

## 論 説

# 契約締結過程における「正当な信頼」 と契約内容の形成（2）

山 城 一 真

## 序 論

### 第一章 フランス法の考察

#### 第一節 同意法理および外観法理の形成過程と構造

##### 第一款 同意法理の考察

第一項 20世紀初頭までの法状況と「意思表示」理論：序論的考察

第一 民法典成立までの状況

第二 19世紀の学説状況（以上、本誌85巻2号）

第三 20世紀初頭の学説状況

第二項 同意法理の形成と展開(一)：同意の確定性

第一 同意の確定性の観念の生成と展開（以上まで本号）

第二 同意の確定性と留保——相手方の信頼の取扱い

第三項 同意法理と形成と展開(二)：内心の意思と表示された意思

##### 第二款 外観法理の考察

#### 第二節 契約締結過程の行為による契約内容の形成

### 第二章 日本法の考察

## 総 括

## 第一章 フランス法の考察

### 第 1 節 同意法理および外観法理の形成過程と構造

#### 第一款 同意法理の考察

##### 第一項 20世紀初頭までの法状況と「意思表示」理論：序論的考察

###### 第三 20世紀初頭の学説状況

20世紀初頭には、ドイツ民法典の成立（および、これに先立つ第一草案の公表）に与って、ドイツ法学の影響が具体的なかたちで現れる<sup>(62)</sup>。意思表示理論の流入と、意思自律の原理に対する批判は、その最も顕著なものである。以下では、サレイユの所説とこれに対する評価を検討することで、意思表示理論の流入を機縁としてどのような議論が行われたかを、①同意法理においてその影響がどのように現れたか、②契約の解釈においてはどうかであったか、という二つの側面からの考察する。これによって、契約とは区別されて独自の法的意味をもつ「意思表示」という観念が、「成立」との関連では定着するのに反し、「解釈」との関係では顧慮されなかったことが明らかにされることになろう。<sup>(63)</sup>

---

(62) ドイツ民法典第一草案は、当時、比較法研究において多大な関心を惹いた。ピュフノワールは、1889年1月9日、比較法制協会においてその総則編についての報告を行い、法律行為に関する一連の規律にも言及している（*Bulletin de la société de législation comparée*, t. 18, 1888-1889, pp. 152-161）。これは、法律行為に関する叙述としては最初の時期のものに属すると思われるが、意思表示については、不在者間の意思表示に関する簡単な言及がみられるのみである（*id.*, pp. 155 et 156）。そのほか、第一草案における規律の特徴の概観として、v. R. DE LA GRASSERIE (trad.), *Projet de Code civil allemand*, Paris, 1893, p. xvi.

(63) 以下での議論の背景を知るには、意思自律の原理に対して当時提起された批判の概略を知っておくことが便宜であろう。

È. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, 1937, réimpr. Dalloz,

## 一 サレイユの意思表示理論

意思表示理論はサレイユによって発見されたといわれる。彼の意思表示<sup>(64) (65)</sup>

2004, pp. 29 et s. の整理にならうと、意思自律の原理に「制限」を加えようという法学上の傾向としては、①要式主義の復興（横山美夏「不動産売買契約の『成立』と所有権の移転(2)―フランスにおける売買の双務予約を手がかりとして―」早法65巻3号（1990年）88頁以下を参照）、②意思表示理論、③社会連帯（solidarité sociale）論を挙げることができる。本稿の主な関心は②（および③）であるが、②は、ドイツ法学の動向からの影響として、次のように解説されている。すなわち、ドイツ法においては、サヴィニーによって展開された万能の意思という古典的教説に対し、第三者は内心の意思を知り得ず、ただ表示のみを知り得るにすぎないとの批判がなされるようになった。批判説によれば、法的効果の発生は表示行為によって基礎づけられなければならない、表示されていない意思は効力を有しないし、逆に、表示に対応する意思がないにもかかわらず法的効果が生ずることもあり得る。そして、その理由は、表示が自らに帰せられることを表意者において知るべきであったことに求められる（*id.*, p. 30）。他方、③はフランス法内部の理論動向である。デュギーらの功績によって、ここからも法律行為論の業績が生まれた（*v. L. DUGUIT, L'état, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, réimpr. Dalloz, 2003, pp. 138 et s.; *id.*, *Théorie générale de l'acte juridique*, Paris, 1919. 後者の文献については、牧野英一「法律行為の効果の合理的基礎に就て―デュギーの『法律行為論』を読む―」同『法律に於ける意識的と無意識的』（有斐閣、1925年）101頁〔初出：志林23巻11号（1921年）〕による紹介がある。なおデュギー説の詳細については、社会連帯思想につき、高橋和之『現代憲法理論の源流』（有斐閣、1986年）225頁以下〔初出：「フランス憲法学説史研究序説(5)―伝統的国家理論と社会学的国家理論―」国家85巻9・10号（1973年）〕を、また、民法との関係では、大村敦志『学術としての民法 I 20世紀フランス民法学から』（東京大学出版会、2009年）45頁以下〔書き下ろし〕を参照）。社会連帯論は、意思の合致が効力を生ずるのはそれが社会連帯から生成する法規範に適合する限りにおいてのみであるとし、この構想に即して法律行為の効果をも正当化しようとする。しかし、ゴドゥメは、こうした理論は合意の自由を奪い、国家社会主義へと至る危険を孕むとして、あくまで自由の観念を無に帰せしめない限りにおいてその意義を認めるべきだとする（*id.*, p. 31）。

以上に加えて、裁判官の権限拡大の要請とこれに対する根深い警戒との相克が、意思自律の原理への態度決定と表裏をなしていることにも注意を要しよう。たとえば、DEMOGUE, *Traité*, t. 1, n° 27, pp. 82 et 83 は、意思自律の原理の帰結として六点を指摘するなかで、「裁判官の任務は、法律行為をした者のもつ推定される意思を探究することに尽きる」との命題を掲げている。このように、意思自律の原理を標榜するフランス法においては、裁判官は、当事者の意思を忠実に実現する臣従

理論に対する評価は、「サレイユはしばしば引用されるが、結局のところ、ほとんど読まれていないように思われる」<sup>(66)</sup>「かくの如きは、いずれにせよ、

にすぎず、その権限はできる限り抑制されることが望ましいとされたのである。この点は、わが国の先行研究においても強調されているところであるから、これ以上は述べないが（北村一郎「契約の解釈に対するフランス破毀院のコントロール(2)」法協94巻1号(1977年)特に84頁以下〔以下、北村「破毀院のコントロール(2)」として引用〕、沖野眞已「契約の解釈に関する一考察(3)」法協109巻8号(1992年)20頁以下を参照〔以下、沖野「一考察(3)」として引用〕、以下に採り上げる議論との関係では、北村・同前84頁によって、「サレイユが、当事者の追及する経済的目的の規整手段としての契約を、一定の客観的な規範に基づいて、判事が目的論的に解釈すべきものと認める主張を掲げて登場したとき、……判事の権限拡張の点に少なからぬ難色を示す著者達が存在した」との評価が示されていることに特に注意しておきたい。

(64) R. SALEILLES, *Étude sur les sources de l'obligation dans le projet de Code civil allemand*, Paris, 1889; *id.*, *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (art. 116 à 144)*, Paris, 1901. 以下、本文での引用は特に断りのない限り後者からのものであり（以下、『意思表示論』とも略称する）、同書からの引用はドイツ民法典の条文番号、ならびにニュメロおよび頁を本文に記して行う。なお、サレイユの所説は、牧野英一「サレイユの法律行為の解釈論」同『民法の基本問題 第一編』（有斐閣、1924年）351頁、沖野「一考察(3)」(前掲注(63)) 6頁以下によって詳しく分析されている。

(65) ただし、既に R. WORMS, *De la volonté unilatérale considérée comme sources d'obligations en droit romain et en droit français*, Paris, 1891の議論がある（詳細につき、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—』（有斐閣、1997年）168頁注(33)〔以下、池田『契約交渉の破棄』として引用〕、中原太郎「フランス法における申込み及び一方予約の拘束力とその基礎(1)」法協123巻2号119-121頁〔以下、中原「(1)」として引用〕）。ヴォルムスは、「契約において本質的であると思われるのは、もはや意思の合致と交換とではなく、別々に捉えられる各個の意思である。というのは、各個の意思それぞれが固有の効力をもち、それぞれがその行為者を義務づけるに足るものだからである」(*id.*, p. 93)と述べる。このように、契約における債務負担の根拠を——契約そのものではなく——一方的意思表示 (*déclaration de volonté unilatérale*) に求める彼の所説は、契約と独立の意思表示に法的意義を承認してこなかった普通法学以来の伝統に対し、重大な問題を提起するものであったと思われる。

(66) F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales : De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, LGDJ, 2004, préf. C. WITZ, n° 51, p. 37, note 120. V. aussi V. FORRAY, *Le consensualisme dans la*

フランス的な考え方ではない」など<sup>(67)</sup>と概して消極的であるが、そのこと<sup>(68)</sup>も、彼の該博な比較法的知見がフランス法における同意・意思表示理論の礎を築いたことを否定するものではない。以下では、この分野におけるドイツ法学の影響を窺う趣旨をも含めて、意思表示の成立に関する議論と意思表示の解釈に関する議論の両面から彼の所説を採り上げる。

（一）意思表示の成立

1 意思表示の成立時期 サレイユは、「契約」が債務発生原因であることを承認しつつ、ドイツ民法典（第一草案）によれば、各個の意思表示は、それらが合致をみて契約となる以前においても独立の法的意味をもつこと<sup>(69)</sup>を確認する。この関連で彼が念頭に置くのは主に申込みの拘束力と意思表示の効力発生時期に関する到達主義とであり、『意思表示論』における具体的考察は、隔地者間の意思表示に関するドイツ民法典130条の註釈において展開される。この註釈は、同条の規律対象が、契約ではなく、各個の意思表示の成立であることの強調に始まり（art. 130, n° 2, pp. 119 et

*théorie générale du contrat*, LGDJ, 2007, préf. G. PIGNARRE, avant-propos Ch. ATIAS, n°s 491 et s., pp. 354 et s.

(67) 北村「破毀院のコントロール(2)」(前掲注(63))85頁に引かれるボンヌカーズの評である(次注を参照)。

(68) V. not. G. BAUDRY-LACANTINERIE (par J. BONNECASE), *Traité théorique et pratique de droit civil, Supplément*, Paris, 1925, n°s 398 et s., pp. 476 et s. 沖野論文における評価もボンヌカーズと軌を一にする。その根底には、サレイユの裁判官観に対する否定的評価が存すると思われるが(前掲注(63)を参照)、そうした疑念は、まず、E. MEYNIAL, *La déclaration de volonté*, RTDciv. 1902, p. 545によって、次いで、サレイユの死後、P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *La contribution essentielle de R. Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté*, in: *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, 1914, p. 397, not. pp. 417 et s.によって、相次いで表明されている。両批評の論旨についても、北村・前掲論文84-86頁の叙述が詳細である。

(69) この旨はまた、R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation, d'après premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1925, réimpr. MD, 2001, n°s 136 et s., pp. 140 et s.; n° 138, pp. 142 et 143において特に強調されている。V. aussi BUFNOIR, *art. préc.* [note 62], p. 153.

120)、その効力発生時期に関する諸主義(発信主義等)に対する詳細な分析へと進む。けれども、そこでは隔地者間取引の法的構造の解明がもっぱらの関心とされており、申込みという観念自体への言及はほとんどみられない。申込みに関するドイツ民法典145条以下が同書の対象外であることを考えればこのことは当然ともいえようが、いずれにせよ、この限りでは、サレイユの所説はドゥモロンブら19世紀の諸学説を意思表示概念に即して洗練させた程度の意義をもつにとどまるように思われる。

ただし、不特定多数人に対する申込みの効力に分析が加えられる箇所(art. 130, n° 21, pp. 135 et 136)には、後にみる議論との関係で注目すべき若干の指摘が含まれている。ここにおいて、サレイユは、陳列(étalage)、新聞広告(annonce des journaux)、パンフレット(prospectus)等の方法で申込みがなされる場合に論及し、これらの方法によって契約の申込みがなされる場合には、取引慣行に従って、相手方による了知・申込みがなされた後であっても承諾を拒絶することができる旨の留保が付されていないかが問題になるとする。そのうえで、彼は、かかる留保が可能である理由を「契約の本質または現在の慣行から帰結されるべき権能」だと説く(*id.*, p. 136)。以上の叙述からは、サレイユが、留保を付し得る理由を、表意者の意思ではなく、いわばその外側にある事物の本性に求めたことを窺い知ることができる。彼は、この点には簡単に付言するにとどめているため、これ以上の詳論は差し控えざるを得ないが、こうした理解が1930年代に確立をみる支配的見解と隔たったものであることは注意しておいてよいだろう。

2 契約締結過程の民事責任 (1) 申込み・承諾に関する規律との関係では、むしろ、以上と同様の関心のもとに論じられた、契約締結過程の法的責任に関する論稿が注意を惹く<sup>(70)</sup>。そこにおいて、サレイユは、一方で、契約締結の前段階においてなされた表示は同意としての意味をもたな

(70) R. SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle, à propos d'une étude nouvelle sur la matière*, RTDciv. 1907, p. 697.

