

# 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（以上本号）

## 第三章 第二次契約法リステイト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

第四章 今後の展望——まとめに代えて

第一章 本稿の目的

本稿はアメリカ法における議論から示唆を得て報償的贈与について考察するものである。アメリカ契約法の問題に深く立ち入る能力はなく、十分な研究にはならないが、ドイツ贈与法の研究から得た日本法の特徴を考えてみれば、アメリカ契約法での議論を参照することは意義深いと思われるのであって、この観点から考察してみたい。そこで、以下では、ドイツ法について概観し、アメリカ法を考察する意義を述べることにする。

ドイツ法と比較したときの日本法の特徴としては、負担付贈与等と解され、契約の内容に含まれる場合でない限り、贈与契約の性格、即ち、どのような背後事情の下に為されたかという贈与契約の実態について、配慮が少ないことが挙げられる。ドイツ民法においては、贈与契約は基本的には *Liberalität* (好意の施し)<sup>①</sup> であると捉えられ、このような贈与観を背景に贈与の法的拘束力を弱める内容の規定が相当数設けられているが、他方で、好意の性格が弱いものについて「道徳上の義務の履行」という特殊な類型が規定されている (BGB 五三四条)。この例外的な贈与契約は、社会共同体で通用している「道徳上の義務」を果たすものとされ、このことからすれば贈与者が道徳的圧力からの解放という利益を受けるため、*Liberalität* 即ち、好意による贈与であるとはいえないとされているのである。<sup>②</sup> BGB 五三四条はこの観点から規定された特則であり、「道徳上の義務の履行」について、法的拘束力を弱める内容を持つ贈与法の規定の一部を排除している。<sup>③</sup> 同条が適用されるか否かの実質的な判断基準については、「当事者の財産と生

活上の地位ならびに個人的關係が総合して顧慮されるべきで」、「常に個々の事例の状況が包括的に評価されなければならない」とされる。<sup>(5)</sup> その際には額の相当性も重要な要素であり、そもそも「量的メルクマールの存する場合にのみ五三四条の義務が認められる」のであって、「贈与をなさしめた機会の性質だけが決定的なのではない」とされている。<sup>(6)</sup> ここでは、額の相当性を含めた諸要素を包括的に考慮して、「道徳上の義務の履行」であるかが判断されるのである。この「道徳上の義務の履行」のうち代表的なものとして、過去の役務を考慮して為される報償の趣旨の贈与契約が挙げられる。これには様々なものが考えられるが、中でも、命の恩人に対する契約は、救助という過去の役務に対する報償の趣旨の契約であると考えられ、古くから報償的贈与の典型例とされていた。そして、このような報償的贈与、特に命の恩人に対する贈与には、例外的な扱いをされてきた歴史がある。ドイツ民法編纂の資料を見れば、ドレスデン草案五一四条は忘恩行為による撤回が不可能なものとして「人命救助の報償や役務の報酬のため贈与が為される場合」を挙げており、第一委員会議事録では報償的贈与について方式が免除されてきた歴史が述べられている。<sup>(7)</sup> さらに、サヴィニーは、救命行為が評価不能な役務であることから命の恩人に対する契約は贈与とされるべきでないとし、ヴィントシャイトもこれに忘恩行為による撤回を認めない。<sup>(8)</sup> また、ドイツには、実質的に家事労働をしてくれた子に対する父親からの贈与について、その返還が問題となった事案で、家事労働という役務の提供が過去に存在したことに触れ、報償的贈与と性質つけた判例がある。<sup>(9)</sup> 命の恩人に対する贈与契約のほか、このようなものも報償的贈与の一つとされる。

以上、ドイツ法の特種な贈与契約、法的拘束力が特に強められているBGB五三四条「道徳上の義務の履行」についてごく簡潔に概観してきたが、ドイツ法においてこのような特殊類型が認められている実合理的な理由を日本法との比較において考察すれば、それは贈与契約の法的拘束力が原則的にその成立・存続の面で弱いものと定められてい

ることにある。即ち、ドイツ法においては、その贈与觀の影響か、贈与契約は有償契約と比較して特殊な扱いをされているために、この特殊な内容を有する贈与法の適用範囲が適切に調整される必要があるのである。そこで、BGB 五三四条は、ある種の贈与契約について、贈与特有の悔返権の一部を排除し、贈与法の適用を部分的に免れさせて、法的拘束力を強めている。これに対し、日本の贈与法を見れば、悔返権の規定もなく、贈与契約の拘束力が比較的強いために、BGB 五三四条のような、特に拘束力の強い例外類型を設ける必要性はより乏しい。日本の契約法も、典型契約について対価の有無により異なつた扱いをしているといえるものの、ドイツ法の贈与契約と比較すれば、日本の贈与契約は有償契約に近い扱いをされており、その特殊性は相対的に小さい。この点、来栖教授は、日本法には贈与を義務と考える贈与觀が存するとされ、この贈与觀の下では、有償契約と無償契約の社会的作用の差異についての考慮が十分でないことを指摘されている。<sup>(10)</sup> これを見れば、無償契約を好意の表現と考えるかはともかく、西欧の大陸法諸国において有償契約と無償契約とがその社会的作用を異にするものと考えられていることがわかる。この点、広中教授によれば、近代社会における契約の機能が語られる場合に問題となつてゐるのは、少なくとも贈与のようなものではないのであり、契約法発展の中心的な担い手は、商品交換の法的形態としての契約、即ち有償契約であつた。<sup>(11)</sup> また、このような機能や作用の差異に関わるかはあくとして、対価が存する契約については、どのようなかたちの救済が与えられるにせよ、法的な効力が認められてよいという感覚がある。即ち、少なくとも欧米や日本では、通常法的債務を生じさせるのは対価を伴う約束であると認識されており、贈与のような無償の約束にはいくらか「標準的でない」ものがあるため、契約の拘束力の基礎をいかに捉えたとしても、様々なやり方で特別の扱いがなされているのである。<sup>(12)</sup> そこで、それぞれの法体系、法文化により異なるであろうが、対価のない一方的な出捐契約と見うるものの拘束力は、多くの国で特に問題となるものであると考えられる。この点、日独贈与法の比較からすれば、そのような



契約の拘束力が原則的に弱いとされているところほど、その実質的内容からして例外的に拘束力を弱められない個別の契約類型を設ける必要性が生じると推測される。<sup>(14)</sup>そこで、一般的に贈与等の法的拘束力が弱いところで、どのようなタイプの一方的出捐契約が法的拘束力を与えられているかを見ていくことは、是非とも拘束力を認めるべき契約とは何かを考えるについて有益であろう。<sup>(15)</sup>とすれば、このことは、簡潔すぎる日本贈与法における諸問題を考える際非常に有意義である。即ち、日本法は、その実態を考慮せずに贈与契約を一律に扱う建前を採るが、実際の事例を見れば、法的拘束力を強める要請と弱める要請が混在しており、何らかの指標を持つて法的拘束力のあり方を定める必要がある。それには、明文がないにもかかわらず多くの論者が挙げる報償的贈与のような、特殊な性格の贈与を認めることも、考えうる方策の一つである。

後述のように、バーゲン、即ち交換取引にのみ契約としての拘束力を与えるアメリカ契約法の交換的取引理論の下では、贈与するという約束の拘束力は認められていない。ところが、バーゲンを欠くにもかかわらず、法的拘束力を認めざるを得ないとされている例外的な約束があるのであり、そこにはアメリカ社会において特に法的に強制されるだけの何らかの強い理由が存すると思われる。<sup>(16)</sup>そのような類型をめぐる状況を知るとは、日本法において「根無し草」の様相を呈しているといわれる、贈与契約の拘束力を強める方向の議論にとつて、示唆に富むと思われる。そこで、以下では、原則として贈与約束に法的拘束力を認めないアメリカ法においてすら、あえて拘束力が認められている類型の一つとして、報償の趣旨でなされた契約に着目し、これに関する議論を参照したい。これにより、一方的な出捐を為す約束と見られるものであっても特に法的強制力になじむ契約とは何かということについて、実質的かつ実践的に考察していきたい。そこで、まず、アメリカ契約法が贈与約束を原則的にどのように扱っており、報償の趣旨の約束がどのような理論的状况に置かれてきたかを概観したい（第二章）。次に、「アメリカの通説的立場ともい

き第二次契約法リステイトメント<sup>(17)</sup>」の採る立場とこれを踏まえた議論を見ていきたい。第二次契約法リステイトメント八六条は、この問題に関しては判例の多数派に従っており、少数派の判例を参照して独自の理論を構築しており、注目を集めている。その理論構成が示唆するもののほか、実際に報償的贈与を認めて拘束力を強める場合に留意すべき諸点についても考察を加え、日本贈与法が抱える問題について参考になる点を捉えたい(第三章)。

## 第二章 道徳的義務に関する判例法の展開

### 第一節 約因理論における道徳的義務の理論

日本法では、義理や報恩といった「相当の理由」あるタイプの贈与契約が立法時に想定されたため、また、契約自由の原則が尊重されたためといわれるが、贈与契約は諾成契約とされている。これに対して、アメリカ契約法では約因の内容について「交換的取引理論 (bargain theory)」が定着しており、贈与するとの約束 (donative promise) は、法的には「契約」としての効力をもたない<sup>(18)</sup>。即ち、約束のうち、強制され、履行義務を生じるものが「契約」であるとされるところ、約因のような基礎を持たないものは単なる約束にすぎないのである。英米法の伝統的な考え方によれば、捺印証書によらない限り、約因のない約束は法的に保護されない。とはいえ、交換的取引理論によっては厳密には約因という基礎が存しないと考えるべき場合であっても、これを強制すべきであるという確信のみに拠って強制しうるものとされてきた一定の類型の約束が存在するのであって、本稿ではこの部分を扱うこととする<sup>(19)</sup>。即ち、英米契約法最大の特色である約因については、詳細な研究がなされているが、交換的取引理論の下では、「契約を構成す

る約束がなされるについて、それに対する対価となつたもの」<sup>(22)</sup>とされている。Holmesによれば、約束と約因とは「相互的で通常の（conventional）誘因の關係」にあることが要求され、第二次契約法リスティメントもこの立場に立つ。そこでは、約束と約因の両者が互いの誘因、即ち、動機となっていなければならないのである。<sup>(23)</sup>これらの表現を一見したところでは、約因のある契約とは有償契約、約因のない約束は無償契約のようであり、従つて、約因がないにもかかわらず法的拘束力を有する約束とは特に保護される無償契約のように見えるのである。

それでは、アメリカ法の贈与約束は日本法の贈与契約と重なるのだろうか。この点、Farnsworthは、履行済みの贈与（*gift*）が撤回できない点も視野に入れつつ、贈与約束が自由に撤回されうる理由を次のように説明している。即ち、贈与は履行の前後を通じ、いずれにせよ法的救済が拒絶されているが、そのことは無償取引の当事者を放つておくという政策を示すものである。というのも、正義を与える法的機構を供給するにはコストがかかるというのに、交換は社会全体の富を増すと考えられるのに対し、贈与は必ずしも生産的でないからである。<sup>(24)</sup>そこで、現実に経済社会において大きな意味を持つ交換や対価というものとはなじまない非生産的なものとして、バーゲンを欠く贈与約束を捉えることができると思へば、その性格を問題とする限りでは日本法の贈与契約と近いものでありうる。但し、「約因のない契約というのは、われわれが無償契約といっているものよりも、その範囲がずっと狭い」ことに留意すべきである。即ち、約因は対価として実質的に十分なものである必要はなく、その契約の対価として特定されていれば足りるとされており、裁判所は当事者の取引の合理性には立ち入らないため、「我が国では贈与として取り扱われるような契約までもが、コモン・ロー上は有償の契約と同じ保護を受ける」のであつて、英米法では無償契約は保護されないと直ちに言うのでは不正確であるという。<sup>(25)</sup>約因を広く捉えるならば、日本法よりずっと贈与契約の範囲は狭くなりうる。極端な例でいえば、仮に贈与により名誉を得ることに交換の要素を見出すのであれば、約因を欠く贈与はほ

とんど存在しないことになる。<sup>(26)</sup> とすれば、拘束力が認められる契約の範囲を正確に把握するためには、約因の現実についての研究が必要であることになるが、これは大変困難であるため、本稿ではあえて、報償の趣旨でなされる約束に關して特に例外的なものとして發達したルールに着目したい。

原則として、アメリカ法においては、報償の趣旨の約束は約因ある契約たり得ないと考えられている。Holmes の交換的取引理論の下では、<sup>(28)</sup> 過去の事情に基づいて約束がなされても、これをバーゲンであるということとはできないからである。即ち、約束者が約束をし、被約束者が何らかの行為（約束又は履行）を為すのであるが、被約束者の行為が約束時にすでになされていた場合には、約束者がすでになされたその行為を誘引しようと約束をなすことはありえない。<sup>(29)</sup> 被約束者の行為がいまだなされていないのであれば、交換的に取引することはできないのである。被約束者の行為がすでになされている場合には、「誰も『あなたが私にこれをしてくれたら、私はあなたにこれをしましょう』とは言っていない」ために、バーゲンは存しないからである。<sup>(30)</sup> このように、過去の約因（past consideration）は約因ではないという一般原則が立てられうるのであり、<sup>(31)</sup> 16 世紀後半に裁判所はこれを容れた。<sup>(32)</sup> しかし、このような場面であっても、道徳的義務が存するとされる若干の状況がある場合には、約因が認められる。それは、例外的に約束を強制すべき要請がある場合である。例えば、出訴制限法にかかった債務について支払を為す約束の場合について考えてみれば、もはや債務を支払う法的義務はなくても債務者はこれを為す「道徳的義務（moral obligation）」を負うのであって、そのような約束は強制されるべきであると考えられるであろう。そこで、これら若干の場面においては例外的に約束の拘束力が認められてきたのであり、そこでは「過去の約因」や「道徳的義務」が語られているが、約因を前述のように解する限り、バーゲンの存しないこれらの約束を認めることは、事実上約因という要件の例外を作り出すものである。<sup>(33)</sup> 交換的取引理論により、強制しうる契約を制限すれば、例外を認めざるを得なくなるのである。<sup>(34)</sup>

