟における賠償額も、裁判所が決めるのであって、個人が決定するものではなかったのである。おそらく、そのような社会では競争はあまり存在しなかっただろうし、また、望ましいものでもなかっただろう。

ところが、一八世紀後半、イギリスでは、産業革命により、商取引の世界の地平が大きく、広がったのである。即ち、土木技術の発展は、道路や、運河の整備を促し、蒸気機関の発明は、鉄道および、機械技術の改良をもたらした。その結果、当時の技術水準での、マスプロダクションが可能になったのである。それは、手工業よりは品質のそろったものを、安価に量産できるようになったことを意味する。これが、競争を発生させたのである。

例えば、運河や、道路の整備は、運送費を低くする。となれば、遠隔地の同業者との競争が可能になる。言い換えれば、生産コストが下がれば、そして運送費も下がれば、遠隔地に商品を送り出しても、採算がとれるのである。となれば、それまでは、ひとつの地域でほぼ完結しているように見えた経済活動が、外に向かつて広がることになる。このような経済活動が、ブルジョワ階級を形成させた。<sup>(126)</sup> このような変化は、英国のみならず、産業革命の波が及ぶにつれて、ヨーロッパ全体で起こった。この変化の中で、確実に力をつけたブルジョワジーが、社会における支配権を握るプロセスのひとつとして、市民革命を考へることもできるだろう。

英国の特殊性は、クロムウエルの共和制時代こそ存在するものの、フランス革命のように、ある階級を一掃するかのような、ヒステリックな革命がなかったことであろうか。これは、前章で述べた、英国王政の特殊性からくると思われる。<sup>(127)</sup>

いずれにせよ、英国を含めたヨーロッパの近代は、市民の時代となった。そしてそれは、競争の時代の幕開けでもあったのである。では、経済における競争を可能にする、前提条件は、何だろうか。それが、即ち、取引Tradeの相手を選ぶ自由であり、価格を決定する自由だといえよう。<sup>(128)</sup>

市民革命によって獲得された自由は、もちろん、経済的自由のみではなかった。むしろその中心は、現在、一般に各国の憲法で保障されている、基本権的自由だと言えよう。言い換えれば、ヨーロッパにおける市民革命は、市民の封建制と教会からの開放だったといえよう。即ち、近代は、市民の理性の時代の始まりであり、神の理知との訣別でもあった。そして、また、平等思想も自由と同時に花開いたのである。契約法は、その時代に、大きな意味を持つようになった法分野だといえるだろう。

「身分から契約へ」という言葉どおり、近代は、人の価値の平等を基盤とする。封建時代においては、身分関係により、基本的な社会機構と人間関係は決定された。身分の変動がない限り、動く余地の少ない社会だといえよ

う。その固定的な枠組みが、崩壊した後は、どうなるか。人々は、新しい関係による社会を築かなければならないが、それは、理念的には、一方が他方を支配するという、強弱の関係ではなく、対等な個対個の関係となった。そのような社会では、誰かが強力な発言権を持つわけではないから、どのようにそれを構築するかは、参加者の合意によらざるを得なくなる。よい例は、Mayflower Pact だろう。これは、Mayflower 号に乗っていた、ピュリタン達の、上陸してから作る植民地運営のための、合意の性格も持つ。それゆえ、近代は、「契約」即ち、「合意」の時代であり、またそれが、民主主義社会の根幹を形成する。

英語において、合意 Agreement という言葉は、しばしば、契約 Contract と同義に使われることを考えておくべきであろう。ある意味では、「契約」の概念は、少なくとも英米において、広い意味で社会的基盤となっている。その最も広い使い方では、国家間の条約もまた、契約のひとつと考えているように見える。例えば、国際条約における、締約国は、Contracting Party の訳語である。契約や合意の概念が、このように広く使われるとするのなら、それはまた、個々人にもっとも身近な関係の延長上にそれらがある事を意味する。それでは、契約は、個人的関係、私人間の関係においてはどのように理解されているのだろうか。

### (3) わが国民法における契約法概観——コモンローの視点から

#### (i) 日本民法について

コモンローにおける契約法の構造を考える前に、少し、日本の契約について考えてみたい。ただし、ここでの筆者の試みは、コモンローからみた民法がどのような構造に見えるかを考えるものである。また、細部について、論じることもしないつもりである。

明治時代にヨーロッパ法を土台として制定された、わが国の民法は、パンデクテン体系をとっており、契約法

は、債権法の一部として位置付けられる。民法典の基本的な役割は、私人間の関係をあらゆる場面にわたって規律することである。親族および相続編を除いた部分は、それゆえ、私人の財産および、取引に関する基本法となる。即ち、それらが、血縁および相続編を除いた部分は、それゆえ、私人の財産および、取引に関する基本法となる。即ち、それらが、血縁および相続編を除いた部分は、それゆえ、私人の財産および、取引に関する基本法となる。それを規律する規範 Norm は法に限られない。道徳律その他の社会規範によって、律せられる関係もある。ただし、それらは、法の保護の外にあるといつてよいであろう。言い換えれば、法典が存在するということは、法による考察の出発点が決まっているということでもある。法典の解釈、運用のために、立法目的を考えることはあつても、なぜ、その法が存在するようになったかを考える必要は、あまりないように見える。なぜなら、すでにそこに法文が存在しているからである。

これに対して、コモンローにおいては、前章で述べたように、先例が拘束力をもつから、常に、今問題にしてある事件が正当に解決されるためには、なぜ、そのような判決が出されたか、即、そのルールの存在理由と目的を考えなければならないように見える。<sup>(130)</sup> 例えば、Muller 判決<sup>(131)</sup>では、Lochner 事件<sup>(132)</sup>で確立された通常の労働契約自由の原則が、この事件では働かない理由を示さなければならなかった。<sup>(133)</sup>

さて、民法は財産に関する規定を、物権編と債権編の二部に分けている。この分け方は、私法上の権利の性質による分類方法だといえよう。<sup>(134)</sup>

では、物件と債権は、それぞれどのような権利と考えられるか。まず、物件は、財産に関する支配権の問題である。即ち、財産の本質が物であれ、それ以外の財産権であれ、それを自由に支配、運用する権利である。だから、所有権と、現実の物の支配権である占有権が、その中核にくる。この権利は、基本的には、不特定多数に対し、主張しうる。

これに対し、債権は、相手方に何らかの行為、または、金銭を請求する権利である。その、請求の原因は、



様々であり、また、請求の内容も、必ずしも金銭に評価できなくてもよい。<sup>(135)</sup> そして、その発生原因の一つが契約になるわけである。民法は、契約のほかに、このような請求権の発生原因として事務管理<sup>(136)</sup>、不当利得<sup>(137)</sup>、不法行為<sup>(138)</sup>を、それぞれ予定している。その中で、最も条文数が多いのが契約を規定した、第二章である。何度も繰り返すが、近代以降の私法原理の根幹は、市民的自由である。即ち、社会関係は、私的な関係を含めて、社会の構成員たる人（法人も含む）の自由意志に基づいて、形成される。意思自治こそが、その基礎になる。さすれば、契約が人と人との関係を自らの意思によって結ぶシステムである限り、それが、私法の中で、重要な部分を形成するのは当然であろう。条文数の多さも、それを示す。

では、日本の契約法は、契約をどのように構成しているだろうか。

## (ii) 民法の契約法の構成

民法上の契約は、まず、典型契約と、それに入らない無名契約の二種類に分けられる。即ち、契約自由の原則から、この典型契約に当てはまらない契約についても、民法はその効力を認める。<sup>(139)</sup> ただ、この典型契約と、その組み合わせで、ほぼ、社会の取引活動から生じる人間関係は処理できると思われる。本来、法典主義を採った場合には、その法典によって、社会の法的側面はカバーされなければならない。例外的に、その解釈、運用では間に合わないときに、条理や、慣習法<sup>(140)</sup>が顔を出すのである。現実の、経済活動においては、これらの典型契約は絡み合つて、取引を構成するから、多くの契約は、複合契約となる。例えば、金銭の消費貸借においては、必ず担保が必要になるから、保証契約（物的保証）が必然的に、組み合わせる。

