HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	契約交渉の破棄とその責任（６）：現代における信頼保護の一態様として
Author(s)	池田, 清治
Citation	北大法学論集, 42(6), 71-115
Issue Date	1992-07-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16855
Type	bulletin (article)
File Information	42(6)_p71-115.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

契約交渉の破棄とその責任（六）

――現代における信頼保護の一態様として――

池田清治

目次

序論――本稿の課題と対象、視角と構成（以上、四二巻一号）
第一部　日本における議論の現状と問題点（第一編まで、四二巻二号）
第二部　ドイツ法の考察（第一編まで、四二巻三号）
第三部　フランス法の考察（以上、四二巻四号）
補　論　アメリカ法の概観
第四部　日本法の再構成
第一編　「契約の成立」と「成立形態」（以上、四二巻五号）
第二編　「申込の撤回」に関する諸議論
第一章　「申込の撤回」に対する日本法の態度（以上、本号）

第二編　「申込の撤回」に関する諸議論

「申込の撤回」を考察するのは、それが「交渉破棄」と酷似し、「成立形態」を媒介に両者はパラレルに並んでいるように見えるからである。そこで、日本法とドイツ法を検討するが[1]、そのさい、想定されている「成立形態」も究明する。

第一章　「申込の撤回」に対する日本法の態度――民法典の起草過程に則して

現行民法典が「申込の拘束力」を明定したためか（五二一条一項、五二四条）、それが認められるべき理由については一致する学説も[2]、「申込の撤回」はほとんど論じてこなかった[3]。それゆえ、民法典の起草過程が考察の中心となる。

第一節　ボアソナードの考え方と彼の民法草案

一　ボアソナードの考え方

(1)　当時のフランスの議論状況

ボアソナードは一八七三年に来日し[4]、八〇年から八九年にかけて旧民法典の土台となる民法草案を起草する[5]。それゆえ、彼の考え方を基定したのは当時のフランスの議論であろうと推測される[6]。ところで、当時のフランスでは不法行為責任説が支配的で、Demolombe の予備的契約説が反旗を翻す程度であった（この説も「申込の拘束力」は否定した）。また一方的債務負担行為説の母体となる Siegel の著作が公刊されたのはボアソナード来日の年で、それがフランスに導入され、一部学説が「申込の拘束力」を認めはじめるのは一八九〇年代に入ってからのことである（第三部第二編）。

（2）『性法講義』[7]

民法草案起草以前の講義録たる『性法講義』では、[8]「申込の撤回」が自由であることを前提に、「申込を撤回しない旨の契約が成立した場合には、撤回できなくなる」と説かれている。[9]「拘束力」は認められていないのである。[10]

二　ボアソナードの民法草案 ……「申込の撤回」にかかわる規定に関する限り、旧民法典の起草過程では、三種のProjetのうち、最初の二つ（初版と旧版）しか参照されていないはずである。[11]以下、その二つをながめる。

（1）第一草案（Projet初版）

Projet初版は三二九条に申込や承諾に関する規定を設けるが、そのなかに「申込の拘束力」を認めた条項はなく、[12]注釈でも「『申込の撤回』は自由である」とされている。[13]また第一草案の講義録と目される『ボワソナード氏起稿――民法草案財産篇講義二（人権之部）』でも、[14]「期限付の申込も、承諾以前なら撤回できる」とされている。[15]

（2）第二草案（Projet旧版）

第二草案は第一草案を踏襲し、三二九条は条項・注釈とも第一草案と同一である。[16]ただ、いずれの草案も「申込の撤回」と不法行為責任との関係にはふれていないため、[17]「申込の撤回」への対処の仕方は明確でない。が、当時のフランスの議論状況から推せば、不法行為責任に拠っていたものと考えられるし、それを窺わせるところもある。[18]

ところで、草案三二八条は「締約は書面によることもあれば、口頭によることもある」と明定し、[19]三二九条の解説では「本規定は特に通信手段による締約に適用される」とされているから、[20]隔地者間契約と対話者間契約との区別も意識されていたようである。が、それを「成立形態」に結び付ける発想はなく、動的視点も窺えない。右の区別は事実として羅列されていただけのようである（当時のフランスの議論状況を思うとき（第三部第二編）、あやしむに足りない）。

註

(1) ドイツ法と日本法が「申込の拘束力」という法制度を共有することは以前から指摘されており（たとえば谷口知平編『注釈民法（一三）債権（四）』（昭和四一年）一二八―一二九頁（遠田新一執筆部分）、北川善太郎『日本法学の歴史と理論』（昭和四三年）一八四―一八五頁）、最近ではドイツ法から継受された旨を明言するものもある（内田貴『契約の再生』（平成二年）二四頁）。本稿ではその点をより詳細に検討する。

(2)「拘束力」の根拠は受取人の保護に求められる（我妻栄『債権各論 上巻』（昭和二九年）五九頁、前掲『注釈民法（一三）』一二七頁（遠田新一執筆部分）、星野英一『民法概論Ⅳ（第一分冊）』（昭和五〇年）二七頁、三宅正男『契約法（総論）』（昭和五三年）七頁、松坂佐一『民法提要 債権各論（第四版）』（昭和五六年）一七頁、石田穣『民法Ⅴ（契約法）』（昭和五七年）三二頁など）。

(3)「申込の拘束力」に関する論文はほとんどなく（大井丈一「申込の拘束力の一考察」（法曹公論四二巻一〇号三〇頁、昭和一三年）がある程度か）、比較法的考察も十分とは言い難い（前掲『注釈民法（一三）』一二八―一二九頁（遠田新一執筆部分）の他、北川善太郎『契約責任の研究』（昭和三八年）一九九頁以下、同・前掲『日本法学の歴史と理論』一八四―一八五、二〇四―二〇五頁、同・「日米比較契約法の一つのアプローチ――unilateral contract（一方的契約）の分析（一、二）（完）――」（法学論叢八七巻二号四頁、三号一頁、昭和四五年）、同・「日米契約観念の比較――『約因のない契約』の分析」（法学論叢九〇巻四＝五＝六号二五三頁、昭和四七年）があるくらい）。かかる冷淡な態度を取り得たのは、「申込の拘束力」に疑問を感じなかったためであろう（疑問を呈する学説は知らないし、たとえば前掲『注釈民法（一三）』一二九頁（遠田新一執筆部分）は「（相手方に不測の損害を与えぬため、隔地者間取引では）申込に拘束力を認めるのが当然である」とする。河上正二「『契約の成立』をめぐって――現代契約論への一考察――（一、二）（完）」（判タ六五五号一一頁、六五七号一四頁、昭和六三年）も、「拘束力」が認められるべきことを前提に、その理論的説明に腐心する（判タ六五五号一五頁）。曽野和明「契約関係発生プロセスの多様性と契約概念――申込は単独行為ではないのか――」（北大法学論集三八巻五＝六号一三五一頁、昭和六三年）には問題意識が感じられるが、解釈論に力点を置くため、真意は十分に伝わっていない）。が、いかに「良き法制度」であれ、根本に立ち返った検討が常に要求されねばなるまい。「良き法制度」の底流にある思想を批判的に吸収し、それを活かしつつ、法の展開を図るのは法学に課された任務の一つのはずだからである。

（4）ボアソナードの人となりは、大久保泰甫『日本近代法の父――ボアソナアド』（昭和五二年）参照。

（5）ボアソナードの起草にかかる民法草案の種類とその意義は、『法務図書館所蔵――貴重書目録』（昭和四八年、手塚豊選定）三七頁以下、小林一俊「民法理由書などについての一つのメモ」（亜細亜法学九巻一号八三頁、昭和四九年）、池田真朗「民法四六七条におけるボアソナードの復権」（『明治法制史政治史の諸問題』（昭和五二年）一〇三九頁以下所収）参照。なお、高橋良彰「ボアソナード草案と旧民法典――日本民法形成の一道程――（上・下）（完）」（法律時報六二巻一一号七六頁、一二号一一一頁、平成二年）に従い、最初の版（一八八〇―八二年）を初版と、二番目の版（八二―八九年）を旧版と、三番目の版（九〇―九一年）を新版と呼ぶ。

（6）ボアソナードはフランス法だけでなく、イタリア法やベルギー法も参照し（現行民法三九五条はベルギー法に由来する。内田貴『抵当権と利用権』（昭和五八年）二八頁以下）、ドイツ法の参酌も予定している（Boissonade, Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire（以下、Projet と引用）, t. I, 2e éd., 1882, introduction, p. 6）が、彼の背景にフランス法があったことは間違いあるまい。

（7）『性法講義』の種類と意義は、風早八十二「『性法講義』解題」（『明治文化全集第一三巻（法律編）』（昭和四年）（解題編）三〇頁以下）、向井健「ボアソナードの自然法論――来朝一〇〇年に寄せて」（法律時報四五巻七号一二一頁、昭和四八年）、池田真朗「ボアソナード『自然法講義（性法講義）』の再検討」（法学研究五五巻八号一頁、昭和五七年）参照。

（8）最近復刻されたボアソナード（井上操筆記）『性法講義（完）』（明治一〇年）とその改訂版たるボアソナード（井上操筆記）『校訂増補――性法講義』（明治一四年）を参照する（以下、各々明治一〇年版、明治一四年版と引用）。なお、ボアソナード（磯部四郎通訳）『性法講義（完）』（明治二五年？）は――民法草案の一部が完成した後の――明治二〇年から二一年にかけての講義録なので取り上げない（「申込の撤回」にもふれられていない）。

（9）明治一〇年版二七一頁以下、明治一四年版一一〇頁以下（「約束」一般については、明治一〇年版一六九頁以下、明治一四年版六九頁以下参照）。ただ、ボアソナードの考えは――期限付の申込につき、原則としてそのような予備的契約の存在を認めた――Demolombe の見解とは異なるように思える。後者は申込受取人の沈黙を予備的契約への黙示の承諾と解するが、ボアソナードはそのようには考えていないようだからである。

（10）なお、民法草案起草以前（明治一三年三―五月）の講義録であるボワソナード（加太邦憲筆記）『法律大意講義（完）』

（明治一三年）と民法草案起草中（明治一六年）の講義録たるボワソナード（一瀬勇三郎・市川亮功同訳）『法律大意第二回講義』（明治一六年）では、「申込の撤回」にはふれていない。

(11) 第三草案たるProjet, t. Ⅱ, nouv. éd., 1891は、旧民法典制定（明治二三年）以後に公刊されたものであり、他方、「申込の撤回」に関する法律取調委員會の審議は二一年一〇月には事実上終了している。

(12) Projet, t. Ⅱ-Ⅱe, 1882, p. 63.（第一草案三二九条の詳細は、諸草案対照表参照。）

(13) Projet, t. Ⅱ-Ⅱe, p. 64. そこでは「申込者が一定期間内『申込を撤回しない義務』を負っているときは話は別で、その場合、申込は*pollicitation*とかpromesseとか呼ばれる」としているが、第三草案と比較するとき（Projet, t. Ⅱ, nouv. éd., 1891, nos 54-55, pp. 53, 83-85）、この説明は「申込を撤回しない」旨の契約に関するもののように思われる。なお、pollicitationという言葉には相対立する二つのニュアンスが込められうる。第一に、語源がローマ法のpollicitatio（一方的約束のうち、例外的に拘束力が認められたもの。第三部第二編参照）に遡るため、「拘束力あるもの」を指すことがある（Aubert, Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, 1970はこの用語法を採る）。第二に、拘束が生ずるには意思の合致を要するとの考えと対比されるとき、「拘束力なきもの（一方的約束）」を指称することもある（ボアソナード先生断案（森順正先生纂輯）『民法辨疑』（明治二五年）一二九頁はかかる意味でこの語を用いる）。

(14) 最初の巻である『ボワソナード氏起稿――民法草案財産篇講義壱（物權之部）』によれば、この講義は明治一三年五月一四日から開始され、三二九条に関する講義は明治一四年末から一五年一月にかけてなされている。しかし、この時点では第二草案たるProjet旧版（Projet, t. Ⅰ, Ⅱ, 2e éd., 1882–1883）は公刊されておらず、右講義は第一草案に対するものと解される（この点は、石井良助『明治文化史2　法制編』（昭和二九年）五一二頁、大久保泰甫「フランスの法学者が見たボワソナアド法典（一）」（法政論集六三号一頁、昭和五〇年）四頁を、また右講義録の性格は、手塚豊『明治法学教育史の研究』（昭和六三年）一四一頁を参照）。

(15) 『ボワソナード氏起稿――民法草案財産篇講義二』八四－八五頁。

(16) Projet, t. Ⅱ, 2e éd., 1883, p. 46, n° 54, p. 69.（第二草案三二九条の詳細は、諸草案対照表参照。）

(17) 「申込の撤回」との関連から不法行為責任を論じた著作はなく、その逆も見当たらない（ボアソナード『佛国民法契約編第二回講義（司法省蔵版）』（明治一四年）八―一二頁も不法行為責任にはふれていない）。

(18) 第三草案たるProjet新版での彼の見解を参照（Projet, t. II, nouv. éd., n° 55, pp. 53. 85. IIで検討する）。

(19) Projet, t. II, 2e éd., p. 46.（第一草案にも同じ規定が設けられていた（前掲『民法草案財産篇講義二』八〇頁）。同・七八頁では「契約書への調印による締約」にもふれている。）

(20) Projet, t. II, 2e éd., n° 53, pp. 68-69.

