



HOKKAIDO UNIVERSITY

| | |
|------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| Title | 契約交渉の破棄とその責任（５）：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(5), 1-56 |
| Issue Date | 1992-06-11 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/16848 |
| Type | departmental bulletin paper |
| File Information | 42(5)_p1-56.pdf |



契約交渉の破棄とその責任（五）

——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、四二卷一号)
- 第二部 ドイツ法の考察 (第一編まで、四二卷二号)
- 第三部 フランス法の考察 (第一編まで、四二卷三号)
- 補論 アメリカ法の概観 (以上、四二卷四号)
- 第四部 日本法の再構成
- 第一編 「契約の成立」と「成立形態」 (以上、本号)

第四部 日本法の再構成

「交渉破棄」に関する解釈論を提示するには、これまで得られた示唆を活かさねばならない。なかでも、①問題の背景には「契約の成立形態」が潜む、②「交渉破棄」は「申込の撤回」と酷似する、という二つの示唆は基本的問題に迫るものとして重要である。そこで、第一編と第二編でそれらが日本法の下で有する意味を考究する。

第一編 「契約の成立」と「成立形態」

第一章 裁判例の紹介と検討

「交渉破棄」をより正確に把握するため、「契約の成否」が争われた裁判例を「成否」の判断基準と「成立形態」という二つの角度から考察する。そのさい、判断基準については、「契約の成立」に関する一般論と当該事案で実際に考慮された具体的事情は区別されるし、後者はさらに契約類型、目的物、紛争形態、請求の内容などという定型的な事情と各裁判例に固有な事情に細分化される。他方、「成立形態」にあっても——「交渉破棄」に関する裁判例が不動産売買に集中していることからして——契約類型ないし目的物が大きな役割を演じるものと推測される。そこで、この二要素を基軸とし、不動産売買（第一節）、動産売買（第二節）、不動産賃貸借（第三節）の順で検討を進める。

第一節 不動産売買に関する裁判例²⁾

一で裁判例を年代順に紹介した後、二でそれらを、全体的傾向、「契約の成否」の一般的判断基準ないし具体的判断基準、「契約の成立形態」、という四つの視角から分析する。

一 裁判例の紹介³⁾

- [1] 大判明治三〇年六月七日(民録三輯六卷二五頁)……土地。売主↓買主(代金支払請求)。認容(成立肯定)。契約書作成、手付も授受。
- [2] 大判明治三三年二月二一日(民録六輯二卷七〇頁)……土地。買戻の買主↓売主(買戻に基づく登記請求)。請求棄却の原判決を破棄差戻(買戻書は作成されなかったが、契約は意思表示のみで成立するとし、再売買の予約の可能性を示唆)。
- [3] 東京控訴院明治四二年一〇月四日(最近判六卷一六頁)……土地。原売主(転買主からの買取予定者)↓転買主(転売人(原買主)と転買人の特約に基づく引渡請求)。棄却(特約は一方的な受益の意思表示により契約が成立することまで認められたものではない、と判断)。
- [4] 東京控訴院大正二年二月二五日(新聞九二五号二二頁)……土地家屋。売主↓買主(代金と第三者への売却価格との差額の請求)。棄却(高価な物の売買では、証書の作成や手付金の授受が取引一般に行われている慣行であるのに、本件ではそれがないとして、成立否定)。
- [5] 大阪控訴院大正七年六月二〇日(新聞一四二八号一九頁)……土地。買主↓売主(売買価格と時価との差額請求)。認容(成立肯定)。契約内容特定、書面も作成。
- [6] 千葉地判大正九年五月二七日(新聞一七六一号一五頁)……土地。買主↓売主(所有権確認・登記移転請求)。棄却(高価な土地の売買では、手付や内金を授受するか、契約書を作るのが普通なのに、本件ではそれがないとし、成立否定)。
- [7] 東京地判大正一三年四月一五日(新報六号二四頁)……建物。買戻の買主↓売主(買戻に基づく登記移転請求)。認容。買戻特約につき書面作成(ただし、金額は証言に拠る)。

- [8] 大判大正一四年九月一八日(新聞二四八一号九頁)……建物。買主↓売主(原告は抵当権者。売主による競売申立に対する抗告)。申立を認めた原決定破棄(所有権移転の仮登記から、代物弁済の予約を推認)。
- [9] 宇都宮地判大正一四年一月一〇日(新報八七号二三頁)……土地。買主↓売主(処分禁止の仮処分)。仮処分命令取消(後日交渉が予定されていたことから、予約否定)。
- [10] 大判昭和九年一〇月六日(法学四卷二二七頁)……仮登記が登記権利者の申請のみによりなしうることを理由として、契約成立を肯定した原判決を破棄(詳細不明)。
- [11] 大判昭和一〇年七月一三日(法学五卷三四四頁)……代金額が定まっていないう一事を以て、予約の成立を否定することはできない、と判断(詳細不明)。
- [12] 最判昭和三三年二月一〇日(裁判集民事一号七三頁)……土地家屋。第二買主↓第一買主(訴外売主と第一買主との売買契約不存在確認・所有権確認請求)。棄却(契約書が作成されなかつた点につき、ごく親しい友人親族間では契約書を作らないこともよくあり、契約書によってはじめて締約されるとする経験則はないとして、成立肯定)。代金授受。
- [13] 東京地判昭和三二年九月一四日(訟務月報三卷一号二七頁)……土地。買主↓売主(被告は国。所有権確認請求)。棄却(価格の内示を申込ではなく、準備行為と判断)。
- [14] 東京地判昭和三二年四月二五日(訟務月報四卷三号三三七頁)……土地。買主↓売主(被告は国。売買価格と時価との差額請求)。棄却(成立否定)。一旦、原告は契約書の作成を拒絶した。
- [15] 東京高判昭和三二年九月一七日(訟務月報三卷一〇号六九頁)……[13]の控訴審。控訴棄却(契約、予約とも否定)。
- [16] 東京高判昭和三二年二月一九日(下民集八卷一二号三三六九頁)……土地。買主↓売主(引渡請求)。認容(成立肯定)。被告は代金を受領し、関係書類一式を原告に交付した。
- [17] 最判昭和三三年五月一日(訟務月報四卷五号七〇三頁)……[15]の上告審。上告棄却(成立否定)。
- [18] 東京高決昭和三三年八月七日(下民集九卷八号一五二九頁)……最高価格申出人が競落不許可決定に対して即時抗告(詳細不明)。棄却(許可決定まで承諾はない、と判断)。
- [19] 仙台地判昭和三四年三月一八日(訟務月報五卷七号八六一頁)……土地。再売買の買主↓売主(被告は国(旧軍買収)。引渡請求対登記移転請求)。本訴棄却・反訴認容(契約成立は肯定。他方、私下の説明は一応の方針に過ぎないとして、

- 再売買の予約は成立否定)。関係書類に調印、代金受領、占有も移転。
- 〔20〕青森地裁八戸支判昭和三四年一月二二日(訟務月報六卷一六二頁)……土地。買主↓売主(原告は国(旧軍買収)。所有権確認・登記移転請求)。認容(成立肯定)。占有移転、代金授受、国有財産台帳にも登録。
- 〔21〕東京地判昭和三五年一月一九日(行裁例集一巻二二四〇八頁)……土地。買主↓売主及び現所有者(売主たる東京都には処分無効確認、現所有者たる落札者には明渡請求)。却下及び棄却(原告は落札していないから、契約や予約は成立していない、と判断)。入札者は原告と現所有者の二人だけであった。
- 〔22〕鹿兒島地判昭和三八年一月二八日(訟務月報一〇巻四号五八二頁)……土地。買主↓売主(原告は国(旧軍買収)。被告が既に第三者へ譲渡した土地については売却価格の不当利得返還請求、残りの土地については登記移転請求)。認容(旧會計規則の「契約書の作成を要する」との規定は訓令の規定に過ぎないとし、成立肯定)。代金授受。
- 〔23〕東京高判昭和三九年一月二三日(訟務月報一〇巻二二号一六三七頁)……土地。売主↓買主(被告は国(旧軍買収)。引渡請求)。棄却(成立肯定)。占有移転、代金授受、国有財産台帳にも登録。
- 〔24〕東京高判昭和四〇年一月一八日(判タ一七三二〇〇頁)……土地。買主↓売主(原告は会社。請求内容不明)。棄却(授受された金銭を保証金(廿手付)と解し、成立否定)。
- 〔25〕東京高判昭和四二年八月五日(東高民時報一八巻八号一〇五頁)……家屋。売主↓買主(明渡請求に対し、被告が予約を主張)。認容(「買うか、買います」程度の話合いでは予約は成立しない、と判断)。
- 〔26〕京都地判昭和四四年三月二七日(判タ二三六号一五一頁)……土地建物。売主↓買主(原告は会社。被告は協同組合連合。手付金請求)。棄却(財産権移転と代金支払の合意だけで売買は成立するとして、成立は肯定するも、損害の発生などを否定)。仮契約書は交わされたが、付随的事項を含む正式な契約書は作成されず、手付も授受されていなかった。
- 〔27〕東京高判昭和四八年一月三二日(金商四〇四号二二頁)……土地。売主↓買主(被告は浜北市。代金支払請求)。棄却(予約否定)。代金について後日交渉が予定されていた。
- 〔28〕東京高判昭和五〇年六月三〇日(判時七九〇号六三頁)……土地。仲介業者↓売主(被告は学校法人。仲介料請求)。一部認容(民法六四一条などの類推適用。高額の土地の売買では、契約書を作成し、手付や内金を授受するのが定着した慣行であるとし、成立は否定)。

- [29] 宮崎地判昭和五一年二月一三日（訟務月報二二卷三三六四四頁）……土地。買主↓売主（原告は国（旧軍買収）。登記移転請求）。認容（成立肯定）。被告代理人は「売渡し承諾書」を交付。代金授受、除租。
- [30] 東京地判昭和五一年二月一八日（訟務月報二二卷三三六六三頁）……土地。売主↓買主（被告は国（旧軍買収）。所有権確認請求対登記移転請求）。本訴棄却・反訴認容（成立肯定）。占有移転、除租。
- [31] 福岡地裁小倉支判昭和五一年六月二日（判時八四八号一〇二頁）。「交渉破棄」の関連裁判例〔2〕……家屋。買主↓売主（被告は北九州市。登記移転請求）。棄却（私下承認の議決だけでは契約は成立しない、と判断）。
- [32] 東京地判昭和五二年二月二四日（訟務月報二三卷三三四三頁）……土地。売主↓買主（原告は国（旧軍買収）。明渡請求対登記移転請求）。本訴棄却・反訴認容（成立肯定）。占有移転、旧土地台帳上の所有者も被告。
- [33] 墨田簡判昭和五三年五月四日（訟務月報二四卷五号九六九頁）……土地。買主↓売主（原告は国（旧軍買収）。登記移転請求）。認容（成立肯定）。代金授受（売渡証にも捺印?）。
- [34] 東京地判昭和五三年六月二七日（訟務月報二四卷七号一四三三頁）……土地。買主↓売主（被告は国。明渡・登記移転請求）。棄却（成立否定。努力の約束がなされただけ、と判断）。
- [35] 横浜地判昭和五三年一〇月二五日（訟務月報二四卷二二二五六八頁）……土地。売主↓買主（被告は国（旧軍買収）。所有権確認請求）。棄却（成立肯定）。承諾書等作成、占有や登記も移転。
- [36] 宇都宮地判昭和五四年二月二八日（訟務月報二五卷六号一六〇一頁）……土地。買主↓売主（原告は国（旧軍買収）。登記移転請求）。認容（成立肯定）。代金授受、占有も移転。
- [37] 東京地判昭和五四年九月五日（訟務月報二五卷二二二九五五頁）……土地。売主↓買主（被告は国（旧軍買収）。明渡請求対登記移転請求）。本訴棄却・反訴認容（成立肯定）。代金授受、占有も移転。
- [38] 東京高判昭和五四年一月七日（判時九五一号五〇頁）。「交渉破棄」の関連裁判例〔7〕……土地。買主↓売主（会社同士。違約金請求など）。不法行為に基づく請求のみ認容（契約内容につき合意していたが、後日公正証書による締約が予定されていたことから、成立否定）。手付は授受されず。
- [39] 神戸地判昭和五五年四月一〇日（訟務月報二六卷七号一一〇七頁）……土地。買主↓売主（原告は国（旧軍買収）。登記移転請求）。認容（成立肯定）。代金授受、占有も移転。

- [40] 東京地判昭和五五年一〇月一六日(判時九八〇号二〇頁)……家屋。買主↓売主(用地提供者(会社)が日本住宅公団に登記移転請求)。棄却(予約否定)。取り交わされた覚書の内容は「一〇年後譲渡」ではなく、「将来譲渡」であった。
- [41] 東京高判昭和五六年三月二六日(判タ四四四号七九頁)……家屋。買主↓売主(所有権確認・登記抹消請求)。認容(成立肯定)。契約書作成、代金も授受。
- [42] 鹿児島地判昭和五六年四月一七日(訟務月報二七卷六号一一二六頁)……土地。売主↓買主(被告は指宿市(旧軍買収)。返還請求对所有権確認・登記移転請求。国も原告(反訴被告)に被告(反訴原告)と同じ請求をしている)。本訴棄却・反訴及び国の請求認容(買収の存否は不明としつつ、取得時効を認める)。
- [43] 東京地判昭和五六年一〇月二八日(判タ四六六号一一九頁)……家屋。買主↓売主(用地提供者(個人)が日本住宅公団に登記移転請求)。棄却(予約否定。覚書は「将来譲渡」であった)。
- [44] 東京地判昭和五七年二月一七日(判時一〇四九号五五頁)。「交渉破棄」の関連裁判例〔10〕……土地。売主↓買主(会社同士。手付金請求)。棄却(成立否定)。仮契約書は取り交わされたが、後日交渉の継続と正式な締約が予定され、手付も授受されていなかった。なお、仮契約違反も否定された。
- [45] 千葉地判昭和五七年二月二三日(訟務月報二八卷五号九八一頁)……土地。買主↓売主(原告は国。登記移転請求)。認容(成立肯定)。旧土地台帳に除租の記載、占有も移転。
- [46] 東京高判昭和五七年五月二七日(訟務月報二八卷八号一六〇八頁)……〔35〕の控訴審。控訴棄却(成立肯定)。
- [47] 福岡高裁宮崎支判昭和五八年一月二四日(訟務月報二九卷八号一四七八頁)……〔42〕の控訴審。控訴棄却(成立肯定)。占有移転、買収承諾の文書に押捺、代金も授受。
- [48] 水戸地判昭和五八年九月一三日(訟務月報三〇卷三号四四一頁)……土地。転買主↓原売主及び転売主(原買主たる転売主は国(旧軍買収。国が買収を認めているのに対し、原売主はこれを否認する)。登記移転請求。認容(原売買(国の買収)肯定)。占有移転。周辺地はすべて買収されている。本件土地は自創法による買収の対象とならなかった)。
- [49] 東京地判昭和五八年一〇月三日(訟務月報三〇卷四号六一一頁)……土地。買主↓売主(原告は国(旧軍買収)。登記移転請求対引渡請求)。本訴認容・反訴棄却(成立肯定)。占有移転、名寄簿に「支払済」の印が押捺されている。
- [50] 東京地判昭和五九年二月二二日(判タ五四八号一五九頁)……土地建物。買主↓売主(会社同士。処分禁止の仮処分)。

却下（契約内容は合意され、買付証明書や売渡承諾書が取り交わされるも、手付の授受なく、また締約の前提たる第三者の立退念書もないことから、契約も予約も否定）。

[51] 名古屋地判昭和六〇年七月一六日（判タ五六七号二八頁）……土地。買主↓売主（原告は名古屋高速道路公社、被告は有限会社。明渡請求。認容（成立肯定）。契約書作成）。

[52] 奈良地裁葛城支判昭和六〇年二月二六日（判タ五九九号三五頁）……土地。買主↓売主（会社同士。登記移転請求。棄却（成立否定）。買付証明書、売渡承諾書が取り交わされただけ）。

[53] 京都地判昭和六一年二月二〇日（金商七四二二五頁。「交渉破棄」の関連裁判例〔20〕）……土地。売主↓買主（会社同士。売買価格と第三者への売却価格との差額などを請求。協定違反に基づく請求は認容（売買予約では、通常予約契約書を作成し、手付金を授受するのに、本件ではそれが無いとして、予約否定）。付随的事項についても合意していない）。

