

申込概念の発達——約束と契約の交錯——

滝 沢 昌 彦

一 序

前稿において筆者は、契約の構成要素である申込が、契約とは異なる「約束」(Versprechen)に由来することを指摘した⁽¹⁾。約束とは(原則として)片務的な単独行為であり、元来は契約とは別個の債権発生原因として独自の理論を有していたが、自然法学者——特にクリスチャン・ヴォルフが、契約の拘束力を説明するために、契約は(一つまたは複数の)約束およびそれに対する承諾によって成立するとしたのである。これが、契約は申込と承諾によって成立するという理論へと発展していくが、その過程で約束理論は法律行為論や契

約理論に吸収され⁽²⁾、独自の債権発生原因としての約束概念は消滅する。こうして債権発生原因は整理され、その代償としてその多様性が失われたが、これには無理があったのではないか——これが前稿以来の筆者の問題意識である。

前稿では自然法学者の諸著作に続いて、プロイセン一般ラント法(ALR)(一七九四年)他の諸立法にも多少言及したが、全く不十分なものであった。そこで本稿では、前稿を補充するため、ALRにおける約束概念を、ドイツ民法(BGB)(一九〇〇年)における申込概念と対比させて検討し、約束が申込へと発達する過程の一端なりともを解明したい。

先ず、それに先立って、自然法学期における約束概念を要約しておく。⁽³⁾

① 約束は一方的な意思表示であり、双方向的な合意を含む契約とは区別される。なお、前述のように、ヴォルフは、契約は（一つまたは複数）約束よりなると解する。⁽⁴⁾

② 約束が効力を生じるためには、相手方が約束を承諾する必要がある。

③ 約束は、宣誓等によって強化されていない限り、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。

④ 承諾は、原則としてなされれば足りるが（発信主義）、例外的に、双務的な約束のときには到達が必要とされる（到達主義）。

ALRにおける約束概念は、基本的には右のような伝統を受け継いでいる。

二 約束（申込）

1 効力

ALRにおいては、約束は、それが承諾されれば契約が効力を生じる（ALR第一部第五章四条、七九条——なお、末尾にALRとBGBの関連条文の訳を掲げたので参照されたい）。BGBにおいても、明文はないが、申込が承諾されれば契約が成立する。この点で、ALRにおける約束とBGBにおける申込はほぼ対応するが、以下のような差もある。

ALRにおいては、約束は、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定義されるので（二条）、売買契約のような双務契約には約束が二つ必要となる（目的物の所有権を移転する約束と代金を支払う約束）。そして、約束は約束者の負う債務のみを内容とするので、右の例からもわかるように、双務契約においては、それぞれの約束の内容は、契約内容の一部しか表現していない。その代わり、約束は、契約類型に縛られない無名行為である（二条参照）。

これに対し、BGBにおける申込は、債務を負担する旨の意思表示という性格は薄れて契約締結への提案としての意味しかないので、双務契約においても、申

込は一つで済む。その代わり、それは、契約内容の構成要素をすべて含んでいなければ効力を生じない(右の売買契約の例では、目的物の所有権移転と代金の支払とが最低限必要である)。そうでないときは、拘束力がない(II撤回可能な)申込となるのではなく、そもそも申込としての効力がないのである。なお、この点に関してBGB第一草案七八条は、契約が効力を生じるために必要とされる契約内容の最低限度——いわゆる契約の「要素」——を法定し、八〇条は、七八条を受けて、申込は最低限「要素」を含まなければ申込者を拘束しないと⁽⁵⁾していた。現行の一五四条、一五五条は、契約が効力を生じるために必要とされる契約内容の最低限度を当事者の意思に委ねている。この変更は第二草案の段階でなされたが、しかし、第一草案の内容を実質的に変更する意図はなかったようである。⁽⁶⁾したがって、BGBにおける申込は、最低限、当該契約類型に要求されている「要素」をすべてふくんでいなければ効力を生じないと解するべきであろう(もちろん無名契約をみとめないわけではない)。