このように、「道徳的義務」とは、バーゲンでない契約を例外的に強制する際に用いられるのであり、その置かれた状況はドイツ民法五三四条の「道徳上の義務の履行」とは相当異なる。契約観の違いのみならず、ドイツ契約法は、日本法と同様、合意のみで法的効果が生ずるのを原則とするのであり、「道徳上の義務の履行」たる贈与契約は例外のまた例外を定めた領域であり、通常の贈与契約に特に認められた悔返権の一部を排除し原則に戻す意味を持つに過ぎない。これに対して、アメリカ法の「道徳的義務」は、バーゲンを欠くために、原則的に法的拘束力が全く認められないはずの約束が、ともかくも法的効果を有する「契約」となるか否かの境界を形成する、重大なものである。<sup>33</sup> 道徳的義務を基礎として強制される「契約」とはアメリカ契約法の原則からいえば全く例外的なものである。<sup>36</sup> そのため、アメリカ法においては、一般的に、法的債務と関係のない場合、つまり単なる倫理的動機や良心に基づく義務が存するに過ぎない場合には、これによって生じた道徳的義務が約束に約因を与えるということはないとされている。とはいえ、判例を見れば、雑多な契約について道徳的義務の理論が用いられている。例えば、ドイツの古い判例と同様に、非嫡出子の扶養や同棲解消の際の補償といった意味を持つ約束について、道徳的義務が問題とされているのであり、<sup>37</sup> ドイツ法におけると同様、道徳的義務の内容は捉えにくいものである。そして、約束者が実質的なし金銭的性質を有する利益を受取ったことによっても道徳的義務が生じるとされ、これは道徳的義務のうち主要なものであるが、報償の趣旨の約束に関わるものとして重要である。このような約束は、約因を欠く約束として強制され得ないとするのが判例の多数派であるが、この分野では後述のような展開が見られる。<sup>38</sup>

ところで、アメリカ法においては、近年、約因を欠く「契約」が認知され、また拡大しているという。アメリカ契約法学の中心は、約因の有無というより、好意による利他的な贈与約束か商事契約かという境界の方へ移行しているという見解もあるほどである。この見解によれば、そのような現象のため、現代契約法においては、贈与約束の法的

保護のあり方は理論的にも中核的問題となっている。即ち、約因についての交換的取引理論の下では、バーゲンでない約束はすべて無償の約束と見られていたのであり、従って、「無償」とは実質的に「強制できない」と同義であった。ところが、無償の約束であってもバーゲンを助長することから、すべての商事契約が法的に強制されうる(enforceable)とされる傾向が見られる。<sup>(39)</sup>このように、約束が単に交換取引ではないからといって必ずしも強制され得ないわけではないことになるため、約因を欠くために強制され得ないとされる約束の最も重要な類型とされる贈与<sup>(40)</sup>約束とは何かが、より問われるようになるのである。さらに、そのような動きの中では、贈与約束であっても必ずしも一切強制され得ないものではないのが問題となりうる。以上のように、約因を欠いても一定の約束は法的に強制すべきとされるという不安定さの中で、現代のアメリカ法は、約因の有無を形式的に判断するというよりも、利他的か商事的かというような、約束の性格や実態をより重視した判断を為すことを明らかにしているのである。<sup>(41)</sup>

## 第二節 道徳的義務に関する準則

### (一) 先行バーゲンのルール

アメリカ法においては、一般的には、道徳的義務は約因とならないとされる。しかし、それは例外のないものではなく、実際にアメリカの判例法を見れば、道徳的義務というものは意義を無くしてはいない。即ち、「あなたが私にこれをしてくれたら、私はあなたにこれをしましょう」という場合に約因のある契約とされるのであるが、道徳的義務の理論は、そのような「現在の交換(present exchange)」がない場合、特に過去に基づいて約束が強制されるとい<sup>(42)</sup>

う「ありふれた事例」を説明し正当化するための主要な技術であり、過去の約因は約因でないというルールの「避難ルート」として実務で用いられているのである。<sup>(43)</sup> そのため、多くの州がこれについての立法を行なっている。この語は、合意のみでは契約と認めないアメリカ法においては、およそ約束を果たすべき義務があるかという、契約の拘束力の一般的基礎として論じられる道徳的な義務という意味で用いられることも大いに考えられるが、そうではなく、より限定された場面に關わるものである。<sup>(44)</sup>

そこで、本稿においてまず問題となるのは、過去の事情に基づいて為されたに過ぎないにもかかわらず、道徳的義務の理論により例外的に強制されうる約束の範囲である。そもそも、現代のアメリカの裁判所は、約因のほか、相手方の信頼、あるいは、方式のような、何か契約を有効にするものがなくても、強制するに十分な理由があると判断した場合には、一定の約束を強制しているが、それも場合によるのであって、そのような約束をカテゴライズするのは困難である。それでも、このようなものを分類すれば、強制される約束の範囲は、(1) ある約束により法的義務が作り出された状況から多少なりとも任意的なルールによる抗弁に服し、その義務を履行するために新しい約束がなされた場合、(2) 約束者を保護するために作られたルールの下でその義務が取消可能であり、これを履行するという新しい約束が為された場合、(3) 約束者が実質的・経済的利益を受け、これを返還する法的義務が存しないとき、この利益に対して支払をする約束が為されたという場合に分けられるのである。<sup>(45)</sup> これらのうち(1)(2)は、約束に先立ってもとも法的責任が存在していた場合であって、道徳的義務は約束に約因を与えないという原則の例外として、これら二つが代表的な場面である。具体的には、出訴制限法により強制され得なくなった債務につき支払を為す約束、破産において免責された債務につき支払を為す約束、取消しうべき債務を履行する約束である。アメリカ法においては、これらの場合にのみ例外的に約束が強制されるという法準則が古くから形成されている。<sup>(46)</sup>

そもそも、初期のコモン・ローにおいて、すでに存在している債務は、その債務について支払をなすという約束の約因となるということが確立していた。例えば、期日に支払われなかった債務をあらためて支払うと確約する約束である。このような約束は、現代の約因の定義によれば、過去の債務が後の約束と交換で為されたわけではない以上、約因により支持されているとはいえない<sup>47)</sup>。実は、前述した三つの場合に道徳的義務の見地から約束が強制されうるとするルールは、先行する債務が十分な約因であるという、この古い法理の特別な適用例である。即ち、ほとんどの裁判所がこの法理を捨て去ったとき、法の適用により免責された債務の支払約束は一般的に強制されるべきであることで裁判所は一致し、そのような類型にあたる事例について例外が作り出されたのである<sup>48)</sup>。

そこで、これらの場合は過去に一応バーゲンが存在していた特別な類型であるということができ、この点でバーゲンだけが強制しうる契約でありうるという考えと親和性が高いということが出来る。後の約束は過去のバーゲンを再生するものであつて、そのように言い得るときにのみ約束が強制されうると考える限り<sup>49)</sup>、そこで機能するルールはいまだバーゲンの見地から表すことのできるものである。従つて、この種の例外は、より緩やかにではあるが、実質的にはバーゲンと結びついたままであるといえる。道徳的義務に基づく約束というものが、過去にバーゲンが存する場合に限られるとすれば、その被約束者はいずれにせよバーゲンを証明しなければならぬのであり、拘束力が認められる新しい約束それ自体がこのバーゲンの一部でないという点で特殊であるに過ぎないからである。即ち、バーゲンの一部でない約束に基づいて請求しているのであるが、それにもかかわらず、約束に先立つて存在するバーゲンを前提としているという点から、この約束は「先行するバーゲンを再生させる」ものと見ることもでき、これを認めることは「バーゲンの要件を廃止することではない」のである。このような「先行バーゲンのルール」というべきものは、バーゲンを不要としない点で、バーゲン理論との関係が密接であると分析されうる<sup>50)</sup>。この場合、元債務者の後の約



束は、実際には、利益の実現につながるはずであつた当初の出来事の承認であり、後の約束は契約責任を避けうる者がその可能性を放棄することにより交換を完成させるにすぎないものである。<sup>(1)</sup> このような約束を法的に強制することの基礎を何に求めるにせよ、これにより、ともかくも交換取引されたかつての契約が実現されるのである。

以上のような立場は、過去の取引によって法的義務が課されているのでない限り、後の約束を強制しない立場であつて、<sup>(2)</sup> この点で非妥協的である。そのため、この立場によると、次の(二)で挙げられる事例にあるような、いかにも重要である約束の大部分を排除してしまうことになるという批判もある。<sup>(3)</sup> そこで、約束に先行して法的義務が存在することを要件とする立場は、過去の約因と道德的義務の役割をより拡大しようとする立場と衝突するのであり、この問題を扱う規定が各州法において見られる。<sup>(4)</sup> 例えば、有効な約因 (good consideration) の定義を定めたカリフォルニア民法一六〇五条の次に置かれた一六〇六条を見れば、道德的義務と約因の関係について、「約束者に法的義務が存在する場合、あるいは、約束者に対して与えられた利益か、又は被約束者が被つた損害に基づいて、法的義務ないし道德的義務が存する場合、その義務の範囲に相当する限りでのみ、約束についての有効な約因となる」と規定している。この条文は、有効な約因が過去に存在した場合に、後の明示の約束を支持する道德的義務が存するものであると解されることが多い。<sup>(5)</sup> 例えば、約束者がその裕福な母親と口論し、相続権を剥奪すると脅されたところ、約束者のいとこである原告が約束者のためにとりなしてくれた結果、母親の遺産のかなりの部分を相続できたということがあり、その後三ヶ月ごとに一定額を原告に与える旨の約束を手紙で為して死亡したという事案で、カリフォルニア控訴裁判所は、カリフォルニア民法一六〇六条をこのように解し、過去に有効な約因 (good and valuable consideration) に基づく法的義務がないときには、道德的義務が明示の約束を十分に支持しているとはいえないと判示した。<sup>(6)</sup>

## (二) 実質的利益のルール

道徳的義務の理論に関して、(一) で見てきた立場を採る判決、即ち、拘束力ある約束を過去に法的義務が存在した場合に限定して認める判決に対して、それ以外の場合にも約束の拘束力を認め、過去の法的義務は不可欠でないとする判決が若干存在する。<sup>(17)</sup> 取消可能であったり免責されたりした法的義務が過去に存在しないにもかかわらず、後の約束が拘束力を持つものとされた事例が存するのである。このうち体系書等で広く認められている事例群は、(一) で触れた分類のうち、(3) 約束者が実質的・経済的利益を受けたが、これを返還する法的義務を負わない場合、それにもかかわらず、約束者がこの利益に対して支払をする約束をなしたというものである。<sup>(18)</sup> これらの事例は、「実質的利益のルール (material benefit rule)」に基づき、裁判所が道徳的約因を認めて約束の拘束力を認める場合であるとされる。これは、過去の受益に対して約束が為された場合には、道徳的義務が存し、これにより約束が拘束力を有するものとなるという準則である。そこでは、過去の実質的・現実的な利益が被告に道徳的義務を生じさせるのであり、歴史的には、コモン・ローの引受訴訟において、約束者の要請により与えられた過去の役務に対して支払をするという明示の約束の拘束力を認めるかなり多くの事例が、早くから存在してきた。<sup>(19)</sup>

この準則に拠ったとされる事例としては、次のようなものがある。銀行の貸付金の回収のため、銀行の利益のために、被告 (当該銀行の取締役) は、債務者と取引 (貸付) を行った。被告がこの取引により受けた損失について、銀行は被告に金員を支払ったが、後にその返還を求めた。このような事案の下で、ウィスコンシンンの裁判所は、被告と銀行の間には、被告が銀行のために取引を為した当時について言えば、生じうる損失を補償するとの約束は存在しないが、取引の後には約束が為されており、銀行が受領した利益がこの約束を支持するための十分な約因を構成すると

判示した。その際、道徳的義務が約束を支持するのは、出訴制限法の適用や破産免責があった場合のような、約束の内容をなす法的義務が過去に存在した場合に限られるという原則（principle）は、狭すぎるとされ明確に斥けられている。そして、「かつて法的責任であったものから生じる道徳的義務」のほか、「実質的又は金銭的な利益を約束者が先に受領したことから生じる道徳的義務」を認め、本件では法的義務は存しないが、銀行により受領された「実質的・金銭的利益」が存するとして後の約束の拘束力を認める。<sup>(40)</sup>このように、本判決は、先例を批判し、被約束者から先に受領した価値に基づき後の約束が拘束力を有するという革新的なルールを採ることを明らかにしている。従って、本判決は、法的義務が過去にも存しない事案で約束の法的強制を認めたものといえ、（一）の先行バーゲンのルールには拠らないことを明らかにしている。<sup>(41)</sup>

この判決によれば、当該約束を強制するについて重要なのは、過去に被約束者が約束者に利益を与えていることである。約束に先立って法的義務が存在しているのに、それが実定法上強制されえないという事例であれば、前述したように、バーゲンの要件を完全に廃していいないともいえ、バーゲン理論を堅持する立場からも説明可能といえることができる。しかし、法的義務が存在したことが全くなかった場合には、原告に救済を認める根拠はバーゲンではありえず、約束に先立って受領した被告の利得しかないことになる。<sup>(42)</sup>過去にバーゲンが存する場合に、それにより生じた法的債務を免責しないようあえて約束を強制するためのものが道徳的義務であるとするならば、利得の要素のみにより約束の強制を認めることは、それには含まれないことになる。<sup>(43)</sup>しかし、法的義務がかつて存在し、実定法上の保護により取引が現実化せず、これによる損失を補償するという約束がなされ、さらにそれが履行されなかったときには、その法的義務の不履行による損失は余計に加重されるところ、この点、かつて利得があったという場合も同じ状況であるといえる。即ち、法的義務が過去に存した場合は、先の取引自体が熟慮されない行為とされ実定法上強制され得ない

が、そのことによる損失を補償するという後の約束が履行されなかった場合、履行をしない者の利得と同一性を有する当初の損失が、相手方にとつてより過酷になる。このことからすれば、受益に対して支払をするという約束が履行されなかったときも同じ状況であるといえ、このような約束を強制すべきであるとの道義感の本質は、法的義務が存在してもしなくても変わらないはずである。<sup>(4)</sup>

このように、約束に先立って過去にバーゲンや法的義務が存しないにもかかわらず、受益に対して為された約束が強制されうるとする立場を採る判例は、「革新的」な少数派に留まるものの、存在している。約束者が被約束者から何か価値のあるものを、金銭的・実質的利益の形で受領していたとき、受領したものに對して支払を為す道德的義務が約束者側に生じるような状況のもとでは、この道德的義務が約束に拘束力をもたせる場合があるのである。とはいえ、過去に遡っても一切バーゲンが存在しない「契約」とは、アメリカ法においてはそれ自体理論的な問題をはらむのみならず、後述のように、約束者を保護すべきであるという実質的な要請もある。いったん法的債務が生じたことのある事例以外にも拘束力ある「契約」を拡大する立場は、アメリカ法においてはなお一般的には受け容れられてはいないのである。<sup>(5)</sup>

