

申込概念の発生

——約束から申込へ——

一 序

契約と約束は同じ意味で使われることも多いが、かりに(原則として)双務的な双方行為を契約(Vetrag)と呼び、(原則として)片務的な単独行為を約束(Versprechen)と呼んで区別するなら、民法には約束という制度はない⁽¹⁾。贈与でさえ契約として構成されているので、甲が乙にある物を譲渡する意思を表示しても、乙が承諾しない限り、乙の甲に対する債権的な請求権すら生じない⁽²⁾。しかし、他方で、この原則は、到達主義(民法九七条一項)の例外としての承諾の発信主義(五二六条一項)や意思実現による契約の成立

滝沢 昌彦

(同条二項)によって緩和されている。このとき、申込は、一種の約束として機能しているのではなからうか⁽³⁾。本稿では、このような問題意識に基づき、申込概念の発生過程を検討する。

二 約束の有効要件としての承諾

1 グロチウス

(1) 約束理論

近代的な法律行為論はグロチウスの約束理論に由来するとされ⁽⁴⁾、申込と承諾によって契約が成立するとする理論も、ここに起源を有するといわれる⁽⁵⁾。したがって、本稿においても、グロチウスの約束理論の検討が

ら始める。グロチウスの約束理論については既にいくつかの研究が発表されているので、⁽⁶⁾これらをも参照しつつ、先ずグロチウスの約束理論の全体像を概観したい。⁽⁷⁾

グロチウスの約束理論は、「戦争と平和の法」(*De jure belli ac pacis*)」(一六二五年)の第二巻第一章において展開されている。先ずグロチウスは、相互的合意を含まない、単なる約束から義務が生じるか否かを検討する。そして、その際、確言(*assertio*)、片約(*pollicitatio*)および約束(*promissio*)を区別する。

将来の事に関する現在の意図の表示であるが、その意図が継続することまで保障する趣旨ではないものを、グロチウスは確言と呼び、この場合には意図の変更は許されるとする(第一章二)。これに対して、意図が継続すべきことをも表示するが、それを履行すべき義務が本人に生じるのみであり、履行を請求する権利を相手方に与える趣旨ではないものが片約である(第一章三)。現代的には、道徳上の義務は生じるが、法律上の権利義務は生じない、と理解されよう。最後に、

相手方に権利を与える趣旨をも含む表示が約束であり、この趣旨が表示されている限り拘束力を生じ、それが何らかの方式に従って表示されることは、少なくとも自然法上は、必要ではない(第一章四)。

次に、約束が効力を有するための要件が検討される。先ず第一には、理性の行使(*usus rationis*)が必要であるとされ、これに関連して、未成年者等の約束の拘束力が論じられる(第一章五)。そして、約束が錯誤によってされた場合、恐怖のためにされた場合が検討され(第一章六、七)、この際、真の同意があったか否かが重視される。さらに、内容が約束者の権限を越える約束、不正な原因に基づく約束等が問題にされる。このほか、約束が効力を生じるためには、それが承諾されなければならない(第一章一四)。グロチウスは、履行を請求する権利を相手方に与えることとは、自己の自由のある部分を相手方に移転することであると理解するので(第一章四)、所有権の移転の場合(第六章二)と同様、相手方の承諾がなければ権利は移転しないと解するのである。承諾は事前にされること

も可能である(第六章二)。承諾の到達が必要であるか否かは約束の解釈によるが、双務(mutua obligatio)的な場合(後述)では到達が必要であらうが、それ以外の場合には、原則として不要とされる(第一章一五)。そして、約束は、承諾される前であれば、自由に撤回できる。承諾以前に相手方が死亡した場合も同様である(第一章一六)。さらに、他人がかわって承諾しうるかについても論じられているが(第一章一八)、代理の問題であるので、ここでは省略する。

以上が、グロチウスの約束理論の概略である。約束を熟慮された意図の表示と捉え、そこに拘束力の根拠を求める点、これと関連付けて、未成年者の約束、錯誤や恐怖による約束の拘束力を説明しようとする点等、グロチウスが近代的な法律行為論の祖とされるのも理由のないことではない。しかし、以上の理論は約束に関するものであり、グロチウスは、契約については、続く第二章で論じている。グロチウスは約束と契約との関係をどのように理解しているのか——これが次の課題である。

(2) 約束と契約との関係

グロチウスは、他人に利益を与える行為を、単純な行為(actus simplex)と混合された行為(actus mixtus)とに分ける(第二章一⁽⁸⁾)。後者は、物をその価値よりも高く買うことは一部は贈与で一部は売買であるという例(第二章五)が示すように、単純な行為の組み合わせに過ぎないので、本稿では検討しない。さて、単純な行為は、善行的(benefictus)な行為と交換的(permutatorius)な行為とに分かれ、前者は、さらに、単なる善行的行為と、双務的な善行的行為とに分かれる(第二章二)。単なる善行的行為の内、将来何かを与える、またはする旨の約束が、第一章で論じられた約束であった。双務的な善行的行為とは、行為の後に何らかの義務が残るものを指し、使用貸借、委任事務の実行々為等が挙げられている(前者の場合には物の返還義務が残るし、後者の場合には費用償還義務が残る)。他方、交換的行為は、当事者を分離する行為と共通の利益を生じる行為とに分かれる(第二章三)。前者は、さらに、「汝が与えるように、予は与

