

申込と約束——契約成立理論の発達——

滝 沢 昌 彦

一 序

1 はじめに

筆者は申込⁽¹⁾承諾による契約成立理論の発達の歴史に興味を持っており、本稿もその研究の一環である。契約は申込と承諾という二つの意思表示の一致によって成立し、一方的な債務負担行為のみでは債権は発生しないことは今日では当然のこととされ異論を見ない。しかし歴史的には必ずしも当然ではなく、これは近代自然法学の所産——言い換えれば近代的な合理主義によって債権発生原因が整理されたことの結果なのである。反面、債権発生原因の多様性が失われたことも否定できない。民法は一方的な債務負担行為を予定していないので契約の申込はあくまで「申込」に過ぎず、これを債務負担行為と解釈することは許されないのである。

しかし、翻って今日の法状況を見ると契約成立過程における当事者の責任が問題とされ（特にいわゆる契約締結上の過失）、この点における法の不備が指摘される。⁽²⁾ 論者の多くは相手方の信頼を惹起したことに基づく「信頼責任」を論拠とするが、これは契約には二つの意思表示の一致がなければならないという原則を前提とした議論であり、むしろ申込を一種の債務負担行為として解釈すれば解決できる場合も多いであろう。これはさらに契約の成否の判定や解釈でも問題になり得ようし、また、不当利得や不法行為等契約周辺の諸制度との機能分担にも関係しよう。これらの問題すべてにおいて、契約は二つの意思表示の一致であり一方的な債務負担行為には拘束力はないとしたことの「しわ寄せ」が顕れているように思われる。

本稿では右のような問題意識に基づき、申込⇨承諾による契約成立理論の発達史——特に一九世紀のドイツでの諸立法における展開を検討したい。しかし、その前に先ず筆者のこれまでの研究に依りつつ自然法学期における状況を概観し、併せて多少の補充をしたい。なお、以下では（原則として）双務的な双方行為を「契約」(Vertrag)・（原則として）片務的な単独行為を「約束」(Versprechen)と呼んで区別し、⁽³⁾ さらに、債務者が債務を負うことを承認する旨の意思表示を「同意」(したがってこれは約束の一種である)・債権者(受約者)が利益を享受する旨の意思表示を「承諾」と呼ぶこととする。また、当事者がある契約や約束に従わなければならないことを契約や約束の「拘束力」と言う。申込の「拘束力」(⇨撤回不可能性)と混同しやすいので問題はあがるが、敢えて右の不都合は承知の上でこの用語法をとった。誤解を招きやすいときにはその都度注記することとする。

2 近代自然法学

近代的な法律行為論はグロチウスの約束 (promissio) 理論に由来するとされる⁽⁴⁾。「戦争と平和の法」(一六二五

年)第二巻第一章)。グロチウスは約束を約束者の意思の表明と捉え、約束の効力の問題——例えば未成年者がした約束や錯誤・恐怖によってされた約束が拘束力を有するか否かをここから説明しようとしたが、これが現在の意思表示理論の原型となったからである。他方、グロチウスによれば、約束はそれが承諾 (acceptatio) されなければ効力を生じない⁽⁵⁾。これが、契約は申込と承諾の一致によって成立するという現代の契約理論へとつながっていくのである。

グロチウスが約束は承諾されなければ効力を生じないとしたのは、物權變動論からの類推に依る。グロチウスによれば、約束とは単なる意思の表示ではなく「本来の意味における權利を相手方に与えるべき意思の表示」であり、これは「所有權の讓渡に類似した効果をもつのである。ただしこれは物の讓渡、或は我々の自由のある部分の讓渡を招来するものであるからである。前者には与えることの約定、後者には行為することの約定が属する」(一又正雄訳(昭和二四年)による)⁽⁶⁾。他方、所有權の讓渡のためには「受ける側においては……自然法によれば、その受理の意思とその表象が必要とされる」⁽⁷⁾。したがって約束においても「約定が權利を移轉させ得るためには、この場合も、所有權の移轉の場合と同様、受諾が必要とされる」。なおグロチウスはこれに続いて、ローマ法上の *pollicitatio* は承諾がなくても完全な効力があるものではなく、相手方が承諾できるように撤回を禁じられていたのみであり、しかもこの効力(撤回不可能)は自然法上のものではないと述べている。承諾はそれが為されれば足りるのか(現代的には発信主義に相当しよう)、約束者が承諾を知る必要があるのか(到達主義)は約束の趣旨の解釈によるが、双務的な約束の場合には到達が必要となろうが、通常の(一々片務的な)約束の場合には原則として到達は必要ではない⁽⁸⁾。そして承諾がされる前なら自由に約束を撤回できる。未だ權利移轉の効果が生じてないからである⁽⁹⁾。

以上からもわかるように、ここで要求されているのはいわゆる「意思の一致」とは若干異なる。後述するようにグ

ロチウスは約束と契約 (contractus) とを意識して区別している。そしてグロチウスの約束理論は、単なる約束には拘束力はないとするフランソワズ・コナンの議論⁽¹⁰⁾に対抗して一方的な意思表示でも拘束力を有し得ることを強調したものであり、また、だからこそ近代的な意思表示理論のモデルとなり得たのである。ただ、権利を相手方に「押し付ける」わけにはいかないので承諾が必要とされているのに過ぎず、また、相手方が利益を受ける旨の意思があることが客観的に明らかになりさえすればよいので発信主義が原則とされているのであろう。⁽¹¹⁾したがってここでの承諾は、意思の一致をもたらすためのいわゆる「承諾」ではなく、第三者のためにする契約における「受益の意思表示」に近いものと理解できよう(むしろ「受領」と訳すべきではないかという——全く正当な——指摘もある⁽¹²⁾)。なお、Dollinger に関する議論から明らかのように、グロチウスが約束の撤回を禁止する効力(いわゆる「申込の拘束力」と「完全な力」(履行請求権の発生))とを区別していたことも注目に値するが、前者は自然法上の効力ではないとされた。したがって、承諾がされた後の撤回は許されないが、これは「申込の拘束力」の問題ではなく、約束が完全な効力を生じた後だからである。

右のような約束理論が近代的な法律行為論の原型となったことは事実であるが、グロチウス自身は約束と契約とを区別していた。前者は(原則として)片務的な行為であり後者は双務的な行為であって、例外的に負担付の約束が契約としての性格をも有し得るのみである⁽¹³⁾。そして、契約においては当事者の意思よりも当事者間の公平に重点が置かれている。つまり、約束理論は、法律行為一般の拘束力の根拠とされる程の普遍性はまだ与えられておらず、承諾が要求されるのも約束のみであり、契約の成立過程についてはグロチウスは何も述べていない。なお、グロチウスは約束概念を教会法から借用したとされ、⁽¹⁴⁾これはその拘束力の性質——約束を守ることは神に対する義務なのか相手方に対する義務なのか(後者が真の意味での「私権」であろう)を考える上にも興味があるが、筆者の能力を越え

る問題でありここでは深入りしない⁽¹⁵⁾。ただ、前述したようにグロチウスは約束を「本来の意味における権利を相手方に与えるべき意思の表示」と理解してはいたが、約束の拘束力自体が宗教的なものであるとすれば右に言う「権利」の性格にも影響しよう。

さて、グロチウスの約束理論はやがて契約一般の拘束力を根拠付けるために使われるようになるが、しかし、その使われ方は一様ではない。プーフENDORFは、約束 (Promissio) と契約 (pactum) に共通の要素として義務を負う者の同意 (consensus) が必要であると言い、未成年者がした約束・契約や錯誤・詐欺・恐怖によってされた約束・契約の効力を、このような場合の同意の効力の問題として論じる (「自然と諸国民の法」(一六八八年) 第三巻第五章以下)⁽¹⁶⁾。つまり、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て約束と契約に共通の要素とされたが、このように約束の拘束力と契約の拘束力には共通の基礎 (＝債務者の同意) があるとされたことは注目に値する。

そして、プーフENDORFによれば約束が効力を生じるためには、約束者の同意だけではなく相手方 (受約者) の「同意」も必要である⁽¹⁷⁾。これはわれわれの用語法 (一一〇頁) に従えば承諾であり、プーフENDORF自身承諾 (acceptation) と呼んでいる部分もある。同意とは債務者が債務を負う旨の承認であり承諾とは債権者が利益を受ける旨の表示であるので両者は性格が全く異なるものであり、それにもかかわらずプーフENDORFがこれを同一視していたことは、承諾概念の発達を考える上で重要な意味がある。なお、発信主義・到達主義の問題についてはグロチウスと同様に、かつ、グロチウスを引用しつつ、基本的には約束の解釈によるが原則としては到達は不要であり、例外的に、条件 (conditio) 付約束 (おそらく負担付約束ということであろう) のときには到達が必要であると言う。

クリスチャン・ヴォルフもグロチウスの約束理論の継承者の一人である (「科学的な方法により考察された自然法」

(一七四三年)第三卷第四章⁽¹⁸⁾。しかし、約束と契約には共通の基礎(Ⅱ同意)があるとしたプーフェンドルフとは異なり、直接に、約束を契約の拘束力の根拠とした点にヴォルフの特徴がある。約束理論に関しては、ヴォルフの説くところにそれ程の新鮮味はない。約束とは、物を与える、または何かをする意図の表示であり、相手方に(それを)履行するよう請求する権利を与えるものであるが、⁽¹⁹⁾そもそも承諾がなければ権利は移転しないので、承諾がない限り約束も効力を生じない。⁽²⁰⁾そして承諾があるまでは約束の撤回は可能であるが、承諾後はもはや撤回は許されない。⁽²¹⁾承諾が約束者に到達する必要があるか否かの問題は約束の解釈によるが、原則として、片務的な約束では不要とされるが負担付約束(promissio onerosa)では必要である。⁽²²⁾片務的な約束の場合には相手方が承諾することは予想されるので、約束者の意図としては承諾さえあれば(それが到達する前でも)約束が効力を生じる趣旨と理解できるが、負担付約束ではそうではないからである。

