

# 報償的贈与についての一考察

——アメリカ法を参照して——（二）

小島 奈津子

## 第一章 本稿の目的

## 第二章 道徳的義務に関する判例法理の展開

### 第一節 約因理論における道徳的義務の理論

### 第二節 道徳的義務に関する準則

### 第三節 実質的利益のルールに関する判例

### 第四節 判例の分析

### 第五節 小括

## 第三章 第二次契約法リスティメント八六条の立場

### 第一節 約束の拘束力の基礎としての不当利得の法理

### 第二節 先行役務についての要請

### 第三節 先行役務の無償性

第四節 先行役務と約束額の相当性

第五節 小括 (以上本号)

第四章 今後の展望——まともに代えて

第三章 第二次契約法リステイトメント八六条の立場

第二章で見たとおり、アメリカ法は、バーゲン、即ち交換取引がなければ約因がないという交換的取引理論の下でも、道徳的義務が約因として機能する例外的な場合として、バーゲンでない約束の拘束力を約因理論内部で認めてきた。まず、第一次契約法リステイトメントも、古くから認められてきた、過去に法的義務が存在する三つの類型、即ち、取消しうべき債務を履行する旨の約束、破産において免責された債務を履行する旨の約束、出訴制限法により強制し得なくなった債務を履行する約束の拘束力を認めている。これらは、もともと過去にバーゲンがあり、法的義務が存在していた場合である。また、これらを除けばバーゲンのない約束の拘束力は認められないとするのが多数派の判例であるが、これに対して、過去に何らかの受益がある場合に、これを理由として為された約束の拘束力を認める少数派の判例も存する。この点、第二次契約法リステイトメント八六条は、被約束者から利益を受けた者がこの受益を認めて為した約束は、不正義を防ぐために必要な限りで拘束力を有するという立場を採る。これは、前述のように判例法上一般的に認められているとは言い難い「実質的利益のルール」を採用する判決を、結論的には支持するものである。この点、同条が参照する事例を見ると、第二章で述べた「実質的利益のルール」に拠る事例、Webb v. McGowan 判決、In re Hatten's Estate 判決が含まれている。<sup>(2)</sup> 少なくともこれらの事例が拠り所となっているのを見る限りでは、同条は

道徳的義務の理論と関係する条項であると考えることができる。しかし、同条は、責任を認めるための構成として、道徳的義務の理論は採らず、約束よりもむしろ過去の利得に着目している。そこには、本質的には利得の返還が問題となっている場面であるけれども、後の約束の存在がその帰趨に影響を与えている、との考えが見出される。

## 第一節 約束の拘束力の基礎としての不当利得の法理

第二次契約法リステイトメント八六条は、次のような内容を規定し、第一次契約法リステイトメントには存在しなかった契約類型を設けている。

### 第二次契約法リステイトメント八六条「受取り済みの利益に対する約束」

「(一) 以前に約束者が被約束者から受け取った利益を認めてなされた約束は、不正義 (injustice) を防ぐために必要な限度において拘束力を持つ。

(二) 約束は、次の場合または限度において、第一項に基づく拘束力がない。

(a) 被約束者が利益を贈与として供与していたか、または他の理由で、約束者の不当利得とはならなかった場合

(b) その価値が利益と不釣り合いである限度<sup>(3)</sup>」

Farnsworth は、この規定は、道徳的義務の理論により受益後の約束の拘束力を認める方向性を持つ判例の傾向を基

礎として、柔軟なルールを定めたものであると述べている。<sup>(4)</sup>しかし、同条が参照する Webb v. McGowin 判決では一応約因理論の枠内での解決がなされているのに対し、この規定は「約因を欠く契約 (Contracts without consideration)」の一つを定めたものと位置づけられ、同条二 a 項に見るように、その拘束力の基礎に不当利得 (unjust enrichment) があるといわれているのであり、この点、第二次契約法リステイトメントは、この種の約束の拘束力の基礎を約因の外に求めているといえる。<sup>(5)</sup>バーゲンの存在が拘束力ある契約の一般的要件であるとしつつ、例外的に、バーゲンでないにもかかわらず拘束力を有する契約というものを認めているのである。通説的見解によれば、道徳的義務を動機とする約束は、義務が restitutionary である場合、即ち、かつて約束者が被約束者から利益を受けており、被約束者及び正義が補償を求めているという場合に、拘束力を有する。そして、これは出訴制限法等の適用により訴え得なくなつた債務に関わる支払約束のようなものと Webb v. McGowin 判決のような実定法の適用とは関係ないものを含み、道徳的義務により約束の拘束力が認められるとされている事例の状況のほとんどに、不当利得 (unjust enrichment)、あるいは、少なくとも利得 (enrichment) が存在するという。<sup>(6)</sup>そこで、同条は、判例法における道徳的義務の理論を用いることなく、約束の拘束力が認められてきた事例のほとんどに存在する利得の要素に、直接的に着目したものであることができよう。この規定の起草者は、契約の要素から利得 (enrichment) の要素に焦点を移すことを提案したのであり、これにより拘束力あるものとされた新しいカテゴリーの約束は不当利得 (unjust enrichment) に反対するポリシーを土台にもつものであるといえる。このため、後述するように、同条が定めているのは「約束的不当利得 (promissory restitution)」の原則であるといわれる。<sup>(7)</sup>

この点、第二次契約法リステイトメントが道徳的義務との関係をどのように考えているのかについて、同条のコメントを見れば、約束の拘束力が「過去の約因 (past consideration)」や「道徳的義務 (moral obligation)」に基づくこと、



これらの語を用いた法令を有する州もあるけれども、リスティメントはこれらの語を使用しない、とされている。<sup>(8)</sup> リスティメントはあえて、第二章で述べたところの、道徳的義務に基づく約束についての伝統的な対立と関わらない構成を採るのである。そこで、約因を欠く「契約」に拘束力を認めるためには、約因に代わる基礎が必要となるが、第二次契約法リスティメント第二節の序説によれば、「バーゲンを欠く場合には、約束の強制に関わる要素が幅広く様々に結びついて現れており、拘束力ある約束を拘束力のない約束と区別する一般的な原則は現れていない」。そのため、第二次契約法リスティメントは、取り上げうるほどに頻繁に現れる事例群をもとに個別的なルールを定めているに過ぎない。その主要なものとして、八六条が不当利得 (unjust enrichment) を、九〇条が信頼 (reliance) を定めている。このうち、八六条は、その規定する約束の拘束力の主要かつ本質的な (substantive) 基礎は不当利得 (unjust enrichment) にあるとし、不当利得の効果に関する一般原則 (general principle) を述べているとされる。<sup>(9)</sup> このことは、受益が「約束者の不当利得とはならなかった場合 (the promisor has not been unjustly enriched)」には約束の拘束力が否定されている同条二a項を見れば、明らかである。このように、同条は、意識的に道徳的義務の理論と関係のない原則を立てているのである。<sup>(10)</sup>

しかし、同条が、Webb v. McGowan 判決のような、いわゆる実質的利益のルールにより解決されている諸事例を不可欠な拠り所としているという点では、実際には道徳的義務の理論と関係が深いものと言える。また、Hendersonによれば、同条が異なる構成を採っても、実務では、受益とそれに対する支払がないことについて「すべきであるということ」の感覚を表すために、道徳的義務という語は用いられ続けるであろうという。それにもかかわらず、道徳的義務の理論によらない八六条が規定された趣旨は次のようなものと考ええる。多くの裁判所は、確固たる責任を伴わない道徳的義務が不当利得の法理と等しいと考える用意がないので、道徳的義務という技術によるのでは、不当な利得

を防ぐというポリシーは大まかで散発的に実現されるにすぎない結果となるであろう。このように、道徳的義務の概念の中に、不当な利得の保持という不正義を正せという命令が見出されない危険が存在することからすれば、ある者が利益の受領を認めて後に補償する行為を為したという場面において、そこでの責任の問題を道徳的義務という一般的には認められていない法的概念で覆ってしまうことは、リスクをはらむものである<sup>(1)</sup>。即ち、道徳的義務の理論は非常に広範囲にわたるものであることから、不当な利得を取り締まるために用いられる理論的権威としては散発的に働くにすぎないため、まさにこの権威を供給することを目的として、八六条は規定されたのである<sup>(2)</sup>。これを見れば、道徳的義務という理論はやはり「不安定さ」の問題に対して無力であるとされており、より実質的な構成が必要とされていることがわかる。そこで、第二次契約法リストイットメントは、利得という観点から、一定の実質を持つ約束を新しい契約類型としたのである。このことは、アメリカ法上道徳的義務を根拠として例外的に拘束力が認められ得る様々な約束のうち、この種のもものは現代においても特に保護に値するものと考えられていることを示すものといえる。

このように道徳的義務の理論と関わりの深い八六条の約束を、道徳的義務に関する学説はどのように捉えているのであろうか。前出の Williston は、拘束力ある約束の拡大に反対する立場から、同条を次のように評価し、これが道徳的義務の理論に対して否定的である点を強調する。第二次契約法リストイットメントは、以前に受領した利益を基礎とする約束の拘束力については概して進歩的であるが、道徳的義務という領域については慎重である。というのも、同条は「道徳的義務」という表現を明示的に避けているのである。また、過去の約因がリストイットメント自身の採る約因の定義に合わない上に、「道徳的義務」を構成するものに関するコンセンサスは存しないようである。約束という事実のみで道徳的義務が作り出されるとも考えられているが、あらゆる約束が強制されるわけではないことは明白である。同様に、感謝や感情のみに基づく道徳的義務が当然に後の約束を支持するのに十分であるわけではない」という

コメント<sup>(13)</sup>が存するからである。さらに、同条は、道徳的義務に基づいて一定の拘束力の拘束力をあえて認めているが、その一方で、約束が拘束力を有する場合を次のように限定している。即ち、不正義を避けるために必要である限度において、贈与等でないために不当な利得が存するといえる場合に、受益の価値と不均衡でない限りで、約束の拘束力を認めるに過ぎないというのである。このことからすれば、同条は、安定性を犠牲にして法的に強制しうる約束を拡大するものの、その多くはこれまでの判例法と調和し、これを反映するものに過ぎない。また、圧倒的多数の法域は、道徳的義務の理論を拒否しているのであるから、そのような約束の拘束力の理論的根拠は道徳的義務ではなく過去に存在した法的義務や受益の事実にあるのである。<sup>(14)</sup>このように、道徳的義務の理論に否定的な立場からすると、どの時点にもバーゲンのないこの種の約束についても、その拘束力の根拠が道徳的義務にあるとはしないため、過去の受益の事実にあることになるのであろう。

この点、この種の約束に拘束力を認めることについて肯定的な見解も、多くは第二次契約法リステイトメントの構成をそのまま認めるようであるが、これに対しては、その基礎を不当利得に求めることへの反論もある。<sup>(15)</sup>Eisenbergによれば、ある者が不当に利得しているということは道徳感を刺激するものではあるが、Webb v. McGowin判決のような人命救助の場合に受益が「不当」といえるかは検討を要するものであるから、この種の約束では受益に対して補償をなすべき道徳的義務が約束時に存在していたかという点が直接的に判断されるべきであるという。この点で、第二次契約法リステイトメント八六条は、受益を基礎とするものの、道徳的義務というルールを失ってはいないというのである。<sup>(16)</sup>確かに、人命救助の事案は、不当利得というよりも事務管理的行為により受けた利益の返還をどのように考えるべきかが問題となっているのであり、法政策の問題と考えることもできる。<sup>(17)</sup>実際、Webb v. McGowin判決においては実質的に見て費用償還、損害補償とも報酬支払とも判別できない約束が為されている。このような場合に事務

管理のように法が債権を発生させるための制度を用いることができるならば問題はないが、そうではない場合に契約の拘束力について合意以外の基礎を見出す必要があるところでは、そのような基礎として、拘束力を主ぜしめるべきであるということを一般的・直接的に示す道徳的義務の理論は便宜な面があるであろう。

このように、第二次契約法リステイトメント八六条のいう不当利得とは必ずしも利得の道徳的不当性を必要としなものであるが、アメリカ法における restitution とはどのようなものであるうか。これは、「そうでなければ自己が不当に利得した他人が不当に損失を被るであろうという理由で、人が他人に対し責任を負う関係 (situation)」をいい、若干の例外を除き、準契約と分類される原則を含んでいる<sup>(18)</sup>。このようなものを責任の基礎とした場合、約束の意味は小さなものになる。この点、同条のコメントは次のように述べている。「一般に、他人の損失で不当に利得した者は restitution を為すことを要するが、利益を押し付けられた者を保護するために、restitution は多くの事例で否定される。……多くの事例で、restitution をなすという後の約束は、救済を否定する理由を取り除くのであり、その際には不当利得 (unjust enrichment) に反対しようというポリシーが勝るのである。……後の約束を強制するということは、時には準契約上の救済の限界に関する難問を決することを不要にする」<sup>(19)</sup>。このようなコメントからすれば、同条の責任の本質は、不当な利得をした者に対して請求すべき restitution にあり、後の約束はその障害を取り除くという意味をもつのみであることになる。また、同条は、契約違反における救済として、後述のように、約束それ自体を拘束力の基礎とすることからは導かれなと思うられる原状回復利益 (restitution interest) の賠償を認めるものと考えられている<sup>(20)</sup>。そこで、同条については、約束が拘束力を有するともいえるし、被約束者の原状回復利益を裁判所が強制しなければならぬのだともいえる<sup>(21)</sup>。

また、restitution が広く不明確な概念であるため、同条の「restitution の約束」もまた不安定、不明確なものである

ことが前提とされているようである。第二次契約法リステイメントの起草者である Brancher は、八六条の制定過程において次のように述べている。過去の約因は約束を拘束力あるものにしなとされては、過去の約因、道徳的約因と呼ばれるある種のものが約束を拘束力あるものにするという少数派の見解を採る事例が点在しており、若干の州では約因がなくても過去の状況故に約束の拘束力を認める事例がある、という削除済みのコメントを基礎として、少数派の見解を採る八六条を定める。そこで、この問題を扱っている事例は多様なものの寄せ集めであるが、これらを概観すれば、「ある原則 (principle) が存することが見出されるように我々には見えるのであって、この原則を捉えようと試みるものである」<sup>(23)</sup>。この「原則」について、Brancher は、「それは準則 (rule) というより原則 (principle) であると思われる」としており、<sup>(24)</sup>このことから、裁判所は、restitution の約束を調べ、後述する「押し付け (imposition)」という究極の問題に関わる要素を調べだして広く並べてよい、とされるのである。<sup>(25)</sup> 実際、八六条のコメントは次のように言つて、広く様々な要素に言及している。受益がその性格上明確で、重要なものであるか、約束を為す際の方式、約束の一部履行、約束に対する信頼や信頼の蓋然性の有無といった事実が、約束を強制しても「押し付け」を結果しないことの証明に関わることから、問題とされる。<sup>(26)</sup> このようなコメントからは、不当な利得を許さないという restitution に対立するものとして、「押し付け」という大きな問題があり、勝手に利益を与えられ報償を求められる者を保護すべきであるという要請が存すること、restitution 上の請求を認める場合のみならず同条の約束を法的に強制する場合にもこの要請にも配慮すべきであつて、同条においてこの点に関わる諸要素を考慮しなければならぬことがわかる。このため、同条の原則は、約束を強制するにあたり、受益及び約束に関わる諸要素を考慮し、「押し付け」の危険との関係で拘束力を調整する必要のある、あいまいで不安定なものである。<sup>(27)</sup> 八六条は、出訴制限法にかかった債務や被免責債務の支払約束といったものも含む、より広い原則を定めているが、それは出訴制限法にかか

