HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	契約交渉の破棄とその責任（４） : 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, 42(4), 1-58
Issue Date	1992-03-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16837
Type	departmental bulletin paper
File Information	42(4)_p1-58.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

契約交渉の破棄とその責任（四）

——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）
第二編「契約交渉の破棄」に関連する法理論ないし法制度
補論　アメリカ法の概観
第一編「契約交渉の破棄」と関連問題に対する古典的理解
第二編「契約交渉の破棄」と関連問題に関する展開と現状　（以上、本号）

第二編 「契約交渉の破棄」に関連する法理論ないし法制度

前編で紹介した議論を正確に認識するとともに、最後の部分で提起した疑問を解く手掛かりを探るべく、関連問題を検討する。なお、第一章では、第二部と同様、契約にまつわる問題を考察するが、第二章では申込を取り上げる。「交渉破棄」が申込以前の問題とされていることからも分かるように、両者は密接に関連しているからである。他方、事務管理や不当利得については、――本稿の視点からする限り――目新しい議論もなされていないので、割愛する。(一)

註

(一) 取り上げられる関連問題は、すべて「契約の成立」にかかわるものだが、フランス法と日本法とでは、予約や申込につき異なる点も多い。手引きとなる比較法的研究としては、Rabel, Das Recht des Warenkaufs, Bd. I, 1957 (unveränderter Neudruck, 1936), insb. S. 69-116 ; La formation du contrat, L'avant-contrat, 62e Congrès des notaires de France, (Perpignan), 1964（フランス法の他、ドイツ法、イギリス法、スペイン法、イタリア法にふれる）; Henrich, Vorvertrag・Optionsvertrag・Verrechtsvertrag, 1965（五十嵐清「紹介（ドイツ）」（比較法研究二八巻一〇二頁、昭和四二年）参照）; Schlesinger, Formation of Contracts, 2 vols, 1968（木下毅「著書紹介・R. S. Schlesinger, Formation of Contracts : A Study of the Common Core of Legal Systems, 2 vols, 1968.」（[1970-1] アメリカ法一七頁）参照）; Rodière, La Formation du Contrat, 1976（ECの法統合を目指す準備作業の一環）; Zweigert / Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd. II : Institutionen, (2. Aufl.), 1984, insb. S. 41-53 がある。

第一章　契約にまつわる諸問題

第一節で、（本）契約を特に成立という角度から検討し、第二節で、（本）契約以外の契約（広義の予備的契約）、すなわち、予約（promesse）とそれ以外の（狭義の）予備的契約について考察する。[(1)]

第一節　「（本）契約の成立」とその「成立形態」

一　「（本）契約の成立」とその要件

フランス民法典は申込や承諾に関する規定を設けていないが、一一〇八条で「合意が有効に成立するための基本的な条件」を四つ列挙する。[(2)] そのなかで「交渉破棄」と関連深いのは、交渉と「契約の成立」との分水嶺たる「合意（同意）」という要件で[(3)]、それは申込と承諾の合致により成立するとされる（次章参照）。ただ、実際に「契約の成否」が争われた裁判例の多くは、「後日契約書を作成すると約定された」事件と「付随的事項に合意されなかった」事件のようである。[(4)]

（1）原則論

「契約の成立」が認められるには、契約の要素（éléments essentiels）に合意されていなければならない。[(5)] また諾成契約では、この合意があれば、原則として「成立」は肯定され、後日契約書を作成するとの約定や付随的事項（éléments accessoires）に合意されていないことは、「成立」を妨げるものではない、とされる。[(6)] しかし、当事者が「契約の成立」を右の事柄にかからしめることは可能で、結局「当事者の意思」が「契約の成否」の最終的な判断基準とされる。[(7)]

（2）「後日契約書を作成する」と約定された場合

「当事者の意思」に則り、最終的な決定が留保されているなら、「成立」は否定され、他方、書面が単なる証明手段な

ら、「成立」は肯定される。[8] 不動産売買では私署証書 (acte sous seing privé) で合意した後 (compromis (仮契約) と呼ばれる)、公正証書 (acte notarié) を作成することが多く、[9] この compromis をめぐり「成否」はよく争われる。[10]

(3) 付随的事項に合意されなかった場合

当事者が締約するつもりなら、「成立」は肯定され、付随的事項は法律や慣行 (usage) により補充される。[11] 他方、付随的事項でも、当事者がそれを重視して、要素に格上げしていた場合、「成立」は否定される。[12] ところで、これはいわゆる Punktation (punctation) に相当する事例だが (第二部第二編参照)、フランスでもこの法概念は比較的古くから知られていた。[13] また最近では、それを予備的契約と把握する見解も登場している[14] (次節参照)。

このように、実際に「契約の成否」が争われることの多い事案類型でも、「成否」の (抽象的) 判断基準は「当事者の意思」に求められる。[15] が、ここで注目すべきは、二つの事案類型そのものなのである。

二 「契約の成立形態」

第二部第二編では、「成立形態」を検討し、それが「申込承諾型」と「練り上げ型」に大別されること、「交渉破棄」の背景にはそのうちの後者が潜むこと、ドイツ民法一五四条が後者の形態を想定していること、を確認した。しかるに、一で検討した事案類型は右の規定に相当する。「後日契約書を作成すると約定された」事案類型は一五四条二項に、「付随的事項に合意されなかった」事案類型は同条一項に、各々対応している。またフランスでも、「成立形態」は既に前世紀末から議論されていたようで、たとえば Planiol は「(諾成) 契約の成立時点」との関連から、申込と承諾によって契約が成立する場合と個別的な事項に関する取り決めを積み重ねること (décisions successives) によって成立する場合とを大別していた[16] (この「申込承諾型」と「練り上げ型」を区別する見解は、[17] その後も若干の支持を集める)。[18] そして、それはやがて「交渉破棄」と関連づけられ、次のような示唆的な見解へと結実する。「『申込の撤回』に関する原理が主に

隔地者間の商取引、すなわち、申込と承諾を明確に区別できるものに適用されるのに対し、『交渉破棄』に関する理論は練り上げていく契約（contrats composés）、つまり、両当事者が互いに契約全体を一歩づつ推し進めていくような契約に妥当する。……近時の学説［Planiol の見解を引用］の言葉を借りるなら、練り上げていく契約とは取り決めを積み重ねることによって形成されるもののことである」[19]。ここで注目すべきは、「成立形態」を媒体に「申込の撤回」と「交渉破棄」とが並列的に位置づけられている点である。が、今世紀初頭に唱えられたこの見解も学界全般に普及することはなく、――「成立形態」に関する議論が徐々に盛んになり[20]、教科書でもそれが語られはじめている[21]――現在でさえ、学説の大勢は「交渉破棄」を申込以前の問題と把握している[22]。

註

（1）フランスでは、予約と（狭義の）予備的契約を一括し、（広義の）予備的契約（主に avant-contrat と呼ばれる）とすることが多いようなので、第二部とは異なる構成を採る。なお、これらの契約につき詳しくは、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）参照。

（2）同意、能力、目的、原因の四つである（『フランス民法典――物権・債権関係――』（法務資料四四一号、昭和五七年）参照）。

（3）「契約」と「合意」、「合意」と「同意」の関係は、山口俊夫『フランス債権法』（昭和六一年）一一頁以下、二三頁以下参照。

（4）横山・前掲論文は前者の類型を中心に検討するが、それだけで百件を下らぬ裁判例が挙げられている。

（5）ここでいう契約の要素とは、いわゆる客観的要素（éléments objectivement essentiels）、すなわち、当該契約（類型）にとって不可欠の事項を指す（客観的要素については、Ghestin, Traité de droit civil, t. II, 2^{e} éd., 1988, n^{o} 225, pp. 242-243 を、また契約の要素については、Flour et Aubert, Droit civil, Les obligations, vol. I, 4^{e} éd. (par Aubert), 1990, n^{o} 140, p. 100 ; Schmidt, Négociation et conclusion de contrat, 1982, n^{os} 61-70, pp. 32-35 を参照）。たとえば売買契約

では、代金と目的物がそれに当たる（フランス民法一五八三条参照）。

(6) この原則は、付随的事項に関する合意と対比されつつ、確認されている。Ghestin, op. cit., n^{os} 224-226, pp. 241-246 ; Carbonnier, Droit civil, t. IV, 13^{e} éd., 1988, n^{o} 18 bis, p. 90 ; Henri, Léon et Jean Mazeaud (par Chabas), Leçons de droit civil, t. II, 1^{er} vol., 7^{e} éd., 1985, n^{o} 138, p. 126 ; Répertoire Dalloz de droit civil, v^{o} Vente (éléments constitutifs), par Malaurie, 1976, n^{os} 4-9; Juris-Classeur, Droit civil, Art. 1583, par Bilger, 1972. 申込はすべての要素を含まねばならない、とされるのはこの原則の応用例である。

(7) Malaurie et Aynes, Cours de droit civil, Les obligations, 1985, n^{o} 242, pp. 175-176.

(8) 「当事者の意思」が不明な場合には、諾成契約である以上は、要素の合意だけで「成立」を肯定すべきである、とされる。Mazeaud, op. cit., n^{o} 78, pp. 68-69 ; Schmidt, op. cit., n^{os} 557-558, pp. 298-301.

(9) Carbonnier, op. cit., n^{o} 18 bis, p. 90

(10) 横山・前掲論文参照（compromis が双務予約とも解しうる点は、次節参照)。なお、不動産売買も諾成契約である以上、「当事者の意思」が不明な場合には、要素の合意だけで「成立」を肯定すべきである、とされる（Henri, Léon et Jean Mazeaud (par Juglart), Leçons de droit civil, t. III, 2^{e} vol., 1^{re} partie, 5^{e} éd., 1979, n^{o} 777, pp. 39-40)。

(11) Répertoire Dalloz de droit civil, v^{o} Vente, n^{o} 7 ; Juris-Classeur, Droit civil, Art. 1109, par Malaurie, 1977, n^{o} 2 ; Juris-Classeur, Droit civil, Art. 1583, n^{o} 26.

(12) Ghestin, op. cit., n^{o} 226, pp. 244-246 ; Juris-Classeur, Droit civil, Art. 1583, n^{o} 27 ; Schmidt, op. cit., n^{o} 71, pp. 35-36.（Schmidt はこれを主観的要素（élément ……《subjectivement》essentiel）と呼ぶ。）

(13) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. II, 1900, n^{o} 1030, p. 309 は既に punktation にふれている。また Planiol et Ripert (par Esmein), Traité pratique de droit civil français, t. VI, Obligations, 1^{er} partie, 2^{e} éd., 1952, n^{o} 129, pp. 146-148, spéc. p. 147, note 1 ; Carbonnier, op. cit., n^{o} 18 bis, p. 90 もこれを紹介する。

(14) Rieg, La "Punctation" Contribution à l'étude de la formation successive du contrat, in : Études offertes à Jauffret, 1974, p. 593. ただし、これ以前にも punktation を取り上げた論稿は存在する。たとえば Leduc, Des avant-contrats, (i .. Paris), 1909, pp. 64-79 は、l'avant-contrat（双務予約を指す）と punktation を比較し、「前者が（本）契約

の締結義務を生み出す契約であるのに対し、後者は(本)契約の成否にかかわる問題である」としつつも、「punktation は(本)契約を成立させるために最大の努力を尽くすとの約定 (engagement；義務) を含み、損害賠償訴権 (action en dommages-intérêts) の基礎たりうる」とし (「契約の締結」を求める履行訴権 (action en exécution) は認められない)、punktation を avant-contrat の一種 (un avant-contrat) と把握する (この点では、Rieg の先駆けと言える)。Roubier, Essai sur la responsabilité précontractuelle, (th. Lyon), 1911, pp. 145-146 も punktation に契約としての効力を認めないドイツ民法一五四条を批判しつつ、「それは損害賠償訴権の基礎となりうる」とする (もっとも、その根拠は権利濫用 (不法行為) に求められている)。Serna, Le refus de contracter, (th. Paris), 1967, pp. 199-206 も「punktation は約定 (convention) の解釈の問題に帰着する」と指摘し、それが予備的契約と解釈される可能性を示唆する。

(15)「契約の成立」に関するフランスの議論を紹介した文献としては、横山・前掲論文の他、滝沢聿代「フランス判例研究 (6) ——売買契約の成立と合意の内容、破毀院民事部一九七八年五月二日判決——」(判タ四〇四号四二頁、昭和五五年) がある。また「成立」と密接に関連する「契約の解釈」については、本格的な検討として、北村一郎「契約の解釈に対するフランス破毀院のコントロオル (一 — 一〇) (完)」(法協九三巻一二号一頁、九四巻一号六九頁、三号五五頁、五号三八頁、七号五七頁、八号六一頁、一〇号四四頁、九五巻一号一五六頁、三号九一頁、五号一頁、昭和五一—五三年) があるほか、沖野眞已「契約の解釈に関する一考察 —— フランス法を手がかりとして —— (一)(未完)」(法協一〇九巻二号六一頁、平成四年) で詳細な分析が予定されている。

(16) Planiol, op. cit., n^{os} 1015-1031, pp. 306-310. 正確には三つの類型に分けられている。第一は「申込と承諾の間に (時間的) 間隔がある場合」(n^{os} 1017-1023, pp. 306-308)、第二は「手紙による締約の場合」(n^{os} 1024-1028, pp. 308-309)、第三は「取り決めを積み重ねることで締約する場合」(n^{os} 1029-1031, pp. 309-310)、である。が、第二類型は本来第一類型に属するもので、独立した地位が与えられているのは発信主義と到達主義との関係を説明するためである。

(17) 前註 (16) の第三類型が「練り上げ型」に相当することは、説明のさい、ドイツ民法一五四条を参照する点からも明らかである (Planiol, op. cit., n° 1030, p. 309)。

(18) たとえば Planiol の教科書の後身たる Ripert et Boulanger, Traité de droit civil de Planiol, t. II, 4^{e} éd., 1952, n^{os} 326, 340, pp. 124-125, 128-129 ; do., Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, t. II, 1957, n^{os} 321, 335, pp.

130-131, 134-135がこの見解を踏襲する。
(19) Roubier, op. cit., pp. 141-142.
(20) その火付け役は、Rieg, op. cit.; Mousseron, La durée dans la formation des contrats, in : Études offertes à Jauffret, 1974, p. 509である（各々の内容は、次節参照）。
(21) ex. Farjat, Droit privé de l'économie, t. II, 1975, pp. 128-135 ; Flour et Aubert, op. cit., n° 160, pp. 116-117.
(22) 前註（21）に掲げた教科書でも、同様である（前編参照）。

第二節　予約と（狭義の）予備的契約

（本）契約以外の契約、すなわち、（広義の）予備的契約(1)は多様なので(2)、「直接、（本）契約の締結を目的とする予備的契約」（予約（promesse））(3)と、それ以外の（狭義の）予備的契約（交渉段階での当事者間の権利義務関係の規律を目的とする契約）とを分けて検討する(4)。

一　予約

(1)　予約の種類とフランス民法一五八九条(5)

日本で予約は、片務予約（一方の当事者のみ締約義務を負うもの）、双務予約（双方が締約義務を負うもの）、一方の予約（一方の当事者に予約完結権を与えるもの）、双方の予約（双方に完結権を与えるもの）の四種に分けられる(6)。が、フランスで通常挙げられるのはpromesse unilatéraleとpromesse synallagmatique（ou réciproque）の二種だけで(7)、予約の規定である一五八九条がどちらに関するものであるかをめぐり、学説は——右の規定の歴史的経緯もまきこんだ

形で——議論を繰り広げてきた。[8] ただ、現在は promesse synallagmatique の規定と解することで、ほぼ一致している。[9]

（2） promesse unilatérale

一方の予約に相当する。ただ、学説のなかには、これを「一方の当事者に締約義務を課すもの」と把握する見解も散見され、[10] 紛らわしい面もある。が、それらは「option を行使すれば、（本）契約は成立する」と解し、[11] その点を明瞭ならしめるため、「promesse unilatérale とは『申込を維持する』旨の契約である」とか、「一方の当事者の（本）契約への同意を維持させる契約である」と説明するものもある。[12] また一般に「option が行使された時点で（本）契約は効力を生じる」とされ、[13] promesse unilatérale が一方の予約に、option が予約完結権に相当することは明らかである。[14]

