HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	契約交渉の破棄とその責任（７・完）：現代における信頼保護の一態様として
Author(s)	池田, 清治; IKEDA, Seiji
Citation	北大法学論集, 43(1), 63-126
Issue Date	1992-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15472
Type	departmental bulletin paper
File Information	43(1)_p63-126.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

契約交渉の破棄とその責任（七・完）

――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
第一部　日本における議論の現状と問題点　（以上、四二巻一号）
第二部　ドイツ法の考察　（第一編まで、四二巻二号）
第三部　フランス法の考察　（第一編まで、四二巻三号）
補　論　アメリカ法の概観　（以上、四二巻四号）
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、四二巻六号）

第二章　ドイツにおける「申込の撤回」に関する議論
第三編　「契約交渉の破棄」とその責任――解決策と解釈試論
結び――「信頼保護のあり方」について　（以上、本号）

第二章　ドイツにおける「申込の撤回」に関する議論

ドイツ法を検討するのは、現行日本民法典の採用する「申込の拘束力」が旧民法典を介してドイツ旧商法典に遡り、かつ現行民法典の起草過程にドイツ民法草案が影を落としているためである。かかる趣旨に照らし、考察の力点は右の二つに置かれるが、それらも他から独立して存在するわけではなく、先行する時代に大きく左右されたものと推測されるから、ここではもう少し視野を広げ、一八世紀から一九世紀初頭の立法事業やパンデクテン法学にもふれてみる。(1)

第一節　一八世紀後半から一九世紀初頭の立法事業概観(2)

一　マクシミリアンのバイエルン市民法典（一七五六年）(3)

この法典には、契約総則に相当する規定が設けられているが、(4)「申込の撤回」にも「拘束力」にも直接言及した条項は見当たらない。が、Pollicitation が義務を発生させる場合は限定列挙されているから、(5)「拘束力」は否定されていたものと解せられる。また同法典の起草に当たった Kreittmayr の注釈書でも、「拘束力」が認められた様子は見当らない。(6)

二　プロイセン一般ラント法（一七九四年）(7)

プロイセン一般法典の草案（一七八四―一七八七年）は、契約の章（第二部第二章）のなかで、申込は一定期間撤回

できぬと明定し（七四条）、「申込の拘束力」を是認していた[8]。一般法典（一七九一年）も契約の章（第一部第五章）を設け、右の如き明示的な規定はないものの、申込は一定期間経過後に撤回できる、と定めているから（一〇三条）、「拘束力」は認められていたように思われる[9]。一般ラント法はこの一般法典をそのまま踏襲した[10]。そのため、「拘束力」を明定する規定はないものの[11]、通説はそれが認められていると解し[12]、また「起草者は結論の妥当性（Folgerechtigkeit）や実務上の有用性（praktische Brauchbarkeit）を勘案し、『拘束力』の存在を前提としていた」との理解も存在した[13]。

ところで、「成立形態」との関連では、契約の方式を看過できないが、この点に関する一般ラント法の態度は動産売買と不動産売買で対照的である[13a]。まず目的物の価格が五〇ターレルを越える場合、一般に書面の作成が要求されるが、動産売買では数々の特例が認められ、両当事者が債務を履行した場合、一方ないし双方の当事者が商人で、かつ一方の債務が履行されるか、あるいは当該取引が帳簿に記入された場合、契約は完全に有効とされた[14]。他方、不動産売買を含め、不動産上の権利にかかわる契約は一般に書面作成が要求され、右のような例外も認められていない[15]。また隔地者間取引で手紙が書面の代用となる点では共通するものの[16]、隔地者間での不動産売買が一般的に想定されていたとは考え難い。同法典は不動産買主に抵当権登記簿への登記を義務づけ、遅滞には罰金を以て対処するが、登記するには私的な契約書では不十分で、裁判所やJustizkommissarにおける証書作成が要求されたからである[17]。かかる「締約の仕方」は「申込承諾型」ではなく、「練り上げ型」に通じよう。ただ、このあるべき姿は現実の姿とは限らず、現に手紙による不動産売買も可能だったように見える[18]。が、理論上の可能性が必ずしも実態に反映されないことは、日本の不動産売買を想起すれば明らかであり（第四部第一編参照）、もし起草者が実務の有用性に配慮したなら、実務を一変させる改革を志したとは想像しにくい。とすると、当時の実務は登記制度を容れるだけの素地があったはずで、そうでなくても、右の諸制度から推して不動産売買が隔地者間取引の典型例と想定されていた可能性はまずなく、ゆえに起草者の言う結論の

妥当性や実務上の有用性とは、不動産売買のそれではなく、動産売買（特に商取引）のそれであったように思われる。[19]

三　フランス民法典のドイツへの影響

ナポレオンの進軍に伴い、フランス領となったライン左岸地方ではCode civilが施行され、ライン右岸でも彼の敗退までは同様であった。またバーデン大公国では、フランス民法典を模倣した法典が制定・施行され、バイエルンでも市民法典の改廃が計画された。[20]が、フランス民法典が「申込の拘束力」を認めていなかったため、かかる影響は「拘束力」を是認する方向には働かなかった。バーデン民法典（一八〇九年）に「拘束力」を認めた規定はなく、[21]同法典の起草者Brauerも解説書のなかで、「申込の撤回」は許される、としている。[22]またバイエルンの二つの民法草案（一八〇八―一八〇九年、一八一一年）のうち、Feuerbachを中心に起草され、フランス民法典の影響が強いとされる前者でも、各勢力の妥協の産物とされる後者でも、「拘束力」を認めた規定は見当たらない。[23]

四　オーストリア民法典（一八一一年）[24]

……状況はプロイセン一般ラント法と類似していたようで、書面による申込には「拘束力」が認められていたが（八六二条）、――方式の自由が原則とされつつも（八八三条）――不動産譲渡には登記が要求され（四三一条）、その登記のためには、原則として契約書が必要とされた（四三四条）。[25]

以上の検討からは、「申込の拘束力」が是認されていく様子が窺える。が、契約の方式から推測する限り、そこで不動産売買が想定されていたとは考え難く、結局、「拘束力」は特定の状況を想定しつつ、そこでの妥当な解決を目指して導入されたもので、普遍的に妥当することは予定されていなかったように思われる。

註

（1）ドイツ民法典が一四五条で「申込の拘束力」を明定したためか、民法典制定以降、「申込の撤回」はほとんど議論されていない。Dilcher, Staudinger Kommentar, Erstes Buch, Allgemeiner Teil, §§ 90-240, (12. Aufl.), 1980, § 145, Rdnr. 8-17; Kramer, Münchener Kommentar, Bd. I, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, (2. Aufl.), 1984, S. 1113-1114 はそれが認められた経緯を簡単に解説する程度で、Wolf, Soergel Kommentar, Bd. I, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, (12. Aufl.), 1987, S. 1108-1109; Heinrichs, Palandt BGB, (50. Aufl.), 1991, S. 141; Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, (7. Aufl.), 1989, S. 520-523; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, (4. Aufl.), 1990, S. 137-138 では、「拘束力」が認められている、と説明するだけである。他方、Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, (3. Aufl.), 1979, S. 640-641 は若干詳しい説明をするが、挙げられるのは民法典制定以前の見解ばかりで、それ以後の低調さを浮き立たせている（これに対し、パンデクテン時代、「申込の撤回」を中心とした隔地者間契約に関する問題は学界の寵児で、論稿も後を立たず、Dernburg は「[その数は] 異常に多い (eine außerordentlich reiche)」と嘆じている。Dernburg, Pandekten, Bd. II, Obligationenrecht, (7. Aufl.), 1903, S. 28, Anm. 1)。

（2）この時代の立法事業は、ヴィーアッカー（鈴木禄弥訳）『近世私法史』（昭和三六年）四〇二―四四二頁の他、Coing, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, III/2, 1982; III/3, 1986（以下、本シリーズを Coing, Handbuch と引用）参照。

（3）Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, (neue unveränderte Auflage), 1821 による。同法典につき詳しくは、和田卓朗「中世後期・近世におけるバイエルン・ラント法史研究序説（平和（フリーデ）・ポリツァイ・憲法（フェアファッスンク）――クライトマイアを中心に――（一―五）（完）」（北大法学論集三三巻三号八三頁、三四巻二号七五頁、六号一頁、三五巻一＝二号一五五頁、三七巻三号一頁、昭和五七―六二年）参照。

（4）Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, Vierter Theil, Erstes Kapitel, S. 401-422.

（5）Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, Vierter Theil, Erstes Kapitel, § 2. S. 403-404.

（6）Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum bavaricum civilem, IV Theil, (neue unveränderte Auflage), 1821, S. 1-94.

(7) この法典につき詳しくは、石部雅亮『啓蒙的絶対主義の法構造』(昭和四四年) 参照。

(8) Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preussischen Staaten, Zweyter Theil, 1787, S. 45 (§§ 70-74).

(9) Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten, Erster Theil, 1791, S. 71-73 (§§ 90-108).

(10) Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, Erster Teil, erster Band, (neue Ausgabe), 1806, S. 72-74 (§§ 90-108). これらの規定はその後も改正されず (Ergänzungen und Abänderungen der Preussischen Gesetzbücher, Mit Genehmigung Eines Hohen Justiz-Ministerii (hrsg. Mannkopff), Erster Band, 1835; Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, In Verbindung mit den ergänzenden Verordnungen (hrsg. Mannkopff), Erster Band, 1837, S. 157-159)、一八一五年から四八年にかけて画策された改革でも、異論はほとんど出されなかったため、改革草案でも旧規定が踏襲された (Schubert / Regge (hrsg.), Gesetzrevision 1825-1848, Ⅱ. Abteilung, Öffentliches Recht, Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, Bd. 3, Obligationenrecht, 1983, Entwurf Allgemeines Landrecht Th. I, Tit. 3, 4, 5 u. 6, 1830, S. 29-31; dass., Motive zu dem von der Deputation vorgelegten Entwurf der Titel 3, 4, 5 und 6 des ersten Theils des Allgemeinen Landrechts, 1830, S. 137-140)。

(11) Vgl. Förster / Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. I, (7. Aufl.), 1896, S. 449. 確かに一般ラント法第一部第五章九〇条以下の規定は、より直接的には、「申込の拘束力」というよりも、承諾適格に関する条項のように見える。

(12) Bornemann, Von Rechtsgeschäften überhaupt und von Verträgen insbesondere, nach preußischem Rechte, 1833, S. 227-230; ders., Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts, Bd. Ⅱ, (2. Aufl.), 1842, S. 242-245 (以下、Systematische Darstellung と引用); Koch, Lehrbuch des Preußischen gemeinen Privatrechts, Bd. Ⅱ, 1846, S. 167-170; dass., (2. Aufl.), 1852, S. 193-196; ders, Das Recht der Forderungen nach Gemeinem und nach Preußischem Recht mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen, Bd. Ⅱ, (2. Aufl.), 1859, S. 80-93 (以下、Das Recht der Forderung と引用); Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht, 1873, S. 54-55; Förster / Eccius, a. a. O., S. 442-451; Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. Ⅱ, Das Obligationenrecht Preußens und des Reichs und das Urheberrecht, (5. Aufl.), 1897, S. 21-29. この他 Windscheid / Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. Ⅱ, (9. Aufl.), 1906, S. 252-253, Anm. 7[a] も同様の理解に立つ (ただし、Daniels, Lehrbuch des gemeinen preußischen Privatrechtes, Bd. I, 1851, S. 272-274 はこの点明確でない)。他方、Koch (hrsg.),

Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, mit Kommentar in Anmerkungen, Bd. I, (5. Aufl.), 1870, S. 188, Anm. 77 は「申込者が承諾以前に心変わりしても、その心変わりが表示以前に相手方に伝えられなかった場合 (diese Aenderung dem Anderen, vor der Erklärung, nicht bekannten gemacht worden)、申込者は応答期間 (Erklärungszeit) 満了まで一方的に拘束される」（傍点筆者）とし、通知を条件に「申込の撤回」を許すかのようでもある。他の学説もかかる理解に立ち、その点を非難する (Siegel, a. a. O., S. 55, Anm. 2; Förster / Eccius, a. a. O., S. 448, Anm. 30)。が、右傍点部が本当に「申込の撤回」を認める趣旨か否かは明確でない面もあるように思われる。

(13) 起草の経緯は、Bornemann, Systematische Darstellung, S. 242-243 参照。他方、「拘束力」が認められた背景を自然法に求める説もあるが (Koch, Das Recht der Forderungen, S. 82-84; Förster / Eccius, a. a. O., S. 448)、自然法を論ずるさいには必ずふれねばならない「内面の法廷」と「外面の法廷」という問題には言及されておらず、この点で疑問を禁じえない（第三部第二編参照）。また起草者が意図的に「拘束力」を認めた、とする理解に疑念を抱く向きもあるが (Jansen, Die "Bindung" an Angebot und Annahme beim Vertragsabschluss, 1983, S. 31-32)、――この Dissertation では何故か参照されていない――Bornemann の右の著作によれば、起草者はこの点につき明確な問題意識を持っていたようである。なお、この点をも含め、一般ラント法につきより詳しくは、滝沢昌彦「申込概念の発達――約束と契約の交錯――」（一橋論叢一〇八巻一号四〇頁、平成四年）参照。

(13a) 契約の方式を検討する論稿のなかで、一般ラント法にふれるものとしては、三ケ月章「契約法に於ける形式主義とその崩壊の史的研究（一―四）（完）」（法協六四巻二号五三頁、五号五四頁、六号五〇頁、一一号五八頁、昭和二一年）、上田徹一郎「ドイツ民事訴訟法における証人無制限原則の成立」（『民事訴訟の理論（上）』（昭和四四年）二二一頁以下所収）、小野秀誠「契約の成立における方式と自由（一）（未完）」（商学論集五五巻三号四三頁、昭和六二年）がある。なお、契約類型のなかから特に売買を選んだのは、日本法の考察から（第四部第一編）、それが動産取引と不動産取引との相違を最も顕著に示すもののように推測されたからである。

(14) Daniels, a. a. O., S. 249-251; Förster / Eccius, a. a. O., S. 473-474. それでも取引の実状に適っていなかったことは、上田・前掲論文二三二―二三七頁参照。

(15) Daniels, a. a. O., S. 251-252; Förster / Eccius, a. a. O., S. 474.

(16) Förster / Eccius, a. a. O., S. 465.（後に電報にも同様の効力が認められるようになった。）

(17) 詳しくは、石部・前掲書一六七―一七〇頁参照。

(18) 手紙による締約に基づいて、相手方にその履行を求めることは可能だったようである（一般ラント法第一部第五章一二〇、一二一、一四二、一四三条、同・第一〇章一六、一七条）。

(19) 方式についての比較法的動向を伝えるZweigert / Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd. Ⅱ, (2. Aufl.), 1984, S. 53-71にも、動産取引と不動産取引を分けて論じようとする態度が窺える。

(20) 大木雅夫「独仏法学交流の史的素描」（上智法学論集一九巻二＝三号七三頁、昭和五一年）、五十嵐清「ドイツにおけるナポレオン法典の継受」（北大法学論集二九巻三＝四号七九一頁、昭和五四年）参照。

(21) Code Napoléon mit Zusätzen und Handelsgesetzen als Land-Recht für das Grossherzogthum Baden, 1809, S. 303-306.

(22) Brauer, Erläuterungen über den Code Napoléon und die Großherzoglich Badische bürgerliche Gesetzgebung, Bd. Ⅲ, 1810, S. 3-11, insb. S. 5.

(23) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Baiern, Entwurf von 1808-1809, S. 367-369; Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern von 1811, (Revidirter Codex Maximilianeus Bavaricus civilis), S. 423-425, 596-597.

