

Title	承諾の効力と契約成立時期の問題：民法九七条に関連して
Sub Title	Zur normativen Auslegung von §§97 und 526. jap. BGBs
Author	内池, 慶四郎(Uchiike, Keishiro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2007
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.80, No.1 (2007. 1) ,p.1- 55
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20070128-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20070128-0001</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.

# 承諾の効力と契約成立時期の問題

——民法九七条に関連して——

内池慶四郎

- 一 問題の所在——民法五二六条の解釈論再考
- 二 契約＝法律行為とその組成分子としての意思表示の区別
- 三 民法五二六条の規定内容の確定
  - 1 申込と承諾の等質性・相互互換性
  - 2 意思表示の効力と法律行為＝契約＝の効力の区別の必要性
- 四 従来の諸学説に対する疑問
  - 1 いわゆる条件説と神戸説との対比
  - 2 多義的表示による契約成立の場合（不表見的合致による契約内容の確定）
  - 3 取引の迅速性の要求とその例外規定
  - 4 申込者と承諾者の区別の非合理性
  - 5 承諾の撤回可能性
  - 6 結論：民法九七条と五二六条の規定内容の確認
- 五 法典調査会の論議に対する評価
  - 1 神戸説に関する従来私見に対する自己批判の試み
  - 2 神戸説の理論構成とその背後にある利益状態の検討の必要性
  - 3 神戸説の論理から導かれる諸結論の具体的妥当性からの評価
  - 4 ドイツ法学の継受としての神戸意思表示・法律行為論とその独自性
  - 4 神戸理論における法発見の方法：九七条・五二六条等の規定内容の確定
- 補論一 法規の内容の決定について
  - 1 起草者の意図と立法者の意思
  - 2 起草者の意見の不一致と立法内容

3 立法上のファルサ・デモンストラチオか、立法の錯誤か、

或いは立法編纂のミスか？

4 法の不備か、解釈の自由か？

5 神戸説にいう「大誤解ヨリ来レル」大謬見」とは何  
か？

【補遺】

第一 民法法合同研究会の始末記

第二 片山直也教授の内池慶四郎宛平成九年六月二十七日付書簡

抜粹

第三 片山教授よりの質問に対する回答（平成九年七月一日

付書簡抜粹）

第四 片山教授の内池宛平成九年八月二十四日付書簡の抜粹

第五 片山教授よりの質問及び再度の質問に対する回答（訂正

版）（平成九年八月二十八日付 書簡抜粹）

【付記】

一 問題の所在——民法五二六条の解釈論再考

承諾期間の定めなき隔地者間の承諾により契約が成立する場合につき、通説は民法五二六条一項の文言を理由として、契約の成立（効力発生）時期と承諾の成立（効力発生）時期とを同一視して、原則として承諾はその発信時に効力を発生し（民法九七条一項——到達主義——の特別規定としての発信主義）、従って契約も承諾発信時に成立し効力を発生するとみる（いわゆる発信原則説）。之に対して申込は一般の意思表示の原則（九七条）に従うから、到達により効力を生ずることになる。また承諾期間の定めある申込の場合には五二二条二項により、承諾の通知が期間内に到達することを要するから、この場合の承諾は九七条一項の到達主義によることになる。<sup>(1)(2)</sup>

このように一定の場合に承諾発信時に契約の成立を認めた理由としては、契約の迅速な成立を狙い、同時に承諾者の側の投機的行為——承諾発信後から到達時までの相場変動に対処する——を封じたものとされている。<sup>(3)</sup>

## 二 契約＝法律行為とその組成分子としての意思表示の区別

即ち此処では問題は二つあり。その一は契約成立——債権・債務発生という効力発生の時期を、契約締結の過程のうちどの時点に定めるか、という一個の法律行為としての契約の問題であり、その二は契約を組成する一分子としての承諾という意思表示の拘束力及び契約能力（申込と結合して契約を成立せしめる能力）の問題である。通説は、この二個の異なる問題を、承諾の成立・効力から一挙に解決しようとする<sup>(4)</sup>。しかし五二六条一項の規定の狙い——立法趣旨——を実現するために、果たしてかような解釈が必要なのか、その解決が合理的なのかは、充分に検討する必要がある。

## 三 民法五二六条の規定内容の確定

五二六条は契約の成立時期を規定しているのみであり、その組成分子たる承諾自体については何ら触れていない。立法の動機はどうあれ、承諾の意思表示については、格別の規定は存在していないのである。通説は、五二六条の規定する契約成立時期を論理的に説明する上で、その説明の道具としての承諾を独特に理論構成し、その理論構成から、承諾についての（存在していない）法規を導き出しているように思われる。かかる解釈は概念法学的法発見の手法として方法論的に誤りであるし、その結論も、意思表示や契約に関する他の諸規定（九七条の原則や五二一条以下の申込の処理、また契約の成立に関する五二六条二項との関連等々）とも矛盾を生じているし、実際上も妥当性に欠けるところがある。以下にその点をあげる。

1 申込と承諾との等質性・相互互換性

申込と承諾とに於て、その効力発生時を到達時と発信時とに区別し、不到達の危険負担を区別するに足る実質的な理由があるかは極めて疑わしい。意思表示は、表意者の危険に於て旅行する (Die Willenserklärung reist auf der Gefahr des Erklärens.) のが原則である。

イ 承諾と申込とは実質上は区別する理由に乏しく、その区別も困難な事例が多い。申込・承諾の区別が困難な事例については、例えば五二六条の承諾に関する規定は適用できないので、結局は二重申込ないし交叉申込として意思表示の原則規定を夫々の意思表示に適用する他はない。<sup>(5)</sup>

ロ 申込・承諾の区別がたまたま可能な場合でも、いずれの当事者が申込者となり承諾者となるかは偶然の事情によることが多い。法典調査会の審議の過程でしばしば説かれるように、申込者が契約締結について常に積極的・能動的に働きかけ、承諾者は受け身に受動的行動するとは断定できない。<sup>(6)</sup> 承諾者にかなり積極的な申込誘引がなされる事例は極めて多い。<sup>(7)</sup> かかる偶然の区別について法的に截然と分ける取扱い・効果を与えるのは立法論としても疑問があるし、現行規定の解釈としても不正確である。<sup>(8)</sup>

ハ 申込・承諾は現実取引においては、必ずしも単純な形では現れず、最初の申込に対する部分的承諾あるいは変更承諾がなされ、その部分的ないし変更承諾を新たな申込としてそれに対する更なる部分的ないし変更承諾が積み重ねられて、次第に全体の合意形成に到達する過程を経ることが稀ではない。<sup>(9)</sup> 五二八条に変更承諾を新たな申込と見做す規定は、このような通常頻繁に行われる事態における申込者・承諾者の取引過程の立場の互換性——申込と承諾の性質の等質なこと——を前提とした規定と思われる。<sup>(10)</sup> 申込の撤回の自由と同様に、承諾の到達前にその撤回を認めることには、富井の力説するように、相手方にとって何らの不利益もないと思われる。<sup>(11)</sup>

ニ 承諾期間の定めない申込は、承諾に無期限の猶予を与えるのみであり、承諾を受けるべき利益を放棄した

ものではない。五六条二項の意思実現が、承諾を受ける利益を放棄した場合であることと比較されたい（本稿後編の所説参照）。

## 2 意思表示の効力と法律行為Ⅱ契約Ⅱの効力の区別の必要性

申込・承諾という意思表示の効力（法定的効力としての拘束力 *Gebundenheit*、*Verbindlichkeit*・承諾能力ないし承諾適格 *Annahmefähigkeit* が意思表示としての申込に付て考えられ、之と同様の効力が意思表示の承諾に付ても考えられる）と、契約自体の効力（効果意思に基づく効力としての債権・債務の発生）とは、その内容も法的性質も別物であり、これを混同することは論理的に誤りである。立法政策としては、この夫々の効力に種々な立法が可能であり、両者の種々様々な組み合わせが考えられる。それぞれに立法の際に考慮されるべき利益状況が異なるからである。<sup>(12)</sup> 例えば申込・承諾について到達主義を採りつつ、契約の成立時期を申込の発信とか到達の時期に定めることも立法的には可能であるが、通説のように両者を混同するならば、この場合には契約は申込だけで契約の成立を認める単独行為になるのか？ それともかかる立法は論理的に不可能だということか？<sup>(13)</sup> 胎児の権利能力に関する規定などを参照されたい。<sup>(14)</sup>

## 四 従来の学説に対する疑問

### 1 いわゆる条件説と神戸説との対比

学説の中には、承諾の効力を停止条件とか解除条件付きで発生するものと理解して、神戸説と同様な結論（承諾の到達主義）を導くものもあるが、これは結論はともかくとして、承諾と云う意思表示の効力を契約の効力に

結びつけて考えている点で、承諾と契約とを結局は同一視する通説と同様の誤解に基づいている。<sup>(15)</sup>

## 2 多義的表示による契約成立の場合（不表見的合致による契約内容の決定）

従来あまり意識されていない点であるが、多義的な表示で合意がされる場合（不表見合致・不合致）が実際は多いが、通説のように承諾不到達でも契約が成立するとすれば、合意の成立・不成立は、もっぱら承諾者の意思・理解にのみ係ることになるか？ この場合には主観的合致は承諾者についてのみ存在し、申込者には存在しないからである。

## 3 取引の迅速性の要求とその例外規定

また通説は五二六条の狙いとして迅速な取引の必要を説くが、承諾期間の定めある申込の場合（承諾到達を要する）には、その例外として迅速な取引の必要はないというのか？ むしろ承諾期間を定めて申込を為す申込者は、多くの場合に迅速な契約の成立を望む者であろう。承諾期間の定めの有無を問わず、取引の成立の迅速は要求されるのではないか。そうすると承諾期間の有無により取引の迅速性の要求を区別する理由はどこにあるか？<sup>(16)</sup>

## 4 申込者と承諾者の区別の非合理性

五二六条により承諾の発信主義が規定されたものと解する通説の帰結として、発信された承諾が不到達の場合にも契約の成立を認めることになり、申込者が知らないままに契約の成立・発効する結果を生ずる（申込者における主観的合致の不存在）。かかる結果は申込者が積極的に契約成立を希望して申込をなしたのだから、申込者にとって不利益でないと言いが、かかる論証は、申込者と承諾者の立場を恣意的に区別して、申込者が一方

的に契約締結に向けて積極的に働きかけ、承諾者の側は受動的にのみ対応するとの独断に基づくものである（法典調査会の論議にもかかる発想——思いこみ——が認められる）。

## 5 承諾の撤回可能性

また契約締結における承諾者の受動的・消極的態度を理由として、発信した承諾が不到達の場合の承諾者の保護（その反面における申込者の不利益）を説くのであれば、申込者に申込撤回の自由があるのに、申込者よりも保護されるべき承諾者に承諾を撤回する自由が認められないのは何故か？ 承諾不到達の場合に契約が成立する利益と、承諾を撤回できない不利益とで何らかの均衡がとれるのか？ そもそも意思表示発信後その到達に至るまでの間の相場変動・事情変更について申込者と承諾者として扱いを異ならしめる理由があるか？ この点については、法典調査会の審議における梅（後注③）法典調査会民法議事速記録三・七〇六頁）や穂積（七〇九・七一頁以下）の「公平論」に対する富井の反論（七一〇・七二三頁）が興味深い。

## 6 結論：民法九七条と五二六条の規定内容の確認

民法典は九七条に「意思表示」の効力発生時についての規定を設け、五二六条に「契約」の成立時＝効力発生時についての規定を設けながら、意思表示たる「承諾」についての規定を設けることをしなかった。神戸説の根拠はこの単純な事実の認識にある。起案者は申込も承諾も夫々が意思表示であることを意識しながら、契約の成立時期を承諾の発信時に規定することで、同時に（あるいは当然に）承諾の発信主義を規定したものと錯覚したものである。起案者の意図を立法化する為には、九七条に承諾の例外規定を設けるか、あるいは五二六条に承諾の効力発生時を規定する必要があった（立法の脱漏）。



## 五 法典調査会の論議に対する評価

星野論文は法典調査会の論議を評して言う。「起草者および法典調査会委員の起草態度が、徒に理論に流れず、きわめて現実的で、予想される事態を考慮し、問題となる当事者の利益の調和をはかることに重点をおいていたことがわかる。民法九七条・五二六条に関する部分など、その後のわが国の学者が必ずしも十分に正面切っては論じなかった実際上の問題に則して議論がなされており、今日の目から見ても驚くほどレベルの高い議論である。法典調査会の議論には、あまり高くないレベルのものがあるが、本稿に扱った問題に関する限り、その後の学説の不毛さが対照的である。」(星野・後注(2)二二二頁)