（3） promesse synallagmatique

両当事者に締約義務を負わせるものとされ、[15] 当事者の双方に option を与えるものとの理解は見当たらないから、双方の予約ではなく、双務予約を指すものと解される。[16] ただ、要式契約では双務予約と（本）契約との区別は容易だが、諾成契約では困難なこともある。たとえば正式な締約が先送りされた場合、「（本）契約の成立」自体が延ばされたとも、単に義務の履行期が延期されたとも解釈できる。[17] これに理論的な問題（特に一五八九条の理解）も加わり、学説は二つに割れる。従来の通説は promesse synallagmatique を（本）契約そのものと解する。[18] promesse synallagmatique は必然的に（本）契約それ自体であるとの理由から、一五八九条を promesse unilatérale に関する規定と位置づけたかつての有力説の他、[19] 右の規定を promesse synallagmatique に関するものとする見解のなかにも、この規定は右の必然的な帰結を確認するものに過ぎない、とする説があるのである。[20] が、近時の有力説は「当事者の意思」を根拠に「promesse synallagmatique は（本）契約そのものでないこともありうる」とし、[21] promesse synallagmatique が独立の契約である場合、lésion の判断基準時が変わってくるとか、[22]「双務予約を履行しない場合にも、履行責任は発生せず、損害賠償義務

が生じるに過ぎない」と説く。(23)

二　（狭義の）予備的契約

(1)　（狭義の）予備的契約に関するフランス法の展開過程

この問題に関する展開過程は三つの時期に別れる。第一は一九五〇年代半ばまでで、この時期のモノグラフィー・論文ないし教科書で、この点にふれるものはほとんどなく(24)、裁判例も見当らない(25)。第二は七〇年代初期までで、この頃になると、五八年の注目すべき破毀院判決を筆頭に(26)、若干の裁判例が登場し(27)、そのため、モノグラフィー・論文のなかにはこの問題に言及するものが現われる(28)。が、教科書でふれるものはほとんどなく(29)、それほど注目されていなかったようである。ところが、七〇年代の中盤以降（第三期）ともなると、注目すべき論文が続々と登場し(30)、七〇年代後半には、ドイツと同様、Lettre d'intention が本格的に紹介されはじめる(31)。かかる動向を受け、八〇年代には教科書もその態度を改め、この問題を取り上げるようになるのである(32)(33)。

(2)　（狭義の）予備的契約に関する議論の現状(34)

学説の挙げる（狭義の）予備的契約は多種多様で、名称もまちまちである(35)。が、「交渉破棄」との関連からは、三種類に整理される。第一は、誠実交渉義務を生み出すもので、主に accord de principe と呼ばれる(36)。その義務違反は損害賠償責任を生み出すとされる(37)。第二は、個別的事項に関する合意を確定するもので、通常 accords partiels と呼ばれる。いかなる義務を生み出すかは「当事者の意思」にかかるが(38)、少なくとも既決事項を蒸し返さぬ義務は生じる、とされる(39)。第三は、当事者間の関係を暫定的に規律するもので、contrats temporaires と呼ばれる。交渉中に開示された企業秘密を守秘する合意や費用負担の合意などがこれに当たり(40)、（本）契約と内容を異にする点で、試用契約などとは区別される、とされる(41)（以上の分類は排他的ではない）。

註

(1) (本) 契約は、通常 contrat définitif と呼ばれている (Ghestin, op. cit., n° 229, pp. 253-254 ; Weill et Terré, Droit civil, Les obligations, 4^{e} éd., 1986, n° 110 bis, pp. 112-113 ; Malaurie et Aynes, op. cit., n° 235, pp. 166-168 ; Larroumet, Droit civil, t. III, Les obligations, 1^{ere} partie, 1986, n° 288, pp. 251-253 ; Répertoire Dalloz de droit civil, v° Promesse de vente, 1974, par Boyer, n° 127 ; Schmidt, op. cit., n° 369, p. 198)。が、contrat principal という用語(Le Tourneau, La responsabilté civile, 3^{e} éd., 1982, n° 202, p. 75 ; Rieg, op. cit.)や contrat final という表現が用いられることもある (Flour et Aubert, op. cit., n° 154-1, pp. 110-111)。また(広義の)予備的契約は一般に avant-contrat と呼ばれる(ドイツ語の Vorvertrag の翻訳である。Cf. Malaurie et Aynes, op. cit., n° 235, pp. 166-168, note 47)。が、この用語は交渉段階での合意を指すのか、それとも交渉自体を指すのかが不明確である、と指摘するものもある (Planiol et Ripert (par Esmein), op. cit., n° 144, pp. 167-170)。そこで contrat préliminaire という言葉を用いる見解もあるが(Schmidt, op. cit., n° 369, p. 198)、この用語は「建築予定不動産の売買契約(Vente d'immeuble à construire)」を指す言葉でもあるため (Carbonnier, op. cit., n° 18, pp. 87-88 ; Ghestin, op. cit., n° 237, pp. 265-266 ; Malaurie et Aynes, op. cit., n° 235, pp. 166-168; Répertoire Dalloz de droit civil, v° Promesse de vente, n° 56)、問題は残る。なお、(広義の)予備的契約のうち最も古くから知られていたのが予約であるため、今でも予約の意味で avant-contrat という用語を用いるものもある (Mazeaud (par Chabas), op. cit., n° 135-2, pp. 121-122. 田村耀郎「期待権及び未必の権利についての一考察(一—三)(未完)」(島大法学二六巻二=三号一四三頁、二七巻三号九五頁、二八巻二号一一七頁、昭和五八—五九年) も同様)。ところで、avant-contrat は一般に「前契約」と訳されるが (横山・前掲論文、田村・前掲論文の他、滝沢聿代「フランス判例研究(14)——優先契約と公示、破毀院民事部一九七九年三月一三日判決——」(判タ四六七号五一頁、昭和五七年))、その語の持つ右のような不明確さを考慮に入れれば、——日本語として何を指すのかよく分からない——「前契約」という訳は名訳と言える。が、現在フランスでは、それは通常「契約」を指しており、そのことを明確化するため、(広義の) 予備的契約、と訳すことにした。

(2) Carbonnier, op. cit., n° 18, pp. 87-88 ; Ghestin, op. cit., n° 229, pp. 253-254 ; Weill et Terré, op. cit., n° 104, p. 106 ; Le Tourneau, op. cit., n° 186, p. 71 ; Malaurie et Aynes, op. cit., n° 235, pp. 166 - 168 ; Flour et Aubert,

op. cit., n° 154-1, pp. 110-111 ; Larroumet, op. cit., n° 289, p. 253 ; Répertoire Dalloz de droit civil, v° Contrat et convention, 1971, par Boyer, n° 123 ; Juris-Classeur, Droit civil, Art. 1101 à 1108, par Gegout, 1976, n° 6 ; Juris-Classeur, Droit civil, Art. 1109, n° 3 ; Schmidt, op. cit., n° 369, p. 198.

(3) フランス民法典は一五八九条に予約に関する規定を設け、それをpromesseと名づけている。

(4) (広義の) 予備的契約の種類や内容は、横山・前掲論文 (一) 一六一四〇頁参照。なお、第二部第二編では、(狭義の) 予備的契約を単に「予備的契約」と呼んでいた点は注意されたい。

(5) フランスの予約につき詳しくは、横山・前掲論文、田村・前掲論文参照。

(6) 柚木馨編『注釈民法 (一四) 債権 (五)』(昭和四一年) 九二頁以下 (柚木馨執筆部分)、我妻栄『債権各論　中巻一』(昭和三二年) 二五四頁以下参照。

(7) promesse unilatéraleという用語は統一されているが、promesse synallagmatiqueとpromesse réciproqueは混用されている (Mazeaud (par Juglart), op. cit., n° 785, pp. 59-60 ; Le Tourneau, op. cit., n° 202, p. 75 ; Weill et Terré, op. cit., n° 109, pp. 111-112 ; Malaurie et Aynes, op. cit., n° 238, pp. 170-171 ; Larroumet, op. cit., nos 299-307, pp. 258-264 ; Juris-Classeur, Droit civil, Art. 1589, nos 14-55は前者のみ、Ghestin, op. cit., nos 234-239, pp. 260-268は後者のみ、Répertoire Dalloz de droit civil, v° Promesse de vente, nos 1-2, 166-209 ; Schmidt, op. cit., n° 554, p. 297は区別することなく、両者とも用いる)。なお、以前はpromesse bilatéraleという言葉が使われることもあったが (Boyer, Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contrats, Rev. trim. dr. civ. 1949, pp. 1-35)、近時この語によるものは――教科書レベルでは――見当たらず、Répertoire Dalloz de droit civil, v° Promesse de vente, n° 6では、promesse bilatéraleとpromesse synallagmatiqueとが異なるものを指す用語として使い分けられている。

(8) 横山・前掲論文、田村・前掲論文参照。なお、それらが依拠するBoyer, op. cit., nos 7-13, pp. 5-11の他、Blomeyer, "La promesse de vente vaut vente" zur Geschichte des Durchgriffs bei Vorverträgen, in : Festschrift Raape, 1948, S. 269-303も一五八九条の歴史的経緯を詳しく検討している。

(9) Malaurie et Aynes, op. cit., n° 238, pp. 170-171. かつては有力な反対説もあった (Planiol et Ripert (par Hamel),

Traité pratique de droit civil français, t. X, Contrats civils, 1re partie, 2^{e} éd., 1956, n^{os} 175-182, pp. 200-216)。

(10) Le Tourneau, op. cit., n° 193, p. 73 ; Ghestin, op. cit., n° 230, pp. 254-255 ; Weill et Terré, op. cit., n° 104, p. 106; Larroumet, op. cit., n° 308, pp. 264-265 ; Flour et Aubert, op. cit., n° 154-2, pp. 111-112 ; Répertoire Dalloz de droit civil, v° Promesse de vente, n° 2.

(11) Ghestin, op. cit., n° 231, p. 255 ; Weill et Terré, op. cit., n° 108, pp. 107-111 ; Larroumet, op. cit., n^{os} 311-316, pp. 267-270 ; Flour et Aubert, op. cit., n° 154-2, pp. 111-112 ; Répertoire Dalloz de droit civil, v° Promesse de vente, n^{os} 117, 139.

(12) Ghestin, op. cit., n° 231, p. 255 ; Répertoire Dalloz de droit civil, v^{is} Contrat et Convention, n° 127, Promesse de vente, n° 96 ; Juris-Classeur, Droit civil, Art. 1589, n^{os} 56, 102 ; Schmidt, op. cit., n^{os} 486, 518, pp. 263, 277.（「締約義務を負う」という表現は正確でないとする。）

(13) Mazeaud (par Juglart), op. cit., n° 798, pp. 71-72 ; Ghestin, op. cit., n° 233, pp. 258-260 ; Weill et Terré, op. cit., n° 108, pp. 107-111 ; Larroumet, op. cit., n^{os} 311-315, pp. 267-269 ; Malaurie et Aynes, op. cit., n° 236, pp. 168-169 ; Répertoire Dalloz de droit civil, v° Contrat et convention, n° 135 ; Juris-Classeur, Droit civil, Art. 1589, n° 137 ; Schmidt, op. cit., n° 522, pp. 280-281.

(14) 無償で option を授与する一方の予約は contrat unilatérale（片務契約）だが、有償の場合は contrat synallagmatique（双務契約）とされる (Mazeaud (par Juglart), op. cit., n° 790, p. 63 ; Ghestin, op. cit., n° 236, pp. 262-264 ; Le Tourneau, op. cit., n° 193, p. 73 ; Malaurie et Aynes, op. cit., n° 237, pp. 169-170 ; Larroumet, op. cit., n° 310, pp. 265-267 ; Schmidt, op. cit., n^{os} 491, 520)。かつては promesse unilatérale を停止条件付き契約と解する見解もあったが、今日では「promesse unilatérale では、一方の当事者が（本）契約に同意していないため、それは成立しておらず、（本）契約の成立を前提とする停止条件付き契約とは別物である」とされる (Mazeaud (par Juglart), op. cit., n° 793, pp. 67-68 ; Ghestin, op. cit., n° 233, pp. 258-260 ; Weill et Terré, op. cit., n° 108, pp. 107-111 ; Larroumet, op. cit., n^{os} 312-314, pp. 267-269 ; Répertoire Dalloz de droit civil, v° Promesse de vente, n° 75 ; Juris-Classeur, Droit civil, Art. 1589, n° 60 ; Schmidt, op. cit., n° 489, p. 264)。また promesse unilatérale は契約であり、一方的行為たる申込とは

異なるとされ (Mazeaud (par Juglart), op. cit., n° 792, p. 66 ; Ghestin, op. cit., n° 232, pp. 256-258)「promesse unilatérale とは、申込を維持する旨の avant-contrat である」と指摘する。n° 233, pp. 258-260) ; Weill et Terré, op. cit., n° 107, p. 107 ; Larroumet, op. cit., n° 310, pp. 265-267 ; Juris-Classeur, Droit civil, Art. 1589, n° 2 ; Schmidt, op. cit., n° 488, p. 264)、当事者の一方が締約に完全に同意している点で、いずれの当事者もそれを留保している pacte de préférence (優先契約) とも異質である、とされる (Larroumet, op. cit., n° 292, p. 254 ; Répertoire Dalloz de droit civil, v° Vente, n° 629 ; Schmidt, op. cit., n° 387, p. 209. なお、pacte de préférence の内容と効果は、Mazeaud (par Juglart), op. cit., n^{os} 769, 791, pp. 34, 65-66 ; Le Tourneau, op. cit., n° 192, p. 73 ; Flour et Aubert, op. cit., n° 154-2, pp. 111-112 ; Larroumet, op. cit., n° 292, p. 254 ; Malaurie et Aynes, op. cit., n° 235, pp. 166-168 ; Répertoire Dalloz de droit civil, v° Vente, n° 628 ; Juris-Classeur, Droit civil, Art. 1589, n° 167 ; Schmidt, op. cit., n° 386, pp. 208-209 参照)。その他、当事者双方に option を与える双方の予約 (promesse bilatérale) も理論上ありうるが、実際は使われていないらしい (Répertoire Dalloz de droit civil, v° Promesse de vente, n° 6)。

(15) Ghestin, op. cit., n° 234, p. 260 ; Weill et Terré, op. cit., n° 109, pp. 111-112 ; Le Tourneau, op. cit., n° 202, p. 75 ; Larroumet, op. cit., n° 299, p. 258 ; Malaurie et Aynes, op. cit., n° 238, pp. 170-171 ; Répertoire Dalloz de droit civil, v° Promesse de vente, n° 166 ; Juris-Classeur, Droit civil, Art. 1589, n^{os} 26, 43 ; Schmidt, op. cit., n^{os} 554-559, 577, pp. 297-301, 308-309.

(16) compromis (前節参照) は双務予約とも解しうる (Malaurie et Aynes, op. cit., n° 238, pp. 170-171)。

(17) Ghestin, op. cit., n^{os} 238-239, pp. 266-268 ; Weill et Terré, op. cit., n° 109, pp. 111-112 ; Le Tourneau, op. cit., n° 202, p. 75 ; Larroumet, op. cit., n^{os} 299-307, pp. 258-264 ; Malaurie et Aynes, op. cit., n° 238, pp. 170-171 ; Répertoire Dalloz de droit civil, v^{is} Contrat et convention, n° 125, Promesse de vente, n^{os} 171-173 ; Juris-Classeur, Droit civil, Art. 1589, n^{os} 7, 14-15 ; Schmidt, op. cit., n^{os} 554-559, 577, pp. 297-301, 308-309.

(18) Voy. Répertoire Dalloz de droit civil, v^{is} Contrat et convention, n° 125, Promesse de vente, n° 171 ; Juris-Classeur, Droit civil, Art. 1589, n° 17.

(19) Planiol et Ripert (par Hamel), op. cit., n^{os} 175-182, pp. 200-216.

(20) Mazeaud (par Juglart), op. cit., n° 785, pp. 59-60.

(21) Ghestin, op. cit., n° 239, p. 268 ; Le Tourneau, op. cit., n° 202, p. 75 ; Larroumet, op. cit., n^{os} 299-307, pp. 258-264 ; Malaurie et Aynes, op. cit., n° 238, pp. 170-171 ; Répertoire Dalloz de droit civil, v° Promesse de vente, n^{os} 166-195 ; Schmidt, op. cit., n^{os} 557-559, 577, pp. 298-301, 308-309.

(22) Répertoire Dalloz de droit civil, v° Promesse de vente, n° 174 ; Juris-Classeur, Droit Civil, Art. 1589, n° 19.