[54] 大分地判昭和六一年四月二四日（判タ六二二二二頁）……土地家屋。売主（の販売代行会社）↓買主（業者対個人。立替払した代金の支払請求。棄却（成立否定）。契約書は作成されたが、原告は被告側の締約条件を熟知していた）。

[55] 横浜地判昭和六二年三月三〇日（判タ六五一号一三二頁）……家屋。買主↓売主（被告は市。登記移転請求）。棄却（予約否定。入居時の説明を一般的な指針と判断）。

[56] 仙台地判昭和六二年六月三〇日（判タ六五一号一八頁）……土地。仲介業者↓売主（被告は医療法人。仲介料請求）。一部認容（成立肯定）。覚書を取り交わしている。

[57] 仙台高判昭和六二年一月一六日（判タ六六二二二頁）……土地。買主↓売主（登記移転請求）。認容（成立肯定）。本件小作地を売買する旨の協約書を作成。その後、原告は賃料を払わず、被告も請求していない。

[58] 東京地判昭和六三年二月二九日（判タ六七五号一七四頁）……土地。売主↓買主（被告は会社。違約金請求）。棄却（正式な契約書を作るのが通例とし、成立否定）。買付証明書や売渡承諾書は交付されるも、交渉継続と正式な締約を予定）。

[59] 京都地判平成元年一月二六日（判時一三三〇号一二五頁。「交渉破棄」の関連裁判例〔28〕）……土地建物。原売主↓転買主（会社同士。転売主の違約金請求を代位行使）。信義則上の注意義務違反に基づく請求は認容（転売買の成立は否定）。高額の不動産売買契約取引をする場合、それに応じた体裁の契約書を交わすのが通常である、と判断。取り交わされたのは買付証明書だけで、契約日も後日とされていた。

[60] 東京高判平成元年二月一日(判タ七一七号一五五頁)……土地。買主↓売主(登記移転請求)。棄却(成立否定。売買契約書ないしそれに類する証書が作成されるのが通常であるとし、授受された金銭は代金ではなく、土地使用の対価などであると判断)。契約書なし。一筆の土地の一部の譲渡なのに、測量は行っていない。公租はずっと売主が負担している。

[61] 東京地判平成元年十二月二日(判タ七三二号一九六頁)……土地建物。買主↓売主(会社同士。登記移転請求。認容(契約否定。予約肯定(被告は予約を争っていない)。相当高額の土地建物の売買に当たっては、契約書を作成し、手付や内金を授受するのが相当定着した慣行である、と判断)。覚書作成。細部は取り決められていない。

[62] 大阪高判平成二年四月二十六日(判時一三八三号一三一頁)。「交渉破棄」の関連裁判例〔32〕……土地建物。売主↓買主(会社同士。売買価格と第三者への売却価格との差額などを請求)。棄却(成立否定。不法行為も否定)。買付証明書と売渡承諾書は取り交わすも、原告は被告に購入の意思のないことを了解していた。

[63] 大阪地判平成二年一〇月二四日(判タ七四三号一七六頁)……土地建物。買主↓売主(原告は会社(業者)。登記移転請求)。棄却(成立否定。授受金銭を手付でないと判断)。契約書には署名されず、付随的事項も合意されていなかった。

二 裁判例の分析⁴⁾

(一) 全体的傾向

(a) 裁判例の数の時代的推移と「契約の成否」に関する判断の変化

裁判例の数を時代別に見るなら、明治期三件、大正期六件、昭和の戦前・戦中二件、昭和二〇年代二件、三〇年代一件(九事件)、四〇年代四件、五〇年代二三件(二一事件)、六〇年以降一三件となり、昭和五〇年以降の激増ぶりが目にとまる。ただ、五〇年代には国や地方公共団体を当事者とする事件が多かったのに対し(二三件中一六件。その他、住宅公団関係二件。純粹な民間事件は五件)、六〇年代には純粹な民間事件が多くなっている(一三件中一一件)。次に成立肯定例と否定例はほぼ拮抗している(三〇対三四)。「19」は二件と勘定する)。が、五〇年以降の民間事件では、否

説 定例が圧倒的に多い（三対一三）。

(b) 契約の種類と目的物

成否が争われた対象は（本）契約、予約、買戻の三種で、（本）契約と買戻では、肯定例と否定例はほぼ同数だが（二六対二五、二対一）、予約ではほとんどが否定例である（「8」「11」を肯定例に加えても、「61」を除くなら、二対一）。当事者でさえ（本）契約を主張できぬような事件で、苦し紛れに予約が持ち出されることが多いこと（「9」「19」「25」「40」「43」「50」「55」）、予約を認めると、（本）契約を認めたのと同ほ同じ効果が発生してしまうこと（「15」「19」「21」「25」「27」「40」「43」「50」「53」「55」）によるものである。予約は（本）契約に比して簡単に認められるものでないのである（「15」「21」「50」では、（本）契約と予約が同時に争われたが、両方とも否定されている）。目的物には、土地、土地建物、建物の三種があるが、その相違により肯定例と否定例の比率が大きく変化することはないようである。

(c) 紛争形態——特に紛争当事者

昭和三〇年以降、国・地方公共団体・公共企業が当事者として現れはじめ、いずれの事件でもそれらが勝訴している（判決が偏向しているわけではない。（3）参照）。民間事件では、三〇年代まで個人対個人の事件が多かったのに対し、四〇年代以降は会社が登場する（六〇年以降では個人対個人は一件だけ）。また最近是不動産売買を業とする当事者も増えている（建設会社も含めると、「50」「52」——「54」「58」「62」「63」。以前は「5」でその可能性がある程度であった）。

(d) 「争われた利益」とその当事者

誰が誰に何を求めたか、という観点から裁判例を分類すると、次のようになる（括弧内は請求認容放棄の比率）。

- ①買主→売主＝三五……所有権の帰属が争われたもの（所有権確認・明渡・登記）二七（一四対一三）。値上がり分の賠償（二一対一）、違約金請求（棄却）、その他・不明五

② 売主↓買主↑一三……………所有権の帰属四(一対三)、代金請求六(一対五)、手付・違約金請求三(棄却)

③ その他↑一五…………… 売主↓買主七(所有権の帰属)、買主対買主二(所有権の帰属)、原売主対転買主二(所有権の帰属)と違約金(59)、仲介料請求二(認容)、不明二

所有権の帰属が争われた事件が多い点(四一件)、①が②の三倍に達する点(しかも、大半の事件で金銭賠償ではなく、所有権の獲得が目指されている点)は、自己利用の欲求や長期的で継続的な値上がりへの期待に拠るものである。次に「59」も実質棄却例と解するなら——手付・違約金請求では認容例は見当たらない。いずれの事件でも、金銭は授受されておらず、手付・違約金の食い逃げ防止と手付の要物性(民法五五七条)に配慮した結果と推察される。

なお、「成否」の判断と判決の結論は、多くの場合は直結するが、例外もある〔26〕〔28〕〔38〕〔42〕〔53〕〔59〕。

(2) 「成否」の一般的判断基準——諾成主義と取引慣行

(e) 諾成主義とその意味

民法五五五条によれば、売買は諾成契約で、財産権移転と代金支払の約束(要素の合意)により成立するものとされる。これは当然視されているためか、この点まで確認する裁判例は反って少ない〔2〕〔9〕〔11〕〔26〕〔28〕〔44〕〔56〕〔58〕(くらい)。が、要素の合意から直ちに成立を肯定したのは、右のうち〔26〕〔56〕だけで〔2〕〔11〕は結論不明。〔9〕は合意の存在を否定)、他の三件では要素の合意が存在したのに、成立は否定された。たとえば〔28〕は、要素の合意を成立の最低要件と解したうえ、高額の土地売買では契約書を作成し、手付や内金を授受するのが慣行であるとの認識に立ち、「当事者たちがこの慣行に従うものと認められる限り、右の二つは売買の成立要件をなす」とする。しかし、これは諾成主義に反するものではない。当事者が「締約する意思」を有する場合、要素の合意だけで契約を成立させる

ことは依然として可能だからである。そもそも諾成主義とは「方式が具備されていない、あるいは目的物が引渡されていないという一事を以て、『契約の成立』を否定することはできない」という消極的な意味を持つにとどまり、「当事者の留保にもかかわらず、要素の合意により強制的に契約が成立する」ことまで認めるものではない。その他〔44〕〔58〕も「当事者の（締約する）意思」を基準としつつ、締約が留保されていたことから、成立を否定したものと解され、諾成主義に適っている（他方、〔26〕〔56〕は——事実認定の当否はともかく——「当事者の意思」の存在を肯定したものと位置づけられる）。巷間「諾成契約は要素の合意だけで成立する」と説かれる。が、そこでは「締約意思」の存在が暗黙の前提とされている点を見逃してはならない。

（一）不動産売買における取引慣行

諾成契約の成否の基準は「当事者の意思」に求められるが、それは四囲の事情から推測するよりなく、そのさい、取引慣行が有力な資料となる。たとえば正式な契約書の作成が予定されていた場合、それは締約の留保とも、（締約されたことの）単なる確認とも解しうるが、この点にかかわる取引慣行があれば、それによって「当事者の意思」はある程度推測しうる。裁判例のなかには、さような慣行に言及したり、そう明言しないまでも、「普通」とか「通常」という表現を用いて、それを示唆するものがある〔4〕〔6〕〔28〕〔53〕〔58〕〔59〕〔60〕〔61〕。それらによると、「手付や内金を授受するか、最低限正式な契約書を作成することで、はじめて契約は成立する」というのが不動産売買における慣行である（ただし、親しい友人親族間では契約書を作らないこともよくある、とされる。〔12〕）。これに対し、〔56〕は、被告がかかる慣行を主張したにもかかわらず、要素の合意だけで成立を認めており、——「当事者の意思」が判断の根拠とされている以上、理論的な対立はないもの——実質的には右の諸判決と対立するように見える。が、〔56〕の事実認定の不自然さがかねて指摘されており、また事件の性格や判決の結論からも、この判断には重きを置きえない（三参照）。

なお、取引慣行にふれない裁判例のなかにも、右のような慣行に沿った線で判断を下したものが幾つかある〔38〕〔44〕〔50〕〔62〕〔63〕。他方、正式な契約書は後日作成する予定で、手付も授受されていないなかったのに、成立を肯定した〔26〕は〔56〕と同じ立場に立つものと言えようが、ここでも成否の判断は判決の結論に影響を及ぼしておらず、〔56〕の場合と同様、この認定は割り引かねばなるまい(三参照)。

(3) 「成否」の具体的判断基準——各裁判例における判断の決め手⁹⁾

(g) 成立肯定例 (1)〔5〕〔7〕〔12〕〔16〕〔19〕(買収について)〔20〕〔22〕〔23〕〔26〕〔29〕〔30〕〔32〕〔33〕〔35〕—〔37〕〔39〕〔41〕〔45〕—〔49〕〔51〕〔56〕〔57〕¹⁰⁾

①所有権の帰属が争われた裁判例……代金授受・占有移転等の(重要な)履行行為の存在を根拠に成立を認められたものが最も多い(旧軍買収にかかわる〔19〕〔20〕〔22〕〔23〕〔29〕〔30〕〔32〕〔33〕〔35〕—〔37〕〔39〕〔46〕—〔49〕。その他、〔12〕〔16〕〔41〕〔45〕も同様)。また小作人による土地買収の存否が争われた〔57〕は、賃料が支払われなくなったことから成立を肯定しており、これは裏側から見た履行行為と位置づけうる。これらは契約一部履行型と命名する。他方、履行行為がなされていないのに、正式な契約書の作成を根拠として成立を肯定した例もあり〔51〕、これは正式契約書作成型と呼ぶことができる〔7〕もこの類型に属する。ただ、そこで争われたのは、実体としては無利息の譲渡担保契約であり、当事者間の特別な人的関係が窺える。無論、両類型の重複型もありうる〔16〕〔41〕。

②契約当事者間で金銭請求が争われた裁判例……〔1〕は重複型に、〔5〕は正式契約書作成型に属する。これに対して、〔26〕はいずれの類型にも該当しない。が、これは——原告の主張通り、契約の存在は肯定したものの——結果的には請求を棄却したのだから、成否の判断にどれほど意味があったかは疑わしく、参考にすべき例ではなからう。

③その他の利益が争われた裁判例

〔56〕は、〔26〕と同様、右のいずれの類型にも属さないが、仲介料請求を認めるために成立を肯定したに過ぎない点、またさしたる理由もなく、認容額が請求額の三分の一に減じられている点からして、この認定は鵜呑みにできない。

このように、成立肯定例は契約一部履行型、正式契約書作成型、重複型のいずれかに当たり、それに該当しない裁判例〔26〕〔56〕は、成否の判断があまり意味を持たない特殊な事案に関するものなのである。

(h) 成立否定例 (〔3〕〔4〕〔6〕〔9〕〔13〕〔15〕〔17〕〔18〕〔19〕〔予約について〕〔21〕〔24〕〔25〕〔27〕〔28〕〔31〕〔34〕〔38〕〔40〕〔43〕〔44〕〔50〕〔52〕〔55〕〔58〕〔63〕〔61〕は(本)契約について)

①所有権の帰属が争われた裁判例

「契約の成立」を否定した根拠は二つに分かれる。第一は、一定の契約事項に関する交渉が後日予定されていたこと〔3〕〔52〕の他、〔9〕もこれに当たろう、第二は、交渉ではなく、正式な契約書の作成や手付の授受が予定されていたこと〔6〕〔50〕〔60〕である。各々、後日交渉予定型、正式締約予定型と呼ぶことができる(以上の裁判例は、純粋な民事事件に関するものだが、国などがかかわった事件も右の二類型に区分しうる。〔19〕〔34〕〔40〕〔43〕は前者に、〔13〕〔15〕〔17〕〔18〕〔21〕は後者に対応する)。また両類型の重畳型もある〔25〕〔61〕〔63〕。

②契約当事者間で金銭請求が争われた裁判例

〔27〕は後日交渉予定型に、〔4〕〔14〕〔38〕は正式締約予定型に、〔44〕〔53〕〔58〕〔62〕は重畳型に各々該当する(ただし、〔62〕には、売主が買主に買取の意思がないことを知っていたという特殊な事情も介在している)。

③その他の利益が争われた裁判例

原売主・転買主間の紛争たる〔59〕及び仲介料請求に関する〔28〕は正式締約予定型に属する〔56〕と比較するとき、

〔28〕が成立を否定した点は注目される。これに対し、〔54〕（立替払金請求。実質は代金支払請求）では、正式な契約書が作成されていたにもかかわらず、成立は否定された。が、そこには——原告が被告の締約条件を熟知していたという特殊事情の他——消費者保護の要請が働いていたように推測され、その意味で特異な事件と言える。

このように、成立否定例は後日交渉予定型、正式締約予定型、重畳型のいずれかに当たる。これに該当しない〔54〕は特別な要請に導かれた例外的な判決のように思われる。

（4）「契約の成立形態」

（一）裁判例の一般的傾向

「成立形態」を認識するには、交渉のプロセスが詳らかでなければならぬが、裁判例のなかには、それが不明瞭なものもある。が、厳密ではなくとも、そのような裁判例をも含めた形で「成立形態」の一般的傾向を把握することは、実関係が明らかな裁判例の位置づけを可能にする点で有意義である。そこで、これまでの検討結果を手掛かりに、一般的傾向を探るなら、次の二点が注目される。第一は、取引慣行の存在とその内容で、それは不動産売買が通常「両当事者による契約書の作成」によって成立することを示している。現行日本民法典の想定する「申込と承諾との合致」という「締約の仕方」とは異なった「仕方」が妥当しているのである。第二は——成立否定例から抽出された——後日交渉予定型と正式締約予定型という二類型で、これは右の相違が締約段階に止どまるものではないことを示唆している。この二つはドイツ民法一五四条が想定する事案類型にほかならず、そこからは「交渉を通じて個別的事項に関する合意を重ね、最後にそれらをまとめて、正式な契約書を作成すること締約する」という「成立形態」、すなわち、「練り上げ型」が窺えるからである。しかも、裁判例によると、不動産売買では、古くからこれが通常の形態だったようである。