以上の点まではヴォルフはグロチウスやプーフェンドルフとほぼ同様であるが、ヴォルフの獨創性は、契約(pactum または pactio)とは一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(consensus)であると定義した点にある。⁽²³⁾したがって例えば売買契約は、物を与える約束とそれに対する承諾および金を払う約束とそれに対する承諾からなることになり、契約の拘束力は直接に約束の拘束力から導かれる。ただし、二つの承諾が実際にされる必要はない。ヴォルフは承諾が約束に先行することを認め、例えば「物を与えるなら金を払おう」という約束に対して、相手方が承諾して物を与える約束をしたときは、さらに承諾をしなくても最初の条件付約束が承諾になっていると言う(ヴォルフ自身は交換契約を例としている)⁽²⁴⁾。ここに到って現代的な申込Ⅱ承諾による契約成立理論がほぼ完成したと言えよう。

ここで、グロチウスからヴォルフに到るまでの歴史的経緯の意義についてまとめてみよう。元來約束と契約は別個

の債権発生原因でありそれぞれ異なる原理——約束では約束者の自発的意思、契約では契約当事者間の公平——に服していたが、右のような経緯を経て当事者の意思が両者に共通する基礎とされた。そして、未成年者のした約束や錯誤・恐怖によってされた約束の効力に関する理論がそのまま契約の基礎理論とされたのである。反面、当事者間の公平に基づく契約独自の原理（有名行為性・双務性・要物性）の意義はあいまいになり、また、このような「意思理論」が方式の自由への一つのきっかけとなったことも指摘できよう。⁽²⁵⁾ 契約法は全体として、いわゆる「契約自由の原則」へと大きく動いていくのである。

特にヴォルフの契約観は、契約法の歴史上重要な意味を持つと考えられる。それまでは、契約当事者の共通の意思である「合意」を取って分析しようとする試みはなされなかった。ヴォルフがこれを（一つまたは複数の）約束に還元したことは合意の本質に迫ろうとする画期的な試みであり、しかも、各当事者は自分のした約束に拘束される故に契約は拘束力を持つという説明は非常に分かり易い。契約を申込と承諾という二つの意思表示に分析して見る契約観はここに由来すると言えよう。しかし、このような「分析的」契約観は、それまでの契約観からは飛躍があったのではないかとの疑問も生じる。第一に、前述したように、約束理論において約束が効力を生じるためには承諾が必要であると考えられていたのは物権変動論からの類推に依るのであって、「意思の一致」が要求されていたのではない。したがって、約束者と受約者の関係は、元來は契約的結合とは異なるものであったと考えられる。第二に、双務契約を（それぞれ独立した意義を持つ）複数の約束に分解した点にも問題があった。これ以降理論家は、双務契約における対価的牽連性の維持に頭を悩ませることになる。以上のような疑問を残しつつ、しかし、ヴォルフの契約観はその後の立法に大きな影響を与える。以下、本稿の課題である申込⇨承諾による契約成立理論に對象を絞って、それを見ていることにしよう。

(1) これまでに発表したものとしては「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)、「申込概念の発達——約束と契約の交錯——」同一〇八巻一号四〇頁(同年)がある。なお、本稿は一九九二年度の私法学会における筆者の報告(一〇月一日)を基礎としたものである。報告要旨は私法五五号に掲載される予定であるが紙数が限られていることもあって充分なものではないので、本稿で補うこととした。なお、学会席上何人かの先生方から貴重なご教示を頂けたことを感謝したい。

(2) 契約成立過程に関する優れた研究は少なくないが、最近のものとしてとりあえず横山美夏「不動産売買契約の『成立』と所有権の移転」早稲田法学十六五巻二頁、三〇八頁(平成二年)、田谷俊・契約の成立と責任(第二版)(平成三年、初版は昭和六三年)、池田清治「契約交渉の破棄とその責任——現代における信頼保護の一態様として——」北大法学論集四二巻一号一頁、二号一四七頁(平成三年)、三号一頁、四号一頁、五号一頁、六号七二頁、四三巻一号六三頁(同四年)を挙げさせていただく。なお、河上正二「契約の成否と同意の範囲についての序章的考察」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)も広い視野を有し、興味深い指摘に満ちている。

(3) 英米法においても「約束」(promise)という語が用いられるが、これは、約因等をも備えた「契約」(contract)に対して「生の(唯の)合意」というニュアンスが強いようである(例——約束の禁反言)。本稿では一方向的かつ(原則として)片務的な行為を約束と呼ぶこととするので、これは厳密には promise と同じではない。しかし、promise においてもその本質は一方的な債務負担行為にあると思われる(「取引」としての contract に対し promise とは要するに何かを「請け合う」ことであろう)、本稿における約束と promise との間には密接な関係があると思われる。その説明は今後の課題としたい。英米法的な意味における約束に関する最近の文献として内田貴・契約の再生(平成二年)、特に一〇七頁以下がある。

(4) 川島武宜編・注釈民法(3)九頁(平井宜雄)(昭和四八年)。自然法学期以来の法律行為論の発達を検討した文献としては、Wiacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, Nanz, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, 1985, がある。グロチウスの約束理論に関する研究には、上記の他に Desselhorst, *Die Lehre*

des Hugo Grotius vom Versprechen, 1959, 新井誠「ヴァンブッカーにおけるグロチウスの *promissio* 概念について——*Promissio* 概念の 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（昭和五四年）、三号一八頁（同年）、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）、四号一三二頁（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。

- (5) Grotius, *De jure belli ac pacis*, II, § 11. 14. 同書の邦訳としては——本文でも引用した——又正確訳（昭和二四年）がある。
- (6) a. a. O., II, § 11. 4.
- (7) a. a. O., II, § 6. 2.
- (8) a. a. O., II, § 11. 15.
- (9) a. a. O., II, § 11. 16.
- (10) コナンの契約理論については小川浩三「F・コナンの契約理論（一）」北大法学三五巻七七五頁以下（昭和六〇年）。なお、コナンの議論はスナラグマを含まない約束には拘束力がないと言うものである。一又・前出注（5）四九三頁はスナラグマを「相互的合意」と訳すが、より正確を期するなら「双務的」とでもするべきであろうか。小川・同八〇八頁以下を参照する限り、（約因・原因に類似する）対価的出費を指すようでもある。
- (11) 一般的に、意思表示は意思の伝達を主な目的とする場合と意思を明らかにすること自体を主な目的とする場合があると考えられ、前者のときには到達主義が、後者のときには発信主義が妥当すると思われる。拙稿「一方的表示の効力発生時期——ウィーン条約の検討を通して——」一橋論叢一〇九巻一号五四頁以下（平成五年）参照。
- (12) 池田・前出注（2）四二巻四号二四頁。
- (13) Grotius, *Nr. 5*, II, § 12. 7.
- (14) 平井・前出注（4）九頁。

- (15) Diesselhorst, Nr. 4, S. 40 ff. および新井・前出注(4)八一巻三号一九頁以下は、グロチウスの理論における宗教的要素を扱っている。
- (16) プーフェンドルフの理論については注(4)に掲げたWiacker, Nanzの文献の他、Diesselhorst, Zum Vermögenssystem Samuel Pufendorf's, 1976, 新井誠「法律行為概念生成過程におけるプーフェンドルフの promissio 概念——ディーセルホルストの分析に対する若干の疑問——」民商八四巻四号一四頁(昭和五六年)、六号三六頁(同年)がある。
- (17) Pufendorf, De jure naturae et gentium, 1688, III § 6. 15.
- (18) ウェルフの理論については注(4)に掲げたWiacker, Nanzの文献参照。
- (19) Wolff, Jus naturae methodo scientifica pertractatum, 1743, III § 4. 361.
- (20) a. a. O., III § 4. 365.
- (21) a. a. O., III § 4. 596.
- (22) a. a. O., III § 4. 719.
- (23) a. a. O., III § 4. 788.
- (24) a. a. O., IV § 4. 880.
- (25) 方式の自由の発達史を検討する文献として小野秀誠「契約の成立における方式と自由(一)」商学論集(福島大学)五五巻三三四三頁(昭和六二年)がある。

二 近代ドイツ諸立法例の検討

一九世紀に入ると自然法学の成果が続々と法典化され、これが現在の各国の民法の原型となったことは周知の通りである。以下では、約束と承諾の理論がどのように受け継がれていったかをたどりたい。グロチウスもプーフェンド

ルフもヴォルフも偉大な思想家ではあるがいわゆる民法学者ではなく、彼らの著作も民法そのものについての論文ではなく、私人間の法律関係から始まって最後には国家論に至る一種の「社会契約論」であった。したがって、その契約理論も国家秩序を説明するための理論的なモデルを提供するという使命を負ったものであり、それだけに——理論的には整備されていても——どれ程取引実務の要請に合ったものであったか疑問がないわけではない。しかし、立法化にあたっては実務界の意見が反映されないわけにはいかないので、約束と承諾の理論がこれらの法典においてどのように受け継がれたかを検討することによって、この理論が実務にどのように受け入れられたかを伺うことができよう。