(23) Malaurie et Aynes, op. cit., n° 238, pp. 170-171. ただし、この解釈は一五八九条の本来の趣旨には反する（横山・前掲論文（一）六八一七二頁、（二）二九八頁参照）。これに対し、「契約の締結まで請求できる」とする見解も、勿論ある（Larroumet, op. cit., n° 304, pp. 261-262）。

(24) Leduc, op. cit. が（狭義の）予備的契約にふれていた点は、前節の註（14）を参照。その他、Demoge, Des contrats provisoires, in : Études de droit civil à la mémoire de Capitant, 1939, p. 159 もこれに関する古典的論文として挙げられることがあるが、試味契約や試用契約（フランス民法一五八七、一五八八条）を検討しているに過ぎない（紹介として、山口浩一郎「ドゥモーグの《暫定契約》論について」（上智法学論集一〇巻三号三一五頁、昭和五二年）がある）。また教科書では、Planiol et Ripert (par Esmein), op. cit., n^{os} 129-130, pp. 146-149 が accords préparatoires という項目を設けているが、punktation を「（本）契約の成否」という角度からながめるだけである。

(25) Req. 19, oct., 1931, D. H. 1931, p. 540 だけは、（狭義の）予備的契約を認めたものとも解しうるが、不明な点も多い。

(26) Cass. soc., 24, mars, 1958, J. C. P. 1958, II, 10868, note Carbonnier. accord de principe は（本）契約を成立させるものではないが、一定の義務を発生させることもある、とした裁判例（横山・前掲論文（一）三二一—三三頁参照）。

(27) Cass. civ. 1er, 8, oct., 1963, Bull. civ. I, n° 419, p. 359（費用負担の合意を認めたもの）; Cass. civ. 1er, 24, oct., 1965, Bull. civ. I, n° 651, p. 495（価格決定のための専門家選出の合意を認めたもの）; Cass. com. 27, avril, 1968, Bull. civ. IV, n° 141, p. 124.（同前。）

(28) たとえば Serna, Le refus de contracter, (th. Paris), 1967, pp. 203-206 ; Gothot, Les pourparlers contractuels, in: Renaissance du phénoméne contractuelle Commission Droit et Vie des Affaires de Liège, 1971, p. 21.（後者はベルギーの論文だが、フランスでも参照される。）

(29) Marty et Raynaud, Droit civil, t. II, 1er vol., 1962, n° 100, pp. 81-83 がふれる程度。

(30) Mousseron, op. cit. と Rieg, op. cit. が代表例である。前者は「契約の成立過程」を全体的に考察したもので、そのなかで交渉義務を生じさせる(狭義の)予備的契約(accord de principe と呼ばれる)にふれている(これに pacte de préférence と contrat cadre(枠契約)を加え、contrats préparatoires と総称する)。また contrats temporaires(暫定契約)や contrats partiels(部分契約)も(狭義の)予備的契約として例示する。他方、Rieg 論文は punctation を検討したもので、「(本)契約の成否」という角度だけからそれを捉えるのでなく、contrat de pourparlers として、つまり、交渉義務を生み出すものとしてそれを把握している。なお、この他、Cedras, L'obligation de négocier, Rev. trim. dr. com. 1985, p. 265 も(狭義の)予備的契約を論じ、Schmidt, op. cit., nos 369-484, pp. 198-260 も詳しく検討している。

(31) Lettre d'intention は Mousseron の論文でも紹介されていたが、本格的な検討は Fontaine, Les《lettres d'intention》dans la négociation des contrats internationaux, Droit et pratique du commerce international, 1977, p. 76 にはじまり、誠実交渉義務を生み出すものと位置づけられた。そのほか、Pevtcin, La lettre d'intention, Droit et pratique du commerce international, 1979, p. 49 もこれにふれており、さらに lettre d'intention の具体例は Droit et pratique de commerce international, 1976, pp. 499-509 に掲載されている。

(32) 以下の四種の教科書がこの傾向を物語る。第一は Weill et Terré で、初版(Weill, Droit civil, Les obligations, 1971)では(狭義の)予備的契約にふれていなかったのに、第三版では contrats préparatoires et contrats temporaires という項目を設けている(Weill et Terré, Droit civil, Les obligations, 3e éd., 1980, n° 110 bis, pp. 122-123. 第二版未見)。第二は Le Tourneau の教科書で、第二版(一九七六年)ではこれに言及していないのに、第三版(一九八二年)ではそれを取り上げはじめる(Le Tourneau, op. cit., nos 195-202, pp. 73-75)。第三は Flour et Aubert のもので、初版(一九七五年)ではこの問題にふれていなかったものが、Addendum(一九八〇年)で Lettre d'intention を紹介し(n° 139, p. 4)、新版では L'acceptation dans la négociation contractuelle et les contrats préparatoires と Les principaux contrats préparatoires という項目を新設している(Flour et Aubert, Droit civil, Les obligations, vol. I, nouv. éd., (par Aubert), 1986, nos 154-1, 154-2, pp. 110-112)。第四は Starck のそれで、初版(Starck, Droit civil, Obligations, 1972)では特に論じられていなかったものが、第二版(Starck (par Roland et Boyer), Droit civil, Obligations, 2. Contrat et quasi-

contrat régime général, 2e éd., 1986, n° 281, p. 97）では accord de principe を取り上げるようになる。

（33）ただ、裁判例は多くなく、七〇年代のものとしては、Cass. com. 30, nov., 1971, D. 1972, p. 209（費用負担の合意を否定したもの）; Cass. com. 22, mai, 1978, Gaz. Pal. 9, sept., 1978, Panorama, p. 377, D. 1978, If. 408（交渉義務を生み出す合意を認めたもの）が目につく程度である。

（34）横山・前掲論文（一）一八一二一頁参照。

（35）Ghestin, op. cit., nos 229-242, pp. 253-272（（広義の）予備的契約（Les conventions préalables à la formation du contrat définitif）を予約（promesses de contrats）と（狭義の）予備的契約（contrats préparatoires）に二分し、後者をさらに accords de principe（誠実交渉義務を生じさせるもの）と accords partiels（個別的な合意を確定させるもの）とに細分化する。lettre d'intention は右のどちらにも当たりうるとする）; Le Tourneau, op. cit., nos 185-202, pp. 70-75（Les actes préparatoires ou provisoires という項目の下で（狭義の）予備的契約を取り上げ、accord de principe（ou punctation）（誠実交渉義務を生み出すもの）と lettre d'intention（ou protocole d'accord ; 個別的な合意を確定させるもの）の他、pacte de préférence や contrat-cadre を例として挙げる）; Malaurie et Aynes, op. cit., nos 234-238, pp. 166-171（（広義の）予備的契約（contrats préparatoires ou avant-contrats）を論じる所では pacte de préférence, contrats-cadres, promesse を取り上げるだけだが、別の箇所で accords de principe（lettres d'intention ou protocoles d'accord）にふれ、交渉義務を生み出すものと位置づける）; Weill et Terré, op. cit.（4e éd.）, nos 103-111, pp. 105-114（（広義の）予備的契約（avant-contrats ?）を予約（promesse）と（狭義の）予備的契約に大別し、後者を contrats préparatoires（ou accord de principe ; 交渉義務を生み出す。contrats-cadres も同じ義務を発生させるとする）と contrats temporaires（交渉中の当事者間の関係を暫定的に規律するもの）に細分化する）; Flour et Aubert, op. cit.（4e éd. ）, nos 139, 154-1, 154-2, pp. 99, 110-112（（広義の）予備的契約（contrats préparatoires ou avant-contrats）として、pacte de préférence, accord de principe（ou contrat de pourparlers ; 誠実交渉義務を発生させるものを指す。lettres d'intentions がこれに当たることもある、とする）, promesse unilatérale, contrat conditionnel（条件付き契約）を並列的に並べる）; Larroumet, op. cit., nos 288-316, pp. 251-270（（広義の）予備的契約（avant-contrat ou contrat préparatoire を（狭義の）予備的契約（contrats de négociation）と予約（promesses）に大別し、前者の例として、pacte de préférence, contrats obligeant

à négocier（交渉義務を発生させるもの。accord de principe も同じことがある、とする）, accord de principe (accords partiels, punctation ou lettres d'intention；個別的な合意を確定させるもの。交渉義務を生み出すこともある、とする）を列挙する）；Starck (par Roland et Boyer), Droit civil, Obligations, 2. Contrat, 3ᵉ éd., 1989, nº 281, p. 122-123 (accord de principe を交渉義務を生み出すものと捉える）；Schmidt, op. cit., nºˢ 369-583, pp. 198-313.（(広義の）予備的契約（contrats prêliminaires）を交渉に関する契約（(狭義の）予備的契約）と締約に関する契約（予約）とに大別した後、さらに前者を交渉義務を発生させるもの (contrat de négociation (accord de principe ou contrat de pourparlers), pacte de préférence）と交渉を整序するもの (contrat-cadre, contrat partiel (ou accord partiel；個別的な合意を確定させるもの), contrat temporaire（暫定契約））とに細分化する。）

(36) pacte de préférence や contrat-cadre も同様の義務を発生させると解されている。

(37) *Ghestin, op. cit., nº 241, pp. 269-271*；Le Tourneau, *op. cit.* (3ᵉ éd.), nº 195, pp. 73-74；Malaurie et Aynes, op. cit., nº 234, p. 166；Weill et Terré, op. cit. (4ᵉ éd.), nº 110 bis, pp. 112-113；Flour et Aubert, op. cit. (4ᵉ éd.), nº 154-2, pp. 111-112；Starck, op. cit. (3ᵉ éd.), nº 281, pp. 122-123；Schmidt, op. cit., nºˢ 371-384, pp. 201-208.

(38) Ghestin, op. cit., nº 242, pp. 271-272；Schmidt, op. cit., nºˢ 456-470, spéc. nº 462, pp. 245-253.

(39) Larroumet, op. cit., nº 297, p. 257；Schmidt, op. cit., nº 465, pp. 249-250.

(40) Weill et Terré, op. cit. (4ᵉ éd.), nº 110 bis, pp. 112-113；Schmidt, op. cit., nºˢ 477-483, pp. 256-260.

(41) Weill et Terré, op. cit. (4ᵉ éd.), nº 110 bis, pp. 112-113；Schmidt, op. cit., nºˢ 477-479, pp. 256-258.

第二章　申込に関する議論――「申込の撤回」を中心として

申込、特に「申込の撤回」を検討するのは[(1)]、「交渉破棄」が申込以前の問題とされることからして、両者は明らかに関

連しており、また「交渉破棄」と「申込の撤回」を一括する見解（の存在）が両者の緊密な関係を示唆しているためである。[2] なお、法理論的関心から、考察は学説に絞り、その展開過程（第一節）と現状（第二節）をながめていく。

第一節　「申込の撤回」に関する学説の展開過程

申込の意味を確認しておく。フランスでも、契約（合意）は申込と承諾により成立するとされ、申込は通常 offre とか pollicitation と呼ばれる。[3] また申込は明確で（précise）かつ確定的で（ferm）なければならないとされる。契約の要素（éléments essentiels）をすべて含み、かつ留保（réserve）が付されていてはならないのである。[4] この要件を欠くとき、それは申込の誘引とされる。[5] ところで、ドイツや日本では「申込の拘束力」が認められているが、フランス民法典はそれを認めていないため、学説は「申込の撤回」をめぐり様々な議論を繰り広げてきた。以下、責任の可否、責任の根拠（法律構成）とその要件、責任の効果、という三つの角度から、各時代の動向をながめてみる。

一　フランス民法典制定以前の見解

民法典制定以前にも「申込の撤回」は責任の可否をめぐり議論されていた。たとえば Grotius は、[6] 法的な権利義務関係に変動を来たす約束（promissio）が効力を発するには相手方の承諾（acceptatio）が必要である、としたうえ、[6a] ——不注意（過失）を理由に損害賠償責任を肯定した錯誤の場合とは対照的に[7] ——「約束（=申込）の撤回」にあっては軽率さがない、との理由から法的責任を否定した。[8] 他方、——不法行為責任説の始祖と仰がれる[9] —— Pothier は、「申込の撤回」自体は許容しつつも、[10]「何人も他人の行いによって害されるべきではない」との衡平の原則（régle d'équité）に基づき撤回者の責任を肯定した。[11] また申込受取人が出損をしたり、機会を失ったに過ぎない場合には、損害賠償責任のみ、他方、[12]

履行行為までした場合には、契約の履行責任まで認められるとし[13]、弾力的な解決を模索していたのである[14]。

二　民法典制定直後、特に一九世紀前半の学説

民法典に申込や承諾に関する一般的な規定はなく、起草過程でも議論はなされなかったようである[15]。また民法典制定直後の解説書も「申込の撤回」には言及していない[16]。が、一八三〇年代になると、Pothier と同旨の見解が展開されはじめ、たとえば Pardessus, Duranton, Troplong のそれは、撤回者に不法行為責任を課す点、責任の内容を損害賠償とする点、その損害が「信頼利益」に相当する点、隔地者取引（おそらくは動産売買）を想定する点で、ほぼ Pothier の説と共通している[17]。他方、異説はほとんどなかったようである[18]。

三　一九世紀後半の学説

この時期、不法行為責任説に対し、二つのアンチ・テーゼが唱えられる。第一は予備的契約説で、——その萌芽は Aubry et Rau にみられないこともないが[19]——主唱者は Demolombe に求められる。「申込は原則として撤回しうる。が、期限付の申込には『期間内は撤回しない』との付随的な申込が含まれており、——申込受取人にとって利益にしかならない——これに対する沈黙はその承諾に当たる」というのがこの説の骨子で、さような場合、「申込の撤回」には効力がないとする[20]。ただ、予備的契約説の始祖とされる彼も[21]、かかる契約が認められない場合には「申込の撤回」を faute とする不法行為責任（「信頼利益の賠償」に相当）を肯定した[22]。つまり、彼が予備的契約説を唱えたのは、不法行為責任説に矛盾を見い出したからではなく、期限付の申込について「契約の成立」という効果まで獲得したかったためで、このことと「商慣習では一般に『必要な期間内は申込を撤回しない』との黙示の約定が認められる」との主張を併せ考えるとき[23]、商取引への配慮が窺われる[24]。が、予備的契約説に与する見解もこの考えのすべてを受け継いだわけではない。確かに Aubry et Rau は Demolombe の見解をほぼ全面的に踏襲する[25]。しかし、たとえば Laurent は——予備的契約に基づく責任は認め

つつも[26]――「撤回権がある以上、撤回それ自体が faute となることはない」として、不法行為責任は否定する。[27] また Larombière は――不法行為責任（「信頼利益の賠償」に相当）は肯定しつつ[28]――予備的契約が認められる場合にも、撤回は可能で、損害賠償責任（「信頼利益の賠償」に相当）が生ずるに過ぎない、とする。[29]

予備的契約説が唱えられる一方で、一九世紀末には一方的債務負担行為説も登場する。オーストリアの法学者 Siegel が「債権債務関係は一方的な約束からも発生しうる」との主張を骨子とする論著（一八七三年）を発表したところ、[30] これがフランスに一方的債務負担行為理論（théorie de l'engagement par volonté unilatérale）として紹介され、[31] 次いでこの理論を申込に応用し、「申込の拘束力」を認める説が出現したのである。[32] この見解は直ぐに有力な支持（Baudry-Lacantinerie et Barde）を得ることになる。[33]

右の如く、この時期には新たに二つの説が加わる。[34] またこれを効果の面からながめるなら、いわゆる「信頼利益」に相当する損害の賠償責任しか認めなかった不法行為責任説に対して、特に商取引における不都合に配慮し、「契約の成立（履行責任）」まで許容しようとして他の二説が現れた、という構図が浮かび上がってくる（註（30）（31）も参照）。

四　二〇世紀前半の学説

二〇世紀前半は鼎立の時代を迎える。一方では予備的契約説が支持を得、[35] 意思自治の観点から一方的債務負担行為説を批判するとともに、不法行為責任説には Laurent と同種の非難を浴びせた。[36] そのなかには――Demolombe とは対照的に――「履行責任」まで認める必要はない、とする見解もあった。[37] 他方、一方的債務負担行為説も支持を集め、[38] 不法行為責任説には右と同じ批判を、予備的契約説には事実（réalité）に反するとの批判を向けた。[39] また不法行為責任説も死滅せず、[40] 一方的債務負担行為説には、フランス法ではそのような理論は認められていない、との、予備的契約説には擬制（fiction）に過ぎない、との批判を投げ掛けた。[41] ただし、これは不法行為の効果（現物賠償）として「履行責任」まで認

める点で[42]、一九世紀後半までのそれとは一線を画するものあった[43]。

五　二〇世紀後半の学説

この時期には不法行為責任説が学界を支配する。確かに予備的契約説は僅かながら生き残り[44]、一方的債務負担行為説も若干数見い出されるが[45]、不法行為責任説が大多数を占め、通説となる[46]。またそのなかでは、現物賠償として「履行責任」ないし「履行利益」に相当する損害の賠償責任まで認めうる、とする見解[47]が多数説を形成している[48]（次節も参照）。

註

(1) 申込には多くの論稿がある（Aubert, Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, 1970 は特に著名なもの）。が、学説の一般的動向を捉えるという意図から、考察は教科書を中心にする。なお、「申込の撤回」に関するフランスの議論を紹介した文献としては、北川善太郎『契約責任の研究』（昭和三八年）二一六—二二〇頁、フランス民法研究会「体系・フランス民法［債務法］2」（判タ五九八号三五頁、昭和六一年）三六—三九頁（伊藤浩執筆部分）、平野裕之「フランスにおける『契約締結上の過失』理論素描——わが国の議論へのプロローグ——」（法律論叢六一巻四＝五号六六三頁、平成元年）がある。

(2) たとえばSaleilles, De la responsabilité précontractuelle, Rev. trim. dr. civ. 1907, p. 697 は両者をresponsabilité précontractuelle という上位概念で包摂し、これと類似した問題の位置づけ方は最近でも採られている（Le Tourneau, La responsabilité civil, 3^{e} éd., 1982, n^{os} 173-203, pp. 68-76 ; Viney, Traité de droit civil, t. IV, 1982, n^{os} 196-198, pp. 229-232 ; Huet, Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, (th. Paris II), 1978, n^{os} 236-297, pp. 229-280 など）。また締約を妨げる faute として一括したり（Mousseron, La durée dans la formation des contrats, in : Études offertes à Jauffret, 1974, pp. 509-511 ; Seube, La culpa in contrahendo, in : Regeln über den Vertragsschluß im französischen und deutschen Recht, Les règles de la formation du contrat en droit français et allemand, Bericht ü. d. 15 Gemeinsame Seminar d.