右のように約束は申込とは性格が異なっているが、ALRにおける約束は、申込に接近する面も持つ。前述のように、売買契約のような双務契約では約束が二つ必要となるはずであるが、現実には、目的物の所有権を移転する約束がされる際に、それと引き換えに代金を支払うよう要求されるであろう。そして買主の側の承諾も、所有権移転の約束に対する承諾であると同時に、代金支払の約束としての意味も持つ。ALR八二条は、一方が要求し他方が応じるときには、第一の側がさらに承諾することは不要であるとして、承諾が先行してされることを認めるので、右の場合、売主がさらに承諾する必要はない。このとき、最初の、売主の側の約束は、実際には申込と極めて似たものとなるはずである。そして、このように、それぞれの意思表示が、自分の側の約束と(相手方の約束に対する)承諾とを兼ねると構成することによって、片方の約束のみが承諾されて効力を生じ、反対給付の約束は承諾されないという事態を避けることができるのである。

2 拘束力

ALRにおいては、申込者が承諾のための期間を設定したときは、申込者は、この期間内は申込を撤回できない⁽⁸⁾(九一条、一〇三条。ALR九一条以下においては、約束と同じ意味で「申込」(Antrag)という用語が使われている)。承諾期間を設定しない場合は、①口頭による申込に対しては即時に(九四条)、②文書によるときは二四時間以内に(九五条)、③郵便または使者によるときは通信に必要な期間内に(九六条ないし一〇〇条)、④法人等に対する申込のときは意思決定に必要な期間内に(一〇一条)、承諾しなければならぬので、承諾期間を設定しない場合の申込の拘束力はそれ程強いものではない。BGBにおいてもほぼ同様であり、申込者が承諾期間を設定したときは、この期間内は申込を撤回できないが(一四六条、一四八条)、承諾期間を設定しないときは、①對話者間においては即時に(一四七条一項)、②隔地者間においては通信に必要な期間内に(同条二項)、承諾しなければならぬ。したがって、BGB一四五条は申込の拘束力を広く一般的に認めるように見えるが、BGBにおいても、

申込の拘束力が実質的に意味を持つのは承諾期間が設定されたときのみである。

右の期間内に承諾が到達しないとき、ALRにおいては、申込者は申込を撤回できる(一〇三条)。もっとも後には、申込が失効するという解釈も現れたようである。⁽⁹⁾これに対してBGBにおいては、申込は、承諾期間の経過とともに当然に失効する(一四六条)。理由書においては、申込の拘束力はなくなるが、申込に対して承諾をすることはできるとする説は、取引上の通念にも申込者の通常の意味にも合わない⁽¹⁰⁾と批判されている。承諾期間の設定は、その間申込を撤回できなくする点に意味があるので、期間経過とともに申込は当然に失効するとは、申込の効力と申込の拘束力との混同であるようにも見える。しかし、申込が約束としての性格を失い、契約締結の単なるきっかけにしか過ぎなくなれば、承諾期間が経過すれば申込の使命は終了すると考えられたのであろう。この点についてのALRとBGBの差は、申込が承諾期間経過後に到達したときの扱いに関係する(後述)。

三 承諾

1 契約の成立時期

A L Rにおいては、意思表示一般について効力の発生時期を定めた条文はない。契約の成立時期については承諾の発信時とされ(八〇条、一〇二条)、いわゆる発信主義が採用されている。発信時において既に意思の一致はあるから、と説明されるが、承諾が到達しない段階で双方向的な合意があると解するのは無理ではないか。むしろ、申込は約束として効力を有し、承諾が要求されるのは「意思の一致」のためではなく、承諾者に権利を「押しつける」わけにはいかないので承諾者の「受益の意思表示」が必要であると理解することによって、発信主義が説明できるように思う。ただし、自然法学においては、片務的な約束に対する承諾については発信時、双務的なときは到達時とされていたこととの関係は明らかではない。なお、前述したように A L Rにおいても、①承諾期間が設定されているときはその期間内に、②承諾期間が設定されていないとき