いこと、他方で、交渉の破棄は原則として「ある種の絶対権 (un droit absolu)」であり、ごく例外的にのみ法的責任を生じさせるにすぎないことを、それぞれ明らかにしている<sup>(71)</sup>。いまは民事責任の成否の問題には立ち入らず、契約締結過程における表示が意思表示と評価されるのがいかなる場合かにつき、次のような理解が示されていることに注目したい。

(2) サレイユはこう論じている。申込みがなされるまでは、「取り交わされたすべてのことは、準備行為段階にとどまる。つまり、それは法的な表示 (manifestation juridique) をなすための準備なのである。……それは、……確定的なものでも明確なものでもない (rien de ferme ni de précis)」。しかし、「その後、一定の時点で、当事者の一方が、準備段階は終わったと表明する。かくして、この当事者は法的段階に入る。この当事者は、自らのなしたすべての準備作業を取り纏め、その提案を作成する。のみならず、相手方にこれを通知する。ほとんどこの時が最終通知 (ultimatum) である。ともかく、それはある種の法的事実 (fait juridique) である。のみならず、法律行為 (acte juridique) である。というのは、相手方は、自らに通知された提案をすぐさま受け容れること、つまり、相手方に撤回する暇を与えずに直ちに承諾することよりほかにし得ず、またもしそうすれば契約が成立することになるからである<sup>(72)</sup>」。このように、サレイユによれば、申込みがなされた段階とそれ以前の交渉の段階との間には「本質的な差異」が存する。「前者の場合には、法律行為が介在している。〔これに対し、〕後者の場合には、いまだ法的な表示という確定的な段階ないし時点には達していない<sup>(73)</sup>」からである。

(3) 以上の議論において、サレイユは、①申込みという法性決定がなされることの意義を「それに対して承諾が与えられれば直ちに契約が成立する」ことに求め、かつ、②契約締結に向けての準備作業を取り纏め、こ

(71) 議論の詳細につき、池田『契約交渉の破棄』（前掲注（65））135頁注(1)を参照。

(72) 以上、SALLEILES, *art. préc.* [note 70], p. 701.

(73) *Id.*, p. 703.

れを通知することをもって申込みと捉える着想を示している。のみならず、彼は、かかる事態を「確定的 (ferme)」「終局的な計画 (projet définitif)」と表現してもいる<sup>(74)</sup>。これらの点に徴すれば、彼においては、今日の「確定性」に相当する観念が既に意識されていたとみることができるだろう。

もっとも、この論稿におけるサレイユの関心は、以後の叙述では、上記の二つの段階において契約締結を破棄した場合の責任のあり様が異なることの論証に注がれる。したがって、確定的な申込みが上のような性格をもつ理由それ自体は、これ以上は論じられていない。

## (二) 意思表示の解釈

1 次いで、「意思表示の解釈」に関する133条の註釈に即して、解釈に関する議論をみていく。サレイユの関心は、①ドイツ民法典133条と157条との関係、②真意 (volonté vraie) と外観上の意思 (volonté apparente) の優劣、および、③意思表示の解釈と任意法規の適用との関係に注がれているが (n<sup>os</sup> 2-4, pp. 194 et 195)、ここでは②の問題をみる。それは、133条をめぐって展開される意思表示解釈論を、意思表示概念および錯誤論 (119条) と調和させることを課題とするものだとされている (n<sup>o</sup> 53, p. 217)

2 サレイユは、考察の冒頭で、「意思が意味をもつのはそれが表示された限度においてである」という「根本原則」を確認する。そのうえで、意思表示は、方式のいかんを問わず、また黙示にもなされ得るから、意思表示の解釈にあたっては広汎な事情が顧慮され得ると説く (n<sup>o</sup> 54, p. 218)。彼は、この理を「拡張的な解釈 (large interprétation) の原則」と称し、133条に対して上記②の観点からの註釈を施すにあたっては、この原則の内容を三点から枠づけ明確化することに注力する (n<sup>o</sup> 55, p. 218)。

第一。解釈の役割は、「意思表示がなされた時点において表意者が何を表示しようと欲したかを決定すること」に存する。つまり、意思の解釈

---

(74) *Id.*, p. 701. 同様の理解は、*id.*, p. 731などでも繰り返されている。



は、究極的かつ最終的な行為について行われ、決意が生じたところにまで遡ってその全過程について行われるわけではない。したがって、「動機 (motif)」は、意思表示の意味を明確にする限度で顧慮され得るにすぎない (n° 56, p. 218)。また、意思表示の解釈者たる裁判官も、動機をもって究極的な意思に代置してはならず、同意の瑕疵の存否を判断するにあたってそれを斟酌し得るにすぎない (n° 57, pp. 218 et 219. V. aussi n° 67, p. 222)。それゆえ、動機そのものが契約内容になることは原則としてないし、同意の瑕疵の要件を満たさない限り、——「真意」に反する意思表示からも——法律効果が生じることになる (n° 58, p. 219)。

第二。「意思表示の解釈は、表示の射程を明らかにし得る外部的な全事情、つまり、有形的事実、事前の連絡、当事者間の取引関係、特別の慣習を顧慮して行わなければならない」(n° 61, p. 220)。第一にみた準則が、かかる柔軟な解釈を経てもなお、意思表示の意味が真意におけるそれと符合しなかった場合に限って適用されることに注意しよう。サレイユは、四圍の事情を斟酌してなされるこうした解釈を「規範的解釈」<sup>(75)</sup>と呼ぶ (n° 71, p. 223)。

ここにおいて、サレイユは、133条が、契約ではなく、意思表示一般を対象とすることを繰り返し強調している。すなわち、同条は、解釈におい

---

(75) 《Normal》の訳語に「規範的」の訳を充てるものとして、沖野「一考察(3)」(前掲注(63)) 8頁がある。この訳語は、わが国における「規範的解釈」と整合するものであるが、《normal》という形容詞それ自体は、一般的語義からすれば、「規準に適合したもの、標準的なもの (qui est conforme à la règle, régulier)」(É. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, éd. intégrale, 1962, v° Normal, p. 799)、「一切の例外的性格を欠くもの (qui est dépourvu de tout caractère exceptionnel)」。最も頻繁な、そうであろうと推定されるところの類型に適合するもの (qui est conforme au type le plus fréquent ou présumé tel)」(A. RAY (dirigée), *Le grand Robert de la langue française*, 2° éd., 2001, v° Normal, p. 1975) と定義されるように、むしろ「標準的」という含みを強くもつようにみえる。サレイユにおいても、このような含意は意識されていたであろう。そこで、本稿では、《interprétation normale》には「規範的解釈」の訳を充てる一方、《normal》という形容詞自体には「標準的な」の訳を充てるという方針を採った。

て顧慮し得る表示の意味を相手方の知り得るものに限定していない。同条は、このように、相手方の理解に依存しない (impersonnelle) 解釈方法を定める趣旨で表意者の「真意の探究」という基準のみを提示したのである (n° 62, p. 220)。これに対し、契約においては、顧慮されべき諸事情は、承諾の当時に相手方が知ることのできたものに限られ、その意味で、相手方の理解に即した (personnelle) 解釈が行われる (n° 65, p. 221)。契約がこのような扱いを受けるのは、そこで問題になるのが「承諾の対象となった、つまり、その時から他者 (tiers) に属している意思表示」だからである。「表示が錯誤を疑わしめるものではないから契約は有効であるとして、意思表示に何ら痕跡をとどめない純粋に内心的な意思を証明することで契約が覆されるという、信用の観点にとって重大な不都合を回避するのである」 (n° 81, p. 226)。

第三。裁判官は、「意思表示の意味の確定を越えて」、当事者の意思 (volonté des parties) からの解釈的または補充的な演繹によって、合意の欠缺領域を補充しなければならない。この意味において、意思表示の解釈とは、「契約の規整 (réglementation des contrats)」である (n° 83, pp. 226 et 227)。そして、特に契約について157条が存するのは、裁判官のこうした権限を暗示するものと説く (n° 84, pp. 227 et 228)。

この論述には、二つの意味を認めることができよう。すなわち、第一に、それが、彼のいう「進化的解釈」の法律行為に対する具体的適用としての性格を有するものであり、その背後には、先に注記した積極的な裁判官観等、彼の基本的法観が控えていること。第二に、理論的にみて、ここでの議論が、当事者間の規範の補充という意味での「契約」の解釈を対象としていることである。

### (三) 小 括

以上にみたサレイユの所説の特徴を、契約の成立との関係、および、意

---

(76) 前掲注 (63) を参照。

意思表示の解釈との関係で順次考察しておこう。

1 第一に、契約の成立について。サレイユは、契約とは別個に契約締結過程の行為がもつ法的意義を認めるべきだとの見地から、申込み・承諾の意思表示、ならびに、契約締結過程の民事責任の問題を論じていた。この関連で目を惹くのは、契約交渉の過程、あるいは意思表示の生成過程といった「確定性の存しない」法的意思は債務を発生させる意義をもたない旨が、随所において述べられていたことである。しかし、先述のとおり、そうした帰結がなぜ導かれるかについては特段の理論的説明はなされておらず、この点の明確な理論化が行われたとみることはできない。

2 第二に、意思表示の解釈について。

(1) この点に関する一つの（典型的な）サレイユ読解を示すのは、ルルブール・ピジョニエールの分析を基礎とするボンヌカーズの次の評である。すなわち、『裁判官は、他人の思考の臣従であり、自動記録装置であり、他人の意思を評価する者である』というようなことは、サレイユには肯んじ得ない。裁判官は、法律行為に対して『客観的有効性』、『客観的射程』、『客観的徳性』<sup>(77)</sup>を与え得るのでなければならない。このように、法律行為の射程が、社会的有用性と正義の観点から裁判官によって客観的に決せられることを明らかにする点で、サレイユの所説は表示主義理論と共通する。しかし、サレイユは、「法律行為の文言に対しては、標準的な（normal）人の意思活動に基づく標準的な意味が与えられなければならないということを確認にする」という視角を欠いているから、表示主義理論<sup>(78)</sup>の主張はこれに吸収され尽くすわけではない。

(2) ボンヌカーズのこの論評は、サレイユの主張が、ドイツ法学の導

(77) BONNECASE, *op. cit.* [note 68], n° 400, p. 478.

(78) *Id.*, n° 405, pp. 484-486. 併せて、沖野「一考察(3)」(前掲注(63)) 8-9頁も参照。なお、ボンヌカーズの表示主義理解は、G. DEREUX, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, Paris, 1905に依拠したものであるため、その内容はドゥルールの所説に論及するところで明らかにする。

入という以上に、自らの「進化的解釈」の構想を法律行為論に推し及ぼそうとする志向を強く有していたことをよくいい表している。実際、こうした志向は、解釈をもって「契約の規整」と捉えたことから明瞭に窺われる。けれども、このことは、サレイユが（ボンヌカーズのいう意味での）表示主義理論をまったく問題にしていなかったということまでも直ちに意味するわけではないように思われる。サレイユが「標準的な人」による認識可能性を顧慮していたことは、上にみた限りでも既に明らかであろうが、次の叙述にも現れているといえよう。「信用の必要性という口実のもとに、意思表示がその文言上の意味に従って解釈されてはならないということ、および、表意者が自らの用いた生の文面に拘束されないということは、まったく確かであり、これこそが133条が狙いとする第一の目標である。意思表示の相手方は、自ら最初の規範的解釈を行う義務を負う。この解釈は、相手方〔=表意者〕の思考と意図 (intentions) から把握し得たことに適合し、また、とりわけ衡平という中庸な要請に適合するものである」(n° 42, p. 213)。

(3) こうしたことを考慮すると、サレイユの所説の特徴は、むしろ、「解釈」という局面において、「意思表示」という観念を次の二つの側面から捉えたことに認められよう。すなわち、①サレイユは、意思表示を、「契約」と別個独立の意味をもつ相手方から覚知可能な法的単位として捉える。この限りで、意思表示理論の意義は、相手方の「標準的な」信頼を保護する点に認められていたといえることができる。しかし、その一方で、②意思表示は、「真意」によっては把握することのできない客観的要素——社会的有用性と正義——を「契約」へと媒介する役割をも担わされる。この点では、意思表示理論は、もっぱら「契約の規整手段」と解されていたといえることができる。<sup>(79)</sup>もとより、サレイユの全構想からすれば②に

(79) 一方的債務負担行為概念との関係でなされた D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, p. 176 の次の指摘は、意思表示という語がこうした二義性をもっていたことを端的に示す至言といえよう。「……意思表示と

こそ主眼が置かれているのであって、①は単にドイツ民法典の紹介にすぎず、彼自身の立場ではないと解する余地は否定し得ない。けれども、ドイツ法の影響を窺うという本稿の関心からすれば、ともかくも①のような意義が認識されていたことは看過されてはならないだろう。<sup>(80)</sup>

## 二 サレイユに対する同時代の評価

サレイユの『意思表示論』に対しては、直ちに二つの書評が公にされて<sup>(81)</sup>いる。わけても、メニアルのそれは、サレイユの議論を的確に整理するとともに、<sup>(82)</sup>それを通じてフランス法の特質を透視するものであり、当時の反応を窺うための重要な資料である。そこで、まずはこの論文を採り上げたい。次いで、「解釈」との関連で「意思表示」という観念にどのような意味が与えられたかを考察するために、契約（法律行為）の解釈に関する代表的論稿であるドゥルーのテーズを一瞥する。

