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

Title	アングロアメリカ法における合意と約束とその効力 (三・ 完) : 歴史的視点を加えて
Sub Title	Agreement and promise, Its binding forece under the Anglo-American law (3) : 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.11 (2000. 11) ,p.53- 102
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20001128-0053

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（三・完）

――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
（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）Slade's Case まで
（ii）Slade'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 ……（七三巻一〇号）
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テイトメント
（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
10　コモンローの振り子……（以上本号）

8　約束的禁反言

（1）背　景

禁反言の法理自体は決して新しいものではない。既に一六世紀にはあった原理である。[226] そう考えると、この原理は細々と今世紀半ばまで、契約理論の隙間を補充していたともいえる。また、本来、禁反言は衡平法上のルールであり、契約だけに使われる法則ではない。なぜ、その原理が二〇世紀後半になってから、脚光を浴びるよう担ったのだろう。

第一リステイトメントの起草者である、Williston 教授の草案には、例外的にもせよ、贈与および無償約束に対する、信頼利益の保護の条項はなかった。しかし、Corbin 教授との議論の結果九〇条が、挿入されたと言ういきさつがある。[227] そして、この条項が挿入されたことにより、契約法の役割は、大きくその可能性を広げたと言えよう。[228]

ところで、交換に基づく約因論では取り込めなかった約束とはどの様なものであったのだろうか。

典型的な例としては、慈善などの営利目的を伴わない贈与の約束があげられる。また、過去の行為を約因とする、約束もある。例えば、長期の会社に対する誠実な勤務を理由に、退職後、年金を与える、などというのがその例である。[229] これらは、総称して無償約束 Gratuitous promise と呼ばれる。これらの約束の特徴は、まず、ほとんどが商取引に関係なく、[230] 約束の時点で約束が一つであること即ち、当事者の片方だけが約束しており相手側はその約束を受けるだけである。言い換えれば、相互性が希薄なことであろう。この場合、相手方の承諾がいらない形で、約束が、相手方になされる。このタイプの約束は日本法においては、使用貸借や、贈与などがそれにあたり、受領の承諾がされた上で、契約として効力を持つ。[231] 言ってみれば、コモンローにおいて贈与等は受領の意思表示がいらないのだから約束者の一方的な行為なのである。

ではなぜ、コモンローの上では、贈与効力を認められないのか。まず、贈与は契約法上の問題でなく、物権法の問題として考えられて来た。[232] つまり、贈与は所有権の移転を伴うからその所有権の移転をめぐる行為と考えられるのである。故に、贈与の効力は相手方に目的物を引渡した時点で発生する。即ち、将来の贈与の約束は物権法の適用の及ばない範囲であり、また、契約法上も、約因を欠く約束として、効力を持ち得ない。[233] もちろん、これらの約束に法的効力を持たせる方法がなかったわけではない。これらの約束は、捺印 Seal をした書面にすることによって、正式の契約 Formal Contract となり、それ自体で有効なものとみなされた。要するに、形式が、満たされたからである。即ち約束が契約として成立するには、方式を満たすか、即ち Formal Contract とするために捺印証書をつくるか、約因の授受かどちらかの要件を満たすべしという原則がここでも働く。

しかし、契約理論の発展に伴い、契約のカジュアル化とも言うべき情況が進んだ。契約法の関心の中心は口頭契約となり、契約書面自体も、簡略化されることになる。その中で、捺印は、署名にとって代わられ、アメリカの場合、さらに、捺印証書による契約を廃止してしまった州もある。[234] U. C. C. などは、まったく、約因の効力

を否定してしまった。[235] そのような州では、その代わり、あらゆる契約に約因が要求されることとなった。契約の自由の原理が、その方式面に拡大した結果、締結の方式の自由も確立したと言えよう。[236] しかし、そうなると、これらの州では、Gratuitous Promise は決して有効になし得ないことになる。

しかし、先に見たとおり、約因のない約束でも、効力が認められなければ困る場合が、多数存在する。Gratuitous Promise を信頼してその約束に基づいて行為した結果、その約束を破られたがために、その約束を信頼しなければ、保持し得た地位を失って損失を被った者たちの存在である。例えば、Kirksey v. Kerksey[237] 事件において、原告である未亡人が被告である夫の兄弟を信頼し、その兄弟の言葉にしたがって子供と彼女の生活が保証されることを期待して、被告の家の近くにその指示にしたがって引っ越した。ところが、二年後。被告は約束を破って、原告を約束の土地から追出してしまった。この事件で裁判所は、この原告が被告の指示にしたがって引っ越したという行為に約因の成立の可能性を見つつも、そしてこの事件の引き起こす結果に悩みつつ、被告の約束が単なる善意 Gratuity の申し出にすぎないとして、原告の訴えを退けた。結果的には、原告にとってかなり不当であったといえよう。

このような原告に対し、一九世紀の終わりに、衡平法上の禁反言 Estoppel の法理を応用し救済を与えるために、それに新しい意味を吹き込んだのが現在の約束的禁反言 Promissory Estoppel の出発点である。アメリカにおけるリーディングケースとなったのは、Ricketts v. Scothorm[238] である。この事件の事実関係は、次のようなものであった。即ち、ある店で店員として働いている孫娘を見てかわいそうに思い、自分の孫は働くべきでないと思った祖父が、その孫娘に、それを理由として、2、000ドル与える約束をした。その約束がなされたため、孫娘は即時に仕事を止めた。祖父の死後、孫娘は祖父の遺産から約束された額を支払うよう遺産管財人に請求したというものである。裁判所は、この孫娘の請求は、「それが請求されている当事者の事実上のまたは、明白な

意図にしたがって、請求者の地位の変更を誘発する行為より発生する権利[239]」とされる禁反言法理の枠の中に入るとし、孫娘の請求をみとめたのである。禁反言が、元来、被告側の〝行為＝事実〟を主体として構成されていたのにたいし、この事件以降、〝約束〟によって引き起こされた結果にたいしても適用されるようになったのが、画期的な点であった。従来の禁反言との違いは、ここで問題となる当事者の信頼が、〝事実〟に対してなされるのではなく、将来に向けてなされた〝約束〟に対してなされたことである。

この枠組みの中に入る約束は今世紀の初頭までは、次の四類型の、どれかにあたると考えられていた。それらは、（1）家族間の約束、（2）土地の譲渡、（3）無償寄託 Gratuitous Bailment、に伴う受託者の約束、そして（4）慈善的な寄付、および、婚姻に伴う贈与である[240]。

家族間の約束の基礎を取引に求めなくてよいということは、Hamer v. Sidway 事件[241]や、Kirksey 事件の結論の違和感を大分減少させることになるだろう。即ち、前者の例では約束に効力を持たせるために、飲酒、賭博、喫煙などの、いわゆる悪癖をなくす努力を約因として交換の対価と看做したが、常識的には、いささかこじつけである。後者は、この法理があれば、次の、土地の譲渡の場合とかさねて、原告に救済が与えられるチャンスが、現在であれば、認められたであろう例である。

第二の土地の譲渡については、正当な手続をへることなくして土地が譲渡された場合に、それが有効に成立するための条件である。その譲渡の約束を信じて、土地に改良を加えた場合には、この譲渡は有効と看做される[242]。詐欺防止法 Statute of Fraud との関係で言えば（不動産の売買は、書面によらなければならない）、これが適用される事例では、土地の占有が約束者に移っていて所有権が問題となっている場合であるのにたいし、詐欺防止法が働くのは、Executory Contract としての土地の譲渡契約の効力が、問題になる場合である。本来は、詐欺防止法では執行力のない契約でも、譲受人が目的土地に改良を加えるなどの行為をしたために、不動産の引渡しを

求めることが、認められる可能性が、禁反言の法理によって、出てきたのである。[243]

無償寄託の場合の事例としては、受託者が寄託されたものにたいして保険をかける約束をしたのにそれをしなかったら、そのものが滅失してしまった事例が、あげられる。[244] 裁判所は、保険金と同額の賠償を認めた。

そして、慈善のための約束、即ち、学校や病院、その他の慈善団体にたいする寄付行為。なぜ、これらの寄付は、効力を認められるべきか。現在こそ、国家の宗教的中立は法の要求する所であるが、基本的には、アメリカもキリスト教国家である。西洋文明および、西洋社会はその根底にキリスト教的博愛精神を持っている。法律自体、モーゼの十戒に始まる。キリスト教的正義観の影響を否定出来ない。ヴィクトリア朝の救貧法も国家による慈善の思想のあらわれである。また、近代市民革命の先駆であるフランス革命のスローガンにも博愛精神は含まれる。其れゆえ、慈善的な寄付は、「それが慈善であるが故に、硬直した法論理にしばられるべきでない」[245]し、私的な慈善の精神の発露は促進されこそすれ、制限すべきものではない。だから、「約因論とは相容れなくとも」、慈善団体の信頼がある場合には、その寄付の約束は「有効 enforceable と認められなければならない。」[246]と考えられているのである。

しかし、時代が下がるにつれ、禁反言の法理が働くのは、限られた場合だけではなくなってきた。商取引においても、その課程で、約因の伴わない約束がなされることもある。個とに、交渉能力に差がある場合、弱いほうが、強い立場にあるものの約束を信じても不当とは言えまい。[247] また、U. C. C. は、無償契約こそ認めないものの、Unconscionability の法理を使って、商取引契約の公正を保とうとしている。[248] これも、一種の禁反言である。

では、これらの約因のない、あるいは、交換ではない約束が拘束力を持つために要求される共通の要件はどのようなものであるだろうか？

(2) 約束的禁反言の成立要件と最初のリステイトメント

契約が、効力を持つための条件が、交換であるとしても、なぜ、交換があれば、拘束力かを説明することにはならない。特に、提供されたものが、両方とも、約束である場合、交換だけでは、その契約が守られる十分な理由とはならないだろう。では、法が、契約を強制する理由は何なのであろうか。

第一にあげられるのが、自ら約束をしたという事実、である。私的自治が基本となる社会においては、人は、自らの行為の結果に責任をとらなければならない。即ち、自由な社会において、取引の安全を守るためには、意思の自由とともに、その意思を客観的に推測できなければならに。なぜなら、人の意思によってのみ、権利の変動が発生するからである。自らの支配下にあるものの運命を決定し、それを法的な拘束力を持って執行し得るようにする、というのは、立法作業とあい通じるものがある。意思に基づいて、法律効果のあるルールを、作るという意味において、契約を締結することと、立法作業とは同質であるとも言える。[249]

第二が信頼 Reliance である。約束を破ることによって、その約束を信頼して、行動したものに損害を与えることがあり得る。[250] また、そもそも、相手方が約束を守るであろう事が信頼できなければ、通常は、取引には入らない。それゆえ、信頼保護もまた、契約の拘束力の実質的基盤となる。上述の、私的自治との関係で言えば、両者は、重畳的に、かつ、選択的に、独立して、その基盤をなしている。[251] 言い方をかえれば、私的自治は、当事者の信頼関係によって保たれているとも言えよう。

そして、さらに、法は第三の理由として、不当利得を上げる。約束を破ることによって、約束者が得をし、被約束者が、損をするならば、その被約束者の損失は、補塡されなければならない。法は、他人の損失の上に、利得を得ることを許さない。