は(原則として)通信に必要な期間内に、承諾が到達しなければ、申込者は申込を撤回できる(一〇三条)。すなわち、A L Rにおける発信主義は、承諾の到達が不要であるとする発信主義ではない。そして後には、この条文を手掛かりに、承諾の到達時が契約の成立時であるとする判例・学説が有力となったようである。⁽¹²⁾

これに対してB G Bにおいては、先ず、隔地者間における意思表示一般について到達主義が採られている(二三〇条)。発信主義・到達主義の対立は対話者間では意味がないので、以下では隔地者間を前提として議論する)。なお、B G B第一草案七四条一項は、明示の意思表示は相手方に到達した時に効力を生じ、黙示のときは相手方が知った時に効力を生じるとして、明示の場合と黙示の場合とを区別していた。⁽¹³⁾この点につき理由は、明示の意思表示は相手方が認識しなければ効力を生じないという原則をたてた上で、しかし、現実には認識するか否かは相手方に委ねられてしまうことが多いので、例えば、手紙を受領しても読まないという効力が発生しない。これでは取引上の要請に合わないの

で、現実に認識した時ではなく、到達した時を採用したと言う。黙示の意思表示については、行為がされただけでは不十分で、相手方が知る必要があるとする⁽¹⁴⁾。

以上の説明からすれば、理由書は、特に明示の意思表示と黙示の意思表示について効力発生時期に差を設ける意図はなく、ただ単に、黙示の意思表示のときには、相手方が認識した時と相手方に到達した時とを区別して考えなかっただけであると思われる（事実、黙示の表示について、相手方がそれを知った時と相手方に到達した時を区別することは難しい）。そして第二草案において、基本的には第一草案を支持しつつ、明示と黙示の区別を廃して到達主義が採用されたのである⁽¹⁵⁾。

そしてBGBにおいては、契約の成立時期については特別の条文はない。すなわち、一三〇条の到達主義がそのまま通用する。この点に関し第一草案理由書は、発信主義を採用していた当時のドイツ商法三二一条を⁽¹⁶⁾批判して、申込の受領者は自分の行為（「承諾」）によって契約の効力発生時期を定めることができ、しかも自分（「承諾者」）は承諾が到達する前に撤回すること

ができるので（第一草案七四条二項⁽¹⁷⁾）、契約に即時（「発信時」）には拘束されないことになる⁽¹⁸⁾と批判する。第二草案議事録は、ドイツ商法三二一条は意思表示一般についての見解の対立の妥協の産物であり、一般原則を（到達主義と）定めた以上は、それと異なる規制をする必要はない、発信主義をすべての物権的契約に妥当させるのは困難である⁽¹⁹⁾、という。第一草案と第二草案との態度の差は興味深い。すなわち、第二草案は、意思表示一般についての到達主義がそのまま契約の成立時期についても通用すると考えているが、第一草案においては、（必ずしも明瞭ではないが）⁽²⁰⁾契約の成立についての特別の条文が用意されており、議論も、意思表示の一般原則とは区別してされていたのである。申込が約束としての性格を失うに従って、承諾も、一般的な意思表示となったのであろう。また、第二草案が物権的契約を意識して、発信主義を拒否した点も示唆的である。

2 意思実現

意思実現の問題を考える際には、黙示の承諾との関

係に注意しなければならぬ。黙示の承諾は普通の(相手方のある)意思表示であるので——効力が生じるためには相手方への到達が必要であるか否かは別としても——少なくとも到達を予定する行為でなければならぬが、意思実現は、そのような行為である必要はない。したがって、意思実現の例としてよく挙げられる商品の発送や代金の送付等は、黙示の承諾としても説明でき、むしろ、送られた商品の消費や第三者への給付等が「固有の」意思実現であると言えよう。なお、不作為、すなわち申込みに対する沈黙が承諾としての効力を有するかは、難しい特殊な問題を含むので、本稿では原則として扱わない。

ALRにおいては、承諾を前提とする行為は承諾として通用する旨定められているのみである(八一条)。条文の文理からは固有の意思実現をも含むはずであるが、テキスト等では黙示の承諾であると説明される⁽²¹⁾。意思実現と黙示の承諾の差は、余り意識されていないかだったのであろう。また、どのような場合に八一条が適用されるかについては特に制限がない。