た債務等に関する準則ほど強固に確立してはいないのであり、後の約束により restitution に関する問題が完全に除去されたかについて疑義がある場合にはこの原則は適用されない<sup>(28)</sup>。

Braucher によれば、「同条は不明確な (nonspecific) 概念で充満している。特に、もし我々が不当利得の概念に言及している二項を付け加えなかったならば、不正義を防ぐのに必要な限りで拘束力があるとされる約束の性格付けは、完全に自由であろう」。そして、このような原則に拠る限り、多数説と少数説に相違はないとするのである<sup>(29)</sup>。つまり、道徳的義務による約束の拘束力の拡大についてどのような立場を採るのであれ、第二章に見たように、結論の妥当性からその拘束力を認めざるを得ない約束が存在し、交換的取引理論を採りながらもこれらを適切に契約として取り入れるための理論付けが模索される必要がある、同条は restitution に関わる実質的で柔軟な原則を用いて可能な限りこの問題を解決しようとしているのである。同条の制定過程での議論はこのことを示している。例えば、前述の Webb v. McGowin 判決のような「偉大な事例」は、過去の約因や道徳的義務の概念を拒否する傾向が堅固であったアラバマにおけるものであり、アラバマにおいてすらそうであれば、この事案と状況ではほとんどの裁判所で原告勝訴となるであろうといえ、本質的に重要なのはそれであるという<sup>(30)</sup>。そして、このような事例における問題点を可能な限り正確に述べるならば、実際に問題となっているのが「本当に本質的に無償な行為 (essentially gratuitous transactions) と準契約との、ボーダーライン上にある事例の区別であり、後者では、そうでなければ準契約上の救済の障害となるであろう難点を、後の約束が取り除くのである」といえるのみであって、これよりも正確にいうことはできないという<sup>(31)</sup>。そこで、約束の実態を restitution の角度から把握することで、例外的に拘束力が与えられるべき約束の本質を少しでも明らかにする努力をしているものの、そのような性質付けだけで不安定さの問題が解決するわけではなく、その外延の不明確さはなお残るのである。Farnsworth も、この規定がおかれても拘束力ある約束と拘束力のない約束の境界

の不安定さは失われないのであつて、そのことは同条が「不正義を防ぐのに必要な限度において」としているのを見ればわかることであるという。<sup>(32)</sup>そこで、この領域で確かに言えることは、第一に、「道徳的義務」を認めて拘束力ある約束が増加していくことを支持する傾向が明らかであること、第二に、拘束力があるか否かの境界線は不明確なままであろうということだけである。<sup>(33)</sup>

以上のように、同条は、「不正義 (injustice)」やそれを指導する restitution や準契約といった考えを用い、バーゲンでないにもかかわらず拘束力を認めるべき約束にできる限り実質的な基礎を与え、交換的取引理論の下で拘束力を有する契約を拡大したものである。その外延は明確ではないものの、同条が作成される過程の議論において、McGowan 判決が注目されているので、交換的取引理論を採るアメリカ法にしては約束の拘束力を相当広く認めたものであるといえよう。このように、アメリカ契約法においては、交換的取引理論によって約因ある契約が絞り込まれているが、現在はバーゲンを欠く契約が認められる方向で発展している。その際、拘束力の基礎を血縁や感情に関わりうる漠然として実質を持たない道徳的義務に求めるよりも、道徳感の根底にある客観的事実、過去の利得に求め、より明確な要素としてこれを掲げているのであろう。極めて例外的で理論的関心を引く存在としてであつても、このような類型があえて第二次契約法リステイメントに新しく加えられたことは、過去の受益を理由に為される報償的な約束が本質的に無償な行為と異なるものとして特に法的に強制されるべきものであるとの考えを示しているといえる。この点、例外的で、かつ、新しい観点から取り出された原則を定めており、また非常に一般的な内容の限定を付されているために不安定さが明らかな規定を見るだけでは、報償的な約束がアメリカ法において特に保護される程度、またその理由づけを捉えることは困難である。そこで、第二次契約法リステイメントが、新しい類型の約束の拘束力を認めるにあたり、どのような諸要素に着目しているかを見ることが、このような約束の実態の把握に役立つであ

ろう。以下では、必ずしも明確でない複数の留保条項により限定されたこの「受取り済みの利益に対する約束」について、その拘束力の基礎は何かという点に関連して問題となる要素を挙げ、アメリカ法での議論を見ていきたい。

## 第二節 先行役務についての要請

第二次契約法リステイトメント八六条は、次のような例を挙げている。ある空き家を修理するはずが、誤って隣家を修理してしまった修理人が、隣家の住人から修理費を支払う旨の約束をもらった場合、この約束は拘束力を有するという。<sup>(36)</sup>これについて、リステイトメントは次のように述べている。間違いで利益が与えられた場合には、後の約束がなくても通常 restitution の請求をなしうるが、これは受益者の不利益とならないよう否定されることもしばしばである。というのも、その修理による改良が、受益者たる隣家の住人が支払えないような価値を持つものかもしれないからである。但し、このような場合であっても、個別の事案において、後の約束があり、これによって受益者の保護が不要であることが証明されるなら、約束が為された限りで、不当な利得について restitution が許容される。<sup>(37)</sup>

この第二次契約法リステイトメントのコメントによれば、他人の費用で不当に利得した者は restitution 上の請求をされるが、これは受益者側が思いもよらない請求を受けて不利益を被る可能性に留意し、慎重に認められるべきものである。受益者が自ら為した約束の存在は、この可能性を大きく減じるものではあるが、受益者の保護が不要となるか否かは、なお個々の事案において考慮されるべきものである。ここで配慮されているのは、利得があったからといって直ちに restitution を認めると、さし度がましい利益の「押し付け」につながるため、この「押し付け」の危険から受益者を保護する必要性であろう。これは、前述したように、restitution に付きまとう大きな障害である。



restitution の義務の場合、義務を生じさせる事に積極的に参加していない者が、他人の行為のみによって義務者にされてしまう点がありうる点が問題とされているのである。このことは、restitution を肯定するための基礎が示されないという消極的な帰結を導くにとどまらず、原告が被告のことに干渉するのを積極的に非難するものである。即ち、取引しようと選んだわけでもない者から利益を押し付けられる者を保護しようという趣旨であると同時に、これと同程度に、そのような干渉者を罰しようという趣旨でもあるのである。<sup>(38)</sup> この「押し付け」の危険という考えは、利得が生じた場合に restitution を為す義務を認めるにあたつて大きな障害となり、この義務は他人への干渉が正当視されるような事例に狭く限定して認められているのである。<sup>(39)</sup>

利得の後にこれを理由として為された支払約束の拘束力を契約法において論じるについても、利得を中心に据えて restitution の場面と連続的に論じられる限り、「押し付け」に関わる問題点は重要なものである。この点、Webb v. McGowin 判決中に見られるとおり、被約束者の役務を約束者が要請していたか否かというのが、後の約束の拘束力を決するにあたつて注目される点である。一六世紀から、過去の約因は約因でないとしていたが、それにもかかわらず、それが約束者の要請で為された過去の行為であるならば、後の約束はこの過去の行為故に拘束力を有するとされていた。<sup>(40)</sup> これに対して、そのような要請なしに与えられた「履行」は、<sup>(41)</sup> 早くからコモン・ローにおいて restitution 及び契約の理論の関心を引くものであり、これらいずれの領域においても共通して、要請もないのに利益を与えられた者に義務を課すことは不公正であるとされている。このように、法は、何らの誘因もないのに利益が与えられるという状況に対して広く防御的な (defensive) 立場をとっているものであり、契約法において「現在の交換 (present exchange)」があつた場合にしか義務を認めないことに、<sup>(42)</sup> このような考えが見出されるといえる。というのも、当初からバーゲンに基づいて為されたならば、要請されない利益が押し付けられたということはできないからである。<sup>(43)</sup>

また、バーゲンが一切存しない場合に約束者に利益が与えられた場合、約束者による事前の要請があれば、利益を押し付けられたとはいえないため、問題はない。しかし、同条制定にあたり注目されている *Webb v. McGowin* 判決のように、役務について事前の要請が存在し得ない事例においても約束の拘束力は認められているのであり、役務時の事情次第では事前の要請もなくて良いとされているようにみえる。ここでは、押し付けを防止すべきであるという要請と調整がつく限りで、「他人の『履行』<sup>(45)</sup>の利益を受け、そして、支払約束により義務を認めた者たちは、支払を為すべきである」という適切なポリシーが優先されるのであって、大変困難な利益衡量が為されていると考えられる。その結果、第二次契約法リステイトメントは、間違いで役務を与えた事例や緊急事態で救命行為を行った事例では後の約束の拘束力を認めるとしているのである。このように、相手に利益を押し付けることにより自己の利益を追求するという自分勝手 (self-seeking) を許さないというポリシーは、「他者の費用で不当に利得した者は restitution を為す必要がある」という抽象的な考えを制限する主要なものとして機能している。そして、この対立する両ポリシーの緊張関係の中において、受益者が後に補償の約束をなすことで自ら義務を負うという要素が加わる時には、押し付けの危険の比重は小さくなる。実際に不当な利得があり、実際に約束があるとしたら、約因という技術的なルールは、救済を拒否するについての十分な理由といたえないことが明らかなのである。<sup>(46)</sup>このような抽象的な対立軸のもとで、差し出がましい干渉か、正当視され得る介入かを区別することは、契約の領域においても restitution の領域においても難しい。

ところで、受益者の要請があつて役務が為された場合には、その当時双方が後の支払を期待しうべきであつたなら、そもそも要請のときに黙示のバーゲンがあるとすることができると例え、後の補償が不要であるという相互理解がある同居の家族間で役務等が為されるような場合を除き、<sup>(47)</sup>役務が要請された場合には、この要請には後に合理的な補

償を行うという約束が含まれていると推定されるのであり、要請の時点でバーゲンが認められるのである。これによれば、役務は要請されただけでなく要請時に交換取引されたこととなり、理論的には後の約束は不要ということになる。<sup>(48)</sup>ただ、要請時に約束が存したことを推定するための基礎となる証拠という点で、後の約束という形で被告自身が義務を承認していることにより、問題は相当解決されるというのみである。<sup>(49)</sup>しかし、要請により与えられた役務に対する支払約束は、コモン・ローの *assumpsit* 訴訟の歴史の早い時期から支持され、現代でもこれに従う事例があるところ、そのような事例の多くを見れば、支払約束を推定するのが正当視されるような状況があるときには、要請が為されたか否かという問題は特に取り上げられていなかったという。<sup>(50)</sup>このように、役務の要請の有無が決定的であって、要請から導かれる約因の存在により後の約束の拘束力が認められる、というわけでは必ずしもない。さらに、約束の拘束力の基礎を要請時のバーゲンに求めることが全くできない場合、即ち、そのときの状況下では被告の要請から約束が推定されるべきでないと裁判所に明示的に認められている場合であっても、後の約束が強制された事例が若干存するのであり、そのときには、約因ではなく、約束者の道徳的義務を理由に約束が強制されているといえる。<sup>(51)</sup>この場合は要請が存在したとしてもバーゲンに結びつかないことが明らかな場合なので、要請から導き出されるバーゲンでなく要請自体が意味を持っているか、もしくはバーゲンと関係のない他の要素が契約の拘束力を肯定させるものとして働いていることが考えられる。ともあれ、現在、問題は、要請がない場面にほぼ絞られるようであって、第二次契約法リステイトメント八六条が拘束力ある契約を拡大しているのは、この場面のみであるといわれている。<sup>(52)</sup>

学説の評価を見れば、このような場面での約束の拘束力の拡大には慎重である、*Cole* は以下のように述べる。「他人の要請によって、ある者により履行が与えられた場合、その他人による後の明示の約束は、概して公平の感覚から、若干の事例で強制されてきた。裁判所は、要請が為された時点で黙示の補償約束が存するのでない場合には、しばしば、

そのように判断すべきか否か疑っている。これらの疑いの背後にある理論とは、契約は「バーゲン」を要するという古典的な感覚である——その履行と合意された約束との交換を含まなければならないのである。契約がバーゲンよりも広いことは着々と明らかになってきた。しかし、ある者が他人の要請なくして履行を与えた場合に、この他人が補償を支払う法的義務を負うというのがとてもありそうにないということも、明らかである。一般に、法はそのような事例では補償を為すという後の明示の支払約束を強制することもないとされており、多くの事例において明らかにそのように判示されている」。しかし、それと同時に、これに反対する判例も無視し得ないほどあり、両者が競合しているといえるのであって、過去において要請がないのに履行が為されたことが後の明示の約束を支持するものであるとする場合、「そのような場面は狭くあるべきであり、狭いものとなろう」<sup>(34)</sup>。また、次のようにも述べている。「*resitution* と契約との境界に、道徳的義務の最も問題の多い領域が存する。過去の無償の役務は明らかに契約法の範囲の外にある。それはそうであるべきである。無償の約束は、秩序ある社会を維持するために法的に強制されなければならないわけではない。法の関心の外にあり続ける取引もあるうが、要請はなくても履行の時点で利益があったという場合の約束は、おそらく法の範囲の中に入ってくるべきである」。とはいえ、「*resitution* の法と契約法は、通常、要請されない利益を履行した者に対し補償を為すための方式をもたない」ため、法は一般的にはこのような「無償」の約束故に道徳的義務を強制することはないのが基本である<sup>(35)</sup>。さらに、Williston は、約束者の要請なく過去に利益が与えられ、それに対して約束者が後に支払約束をなした場合、多数派の判例は *resitution* を許さないのに対して、第二次契約法リステイメントは任意の約束の存在故にこれを許すが、これについては慎重な姿勢を見せている。即ち、それは、「もともと存在する特別の類型の道徳的義務、又は特にひどい背景がある場合に、限定されるべきである」のであり、これらの約束の拘束力を認めるために必要とされるような証拠上の方式やひどい損失が必要であるとする

のである。<sup>(36)</sup>

以上のように、要請がないのに役務が為された場合については原則として後の約束の拘束力は認められないのが原則であるが、限定的にであれ、例外は認めざるを得ないとされているようである。これは、バーゲンが全く存在し得ないにもかかわらず、約束の拘束力を認めることに他ならないのであり、契約が法的に強制されるか否かがバーゲンの有無でないところで決せられていることを明らかにするものであるといえる。この点、判例上、要請は後の約束の拘束力を認めるについて重要であるように見える。例えば、Webb v. McGowin 判決は、第二章で述べたように、後の約束を基礎として先行役務に対する要請を推定するという構成をとる。しかし、これについて、Cobbin は次のように述べる。「時折、新しい約束が、先行する役務の要請を推定させる証拠であるとされ、そのような理論に基づいて強制される。それを支持する他の証拠がないのに、そのような推定を為すことは、実質的には、要請が不要であることを示しているといえる」<sup>(37)</sup>。このように、契約の拘束力の基礎をバーゲンとする場合には必要不可欠である要請が必ずしも必要とされないということは、バーゲン以外の基礎があるということであり、リステイトメントによればそれは restitution である。そうであるとすれば、そこでの要請の意味は「押し付け」の危険を軽減させるといえるものであると考えるが、要請がないにもかかわらず後の約束の強制が認められる場合には、同じ意味をもつ要請以外の何らかの要素が備わっているであろう。