民法九七条・五二六条の立法をめぐる法典調査会の論議全般に対する星野教授のこの積極的な評価に、筆者としては別段の異議を唱えるものではない。その起草態度が現実的で当事者の利益調整を重視しつつ理論的にも、当時としてもかなりに高度のレベルを保っていたことは、星野説の指摘する通りであると考ええる。

しかしながら、「今日の目から見ても驚くほど高いレベル」の立法当時の議論が、突如として「その後の学説の不毛さ」に転落したのであるうか。立法当時の論議とその後の学説の概念論争とは無縁のものとは思われない。むしろ立法当時の論議と、それを直接反映した立法作業の中に、その後の学説の論争を生み出さざるを得なかった種子が、既に含まれていたのではなかったか。それが筆者の偽らざる感想である。その機縁と思われる諸点を以下に述べよう。

法典調査会の論議に見られる民法典起草当時の理論状況において特徴的なことは、

イ 法律行為とその組成分子としての意思表示との関係が曖昧・漠然と捉えられていること。このことはドイツ民法草案に倣つてわが民法典に導入した意思表示・法律行為の制度の理解が必ずしも正確でなかったことを意味する。<sup>(17)</sup>

ロ 隔地者——対話者ないしは化形的——非化形的表示という表示形態への吟味・考慮が欠落していることである。すなわち法典調査会の論議はほとんど常に書面の形式の意思表示の郵送を意識して為されており、電話・広告等書面以外の通知方法は検討の対象とされず、対話者の場合も問題とされて<sup>(18)(19)(20)</sup>いない。

ハ その結果として延々たる審議の過程における激しい論戦の末に確定を見た各条文の文言からは、結局のところ何が定まったのか、不明瞭な点が残らざるを得なかった。このことが、それ以後のわが国の解釈論に引き継がれて、不毛な概念論争の原因となつたように思われる。すなわち、口頭・書面・電話・電信等々各種の通信手段と隔地者・対話者といった通信連絡の關係との具体的照合・検討を欠いたために、契約の成立を巡る法典調査会の論議が観念的抽象論に終わつてしまつた憾みがある（合意の要件に関する三人の起草委員の議論参照<sup>(21)</sup>）。

ニ 郵便・電信等の近代的通信施設に対する過度の信頼・期待が、迅速な取引の要請に対応する手段としての意思表示⇨承諾⇨発信主義の主張の背景をなしたものと見られる。

## 六 結び——神戸理論の展望と可能性

神戸理論が契約成立時期をめぐる五二六条の解釈論において強硬に主張した法律行為と意思表示の峻別とともに、民法総論の場面で展開した隔地者——対話者、また化形的——非化形的表示形態の緻密な分析とは、まさに従来見失われていた理論的視点に直接に関わるものとして重要な意義を持つ。一見して論議が出尽くしたかと思える

五二六条の解釈論としても、神戸理論の思考する方向には、同条文の正確な規定範囲を確定する上で、なお新たな広い視野と多くの未解決の課題を提供するように思われる。

すなわち神戸理論によるならば、五二六条が直接に規定しているのは、おそらくは隔地者たる申込者に対する化形的承諾がなされた場面のみなのであり、そのほかに隔地者に対して非化形的承諾がなされた場合や、立法者が規定を設けなかった対話者たる申込者に対して化形的あるいは非化形的承諾がなされた場合の解決に関しては、直接の規定がないことになる。これらの考えられる諸状況について夫々の場合における申込者・承諾者間の利益状況を正確に把握して、それに則した合理的規範を如何に発見するかは、なお今後の研究に残された課題と言わべきであろう。これらの問題については、神戸説もなお答えてはいないし、従来の諸学説においては問題意識すら欠落しているのではあるまいか？

#### 補論一 神戸説に関する従来の私見に対する自己批判の試み

神戸説に対する従来の私見は、なお未熟にして不徹底であった。

このことは、神戸説の五二六条の解説(契約総則)のみを神戸意思表示理論(民法講義——峯村ノート)から切り離して受け取り、九七条との関連を無視していたことによる。法律行為と意思表示の峻別は夙に神戸・契約総則一八一頁以下が強調するところであった。<sup>(22)</sup>

しかしながら神戸説が言わんとする真意は、その民法総論の意思表示の効力発生時期に関する九七条の扱いを讀むまでは十分に捕捉できずにいたのである。従来の私見が至らなかつた具体的理由は次の諸点にある。

## 1 神戸説の理論構成とその背後にある利益状態の検討の必要性

まずは、神戸説の精緻な理論構成に眩惑され、そもそもこのような理論構成を必要とした基本的な利益状況を把握できなかったことである。<sup>(23)</sup>

例えば法律行為と意思表示との峻別は、理論構成としては理解できても、その夫々を規定する規範設定の場面  
＝問題となる利益対立の様相＝利益状態の把握が不十分であった。詰まりは概念法学のレベルで、神戸説を他説よりも、より巧みな説明として評価するに止まっていた。

例えば「条件」よりも「前提」という表現<sup>(24)</sup>、承諾期間の有無に関わらぬ統一的理解<sup>(25)</sup>、あるいは五二六条二項の意思実現による契約成立の場合との論理的連絡<sup>(26)</sup>等々。

## 2 神戸説の論理から導かれる諸結論の具体的妥当性からの評価

例えば申込・承諾の相互互換性とか、契約の主観的合致論の事実適合性、あるいは承諾の取消可能性等々。また二重申込あるいは意思実現行為との理論的整合性などの点。これらは結果から見た神戸説の積極的評価であるが——これらの内容は、例えば富井説などでも、理論的要請ないしは理論的要望として提起された内容と一致するものであるが——このような結果的評価は、要するに結果オーライの結果論でしかないので、何故にそのような実質的に妥当な結果が、わが民法の解釈論として可能であるのか（ほぼ同様の理念的指向性を持ちながら、何故に富井説は、解釈理論としてその実現に挫折したのか）、その点が、神戸説の謎を解き明かす「鍵」として学問的究明を必要とする（この点は、かつて津田教授が「我国私法学に於ける所謂目的論的解釈への疑問」の中で問いかけられた課題であった（津田・内池編著・神戸寅次郎民法講義所収三七一頁以下参照））。

### 3 ドイツ法学の継受としての神戸意思表示・法律行為論とその独自性

誰しもが認めるように、神戸説の一つの特色が、ドイツ民法制定当時から華麗な展開を見たドイツ私法学の成果たる精緻な意思表示理論・法律行為理論により理論武装している点にあることは疑いない。法律行為・意思表示の制度を知らなかったフランス法流の旧民法が修正されて、この制度が現行民法の立法に採用された時、フランス法を学んだ富井・梅、また英法学者である穂積といった起草委員を中心とする法典調査会が、この新制度の内容をどの程度まで正確に理解できたかは、当時の学問状況よりかなり疑問である。わが立法がドイツ法から継受した法律行為・意思表示の制度を的確に受け止める為には、ドイツ法学の研鑽を積んだ法律学者が成長するまで待たなければならなかったのである。

大正期から昭和初期にかけて我が国の多くの学者から「概念法学の極致」とまで評された神戸理論は、今日その内容を吟味する時、ドイツにおける意思表示・法律行為論の基本的な道筋を正確に歩みながら、更に独自の理論を展開しつつ我が国民法典の解釈論を創造してきたことを知る。もとより神戸説の内容は立法の狙い・趣旨を重視する解釈論であるから、ドイツ法とわが民法との差異には厳密で、ドイツ法の解釈の受け売りや単なる比較法的考察でないことは、言う迄もない。

### 4 神戸理論における法発見の方法：九七条・五二六条等の規定内容の確定

実はこの点が、今回の神戸説の評価において、最も重大な点であった。神戸理論の複雑な理論構成や精緻な推論は、結局のところ何を言っていたのか、ということである。九七条や五二六条は、畢竟何を規定の対象として、いかなる内容を規定していたのか、ということに尽きる。このことは、反面において何が直接の規定の範囲外に残されていたのか、その残された広大な分野にいかなる法的解決をどのようにして発見し創造して行くべきなの

か。その不可欠の前提として、現行規定の対象と内容の正確な確定こそが、神戸理論の解釈論としての真骨頂であり、そもそもそれこそが民法解釈学の本来の使命ではなかったのか。

## 補論二 法規の内容の決定について

問題は民法九七条及び五二六条において結局一体何が規定されて居り、何が規定されずに終わったのか、ということの確定にある。所与の成文規定について、その内容を厳密に確定することが法解釈学の基本的使命であることは云うまでもない。

### 1 起草者の意図と立法者の意思

例えば起案者の梅と富井あるいは穂積の意見が立法作業の上で屢々対立する。九七条の審議に際しては富井の到達説が梅の発信説を抑えて条文化を見る。五二六条では梅の発信説の主張が富井の反対を潰して明文化されている。特に承諾者に承諾の取消を認めるか否かの論争では、承諾を発信主義とする以上は承諾の取消を認めるべきでないことが論理的に当然のこととされ、また「公平」の見地から妥当とする意見が多数を占めた。このような起草委員の間の議論は、そして其論争の決着は、規定された規定の内容を決定するものか否か。「立法者の意思」と「起案・起草者の意見」とはどこが違うのか？

「立法者の意思」は当該規定が対象とした生活状況（利益状況）に対して、いかなる利益裁断がなされたかという価値判断である。起案者起草者の意図は、この立法者の意思を尋ねる上での貴重な資料であるが、これが直ちに立法者の意思となるものに非ず。起草者の誤解による判断ミスもあり、せっかく下した判定が法文化されない

法典編纂上のミスも多い。特に諸他の規定内容と衝突した内容を立法した場合には、法規相互の衝突により立法自体が挫折する（衝突した内容を持つ規定は規範として機能できない）可能性がある。

## 2 起草者の意見の不一致と立法内容

九七条は「意思表示」について規定し、五二六条は「契約」について規定した。

起案者梅等の想定では「契約」について規定を設けることは、当然に「承諾」の意思表示についても規定を設けることであり、承諾の発信主義を採用することは、契約の成立時期を定める意味を持つと同時に承諾の取消可能性を否定する内容の規定を定めたことになる。梅の起案した原案が採択され、承諾の到達を必要として其取消をも許すものとした富井修正案が否決されたことは、梅の主張が法典調査会の意思Ⅱ起草者の意思Ⅱに合ったことを意味する。いわば九七条の「意思表示」の第一ラウンドでは富井の到達説が勝ち、五二六条の「契約」の第二ラウンドでは梅の発信主義が勝った（全体として梅の逆転勝利？）かの感がないでもない。梅は議論に強い。討論になると梅が勝つ。しかしその討議の結果として、一体何が立法されたのか、それが問題となる。

## 3 立法上のファルサ・デモンストラチオか、立法の錯誤か、或いは立法編纂のミスか？

五二六条の文言が「契約は：」と規定したのは、起案者が「契約の成立時期・承諾の発信主義・承諾の取消不能」まで含める意図であったなら、法文にある「契約」の文字はその起案者の意図する全部をも含むにも拘らず、その表現を誤って文字を不正確に使用した「誤表Ⅱファルサ・デモンストラチオ」ということになるのか（拡大解釈の必要？）。現在の多数説はおそらく此のように見るのである。民法の中にも「債権者」と「債務者」とを取り違えて法文化した実例がある。

それとも起案者が「契約・承諾・取消」の三者を規定しようとしたのに、法文には「契約」としか表現しなかったのは、表示しようとした意思内容と表示した言葉の意味とが符合していないので（少なくとも承諾・取消については表示がない）立法者の錯誤表示があったことになるのか（「契約」という言葉は「契約・承諾・取消」の三者を意味すると誤解した起草者の内容の錯誤か）？ このような立法上の錯誤はどのように扱うべきか？

単純に考えれば、立法しようとした「承諾・取消」は立法されずに終わり（意思はあっても表示＝立法なし）、立法された「契約」には、意図した「承諾・取消」は含まれていない（表示あれども立法意思なし）。少なくとも意思と表示が符合するのは「契約の成立時期」のみであり、「承諾の発信主義」と「承諾の取消不能」とについては、審議されはしたけれども、立法を見ずに終わったと云うことになる。神戸説が九七条は「意思表示」に関する規定であり、五二六条は「契約」に関する規定であって両者はそれぞれ独立して適用されると見るのは、恐らくはこの立場であろうか？

また一つの可能性としては、法典調査会で一致して認められた議決内容が、成文化の過程において（整理会のミス？）不手際があり、誤った文言がそのままに帝国議会（立法者！）で法律として成立した場合である（大部の法典の逐条審議に際してはよく起こる事例である。例えば総会招集通知に関する六二条と九七条の到達主義）。ヘックの云う編纂上の失策（Reduktionsfehler）の例である。この場合の処理は、上記のファルサ・デモンストラチオ或は錯誤と同様になるか？ 法の不備か、解釈の自由か？