BGBにおいては、取引慣習上表示が不要とされるとき、または申込者が表示を不要とするときは、表示をしないで、申込みを承諾できるとされる(一五一条)。これは当然、固有の意思実現のことである。この点に関してBGB第一草案八六条は、申込者が許すときは承諾は黙示でもよい、このときは申込者が承諾を知る必要はないと規定していた。前述のように第一草案は意思表示の一般論としては、黙示の意思表示は相手方が知った時に効力を生じるとしていたので(七四条一項)、八六条は例外となる。同条二項は黙示の承諾が許される場合として、申込者が即時の給付を求めたときと、申込者が返答(Antwort)を不要としたときを挙げる。理由書によれば、前者の例としては注文書による売買契約の申込、後者の例としては申込と同時に履行をすること(具体例は挙げられていないが、売主が商品を送りつけて売買契約の申込をするような場合か)が想定されているようであるが、後者の例から——「黙示の承諾」という表現にもかかわらず——八六条は固有の意思実現をも含むことがわかる。そし

て理由書は八六条の立法趣旨として、承諾を黙示ですることは一般的には認められず、例外的に申込者が許したときのみに行ける、また、承諾を黙示ですることを許すことは返答を不要とする趣旨を含むので、申込者が承諾を知る必要はないと言う。⁽²⁴⁾これに対して、黙示の表示と到達を要しない表示とは別であるという批判がされ、⁽²⁵⁾第二草案の段階で、ほぼ現行一五一条のように改められた。第二草案議事録では、第一草案八六条に対し、どのようなときに黙示の承諾が許されるかを法律で定める必要はなく、むしろ、どのようなときに承諾を申込者に対して表示する必要があるかを定めるべきであると批判している。他方、承諾を全く不要として、申込を受けた者は何ら承諾をすることなく、いきなり履行を請求できるとする案も否定され、現行のような形に落ち着いたようである。⁽²⁶⁾この過程からも、黙示の承諾と固有の意思実現の差が徐々に意識されるようになったことがわかる。しかし、では何故到達は必要でないのに、(相手方に到達もしない)承諾をする必要があるのか。議事録は契約締結の本質から説明し

ようとするが、⁽²⁷⁾説得的ではない。ここでも、申込を約束として捉え、求められているのは「意思の一致」ではなく「受益の意思表示」であると考えた方がよいように思われる。

3 期間内に承諾が到達しない場合

ALRにおいては、承諾期間内または通信に必要な期間内に承諾が到達しないときは、申込者は申込を撤回できる(一〇三条)。しかし、撤回する旨を通知する必要があり(一〇四条)、通知をせず、しかも相手方が適切な時期に承諾を発信していたときは、相手方が履行の準備のために被った損害を賠償しなければならぬ(一〇五条)。逆に言えば、損害を賠償すれば撤回できることになろう。なお、これは、後述のBGB一四九条とは異なり、承諾が期間経過後に到達したときだけでなく、承諾が全く到達しなかったときも含むことになる。ALRでは発信主義が採られているので、承諾を期間内に発信し契約は成立したと信じている相手方を保護するためである。⁽²⁸⁾

これに対しBGBにおいては、前述のように、期間

経過後は申込は失効する(一四六条)。しかし、期間経過後に到達した承諾は全く法的意味をなさないのではなく、新たな申込としての効力を持ち、第一の申込者なく、これに対して承諾をすることによって契約を成立させることができる(一五〇条)。期間経過後に到達した承諾でも、契約を締結しようとする表示を含むから、とされる⁽²⁹⁾。そして、期間経過後に到達した承諾が、通常であれば期間内に到達しうべきであったことが申込者にわかるときは、申込者は、承諾が延着した旨通知しなければならず、通知をしないときは契約が成立する(一四九条)。理由書によれば、通知の懈怠それ自体の効果としては損害賠償であろうが、それだけでは取引上不充分であるとされる。また、期間内に到達しうべきであったことが申込者にわかる場合に限定したのは、そうでないと申込者は、承諾が期間経過後に到達したときは、常に通知をしなければならないことになるからであると言い、ALR一〇五条を批判する⁽³⁰⁾。しかしALRにおいては、BGBと異なり、期間が経過すれば申込が当然に失効するとはされていなかった

