

## 民法（債権関係）の改正に関する検討事項（6）詳細版

## 目 次

|    |                                    |    |
|----|------------------------------------|----|
| 第1 | 契約に関する基本原則等.....                   | 1  |
| 1  | 総論 .....                           | 1  |
| 2  | 契約自由の原則 .....                      | 1  |
| 3  | 契約の成立に関する一般的規定 .....               | 4  |
| 4  | 原始的に不能な契約の効力 .....                 | 7  |
| 5  | 債権債務関係における信義則の具体化 .....            | 10 |
| 第2 | 契約交渉段階 .....                       | 11 |
| 1  | 総論 .....                           | 11 |
| 2  | 契約交渉の不当破棄 .....                    | 11 |
| 3  | 契約締結過程における説明義務・情報提供義務 .....        | 15 |
| 4  | 契約交渉等に関与させた第三者の行為による交渉当事者の責任 ..... | 18 |
| 第3 | 申込みと承諾 .....                       | 20 |
| 1  | 総論 .....                           | 20 |
| 2  | 申込み及び承諾の概念 .....                   | 21 |
| 3  | 承諾期間の定めのある申込み .....                | 26 |
|    | (1) 申込者が申込みを撤回する権利を留保した場合 .....    | 26 |
|    | (2) 承諾期間内に到達すべき承諾の通知の延着 .....      | 30 |
|    | (3) 遅延した承諾の効力 .....                | 32 |
| 4  | 隔地者に対する承諾期間の定めのない申込み .....         | 35 |
|    | (1) 承諾期間の定めのない申込みの効力 .....         | 35 |
|    | (2) 申込者が申込みを撤回する権利を留保した場合 .....    | 38 |
| 5  | 対話者間における申込み .....                  | 39 |
| 6  | 申込者の死亡又は行為能力の喪失 .....              | 41 |
| 7  | 隔地者間の契約の成立時期 .....                 | 43 |
| 8  | 申込みに変更を加えた承諾 .....                 | 48 |
| 第4 | 懸賞広告 .....                         | 51 |
| 1  | 総論 .....                           | 51 |
| 2  | 懸賞広告を知らずに指定行為が行われた場合 .....         | 52 |
| 3  | 懸賞広告の効力・撤回 .....                   | 53 |
|    | (1) 懸賞広告の効力 .....                  | 53 |
|    | (2) 撤回の可能な時期 .....                 | 54 |
|    | (3) 撤回の方法 .....                    | 56 |

|    |                                 |    |
|----|---------------------------------|----|
| 4  | 懸賞広告の報酬を受ける権利 .....             | 57 |
| 第5 | 約款（定義及び要件） .....                | 60 |
| 1  | 総論 .....                        | 60 |
| 2  | 約款の定義 .....                     | 60 |
| 3  | 約款を契約内容とするための要件（約款の組入れ要件） ..... | 62 |

※ 本資料の比較法部分は、以下の翻訳・調査による。

- ヨーロッパ契約法原則  
オーレ・ランドー／ヒュー・ビール編，潮見佳男 中田邦博 松岡久和監訳「ヨーロッパ契約法原則Ⅰ・Ⅱ」（法律文化社・2006年）
- 国際物品売買契約に関する国際連合条約  
公定訳
- ユニドロフ国際商事契約原則2004  
<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/translations/blackletter2004-japanese.pdf>（内田貴＝曾野裕夫訳）
- アメリカ第二次契約法リステイトメント  
松本恒雄「第二次契約法リステイトメント試訳（一）～（五）」民商法雑誌94巻4号～95巻2号（1986年）
- ドイツ民法・フランス民法・オランダ民法・アメリカ統一商事法典・スイス債務法  
石川博康 東京大学社会科学研究所准教授・法務省民事局参事官室調査員，石田京子 早稲田大学法務研究科助教・法務省民事局参事官室調査員，角田美穂子 一橋大学大学院法学研究科准教授・法務省民事局参事官室調査員，幡野弘樹 立教大学法学部准教授・法務省民事局参事官室調査員

また、「立法例」という際には、上記モデル法も含むものとする。

## 第1 契約に関する基本原則等

### 1 総論

契約に関しては、現行民法に規定はないが、契約自由の原則（後記2参照）を始め、解釈によって認められている基本原則ないし基本的な規律があるといわれている。

そこで、これらの契約に関する基本原則等のうち、条文上明確にすべきであるという考え方が提示されているものを、後記2から5までにおいて取り上げることとするが、このほか、契約に関する基本原則等について検討するに当たっては、どのような点に留意する必要があるか。

（参照・現行条文）

#### ○ （基本原則）

民法第1条 私権は、公共の福祉に適合しなければならない。

2 権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない。

3 権利の濫用は、これを許さない。

### 2 契約自由の原則

契約自由の原則とは、一般に、契約を締結するかしないかの自由、契約の相手方を選択する自由、契約の内容決定の自由、契約の方式の自由を内容とすると解されており、契約における最も重要な基本原則であるとの指摘があるが、現行民法には、これを明示した規定はない。

そこで、現行民法上も解釈によって認められている契約自由の原則を条文上明確にすべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

（補足説明）

契約自由の原則は、個人の生活関係はその自由な意思によって形成されるべきであるとの理想に基づくもので、近代法における大原則であるといわれている。この原則の内容としては、一般に、契約を締結するかしないかの自由、契約の相手方を選択する自由、契約の内容決定の自由、契約の方式の自由が挙げられているが、現行民法には、これを明示した規定はない。

他方で、今日の社会においては、契約の自由を純粹に貫くと、強者に一方的に有利な契約内容になるなど、弱者の利益が害されるおそれがあることも指摘されており、契約の自由に対する制約の在り方という視点もまた重要となっている。

そこで、このような視点に留意しつつ、現行民法上も解釈によって認められている契約自由の原則を条文上明確にすべきであるという考え方がある。具体的には、「自由に契約を締結し、その内容を決定することができる」ことを規定するという考え方（参考資料1〔検討委員会試案〕・89頁）と、これと併せて強行規定等に反することができないことをも規定するという考え方（参考資料2〔研究会試案〕・189頁）が提示

されているが、どのように考えるか。

なお、契約自由の原則の取扱いについて、立法例を見ると（後述（比較法）参照）、例えば、国際物品売買契約に関する国際連合条約（ウィーン売買条約）は、方式の自由についての規定を置くのみであるが、ヨーロッパ契約法原則やユニドロワ国際商事契約原則（2004）は、契約自由の原則として、契約を締結するかしないかの自由、契約の相手方を選択する自由及び契約の内容決定の自由についての規定を置き、方式の自由については契約自由の原則についての規定とは条を分けて別に定めている。また、ヨーロッパ契約法原則は、契約自由の原則についての規定中のただし書で、「ただし、信義誠実および公正取引、ならびに本原則の定める強行規定に従わねばならない」と定めている。

（関連論点）

諾成主義の原則の明文化

契約自由の原則の内容のうち、方式の自由とその制限については、国ごとの沿革と法政策とによりその内容はかなり異なるとの指摘がある。

我が国についてみると、現行民法においては、原則として、契約は当事者の合意だけで成立し、なんらの方式も必要ではない（諾成主義の原則）と解されている。そして、契約の方式に関する国民一般の法意識については、一面においては、契約は、証書などの作成によって初めて拘束力を持つとする法意識があるのに対し、他面においては、書面は単なる形式にすぎず、これに拘束されることなくもっぱら真の合意を尊重すべきだとする法意識もあると言われており、現行法の諾成主義の原則を変更するほどの決め手はないと言われている。

このような指摘を踏まえ、契約自由の原則の内容のうち方式の自由についても、これを条文上明確にすべきであり、具体的には、諾成主義の原則を明文化すべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

なお、明文化するに当たっては、要物契約の存在や、契約内容の合理性を担保するために書面の作成を義務付ける場合がある等、従来から、契約の方式の自由には、一定の例外ないし制限が置かれてきた点にも留意する必要があると指摘されている。

（比較法）

○ ユニドロワ国際商事契約原則 2004

第1. 1条（契約の自由）

当事者は、自由に、契約を締結しその内容を決定することができる。

第1. 2条（方式の自由）

本原則は、契約、言明、その他のいかなる行為も、またはその証明も、特定の方式でされることを要求するものではない。契約は、証人を含むいかなる方法によっても証明することができる。

○ヨーロッパ契約法原則

1 : 102条 契約の自由

(1) 当事者は、自由に契約を締結し、その内容を決定することができる。ただし、信

義誠実および公正取引、ならびに本原則の定める強行規定に従わねばならない。

- (2) 当事者は、本原則のいかなる部分についてもその適用を排除し、またはその効果の内容や程度を変更することができる。ただし、本原則に別段の定めがある場合は、このかぎりでない。

## 2：101条 契約締結のための要件

- (1) 契約は、次の各号に定める要件がすべて充たされる場合に、締結されるものとする。その他の要件は必要でない。

- (a) 両当事者が、法的に拘束される意思を有していること
- (b) 両当事者が、十分な合意に達すること

- (2) 契約は、その締結について、またはその証拠として、書面を必要とせず、その他のいかなる方式要件にも服しない。契約は、証人によることを含め、いかなる手段によっても証明することができる。

## ○国際物品売買契約に関する国際連合条約

第11条 売買契約は、書面によって締結し、又は証明することを要しないものとし、方式について他のいかなる要件にも服さない。あらゆる方法（証人を含む。）によって証明することができる。

## 第29条

- (1) 契約は、当事者の合意のみによって変更し、又は終了させることができる。
- (2) (略)

## ○ドイツ民法

第311条第1項（法律行為による債権債務関係、および法律行為に類似した債権債務関係）

- (1) 法律行為による債権債務関係の成立および債権債務関係の内容の変更には、法律による特別の定めのない限り、当事者の間の契約を要する。

## ○フランス民法

### 第1134条第1項

適法に形成された合意は、それを行った者に対しては、法律に代わる。

### ○カタラ草案1127条

原則として、合意は、いかなる方式において同意が表示されるのであれ、当事者の同意のみによって完成される。

### ○カタラ草案1134条1項

- (1) 適法に形成された合意は、それを行った者に対しては、法律に代わる。

### ○司法省草案15条

すべての者は、契約するまたは契約しない自由を有する。

### ○司法省草案16条1項

- (1) 契約上の自由は、当事者を選択する自由、ならびに契約の内容および方式を決定する自由をもたらす。

### ○司法省草案45条

契約は、その方式がどのようなものであれ、同意の交換のみによって完成される。

○テレ草案3条

当事者は、法律によって定められた限度の中で、その相手方を選択し、契約の方式及び内容を決定する自由を有する。

○テレ草案68条

原則として、契約は、同意の交換のみによって完成される。

### 3 契約の成立に関する一般的規定

契約の成立に関する現行民法の一連の規定は、契約の申込みとそれに対する承諾を中心として構成されているところ、実際の取引においては、当事者が契約内容について交渉しつつ合意を形成していく場合のように、一方の申込みと他方の承諾という整理になじまない類型のものはある。そして、特にこのような類型の取引においては、契約の成否について争われる事例も少なくないといわれている。

そこで、このような契約の成否をめぐる紛争解決の手がかりを提供するため、契約が成立するために必要な合意についての一般的な規定を置くべきであるという考え方がある。他方で、このような考え方に対しては、現実の取引形態の多様性を考慮すると、一般的な規定を設けるのは困難であるとの指摘もある。

以上を踏まえ、契約の成立に関する一般的な規定を置くべきであるという考え方について、どのように考えるか。

(補足説明)

#### 1 問題の所在

契約の成立に関する現行民法の一連の規定(同法第521条から第532条まで)は、契約の申込みとそれに対する承諾を中心として構成されているが、現実の取引は多様であり、当事者が契約内容について交渉しつつ合意を形成していく場合のように、一方の申込みと他方の承諾という整理になじまない類型のものはある。そして、特にこのような類型の取引において、例えば、契約内容の主な部分では合意が形成されていたにもかかわらず、なお契約の成立が留保されていたのかどうか争いになるなど、契約の成否をめぐる紛争が少なくないといわれている。