第二節　旧民法典の起草過程と関連問題[1]

一　旧民法典の起草過程と旧民法財産編三〇八条

旧民法財産編三〇八条（以下、旧民法三〇八条と略す）は、二項一文で「期限付の申込は撤回できない」と定め、学説はこれを「申込の拘束力」を認めたものと解する。[2] 以下では、その制定経緯を追ってみる。

(1)『ボアソナード氏起稿――民法草案修正文自第五〇一条至第一五〇二条』

法律取調委員會設置以前の民法編纂局時代に、ボアソナード（第二）草案のうち、既に完成していた部分は翻訳され、内閣に提出されていた。[3] この編纂局案と目されるのが『ボアソナード氏起稿――民法草案修正文自第五〇一条至第一五〇二条』であり、[4] ここでは右草案三二九条と同じ規定が設けられ（八二九条）、「申込の拘束力」は認められていない。[5]

(2)『民法草案第二編』[6]

法律取調委員會における編纂局案八二九条の動静を窺わせるこの資料には、編纂局案を手直した案（以下、原案と呼ぶ）とそれを修正した案（便宜上、最終修正案と呼ぶ）とが併記され、[7] 原案には「拘束力」を認めた規定がないのに対し、[8] 最終修正案四項には「提供ヲ受ケタル者カ其受取ヲ出シタルトキ即チ明示又ハ暗示ノ期間内ニ之ヲ答フルコトヲ留保スル旨ヲ書面ニ依リ又ハ其他ノ方法ニ依リ述ヘタルトキハ提供者此期間ノ滿了前ニ提供ヲ言消スコトヲ得ス」との規

定が設けられている。しかし、申込受取人の通知が要件とされることを顧みるなら、撤回できなくなる根拠は契約に求められているように推測され、「拘束力」を是認したものとは解し難い。

(3) 三二九条に関する法律取調委員會の一回目の審議（明治二一年二月一三日）[9]

原案に基づいて行われたと推測されるこの審議では[10]、レースラー起草の旧商法草案との抵触が問題とされ、それをめぐって長大な論議がなされている[11]。その中心論点は「承諾の撤回」の可否と「申込の拘束力」の是非で、前者につき激論が戦わされた後、「承諾の撤回」は認めるが、「拘束力」は認めないという鶴田案が――ボアソナードに質問することを条件に――可決された[12]。また審議の冒頭、栗塚報告委員は「此度起案者ガ『カークウド』ノ注意ヲ以テ直シマシタ」と述べているが[13]、三ヵ月後に提出された「カルクウド氏意見書」とは「民法商法ニ於ル事ノ両論ト及両法間ノ牴觸トヲ避クル爲メ從フ可キ方法ニ付」というものである[14]。「契約の成立」に関する規定における最大の争点は「民法と商法との調整」にあり、両者の相克が旧民法三〇八条の性格を決定するのである。

(4)『民法草案修正問答録』[15]

「承諾の撤回」は認めるが、「拘束力」は認めない、というのがボアソナードの回答であった[16]。もっとも、意思の合致があれば拘束は発生するとし、申込受取人が申込人に「与えられた期間内、検討する」と伝えた事案をその実例として挙げている[17]。内容や後の審議の様子（(5)参照）から見て、これを契機として最終修正案四項に当たる規定を新設する案（第一修正案と呼ぶ）が作成されたものと推測される[18]。他方、ボアソナードは右回答に先立ち、「申込を申込として承諾すれば予約となる」と論じている[19]。右四項は予約の規定だったようなのである。

(5) 六六三条（一方の予約の規定）に関する法律取調委員會の一回目の審議（明治二一年四月二四日）[20]

ここでの議論は「若シ明示又ハ默示ニテ受諾ノ爲メ何等ノ期間ヲモ定メサリシトキハ諾約者ハ要約者カ履行ヲ要求セ

スシテ經過シタルトキハ其豫約ハ不成立ノモノト爲スヘキ期間ヲ定メント裁判所ニ請求スル事ヲ得」という六六三条二項を三二九条の四項と五項の間に入れるか否かに集中する。[21] 四項建ての原案三二九条は既に修正されていたわけである（第一修正案の存在を推測した所以である）。また栗塚報告委員は右条項を第一修正案四項の続きと位置づけ、ボアソナードも右提案に肯定的である。[22] 右四項は最終修正案四項と同じく予約の規定だったものと推測される。

（6）『商法民法關係諸條比較表』[23]

六六三条二項は一旦三二九条五項とされた。この比較表に掲載されている第二修正案三二九条がそのことを示している。[24] ところで、同・比較表は旧民法草案と旧商法草案との調整を図るための資料と推測されるのだが、三二九条は旧商法草案三四二条（「申込の拘束力」を認めた規定）とも比較されている。[25]「拘束力」は調整の一論点だったのである。

（7）「第三百二十九條改正案」

文言や内容から推して、この改正案は最終修正案と再調査案（（8）参照）との間に位置するものと考えられるが、[26] その二項一文は「提供ノ時又ハ其以後明示又ハ默示ニテ受諾ニ期間カ指定セラレタルトキハ提供ハ此期間内言消サルル事ヲ得ス」と定め、「申込の拘束力」を是認する。これが旧民法三〇八条二項に受け継がれるのだが、この改正の原因は、前後の事情から見て、旧商法草案とのすり合わせ以外には考えられない。

（8）三二九条に関する法律取調委員會の二回目の審議（明治二一年一〇月一日）[27]

三二九条に関する二回目の審議は再調査案に対してなされるが、それは旧民法三〇八条とほぼ同じものであり、[28] 二項一文は「明示又ハ默示ノ期間アルトキハ其期間ハ言込ヲ言消ス事ヲ得ス」と「拘束力」を明定している。ところで、この改正の原因は特に説明されていないが、それを推測させる発言が冒頭から登場する。（栗塚委員）「此條ハ三度直シマシタ、實ハ起按者ガ商法ノ意ヲ加ヘテ直シマシタ」、（山田委員長）「商法ト同ジニナツタカ」、（栗塚委員）「之デ商法ト

違ハヌ様デ御座イマス」[29]。三二九条にあっては旧商法草案の立場が優先されたわけで、「拘束力」が認められた点も、ボアソナード（第二）草案と比較するとき、その一例証と言えるようである。[30]

（9）旧民法財産編三〇八条二項に関する解釈論

前述の如く、学説は旧民法三〇八条二項一文を「申込の拘束力」を認めた規定と解する。ただ、右の審議が民法と商法の調整に終始し、それが認められるべき根拠にふれなかったためか、学説もこの点にはほとんど言及していない。[31]

以上の検討からは、「ボアソナード（第二）草案＝編纂局案→原案→（第一修正案）→第二修正案→最終修正案→改正案→再調査案→旧民法」という構図が浮かび上がるが、これほど複雑な経過をたどった主たる原因は旧商法草案との調整に求められよう。[32]「申込の撤回」に対する態度の変化もその一環であり、最終的にはボアソナード草案ではなく、旧商法草案に由来する「申込の拘束力」という制度が採用されたのである。[33]

ところで、旧民法典の起草過程や旧民法下の議論を見ても、ボアソナード草案と同様、「契約の成立形態」にはほとんど注意が払われていない。確かに旧民法財産編三〇七条は、ボアソナード（第二）草案三二八条を受け、「締約の仕方」が多様であることを認めているが、[34]それは事実として羅列されているだけで、起草過程での審議や学説のなかにも、「成立形態」と関連しそうな議論は見当たらない。[35]隔地者間契約と対話者間契約は区別され、三〇八条は前者に関する規定とされているが、これは「前者では『承諾の撤回』など困難な問題が生じるが、[36]後者ではそれが発生しないため」とされており、[37]成立形態とは関連づけられていない。動的視点も見い出せない。

二　旧商法草案と旧商法の起草過程

……旧商法典の起草過程を検討するのは、旧民法三〇八条が旧商法草案から多大な影響を受け、特に「申込の拘束力」を認めた同条二項が右草案三四二条に由来するからである。

（1）旧商法草案の性格と草案三四二条

明治一七年に完成したレースラーの起草にかかる旧商法草案は、[38]編別こそフランス商法に倣うものの、内容はドイツ旧商法に近い、と評されている。[39]同草案三三七条以下には「契約の締結」に関する規定が設けられているが、[40]フランス商法典にかかる規定はなく、[41]他方、ドイツ旧商法典に同様の規定が存在することから、[42]それは後者に由来するものと考えられる。また草案三四二条は「申込の拘束力」を是認し、その持続期間を、期限のない申込については「受取人が即時に回答した場合に必要とされる期間」と、期限付の申込にあっては期間内、と規定する。[43]これはドイツ旧商法三一九条と同内容であり、[44]本規定はドイツ旧商法典を継受したものと推測される。

(2) 旧商法典の起草過程——特に旧商法二九七条に則して

旧商法草案三四二条が旧商法二九七条となるさい、実質的な修正は加えられず、起草過程は翻訳の修正に終始する。[45]最初の審議たる第一讀會（明治一九年四月一四日）と二回目の審議たる第二讀會（明治二〇年三月一七日）では、原案が第一改訂案に、第一改訂案が第二改訂案に、各々変更されるが、訳語の修正に止どまる。[46]三回目の審議は、旧民法草案三二九条につき激論が戦わされた五日後（明治二一年二月一八日）になされるが、審議は無風で、実質的な議論もなく、委員提出の案が可決される。[47]この案が第二改訂案か第三改訂案かは不明だが、[48]後者もレースラー草案の翻訳に過ぎない。最後の審議（明治二一年一〇月一九日）でも、草案三四二条に当たる再調査案二九七条は、議論もなく承認される。[49]再調査案も記録を欠くため、詳細は不明だが、前後に位置する第三改訂案と旧商法（正文）が草案の翻訳である以上、これも同様であろうと推測される。[50]かかる経緯を辿った原因は、本格的な審議が旧民法の起草過程でなされ、そこで「申込の拘束力」の導入が決定された以上、議論すべき事柄が残っていなかったことに求められるように思われる。

ところで、レースラー草案や起草過程での議論にも、「成立形態」に対する配慮はほとんど窺えない。確かにレースラーも「締約の仕方」が多様であることは認めるが、それは事実として論じられるだけで、「成立形態」とは結び付け

られていない。[51] 隔地者間契約と対話者間契約は分別されているが、それは「申込の拘束力」の持続期間や「承諾の撤回」の可否といった観点からするもので、動的視点は見当たらない。[52] 以上の諸点は法律取調委員會の審議にも同様に妥当する。[53] またドイツ旧商法二七五条が不動産に関する契約を商行為から除外していた点も忘れてはならない。旧商法八条はこの点をも原則として継承したのだが、[54]「練り上げ型」の典型例たる不動産売買が射程外とされている以上、「成立形態」まで考えが及ばなくても不思議はないからである。

三　旧民法財産編三〇八条二項に対するボアソナードの理解

(1) 第三草案 (Projet 新版)

Projet 新版は旧民法典公布後に発刊され、[55] 委員会の審議も踏まえているため、[56] 第二草案以降の彼の態度を知る手掛かりとなる。[57] その第三草案三二九条二項は "l'offre ne peut être rétractée ……" とし、「拘束力」を認めたかのようである。[58] が、註釈では「承諾なき限り、申込は撤回しうる」とし、[59] 二項については概ね次のように説明している。

期限付の申込により、申込者は「期間内は申込を撤回しない」との黙示の約束 (un engagement tacite) をしている。が、この条項に対しては「一方の当事者の意思だけから義務が生ずることはない、との原則に反するのではないか」という疑問もあろう。しかし、想起されるべきは「他人に損害を与えた者は、何人もそれを賠償せねばならない」というより高次の原則であり、右の如き約束がなされた場合、相手方は承諾の準備をしたり、他の取引を諦めてもよいはずだから、申込者がそれを維持しないなら、損害賠償責任を負う (responsable d'un dommage) のである。[60]

この説明が当時のフランスの通説たる不法行為責任説を踏襲していることは、責任の根拠づけや効果を見れば明らかである。[61] また以前の彼の態度 (前節参照) や一方的債務負担行為説に対するフランス学説の根強い抵抗 (第三部第二編参照) から推しても、「申込の拘束力」とは易々と受容されうるものではなく、逆に、彼は二項を不法行為責任の確認

的規定と理解（誤解？）していたのではないか、と疑わせるところもある。[62][63]

（2）『民法辨疑』

旧民法三〇八条に関し、ボアソナードは「申込はpollicitationであって、意思の合致ではないのだから、申込者はこれに拘束されない」とした後、「申込受取人が考慮中の場合には、明示又は黙示の期間内でも、なお申込は撤回しうる」とし、その理由として「承諾以前に契約をあてにして行動することはなかろうから、撤回によって損害が生じることもないはずである」と説く。[64] 結局、彼は最後まで「申込の拘束力」など認めていなかったようなのである。[65]

ところで、かの法典論争により旧民法典は潰えたが、そのさい、商法との抵触が多い点も延期派の論拠とされた。[66] 増島論文に端を発するこの種の批判は、[67] 松野論文などを介し、[68] 貴族院での村田演説へと収斂していく。[69] が、既に見たとおり、旧民法三〇八条に関する限り、重複はあるものの、商法典との連携は十分図られており、そのために改正も重ねられている。[70] またボアソナードの言うように、商法は民法の特別法ゆえ抵触はありえない、との理解も可能だったはずである。[71] ところが、同じ意見が法律取調委員會の審議のなかで既に聞かれる。いわく「商法ハ別トシテ宜シイト思フ、民法ノ原則ハ左様ダケレドモ、商法ハ特別法ダカラシテ牴觸シテ居テモ構ハヌ」。発言者は時の元老院議官村田保である。[72]

註

（1）資料としては、日本学術振興会が戦前に復刻した「法務図書館所蔵『法典調査会　法律取調委員会及び会社条例編纂委員会議事速記録及び法律案』全二八八巻」（いわゆる学振版）と最近復刻されている『日本近代立法資料叢書（一―三二）』（商事法務研究会）があるが、後者を参照する。また前節の註で挙げた文献の他、有地亨「旧民法の編纂過程にあらわれた

諸草案」（法政研究三九巻二＝四号三七二頁、昭和四八年）、石井良助『民法典の編纂』（昭和五四年）を手引きとした。

(2) 旧民法財産編三〇八条の詳細は諸草案対照表参照。二項一文に対する学説の理解は次のとおり。富井政章『民法論綱（人権之部上巻）』（明治二三年）九四頁（「申込ヲ取消ノ権利ナキモノト謂フ可〔シ〕」）、磯部四郎『民法釈義（第六編）』（明治二三年）一三〇二頁（「言込ノ取消ヲ有效ニ爲スヲ得サルナリ」）、堀三友 他『民法疏義（物権之部第三冊）』（明治二四年）一〇〇四頁（「言消ヲ爲スノ權ナシ」）。つまり、撤回者に損害賠償責任が課されるのではなく、撤回を不能とする「申込の拘束力」が認められた、と解していたのである（江木衷『日本民法財産篇（人権之部）』（明治二五年）三八―四〇頁も同旨。また井上正一『民法正義（財産編第二部巻之一）』（明治二四年）九三頁は「言消スコトヲ得〔ス〕」とするだけだが、右の理解に反対する趣旨ではあるまい）。