さて、この典型契約を少し考えてみよう。前述のとおり、これらだけで、大部分の取引関係が、カバーされる。さらに、これらを大きく二つに分けるとすれば、財産権の移転に関するものと、人の行為をその請求内容とする

もの<sup>(142)</sup>とに分けられるといえる。即ち、物<sup>II</sup>財産権そのものを、めぐる取引と、人の行為を目的とする取引に関する契約である。そして、これら、全ての契約の通則となるのが、契約総則である。パンデクテン体系は、その言葉の示すとおり、百科全書的に、法律を構成しようとする体系であるが、その法文の順番は、おおむね、通則から細則へ、内容的には、大事なものからはじめる、という構造になる。だから、契約総則は、契約法の最初に置かれている。もうひとつ、このような概観から言えることは、この体系は、私法上の権利をあらかじめ、できるだけ広い範囲で想定して、その権利の発生、移動、得失を規律することを目的としているも言える。

また、その権利の変動を、惹起するものを、法律行為とし、法律行為の本質は、意思表示であると考えている<sup>(143)</sup>。そして、意思表示は、権利義務に関する法律上の効果を生じさせるため、その意思を、外部に発表すること、と定義される<sup>(144)</sup>。即ち、民法の対象となるのは、法律行為であり、それに該当しないものはその守備範囲に入らない。言い換えれば、私法の世界は、法律行為から始まる<sup>(145)</sup>。即ち、契約は申し込みと承諾によって、成立するわけであるが、申し込みもまた、意思表示であり、法律行為であるから、民法上、一定の法律効果、即ち、拘束力を、特に、その意思表示をしたものに対して持つ。つまり、日本法の下で、契約の申し込みをしたものは、その申し込みを「承諾ノ通知ヲ受クルニ相当ナル期間」<sup>(146)</sup>、これを取り消せない<sup>(147)</sup>。さらに、承諾期間を定めたものは、その期間は、申込みを取り消せないのは当然である<sup>(148)</sup>。

これに対して、コモンローにおいては、申込みは、承諾があるまで、取り消すことができる<sup>(149)</sup>。また、期間を定めた申込みも、統一商法典 Uniform Commercial Code に定められている以外は、承諾をする側が、何らかの約因 Consideration を提供しなければ、いつでも取り消しうる<sup>(150)</sup>。コモンローにおける契約の申込み Offer は、契約を、申込みの内容である約束を、法的に発効させる権限を相手方に与える意思の表明、と定義することができる<sup>(151)</sup>。コモンローにおける申込みに、法的効果がないとは言わないが、この定義の仕方は、必ずしも、日本法の

法律行為の定義には当てはまらないと思われる。<sup>(18)</sup>

さて、法典主義を採る法体系において必然的に発生するのが、解釈の問題である。一般に、大陸法系の法典は、具体的事実関係を念頭において作られた、というよりは、普遍的な法原則を、法文に固定しようとしているように見える。そして、そのように固定された法文を、現実の事実関係において、当てはめるために、解釈が必要になる。そして、その枠組みの中で、無理なく、特定の事実関係に、妥当な解決をあたえ、説明するために、非常に、精巧な理論が必要とされる。なぜなら、基本的に、法典主義は、法典以外の法の存在を例外的にしか認めないからである。<sup>(19)</sup>

さて、それでは、日本法の契約はどのように締結されるか。契約の成立要件は、当事者間の意志の合致である。日本法は、それ以上の要件を求めない。だから、その申込みと承諾がどのような形態を取る意思表示であっても、よい。形式の自由の問題である。だから、日本法は、書面契約と口頭契約との間に差異を認めない。また、契約を締結する行為は法律行為であるから、権利の移転を伴うようなものであれば、契約として保護される。だから、贈与は、日本法では、契約の一種になる。

では、コモンローでは契約はどのようにとらえられているのだろうか。

## 6 コモンローにおける契約

### (1) 契約の意味

様々な要因を含んでいるゆえに、コモンローにおいて、契約の本質を一言で捉えることは難しい。契約が、合意 Assent であることは確かである。しかし、何が、法的に効力ある合意 Assent かを決定するのが簡単ではな

いのである。ではなぜそうなるのか。

まず、コモンローにおける契約の定義を考えてみよう。一般に受け入れられている契約の定義は、「契約は、ひとつの約束、または、一对の約束であり、その違反に対し、法が賠償 Remedy または、法が何らかの形で義務と認めた特定履行を与える」、というものである<sup>(154)</sup>。そして、約束は、「引き受けがなされた(約束者が約束を守る)と、被約束者が理解することが正当だとされるような方法で表示された作為または不作為の意思の表示<sup>(155)</sup>」と定義される。さらに、Restatement は、<sup>(156)</sup>で定義された約束は、法的な効力を持つものに限られない、この定義は、約束一般に関するものだ、と言っている。そして、この様に定義されるゆえに、契約法の最初の課題であり、最大の課題は、約束は、どのような場合に、契約として法的効力を与えられるか、即ち、約束はどのような要件を備えたときに法的拘束力を持つか、という問題なのである。また、後に、約束的禁反言のところ述べるように、契約の本質が約束であるかどうかに関しても、議論はある<sup>(157)</sup>。ただし、<sup>(158)</sup>では、Restatement の定義を基本に話を進める。

さて、もう少し、ここで、約束について考えておこう。まず、約束は、将来のためにするものである、ということである。即ち、約束の中でなされた作為または不作為は、現在、それが行われるのではなく、将来のある時期に行われることになる。売買契約の場合を考えてみよう。例えば、六月に、九月にある一枚の田んぼから収穫するコシヒカリの全収穫量を、生産者から直接購入する約束をしたとする。引渡し時期は、九月一〇日となっている。支払は、引渡しを確認した上で、生産者の指定する金融機関に振り込む方式が、選ばれている。この契約の中には、生産者側と、購入者側のそれぞれが、相手方に対する約束をしているから、二つの約束を含む。さらに、生産者は、六月の時点で、九月におこうなう行為の約束をし、購入者も、将来の支払の約束をしている。即ち、約束をする時点とその約束の内容を実現する時点との間には、タイムラグがある。これに対し、相対での物

の売買の場合、金銭と物の引渡しは交換に、その場で、即時に行われるから、将来、当事者のどちらか、または双方が、何かをしなければならぬ状態は発生しない。それゆえ、このような即時履行によって処理される種類の取引は、ここで言う契約の中には入らないと考えてもよい。<sup>(18)</sup>

また、全ての約束が、相手をも、拘束する約束であるわけではない。例えば、一方的になされた約束がある。例えば、甲が、乙に、翌日の午前十時にいる場所を約束したとする。しかし、甲は、必ずしも、乙が、翌日の午前十時に、甲のいる場所に来ることを、期待しているわけではない。最もよい例は、政治家の選挙における公約であろう。このような約束は、公衆に対し、一方的になされるが、その公約を聞いた公衆を、拘束するものにはなり得ない。その意味で、約束とは、約束者が、その内容に拘束される意思のあることの表明と、とらえることもできる。即ち、ある意思の表明が、約束となるためには、少なくとも、次の二つの要素を、含まなければならない。まず、その内容が、将来、その表明者が行うことであること（この中には、本人以外のものの行為であっても、それが起きることを保証することも含む）、そして、その責任を、約束者が引き受ける意志、の二つである。後の条件は、表示の対象者に、それを信じさせるような表現が必要になろう。（相手方が信じない約束もある。）