#### 4 法の不備か、解釈の自由か？

民法五二四条（原案五二一条）の審議に際して、對話者に対する申込の規定を欠く点を批判した横田に対して、梅は立法に当たって総ての場合をもれなく規定する必要はないと主張している（法典調査会民法議事速記録三・六



七八頁参照)。旧民法の網羅的・教科書的な立法批判を意識しての発言と思われるが、此のような実践的立法姿勢の結果として、現行民法は直接に規制のない場面が多く取り残されている。対話者・口頭の意思表示に關して全くといってよいほど規定を欠く如きはその著例である。之は慎重派の富井が「勇氣カナカツタ」(同上六七五頁参照)と告白するように、なかば意識的な規定の欠落とも言える。梅自身が認めるように、民法は差し当たり必要な規定しか設けなかったのである。

このように直接の規定を避け(或は見落とし)理論的解決に委ねた場面が広大である反面において、五二六条のケースの如く現実に設けた規定の対象が漠然としていて、規定内容が絞りきれない場合もある。ここは規定の文言を無理に操作して本来規定されていなかった場面を、あたかも規定がある如く解釈するよりは、現実に立法された規定内容を厳格正確に確定して、その立法の不備・法の欠落を正面から認めること、その場면을理論的にどの程度まで補完出来るかと考慮すべきであろう。神戸説は、基本的にこの方向を指示するように思われる。

即ち神戸説が、意思表示と法律行為の峻別を強調しているのは、神戸理論の概念構成を押し付けているのではなく、個々の意思表示として規制が必要とされる場面Ⅱ利益状態Ⅱと法律行為Ⅱ契約Ⅱとして規制が必要な場面Ⅱ利益状態Ⅱとは別物だ、ということである。意思表示が発信より到達ないし了知まで至る過程に生起する種々のトラブル(不着・延着等の通信上の事故、表意者側の錯誤・不正伝達・相手方の側不在・誤解等の通知上のミス等々)を表意者と相手方との利益対立の上で如何に裁断するかは、意思表示の固有の問題であり、意思表示の成立時期や効力発生(拘束力Ⅱ撤回可能性、承諾能力の限界等)の要件などについて発信主義や到達主義はこの問題解決のための一つの選択肢に過ぎない。

これに対して契約の成立や効力発生の要件は、法律行為の固有の問題として、個々の意思表示の問題解決とは別の場面での各当事者の利益対立が裁断される必要がある。契約の迅速な成立や確実性という取引上の要求が、

誰の利益の為に、誰の負担において、どのような形で達成されるべきかが此処では解決を必要とする課題である。申込・承諾と云う個々の意思表示に関する規定が、結果的に契約の問題に影響することはあるとしても、夫れは偶々の結果論であつて、契約固有の問題は依然として残っている（契約は又申込・承諾で成立するとは限らないのであり、二重申込とか意思実現の場合とかの課題がある）。

##### 5 神戸説にいう「一大誤解ヨリ来レル大謬見」とは何か？

このように解決が必要とされる場面が夫々異なることを正確に認識すること、従つて夫々に適切な合理的な規制を夫々の場面<sup>(27)</sup>に利益状態<sup>(27)</sup>に則して答えよ、というのが神戸説の本意であろう。そもそも承諾の到達が「前提」か「条件」かという如き説明の違いだけならば、単なる説明の上手・下手だけのことで、神戸説が他説を評して「一大誤解」とか「一大謬見」（神戸寅次郎著作集（上）一七九頁参照）とまで断罪するのは異常なことだからである。

（1）近時諸学説の内容については我妻・債権各論上巻（民法講義V）六四頁以下、遠田・注釈民法一三卷五二六条の項一五五頁以下等を参照。但し、同上・我妻・債権各論における神戸学説の紹介については多少の誤解がある。同書は神戸説を「契約は承諾発信の時に成立するが、承諾の効力は（従つて契約の効力もまた）承諾の到達の時に発生すると解するもの——神戸・民法全書八卷五二六頁」と紹介するが、神戸説においては承諾の成立・効力発生要件と契約の成立・効力発生要件とは厳格に区別されており、承諾はその到達時に効力を生ずるが、契約の成立・効力発生時は、承諾（到達したことを前提として）の発信時であり、承諾の到達時ではない（神戸「契約総則」神戸寅次郎著作集（上）一八一〜一八三頁参照）。

（2）なお民法九七条・五二六条の立法経緯については、星野「編纂過程から見た民法拾遺——民法九二条・法例二条論、民法九七条・五二六条・五二一条論——」（民法論集第一卷所収）一五一頁以下に先駆的かつ詳細な研究がある。星野教授の同研究には啓発される点が多いが、九七条・五二一条・五二六条の立法をめぐる法典調査会の論議の詳細

とその後の学説の対立の意味付けに関しては、筆者の意見を異にすることについては後述する通りである（第五章）。

（3）民法原案九六条——現行法九七条一項——の規定する意思表示の到達主義をめぐる法典調査会（民法主査会）議事速記録・日本近代立法資料叢書一三・六六六頁以下及び同原案五二三条——現行法五二六条——の規定する隔地者間の契約成立時期に関する法典調査会・民法議事速記録三・同叢書三・六八九頁以下の提案理由やそれをめぐる各委員間の論争参照。立法に際してのこの論争で特徴的なことは、九七条で規定する意思表示の効力発生時期の問題が、五二六条一項の契約成立・効力発生時期の問題と同一範疇の問題として扱われている点にある。即ち九七条の起案説明として富井が例示するのは、種々の催告、解約申入、債権の譲渡通知、追認等々いずれも単独行為 $\parallel$ 法律行為 $\parallel$ であり法律行為の一組成分子としての意思表示ではない。そして契約の承諾は、多くの単独行為とは性質を異にするとの理由から別扱いにする必要があるとして、これを五二六条の規定に譲っているのである（主査会議事録六七〇頁以下参照）。

即ち九七条で「意思表示」の「効力」を取り上げながら、その効力として効果意思の内容としての法律行為の「効力」と、法律行為の一組成分子としての意思表示の「効力」（例えば表意者に対する表示の拘束力とか法律行為の組成分子たり得る能力・資格・適格とかあるいは通知不達・誤解の危険負担）とが漠然と無差別に論じられていることに注目される。このような意思表示と法律行為との觀念上の混乱は、単独行為についてはさしたる実害がないとしても（意思表示の効力発生時とそれを組成分子とする法律行為 $\parallel$ 単独行為の効力発生時とが通常は——その他の法律事実を必要としない限り——一致する故に）、数個の独立した意思表示の合致を必要とする契約については、個々の意思表示と法律行為としての契約との混同は、実質的な規定対象の混乱と規定内容の不明確を招来すると同時に、致命的な理論上の欠陥として露呈することになる。

\* 単独行為においても、例えば法人設立行為（定款作成・寄付行為）や懸賞広告による法律行為などについては、その要素たる意思表示の成立・効力発生（とくに法律行為の組成分子たる資格・適格の発生という効力）の要件と法人設立（法人格の取得に向けられた）あるいは懸賞広告（報酬請求権の発生を目的とする）という法律行為の成立・効力発生要件を区別する実益がある。前者については津田・横槍民法総論、後者については神戸・契約総則が正確に区別する。

わが民法の立法時におけるこのような九七条（意思表示＝単独行為）、五二六条（承諾＝契約）という意思表示と法律行為との漠然たる同一視は、それ以後のわが民法の解釈論にも、とくに五二六条の解釈をめぐる学説の争点として現在に至るまで持ち越されていると云えよう。

(4) 承諾の意思表示の効力と契約の効力との混同・混乱は、五二六条の立法に際しても登場する。すなわち承諾の撤回を認めるか否かの議論が、契約成立時期に関連してなされているのであるが、これは承諾という意思表示の拘束力を発信時・到達時のいずれに認めるべきかという意思表示自体の効力の問題が、契約の成立・債権発生時の問題と繋がったものとして把握されていることを示すものである。

申込がその到達時まで撤回可能（民法九七条）なのと対照的に、承諾については発信後には撤回を認めないものとする意向が委員間に支配的であったようだが、五二六条で規定されたのは契約の成立時期のみであり、承諾の効力発生時期は明記されないままに終わっているのである（契約の成立時期を定めることが、同時に承諾の拘束力を定めることを意味するとの誤解があったようである）。

契約の成立時期と同時に承諾の拘束力発生時期を定める必要があったとすれば——その立法自体の合理性は甚だ疑わしいが——意思表示としての承諾の規定は、これを定める九七条一項の特則として特別の規定がなされなければならぬのだが結局この規定はどこにも設けられなかったのである（立法の脱漏）。神戸説は、承諾に関するかかる規定が五二六条の内容には含まれていないことを明確に指摘しているのに対して、その他の学説はこの規定のない事項を契約成立の規定である五二六条から、概念的解釈の論理操作によって（契約と意思表示を概念的に連結する）承諾の拘束力に関する規範（元来は不存在の規範）を導き出していると言える。

(5) *Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1960, Tübingen, S. 986, § 161* は申込と承諾の等質性を認め、その等質性の故に遅延・変更承諾が新たな申込と扱われるとする（ドイツ民法一五〇条参照）。また同時性その他の理由から申込・承諾の区別が不可能の場合にも契約は有効に成立するとして、黙示の合意が為される場合と交叉申込の例を挙げ、契約の各当事者にとって原則として重要なことは、契約を成立させようとする相手方の意思であって、申込に応じて契約を締結しようとする意思を表示することではないとする（S. 986, Anm. 6）。

(6) その好例として法典調査会における五二六条審議に際して起草委員たちの意見参照。

承諾の発信時より申込者が契約上の拘束を受けるべき理由として梅は「申込人ハ元来自分ノ方デ契約ヲ求メタモノデアラカラ云々」という(法典調査会民法議事速記録三・七〇九頁)。

富井は九七条の審議に際して、意思表示の通則として到達主義を主張しながらも、契約の承諾については発信主義によるべき理由があるとして「契約ノ承諾ト云フモノハ之ヲ挑シタモノガアル申込人ト云フテ其承諾ヲ誘ヒ出シタモノガアル従ツテ其誘ヒ出シタ申込人ニどれケカノ責ヲ負ハスト云ヒウコトハ能ク分カツタコトデアリマス云々」(民法主査會議事速記録六七七頁。但し富井は後の五二六条の審議に際しては承諾の到達主義による修正案を提出している)で富井自身が、この申込者の側の積極的関与という理由をどれほど重視していたかはかなり疑問である)。

また穂積は五二六条の審議において承諾発信主義を取るべき理由として「公平ト云フ点カラ見テモ：是迄ノ有様ニ変化ヲ起シテ或ル事柄ヲ生ズル或ル契約ヲシヤウト云フコトヲ惹起シタノハ申込者デアツテ：事ヲ惹起シタ者ガ縛ラルトスル方ガ公平デアラウト思ヒマス云々」また承諾を到達主義とすれば「申込者ハ自分カラ事ヲ起シテ置キナガラ勝手次第事ヲスルコトガ出来テ承諾者：受ケ身ノ方ガ迷惑ヲ蒙ツテ事ヲ起シタ方ハ勝手ナ種々ナ事ガ云ヘルヤウニ為ツテ甚ダ公平ヲ失スルト云フヤウナ事ガアリハシナイカ云々」と説く(法典調査会民法議事速記録三・七〇九、七一〇頁)。

(7) 星野・前掲論文二一六頁も申込と申込の誘引との区別がかなり微妙であること、また何回かの通信の往復がなされて契約の成立する場合には申込だけを取り上げるのはむりであることを認める。しかし同論文は、やはり申込と申込の誘引とは違うと考えているから、これを基準として申込者に危険を負担させてもよいとする。しかしながら申込と申込の誘引が区別されるとしても、申込の誘引をした承諾者の積極的関与という事情がどのように評価されるかという問題は依然として残る。

(8) 後述・変更承諾や遅延承諾が新たな申込と見做される規定との関連。前掲 *Ennecerus-Nipperdey, S. 986* の申込・承諾の等質性の指摘参照。

(9) 星野論文二一六頁が「何回かの通信の往復がなされて契約の成立する場合」とは、このような場合を想定するのである。

申込の一部に対して承諾が為され、他の一部に対して申込の制限・拡張・条件その他の変更が加えられる場合の種々な形の処理を論ずるものとして、石坂・日本民法五卷一八六四頁以下参照。