それでは、いつどのような事情がある場合に要請なくして約束の拘束力が認められると考えられているのだろうか。緊急時の人命救助に関わる Webb v. McGowin 判決、及びこれが参照している、逃げた家畜の世話をしてくれた者に対して合理的な補償をするとの約束の拘束力を認める判例について、第二次契約法リステイトメント八六条は次のようにコメントしている。緊急事態における役務の場合であっても、restitution の法で請求を為すことは厳しく制限

されるが、このような場合に後の約束があるならば、この約束により、利益が実在すること、利益の価値、押し付けの危険や虚偽の請求の危険についての疑いは取り除かれる。<sup>(58)</sup>これらは緊急事態下で先行役務が為された事案についてのものであり、ここでは状況からして約束者、即ち受益者の事前の要請はあり得ないが、それにもかかわらず後の約束の拘束力は認められている。その他、前出の家の修理の例のように、間違つて利益が与えられてしまったという場合には、要請はないが、不正義を防ぐために、準契約上の救済すら認められてよいとする指摘もある。<sup>(59)</sup>仮に、準契約上の義務が生じていることが認められれば、当然に約束は拘束力を有する。<sup>(60)</sup>しかし、約束を強制するのに、準契約上の義務が認められることが必要であるわけではない。Cobbin によれば、役務が緊急事態の下で為されており、要請がない場合に約束の拘束力を肯定した事例で、準契約上の義務がもとも存在しているか否かを決することなしに約束の基礎を論じるものには、明らかに準契約上の義務が認められない事案に関するものも若干あるという。<sup>(61)</sup>そして、Murray は、「利益の受領者がそれを要請し、それに対して支払いをなすつもりでいたであろう場合は、『黙示の契約』かもしれないが本当の契約が見出されうる。しかし、役務に先立つ要請、間違い、緊急性がないのに、任意に利益が与えられた場合には、契約上の救済も準契約上の救済もなされ得ない」としている<sup>(62)</sup>のであり、受益者による要請と並んで、役務者の間違い、又は役務の緊急性が存在することは、何らかの救済が与えられる方向に働く要素であると考えられる。また、人命救助や家畜の世話、家の修理のように、受益が役務による場合には、その役務によつて約束者が金銭的利益を受けたのであればよいが、そうでなければ、後の約束の拘束力を認めるためには役務についての要請があつたことが是非とも必要であるとする見解もある。このことからすれば、役務により金銭的利益を受けたといえるのではないときには後の約束の拘束力が認められにくくなるといえ、金銭的な利益が生じたといえるだけの確かな受益があつたかということも、約束の拘束力を決するにあたり考慮されうるといえる。<sup>(63)</sup>

以上をまとめると、第二次契約法リステイトメント八六条の契約に拘束力を与える基礎となるのは、バーゲンではなく restitution であるが、この領域ではこれを制約するものとして「押し付け」の危険ということがいわれる。不当な利得を返還させるべきとの原則と、他人に利益を押し付け見返りを求める自分勝手な許さないという「押し付け」の防止という二つの要請が存し、その対立の中で様々な要素が考慮されているといえる。そこでは、後の約束は、受益の存在や価値のほか、押し付けの結果を生まないという点で意義を有するに過ぎない。しかし、それらの問題が約束の存在だけで除去されうるとは必ずしも考えられていない。約束が存在するだけでなく、受益に関わる事情、即ち、受益者の要請の有無や、間違いでなされたか、緊急事態であったか、また、役務等その価値の不明確な形で利益が与えられた場合には、それが金銭的な利益を伴うものか否かということが、評価されているといえる。ここにいう先行役務の要請は要請時にバーゲンの存在を認める余地を生じさせるものであるが、restitution を基礎とする約束としてであれば、バーゲンは関係なく後の約束の拘束力を認めるのであるから、そこでは要請の存在が特に決定的なものであるというのではなく、受益に関わるその他の客観的要素とともに考慮されるに過ぎないものとなる。また、バーゲンは評価されないものであってもビジネス上の要請が為された場合には後の約束の拘束力が認められやすい等、要請の為される文脈によってもその評価は異なるのである。<sup>64)</sup>

restitution のリステイトメントは、「約束の存在しない、restitution の法は、自分で何とかできない状態の人間に必要なものが与えられた場合にも、緊急の役務についても、厳しく制限している」<sup>65)</sup>が、先に要請が為され後に約束が為された場合には契約法により救済が与えられる可能性が大きくなるのである。しかし、restitution を基礎に約束を強制する場合、過去の受益に関わる要素の中で、要請の有無以外にもさらに検討すべき点がある。

### 第三節 先行役務の無償性

第二次契約法リステイトメント八六条二a項によれば、利益が贈与<sup>(95)</sup>その他により与えられた場合には、不当な利得が存在しないという理由で、後の約束は拘束力を持たない。利益が役務という形で与えられたときの方がより無償性が疑われるであろうから、この点についても役務による場合に特に問題が多いと思われる。同条は restitution を約束の拘束力の基礎としているから、そもそも不当な利得がない場合には、これに對してなされた後の約束が同条により強制されるということはないのである。第二節で述べた役務の要請の問題とは別に、役務が無償でなされたことは、同条の約束の拘束力を否定する決定的な要因となるのである<sup>(96)</sup>。即ち、「要請されない過去の履行が、誕生日プレゼントのように、贈与<sup>(gift)</sup>として与えられたならば、これを与えられた者によつてなされた、補償をなすという後の約束は強制されないであろう。この贈与である履行が受領者の要請によつて与えられた場合も、それがルールである」<sup>(98)</sup>。このことから、無償性の問題が要請の有無とは別個のものであることがわかる。役務が為されたときに無償とされたか、あるいは後に無償と定められたときには、後の約束は有効でないのである<sup>(99)</sup>。

八六条二a項は、前述のとおり、同項が贈与等約束者に「不当利得」が存しない場合を除外していることから約束の拘束力が restitution を基礎としていることが導かれる、といわれる規定である。受益の無償性の推定はこの restitution の分野において救済の大きな障害とされているのであるから、この条項は restitution における難問に配慮したものと考えられるのである<sup>(100)</sup>。とはいえ、第二章で見た「実質的利益のルール」も、先行する役務が明らかに贈与や無償行為であった場合には妥当しないとされており<sup>(101)</sup>、このような場合には、restitution の見地からだけでなく、道徳的義務の理論によつても、後の約束は強制されない。この点、確かに、被約束者の利己的な動機は、利己的な利益の



押し付けにつながるものと考えられ、押し付け防止のため利得を返還させない方向に働くものである。しかし、それのみならず、アメリカ法は、利他的動機により利益を与えた良き隣人に対しても、利己的動機による行為者に対してと同様に、敵対的なのである。<sup>(17)</sup>そこで、利他的な動機による利益供与は贈与であるとされ、後の約束の拘束力が二a項により認められないことになるため、約束を強制するためには役務者の利己性が強調されねばならない。とすれば、ここでは、他人に何事か為した行為者、即ち、被約束者の役務時の心理状態が問題とされているように見え、<sup>(18)</sup>贈与や無償行為の意義が必ずしも明らかでないことから言っても、同条の適用範囲は不明確である。そこで、八六条二a項が定める、贈与その他の理由で不当利得とはならなかった場合とはどのような場合を言うのかは問題である。仮に restitution と日本法の不当利得返還請求権を同じものと考え、過去の給付を現実贈与と解した場合、法律上の原因が存在することになり、これについて不当利得返還請求権は成立しないこととなる。ここでは、当事者間に存する合意、即ち贈与契約の存在が不当利得返還請求権を成立させないものである。この点、同条が贈与が返還の約束の強制を妨げるとすることに類似するように思われるが、同条の概念の不明確さは「不正義」だけでなく「贈与」にも見られるものであるとの指摘もあり、日本法のようにには明確に捉えられるものではない。<sup>(19)</sup>つまり、「贈与」というのは、契約法においても、restitution の法においても、広く問題とされているが、そこでは主として要請されてもいない利益が受益者の自由な選択を妨げているという「異議を唱える」ための手段に過ぎないのである。<sup>(20)</sup>そもそも、同条は約束が不正義を防ぐために必要であることを前提としているのであって、むしろこのような約束を強制しようというポリシーが妥当するかどうかがこのでの問題であることになる。従って、最終的には、約束者の不当な利得という観点から「不正義」である場合に同条の適用を認めるべきであり、<sup>(21)</sup>同条のこのような内容からすれば、贈与の動機に基づいて行為がなされているにもかかわらず、利益の保有が不当であることもありうると考えられるのであり、ここでは約束者の

心理状態は決定的ではないことになる。<sup>(17)</sup>

それにもかかわらず、同条で特に過去の受益の無償性が問題とされていることについて、Henderson は、もともと被約束者が補償の期待の下に利益の供与を為していた場合、又は贈与を為す動機が利益の供与を支配していたことが明白に立証されたわけでない場合には、お返し of 約束は結果的に交換の一種にはかならなかったことになるのであり、その場合にはバーゲンを支持する交換という概念と関連することを指摘する。<sup>(18)</sup> これによれば、利益の供与の動機が利他的であるか否かが問題である。また、受益に際して要請がない場合であっても、贈り物をする慈善の動機が利益の供与を支配することが明らかでないときには、受益に対する報償としてなされる約束は強制されうるとする見解もある。<sup>(19)</sup> そこで、要請の有無を問わず、贈与の形式で利益が与えられたとしても、それに利他的動機が伴わないために交換であるとする限り、受益者の約束は拘束力あるものとされうる。従って、八六条は受益の形式にとらわれない。<sup>(20)</sup>

この点、八六条は次のような例を挙げて解説している。① A は、自分のプランが採用された場合にのみ支払がなされるであろうと期待して、B の要請で B の製品の広告プランを提出した。B は、販売計画を変更したため、A のプランを却下し、相当な報酬を与えなかった。後に B は、A がプランの準備にかけた費用を償還すると約束した。この約束は拘束力を有する。<sup>(21)</sup> ② A は保険会社である B に資金を拠出した。このとき、A は、B にこれを償還する責任はないものの、給料等を通して償還するつもりであるだろうとの了解があった。後に A が会社から手を引いたので、B は A に、償還を受けるまで、賞与の十パーセントを支払うと約束した。この約束は拘束力を有する。<sup>(22)</sup> これらに關し、同条のコメントは次のように述べている。贈与 (gift) を受け取っても不当な利得 (unjust enrichment) の要素はないのであり、過去の贈与に対して支払をするという約束には、八六条の適用はないはずである。しかし、これらは限界事例であって、贈与の形式ではあっても、間接的に償還される意思であると両当事者が了解していた場合や、後の支払約束が明

示で期待されていた場合には、後の約束は強制されるべきである。<sup>(83)</sup>これによれば、合理的に見て、過去に利益の授受があったことに対して何らかの報償が与えられることについて、当事者が認識を共有していた、あるいは期待していたとされうる場合には、無償のかたちで利益の供与がなされても、後の約束は拘束力を有すると考えられる。この場合、後の約束の履行を求める者が報酬を期待して利益を供与したことはどこでも認められるであろうから、約束者がそのような期待を知り、又は合理的に知り得べきであったかについての認定如何によつて責任の有無が決められることになる。<sup>(84)</sup>

その際、第二次契約法リステイトメントは、受益に関わる状況から当事者の意図、認識を探るのみならず、過去の受益の性質を考慮し、これとの相關関係においてこの問題を決しようとしているように見える。即ち、コメントを見れば、約束に先立つて為された役務が緊急を要するものであった場合には、支払が期待されていたことの積極的な立証は必要ないとされている。この場合には、逆に、*gift*をする意思があるために *restitution* が問題とならないことについての証明が必要となるのである。<sup>(85)</sup> *Murray* によれば、このような緊急の役務も無償であると推定されるため、これについて、準契約、*restitution* 上の請求は否定されているが、それにもかかわらず、第二次契約法リステイトメントは、後に約束が為された場合についてこれと異なる結論を示していることになる。即ち、リステイトメントは、この場合、後の約束が利益の実在とその価値を裏打ちするものであると考え、また、救助者が支払を期待していたという一般に必要とされる要件を不要とし、逆に、約束者の側が無償性の意図を証明しなければならぬというのである。<sup>(86)</sup> 確かに、*Webb v. McGowin* 判決を考えると、緊急を要する役務が為されたときには、役務の時点において後に補償がなされることの認識が当事者に認められるとはいえないとしても、これに対する報償の約束の拘束力を認めるべき場合があると思われる。そこで、どのような場合に原則として役務が無償でないとされるかが問題になるが、まず、これまで述べ

てきたように、過去の役務がバーゲンや要請をなさうにもその時間がない緊急事態において為された場合には、これが特に無償で為されたとの証明のない限り、受益という客観的事実をもって後の約束を原則的に強制すべきであることになる。これに対し、当事者間に血縁関係や懇意な関係があることは、逆に無償性を推定させるものと考えられるが、この点、Webb v. McGowan 判決における約束の当事者のように、雇用契約関係にあったというだけではこの推定は働かない。先行する役務が無償で与えられたとして約束の拘束力が否定される事例も多く、過去の役務の無償性とは restitution における重大な難点であると同時に、restitution を基礎とする後の約束の拘束力を認めるにあたっても障害となるものであり、当事者の関係も含めた役務の状況が検討されている点は注目に値する。<sup>(88)</sup>

#### 第四節 額の相当性

第二次契約法リステイメント八六条二b項は、同条の規定する約束について、約束額が受益の価値と不釣り合いである限度で、約束の拘束力が否定されるとしている。バーゲンのある契約では約因の相当性は問題とならないが、この約因のない契約においては、約束額と受益額との不均衡も拘束力が否定される原因となるのである。この点に関しては、前述の *In re Hatten's Estate* 判決が例として参照されている。これは約束者の要請で役務が為され、これに対して報償が与えられることが当事者により意図され期待されていた事案であるが、その役務というのが合理的価値にして六、〇〇〇ドルを超えることのない家事労働であったにもかかわらず、一五、〇〇〇ドルの約束がなされている。第二次契約法リステイメントは、役務の額を超えているにもかかわらず約束額の全額につき拘束力が認められるとされている。これと対比されるものとして、リステイメントは、同様の事案で、遺産のすべてを遺すという約束が口

頭で為された事例が参照されており、このような場合には役務の合理的な価値を超えては救済は与えられないとされている。<sup>(89)</sup> Murray の分析によれば、リステイトメントの挙げたこれら二つの例からは、同条の約束は、受益の合理的な価値、即ち、原状回復利益 (restitution interest) の限度でのみ拘束力を有することが導かれるという。二つの例の差異は、In re Hatten's Estate 判決に基づく例は約束手形による約束が問題となっており、その額も当事者により特定されているのに対し、他方の例は、口頭で、遺産のすべてが約束されていることにある。このように、書面、しかも正式の法律文書による約束か否かということ、額の不釣合いが顕著であるか否かにより、結論の差が導かれているのである。Murray によれば、書面の有無よりも額の不釣合いの方が主要な差異であるが、リステイトメントのコメントはなおこの点を矛盾なく説明できてはおらず、このような条項が存在しても、結局、起草者 Braucher が述べるように、同条の概念は不明確なものであつて、裁判所に対して重大な挑戦を提供し続けるものであるという。<sup>(90)</sup> リステイトメントが挙げるどちらの例にも額の不釣合いは存在するのであつて、それにもかかわらず結論が異なるからである。