では、なぜ、約束は守られねばならないのか。Fried 教授は、そこに、道徳律をみる。<sup>(19)</sup>そして、契約が強制される基礎には、約束は、守られるべし、という義務 Obligation が存在する、と結論付ける。そして、それは、契約の本質が約束だからだという。

一般論として、約束は、守られることが期待されている。しかし、それが、法的に強制されるかどうかは、また、別の問題なのである。

では法的な拘束力がある約束に与えられる、というのは、どういうことか。それは、訴訟において、何らかの形で、その約束の履行が確保されるということを意味する。<sup>(20)</sup>ここでいう履行とは、その契約の内容の、文字通り

の実現を、必ずしも意味しない。だから、金銭賠償も、ここでいう履行に含まれる。

では、どのような場合に、約束は、契約となるのか、そして契約はどのように締結されるのか。それが、次のべる、約因および、約束的禁反言の問題なのである。

## (2) 申込みと承諾

先に述べたように、我が日本民法は契約を二つの対立する意思の合致であるという。そして母法たるフランス法はそれらの約束が債務を発生させる内容を持つことを要求する。<sup>101)</sup> 言い換えるならば、契約の目的は債権の発生であり、その債権の内容は、基本的には法、即ち、民法の規定によって決まる。とすれば、我が法も同様な要請を内包していよう。さらに、日本民法典は、合意の形式についても自由を認めているから、合意の存在が認められさえすれば、そして、その内容が法に違反しておらず、民法の保護範囲に入るならば、その合意がいかなる要件を備えた時に契約になるか、については言及していない。だから、合意があることが確認されれば、契約は存在することになる。そして、通常、契約は交渉の果てに締結されるが、そのような場合、申し込みと承諾は不明にならざるをえないが、それでも、合意の存在が証明できれば、それでよい。<sup>102)</sup> さらに、事実の証明の問題は、民法というより、訴訟法の範疇に入るから、手続法上、契約の存在、即ち事実、の証明があることと、民法上の契約の成立要件とは、同じレベルで論じなくてもよい。

コモンローにおいても、同様に、契約の締結には、申込みと承諾が必要である。ただし、先に述べたように、<sup>103)</sup> コモンローにおける申込みは、相手側の承諾があるまで、取り消しが、いつでも可能である。そして、承諾は、発信したときに、効力を発する。即ち、コモンローにおいても、承諾は発信主義を採り、申込みは到達主義を採る。そして、約束の契約としての特徴は、それが、一方的な約束でなく、相互性 *mutuality* を持つということ

である。即ち、契約が成立するためには、合意が、存在しなければならない。契約を成立させるために、申込みと承諾が必要で、その内容合致しなければならぬというものは、当事者間に、合意 Assent が必要だからである。<sup>(16)</sup> 契約は、合意の上に成り立ち、その合意は、将来の当事者の行為についてなされている、と言えよう。

さて、それでは、申込みは約束であるか。相手側が合意するまで、それに拘束される意思が、申込みの側にはないという意味で、約束ではないという議論ができる。<sup>(16)</sup> しかし、相手方の承諾によって、その内容は契約の一部となるから、条件付の約束だと言うこともできよう。では、なぜ、契約の本質が約束であるかと言えば、申込みにしる、承諾にしる、それぞれ、相手方に対して、将来、ある行為を行うことを表示し、それに拘束されることを宣言しているからである。通常の契約は、その意味で、約束から成り立っているとと言える。ただし、コモントーの場合、合意が成立しただけでは、契約は、効力を持たない。即ち、約因 Consideration の提供、書面の存在などが、要求される。これは、コモントーにおける契約法が、約束を強制するためのルールとして発達したためである。それと、コモントーの特徴である、判例法主義と、陪審制度は、証拠の問題を、どちらかと言うと実体問題に含ませる傾向を持つ。後で述べるように、コモントーにおける契約の方式は、契約の存在証明も、意識しているのである。

大陸法のように、人の取引行動をパターン化して、そこから発生する当事者の権利義務関係を考え、契約は、そのような関係を発生させる手段である、と考える場合には、契約が成立しているかどうかより、どのような契約が存在するかの方が大きな問題になる。大陸法においては、契約締結の意志は、申込みがなされた時期からはっきりしているから、その効力を問題にする必要は、ごく例外的な場合を除いて、ない、といえるだろう。もちろん、いかなる場合に、法が契約を保護するかについての議論は、大陸法においてもなされる。例えば、Causa の理論などが、その例としてあげられよう。<sup>(17)</sup>

一方コモンローでは、契約法は約束に基づく関係から生じる損害を請求する法と定義できる。パターン化された人の行為体系を見るよりは、法的に保護すべき損害が発生しているかどうかを問題にする<sup>(188)</sup>。そして、これに対する解答として、コモンローにおいては、単なる裸の約束や合意を契約に高め、強制するための要件として約因 *consideration* を発明した。さらに、その一方で、約因を備えていない約束にたいする効力を一定の場合に認める制度として今世紀になってから約束的禁反言 *Promissory Estoppel* の法理が展開されて来た<sup>(189)</sup>。これらの理論がなぜ産み出されて来たのだろうか。殊に約束的禁反言の原理は契約の中に、どのような約束まで含ませる可能性を持っているのだろうか。法の持つ如何なる機能がこれらの法理を産み出す原動力となったのだろうか。

### (3) 契約の効力発生要件

個々具体的な、契約の効力発生要件を議論する前に、ここで少し、コモンロー契約とその効力発生要件について、整理をしておこう。ここで考えているのは、約束としての契約である。そこで、約束に、法的な効力を持つ条件を、考えておく。

法的な拘束力を持つためには、約束は、次のいずれかの要件を、ひとつ満たしていなければならない。即ち、

#### 1. 正式な契約 *Formal Contract* であること

#### 2. 約因 *Consideration* があること

#### 3. 約束的禁反言 *Promissory Estoppel* の成立が認められること

の三条件である。このうち、1と2は、合意の存在が、前提となる。それに対して、3は法的に、認められ売る合意が、存在しない場合である。2と3は、次の章で少し詳しく説明するので、ここでは、1について簡単に触



れておく。

まず、Formal Contract であるためには、二つの要件が、満たされなければならない。一つ目の要件は、それが、正式な書面であること、即ち、捺印証書であること、そして、二つ目の要件は、相手にその書面が引渡されて Delivery (いんどう) である。

本来、コモンローにおいて、効力が認められる契約は、書面に基づくもののみであった。現在、問題になっている、約因や禁反言は、口頭契約、即ち様式の整わない契約にも、効力を認めるための主だとして発達したと言つてよい。現在でも、詐欺防止法 Statute of Fraud<sup>(16)</sup> や、統一商法典 Uniform Commercial Code (U. C. C.)<sup>(17)</sup> では、書面によらなければ、締結できない契約を規定している。また、手形、小切手の振り出し、信用状なども、様式契約であり、書面にならなければ、効力を持たない。

さて、では、その他の場合に、即ち通常の契約で、書面を作る場合、それが正式であるとは、どういうことであろうか。本来は、捺印証書を作ることであった。そのようにして作られた書類を Deed と呼ぶ。しかし、時の流れの中で、この書面は、簡略化され、捺印も廃止する州が少なくない。<sup>(18)</sup>

Formal Contract 形式が存在することの利点の一つは、ほかの方式では、効力を認められないような約束にも、法的な拘束力が認められることである。例えば、贈与は、契約ではないから、そのような約束をしてもらっても、約束された側は通常はそれを強制できないが、捺印証書がある場合には、話は別であった。<sup>(19)</sup> 現在でも、捺印証書が残っている州および、何らかの新しい形の Formal Contract が存在する場合には、この方式によって、有効に贈与はできる。<sup>(20)</sup> しかし、形式が整わなくなつてしまうと、実際に現物を与えるしか、贈与の方法がなくなつてしまうのである。しかし、社会には、効力を認められないと困る約束、無償契約 Gratiuous Promise (贈与を含めて、当事者の一方だけが義務を負うような約束を Gratiuous Promise と呼ぶ。) が、贈与以外の場合にもあ