える」(do ut des)、『汝が行うように、予は行う』(facio ut facias) および『汝が与えるように、予は行う』(facio ut des) の三つに分類されるが、要するに、双方の義務の間に対価的牽連関係のある双務的行為を指す。具体的には売買、賃貸借等を指すが、グロチウスは、必ずしも有名契約にこだわらず、無名契約をも認める(第二章三三)。共通の利益を生じる行為としては、戦争のための連合(societas)等(第二章四)の他、商業組合(societas negotiatoria)等が挙げられている(第二章四)。

さて、以上の行為のうち、単なる善行的行為以外のもの、すなわち、交換的行為の全部および善行的行為のうち双務的なものを、グロチウスは契約(contractus)と呼び(第二章七)、この場合には、両当事者の平等性が必要であるとする(第二章八)。ここでは、(比較的ゆるやかな)等価性が要求される(第二章一一)他、契約当事者の一方のみが目的物の瑕疵や契約の前提となる事実を知っていた場合(第二章九)や、一方のみが恐怖を感じていた場合(第二章

一〇)も、この平等性の問題として論じられている。

前述したように、グロチウスが第一章で論じた約束は、単なる(Ⅱ双務的でない)善行的行為であり、これは契約ではない。錯誤や恐怖の効果も、約束においては、熟慮に基づく同意があったか否かという観点から検討されているが、契約においては、平等性の問題として論じられており、グロチウスは、約束理論を契約にまで及ぼす意向は(少なくとも明確には)なかったと思われ、まして、約束は承諾によって効力を生じるとする理論は、約束の有効要件の問題であり、⁽⁹⁾契約がどのように成立するかについては論じられていない。では、我々が理解しているような、契約の成立要件としての申込と承諾の理論は何時頃成立したのか。これを解明するためには、約束理論が契約にまで及ぼされるようになる過程を検討しなければならない。以下、グロチウスに続く自然法学者において、これを見てみよう。

2 ブーフエンドルフ

次に、グロチウスの継承者として、ブーフエンドルフ

フの主著「自然と諸国民の法 (De jure naturae et gentium)」(一六八八年)を取り上げる。⁽¹¹⁾プーフエンドルフの業績全般については、「自律的社会倫理としてそれを遠く越えて社会的人間学および文化哲学とを樹立したこと、ならびに世俗的人間性信仰を基礎づけたこと」に意義があるとされ、より具体的には、自然法固有の理論的体系を確立することによって、社会倫理を道德神学から解放したものと評価される。⁽¹³⁾しかし、我々にとってより興味深いのは、プーフエンドルフが、その理論の体系化の故に民法総則の基礎を作ったとされる点であろう。⁽¹⁴⁾以下、プーフエンドルフの理論を見ていくが、彼の議論は、主としてホッブズとグロチウスを土台にしている。当然グロチウスと似ている部分も多いので、むしろ、グロチウスと異なる部分に注目しながら検討しよう。

約束および契約の一般理論は、「自然と諸国民の法」の第三巻第五章以下で扱われる。プーフエンドルフは、先ず、人間の負う義務を、先天的に負う義務 (obligatio connata) と、後天的に負う義務 (obligatio

adeuntia) とに分け (第四章三)、後者の発生原因として約束および契約を論じる。グロチウスの場合には、その記述の順が、物↓物の取得方法 (相続↓約束および契約) というローマ法以来の伝統的な体系に従っていたことと考えあわせると、法律行為論には、グロチウスのように物権移転論から出発する法律行為論と、プーフエンドルフのように義務論から出発するそれとがあるように思われる。⁽¹⁶⁾後者がパンデクテン体系の萌芽であると評価できるとすれば、やはりプーフエンドルフは民法総則の父であるとの感を深くする。

さて、プーフエンドルフによれば、後天的な義務は人間の行為から生じるが、このような行為の内、一方的なものが約束であり、双方的なものが契約である (第五章一)。なお、約束と契約との関係に関連して付け加えると、プーフエンドルフが、ウルピアヌスを引用しつつ、契約とは相互的な (recipraca) 約束であると述べている部分があることは注目に値するが (第六章一五)、この部分は、文章全体の趣旨からは傍論に過ぎない。

続く第六章では、約束や契約において必要とされる同意 (consensus) について論じられる。グロチウスは、約束と契約をそれぞれ別の章で扱っていたが、プーフェンドルフは、少なくとも同意に関しては、約束と契約とに共通の要素であるとして、まとめて扱う。この同意は表現されたものでなければならず (第六章二)、理性の行使を前提とする (第六章三)。そして、ここで、酈酌による同意 (第六章四)、未成年者の同意 (第六章五) の問題が扱われる。さらに、錯誤 (第六章六、七)、詐欺 (第六章八、九) および恐怖 (第六章一〇から一三まで) も同意の問題として論じられる。この際、錯誤については約束と契約とを別々に検討しているのが注目されるが、本稿ではこれ以上触れるゆとりはない⁽¹⁷⁾ (錯誤による約束については第六章六、錯誤による契約については第六章七)。

約束の場合には、約束者の同意のみではなく、相手方の同意 (II 承諾) もなくてはならない (第六章一五)。自分の財産を他人に提供しようとする者は、相手方の意思に反して押しつけたり、放棄したりするわ