ので、申込を撤回するなら、その旨通知するべきことは当然であったと思われる。

4 変更を加えた承諾

ALRにおいては、変更や制限のついた承諾がされたときは、申込者は申込を撤回できる(八五条)。そして、この承諾は新たな申込とみなされるとする説もあった⁽³¹⁾。これに対してBGBにおいては、変更を加えた承諾は、申込の拒絶であるとされる(一五〇条)。したがって申込は失効するが(一四六条)、変更を加えた承諾は新たな申込とみなされる(一五〇条)。延着した承諾と同様、新たな契約を締結しようとする表示を含むから、とされる⁽³²⁾。

四 まとめ

今まで我々は、ALRにおける約束(申込)概念とBGBにおける申込概念とを比較してきた。前稿で指摘したように、申込は、一方的な債務負担行為である約束が、契約の構成要素とされ、その代わり独自の債権発生原因としての性格を失ったものであるが、その

ような流れの中で、ALRにおける約束概念とBGBにおける申込概念とを改めて位置付け、本稿のまとめとしたい。

ALRにおける約束とBGBにおける申込とを比較すると、やはり前者の方が、単独行為としての約束の性格を強く持っている。先ず、ALRにおける約束は、契約類型とは無関係な無名行為であった。また、発信主義についても、約束は単独行為なので意思の一致は不要であり、約束の相手方がこれを受ける意思のあることが明らかになりさえすればよいと考えた方が、理解しやすいことは前に述べた。さらに、約束は単独行為なので原則として自由に撤回できる。これは「後法は前法を廃する」の原則からも当然であり、契約当事者が自由に合意解除できるのと同じであろう。ALRにおける約束は、承諾期間または通信に必要な期間内は撤回できないが、この期間が経過すれば、再び原則に戻って撤回可能となるのである。変更を加えた承諾がされたときも同様である。

他方ALRにおける約束には、契約の構成要素とし

ての性格もある。第一に、前述したように、ALRは契約成立時期については発信主義を採っているが、承諾期間内または通信に必要な期間内に承諾が到達しないときは撤回できる。結局、ALRにおける約束の単独行為としての効力は弱いものであり（五条参照）、承諾とともに契約を構成して初めて意味を持つ。また、承諾期間を設定したときはその期間内は撤回できないとすることも、撤回の通知を怠ったときは信賴利益の賠償責任を負うことも、契約成立に対する相手方の期待を保護するためであり、ALRにおける約束が、契約の構成要素としての面を強く意識したものであることがわかる。

これに対してBGBにおける申込は、ALRにおける約束に比べて、契約の構成要素としての性格が強い。先ずそれは、当該契約類型の要素をすべて含まなければ効力を生じない有名行為である。また、BGBにおいて到達主義が採られているのは、申込自体は法的意味を持たず、意思の一致があつて初めて法的効果が生じると意識されるようになったからであろう。さらに、

約束という性格を失い、契約締結のきっかけにすぎない申込は、承諾期間や通信に必要な期間が経過すれば当然に失効する。承諾が変更を加えているときも同様である。そして、この点ではALRにおいても同様であったが、契約成立に対する相手の期待を保護するため、承諾期間を設定したときはその期間内は撤回できないとされ、期間経過後承諾が到達し、それが通常であれば期間内に到達しうべきであったことが申込者にわかるときには、承諾が延着した旨通知しないと契約が成立する。この効果(契約成立)は、ALRにおける撤回通知懈怠の効果(損害賠償)よりも強く、信頼保護がより徹底している。

しかし、BGBにおける申込にも、なお約束としての性格が残る。意思実現による契約の成立である。前述のようにALR八一条は、承諾を前提とする行為は承諾として通用する旨定めるが、これは黙示の承諾なのか意思実現なのか必ずしもはっきりしなかった。そしてBGBの立法過程が示すように、この頃から黙示の承諾と到達を必要としない承諾(「意思実現」)との