このように考えると、信頼というのは、契約の、拘束力の基盤の、重要な要素のひとつであると言い得る。

Corbin 教授が、第一リステイトメントの審議会で主張したのは、交換が伴わない約束でも、信頼が裏切られ、損害が生じる場合には、約束は強制されてきた、という事実であった。[252] それゆえ、信頼保護もまた、法の役割なのである。しかし、全ての信頼が保護されるわけではない。伝統的に、約因のない、交換関係にない約束で、法がその効力を認めた前節で述べた四つのタイプの約束は、既に述べたように信頼 Reliance をその基礎とする。では、その信頼 Reliance が、約束的禁反言が成立する程度にある、というのはどういう状態であろうか。即ち、前節の四つの情況において共通に存在する、法が約束を強制するための要件を考えてみよう。

第一に、その約束が被約束者 Promisee に〝実質的に Substantial〟信頼されたこと。例えば、Devecmon v. Shaw & Derri es[253] 事件では、甥がヨーロッパ旅行をしたら、叔父がその費用を負担する約束をしている。ところが、叔父はその費用を払わなかった。そこで、甥が、この訴を起こした。裁判所は、この事件で、甥は叔父の約束がなければ、旅行に行かなかったはずだと判示した。また、Ricketts 事件では、孫娘は祖父の約束がなければ、仕事を止めることはなかったはずである。そして、Allegheny College 事件で、College 側は寄付をあてにして、奨学金を設定している。即ち、いずれの事件においても、被約束者 Promisee ＝原告は与えられた約束に〝誘われて Induce〟、行動に出たり、すべきことを止めたりしている。さらに、前の二例では、被約束者は約束を信頼した結果、約束が与えられる前より、経済的に不利益な情況になっている。それゆえ、これらの場合のように、自らを、約束のある前より、不利な立場に置くような信頼のあり方は、Detrimental Reliance がある。即ち約束を信じて、その約束が無ければ陥らなかったであろう不利益な情況に自らを移すような信頼だと考えられている。[254] 即ち、約束的禁反言の法理が保護を与えるのは、被約束者＝原告の側に Detrimental Reliance があることが、まず、条件になる。

さて、交換に基づく契約理論が主流をなす中で一九三三年に起草された契約の第一リステイトメントの中に、

いかに反対が強かろうと、[255] 九〇条に約束的禁反言の法理を入れざるをえなかったのは、約束が守られる事を期待して自らに不利益を招いたものを救うことが、法的な公正の見地から要請されていたからだといえよう。この信頼が Detrimental であるべきことは、第一リステイトメントにも第二リステイトメントにも明文で要求されてはいない。しかし、これは判例法として確立している要件である。[256] ただ、リステイトメントの文言は、第一も第二も、forbearance という言葉を使っている。その行為の結果が、実質的に不利益にならなくとも、その約束がなければやらなかったはずの行為をするということは、負担である。負担の内容は問わない、と言うのが、detriment という言葉を使わなかった趣旨であろう。

第二の要件は約束者 Promisor が、約束が信頼される事を予期し、または予期し得た事である。[257] 例えば、Feinberg v. Pfeiffer Co.[258] 事件では、会社が年金の支払を約束したために、原告が、会社を辞めた、という事件である。このような場合、原告側が、会社の約束を信頼するであろうと推測することは、容易であり、合理的 Reasonable である。客観的にみて、約束者が、その約束が信頼されるであろう事を予測する理由がある場合に、その約束を破る事によって発生する不正を法は防ぐのである。

第三の要件は、その被約束者＝原告の行為が、約束によって引き起こされたこと、である。ただし、信頼によって引き起こされた結果、即ち、損害の範囲は、約束者が予期し得た事に限る。通常の予測を越えた行為はその約束があったからそれをしたのだとしても、ここで保護に値する信頼だとは認められない。[259] だから例えば、Ricketts 事件において、孫娘が生活水準を変えたような場合には、祖父の約束は効力を認められないかもしれない。また。年金の例を取れば、年金の約束があるから退職したのではなく、退職するつもりだったところに年金の申し出があった場合には、この法理は働かない。[260]

最後に、この形の約束に効力が認められるのは、それを強制しないと、社会的に不当な、正義に反する結果が

生じること、である。[261]

すべての約束にたいして法は保護を与えるわけではない、とは何度も言った。近代において市民的自由が法によって保証されて以来、法は道徳的価値基準を法的な価値基準から切り離して来た。信頼を裏切る事はそれ自体では、倫理的、道徳的に責められるとしても、犯罪とはならない。社会的信用度 Credibility を失墜させるだけである。[262] 其れゆえ、法は私的な関係については、社会的、経済的に不公平な不当な情況が発生しない限り、介入しない、それが私的自治なのである。だから、この約束的禁反言の法理は、本来は約因に支えられていない道義的約束に近いものの中で、現実の損害 Actual Damage が、約束を破る事によって生ずるものにのみ、例外的に拘束力を認めるために産み出された原則であるといえよう。この法理を言葉によって、法原則のかたちに定着させる最初の試みが第一リステイトメントの九〇条である。それは、次のように言う。

「被約束者の側による、確定的で実質的な行為または負担をを誘う事が約束者のがわに当然に予測出来る性格を持ち、かつそのような行為、または負担を誘い起こした約束は、もし、不正がその 約束を強制する事によってのみ、避けられるのであれば、拘束力を持つ。[263]」

リステイトメントが作成された時は、約因論全盛の時代であったが、Corbin 教授らの強い要請によってこの条項は採用されたという。[264] その後に起草された統一商法典においてその中心的起草者であった Llewellyn 教授は徹底して約束的禁反言の法理を排除しようとしたようである。[265] 彼は、むしろ約束の形式的要件の整備に関心があった。U. C. C. の商品売買規定のなかの Form 方式の規定は伝統的な Form 契約の一種の復活とみることもできようか。[266] いずれにせよ、約束的禁反言は、約因理論の補充的原理、副次的な例外法則として存在し始めたと

いえよう。

ただしこの時点で、既に、九〇条は商業取引にも使い得るような規定のしかたをしている事は注目に値する。即ち、この規定はこの法理の非営利性を強調していないのである。その後、四〇年間のこの原理の商取引分野への拡大が第二リステイトメントの起草につながっていく。

(3) 約束的禁反言の法理の適用拡大と第二リステイトメント

第二リステイトメントの九〇条は約束的禁反言を次のように規定している。

第九〇条　当然に作為または不作為を引き起こす約束

(1) 約束が当然に相手方、または第三者の行為、または負担を惹起する事を予見させ、かつそのような作為または不作為を惹起した約束はその約束の履行によってのみ不正を避けられる場合に限り、拘束力を持つ。その約束違反に対してみとめられるべき救済は正当な範囲に留まる。

(2) 慈善的寄付および婚姻に伴う財産の譲渡については約束がそのような作為不作為を導きだしたことの証明がなくとも、第1項の下で有効である。[267]

第一リステイトメントとの違いは、まず、条項を二つに分けたこと、そして、第1項において約束者を信頼すべき者の中に、約束を与えられた直接の当事者だけでなく第三者も含めた事、救済の範囲を正当な範囲“Justice requires”と規定したこと（これは、救済の内容を決定する判事の裁量権を広げたことになる）、約束の確定性明確性に言及しなくなった事、第一項と別建てで慈善的寄付と婚姻に伴う財産譲渡の効力を認めたことである。

この第二項についてリステイトメントのコメントは「アメリカの裁判所は伝統的に慈善的寄付と婚姻に伴う財産譲渡に好意を持っており、交換の要素がないか、疑わしい場合でも」契約の効力を認めて来た、という。[268] そして、「信頼の可能性」があれば、動機や「執行の妥当性にたいする考慮」は不要だとしている。言い換えれば、慈善的な寄付には信頼も約因も不要だということである。

Charitable Gift の約束が、なぜ他の無償約束 Gratuitous Promise と区別されるかという理由はこれが慈善の性質をそれが行われたところの文化がどう捉えるか、と言うことに尽きるだろう。キリスト教における奉仕の精神は、奉仕を喜びとしてとらえると同時に、義務であるとする。社会的相互扶助としての慈善活動は道義的義務として社会的に強く推奨されるし、そのための優遇措置も認められなければならない。例えば、学校その他の社会的に有用な、団体に対する寄付金に、減税措置が認められるのも、そのような、行為のインセンティヴになるからである。そのコンテクストから言えば、このような慈善を目的とする約束もまた、例外的に論理の問題とは別に効力を認められるべきだ、となろう。当事者の意図 Intent がこのような約束の効力の基礎だということもできよう。[269] ただし、そもそも、善意から出た人の行為には、法はあまり、立ち入らないほうが良い、と考える面もある。

この第二項を明文で独立させて規定したことの意義は、本来の禁反言原則から、非営利的で道義的な約束で法が保護を与えるものを分離し、それらの約束については効力発生要件をさらに緩和したことに在る。即ち、信頼も約束の拘束力の基礎として求めないカテゴリーの約束を分離する必用が、この条項が出来た時点、一九七九年当時には出てきていたと、言えよう。第一リステイトメントの時代より、これらの約束については要件が緩くなっている。また、一項における、誰の信頼を要件とするかということに関して、第三者の付加、損害賠償範囲に対する言及は、この二つのリステイトメントの間に、この法理がどのような方向に展開されたかを示していると

言えるだろう。即ち、守るべき被約束者の範囲が広がり、その応用範囲も広がったため、一方で信頼保護にたいする救済にも、それに応じた裁判所の、裁量権の拡大が、必要になった、と考えられる。

一九三三年 James Baird Co. v. Gimbel Bros.[270] 事件において裁判所は、約束的禁反言の商事事件における適用を否定した。しかし、その後の展開は逆の方向への発展を示している。そして、一九五八年の Drennann v. Star Paving Co.[271] 事件では Baird 事件の判決と逆に、商取引にもこの原理を使用し得ることを認めた。これは両方とも建設工事の入札に絡む事件であった。Drennann 事件では、請負契約の入札の、費用計算に、下請の出した見積りを使った。ところが、実際の契約段階になって、下請が、自分の出した見積り額で、契約を引き受けることを拒否した、という事件である。裁判所は、禁反言の法理により、Option 契約の存在を認めた。即ち下請業者が選択する権利が原告に有り、それ故、その業者の見積りを使ったということはその業者を使う意思の確定である。下請業者はそれが選ばれた通知を受けた段階でその見積の内容をくつがえせないと言ったのである。この事件は、直接的には、第二リステイトメント八七条（2）項に、成文化されている。このような新たなる約束的禁反言論の展開が第二リステイトメントの九〇条に結実したということになろう。ただし、伝統的な考え方は、あくまでも、約束的禁反言は、家族関係および、慈善的贈与のみに限られる、としている。

では、商取引のコンテクストでの約束的禁反言応用の事例を少し見てみよう。

商取引においては、多くの場合、交渉段階で、予備的な約束がなされることがある。そして、その約束に基づいて、その相手との契約を締結することを期待して、履行の準備行為に入ることもある。しかし、多くの場合、そこから生じる損失は、取引上の損失とみなされ、損害回復の対象にはならない。[272] 交渉の自由と、取引の自由を尊重した結果である。例外的に、損害が認められるのは、不当利得の場合と、虚偽表示の場合であった。[273] しかし、それ以外の場合であっても、損害を補償しないと、不公正が、生じる場合がある。即ち、相手方の歓心を得るた

めになされた特別の約束で、相手方を信頼させた場合である。

おそらく、最も有名でかつ約因論との論争の種を含んでいたリーディングケースとして Hoffman v. Red Owl Store Inc.[274] 事件が挙げられるだろう。事件の概要は次のようなものであった。