けではない、というのが理由である。また、プーフェンドルフは、約束が宣誓によって強化されることもあるが、その場合でも、相手方が拒絶するまでは約束を撤回することができなくなるという効果を生じるのみであると述べるが、ここから、宣誓によって強化されない約束は、同意があるまでは自由に撤回できると考えられていることがわかる。同意は事前にされることもできるし、量的に一部についてのみの同意も許される。相手方の同意が約束者に到達することが必要かという問題については、基本的には約束の解釈の問題であるが、原則として到達は不要であり、ただ、条件 (conditio) 付の約束の場合には必要であるとされている。この「条件付約束」が何を指すのか必ずしも明らかではないが、すぐ続いてグロチウスが引用されているところから、グロチウスも承諾の到達が必要であるとする双務的な約束のことであると思われる。

以上がプーフェンドルフの理論の概略である。グロチウスの約束理論が、同意に関する理論として受け継がれ、契約にまで及ぼされているのが注目されよう。

しかし、約束と承諾の理論は契約には適用されない。契約は双方向的行為であり、双方の同意があるからである。

3 ヴォルフ

続いて、クリスチャン・ヴォルフを検討する。彼は、基本的にはグロチウスとブーフエンドルフの理論を受け継いでいるが、これをより大規模に扱って具体化させ洗練させており、特に、契約を、一つまたは複数の約束からなるものと理解する点、本稿の観点からも極めて注目すべきものと思われるからである。ここでは、ヴォルフの名著と目される「科学的方法により考察された自然法 (*Jus naturae methodo scientifica pertractatum*)」の第三卷(一七四三年)を中心に、彼の理論を見てみよう。

ヴォルフも、グロチウスやブーフエンドルフと同様、約束を、他人に対し、ある物を与え、または何かを行う旨の意図を表示するものであり、かつ、自分に対して(それを)請求する権利を移転するような表示であると定義する(第三卷第四章三六一)。しかし、承諾が

なければ、約束上の義務は効力を生じないし、受約者も権利を取得しない(第四章三六五)。そもそも所有権その他の権利は承諾がなければ移転しないので、それを求める権利も、承諾がなければ移転し得ないからである。

約束の効力は理性の行使ができることを前提としており(第四章四四八)、これに関連して精神異常者、年少者の約束の効力が論じられる(第四章四四九以下)。また、錯誤があった場合(第四章五六九以下)、暴力や強迫によって約束がされた場合(第四章五七四以下)についても詳しく検討されている。

承諾があるまでは約束の撤回は可能であるが、承諾後は撤回できない(第四章五九六)。

承諾の到達の必要性についても、グロチウスやブーフエンドルフと同様に、約束の解釈の問題であるとされ(第四章七一五)、基本的には、片務的な約束では到達は不要であるが、負担付約束(*promisso onerosa*)では必要とされる(第四章七一九)⁽¹⁹⁾。片務的な約束は承諾されることが予想(*praesumo*)⁽¹⁹⁾されるところ(第

第四章七二四)、約束者が承諾を予想しているときには、承諾さえされれば約束が効力を生じる趣旨であると解されるからである(第四章七一八)。逆に、負担付の約束では、相手方が承諾するとは限らないので、承諾が到達して初めて約束が効力を生じる趣旨であると解すべきである。なお、承諾以前に約束者が死亡した場合の約束の効力も、約束の解釈によるが(第四章七一七)、前述のように片務的な約束では約束者は承諾を予想しているので、約束者の死亡後に承諾がされても約束は有効であるが、負担付約束の場合には、承諾の到達以前に約束者が死亡すれば約束は効力を生じない(第四章七二〇)。

さて、契約とは、二人またはそれ以上の者が、一つまたは複数の約束において結合している合意(*conventio*)である。したがって、契約とは、一方当事者の約束および他方当事者の承諾、または、相互の約束およびそれぞれに対する相互の承諾よりなる(第四章七八八)。そして、契約が当事者を拘束する根拠も、それが、承諾された約束より構成されるからである(第

第四章七八九)。もっとも、このように解するからと言って、双務契約の場合、すなわち契約が複数の約束と承諾からなる場合に、必ず、それぞれの約束に対応する承諾がすべて現実にならなければならないのではない。交換契約を例にとるなら、甲が乙に、「おまえ(乙)が私(甲)にある物を与えるなら、それに対して、私はおまえにこれを与える」と約束し、乙がこれを承諾して、甲の求める物を与える旨再約束する(*repromitto*)なら、さらに甲が承諾をしなくても、契約は有効に成立する(第四卷第四章八八〇)。甲の側の承諾は、条件付の申込において、先行してなされているからである。

右のように、ヴォルフは、契約は一つまたは複数の約束よりなると明示的に述べ、これによって、約束理論を全面的に契約にとりこむ。そして、ここに到って、承諾も契約の成立要件としての意義を獲得することになるのである。

4 まとめ

我々になじみの深い承諾の理論が登場したところで、

ここまでの理論の簡単なまとめを試みたい。

① 約束は、契約とは異なり、一方の側の意思表示しが含まれていない行為であるが、これでも義務を発生させる。しかし、約束が効力を生じるためには承諾が必要である。なお、ヴォルフは、承諾された約束は契約を構成すると理解するので、承諾は、同時に、契約の成立要件としての意味も持つことになる。これに対し、グロチウスとプーフENDORFは、契約に関しては承諾を論じない。