(24) オーストリア民法典は一九〇七年から一六年にかけて、ドイツ民法典に倣い大改正されるが、ここで取り上げるのは改正前のものである。同法典については、石部雅亮「外国法の学び方――ドイツ法――(4)―(5)」（法セ二二一号一五九頁、二三五号一五九頁、昭和四九年）参照。

(25) Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, 1811, Ⅱ Theil, S. 55-56, 216-217, 224. 八六二条が申込受取人の信頼に配慮した規定であることは、起草者の注釈書たるZeiller, Commentar über das allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie, Bd. Ⅲ, Erste Abtheilung, 1812, S. 9-10参照（Zeillerの論稿には、Brauneder (hrsg.), Abhandlung über die Principien des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie, Vom Hofrath von Zeiller, Wien 1816-1820, 1986もあるが、これは法典の概略を述べるに止まる）。

第二節　ドイツ旧商法典（Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch）[1]

一　ヴュルテンベルグの商法草案（一八三九―一八四〇年）

…… Hofacker の起草にかかる本草案は、ドイツ全土に適用されることを予定していたが、ラント法との折り合いが悪いとの理由から、ヴュルテンベルグでも施行されなかった。が、一九世紀のドイツで包括的な商法典を編纂せんとした最初の試みと位置づけられるものなので、[2] 一瞥する。

まず「申込の拘束力」が認められていたか否かは明確でない。これは、本草案が範としたフランス商法典には――民法典を補充するという性格から[3]――「契約の締結」に関する規定が設けられていなかったのだが、当時民法典を持たなかったドイツではかかる規定を置かざるを得ず、そのさい、異なる立場の見解が参酌されたためである。一方で二八七条二項は「[申込をした後]一四時間経過した場合、あるいは応答が通常到達するであろう時点を越えた場合、申込者は申込に拘束されない」と規定し、それ以前は「拘束力」が認められるかのようであり、理由書はそこでオーストリア民法八六二条を参照しつつ、「申込者は一定期間応答を待っていなければならない」とする。[4] 他方、二八九条は「承諾がなされるまで申込は撤回できる」と規定し、理由書でも承諾発信以前の撤回は許されている。[5]

次に方式の自由は謳われているが（二八五条）、本草案は商事（Handelssache）にのみ適用される（一条）。商事には、商行為（Handelsgeschäft）と商主体（Handelsstand）のかかわる法律関係とがあるが（二条）、不動産取引は商行為から除かれ（三条）、また条文上明確でないが、理由書によれば、商人による不動産取引も商事から除かれていたようである。[6] 不動産取引は埒外に置かれていたのである（他方、商行為として最初に挙げられるのは動産取引である。三条一号）。

二　プロイセンの商法草案（一八五六、一八五七年）

統一的な商法典を制定すべく、プロイセンも草案作りを進め、Bischoff により完成を見る（五六年草案）。その後、

プロイセンでの審議を経て、再びBischoffが最終草案（五七年草案）を作成し、これがドイツ旧商法典の母体となる。[7]

（1）五六年草案とプロイセンでの審議[8]

二つの草案ともフランス商法典を範とするが、[9]前述の理由から、「契約の締結」に関する規定については他の法典を参照したものと推測され、書面による申込には――当時のフランスでは否定されていた――「拘束力」が是認された（二一二三条二項）。また方式の自由も認められたが（二一二二条）、不動産取引は商行為に当たらないとされ（二一九条三項）、商事から排除された[10]（他方、商行為として最初に想定されるのは動産取引で[11]、この点は後の草案にも受け継がれた）。

専門家や実務法曹をまじえた審議では、方式の自由や不動産取引を商行為から除く点に異論はなかった[12]。また「拘束力」も異議なく支持され、「期限付の申込では、当該期間内は拘束力を是認すべきである」との提案も承認された[13]。

（2）五七年草案とその理由書[14]

五七年草案は五六年草案を踏襲する。方式の自由は宣言されるが（二一三六条）、不動産取引は商行為から除かれ（二一一条四項）、書面による申込には「拘束力」が認められたのである（二一三七条二項）。前者の理由としては、不動産取引が商業（Handel）とは異質で、かつ方式を要するかかる取引に商法を適用するのは実現不可能であることが、また後者の理由としては、取引の必要性、特に申込受取人が直ちに第三者と締結できるようにすることが挙げられている[15]。

三　ドイツ旧商法典の起草過程[16]

起草委員会では一八五七年から六一年にかけ、都合三回の逐条審議がなされ、成案を得る[17]。なお、委員会には三種類の草案が提出され、プロイセンの五七年草案を原案としつつ、オーストリア提出の二つの草案も参照された[18]。

（1）第一読会……「拘束力」を肯定した原案二三七条については[19]、口頭での申込と手紙による申込という対比に代え、対話者間申込と隔地者間申込という図式が採用されたが、後者について一定期間の「拘束力」が是認された点

は変わりなく、それを否定せんとする提案もなかった。[20] また「期限付の申込では、当該期間内は拘束力が持続する」旨を明示すべしとの提案もなされ、そのこと自体に異論はなかったが、規定するまでもないとの理由から、右提案は否決された。[21] 次に方式の自由を定めた原案二三六条は、あまりに当然のことだったためか、議論されていない。[22] 他方、不動産取引を商行為から除外した二一一条四項に対しては、賃貸借は除外すべきでないとの理由から、不動産物権に関する取引に限って排除することとした。[23] かかる審議の後、第一草案が作成された。[24]

(2) 第二読会 …… 第二読会では第一草案に基づき審議がなされ、「拘束力」は異議なく承認された。そのさい、期限付の申込につき第一読会と同じ提案がなされたが、右と同様の理由から否決された。[25] また方式の自由も維持された。[26] 他方、商行為の範囲につき賃貸借を特別視すべきでないとされ、不動産取引は一律商行為から除かれた。[27] かくして第二草案が完成した。[28]

(3) 第二草案に対する意見書 (Erinnerungen) …… 第二草案は公表され、各地方政府から様々な意見が寄せられたが、右の諸規定にめぼしい反対はなく、一地方政府が「拘束力」に異議を唱えた程度である。[29]

(4) 第三読会 …… 第三読会は第二草案を土台とし、かつ意見書も斟酌しているが、右の諸規定に変化はない。[30]

(5) ドイツ旧商法典の最終草案 …… 第三読会終了後、第二草案を踏襲する最終草案が起草され、三一九条一項で「拘束力」が、三一七条一項で方式の自由が、二七五条で不動産取引を商行為から除外することが規定された。[31]

四 ドイツ旧商法典の伝播 …… 成案たる最終草案は、その後――オーストリアも含め――ドイツ全土に普及する。[32] たとえばプロセインでは同草案採択直後、特に変更を加えることもなく、その採用が決定されている。[33]

このように、ヴュルテンベルグ草案では明確でないものの、プロイセン草案以降、取引の必要性（申込受取人の保護）

の観点から「申込の拘束力」は是認されていく。が、不動産取引は商行為から除かれ、取引の必要性と言うとき、特定の状況が想定されていたことも明らかである（不動産取引にあっては、その仲立も商行為に当たらないとされていた[34]）。

ところで、前節や本節からは今一つ重要な事実が明らかになっている。「申込の拘束力」は「信頼利益の賠償」との比較衡量のうえで選択されたわけではない、というのがそれである。これまでの議論では、「申込の撤回」を許しては不都合との理由から、直ちに「拘束力」が導かれ、それが「信頼利益の賠償」より優るとの価値判断は下されていない[35]。この選択にはじめて迫られたパンデクテン法学では、「信頼利益の賠償」が多数の支持を集めるのである（次章参照）。

註

（1）Schubert (hrsg.), Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg mit Motiven, (1839 / 1840), Teil I u. II, 1986（以下、Entwurf für Württemberg と引用）による。

（2）本草案の意義は、Coing, Handbuch, Ⅲ / 3, S. 2864-2877 (Bergfeld) ; Entwurf für Württemberg, Teil I, Einführung (Schubert) 参照。

（3）Coing, Handbuch, Ⅲ / 3, S. 2869 (Bergfeld).

（4）Entwurf für Württemberg, Teil I, S. 88-89; Teil II, S. 246-248.

（5）Entwurf für Württemberg, Teil I, S. 89; Teil II, S. 248-249.「」の規定がなければ、承諾の通知が申込者に届くまで、申込者は申込を撤回できるということになろう」とされ、「拘束力」を認めない Pardessus の見解（第三部第二編参照）がそこで引用されている。

（6）Entwurf für Württemberg, Teil I, S. 1-2; Teil II, S. 16.

（7）Vgl. Coing, Handbuch, Ⅲ / 3, S. 2880-2893 (Bergfeld).

（8）Schubert (hrsg.), Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten und Protokolle über die Beratungen mit kaufmännischen Sachverständigen und praktischen Juristen (1856), 1986（以下、各々 Entwurf (1856), Protokolle (1856)

と引用）による。

(9) Coing, Handbuch, Ⅲ / 3, S. 2887 (Bergfeld). Bischoff については、大木・前掲論文九二―九三頁参照。

(10) Entwurf (1856), S. 1-2, 36. 本草案では、五条に定める商人 (Kaufleute) の行う営業行為が商行為とされているが（二一九条三項）、同条三項で不動産取引は画一的にそこから除外され、商人による不動産取引も商行為とはされていない。また不動産取引は絶対的商行為でもない（二二〇条）。

(11) 商人を定義する五条で最初に挙げられているのは、商品取引であり（一号）、二二〇条（絶対的商行為）でも動産取引が第一に掲げられている (Entwurf (1856), S. 1, 36)。

(12) Protokolle (1856), S. 5, 55-56.

(13) Protokolle (1856), S. 56.「『申込者が他の定めを、特に法律が規定するのとは異なる期間を定めたときは、この限りでない』との制限を設けよ」という本提案の趣旨は判然としないが、「拘束力」に反対はないから、かかる趣旨と推察される。

(14) Schubert (hrsg.), Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten, Nebst Motiven (1857), 1986 (以下、草案は Entwurf (1857) と、理由書は Motive (1857) と引用）による。

(15) Entwurf (1857), S. 41, 45; Motive (1857), S. 102-103, 122.

(16) Schubert (hrsg.), Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches, 11 Bd., 1857-1861, 1984 (以下、本シリーズを Protokolle zum ADHGB と引用）による。成案としては、Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Bd. I, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch von 1861 / Allgemeine deutsche Wechselordnung von 1848, 1973 もある。

(17) 審議の概要は、Protokolle zum ADHGB, Bd. I, Quellen und Entstehung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches (Schubert) ; Coing, Handbuch, Ⅲ / 3, S. 2948-2959 (Bergfeld) の他、『現代外國法典叢書（十六）―獨逸商法［I］（復刊版）』（昭和三一年）「商法總則」一一―一三頁（烏賀陽然良執筆部分）参照。

(18) いずれも Protokolle zum ADHGB, Bd. X に収められている。なお、オーストリアの二草案とは、政府案 (Ministerielle Entwurf) とその改訂案 (Revidirter Entwurf) のことである（複数の草案が提出された経緯とその異同は、Coing, Handbuch, Ⅲ / 3, S. 3045-3047, 3050-3051 (Bergfeld) 参照）。

(19) オーストリア草案にかかる規定はない (Protokolle zum ADHGB, Bd. Ⅲ, Register zu den Protokollen I bis CLXXVI, S. 3)。

(20) Protokolle zum ADHGB, Bd. Ⅱ, S. 565-573.

(21) Protokolle zum ADHGB, Bd. Ⅱ, S. 565-567, 572-573.

(22) Protokolle zum ADHGB, Bd. Ⅱ, S. 565. なお、オーストリア草案にこのような規定はない (Protokolle zum ADHGB, Bd. Ⅲ, Register zu den Protokollen I bis CLXXVI, S. 3)。

(23) Protokolle zum ADHGB, Bd. Ⅱ, S. 546-547. (提案に beweglicher Sachen とあるのは unbeweglicher Sachen の誤植だろう。) なお、オーストリア草案（改訂案）も五条に原案二一一条四項と同種の規定を置いている (Protokolle zum ADHGB, Bd. X, Entwurf eines österreichischen Handelsrechtes, Revidirter Entwurf, Ⅱ)。

(24) 第一読会後にまとめられた第一草案は、Protokolle zum ADHGB, Bd. Ⅱ, Entwurf des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs 参照（「拘束力」は二六五条一項、方式自由は二六三条一項、商行為の限定は二三三条四項、で規定される)。

(25) Protokolle zum ADHGB, Bd. Ⅲ, S. 1360-1361.

(26) Protokolle zum ADHGB, Bd. Ⅲ, S. 1358-1359. (若干の字句の修正がなされた。)

(27) Protokolle zum ADHGB, Bd. Ⅲ, S. 1300-1302.

(28) 第二読会後に作成された第二草案は、Protokolle zum ADHGB, Bd. X, Entwurf eines Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs, Nach den Beschlüssen der zweiten Lesung 参照（「拘束力」は二九七条一項で、方式の自由は二九五条一項で、商行為の限定は二五八条で規定されている)。

(29) 意見の全容は、Protokolle zum ADHGB, Bd. XI, Beilagen-Band zu den Protokollen DXLVIII-DLXXXIX, Zusammenstellung der Erinnerungen gegen den Entwurf aus zweiter Lesung 参照。なお、「拘束力」に反対したのは Mecklenburg だが、他に同調者は見当たらない (S. 46)。

(30) 字句修正の提案も否決された (Protokolle zum ADHGB, Bd. IX, S. 5065, 5076)。

(31) 最終草案は Protokolle zum ADHGB, Bd. Ⅺ, Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buchs (Entwurf aus dritter Lesung) 参照。

(32) Vgl. Protokolle zum ADHGB, Bd. I, Quellen und Entstehung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches (Schubert),

XIX.

(33) Vgl. Schubert (hrsg.), Verhandlungen über die Entwürfe eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches und eines Einführungs-Gesetzes zu demselben in beiden Häusern des preußischen Landtages im Jahre 1861, 1986, insb. S. 554, 604-605. なお、本節にかかわる参考文献として、Bühler, Die Entstehung der allgemeinen Vertragsschluß-Vorschriften im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1861, 1991（未見）がある。

(34) Hahn, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Bd. I, (2. Aufl.), 1871, S. 3; Bd. II, (2. Aufl.), 1875, S. 36-37, 51-54, 191-208. Makomer, Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, (11. Aufl.), 1893, S. 354-355, 403-408.（商行為の媒介が商事仲立とされる（二七二条二項）。この点は問屋も同様である。）他方、現行ドイツ商法典は不動産取引も商行為たりうるとする（前掲『獨逸商法［1］』「商行為法」五頁（八木弘執筆部分）参照）。ただ、不動産取引の仲立は商行為ではなく、民法上の仲立契約とされる（現行ドイツ商法九三条）。

(35)「拘束力」と「信頼利益の賠償」が衡量された場合の予想も分かれる。ある者は言う。「それらの規定［『拘束力』を認めた規定］が立案された当時、今日と同様、信頼利益の概念が明確に認識されていても、それでも変化はなかったと一体誰が言えようか。」(Windscheid / Kipp, a. a. O., S. 253, Anm. 7a)。反論は答える。「ドイツ普通商法三一九条は、実際上の必要性を意識して起草されたもので、本規定が立案された当時、信頼利益の概念が今日のように確立されていても、そちらが採られたことはまずあるまい。」(Schubert (hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse (Kübel), Teil 1, 1980, S. 177. 以下、本シリーズは Schubert, Recht der Schuldverhältnisse と引用)。問うても詮なきことだが、過大評価は慎まねばなるまい。

第三節　パンデクテン法学概観

「申込の撤回」はパンデクテン法学上の一大難問で、論議は噴出、錯綜している。(1) ここでは、その概要を押さえる。

前史　一八世紀前半の学説……資料不足もあって、この時期の学説の動向には不明な点も多いが、「申込の拘束力」は認められておらず、「申込の撤回」に責任を課す見解も見当たらないようである。たとえばPuchtaは、「申込の撤回」は許容しつつも、責任には言及していないし[2]、Wächterも同様である[3]。またSavignyは「申込の撤回」にふれていないようである[4]。が、一八世紀後半になると、この問題は脚光を浴び、学説は百花繚乱の様相を呈するようになる[5]。

一　委任契約説……Scheurlが主唱し[6]、後にMommsenも与している[7]。その骨子は「申込には準備行為を依頼する委任が含まれているから、撤回はその解除に当たる。よって、受任者たる受取人は委任反対訴権に基づき、準備費用の償還を請求できる」という点にある[8]。しかし、「消極的損害（第三者との締約機会の喪失）」が賠償されえないとの難点が指摘され、ために少数説に止どまる[9]。が、擬制に過ぎぬとの批判もありえたにもかかわらず、非難が右の点に集中したことは注目される。右の利益が重視された背景には、特定の状況への配慮が潜んでいるように思われるからである[10]。

二　契約締結上の過失説……Jheringが提唱した説で[11]、骨子は既に紹介されているので[12]、重複を避けるが、「申込の撤回」については再検討すべき点がある。なお、「申込の撤回」につき、この説の支持者は多くなく[13]、Jhering自身、後にこの理論が不十分なことを認めたうえ[14]、「拘束力」そのものを是認せんとするが[15]、この理論はそれ自体検討に値する。

ところで、「契約締結上の過失」理論に対する第一の批判は、「過失(culpa)」の擬制へと向けられ[16]、「申込の撤回」については、「撤回権＝(権利)の行使が何故『過失』に当たるのか」との非難が聞かれる[17]。しかし、より重要なのはこの「擬制された過失」概念を以てしても、死だけは「過失」と構成しえず、そのため、申込者の死を知らない受取人の保護にJheringが苦慮する行である。「請求が認められないとするよりは、自分の理論がどこかで間違っていた方がましである」[18]。ここで従来は死こそが破綻の原因とされてきたが[19]、他の事例（たとえば原始不能や錯誤）で死が困難な問題を生ぜしめない点を思うなら、右の理解は一面的に過ぎ、「申込という局面においてのみ、何故、死は破綻の原因たり

うるか」が問われねばならないことになる。しかるに、不注意の有無を基準に、錯誤については損害賠償責任を肯定し、「申込の撤回」に関してはそれを否定したGrotiusの態度は、この点で示唆的である。それは「誤信惹起型」と「信頼裏切り型」との帰責レベルでの相違を再認識させるものだが（第三部第二編）、これはJheringの破綻とも関連していそうだからである。すなわち、「契約締結上の過失」の起点とされた原始不能は「誤信惹起型」に相当し、そこでは、信頼惹起＝誤信惹起、かつそれが帰責の根拠とされるから、これらの間に時間的間隙はなく、ゆえに死は必然的にすべての原因事実が発生した後でしか起こりえない（錯誤も同様）。従って、死は相続以上の問題を残さない。他方、申込にあっては、信頼の惹起たる申込とそれを裏切る行為たる撤回との間に時間的乖離があるため、原因事実完了前に死の介入する余地がある。ただ、死によって申込は失効するから、これを裏切り行為と同視すれば、死を以て原因事実が完了した、と解することもできる。しかし、ここで――従来から強調されていた――死の特殊性が浮上する。申込の撤回にあっては、撤回自体、あるいは撤回せねばならぬ申込をしたこと自体に「過失」を見い出しうるが、死にあっては、それ自体は「過失」でなく、またその予測を求めることも不可能である。ゆえに「過失」は存在しえず、破綻への道を突き進むことになる。Jheringの破綻の原因は「誤信惹起型」に相当する原始不能から帰納した「契約締結上の過失」を、この構造上の相違を無視して、「信頼裏切り型」に属すべき申込に演繹した点に求められるのである（「信頼裏切り型」のうち、都合の良い部分だけ、すなわち、信頼を裏切る事実が発生した後の状態（誤信状態）だけ取り出しても、この構造上の相違は克服できない。「誤信惹起型」では、誤信惹起＝帰責の根拠、と構成しうるが、「信頼裏切り型」では、死という帰責の根拠となりえない事情により、誤信状態が作出されることもあるからである）。

三　予備的契約説……「申込とその受領（＝承諾）により、ある種の予備的契約が成立する」という発想はパンデクテン法学にも見られる（委任契約説もその一類型と言える）。Windscheidは当初そこに「担保（Garantie）契約」を