る。

約因は、交換を基礎とする原理であるが、交換に基づかない約束で、それが守られないと当事者にとって不当な場合が存在しうるのである。<sup>(175)</sup>

一方、約束的禁反言は、口頭の、慈善を目的とする約束に効力を持たせる方法として、生まれてきた。契約第一リスティメントの禁反言の項<sup>(176)</sup>には、"Charity"という言葉が入っている。第二リスティメントでは禁反言の条項にこの言葉は入れられなかったが、この原理がどこまで拡大できるかは、さまざま議論がなされているところである。

## 7 約因論小考

(1) イギリスにおける契約法の発達に関する簡単な考察

(i) Slade's Case まで

イギリスにおいて長いこと約束は、一定の形式を整えた書面がなければ、契約として認められず、拘束力を持たなかった。<sup>(177)</sup>そして、約束を拘束力あるものとする正式な書面は捺印証書 *Covenant under Seal* とよばれた。そして、この形式を踏めば、どのような約束も法的効力を認められたのである。だから、慈善事業にたいする寄付やその他の贈与も、この形式さえ整えば有効になし得た。ただの約束、法的拘束力を持たない裸の約束と契約の区別は、捺印証書の存在にかかっていたのである。しかも、イギリスの裁判所は一七世紀までは私的な約束保護に積極的ではなかった。<sup>(178)</sup>しかし、グランヴィル Granville の時代には、すでに、*Action on the Debt* という新しい訴訟形式が、みられるようになった。ちなみに、イングランドにおける、*Common Law* 訴訟は、*bill, writ*

などの、訴訟書類を、Chancery から買うことによって、はじめられた<sup>(四)</sup>。それゆえ、訴訟をはじめするには、そのような形式の整った訴えをしなければならなかったのである。

前記のように、法的な効力を持たせたい事柄については、捺印証書が必要であったが、一四世紀だからといって、すべての約束に常に書面、捺印付きの書面を要求することができたわけではない。形式の整わない約束も強制力を認められなければならない場合があった。口頭の約束でも契約としての効力を認める必要がある場合があったのである。ただし、この時代の要請は、その契約の内容の執行を相手方に要求するというよりは、そのような負債があることの証明、または記録が必要な場合に訴が起こせることであつた<sup>(四)</sup>。だから、被告側は事実を争わないし、内容もしばしば、虚偽とは言わないまでも、ほとんど架空の場合もあつたらしい。Blackton の時代には、まだ契約法は、法として存在していなかったといつてもよい。言い換えれば、一四世紀の契約は、捺印証書があるものと、物の占有権が移転した場合としか考えていない。

しかし、一四世紀も終わりになると、そうも言つてはいられなくなる。口頭の約束にも効力を認めなければならぬ場合が出てきたのである。コモンロー裁判所と法律家はこの問題に対処するために、当時、不法行為訴訟の一形式を応用するようになった。それが債務引受訴 Assumpsit<sup>(四)</sup>である。その始まりは、Waldon v. Marshall<sup>(四)</sup>事件であつた。これは、病気の馬の手当てに失敗して、死なせた被告に対する過失 Negligence に基づく訴訟である。結果は、原告が勝訴している。もちろん、被告側は、これは、本来契約上の問題であるから、捺印証書がない限り、無効だと主張している。これに対して、裁判所側は、これが契約であることをにおわすことなく、過失に基づく侵害訴訟 Trespass<sup>(四)</sup>として判断を下した。この形式が、債務引受訴訟と呼ばれる理由は、被告側が、ある行為を引き受けて、それに失敗した結果、原告に被害が、実質的な損害が、生じているからである。

これ以後、引き受け訴訟は、様々な形で、不法行為理論を利用しながら、現在の契約に近い形の訴を、その中

に取り込んでいった。例えば、不履行に対しては、それが、約束を信じた側を騙したのと同義と、構成して見せたのである。<sup>(18)</sup>そして、一六世紀の後半には、契約は、約束の交換 Exchange である、という概念が生まれた。<sup>(19)</sup>

さて、当時のイングランドの複雑なところは、裁判所が一本化されていなかったことである。すでに、当時、Common Plea と King's Bench の二本立てであった裁判所は、両方とも王の裁判所といいながら、ある種の競合関係にあった。それゆえ、ものによっては、どのような形式で訴えを起こすかによって、当事者は、裁判所を選べたのである。即ち、Assumpsit の訴えなら King's Bench にも、管轄権があった。しかし、Debt 負債訴訟は、King's Bench では扱えなかった。しかし、Indebitatus Assumpsit 即ち、すでに存在する負債を負う Indebitatus 被告が支払を引き受けた Assumpsit のなら、訴を受理することができると考えたのである。<sup>(20)</sup>

しかし、この結果、Common Plea と King's Bench のルールの間に、矛盾が生じ、被告に対する不正を引き起こすことになった。その結果、この、有名な Slade's Case<sup>(21)</sup>において、イングランドにおける、契約についての統一的解释が下されたのである。この問題は、イングランドの前記両裁判所のおもだった裁判官たちの討論にふす、という形で解決された。そして、その中で、未履行の契約 Executory Contract にも効力が認められるようになったのである。<sup>(22)</sup>

#### (ii) Slade's Case 以後

Slade's Case によつて、イングランドにおける、約束とそれによって生じる債務 Obligation に関する法的な効力は決定された。Assumpsit という言葉は、さらに、契約と同義と解されるようになった。しかし、これですべての書面的ない約束に法的効力が認められたわけではない。否、契約と認められる約束、即ち、コモントラ上、訴の基礎となりうる約束と、そうでないものを区別する基準が必要となった。即ち、単なる Assumpsit だけで

は、契約は、強制し得ないのである。では、Indebitatus Assumpsit や Action in Debt となる Executory Contract において、当事者が裁判所は何を要求したか。それが、約因 Consideration なのである。本来これは、被告の約束に基づいて、原告が行為したことを示す言葉として使われていたものである。<sup>(188)</sup>

では、その約因とは実際にはどんなものであったのだろうか。もともと、契約訴訟が、引き受け訴訟という、不法行為訴訟の一形態を利用したことから、被告⇨約束者 Promisor の約束によって、被約束者 Promisee に被害が生じたという事実、即ち、原告側の損失が強調されたのは当然であろう。そしてまた、約束を破ること⇨詐欺、という捉え方もまた、被約束者の不利益 detriment を意識させる構成である。そこから、約因は、被約束者の側の実質的な履行の提供、即ち、例えば貸借の賃料の支払い、代金の支払など、があれば、提供されたことになる、という考え方が出てきた。<sup>(189)</sup> また、detriment も、有効な約因とされるようになった。

さて、一七世紀の約因は現代的意味でのそれと、必ずしも完全に一致するものではない。共通する点は約因が約束⇨契約に基づいて提供される当事者の一方、通常は被約束者、の負担行為 detrimental action (作為のみならず不作為も含む) があるか、または約束者にその約束から生じた利益の享受があることである。<sup>(190)</sup> 即ち約束に応じた利益状況または、法的地位の変動が当事者のどちらか一方にあることが約因なのである。だから約束した者はその約束を守らなければならない。その利益変動があつてはじめて約束は強制力を持つ。それゆえ現在でも約因を一言で説明することはなかなか難しい。<sup>(191)</sup>