人間の通常の交渉とは異なつたプロセスを経るであろうから、除外する。

- (一) 若干の裁判例の検討……事実関係の明らかな裁判例を検討する。ただ、国や親族が絡む事件は、一般私人間の通常の交渉とは異なつたプロセスを経るであろうから、除外する。
- [26]…交渉は三九年六月から四〇年三月にかけ、数回。個別的事項につき合意を重ね、仮契約書を作成。その後も付随的事項に関する交渉と正式な締約を予定。
- [28]…交渉は四七年四月から五月にかけ、数回。契約内容は徐々に煮詰められ、正式な契約書の作成を予定。
- [38]…交渉期間は五カ月、回数も十回程度。契約内容は順次確定されたく、公正証書による締約を予定。
- [44]…交渉は四六年六月に数回（短期間なのは旧原告の債務整理との関係からか？）。基本的事項に合意し、仮契約書を作成。細部については、後日の交渉によるとし、そのうえで正式な締約を予定。
- [50]…交渉は五五年一〇月から一二月にかけ、数回。契約内容については、徐々に合意し、基本的事項を記した買付証明書と売渡承諾書を授受。
- [52]…交渉は五四年から翌年三月にかけ、数回。個別的事項につき合意を重ね、基本的事項を記した買付証明書と売渡承諾書を授受。その後、より詳細な打合メモを作成。
- [53]…交渉期間は二カ月、回数は数回。基本的事項に合意し、協定書を作成。その後も付随的事項について折衝。
- [56]…交渉期間は半年、回数は数回。基本的事項に合意し、覚書を作成。その後も交渉を続け、正式な締約を予定。
- [58]…交渉は六〇年暮れから翌年三月にかけ、数回。契約内容は徐々に取り決められ、基本的事項に記した買付証明書と売渡承諾書を授受。正式な締約を予定。
- [59]…（転売買の）交渉は六〇年九月から翌年一月にかけ、数回（原売買は六〇年九月から交渉し、一二月末成立）。基本的事項を記した買付証明書を授受した後、付随的事項につき合意し、正式な締約を予定。
- [61]…交渉は六一年一月から四月にかけ、数回。基本的事項に合意し、覚書を二度作成。付随的事項は未合意。
- [63]…交渉は六三年四月から八月にかけ、数回。基本的事項に合意して覚書を作成した後、契約書作成。ただ、付随的事項につき確定的な合意はなされず、右契約書でもその部分は空欄になっている。

右の如く、いずれの事案でも交渉は二カ月以上にわたって数回行われている〔44〕はおそらく例外)。また大綱が定められた後、細部が詰められていき、最終的には正式な締約が予定されている。「練り上げ型」によっているのである。¹⁾ところで、「交渉破棄」とは、交渉が煮詰まり、そのため当事者の一方が締約を信頼したのに、相手方がそれを拒絶することにより、問題として顕現する。かかる問題状況と右の交渉過程を対比するとき、「交渉破棄」の温床が「練り上げ型」に求められることは容易に推察しうる。右に挙げた一二件の裁判例のうち、「交渉破棄」が同時に争われたのは四件〔38〕〔44〕〔53〕〔59〕だけだが、残りの八件中七件については、それが問題とされなかったのには相応の理由があり〔26〕は「交渉破棄」が問題視される以前のもの。〔50〕〔52〕は「契約の成立」を前提とする仮処分事件。〔28〕〔56〕は仲介料請求事件。〔58〕では原告の方が交渉を破棄し、〔61〕では被告が予約を認めている)、この相関関係は右の推測を補強するものと言える。「交渉破棄」の関連裁判例のなかで不動産売買に関する事件が多いことも(第一部第一編)、これで説明がつく。もっとも、かかる理解には「『練り上げ型』の対立形態たる『申込承諾型』は実在するのか」、「そうでないなら、右の理解は的外れではないのか」との疑問や反論も予想される。動産売買の裁判例がこれに答える。

註

(1) 「成否」が争われた裁判例のみを取り上げるのは、それが争点とされなかったものから「成否」の判断基準を抽出するのは困難であるし、それらが交渉の状況をどこまで正確に伝えているかも疑問だからである。また「交渉がいかなる段階に達したとき、『契約の成立』が認められるのか」という視点からの検討であるため、意思表示の存否/自体が争われた裁判例のみ考察し、たとえば無意識的不合意のように、意思表示の齟齬ないし瑕疵という角度から「成否」が争われたものは取り上げない。他方、同様の理由から、(本) 契約の成否の他、予約の成否や申込の成否が争われたものは対象に加える。なお、裁判例検索のさいには、『判例体系』に依拠し、「契約の成立一般」ないし各契約類型における「契約の成立」に関す

る部分の他、「法律行為」の部分などを参照した。

(2) ただし、船舶や立木に関する裁判例は除外する(長崎控訴院大正九年一〇月三〇日(新聞一八〇七号一三頁)、東京控訴院大正一二年四月三〇日(評論一三卷民法五二七頁)、東京地判昭和六年五月三〇日(判時一一三四号一〇〇頁)、大正大正一二年五月七日(新聞二二四七号一九頁)、仙台高判昭和三年三月二四日(下民集一〇卷三三五頁)、最判昭和三七一年二月二五日(裁判集民事六三三三〇号八三五頁)、最判昭和四二年六月二二日(判時四八八号六三三頁)など)。

(3) 東京地判昭和五六年一二月一四日(判タ四七〇号一四五頁)でも「契約の成否」が争われたようだが、詳細不明ゆえ除外する。また締約自体に争いはなく、専ら契約の内容や効力が争われたものは取り上げない(東京控訴院明治四二年三月一日(新聞五六一号二二頁)、松戸区判大正七年一〇月二五日(新聞一五四四号二二頁)、大判大正一〇年三月一日(民録二七輯五一四頁)、東京地判大正一三年九月二日(新聞二三三二一号一六頁)、大判大正一三年一月一日(新聞二三三五号一五頁)、大判昭和二年三月一五日(評論一六卷民法七七三頁)、大判昭和二年二月二日(新聞二八一八号一五頁)、大判昭和八年四月二四日(法学二卷一四七六頁)、大判昭和一八年五月三日(法学二二卷九九八頁)、最判昭和五年一〇月二六日(民集四卷一〇号四九七頁)、最判昭和三〇年一〇月四日(民集九卷一一号一五二一頁)、福岡高判昭和三年五月九日(高裁民集九卷四号二五九頁)、最判昭和五年八月三〇日(ジュリ二二二号一三四頁)、東京地裁八王子支判昭和三六年三月九日(下民集二二卷三三四四頁)、千葉地判昭和三年一月二四日(判時三九四号七七頁)、大阪高判昭和四五年三月二七日(判時六一八号四三頁)、最判昭和四五年一月二六日(金融六〇三号二〇頁)、最判昭和四六年五月二五日(判時六三六号四六頁)、水戸地判昭和五〇年一月一七日(判タ三三六号二九七頁)、最判昭和五〇年二月二三日(金融七八七号三六頁)、東京地判昭和五二年四月四日(判時八七二号九六頁)、最判昭和五四年九月六日(判時九四四号四四頁)、大阪高判昭和五五年一月二九日(判タ四一四号九七頁)、最判昭和五七年六月一七日(判時一〇五四号八五頁)、東京高判昭和五八年六月三〇日(判時一〇八三号八八頁)、横浜地判昭和五八年八月二四日(判タ五一二号一五二頁)、大阪高判昭和五九年一〇月二六日(判時一一四六号六九頁)、東京高判昭和五九年一〇月三〇日(判時一一三六号六〇頁)、最判昭和六一年二月二七日(判時一一九三号一一二頁)、東京地判昭和六三年二月一〇日(判時一二八九号八三頁)、東京高判平成元年一月三一日(判タ七四八号二三〇頁)、東京地判平成元年一二月二五日(判時一三六二二号六三頁)など)。

(4) 一で紹介した裁判例を「契約の成否」という角度から検討した論稿としては、太田知行「契約の成立」(『現代法哲学』3

- 実定法の基礎理論(昭和五八年)一八九頁以下所収、青山邦夫「売買契約の認定について」(『民事判例実務研究4』(昭和六〇年)二二三頁以下所収)、河上正二「契約の成立」をめぐって——現代契約論への一考察——(一、二)(完)」(判タ六五五号一頁、六五七号一四頁、昭和六三年)があり、また道田信一郎「契約社会——アメリカと日本の違いを見る——」(昭和六二年、特に四三頁以下)、一宮なほみ「売買契約の成否」(塩崎勲編『裁判実務大系』一巻—不動産訴訟法(昭和六二年)三五七頁以下所収)もこれにふれる。個別的な判例研究としては、明石三郎・関法二六卷一—二九頁(昭和五一年)、鎌田薫・判タ四八四号一七頁(昭和五八年)、同・ジュリ八五七号一—四頁(昭和六一年)、同・判タ六二八号八八頁(昭和六二年)、円谷峻・判タ六二八号六七頁(昭和六二年)、栗田哲男・判タ七三六号二六頁(平成元年)が「契約の成否」に言及している。
- (5) 河上・前掲論文判タ六五七号一五頁は〔28〕を諾成契約主義から離れたものと位置づけるが、まず問われるべきは「諾成契約主義とは何か」のはずである。
- (6) 「〔44〕は「最終的かつ確定的な意思表示」と言い、「〔58〕も「確定的な意思表示」という言い方をするが、学説もたとえば申込を——申込の誘引と区分する場合には——「契約を成立させることを目的とする確定的な意思表示」と説明しており(たとえば我妻栄『債権各論 上巻』(昭和二九年)五六頁)、右の理解は特異なものではあるまい。
- (7) 以前から、不動産売買にあつては「契約書を作成し、手付を授受せぬ限り、契約したことにはならない」との意識が強い、と指摘されている(我妻栄他『不動産の取引』(昭和三二年)六二頁、玉田弘毅「不動産の売買——宅地・建物——」(『契約法大系』(昭和三七年)一九九頁以下所収)二〇〇頁、来栖三郎『契約法』(昭和四九年)二二頁、浦野雄幸他「不動産取引の実態(3)」(NBL七七号二六頁(特に三二頁)、昭和四九年)、鎌田薫「不動産取引法の再検討」(『不動産取引法・環境権の再検討(土地問題双書一八)』(昭和五八年)二六頁以下所収)三六頁。より広く「日本人の契約観」を考察するものとして、川島武宜「日本人の法意識」(昭和四二年)八九頁、星野英一「日本における契約法の変遷」(『日本とフランスの契約観』(昭和五七年)五八頁以下所収)、同「契約思想・契約法の歴史と比較法」(『岩波講座 基本法学4』(昭和五八年)三頁以下所収)、道田・前掲書などがある)。
- (8) 判タ六五一号一二九頁の解説は〔56〕の事実認定を疑問とする。
- (9) 事実関係が不明な〔2〕〔11〕〔24〕、買収の存否が不明であるとした〔42〕は検討から除き、また最終的な判断が下されて

いない破棄差戻例〔8〕〔10〕も除外する。

〔10〕で予約が認められたのは、被告がこれを争わなかったことに拠る可能性もあるから、ここでは除外する。

〔11〕融資の資料にしたいとの仲介人の懇願に応じ、被告が虚偽の買付証明書を発行した〔62〕は、原告被告間で実質的な交渉が行われていないため、検討から除いた。が、この事件からも「練り上げ型」は窺える。被告は仲介者に二回（五月と七月）証明書を出し、また原告は六月末（主張では五月）から交渉を重ね、八月に売渡承諾書を交付しているからである。

第二節 動産売買に関する裁判例

一 裁判例の紹介^{〔1〕}

〔70〕安濃津地判（判決年月日不詳、新聞七〇二号（明治四四年三月一五日発行）二五頁）……大豆粕。買主↓売主（商人同士。売買価格と時価との差額請求）。棄却（成立否定）。被告の打電には数量指定がなかった（慣例によれば、買主より品名積出期日数量値段を売手に問い合わせ、売主からの返電に対し、買主が応答することで契約は成立する、と判断）。

〔71〕東京地判大正四年一月一〇日（新聞一一〇六号二五頁）……亜鉛。買主↓売主（商人同士。売買価格と時価との差額請求）認容（成立肯定。付随的事項については補充的解釈を行う）。

〔72〕東京控訴院大正六年一月二七日（評論六卷商法三九九頁）……〔71〕の控訴審。控訴棄却（成立肯定）。交渉は電報による。大阪控訴院大正六年五月二日（新聞一二八二号二五頁）……鐵屑。買主↓売主（個人対会社。損害（売買価格と時価との差額？）賠償請求）。棄却（成立否定）。原告は最高価格入札者なのに落札できなかった（入札を申込の誘引と判断）。

〔74〕神戸地裁姫路支判大正七年二月二六日（新聞一四四五号二〇頁）……石炭。買主↓売主（商人同士。売買価格と時価との差額請求）。棄却（石炭売買のように直ちに履行される取引では手付や契約書はその成否を左右しないとして、成立は肯定するも、代金提供の不存在から原告の解除を無効と判断）。

〔75〕大判昭和八年四月二日（民集一二卷一五号一四六一頁）……石炭。売主↓買主（会社対個人。代金支払請求）。請求棄

- [76] 却(成立否定)の原判決を破棄差戻。被告は石炭を受領、一部代金も支払う(被告が契約の相手を勘違いしていた事件)。大判昭和九年三月一日(民集一三卷二一七〇頁)……丸太。売主↓買主(国対商人。違約金請求)。認容(成立肯定)。会計規則所定の契約書の作成は契約の成立要件ではない、と判断)。
- [77] 東京地判昭和十四年六月一日(新聞四四五四号七頁)……カドミニニウム。買主↓売主(商人同士。売買価格と時価との差額請求)。棄却(成立否定。見積書を申込でなく、契約の誘引と判断)。最初の取引だったので、見積書交付のさい、被告は改めて注文書や保証金を提出するよう要求。また締約のさいには買約書と売約書の授受がなされる予定。
- [78] 大判昭和十七年九月二八日(法学一二卷三三二頁)……燐。買主↓売主(詳細不明)。成立否定の原判決を破棄差戻(申込に対して部分的な承諾がなされた事件)。
- [79] 東京地判昭和二十八年一月三十一日(下民集四卷一六一頁)……粉炭。売主↓買主(業者対国。代金支払請求)。棄却(成立否定)。原告は薪炭需給調整規則に基づき、農協に粉炭を引渡したが、検収以前に粉炭の統制が消滅した(原告は引渡による「契約の成立」を主張)。
- [80] 東京高判昭和二十八年四月二〇日(下民集四卷四号五三六頁)……木材。買主↓売主(個人対国。入札の契約保証金返還請求)。棄却(成立肯定)。契約の取消が争われた事件で、民法二〇条との関係から、争点は、(本)契約の成立時点を落札時にするか、契約書作成時にするかであった。
- [81] 東京高判昭和三〇年一月一九日(東高民時報六卷一号三頁)……生糸。売主↓買主(会社対商人。代金支払請求)。認容(成立肯定。輸出生糸売買取引基準所定の約定書は成立要件でなく、本規定は紛争防止のための訓示規定である、と判断)。
- [82] 東京高判昭和三〇年二月一八日(下民集六卷二二六六頁)……[79]の控訴審。控訴認容(成立肯定。引渡による成立は否定するも、統制解除後に行われた検収の効力は認める)。
- [83] 東京地判昭和三二年七月三十一日(下民集八卷七号一三六六頁)……大豆。売主↓買主(会社同士。代金と第三者への売却価格との差額を請求)。中間確認(成立肯定)。大豆は価格変動が激しい相場物であり、締約に契約書の作成が必要だとすると、売主も買主も商機を失う危険があるし、諾成契約の原則を覆して締約を書面の作成という要式行為にかからしめるべき合理性は乏しく、またわが国では契約書の作成を嫌う風習さえある、と判断。
- [84] 東京地判昭和三四年三月二六日(下民集一〇卷三三五九四頁)……[83]と同種の事件。「契約書の作成により、はじめ

て契約が成立するとの商慣習はなく、確認書の交換は後日の紛争に備えるためのもの。また大豆のような相場物については一刻を争う意味から、契約を書面にしないまま成約させる例も多く、特に取引が継続して行われている場合や合意の内容が定型化・単純化されているときは、申込も承諾も口頭でなされることしばしばある」などとし、成立肯定。

[85] 東京高判昭和三四年一月二二日（東高民時報一〇卷一〇号三一〇頁）……そば粉。売主↓仮差押債権者（個人対会社。第三者異議）。棄却（成立肯定）。原告は仮差押債権者に目的物を引渡していた。

