HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	契約関係発生プロセスの多様性と契約概念　ー申込は単独行為ではないのかー
Author(s)	曽野, 和明
Citation	北大法学論集, 38(5-6下), 1-46
Issue Date	1988-07-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16602
Type	departmental bulletin paper
File Information	38(5-6)2_p1-46.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

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——

曽野和明

目次

I 概念の混乱
(1) 契約関係を生じさせる法律行為の多様性と意思
——「契約」行為と単独行為併存の現実——
(2) 契約概念の多義性と契約関係
II 契約関係を生じさせる単独行為の特徴
(1) 条件付債務負担の単独行為

(2) 契約関係創設権能の付与としての申込とその意味
——オプション概念の有用性——
III 「契約ノ成立」に関する民法典のアプローチの再吟味
(1) 民法典の下での申込の取消可能性
(2) 申込の取消可能の限界時点といわゆる「契約成立の時期」の問題
IV 「国際的動産売買契約に関する国連条約」とドグマの排斥
V 体制の問題としての意思自治
(1) 信頼の原則と体制の問題としての意思自治の原則
(2) 契約法の根幹を支える意思自治
VI 結　び

I　概念の混乱

(1) 契約関係を生じさせる法律行為の多様性と意思
——「契約」行為と単独行為併存の現実——

一　法律行為は、一定の法律効果の発生を目的とする行為であり、申込はそれ自体としては法律行為ではなく、当該申込に対する承諾と合致してはじめて契約という法律行為を成立させるというのが、わが国の法律行為論の基本である。法律行為は、一定の法律効果の発生を意図するものであるから、その根幹には意思があり、契約は、申込と承諾という

二つの意思表示が合致してはじめて成立する法律行為とされている。申込自体は、契約という法律行為の成立を目指すものではあっても、それ自体としては未だ法律行為とはされず、ましてや、申込を、法律行為のもう一つの形態である単独行為と一般的にとらえる発想は存在しない。

二 他方、長期の複雑な交渉を経て契約の締結に到るような場合には、まさしく両当事者の努力が契約締結という共通目的に凝結するわけであるから、そのような契約の場合には、締結寸前の何れかの当事者の意思表示の一つを申込ととらえ、それに対する他方の応諾を承諾とみなすというきわめて偶然的な要素に左右される技巧に頼らなくとも、両当事者の意思が契約締結という一点において合致したときに、両当事者の共同の努力によって契約という法律行為が成立したと考えることは可能であるし、それが自然である。

三 ところで、今日の社会では、契約は当事者を拘束するものとして了解され、一つの法制度として確立されているから、右のような長い交渉過程の後契約締結式までを厳粛に行うような複雑な契約の場合でなくとも、ある人が契約の締結を求め一定の申込をする場合には、相手方がそれに承諾を与えれば自己がその申込内容に拘束されることは覚悟している。しかも、ある申し出が申込とみなされ得るためには、その内容が十分に確定し、あるいは確定し得るものであり、かつ承諾があった場合には拘束されるとの申込者の真剣な意思が示されている必要があることはいうまでもないが、そのような申込は、相手方に対して両当事者を拘束する契約関係を創設する権能を付与する行為に匹敵し、申込者はまさしくそれを意図している。相手方がその権能を行使するか否かはもちろん自由であるが、制度としての契約という法的関係を両当事者間に創設させる権能を一方的に与えるという点では、申込には、形成権の一方的付与の色彩がきわめて濃厚である。申込は、そのような権能付与という法律効果の発生を意図した行為であり、その意図を達成させる法律効果がそのまま認められるのであるから、法律行為の一般的定義からいっても、申込は、契約関係の創設権能を相手方

に一方的に付与する単独行為であると認めることを、否定すべき理由はない。

四　実は、民法学においても、このような形成権付与的な発想がみられないわけではない。それは、再売買の予約における予約完結権の行使や、買戻の特約付の売買における買戻権の行使においてである。これらの場合には、形成権が予め与えられており、それが行使されることによって一定の法律効果が発生する。民法学においては、申込の意思表示自体は法律行為ではないとされている反映として、承諾も法律行為とはみなされていないが、右の形成権行使の行為を単独行為とする考え方はある。しかし、再売買の予約等の問題は、特殊な問題として一隅において処理され、確立された理論、すなわち申込及び承諾の意思表示のそれぞれは、それ自体としては法律行為ではないとの考え方は、微動だにしていない。[1]

五　しかしながら、法律行為論の中核に意思表示がある結果として、学生はもちろん法律学を教える側すら往々にして申込の意思表示を法律行為と呼んでしまういわゆる「誤り」の発生する一般的現象の背景には、それを止むを得ないものとさせる本質的な理論的非現実性があるのではなかろうか。

六　以上述べたことから、契約関係の発生を導く法律行為を一応整理しておけば、次のようになる。

（一）〔申込と承諾〕　申込は、契約関係創設権能を相手方に付与する単独行為（一方的授権行為）としての法律行為であり、いわゆる承諾は、被申込人が彼に与えられた契約関係創設権能を行使する行為であって、形成権の行使としてその意図する法的効果を達成する点において、やはり単独行為と考えるのが妥当である。

（二）〔条件付一方的債務負担行為〕　さらに、商品の発注行為のように、例えば商品を配送してくれれば一定の方法で代金を支払うとの約束の場合についても、それを単独行為としてとらえ得ることはもちろんであるが、このような場合には端的に、相手方が一定の行為をすることを条件とした一方的債務負担行為がなされているととらえることも可能で

ある。相手方はその条件を成就させるか否かは自由であるが、商品の発送という条件を成就させれば約束者の債務を追及し得ることになる。この場合、商品の発送行為の際に相手方の約束に対するものとの認識のあったことが一般的には要求されるであろうが、これは債務負担者側の意思の推測の結果であり、この認識が必要とされるというだけの理由から、それを申込と承諾の存在にあえて結びつけて説明すべき必然性はない。(2)(3)

(三)〔契約行為〕　契約自体が法律行為である場合ももちろんある。既に二で述べたような場合がそれである。複雑な交渉を経て契約締結に到る場合には、一定の共通目的に向かってなされた両当事者の共同の努力が契約の締結という形で結実する。この場合の契約の締結は、まさしく両当事者による法律行為である。それ以前の交渉のプロセスを時間の流れに沿って分析し、申込の拒絶と反対申込、反対申込の拒絶と新たな反対申込といった連鎖に分解して考える実益はない。また、長い交渉過程を経る大型の契約の場合、契約が最終的に締結される以前には、相手方が承諾を与えれば拘束されるという真の意味での申込が、両当事者の何れかからなされたことは一度もなかった、ということも珍しいことではない。「契約とは、申込と承諾の意思表示によって成立する法律行為である」と一般的に説明される場合の申込の意思表示そのものが存在しないのである。交渉の結果として詳細な契約内容が詰められて、両当事者にとって満足のいくものとなったときに、両当事者は契約を成立させる。その際の両当事者の意思表示は、同時的である。そして、それまでの交渉の経緯は、後日契約の具体的内容についての紛争が生じたとき、その確定あるいは契約条項の解釈に対して重要性を持つ。このような場合こそ、「契約」を法律行為ととらえる必要のある場合であり、これを単独行為としての申込や承諾と区別する意味で契約行為と呼んでもよかろう。いわゆる契約締結上の過失が論ぜられるのも、この種の関係においてである。(3a)

七　ところで、私的生活の側面において社会の秩序維持の中心に契約関係を据える発想は伝統的なものであるが、そ

こにはもちろん「身分から契約へ」という歴史的・政治的経緯及び意義が強く影響している。そして意思自治の思想が支える契約観は、法律行為の中核に契約を据え、私的交渉においてなされる多くの意思表示を、契約という法律行為を成立させる要素としての申込と承諾に分解して考えようとする傾向を支えてきたのではないかと思われる。そして、他方では、単独行為としての法律行為は、ややもすると継子扱いされてきた。しかしながら、法制度としての契約関係に入る方法は、「契約」という法律行為によらなくとも可能であることは、右に眺めたところである。しかも、申込を単独法律行為として把らえても、相手方をも拘束することになる契約関係を創設する権能の付与を問題としているわけであるから、双方的行為重視の法律学の伝統的基調に対して本質的な変容を迫ることにもならない。

八　さらに、申込を単なる意思表示とみるか、あるいは既に述べたように相手方への契約創設権能付与の法律行為とみるかはともかくとして、何れにしても申込が申込たり得るためには、その内容が契約となり得るほどに十分に確定し、あるいは確定し得べきものであることはもちろんのこと、さらに相手方がそれに承諾を与えれば（あるいは契約関係創設の形成権を行使すれば）自己も申込内容に拘束されるとの申込者の確固とした真剣な意思が示されている必要がある。したがって、申込のようにみえる相手方への表示がたとえ契約内容を固め得るほどに確定していても、この確固とした真剣な意思の存在が前後の状況及び社会的慣行から読み取ることができない場合には、それが申込となることはない。しかし、申込と承諾の合致による契約の成立が教科書的に一般に論じられる場合、この後段の視角が軽視されている感がある。

九　例えば、不動産取引においては、契約書作成以前の段階で契約内容が固まっていても、契約の成立は書面によるという社会的慣行ができていることを理由として、不動産契約においては契約書を必要とするという要式性の要件が判例によっても事実上認められつつあるとの議論もなされているようである。しかし、これらの場合は、書面による契約

書作成の段階に到って、右に述べたような意味での契約内容に拘束されようとの当事者の確固とした真剣な意思の存在がはじめて認め得るに到ると考えられるのであって、要式性の要件の付加という画一的な形式論を加えることは、他の複雑な契約締結についても同様のことを論じなければならなくなり、無用の混乱を加えるだけであると思われる。したがって、書面によるとの慣行が一般的であるとしても、契約書が作成される以前の口頭の合意による段階において、既に前後の状況から客観的に右のような確定的で真剣な意思を認め得る特別の場合には、契約の成立を否定すべき理由もない。ともあれ、契約内容を詳細に詰める必要のある取引においては、合意により拘束されてしまうことに異存のないことについての当事者の意思の真剣性は、厳しく吟味される必要がある。したがって、例えば、農地法や宅地建物取引法等の特別法で契約書面が要求されている場合において、そこでの書面作成要求は契約の効力発生要件ではなく訓示規定であると理解することが一般論としては正しいとしても、契約書が作成される迄は、法的に拘束されて異存はないとの真剣な意思を読み取ることが困難な場合は多いと思われる。(4) また、教科書等で挙げられている「売った買った」等の単純な事例では、具体的コンテキストにおいて右の真剣性の観点からの評価が加えられるときは、法的意味での意思表示に到っていないと認めるべき場合が、かなり含まれているのではないかとも思われる。あるいは、まだ充分に詰めのなされていない「売った買った」の日常生活のやりとりにまで、いわゆる補充規定の援軍を直ちに駆り出して、約束の「道徳的」拘束力の全てを、我々は法的に処理しようとしているのであろうか。

(1) 遠田新一教授は、注釈民法(13)(一九六六)一二四頁での申込の効力の説明において、申込が、承諾によって直ちに契約を成立させることのできる法律上の可能性を発生させる点をとらえて、被申込人のこの地位を権利とみることができるとし、この権利は形成権としての性質を有すると指摘しておられる。しかし、他方では、申込は契約という法律行為の部分で

あり、独自の法律行為と認めることはできないとして（一二二頁）、これ以外のところでは、この考えを発展させておられない。また、浜上則雄教授は、「契約形成権授与契約について―一つの契約類型として―」ジュリスト三八九号八一頁以下（一九六八）において、ドイツの学説を紹介しながら、契約形成権授与の観念の有益性を説かれる。しかし、単独行為をなしうる場合は法律が認めている場合に限られると述べられて、この形成権は「契約」でなら与え得るとの発想から、この付与を目的とする一つの契約類型を打ち樹てようとされている（八二頁）（もっとも、このようにして与えられる形成権の行使は、浜上教授によっても単独行為ということになるのであろう）。したがって、形成権の付与が合意のチャンネルを通らなければならないという制約に服する点で、契約形成権の観念の有用性はきわめて限定されたものとなってしまっている。