例えば、不動産の売買では、一般に、売買代金額やその支払期日のほか、所有権移転登記の時期その他の細かい具体的条件を話し合い、それらの点の合意を積み重ねて、売買契約の締結に至るのが通例であるとされており、売買の目的物、代金額等の基本条件について合意に達していたとしても売買契約の成立が否定された裁判例もある(売買条件の細目についての交渉を継続し、その後に正式な売買契約書を作成することが予定されている限り、売買契約書の作成に至るまでは確定的な意思表示が留保されているとし、売買契約の成立を否定した東京地判昭和63年2月29日判例タイムズ675号174頁等)。

そこで、契約の成否についての判断の手がかりとなる一般的な規定を置くことを検討すべきであるという考え方が提示されている。

## 2 規定の要否及び具体的規律の検討

契約の成立に関する一般的規定を設けるという考え方に対しては、今日では、たとえ契約は成立していなくても、契約成立に高い期待や信頼を生じさせたことに対する責任を肯定する法理が発展していることから、形式的に契約の成否だけを争う必要性は乏しくなっているとの指摘もある（なお、契約交渉段階に入った当事者間の関係に着目した、契約締結前の段階における交渉当事者の信義則上の義務の問題については、後記「第2 契約交渉段階」において取り上げる。）。しかしながら、契約が成立したか否かは、やはり当事者間の法律関係を左右する重要な事柄であるから、これをめぐる紛争の予防や、争いになった場合の判断の手がかりを提供するなどの面で、契約の成立に関する一般的規定を設けることはなお有用であると主張されている。

他方で、仮に契約の成立に関する一般的規定を設ける方向で検討するとしても、その具体的な要件の設定は、必ずしも容易でないと指摘されている。

例えば、契約の成否に関する一つの理論的な考え方として、その契約の核心的部分（中心部分、本質的部分）についての合意が必要だとするものがある。この考え方によると、例えば、売買の場合には、目的物とその代金の額とが核心的部分であるとされ、それ以外の付随的部分（周辺部分）については、合意があれば契約内容の一部となるが、特に合意がなくても契約の不成立に直結しないとされている。しかし、この考え方に対しては、現実の取引は多様であり、一見すると付随的に見える部分が契約成否の鍵を握っている場合も少なくないとの指摘がある。

以上のような問題状況を踏まえ、契約の成立に関する一般的規定としては、契約の成立に必要とされる合意の内容は当事者の意思や契約の性質に照らして定まること等を明記するという考え方が提示されている一方で、このような一般的規定は設けず、契約の成立に関しては、契約が申込みと承諾によって成立するというこのみを規定し、その上で、申込み及び承諾の概念やその成立に関するルール of 明確化を図るという考え方も提示されている（なお、申込み及び承諾の概念やその成立に関するルール of 明確化の問題については、後記「第3 申込みと承諾」において取り上げる。）。

なお、この点に関する立法例を見ると（後述（比較法）参照）、申込みと承諾の規定にとどまらず、契約を成立させる合意についての規律を持つ例が少なくない。

以上を踏まえて、契約の成立に関する一般的規定の要否及びその具体的規律について、どのように考えるか。

（比較法）

○ ユニドロフ国際商事契約原則 2004

第2. 1. 1条（成立の態様）

契約は、申込みに対する承諾により、または合意を示すのに十分な当事者の行為により締結することができる。

○ ヨーロッパ契約法原則

## 2：101条 契約締結のための要件

- (1) 契約は、次の各号に定める要件がすべて充たされる場合に、締結されるものとする。その他の要件は必要でない。
  - (a) 両当事者が、法的に拘束される意思を有していること
  - (b) 両当事者が、十分な合意に達すること
- (2) 契約は、その締結について、またはその証拠として、書面を必要とせず、その他のいかなる方式要件にも服しない。契約は、証人によることを含め、いかなる手段によっても証明することができる。

## 2：103条 十分な合意

- (1) 十分な合意があるとされるのは、次の各号のいずれかに該当するときである。
  - (a) 契約を強制することができる程度に、契約条項が両当事者により十分に確定されているとき
  - (b) 本原則の下で契約条項を確定することができるとき

### ○ドイツ民法

#### 第154条（知れた合意の欠如、証書の未作成）

- (1) 当事者の一方のみであっても、契約について合意が必要であると表示した点については、そのすべてについて当事者が合意に達しないかぎり、疑いがあるときは、契約は成立しない。個々の点についての合意は、書面に記載したときであっても、拘束力を持たない。
- (2) 意図された契約について証書の作成を約した場合において、疑いがあるときは、契約は、その証書の作成の時まで、成立しない。

### ○フランス民法改正草案

#### ○カタラ草案1105条

契約の締結には、自らを義務付ける明確かつ確定的な複数の意思の合致が必要とされる。

#### ○司法省草案19条

契約の締結には、自らを義務付ける各当事者の意思の合致が必要とされる。

#### ○テレ草案14条

- (1) 契約の締結には、自らを義務づける明確かつ確定的な複数の意思の合致が必要とされる。
- (2) 契約の締結は、申込みの承諾から、あるいは当事者の態度がそれらの者の合意を確実に示しているときはその態度から生じる。

### ○オランダ民法

#### 第6編第217条第1項

- (1) 契約は、申込みおよびその承諾によって成立する。

#### 第3編33条

法律行為は、意思表示によって明らかにされた、ある法律効果に向けられた意思を要件とする。

### ○アメリカ統一商事法典



#### 第2-204条 契約の成立一般

- (1) 物品売買契約は、申込みと承諾、契約の存在を認める両当事者の行為、電子エージェントの相互作用、及び電子エージェントと個人の相互作用を含む、合意を証明するのに足りるあらゆる方法によって成立させることができる。
- (2) 売買契約を構成するのに足りる合意は、その成立時期が確定できない場合であっても認められる。
- (3) 一つまたはそれ以上の条項が未確定であっても、両当事者に契約を成立させる意思があり、適切な救済を与える合理的に確実な基礎がある場合には、売買契約は不明確性のために不成立とはならない。
- (4) 第2-211条から第2-213条までに別段の定めのある場合を除き、以下の規則が適用される。
  - (ア) 契約は、電子エージェントの行動または結果として拘束される条項及び合意に誰も気付かず、または見直しをしなかった場合であっても、当事者の電子エージェントの相互作用により成立する。
  - (イ) 契約は、電子エージェントと、自己または他人のために行為する個人との相互作用により成立する。契約は、以下の場合にも成立する。
    - ① 個人が自由に拒絶することのできる行為をし、または主張を述べ、当該個人が、当該行為または主張により電子エージェントが取引または履行を完成することを合理的に知っている場合。
    - ② 個人が自由に拒絶することのできる行為をし、または主張を述べ、当該個人が、当該行為または主張が、電子エージェントが反応することのできない当該個人による他の表現や行為にも関わらず、申込みの承諾を意味するものであることを合理的に知っている場合。

#### ○スイス債務法

##### 第1条

- (1) 契約の締結には、当事者の相互の一致した意思表示が必要となる、
- (2) 意思表示は、明示または黙示に行うことができる。

##### 第2条

- (1) 当事者が本質的部分の全てに関して合意をなした場合、付随的部分の留保は、契約の拘束力を妨ないものと推定する。
- (2) 留保された付随的部分に関して合意が成立しなかった場合には、裁判官は、行為の性質に従ってこれに関して決定をなさなければならない。
- (3) 契約の方式に関する規律については、この限りではない。

#### 4 原始的に不能な契約の効力

売買契約を締結した時点で既に目的物が滅失していた場合のように、契約の内容がその契約の締結当初から客観的に実現不可能であった場合(原始的不能)の契約の効力について、現行民法は特段の規定を設けていないが、判例及び伝統的な見解は、そのような契約は無効であるとする。これに対し、履行不能の

原因が生じたのが契約締結の直前か直後かにより、債務者に債務不履行責任が生ずるかどうか左右されることの妥当性には疑問があることなどを理由に、履行不能が原始的か否かで区別をしない考え方も有力に主張されている。

そこで、契約の効力に関する基本的な規律の1つとして、原始的不能の契約の効力について、条文上明確にすべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

(補足説明)

## 1 原始的不能の契約をめぐる現在の問題状況

現行民法は、原始的不能の契約の効力について、特段の規定を置いていないが、この点については、そのような契約は無効であるとする考え方（無効説）と、契約締結時点で契約内容が実現不可能であったという理由では契約は無効とはならないとする考え方（有効説）とがある。

- (1) 無効説は、伝統的に支持を集めてきた考え方である。判例（最判昭和25年10月26日民集4巻10号497頁）も、「一般に契約の履行がその契約締結の当初において客観的に不能であれば、その契約は不可能な事項を目的とするものとして無効とせられること、洵に所論の通りである」と述べて、一般論として無効説を前提としている。この考え方は、契約当事者の通常の意味としては、当初から実現不可能と分かっていたら契約を締結しなかったであろうと考えられること等を根拠とする。
- (2) これに対し有効説は、契約内容が実現不可能であるという事態は、個々の契約における偶発的事情に左右されることが少なくないので、これと契約の成否とを直結することは必然ではないとする。そもそも原始的不能と後発的不能とを区別すべきでなく、債務者が履行を約束した以上、原始的不能の契約も有効に成立し得るとする考え方である。

なお、契約締結時点で契約内容が実現不可能であったという理由では契約は無効とはならないとする立場の中には、契約は原則として無効であるが、例外的に有効とすべき場合があるとする考え方もある（この例外的な場合としては、例えば、①当事者双方が、給付の原始的不能を知らない状態で、不能である場合のリスクを甘受する意図で契約を締結する場合や、②不能である給付の債務者が契約締結に際して履行の可能性を保証する場合等が挙げられている。）。

## 2 両説の比較

一般的な整理によれば、**無効説**は、原始的不能の契約を無効とした上で、契約交渉段階での当事者の注意義務違反を理由とする信頼利益の賠償（契約が有効に成立したと信頼したために被った損害の賠償。例えば、既に滅失していた売買目的物の運搬準備のために費やした費用等）を認めてきた。これに対し、**有効説**においては、後発的な債務不履行の場合と同じ準則によって処理されることになり、具体的には、履行利益の賠償（履行があれば得られたであろう利益の賠償。例えば、目的物の転売利益）が認められるとされる。

このような整理によると、無効説では、後発的不能の場合には履行利益賠償が認められるのに対して原始的不能の場合には信頼利益賠償にとどまるというように、契約内容が実現不可能となった時期の前後で損害賠償の内容が大きく異なることになると思われるが、他方で、信頼利益と履行利益という観念の違いはそれほど明瞭ではないという指摘もあり、**無効説**と**有効説**の実質的な差異は決して大きくないという評価もある。

### 3 具体的規律の検討

契約締結の時点で契約内容が実現不可能であったという理由では契約は無効とはならないとする**有効説**の立場からは、その旨を条文上明記すべきであるという考え方が提示されている（参考資料1〔検討委員会試案〕・94頁参照）。これに対して、無効説の立場からその旨を規定すべきであるという考え方は特に主張されていないが、様々な理由から規定を設けないという考え方もあり得る（参考資料2〔研究会試案〕は、この点に関する規定を設けていない。）。

立法例を見ると（後述（比較法）参照）、契約締結時点での債務の履行が不可能であったという理由だけでは契約は無効とならない旨のルールを置くものがある（ヨーロッパ契約法原則、ユニドロワ国際商事契約原則2004、ドイツ民法等）。なお、日本における無効説は、ドイツ法学の影響を受けたものであるところ、ドイツでは、2001年改正前の民法は「不能の給付を目的とする契約は、無効である」と定めていたが、改正ドイツ民法典ではこの規定を削除し、原始的不能であることを理由としては契約が無効とならないとの規定を設けている。

以上を踏まえ、契約締結の時点で契約内容が実現不可能であったという理由では契約は無効とはならない旨を条文上明記すべきであるという考え方について、どのように考えるか。

（比較法）

#### ○ドイツ民法

第311a条（法律行為による債権債務関係、および法律行為に類似した債権債務関係）

(1) 債務者が第275条1項ないし3項によって履行を行うことを要せず、かつ履行障害が契約締結時に既に存在することは、契約の効力を妨げない。

(2) 債権者は、その選択に従い、履行に代わる損害賠償または第284条において定められた範囲における費用の賠償を、求めることができる。債務者が契約締結の際に履行障害を知らず、かつ知らないことについて債務者は責任を負わないときは、この限りでない。