[86] 最判昭和三五年五月二四日（民集一四卷七号一一五四頁）……[80]の上告審。上告棄却（成立肯定。落札により予約が、契約書の作成により（本）契約が成立する、と判断）。

[87] 東京地判昭和三五年九月三〇日（訟務月報六卷一〇号一九一〇頁）……機械。売主↓買主（会社対国。目的物返還なし損害（目的物の時価）賠償請求。棄却（成立肯定。会計規則に定められている契約書の作成は契約の成立要件ではない、と判断）。占有移転、原告は契約書に記名捺印、代金請求書も提出。

[88] 最判昭和四一年二月三日（訟務月報一三卷一号九頁）……[87]の上告審。上告棄却（成立肯定）。

二 裁判例の分析

(一) 全体的傾向

(a) 裁判例の数（事件数）の推移と「契約の成否」に関する判断の変化

昭和三五年まで一八件（一五事件）と、不動産売買（二二件、一九事件）に劣らぬ数を誇りながら、それ以降、新事件が見当たらないのが特徴である（[88]は[87]の上告審）。が、その原因ははっきりしない（(C)参照）。成立肯定例と否定例との比率では、破棄差戻例を含め、一四対五と肯定例が多く、民間事件でも同様である（九対三）。

(b) 契約の種類と目的物

争われたのは（本）契約だけで、予約や買戻は見当たらない。契約目的物は多様だが、いわゆる相場物とそれ以外と

に大別しうる。大豆粕〔70〕、亜鉛板〔71〕〔72〕、カドミニウム〔77〕、生糸〔81〕、大豆〔83〕〔84〕は前者に〔74〕の石炭も激しい値動きからして相場物のように見える)、粉炭〔79〕〔82〕、機械〔87〕〔88〕は後者に属する(それ以外は不明)。が、かかる相違により成立肯定例と否定例の比率が極端に変わることはないようである。

(c) 紛争形態

不動産売買と同様、戦前一件しかなかった国を当事者とする訴訟が戦後増加する(三事件)。他方、不動産売買と異なり、民間事件では古くから商人や会社(当該動産の売買を業とする者)が当事者となっている。なお、四〇年以降、国を当事者とする訴訟が減ったのは、三〇年代までの事件が戦中・戦後に特有なもの〔79〕〔82〕〔87〕〔88〕であったり、会計法に絡むもの〔76〕〔80〕〔86〕だったためであろう〔88〕を契機に会計法は整備された。太田・前掲論文二一〇頁参照)。他方、民間事件が見当たらなくなった原因はよく分からない(紛争自体の減少、訴訟以外の紛争解決方法の発達、興味深い事件の減少による公表裁判例の減少等が可能性として考えられるが、どれも推測に過ぎない)。

(d) 「争われた利益」とその当事者……裁判例の分布は次のようにまとめられる。

① 売主↓買主⇨八……代金請求五〔75〕〔79〕〔82〕〔83〕〔84〕(最後の二つは値下がり分の賠償)、目的物の返還ないしそれに代わる賠償二〔87〕〔88〕、違約金請求一〔76〕。

② 買主↓売主⇨六……値上がり分の賠償六〔70〕―〔74〕〔77〕 保証金返還請求二〔80〕〔86〕。

③ その他。売主↓買主の債権者一〔85〕。

不動産売買と異なり、①と②は拮抗し、また金銭請求事件が圧倒的に多い〔87〕〔88〕でも真の目的は損害賠償のようで、実質的に所有権の帰属が争われたのは〔85〕だけ)。特に相場物売買で問題とされたのは、値上がり分ないし値下がり分の賠償だけである。なお、成否の判断と判決の結論は、〔74〕を除き、ほぼ直結している〔80〕は微妙)。

(2) 「成否」の一般的判断基準——諾成主義と取引慣行

(e) 諾成主義とその意味

不動産売買と異なり、目的物と代金が合意されていた事件で、成立が否定されたのは一件しかなく〔77〕。〔70〕では目的物の数量が確定されておらず、〔73〕〔79〕〔86〕は入札や調整規則の解釈に関する特殊な事件)、肯定例にあっても、手付の授受は勿論、契約書さえ作成されていないものが多い〔71〕〔72〕〔74〕〔75〕〔78〕〔81〕〔83〕〔85〕。契約書があるのは〔87〕〔88〕くらい)。諾成契約の成否の基準が「当事者の意思」に求められる点では、不動産売買も不動産売買も同じはずだから、この相違の背景にはその「意思」を推し量る基準(取引慣行)の差異が潜むものと推測される。

(f) 不動産売買における取引慣行

〔70〕〔71〕〔74〕〔83〕〔84〕が慣行にふれたり、暗示したりしている。ただ、それらは相場物やその可能性が高いものに関する裁判例であるため、動産一般ではなく、相場物に関する慣行が語られているはずである。次にその内容を見るなら、不動産売買とは異なり、いずれの裁判例も契約書は作成されない、と解している(もつとも、最初の取引は別かもしれない。〔77〕参照)。その理由は相場取引の迅速性〔83〕〔84〕や契約書の作成を嫌うわが国の風習〔83〕に求められている(不動産売買を思うとき、後者の理由づけは些か勇み足であり、相場物売買に限定する必要がある)。かかる理解が不動産売買と動産売買との傾向の相違(e)参照)に反映されているわけである。

(3) 「成否」の具体的判断基準——各裁判例における判断の決め手²⁾

(g) 成立肯定例〔71〕〔72〕〔74〕〔76〕〔80〕〔85〕〔87〕〔88〕

①所有権の帰属が争われた裁判例……引渡を理由とするもの〔85〕は契約一部履行型に、原告が契約書や関係書

類を提出し、被告側の決済も終了したことを理由とするもの〔87〕Ⅱ〔88〕は重複型に属する。

② 契約当事者間で金銭請求が争われた裁判例

代金請求事件のうち、目的物の授受〔75〕や買主による売主への金銭差入〔81〕が認められるものは、契約一部履行型と位置づけうる（その他、〔82〕は需給調整規則の解釈が争われた事件。〔79〕参照。これに対し、値上がり分ないし値下がり分の賠償が争われた〔71〕Ⅱ〔72〕〔74〕〔83〕〔84〕（いずれも相場物に関する事件）では、履行行為はおろか、契約書さえ作成されていないのに、当事者間のやりとりを取引慣行に当てはめることで成立が肯定された（ただ、解除を無効とすることで請求を棄却した〔74〕は割引いて評価せねばなるまい）。不動産売買に見られないこの類型は、相場物売買型と呼ぶことができる（その他、違約金請求事件たる〔76〕は会計規則の解釈が争われたもの）。

③ その他の利益が争われた裁判例……〔80〕（契約保証金の返還請求）がこれに当たるが、入札という場面における会計令の解釈が問題とされた特殊な事件である。

(h) 成立否定例〔70〕〔73〕〔77〕〔79〕〔86〕

① 所有権の帰属が争われた裁判例……なし。

② 契約当事者間で金銭請求が争われた裁判例

値上がり分の賠償事件のうち、〔70〕は目的物の数量に合意されていないことから成立を否定したものであり、後日交渉予定型に属する。が、付随的事項ではなく、基本的事項（目的物）が未定だった点で、不動産売買におけるそれとは異なる。他方、〔77〕は正式締約予定型とも言えるが、成立が否定されたのはこの事案に固有な事情（最初の取引であったことや被告における締約手続）が斟酌された結果で、一般化できない要素を含んでいる（その他、代金請求事件たる〔79〕（需給調整規則の解釈が争われたもの）と〔73〕（入札に関する事件）は特殊なもの）。

③その他の利益が争われた裁判例……〔86〕がこれに当たるが、前述の如く、特殊な事件である（〔80〕参照）。右のように、相場物売買型が存在する点、後日交渉予定型における未決定事項が基本的事項にかかわっている点、正式締約予定型が一般的な存在ではない点で、動産売買に関する裁判例の傾向は不動産売買のそれと異なる。

(4) 「契約の成立形態」

(i) 裁判例の一般的傾向

(2) と (3) で見たように、契約書の作成が予定されていない点で、動産売買の「締約の仕方」は不動産売買のそれと異なっている。また迅速性が要求される相場物売買で交渉が長期間にわたることはあまり考えられないから（それは商機を失うことを意味する）、交渉のプロセスも不動産売買と異なるのではないかと推測される。ここで思い起こされるのは——「練り上げ型」の対類型たる——「申込承諾型」である。それは右の要求を満たしうるものだからである。

(j) 若干の裁判例の検討

一般私人間での通常の交渉過程を析出する意味から、国がからむ事件〔76〕〔79〕〔80〕〔82〕〔86〕——〔88〕や入札に関する事件〔73〕は除外する（交渉過程が明らかでない〔81〕も除く）。しかし、そのため、考察対象のうち相場物の占める割合が高くなり、動産売買一般の「成立形態」というより、相場物売買のそれが抽出されることになる。

〔70〕…交渉二日。電報各一回。

〔74〕…電報各一回（交渉は一日から二日であろう）。

〔77〕…交渉二日。面談後、電話一回、郵便各一回。

〔83〕…交渉四日。被告が一日間有効の買付指図を出し、四日後、原告がこれを承諾。

〔84〕…交渉二日。被告が二四時間有効の申込を口頭でなし、翌日原告が口頭でこれを承諾。

〔85〕…交渉一日。原告が電話で目的物の買取りを求め、訴外が応諾したので、それが引渡される。

〔71〕〔72〕…交渉一日。電報各一回。

〔75〕…被告が注文書を送り、原告が品物を送る形での継続的取引。

〔78〕…原告が注文書を送り、被告がそれに応答（詳細不明）。

不動産売買と対照的なのは、交渉期間が短く、折衝が概ね隔地者間で通信手段を用いてなされる点、「当事者の一方が契約内容のすべてを定め、相手方がそれに応答する」という構造を採っている点(そのため、申込と承諾は明確に區別でき、交渉回数も少なくて済む)である。これは民法典が想定する「申込承諾型」そのものであるように思われる。

ところで、右の「成立形態」の下では、「交渉破棄」の発生する可能性は「練り上げ型」よりかなり低いはずである。申込以前は、契約内容は未定で、締約の約束もなされないであろうから、「締約は確実」との信頼が惹起されることはなからう(「交渉破棄」として問題となるのは「締約する意思がないのに申込の誘引をした」場合くらい)。また申込がなされた場合には、受取人は——自らの承諾を条件としつつ——締約を信頼しようが、当該信頼を裏切る行為たる「申込の撤回」は「申込の拘束力」により解決される。他方、申込者が「承諾は確実」と信頼することはまずあるまい。そして、現に「交渉破棄」の関連裁判例のうち、動産売買の占める割合は極めて小さいのである(第一部第一編)。

「成立形態」に関する右の理解には疑問や反論も予想される。以下、それに答えることで論旨を明確にしておきたい。

第一に、「およそ締約に交渉はつきものだから、『成立形態』を二つの類型に分けることは可能なのか」という疑問がありえよう。が、既に見たように、不動産売買と動産売買とでは交渉のプロセスが著しく異なっており、前者が「練り上げ型」と呼びうるものであるのに対し、後者が「申込承諾型」に相当することは明らかである。

第二に、「右のような区分が可能だとしても、そこには中間形態もあろうから、『成立形態』とは本来、一つの連続体をなしているはずである。とすると、その両極にあるであろう不動産売買と動産売買を『理念型』として取り出し、それを対置することは許されるのか」という批判もありえる。ところで、ここでいう「理念化」とは、ある事象が有する複数の属性のうち、特定のものだけに着目したうえ、当該属性が実際には個々具体的な事象ごとに段階的に変化し、全体的にながめるなら、一つの連続体をなしているにもかかわらず、その極にあるものを「理念型」として把握し、全体を

幾つかの類型に（ここでは二つに）分割・対置することを意味する。かかる意味での「理念化」が「特定の属性の偏重（他の属性の無視）」と「連続体の切断」とを内容とするものである以上、その許否は一般的には決定しえず、そうすることに十分な理由があるか否かにより適否は決せられるものと解する。しかるに、ここで「成立形態」に着目したのは、それが「交渉破棄」と深く結び付いていたためであり、それゆえ、後者を考察するさいには、様々な属性のなかでも「成立形態」という属性に着目することは許されようし、否、そうすべきでもあろう。またその一方の極では「交渉破棄」の発生する可能性が高く、他方の極ではそれが低いことから、問題の背景にまで踏み込んだ考察を行うのであれば、その両極にあるものを「理念型」として提示し、それらを対比させつつ、位置づけていくことは有益かつ不可欠の作業の要である。従って、「練り上げ型」と「申込承諾型」を「理念型」として対置し、位置づけることも、「交渉破棄」という文脈では適切であり、許されるものと解する（来栖・前掲書七三六―七五六頁から影響を受けている）。

第三に、「民法典が『申込承諾型』のみ想定し、『練り上げ型』をほとんど念頭においていない」という理解にも反論がありえよう。この点は後に検討する予定だから（第二編第一章）、ここでは回答を留保するが、民法典の諸規定が「申込承諾型」には適合的であるのに対し、「練り上げ型」と折り合いが悪いことは確かであろう。³⁾

第四に、『成立形態』という考え方は事実上の概念、すなわち、社会学的観点からする分類に過ぎず、それを法律論に導入してもよいのか」という非難もあるであろう。これはある意味で本稿全体に対して投げ掛けられた批判であり、この点についても回答は留保せざるを得ない。しかし、次のように答えることで検討を先へ進めたい。まず「成立形態」を分類・対置する作業は「類型化」としての意味を有するが、それが社会学的観点からするのではなく、法的観点からするそれであるためには、類型間に何らかの法的相違が見出されねばならない。さもなくば、複数の類型は存在しえないからである（もともと、右の法的相違は多様で、法的要件や効果に直結するものもあれば、間接的な形で一定の指

針を与えるに過ぎないものもある。たとえば第三者の債権侵害における「帰属侵害」と「給付侵害」という「類型化」は前者に近く、医療過誤における「大学病院」と「一般の診療所」という「類型化」は後者に近い。またある「類型化」が法的に有意味である (relevant) か否かは、それ自体から一義的に定まるものではなく、一定の文脈の下においてのみ決しうる (右の病院の「類型化」は医療水準という脈絡では有意味でありうるが、納入された医療機器の代金を支払わないという債務不履行の局面では意味を有しない)。何をどのように論ずるかという「問題の立て方」により、当該「類型化」の適否は決せられるのである。ところで、「交渉破棄」を考察することは「交渉の規制のあり方」を探ることだが、——交渉のプロセスに着目した「類型化」である——「成立形態」は、この脈絡では有意味である可能性がある。交渉のプロセスの相違という「(社会学的) 事実」は、論理必然的には法的な意味での「規制のあり方」に影響を与えるものでないが、その可能性もまた払拭しえないからである。「実態の相違」は事態適合的な「規制のあり方」の変容を導く契機となるかもしれない。さすれば、終局的な結果はいかにせよ、かかる角度からする検討は不可欠のはずで、それが考察の筋道とも言える。従って、右のような「類型化」は踏むべき手順として採るに値するものと解する。

註

(一) 締約自体に争いのない事件は取り上げない (大判明治二十九年二月二二日 (民録二輯二卷八八頁)、大判大正八年一月二九日 (民録二五輯二三五頁)、大阪区判大正一〇年一月二一日 (新聞一九四八号一九頁)、東京地判大正一四年七月七日 (新聞二四四八号一五頁)、大判昭和一九年六月二八日 (民集二三卷一四号三八七頁)、最判昭和三二年二月二八日 (判タ七〇号五八頁)、東京地判昭和四〇年六月一八日 (判時四二七号三八頁)、大阪高判昭和四五年一月三〇日 (下民集二一巻一一一一二号一四九九頁)、東京地判昭和四八年二月八日 (判時七二〇号六七頁)、東京地判昭和五二年三月二五日 (判時八六九号六五頁)、東京高判昭和五五年四月一五日 (下民集三一巻一〇四号三七頁)、東京地判昭和五八年一月一九日 (判