(3) 民法編纂局については、有地・前掲論文二八〇頁以下、石井・前掲『民法典の編纂』一四八頁以下参照。

(4) 内閣に提出されるさいに添えられた上申書と副申書の内容から推して（各々の内容は、石井・前掲『民法典の編纂』一四九頁以下参照）、これが内閣に提出された草案ないしそれに近いものと推測される（福島正夫編『日本近代法体制の形成（下巻）』（昭和五七年）三七三、三八二頁（向井健執筆部分）参照。

(5) 編纂局案八二九条の詳細は諸草案対照表参照。

(6) 『日本近代立法資料叢書一六』（平成元年）収録の『民法草案第二編』（作成時期不明）による。

(7) 前掲『民法草案第二編』四四―四五頁。両案の詳細は諸草案対照表参照。

(8) 原案三項は「若シ受諾ノ爲メ期間カ指定セラレタルトキハ提供ハ此期間ノ滿了ノミニ因テ終ル」とするが、これは旧民法三〇八条三項に受け継がれた規定であって、その趣旨は「期限付の申込は、期限の徒過により、撤回を待たずに失効する」点にあるとされる（富井・前掲書九四頁、磯部・前掲書一三〇三頁、前掲『民法疏義』一〇〇四頁、井上・前掲書九五頁）。よって、原案三項も「申込の拘束力」とは無縁なものと推測される（後註（33）も参照）。

(9) 『日本近代立法資料叢書八』（昭和六二年）収録の『法律取調委員會民法草案財産編人權ノ部議事筆記一（自第二十三回至第三十四回）』二六頁以下参照（報告委員は、今村、栗塚、寺島の三名である）。

(10) 前掲『民法草案財産編人權ノ部議事筆記一』二六頁では、この審議は最終修正案の直前の案（以下、第二修正案と呼ぶ）に基づいてなされたとされているが、これは誤りで、原案が参照されていたものと推測される（後註（33）参照）。

(11) 審議は前掲『民法草案財産編人權ノ部議事筆記一』（商事法務版）にして一二頁に及び、一頁か二頁足らずの審議が続くなかで異彩を放っている。ちなみに、前掲『民法草案財産編人權ノ部議事筆記一』と『民法草案財産編人權ノ部議事筆記二（自第三十五回至第四十一回）』（『日本近代立法資料叢書九』（昭和六二年）収録）を通じても（三一四―六〇〇条）、一〇頁以上の審議が続くのは、三二九条の他、四一〇、四八八、五〇五の各条についてだけである。

(12) 前掲『民法草案財産編人權ノ部議事筆記一』三五―三八頁。「拘束力」については、今村、南部の両委員がこれに反対し（同・三五―三六頁）、栗塚委員も一旦は難色を示す（同・三六頁。ボアソナードも「拘束力」を否定していると指摘する。同・三七頁）。が、審議の最後には、「拘束力」を認める旧商法草案三四二条（二参照）との関係から、栗塚、鶴田両委員はそれに好意的であるようにも見える（同・三七頁）。他方、「承諾の撤回」が認められたのは、撤回の通知（申込の拒絶）が承諾に先立ち申込人に届いた場合、承諾されたことを知らぬ申込人はそれを前提に第三者との取引に入るかもしれず、かかる場合には撤回を有効として「契約の成立」を否定し、申込人の保護を図る必要がある、と考えられたためである（同・三二―三四頁。撤回に否定的な南部委員が原則論に終始するのに対し、それを推進した松岡委員は――「一片ノ理論ニ依テハ合ハヌコトニナル」（同・二八頁）との発言からも知れるように――実践的な発想に立ち、承諾の発信により契約は成立するとの原則は維持しつつも、右の例を挙げ、例外則を認むべし、と主張する）。が、現行民法五二六条の審議では、かかる意味での申込人の利益は考慮されていない（『日本近代立法資料叢書一二』（昭和六三年）収録の『法典調査会民法主査會議事速記録』六六六―六九一頁、『日本近代立法資料叢書一一』（昭和六三年）収録の『法典調査會民法總會議事速記録』五一八―五四五頁、『日本近代立法資料叢書三』（昭和五九年）収録の『法典調査会民法議事速記録三（第五十六回―第八十四回）』六八九―七一四頁参照。到達主義を支持する富井も、承諾されたかどうか分からない時点で申込人が拘束されるのは酷である、とは主張するが（前掲『民法議事速記録三』六九五、六九七頁）、「承諾の撤回」が届いた後の申込人側の対応にはふれていない。また発信主義を擁護する梅は、撤回を認めない方が申込人に有利で、それを認めると申込受取人に不当な利益を与えることになると考えている（随所に見られる発想だが、撤回を認めた場合の申込人側の利益と比較衡量している箇所としては、たとえば前掲『民法議事速記録三』七〇六頁）。この点を含め、本条の起草過程につき詳しくは、星野英一「編纂過程からみた民法拾遺（二・完）」（法協八二巻五号四六頁、昭和四一年）参照）。

(13) 前掲『民法草案財産編人權ノ部議事筆記一』二六頁（これが編纂局案から原案に改正された原因と推測される）。

(14) 前掲『日本近代立法資料叢書一二』収録の『民法編纂ニ關スル意見書』三四八頁以下参照。
(15) 本『問答録』の存在は、瀬川信久先生のご教示に拠る（所在については、吉田邦彦「債権の各種――『帰責事由』論の再検討」（『民法講座　別巻2』（平成二年）一頁以下所収）一〇頁参照）。
(16) 『民法草案修正問答録』（森順正纂譯）（第二部人権）五―九頁。なお、『問答録』の作成時期は不明だが、一回目の審議でボアソナードに質問されることとなった事項と『問答録』の質問事項は符合している。
(17) 前掲『問答録』（第二部）六―七頁。申込自体によって拘束が発生することはなく、申込そのもの又は申込まれた契約が承諾されることで申込者は拘束される、とも説明する。
(18) 第一修正案は現存しないが、前後の審議の流れから推して、原案を暫定的に修正する案が作成されたものと考えられる。その推測される内容については、諸草案対照表参照。
(19) 前掲『問答録』（第二部）五頁。同じ回答は『日本近代立法資料叢書一〇』（昭和六三年）収録の『民法編纂ニ關スル諸意見並雑書』一九四頁（民法草案質問答辨）にもあり、Projet の立場とも符合する（前節の註（13）参照）。前掲『民法辨疑』一二七―一二八も同様。
(20) 前掲『日本近代立法資料叢書九』収録の『法律取調委員會民法草案財産編取得編議事筆記（自第四十九回至第七十一回）』三四頁以下参照。
(21) 前掲『民法草案財産編取得編議事筆記』三五頁以下。
(22) 前掲『民法草案財産編取得編議事筆記』三五、三八―三九頁。
(23) この『比較表』については、前掲『民法編纂ニ關スル意見書』二四七頁以下参照（ほぼ同じ比較表が『日本近代立法資料叢書一九』（昭和六〇年）収録の『法律取調委員會商法ニ關スル書類』九頁以下や同書収録の『舊法律取調委員會商法ニ關スル書類』四頁以下にも収められている）。
(24) 前掲『商法民法關係諸條比較表』二五二頁参照（同・『比較表』では一項と二項が融合した形で記載されているが、他の二つの『比較表』では両項は分離されている）。第二修正案の詳細は、諸草案対照表参照。
(25) 前掲『商法民法關係諸條比較表』二五二―二五三頁。
(26) 改正案は前掲『民法編纂ニ關スル諸意見並雑書』一一二頁に収められている。詳細は諸草案対照表参照（改正案が最終

修正案と比較し、より再調査案に近いことは、「隔地者」概念が登場することや末項の文言を見れば明らかであろう）。

(27)『日本近代立法資料叢書一一』（昭和六三年）収録の『法律取調委員會民法草案財産編再調査案議事筆記（自第一回至第十三回）』一六七―一六九頁による。『日本近代立法資料叢書一五』（昭和六三年）収録の『法律取調委員會民法草案再調査案議事筆記』五二―五三頁も同じ審議の記録と推測されるが（前掲『法務図書館所蔵――貴重書目録』三八―三九頁参照）、こちらは簡略化されたものである。

(28) 再調査案三二九条と旧民法三〇八条の詳細は、諸草案対照表参照。

(29) 前掲『民法草案財産編再調査案議事筆記』一六八頁。

(30) 二で紹介したように、旧商法草案三四二条は変更を被ることなく、旧商法典に受け入れられている。

(31) 磯部・前掲書一三〇一頁や江木・前掲書三八―三九頁が「申込受取人に損害を被らせぬため」と説明する程度である。

(32) その他、草案六六三条との調整という理由もある（(5) 参照）。ところで、「申込の拘束力」が認められる一方、改正案以降、予約に関する条項（第二修正案・最終修正案の四、五項）は三二九条から削除されたが、六六三条に復することもなかった（六六三条に関する二回目の審議（明治二一年一一月一二日）の議事録たる前掲『日本近代立法資料叢書一一』収録の『法律取調委員會民法草案財産取得編再調査案議事筆記（自第十四回至第二十五回）』二七頁以下、旧民法財産取得編二六条参照）。四項は元々六六三条とは別建ての規定であり、また五項は草案四二三、四三五条（旧民法財産編四〇三、四一五条に相当）に定められる一般原則の応用に過ぎぬゆえ（ボアソナードの一貫した理解であり（Projet, t. Ⅲ, 1888, p. 193 ; idem., t. Ⅲ, nouv. éd., 1891, p. 197）、旧民法制定後も変わらない（Code civil de l'Empire du Japon, accompagné d'un exposé des motifs, traduction officielle（以下、Exposé と引用）, t. Ⅲ, 1891, p. 45. 本資料の意義は、小林・前掲論文八九―九〇頁、池田・前掲「民法四六七条におけるボアソナードの復権」一〇七四―一〇八〇頁参照））、不要と考えられたのかもしれない（現行民法五五六条に関する審議での梅の推測。前掲『民法議事速記録三』八七九頁参照）。右草案六六三条に関する一回目の審議（(5) 参照）の後、今村委員から予約の規定を削除すべしとの提案がなされたが（前掲『民法編纂ニ關スル諸意見並雑書』一二六頁）、ボアソナードはこれに反発（前掲『民法草案修正問答録』（民法財産取得編）一三―二四頁。その趣旨は前掲『民法辨疑』二二五―二四〇頁と同一）、二回目の審議ではボアソナードの意見に従い（前掲『民法草案財産取得編再調査案議事筆記』二七頁以下）、予約の規定は温存される（旧民法財産取得編二六―二八条）。この点につき、

ボアソナードは――草案六六三条二項が削除されたにもかかわらず――「草案ノ趣旨ヲ變スルコトナク……」と感謝の意を表している（前掲『民法辨疑』二三六頁）。これは梅の推測を裏づけるものと言える。

なお、「申込の拘束力」を最後まで認めなかったボアソナード（三参照）とは異なり、それを是認した法律取調委員會の委員たち（(8)参照）は、六六三条に関する二回目の審議の中で「（拘束力ある）申込」と予約との区別に苦慮することになる（前掲『民法草案財産取得編再調査案議事筆記』二七頁以下）。これは彼らが機能的観点に立っていたことを示唆している（promesse unilatérale が「申込を維持する契約」と把握されうる点を思えば（第三部第二編）、容易に理解できよう）。また対話者間での申込では、受取人が「その旨承知した」と答えるのが通常であろうが、これにより「申込を撤回しない」旨の契約（一方の予約）が成立したと解することも可能であるため、「対話者間は予約で、隔地者間が申込である」との奇妙な議論にも行き着いている（前掲『民法草案財産取得編再調査案議事筆記』三二―三三頁）。つまり、彼らは実態にも目を向けていたわけである。横山美夏「不動産売買契約の『成立』と所有権の移転――フランスにおける売買の双務予約を手がかりとして――（一、二）（完）」（早稲田法学六五巻二号一頁、三号八五頁、平成二年）は、現行民法五五六条の沿革を検討するさい、法律取調委員會での審議にもふれ、委員たちの無理解を論難するが（三号二七三―二七五頁）、六六三条二項が三二九条五項とされた経緯も含め（(4)―(5)参照）、以上のような議論がなされた背景には相応の理由があり、右の評価は再検討されねばならない。

(33) ここで前註（10）でした推測について論じておく。まず前掲『民法草案第二編』に照らし、原案が最終修正案に改正されたこと、また内容から見て、再調査案の直前の案が改正案であることは間違いない。次に第二修正案と最終修正案の文言を比べると、最終修正案の方が原案に近いと思わせる面もあるが（一項の末尾が原案や最終修正案では「受諾セラルルコトヲ得」となっているが、第二修正案では「受諾スルコトヲ得」とされている。死亡・無能力に関する条項が、原案や最終修正案では「提供即チ言込ヲ……有効ナリ」とされているのに対し、第二修正案では「提供ヲ……有効ナリ」とされている）、改正案と比較するなら、第二修正案の方が古いようにも見える（「承諾の撤回」につき、第二修正案が「……言消スコトヲ得」としているのに対し、最終修正案と改正案は「……言消サルル事（コト）ヲ得」としている。また改正案は死亡・無能力の条項の冒頭を「提供即チ言込ヲ……」と規定する）。従って、文言の面では決し難いが、草案六六三条に関する一回目の審議で、同条二項を三二九条五項とする場合には文言や内容の修正を要するとの意見が出された

ことを思い起こしつつ（前掲『民法草案財産編取得編議事筆記』三八頁）、比較するなら、最終修正案五項の方が第二修正案五項より工夫が見られる。それゆえ、「原案→第二修正案→最終修正案」という経緯を辿ったものと推測される。しかるに、前掲『民法草案財産編人權ノ部議事筆記一』二六頁に従い、三二九条に関する一回目の審議で第二修正案が参照されたとすると、以下の疑問が噴出し、他方、原案に対する審議と解するなら、それらは氷解するのである（なお、第二修正案と最終修正案との順序が逆であっても、最終修正案ではなく、原案に対する審議と解さねばなるまい）。