措定し、「信頼利益の賠償」を認めた。[20] Regelsberger も原則としてそれを支持しつつ、申込者が商人である場合には「撤回権放棄契約」を想定することで、「申込の撤回」を無効と解した。[21] また Schott は「何があろうと、承諾によって契約が成立する」という内容の「暫定契約 (Interimsvertrag)」を見い出すことで、撤回の可能性を排除した。[22] が、フランスと同様、擬制に過ぎないとの批判を浴び、[23] Windscheid や Regelsberger は後に改説している。[24]

四　信義誠実説　……「信義誠実 (Treu und Glauben; bona fides)」という法原理を根拠に「信頼利益の賠償」を肯定する説で、Thöl の主唱にかかり、[25] Goldschmidt、[26] さらに Windscheid も最終的にはこの説に拠っているようにも見える。[27] その他、「信頼利益の賠償」を贖罪金 (Strafe) と解する Pernice も同旨と位置づけられうる。[28] しかし、これは法理論的な説明を放棄したものであり、また信義則の援用が許されるとする根拠も論証されていない。そのため、「撤回されるかもしれない申込に基づき行動する者は、自らの危険でそうしているのだから、何故、撤回権の行使が信義則に反したことになるのか」とか、「他に類例がないではないか」という批判を免れえなかった。[29]

五　「申込の拘束力」を肯定する説　…… Koeppen はローマ法も「拘束力」を認めていたと主張したが、[30] この異端の学説に支持者はほとんどいなかった。[31] Siegel は、ローマ法では否定されていたが、ゲルマン法では「拘束力」が認められていると説き、[32] 若干の支持者を集めた。[33] が、その真偽を疑問視する向きも強く、多数説とはならなかった。[34] 一九世紀末には、「拘束力」を実際上の必要性によって根拠づける見解も登場したが、[35] これは法理論的な説明とは言い難く、また「信頼利益の賠償」では不十分であるとする理由が明確でない、との批判も浴びた。[36]

六　その他の学説　…… 悪意訴権 (actio doli) によって「信頼利益の賠償」を認める説、[37] 事務管理反対訴権 (actio negotiorum gestorum contraria) の活用を主張する説、[38] 不法侵害訴権 (actio iniuriarum) に拠る説、[39] さらにそもそも責任を否定する説なども見られたが、[40] いずれも支持は集めなかったようである。

右の概観からは[41]、以下の傾向が看取される。第一に、学説は少数ごとに乱立し、通説も多数説も見当たらない。これは「申込の撤回」が難問であったことを示すもので、おそらくその原因は、ローマ法源が直接それにふれていなかったばかりでなく、手掛かりとなりうる類例すら存しなかった点に求められよう。第二に、にもかかわらず――「拘束力」を認める見解も含め――学説の大勢は責任を認め、それを否定する見解は極く少ない。その背景に取引安全（受取人の信頼保護）の要請があったことは疑いない[42]。しかし、申込者が撤回権を有する以上、「受取人の締約への信頼」に法的根拠はないことになり[43]、ここに学説の苦悩の淵源があったものと推察される。第三に、保護の程度が争われ、「信頼利益の賠償」を主張する見解が通説である[44]。Windscheid は「『履行利益の賠償』でなく、『信頼利益の賠償』こそ衡平(Gerechtigkeit)に適っている」と力説している[45]。他方、積極的損害のみ保護対象とする委任契約説は、保護の範囲が狭きに失するとして、少数説に止どまる。また「履行」ないし「履行利益の賠償」を認める説は、「（隔地者間）取引の促進」という政策目標を掲げたり[46]、「『信頼利益』の証明は容易でない」との実際上の都合を挙げるが[47]、少数説に甘んじている。ただ、原則としては「信頼利益の賠償」を支持しつつも、商人間取引では、「履行」ないし「履行利益の賠償」まで認める見解もあり[48]、注目される。なお、いずれの説も隔地者間取引を想定し、おそらく主に動産売買を念頭に置いていたものと推測される。また普通法では方式の自由が原則とされていたが、無論、立法による修正は認められていた[49]。

ところで、既述の如く（第二部第二編）、Kübel は部分草案のなかで「交渉破棄」に責任を課す学説には与しないと表明している[50]。が、かかる学説は見い出しえなかった。ただ、Kübel の論難する説が、Windscheid が「申込の撤回」を処理するために提示した一般原則と酷似すること[51]、Dernburg がその点を捉え、「Windscheid は『交渉破棄』に『信頼利益の賠償』を課すが、それは誤りである」と批判していることは注目される[52]。Kübel も Dernburg と同じ理解に立っていたかもしれないからである[53]。勿論、Dernburg の右の理解は誤解である、と非難されている[54]。が、時のベルリン

大学教授をして誤解せしめたものは何だったのか。それは「申込の撤回」と「交渉破棄」との酷似性ではあるまいか。[55]

註

(1) その概略は、Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, S. 173-181; Windscheid / Kipp, a. a. O., S. 250-251; Jansen, a. a. O., S. 13-31 の他、北川・前掲『契約責任の研究』一一九―一二三頁参照。

(2) Puchta, Pandekten, (3. Aufl.), 1845, S. 364-366; dass., (6. Aufl.), 1852, S. 373-375.

(3) Wächter, Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts, Bd. II, 1842, S. 736-737. ただ、bona fides を根拠に、申込を撤回した場合には、撤回者は直ちにその旨を受取人に連絡せねばならない、とする。

(4) Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. III, 1840, S. 307-321 ; Bd. VIII, 1849, S. 234-294 (S. 237, Anm. (e) では、プロイセン一般ラント法第一部第五章九〇条以下を参照しているが、「申込の撤回」にはふれていない。); ders., Das Obligationenrecht, Bd. II, 1853, S. 7-21. (後年、「申込の撤回」につき、Savigny の見解を引用する学説は見当たらない。)

(5) 管見による限り、「申込の撤回」に責任が課されるべき旨をはじめて明確に説いたのは、Thöl, Das Handelsrecht, Bd. I, (3. Aufl.), 1854, S. 241-242 のようである。

(6) Scheurl, Vertragsschluß unter Abwesenden, JJ Bd. 2 (1858), S. 248-282.

(7) Mommsen, Über die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen, 1879, S. 134-135. Vgl. Windscheid / Kipp, a. a. O., S. 250, Anm. 5.

(8) Scheurl, a. a. O., S. 273 ff.

(9) Vgl. Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, S. 174-175; Windscheid / Kipp, a. a. O., S. 250, Anm. 5.

(10) 「交渉破棄」にあっては、概ねいずれの国の裁判例も、実際には出捐の賠償しか認めていない点を想起せよ。

(11) Jhering, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, JJ Bd. 4 (1861), S. 1-112. (以下、Culpa in contrahendo と引用。)

(12) 北川・前掲『契約責任の研究』一九頁以下の他、石田文次郎「消極的利益の賠償を論ず（一―三）（完）」（法学論叢八

巻五号一頁、六号一九頁、九巻一号三四頁、大正一一―一二年）、上田徹一郎「消極利益賠償責任序論――ドイツ普通法理論におけるその構成――」（神戸法学雑誌七巻一号一三三頁、昭和三二年）、牛尾洋也「イエーリングの私法理論の二元性――イエーリングの民事不法論の予備的考察――（二・完）」（法学雑誌三七巻四号九九頁、平成三年）など。

(13) Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Bd. I, (7. Aufl.), 1863, S. 165-166 (Bd. Ⅲ, (7. Aufl.), 1869, S. 252-253 では、「『申込の撤回』につき学説は分かれる」と指摘するに止とまる°); Baron, Pandekten, (5. Aufl.), 1885, S. 345-346 程度°

(14) Jhering, Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht, 1867, S. 38, Anm. 73.

(15) Jhering, Passive Wirkungen der Rechte, JJ Bd. 10 (1871), S. 387-580, insb. S. 468-469.

(16) 北川・前掲『契約責任の研究』二〇〇頁、上田・前掲論文二四八―二五九頁参照°

(17) Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, S. 174. なお、Jhering はかかる批判を予想し、委任の解除を持ち出すことでそれに答えようとしている (Jhering, Culpa in contrahendo, S. 88)°

(18) Jhering, Culpa in contrahendo, S. 91-93. かかる場合に責任を否定することは、自らの法感情 (mein Rechtsgefühl) に決定的に反する、として、隔地者間取引を行うこと自体を「過失」と見立てることで、何とかこの問題をクリアーしようとするが、それが最高に強引 (gewaltsamst) であることは、彼自らが自認しており、「破綻」という評価も不当ではあるまい。

(19) 石田・前掲論文八巻五号二三頁、上田・前掲論文二五八頁°

(20) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. Ⅱ, (4. Aufl.), 1875, S. 176-178, Anm. 5; dass., Bd. Ⅱ, (5. Aufl.), 1882, S. 175-177, Anm. 5.

(21) Regelsberger, Die Vorverhandlungen bei Verträgen, Angebot, Annahme, Traktate, Punktation nebst der Lehre von der Versteigerung und von der Auslobung, 1868, S. 33-35, 71-78. (以下、Regelsberger, Die Vorverhandlungen と引用°)

(22) Schott, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, 1873, S. 94-109.

(23) Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, S. 135-136, 175.

(24) Windscheid / Kipp, a. a. O. (9. Aufl.), S. 250-251, Anm. 5; Regelsberger, Pandekten, Bd. I, 1893, S. 499-500.

(25) Thöl, Das Handelsrecht, Bd. I, (3. Aufl.), 1854, S. 241-242; ders., Das Handelsrecht in Verbindung mit dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Bd. I, (4. Aufl.), 1862, S. 361-363.

(26) Goldschmidt, Literatur (Regelsberger, Civilrechtliche Erörterungen, Heft 1), ZHR Bd. 13 (1869), S. 333-340 (Regelsberger, Die Vorverhandlungen の書評°)

(27) Windscheid / Kipp, a. a. O. (9. Aufl.), S. 250-251, Anm. 5. (Windscheid は一般原則（その具体的内容は後註（51）参照）を持ち出すことによって「申込の撤回」に対処しているが、前述のように、当初この一般原則は当事者間の契約から導き出されていた。しかし、六版以降はこのような当事者の意思による基礎づけを放棄し、法が直接その原則を認めているという形での根拠づけを図っており、この意味で――端的である――信義誠実説に好意的であるように感じられる°）上田・前掲論文二五九―二六一頁も参照°

(28) Pernice, Kritische Beiträge zur Lehre von den Rechtsgeschäften, ZHR Bd. 25 (1880), S. 77-141, insb. S. 119-124. (以下、Pernice, Kritische Beiträge と引用°) なお、Pernice はこれより先、Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht, 1873 の書評の中で、やはり「信頼利益の賠償」を支持している (Pernice, ZHR Bd. 20 (1875), S. 288-298)°

(29) Vgl. Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, S. 174.

(30) Koeppen, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, JJ Bd. 11 (1871), S. 139-393, insb. S. 334-367.

(31) Vgl. Windscheid / Kipp, a. a. O. (9. Aufl.), S. 252-253, Anm. 7[a]. Jansen, a. a. O., S. 17, Anm. 35 は Koeppen の見解を「革命的」と評する°

(32) Siegel, a. a. O., S. 53-75. (この著作の前半は「ローマ法と異なり、ゲルマン法では一方的な約束に拘束力が認められている」という一般命題の論証に当てられ (S. 1-52)、つづいて個別的な問題が論じられるが (S. 53-159)、その最初に登場するのが「申込の拘束力」である°) Siegel については Stintzing und Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Abteilung 3, Halbband 2, Text, 1910, 1978, S. 894-897; Abteilung 3, Halbband 2, Noten, 1910, 1978, S. 377 参照°

(33) Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. I, (5. Aufl.), 1894, S. 223-228, insb. Anm. 4; Gierke, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, insbesondere die Form der Schuld- und Haftungsgeschäfte, (Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, 100 Heft), 1910, S. 120-121. なお、Siegel の見解を補強する論著とされる Hofmann, Die Entstehungsgründe der Obligationen, insbesondere der Vertrag, 1874 は未見°

(34) Windscheid / Kipp, a. a. O. (9. Aufl.), S. 252-253, Anm. 7[a]; Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, S. 176.

(35) Dernburg, Pandekten, Bd. Ⅱ, 1886, S. 22-24; Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. Ⅱ, 1882, S. 89-91. Regelsberger, Pandekten, Bd. I, S. 500 も同旨か。なお、Kübel も立法論としてこの説に賛同する (Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, S. 176)。

(36) Windscheid / Kipp, a. a. O. (9. Aufl.), S. 252-253, Anm. 7[a]. Vgl. Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, S. 173-174.

(37) Sohm, Ueber Vertragsschluß unter Abwesenden und Vertragsschluß mit einer persona incerta, ZHR Bd. 17 (1872), S. 16-107, insb. S. 30-35.

(38) Thon, Die Haftpflicht des Offerenten bei Widerruf seiner Offerte, AcP Bd. 80 (1893), S. 63-102, insb. S. 93-96.

(39) Baron, Die Gesammtrechtsverhältnisse im Römischen Recht, 1864, insb. S. 425-426. ただし、後に見解を改め、「契約締結上の過失」説を支持している (Baron, Pandekten, 1885, S. 345-346)。

(40) Kühn, Ueber Vertragsschluß unter Abwesenden, JJ Bd. 16 (1878), S. 1-90, insb. S. 58-67; Wächter, Pandekten, Bd. Ⅱ, 1881, S. 357-359.

(41)「申込の撤回」に関する論稿は膨大で、前註 (1) の文献もそれらを網羅するわけはない (そこには挙げられていないが、筆者が入手できたものとして、Maas, Der Vertragsschluss auf elektrischem Wege, 1889; Lüdinghausen-Wolff, Die Bindende Kraft des einseitigen Versprechens im heutigen gemeinen Privatrechte, 1889 がある)。

(42) ただ、保護されるべき「信頼」の具体的内容には、微妙な差異が見られる。多くの説は、承諾を保護要件としていないから「締約されるであろう」との信頼を保護する趣旨と解せられる (もっとも、因果関係との関連から「承諾したであろう」ことは要件とされよう)。他方、受取人が現に承諾したことを保護要件とする説もあり (Jhering, Culpa in contrahendo, S. 88-89; Windscheid / Kipp, a. a. O. (9. Aufl.), S. 249-250)、ここでは「締約されたであろう」という信頼のみ保護されることになる。なお、これには発信主義と到達主義という問題も絡むが、この点については、とりあえず Auger, Vertragsschluß ohne Zugang der Annahmeerklärung, 1985, insb. S. 71-85 参照。

(43) Jhering, Culpa in contrahendo, S. 86; Windscheid / Kipp, a. a. O. (9. Aufl.), S. 249 は、撤回は発信により効力を生ずると解する。ゆえに、彼らの保護しようとする「締約されたであろう」という信頼にも法的根拠はないことになり (前註 (42)

参照)。この点では他説と同様の困難に直面する。

(44) Vgl. Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, S. 173-174.

(45) Windscheid / Kipp, a. a. O. (9. Aufl.), S. 252-253, Anm. 7a. (既に四版も同様。dass., (4. Aufl.), S. 179, Anm. 7a.) Pernice, Kritische Beiträge, S. 121 も「Windscheid の法政策的観点から (vom rechtspolitischen Standpunkt) する批判は正当である」と評している。なお、Jansen, a. a. O., S. 18 は、Windscheid が「拘束力」を認めなかった真の理由を衡平にではなく、Windscheid の体系に求めようとする。しかし、bona fides という魔法の杖を使うなら、体系を損ずることなく、「履行」や「履行利益の賠償」まで許容できたはずである (第三部第二編で紹介した Pothier の見解参照)。従って、右の立場はやはり Windscheid の衡平観に由来すると解すべきであろう (たとえば Flume, a. a. O., S. 641 も、同じ理解に立つ)。

(46) Siegel, a. a. O., S. 57-58.

(47) Schott, a. a. O., S. 160. ただし、このことを最初に指摘したのが、原則としては「信頼利益の賠償」を支持しつつも、商人による申込については、「撤回権放棄契約」を措定した Regelsberger であったことは重要である (Regelsberger, Die Vorverhandlungen, S. 75-76. 次章参照)。

(48) Regelsberger の他、Jhering も同じ立場を採る (Jhering, Culpa in contrahendo, S. 86-87)。

(49) Windscheid / Kipp, a. a. O. (9. Aufl.), S. 278-282.

(50) Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, S. 171.

(51) Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, S. 171 で批判されている見解とは "……, jeder, der mit einem Anderen einen Vertrag schließen zu wollen erklärt, für die Folgen des durch seine Erklärung in dem Gegner erregten Vertrauens auf das Zustandekommen des Vertrags diesem zu haften hat." というものだが、Kübel が参照したであろう Windscheid, a. a. O. (4. Aufl.), S. 176, Anm. 5 では "……, daß jeder Vertragschließende einstehen muß für die nachtheiligen Folgen des durch seine Erklärung in dem Gegner erregten Vertrauens auf das Zustandekommen des Vertrags, ……" という一般原則 (法命題) が展開されている (かかる原則はローマ法源においても不能なことを約束した事案につき認められている、とする)。

(52) Dernburg, Pandekten, S. 27-28, Anm. 8.

(53) ただ、Kübel はこの二つを区別しているようでもある (Vgl. Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, S. 171, 175)。

(54) Windscheid / Kipp, a. a. O. (9. Aufl.), S. 249, Anm. 3a (Kipp による批判); Saleilles, De la responsabilité précontractuelle, Rev. trim. dr. civ. 1907, pp. 697-751, spéc. pp. 703-705.