（2）末弘厳太郎「無償契約雑考」民法雑記帳（下巻）五二、五七頁（一九五三）は、電車、郵便等の利用関係について、利用者各自が契約を締結した上で債務の履行として料金を支払うととらえる必要はないとされ、料金支払は、相手方の定めた利用条件の充足に過ぎないとされている。場合は違うが、あえて申込と承諾に分解しようとされない点で共通である。

（3）さらに、相手方に充足を求める条件の中から、相手方が一定の約束をすべきことという条件を排斥すべき理由もない。また、例えば、ある商品を送ってくれれば一定の方法で代金を支払うという条件付約束において、直ちに商品を折り返し送ってくれるならというように条件がきわめて限定的に設定されているような場合を除いては、相手方が商品の発送の前に商品を送る約束をすれば条件が充足されたものとして他方は当初の約束に拘束されるかの問題は、当初の約束をした者の意思解釈の問題に帰する。そして、このような約束に拘束力が認められる原理の背景には、やはり私生活における意思自治の原則がある。

（3a）本稿末の補注（1）参照。

（4）道田信一郎・契約社会―アメリカと日本の違いを見る―（一九八七）の第三章「日本の契約原理」参照。

(2)　契約概念の多義性と契約関係

一〇　さて、本稿においてこれまでは、両当事者の意思表示によって成立する契約を起点として考察した。民法典の

第三編債権の第二章は「契約」とされ、第一節「総則」の下で始まる第一款「契約の成立」は、五二一条から五二八条まで一貫して申込と承諾という意思表示に関する規定で構成されているから、民法学において一般に契約総論が論じられる場合も、相互に約束が交わされる諾成・双務の契約がその中心に据えられている。ところが、第二節以下のいわゆる契約各論となると、様相は一変する。というのも、そこには、使用貸借（五九三条）のように諾成契約に対するものとして一般に要物契約とされているものが規定されており、これらは双方から約束が交わされる双務契約に対するものとして、債務が一方だけに負担されているという意味で片務「契約」とも呼ばれているからである。民法典自体が双務契約という言葉を第一節「総則」で使っているから（例えば五三三条）、他方に片務契約の存在を予定していることを既に窺わせているわけであるが、要物契約や片務契約の契約性は、契約総論で中心的に扱われる契約概念とは、かなり異質なものと言わざるを得ない。契約総論では当事者の意思により創設された契約関係、すなわち諾成契約が主として考えられており、双務契約が通常念頭におかれているからである。

一一 民法学を学ぶ者が、契約総論において意思表示を中心とした契約観を植えつけられた直後に、このように貸借の目的物を受取らなければ成立せず、当事者間の合意のみによっては創設し得ない法的関係も契約と呼ばれることを知り、双務契約と片務契約あるいは諾成契約と要物契約といった区別の存在をも知らされて、それらを理解しようとする場合に戸惑う一般的現象は十分理解できる。民法五九三条に示される使用貸借という法的関係では、そこに含まれる約束は一方にのみ存在するわけであるが、民法典が「契約」の章に含ましめている法的関係の中には、そのほかにも贈与（五四九条）寄託（六五七条）終身定期金（六八九条）のように、成立要件からみて債務負担が一方的なものがかなり多く含まれている。そして、これらは贈与契約、寄託契約、終身定期金契約というように、すべてに「契約」の語をつけて呼ばれることが多い。したがって、少なくとも契約各論においては、契約総論の出発点で中心に据えられた諾成・

双務的な契約観をどの程度払拭して取組めるかに、その理解の鍵がかかっているといっても過言ではない。

一二　しかしながら、ここで注意すべきことは、民法典はどこにも契約の定義を与えていないことである。しかも、相手方が一定のことをすることを条件として一方的に債務負担をする旨の約束（条件付債務負担の単独行為）をなすことによって発生するような法的関係をも、契約の章の第一節「総則」の第一款「契約の成立」の中に示しているのである（五二九～五三二条）[5]。これらの点を考えれば、民法は、当事者が何らかの約束を中心として結びつく法的関係を広く契約関係として把らえており、契約総論の中心として考察されるいわゆる諾成による契約も、民法典が認める一つの法制度としての契約関係を成立させる一方法にすぎないことがわかる。

一三　法律行為としての契約行為による契約関係の成立や、単独法律行為としての契約関係創設権能の相手方への一方的付与（いわゆる申込）とそれに応じた相手方による当該形成権の行使（いわゆる承諾）による契約関係の成立は、一般的な理解に従えばいわゆる諾成契約の成立である（これを狭義の契約と呼ぶ）。そして、民法典は、右に述べたようにこれらの狭義の契約のみならず、条件付債務負担の一方的行為に対して相手方が求められた条件を充足させた結果として双方の当事者間に生ずる法的関係や、狭義の契約観念からは契約であると説明するのが困難な使用貸借等の関係をも、何らかの約束を中心として特定の当事者間に発生する法的関係として、広く契約という概念の下に包摂させてしまっている。しかしながら、論理の梯子としてのパンデクテン構成をとる民法典の第一編総則において、法律行為の基礎にある意思表示がまず取扱われ、第三編債権の第二章契約の冒頭においては、契約の定義が正確に与えられないまま、申込と承諾を中心とした契約の成立が扱われている結果、講学上の契約総論においては狭義の契約が中心として論ぜられているのである。ところが、このような狭義の契約観念とは相いれない片務契約や要物契約の概念が、契約各論において急に出てくることが、理解の混乱を助長している。

一四　いずれにしても、意思表示を私的生活関係の中核に据える民法典が、対人的な権利関係を規律する第三編債権において、契約という語をかなり広い意味に使い、狭義の契約観念からは説明できないものをもそれに含ませていることは明らかである。これは、契約という法的関係を発生させる法律行為にも、単独行為による場合をも含め多様な場合があり得ることを示唆する。したがって、契約関係を発生させる各場合の分析においては、民法典の下で契約というラベルを貼り得るか否かという形式的な次元の問題を越えて、それが如何なる法律行為によるものであったのかについての、厳格で実質的な個別的吟味が要求されることになる。

（5）立法者は、五二九条以下で扱われる広告は申込に類していると考えたが、「開明ノ世ノ中ニナッテ廣告ト云フ都合ノ宜イコトガ」普及しつつあった当時、これに関する詳細な規定を置く必要性が生じているとも考えた。そして、広告を「単独約束」とみる外国のアプローチの存在等をも考慮して、この点は後日の学説に委ね、申込とか承諾という言葉は使わずに、これらの規定を置いた。法典調査会民法議事速記録三（日本近代立法資料叢書3）商事法務研究会（一九八四）七四〇、七五二頁。しかし他方では、法典調査会における現行民法一一八条に関する審議において、広告を申込と理解する梅謙次郎は、広告がなされればそれにより義務が発生する面を強調し、そのコンテキストにおいて「申込」を単独行為と把握する発想を示していた。同速記録一（日本近代立法資料叢書1）一六四、一六五頁。その後のわが国での契約説と単独行為説との対立につき、植林弘・注釈民法（13）（一九六六）一七五～一七八頁参照。

II　契約関係を生じさせる単独行為の特徴

(1)　条件付債務負担の単独行為

一五　さて、狭義の契約のみならず、意思を契機として特定の当事者間に成立する法的関係を広く契約として把らえようとする発想は、実は英米法にも存在する。Unilateral contract の概念がそれである。Unilateral contract とは、一定の行為を相手方が行うことを条件として、その条件が成就された場合に一定の債務を負担することを約束するものであり、申込（offer）と承諾（acceptance）によって成立する bilateral contract とは異なって、条件付債務が一方的な約束によって発生し、指定された条件を相手方が成就させることにより債務の履行を迫り得る法的関係である。したがって、相手方が条件の成就へ向けて行動を起こしても、そのために条件を成就させるべき義務は発生せず、それを成就させる迄は、当該条件の成就を完成させるか否かの自由を相手方は依然として保持している。しかし、この場合でも、一方的な約束は、やはり offer と呼ばれ、条件の成就は acceptance と呼ばれるのである。

一六　Unilateral contract は、両当事者間における債務の存在において一方的（unilateral）である点のみを眺めれば、我々の理解するいわゆる片務契約のようにもみえる。しかし、条件が充足される迄は acceptance がないので契約は存在せず、それが成立したように見える条件成就の瞬間以後は一方的債務約束の履行のみが残るから、そこでの約束の実体は、意思表示としての承諾の存在を論ずる必要のない一方的な条件付債務負担の単独行為である。しかしながら、unilateral contract の概念は、何らかの一方的約束を中心として特定の当事者間に発生する法的関係に関する概念であることには変わりはない。したがって、わが民法典の下でのきわめて広い概念としての契約（本稿一二～一四）には該

当する。ところで、この unilateral contract という概念は、米国の Restatement 2nd, Contracts においては、契約概念を混乱させる有害な概念として使用されていない。[6] しかし、この使用廃止は、両当事者の合意を中心とした狭義の契約観からの発想に基づくものであり、unilateral contract というラベルを使用するかどうかだけの問題となっている。その証拠に、例えば Restatement 2nd §§31, 45 では、unilateral contract としてこれまで扱われてきた法的関係から発生する問題を別個に取扱っているのである。[7]

一七 ところで、右のような条件付債務負担の単独行為（一方的約束）がなされれば、相手方は、求められた条件を成就させるか否かの自由を、条件を完成させる直前まで有している。条件を成就させなければ、約束の履行を求め得ないだけである。これは、あたかも申込の被申込人が、申込を承諾して相手方と契約関係に入るかそれを拒絶するかの自由を持っていることに類似する。そして、債務の発生が当事者の一方のみについてであれ双方についてであれ、そのような契約関係発生への鍵は、いずれにしても意思表示の相手方に預けられている。これは一種の授権である。そして、この権能は一方的に付与されているから、そこには権能の贈与的色彩がある。したがって、対価的なものなくして一方的な権能の授与が行われ、それ以外には何らの変化も生じていない状態に止まっているかぎり、相手方が当該権能の行使、不行使についての自由を持っているのと同様に、他方では、その権能が行使されるまでは一方的にその取消を認めても、相手方を不当に不利な立場に追いやることにはならないから、私的生活における秩序維持に混乱はもたらさない。[8] この一方的な条件付約束は、unilateral contract 的発想の下で offer と呼ばれていることは上述したが（本稿一五）、コモン・ローでは「申込は承諾されるまで取消し得る」のが原則である。我が民法典第三編も、第二章「契約」第一節第一款「契約の成立」のところで、条件付債務負担の一方的約束のようなものをやはり申込的なものとして扱っており、これについては条件成就以前の取消をゆるやかに認めているようにみえる（五三〇条一項）。[9]

一八　しかしながら、右の条件成就以前における取消の問題は、実はそう単純ではない。この種の約束は、実質的には相手方による一定の条件充足に対する対価的色彩を帯びているわけであるが、その約束を信頼して相手方が指定された条件の充足に着手した後でも、それが成就される以前であるならばやはり約束の取消をなし得るのか、という困難な問題にぶつかるからである。広い意味の契約関係を設定する権能の授権の側面のみを強調すれば、一方的な授権はやはり一方的に取消せるはずだとの発想に結びつきやすいかもしれないが、条件付であれ債務負担の「約束」である点を眺めれば、取消可能性が相当程度制約されてもよいはずだとの考え方も起こってくる。これは、私的生活における意思自治の原則を中心とした社会秩序の維持の観点から考察されるべき問題であると同時に、社会生活における信頼保護の要請を加味して考察すべき問題だからである。

一九　ところで、unilateral contractのアプローチの下では、求められた条件の充足へ向けた行為への着手によって、契約関係を創設させる権能の付与は取消不能になるとの考え方をとり、具体的には後述するオプション（形成権的な契約完結権）が成立したと構成することにより、信頼の保護との関係を調整しようとしている。ところが、このオプションの概念は、もともとコモン・ローにおける申込は承諾のあるまでは取消し得るとの原則の下で発展したものであり、承諾前の申込の取消可能性一般の問題とも密接に結びついている。そこで、いわゆる諾成・双務の契約における申込の取消可能性の問題に、視点を移してみることにする。

（6）Reporter's Note to REST. 2d §12.

