

Title	契約の成立時期について：神戸先生の所説の再認識
Sub Title	On the time when a contract comes into existence
Author	田中, 実(Tanaka, Minoru)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1965
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.38, No.1 (1965. 1) ,p.77- 97
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	神戸寅次郎先生記念論文集
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19650115-0077">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19650115-0077</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 契約の成立時期について

— 神戸先生の所説の再認識 —

田 中 実

- 一 問題の所在
- 二 神戸説
- 三 学説の変遷と神戸説
- 四 問題点の再検討
- 五 結 語

## 一 問題の所在

一 契約は相対立する二個または二個以上の意思表示の合致によつて成立するのであるが、この場合、相対立する各個の意思表示は、多少の時間的な差をもつてなされるのが通例であり、その時間的に先になされるものを申込、後になされるものを承諾とよぶこと、おそらく説くまでもあるまい。契約は一般に申込および承諾の合致によつて成立するものとなるのであるが、その契約の成立時期について、わが民法五二六条一項は「隔地者間ノ契約ハ承諾ノ通知ヲ発シタル時ニ成立ス」と

規定している。

ところが、申込・承諾のごとき意思表示の効力発生時期については、周知のように、わが民法はいわゆる到達主義の原則を有しており、これは九七条一項において「隔地者ニ対スル意思表示ハ其通知ノ相手方ニ到達シタル時ヨリ其効力ヲ生ス」として示されている。

そこで、右の民法九七条一項と五二六条一項との関係について、民法解釈学上、めんどろな問題が生ずることとなつた。前者が意思表示について到達主義の原則を示しているのにたいし、後者が契約の成立についていわば発信主義をとるかのよな態度を示し、したがつて両規定を綜合してみると、契約の一要素である承諾が意思表示としては未だ効力を生じていないのに、契約そのものは成立してしまうこととなり、あたかも両者のあいだに一種の矛盾が存するようにみえるからである。

二 この一見したところ矛盾をふくむようにみえる民法の規定をめぐつて、なるべく統一的な解釈的構成をするために、民法制定以後、多くの学説が出現し、論争がくりひろげられてきた。近時、しだいに発信原則説とよばれる学説にしたがう学者が多くなり、論争は一応納まつたかにみえるけれども、私には、なお根本的な疑問があるように思われてならないのである。

故神戸寅次郎博士には、契約の成立時期と承諾の効力発生時期との関係について独自の説があり、これは小池隆一博士によつて継承されている。後述するように、実は、私もこの説を支持するものである。徒らにカズイステイツシュな論議に走り、論争のための論争を繰返すつもりはないが、神戸博士の生誕百年を記念するという意味で、この機会に、神戸説を改めて検討し、諸学説の変遷の中にそれを位置づけ、併せて私が神戸Ⅱ小池説を支持する理由を述べてみたいと思う。

## 二 神戸説

三 契約成立時期についての神戸博士の所説は、大正四年から翌五年にかけて、長編の論稿「承諾論」<sup>(二)</sup>として現われているが、また大正四年に巖松堂から刊行された註釈民法全書第八卷第一冊の五二六条の註釈の中にも折込まれている。

神戸博士の所説は、一言にしていえば、きわめて法典の条文に忠実な立場なのであるが、その論旨は、まず民法五二六条一項に用いられている文言の文字どおりの解釈から展開される。すなわち、同条には、単に「隔地者間ノ契約ハ……成立ス」とあつて、承諾の成立時期や効力発生時期については何ら直接に規定していないのだから、この条文の解釈としては、ただ隔地者間の契約の成立時期のみを対象として考えれば十分なのであつて、承諾の成立時期や効力発生時期についてまで考えるべきではない、とされる。

これにたいし、わが国の通説は、周知のように、意思表示の一般原則としては民法九七条一項の到達主義があるけれども、とくに契約の承諾なる意思表示については、例外的に、この五二六条一項により発信主義が採られていると解しており、ほとんどすべての学説がこれに従つてるのであるが、神戸博士によれば、このような通説の解釈は、「一大誤解ヨリ来レル一大謬見ナリ」とまで酷評されている。<sup>(三)</sup>

通説の立場は、すでに民法修正案理由書から始まつており、「本案ニ於テハ隔地者ニ対スル意思表示ノ総則トシテ受信主義（即チ到達主義）ヲ採リタリト雖モ、契約ニ付テハ取引ノ円滑ト迅速トヲ期スルカ為メ茲ニ発信主義ヲ採レリ」というように解説されているのであるが、神戸博士は、これをも非難的として、つぎのように論じられる。すなわち——

この理由書でみると、単に契約についてはと述べているのだから、いかにも契約そのものについて発信主義を採つたという意味を表現しているようにみえるけれども、実は契約そのものについて発信主義とか到達主義などの主義を採用すること