### 第三節 実質的利益のルールに関する判例

以下では、日本法において贈与契約の事案であるといえるか否かを問題とせずに、契約を類型化しないアメリカ法で「実質的利益のルール」に関わると思われる事例のうち、ドイツ法でも古くから特に注目度の高い人命救助の事例、及びドイツ判例にも現れる過去の家事労働に報いる約束に関する判例を見ていきたい。

## 1 人命救助に関する判例

### (1) Mills v. Wyman (Mass. 1825)<sup>(2)</sup>

事案は以下のとおりである。被告の息子（二五歳）は長い間家族と離れ、貧窮し知り合いもなく、病気になるて外国から戻ってきたところ、原告がこの息子を保護し、看病した。二週間後、原告がこの息子を看取った後、父親である被告に知らせたところ、父親は手紙で費用の支払を約束したが、それにもかかわらず支払をしなかったため、原告は訴えを提起した。

マサチューセッツ最高裁判所は、被告の息子に対する原告の親切と役務は被告の要請によるものではなく、息子を看取ってくれた者に対して費用を支払う約束は約因を欠き、法的には拘束力をもたないとした。このように、約因のない口頭の約束は拘束力を持たないという法の一般的ルールが、履行拒絶が恥ずべきことであるような特定の事件にも適用されざるを得ないことについては、訴訟という人間による制度のもつ「欠陥」であるとしつつ、一般的ルールが個別の不正義を結果するやむをえない事例であるとする。しかし、道徳的義務が約束を支える有効な約因であるというルールをより広く約因を認める見解は、次のように述べて、採用しない。

「しかし、判例を検討すると、このルールを広く認めることはできず、有効な約束の基礎を形成する、実定法上効力のない義務が先行して存在したのであればならないと確信する」。つまり、破産免責を受けた債務、未成年者の負う債務、出訴制限法により訴え得なくなった債務については、これを支払う約束に有効な約因がある。このような約束は、本当は存在するのに公共政策により債務者が保護されて支払が強制されない債務について、法による障害を

取り除くに過ぎないのである。これらの場合、いずれも約束に先立って約因を基礎とした道徳的義務が存在する。これら以外のものについては、道徳的義務が約束の法的基礎であるとは認めない。

「彼が約束しても拒絶しても、いずれにせよ、一般的になさしめられるべきことは、なすべきである。しかし、社会における法は、そのような義務のほとんどを、適切にも良心の裁判所と呼ばれてきた内面の法廷に委ねたのである」。

本判決は、過去に法的義務が存する場合にのみ約束が強制され得る、という伝統的な立場(第二節(一))に立つものである。もともとの取引を振り返ってみれば交換取引が存在する約束、即ち、被免責債務の支払約束等を強制しても、これらはより緩やかにであれバーゲンと結びついたままなのであり、問題は少ない。しかし、約因を備えた有効な約束が過去に存在したことの無い本件のような場合には、このようなことは言い得ない。このように、約因を欠く約束に基づいては法的義務が生じないため、訴訟によって強制することはできないとし、そのような約束の実現を法が約束者の良心に委ねていることはおそらくは「賢明な」ことであるというのである。前述のように、このルールは、約束を強制するための唯一の基礎がバーゲンであるという立場を堅持したまま道徳的義務の事例を説明しようとするのに都合のよいものである。<sup>⑥</sup>しかし、その背後には、このような約束に拘束力を認めれば、恩恵の押し付けを許すことになるという「厳しい考え方」が英米法の準契約の領域に存在していることと無関係ではないという見解があり、これは、後述する、利得の返還に関わる問題の分析にとり示唆に富む。この点に関連して留意すべきは、本判決が、約束者である父親が息子の看病をしてほしいという要請をしたことが証明されておらず、またこれを推定することもできないことを前提としていることである。受益する者に事前の要請がない以上、被約束者が勝手に役務を行っているのであり、約束者にとつては取引の相手方として選んだわけではない者に対して約束を為したことになる。こ

の点、このような約束を強制することについてはバーゲンにはあり得ない危険性が存するのである。同様に、この点は、過去に当事者間でバーゲンがあり法的義務が存した場合にもあり得ない危険性であるといえる。

(1) Webb v. McGowin (Ala. 1935)<sup>(8)</sup>

事案は以下のとおりである。一九二五年八月三日、原告は会社の製材工場上階の清掃に従事し、そこから地面に重い松材を投げ落としていた。これは通常のやり方であった。原告が上階の端に立ち松材を放り投げようとしたとき、雇用者である McGowin がまさにその松材が落ちるであろうところにいるのを見た。もしそのまま松材を放れば、これに当たって McGowin は死傷するであろうことから、これを防ぐために原告は松材を抱えて落ち、その落下位置を変えた。しかし、そのために原告自身は重傷を負い、以後労働能力を喪失した。一九二五年九月一日、McGowin は、自分が死傷するのを原告が防いだこと、また原告が傷害を負ったことを考慮して、原告のその後の生活を支えるため、原告が傷害を負ったときから死亡まで二週間ごとに一五ドルを支払うことを合意した。McGowin はこの合意のもとに、一九三四年一月一日に死亡するまで支払を続けた。支払は同年一月二七日を最後に打ち切れ、原告は遺言執行者に対して訴えを提起した。

アラバマ控訴裁判所は、次のように判示して約束の拘束力を認めた。McGowin が死傷から救われたことは、原告が受けてきたいかなる経済的援助よりも重大な価値を有する実質的利益にあたる。McGowin は、この利益を受けたために、補償するよう (compensate) 道徳的に拘束されたのであり、この道徳的義務を認めて明示の合意をした上、死亡までの八年以上もこれを履行したのである。そして、被約束者が約束者の財産を保存したという事案において、そ

れが約束者の要請なくなされた場合であっても、この役務に対して支払をするという約束者の後の合意が、実質的利益を受けたために、有効な約因を有するとした判決を引用して、人命や身体の救助の場合もこれと同じ原則 (principle) による。即ち、過去に約束者に法的義務や責任がなくても、実質的利益を受けている場合には、道徳的義務が後の支払約束を支える有効な約因となることは、十分明確にされているというのである。また、受益に対する McGowin の明示の支払約束は、Webb の役務を承認するものであり、この役務が McGowin の要請によって与えられたことを推定させるものである。この役務は無償で与えられたのではない。役務に対して支払をする合意がそうでないことを証明したからである。

本判決は、Mills v. Wyman 判決と同様、約束に先立って法的義務が存したことがなく、また、約束者により要請されていなかったことが明らかである過去の役務 (救命行為) に報いるために約束があったという事案において、そのような約束であっても拘束力をもつとしたものである。<sup>(21)</sup> これは、過去に実質的利益を受けている場合、報償の趣旨の約束は、道徳的義務を約因とする有効な契約であるとするものであって、前述の第二節 (二) に属する立場を採る判決であるといえる。この点、被免責債務に関わる約束等の限定された類型以外は認めないとする Mills v. Wyman 判決の立場とは異なる画期的な判決である。この判決は第一次契約法リステイトメントの発表のすぐ後に下された判決であるが、このリステイトメントは過去の受益に基づく約束を拘束力あるものとはしていない。<sup>(22)</sup> 従って、本判決は、第一次リステイトメントとは異なる立場を採るものである。しかし、後述する第二次契約法リステイトメント八六条は本判決の方を参照している。



(11) Harrington v. Taylor (N.C. 1945)<sup>(12)</sup>

事案は以下のとおりである。被告である夫がその妻に暴力を加えたため、妻は原告の家に避難した。その次の日、被告は原告宅に近づき、自分の妻にまた暴力を振るおうとした。そこで、妻は被告を斧で打ち倒し、さらに倒れている被告の首を切ろうとしたそのとき、原告が間に入り、襲い掛かる斧を受け止めた。被告に向けられたこの一撃は原告の手に当たり、原告はひどい怪我を負ってしまったが、被告の生命は救われた。この後、被告は原告に口頭でその損害について支払をなすと約束した。しかし、被告は小額を支払ったものの、それ以上の支払をしなかったので、原告は訴えを提起した。

本判決は、次のように述べて原告の訴えを斥けた。ここでの問題は、「約束を支持するのに十分なものと認めるだけの約因が存するか否かである」ところ、本件の約束は約因を欠く。被告がどれほど通常抱くような感謝の念に駆られていても、任意になされたこの種の人道主義的な行為は、約因ではないのである。

事案を見れば、約束に先立って法的義務が存在していない点、救命行為が緊急事態において行われているため、実際上要請があったとは考えられない点、また、少なくとも部分的に履行がなされているといえる点、いずれも Webb v. McGowin 判決の事案と同様である。しかし、本判決は、自己の命が救われたことについて補償をなすべき道徳的義務については言及しておらず、結論は全く逆になっている。

本判決を見れば、約束者が救助という役務により自己の生命という利益を受けていても、要請もないのに任意に為された「人道主義的な行為」による場合であるから交換取引とは全く関係ないことを強調し、約束は約因が存しない

故に強制され得ないという伝統的立場をとったものと考えることが出来る。この判決は、約束者の役務について要請がないことには言及していないが、役務が任意の人道主義的行爲、つまり、事務管理的行爲であることに注目して後の約束を強制されえないものとしているのである。このことから、このような事務管理的行爲を為す者を押し付けがましい干渉者と考えてむしろ約束者を保護すべきであるという、伝統的な立場に立つ判決と見ることが出来る。

このように、*Harrington v. Taylor* 判決が、広く受け容れられている伝統的な原則に従ったものであると評価できるのであれば、これとの対比から、*Webb v. McGowin* 判決が不公平な結論を避けるために契約法の一般原則に逆らい、その例外を作り出した画期的な判決であることがわかる。<sup>(13)</sup> *Harrington v. Taylor* 判決は *Webb v. McGowin* 判決からならに一〇年後に下されたものであるが、一九七九年に第二次契約法リステイメントが採用したのは *Webb v. McGowin* 判決の方であった。

## 2 過去に家事労働をしてもらったことに対する約束

### (一) *In re Hatten's Estate* (Wis. 1940)<sup>(14)</sup>

事案は以下のとおりである。原告は *Hatten* 氏と同じ町に住む未亡人で、亡夫の友人であった *Hatten* 氏は、一家の誰とも血縁関係にはないが、原告の夫が死亡した後、家族の親しい友人であった。*Hatten* 氏は成功した独身の材木商で、三、〇〇〇、〇〇〇ドルの遺産を残して死亡しているが、生前原告の家にしばしば招かれて、頻繁に食事を供してもらったり、車を出してくれるよう頼んで旅行させてもらったりし、特別待遇を受けていた。これらに対し、*Hatten* 氏は何ら補償せず、原告の家を自分の家であるかのように、食事時や食事時を過ぎてから食事を出してもらっ

たりし、これを楽しみ、これらの役務について何度も感謝を表明し、原告はいつかよい支払を受けるであろうと述べていた。そして、Hatten氏は原告に二五、〇〇〇ドルの約束手形を振出し、死亡した。この手形が偽造でないことは立証されている。

原審は、この手形がHatten氏の明示の要請で与えられた原告の二五年間の役務に報いるためのものであったこと、原告もこの役務を無償と考えてはおらず、支払がなされることを意図し期待していたこと、この役務がHatten氏にとって実質的・金銭的な価値を有するものであり、彼が法的にも道德的にも債務を負っていると考えて、何度も支払約束をしていることから、それらの役務が手形の約因となつていたとした。

そこで、本件手形に約因が存するかが問題となる。ところで、本判決は、この点について、まず、約因の不当性は問題とならないことを指摘する。それは当事者の決定に委ねられているからである。役務の価値を数学的な正確さをもつて評価することができない場合、「役務の価値が不明確かつ不確定であつて、多分にいろいろな意見のありうる問題である場合には、裁判所がその判断を契約当事者のそれに代えることはできない」という豊富な先例が存する」というのである。本件と同様、近くに住んで相当期間個人的な役務を与えてきたことに對する補償として手形が振出されたという事案において、家族關係のない者から受けた役務の自分にとつての価値を見積もることができる立場にあつたのは振出人であり、その報酬が不必要に氣前がよいからとして手形に約因がないと判示されるのは不適切であるとした事例もある。本判決は、これらを参照した上で、道德的約因に関するウイスコンシン州の採る「革新的なルール」に従ふこととする。即ち、ウイスコンシンの裁判所は、約束者の實際上の利益の受領が未履行の約束を支持すると判示してきたのであつて、このような受益のある場合には道德的約因は未履行の約束を支持するのに十分であるといつてよいのである。そこで、手形の作成、振出が原告の不当威圧等によるとの証拠がないとして、手形金請求を認容した。

なお、これに対しては、Forsberg 判事の反対意見が付されており、それは本件約束手形の一部につき未履行の贈与約束に過ぎないとして約因の存在を否定するものである。即ち、Hatten 氏が法的義務を負っていないければ、後の手形に約因は存しないところ、与えられた役務の価値、つまり食事代及び車の使用費と同等の支払をする義務があるのみである。その価値は四〇〇ドル、五〇〇ドルを越えるものではなく、二五、〇〇〇ドルのうちこれを越えた部分は、単なる贈与をなさうとして未だ履行されていない約束であるに過ぎない。結局、与えられたものが手形金の約因を構成するためには、与えられたものの価値と手形金額の間になんらかの合理的な関係がなければならぬとするのである。「Hatten 氏が『二五〇〇、〇〇〇ドル』と書き入れていたとしたでしょう。どの裁判所がこの手形を約因により支持された有効なものと判示するだろうか？」として、現実には額の相当性が問題であることが明確にされている。

この判決で興味深い点は、まず、与えられた利益の価値と約束額との不均衡の問題について、約因の相当性の問題が論じられていることである。道徳的義務は約因理論内部で問題処理するためのものであるから、約因の相当性が不要であることが指摘されるのは当然ともいえよう。しかし、本件の約束はバーゲンではなく、本来、約因を欠く約束である。<sup>77</sup> それにもかかわらず、バーゲンにおける約因の相当性の問題を「借用」し、約束額に関して、約束の基礎にある義務の価値を吟味することは、バーゲンにおいて約因の価値を吟味するのが不適切であるのと全く同様に不適切なことであるとするのである。<sup>78</sup> これに対して、少数意見は、この事例において實際上問題となるのが役務と額の相当性であることを示唆している。理論的に見れば、少数意見は、両者の額があまりに不均衡であって役務と約束に「合理的な関係」がないときには、新しい約束の基礎に「法的義務」がないとしていることから、与えられた役務に相当する額を返還する法的義務の存在を認めるようである。それを前提に、この法的義務が存しない部分は、単なる未履