これらの例についてのリステイトメントのコメントは、次のようなものである。約束が暴利的 (usurious) であるために拘束力が認められない場合には、暴利を含んだ額を支払うという合意をし直してもやはり強制され得ないのであり、このことは、このような合意をした時点ではその利息額が暴利であるとはいえなくなつていたとしても同様である。しかし、元本及び暴利でない利息を支払う約束は拘束力を有する。<sup>(91)</sup> また、出訴制限法にかかった債務等、先行して存する法的義務の全部又は一部を履行する約束の場合には、その法的義務を超える額の約束は当然拘束力を持たないところ、これと同様に、金員の形で利益が与えられ、これに報いる約束が為されたという場合にも、その利益の額を超えた約束を同条によって強制することはできない。しかし、過去の利益の価値が不明確である場合には、その価値の支払を為す約束は拘束力を持ち、支出された総額を支払うという約束は、あらゆる事情からいってその利益

と不釣合いでないならば、正当な額を確定するのに役立ちうるとする。また時折、過大な約束が利益の価値の限度で強制されるが、そのような救済は契約的なもの (contractual) というよりもむしろ準契約的なもの (quasi-contractual) と考えられうる。<sup>(92)</sup> このほか、利益の価値からみて不釣合いな約束は、被約束者による不当な圧力 (unfair pressure) その他の行動を示しがちである点が指摘され、正義はそのような約束を強制することを要求しないとする。<sup>(93)</sup> このようなコメントには、救済の範囲を必ずしも約束額とせずに妥当な範囲に制限することに關して、契約責任と構成することの限界が現れているといえるが、同時に、過大な額に契約の成立に關わる問題を見出しうることも示唆されているように思われる。resitution を責任の本質とすることにより、救済の範囲は与えられた利益の価値にあるということになるが、これとは別に、役務の価値と不釣合いな約束の拘束力を否定することは、契約法上の理論から導くことも可能なのである。約束額があまりに過大であつては、不当な利得の回復という意味を保ち難いため約束は部分的に強制されるにとどまるべきことになるほか、約束が被約束者の不当な圧力によると考えられる場合には強制されるべきでないことになる。但し、過去の受益が役務により生じた場合には過大か否かの境界線は不明確である。

このように、責任の範囲について実際の事件で重要なのは、受益を根拠とする伝統的な不当利得 (unjust enrichment) の概念が後の約束に対する制限として働くか否かという問題であつて、同条がコモンロー上の道德的義務の理論と同様、その本質においては準契約上の責任であるものを約束に基づかせているため、受益額を超えては約束は強制されないのである。<sup>(94)</sup> 学説上、同条による救済は原状回復利益の賠償によるとされているのであり、これは契約違反をした当事者の受益に着目するものである。<sup>(95)</sup> それにもかかわらず、過去の役務が後に約束された額と同じ価値を有するか否かを決する努力は、時に為されてこなかったようであるという。<sup>(97)</sup> Henderson によれば、金員でなくとも同一性の確認しうる財物が与えられた場合には、同条の約束的不当利得の効果が不当利得 (unjust enrichment) の効

果と同一視されていることは明らかである。<sup>(95)</sup>これに対して、実際の利得がこれら以外、つまり被約束者の役務等によるものである場合には、その結果として生じる利益の価値は不明確であつて、議論の余地のあるものであることから、役務がそれだけの価値を有しなくても、被告が後に一定額の支払を約束したのならば、約束額はおそらくは合理的な価値を示すものであらうと考えられる。<sup>(96)</sup>そのため、受益の価値を支払うという後の約束が為された場合、その約束額が受益額と不均衡でない限り、約束額について救済が与えられるとされたのである。<sup>(97)</sup>このように、受益の価値について責任が認められるとしつつも、利得のかたちによってはそれを決するのが困難であることから、時には受益の価値を明確にしないまま、これについての当事者の一致した評価であるという理由で、約束額について責任が認められている。即ち、責任の範囲について、過去の利益がどのような形で与えられたのか、金員や財物の供与によるのか、あるいは役務によるのか、大変重要なものとなっているのであり、このいずれであるかにより約束に依拠しうるか否かが決まる。これをみれば、約束が強制される範囲は、約束に先立つ受益の性質を考慮し、その性質ごとに適切に評価することにより決すべきこととなっている。そこで、約束額は常に責任の上限を画するという意味を持つが、受益の価値を上回った場合には妥当な額に制限されうる。そもそも本質的に、責任の範囲は必ずしも約束に現れている当事者の意思によらず、約束額はむしろ補助的なものにすぎないのであり、このことは、当事者が取引ないし約束したとおりの責任が生じるというのではなく、むしろ過去の利得が責任を生じさせていると考えられていることからは必然であるといえる。

以上のように、ともかくも約束が存在するが故に責任が認められているという意味では、同条の約束に拘束力が認められているといえるが、その責任の範囲について言えば、約束額のほか約束以前に生じた利得の額と考えられているのであつて、このことは、同条の約束がバーゲンでないことと関わる。バーゲンの強制というポリシーからは、不

均衡な交換の結果として一方当事者に利得があることは不当とはされないものであつて、原状回復利益はバーゲンの実現という観点から与えられる救済ではない。即ち、契約が約束に基礎を置く限りは、履行利益を基準として、約束そのものにより救済が測られるのが自然である。履行利益の基準は、契約の不履行がなかった場合に得られたであろうもの、つまりバーゲンの利益を、不履行の犠牲者に与えるというものであつて、このような履行利益の賠償と契約法との間には関連性がある。このような関わりが否定されるならば、契約そのものが約束や当事者の意思でないところに基礎付けられるであろう。また、履行利益を採ることと未履行の契約が強制されることは、次のことから関連性が認められる。信頼利益の救済ならば、誰かが約束を信頼したことにより損害を被った時に、その損害が賠償されるのであるし、原状回復利益では不履行を為した者が財物や役務を得ていた時に、これに対する公正な価格を支払われるのであるが、履行利益の場合には、信頼により害されたわけでもなく、利益が与えられたわけでもないが、契約が強制されるのである。<sup>(10)</sup>そして、八六条はバーゲンを基礎とするものではないために以上のことが妥当しない。そうではなくて、過去の利得を基礎として約束の拘束力が認められる以上は、本来的に利得との関係で拘束力も制限されるのである。<sup>(11)</sup>

ところで、ここでは、救済の範囲は、約束が拘束されることの基礎に何を見るかにより左右されるとされている。この点、まさに約束の強制であるとされる履行利益の場合であつても、そこにいる約束とはバーゲンである。アメリカ法では、このようなバーゲンにしろ、道徳的義務にしろ、*restitution* にしろ、約束の存在に加えて何らかの拘束力の基礎がなければ、責任は生じないのである。この点、利得に着目する原状回復利益の賠償を認めることは、同条の約束の拘束力の基礎が *restitution* にあるとすると、明快に説明がつくものである。しかし、約束の拘束力の基礎を *restitution* と考え、過去の利得の価値の返還を考える場合にも、前述したように、どのような形で約束者が利得して



いるかによつては、約束の内容に大きく依拠することになり、実際には曖昧さは残るのである。この点、前述のとおり、*restitution* を基礎とすることによつてこの種の事例を完全に説明することは困難といえる。そこで、*restitution* 以外の構成にも目を向け、アメリカ契約法における合意以外の基礎が責任のあり方にどのように影響しているかを見てみたい。

Eisenberg は次のように述べる。A が B に事前の要請もないのに利益を与えた場合、その結果として生じる関係としては、まず、約束者が *restitution* の法により法的義務を負う場合がありうる。この場合、後の約束が新たな責任を作り出すことはないものの、利益の価値が不明確であるときには、その約束は A の *restitution* の範囲に影響を与える。これに対して、約束者が無償で受益したのであつて道徳的義務すら生じていない場合には、後の約束は本質的に贈与約束であるから、その拘束力を認めるべきではない。困難な問題が生じるのは、これら以外の場合、例えば、B を救助するために A が損失を被つたというような場合で、B は A に対し補償をなす義務を道徳的には負っているものの法的義務は負っていないという場合である。この場合に *restitution* の法が責任を認めないのは、選択の機会があれば受益を承認して支払うことを約束者が拒んだかもしれないということを考慮すると、そのような利益のために責任を負うという事態から受益者を保護するのが望ましいためであり、また、利益の価値を測ることがこの種の事件の多くにおいて非常に困難であるためである。この点、その後 A が為した補償するという約束は、常に第一の困難を取り除き、また、通常は第二の困難を取り除く。「従つて、そのような約束は強制しうるものであるとすべきであり——あるいは、おそらく、より正確には、約束者に補償をなす責任を負わせるべきである」。Eisenberg は、このような約束の拘束力を全く否定する伝統的な立場には立たず、第二次契約法リステイトメント八六条が、受益を強調することで、伝統的な立場に背いて重要な修正を行っていることを評価し、次のように述べる。約束者が法的感覚 (legal sense) か

らして不当に利得しているならば、後の約束がなくても restitution の法が回復を許すのが通常なのであるから、法的感覚以外の何らかの感覚で約束者が不当に利得しているか否か、道徳を問題としなければならない。A がその命や財産を B に救われて約束をしたからといって、不当に利得したわけではないのだから、現実には道徳的感覚における不当利得の要件でさえあまりに狭すぎる。救助を必要としたり受けたりすることの何が不当なのだろうか。問題は、約束が為されたとき、過去の受益を理由に、約束者 A が B に補償を為す道徳的義務を負っていたといえるかというだけである。裁判所は、非良心性 (unconscionability) の問題と同様、覆い隠すことなく直接的にこの問題を決すべきなのである。そこで、Eisenberg は、具体的には、この場合の約束の拘束力が、受益から生じる道徳的義務に基づくものであることを理由に、被約束者の restitution は通常、(1) 約束額、又は、(2) 基礎にある義務や利益の価値、及び被約束者の費用に照らして妥当である補償よりも、低額に制限されるべきである<sup>(10)</sup>と考える。このように、Eisenberg は、約束額と利益等の価値の双方を基準として妥当な救済のあり方を探求している。八六条についての Eisenberg の見解は、過去の利得を償還せよという道徳的義務に責任の基礎を求めるものであり、そのような構成では restitution との関係は間接的であるといえる。利得を基礎とする道徳的義務にしろ、バーゲン (交換取引) や約束、合意以外のものを中心にして責任の範囲を論じる場合には、約束額を制限することが容易であることがわかる。

これに対して、約束に関する救済の範囲と拘束力の基礎との関連性に注目し、逆に救済額からさかのぼって拘束力の基礎を論じる見解がある。この見解は、判例は約束額での救済を認めているから、過去の利得やこれに基づく義務ではなく約束こそが重視されるべきであるというのである。これは、バーゲン契約でない約束について、純粹に約束そのものを尊重する学説といえる。即ち、八六条の責任は、過去に受益があり、かつ後の約束があつて初めて生じるものであるが、これらのうちいずれが主たる根拠となっているかを論じ、過去の受益と対立せしめられたところの

後の約束こそが拘束力の基礎であると考えるのである。この見解によれば、約束者は当該約束の基礎にある道徳的義務に服するのではなく、約束を請求の根拠とし、約束の内容に拘束されるのであり、また restitution 上の義務が存しない場合であっても約束は強制される。そこで、これを素直に考えれば、道徳的義務の事件においては、restitution ではなく約束が裁判所による救済の基礎として機能しているといえる。つまり、この場面で与えられている救済が履行利益 (expectation damage) であることから、八六条は約束を基礎としているといふべきである。<sup>(8)</sup> この見解は、裁判所が拘束力を認める額の大きさを重要な論拠としている。道徳的義務を基礎とする約束を裁判所が強制するとき機能する原則を発見する手がかりは、裁判所が許容する救済の程度にあるといつてよい。この点、第二次契約法リストイメントは、理論上、受益額を基準とするのを原則としつつも、In re Hatten's Estate 判決のように、約束額について強制された例を挙げている。また、裁判所は、リストイメントの説明と異なり、約束に相応する履行利益を認めることで一貫している。そこで、約束こそが重要なのであって、基礎にある道徳的義務は強制するほどに重要な約束であると確認するためのふるいとしてのみ意味があることが示されているとする。このことから、この見解は、裁判所は真剣で (serious) 熟慮された (well-considered) 約束を強制しており、軽率で (rash) 熟慮されていない (ill-considered) 約束を強制しないと主張する。道徳的義務の事例とされているものについては、このような見地から、約束の拘束力の有無を分析するべきであるというのである。例えば、前述した Mills v. Wyman 判決の約束が拘束力を持たず、Webb v. McGowin 判決の約束が拘束力を持つとされていることは次のように説明できる。即ち、二つの事例は、受益から約束までの考慮期間、及び、受益と損失の重大さ、約束者の一部履行の有無において差異があり、これらの点からして、Webb v. McGowin 判決の約束の方が熟慮の度合いがずっと高いと考えられるのである。<sup>(9)</sup> これは restitution 等の拘束力の基礎と切り離された約束に価値を置く見解であって、合意に契約を見る日本法の建前に親しむものであろう。しか

し、この見解は、手紙で為された支払約束の拘束力が否定された *Mills v. Wyman* 判決に対して肯定的であり、意思や合意があればよいとするものではない。重要なのは、受益者が熟慮の上約束をしているかということであり、この点、それまでの履行の状況まで含めた諸点が客観的に判断されているのが注目される。

以上のように、アメリカ法においては、救済のあり方は約束の拘束力の基礎の問題と関わりを有するものと考えられている。この点、必ずしも明確でない効果を持つ同条は、アメリカ法にとっても新しい原則を形成するものであるといわれている。Eisenberg によれば、約因に関するバーゲン理論の退潮と同様に、不履行により損害を被った者は履行利益の賠償を請求する権利を有するとの原則にも退潮が見られてきた。即ち、一定の類型の贈与約束の拘束力を認める現代の原則の発達がバーゲン理論の退潮を導く主要な要因であったのと同様に、第二次契約法リステイトメント八六条、九〇条に関わる原則が履行利益の原則の退潮を導く主要な要因となっているのである。このように、約束が強制される程度は、約束が強制される理由に依拠しているのである。<sup>(10)</sup>このように、バーゲン契約だけが拘束力を持ち、契約不履行の場合には履行利益について損害賠償請求権が生じるという古典的契約法を突き崩すのが、拘束力を与えられた贈与契約なのである。<sup>(11)</sup>アメリカ法において、契約の不履行による損害賠償が履行利益とされるのは、バーゲン契約の不履行の場合にはまさに履行利益の賠償が適切だったからに過ぎない。そして、これはいまや新しく不明確な原則、約束はそれが強制される理由により強制される程度が決まるという原則が採って変わっているのである。<sup>(12)</sup>このように、八六条の約束の効果として、必ずしも常に約束額について義務が生じるのではなく、*resitution* や道徳的義務の観点から、時には受益額等との関係で適切に制限されうるといふ扱いは、約束の拘束力の基礎を合意のみに求めないアメリカ法では、特別な理論を用いずに、比較的容易に許容されたようである。これに対し、合意があれば原則として拘束力ある契約を認め、契約違反の際の損害賠償額は履行利益とされている日本法においては、拘束力の基礎