先ず指摘しておくべきことは、ヴォルフのように契約を相互の約束であるとす構成が全ての立法のモデルとなつたわけではないことである。例えばフランス民法（一八〇四年）はプーフエンドルフの同意理論を受け継ぎ、契約が有効であるためには債務者の同意（consentment）が必要であるとすのみであり（一一〇八条）、契約一般の成立要件としての申込や承諾という概念はない（契約各論の分野においては、例えば贈与は承諾されなければ効力はない——九三二条二項）。フランス法における申込・承諾概念は後になって学者が解釈論として持ち込んだものようである。⁽²⁾これに対し、ドイツでの大多数の立法——特にバンデクテン体系によるものはヴォルフの構成を採用し、さらに洗練させていった。筆者は、前稿では、その出発点と思われるプロイセン一般ラント法（ALLR）（一七九四年）とその到達点とみなしうるドイツ民法（BGB）（一九〇〇年）とを対比させて検討した。⁽³⁾簡単に要約するなら、ALLRにおける約束概念はBGBにおける申込にはば相当するが、その発達の過程において約束は独自の債権発生原因としての性格を失い契約の構成要素として「純化」されてきた。しかし、その反面、意思実現による契約成立の制度（BGB一五一条）が定められ、やはり、一方的表示によって債権が発生する余地が残されており、この限りで約束

制度の名残があると考えられる。本稿ではALRとBGBの他に、その中間期のオーストリア一般民法(ABGB)(一八一二年)、一般ドイツ商法(ADHG)(一八六一年)およびバイエルン民法草案(一八六一年から一八六四年)を検討してこれを確認するとともに、その他の問題点についても検討したい。まずは各立法においてこれらの問題がどのように条文化されているか見てみよう。

1 プロイセン一般ラント法(一七九四年)

同法は二部からなる膨大な法典であるが第一部第四章は「意思表示」と題され、続く第五章「契約」において契約の成立が扱われている。第五章の冒頭には契約(Vertrag)あるいは約束(Versprechen)の定義規定が置かれている。

第一条 権利の取得又は譲渡を意図する双方的な同意(Einwilligung)を、契約という。

第二条 他人に権利を譲渡する、又は他人に拘束される意思の表示を、約束と呼ぶ。

第三条 これに対し、何かをする意思の単なる表明(Außerung)は、まだ約束とはみなされない。

第四条 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(七八条以下)。

第五条 単なる誓約(Gelübde)は、単なる一方的な約束と同様、民法上は拘束力がない。

ヴォルフと同様に約束は契約の構成要素とされ(四条)、さらに後述する七九条)、かつ、承諾がない約束には拘束力がない旨明定されているのが注目される(五条)。

申込Ⅱ承諾による契約成立過程については「承諾 (Acceptation) について」と題された七八条以下に定められる。

第七八条 意思表示が有効となるための要件はすべて、約束の承諾 (Annahme) が有効となるためにも必要である。

第七九条 有効な約束が承諾されることにより、契約は締結される。

第八〇条 承諾が適切に表示された時が、契約締結時期にもなる。

第八一条 契約の承諾が前提になる行為は、明示の承諾と同様に扱われる。

第八二条 当事者の一方が要求 (fordern) 又は請求 (verlangen) し、相手方がこれに同意する (bewilligen) ときは、第一の側が特に承諾する必要はない。

七八条から承諾自体が一つの意思表示と理解されていることがわかるが、これはヴォルフにはなかったことである。約束は約束者が義務を負う (Ⅱ不利益を受ける) 表示であるからこそ未成年者のした約束や錯誤・恐怖によってされた約束の効力が問題となったと考えられ、そうであるなら、利益を受ける旨の表示である承諾にまで約束理論を及ぼす必然性はなく、事実、グロチウスもヴォルフもそのようには理解していなかった (前述したように (一三三頁) プーフェンドルフは承諾を受約者の「同意」と呼んでおり、約束と承諾には共通した性格があると考えていたようである)。A.L.R. 制定当時には意思理論がさらに進んで両者に共通する意思的要素が強調されて、その表示によって義務を負うか否かにかかわりなく「意思表示」として一括されるようになったのであろう (もっとも、後述するように双務契約の場合には承諾は (承諾者の側の) 約束をも含むので、この場合に承諾が意思表示の一種とされるのは当然である)。

契約の成立時期については発信主義が採用されている（八〇条）。ただし、後述するようである一定期間（承諾期間）内に承諾が到達しないときは約束の撤回が許されるので、承諾の到達が全く不要であるとする発信主義ではない。ヴォルフ等においても発信主義が原則とされていたが双務的な約束においては承諾の到達が必要とされていたので、ここにも自然法学との相違がある。この当時の発信主義には自然法学の時期における発信主義とは異なった意味があると考えられるが、この点については後述する。八一条は黙示の承諾と解されていたようであり、また「明示の承諾と同様に扱われる」という条文の表現からもそのように受け取れるが、意思実現による契約の成立をも含むのである⁽⁴⁾（黙示の意思表示が許されることについては既に第一部第四章五八条以下に規定がある⁽⁵⁾）。そして、八二条によりヴォルフの場合と同様に、双務契約においても現実には承諾が二つされる必要はなく、その代わり、各々の承諾は（各承諾者自身の）約束をも兼ねることになる。

第八四条 承諾が無条件かつ無制限でなければ、契約は成立しない。

第八五条 承諾に条件または制限がついているときは、約束者は申込を撤回できる。

八四条は当然のことであるが、八五条による効果（＝申込の撤回可能）がBGBのそれ（申込の失効——一五〇条二項（後述））とは異なっているので参考のために掲げた（言うまでもなく日本民法五二八条はBGBと同様の立場をとる）。やはり、ALLRの約束の方がBGBや日本民法での申込よりも、それ自体に債権発生原因としての性格をより強く持っているように思われる。

九〇条以下は承諾がされるべき時期——いわゆる承諾期間について定め、後述する一〇三条より、この期間内は約

束を撤回することが許されないことがわかる（いわゆる「申込の拘束力」）。そして九一条から九三条までは、約束者が承諾期間を自ら定めた場合について定めている。なお、九一条以下ではもはや約束という語は用いられず、全く同じ意味で「申込」(Antrag) という語が使用されていることも注目される。

第九〇条 約束の承諾が約束者を拘束するためには、適切な時期に承諾しなければならない。

九一条 申込者が、申込に対して表示をするための一定期間を定めたときは、相手方は、期間が完全に経過するまでは承諾することができる。

九二条 申込者が、申込に対する表示の時期を相手方の判断に委ねた場合でも、相手方が「表示を」遅延しているときは、承諾のための期間を自分で定めることができる（カギカッコ内は筆者が補った部分である）。

九三条 しかし、明らかにある特定の目的のために熟慮期間 (Bedenkzeit) が与えられたときは、目的が期間内に達成できるように期間を定めなければならない。

次に、九四条以下は当事者が承諾期間を定めなかった場合の規定である。現在の立法例（例えば BGB 一四七条や日本民法五二四条）に比べて条文の数も多く、かなり細かく定められているのが目を引くであろう。

九四条 承諾の期間が申込には全く定められていないときは、口頭の申込に対する表示は、申込と同時にしなければならない。

九五条 同じ地方 (Ort) にいる者の間で文書により申込をしたときは、それに対する表示は二四時間以内にならなければならない。

ければならない。

第九六条 隔地者間で文書により申込をしたときは、文書が通常に郵送されれば相手方の場所に届くであろう時期が考慮される。

第九七条 前条の時期の後、最初に行われる (fahren) 又は運ばれる (teien) 便により、申込に対して返事をしなければならぬ。

第九八条 しかし、第一の便により返事がされなくても、事故の可能性を考慮して、申込者は次の郵便日 (Posttag) まで待つ義務を負う。

第九九条 自分の使者を使って文書による申込をするときは、申込者は、同種の使者が異常な事故がなければ戻ってくるのに必要な最大限の期間を待たなければならない。

第一〇〇条 前条の期間内に使者が戻って来ないときは、申込者は相手方にその旨を通知するとともに、これ以上申込に拘束される意思があるかないか通告しなければならない。

第一〇一条 法人 (Corporation) や公共団体 (Gemeine) に対して申込をするときは、申込者は、規約に従って申込に対する決定がされ、それが申込者に知らされるのに必要な期間は、申込に対する表示を待たなければならない。

そして承諾時期に関する一〇二条、承諾期間が徒過した場合に関する一〇三条以下が続く。

第一〇二条 特段の明示の定めがない限り、承諾者が、自分の表示を申込者に知らせるのに必要なことをすべてした時に、承諾がされたものとする。

第一〇三条 しかし、前述九〇条以下に定められた、申込に対する表示のための期間が経過したときは、申込者は撤回 (zurückhalten) することができる。

第一〇四条 ただし、申込者は、対話者間では即時に、隔地者間ではすぐ次の便で、申込を受けた者に対して、申込を撤回する旨通知しなければならない。

第一〇五条 申込者が前条の通知を怠り、かつ相手方が実際には適切な時期に承諾を表示していたことが判明したときは、申込者は相手方に対して、契約履行の準備によってその間に生じた損害を賠償しなければならない。