原告 Hoffman は被告 Red Owl Store のフランチャイズストアを経営したいと考えていた。そのため、フランチャイズ契約を締結するための交渉を、Red Owl のセールスマンとの間に進めていた。Hoffman はその交渉をはじめた当時、食料品店とパン屋を営業していた。Hoffman は小さな町の商店主から、より大きいコミュニティーでの商店経営に活動領域を広げたいと考えていたのである。Red Owl の代理人が、交渉中に１８、０００ドルの投資すれば、Red Owl は Hoffman のために商店と商品をそろえる、という約束をした。Hoffman は Red Owl の代理人の言葉を信頼して、利益を上げていたパン屋と食料品店とその店のある土地を売却した。また、より大きな地域での食料品店経営の経験を得るために、夜間に、そのような店で働く、と言うような努力をしていた。一方 Red Owl は、Hoffman に開店に必要な資金の増額をこの経過の中で申し入れている。しかし、最終的には Red Owl の提案した資金計画が第三者を引き込むものであったため、Hoffman はこの契約を断念した。Red Owl は、資金計画の中で、Hoffman の義父から、資金の一部を贈与してもらうことを求めたのである。原告側はこの交渉の過程で著しい不利益を受けている。それは営業成績の良いパン屋等を売却したことからくる収入の大幅な減少であり、資産の減少である。原告は被告に契約違反を理由に損害賠償請求を求めた。しかし、訴えを起こした時点では、原被告間に法的に認められ得る契約は存在していなかった。裁判所は第一リステイトメント九〇条の適用をこの事件に対し認め、原告の損害賠償請求を金銭による原状回復の限度で容認する判決を下した。

この判決で裁判所が九〇条を適用するために事実認定の段階で問題にしたのは、（1）Red Owls の代理人が

Hoffmanに対してなした約束が約束的禁反言の要件をを満たすに十分な約束であったか、（2）Hoffmanがその約束を信頼し、その約束に基づいて行動したか、（3）Hoffmanには、この事態を避けるための通常の注意義務Ordinary Careを負っていたか、の三点である。（3）は、損害賠償額の算定に関係してくる。なぜならば、「約束的禁反言に基づく訴えを契約違反の問題と同列に考えてはならず」[275]、その約束違反に対して「不正はその約束を強制することによってのみ」[276]さけられることが要件となるからであるという[277]。即ち、損害は約束の内容と同等ではないのである。

また、さらにこの判決は約束の内容について、約因に基づく契約における申し込みほど、確定的definiteで明白clearである必要はないとした。この事件でRed OwlsのHoffmanになした約束は約因で支えられるべき契約の申込みたりうる内容を持つかという問いにたいする解答は否定なのである。それにもかかわらず、裁判所は約束的禁反言の成立を認めている。その理由を、裁判所は次のように言う。即ち、約束的禁反言は、原告側が被告側の言うことを信頼して自らに不利な行為をした時には、それを信頼したことが合理的である場合にはその信頼を保護する制度であると。

この判決の議論は、二つの問題を提起した。即ち、約束的禁反言における約束の性質と損害賠償の範囲の問題である。約束的禁反言の目的は、即ちこの法理の下で約束に効力を認めるということは、約束の内容を実現することを保証するのか（期待利益の保護）、それとも約束が守られない場合に被害者が被った実際の損失の補償（信頼利益の保護）なのか。これは、この法理をめぐる中心的論点の一つである[278]。第一リステイトメントは「正当な範囲の補償[279]」としているが、これはこの点に関して裁判所の裁量的判断を認めたものと解することもできる。第二リステイトメントの表現は両論者の妥協的解決策とみることもできよう[280]。

もう一つ、Drennann事件[281]を見てみよう。原告はいわゆるゼネコンであるが、ある学校建設契約の、入札に

参加する計画を立てていた。この地方では、一般的に、入札価格を入札者が決定するために、各ゼネコンは下請業者に、電話による予備入札を行い、その最低価格を自己の本入札価格決定に利用する慣習があった。この予備入札で被告が最低価格を舗装工事についてつけたので、原告はこの価格を使って入札価格を計算し、この工事を落札した。ところが、被告はその落札の事実を知らされた時に、被告のつけた入札価格が安すぎたしとてその入札を撤回した。原告は、被告の次に低い価格をつけた下請業者に工事を発注し、工事を終了した。そして、被告にたいし、入札価格撤回の結果につき損害賠償を求めた。裁判所は、約因の代替物としての約束的禁反言の成立を認め、被告の入札額と原告が実際に下請業者に支払った額の差を損害として認めたのである。

この事件においても、原告と被告の間には未だ真実の契約関係は成立していない。入札においては、落札の事実があるまで入札者はいつでも入札を撤回出来る。[282] この事件において、被告は入札を撤回しない約束はしていないし、これが片務契約になるような約因の提供もしていない。また、原告は、落札と見られる意思表示を被告にたいしてした事実も無い。しかし、被告は被告の付値が最低であれば、原告が、それを入札額の算定に使うであろうことを予測していたはずである。そして、現に原告は被告の入札額を使って本入札に参加した。これは原告の側の、Prejudicial Reliance であり、それゆえ九〇条の条件は充たされているから、被告は原告にたいし損害賠償の責めを負うべきであるというのが判決の理由であった。

さらに最近では、約束的禁反言が雇用の絡む契約違反訴訟で使用される場面が、しばしば見られる。例えば、Vastoler v. American Can Co. 事件[283]がある。この事件で、原告は年金プランの増額を約束されたので、パートタイム労働からからフルタイムに変わった。ところが、その約束が反故にされたという事件である。また、このような、退職年金の絡む問題では、一九五九年の Feinberg v. Pfeiffer Co. 事件[284]をリーディングケースとして企業の退職年金支払の約束を信頼して退職した被傭者の保護を裁判所はこの法理を使って謀る場合がある。

これらの判例に見られる共通点についてここで少し考察してみよう。言い換えるなら、商取引の分野において禁反言の法理はどのような場合に応用されて来たかを考えてみたいのである。

まず、フランチャイズ契約と雇用契約について。両者の共通点は当事者の関係が長期にわたることであろう。例えば、Red Owl事件[285]は長期間継続する契約の入り口でつまずいた事例であるし、年金プランを信用する被傭者の引退は、その関係の終了時の問題である。フランチャイズ契約終了時にも、この法理によって解決するのが妥当な事例もある[286]。また、労働組合と雇用者の間でも、その労働協約の交渉中になされた約束について、禁反言が使われる場合がある[287]。

さて、当時者間の関係が長期にわたり、時間とともに深くなってくれば、当然両者の相互の信頼も緊密になるだろう。そうなれば、両者の関係は暗黙の了解ともいうべき、共通の認識に基づいてその関係を維持していくために、契約にまではいたらない様々な約束をし、それを実行していく事になる。その典型的な例が家族関係である。祖父の孫にたいする約束、叔父の甥にたいする約束、義妹との約束、これらは総て、それが親族間でなされるから、約束は信頼されたのである。親族関係という特殊な基盤の上に立つ信頼と言えようか。契約の、拘束力の基盤の一つが関係であると考えるコモンローの契約観のあらわれとみる事もできる[288]。アメリカの、契約法の教科書の中には、約束的禁反言をこれらの長期に継続する関係という枠の中で考えようとするものがある[289]。

そして、これらの関係から生じてくる付随的な約束は、交換原理によって処理出来るものばかりではない。Hoffman事件のように主契約にいたるまでになされる、交渉段階の約束が一方にあり、他方に、労使間の約束のように、契約関係継続中にそれと関連平行しながらなされる約束がある。

Drennann事件のように、商取引においては、契約をめぐって当事者双方により、様々な約束が、様々な段階でなされる。しかし、それら総てが、交換原理に基づいて為されるわけではない。それらの約束が為される理

由は、目的たる契約が履行されることを保障したり、契約実現の準備として相手方を信頼して行動しなければならない場合があるからである。Vastoler 事件では例えば、年金の約束は、雇用契約それ自体とは関係ないが原告にとってはそれはポジションを変わると同意する重要な理由であった。

他方、交渉過程にある契約は必ず拘束力のある契約に結実するわけではない。正式に合意が成立したといい得る最後の瞬間まで、覆る可能性はある。

交渉中になされた約束の中には、契約締結にいたるまでのリスクとして、当事者が負担を負わなければならないものもある。しかし、その損失を被約束者に負わせるのは不当な場合もある。[290] 取引関係において約束的禁反言の法理はこのような状況を救うために、約因が存在しない所でその空隙を補充するものとして機能を果たし出したと言えよう。[291]

では、約束にそのような効力を与える要素は何か。それが Detrimental Reliance なのである。次に、この Detrimental Reliance について考えてみよう。

（4） Detrimental Reliance

なぜ、約束的禁反言の法理における信頼は detrimental でなければならないか。即ち、負担でなければならないか。法が保護を与えるのは何らかの意味で損害が発生している場合であるのは当然の前提である。契約の場合は通常、其の契約の守られなかった事によって生じた損失即ち、それが守られれば得られたであろう期得利益が補償の対象となる。それは以下の理由による。即ち、約因によって支えられている契約の場合、交換の存在が前提であるから、一方の損失は他方の利益である。即ち当事者間で、損失と利得は表裏一体である。また、約因は元来、相手方を拘束するために、相手方に提供する利得行為であった。例えば、片務契約 Unilateral Con-

tract の場合は、契約の締結時に、一方の履行が終了しているから、約因の要件は、満たされている。もちろん契約は相手方を信頼して締結される。しかし、約因を提供するのは、其の契約の履行によって、得られる利得を期待し、確保したいからである。取引社会を円滑に運営していくためにはこの期待実現の担保が大変重要である。これが保護されなければ、契約制度を利用するものはいなくなり、Executory Contract は意味を失うだろう。故に、契約違反にたいする損害賠償の範囲は期待利益も含めて考えられる。ことに取引会社においては、相手方がその契約の実現によって何を得ようとしているか、当事者は知っている場合が多い。Hadley v. Baxendale 事件で定義された特別利益がこの期得利益にあたる。だから、当事者に予測可能であった期得利益は担保されなければならないのである。

では、約束的禁反言の成立する状況における当事者間の関係はどうなっているか。ここで問題になっているのは、約束自体が、対価として何かを相手方に求めるタイプの約束ではないから、約束を信頼した側の行為も相手方に利得を得させるためにする行為でないのが普通である。例えば、長期勤務者のための年金支払約束などは、もらう側は、年金をもらおうとおもって長期勤務をしたわけではない。法が、このような約束に効力を認めるためには、だから、自分が約束を破ると被約束者の側に損失が発生し、また約束がなければ、そのような地位に被約束者がいなかったであろう事を約束者が知っていなければならない。其の場合に発生する被約束者の側の損失が Detriment なのである。

ところで、なぜ、Detrimental Reliance は約因の中に吸収されなかったのだろうか。もちろん、約因の中に Detrimental Reliance を含める考え方もある。つまり、それを約因の代用と考えるのである。[292] しかし、契約の本質が交換だと考えると Detrimental Reliance をした側には損失が発生するが、相手方にはそれの裏側としての利得が発生しない。このような、交換の要素を欠く約束に約因理論を拡大する事は難しい。また、契約を相互