行の贈与約束であることも明確にされている。道徳的義務に言及せず、本件約束手形には約因がないとし、このような未履行の贈与約束の拘束力を認めないというのであるから、少なくとも本件のような場合には、約束に拘束力を与える道徳的義務を認めない立場に立つと考えられる。この点、多数意見は、過去の利得に対する新しい約束を強制するものとする第二節（二）の立場に立つが、約束額を決すべきなのは当事者であるとして額の不当を問題としないために、過去の法的義務を再生する限度でのみ新しい約束を強制しようとする見解（第二節（二））から、実際上も全く離れた印象である。このように、本判決を見れば、新しい約束の約因を認める基礎が過去の受益に求められているにもかかわらず、救済が与えられる範囲については、過去の受益の価値という見地からの限定はなされていないことが明らかである。

#### 第四節 判例の分析

両当事者の合意があれば直ちに法的拘束力が生じるとの建前を採らないアメリカ法においては、ある者の為す「契約」に拘束力を与えるための基礎が問題となるのであり、その主要なものとしては約因がある。約因の内容については争いがあるが、アメリカ法の通説たる交換的取引理論の下では、約束者が過去に何らかの利益を与えられたため、それに対して何かを与える約束をなしたという場合には、この約束に約因は存しないとされる。即ち、交換的取引理論によれば、その約束があらかじめ相手方の行為（performance）と交換的に取引されていなければ約因のある契約とは認められないのであり、行為が約束に先行する以上、Harrington v. Taylor 判決に見られるように、重大な救命行為に対する報償の約束であっても、約因を欠くために法的には拘束力を持たないのが原則である。それにもかかわ

ず、約束の拘束力を認めるための技術として道徳的義務の理論があり、これにより交換取引のない約束の拘束力が認められた事例が存在するのである。そのうち典型的なものとして、「実質的利益のルール」により、過去の受益から道徳的義務が生じるとされ、これによって約束に拘束力を認める事例群が存する。例えば、*In re Hatten's Estate* 判決や *Webb v. McGowin* 判決は、「約束者が被約束者から実質的利益を受けている場合には、与えられた役務を補償するよう、道徳的に義務付けられている」としているものであり、「しばしば実質的利益のルールと呼ばれるもの」が適用されたものとしてよく知られた判決である。<sup>⑩</sup>これらは、約束自体がバーゲン、即ち、交換取引でないときに、約束以前にバーゲンないし法的債務が存在しない場合であっても、道徳的義務が後の約束を支持する「有効な約因」となりうる点で、少数派の判例である。しかし、これらは、過去に法的な債務が存した場合に限り、後の約束に約因を与える道徳的義務が認められるという従来のルール(第二節(一))を否定した点で、大きな意義をもつ。即ち、過去に遡ってもバーゲンが全く存在しない場合であるにもかかわらず、実質的利益が与えられているという事実に着目して、拘束力を伴う約束の範囲を拡大する立場に立つものであると位置づけられる(第二節(二))。バーゲンを欠く「契約」とはアメリカ契約法上大きな問題をはらむものであって、拘束力を有する約束の拡大という問題については、一般的に、肯定的な評価も否定的な評価もありうる。また、これが許容されるとしても、どのような場合に約束が法的に強制されているのか、肯定例を見れば約束に関わる様々な要素が分析されうる。そこで、これらの点につき、約束の拘束力を肯定した事例である前述の *Webb v. McGowin* 判決と *In re Hatten's Estate* 判決を参照して、考察していきたい。

まず、拘束力を有する約束の範囲の拡大に対する学説を概観する。*Webb v. McGowin* 判決は、後述のように、*In re Hatten's Estate* 判決と異なる要素を有し、第二次契約法リステイトメントの起草の過程でも注目度の高い、大変著名

な判決である。その事案を分析すれば、道徳的義務の理論に関する伝統的立場からは理論的な説明が非常に困難な判決であるにもかかわらず、劇的な人命救助の事案であるためにその結論に反対することの難しい判決だからである。Webb v. McGowin 判決では、道徳的約因を否定してきたアラバマの裁判所でさえ「事案の衝撃」に負けたのであり、それにあえて抵抗できる裁判所は多くないであろうと思われるほどのものである。<sup>(82)</sup>この点、In re Hatten's Estate 判決がウイスコンシン州の裁判所のものであり、約束者が実質的利益を受領するときには道徳的義務が存在し、これが約束の有効性の基礎となりうるという、ウイスコンシンの「革新的」な見解を採ったというにすぎないことと対比されうる。<sup>(83)</sup>そこで、Webb v. McGowin 判決は、約束者がなすべき約束であったというだけの理由で約束の拘束力が認められた道徳的義務の事例として、「法的原则からの逸脱として糾弾される」か、「一種の妥協的論理を伴った感情の勝利としてしぶしぶ受け容れられる」か、そのいずれかであることになるのであり、拘束力を有する「契約」の範囲の拡大に関する考え方の差異を反映して、この判決に対する基本的な姿勢に対立が見られる。

このような「契約」の範囲の拡大については、まず、第一次契約法リステイトメントの起草者である Williston に代表される否定的な立場がある。Williston によれば、後の約束を支持するために必要な道徳的義務の有無という判断基準は、必然的に各個人の意見により異なるものである。また、道徳が指針となるべきであるとするれば、どのような約束についてもこれを履行すべき道徳的義務が存するから、過去に道徳的義務が存するか否かが判断基準になるならば、無償の約束を繰り返し返したり、言い直したりする約束のすべてが拘束力を有することになる。Williston はこのように述べて、安定性を期すために、拘束力ある約束を制限する伝統的な見解に留まる方向で考える。「少数の州では、立法がコモン・ローのいずれかにより、道徳的義務が後の約束を支持しうるといふ理論が採用され、法として機能し続けている。法令が存するところでは、その用語や解釈から、この理論はしばしば一定の格別の要件に服するとみてよい。

そして、この少数派の立場を採る判例法は、道徳的義務が先に存する場合のうち、特別な類型か又は特にひどい背景であるかのいずれかに限定されるとき得る」というのである。<sup>(85)</sup>これは、過去にバーゲンがあり法的義務が存在していたような少数の例外以外では、道徳的義務が後の約束を支持することを拒否するという、伝統的な見解に近いものであると考えられる。<sup>(86)</sup>

これに対し、Corbin は道徳的義務の理論の有用性を認める立場に立ち、具体的な事例を参照して、道徳的義務に社会的感覚に訴えるものがある場合には、「過去の約因」であつても約束を支持するのに十分だと考える。<sup>(88)</sup>即ち Webb v. McGowin 判決のような経済的な利益と関係ない事例においてさえ道徳的義務が認められることがあるのであり、このように当該道徳的義務の存在について社会共同体の見解が明確であれば約束は強制されるべきなのである。<sup>(89)</sup>これによれば、何が法的拘束力の基礎となる道徳的義務であるかについての社会の見解の変化によつて、ルールが発生、破壊されていくことになるが、これを「法の發展的過程」であるとして肯定的に捉えるのである。<sup>(90)</sup>そこで、Corbin は、Webb v. McGowin 判決についても、その法的構成はともかく、結論の妥当性は認めている。<sup>(91)</sup>

このように、Williston と Corbin の見解を見ると、道徳的義務の範囲が安定性を欠くものであるところ、そのようなものを許容する姿勢をとるか否かという点に根本的な差異がある。前者は道徳的義務を主観的で無限定でしかあり得ないものと否定的に捉えているのに対し、後者はこれが、流動的であるにせよ、「社会共同体の見解」によりある程度客観的に限定されうるものであることを前提として肯定的に見ている。即ち、どちらの見解も、約束したという点のみに基づいて約束の拘束力を認めることは許さず、<sup>(92)</sup>当事者の合意とは別に法的拘束力の基礎を論じている。また、どちらの見解も、そのような拘束力の基礎としての道徳的義務を認めつつ、その範囲が不明確であることも認めている。これらを前提として、法的安定性を重視して、拘束力ある「契約」の範囲を限定的に解するか、あるいは、その



不安定さにもかかわらず、これを適切に拡大することを優先するかが争われているのである。

この点、約因の正当化理由をその様々な機能に求める立場から、約因の機能の分析に基づいて道徳的義務を肯定する見解がある。約因の有用性には議論があるところ、Finnel<sup>(93)</sup>がその著名な論文で約因の機能として、約因の証拠的機能、警告的機能等について述べている。約因の証拠的機能とは、紛争が起こった場合に契約の存在とその内容の証拠を提供するという機能であり、警告的機能とは、熟慮に欠ける行為を抑制するための注意的または制限的機能である。約因は<sup>(94)</sup>、契約の存在及び内容の証拠となるほか、「熟慮」された約束であることについての安全弁ともなるのである。そこで、このような約因のない約束の典型例である贈与約束を強制できない理由として、証拠の点で問題があり、また、しばしば衝動的になされ、必要な熟慮がなされないことが挙げられる。まず、約因のない贈与約束では虚偽の約束であることがより考えられる。というのも、「ふつう人は、無償の約束をせず、ギブ・アンド・テイクの交渉をもつものである」という固定的な着想から、約因のない約束は現実にはなされなかったと想定し、また逆に、受約者が何らかの対価を払うことから、約束の存在を推認している<sup>(95)</sup>のである。さらに、「熟慮の末になされた合意のみが法による強制に値するという考え方」があるところ、贈与約束は「思慕の情、感謝の念、虚栄などによって、ひと時に高揚した気分の中で軽率になされる傾向がある」<sup>(96)</sup>。つまり、ある者が対価として何かを犠牲にしなくてはならないときには、得るものが失うものに値するか否かについて思案するのに対し、無償で何かを与えるときには、一般に約束者の側に真剣に履行するつもりがなく、被約束者もそれを真に受けて履行を期待しない傾向がある。約因にはこのような約束を排除する機能があるのである<sup>(97)</sup>。以上は、約因が、より広い概念である形式 (form) の一つとして有する機能を考察するものである<sup>(98)</sup>。そして、そのような見地から拘束力ある「契約」の拡大に肯定的な立場を採る Finnell<sup>(99)</sup>は、約因と同様に道徳的義務が約束に対して持つ意味を考察し、法的拘束力の基礎としての道徳的義務は、不安定であるからと

いって拒絶されてしまうべきではないとする。Fullerによれば、被告が道徳的になすべきことを約束したときには、約束が強制されうる何か実質的な理由が主張されているのであり、それは、広い意味では、法が交換の契約 (contracts of exchange) に特別の地位を与えることを正当化する理由と類似する。即ち、交換の契約は、人が財物や役務を交換しなければならぬからこそ、強制されるのであるところ、<sup>(99)</sup> 道徳的義務の事例においても、約束がなくてもいわずにせよなされなければならなかったことが約束されている。そのため、道徳的義務を基礎とする約束の場合にも、約束者が熟慮なしに行爲したかもしれないという問題は生じないし、これと同じ理由で、ある程度の証拠に関わる保証のなさを見過ごすことは正当であるといえよう。<sup>(100)</sup> 裁判所と当事者双方によりなすべきものと評価された約束がなされた場合、それは交換の契約と同程度に「軽率ではあり得ない」のである。そこで、道徳的約因が安定性を脅かすといわれていても、これを排斥するのではなく「飼いなす」ことにより解決されていくべきであって、未成年者の負った債務等においてすでになされてきたのと同様、裁判上の排除と包摂の過程が続けられていくべきであるという。さらに、Fullerは、約束者が何かをなすべきであるという裁判所の確信と、約束者がその義務を自認していることが合わされば、その双方ともが十分でない場合であつても強制されることはありうると述べている。<sup>(101)</sup> 要するに、道徳的義務は、当事者の主観のみならず客観的判断により認められるのであり、これに基づく約束がなすべきことをなすという約束であつて、軽率になされるようなものではないこと、約束の存在も相当確かなものであることの根拠となる。この点で、道徳的義務は約束の拘束力の基礎となりうる重要な意味を持つのである。これらは約因の証拠的機能、警告的機能に関わるものであり、言ってみれば、ここでは道徳的義務が約因と同じ機能を果たすものと位置づけられているのである。

本稿は約因について深く立ち入るものではないが、約因の機能に関わる実質的考察は、約因のない道徳的義務の

事例でも、その機能が達成されうると指摘される限りで、重要である。このような実質的見地からバーゲンのない約束に拘束力を与えようという見解は実はい多い。Henderson によれば、約因理論は、約束者が熟慮しており、約束の深刻さを心に刻み付けていると解するには不適切であるとして、多くの約束の拘束力を否定する機能を果してきたものであるが、事例を研究すれば熟慮されていない約束がなされるという懸念の多くは誤りであるという。そこで、Henderson は、過去の受益に対してその受益者が約束するという物事の展開があれば、そのような処理 (transaction) 自体が、形式 (form) や現在の交換 (present exchange) と同様の「自然な安全弁 (natural safeguards)」を含むと考える。役務と約束の間のタイムラグは約束者に熟慮と慎重さ (caution) を働かす機会を提供するのであって、それは「価格 (price)」の評価と同様であり、通常のバーゲンでも多くの場合には存しないほどのものである。<sup>(10)</sup>これは Fuller が約因の警告的機能と呼ぶものにかかわる。また、Murray も、「実質的利益のルール」について、実質的利益の受領と後の約束とが証拠的機能を果たすから虚偽の請求である危険性はほとんどないという考えを支持する。但し、極端な事案では特にいえることであるが、受益時の抗し難い (overwhelming) 感謝の念が衝動的な約束を誘発することは考えられるので、なお Fuller のいう「警告的機能」が欠けるという問題は残るとする。とはいえ、このような危険性があっても、かつて受領された利益が重要である (substantial) ときには、約束がこの受益との関係で過剰なものでない限り、これを強制するについてリスクはほとんどないようであるという。そこで、Murray は、不安定さゆえにこのような約束に拘束力を認めるべきではないとする立場を否定的に評価する。即ち、現代の裁判所が「実質的利益のルール」やこれにより認められる一般的な道德的義務の概念に反対する場合、契約法が過去にこれらの約束を強制してこなかったという事実以上の根拠を挙げることは、ほとんどない。そして、このような根拠が有効な約束の望ましい拡大に反対する十分な基礎となるものではないのは確かである、というのである。<sup>(11)</sup>