(55) そうでなければ、Dernburg は誤解できなかったはずである。

第四節　一九世紀後半の立法事業とドイツ民法典

ドイツ民法典はパンデクテン法学から影響を受けるとともに、一九世紀後半の立法事業（特にドレスデン草案）をも参酌している。そこで、入手できた資料の範囲内で、そのような立法事業を概観することからはじめる。

一　ドイツないし近隣諸国における立法事業[1]

(1) ザクセン民法草案（一八五二、六〇―六一年）と民法典（六五年）[2]……

五二年にオーストリア民法典の影響の強い草案が完成したが、反対に遭い、六〇年に新草案が起草され、これが六五年施行の民法典の母体となった。

五二年草案では[3]、期限付の申込には期間内の、隔地者間の期限のない申込には、一定期間の「拘束力」が認められた（六七〇、六七一条）[4]。方式の自由も承認されたが（七〇五条）、譲渡による不動産の所有権移転には登記が要件とされた（二七九、三四五条）[5]。六〇年草案では[6]、「申込の撤回」が原則として許容されたが（八四一条一項）[7]、期限付の申込には期間内の「拘束力」が是認された（同条二項）。方式の自由も認められたが（八四六条）、不動産譲渡契約では書面の作成が効力要件とされた（八四七、八四九条）。六五年の民法典は後者を踏襲している（八一六、八二一―八二四条）[8]。

(2) ヘッセン民法草案（一八四二―五三年）[9]……

物権法の草案は四五年に一旦完成した後、五一年に改訂され、

債務法の草案は五三年に成っている。[10] そこでは「申込の撤回」は原則として自由とされたが（債務法草案八一条一項）、期限付の申込には期間内の「拘束力」が認められ（同条二項）、方式の自由も承認された（同草案七八条）。が、不動産譲渡の登記をするには裁判所作成の証書が要求された（物権法草案五八条、同・改訂草案五九条）。[11]

(3) バイエルン民法草案（一八六一―六四年）[12]……期限付の申込には期間内の「拘束力」が認められ（第二部八条）、期限のない申込でも、隔地者間のそれには一定期間の「拘束力」が是認された（第二部一〇条）。理由書では、取引の必要性に配慮して商法草案に合わせた、とされている。[13] 方式の自由も認められたが（第一部一一条）、不動産売買では公署証書（öffentliche Urkunde）の作成が効力要件とされた（第二部二七九条）。[14]

(4) チューリッヒ私法典（一八五六年）とスイス（旧）債務法（一八八三年）[15]

チューリッヒ私法典は――起草者たるBluntschliの解説書によれば――次のように規定する。第一に、「申込の撤回」は自由だが（九〇五条一文）、申込者は一方的に撤回権を放棄でき（同条二文）、「拘束力」が認められている。[16] 第二に、方式の自由は承認されたが（九一一条）、不動産譲渡契約では書面の作成が要求されている（九一二条）。[17]

スイス債務法でも、[18] 期限付の申込には期間内の、期限のない申込でも、隔地者間のそれには一定期間の「拘束力」が是認された（一三、五条）。また方式の自由も認められたが、不動産物権にかかわる契約については、各カントンの法律に方式規定があることが想定されていた。

このように、いずれの法典でも「申込の拘束力」が認められ、方式の自由も確立されている。が、不動産譲渡契約については方式を要求することが多く、ゆえに「拘束力」を導入するさい、不動産売買が想定されていたとは考えにくい（第一節も参照）。また「拘束力」と「信頼利益の賠償」が比較衡量された様子はない。[19]

二　ドレスデン草案（一八六六年）[20]

統一的な民法典を求める動きが最初に結実したドレスデン草案を、「契約の成立」に関する規定を中心にながめる。

第一読会に最初に提出された第一原案（Anlage B）では[21]、期限付の申込には「拘束力」が認められ[22]、その理由としては実際上の必要性が挙げられていた[23]。しかし、一回目の審議ではその点には異論がなかったものの[24]、期限のない申込の「拘束力」を否定した点が問題視され、「商行為と非商行為で異なる扱いをするのは混乱の元となり、また商法三一九条は取引一般に拡張してもよい規定である」との理由から、ドイツ旧商法三一九条と同じ規定を設けるべし、とされた[25]。この審議に基づき作成された第二原案（Anlage E）では[26]、そのことが明定され、二回目の審議でも異論は出なかった[27]。そこで、第三原案たる整理案（Anlage F; Redigirte Beschlüsse）は[28]第二原案を踏襲し[29]、三回目の審議では字句修正も否決されたため[30]、六四年の仮草案や第一読会終了の翌年に完成した第一草案は、第二原案に従っている[31]。第二読会では、第一草案に基づく審議がなされ、期限付の申込の規定には字句修正がなされた[32]。また期限のない申込については「商法の規定を一般化する理由はなく、第一原案の立場に戻るべし」との提案もなされたが[33]、第一原案を修正したのと同じ理由から、右提案は否決され、字句が修正されたに止どまる[34]。かくして第二読会後に起草され、六六年に公表された成案でも[35]、「申込の拘束力」に関しては、第一草案と基本的に同一の規定が置かれている[36]。なお、以上の審議を通じ、「拘束力」と「信頼利益の賠償」とが比較衡量された様子はない。

ところで、第一原案は方式の自由を肯定し、「例外は法律による」としていた[37]。第一読会でも、この点につき異議は出されず、字句修正の後、右規定は第一草案に容れられた[38]。が、第二読会で「不動産譲渡契約等につき、どの範囲で方式を要求するかは各ラントの立法による」旨を明定すべきである、との提案がなされ[39]、成案にはかかる規定が盛り込まれた[40]。しかし、これは当初から認められていたことを注意的に規定したものに過ぎない[41]。つまり、草案起草のさい、不

動産取引は埒外に置かれたようであり、この点でドレスデン草案は一で紹介した法典と同じ性格を有している。

三　ドイツ民法典[42]

ドイツ民法典は一四五条で「申込の拘束力」を認める。既述の如く（第二部第二編）、この「契約の成立」に関する規定は部分草案では債務法に属し、その起草者は――ドレスデン草案の起草にも携わった――Kübelである。彼は一八七七年に第一次委員会へ提出した第八試案（Vorlage No. 8）において、[43]「拘束力」を是認すべしとの基本方針を提示し、草案二条にかかる規定を設けた。[44]それは「信頼利益の賠償」との比較衡量の末に選択されたものであり、その理由として取引の必要性と道義とを挙げた後、次のように論じている。「『信頼利益の賠償』では」取引にはほとんど資すまい。取引が立ち行くには、業務が円滑かつ迅速に運ばれねばならないが、これとは逆に損害賠償は通常非常に厄介で、かつ結果もおぼつかぬ訴訟を招き、ために取引は阻害され、麻痺してしまうからである」。さらに商取引を例に挙げ、転売主が転売契約を締結するには、原売主の申込が維持されることを信頼できねばならぬこと、商法と民法で異なる扱いをすれば混乱を招くことなども、「拘束力」を選択した根拠とされている。[45]

Kübelの右の方針は第一次委員会で異議なく承認された。[46]彼はまた八一年に第八試案の改訂案たる第九試案を起案し、それは翌年完成した債務法総論の部分草案に組み込まれているが、[47]「拘束力」の面では、それは第八試案と同一であり、「信頼利益の賠償」を選択しなかった理由として、「損害の立証が困難である」との事情を追加している程度である。[48]第九試案に基づく第一次委員会の逐条審議でも、[49]――「拘束力」に反対する意見が若干提起されたが[50]――それを肯定する見解が大勢を占め、委員会草案（七九条）や第一草案（八〇条）でもこの立場が堅持される。[51]理由書もKübelの見解を踏襲している。[52]また「拘束力」は好意的に受け止められ、地方からの反対はなく、[53]学者からの批判もほとんど聞かれない。[54]Gierkeもこの点は激賞している。[55]かかる評価のためか、司法省準備委員会や第二次委員会でも「拘束力」に反対

する意見は提起されず[56]、第二草案一一八条は第一草案八〇条を継承し[57]、そのまま一四五条に結実していく[58]。

他方、方式の自由につき、ドイツ民法典もそれを原則とするが、例外も認められており[59]、その最たるものが公正証書の作成を効力要件とする不動産譲渡契約である（三一三条）。もっとも、Kübelの試案では、この種の契約でも方式の自由が貫徹され[60]、第一次委員会も当初この方針に則って起草を進めている[61]。また方式を要する契約につき隔地者間取引を可能にするための規定（一一八、一五二条）も、第二草案以来設けられていた[62]。が、「申込の拘束力」を語るさい、不動産譲渡契約が想定されていた、とするのは早計であろう。隔地者間取引が可能であっても、それが常態とは限らないし[63]、また右で紹介した「拘束力」導入の理由からは、商取引はイメージできても、不動産譲渡契約は窺われないからである[64]。この点では、ドイツ民法典も既述の諸法典と同じ傾向を帯びているように思われる。

「申込の撤回」や方式の自由、さらに商行為の範囲をめぐるこれまでの検討結果が意味するところを考えてみたい。

ドイツ民法典の起草過程で「申込の拘束力」を選択すべき理由として挙げられたのは、取引の必要性、道義、「信頼利益」の立証の困難性、商法との均衡、である。が、これらはパンデクテン法学でも既知の要素で、ゆえに「拘束力」は唯一の道でなく、「信頼利益の賠償」も採るに値する一手段たることは明白である。次に商法との均衡という理由は、「拘束力」の存在を前提としているから、十分な論拠とは言えず、道義という要素も「自由撤回（撤回しても責任を負わないこと）の禁止」は導き得ても、直接「拘束力」とは結び付くまい（たとえば「虚言」という道義に悖る行為の被害者を保護するさい、虚言を実行させるという救済策もあろうが、欺かれたことにより被った被害を補塡させる方策もあるはずで、道義から特定の救済策は一義的には導かれまい）。すると、「拘束力」の論拠たりうるのは次の二つである。

第一に、取引の必要性という要素がある。が、これも直接的には「自由撤回の禁止」しか導きえまい。「信頼利益の

賠償」によっても生じた損害は補塡されるため、申込受取人は安心して取引に臨める、とも言えるからである。もっとも、業務の円滑かつ迅速な結了という要請を加味したり、転売事例を想定するなら、あるいは「拘束力」が選択されるべきかもしれない。が、これは当事者間の衡平（利害調整）とは別次元の要素、すなわち、取引の促進（活性化）という取引社会全体の要請を取り込んだ議論である。しかるに、かかる政策的要請は取引全般に等しく妥当するものではあるまい。たとえば不動産取引では、過度の流動化を避けるべしとの政策もありうるからである。またこの要請を肯定しても、それが「申込の拘束力」として結実するか否かは別問題である。「練り上げ型」を採る取引では、「拘束力」を認めても、右目的が達成される可能性は低いはずだからである（「練り上げ型」では、契約内容は徐々に積み重ねられるから、申込と承諾を分別するのは困難だし、分別できても、申込が認められるのは契約内容がすべて定まった締約直前の段階でろう。とすると、「拘束力」が業務の円滑さや迅速性に資するとするのは疑わしい。また交渉は長期にわたるから、転売事例では原売主の申込に長期間の期限が付されねばならないが、長期間拘束されることを望む者はいないから、実効性に乏しかろう）。「拘束力」を選択すべしというこの議論は、特定の取引にのみ妥当しうるように思われる。

第二に、立証の困難性という要素がある。[65] しかし、立証が困難か否かは、何を損害と――端的に言えば、何を賠償されるべきものと――想定するかにかかる。消極的損害（出捐）の立証は比較的容易であろう。積極的損害（第三者との締約機会の喪失）でも、実際に引き合いがあった場合（以下、具体的機会と呼ぶ）、その立証は困難ではあるまい。困難なのは「実際の引き合いはなかったが、何らかの働きかけをすれば、それがあったかもしれない」という場合である（以下、抽象的機会と呼ぶ）。が、かかる不確かな損害は確たる立証を持ってはじめて保護に値する、との立場もありうるはずである。それでもなお、立証の困難性を説き、それを保護せんとする右の価値判断の背景には「具体的に立証するのは難しいが、抽象的機会が具体的機会に転化した蓋然性は高く、またそれは無視できぬほど重要な利益である」と

の主張が隠されているように思われる。しかし、かかる主張は取引全般に等しく妥当するものでもあるまい。ここで注目されるのは、右の論拠が当初商取引に限って唱えられていた点である（前節参照）。商人であれば、申込を受けなかった場合、確かに他の取引先を探したであろう。それが彼の業務だからである。またそれを生業とする商人なら、かかる抽象的機会を具体的機会に転化できた可能性も高かろう。さらに商人の目的はこの転化を通じた営業利益の獲得にあるから、彼にとって抽象的機会の重要さは非商人に対するそれの比ではない（商人にとり、「時は金なり」なのである）。このように、右の主張は商取引にはうまく適合する。が、取引全般に均等には妥当しないことも明らかである。

右の如く、「信頼利益の賠償」でなく、「拘束力」を採るべし、とされるさいに挙げられる論拠は、特定の取引にのみ妥当する[66]（少なくとも、全般に均等に当てはまるものではない）。また「申込の撤回」が語られるさい、現にある種の取引は除外されていた。かかる地平に立って、はじめて現行日本民法典の起草過程での議論の真意も理解できよう。

註

（1）その概要は Coing, Handbuch, Ⅲ / 2 参照。

（2）ザクセンの立法事業は、Coing, Handbuch, Ⅲ / 2, S. 1540-1561 (Dölemeyer) 参照。

（3）Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, Nebst allgemeinen Motiven und Inhaltsverzeichnisse; Specielle Motiven zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, 1986 による（以下、後者を Specielle Motiven (1852) と引用）。

（4）もっとも、逐条解説は承諾適格の期間を制限した点を強調している (Specielle Motiven (1852), S. 143-144)。

（5）Specielle Motiven (1852), S. 63, 78 によれば、土地抵当法 (Grund= und Hypothekenbuchgesetz, 1843) に従ったとされる。同法については、とりあえず Schmidt, Vorlesungen über das in dem Königreiche Sachsen geltende Privatrecht, Erster Band, 1869, S. 212 ff. 参照。

(6) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, Nebst allgemeinen Motiven und Inhaltsverzeichniß, 1860; Specielle Motiven und Publications=Verordnung zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, 1861, 1986 (以下、後者は Specielle Motiven (1861) と引用) による。

(7) ただし、撤回により損害賠償責任が生ずることはありうるとされる (Specielle Motiven (1861), S. 765)。

(8) Vgl. Francke (hrsg.), Das bürgerliche Gesetzbuch für Königreich Sachsen nebst der Gerichtsordnung und anderen hiermit in Verbindung stehenden Reichs- und Landesgesetz, (3. Aufl.), 1892.

(9) ザクセンの立法事業は、Coing, Handbuch, Ⅲ / 2, S. 1518-1539 (Dölemeyer) 参照。

(10) Schubert (hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch für das Großherzogthum Hessen, Entwürfe und Motive (1842-1853), Band 3: 2. Abteilung (Sachenrecht) Entwürfe und Motive von 1845 und 1851, 1986 (Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen, nebst Motiven, Zweite Abtheilung, Erster Theil: Gesetzesentwürfe, 1845 (insb. S. 33-34); Zweiter Theil: Motive, 1845 (insb. S. 101-105); Revidirter Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen, Zweite Abtheilung, 1851 (insb. S. 32-33)); Band 5: 4. Abteilung (Schuldrecht) Entwürfe und Motive von 1853, 1986 (Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen nebst Motiven, Vierte Abtheilung, Von den Verbindlichkeiten—Erstes Buch: Von den Verbindlichkeiten im Allgemeinen, Ⅰ Gesetzesentwurf (insb. S. 20); Ⅱ Motive (insb. S. 51-53)) による。

(11) 本草案は施行されなかったが、一八七一年の特別法で不動産処分契約では裁判所作成の証書が効力要件とされた (Vgl. Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, S. 295)。

(12) Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Bd. 3, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern, 1861-1864, mit Motiven, 1973 (以下、Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern と引用) による。本草案をも含め、バイエルンの立法事業については、Coing, Handbuch, Ⅲ / 2, S. 1472-1491 (Dölemeyer) 参照。

(13) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern, S. 54-55, 362-363.

(14) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern, S. 14, 100, 309-310, 433. この草案は結局施行され

なかったが、一八六一年の特別法で不動産物権にかかわる契約については、公正証書の作成が要求された(Vgl. Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, S. 295-296)。

(15) スイスの立法事業は、Coing, Handbuch, Ⅲ / 2, S. 1827-2029 (Kundert, Holthöfer, Dölemeyer) 参照。

(16) Bluntschli, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Bd. Ⅲ, Das zürcherische Obligationenrecht, 1855, S. 3-4. (チューリッヒ私法典そのものは入手できなかった。)

(17) Bluntschli, a. a. O., S. 9-10.

(18) Bundesgesetz über das Obligationenrecht, Amtliche Ausgabe, 1881 による。

(19) 時期的に見て、スイス債務法の起草過程では両者が衡量された可能性もある。しかし、草案 (Schweizerisches Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wechselrechtes, Entwurf bearbeitet nach den Beschlüssen einer Kommission vom 16 bis 21 Mai 1876 und vom 18 September bis 7 Oktober 1876, 1877) は入手できたものの、審議記録が参照できなかったため、この点は不明である。

(20) Schubert (hrsg.), Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes, 6 Bde., 1863-1866, 1984 による (以下、本シリーズを Protocolle (Dresdener Entwurf) と引用する。成案としては、Francke (hrsg.), Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Bd. 2, Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866, 1973 もある)。本草案の背景と起草過程は、Protocolle (Dresdener Entwurf), Bd. 1, Die Entstehung eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse (Schubert); Coing, Handbuch, Ⅲ / 2, S. 1562-1571 (Dölemeyer) 参照。

(21) 審議の経過とそれに伴う草案の種類は、Coing, Handbuch, Ⅲ / 2, S. 1564 (Dölemeyer) 参照。

(22) 第一原案九九一-一〇一二条。Protocolle (Dresdener Entwurf), Bd. 1, S. 222.

(23) Protocolle (Dresdener Entwurf), Bd. 1, S. 205-206. そこではドイツ旧商法三一九条が参照されている。

(24) Protocolle (Dresdener Entwurf), Bd. 1, S. 206-207.