（7）北川善太郎「日米比較契約法の一アプローチ—unilateral contracts（一方的契約）の分析（一）（二）」法学論叢八七巻二号四頁以下、三号一頁以下（一九七〇）では、アメリカ契約法の大陸法的契約理論への接近という視角から、REST. 2d §§

31, 45に示されたレポーターの例解が詳細に分析されている。

(8) 末弘厳太郎「無償契約雑考」民法雑記帳（下巻）五二～五五頁（一九五三）参照。

(9) この点の詳細については、後述注（23）参照。

(2) 契約関係創設権能の付与としての申込とその意味
――オプション概念の有用性――

二〇 申込は相手方に対する契約関係創設権能（形成権）の一方的付与であり、申込のなされた直後の段階では、権能の贈与的色彩を持つ。それだけに、相手方がそれに信頼をおいて既に一定の行動を起こしているという事情もなく相手方に損害を与えないかぎり、一方的に与えられた権能が取消されても、相手方としてはそれ以前の状態に戻っただけである。[10] また、この付与の性格は、代理権の授権行為の性格とも共通した側面を有しており、代理権の授権が、相手方からの一定の行為への対価的なもの（いわゆるagency coupled with interest）となっておらず、授権の取消により相手方に損害を生じさせないかぎり何時でも取消せること（民法六五一条、一一一条）に似ている。これが、コモン・ローにおいて、申込は承諾のあるまでは何時でも取消せるのが原則であるとされる実質的な基盤である。

二一 この申込を受けた者の不安定な状態を取り除く一つの方法は、申込の持つ契約関係創設権能の付与に対価を与え、それを買取ってしまうことである。これが英米法でいうオプションを形成する。そして、通常この買取りは、当事者間の合意によってなされる。そして、オプションの成立あるいは獲得は、申込者による申込取消の可能性を奪う効果を持つ。ところで、もしもいかなる申込も一旦なされた以上はもはやそれを取消すことはできないという立場がかりにあるとすれば、相手方のみが契約を成立させるか否かの自由を持つことになるという意味で、申込自体が相手方に一

種のオプションを確定的に与える結果となる。四で述べた再売買の予約に基づく予約完結権の行使も、まさしくこのようなオプションの行使である。[11] ところが、わが国の民法学では、民法五二一条一項や五二四条を媒介として、申込は一旦なされた以上一定の期間は取消し得ないのが原則であるとの一般的理解が定着してしまっている。そのために、契約関係を成立させるオプションの付与についての一般論を展開する必要性はあまり感じられなかったようにみえる。

二二　さて、右では、折角取得した契約関係創設権能が何時取消されるかわからないという被申込人の不安を払拭し、将来の一定の時期まで契約関係に入るか否かの決定権を保持しておきたいと被申込人が願う場合を中心として、権能の「買取り」によるオプションを眺めたわけであるが、そこにはコモン・ローにおける約因（consideration）の問題が絡んでいる。すなわち一方的な申込の中で示された、相手方が承諾を与えれば自己も申込に含まれた約束によって拘束されてよいという相手方への契約関係創設権能の一方的授与が、それへの見返りとしての対価（約因）の交付によって、取消不能の拘束力を持つに到るからである。ところで、本来この約因の交換の有無には、捺印証書と並んで、約束者が自己の約束に法的に拘束されることを覚悟しているという、約束者の意思の真剣性の有無を測る一つの法的判断基準として機能していた側面がある。しかし、コモン・ローにおいて約因の概念が拡大され続けた結果、約因は必ずしも対価として約束者に向けられる必要はなく、約束が原因となって被約束者側が何らかの出捐をしたり、当該約束に信頼を置いた一定の作為あるいは不作為が発生すれば、すなわち約束の相手方に当該約束を契機として実質的なdetrimentが生ずれば、たとえそれが約束者側に対価的な利益をもたらさなくとも、そのdetrimentが約因を構成することになるというように、約因概念は質的変化を起こすに到っている。[12] これは、本来約束の真剣性判断の一つの重要な基準とされていた約因が、社会生活における表示への信頼保護という全く別の見地からの要請を充たすべく、新たな役割を持たされるに到っているということである。[13]

二三 そして、約因概念のこのような拡大は、契約関係創設権能の買取りといった次元でのみ考えられていたオプションの成立の場をも拡大させる。すなわち、申込に対して合理的な信頼を置いた被申込人が、例えば承諾すべきか否かの実質的検討活動に着手してしまっている結果、その段階で申込の取消を認めることが正義に反するような場合には、被申込人のそれらの行為に約因性を認めて一種のオプションの成立を認め、申込の取消可能性が制限されることになるのである。ここでは、一方的な約束をした者が最初から取消の可能性を全く考えないほど真剣であったか否かの判断の視角は棚上げされ、一定の約束がなされた場合にそれに信頼を置いて行動したことが合理的であったか否かという、私的生活関係における表示への信頼保護の要請が前面に打ち出されることになる。

二四 そして、約因概念あるいはオプション概念がこのような質的変化を遂げてくると、諾成・双務の契約における申込と同様、unilateral contractにおいてもパラレルに考えて、求められた条件の充足へ向けた行為への確定的な着手がオプションを成立させると説明することも容易となり(本稿一八、一九参照)[14]、さらには、条件充足へ向けた行為への着手でなくとも、求められた条件を充足すべきか否かの実質的検討行為が始まっている場合をも排斥すべき理由はないことになってくる[15][16]。ただし、特に後者のような場合におけるオプションの成立との関係で強調しておくべきことがある。それは、このような場合のオプションの成立は、求められた条件を成就させるか否かの自由のみならず、条件の充足に着手するか否かの自由をも相手方に残すという点である。そして、オプション成立後もこのような自由が一方にのみ残るということは、オプション成立を認めるとの判断をなすにあたっては、かなり厳しい態度で臨むべき必要性を感じさせる。これは、承諾をすべきか否かあるいは条件を成就させるか否かの判断を行うための実質的な行動が既にとられており、約束の取消を認めることが正義に反すると考えられるような場合にのみオプションの成立を認めるべきことを示唆する[17]。

二五　なお、unilateral contract すなわち条件付の一方的債務負担約束の場合には、条件成就へ向けての確定的な行為に着手することは、上述のようにいずれにしてもオプションを成立させるが、諾成・双務の契約の場合には、この時点はまさしく承諾の意思表示の発信の時であると考えられる。したがって、この論理に従えば、たとえそれ以前にオプションが成立していなくても、遅くとも承諾の発信により申込は取消不能となると考えることができる。これは、他方で、承諾が相手方へ到達するまでは、承諾は撤回できると論ずる余地を残すことにもなりそうである。

(10) 売主の瑕疵担保責任に関する規定と無償契約関係における民法五五一条や五九六条の規定との対比も、このような考え方の存在を示唆する。末弘厳太郎「無償契約雑考」民法雑記帳（下巻）五二、五三〜五七頁（一九五三）参照。また、磯村保「ドイツにおける法律行為解釈論について―信頼責任論への序章的考察（一）〜（四）」神戸法学雑誌二七巻三号、二八巻二号、三〇巻三号、四号（一九七七、七八、八〇、八一）でも、遺言及び贈与等の無償行為一般につき、信頼保護の必要性がある限りで有償契約と同じく受領者の立場からする解釈を承認する説（ブロークス）を引用しながら、無償性が信頼保護の要否に関係するであろうことが指摘されている（三〇巻四号七二三〜七二五頁）（この磯村論文については、注(41)も参照）。負担付死因贈与の受贈者が負担の全部又はそれに類する程度の履行をした場合には、民法五五四条による一〇二二条、一〇二三条準用を通じての遺言による当該贈与の取消可能性が制限されるべきだとする最高裁判決（昭五七・四・三〇民集三六巻四号七六三頁）も、これと同一線上にある。

(11) 谷口知平教授は、注釈民法（13）（一九六六）一八頁において「英法におけるoptionの付与の理論を借りるならば、予約義務者は一定の期間撤回しない約束のもとに申込をなすものであり、予約権利者の本契約締結の意思表示は、承諾であると解することもできよう」と指摘されている。

(12) 望月礼二郎・英米法〔改訂版〕三二三〜三三七頁（一九八五）及び木下毅・英米契約法の理論〔第二版〕（一九八五）の第四章参照。なお、本稿末の補注（2）も参照。

(13) ここでは傍論となるが、約因概念のこのような拡大の方向が、意思とは離れた次元での表示への信頼の保護という promis-

sory estoppel の目指すところと同じであることは間違いない。したがって、約因の機能のこのような拡大は、表示への信頼の保護を正面から把らえる promissory estoppel（約束的禁反言）の隆盛への道を開くことになる。すなわち、今日まで裏口で見え隠れしてきた promissory estoppel に摘出性を認めて、それを正面玄関に据えることを容易にする。そして、これに関するもっとも重要な規定である Restatement 2nd § 90 の Comment a は、同条を根拠とするかぎり、bargains の履行を強制するに当たってのポリシーの範囲につき精緻な検討を加えることは、多くの場合もはや不必要であるとすら言い切っている。同様の傾向が、イギリスにも看取されることにつき、木下毅・前掲書一七九頁参照。なお、これらの問題については、本稿四四以下で再述する。

(14) 民法五三〇条一項は、条件付債務負担の一方的約束のようなものについて、条件成就以前に取消をゆるやかに認めているようにみえるが、このような取消は、場合によっては、契約締結上の過失としての責任を発生させ得ることを指摘する学説もある。植林弘・注釈民法（13）（一九六六）二〇三頁でのそれらの紹介参照。これは、表示への信頼保護の側面を強調するものであり興味深い。本稿四四参照。

(15) Rest. 2d §45 Comment f.

(16) 本稿一五、一六で眺めたように、unilateral contract は狭義の契約ではなく、そこでの約束の実体は、厳格には承諾の存在を論ずる余地のない一方的な条件付債務負担の単独行為であり、相手方による条件の充足を招いているにすぎない。したがって、条件充足へ向けて相当の準備行為が始まってから、約束者側の妨害によらずして、指定された条件が成就不能となったような場合は、オプションの成立がたとえ認められても、条件自体が成就できないのであるから、約束の履行を迫れないことになる。このような結果を認容することが不公平とみられる場合には、コモン・ローの裁判所は、unilateral contract におけるいわゆる offer の中に bilateral contract への申込の意思をも読み取ることにより、求められた条件を充足する行為への着手の際に約束者に対してその旨の通知をしている場合には、bilateral contract の申込に対する承諾があり契約が成立したものとして取り扱う手法をとることもある。Rest 2d §31 参照。しかし、通常の場合には、申込が取消不能となっても、被申込人は承諾するか否かの自由、また unilateral contract における offer にあっては求められた条件を成就させるか否かの自由を持つのに対して、右のアプローチによるときは、条件成就へ向けた行為への着手によって承諾が擬制されてしまう結果、契約関係が成立して拘束されてしまうことになる。したがって、右の手法が利用されるのは、実際には被申込人が契

約の成立を認める判断を求めている場合で、しかもそれを否定することが著しく正義に反すると考えられる事案に限られている。たとえばBrackenbury v. Hodgkin, 102 A. 106 (Me. 1917)とDavis v. Jacoby, 34 P. 2d 1026 (Cal. 1934)とを対比。同様の論理から、条件成就へ向けての確定的行為に着手した後に、その旨を相手方に知らせた場合において、これにより相手方が条件が充足されるとの合理的期待を抱いたのが当然であり、かつそれに信頼を置いて実質的行動をとったときにも、当該相手方がbilateral contractの成立を主張するかぎり、その否認を許すことも困難となろう。

(17) REST 2d § 87(2).