次に、この「実質的利益のルール」の適用例とされる二つの判例、Webb v. McGowin 判決と In re Hatten's Estate 判決の内容を分析し、各要素について考察したい。これらを比較すると、まず、In re Hatten's Estate 判決では、約束が譲渡可能な約束手形によりなされているが、このような証書では約因が推定されるとされてきたのであり、その意味で裁判所に約束の拘束力の基礎を与えることとされる伝統的なものである。<sup>(86)</sup> Webb v. McGowin 判決では約束手形は振出されていがないが、訴訟の場で意味を有するとされている証書によりなされた約束であるということは、熟慮の機会が与えられることからその約束の拘束力を認める方向に働かうるといえるであろう。また、約束だけを見るのではなく、これに先立って為された役務に着目すれば、In re Hatten's Estate 判決は、約束者の要請により与えられた過去の役務に対して約束が為された事案に関するものであるが、Webb v. McGowin 判決は、何の要請もしていないのに突然与えられた役務に対する約束が問題となったものである。これらは受益についての約束者の要請の有無の点で異なるが、後の支払約束を拒むための理由としてしばしばこの要請の不存在がいわれるのであって、特に金銭的な形で利益が被告に与えられていないときには、このような要請は、少なくとも役務そのものと同程度に不可欠であるという。この点、Webb v. McGowin 判決は非金銭的な価値を持つ役務が為された事案に関するものとされており、また、In re Hatten's Estate 判決の事案を見ても、役務が非金銭的な無形の価値をも含んでいると考えられるものである。そこで、役務の要請がないと言う点で Webb v. McGowin 判決の方がより画期的な判決であるということができよう。このように、約束時の事情のみならず、約束に先行して存在する役務に関わる事情まで遡って、後の約束の拘束力が論じられるのは、次の理由からである。そもそも、要請があった時点で、これに依って役務を為す者に当然支払が為されるべきだという期待が存すれば、黙示であれバーゲンたる契約が実際に為されたといえ、ここに役務と約束を交換するという取引を見出すことができる。この場合、役務は要請時の契約に含まれるものであるから、この契約を強制すれば支払

は為されるのであり、そうであれば後の支払約束など本来不要なものということになる。しかし、このような場合でも、契約を推定させる説得力ある証拠として、裁判所は被告自身が後の明示の約束で自ら義務を認めていることをしなれば歓迎しているのである。<sup>(9)</sup>さらに、Webb v. McGowin 判決では、緊急時の救助という役務の性質からして、被救助者である約束者が実際に役務を要請したということはあり得ない事案において、後の約束は先行役務の要請を推定するものであるとされている。<sup>(10)</sup>このように、役務について要請が存しない場合には、役務が為されるにあたり何らかの交換取引が存在したという構成によることは不可能であろうが、裁判所はその役務が緊急を要するものであったという性質を考慮して、その時間があつたならば要請がなされたであろうと考え、後の約束の拘束力を許容しているのである。<sup>(11)</sup>しかし、後の約束の存在からこれに先立つ役務の要請を推定するという構成には批判もあり、また、本来、「実質的利益のルール」は先行役務について要請がある場合についてのものであって、要請がない場合に適用されるのは特に例外的な場面に過ぎない。<sup>(12)</sup>原則として、事前の要請なく任意に与えられた利益については、準契約上の救済のみならず契約上の救済も与えられない。即ち、受益者にはこのような過去の利益に対して支払をする法的義務はなく、後に受益者により支払約束が為された場合であっても、判例の多数派や支配的見解はこの約束を強制され得ないものとしているのである。<sup>(13)</sup>後述の第二次契約法リステイトメント制定の過程において、In re Hatten's Estate 判決よりも Webb v. McGowin 判決に対する注目度の方がより高いのは、役務が要請に応じて与えられたものでないために、後の約束がバーゲンからより距離のあるものといえるからかもしれない。即ち、役務の要請がない場合の約束はよりバーゲンとの関わりがなく、専ら約束者が「実質的利益」を受けたために道徳的義務が生じ、拘束力の基礎となるとされているのであるから、そこでは約束者の受益、利得といった要素がより重要であると考えられる。そこで、利得の方に着目して考えるならば、後述のように、問題の本質は利得の返還にあり、後の約束の存在がこれに影響を与えてい

る、というように見ることもできるのである。

## 第五節 小括

アメリカ法においては、原則として、バーゲン、即ち、交換取引でなければ法的拘束力を持たないとされており、これによれば、贈与するという約束は何ら法的拘束力を持たない単なる約束ということになる。しかし、バーゲンを欠くにもかかわらず、裁判所がその拘束力を認めてきた一定の約束がある。それは、約束者について、過去に法的義務が存在していた場合、及び法的義務はなくても実質的な受益が存在した場合であり、これらにより生じた道徳的義務が後の支払約束を支持する有効な約因となるとされる。しかし、ドイツ法でも特別視されてきた、人命救助者に対する報償の趣旨の約束すら、約因が存しないという理由でその拘束力が否定された事例もある。バーゲンがなければ契約でないという古くからの感覚ゆえに、受益について要請がある場合でさえ、要請時に黙示の補償契約を見出せない場合には、裁判所は後の約束の拘束力に疑いを持っており、要請がない場合には原則的には後の約束から法的義務が生じることはない。<sup>⑩</sup>このように、バーゲンでない約束の拘束力を認めることはアメリカ法にとって困難な試みであり、法的に強制しうる約束の拡大をどの程度許容するかについての基本的な考えの相違を反映して、議論のあるところである。この点、Webb v. McGowin 判決においては、先行役務につき何ら要請がないため、要請にあたりバーゲンがあったとは言い得ない事案であるにもかかわらず、後の支払約束が強制されている。ここでは、約束の拘束力の基礎が約因にあるとは言い得ないのであり、過去の受益にあるとするほかない。そして、この判決は衝撃的な事案についてのものであることが指摘されており、緊急時の人命救助という過去の役務の性質が後の約束の拘束力に大きく影

響していると考えられ、従って、その約束の背景である過去の受益に関わる状況が考慮されていることになる。この点、第二次契約法リステイトメントの起草者は、この *Webb v. McGowin* 判決を特に重要なものとして参照し、過去の受益に対して為された約束の拘束力を認める条項を設けた。注目すべきは、その際に道徳的義務の理論を捨て、不当な利得はさせないというポリシーに基づいて新しいカテゴリーの「契約」を定めており、これを *restitution* と準契約の概念に関わるものと捉えていることである。即ち、第二次契約法リステイトメントは、報償の趣旨でなされた約束の拘束力の根拠について、道徳的義務の理論を含めた「約因」の要素から「利得」の要素へと焦点を移すことを提案しているのであり、判例法理との断絶が見られる。<sup>(14)</sup> この点、約束のみならずそれに先立って存在する受益に関わる要素が重視される構成をとっているということができ、大変興味深い分野となつていく。<sup>(15)</sup> というのも、日本法は、合意時の意思の有無や内容によってしか契約の法的効果を左右することはできない建前であり、アメリカ法において、約束に先立つ過去の事実を重視して、これにより特徴付けられ、性質付けられた約束の類型が設けられていることは、注目に値するのである。

# 【注】

(1) 来栖教授は、*Liberalitas* という語を「好意の施し」と訳されている。サヴィニーによれば、贈与は *Liberalitas* であり、このような贈与者の意思のみが問題となる。サヴィニーは、贈与を債務契約とはせず、法律行為でもない、「種々の法律行為が身につけうる一般的な性格」とする。これは、与える者の「個々の行為」の基礎にある私欲のない好意 (*Wohlvollen*) であり、*beneficium*、*liberalitas* と呼ばれ、相手方の利益のみを目的とすることであるという。但し、当該行為自体に氣前のよさがあればよく、それによつて相手方に氣に入られ、より大きな利益を引き出そうという利己的な意図が背後に

あってもかまわないというほどの意味である。このような利己的目的があっても贈与とされることからすれば、感謝を表するための *remuneratorische Schenkung* も当然贈与となるのであり、撤回の可否について問題となるのみである(サヴィニー著・小橋一郎訳『サヴィニー現代ローマ法体系』第四卷(成文堂、二〇〇一)八、九、一四、八三―九三頁)。サヴィニーによっても贈与の実質的性格が問題とされていることは明らかであるが、それは不明確であって、この語の正確な把握は困難である。そこで、これに該当しないとされる場合とはどのようなものかを見ると、BGB 五三四条のほか(注2参照)、例えば、レーネルは、取引として給付の交換対象たる等価物のためになされたこと、即ち、経済的に反対給付に関わる給付であることが、*Liberalität* の性質を排除することとしている (Lenel, *Nochmals die Lehre von der Voraussetzung*, Acp. Bd.79, S.69 (1892))。これは、長い間、アリストテレスの概念を借りて、贈与が寛厚 (*liberality*) の行為とされてきたことの名残といえよう。ドイツ民法編纂において、第一草案は、贈与を受贈者を豊かにする意思と定義したが、これに対しては贈与者の動機が様々であり贈与者の豊かにする意思その他の目的を考慮すべきでないこととされ、その後、贈与を否定的に、*unentgeltlich erfolgt* とし、見返りが生じないことについての合意と定義することにより解決した(近代契約理論研究会(加藤一郎・矢崎光圀・他)「近代契約理論の思想的背景(二)」成城法学四四号八五頁(一九九三)、「近代契約理論の思想的背景(七)」成城法学六一号二六、二二七頁(二〇〇〇)。ドイツ法における贈与概念については、拙著『贈与契約の類型化』——道徳上の義務の履行を手がかりにして——八七頁以下(信山社、二〇〇四)。その背景としては、17、18世紀にはアリストテレスの権威が失墜しており、法理論は道徳哲学とは別個のものとなったことさらに、「19世紀の法学者達は、その結論が、より大きな哲学的原理から由来するとはもはや主張せず、自国で効力を持つ法を単に記述するだけだと言った」ことがある(「近代契約理論の思想的背景(七)」二二〇頁)。

(2) Protokolle, S.35, 37. 第二委員会議事録によれば、「道徳上の義務や儀礼を斟酌して行われた贈与」においては、「受領者が原則的に感謝 (Dankbarkeit) の気持ちをもつ義務を負わないために、忘恩ゆえの撤回権の前提が存しない」ことが、BGB 五三四条の立法理由とされている。そのような贈与の本質は、五三四条の贈与と普通法時代からの不明確な *„remuneratorische Schenkung“* (報償的贈与) との関係述べた部分から明らかになる。即ち、報償的贈与は先行役務に



対する報酬の趣旨でなされるが、報酬のほかに贈与者の *Liberalität* の部分が多く含まれている場合には、忘恩行為による撤回を排除する理由はない。しかし、先行役務との関係で見て *Liberalität* が存しないか、又は、わずかな部分を占めるに過ぎないという場合には、撤回は許されないというのである。このことから、少なくとも忘恩行為に関する規定は、好意の施しがなされ、それを受けた者が感謝の義務を負うという関係を基礎とすることが明らかになる。そして、この点から見た場合、忘恩行為の規定が適用される通常の贈与、即ち本則的贈与契約というべきものは、*Liberalität* であるとされていることがわかる（拙著・前掲（注1）九八一—一〇〇頁）。

- (3) BGB 五三四条は「道徳上の義務のため、又は儀礼を斟酌して行われた贈与については、返還請求及び撤回は、することができない」と規定している。これにより排除される贈与契約に関する規定とは、具体的には、忘恩行為による撤回権と返還請求権（五三〇条から五三三条）、困窮による返還請求権（五二八条以下）のみである。そこで、五三四条に該当しても、その他の規定、例えば要式行為（五一八条）や困窮の抗弁（五一九条）を定めた規定等は適用されることになる。

- (4) Staudinger/Cremer § 534RdNr.5; Erman/Seiler § 534RdNr.2. 判例の立場である。
- (5) Münchener/Kollrosser § 534RdNr.6.
- (6) Soergel/Mühl = Teichmann § 534RdNr.2.
- (7) Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd.2 (Recht der Schuldverhältnisse), 1899, S.161.
- (8) Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd.4, 1981, S.98, 99. Windscheid=Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd.2 (achte Auflage), 1900, § 368 N.11. 人命救助の場合に特に「haec donatio irrevocabilis」と呼ばれ撤回できないとされていたという。さらにこれは贈与の方式規定の起源となった *Insinuation* を免除されていた報償的贈与の典型例でもあるという。そこで、ヴィントシャイトは、報償という動機による贈与も通常の贈与法に服するはずであるとしつつも、救助者に対する贈与だけは例外的な扱いをするよう主張する（Windscheid, S.525, 526）。

- (9) 長年ほぼ無償で家事労働や世話をしてくれたことに對する感謝の気持ちから土地や金員を出捐するといった場合も報償的贈与とされ、一九八六年九月四日の B G H 判決はこのような贈与の事案に関するものである。当該事案において妥当な結論を導くために、本判決は、父の子に對する出捐をいわゆる報償的贈与であるとしながらも、B G B 五三四条が適用されるには、先行役務を行うに際して受贈者が個人的に重大な犠牲を払った等、報償の欠如が道義感を害するような特別な状況がなければならぬとして、限定的に解する (Lindenmaier-Möhning Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, 1986, 43-48, BGB § 534 Nr.3 Bl.1,2)。
- (10) 来栖三郎『来栖三郎著作集Ⅱ』一三四頁(信山社、二〇〇四)。日本民法制定の過程では、忘恩規定が意圖的に排除され、道德上の義務の履行を例外扱いする規定は置かれなかった。来栖教授によれば、日本法においては、むしろ義理や恩より生ずる義務の履行こそが贈与の典型と捉えられているのであり、この点、欧大陸で贈与が好意の施しとされることと対比しうるといふ。これによれば、道德上の義務を履行する契約は当然に贈与であることになる。
- (11) 広中俊雄「有償契約と無償契約」『広中俊雄著作集 2 契約法の理論と解釈』四、五、二四―二八頁(創文社、一九九二)。さらに、近代におけるものとは少々異なるが、ローマ法においても諾成契約というものは有償契約について發達してきたのであり、ローマ法で「個々の契約を取り出してみたとき各当事者の行為(給付)が相互に對価たる(あるいは對価的な)意義をもちつつ他の当事者のそれを条件づけ且つそれと離れがたく結びついている」という構造をもつ契約類型であったということ、このような型の契約をひと口に有償契約とよぶこととすれば、それらは有償契約であった」ことも指摘されている(一一―一二頁)。
- (12) 契約の拘束力を意思に求める見解は、口頭の贈与契約に完全な拘束力を認めることに親和性を有する。この点、民法は書面によらない贈与契約を撤回しうるものとするが、梅博士は、自由契約尊重という側面から、書面によらない贈与を取消しうることに原則として反対される(梅謙次郎『民法要義卷之三 債權編〔訂正増補第拾壹版〕』四六三頁(有斐閣書房、一九〇〇))。
- (13) Zweigert, Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Scheidung verbindlicher Geschäfte von unverbindlichen, JZ, 1964, S.349, 350,