について論じる余地はなく、責任の範囲を拘束力の基礎たる何物かから調整することはできない。そのような扱いをするためには、日本法では、特に何らかの理論を用いる必要がある。

## 第五節 小括

これまで見てきたように、第二次契約法リステイトメント八六条は *restitution* を基礎として約束の拘束力を認めている。このことから、拘束力の有無の判断にあたつては受益時の状況が問題とされ、その責任の範囲についても受益額に限られるのが原則である。*restitution* に約束の拘束力の根拠を見出す立場からすれば、利得の返還が為されることが本質なのであるから、当事者の意思による約束よりもむしろ過去の受益の方が重要なのである。以上で検討してきた、先行役務についての要請、先行役務の無償性、役務の価値と約束額との相当性は、第二次契約法リステイトメント八六条の条文やこれに関する体系書において言及されている諸要素であるが、これらはいずれも受益に関する事情であるといえる。同条は、約束の拘束力を規定するものでありながら、約束に先立つ受益時の事情ないし状況に配慮しているのである。これらはいずれも *restitution* の場面の問題とされている点と関連するのであつて、ここでは *restitution* に関わる問題点が検討されているということが出来る。但し、これまで見てきたところによれば、これらの諸問題は、受益について要請、間違い、緊急性が存するか否か、また、そこで与えられる利益の性質や明確さによつて左右され、柔軟に決せられている。事前の要請にしても、緊急事態で役務があつた場合等、利益を押し付けられ約束させられる危険というのがあまり問題とならない場面では必ずしも必要とされていない。また、過去の利益の供与が贈与でないことの認識が必要とされているが、必ずしも常に無償でなかつたことの積極的な証明が要求されるので

はなく、緊急時に役務が為された事例では、無償であることが約束者によって立証された場合に拘束力が認められないというにすぎないとされる。緊急事態の事例では、最初の受益が贈与として完結していて、二つの贈与があると見られるべきことが積極的に示されない限り、受益を含めて後の約束を評価しようというのである。そこで、この受益と約束の関係であるが、バーゲンのある契約においてはその内容が当事者の自由であるのに対して、現在の交換のないこの約束では受益額と約束額との均衡に一定の配慮が為されている。この点も、受益がどのような形で為されるかによる。金銭の授受があつた場合には受益の存在が明らかであつて約束の拘束力が認められ易い反面、救済の範囲はその金額に限定されてようが、役務により受益した場合、その価値はより不明確なものになるため、約束額が重視される。契約の成立については合意時の事情のみが考慮され、その効果が合意内容の実現にあるとの考えからすれば、これらのことを正面から認めるのは難しい。

このように、過去の受益が後の約束において評価されることにより、贈与約束と見うるものが法的強制に親しむものとされるのであるが、その根底にある理由とは何であろうか。というのも、この種の約束については、第二章でみたように、アメリカ法では交換的取引理論が採られているが、判例法上「実質的利益のルール」という準則があり、過去の受益を基礎に道徳的義務が導き出され、例外的にこの種の約束の拘束力が認められる場合がある。これに対し、第二次契約法リステイトメントは、過去の利益について、約束を支持する道徳的義務を認めるのではなく、*restitution*の法理を見出し、約束は基本的に補助的な役割を果たすのみと考えている。このように、約束に先立つ過去の受益は異なる観点から評価されるのであり、複数の理論が用いられうる。形式的にいえば、アメリカ法においては、法的拘束力を有する契約であるためには、バーゲン、信頼といった、単なる約束以上のものが必要なのであつて、そのために論じられる問題である。それでは、バーゲンのない単なる約束、特に保護されるべき被約束者の信頼があるわけ

でない（第二次契約法リステイメント九〇条により拘束力を与えられない）ならば、贈与約束として本来強制されないところ、過去に受益があることが約束の評価にどのような実質的な違いをもたらし、道徳的義務や restitution（あるいは熟慮）によってその法的拘束力を認めさせるのだろうか。

そもそも、アメリカ契約法は、主として約因の有無のみを問題とし、贈与約束というカテゴリーやこれに関する特別なルールをもたなかったたのであり、贈与約束は法的強制を考える必要のない、社会経済にとって不毛なものであつて、それは即ち利他的な約束である、とされてきた。しかし、第二次契約法リステイメント八六条の約束については、特殊な「贈与」と性格づけつつ拘束力を認める見解が存在する。<sup>(10)</sup>そこで、この領域においては、アメリカ法においても、贈与約束とされるものの類型やその外延に関して何らかの議論がなされていると考えられる。この点、Henderson は、次のように述べている。アメリカ法においては、約因のない約束は不毛な贈与約束であるとされ拘束力が与えられないという構造から、このような約束すべてが利己性（self-interest）を欠くものであると見られる傾向にあり、このため、バーゲンのない行為とは無償でありかつ他人を利得させる意図を動機とするものであるという見方が確立している。<sup>(11)</sup>そして、贈与とバーゲンとの関係性をこのように考えることから、第二次契約法リステイメント八六条が規定する約束の拘束力を否定することが導かれる、というのならば、そのような贈与の理論がとくに限界に來ていることは明白であるという。即ち、何世紀も前から、交換と贈与の社会的効用には決定的な差異があるので、契約自由の制限というコストを払つても、その扱いに差異を設けるべきであるとされてきた。贈与という不毛の取引を区別し排除する働きに適しているという理由から、約因理論が発達してきたのであつて、このような約因の実質的根拠は、贈与が利他的動機から為されるものであることを前提としているが、<sup>(12)</sup>しかし、そもそも利他的な贈与という概念は、このような便宜からは正当化されるとしても、<sup>(13)</sup>現実を直視するものではない。それは、社会的、経済的な日常生活の

現実とは合致しないのである。事例を見れば、世の中はバーゲンの外側においても利己主義者で満ちており、利他主義からではなく、相互性 (reciprocity) の引力に反応している義務者 (obligors) ばかりなのである。<sup>(16)</sup>そこで、社会的、経済的に見れば、贈与の動機は、交換との境界線上にあるといえる。そして、それら動機の異なる約束、つまり、慈善 (benevolence) と無関係で相互性を動機とする報償としての約束と、明らかに感情を基礎とした約束とは、識別可能であるという。すでに利益を手にした当事者がその補償をするという複雑でない事実を基礎に、義務 (obligation) によりなされた約束なのかそうでないのか、いずれかの結論を導き出すことは可能なのである。<sup>(17)</sup>そこで、Henderson は、報償の約束の拘束力を認めることを肯定する。

ところで、このことは、約束の動機によって約束の法的な取扱いを変えるということを意味する。この点につき、Henderson は、そもそも動機の要素とはバーゲン理論においては常に重要視されてきたものであるとし、特に問題視しないようである。そして、第二次契約法リステイトメント八六条の約束は、現在の誘因なしに為されるものであるが、要請がなかったとしても、過去の受益により引き起こされるものである。<sup>(18)</sup>そのような過去の事実を反映させてその後の契約に関する判断を為すことについては、「連続して起こった後の約束を、それを支持する一連の出来事から切り離す必要があるとする説得的な理由はない」のであり、過去の出来事に直接的に向けられた約束は、単独で存在するものであったとしても、約因以外の手法により確かに強制されている。約因とはいえなくても、これらの出来事は、約束が贈与ではないかという推定を妨げるというふうに、少なくとも責任を課すにあたっての障害を取り除くという限定的な目的のためには、法的に機能すると見るべきである。<sup>(19)</sup>このように、約因でなく restitution がそれ自体で独立に、又は補助的理論として、約束の拘束力の実質的基礎を構成することが確立しており、この利得の要素と、約束者が自らの約束によって道德的義務を感じていることを自白したという要素が合わさったことで、拘束力の根拠が高められ



ることは否定しがたいというのである。<sup>(11)</sup> 約因、即ち、現在の交換を欠く約束においては、取引の真摯さ (seriousness) という点で約束者の意図 (deliberation) が不十分であること、つまり、考慮不足の契約が為されることが懸念されるところ、この点について、一方当事者の「履行」が他方当事者に利得を生じさせた後、その反応として他方の約束がなされるという、普通の順序による物事の展開が、現在の交換や方式と同様の安全弁となると考えられるのである。<sup>(12)</sup>

以上のような Henderson の見解は、贈与を不毛なものとして否定的に捉えることを前提に、過去の利得という背後事情が「安全弁」として約因と同様の機能を果たすとして、約因ある契約との連続性を指摘することによって、受益に対する約束の拘束力を例外的に正当化する立場であり、約因理論の側から見た見解であるといえる。実際、Henderson は、この種の約束は、バーゲン契約全体の基礎を成すものとして必要不可欠な交換 (exchange) と関連するとしている。<sup>(13)</sup> また、Gordley も、この種の契約を無償の約束と異なる「交換の約束 (promises to exchange)」と位置づけている。Gordley は、あらかじめの合意はないものの贈与の意図があるわけでもなく、ともかくも被約束者の費用で利益が与えられた場合には、不注意 (inadvertence) であつたか、時間が迫っていたために、約束者の合意をあらかじめ得なかつたのであつて、後の約束があれば請求の障害は取り除かれると考えるべきであるとする。<sup>(14)</sup> このように、過去の受益を視野に入れば、後の約束は不毛な贈与というより交換という結果をもたらすものと捉えうるものであり、このことからこの種の約束の拘束力を認めることができるのである。

これに対して、独立の類型としての贈与約束というものの性格を主たる考察対象とし、これとの比較において同条の約束を論じる立場もある。アイゼンバーグは、やはり贈与を利他的な性格のものに限定するのであり、この点ではこれまで述べてきた見解と同様であるが、これを強制可能なバーゲンでないことから来る否定的な性格とはせず、贈与約束があえて拘束力のないものとされることに肯定的、積極的な意義を見出す点で注目される。即ち、アイゼンバー

グは、贈与するとの約束が拘束力を持たないとされていることを「贈与約束の原則 (donative-promise principle)」と、第二次契約法リステイメント八六条の約束の場合にはこの原則が妥当しないために、例外的に拘束力が認められると説明するのである。アイゼンバークによれば、個人的な考えに動かされない「契約の世界 (the world of contract)」とは異なり、「贈与の世界 (the world of gift)」は、愛、親愛の情、友情、感謝といった感情的な考えによって動かされる。これらのうち、前者のみが非人格的な国家機関による強制になじむのであり、後者の世界がそのような「契約の世界」に組み込まれてしまつては豊かさを失つてしまう。そこで、両者は法的に異なる扱いを受けるべきであり、感情にのみ基づく贈与約束には法的拘束力を与えるべきではないというのである。<sup>(15)</sup> 具体的には、贈与約束においては次のことが言える。①愛というような感情に基づいてなされた贈与約束が法的義務を発生させるとした場合、その履行もまた、約束と同様に、そのような感情故になされたのか、それとも、その履行は法的義務を免れ訴訟を避けるためになされたのか、約束者の動機が混乱したものになるため、心貧しいものになってしまう。贈与約束が拘束力を持たないのは、それが感情的価値においてはむしろ取引たる約束より重要だからであり、法によって強制してはその価値が侵食されてしまうからなのである。また、②「契約の世界」と異なり、「贈与の世界」においては、贈与約束をした者が約束を破るのは悪いことかも知れないが、被約束者がその履行を迫るのも同様に悪いことであり、被約束者には後悔している贈与者を解放する道徳的な義務がある。<sup>(16)</sup> 以上のようなただ親愛の情に基づく贈与に対して、第二次契約法リステイメント八六条の約束は報償の約束であり、①愛情を動機とすることからくる高い価値も有しないし、②贈与者の後悔を認めるべき受贈者の道徳的な義務も存しないので、これには「贈与約束の原則」の根拠はいずれも妥当しないのである。<sup>(17)</sup>

以上のように、交換に近いという点からも、本来の贈与約束と異なるという点からも、この種の約束の拘束力の正

当性を論じることは可能である。いずれにせよ、報償の約束はその性格上、相互性ある行為の一環であって交換と関連し、あるいは感情的価値の高い利他的行動ではないことから、その法的強制が認められているのである。この約束の性格からその拘束力の強さを導く、このような考えは日本法にとってより参照し易いものであろう。実際上も、同条の約束の拘束力の基礎が *restitution* にあるとされているからといって、この受益をめぐる要素のみにより後の約束の拘束力が決せられているわけではない。そこでは、受益に関わる問題点のほか、約束に関わる点も問題とされている。同条のコメントを見れば、約束の方式や一部履行、約束に対する被約束者の信頼や信頼の蓋然性が約束の拘束力を左右するものとして挙げられているのである。<sup>(18)</sup> これらの要素も、約束を強制することにより利益の「押し付け」の結果が生じないことを担保するものと位置付けられているのであって、「押し付け」の危険を最大の問題とする *restitution* に関わるものとされているが、押し付けが疑われる被約束者の信頼を挙げる以上は押し付けの問題と捉えるべきか疑問が残る。また、利得と約束の価値の差が大きい場合について、不当な圧力から為された約束は法的に強制されないともいわれるのであって、約束に関わる問題と捉えることもできる。また、過去の利得よりむしろ約束が熟慮によるものであるか否かを拘束力の有無の基準とする見解もある。いずれにせよ、広く過去の受益や約束に関わる状況、及び約束の一部履行がなされているか否かに至るまで包括的に評価すべきことが明確に認められており、約束の強制が正義の要求に合致するか否かという判断の基礎を、これらが一体となって形成しているのである。注目すべきは、このように過去の受益時から約束後の経過までが問題とされており、合意が存在したか、どのような内容の合意がなされたかという点に判断の対象が一元化されていないことである。これは何の限定も設けずに契約の実態を捉えようとするものであり、バーゲンという確固たる基礎を持たない約束に拘束力を与えることの難しさを示しているといえよう。

日本法における贈与契約とは、一方的な給付のみが約束される点で、アメリカ法で言う約因のない一つの「約束」と同じ構造を有するといえることができる。そして、この約束が受益を理由として為されたとしても、約束の内容としては、利他的な贈与約束となら変わりが無い。しかし、利他的な贈与に法的拘束力を認めないために、主として約束前の受益を基礎に、特殊な贈与約束としてその拘束力を肯定するのである。そして、そのような判断にあたっては、受益から約束後までの諸要素をできる限り客観的にみていくことが試みられているように思われる。<sup>(12)</sup>

## 【注】

- (1) 現行の連邦改正破産法五二四条は免責債務を承認する拘束力ある合意を債務者ができる場合について多くの要件を設け、これを厳しく制限している (11 U.S.C. § 524)。ところで、連邦は国に共通の破産法を定めることができるのであり、アメリカではこの連邦法によることになる (木下毅・伊藤正巳『新版アメリカ法入門』一一八頁 (日本評論社、一九八四))。
- (2) Restatement of the law Second, Contracts (以下、Restatement (2d) of Contracts とする) § 86 illustration 7, 12 (1979)。
- (3) 訳については、松本恒雄「第二次契約法リステイメント試訳(二)」民商法雑誌九四巻五号 一一九、一二〇頁 (一九八六)、樋口範雄『アメリカ契約法』一〇〇頁 (弘文堂、一九九四) を参照した。
- (4) Farnsworth, Contracts, § 2.8 at 61 (4<sup>th</sup> ed. 2004)。
- (5) 拘束力が認められる「約因を欠く契約」が八二条から九四条に列挙されているが、これらの規定は、約因の要件を定めたリステイメント第四章第一節 (七一条以下) の原則に対する例外として、第二節「約因を欠く契約」のもとに置かれている。(Restatement (2d) of Contracts, Topic 2 Introductory Note, at 207)。
- (6) Thel & Yorio, The Promissory Basis of Past Consideration, 78 Va. L. Rev. 1045: 1075, 1076 (1992)。マンスフィールドの「道徳的義務の法理」が適用された事案は、約束者が被約束者から利益を受領したというものであったという (木下毅『英米契約法の理論 (第二版)』一二三頁 (東京大学出版会、一九八五))。