III 「契約ノ成立」に関する民法典のアプローチの再吟味

(1) 民法典の下での申込の取消可能性[18]

二六 さて、これまでは、申込の取消が原則として可能であることを前提として(本稿一七、二〇)、その取消可能性が制限されるべき場合を眺めてきた。しかし、わが国では、民法五二一条一項や五二四条を媒介として、申込は一旦なされた以上一定の期間は取消し得ないものとの理解が民法学者の間で定着しているためか、本稿の一七以下で眺めてきたような分析はなされていない。民法五二七条の規定は、きわめて限定された場合にのみ適用あるものとされ、五三〇条一項との関係にいたっては全く等閑に付されている。承諾の撤回についても、五二六条一項が、承諾の発信によって契約が成立すると規定していることが影響してあまり論ぜられず、同条との整合性を保つために、本来きわめて明快であるべき五二二条や五二三条についても苦しい解釈が与えられている。そこで、わが国での一般的アプローチの正当性をここで堀り下げてみることにしたい。

二七 まず、最初にはっきりとさせておくべきことは、民法典の「契約ノ成立」に関する規定は、当然のことながら

強行規定ではなく当事者の意思不明な場合の推定規定であるということである。意思自治の趣旨からいっても、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。したがって、申込の意思表示においても、民法の規定を適用する前になされるべきことは、申込をした者の意思の解釈である。[19]

二八 例えば、甲が契約となり得るのに充分な内容をもった真剣な申込の意思表示を乙に対して書面でなし、申込発信の日から三〇日以内に甲の所へ必着するように手紙で諾否の返事をほしい旨を述べた場合を考えてみよう。それを受取った乙は、それを一見して検討に値いする申込かなと思うが、承諾期間は三〇日もあるし多忙なため、その詳細な検討は数日後にまわすことにしてそれを放置する。ところが、その翌日に前日の申込はなかったものと考えてほしい旨を述べる甲からの書面が到達したので、乙は申込内容がどのような契約条件を提示していたのかについて新たな関心を抱いたが、そのまま日が経過し、それを忘れかける。しかし、乙は一五日目になってその間の事情を知る第三者から、甲が申込の中で示した契約条件は被申込人にとって素晴らしいものであったことを聞いたので、早速申込内容を詳細に読んでみると即座に承諾をしておくべき申込であったことが判り、しまったと後悔する。ところが、数日後偶然ある民法学者に会ったのでこの話をすると、民法五二一条一項の存在を教えてくれ、それによれば、手元に残っている甲からの申込は承諾の期間の定めのある申込として三〇日間取消し得ないこととなっており、日本と同じ大陸法系のドイツでもそうであると学のあるところを見せてくれる（しかし、フランスにはコモン・ローの約因に似たcausaの理論があり、その影響もあって、フランスではドイツと異なるということは話さない）。それを聞いた乙は大喜びで、承諾の旨を電報で直ちに発信する。それから三週間程して、甲から何らの反応のないのを不審に思った乙が甲に問い合わせると、そのような電報は甲の手元に届いていないことを知らされ、いずれにしても申込はその翌日に取消したのであるから、両当事

者間に契約は成立していないと告げられる。乙は電報ではなく速達書留を利用すべきであったと後悔するが、このことを弁護士でもある先の民法学者に電話で報告すると、申込の書面を詳細に読んでいない彼は、隔地者間の契約は承諾の通知を発信したときに成立するとの民法五二六条一項を読み上げてくれた。

二九　さて、右の事例において、甲が当初その申込により乙に対して甲乙間に契約関係を創設するか否かの決定を委ねたことは明らかであるが、ここで考えるべきことは、甲はこのような権能を乙に一方的に与えた際に如何なる意思を有していたかである。相手方が当該申込に信頼を置いて申込内容の実質的な検討を始めたような場合はあきらめるとしても、乙がそのようなことをしていない段階においても、乙への当該権能の付与を絶対的なものとして、その段階での取消の可能性までを自ら放棄する確定的な意思を有していたと認めるべきか否かである。既に述べたように(本稿一七、二〇)、権能の一方的付与には贈与的色彩が濃厚である。そして、当事者間にその申込の取消を絶対に許さない特別の取引関係のあるような特殊な場合は別として、申込をした甲に、右の事例の状況下での翌日の取消という例外的な場合までをも排斥することを覚悟するほど確定的な意思があったと考えるのは行き過ぎであろう。この事例において当該取消を当初は素直に受入れたと思われる乙の反応が、社会の通常の反応のように考えられる。[20] したがって、当事者の意思が不明の場合についての民法五二一条一項を、右のような事例にそのまま適用することは適当でない。そして、この甲の意思にそのまま効果を認めても、社会生活の秩序が乱されることはないし、社会の秩序が乱されるのは、甲がその申込を取消すことによって乙が不当に不利な立場に立たされ、信頼を基調として保たれる私的生活関係に混乱が起こるときである。甲はよく直ぐに取消しをする人らしいという、甲の社会的評価のみに関係する問題にまで法律は立ち入る必要はない。何らかの制約を課す必要があるのは、生活秩序の維持という法の一つの目的が前面に押し出されるときである。

三〇　民法五二一条一項の規定は、一般に次のように説明されている。すなわち、申込がありそれに承諾期間が示し

てあるときは、相手方はそれに信頼を置いて行動するから、相手方の信頼を保護するためにも当該期間中の申込の取消は認められないのだ、と。そして、隔地者への承諾期間の定めのない申込についての民法五二四条に関する説明もほぼ同様である。このように、相手方の信頼保護の必要性が強調されているわけであるが、上述の事例のような場合には、そのような信頼の保護を必要とする基盤自体も未だ成立していない。やや傍論となるが、ドイツ普通法では、コモン・ローにおけると同様に、申込は承諾のある迄は取消し得るのが原則とされていたが、その結果、申込に信頼をおいて行動を始めていた被申込人を、契約締結上の過失類似の手法で救済すべき場合が続出したので、それを防ぐために、この原則が一八〇度転回されたといわれ、この原則変更には、申込への信頼保護の必要性の側面が大きく影響したようである。[21] いずれにしても、民法五二一条一項や五二四条は、せいぜい申込のなされた前後の状況を基礎として反証を挙げることによって覆し得る推定規定として眺められるべきであろう（民法五三〇条三項も参照）。

三一 ところで、右の考え方に対しては、承諾期間を明示してなされた申込には、当該期間中は申込を取消さない旨の確定的意思が明確に示されていると考えるべきであるから、その意思に効果を認めようとするのが民法五二一条一項の趣旨であるとの反論が予想されそうである。そこで、この点にふれておきたい。まず、このような見方は、申込の承諾適格期間（申込の有効期間）の問題と申込の取消不能期間の問題を区別せず、申込中において示された期間を、後者にのみ結びつけて眺めている。申込人が申込発信の日から三〇日以内に返事をされたいと述べるときは、当該期間内は申込が有効であることは確実であるが、当然に取消不能期間をも定めたものとみるべきではない。また、かりに取消不能の期間を一般的に定めたものとしても、本稿二八の事例における取消のような例外的な場合まで排斥する意思があったか否かは、具体的なコンテキストにおいて個別的に判断されるべきことである。また、例えば、甲が乙の数人の競争相手に対して一定の申込を同時にしたことを示した上で、申込の日から一週間以内に返事されたき旨を述べているよう

な場合には、その期間の定めが申込の取消不能の期間を定めているとは一概に言えないであろうし、もしも申込中に「早い者勝ち」の趣旨がより明確に示されているときは、それは確定的となる。

三二　さらに、申込の承諾適格期間と申込の取消不能期間が必ずしも一致するわけでもない。例えば、甲が、乙の数人の競争相手に対して一定の申込をなす意図を示した上で、乙に対して翌日正午迄に返事をすれば乙に契約を与える旨を述べたようなときは、申込の取消不能期間以後も承諾適格期間は相当の期間続くと考えるべき場合があろう。承諾適格期間は、申込の取消不能の期間よりも短いことはあり得ないが、それよりも長いことはあり得るのである。したがって、民法五二一条二項の規定も、せいぜい申込の承諾適格期間についての推定規定であり、前後の状況からみて承諾適格期間についての申込人の意思が異なるときは、当然その意思が尊重されるべきことになる。また、五二四条に五二一条二項に相当する規定のないことからみても、承諾適格期間が、申込の取消不能の期間よりも長い場合があり得ることがうかがわれる。(22)

三三　さて、本稿二九の末尾において、「甲はよく直ぐに取消しをする人らしいという、甲の社会的評価のみに関係する問題にまで法律は立ち入る必要はない」と述べたが、甲の社会的評価のみの問題に止まらず、甲の申込の取消を認めれば申込に信頼を置いて行動を起こしていた乙が不当な不利益を蒙るに到るような場合は、乙は文句を言い出すであろうし、これにより社会的秩序に波乱がもたらされ、法もそれを放置できなくなる。そして、このような取消不能の段階への移行の時点については、基本的には本稿一七から二五において述べたことがそのままあてはまると考えられる。(23)

(18) 民法学においては、承諾される前の申込の取消の可否を、民法典が取消の語を使っているにもかかわらず（例えば五二一条一項、五二四条）、撤回の語を当てて説明するのが常であり、その理由を、申込という意思表示は未だ契約という法律行為

に昇華していないから法律効果が発生しておらず、したがって法律行為によって一旦生じた法律効果を遡及的になかったことにする取消と区別する必要に求めている。ところが、民法総則における意思表示の無効・取消に関する規定の説明では、意思表示には申込も含まれるにもかかわらず、取消の語が何の抵抗もなく使用されている。また、意思表示の多くは法律行為と結びつくとの前提に立つためか、そこでは、しばしば意思表示と法律行為が代置されて、法律行為の取消という形で解説されていることもある。しかしながら、意思表示が相手方に到達して(民法九七条)、意思表示としての効力が発生する前の撤回と、効力が発生してからのそれとは区別されるべきであり、申込による相手方への契約関係創設権能の授与という法律効果の発生以後は、その「取消」の可否が論ぜられるべきであろう。そして、申込により形成権授与という一定の法律効果が発生しているからこそ、申込の取消可能性も重要な問題として論じられていると考えられる。したがって、申込を法律行為とみる本稿の立場から、取消の語を使用する。しかし、実際には撤回と取消の語はしばしば混同して使用されているから、その意味が前後の関係からはっきりしているかぎり、何れの語を使用すべきかについて目くじらをたてる必要はもちろん感じない。なお、承諾の撤回はもちろん「撤回」でよい。

(19) 現在では民法九一条、九二条に吸収されてしまっているが、民法典の起草者は、現在の五二一条から五二八条の次に、「前八條ノ規定ニ異ナリタル意思表示又ハ慣習アルトキハ其意思表示又ハ慣習ニ従フ」との規定を当初置いていた。そこには、依然として今日的意義を有すると思われる次のような趣旨説明がある。(富井政章)「或ハナクツテモ宜イカモ知レマセヌ全體ガ其契約ノ成立ニ関スルモノデアリマスカラ當事者ガ銘々自分ノ便利ト思フ所デ意思表示ノ出来ルト云フコトハ殆ド疑ヒノナイコトデアリマスカラナクツテモ大丈夫デアラウト思ヒマス此處ハ重モニ慣習ノコトガ言ヒタカツタ其慣習ノコトヲ言フニハ矢張リ其序ニ意思表示ノコトモ言フタ方ガ宜カラウト云フ位ノ考ヘデアル併シ此五百十八條(現五二一条)五百二十一條(現五二四条)等ニハ随分命令的ニ書イテアル『取消スコトヲ得ス』或ハ申込人ガ然ウ云フ意思ヲ申込ノ中ニ言ヒ現ハシテ居ツタ丈ケデハ夫レハ効力ヲ持タナイト云フヤウナ解釋ガ出ナイトモ言ヘナイ法律思想ガ今日ハ餘程發達シテ居リマスカラ多分ハ出マイト思ヒマスケレドモ慣習ノコトヲ言フ序ニ言フタ位ノコトデアリマス」民法議事速記録三(前掲注5)七三七～七三八頁。そして、契約の成立の規定に関する討議を眺めても、事実問題としての意思解釈が一貫して念頭に置かれていたということが随所でわかる。例えば、同六四八～六六〇頁における現在の五二一条に関する討議参照。

(20) 同速記録六五五頁参照。また、民法五二四条における申込取消の可能性制限の根拠として、承諾するか否かについては「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来テハ大変困ル」（梅謙次郎・同速記録六七二頁）との説明も重要である。

(21) 遠田新一・注釈民法（13）（一九六六）一二八頁。なお、この点の詳細については、北大での演習において大学院博士課程在学の池田清治君（民法専攻）より教示を受けた。