一　資料相互間の関係からする疑問 ―― 記録の間の三つの齟齬

①前掲『民法草案第二編』で改正されている規定としては、三二九条の他、五七一、七六一、七六二、三八九、四六二の各条がある（前掲『民法草案第二編』一一、三四、五六、六七頁）。しかし、三二九条を除き、右の諸規定に関する一回目の審議は、いずれも改正以前の原案に基づいている（前掲『日本近代立法資料叢書八』収録の『法律取調委員會民法草案第二編物權ノ部議事筆記（自第一回至第十回）』一一五―一一八頁、同書収録の『法律取調委員會民法草案財産編物權ノ部議事筆記（自第十七回至第二十二回）』六〇―六二頁、前掲『民法草案財産編人權ノ部議事筆記一』一六六―一六九、三〇五―三〇六頁）。よって、三二九条についてだけ、第二修正案が参照されているのは不自然である。

②六六三条二項を三二九条五項とすることが報告委員から提案されたのは、六六三条に関する一回目の審議（四月二四日）においてであり、その適否は争われている（(5) 参照）。が、第二修正案三二九条五項には六六三条二項と同旨の条項が既に含まれており、三二九条に関する一回目の審議（二月一三日）で第二修正案が土台とされたとするなら、右五項につき、提案も説明も論議もされなかった理由、また後の六六三条の審議で提案・論議がされた理由が説明できない。

③前掲『民法草案財産編人權ノ部議事筆記一』の他、『法律取調委員會民法草案議事筆記（自第三百十四条至第一千二百七十五条）』（前掲『日本近代立法資料叢書一五』収録）も一回目の審議の記録と推測され（前掲『法務図書館所蔵――貴重書目録』三八―三九頁で、手塚博士はかように解したうえ、その簡略さから見て、出席者のメモではないかと推測する）、また三二九条に関する限り、それは間違いない（明治二一年一月二五日の審議で草案七三九条二項につき疑問が生じたため、その点は後日ボアソナードに質問することとされ（前掲『民法草案財産編人權ノ部議事筆記一』一三三頁以下）、三二九条に関する審議のなかで今村委員がボアソナードの回答を報告する（前掲『民法草案財産編人權ノ部議事筆記一』三七頁）。ところが、前掲『民法草案議事筆記』七頁にも同じ記録が見い出されるのであって、事柄の性格上、二回もな

されるはずのない報告がどちらの資料にも記録されている以上、この二つは同一の審議の記録と解さねばなるまい)。しかるに、前掲『民法草案議事筆記』六頁によると、一回目の審議で参照された案は原案であることになっている。かような齟齬がある場合、一般には「出席者のメモ」と推測される資料の方が信憑性は低かろうが、①②を勘案するとき、この場合は逆のように思える。

二　審議内容との噛み合わせからする疑問――続出する不審な発言

一回目の審議で第二修正案が参照されたと解すると、次の発言は不自然で理解できないが、原案に対する審議と解せば、すべて納得できる(以下、前掲『民法草案財産編人權ノ部議事筆記一』による)。

④審議の中心論点は「承諾の撤回」の可否であった(原案はそれを否定し、旧商法草案は肯定した)。栗塚委員は冒頭で「今日之ヲ可トスレバ商法ノ方ヲ改ヘナケレバナラン」と述べている(二二六頁)。しかるに、この点に関し、第二修正案二項は既に旧商法草案に倣っており、第二修正案に対する審議であるとすると、右の発言は理解できず、それをめぐって激論が戦わされた理由も分からなくなる。

⑤栗塚委員は審議の対象とされた案が編纂局案八二九条と実質的に同じであることを力説する(二九頁)。が、「承諾の撤回」を含め、編纂局案と第二修正案とではかなり変わっており、とても右のようには言えない。

⑥鶴田委員は編纂局案と対比しつつ、「提供即チ言込ヲ爲シタ者ハ云々ト云フノハナカツタノデスカ」と確認を求め、栗塚委員もそれを認める(二九頁)。しかし、第二修正案に「提供即チ言込ヲ爲シタ者」という一節はなく、それがあるのは原案(二項)である。

⑦松岡委員は「『セラルル』ハ『スルコトヲ得』デ宜シイダロウ」と提案するが(三〇頁)、第二修正案に「セラルル」という文言はなく、それがあるのは原案(一項)である。

⑧審議を打ち切るべく、山田委員長は「三項四項ハ論ハアルマイ」と発言する(三七頁)。が、第二修正案には七項まであり、これでは審議を打ち切ることにはならない。四項までしかないのは原案なのである(第一修正案も五項まであることは確かだから((5)参照)、ここで参照されたのは第一修正案以前の案のはずである)。

三　改正が重ねられたことの原因――不明瞭な改正の理由

⑨一回目の審議が原案に対するそれであるなら、その後の改正は旧商法草案や予約の規定との調整過程として理解できる

が、第二修正案に対する審議だとすると、原案から第二修正案に改正された理由が分からなくなる。カークウドの助言に因るものと解しても、「承諾の撤回」に対する態度は不可解である。すなわち、原案と異なり、第二修正案はそれを認めるが、報告委員のうち、今村はそれに反対し、寺島も慎重である。栗塚も最終的にはそれに賛成するが、最初から積極的に同調したわけではないように見える（前掲『民法草案財産編人權ノ部議事筆記一』二六―三六頁）。かかる報告委員の間で、右のような改正が自主的になされるとは考えられず、第二修正案が提案されたとするのは不自然である。

以上のような理由から、前掲『民法草案財産編人權ノ部議事筆記一』二六頁が、一回目の審議の参照条文として第二修正案を掲げる点には重大な疑義があり、原案が参照されていたのではないかと推測される。しかし、原資料が失われた今日では、これは千載不決の疑いと言うよりない（第一修正案以前の案は原案に限られないが、前掲『民法草案議事筆記』七頁から見て、原案に拠っている可能性が高い。そうでなくても、委員たちの発言から推す限り、原案に近い案が参照されたはずである。その内容を推し量るなら、(i)「承諾の撤回」は認められていない（前掲『民法草案財産編人權ノ部議事筆記一』二六頁以下）、(ii)「申込の撤回」につき、編纂局案三項の立場は放棄されたようである（同・二六―二七頁）、(iii)(ii)を除き、編纂局案と類似している（同・二九頁。ただし、編纂局案と原案とを比べるなら、原案四項は新設されたものゆえ、ここでの発言と嚙み合うが、死亡・無能力に関する条項の変更は発言と食い違うことになる）。(iv) 四項建てで、三ないし四項は「期限付の申込は期間の経過により失効する」との規定である（同・三七頁）。なお、参照された案を原案と考え、それと (iv) とを照合するなら、原案三項は旧民法三〇八条三項と同旨の規定で、「申込の拘束力」とは無関係であることになる（前註(8)参照）。一回目の審議では、「拘束力」は否定されているからである（(3)―(4) 参照）。

(34) 旧民法財産編三〇七条は次のとおり。

①承諾ハ書面、口頭又ハ容態ヲ以テ之ヲ与フルコトヲ得但此末ノ場合ニ於テハ他ニ同意ヲ表スルノ手段ナキコト且承諾スル意思ノ確証アルコトヲ要ス

②又承諾ハ事情ニ因リテ黙示ヨリ成ルコトヲ得

(35) 旧民法三〇七条（ボアソナード（第二）草案三二八条）に関する審議は、前掲『民法草案財産編人權ノ部議事筆記一』二四―二五頁、前掲『民法草案財産編再調査案議事筆記』一六七頁を、学説の理解は、富井・前掲書一〇二頁以下、磯部・前掲書一二九四頁以下、前掲『民法疏義』九九五頁以下、井上・前掲書八六頁以下、江木・前掲書一七頁以下を参照。

(36) 前掲『民法草案財産編人權ノ部議事筆記一』三四頁の松岡委員の発言や同・三六頁（下段）の栗塚委員の発言は、この点を衝くものと解される。

(37) 富井・前掲書九二頁以下、磯部・前掲書一三〇〇頁、前掲『民法疏義』一〇〇〇頁、井上・前掲書九〇頁参照。

(38) 草案の註釈として、Roesler, Entwurf eines Handels-Gesetzbuches für Japan mit Commentar, Bd. I, II, III, 1884 があり、その翻訳として『ロエスレル氏起稿商法草案（上巻・下巻）』（司法省、出版年不明）及び『ロエスレル氏起稿商法草案（第一—第四）』（前者の異版か）がある（前掲『法務図書館所蔵——貴重書目録』四五頁）。またレースラー（ロエスレル）については、能見善久「違約金・損害賠償額の予定とその規制（一）」（法協一〇二巻二号一頁、昭和六〇年）四〇頁参照。

(39) 大隅健一郎『商法総則』（昭和三二年）一九頁、服部栄三『商法総則（第二版）』（昭和五二年）一〇五頁参照（旧商法典は旧商法草案をそのまま受け継ぎ、他方、当時のドイツ法とはドイツ旧商法典（Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, 1861）のことだから、かかる評価が可能である。

(40) Roesler, a. a. O., Bd. II, S. 4-6. (Abschliessung der Verträge ; §§ 337-348.) うち三三七—三四四条が申込と承諾に関する規定で、ほぼそのまま旧商法典に受け継がれている（二九二—二九九条）。

(41) フランス商法典の概要は、『現代外國法典叢書（一九）—佛蘭西商法［I］（復刊版）』（昭和三二年）参照。なお、かかる事情から、当時（一九世紀後半）の商法学説は、民法学説と同様に、「申込の撤回」を不法行為法によって処理し（Pardessus, Cours de droit commercial, t. I, 6e éd., 1856, n° 250, pp. 318-319. 第三部第二編参照）、後には Demolombe の予備的契約説に与する見解も登場する（Lyon-Caen / Renault, Traité de droit commercial, t. III, 4e éd., 1906, n° 15, pp. 8-9）。

(42) ADHGB §§ 317-323. ("Abschließung der Handelsgeschäfte")

(43) レースラー草案三四二条（Roesler, a. a. O., Bd. II, S. 5）は、諸草案対照表参照。

(44) ドイツ旧商法三一九条は、期限のない申込についてのみ、相当期間内の「拘束力」を規定しているが、これは「期限付の申込に当該期間内の『拘束力』が認められるのは当然で、定めるまでもない」と考えられたためである（Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches, Bd. II, 1984, S. 565-567, 572-573 ; dass., Bd. III, 1984, S. 1360-1361）。また学説も同じ理解に立っている（Hahn, Commentar zum Allgemeine Deutschen Handelsgesetzbuch, Bd. II, (2. Aufl.), 1875, S. 197 ff., insb. S. 198）。

(45) 起草過程に現れた各案及び旧商法二九七条は、諸草案対照表参照。

(46) 『日本近代立法資料叢書一七』（昭和六〇年）収録の『法律取調委員會商法第一讀會會議筆記』三七頁、同書収録の『法律取調委員會商法第二讀會會議筆記』二八頁。

(47) 『日本近代立法資料叢書一八』（昭和六〇年）収録の『法律取調委員會商法草案議事速記』四二七頁。

(48) 第三改訂案とは、前掲『商法民法關係諸條比較表』に収録されているものを指す。ところで、前註（33）で論証したように、旧民法草案三二九条に関する一回目の審議（明治二一年二月一三日）では、三二九条の原案が参照されていた可能性が高く、とすれば、（旧民法草案の）第二修正案を掲載する同・『比較表』はそれ以降に作成されたはずである。従って、同時期に行われたこの審議でも、参照しえたのはせいぜい第三改訂案までであろう。

(49) 前掲『日本近代立法資料叢書一九』収録の『法律取調委員會商法再調査案議事速記録』七頁。

(50) 旧民法草案三二九条に関する二回目の審議（明治二一年一〇月一日）では、再調査案（前掲『商法民法關係諸條比較表』収録の第二修正案以降の案）が参照されているから（一参照）、直後に行われたこの審議でも、同・『比較表』収録の第三改訂案か、それ以降の案が参照されたはずである（『日本近代立法資料叢書二一』（昭和六〇年）収録の『法律取調委員會商法草案』二七頁には、旧商法二九七条と同一の最終案が掲げられている。これが（商法の）再調査案である可能性もある）。

(51) Roesler, a. a. O., Bd. II, S. 1-2 (§§ 319, 321-323, 326, 327), 115-118, 120-129, 134-139, 151-152.

(52) Roesler, a. a. O., Bd. II, S. 4-6 (§§ 337-348), 151-161.

(53) 前掲『商法第一讀會會議筆記』三一―三九頁、前掲『商法第二讀會會議筆記』一三―一九頁、前掲『商法草案議事速記』四〇三―四三四頁、前掲『商法再調査案議事速記録』一―八頁。

(54) レースラー草案から第二讀會までの案は、その九条で「土地ニ就テノ權利ニ關スル契約ハ商ヒノ取引ニ在ラス」とし（前掲『ロエスレル氏起稿商法草案（上巻）』四二―四五頁、前掲『商法第一讀會會議筆記』二五四頁、前掲『商法第二讀會會議筆記』六頁）、ドイツ旧商法二七五条を模倣していた。しかし、三回目の審議で八条として「不動産ニ關スル權利ヲ目的トスル契約ハ商取引ニアラス但射利ヲ目的トセサルモノニ限ル」との提案がなされ、「不動産ニ關スル權利ヲ目的トスル契約ハ商ヒ取引ニアラス但射利ヲ旨趣トセサル者ニ限ル」と改正された（前掲『商法草案議事筆記』二五九―二六一頁。その原因は不明）。さらに前掲『商法草案』八条で「不動産ニ關スル權利ヲ目的トスル契約ハ商ヒ取引ニ非ス但射利ヲ旨趣ト

セサルモノニ限ル」と再度修正され（三頁）、最終的な改訂を経たうえ、旧商法八条は「不動産ニ関スル権利ヲ目的トスル契約ハ商取引トセス但射利ヲ旨趣トスル買得及ヒ転売ハ此限ニ在ラス」とした。

(55) 前掲『法務図書館所蔵――貴重書目録』四〇頁、小林・前掲論文八九頁。

(56) たとえば大村敦志「契約成立時における『給付の均衡』（一）」（法協一〇四巻一号一頁、昭和六二年）五四―五五頁参照。

(57) 小林・前掲論文八九頁。なお、高橋・前掲論文（法時六二巻一一号）七七頁は、Projet 新版でのボアソナードの言葉として「第二巻からフランス語に翻訳され印刷された公定条文をもって比較をなすことができた」とするが、三二九条に関する限り、第三草案と旧民法（三〇八条）とは明らかに食い違うばかりか、前者の二項は前掲「第三百二十九條改正案」二項に相当している（諸草案対照表参照）。そして、右「改正案」と旧民法が「申込の拘束力」を認める点では同一であって（一参照）、特に前者に拠らねばならぬ理由がないことをも勘案するなら、三二九条のように改正が重ねられた規定についてまで、公定条文を入手しえたとするのは疑問である（Projet, t. Ⅱ, nouv. éd., pp. 978-982 には Table de concordance du projet avec le code officiel が設けられ、各条各項の対応関係が示されている。ところが、第三草案三二九条が七項建てであるのに対し、旧民法三〇八条は六項建てなのに、この点には全く言及されていない（p. 978）。このことは当時ボアソナードが右規定につき十分な資料を持っていなかったことを示唆する）。しかし、Projet 新版が「拘束力」に対する彼の態度を知るための手掛かりであることに変わりはない。

(58) 第三草案三二九条及び旧民法三〇八条の仏訳は、諸草案対照表参照。

(59) Projet, t. Ⅱ, nouv. éd., n° 54, p. 83.