- (7) Henderson, Promises Grounded in the Past: The Idea of Unjust Enrichment and the Law of Contracts, 57 Va. L. Rev. 1115, 1116 (1971).
- (8) Restatement (2d) of Contracts § 86 cmt a.
- (9) Restatement (2d) of Contracts, Topic 2 Introductory Note, at 207. 交換的取引理論は単純であり、現実を反映したものではないとして、契約法は、そのような窮屈な制約を超えて、約束上の義務の付加的な原則として信頼と不当利得を包摂しているのである。これらはしばしば部分的に重複するが、外形上は関連しないのであって、「バーゲン、不利益的信頼 (detrimental reliance)」、不当利得といった原則は、すべて法的に強制しうる約束であるという特徴を与えるものである」とは、いえ、このような責任の拡大にもかかわらず、「無償の」贈与約束は法的に強制され得ないままである (Goetz & Scott, Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract, 89 Yale L. J. 1261, 1263 (1980))。
- (10) Restatement (2d) of Contracts § 86 cmt b. 4d. The American Law Institute, Proceedings at the 42<sup>nd</sup> Annual Meeting, at 273, 274 (1965) 参照。木下教授によれば、ギルモア、アッティアなどの現代の英米における有力説として、法的債権債務関係は、社会的 (公益的) 目標、社会 (公益) の判断規準により、社会が課すものであり、社会が契約当事者の合意を中立的に是認するというものではないとするものがある。これは、「契約上の債権債務関係というものを、お互いに種々の関係に入ってきた契約当事者間に正義をもたらし、契約当事者を通じて社会的政策を課す方法と観念している」ため、契約法の基礎は一般的には「利得」「信頼」にあるとされ、前者は不当利得的な原状回復に基礎を置く等価理論を基礎としている。但し、契約責任の基礎としての等価理論においても、何が等価を構成するかについては当事者の主観的判断によって決定せざるを得ないのであり、独自の意義を有するかは疑問であるが、当事者の意思とは独立に機能する公正さの法理である点で共通している (木下・前掲 (注6) 一七六、一七七頁)。
- (11) Henderson, supra note 7, at 1125.
- (12) Id. at 1169.
- (13) Restatement (2d) of Contracts § 86 cmt a.

- (4) Williston, A TREATISE ON THE LAW OF CONTRACTS vol.4, § 8.12 at 245, 246, 248, 250, 251 (1992). Williston は、実際に第一次契約法リステイトメントの起草者でもあり、第一次契約法リステイトメントの採る立場はこのような見解と親和性を有するものであるという。第一次契約法リステイトメントは一九条で明示の合意と約因とを必要とするという一般原則を採り、八六条から九〇条に制限列挙された例外を八五条で認めている。この例外とは、出訴制限法により拘束力を否定された支払約束等に限定されたものである (Restatement of the Law of Contracts (1932))。
- (15) 被約束者により贈与でない実質的利益が与えられた後に為された約束は強制されうるが、不当利得 (unjust enrichment) の原則は典型的にはこのような「過去の約因」の約束を強制するために用いられている (Goetz & Scott, supra note 9, at 1261, 1262 (1980))。
- (16) Eisenberg, The World of Contract and the World of Gift, 85 Cal. L. Rev. 821: 823, 866 (1997). 以下に「Gordley は、確かに救命されることの利得は不当ではなからであり、「不正義はむしろ等価性 (equality) の原則に違反していることにあるように見える」と述べている (Gordley, Enforcing promises, 83 Cal. L. Rev. 547: 598 (2000))
- (17) 木下教授は、法的義務が先行して存する場合を除く先行役務の事例を、「事務管理的行為に對してなされた事後的約束の場合」として論じられ (木下・前掲 (注 6) 二二二頁)、事務管理の制度を大陸法におけるほど一般的には認めようとしなない英米法において、事務管理の基礎にある考え方が場所を得るとすれば、原状回復法であろうとされている (木下毅「英米法における関係理論 (三)」法学協会雑誌九二巻二四九、二五二頁参照)。
- (18) 松坂佐一「英米法における不当利得」三七頁 (有斐閣、一九七六)。「これらの原則が適用される関係とは、例えば、錯誤により再び債務を弁済し、威圧によって他人に利益を与え、緊急の場合に他人を援助し、または他人が不法に動産を奪って、これを自分自身の利益のために使用する場合の如きである」。「準契約は金銭の支払を確保するためのコン・ロー上の訴訟に限られるが、restitution はかような訴訟ばかりでなく、また同様の衡平法上の救済方法 (equitable remedies) をも含んでいる」という。このように、準契約は、当事者が合意し、強制される取引に基づく真の意味での契約はないが、与えられる救済が契約違反があった場合に認められる救済に似ている様々な場面について言われるもの

である。間違つて利益を与えた場面や緊急時の救助の場面にも認められる (G. D. シューバー、C. D. ローワー著・内藤加代子訳『アメリカ契約法』九九、一〇〇頁 (木鐸社、一九九二))。準契約は契約ではないため、当事者の意思や合意とは関係なく、正義のため法により課される義務であつて、その保有が不公平であるような利得を要素として認められるものである。とはいえ、受益者による事前の約束なしに利益が与えられた場合に普通準契約が認められる、というわけではない。準契約が認められるのは、間違ひから利益の供与が為されるのを防ぐのに最適な立場に受益者がいる場合である (Scott & Kraus, *Contract Law and Theory*, at 9, 10, 11 (4<sup>th</sup> ed. 2007))。

(19) Restatement (2d) of Contracts § 71 cmt. b.

(20) Corbin, *Corbin on Contracts*, § 9.24 at 313, 314 (revised ed. 1996). 救済額と約束との関係については、後に述べるように、受益について要請があつた場合を想定すればこの要請に、受益に対して合理的な補償を支払うという黙示の約束を見ることができるのであつて、このため法的拘束力を持つ義務の内容は、これと重なる後の明示の約束による。役務をなすために支払つた額というものがいえない場合には、被告の定めた受益後の約束額が正当に合理的な価値の証拠とされてよい。合理的価値を越えているとの証明があれば、その約束は強制され得ないであろうが、役務の価値と約束額との相当性を決しようという努力がなされないことはしばしばである。そこで、約束の内容は軽視し得るものではないが、第二次契約法リステイメント八六条を参照すれば、額の不当性が問題とされているものの、「このリステイメントは約束自体の厳密な強制と対立するものとしての原状回復利益を支持するようである」。これらの点については後述する。

(21) *Id.* at 311.

(22) 第一次契約法リステイメントにはない、新しい条項である同条を制定するについては、次のような趣旨が述べられている。若干の州で、第一次リステイメントの条項が列挙しているもの以外の約束が、約因に支持されていなくてもかかわらず過去の状況ゆえに拘束力を有するという、削除済みのコメントが存在しているのであり、これは暴利の取引を扱う例を引いていた。そこでの準則についてももう少し明確に述べるために何かできるならば、これらの事例を捨て去つ

- てしまうのは、かなり「申し分のないやり方とはいえないもの (unsatisfactory way)」であるように思われるから、過去の約因が支持されてきた事例を取り上げるといっているのである (Proceedings, 42<sup>nd</sup> Annual Meeting, at 273)。第二次契約法リステイトメントは第一次契約法リステイトメントの立場をそのまま維持し、約因をバーゲンと関連する形で規定しているために、約因なしで拘束力を有する約束を認める必要が出てくる。同条も、拘束力ある約束に新しい範疇を設けるものの一つである (Braucher, Freedom of Contract and the Second Restatement, 78 The Yale L.J., 598: 604)。
- (23) Proceedings, 42<sup>nd</sup> Annual Meeting, at 273, 274.
- (24) Id. at 273. 原則とは、いわゆる rule (準則) よりも一段高い抽象レベルにある一般原則であり、判決を出すために直接結論を引き出せるような明確な内容の法源が存在しないときに、裁判所が制定法や判例法などの法源の解釈をするに当たり、又は、新しい問題として法形成する際に、推論の根拠とされることはあるが、それ自体裁判規範としての法的拘束力を持つとは認められていないものである (田中英夫『英米法辞典』(東京大学出版会、一九九二)六六三頁)。
- (25) Henderson, *supra* note 7, at 1184.
- (26) Restatement (2d) of Contracts § 86 cmt b.
- (27) この点、賢い起草者は、不安定な発達の途上にある有名な論点を扱うに際して、慎重にあいまいさの中に退いているといふ (Glinore, The Death of Contract, 76 (1974))。同条は判例法上の一様でない発達をきちんと捉えたもので、新しい条文をためらい警戒する文脈は疑いなくレポーターとアドバイザーが確信を持つていないことの反映である (Glinore, 74)。
- (28) Restatement (2d) of Contracts § 86 cmt b. これによれば、虚偽の請求、請求権の失効、判決確定後の請求等を防ぐために作られたルールにより、*restitution* は否定される。しかし、*restitution* を為すという後の約束があるならば、多くの事例では、この約束が救済の否定のための支配的な理由づけと不当利得に対抗する政策を取り除くとされている。後の約束を強制することとは、時に、準契約上の救済の限界に関する難問を決することを不要とするというのである。このような同条の原則 (principle) は、出訴制限法により強制し得なくなった債務に関する約束等第二次契約法リステイ



トメント 82 条から 85 条までの事例の多くをカバーする、より広いものである。

- (29) *Proceedings, 42<sup>nd</sup> Annual Meeting, at 273, 274.* 起草者はこのように述べて、同条の一般的な性格を指摘し、同条の「不正義」「不当利得」「贈与」といった語は不明確なものであることを認めている。

- (30) *Id. at 273, 274.*

- (31) *Id. at 273.* また、*Braucher* はその論文の中で、同条は感謝や感情的な道徳的義務の事例と準契約や不当利得のボーダーライン上の事例との間に線引きをしようとするものである、としている（*Braucher, supra note 22, at 605*）。約束は、その役務や出費が望まれていたこと、及び、報酬や償還に値すると思われること、この承認（*admission*）として働くのであり、争い得ない証拠により約束さえ証明されていれば、他者への干渉を防ぐという、準契約の厳しいルールを唯一正当化する不明瞭な問題点が除去されるといえる（*Havighurst, Consideration, Ethics and Administration, 42 Colum. L. Rev. 1: 18 (1942)*）。

- (32) *Farnsworth, supra note 4, § 2.8 at 63.* これら過去の受益に着目する見解は、過去にバーゲンのない場面に関するものであるが、*Williston* 等の伝統的な見解に比較的近しいものといえるという分析もされている。即ち、*Thiel & Yorio, supra note 6, at 1069* は、*resitution* の支持者と *Williston* の見解とに、責任の基礎として約束というものを認めないという共通点を見出す。これらはむしろ、裁判所は過去に起こったなにことを重視するのであり、後の約束はそれに基づく *restitution* の法的障害を克服するのに役立つに過ぎないとしているからである。

- (33) *Farnsworth, Id. at 63.* 道徳的義務の事例が市場の生活に対してわずかな衝撃しか与えないことからすれば、八六条の抱える不安定性は市場の関心を引くものではない。

- (34) *Henderson* は次のように述べている。同条の核心にある考えが正しい発展の方向をさすものと解されるならば、約束の強制を通じて「不正義を防ぐ」裁判所の権能を形成していくは不当利得（*unjust enrichment*）の概念であり、交換という伝統的な考えではないことになる。第二次契約法リステイトメントは、利得の要素を取り上げることにより、責任を制限する歴史的な動きが特徴的な領域において、責任の拡大を要求しているように見える（*Henderson, supra note 7, at*

1119)。

(35) 第二次契約法リスティメントが全く新たに登場した同条の拘束力の拘束力を認めるという判断は、約束の拘束力の基礎を過去の約因や道徳的義務に求める判例や立法に関して、そのようなものが拘束力の基礎として不十分であるとの多数説を拒否して少数説に立つものであるため、同条は九〇条と同じく実務上の重要性というよりも理論上の関心を引いている (Bracher, supra note 31, at 604, 605)。

(36) Restatement (2d) of Contracts § 86 Illustration 4.

(37) Restatement (2d) of Contracts § 86 cmt. c.

(38) Henderson, supra note 7, at 1154, 1155.

(39) Id. at 1165, 1166. 本論文は英米法の restitution について考察するものではないが、コモン・ローは、人命救助を含む要請されない受益一般について、後の支払約束がない場合には restitution を認めない。その理由は以下のとおりである。①受益者は受益を望んでいなかったかもしれないのだから、その承諾なしに責任を負わせるのは不当である。②役務者が贈与するつもりならば不当利得は存しない。③仮に受益者が受益を望んでいたとしても、受益者が不当利得したといえるのは受益の主観的価値の程度であり、裁判所は個人的な判断による価値を判断できない。しかし、救命行為については、その社会的価値を反映して、債務法の理論、即ち、不法行為法、不当利得法、契約法の分野で、救助者の請求を認める方向で例外が発達していった (Ross, Restitutionary Recovery for Rescuers of Human life, 74 Cal. L. Rev. 85: 90 (1986))。この点、Dawson は、事務管理に関する論文において、その行為が最初から要請されていなかった、又は後に承認されなかったというだけの理由で、有益であると証明された自発的な援助があらゆる形態の補償を否定されるならば、それは人間の本質にある強い衝動の否定であり、価値ある資源の重大な無駄であるという考えを明らかにしている (Dawson, Negotium Gestio: the Altruistic Intermeddler, 74 Harv. L. Rev. 1073: 1127 (1961))。

(40) 契約法においても、伝統的には約因のない約束は拘束力を持たないとされているにもかかわらず、救助後の被救助者の約束の拘束力を認めることで、人命救助の促進を図っていることが指摘されている (Ross, Id. at 94)。Webb v.

McGowin 判決の事例を restitution の法理から見れば、①合意が救助が望まれているということを示すものであること、②支払の合意や救助者の承諾が、原告に請求する意図があったことを示していること、③被救助者が役務の最低価値を設定していること、により、前掲（注 39）に挙げた諸問題を克服したケースと考えることができ、そうなれば restitution の法に関する伝統的理論と整合性あるものとすることもできる（Ross, *Id.* at 96）。前述のとおり、Bracher が第二次リステイトメント八六条の制定過程の議論で、同条により「準契約のボーダーライン上の事例」とされるものが救済されるのであるが、その理由が、約束の存在が準契約による救済を妨げている障害を解消させることにあると述べているのは（*Proceedings*, 42<sup>nd</sup> Annual Meeting, at 274）<sup>1</sup> のことを示すものといえる。Webb v. McGowin 判決のような事案の場合にすら、約束なしに restitution の法理により救済を受けようとしたならば、Webb は本当に被救助者の負傷を防いだのか、その負傷とは何なのか、利益を与えるにあたつて差し出がましい行為をしていないか、無償性の推定は覆されるか等、数々の問題に突き当たるのである（Thel & Yorio, *supra* note 6, at 1070, 1071 参照）。

(41) Murray, *Murray on Contracts*, § 67 (4<sup>th</sup> ed. 2001).