は不可能なのだから、けつきよく、この理由書が契約について発信主義を採つたといつてゐるのは、契約そのものについてはなく、契約の承諾なる意思表示について発信主義を採つたという意味を表現したものと解するほかはない。しかし、わが民法には、隔地者にたいするすべての意思表示につき総則として到達主義が採られているものとみられるから、したがつて契約の承諾なる意思表示についても、同じく到達主義を採つたものと解さなければならぬのは勿論である、と。

(一) 当初、法学志林一七卷九号—二二号、一八卷一号に掲載され、後に『民法論纂』(大正一五年・巖松堂刊)に収められた。以下の引用は、便宜上、同書による。

(二) 神戸・『論纂』三八三頁、同・『註釈』二七五頁。

(三) 『民法修正案理由書』五二三条理由。

(四) 神戸・『論纂』三八三—四頁、同・『註釈』二七五—六頁参照。

四 以上のように、神戸博士は、まず通説にたいする批判および自説を要約して示された後、いよいよ詳細にその論拠を展開してゆかれる。論旨は、微に入り細にわたるとの表現がピツタリするほど綿密かつ周到をきわめ、しかもやや晦渋で文意不鮮明なところもないではないが、つぎにその要点を摘録してみよう。

(1) 契約と意思表示との区別

通説において誤解の生じた原因の一つは、法律行為としての契約と、意思表示としての承諾とを混同したことである。この両者は、全然別個の觀念にぞくするが、学説・立法例ともこれを混同するものがすくなくないし、わが民法上も、この混同をしているかのような形跡がないわけではない。しかし、この両者は、とくに注意して区別すべきものである。

契約は、一つの法律要件 (Rechtshand) であり、通例数多の法律事実 (Rechtsache) なる組成分子より成るものであつて、意思表示は、その法律事実なる組成分子中の唯一つのものであるにすぎない。

その成立時期についてみると、わが民法のもとでは、契約の成立時期と、承諾なる意思表示の成立時期とは、ともに承諾

の通知の發送のときであつて、いずれも同一の時期ではあるけれども、その二個の時期を定める規定は、まったく異なる。前者は五二六条一項により、後者については九七条二項に間接的な規定がみられる。

その法律上の効力についてみると、契約の法律上の効力は、意思表示における効果意思の内容を源泉として生ずるものであり、いわゆる任意的の法律上の効力である。これに反し、承諾の法律上の効力は、いわゆる法定的の法律上の効力であり、九七条の規定が到達なる事実にもとづいて、とくにこれに附着させた効力である。その承諾の効力の實質は、申込とともに契約の組成分子となりうるための資格および拘束力である。<sup>(五)</sup>

(2) いわゆる隔地者間の契約

法文上、隔地者間の契約なる語が用いられているけれども、厳格にいうときは、本来契約そのものには隔地者間の契約と対話者間の契約とかいう區別は存在しない。隔地者間または対話者間というのは、単に意思表示についてのみ意味があるものであつて、契約については何らの意味をも有しないものである。

すなわち、申込が対話者間においてなされ、そしてその承諾が隔地者間においてなされた場合とか、またはその反対の場合とか、あるいは申込が不特定の人にたいしてなされ、そして承諾が隔地者間においてなされた場合には、その生じた契約は、対話者間の契約とも、または隔地者間の契約ともいうことができなからである。なお換言すれば、意思表示は、特定の相手方があれば、必ず隔地者間においてするか、または対話者間においてするほかはないから、意思表示については、隔地者間のものであるかないかをもつてその區別の標準とすることができるけれども、契約は二個の意思表示の合致の結果として生ずるものであるから、隔地者間のものであるかないかをもつて契約の區別の標準とすることはできないのである。

しかし、この語は不正確ではあるにしても、一定の契約を指示するのに便宜であるところから、従来の学説や立法例において用いられた先例があり、わが民法上も、その先例にならつて、この語を用いたにすぎない。

民法五二六条一項は、この隔地者間の契約なる語をもつて、単に申込および承諾とも隔地者間においてなされる場合の契約のみを指示するもののようにみえるけれども、この語はそう狭義に解すべきではない。すなわち、もし承諾が隔地者間においてなされる以上は、申込が隔地者間においてなされるかどうかにかかわらず、その契約はすべてこの隔地者間の契約なる語の中に包含されるものである。何故なら、いわゆる隔地者間の契約なるものについて五二六条一項の適用があるかどうかは、単に承諾が隔地者間においてなされたかどうかという点だけをもつて、その唯一つの標準とするものといわざるをえないからである。<sup>(六)</sup>

(3) 意思表示にかんする主義

従来、意思表示の成立または効力発生時期については、**表白主義 (Aussendungstheorie)**、**発信主義 (Absendungstheorie)**、**到達主義 (Empfangstheorie)**、**了知主義 (Vernehmungstheorie)** などがある。いずれも、本来は意思表示の成立時期と効力発生時期とを同時たるものとするのであるが、実際上の取引界は、これをもつて満足するものでなく、その結果、わが民法および独民法は、その立法政策上、**発信主義の一部分と到達主義の一部分とを採り、この二個の部分を結合したものをもつて意思表示の一般原則とした。**すなわち、**意思表示は、その通知の発送の時期において成立し、そしてその通知の相手方に到達した時期においてその効力を生ずるものとしたわけである。**