承諾の必要性の根拠については、グロチウス以来、物権移転からの類推によって説明されてきた。すなわち、約束の履行を請求する権利を相手方に与えることは、自己の権利(ないし自由)を相手方に移転することであるとされ、物権を移転するには相手方の承諾が必要であるのと同様、約束が有効となるためにも承諾が必要であるとされる。なお、プーフENDORFは、同じことを、相手方の意思に反して財産を押しつけることは、約束者の意図ではない、というように、約束者の意思解釈の問題として説明する(本稿七五頁)。

もっとも、右の論拠には疑問もあり得る。約束者に対する請求権の発生を、約束者自身の権利(ないし自由)の相手方への移転と構成することに不自然さが残るし、不当利得、不法行為に基づく損害賠償請求権は、権利者の意思に関わりなく発生することとのバランスの問題もある⁽²⁰⁾。また、そもそも所有権その他の権利は承諾がなければ移転しないので、それを求める権利も移転し得ないというヴォルフの議論(本稿七六頁)も充分説得的とも思われないが、本稿では、問題点の指摘に止めておく。

② 約束は原則として片務的なものであるが、その場合には、承諾はなされれば足り、相手方に到達する必要はない。今で言う発信主義がとられているのであり、例外的に、双務的な場合にのみ、⁽²¹⁾到達が必要とされる。元来、約束が義務を発生させるのは約束者の意思にその根拠があるので、到達不要であるとする発信主義は、充分納得のいくものであろう。

③ 約束は、宣誓等によって強化されていない限りは、自由に撤回できる。しかし、承諾されれば、もはや撤

回は許されない。

三 契約の成立要件としての承諾

1 プロイセン一般ラント法

今まで見てきたように、自然法学者達の手により、約束は契約の構成要素とされるに到り、他方、約束理論を基礎として、契約をも含む、より一般的な法律行為論が発達した。これに伴い、約束は承諾によって効力を生じるという理論も、契約の成立の理論とされることになる。これ以降、約束の独自性はますます弱まり、ついには約束という用語すら用いられなくなる。

この過程を検討するため、先ずは、自然法学の成果であるプロイセン一般ラント法（一七九四年）において、約束と承諾の理論がどのように条文化されているか見てみよう。

先ず、契約 (Vertrag) については、権利の取得または譲渡に向けられた双方向的同意 (Einwilligung) と定義され（第一部第五章一条）、他方、約束 (Versprechen) は、他人に権利を移転する、または自分が拘束

される意思の表示であるとされる（二条）。そして、契約が効力を生じるためには、約束が有効に承諾されることが不可欠であると規定され（四条）、約束は契約の構成要素であるとされている。なお、四条は、契約が複数の約束からなる場合を想定していないように見えるが、当時のテキスト等では、双務契約は複数の約束よりなることが前提となっている。⁽²²⁾

承諾についての詳細は七八条以下が定める。先ず、承諾も意思表示の一つとして、意思表示の有効要件が備わっていることが要求され（七八条）、有効な約束の承諾によって契約は締結されると規定されている（七九条——この条文は、約束の有効性を強調している他は、四条と同じ内容である）。契約の成立時は、承諾がされた時であるとされ（八〇条）、発信主義が採用されているが、隔地者間における場合には、後述する一〇三条以下から、到達しなければ契約は成立しないこともあり得ることがわかる。意思実現による契約の成立も規定された（八一一条）。また、受約者の方が先に要求し、約束者の方が後から同意するという形での事前の

承諾も認められ(八二条)、この条文により、ヴォルフの理論と同様、複数の約束からなる双務契約の場合に、必ずしも二つの承諾が現実になされなくとも、条件付約束とそれへの承諾という形で契約が成立する⁽²³⁾。八三条ないし八五条は、約束の内容と承諾のそれとが一致すべきことを定め、八六条ないし八九条は、他人による承諾等について定めるが、本稿では取り上げないこととする。

九〇条以下は、承諾がなされるべき期間、すなわち今で言う申込の拘束力について定める。先ず、九〇条が、約束が拘束力を生じるためには、それが適切な時期に承諾される必要があると規定し、九一条以下において、その「適切な時期」が具体化される。九一条以下ではもはや約束という用語は使われておらず、それと全く同じ意味で、申込(Antrag)という用語が使用されていることは注目に値する。申込者が承諾のための熟慮期間を定めることも可能であるし(九一条)、申込の解釈等によって期間が定まることもある(九二条、九三条)。特に承諾期間の定めがない場合は、対話者

間においては即時に承諾がされなければならない(九四条)。隔地者間、特に郵便によるときには、郵送に通常必要となる期間が承諾期間となるが(九六条)、突発事故による遅延をも考慮して、申込者は、その次の郵便日(postag)まで待たなければならない(九八条)。使者によるときにも、申込者は、予期し得べき事故による遅延は考慮すべきである(九九条)。以上の期間を徒過した場合には、申込者は申込を撤回できるが(一〇三条)、遅滞なくその旨を通知しなければならず(一〇四条)、これをしないときは、承諾者に対し、信頼利益の賠償責任を負う(一〇五条)。