---

いう観念 (concept de déclaration de volonté (*Willenserklärung*)) は、表示主義理論 (théorie de la déclaration de volonté (*Erklärungstheorie*)) から区別されなければならない。ところで、後者はフランスにおいて反響を得なかったが (それはドイツにおいても放棄された)、表示行為 (déclaration) の観念も同じく真っ向から否定されたというわけではない。

(80) ②の点に重点を置く理解は、後述するメニアルによって確立されたとみられる。また、LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *art. préc.* [note 68], pp. 418 et s. は、サレイユの全構想に照らしてこうした理解が支持されるべきことを強調する。ルルブール・ピジョニエールは、主体のいかんは債務関係 (obligation) にとって本質的ではないとするサレイユの「客観的債務関係」の構想には意思自律の原理と矛盾する面が含まれているとし (pp. 405-407. 債務関係を「意思」ではなく「利益」を中心として構成したこととその理由が求められているとみられる)、この点で、彼の債務関係概念と契約解釈論とは連続性を有するとしている。

(81) F. GÉNY, *De la déclaration de volonté*, *Annales de droit commercial*, 1901, p. 335; MEYNIAL, *art. préc.* [note 68], p. 545. 本文(一)における頁数等の指示は、後者の文献からのものである。

(82) FORRAY, *th. préc.* [note 66], n° 492, p. 355 note 183 は、メニアルの論稿の意義を評して、「本書 [=サレイユの『意思表示論』] に対するまったく申し分のない分析を供するとともに、サレイユによって採り上げられた複雑な諸問題に対する非常に明晰な総合を提示している」という。

## (一) メニアルによる論評

1 意思主義と表示主義 (1) メニアルは、ドイツ民法典における意思表示に関する諸規定の意義を、「意思の一方的な表示を、いまだ承諾されていないときにも、それによって利益を受くべき者の事後的な関与とはまったく無関係に一定の効果を生じ得るものとみる」こと、つまり、申込み・承諾自体が、両者が合致して一つの契約をなす以前に固有の法的意義をもち得るとしたことに求める (§ I, n° 1, pp. 547 et 548)。とはいえ、メニアルによれば、「申込理論は、実益はあるけれども、われわれを最も長く留め置くべきものではない」。ドイツ法の最大の独創性は表示主義の採用にあるというのが、彼の所見である (n° 2, pp. 550 et s.)。

(2) メニアルは、意思主義と表示主義との差異が相対的なものであることを自覚しつつも、両者を対立の相において描出する (n° 2, p. 550)。すなわち、表示主義によれば、「法律行為の根拠、つまり、その成立 (sa naissance) と範囲画定 (mesure de sa portée) を支配するものは行為者の意思表示であって、表示によって伝達されるべき意思ではない。意思は、表示という外観を伴って外部に表示された限りにおいて顧慮されるにすぎない」。そして、「ここで重要なのは、表意者の表示が相手方に抱かせる期待 (espérance) を保護し、または、相手方に生じさせる権利を保護することである。つまり、表意者に対してその欲する利益を得せしめるのではなく、相手方に対する責任を表意者に課することである」。しかし、これはフランス法の行き方ではない。フランス法においては、「契約当事者の表示の価値 (valeur) と範囲は、それが意思を表現している限りでしか存しない」。それゆえ、「法律行為に基づく責任についていえば、それが生じるのは法律行為が承諾されかつ欲せられた場合のみであって、表示が意思を表現せず、これを裏切る場合には、〔表意者に〕責任は存しない」。

以上のように述べた後に、メニアルは、両法のこの差異をローマ法にお

---

(83) MEYNIAL, *art. préc.* [note 68], p. 563は、実際の結果において両主義がきわめて接近することを認める。

ける誠意契約と厳正契約の対比に擬して次のように敷衍している<sup>(84)</sup> (pp. 551 et 552)。すなわち、フランス法に存する「意思自律 (autonomie de la volonté)」の観念は古代ローマの誠意契約に見出され、そこでは、「あるいは同意をより深く分析し、錯誤の程度と対象の諸種をより深く分析することによって、あるいはまた、他者を害した以上、自ら生ぜしめた損害を賠償しなければならないとの一般原則を介在させることによって、意思自律の原理は彫琢され、また和らげられてきた」。そして、これと同じことが現在のフランス法にも依然として妥当している。他方、ドイツ法の表示主義は、外的な表示を重視する点で厳正契約に似る。ただし、方式主義を採らず、意思表示の解釈という問題が生じる余地を承認する点、および、承諾されていない申込みに法的意義を認める点で、これとは本質的に性格を異にする。

(3) 表示主義に対する態度をめぐる仏独の基本的態度の違いとして、メニアルの説くところの概要は、以上である。彼によれば、この相違の具体的帰結は、①錯誤、②コース、および、③法律行為の解釈の諸局面において現れる。以下、③に焦点を絞って、いままし彼の所説を考察することにしたい。

2 「解釈」の歴史的段階 法律行為の解釈につき、メニアルはまず次のように論じる。内心の意思ではなく、意思表示を法律行為の基礎と考えるときには、裁判官は、表意者がその「内面の裁き (for intérieur)」において欲したことを探究するのではなく、「意思表示にかんがみて、表意者がそう欲したと信じてよいもの」を探究する。いいかえればこうである。およそ表現 (formule) というものは、それに先立って各人の精神の裡に存在する暗黙の観念の総体を前提にするのであり、この前提いかんによって表現の理解は左右され得る。そこで、表示主義は、表示の意味を、

---

(84) 後にみるように、表示と方式とを等視するこの理解は、メニアルの論稿を一貫する重要なモチーフをなしている。なお、誠意契約と厳正契約との対置は、DER-EUX, *th. préc.* [note 78], p. 356 においてもなされている。

表意者の精神の裡に存する諸観念ではなしに、万人に共通の伝統を参酌しつつ脚色することを要請する (pp. 555-556)。以上が、ドイツ法の採用した構想である。

メニアルは、以上のように説いて仏独両法の差異を際立たせるのであるが、その一方で、解釈の「対象」とされるのはあくまで「意思」だと解する点では、両法にはなお共通性も認められると述べている。しかし、彼はそこにとどまることなく、「意思」がどのように把握されるかという問いに考察を及ぼす。すなわち、彼は、ドイツ民法典133条を成り立たしめた背景に、個人の独立性と自律性を制限すべきだとする新たな思潮が兆していることに注意を促し、そうした思潮の変遷を、「解釈」という作業に与えられる役割の歴史的段階の相違として捉える。それは、大まかにいえば、〈かつては契約とは個人の意思に尽きるものであったけれども、次第に裁判官が衡平に適うものをこれに挿入し、時として意思が排されるようになっていっている〉というものであるが、その内容は、契約の解釈に関するフランス法の理解を知るうえで示唆に富むように思われるから、以下に立ち入って検討を加えておくことにしたい。

第一段階。ローマにおいては、自らの法律関係の形成者たり得るのは個人自身であるとの観念が貫かれており、また、厳格な方式主義が裁判官の専断的判断を抑制した結果、個人の自由が担保されていた。そこにおいては、方式を履践した表現を修正・逸脱することはもちろん、これを解釈する余地さえ認められなかった (pp. 556 et 557)。

第二段階。ところが、信義誠実 (bonne foi) の観念が導入されるに及び、たとえば表意者が表示上の錯誤を犯した場合などに、表示を訂正するためとして「真意」が参酌されるようになった。これによって、たしかに表意者の真意がより忠実に実現されることにはなったが、その反面、意思を回復するという口実のもとで裁判官に訂正権を認めたため、かえって意思の自律性を犯す危険を胚胎することにもなった。このように、表示の誤りを正すという限度で解釈の余地を承認するのが、フランス法の至った段



階である。とはいえ、ここにおいては、「自らの法律行為による責任は、なおも裁判官が個人の意思をほぼ全面的に尊重することに対して払われる代償である」というのは、自らの選択した行為が所期の結果に至らなくても、その責任は自分で負うべきだからである。

第三段階。しかし、最後に、この原則をも放棄する段階が現れる。そこにおいてもなお、個人が法律関係の形成者たることは認められるものの、裁判官は、より深層の意思とより遠い目的、つまり法律行為の動機までも探究する。ここにおいては、表意者によって選択された表現がその目的に適合しないならば、裁判官は、もはやその表現に拘泥する必要はなく、むしろ、端的に表意者の目的を探究し、彼の協力者とならなければならない。ドイツ法学説には、個人の独立性・自律性を否定して端的にこの旨を説くものが現れている。

3 サレイユに対する評価 以上を前提として、メニアルは、ドイツ民法典に付言しつつサレイユの解釈理論を論評する（pp. 559-561）。

メニアルは、サレイユの解釈理論を「おおよそ第三段階にあるが、おそらくはもう少し進んだもの」と位置づけ、次のように解説する。サレイユの基本観は、裁判官を具体の事件における立法者とみるところにある。すなわち、法律は、当事者がその意思を適切に整理・補充することで、当事者の希望と利益に適合する法律関係を形成することに助力するが、裁判官は、①法律の具体的適用および欠缺補充を通じて、表意者の法律上の希望を闡明・整理し、各個の合意に即して具体的な規律を模索するとともに、②当事者が社会的利益に反する目的を追及するときには、意思に変更を加えるために監視と統制を及ぼす調停者となる。そして、②の点において、裁判官の権限は驚くべきほどに増大し、裁判官の任務はフランス法の伝統的構想とは遙かに隔たったものになる。

4 小 括 以上に素描したメニアルの論評がもつ意義を「意思表示」「意思自律」「解釈」の各論点に即してまとめるならば、次のようにいうことができよう。

(1) 「意思表示」という観念について。三つの特徴を指摘することができる。

第一に、メニアルは、サレイユによってフランス法に導入された意思表示論の意義が、契約を二つの「意思表示」に分解して捉える点にあるということを明瞭に指摘した。このことは、意思表示論の導入が申込みに関する諸規律と同時に行われたこと、つまり、これら二つの規律いずれもドイツ法の流入を共通の契機として定着したことを再確認させる<sup>(85)</sup>。

第二に、先にボンヌカーズによるサレイユ評としてみたところに関わるが、メニアルは、「進化的解釈」の構想を解釈に関する発展史観のなかに再定位しつつ客観化することで、「表示の標準の意味」を中核とする表示主義理論の一面を簡明に描出している。そこでは、方式と表示との間に対応関係が見出されており、表示を離れて真意を探究しようとすればするほど、契約に対する裁判官の関与の度合いが高まり、結果として意思の自律性が危殆化されるという緊張関係が指摘される。これは、意思と表示を対立するものとしてはみず、「明晰な表示にこそ意思が反映されている」と考える「フランス的表示主義」を反映したものといえよう<sup>(86)</sup>。

そして、第三に、メニアルは「意思表示」そのものを解釈の対象とみた。こうした理解は、「厳密に言えば、ドイツ法がこれらすべての理論を適用するのは、契約に対してではなく申込みに対してだということに注意しなければならない」(p. 551)とされ、「両当事者の共通の意図」ではなく「表意者 (déclarant)」という一方当事者の意思の探究が問題とされる点に顕著に現れている<sup>(87)</sup>。

(2) 「意思自律」の観念について。メニアルは次のことを明らかにし

(85) V. aussi SALEILLES, *De la déclaration de volonté...* [note 64], n° 2, p. 2 ; FORRAY, *th. préc.* [note 66], n°s 488 et s., pp. 353 et s.