さて、当時の約因は、どのような機能を持っていたのであろうか。約因の提供⇨契約の効力発生要件と言えたのであろうか。

見方によっては、「契約」が成立するという問題と契約を法的な手段によって強制する要件がそろっているかということとは違うと考えることもできる。有効に契約が成立しているから約束を強制するのか、強制しないと

不公正な状態が生じるから契約は強制されるのか。

口頭契約が、即ち正式でない契約 Informal Contract<sup>(192)</sup> が引受訴訟から派生してきたということは、後者であったことを意味するように思える。契約の存在を、口頭契約の場合に証明する、もつとも明白な証拠は自分が引き受けた約束を果たし、その結果損失を負っていることである。それが明らかであれば、その損害をうめるために、相手方への対価としての約束の履行を迫ることができる。即ち、第一の約束をしたものへの債権者が、その約束にしたがった行為をし、また、それが、約束者への債務者の約束と交換に、与えられた場合にその約束は執行されなければならない。

ただし、時代が下がるにつれ双方が将来の履行を約束する Executory Contract も拘束力を持つ必用が出て来た。<sup>(192)</sup> そのために、約因の内容として、実際の債務の提供を要求出来ない場合が出て来た。その結果、約束にたいする約束の提供もまた、十分な約因と認められるようになった<sup>(193)</sup> のである。

ただし、契約法が本当に発達するのは、一九世紀を待たなければならぬ。産業革命が起きるまで、契約は、本当には、イギリス社会にとつて、あまり重要な問題ではなかったのである。

しかし、明らかに、コモンローはこの時代にその特徴を備えたといえるだろう。ローマ法に基づく大陸法が、人の行為をパターン化して、それに当てはまるものに効力を与えようとしたの<sup>(194)</sup> に対し、コモンローにおける契約は、人の様々な行為を決定する要因としての約束に、どのような条件を備えたときに効力を与えるかというアプローチをしているからである。このひとつの理由は、コモンローの中で、ローマ法的な体系を作ることが困難だという点があげられるだろう。ローマ法的な緊密な構造は、ある意味では、オープンエンドな、慣習法の構造には適合しにくかったと思われる。

## (iii) 一九世紀以降

さて、この契約法が大きな転換期を迎えたのが19世紀から今世紀初頭にかけてであった。産業革命の進行と市場経済の成立は、市民社会の形成と発展を促し、個人を開放した。<sup>(195)</sup>それが契約法にもたらしたものが、契約自由の原理であり、私的自治の原則である。国家の側の、*Laissez-faire* の態度は経済活動を刺激し、競争を促した。その中で契約法も近代的私法へと脱皮したのである。だから、コモンローの契約法は一九世紀末から今世紀初頭に確立したとも言えよう。<sup>(196)</sup>

イギリス法を継受したアメリカ合衆国においても、この時期は私法の近代化が一機に進んだ時期である。不法行為法においても、過失責任原則が行為責任原則を押しさえ、主流となった時期である。<sup>(197)</sup>この背景には産業の発展の促進という社会政策があったというのが一般的な見解である。これが、契約法の分野でも同様に大きな影響を与えたであろうことは想像に難くない。

この時期に、私法は、取引法化の方向に、いつきに踏み出したと言えよう。現在、われわれが、契約を考える場合には、ほとんど私人間の取引しか思い浮かべないのも、われわれが、その方向の最先端にいるからだとも言える。

アメリカにおいては、一九世紀後半以降の契約の発展を大きく四つの時期に分けることができる。第一期は、ニューデールまで、次が第一リステイトメントができるまで、第三期は、第二リステイトメントの成立まで、そして、第四期がそれ以降、ということになるか。第一期は、契約の自由理論の最盛期、第二期は、約因理論の完成期、そして、第三期は契約の自由の、衰退の時期、そして、それ以降が約束的禁反言の時代である。Grant Gilmore の広く知られている『契約の死 *Death of Contracts*』は、附合契約の増大と、消費者保護の要請によって、いかに契約法の本質が変わったかを論じ、契約法は、もはや不法行為の一部になりそうだと言じた。<sup>(198)</sup>

しかし、最近はや、契約自由が見直されてきている。やはり、契約の自由は存在する。契約は、死んではいない。<sup>(19)</sup>そこで、少し、契約の自由について考えてみよう。

## (2) 契約の自由と約因

契約の自由は、近代法における最も重要な私法原理のひとつだと考えられてきた。そして、それは、現代社会においても、いかにそれが疑われようとも、存在している。では契約の自由とは、コモンローにおいては、何を考えているだろうか。

契約の自由と、人の意思の自由は、密接な関係を持つている。その意思作用としての契約を考えたときに、四つの自由が、基本的に考えられる。それらは、締結の自由と、方式の自由と、内容決定の自由と、そして、契約からの自由、言い換えれば、気を変える自由である。この自由があるからこそ、申込み者は、承諾があるまで、申込みを取り消せるといえよう。法が、人の行為に強制力を与えることは、実は、その行為者の自由を制限することにもつながる。なぜなら、法的な強制力を行使できるということは、それに基づいて、他者の行為を拘束することができる、ということであり、それならば、その強制力を行使するものも、また、その強制力を認めた法に遵って、それを行使しなければならぬからである。例えば、契約の場合、当事者は、相手方に対して、自己の債権を行使できると同時に、自己の相手方に対して負う債務にも拘束される。契約をすることによって、その契約に縛られることになる。それゆえ、約束を契約の本質と見るコモンローにおいては、契約からの自由もまた、契約締結の自由と同様に、大切なものとされてきた。<sup>(20)</sup>市民的自由および、自治は、人が、他人から、利用されないところに存在する。だから、確定していない約束によつては、法は、人を拘束し得ないのである。<sup>(20)</sup>

このような考え方は、一九世紀の後半に、大陸の意思理論 Will Theory の、影響を受けたことからは始まった。



この時代に導入された意志理論に基づく契約自由の原理は、一言で言えば、契約当事者は債務 obligation の内容を自由に決定でき、自の意思決定は、他人に強制されてするものではなく、だから、自らの行為を自ら決定したのならその意思は尊重されなければならない。そしてそれを不当に破った場合には相手方には賠償責任を負う、と言うものである。<sup>(20)</sup> 意思理論は、各人の意思、主観に法的効果の基礎を求めようとするわけである。即ち、契約の場合、その契約に拘束されるという当事者の意思が、契約の拘束力の基礎となり、それで、十分と言うことになる。市民的自由と自治実現のための理念としては、現在でも、説得力を持つ。しかし、法の世界は、主観よりもむしろ、客観的に、意思の存在を確認し得るかどうかが問題になる。むしろ、法の原則は、全ての約束が法的な拘束力を持つわけではない、と言うところから始まる。では、確定された契約を、そうでない約束から見分けるためには、どのような要件が必要か。ひとつの方法は、契約締結の方式を様式化することであり、捺印証書は、そのよい方法だと言えるだろう。では、書面によらない契約については、どうするか。約因が、その役割を果たすわけである。即ち、意思理論の時代になると、約因は、その前の時代より大きな意味を持つようになった。それが意思の存在を示すメルクマールとされたからである。しかし、同時に、時代の要請である、取引の簡略化と迅速性の追及は、約因の実態を抽象化することにもなった。が、一方ではそれは、契約が何であるか、を考えさせる契機にもなったのである。

では、約因をどのようにとらえ、何をもって十分とするかは、それゆえ、契約の自由の観点からも、重要な事柄であった。約因の意義と作用については、次の章で簡単に論じよう。