しかし、これらの主義は、単に意思表示のみにかんする主義であつて、法律行為ことに契約そのものにかんする主義ではない。何故なら、**意思表示にかんしては、表白・発信・到達・了知等の事実が生起するけれども、契約そのものについては、これらの事實はまったく生起しえないからである。**<sup>(七)</sup>

(4) 承諾の通知を發した時

民法五二六条一項は、隔地者間の契約は承諾の通知を發した時に成立する旨を規定しているが、ここに「承諾ノ通知ヲ發

「シタル時」とは、何を指しているか。上述のように、契約と意思表示とを明確に区別する立場からすれば、この承諾の通知を發した時というのは、その時において契約が成立すべき基準の時を指示すべきものであり、本条の文言はこの目的のみを有するものとみるべきである。契約の成立時期を指示するほかに、承諾の成立時期や、あるいはその効力発生時期を指示することは、していない。通説が、本条の文言から、承諾の成立時期やその効力発生時期まで指示するものと解しているのは、要するに、契約の成立時期は承諾の成立時期およびその効力発生時期と同一であるとの独断からくるものであり、何ら法律上の根拠を有するものではない。

元來、契約の締結なるものは、種々の顯著な時期を経過するものであつて、すなわち、(1)申込發送の時期、(2)申込到達の時期、(3)承諾の表現の時期、(4)承諾の通知の發送の時期、(5)承諾の通知の到達の時期、(6)承諾の了知される時期の各段階があるが、立法政策によつては、この六個の時期のいずれの時期をもとつて契約の成立時期を指示する用具とすることができ

る。  
實際上、各種の立法例があるけれども、けつきよく、わが民法においては、右の(4)の時期すなわち承諾の通知の發送の時期をもつて契約の成立時期を指示する用具としたものであり、同条の文言上、他の目的は存しない。したがつて、承諾の成立時期や、あるいはその効力発生時期については、何ら直接に規定するところはなく、それは民法総則中の九七条一項などにより、他の一般の意思表示と同じ原則を採つたものと論断する<sup>(4)</sup>はかはない。

#### (5) 契約の構成

契約の構成を考ふるにあつて、一つの先決問題がある。すなわち、契約の成立時期と承諾の効力発生時期とは、自然的に同時たるものであつて、人工をもつてこれを動かすことはできないものであろうか。

従來の立法例または学説は、これらを同時的のものと解していた。したがつて、先例からすれば、いかにも契約の成立時

期と承諾の効力発生時期とは自然的に不可分の関係を有し、必ず常に同時でなければならぬようにみえるけれども、これはけつして不動の真理ではない。立法政策により、この二個の時期は分離して差支えないものである。

わが民法においては、明文上、承諾の効力発生時期と契約の成立時期とを特に同時とする規定はなく、ただ、意思表示の原則規定として、一般に意思表示は到達によりその効力を生ずるとする九七条一項と、また単に、承諾発信の時に置いて隔地者間の契約は成立するという五二六条一項とがあるにすぎない。したがつて、五二六条一項の解釈としては、わが民法の一般的に採用した到達主義にもとづいて成立しかつ効力を生じた申込、および同じく到達主義にもとづいて成立しかつ効力を生じた承諾との二者の存在を前提として、この二者により組成される契約を、承諾の通知を發した時という一個の時期において成立させるものとするのが、正当である。

そこで、承諾は到達によりその効力を生ずるのだから、その時において相手方たる申込者は意思表示の受領能力を有すべきであり、また、承諾の意思表示は、その到達するまでは、いわゆる撤回が可能である。<sup>(九)</sup>

なお、契約の効力発生時期についていえば、わが民法には特別に規定が設けられていないけれども、この効力は、契約の成立時期に当然発生するものと解さなければならぬ。もし、そうでないとすれば、立法者は効力発生時期のない契約を成立させるものだといわざるをえないからである。そこで、契約の効力は、承諾の通知の到達の時よりその通知の發送の既往に遡及するというものではない。<sup>(一〇)</sup>ただ、申込および承諾が承諾の通知の時に遡及して契約の現実の組成分子たるの資格を取得し、したがつて結果的に契約の成立と効力を基礎づけることになるにすぎない。

要するに、五二六条一項の場合における契約成立の構成を説明するには、しいて解除条件または停止条件等の法理を引用する必要はなく、単に法文の命ずるところに従い、直接に、かつ有りのままに説明するだけで十分である。