(25) Protocolle (Dresdener Entwurf), Bd. 1, S. 209-212.

(26) 第二原案五八、六〇条。Protocolle (Dresdener Entwurf), Bd. 1, S. 255.

(27) Protocolle (Dresdener Entwurf), Bd. 1, S. 243. 問題がなかったためか、審議もされていない。

(28) 整理案については、Protocolle (Dresdener Entwurf), Bd. 2 収録の Anlage F, Redigirte Beschlüsse, (Unter Einschaltung der nachträglichen Zusätze), Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse, S. 1-78 参照（以下、Anlage F と引用）。

(29) 整理案五六、五八条。Anlage F, S. 11-12.

(30) Anlage F には、ザクセンとヴュルテンベルクの委員から修正提案がなされ (Protocolle (Dresdener Entwurf), Bd. 2, S. 1614-1632)、そのうち「拘束力」の規定には字句修正が申し立てられた (S. 1618)。が、否決されている (S. 1636)。

(31) 仮草案とは Protocolle (Dresdener Entwurf), Bd. 2 収録の Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse, (Nach den in erster Lesung festgestellten Beschlüssen), 1864 を指す（債務法総論に関する第一読会の審議終了後、その部分を暫定的にまとめた案（以下、Entwurf 1864 と引用）。「拘束力」は四四、四六条で規定されている）。また第一草案とは、Protocolle (Dresdener Entwurf), Bd. 5 収録の Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse, (Nach den in erster Lesung festgestellten Beschlüssen), 1865 のことである（以下、Entwurf 1865 と引用する。「拘束力」の規定（四四、四六条）は仮草案と同一である）。

(32) Protocolle (Dresdener Entwurf), Bd. 6, S. 3902.

(33) Protocolle (Dresdener Entwurf), Bd. 6, S. 3902-3903.「商法典が起草されるさいには、主として卸商 (Großhandel) による取引、つまり、様々な準備行為を要する取引が想定されたため、三一九条のように『申込の拘束力』を認める規定が意味を持つたが、かかる規定は右の前提を欠く小売 (Detailverkehr) にはあまり意味のあるものではなく、まして一般の取引にまで拡張される謂れはない」との提案である。

(34) Protocolle (Dresdener Entwurf), Bd. 6, S. 3903, 4640.

(35) Protocolle (Dresdener Entwurf), Bd. 6 収録の Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse, 1866 がそれである（以下、Entwurf 1866 と引用）。

(36) Entwurf 1866, S. 9-10.（四五、四七条。）

(37) Protocolle (Dresdener Entwurf), Bd. 1, S. 173.

(38) Protocolle (Dresdener Entwurf), Bd. 1, S. 171, 245, 256; Bd. 2, S. 1638; Anlage F, S. 12; Entwurf 1864, S. 13; Entwurf 1865, S. 13.

(39) Protocolle (Dresdener Entwurf), Bd. 6, S. 4310-4314.

(40) Entwurf 1866, S. 14. (七六条二項°)

(41) 本提案には「規定するまでもない」との反対もあった (Protocolle (Dresdener Entwurf), Bd. 6, S. 4311-4312)°

(42) ドイツ民法典の起草過程の概要は´ Coing, Handbuch, Ⅲ / 2, S. 1572-1625 (Dölemeyer) 参照°

(43) 第八試案は´ Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 3, Besonderer Teil Ⅱ, 1980, S. 1145-1169 参照°

(44) Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 3, S. 1145-1147.

(45) 以上の理由については´ Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 3, 1151-1154 参照°

(46) Jakobs / Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, 2 Teilband, 1985, S. 781-784. (以下´ Jakobs / Schubert, Allgemeiner Teil, 2 Teilband と引用°)

(47) Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, S. 125-227.

(48) Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, S. 125-126, 173-181.「多くの場合´『締約を信頼しなかったなら´どうなっていたか』を立証するのは申込受取人にとって不可能であろう」とする (S. 177)°

(49) Jakobs / Schubert, Allgemeiner Teil, 2 Teilband, S. 786-787.

(50) Jakobs / Schubert, Allgemeiner Teil, 2 Teilband, S. 786-787. 反対意見の論拠のなかで注目されるのは´次の三点である°①申込者のみ拘束し´相手方にフリー・ハンドを与えるのは不公平である°②取引の必要性が要求するのは´申込を承諾した者は「締約された」と信頼できねばならぬ´ということだけではないのか°③かかる期待が裏切られた場合´「信頼利益の賠償」こそ衡平に合致するのではないか°この論者は明らかでないが´説くところは Windscheid の見解と符合する°

(51) Jakobs / Schubert, Allgemeiner Teil, 2 Teilband, S. 784.

(52) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (以下´ Motive zum BGB と引用), Bd. I, 1888, S. 164-167; Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, 1899, S.

LXXIX, 443-444.

(53) Vgl. Zusammenstellung der Aeußerungen der Bundesregierungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs gefertigt im Reichs=Justizamt, Bd. I, 1891; Bd. II, 1891.

(54) Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs gefertigt im Reichs=Justizamt, Bd. I, 1890, S. 144-145 (Hölder が反対する程度); Bd. VI, 1891, S. 87-88.

(55) Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, (Veränderte und vermehrte Ausgabe), 1889, S. 163-165. ローマ法の伝統を受け継ぎ「申込の撤回」を許容していた普通法やフランス法から決別したのが嬉しかったらしく「誠に至当である (Sicherlich mit Fug !)」との最高の賛辞を贈り「『申込の拘束力』は古くから我国に根づき、商取引以外の領域でも実務上認められてきたし、ローマ法の立場に回帰せねばならぬ理由など毛頭ない」と断じた後「この原則に沿って起草された個別的な規定も妥当なもののように思われる」と再度エールを送っている。

(56) Jakobs / Schubert, Allgemeiner Teil, 2 Teilband, S. 810-826.

(57) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs (以下、Protokolle des BGB と引用), Bd. I, S. 75-77; Mugdan, a. a. O. (Bd. I), S. LXXIX, 689-690.

(58) Jakobs / Schubert, Allgemeiner Teil, 2 Teilband, S. 826-827; Mugdan, a. a. O. (Bd. I), S. LXXIX, 836-837.

(59) Vgl. Förschler, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, (2. Aufl.), 1984, S. 892 ff.

(60) 一八七六年提出の第一試案はこのことを明言し (Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 3, S. 1005-1036, insb. S. 1019-1022)、債務法総論の部分草案も同様である (Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, S. 291-320, insb. S. 305-309)。

(61) Jakobs / Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, 1 Teilband, 1985, S. 647-654. (以下、Jakobs / Schubert, Allgemeiner Teil, I Teilband と引用。) 第一試案の審議 (一八七六年) では、この方針が承認され (S. 648)、債務法総論の部分草案に対する審議 (八一年) でも、特別な方式を要求すべしとの提案は否決された (S. 653-654)。しかし、審議の最終段階 (八七年) で再度同じ

提案がなされ、今度はそれが可決された（Jakobs / Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I, §§ 241-432, 1978, S. 405-410. 以下、Jakobs / Schubert, Schuldverhältnisse と引用）。そのため、かかる規定が第一草案に組み込まれ、それが三一三条となった（各草案の内容と審議経過は Jakobs / Schubert, Schuldverhältnisse, S. 404-420; Motive zum BGB, Bd. Ⅱ, 1888, S. 189-191; Protokolle des BGB, Bd. I, S. 458-464; Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. Ⅱ, 1899, S. XXXII, 104-105, 619-623, 1237, 1274-1275 参照）。この点につき詳しくは、七戸克彦「ドイツ民法における不動産譲渡契約の要式性――『ドイツ法主義』理解のために――」（法学研究（慶應大学）六二巻一二号二七七頁、平成元年）参照。

(62) ドイツ民法一二八、一五二条に相当する規定は、第一草案には存在せず、第二草案から加えられたものである。その起草過程などについては、Jakobs / Schubert, Allgemeiner Teil, 1 Teilband, S. 667-681; Allgemeiner Teil, 2 Teilband, S. 780; Protokolle des BGB, Bd. V (Lieferung 5), 1898, S. 429-446; Bd. VI, 1899, S. 13-131; Mugdan, a. a. O. (Bd. I), S. LXXX, LXXXII, 701-710 参照。

(63) 今日の取引実務は、七戸・前掲論文二九八―三〇三頁参照。

(64) 本文で紹介したように、「申込の拘束力」は「業務の円滑かつ迅速な遂行」という取引の必要性から認められたものだが、他方、「不動産譲渡契約は特別な方式に服さしめるべきである」との提案がなされたさい、その根拠として「不動産取引とはやはり取引の簡易化という視点に重きを置いてはならぬものである」と説かれ（Jakobs / Schubert, Schuldverhältnisse, S. 405）、この主張は受け入れられて（前註（61）参照）、理由書では「[不動産] 譲渡は簡易になされるべきものではない」とされている（Motive zum BGB, Bd. Ⅱ, S. 190; Mugdan, a. a. O. (Bd. Ⅱ), S. 104）。つまり、「拘束力」と不動産取引とは、この点ではむしろ対立しているのである。

(65) アメリカでも同種の議論があることは、内田・前掲書二二四―二二八頁参照。

(66) Zweigert / Kötz, a. a. O., S. 41-53 は「拘束力」に好意的だが、そこでも主に国際動産売買が想定されている。

第二編の小括

「申込の撤回」に関する議論が「契約交渉の破棄」に対して有する意味を検討することで、小括としたい。

「交渉破棄」と「申込の撤回」では、背景にある「成立形態」は異にするが（前編参照）、保護に値するか否かが争われている信頼は酷似する。第一に、いずれも「交渉段階での締約への信頼」である（「締約されるであろう」との信頼）。第二に、いずれの信頼も法的根拠を欠く（「申込の拘束力」が認められていないことを前提とする）。「交渉破棄」では、事実上の約束に基づき、「申込の撤回」では、いつでも撤回しうる申込に基づき、締約を信頼しているのである（この類似性はフランス法やアメリカ法だけでなく、パンデクテン法学でも確認された）。かかる共通点がある以上、「申込の撤回」は「交渉破棄」に対する態度を決定するさいの一指針たりうるように思われる。しかるに――裏づけのない信頼は法的保護に値しないとの論理もありえた（また現にあった）にもかかわらず――「申込の撤回」においては、右の信頼を保護する方向で各国の動向は一致し、現行日本民法典も旧民法典を介してこの価値判断を継受している。とすれば、それは「交渉破棄」にあっても尊重されてしかるべきであろう。もっとも、次の二点は注意を要する。第一に、「交渉破棄」全体を「申込の撤回」と安易に等置してはならない。「交渉破棄」には、「誤信惹起型」と「信頼裏切り型」という帰責の根拠を異にする類型が存在するが、「申込の撤回」と構造を同じくするのは後者だけだからである（Jhering の破綻を想起せよ）。第二に、「拘束力」が是認されていることから、直ちに「交渉破棄」でも同じ救済策が採られるべきことにはならない。「申込の撤回」においても、「信頼利益の賠償」は採るに値する一方策であり、そこであえて「拘束力」が選ばれた背景には、特定の取引への配慮が、しかも取引全般に拡大できぬ要請への配慮が潜んでいるからである。

第三編　「契約交渉の破棄」とその責任——解決策と解釈試論

第一章　「誤信惹起型」における解決方法

第一節　責任の可否

責任は肯定されるべきものと考える。比較法的には[1]、いずれの国の裁判例も責任を肯定し、大多数の学説もそれを支持する[2]。これは、かかる考えの背景にある「締約に関して誤信を惹起することで損害を発生させた者は、自らそれを負担すべきである」との価値判断が高い普遍性を有することの証左であり、これは尊重に値しよう[3]。意思自治ないし私的自治の原則、あるいは契約自由の原則もこの結論を否定すべき論拠にはなるまい。これらの法原理は誤信を惹起することまで許すものではないからである。たとえば相手方を欺いて無駄な出捐をさせた者に責任を課すことは右の諸原則に反しないし、過失（注意義務違反）による誤信惹起についても、そこに帰責の根拠を求める限り、おそらく同様であろう。また倫理的観点から右の結論が支持されることは言うまでもないし、社会的観点からも同じ帰結が導かれよう。責任を課すことで交渉当事者は相手方の言動を信頼できるようになり、それはより積極的な交渉活動につながるからである。他方、責任の反作用たる萎縮効果はほとんどあるまい。社会的に妥当とされる範囲内の駆け引きは許されるし[4]、相手方の過大な期待は保護されないからである。自己の事情にさえ注意していれば、責任は回避できるわけである。かかる事情は自身では容易に知りえても、相手方には調査が困難であろうから、最安価損害回避者という経済分析的観点からも、先の結論は支持されよう。さらに法理論的観点からも、こちらが採られるべきことになるのである（次節参照）。

第二節　責任の性質

契約責任と不法行為責任との関係という大問題にはふれえないから、この点につき終局的な判断は下せない。が、違法性の強弱により契約責任（ないしそれに類似する責任）としての「契約締結上の過失責任」と不法行為責任とを使い分ける多数説（第一部第二編）には賛同しがたい。違法性と有責性（過失）の関係という大問題はさておき、違法性を不法行為の独自の要件と解しても、多数説の主張するように、現行日本民法典が強い違法性を不法行為の要件としているとは思えないからである。ところで、多数説の背景にドイツ不法行為法の流れを汲む相関関係説があることは間違いなく、そのドイツ民法典は純粋財産損害につき、故意による良俗違反を不法行為の要件とするから（八二六条）、強い違法性が要求されているとも理解しうる。そのため、かかる要件を満たさぬ錯誤や原始的客観不能については、特別な責任規定が用意されている（一二二、三〇七条）。これを継受した日本の学説も過失による錯誤や原始的客観不能につき、不法行為の成立を否定し[5]、相関関係説の完成者たる我妻博士も似たような立場を採っている[6]。が、現行日本民法典の起草者は右の例で不法行為が成立することを当然視し[7]、一部学説の主張するように、違法性と過失が区別されていても[8]、そこで要求される違法性は、程度の面ではドイツ民法典と異なっている[9]。かかる起草者の意思は法解釈にとり絶対的なものではないが、異議を唱えるには相応の理由を要する。しかるに、相関関係説はこの点の論証を欠き、右の多数説にもかかる問題意識は窺えず、それを議論の前提とするかのように見える。ゆえに、これには左袒しえず、とりあえず民法典の構造に則し、責任の性質は不法行為責任と解しておく。すなわち、右に挙げた錯誤等は帰責の根拠の点で「誤信惹起型」と構造を同じくするところ、日本民法典はそれらに不法行為法を以て対処している。ここからは「民法典は過失により締約に関する誤信を惹起することで相手方に純粋財産損害を加えた場合、誤信惹起者は不法行為責任を負うべ

きであるとの価値判断を下している」ことが読み取れ、この理は「誤信惹起型」にも妥当するからである。[10]

ところで、右の議論は「責任が認められることを前提にその性質を決した」との印象を与えるかもしれない。が、これは実際には責任の法理論的基礎づけでもある。錯誤や原始的客観不能に対する民法典の態度から、一定の価値判断を帰納し、それを「誤信惹起型」に演繹（できると論証）することで、責任の理論的な裏づけを担保しているからである。[11] ただ、この裏づけは当該価値判断の一支柱に過ぎず、他の観点からの基礎づけもおろそかにできない（前節参照）。

第三節　責任の要件と効果

誤信の惹起を帰責の根拠とする「誤信惹起型」では、当該惹起行為が違法かつ有責でなければならず[12]、また勝手な思い込みは保護されないという意味で信頼の正当性も要求される。[13][14] さらに当該行為は行為者に帰責できねばならない（第三者の行為は除かれる）。日本の裁判例に拠りつつ、この一般論を具体化するなら、次の三つの基本類型が析出される。

一　「幾分なりとも締約の可能性がある」との誤信が惹起された場合

当事者が交渉を行うのは、かかる信頼を抱いているためであり、その意味でこの信頼は交渉そのものによって基礎づけられる。従って、締約の可能性がないのに交渉を行うことは、右信頼を誤信たらしめるという意味で違法な行為であり、それが過失に基づくときには、不法行為責任が発生する。その効果は、当該誤信惹起行為と因果関係のある損害の賠償責任だが、通常、それは行為時点以後の全損害となろう。[15] 締約の可能性がないと分かれば、直ちに交渉を中止していたはずだからである。過失相殺もほとんどなされまい。右信頼は交渉自体からほぼ完全に正当化されるからである。

二　「締約が確実である」との誤信が惹起された場合

交渉に駆け引きは付きものだが、それが社会的に相当とされる範囲を越え、確実でもない締約を「確実」と誤信せしめた場合、不法行為が成立する。ただし、かかる信頼が正当化されるには、「締約は確実である」との言動の他、「契約内容を特定しうるほどに交渉が成熟していたこと」が要求される（第一部第一編）。効果の面では、この場合も誤信惹起行為と因果関係のある損害が賠償される（たとえば右行為以後の出捐でも、誤信に基づかぬ通常の交渉費用は賠償されない）。ところで、学説のなかには、「交渉が十分煮詰まっていた場合、『履行』ないし『履行利益の賠償』を認めるべきである」とするものもある（第一部第二編）。が、誤信惹起行為を帰責の根拠とする限り、この見解は支持できない（帰責の根拠を信頼の裏切りに求めても同様である。次章第三節参照）。また背信性が高いことを条件に「履行利益の賠償」を容認する見解もあるが、にわかに賛同しがたい。民事制裁のあり方という大問題にもふれるため、即断は避けるが、かような形で加害者を制裁すべき理由、あるいは被害者を保護すべき理由につき、この説は論証を欠いているからである。なお、本類型では誤信した者に軽率な点があることもままあり、その場合には過失相殺がなされよう。