(42) Henderson, *Id.* at 1165. この意味での「履行 (performance)」は、交換的取引理論を定める七一条におけると同様であつて、日本法で用いられる意味よりも広いものであると考えられる（木下・前掲（注 38）一七四頁）。七一条でいう「履行」とは、約束の申込者によって期待された事柄を実現することを指す。これに対して、日本法においては債務ないし契約の履行を意味するのであり、この用語の範囲が異なることから、注意が必要である（北川善太郎「日米比較契約法の一アプローチ」法学論叢八七巻二号一〇頁（1970））。

(43) *Id.* at 1165.

(44) 「履行」については、前掲（注 42）参照。

(45) Henderson, *supra* note 7 at 1168. Restatement of the law of restitution § 1 (1937) は、他人の費用において不当に利得した者はその他人に対し restitution をなさなければならぬとしている。また、同条のコメントは、債務もないのに故意に利益を与えた場合でも「贈与をなしたり任意に支払をした場合でも、restitution の権利を得る」とはならないとしている（*cm.* c.）。

- (46) Henderson, *Id.* at 1167, 1168, 1169.
- (47) Corbin, *supra* note 20, § 9.24 at 315. 同居の家族間以外にも様々な例がありうるものであり、その場合には約束者の要請で与えられたという事実によって約束が拘束力を持つとはいえないであろうとする。これは役務の無償性に関わる問題であり、この点については後述する。
- (48) *Webb v. McGowin* 判決や *Mills v. Wymann* 判決は一般的な事例ではないのであって、通常の事例は次のようなものである。役務を購入しようとして探している者が、自分の求める役務に対して提示した額を役務提供者に支払うという申込、即ちそれは約束なのだが、これをなす。この支払をなすという申込は、然るべき熟慮の後に為され、履行又は履行をなすという約束の形で約因を誘い、いったんこの約因が被約束者によって提供されたら、そこには「契約」があるのであり、約束者はこれに拘束される (Chirulstein, *Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts*, Chapter 2.D, 32. 履行の意義については、注 42)。現代では、要請された役務を為した者に対して、役務が無償でない限り、その合理的な価値について支払をする責任があるのは明白であるが、この場合に額を定める後の約束に約因があると見る見解もあるという (Calamari & Perillo, *The Law of Contracts*, § 5.4 at 250 (3<sup>rd</sup> ed. 1987))。
- (49) Corbin, *supra* note 20, § 9.24 at 312.
- (50) Corbin, *Id.* at 311, 312.
- (51) Corbin, *Id.* at 312, 313. 現代の裁判所の多数派は単なる道徳的義務を拒否しているが、約束者に実質的利益が与えられたことを証明した原告はより勝訴の可能性が高いという。
- (52) Williston, *supra* note 14, § 8.12. 限定的な状況の下で準契約のルールが働く場合を除いて、通常の事例では要請されない利益の受領は法的な義務を作り出すことはないのであり、判決の多数派は後の約束の拘束力を認めないであろう。しかし、判決の少数派は、道徳的義務の概念を受け容れ、「約束的不当利得」の理論を受け入れているのである。この「約束的不当利得」という語は、Henderson が作り出したものであるようである (Calamari & Perillo, *supra* note 48, § 5.4 at 254 n.34)。

- (53) 「履行 (performance)」の意義については、前掲（注42）参照。
- (54) Corbin, *supra* note 20, § 9.25 at 316, 317.
- (55) Corbin, *Id.* at 316.
- (56) Williston, *supra* note 14, § 8.12 at 260, 261.「第二次リステイトメントはいくらかの安定性を犠牲にし、法により強制する約束の仲間を拡大する方向に動くが、それにもかかわらず、それは多くは先行する判例法と調和し、反映するものである。そこで、同棲を止めるという理由で女性に支払をする約束は拘束力がないと判示されてきたし、以前与えられた食事や扶養を理由に貧しい親戚に支払をする約束もそうであり、この場合約束者は道徳的な扶養義務は負うが法的な義務は負っていないのである」。
- (57) Corbin, *supra* note 20, § 9.25.「このようなものとして、Corbinは、無権代理を追認する約束が拘束力を有することを挙げ、この場合、代理行為が完了していたら、交換は存し得ないが、本人の追認の約束は拘束力を持つのである（§ 9.25, at 321）。
- (58) Restatement (2d) of Contracts § 86 cmt d.
- (59) Murray, *supra* note 41, § 67 at 335. 註た、前掲（注18）参照。
- (60) Henderson, *supra* note 7, at 1176.
- (61) Corbin, *supra* note 20, § 9.25 at 319.
- (62) Murray, *supra* note 41, § 67 at 335. 註た、Willistonは、少なくとも最初から贈与を為す明白な意図 (apparent intention) がないなら間違えて支払われた金員を払い戻すという後の約束を強制することは非常に正当であるという (Williston, *supra* note 14, § 8.11 at 236)。
- (63) Corbin, *supra* note 20, § 9.24 at 313.「少なくとも、若干の事例では要請が役務そのものと同様に不可欠である。それは特に、役務が金銭的な利益でないときである。要請がないことは、後の支払約束の拘束力を否定する理由となる。原告は被告である約束者に実質的利益が与えられたことを証明した場合には勝つ可能性がより高い」。これを見る限り、実質的利

益の確かさと要請の必要性は相関的に評価されるように見える。

- (64) ビジネス上の要請がなされた場合には、約束の拘束力がよく認められ、要請が好意による場合とは区別されるという (Sharp, *Pacta Sunt Servanda*, 41 Colum. L. Rev. 783: 789)。要請が為られたときの状況により後の約束の拘束力に与える影響も異なるであろう。

- (65) *Restatement (2d) of Contracts* § 86 cmt. d.

- (66) 無償性の推定の最もよく知られた例は、親戚に役務を与えるというものである。この文脈では、無償性の推定は、役務の要請があるということから通常引き出される支払約束の存在の推定に対する反証となるに足るだけの強さをもち得るであろう。(Henderson, *supra* note 7, at 1156 n.168)。

- (67) 履行の意義については、前掲(注42)参照

- (68) Corbin, *supra* note 20, § 9.25 at 318. また、反対に、前述のとおり、要請なしに与えられた利益については、それを無償で為す意思がなかったとしても、救済が与えられないとするのが多数派である (Williston, *supra* note 14, § 8:12 at 256, 257)。

- (69) Williston, *supra* note 14, § 8:11 at 231-233.

- (70) Webb v. McGowin 判決のような緊急事態下での救助の事例のように、要請されない利益の授与がさしでがましいとはされず、正当化され、奨励される場合でさえ、*restitution* の法による救済はしばしばプロの救助者でない者については拒否された。それは役務が無償で与えられたとみられていたからである。古い事例では、無償性の推定は決定的であった (Henderson, *supra* note 7, at 1156 n.167)。*Restatement of the law of restitution* § 116 (1937) は、他人に認識されたり合意されたりしないにもかかわらずその生命や健康を守った者の *restitution* の権利を規定しているが、同条 a 項により、それはさしでがましい行為でないこと (the acted unofficiously) 及び、それについての費用の請求を為す意図であったこと (with intent to charge therefor) が要件とされている。誰に対しても請求する意図がない者には適用がないのであり、完全に慈悲 (humanity) の動機から行為する者には *restitution* の権利は与えられないところ、職業上その行為をしたという事実

請求を為す意図の証拠となる。この点、プロでない者が比較的小さな役務を行った場合、このような証拠がない限り、通常、役務に対して請求を為す意図はないと考えられているとされる (§ 116 *cmt a*, § 114 *cmt c*)。

(71) Corbin, *supra* note 20, § 9.24 at 310.

(72) 古典的契約理論によれば、良きサマリヤ人を演じる人々は、「差し出がましい干渉者」——エキイティーでさえ救済しようとしないうるボランティアなのである。契約上の義務の完全な履行をしなかった者は、彼らがしてきたことに対して何ら *resitution* をしない権利がある (Gimnor, *The Death of Contract*, 73 (1974))。Bracher も述べる通り、*resitution* の法による救済にとって最も深刻な問題は、この無償性の推定である。救命という重大な役務についてさえも、被救助者の要請がない場合には、医師等プロの救助者でない限り、費用の補償を受けられないことが認められているのは、第二章で挙げた *Harrington v. Taylor* 判決に見るとおりである (Ross, *supra* note 39, at 97, 98, 100)。職業上救助した者とそうでない者でこのような差が生じることについては、これを経済理論により説明できるとする見解もある。即ち、専門家が職業として救助を為す場合には利他主義からのみ救助を為したとより考えられにくいことのほか、救助に時間と費用を費やすについて、専門家の方が機会費用がより大きいと考えられること、職業上の報酬が決められているために司法制度が適正な報酬を決するコストがより低いこと、がその正当化理由と考えられるのである。Ross は、Landes&Posner に見られるこの見解に対して、典型的には、専門家は役務の補償を求め、非専門家は救助に際して負った傷害等を含めた費用を求めるものだということを無視しているとする (Ross, at 101, 前掲 (注 70) 参照)。いずれにせよ、英米法の法源は利他主義者に報酬を拒むについて非寛容であるように見えるという (Dawson, *supra* note 39 at 1127, 1128)。英米法系においては、利他主義とはそれ自体報われるものと考えられてきたのである (木下・前掲 (注 38) 231 頁)。

(73) Henderson, *supra* note 7, at 1170, 1171, 1172.

(74) Murray, *supra* note 41, § 67 at 337 n.649.

(75) Henderson, *supra* note 7, at 1156.

(76) Henderson, *Id.* at 1174.

(77) Henderson, Id. at 1175. 「重要な点は、同条が、その者が不当に利得したといえる限りは、現在の交換や約束者の心理状態に関心を払っていないことである。換言すれば、約束者は利益の贈与について法的には報償を与え得ないが、これは、利益の保有の不当性を認めつつ贈与の動機を基礎として行為することができないというのではない」。これをみれば、不当な利得か否かは客観的に決せられるのであって、贈与の意図は問題とならず、バーゲンも無関係であるとされている。

(78) Henderson, Id. at 1158.

(79) Sharp, supra note 64, at 789.

(80) Henderson, supra note 7, at 1175, 1176. このように厳密でない概念が用いられている点について、Henderson は次のようにいう (ここで八九 A 条と第二次契約法リステイトメント八六条を指す)。「Restitution の法は多種多様な利得を区別する努力を何らしけないから、『利益』という概念の意味が、ある事実関係から他の事実関係へと移行していく余地はほぼ無限にあることを示すものである」。例えば、長期間役務を受けていた場合には、契約上の評価を越えて、『利益』が認められる。「その上、履行の後に約束があったという、まさにその事実、価値が実際に受領されたことを立証するものとされがちである。さらに、不当利得 (unjust enrichment) に焦点を当てることにより、八九 A 条は、おのずと公正さの問題 (fairness question) の幅広い検討に帰着する」(履行の意義について前掲 (注 42) 参照)。このように、公正さの見地からすべての概念があいまいに用いられるというのならば、同条は緩やかに方向性を定めるだけの規定となり、約束の拘束力を大幅に拡大することとしているように見える。しかし、この Henderson の考えが、日本法において有償とされうる退職慰労金の支払約束と関連する例を引いて述べられたものであることを見れば、アメリカ契約法が公正さの観点から無限定に約束の拘束力を認めるようになったと直ちに考えることはできない。

(81) Restatement (2d) of Contracts § 86 Illustration 8.

(82) Restatement (2d) of Contracts § 86 Illustration 9.

(83) Restatement (2d) of Contracts § 86 cmt e.



(84) Henderson, *supra* note 7, at 1179. 但し、この点、被約束者の期待が存在しないとして無償性が肯定された事例として、次のようなものがある。Maxine B. Dow v. River Farms Company of California 判決では、過去の役務に対する支払約束（受益した会社の決議）があったにもかかわらず、役務時に支払の期待がなんら存しなかったことが役務者の手紙から十分に明らかである事案である。役務者が合理的に支払を期待し得、それを受領した者が支払いを予期すべきである状況下で役務が与えられたときには、後の支払約束は強制しうるこのルールの下であつても、役務時にいずれかの当事者に支払の期待が存しない場合には、完全ないし不完全な過去の法的義務がまったくないために、後の約束は単なる贈与約束であるから、強制され得ないというのである（Maxine B. Dow v. River Farms Company of California, 243 P.2d 95）。本判決は先行役務の無償性が約束の拘束力を失わせることを示すと同時に、その無償性は基本的には役務が為された時点の状況から判断されるが、特に一方当事者に後の支払の認識が存しなかったことが立証された場合には後の約束の拘束力は否定されるのであり、役務が無償でないことの認識が両当事者に必要であることを判示したものであるといえる。

- (85) Restatement (2d) of Contracts § 86 cmt d.
- (86) Murray, *supra* note 41, § 67 at 336.
- (87) Henderson, *supra* note 7, at 1161, 1162.
- (88) 前掲（注96）参照。
- (89) Restatement (2d) of Contracts § 86 Illustration 12, 13.
- (90) Murray, *supra* note 41, § 67 at 337.
- (91) Restatement (2d) of Contracts § 86 cmt h.
- (92) Restatement (2d) of Contracts § 86 cmt i.
- (93) Restatement (2d) of Contracts § 86 cmt i.
- (94) Henderson, *supra* note 711, at 1182; Corbin, *supra* note 20, § 9.24 at 314.
- (95) Murray, *supra* note 41, § 67 at 337. 第一次契約法リステイメント二四四条は、リステイメントに規定されたルール

の下での司法的救済により保護される被約束者の利益として、履行利益、信頼利益、原状回復利益について定めている (Restatement (2d) of Contracts § 344)。

(96) 契約違反に対する救済としての損害賠償は、契約当事者のいかなる利益を保護するかという点から、三つに分類されている (樋口・前掲 (注3) 六三頁)。このうち、原状回復利益とは、Fuller & Perdue がその著名な論文で主張したものであり、約束を信頼して約束者が与えた価値を回復する被約束者の権利である。その目的は、不履行をした約束者が被約束者を犠牲にして利益を得ることの防止、不当利得の防止にあるが、「①被約束者による信頼、②約束者に結果として生じた収益」という二つの要素を合体させたものであり、信頼利益の特殊場面に過ぎないといえる。「すなわち、原状回復利益の部類に含まれる事例のすべては、信頼利益に包含されることになり、また、信頼利益が原状回復利益よりも広いのは、信頼利益というものが、原告が被告の約束に信頼を置いていたが、被告に利得を与えなかった場合を含む限りにおいて、ということになる」(ロン・フラールウィリアム・パデュー、渡辺達徳(訳)「契約上の損害賠償における信頼利益」ヒルマン・笠井修編『現代アメリカ契約法』一三九、一四〇、一四一頁)。この研究は、アメリカ法には損害賠償の範囲に関わるルールが複数あるところ、契約一般の拘束力の基礎にある目的を探究することにより、これらを説明する要素を分析しようとするものである (Fuller & Perdue, The Reliance Interest in Contract Damages:1, 46 Yale L.J. 52: 52, 53 (1936))。具体的には、「約束者に何かを引き渡したとか約束者の財産を改良したとか、取引の過程で被約束者が約束者に利益を与えたとき、約束者からこの利益を奪うために、被約束者は一定額の償いをさせうる。これは、約束者が為されなかったならば約束者が置かれたであろう地位に約束者を戻そうとするものである。信頼利益と異なるのは、約束者に利益を与えない被約束者については、その失った利益や信頼を考慮に入れない点で厳格であるといえることである (Farnsworth, supra note 4, § 2.1 at 46)。」これについて、「ここでいわれる原状回復利益というのは、道徳的義務の事例で問題となる通常のものとは非常に異なり、道徳的義務の事例を説明できるようなものではないとの指摘がある。即ち、Fuller and Perdue が、約束がなされそれを信頼した被約束者が与えた利益の見地から原状回復利益を規定しているのに対し、道徳的義務の事例で問題となる原状回復利益とは約束に先立って与えられ、約束に対する信頼は関係ないものな

の *restitution* (Thel & Yorio, *supra* note 6, at 1073)。また、用語の問題であるが、この契約不履行の場合に選べる救済である *“restitution”*、*“約束的不当利得 (promissory restitution)”* を混同すべきではない。後者はむしろ、同条の効果を端的に表すものであって、契約も *restitution* も普通は責任を認めない状況で、*不当利得 (unjust enrichment)* に対抗するポリシーを否定する準契約上の理由が除去される場合に、*不当利得* について支払を為す後の約束を、契約として拘束力あるものとするのである (Henderson, *supra* note 7, at 1118 n.14)。

(97) Corbin, *supra* note 20, § 9.24 at 314.