(五) 神戸・論纂『三八四—六頁、同・』註釈『二七六一—八〇頁参照。

- (六) 神戸・『註釈』二八〇—二頁参照。
- (七) 神戸・『論纂』三八六—九頁、同・『註釈』二八二—六頁参照。
- (八) 神戸・『論纂』三九八—四〇二頁、同・『註釈』二八六—九〇頁参照。
- (九) 神戸・『論纂』四〇二—三頁、四三六—四〇頁、同・『註釈』二九〇—八頁参照。
- (一〇) 神戸・『論纂』四三二—二頁、同・『註釈』二九六—八頁参照。

### 三 学説の変遷と神戸説

五 以上に略述したように、神戸博士は、きわめて整然とその理論を展開され、契約は民法五二六条一項により承諾の通知を發した時に成立するのであるが、その承諾の効力は、意思表示の一般原則たる九七条一項の到達主義により、その到達の時に於いて生ずる、とされる。

このような神戸説は、その後、小池隆一博士によつて継承された<sup>(一)</sup>は、若干の学説による同調を得た<sup>(二)</sup>が、学界の大勢としては、ついに少数説にとどまることとなつた。

つぎに、学説の推移を概観してみよう。

(一) 小池隆一・『日本債權法各論』二三一—五頁、同・『債權法各論新稿』(上)九一—四頁参照。

(二) たとえば、中村武・『債權發生原因論』一三三—九頁、岩田新・『債權法新論』二七三頁、勝本正晃・『債權法概論』(総論)四一—二頁など参照。

六 契約の成立時期の解釈的構成をめぐる学説は、一時、甚だしく紛糾し、多くの学説が現われた。先にも述べたように、神戸博士が、民法五二六条一項をもつて単に契約の成立時期を定めるにすぎないものとし、承諾の効力まで同時に生ぜしめるものではない、と主張したのにたいし、多くの学説は、契約の成立のためには、まず承諾の効力が存在しなければならぬとの論理的前提をとり、契約成立時期を定めた民法五二六条一項の規定をもつて、同時に承諾の効力発生時期をも指

示したものと解している。

もつとも、このように契約の成立時期と承諾の効力発生時期とを同一にみる多数説の立場においても、その論理構成は必ずしも一様ではなく、何らかの形で条件にからせて理解するものと、条件的でなく確定的な理解をするものとの二派がある。前者は、いわば条件説とでもよばれるべきものであり、後者は、一般に発信原則説といわれているものである。

七 まず、条件説についてみると、さらにその条件の構成のしかたによつて、つぎのような二種の学説が存在する。

(1) 民法五二六条一項により、契約は承諾の通知を發したときに成立するが、同時に承諾の効力もこの時に発生すべきものと解し、他方、意思表示について到達主義を定めた九七条一項の原則的規定があり、また五二一条や五二四条によれば、承諾の到達は申込との関係上契約の成立に必要な条件であるかのようにみえるので、これらを綜合して、承諾の到達をもつて法定の停止条件とし、承諾はその到達によつて効力を生ずるが、その効力は五二六条一項の規定により承諾の通知を發した時に遡及する、とする説である。<sup>(三)</sup>

(2) 承諾は、その発信によつて常に効力を生ずるが、それは未だ確定的なものではなく、その後到達することによつて、その効力が確定的なものになる。その反面、承諾がまつたく到達しないか、または承諾期間内に到達しなければ、承諾は初めよりその効力を生じないことになる、と解する説である。<sup>(四)</sup>

(三) 石坂晋四郎・『債権総論』一八七六頁以下、田島(他)編・『註釈日本民法債権法・契約総則』一二三頁以下等参照。

(四) 鳩山秀夫・『日本債権法各論』五〇頁、同・『承諾の効力発生時期』(民法研究第四卷所収)一頁以下参照。

八 つぎに、発信原則説においては、承諾は原則として発信によつて確定的な効力を生ずる、と説かれる。停止条件とか解除条件とかを用いて不確定的な構成をとらないところに特徴がある。もつとも、五二一条二項の規定がある結果、例外として、承諾期間の定めのある場合だけは到達を必要とし、もし到達しなければ承諾は効力を生ぜず、したがつて契約も成立

しえないことになるが、この例外の場合を説明するにあつては、学説に多少の差異がある。つぎのように區別される。

(1) 承諾期間の定めがあるときは、申込者はその期間内に承諾の通知が申込者に到達すべきことをもつて当該契約成立のための要件としたものとみられるから、承諾はけつきよく未必的な効力を生ずるものと解する説である。<sup>(五)</sup>

(2) 承諾は発信によつて確定的な効力を生ずるのを原則とするが、ただ承諾期間の定めのある場合だけは、その期間内に承諾の到達すべきことが必要であり、要するに到達が解除条件をなしているものとみとめる説である。近時この説を支持する者が多い。<sup>(六)</sup>

(3) 承諾は発信と同時にその効力を確定的に生じ、同時に契約も成立するのであつて、承諾がたとえ到達しなくても、承諾の効力には影響しないのであるが、ただ五二一条二項の規定により承諾期間が定められている場合には、その期間内に承諾の通知が申込者に到達しなければ、申込が申込としての効力を遡及的に失うから、けつきよく契約は不成立に終る、とする説である。この説に従うものも多い。<sup>(七)</sup>