Jur. Fakultäten v. Montpellier u. Heidelberg 15-28, Mai, 1983, 1985, pp. 121-126)、交渉決裂の場合の責任という形でまとめる見解もある (Schmidt, Négociation et conclusion de contrat, 1982 (以下、Schmidt, Négociation と引用), n^{os} 205-233, pp. 101-120)。

（3）Henri, Léon et Jean Mazeaud (par Chabas), Leçons de droit civil, t. II, 1er vol., 7^{e} éd., 1985, n° 131, p. 117 ; Ghestin, Traité de droit civil, t. II, 2^{e} éd., 1988, n° 201, pp. 219-220 ; Le Tourneau, op. cit., n° 187, p. 71 ; Malaurie et Aynes, Cours de droit civil, Les obligations, 1985, n° 245, pp. 177-178 ; Flour et Aubert, Droit civil, Les obligations, vol. I, 4^{e} éd. (par Aubert), 1990, n° 139, p. 99; Larroumet, Droit civil, t. III, Les obligations, 1^{ere} partie, 1986, n° 237, pp. 212-213 ; Juris-Classeur, Droit civil, Art. 1101-1108, par Gegout, 1976, n° 5 ; idem., Art. 1109, par Malaurie, 1977, n° 4 ; idem., Art. 1583, par Bilger, 1972, n° 30. これに対して、Aubert, op. cit., n^{os} 165 et s.,pp. 157 et s. は pollicitation を特定人に対する期限付の申込という意味で、offre をそれ以外の申込という意味で区別して用い、かつ前者を一方的債務負担行為と解している（この理論の詳細は後述）。

（4）Ghestin, op. cit., n° 201, pp. 219-220 ; Malaurie et Aynes, op. cit., n° 245, pp. 177-178 ; Flour et Aubert, op. cit., n° 139, p. 99 ; Larroumet, op. cit., n^{os} 246-249, pp. 220-223 ; Répertoire Dalloz de droit civil, v° Vente (éléments constitutifs), par Malaurie, 1976, n° 20. なお、Weill et Terré, Droit civil, Les obligations, 4^{e} éd., 1986, n° 134, pp. 142-143 は précise et complète を、Le Tourneau, op. cit., n° 187, p. 71 ; Juris-Classeur, Droit civil, Art. 1109, n° 10 は précise だけを、各々申込の要件としているが、特に異議を唱える趣旨ではあるまい。

（5）申込を指す言葉は offre (pollicitation) で統一されているが、申込の誘引を指す言葉は区々である。Mazeaud, op. cit., n° 132, p. 118 (simple invitation aux pourparlers) ; Ghestin, op. cit., n° 201, pp. 219-220 (simple invitation à entrer en pourparlers ou appel d'offres. 用語の使いわけはなされていない) ; Malaurie et Aynes, op. cit., n° 245, pp. 177-178 (invitation à entrer en pourparlers) ; Weill et Terré, op. cit., n° 134, pp. 142-143 (simple offre d'entrer en pourparlers) ; Larroumet, op. cit., n° 248, pp. 221-222 (offre de pourparlers) ; Répertoire Dalloz de droit civil, v° Vente, n° 20 (proposition d'entrée en pourparlers) ; Juris-Classeur, Droit civil, Art. 1109, n^{os} 5-6 (invitation (ou offre) d'entrée en pourparlers) ; idem., Art. 1583, n^{os} 30-31 (proposition d'entrée en pourparlers ou invitation à

entrer en pourparlers. 用語は特に使い分けられていない）；Flour et Aubert, op. cit., nº 139, p. 99. (invitation à entrer en pourparlers ou appel d'offres. 前者は交渉の勧誘や比較的早い段階での提案を指し、後者は前者より具体性はあるが、なお imprécise であるため、申込と評価できない提案を指すものとして、使い分けられている。）

(6) グローチウス（一又正雄譯）『戰争と平和の法（第二巻）』（昭和二五年）に拠りつつ、手引きとして、新井誠「ヴィアッカーにおけるグロチウスの promissio 概念 ── Promissio 概念と Geltungstheorie との内在的関連性に関する序章的考察 ──（一、二）（完）」（民商八一巻二号二〇八頁、三号三三六頁、昭和五四年）、大沼保昭編『戦争と平和の法』（昭和六二年）二七一─三四八頁（大沼保昭執筆部分）、松尾弘「グロチウスの所有権論 ── 近代自然法における所有権理論と民法理論の古典的体系 ──（一、二）（完）」（一橋研究一四巻三号一〇七頁、四号一三一頁、平成元年）、滝沢昌彦「申込概念の発生 ── 約束から申込へ ──」（一橋論叢一〇七巻一号七〇頁、平成四年）の他、Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1952（ヴィーアッカー（鈴木禄弥訳）『近世私法史』（昭和三六年）も参照）；dass., (2. Aufl.), 1967；Diesselhorst, Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen, 1959 を利用する。なお、不十分さを自覚しつつ、あえて彼の見解を取り上げるのは、そこに「交渉破棄」にかかわる現代的な示唆が隠されているように思われたためである（補註1参照）。

(6a) acceptatio は通常「承諾」と訳される（新井・前掲論文、滝沢・前掲論文。松尾・前掲論文は「受約」とする）。が、所有権移転が範型とされているのだから（第二巻第一一章第一四節）、むしろ「（約束の対象たる権利や自由を）受け取る（懐中に収め、自分のものとする）こと」と訳した方が、Grotius の想定するイメージにふさわしいかもしれない（「受け取る」とは、所有権移転にあっては、所有権を受け取ることで、引渡（占有移転）を受けることではない（同巻第一二章第一四節）。また約束の対象については、新井・前掲論文、松尾・前掲論文参照。なお、かかる授受も当事者が任意に行っている以上、そこに「合意（契約）」（所有権移転の場合は物権契約）を見い出すことは可能である。が、弁済を思えば分かるように、現代でも実際にはさような視角から把握しないこともある）。ただ、この acceptatio が現在の「承諾」につながっていることは間違いないから（滝沢・前掲論文参照）、現代的な示唆を得るとの趣旨に照らし、「承諾」と訳すことにした。

　ところで、もし acceptatio が本来「受け取ること」に近い意味だとすると、それがいかにして現代的な意味での「承諾」に変化したかは、「承諾」のみならず、「申込」概念の生成過程を知るうえでも、一つのキー・ポイントたりうる。難問であり、実定法学者の力の及ばぬところであるが、滝沢・前掲論文から示唆を得つつ、推測するなら、「受け取る」とは「自らの

意向に反して押しつけられる」ことではなく、「自主的によしとして受け取る」ことを意味したが、promissio が契約（の一類型）として、つまり、両当事者の同意として構成されていくなかで、「受け取ることをよしとする」、さらに「契約そのものをよしとする（是認、すなわち、同意）」という意味に変質してしまった、という可能性は一応考えられそうである（約束が申込へと変化する過程のなかで、かかる変質がいかなる役割を果たしたか、は今後残された課題である）。

なお、今日でも弁済の「受領」には、「自主的によしとして受け取る」というニュアンスが含まれているように思われる（受領遅滞が観念できるのは、自主性の要素が内包されているからであり、また「よしとして」という意思的要素をいかに評価するかが、一面では弁済の法的性格の決定に影響を及ぼしているように感じられる。磯村哲編『注釈民法（一二）債権（三）』（昭和四五年）一―二、四四―五二頁（磯村哲、奥田昌道、各執筆部分）参照）。が、「受領を要する意思表示」における「受領」には、かかるニュアンスよりも、――「到達」とほぼ同義に用いられている関係上、受領能力の問題を除けば――「受取人の意向とはかかわりなく、相手方から送りつけられる」という意味合いの方が強く（我妻栄『新訂民法総則』（昭和四〇年）三一六―三二〇頁）、また約束がなされた旨の連絡を受けることと約束そのものを受け取る（自分のものにする）こととは、厳に区別されねばならない。この註で acceptatio をあえて「受領」と訳さなかった所以である。なお、ドイツ語の Annahme も本来 Empfang（Aneignung）という意味だったが、時代が下るにつれ、Genehmigung（＝Willenserklärung）に変質していった、とされる（Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht, 1873, S. 7-8）。

（7）グローチウス・前掲書四九六―四九八頁（第二巻第一一章第四節）、同・五〇六頁（同章第一四節）。Vgl. Dieselhorst, a. a. O., S. 106-119. なお、彼の契約締結理論の影響が今日まで及ぶ点は、ヴィーアッカー（鈴木訳）・前掲書三四四―三四五頁、Wieacker, a. a. O. (2. Aufl.), S. 295 の他、Wieacker, Die vertragliche Obligation bei den Klassikern des Vernunftrechts, in: Festschrift für Welzel, 1974, S. 7-22 参照。その他、谷口知平編『注釈民法（一三）債権（四）』（昭和四一年）一一九頁以下（遠田新一執筆部分）もこの点にふれる。

（8）グローチウス・前掲書四九九―五〇〇頁（第二巻第一一章第六節）。責任の性質が不法行為責任とされていた点は、同・六四六頁以下（同巻第一七章）参照。なお、これを指して Wieacker は「グローチウスは culpa in contrahendo まで到達していた」と評するが（ヴィーアッカー（鈴木訳）・前掲書三四四頁。ただ、第二版では、Vertrauenshaftung と言い換えている。Wieacker, a. a. O. (2. Aufl.), S. 295）、Dieselhorst, a. a. O., S. 96-97, Anm. 17 は不明瞭な点も残るとする。

（9）グローチウス・前掲書五〇七頁（第二巻第一一章第一六節）。自然法も「約束の撤回」を禁止していないと解する（同・五〇六頁（同章第一四節））。ただ、制定法によりこれを禁止することは可能で（同・前掲書五〇六頁（同章第一四節））、例としてローマ法上の国家に対するpollicitatioを挙げる（もっとも、これは「約束の撤回」を禁止したのではなく、一方的な約束により、直ちに債権債務関係が生ずることを認めたものとも解しうる（船田亨二『ローマ法（第三巻）』（昭和四五年）三七一―三七三頁参照）。またこの制度につき詳しくは、林信夫「都市に対する『片約pollicitatio』の法的保護」（片岡輝夫他『古代ローマ法研究と歴史諸科学』（昭和六一年）一八五頁以下所収）がある）。ところで、ローマ法上のpollicitatioは法的義務を発生させるものであるから、Grotiusの三分類（assertio（確言）, pollicitatio（片約）, promissio. 前二者はいずれも法的義務を発生させない）によれば、それはpollicitatioではなく、promissioの範疇に入ることになろう（グローチウス・前掲書四九五―四九八頁（同章第二―四節）。現にpromissioを論じる脈絡のなかで、ローマのpollicitatioは挙げられている。同・前掲書五〇六頁（同章第一四節））。しかし、このためか、フランス語のpollicitationには、「拘束力のなきもの」というニュアンス（現在のフランスの通説（次節参照）が申込をpollicitationと呼ぶとき、この意味を込めている）と「拘束力あるもの」というニュアンス（Aubert, op. cit. は「拘束力ある申込」をpollicitationと呼ぶ。前註（3）及び次節の註（2）参照）が同居しうる（ボアソナードもpollicitationという用語にこの相対立する二つの意味を込めているが、この点は第四部第二編でふれる。なお、一定期間約束を撤回しない旨の約束（不撤回約束）がなされても、それは何ら義務を発生させないassertioか、pollicitatioとして道徳的な義務が生ずるに過ぎないか（もっとも、この点は内面の法廷と外面の法廷という問題も絡むため、これまた実定法学者の力の及ぶところでない。詳しくは、小川浩三「ジャン・ドマのlois de la religionとlois de police（一、二）（完）」（北大法学論集三八巻三号一頁、四号四一頁、昭和六三年）参照）か、promissioと解しても、その不撤回約束の撤回は可能であることになろう。またGrotiusにおけるpromissioと（契約の）申込とは必ずしも同一物ではないが、前者が後者に連なっていることは確かであろうから（滝沢・前掲論文参照）、現代的な示唆を得るとの意図から、本稿ではあえて両者を等置した。

（10）Cf. Ripert et Boulanger, Traité élémentaire de droit civil de Planiol, t. II, 4^{e} éd., 1952, n° 334, pp. 126-127 ; do., Traité élémentaire de droit civil d'après le traité de Planiol, t. II, 1957, n° 329, pp. 132-133 ; Flour et Aubert, op. cit., n° 149, pp. 106-107.

(11) Pothier, Œuvres de Pothier (par Bugnet), t. II, 1848, nº 4, p. 5.（そこではGrotiusの見解も参照されている。）

(12) Pothier, Œuvres de Pothier (par Bugnet), t. III, 1847, nº 32, pp. 13-14. 彼は錯誤者にも衡平（équité）を理由に損害賠償責任を課すが（Domat, Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus, nouv. ed.（東大所蔵）, t. I, pp. 30-31 (spéc. Partie I, Livre I, Titre I, Section V, article XIV) も同種の責任を認めている）、そこでいう衡平とは「自らの不注意（imprudence）で相手方を誤解に陥らせた者は、その損害を賠償せねばならない」というもので、「申込の撤回」におけるそれとは具体的内容を異にしている。「申込の撤回」を不注意（過失）の有無という面からながめた場合、彼の見解はGrotiusのそれと軌を一にするのである。

(13) Pothier, op. cit., t. III, nº 32, p. 14. 責任の根拠は、いずれの場合も衡平の原則に求められる。なお、ここでは隔地者間の動産（商品）売買が想定されている。

(14) 「履行責任」まで認めた点をBugnetは行き過ぎと批判するが(Pothier, op. cit., t. III, p. 14, note 1)、これはBugnetが損害賠償責任と「履行責任」を峻別していたことを示すと同時に、Pothierの弾力的な解決への志向をきわだたせる。またPothierの想定する損害がいわゆる「信頼利益」であった点も重要である（たとえば市場価格の下落は「第三者との取引機会の喪失」という構成を通じて、賠償の範囲に組み込まれている。nº 32, p. 14）。あるときには「信頼利益の賠償」が、あるときには実際上「申込の拘束力」が認められていたわけである。

(15) Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, t. I-XV, 1827 ; Locré, La législation civile, commerciale et criminelle de la france, t. I-XXXI, 1827-1832 によると、Cambacérès の三草案には、申込や承諾に関する規定は見当たらず (Fenet, t. I, pp. 65, 123-124, 277-280)、この点は四人の委員が起草した草案も同様である (Fenet, t. II, pp. 159-162)。また裁判所の側からも、これに関連する意見は出されなかったらしい（破毀院の意見は、Fenet, t. II, p. 582を、下級審の意見は、Fenet, t. III-Vを参照。なお、現一一〇八条に相当する草案Livre III, Titre II, Chapitre premier, Art. 6に対して意見を述べたのは、下級審のうち、Colmar (Fenet, t. III, p. 476) だけである)。さらに一一〇八条は、Conseil d'Etatでは議論されず(Fenet, t. XIII, p. 46 ; Locré, t. XII, p. 132)、Bigot-PréameneuのCorps Législatifにおける提案理由の説明 (Fenet, t. XIII, pp. 215-222 ; Locré, t. XII, pp. 311-319) やTribunatとの折衝 (Fenet, t. XIII, pp. 312-314 ; Locré, t. XII, pp. 422-424)、ないしCorps Législatifでの審議（Fenet, t. XIII, pp. 413-416 ; Locré, t.

XII, pp. 550-554)でもふれられていない(フランス民法典の立法過程につき詳しくは、片山謙二「フランス民法典の編纂過程」(関西学院大学法文学部研究年誌(第五輯)一三一頁、昭和一四年)、大村敦志「契約成立時における『給付の均衡』(二)」(法協一〇四巻二号一頁、昭和六二年)一六頁以下参照)。

(16) Maleville, Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au d'État, t. III, 2e éd., 1807, pp. 5-18.