第281条第1項第2文および第3文並びに第5項が、準用される。

#### ○ヨーロッパ契約法原則

4:102条 原始的不能

契約は、締結時において、引き受けられた債務の履行が不可能であったこと、または当事者の一方が契約に関係する財産の処分権限を有しなかったことのみを理由として、無効とならない。

#### ○ユニドロワ国際商事契約原則2004

### 第3. 3条（原始的不能）

(1) 契約締結時に、債務の履行が不可能であったという事実のみで、契約の有効性が影響を受けることはない。

(2) 契約締結時に、当事者の一方が契約に関係する財産を処分する権限を有していなかったという事実のみで、契約の有効性が影響を受けることはない。

#### ○フランス民法改正草案

##### ○カタラ草案1122条2項

(2) 目的の不存在は、相対無効によって制裁される。

##### ○テレ草案61条

双務契約において、債務のうちの一つが目的を欠くときは、相関する債務は相対無効によって無効となる。

## 5 債権債務関係における信義則の具体化

信義誠実の原則（民法第1条第2項）は、債権債務関係のある当事者間、とりわけ自らの意思で特別の関係を結んだ契約当事者の間に、特に強く作用するものであるとの指摘がある。

例えば、債務者は、当事者間に特別の合意が無くても、本来的な給付義務のほかに、様々な付随義務を負うことがあると解されており、また、債権者も、弁済の受領時における協力義務等を負うことがあるとされているところ、これらの義務の法的根拠は、一般に信義誠実の原則に求められている。

そこで、信義誠実の原則を債権債務関係において具体化し、これらの義務の法的根拠がより明確になるような一般的規定を設けるべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

（参照・現行条文）

#### ○（基本原則）

民法第1条（略）

2 権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない。

3 （略）

（補足説明）

信義誠実の原則（民法第1条第2項）は、民法はもとより私法一般に通ずる基本原則の一つであると言われているが、その広範な適用場面の中でも、債権債務関係のある当事者間、とりわけ自らの意思で特別の関係を結んだ契約当事者の間に、特に強く作用するものであるとの指摘がある。

債務者は、債権者に対し一定の行為（給付）をすべき義務を負うほか、当事者間に特別の合意が無くても、さまざまな付随義務（例えば、目的物の引渡義務に付随する

一定の説明や情報提供の義務など）を負うことがあると解されている。また、債権者も、債務者に対して、例えば、弁済の受領に際しての協力義務を負うとされている。これらの付随義務や協力義務が認められ得ることについては、判例・学説に異論は見られず、その法的根拠は一般に信義誠実の原則に求められている。

そこで、債権債務関係における信義誠実の原則を具体化し、これらの義務の法的根拠がより明確となるような一般的規定（例えば、債権者及び債務者が、債権債務関係において信義に従い誠実に行動しなければならないことを定める規定）を設けるべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

## 第2 契約交渉段階

### 1 総論

現行民法は、「契約の成立」として第521条から第532条までの規定を置いているが、契約成立に至るまでの契約交渉段階における当事者の権利・義務についての規定は設けていない。しかし、契約交渉に入った当事者間の関係は、何らの接触もない者の間の関係より緊密であり、交渉の相手方に損害を被らせないようにする信義則上の義務を負うのではないかという指摘がされており、判例上も、この段階における信義則上の義務に基づく当事者の責任を認めたものがある。

そこで、このような判例を参照しつつ、契約交渉の不当破棄を始めとする後記2から4までの問題を取り上げることとするが、このほか、契約成立に至るまでの契約交渉段階に関する規律を検討するに当たっては、どのような点に留意する必要があるか。

（参照・現行条文）

#### ○ （基本原則）

民法第1条 （略）

2 権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない。

3 （略）

### 2 契約交渉の不当破棄

契約交渉段階において、当事者は、自由に交渉することができ、契約を締結するか否かも自由であるのが原則である（契約自由の原則）。しかし、契約交渉に入った当事者間の関係は、何らの接触もない者の間の関係より緊密であり、交渉の相手方に損害を被らせないようにする信義則上の義務を負うのではないかという指摘がされており、判例上、契約交渉が破棄された事例において、契約交渉を不当に破棄した者に対して、契約準備段階における信義則上の注意義務違反を理由とする損害賠償責任が認められている。

現代的な取引においては、契約の内容や交渉過程が複雑化し、契約成立前に

相当の時間と費用を要するケースが増え、契約交渉の破棄に関する紛争も少なくないとの指摘もある。そこで、契約交渉を不当に破棄した者に対する損害賠償責任について、判例を踏まえた明文規定を設けるべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (基本原則)

民法第1条 (略)

2 権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない。

3 (略)

(補足説明)

1 契約交渉を不当に破棄した者の責任の要件

契約交渉段階において、当事者は、自由に交渉をすることができ、契約を締結する可否かも全く自由であるのが原則である。このことは、前記のとおり、契約自由の原則の一内容とされている。しかし、契約交渉段階に入った当事者間の関係は、何らの接触もない者の間の関係よりも緊密であることから、交渉の相手方に損害を被らせないようにする信義則上の義務を負うのではないかという問題が指摘されており、その一つとして、契約交渉を不当に破棄した者の責任という問題が論じられている。

契約交渉を不当に破棄した者に対して責任を認める場合の考え方について、学説上は様々な説明がされており、例えば、契約の締結過程で積み重ねられる中間的な合意に対する違反を根拠とする考え方や、信義則上の義務の違反を根拠とする考え方等がある。

この問題を扱った裁判例は多数に上るところ、原告が主位的請求として契約の成立に基づく損害賠償その他の責任を追及し、予備的請求として契約不成立を前提に契約締結段階での義務違反を理由に損害賠償請求をしているものが多いとの指摘がある。また、責任の性質については、不法行為責任とする裁判例もあるが、多くの裁判例は、不法行為責任か契約責任かを明示しないで「契約準備段階における信義則上の注意義務違反を理由とする損害賠償責任」としている（例えば、建築途上の分譲マンションについて、買受希望者の希望により売主が設計変更をして施工したが、結局その買受希望者が資金不足などを理由に買取りを断ったため、売買契約は不成立となり売主が損害を被った事案で、契約準備段階における信義則上の注意義務違反を理由とする損害賠償責任を肯定した最判昭和59年9月18日判時1137号51頁等）。

そこで、契約交渉を不当に破棄した者の責任については、その法的性質は解釈にゆだねることを前提に、契約交渉段階における信義則上の注意義務違反を根拠として責任を認める規律を設けるべきであるという考え方が提示されている。

そして、このような規定を設けるとした場合における注意義務の具体的内容については、裁判例の分析等に基づき、単に誠実に交渉する義務に違反したというだけで損害賠償責任を負うとすれば、契約締結の自由に抵触するおそれがあることから、自らの行為

によって相手方に契約成立への信頼を与えた場合に、その信頼を裏切らない義務を負うものとし、このような義務違反がある場合に限って損害賠償責任を負うものとすべきである等の指摘がされている。

以上のような考え方について、どのように考えるか。

## 2 責任の内容

前記1の責任が認められる場合の効果は、損害賠償責任の発生であるが、その具体的内容についても考え方は様々であるところ、契約成立への信頼の保護を目的として責任を認めるのであるから「信頼利益の賠償」に限られるという見解があり、履行利益の賠償が認められないことを明記すべきであるとする意見がある。

これに対し、「信頼利益」の概念は必ずしも明確ではないことを指摘し、「信頼利益」に限定する必要はなく、損害賠償の範囲に関する一般法理によって決すれば足りるという見解もある。この見解からは、前記1の責任を認める規定を設けるとした場合に、その効果については、単に損害賠償の責任を負う旨のみを定めることとなる。

以上のような考え方について、どのように考えるか。

(比較法)

○ヨーロッパ契約法原則

2 : 3 0 1 条 信義誠実に反する交渉

- (1) 当事者は自由に交渉することができ、合意に達しなくても責任を負わない。
- (2) 前項の規定にかかわらず、信義誠実および公正取引の原則に反して交渉を行いまたは交渉を破棄した当事者は、相手方に生じた損害につき賠償の責任を負う。
- (3) 特に、当事者の一方が、相手方と合意に達する真の意思を有しないで交渉を開始または継続することは、信義誠実および公正取引の原則に反するものとする。

○ ユニドロフ国際商事契約原則 2004

第2. 1. 15条 (不誠実な交渉)

- (1) 当事者は自由に交渉することができ、合意に達しなくても責任を負わない。
- (2) 前項の規定にかかわらず、交渉を不誠実に行いまたは交渉を不誠実に破棄した当事者は、相手方に生じた損害につき賠償の責任を負う。
- (3) 特に、合意に到達しない意思を有しながら相手方との交渉を始め、または交渉を継続することは、不誠実なものとする。

○ドイツ民法

第241条2項 (債権債務関係から生じる義務)

- (2) 債権債務関係は、その内容に従って、各当事者に対し、他方当事者の権利、法益および利益に対する考慮を義務付け得る。

第311条2項 (法律行為による債権債務関係、および法律行為に類似した債権債務関係)

- (2) 第241条2項による義務を伴った債権債務関係は、以下の場合においても生じる。
  1. 契約交渉の開始、
  2. それに際して、あり得る法律行為による関係について一方の当事者が相手方に権

利、法益、および利益に対する影響の可能性を与え、又は相手方にそれらを委ねる旨の、契約の勧誘、又は

### 3. それに類似する取引上の接触

#### ○フランス民法改正草案

##### ○カタラ草案1104条

- (1) 交渉の開始、継続および破棄は、自由である。ただし、それらは信義誠実の要請に適うものでなければならない。
- (2) 交渉の挫折は、当事者の一方の不誠実またはフォートによる場合にのみ、責任の原因となり得る。

##### ○カタラ草案1104-1条

当事者は、基本的合意によって、その諸要素が決定されるべき契約について後に交渉を行い、信義誠実に従ってそれらの決定に協力する義務を負うことができる。

##### ○カタラ草案1104-2条

交渉の継続または破棄に関して整備することを目的とした合意に関する規律は、本准章の規定に従う。

##### ○司法省草案20条

- (1) 契約締結前の交渉の開始、継続および破棄は、自由である。
- (2) その交渉に関する有責な行動または破棄は、それを行った者に不法行為責任に基づく損害賠償を義務付ける。
- (3) 損害賠償は、締結されない契約によって期待される利益の喪失の填補を目的とすることはできない。

##### ○司法省草案21条

あらゆる破棄とは別に、交渉に際して得られた機密情報を許可なく利用した者は、不法行為責任を負う。

##### ○司法省草案22条

決定すべき諸要素が残されている契約について後に交渉する義務を当事者がそれによって負担する基本的合意は、本准章の規定に従う。

##### ○テレ草案24条

- (1) 交渉の開始、継続および破棄は、自由である。ただし、それらは信義誠実の要請に適うものでなければならない。
- (2) 交渉破棄の権限の行使に際してのフォートは、責任の原因となる。特に、合意を達しようとする真正の意図を持つことなしに当事者の一方が交渉を開始または継続したときは、フォートを構成する。
- (3) いかなる場合にも、損害賠償は、締結されない契約によって期待される利益の喪失を填補することはできない。

##### ○テレ草案25条

あらゆる破棄とは別に、交渉に際して得られた機密情報についての無許可の利用は、不法行為責任に関する一般法の要件の下で、損害賠償を求める権利が与えられる。

##### ○テレ草案26条



当事者は、基本的合意によって、その諸要素が決定されるべき契約について後に交渉を行う義務を負うことができる。その場合、当事者は、信義誠実に従ってそれらの決定に協力しなければならない。

○テレ草案27条

交渉の継続または破棄に関して整備することを目的とした合意に関する規律は、本章の規定に従う。

○アメリカ第二次契約法リステイトメント

第26条 予備的交渉

進んで交換的取引に入る旨の表示は、表示者がさらに同意の表示をするまでは取引を締結する意思のないことをその表示の名宛人が知り、または知りうべき場合には申込ではない。

第27条 覚書が計画されている場合の契約の存否

それ自身で契約を締結するために十分な同意の表示は、当事者がその表示についての覚書を作成して採用する旨の意思をも表示をしているとの事実によって効力を妨げられることはない。ただし、その合意が予備的交渉であることを諸藩の事情から証明することを妨げない。