(五) 横田秀雄・『債権各論』六七頁以下、磯谷幸次郎・『債権法論(各論)』一〇四頁以下参照。

(六) 梅謙次郎・『民法原理(債権各論)』六〇頁、我妻栄・『債権各論(民法講義)』上六五頁以下、山中康雄・『契約総論』一二〇頁以下、加藤正男・『契約総論』三八頁参照。

(七) 末広厳太郎・『債権各論』一〇七頁以下、末川博・『契約法』上(総論)四六頁以下参照。

九 以上のように、多くの学説が錯綜していたのであるが、最近における学界の大勢は、しだいに発信原則説に統一される傾向にあり、とりわけ前記の(2)および(3)の説において支持者が増加しているようである。

おそらく、神戸博士の説は、条文の字句には忠実であるけれども、その反面、やや概念法学の弊に傾く感じがしないでもないし、また、いわゆる条件説は、条件的な構成をとる結果として効力が不確定となるし、技巧的解釈に流れる点が好ましくないと思われたからであろう。

これにたいし、いわゆる発信原則においては、契約の成立時期と承諾の効力発生時期とを同一にみる点において、いかにも理路一貫するかのように見えるし、また原則として確定的な効力をみとめる点において率直・明快であることが、多くの支持者を得た理由であろう。

しかし、契約総則の諸規定をすなおに眺めてみた場合、果して通説たる発信原則説が支持するに足りるだけの十分な根拠を有するかどうか、私にはなお疑問が感じられてならない。以下に節を改めて、問題点を再検討してみよう。

#### 四 問題点の再検討

一〇 まず、順序として、神戸説と通説たる発信原則説との実際上の相違点を一通り概観しておくことが便宜であろう。<sup>(二)</sup>  
(1) 承諾期間の定めがある場合とない場合とについて何らかの相違が生ずるか、についてみると、神戸説では、承諾は意思表示の一般原則たる到達主義にもとづき到達によつてのみ効力を生ずるのだから、到達しないかぎり契約の効力は生じえない。つまり、契約の成立は一応みとめられても、その効力は生じないのである。

しかし、通説によるときは、やや疑問は残るが、承諾期間の定めがない場合には、承諾が発信されれば、まったくその到達がなくても、契約は成立し効力を生ずるかのごとくである。<sup>(三)</sup> 實際上、きわめて大きな相違を生ずる問題点であり、実はここに発信主義の意義が存するとする見解もある。<sup>(三)</sup>

(2) そこで、承諾が到達しなかつた場合、神戸説によれば、契約は成立しても効力は生じないのでから、契約の効力発生を期待した承諾者にとつて期待に反した結果となり、不利益を受けることとなる。これに反し、通説によれば、契約は成立し効力を生ずるのだから、申込者が不利益を負担することになるが、申込者はもともと契約の成立を望んで申込をしたにちがいないのだから、この不利益はそれほど問題にはならない、ともいえよう。ただ、承諾期間の定めがある場合には、その

期間内に到達しなかつたことを申込者が立証すれば、不利益の負担は承諾者に移ることとなるが、實際上、この立証はほとんど不可能であろう。

(3) 申込者の意思表示受領能力は何時存在すればよいかについて、神戸説では承諾の通知の到達する時においてであり、通説では発信の時に於いて、ということになる。したがつて、承諾の発信後、その到達前に申込者が受領能力を失うような場合には、神戸説と通説とはまったく異なる結果となる。もつとも、実際上は、あまり考慮する必要もないのではあるまいか。

(4) 承諾の通知の撤回可能性についても、神戸説と通説とは、大いに異なる。神戸説によれば、承諾は到達するまでは効力を生じないから、それ以前であれば、電報・電話などを用いて撤回することが可能であるけれども、通説によれば、承諾は発信と同時にその効力を確定的に生じてしまうから、理論上それを撤回することは不可能となる<sup>(四)</sup>。

(一) 我妻・前掲六五―七頁に、要領のよい解説がある。ただし、神戸説について、契約の効力も承諾の到達の時に発生するとしているのは、正確ではあるまい。

(二) 我妻・前掲六六頁参照。

(三) 戒能通孝・『債権各論』五〇頁参照。

(四) なお、この立場においても、信義則の適用により、結果的には承諾の撤回をみとめる見解がある。宗宮信次・『債権各論』三二頁参照。

一 契約の成立時期について民法五二六条一項のような規定が設けられた趣旨は、一般に「契約の成立をできるだけ簡易かつ迅速にしようとしたこと」にある<sup>(五)</sup>とか、あるいは「契約の成立をなるべく速かならしめることが取引上便宜でありしかも当事者にとつて何らの不利益を来たすことがないからである。ことに承諾者は承諾の通知を発すると直ちに（承諾の通知が申込者に到達するのを待たないで）契約上の債務の履行にとりかかりまた契約上の債権を取得したものととして行動を開始するのが常であるから、発信によつて契約が成立するとみることが必要でありまた適当なのである」<sup>(六)</sup>とかいうように説か