(17) Pardessus, Cours de droit commercial, t. I, 4e éd., 1831, no 250, pp. 452-453 (idem., t. I, 6e éd., 1856, no 250, p. 318 ; Duranton, Cours de droit français suivant le code civil, t. XVI, 1833, no 45, pp. 52-58 (idem., t. XVI, 4e éd., 1844, no 45, pp. 50-55) ; Troplong, Le droit civil expliqué, de la vente, t. I, 3e éd., 1837, no 27, p. 35. (初版以来の見解。)

(18) ただし、Duranton によれば、Delvincourt はプロイセン一般ラント法を援用しつつ、「申込の拘束力」を認めたようである(Duranton, ibid. 筆者は未見)。

(19) Aubry et Rau, Cours de droit civil français, t. I, 2e éd., 1850, § 343, p. 435 ; idem., t. III, 3e éd., 1856, § 343, p. 207.「申込者が撤回の権能を放棄した場合、撤回できなくなる」とするが、そうなる根拠は明らかでない。なお、本書の初版は Zachariæ, Handbuch des französischen Civilrechts の翻訳で、Aubry と Rau が自説を入れて改訂しはじめたのは第二版以降であるため(山口俊夫「フランス法学」(碧海純一・伊藤正己・村上淳一編『法学史』(昭和五一年)一七五頁以下所収)二〇〇頁。もっとも、金山直樹「一九世紀フランスにおける民法学と自然法――時効理論を手がかりとして――」(日仏法学一七号一八頁、平成三年)四〇―四一頁も参照)、ここでは第二版から参照する。

(20) Demolombe, Cours de Code Napoléon, t. XXIV, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, t. I, 1868, nos 63-65, pp. 59-63. 商人による隔地者間の動産売買を例として挙げる(隔地者間の不動産売買の例も挙げるが(no 65, p. 62)、これは他の学説を引用したことに因る)。なお、補註2も参照。

(21) Voy. Flour et Aubert, op. cit., no 148, p. 106 ; Ghestin, op. cit., no 213, pp. 229-230.

(22) Demolombe, op. cit., no 71, pp. 68-69. ここでも隔地者間の商取引を想定する。

(23) Demolombe, op. cit., no 66, p. 63.

(24) Demolombe は「商取引にあっては、『信頼利益の賠償責任』では不十分で、『履行責任』(ないし『履行利益の賠償責任』)

まで認める必要がある」と考えたのではあるまいか。

(25) Aubry et Rau, Cours de droit civil français, t. IV, 4^{e} éd., 1871, § 343, pp. 292-293.

(26) Laurent, Principes de droit civil français, t. XV, 3^{e} éd., 1878, n^{os} 469, 475-476, pp. 540, 545-546.

(27) Laurent, op. cit., n° 481, pp. 553-555. 申込者に——撤回以外の——独自の faute がある場合には，不法行為は肯定される（n° 476, p. 547）。

(28) Larombière, Théorie et pratique des obligations, t. I, Articles 1101 à 1145, nouv. éd., 1885, n° 24, p. 24. 隔地者間の動産売買を想定するようである。

(29) Larombière, op. cit., n^{os} 13-14, pp. 11-12. 不動産売買を想定する。なお，この説が期限付の申込について定型的に予備的契約を認める趣旨であるか否かは明らかでなく，そのため，予備的契約説に与するかどうかもはっきりしない。

(30) Siegel, a. a. O.

(31) Weill et Terré, op. cit., n° 25, pp. 26-28. l'engagement unilatéral de volonté の紹介として有名なのは，Saleilles, Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand, 1890（以下 Théorie générale と略す）である。これは前年発表した雑誌論文をまとめたものであり（Cf. Thaller, L'Œuvre juridique de Raymond Saleilles, Bibliographie des travaux publiés de Raymond Saleilles, pp. II-III），その雑誌(Bulletin de la Société de Législation comparée, t. XVIII, 1888-1889）では，当時公表されたばかりのドイツ民法（第一）草案の特集が企画され，Saleilles の論文もその一環をなしていた。なお，この特集で総則の紹介を担当したのは，雑誌の刊行元の比較立法協会（la Société de Législation comparée）の時の会長 Bufnoire で（Bufnoire, L'analyse de la partie générale du projet de Code civil pour l'empire d'allemagne, Bull. Sté. lég. comp., t. XV, pp. 144-165），彼は一方的債務負担行為理論も含めた形でドイツの法律行為論を紹介し（pp. 152-161），Saleilles もこの論文を参照した（Saleilles, Sur les sources de l'obligation dans le projet de Code civil pour l'empire d'allemagne, Bull. Sté. lég. comp., t. XVIII, pp. 583-670, spéc. p. 584）。そのこともあってか，Théorie générale は Bufnoire に献呈される（Saleilles, Théorie générale, 3^{e} éd., 1914, Préface de la première édition, p. XI）。

(32) Worms, De la volonté unilatérale, considérée comme source d'obligations, 1891. 重要なものなので，紹介する。

当時のThèseの傾向に倣い、第一部ではローマ法を、第二部ではフランス法を検討する。ローマ法については、一方的債務負担行為と解しうる四つの制度、すなわち、第三者のためにする契約(stipulation pour autrui)、懸賞広告(promesse de récompense)、都市への寄付(pollicitation)、神への寄進(voeu)を取り上げ、前者二つは「当事者の一方の意思だけによる債務(本来予定されている義務)の発生を認めたもの」とは解し難いが、後者の二つは一方的債務負担行為と理解しうると論じ、そこから以下の結論を導く。ローマ法では、適法な原因によって債務が発生するには、原則として両当事者の意思の合致が要求されたが、それには例外もあった。ただし、その例外は私法(droit privé)ではなく、公法(droit public)や神法(droit sacré)に属し、直ぐには私法理論の基礎とはできない。しかし、注目すべきは、右の四つの法制度が実際上の必要性(besoins pratiques)により生成展開されたもので、いずれも申出(offre)そのものによる一定の法的効果の発生を認めること、及びその展開がローマ帝国の発展と歩調を合わせ、再び以前の原則、すなわち、債務の発生要件として「意思の合致」を要求する原則に立ち返る動きが見られないこと、である(pp. 11-84)。第二部では、冒頭部分で、一方的債務負担行為理論の由来を探るため、ローマ法、教会法、ゲルマン法を概観し、この理論の真の根源(véritable origine)は実際の必要性(besoins de la pratique)、特に取引実務(la pratique commerciale)のそれに求められる、と論じた後(pp. 87-97)、個別的な法制度の検討に移る(pp. 98-195)。そこには申込(l'offre)も含まれ(pp. 165-182)、申込には「拘束力」、すなわち、一定期間撤回できぬ効力が認められると結論づける(不法行為法による処理では取引の混乱を招く危険があるとする。pp. 177-178)。結びでは(pp. 197-200)、再び実務(la pratique)、社会の要請(les besoins sociaux)、(それに基づく)法の進化(l'évolution du droit)などが強調されており、後年の社会学者René Wormsその人の面影を偲ばせるところがある(彼の略歴は『岩波西洋人名辞典(増補版)』(昭和五六年)一二二一―一二二三頁を、著作はWorms, La sociologie, son nature, son contenu, ses attaches, 1921掲載のOuvrages de M. René Wormsを参照)。なお、Wormsに影響を与えたとされるSiegelにあっては、──確かに当該類型の約束に拘束力が認められるか否かは最終的には取引の必要性(Bedürfnisse des Verkehrs)によるとされているが(Siegel, a, a, O., S. 52)──ローマ法と異なり、ドイツ法では──債権者の権利取得の意思よりも──債務者の義務負担の意思に力点が置かれていること(S. 1-7. 原田慶吉『ローマ法(改訂版)』(昭和三〇年)一七二頁にも同様の記述が見られるが、これはSiegelの影響であろうか)、また現にドイツでは、約束は守られるべしとの立場から、一定の場合には約束の拘束力(Gebundenheit an's Wort:約束を維持する(halten)ことであ

り、履行する (erfüllen) ことではない) が一定の場合には認められてきたこと (S. 20-26, 41-45) から、ドイツ法の下では(一方的な) 約束も義務の発生原因たりうる点が強調されており (S. 45, 48-49)、専ら取引の発展や社会の進化に力点を置き、そこからの基礎づけを図る Worms とはニュアンスを異にしている。

(33) Baudry-Lacantinerie et Barde, Traité théorique et pratique de droit civil, des obligations, t. I, 1897, n^{os} 28-33, pp. 24-40 ; idem., 3^e éd., 1906, n^{os} 28-33, pp. 36-54. 自説を実際上の必要性、取引の要請、信頼維持による取引の保護などによって根拠づける一方、不法行為責任説には Laurent と同じ批判を、予備的契約説には実態 (la réalité de faits) にそぐわないとの批判を投げ掛ける。なお、実例としては隔地者間取引を想定する。

(34) その他、Valery, Des contrats par correspondance, 1895, n^{os} 169-187, pp. 165-179 も注目される (期限付の申込については予備的契約説に従って「申込の撤回」を無効と解し、それ以外の「申込の撤回」が有効な場合には、慣行 (usage) を理由に損害賠償責任を肯定する)。なお、同時期の教科書にも「申込の撤回」にふれないものはある (ex. Demante (par Colmet de Santerre), Cours analytique de code civil, t. V, 2^e éd., 1883, n^{os} 1-13 bis, pp. 1-14)。

(35) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. II, 1900, n^{os} 1021-1023, p. 307 ; idem., 9^e éd., 1923, n^{os} 981-983, pp. 339-340 ; Baudry-Lacantinerie (par Guyot), Précis de droit civil, t. II, 3^e éd., 1925, n^{os} 23-26, pp. 11-13 ; Planiol et Ripert (avec Esmein), Traité pratique de droit civil français, t. VI, 1930, n^o 131, pp. 171-173 ; idem. (par Esmein), t. VI, 2^e éd., 1952, n^o 131, pp. 150-152. (「予備的契約説を採らないなら、不法行為責任説に拠らざるを得ないが、前者に反対せねばならぬ理由はない」とする。)

(36) 一方的債務負担行為説には、個人の意思は至高なもので、何人も自らの意思なくして債権者とされることはないから、この理論は議論の出発点からして間違っている、との批判を浴びせ (Planiol, op. cit. (1^{re} éd.), n^{os} 866-869, 1023, pp. 258, 308 ; idem. (9^e éd), n^{os} 831-834, 983, pp. 273, 340 ; Planiol et Ripert (avec Esmein), op. cit., n^{os} 8-11, pp. 9-14 ; idem. (par Esmein, 2^e éd.), n^{os} 8-11, pp. 9-14)、不法行為責任説に対しては、一三八二条は権利なくして相手方に損害を与えた場合に賠償責任を課すものだから、右の規定を挙げるだけでは説明したことにならず、申込者が申込を撤回できなくなる理由が説明されねばならない、とする (Planiol, op. cit. (1^{re} éd.), n^o 1023, p. 307 ; idem. (9^e éd.), n^o 983, pp. 339-340)。つまり、不法行為責任説を理論的に否定するわけで、この点でこの見解は Demolombe と決定的に異なる。

(37) Planiol et Ripert (avec Esmein), op. cit., n° 132, pp. 174-175 ; idem. (par Esmein, 2e éd.), n° 132, pp. 152-154. 当事者の意思が合致していないのに「契約の成立」を認めるのはおかしいし、撤回者が「契約の成立」を主張できるとなると、不都合な場面も出てくる、とする。ただし、「履行利益」に相当する損害の賠償責任は認める。

(38) Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. II, 1915, pp. 269-272, 285-288 ; idem., t. II, 10e éd., (par Morandière), 1953, nos 6-11 bis, 44-46, 273-277, pp. 5-10, 34-37, 195-197 ; Demogue, Traité des obligations en général, I Sources des obligations, t. I, 1923, nos 18-21, pp. 51-63 ; idem., t. II, 1923, n° 559, pp. 183-190 ; Josserand, Cours de droit civil positif français, t. II, 1930, nos 49, 396-399, pp. 25, 189-190. (ただし、権利濫用に基づく不法行為責任が認められることはある、とする。) その他、Savatier, Cours de droit civil, t. II, 2e éd., 1949, nos 87, 99, pp. 43, 52-53 もこの説に与するように見える。

(39) 不法行為責任説には、問いを以て問いに答えるようなもの、との批判を向け (Colin et Capitant, op. cit. (1re éd.), pp. 285-288)、予備的契約説には本文で紹介した批判をぶつける (Colin et Capitant, op. cit. (10e éd.), n° 46, p. 36)。

(40) Henri Mazeaud et Léon Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle, t. I, 4e éd., 1947, nos 116-121, pp. 127-132 ; idem. (Henri, Léon Mazeaud, avec Tunc), 6e éd., 1965, nos 116-121, pp. 148-153. Savatier, Traité de la responsabilité civile en droit français, t. II, 2e éd., 1951, n° 115, pp. 145-147 もこの説に好意的である。

(41) Mazeaud, op. cit. (4e éd.), n° 119, pp. 130-131 ; idem. (6e éd.), n° 119, pp. 151-152.

(42) Mazeaud, op. cit. (4e éd.), n° 120, p. 131 ; idem. (6e éd.), n° 120, p. 152.

(43)「申込の撤回」に関する同時期の著作には、Saleilles, De la déclaration de volonté, 1901 ; do., De la responsabilité précontractuelle, Rev. trim. dr. civ. 1907, p. 697 ; Roubier, Essai sur la responsabilité précontractuelle, (th. Lyon), 1911, pp. 137-146 ; Mateeso, L'obligation unilatérale et le code civil, (th. Paris, 1915), 1919, nos 115-152, pp. 173-211 ; Hilsenrad, Des obligations qui peuvent naître au cours de la préparation d'un contrat, (th. Paris), 1932, pp. 37-112 ; Cohérier, Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats, (th. Paris), 1939 がある。

(44) Henri, Léon et Jean Mazeaud, Leçons de droit civil, t. II, 1956, n^{os} 134-135, 358-370, pp. 110-111, 281-287 ; idem., t. II, vol. 1er, (7^{e} éd.), n^{os} 134-135, 358-370, pp. 119-121, 335-341（ただし，初版以来「権利濫用がある場合には，不法行為責任が発生する」ともしている）; Colin et Capitant (par Morandière), Traité de droit civil, t. II, 1959, n^{os} 594-599, 632, pp. 327-332, 355-357.（不法行為責任説に対しては，旧版と同様の批判を向けるが，旧版で採用した一方的債務負担行為説については，裁判例の採るところではないとして放棄する。なお，申込者に faute がある場合には，不法行為責任を認める。）

(45) Carbonnier, Théorie des obligations, 1963, n^{os} 89, 98, pp. 69-71, 98-99 ; do., Droit civil, t. IV, 13^{e} éd., 1988, n^{os} 6, 17, pp. 40-42, 82-83 ; Starck, Droit civil, Obligations, 1972, n^{os} 1049-1085, pp. 349-356 ; idem., 2. Contrat, 3^{e} éd., (par Roland et Boyer), 1989, n^{os} 46-81, 282, pp. 16-32, 123（初版以来，不法行為責任説には「申込の撤回」が faute となる理由が明確でないとの，予備的契約説には，根拠なき仮定や擬制に拠るものであるとの非難を浴びせる）; Flour et Aubert, Droit civil, Les obligations, vol. I, 1975, n^{os} 146-150, 482-496 ; idem. (4^{e} éd.), n^{os} 146-150, 482-496, pp. 104-108, 387-400.（初版以来，予備的契約説には，擬制との，不法行為責任説には，循環論法との批判を向ける。）

(46) Ripert et Boulanger, Traité élémentaire de droit civil de Planiol, t. II, 4^{e} éd., 1952, n^{os} 331-334, 1194-1201, pp. 126-127, 424-426 ; do., Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, t. II, 1957, n^{os} 326-329, 1173-1181, pp. 132-133, 452-454（いずれも，予備的契約説は巧妙だが，こじつけ (artificielle) であるとし，一方的債務負担行為理論には，意思自治を誇張し，歪曲するもの (déformation) と断罪を下す）; Marty et Raynaud, Droit civil, t. II, 1er vol., 1962, n^{os} 101-103, 316-318, pp. 83-87, 276-280 ; idem., Les obligations, t. I, 2^{e} éd., 1988, n^{os} 111-113, 355-357, pp. 106-110, 367-371（初版以来，予備的契約説に対しては，すべてをこれで説明できるか否かは疑わしいとし，一方的債務負担行為説にも否定的である）; Weill, Droit civil, Les obligations, 1971, n^{os} 25-28, 135-139, pp. 26-32, 148-153 ; Weill et Terré, op. cit. (4^{e} éd.), n^{os} 25-28, 135-139, pp. 26-32, 144-149（一方的債務負担行為説は裁判例の採るところでなく，予備的契約説は擬制であると批判する。初版も同旨）; Le Tourneau, La responsabilité civile, 1972, n° 98, pp. 52-53 ; idem. (3^{e} éd.), n° 189, pp., 71-72 ; Ghestin, Traité de droit civil, t. II, 1980, n^{os} 210-220, pp. 160-169 ; idem. (2^{e} éd.), n^{os} 210-220-1, pp. 227-236（予備的契約説にも，一方的債務負担行為説にも，擬制が伴うとの批判を投げ掛ける。初版