(86) 北村「破毀院のコントロール(2)」(前掲注(63))72頁以下、96頁注(108)を参照。

(87) この点をさらに敷衍した文献として、M. GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Sirey, 1957, préf. J. FLOUR, pp. 168 et s. が示唆的である。

た。すなわち、彼はまず、フランス法の特徴を「意思表示」に対する「意思自律」に求める。ここでの「意思自律」は、「原理」としてのみならず、<sup>(88)</sup>表示された意思に対して内心の意思が優先するという法技術的な意味においても理解されており、後者の用法は、一般に「意思主義」といわれるところと内容的に異ならない。そのうえで、彼は、かかる意味における意思自律はフランス法においても無制約に認められていたわけではなく、「他害禁止」といういわば不法行為的な考慮によって一定の例外が設けられてきたと強調する。

この一般的準則が具体的にいかにして適用されてきたかを、メニアルはこれまでにもみだりな叙述のなかでは明言していない。しかし、申込みの拘束力との関係で、申込みの撤回に対しては現実賠償をも含めた損害賠償責任が課されてきたとされるのは（*id.*, pp. 563-566）、おそらくこの趣旨であらう。<sup>(89)</sup>不法行為法理を用いて契約法理の修正を図るというこうした解決手法は、フランス法において高い汎用可能性を認められてきたといわれている。本稿の考察との関係で特に大きな意義をもつ規律であり、ここで注意しておきたい。

(3) 最後に、「解釈」という作業に対して謙抑的な態度が採られていることも特記に値するが、この点については、フランス法における裁判官観との関係でわが国でも多くの言及があり、また、主な特徴は意思表示との関係で述べたところにも現れているから、これ以上は立ち入らない。

## (二) ドゥルーの法律行為解釈論

第二に、表示主義の受容という論点に的を絞って、法律行為解釈論に関

(88) V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution du concept*, PUF, 1980, pp. 137 et 138（同書の紹介として、安井宏『法律行為・約款論の現代的展開』（法律文化社、1995年）178頁以下〔初出：同「ペロニック・ラヌウイ『意思自治—ある概念の誕生と発展』』修道7巻2号（1985年）〕を参照）。

(89) この問題については、前掲注（56）（本誌85巻2号111-112頁）の各文献、特に、池田『契約交渉の破棄』（前掲注（65））158頁および165頁注（13）ならびに中原「(1)」（前掲注（65））114-115頁を参照。

する20世紀初頭の代表的学説たるドゥルーの議論をみていくことにしたい。<sup>(90)</sup>

1 表示主義 まず、ボンヌカーズによって指摘された表示主義の核心的内容、つまり、「法律行為の文言に対しては、標準的な人の意思活動に基づく標準的な意味が与えられなければならない」との見地は、次のように説明されている。

ドゥルーは、「法律行為の構成要素は何か」という問題を立て、表示という一元的な要素によって法律行為を把握する見解をもって表示主義と定義する。そして、その最も徹底した主張の内容を、ビュローの意思表示理論に即して次のように提示する。すなわち、法律行為の有効性を評価するためにまずもって考慮されなければならないのは、当事者の効果意思ではなく、社会的有用性および正義 (*utilité sociale et justice*) である (pp. 353 et 354)。この考え方からすれば、まず、法律行為の構成要素は、外部から覚知することのできる「意思表示」のみでなければならない (p. 355)。そして、裁判官は、表示がなされる前、およびそれがなされた際の全事情を把握すべく努め、表示がもつ標準的な意味、つまり、「十分な知識をもつ誠実な者が与えるであろう意味」を明らかにしなければならず、そうして表示の意味が確定されてもなお多義性が残る場合には、社会の機能からみて有用性と正義に適うような意味を与えなければならない (pp. 357 et 358)。

---

(90) ドゥルーの所説の意義および内容については、北村「破毀院のコントロール(2)」(前掲注(63))80頁以下、沖野「一考察(3)」(前掲注(63))9頁以下を参照。本稿では、意思表示 (*déclaration de volonté*) に関して彼が論ずる箇所を採り上げる。具体的には、彼の тезис (前掲注(78))のうち、第三部「体系の考察」に着目して、①意思の尊重というフランス法の伝統に対する「徹底的な反対説」として採り上げられる、ビュロー (BÜLOW) の意思表示理論に関する叙述 (*id.*, pp. 353 et s.)、②同部第四章「ドイツ法の体系」(*id.*, pp. 382 et s.)、および③同部第五章「採用さるべきものと信ずる体系について」(*id.*, pp. 420 et s.)を主な考察対象とする。なお、以下、本文中の文献参照は同書からのものである。

2 表示主義への評価 それでは、ドイツ法学説に対する以上の観察を基礎として、ドゥルーは表示主義に対してどのような評価を下したのか。この点を、二つの側面から考察しよう。

(1) 第一に、前提として、ドゥルーが表示主義を何に関する主張と捉えたかを確認する。彼の主題は「私法上の行為 (acte privé) の解釈」であり、法律行為という一般的な概念が体系的観点から考察されるのも、ドイツ法学においてそれが私法上の行為の解釈と結びつけて論じられているからにほかならない (p. 293)。

それでは、解釈の対象たる「私法上の行為」とは何を意味するのか。ドゥルー自身が明確に対象を規定しているわけではないが、議論の全趣旨にかんがみると、わが国の先行研究においても強調されるとおり、<sup>(91)</sup>「私法上の行為」とは契約それ自体であって、各当事者の意思表示ではないとみることができる。その証拠として、端的には、両当事者の仮定的な「共通の意図」の探究によって、意思の原則を尊重しつつ当事者が直接には規律しなかった欠缺を補充することができる——ただし、両当事者で利害を異にすることからすれば、こうした解決がなされ得るのは稀な場合である——とする箇所 (p. 446) <sup>(92)</sup>等を指摘し得よう。

また、同旨の理解は、錯誤に関する議論 (pp. 256 et s.) から窺われる。サレイユが意思表示の解釈と錯誤の関係を論じたことは先に述べた。これに対し、ドゥルーの主たる関心は、1110条を批判し、錯誤の本質性を論ずるにあたっては当事者の合意を無視することができない旨を強調することに<sup>(93)</sup>向けられている。ドゥルーは、民法典起草者においても、錯誤に関

(91) 沖野「一考察(3)」(前掲注(63))34頁〔序論注(29)および同対応本文〕(本誌85巻2号81頁)。

(92) 同前9-10頁をも参照。

(93) 19世紀の学説における「本質」概念の理解に関する対立につき、山下純司「情報の収集と錯誤の利用(1)―契約締結過程における法律行為法の存在意義―」法協119巻5号(2002年)44頁以下を、20世紀初頭における共通錯誤論につき、同「(2)」法協123巻1号(2006年)2頁以下をそれぞれ参照。

する規律によって1134条および1156条に対する例外を設けることが企図されたわけではなく、むしろ、錯誤法理をも1134条の法意の一つの発現として基礎づける点にその趣意があったと指摘する。以上によれば、ドゥルーは、契約の解釈に関する1156条等の「契約の効力」に関する諸規律を援用することで、錯誤をも——1110条の法典上の位置に反して——「契約の解釈」と連続性を有する規律として把握しようとしたとみることが許されよう。

(2) 以上のように、ドゥルーの議論が「契約」の解釈に関するものであることが確認されるとして、それでは、第二に、ドゥルーはそこでの表示主義をどのように評価したのか<sup>(94)</sup>。彼は、まずもって、表示主義の法技術的な有用性を批判している。すなわち、表示主義は、入り組んだ例外を多用することで複雑さと曖昧さを増幅させているという (pp. 435 et s.)<sup>(95)</sup>。さらに、理念としても、「標準」の観念の強調、およびその根底にある社会的有用性の優越性といった諸特徴に対し、ドゥルーは個人の意思の多様性と重要性とを力説する。「各人は、自らある程度の特異性をもっているのだから、他人の特異性に対しては寛大でなければならないのである」(p. 442)。以上の認識に立って、彼自らは、意思主義の古典的教説から意思の擬制のみを排し、法律行為は意思と表示という二つの要素からなるのである。

**3 ドゥルーの所説の特徴** (1) 以上にみたドゥルーの所説は、現代の学説の基礎をなす理解を提示したものと許されている<sup>(96)</sup>。そうであれば、

(94) 沖野「一考察(3)」(前掲注(63))10-11頁をも参照。

(95) 具体的に指摘されるのは、①表示意識を要求する点で——しかも、単なる「行為意思」では足りず、あくまで「意思表示」に向けられた意識であることを要するとさえい——、表示に即して法律効果を決めるという原則論を貫徹し得ていない (DEREUX, *th. préc.* [note 78], pp. 435-437)、②意思表示概念に「諸般の事情」までも含めることで、結局のところ意思主義と同じような事情が顧慮されることになる (*id.*, p. 438)、といった点である。

(96) 北村「破毀院のコントロール(2)」(前掲注(63))87頁、沖野「一考察(3)」(前

意思表示・表示主義理論に対する彼の批判もまた、現代の学説の基本観を知るために有益な示唆を含んでいるとみることが許されよう。そこで、彼の批判の特徴と思われる点を、以下に述べることにしたい。

(2) ドゥルーによる意思表示・表示主義理論への批判は、「意思表示」を契約の構成要素とみて「意思表示を解釈対象とする」という観念ではなく、むしろ、次の二つのことに向けられている。すなわち、①その背景にある「社会的有用性および正義」の絶対的な優越という思想、さらにいえば「標準」の優越という思想、および、②「標準」の確定が広範な「諸般の事情」に照らして行われるために、実際には個別的な当事者の意思にほとんど符合するような結果に至るであろうこと、つまりその法技術的な有害・無益性、である。その意味で、ここに見出されているのは、意思表示における「意思」と「表示」との相克というよりも、これとは違ったレベルでの「主観」と「客観」との、さらには「特殊」と「普遍」との相克だということができる。

(3) また、サレイユの所説との関係では次のことに留意しよう。先述のとおり、サレイユは、「法律行為の文言に対しては、標準的な人の意思活動に基づく標準的な意味が与えられなければならない」との認識を欠いていると評されたのであるが、「標準」の観念を採り上げるドゥルーにおいても、表示主義が問題とされるときには、その背景にある社会的有用性という思想が主として意識されていた。そうである以上、結局のところ、両者の間で表示主義がどう理解されたかには大差はなく、ただ、これに共鳴するか否かで態度を異にするにすぎないのではないと思われる。

### 三 小括と展望

以上をもって、「意思表示としての同意」をめぐる普通法学期から20世紀初頭に至るまでの法状況の概観を終える。以下では、その内容をまとめるとともに、次二項での考察の方向を述べることにしたい。

---

掲注（63）18頁以下。

1 まとめ まず、20世紀初頭までの議論状況に関する本稿の理解まとめるならば、次のようになる。

(1) 民法典（および19世紀までの学説）が「意思表示」の問題を意識していなかったため、同意の本質に関する議論は、20世紀に至って、意思表示概念がドイツ法学から流入するのとともに本格的に展開され始めた。

しかし、この概念の定着の仕方は、契約の「成立」と「解釈」とでは対蹠的であった。すなわち、契約の成立を申込みおよび承諾という二つの「意思表示」に分かって考察するという思考方法自体はその有用性を確認され、その後、広く定着をみることになる。<sup>(97)</sup>これに反し、とりわけ「解釈」という問題に関していえば、「意思表示」という単位に着目した議論は、学説において力を得ることもなかった。実際、当時の法律行為解釈論の代表的論者に挙げられ、現在の理論の礎を築いたといわれるドゥルーにおいても、解釈の対象として論じられていたのは「契約」のみであった。もっとも、ドゥルーも、「契約」の解釈の枠内において「意思表示」を問題にしている。しかし、彼のいう意思表示は、「契約」のなかに社会的有用性の考慮を採り入れるための媒介項としての意味をもつにすぎず、決して解釈の「対象」としての意味を与えられてはいなかった。

(2) 以上を要するに、サレイユの所説を検討した箇所では指摘したとおり、20世紀初頭における「意思表示」の問題には二つの側面があったといえることができる。すなわち、①契約とは別に意思表示という概念に対して独自の意味を認めるか否かという側面と、②意思自律の原理を制限ないし放棄し、客観的解釈を絶対の原理とするか否かという側面である。そして、契約の成立との関係では①が問題とされたのに対し、契約の解釈に関しては、意思表示という解釈対象を認めるか否かという問題意識は定着せず、②に即して、当事者間の合意の射程を客観的な指標に従って決すべき

(97) 申込み・承諾がともに「意思表示」である旨を明瞭に説くその後の学説として、*v. e.g.* Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., t. 8, Paris, 1936, publiée par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, n<sup>o</sup> 73, p. 52.



か否かがもっぱらの論題とされた。サレイユが問題とした「意思表示の相手方は、自ら最初の規範的解釈を行う義務を負う」という規律が、契約の解釈に関するその後の学説においては論じられなかったのは、こうした原因によるものと解される。

2 検討課題 (1) 20世紀初頭における法状況を以上のように描出するときには、さらに次の二つの問題が生じることになる。すなわち、第一は、「意思表示」の観念が知られるに至ってなお、「意思表示」が「解釈」の対象とされなかったのはなぜかという問題。第二は、上述のように、「意思表示」に二義性が認められ、契約の「成立」に関しては意思表示の観念が受容されるに至ったとすれば、そこにおいて、何らかのかたちで「意思表示の解釈」「相手方からする規範的解釈」に相当する問題が論じられていたのではないかという問題である。

第一点に関しては、意思表示に独立の法的意義を認めるという着想が希薄であったというフランス法の伝統にその要因を求めるべきものといえよう。そして、その背景には、意思表示の観念が、一貫して《précontractuel》<sup>(98)</sup>の領域の問題として捉えられたという事情があるものと推察される。これは、既に先行研究によって説かれていたことであるが、本稿の検討もこの成果と矛盾なく進められたと考える。

他方、第二点については、さらに、意思と離れた表示がいわば単なる抜け殻にすぎないと解されたのかを、「解釈」ではなく、同意法理に即して明らかにすることが必要となろう。そして、そのためには、「意思表示としての同意」に関する諸規律に題材を求めつつ、意思と表示とがそれぞれどのような位置づけを与えられたかをさらに検討しなければならないものと解される。そこで、第二項の考察をこの点に充て、次述の方針に従って検討を進めることにしたい。

先にサレイユの議論を扱った箇所において、「意思表示としての同意」

---

(98) その意味につき、序論・注(35)(本誌85巻2号82頁)を特に参照。

に関する規律として、確定性の存しない法的意思は、債務を生じさせる意義をもたない和解されていたこと、しかしながら、そこにおいては、いまだ十分な理論の根拠は論じられていなかったことをみた。次項以下では、意思表示の存否〔第二項〕、および「内心の意思」と「表示された意思」の対立〔第三項〕に関する議論を採り上げ、問題状況の解明を試みたい。