違いが意識され、BGBは承諾が到達しなくとも契約が成立する場合があることを認めただのである。しかし、この場合に意思の一致があることは無理であり、むしろ、申込が約束として効力を持っていると考えるべきであろう。したがって、少なくともこの点については、BGBにおける申込の方がALRにおける約束よりも、約束としての性格を強く持っていることとなる。その他の点で申込の約束としての性格が弱められたので、このような例外を認めざるを得なかったのではなからうか。また、前述したように、期間内に承諾が到達しなかったり、変更を加えた承諾がされたとき、ALRでは約束を撤回できるとされていたが、BGBでは申込が当然に失効するとされる。にもかかわらず、その際の承諾を新たな申込として扱い、契約が成立する余地を認めていることは、結局、ALRの扱いと余り変わらず、その限りで、第一の申込の効力が残っているとも言えよう。

以上の議論は、日本法の解釈にも参考とならう。申込を契約の単なる構成要素としてではなく、一種の約

束として、すなわち「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と考え直すことにより、発信主義や意思実現の問題に新たな視点を持ち込めるのではないかと思われる⁽³³⁾。おそらく、ある一定類型の取引の場合には意思の一致などは必要ではなく、一方的な約束（および承諾や履行の着手等）⁽³⁴⁾ス・アルファの要素）によって債務が発生するとする余地があるのではないか（例えば、第一草案理由書が指摘する、注文書による売買契約の申込等）。また、契約交渉過程や契約解釈においても、一方的な約束が何らかの役割を果たしていると考えられる。このような観点から、約束が、民法においてどのような役割を果たしているのか、さらに研究を深めたい⁽³⁵⁾。

関連条文

ALLR第一部第五章（筆者の試訳による）

定義

第一条 権利の取得または譲渡を意図する双方向的な同

意 (Einwilligung) を、契約 (Vertrag) とす。

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

第三条 これに対し、何かをする意思の単なる表明 (Aeußerung) 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。

第六条 被相続人が誓約の履行に着手していたときは、履行の完成を相続人に義務付ける意図を有していたものと推定する。

（中略）

III 承諾 (Acceptation) について

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) または請求 (verlangen) し、相手方がこれに応じる (Bewilligen) ときは、第一の側が特に承諾する必要はない。

第八三条 承諾により、相手方 (申込者) の申出以上の権利を取得することはない。

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。

第八六条 契約は、本人自らまたは代理人を通じて、さらには文書の交換 (Briefwechsel) によってすることもできる。

第八七条 現実の委任または推定される代理権に基づいて他人の行為を処理する権限を持つ者は、その者 (他人) に対する申込を、その者の名前で承諾するこ

ともできる (第三章一一九条以下)。

第八八条 前条以外の場合には、申込を受けた者以外の第三者の承諾によって権利を取得することは、原則としてない (第一章一〇六〇条)。

第八九条 しかし、表示された承諾により、有効な契約が約束者と承諾者との間で第三者のために締結されたときは、七四条ないし七七条の規定を適用する。承諾の時期の定め

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。

第九一条 申込者が、申込に対して表示をするために一定の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、承諾することができる。

第九二条 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。

第九三条 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ぬ。

第九四条 承諾の時期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ぬ。

第九五条 同じ場所 (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しなければならぬ。

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が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) または運ばれる (reiten) 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いとすきでも、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

れば戻って来るのに必要な最大限の期間を待たなければならぬ。

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否か通告しなければならぬ。

第一〇一条 法人 (Corporation) や公共団体 (Genossenschaft) に対して申込をするときは、申込者は、申込に対して規約に従って決定され、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ぬ。

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徒過したときは、申込者は撤回 (zurücktreten) 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ぬ。