も同旨）; Viney, op. cit., n^{os} 196-198, pp. 229-232 ; Malaurie et Aynes, op. cit., n^{os} 225-227, 249, pp. 159-162, 179-180 ; Larroumet, op. cit., n^{os} 86-105, 239, pp. 82-96, 213-215.（予備的契約説をことごとく批判し，また一方的債務負担行為理論の有用性は肯定しつつも，「申込の撤回」についてそれを持ち出す利点はない，とする。）

(47)「契約の成立（履行責任）」まで認める見解としては，Marty et Raynaud, op. cit. (1re éd.), n° 102, pp. 84-85 ; idem. (2^{e} éd.), n° 112, pp. 107-108 ; Ghestin, op. cit., n° 218, p. 167 ; idem. (2^{e} éd.), n° 218, p. 235（ただし，裁判例は損害賠償しか認めていない，とする）があり，当該契約から得られたであろう利益 (le bénéfice de l'opération ; 履行利益) の賠償まで認めるものには，Ripert et Boulanger, op. cit. (4^{e} éd.), n° 334, p. 127 ; do., op. cit., n° 329, p. 133 ; Weill, op. cit., n^{os} 135-139, pp. 148-153 ; Weill et Terré, op. cit. (4^{e} éd.), n^{os} 135-139, pp. 144-149 ; Viney, op. cit., n° 198, p. 232 ; Malaurie et Aynes, op. cit., n° 249, p. 180 がある。なお，Le Tourneau, Larroumet のこの点に関する見解は明確でない。

(48) その他，「申込の撤回」を論ずる同時期の著作には，Rieg, Le rôle de la volonteé dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, 1961 ; Aubert, op. cit.; Schmidt, La sanction de la faute précontractuelle, Rev. trim. dr. civ. 1974, spéc. pp. 46-73 ; Rodière, La formation du contrat, 1976 ; Chirez, De la confiance en droit contractuel, (th. Nice), 1977, n^{os} 300-302, pp. 393-397 ; Huet, op. cit., n^{os} 236-257, pp. 229-247 ; Schmidt, Négociation ; do., L'évolution de la responsabilité précontractuelle en droit français, in : Weick (hrsg.), Evolution de la responsabilité délictuelle en droit comparé, 1987, p. 141 がある。また Répertoire Dalloz de droit civil, v^{is} Consentement, Contrats et conventions, Vente ; Juris-Classeur, Droit civil, Art. 1108, 1109, 1583 も参考になる。他方，最近の教科書でも，簡単なものはこの問題にあまりふれない (ex. Bénabent, Droit civil, Les obligations, 1987, n° 52, p. 29)。

第二節　「申込の撤回」に関する学説の現状

一　予備的契約説

期限付の申込については、未だにこの説に奉じるものがあり、擬制に過ぎぬとの批判には、批判の方こそ行き過ぎである、と反論する。[(1)] が、右の批判が的を得ていることは、この説の支持者がほとんどいないことからも想像がつく。

二　一方的債務負担行為説

現在も有力な支持を得ている。それらは一方的債務負担行為理論が認められる根拠として、取引の安全（la sécurité des transactions）とか、[(2)] 社会的経済的必要性を挙げる。[(3)] が、意思自治の観点からする批判は強く、[(4)] 少数説に止まる。

三　不法行為責任説

現在の通説である。が、この説は古くから循環論法との非難を浴びてきた。[(5)]「申込の撤回」が faute とされるには —— faute を義務違反と解する限り —— 申込維持義務を措定せねばならぬのに、この説はかかる義務の発生根拠を説明していないからである。[(6)] この説に与する見解は、現在でも申込維持義務を否定しつつ、「申込の撤回」を faute と構成しようとするが、その試みは成功していない。あるものは「申込の撤回」を権利濫用と構成するが、[(7)] 撤回の度に濫用を認めるのは困難であるとの批判を受ける。[(8)] あるものは —— 義務違反ばかりでなく —— 正当な信頼（confiance légitime）を裏切ることも faute に当たると説くが、[(9)] これも循環論法と非難される。[(10)] 申込維持義務が存在せぬ以上、受取人は申込の存続を信頼してはならないはずなのに、この見解は信頼の正当なる所以を説明していないからである。非難されるべき不誠実な行為も faute となる、とする見解もあるが、[(11)] これも不誠実と評価されるべき根拠を論証せぬ限り、右と同様の批判を免れまい。通説の理論的根拠は —— faute の理解も絡むため、即断できないが —— 意外に脆弱なようである。

このように、いずれの説も難点を抱えている。では、そのなかで、不法行為責任説が通説となった原因は奈辺にあるのか。おそらく理論的欠陥の程度が最も小さいという事情もあろう。が、他の二説が「信頼利益」に相当する損害の賠償責任しか認めなかった一九世紀の不法行為責任説を克服するために登場した、という歴史的経緯に照らせば（前節参照）、現在のそれが現物賠償として「履行責任」ないし「履行利益の賠償責任」まで認めることも影響していよう。

註

(1) Henri, Léon et Jean Mazeaud (par Chabas), op. cit. (7^{e} éd.), n^{os} 131-135-2, 363-370, pp. 117-122, 338-341.

(2) Flour et Aubert, op. cit. (4^{e} éd.), n^{os} 146-152, 492-496, pp. 104-109, 395-400. 特定人に対する期限付の申込のみ法律行為 (acte juridique)、すなわち、一方的債務負担行為と解し、それ以外の申込は単なる法律的行為 (faits juridiques) で、何時でも撤回が可能である、とする (acte juridique, fait juridique は Cornu, Vocabulaire juridique, pp. 15, 342 参照)。ところで、この考えは Aubert, op. cit., n^{os} 126-274, pp. 123-249 に拠るものだが、Aubert は前者を pollicitation と、後者を offre と呼び分けている（前節の註（3）参照）。また offre の撤回者も保障義務 (obligation de sécurité) に基づき損害賠償責任を負いうるとし、次の如く論じる。offre は法律的行為に過ぎないが、当事者間に一定の関係 (une relation) を創設するもので、事務管理・非債弁済・不当利得と基本的には同じ性格である。それゆえ、offre がなされた場合、当事者間に事実的な関係 (rapport de fait) が形成され、そこから法律上の効果が生じる。ところで、offre は締約を目的とするものだから、一定期間承諾可能でなければ、その目的を全うできない。従って、この可能性は法的に保護されねばならない。他方、たとえば事務管理の場合、管理者は管理したという事実により管理継続義務を負うから、offre をした者が一定の義務を負っても背理ではない。かかる理由から、offre をした者には保障義務が課される。もっとも、確かに法律 (loi) はかような義務を定めていない。が、不当利得も民法典で認められているわけではなく、この点は障害にならない。また offre を準契約と見ることはできないが、重要なのは offre と類似した状況につき、立法者が一定の判断を下していることなのである。

(3) Starck (par Roland et Boyer), op. cit. (3^{e} éd.), n^{os} 46-81, 282, pp. 16-32, 123.

(4) 前節**四**、**五**参照。なお、意思自治の観点から「申込の撤回」にふれるものとして、星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」(『岩波基本法学4—契約』(昭和五八年) 一頁以下所収) 三三頁がある。

(5) ex. Planiol, op. cit. (1re éd.), n^{o} 1023, p. 307.

(6) Voy. Flour et Aubert, op. cit. (4^{e} éd.), n^{o} 149, pp. 106-107.

(7) Marty et Raynaud, op. cit. (2^{e} éd.), n^{os} 111-113, 355-357, pp. 106-110, 367-371 ; Ghestin, op. cit. (2^{e} éd.), n^{os} 208-220-1, pp. 226-236. (正当な信頼を裏切ることは権利濫用に当たる、とする。)

(8) Flour et Aubert, op. cit. (4^{e} éd.), n^{o} 149, pp. 106-107.

(9) Weill et Terré, op. cit. (4^{e} éd.), n^{os} 25-28, 132-143, pp. 26-32, 141-151 ; Schmidt, Négociation, n^{os} 223-233, pp. 113-120. (効果としては、「信頼利益の賠償」しか認められないとする。)

(10) Flour et Aubert, op. cit. (Addendum, 1980), n^{os} 149-150, pp. 4-5.

(11) Larroumet, op. cit., n^{os} 86-105, 237-239, pp. 82-96, 212-215.

第二編の小括

本編からは様々な示唆が得られる。「成立形態」をはじめ、「契約の成否」に関する議論はすべてが貴重な示唆であり、予約につき議論が積み重ねられていながら、(狭義の)予備的契約が検討されはじめている点も示唆的である。が、何より重要なのは「申込の撤回」に関する議論で、ここからは前編の小括で提起した疑問を解消する「仮説」が導かれる。

まず「信頼裏切り型」において責任の可否をめぐる論争が低調な原因は、ドイツで激論が戦わされるきっかけとなった責任を否定する側の論拠をながめるとき、容易に察せられる。すなわち、「締約されるであろう」との信頼は保護に値しないという論拠をはじめ、否定する側が挙げる論拠は軒並み——「申込の拘束力」が認められていない法体系の下では

——「申込の撤回」にも等しく妥当し（現に不法行為責任説には同旨の批判が投げ掛けられている）、にもかかわらず、不法行為責任説が通説である以上、右の諸論拠はその力を大きく減殺されざるを得ない。つまり、フランス法の下では、「申込の撤回」と「交渉破棄」とが法理論上酷似した問題であるため、前者に関する論争は後者の代理戦争としての意味を有し、しかも、その争いはある意味では既に決着済みだったのである。さらにこの類似性は理論的レベルに止まることなく、ある程度実態にまで及ぶ。Mazeaud の教科書の次のような問題提起がそのことを示している。

「責任問題は交渉段階でも生じうる。けだし、交渉の決裂により当事者の一方が損害を被った場合、それが相手方の軽率さ（légèreté）や悪意（mauvaise foi）に起因することもあるからである。たとえば一方が相手方との締約を当てにして、第三者との締約機会を逃したり、第三者に対して義務を負ったときには、問題が生ずる。」（要約）

このように、「交渉破棄」を思わせる問題提起をした後、この教科書はおもむろに「申込の撤回」について論じはじめ、「交渉破棄」にはふれぬまま終わる。[(1)] これは両者の利益状況の類似性を示す好例と言えよう。そして、「交渉破棄」に関するドイツの裁判例の目指すところが中間的解決（無責任ではないが、「履行責任」でも「履行利益の賠償責任」でもない、「信頼利益の賠償責任」）にあることと、「申込の撤回」に関するフランスの裁判例は「信頼利益の賠償責任」しか認めていない、との学説の指摘まで視野に収めるとき、[(2)]「交渉破棄」に関するフランスの裁判例は何故少ないかという疑問にも、自ら一定の解答が与えられる。次の裁判例がそのことを実証する。

Cass. Civ. 1re, 17, déc., 1958, D. 1959, 33.

被告が原告に手紙で不動産（山荘）の売却（価格は二五〇万旧フラン）を申込んだところ、原告は下見の後、

買取を決意し、電報でその旨を連絡した。しかし、その前に被告は申込を撤回し、第三者と右不動産の売買契約を締結していた(私署証書による締約。そのさい、一〇〇万フランを授受)。そこで原告が提訴したところ、原審は「申込の撤回」による不法行為を理由に損害賠償（金銭賠償）を認めた（認容額は不明)。これに対し、現物賠償として「契約の履行」を求めて原告は上告したが、破毀院は原判決を支持し、上告を棄却した。

一般にこの裁判例は不法行為責任の効果を論ずるさいに挙げられる。が、ここで注目されるのは事実関係の方である。不動産売買が手紙や電報によって締結されるのは珍しく[(3)]、現に第三者との締約は証書でなされているからである（目的物件も現在の邦貨にして、おそらく一〇〇〇万円以上で、安くない)。それゆえ、裁判所の認定とは異なり、被告の主張通り、一連の行為は交渉過程の一部と見た方が自然なように思える。ところが、裁判所はこれを「申込の撤回」と構成することで損害賠償責任を肯定した[(4)]。「交渉破棄」は「申込の撤回」として処理されていたのではあるまいか[(5)]。

では逆に、前編で紹介した裁判例のうち、［7］以前の、すなわち、「交渉破棄」が確固たる問題領域になる前の裁判例（特に責任肯定例）は何故「交渉破棄」に関するものとして現れたのか？　具体的な事実関係をながめるなら、この疑問は氷解する。［1］では、契約の要素（代金）が不特定だったため、［2］では当該契約が要式契約であったため、各々（有効な）申込を認定しえず、ために「申込の撤回」という構成は採り得なかった。また［3］では、撤回に当たる行為がなされておらず、申込を認めると、契約が成立してしまうし、［7］でも最終的な見積の交付が予定されていたため、これまた「申込の撤回」とは構成しづらい。いずれも「申込の撤回」と構成しえない、ないし構成しにくい事案だったのである。そのため、裁判例はアド・ホックに現われ、またそのようにしか現われなかったと推察される。

以上は[(6)]「仮説」に過ぎない。しかし、それを導く過程で極めて重要な示唆が得られている。「交渉破棄」は――「申込

の拘束力」が認められていない法体系の下での——「申込の撤回」と類似する、というのがそれである。それゆえ、前者を議論するさいには、後者を、ひいては「申込の拘束力」の由来ないし歴史的背景を再検討せねばなるまい。またかかる角度から「申込の撤回」に関する議論を眺め直すとき、興味深い示唆が次々と浮び上がる。不注意の存否を根拠に「申込の撤回」と錯誤とで異なった扱いをするGrotiusの態度は、「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。「申込の撤回」につき、「信頼利益の賠償」ではなく、「履行責任」や「履行利益の賠償責任」を認めようとしたさい、学説が特定の取引類型（特に商取引）や取引形態（隔地者間取引）を想定した点も見逃せない。かかる事情のない場合、「信頼利益の賠償」も採るに値する一選択肢のはずだからである。(7)

註

(1) Henri et Léon Mazeaud (avec Tunc), Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 6^{e} éd., t. I, 1965, n^{os} 116-121, pp. 148-153.

(2) Schmidt, Négotiation et conclusion de contrat, 1982, n^{os} 231-233, pp. 118-120.

(3) 不動産売買締結のさいには、通常契約書が作成される（たとえば横山美夏「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）が挙げる一〇〇件の裁判例のうち、八三件で契約書（主に私署証書）が作成されている（その他、手紙によるもの三件（内一件は成立否定例）、口頭でのもの四件（履行行為もなされている事案三件、他の一件は最終的に請求を棄却したもの）、不明一〇件）。手紙による締結の例もないではないが、その数は少なく、成立肯定例としては、Req. 1, déc., 1885, S. 1887, 1, 167 ; Cass. civ. 3^{e}, 22, mai, 1970, Bull. civ. III, n^{o} 357, p. 260（いずれも「契約の成立」を肯定した原判決を支持）; Cass. civ. 1^{re}, 26, nov., 1962, D. 1963, 1, 61（「成立」を否定した原判決を破棄差戻）の三件しか発見できなかった（成立否定例としては、Cass. civ. 21, déc., 1846, D. 1847, 1, 19, S. 1847, 1, 66 ; Req. 5, avril, 1875, D. 1879, 1, 463 ; Req.