### 3 契約締結過程における説明義務・情報提供義務

契約を締結するに際して必要な情報は、各当事者が自ら収集するのが原則であると言われてきた。しかし、契約交渉段階に入った当事者間の関係は、何らの接触もない者の間の関係より緊密であり、交渉の相手方に損害を被らせないようにする信義則上の義務を負うのではないかという指摘がされており、このような義務の一内容として、判例上、契約締結過程における信義則上の説明義務違反を理由とする損害賠償責任を認めるものがある。

現代においては、当事者間に情報量・情報処理能力に格差がある場合も少なくないこと等を踏まえ、契約締結過程における信義則上の説明義務又は情報提供義務違反を理由とする損害賠償責任についての規律を設けるべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (基本原則)

民法第1条 (略)

2 権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない。

3 (略)

(補足説明)

#### 1 契約締結過程における説明義務・情報提供義務の内容とその要件

(1) 説明義務・情報提供義務という用語は様々な場面で用いられるが、契約締結前の準

備や交渉の段階における義務としては、契約締結のための意思決定の基盤の確保という観点から、当該契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼす事項についての説明義務・情報提供義務と、それ以外の事項についての説明義務・情報提供義務を区別し、前者についての規律を置くべきであるという考え方がある。

例えば、相手方の生命・身体・財産に対する危険を防止するための情報も、契約締結前に提供されることが多いが、この情報の提供の如何にかかわらず、相手方は同じ条件で契約したと考えられるので、契約締結のための意思決定の基盤の確保という問題ではないと考えられる。この種の情報提供の例として、食品の保存方法に関する情報が告げられなかったため、腐ってしまった場合や、マンションの売買で防火設備の操作方法の説明義務を売主及び売主と一体となって事務を行っていた宅建業者に認めた最判平成17年9月16日判例時報1912号8頁等が挙げられる。そして、契約締結の際の不適切な説明により、契約後に生命・身体・財産に対する損害を被った場合については、契約交渉段階の過失を原因として発生した損害ではあるが、契約の成立を前提として認められる債務不履行ないし付随義務違反の問題に吸収して処理することができる」とされている。

これに対し、契約締結過程で提供されるべき情報の中には、契約を締結するかどうかの判断には直結しないが、契約締結に際して当然知っているべき情報もあり得ることから、これらを含めて説明義務・情報提供義務を規定するべきであるという考え方もあり得る。

以上を踏まえ、契約締結過程における説明義務・情報提供義務を条文で明確にすること、及び義務の対象となる情報に付すべき限定につき、どのように考えるか。

- (2) 契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼす事項についての説明義務・情報提供義務については、関連する裁判例の数は多数に上る。これらの裁判例においては、説明義務・情報提供義務について、個別具体的な事案に応じて、当該契約の性質、当事者の属性や相互の関係、交渉経緯その他の多様な考慮要素を総合的に考慮して、信義誠実の原則（民法第1条第2項）に従い判断していると言われている（例えば、融資と建物建築が一体となった計画の勧誘における建設会社及び金融機関の説明義務が争われた事案に関する最判平成18年6月12日判時1941号94頁等）。

このような判例を踏まえ、要件を定式化して条文上に示すことは困難であるという指摘もされているが、他方で、できる限り考慮要素を明確化すべきである等の観点から、判例が提示する考慮要素を整理した上で、その判断の枠組みを条文上に明記すべきであるという考え方も提示されている。

なお、この場合の責任の性質については、当該説明義務等が、契約成立の前提となるものであって契約自由の原則の実質化である点を考慮し、債務不履行責任と解すべきであるとする見解がある。他方で、判例を見ると、例えば、上記最判平成18年6月12日判例時報1941号94頁は、「不法行為又は債務不履行に基づき」損害賠償の請求がされた事案において、「・・・上記説明義務違反によって上告人に生じた損害について賠償すべき責任を負うべきである。」として、責任の性質には言及していない。そこで、上記の考え方、すなわち、判例の判断の枠組みを条文上に明記すべきである

という考え方においては、この場合の責任の法的性質について解釈にゆだねることが提案されている。

以上のような考え方について、どのように考えるか。

## 2 責任の内容

契約交渉の際の不十分な説明や情報提供によって、本来締結しなかったはずの契約を締結した場合、契約を締結しなければ被らなかつたであろう損害の賠償を請求することができるものと理解し、その旨を条文上明記すべきであるとする考え方がある。他方で、損害賠償の範囲に関する一般法理によって決すれば足り、あえて特則を置く必要はないとする考え方もある。

以上について、どのように考えるか。

なお、契約交渉の際の不十分な説明や情報提供が、例えば不当な表示を伴ってされた場合などは、損害賠償のほかに意思表示又は契約の効力の問題となる。その場合における意思表示の効力等については、意思表示の効力や契約の有効性に関する規律の議論の際に別途扱うこととする。

(比較法)

○フランス民法改正草案

○カタラ草案 1110 条

- (1) 契約当事者のうち、他方の当事者にとって決定的な重要性がある情報を知る者、または知るべき者で、その重要性を知っている者は、他方当事者に情報を与える義務を有する。
- (2) ただし、この情報提供義務は、自ら情報を取得することができない状況にある者、または、とりわけ契約の性質、もしくは当事者の資質を理由として、契約相手方に対して正当に信頼をすることができた者のためにしか存在しない。
- (3) 情報提供義務の債権者であると主張する者が、他方当事者が問題となっている情報を知っていた、または知るべきであったことを証明する義務を負う。情報保有者は、自らの義務を果たしたことを証明することにより解放される。
- (4) 契約の目的または原因と直接的かつ不可欠な関係を示す情報は、関連性がある *pertinent* とみなされる。

○カタラ草案 1110-1 条

欺く意図のない情報提供義務の違反は、その義務を負う者の責任を生じさせる。

○司法省草案 50 条

- (1) 契約当事者のうち、他方当事者の同意によって決定的な重要性を有する情報を知る、または知ることができる状態にある者は、他方当事者がその情報を知らないことが正当である場合、または契約相手方を信頼することが正当である場合には、情報を提供しなければならない。
- (2) 契約の内容または当事者の資質と直接的かつ不可欠の関係を有する情報は、決定的である。
- (3) 情報提供義務違反の不履行を主張する契約当事者は、他方当事者がこの情報を知つ

ていた、または知ることができる状態にあったことを証明しなければならない。ただし、他方当事者が、自分も知らなかったこと、またはその義務を果たしたことを証明することを妨げない。

(4) この情報提供義務の違反はすべて、合意の瑕疵の場合の契約の無効を妨げることなく、この義務を負う者の不法行為責任を負わせる。

#### ○テレ草案 33 条

(1) 他方当事者にとって決定的な性質を有する情報を知る、または知るべき当事者で、その情報が決定的な性質を有することを知っている者は、他方当事者が知らないことが正当であるとき、情報を提供しなければならない。

(2) 一方当事者の知らないことは、その者が自ら情報を取得することができない場合、または、とりわけ契約の性質、もしくは当事者の資質のために、その者が適切に契約の相手方を信頼していた場合、正当である。

(3) 情報が提供されるべきであったと主張する者が、他方当事者がその者に情報を提供すべきであったことを証明する義務を負う。他方当事者は、自らが情報を提供したことを証明しなければならない。

#### ○テレ草案 34 条

情報提供義務の違反は、その義務を負う者の責任を生じさせ、場合によっては、35条以下の条件で、契約の無効を生じさせる。

## 4 契約交渉等に関与させた第三者の行為による交渉当事者の責任

契約交渉の当事者（交渉当事者）は、契約の交渉や締結に第三者を関与させることが少なくないが、現行民法には、その第三者の行為により相手方に損害が生じた場合における交渉当事者の責任について定めた規定はない。判例・学説は、結論において交渉当事者本人の責任を認めるべき場合があることでは一致しているが、その責任が認められる要件や法的構成については考え方が分かれており、不明確な状況にある。

そこで、契約の交渉や締結に関与させた第三者が、前記 2 及び 3 の契約締結前の段階において課せられる信義則上の義務に違反する行為を行った場合に、交渉当事者が損害賠償責任を負う旨の明文規定を設けるべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

（参照・現行条文）

#### ○（基本原則）

民法第 1 条（略）

2 権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない。

3（略）

#### ○（債務不履行による損害賠償）

民法第 415 条 債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、

これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする。

○ (使用者等の責任)

民法第715条 ある事業のために他人を使用する者は、被用者がその事業の執行について第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。ただし、使用者が被用者の選任及びその事業の監督について相当の注意をしたとき、又は相当の注意をしても損害が生ずべきであったときは、この限りでない。

2 (略)

3 (略)

(補足説明)

1 問題の所在

契約交渉の当事者（交渉当事者）が、被用者、代理人その他の交渉を補助する第三者を使用して交渉を行ったり、第三者と共同で交渉したりする場合のように、契約締結の交渉に第三者を関与させる場合は少なくないが、現行民法には、これらの第三者の行為により相手方に損害が生じた場合の交渉当事者の責任について定めた規定はない。

しかし、自ら第三者を利用する者は、利用した第三者が引き起こした損害について責任を負うべきではないかという問題が指摘されており、判例・学説は、結論において交渉当事者本人の責任を認めるべき場合があることで一致している（例えば、営業担当者が説明を怠ったことにつき建築会社に信義則上の説明義務違反を認めた最判平成18年6月12日判例時報1941号94頁等）。もっとも、どのような場合に交渉当事者本人の責任が認められるかという点については、その法的構成も含めて一致しておらず、その要件は必ずしも明確ではない。

そこで、交渉当事者が契約の交渉や締結に関与させた第三者が、契約交渉段階における信義則上の義務に違反する行為を行った場合に、交渉当事者本人に損害賠償責任を認めるべきか、認めるとした場合に、第三者の範囲をどのように考えるかが問題となる。

2 具体的規律の検討

(1) 現行民法の解釈論としては、まず、契約責任を契約交渉の段階にまで拡張するという考え方から、債務の履行における履行補助者の考え方と同様に、交渉補助者の行為義務違反により交渉当事者本人が責任を負うとする見解がある。

これに対して、まだ契約が成立しておらず、契約上の義務も発生していない契約交渉段階における交渉補助者の過失については、不法行為での使用者責任の問題として処理すべきであるとする見解がある。他方、この見解に対しても、契約交渉段階の交渉態様は様々であり、独立した事業者が代理人として交渉する場合もあるところ、不法行為での使用者責任を根拠とすると、その者が「被用者」（民法第715条第1項）に該当しない限り、交渉当事者本人の責任を認めることができなくなるのではないかという問題が指摘されている。

(2) この点についての立法提言は、交渉当事者の責任の法的構成には触れないで、具体的な帰結を提示しようとする。すなわち、被用者に限らずいわゆる独立的補助者の行

為についても、交渉当事者が損害賠償責任を負う場合があるとの理解を前提に、具体的に該当する第三者を例示として掲げた上で、交渉当事者が自らその第三者を契約交渉等に関与させたかどうかを判断基準とする規律が提案されている（参考資料1〔検討委員会試案〕・96頁。また、参考資料2〔研究会試案〕・189頁も具体的に該当する第三者を例示する。）。

このような考え方について、どのように考えるか。

（比較法）

○ドイツ民法

第311条3項（法律行為による債権債務関係、および法律行為に類似した債権債務関係）

（3）第241条2項による義務を伴った債権債務関係は、自らは契約当事者とならない者に関しても生じ得る。そのような債権債務関係は、特に、第三者が自らに対する特に高度の信頼を求め、かつそれによって契約交渉または契約締結に対し重要な影響を与えたときに生じる。

### 第3 申込みと承諾

#### 1 総論

契約の申込みと承諾に関する一連の規定（民法第521条から第528条まで）については、交通手段や通信手段が高度に発達した現代社会において、なお合理性があるかどうか等の観点から、既に後記2から8までにおいて取り上げたような見直しの必要性が指摘されているが、このほか、契約の申込みと承諾に関する規定の全般的な見直しに当たっては、どのような点に留意する必要があるか。