### (3) 約因の定義

前章の歴史の節で述べたとおり、約束は、全てが法的に、誰かを拘束するわけではない。法が約束の履行を要

求するのは、それが守られないと、誰かに損害が生じるからである。特に、コモンローは、生じている損害を補填することから始まっている。また、取引社会においては、自己の財産を自己の手で破壊するのでない限り、人は、自らに損害を及ぼすことはないことが前提とされている。すると、誰かが損失をこうむっているということは、何か、原因があるからで、その原因が契約ならば、被約束者は、相手側の約束を信頼して、そのような状況に、自ら立ち至ったことになる。そのような損失が、*quid pro quo* であり、約因なのである。最も簡単な例は、売買契約であろう。例えば、りんごを買って、買主が、売主に、後で代金を支払う約束をしたとする。買主は、りんごを受領している。この場合、売主は所有したりんごを、買主の支払い約束と交換に、引渡した。約因は、売主によって、提供されたと言える。

もともとは、言ってみれば、契約当事者の一方の、履行行為がその約束の存在を証明したと言えよう。では、約因を定義するとどうなるか。

伝統的な契約理論は、次の三つの要素を約束が持てば、契約は成立すると考えている。即ち；

- (A) 被約束者<sup>(20)</sup>が損失を負うこと、
  - (B) その損失が約束者の約束を誘ったこと、
  - (C) その約束は、損失をもたらすものでなければならぬこと、
- の三つである。ただし、(A) の条件については、約束者が利益をその約束から得ることもよい、と言われている<sup>(20)</sup>。

結局、なぜ、契約が締結されるか、を考えてみれば、当事者双方がその契約が履行されることによって、利益が発生することを期待しているからである。そして、その利益を手にするためには、相手方が将来の約束の履行を約束しているならそれを手に入れるためには、自分のほうも、何かを提供しなければならぬ。それは、提供

の時点では、一時的に、損失を蒙ることであり、その損失は、約束の中に規定されるものでなければならぬ。さらに、その約束があるからこそ、そのような損失を蒙ることに同意した、と言える。言い換えれば、以上の三つの条件は、契約の当事者間に交換関係が存在していることの証明要件だということができる。Petillo 教授によれば、約因とは、約束者によって、期待され、約束者の約束と交換に被約束者が蒙る法的な損失」とまとめられる<sup>(206)</sup>。即ち、約因の本質は、交換であると言うのである。ただし、第二リステイトメントは、約因の要件として、交換を規定しているが、損失という言葉は、もはや使用していない<sup>(207)</sup>。なぜならば、Hammer v. Sidway<sup>(208)</sup>において、甥の側から提供された約因、即ち、二才になるまで喫煙しない約束は、甥にとって利益になりこそすれ、損失にはならないは、明白であるが、その実行は約因の提供として認められた。ただ、一般に喫煙は禁じられた行為ではない、ということとは、喫煙権が存在するということである。権利の行使、不行使と一般的に言う不利益とは、必ずしも同義ではない、と言えよう。だから、第二リステイトメントでは、Detriment と言う言葉が使われなかったのである<sup>(209)</sup>。

ここで、少し、具体的に約因として認められるものについて考えておこう。第二リステイトメントは、約因となるものを具体的には、履行 a performance または、約束と交換に提示された約束 a return promise としている<sup>(210)</sup>。さらに、履行については、その第三項で、約束以外の行為、負担行為、法律的な関係の創造、変更、破壊を規定している。だから、片務契約 Unilateral Contract は、契約と同時に、片方の履行が終わっているわけであるから、約因の提供があったといえる。

もうひとつの例は、土地の売買のケースである。このケースの事実関係は、被告である売主は、土地を売る意思がなかったから契約は成立していない、と言う主張に対し、買主側は、簡略ながら、売主の署名のある書面があることを理由に、土地の引渡しを求めた、と言うものである<sup>(211)</sup>。結論的には、買主は原告が勝訴している。筆者

が問題にしたいのは、この過程で、原告がした行為である。証拠によれば、原告は、書面を受け取るのと同時に、それを確定するために\$1の支払を申し出ている。即ち、「売る」という約束と交換に、\$1の支払を申し出ているのである。この\$1は約因の提供として、原告は申し出ているわけである。即ち、この約束が反古にされず、拘束力を確定したいがために、自ら、名目的ではあるが、Detrimentを申し出たのである。(このケースでは、売り手は、その受け取りを拒否している。)また、生命保険契約の申込み者が、健康診断を受ける、書類を準備する、などの行為は、保険会社が申込みを即時に処理するという約束の、約因になる。<sup>(20)</sup>これらの事例から考えられることは、その契約がなければ、被約束者がしそうなことをしていることが、約因の提供だと言えよう。

そして、約因は、経済的価値を持つことを要しない。それゆえ、叔父が甥に二一才になるまで賭事もたばこも酒もやらなかったら、金銭与えるという約束は有効な契約と認められるのである。<sup>(21)</sup>

さて、双務契約の場合、約束もまた、十分な約因であるとされるが、ある行為をする、という約束と交換にされる約束も、負担detrimentであろうか。これに対する解答は、肯定である。なぜならば、その約束をすることによって、その他の取引の機会を失うからである。

では、なぜ、契約が拘束力を持つためには、約因が必要なのか。

#### (4) 約因の機能

Fuller教授は、約因を契約の締結方式の問題ととらえ、方式に、三つの機能を考えている。<sup>(22)</sup> その三つの機能とは、証拠としての機能The Evidentiary Function、注意機能The Cautionary Functionと、関係付け機能The Channeling Functionである。私的自治が、基本的理念とされる社会においては、法の役割は、なるべく、当事者間の関係に立ち入らないことである。法は、契約の当事者の意思の不明である不足部分を満たすことはで

きないし、当事者に予測できない不測事件に対しては無力である。<sup>(25)</sup> その中で、約束および合意に契約としての効力を認めるためには、客観的に意思の存在を確認するための方式が必要で、その方式は、上述の三機能を持たなければならぬ。即ち、証拠としての機能は、まさに、契約が存在することを証明するものである。また、注意機能は、契約の当事者に自分が何をしようとしているか、そこから何が起こるかに、注意を向けさせる機能を持つ。そして、最後の、関係付け機能は、それが法的な効力を持つ、有効な契約であることの信号になる。方式としての契約書は、確かにこれらの機能を持つ。

では、口頭契約、または、Informal な契約においては、このような機能を何に求めればよいか、それが、約因なのである。そして、この機能を満たすためには、約因は、債務者の債権者に与えた約束と交換に債権者が負う、不利益なのである。では、ここで、交換理論について、少し考えてみよう。

#### (5) Bargained - for Doctrine

一九世紀から二〇世紀初頭にかけて当事者の自由意思を契約の拘束力の基礎とする意思理論がその頂点を極めたというのは、一般的見解である。<sup>(26)</sup> しかしこれは、一九二〇年代になると、力を失ってしまう。その一つの理由はコモンローが判例法であるからだと思われる。コモンローが判例法であるということは、実体法も常に訴訟手続の中で生まれてくることを意味する。そこで要求されることは、陪審員として事実認定をする通常人 Reasonable Person が当事者間に問題となつている事柄の存在することを認識し得ることである。意思の存在証明も、例外ではない。約束の存在も、客観的に認識されなければならない。<sup>(27)</sup> その点からも、観念的意思論はコモンローにはなじまなかつたといえよう。

一方、約束を守らせることの意義は二つ在る。一つは期待利益 expectation の保護であり、もう一つは信頼

利益 reliance の保護である。前節で考察したような社会的状況、即ち契約が主に商取引のコンテクストで考えられるようになると、どちらを意識の中心において人は契約を締結するであろうか。通常は期待利益が主だと考えられよう。人が商取引に入る理由は、その取引により、利益を上げることが予測出来るからである。そこで実現されるべきことは、契約の内容であり、また当事者は、自らの意思で約束したものを提供する。相手方が自らの期待に応じて反対給付をすることを予測し、期待しているからである。その枠組みの中で約束に拘束力を与えるのが妥当だとされるのは、相互に相手に、責任を負う状況 mutual obligation であるか、または、交換に基づいてなにかが提供された、即ち当事者のどちらかが履行行為を完了したか、着手した場合である。その意味では、最も強い拘束力を持つ契約は約束者が自己の債務を一部履行した場合ということになる。<sup>(218)</sup>