の合意 mutual assent だと考えても、禁反言の法理が働く場合の約束のほとんどは、約束が一つしか存在しない。相互性が欠けているのである。

では、約束的禁反言で要求される Detrimental Reliance に該当するのはどのような行為であろうか。

例えば、Ricketts 事件[293]においては孫娘が仕事を止めた事が Detrimental だとされた。即ち、原告は職を辞する事で生活手段を失った。これは明らかに不利益である。また、Feinberg v. Pfeiffer Co.[294] 事件では、退職年金計画に誘われて、良い仕事を止めた事が不利益であるとした。この事件で裁判所は原告の年齢を考慮し（退職当時五七才）、其の年齢で新しく同様に良い賃金を獲る事のできる職を探す事が困難だから、其の条件下の退職が Detriment であると判断した。Detriment についてかなり具体的な衡量をしていると言えるだろう。

また、Miles Homes Division of Insilco Corp v. First State Bank of Joplin[295]事件を考えてみよう。事件の事実関係は、次のとおりである。原告Xは、訴外土地購入者で家の建設者Aの土地に二番抵当権を持っていた。被告銀行YはAに土地の購入資金を融資し、其の土地にたいする一番抵当を設定した。Xは、家の建築材料をAに売り、土地に第二抵当権を設定した。そしてYにAが支払を停止したような場合には通知してくれるように依頼し、Yがそれを承知したので、XはAに建築資材を送った。Aはその後、支払を停止したので、YはXに通知する事なく残債権を訴外Bに売却した。Bは第一抵当権を行使し、土地を手に入れた。Xは、Yが約束したにもかかわらず、Aの支払い停止の通知をせず、また、Bによる競売の通知もされなかった事により、損害を被ったとして訴えを起こした。裁判所は、Y銀行は、XがAとの契約を履行したのはYの約束があったから、Yの残債権買い取りの機会がXに確保されていると信じたためである事を知っていた。それゆえ、約束的禁反言による損害回復を認めた。Yの約束がなければ、XはAとの契約を履行しなかったであろうと考えられた事例である。この場合、Yの約束と、Xの履行行為とは、対価関係には、なっていない。しかし、YがAの支払停止の通知をXに

してくれれば、Xは自己の債権を確保する機会を、優先的に得られたはずであった。

これらの判例から、約束がなければ其の行為をしなかったであろう自分に不利益な行為をする事がDetrimental Relianceであると言いうるだろう。Miles Homes事件では、支払い能力がないかもしれないAに、建築材料を売るのは危険な行為、つまり、自己に不利益な行為といえる。

ただし、近年、このDetrimentの意味が大分変化して来ている。例えばVastoler v. American Can Co.事件[296]について考えてみよう。この事件は被告である会社＝雇用者が原告Vastolerの能力を認めて昇進させようとした事から始まった。原告はパートタイムで被告に雇われていた。一七年間の勤務の後、会社は原告を監督官の地位でフルタイムで雇うという申し入れをした。原告は、自由でなくなるからと断ったが、退職年金プランに彼のパートタイムでの勤務期間も算入するという約束をされ、フルタイムの勤務に変わる事を承知した。その後、会社側がこの約束を破り、年金計画にはフルタイムの期間しか計算しないと言い出した。原告は禁反言による契約違反を主張した。問題は、このケースでは原告に何ら損害が無いように見えることである。パートタイムよりフルタイムの方が賃金も、地位も安定しているはずであるし、この事件では賃金も増加している。しかし、裁判所は、この原告が彼の観点から、より好ましくない状況に移ったから、損失があり、それゆえ、禁反言が成立すると判決を下した。つまり、年金に関する約束があったから、原告は、自分にとってより望ましい、パートタイムから、そうでない、フルタイムに変わったのだとした。この移動は、会社側の、年金に関する約束がなければ、起こらなかったはずである。

とすると、このDetrimentはその損害を被るとされる者の主観的価値観にかなり影響されることになる。これをもう少し、論理的に表現すると、ここで言うDetrimentは被約束者が約束に誘われて、其の約束が無ければ考えなかった行為をし、その結果自らに望ましくない状況をもたらす事だと言えよう。望ましくない事は、客

観的価値で判断される訳ではない。だから、リステイトメントには、この言葉が使われなかったとも考えられる。即ち、信頼保護が、約束的禁反言の法理の根底にある、といえよう。それではこのような信頼が破られた時に与えられる救済の範囲について次に考えてみよう。

(5) 信頼と損害賠償の範囲の関係

この章の最初に考察したように、禁反言の法理は引受訴訟の中から生まれて来た。[297] そして、引受訴訟の本来の出発点は不法行為である。すると、伝統的には信頼利益保護の範囲は不法行為の賠償範囲を参考に考えるのは自然の成り行きである。[298] そして、不法行為の損害賠償の範囲は基本的には原状回復である。その不法行為がなかったならば、被害者がおかれているであろう状態に戻せばよい。それゆえ、禁反言における損害賠償の範囲もそれに準じて考えれば、信頼の結果生じた損害を補償すればよく、期待利益の損失補塡は含まなくてよくなる。約束的禁反言も同様に考えればよい。其の損害の範囲は約束を信じていなければ、そうであった状態と現状の差であると考えられて来た。[299] 例えば、Grouse v. Group Health Insurance Inc. 事件[300]では、損害の範囲は、原告がおかれていた前の地位から考えて妥当な賃金の損失でよいと、ミネソタ州の裁判所は判断した。この事件の事実関係は、原告が被告会社の雇用契約の交渉をしていたときに起こった。原告は薬剤師で、被告は健康保険会社である。原告は、被告の主任薬剤師から、雇うという約束を、された。それを信じて、ほかからの職の申し出を断り、また、現在の地位も辞職することにし、その旨、雇用者に伝えた。ところが、被告の雇用手続に内部規定に合った、推薦状が、出せなかったため、被告は、原告を雇わなかった。そこで、原告が訴を、起こした。裁判祖は、この事件を第二リステイトメントの九〇条のケースだと考え、そのように判示した。即ち、被告が約束を破ったことにより、原告は、被告に対して、契約に合致したサービスを提供できなくなったばかりでなく、安全に保持して

いた地位まで、その約束を信頼したことによって失った、と考えたのである。ただし、その保証の範囲は、原告の信頼の程度が基準になる、とも、判示している。

さて、約束的禁反言と損害賠償の範囲の関係で問題になるのは、その起源がなんであれ、法がこの原理で保証しようとしている対象である。もし、それが約束をした事から生ずる結果だというなら、約束の内用の実現が望ましい事になる。

それに対し、信頼を中心に考えるならば、約束的禁反言の適用される状況で、期待利益の保護を認める事は他の公序、例えば詐欺防止、私的自治を侵害すると考える。[301] 確かに、商取引でこの法理が利用される中には、詐欺防止法に違反するという理由で拘束力を持たないはずの約束を有効にするものがある。[302]

だがこのような事例は例外的である。当事者は締結する意図を持たなかった約束に、その意思に反して拘束されるべきではない、というのが伝統的な考え方である。[303] Hoffman 事件では裁判所はこの点につき、「約束的禁反言に基づく訴訟は契約違反訴訟と同列に扱うべきでない」[304] と言う。前にみたように、第二リステイトメントが慈善目的の贈与について第二項に、別の規定を置いたのも、慈善的贈与の約束については、むしろその期待にみあった損害補償を認めるほうがその社会的重要性から相当と看做すからである、とも考えられる。[305]

しかし、約束的禁反言を、基礎にしながら、期待利益を保障したケースも慈善的寄付以外にも散見される。[306] Marathon 事件では原告の「（期待）利益の損失が即ち信頼利益の損失である」と判断された。これは、イランによる石油危機の時のガソリン売り渋りの事件である。原告が求めた、損害賠償額は、被告が、約束どおりに石油を供給したならば得られたであろう利益であった。これはなぜだろうか。これについては信頼利益の計測の困難さが理由に挙げられる事がしばしばある。[307]

一方、約束を中心に考える論者は〝約束〟が問題であり、当然その救済は期待利益の保護であるとする。即ち、

約束的禁反言に基づく訴訟も契約訴訟の一つの形態とみて、その約束の内用の実現が目的であるとする。彼らによれば、契約の定義は「法が強制するべき約束または約束の一セット」という事になる。[308] そうすると、約束的禁反言が問題になるような、ひとつの約束しかない場合でも、契約の範疇に入ることになる。また、Yorio 教授と Thel 教授は、その論文の中で、九〇条は信頼を問題にしていないとまで言い切っている。[309] また、法と経済学の立場からは、経済的観点から、約束にたいする信頼を深めるために、信頼よりはむしろ約束そのものの実現が必要であるとする。[310] だから、約束を信頼した事の証明も必要ではないと、考える。

では、どちらの方が妥当であるか。これは、約束的禁反言が成立する状況をどう考えるかによるだろう。約束した側の責任を問うか、それとも約束された側の信頼を保護するか。また、どちらが主流なのであろうか。この点については、どのような問題に近年、禁反言が使われるようになってきたかを、検証する事によって方向性がわかるかもしれない。

まず、労働契約関係の事件、例えば、Canadian Pacific 航空事件[311] では、組合に所属しない労働者の労働条件も労働協約に準ずるという理由付けに、個人と会社の直接交渉はないが、この理論を使う事によって原告に有利な判決を出した。

明示的に、本法理を使った訳ではないが Woodrow Wilson v. U.S. 事件[312] では、証言をするかわりに不起訴の約束を検事から取り付けた刑事事件の被告がその検事の約束を信頼し得るとの判決をほぼ禁反言理論とパラレルの構成でだしている。

カナディアンパシフィック航空事件のように、第三者の約束にたいする信頼の保護を認めたり、検事の約束をこの理論構成で認めるという事は、やはり、この法理は信頼に焦点をあてていると考えられるのではなかろうか。なぜなら、契約の本旨が交換であると考える限り、これらの情況では救済は認められないからである。

また、第二リステイトメントが約束の明確性に関する要件を第一のそれより緩和していること自体、約束のそのままの履行をこの法理の目標としていない、とみる事もできる。即ち、期待利益を保護するためには、その期待の内容が契約の申込み Firm Offer と同程度に確定している必要がある。その要件が無くなったという事はその救済の範囲はそれに応じて狭く解されるべきであろう。だから、その損害の範囲を確定するために約束者の相手方の損失に関する予測可能性を斟酌する必要が出てくる。[313] それゆえ、期待利益と信頼利益の範囲が重複する、Elvin Associates 事件[314]のような状況が発生したと考えられる。この事件で、裁判所は、契約の不存在を認めながら、禁反言による請求を原告に認めた。もしも、その賠償の範囲が、約束の内容と同じだけ認められれば、わざわざ、契約の不存在を認定しなくてもよかったことになる。信頼利益をその中核としつつも、第二リステイトメントは裁判所の裁量権を認める事によって、選択肢の巾を持たせた事になろうか。

9　契約と公正

なぜ、約束的禁反言理論が、殊に、一九六〇年代以降に急速に展開されたのだろうか。契約自由の原理に限界が感じられるようになったときに、あたかもそれを補充するかのようになぜ、この理論が注目されたのだろうか。

そして、この後、一九九〇年代には商取引の中で、約束的禁反言を使うケースが、あまりない、という観察[315]がなされており、信頼の法理の終焉[316]とまでいわれかけた。それは、なぜだろうか。

では、まず、信頼理論が台頭した理由を少し、考えてみよう。

(1)　契約は死んだか

一九四〇年から一九七〇年代というのはアメリカ合衆国にとって、社会的にも思想的にも大きく動いた時期である。政治経済の領域で考えれば、まず、一九世紀から二〇世紀初頭にかけて中心的だったアダム　スミスの夜警的国家観が、大恐慌の果てに破綻して、それがアメリカ私法の領域についに、影響を明らかにしてきたのがこの時期なのではないかと思われる。