以上が、プロイセン一般ラント法における約束(申込)と承諾の理論である。ほぼ現行の制度と同様の理論ができていと言えよう。これは、基本的には、ヴォルフによって完成された自然法学の理論を受け継いでいるが、以下の三点において違いが認められる。

① 意思実現による契約の成立を認めた規定が明文化された(八一条)。もっとも、意思実現と黙示の承諾とを比較すると、前者は相手方に承諾の旨を通知する行

為ではないので、その到達を論じる余地はないが、後者は通知を目的とする行為であるので、到達の有無が問題となる点に違いがあるが、その到達を不要とする発信主義のもとでは、意思実現は黙示の承諾と同じ意味しかない。前述のように、自然法学者は発信主義を原則としていたので、意思実現を、黙示の承諾の内に含めて考えていた可能性もある。これに対して、プロイセン一般ラント法においては、次に述べるように到達主義が強調されるようになったため、おそらく実際取引上の要請に押され、慣習に基づく到達主義の例外として意思実現が明文化されたのであろう。⁽²⁴⁾

② 自然法学者は、承諾の到達の必要性について、片務的な約束では不要(発信主義)、双務的な約束では必要(到達主義)と解していたが、プロイセン一般ラント法の立場はそう単純ではない。契約の成立時は承諾のされた時であるが(八〇条)、隔地者間の場合には到達しなければ申込者は申込を撤回し得る(一〇三条)という構成がとられている。対話者間の場合には発信主義と到達主義の対立は余り意味を持たないことを考

えると、プロイセン一般ラント法は、隔地者間では、片務契約でも到達が必要であるとしたことにより、到達主義の方向へ向かっていると評価できよう。

③ 承諾期間に関する詳細な規定が置かれ(九〇条以下)、その間は約束(申込)の撤回ができないこととされた。これは、自然法学者が一致して、承諾がされるまでは自由に撤回できるとしていたことと、大きく対立するものとされる⁽²⁵⁾。もっとも、その実際的な差は必ずしも大きいものではない。承諾期間を申込者が設定すること(九一条)は約束(申込)の解釈の問題であり、自然法学者もこれを認めたであらうし、また、対話者間では即時に承諾しなければならないので(九四条)、この場合には、申込の拘束力はない。隔地者間では、郵送に必要な期間(九六条)に、突発事故をも考慮に入れて(九八条)承諾期間が定められるが、これを承諾者の側から見ると、承諾者は、申込の到達後すぐに承諾をしなければならない。つまり、申込の拘束力と言っても、実際上はそれ程強いものではなく、九〇条以下の意義は、むしろ、申込の拘束力がはつきり

と意識されるようになった点にあらう。

結局、プロイセン一般ラント法は、自然法学の立場と大きく対立するものではなく、それをより洗練させたものと考えられる。オーストリア民法（一八一一年）もほぼ同様であり、約束は契約の構成要素とされ（八六一条）、約束の拘束力も規定された（八六二条——もっとも、プロイセン一般ラント法ほど詳細に規定されているわけではない。また、ここでも、「約束」は直ちに「申込」という用語で置き換えられる）。しかし、この理論は、すぐに広く受け入れられたわけではない。次に、フランス民法を検討しよう。

2 フランス民法

ここにフランス民法（一八〇四年）を持ち出すのは、やや唐突であるように思われるかもしれない。しかし、プロイセン一般ラント法と同様に自然法学の影響を受けて成立し、しかも、その後のドイツでの諸立法の一つのモデルとなった法典として、これをプロイセン一般ラント法と比較することは意味のないことではあるまい。

周知のようにフランス民法はパンデクテン体系をとらず、その規定の順は、財産↓財産の取得方法（相続↓生前贈与および遺贈↓契約）という伝統的体系に従う。このような体系においては、贈与は相続のすぐ後、契約より前に置かれるのが通常であるが、フランス民法においても、契約（*contract*）については一一〇一条以下に規定があるが、贈与（*donation*）については、贈与は契約の一種であると理解されている（九三一条参照）にもかかわらず、九三一条以下に規定されている。フランス民法においては、贈与は、単に契約の一つであるというだけではなく、相続や遺贈を補完する制度として独自の意義を持つていようである。⁽²⁶⁾ 先ず、贈与は要式行為であり、公正証書によらなければ効力を生じず（九三一条）、さらに、承諾（*acceptation*）されなければ拘束力はない（九三二条一項）。この承諾も、公正証書によらなければならず、しかも、承諾されたことが贈与者に通知されない限り、贈与は、贈与者に対しては効力を生じない（九三二条二項）。

他方、契約に関しては、一一〇一条が、一人または

複数の者が、他の一人または複数の者に対して、ある物を与える、または何かをする、もしくははしない義務を負う合意 (convention) であると定義する。この合意が有効であるためには、債務者の同意 (consentment) が必要である (一一〇三条)。この同意とは承諾のことと思われるかも知れないが、ここで要求されているのは「債務者の」同意であるところ、本稿で問題としている承諾は受約者 (＝債権者) の意思表示である。この同意は、むしろ、約束に相当する。現在では一一〇三条の「同意」とは契約当事者の意思の合致であるとされ、申込 (offre) と承諾が必要であると解されているが、一一〇一条および一一〇三条の文言自体は承諾には触れていない。当然、承諾の到達の必要性の有無や承諾がされるべき期間等に関する規定もなく、これらの問題については、贈与の承諾に関する前述の九三二条等を手掛かりに判例学説によって解決されている⁽²⁸⁾。