ホームズはこのような場合の約因の定義は、「相互的な約束としての誘因の関係であり、対応関係に在る」とし、さらに、「約束と約因はそれぞれ相互の動機であり、どちらか一方が欠ける場合には契約にならない」と言う。<sup>(219)</sup>これは第一リステイトメントで確立され、そのまま第二リステイトメントに踏襲された。<sup>(220)</sup>即ち、「履行または見返約束が交換的に取り引きされなければならず、「約束者により、約束と交換的に求められ、且つ被約束者により当該約束と交換的に与えられた場合」に約因が備わったとされるのである。それに伴い、このような約束が破られた時に保証されるべきは期待利益であり、それは当事者の意思に基づいて約束がなされたからだとする。<sup>(221)</sup>そしてこの原理は、現在でも契約の拘束力を支持する中核である。

近代以降、契約の大部分は、商取引から生まれてくるものだと考えるだろう。そして、商取引の大部分は、交換である。即ち、金銭と引き換えに、商品または、行為を提供することが取引の中心なのである。さらに、商取引の世界は、取引に関係ある申込みは、契約になることを認識した上でなされるのが前提であるから、意思の確認はすでに、折込済みだと言える。このような契約は、非常に明確であり、契約は、意思の合致さえあれば、そ

して、その内容が相互性を持っていれば（どちらか一方が、相手を支配するものでなければ）、約束以外の行為は、契約を成立させるのに必要ない。約因が、債務者の約束と交換になされた債権者の約束でもよい、というの（<sup>223</sup>）はそういうことである。この関係は、多くの、取引以外の関係にも言えることである。大部分の契約は、たしかに、交換の要素を持っている。

しかし、この原理によって、法的に守られるべき約束が絡む、総ての状況を、説明出来るわけではない。また、正義や公正の観点からみれば、これらの場合以外にも、約束が保護に値する場合がある。ことに、約束に対する信頼保護は、契約を守らせる理由の一つである。とすると、契約の要件に当てはまらない約束に対する正当な信頼をどう保護するか。一方的な約束であっても、その約束を守らせなければならない場合が存在する。第一リス・テイトメントでも、契約の中心は、交換におきながら、90条によって、約因のない約束の効力に関して、規定がおかれた。<sup>(224)</sup>

それにはたいし、グラント・ギルモアはその有名な著書「契約の死」の中で、信頼利益の保護と不当利得の補償を認めたことよって、従来の契約論は破綻したと主張した。<sup>(225)</sup> その破綻の原因の一つが信頼利益に基づく約束的禁反言の法理の台頭であるという。では本当に禁反言は、交換原理に基づく契約論を切り崩すようなものであるのだろうか。約束が法的拘束力を持つための要件とは何なのであるだろうか。

- (118) ルソー、社会契約論、(前出) 第一章
- (119) Fried, Contract as Promise (1981) (以後、Fried)
- (120) Plucknett, A Concise History of the Common Law (5<sup>th</sup> Edition) (1956) p. 65 以下
- (121) Alfred W. B. Simpson, A History of the Common Law Contract: The Rise of the Action of Assumpsit 227-58 (1975), Oliver Wendell Holmes, Jr., The Common Law Lecture V (182-200) (1938)

- (121) Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Part 2 Morton J. Horwitz, *Transformation of American Law 1780-1860* (1980) (以後‘Horwitz’)
- (122) Slawson, *Binding Promise*, pp1-8 (以後‘Slawson’)
- (124) Slawson, *Binding Promise*, p.9 キリスト教的な職業観では、職業は、特に医師牧師などの専門職は、天職、即ち神からの‘Calling’があったからつくものだと考えられている。
- (125) Alfred W. B. Simpson, *A History of the Common Law Contract: The Rise of the Action of Assumpsit* (1975) pp. 227-58 例えば、道路工事の日雇人夫も、公共事業に携わるのだから、その仕事はCallingになる。
- (126) Slawson, 前出 p. 9
- (127) 英国王室は、最初から、貴族階級の支持がなければ、なり行かない構造を持っていた。大憲章も、名誉革命も、そのような王室の性格ゆえにおき得たといえよう。
- (128) Slawson, 前出 p. 10
- (129) 森征一、岩谷十郎編、法と正義のイコノロジー、第二章、三章参照。
- (130) Berman, Greener, Saliba, *The Nature and Function of Law* (5<sup>th</sup> Ed.) 413
- (131) 208 US 412 (1908)
- (132) 198 US 45(1905)
- (133) 208 US 412, 419-420, 423
- (134) 近代法は、私法のみならず、全ての場合において、個人の権利をその基盤においてよいだろう。憲法がまず、そうであり、そこに、保障された基本的人権を守るために、法体系は構築されている。即ち人間活動の中心に権利が置かれる。ここでは、権利の本質について、論じることはしないが、通常、私法上の権利と考えられるのは、経済活動の原動力となる利益とでも言うておけばよいであろう。一八世紀から一九世紀に近代へ、脱皮した社会は、多かれ少なかれ、経済活動の自由の獲得をも、その、市民革命の目的に含めていたといえよう。日本が明治維新に一応の成功をおさめたのも、国内的に、それだけの経済発展があったからである。文化的にも、経済的にも、鎖国はしていても、日本はヨーロッパに短期で追いつくことが可能な水準にいたってよいだろう。ヘック、「利



「益法学」、参照。

- (135) 民法第三九九条
- (136) 民法第三篇第三章
- (137) 民法第三篇第四章
- (138) 民法第三篇第五章
- (139) 民法第九一条、契約に関する民法の規定は、大部分が任意規定である。
- (140) 法例第二条、民法第九二条など
- (141) 贈与、売買、交換、使用貸借、消費貸借、賃貸借がこれにあたる。その財産権をどのような形で使用するかによって、以上のパターンに分類される。
- (142) 雇用、請負、委任、寄託、組合、和解がこれにあたる。終身定期金は、金銭の支払を約するという意味で、贈与の一形態と考えることもできると思う。これらのパターンも、また、当事者間の関係の性質による分類である。だから、多くの場合、委任には、代理権の授与が伴う。
- (143) 民法九〇条以下一三七条までが、法律行為に関する規定である。そして、第二節が、意思表示に関する通則となる。
- (144) 広辞苑、「意思表示」の項、参照。
- (145) ここで、このような、言わずもがなの解説をしている理由は、コモンローにおいて、法律で規律されるものと、そうでないものとの境界が、法典主義をとった場合に比べて、あいまいだからである。これについては、後述。
- (146) 民法第五二四条
- (147) 民法第五二一条
- (148) Calamari & Perillo, *The Law of Contracts* 4<sup>th</sup> Ed. (1998), p. 92 以後、Calamari & Perillo。
- (149) U. C. C. 2-205
- (150) Calamari & Perillo, 113.
- (151) Farnsworth, *American Contract Law* 3d Ed. (1999), p. 79