れている。

このような理解は、もとより、まったく正当である。たしかに、民法五二六条一項の規定の趣旨は、契約の迅速化と当事者の期待の保護とに奉仕するところにある、といえよう。そうだとすると、これは明らかに理論上の要請によるのではなくて、むしろ政策上の要請によるものであることを示しているわけで、したがって、民法五二六条一項と九七条一項との多少矛盾するようにみえる両規定の關係は、必ずしも「論理的に統一せられる必要がある訳ではない」と考<sup>七</sup>えられる。

この意味において、契約の成立時期は、承諾の効力発生時期と常に一致する必要があるわけではなく、それ自体、取引上の事情によつて決定してさしつかえないものと解さなければならぬ。近時における通説の見解が、契約成立時期と承諾の効力発生時期とをめぐつて理論的整合性を期せうと努力していることは、けつして無意義だとまではいえぬにしても、だからといつて必ずしも絶対的なものでもないのではあるまいか。

(五) 我妻・前掲六五頁。

(六) 末川・前掲四六頁。

(七) 戒能・前掲四九頁。

一二 隔地者間における契約なるものは、明らかに近代における郵便ないし電信などの通信制度の発達から生じたものであるが、<sup>(八)</sup>とくに承諾がいわゆる隔地者間の意思表示としてなされるときに生ずる問題である。

承諾者は、承諾の通知を發することによつて、契約の締結のために必要な一切の行為を完了したことになる、後はすべて郵便ないし電信の送付・配達の仕事に委せられる。ことに郵便ないし電信の仕事は、近年いちじるしく発達し、国営事業とされている場合も多く、その迅速性と完全性とは、ほとんど完璧のものとなり、世界のいずれの国においても厚い信用を得ていることは、あらためて指摘するまでもない。承諾者は、所定の手続を経て承諾の通知を發した以上、それがほぼ一定の

期間内に相手方たる申込者に到達すべきことをほとんど確信し、契約の成立すべきことを十分に期待するのが自然である。おそらくは、契約の履行に必要な各種の準備などにもとりかかるにちがいない。したがって、すでに承諾の通知が発せられた以上、契約の成立を早めておくことは、当事者の期待に合するわけであり、きわめて合理的なことにもなるであろう。

ところで、承諾の通知の発せられたときに契約の成立のみとめられることが適当であり、合理的であるとしても、それを単に抽象的に論じているだけでは、実はあまり意味がない。問題をなるべく現実的に考えてみる必要がある。ことに、先にも指摘したように、契約の成立時期を決定するのが主として立法政策の問題であるとしたら、何よりもまず、その政策の現実的根拠を究明すべきではあるまいか。

(八) 来栖三郎・『債権各論』第二分冊一七四—五頁参照。

一三 契約の成立時期を早めて、承諾の通知の発信時期におくことから生ずる最大の効果は、どこに現われるか。おそらく、現実的にみた場合、それは、申込者による申込の撤回が抑制され、契約締結の安定化が得られることであろう。

判例法主義をとる英米法においても、契約法上いわゆる承諾の発信主義がとられているといわれるが、その発信主義なるものが判例の集積によりいかに形成されてきたか——この経過は、わが民法上の問題点の究明にも、たいへん参考になると思われる。幸い、この点については、既に末延三次教授のすぐれた論稿「英米契約法における承諾の発信主義」がある<sup>九</sup>ので、便宜上、これによつて要点を摘録してみよう。

承諾の発信主義をめぐる、イギリス法とアメリカ法とは、判例法の形成に若干の差がみられるようである。

(1) イギリス法においては、早くも一八一八年の *Adams v. Lindsell* 事件で承諾の発信主義が論じられた、といわれる。羊毛の売主から買主宛に出した申込の通知が、宛名の誤記のため買主方への到達が二日ほど遅れ、買主としては申込の通知

を受領後ただちに承諾の通知を出したにもかかわらず、売主は予期どおりに承諾の通知が来なかつたので羊毛を第三者に売却してしまつた事件であるが、買主の承諾と同時に契約は成立すべきものとされた<sup>(一〇)</sup>。

その後、多少の動搖はあつたにせよ、判例による発信主義の確認はつづけられ、とくに承諾の発信によつて承諾者のなすべき手続が完了し、契約の成立について期待を抱くに至ること、したがつて申込者に申込の撤回を許すべきではないという、申込の撤回との関係において承諾の発信主義が明らかにされたのであるが、やがて、一八七九年の *Household Fire Insurance Co. v. Grant* 事件において、発信主義は不動産の地位を占めるに至つた。