353. 實際上、無償行為は、有償契約と異なり、法律的に拘束力ある債務を負担するというよりも軽い意味に考えられているのであり、これを考慮しない議論は「机上の空論」であるという指摘がある(末弘巖太郎・末弘著作集Ⅲ・民法雜記帳下巻五五、五六頁(日本評論社、一九五三))。契約法発展の歴史を見ても、「有償契約と無償契約とはどのような差異であるのか」ということの把握が、およそ契約および契約法を扱おうとするすべての者——実定法を説明し解釈し批判しようとする者であれ、また契約の社会的機能を論じようとする者であれ、はたまた契約および契約法における理念といったようなものを問題にしようとする者であれ——にとつては不可欠である」(広中・前掲(注11)四三頁)。

(14) Gordley (ed.), *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, 340 (2001) 参照。

(15) 差異が大きすぎるとされてきた英米法系の諸国との比較についても、アメリカにおいて、各国の法制度間に共通的核心 (common core) が存在することを検証する研究が展開しつつあり、そこでは、法的構成が異なっても「歴史的・政治的・経済的・社会的・文化的諸条件が類似している場合には、ある一定の事実関係があれば、機能的にみてそれに対する法的評価の実質的内容である法的救済も類似している」とされており、これによれば各法体系・法制度が与えているところの法的評価の実質的内容を比較することが可能となる(木下毅「英米法研究の方法論」(研究覚書)国際基督教大学社会科学ジャーナル第九号一一〇頁以下(一九七〇))。法の統一に向かう20世紀の傾向は、経済のグローバル化の影響も受けたものであつて、現代の法の特徴の一つといえる。また、common core のアプローチの試みはヨーロッパでも為されてくる (Timoteo, *The Harmonization of Contract Law and the Role of Comparative Law*, 比較法雑誌三三卷四号二七、二八頁、四〇頁以下(二〇〇二))。但し、贈与については相続とも関わり独自性が認められるべきであつて注意を要する。

(16) 吉田邦彦『契約法・医事法の関係的展開』二二九、二三〇頁(有斐閣、二〇〇三)。

(17) 木下毅『英米契約法の理論(第二版)』一七三頁(東京大学出版会、一九八五)。アメリカ契約法にとりリストテイトメントの役割は重要である。これは、アメリカ契約法の現状を「再記述」するものであるが、判例法の整理に留まらず、現状では少数の法域で採用されている法理であつても、合理的と考えられるものをあえて採用し、州ごとに異なるアメ

リカ法の統一に資することを目的とするものである(樋口範雄『アメリカ契約法』六一頁(弘文堂、一九九四))

- (18) 例えば、雇用者が被用者に金時計をプレゼントすると約束したが、考え直し引渡さなかった場合、雇用者には何の見返りもないため、交換が存しないので、この約束は約因を欠く。重要なのは、この約因の欠如である。ところで、金時計が現実には被用者に引渡されたときには gift であり、donative promise と異なる。この場合に雇用者が金時計の贈与を考へ直して返還を求めた場合には、雇用者のこのような権利主張には約束の強制は含まれておらず、この場合は契約法の問題ではないことになる。時計が引渡され gift が完成された以上、これについて撤回したり返還させたりすることはできない。贈与約束は撤回可能であるが、履行済みの贈与は撤回できないといえよう (Farnsworth, *Contracts*, § 2.5 (4th ed. 2004))。

- (19) アメリカ法においても 19 世紀、大陸法的意思理論の影響を受けて、契約の拘束力、契約による義務の根拠を当事者の意思に求める契約理論が広くいさわたった。しかし、それは一時的に見られた現象に過ぎなかったという(木下毅「英米契約法における関係理論(一)」法学協会雑誌八九巻五号、五一頁以下(一九七二))。木下教授は、約因の法理とはコモン・ロー上の関係理論の契約法領域における現われであるとされる。これは、後述の信頼侵害理論と同様、「大陸法的な意思理論」とは異なるものであり、むしろ当事者の意思を離れて「当事者間の関係を法的効果発生の基礎と」するという性格を有している(木下・四七九、四八一頁)。契約の拘束力の基礎について、様々に自由な議論がなされるアメリカ法を見ることは興味深い。

- (20) Murray, *Murray on Contracts*, § 2.3 (4th ed. 2001).
- (21) Murray, *supra* note 20, § 67 at 327.
- (22) 樋口・前掲(注17)八二頁。
- (23) Farnsworth, *supra* note 18, § 2.6.
- (24) Farnsworth, *supra* note 18, § 2.5. 周知のとおり、アメリカ法において、契約不履行があつたときの救済は、原則として損害賠償による。裁判所の場合によっては約束の履行を約束者に命じることもあるが、それは例外的なものと位置づけ

られている。通常、裁判所は、約束者が約束を履行しなかったことにより生じた被約束者の利益の損害を補償するものとされる一定額を定めることにより、実質的な救済を被約束者に認めるのである。約束者の責任の程度は、被約束者の履行利益、信賴利益、原状回復利益の見地から論じられるのが通常である。一般的に、額は被約束者の履行利益、又は時折言われるように、「バーゲンの利益」により判断される。即ち、被約束者が約束を履行したであろう地位に被約束者をおくようにするものである。これは、今日、約因により支持されているという理由で強制される約束に基づく訴訟では一般的に用いられる手段ではある。しかし、これが唯一のものではなく、信賴利益のほか、後述する原状回復利益がある（Farnsworth, *supra* note 18, § 2.1 at 46）。

(25) 田中英夫「英米における無償契約に対する法的保護（史的素描）」比較法学会編『贈与の研究』四七、四八頁（有斐閣、一九五八）。ところで、無償約束（*gratuitous promise*）の概念については、贈与約束（*donative promise*）を含むより広い概念であり、また、双方的でない約束のすべてをさす概念であることに留意すべきである。例えば、一定期間は申込を撤回しないという約束、契約条件の変更をする約束等も無償約束と考えられている（有賀恵美子「契約交渉破棄事例における約束的禁反言の適用（一）——アメリカの判例分析を中心に——」法律論叢七五巻二二三号一六五、一六六頁（二〇〇二））。

(26) 例えば、寄付を為した者の名が後世に残ることから寄付の約束には約因が存する、という考えは、約因理論を限界まで拡張するものである（Farnsworth, *Promises to Make Gifts*, 43 *The American Journal of Comparative Law*, 366 (1995)）。

(27) 約因論から、「何故一定の当事者間の合意が法的拘束力を持つのか、契約法が保護の対象としているものは何なのか」「契約責任の源泉」についての問題が浮かんできるのであり（西川理恵子「コモンローにおける約因と契約の拘束力」法学研究五九巻二号一一八頁（一九八六））、これは英米契約法の一つの基本的問題である。

(28) 前述のとおり、約因をどのようなものと捉えるかは大きな問題であり、法制史上の問題でもあるが（有賀・前掲（注25）一四〇頁以下）、リステイトメントは、起草にあたり、約因の定義をCordinが主張した広範で曖昧な *causa* や *cause* と同義のものとする立場を採らず、交換的取引理論を主張する Williston の立場を採り、契約責任を狭める機能の強いも

のとしている(有賀恵美子「契約交渉破棄事例における約束的禁反言の適用(二)——アメリカの判例分析を中心に——」法律論叢七五巻四号四四頁(二〇〇三))。これに関する第二次契約法リステイメント七一条の規定は次のようなものである。「71条(交換取引の必要性——交換取引の類型)(1) 約因を構成するためには、(約束に対して) 履行または反対約束が交換的に取引(bargained for)されなければならない。(2) 履行または反対約束は、それが約束者によって約束と交換に求められ、かつ受約者によって約束と交換に求められ、かつ受約者によって約束者の約束と交換に与えられる場合に、交換的に取引されることとなる。(3) 履行となるのは次のものである。(a) 約束以外の行為(b) 不作為(c) 法律関係の設定、変更、解消(4) 履行または反対約束は、約束者のみならずその他のものに与えてもよい。また、受約者からではなく、その他のものから与えることもできる」(Restatement of the Law Second, Contracts (以下、Restatement (2d) of Contracts とす) § 71 (1979)・樋口・前掲(注17) 八二頁の訳を参照)。これは、被約束者の何らかの約束か行為と交換になされた約束だけが法的に強制されるとして契約の範囲を制限したものである。しかし、実際に裁判所が約束に基づく訴訟を適切に制限する手段として用いられる約因は、causa 理論よりもプラグマティックな性格を有し、一つの定義が存するとはいえないほどに異質なものを含むという(Gordley ed., supra note 14, at 10, 11)。「すべての判例や学説が承認するような約因に関する定義は存在しない」といわれ、約因の一般的な定義を定立することは困難であるという(長谷川新「約因と原因——契約に於ける英米法と大陸法との接点——」日本大学大学院法学研究年報二二号二七一頁以下(一九九一))。

- (29) Farnsworth, supra note 18, § 2.8 at 56, 57.
- (30) Corbin, Corbin on Contracts (revised edition), § 9.2 at 241 (1996).
- (31) Farnsworth, supra note 18, § 2.7 at 56, Calamari=Perillo, The Law of Contracts, § 4-2, § 5-2 (3<sup>rd</sup> ed. 1987), Murray, supra note 20, § 67 at 327.
- (32) Farnsworth, supra note 18, § 2.8 at 57.
- (33) Farnsworth, supra note 18, § 2.8 at 58.

- (34) このような例外は、約因についてこのような交換的取引理論を採ることから生じるという。この理論の下では、約因なしで拘束力を有するいくつかの約束を認める必要が生じるのである（Bratcher, *Freedom of Contract and the Restatement*, 78 Yale L. J. 598: 604 (1969) 参照）。
- (35) 「道徳的義務」が約束を支持することを認めている州においてさえ、単なる愛情、血縁関係の存在では「道徳的義務」の存在を確立するのに十分ではないとしている（Corbin, *supra* note 30, § 9.23）。ここでは、道徳的義務に基づいた約束と、愛情による約束とが対立するものとは捉えられておらず、好意契約と対立するものとされるドイツ法の「道徳上の義務の履行」とは、その性格において異なるように見える。
- (36) 周知のとおり、道徳的約因（moral consideration）については、18世紀末、マンスフィールドが大陸法の類推によりコモン・ローの合理化を試み、道徳的義務（moral obligation）をも約因として認めるべきことを主張した。一連の事件において、約束者を法的には拘束しなくても道徳的に拘束する義務を引き受ける約束は、約因として有効であるとされたのである。マンスフィールドのこの理論が適用された事案は、約束者が被約束者から利得を受領したという事案であったという指摘がある（木下・前掲（注17）一二三頁）。要するに、マンスフィールドは、後述する、バーゲンがなくても約束の強制が認められるとされてきた例外的場面、出訴制限法にかかった債務や破産により免責された債務、取消しうる債務の支払約束といったものを拡大し、約束者が「道徳的義務」のもとにあるとされるすべての状況をカバーするものとしたのである。この試みは、結局は否定され、挫折した（Farnsworth, *supra* note 18, § 2.8 at 59-60）。
- (37) 父親が非嫡出子の扶養料を支払うという未履行の約束に、約束者の道徳的義務を基礎とする約因が存するかが問題とされた事例もあり、*In re Cirillo's Estate* (1952) 114 N.Y.S. 2d 799では、非嫡出子を扶養する任意の約束の強制をめぐる、次のように判示されている。コモン・ローでは、非嫡出子の父親には母親や子を扶養する責任がないとされているが、推定上の父親が認知した子の扶養料の支払を任意に契約することは適法なことであって、推定上の父親とその子の関係から生じる *natural obligation* がこのような契約を支持する。そして、この事例のように、そのような合意に基づく請求がなされたならば、その合意そのものが推定上の父親の責任の範囲を決するとする。但し、本判決は、制定法を参照して

約束がなされているという意思解釈を行い、約束者である父親の死亡やその子が 16 歳になったという事実に基づき、訴訟当時すでに履行は済んでいると判示している。また、Opitz v. Hayden (1943) 17 Wn. 2d 347, 135 P. 2d 819 では、同棲解消の後、その間仕事をやめ経済的援助を受けていた原告の生存中扶養をなすという契約がなされ、強制されうるかが問題とされた。本判決によれば、倫理的動機や良心が刺激されたことから生じたに過ぎず、法的義務や約束者の実質的利益の受領とは無関係であるような、単なる道徳的義務 (moral obligation) や良心上の義務 (conscientious duty) は、未履行の約束の約因とならないことが、ほとんど異議のない現代の先例により確立されているという。そして、過去の同棲に基づいてなされ、道徳以外に約因の要素が全く存在しない場合には、このルールが適用されることが強調されている。これに対し、かつて法的責任が存したが、現行法上行使され得ないような場合には、これから生じ、これと関連するような道徳的義務が後の未履行の約束の約因となることも、やはり確立されているとされており、後述する第二節(一)の立場をとっている。

(38) 法により強制されない契約とは、リステイトメントによれば、「その違反に対し損害の救済も特定履行の救済もないが、追認がなくても、他の若干の方法で履行義務を作り出すものとして認められたものである」という (Restatement (2d) of Contracts § 8)。法は契約に多様な救済を提供しており、それによって契約の存在が認められるのであるが、これには司法的救済のほか非司法的な (non-judicial) 性格のものもある。約束の法的強制という通常の直接的手段だけでなく、多様な間接的手段も存在するのである。通常強制し得ない契約といわれるのは、厳密には無効とも取消可能ともされ得ない一定の合意 (agreement) があって、不完全な義務を生ぜしめ、当事者の法的関係に若干の効果をも有し、間接的に非司法的な救済がなされるものである (Corbin, Corbin on Contracts, vol.1, at 22 (1993))。強制し得ない契約とされる合意は様々であり、それにより作り出される法律関係も全く異なる (Corbin, 22, 23, 24)。契約がそのようなものであるか、それとも法的に強制されうるものであるかは、契約法における中心的で不可避な問題である (Corbin, *supra* note 30, § 9.1 at 239)。

(39) Eisenberg, The World of Contract and the World of Gift, 85 Cal. L. Rev., 832, 833 (1997), 71 頁以下では、独仏法に比べ、



契約を商事取引に限定しようといっていることはないのであり、通常の市場でないところで、友人に車を売る等、交換を為す私的な個人間の取引、そして、多様な家族間の取り決めは、どこでも拘束力があると認められているとする見解がある（Fried, *Contract as promise, a theory of contractual obligation*, 36, 37 (1981)）。

(40) Farnsworth, *supra* note 18, at 53.