さて、ニューディールの頃から、例えば、ロックナー判決[317]を契機に、雇用契約について契約の自由が制限される場合が出てきた。即ち、たとえ、当事者同士が合意していたとしても、女子と子供の長時間労働は社会政策的に望ましくない、という認識が若年労働者と女性労働者を保護する法律を産んだ。Muller v. Oregon は、そのような動きはしりであった。国家の国民にたいする責任に関し福祉国家の理念が生まれてきたのである。福祉国家観は社会的弱者保護をその役割の一つとする。それは、社会的公正確保の一側面である。

しかし、第二次世界大戦後のアメリカ社会のイメージは、個人の自由を体現した輝かしく明るい強いアメリカであった。政治的にも、経済的にも、国際的なリーダーシップを発揮する強いアメリカの時代である。しかし、内部に問題を持っていなかったわけではない。その内部の問題が、一九六〇年代の公民権運動を引き起こし、公平や公正の観念について、その意味の問い直しを迫ったと言えよう。そしてヴェトナム戦争および、その終結のし方は従来のアメリカ社会の限界を考えさせることになった。当然、それは法の世界にも影響を及ぼした。そして契約自由の原則他、私法のあり方に関しても、様々な議論や批判が為されてきたのである。これは現在も続いている傾向である。

このような社会の変化につれ、契約自体も大きく変化した。例えば、附合契約である。当事者の一方が提示した条件に相手方は異議を申し立てる機会がなく契約をするかしないかの選択肢しかない、契約の形態である。マスプロ社会における大量生産、大量輸送の結果が産んだ、均一契約の増加で出てきた型だと言えよう。公共運送

サービスなどはこのタイプの良い例である。このような契約は、場合によっては、例えば、公共運送事業のような場合には、非常に便利であるし、一気に同じ条件で、大量に人や物が運べれば、社会的、経済的効率は上がる。しかし、個々人に対するサービスという意味では、その個人の好みや、事状に応じた対応は、し得ない。このような場合には、サービスや、物を提供する側にしか、その内容を決定する機会がない。場合によっては、諾否の選択もなく、契約を締結するしかないこともある。このような状況の中では、契約自由の原理や私的自治の原則も、変成せざるを得ない。

殊に、一方的に、契約の内容が決まるような、マス契約については、その内容が、承諾権しかない側に、不利益にならないようにしなければならない。例えば、Weaver v. American Oil Co. 事件[318]を、みてみよう。この事件は、被告石油会社が、ガソリンスタンドを原告にリースした事件である。借りた側、即ち原告は、契約書に、それを読まずに、サインをした。ところが、その契約の中には、貸主は、原告のガソリンスタンドで、貸主（ガソリン供給者でもある）の過失で起きた事故についての、免責条項を入れていた。その条項の効力が、問題になった事件である。

本来、契約書がある場合には、当事者は、それを読む義務があると考えられてきた[319]。契約存在の認定に関する客観主義から言えば、当然の結果である。書面があれば、その書面の内容のとおりに、契約が成立しているとみなされるのである。後で、読まなかった、などというクレームは、つけられないのが普通である[320]。いやしくも、字が読めるものがサインをした書類は、読もうが、読むまいが効力を持つのである。〝法の不知はこれを許さず〟というのと似たところがある。これは、現在でも、基本的には通用する原則である。例外は、その条項が、読みにくい場合[321]と、特別の注意を引かないように、おり込まれた場合[322]、それに、虚偽表示の場合である[323]。基本的に、このような場合は、合意不存在の枠組みの中で、考えられてきた。

しかし、Weaver 事件においては、様子が、少々違っていた。まず、その免責条項が細かい字で印刷されており、また、見出しもついていなかった。それだけで、伝統的なルールから、原告勝訴の判決が引き出せる可能性があるが、さらに裁判所は、続けて、当事者間にこのケースのように、明らかに、交渉力に差がある場合、その力を利用して、自己に有利な契約をすることは、公序に反する、とした。契約全体を無効とするのでなく、その条項だけを排除したのである。そして、そのような条項を契約の有効な一部とするためには、力の強い側が、それらの条項の意味を説明するなどして、相手方の真の合意を得なければならない。単なる、客観的合意の存在だけでは不充分だと判示した。

また、Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.[324] 事件は、家具の割賦販売の例であるが、被告からいくつかの家具を割賦で買った場合、そのうちのひとつについて、一回でも支払を怠った場合には、全商品を回収する、という条項が入っていた。これに対し、裁判所は、このような条項は、取引上、不合理であり、たとえ、客観的な意思の表示があったとしても、本当に合意があったとは考えられない、と判示した。そして、さらに、そのようなケースにおいては、裁判所は、契約の内容には立ち入らないという原則を捨て、契約条項の公正性を判断しなければならない、とした。[325] いずれの例も、附合契約の場合で、裁判所は、積極的に、その内容の妥当性、公正さを判断する立場をとっている。約因論のところで、約因の妥当性に裁量権を振るわなかった態度と比べると、だいぶ違う、といえよう。

また、第二リステイトメントは、その二一一条3項で、やはり、契約当事者の片方が、標準契約書 Standardized Contract を作り、それに相手方が同意し、そして、その中に、知っていれば同意するはずのない内容が入っていれば、それは契約の一部にはならない、と規定している。また、U. C. C. にも、2-201(2)をはじめとして、いくつか、それに類した、規定がある。[326]

元々契約の自由といっても、まったく野放しであった訳ではない。それが、憲法上保障された権利の一つだとしても[327]、他の公序 Public Policy と抵触する場合には、未成年者制度のように、契約の自由が制限される場合があった訳である。前述の社会変化の結果、上記の二つのケースに代表されるような、私的自治と抵触する社会政策が要求され、その結果、伝統的契約理論は破綻をきたすかにみえた。また、消費者保護の問題も、同じく、自由な契約を制限する方向に働く。その結果、法および、裁判所によって規制される契約が増えた。結局、契約の内容も、当事者間の権利関係も、裁判所の、または、法の審査を受けなければならないことになったのである。そうなるといったい、契約の自由は、どこにあるか、ということになる。又、契約違反の問題も、約束を破ったかどうかというよりは、むしろ、発生した損害を、どう補償するか、の問題にすり替わる。なぜなら、このタイプの契約訴訟では、原告のほとんどが、消費者、即ち、契約の内容を決める力のなかったものであるからである。即ち、契約の内容が、裁判所によって決められ、それが破られたかどうかを判断するのも裁判所であるのなら、被告の行為が、当事者が作成した契約の内容にしたがったものであるかどうかは問題にならなくなる。

例えば、保険契約の場合は、保険金を払ってもらえない被保険者が、リース契約では、Weaver 事件のように、貸主の過失で損害を受けた借主が、原告になる。すると、それは、限りなく、不法行為に近くなる。即ち、法によって認められた権利の侵害の問題になるからである。言い換えれば、契約が存在するかどうか、当事者間の意思の合致があったかどうかは、ほとんど問題にならなくなった。存在する関係から、発生する、不法な損害の賠償の問題と考えられる。それが、Relational Tortsとも呼ばれるような様相を示してきたのである。[328]例えば、製造物責任の法理を、契約法の側から考察する場合は、契約法の拡大、当事者が考えなかった形の拡大だと言える。このような変質を、契約がとげたように見えたために、Grant Gilmore は、契約の死を論じたのである。

また、一方で、このような状況は、契約の拘束力の基礎そのものにも疑いをなげかけた。それが、信頼に基づ

く禁反言の法理に、別の意味を見い出そうとする試みとなったのである。

(2) 約因論と禁反言の法理の関係

本来、契約法に対するアプローチは、前述のとおり、当事者間の合意が、前提になる。そして、様々な方向から、なぜ、いつ、どのような場合に、契約が成立するかが、論じられてきた。そして、現在の、標準的な考え方が、次のようなものだと言えよう。即ち、契約とは当事者間に合意が存在し、その合意の内容が相互性を持ち、そして、その合意とは、将来実現されるであろう約束を一つないし、二つ含む。そして約束とは、ここでは、当事者の、その意思表示の内容に拘束される意思および決意の表明である。言ってみれば、当事者はその約束の内容を実現すべく、誠意を持って努力するという、表意者の、意思表明だと考えともよい。その意味で、如何に、反対意見があろうとも、契約の本質は、約束である、と言えよう。そして、単なる約束と契約の違いは、当事者が法による拘束力を求めるかどうか、である。

契約を、社会を運営していくためのひとつの制度だと考える方法もある。ただし、そのようなアプローチをとった場合でも、コモンローの契約法は、存在するカテゴリーに、問題となっている契約があうかどうかで効力を決めるのでなく、当事者が、望む場合に、それに効力を与える方向で発展してきた。この傾向は、Assumpsit の昔から、同じである。Writ にしろ、Assumpsit にしろ、存在する書式、もともとは、物件の侵害訴訟 Trespass のそれに合わせて、債権的請求をすることから、契約法は始まったのである。それゆえ、相互性のある約束は、一定の要件を備えれば、どのような約束にも、効力が発生すると考え得る。そして、その要件が、約因、即ち、何らかの価値の交換があること、とされてきた。そして、約因がなく、相互性がない場合に、そして、その約束が守られないと不当な結果が起きる場合に限り、例外的に、約束的禁反言の法理によって、通常の契約の

カテゴリーに入らない約束にも、効力が認められる、という構造になっている。

しかし、禁反言の法理で守られるものも約束である。そして、契約が締結されたかされなかったかだけしか選択肢がない、附合契約を主体に考えると、両者の差は、あまりなくなってくる。附合契約の場合、当事者、即ち消費者が拘束されるのは、基本的に、ごく客観的に、そのような取引形態で必要とされる部分だけ、極言すれば、その取引の交渉の中で、明らかに、相手方に明示されて、信頼した部分だけだと言ってもよい。そうなると、約束の拘束力の基礎は、何か、と、問われたときに、信頼 Reliance が大きくクローズアップされてくる。即ち、法が、約束を守らせる原因は、被約束者がその約束を信頼し、その約束が破られたがゆえに、その者に損害が発生した事である。その損害を、負担すべきは、その約束を信頼させた側である。なんとなれば、その信頼を裏切る行為が、不法だからである。すると、法の守るべき対象は、それが、契約であろうが、約束的禁反言であろうが、被約束者の信頼と言うことになる。

第一リステイトメントの制定のときに、約束的禁反言という言葉こそ、使わなかったけれど、九〇条を制定するときに議論があったということは、契約の原理を、なるべく単純に明確にしておこうと言う意思の表れであっただろう。即ち、起草者は交換を中心に考え、その要素のない約束は、契約ではないとして、法的拘束力の枠から排除しようとしたわけである。それができなかった事実を考えると、当事者間の信頼に重心を移して約束の法的効果を考えるのも、ひとつのアプローチになってくる。殊に、不法行為と契約の境界が、あいまいになってくると、そのように感じられよう。[329] そして、不法行為に近づけば近づくほど、約束、言い換えれば、契約的特徴は薄められ、禁反言の法理における、信頼の要素も強調されなくなったように見えた。[330] 即ち、不法行為に近くなる、ということは、約束者の側が、被約束者＝原告の信頼を裏切らない義務がある、と考えるようになるから、その義務違反が不法になり侵害になるわけで、被約束者には、そのような約束を信頼する権利がある、ということに