一〇二条は意思表示の方法を定めるとともに、発信主義 (八〇条) を確認した規定であろう。一〇三条は承諾期間を経過した後は申込の撤回が許される旨定めるが、逆に言えばそれまでは撤回は許されないものと解される (申込の拘束力)。また、BGB一四六条によれば承諾期間が経過した後は申込は当然に失効するとされるが、ALRでは撤回が許されるのであり当然に失効するのではない (日本民法では、承諾期間が定まっているときは期間の経過とともに申込は当然に失効するが (五二二条二項)、そうでないときには一定期間は撤回が許されるものとして存続した後失効すると解されている)⁶⁾。そして撤回の通知を怠ったときは信賴利益の賠償責任が課されるが (一〇五条)、反面、信賴利益さえ賠償すれば承諾後でも撤回が許されることになる。これも自然法学とは異なる点であり、自然法学期においては一旦承諾されて効力が生じた約束を撤回する余地は認められていなかった。

以上がALRにおける契約成立過程の概略である。基本的にはヴォルフの契約観を受け継いで契約を約束 (あるいは申込) と承諾からなるものとしているが、いわゆる「申込の拘束力」を認めてそれが存続する期間 (≡承諾期間) についても規定しており、現在の一般的な立法例 (BGBや日本民法等) の原型は既に完成していると評価されよう。

ただし期間経過後または承諾に条件や制限がついている場合には申込は撤回可能となるのであって当然に失効するわけではなく、この点で、承諾があつて初めて意味を持つ現代の「申込」よりは、それ自体が債権発生原因であるが承諾がない限りは撤回が許される「約束」に近いものと言える。

2 オーストリア一般民法(一八一一年)

次に、ドイツ立法史上重要な法典としてオーストリア一般民法を検討する。基本的にはA.L.R.に似ており、契約を約束および承諾からなるものとするが(八六一条)、承諾期間に関する規定が簡略化されており、しかも期間が経過したときは申込が失効するとされている点が注目されよう(八六二条)。また、八六二条三文より、隔地者間での約束は承諾が約束者に到達しなければ効力が生じないことがわかるが、これは契約成立時期そのものを定めた条文ではなく、契約の成立時期については明文はない。

第八六一条 他人に対して自分の権利を譲渡する旨、すなわち、他人に何かを許し、若しくは与え、又は他人のため
に何かをし、若しくはしない旨を表示した者は約束をしたものとし、相手方がその約束を有効に承諾したときは、
両当事者の一致した意思によって契約が成立する。交渉が継続しており、約束が未だされず、又は事前にも事後に
も承諾されていない限り契約は成立しない。

第八六二条 約束の承諾のための期間が定められていないときは、口頭の約束は遅滞なく承諾されなければならない。
文書による〔約束の〕場合には、両当事者が同一の地方(〇三)にいるか否かに依る。承諾は、前者のときは二四
時間以内に、しかし、後者のときは返答に必要な時間の二倍以内にされ、かつ約束者に知らされなければならず、

そうでないときは約束は消滅する。確定された期間の経過前は、約束を撤回することは許されない。

第八六三条 意思の表示は、明示的に、言語や一般的に認められた記号によっても、又は黙示的に、諸般の事情を考慮して疑うべき合理的な理由を残さない行為によってもすることができ。

第八六四条 契約は、一方のみが何かを約束し相手方がそれを承諾したか、双方が権利を譲渡し相互的に承諾したかによって、「それぞれ」片務的または双務的となる。また、前者は無償で、後者は有償で締結されたことになる。

なお、八六二条以下は一九一六年に以下のように改正されている。⁽¹⁾

第八六二条 約束（申込）は申込者が定めた期間内に承諾されなければならない。そのような期間がないときは、対話者間で、又は電話で直接された申込に対しては即時に、それ以外の隔地者間でされた申込に対しては、遅くともその申込が適時に到達したことを前提にして返答が適時かつ正常に郵送されれば到達すると申込者が予期できる時までに承諾しなければならず、そうでないときは申込は消滅する。申込者の特段の意思が諸般の事情から明らかにならないときは、承諾期間中に当事者の一方が死亡又は能力を喪失しても申込は消滅しない。

第八六二a条 「承諾の」表示が承諾期間内に申込者に到達したときは、承諾は適時にされたものとする。しかし、「承諾が」延着した場合でも、申込者が、「承諾の表示が適時に発信されたことを知りうべきであり、かつ、それにもかかわらず（申込を）」撤回する旨を遅滞なく相手方に通知しないときは、契約は成立する。

第八六三条（二項を新設） 作為及び不作為の意味及び効果に関して、誠実な取引において通用している慣習（Gewohnheit）及び慣行（Gebrauch）が考慮される。

第八六四条 行為の性質又は取引慣行 (Verkehrssitte) によって承諾が明示に表示されることが期待されない場合において、そのために定められた期間又は諸般の事情より相当な期間内に申込に事実上応じたときは、契約は成立する。

新しい八六二条は承諾期間をより柔軟に改め、八六二a条は承諾が延着した場合を定めた。また、八六三条では表示の意味の解釈の基準が明記され、八六四条は意思実現による契約の成立を制度化したものと解される (旧八六四条は全く廃止された)。しかし、これらの改正は、とりあえず本稿で対象とする範囲 (一九世紀——BGB制定・施行まで) より後の時期のことである。

3 一般ドイツ商法 (一八六一年)

一般ドイツ商法もALRやABGBにはば準じているが、申込や承諾が何時まで撤回できるかについて規定が置かれ (三二〇条)、また、発信主義が明らかにされている (三二一条)。三二三条は商事取引に関する特則であるが、承諾を不要とする例外的場合についての規定として興味深いのでここに掲げた。

第三一八条 対話者間での商行為締結の申込に對しては、即時に表示〔承諾〕されなければならず、そうでないときは、申込者は、それ以上は申込に拘束されない。

第三一九条 隔地者間でされた申込のときは、申込者は、適時に発信された返答が後者〔申込者〕に通常なら到達すると期待される時まで拘束される。この時期を算定する際には、申込者は、申込が適時に到達したものと前提する

ことができる。

適時に発せられた承諾がこの〔前項の〕時期に遅れて到達した場合は、申込者が、その間または承諾到達後遅滞なく〔申込の〕撤回の通知をしたときは、契約は成立しない。

第三二〇条 申込の撤回が、申込よりも早く、又は申込と同時に相手方に到達したときは申込はされなかったものとする。

同様に、〔承諾の〕撤回が、その〔承諾の〕表示より早く、又はその表示と同時に申込者に到達したときは承諾はされなかったものとする。

第三二一条 隔地者間で交渉された契約が成立したときは、承諾の表示が郵送のために発信された時が、契約締結の時期として通用する。

第三二二条 条件または制限のついた承諾は、申込の拒絶であり、かつ、新たな申込であるものとする。

第三二三条 商人との間で委任（の申込）がされたが、委任者（とその商人）との間に取引関係があるとき、又はその者〔商人〕が委任者に対して委任の遂行を申し出たときは、その者〔商人〕は遅滞なく返答をする義務を負い、そうしないときは、その沈黙は委任の受諾として通用する。

この者〔商人〕が委任を拒絶する場合においてもその者〔商人〕が費用を償還され不利益を受けないで済むときは、委任者の費用で、委任とともに送付された商品その他の目的物を一時的に損害から守る義務を負う。

商事裁判所は、その者〔商人〕の申出に基づき、所有者が他の措置をとるまで、公の倉庫又は第三者の許でその品物を保管させるよう命じることができる。

4 バイエルン王国民法草案（債権法は一八六一年）

次にバイエルン王国民法草案をもってきたのは、ADHGBとの対比の素材として興味深い内容を有するからである。承諾期間や申込・承諾の撤回に関しては、バイエルン王国民法草案はADHGBとはほとんど同じでいくつかの規定は表現まで酷似しており（ADHGB三一九条、三二〇条とバイエルン王国民法草案債権法一〇条、一一条）、ADHGBの影響を伺わせる。それにもかかわらずバイエルン王国民法草案では到達主義が採用され（七条、八条二項）、さらに意思実現による契約の成立について①申込者が即時の履行を求めた場合（一二条）と②申込者が承諾の通知を不要とした場合（一三条）とに分け、比較的詳しい規定を置いている。そして、一二条と一三条は、申込者が履行ないし承諾を知らなくても契約が成立する場合、すなわち到達主義の例外として位置付けられている点にも注目したい。逆に言えば、このような例外を設けることによってはじめに、到達主義を採用できたのではなからうか。

第七条 債権契約は、特別の方式又は物の引渡が必要であるときを除き、給付に関する——双務的な債権契約においては給付と反対給付に関する——当事者の意思の合致が存在し、双方が知るときは、拘束力をもって締結される（元結（*perfekt*））。

第八条 契約締結に向けて申込（*Antrag*）がされ、その承諾のために一定の期間が定められた場合は、申込者は、対話者に対して申込をしたときと隔地者に対してしたときとにかかわりなく、その期間の経過まで申込に拘束され、明示的に撤回を留保しない限りそれを撤回することができない。

前項の申込（*Anerbieten*）の承諾は、期間経過前に申込者がその〔承諾の〕表示を知ったときのみ有効である。

第九条 承諾のための期間を定めないで對話者に対して申込がされ、その者が即時に承諾しないときは、申込者はそれ以上拘束されない。

第一〇条 隔地者間でされた申込 (Antrag) のときは、申込者は、適時に発信された返答がその者 (申込者) に通常なら到達すると期待される時まで拘束される。この時期を算定する際には、申込者は、申込が適時に到達したものと前提することができる。

適時に発せられた申込がこの (前項の) 時期に遅れて到達した場合は、申込者が、その間または承諾到達後遅滞なく (申込の) 撤回の通知をしたときは、契約は成立しない。