(41) バーゲンが存在する場合は、実際に約因が約束の動機・誘因となっているかが探求されることはないのであるが、バーゲンがないとする以外には強制的に契約を形式的に認めることはできないであろう。この点、Eisenbergは、商事的な約束が強制されるに至ったことを正当化する理由として、多くのものが的確に分析すればバーゲンの要素を持つていることが判明したこともあるが、バーゲンの要素を欠く場合も通常はバーゲンを助長すると考えられていることも挙げる（Eisenberg, *supra* note 39, at 833）。これに対し、商事的に重要な取引が、過去の約因と道徳的義務の見地から分析される場合もある（Henderson, *Promises grounded in the past: the idea of unjust enrichment and the law of contracts*, 57 *Val. Rev.*, 1117 (1971)）。

(42) 例えは、最近の判例、*Azarella v. Manalla* (2000) La. App. 768 So. 2d 179 は、被告が原告に被告の事業への投資をさせたが、まもなくその事業が失敗したという件で、その後被告により振出された約束手形に基づいて支払が請求された事件である。被告と原告は長年個人的な友人関係にあり、被告の事業の失敗により原告が投資した全額の損失を被ったことから、手形が振出されたのであるが、原告の気持ちに楽にするための無償の努力であつて義務を認める気も支払をする気もなかったという被告の主張にもかかわらず、第一審は被告には原告に支払をする *natural obligation* があり、それがその約束手形の約因を形成することを認めている。そこで、約因の存否が問題となったが、控訴審判決は、被告に原告の経済的損失を填補する法的債務はないことに争いはないが、*natural obligation* が存することを認め、これが任意に履行された場合には返還を求め得ないことに加え、これを履行するという契約は対価あるもの（*onerous*）であるというルイジアナ民法一七六一条を適用し、控訴を棄却している。ルイジアナ民法は、明確に、*natural obligation* の履行契約を贈与ではないとしているのである。ここでは、*moral obligation* ではなく *natural obligation* が論じられている。

- (43) Henderson, *supra* note 41, at 1123.
- (44) 英米法では特に、約束が法的保護を受けるには原則として約因が要求されることから、約束に関わる道徳的な義務をいうときに、約因がなくてもおよそ約束を果たすべきであるという、法的でないという意味で「道徳的な」義務が語られることがあるので注意が必要である。本稿で扱う問題は、すべての約束がこれを守るべき義務を生ぜしめるかという問題とは異なるものと考えるべきである。コービンによれば、裁判所は過去の事実を基礎としない「空白の中で孤立している」約束を強制したことはなく、実務家のニーズは約因の定義如何にかかわらず、過去の出来事が後の約束を強制されうるものとする機能を有する場合を明確にすることにある (Corbin, *supra* note 30, § 9.21 at 303)。但し、これに対して、後述するように、これらの区別をあえて明確にせず、「道徳が基準となりうるならば、すべての約束を履行する道徳上の義務があるから、すべての約束が強制されることになる」として、強制しうる契約の拡大を批判する立場もある (Williston, *A Treatise on the Law of Contracts*, vol. 4, 249, 250 (1992))。
- (45) Murray, *supra* note 20, at 330.
- (46) 樋口・前掲 (注 17) 九八頁。後述のように、これらは第一次契約法リスティメントでも認められていたが、第二次契約法リスティメント八二、八三、八五条もその拘束力を認める。
- (47) Calamari=Perillo, *supra* note 31, § 5-3, at 249, 250 で言及されている “promises to pay pre-existing debts” は、当初の債務額と同額につき支払を保証する約束であるという。
- (48) Calamari=Perillo, *supra* note 31, § 5-5 at 254. このような歴史的な根拠のほか、被免責債務を支払う約束を認めた方が約束者の信用の価値を増すからということ、このルールに経済的有用性を見出す者もいる。
- (49) Farnsworth, *supra* note 18, at 57. マンスフィールドは、これらの例外を、先行する法的義務は存しないが約束者が道徳的義務のもとにあるといえるすべての状況をカバーするものに拡大しようとし、初期のものであればアメリカの判例でもこの見解を見出すことができるが、結局は受け入れられなかった。イギリスにおいても *Wrennall v. Adey* 判決という著名な判例により実務上否定された。この判決に付された解説もしばしば引用されるものである。これによれば、明示

の約束は、これに「先行する十分な約因を再生しうるのみである」。この表現については様々な批判があり、約因ではなく新しい約束が拘束力をもつのであって、それが以前に存した義務を「再生」として見られている（Corbin, *supra* note 30, § 9.30 at 338）。

- (50) Thel=Yorio, *The promissory basis of past consideration*, 78 Va L. Rev. 1045: 1062, 1063 (1992). Willistonによれば、一般的な約因の再生という構成は十分なものでない。即ち、それは約束を支持する現在の約因が必要であるという一般原則の例外となるのはなぜなのかを述べるのではなく、概ね的を射ているが完全に満足のいく説明ではないのである（Williston, *supra* note 44, § 8.8）。

- (51) Henderson, *supra* note 41, at 1158, n.177. 出訴制限法により強制され得なくなった債務、破産免責された債務、取消しうべき債務の支払約束の拘束力については、①実定法が障害となっていた以前の約因に基づく責任を再生させる、②抗弁の放棄があったのであり、原告の権利はもとの訴訟原因により基礎付けられている、③訴訟原因に対する原告の抗弁が最初から条件付だったのであって、後に消滅した、といった基礎が伝統的に考えられている（Williston, *supra* note 44, § 8.8）。北川教授は、日米契約の考え方の相違をつかむという見地から約因のない契約を類型化されているが、これら三類型は「単独行為型」に分類され、「日米契約観の相違がはつきり出ている領域」とされる（北川善太郎「日米契約観念の比較」法学論叢九〇巻四・五六号二六三—二六七、二七九—二八一頁（一九七二））。日本法では追認等単独行為とされるものが契約とされていることは、合意が契約の本質的要素であるとする大陸法と、法上何らかの救済が付与される約束（promise）であれば一個でも契約足りうる英米法との差異を示すものとして興味深い（北川・二五五頁）。但し、Willistonの述べるところを見る限り、これらの約束の拘束力の説明のための論理は実質的であり、単独行為と構成されることで直ちに不要とされるべきものとは思われなく。

- (52) この立場に立つ判例は多々。Peoples Building and Loan Association v. Swain (1929) 198 N.C. 14, 150 S.E. 668 は、職務上扱っていた自分の雇用主の口座の不足額について問われて自殺した亡夫の生命保険金の受取人である被告が、雇用主に手形を振出したが、これが約因により支持されているかが争われた事例である。本判決は、支払われた保険金が被告個

人の財産に属するのであり、亡夫の遺産の一部としての処分に服することはないことを前提に、妻の財産から負債を支払ってくれという夫の要請は妻を拘束しないのみならず、単なる道徳的義務は明示の約束と合わさっても有効な約因を構成しないから、約因はないとされた。また、*Lanfer v. Lanfer* (1939) 227 Iowa 258, 288 N.W. 104 は、子供が約束者の名を名づけられてから三カ月以上後、約束者の名にちなんで子供の名をつけるならば、受贈者その生存中のみ保有するという不動産上の権利を遺贈するという口頭の約束がなされた事案について、無償で役務が与えられた場合は法的にも道徳的にも受益者は義務を負わず、過去に贈与を受けた者には道徳的義務は課されないものであって、後の約束は約因を欠くとする *Allen v. Bryson* (1885) 67 Iowa 591, 25 N.W. at 822 を参照して、責任が存していたが時間の経過その他の理由で強制され得なくなった場合に、道徳的義務が後の約束を支持するという立場を採る。そこで、原告が約束に先立って子供に約束者の名をつけたことが道徳的約因を構成すること、また、その契約は、愛情 (love and affection) を基礎としており、これが有効な約因 (good consideration) であるから、支持されるべきであるという主張を斥けた。これは、(一) の立場を採る先例を踏襲したものといえる。

(53) *Henderson*, supra note 41, at 1128.

(54) *Henderson*, supra note 41, at 1128. 前述のルイジアナ民法一七六二条は、natural obligation が生じる場面の例として、(1) 法的債務が時間の経過により消滅してしまったか、あるいは、破産免責された場合、(2) 法的能力の欠如した者が認識の上で債務を負った場合、(3) 故人により為された贈与その他の処分が、方式を欠くために無効とされる場合、これを履行するという natural obligation があっても、包括承継人が拘束されない場合という状況を挙げている。とはいえ、最近の事例である前掲 (注 42) の *Azaretta v. Manalla* 判決のような事案でもルイジアナ民法のもとで natural obligation は肯定されている。

(55) *In re McConnell's Estate* (1936) 6 Cal. 2d at 498, 58 P. 2d 641, 642 は、カリフォルニアでは、同条は次のような意味に解釈されているとする。即ち、有効な約因がかつて存在した場合には、道徳的義務は明示の約束を支持するのに十分である、というのである。また、後述のように、この規定のもとで約束的禁反言の事例が扱われた。

(56) Foltz v. First Trust & Savings Bank of Pasadena (1948) 86 Cal. App. 2d 59, 194 P. 2d 135.

(57) In re Pohl's Estate (1939) 136 Pa. Super 91, 7 A. 2d 141. 母親死亡の後、その息子が、母親の署名のある次のような書面に基づいて、遺言執行者が売った株の利益の半分を請求したという事案である。書面によれば、投資としてその息子が買った株すべてについて、それが売却されたときにはその息子が利益の半分にあずかるとある。ペンシルバニア上位裁判所は、投資のための資金を息子が出したのか母親が出したのかはともかく、文書の中で明示的に認められた、株への投資という息子による過去の役務が、その売却時に半分の利益を息子に支払うという約束を支持するに十分な道徳的義務を生じさせると判示した。この判決は、In re Sutch's Estate (1902) 201 Pa. 305, 50 A. 943を参照しているが、これは、成年に達した先妻の息子が賃金なしで一年も働いてくれ、娘も家事を引き受け、姉妹や母親が死亡したときにも誠実に看病してくれたことから、この役務に対して約束手形が振出されたという事案である。これらの役務は父親の重い財産的負担を節約したものだといえ、彼らは、後妻が来て新しい家族がその役務の成果を享受しているのを見て、父親が彼らに債務を負っていると思ったというのであり、父親に補償してほしいという願望を示し、父親がこの願望に気づき、彼らの要求が正しいと承認したのである。ペンシルバニア最高裁判所は、父親は約束手形を振出す法的義務は負っていないとしながらも、この手形に約因がないという主張を排斥した。そして、父子共に法的に強制されうる請求権がないことを承知で、長い間の誠意ある役務について補償をする道徳的義務を認め、法的には何もしないでいいとしても、良心において負う義務を考慮する方を選ぶならば、道徳的義務は手形によりなされた法的な約束の有効な約因であると判示したのである。同様に、McGuire v. Lawton (1926) 9 Pa. D. & C. 750は、原告が、被告やその妻の代理人として、被告の妻の医療・葬儀に関する諸費用を支出したが、権限を授權されたこともなく、支出をする前にその償還を約束したとの主張はないという事案である。しかし、支払がなされ、その後被告が原告に支払約束をしたことは主張されており、争いのない事実である。そこで、後の約束がなければ、これらの支払は任意の支払と解されたであろうから、その償還を請求することはできないが、この約束は支払を為すべき道徳的義務により支持されると判示して請求を認めた。これは、約束に先行して法的義務が存することは必要ないとしたものといえる。また、Zumbro v. Zumbro (1918)

69 Pa. Super 6007 A. 2d 14 は次のような事案である。夫が死亡し、妻にまずすべての財産を遺贈し、妻の死後は六人の子供にすべてを遺贈するという遺言を残した。このとき未亡人は遺言執行者となり、子供たちのうち二人に五〇〇ドルを支払った。未亡人の死後、遺言執行者となった別の子供が、この支払について争った。この支払は、遺言者（夫）が二人の子供の役務に対して補償をなすという道徳的義務を果たそうとして為されたものであり、その妻に指示されたのである。被上訴人の証言からすると、遺言者とその妻は死亡の前に役務を受けており、それは補償されていなかったというのである。本判決は、道徳的義務による請求は法的義務の場合と同様に強制しうるものではないというのが法のルールであるが、道徳的義務は、その履行が為された場合には法的に正当なものと認められるから、これについて原状回復を求めることはできないとした。

(58) Murray, supra note 20, at 330.

(59) Corbin, supra note 30, § 9.24 at 310, 311. コービン・ローの古い歴史の中で、約束者の要請によって与えられた過去の役務に対して支払をする明示の約束に基づく訴えが認められてきたものであつて、これに現代の判例が拠ってきたのである。

(60) Park Falls State Bank v. Fordyce (1931) 206 Wis 628, 238 N.W. 516. 本判決では、被告が銀行にとつて明らかに大きな利益となる取引を行っているが、この取引を為すにあつて、損失を被らせないようするという被告と銀行との合意が、代表取締役を含む若干の取締役との間で為されたものの、これは取締役会の正式な行為が存しないため完全であるということはできないとされている。被告の行動からすれば、当初から拘束力ある約束が為されていたかもしれないが、取締役会の決議がないので形式的には合意はないのである。そこで、本判決は、銀行のために被告が行った取引の後に為された取締役会の決議に未履行の約束を見出し、これを支持するのに十分な道徳的義務の存在を認めた。また、このようなビジネス関係ではなく、義理の母と義理の妹がなした過去の役務に対して約束手形が振出されたという事例もある。例えば、In re Estate of Scoekerman (1940) 236 Wis 311, 294 N.W. 810 は、振出人、即ち約束者（故人）の妻が亡くなったときに、亡妻の母親と姉妹が転居し家族のように住み込んで家事育児をしてくれたという事案であり、手形に約因があるか否かが問題となった。この点、本判決は、約束者には愛情だけではなく受益があるのであり、法的義務を負つて

いなければならない必要はないという見解を採る。即ち、「道徳的義務が未履行の約束を支持するのに十分であるためには、約されたことをする法的義務が先行して存在し、それが出訴制限法や破産免責などの何らかの理由で強制されないというのでなければならぬ」という原則が、若干の法域で通用しているが、これはあまりにも狭いので、われわれはここでは拒絶する」という前出の *Park Falls State Bank v. Fordyce* 判決の立場に立つ。そこで、約束者が支払を為すべき道徳的義務を負っているのは明白であり、手形を振出すにつき、彼は明らかにこの義務を認めており、これはどのような観点から手形に十分な約因を与えると結論付けている。ところで、その際、約束者と原告が家族の関係にあったことから役務が無償でありうるとの主張がなされているが、これは愛情のみによる約束であったか否かという点に関し問題とされているようである。

(61) ここに挙げたウィスコンシンの事例は、実質的利益のルールを肯定するものである。被約束者が約束者に利益を与えていない事例では、前述(一)の立場をとると思われる判例は多い。例えば、*Volkwein v. Volkwein* (1941) 146 Pa Super 265, 22 A. 2d 81 は、葬儀費用を生命保険金から支出するという原告とその亡夫との間の合意に約因が存するかが問題となった事例である。この点、本判決は、約因が一般的に拘束力のある契約の不可欠の要素であり、このことはコモンのローの根本原則としてしっかり確立され、例外は少数しかないとした上で、道徳的約因が明示の約束を支持するに十分であるとのルールについては、道徳的義務は約束に先立って存する有効な約因を基礎とする事例に限定されると判示した。そこで、この事案においては、遺言執行者が遺言に言及がない故人の不動産の一部の売却利益から葬式費用を支出しているが、原告の約束は無償であって約因を欠いているので、遺言執行者がその効力を主張しうるものではないとする。

(62) 樋口、前掲（注17）九九頁参照。

(63) *Henderson, supra note 41*, at 1167.