なお、ここで意思表示の「存否」と「内容確定」の問題を併せて採り上げるのは、意思表示については「補充」を問題とする余地はなく、したがって、その内容は現に存在する意思表示のもつ意味に即してしか確定され得ないと解されることから、その「存否」を決定するための「解釈」と「内容確定」のための「解釈」との差異も相対的だと考えるためである。<sup>(99)</sup>

---

(99) この点、池田『契約交渉の破棄』(前掲注(65))249頁は次のように強調する。「要素の合意が存在しても、締約せんとする『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」(傍点原著者)ところ、こうした意思の認定は「総体として『法律行為の(内容の)解釈』と酷似し、実際『内容の解釈』とは『一定の法律行為の存否の判断(解釈)』とも言える」。

なお、意思表示の存否に関する規律との交錯は、意思表示以外の諸法理との間でも生じると解される。このことは、つとに滝沢昌彦「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—」一法19巻(1989年)291頁によって強調されているのに加え、たとえば、いわゆる「カフェー丸玉事件」(大判昭和10年4月25日新聞3835号5頁)についても、①自然債務、②心裡留保による解決の可能性が指摘されるほか(たとえば、内田貴『民法I〔第四版〕』(東京大学出版会、2008年)49-50頁)、③「契約交渉過程論を持ち出して、本契約が成立したとは言えないといった構成も考えられる」との指摘がみられる(大村敦志『基本民法II〔第二版〕』(有斐閣、2005年)171頁。潮見佳男『債権総論〔第二版〕I』(信山社、2003年)255頁も同旨)。

上記各類型が重複を含むことは、フランス法においても意識されているようにみえる。ここでは、②と③の関係につき、P. RÉMY-CORLAY, *L'existence du consentement*, in: *id.* (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 44 が、同意が成立するためには真意を伴っていなければならず、「表示された意思が真意でないことの証明は、申込みの確定性の欠如の証明をもたらす」との理解を示していることを指摘しておこう(破毀院合同部2002年9月6日判決を念頭に置いての指摘であり、次節第二款第二項で詳論する)。なお、①と②③の関係では、GOBERT, *th. préc.* [note 87],

## 第二項 同意法理の形成と展開(一)：同意の確定性

契約の成立を導くに足る意思が表明されたといえるために、「意思がいかなる事項に及んでいなければならないか」（明確性）、「意思がいかなる質を備えていなければならないか」（確定性）という異質の問題が一体として生ずることは既にみた〔本款緒言〕。本項では、そのうち、特に「確定性」の要件に焦点を当てた考察を行う。その理由は次のとおりである。

上記二要素のうち、「意思がいかなる事項に及んでいなければならないか」という明確性については、一致して「契約の要素」に及んでいなければならないと解されてきた。ところで、何が「要素」であるかは、当事者の意思によってこれを決する可能性は否定されないもの<sup>(100)</sup>の、事物の性質に依存するところが大きい。その意味で、そこには同意法理の枠を越えた問題が含まれている。

これに対し、当事者の合意が契約内容を形成するためには意思表示に確定性が必要だということは、合意しようとする事項が何であるかに関わらず常に妥当する（たとえば、偶素に属する事項についても、確定的な意思が表示されたか否かは問題になり得よう）。そうすると、意思を端緒として契約的拘束を生じさせるという同意法理の核心的な内容は、意思の「質」を問題とする確定性の観念においてこそ鮮明かつ一般的なかたちで現れるということができるだろう。

以上の理由から、本稿は、同意の「確定性」の要件のなかに、《le précontractuel》を《le contractuel》へと架橋する契機を求めようと考えるのである。

---

pp. 151 et s. によって、自然債務の弁済（民法典1235条2項）の約束が、フランス法において知られてこなかった「一方的意思表示（déclaration unilatérale de volonté）」による債務発生と同様の機能を営んでいるとの仮説が提示されていることが興味深い。

(100) 石川博康『『契約の本質』の法理論(10)』法協124巻11号（2007年）123頁以下を参照。

## 第一 同意の確定性の観念の生成と展開

以下の考察は、同意の確定性をめぐる議論にとっての画期をなす主張に即して、三つの時期に区切って進める。すなわち、まず、現在の理解の祖型が形成された1930年代まで〔一〕、次いで、オベールによって今日の規律の基礎が確立された1970年代〔二〕をみる。そのうえで、現状の概観を行う〔三〕。

### 一 20世紀前半における「留保」の規律

1 同意の確定性という観念は、1930年代におおよそその確立をみたものである。一ではその経緯を明らかにしていく。その際、本稿は、今日の説明において、確定性が「留保を付されていないこと」という消極的な特徴づけを与えられていたことに考察の出発点を求める。というのは、「留保」という規律は、時間的にはむしろ「確定性」の観念に先立って生成したものであり、したがって、確定性に関する今日の規律は、本を正せば留保の観念に胚胎したということが出来るからである。この点を略説することから議論を始めよう。

2 同意に関する議論は、20世紀初頭以降、ドイツ法学の流入と取引形態<sup>(101)</sup>の発展とに与って飛躍的に発展した。そこにおいて提起された論点の一つに、不特定人に向けられた表示が申込みと評価される余地を承認しつつ、表意者に相手方の選択可能性を留めることができるかという問題がある。この問題への対処の仕方としては、不特定人に向けられた表示にはそもそも申込みの誘引としての意味しか認めない（普通ドイツ商法典（1861

(101) 先にも簡単に触れたとおり（前掲注（55）および同対応本文（本誌85巻2号111頁）、同意法理の展開に圧倒的な影響を与えたのは通信技術の発展に伴って急増した隔地者間取引である（その歴史的背景につき、J. VALÉRY, *Des contrats par correspondance, du rôle de la correspondance dans l'exécution des contrats*, Thorin, 1895, n°s 22 et s., pp. 23 et s. ; A. DOLBEAU, *Des contrats par correspondance en général*, Angers, 1896, pp. 129 et s. が革命期前後からの状況を素描している）。この問題全般につき、野田龍一『通信と近代契約法』（九州大学出版会、2001年）をも参照（フランス法に関しては、91-110頁）。

年) 337条の立場といわれる) など様々なものを考えることができる<sup>(102)</sup>が、フランス法は、かかる表示が申込みと評価される余地を認めつつ、その一方<sup>(103)</sup>で人的要素 (*intuitus personae*) 等を理由とする留保を付する可能性を認めるという方策を採用した。これによって、留保が付された場合には、当該表示からは「承諾がなされれば直ちに契約が成立する」との性質が奪われるという規律が確立されることになった。

さて、「留保が付されれば契約の成立は妨げられる」というこの規律は、これを現象としてみれば、「申込者は、留保を付しさえすれば、自らの意思によって契約の成立から生ずべき拘束を自由に免れ得る」と捉えることのできるものである。実際、学説は、この規律に対し、「留保が付された場合には当事者は契約に拘束される意思を有しない、それゆえに、申込みの意思表示も存しない」との基礎づけを与えるのが常であった。この理解が、「同意の確定性」という定式の淵源となり、また、確定性を「留保が付されていないこと」と具体化する今日の学説にまで承継されているのである。

3 以上が、留保に関する規律から「同意の確定性」という観念が生成する経緯のあらましである。以下では、この経緯を具体的に跡づけることによって、同意の要件としての「確定性」の観念がいかにして生成・展開したか、また、それが今日どのように理解されているかをみていきたい。

#### (一) 1920年代までの状況

既にサレイユにおいて、「同意の確定性」に関する萌芽的な理解が窺わ

(102) 比較法的概観として、オーレ・ランドー＝ヒュー・ビール編（潮見佳男ほか監訳）『ヨーロッパ契約法原則 I・II』（法律文化社、2006年）120頁以下が有益である。

(103) 古くは、Cass. 2 décembre 1867, D. 1867, 1, 471 ; Cass. Req. 3 janvier 1882, D. 1883, 1, 105 がみられる。近時では、Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 28 novembre 1968, Bull. civ., III, n<sup>o</sup> 507 ; RTDciv. 1969, p. 348, obs. G. CORNU が、「不特定多数人に対する申込みは、特定人に対する申込みと同様の要件で、最初の承諾者に対して申込者を拘束する」としている。

れたことは先に確認したとおりである。<sup>(104)</sup>しかし、1920年代までの間には、「同意の確定性」という定式を用いる叙述は、概説書類には定着していなかったようである。<sup>(105)</sup>また、「留保」についても、立ち入った考察をする者は決して多くない。<sup>(106)</sup>しかし、比較法的知見に示唆を受けて、次のような議論がなされ始めていた。

1 ビュフノワール ビュフノワールは、申込みの性質につき、「契約は二つの意思表示の合致を要求しており、その結果、一般原則としていえば、申込みはそれ自体としては何らの法的効力をも生み出さない」との古典的理解を提示する。このように、そもそも申込みに法的意味を認めない以上、特定人に向けられたものか不特定多数人に対して向けられたものかによってその効力を区別する必要もない。そのため、ビュフノワールは、価格を提示して物品を陳列した場合、パンフレットを送付したような場合等でも、当該行為が申込みと評価されることはあり得るとする。<sup>(107)</sup>

(104) そのほか、既に19世紀にも、「確定的な約束 (promesse ferme)」と述べるものがみられ (T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 7, Paris, 1984, n° 15, p. 27)、20世紀初頭のテーズにも申込み「確定的な約定 (engagement ferme)」たる性格を認めるものがみられる (M. PAPAZOL, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, Paris, 1907, n° 11, p. 109. もっとも、後掲注 (115) をも参照)。また、M. PLANIOL, note au Req. 29 avril 1903, D. 1904, 1, 136は、きわめて簡潔ながら、締約交渉には暫定的な提案を含むにすぎないものと、承諾によって直ちに契約関係を生じさせる性質のものがあつたうえて、後者は「確定的な申込み (offer ferme)」といえろと論じている。こうした状況にかんがみると、意思の表明が確定的なものとしてなされなければならないという理解は、明確な概念化こそなされていないものの、古くから暗黙裡に前提とされてきたともみられようか。

(105) プラニオル自身も、その教科書の同意に関する叙述ではこの点を論じてはいない。V. *id.*, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1901, n°s 267 et s., pp. 108 et s. (法律行為論における意思の役割) ; *id.*, t. 2, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1902, n°s 964 et s., pp. 300 et s. (同意)

(106) 以下に述べるほか、申込みと申込みの誘引との区別を論じるなかでこの問題を詳述する PAPAZOL, *th. préc.* [note 104], n° 11, pp. 102-111が目を惹く。

(107) C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, Paris, 1900, pp. 466 et 467.

しかし他方、ビュフノワールによれば、申込者の側において、提案は単なる「申込みの誘引」であるにすぎない、他の価格で売却することもあり得る、あるいは、相手方を限定する、といった内容の留保を付することは可能である。その例として、彼は、客を引くために、現実の価値よりも安い価格で商品販売の申込みをする一方、商人による買占めを防ぐために、この申込みは消費者（consommateur achetant en détail）に対してなされたものである旨を留保した事案において、留保の有効性を認めた判決を指摘している<sup>(108)</sup>。

このように、ビュフノワールは、不特定多数人に対して申込みがなされる局面を念頭に置いて、承諾をなす者の人的要素に応じて申込みの効力の存否を区別する可能性を認めた。ここにおいて、申込みという法性決定を申込者の意思によって左右する方途として「留保」を位置づける理解が、端緒的に示されたということが出来る。

2 ドゥモグ<sup>(110)</sup> ビュフノワールに続いてこの問題を詳論したのはドゥモグである<sup>(110)</sup>。彼の議論によって、1930年代以降の議論の礎石が築かれることになる。

---

(108) 次の二判決が引かれる。① Trib. com. Seine, 5 janvier 1869, D. 1869, 3, 14 は、タフタ織物を1メートルあたり75センチメートルで売る旨を不特定多数人に向けて告知した事案。価格の告知によって顧客の関心を惹く一方で、この告知を受けた者に対して義務を負わないということも許されているとする売主の主張に対し、裁判所は、そのような解決は「商取引を支配すべき信義誠実の諸原則（règles de la bonne foi）に反するとともに、1583条所定の買主の権利にも反する」として、買主からの損害賠償請求を認容した。② Trib. com. Seine, 15 juin 1869, D. 1869, 3, 55 は、モヘアの布地を1メートルあたり40センチメートルで売ることを告知するとともに、大量の売買または中間業者による売買には応じない旨の明示の留保を付していた事案。裁判所は、留保の有効性を認め、原告（買主）が商人であることを理由として、目的物の引渡しまたは損害賠償にかかる請求を棄却した。ビュフノワールによれば、①は、留保がなされなかったことを理由として売主の主張が斥けられた事案と位置づけられる。

(109) BUFNOIR, *op. cit.* [note 107], p. 467.

(110) DEMOGUE, *Traité*, t. 2, n<sup>os</sup> 539 et s., pp. 129 et s.