第一一条 申込の撤回が、申込よりも早く、又は申込と同時に相手方に到達したときは申込はされなかったものとする。

〔承諾の〕撤回が、その〔承諾の〕の表示よりも早く、又はその表示と同時に申込者に到達したときは申込の承諾はされなかったものとする。

第一二条 申込が、給付を即時に履行すべき旨の要求を含むときは、それに応じて適時に給付を実現することは、申込者がその実現を知ると否とにかかわらず、申込に対する拘束力のある承諾の表示があったものと同様に扱う。

第一三条 申込の性質および目的から、申込者が契約の成立に返答を求めず、相手方の承諾のみを期待していることが明らかであるときは、契約は、申込者が承諾を知らなくとも、承諾が明らかにされた時に締結されたものとする。

ちなみにザクセン民法 (一八六三年から一八六五年) も到達主義を採用しており (八一五条⁽⁸⁾)、この頃から諸立法において到達主義が優勢になったことを伺わせる。なお、ザクセン民法には意思実現による契約の成立の制度はない

が、意思表示は黙示でも不作為でもなし得ることとされ（九八条⁹）、これで処理されることになっていたと思われる。

5 ドイツ民法（一九〇〇年）

最後にドイツ民法の関連条文を掲げるが（川井健訳「法務資料四四五号」（昭和六〇年）による、ただし見出しは省略した）、その内容は日本民法五二一条以下とほぼ同様であり解説の必要はないであろう。これまでの諸立法と比較すると、申込の拘束力が明文化され（一四五条）、その代わり承諾期間経過後は申込は当然に失効することとされた点（一四六条）を指摘できよう。また、バイエルン王国民法草案では二つに分けて規定されていた意思実現による契約の成立がまとめられて一五一条になった。

第一四五条 他人に対して契約の締結の申込みをした者は、その申込みに拘束される。ただし、申込者が拘束されない旨を表示したときは、この限りでない。

第一四六条 申込みは、申込者に対する拒絶があったとき、又は次条から第一四九条までの規定により申込者に対する承諾が適時にされないときは、その効力を失う。

第一四七条 申込みが対話者に対してされたときは、承諾は、直ちにしなければならない。電話により直接した申込みについても、同様とする。

隔地者に対してした申込みに対する承諾は、申込者が通常の事情の下で回答の到達を期待することができる時までに、しなければならない。

第一四八条 申込者が申込みの承諾について期間を定めたときは、この期間内に限り、承諾をすることができる。

第一四九条 承諾の意思表示が申込者に延着した場合において、それが通常に配達されれば適時に申込者に到達すべきものとして発送され、かつ、申込者がこのことを知ることができたときは、申込者は、承諾の意思表示を受けた後、遅滞なく、その延着を承諾者に通知しなければならない。ただ、承諾の意思表示を受ける前に、あらかじめ、この通知をしたときは、この限りでない。申込者が前文の通知を遅滞したときは、承諾は、延着しなかったものとみなす。

第一五〇条 申込みに対して延着した承諾は、新たな申込みとみなす。

拡張、制限又はその他の変更を付してした承諾は、申込みの拒絶とともに新たな申込みをしたものとみなす。

第一五一条 申込者に対する承諾の意思表示が取引の慣習により期待されなるとき、又は申込者が承諾の意思表示を要しないとしておるときは、承諾が申込者に対して表示されなくても、契約は、申込みに対する承諾によって成立する。この場合において、申込みは、申込み又は当該の事情から推測される申込者の意思に従って定められる時に、その効力を失う。

以上に見たように、契約は申込と承諾によって成立するというヴォルフの説は一九世紀ドイツの諸立法法の基礎とされた。反面、右の例外とも考えられる制度が入り込んできたことも見過ごすことは出来ない。以下、契約成立過程におけるいくつかの論点について考察したい。ただし、これらの論点はそれ自体が大きなテーマであり、それぞれについて充分に検討することはできない。本稿では、むしろ、それらの間の関係に注目して考察したいと考えている。

(1) 一九世紀のドイツの諸立法法を検討した文献としては、前出一注(4)に掲げた Weacker 及び Nanz の著作の他に、プロ

ンイセン一般ラント法を扱ったものとして Dicher, Die Willenserklärung nach dem preussischen ALR "frei, ernstlich und zuverlässig", in: Beiträge zur Rechtsgeschichte, Gedächtnisschrift für Hermann Conrad, 1979, S. 85 ff., 下部雅亮・啓蒙的絶対主義の法構造——プロイセン一般ラント法の成立——(昭和四四年)、『新井誠』「法律行為生成過程におけるALRの役割——ディルヒャーの分析に対する疑問——」民商八六巻四号五六頁(昭和五七年)、『五号二九頁(同年)』がある。さらに本稿の課題である申込し承諾による契約成立理論の発達史に関するものとしては、Augner, Vertragsschluss ohne Zugang der Annahmeerklärung, 1985, が発信主義や意思実現による契約成立の制度の歴史を扱っており、本稿もこれに負っているが多い。また、Bühler, Die Entstehung der allgemeinen Vertragsschluss-Vorschriften im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1861, 1991, も一般ラント商法までの歴史を検討している。

(2) 山口俊夫・フランス債権法(三頁以下(昭和六二年))。

(3) 拙稿・前出一注(一)一〇八巻一四〇頁。

(4) Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landesrechts, Bd. 2, 2. Aufl., 1842 (Neudruck 1987), S. 241. ただし、直接八一一条には触れていない。なお、Augner, Nr. 1, S. 46, 参照。

(5) 第五八条「行為者の意図を確実に推定される行為は、黙示の意思表示 (Willensäusserung) とする。

第五九条 黙示の意思表示は、明示のものと同一効力を有する。

(6) 我妻栄・債権各論(上)六一頁(昭和二十九年)。

(7) この改正については、Augner, Nr. 1, S. 149 ff. 参照。

(8) 第八一五条 隔地者に対する意思表示は、その者に到達した時にされたものとする。その時まで撤回されたときは無効とする。

意思表示についての一般的な規定という体裁をとっているが、前後は契約に関する規定であり、契約が念頭に置かれていることは明らかである。

(9) 第九八条 意思表示は、明示的に、言語や理解され得る記号によっても、又は黙示的に、意思表示を推定させる表明や行為によってもすることができる。

三 契約成立理論の発達——各論点の検討——

1 発信主義

右に述べたところからも明らかのように、一九世紀のドイツにおいては大きく見れば「発信主義から到達主義へ」という潮流があった。ALR八〇条やADHG B三二一条は明示的に発信主義を宣言していたが(ABGBは明瞭ではない)、バイエルン王国民法草案七条、ザクセン民法八一五条およびBGB一三〇条は到達主義を採用しているのである。前述したようにグロチウス等の自然法学においても発信主義が原則とされていたが、これは片務的な約束である。前提としたようにグロチウス等の自然法学においても発信主義が原則とされていたが、これは片務的な約束である。前提とした議論であり、双務的な場合には到達主義が採られていた。したがって一九世紀初期の発信主義は自然法学の延長では捉えきれない面を持つが、彼らが自然法学をどのように批判したのかは不明である。

申込は承諾があつてはじめて拘束力を生じるものであるなら、申込者が承諾の有無を知らないうちに契約が成立するのは不合理に見え、発信主義は、申込⇨承諾による契約成立理論になじまないように思える。たしかに「承諾を発信すれば、それだけで客観的には意思は一致している」という説明も可能ではある⁽¹⁾。しかし、単に意思の内容が一致しているだけで申込者は一致があつたことを知らない状態——言わば主観的連絡を欠く意思の「一致」は、刑法における「片面的共同正犯」のようなものであり普通の合意と全く同一視してよいか疑問も残る(もっとも、申込者は承諾を期待しているので承諾の意思さえ明らかになれば足り、それが到達するまで契約の成立を遅らせる必要はない

とも言えよう)。このように、この問題は理論的には合意の本質論に関係するが、当時の議論においては主な関心はより実践的な側面にあったようである。

発信主義か到達主義かという問題は単に契約成立時期の問題にとどまらず、申込の撤回が何時まで許されるか（言うまでもなく発信主義なら承諾の発信時まで、到達主義なら到達時までとなる）、さらには通信の事故等による承諾の不着・延着の危険はどちらが負担するか（発信主義なら申込者、到達主義なら承諾者となる）という問題にも関連し、実践的にはむしろこちらの方が重要であろう。現在では申込の撤回可能性は申込の拘束力の問題とされ、発信主義・到達主義の問題は承諾の不着・延着の危険の負担に重点を置いて議論されているように思われるが、この当時は逆に、申込や承諾の撤回可能性が議論の念頭にあつた⁽²⁾。そもそも、前述のようにALRは契約の成立時期を承諾の発信時とするものの（八〇条）一定期間内に承諾が到達しなければ約束を撤回することが許されているので（一〇三條）、これは承諾の不着の危険を申込者に負わせるものではない。同様にABGBにおいても隔地者間では承諾が一定期間内に到達しない場合には契約は成立せず（八六二條）、ADHGBでも申込の撤回が許される（二一九條一項）。つまり当時の発信主義は承諾の到達を全く不要とするものではなく、申込や承諾の撤回が許される時期を確定するものであつた。そして、この観点からは発信主義の方が合理的である。到達主義に従って承諾の発信後にも申込の撤回を許すなら、例えば、ある物を売却する旨の申込を受けた者が承諾を発信した後すぐにその物を転売する契約をしたところ、承諾の到達前に申込者が申込を撤回したような場合に承諾者に不当な危険を負わせることになる⁽³⁾。他方、発信主義によれば承諾者の側も、承諾を一旦発信した後はたとえそれが到達する前でも承諾を撤回できないことになるが、これは右の危険に比べればそれ程の不利とは感じられないであろう。このような理由から初期の立法においては発信主義が採用されていたのであり、申込の拘束力や意思実現による契約の成立等の制度が整備されて初めて発