(10) 五二八条の規定する変更承諾に関する法典調査会の審議において、申込を受けた者が申込に変更を加えて承諾することは、「商事取引ノ普通ノ慣例」であつて「少シモ咎ムベキ事デモ何ンテモナイ」と提案者の富井は説明する（原案五二五条の項・法典調査会民法議事速記録三・七一五頁。ここで富井が承諾者の「咎」を云々するのは、遅延承諾の場合——五二三条——が承諾者の責任であることを念頭においているのであろう）。

(11) 承諾の取消（撤回）可能を主張する富井の説明（法典調査会民法議事速記録三・六九七頁）参照。

(12) 申込・承諾という個々の意思表示については、各表意者についての拘束力が通知行為のどの段階から生ずるか、また契約の組成分子たる能力が何時の時期まで存続するか、不到達・誤達・誤解等の危険をいずれの当事者がどの時点から負担するか等の問題が規定の対象であり、これらは契約の効力として債権債務が何時発生して当事者を規制するかとは別問題である。

また申込の効力としての拘束力・承諾能力の時間的延長について、わが民法五二一条以下の規定は、隔地者間の申込について承諾期間の定めの有無により区別するだけであるが、ドイツ民法一四七条及びスイス債務法四条等は電話による申込が即時にのみ承諾可能であることを規定する。

(13) 例えば申込到達時における契約の効力発生を規定するスイス債務法第一〇条二項の規定参照。

(14) 例えば出生した自然人の権利能力の始期について、一定の場合に胎児を既に生まれたものと見做す規定は、一旦生きて生まれた者は、その法的保護の必要に応じて権利能力の始期を出生以前のいずれの時期にも定めることができるから、たまたま胎児までの期間を保護範囲としたものである。死産の場合には、保護の対象が当初より不存在であるから、胎児の保護を問題とする余地がない。契約についても、不成立の契約はそもそも保護の対象とならず、その迅速な成立時期を問題とする余地がない。

(15) 承諾の到達を停止条件とするとか不到達を解除条件とするといつても、ここでは意思表示の法定的な効力に付する法定条件ではないので、民法の条件に関する規定を適用する余地がない（仮に適用するならば、撤回は条件成就の妨害となるであろうし到達という条件成就の事実には相手方の受領能力が必要か否かも疑問となるであろう。神戸・

契約総則の条件説批判参照)。畢竟ここに「条件」とは、承諾と契約の効力を同一視した上での技巧的な(しかも拙劣な)説明に過ぎない。

神戸説は周到に「条件」という誤解を招く説明を避けて、申込・承諾の到達を「前提」として、民法五二六条が適用される、と説いている(神戸寅次郎著作集(上)一九二〜一九三頁参照)。もとよりここでは「条件」か「前提」かといった単なる説明・表現の違いが問題なのではなくて、五二六条が意思表示と契約との何れを規定の対象としているか、という規範内容の違いの問題なのである。

(16) 五二四条の承諾期間の定めない申込について、相当期間経過後に取消がない限り承諾能力が残存するか否かの論議に際して、富井は承諾期間を定めずに申込をなした者は、最も多くの場合は取消さない限り承諾する者があれば履行をしようとする意思であると説明する。これに対して、長谷川は取消さぬ限り何時までも申込に承諾能力が認められるというのは取引の実状にあわないと反論する(法典調査会民法議事速記録三・六七三頁)。富井は早期の契約締結を望む申込は承諾期間を定めるべきであると説くが、長谷川は期限を付けない申込の方がむしろ早期の契約を望む申込者の意思と看るようである。同様に土方は相当期間後の申込に承諾能力を否定する立場から、概して言えば申込者が承諾期間を定める趣旨は承諾者に一定の猶予を与えるものであり、承諾期間のない申込は速やかな返事を求める趣旨であると主張する(法典調査会民法議事速記録三・六七四頁)。承諾期間の有無について、その意味付けが対立していることが注目される。

(17) 前述のように九七条の審議に見られる意思表示Ⅱ単独行為、承諾Ⅱ契約の同一視や意思表示とそれ以外の表示(意思通知・観念表示)との無差別な扱い。また五二六条の審議に際しては、契約Ⅱ合意という基本的観念に関して、起草委員である梅Ⅱ穂積と富井との間に微妙な——しかし根本的な——合意観の不一致が認められる。合意を「意思の投合」として当事者の認識を要件と考える富井の立場と、意思表示の客観的並立で足りるとする梅Ⅱ穂積の立場とが、承諾の受信主義か発信主義かの選択に照応して登場する(法典調査会民法議事速記録三・六八九——梅、六九四——富井、七〇一——穂積、七一〇——富井の発言・各頁参照)。

(18) 承諾期間の定めのない申込の承諾能力の範囲を規定するに際して、対話者間の申込をどう扱うか(ドイツ民法草案に倣って隔地者と対話者を区別するべきか否か)を富井は苦慮したようであるが、結局は対話者間の意思表示につ

いて一般的规定を設けることは危険であるとして、規定を断念している(同上六五五、六五七頁)。

申込の承諾能力についてドイツ民法一四七条のような「窮屈」な規定を設けることは是非は別として、対話者あるいは口頭の意思表示を柔軟に扱う意図から、これに関する直接の規定を省いたわが民法は、意思表示に関する規定の適用範囲を漠然たるものとし、隔地者―対話者、書面―口頭という意思表示に固有の問題の所在をも不明確なものとした結果をもたらしたことは否めない。

(19) 隔地者―対話者の区別に関連して、口頭―書面の区別や使者の問題も雑然とした形で扱われている。五二六条の承諾発信主義という原案について土方が、隔地者たる申込者に対して承諾者が承諾書を持参する使者を遣わしたような場合の承諾は何時発信したことになるか、と起案者の梅に質しているのは、おそらくは書面の郵送と使者による表示との差異を意識したのかと思われるか(同上六九九頁)、梅は「夫レハ私ノ考ヘデハ矢張り其使ヒカ即チ私ノ家カラ出レバ夫レヲ発信ノ時ト見ル」と返答する。梅は更に「隔地者間ノ契約ト云ウモノハソクナ迂遠ナ事テ態々使ヒヲ出シテ契約ヲ結フト云ウヤウナ事ハ先ヅ千中ノ一カニデアツテソノ場合ナラバ今日ハ最早郵便電信等ノ便利ナ方法ガアリマスカラ云々」と説いて、郵送によらず使者により書面を直接に相手に伝達する場合の表示を実際上は問題とならない稀有のケースと見ている(同上七〇〇頁)。

(20) またこれに関連して、富井が対話者間に契約が締結される事例を引いて、「意思の投合」に当事者間の主観的な意思の合致が、古来普通の契約の通念であることを論じている点が注目されて良いであろう(七一〇頁)。

(21) 例えば五二六条に「隔地者間ノ契約ハ」とある文言は「契約」についての規定であるか(神戸寅次郎著作集(上)一八〇頁)、それとも「承諾」について規定したものか、あるいは「契約」と「承諾」両者について規定したのか、規定の対象それ自体について学説が分かれるに至っている。

これほどに意識的ではないが、同じことは民法九七条の「隔地者ニ対スル意思表示ハ」という文言についても言えるので、この規定対象が個々の意思表示そのものについて規定したものか、その意思表示に組成される法律行為について規定したものかは、必ずしも明瞭ではない。

規定対象の認識の混乱は、当然に規定内容の混乱に照応する。五二六条に「契約ハ成立ス」や九七条に「意思表示ハ其効力ヲ生ス」とある「成立」あるいは「効力」の意味についても、学説はその解釈が多様に分かれることと



なる。これらの論争は、結局は同根に発するもので意思表示と法律行為との漠然たる混乱に起因するものと言える。両条文が用いる「隔地者」との表現についても事情は同様であり、隔地者・対話者の区別は個々の意思表示については意味を成すが、契約については——隔地者による承諾による契約と理解しなければ——意味を成さないと神戸説が指摘する通りである(同上「一八三頁参照」)。

(22) 「契約ナル法律行為ト意思表示示トハ同一ノモノニアラス全然別個ノ觀念ニ屬スレトモ然レトモ学説及立法例共ニ此二者ヲ混同セルノ例甚タ少ナカラス我民法亦屢々此二者ヲ混同セルノ形跡ナキニアラス然レトモ契約ノ成立ニ関スル法理ヲ究ムルニ付テハ殊ニ注意シテ此二者ヲ区別スルコトヲ要ス」(神戸寅次郎著作集(上)「一八一頁」)。

(23) これは神戸説の叙述方法にも問題があるので、あらかじめ当該規定の立法の趣旨に則し結果の妥当性を考慮して獲得した規範内容を、整然たる概念構成の帰結として説明するために、あたかも概念の理論的操作からその解釈論が論理必然的に導かれるように受け取られる危険がある。この神戸説の表現形式・叙述の方法に目を奪われる限り、神戸説は、その論理構成が緻密なほどに「概念法学の極致」に見えることになる(この点については「神戸寅次郎先生講述・債権各論」神戸寅次郎・民法講義三四七頁における津田教授による『質疑』の指摘参照)。

(24) 「我民法ノ下ニ於テハ本条第一項ハ我民法ノ一般的ニ採用セル到達主義(九七条)ニ基キテ成立シ且効力ヲ生シタル申込及同シク其到達主義ニ基キテ成立シ且効力ヲ生シタル承諾ノ二者ノ存在ヲ前提トシテ其二者ヨリ組成セララル契約ヲ承諾ノ通知ヲ発シタル時ト云ヘルノ時期ニ於テ成立セシムルト解スルヲ以テ正当且簡便トス」(神戸寅次郎著作集(上)「一九二、一九三頁」)。ここに神戸説の「前提」という表現は、他説(いわゆる条件説)が承諾は到達を「条件として」効力を生ずるといふような説明に比して、本来の意味の「条件」でないことを示すのに用いられた巧妙な言葉と云えるが、単なる表現だけの問題ならば説明の技巧でしかない。九七条の意思表示の問題と五二六条の契約の問題とが別次元の問題であることを指示する点で、「前提」という表現が重大な意味を持つのである。

(25) 承諾期間の定めある申込に対する承諾が到達主義の原則に服するのに比較して、承諾期間の定めのない申込に対する承諾が一転して発信主義によることの制度的不統一性への疑問。

(26) 五二六条二項は明瞭に承諾の通知を要しない場合の契約成立に関する規定であるのに、その一項が承諾に関する規定を設けるのは、規定相互の連絡を欠く。また本条が承諾期間の定めのない承諾について到達不要の主義をとるこ

とは、五二一条に承諾期間の定めある承諾が期間内の到達を必要とすること、五二六条二項が承諾の通知を要しないことと比較して、論理的に飛躍があると思われる。

すなわち場合を正確に分けるなら、イ・期間内に承諾の到達を要する場合（五二一条）と、ロ・少なくとも承諾の到達を要する場合（五二六条一項）と、ハ・そもそも承諾の通知を要しない場合（五二一条二項）とに区別するべきではないか（通説のように承諾の発信のみを要求して到達を必要としない場合とは、九七条の到達主義の原則から見ても、あまりに異例であるだけでなく、五二六条二項の承諾通知不要の場合との関連が不明瞭に思われる）。

(27) この点で、神戸説が同時履行の抗弁権と受領遅滞との関係を論じて、同時履行は夫々の債務の同時履行という目的達成の手段であるのに対し、受領遅滞は一個の債務の履行上の問題解決の手段であるから、この二つの制度は無関係であると論じていることが想起される。即ち夫々の制度において解決を要する利益状態が違う、という指摘である。詳しくは津田「我国私法学に於ける所謂目的論的解釈への疑問」津田Ⅱ内池編著・神戸寅次郎民法講義所収三八四頁以下参照（小池説の神戸説批判に対する反論）。

## 【補遺】

### 第一 民法法合同研究会の始末記

前略。

過日は例の民法法合同研究会においてレポーターの重任を承け、苦し紛れに開陳いたした未熟な報告の粗雑な内容に対して列席の諸兄姉より種々懇切有益な御意見を賜りました。黄昏迫る老書生に晴れの舞台を設けて下さった皆様の御親切に厚くお礼を申し上げます。

お陰様でいろいろと啓発されるころあり、その後も考え続けて居ります。

皆様の御意見を伺う有難い機会でありましたけれども、生来反応が鈍い頭でありますので席上出てくる難問奇問に対して快刀乱麻を断ち切るというわけに参りません。舌たらずにて意を尽くすことかなわず、思いつくまま

に思いも依らぬお答えを致して満場の失笑を買ったことと思います。もう少し御返答の論旨を整理して見ようかと思つてこれを書きました。

先日鎌倉の津田利治先生に盛夏のお見舞いかたがお電話を申し上げ、その際に過日の研究会の模様を御報告いたしました。その折に研究会の質疑を改めて思い起こして老師と問答しているうちに、前よりも多少まとまつたお答えができるような気持ちも致しましたので、その内容を忘れないうちに書き留めておこうと思つた次第であります。