三　「既に締約された」との誤信が惹起された場合

かかる誤信の惹起を理由に責任が認められることはまずあるまい。この信頼が正当な場合は、「契約の成立」が肯定され、「交渉破棄」にはならないはずだからである。すなわち、「意思表示の存否」の判断基準によれば（第四部第一編）、相手方が当該行為を意思表示と理解することを行為者の側が知り得るとき、その行為は意思表示と評価されるが、知り得るか否かは取引慣行を含む四囲の事情から判断される。が、右の信頼の正当性もこれとほぼ同じ基準から判断されるから、正当性が肯定される場合、誤信惹起行為は意思表示そのものと評価される可能性が高いはずなのである。ただ、当事者双方に責められるべき点がある場合や当事者間に情報（ないし力）の不均衡がある場合には、利益調整の一手段

として、「契約の成否」の判断と誤信惹起の判断とが乖離することはありえよう。この場合、誤信と因果関係のある損害が賠償されるが、過失相殺の蓋然性は高いはずである。右の如く、契約の成立が否定される場合、信頼も無欠缺ではなかろうからである。

以上が「誤信惹起型」の基本類型であり、今後は裁判例の蓄積を待って内容をより具体化せねばなるまい。なお、右の解決策と解釈試論は日本の裁判例のそれとほぼ同じで、それゆえまた、従来の学説と重複する部分も多い。が、「信頼利益」の内容を各類型に則して精査した点、過失相殺の蓋然性を各類型と連動させた点、「契約の成否」も明確に視野に収めた点などは、従来あまり説かれていなかったように思われる。

註

（1）「比較法」とは、日独仏米を指し、他の国の動向は判断材料に加えない。十分な検討をなし得なかったからである。

（2）第一部、第二部第一編、第三部第一編、補論第二編参照。

（3）五十嵐清『民法と比較法』（昭和五九年）八九頁以下（特に一一四頁）参照。

（4）駆け引きと誤信惹起との線引きは困難なこともあろうから、萎縮効果もある程度は発生しようが、この線引きは取引社会の常識に沿ってなされるから、それは最小限に食い止められるはずである。

（5）原始的客観不能については、鳩山秀夫『日本債権法（各論）』（大正一一年）七七―七九頁（ただし、同・『増訂日本債権法各論（上巻）』（大正一三年）七一―七三頁では改説している）、錯誤については、同・「債権法における信義誠実の原則」（『債権法における信義誠実の原則』（昭和三〇年）一一五頁以下所収。初出は大正一三年）三〇四―三〇五頁参照。学説の状況は、谷口知平編『注釈民法（一三）債権（四）』（昭和四一年）五四―六五頁（上田徹一郎執筆部分）参照。

（6）我妻栄『新訂民法総則』（昭和四〇年）三〇二―三〇三頁、同・『債権各論　上巻』（昭和二九年）三八―四一頁（ただし、原始的客観不能については、不法行為が成立する可能性を認めている）。

(7) 錯誤については、『日本近代立法資料叢書一三』（昭和六三年）収録の『法典調査會民法主査會議事速記録』六四九頁、原始的客観不能については、『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）』一三頁参照。起草者がかかる見解を改めた様子はない（錯誤については、富井政章『増訂民法原論（第一巻　総則）』（大正一三年）四四八頁参照。梅謙次郎『訂正増補民法要義（巻之一　總則編）』（明治四四年）二二六―二二七頁は、この点につき明確でないが、同・『民法原理（總則編　巻之二）』（明治三七年）三八八―三九〇頁や同・『民法講義（全）』（昭和四年）五四―五七頁では、不法行為責任の成立を認めている。他方、原始的客観不能に対するその後の起草者たちの態度ははっきりしない）。

(8) 錦織成史「違法性と過失」（『民法講座6』（昭和六〇年）一三三頁以下所収）一三三―一五八頁参照。

(9) なお、相関関係説によれば違法性の程度は被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様との相関関係により決せられるから、純粋財産損害の如く、被侵害利益が強固でない場合、侵害行為に強い不法性が要求される（加藤一郎『不法行為［増補版］』（昭和四九年）一〇六頁）。従って、多数説の言う強い違法性とは、侵害行為の不法性の強さを示すようにも思える。が、なかには被侵害利益たる純粋財産損害の内部を細分化する説もあり（たとえば今西康人「契約不成立に関する責任」（神戸商科大学商大論集三七巻一＝二号六二頁、昭和六〇年）七三頁）、後者の視角をも取り込むことが多数説の趣旨のようにも推察される。とすれば、それは要求される違法性の程度の点で、ドイツ民法典と異なっている。が、問いたいのは「何故、不法行為の成立要件として――弱い違法性と区別された意味での――強い違法性が要求されねばならぬのか」なのである。

(10) 原始的客観不能を不法行為法により処理せよ、と主張するつもりはない。Rabel 以来、ドイツでも原始的客観不能＝契約無効という定式は法政策的な見地から批判され、日本でもそれを契約の無効原因としない解釈論が唱えられているが（たとえば星野英一『民法概論Ⅳ（第一分冊）』（昭和五〇年）五〇―五二頁）、それには相応の理由があるように思われるからである。かかる場合、起草者の意思は絶対視されるべきでない（原始的客観不能につき詳しくは、前田達明「原始的不能についての一考察」（『現代私法学の課題と展望（下）』（昭和五七年）五九頁以下所収）、下村正明「原始的不能法に関する一考察――西ドイツにおける近時の理論動向を手がかりとして――」（阪大法学一三六号一〇七頁、昭和六〇年）、小林一俊「西ドイツ債権法改正案における原始不能法の克服」（法学志林八五巻二号一頁、昭和六二年）参照）。

(11) かかる作業の意義は、小川浩三「Azonis Summa in C. 1. 14（一）――アゾーの慣習法論（2）――」（北大法学論集三九

巻五＝六合併号（下巻）六七九頁、平成元年）六七九―六八〇頁参照。またかような手法を採った理由は、次章第一節参照。

(12) 違法性と有責性との関係、という大問題にはふれえない。

(13) 理論上、信頼の正当性という要件は誤信惹起行為という枠組みのなかに取り込むこともできる。

(14) もっとも、相手方の勝手な思い込みを現に知った場合には、説明義務が発生することもありえよう。

(15) 不法行為における損害賠償の範囲については、後続損害などの大問題もあるが、ふれる余裕はない。

第二章　「信頼裏切り型」の解決方法

第一節　責任の可否

この問題は未だ容易に決し難いが、一応ここではそれを「可」としたい。以下、その理由と決し難い所以を述べる。

比較法的には、裁判例や学説を通じ、責任を肯定する説が優勢である。[1] ただ、近時ドイツでは否定説も有力化しており（第二部第一編）、その動向は今後注意深く見守る必要がある。

法原理的観点に立てば、否定説が支持されそうである。「信頼裏切り型」では、帰責の根拠は交渉破棄自体に求めざるを得ないが、それは意思自治や私的自治の原則、あるいは契約自由の原則に反するように見えるからである。が、実際に抵触するか否かは右の諸原則の理解如何にかかっており、それは本稿の手に余る。ただ、この意味で次の三点は注目される。第一に、ある理解によれば、契約自由の原則は経済的自由主義の政策的主張に過ぎないとされる。[2] そうであるなら、この原則はかような主義を侵すもの（たとえば一定の業種に課される締約強制）との関係では対立原理となり

えても、――かかる主義とは比較的関係が薄いであろう――右の責任との関係では、障害にならぬはずである。[3] 第二に、――意思自治の原則と「申込の拘束力」とは必ずしも抵触しないとの理解はさておき[4]――そこに対立を見い出すフランスの学説さえ、「申込の撤回」には不法行為責任を課している（第三部第二編）。とすれば、――契約の拘束力の根拠たる右原則と不法行為責任とは対立しないなどと即断すべきではないが――この原則も時に不法行為に道を譲らねばならぬのは確かである。第三に、ドイツには私的自治を根拠に責任を否定する見解が存在するが（第二部第一編）、同じ理屈が妥当するはずの「申込の拘束力」に反対する説は見当たらず（第四部第二編）、この見解には疑わしい面もある。このように、右の諸原則は責任否定の方向に働きそうだが、一歩踏み込むなら、そう言い切れない側面も浮上してくる。

倫理的観点に照らせば、責任は認められるべきであろう。自らの約束によって惹起した信頼を裏切るのは不誠実だからである（責任の要件たる約束については、本章第三節参照）。もっとも、これには、法と道徳は峻別すべきであるとの反論もありえよう。が、「申込の撤回」に対するGrotiusとPothierの態度を見比べるとき、この批判は絶対的なものではないように思われる。両者とも法と道徳を区別しながら[5]、前者にとって「申込の撤回」は高々「自然法（道徳？）」の問題に過ぎなかったのに対し、後者にとりそれは法の問題だったからである（第三部第二編）。法と道徳とを峻別しても、その分水嶺は時と場所によって変動し、「信頼裏切り型」についても、そうならぬとは限らないはずである。

社会的観点からも、肯定説が支持されよう。損害が塡補されるなら、当事者はいよいよ積極的に行動でき、取引は活性化されるはずだからである。ただ、それは同時に心変わりの自由を奪うことを意味するから、萎縮効果も発生しよう。が、後者が前者を上回るとするのは、――責任の要件にもよるが――過大評価であろう。「申込の拘束力」によっても同様の萎縮効果が発生しているはずなのに、それは専ら取引安全に資するものとされているからである（第四部第二編）。

経済分析的観点からも、右と同様ではあるまいか。締約寸前の段階においては、「締約を信頼するな」とか「信頼さ

せるな」と要求するのは不可能を強いるものであり、合理的な規範とは思えないし、おそらく経済的にも正当化できまい。[6] とすれば、一方の当事者による信頼惹起と相手方の信頼は所与の前提とされるから、交渉費用の無駄という社会的ロスを回避するには、交渉破棄自体を妨害するよりなく、そのためには、右の費用を破棄した者に負担させることで「締約へのインセンティブ」を与えるのが最適なはずである。[7]

このように、右の諸観点からは対立する帰結が導出され、そのなかでは、肯定説を支持するものが優勢である。が、いずれも厳密な論証を欠き、十分な資料とは言い難い。むしろここでは、次の法理論的観点から責任を可としたい。

「交渉破棄」で問われているのは、交渉規制のあり方、すなわち、自由な交渉と信頼保護という二つの要素をいかに調和させるかにある。「信頼裏切り型」において、いずれを重視すべきかは微妙な問題で、そのため、ドイツやフランスでは学説が分かれている（第二部第一編、第三部第一編）。またその価値判断は、時代、場所、人により異なりうる。が、法理論的観点からする法解釈として、右の価値判断に迫られた場合、選択の幅は自らある程度狭められよう。そこでは「私はとにかく……と思うのだ」などという純粋に主観的な判断以上の何ものかが、すなわち、当該価値選択を支えるに足るだけの法的論拠が提示されねばならぬからである。かかる論拠の提示の仕方は多様だが、典型的で伝統的で代表的な手法とは、当該事例と比較対照さるべき他の事例（類例）においてなされている価値判断を指針とする、という仕方であろう（帰納と演繹という手法。前章第二節参照[11]）。ただ、この方法にも限界はある。第一に、いかなる視角から類例を探るべきかが問題となる。これは問題への切り込み方に他ならず、態度決定に当たっては相応の理由が提示されねばならぬ。第二に、類例が存在するとは限らず[8]、実在していても、それがいかなる面でどの程度参考になるかも問われねばならない。第三に、類例についても解釈が分かれるとき、再び岐路に立たされる。第四に、右の諸問題に直面したさい、解釈者の主観が一定程度混入しうる。しかし、かかる限界にもかかわらず、現に用いられてきたことか

らも分かるように、この手法が純粋に主観的な価値判断を超克し、法律家らしい合理的な議論を行うための重要かつ不可欠の一手段たることは間違いない。そこではまがりなりにも法的論拠が提示され、批判や再批判が可能だからである（その繰り返しにより、あるべき価値判断に到達する可能性もある）。また解釈者が法律家である場合、彼の主観は法学教育のなかで体得されたものかもしれない。そうであるなら、その主観は純粋に主観的な価値判断ではなく、法的論拠に支えられているはずである。かかる理由から、以下、右の手法に則り、法理論的観点から問題にアプローチする。

ところで、前述の如く、問題は交渉規制のあり方、すなわち、自由な交渉と信頼保護との対立拮抗にあると考えられる。ただ、交渉の種類・性質は多様で、それぞれ種々の属性を具有するから、どの属性に着目すべきかは一考を要する。しかるに、考察対象が「交渉破棄」である点に鑑み、別けても交渉の進め方、交渉の場所的、期間的特徴、締約の仕方等に注目し、「成立形態」を「申込承諾型」と「練り上げ型」に大別するのが適当と思量する。問題解決の第一歩は、問題の背景に迫り、以て問題を正確に把握することにあるが、「交渉破棄」の背景には「練り上げ型」が控えているからである。従って、問われるべきは「練り上げ型」における交渉規制のあり方であるが、そのさいには「申込承諾型」における規制のあり方が参照されねばならない。交渉規制のあり方が問題とされる点で、両者は共通するからである。なかんずく「申込の撤回」は「交渉破棄」の類例たりうる。自由な交渉と信頼保護との対立拮抗が焦点とされている点、信頼の裏切りにしか帰責の根拠を求めえない点、惹起される信頼が「締約は確実」というものである点、その信頼に法的根拠がない点等で、両者は一致するからである。しかるに、日本法は「申込の拘束力」を以て、かかる信頼も法的保護に値するとの価値判断を下し、学説もこれを支持する。これは比較法的趨勢でもある。[9] ゆえに、この法の行う価値判断は類例を処理するさいの指針として尊重に値し、とすれば「信頼裏切り型」でも責任は肯定されるべきはずである。[9a]

これが法理論的観点からの帰結であり、本稿の立場でもある。[10] 次に反論に答えておくことで、論旨を明確にしたい。

第一に、交渉規制のあり方が「申込承諾型」と「練り上げ型」とで類似せねばならぬとする理由が明らかでない、との批判がありうる。両類型には相違点もあるから、一方で保護されるべき信頼が他方では保護に値しない、という事態も考えられうる。が、「申込の撤回」が「交渉破棄」の類例たりうるのは前述のとおりであり、特に信頼保護の側面から見た場合、異なる扱いをすべき根拠は見当たらない。従って、区別されるべき理由が法的論拠を以て論証されぬ限り、類似したものには類似した扱いがなされるべきものと思量する。[11]

第二に、民法典の起草者が「申込の拘束力」を容認しながら、「交渉破棄」にふれていないのは、後者につき責任を否定する趣旨ではないのか、という批判もあろう。ドイツ民法典の起草者の見解から推せば（第二部第二編）、確かにそのように推測される。が、――立法者意思説と法律意思説という理論上の大問題はさておき――実際上これまでも起草者の意思は絶対視されず、類例には類推適用という形で当該価値判断の支配領域が拡張されてきたし[12]、原理的一貫性ないし整合性という視点からは、それも法の解釈として支持するに足るように感じられる[13]。となると、右の二つの価値選択のうち、いずれを優先させるべきかが問題となるが、「申込の撤回」に対するそれをより尊重すべきものと考える。比較法的にも、それは普遍性の高い価値判断であり、また古くからの多くの議論の末、選択されたものだからである[14]。他方、「交渉破棄」という問題自体は以前から意識されていたものの、本格的な検討は最近はじまったばかりで、議論も煮詰まっていない（それでも比較法的には、肯定説が優勢である）。同様のことは、時代に拘束されざるを得ない起草者の意思にも妥当する。すなわち、議論が尽くされた問題に対する価値判断には――様々な議論を踏まえているという意味で――相応の重さがあり、他方、蓄積なきうえに下された価値判断には応分の重さしかないはずである[15]。

第三に、信頼の内容は似ていても、意思表示という確たる基礎があるか否かの点で、「申込の撤回」と「交渉破棄」は異なる、との反論もあろう。が、随時撤回できる意思表示は信頼の確たる基礎とは言えず、事実上の約束と質的な差

はあるまい。従って、約束が申込と同程度の強度を有する場合、同等に扱っても良かろう（その要件は本章第三節）。

第四に、他の法制度を活用すべしとの提言もあろう。が、事務管理や不当利得には限界があり[16]、予備的契約も[17]――それが緊急の検討課題であることは認めるが――「信頼裏切り型」全般を解決し切ることはできまい[18]。それを試みた場合に辿る運命は「申込の撤回」につき説かれた予備的契約説を見れば予想がつこう（第三部第二編、第四部第二編）。

予期される批判に対する解答は右の通りである。ただ、「何故、今、『交渉破棄』なのか」という問いには十分答えられない[19]。過去の出来事についてさえ、それが他の時代ではなく、その時代に起きた原因を究明するのは容易でない。現在の事柄では尚更である。が、かかる原因が判明せぬ以上、断定的な結論は下しえない。ここに決し難い所以がある。

第二節　責任の性質

契約責任と不法行為責任との関係にはふれえないため、不法行為法による処理が可能であることを示すに止どめる。

ところで、「誤信惹起型」に対する責任の性質を不法行為責任としたのは、「誤信惹起型」と帰責の構造を同じくする錯誤や原始的客観不能につき、不法行為法による処理を予定されていたためである（前章第二節）。しかし、「信頼裏切り型」については、かかる意味での類例は見当たらず、ゆえにここで直接起草者の意思に依拠することはできない。とはいえ、強い違法性が不法行為の要件とされていないのも、既述のとおりであるから、不法行為法により「信頼裏切り型」に対処しうるか否かは、右と別の基準に拠らねばならないことになる。ここでは、それを次の二つに求めたい。

第一は、母法である。母法が特定の構造を有し、かつ子法がこの点で母法を継受しているなら、母法による検証が可能だからである。そこで、不法行為法の母法が問われるが、この問題に関する限り、それはフランス法と考えられる。