信主義から到達主義への転換が可能となったものと思われる。もっとも、ではなぜ一九世紀後半になって到達主義の方が優勢になったのかは必ずしもはっきりしない。到達主義を採用したBGB第一草案八七条⁽⁴⁾は申込者の通常的意思を根拠としたが、第二草案の段階では、意思表示一般についての到達主義(第二草案一〇七条一項)⁽⁵⁾と異なる規制をする必要はないし、また、すべての物権契約にまで発信主義を妥当させるのは難しいという理由から実質的には到達主義を採用することとし、しかし、右に述べたように意思表示一般について到達主義を定めた一〇七条があるので、契約の成立時期に関する規定は不要とされた。⁽⁷⁾ すぐ後に述べるように、一九世紀後半より意思表示一般について到達主義が主張されるようになったので、その影響が強いようである。

なお、右に述べたように発信主義に依るときは、承諾者の側も承諾の発信後はそれが到達する前であっても承諾を撤回できないことになる。しかし、到達前に承諾を撤回することは申込者にとっても特に不利益となるわけではないのでこれは必ずしも合理的ではなく、当時の発信主義支持者もこの不都合を指摘して立法による解決を示唆していた。⁽⁸⁾ そこでADHGBは発信主義を採用しつつも(二二一条)、承諾はそれが到達するまでは撤回できる旨を明文化して(三二〇条二項)、それとバランスをとるため申込もそれが到達するまでは撤回できるものとし(同条一項)、バイエルン王国民法草案もほとんど表現も変えずにこれを引き継いでいる(二一条)。おそらくこれ以来、意思表示の一般論としては——申込・承諾ではなく——到達主義が合理的であるとされるようになり、BGB一三〇条や日本民法九七条二項はこれを受け継いだものであろう。

申込の撤回についてさらに少く考えたい。申込者が申込を撤回することによって不利益を受けるのは承諾者であるが、やはり先ず問題になるのは承諾者が承諾を発信した後に申込者が申込を撤回することであり、右に述べたように発信主義はこれを封じる意味を持つ。次に、申込を受けた者が履行の準備を始めたり履行に着手したりした後に申

込者が申込を撤回した場合の問題があり、意思実現による契約の成立はこの場合に申込を受けた者を保護するための制度であろう。これに対して申込の拘束力は、承諾の発信や履行の着手の有無にかかわらず一定期間申込の撤回を禁ずる制度であり、また、発信主義や意思実現は契約を成立させるが、申込の拘束力は申込を維持させる（＝申込の撤回を無効とする）のであり契約を成立させるわけではない（實際上大差ないとも言えるが）。もっとも、現実には必ずしも右のように各制度の機能分担ができるわけではない。例えば、申込者の要求に従って履行に着手することを黙示の承諾と理解できるなら、発信主義は意思実現による契約の成立と同様の意味を持ち得ることになり、申込の拘束力も、承諾発信後または履行着手後の申込の撤回を封じる手段としても使い得る。おそらく発信主義が一番包括的な制度であり、そこから、より特殊な制度である申込の拘束力や意思実現による契約の成立が発達してきたのではないか——本稿の基本的な視点の一つはここにある。

2 申込の拘束力

一九世紀のドイツにおける申込の拘束力をめぐる諸立法・学説については既に紹介があるので（池田清治「契約交渉の破棄とその責任（七・完）——現代における信頼保護の一態様として——」北大法学論集四三巻一号（平成四年））詳しくはそちらを参照していただくこととし、本稿では右に検討した諸立法における申込の拘束力についての意味を考察したい。まず申込の拘束力については、申込を撤回しないと信頼させたことに基づく拘束力と信頼の有無にかかわらず一定期間続く拘束力とを一応区別することができるものと思われる。例えば、英米法では申込に拘束力はないとされるが、そこにおいても申込の相手方が申込を信頼して行動したときには申込の撤回が制限され、これが筆者の言う「申込を撤回しないと信頼させたことに基づく拘束力」である。英米法においては契約が拘束力を生

じるためには約因が必要であるところ、右の場合には申込を信頼した相手方の行動が約因（あるいは約因類似のもの）となることが多いのでこれは英米法になじみやすい発想であると言え、大陸法では意思実現による契約の成立として処理されるべきものが多いであろう。逆に、「信頼の有無にかかわらず一定期間続く拘束力」は英米法にはなじみが薄い、後述するように、これは承諾発信後それが到達するまでの間の拘束力という意味合いが強く申込の相手方に熟慮期間を与えるものではない。英米法においては隔地者間では発信主義が採用され承諾発信後の申込の撤回が許されない、このような拘束力は余り必要ないのである。このように申込の拘束力は、あるときは意思実現による契約の成立として、あるときは発信主義として機能しうるものであり、前者が筆者の言う信頼に基づく拘束力であり後者が一定期間続く拘束力である。

さて、一定期間続く・大陸法的な拘束力は右に見たように既にALRにおいて認められていた（九〇条以下）。前述したように自然法学期には約束は承諾されない限り撤回できるというのが原則であったのでこれは理論的には問題となったが、¹⁰⁾しかし、立法においては比較的すんなり受け入れられたようである（ABGB八六二条、ADHG三二一八条、三一九条、バイエルン王国民法草案八条ないし一〇条、BGB一四五条ないし一四八条——なお、一四五条はより強く申込の拘束力を認めたようにも読めるが、一四六条により一定期間継続後は申込は失効するのでALR等における拘束力とそう異なるものではない）。このような拘束力は期間が限られているのが特徴であり、①対話者間では即時（＝拘束力なし）、②隔地者間では相当期間、③申込者が承諾期間を定めた場合にはその期間とされる（ただし、ADHGには③の規定はない）。②における「相当期間」とは往復の郵便にかかる時間＋ α 位であり（ALR九六条ないし九九条、ABGB八六二条三文、ADHG三一九条一項、バイエルン王国民法草案一〇条一項、BGB一四七条二項）、承諾する側から見ればすぐに承諾しなければならず熟慮期間が与えられたわけではない。なお、

A L R の立法過程においてはスアレスが承諾期間を八日間とする提案をしたが、申込者を長く不安定な状態に置くことになるという理由で拒否されている。⁽¹²⁾この事実も、右の拘束力は承諾者に余裕を与えるためのものではないことを示しており、A L R 等における一定期間続く拘束力とは、隔地者間で契約を成立させるために最低限必要な時間の「ズレ」を埋めるための技術的なものに過ぎない。この程度の拘束力すら認められないのでは、承諾者が即時に承諾を発信したとしてもその間に申込者が申込を撤回してしまうかもしれないのは、承諾者が即時に承諾なものになるう（特に到達主義による場合）。そして、この程度の拘束力であったからこそ、原理的な批判は受けつつも諸立法において広く採用されたものと思われる。もっとも、右の③——申込者が承諾期間を定めた場合の拘束力の意義はこれに尽きるものではなく、申込を撤回しないと信頼させたことに基づく拘束力としての性格も持つ。

なお、期間が経過した後は、A L R 一〇三条、A B G B 八六二条によれば申込の撤回が許され、また、A D H G B やバイエルン王国民法草案も必ずしも明瞭ではないが同様の趣旨と解される（A D H G B 三一九条、バイエルン王国民法草案八条、一〇条参照）。これに対してB G B では申込が当然に失効するが（一四六条）、期間経過後に承諾が到達したときには新たな申込をしたものとみなされるので（一五〇条一項）実質的な差は少ない。要するにどちらの立法例によっても、期間経過後に承諾が到達したときは申込者は申込を撤回してもよいし、また、契約を成立させてもよいという選択権を有する。ただ、A L R 等の場合には申込者が撤回しない限り契約は成立するが、B G B の場合には申込者が新たな承諾をしない限り契約は成立しない。また、A L R 一〇五条、A D H G B 三一九条二項、バイエルン王国民法草案一〇条二項、B G B 一四九条は、承諾が適時に発信されたが通信の事故等により承諾期間に後れて到達した場合の承諾者保護のための規定を設けている。このようなとき、A L R によれば申込者は遅滞なく撤回の通知をしなければならず、そうしなければ承諾者が契約の成立を信頼したことによって被った損害を賠償しなければなら

ないが、ADHGBやバイエルン王国民法草案によれば申込者は即時に撤回の通知をしなければならず、そうしなければ契約が成立してしまい、BGBによれば、承諾が適時に発信されたことを申込者が知りうべきであるときは遅滞なく承諾が延着した旨通知しなければならず、そうしなければ契約が成立してしまう⁽¹³⁾。しかし、これら（期間経過後に承諾が到達した場合の処置）は当面の課題とは直接の関連性は少ない技術的な規制であるように思われる。

3 意思実現による契約の成立

意思実現による契約の成立を考える際には、黙示の承諾との関係に注意する必要がある。意思実現による契約の成立の例として、申込に応じて商品を発送したり代金を送金したりする行為が挙げられることもあるが、これらは黙示の承諾として構成することも可能であり、したがって、相手方への到達を予定しない行為——例えば送付された商品の消費や第三者に対する給付等が「固有の」意思実現であると言える。一九世紀前半のドイツでは意思実現による契約の成立は立法としては制度化されていないが、黙示の承諾に商品の消費等までが含まれて意識されていたように思われる⁽¹⁴⁾。そして右に見たようにバイエルン王国民法草案の頃から、例外的に承諾の到達が不要となる場合を規定する必要があるようになった⁽¹⁵⁾（一二条、一三条）。この点で興味深いのがBGBの起草過程であり、当初、第一草案八六条は次のように定めていた。