時一一二八号六四頁。「交渉破棄」の関連裁判例〔13〕など。また株式に関する事件も除外する（たとえば東京地判大正九年一月九日（評論九卷民法一一四五頁））。

〔2〕事実関係が不明な〔78〕と破棄差戻例たる〔75〕は検討から除く。

〔3〕この点に関連して、民法五二八条を拠る所に「民法典も当事者の折衝を無視しているわけではない」との反論もありえよう。しかし、五二八条の想定する折衝が申込を媒介するものであるのに対し、「練り上げ型」の折衝では、通常、申込は登場しない（前者では相手方が無条件に同意することで契約は成立するが、後者では一定の契約事項につき合意されるだけである）。折衝を予定している右規定は「練り上げ型」を想定したものではないのである。

第三節 不動産賃貸借に関する裁判例

一 裁判例の紹介^{〔1〕}

〔90〕東京地判（判決年月日不明。新聞一五号（明治三四年一月一日発行）八頁）……家屋。貸主↓借主（家賃相当額賠償・明渡請求）。認容（成立否定）。家賃は一度も支払われず、借家証の授受もない。

〔91〕東京地判（判決年月日不明。新聞五三三号（明治三四年九月二三日発行）五頁）……家屋。借主↓貸主（履行請求）。棄却（成立否定）。改築時の被告の「再度賃貸する」旨の約束（賃料にはふれず）を意思表示でなく、単なる将来の希望と判断。

〔92〕大判昭和六年五月一六日（新聞三二七七号一四頁）……土地。貸主↓借主（損害（使用料相当額）賠償請求）。請求認容（成立否定）の原判決を支持。争点は転賃についての承諾の有無（詳細不明）。

〔93〕大判昭和七年五月二三日（裁判例（六）民一五九頁）……土地。貸主↓借主（明渡請求）。請求認容（成立否定）の原判決を破棄差戻。土地家屋の所有者が家屋のみ処分した。

〔94〕大判昭和十一年二月一九日（裁判例（二〇）民三六頁）……土地。貸主↓借主（賃料請求対所有権確認・登記移転請求）。本訴棄却（成立否定）・反訴認容の原判決を破棄差戻。原告は賃料請求、税金も納付。後に被告は原告に土地を引渡した。

- [95] 東京地判昭和二十七年九月八日(下民集三卷九号二二〇七頁)……土地。借主↓貸主(妨害排除請求)。認容(成立は否定するも、権利濫用を認める)。隣接地にある通路の所有者(被告)が原告の通行を妨害した事件。
- [96] 京都地判昭和二十九年二月二六日(下民集五卷二二二〇五〇頁)……家屋。借主↓貸主(明渡の強制執行に対する請求異議)。棄却(成立否定)。明渡調停成立後、被告は原告から損害金は受領したが、度々明渡を求めていた。
- [97] 東京地判昭和三十一年一月一七日(法曹新聞一一一〇一七頁)……店舗。借主↓貸主と新借主(明渡請求)。棄却(成立否定)。原告は被告の解約申入を了承した後、礼金を支払っていた。
- [98] 東京高判昭和三十一年一月一四日(新聞三八号四頁)……土地建物。貸主↓借主(会社同士。明渡請求)。認容(成立は肯定するも、解約を認める)。共同事業契約を締結するまでのつなぎとして、賃貸借契約が締結された事件(賃料も授受)。
- [99] 東京高判昭和三十三年五月一日(判時一二〇〇号六頁)……家屋。貸主↓借主(仮処分異議)。棄却(予約肯定)。債務者による修繕のため、債権者が一旦立退いた(債務者は再び賃貸すると言明。立退料もなし)。賃料は相当額とする。
- [100] 神戸地判昭和三十三年五月二二日(下民集九卷五号七九四頁)……建物。貸主↓借主(明渡請求権執行保全のための仮処分)。認可(成立否定)。前所有者の娘が前所有者との間の賃貸借を主張。
- [101] 大阪地判昭和三十五年一月二九日(判時二二四号一二頁)……土地。貸主↓借主(被告は会社。明渡請求)。認容(予約否定)。原告被告間で交わされた書面には、両者の間の合意には法的拘束力がないと明記されていた。
- [102] 東京地判昭和三十七年二月二七日(法曹新聞一七一〇八頁)……家屋。借主↓貸主(明渡の強制執行に対する請求異議)。棄却(成立否定)。前所有者の息子が前所有者との間の賃貸借を主張。
- [103] 最判昭和三十七年三月一五日(判例総覧民事編二二卷二九四頁)……賃料額を客観的に確定できる基準に合意していれば、賃貸借は成立すると判断した原判決を支持(詳細不明)。
- [104] 東京地判昭和三十七年五月一〇日(法曹新聞一七三〇一八頁)……建物。貸主↓借主(明渡請求)。認容(成立否定)。交渉を重ねたが、敷金や賃料につき合意できなかった。
- [105] 最判昭和三十七年八月三日(判例総覧民事編二三卷二六二頁)……賃料額についての具体的な約定はないが、相当額を支払うべき合意が交わされていたと判断した原判決を支持(詳細不明)。
- [106] 東京地判昭和三十七年九月一七日(判時三二二二二九頁)……土地。貸主↓借主(原告は会社。明渡請求)。認容(成立否

- 定)。土地建物の前所有者がそれらを別々に処分した(建物は安価であった)。
- [107] 最判昭和三九年二月一四日(判例総覧民事編二六卷一七六頁)……土地。被上告人の供託金(賃料相当額)の受領は賃借借の承認に当たらない(成立否定)とした原判決を支持(詳細不明)。
- [108] 大阪高判昭和三九年一月一七日(判例総覧民事編二七卷二〇九頁)……土地。貸主↓借主(明渡請求)。棄却(予約肯定)。土地家屋の前所有者がそれらを別々に処分した。
- [109] 東京高判昭和三九年二月一〇日(下民集一五卷二二九〇八頁)……土地。貸主↓借主(明渡請求)。棄却(成立肯定)。土地家屋の所有者が家屋のみ処分した。
- [110] 最判昭和四〇年二月二三日(判時四〇二号四一頁)……土地。借主↓貸主(賃借権確認請求)。認容(賃料は当分無料とし、追って協議する旨の約定を賃借借と判断し、成立肯定)の原判決を支持。宅地賃借借契約証を作成。
- [111] 最判昭和四一年一月二〇日(民集二〇卷一〇二二頁)……土地。貸主↓借主(明渡請求)。認容(賃借借でなく、使用賃借の成立を肯定し、解約を認める)。土地家屋の前所有者がそれらを別々に処分した(ただし、被告は前所有者の家族)。
- [112] 東京高判昭和四二年七月七日(判タ二一五号一六一頁)……土地。貸主↓借主(明渡請求)。棄却(成立肯定)。土地家屋の所有者が家屋のみ処分した。
- [113] 大阪高判昭和四二年二月二五日(判時五一六号五一頁)……土地。貸主↓借主(明渡請求)。請求棄却(成立肯定)の原判決を破棄差戻。目的物の範囲と賃料につき後日交渉する予定であった。
- [114] 大阪高判昭和四三年九月一〇日(判時五四七号五一頁)……家屋。借主↓貸主(明渡の強制執行に対する請求異議対和解上の損害金請求)。本訴訟認容・反訴棄却(成立肯定。従前にも今回と同じ明渡の和解が二度ほどなされていたことから、右の和解を実際には賃借借と判断)。
- [115] 最判昭和四四年七月二四日(判時五七一四号四四頁)……家屋。貸主↓借主(明渡請求)。認容(成立否定)の原判決を支持。原告は被告の供託金を受領したが、ずっと本訴を継続していた。
- [116] 東京地判昭和四四年九月一七日(判時五八四号八五頁)……土地。貸主↓借主(明渡請求)。棄却(成立肯定)。土地建物の前所有者がそれらを別々に処分した。
- [117] 東京地判昭和四五年五月二六日(判時六〇八号一四七頁)……建物。貸主↓借主(原告は会社。明渡請求)。認容(成立

- は肯定するも、解約を認める。過去二度、今回と同じ明渡の即決和解がなされていたことから、右和解を賃貸借と判断。
- [118] 東京地判昭和四六年六月四日(判時六四四号七一頁)……家屋。借主↓貸主(被告は会社。明渡の強制執行に対する請求異議)。認容(成立肯定)。^[117]と同種の事件。
- [119] 大阪高判昭和四七年一月二八日(判タ二七七号二七七頁)……土地。借主↓貸主(明渡の強制執行に対する請求異議)。認容(成立肯定)の原判決を破棄差戻。明渡の和解後、賃貸借の話し合いが持たれたが、賃料は後日交渉する予定であった。
- [120] 東京地判昭和四七年九月一日(判時七〇一号九一頁)……建物。貸主↓借主(明渡請求)。棄却(成立は否定するも、権利濫用を認める)。被告(子)が親である原告(嫁との不仲のため、別居中)の老人ホームの費用などを負担していた。
- [121] 新潟地裁高田支判昭和五三年三月三〇日(訟務月報二四卷五号九三四頁)……土地。貸主↓借主(原告は国。明渡請求)。認容(成立否定)。原告の徴収した使用料相当額を賃料ではなく、損害金と判断。
- [122] 名古屋地判昭和五五年四月二四日(判時九七七号九八頁)……建物。貸主↓借主(明渡請求)。認容(成立否定)。原告は被告の供託金を受領するさい、使用損害金として受け取る旨を被告に明示していた。
- [123] 東京高判昭和五五年一月二〇日(判タ四三六号一三六頁)……土地。貸主↓借主(明渡請求)。棄却(成立肯定)。土地建物の前所有者がそれらを別々に処分した。
- [124] 東京高判昭和五六年四月二三日(判タ四五二号一〇六頁)……倉庫。借主↓貸主(会社同士。予定賃料額と第三者からの賃借料との差額請求)。認容(成立肯定。公正証書を成立要件でないと判断)。交渉を重ね、覚書作成。証書作成を予定。
- [125] 横浜地判平成元年一月三〇日(判時一三五四号一三六頁)……建物。貸主↓借主(被告の一人は会社。明渡請求)。棄却(成立肯定)。二〇年間被告は原告の被相続人と賃料を授受(原告と被告の一人は義姉妹。会社の代表者は原告の養子)。

二 裁判例の分析

(1) 全体的傾向

(a) 裁判例の数の推移の「契約の成否」に関する判断の変化

裁判例は昭和三〇年代（二三件）と四〇年代（一一件）に集中し、その後は減少傾向にある。が、その原因ははっきりしない（三〇年代・四〇年代に多発した土地所有者建物処分型に対する判例の態度がほぼ確立したため、訴訟や公表裁判例が一定程度減少した可能性はある。また土地・住宅事情が変化したことも考えられるが、この点は実証的研究を待たねばならない）。成立肯定例と否定例は概ね拮抗しており（破棄差戻例を除き、一三対一七）、不動産売買に近い。

(b) 契約の種類と目的物

主に（本）契約が争われ、予約が問題とされたのは三件しかない。うち二件は成立肯定例だが、一件は——成立が肯定されることの多い——土地所有者建物処分型に属するものだから、（本）契約に比べて予約は認められやすい、と評価することはできない。契約目的物としては、土地と建物があり、裁判例の数は拮抗している（二六対一七）。

(c) 紛争形態

国を当事者とする事件は一件しかなく、不動産売買とも動産売買とも異なる。また民間事件では、最近でこそ会社を当事者とするものが若干あるものの、会社や商人が登場する事件は比較的少なく、不動産売買に近い傾向にある。なお、紛争実態をながめるなら、不動産売買や動産売買と共通するものもかなりあるが（たとえば契約内容が不明瞭であったため、訴訟になったもの九件）、不動産賃貸借に特有な紛争も多い（たとえば土地所有者建物処分型八件、賃借人が賃貸人の賃料相当額の受領を理由に締約を主張した事件八件、借家法を潜脱するための和解が問題とされた事件三件、立退を拒むために親族間での賃貸借が主張された事件二件、改築にからむ事件二件）。

(d) 「争われた利益」と当事者 (括弧内は認容放棄の比率)

①貸主↓借主↑二二……明渡請求一九(一一対八(破棄差戻例一対二)。そのうち解約による認容二)、明渡の執行保全仮処分(一認容)、仮処分異議一(棄却)、損害賠償一(認容)。

②借主↓貸主↑八……異議請求三(一(破棄差戻例)対二)、明渡・履行請求二(棄却)、賃借権確認一(認容)、妨害排除一(認容)、権利濫用による、損害賠償一(認容)。

③その他。貸主↓借主二(賃料請求対所有権確認・登記移転請求、請求異議請求対損害賠償請求)。不明三。

①が②の倍あるのは、紛争のほとんどが借主の占有の下で顕在化しているためであろう。また明渡が争われたものが圧倒的に多く、金銭請求事件は三件しかない。借主にとっては生活利益の防衛が、土地の貸主にとっては更地の獲得が目的となっているため、賃貸借自体は——不動産売買と異なり——小規模な取引でも、訴訟にまでなるわけである。

(2) 一般的判断基準——諾成主義と取引慣行

(e) 諾成主義とその意味

民法六〇一条は賃貸借を諾成契約と規定する。それゆえ、「当事者の(締約する)意思」が成否の判断基準とされる。ところで、不動産売買では、「締約意思」と要素の合意とは比較的明瞭に識別できたし(後日交渉予定型・正式締約予定型)、賃貸借でも両者は理論的には区別しうる〔91〕はこのことを明示し、〔113〕〔119〕もそれを示唆する。が、不動産売買と異なり、要素につき具体的な取り決めがなされていた事件で締約を否定したものはほとんどなく、逆に要素たる賃料につき具体的な約定がなかったのに、賃料相当額という抽象的な形で締約を認めたものが——土地所有者建物処分型を除いても——幾つかある〔99〕〔103〕〔105〕〔110〕。特に〔99〕〔110〕では、額につき後日交渉が予定されていた。他方、賃料額が具体的に定められていなかったことを理由に締約を否定した裁判例も勿論ある。〔91〕〔104〕〔113〕〔119〕。要

素の合意が成否の判断に対して有する意味は、不動産売買と賃貸借とは実際には異なるわけである。

(f) 不動産賃貸借における取引慣行

慣行を暗示する裁判例は一〇件あるが、うち六件は土地所有者建物処分型に関するもので〔93〕〔106〕〔109〕〔111〕〔112〕〔116〕、他の契約類型と比較するさい、あまり参考にならない。これに対し、「目的物の範囲と賃料額を定めたいうで締約するのが普通である」と説く〔91〕〔113〕〔119〕や「通常は借家証を授受する」とする〔90〕は参考になり、ここからは不動産売買における慣行と賃貸借におけるそれとの異同も窺える。第一に、右の契約事項はいずれも要素であり、「付随的事項をも含め、すべての事項について合意したうえ、契約書により締約する」とされていた不動産売買とは全体的なトーンが異なる（賃料＝相当額という形で締約を肯定した裁判例もある。（e）参照）。第二に、契約書に言及する裁判例は一件しかなく、また締約時の金銭授受にふれるものがない点は、不動産売買と比べ、対照的である。確かに賃貸借でも普通は契約書が作成され、敷金等が授受されているかもしれない。しかし、それがなされていない場合に締約が否定される蓋然性は、不動産売買ほどは高くあるまい。外形的には通常類似した手順が踏まれていても、その手順が有する意味、さらにその意味を規定する慣行は、不動産売買と賃貸借では異なっているように思われる。

(3) 具体的判断基準——各裁判例における判断の決め手⁽²⁾

(g) 成立肯定例（〔98〕〔99〕〔103〕〔108〕〔109〕〔112〕〔114〕〔116〕——〔118〕〔123〕——〔125〕。〔98〕〔117〕は解約を認める）。

① 明渡が争われた裁判例

売買と共通する類型として契約一部履行型がある（金銭を賃料として、授受した事件。〔98〕〔125〕）。他方、後日交渉予定型に属する〔99〕（賃料額の交渉を予定）も肯定例のなかに入っている。その他、賃貸借に特有な類型として、土地所

有者建物処分型〔108〕〔109〕〔112〕〔116〕〔123〕や借家法の潜脱を狙った和解濫用型〔114〕〔117〕〔118〕がある。

②契約当事者間で金銭請求が争われた裁判例……〔124〕がこれに当たるが、この事件は正式締約予定型に属するものである。にもかかわらず、成立が肯定され、「履行利益の賠償」が認められている。

(h) 成立否定例〔90〕—〔92〕〔95〕—〔97〕〔100〕—〔102〕〔104〕〔106〕〔107〕〔111〕〔115〕〔120〕—〔122〕。〔95〕〔120〕は権利濫用を肯定。