（参照・現行条文）

○（承諾の期間の定めのある申込み）

民法第521条 承諾の期間を定めてした契約の申込みは、撤回することができない。

2 申込者が前項の申込みに対して同項の期間内に承諾の通知を受けなかったときは、その申込みは、その効力を失う。

○（承諾の通知の延着）

民法第522条 前条第一項の申込みに対する承諾の通知が同項の期間の経過後に到達した場合であっても、通常の場合にはその期間内に到達すべき時に発送したものであることを知ることができるときは、申込者は、遅滞なく、相手方に対してその延着の通知を発しなければならない。ただし、その到達前に遅延の通知を発したときは、この限りでない。

2 申込者が前項本文の延着の通知を怠ったときは、承諾の通知は、前条第一項の期間内に到達したものとみなす。

- (遅延した承諾の効力)  
民法第523条 申込者は、遅延した承諾を新たな申込みとみなすことができる。
- (承諾の期間の定めのない申込み)  
民法第524条 承諾の期間を定めないで隔地者に対してした申込みは、申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間を経過するまでは、撤回することができない。
- (申込者の死亡又は行為能力の喪失)  
民法第525条 第九十七条第二項の規定は、申込者が反対の意思を表示した場合又はその相手方が申込者の死亡若しくは行為能力の喪失の事実を知っていた場合には、適用しない。
- (隔地者間の契約の成立時期)  
民法第526条 隔地者間の契約は、承諾の通知を発した時に成立する。  
2 申込者の意思表示又は取引上の慣習により承諾の通知を必要としない場合には、契約は、承諾の意思表示と認めるべき事実があった時に成立する。
- (申込みの撤回の通知の延着)  
民法第527条 申込みの撤回の通知が承諾の通知を発した後に到達した場合であっても、通常の場合にはその前に到達すべき時に発送したものであることを知ることができるときは、承諾者は、遅滞なく、申込者に対してその延着の通知を発しなければならない。  
2 承諾者が前項の延着の通知を怠ったときは、契約は、成立しなかったものとみなす。
- (申込みに変更を加えた承諾)  
民法第528条 承諾者が、申込みに条件を付し、その他変更を加えてこれを承諾したときは、その申込みの拒絶とともに新たな申込みをしたものとみなす。

## 2 申込み及び承諾の概念

現行民法には、申込みや承諾の定義規定はなく、これらの概念の意義は解釈にゆだねられているところ、契約の申込みや承諾に関する一連の規定を設ける前提として、申込み及び承諾の意義を条文上明確にすべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (承諾の期間の定めのある申込み)

民法第521条 承諾の期間を定めてした契約の申込みは、撤回することができない。

2 申込者が前項の申込みに対して同項の期間内に承諾の通知を受けなかったときは、その申込みは、その効力を失う。

○ (承諾の期間の定めのない申込み)

民法第524条 承諾の期間を定めないで隔地者に対してした申込みは、申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間を経過するまでは、撤回することができない。

○ (契約の申込みを受けた者の物品保管義務)

商法第510条 商人がその営業の部類に属する契約の申込みを受けた場合において、その申込みとともに受け取った物品があるときは、その申込みを拒絶したときであっても、申込者の費用をもってその物品を保管しなければならない。ただし、その物品の価額がその費用を償うのに足りないとき、又は商人がその保管によって損害を受けるときは、この限りでない。

(補足説明)

現行民法には、申込みや承諾という用語を定義した規定はなく、これらの概念の意義は解釈にゆだねられている。

申込みとは、特定の内容の契約を締結しようという意思をもってされる意思表示であり、これに対する承諾があれば契約が成立するものなどと説明される。単にそれを了承する旨の応答があるだけで契約が成立することになるから、それに足りる内容的な確定性が必要であると指摘されており、また、相手方が承諾しさえすれば契約が成立することになる点で、申込みの誘引（後記（**関連論点**）1参照）とは区別されると言われている。

他方で、承諾とは、申込みに対してこれを応諾し、申込みどおりの契約を締結しようという意思表示であり、これによって契約が成立するものなどと説明される。

これらの用語の定義については、契約の申込みと承諾に関する一連の規定を設ける前提として、条文中明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

なお、申込みと承諾という用語の意義について規定を置く立法例（後述（**比較法**）参照）も多い。

また、国際物品売買契約に関する国際連合条約等においては、申込みが相手方に到達する前に、申込者が申込みを否定する新たな意思表示をする場合について、申込みの撤回と区別して規定しており、このような「申込みの取りやめ」に関する規定を設けるかどうかも問題となり得るが、この点については、意思表示一般について問題となることなどを指摘して、特に申込みについてのみ取りやめの規定を置くことを否定する考え方が提示されている（参考資料1〔検討委員会試案〕・97頁）。



(関連論点)

## 1 申込みの推定規定の要否

申込みと区別されるものとして、申込みの誘引という概念がある。申込みの誘引は、単に相手方に申込みをさせようとする事実上の行為にすぎず、この点において、相手方の承諾があれば直ちに契約が成立するものである申込みと異なる。その区別は、それぞれの場合の当事者の意思を解釈して決するほかないとされるが、申込みと申込みの誘引との実際上の区別は必ずしも明瞭ではないとの指摘がある。

そこで、相手方による応諾があった時点で、それを受け入れるかどうかの選択の余地を認めることが不当であると考えられるような一定の事例（例えば、店頭における商品の陳列と代金の表示、商品目録の送付等による不特定の者に対する申入れの場合等）を抽出することにより、申込みと推定される場合についての規定を設けるべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

## 2 交叉申込み

交叉申込みとは、AがBに申込みをしたが、その申込みの受領前にBがAに対し同じ内容の申込みをした場合のように、相互に結合して契約となり得るような同一内容の2個の申込みが交叉して行われることをいう。承諾は特定の申込みに対してされるべきものであることから、Aの申込みの受領前に発信されたBの申込みは、Aの申込みに対する承諾と見ることはできないとされている。そこで、交叉申込みによっても、申込みと承諾が合致した場合と同様に契約が成立するとすべきかが問題となる。

通説は、交叉申込みにおいても、2個の意思表示は客観的に同一内容を有し（客観的合致）、かつ、両当事者は互いに相手方とその内容を有する契約を締結しようとする意思をもっている（主観的合致）ことを理由に、契約の成立を肯定する。そして、この場合には、後の申込みが承諾となるわけではないので、契約の成立時期は、一般原則である民法第97条第1項により、交叉してされた申込みのうち、後に相手方に到達したものの到達した時であるとする。

これに対し、交叉申込みには契約の成立要件としての契約内容に対する共通の意識がないこと、申込みとしてした意思表示に対する承諾がないのに契約の拘束を受けさせるべきではないこと、多数の申込みが交叉した場合に、どのような組合せの申込みが合致したのか特定できない場合が生じ得ることなどを理由として、交叉申込みによる契約の成立を否定する見解もある。この見解によれば、一方当事者がさらに承諾の意思表示をしたときに契約が成立することになる。

この点については、交叉申込みによる契約の成立を肯定する立場から、交叉申込みによる契約の成否について条文上明らかにすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(比較法)

## 1 申込み

○国際物品売買契約に関する国際連合条約

#### 第14条

- (1) 一人又は二人以上の特定の者に対してした契約を締結するための申入れは、それが十分に確定し、かつ、承諾があるときは拘束されるとの申入れをした者の意思が示されている場合には、申込みとなる。申入れは、物品を示し、並びに明示的又は黙示的に、その数量及び代金を定め、又はそれらの決定方法について規定している場合には、十分に確定しているものとする。
- (2) 一人又は二人以上の特定の者に対してした申入れ以外の申入れは、申入れをした者が反対の意思を明確に示す場合を除くほか、単に申込みの誘引とする。

#### 第15条

- (2) 申込みは、撤回することができない場合であっても、その取りやめの通知が申込みの到達時以前に相手方に到達するときは、取りやめることができる。

#### ○ヨーロッパ契約法原則

##### 2:201条 申込み

- (1) 申入れは、次の各号に定める要件をすべて充たすときに、申込みとなる。
  - (a) 相手方がその申入れを承諾するならば契約となることが意図されていること
  - (b) その申入れが、契約を成立させるのに十分確定的な条項を含むこと
- (2) 申込みは、1人もしくは複数の特定の者、または公衆に対してすることができる。
- (3) 専門的供給者が、一定の価格で物品の供給または役務の提供をする旨を、広告もしくはカタログにおいてまたは物品の陳列によって申し入れるときは、物品の在庫が尽きるか、または役務を提供する供給者の供給能力が尽きるまで、その価格で物品を売却し、または役務を提供する旨の申込みと推定する。

##### 1:303条 通知

- (5) 通知は、その到達前または到達と同時にそれを撤回する通知が名宛人に到達したときは、効力を生じない。

#### ○ユニドロワ国際商事契約原則 2004

##### 第2. 1. 2条 (申込の定義)

契約締結の申入れは、それが十分確定的であり、かつ、承諾があれば拘束されるとの申込者の意思が示されているときに申込となる。

##### 第2. 1. 3条 (申込の破棄)

- (2) 申込は、それが撤回不能のものであっても、破棄の通知が申込の到達前または到達と同時に被申込者に到達したときは、これを破棄することができる。

#### ○ドイツ民法

##### 第145条 (申込みの拘束力)

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

#### ○フランス民法改正草案

##### ○カタラ草案1105-1条

申込みは、契約の本質的要素を決定する一方的行為であり、申込みを行う者は、特定のまたは不特定の者に対して提案を行い、申込みを通じて、承諾を受けた場合にはその

者が拘束される意思を表明する。

○司法省草案23条

(1) 申込みとは、契約の本質的要素を含み、申込みをする者が、承諾された場合には拘束される意思を表明する、特定または不特定の者に対してなされた意思表示である。

(2) これらの要件のいずれかを欠いた場合は、交渉を開始する勧誘のみが存する。

○テレ草案15条

(1) 申込みとは、契約の本質的要素を含み、申込みをする者が、承諾された場合には拘束される意思を表明する、特定または不特定の者に対してなされた意思表示である。

(2) これらの要件のいずれかを欠いた場合は、交渉を開始する勧誘のみが存する。

○アメリカ第二次契約法リステイトメント

第24条 申込の定義

申込とは、進んで交換的取引に入る旨の表示であり、他の者が、当該取引に対するその者の同意が誘引されており、かつ同意すればその取引が締結されることになることと理解するのが正当なものをいう。

○アメリカ統一商事法典

第2-206条 契約の成立における申込みと承諾

(1) 文言または状況により別段のことが明白に示されている場合を除き、

(a) 契約をする申込みは、その状況において合理的な方法および媒体によって承諾を誘引しているものと解釈される。

(b) 迅速もしくは即時の発送を求めた物品を購入する注文またはその他の申込みは、発送の迅速な約束、または契約に適合もしくは不適合な物品の迅速もしくは即時の発送による承諾を誘引しているものと解釈される。ただし、契約に不適合な物品の発送は、売主が買主に対し、その発送が買主への単なる便宜の提供であることを適時に通知した場合には、承諾とはならない。

(2) 要求される履行の開始が承諾の合理的な態様である場合、合理的な期間内に承諾の通知を受けなかった申込者は、その申込みは承諾前に失効したものと扱うことができる。

(3) (略)

2 承諾

○国際物品売買契約に関する国際連合条約

第18条

(1) 申込みに対する同意を示す相手方の言明その他の行為は、承諾とする。沈黙又はいかなる行為も行わないことは、それ自体では、承諾とならない。

(2) (略)

(3) (略)

○ヨーロッパ契約法原則

2:204条 承諾

(1) 申込みの相手方の表示または行為は、申込みに対する同意を示すときは、その形態のいかんにかかわらず承諾となる。

(2) 沈黙または不作為は、それだけでは承諾とはならない。

○ ユニドロフ国際商事契約原則 2004

第2. 1. 6条 (承諾の方法)

(1) 申込に対する同意を示す被申込者の言明その他の行為は、承諾とする。沈黙または不作為は、それだけでは承諾とはならない。

(2) (略)

(3) (略)

○ フランス民法改正草案

○ カタラ草案 1105-1条 1項

(1) 承諾は、承諾を行う者が、申込みの文言に拘束される意思を表明する一方的行為である。

○ 司法省草案 28条 1項

(1) 承諾とは、承諾をする者が、申込みの文言に拘束される意思を表明する意思表示である。

○ テレ草案 19条

無条件の *pure et simple* 承諾のみが、契約の締結をもたらす。

○ アメリカ第二次契約法リステイトメント

第50条 申込の承諾の定義、履行による承諾、約束による承諾

① 申込の承諾とは、被申込者が申込によって誘引または要求された方法で申込の条項に対してなす同意の表示をいう。

② 履行による承諾には、申込によって求められていることがらの少なくとも一部が履行または提供されることが必要である。履行による承諾が反対約束 (*return promise*) としての効果をもつ場合もある。