(60) Projet, t. Ⅱ, nouv. éd., n° 55, p. 85. なお、ボアソナードは不法行為責任の効果として現物賠償がありうることを既に知っていたにもかかわらず（Projet, t. Ⅱ, 2e éd., n° 272 p. 282; idem., t. Ⅱ, nouv. éd., n° 272, pp. 317-318. もっとも、原則としてはこれに否定的なようである。Projet, t. Ⅱ 2e éd., n° 310, p. 322 ; idem., t. Ⅱ, nouv. éd., n° 310, p. 362. この点につき詳しくは、大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察――物権的妨害排除請求権と不法行為に基づく請求との交錯――（三）」（法協一〇三巻八号六〇頁、昭和六一年）一一六―一一八頁参照）、ここでは現物賠償には全くふれていない。

(61) 第三部第二編参照（それは不法行為責任説の元祖であるポチエの見解と同一である。なお、「害するなかれ」というより高次の原則に対するボアソナードの立場は、池田・前掲「ボアソナード『自然法講義（性法講義）』の再検討」参照）。

(62) 本条につき、ボアソナードは第二草案を大幅に修正したと自認し（Projet, t. Ⅱ, nouv. éd., p. 83, note 2）、その修正点を明確にすべく、註を設ける（pp. 84-87, note 3-6）。しかし、二項にはふれておらず、この点では第二草案と第三草案とで差はない、とする彼の理解を暗示している。確かに第三草案二項は"l'offre ne peut être rétractée……"とする。が、フランスの通説たる不法行為責任説のなかには「申込者は申込を撤回しない義務を負う（s'est engagé）」とする裁判例を、「真正な義務を認める趣旨ではなく、撤回に不利益が課されることを表現したものに過ぎない」と解するものもある（Schmidt, Négociation et conclusion de contrats, 1982, n° 226, pp. 114-115）。従って、ここでも右の表現のみ捉え、ボアソナードが「拘束力」を是認したとするのは短絡的で危険な理解と言えよう。

(63) Exposé, t. Ⅱ, 1891, p. 357では「承諾のない限り、申込は撤回しうる」との説明は省かれている。また（旧民法三〇八条）二項の根拠は、第三草案三二九条二項のそれと同じ原則に求められているが、「損害賠償責任を負う」という一節は削られている（p. 358）。従って、「拘束力」が認められていなかったか否かは、かなり不鮮明になる。

(64) 前掲『民法辨疑』一二九―一三〇頁。なお、『民法辨疑』は、その成り立ち（同書冒頭の森順正の「自叙」参照）から考え、旧民法典制定以前の問答を含んでいる可能性もないではない（現に前掲『問答録』と酷似している部分もある。もっとも、同一人の回答ゆえ、これは当然とも言える）。しかし、この部分に関する限り、それは草案三二九条と旧民法三〇八条との比較においてなされた質問に対する回答であり、よって旧民法に対するボアソナードの態度を示す資料たりうる。

(65) なお、前掲『性法講義（完）』（明治二五年？）やボアソナード先生口述（森順正先生口訳）『民法原理法律不遡及論』（明治二八年）には、「申込の撤回」や「申込の拘束力」に関する記述は見当たらない。

(66) 富井政章『民法原論（訂正増補版）』（大正九年）六八頁、星野通『明治民法編纂史研究』（昭和一八年）一一二、一四〇頁。旧商法典も同じ批判を受けた（大隅・前掲書二〇頁）。なお、現行民商法の起草のさいには、「商法ノ規定ニシテ民法ト重複スルモノハ之ヲ删除ス」とされた（前掲『民法總會議事速記録』三、一八―二一頁）。

(67) 増島六一郎「法學士會ノ意見ヲ論ズ」（星野（通）・前掲書三四九頁以下所収）三五〇頁。

(68) 松野貞一郎「民法商法交渉問題」（星野（通）・前掲書四九三頁以下所収）。

(69) 『帝國議會貴族院議事速記録4（第三回議会　明治二五年）』（昭和五四年）八三―八七頁。

(70) 他の法律との抵触がないよう配慮したことは村田自身も認め、ただ審議が拙速であった点を強調する（前掲『貴族院議

事速記録4』八三―八四頁)。が、箕作も指摘するように(同・『速記録』一〇一頁)、三〇八条に関する限り、十分な時間が取られ、議論も尽くされている。また抵触の例として、この規定が挙げられたことはなく、後の法典調査会での審議でも、現行民法五二四条に当たる草案五二一条の報告委員である富井は、両法典の間に齟齬はないとの理解を示す(前掲『民法議事速記録三』六六八頁)。星野(通)・前掲書二〇三頁は現行民法典と現行商法典との関係につき、両法典が併行して編纂され、起草委員も重なっていたことを理由に「両法典は完全に連絡がとれて、齟齬不統一を来すことなく、旧法典における欠陥は完全に除去された」と評価する。が、三〇八条にあっては、旧民法典と旧商法典もかかる欠陥は克服していた。双方の審議は近接した時期に行われ、委員の一部は重なり(たとえば松岡、南部、鶴田の各委員)、何より両法典の連携が意識的に図られていたからである。

(71) G・ボアソナード(村上一博訳)「日本の新法典――法律家の意見書および議会の反対論に対する反駁――」(同志社法学四〇巻三号六五頁、昭和六三年)九〇―九一頁。

(72) 前掲『民法草案財産編人權ノ部議事筆記一』三四頁。延期派急先鋒村田保については、大久保・前掲書一六三頁以下参照。

第三節　現行民法典の起草過程と学説の理解

一　現行民法典の起草過程[1]――五二一条一項及び五二四条に則して

現行民法典は五二一条以下に「契約ノ成立」に関する規定を設け、五二一条一項と五二四条では「申込の拘束力」を法定する。起草委員によれば、「契約ノ成立」は旧民法三〇八条を修正し[2]、うち右の二規定は同条二項に対応している[3]。

(1)　主査委員會と委員總會……両委員會では最初に各章各節の表題につき審議されたが、「契約ノ成立」という表題に異議は唱えられず、内容に踏み込んだ議論もなされていない[4]。

(2)　法典調査委員會(明治二八年四月五日―同月一六日)

「契約ノ成立」に関する実質的な審議は、起草委員の草案に基づき、[5]法典調査委員會でなされた。[6]

現行民法五二一条一項（草案五一八条一項）につき、起草委員たる富井は「本條ハ財産編第三百八條第二項……ノ通リデアリマス又商法ノ……第二百九十七條ニ當タル」とし、土方の「取消コトヲ得ズト云フノハ法律上不能ノ意味デアルカ若シ取消セバ法律上責任ヲ帯ビルト云フノデアリマスカ」という質問には、富井も梅も前者と答える。[7]右の諸条を「申込の拘束力」を認めた規定と解し、それを踏襲したわけである。[8]この点につき、異論は出されていない。[9]

現行民法五二四条（草案五二一条）につき、富井は当初これも旧民法三〇八条二項や旧商法二九七条と同旨と説明していたが、後に異なる可能性も認め、実業界の取引安全への要望を容れて起草したと告白する。[10]梅によると、その経緯は次の如し。起草者は「契約ノ成立」の起案に際し、慣習を確認すべく、各地の商業会議所に調査を依頼したが、[11]それによると、承諾発信以前なら申込はいつでも撤回できるとされていた。[12]が、「承諾ヲシヤウカスマイカト云フニ付テ場合ニ依テハ費用モ掛ケナケレバナラヌデアラウガ其費用ヲ掛ケテ居ル其所ヘ取消ガ來テハ大變困ル」との理由から、二つの商業会議所からは「相當ノ期間ハ取消コトガ出來ヌト云フコトニシテ貰ヒタイ」との希望が寄せられ、「少ナクモ損害賠償ヲ許スト云フコトニシテ貰ヒタイ」との希望も一件あった。[13]またフランスの裁判例やプロイセン一般ラント法では「期限のない申込でも、相当期間は撤回できない」とされているようなので、[14]以上の事情を斟酌し、この規定を設けた。[15]しかし、かかる興味深い起草過程とは対照的に、審議は他の論点に集中し、[16]「拘束力」は議論されていない。

右のように、「申込の拘束力」は異論なく受容されたため、かえってそれに関する議論はなされていない。また「拘束力」が認められるべき根拠についても「然ウ云フコトニセネバ取引上ノ安全ヲ保ツコトガ出來ヌ」との実業界の要請が挙げられるのがせいぜいで、原理的な問題にはふれられていない。[17]

（3）整理會（明治二八年一二月二八日）……五二四条（この時点では草案五二二条）については、整理會でも

活発な議論がなされた。[18] が、それは承諾適格の持続期間に関してであり、「拘束力」については議論されていない。[19]

以上の審議の後、『民法修正案』が作成され、[20] 最終的には政府がそれを『民法中修正案』として議会に提出する。[21]

(4) 帝國議會での審議と『民法修正案理由書』

…… 帝國議會で「契約ノ成立」は審議されなかったようで、修正も加えられていない。[22]『民法修正案理由書』でも、[23] 両規定につき目新しい説明はなされていない。[24]

このように、現行民法五二一条と五二四条が「申込の拘束力」を是認したことは明らかだが、特に反対もなかったため、突っ込んだ議論もなされていない。が、五二四条の創設に当たり、損害賠償と「拘束力」という二つの選択肢のうち、前者が選ばれた点は興味深い。[25] その理由は直接的には明らかでないが、現行民法五二二条二項の審議のなかに、その一端を窺いうる。すなわち、承諾延着の通知を懈怠した場合の効果として、ドイツ民法草案は「契約の成立」を認め（起草者が参照したのは第一草案八五条二項とそれを踏襲した第二草案一二二条二項）、他方、スイス（旧）債務法は申込者に損害賠償責任を課すが、[26] この点につき富井は「損害賠償ト云フモノハ若シ向フニ資力ノナイトキハ之ヲ請求シテモ何ウモ其實效ガ覺束ナイ且手數ノ掛ルモノデアリマス取引上ノ神速ト安全ヲ保ツ爲メニハ其制裁トシテ承諾ガ延着セナンダモノト看做ス …… 方ガ一番穏當デアロウ」とし、前者に倣うと明言している。[27] これは五二四条においても損害賠償ではなく、「拘束力」が選択される理由となりうる。また富井が挙げるのと同じ理由から、右ドイツ民法第一草案八五条二項は「損害（信頼利益）賠償」ではなく、「契約の成立」を選択しているのだが、[28] 同様の理由から、右第一草案は「信頼利益の賠償責任」という普通法下での通説に代わって、「申込の拘束力」を採用し（第一草案八〇条。次章参照）、現行（日本）民法五二四条の起案の段階では、この第一草案八〇条も参照されている。[29] それゆえ、富井の挙げる「救済の十分さ」という理由も起草者をして損害賠償でなく、「拘束力」を選ばしめた一要因であるように思われる。[30]

ところで、「成立形態」の点でいうと、「契約ノ成立」に関する審議では「申込承諾型」のみ想定されていたようであ

る。「契約ノ成立」全体に関する趣旨説明のなかで、富井は「契約ノ成立ニ必要ナル規定ハ〔旧民法〕三百八條ノ規定デアリマス即チ申込ト承諾ニ關スル規定デ殊ニ隔地ニ在ル者ノ間ニ契約ヲ爲ス場合ニ付テハ此規定ガ必要デアロウト思フ」と述べている。[31] また前述の慣習調査も実業家や商業会議所に対するもので、調査対象に不動産が含まれなかった可能性も高い。[32] 審議で挙げられている具体的事例のほとんどは動産売買か商取引で、[33] 不動産売買が挙げられているのは五ヵ所しかなく、そこでも申込と承諾は整然と区別されている。[34] 動的視点も見当たらない。[35]

二　学説の理解……現在の学説と同様、民法典制定直後の学説も五二一条一項と五二四条を「申込の拘束力」を認めた規定と解し、その根拠は「相手方の保護」に求めていた。[36]

これまでの検討からは、二つの示唆が浮かび上がる。第一に、一貫した申込受取人保護の姿勢からは「一定の状況の下では、締約への信頼も法的保護に値する」との強固な価値判断が看取される。「拘束力」を肯定する立場も、損害賠償責任のみ是認するボアソナードの見解も、この点では軌を一にする。第二に、受取人保護の手段が複数あることも明らかになる。現行民法典の起草過程では、この点をめぐり興味深い議論がなされている。以下、その意味を探ってみる。

「申込の撤回」から受取人を保護する方策としては、撤回により生じた損害を補塡する方法と撤回自体を禁止する方法とがある。前者は「信頼利益の賠償」に相当し、後者は「申込の拘束力」に当たるが、こちらは「履行」ないし「履行利益の賠償」に帰着する。[37] ところで、起草過程以来、終始一貫「拘束力」が支持されてきたが、その根拠は受取人保護、すなわち、受取人に不測の損害を与えないことに求められている。が、そこで「損害」とされるのは、締約準備費用や第三者との締約機会の喪失、つまり、「信頼利益」に相当するものばかりである。[38] そうであるなら、救済策としては「信頼利益の賠償」で十分であり、それが本筋でもあろうが、かかる角度から「拘束力」を批判する見解はなく、またそれが採られるべき理由、ひいては二つの救済策の採用基準を究明せんとする姿勢も見受けられない。[39] しかし、まさ