20, fév., 1905, S. 1905, 1, 508 ; Cass. civ. 1re, 19, fév., 1958, Bull. civ. I, n° 108, p. 84などがある)。手紙で申込み、電報で承諾するというのは、異例の事態なのである。

（４）本判決の認容額は不明だが、直前の裁判例であるCass. civ. 1re, 8, oct., 1958, Bull. civ. I, n° 413, p. 331は、被告からの立退料（五〇万フラン）支払の申込に基づき、原告が二〇万フラン出捐したが、その後、申込が撤回された、という事案につき、二〇万フランの賠償しか認めていない。

（５）すべてがそうだったわけではなかろうが、一部がそのように処理されていた可能性は捨て切れまい。なお、「交渉破棄」は双務予約（の違反）と構成されていた可能性もないではないが、双務予約に関する裁判例のなかで中間的解決を目指したものはほとんど見当たらないように思われる（横山・前掲論文参照)。

（６）その他、「交渉破棄」が申込以前の問題と把握されつづけている点も疑問であった。しかし、早くから確固たる問題領域であった「申込（の撤回)」に「交渉破棄」が接合されるさい、申込を認定できれば、ことは「申込の撤回」として処理されるから、問題として残るのはそれがまだなされていないとき(だけ)である、と単純に考えても不思議はなく、しかも――「申込の撤回」という事態が起こりうる――「申込承諾型」にあっては、確かに「交渉（破棄)」は申込に先行している。また古くから「契約の成立形態」が認識されていても、「交渉破棄」に関する裁判例はほとんどなかったのであるから、そのような角度からする把握が普及しなくても、おかしくはない。さらに裁判例が本格的に登場しても、伝統的な把握の仕方は一朝一夕に変わるものではあるまい。それゆえ、――疑問も残るが――この点に関するフランス法の現状には納得のいく面もある。ただ、変化の兆しが見られることは銘記されるべきであろう（Cf. Rieg, La "Punctation" Contribution à l'étude de la formation successive du contrat, in : Études offertes à Jauffret, 1974, p. 593)。

（７）裁判例はそのような責任しか認めていない、というSchmidtの指摘（前註（２）参照）は、この意味でも興味深い。

補論　アメリカ法の概観

大陸法から得られた示唆の普遍性ないし妥当性を検証するため、アメリカ法を考察する。[1] ただ、第二部や第三部と同じ構成では従来の研究と重複するし、示唆の検証という目的に照らせば、各時代の動向を概観するだけで十分であろうから、第一次契約法リステイトメント(Restatement of the law of contracts, 1932)を境とする二つの時代を大別し、「交渉破棄」、「申込の撤回」、「(本) 契約の成立とその成立形態」、予備的契約、についての時々の動向を追うに止める。

第一編　「契約交渉の破棄」と関連問題に対する古典的理解

第一章　古典的見解 —— Williston と Corbin[2]

第一節　Williston の見解

一　予備的交渉 (preliminary negotiation：契約交渉)

Williston は申込 (offer) と対比しつつ、予備的交渉にふれる。[3] すなわち、申込は約束 (promise) であり、単なる意図の表示 (mere expression of intention) や一般的な意向 (general willingness) はこれに当たらないとしたうえ、[4] 予備的交渉との関係について次のように論じる。「交渉は『取引をしたい』という一般的な意向の表現から始まることもあるが、それは申込でなく、申込の誘引ないし取引の条件の示唆に過ぎない。……また締約されるであろうとの期待

(expectation) が交渉中に生ずることもあるが、それだけで契約が成立することはない」[5]。つまり、予備的交渉を申込以前のものと位置づけ（二も参照）、そこで右のような期待（信頼）が生じうることも認識していたわけである。が、「交渉破棄」にまつわる責任問題には全くふれておらず、かかる責任は否定していたものと推測される（三を参照）。

二 「契約の成立」とその「成立形態」……客観理論を採る Williston は、契約する意思（intent to contract）は不要とし、「不法行為と同様、契約でも、当事者の意思ではなく、法こそが——当事者の言動を基準として——権利義務関係を設定する」と考える[6]。他方、「成立形態」に対する彼の態度はオーソドックスで、申込と承諾を契約の成立要件たる「相互の同意の表示（manifestation of mutual assent）」の通常の形態と位置づけ[7]、「同意は常に申込と承諾によって表示されねばならない、と言い張る必要はないが、同意がそれによらぬこと（つまり、同意が同時に表示されること）は実際上ほとんどなく、度外視してよい」とする。つまり、「申込承諾型」のみ想定するわけである（一と照らし合わせるとき、予備的交渉が申込以前のものとされていたことは明らかであろう）。また——「練り上げ型」に到達するためのキー・ポイントたる——契約書の作成を予定した事案や付随的事項に合意されなかった事案にもふれるが、「（本）契約の成否」という二者択一的な立場から検討するだけである。予備的契約も取り上げられていない[8]。

三 「交渉破棄」と「申込の撤回」

「交渉破棄」にはふれていないが、期限付の申込についてさえ、期限内の自由な（責任を負うことのない）撤回を許した彼が[9]、申込以前の「交渉破棄」につき責任を認めていたとは考えがたい。また後に「交渉破棄」や「申込の撤回」に対処するため活用される約束的禁反言（promissory estoppel）も、まだ約因の代替物としか意識されていない[10]。

第二節　Corbin の見解

一　予備的交渉……Corbin にあっても、予備的交渉は申込と対比され[11]、――その語は多義的であるとしつつも[12]――やはり申込以前の段階を指すものとされる[13]。また Williston と同様、「交渉破棄」にはふれていない。

二　「契約の成立」とその「成立形態」……彼は主観理論（subjective theory）にも客観理論（objective theory）にも批判を浴びせるが[14]、「成立形態」に関しては Williston と同様、「申込承諾型」のみ想定し、同意が同時に表示されることはほとんどない、とする[15]。また契約書の作成を予定していた事案や付随的事項に合意されなかった事案についても、専ら「（本）契約の成否」という二者択一な立場からアプローチしている。後者の類型に関しては、「合意は漸次的に（at piecemeal）、つまり、個別事項ごとになされることもある」との指摘も見られるが、それ以上の展開はなく、contract to make a contract も「（本）契約の成否」の問題とされているのである[16]。

三　「交渉破棄」と「申込の撤回」……「交渉破棄」にはふれていないが、Williston と同様、申込者は申込を自由に撤回できるとし[17]、双方的契約（bilateral contract）の申込に約束的禁反言は適用されないとした判決（James Baird Co. v. Gimbel Bros. Inc., 64 F. 2d 344, 1933）を各所で引用することから[18]、「申込の撤回」については責任を否定していたものと推測されるし、そうなると、「交渉破棄」についても同様であったと察せられる[19]。

第二章　第一次リステイトメントへの結実

一　予備的交渉　……　予備的交渉に関する規定はないが、二五条のコメントでは、申込とそれに至るまでの予備的交渉とを区別するのは困難なこともある、としており、両者は時間的な先後関係の視点から把握されているようである。

二　「契約の成立」とその「成立形態」

客観理論から強い影響を受けたリステイトメントは、概ね意思より表示を重視する(たとえば二〇、七一条参照)。また「成立形態」としては「申込承諾型」のみ想定し、二二条では「相互の同意の表示は、ほとんど常に一方の当事者による申込と相手方の承諾という形態を採る」と規定する。そのコメントは言う。「事柄の性質上、当然、まず一方の当事者が最初に同意を表示する。同意が全く表示されていないときには、そうならざるをえないのである。第三者が契約案を示し、当事者がそれに同時に同意を表示することも理論上はありうるが、かかる事態は稀で、困難な問題も生じないから、実際上無視してよい」。その他、契約書の作成を予定していた事案や付随的事項に合意されなかった事案も「(本)契約の成否」という立場から考察されているに過ぎず（二六、三二条）、予備的契約にもふれていない。

三　「交渉破棄」と「申込の撤回」

「交渉破棄」にはふれていないが、申込の自由撤回は許すから（三六、四五―四七条）、「交渉破棄」についても責任は否定していたものと推測される。また九〇条の約束的禁反言もこれらの問題を想定したものではない。

第二編 「契約交渉の破棄」と関連問題に関する展開と現状

第一章 第一次リステイトメント以後の展開

第一節 約束的禁反言の法理の展開

第一次リステイトメントの約束的禁反言は、「交渉破棄」や「申込の撤回」を想定したものではない。が、その後これらの解決手段として用いられはじめる（この点は度々紹介されているが、重要な動向なので簡単に確認しておく）。

リステイトメント採択直後の一九三〇年代には、約束的禁反言はまだ厳格に解され、「申込の撤回」にも適用されないとされていた（James Baird Co. v. Gimbel Bros. Inc., 64 F. 2d 344, 1933 がその代表例）。が、四〇年代に入ると、「申込の撤回」への適用可能性を認める裁判例が登場し（ex. Robert Gordon, Inc. v. Ingersoll-Rand, Inc., 117 F. 2d 654, 1941）、「交渉破棄」にこの法理を及ぼすものも現れた（Goodman v. Dicker, 169 F. 2d 684, 1948）。そののち、五〇年代には若干の反動も見られたが（ex. National Dollar Stores v. Wagnon, 219 P. 2d 49, 1950；Rennie & Laughlin, Inc. v. Chrysler Corp., 242 F. 2d 208, 1957）、「申込の撤回」に関するDrennan v. Star Paving Co., 333 P. 2d 757, 1958や「交渉破棄」に関するChrysler Corp. v. Quimby, 144 A. 2d 133, 1958が出るに及び、この流れは動かぬものとなり[20]、かかる動向を受けて学界もこれに注目しはじめる。Kessler / Fine, Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract：A Comparative Study, 77 Harv. L. Rev. 401, 1964がその象徴で、そこで右の動向は次のように要約され、好意的に評価される。「[確かに] culpa in contrahendoという言葉は

用いられていない。が、裁判例は culpa in contrahendo の基礎にある哲学を、すなわち、非難さるべき行為には責任が課されるべきであるとの哲学を、様々な方法で表明してきた」。かかる状況の下、「交渉破棄」に関する著名な裁判例が続出することで（Wheeler v. White, 398 S. W. 2d 93, 1965；Hoffman v. Red Owl Stores, Inc., 133 N. W. 2d 267, 1965）、この法理の拡張傾向は決定的となり、——若干の批判は残ったものの（C. H. Leavell & Co. v. Grafe & Associates, Inc., 414 P. 2d 873, 1966）——論点は具体的な要件論や効果論へ移行したのである。(21)(22)

第二節　予備的契約の展開

アメリカでもオプション契約は以前から認められていたが、イギリスと同様、締約義務を発生させる予約は認められず、交渉義務を生み出す予備的契約は一顧だにされていなかった。問題はすべて「(本) 契約の成否」という二者択一な立場から処理されていたのである。しかし、六〇年代末には、交渉途上の合意（中間的合意）にも応分の効力を認めようとする思潮が生まれ、予備的契約が認知されるに至る。

リーディング・ケースとなったのは、Itek Corp. v. Chicago Aerial Industries, 248 A. 2d 625, 1968 である。この事件は、「Letter of Intent のなかで早期締約のために努力する旨の合意がなされていたのに、被告が一方的に交渉を打ち切ったため、原告が契約違反を理由に損害賠償を求めた、というものなのだが、——一審と二審が契約の存在を否定して請求を棄却したのに対し——デェラウエア州最高裁判所は次の如く論じて原判決を破棄差戻した。「交渉の途中である種の契約が成立するか否かは当事者の意思（intention）による。……幾つかの事項については将来取り決めることになっていても、それだけで拘束力ある合意が成立しなかったと見ることはできず、それを判断するには四囲の事情が考慮されねばならない。……しかるに、本件で当事者が努力義務を負ったことは明らかである。すなわち、右条項は最終的な

合意に至るようgood faithで交渉する義務を当事者に課したものなのである」。この判決が交渉義務を生み出す予備的契約を認めた点は、当時としては革新的だったようである。予備的契約に関する古典的かつ代表的な論文Knapp, Enforcing the Contract to Bargain, 44 N. Y. University L. Rev. 673, 1969が、そのことを示している。

Knapp論文[23]の趣旨は、交渉段階での合意にも応分の効力を認めるべきである、とするところにある。彼によれば、交渉当事者が一定の合意に達した場合にも、common lawは「(本)契約の成否」という二者択一的な立場からしか判断を下さず、交渉義務 (duty to go forward) など認めない。しかし、交渉がagreement to agree (部分的な合意がなされた場合) やformal contract contemplated (契約書の作成を予定している場合) にまで達したときには、当事者がさような義務を認めていることもあり、取引の分野では、当事者の意図した通りのルールを設定すべきであるから、common lawの態度は望ましくない。そこで、彼はかかる合意をcontract to bargainと名づけ、それが認められる根拠としてU. C. C.を持ち出す。——義務の相互性や約因という要件は満たされ、illusory promiseでもないが——common lawによる限り、それは契約内容が不特定 (indefiniteness) であるとの評価を受けるからである[24]。売買契約のなかに特定されていない条項があっても、当事者が締約を意図し、かつ適当な救済方法を付与するための基礎がきちんとした確実なものであるときには、不特定を理由に売買契約の成立が否定されることはない、とするU. C. C. §2-204 (3) と、法は当事者の欲した通りの効果を認めるべきであるとのU. C. C.のpolicyとを援用することで、Knappは右の評価の回避を図るのである。そして、contract to bargainの要件や効果にふれた後(救済方法は原則として「信頼利益の賠償」だが、事情によっては「期待利益 (履行利益) の賠償」も認められるとする。ただ、「特定履行」は認めない)、次のように結論を締めくくる。「確かにcontract to bargainを認めると、法的関係の処理が不確実になるかもしれない。しかし、common lawが採るall or nothingの立場は苛酷に過ぎるし、bad faithには相応の代償を支払わせるべきである。

その方がU. C. C. の精神に調和するし、bad faith を見逃す law は good law でないからである。ところで、実態を直視するなら、契約とは突然生まれ出るものではなく、また交渉当事者はある部分については拘束されることを望みながら、他の部分については自由を確保したいと欲することもある。法は、そんなことは許されない、と決めつけてしまうべきだろうか。裁判所は二者択一しかできないのであろうか。U. C. C. を参照するなら、そうでないことは明らかである。時代は流れ、Corbin が二者択一的な処理を意図とした contract to make a contract は実務に定着してしまった。Corbin の時代、月に立つことは不可能のさいたるものであった。[25] しかし、今や人類は月に立ったではないか。」（以上、要約。）

予備的契約の認知を求める彼の態度は、とりもなおさず当時の状況を指し示している。[26]

第三節　「契約の成立形態」に関する展開

古典的見解は「申込承諾型」のみ念頭におき、他の「成立形態」は、実際上無視してよいものと位置づける。それゆえ、「まず予備的交渉が行われ、申込が登場した後、それと承諾が合致する」というのが、「契約の成立」に至るほとんど唯一のプロセスである。しかし、この意識にも変化が現れはじめる。

かかる変化が法律論として最初に登場したのはU. C. C. のようである（一九五一年成立。Official Text の公刊は五二年）。すなわち、申込や承諾に関する規定も設けられているが、「契約の成立」の一般規定たる§2-204 (1) は「物品売買契約は、合意を示すに足るものであれば、いかなる方法によっても締結することができる」と定め、他の「成立形態」にも配慮している。この動向を受けて学説も関心を向けはじめ、Schlesinger, Formation of Contracts : A Study of the Common Core of Legal Systems, 1968 では、申込や承諾と並び、「どれが申込で、どれが承諾であるかが、判断

できないような形での合意の表示（Manifestation of assent without identificable sequence of offer and acceptance）」という問題が独立した考察対象に格上げされ、「大規模な取引の交渉では、通常申込や承諾が出てくる幕はない。……大規模な取引の世界では、伝統的な分析［方法］は、もはや今日の実務にそぐわない」と喝破されてもいる。またさような形態の代表例としては、同意の表示が同時になされた事例、交渉が長期にわたり、申込と承諾が見分けられない事例、合意の表示が段階的になされた（Assent manifested gradually）事例、継続的取引において最初の契約期間が満了し、それが継続される事例、の四つを挙げるが、[27] 第三の事例は「練り上げ型」に通じるものである。

第二章　アメリカ法の現状

前述の諸展開が受け入れられたか否かを確認するため、まず第二次契約法リステイトメント（Restatement of the Law, Second, Contracts 2d. 七九年採択。八一年公刊）を概観する。そのさい Farnsworth の教科書（Farnsworth, Contracts, 1982）も参照する。七一年以来、Braucher に代わって、彼がリステイトメント起草の主たるリポーターだったからである。しかる後、「交渉破棄」に関する彼の最近の論文をながめる。

第一節　第二次リステイトメントと Farnsworth の教科書

一　約束的禁反言の法理の展開　……第二次リステイトメントは、八七条二項に「申込の撤回」に関する規定を設けるが、それは約束的禁反言を申込に適用したものとされている（Drennan 事件を参照する）。また約束的禁反言の規定である九〇条のコメントでは、「交渉破棄」に関する一連の裁判例が挙げられ（Goodman；Chrysler；Hoffman）、この

点に関する展開は受け入れられたようである。Farnsworth の教科書でも、この点は同様である。[28]

二　予備的契約の展開　……第二次リステイトメントも予備的契約に直接はふれていない。また契約書の作成を予定していた事案や部分的な合意しかなされなかった事案も、「(本) 契約の成否」という二者択一的な立場から処理されるように見える（二七条、三三条一項）。しかし、（申込の）特定に関する三三条二項は U. C. C. §2-204 (3) と同旨の規定であるから、予備的契約は容れられたようでもある。ただ、Itek 事件は参照されておらず、不明瞭さが残る。他方、Farnsworth の教科書では、Itek 事件が取り上げられ、誠実に交渉する旨の合意（Agreement to bargain in good faith）も当然認められるべきものとされている。[29]

三　「契約の成立形態」に関する展開[30]　……第二次リステイトメントも、予備的交渉を申込に先立つものと位置づけ（二六条）、「申込承諾型」を通常の「成立形態」と考える（二二条一項）。が、他の形態を無視するわけではなく（二二条二項）、第一次リステイトメントとは態度を異にする。[31] Farnsworth の教科書も Other Views of the Agreement Process という項目を設け、Schlesinger の著作を引用しつつ、「練り上げ型」を検討している。[32]

第二節　アメリカ法の近時の動向――Farnsworth の論文

近時、右の諸展開の集大成とも言える論文が発表された。Farnsworth, Precontractual liability and preliminary agreements : Fair dealing and failed negotiations, 87 Colum. L. Rev, 217, 1987 がそれである[33]（以下、頁で引用）。

この論文の問題関心は、現在の実務では「申込承諾型」以外の形態で契約が成立することも多いが、既存の契約法でかかる事態に十分対処できるのか、という点にある。そこで想定されているのは、様々な交渉関係者が種々の契約事項について幾度も交渉を繰り返し、契約案を推敲したうえ、締約に至る形態、すなわち、「練り上げ型」にほかならない（pp.