これは株の割当にかんする事件で、割当の通知が発信されたけれど、申込者に到達しなかつた場合について、なお契約の成立があるものと認められ、「もし承諾が現実に申込者に到達する場合を除き、契約は終局的に締結されないとすれば、承諾者は、彼の承諾状が宛名のところへ到達したとの通知を受取るまでは、安んじてその承諾にもとづいて行動しえないことになるであらう<sup>(一一)</sup>」とされたものである。

(2) アメリカ法における経過は、右のようなイギリス法の場合とは異なつて、まず到達主義からスタートした、といわれ<sup>(一二)</sup>る。すなわち、一八二二年の *McCulloch v. The Eagle Insurance Co.* 事件において、依頼者が自己の帆船および積荷の保険を会社宛に申入れ、会社は一定の保険料でその危険を負担すべき旨の返事を送り、そこで依頼者は直ちにその条件で証券を作成するよう依頼する通知を出したのであるが、一方会社は危険の負担を拒絶する通知を出し、これは依頼者の通知発信後に到達したという場合について、判例は契約の成立を否認した<sup>(一四)</sup>。

しかし、間もなく、一八三〇年の *Macier's Adm'rs v. Frith* 事件において、承諾者が承諾の発信後その到達前に死亡した場合について、承諾があれば相手方が不知でも契約は成立するとして、あたかも承諾発信と同時に契約の成立をみとめる<sup>(一五)</sup>るとき趣旨を示した。

その後、一八五〇年に至つて、'Taylor v. Merchants' Fire Insurance Co. 事件のリーディング・ケースが現われ、発信主義は確定的となつた。家屋の火災保険の契約において、会社から保険契約の条件を示し、もし契約締結を望むなら五七ドルの小切手を送られたい旨を通知し、そこで相手方は小切手同封の承諾状を送つたのであるが、その翌日まだ承諾状が会社に到達しないうちに家屋が焼失した場合について、契約の成立がみとめられたものである。<sup>二六</sup>

(九) 末延三次・『英米法の研究』(上) 一頁以下所収。

(一〇) 末延・前掲一一三頁参照。

(一一) 末延・前掲一一三頁参照。

(一二) 末延・前掲一六頁より再引用。

(一三) 末延・前掲二二頁参照。

(一四) 末延・前掲二二—三三頁参照。

(一五) 末延・前掲二三頁参照。

(一六) 末延・前掲二四頁参照。

一四 以上に要約したように、英米契約法においても、発信主義を採る判例の傾向がほぼ確定的となつているのであるが、しかし、各判例における発信主義の理由づけは、たとえば――

(1) 承諾が到達してはじめて契約が成立するものとする、到達したかどうかを確認するための通知が必要となり、またその通知の到達を確認する必要がある、無限につづいて始末がつかないから発信主義がよい。

(2) 郵便局または電報会社のような通信機関は契約当事者の一種の代理人ともみられるから、代理人が承諾の通知を受領したことによつて契約が成立し、したがつて発信主義をとることになる。

(3) 承諾者が承諾の通知を発信することは、その承諾意思を表示する「外的行為」であつて、意思確認の動かしえない証拠である。

- (4) 承諾の通知の発信によつて、その通知にたいする支配が失われたことになる。
- (5) 申込者と承諾者との立場を均衡させるため、申込者にたいし申込撤回の自由を抑制した代償として、発信主義によつて承諾者に契約による拘束をみとめるべきである。

右のように、まことにさまざまであつて、けつして一貫してゐるわけではないし、しかもこれらの理由づけを細かく検討してみれば、いずれにも欠陥があり反論が不可能ではない。けつきよく、どこにも決定的な根拠はないと考えられるのであつて、「英米法において発信主義と到達主義といずれがより合理的であるかはきわめて困難な問題であり、発信主義を判例法として樹立した裁判所にもおそらく確たる自信はなかつたのではないか」とすらいわれているのである。

ただ、全体として英米判例法における発信主義の形成を眺めるときは、けつきよく近代における通信制度の急激な発達という社会的事情を背景において、契約締結の安定性を確保し、契約両当事者の期待と信頼とを適当に保護することが主眼であり、主として申込者の申込撤回の自由を抑制する目的のもとに、承諾の発信と同時に契約が成立するという構成がとられたものと理解するのが、もつとも妥当なところであらう。

この意味において、承諾の意思表示と契約との関係は、単に承諾の通知が発せられ承諾者としてなすべき手続が完了し、承諾者が契約の締結につき十分な期待をもつに至つたときに、それを保護するのに役立つだけの法律構成をとれば足りるわけである。したがつて、承諾の通知を発した時に契約が成立するものとすれば、法律構成として十分な効果が得られるはずであつて、承諾の効力発生をも要するとは考えられない。わが民法が、五二六条一項において契約の成立時期のみを明言して、承諾の効力発生時期について特別には何ら明示しないのは、むしろ自然な立法態度といつてよいのかもしれない。