①明渡が争われた裁判例……〔91〕〔104〕は後日交渉予定型に属する。ただし、要素(賃料額)が決められていない点で、付随的事項が未定であることの多かった不動産売買の後日交渉予定型とは異なる。他方、土地所有者建物処分型の特殊事例たる〔106〕〔111〕(前者は建物の価格が安かった例、後者は親族間契約)、立退を拒むために親族間での契約が主張された〔100〕〔102〕は賃貸借に特有な事件である。また賃料が全く支払われていないことを理由に——債務不履行とするのではなく——締約そのものを否定した〔90〕〔95〕、賃料相当額の授受を損害金と解することで成立を否定した〔96〕〔97〕〔107〕〔115〕〔121〕〔122〕にも、継続的契約の特性への配慮が窺える(その他、〔101〕は当該合意に法的拘束力のない旨が明記されていた事件、〔120〕は親族間の居住に関する紛争である)。

②契約当事者間で金銭請求が争われた裁判例〔92〕がこれに当たるが、詳細不明。

このように、賃貸借に特有な事件も多いが、後日交渉予定型や正式締約予定型が肯定例として存在している点、否定例たる後日交渉予定型では要素さえ未定である点などで、不動産売買とは異なった傾向を示している。

(4) 「契約の成立形態」

(i) 裁判例の一般的傾向……後日交渉予定型や正式締約予定型は「練り上げ型」を想起させる。他方、土地

所有者建物処分型にあつては、賃貸借そのものについては交渉らしきものが行われておらず、独自の「成立形態」を窺わせる。しかし、交渉過程を考察するという趣旨から、後者は検討から除外する。

(一) 若干の裁判例の検討

「成立形態」の明らかな裁判例は少ないが、それが「練り上げ型」であることはありうるようである。「124」の他、「交渉破棄」の関連裁判例「15」「21」(註(一)参照)がこのことを示している。これらは当該契約が大規模である点で共通している。規模が大きくなると、規定すべき事項が増加するため、様々な調整が要求され、必然的に交渉回数が増えるとともに、交渉期間も伸長し、暫定的な取り決めも必要とならう。かかる場合、「練り上げ型」が適合的である。他方、小規模賃貸借の「成立形態」を裁判例から読み取るとは困難だが、通常借家証を授受するとの指摘(「90」)や日常経験に照らすなら、動産売買と同じ「申込承諾型」である可能性は低いように思われる。また大規模契約におけるのと反対の理由から、それが「練り上げ型」という複雑な過程を経る蓋然性も高くなく、いずれとも異なる「成立形態」が妥当しているものと推測される。となると、賃貸借の「成立形態」は規模によって可変的であることとなり、大規模になつても「申込承諾型」を採る動産売買(特に相場物売買)と対比するとき、これは一つの特徴と言えそうである。

註

- (一) 締約自体に争いのない裁判例は除いた(大判昭和四年二月二六日(新聞三一二二五号七頁)、大判昭和十二年二月二〇日(法学上六卷七六九頁)、東京高判昭和二年九月四日(高裁民集七卷一〇号七七三頁)、津地判昭和三年一〇月二九日(下民集七卷一〇号三〇一七頁)、東京地判昭和三年四月一五日(法曹新聞一一〇号一二頁)、広島高裁松江支判昭和三年七月一三日(高裁民集一二卷七号二八三頁)、広島高裁岡山支判昭和三年一月二八日(高裁民集一六卷三号一三二頁)、一宮簡判昭和三年六月三〇日(判時三八三三三六九頁)、東京高判昭和四年五月二七日(判タ一八〇号一二七頁)、大阪

地判昭和四二年六月七日(判時四九四号五七頁)、東京地判昭和四二年九月一日(判時五〇〇号四七頁)、高松高判昭和四四年九月四日(判時五九〇号五一頁)、東京高判昭和五年三月二四日(判タ三三五号一九二頁)、大阪地判昭和五九年三月二六日(判時一一二八号九二頁)。「交渉破棄」の関連裁判例〔15〕、仙台高判昭和六一年四月二五日(判タ六〇八号七八頁)。「交渉破棄」の関連裁判例〔21〕、東京地判昭和六三年五月一七日(判時一三〇〇号七七頁)など。

(2) 詳細不明の〔92〕〔94〕〔105〕〔110〕、破棄差戻例たる〔93〕〔113〕〔119〕は検討から除外する。

(3) これまで取り上げなかった契約類型のうち、請負と業務提携につき簡単にふれておく(「交渉破棄」の関連裁判例のなかで前者は四件、後者は五件を占める。第一部第一編参照)。「請負」①大判明治三四年五月三一日(民録七輯五卷一五七頁)、②東京地判昭和四八年七月一六日(判時七二六号六三頁)、③東京地判昭和五三年五月二九日(判時九二五号八一頁)。「交渉破棄」の関連裁判例〔4〕、④東京地判昭和六一年四月二五日(判時一二二四号三四頁)。「交渉破棄」の関連裁判例〔22〕。「業務提携」⑤大阪地判昭和四三年四月二六日(判タ二二四号二五〇頁)。「交渉破棄」の関連裁判例〔1〕、⑥東京地判昭和六〇年七月三〇日(判時一一七〇号九五頁)。「交渉破棄」の関連裁判例〔19〕、⑦東京地判昭和六一年七月二五日(判タ六四四号一三七頁)。「交渉破棄」の関連裁判例〔23〕、⑧東京高判昭和六二年三月一七日(判時一二三二二号一一〇頁)⑥の控訴審。「交渉破棄」の関連裁判例〔25〕、⑨横浜地判昭和六二年二月一八日(判タ六八二号一七一頁)。

右の裁判例を全体的にながめるなら、次の二点が注目される。第一に「契約の成否」を判断するさい、契約書の存否を問うものが散見される(④⑥⑧⑨)①と②は契約書がないのに成立を肯定したが、①は入札にかかわる事件であり、②には給料制(雇用)から請負制に切り替わるさい、退職手当が支給されなかったという特殊事情が介在していた。なかには「大規模取引では契約書を作成するのが通例である」とするものもある(④⑧)。第二に、「練り上げ型」を採るものが多い(例外は特殊事例たる①②だけ)。またほとんどの事件で「交渉破棄」も同時に争われており、両者の強い結び付きを示唆している(それが問題とされなかったのは、古い裁判例である①②と(本)契約たる技術提携については、要素の合意さえなされていなかった⑨だけである)。この分野でも、大規模取引の「成立形態」は「練り上げ型」で、それと「交渉破棄」は密接に関連しているわけである。その他、雇用契約の成否が争われた裁判例については、最高裁判所事務総局編『労働関係民事裁判例概観上巻——個別的労働関係編——』(昭和六二年)二〇—二六、三七—四二頁を、融資契約については、太田知行「与信契約の成立」(『金融取引法大系』4(昭和五八年)八六頁以下所収、栗田哲男・判タ七三六号二三頁(平

成二年)、松本崇・金商八三九号四七頁(平成二年)を、不動産仲介契約や仲裁契約については、明石三郎『不動産仲介契約の研究(再増補)』(昭和六二年、特に二二―二八頁)や小島武司・猪俣孝史『総合判例研究』仲裁契約の成否―仲裁契約の一断面―(一―五)(完)』(判タ六八三号二四頁、六八四号一〇頁、六八五号三二頁、六八七号一一頁、六八九号一三頁、平成元年)を、各々参照。

第二章 学説の対応

第一節 「契約の成立」に関する学説の動向

学説が「契約の成立」にふれるのは、「法律行為」(総則)や「契約ノ成立」(契約総則)を論じるさいである。そのなかで特に成否にかかわるのは、契約を構成する意思表示の存否、そのものが問題とされる場合と意思表示の内容の不一致が問題とされる場合(無意識不台意)である。しかし、後者は締約を前提にその事後処理を論ずるもので、「交渉破棄」とは異なった問題領域にあると言えるし、従来から両者は独立に議論されてきた。そこで以下、前者のみ検討する。

一 「法律行為」(総則)に関する議論

(一) 意思表示そのものについての説明と意思表示の存否

法律行為が意思表示により構成されること、意思表示が存在するには表示行為が要件とされること、に異論はない。が、肝心の表示行為の存否については、議論らしい議論は見当たらず、表示行為とは何か、という問いにも、「(効果)意思の存在を他人に推測させるに足るだけの外形的行為」と答えるだけで、¹²⁾ 実例にしても「睡眠中の意識のない行為は

表示行為に当たらない」とされるのがせいぜいである。「何を以て表示行為と評価するのか」という、表示行為とそれ以外の行為とを判別する基準はあまり検討されてこなかったわけである。

(2) 「法律行為の解釈」と意思表示の存否

ドイツでは意思表示の存否を判断する作業も、意思表示の意味内容を明らかにする作業と同様、「意思表示の解釈」とされていたが(第二部第二編参照)、日本の学説は「法律行為の解釈」を論じるさい、「法律行為の意味内容の解釈」に終始してきた観があり、法律行為の存否ないし意思表示の存否はほとんど議論されてこなかったようである。論文レベルでは、戦前・戦後を通じ、問題関心は「法律行為の意味内容をどのように確定するか」という点に向けられ、教科書やコンメンタールでも「法律行為の意味内容の解釈」のみ取り上げ、法律行為の存否は検討対象とされていない。確かに「法律行為の意味」という表現は形式上は法律行為の存否をも包含しうるが、そこで挙げられるのは「存在する法律行為の内容」が問題とされた事例ばかりで、法律行為の存否が問題とされたものは見当たらない。「法律行為の解釈」は——法律行為の存在を所与の前提としたりえ——専ら「存在する法律行為の内容の解釈」と理解されてきたようなのである。また戦後になると、「法律行為の解釈」ではなく、「契約の解釈」を語る学説が登場し、なかには「契約の成否」に言及するものも現れる。しかし、成立が否定される例として想定されるのは無意識的不合意であり、意思表示の存在を前提とする点ではそれまでの学説と変わりなく、ここでも意思表示の存否は関心を集めなかったようである。

二 「契約ノ成立」(契約総則)に関する議論

現行民法典は五二一条以下に「契約ノ成立」に関する規定を設けているが、それらがあらかじめ、申込や承諾の存在を措定しているためか、ここでも学説は概ね意思表示が存在することを議論の前提としてきたようである。ただ、従来の議論のなかにも、意思表示の存否にかかわる問題が僅かながら存在している。

(1) 申込と申込の誘引との関係……ある行為が申込に当たるか、申込の誘引に当たるかは、意思表示の存否の問題である。しかし、教科書では必ずふれられるこの問題も、論文で取り上げられたことはほとんどなく、あまり注目されてこなかったようである（両者を区別する基準としては、一般に留保の有無や慣習が挙げられる¹⁵）。

(2) 沈黙と承諾との関係……申込に対する沈黙が承諾に当たるかという問題も、意思表示の存否にかかわる。しかし、この問題にまでふれる教科書は多くなく、論文も僅少¹⁶で、関心は集まっていないようである（一般に特約や特別な取引慣行がある場合には沈黙も承諾に当たるとされる²¹）。

このように意思表示の存否に関する右の二つの問題も深く考察された様子はなく、一で検討した「法律行為の解釈」との関連づけもあまり図られていない。たとえば右の二つでは、慣習や慣行が意思表示の存否の判断基準とされているのに、それと民法九二条との関係にふれるものは見当たらない。また実際の裁判例で「契約の成否」が争われることの多い後日交渉予定型や正式締約予定型は、取り上げられることさえ稀である²³。もともと、最近になり、「契約の成立」は関心を集めはじめている²⁵。が、論稿の数はまだ少なく、判例・学説を網羅する包括的検討が現れていない点や「法律行為の解釈」のような関連問題との接合が十分でない点で、十全とは言いがたく、残されている課題も多い²⁶。

註

(1) かつて意思表示は効果意思、表示意思、表示行為という三要素に分解されたが、その後、表示意思を不要とする有力説が現れた（我妻栄『民法総則』（昭和二六年）一〇四頁以下）。しかし、表示行為が構成要件とされる点では、両者に違いはない（意思表示に関する議論をまとめた論稿としては、米倉明「民法講義——総則（第三五回）——法律行為（五）」（法学教室四八号三八頁、昭和五九年）がある）。

(2) 川島武宜編『注釈民法（三）総則（三三）』（昭和四八年）二八頁（平井宜雄執筆部分）。この定義には異論はなく、これよ

り詳しい説明も見当たらない。なお、効果意思は「一定の法律効果の發生に向けられた表意者の意思」とされる(同頁参照)。

(3) 我妻栄『新訂民法総則』(昭和四〇年)二四〇頁、米倉・前掲論文三九頁。

(4) 「効果」意思の存在を推測させる行為」が表示行為とされる以上、表示行為とそれ以外の行為とを判別する基準はこの点に求められる、とも言える。が、ここで問題としたい判別基準とは、そのように抽象的なものではなく、——たとえば前章で提示したような——より具体的なものである。

(5) 野村豊弘「法律行為の解釈」(『民法講座I』(昭和五九年)二一九一頁以下所収)がこの問題に関する学説史を追っている。

(6) 「法律行為の解釈」に関する論文としては、睡道文藝「法律行為の解釈(民法第九十二条)」(京都法学会雑誌一〇卷一一号二九三頁、大正四年)、同・「統法律行為の解釈(一一三三)(完)」(京都法学会雑誌一一卷五号三三三頁、七号二二頁、一一号四四頁、大正五年)、我妻栄「ダンツの裁判官の解釈的作用」(一一三三)(完)」(法協四一巻一頁、二七号七一頁、三三号六一頁、大正一二年)、菅原春二「法律行為の解釈の目的」(法学論叢一〇巻五号一頁、大正一二年)、大竹緑「意思表示の解釈(一、二)(完)」(法学志林三七巻六号一頁、七号一五頁、昭和一〇年)、川島武宜「法律行為」(法学セミナー九号一一頁、昭和三年)、石井良三「法律行為の解釈とその周辺にあるもの」(ジュリ二二六号一八頁、昭和三年)、長谷部茂吉「法律行為の解釈の基準」(法律のひろば一〇巻七号四七頁、昭和三年)、穂積忠夫「法律行為の『解釈』の構造と機能(一、二)(完)」(法協七七巻六号一頁、七八巻一頁、昭和三六年)、岡部行男「法律行為の解釈」(亜細亞法学九巻二号五七頁、昭和五〇年)、石田穰「法律行為の解釈方法(一一三三)(完)」(法協九二巻二二号一頁、九三巻一頁、二二号六六頁、昭和五〇一五年)、磯村保「ドイツにおける法律行為の解釈論について——信頼責任論への序章的考察——(一—四)(完)」(神戸法学雑誌二七巻三二—二八頁、二八巻二二—三一頁、三〇巻三三—四九五頁、四号七〇—七五頁、昭和五二—五六年)、石田穰「意思主義と表示主義」(法学協会雑誌百周年記念論文集第三巻)(昭和五八年)四八五頁以下所収)、須田晟雄「意思表示の解釈と錯誤の關係について(Ⅰ—Ⅱ)(完)」(法学研究(北海学園大学)一九巻一頁、三三—三七頁、昭和五八—五九年)、野村・前掲論文、磯村保「法律行為の解釈方法」(『民法の争点I』(昭和六〇年)三〇頁、上田誠一郎「法律行為の解釈の限界と不明確条項解釈準則——ドイツ法における展開を中心として——(一、二)(完)」(民商九五巻一—一頁、二二—二九頁、昭和六一年)、同・「英米法における『表現使用者に不利に』解釈準則(一一三三)(完)」(民商一〇〇巻二二—二六頁、四号六〇一頁、五号八三—八六頁、平成元年)、滝沢昌彦「表示の意味の帰責について——意思表示の解

釈方法に関する一考察——(法学研究(二橋大学研究年報)一九号一八一頁、平成元年)などがある(主に補充的解釈や修正的解釈を論じたものは除いてある。それらをも含め、文献につきより詳しくは、野村・前掲論文の他、沖野眞巳「契約解釈に関する一考察——フランス法を手がかりとして——」(未完)(法協一〇九卷二号六一頁、平成四年)参照)。

(7) 我妻・前掲書(新訂版)二四九頁、川島武宜「民法総則」(昭和四〇年)一八八頁、前掲「注釈民法(三)」四〇頁(平井宜雄執筆部分)、幾代通「民法総則(第二版)」(昭和五九年)二二二頁、石田喜久夫編「民法総則」(昭和六〇年)一〇〇頁(石田喜久夫執筆部分)、四宮和夫「民法総則(第四版)」(昭和六一年)一四七頁など。