第一草案八六条 隔地者に対する契約申込は、申込者が許すときのみ黙示に承諾できる。このときは、承諾が効力を生じるために申込者が承諾を知る必要はない。

申込者が申込において即時の給付を求め、又は申込者が返答を求めず承諾のみを求めていることが申込から明ら

かであるときには、申込者は黙示の承諾を許しているものとする。(三項、四項は省略)

同条二項が定めている「申込者が申込において即時の給付を求め、又は申込者が返答を求めず承諾のみを求めていることが申込から明らかであるとき」はバイエルン王国民法草案一二条、一三条が想定している場合に対応するが、第一草案八六条はこれを黙示の承諾と構成し、かつ、このときには承諾の到達は不要であるとしている。これに対して黙示の承諾と到達を要しない承諾とは別であるという批判がされ、第二草案の段階ではば現行BGB一五一条のように改められた⁽¹⁶⁾。この経緯からもわかるように現在われわれが意思実現による契約の成立として論じている事例群は、一九世紀ドイツでは当初は黙示の承諾と意識され、同世紀の後半になって承諾の到達が不要となる場合と構成されるようになったのである。これは、より緻密な分析がされるようになった結果でもあろうが、一九世紀前半には発信主義が優勢であったことにも関係しよう。発信主義の下では到達を要する承諾と到達を要しない承諾とを区別する意味は少ないので、商品の発送も送付された商品の消費も「黙示の承諾」として一括されたのであろうし、逆に、到達を要しない承諾をも承諾に含めて考えていたので発信主義が妥当であるとされていたという面もあったのではないか。バイエルン王国民法草案の検討が明らかにしたように、到達主義が採用されてはじめて、これらは到達主義の例外であることが意識されたのである。

バイエルン王国民法草案では二つの条文であったものがBGBでは一つにまとめられたことからわかるように、意思実現による契約の成立という制度は①相手方の求めに応じて履行する場合と②相手方の送付した商品を単に受領する場合の二つを念頭に置いている。①は履行者の利益保護を目的としており(報酬を請求できる)、②は申込者の利益を考えている(代金を請求できる)点に差があるとされるが、これらはどちらも承諾の到達が不要である場合と

して一括されている。しかし、ここでは「承諾」が問題なのではなく、これらは履行々為・受領行為という「行為」によって契約が成立する場合と考えるべきであると思われる。前者は、現代的には契約締結上の過失論に、後者は事実的契約関係論に通じるものがあると考えられるが、⁽¹⁷⁾この点については章を改めて検討しよう。

- (1) Borenemann, 前出 II Nr. 4, S. 246.
- (2) Wening, Über den Zeitpunkt der Gültigkeit eines unter abwesenden geschlossenen Vertrags, ACP 2, 267, 1819, v. Scheurl, Vertragsabschluß unter Abwesenden, Jahrb. f. Dogm. 2, 250, 1858, 参照。
- (3) Wening, a. a. O., S. 267. の例に依る。
- (4) 第一草案八七条 契約申込の承諾の時に、契約は成立する。
表現からは明らかではないが、これは到達主義を採用したものである。Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1888, S. 174 (Mugdan, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, S. 448).
- (5) a. a. O.
- (6) 第二草案一〇七条一項 隔地者に対して発信した意思表示は、その者に到達した時に有効となる。(その時より)前に、又は同時に撤回が到達したときは、その意思表示は効力を有しない。
- (7) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1, 1897, S. 179 ff. (Mugdan, S. 694).
- (8) v. Scheurl, Nr. 2, 272.
- (9) 例えば第二次リステイメント八七条二項によれば、このような場合、申込はオプション契約としての効力を有する(松本恒雄訳・民商九四卷五号二一〇頁(昭和六一年)による)。

第八七条 オプション契約

② 申込が、承諾の前に、実質的性質をもった作為または不作為を被申込者の側において誘因することを申込者が合理的に予期すべき場合で、かつ、実際にそのような作為または不作為を誘因した場合には、その申込は、不公平を避けるのに必要ない程度においてオプション契約としての効果をもつ。

そして、申込がオプション契約とされると、その撤回は効力を有しないのである。

第三七条 オプション契約 (option contract) の下での承諾権能の消滅

第三八条―第四九条に定める準則にもかかわらず、オプション契約の下での承諾権能は、拒絶もしくは反対申込、撤回、または申込者の死亡もしくは無能力によっては消滅しない。ただし、契約上の義務の消滅 (discharge) のための要件が満たされる場合は、この限りでない。

なお、動産の国際売買に関するウィーン条約一六条二項 b (一九八〇年) は、右と同じことを以下のように表現する (曾野和明・山手正史・国際売買法 (平成五年) による)。

第一六条 (2) しかしながら、申込は、次のいずれかの場合には、取り消すことができない。

(b) 被申込者が、申込を、取消不能のものであると了解したのが合理的であり、かつ、被申込者がその申込に信頼を置いて行動している場合。

(10) これについては池田・前出―注 (2) 四三巻一号三頁以下参照。

(11) 起草過程では、申込者が承諾期間を定めた場合の規定を設けようという案もあったが否決された。Protokolle der Commission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches, hrsgg. von J. v. Lutz 1857 (neu hrsgg. von Schubert, 1984), S. 567. さつぽ細かく定める必要はないとごう趣旨ひま。たふつひる。Bühler, 前出―Nr. 1, S. 167.

(12) Bornemann, 前出―Nr. 4, S. 242, note 3.

(13) 理由書によれば、承諾が延着した旨の通知の懈怠それ自体の効力としては信頼利益の賠償責任とも考えられるが、それで

は取引上不充分であると言つて。Motive, S. 175 (Mugdan, S. 448).

(14) A L R 八一一条に関する判例として Augner, 前出 | Nr. 1, S. 44.

(15) B G B 一五一一条の起草過程に関して Augner, 前出 | Nr. 1, S. 117 ff.

(16) Protokolle, S. 177 ff. (Mugdan, S. 692 f.).

(17) スイス法に關しての記述であるが Augner, 前出 | Nr. 1, S. 147. 参照。

四 結語

1 理論的考察

先ず、ここまでの成果をまとめてみよう。契約は申込と承諾の一致によって成立するという現代の契約成立理論は、自然法学において約束は承諾されなければ拘束力を生じないとされたことに端を発する。しかし、その当時の約束は契約とは別の独自の債権発生原因であり、また、約束は承諾がない限り全く無意味であるとされていたのではなく、承諾されるまでは撤回することが許されると理解されていたのである(約束は原則として片務的な行為なので撤回の余地を認めたかったのであろうか)。つまり、約束が最終的に効力を確定するための要件として——物權變動論からの類推により——受約者がその約束を受け入れるか否かが問題とされたのであり、現代的な意味での「意思の一致」が要求されたのではなかった。しかし、ヴォルフが契約は一つまたは複数の約束よりなるとして以来約束は契約の理論的基礎とされ、それ以前は「一致した意思(共通の意思)」と理解されていた契約は「意思の一致」として構成されるようになる。これはそれまでの契約觀を変えるものであると同時に(承諾さえあれば等価性・方式等を備えてい

なくとも契約は成立する)、約束を債権発生原因から追放することでもあった(承諾がない限り債権は発生しない)。この契約観は一九世紀ドイツの諸立法の基礎とされたが、他方で、その例外とも考えられる発信主義・申込の拘束力・意思実現による契約の成立等の諸制度が発達した。これらの諸制度は、承諾発信後到達するまでの間あるいは(承諾到達前に)履行に着手した場合等を想定したものであり、この問題は単なる一方的な約束には拘束力はないとしたための不合理であったとも言える。当初は主に発信主義によって問題の解決が図られていたが、やがて、承諾が到達するまでの間の申込の撤回を封じるためには申込の拘束力が使われ、履行々為があった場合等のためには意思実現による契約の成立の制度が使われるようになり、よりきまやかな対応がされるようになった。申込の拘束力は承諾が(最終的には)到達することを前提にしたものであるが、それ以外の諸制度——特に意思実現による契約の成立——は、意思の一致がない限り債権は発生しないとする原則へのアンチテーゼであり、一方的な意思表示(+ α)によって債権が発生する余地を認めている点で約束制度の名残であるとも考えられる。

右に「+ α 」と書いたが、確かに意思実現による契約の成立は承諾と解される行為の存在を前提としているので、表面上は承諾を不要とするものではない。しかし、右の歴史的経緯からわかるようにいわゆる「意思の一致」が要求されているのではないと考えられ、だからこそ承諾が到達しなくても、すなわち、申込者が一致の有無を知らなくとも拘束力が生じるのである。では「+ α 」の本質は何か? 右に述べたように意思の一致に向けた承諾の意思が問題なのではなく、申込に応じて商品を受領したり履行を開始したりする「行為」に意味があるように思われる。前者の場合は商品を受領した以上代金を支払うべきであり、後者の場合も申込に応じて履行をした以上報酬を求める権利が発生し、意思の一致は不可欠の要素ではあるまい。意思的要素としては、商品を受領するよう、またはある行為をするよう呼び掛けた申込者の側の一方的な約束のみが本質的であると思われ、受領する意思や履行をする意思も問題と