- (152) この点については、契約の自由に関する部分で、再考する。
- (153) 法例二条後段、民法九二条、商法一条
- (154) “A contract is a promise, or set of promises, for breach of which the law gives a remedy, or the performances of which the law in some way recognizes as a duty.” Restatement 2d. Contracts, § 1 (1981), Williston, Contracts, § 1:1 (4<sup>th</sup> ed. Lord 1990) Calamari, Perillo, The Law of Contracts (4<sup>th</sup> ed.) (1998)
- (155) “a manifestation of intent to act or refrain from acting in a specific way, so made as to justify a promisee in understanding that a commitment has been made”, Restatement 2d. § 2 Day v. Amex, Inc., 701 F. 2d. 1258 (8<sup>th</sup> Cir. 1983) Commitment という言葉は訳して「言葉である。通常は「約束、責任、収容、束縛」などと訳される。(Concise 英和辞典より) しかし「英語においてこの言葉が使われる場合、ある事柄に真剣に取り組む、その事柄で「のっぴきならない関係を結ぶ」というニュアンスを持つ。そこで「この」では「引き受け」という言葉を当てた。
- (156) Restatement 2d., § 2
- (157) 後述 Ex. Randy E. Barnett, *Some Problem with Contract as Promise*, 77Cornell L. R. 1022 (1992)
- (158) Farnsworth, American Contracts, 3
- (159) Fried, *Contract as Promise*, p14. コッピという道徳、即ち「モラルとは、近代以降の社会において、人の身体と財産は、相互に尊重されなければならない」という基本原理である。ただし、この「約束理論ともいうべき考え方に對し、反対がないわけではない。Barnett, 註159参照。また P. Atiyah は「契約をもっと規範的 Institution なものとして考えてみる。Atiyah, Rise and Fall of Freedom of Contract, Chapter 1
- (160) Calamari & Perillo. P. 1
- (161) Hillman, The Richness of Contract Law (以後 Hillman)
- (162) ただし、実務においては、実は、方式が要求される場合が多いようである。多くの契約において、契約書が作成され、実印が必要なのは、周知の事実である。
- (163) 前述 p. 8-9参照。
- (164) Calamari & Perillo, p. 25-28

- (165) Barnett, *Perspectives of Contract Law*, (1995) 85
- (166) 例えば、心裡留保や錯誤は、このような場合にあたるといえよう。民法九三条、九五条等。
- (167) Farnsworth, *Contracts* 3d Ed (1999) 9 (以後‘Farnsworth’)
- (168) 後述。次の章、参照。
- (169) Farnsworth, *Contracts Scholarship in The Age of The Anthology*, 85 Mich. L. R. 1406 (以後‘Anthology’)
- (170) Calamari & Perillo, Chapter 6
- (171) U. C. C. Art.2-201, 2-202
- (172) Calamari & Perillo, p275. Farnsworth, 86
- (173) 贈与に効力がなごと言つても、贈与の対象物が相手に引渡されていれば、そのような所有権の移転は、効力を持つ。
- Calamari & Perillo, 811; Restatement 2d § 276
- (174) Calamari & Perillo, 268 以下、Restatement 2d § 95. 大概、書面による契約は正式な契約とされる。
- (175) 例えば、長期労働に対する年金支払の約束など。Feinberg v. Pfeiffer Co., 322 S. W. 163 (1959)
- (176) Restatement First, § 90
- (177) Plucknett, *A Concise History of the Common Law* (5<sup>th</sup> Ed.) (1956) 633 (以後‘Plucknett’)
- (178) Farnsworth, *Contract* (3d Edition) (1999) p. 12 (以後‘Farnsworth’); Plucknett 631
- (179) Plucknett, p178-180 408.
- (180) Plucknett, p. 631
- (181) Plucknett, p. 640
- (182) Y. B. 43 Edward III, Misc. No. 38
- (183) Somerston’s Case, Y. B. 11 Henry VI, Paschi. No. 1
- (184) Plucknett, *supra*, 644.
- (185) Plucknett, *supra*, 644.
- (186) 4 Rep. 92 b.

- (187) Plucknett, 646
- (188) Plucknett, 650. 約因がようの言葉が最初に使われた判例は *Manwood v. Burston* (1567) 2 Leo. 203 だと言われる。  
よう。
- (189) *Quid pro quo* の語彙は 90° Plucknett, 651
- (190) Restatement § 90
- (191) Calamari, Perillo, *Contracts* (4<sup>th</sup> Edition) (1998) (文書' Perillo)
- (192) Morton Horwitz, *The Transformation of American Law* (1977), pp181-186.
- (193) Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* 146 (文書' Atiyah 1)
- (194) A. Farnsworth, *Contracts* 3d Ed. (1999) 10
- (195) 前章参照。
- (196) Atiyah 1, 219 以下。
- (197) Epstein, *Torts* (6<sup>th</sup> Ed.) pp112-163, *Ryland v. Fletcher*, 159 Eng. Rep. 737 (Ex. 1865) L. R. 3 HL. 330 (1868).
- (198) Grant Gilmore, *Death of Contracts* (1974)
- (199) E. A. Farnsworth, "*CONTRACT IS NOT DEAD*", 77 *Cornell L. R.* 1034
- (200) Slawson, *Binding Contract*, 11
- (201) Farnsworth, *Contracts* 3d. Edition (1999), 157
- (202) Fried, *Contracts as Promises*, p. 132
- (203) 契約の本質と約束のようの権利と債務者=被約束者' 債務者=約束者ようの図式は 90°
- (204) "(a) The Promisee must incur legal detriment; . . . .  
(b) The detriment must induce the promise. . . . .  
(c) The promise must induce the detriment. . . . ." Calamari & Perillo, *The Law of Contracts* 4<sup>th</sup> ed., p. 169; *Allegheny College v. National Chautauqua County Bank of Jamestown*, 246 N.Y. 369, 159 N.E. 173

(1927)

- (205) *Arledge v. Gulf Oil Corp.*, 578 F.2d 130 (5<sup>th</sup> Cir. 1978), *First Wisconsin Nat. Bank v. Oby*, 52 Wis. 2d 1, 188 N.W. 2d 454 (1971) etc.
- (206) *Calamari & Perillo, The Law of Contracts* 4<sup>th</sup> ed. 170.
- (207) *Restatement 2d. § 71*
- (208) 124 N. Y. 538, 27 N.E. 256 (1891)
- (209) *Farnsworth, Contracts* 3d Ed. (1999) 49
- (210) *Restatement 2d. § 71 (1)*
- (211) *Lucy v. Zehmer*, 196 Va. 493, 84 S. E. 2d 516
- (212) *Hill v. Chubb Life American Ins. Co.*, 182 Ariz.158, 894 P. 2d 701 (Ariz. 1995)
- (213) *Hammer v. Sidway*, 124 N.Y 538,27 N. E. 256
- (214) *Lon L. Fuller, Consideration And Form*, 41 *Columbia L. Rev.* 799 (1941)
- (215) *Lon L. Fuller, Consideration And Form*, 41 *Columbia L. Rev.* 799 (1941) 807
- (216) *Scheiber, The State and Freedom of Contract* (1998) p. 68
- (217) *Calamari & Perillo*, p. 26 ㊦ Chapter 3
- (218) *Eisenberg, THE BARGAIN PRINCIPLE AND ITS LIMITS*, 95 H. L. R. 741 (1982)
- (219) *O. Holmes, The Contract Law* 293-294 (1881)
- (220) *Wisconsin & Michigan Ry. v. Powers*, 191 U. S. 379,386 (1903)
- (221) *Contract Restatement (2d) Section 75*
- (222) *Fried, Contract as Promise* (1981) 28-39
- (223) *Lon L. Fuller, Consideration And Form*, 41 *Columbia L. Rev.* 799 (1941) 802
- (224) 過去の約因「即ち」過去になされた行為に対する将来の約束は「有効とみなされる場合がある。Restatement 2d § 86. 例えが」 *Webb v. McGowin* 事件 (232 Ala. 374, 168 So. 196, 168 So. 199, 1936) では「工場」上から落

ちてくるブロックを、経営者の上に、落ちることを防いだ結果、けがをして、不自由になった原告に対する年金の支払を、経営者の後継ぎが、やめようとしたケースである。原告勝訴。その理由は、社会的正義の実現である。

(25) Gilmore, Death of Contract. ただ、これは法が保護すべき約束、そうしないと公平と正義に反するような約束は交換理論では説明出来なかったことを意味するだけのようにも思える。