第一〇六条 申込後、前述のように定められた期間が経過する前に、当事者の一方または他方が死亡しても、承諾から生じる権利や義務には影響しない。

第一〇七条 しかし、申込が、申込を受けた者の個人的利益を明らかに目的とする場合において、相続人がまだ承諾していなかったときは、被相続人は承諾することができない。

第一〇八条 当事者の一方または他方の死亡により、既に有効に締結された契約を履行前に廃棄 (abrogated) することができるときは、死亡により、承諾する権利も失われる (四一五条以下)。

BGB (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)

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。

2 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、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發送され、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、遲滞なく、その延着を承諾者に通知しなければならぬ。ただし、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、延着しなかつたものとみなす。

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。

2 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いうとき、又は申込者が承諾の意思表示を要しないとしているときは、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。

第一五二条 (省略)

第一五三条 申込者が承諾の前に死亡し、又は行為能力を失ったときであっても、契約は、その成立を妨げられない。ただし、申込者の特別の意思が認められるときは、この限りでない。

第一五四条 当事者が契約のすべての点について合意していない場合において、当事者の一方の意思表示のみにより合意に達すべきときであっても、当事者の意思が明らかでないときは、契約は、成立してないものとする。個々の点についての合意は、書面に記載されたときであっても、その効力を生じない。

2 目的とした契約について証書の作成を約した場合において、当事者の意思が明らかでないときは、契約は、その証書の作成の時までは、成立しないものとする。

第一五五条 当事者が締結したものと信じた契約において、合意を必要とした点につき、実際は合意がされていなくときは、契約は、その効力を生じない。

ただし、合意を必要とした点について定めをしなくとも契約を締結したものと認めるべきときは、この限りではない。

- (1) 拙稿「申込概念の発生」一橋論叢一〇七巻一号七〇頁(平成四年)。
 - (2) 約束に関する理論のうち、未成年者・精神障害者等の約束および錯誤や強迫による約束の効力を扱う部分は、近代的な法律行為論のモデルとなり、また本文でも述べたが、約束の承諾に関する理論は、契約の成立に関する理論として受け継がれていく。
 - (3) 拙稿・前出注(一)七八頁。
 - (4) Christian Wolff, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, pars III Cap IV §788, 1743 (Neudruck 1968)。
 - (5) 第一草案第七八条 契約を締結する者が、法律によって、締結される契約の本質とされる部分について合意していないときは、契約は成立しない。
- 当事者の一方のみの表示が合意を要求している部分について、まだ合意していない場合も、当事者の意思が明らかでないときは、既に合意された規定が書面に記載されたか否かにかかわらず、同様とする。

第八〇条 他人に対して契約締結の申込をした場合において、別段の定めがないときは、申込が、申込まれた契約の本質とされる部分を含むときに限り、申込者は申込に拘束される。

- (6) 第二草案一一六条は、第一草案七八条を現行一五四条とはば同様に改めた。しかし、これは条文の表現の問題であり、実質的には第一草案を支持して受け継いだものであるとされる(Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, 1897, S. 157 (Mugdan, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsch Reich, Bd. 1, 1899, S. 688))。
- 他方、第一草案八〇条は、申込が効力を生じるための要件を、申込が拘束力を生じるための要件と混同したものであり、同条の表現は、契約内容の構成要素すべてを含んでいない申込でも、拘束力のない(撤回可能な)申込として有効であるという誤解をうむという理由で、現行一四五条のように改められた(Protokolle, S. 161 (Mugdan, S. 689))。
- (7) これは、既にヴォルフにおいて認められていた(Wolff, Nr. 4, Pars IV Cap IV § 880)。拙稿・前出注(一)七七頁。
- (8) A I R 一〇三条は、zurücktretenと規定する。こ

の用語は通常は契約解除を指すが、一〇四条が「申込をzurücktretenの」という表現を用いることは、(5)の(1)に於て撤回(widerrufen)の意味であることがわかる(Augner, Vertragsschluß ohne Zugang der Annahmeerklärung, 1985, S. 38)。