にかかる視点から、五二四条をめぐる起草者の議論には引かれるところがある。そこで損害賠償と「拘束力」という岐路に立たされた彼らは、あえて後者を選択しているからである。もっとも、この損害賠償が「信頼利益の賠償」であるか否かは問題である。現行日本民法典はドイツ民法典と異なり、「信頼利益」対「履行利益」という図式を採っていないからである。[40] が、この図式が法典を貫く支柱とされていないことから、直ちに「起草者や民法典の用いる『損害』概念のすべてが右の図式に当てはまらない」との結論は導きえまい。特定の文脈の下では「損害」という多義的な表現を用いつつも、具体的な「損害」像として「信頼利益」（に相当するもの）をイメージすることもあろうからである。[41] しかるに、四囲の事情を勘案するとき、右の場面で想定された「損害」は「信頼利益」である可能性が高いように思われる。[42] そうであるなら、ここでは先の二つの方策が天秤にかけられ、「拘束力」の方が選択されたことになるが、その一因は「信頼利益の賠償」が救済策として不十分と考えられたことにあるようである。しかし、肝腎のその根拠は明確でない。現行民法五二二条二項につき富井の挙げる理由が、五二四条にも妥当しうることは理解できるが、それは何故五二二条二項において、損害賠償でなく、「契約の成立」を選ばしめる論拠たりうるのであろうか。富井の説明は茫漠として捉え所がなく、具体的な意味や推論過程は明らかでない。また「損害」として「信頼利益」を想定するなら、その賠償で十分なはずで、それを不十分と意識するには別の事情が介在せねばならぬ。何が起草者をして右の意識を抱かしめたのであろうか。彼らは何を想定し、それをどう評価して、かかる意識へと誘われたのであろうか。しかし、「申込の拘束力」は委員たちの心をあまりに強く深く捉えていたため、ついにかかる疑問に答える行は見い出しえなかった。

このように、推測を重ねても隔靴掻痒の感は免れない。が、この問題を含め、以上の検討結果はすべて同一方向を指し示している。旧民法典で採用された「申込の拘束力」は旧商法草案を介し、ドイツ旧商法典に遡った。右の問題にもドイツ民法草案が影を落としている。[43] 考察されるべきはドイツ法なのである。故地では一体何があったのであろうか。

註

（1）現行民法典の編纂過程につき詳しくは、星野（通）・前掲書一五三―一九七頁参照。

（2）前掲『民法議事速記録三』六四五頁以下（特に六四七頁の富井の説明）。

（3）前掲『民法議事速記録三』六四八、六六八頁。現行民法五二四条の参照条文としては、旧民法三〇八条一項しか挙げられていないが、富井の説明によれば、五二四条は三〇八条二項とも同じであることになる（同・六六八頁）。

（4）主査委員會の審議は前掲『民法主査會議事速記録』一四〇頁以下（明治二六年六月二三日分）、委員總會の審議は前掲『民法總會議事速記録』五九頁以下（明治二六年七月四日分）参照。両委員会での実質的な審議は意思表示のところで打ち切られ、代理以降は法典調査委員會に引き継がれる（整理會も含め、各委員会の概要は、星野（通）・前掲書一八〇―一八四頁参照）。

（5）起草委員提出の案を「草案」と呼ぶが、現行民法典が旧民法典の修正という形を取ったため（帝國議會に提出された法案の名称は『民法中修正案』である）、同・「草案」は「修正原案」と呼ばれることもある（起草委員提出の案にも数種類ある。星野（通）・前掲書一八〇頁参照。なお、同・「草案」は、他の議案とともに『民法第一議案』（前掲『日本近代立法資料叢書一三』収録）として一括されているが、そのうち「契約ノ成立」に関する案は明治二八年四月二日と同月六日に配布されている（前掲『民法第一議案』二一三頁以下）。

（6）前掲『民法議事速記録三』六四三頁以下

（7）前掲『民法議事速記録三』六四九―六五〇頁。申込者が承諾以前に第三者に目的物を売却し、申込を撤回した場合、後に承諾がなされたなら、申込者は債務不履行責任を負うのか不法行為責任を負うのか、との土方の質問に対し、富井は「其取消ハ無效デアル」とし、梅は有効な契約が二重に成立することを前提に「其契約ヲ履行セシムルコトガ出來ヌカラ損害賠償シカ取レヌト云フコトニ歸着スル」と答える。富井もそれを受け、「無論然ウデアリマス其場合ハ違約ノ損害ノ責任ガアル」とする。

（8）ただし、富井は前註（7）の土方の質問に対して、その後「[自分の答えは] 間違ツテ居ツテ其契約ハ目的物ガナイカラ成立テ得ナイト云フ方デ不正行為ノ適用ニナルト云フ方ガ正シイカモ知ラヌ併シドチラニシテモ然ウ云フコト迄此處ニ規定スルコトハ六カシイト思フ……結果ハ多少違ウカ知リマセヌガ然ウ云フコトハ學者ノ樂シミニ任カシテ置イタガ宜カ

ラウ」と譲歩する（前掲『民法議事速記録三』六五〇―六五一頁）。が、契約不成立の原因は目的物の不存在に求められているから、これは「申込の拘束力」とは対立しない（原始的客観的不能につき、起草者は不法行為法による処理を意図していた（『日本近代立法資料叢書四』（昭和五九年）収録の『法典調査会民法議事速記録四（第八十五回―第百拾回）』二三頁）。また原始的主観的不能を契約の無効原因と規定した旧民法財産取得編四二条を一変させる草案五六一条（現行民法五六〇条）が提案されたのは、この審議の後の四月二七日のことであり（前掲『民法第一議案』一二六頁）、それに対する審議は翌月七日まで待たねばならない（前掲『民法議事速記録三』八九九頁以下）。従って、右の富井の譲歩は不自然ではない）。なお、右の発言は「履行利益の賠償（債務不履行責任）」と「信頼利益の賠償（不法行為責任に相当）」との差を意識しているもののようにも受け取れるが、はっきりしない。

(9) 前掲『民法議事速記録三』六四九頁以下参照。

(10) 前掲『民法議事速記録三』六六七―六七三頁。

(11) 前掲『民法議事速記録三』六七九頁。調査の時期・内容は不詳だが、かかる調査を何度も行っている余裕はなかったはずだから、発信主義と到達主義が争われた場面で参照されたのと同じ調査かもしれない（もっとも、「申込の拘束力」は正式な調査項目とはされていなかったようである。前掲『民法議事速記録三』六七九―六八〇頁）。とすると、それは三人の実業家と全国二〇ヵ所以上の商業会議所を対象とし、対象品目も多岐にわたっていた（前掲『民法主査會議事速記録』六七二―六七三頁、前掲『民法總會議事速記録』五二二頁、前掲『民法議事速記録三』六九一頁参照）。また旧商法典制定のさいも、司法省は慣習を調査し（司法省編纂（瀧本誠一校閲）『日本商事慣例類集』（昭和七年）、『商事慣例類集（全三巻）』（平成二年）参照）、そこには「契約の成立」に関する項目も盛り込まれていた（前掲『商事慣例類集（第一巻）』二九九頁以下）。ただ、「成立形態」との関係で一言するなら、起草者の参照に耐え得る調査対象は動産に限られ、不動産売買には及ばなかったようである。司法省は明治九年から一三年にかけ、民事慣例の調査を行い（明治一〇年と一三年に調査結果がまとめられている。一〇年版は手塚豊・利光三津夫『民事慣例類集』（昭和四四年）一〇五頁以下、一三年版は司法省編纂（瀧本誠一校閲）『日本民事慣例類集』（昭和七年）、司法省蔵版『全國民事慣例類集』（昭和五一年）、司法省蔵版『全國民事慣例類集』（平成元年）参照。両者を融合させたものとして、前掲『明治文化全集（第一三巻）』収録の『全國民事慣例類集』（風早八十二解題、昭和一九年）もある。以上の資料の相互関係は、手塚・利光・前掲書三頁以下参照）、そこで

は不動産売買も調査対象とされたが、当時のそれは――現代風に言えば――要式契約であった（手塚・利光・前掲書二三四頁以下、司法省編纂・前掲書（平成元年）四九四頁以下。なお、形式としては、売主のみが署名捺印する「売渡証文」と両当事者が連署する「（契約ないし売買）証書」とが混在していたようである。この点は、川島武宜「（新版）所有権法の理論」（昭和六二年）二二四―二二六、二二九頁も参照）。江戸時代の慣行が残存していたのである（江戸時代の慣行は、石井良助『近世取引法史』（昭和五七年）、同・『日本法制史概説』（筆者の参照した改版第四刷は昭和五八年、初版は昭和二三年）の他、中田薫『徳川時代の文学に見えたる私法』（昭和五九年）四二頁以下参照）。しかし、売買一般を諾成契約として構成しようとした現行民法典の起草者にとり、それは意にそぐわぬものだったに違いない（証拠法上の制限はあるものの、旧民法典でも売買は諾成契約とされていた。旧民法財産取得編二五条、同・証拠編六〇条）。従って、起草過程では、不動産売買に関する調査は行われなかった可能性もある（調査対象が実業界や商業会議所である点や対象品目として不動産が挙げられていない点がこのことを示唆している。また審議のなかでは「商業上ノ慣習」という発言も聞かれる。前掲『民法議事速記録三』六七九頁）。そうであるなら、「成立形態」として「申込承諾型」のみ前面に立ち、不動産売買を典型例とする「練り上げ型」が看過されても不思議ではない。

(12) 前掲『民法議事速記録三』六七七、六七九―六八〇頁。

(13) 前掲『民法議事速記録三』六七二、六七七、六八〇頁（「申込の拘束力」を支持する商業会議所は東京と岡山、損害賠償を支持するのは、和歌山（同・六七二頁）か熊本（同・六七七、六八〇頁）である）。

(14) 前掲『民法議事速記録三』六六七―六六八、六七七頁。ただ、そこで参照されている「佛大審院一千八百七十年二月二十八日判決」に対する梅や富井のかかる理解には疑問もある。

Req. 28, fév. 1870, D. 1871, 1, 61; S. 1870, 1, 296.

原告は被告から「木炭六千袋を一袋六フランで売る」との期限のない申込を受け、四日後に承諾の手紙を発信したが、「申込の撤回」の手紙と行き違いになってしまった。そこで、原告は「契約の成立」を主張し、木炭の引渡しを求めたが、原審が請求を棄却したので、原告は上告。破毀院は「申込者が承諾に拘束されるのは、それが適時になされたときだけであり、本件でかかる期間内に承諾はなされなかった」とし、成立を否定して上告を棄却した。

右の如く、本件の争点は「申込の拘束力」というより、承諾適格にある。またSireyの要約では「期限のない申込も、申

込者に一定期間義務を負わせる（engager）とした例として解説されているが、これが「拘束力」を意味するものであるかどうかも問題のはずである（前節の註（62）参照）。なお、プロイセン一般ラント法については、次章第一節参照。

(15) 富井や梅の発言は実業界への強い配慮を窺わせる（前掲『民法議事速記録三』六七一、六七七―六八〇頁）。

(16) 現行民法五二四条の審議（前掲『民法議事速記録三』六六七―六八五頁）のうち、六六八―六六九頁では対話者間での期限のない申込をどのように扱うかが、六七〇―六七二頁では旧民法や旧商法との関係と拘束力の持続期間が、六七二―六八四頁では承諾適格の持続期間が論議され、他方、「拘束力」の可否は議論されていない。

(17) 前掲『民法議事速記録三』六七一頁。おそらくその原因は、起草者が、そもそも「申込の拘束力」は認められるべきものなのか、という理論より、認めねば取引の安全が阻害される、という実際上の便宜を重視したためであろう（かかる傾向については、星野・前掲論文六二二―六二三頁参照）。

(18) 『日本近代立法資料叢書一四』（昭和六三年）収録の『法典調査会民法整理會議事速記録』二七〇―二七六頁。

(19) なお、梅はこの規定を「当事者の意思」を推測したものと位置づけつつも、これがなければ「拘束力」は認められえないとの理由から、公益規定とも解している（前掲『民法整理會議事速記録』二七三頁）。「拘束力」を本来的には存在しないものとするこの理解は、フランスの意思自治の原則によるものであろう（第三部第二編参照）。なお、曽野・前掲論文一三七〇―一三七一頁は「契約ノ成立」に関する諸規定を「強行規定ではなく当事者の意思不明な場合の推定規定」としたうえ、「意思自治の趣旨からしても、当事者の意思が前後の状況からして合理的に推測できる場合には、それに従うのが当然であり、民法の規定はその意思が不明の場合にのみ適用されるべきものである」としている。しかし、これでは「申込者が申込に拘束されることを意図している場合、意思自治の原則に照らし、直ちに『拘束力』が認められる」との誤解を招きかねず、いささか一方のみを強調し過ぎた嫌いがある。申込者の一方的な意思によって申込維持義務を負いうる、とすることが、債権者たる申込受取人の意思を無視している点で、実は意思自治に反するものであることは、杉山直治郎「片約單獨行爲ニ就テ」（法学志林五六号一六頁、五七号三二頁、明治三七年）参照。もっとも、日本民法典の「申込の拘束力」は申込受取人の保護を企図しつつも、申込者＝受取人間に右の如き債権債務関係は措定していない。

(20) 前掲『日本近代立法資料叢書一五』収録の『民法修正案』五二頁。

(21) 法典調査会末期から帝国議会終了までの経緯は、廣中俊雄『第九回帝國議會の民法審議』（昭和六一年）、同・「民法修正

案（前三編）に関するおぼえがき」（法学五〇巻五号七六頁、昭和六二年）、同・『民法修正案（前三編）の理由書』（昭和六二年）参照。

(22) 廣中・前掲『第九回帝國議會の民法審議』二二五―二二七、三四六―三四九頁。

(23) 『民法修正案理由書』の種類と意義は、廣中・前掲論文七四三頁以下、同・前掲『民法修正案（前三編）の理由書』三頁以下の他、小林・前掲論文八三―八八頁。なお、現行民法五二一条一項及び五二四条に関する限り、『以活版換謄寫　民法修正案理由書（附質疑要録）』と『未定稿本　民法修正案理由書（自第一編至第三編完）』とで差はない（条文の番号は異なるが、内容は同一）。