(一七) 末延・前掲四三頁。

一五 かくして、私は、民法五二六条一項の解釈として、近時の通説的傾向にもかかわらず、なお神戸説を支持すべきも

のと考えるのである。

そこで、承諾の通知が発信されれば契約は成立するのであるが、もし承諾の通知が紛失してまったく到達しない場合には、意思表示の一般原則によりその効力を生ぜず、契約の効力も生じないことになる。したがって、契約の成立と効力とを期待した承諾者がその期待を裏切られ、不利益を負担する結果を生ずる場合もありうるが、現在の通信制度においては郵便の書留や配達証明などの手段もある上に、電話なども十分に発信しているので通知の照会や確認も容易であり、これらの手段を用いて不利益を回避するにはほとんど困らないわけで、おそらく実務上の障害とはならないであろう。

通説は、申込者はもともと契約の成立を期待していたものであるから、承諾の不到達による不利益を負わせるのに適するかのようにみているが、<sup>二八</sup>しかし、通信制度の発達した現在では、承諾期間または相当な期間内に承諾の通知が到達しなければ、かえって契約の不成立を信ずるのに相当な理由があるともいえるはずで、<sup>二九</sup>通説の理解には、なお納得できないところがあるように感じられる。

また、神戸説によると、承諾は意思表示としての一般原則に従うから、それが到達して効力を生ずるまでは、承諾者は撤回することが可能である、と解される。契約が成立すると、申込と承諾とは合体して独自の存在でなくなるから、承諾の撤回はできないという論理も考えられなくはない。論理的にはその理解の方が明析であるかもしれないけれども、契約成立時期の問題は要するに便宜論から来しているところが大きいので、しいて論理の整合性にこだわるべきではあるまい。

通説によると、承諾の通知を発した後は、契約の成立により申込の撤回がみとめられないのだから、承諾の撤回もみとめない方が公平に適うとするのであるが、<sup>三〇</sup>私にとつて、このような比較の論理は、まったく理解に苦しむところである。

いわゆる発信主義なるものは、既に英米判例法の形成過程についてもみられたように、主として申込者の申込撤回の自由を抑制するために現われたものであり、承諾の撤回とはむしろ関係がなかつたし、通説のいう公平の観念は実質的な利益の

平均的配分を意味するものであろうが、承諾の到達前にそれが撤回されても相手方の利益を害するおそれはないから、公平の観念を提出することは意味が違うのではあるまいか。また、比較の論理を用いるなら、申込は意思表示の一般原則により到達するまでは自由に撤回できること当然なのだから、承諾についても同じ理をみとめることこそ公平ともいえるであろう。

なお、現実的な取扱いからすれば、現行の郵便制度上、「郵便物の差出人は、当該郵便物の配達前又は交付前に限り、あて名の変更又は取もどしを差出郵便局に請求することができる」(郵便法四三条一項)と規定され、しかもその取戻の理由は別に限定されていないのだから、實際上、承諾の通知が郵便を利用してなされているかぎり、所定の手続をとりさえすれば、その取戻が可能ならずであり、民法解釈上承諾の通知は撤回をみとめられないと論じてみても、ナンセンスである。それとも、通説は、郵便物の内容によつて取扱いを異にし、一般の郵便物ならば取戻をみとめ、とくに契約の承諾の通知である場合にかぎり取戻をみとめないと解するつもりなのだろうか。あるいは、郵便物の現実的取戻による承諾の撤回はみとめるけれども、承諾の通知とは別に電報や電話などによつて承諾を撤回することはみとめないとでも論ずるつもりなのだろうか。いずれにしても、あまりにも技巧的な解釈で、実務に適しないであろう。

(一八) 我妻・前掲六七頁参照。

(一九) 末延・前掲四三頁参照。

(二〇) 我妻・前掲六七頁参照。

(二一) 戒能・前掲五一頁、勝本・前掲四三頁参照。

## 五 結 語

一六 神戸博士の著述を読むと、まことに理論は周到・綿密で間然するところなく、あたかも論理の鬼のごとき感を深くする。時としては、あまりにカズイスティッシュにわたると思われるところもないではなく、しかも他の学説を批判するの

に「一大誤解ヨリ来レル一大謬見ナリ」というように痛烈な表現を用いておられる場合もすくなくない。それは、一面では、やや皮肉で烈しい御性格によるのかもしれないが、基本的には、学問にたいする徹底的な厳しさと真面目さによるのである。

大正年代の後期以降、民法学界に社会法学的ないし法社会学的傾向が滲透するにもなつて、神戸博士のあまりにも論理に徹する学風は——石坂博士や鳩山博士の場合と同じように——しだいに疎んじられるようになり、むしろ学界の主流から外れていつてしまった。しかし、神戸博士の学説には、法社会学的検討を附加して、なお現代的批判に十分耐えられるものが少なくないように思われる。その一つの例を、私は、契約成立時期の解釈的構成について見出すわけである。

(一九六四・九・三〇)