(64) *Henderson, supra note 41*, at 1184.

(65) *Murray, supra note 20*, § 67 at 337.

- (66) *Mills v. Wyman* (1825) 20 Mass. 207.
- (67) ところで親族間の法的な扶養義務は存しないとされている。さらに、様々な状況を想定して、息子の債務を父親が支払うべき道徳的義務が存在しないかという点についても論じられている。本判決は、そのような道徳的義務は、良心においては拘束的でないというわけではないが、社会においては法の賢明さが制裁を課さないために、その意味で不完全なものであるとしている。むしろ他人の債務の支払義務はないのであり、無償の債務引受も認められない。この点、日本法で言えば、子の費用償還債務が父親に相続され、さらに、父親が約束をなしていることについては、父親が相続人である場合は自己の債務の存在と支払意思の確認、相続人でない場合には救助した *Mills* の出捐した費用の負担を定める新しい合意と考えられる(北川・前掲(注51)二七五、二七六頁)。
- (68) 木下・前掲(注17)三五一頁。
- (69) *Webb v. McGowin et al.* (1935) 27 Ala. App. 82, 168 So. 196.
- (70) これは *Boothe v. Fitzpatrick*, 36 Vt. 681 (1864) であり、後述の第一次契約法リステイトメント八六条もこれを参照してゐる。
- (71) アラバマ最高裁判所は裁量受理の申立てを却下し、そうすることによって、上訴裁判所の判決理由と原則を容認することを示した(*Webb v. McGowin et al.* (1936) 168 So. 199)。Webb ケースはやがて和解になった(*Bradney and Chirelstein, Cases and Materials on Corporate Finance* (1980), at 28 n.11)。
- (72) なお、日本法で言えばこれは終身定期金契約でありうる(北川・前掲(注51)三三二頁)。あるいは、原則的にこれと同じ性質を有するとされる五五二条の定期贈与とも解されうると考えられ、このような契約では、贈与者・受贈者間の一身上の関係限りという解釈も成り立ちうる(柚木馨・松川正毅『注釈民法(14)』五六、五七頁(有斐閣、一九九五))。また、事務管理の適用が問題となる事案であるが(木下・前掲(注17)一三三四頁)、このような行為については、日本法を含めた大陸法においては事務管理的行為がより認められているのに対し、英米においては利他主義的行為や他人への干渉の行為とされる(木下毅「英米法における関係理論(三)」法学協会雑誌九二巻三号三四九、三五二頁(一九七五)



参照）。

- (73) Restatement of the Law of Contracts § 85 cmt a (1932) によれば、八五条は、契約成立についての一九条の原則に対する例外を定めた規定であるが、そこで列挙される例外規定には Webb v. McGowin 判決をカバーするものはない。第一次契約法リステイトメントには、後述の第一次契約法リステイトメント八六条に相当する規定は存在しないのである。
- (74) Harrington v. Taylor (1945) 225 N.C. 690, 36 S.E. 2d 227.
- (75) Ross, Restitutionary Recovery for Rescuers of Human Life, 74 Cal. L. Rev., 85: 96 (1986).
- (76) In re Hatten's Estate (1940) 223 Wis. 269, 289 N.W. 636.
- (77) この点、本判決は、まず、この訴訟が提供役務相当金額の請求 (quantum meruit) に関するものでないことを理由に、約束額の合理性が当然には問題となっていないことを指摘する。この提供役務相当金額の請求とは、契約違反に基づく損害賠償の請求とは異なる「準契約に基づく原状回復的な役務相当額の請求」である。この請求権は、当事者の契約上の意思とは関係なく衡平の観念に照らして生じるものである。例えば、役務提供契約が役務の対価を定めずに締結され、現実には役務が提供された場合、役務に相当する金額の支払を請求するのが原則であるという（田中英夫『英米法辞典』六八八頁（東京大学出版会、一九九一））。以上によれば、これは契約法上の責任ではないことになる。これに対し、本判決は、契約法のルールにより処理することを明示して、受益額との関係を切断し、不相当な約束額の請求を許容したものである。
- (78) Theil=Vorio, supra note 50, at 1088, 1089.
- (79) Havighurst, Consideration, Ethics, Administration, 42 Colum. L. Rev., 1: 20 (1942).
- (80) Murray, supra note 20, § 67 at 336.
- (81) Havighurst, supra note 79, at 20.
- (82) Murray, supra note 20, § 67 at 336.
- (83) Fuller, Consideration and Form, 41 Colum. L. Rev., 799: 821 (1941).

- (84) Williston は、受益者の要請により役務がなされた場合についても、後の約束をしない悪党を放って置く一方で、道徳的義務に駆られて後の約束を為した者を拘束することが適切か否かという問題をも指摘している。この領域で裁判所も第二次リステイトメントの起草者も慎重に行動してきたのは、不確実さの問題だけでなく、この理由もあるというのである (Williston, supra note 44, § 8.11)
- (85) Williston, supra note 44, § 8.12.
- (86) この点、Williston が、過去の約因の問題について完全にバーゲンを不要とはしない、バーゲン理論堅持の立場に立つと見ることが出来るという分析を行うのは、The=Yorio, supra note 50, at 1045, 1063.
- (87) Corbin, supra note 30, § 9.21 at 299, 300, 301.
- (88) Corbin, supra note 30, § 9.21 at 308.
- (89) Corbin, supra note 30, § 9.22 at 304, 305. 一般的には、約束者の要請があったために役務がなされた場合であっても、約束に先立って存在する取引により法的義務が生じたり、金銭的利益が与えられたわけではない場合には、約束者にとり十分な約因でないと考えられている。とはいえ、共同体はしばしば世話 (care) や援助 (support) を与える道徳的義務の存在を認めるし、道徳的義務というのは数学的、理論的な正確さを伴う問題ではなく、しばしば証拠で証明し得ない共同体の意見のコンセンサスで決せられるものであると、Corbin は考えている。
- (90) Corbin, supra note 30, § 9.21 at 303. 前述のとおり、コービン は第一次契約法リステイトメントの厳格な約因の定義には批判的であり (前掲 (注 28) 参照)、約束を遵守すべきという強い社会感情が存する場合、裁判所はこれを拒むことはなすべきでない (Corbin, Recent Developments in the Law of Contracts, 50 Harv. L. Rev., 449, 453-455 (1937))。この点、Corbin, supra note 38, at 343, 344 (1993) は「法々人類の発展的過程」としている。
- (91) Corbin, supra note 30, § 9.24 at 310-312.
- (92) The=Yorio, supra note 50, at 1061, 1062. また、Corbin, Williston の採る立場については前掲 (注 44) 参照。
- (93) アメリカ法の歴史を見れば、約因を「一方当事者に生じる何らかの権利、利益、利潤、恩恵、あるいは、他方当事者

が……被り、ないしは引き受ける不作為、不利益、損失、責任」とする「伝統的」で「分析的」な定義に代わって、交換的取引理論が生まれたという。交換取引は「受約者が失うもの（受約者の不利益）を約束者が得る（約束者の利益）過程であるから、伝統的な約因定義と交換取引理論との間に、いかほどの相違があるのかは、必ずしも判然としないように見受けられる」。しかし、これらの差異により認められる契約の範囲にはずれが生じることである。その後、約因の正当化理由として、①証拠的機能、②熟慮による約束の弁別、③経済的有用性が説かれるようになったのであり、その際には約因を欠く約束のひとつである贈与約束との対比がなされる（石田裕敏「約因のない約束の強制——アメリカ合衆国における学説を中心に——」姫路法学二二号一三〇、一三一、一三四、一三六、一三八頁（一九九七））。

(94) フラー著・西川理恵子訳「約因と形式」ヒルマン、笠井修編『現代アメリカ契約法』五、六頁（二〇〇〇）。

(95) 石田・前掲（注93）一四四頁。贈与約束に関する訴訟の圧倒的多数は故人の遺産に関わるものであり、この場面では、約因法理は「真の約束の保護よりも、偽りの約束の排除を優先した法理」である（石田・一四五頁）。贈与約束は無償であるため、「客観的な証明も裏づけとなる状況証拠も欠いているにもかかわらず」、陪審に対して約束がなされたと偽るのは容易であり、約因によりこのような「偽証の危険を除去」することが企図されているのである。贈与約束は受約者にとり本来的に「何らの痛みも伴わない利潤最大の取引であり、それについて受約者の方から約束者に対して条件づけるということはあまり考えられない」ため、自らが何かを犠牲にして得ようとする何かが犠牲に見合うものであるよう慎重に吟味するという過程が存せず、「約束者の口にはのぼると同時に成立している」のであり、成立までの交渉過程で生じる証拠とは縁が薄い」のである（石田・一四三頁）。

(96) 約束時、贈与者の関心は受贈者の利益にあると考えられ、「受贈者の喜びに見出そうとする利他的幸福感の中で、贈与者は自らの約束が帰結する将来について理知的な計算を忘れがちである」（石田・前掲（注93）一四七頁）。

(97) 石田・前掲（注93）一四五、一四六頁。

(98) フラー、西川・前掲（注94）四頁以下、長谷川・前掲（注28）二九〇頁。

(99) Fullerは、その論文の中で、贈与約束が、拘束力をもたないことの理由として、これをあえて法的に強制する時間とエ

- ネルギーの消費を正当化できるほど、社会的経済的秩序の維持にとり重要なものでないことも挙げる。私人間の契約により物の交換をなすこととし、これに対する司法介入を抑止するという私的自治の観点からすれば、無償約束は「私的自治を適用すべき緊急の事例」ではなく、「司法の関与に対する要請は大きく低下する」。無償約束は、富の生産や分業を助ける取引である交換ではなく、いわば「無駄な移転」なのである。(フラー・西川、前掲(注94)二二、一五頁)。
- (100) 「彼は約束がなくてもなすべきであったことを為すと約束しただけなのだから、熟慮 (great deliberation) なしに行動したかもしれないことが問題だろうか? 同じ理由で、我々が証拠の点で確実でないことをある程度大目に見ることを正当化できないだろうか?」(Fuller, supra note 83, at 821)。但し、これについて、The=Yorio は、裁判所は約束が為されたという証拠を要求しているのであって、証拠的機能の問題については少々言い過ぎであると評価する (The=Yorio, supra note 50, at 1064, n.102)。
- (101) Fuller, supra note 83, at 821, 822.
- (102) Henderson, supra note 41, at 1160, 1161. このような道徳的義務を基礎とする約束と警告的機能との関連性はそれまではあまり認められてこなかったことが指摘されている。形式に関しては、Fuller によれば、書面、宣誓、公証人の検認の要求等によっても約因の証拠的機能は達成されうるし、また、捺印、書面、宣誓、公正証書化の要求等によっても約因の警告的機能は達成されるものである (フラー、西川・前掲(注94)五、六頁)。
- (103) Murray, supra note 20, § 67 at 337, 338. ほかに、何の要請もなく救助がなされた事案に関する Webb v. McGowin 判決の結論について、それは契約責任が認められる限界の外にあるとしながらも、約束が存在し、それがその拘束力を否定することにより明瞭な政策に資するような状況下でなされたのでないならば、この結論は満足のいくものではないだろうか、とする見解がある (Sharp, Pacta Sunt Servanda, 41 Colum. L. Rev. 783: 789)。
- (104) Murray, supra note 20, § 67 at 336. 契約を強制するためには約因を主張立証することが必要であるが、その例外として、捺印証書による契約という古い例外のほか、慣習により、為替手形と約束手形が約因の一応の証拠とされるようになったという (Daniel, A Treatise on the Law of Negotiable Instruments, vol.1, § 176 at 216 (7th ed. 1933))。手形が「受領され

た価値に対して」のものと明示されているが、約因について述べているときには、それは約因の一応の証拠であるとされているのである（Daniel, § 178 at 219）。但し、過去に法的義務が存しない以上、明示の約束が後になされても、単なる道徳的義務は、その約束の有効な約因を構成しないという見解をとるならば、被免責債務の支払約束等であるときにのみ、約束手形も有効であることになる（Daniel, § 206 at 255, 256）。これをみれば、結局、道徳的義務の理論に関する議論は、約束手形の約因が論じられるところにも妥当するようになる。

(105) Corbin, *supra* note 30, § 9.24 at 313.

(106) Murray, *supra* note 20, § 67 at 335.

(107) Corbin, *supra* note 30, § 9.24 at 312.

(108) Webb v. McGowin 判決は、Boothe V. Fitzpatrick, 36 Vt. 681 (1864)を参照しており、これは被約束者が敷地から逃げた雄牛の世話をしてくれたことに對して支払約束をしたもので、明らかに事前の要請がない事案であったが、後の約束がこれに相当するとした判決であるという。Webb v. McGowin 判決は、これを引用して、後の支払約束は「役務について前もって要請がなされたこと」の推定を支える受益の承認ないし追認であるとしている。

(109) Murray, *supra* note 20, § 67 at 336.

(110) Corbin, *supra* note 30, § 9.24 at 310-312.

(111) Corbin, *supra* note 30, § 9.23 at 310, § 9.24 at 316.

(112) Murray, *supra* note 20, § 67 at 335.

(113) Corbin, *supra* note 30, § 9.25 at 317. 判例が一般的な見解である。とはいえ、これに反する判例についても、狭い領域で<sup>あるが</sup>また無視し得ないとされてゐる。

(114) Henderson, *supra* note 41, at 1116.

(115) 樋口・前掲（注17）九九頁は、Webb v. McGowin 判決において被告側の利得が重要な要素となっていることを指摘し、第二次契約法リストコメントはこの考えを取り入れたとする。

(こじま なつこ・本学法学部専任講師)