思えば定年間際まで塾内の同僚諸君から学問上の論争で完膚なきまで突き上げられる一方、学生時代からの恩師から散々に突き落とされるという、悲劇的立場というか中間管理職的嘆きというか、まことに因果な稼業で、三田山上の研究者として冥利に尽きる有難さに感涙に噎ぶばかりであります。

以上の理由をもちまして、此処に先の研究会の蛇足とも言ふべき一文を草し、「研究会始末記」と題してお手元に提出いたします。なおその後の御質疑や御意見を頂ければ望外の幸せであります。

平成九年七月某日

草々不一

内池 慶四郎

「民事法合同研究会の始末記」

平成九年七月六日

内池 慶四郎

◎津田利治先生との電話（平成九年七月五日・午前）

過日の合同研究会の模様・質疑につき津田先生に電話にて御報告

一 規範的意味における「立法者意思」の把握の必要性について

過日の民法研究会においての神戸説における立法者意思説の理解につき先生の御意見を伺う。起草者の見解と「立法者意思」との関係につき、立法者意思の把握は規範的意味においてなされるべきことの御注意あり。起草者の意図や見解は事実そのものにして規範的意味での立法者意思に非ず。近時流行の歴史的解釈は、事実としての起草者の意思・見解の解明あるいは歴史的事実としての法の継受過程を重視して、これらの事実から直ちに法の規範的内容を発見しようとする。これは法解釈学の使命たる規範的意味の発見という仕事と事実的探索とを機械的に結びつけている誤謬である。立法過程の事実的因果関係から法の規範的内容（何が立法されたか）は直接に決定されるものではない。「立法者意思」は規範的概念である\*。

\* 立法過程を重視する近時の歴史的解釈は、従来の自由法学的な無限定な解釈に対する反省からより一義的な客観的内容を求めるところより生じたように思われるが、なお事実としての法現象を事実としての立法資料から説明しようとする点で、法社会的な立場に止まる（星野説が従来のいわゆる客観的解釈の多義性を批判して立法過程の研究の重要性を説きつつ、なお「立法者意思説」を採らないとの発言参照）。またこの立場では、数多い価値判断の中で、起草過程における起草者の価値判断が何故に諸他の価値判断より優越するのか、価値判断の優先序列の基準が不明である。

しかしながら、法の規範的内容を探求するためには、「立法者」や「立法行為」ないし「立法者意思」は規範的意味で理解し把握する必要がある。則ち立法者とは制度的に立法機関であり、立法行為は立法機関の法定立行為であり、

また立法者意思とは立法された価値判断である。「立法者」を立法に携わった個々の自然人として、また立法者の「意思」を自然人の精神作用として捉えることは誤りである。立法者意思は定立された法の規範的内容そのものである。斯かる意味における立法者意思に裁判官が拘束されるのが「法に依る裁判」として、現行法の予定する三権分立の制度の規範的構造と見るべきである<sup>1)</sup>。

(1) この点については「立法者」とか「立法者意思」という言葉が、多く誤解されて何か自然人の精神作用を意味するものと受け取られ易い難点がある。神戸説では、「立法者意思」の外にも、「立法政策」とか「立法の趣旨」とか「立法の目的」と言った表現が、ほぼ同一の意味で用いられている。

(2) 森征一教授が研究会の席上「立法者意思」について、「立法者意思」とは「立法された理性」ではないか、との発言あり。立法者意思とは定立された法の規範的内容であり、定立された法の総合的な(規範的に矛盾しない)価値判断である、と理解する立場からすれば、立法者意思とは森教授の言う「立法された理性」と表現して差し支えない。

## 二 神戸学説の特質

(一) 神戸説と立法者意思説あるいは概念法学との関係について

### a 神戸説と立法者意思説

神戸説は果たして立法者意思説か。むしろ神戸先生は立法者意思説ではなく、最も頭脳明敏な概念法学者に非ずや(研究会の席上における池田真朗教授の疑問提示)。

神戸先生は明治二三年慶應が法学部を設けた時の第一回卒業生であるから、もとより明治二九年当時の民法立法作業に参加するはずがない。しかしそのことから、神戸説が民法の起草過程の論議に無知であり、それと無関係に解釈論を展開したとは即断出来ない。

民法典の起草に関与した梅、穂積、富井等の学者は、学者としては神戸先生に時代的に先行するが、いわば同

時代の現役の学者であり、学問活動の上では同時代の人々である。それらの先行学者の見解・法典調査会の議論等は、今日の吾々が明治法制史的知識として認識するのは違って、同時代の学者にとっては、むしろ自明の事実として認識されていたと見て良いのではないか。立法過程に関する資料として「民法修正案理由書」も神戸説の中ではしばしば引用されている。

また起草委員の富井を補助した岡松参太郎と神戸先生との交流や学問上の繋がりを通じて、起草過程での論議は当然に承知されていたと思われる（岡松は慶應義塾が法学科を設けた創立期に客員講師として民法を講義して、神戸先生とも親交あり、神戸先生がその学識を高く評価していた学者である）。

それよりも重要なことは、個々の条文の解釈に際して「立法者意思」「立法政策」あるいは「立法趣旨」を重要な論拠として明示する神戸説が、民法典の立法過程の論議を無視して解釈論を展開していたとは到底考えられない。唯神戸説では、個々の起草者の意見と規範の意味での「立法者意思」とを明確に区別されていると見るべきである\*。

\* 神戸説の特徴として「法文の一言半句も疎かにしない厳格な解釈」ということが言われている（法学部史の記述参照）。一般にこの事実、神戸先生の単純な文言解釈の態度として捕らえられ勝ちであるが、むしろ立法過程における審議の末に、最終的に何が法として定立されたかという規範内容の発現の上で、法文の表示が重要なことを神戸説が意識していたことを示すものと理解すべきであろう。立法者の意思は法文という表示を通じてはじめて実現されるのであり、このことは意思表示において、表意者の意思が表示を通じて現実の意思として実現することと変わりはない。

神戸説が立法者意思説か否かという問に対する答は、「立法者」を如何に解するかにかかるといえる。起草者イコール立法者と理解するならば（いわゆる起草者意思説）、神戸説は決して立法者意思説ではない。之に反して規範的意

味での「立法者」を前提とすれば、神戸説は明瞭に「立法者意思説」と理解して間違いではないと思う。

#### b 神戸説と概念法学

一般には神戸説が解釈方法論の上で概念法学であり、神戸先生も時代の子として概念法学者ではあったけれども、他の諸学者を圧して特別に頭脳明敏な学者（概念法学の極致としての神戸法学）であったと評価されている（神戸追悼論としての西本発言あるいは法学部史における手塚発言また神戸記念論集における多くの塾内民法学者の評価参照）。

これは確かに神戸説に対する定評ともいえる。しかし果たして正確な理解であろうか？ 神戸説の方法論が果たして概念法学か否かは大問題であり、小生の今回の報告は、まさにそのことを追求するものであった（その当否はもとより諸兄の御判断にゆだねる\*）。

\* 神戸先生がドイツに留学された明治三二年―三五年（一九九九年―一九〇二年）の期間は、恰度ドイツ民法典が施行された前後の時期に当り、この時期において契約や意思表示に関するドイツ民法学の詳細緻密な研究が次々に公表された時代に当る。そしてこの時期以降やがてナチスの台頭（一九三〇年前後）に至るまでの間において従来の概念法学に対する批判として自由法学（特にその一派としての法社会学）が、そしてその自由法学的解釈論に対する批判として利益法学の主張が対立を見る。神戸先生が留学されたハーレ大学に恰度時期を同じくして、後の利益法学の方法論を最も緻密に展開する若きヘック（当時の講師？）がいたことは興味深い歴史的事実である。佳人の奇遇か奇人の佳遇か擦れ違いか、二人の間に学問的会話があったか否か、今は知る由もなし。

その後のドイツに於ける解釈方法論の激しい論争に神戸先生が無関心でおられたとは想像出来ない。またドイツの方法論の論争の影響としてわが国の法学の主流をなすに至った法社会学の方法に対して神戸先生が批判的であったという事実よりして（津田先生談）、自らの方法論を直接に発表されなかった神戸先生ではあるが、これを自由法論登

場以前の、そして法社会学や利益法学から批判攻撃の対象とされた概念法学の立場にあったとは、到底思われない。神戸説を概念法学と批判した神戸以後の学説（塾の内外を問わず）は、果たして神戸学説よりも、その実質において新しかったか、実はそれとも批判者自らが、古い概念法学から離脱しておらず、神戸説よりも古い概念法学者ではなかったか。ちなみに学説の新旧は学者の頭の新旧によるもので、誕生日の日付けの先後によるものではない。明治の人間が大正・昭和・平成の人間より古いとは限らず。

(二) 神戸先生の頭の良し悪しについて

神戸先生の頭が良かったか悪かったか、これは難問である。

筆者は神戸先生の顔を拝見したこともなければお声を拝聴したこともない。その著述や卒業生の筆記した講義録から隔地者且つ隔時者に対する書面表示を通して勝手に想像する外はない。

いわゆる「頭の切れる」天才型の頭脳明敏な学者と言えば、例えば梅謙次郎とか鳩山秀夫とか或いは末弘巖太郎といったような剃刀のような切れ味の直感力の鋭い学者が即座に頭に浮かぶ。しかし「契約総則」とか「契約解除論」といった著作から受ける神戸先生の学風は、これらの学者達のそれとはどこか大きな隔りがあるように感ずる。

神戸先生の論述は、一刀両断とか快刀乱麻というよりは、重くて地道で周到で執拗なのである。難解・難読という意味では、神戸先生は悪文家の部類に属するであろう。ともあれ粗雑な頭であのような精緻複雑な論理の累々たる積み重ねが出来るわけではないから、神戸先生の頭が悪いわけではない。しかし此処で感ずるのは、舌を巻くような鋭い直感とか切れ味の良い論理というのではなく、実生活上の広い視野を背景として、倦むことなく思考を重ねつつ論を進めるといふ強靱な論理性なのである。



神戸先生の頭は、所謂「良い頭」||「切れる頭」||というよりは、むしろ「強い頭」といった方が、しっかりと来るような気持ちができるけれども、どうであろうか。

天才には元来学問する必要がない。天才の仕事は一世一代の芸術であって、学びようもないし、勉強しようもない。天才ならぬ凡人の営為が学問であるとすれば、非凡な強さを持った神戸寅次郎の頭こそ、まことに学問に向いた「良い頭」であったのかも知れない。このような「頭の強さ」もまた天賦の才能には違いないが、ともあれ普通の頭の持ち主でも、一步一步その跡をたどって歩むことが出来そうで、いつの日か少しでも成果に近づくことが出来ると感じさせるものが、神戸説にあることは確かである。これが筆者が神戸説に対して抱く一つの魅力である。

学問は宗教ではない。神戸説を金科玉条視してこれに固執することは、もとより学問の邪道である。しかし慶應義塾の民法研究者としては、神戸説を神棚に祭り上げたり用済みの家具同然に物置に押し込んでその学問の成果を無視することは、後進の勝手な自惚れか怠慢というほかはない。神戸説を前世紀の遺物たる過去の概念法学と否定する前に、その内容を自らの頭でもう一度検討し吟味し再批判する必要があるはしないか。神戸説を否定するも超克するも承継するも、それから先の話と言うことになる。

津田先生のお電話に曰く、まずは神戸に帰れと。

以上。

## 第二 片山直也教授の内池慶四郎宛平成九年六月二七日付書簡抜粋

### 一 起草者の意図と法定立（立法者意思）

内池説は、五二六条一項については、起案者梅等により、①契約の成立時期（承諾発信時）、②承諾の効力発生時（発信時）、③承諾の取消可能性（取消不能）の三点が意図（想定）されていたが、文言「契約ハ成立ス」により、定立された法は①のみであると分析される。だがこの点については、以下の二つの疑問が生じる。

〔疑問1〕

文言「契約ハ：成立ス」では、②③の定立がないとされるが、当時、意思表示の効力が発生してはじめて契約も成立するとの見解——未熟なものかも知れないが、単に概念法学的に帰結された命題ではなく、「公平」の見地からなされた価値判断を含む命題だと思われる——が前提にあったとすると、「契約・成立」との文言によって、当然に意思表示の効力を規定できると考えたのではないか。仮にそうであるならば、法律行為・意思表示論が進化した今日の解釈論としては、①九七条↓意思表示、五二六条↓契約、という峻別論を前提に、法欠缺として処理するか（解釈手法としては、「限定解釈」）、②五二六条↓意思表示特別規定+契約という二重効果を規定しているか（解釈手法としては、「当然・勿論解釈」）の二つの考え方が論理的には成り立ちうるが、後者の立場が立法者意思に適うということになりはしないか。