③ 約束による承諾には、約束をなすのに必須のすべての行為を被申込者が完了することが必要である。

○ アメリカ統一商事法典

第2-206条 契約の成立における申込みと承諾

(1) (略)

(2) (略)

(3) 記録による明白かつ適時の承諾の表示は、それが申込みに追加的または異なる文言を含んでいたとしても、承諾としての機能を有する。

### 3 承諾期間の定めのある申込み

#### (1) 申込者が申込みを撤回する権利を留保した場合

承諾期間の定めのある申込みは、承諾期間の経過までは撤回することができず（申込みの拘束力。民法第521条第1項）、承諾期間が経過したときは申込みの効力が失われるとされているから（同条第2項）、承諾期間の定め

ある申込みについては、その撤回の可否という問題が生じないようにも思われる。しかし、契約の申込みの際に申込者がこれを撤回する権利を留保していた場合には、学説上、申込みの拘束力は及ばず、申込者は申込みを撤回することができる」と解されている。

そこで、承諾期間の定めのある申込みであっても、申込者が申込みを撤回する権利を留保した場合には、申込みの拘束力が及ばないことを条文上明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (承諾の期間の定めのある申込み)

民法第521条 承諾の期間を定めてした契約の申込みは、撤回することができない。

2 申込者が前項の申込みに対して同項の期間内に承諾の通知を受けなかったときは、その申込みは、その効力を失う。

(補足説明)

民法第521条第1項は、承諾期間の定めのある契約の申込みは撤回することができない(申込みの拘束力)と定めているが、その趣旨は、契約の申込みを受けた者(被申込者)は、調査その他の準備を始めてしまうのが通常であるから、申込みによって与えられる契約締結の可能性についての被申込者の信頼を保護し、不測の損害を与えないようにすることにある。そのため、申込者がいつでもこれを撤回することができる権利を留保した場合において、その留保が申込みの到達前又は申込みと同時に、相手方に到達するようにされたときは、被申込者の信頼を保護する必要がなくなるので、同項は適用されないと解されている。

そこで、承諾期間の定めのある申込みであっても、申込者が申込みを撤回する権利を留保した場合には、申込みの拘束力が及ばないことを条文上明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

なお、承諾期間の定めのない申込みについては、申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間を経過するまでは撤回することができないとされているのみで(民法第524条)、相当な期間の経過後や、申込者が申込みを撤回する権利を留保した場合における申込みの効力については、明文規定が置かれていない。この点については、後記「4 隔地者に対する承諾期間の定めのない申込み」において、改めて取り上げる。

(比較法)

○ ユニドロフ国際商事契約原則 2004

第2. 1. 3条 (申込の破棄)

(1) 申込は、それが被申込者に到達した時に効力を生ずる。

- (2) 申込は、それが撤回不能のものであっても、破棄の通知が申込の到達前または到達と同時に被申込者に到達したときは、これを破棄することができる。

#### 第2. 1. 4条 (申込の撤回)

- (1) 契約が締結されるまでの間、申込は、その撤回の通知が被申込者が承諾の通知を発する前に被申込者に到達したときに限り、これを撤回することができる。
- (2) 前項の規定にかかわらず、次の各号のいずれかに該当するときには申込を撤回することができない。
- (a) 承諾のための期間の設定その他の方法により、申込が撤回不能であることが示されているとき。
- (b) 被申込者が、申込を撤回不能であると信頼したことが合理的であり、かつ、被申込者がその申込を信頼して行動したとき。

#### 第2. 1. 5条 (申込の拒絶)

申込は、それに対する拒絶が申込者に到達した時に、効力を失う。

#### ○ドイツ民法

##### 第145条 (申込みの拘束力)

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

##### 第146条 (申込みの失効)

申込みは、申込者に対する拒絶があったとき、又は第147条から第149条までの規定により申込者に対する承諾が適時になされないときは、その効力を失う。

##### 第148条 (承諾期間の定め)

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

#### ○フランス民法改正草案

##### ○カタラ草案1105-2条

申込みは、それが相手方に知られない限り、または、それが合理的な期間内に有効に承諾されなかった場合には、自由に撤回することができる。

##### ○カタラ草案1105-3条

申込みは、申込者により定められた期間内に承諾がなかった場合、および承諾前に申込者が無能力となった、または死亡した場合、失効する。申込みは、その相手方が拒絶した場合も、同様に失効する。

##### ○カタラ草案1105-4条

ただし、特定の者に向けられた申込みが、一定の期間それを維持する義務負担を含んでいる場合、その期間の経過前における申込みの撤回も、申込者の無能力または死亡も、契約の締結を妨げない。

##### ○司法省草案24条

申込みは、それが相手方に知られない限り、自由に撤回することができる。

##### ○司法省草案25条

申込みにより、申込者は、明示的に規定された期間、またはそれがないときは合理的

な期間、それを維持する義務を負う。

○司法省草案26条

25条に規定された維持義務に違反する申込みの撤回により、申込者は不法行為責任しか負わず、契約から期待された利益の喪失を填補するよう申込者を義務づけない。

○司法省草案27条

(1) 申込みは、申込者により定められた期間の経過により、またはそれがない場合合理的な期間の後に、失効する。

(2) 申込みは、申込者が無能力となった場合、または死亡した場合、同様に失効する。

○テレ草案16条

申込みは、申込者により定められた期間の経過により、またはそれがない場合合理的な期間の後に、失効する。申込みは、申込者が無能力となった場合、または死亡した場合、同様に失効する。

○テレ草案17条

申込みは、それが相手方に知られない限り、自由に撤回することができる。

○テレ草案18条

(1) 申込者は、明示的に規定された期間、またはそれがないときは合理的な期間、それを維持する義務を負う。

(2) 特定の者に対して行った、この維持義務に反する申込みの撤回は、契約の締結を妨げない。

(3) 申込みを、不特定の者に対して行った場合、その撤回により、申込者は民事責任しか負わず、締結されていない契約から期待された利益の喪失を填補するよう申込者を義務づけない。

○オランダ民法

第6編219条

(1) 申込みが承諾期間を定めていないとき、またはその他の方法で撤回不可能性が申込みから帰結されないときは、申込みを撤回することができる。

(2) 申込みに対し承諾がされておらず、かつ承諾を含む通知が発せられていない限り、撤回は効力を生じ得る。申込みが拘束力なく行われた旨の通知を含んでいるときは、遅滞がなければ承諾の後でも撤回を行うことができる。

(3) 相手方が望む場合にはその相手方と一定の契約を締結する義務を当事者の一方に負わせる約束は、撤回できない申込みとみなす。

○アメリカ統一商事法典

第2-205条 撤回権の制限された申込み

条項によりそれがオープンである〔承諾可能である〕ことを保証する署名付記録による、物品を売買する商人の申込みは、定められた期間、または期間の定めのない場合には合理的な期間、約因のないことを理由として撤回することはできない。ただし、撤回不能期間は、三ヶ月を超えてはならない。被申込者により供された書式におけるそのような保証条項は、申込者により個別に署名されなければならない。

○アメリカ第二次契約法リステイトメント

#### 第41条 時間の経過

- ① 被申込者の承諾権能は、申込の中で指定された時点において消滅し、その指定がない場合は、相当の期間の経過によって消滅する。
- ② 相当の期間とはどのくらいかは事実の問題であり、申込と承諾の試みがなされた時に存在したすべての事情から判断される。
- ③ 文言または諸般の事情から別段のことが察知される場合を除き、郵便によって発送された申込は、申込を受領した日の深夜十二時より前の時点で承諾が投函された場合には、適時に承諾されたことになる。ただし、第49条に定める準則の適用を妨げない。

#### ○スイス債務法

##### 第7条第1項

申込者が申込みに拘束されない旨の表示を申込みに付加したとき、または、そのような留保が行為の性質または諸事情から生じるときは、申込者は拘束されない。

#### (2) 承諾期間内に到達すべき承諾の通知の延着

承諾期間内に承諾が到達しなければ、申込みは効力を失うとされているので（民法第521条第2項）、承諾期間の経過後に承諾が到達しても、契約は成立しないのが原則である。しかし、延着した承諾が通常の場合にはその期間内に到達すべき時に発送したものであったときについて、民法第522条は、申込者がその旨を知ることができるときに、延着通知の義務を負わせ（同条第1項）、これを怠ったときは承諾が延着しなかったものとみなすとして（同条第2項）、被申込者の信頼を保護しようとしている。しかし、この規定に対しては、承諾の効力の発生時期について、発信主義を改めて到達主義を採用すべきであるとする立場を前提に（後記「7 隔地者間の契約の成立時期」参照）、承諾が延着した場合について特別の規定を設ける必要はない（その規定を削除すべきである）という考え方が提示されている。他方で、同様に到達主義を採用すべきであるという立場を採った上で、なお民法第522条の規定を維持し、その延着通知を怠ったときには承諾期間の満了時に契約が成立したものとみなすこととすべきであるという考え方も提示されている。

後記7の議論と密接に関連する問題であるが、このように民法第522条の規定を削除又は維持すべきであるという考え方について、どのように考えるか。

（参照・現行条文）

#### ○（承諾の期間の定めのある申込み）

民法第521条 承諾の期間を定めてした契約の申込みは、撤回することができない。

2 申込者が前項の申込みに対して同項の期間内に承諾の通知を受けなかったとき



は、その申込みは、その効力を失う。

○ (承諾の通知の延着)

民法第522条 前条第一項の申込みに対する承諾の通知が同項の期間の経過後に到達した場合であっても、通常の場合にはその期間内に到達すべき時に発送したものであることを知ることができるときは、申込者は、遅滞なく、相手方に対してその延着の通知を発しなければならない。ただし、その到達前に遅延の通知を發したときは、この限りでない。

2 申込者が前項本文の延着の通知を怠ったときは、承諾の通知は、前条第一項の期間内に到達したものとみなす。

(補足説明)

承諾期間内に承諾が到達しなければ、申込みは効力を失うとされているので(民法第521条第2項)、承諾期間の経過後に承諾が到達しても、契約は成立しないのが原則である。

しかし、民法第522条は、延着した承諾が通常の場合にはその期間内に到達すべき時に発送したものであることを申込者が知ることができるときには、遅滞なく相手方に対して承諾が延着した旨を通知する義務を申込者に負わせ(同条第1項)、これを怠ったときは、承諾は延着しなかったものとみなすとしている(同条第2項)。これは、通常の場合には承諾期間内に到達するはずの時期に承諾の発送をした被申込者の信頼を保護しようとするものであり、延着通知を義務付けられる申込者の負担が、延着の通知を受けないため被申込者の被る損失に比べ、小さいとの利益衡量に基づいているとされる。

これに対して、承諾の効力の発生時期について、現行法とは異なり到達主義を採用することを前提に(後記「7 隔地者間の契約の成立時期」参照)、承諾が延着した場合について特別の規定を設ける必要はないとする考え方もある。この考え方は、到達主義の下では、意思表示をした者がその意思表示の不到達及び到達遅延のリスクを負うのであり、そのような意思表示一般の場合と異なる特別の規定を設ける理由がないとする。

他方で、承諾の効力の発生時期について、同様に到達主義を採用すべきであるという立場を採った上で、なお民法第522条の規定を維持すべきであるという見解もある。この見解は、さらに、延着通知を怠ったときには承諾期間の満了時に契約が成立したものとみなすべきであるという考え方と併せて提示している(参考資料2 [研究会試案]・190頁)。

この点は、後記7の議論と密接に関連する問題であるが、このように民法第522条の規定を削除又は維持すべきであるという考え方について、どのように考えるか。

(関連論点)

承諾期間の定めのない申込みの場合

承諾期間の定めのない申込みについても、申込みの効力(承諾適格)の存続期間

を觀念することができ、その存続期間の経過後に承諾が到達した場合には、原則として契約は成立しないと考えられる（後記「4 隔地者に対する承諾期間の定めのない申込み」「(1) 承諾期間の定めのない申込みの効力」参照）。