(98) Henderson, *supra* note 7, at 1182. 同条のコメントは、*restitution* の請求が後の約束により為しうるようになるとしており、約束の背後に *restitution* を見ているが、この点、さしでがましく代理行為をしようとした者の行為の承認に関する *Restatement of the law Second, Agency* § 462 を参照する。

(99) Corbin, *supra* note 20, § 9.24 at 314.

(100) Henderson, *supra* note 7, at 1182. 但し、裁判所としては約束額を決定的なものと考えのではなく、支出額、受益額を調査して、一般的には市場価格とするのが妥当であるという (at 1182, 1183)

(101) そこですでに為されたバーゲンについて額を大きくする約束というものは同条の適用外である (*Restatement* (2d) of Contracts § 86 cmt.1)。

(102) *Fried, Contract as Promise*, 18-19 (1981). 一九世紀以前には、契約関係とは、一般には、取引過程にある者の間の、特別の、共同体に認められた、多くの関係の一つに属するものとされ、それはお互いを信頼し、お互いの損失や受益にいたる場合であった。償還されるべきであるのはそれら損失や受益であって、明示の約束があるとしても、それは主として信頼の立証や受益が支払の期待の下に為されており、差し出がましくもなく贈与でもないことを示すものとして重要であるとされたのであった。ところが、約束そのものが義務の基礎とされるようになったとき、利益や信頼は不要となり、義務の正当な限度は約束そのものであるとされたという。履行利益の賠償は共同体の規範により拘束されるというより意思の拘束力の表現としての約束原則 (*promise principle*) に付随する状況と位置づけられるというのである。このよう

な考えは古典的なアメリカ法とはいえないものであるという。

- (103) Eisenberg, *supra* note 16, at 827. 九〇条が示すように、贈与契約を信頼を理由に強制するときは信頼を基準とした損害を考へるべきである (836)。このように、九〇条、八六条では履行利益は不適切である。

- (104) Eisenberg, *The Principles of Consideration*, 67 *Cornell L. Rev.* 640: 663, 664 (1982). Eisenberg は、「利得が不当であるかを問題とせず」「利得」を基礎として道徳的義務の存否を直接的に判断すべきとする。これについては、Gordley も賛成するが、但し、等価性の観点からの不当性の方がありうるとしている (Gordley, *supra* note 16, 598)。Thel & Yorio は、「これを不当利得に着目する見解に分類しており、後述のように、このような救済の基礎に関わる点については賛成しない (Thel & Yorio, *supra* note 6, 1086)。即ち、Thel & Yorio によれば、これは、拘束力ある約束の範囲の問題とその拘束力の限界の問題とを強く関連させるものであるが、道徳的義務を認めて為された約束が、不当利得上の障害を取り除くについて法的に重要であるとする点は、通説を反映した見解であるとする。約束以外のものを基礎とし、過去の何物かを重視する点を見れば、先行して存した法的義務を重視する見解 (第一章第二節 (一)) と「驚くほど近い」と評価するのである (at 1069)。

- (105) Thel & Yorio, *supra* note 6, at 1053.

- (106) Thel & Yorio, *supra* note 6, at 1074. Thel & Yorio は、「事案の詳細をみて、これらの点を指摘している。また、Webb v. McGowin 判決では、約束が二八日間もかけて熟考された上で為されているのに対し、Mills v. Wyman 判決では約束者が事情を知らされてから四日しか経たないうちに約束をしている。このため、Mills v. Wyman 判決での約束の方が Webb v. McGowin 判決のそれよりも、つかの間の感謝の念に反応したものに過ぎない可能性が高い。実際、後の経緯はこのように見ることが妥当と思われるものである。即ち、Webb v. McGowin 判決では、約束者本人は死亡するまで履行しているのに対し、Mills v. Wyman 判決では約束者自身で約束の履行拒絶をしたという差異があり、約束者が長年にわたり履行したということは熟慮した約束であったことを確認させるものである。また、Webb v. McGowin 判決では約束者の救命という受益も、また、被約束者の損失も重大なもの (substantial) であるのに対し、Mills v. Wyman 判決では結局息子は死亡しているか

ら受益はほとんどなく、損失も看病の時間と費用に過ぎず軽微である。これらの事実が二つの事件の結論を分けたのであって、約束を責任の基礎とする理論はこれを十分説明しているといえる（*Thele & Yorio*, supra note 6, at 1072）。但し、この見解も、これらの事例の結論を利得の見地から説明することも可能であることを認める。即ち *Mills v. Wyman* 判決では救助、保護された者の父親が約束者であるのに対して、*Webb v. McGowin* 判決では当該約束をしたのは救助された本人である。事務管理的行為があつたということから両判決はともに論じられるものの、その結論が正反対であることとの理由としては、約束者自身が救助された場合と息子が救助された場合とで、*restitution* を基礎とした救済の可否が異なると考えれば、理論上両判決の整合性は保たれるのである。Mills v. Wyman 判決の事案で受益したのは約束者たる父親ではないため、被約束者は現実に受益した者から *restitution* を受け取るべきであつて、約束があろうと、その父親から *restitution* を受け取るべきではないのである。とはいえ、後述のように、*Webb v. McGowin* 判決においても *restitution* の請求は困難である（*Thele & Yorio*, supra note 6, at 1045, 1070, 1071）。このように約因のない契約を認めるについて厳格なアメリカ法においては、利得と約束のいずれを拘束力の主たる基礎と見るかにつき争いがあるほどに約束以外の基礎が重要であり、約束の存在のみでは法的効果は認められがたいのである。

(107) Eisenberg, supra note 104, at 838.

(108) Eisenberg, Id. at 833.

(109) Eisenberg, Id. at 838.

(110) Farnsworth, Promises to Make Gift, 43 The American Journal of Comparative Law, 359, 366 (1995).

(111) Henderson, supra note 7, at 1156; Sharp, supra note 64, at 790; Farnsworth, Id. at 366. メルヴィン・A・アイゼンバーク、西川理恵子訳「契約の世界と贈与の世界」ロバート・A・ヒルマン、笠井修編『現代アメリカ契約法』三六頁（弘文堂、二〇〇〇）。

(112) Henderson, Id. at 1156.

(113) Id. at 1156, 1157. バーゲンでない約束は経済生活において重要性が低い無益なものであるという消極的評価が、贈与約

束に拘束力を与えない正当化事由の一つだったのである (Farnsworth, *supra* note 110, at 362)。約因理論の目的は、当該事件におけるその他の事情がどのようなものであるかについての考慮なしに、交換の要素がない約束を強制し得ないとするににあった (Havighurst, *supra* note 31, at 13)。このように、約因の枢要な機能は「強制されるべきでない約束」を選別することにあるのである (Henderson, *Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine*, 78 *Yale L.J.* 343: 346 (1969))。

(114) Henderson, *supra* note 7, at 1160.

(115) *Id.* at 1156 n.169.

(116) *Id.* at 1156, 1157.

(117) *Id.* at 1157, 1158. このような事実は、義務を認めさせ、ないし推定させるものであって、普通、義務がない状態で見られるような「受贈者を豊かにする意思」を認めさせるものではないという。また、一般的には、このような義務や義務に伴う費用に関わる意図がなく富の移転が起こったことが、贈与がなされたことの証明と見られるのである (p. 1158 n.175)。このことは、好意による贈与が義務のある状況では通常認められないとの前提が見られ、過去の受益がそのような義務を生み出すとされている。

(118) *Id.* at 1157. その意味は、Holmes が次のように言うようなことを指していると思われる。約因を動機と混同してはいけない、実際に何が主たる動機であったのかということと混同してはいけない。例えば、五〇〇ドルで絵を描く約束をしていても、画家の主たる動機が名声を得ることにあるかもしれないのである。「約因は、実際問題としては、約束に拘束力を与えるためにのみ授受されたものであってもよいのである。しかし、それにもかかわらず、合意の文言上は、約束の動機や誘因として授受されることが、約因の本質である」。そして、逆に、約束は、約因を与えるについて通常の動機や誘因となるものとして為されるのであって、約因と約束の相互間の通常の誘因の關係が根底にあるのである (Holmes, *The Common Law*, at 293, 294 (1949))。また、これとは異なるが、草案段階を見れば、第二次契約法リステイメントは、裁判所が当事者により示された取引の動機の趣旨について、かつてよりも洗練された判断を為す用意があ

と考えているという。草案のコメントは、約因の相当性に裁判所は立ち入らないこと、そして、ある取引が一部はバーゲン、一部は贈与であると当事者が知っている場合でさえ、バーゲンの要素は取引全体に約因を与えるが、一方で、贈与約束は被約束者に負担 (burden) を課す約定があったとしても、バーゲンでないものとして扱われる点を指摘する。この場合、バーゲンと贈与の区別は、当事者が示した動機 (motives) に拠ることになるというのである (Restatement (2d) of Contracts, Tentative Draft No.2, § 75 cmt c at 7, 8 (1965))。この点、日本法でも、実際に、有償契約か、負担付贈与かを認定するについては、当事者の主観で決するほかあるまい。

(119) Henderson, Id. at 1158. この点、先行する事実状況を認めて為された約束は、これが「二重の贈与 (gift)」という外観をもつことから、重要でないと考えられてしまう。というのも、譲渡を為す者の行為 (被約束者) は依頼に依えて為したものでないのみならず、これを受けた者 (約束者) の約束も現在の誘引なしに為されたものである。しかし、約束は受益により促されており、後述するように、バーゲン契約と交換という性格において関連している (at 1158 n.176)。

(120) Id. at 1158, 1159.

(121) Id. at 1160.

(122) Id. at 1160.

(123) Id. at 1158. 但し、前述のように、利益の供与に際して、補償の期待があり、利他的動機に支配されているのではない場合に限る。

(124) Gordley, supra note 16, at 590, 591, 597, 598. 但し、Gordley の見解は、一六世紀の法律家が、契約当事者は等価 (equal value) の交換を為すべきであるとしていたことを参照し、この原則がアメリカ法の結論を説明するとして、同条の契約は等価性を保つという要請の見地から強制される交換の約束であると位置づけるものである。また、拘束力のある契約と拘束力のない契約の区別に關して、交換的取引理論はバーゲンの有無によつて区別しているが、現実はその中で単純ではないとして次のようにいう見解もある (Goets&Scott, supra note 9, at 1261-1263)。バーゲン契約と無償の約束の間の伝統的な区別は、これら二つのカテゴリーしか確認できないことを示唆しているが、バーゲン契約は、明らかに、

相互作用の交流の機会が存する、より大きな交換の文脈の一部に過ぎない。そこで、相互性のない約束 (nonreciprocal promise) を、交渉を通じた約束成立の調整が被約束者には現実に不可能な文脈に限定して定義すべきである (Goets&Scott, at 1261 n.3)。<sup>(125)</sup> ここでは、相互性ある約束と相互性のない約束を実質的に捉えようとしているのを見ることが出来る (Goets&Scott, at 1301-<sup>(126)</sup> )。

(125) 贈与と交換の関係については、「贈与を、姿を変えた売買とみるのではなく、人と人との相互関係の一形態だと考える」べきであるとする。(アイゼンバーグ「契約の世界と贈与の世界」(西川理恵子訳) ヒルマン、笠井修編『現代アメリカ契約法』三三頁)。このように、契約の世界と贈与の世界を区別する見解は、贈与が愛、親愛の情、善意、感謝、仲間意識といった感情的価値からなされるものであるという贈与観を明確に示すものであり、これを前提に贈与の特殊性を考えていくものである。贈与は交換取引の果たす社会的機能を果たし得ないことを指摘し、その独自の存在意義を考えることは、日本法の見解にも見られる。例えば、我妻説によれば、合理的な交換経済の時代である現代において、贈与はその非合理性から経済的な作用の少ないものであるし、さらに、非合理的な要素の多い贈与について法律上の主張がされることが少ないため、贈与契約の簡単な規定の不備も非難されないのだろうが、「あまりにも合理的な生活関係の潤滑油」として、多様で大きな機能を持つているのであり、贈与を非合理的なものとして決め付けず、贈与について「もう少し合理的に処理することが望ましいのではあるまいか」とされている(我妻栄『債権各論中巻二』(岩波書店、一九五七) 二二二頁)。

(126) ここで用いられている「贈与」とは、愛情という理由でなされ、少なくともそのように意図され、あるいは道徳上の義務を果たし、慈善や気前のよさというような願望を満たす、任意の移転であって、明示に相互的な交換に条件付けられてはいないものをいう (Eisenberg, supra note 16, at 823)。

(127) アイゼンバーグ・前掲(注 125) 三〇頁～三三頁。

(128) Restatement (2d) of Contracts § 86 cmt. b.

(129) 二つの贈与があるに過ぎないと見るべきか否かは、本質的に、主観的判断に依拠するものであるにもかかわらず、こ



れらは客観的な状況から相当程度判定可能なものでもある。この種の約束の例は少なく、現代においては、受益に対する約束とは、しばしば本質的に契約的である経済的な関係から生じるのである。（Henderson, *supra* note 7, at 1160. また、Sharp は、要請された過去の受益に対して支払をする約束は、大多数のコモン・ロー裁判所の大多数により特別の分類に入れられているとした上で、それはビジネス上の要請がビジネス上の約束を含む場合であるが、ビジネス上の要請がビジネス上の約束を意味しない場合も同じように取り扱われるであろうとしている（Sharp, *supra* note 64, at 789）。この点、前述のように、Webb v. McGowan 判決においても約束の当事者は雇用関係にあったのであり、個人的な友人間でなされた約束ではない。このように、商事取引関係やそうでなくても個人的な友人ではない他人との間で為された約束が強制されているのであり、「過去の利益に対する約束が本質的に返還の約束であり、親愛の情から為されたのではない」という事実を見れば、そのような約束が単純な贈与の約束といかに違うかが窺える」のである（アイゼンバーグ・前掲（注125）三五、三六頁）。

（こじま なつこ・本学法学部専任講師）