(22) 民法議事速記録（前掲注5）六五六、六五七、六六八、六七七頁参照。

(23) なお、条件付債務負担の単独行為（あるいは条件付の一方的約束）についての規定とも考えられる民法五三〇条一項では、条件を成就すべき期間が定められていないときは条件成就以前において約束の取消を認めることを原則としているようにみえるが、この問題も本来は、周囲の状況の下での意思表示の解釈によって決定されるべきことであり、同条は推定規定と考えられるべきである。したがって、同項にいう「指定したる行為」がきわめて単純な行為の指定である場合はともかくとして、五二九条にいう「報酬」に見合う実質的な負担を行為者に要求しているような場合には、すなわち実質的効果において双務・有償の契約の場合に近いときは、約束者側に相当の期間は取消さないとの意思があったと認め得るであろう（五二四条参照）。この「指定したる行為」の種類に特に制約のないことにつき、植林弘・注釈民法（13）（一九六六）一八七頁及び民法議事速記録三（前掲注5）七四六、七五一頁参照。また、民法五二一条や五二四条の推定規定性については既にふれたが、その際たとえ申込の取消をしないという意思が申込人側にあるとしても、それは例外を絶対認めないような意思とは通常考えられないことを繰り返し強調し、社会生活においてもそのような例外的な取消は受け入れられていることを述べた。このことは、より端的に、五二一条や五二四条の趣旨がそのような例外的な場合を排斥するものでないとの「解釈」の確立を求めているのかもしれない。これは、これら条文の射程距離確定の問題であり、五三〇条一項についても同様のことが言える。

(2)　申込の取消可能の限界時点といわゆる「契約成立の時期」の問題

三四　いずれにしても、我が民法を以上述べてきたように眺めれば、日本法もその実体的解決においてコモン・ロー

と何ら変わらないことになる。しかし、まだ一つ吟味していない重要な点がある。それは、本稿二五で述べた点に関係する。すなわち、民法五二六条一項の問題である。通説は、この規定を承諾の意思表示の効力発生時期に関する規定として真正面からこれを受け止めて九七条一項への例外的規定と位置づけ、承諾の発信によって承諾の効力が発生し契約が成立するとした上で、五二二条や五二三条の存在との整合性を維持するために種々の苦しい説明を行っていることは周知の通りである。しかし、このアプローチには疑問を持つ。当事者が契約関係に何時入ったかの問題を考えるに当たっては、意思自治の趣旨からみても、当事者の意思がまず重視されるべきであり、申込人が被申込人に契約関係創設の権能を与えた際の状況からみて、如何に処理するのが合理的かの視点こそ重要である（一定期間内の承諾必着を求めた本稿二八の事例参照）。民法五二六条一項を通説のように割り切ってしまったのでは、この点が軽視されることになるのみならず、関連してくる問題は、いわゆる発信主義を柱として説明するにはあまりにも複雑だからである。

三五 例えば、承諾を伝達する手段方法が指定されていた場合には、申込人は他の方法での承諾を全く認めない趣旨なのか、あるいは、指定以外の方法によったときは伝達中の事故によるリスク（例えば、不到達とか電報内容の誤電等）は被申込人が負担せよというに止まる趣旨なのかの問題が発生するが、これらの問題にいわゆる発信主義は苦吟せざるを得ない。さらに、伝達手段の指定が排他的なものでなくても、指定以外の方法を利用して承諾した場合には、申込人による現実の了知が必要とされる場合があるのではないか（例えば、郵便による返事を求められた場合に、電話で申込人の秘書に承諾を伝え、それを秘書が忘れた場合）となってくると、相手方の「支配領域内への到達」をもって意思表示の到達があったとする一般的には妥当する考え方までが揺らぎはじめる。しかも、指定の商品を配達してくれれば、現行価格表に従って代金を支払うというように、相手方が一定の行為をすることを条件とした一方的債務負担行為のような場合（本稿六（二）参照）には、商品の発送後それが相手方に到着する前にそれを取り戻すことができる。条件が

成就しないだけである。したがって、「承諾の撤回」的な概念すら特に必要としない。[24] ところが通常の承諾の場合には、承諾の発信後それが相手方に到達する前に撤回することは発信主義の単純な論理では認められない、しかし、例えば、これ迄取引関係になかった者より申込があり、それに承諾状を送付したようなときは、承諾の通知が相手方に届く前に承諾状を取戻した場合や、より早い通信手段で承諾状を無視されたい旨の連絡をした場合に、それに撤回としての効果を認めても、それまで申込が承諾されるか否かを知らなかった申込人を不当な立場に追いやることはなく、私的生活における社会秩序の維持に混乱はもたらさない。そして、このような場合には、社会は承諾の撤回を非難せず受け入れると思われる。それにもかかわらず申込人が承諾の発信によって既に契約が成立していたと主張する場合、法は彼に常に手を貸すべき社会的な要請があるのかということ自体が疑問である。また、はじめに列挙したような相互に異質の問題についてまで、いわゆる発信主義という柱を立てて、それに基づき全ての問題を断ち切る必要があるのかも疑問である。[25]

三六　それでは、五二六条一項の主たる目的は何であり、如何に解釈すべきなのであろうか。この点を法典調査会民法議事速記録は明快に示している。すなわち、種々の議論がなされているものの、いわゆる発信主義採用を決定的にしたのは、かりに申込の取消が認められるような場合であっても、その取消可能の最終的限界時点が如何にあるべきかについての議論であった。そこでは、承諾を発信すれば、承諾者は履行の準備に着手するのに、承諾発信後に申込の取消があったのでは困るとの実務界の反応が考慮され、承諾状を発すれば履行に着手するとの全国的慣行の存在が強調されている。そして、発信により契約が成立したことにしておけば、もはやそれ以後の申込の取消を論ずる余地がなくなるというのが、起草者の趣旨説明である。[26] さらに、この取消可能の時期に一線を画したこととの関連において、五二七条の規定の妥当性も了解されていたのである。[27] すくなくとも三五の前半で列挙したような問題は立法過程で論じられておらず、承諾の場合には、九七条一項の原則を申込者の明確な意思に反してでも完全に排斥しようとの趣旨もそこには読

み取れない、すなわち、承諾通知の延着に関する五二二条は、五二六条一項の論理とは結びつけられず、信頼の原則あるいは信義則的なものとして素直に理解されていたのである。[28]

三七 したがって、このような立法の経緯に照らして五二六条一項を眺めるとき、申込の取消可能の限界時点を画することに主目的があったと理解することができる。ただ法文が、契約がいつ成立するかについて明確な規定を置いてしまった以上、それをどう処理するかという技術的な点は残る。しかし、契約成立時期の問題は、契約創設の権能を与えた申込人の意思が本来支配すべき事柄であることから考えても、同規定はせいぜい申込に使用された意思伝達手段と同じ手段（申込中で承諾方法が別に指定されていたときはその手段）で承諾を行ったような通常の場合についての伝達中のリスク負担に関する申込人の意思の推定規定的な意味しか持たない点を強調すれば充分であろう。したがって、本稿三五で述べたような問題は、いわゆる発信主義の束縛を離れて、別個に合理的に判断されるべき問題であると考える。また、売買の一方の予約における予約完結権行使のような場合と同様に、承諾は申込人から与えられた契約関係創設権能（形成権）の行使であると把らえても、何時契約関係が創設されるか（発信か到達か）の問題は、そのような権能を与えた際の申込人の意思の解釈の問題に帰する。そして、通常は承諾の到達を求めていると理解するのが自然であろう。[29] このように眺めると、これらの諸点についても、日本法はその実体的解決においてコモン・ローと変わらないことになる。

(24) 商品の運送に日数を要する場合に、発送の旨を相手方に電話等で連絡し、それに信頼を置いて相手方が実質的行動をとった場合の処理については注（16）の後段参照。

(25) 星野英一教授は、いわゆる発信主義を理由として承諾の撤回を認めなかったMorrison v. Thoelke, 155 So. 2d 889(Fla.

1963)の分析において、契約の成立時期の絡む具体的ないくつかの論点の存在を指摘された上で、それら全部につき発信主義から一律にきめる必要はないとされ、この判決が示す詳細な論理は、かなり概念の遊戯となっており硬直とされている。同「契約の成立（英米判例研究）」民法論集第一巻（一九八三）三一五頁、三一九、三二一頁（一九六六―一）アメリカ法一二五頁以下の再録)。前段には賛成である。しかしながら、本判決は、確かに百科辞典的にドグマを紹介してはいるものの、本件は、単純な申込に対する承諾の撤回が認められなかったケースではなく、不動産売買契約に関するものであり、交渉の末まとまった契約内容をテキサス州の買主が契約書にしてサインをしてフロリダ州の売主へ送付し、売主もそれにサインをして買主に送付した後、売主の気が変わり、承諾状が届く前に買主の弁護士に電話をして承諾の撤回を告げたケースである。そして、判決は、サインをして契約書を手元に置いている段階では契約は成立していないが、それを外部的に表現した発信の時に契約は成立したとするのである（155 So. 2d at 892)。したがって、本件契約書へのサインは両当事者同席の下で行われはしなかったが、すくなくとも本稿六（三）で述べたような場合に準じて考え得るケースであるように思われる（Id. at 899)。判決は、冒頭で当事者の意図の重要性を指摘し（Id. at 891, 892)、売主が自己の手紙を取り戻し得る power の問題と right の問題とを混同して眺めることの不当性を述べた上で（Id. at 901)、弁護士への承諾撤回の電話がたまたま承諾状が届く前であったという偶然性を最後に強調していること（Id. at 905）からみると、裁判所は、本件の前後の状況からみて、既に成立した契約の実質的には破棄のケースとして眺めていたと考えられる。したがって、本判決は、星野教授も言われるように、一般的抽象的な議論を展開しているように見えるものの、承諾発信後の撤回不能を一般的に宣明したものとして受け取るには、やや特異なケースである。なお、本件判決においても論じられている Adams v. Lindsell 等の英国判例は、民法典の起草者がいわゆる発信主義の一つの補強資料としたものであるが、それら判例は、申込の取消可能時期に関するものであったことにつき次の注参照。また、MacNeil, Time of Acceptance : Too Many Problems for a Single Rule, 112 U. PA. L. REV., 947, 952, 979 (1964) は、種々の具体的論点に応じた機能的分析の必要性を指摘している。

(26) 民法議事速記録三（前掲注5）六九〇～六九二、七〇三頁における梅謙次郎博士の発言。また、民法五二六条一項を削除しようとの到達主義からの提案（富井政章）に対して、同博士は、到達主義を採ると、承諾状の到達前に申込の取消が承諾者に届けば、契約は成立しないことになってしまうとの発想を示した上で、もし到達主義を採るのならば、承諾発信後の申込の取消可能性を排斥する規定が必要となると述べ、発信主義にしておけば、そのような明文は不要であると指摘している。

同速記録七〇三～七〇四頁。なお、起草者が参照として挙げている四つの英国判例（スコットランド一件を含む）は、一般に契約の成立に関する発信主義の原則を宣明したものとしてわが国で受け取られているが、その内三つまでは、契約の成立に直接関係するものではなく、申込の取消可能の時的限界に関するものであり、残る一つ、すなわち Household Fire Insurance Co. v. Grant, 4 Ex. D. 216 (1879) は、会社の作成した株式申込書式に署名の上、会社の代理人に手渡された株式の申込に対して、郵便で送付された割当通知書が申込人に届かなかった場合において、株金払込責任を認容したという特殊なケースであることを注意しておく必要がある。例えば、発信主義に関するリーディング・ケースとしてわが国でも良く知られる Adams v. Lindsell, 1 Barnewall & Anderson 681 (K. B. 1818) は、Cooke v. Oxley, 3 T. R. 653, 100 Eng. Rep. (K. B. 1790) において、被申込人が承諾の通知をする以前に申込人が気を変えてしまっている場合には、既に申込は取消されていたとの理由から、契約は成立せずとされていたのを受けて、承諾が発信された後に申込人の気が変わった場合でも、それに申込の取消としての効力が認められるべきか否かが直接の争点となったケースである。そして、裁判所は、Cooke v. Oxley のルールの時的な適用限界を示すための脈絡において発信主義を述べたのである。また、Adams v. Lindsell では、申込人の気持が変わった場合に、それに申込の取消としての効力が認められるためには、被申込人に知らされる必要があるか否かすら問題となっていなかったが、Byrne v. Leon van Tienhoven & Co., 49 L. J. C. P. 316, L. R. 5 C. P. D. 344 (1880) では、申込の取消は、相手方が承諾を発信する迄に届かなければその効力を発生しないと判示する脈絡において、発信主義が述べられたのであった（わが民法五二七条と対比）。本稿では、その詳細に立ち入る余裕はないが、英米のこの分野の判例の多くは、実際には具体的事件における争点の違いに応じて、発信主義、到達主義を巧みに使いわけているように思われる。