ところで、民法第522条は承諾期間の定めがある申込みについての規定であるから、承諾期間の定めのない申込みに対する承諾が、通常の場合には当該申込みの承諾適格の存続期間内に到達すべき時に発送されたものであるときについては、現行民法上、規定がない。そこで、同法第522条の規定を削除せず、これを維持するという考え方に立つ場合には、それと関連して、承諾期間の定めのない申込みに対する承諾が延着した場合の取扱いも問題となり得るが、どのように考えるか。

### (3) 遅延した承諾の効力

承諾期間内に承諾が到達しなければ申込みは効力を失い（民法第521条第2項）、承諾期間の経過後に承諾が到達しても契約は成立しないのが原則であるが、申込者は、遅延した承諾を新たな申込みとみなすことができるとされているので（同法第523条）、これに対して改めて承諾をすることにより、契約を成立させることができる。しかし、このような場合には、申込者が、遅滞なく承諾者に通知することにより、遅延した承諾を、新たな申込みではなく、有効な承諾と扱うことができるものとすべきであるという考え方がある。

このような考え方について、どのように考えるか。

（参照・現行条文）

○ （承諾の期間の定めのある申込み）

民法第521条 承諾の期間を定めてした契約の申込みは、撤回することができない。

2 申込者が前項の申込みに対して同項の期間内に承諾の通知を受けなかったときは、その申込みは、その効力を失う。

○ （遅延した承諾の効力）

民法第523条 申込者は、遅延した承諾を新たな申込みとみなすことができる。

（補足説明）

承諾期間内に承諾が到達しなかった場合には、申込みの効力が消滅するため（民法第521条第2項）、承諾期間の経過後に承諾が到達しても契約は成立しないのが原則である。しかし、この原則を貫くと、申込者か承諾者のいずれかの側から改めて申込みをし、相手方が承諾しなければ契約が成立しないことになるところ、承諾期間はもともと申込者の意思で設定されたものであるから、申込者が承諾期間の経過後もなお契約の成立を望むのであれば、簡易な方法でこれを実現して取引の迅速を図るのが、当事者双方にとって有益であると考えられる。このような趣旨から、民法第523条は、申込者が、遅延した承諾を新たな申込みとみなした上で、改め

て承諾をすることにより、契約を成立させることができるようにしている。

これに対し、申込者が、遅滞なく承諾者に通知することにより、遅延した承諾を、新たな申込みではなく、有効な承諾と扱うことができるものとすべきであるという考え方がある。この考え方は、上記のような民法第523条の趣旨からすると、遅延した承諾を新たな申込みとみなすのでは、改めて承諾をする必要がある点で迂遠であり、むしろ遅延した承諾を有効な承諾と扱うことにより、申込者による承諾を省いて簡明に契約を成立させるべきであるという考慮に基づくものとされている。

このような考え方について、どのように考えるか。

(関連論点)

承諾期間の定めのない申込みの場合

民法第523条は、承諾期間の定めがあることを必ずしも要件としておらず、承諾期間の定めのない申込みの場合にも適用されると解されているが、その場合における「遅延した承諾」の具体的な意味は、同条の文言からは明らかでない。この点については、承諾期間の定めのない申込みについても、申込みの効力（承諾適格）の存続期間を観念することができる（後記「4 隔地者に対する承諾期間の定めのない申込み」）「(1) 承諾期間の定めのない申込みの効力」参照）ので、「遅延した承諾」とはその承諾適格の存続期間の経過後に到達した承諾を意味すると言われている。

そこで、このような解釈を条文上明記すべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(比較法)

○ヨーロッパ契約法原則

2:207条 遅延した承諾

- (1) 遅延した承諾であっても、申込者が、遅滞なく申込みの相手方に対し、これを承諾として扱うことを伝えたときには、承諾としての効力を有する。
- (2) 遅延した承諾の記載された書簡その他の書面が、通信が通常に行われたならば適時に申込者に到達していたであろう事情の下で送付されたことを示しているときは、遅延した承諾は、承諾としての効力を有する。ただし、申込者が、遅滞なく申込みの相手方に対し、申込みがすでに効力を失っていたものとして扱うことを伝えたときは、このかぎりでない。

○ ユニドロフ国際商事契約原則 2004

第2. 1. 9条 (遅延した承諾、通信の遅延)

- (1) 遅延した承諾といえども、申込者が、不当に遅延することなく、被申込者に対しこれを有効な承諾として扱う旨を伝え、またはその旨の通知を与えたときには、承諾としての効力を有する。
- (2) 遅延した承諾を含む通信が、通常の通信状況であれば適切な時期に申込者に到達していたであろう状況のもとで発信されたことを示しているときは、遅延した承諾も承諾としての効力を有する。ただし、申込者が、不当に遅延することなく、被申

込者に対し申込が既に失効していたものとして扱う旨を伝えたときはこの限りではない。

#### ○国際物品売買契約に関する国際連合条約

##### 第21条

- (1) 遅延した承諾であっても、それが承諾としての効力を有することを申込者が遅滞なく相手方に対して口頭で知らせ、又はその旨の通知を発した場合には、承諾としての効力を有する。
- (2) 遅延した承諾が記載された書簡その他の書面が、通信状態が通常であったとしたならば期限までに申込者に到達したであろう状況の下で発送されたことを示している場合には、当該承諾は、承諾としての効力を有する。ただし、当該申込者が自己の申込みを失効していたものとするのを遅滞なく相手方に対して口頭で知らせ、又はその旨の通知を発した場合には、この限りでない。

#### ○ドイツ民法

##### 第150条第1項（延着した承諾）

- (1) 申込みに対して延着した承諾は、新たな申込みとみなす。

#### ○オランダ民法

##### 第6編第223条

- (1) 申込者がその決定を他方当事者に通知することを条件として、申込者は、遅延した承諾を適時の承諾として扱うことができる。
- (2) 承諾が延着した場合において、それが相手方には明らかではなかったことを申込者が知りまたは知るべきであったときは、申込者が申込みを失効したものとみなしたことを相手方に遅滞なく通知しなかった場合には、承諾は適時に行われたものとみなす。

##### 第6編第224条

第3編第37条第3項第2文に基づいてそれにもかかわらず承諾が有効となる事情によって、承諾が申込者に到達せずまたは適時に到達しなかったときは、契約は、その妨げとなる事情がなければ意思表示が受領されたであろう時点において成立したものとみなす。

#### ○アメリカ第二次契約法リステイメント

##### 第70条 遅延もしくはその他の瑕疵のある承諾を申込者が受領した場合の効果

遅延もしくはその他の瑕疵のある承諾は、最初の申込者に対する申込としての効力をもつことがある。ただし、最初の申込者の沈黙は第69条に定めのある場合においてのみ承諾としての効力をもつ。

#### 4 隔地者に対する承諾期間の定めのない申込み

##### (1) 承諾期間の定めのない申込みの効力

民法第524条は、隔地者に対する承諾期間の定めのない申込みについて、申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間を経過するまでは撤回することができないとする一方で、相当な期間の経過後における申込みの効力については、特段の定めを置いていない。

この点については、相当な期間を経過したことにより、当然に申込みがその効力を失うことにはならないとする見解が有力であるが、この見解に対しては、申込みの撤回がされない限りいつまでも承諾することが可能となってしまう妥当ではないなどの批判もある。

そこで、これらの見解等を踏まえ、承諾期間の定めのない申込みの効力（承諾適格）が存続する期間について、条文上明記すべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

（参照・現行条文）

##### ○ （承諾の期間の定めのない申込み）

民法第524条 承諾の期間を定めないで隔地者に対してした申込みは、申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間を経過するまでは、撤回することができない。

##### ○ （隔地者間における契約の申込み）

商法第508条 商人である隔地者の間において承諾の期間を定めないで契約の申込みを受けた者が相当の期間内に承諾の通知を発しなかったときは、その申込みは、その効力を失う。

2 民法第五百二十三条の規定は、前項の場合について準用する。

（補足説明）

##### 1 問題の所在

民法第524条は、承諾期間の定めのない申込みについて、申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間を経過するまでは撤回することができないとしているのみで、相当な期間の経過後における申込みの効力の消長については、特段の定めを置いていない。この点については、承諾によって契約が成立するという申込みの基本的な効力（申込みの承諾適格）と、撤回が許されないという意味での申込みの効力（申込みの拘束力）とを区別し、相当な期間の経過により申込みの拘束力が失われた後も、当然に申込みの承諾適格が失われることにはならないとする見解が有力であると言われている。

しかし、相当な期間が経過しても、当然には申込みの承諾適格が失われないとすると、この期間経過後も申込者が申込みを撤回しないまま放置していた場合に、承諾者は申込みの撤回がされない限りいつまでも承諾をすることができるのが問題となる。この点について、通説的な見解は、申込みの撤回がされない限り申込みの承諾適格が存続すると解するのは不当であるとして、「承諾の通知を受ける

のに相当な期間」(民法第524条)とは別に、申込みの趣旨、取引慣行及び信義則等に従って、「承諾期間としての相当な期間」が経過した後は、申込みの承諾適格は消滅するとしている。

## 2 具体的規律の検討

承諾期間の定めのない申込みの承諾適格について、新たな規律を設けるとした場合の具体的な内容については、現行民法の通説的解釈に従って、相当の期間を経過するまでは申込者は申込みを撤回することができないが、相当の期間の経過により当然に申込みの承諾適格が失われるわけではなく、「承諾の通知を受けるのに相当な期間」(民法第524条)とは別の、申込みの趣旨、取引慣行及び信義則等に従った、「承諾期間としての相当な期間」の経過により承諾適格が消滅するという規律とすることが考えられる(A案)。

これに対し、申込みの拘束力の存続期間と申込みの承諾適格の存続期間とを分離して、前者の期間経過後に拘束力のない申込みの存続を認めることの合理性には疑問があるとして、「承諾の通知を受けるのに相当な期間」(民法第524条)に承諾の意思表示が到達しなかったときは、申込みの承諾適格が消滅するという規律にするという考え方もある(B案)。

このほか、商法第508条と同様に、被申込者が相当の期間内に承諾の通知を発しないときは申込みはその効力を失うという規律にすることも考えられる(C案)。もっとも、このような考え方に対しては、承諾期間の定めがある申込みに関する民法第521条第2項の規定と比較すると、同項は、承諾通知の到達がない場合に申込みがその効力を失うとしていることから、承諾期間の定めがある場合は承諾の到達の有無を基準とし、承諾期間の定めがない場合には商法第508条のように承諾の発送を基準とする点で、均衡を失うのではないかという問題が指摘されている。

以上を踏まえ、承諾期間の定めのない申込みの効力(承諾適格)について、どのように考えるか。

### (関連論点)

承諾期間の定めのない申込みが不特定の者に対してされた場合

承諾期間の定めのない申込みが不特定の者に対してされた場合の申込みの効力(承諾適格)については、特別な考慮が必要であるとの指摘がされており、法的安定性の観点からの、例えば、相当の期間の経過により一律に申込みの効力が失われるとする特則を置くべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

#### (比較法)

##### ○ドイツ民法

##### 第147条(承諾期間)

- (1) 申込みが対話者に対してされたときは、承諾は、直ちにしなければならない。電話又はその他の技術設備により直接した申込みについても、同様とする。

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

○フランス民法改正草案

○カタラ草案1105-3条

申込みは、申込者により定められた期間内に承諾がなかった場合、および承諾前に申込者が無能力となった、または死亡した場合、失効する。申込みは、その相手方が拒絶した場合も、同様に失効する。

○司法省草案25条

申込みにより、申込者は、明示的に規定された期間、またはそれがないときは合理的な期間、それを維持する義務を負う。

○司法省草案26条

25条に規定された維持義務に違反する申込みの撤回により、申込者は不法行為責任しか負わず、契約から期待された利益の喪失を填補するよう申込者を義務づけない。

○司法省草案27条

(1) 申込みは、申込者により定められた期間の経過により、またはそれがない場合合理的な期間の後に、失効する。

(2) 申込みは、申込者が無能力となった場合、または死亡した場合、同様に失効する。

○テレ草案16条

申込みは、申込者により定められた期間の経過により、またはそれがない場合合理的な期間の後に、失効する。申込みは、申込者が無能力となった場合、または死亡した場合、同様に失効する。