〔疑問2〕

文言に表示されていないと法定立されていないとなると、条文はないが民法典が当然の前提としているとされる法命題——意思能力欠缺＝無効、法律行為の有効要件としての可能性・確定性など——は法規範として認められないのか。またそれとの関係で、教科書的・あたりまえの規定は省略するという起草方針は、立法者意思（立法の基本方針）とはならないのか。

二 「直接の規定対象」(神戸説・内池説) と法欠缺論

神戸説・内池説は、五二六条の直接の規定対象は、隔地者十化形的承諾(書面の送達)がなされた場合のみで、その他の直接の規定がない状況については、夫々の場合における申込者・承諾者間の利益状況を正確に把握してそれに則した合理的規範をいかに発見するかが課題であるとする。だがこの点については、以下の二つの疑問が生じる。

〔疑問 1〕

「直接の規定対象」の確定は、立法者が想定していた利益状況(ヘックのいう立法者の観想)の分析によりなされるということだが、この分析視角はいかに決定されるのか。

たとえば、起草者が「書簡(郵便)」を念頭において議論していたところを、「化形的意思表示」という道具概念で焼き直す。あるいは「独立媒介の意思表示」という視角で分析する。これは後発のドイツ学説の道具概念・分析視角だが、①そもそも、このような道具概念(分析視角)の導入は許されるのか(これも「法の推進行成」のうちの一つか)、②さらに、道具概念(分析視角)の導入の際、考慮されるべき、あるいは考慮されざるべきファクターはあるのか(例えば、立法の目的、母法、法系の重視、体系的整合性の重視など)という疑問が生じてくる。そして、その方法如何——実はそれが池田・安達論争の核心部分という気がしております——によっては、立法者意思説は、限りなく法律意思説に近づくのではないか。

〔疑問 2〕

神戸説のいう「意思表示の目的」「条理」は、法源か？

神戸説の特徴の一つに、各条文の直接の適用範囲を限定することにより、法欠缺を広く認め(「厳格主義」)、「条理」によって具体的妥当な解決を導こうとする点が挙げられるが、①結果的に、多くの局面で、法律意思的

解釈を行う結果になってはいないか、②そもそも「条理」（或いは事物の本性）は「法源」足りうるのかという疑問が生じる。解釈態度として、「嚴格主義」を採るのではなく、逆に一部であっても、あるいは不十分なものであるとしても、そこに立法者の価値判断がある限り、それを実現しようとする「柔軟主義」がむしろ妥当ではないか。

### 三 起草者の「未熟さ」の今日的評価の問題

——学説・理論の役割（法の推進形成）および法継受と比較法——

内池説の分析によると、ドイツから継受した法律行為・意思表示の制度を的確に理解する力が起草者にはなかったために、五二六条では、法律行為の効力と意思表示の効力の問題を混同したまま、承諾の効力発生時期の問題まで含めた意味での発信主義を前提に立法がなされてしまった。ところが、幸いにも五二六条が「契約ハ；成立ス」としか表示していない点を廻り所として、後の「ドイツ法学の研鑽を積んだ法律学者」（神戸先生）の視点から、承諾の効力発生の問題は、五二六条に含まれていないと解釈される（法の推進形成か?）。この点については、次の疑問が生じる。

#### 〔疑問〕

神戸説・内池説は、法律行為・意思表示の区別という理論を重視する。そしてそれによって、起草者の定立した「承諾撤回不可」という命題を否定しようとしているように思われる。だがそこには、分けて論じるべき二つの問題があるのではないか。

- ① 意思表示・法律行為の理論の発展をいかに解釈論に反映させるべきか（法律構成の問題）
- ② 承諾撤回可能性を認めるべきか否か（価値判断の問題）

このうち、②については、少なくとも起草者の意図が法定立されたと仮定するならば、「承諾撤回不可」という「価値判断」が法命題として定立したことになるのであり、その価値判断を「未熟さ」(法律構成の未熟さ?)を理由に否定することはできないように思われる。立法者の価値判断を否定するためには、少なくともそれが「悪法」(価値判断の誤り)であることを論証する必要があるか。「未熟さ」の問題を「悪法」論と同列に扱ってよいのであろうか。

#### 四 承諾Ⅱ発信主義は「悪法」か?

内池説は、意思表示一般に付き、種々の角度から発信主義の不合理性を論証され、解釈論として、承諾についても到達主義を採用することを主張されている。だが、立法者意思との関係で、次の点に疑問が残るように思われる。

##### 〔疑問 1〕

①信頼に値する近代通信施設の発達(到達の可能性の高さ)、②申込者の積極的関与、という限定された利益状況の下では、起草者の発信主義もあながち不当とはいえないように思われる。その限定的な範囲では、発信主義の法があるといわざるを得ないのではないか。

##### 〔疑問 2〕

そういう価値判断があるにもかかわらず、①申込・承諾の相互交換性、②現代のインターネット等通信手段の不完全さを根拠に、その価値判断を否定するのは、法律意思的解釈方法ではないか。

①相互交換性の問題については、積極的関与がある者の意思表示を申込と解するという解釈論、あるいは積極的関与がある者の申込に対する承諾については発信主義を適用する解釈論を行うことによって、対処すべきではないか。

どうしても申込者にイニシアティブが認められない場合にのみ、発信主義の適用なしということになるのではないか（その場合がまさに法欠缺なのではなからうか）。

②の問題は、立法後に新たに生じた利益状況<sup>11</sup>二次的法欠缺として処理すべきではないか。 以上

平成九年六月二七日

片山 直也

内池 慶四郎先生

### 第三 片山教授よりの質問に対する回答（平成九年七月二一日付書簡<sup>\*</sup>抜粋）

\*（編者注）平成九年八月二八日付書簡（後掲第五書簡）による改訂部分を含む。

過日の民法法合同研究会における小生の報告について、早速にご懇切なお便りと数々のご質疑をいただき恐縮しております。難しい御質問に対してどこまで筆者が理解しているか、理解しても果たしてお答え出来るか、そのお答えに御納得いただけるかは怪しい限りですが、以下に思いつくままに書いてみようと思います。なお先日お送りした「研究会始末記」の中でご質疑の幾つかに付てはお答えになる部分も含まれているかとも思いますので、それを前提としたお答えになります。

一 立法者の意図と法定立（立法者意思）について

〔問 1〕 民法典立法の当時に意思表示の効力発生により契約も成立するとの理解が立法の前提になっていたとすれば、民法五二六条が意思表示の特別規定プラス契約という二重効果を規定したものと解するのが、立法者意思に適うことにならないか。

〔答〕 起草委員の多数はどのように考えた様であるが、そしてその考えの中に夫々ある程度の利益考量が含まれていたと思われるが、起草委員のその考えが直ちに規範として正確に立法されたか否かが問題なのである。「始末記」に記した事実としての起草者意思と規範の意味での立法者意思との区別参照。

仮に同条の「契約は云々」なる規定に承諾も含まれていたとすれば、九七条の「意思表示は」や五二一条の承諾期間ある申込に対する承諾についての規定と規範的に衝突・矛盾することになり、立法は規範的意味を失うことになる。九七条・五二一・五二六各条は同一の立法者の意思の発現である以上その意思は統一的に矛盾なく理解するべきであろう。「契約は云々」の文言に承諾についての特別規定を含めるためには、それを特別規定とする立法が必要であろうが、民法典にはその手がかりを見出し難い。論議すれども立法せず……立法の脱漏と見るべきか（仮にかかる特別規定が立法されたとして、その立法の当否・合理性の有無は別問題）。

〔問 2〕 民法典が当然の前提としている法命題は表示なくして立法されているか。

〔答〕 「民法典」が「当然の前提」としている法命題は、間接的に立法されたものと扱うべきである。意思表示の表意者の意思能力は無能力者の規定の存在から、亦可能・適法・確定等の効力要件は、「民法典」の各規定

（不能条件・公序良俗等の規定）から間接的に導かれる。但し民法典が、ある法命題を「当然の前提」としているか否かは「民法典」の解釈（立法者意思）から決定される。

「教科書的」という表現は多少曖昧であるが、どのような体裁で立法するか（定義規定の多少・網羅的に規定するか限定的に規定するか等）は、多くは法典編纂の技術的要請に出るもので、規定された規範の内容には関係しないように思われる。立法者意思は立法された規定の問題である。フランス民法流の方式とパンデクテン方式とで立法者意思が異なるものではない。「あたりまえ」Ⅱ当然Ⅱの規定は省略するのは、立法技術として当然である。但し何があたりまえか当然かは、前述のように民法典の解釈から定まることにあるほか、法が直接に規定することを避けて実生活上の判断に委ねる場合もある（例・出生・死亡という事実）。

## 二 直接の規定対象と法欠缺論

〔問1〕 立法者が想定していた利益状況の分析視角・道具概念について

〔答〕 例えば九七条の「隔地者」を独立媒介を経る間接的連絡関係と捉え、「到達」を化形的表示に固有の現象と理解するのは、九七条の規定する対象（生活場面Ⅱ利益状態）を如何にして正確・適切に把握しようかとする試みである。規定の対象を正確に捉えなければ規定の内容（利益裁断）も正確に把握できない。同じ星を観察するのでも、望遠鏡が進歩し精緻な映像が得られれば、同じ星の正体がより正確に把握できるであろう。だからといって見ている星自体が変化するものではない。同一の対象を測定し処理するにも、精密天秤と棒秤、鋭利なピンセットと鈍いピンセットとは測定の誤差や取扱上のミス程度がおのずから違うであろう。

分析の手法は法の内容（立法者意思）を把握するための手段・道具であって、その手段道具たる性格において



は、その他の種々の分析方法（法の継受過程の分析・体系的整合性・法の文言等々）と違いはない。問題はその実用性・効率（立法者意思の探求のための）にあるのみ。母法の制度内容は、それを継受した制度の規範内容（立法目的）を認識する上で有用であり、体系的整合性は統一的立法者意思を推測せしめ、また法文は立法者意思の表現形式でもある。従って種々の分析方法は、立法者意思を探求するための多面的アプローチとして並立するものと言え、その一つが他を常に必ずしも排斥するものとは思われない。

然し事実としての「起草者意思」や立法過程の論議を直ちに規範たる法の発見の直接の手段と見る立場からすれば、これらの特定の手段が特別の優先順位を以て主張されることは不思議でない。いずれにせよ、この問題では立法者意思か法律意思かという解釈の目的（同時に観察の客体）の対立と、その目的に奉仕すべき手段・道具の関係が問われることになる。池田・安達論争において、両教授がこの点を如何に解して居られるかは、御本人方に伺う外なし。

☆その具体例として神戸説における法継受過程の扱い

例えば民法五二六条の母法として、神戸説はドイツ旧商法三二一条の規定を挙げている（「契約総則」神戸寅次郎著作集（上）一九〇頁参照。五二六・九七条の立法参考資料として法典調査会はドイツ旧商法三一九〜三二一条を挙げるが、特に三二一条との母子法関係を明確に指摘している学者はあまりいないようである）。神戸説はドイツにおけるこの旧商法の解釈を詳細に紹介した上で、わが民法五二六条とドイツ旧商法との立法上の差異を厳密に検討している。このことは、神戸説においても母法・子法という法継受の関係が明瞭に意識されていること、しかもドイツ法の制度・解釈論を機械的にわが民法に接続するのではなく、条文を対比した上でわが民法の規範的意味の発見を求めている態度を示す。意思表示・法律行為という制度自体が、その大綱においてドイツ民法草案からわが民法典への継受に外ならないが、神戸説の内容がドイツ民法の解釈論の引き写しではなく独自の理論構築に努めて

いる点(例・意思表示の多義性に着目した合致論とかエルトマン批判等々)に注目される(蘆立ノート・神戸民法講義拾遺II―契約総則・法学研究七〇巻七号資料参照)。

ともあれ解釈の道具としての分析方法は、既存の法規範の発見の為の道具であつて(狭義の解釈―認識的解釈作業、夫れ自体として直ちに所謂「法の推進形成」(法の欠缺を埋める広義の解釈―創造的解釈作業)ではない。まず問題となる既存の法規の内容が確認され、その射程距離(類推を含む)が明らかとなつて、それから先が「推進形成」の場面となる。類推を推進形成の場面として理解すれば、類推の基礎となる利益状況の共通性を発見する為に、条規解釈方法の分析方法が有用なことは言うまでもない。