(8) 幾代・前掲書、四宮・前掲書は「法律行為の解釈」を「法律行為の内容の解釈」と明言し、磯村・前掲論文(「民法の争点I」)も同様である。また野村・前掲論文三二〇頁も、意思表示の存在を前提に「法律行為の解釈」を論じている。これまでの議論の総括を目的とする後者二つのかかる態度は、従来の議論状況を象徴している。なお、林幸司「錯誤無効の追認可能性と民法一九九条の解釈論的意義について——錯誤無効の「取消への接近」とその限界に関する一考察——」(立命館法学一九八号二九頁、昭和六三年)は、法律行為の無効と不存在を区別するが、これは民法一九九条の意味を明らかにする趣旨から出たもので、ここで論じた問題とは次元を異にする。

(9) 代表的な論文として、内池慶四郎「無意識不合意と錯誤との関係について——意思表示解釈の原理をめぐり——」(法学研究(慶応大学)三八卷一号一八七頁、昭和四〇年)、道田信一郎「契約の解釈と対策——各国の裁判所と商事仲裁は契約をどう解釈するか——解釈過程の相違と対策——」(一、二)(法学論叢八一卷二号一頁、四号三二頁、昭和四二年)、賀集唱「契約の成否・解釈と証書の証明力」(民商六〇卷二号一七九頁、昭和四四年)、同「盲判を押した契約は有効か」(判タ二二九号三二頁、昭和四四年)、中松櫻子「契約解釈と合意」(慶応大学院法学研究科論文集四六号二五頁、昭和四七年)、関口晃「契約の解釈について——錯誤論を手がかりとして——」(一、二)(完)(判時六八五号一四〇頁、七〇〇号一四〇頁、昭和四八年)、北村一郎「契約の解釈に対するフランス破産院のコントロール(一——)(完)」(法協九三卷二二号一頁、九四卷一号六九頁、三号五五頁、五号三八頁、七号五七頁、八号六一頁、九号四四頁、九五卷一号一五六頁、三号九一頁、五号一頁、昭和五二——五三年)、東孝行「契約の解釈」(現代契約法大系2)(昭和五九年)六〇頁以下所収)、太田知行「契約の解釈——アメリカ合衆国における学説の紹介を中心として——」(自由と規範・法哲学の現代的展開)(昭和六〇年)一一五頁以下所収)、鹿野菜穂子「契約の解釈における当事者の意思の探究——当事者の合致した意思——」(九大法学五

- 六号九一頁、昭和六三年)、同・「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)、同・「ドイツにおける不都合惹起者の損害賠償義務——規範的解釈における『過失』の要素——」(東京商船大学研究報告(人文科学)四〇号一頁、平成元年)、沖野・前掲論文などがある(主に補充的契約解釈を論じたものは除外した。文献につき、詳しくは野村・前掲論文、沖野・前掲論文参照)。また星野英一『民法概論I』(昭和四六年。ただし、本稿では改訂版参照)一七五頁、鈴木祿弥『民法総則講義』(昭和五九年)九四頁は「契約の解釈」という項目を設け、谷口知平編『注釈民法』(一三)債権(四)『(昭和四一年)二〇頁(谷口知平執筆部分)も「契約の解釈」について検討している。
- (10) たとえば内池・前掲論文、賀集・前掲「契約の成否・解釈と証書の証明力」、同・前掲「官判を押しした契約は有効か」、中松・前掲論文、鹿野・前掲「契約の解釈における当事者の意思の探究——当事者の合致した意思——」。
- (11) 前註(10)の論稿参照(無意識的不合意については、磯村・前掲「法律行為の解釈方法」、野村・前掲論文三二七頁、鹿野・前掲「ドイツにおける不都合惹起者の損害賠償義務」も参照)。
- (12) 競売や懸賞広告をめぐる議論は取り上げない。
- (13) 河上正二「契約の成立」をめぐって——現代契約論への一考察——(一、二)(完)「判タ六五五号一一頁、六五七号一四頁、昭和六三年)六五五号一四頁参照。議論の中心が発信主義と到達主義との関係にあったことを思えば、容易に察せられよう。
- (14) 我妻栄『債権各論 上巻』(昭和二九年)五七頁、星野英一『民法概論IV(第一分冊)』(昭和五〇年)二六頁、三宅正男『契約法(総論)』(昭和五三年)六頁、鈴木祿弥『債権法講義』(昭和五五年)九五頁、松坂佐一『民法提要債権各論(第四版)』(昭和五六年)一三頁、石田穰『民法V(契約法)』(昭和五七年)三一頁、品川孝次『契約法(上巻)』(昭和六一年)二六頁、前掲『注釈民法』(一三)一一二頁(遠田新一執筆部分)。もっとも、来栖三郎『契約法』(昭和四九年)は、契約総則の部分を欠くため、この問題にはふれていない。
- (15) 伊藤進「申込か申込の誘引か」(『セミナー』法学全集一一 民法IV(昭和四九年)一五八頁がある程度であろうか。
- (16) 我妻・前掲『債権各論 上巻』五七頁、星野・前掲『民法概論IV』二六頁、三宅・前掲書六頁、松坂・前掲書一三頁、石田(穰)・前掲書三一頁、品川・前掲書一七頁(最後の二つは、慣習は挙げていない)。

- (17) この問題は民法五二六条二項とも絡んでくる(星野・前掲『民法概論Ⅳ』三四頁、品川・前掲書三八頁参照)。
- (18) 星野・前掲『民法概論Ⅳ』三四頁、三宅・前掲書二五頁、石田(穰)・前掲書三八頁。我妻・前掲『債権各論 上巻』七一頁や前掲『注釈民法(一三)』一五六、一六五頁(遠田新一執筆部分)も併せて参照。
- (19) 近時の論文としては、木村常信「沈黙と表示義務——矛盾行為禁止の原則 *das Verbot des venire contra factum proprium*」(産大法学八巻一頁、昭和四九年)、上井長久「フランスにおける沈黙と黙示の意思表示」(『法律行為論の現代的課題』(昭和六三年) 五九頁以下所収)がある程度か(原島重義「契約の拘束力」(法七三四五号三二頁、昭和五八年)もこの問題にふれているが、問題関心は約款論に向けられている)。
- (20) 木村・前掲論文三頁は「わが国では黙示の意思表示についてくわしい説明が「なされていない」と指摘するが、これは学説がこの問題にはほとんど注目してこなかったことをも示唆するものとして、理解されるべきであろう。
- (21) 前掲『注釈民法(一三)』一六六頁(遠田新一執筆部分)。我妻・前掲『債権各論 上巻』七一頁も参照。
- (22) 品川・前掲書二七頁が申込と申込の誘引との関係につき、「この問題は要するに表意者の意思の解釈の問題である」と指摘する程度である。
- (23) この二つの問題を論じるさい、九二条にまで目配りをするものは見当たらない。逆に九二条を検討するさいも、右の問題は視野に入れられず、この規定は専ら「存在する法律行為の内容」の確定ないし補充を目的とする、と解されているように思える(我妻・前掲『新訂民法総則』二五一頁、川島・前掲書二〇二、二五〇頁、星野・前掲『民法概論Ⅰ』一七七頁、前掲『注釈民法(三)』一〇七頁(淡路剛久執筆部分)、鈴木・前掲『民法総則講義』九五頁、幾代・前掲書二二八頁、四宮・前掲書一五〇頁、米倉・前掲『民法講義——総則(第六一回—第六三回)』(法学教室七四号六六頁、七五号一八頁、七六号二七頁、昭和六一—六二年)もつとも、九二条の起草過程で挙げられている例も「存在する法律行為の内容の解釈」に関するものである(『日本近代立法資料叢書一四』(昭和六三年)収録の『法典調査会民法整理会議事速記録』二一五頁参照。起草過程の詳細は、星野英一「編纂過程から見た民法拾遺(一)」(法協八二巻三号一頁、昭和四〇年)、野村・前掲論文、沖野・前掲論文を参照)。このことは一の分析結果と符合する。
- (24) 昭和五〇年以前にこの問題にふれるのは、前掲『注釈民法(一三)』一一二頁(谷口知平執筆部分)だけではなからうか。
- (25) 判例評釈において「契約の成否」にふれるものは以前からあった(明石三郎「土地売買契約の成立時期ならびに売買不

成立の場合の仲介報酬請求権」(関法二六卷一号二二九頁、昭和五年)、滝沢津代「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、昭和五年)など)。しかし、本格的な検討は、太田知行「契約の成立」(『現代法哲学』3—実定法の基礎理論(昭和五八年)一八九頁以下所収)、同「与信契約の成立」(『金融取引法大系』4(昭和五八年)八六頁以下所収)にはじまるようである。その頃から「交渉破棄」との関連で、「契約の成否」にふれる評釈が増えはじめ(鎌田薫・判タ四八四号一七頁(昭和五八年)、同・ジュリ八五七号一四頁(昭和六一年)、同・判タ六二八号八八頁(昭和六二年)、田谷峻・金商六八七号四六頁(昭和五九年)、半田吉信・判時二二五〇号一九四頁(昭和六二年)など)、論文も登場するようになる(河上・前掲論文の他、青山邦夫「売買契約の認定について」(『民事判例実務研究』4(昭和六〇年)二二三頁以下所収)、一宮なほみ「売買契約の成否」(『裁判実務大系』一巻—不動産訴訟法(昭和六二年)三五七頁以下所収)、明石三郎「宅地建物取引業者をめぐる諸判例(七)」(関法三九卷一号七一頁、平成元年)、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)」。早稲田法学六五卷二号一頁、三号八五頁、平成二年)など)。また最近では教科書でも取り上げられている他(品川・前掲書二五頁)、現代契約法という視座から光を当てて試みもなされている(河上正二「契約の成否と同意の範囲についての序論的考察(一—四)(完)」(NBL四六九号一四頁、四七〇号四四頁、四七一号三四頁、四七二号三六頁、平成三年)、中田裕康「消費者契約の成立の意義(一、二)(完)」(NBL四七九号二三頁、四八〇号五一頁、平成三年)。

(26) もっとも、品川・前掲書二五頁や青山・前掲論文二二七頁は「契約の成否」を「意思表示の解釈」の問題として位置づけるようであり、曾野和明「契約関係発生プロセスの多様性と契約概念——申込は単独行為ではないのか——」(北大法学論集三八卷五〇六合併号(下巻)一三五—一四一頁、昭和六三年)一三五—一四一頁も同じ方向を示唆する。しかし、九二条との関係にふれるものではなく、「契約の成否」と「法律行為の解釈」との接合は今後の課題と言えるようである(なお、鎌田・前掲評釈ジュリ八五七号一—一六頁は「契約の即時の成立を妨げる合意」という角度から、河上・前掲「契約の成立」をめぐって判タ六五七号二七—二八頁は諸成契約主義の見直しという角度から、それぞれ「契約の成否」にアプローチしているが、その前にまず「法律行為の解釈」が問われるべきではあるまいか)。

(27) 「契約の成立」、特に意思表示の存否に対する学説のこの冷淡な態度の原因は必ずしも明らかでない。目ぼしい裁判例が見当たらずという事情も考えられるが(北川善太郎「民法の理論と体系」(昭和六二年)七七頁(初出は昭和四六年)参照)、

以前からある程度の裁判例は蓄積されており、特に不動産売買については——それに対する近時の裁判例の動向を諾成主義の変容ないし逸脱と捉える目から見れば——注目に値する裁判例は既に大正年間から現れていた（前章参照）。ゆえに学説の冷淡さの原因を右の点にのみ求めることはできず、そこにはそもそもこの問題が学説の関心を呼びえなかつたという事情も介在していたように思われる。すなわち、現行民法典が諾成主義を貫徹したため、「一方が『売る』と言ひ、他方が『買う』と言へば、それだけで契約は成立する」という短絡的な諾成契約観が学界を支配し、「問題は尽きており、理論的究明を要する課題は残されていない」という意識が検討の機会を奪つてきたのではなからうか（不動産売買につき、諾成主義の変容を説く見解の背後にも、右のような理解が潜んではいまいか。曾野・前掲論文一三五六一—三五七頁がこの点を示唆する）。また直接的に関連する条文が見当たらぬうえ、この問題が事実問題としての色彩を帯びていたことも、学説の関心を削いだ一因であろう（現行民法典が「法律行為の解釈」に関する規定を設けなかつた理由は明らかでないが、野村・前掲論文三〇二—三〇三頁は法典簡潔化の要請と規定がなくても同様の帰結が導かれることを勸案した結果ではないかと推測する。が、試験売買・試味売買の規定が削除された理由（『日本近代立法資料叢書三』（昭和五九年）収録の『法典調査会民法議事速記録三』八七八頁参照）から推すなら、「この点に関する解釈は裁判官の自由な認定に委ねるべきで、規定を設けると、裁判官を不当に拘束したり、逆に十分な審理が尽くされなくなる危険性がある」というより、積極的な考慮から出ていた可能性もある（かかる事情をも含め、沖野・前掲論文九五—九七頁が削除の原因につき詳しく考証している）。かような考え方はこの問題への無関心を招く契機となりうる）。かかる土壤があつたからこそ、申込の誘引等を通じて、実際には意思表示の存否へと足を踏み入れていた学説は、それを一般論に反映できなかったたのである（ドイツ民法典と異なり、「法律行為」と「契約ノ成立」の規定が乖離した位置にあつたことも、有機的な関連づけを阻害した一因かもしれない。曾野・前掲論文一三六〇頁参照）、また不動産売買における取引意識の指摘（前章第一節の註（6）参照）や——実定法上の議論であるはずの——解約手付を原則とする民法典の立場（五五七条）への批判（「わが国で手付は契約の拘束力を強化するものと意識されているから、解約手付を原則とするのは疑問で、違約手付を認めるべき場合が多いであろう」との批判。詳しくは、柚木馨編『注釈民法（二四）債権（五）』（昭和四一年）一一頁（柚木馨執筆部分）参照）に対する再批判、すなわち、「わが国の特に不動産取引界などでは、そもそも無方式・諾成の契約の拘束力という観念は強くなく、書面を作成するか、手付を授受するまでは、任意に解除しても大した制裁なしにすませうとの意識があり、とにかく手

付損手付倍戻でない」と解除できないとなると契約の拘束力が強まったと感ずるのではなからうか」という示唆に富む指摘(星野英一「書評『民法の基礎知識』(法学二九卷二四二頁、昭和四〇年)も、法律論には活かしえなかつたのである(任意に解除できる契約とは、法的な意味での「契約」ではないはずだから、この指摘は実は「契約の成否」を言い当てたものであった。しかし、その点がはっきりと意識されたのは昭和五〇年代末のことである(鎌田・前掲評釈判タ四八四号二頁がはじめてこの点を明確に指摘したものではなからうか。なお、手付については、小脇一海「手付」(『現代契約法大系1』(昭和五八年)二七二頁以下所収)、吉田豊「手付」(『民法講座5』(昭和六〇年)一五三頁以下所収)参照)。(28)予備的契約についても、研究は緒に付いたばかりである(横山・前掲論文の他、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)がある)。なお、予備的契約の関連裁判例には、たとえば商法五二二条をめぐるものが幾つかある(東京地判昭和三四年四月二四日(下民集一〇卷四号八一五頁)、東京地判昭和四一年九月一日(判時四六五号四九頁)、熊本地裁玉名支判昭和四六年七月一日(判時六四八号九〇頁)、東京地判昭和五一年三月三日(判時八三九号九七頁)、福岡高判平成二年三月二八日(判時一三六三号一四三頁)など)。

第二節 「契約の成立形態」に関する学説の動向

一 従来の議論状況

「成立形態」に関する専門的な論文は見当たらないが、従来から複数の「形態」が存在することは認められていた。たとえば教科書では、申込と承諾、交叉申込、意思実現、競争締結(競売・入札)などが例として挙げられている。²⁾しかし、これらは「締約の仕方」にのみ着目したもので、本稿でいう「成立形態」(交渉開始から締約に至るまでのプロセス)とは観点を異にする。³⁾また「締約の仕方」に限っても、両当事者が同時に同意を表明する事例(たとえば同時に契約書に署名して締約する事例)にふれるものは見当たらず、——契約の構成要素たる——二つの意思表示が時間的・