(1) ドゥモーグはまず、申込みには契約と独立した法的効力を認めるべきであるとの前提から出発する。それゆえ、彼においては、ある行為が申込みとなり得るか、あるいは単なる提案にとどまるかが重要な問題とされる<sup>(111)</sup>。その区別の指標は次のように説かれる。法的な意義を有する申込みは、「その提案が、単なる承諾によって契約が成立し得るほどに十分に多数で固く決意された (*nombreux et résolu*) 諸点につき、十分に明確な方法でなされる指示を含んでいる」のでなければならない。

続いて、ドゥモーグは留保に関する次のような議論を展開する。すなわち、「明確な提案」が行われても、「諾否を通知するので、照会されたい」との留保、または人的要素に関する留保が付された場合には、提案に応じて相手方がした「承諾」には何ら法的な意味は認められず、したがって、これに対して提案者が沈黙していた場合には、契約は成立しない。より一般的に言えば、「約務を負わない (*sans engagement*)」、「事後の承諾を留保して (*sauf confirmation*)」なされた申込みには「拘束力はない (*pas obligatoire*)」<sup>(112)</sup>。もっとも、あらゆる留保に対して以上の理が妥当するわけではなく、「相場の変動を留保して (*sauf variation des cours*)」なされた申込みは、変動が生じない限りはなおも拘束力をもつとされる。

(2) 以上が留保に関するドゥモーグの議論の概要である。彼は、ある提案が申込みと評価されるためには、それが「固く決意された」ものであることを要すると説いているが、ここには、同意の確定性の観念に通ずる考慮をみてとることができよう。

それでは、留保に関する規律をも視野に入れて総体としてみたとき、ドゥモーグの所説に対してはどのような評価を下すことができるだろうか。

---

(111) *Id.*, n° 553, pp. 162 et s.

(112) 以下、*id.*, n° 550, pp. 152-154.

(113) なお、ここでの「拘束力」は、「単なる承諾によって契約が成立し得る」という性質のことを指しており、いわゆる申込維持義務の存否を問題にするものではない。



留保が申込みに対してもたらず影響に関して彼が示した理論構成については、二様の理解が成り立ち得よう。すなわち、第一は、留保が付され、拘束力を奪われた以上、表意者の意思表示はもはや申込みとはいえないとする理解。第二は、「明確な提案」である以上、留保が付されていてもその提案が申込みであることに変わりはないとする理解である。

以上のうち、申込みの「確定性」という概念を知る今日の観点からは、第二の理解は首肯し難いように思われる。今日いわれるように、「承諾がなされれば直ちに契約が成立する」ことが申込みの本質だとすれば、承諾がなされても契約が成立しない「申込み」なるものは想定し得ないはずだからである<sup>(114)</sup>。しかし、ドゥモーグの議論を素直に読む限り、彼においては第二の理解が採用されているものと解される。というのは、約務を負わない「申込み」という観念が提唱されていること、その場合にも、相手方からの「承諾」を問題にすること等にかんがみると、ドゥモーグにおいては、留保が付された場合にもあくまで申込みと承諾は存在することが前提とされているものと解されるからである<sup>(115)</sup>。

(114) ただし、条件を付された申込みという構成は考えられる（CARBONNIER, n° 943, p. 1968）。しかし、カルボニエの叙述は、同意の確定性という観念をいまだ明確には用いない同書初版（J. CARBONNIER, *Les obligations*, 1<sup>re</sup> éd., PUF, 1957, n° 99, p. 340）以来のものであって（後掲注（126）を参照）、今日の観点からみれば一般的とはいえないように思われる（後掲注（138）を参照）。また、このような条件を付することは、随意条件に関する1170条、1174条の趣旨に抵触し、結局は申込みという法性決定を妨げるとも解し得よう（B. CÉLICE, *Les réserves et le non vouloir dans les actes juridiques*, LGDJ, 1968, préf. J. CARBONNIER, n°s 330 et 331, pp. 174-176. 両条は「債務」に関する規定だから、申込みに対する留保には適用し得ないが、その趣旨を問題にすることは可能であろう）。

(115) このようにみると、ある提案が申込みになるか否かは、もっぱら（今日でいうところの）明確性の有無によって決せられたと解することになろう。なお、PA-PAZOL, *th. préc.* [note 104], n° 11, p. 109 も、申込みと申込みの誘引との区別は、「申込みの具体化（spécialisation）の程度」によって決せられるのであって、「申込みが企図された契約におけるすべての情報と条項を表明するに足りるほどに明確である場合には、これに対する承諾は契約を成立させるのであり、契約関係が撤回し得ないかたちで取り結ばれる」と述べる。

以上の考察から、ドゥモーグの構想した法的規律は、次のような意義をもつと考える。

まず、ドゥモーグにおいて、「留保」の問題は申込みとは別次元に属する規律として位置づけられており、また、申込みが「固く決意された」ものであることと留保が付せられていることとは必ずしも矛盾しないと解されていた。これに対し、今日では、「同意の確定性」が「留保の付されていない同意」を定義されることからわかるとおり、確定性と留保は表裏をなしており、したがって、留保を付することによって確定性は失われると解されている。そうすると、ドゥモーグの段階では、今日いわれるような意味での——つまり、「留保の付されていない同意」たる——同意の確定性という観念はいまだ成立していなかったと結論づけることができる。

(3) とはいえ、ドゥモーグの所説は、次の点ではきわめて重要な方向性を示している。すなわち、彼によれば、相手方に対する承諾を留保した場合、条件に適合するか否かの判断が申込者に与えられているという意味において、当該申込みは「約務を負わない」ものであり、「承諾がなされれば直ちに契約が成立する」とはいえない。ここにおいては、最終的な拘束の成否が表意者の自由意思に委ねられる——そして、その決定に相手方が容喙する余地はない<sup>(116)</sup>——という規律が採用されているのであるが、この限りでは、彼の所説には、後に「確定性」として説かれるところと実質的な内容において符合するものが含まれていたとみることができる。

**3 小 括** 以上によれば、1920年代に展開された議論は次の各点を特徴とするといえよう。すなわち、①申込みとその誘引とを区別する必要性を意識し、契約の要素に関する提案を含んで初めて申込みと評価されるとすること、②留保の付された申込みを「約務を負わない申込み」という一般的概念によって構成すること、および、③留保につき、諾否を留保する場合と客観的事情を留保する場合とを区別し、これに応じて拘束力

(116) もっとも、民事責任の成立する余地は承認されている (DEMOGUE, *Traité*, t. 2, n° 550, pp. 154 et 155)。

の存否をも区別すること、である。しかし、なぜこれらの結論に至るのかについての理論的な説明は、いまだ十分にはなされていなかった。

## （二）1930年代の状況

上にみた1920年代の議論は、主に比較法的な知見に示唆を得つつ展開されたものである。1930年代の議論は、一方でこの傾向を承継しつつ、他方で、これと並んで、ドゥモーグによって提唱された規律にフランス法的な脚色を施していく。そして、これら諸見解によって、今日いわれるところの「確定性」の観念の祖型が形成された。

1 プラニオル＝リペール＝エスマン まず、プラニオル＝リペールの体系書の執筆にあたったエスマンが、申込みと単なる提案（simple proposition）との区別を明らかにする必要性を改めて指摘し、次のように論じている。すなわち、「表意者が法的に義務づけられる意思を有しなかったとき、つまり彼の自由を留保したとき、または、交渉に入ることを望んだにすぎないとき、つまり申込みではなくその誘引をしたとき」には、申込みは存しない<sup>(118)</sup>。ある表示が申込みとされるのは、それが「法的に拘束されるとの意思」の表明だからである。したがって、「自由を留保」する意思があるときには、そうすることもまったく可能である。

このように、拘束意思の存否を申込者の自由な意思決定に服せしめるエスマンによれば、留保を付することによって申込みは「約務を負わない」ものとなる<sup>(119)</sup>。そのうえで、彼は、約務を負わない申込みのうち、価格の変更可能性に留保を付することと、物の数量に限りがあるなどとして相手方に対する承諾を留保することとを区別する。以上は既にドゥモーグによ

(117) V. e. g. GAUDEMET, *op. cit.* [note 63], pp. 34 et s.

(118) PLANIOL et RIPERT, n° 127, pp. 164 et 165 (2<sup>e</sup> éd., pp. 143 et 144). この点に関する同書の叙述には、初版と第二版とで内容上の違いはみられない（ニューメロにも変更はない）。ここでの関心は初版刊行時（1931年）の学説状況にあるため、以下では、初版のニューメロと頁を記載したうえ、第二版における該当箇所を括弧内に付記する。

(119) *Id.*, n° 128, pp. 165-167 (pp. 145 et 146).

て説かれていたところを軌を一にするが、前者の場合には、変更を加えた条件で申込みがなされたと評価して何らの支障も生じない——したがって、相手方がこれを承諾すれば契約は成立する——のに対し、後者の留保については、だれを相手方とするかは申込者の判断にかかっている（承諾の自由の発現とみられようか）としてこの区別を正当化しており、ドゥモーグよりも踏み込んだ理解を示しているといえることができる。

以上のとおり、エスマンもまた「約務を負わない」申込みという観念を承継しており、その限りで、確定性と留保の関係を今日のように把握してはいないといえることができる。しかし、申込みには「法的に拘束される意思」が備わっていなければならないことを強調した点において、従前の諸見解に比べて、同意が契約の発端となる根拠を明瞭に意識していたということではできるだろう。

**2 シャバス** 「約務を負わない申込み」に対するこの基礎づけは、直ちに、意思表示理論に関するシャバスのテーズによる支持を得るとともに、<sup>(120)</sup> 彼によってその「意思主義」的性格を推し進められた。

シャバスは、意思表示を「法的な目的をもって発せられる意思」<sup>(121)</sup>と定義したうえで、フランス法においては、「一定の法律状態を生ぜしめようとする現実の、明瞭かつ最終的な意思 (volonté réelle, nette, définitive)」が要求されており、「表意者において法的に拘束される意思をもたなければ、真の意思表示は存しない」との理解が堅守されてきたとする。<sup>(122)</sup> 以上の理解から、シャバスは、「〔表意者の〕意図 (intention) にこそ、単なる交渉と申込みとを区別する指標を求めなければならない」と強調したうえで、いかなる留保を付するかは申込者の自由に委ねられているのであるから、留

---

(120) J. CHABAS, *De la déclaration de volonté en droit français*, Paris, 1931, pp. 23 et s. [Chapitre intitulé « La volonté : Etude de l'élément interne de la déclaration de volonté »]

(121) *Id.*, p. 23.

(122) *Id.*, pp. 24 et 25.

保によって「確定的な申込み (offre ferme) が存しない」ものとなし、もって契約の成立を妨げることもまったく自由であるとの理解を引き出して<sup>(123)</sup>いる。

このように、シャバスにおいては、申込みの意思表示が「確定性」を要するものであること、また、意思表示を確定的なものとして発するか否かは当事者の自由に委ねられていることが、それぞれ明瞭に意識されている。そして、彼は、新たな基礎づけをもってこの理を正当化するのではなく、これをフランス法を支配する「意思主義」からの当然の帰結だと<sup>(124)</sup>みた。彼の叙述には、意思表示概念の捉え方についての仏独の相違に関するいささか図式的な理解も窺われるが、いまはこの点は詮索せず、1930年代初頭にこうした主張が現れたことによって、「申込みには確定性を要する」との定式が意思主義という基礎づけのもとに一応の完成をみたことを確認するにとどめよう。<sup>(125)</sup>

**3 小 括** 以上を要するに、「同意」の観念の本質がほとんど論じられなかった20世紀初頭の状況に反し、1930年代にはそのフランス法流の理解が大綱において確立したということが出来る。その間の経緯および議論の内容は、次のようにまとめられよう。

(一)においてみたように、1920年代以降には、ドイツ法学の影響のもと、

(123) *Id.*, pp. 29 et 30. シャバスは、留保によって申込みの確定性が奪われるとするとともに、「意思表示は、もともとそれをなす者の意思次第なのであるから、いかなる留保も可能である」と説く。エスマンのいう「価格の変更可能性に関して付される留保」と「物の数量に限りがある旨の留保」とを区別しない点で、これは、「留保の自由」をいっそう徹底したものとみることが出来る。なお、この点をめぐる学説の対立については、オベールの整理（後掲注（134）および同対応本文）を参照。

(124) *Id.*, p. 25.

(125) もっとも、シャバスにおいても以上の結論が無制限に貫かれているわけではない。というのは、不法行為に基づく現実賠償という理論構成を媒介として、実質的に契約成立と同旨の結論を導くことを認めていたからである（この点については、中原「(1)」(前掲注（65））105頁を参照）。その意義は、後に改めて検討する。

フランス法においても、申込み・承諾という同意を個々に考察するという視点が次第に整備されていった。とはいえ、この問題に関しては、ドイツ法学にみられた規律がそのまま展開されたわけではなく、「フランス法は意思自律の原理を採用する」という強固な自己認識に基づき、同意は表意者の内心における「拘束意思」の発現であり、したがって、申込みを確定的なものとして発するか否かも完全に表意者の自由に委ねられるという理解が提示された。この流れの上に、同意の「確定性」をもつばら「表意者の主観的な拘束意思の存否」の問題として把握しようとする構想が確立された。

もっとも、同意の「確定性」という定式それ自体は直ちに学説に根づいたわけではないようであり、同様の説明が概説書に見出されるのはようやく1950年代以降に至ってである。その間の経緯は把握し得なかったが、<sup>(126)</sup>「確定的な意思の表明であること」「留保が付されていないこと」という二方向から具体化される確定性の観念を同意の要件とする今日の理解が、この20年前後の間に次第に浸透していったと推察することは許されよう。

## 二 オペールにおける確定性・留保

一に素描した議論を整序し、本款冒頭に一瞥した今日の定式を明確かつ洗練されたかたちで与えたのは、緻密な分析に基づいて同意に関する従前

(126) BEUDANT *et al.*, *op. cit.* [note 97], n° 72, p. 52 は、当事者は契約によって義務づけられるのであって、申込みによって義務を負うわけではないという旧来の理解を再確認し、これに続いて申込みの拘束力の問題を論ずるが、申込みの要素ないし確定性の問題を論じてはいない。L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1939, n°s 43 et s., pp. 29 et s. もこの点には触れておらず、H., L. et J. MAZEAUD, *Leçon de droit civil*, t. 2, Montchrestien, 1956, n°s 132 et 133, pp. 109 et 110 も、留保の規律には言及するものの、確定性に相当する概念を用いた説明は行っていない。CARBONNIER, *op. cit.* [note 114] も、「約務を負わない申込み」との対比で《*pollicitation ferme*》という語を用いてこそいるものの (n° 99, p. 340)、申込みの確定性という要件を提示してはいない (n° 98, p. 336)。

(127) G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. 2, LGDJ, 1957, n° 324, pp. 131 et 132; MARTY et RAYNAUD, t. 1, 1<sup>re</sup> éd. [1962], n° 100, p. 82.