218-220. この形態は段階的なプロセス (gradual process) と命名されている)。彼はこのプロセスをさらに三段階に分け、検討を進める。第一段階たる契約交渉 (予備的交渉) については、次のように言う (pp. 221-243)。これまで交渉は自由に破棄できるとされてきたが[34]、最近は様々な形で契約締結以前の責任 (precontractual liability) が認められ、特に不当利得、不実表示、特殊な約束 (specific promise；約束的禁反言のこと)、(交渉自体から生じる) 一般的な義務、の四つがそれと深くかかわっている。ただ、「原状回復利益の賠償」を目的とする不当利得には、利得の証明が困難であるとの、「信頼利益の賠償」を目的とする不実表示や特殊な約束には、詐害的意思 (fraudulent intent) や約束ないし信頼の証明が困難であるとの難点もある。しかし、これらが利用されていないのは単に知られていないとか、「信頼利益」のなかに機会の喪失まで含まれることに気づかれていないためで[35]、この点を克服すれば、事態はうまく処理でき、ドイツやフランスのように一般的な義務を認める必要はない。次に第三段階たる最終的な合意 (ultimate agreement) について、内容が不明確でも契約として効力を認める最近の裁判例の動向を紹介した後 (pp. 243-249)、それを梃子に第二段階たる予備的合意 (preliminary agreement) にも効力を認めるべし、と主張する。また予備的合意は、未確定条項を含む合意 (agreement with open terms) と交渉を行う旨の合意 (agreement to negotiate) とに細分化され、前者については補充的契約解釈に基づく (本) 契約の「履行義務」まで認めるが、後者については誠実交渉 (fair dealing) 義務のみ認め[36]、義務違反の効果は「信頼利益の賠償」に限定される、とする (pp. 249-269)。

かかる検討の後、彼は「交渉破棄」には既存の契約法で対処できると結論づける (pp. 285-287)。が、問題提起自体が「成立形態」の展開を踏まえていること、特殊な約束とは展開を遂げた後の約束的禁反言であること、予備的契約が理論の基礎とされたこと、の三点は注目される[37]。彼が拠る既存の契約法とは、前述の諸展開を経た後のそれなのである。

補論の小括

アメリカ法の動向は次の五点に集約される。第一に、最近は「交渉破棄」に対する責任が認められてきたが、以前は否定されていた。第二に、「交渉破棄」と「申込の撤回」は約束的禁反言という同じ法理によって処理され、「伝統的な立場によれば、交渉は自由に破棄できるとされ、申込の自由撤回を許したのもかかる立場に由来する」と指摘されている。第三に、「申込の撤回」に対する責任の効果に関しては、商取引では「履行利益の賠償」まで認めるべし、とする説もある（註（21）参照）。第四に、「申込承諾型」のみ念頭におく古典的見解が崩れて、「練り上げ型」が自覚されはじめ、それと「交渉破棄」とを関連づける見解も現われている。第五に、予備的契約が注目されつつある。そして、ここからは大陸法から得られたのと同じ示唆を導きうるから、それらの普遍性ないし妥当性は保証されたと言えよう。[38]

註

（1）アメリカ法の動向は、木下毅『英米契約法の理論（第二版）』（昭和六〇年、特に二三六頁以下）、久保宏之「アメリカ契約法における約束的禁反言の法理——歴史・現状・そして将来の展望——（一、二）（完）」（六甲台論集二八巻二号七四頁、三号一〇六頁、昭和六一年）、道田信一郎『契約社会——アメリカと日本の違いを見る——』（昭和六二年）、円谷峻『契約の成立と責任』（昭和六三年、特に一〇六頁、一九九頁以下）、樋口範雄「論文紹介・Farnsworth, Precontractual Liability and Preliminary Agreements : Fair Dealing and Failed Negotiations, 87 Colum. L. Rev. 217-94 (1987)」[1988-2]アメリカ法二八〇頁参照。

（2）Williston は Holmes から客観理論を継承し、それをリステイトメントに導入した人物とされる。彼の見解については、Williston, A treatise on the law of contracts, revised edition, vol. I, 1936 を参照する（初版（一九二〇年）未入手のため、改訂版を用いるが、Preface によれば、二つの版ではほとんど変わりはないとされる）。他方、Corbin は Williston と

ともにリステイトメントの採択に携わり、consideration について、Cardozo の考えを受け継いで Holmes＝Williston と対立し、結局 promissory estoppel の導入に成功した人物である。彼の見解については、Corbin, A comprehensive treatise on the rules of contract law, vol. I, 1950 を参照する (Gilmore によれば、本書の主軸は一九二〇年頃には既に定まっており、Corbin はそれをもってリステイトメントの起草に臨んだようである。ギルモア（森達・三和一博・今上益雄訳）『契約法の死』（昭和五四年）五七頁以下参照)。

(3) Williston, op. cit., § 27, pp. 54-59.

(4) Williston, op. cit., §§ 24 A, 25, pp. 49-52.

(5) Williston, op. cit., § 27, pp. 54-59.

(6) Williston, op. cit., § 21, pp. 33-39. そこでは、Hand の有名な一節が引用されている。

(7) Williston, op. cit., §§ 22-23, pp. 41-48.

(8) Williston, op. cit., §§ 28, 28 A, 37-48, pp. 59-67, 98-138.

(9) Williston, op. cit., § 55, pp. 156-158.（ただし、捺印証書による申込とオプション契約はその例外である。）

(10) Williston, op. cit., § 139, pp. 494-502.

(11) Corbin, op. cit., § 11, pp. 21-23. 申込は意思の表示 (expression of will or intention) であり、意向の表示 (expression of willingness) とは区別される、ともする。

(12) Corbin, op. cit., § 22, pp. 53-56.

(13) 当事者の言動が申込に当たるか否かは解釈によって決せられ、その解釈は契約内容に関するそれと同一である、としている (Corbin, op. cit., § 23, pp. 56-57. それゆえ、当事者の一方がその言動に与えた意味、それに対する相手方の理解、どちらかの当事者が相手方の意思を現に知っていたか、あるいは知りえたかなどの諸事情が考慮されることになろう。なお、アメリカにおける「契約の解釈」につき詳しくは、鹿野菜穂子「アメリカ法における契約の解釈と当事者の意思（一、二）（未完）」（九大法学五七号九五頁、六〇号二二三頁、平成元年―二年）参照)。

(14) Corbin, op. cit., §§ 34, 104, 106-107, pp. 99-105, 325-330, 334-337. (Cf. vol. III, 1960, § 538, pp. 55-75.)

(15) Corbin, op. cit., §§ 11-12, pp. 21-25.

(16) Corbin, op. cit., §§ 29-30, pp. 66-83.（「成否」の判断も「表示の解釈」の問題とされ，question of fact とされる。）

(17) Corbin, op. cit., § 38, pp. 117-122.

(18) Corbin, op. cit., §§ 51, 200, 206, pp. 161-162, 653-658, 675-683.

(19)「交渉破棄」の古典的先例である Goodman v. Dicker（第二編第一章参照）にもふれるが（Corbin, op. cit., §§ 204-205, pp. 663-675），損害賠償の範囲を説明するために挙げているだけで，「交渉破棄」の先例とは位置づけられていない。

(20) 約束的禁反言に拠ったものではないが，公募主は入札希望者に対して公平な取り扱いをするとの黙示の約束をしている，とした Heyer Products Co. v. United States, 140 F. Supp. 409, 1956 も注目される。

(21) Hoffman 事件以降の論文のうち特に著名で，case book でもよく参照されるのは次の三つだが，どれも約束的禁反言が「交渉破棄」に適用されうることを前提に，その要件や効果を論じている。Summers, "Good faith" in General Contract Law and The Sales Provisions of The Uniform Commercial Code, 54 Virginia L. Rev. 195, 1968 (Good faith とは何かを問い，また賠償の範囲については，現実の出捐 (out of pocket) だけでなく，期待損害 (loss of expectancy:「履行利益」でなく，「信頼利益」に当たる）も賠償されるべきである，とする）; Henderson, Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine, 78 Yale L. J. 343, 1969（約束的禁反言の展開過程を辿り，その到達点を示すことを目的とした論文。紹介には，安藤次男「論文紹介・Stanley D. Henderson, Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine, 78 Yale L. J. 343 (1969)」［1970-2］アメリカ法二四〇頁がある）; Note, Once More into the Breach : Promissory Estoppel and Traditional Damage Doctrine, 37 University of Chicago L. Rev. 559, 1970.（商取引では，「信頼利益」ではなく，「期待利益（履行利益）」が賠償されるべきである，と説く。）

(22)「申込の撤回」に関しては，U. C. C. § 2-205 が「申込拘束力」を認めた点も忘れてはならない。

(23) 紹介には，本田尊正「論文紹介・Charles L. Knapp, Enforcing the Contract to Bargain, 44 N. Y. U. L. Rev. 673 (1969)」［1970-2］アメリカ法二四五頁がある。

(24) 予備的契約へのこの種の批判は，イギリスでも見られる（Courtney & Fairbanks Ltd. v. Tolaini Brothers (Hotels) Ltd., [1975] 1 All E. R. 716 における Denning の意見）。

(25) Corbin は不能の代表例として，月に行くことを挙げている（Cf. Knapp, op. cit., p. 674）。

(26) Knapp は予備的契約を認めた裁判例も、他の論文も挙げていない。多分見当たらなかったのであろう(Itek 事件が参照されていないのは、執筆時期との関係からであろうか)。ただ、Hassan, The principle of good faith in the formation of contracts, 5 Suffolk Transnat'l L. J. 1 (1980) によれば、かかる契約を暗黙のうちに認めた裁判例は Knapp 論文以前にも存在したようである(Hassan, op. cit., pp. 22-23)。Hassan 論文については、吉田直『アメリカ商事契約法——統一商事法典を中心に——』(平成三年、特に一七八頁以下) 参照。

(27) Schlesinger, Formation of Contracts, vol. II, pp. 1583 (1585) ff. なお、本書の紹介として、木下毅「著書紹介・R. S. Schlesinger, Formation of Contracts : A Study of the Common Core of Legal Systems, 2 vols, 1968」[1970-1] アメリカ法二七頁がある。

(28) Farnsworth, Contracts, §§ 3. 25, 26, pp. 183-192.(「交渉破棄」に課される責任は不法行為責任とする。)

(29) Farnsworth, op. cit., § 3. 26, pp. 187-192. good faith と特定との関係は、§§ 2. 13, 3. 28, 7. 17, pp. 72-77, 194-202, 526-534 参照。また契約書の作成を予定している事案については、§ 3. 8, pp. 119-122 を、部分的な合意がなされた事案については、§ 3. 29, pp. 202-208 を参照。

(30) なお、第二次リステイトメントは、第一次リステイトメントと比べ、「契約の成立」に関して「当事者の意思」をより重視している（たとえば二〇条。この点は、鹿野・前掲論文参照）。

(31) ただ、そこで「練り上げ型」が想定されているか否かは明確でない。コメントでは U. C. C. § 2-204 全体が参照されているが、Reporter's note では § 2-204 (3) しか引用されていないからである。

(32) Farnsworth, op. cit., §§ 3. 3-5, pp. 108-113.

(33) 既にその紹介として、樋口・前掲論文がある。

(34) 申込の自由な撤回を許すのもこの考えに由来する、という重要な指摘もなされている (pp. 221-222)。

(35) 彼は現実の出捐 (out-of-pocket) の他、機会の喪失 (lost opportunity) も「信頼利益」に含まれるとする (pp. 233-239. なお、これと「期待利益 (lost expectation : 履行利益)」とは明確に区別されている)。

(36) 誠実性については、全国労働関係法 (National Labor Relations Act) の団体交渉における誠実交渉条項を手掛かりに、不誠実の具体例を幾つか挙げている (pp. 269-285)。

(37) アメリカの予備的契約については、則定隆男『契約成立とレター・オブ・インテント――契約成立過程におけるコミュニケーション』(平成二年)の他、中村昌美「不動産取引契約と交渉契約――アメリカ法における交渉契約の拘束力をめぐって――」(法学政治学論究九号二六七頁、平成三年)も参照。

(38) ここで「第一三回 国際比較法会議」の報告に基づき、「交渉破棄」をめぐる各国の状況を一瞥しておく。

オーストラリア ……「履行利益の賠償」を認めた裁判例はあるが (Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher, (1988) 164 CLR 387)、これは「誤信惹起型」に関するもので、その他の場合には「信頼利益」に限られるのではないか、とされる(詳しくは、小野新「オーストラリアにおける約束的禁反言・補論――Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher 事件によせて――」(専修大学法学研究所紀要一六号一一八頁、平成三年)参照)。

オーストリア ……「誤信惹起型」は認められているが、「信頼裏切り型」につき、裁判例は動揺している。七〇年代末にはそれを容認するものもあったが、八〇年代には否定的な裁判例も現われている。

ベルギー ……予備的契約を中心に論じているので、十分に明らかではないが、「信頼裏切り型」は認められているようである。ただし、責任の効果として、「履行利益の賠償」は認められないとされている。

デンマーク ……「誤信惹起型」は認められている。また「信頼裏切り型」については、契約を認定することで救済が図られているようである。

イタリア ……イタリア民法典(一九四二年)には、交渉中も誠実に行動せねばならないとの規定(一三三七条)があり、「誤信惹起型」も「信頼裏切り型」(効果は「信頼利益の賠償」)も認められている。なお、右と同種の規定はイスラエル一般契約法にもあり(同法・一二条)、ここでも「誤信惹起型」のみならず、「信頼裏切り型」も認められている(裁判のなかには、責任の効果は「信頼利益の賠償」に限られないと説くものもあるが、学説は批判的である)。

オランダ ……「信頼裏切り型」も容認されている。また交渉が最終段階に達していれば、責任の効果として「履行利益の賠償」まで認められうるとされている。

スイス ……「交渉破棄」は「契約締結上の過失」で処理されるが、認められているのは「誤信惹起型」だけのようである。

イギリス ……「交渉破棄」は責任を発生させないとされてきたが、「誤信惹起型」では、責任が認められはじめた (Box v. Midland Bank Ltd., [1979] 2 Lloyd's Rep. 391)。また予備的契約を認めるべし、との主張もなされている。

その他、ドイツ、フランス、アメリカ、日本は勿論、アルゼンチン、カナダ(ケベックとそれ以外)、ニュージーランド、プエルト・リコ、スウェーデン、チェコスロバキア、トルコ、ベネゼエラ、ユーゴスラビアなどから報告がなされ、それらの大部分は Hondius, Precontractual Liability, Reports to the XIIIth Congress, International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990, 1991 にまとめられている。

(補註1) Grotius の契約理論を理解するための前提をなす、Connan の契約理論については、小川浩三「F・コナンの契約理論(一、二)(未完)」(北大法学論集三五巻六号八七頁、三八巻一号三七頁、昭和六〇―六二年) 参照。

(補註2) Demolombe は、申込維持義務を負うことを、相手方に契約を形成する権利を与えることと同視するゆえ、「申込の撤回」に効力はない、と考える (n° 65)。しかし、このことと promesse unilatérale との関係は明らかでない(この点に関する Boissonade の見解については、第四部第二編参照)。

[本号の訂正]

第三部第二編第一章第二節の註(14)の四行目：Schmidt, op. cit., n^{os} 491, 520, pp. 265, 279-280 (傍線部追加)

同第二章第二節の註(45)の五行目：1975, n^{os} 146-150, 482-496, pp. 102-105, 370-383 (傍線部追加)