〔問2〕 分析の手法いかんによつては、立法者意思説の結論は法律意思説に近づくか。

〔答〕 立法者意思説・法律意思説は法発見の為の異なる方法であるから、この異なる手法の結論が偶然に一致することはあり得る。但し立法者意思説は、主観的解釈・歴史的解釈を重視して、出来るだけ一義的な結論を志向するのに対して、法律意思説は客観的解釈・非歴史的解釈を取る結果として、法の内容が流動的・可变的(少なくとも法規の文言の多義性の範囲で：時にはその枠も越えて)なことを認めるから、その結論が一義的に定まることは期待出来ないと思われる。故に一義的な立法者意思説と多義的な法律意思説とで結論が一致するという現象が起こるのか否かは、理論的に疑問である。

〔問3〕 神戸説のいう「意思表示の目的」「条理」は法源か

〔答〕 この点は神戸説の記述も多少曖昧であり、神戸先生御自身に伺う外はないが、小生が理解するところでは次のような意味かと思われる。

御指摘のように神戸説の特徴は、規定内容を立法者意思説から厳密に確定するところから、逆に立法者意思の及ばない範囲を明確にすることになり、法欠缺の場面を明らかとする（その意味では「厳格主義」といえる）。

意思表示の効力発生時期に関して法の欠缺した場面を補う手段として、神戸説は例えば「了知ヲ目的トスル意思表示ノ性質」とか「条理」による解釈を説く（峯村ノート・神戸民法講義拾遺ⅠⅡ民法総論・法律行為ノ部Ⅱ法学研究六九巻八号資料一二〇頁参照）。

此処で注目されることは、対話者間に書面表示が交付される場面について、神戸説は隔地者間に書面が郵送される場合と「大ナル相違」なしとして、九七条の類推を認めて居ることである。これは九七条の立法者意思が類推（利益状況の共通性）を通じて立法者意思の遠隔作用を示すもので、神戸説の説く立法者意思説が必ずしも拘子定規に「厳格主義」を意味しないことを物語る。また之と反対に、口頭表示に「到達」があり得ないと神戸説が主張するときは、非化形的な表示には記録保存・再現の可能性なく、従って「将来ノ了知可能性」Ⅱ「到達」という利益状況Ⅱを支えるべき表示媒体の特質が存在しないという事物の本性（通知に依り相手方に了知せしめることを目的とする目的的行為としての意思表示の）からの判定が、「条理」による判断ということなのであろう。

条理による解決は法律意思説的解釈を行う結果となるかとの質疑に対しては、法律意思説では、既存の法の内容として立法者の意思とは関係なく解釈者の条理判断を持ち込み、それを法律の意思であると言うのであるから、立法者意思説とは条理を持ち出す場面が異なる。解釈の結論としては両者が一致するとしても、方法が異なるし、結果が常に一致するという保証もない。立法者意思説では条理は法欠缺の為の補充的法源ではないが、法律意思説では、条理（少なくとも解釈者が条理と考える価値判断）は法自体に内在するものと見るのではないか？（若

しもそのように条理を解するとすれば、例の太政官布告・裁判事務心得に言う成文なければ慣習により、成文・慣習なければ「条理」を推考して裁判せよ、との文言はどのように「解釈」するのか?。

「厳格」か「柔軟」かという点については、立法者意思説は立法者意思の遠隔作用を肯定するものであり、利益状況の共通する限りにおいてその実現を図ることは立法者意思説に忠実 (Gesetzes-treu) だけでなく、立法者意思による解釈は、法文との関係において別段に「柔軟」⇨拡張的⇨でもなければ、特に「厳格」⇨縮小・限定的⇨ならわけてもない。

### 三 学説・理論の役割、法継受と比較法

〔問1〕 意思表示・法律行為の区別という「理論」と解釈の問題

〔答〕 ドイツ民法典BGB及びわが民法が採用した意思表示と法律行為という区別は、普通法以来のドイツ民法学の成果ではあるが、私見においては法典におけるこの区別は、単なる概念構成上(説明・体系化のための)の「理論」ではなくて、法が規定する生活場面(利益状況)の区別と思われる\*。

\* わが民法典における意思表示・法律行為制度の継受について

周知のようにわが旧民法(明治二三年⇨一八九〇年)は、フランス民法典に倣って意思表示・法律行為という規制を採用していない。意思表示・法律行為に関する民法典の制度はその大綱においてドイツ民法草案特にその第一草案(一八八八年公表・第二草案は一八九五年公表)の規制を継受したものである。意思表示と法律行為ないし契約との関係に関してはドイツ民法草案の立法作業の当時にドイツ普通法学の精緻な研究業績が積み重ねられていた事実に注目される(その例として) Kalow, Rechtsgeschäft, 1877, Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, 1879, Enne-

cerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, 1888, Jhering, Geist des römischen Rechts III. 1 (2. Aufl.), S. 149, S. 157ff. usw.)。

明治二十六年(一八九三年)より同二十八年(一八九五年)に渡るわが民法典の制度に際して、特にフランス法、英法の学習に比較してドイツ法学の継受が立ち遅れていた当時の学問的状况下において、起草委員の間に前記のようなドイツ法制度(夫れ自体なお理論的形成過程にあったことは、第一草案より第二草案への起草の展開からも窺われる)の正確な追跡と理解がどの程度まで可能であったかは(特に法律要件としての法律行為Ⅱ契約Ⅱと法律事実としての意思表示との区別)、多分に疑問の余地がある。

ともあれわが民法は、かかる学問的背景を担う新制度としての意思表示・法律行為の制度を民法典の基本的構造においてドイツ法から継受しようとするものであったと理解するべきであろう。

同じ契約関係・合意という生活関係を、如何なる視角から観察するかという問題の切り口が、法律要件としての契約として見ることに、その組成分子たる個々の意思表示という角度から見ることとは、問題となる当事者の利害対立の状況が異なり、夫れに対する処理・解決の方法も異なる、と言う事である。例えば契約当事者の関係として申込者と承諾者との利害対立の場面と、個々の意思表示としての申込・承諾の表意者と相手方との利害対立とは次元を異にする。それ故に夫々の場面における問題の解決が夫々に必要となるだけである。

一方の場面の解決が論理的に当然に他の場面の解決に連動すると考えるのは概念法学的発想であり、規定の対象を混乱させ、規定内容を不明確とする。民法五二六条は「謎のような規定」と言われている(星野論文参照)。然し神戸説の立場から言えば、意思表示と法律行為という異なる問題の所在を意識することなく、承諾発信主義という一個のドグマを以て二個の次元の違う問題を一刀両断に処理できると起草者(およびこれに追隨するその後多くの解釈理論もまた)が信じたことから、この「謎」が生じたものである。

立法者は夫々の場面（契約の成立・効力と意思表示の成立・効力）について夫々の解決（利益裁断）を為せば足りることで、起草者の抱く理論体系などを表現する必要はないしそのような教科書の立法は立法として無意味である。民法が規範として規定しているのは民法「総則」であり民法「総論」ではない。民法典中の意思表示・法律行為に関する諸規定は、意思表示「論」でもなければ法律行為「論」でもない。

「問2」 価値判断としての承諾撤回の可能性について

「答」 承諾の撤回可能性を認めるか否定するかは、申込者と承諾者との利害対立に対する一つの価値判断であり、立法としては何れの選択も可能である。民法典は果たして起草者たちが予測したように、契約の成立時期を定めることによって当然あるいは論理的に承諾の撤回を否定する内容の法規を定立したか否かが問題となるのみ。もしも仮に起草者の期待通りに撤回不可能性が現実に「立法」されたとすれば、価値判断の当否や立法論としての賛否は別として、その判断が立法者の意思である。

起草者よりもより立法者も神様ではないから、不合理な立法・所謂「悪法」もまた成立し得る。「悪法」もまた「法」なりや否やの古典的命題に此処で立ち入る余裕は無いが、悪法が悪法であると正確に立法者意思に立法者の悪しき意思を解明し確認することが正当な解釈であり、悪法を解釈により善法に改変することは解釈の枠外の仕事である。悪法を解釈で善法に改変できるのなら、立法作業そのものを無意味とするだけでなく、立法論も法改正の必要もないことになろう。法の改正とか立法論とは、既存の法が何らかの点で悪法であることを解釈により確定することを前提とする。悪法に対して裁判という実践の場面で裁判官・法曹実務家がいかに対処するかは、裁判論として特段の課題を為す。

#### 四 承諾発信主義は悪法か？

〔問 1〕 限定された範囲では起草者の意図した発信主義の法が存在するか。

〔答〕 発信主義とか到達主義は表意者と相手方との関係における通知連絡上の危険を如何に分担するかという危険負担の決定であるから、立法としては何れの立法も可能である（あたかも対価危険の負担として債権者主義と債務者主義と何れの立法も可能であるのと同様。もとより立法論としては各主義の長短・合理性の多少については問題があり得る）。

筆者としては民法九七条・五二一条・五二六条の解釈として承諾発信主義が立法されたものとは考え難い旨を主張したのみ。報告に述べた様に、表意者に表示方法選択の自由がある通常の場合には、自ら選択した表示方法に伴う通知危険は表意者自らが負担すべく、この危険を相手方に負担させる発信主義は、一般的に合理性が薄いと思うが、表意者に発信後に生ずべき一切の危険を負担せしめるに足る特殊特段の事情があるとなれば発信主義の立法が合理性を持つ場合もあり得よう。

民法典でも五二六条二項におけるように、申込者が承諾通知を受ける必要の無い旨を自ら表示している場合とかそのような取引慣習がある場合には、発信はおろか承諾通知夫れ自体すら不要の場合がある（申込者が成立すべき契約上の債務の即時即座の履行を求め、承諾の通知を必要としない場合とか、承諾を受けることが不可能な<sup>11</sup>例えば旅行中のホテル宿泊の申込の如し<sup>12</sup>場合）。

逆に言えば、かかる申込者の意思や特殊な慣習が存在しない通常の場合には、民法典は承諾通知が発信では不足で、到達することを原則として要求しているのではないか？ 則ち申込者は一般には承諾の通知を受けること

を望み、その意思に基づいて民法典は申込者が承諾通知を受ける利益を原則的に保護していると見るべきではないか？\*

\* 神戸説が指摘するように、民法典は承諾としては単なる承諾意思の表白に止まらず、承諾の「通知」が為されるべき事を随所に要求する。そして「通知」とは表示内容たる承諾意思を通知の相手方に了知せしめる目的の行為に他ならない。

また意思表示ではないが五二二条の規定する承諾通知延着の通知は、延着の責任が承諾者になく、且つ申込者に過度の負担を負わせないと利益考量から発信主義と解されている（本条類推の射程距離如何）。従って民法典にも発信主義の立法の例がないわけではない。但し果たして発信主義の立法が為されているか否か、またその立法の合理性は個々の規定ごとに検討する必要あり、梅・穂積等の起草委員が主張するような大雑把な一般論としての発信主義の合理性は甚だしく疑問とする。また多くの学説が発信主義と理解する社員総会の招集通知や、無能力者に対する相手方の催告についての確答などの例に関しては解釈論として大いに疑問がある（一定期間内の発信の要求は、必ずしも発信時の効力発生を要求するものではない。この点で多数説には期間遵守規定と効力要件の混乱があるように思われる）。御質問に言われる例外的に承諾発信主義を合理化し得る特殊特段の利益状況は具体的にどんな場合に認め得るか、お教えを乞う。

〔問2〕 申込承諾の相互互換性について。



〔答〕 申込と承諾との相互互換性は、申込・承諾の区別が多く偶然の事情にかかるとや継続的取引での変更承諾を通常の取引慣行と見る日常生活体験であると同時に、民法五二八条が之を立法として肯定する。近時の電子取引の不完全性は、民法典制定時において九七条が到達主義を採用したこと（表意者の通知危険負担という原則）の合理性を今なお確認させるのみ。また隔地者の基準として時間的要因ならぬ間接連絡（神戸説の言う独立媒介の基準）がなお隔地者間の問題処理の上で有益・便宜であり、民法典制定以来の問題の所在を示す例として用いた。

また仮に申込・承諾の相互互換性を否定して、両者を質的に異なるものと見るならば、申込・承諾の区別が困難ないし不可能な実生活上の多くの場合の解決を如何なる基準により計ることになるか。その解決のための基準はどのように求められるか。

#### 第四 片山教授の内池宛平成九年八月二四日付書簡の抜粋

……ここでは、先生のフアックス（第三書簡を指す）を拝読した際の印象を簡略に述べさせて頂きます。

（一） 先生の仰られる立法者意思（規範的立法者意思あるいは法定立）につきましては、私も少しづつ理解できるようになって参りました。ただ今一つ気になる点は、その立法者意思の確定に際して、決定的なのは、①文言であるのか、②他の関連規定との統一性（衝突・矛盾なきこと）であるのかという点です。先生が五二六条一項で重視されているのはどちらか一方か、それとも両方なのでしょう。仮に両方だとしても、条文によっては①と②が相容れないために、②を優先し、「文言」に反する立法者意思が定立されたと解さなければならぬ局面