なる。そうなると、実際にその約束を信頼したかどうかは、あまり問題にならなくなる。何らかの形で、経済的利害が絡んだ約束をめぐって、実質的に、当事者に妥当な解決を与えるために、この法理が利用される余地が、出てきたわけである。[331]

なぜ、そうなったのだろうか。一つの理由は、これらの法理の展開が、当事者間の衡平、および、公正をいかに守るかが、ひとつの視点になっていたからだと、思われる。ここで、少し、契約法における、公正について、考えてみよう。

(3) 契約法と公正の原理

取引をその基礎とする、約因に支えられた約束が契約であり、拘束力があると看做すという原則は、当事者間に様々な意味で、力の差がない場合には有効である。その意味で意思理論に基づいた、古典的な契約理論に、客観的な契約存在の証明手段を与えた点で約因論は大きな意議を持っている。そしてこの原則は、基本的に自由な取引を主体とする社会が存続する限り、契約法の中核でありつづけるはずである。だから、近代、商業が隆盛を迎えたときに、現在の契約理論の基礎ができた、とも言える。[332] 約因の実際の内容が象徴的になっていく過程で、約因不要論も唱えられてはいるが、コモンローにおいて、裸の約束から法的に効力ある契約を区別する目印としての役割は重要である。契約を締結しようとするものは、自分が何をするのか、十分に理解していなければならない。対外的に、その意思を表示するのと同時に、自らの意思を確認することの必要性は、実は、どのような法制度であろうと、取引に向かう者の、義務であると言ってもよいであろう。私法が私法である限り、当事者の、自由意思の実現の援助も、私法の大切な役割の一つである。それゆえ、その意思が、当事者の思うとおりに実現するよう、当事者に注意を喚起するのも、法の機能であろう。また、資本主義的自由主義社会においては、自由

の価値は、非常に高いと言わねばならない。

しかし、一方で、自由以外にも法によって守られるべき価値が存在する。それは、正義であり、公正である。では、契約法における公正とは何であろうか。

批判的法学の論者 Clitical Legal Studies は左翼的観点から、現行法の体制を批判するが、契約法については、集団的、反差別的契約論を展開する。社会的較差の存在を攻撃し、それを擁護するような法を批判する。即ち、契約の目的には差が無いような場合、相手方によって条件を変えるような差別的な取り扱いの是正を主張するのである。[333] 言い換えれば、契約法は、商業主義の発展に奉仕すべく出来上がり、富の公正な配分のためには、働かないと言う。[334] また、従来の契約論は、手続的な公正 Procedural Fairness は重視したが、実体的公正 Substantive Fairness の実現には余り関心をはらってこなかったという批判もある。[335] 福祉国家 Welfare State の考え方からすれば、例えば、消費者保護を実現するための契約法のあり方が模索されてもいい。

これらの批判の中心は即ち、弱者保護をどう実現するかなのである。近代市民革命の求めたものは、身分によらない平等で自由な社会であり、その中で法は人の持つ地位や力と無関係に誰にたいしても、均一に適用されるべきであるという原則が確立した。それが、近代法の正義であり、公正であったはずである。しかし、実際の社会においては、人々の間に歴然と力の差があり、不平等が存在する。公正な社会であるためには、私的な関係においても、この差の影響を最小限にすべく、法は作用しなければならない。例えば、労働法や消費者保護法はこのような努力のあらわれの一形態とも言い得よう。

では、一般契約法でも同じ努力が払われなくてもよいのだろうか。

そもそも、自由は社会の構成員があらゆる意味で同じ能力を持つ時にのみ存在する。契約の場合で言えば、契約の目的や対象となっている事物や状況について当事者双方が十分な知識を持ち、影響力を持っている時に交渉

は真にその効果を発揮する。だから、例えば、統一商法典は商人間の取引にしか適用されない。[336] 即ち、商取引のベテランとアマチュアの能力の差を知っているからこそ、起草者はより迅速で簡略された取引のためのルールを商人にだけ、適用するのである。そのような観点からみた場合、交換に基づく契約理論は当事者間の不平等な状況を契約成立の時に是正するには必ずしも適当でない。基本的に、交換に基づく契約は前述したように、対等な交渉を前提にしたものだからである。しかし、当事者間に力の差がある場合、弱いほうは様々な意味で、相手の約束を信頼するしか選択肢を持たないのである。例えば消費者と販売者の商品に関する知識を比べてみれば、販売者の方がそれに関する情報も多く持っているし又、その情報を得る機会と場を多く持っている。このような状況では、弱者による正当な信頼は護られなければならない。それも契約法上の公正の一部である。[337] そしてこの公正の要求は、契約のあらゆる段階で要求される。事情変更の理論、不当 Unconscionability の理論、等は、みなそのような観点から理解する事ができるだろう。だから、約束に効力を認めるかどうかという段階で、不公正を救うための法理の一つとして、約束的禁反言が注目されたのだと考えらえる。

歴史的には、一八世紀までの契約法は、実質的正義に、その基礎をおいていたと考える学者もある。[338] 即ち、契約上の債務は、交換の本質的な、公正にあると考えられていたと言うのである。だから、交換されるべき価値の妥当性を問題にし、約因の妥当性を論じた時期があるのだ。[339] それが、一九世紀の、商業主義に押されて、裁判所は、取引の公正を判断しなくなったのだと言う。（これには、もちろん、強い反対意見がある。[340]）そのような考え方が真実だとしても、その近代契約法は、どうしても、守らなければならない、交換以外を原因とする約束から生じる関係の存在を認め、それを、約束的禁反言によって、処理したと考えられる。

Grouse 事件以下、商取引で禁反言が使用された事件の多くで、原告と被告の関係は対等でない。原告は、被告に比べれば、選択の余地の少ない立場におかれている。例えば、Hoffman 事件の原告は新しい未知のビジネ

スに携わろうとしていた人であるし、Grouse事件[341]の原告は、就職先を求めているかけ出しの薬剤師であった。彼らが、これらの事件で有利な判決を得たのは、原告達が被告の約束を信頼した事が当然であり、それが交換関係に基づく約束でないからという理由で拘束力を否定すると、一方的に原告が著しく不利になる、即ち不公正な状態が発生するからである。強者は、弱者をいたずらに信頼させてはいけないし、自分の都合でその弱者を、法的関係が成立しない事をよい事に裏切る事は公正の要求に反する。契約および約束に関する公正とは、その意味で、交換とその内容の妥当性、そして、相手方との力関係から生じる、信頼の保護、ということになろうか。

(3) 契約の復活

さて、契約は、本当に、死んでしまったのだろうか。また、Detrimental Relianceも、その本来の意味を失ってしまったのだろうか。そして、約束的禁反言もまた、不法行為に還元されてしまったのだろうか。

現実には、約束的禁反言に基づく訴は、商取引においては、あまり成功しなくなっている。[342] 理論の世界では、約束的禁反言の商法化が期待されていたが、[343] 現実の社会は、そのように、反応しなかったようである。その一つの理由は、商取引に従事するものが、第二リステイトメントの所取引世界への拡大が、何を引き起こすかに気づき、あらかじめ、用心をするようになったからのようである。[344] また、商取引をめぐる約束は、たとえ、交換関係にないように見えても、その約束の裏には、必ず、何らかの利益を得ることが期待されており、その限りでは、全て、通常の契約に還元できるとも言える。[345] その結果、やはり、論理的には、合理的で実質的な信頼が、約束的禁反言の基礎である、というところからは、実際には踏み出さなかったと言えよう。[346] 結局、全ての約束が、本質的には同等なものと考えればその中で、法が強制するのは、約束者が約束をし、それを信頼させ、そして、その約束を破り、信頼した相手に不利益を、引き起こしたとき、即ち、不正が、起こった時に限るのである。その意

味で、約束的禁反言における、信頼の要素は、薄れもしないし、また無視できるようなものではないのである。[347]

さて、それでは、契約のほうは、どうであろうか。これも、当事者自治の幅が狭くなった結果、その重要性を失ったままでいるのだろうか。

面白いことに、イギリスにおいても、アメリカにおいても、時期を同じくして、契約の自由が見直されて来ている。[348] Atiyah 教授は、ここに、社会的な変化を一つの要素として、考えている。一九世紀後半から、一九八〇年代までが、契約の制限の時期であったとすれば、その後、一九九〇年代は新しい、契約自由の時代だと言うのである。

確かに、一九八〇年代後半から、一九世紀のそれとは違う形での、市場の自由化が始まった。また、ゆりかごから墓場までという、福祉国家理論が破綻をきたしたのもこの時期である。イギリス経済は、低迷し、アメリカ経済もまた、低迷していた時期である。そこから、脱出するためには、経済の活性化が必要であり、それを達成するために、産業界からの自由化要求が強かったことは確かである。本稿の最初に言及した、スーパー301条の問題も、そこに端を発している。そのような競争社会においては、当事者自治と、契約の自由は不可欠の要素である。

Atiyah 教授は、イギリス経済の一九八〇年以前の問題の原因の一部は、弱者保護のために行った、様々な産業界に対する規制と考えている。[349] そして、直接、法が、私人間で決めるべき問題に、介入したことが、いけなかったのだと言う。弱者保護は、必要であるが、それは、弱者に対して、直接の援助をすることで、同じ目的が達成できるとする。ただし、現代の取引の自由は、当事者間の力の不均衡や、それから生じる不公正を無視しているわけではないし、市民もまた、一九世紀よりは、洗練されているから、[350] この傾向はしばらく続くであろうと言う。

一方、アメリカにおいては、一九九二年のFarnsworth教授の、論文[351]に見られるように、リステイトメント自体が、契約の自由を、前提としている、という主張がなされている。また、Carnival Cruise Line v. Shute[352]事件では、連邦裁判所は、やはり、契約の自由を、広く認めた判決を出している。この事件は、ワシントン州に住む原告が、フロリダ州に本社を持つ観光会社の、ロサンジェルス発メキシコ行きのクルーズに乗ったことから始まった。原告は、航海中に、甲板で滑って、けがをした。そこで、被告会社をワシントン州で訴えようとした。なぜなら、原告が切符を買ったのは、ワシントン州だったからである。しかし、被告は、その切符の裏に、この契約から生じた訴訟はフロリダを法廷地とする、という条項が、小さな字で印刷されていた。

前述の、禁反言の法理や、契約書を読む義務の例外から考えれば、原告が勝訴してもおかしくない事件であったが、連邦最高裁判所は[353]、被告の主張を認めた。このクルーズとフロリダは、被告の本社がフロリダであると言うだけで、まったくフロリダとは関係がない。しかし、最高裁は、被告がフロリダを法廷地として契約に指定した条項の効力をフロリダから商売をするほうが、被告にとって効率的であること、その結果、クルーズの運賃が下げられることなどを理由にして有効なものと認めている。即ち、附合契約は附合契約そのものが違法なのではなく、内容に不当がある場合に違法になる、と理由付けた。

また、契約法の主体が、現在誰であるかを中心に考えると、契約の自由は大切な要素だとも考えられる。契約法が、本来商法の一部だと考えるならば、約束的禁反言の法理から出発した信頼理論は、契約当事者間に力の不均衡がある場合の、安全弁となり、契約法を強化する論理となり得る、と考えることもできる[354]。

契約の自由は、当事者間に対等な関係があればこそ、認められる。そして、意思の自由が、現代においても、人権保証につながるという意味で、重要な価値を持つことも確かである。さらに、法は社会における公正と正義を守るための装置だと考えられる。真に、契約の自由を保障していくためには、如何に、当事者双方に、取引の