(24) 廣中・前掲『民法修正案（前三編）の理由書』五〇二―五〇四頁（現行民法五二四条につき、「瑞士債務法及ヒ印度契約法等ノ例ニ倣ヒ」とするが、これは承諾適格をも射程に入れた（結果論的な）説明であって、法典調査委員會での審議を見る限り、「拘束力」が認められたのはそれからの影響によるものではない）。

(25) 前掲『民法議事速記録三』六七二、六七七頁参照。ただ、梅は商業会議所の意見として「……相當ノ損害賠償ノ責ニ任ズルト云フコトニシテ貰ヒタイ取消ハ無論出來ヌ云フコトニナッテ居ル」という見解を伝えており（同・六七七頁）、「拘束力」と損害賠償とが混同されていたような感もある。が、梅自身はその区別を知っていたはずである。さもなければ、土方の質問に的確に答えられるはずがない（同・六四九―六五〇頁。詳細は前註（7）参照）。

(26) 起草者が参照した旧債務法五条二項は、法文上「損害賠償（Schadenersatz）」とするだけだが、後の学説はそれを「信頼利益の賠償」と解している（Schönenberger / Jäggi, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band : Obligationenrecht, Teilband V 1 a, (3. Aufl.), 1973, Art. 5, Rdnr. 31, S. 453-454）。他方、スイス民法の一翼を担う現行債務法は、ドイツ民法典に倣い、承諾延着の通知を懈怠した場合の効果として、五条三項で「契約の成立」まで認めている。

(27) 前掲『民法議事速記録三』六六一頁。富井は冒頭で「本條ノ規定ハ既成ノ民法ニモ商法ニモアリマセヌ之ハ獨逸民法草案ニ殆ド同ジ規定ガアリマス又瑞西債務法ニモ少シ場合ハ違ヒマスガ矢張リ之ニ似寄ッタ規定ガアリマス夫レニ倣ッタ規定デアリマス」としているが、本文で紹介した説明から推して、「夫レ」とはドイツ民法草案を指すものと思われる。なお、損害賠償と「契約の成立」とのかかる形での比較は他にも散見される（たとえば重大な過失による錯誤につき、前掲『民法主査會議事速記録』六四九頁、無権代理人の責任につき、『法典調査会民法議事速記録一（第一回―第二十六回）』（『日

本近代立法資料叢書一』（昭和五八年）収録）一四一頁）。

(28) 第一草案八五条二項とそれを受け継いだ第二草案一二二条二項は、Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich（以下、Motive zum BGB と引用）, Bd. I, 1888, S. 170-171 ; Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, 1897, S. 81 ; Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, 1899, S. LXXX, 446, 692 参照（「損害賠償では取引に資するところがない」とする。その意味は第一草案八〇条の説明のなかで敷衍されている。次註（29）参照）。ドイツ民法第一草案のうち、「契約の成立」に関する部分は、理由書も含め、当時既に翻訳されており（司法省『獨逸民法草案（第一巻）』（明治二一年七月）二二頁以下、同・『獨逸民法草案（第一編）』（明治二一年一一月）二七〇頁以下）、富井はこれを参照したのかもしれない。

(29) 前掲『民法議事速記録三』六六七頁。理由書は「信頼利益の賠償」でなく、「拘束力」を選択した根拠について「そのような損害賠償義務には、実際上重大な疑念があり、取引に資するところはない。取引が立ち行くには、業務（Geschäfte）が円滑かつ迅速に運ばれねばならないが、損害賠償は、通常厄介で、かつ結果もおぼつかぬ訴訟を招き、取引を麻痺させてしまう」としている（Motive zum BGB, Bd. I, S. 164-166 ; Mugdan, a. a. O. (Bd. I), S. 443）。これは五二二条二項に関する富井の説明と同一と言える。

(30) 「迅速な取引」が重んじられていたことは、現行民法五二六条をめぐる議論からも読み取れる（前掲『民法議事速記録三』六九〇頁以下）。

(31) 前掲『民法議事速記録三』六四七頁。実際、対話者間での契約を想定した議論は少ない（同・六五三、六五五、六六九、六七五、六七七―六七八頁に散見される程度）。

(32) 前註（11）参照。

(33) このことを暗示する表現は随所に見られる。前掲『民法議事速記録三』六四八―七一五、七三七―七三八頁から挙げるなら（数字は頁数）、六五〇（品物、馬）、六五四（注文）、六五八（商人）、六六六（米）、六七三（商事、荷、商人、商品）、六七四（物、商人）、六七六（物、品物）、六七九（商業上の慣習）、六八一（商事上の取引、商品、商人、美術品、穀類、味噌醤油、注文）、六八二（相場、商人、商品、骨董屋、（鉄道の）賃銭）、六八三（得意先、相場、商人、物品）、六八四（汽

車の時間表）、六八六（商事）、六八七（反物屋、米、注文）、六八八（着物、洋服屋）、六八九（着物、仕立屋）、六九一（相場、海上及び火災保険）、六九二（注文、製造）、六九六（注文、品物、小間物商、木材商、呉服商）、六九七（相場、保険）、六九九（注文、酒、問屋、商人、物）、七〇六（相場、保険）、七〇八、七一一、七一二（相場）、七一三（相場、保険）、七一五（商事取引）。もっとも、民法と商法が重複する場合、商法を削除する方針だったから（前節の註（66）参照）、商取引が想定されていても不思議はなく、富井も草案五二六条（現行民法では九一、九二条に吸収された）の趣旨説明のなかで、「殊ニ之等ノ規定ヲ置クニ付テハ唯民事契約計リヲ眼中ニセズシテ商事契約モ始終眼中ニ致シマシテ……」と述べている（前掲『民法議事速記録三』七三七頁）。が、全体的には、商取引が想定されていることの方が多いようである。

(34) 前掲『民法議事速記録三』六七八、六八八、六九四、七〇一頁（六八二頁では、家屋賃貸借が例示されている）。

(35) ドイツ民法第一草案七八条（ドイツ民法一五四条）は「練り上げ型」の手掛かりとなり、かつ「交渉破棄」とも関連する重要な規定だが（第二部第一編参照）、現行民法典の起草過程では参照されていない。理由書の記述から（Motive zum BGB, Bd. I, S. 162; Mugdan, a. a. O. (Bd. I), S. 441-442）、「契約の成否」の判断（解釈）にのみかかわる規定と解されたためかもしれない（第四部第一編第二章第一節の註（27）参照）。

(36) 梅謙次郎『民法要義（巻之三　債権編）』（明治三〇年）三七二―三七三、三七九―三八〇頁、松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎『帝国民法正解（第四巻）』（明治二九年）八〇二―八〇四、八一三―八一四頁、岡松参太郎『注釈民法理由（下巻）』（明治三二年）四〇三―四〇五、四一八―四一九頁。なお、現在の学説の理解は、本章の冒頭部分の他、前掲『注釈民法（一三）』一一九頁以下（遠田新一執筆部分）参照。

(37) 「信頼利益」と「履行利益」との関係については、高橋真「ドイツ瑕疵責任法における積極的契約利益・消極的契約利益・完全性利益の区別」（『現代私法学の課題と展望（下）』（昭和五七年）一六五頁以下所収）、同・「履行利益と信頼利益」（『民法の争点Ⅱ』（昭和六〇年）三〇頁以下所収）参照。

(38) 起草過程（前掲『民法議事速記録三』六七二頁）、現行民法典制定直後の学説（梅・前掲書三八〇頁）、後の通説（我妻・前掲書五九―六〇頁）、最近の見解（星野・前掲書二七頁）を通じ、概ねかような損害が挙げられ（もっとも、損害の具体例を挙げないものもかなりある）、他方、契約の不履行自体を「損害」とする説は見当たらない。

(39) 複数の救済策の存在は意識されている（星野・前掲書二七頁、北川・前掲『日本法学の歴史と理論』一八四―一八五頁）。

(40) 星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響（一）」（『日仏法学3』（昭和四〇年）一頁以下所収）二二―二三頁。

(41) 「申込の撤回」に対するフランスの通説（不法行為責任説）がこのことを体現している（第三部第二編参照）。すなわち、一九世紀のそれは「損害」として「信頼利益」に当たるものを想定していたが、予備的契約説や一方的債務負担行為説の洗礼を浴びた二〇世紀のそれは、「履行」ないし「履行利益（当該契約から得られる利益）の賠償」まで認めようとし、一九世紀には持ち出されることのなかった「現物賠償」という概念を援用するものも多い（「履行」ないし「履行利益の賠償」が契約の効果と意識されるためであろう）。それゆえ、「信頼利益」に相当するものと「履行利益」に相当するものとは、朧げながらであれ、この文脈では一応事実上区別されている、と評しうる。ドイツでもJhering登場以前の事態は同様だったようで、「消極的契約利益（信頼利益）」に対するWindscheidの次の一節がそのことをあざやかに言い当てている。「かような言い回し（Ausdruck）はJheringの主唱にかかる。〔しかし〕この概念自体は既にSavignyやMommsenにおいても知られていた」（Windscheid / Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, (9. Aufl.), 1906, S. 250, Anm. 5）。

(42) そこで挙げられている「損害」は「信頼利益」に相当し（前註（38）参照）、五二一条の審議では不法行為による損害賠償（帰責の根拠にもよるが、取引的不法行為での「損害」が一般に「信頼利益」に相当することは、高橋・前掲「ドイツ瑕疵責任法における積極的契約利益・消極的契約利益・完全性利益の区別」二〇二頁参照）と債務不履行による損害賠償とは区別されている（前掲『民法議事速記録三』六四九―六五一頁。「拘束力」を認めないフランスの学説にもふれるが（同・『速記録』六六七―六六八頁）、当時のそれは「損害」として「信頼利益」を想定していた（前註（41）参照）。また五二二条二項でも損害賠償と「契約の成立」という同様の対比が見られるが、前者を採ったものとして起草者が挙げているスイス旧債務法五条二項の「損害」とは「信頼利益」を意味し（前註（26））、そのことは起草者が参照したであろうドイツ民法第一草案の理由書からも十分読み取れる（Vgl. Motive zum BGB, Bd. I, S. 170-171 ; Mugdan, a. a. O. (Bd. I), S. 446）。さらにそこで富井の挙げる理由は、右第一草案で「申込の拘束力」を是認するために挙げられたのと同じものだが、その第一草案で「拘束力」と対比されていたのは「信頼利益の賠償」だったのである（本節一参照）。

(43) 「契約ノ成立」のなかには、この他にもドイツ法の影響が濃厚な規定が散見される（たとえば五二三条。前掲『民法議事速記録三』六六五頁。特に懸賞広告では、常にドイツ民法草案が参照されている。同・『速記録』七三八―七五八頁）。かかる傾向は――フランス民法典よりも――ドイツ民法草案の方が「契約の成立」に関する規定を完備させていたことによ

るものであろう。ただし、五二六条を除き、起案者が富井であることも関係しているかもしれない。

諸草案対照表

一　ボアソナード草案と旧民法の仏訳

[1] **第一及び第二草案三二九条** (Projet 初版、同・旧版)

① Le consentement peut être donné postérieurement à une offre ou proposition, pourvu que cell-ci n'ait pas été rétractée auparavant.

② Réciproquement, l'offre peut être rétractée tant que le consentement n'a été donné.

③ Dans l'un et l'autre cas, on ne doit considérer que les dates comparatives de l'acceptation et de la rétraction, indépendamment de la connaissance respective qu'en ont eue les parties.

④ Les offres tombent de plein droit, si, avant l'acceptation, l'une des parties vient à mourir ou est frappée d'incapacité de contracter.

[2] **第三草案三二九条** (Projet 新版。一項は後出 [9] の「**第三百二十九條改正案**」に相当。)

① Une offre ou proposition de convention faite à distance, sans fixation d'un délai exprès ou tacite pour l'acceptation, peut être valablement rétractée, si la rétractation parvient au destinataire avant qu'il ait expédié son acceptation.

② Si un délai a été expressément ou tacitement assigné à l'acceptation, soit au moment même de l'offre, soit postérieurement, l'offre ne peut être rétractée pendant ce délai, à moins que la rétractation n'arrive avant l'offre ou l'assignation du délai, ou en même temps.

③ Dans le même cas d'assignation d'un délai, l'offre prend fin par la seule expiration du délai, s'il n'y a pas eu acceptation expédiée auparavant.

④ L'acceptation expédiée de l'offre peut être rétractée si la rétractation en parvient à l'auteur de l'offre avant ladite

acceptation ou en même temps.

⑮ Si celui qui a fait l'offre ou la proposition, sans assignation de délai, vient à mourir ou à être frappé d'incapacité de contracter, l'acceptation de l'autre partie n'est valable que si elle est expédiée avant que ces faits soient parvenus à sa connaissance ; s'il y a eu assignation d'un délai, l'acceptation est toujours valable pendant ledit délai.

⑯ Le retard ou le défaut d'arrivée dans la transmission d'une acceptation ou d'une rétractation est à la charge de l'expéditeur, s'il y a faute de sa part ou de celle de son agent.

⑰ S'il y a cas fortuit ou force majeure, le dommage retombe sur le destinataire ; il en est de même au cas de faute l'administration des postes et telégraphes, sauf le recours du destinataire contre ladite administration.

[3] 日民法財産編三〇八条の仏訳 (Code civil de l'Empire du Japon, accompagné d'un exposé des motif, t. 1er, 1891, traduction officielle)

㊀ Une offre de convention faite à distance, sans délai exprès ou tacite pour l'acceptation, peut être valablement rétractée tant qu'il n'y a pas eu expédition de l'acceptation ; si l'acceptation a été expédiée avant que la rétractation parvienne au destinataire, l'acceptation est valable et la rétractation est nulle.

㊁ Si un délai a été expressément ou tacitement assigné à l'acceptation, l'offre ne peut être rétractée pendant ce délai, à moins que la rétractation n'arrive avant l'offre ou l'assignation du délai, ou en même temps.

㊂ Dans le même cas d'assignation d'un délai, l'offre prend fin par la seule expiration du délai, s'il n'y a pas eu acceptation auparavant.

㊃ L'acceptation de l'offre peut être rétractée si la rétractation en parvient à l'auteur de l'offre avant ladite acceptation ou en même temps.

㊄ Si celui qui a fait l'offre vient à mourir ou à être frappé d'incapacité de contracter, l'acceptation de l'autre partie est valable tant que ces faits ne sont pas parvenus à sa connaissance.