右のようなフランス民法は、ドイツでの立法にも大きな影響を与えた。例えば一八〇八年のバイエルン一

般民法草案もその一例であり、フランス民法とほぼ同じ体系に従い同様の規定を設けているが、その際、贈与 (Schenkungs) は承諾された約束と理解され (九二七条)、また、契約の成立には、義務を負う者の約束と権利を得る者の承諾とが必要であるとされる (一一六二条二項)。すなわち、フランス民法のように、贈与と契約とを別扱いにする体系を維持しつつも、ヴォルフのように、約束を契約の構成要素とする構成を持ち込んでいる点が注目される。

さて、前述のプロイセン一般ラント法の特徴は、右のバイエルン一般民法草案と比較することによって、より明確になろう。すなわち、バイエルン一般民法草案においては、約束は、契約の構成要素であるだけではなく、契約とは独自の意義を有する贈与としての意味をも持っている。しかし、プロイセン一般ラント法の場合には、贈与も契約の一種に過ぎないことがより強調され、約束も契約の構成要素としての意味しか持たない。そのため、約束自体が独立の債権発生原因であった時代には当然であった発信主義 (本稿七八頁参

照)が後退して到達主義へと傾き、その代わり、おそらくは実務上の必要性から、到達主義の例外として意思実現による契約の成立が明文化された。さらに、約束は契約成立へ向かう一過程に過ぎないこととなったので——約束が独立の債権発生原因であった時代には承諾前の撤回は自由であったのに(本稿七八頁参照)——契約成立に対する承諾者の期待を保護するために、申込の拘束力に対する意識が強まり、承諾期間に関する規定が置かれたものと思われる⁽²⁹⁾。

3 まとめ

その後のドイツの諸立法においては、フランス民法のような構成は一般化せず、プロイセン一般ラント法のように、パンデクテン体系によるものが主流となった。その過程において、約束を契約とは別のものとして捉える発想はますます薄くなって「約束」という用語すら用いられなくなり、その反面、申込の拘束力に関する規定はより詳細になり、現在のドイツ民法に受け継がれていくのである(一四五条以下)。ドイツ民法起草者は、申込の拘束力に関して、これを肯定する

立場と否定する立場とがあり、ドイツ民法は肯定説を選択したという⁽³⁰⁾。それ自体は無論妥当であるが、約束は契約の構成要素に過ぎないとする意識が一般化していたこの時期には、これはむしろ当然であり、申込の拘束力を正面から否定する立場はなかったのではない。理由書において否定説として紹介されているザクセン民法⁽³¹⁾のテキスト等を見ても、申込の拘束力を否定する議論が積極的に展開されているわけではない⁽³²⁾。肯定説と否定説との対立は、「対立」というより、議論が洗練された結果のように思われるが、この点についての検討は別の機会に譲りたい。

到達主義に関しては、事態はそれ程単純ではない。すなわち、約束が独立の債権発生原因であった時代には発信主義が原則であったが、約束が契約の構成要素とされるに及んで到達主義に大きく傾いた。それにもかかわらず、おそらく実際の取引上の必要性から、発信主義も残り、意思実現による契約の成立も理論化されるに到ったのである⁽³³⁾。現実の取引界においては、約束的発想が未だ残っていたのではない⁽³⁴⁾。

グロチウス以来の約束理論は、近代的な法律行為論の理論的なモデルを提供しつつ、契約理論の中にとりこまれていく。しかし、歴史的には、約束は、①契約とは別の経済的意義を持った債権の発生原因として、②契約の構成要素として等様な意味を持っていた。やがて①は贈与へ、②は申込へと発展し、結局、理論上は契約理論に吸収されていくのであるが、実際の取引においては、約束には、契約に吸収しきれない意義があるように思われる。⁽³⁵⁾ 本稿では、申込が約束に由来することを明らかにし、申込の拘束力、発信主義・到達主義や意思実現による契約の成立等において、約束理論と契約理論がどのように交錯しているかについて不十分な若干の考察を加えたに止まるが、なお、この観点からの研究を続けたいと思う。

(1) 遺言および広告(民法五七九条)があるが、これらは取引行為としては例外的なものであろう。片務的な行為ではないが、相手方に権利または権限を授与する単独行為としては、代理権授与行為や承役地所有権の委棄(民法二八七条)がある。その他民法が予定す

る単独行為には取消、解除および解約告知、相殺等があるが、これらは債権債務を変更または消滅させるものであり、債権債務を発生させるものではない。

(2) 申込は、承諾がなければ効果が生じないことを前提とする行為であるので、債権的な請求権すら発生しないことは当然であるように見える。しかし、申込者が、ただ「譲渡する」とのみ表示した場合においても、この表示は贈与契約の申込であり承諾がない限り債権的な請求権すら発生しないと解さざるを得ないが、これは、民法が約束という制度を予定していないためである。

(3) 曾野和明「契約関係発生の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——」北大三八巻五二六号一三四頁(昭和六〇年)は、申込を、「契約関係創設機能を相手方に付与する単独行為(一方的授権行為)としての法律行為である」とする。本稿の課題とも直接関係する興味深い指摘である。

(4) 川島武宜編・注釈民法(3)九頁(平井宜雄)(昭和四八年)。

(5) Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Auf., 1967, S. 295.