対象となっている事柄に対する十分な知識と情報を得られるようにするかが、一つの鍵となるのではないだろうか。

10　コモンローの振り子

一般に、約束の効力を考えるのに最も適当な法的な枠組みは契約法であろう。しかし、約束の総てが契約として成立するわけではない。しかし、契約になりきらなくともその約束が護られないと、約束をされた側が不当に損失を被る事があるのもまた、真実である。約束はなぜ、何時から法の保護を与えられるべきか。

コモンローにおいては、その議論を、契約の効力発生要件の問題としてとらえ、約因の制度と約束的禁反言の法理で、それを解決してきた。歴史的には、後者は前者の補完ルールとして、衡平法の中で発展した。現在、イギリスでは、衡平法は、コモンローに吸収され、公式には独立した裁判所は廃止され、アメリカにおいても、ほとんど、両者の区別がなくなった。しかし、衡平法の理念は、厳然として存在している。裁判所の役割の一つは、いかに、公正な解決法を見出すか、そのようなルールの探求なのである。その意味で、契約法の展開は、約束をめぐる法の理念と、衡平の理念の平衡点を求める論議であったと言えるかもしれない。

さて、最後に、少し、契約法の展開から見えるコモンローの姿について、考えてみよう。コモンローの先端は、常に揺れているというか、千変万化している。Goff 卿は、それを、万華鏡的変化と表現する。[355] そして、社会的変化に伴う、大きな揺れもある。即ち、万古不易の人の考える価値の中で、何に重点をおくかで、法の保護の優先順位が替わりうる、ということである。法も又、人の文明文化活動の一部である。その運用と働きは、社会的な情勢と要請によって変化し展開する。法が有効に存在するためには、その時代の枠組の中で機能することが必

要なのである。時代を越えて不変のものも、その表現のされ方は時代と情況によって変わりうる。契約の自由をめぐる考え方の動きは、その一つだと言えよう。民主主義とそれに伴う個人の平等と尊重を中心とする個人主義原理が社会の基盤をなしている限り、自由権はいろいろな面で、重要な価値を持つ。それを、最も一般的な形で保障したのが、人権としての自由権だと言えよう。そして、そこから、取引の自由と、契約の自由も、引き出せる。本論文の最初に見たように、実はコモンローは市民的自由をその根底において保証することを目的に発達してきたとも言いうる。自由競争は、しかし、市民社会においては、構成員間の力の差を生み出した。私人の力の差、特に大組織となった会社と個人の力の差は、個人の意思を吹き飛ばし、抹殺してしまい得る程、大きくなった。特定のクラスの自由が拡大した結果、他のクラスに属するものの自由が狭められるわけである。それを防ぐために生まれたのが、様々な、制定法による、社会規制であり、社会政策であった。契約法の中では、制定法の側からは、例えば、消費者保護法が上げられるだろう。そして、コモンロー側からの対応が、禁反言法理の拡張展開であった。コモンローの公正の振り子が、公平保護のほうに傾いていたのだ、ともいえよう。

そして、社会的要請が、逆のほうに向いたとき、――それが始まったのは、一九八〇年代後半、外国の不公正を攻撃し、貿易障壁を下げさせようとしたころからであろうか――、コモンローの振り子は、また、自由権に重きを置く方向へ戻ってきたといえる。この時期は、即ち、自由市場原理の、見直しと、競争政策で、経済の活性化が促された時期である。この時期はそして経済情況から見れば、アメリカとイギリスの景気が開復してきた時期である。これ以降、九十年代のアメリカは例を見ない好況を向かえて現在にいたっている。

又、この時期、景気浮揚を目的として商品の種類もあらゆる分野で増加した。さらに、公正な競争を表現するためには情報公開が必要になってくる。私法とは直接関係ないが、情報公開法の整備を促す動きは、意識としては企業取引活動における透明性をも増大させた。そのため、弱者であった消費者も選択するための情報をかなり

得ることができ、知識も増えた。その結果ある程度、自を自で守ることができるようになったとも言える。契約自由の原則が働くための前提である当事者の平等がある程度復活したとも言える。

法の根理となる原理は、時代を超え、普遍である。しかし、その原理は一つではないし、ことにコモンローにおいて原理は、又は体系はその固縁部においてファージーである。そのどれを強調するかは、社会情勢と経済情勢によって変化する。それが、大きな揺れになる。そして、個々具体的なケースにおいて、木目細かにそれに対応して、社会的にも、当事者にも、公正妥当な結果を出すのが、判決であり、その意味で、裁判所は、常に、法を探すことになる。そして、特定の事件の、特定の要素に応じた判断を下すがゆえに、コモンローの先端は、常に、個々の事状に応じて万華鏡のように変化するように見える。コモンローの強みは、そこにあるとも言える。

大西洋の両側で、成文法の時代だと言いながら、私人間の世界においては、コモンローのほうが、即ち、判例法のほうが制文法による規制より、実質的公正を実現するのに有効だと考えられているのは、興味深いことである。[356]

(226) Atiyah, Rise and Fall of Freedom of Contract, pp. 455-501, Horwitz, pp. 173-185

(227) Hillman, Richness of Contract Law, 44

(228) E. Allan Farnsworth, *Contracts Scholarship in the Age of Anthology*, 85 Mich. L. Rev. 1406, 1454-1462

(229) Feinberg v. Pfeiffer Co., 322 S. W. 163 (1959)

(230) 商取引に関して約束的禁反言が使われるようになったことについては後述。

(231) 民法五四九条、五九三条。

(232) Farnsworth, Contracts 3d Ed (1999) 51

(233) Dougherty v. Salt, 227 N. Y. 200, 125 N. E. 94

(234) Calamari & Perillo, The Law of Contracts 4th Ed., 275
(235) Uniform Commercial Code, § 2-203
(236) ただし、詐欺防止法 Statute of Fraud に基づく書面の要求はこの限りではない。
(237) 8 Ala 131 (1845)
(238) 57 Neb. 51, 77 N. W. 365 (1898)
(239) Black's Law Dictionary より
(240) Calamari Perillo, The Law of Contracts 4th Ed., 251 以下。
(241) 124 N. Y. 538, 27 N. E. 256 (1891)
(242) Freeman v. Freeman, 43 N. Y. 34 (1870)
(243) Calamari & Perillo, The Law of Contracts 4th Ed., 253.
(244) Siegel v. Spear & Co., 138 N. E. 414 (1923)
(245) Farnsworth, American Contract Law, p. 94
(246) Allegheny College v. National Chattanuque County Bank, 246 N. Y. 369, 159 N. E. 173
(247) 例えば、Hoffman v. Red Owl Stores, 26 Wis. 2d 683, 133 N. W. 2d 267
(248) Slawson, Binding Promises, 140
(249) Fuller, *Consideration and Form*, 41 Columbia L. Rev. 808
(250) 上記、註250、810
(251) Fuller and Perdue, *The Reliance Interests in Contract Damages*, 46 Yale L. J. 52,
(252) Farnsworth, 92
(253) 69 Md. 199, 214 A. 464
(254) Slawson, Binding Promises, 48
(255) 前述、本稿五六ページ
(256) Chesser v. Babcock & Wilcox, 753 F. 2d 1576, Vestoler v. American Can Co., 700 F. 2d 916. これについて

は後述。

(257) The promisor must have had reason to expect the reliance" Farnsworth, p. 97.

(258) 322 S. W. 2d 163 (1959)

(259) Local 1300, UnitedSteelWorkers v. United Steel Corp, 631F. 2d 1264

(260) Hayes v. Plantations Steel Co., 438 A. 2d. 1091 (R. I.1982)

(261) Restatement 2d, § 90 (1) 後段。

(262) Richard Posner, Economic Analysis of Law 4th ed. (1977), 91

(263) A promise which the promissor should reasonably expect to induce action or forbearance of a definite and substantial character on the part of the promissee and which does induce such action or forbearance is binding, if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. Restatement 1st,Section 90

(264) 97 H. L. R. 678,680

(265) Gibson, *Promissory Estoppel, Article 2 of the U. C. C., and the Restatement (Third) of Contracts*, 73 Iowa L. R. 659

(266) U. C. C. § 2-201, 202, 203

(267) § 90 Promise Reasonably Inducing Action or Forbearance

(1) A promise which the promissor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promissee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise.

The remedy granted for breach may be limited, as justice requires.

(2) A charitable subscription or a marriage settlement is binding under Subsection (1) without proof that the promise induced action or forbearance.

Restatement 2d (1981)

(268) Comment (f) § 90, Restatement 2d

(269) Kull, *Reconsidering Gratuitous Promises*, 21 J. L. S 39
(270) 64 F. 2d 344 (1933)
(271) 51 Cal. 2d 409, 303 P. 2d 757 (1978)
(272) Farnsorth, 195
(273) Farnsworth, 202
(274) 26 Wis. 2d 683, 133 N. W. 2d 267 (1965)
(275) Kastery, Post, Hom, Law of Contracting, p. 399
(276) Restatement §90 (1)後段
(277) この考え方はの部分は第二リステイトメントの中に、裁判所の補償算定における裁量権の形で表現された。
(278) Hillman, The Richness of Contract Law
(279) Restatement 2d §90 "—justice requires."
(280) Ibid., Note 268
(281) Drennan v. Star Paving Co., 51 Cal 2d. 409, 333 P. 2d 757
(282) Restatement (2d) §45
(283) 700 F.2d 916 (1983)
(284) 322 S. W. 2d 163
(285) Hoffman v. Red Owl Store, 26 Wis. 2d 683, 133 N. W. 2d 267
(286) Collins Drugs Inc. v. Walgreen Co. 539 F. Supp 1357 (W. D. Wis. 1982)
(287) Abbington v. Dayton Malleable Inc., 561 F Supp 1290
(288) 木下毅、「英米契約の理論」本問題についての詳細な研究書である。
(289) Cf. Macaulay, Kidwell, Whitford Galanter, Contracts: Law in Action
(290) Walters v. Marathon Oil Co., 642 F 2d 1098 (1981)
(291) ただし、一般的にこれが商取引関係に当然の如く、使用される訳ではない事を考えておくべきだろう。

(292) Slawson, Binding Promises (1996) 48
(293) Ricketts v. Scothorn, 57 Neb. 51, 77 N. W. 365 (1898)
(294) 322 S. W. 2d 163 (1959)
(295) 782 S. W. 2d 798
(296) 700 F. 2d 916 (1983)
(297) Supra note 227
(298) Feinman, *Promissory Estoppel and Judicial Method*, 97HLR678
(299) Hillman, The Richness of Contract Law, p. 55
(300) 306 N. W. 2d 114
(301) Farnsworth, Contracts 3d. Ed. (1999), 417
(302) McIntosh v. Murphy, 469 P. 2d 177
(303) Mary Becker, *Promissory Estoppel Damages*, 16 Hoffstra L. R. 131
(304) 133 N. W. 2d 267, 275
(305) Farnsworth, Contracts 3d Ed. p. 59
(306) Vastoler v. American Can Co. 700 F 2d 916 (1983), Walters v. Marathon Oil Co.642 F2d 1098 (1981), Elvin Associates v. Franklin, 735 F. Supp 1177
(307) Yorio and Thel, *The Promissory Basis of Section 90*, 101, Y. L. J 111, 132
(308) Slawson, *The Role of Reliance in Contract Damage*, 76 Cornell L. Rev. 197, 208 (1990)
(309) Yorio & Thel, ibid. note 95
(310) Farber, Matheson *Beyond Promissory Estoppel: Contract Law and the "Invisible Handshake"*, 52 U. Chi. L. R. 903
(311) Guy Kinoshita v. Canadian Pacific Airlines, Ltd. and D. W. Merrill
Ronald K. Nakashima v. Canadian Pacific Airlines, Ltd. and D. W. Merrell. 68 Haw. 594, 724 P. 2d 110 (1986)