が出てくるのではないでしょうか。

(二) 立法者が想定していた利益状況の分析視角・道具概念につきまして、先生は、「問題はその実用性・効率(立法者意思の探求のための)にあるのみ。母法の制度内容は、それを継受した制度の規範内容(立法目的)を認識する上で有用であり、体系的整合性は統一的立法者意思を推測せしめ、また法文は立法者意思の表現形式でもある。従って種々の分析方法は、立法者意思を探求するための多面的アプローチとして並立するものというべく、その一つが他を排斥するものとは思われない」とおっしゃられます。至極ごもつともだと思うのですが、具体的な解釈論の中では実はこの部分がしばしば重要な論争点となっているのではないかと気がします。すなわち、

(一) 利益状況の分析にも何かしらルールがあるのではないかと、少なくとも実用性・効率性(望遠鏡の精度)を競うことが出来るのであって、その点も解釈論の対象なのではないかと。その評価基準は実用性・効率性だけで十分なのであるか？

(二) 認識論的に考えると、立法者の想定した利益状況がいくら事実問題であるといっても、所詮は解釈者の認識(天体自体ではなく、望遠鏡に映し出される天体の映像)を出発点とするより他なく、その意味では立法者意思(規範)の側から規範的に把握せざるを得ないのではないかと(法と事実の峻別は不可能)。そうであるとしたら、利益状況の分析と規範内容(立法者意思)の確定とは不可分一体(表裏一体)のものであり、解釈の多様性に応じて分析方法(及びそこから得られる結果)も複数存立しうることを前提としつつ、同時により正しい分析方法(及び結果)を模索する作業を怠ってはならないということになりはしないか。

(三) そして九七条の具体的解釈論として神戸・内池説は、「化形的・非化形的」という分析視角・道具概念を用いることにより、九七条を化形的意思表示に限定解釈し、その余の利益状況については法欠缺であるとの分析を前提とした上で、①「類推(利益状況の共通性)」を通じた立法者意思の遠隔作用により、書面による対話者間の意思表示への九七条の類推適用(神戸先生は準用?)を帰結すると同時に、②「事物の本性」(相手方に了解せしめることを目的とする目的的行為としての意思表示の特質)ないし「条理」により、口頭による隔地者間の意思表示につき了知主義を導いておられます。

以上の解釈論は、結果の妥当性という点においておそらくこれに優る解釈論はあり得ないと思われませんが、ただ立法者意思という点に関しては、立法者が、九七条の対象を A..隔地者間の意思表示(化形+非化形)としていたところを、神戸・内池説は、解釈により、B..化形的意思表示(隔地者+対話者にも準用)へと、微妙にスライド(実質的な法の推進形成)させていることになってはいないかという疑問を覚えるのです。

∴(略)∴

敬具。

八月二四日

片山 直也 拝

第五 片山教授よりの質問及び再度の質問に対する回答(訂正版)(平成九年八月二八日付書簡抜粋)\*

\* (編者注) 本書簡は、第三書簡の改訂部分(既出ゆえ省略)と以下の付加説明からなる。

五 八月二四日付のお便りと御質問についての付加説明

(一) 法規の文言と関連規定との関係について

〔問〕 立法者意思の確定に際し法規文言と他の関連規定との統一性とは何れを重視するか。

〔答〕 法規の文言と他の関連規定とは意味の上で不可分の関係にあり、夫々が独立していずれか一方が優先するものとは考え難い。

成文法の定立が文言をもって為される以上は、文言が解釈の「対象」となる。解釈により発見されるべき当該文言の「意味」を求めるために、関連規定との「意味の関連」を探る必要を生ずる。文言夫れ自体は常に多義的なものであるから、その「意味」は客観的・相対的意味ではなく、立法者の真意を尋ねて歴史的・主観的に解釈されるべきものであることは、日常的な言葉の解釈と異なるところはない。定立された法の文言が仮令不完全不適當であっても立法者の意思がそこに表示された限りは、これを出来る限り完全に（矛盾しない統一価値判断としての立法者意思として）、これを読み取ることが解釈の「目的」となる。具体的文言に表現された立法者意思を探る上で、関連する規定との相互関係を吟味することは最も日常的な解釈方法であろう。文言に客観的意味がない以上は、用いられた文言が果たして適切か否かも立法者の他の立法と突き合わせて見なければ判明しないことが多いであろう。

(二) 立法者の想定した利益状況の分析について

〔問1〕 利益状況の分析の評価基準は実用性・効率性だけで十分か。

〔答〕 法の解釈が立法者意思の実現に奉仕する作業であるとするとする立場においては、その立法者意思を実用的・効率的に捉える為の手法が立法者の想定した利益状況の発見・分析ということになる。法の不備・欠缺を補うための解釈作業においては、その場面ごとに固有な利益状況を捉えて適切な利益判断を考慮する必要があるが、この場面では直接に立法者意思との関係は生じないから、立法者意思実現との関係で実用性・効率性の問題にはならないと思われる。法律意思説の立場では、その解釈者が想定する何らかの価値判断の上で実用的効率的な利益状況を持ち出してくるであろう。

〔問 2〕 解釈の多様性に応じて分析方法・結果も複数存立し得るか。

〔答〕 立法者意思説にせよ法律意思説にせよ、現実に解釈が多様に分かれ複数の解釈結果が生じうることは事実である。しかしこの事実から複数の解釈の方法・結論が夫々に正当だということにはならないので、全部が間違っているかも知れず、一つだけが正しいかも知れない。

法律意思説においては、はじめから解釈の多様性を許容する故に、解釈の方法・結論が解釈者の持ち込む利益関係や用いる分析方法・価値判断により無限に拡散せざるを得ない（その方が、裁判官にとって自分の意図する判決の理由付けとして都合が宜いという実践論もある）。これに対して立法者意思説は、本来唯一の立法者意思の発見を目的とするものであるから、場合により立法者意思の発見が常に必ずしも容易ではなく、解釈者によって結論がいつでも一致するとは限らないが、分析を精緻化するに伴い、その結論はより正確な方向に向かって次第に収斂する可能性を持つ（その意味で「より正しい分析方法及び結果を模索する作業」が成り立ち得る）と思うが、どうであろうか。

(三) 民法九七条の具体的解釈論について

〔問〕 立法者は、九七条の対象を隔地者間の意思表示として化形的表示に限定していたか。

〔答〕 九七条が意思表示の効力発生時期を「到達」の時期に定めたことは、直接には書面の郵送という如き化形的通知に特有の時間的モメントを効力発生時期の決定的な要因として規定を設けたものと考えられる他ないであろう。民法典は口頭の非化形的表示について特別に規定を設けた例は見当たらない反面（起草者たちは、場合ごとの複雑さの故に、口頭の表示に規定を設けることを意識的に避けていた事実あり）、化形的表示の規定を口頭表示に当然に適用する趣旨とは解し難い。

このことから神戸説は口頭の表示について了知主義の適用を主張するが、此処に云う「了知」は相手方の主観的な基準によらず客観的「了知」の可能性であるとする（峯村ノート・民法総論一二一～一二二頁参照）。神戸説に言う「客観的「了知」の内容は、より正確に吟味する必要があると思われる。

化形的表示の「到達」が単なる物理的占有支配なる意味ではなくて、通知危険を通知受領者に負担させるに足りる受領者側の危険支配領域に通知が達したことを意味すると考えると、同様の価値判断が口頭の非化形的通知の通知危険分担にも類推される可能性がある（九七条の遠隔作用）。非化形的表示については化形的表示に特有の現象としての「到達」は考えられないが、単純な「了知」ではなくて、通知危険を分担させるに足る相手方の「了知」を想定する必要があるという意味で、神戸説は化形・非化形に共通する通知危険の負担という問題を、夫々の通知媒体の性質の違いに留意しつつ、問題の処理を計っているように思われる。化形的意思表示の「到達」に対応した非化形的意思表示についての修正的「了知主義あるいは客観的「了知主義」と言っても宜いであろう。

そのような意味で、この了知主義の適用は、九七条の遠隔作用を含んだ「実質的な法の推進形成」Fortbildung  
 と言えるかも知れない。 以上。

平成九年八月二八日

内池 慶四郎

【付記】

内池慶四郎先生は、平成九年三月、慶應義塾大学法学部を退職された。

先生の四〇年にわたる研究生活において、消滅時効法に関する研究は他の追隨を許さない燦然たる輝きを今でも失ってははいない。と同時に先生は、神戸寅次郎・津田利治という義塾法学部の先達が遺した私法学に新たな息吹を与えることに全力を傾注された。その成果は『神戸寅次郎 民法講義』（慶應義塾大学法学研究云叢書）として結実する。

先生が三田山上を去らんとする頃、森征一教授と私は先生を囲む研究会を発足させようとの思いを有していた。昭和四五年から四六年にかけて行われたあの研究会、先生が「三田山上がもつとも輝いていた日」と述懐される津田伊東論争を生んだ民法法学会合同研究会の精神を継承したかったためである（津田伊東論争については本誌第五八巻第一号に掲載されている津田利治「法は何処に？—伊東乾君の法学『方法論の方法』を聴く—」および伊東乾「片隅に誌す」に詳しい）。池田真朗教授の賛同を得、幹事役に片山直也、北居功助教授（当時）を配するという布陣で研究会を立ち上げることが内定したため、私は先生のもとに赴き、開催の趣旨を次のように述べた。即ち、研究会における報告者はどのような内容の報告をしても良いが、その法解釈の拠って立つ筋道・方法論にまで話が及ぶような構えの大きな研究会を開催したい、と。先生は直ちに研究会出席を承諾され、研究会の名称を彼の研究会に因んで「民法法学会」とすることを提唱されたばかりか、実はみんなに一度聴いてもらいたいテーマがあるのだがと言われ、研究会における最初の報告者となることを買って出られたのである。

平成九年六月二六日、三田研究室棟一階A会議室において、研究者、実務家、大学院生ら二十数名を前にして民法九七条及び同法五二六条に関する先生の研究報告が行われた。午後四時三〇分に開始された発表はいつの間にか深更に及んだが、聴き入る者らは異常な興奮に包まれ、時の経つのを忘れた。誰ともなく、今日だけではもったいない、明日も

先生の話をおおうと言いだし、翌二七日午後二時より同じ会議室において更に熱を帯びた先生の報告の後、出席者から口角泡を飛ばす質問、意見が飛び交ったのであった。

その後内池先生を囲む「民法法合同研究会」は、年二・三回のペースで平成一六年まで開催された。その間、私たちは先生の発表された民法九七条及び同法五二六条論を是非とも活字にしたいとのお願いをしてきたが、先生はもう少し考えを巡らせてからにしてほしいと固辞され続けた。

先生がようやく活字にすることを承諾されたのは平成一六年春のことである。先生が研究報告のために草された原稿を私が浄書し、片山、北居教授がチェックのうえ内池先生に更に加筆訂正をしていただくという作業が開始された。その年の六月に先生が病に倒れたため作業は一次頓挫したが、幸いにして小康を得られた先生の加筆訂正も済み、先生の発表された前半部分にあたる「民法九七条・五二六条における基本的問題の設定」と題する論考を本誌第七八巻第一〇号に掲載することができたのだ。

そして今般、当時先生が発表された後半部分にあたる本論考を掲載することが叶った。と同時に、【補遺】として先生が研究会参加者に向けてプリント配布した「民法法合同研究会の始末記」ならびに片山直也教授の二度にわたる質問（いずれも郵便書簡による）とそれに対する先生の応答（いずれもフアクシミリによる）を、私信の部分を除き掲載することの承諾を先生及び片山教授から得ることができた。

先生は『神戸寅次郎 民法講義』出版の折、次のような一文をお書きになっている。

「我妻栄という有名な学者が、民法の勉強はマラソンのようなものだと言って居ます。私はマラソンよりは、駅伝のよなものに感じております。学者が学問の襷を、次々と受け渡して次の時代に送っている。マラソンであれば、くたびれたり、息が切れれば、途中で棄権できる。駅伝は団体競技であるから、途中で逃げ出すわけには行かない。先行ランナーから手渡された襷が、だんだんと重くなって参る。今度出す神戸講義という本は、先輩の先生から私に渡された学問の襷でした。この襷を次に来る誰かに手渡して、私は三田の山を下りたいと思っております。」

本誌のような学術誌に書簡として発表された文章を掲載することは異例であろうが、先生の記された右の文章から、掲載に拘った編者の意図を汲み取っていただければ幸いである。