(6) Diesselhorst, Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen, 1959, 新井誠「ウィットマッカーにおけるグ

ロチウスの promissio 概念について——Promissio 概念と Geltungstheorie との内在的関連性に関する序章的考察——「民商八一巻二四〇頁（昭和四四年）、三号一八頁（同）、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——」一橋研究一四巻三号一〇七頁（昭和六四年）、四号一三一頁（平成元年）、大沼保昭「合意」同編『戦争と平和の法』二七七頁（東信堂、昭和六二年）がある。

(7) 以下では、一又正雄訳「グロチウス戦争と平和の法（昭和二四年）」を参照し、訳語も大体において同訳に従った。

(8) 大沼・前出注(6) 三〇〇頁の表参照。

(9) 大沼・前出注(6) 三三七頁は、グロチウスの約束理論は一般的な性格が強いことを根拠に、「約束があらゆる合意に共通する中核的要素である」という意味において、約束の拘束力に関する第二巻第一章の議論は、第一二—一五章、さらに第三巻第一九—二四章をはじめとする本書のその他の部分における合意にも一応妥当するものといえる」と言う。しかし、グロチウスはその旨明言していない。約束理論が契約にも及ぼされるべきものであるなら、それ程重要なことを述べないでおくであろうか（後述のヴォルフが、契約は一つまたは複数の約束よりなると明言していることと

比較されたい）。大沼教授自身、「グロチウスの約束論は合意の一般論として純化されていない。第一章の約束論は、たしかに約束一般の拘束力、有効性という形で、他の合意論にも妥当する一般論の意味をもつ。と同時に、それは、契約、誓約、条約などの他の約束形態と並ぶ、単なる（裸の）約束ともいえるべき一約束形態として、並列的に論じられるという面をも有している」（同三三八頁）ことを認められる。この叙述の後半部には、筆者も無論賛成である。しかし、約束理論が契約に妥当するかについては、グロチウスに明確な意識があったか疑問である。もっとも、グロチウスは双務的な約束を認めるので（第二巻第一章一五）、その限りで、約束と契約は重なる（第二二章七）が、これは、約束理論が当然に契約に妥当するということではない。現代的な視点からは、約束理論は契約の基礎をなしているという連想が働くのは無理のないことであるが、伝統的には、約束は、契約とは独立した別個の制度であったのではないか。

(10) 成立要件と有効要件（効力要件）との区別は、今日においても明確とは言えない。ましてグロチウスがこれを明確に意識していたとは思われないが、グロチウスは、一方的な行為である約束でも拘束力を生じることを強調する意図であったのであるから（第二巻第

一章)それだけで約束は成立し、承諾は約束が効力を生じるための要件であると位置付ける方がグロチウスの意図に沿うであろう。

- (11) Mascovius による復刻版(一九六七年)が Minerva 社から出ている。なお C. H. and W. A. Oldfather による英訳な Publication of the Carnegie Endowment for International Peace のシリーズの中に入っており、適宜参照した。

- (12) ヴィーアッカー(鈴木禄弥訳)・近世私法史(Wieacker, Nr. 5 の第一版の翻訳)三六八頁(創文社、昭和三十六年)から引用した。もっとも、この部分は第二版では削除されている。

- (13) Wieacker, Nr. 5, S. 307.

- (14) Wieacker, Nr. 5, S. 309. 新井誠「法律行為概念生成過程におけるプーフエンドルフの promissio 概念——ディーセルホストの分析に対する若干の疑問——」民商八四巻六号六四頁以下(昭和五十六年)。

- (15) プーフエンドルフの約束理論についての研究としては Disselhorst, Zum Vermögenssystem Samuel Pufendorfs, 1976, 新井・前出注(14)民商八四巻四号一四頁(昭和五十六年)・六号三六頁(同)がある。

- (16) グロチウスの体系とプーフエンドルフのそれとの比較として Disselhorst, Nr. 15, S. 42 ff.

- (17) Disselhorst, Nr. 15, S. 73 ff, 新井誠・前出注(14)八四巻六号三六頁以下参照。

- (18) Thomann による復刻版(一九六八年)が Georg Olms 社のヴォルフ全集に入っている。なおドイツ語による縮約版として Wolf, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, 1754. がある。約束については第二部第七章三七九に、承諾については第七章三八一に、承諾の到達については第七章四二五に、契約については第七章四三八に記述がある。

- (19) 推定という訳語もよくあてられる(例えば柴田光蔵・法律ラテン語辞典二七六頁(日本評論社、昭和六〇年)の praesumptio の項)。しかし、いわゆる「推定」の場合、推定する主体は法ないし裁判官であり、その効果は立証責任の転換であるが、ヴォルフの場合本文で述べるように、praesumere する主体は約束者であるし、その効果は、承諾の到達を不要とするもので、「予想」の訳をあてておいた。なお、前出注(18)に掲げたドイツ語版では vermuten となっている(第二部第七章四二五)。

- (20) 批判的立場として Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, 1873 (Neudruck 1969), S. 9 f., Schloßmann, Der Vertrag, 1876 (Neudruck 1980), S. 142 ff.