(312) 606 A. 2d 1017 (1992)

(313) Hillman, The Richness of Contract Law, 76

(314) Elvin Associates v. Franklin, 735 F. Supp. 1177 (S. D. N. Y. 1990)

(315) Phang N. Pham, *The Waning of Promissory Estoppel*, 79 Cornell L. Rev. 1283

(316) Feinman, *The Last Promissory Estoppel Article*, 61 Forddham L. R. 303 (1992)

(317) Lochner v. People of State of New York, 198 U. S. 45

(318) 257 Ind. 458, 276 N. E.2d 144 (1971). Annot., 49 ALR3d 306 (1973)

(319) Calamari & Perillo, 376

(320) Corporate Leasing Corp. v. Eyerman, 855 F Supp. 1049 (1984), Rossi v. Douglas 203 Md. 190, 100 A.2d 3 (1953) National Bank of Washington v. Equity Invesitors, 506 P. 2d 20

(321) Baker v. Seattle, 79 Wn.2d 198, 484 P. 2d 405 (1971) 細かい字で印刷された部分は、拘束力がないとした。

(322) カタログや、契約書の裏側にかかれたもの、遊園地の切符等、普通の人が読まないような場所に記された事柄は、そこに、特別の注意を引かない限り、拘束力を持たない、と言うのが、判例の傾向である。Allstate Ins. Co. v. La Perta, 42 A. D. 2d 104, 345 N. Y. S 2d 138 (1973), Kushner v. McGinnis, 289 Mass. 326, 194 N. E. 106 (1935), etc.

(323) Calamari & Perillo, 377-379

(324) 350 F. 2d 445 (1965)

(325) Uniform Consumer Credit Code §3. 302; U. C. C. §9-204

(326) Option 契約に関しては、U. C. C. 2-205、仲裁は、2-207°

(327) アメリカ合衆国憲法§1-10

(328) Slawson, Binding Promises, 第四章七四ページ以下

(329) Eric Mills Holmes, *The Four Phases of Promissory Estoppel*, 20 Seattle University L. Rev. 45 (1996) 67

(330) Jay M. Fainman, *The Last Promissory Estoppel Article*, 61 Fordham Law Review, 303

(331) Sanders v. Arkansas-Missouri Power Company, 593 S. W. 2d 56 (1980) 勤務中に事故にあった原告が、被告の、正常な勤務に戻れるまで、治療費と給与を払うと言う約束を信じて、不自由になった体に合わせた家を建築したところ、被告会社が、約束どおりに、支払をしなかった。裁判所は、原告の主張を認め、第二リステイトメント九〇条の法理によって、家の建築費用まで含めた賠償額を認めた。ここには、二つの問題点がある。まず、家を建てる費用まで、支払われると、原告が本当に信じたかどうか。そして、この場合の賠償額は、約束が守られたときと同様の地位に原告を屋内用を持つこと、即ち期待利益まで保障しているように見えること、である。いかに、裁判所に補償範囲の決定についての裁量権を与えたからと言って、約束的禁反言の保護範囲は信頼利益が原則である。それゆえ、このケースは、信頼よりは、約束そのものの保護をしたように見えるのである。

(332) Horwitz, The Transformation of American Law (1977), p. 173 以下。

(333) Whilhelmson, Perspectives of Critical Contract Law これは、Critical Legal Studies からの、契約論である。

(334) Duncan Kennedy, Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort law, With special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power, 41 M. D. L. Rev. 563 (1982), 630

(335) Brownsword, Howells and Wihlelmsson, Welfarism in Contract Law

(336) U. C. C. Article 2-104

(337) Hillman, Richness of Contract Law, 128

(338) Morton Horwitz, The Transformation of American Law (1977) p. 161

(339) Morton Horwitz, *The Historical Foundation of Modern Contract Law*, 87 Harvard L. Rev. 917, 919-925

(340) A. W. B. Simpson, *The Horwitz Thesis and the History of Contracts*, 46 U. Chi. L. Rev. 533 (1979)

(341) Grouse v. Group Health Plan, Inc, 306 N. W. 2d 114

(342) Sidney W. DeLong, *The New Requirement of Enforcement Reliance in Commercial Promissory Estoppel: Section 90 as Catch* 22, 1997 Wisconsin L. Rev. 943 (1997) 944; Notes and Observations: Gerald Griffin Reidy, *Definite and Substantial Reliance: Remedying Injustice Under Section 90*, 67 Fordham L. Rev. 1217 (1998)

(343) 一九八〇年代はそのような論文の数多く書かれた時期であった。例えば、Charles Knapp, *Reliance in the Revised Restatement: The Proliferation of Promissory Estoppel*. 81 COLUM. L. Rev. 52 (1981); Michael B. Metzger & Michael J. Phillips, *The Emergence of Promissory Estoppel as an Independent Theory of Recovery*, 35 Rutgers L. Rev. 472 (1983) など。

(344) 註341、DeLong, 945

(345) 註341、DeLong, 951-952

(346) Eric Mills Holmes, *The Four Phases of Promissory Estoppel*, 20 Seattle University L. Rev. 45 (1996)

(347) Charles L. Knapp, *Rescuing Reliance: The Perils of Promissory Estoppel*, 49 Hastings Law Journal 1191 (1998)

(348) P. S. Atiyah, An Introduction to the Law of Contract 5th Edition (1995) pp. 27-36, W. David Slawson, Binding Promises (1996) p173 以下。

(349) Atiyah 註347, p. 29.

(350) Atiyah 註347, p. 34.

(351) Farnsworth, "CONTRACT IS NOT DEAD" 77 Cornell L. Rev. 1034

(352) 111 S. Ct. 1522 (1991)

(353) この事件は、州籍の相違のある事件 Diversity of Citizenship なので、裁判管轄権は、連邦裁判所にもある。そのため、連邦裁判所に、訴が、提起された。

(354) Slawson, Binding Promises, p. 173

(355) Lord Goff, *The Search for Principle* (1983) Proc. Brit. Acad. 169, 186.

(356) Atiyah, Introduction to the Law of Contract, (1995), p. 36, Slawson, Binding Promises, (1996) p. 174

参考文献

〈著作〉

Lief Carter, Austin Sarat, Mark Silverstein, William G. Weaver, **New Perspectives on American Law: An Introduction to Private Law in Politics and Society** (1997)
James Gordley, **The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine** (1991)
W. David Slawson, **Binding Promises** (1996)
Brownsword, Hawells, and Wilhelmson, **WELFARISM IN CONTRACT LAW** (1994)
P. S. ATIYAH, **ESSAYS ON CONTRACT** (1986)
P. S. ATIYAH, **The Rise and fall of Freedom of Contract** (1979)
P. S. ATIYAH, **Promises, Morals, and Law** (1981)
P. S. ATIYAH, **Introduction to the Law of Contract (5th Ed.)** (1995)
Randy E, Barnett, **Perspectives on Contract Law** (1995)
Michael J. Trebilcock, **The Limits of Freedom of Contract** (1993)
Ed. by Thomas Wilhelmson, **Perspectives of Critical Contract Law** (1993)
Ed. by Peter Linzer, **A Contracts Anthology** (1989)
Robert Hillman, **The Richness of Contract Law** (1997)
Calamari & Perillo, **Contracts Fourth Ed.** (1998)
Corbin, **Contracts** (1952)
Theodore F. T. Plucknett, **A Concise History of the Common Law** (1956)
Farnsworth, **Contracts Third Edition** (1999)
Farnsworth, **United States Contract Law** (1991)
Harold J. Berman, William R. Greiner, Samir N. Saliba, **The Nature and Functions of Law** (5th Ed.) (1996)
Philippa Strum, **Louis D. Brandeis** (1984)
Fried, **Contract as Promise** (1981)
Gilmore, **The Death of Contract** (1974)

〈編文〉

E. Allan Farnsworth, *CONTRACTS SCHOLARSHIP IN THE AGE OF THE ANTHOLOGY*, 85 MICH. L. R. 1406(1987)

E. Allan Farnsworth, "*Contract is not dead*", 77 Cornell L. Rev. 1034,'(1992)

Feinman, *PROMISSORY ESTOPPEL AND JUDICIAL METHOD*, 97 H. L. R 678 (1984)

Becker, *PROMISSORY ESTOPPELD DAMAGES*, 16 Hoffstra L. R. 131(1987)

Melvin Aaron Eisenberg, *The Principles of Consideration*, 67 Cornell L. Rev. (1982)

Melvin Aron Eisenberg, *The World of Contract and the World of Gift*, 85 California L. Rev.821 (1997)

Henderson, *Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine*, 78 Y. L. J 343 (1969)

Yorio &Thel, *The Promissory basis of Section 90*, 101 Y. L. J. 111 (1991)

Feinman, *The Last Promissory Estoppel Article*, 61 Forddham L. R. 303 (1992)

Knapp, *Reliance in the Revised Restatement: The Proliferation of Promissory Estoppel*, 81 Col. L. R 52 (1981)

Kull, Reconsidering Gratuitous Promises, 21 J. L. S.39

Farber, Matheson, *Beyond Promissory Estoppel: Contract Law and the "Invisible Handshake"*, 52 U. Chicago L. R. 903 (1985)

Gibson, *Promissory Estoppel, Article 2 of the U. C. C., and the Restatement (Third) of Contracts*, 73 Iowa L. R 611 (1988)

Charles L. Knapp, *Rescuing Reliance: The Perils of Promissory Estoppel*, 49 Hastings L. J. 1191 (1998)

Phuong N. Pham, NOTE: *The Waning of Promissory Estoppel*, 79 Cornell L. Rev. 1201 (1994)

Randy E. Barnett, *Some Problems with Contract as Promise*, 77Cornell L. Rev. 1022(1992)

Avery Katz, *When Should an Offer Stick? The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiation*, 105 Yale L. J. 1249 (1996)

John Adams, and Roger Brownsword, *Contract, Consideration and Critical Path*, 53 Modern Law Review 536 (1990)

Eric Mills Holmes, *The Four Phases of Promissory Estoppel*, 20 Seattle University L. Rev. 45 (1996)

Sidney W. DeLong, *The New Requirement of Enforcement Reliance in Commercial Promissory Estoppel: Section 90 as Catch 22*, 1997 Wisconsin Law Review 943 (1997)

Charles Knapp, *Reliance in the Revised Restatement: The Proliferation of Promissory Estoppel*. 81 COLUM. L. Rev. 52 (1981)

Michael B. Metzger & Michael J. Phillips, *The Emergence of Promissory Estoppel as an Independent Theory of Recovery*, 35 Rutgers L. Rev.

Charles L. Knapp, *Rescuing Reliance: The Perils of Promissory Estoppel*, 49 Hastings Law Journal 1191 (1998

A. W. B. Simpson, *The Horwitz Thesis and the History of Contracts*, 46 U. Chi. L. Rev. 533(1979)

現代アメリカ契約法　ロバート・A・ヒルマン′ 笠井修編　弘文堂（二〇〇〇）