(27) 前掲・民法議事速記録七一四頁。

(28) 同六六〇～六六五頁。したがって、同条原案にあった「延着ノ旨ヲ相手方ニ通知スルコトヲ要ス」も、現在のように「延着ノ通知ヲ発スルコトヲ要ス」と改められ、誠意を尽くせば十分であることとなった。同六六四頁。五二七条についても同様である。同七一四～七一五頁。

(29) 星野英一教授は、「編纂過程から見た民法拾遺」民法論集第一巻一五一頁（一九八三）において、その一八六頁以下で、民法五二六条の成立過程を詳細に分析しておられるが、立法者は理論面よりも実際面を、そしてロジックより便益を重視していたことを強調され（一八八、一八九頁）、例えば、五二六条と五二一条二項との関係について、申込者が承諾期間を定めた

ときは、その期間内に承諾の通知を受けざるときはという意思が明らかであると立法者が考えていた旨を紹介して、この関係での承諾の到達主義は認容しておられる(二〇九～二一一、二一四頁)。なお、五二六条一項の理解の仕方は本稿と異なるが、石田喜久夫教授も、承諾の意思表示の到達は不可欠との考え方を展開しておられる。同・現代の契約法(一九八二)三九、四九頁参照。また、北村一郎「私法上の契約と『意思自律の原理』」岩波講座・基本法学4(契約)一六三頁以下(一九八三)には、フランスにおける今世紀の学説は、発信主義の原則を一種の利益衡量から支持してきたが、近時事実問題として、成立の時期と場所との区別、成立時期と撤回可能性との区別を明確化する主張が現れているとの指摘がある(同一九六頁の注(17)参照)。

IV　「国際的動産売買契約に関する国連条約」とドグマの排斥

三八　私的生活における社会秩序の根幹に意思自治を据える社会の間では、契約関係の発生に到るプロセスとその周辺の問題の解決において、それほど差があるとはそもそも考えられないが、本稿では、異質の法体系と考えられているコモン・ローの原則と日本法との間にすら、大差がないことを眺めた。ところで、一九八八年一月一日発効の「国際的動産売買契約に関する国連条約」(一九八〇年ウィーンで採択)は、特に大陸法系と英米法系における表面的なアプローチの差を乗り越えた法統一への合意を示すものであるが、その第二部では「契約の成立」についての規定を置いている。そして、そこでのアプローチは、大陸法系および英米法系の諸国が、それぞれの国内で諸種の法律的概念および思考技術を駆使しながら、具体的で妥当な解決へと導くべく努力してきた実体的側面での内容を、法系の差を越えて支持するものとなっているために、社会主義国をも含め幅広く受け入れられようとしている。

三九　ところで、本稿は、もちろんこの統一法条約の詳細を解説する場ではない。しかし、これまでの考察との関係で特に重要と思われる同条約中の契約の成立に関する基幹的な規定を示しておけば、それは次の通りである。[30] 当事者の

意思が優先することが前提となっていること（八条）は言うまでもない。まず、申込は、相手方に到達した時にその効力を生ずる（一五条一項）。契約が締約される以前であれば、申込は取消すことができる。ただし、この場合には、遅くとも相手方が承諾の通知を発する前に取消の通知が相手方に到達しなければならない（一六条一項）。しかしながら、承諾の通知発信以前であっても、次のいずれかの場合に当たるときは、申込は取消すことができなくなる。すなわち（a）申込中において、申込が取消不能のものであることを示している場合（承諾期間が示してあれば、取消不能との推定が働く）、あるいは（b）相手方が、申込を取消不能のものであると了解したのが合理的であり、かつ相手方がその申込に信頼を置いて行動している場合（一六条二項）である。他方、申込に対する承諾は、同意の意思表示が申込者に到達した時にその効力を生ずる。しかし、同意の意思表示が申込者の定めた期間内に到達しないとき、また期間の定めがない場合においては合理的期間内に到達しないときは、承諾は効力を生じない（一八条二項前段）。しかし、遅延した承諾を含む書簡その他の書面が、通常の通信状況であれば適切な時期に申込者に到達したであろう状況の下で発信されたことを示しているときは、申込者が、遅滞なく相手方に対して、申込が既に失効していたものとみなす旨を口頭で通告するか、または、その旨の通知を発しないかぎり、遅延した承諾であっても、承諾としての効力を有する（二一条二項）。承諾の撤回通知が、承諾の効力が生ずる前またはそれと同時に相手方に到達するときは、承諾は撤回されたものとする（二二条）。契約は、申込に対する承諾が、この条約の規定に従って効力を生じた時に成立する（二三条）。

四〇 この統一のプロセスに関与した者の主力はもちろん法律家ではあるが、その成功への一因は何といってもドグマの排斥である。[31] このために、たとえドグマ中心の思考に偏る法律家といえども、この条約に含まれる統一法から導き出される結論が彼自身が構築しているドグマの適用の結果と殆んど異ならないために、彼が何れの法系に属するかにかかわりなく、そこに示されたルールへの親近感を抱き、ひいては条約の広範な採択の積極的促進へと傾かせているので

ある。そして、三九から明らかなように、国際的合意を獲取した同条約における契約の成立に関するアプローチは、本稿においてこれまで論じてきた意思自治の原則と取引における信頼保護の要請との調和の方向とも一致する。

(30) 同統一法条約の全文については、拙稿「ウィーン統一売買法（一九八〇年国連条約）発効への動き（下）」ジュリスト七八三号八八頁以下（一九八三）に掲載の試訳を、その概観としては、澤田・曽野他・国際取引法講義（一九八二）の第二章「国際的売買」を参照して頂きたい。また、その注釈書 C. M. Bianca, M. J. Bonell et al, Commentary on The International Sales Law-The Vienna Sales Convention-, Giuffre (Milan, 1987) には、国連六カ国語の公式テキストの他ドイツ語訳（東西ドイツ、オーストリア、スイスの関係者による共同訳）が付せられており、同統一法に関する世界の文献の詳細な Bibliography もついている。同統一法条約採択の国連外交会議の公式記録としては、Official Records of United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods（国連文書 A/CONF. 97/19, Sales No. E. 81. IV. 3）がある。

(31) ヨーロッパの post graduate students を対象とし国際売買法をテーマにした Dubrobnik Lectures の記録、P. Salcevic and P. Volken (eds.), International Sale of Goods, Oceana (1986)所収の拙稿 The Vienna Sales Convention : History and Perspective（第一章）及び Formation of International Contracts under the Vienna Convention : A Shift above the Comparative Law（第四章）並びに同国連条約についての Cornell International Law Journal, 1988 Symposium Issue 中の K. Sono, Restoration of the Rule of Reasons in Contract Formation-Has There Been Civil and Common Law Disparity? 参照。

V 体制の問題としての意思自治

(1) 信頼の原則と体制の問題としての意思自治の原則

四一 申込に対する承諾の意思表示は、申込人から与えられた契約関係創設権能（形成権）を行使して契約関係を創設する行為として、なぜ単独法律行為と把握できないのか。また同様に、申込は、それに対して承諾を与えさえすれば契約関係を創設できる権能を一方的に相手方に付与するという法律効果を発生させるものとして、なぜ単独法律行為ではないのか。本稿は、これらの素朴な疑問から出発した。そして、他方では、契約行為という法律行為概念の必要な場合のあることを認めつつ（六（三））、契約概念あるいは法制度としての契約関係に入るプロセスの多様性を眺め、意思を媒介として発生する契約という法的関係が、如何なる法律行為によって発生するのかについて、意思自治の趣旨に従ったより厳格で実質的な吟味がなされるべきことを示そうとした。また、そこでは、意思を媒介とした特定の当事者間の法的関係を、法律学では広く契約関係として把らえようとする傾向のあることにも触れた。

四二 ところで右の最後の点は、私的生活における社会秩序維持のための基本的な枠組を意思自治に求めようとする特定の社会の体制の問題に関係している。ところが、社会の体制の問題とは直接には関係しない別個の次元には、私的生活秩序の円滑な維持を可能とさせている信頼の原則がある。[32] 意思自治を社会秩序維持の根幹に置かない社会にあっても、社会生活において遭遇する種々の表示に人々が信頼を置き得ないとすれば、社会の秩序は維持できないから、それが積極的表示か消極的表示かに関わりなく、それへの合理的信頼を招いた表示者には、それなりの責任が負わされなければならないのである。したがって、社会での生活関係一般における信頼の原則と、社会の体制に関する意思自治とは、

いずれも社会秩序の維持に関係するものではあっても、異なった次元から発生してくる問題である。そして、信頼の原則は、社会の体制にかかわらずいかなる社会にあってもその秩序維持に不可欠なものである点で、意思自治を越えた次元から覆いかぶさっている原則とみることもできる。したがって、たとえ意思自治を根幹とする社会でも、この信頼の原則を排斥することができないのは当然である（例えば民法九三条、九四条、九五条参照）[33]。

四三　しかしながら、この二つの問題が次元の異なる問題であることを十分意識せずに、例えば一定の意思表示に如何なる効果を認めるべきかの議論において、いわゆる主観主義によるか客観主義によるべきかというところへ論点が移行して、並列的な比較において後者が優勢と評価されるようになってくると、意思自治を中心とした伝統的法律行為論の危機までがささやかれたりする[34]。ところで、この信頼の原則は、契約という法的関係に入った特定の当事者間における表示に対しても、もちろん適用があり、両当事者の権利義務関係に直接影響する形であらわれてくる。そして、その結果が、契約という法的「関係」に入った特定の当事者間の権利義務関係という形で論じられるかぎりは問題ない[35]。しかし、それらの権利義務関係が、「意思」を契機とした法律行為自体から発生する効果として包括的に把握されてしまうときは、第一義的な事実問題であるところの、意思表示のなされた前後の状況を勘案した意思の探究と確定、そしてそれへの効果付与という側面が軽く扱われ、表示を対象とした信頼の原則からの法的評価が次元の違いを超えて同時に忍び込んでいることになる[36]。

(32) グロティウスの自然法的信頼の倫理につき、遠田新一・注釈民法（13）（一九六六）一一九～一二二頁。

(33) 石田喜久夫教授は、「民法九四条二項類推論」法学教室七三号六頁以下（一九八六）において、民法九四条二項が歯止めなく類推適用されようとする傾向を批判され、その適用の範囲を、積極的に虚偽の外観を作出する意思があった場合に限定し

ようとされている(同九頁)。その方向には賛成である。しかし、この問題を権利外観理論の一環として眺めようとされているため、同項による表意者への制裁的側面が読む者に必ずしも強く伝わらないのが惜しまれる。本稿後述四六参照。