確かに一部学説が主張するとおり、日本法はドイツ法から違法性と有責性（過失）の峻別という構造は継受したのかもしれない。[20] が、ドイツ不法行為法が「信頼裏切り型」に対処できないのは、[21] かかる峻別に因るのではなく、純粋財産損害につき、故意による良俗違反を不法行為の要件としたためであり、その淵源は不法行為の構成要件として、包括的かつ一般的な要件を規定するのではなく、複数の限定的かつ個別的な要件を列挙した点に遡る。[22] しかるに、この点で日本法はフランス法に倣っており、従って、これがここで参照されるべき母法のはずである。ところで、フランス法は「信頼裏切り型」のみならず、これと帰責の構造を同じくする「申込の撤回」も――民法典制定直後、つまり、現行日本民法典がフランス法を継受する以前から――不法行為法によって処理していた（第三部第二編）。よって、日本法が継受した不法行為法の構造はかかる問題まで包摂しうると考えられ、ゆえに「信頼裏切り型」にも対処できるはずである。

第二の基準は、裁判例の動向である。日本の不法行為法が右のような潜在的能力を有していても、他の事情からそれを発揮できないことも考えられるが、裁判例の動向を見れば、障害の有無が確認できるからである。しかるに、裁判例の多くは「信頼裏切り型」を不法行為法によって処理している（第一部第一編）。障害などないのである。

このように、日本の不法行為法は「信頼裏切り型」を処理する能力を有し、現に裁判所はそれを活用している。従って、他の規範に拠る必要はないはずである。ただし、契約責任と不法行為責任との関係を考えるさいには、ここで取り上げなかった様々な要素をも勘案せねばならぬから、その結果、「信頼裏切り型」、あるいは「交渉破棄」全般を契約法によって処理すべきことになるやもしれない。その意味で右の帰結は暫定的なものである。また不法行為法により対処できるか否かは、責任の効果によっても左右される。「信頼裏切り型」におけるそれが「（契約の）履行」であるなら、それは不法行為法から導出できぬため、他の規範に拠らざるを得ないからである。もっとも、本稿では効果を損害賠償（「信頼利益の賠償」）と解するから、結果的には不法行為責任でよいことになる（次節参照）。

第三節　責任の要件と効果

交渉も煮詰まり、当事者が「締約は確実」と信頼してもよいときに限って、責任を認めることで各国の動向はほぼ一致する。[23] 互いに自己に有利な条件を提示し、少しでもうま味のある契約を追求するという交渉の機能（自由な交渉という要請）に照らせば、この動向は是認される。また「申込承諾型」における交渉規制のあり方（「申込の撤回」に対する態度）から「練り上げ型」におけるそれを導こうとする本稿の立場（本章第一節）からも、この結論は支持される。

ところで、「締約は確実」と信頼しても、それが勝手な思い込みである場合は保護されない。日本の裁判例によれば、信頼の正当性が是認されるのは、「（主要な）契約内容の特定」と「締約の約束」が存在するときだけである。[24] しかるに、実際この二要素は「申込の撤回」にあっても、信頼の正当性を判断する基準となっている。「締約の約束」を含まぬ申出は、申込とはされず、「契約内容の特定」を欠く申出も申込の誘引としか評価されないからである（申込と解しても、それは無効である。が、「申込の撤回」にあっては、有効な申込の存在が前提とされている）。「申込の撤回」でも、申込の存否という形で右の二要素が正当性の基準とされているわけで、右の裁判例の動向は本稿の立場からも適切なものと考えられる（より具体的な基準は、裁判例の蓄積を待たねばならない）。次に信頼惹起や交渉破棄は責任者に帰責できねばならない。ただ、相手方に交渉を破棄するよう仕向けた場合には、自分で破棄しなくとも、この要件は満たされよう。また理論上、被侵害利益は――日本の裁判例が言うように――「契約締結の利益」とされよう（第一部第一編）。

責任の効果としては、「（契約の）履行」、「履行利益の賠償」、「信頼利益の賠償」の三つが考えられる。比較法的には、最後の方法を採るものが多いが、[25] 日本の多数説は「履行利益の賠償」まで認める（第一部第二編）。が、近時はそれに批判的な見解もある。[26] ここでは、かかる動向をも踏まえたうえ、以下の理由から、「信頼利益の賠償」を支持したい。

第一に、かかる責任を認める目的は、締約への信頼を保護し、以て取引を安全ならしめる点にある。とすれば、保護の程度は信頼に因り被った損害の賠償で足り、それが正道でもあろう。ただ、民法典が「申込の拘束力」を是認していることから、それとの均衡を図るなら、「履行」ないし「履行利益の賠償」を認めるべきではないか、との疑問もありえよう。が、「申込の撤回」にあっても、そこで損害として想定されるのは「信頼利益」に相当するものであり（第四部第二編）、にもかかわらず、「拘束力」が選択された背景には、特定の取引にのみ妥当する配慮があったこと、またこれが「練り上げ型」に当てはまらぬことは、既述のとおりである。[27] 従って、ここで「拘束力」に拘泥すべきではない。

第二に、「誤信惹起型」との均衡を図らねばならない。すなわち、故意または過失により誤信を惹起し、後でそれを裏切った者（「誤信惹起型」の加害者）は――誤信は惹起せず、単に信頼を裏切ったに過ぎない――「信頼裏切り型」の加害者よりも強く責められてしかるべきである。[28] しかるに、前者でさえ、その効果は「信頼利益の賠償」に限られるから（前章第三節）、後者でもそれは同様の範囲に限定せねばなるまい。また保護される信頼が「締約は確実」というものである以上、かかる信頼と因果関係のある損害のみ賠償されるべきであろう。[29]

これに対し、多数説の論拠は薄弱で、理由を挙げないものも少なくない（第一部第二編）。ただ、帰責の根拠が交渉破棄自体に求められる点を捉え、因果関係からの基礎づけを図る見解は一考に値する。[30] が、その背景にある「交渉規制のあり方は帰責の根拠との因果関係のみにより決せられるべし」との発想には疑問がある。これでは右の不均衡を避けえないからである。賠償の範囲を因果関係により決定するドイツ法の下でさえ（ドイツ民法二四九条）、裁判所や多数説が「信頼利益の賠償」を支持する点はこの意味で示唆的である（第二部第一編）。確かに「履行利益の賠償」を認める少数説も存在したが、それらも「賠償の範囲は因果関係だけでは決まらない」としているのである（第二部第一編）。

ところで、「誤信惹起型」と異なり、「信頼裏切り型」では締約の拒絶につき正当な理由がある場合、交渉破棄者は免

責される、とされている。[31] 交渉中に既存の契約からでも離脱できるような事由が発生した例を考えると（たとえば不可抗力による目的物の滅失）、免責事由の存在は容認せざるを得まい（理論上は違法性阻却事由と位置づけられよう）。が、その具体的な内容はほとんど研究されておらず、[32] 今後の裁判例や学説の集積を待つよりない。ただ、交渉の機能に照らすなら、契約内容の対立に基づく交渉破棄は許されるべきだが、既決事項を蒸し返した場合などは、正当な理由は認められまい。また既存の契約から完全に離脱できるような事由でなくとも、たとえば相手方の財産状態が極度に悪化した場合には、「交渉破棄」についての正当な理由は認められよう（不安の抗弁権に対応しよう）。なお、「信頼裏切り型」に属する裁判例で過失相殺を行ったものはなく、学説もこの点にはほとんどふれていない。が、たとえば一方の当事者の不信行為が相手方の交渉破棄の遠因の一つだった場合、免責事由は否定されても、過失相殺の余地はありえよう。[33]

以上の解決方法は日本の裁判例のそれとほぼ同じであり、学説と類似した面も有している。が、「成立形態」を「申込承諾型」と「練り上げ型」とに大別したうえ、前者における交渉の規制のあり方（法の行っている価値判断）を後者の指針とした点は、従来意識されていなかった。ここが本稿の最も強調したかったところでもある。

註

（1）第一部、第二部第一編、第三部第一編、補論第二編参照。

（2）星野英一「現代における契約」（『岩波講座　現代法8』（昭和四一年）二〇七頁以下所収）二一五頁以下参照。

（3）経済的自由主義から「『信頼裏切り型』では責任を否定すべし」との命題を導くには、飛躍が必要であろう。「申込の拘束力」を否定するフランスの学説が、その法原理的根拠として、契約自由の原則でなく、意思自治の原則を持ち出しているのは、この意味で示唆的である（第三部第二編）。もっとも、右の責任は自由競争の変容とか取引倫理という角度からも

把握でき、その意味では契約自由の原則と関連していよう。

（4）星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」（『岩波講座　基本法学4―契約』（昭和五八年）一頁以下所収）一五、三三頁参照。

（5）小川浩三「ジャン・ドマの lois de la religion と lois de la police（二・完）」（北大法学論集三八巻四号四一頁、昭和六三年）四四―四六、六七頁。

（6）経済的合理人なら、締約までは交渉の決裂を覚悟し、「締約は確実」とは信頼しないはずである、との反論もあろう。申込の自由撤回が認められている法体系の下での経済的合理人が申込を信頼しないのと同じ意味で、この指摘は正当である。が、経済的合理人をしてそのように信頼なさしめない法体系――すなわち、交渉破棄に備えて、予備的契約を締結することを強要する法体系――自体が経済的合理的か否かは別問題である。「申込の拘束力」が取引安全等の経済的な理由から認められた点を想起せよ（第四部第二編）。

（7）なお、「契約を破る自由」とのアナロジーで考えるなら、――責任の効果として「（契約の）履行」でも認めぬ限り――「交渉を破棄する自由」は確保されていることになろう。

（8）法（律）の無欠缺性でも信奉せぬ限り、類例は必ずある、とは言い切れまい。パンデクテン法学における「申込の撤回」は欠缺の好例のように思われる（第四部第二編）。

（9）第三部第二編、補論第二編、第四部第二編の他、Zweigert / Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd. Ⅱ, (2. Aufl.), 1984, S. 41-53 参照。

（9a）ある信頼が法的保護に値するか否かというこの問題は、実は当該当事者にそのような信頼をする権限があるか否かという――Atiyah の言う――権限分配の問題に他ならない（この点は、内田貴『契約の再生』（平成二年）一三二頁以下参照）。

（10）末弘嚴太郎「法律解釋に於ける理論と政策」（『民法雜考』（昭和七年）一頁以下所収。初出は昭和六年）をはじめ、博士の一連の論稿から影響を受けている（博士の法解釈方法論については、瀬川信久「民法の解釈」（『民法講座　別巻1』（平成二年）一頁以下所収）参照）。

（11）「申込承諾型」と「練り上げ型」との判別基準、すなわち、交渉の進め方、交渉の場所的・期間的特徴、締約の仕方等の違いから、「申込承諾型」で保護される信頼が、「練り上げ型」では保護に値しない、との帰結を導くのは困難であろう。

ただし、責任の効果（保護の程度）には区別が設けられるべきである（本章第三節）。

(12) 類推適用については、椿寿夫「民法における類推適用」（法時六二巻七号七二頁、平成二年）参照。

(13) ただし、これはいわゆる「統合としての法」という思想を巻き込む大問題であり、本稿の及ぶところではない（この問題については、内田貴「探訪『法の帝国』――Ronald Dworkin, LAW'S EMPIRE と法解釈学――（一、二）（完）」（法協一〇五巻三号一頁、四号二〇頁、昭和六三年）参照）。

(14) この考え方は「進化論的法価値論」に通じるかもしれない（この価値論については、平井宜雄「法解釈学の合理主義的基礎づけ――法律学基礎論覚書・その二――」（法協一〇七巻五号一頁、平成二年）五五頁以下参照）。

(15) もっとも、法律家をして議論なさしめなかったところのものを看過してはならない。

(16) ドイツ法の下での限界（第二部第二編）が、基本的には日本法にも妥当しよう。

(17) 予備的契約に関する各国の動向は、第二部第二編、第三部第二編、補論第二編参照。

(18) 両当事者とも予備的契約の締結を否認し、かつ一方当事者が相手方の言動を信頼したと主張するとき、予備的契約による請求は認められないが、「申込の拘束力」が容れられた経緯や趣旨に照らせば、契約に基づかぬ右の信頼が保護に値するとされる場合もあろう。また当事者は予備的契約でなく、（本）契約を目指して交渉するものだから、契約内容に関する合意だけから、前者の成立を認めるのは擬制であろう。現実の裁判例でも予備的契約が主張された例は多くなく、またそれが認められたのは締約の障害が当事者間の合意では排除できなかった場合だけである（第一部第一編。裁判例［10］［20］参照）。締約に外在的障害がない場合、当事者は直接（本）契約を目指し、他方、障害が自己の支配領域外にある場合、暫定的な拘束のため、予備的契約が締結される傾向にある、と言えそうである（第二部第二編も参照）。

(19) 次の如き要因は考えられる。第一に、「練り上げ型」を採る取引が増えたこと。かかる「成立形態」は古くから存在するが（第四部第一編）、大規模取引、特に不動産売買は確かに増加している（法務省民事局法務研究会編『登記白書（第一回）昭和六一年版』（昭和六二年）六八―七〇頁によれば、昭和四〇年代の取引件数はそれまでの二倍に上る）。第二に、交渉過程の一層の複雑化。不動産取引では、各種の行政手続（第一部第一編で紹介した裁判例［20］は国土利用計画法が絡んだ事件である）、交渉への金融機関の参加などがその原因として考えられる。第三に、交渉段階への信義則の浸透を受け入れる土壌ができたこと。ミクロ的には、「契約締結上の過失」のうち、「交渉破棄」以外の類型が昭和四〇年代末から本格

的に現れはじめ（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）六五五号一九頁参照）、地ならしをした。マクロ的には、これらの法現象を支える契約思想（意思自治や私的自治、あるいは契約自由の原則）の変化が考えられる（契約観の変容や自由競争に対する取引倫理の強調の他、契約の方式の解体過程は信頼保護の視点から位置づけることもでき、その意味でこれも関連がありそうである）。ただ、以上の実態的、思想的要因は推測の域を出ず、それらがいかなる形でどの程度「交渉破棄」の顕在化に寄与したかも判然としないため、問題は依然として残っている。

(20) 錦織成史「違法性と過失」（『民法講座6』（昭和六〇年）一三三頁以下所収）一四三頁。

(21) 第二部第二編参照（純粋財産損害についても、社会的に不誠実とされる程度の行為で違法性の要件が満たされ、かつ有責性に関しては、過失（注意義務違反）で足りる、との立場を採れば、違法性と有責性を峻別しても、「信頼裏切り型」は不法行為法で解決可能なはずである）。

(22) 限定的かつ個別的な構成要件を列挙する仕方を採っても、ドイツ民法典のようになるとは限らない。しかし、そこに淵源が求められるのは確かであろう。なお、かかる規定の仕方の由来は、福田清明「ドイツ民法典第八二三条及び八二六条の制定過程」（比較法雑誌一二巻三号一七頁、昭和六三年）参照。

(23) 第一部、第二部第一編、第三部第一編、補論第二編参照。

(24) 第一部第一編参照。ドイツやフランスでもほぼ同様であった（第二部第一編、第三部第一編）。

(25) 第一部第一編、第二部第一編、第三部第一編、補論第二編参照。

(26) たとえば河上・前掲論文判タ六五七号二六―二七頁。

(27) 第四部第二編参照。フランスにおいても同様の志向が垣間見られた。すなわち、「信頼利益」に相当する損害の賠償しか認めなかった一九世紀の不法行為責任説に反旗を翻し、「契約の成立（履行）」まで認容せんとした予備的契約説や一方的債務負担行為説には、商取引の保護の姿勢が窺えたのである（第三部第二編）。

(28) 「誤信惹起型」と異なり、「信頼裏切り型」では責任の可否さえ大問題であることがそのことを証明している。

(29) 信頼惹起以前の損害（たとえば先行投資）は賠償されない。また契約上の立場より有利な地位を与える理由はないから、「信頼利益」は「履行利益」を上限とする（たとえば解約手付が定められていた場合、それが上限となる）。ただし、雇用

契約では、賃金以外の条件の魅力を感じ、収入の減少を厭わずに転職することもある。かかる場合には、賃金だけで「信頼利益」と「履行利益」を比較するのは不適切であり、後者は前者以上のものと推測すべきであろう。

(30) 宮本健蔵「契約締結上の過失責任法理と附随義務」(『法と政治の現代的課題――明治学院大学法学部二十周年論文集――』(昭和六二年) 六三頁以下所収) 八七頁。

(31) 比較法的趨勢であって、異論を見ない (第一部、第二部第一編、第三部第一編、補論第二編)。

(32) Farnsworth, Precontractual liability and preliminary agreements: Fair dealing and failed negotiations, 87 Colum. L. Rev. 217, 1987; Küpper, Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe culpa in contrahendo, 1988 が若干詳しく検討している程度である。

(33) これに対し、信頼が軽率であったという理由から、過失相殺されることはあるまい。それは当該信頼が誤信であることを意味し、そのため、「信頼裏切り型」ではなくなるからである。

第三編の小括

残されている課題を系統的にまとめることで、小括としたい。

一　方法論的課題

本稿では、検討素材を裁判例と学説に限定したうえ、それらを専ら法 (理論) 的観点から分析した。しかし、本格的な考察のためには、検討対象を拡大するとともに、他の観点、すなわち、社会的・政治的・経済的・文化的・思想的・歴史的観点からするアプローチも不可欠である。[1] 勿論、特に右の対象と観点を優先させたことに理由がないわけではない。[2] だが、その面でさえ、不十分な点は多く、[3] また右の如き方法論的偏向があることも事実である。