の議論を総合したオベールの тезис であつた。<sup>(128)</sup> 以下では、意思自律の原理に重きをおくフランス法流の同意法理の到達点を確認する意味で、彼の議論を検証する。<sup>(129)</sup><sup>(130)</sup>

（一） 確定性

1 申込みの要素 オベールによれば、申込みとその誘引との分水嶺をなすのは、申込みに備わる二つの要素である。

第一に、申込みは契約締結に向けての「提案」であり、「他者に対して

(128) J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, 1970, préf. J. FLOUR. 以下、本文における引用箇所  
の指示は、同書のものである。

(129) J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Droit civil, les obligations, vol. I, L'acte juridique*, nouv. éd. par J.-L. AUBERT, A. Colin, 1986, n° 126-1, p. 89 は、意思自律の原理に対する諸種の批判に対峙し、私人 (personnes privées) 間における同原理の衰退の意義と射程を次のように論ずる。契約自由はたしかに制限されており、契約の拘束力もその価値を落としたけれども、意思自律はなお原則 (*la règle*) としての地位を保っている。こう述べて、彼らは、ゲスタンによる「有用性と正義」の観念を、契約の基礎には意思に基づく行為が断固として存在するということを甚だしく看過していると批判する。

これに対し、2007年の同書第12版 (n°s 111 et s., pp. 79 et s.) では、「社会的意識主義 (volontarisme social)」の名のもと、社会被規定性を有する意思を契約の根拠に据える姿勢が示されている。これは、第9版以降の補訂に加わつたサヴォーの手になる改訂だと推測されているが (金山直樹「フランス契約法の最前線—連帯主義の動向をめぐって」野村豊弘先生還暦記念『21世紀 判例契約法の最前線』(判例タイムズ社、2006年) 558頁 [初出：判タ1183号 (2005年)])、J.-L. AUBERT, *Le contrat, droit des obligations*, 3° éd., Dalloz, 2005, pp. 24 et s. が同旨を説いていることからすれば、既にオベール自身の見解をなすに至つたとみてもよいだろう。ここには、たしかにかつての立場の変容を看取することができるが (小粥太郎『民法学の行方』(商事法務、2008年) 48頁注(74) [初出：同「マルセル・プラニオルの横顔」日仏23号 (2004年)]、依然として一定の意味での「意思」を基軸に据え、「正義と有用性」や「連帯」といった議論とは慎重に距離を取っている点では、「なお自由主義的な観念が色濃く残っている」(金山・前掲論文584-587頁) ともいえる。

(130) オベールにおける申込みの確定性の問題についても、中原「(1)」(前掲注(65)) 377-385頁が周到な検討を行っている。

なされる意思的行為」である。ここには、契約内容の提示という側面とは区別される、もっぱら申込みの存否のみに関わる要素を見出すことができる。オベールはこれを「外面的 (extrinsèque) 要素」と呼び (n° 6. p. 15)、「意思に基づく (①契約の発端となり、②一方的である) 行為」、「他者に向けられた (①表示され、②何人かに受領されることを予定した) 行為」という各性質<sup>(131)</sup>が、申込みの特性をなすと論ずる (nos 7 et s., pp. 16 et s.)。

第二に、申込みは、「契約という目的を達するための手段」である。このような観点からみると、申込みは、将来締結される契約とは切り離して捉えられない、その内容を「計画」として提示する側面を有する。オベールはこれを「内面的 (intrinsèque) 要素」と呼び (n° 6, pp. 15 et 16)、ここに本節冒頭に述べた確定性と明確性を属せしめる<sup>(132)</sup>。

もっとも、確定性にはいささか特殊な性格が認められている。すなわち、申込みの要素は、上に述べたように「提案」と「計画」という二つの側面から把握され得るが、実際には申込みはそれ自体として一つの総体 (un tout) をなすものであるから、この区別を極限まで徹底することはできない。より正確には、内面的要素のうち、①明確性は、提案たる申込みを前提として、それによって探究される結果を扱うものであるが、②確定性は、提案たる性格 (外面的要素) に結びつけられたものとして捉えられなければならない (n° 36, p. 43)。

以下では、確定性に関するオベールの分析をみることにしよう。

**2 申込みの確度と確定性** オベールによれば、同意の確定性の要請は、フランス法学説においては一致して認められており、端的には、シャバスによる「法的に拘束される意思」という定義に表現されている。オベールは、シャバスのこの定式を是としつつ、次のようにいっそうの厳密を期している。すなわち、同意の確定性は、「その主体が自ら企図した契約を締結しようと決しており、かつ、承諾がなされれば直ちに契約関係を生

(131) 同前377頁を参照。

(132) 同前。



じるだろうことを意識しているということ」と定式化される（n° 39, pp. 44 et 45）。

このように、オベールは、確定性を拘束意思の発現とみるべきことを強調するとともに、ここでの問題が「承諾がなされれば直ちに契約が成立する」か否かというかたちで現れることを明らかにする。これと併せて、彼は、「承諾がなされれば直ちに契約が成立する」ことと、申込みに拘束力が認められることとは別個の問題であることに注意を促している（*id.*）。  
 というのは、こうである。確定性は、申込みが存在するか否かという問題のみに関わり、それが時間的に存続するか否かの問題とは区別されなければならない。したがって、申込みの確度を決する意思の態様は、次の三種に区別される。①微弱な意思（*velléité*）、②確定的意思（承諾がなされれば契約が成立するが、撤回はなお可能）、③申込維持義務をも生じさせる意思、がこれである（*id.*）。この見方によれば、申込者の意思が「微弱な意思」にとどまるか、「確定的な意思」であるとまでいえるかが、「承諾がなされれば直ちに契約が成立する」か否かを決する分水嶺とされることになろう。

## （二）留保

1 留保の種類 オベールは、確定性を以上のように把握したうえ、やはりこれと同時に留保の問題を詳論している。<sup>(133)</sup>

(1) オベールは、留保が付されたという事実が「申込み」という法性決定と両立し得るかを問題とし、従来、「約務を負わない申込み」という用語法のもとに「申込み」の一種として認知されてきた諸事例には、そもそも申込みの存在自体が疑わしいものが含まれていたとする。たとえば、価格の変動に関する留保を付した場合には、新たな価格での契約締結に依する旨の「(約務を負わない申込みに対する) 承諾」こそが、「新たな申込み」と扱われるべきであった。そしてまた、「約務を負わない申込み」に

---

(133) 同前183頁注(70)、(71)および(75)をも参照。

関する学説を子細にみると、「申込み」という法性決定と留保との関係をどのように把握するかについては、次の三とおりの理解がみられたという。すなわち、①留保は常に可能であるとするもの、②留保が付されている以上、申込みとはいえないとするもの、および、③両者の中間に位置し、留保と同意の確定性とは常に矛盾するわけではないとするものである<sup>(134)</sup>。

以上の分析に基づき、オベールは③の理解に立つエスマンの視点を踏まえて、留保には「相対的 (relative) 留保」「絶対的 (absolue) 留保」という二つの類型があるとの立場から考察を進める (n° 41, p. 48)。

(2) 相対的留保 (諾否 (agrément) の留保) 諾否を留保してなされる提案であり、同意に確定性がないゆえに、申込みという法性決定はなされ得ない。諾否の決定が申込者の完全な自由に委ねられている以上、そのような提案を申込みと解することはできないからである。こうした提案は、「この計画に関心をもつならば、その旨を伝えてください、この条件で契約を締結する旨を最終的に決定したかどうかを後にお知らせします」といった意味をもつにすぎない<sup>(136)</sup> (n° 42, pp. 48-50)。オベールはまた、以上の趣旨を強調するために、次のようにも確言している。「提案のなかに相対的留保が存在するときには、厳密な意味における申込みの法性決定は絶対的に禁じられ、たとえ主たる提案の外観がそうではないと信じさせ得る

(134) それぞれ、① CHABAS, *th. préc.* [note 120], p. 30; ② RIPERT et BOULANGER, *op. cit.* [note 127], n° 324, p. 132; MARTY et RAYNAUD, 1<sup>re</sup> éd. [note 127], n° 100, p. 82 (2<sup>e</sup> éd., n° 109, pp. 102 et 103); ③ PLANIOL et RIPERT, n° 128, p. 145; GAUDEMET, *op. cit.* [note 63], p. 35の見解とされる。

(135) 相対的・絶対的の用語は、「留保がだれに対して向けられているか」という観点に結びつけられている (AUBERT, *th. préc.* [note 128], n° 41, p. 48)。

(136) なお、オベールは、諾否の留保と人的要素に付される留保 (*intuitus personae*) とは「ほとんど同様」だとしつつ、後者においては、人的要素が「新たな契約の要素」になっているため、人的要素を含む契約についてはおよそ不特定多数人に対する申込みを観念し得ないとして、両者を区別する (AUBERT, *th. préc.* [note 128], n° 68, pp. 74 et 75)。

であろう場合であっても、このことに変わりはない」（n° 46, p. 54）。

（3）絶対的留保 契約の要素の一部について変更可能性を留保してなされる提案であり、価格、在庫状況等に関して付される留保がその典型である。こうした提案は、「お知らせした条件で契約を締結することを決定しましたが、今後条件を変更する可能性があることにご注意ください。ただし、変更前に承諾がなされた場合には、今日お知らせした条件で契約が成立することは了解しています」といった意味をもつ。このように、変更が加えられる前に承諾がなされれば直ちに契約が成立する以上、かかる留保は同意の確定性とも矛盾しない（n° 43, pp. 50 et 51）。なお、「在庫がある限りで」との留保も基本的に同様に解されているが、この場合、留保は当事者の意思よりもむしろ事物の本性から生ずるとされている（n° 44, pp. 51-53）。

2 確定性と留保 留保に関する以上の叙述は、根幹においては20世紀前半にドゥモーグ、エスマンらによって説かれたところと異ならず、これを概念的に精緻化したものといえよう。その特徴は、次の各点に認められる。①確定性と留保が一体の問題であることが明確化され、後者に関する規律によって前者の妥当範囲がいわば裏側から限定されるという見方が示された。②留保は、その対象となっている事項に即して相対的留保と絶対的留保に二分される。③申込みの確定性の存否は、相対的留保に関しては、そのようにして拘束されるという「意思」の存否の問題と把握される。

ただし、その一方で、留保に関するオペールの上の分析が、従来の議論のなかに共在していた整合し難い二つの論理を浮き彫りにしたことに注意しなければならない。というのは、絶対的留保という観念を認める以上、もはや留保の効力が「意思のみ」によって決せられているとはいえないからである。このように、留保が申込みの効力を失わせる否かが——表意者の意思ではなく——留保の客観的な性格に基づいて決せられるのだとすれば、およそすべての留保は、留保の客観的性質に関する審査を経たうえで

なければその効力を認められないと解する余地を生じよう。オベール自身がこのように説くわけではないが、<sup>(137)</sup>ともかくもこうした理解の可能性が兆していたことは、三でみる学説の現況との関係で重要だと思われる。

### 三 今日における規律の状況

同意に関する諸規律についてオベールが提示した枠組みは、その後の学説においても基本的に支持されている。同意の確定性という観念についても基本的には事情は同じである。しかし、消費者保護の要請が顧みられるに至り、彼の示した原則論にも若干の変化が窺われる。

1 概況 同意の確定性を一個の要件とし、これを「拘束意思」と「留保」の二面から捉えるという枠組み自体は、もはや揺るぎないものとなっている。<sup>(138)</sup>また、留保は、その内容に応じていくつかのものに類別されるが、オベール同様、「相対的留保」「絶対的留保」に区別されるのが通例である。<sup>(139)</sup>先述のとおり、両者の区別を認めるという点で、留保を付せば常に申込みの確定性が失われるとの理解は採られていない。このことを自覚する者は、「すべては留保の性質にかかっている」と述べている。<sup>(140)</sup>

(137) オベールも、留保の有効性の存否が裁判官の判断結果に大きく依存するものであったことには注意を促している (*v. AUBERT, th. préc.* [note 128], n° 42, p. 49 texte et note 111 ; n° 43, p. 50 texte et note 114)。けれども、オベールは、裁判官の関与によって留保の随意性が制限されていることにつき、申込みをなすか否かの決定は常に自由になし得るはずだから、そうした制限は正当ではないとの反論を加える。