(34) 意思主義の復権を唱えられる石田教授によれば、この症状はかなり重いようである。同・現代の契約法(一九八二)二〜四、二二八〜二三〇頁。

(35) 本稿では深く言及し得ないが、意思を契機として発生する契約という法的「関係」に対しては、信頼の原則のみならず、正義、衡平という法の究極目標を達成する観点から、当該関係に対して法が調整を加えることは起こり得る。そして、この法的介入には、私的生活におけるリスクの公平な分散、不当な利得発生の抑止等を考慮に入れた法的ポリシーの決定と実行が含まれる。例えば最近大村敦志助教授が、「契約正義」を達成するために考慮されるべきものとして主張された「給付の均衡」理論等に基づく法的判断も、もちろんこれに入る。同「契約成立における『給付の均衡』(一)〜(六)・完」法学協会雑誌一〇四巻一〜六号(一九八七)(同テーマによる私法学会報告の要約は、私法四九号二一六頁以下(一九八七)にある)参照。したがって、いわゆる「補充規定」あるいは「補充的解釈」についても、意思に関する事実上の「推定」か、あるいは法的なポリシーの立場からの特定の契約「関係」への法的「介入」の何れを問題としているのかを明確に区別して考える必要があるが、「補充」が一般に論ぜられる場合に、後者の立場よりするものが、「意思の補充」あるいは「契約の客観的解釈」の名の下に包括的に論じられてしまっていることも、かなりあるように見受けられる。この現象は、具体的事案における question of fact と question of law を峻別する必要性をあまり意識してこなかった大陸法的法律学の土壌あるいは〔主観的〕法律家主導型社会の発想と関係するのであろうか。なお、この「補充」の問題については、山本敬三助教授が、「補充的契約解釈—契約解釈と法の適用との関係に関する一考察—(一)〜(五)・完」法学論叢一一九巻二号、四号、一二〇巻一〜三号(一九八五、一九八六)(同テーマによる私法学会報告の要約として私法五〇号一四三頁以下(一九八八)参照)において、事実問題としての狭義の解釈を越えた「補充」の特質及びその法の適用との関係につき、ドイツにおける「補充的契約解釈」の議論を参考としながら本格的な分析を試みておられる。「解釈」という言葉の意味を広めることに慣れていない者には、やや難解であるが、実質的には事実上の推定の問題とポリシーの立場からの法的介入との間に本質的な差のあることを十分認識すべきことを指摘した上で、後者の立場からの「補充」のための方法と基準及び限界を「法」の目的との関係から分析していく必要性を強調されているとも思われ、法律行為「解釈」論一般にとっても示唆に富む。ともあれ、契約「関係」への

これらの法的介入は、社会生活における秩序維持の基礎に意思自治を据えるという社会の体制の基本的枠組の中での外延設定作業であることは常に留意しておく必要がある。「契約自由」から「契約正義」への流れを説かれ、契約の拘束力の根拠としては「言葉によって他人を信頼させた者はこれを裏切ってはならない」という客観的倫理が正しい基礎づけであるとされる星野英一教授も、意思自治の重みを十分に認識すべきことは認めておられる。同「意思自治の原則、私的自治の原則」星野編集代表・民法講座1（民法総則）（一九八四）三三五、三五二、三六六〜三六七頁。なお、同「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）（一九八三）三、四六、五一〜五二頁も参照。

(36) 例えば、石田穣「意思主義と表示主義」法協百年論集三巻（一九八三）四八五頁以下における諸説の検討、及び野村豊弘「法律行為の解釈」星野編集代表・民法講座1（民法総則）（一九八四）二九一、三二一〜三二二、三二六〜三二七、三三〇頁参照。

(2)　契約法の根幹を支える意思自治

四四　ところで、本稿では、私人が広義の契約関係に入るプロセスとそれへの効果の付与を、意思自治の原則に基づきながら眺め、信頼の原則が関係する箇所では、当事者の意思に効果を与えるか否かの限界をそれとの相関関係において確定するという立場をとってきたわけであるが、例えば承諾期間の定めのある申込についての民法五二一条一項の規定を、当該期間中は申込の取消不能の「法原則」を示すものとして理解する通説は、意識するとしないとにかかわらず、根幹にあるべき意思自治の問題を素通りして信頼の原則を同規定に注入して解釈してしまっているとみることもできる（本稿三〇、三一参照）。そして、表示への信頼を保護すべき要請を前面に押し出すこのアプローチは、例えばコモン・ローにおいて、意思とは離れた次元における promissory estoppel というものの隆盛の基盤を作った約因概念の変質の背景にある、表示への信頼保護の必要性の考え方（本稿二二およびその注参照）と共通項を持つようにも思われる。[37] そ

して、このような信頼保護の側面を前面に強く打ち出して行く契約法の不法行為法への吸収の流れや、市民法における意思を離れた次元での責任の爆発現象こそ、ギルモア教授をして彼独特の皮肉をまじえた「契約法の死」(GRANT GILMORE, THE DEATH OF CONTRACT (1974)) を書かせた原因でもあった。[38] そして、同種の議論が、ドイツにおいても法律行為論に関連して意思か信頼かという形で論じられているらしいことも興味を引く。[39] いわゆる契約締結上の過失論においては、信頼の原則より生ずる責任の問題が古くから論じられてきたわけであるが、その責任の基礎には表示のみが存在し意思は存在しない。したがって、もし他方で意思を中心とした法律行為論が衰退するとなれば、その副産物としての契約締結上の過失論は、その存在理由を減退することにもなってしまうだろう。[40]

四五 しかしながら、意思自治の原則と信頼の原則が、ある一つの社会では、私的生活における社会秩序の維持に同じ次元で貢献しているようにみえても、V(1)で考察したように、前者は特定社会の体制に関わる問題であるという点は重要である。[41] したがって、その放棄がない以上は、たとえ後者の活躍がきわめて華やかであるとしても、それは、意思自治論全盛の古典的契約法の下で、せいぜい契約締結上の過失のような形でしか顔を出していなかった信頼の原則が、本来機能すべきであった場を提供されはじめたという現象面での問題に過ぎないと考えられる。[42] そして、我々の社会においては、意思を中心として結ばれる特定の当事者間の法的関係を、広く契約関係として把握していこうとする傾向のあることは既に述べた通りであるが、この傾向の存在自体が、秩序維持の骨格に意思を置くとの社会的了解の健在をも証明している。ただ、契約法の確立はコモン・ローにおいては比較的最近のことであるし、[43] わが国においても、契約という「法的関係」に入ったことから生ずる当事者の権利義務関係あるいは責任関係のほとんどを、法律行為から生ずるそれに置き換えて同一のものとして論ずる傾向がきわめて強いために、意思自治の結果として発生する権利義務関係と信頼の原則から生ずる責任関係とを区別して認識することは、あまりされなかったように思われる。すなわち、信頼の

原則の優位の現象を前にして、契約法と不法行為法との接近現象を意識しながら、右の権利義務関係あるいは責任関係を包摂する形での契約法の技術的な体系化の努力に急であったといえるのかもしれない。

四六　最後に、もう一つ触れておきたい重要な点がある。それは、信頼の原則は、意思を媒介として生じる法的関係においては、表示により一定の合理的信頼を招いた者に、それに反する意思の存在あるいは不存在の主張をすることを許さないというエストッペル（禁反言）として働く場合が多いということである。これは、一定の表示に対して、相手方あるいは第三者が合理的信頼を置いて行動した場合には、たとえ表示者の意思が異なっていても、その違いの主張を表示者には許さないという一種の制裁的抑制の形で働く。したがって、商法典においてみられるような商取引の迅速性の要請等をみたすためのいわゆる外観主義とは異質のものであることに注意しておく必要がある。外観主義のもとでは、表示の効果は関係者の全てに働く。しかし、禁反言による抑制的効果は、表示者に対してのみ働くのである。これは、たとえそこに表示に見合った意思がなくとも、それがなかったという主張は許さないというだけのことであり、相手方あるいは第三者が禁反言を主張すれば、表示者は負けるというだけのことである。ただ結果的には、表示に基づいて法的関係が発生したのと同じ責任が表示者に課せられることになるので、意思「表示」を中心として法的効果が与えられているように見える。しかし、これは本来の実体の存在の主張が信頼の原則により抑制されることの反射的効果にすぎないのである。したがって、相手方には禁反言を主張する義務はないわけであるから、表示をした者の意思を尊重して、意思から生ずる本来の法的効果をそのまま受け入れることはもちろんできる。ところが、実際には、表示に基づく責任が認められるのは、表示への信頼の保護が求められている場合であり、判例として出てくるのも、当然のことながらそのような場合に集中している。したがって、いかにも信頼の原則を中心として法的関係が形成され規律されているような印象を与えることになる。そして、民法の個々の教科書中において、散発的にあるいは偶発的に信頼の原則の禁反言

的な側面が触れられることはあるものの、右の現象面が抽象化・一般化されて論じ始められると、彼我を問わず、客観主義優勢の大合唱となる。しかしながら、表示への合理的信頼を損なう者に対する一種の制裁的なものとして機能する禁反言は、他方で真の実体の存在・不存在を前提としており、この前提があってこそはじめて論じ得る法理である。そして、これが意思自治を社会の体制の中核に据える社会における信頼の原則の適用の姿である。それにもかかわらず、法律行為論において、意思か信頼かという形で並列的に論じられていることは、きわめて問題であるように思われる。

(37) 特に、promiseの拘束力の根源を意思に求めていた契約法の立場からすれば、それがpromissory estoppelとして単なる表示の拘束力の意味に変質することは、まさしく伝統的契約法の衰退と言えるだろう。そして、社会生活の秩序維持のために表示への合理的信頼を保護すべき要請を前面に強く打ち出すこのような動きは、私人がいわゆる契約関係にあるか否かにかかわらず、社会生活において遭遇する表示をそれぞれのコンテキストにおいて判断する方向を目指すから、契約法と不法行為法を近づかせ、製造物責任や道路管理者責任等の基盤を固め、契約関係にある当事者間にも、例えば商品売買における商品性の保証という責任の基礎を提供するに到っている(例えば、ある梯子を梯子として売れば、梯子として使えるとの保証があるというのは、常に意思から生ずるとは限らない)。拙稿「不実表示と不法行為責任」関西大学法学論集一二巻六号三〇、五〇〜五一頁(一九六三)参照。しかし、他方で、この信頼の原則の発展は、例えば消費者取引において、消費者が契約書の内容を読まずに、あるいはそれを読んでも十分その意味を把握しないまま署名する場合において、その内容が合理的なものであろうことにつき契約書を提示した相手方に信頼を置いて契約していると考えられる一般的場合には、合理的範囲を越える部分の規定の存在を告知していないかぎり、当該規定の存在の主張を禁反言的に許さないというように、きわめて技術論化しつつあるように見える現在の約款論の場でも、意思主義の原則を再び確認させる方向に機能する可能性もある。すなわち、相手方がその意味を充分理解して契約したことを立証できれば、この禁反言的「制裁」は働かないし、また責任限度額の規定や免責条項といえども、その内容が不合理なものでないかぎり、上述の信頼は害されたといえないから、それら規定の拘束力は維持されるとの論理である。そして、これは忘れられかけた契約法の原点、すなわち「ある契約書に署名

した者は、彼がそれを読むと否とにかかわらず、その中に記載されている規定や条件によって拘束される。過失あるいは相手方への許容し得ない盲目の信頼により、その内容を知らなかったとしても、当事者は契約上の債務から免れることはない」との考え方を蘇生させる条件付けとなるかもしれない。このことは、契約内容の合理性確保のための官公庁の行政的規制等による関与のない約款中の条項についても、拘束力の主張を認めるべきか否かの判定につき、取引の具体的コンテキストを重視するということであり、社会生活における信頼の原則に支えられながら意思自治の原点へ戻るということでもある。なお、合理的範囲を越える条項の存在についてかりに告知がなされ、たとえその内容が消費者によって了解されても、その条項自体があまりにも不当であるときは、当該条項が無効であるとの評価を受けることはあり得るが、これは約款論に特有の問題ではない。注（35）参照。

(38) 本書の紹介として拙稿〔一九七八〕アメリカ法一九九頁以下参照。また、米国におけるこの問題周辺の潮流につき同二七六頁以下、及びギルモアに触発された新古典派の台頭としてC. FRIED, CONTRACT AS PROMISE: A THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATION (1981) ―紹介〔一九八三〕アメリカ法二六四頁以下（木下毅）参照。

(39) 磯村保教授による山下末人・法律行為論の現代的課題（法律文化社）のジュリスト書評、同八九六号一二二頁（一九八七）。

(40) 木下毅教授は、英米契約法の理論〔第二版〕（一九八五）において、大陸法と英米法における最近の変化を詳細に分析され、約束的禁反言あるいは契約締結上の過失論的な信頼保護の発想が意思を中心とした諾成的責任を駆逐しつつあるとの認識を示された上で、契約法についての「関係」理論を信頼侵害理論の上に構築されている。本稿の立場とは大きく異なるが、資料も豊富であり、この分野の研究にとって貴重な書である。なお、注（42）後段参照。