場的に峻別できることを前提とするかのようである。さらに隔地者間契約と対話者間契約が区別されたのも、「申込の拘束力」や「申込の承諾適格」の持続期間に注目されたためで、「成立形態」とは無縁であった。⁽⁵⁾

二 近時の議論状況

「交渉破棄」を契機に、近時一部学説は「成立形態」に着眼しつつある。ところで、「成立形態」という発想に至るには「締約の仕方」のみならず、交渉過程全体を鳥瞰する視点が必要とされる。静的視点だけでなく、動的視点も要求されるのである。かかる視点を最初に提供したのは、おそらく「契約の熟度」という考え方（鎌田説）であろう。⁽⁶⁾そこでは、契約の端緒から完全な履行の終了に至るまで一連の過程を「段階的に成熟していくもの」と把握したうえ、各段階ごとに固有の法的効果を付与する、という革新的な発想が提示された。ただ、履行の終了まで視野に入れられており、「成立形態」の方にどれほどウエイトが置かれていたかは疑問なしとしないし、⁽⁸⁾不動産売買のみ考察対象としたためか、「申込承諾型」にはふれられていない。⁽⁹⁾が、動的視点を導入した点は高く評価されるべきである。この考え方は直ちに一部学説に容れられ、河上説による本格的な検討がなされる。河上説は動的視点を携えて「契約はいかにして完成していくのか」という問題に取り組み、伝統的見解（特に「契約とは申込と承諾によって成立するものである」とする固定観念や諾成契約主義）を批判したうえ、⁽¹¹⁾「諾成契約主義」は実務や慣行により相当修正されている」との認識を示し、また「熟し方」は多様であるにせよ、契約とは徐々に熟していくものである」と主張する。⁽¹²⁾しかし、問題提起のさいには騰貴的商品に関する商取引さえ例示し、不動産売買のみならず、契約一般に対する考察を意図するものと解されるにもかかわらず、「交渉破棄」の関連裁判例を主たる検討素材としたためか、結論部分では「練り上げ型」のみ考究し、「申込承諾型」にふれていない点で問題を残したように感じられる。⁽¹⁴⁾これに対し、曾野説は「申込承諾型」と「練り上げ型」を峻別・対置することで、右の欠点を克服し、⁽¹⁶⁾「成立形態」という考え方は一応の整備を見る。⁽¹⁷⁾しかし、それは

学界全体に浸透するまでには至っておらず、「交渉破棄」との接合をいかに図るべきかなどという難問も山積している。

註

- (1) 『社会科学論文総覧(第一巻―第六巻)』、『法学文献総目録(第一巻―第三巻)』、『戦後法学文献総目録(I・V・VII・IX)』、『民事法に関する二七年間の雑誌文献目録』、『民事法に関する一〇年間の雑誌文献目録』、『法律判例文献情報』参照。
- (2) たとえば我妻・前掲『債権各論 上巻』五六頁、星野・前掲『民法概論Ⅳ』二五頁、三宅・前掲書五頁、鈴木・前掲『債権法講義』九〇頁、松坂・前掲書二頁、石田(稷)・前掲書三二頁、品川・前掲書二六頁、前掲『注釈民法(一一三)』一九頁以下(遠田新一、谷川久、谷口知平、各執筆部分)。なお、ここに懸賞広告が加えられることもある。
- (3) 河上・前掲『契約の成立』をめぐって判タ六五七号二五頁が指摘するように、裁判例[86]に対する川島評釈(法協七九卷一〇八頁、昭和三七年)は、入札による契約締結過程を「一連の統一的過程」と解している。ただ、この理解の背景に、会計令が「公告↓入札↓開披↓落札決定↓契約保証金の納入↓契約書の作成」という一連の過程を規定し、その各段階に固有の効果を結びつけている、という事情があったこと(川島・前掲評釈一一五頁)は忘れてはならない。
- (4) 我妻・前掲『債権各論 上巻』六〇頁、星野・前掲『民法概論Ⅳ』二八一―二九頁、三宅・前掲書一〇頁、鈴木・前掲『債権法講義』九四頁、石田(稷)・前掲書三三頁、品川・前掲書三二頁、前掲『注釈民法(一一三)』二一九頁以下、一四九頁以下(遠田新一執筆部分)。なお、鈴木・前掲箇所は、対話者間での契約について「両者の折衝により契約諸条件が次第に煮つまってゆき、……」と指摘するが、それは「成立形態」にまでは発展させられていない。
- (5) 「契約の成立」に対する冷淡な態度を思えば(前節参照)、「成立形態」に関心が向かなかったことも頷けよう。
- (6) 鎌田・前掲評判タ四八四号二二頁、同・「不動産取引法の再検討」(『不動産取引法・環境権の再検討』(土地問題双書一八)『(昭和五八年)二六頁以下所収)三七頁。
- (7) それまでの問題の立て方が「契約書の作成、手付・内金の授受は契約の成立要件となるのか」というものであったり(明石・前掲評釈関法二六卷一〇三三五頁)、契約の成立時期にのみ関心を注いでいたこと(前掲『注釈民法(一一三)』一一二頁(谷口知平執筆部分)など)を思えば、鎌田説の斬新さは際立とう。

(8) そもそも鎌田説は、「意思が合致した時点を境に、それ以前は何ら債権債務関係はなく、それ以後は両当事者は債権債務関係の鎖で固く結び合わされているという觀念」に基づき「契約成立の認定基準を確立しようとする考え方」に対する批判理論として唱えられたもので（鎌田・前掲評釈判タ四八四号二頁）、その主眼はあくまで履行終了までの各段階に「契約の成熟度」に応じた法的効果を割り振る点にあったように思われる。

(9) その後、交渉開始から締約までの過程を「中間的合意（交渉過程における個別的合意）の拘束力」という角度から分析する試みもなされているが（鎌田・前掲評釈ジュリ八五七号一一四―一一六頁）、そこでも不動産売買を考察対象としたためか、「申込承諾型」にはふれられていない。

(10) もっとも、「契約の熟度」は、それが「交渉破棄」の関連裁判例の分析道具として用いられるさい、当初有していた動的观点が切り捨てられることもあった（河上・前掲「契約の成立」をめぐって」判タ六五七号二四頁参照。あるときは「履行利益の賠償」が認められるか否かの「判断基準（時）」としての地位に貶められ（円谷峻・判タ四九九号一〇七頁（昭和五八年）、同・前掲評釈金商六八七号四六頁、同・ジュリ八三八号八〇頁（昭和六〇年）、あるときは「交渉段階における注意義務発生の一根拠」という位置に甘んじねばならなかったのである（本田純一・判タ五四三号一〇九頁（昭和六〇年）、同・『民法の基本判例』（昭和六一年）一三九頁）。

(11) 河上・前掲「契約の成立」をめぐって」判タ六五五号二二―一七頁。

(12) 河上・前掲「契約の成立」をめぐって」判タ六五七号二三―二六頁。最後の部分では「契約の完成はドンデン返しのリスクを伴ったいくつもの中間的合意や小さな約束の積み重ねとして成熟して行くものであ[る。]と一般的な調子で説かれる（二八頁）。

(13) 河上・前掲「契約の成立」をめぐって」判タ六五五号二二―一六頁。

(14) 河上・前掲「契約の成立」をめぐって」判タ六五七号二五―二八頁。

(15) 曾野・前掲論文一三五三―一三五五頁。ここでは、申込と承諾、条件付一方的債務負担行為、契約行為という三つの類型を挙げているが、前者二つは「申込承諾型」に、最後のものは「練り上げ型」に相当しよう（条件付一方的債務負担行為を申込と把握しうることは曾野説も認めている。一三五四―一三五五頁）。

(16) 「契約ノ成立」に関する民法典のアプローチを再吟味するさいには、隔地者間契約を念頭におきつつ（曾野・前掲論文一

三七〇頁以下)、他方、契約行為については「両当事者の意思表示は同時的である」として(一三五五頁)、主に對話者間契約を想定している点も、隔地者・對話者の区別と「成立形態」との関連を暗示するものとして、示唆的である。

(17) もっとも、曾野説の主眼である申込を単独行為と捉える点には、異論もあろう。なお、杉山直治郎「片約單獨行為ニ就テ」(法学志林五六号一六頁、五七号三二頁、明治三十七年)も、申込を単独行為と解している(五六号二五―二六頁)。

第一編の小括

「契約の成立」と「成立形態」に対する本稿の立場を明らかにすることで、小括としたい。

一 「契約の成立」……諾成契約は意思表示の合致により成立するが、ある行為が意思表示に当たるか否か(意思表示の存否)は当該行為から「(締約)意思」が読み取れるか否かにかかる。¹⁾そのさい、「(締約)意思」と契約内容の合意とは理論上峻別されねばならない。要素の合意が存在しても、締約²⁾せんとする「最終的かつ確定的な意思」が認められない場合には、意思表示の存在は否定されるのである。³⁾

ところで、かかる「意思」の存否は四囲の事情(慣行はその有力な一事情)から推認されるわけだが、当事者の「(内心の)意思」が意思表示の存否の唯一のメルクマールでない点には注意せねばならない。両当事者の「(内心の)意思」が同じ場合には(両者とも締約するつもりだった場合と共に締約しないつもりだった場合)、共通の意思に沿った判断が下されようが、³⁾両者の理解が食い違う場合(たとえば表示者は「(締約)意思」を持っていないが、相手方は当該表示からそれが存在するものと解した場合)、「(締約)意思」がなくとも意思表示の存在が肯定されることはありうる。たとえば相手方の理解を表示者が事前に予見しえた場合がそれで、このときは意思表示の存在を前提に意思表示の諸規

説
論
定（心裡留保や錯誤など）に基づいた処理がなされることとなる。以上の作業は、総体として「法律行為の（内容の）
解釈」と酷似してくるし、⁴ 実際「内容の解釈」とは「一定の内容の法律行為の存否の判断（解釈）」とも言える。とす
ると、意思表示の存否の判断も広い意味での「法律行為の解釈」の中に取り込み、一層の相互連環を図るべきであろう。⁵

二 「契約の成立形態」

「成立形態」に対する本稿の基本的な立場、すなわち、検討の動機、着目した属性、抽出された類型の種類、「交渉破
棄」との関係などについては、前章に述べたので、再説を避け、ここではその意義と限界につき一言するに止める。

前述の如く、「申込承諾型」と「練り上げ型」とはおそらく一つの連続体の両極に位置するもので、中間形態も存在
しよう。また複数の属性に着目した関係上、ぬえ的な「成立形態」もありうるし（たとえば「隔地者間で通信手段を用
い、個別的事項ごとに合意を重ね、最後に申込と承諾により締約する」形態）、いずれにも当たらぬ「形態」（競争締結
など）も現存する（つまり、右の類型化は、人損と物損といった二分的な類型化ではなく、交通事故、医療過誤、公害
……といった多元的な類型化なのである。来栖・前掲書七三六頁以下が有名契約に則して、かような類型化の意義を
説いている⁶）。しかし、かかる諸限界を自覚しつつも、あえて右のような類型化に拠ったのは「交渉破棄」の背景に迫
ろうとしたためであり、その限りでは十分な意義を有するものと解する（前章第二節参照）。

註

(1) この点は従来の理解を継承している（前掲『注釈民法（三）』二八頁（平井宜雄執筆部分）参照）。

(2) この点に関連し、「申込が申込たり得るためには、……相手方がそれに承諾を与えれば……自己も申込内容に拘束され
るとの確固とした真剣な意思が示されている必要がある」[が]、……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……視角が軽視されている感がある」と指摘するものもある(曾野・前掲論文一三五六頁)。しかし、——その嫌いはあつたにしても——たとえば申込と申込の誘引との判別基準は「確定的な意思」の有無に求められており(三宅・前掲書六頁。我妻・前掲『債務各論 上巻』五六―五七頁もおそらく同じ趣旨であろう)、それは暗黙の前提とされてきたようにも思われる。ただ、不動産売買に関する近時の裁判例の動向を諾成主義の変容と捉える一部学説を顧みるなら、疑問なしとしないので、「最終的かつ確定的な意思」という表現を用いることで右の点を明瞭ならしめた。

(3) ただ、ここでも意思表示が存在するには表示行為が要件とされる。

(4) 本文で紹介した二つの例は意思解釈と規範的解釈に相応する。ただ、事柄の性質上、意思表示の存否の判断には、補充的解釈に相当する作業は存在しないことにならう。

(5) 九二条を補充的解釈に関する規定としてのみ理解するならば、意思表示の存否の判断にこれが適用される余地はなからう(前註(4)参照。またこの点に関する学説につき詳しくは、沖野・前掲論文一〇〇―一〇五頁参照)。しかし、「法律行為(内容の)解釈」にあつても、慣習は「(内心の)意思」を探究するための有力な手掛かりの一つであり(もつとも、「内容の解釈」にあつては、補充的解釈により實際上これと同じ結論に達しうるのであろうけれども)、この点では意思表示の存否の判断におけるのと同じはずである。とすれば、問われるべきは「解釈における慣習の意義」という共通課題であり、九二条もこのより広いパースペクティブのなかで位置づけられるべきであろう(曾野・前掲論文一三八七頁が補充的解釈を①意思の事実上の「推定」と②一定の法的ポリシーの立場からする契約への「介入」とに区別しているのは、この意味で示唆的であるし、山本敬三「補充的契約解釈——契約解釈と法との関係に関する一考察——(二一五)(完)」(法学論叢一一九巻二号一頁、四号一頁、一一〇巻一号一頁、二号一頁、三号一頁、昭和六一年)も興味深い。いずれにせよ、慣習と異なる「(内心の)意思」をあらかじめ推定したうえ、それと慣習との優先順位ばかり論じるようなことがあれば、それは片手落ちであることにならう)。

(6) 石川真人「『類型論』の原点——D・ネル著『区分と列挙』を手がかりにして——」(北大法学論集四一卷五―六合併号五〇九頁、平成三年)も示唆的である(特に五二六―五二八頁)。

〔追記〕

去る四月二四日、東大の民法懇話会において、本稿を報告する機会を与えられ、「契約の成立形態」に関する私の理解の不十分さと誤解を招く表現が多々存在することを痛感させられた。三校の段階ゆえ、詳しく論じる余裕はないが、とりあえず次の点を指摘し、論旨を明確化しておきたい。

一 「申込承諾型」とは、申込と承諾が——おそらく——民法典が想定しているような仕方で登場してくる「形態」を指す。たとえば「練り上げ型」の最終段階で登場してくる二つの意思表示を申込と承諾に分解したとしても（極端な話、不動産売買において、最初に契約書に署名捺印した者（契約の意思を表示した者）を申込人と、後で意思表示した者を承諾者と概念規定したところで）、それは本稿で言う「申込承諾型」ではない。

二 「成立形態」と契約類型の間に論理必然的な連環があるわけではない。たとえば不動産売買が「申込承諾型」によって成立しうること（裁判例「12」を見よ）、また、動産売買が「練り上げ型」ととっても良いことは言うまでもない。いかなる交渉のプロセスによるかは、当事者の選択にかかるとも、本稿で指摘したいのは、動産売買、特に相場物売買においては、意思表示の登場の仕方を含め、交渉のプロセスが通常ある一定の形を採るのに対し（これを「申込承諾型」と呼んでいる。かかる「成立形態」の下では、民法典の規定（五二一条以下）は有用であり、その機能を十分に發揮しうる）、不動産売買においては、これとは全く別のプロセスを採るのが常態である（これを「練り上げ型」と呼んでいる。かかる「形態」を想定した場合、民法典の規定は機能する場がほとんどなく、あまり意味のないものになってしまふであろう）、という事実である。

三 この二つの「形態」は裁判例から抽出されたもので、観念上の産物ではない。また「成立形態」は、勿論、この二つに尽きるものではなく、交渉規制のあり方は、各「成立形態」ごとに考えていかねばならない。

四 民法典が主にある特定の「成立形態」（すなわち、定型的（ないし標準的）社会関係）を——パラダイム・ケースとして——想定したうえ、それを一定の仕方で規制しようとして、ある種の規範群を規定しているとする、その外にある「成立形態」については、それとは別様の規範を創造・設定しうる可能性がある。またそれが可能だとすると、この「成立形態」という概念は、社会学的な意味のみならず、法的な意味をも獲得しえよう。

以上である。なお、研究会の席上、多くの先生方から様々なご意見、ご示唆を受け、私にとつて得るところが極めて大きかった。この場を借りて、深甚なる謝意を表するとともに、今後も変わらぬご指導をお願い申し上げる次第である。