- (21) グロチウスは「双務的」と言い、プーフェンドルフは「条件付」、ヴォルフは「負担付」と表現しており、多少のニュアンスの差を感じないではない。
- (22) Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landesrechts, Bd. 2., 2. Aufl., 1842 (Neudruck 1987), S. 222.
- (23) Bornemann, Nr. 22., S. 241.
- (24) Bornemann, Nr. 22. は「意思実現による契約の成立(プロイセン一般ラント法第一部第五章八一条)には触れていない。
- (25) Bornemann, Nr. 22., S. 242. なお「同書は立法過程にも言及しているが(S. 242, not. 3)「それによると、当初の草案は「承諾期間の定めがない場合には八日以内に承諾されなければならないと規定していたが、承諾がされるまでは申込の撤回を許すべきであると批判された。そして、スアレスが「八日以内なら、承諾後でも申込者は撤回できるといふ妥協案を出したが、それでも「八日間の承諾期間は長すぎて申込者の立場を不安定にすると反対され、本文で述べたような形に落ち着いたようである。
- (26) 鈴木ハツヨ「フランス贈与法の特異性について」比較法学会編『贈与の研究』一四四頁(有斐閣、昭和三年)。
- (27) 山口俊夫・フランス債権法二三頁以下(東京大学出版会、昭和六一年)。
- (28) 山口・前出注(27)二五頁以下。フランスでの判例学説の詳細については Augner, Vertragsschluß ohne Zugang der Annahmeerklärung, 1985, S. 49 ff.
- (29) Siegel, Nr. 20, S. 53 ff. は「申込の拘束力を」申込の約束としての性格から根拠付けようとする興味深い試みである。しかし、本文で述べたように「約束が契約とは区別されていた時代においては「承諾前の約束は自由に撤回できるのが原則であったので、この議論には無理があるように思われる。むしろ「約束がその本来の性格を失い、契約の構成要素にすぎないものとなって初めて「契約成立に対する承諾者の期待を保護する必要があるのではあろう。
- (30) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 1., 1888, S. 164 ff. (Mugdan, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsch Reich, Bd. 1., 1899, S. 442 ff.)
- (31) その他に「チャーリット民法九〇五条「ヘッセン草案第四部第一章八一条が挙げられている。Motive, S. 165 (Mugdan, S. 443).

(32) 筆者が参照したのは、Schmidt, Vorlesungen über das in dem königreiche Sachsen geltende Privatrecht, 1869 (Neudruck 1986) であるが、契約は当事者の意思の合致のみによって成立し、特別な方式や原因は不要であることが述べられているだけであり (S. 377)、意思の合致が申込と承諾によって成立することについての記述はない。Motive が引用している条文は八一六条であるが (Motive, S. 165 (Mugdan, S. 443))、Schmidt のテキストの巻末の条文索引にも八一六条は挙げられていない。結局、申込の拘束力の問題は意識されていなかったのである。

(33) 当時のドイツ商法三二一条は発信主義をとる。これに対するドイツ民法起草者の批判は、申込者の側では、到達もしない承諾のために申込の撤回可能性が失われることを通常は望まないであろう、もし到達以前に契約が成立することを望むならその旨合意しておけばよい、と云うものである (Motive, S. 174 (Mugdan, S. 448))。この議論は、意思実現による契約の成立は、実務上の必要性に基づき、到達主義の例外であることを裏付けている。なお、ドイツ民法における意思実現による契約の成立の発達史をたどるものとして、Augner, Nr. 28, の研究がある。

(34) 日本民法五二三条一項は発信主義をとるが、速記

録によると、これは理論的な観点からではなく、各地の商業会議所の意見等を参考に実務的な観点から採用されたようである (法典調査会・民法議事速記録三 (商事法務研究会・日本近代立法資料叢書 3) 六三三頁以下)。これに対して到達主義を主張する富井政章の反論は主に理論的な観点からされているが、その中で、実務家の意見は五二六条二項 (意思実現による契約の成立) が適用されるべき場合が念頭にあるものが多いと指摘しているのは興味深い (同六九六頁)。

(35) 発信主義、意思実現による契約の成立においては約束的発想が残っていることは本文で述べた。債務引受や保証、手形の振出も約束の一種とも考えられよう。また、売買は契約であるとしても、その際の品質保証は約束であると構成できようし、約款論や契約締結上の過失等においても約束の理論が使える余地があるように思う。さらに、近年は契約成立過程に関する優れた研究が多く (例えば、河上正二『契約の成立』をめぐって——現代契約論への一考察) 判タ六五五号一頁、六五七号一四頁 (昭和六三年)、横山美夏『不動産売買契約の『成立』と所有権の移転』早稲田法学六五巻二号一頁、三号八五頁 (平成二年)、それらにおいては、一方では、諾成契約の原則は契約の成立時期を早め過ぎると批判され、他方では、契約の成立以前

当事者の法的責任が指摘される。一方の意思表示のみによって成立し、かつ、契約よりは拘束力の弱い約束概念は、ここにも活用の可能性があろう。なお、我妻栄・新訂民法総則二四四頁（岩波書店、昭和四〇年）は、「単独行為は契約ほど自由には認められない。他

人の意思に関係なくこれに義務を負担させることはできないからである」と言う。そうであるなら、自分が義務を負担する単独行為である約束は、もっと自由に認められてもよいのではないか。

（一橋大学専任講師）