(41) 山口俊夫教授は、「フランスにおける意思自治理論とその現代的変容」法協百年論集三巻二一一頁以下（一九八三）において、意思を中心とした「契約の危機」や「契約の衰退」を論ずる最近の動きを詳細に紹介されつつ、意思自治論の現代的相貌の背後にある社会組織の根源的思想的基盤を強調され、フランス法学におけるその健在とともに、フランスの強い文化的綜合力とその所産は、他の国の文化の考察に示唆するところが少なくないことを説いておられる。なお、契約締結の「決定的動機」がcausaの概念に含まれることについても、同書二二九～二三〇頁及び二三八頁の注（35）参照。また、北村一郎助教授も、「私法上の契約と『意思自律の原理』」岩波講座・基本法学4（契約）一六三頁以下（一九八三）において、「意思の自律」が多くの論争にもかかわらず現代のフランスの学説においてその原理性が肯定されていることを指摘され（一八三

～一八四頁)、「意思の自律」は、単なる法律技術の問題ではなく国民性・世界観から倫理・実践哲学にわたる法文化全体に深く根ざしつつ生成されたものと考えられるとされて、この探究は、西欧の契約法を取引の法律技術としてのみ受け容れた日本の法律家にとってはなおさら重要な思想的課題を含むとされており、この探究なしに「単に意思自律または私的自治の原理を祖述し、またはいわゆる『法解釈学』にのみ終始することは、『意思』の名における自由と権利との抑圧を再び正当化することにもなりかねないだろう」とされている(一六八頁)。なお、一九世紀後半フランスにおいて「社会主義の強迫観念」が時代精神を覆った頃に、「意思の自律」が明示的に概念化されたが、それは従前の法を支配していた根本観念の保全の試みであったという興味深い側面が紹介されている(一八三～一八四頁)。また、磯村保教授は、「ドイツにおける法律行為解釈論について―信頼責任論への序章的考察(一)～(四)・完」(前掲注10)において、規範設定表示理論(ラーレンツ)等の表示を重視する諸学説が続々と台頭してきていることを紹介されているが(同稿(二)と(三))はそれらの学説の個々的詳細な紹介にあてられている)、磯村教授は、このような傾向は、私的自治的自己決定の手段としての法律行為を信頼保護原理の中に埋没させることになるとして、きわめて批判的である。同稿(四)七三二頁。さらに、意思をやはり重視される道田信一郎教授は、その著書「契約社会―アメリカと日本の違いを見る―」(一九八七)において、客観理論を批判され(同書一九九～二〇八、二二九～二三〇、二三九～二四四頁)、このアプローチを権力的な契約観であるとされている(同書二八七頁)。なお、本稿では、米国の統一商法典(道田教授は、統一取引法典と訳すべきであるとされる。同書九四頁)の規定や、書面の有無が契約成立あるいは契約内容の主張の許否に絡んでくる英米特有のstatute of fraudsやparol evidence ruleの側面について立ち入らなかったが、道田教授は、これらの英米のルールに対しても、意思中心の立場を加味しながら厳しい批判を展開され、これらのルールを排斥した国連条約(本稿Ⅳ)を米国が批准したことを高く評価しておられる。これらのルールの問題性については、同「契約法の相異と近似―イギリス・アメリカ・日本」ジュリスト八六六号一一六頁以下(一九八六)も参照。

(42) 末弘厳太郎「消極的契約利益」民法雑記帳(下巻)二四、四〇～四二頁(一九五三)参照。ただし、特に信頼の原則が優位の現象を呈しつつある時代には、それが安易な責任の爆発現象とならないように、信頼の合理性や帰責性の判断基準を、体制の問題としての意思自治の原則の立場から十分掘り下げる必要がある(本稿八、九参照)。そして、例えば契約締結上の過失に基づく責任の範囲に逸失利益を容易には含めない立場の堅持も重要であろう。

(43) 木下毅「日米比較私法序説」藤倉皓一郎編・英米法論集（田中英夫先生還暦記念）（一九八七）三三三、三三八～三三九頁参照。

VI 結び

四七 以上、本稿においては、契約という法的関係の成立を導く意思を中心とした法律行為の多様性を分析するとともに、意思自治と信頼の原則との共存関係を眺め、また他方では、信頼の原則の優位現象が、意思自治との関係では表面的なものにすぎないことをも考えた。契約関係を生じさせる法律行為が多様であるのも、意思自治の原則が社会の体制の基盤にあるからにほかならないこと、また契約関係成立プロセスの分析とそれへの適切な法的効果の付与の問題は、一定の法律行為をなした当事者のおかれた具体的状況の下での意思の探究と確定という、実質的・個別的な吟味を抜きにしては語り得ないことをも示すべく試みたつもりである。本稿のVは、本来なら本稿の主題の枠外としてよい問題である。しかしながら、現在のように意思軽視の流れも発生しているような民法学の問題状況の下では、特に加えざるを得なかった。

四八 本稿を執筆するに到った動機は二つある。その一つは、北大での比較法講義「日米比較契約法」のための教材作成とクラスでの討議を通じて、彼我の法的ルールの機能的分析を進めることにより、本稿の主題に関するアプローチ及びその実体的解決において法系の間に本質的な差はないとの考えを抱くに到ったことである。そして、もう一つは、本稿Ⅳで触れた国連条約のアプローチの普遍的妥当性への確信である。最近まで同統一法条約の幅広い国際的採択を促進する立場にあった者として、その内容の法体系を越えた合理性のアピールを一九八〇年代前半に各地で試みることがあったが、同条約の下での意思自治の原則と取引における信頼の原則との調和、そしてドグマの排斥こそもっとも強調

した点であった。

四九 しかし、きわめて専門化した高水準のわが国の民法学からは、本稿に対しておそらく厳しい反応が戻ってくるであろう。紙数制限を既に超えた本稿で意を尽くしていない点は多いが「六法を見ずにまず考えよ。もし社会を説得できれば、必ずそれに合った解決は六法の中に見つかるはずだ」と学生諸君に常日頃述べている一比較法学者による日本民法学への一つのノン・ドグマティークな問題提起ともし受けとめて頂ければ、本稿は成功する。

補注

(1) 複雑な国際取引に関する契約締結にあたっては、その交渉のプロセスを通じていくつかの中間的合意がなされ、それらの累積が最終的契約内容の詳細決定へと昇華されて行く。このような継続的なプロセスは、契約の成立を伝統的な「申込と承諾の合致」の時点を中心として把握するアプローチからは異質のものである。しかし、この伝統的態度をとる西独とオーストリアにおいては、Punktation, Trakatate, Vorvertrag 等、最終的契約にいたる以前の一連の合意についての若干の規定が置かれている結果、これらの法的拘束力及びその範囲についてわが国よりも比較的詳細な議論がなされている。この点につき、Elisabeth Raidl-Marcure, Legal Effects of Preliminary Understandings under German and Austrian Law, 産大法学(京都産業大) 二一巻一—二号二五頁以下(一九八七) は、最終的な契約締結への詰めを行う前段階としてしばしば活用される preliminary understandings や interim agreements 等について、両法の下での法的拘束力を詳細に紹介している。その分析手法は両国における伝統的技術論を忠実にフォローするものであるが、契約締結へ向けての交渉プロセスに入った当事者間に相互信頼「関係」の成立を認め、契約締結上の過失の機能を英米の equitable relief に匹敵するととらえ(五〇〜五一頁)、その信頼破壊の場合の責任根拠として信頼のほか不実表示、通告義務違反等を並べ、救済として reliance damages の追及を認めることのほか、交渉過程において market research 等がなされたようなときは不当利得法理の活用による救済の道のあることを指摘し(五二、五五頁)、さらに、交渉の一方的不継続が正当化される場合の判断には英米法の frustration 法理の活用を提唱している(三八頁)。本文注(3a)。

(2) 英法特有の訴訟方式の歴史的限定からの影響をも受けつつ、捺印証書や約因の交換による契約の拘束力が史的に如何に展開してきたのか、信頼を保護する使命をも負わされた約因理論の修正的発展と約束的禁反言の出現に到る経緯の詳細等については、田中英夫「英米における無償契約に対する法的保護（史的素描）」同・英米法と日本法（英米法研究3）一四三頁以下（一九八八）参照。そこには、カノン法の causa の影響、一六世紀の英書では consideration が「約束をする際に払った熟慮という意味に用いられている」との興味ある原点の指摘（同書一五八、一六二頁）、歴史的な正当性はともかくとしても、マンスフィールドは、約因を契約の成立の問題ではなく契約の成立の証明の問題にすぎぬとし、約束によって法的義務を負う意思の有無の判断基準と考えていたとの史実の紹介（一六三、一六四頁）もある。本文注（12）。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. XXXVIII No. 5-6・II
SUMMARY OF CONTENTS

Variety in Contractual Relationship and the Limited Concept of Contract

— Isn't an Offer a Unilateral Juridical Act? —

Kazuaki SONO*

I Confusion in Concepts
(1) Varieties in Juridical Acts Which Lead to the Creation of Contractual Relationship and the Parties' Intents — the Reality of Co-existence of Bilateral Juridical Acts and Unilateral Juridical Acts
(2) Divergent Concepts rendered to Contract and Contractual Relationship
II Specific Features of Unilateral Juridical Act which creates Contractual Relationship
(1) Unilateral Act of Conditional Obligation Assumption ("unilateral contract")
(2) Offer as Unilateral Empowerment to the Offeree to Create a Contractual Relationship —Utility of the Concept of "Option"
III Reexamination of the Approaches under the Japanese Civil Code on the Formation of Contract
(1) Revocability of Offer under the Japanese Civil Code
(2) The Latest Time-limit to Revoke an Offer and the Time of Formation of Contract
IV Exclusion of Dogmas under the Vienna Sales Convention of 1980
V Autonomy as Structural Principle of a Society
(1) Reliance Protection and Autonomy as Structural Principle
(2) Autonomy Principle which Supports the Existence of the Law of Contract
VI Conclusion

The most commonly believed example of the difference between the common law and civil law systems in the contract-formation area relates to the

*Professor of Law, Hokkaido University

revocability of an offer. The traditional common law rule is that an offer is revocable even if it states irrevocable or unless consideration was given to the offerer to make the offer irrevocable or to create an option contract. Under the civil law, an offer is irrevocable during the period if an offer states a fixed period of time within which the acceptance should be made or during a reasonable period to make the acceptance if no such period was stated.

The systematic whole of dogmas, which sometimes includes contradictory elements, consists of rules which are mere indexes to reach fair and equitable results. It is our experience, however, that, once a dogma has been established, it starts to expand asserting its own existence and the concentration on its technical refinement obscures the very reason why such a dogma was first introduced. Worst of all, when a comparison between the two legal systems is undertaken at the level of dogmas, the difference will be exaggerated even where both systems in fact support the same result in concrete situations through interplays of various indexes developed under each system. In such a field as contract, it would be first of all strange to permit different results depending upon where suits were brought particularly where the societies are similar.

This paper (1) analyzes the existing confusion as to the meaning of contract under both legal systems ; (2) emphasizes the unilateral aspect of an offer which empowers the offeree to create a contractual relationship by acceptance, assimilating the empowerment to a gift of power ; (3) observes how contractual relationships so often arise not through bilateral agreements, referring to our inclination under both legal systems to treat many obligations as related to contract ; (4) challenges the traditionally held view in Japan that an offer will not be shifted to a juridical act until after combined with its acceptance, pointing out the fact that, the moment an offer is made, the power to create a contract will be bestowed to the offeree until revoked even under the bilaterality-inclined view ; (5) examines, at the same time, the recently developing confrontation between the objective and subjective schools with regard to the basis of contractual liabilities depending upon which is centrally focused, the reliance protection or the importance of parties' intents ; (6) advocates that this confrontation is a confused and meaningless game in that the reliance protection and the importance of parties' intents derive from distinct dimensions ; and, (7) concludes that the commonly-believed difference between the common law and civil law has been only in dogmas.

While this paper primarily focuses on the comparative analysis of the Japanese and common law approaches, also see K. Sono, "Restoration of the Rule of Reasons in Contract Formation—Has There Been Civil and Common Law Disparity?—" in 1988 Symposium Issue of Cornell International Law Journal, where the two legal systems are more generally compared in support of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 1980.