(138) MARTY et RAYNAUD, n° 109, p. 103 ; GHESTIN, *Formation*, n° 295, pp. 263-265 ; MAZEAUD et CHABAS, n° 133, p. 216 (*v. aussi Lectures II*, pp. 150 et s.) ; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, n° 110, pp. 119-121 ; MALAURIE, AYNÈS et STOFFEL-MUNCK, n° 465, pp. 230 et 231 ; MALINVAUD, n° 111, pp. 81 et 82 ; BÉNABENT, n° 57, pp. 47 et 48 ; FAGES, n° 85, pp. 68 et 69 ; LARROUMET, *Formation*, n° 249, pp. 224 et 225 ; FABRE-MAGNAN, *Contrat*, n° 104, pp. 248-250 ; P. CHAUVEL, *Rép. civ. Dalloz*, 2007, v° Consentement, n° 93, pp. 14 et 15。申込みを一方的債務負担行為と捉える STARCK, ROLAND et BOYER, n°s 93-96, pp. 31-33も同旨。

(139) ほかに「主観的留保」「客観的留保」を用いる論者もみられる (B. PETIT, *Juris classeur*, 2005, art. 1109, fasc. 2-1, p. 8) が、内容に違いはみられない。

そこで、問題は、ここにいう「留保の性質」として何が問われているかである。この点については、とりわけ消費者保護ないし交渉力格差への対処という課題が意識されるに及び、議論状況に変化が現れていることが目を惹く。表意者の自由を強調する伝統的理解に反し、「申込みに対して条件付けられた性質を与える留保が、申込者が意のままに (arbitrairement) 離脱することを可能ならしめるような性格を有するかという点に、真の問題があるように思われる」と指摘されていることは、そうした変化を端的に物語るものといえよう。

このような問題関心に与って、近時の学説は、「留保の効力は表意者の主観に即してのみ決せられるわけではない」という着想を新たな方向へと進めているようにみえる。これを如実に表す詳細かつ独創的な議論として、以下にセリオーの所説を採り上げて検討しよう。

**２ セリオーの分析** (1) セリオーの分析の独創性は二点において現れている。

第一に、不特定人に対してなされる申込みの捉え方において。彼は、特定人間で交渉がなされる場合と、不特定人に対して告知がなされる場合とでは申込みの確定性に関する問題の現れ方が異なるとする。というのは、不特定人に対して告示がなされる場合には、契約条件に関して当事者双方の了解があるわけではなく、申込者が一方的に行為し、しかも即時かつ概括的に提案の文言が示される結果、申込者が自ら望まない条件に拘束されるおそれがあるからである。かかる認識を前提に、セリオーは、不特定多数人に対する告知を申込みと評価することは、今日、有利な告知を迅速に見出したことに報いるという意味で、消費者に対する利点をもつとする。しかし、それは、他方では、性急になされた申込みに対して錯誤等の主張を広く認めることにもつながるため、取引の安全を犠牲にすることになるとも評している。<sup>(140)</sup>

(140) TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, n° 110, p. 120.

(141) GHESTIN, *Formation*, n° 295, p. 263.

第二に、留保の捉え方において。セリオールは、留保の性格や、それが申込みの確定性に与える理論上の影響力の如何にかかわらず、判例においては、表示受領者に対する留保の対抗可能性を吟味することを通じて、締約拒絶の正当性がコントロールされているとの見方を強調する。申込みが確定的な外観を呈するにもかかわらず契約締結を拒絶し得るためには、締約拒絶に真摯かつ正当な理由が存しなければならない<sup>(143)</sup>というのである。彼はまた、不当な締約拒絶をもたらした者には損害賠償義務が生ずるが、その内容は現実賠償 (réparation en nature) としての締約強制でもあり得るとも論じている<sup>(144)</sup>。

(2) 以上にみたセリオールの議論のうち、留保に関する叙述は、一見したところ、オベールらによって提示された確定性に関する原則的な理解との間に二つの差異を含んでいる。それは、①確定性の存在を損なうと解されるような留保が付された場合であっても、申込者が契約締結を強制され得るとされる点、②そこに意思自律の原理との矛盾を孕む「裁判官による正当性のコントロール」という性格が見出される点である。

ところで、①については、既にオベールと同時期に「不特定人に対する契約の申込み」を論じたヴィアラールの論稿が、権利濫用法理を援用することによって実質的に同内容の基礎づけを試みている。ヴィアラールはこう説く。不特定人に対する申込みがなされる場合、申込者は、正当な理由なしに裏切ることの許されない期待を惹起する。それゆえ、「不特定人に対する申込みが骨抜きにされるべきではないから、この承諾を拒絶することを許容する合理的な理由が存することを申込者が訴訟において証明しない限り、人的要素に関する留保が付された申込みに対する承諾は、契約を

(142) SÉRIAUX, n° 10, p. 36. セリオールは、不特定多数人に対する提案を申込みと認めないという立法主義を採用することも、法政策の問題として可能だとする (*id.* texte et note 6. 英、独、瑞がその例とされている)。

(143) *Id.*, p. 38.

(144) *Id.*, p. 39 texte et note 23.

成立させると考えるべきであろう<sup>(145)</sup>。この分析がセリオールによっても参照されていることにかんがみると、同じく民事責任の成否を問題にする彼も、フォートの存否を判断するにあたっては、申込みの外観を呈する行為によって惹起された相手方の正当な信頼を裏切ったという評価を重視しているものと察せられる。

3 今日の傾向 (1) 以上のとおり、今日の学説は、オベールによって定立された枠組みを基本的に維持しつつも、とりわけ事業者対消費者の取引を念頭に、留保を付することで申込みによる拘束から恣意的に離脱することを掣肘しようとする傾向をみせている。具体的には、権利濫用等の法理を媒介しつつ、相手方に対して惹起した正当な信頼を裏切ってはならないという要請が具体化されていたということができよう。

このように、「正当な信頼の裏切り」を顧慮して権利濫用法理の適否が決められ、その効果として契約の成立までもが帰結され得るとすれば、「微弱な意思」であるか「確定的な意思」であるかという視点は、今日では、申込みの法性決定にとっての唯一の指標たる地位を実質的に失っていると解される。この点には、確定性を申込者の主観の問題として把握しようとする伝統理論に対して一定の歯止めをかけようとする試みをみとることができよう。

(2) とはいえ、権利濫用法理によって留保の合理性をコントロールするという構成が採用されたことから窺われるように、ここでもなお、申込みに確定性がないゆえに契約は成立し得ないとの原則論が理論上は堅持されている。こうした理解は、セリオールが「現実賠償」という構成を採用したこと、また、ベルリオーズが、ヴィアラールの分析を引きつつ、「最も優れた保護は、契約が成立したものとみなす (considérer le contrat comme formé) ことである」(傍点引用者) と述べていることにも現れてい

(145) A. VIALARD, *L'offre publique de contrat*, RTDciv. 1971, n° 49, p. 788.

(146) SÉRIAUX, n° 10, p. 38 note 19.

(147) G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, 1973, préf. B. GOLDMAN, n° 77,

る。こうしてみると、近時の展開も、理論構成の面においては、結局のところ予てから示されていた「意思主義に立脚する同意法理」と「現実賠償によるその修正」という枠組みを出るものではなく、ただ、社会状況の変化に伴って、相対的に後者の占める比重を高めたにすぎないとみられよう。

4 小 括 ここで、**第一**全体の議論をまとめておくことにしたい。

(1) フランス法においては、同意の確定性は、純然たる拘束意思の存否の問題として把握された。したがって、同意に確定性を与えるか否かは表意者の自由な意思決定にかかっているのであって、相手方の信頼いかんはこれを左右しないと解されていた。つまり、同意の根拠は、もっぱら「内心の意思」に求められた。以上が、1930年代に一応の確立をみて、オベールにおいて洗練された「同意」に関するフランス法的規律の骨格であり、現在においてもこの理解が基本線としての地位を保っている。

ここに示された理解は、「契約締結過程」を「契約」へと移行させるのは当事者の意思のみであるという観念に依拠しており、その意味で、「意思のみが法を作る」という古典的な意思自律の原理に整合するものということができる。そして、同意の成立につき、オベールによって提示された理解が今日の規律によっても採用されていることは、契約の成立にとっては現実の意思が決定的であるという理解が、今日の学説においても堅持されていることを確認させる。

(2) ところが、他方では、こうした原則論を完成させたオベールの議論とほとんど同時期には、消費者に対してなされる申込みを念頭に置いて、「正当な理由なしに裏切ることの許されない期待」を顧慮すべきであるとする議論が生じつつあった。こうした状況は、まずもって、伝統的な同意法理に変容が生じつつあることを示唆するように思われるが、同時に

---

p. 50. なお、この тезис の紹介として、大島俊之「ベルリオーズ『附合契約』」民商79巻5号(1979年)752頁を、契約条項規制との関係での詳細な分析として、大澤彩「不当条項規制の構造と展開(3)―フランス法との比較から―」法協126巻3号(2009年)206頁以下を、それぞれ参照。



注意すべきは、一方で契約締結を基礎づけるのは当事者の意思のみであるという理解を維持し、他方でこの締結に適切な限界を設定するという要請を二つながらに実現することが、「留保」に関する規律の課題とされたことであろう。

以上のように解し得るならば、同意法理に看取される上述のような変容を理解するためには、留保という観念に直截に関心を向ける必要があるといわなければならない<sup>(148)</sup>。そこで、確定性要件をいわば裏から眺める趣旨で、**第二**では留保をめぐる諸規律に対して正面からの考察を加えることにしたい。

以下に、本稿において参照した条文を一括して掲記する。

## 1 フランス民法典

### 【1110条】

(1) 錯誤は、目的とされた物の本質 (substance) そのものに関わるときに限って、合意の無効原因となる。

(2) 錯誤は、契約を締結しようとする人のみに関わるときには、この人に関する考慮が合意の主たる原因 (cause) でない限り、無効原因とならない。

### 【1156条】

合意においては、その文言の字義に拘泥せず、契約当事者の共通の意図 (intention) が何であったかを探究することを要する。

### 【1170条】

随意条件とは、いずれか一方の契約当事者の権限によって到来させ又は妨げることのできる事象に合意の履行を依存させる条件をいう。

### 【1174条】

あらゆる債務は、債務を負う者の側の随意条件のもとに締結されたときは無効である。

---

(148) 確定性という観念は、実はそれ自体としてはほとんど考察されておらず、むしろ留保に関する研究の導入という以上の意味を与えられていないとの指摘 (D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001, préf. H. MUIR WATT, n° 774, p. 624) は、極論めいてはいるものの、留保という規律の重要性を物語っているといえよう。

**【1235条】**

(1) あらゆる弁済は債務 (dette) を前提とする。債務がないにもかかわらず弁済されたものは、返還請求の対象となる。

(2) 返還請求は、任意に支払われた自然債務については認めない。

**【1583条】**

売買は、その物及び価格について合意がなされたときには、物がいまだ引き渡されず、又は、価格がいまだ支払われていなくても、当事者間においては完全であり、買主は売主に対する関係では当然に所有権を取得する。

**2 ドイツ法関係** (神戸大学外国法研究会編『独逸民法 (I) ~ (V) (現代外国法典叢書 (1) ~ (5) (復刊) (有斐閣、1955年)、および法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ民法一総則一』(法務資料第455号、1985年)を参照した。)

**【民法典116条】**

意思表示は、表示されたことを欲しない旨を表意者が内心において留保したことによっては無効とならない。意思表示が相手方に対してなされた場合において、相手方が留保を知っていたときは、意思表示は無効となる。

**【民法典119条】**

(1) 意思表示をなすに当たり、その内容について錯誤があり、又はその内容の表示をなす意思をまったく有しなかった者は、事情を知って諸状況を合理的に評価したならば表示をしなかったであろうと認められるときには、その意思表示を取り消すことができる。

(2) 取引上本質的であると認められる人又は物の性質に関する錯誤もまた、表示の内容に関する錯誤とみなす。

**【民法典130条】**

(1) 隔地者に対する意思表示は、意思表示が相手方に到達した時にその効力を生ずる。意思表示の到達前に、又は到達と同時に撤回が到達したときは、意思表示はその効力を生じない。

(2) 表意者が意思表示を発した後に死亡し、又は行為能力を失ったときであっても、意思表示はなおその効力を有する。

(3) 前二項の規定は、意思表示が官庁に対してなされる場合についても適用する。

**【民法典133条】**

意思表示の解釈に際しては真意を探究することを要し、表現の字義に拘泥してはならない。

**【民法典145条】**

他人に対して契約の締結を申し込んだ者はその申込みに拘束されるが、拘束を排除したときはこの限りではない。

**【民法典157条】**

契約は、取引慣行に照らして信義誠実の要求するところに従って解釈することを要する。

【普通ドイツ商法典337条】

多数人 (mehrere Personen) に認識可能な、特に価格表、在庫目録、試品 (Probe) 若しくは見本 (Muster) の提示によって知らされる売却の提案、又は、商品、価格若しくは数量を確定せずに表示される売却の提案は、何ら拘束力のない売買の申込み (Antrag) である。

【追記】

次の文献は、著者名の表示のみによって引用する（既出箇所においても同様の例による）。A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, 1998.