(5) 第一草案理由書は、ART 103条、104条は申込者が撤回できると規定するが、これは申込者が消滅するに於て撤回を拒むことを許す(Motive, S. 168 (Mugdan, Nr. 9, S. 445))。この「筆者が参照しなくては Klein, System des preussischen Civilrechts, Neubearb. vom Kammergerichtsrath von Roenne, Bd. 1, 1830, § 99 (S. 121), Temme, Handbuch des preussischen Civilrechts, Bd. 2, 1832, § 193 (S. 156), Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Civilrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts, Bd. 1, 1873, § 77 (S. 435 f) は撤回可能である。Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts, Bd. 2, 2. Aufl., 1842 (Neudruck 1987) の見解はやや不明瞭であるが、一般論としては消滅するに於て(1) (S. 243) ART 103条の解釈としては撤回可能とするものである(S. 247)。

(10) Motive, S. 168 (Mugdan, S. 445)。

(11) Bornemann, Nr. 9, S. 246.

(12) Augner, Nr. 8, S. 39.

(13) 第一草案第七四条一項ある当事者(意思表示の受領者)に伝達されれば効力を生じる意思表示が、隔地者間でされる場合には、効力が生じるためには、明示の意思表示のときには相手方への到達が、黙示の意思表示のときには相手方が知ることが、必要である。

(14) Motive, S. 156 ff (Mugdan, S. 438 f).

(15) Protokolle, S. 145 (Mugdan, S. 685).

(16) 一般ライッ商法第三二一条(一八六一年) 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。

(17) 第一草案第七四条二項 意思表示は、撤回を含む意思表示が前項(注(13) 参照——筆者注)に従って(その意思表示より)前または同時に効力を生じるときは、効力が生じなうものとする。

(18) Motive, S. 174 (Mugdan, S. 448), 拙稿・前出注(一)八九頁注(33)の記述は不正確であったので本文のように訂正する。

(19) Protokolle, S. 181 (Mugdan, S. 694).

(20) 第一草案第八七条 契約申込が承諾された時に、

契約は締結されたものとする。

- (21) Bornemann, Nr. 9, S. 242. なお, Augner, Nr. 8, S. 46は、ALRRにおいて、「黙示の承諾」と言いつつ、承諾が到達しないで契約が成立する余地があることが認められていたと指摘する。確かに、Klein, Nr. 9, S. 96 (S. 118)でも、借用書の受領という例が挙げられている。

(22) 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は、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、または、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わかるときには、申込者は黙示の承諾を許しているものとする。

申込者が拘束される期間は、申込において、明示に、または諸般の事情から推定される意思に従って決定される。

申込者が即時の給付を求めたときは、特段の定めがない限り、給付の実現に必要な期間拘束される。給付が遅延したときは、申込は失効する。遅滞したか否かは、諸般の事情および取引慣習に従って判断される。事故により、申込の到着が遅れたとき、または即時の

給付が妨げられたときは、特段の定めがない限り、申込は失効したものとみなされる。

- (23) Motive, S. 172 (Mugdan, S. 447).
 (24) Motive, a. a. o.
 (25) BGB一五一一条の立法過程について Augner, Nr. 8, S. 173 ff.
 (26) Protokolle, S. 171 f (Mugdan, S. 692 ff).
 (27) Protokolle, S. 175 (Mugdan, S. 693).
 (28) Bornemann, Nr. 9, S. 247.
 (29) Motive, S. 175 (Mugdan, S. 448).
 (30) Motive, S. 171 (Mugdan, S. 446).
 (31) Bornemann, Nr. 9, S. 241 f.
 (32) Motive, S. 175 (Mugdan, S. 449).
 (33) 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一三五四頁(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。
 (34) 拙稿・前出注(1)八九頁注(34)で指摘したように、日本民法での発信主義は、商業会議所の意見等を参考にして採用された。これに対して富井政章は、実務家の意見は意思実現が適用されるべき場合が念頭にあるものが多い、と述べる(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)。このどちらも、約束的発想が取引
界において通用していることを示す。

(35) 反面、注(1)で述べたように、約束理論をモデ
ルとして近代的な法律行為論が形成されたが、その妥
当性も検討されなければならない。日本民法九三条以
下も、一方的な行為を前提としているように思われ、
そのまま契約に適用することには問題がないだろうか。

(二橋大学専任講師)