二　取り上げることのできなかった関連問題

「交渉破棄」の関連問題として取り上げたのは、「契約の成立（形態）」と「申込の撤回」だけである。これは信頼保護の視点から問題にアプローチしたことに起因する。が、「交渉破棄」を論ずるさい、契約をいかなるものとして捉えるかという契約観の問題は避けえない。またその発露たる個々の論点、特に契約の方式や「関係的契約理論」の提示する関係的契約と単発的契約という枠組みも関連問題として浮上する。[4] 次に類例という意味では、「契約締結上の過失」の他の類型、義務内容の類似性という点で、予備的契約（その他、紳士協定）や労働法上の団交義務、中間的な解決が企図されている点で、解約手付や委任や請負における解除、将来の行為に対する信頼保護という意味で、権利失効の原則なども関連問題として挙げられる。加えて事務管理や不当利得の果たすべき役割、不法行為にまつわる一連の諸問題（たとえば契約責任と不法行為責任の関係、民事制裁のあり方）、さらに権利濫用との関連づけ等も関連問題であろう。

三　未検討ないし十分踏み込めなかった個別的論点

取り上げた関連問題についても、検討不十分な論点が残されている。たとえば「申込の撤回」に関する裁判例の分析、Punktation に関する議論の跡づけ、発信主義と到達主義の問題、信頼利益と履行利益との関係などがそれである。解決方法についても詰めるべき点は多く、要件論では契約類型ごとのきめ細かな分析が必要だし、効果論でも損害の具体的範囲について問題が残っている。締約機会の喪失の位置づけや出捐の性格による分類などがそれである（締約用か履行用かという客観的性格と、加害者が出捐を促したものか、予見可能だったに過ぎないかという主観的性格との兼合いの問題など）。さらに過失相殺は精査を要し、免責事由には立証責任の視野からの検討も必要であろう（第一部第一編）。

このように、残されている課題は甚だ多いが、[5] 問題を問題として認識した点を再度強調しておきたい。[6]

註

（1）たとえば実態調査を基軸とする「生ける法」の探究、経済分析的視角の導入、契約思想及びその背後にある社会の構成原理に関する思想的歴史的考察など、なすべきことは多い（契約思想一つ取っても、意思自治・私的自治の原則や契約自由の原則の他、「関係的契約理論」にも目を向けねばならない。詳しくは、内田貴『契約の再生』（平成二年）参照）。

（2）「交渉破棄」が法的紛争となることを前提として、問題を立てた点に由来する。が、解釈論にさいしては、従来もかような問題の立て方をしてきたように思われる。なお、それは専ら紛争という病理的現象だけを見、かつ法という特殊な手段のみによる問題解決を企図する点で、限られた視角である。従って、そこには一定の限界が伴う。が、それは他の素材や観点には見られぬ固有な特徴でもあり、専門性という視点に立つとき、尊重されるべきものを含んでいるように思われる。

（3）法的紛争を想定する場合、裁判例や学説は最も直接的な検討素材であり、法的観点からの考究も最も直截な考察方法であるから、そこには一種のプライオリティー（ないしオーソリティー）が認められるべきであろう（前註（2）も参照）。が、他の諸要素は無視できず、法的価値判断にさいしては、それらも考慮せねばならない。けれども、多種多様な要素をいかに斟酌すべきかは法解釈方法論の根幹にふれる大問題であって、ここでは扱い得ない（価値判断のさい、本稿では類例における価値判断に拠った。類例にあっても、それが法的問題である以上、右の事情は同様で、様々な要素に配慮したうえ、価値判断が下されているはずだから、それは当該問題にとっても強い意味で指針たりうる、と考えたためである。またその判断の適否は類例の展開状況をながめることで、ある程度分かるはずである（類例における壮大な実験を顧みることで、採るべき道は一定程度絞られるのではなかろうか）。とはいえ、類例とは同一物ではないから、両者の相違が及ぼす影響については、慎重な検討が必要とされる）。

（4）関係的契約と単発的契約という枠組みは、「練り上げ型」と「申込承諾型」という図式に通じるようにも見える。ただし、たとえ「申込承諾型」を単発的契約とパラレルに位置づけたとしても、「申込の拘束力」は関係的視点に立って、はじめて理解されうるものであろう（「申込承諾型」で、事前交渉や調査もなく、意思表示だけで契約が成立するのは、既にある種の関係が存在しているからである（第四部第一編で紹介した相場物売買の裁判例のうち、[77]だけは契約内容が特定されていたのに、成立を否定したが、そのさい、当事者間の最初の取引であった点も斟酌しており、示唆的である）。申込受取人が申込という一片の言明を信頼して行動するのも、かかる基盤があるためであり、締約機会の喪失が看過できぬ損害と

されるのも、受取人の属する一定の関係なくして考えられない。このような社会学的意味での「関係」を法的に評価したものが「申込の拘束力」なのである。とすると、――たとえ先のような理解に立ったとしても――本稿は単発的契約のなかの関係的なるもの（に対する評価）を指針として、関係的契約における「関係」を考察したことになる。なお、これに関連して「申込承諾型」が「成立形態」の典型例とされた原因も未解決の課題である。ただ、次の三つの要因はおそらく影響していよう。第一に、それはGrotius以来の締約理論になじむものであった（一方が渡し、他方が受け取る、という所有権移転を範型とする締約理論）。第二に、とりわけ一九世紀には、取引の拡大や通信手段の発展などにより、「申込承諾型」に固有な問題、すなわち、「申込の撤回」や発信主義と到達主義との関係などが現実の問題として噴出した（申込を語るさい、主に商取引が想定されたのも、このためであろう。この点は、第四部第二編の他、第三部第二編参照）。第三に、契約を構成する二つの「意思（表示）」は時間的にも場所的にも隔絶したものと措定する方が――少なくとも右の場合は――説明の便宜に適っており、かつ「練り上げ型」に固有な問題がほとんど顕在化していなかった当時にあっては、法律論の上では前者のみが脚光を浴び、そのため、一般論としての地位を獲得してしまった。他方、これらに対し、「練り上げ型」の代表例たる不動産売買は、ドイツでは専ら契約の方式という角度から議論されていた（第四部第二編）。またフランスでも、主たる論点は成立時期に集中していたようである（成立時期については、第三部第二編の他、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）二号七二頁以下参照）。結局、「成立形態」という視点は、不動産売買では注目されていなかったようである。

(5) かかる課題を果たしたとき、「何故、今、『交渉破棄』なのか」という問いにも答えられよう。

(6) なお、「成立形態」を「申込承諾型」と「練り上げ型」とに大別したこととの関連から、かかる類型化と法的概念との関係について一言しておくなら、法がある定型的な社会関係を想定し（無論、その抽象度は各規範ごとに区々であろう）、それに対して一定の価値判断を下しているとすると、その関係に当たるか否かという問いは法的な意義を有せざるを得ず、そのため、それに則して社会に存在する諸関係を類型化する作業も法的意義を帯びてくる。そして、かかる作業を通じて得られた諸類型を――社会学的概念としてではなく――いわゆる「法律上の概念」として位置づけるか否かは、――右で見たように、そこに既にある種の法的意味が見い出される以上――本稿にとっては、もはや枝葉末節の問題である。

結び――「信頼保護のあり方」について

「交渉破棄」に取り組んだのは、現代社会における信頼保護のあり方を探究するためであった。「交渉破棄」は小さな問題だが、それに対する不十分な考察からも、信頼保護の全体像を探るための視点は若干得られたように思われる。

第一に、信頼保護は二当事者間のそれと第三者のそれとに大別しうる（序論参照）。前者では、主に当事者間の利益調整のみが問題とされるのに対し、後者では、それに加えて取引安全という流通的側面も考慮される。確かに「申込の拘束力」で見たように（第四部第二編）、二当事者間の信頼保護でも取引安全という要素が加味されることはあるが、この視点が当該法制度の趣旨を理解するさいの一つの目安となることは確かであろう。

第二に、現在についての信頼（誤信）の保護と将来についての信頼の保護という分類も可能である（「誤信惹起型」は前者に、「信頼裏切り型」は後者に属する）。従来は前者のみ注目され、後者は顧みられてこなかった。将来の事象に関する信頼は各当事者が契約を締結することで確実化すべきであるとされ、その要保護性が意識されなかったためであろう（もっとも、契約そのものを信頼保護の角度から位置づける見解は存在する。内田貴『契約の再生』（平成二年）一二四頁以下参照）。本稿は後者の重要性を明らかにした。しかし、両者には帰責レベルで重大な相違があり、安易に一元化しえない（第四部第二編）。さすれば、その相違を明瞭ならしめる意味で、この視点も全体像の展望に役立とう。

第三に、保護の程度の面でも全体は二分される。信頼したのと同じ状態を作出する仕方と信頼なかりせばあったであろう状態を回復する仕方があるのである（「履行」ないし「履行利益の賠償」は前者に、「信頼利益の賠償」は後者に属す）。信頼保護の要請から、いずれかが一義的に導かれることはなく、その選択は様々な要素を勘案してなされている（第

四部第二編参照）。従って、この区分についても、画一的なものの見方は慎まねばならぬが、そうであるなら、反ってこの視点は、個々の制度で考慮される因子を拾い上げ、それらを比較対照するさい、有益な示唆を与えてくれよう。

以上の三つが全体像の展望に役立つ視点である。もっとも、個々の制度が当該問題状況の多種多様な属性に配慮しているのに対し、右の視点は一つの属性にしか着目していない（そのため、二分法が可能なのである）。従って、かかる視点だけからでは、個別具体的な法制度も全体像も捉え切れない。が、これらの視点から各制度を全体のなかで位置づけることは、制度間の共通点と相違点を際立たせ、以て全体像の解明に、否、そもそも各制度の理解に資するところがあるように思われる（たとえば不法行為で、交通事故、医療過誤、公害等々といったレベルで類型化を行っても、人損と物損という類型化が無意味になるわけではあるまい。前者には前者なりの、後者には後者なりの、意義と役割と限界があるはずなのである。この点は、来栖三郎『契約法』（昭和四九年）七三六頁以下から示唆を得ている）。

最後に法解釈学方法論の点から見るなら、本稿に特に目新しいところはあるまい。「申込の撤回」に対する法の態度から、一定の価値判断を抽出し、それを類例たる「交渉破棄」に当てはめる手法（帰納と演繹）は、法解釈の方法として伝統的でオーソドックスなものだからである。かかる手法には種々の限界が内在するが、一定程度の有効性も持っている（第四部第三編）。そうであるなら、問題のない制度をも含め、既存の法制度はまず帰納の面から考察されねばならない。しかるに「申込の拘束力」はあまりに問題がなかったためか、今日まで顧みられることはほとんどなかった。かかる問題意識から、本稿では「申込の拘束力」を見つめ直し、そこから何ものかを学びとろうとしたのである。

およそ立法に携わる者の究極の理想とは、あるいは後年にいかなる疑義も残さぬ法制度を作り上げることなのかもしれない。とすると、後の学者に議論することさえ許さなかった「申込の拘束力」という法制度を導入した、かの起草者たちは、さぞやほくそ笑んでいることであろう。我が事成れり、と。以て瞑すべしとも言うべきであろうや。

［付記］本稿は、平成三年三月に北海道大学から学位を授与された博士論文である。ところで、周知のように、その前後辺りから、契約法に関する議論はますます活況を呈しつつあるが（特にＮＢＬ誌上に公表された一連の論文や内田貴『契約の再生』（平成二年）、さらに私法学会でのシンポジュームは極めて重要である）、時期的な関係もあって、そのような成果をどこまで正確に吸収できたかは心もとなく、そのため、結果的には博士論文とほとんど同じ形で公表することになった。しかし、幸運にも、今年の一月から八月まで内地留学の機会を与えていただいたため、その間、かかる成果に親しむとともに、この問題についても――微々たるものではあるにせよ――若干の進展が感じられた。そこで、当初はそれらを本稿に全面的に取り込もうかとも考えたが、とりわけ最後の部分については、――不正確、不明瞭な点の訂正をも含め――あまりに大幅な書き換えや修正を要するため、断念せざるを得なかった。いずれ別の機会に何かの形で公表できれば、と思っている。

なお、新任早々であるにもかかわらず、内地留学の機会を与えて下さった北大法学部の先生方、また中途半端な時期であったにもかかわらず、快く迎えて下さった東大法学部の先生方には、衷心より御礼申し上げるとともに、ご多忙中にもかかわらず、受入教官になっていただくことをご快諾下さったうえ、様々なご配慮をも賜った平井宜雄先生、留学準備中から公私にわたっての種々のご助言、ご指導をいただいた内田貴先生、研究会の幹事として色々と便宜を図って下さった大村敦志先生には、この場を借りて、重ねて御礼申し上げたい。

Zur Haftung beim Abbruch von Vertragsverhandlungen (7)

Seiji IKEDA*

Wie können wir den Irrationalismus (d. h. die Gefühlsjurisprudenz) schlagen? In dieser Abhandlung wird die juristische Methode der *Analogie* angewandt, die älteste, traditionellste, typischeste, orthodoxeste Denkform der Juristen. Unter der Analogie verstehen wir die Übertragung der für einen oder mehrere untereinander ähnliche *Fälle* im Gesetz gegebenen Regel auf einen vom Gesetz nicht geregelten, ihm ähnlichen *Fall*. „Die Übertragung gründet sich darauf, daß infolge ihrer Ähnlichkeit in den für die gesetzliche Bewertung maßgebenden Hinsichten beide Tatbestände [≒ Fälle] *gleich zu bewerten* sind, also auf die Forderung der Gerechtigkeit, Gleichartiges gleich zu behandeln."[1] Hier handelt es sich um *eine gesetzliche Wertung*, die frei von persönlichem Gefühl sein muß. Diese Methode hat daher gute Chancen, *ein möglicher Weg* für die Überwindung des Irrationalismus zu sein. Die Analogie erfordert jedoch irgendeine Gesetzeslücke. Gibt es eine solche Lücke?

Es gibt zwei typische Formen des Vertragsschlusses. In einigen Fällen trägt der eine Partner einem anderen *einseitig* die Schließung eines Vertrags an, dann nimmt der letztere *allein* den gemachten Antrag an. In anderen Fällen treffen beide Beteiligten in der Verhandlung *miteinander* immer wieder einzelne Vereinbarungen zu den konkreten Vertragspunkten, schließlich kommt der Vertrag durch die Zusammenstellung ihrer Verabredungen zustande. Es macht aus einem juristischen Gesichtspunkt einen tiefen und großen Sinn, diesen Prozeß von jenem zu unterscheiden, denn nur in diesem Prozeß entsteht das sogenannte „Scheitern von Vertragsverhandlungen". Hier erfordert es der Abschluß eines Vertrags besonders häufig, daß zumindest eine Partei im Laufe der Verhandlungen

---

*a. o. Professor an der juristischen Fakultät der Hokkaido Universität, Dr. jur.

[1] Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, (6. Aufl.), 1991, S. 381.

vorbereitende Maßnahmen unternimmt, um den Abschluß und die rechtzeitige Durchführung des beabsichtigten Vertrags zu ermöglichen. Trotzdem hat der Gesetzgeber des japanischen BGB's einen solchen Prozeß nicht gesehen, und es gibt keine gesetzliche Bestimmungen, die das Problem des Abbruchs von Verhandlungen lösen. Die Art und Weise, wie wir die Vertragsverhandlungen zu regeln haben, bleibt offen. Dabei handelt es sich um eine Gesetzeslücke.

Unter einem gewissen Aspekt liegen diese Fälle aber auch gleichartig. „Daß zwei Sachverhalte einander „ähnlich" sind, besagt, daß sie in einigen Hinsichten übereinstimmen, in anderen aber nicht."[2] Um die Analogie anzuwenden, müssen sie gerade in den für die rechtliche Bewertung maßgebenden Hinsichten übereinstimmen, aber sie dürfen einander nicht absolut gleich sein. Was den Abbruch von Vertragsverhandlungen angeht, kommt das Prinzip der *Vertragsfreiheit* (oder der *Privatautonomie*) und die Forderung des *Vertrauensschutzes* in Frage. Letzlich heißt die Frage, „Ist das Vertrauen auf das sichere Zustandekommen des Vertrags in den Verhandlungen rechtlich zu schützen?" Im Widerruf des Antrags (natürlich gehört dieses Problem zu dem obenerwähnten Prozeß der Antrag-Annahme) hält das japanische BGB nun gerade ähnliches Vertrauen für rechtlich schutzwürdig. Die Bindung an den Antrag ist genau vom Standpunkt des Vertrauensschutzes aus anerkannt. Daraus kann geschlossen werden, daß wir das Vertrauen auf den künftigen Vertrag auch beim Fehlschlagen von Verhandlungen rechtlich schützen wollen ; es sei denn, das Vertrauen sei unbegründet oder eine unrationelle Erwartung.

Auf diese Weise ist die Haftung beim Abbruch von Vertragsverhandlungen endlich als rechtliche Auslegung gerechtfertigt.[3] Diese Methode der Analogie bringt uns aber nicht zur Begriffsjurisprudenz des 19. Jahrhunderts zurück. Denn das Folgende ist schon jetzt zum herrschenden Einverständnis zwischen uns geworden. „Es handelt sich bei der juristischen Analogie also allemal um einen Vorgang wertenden Denkens, nicht ledig um eine formal-logische Gedankenoperation. Um zu

---

[2] Larenz, a. a. O., S. 381.

[3] Der wahre Grund, den Weg der Analogie in dieser Abhandlung zuwählen, liegt tiefer, aber es bleibt unmöglich, daß ich ihn hier ausführlich darstelle. Das ist eine Frage der Rechtsphilosophie und der Rechtssoziologie, die über die Methodenlehre der Rechtsauslegung hinaus geht.

erkennen, welche Elemente des gesetzlich geregelten Tatbestandes für die gesetzliche Wertung und warum sie für diese bedeutsam sind, bedarf es des Rückgangs auf die Zwecke und den Grundgedanken der gesetzlichen Regelung."[4] Wenn Juristen nach diesen gründlich zu forschen versuchen, werden sie den goldenen und klugen Mittelweg finden können, der ihr hilft aus der tiefen Talsohle der Begriffsjurisprudenz aufzusteigen und vor dem Abgrund der Gefühlsjurisprudenz zu schützen. Sie haben eine Welt zu gewinnen. Juristen aller Länder, vereinigt euch!

---

[4] Larenz, a. a. O., S. 382.