㊅ Les erreurs postales ou télégraphiques sont à la charge de l'expéditeur, sauf son recours contre l'administration des postes et télégraphiques s'il y a lieu.

二　旧民法財産編三〇八条の起草過程に現われた諸草案

[4] 編纂局案八二九条（『ボアソナード氏起稿民法草案修正文自第五〇一条至第一五〇二条』。ボアソナードの第一及び第二草案三二九条に相当。）

①承諾ハ提意即言込ノ後與フルコトヲ得但其提意ヲ變改セサル間ニ限ルヘシ
②又提意ハ承諾ヲ與ヘサル間變改スルコトヲ得
③右何レノ場合ニ於テモ受諾及ヒ變改ノ先後ヲ定ムルニハ雙方ノ者互ニ之ヲ了知スルヤ否ニ拘ハラス只其受諾及ヒ變改ノ日付ヲ比照ス可シ
④若シ受諾ノ前ニ一方ノ者死去シ又ハ約スルノ能力ヲ失フトキ提意ハ法律上當然癈滅ス

↓カークードの助言（『法律取調委員會民法草案財産編人權ノ部議事筆記一』）は、この段階でなされた可能性が高い。

[5] 原案三二九条（『法律取調委員會民法草案第二編』）

①提供即チ言込ハ之ヲ受ケタル者ニ知ラシメテ言消ササル間ハ受諾セラルルコトヲ得
②提供即チ言込ヲ爲シタル者ガ死亡シ又ハ契約スルノ無能力ニ陷リタルトキハ他ノ當事者ノ受諾ハ其未タ此事實ヲ知ルニ至ラサル間ハ有効ナリ
③若シ受諾ノ爲メ期間カ指定セラレタルトキハ提供ハ此期間ノ滿了ノミニ因テ終ル
④郵便又ハ電信ノ錯誤ハ差出人ノ負擔トス但官署ニ對スル求償權アルトキハ之ヲ行フコトヲ妨ケス

↓三二九条に関する一回目の審議（前掲『民法草案財産編人權ノ部議事筆記一』）は、この段階でなされた可能性が高い。

[6] 第一修正案三二九条（筆者の想像。内容は、第二節一（3）—（5）参照。）

①提供即チ言込ハ之ヲ受ケタル者ニ知ラシメテ言消ササル間ハ其者之ヲ受諾スルコトヲ得
②又受諾ハ提供者ニ知ラレサル間ハ言消スコトヲ得
③提供ハ受諾ノ爲メ明示又ハ默示ニテ許與セラレタル期間ノ滿了ノミニ因テ終ル
④提供ヲ受ケタル者カ明示又ハ默示ノ期間内ニ之ヲ答フルコトヲ留保スル旨ヲ書面ニ依リ又ハ其他ノ方法ニ依リ述ヘタルトキハ提供者此期間ノ滿了前ニ提供ヲ言消スコトヲ得ス

⑤提供ヲ爲シタル者カ死亡シ又ハ契約スルノ無能力ニ陷リタルトキハ他ノ當事者ノ受諾ハ其未タ此事實ヲ知ルニ至ラサル間ハ有効（效？）ナリ

⑥郵便又ハ電信ノ錯誤ハ差出人ノ負擔トス但官署ニ對スル求償權アルトキハ之ヲ行フコトヲ妨ケス

↓

六六三条に関する一回目の審議（前掲『民法草案財産編人權ノ部議事筆記一』、『商法民法關係諸條比較表』）

［7］**第二修正案三二九条**（前掲『民法草案財産編取得編議事筆記』）は、この段階でなされた可能性が高い。

①提供即チ言込ハ之ヲ受ケタル者ニ知ラシメテ言消ササル間ハ其者之ヲ受諾スルコトヲ得

②又受諾ハ提供者ニ知ラレサル間ハ言消スコトヲ得

③提供ハ受諾ノ爲メ明示又ハ默示ニテ許與セラレタル期間ノ滿了ノミニ因テ終ル

④提供ヲ受ケタル者カ明示又ハ默示ノ期間内ニ之ヲ答フルコトヲ留保スル旨ヲ書面ニ依リ又ハ其他ノ方法ニ依リ述ヘタルトキハ提供者此期間ノ滿了前ニ提供ヲ言消スコトヲ得ス

⑤若シ當事者中孰レノ方ヨリモ明示又ハ默示ニテ受諾ノ爲メ何等ノ期間ヲモ定メサリシトキハ諾約者ハ要約者カ履行ヲ要求セスシテ經過スレハ其豫約ヲ不成立ノモノト爲ヘキ期間ヲ定メント裁判所ニ請求スルコトヲ得

⑥提供ヲ爲シタル者カ死亡シ又ハ契約スルノ無能力ニ陷リタルトキハ他ノ當事者ノ受諾ハ其未タ此事實ヲ知ルニ至ラサル間ハ有效ナリ

⑦郵便又ハ電信ノ錯誤ハ差出人ノ負擔トス但官署ニ對スル求償權アルトキハ之ヲ行フコトヲ妨ケス

↓

前掲『民法草案財産編人權ノ部議事筆記一』では、三二九条に関する一回目の審議はここでなされたことになっている。

［8］**最終修正案三二九条**（前掲『民法草案第二編』）

①提供即チ言込ハ之ヲ受ケタル者ニ知ラシメテ言消ササル間ハ受諾セラルルコトヲ得

②又受諾ハ提供者ニ知ラレサル間ハ言消サルルコトヲ得

③提供ハ受諾ノ爲メ明示又ハ默示ニテ許與セラレタル期間ノ滿了ノミニ因テ終ル

④提供ヲ受ケタル者カ其受取ヲ出シタルトキ即チ明示又ハ暗示ノ期間内ニ之ヲ答フルコトヲ留保スル旨ヲ書面ニ依リ又ハ其他ノ方法ニ依リ述ヘタルトキハ提供者此期間ノ滿了前ニ提供ヲ言消スコトヲ得ス

⑤若シ當事者中孰レヨリモ受諾ノ爲メ明示又ハ默示ノ期間ヲ定メサリシトキハ提供者ハ他ノ一方ニ定マリタル期間内ニ於

テ答フヘク若シ此期間ヲ過キテ受諾セサルトキハ提供ハ不成立ト看做サルヘキ旨ヲ告知スルコトヲ得

⑥提供即チ言込ヲ爲シタル者カ死亡シ又ハ契約スルノ無能力ニ陷リタルトキハ他ノ當事者ノ受諾ハ其未タ此事實ヲ知ルニ至ラサル間ハ有効ナリ

⑦郵便又ハ電信ノ錯誤ハ差出人ノ負擔トス但官署ニ對スル求償權アルトキハ之ヲ行フコトヲ妨ケス

[9]「第三百二十九條改正案」（『民法編纂ニ關スル諸意見並雜書』）

①受諾ノ爲メ明示又ハ默示ノ期間ナク距離ヲ隔テテ爲シタル契約ノ提供即チ言込ハ若シ其言消カ受取人ノ承諾ヲ差出ス前之ニ到着シタルトキハ有効ニ其言消サルル事ヲ得

②提供ノ時又ハ其以後明示又ハ默示ニテ受諾ニ期間カ指定セラレタトキハ提供ハ此期間内言消サルル事ヲ得ス但言消カ提供若クハ期間指定前又ハ同時ニ到着シタルトキハ此限ニ在ラス

③期間ノ指定ノ同一ノ場合ニ於テ其期間前ニ受諾アラサルトキハ提供ハ此期間ノ滿了ノミニ因リテ終ハル

④提供ノ受諾ハ言消カ其受諾前又ハ同時ニ提供者ニ到着シタルトキハ言消サルル事ヲ得

⑤提供即チ言込ヲ爲シタル者カ死亡シ又ハ契約スルノ無能力ニ陷ヒタルトキハ他ノ當事者ノ受諾ハ其未タ此事實ヲ知ルニ至ラサル間ハ有效ナリ

⑥郵便又ハ電信ノ錯誤ハ差出人ノ負擔トス但郵便、電信ノ官署ニ對スル求償權アルトキハ之ヲ行フ事ヲ妨ケス

[10] 再調査案三二九条（『法律取調委員會民法草案財産編再調査案議事筆記』）

①遠隔ノ地ニ於テ取結フ契約ノ言込ハ其承諾ノ爲メ明示又ハ默示ノ期間ナキトキハ承諾ノ報ナキノ間ハ之ヲ言消スコトヲ得但言消ノ報ノ達スルニ先タチ承諾ノ報ヲ發シタルトキハ其承諾ハ有效ニシテ其言消ハ無效ナリ

②右ニ反シ明示又ハ默示ノ期間アルトキハ其期間ハ言込ヲ言消コトヲ得ス但言消ノ報カ言込又ハ期間指示ノ報ニ先タチ又ハ同時ニ先方ニ達シタルトキハ此限ニ在ラス

③此指示期間ニ承諾ヲ爲ササルトキハ言込ハ期間滿了ノミニテ消滅ス

④承諾モ亦之ヲ言消スコトヲ得但其報カ受諾ノ報ニ先タチ又ハ同時ニ言込人ニ達スルコトヲ要ス

⑤言込人カ死亡シ又ハ契約スル能力ヲ失ヒタルモ先方カ未タ此事實ヲ知ラサル間ハ其承諾ハ有效ナリ

⑥郵便、電信ノ錯誤ハ差出人ノ責ニ歸ス但郵便、電信ノ官署ニ對スル求償權アルトキハ之ヲ行フコトヲ妨ケス

→三二九条に関する二回目の審議（前掲『民法草案財産編再調査案議事筆記』）は、この段階でなされている。

[11] **旧民法財産編三〇八条**（『旧法令集』）

①遠隔ノ地ニ於テ取結フ合意ノ言込ハ其受諾ノ為メ明示又ハ黙示ノ期間ナキトキハ受諾ノ報ナキノ間ハ之ヲ言消スコトヲ得但言消ノ報ノ達スルニ先タチ受諾ノ報ヲ発シタルトキハ其受諾ハ有効ニシテ其言消ハ無効ナリ

②右ニ反シ明示又ハ黙示ノ期間アルトキハ其期間ハ言込ヲ言消スコトヲ得ス但言消ノ報カ言込又ハ期間指示ノ報ニ先タチ又ハ同時ニ先方ニ達シタルトキハ此限ニ在ラス

③此指示期間ニ受諾ヲ為ササルトキハ言込ハ期間満了ノミニテ消滅ス

④受諾モ亦之ヲ言消スコトヲ得但其報カ受諾ノ報ニ先タチ又ハ同時ニ言込人ニ達スルコトヲ要ス

⑤言込人カ死亡シ又ハ合意スル能力ヲ失ヒタルモ先方カ未タ此事実ヲ知ラサル間ハ其受諾ハ有効ナリ

⑥郵便、電信ノ錯誤ハ差出人ノ責ニ帰ス但郵便、電信ノ官署ニ対スル求償権アルトキハ之ヲ行フコトヲ妨ケス

三　旧商法二九七条の起草過程に現われた諸草案

[12] **レースラーの旧商法草案三四二条**（Roesler, Entwurf eines Handels-Gesetzbuchs für Japan mit Commentar, Bd. II, 1884）

Der Offerent bleibt bis zu dem Zeitpunkt, wo die Erklärung der Annahme, unmittelbar oder fristgemäss, unter regelmässigen Umständen erfolgen kann, an seine Offerte gegen Offeraten gebunden, kann dieselbe jedoch vor oder gleichzeitig mit deren Eintreffen bei dem Offeraten durch eine gegentheilige Mittheilung widerrufen.

[13] **原案三四二条**（『法律取調委員會商法第一讀會會議筆記』、『商法草案上巻』）

勸請者ハ勸請ヲ受タル者ヨリ直チニ又ハ期限内ニ承諾ノ旨ヲ明告シ得ル普通ノ時期迄ハ勸請ヲ受ケタル者ニ對シ其勸請シタル契約ヲ守ラサル可ラス但其勸請未タ勸請ヲ受ル者ニ達セサル前又ハ達スルト同時ニ通知ヲ以テ其勸請ヲ取消スコトヲ得

[14] **第一改訂案三四二条**（前掲『商法第一讀會會議筆記』）

提供者ハ提供ヲ受タル者ヨリ直チニ又ハ期限ニ從ヒ發シタル應答ノ通例達シ得可キ時期迄ハ提供ヲ受タル者ニ對シ其提供ヲ守ラサル可ラス然レトモ其提供未タ提供ヲ受クルモノニ達セサル前又ハ達スルト同時ニ反對ノ通知ヲ以テ之ヲ取消

スコトヲ得

[15] **第二改訂案三四二条**（『法律取調委員會商法第二讀會議筆記』）

提供者ハ提供ヲ受タル者ヨリ直チニ又ハ期限ニ從ヒ發シタル報答ノ通例達シ得可キ時期迄ハ提供ヲ受タル者ニ對シ其提供ヲ守ラサル可ラス然レ供其提供未タ提供ヲ受クル者ニ對セサル前又ハ達スルト同時ニ反對ノ通知ヲ以テ之ヲ取消スコトヲ得

[16] **第三改訂案三四二条**（前掲『商法民法關係諸條比較表』）

提供者ハ提供ヲ通常ノ情況ニ於テ即時ニ又ハ期間ニ從ヒ受諾ヲ述フル事ヲ得ル期日ニ至ルマテハ被提供者ニ對シ其提供ニ羈束セラルルモノトス然レトモ提供ノ被提供者ニ達スル前又ハ達スルト同時ニ反對ノ通知ヲ以テ其提供ヲ取消ス事ヲ得

[17] **最終案二九七条**（『法律取調委員會商法草案』。これが再調査案である可能性もある。）

提供者ハ提供ヲ通常ノ情況ニ於テ即時又ハ期間ニ承諾ヲ述フルコトヲ得ル時ニ至ルマテハ被提供者ニ對シ其提供ニ羈束セラルルモノトス然レトモ提供ノ被提供者ニ達スル以前又ハ達スルト同時ニ反對ノ通知ヲ以テ其提供ヲ取消スコトヲ得

→旧商法二九七条（『旧法令集』。最終案と同一）。

※現行民法五二一条一項と五二四条は、文言も含め、当初の案たる『民法第一議案』を忠実に継承している。

[訂正] 前々号（四二巻四号）に次のような誤植がありましたので、訂正します。

三五頁三行目（誤）的を得ている →（正）的を射ている