なりうるが、これは意思の一致に向けた承諾意思ではない（なお、現在の契約理論を前提とする限り申込とは「承諾があつてはじめて拘束力を生じる意思表示」と定義せざるを得ないので、このような申込はもはや申込とは呼べない。以下では、右のような一方的な約束をも含めた広い意味で「申込」という語を使うこととする）。

前述したように、送付された商品を受領・消費した場合と申込に依じて履行した場合とで利益状況は大分異なっている。前者の場合は第一には申込者の利益を保護しているのであり（代金を請求できる）、商品を受領・消費した以上その対価を支払うべきという点に根拠があるので不当利得の返還に近い性格を有する。もともと、送付された商品の受領後はもはや申込の撤回（＝商品の返還請求）は許されないという点では被申込者の保護という面もある。このような場合については、事実上の提供に依じて商品やサービスを受領したときに契約の成立を認める事後的契約関係論も主張されるが、不当利得や事後的契約関係論に拠る限り商品の送付やサービスの提供自体は一方的な意思表示である点が正しく評価されないように思う。契約的な意思の一致はないが、やはり（一方的なものにせよ）意思表示が当事者間の関係の端緒になっているので法律行為的な処理が妥当なのではなからうか。例えば、商品やサービスの提供自体は一つの意思表示なので民法九三条以下の適用の可能性があろう。後者の場合には被申込者の利益が図られており（履行を開始した以上報酬を請求できる）、申込者からの要求に依じて行為をした以上それを無駄にさせては不公平になる点に根拠が求められ、信頼に基づく不法行為責任に近いものと考えられる。近年このような場合については契約締結上の過失論も盛んに主張されるが、「信頼」を根拠とするよりもむしろ申込者の側の「約束」を問題として、不法行為よりも契約（に類似したもの）として処理（約束違反と構成）できるものも多いように思われる。申込に依じて履行々々を「現実」にした場合が保護の対象となるので、これは、契約違反のときと異なり当然に履行利益を保証するものではない。すると、不法行為法による保護と大差ないように見えるが、前述の場合（商品の受領・

消費」と同様に申込自体は意思表示として処理する方が妥当であろう⁽³⁾、また、信賴自体に基づく損害を問題にするより、申込に「応じて」行動した結果生じた損害を問題にした方が、賠償されるべき損害の範囲をより適切に確定できるように思われる（信賴自体に対する責任も考えられるがこれは不法行為として構成すべきであり、いわゆる契約締結上の過失とされる事例の多くでは、単なる信賴というより相手方の要求に応じて行動した場合が問題となっているように思われる⁽⁴⁾。すると、賠償されるべき損害の範囲もそれに応じて限定されるのではなからうか）。

2 日本法への示唆

本稿は歴史研究を主たる目的とし日本法の解釈を直接扱うものではないが、とりあえずここまでの成果の解釈論としての可能性を考えてみたい。今まで述べてきたように契約は申込と承諾の一致によって成立するという原則は、意思実現による契約の成立等の例外を認めることによってはじめて採用され得たのであり、このことは、実際上の取引における申込はいわゆる「申込」——つまり承諾があってはじめて拘束力が生じる表示（「このような条件でどうでしょう」のみではなく、一種の「約束」——例えば「商品を送ってくれるなら代金を支払いましょう」という単独行為であることも多いことを意味する。裁判等で問題になることは少ないが、隔地者間での商品売買等はむしろこの型の取引の方が多いのではなからうか⁽⁵⁾。このような場合には、その申込に応じて商品を発送すればそれだけで債権債務が生じ、「意思の一致」があったか否かは重要ではない。根拠条文としては民法五二六条二項の定める意思実現による契約の成立が、元来は正に右のような場合を想定したものであったことが指摘できよう（このような関係をも「契約」と呼ぶか否かは用語の問題に過ぎないが、通常の場合に基づく契約とは区別して考えるべきであろう）。同条は、文理上は承諾の「通知」を要しないとただけであり承諾そのものを不要としたわけではないが、同条の言う

「承諾ノ意思表示ト認ムヘキ事実」とは送付された商品の受領・申込に応じた履行等を典型例としているので、意思の一致に向けた「承諾意思」の存否は本質的ではないと考えられる。しかし、少なくとも申込者の側の一方的な意思表示を要する点で不法行為の問題とも區別される。具体例としては前述の隔地者間での商品売買の他、制作物供給契約・(一部の)委任等定型的で、かつ、一方のみが何かをし、相手方はそれに対して報酬を支払うのみという場合が多いであろう。これに対して、それ程定型的ではなく両者の協働を必要とする場合は、一方的な約束で債権債務が発生するとは考え難く本当の「合意」が必要となる。五二六条二項を約束を認めた制度と解することによって事実的契約関係や契約締結上の過失が問題とするいくつかの事例の解決も可能となると考えられるが(前記)、細かいツメは今後の課題とさせて頂きたい。

前述のようにこの場合は受領行為や履行々々等の「行為」があれば足り、この意味で五二九条の懸賞広告に似た面もある。承諾は単に不要であるのみならず、承諾があってもそれに重大な意味を与える必要はないのではない。例えば厳密には申込と承諾が一致していなくとも、右のような行為があれば契約は成立したものとして処理した方がよいことであろうし、承諾があっても受領行為や履行々々等がない段階では契約の拘束力を弱く考える——例えば信賴利益を賠償すれば申込の撤回が許されるとする余地もあろう。さらに約束違反の効果に関しても、前述したように、申込に応じた行為が現実には撤回が許された場合を保護の対象とするものである以上そのような行為によって生じた損害(結局信賴利益か)を賠償させれば足り、当然に履行利益を保証するものではない。片務的な約束では無論のことであるが、双務的な場合においても受領行為・履行々々がない段階では(懸賞広告と同様に)その撤回を認めてもよいであろう。このとき、履行の準備を始めていた場合等の問題も考えられるが、申込に「応じた」行為であったか否かの判断によって解決されよう。

残された課題も多い。そもそも日本法の解釈論の展開が、ここまでの成果のまとめとしても不十分であるし、比較法としても本稿はドイツ法の歴史の一部を扱ったのみであって、約束に関するは英米法等をも検討の対象としなければなるまい。⁽⁸⁾また、受領行為・履行々々等による債権関係の成立は約束が元来持っていた広い領域の一部にすぎず、その他債務負担・保証等の分野でも約束概念の応用を考える余地がある。右のようなことに留意しつつ、約束概念が取引上どのような意味を持ちうるか、なお研究を続けたいと考えている。また、契約類似の概念は他にもいくらでもある(合意、同意、取決め等)。これらは現行法上は契約と同義なのであるが元来は別々の広がりを持った概念であったと考えられ、それらをすべて(申込と承諾の一致という意味での)「契約」として一括することに問題はなにか、さらに検討する余地もある。

(1) 事実的契約関係論に関する最近の文献として五十川直行「いわゆる『事実的契約関係理論』について」法学協会雑誌一〇〇巻六号八八頁(昭和五八年)がある。ただし、事実的契約関係と意思実現による契約の成立につき著者は、意思実現による契約の成立は承諾の意思表示が存在することを前提にしているので事実的契約関係とは別であるとすることが(同一五九頁)、本文で述べたような歴史的経緯から見ると、意思実現においても承諾意思の有無は本質的ではない。とすると、意思実現による契約の成立は、まさに事実的契約関係論が問題にしている場合を想定していたと考えられる。ところが商品の受領・消費という行為を承諾の一種と解し、これを「承諾はあるが申込者には知られない場合」と位置付けたために事実的契約関係論のような理論が必要となったのであろう。

(2) 文献は数多くあるが、とりあえず前出(1)を参照していただきたい。

(3) 事実的契約関係論や契約締結上の過失論、さらには意思実現による契約の成立をめぐる議論においても、相手方の提供・

- 要求に応じた側の行為については論じられるが、そもそもその発端となった提供・要求そのものの性格（意思表示か否か、独立した法律行為かその構成要素に過ぎないか）に関しては十分に議論されていないように思う。同様の問題を指摘するものとして池田・前出一注（2）四二巻五号四一頁。筆者は、これを「約束」という単独行為と考えたいのである。
- （4） 例えば最判昭和五六年一月二七日民集三五卷一三三五頁（工場誘致拒否事件）、東京高判昭和五二年一〇月六日判例時報八七〇号三五頁（大学院神学科廃止事件）等。無論「単なる信頼」が問題となったケースも多い。
- （5） 民法五二三条一項（発信主義）の起草過程において、富井政章が、発信主義を妥当とする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（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）六九六頁（昭和五九年））。
- （6） 双方の約款が食い違っている場合のいわゆる「書式の戦い」も、このような観点から扱えないだろうか。「書式の戦い」については石原全「商取引における契約の成立と契約内容——『書式の戦い』について——」民商法雑誌八五巻五号六〇頁（昭和五七年）。
- （7） 河上・前出一注（2）四七二号四六頁がクーリング・オフ等を論じて「さらに進んで、満足がいかないものであれば、場合によっては事業者側に落度がないときにも、有償で契約的拘束から解放することも考えてよく、これは、契約成立の『買取り（下取り？）』を意味する」と論じているのは、この意味で興味深い。
- （8） 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——」北大法学論集三八巻五〇六号一三五四頁（昭和六〇年）は英米法的発想から、申込は「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。また、一方的約束に関しては北欧法も検討に値しよう（この点は国学院大学・新井誠教授の御教示による）。おそらく北欧法は英米法よりも英米法的特徴を残しており、契約成立に要求される意思の一致に関しても大陸法より柔軟な発想を持っているように思われる。