○テレ草案17条

申込みは、それが相手方に知られない限り、自由に撤回することができる。

○テレ草案18条

(1) 申込者は、明示的に規定された期間、またはそれがないときは合理的な期間、それを維持する義務を負う。

(2) 特定の者に対して行った、この維持義務に反する申込みの撤回は、契約の締結を妨げない。

(3) 申込みを、不特定の者に対して行った場合、その撤回により、申込者は民事責任しか負わず、締結されていない契約から期待された利益の喪失を填補するよう申込者を義務づけない。

○アメリカ第二次契約法リスティメント

第41条 時間の経過

① 被申込者の承諾権能は、申込の中で指定された時点において消滅し、その指定がない場合は、相当の期間の経過によって消滅する。

② 相当の期間とはどのくらいかは事実の問題であり、申込と承諾の試みがなされた時に存在したすべての事情から判断される。

③ 文言または諸般の事情から別段のことが察知される場合を除き、郵便によって発送

された申込は、申込を受領した日の深夜十二時より前の時点で承諾が投函された場合には、適時に承諾されたことになる。ただし、第 49 条に定める準則の適用を妨げない。

## (2) 申込者が申込みを撤回する権利を留保した場合

民法第 524 条は、承諾期間の定めのない申込みについて、申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間を経過するまでは撤回することができないとしているのみで、申込みを撤回する権利を留保することができるかどうかについて規定していない。この点については、承諾期間の定めのある場合と同様に、契約の申込みの際に申込者がこれを撤回する権利を留保していたときは、学説上、申込みの拘束力が及ばず、申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間内であっても、申込みを撤回することができると解されている。

そこで、承諾期間の定めのない申込みについても、申込者が申込みを撤回する権利を留保した場合には、申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間内であっても申込みの拘束力が及ばないことを条文上明確にすべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

### ○ (承諾の期間の定めのない申込み)

民法第 524 条 承諾の期間を定めないで隔地者に対してした申込みは、申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間を経過するまでは、撤回することができない。

(補足説明)

民法第 524 条は、承諾期間の定めのない申込みは、「申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間」を経過するまでは撤回することができないとしているが、申込者が申込みを撤回する権利を留保することができるかどうかについては、特段の規定を置いていない。しかし、承諾期間の定めのない申込みの場合であっても、承諾期間の定めのある場合と同様に、被申込者が、当該申込みについて撤回する権利が留保されていることを認識したときは、被申込者の信頼を保護するための申込みの拘束力を維持する必要があるため、申込者が申込みを撤回する権利を留保することはできると解されている。

この点についての立法提言をみると、現行法と同様に「申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間」は申込みの拘束力があるとしつつ、その期間内であっても申込みを撤回する権利を留保することができる旨を明記するという考え方が提示されている（参考資料 1 [検討委員会試案]・99 頁，参考資料 2 [研究会試案]・190 頁参照。）。

このような考え方について、どのように考えるか。

(関連論点)



申込みの撤回権が留保された場合の申込みの効力の存続期間

承諾期間の定めのない申込みの効力（承諾適格）の存続期間に関して、前記(1)の補足説明中のA案（申込みの拘束力が「相当な期間」の経過により消滅した後もなお申込みの承諾適格が一定期間は存続するという考え方）を採った上で、申込みの拘束力が存続している期間（申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間）内であっても申込みを撤回する権利を留保することができるという考え方に立った場合の派生論点であるが、このような留保がされた場合においては、法律関係を早期に安定させる必要があるとして、当該相当な期間の経過により申込みの効力は失われるものとすべきであるという考え方がある。

他方で、この考え方に対しては、承諾期間の定めのない申込みにおいて申込みの拘束力がある場合とない場合とを区別し、申込みの効力（承諾適格）に差を設ける合理性があるか疑問であるとの批判がある。

以上を踏まえ、申込みを撤回する権利が留保された場合には承諾期間の定めのない申込みの効力（承諾適格）に関して異なる扱いをすべきであるという上記の考え方について、どのように考えるか。

(比較法)

○ドイツ民法

第145条（申込みの拘束力）

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

## 5 対話者間における申込み

通信手段等の高度な発達によって対話者間の契約に関する規定の重要性が増しているとの指摘があるところ、例えば、対話者間における承諾期間の定めのない申込みの効力については、商人間の特則として、直ちに承諾しなかったときは効力を失うとする規定（商法第507条）が設けられているのに対し、現行民法にはこれに相当する規定が存在しない。

そこで、このような商法の規定も参照しつつ、対話者間における申込みの効力等の規律を明確化すべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○（承諾の期間の定めのある申込み）

民法第521条 承諾の期間を定めてした契約の申込みは、撤回することができない。

2 申込者が前項の申込みに対して同項の期間内に承諾の通知を受けなかったときは、その申込みは、その効力を失う。

○（承諾の期間の定めのない申込み）

民法第524条 承諾の期間を定めないで隔地者に対してした申込みは、申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間を経過するまでは、撤回することができない。

○ (対話者間における契約の申込み)

商法第507条 商人である対話者の間において契約の申込みを受けた者が直ちに承諾をしなかったときは、その申込みは、その効力を失う。

(補足説明)

1 問題の所在

通信手段等の高度な発達によって対話者間の契約に関する規定の重要性が増しているとの指摘があるところ、現行民法の規定を見ると、承諾期間の定めのある申込みについて定める民法第521条第1項は、対話者間にも隔地者間にも適用があると解されているが、承諾期間の定めのない申込みについて定める民法第524条は、条文上「隔地者に対してした申込み」とされており、対話者間には適用がないと解されているため、対話者間における承諾期間の定めのない申込みについては特段の規定が設けられていない。他方、商法には、商人である対話者間における申込みについて定める規定（同法第507条）が設けられている。

そこで、このような商法の規定も参照しつつ、対話者間における申込みの効力等の規律について明確化すべきではないかという問題が指摘されている。

2 具体的規律の検討

商法第507条は、対話者間における申込みについて、直ちに承諾しなかったときには申込みの効力が失われるとしているところ、通説的見解は、この商法の規定について、「直ちに」の意味をあまり厳格に解釈すべきでない（その対話が継続している間と解すべきである）とした上で、商人間に限らず一般的に妥当する規律であるとしている。その理由は、対話者間において契約の申込みをする場合には、反対の意思表示がない限り、その対話が継続している間にだけ契約を成立させることができるとするのが当事者の通常の意味に適するからであるとされる（大判明治39年11月2日民録12輯1413頁も同趣旨を述べる。）。

そこで、商法第507条の規定を参照しつつ、このような通説的見解を条文上明記すべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(比較法)

○ドイツ民法

第147条1項（承諾期間）

(1) 申込みが対話者に対してされたときは、承諾は、直ちにしなければならない。電話又はその他の技術設備により直接した申込みについても、同様とする。

○オランダ民法

第6編221条

(1) 口頭による申込みは、直ちに承諾されないとき、その効力を失う。書面による申込

みは、合理的な期間内に承諾がされないときは、その効力を失う。  
(2) 申込みは、申込みが拒絶されることにより、その効力を失う。

## 6 申込者の死亡又は行為能力の喪失

民法第525条は、同法第97条第2項が適用されない例外的場面を定めているが、このうち「申込者が反対の意思表示した場合」については、当然のことを定めた規定であり、削除すべきであるとの考え方が提示されている。

また、「その相手方が申込者の死亡若しくは行為能力の喪失を知っていた場合」の具体的な適用範囲については、申込みの発信後、到達前における申込者の死亡又は行為能力の喪失の場合に適用されとする考え方が通説的見解であるとされるが、被申込者が承諾の発信をするまでの申込者の死亡又は行為能力の喪失の場合にまで適用されとする見解もあり、立法論としては後者の見解に立って明文規定を設けるべきであるという考え方が提示されている。

このような立法論として提示されている考え方について、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

### ○ (隔地者に対する意思表示)

民法第97条 隔地者に対する意思表示は、その通知が相手方に到達した時からその効力を生ずる。

2 隔地者に対する意思表示は、表意者が通知を発した後に死亡し、又は行為能力を喪失したときであっても、そのためにその効力を妨げられない。

### ○ (申込者の死亡又は行為能力の喪失)

民法第525条 第九十七条第二項の規定は、申込者が反対の意思表示した場合又はその相手方が申込者の死亡若しくは行為能力の喪失の事実を知っていた場合には、適用しない。

(補足説明)

### 1 申込者が反対の意思表示した場合について

隔地者に対する意思表示は、到達した時にその効力を生じ(民法第97条第1項)、この意思表示の到達前に、意思表示をした者が死亡し、又は行為能力を喪失しても、意思表示の効力に影響はない(同条第2項)。これが、民法総則に定められている意思表示の一般原則であるところ、契約の成立においてこれを修正し、一般原則に対する例外を定めたのが、同法第525条である。

その例外の1つ目は、「申込者が反対の意思表示した場合」である。例えば、申込者が、自分が生存する間だけ申込みがその効力を生じる旨の留保をしたとき、申込者が成年後見開始の審判の請求をしており、後見開始の審判を受けたときは申込みの効力は生じないものとする旨を付言していた場合等である。

しかし、民法第97条第2項は強行規定ではないため、表意者が反対の意思を表示していた場合にその意思に従うべきことは、私的自治の一般原則上当然のことであるとの指摘がある。

そこで、民法第525条中の反対の意思を表示した場合という部分については削除すべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

## 2 申込者の死亡等を相手方が知っていた場合について

民法第525条が定める例外の2つ目は、「その相手方が申込者の死亡若しくは行為能力の喪失を知っていた場合」である。例えば、申込者が申込みの発信後に死亡し、そのことをテレビや新聞の報道等によって知った者のもとに申込みが到達した場合は、たとえ承諾しても、契約の成立が否定される。

この規定の具体的な適用範囲については、申込みの発信後、到達前の申込者の死亡又は行為能力の喪失を、相手方が申込みの到達前に知った場合に限られるのかどうか（到達後に知った場合の扱い）、及び、申込者の死亡又は行為能力の喪失が申込みの到達後、承諾の発信前に生じ、相手方がそれを知りながら承諾した場合にも適用されるのかどうかをめぐって、解釈が分かれている。

この点については、申込みの発信後、到達前の死亡又は行為能力の喪失にのみ適用されるとする考え方が通説的見解であるとされる。この見解は、民法第97条第2項は、もっぱら意思表示の到達までのことを定めたものであり、同法第525条は、これを排斥したものであるとする。その結果、申込者が反対の意思を表示していなければ、申込みの到達後の申込者の死亡又は行為能力の喪失は、たとえ被申込者が承諾前にこのことを知ったとしても、一般理論により、到達によって生じた申込みの効力に影響を及ぼさないこととなる。この見解は、できるだけ同法第525条の適用範囲を狭く解して、契約成立のチャンスを確保しようとする狙いがあると評価されている。

これに対し、被申込者が承諾の発信をするまでの申込者の死亡又は行為能力の喪失の場合にまで広く適用されるとする見解がある。例えば、申込者が死亡しているにもかかわらず、あえて契約を成立させる必要がどの程度あるのかといった観点から、第525条の適用場面をほとんど無意味なほど制限する通説的見解には疑問があると批判する。

そこで、同法第525条の適用範囲を承諾の発信時までとすることを明記すべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

このほか、民法第525条においては、承諾前の申込者の死亡又は行為能力の喪失が契約の成立を妨げるか否か、そのこと自体を正面から規定すべきであって、同法第97条の適用除外という形で規定することの分かりにくさを問題視する指摘もある。

(比較法)

○ドイツ民法

第153条（申込者の死亡又は行為能力の喪失）

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

○フランス民法改正草案

○カタラ草案1105-3条

申込みは、申込者により定められた期間内に承諾がなかった場合、および承諾前に申込者が無能力となった、または死亡した場合、失効する。申込みは、その相手方が拒絶した場合も、同様に失効する。

○カタラ草案1105-4条

ただし、特定の者に向けられた申込みが、一定の期間それを維持する義務負担を含んでいる場合、時期尚早の申込みの撤回も、申込者の無能力または死亡も、契約の締結を妨げない。

○司法省草案27条

(1) 申込みは、申込者により定められた期間の経過により、またはそれがない場合合理的な期間の後に、失効する。

(2) 申込みは、申込者が無能力となった場合、または死亡した場合、同様に失効する。

○テレ草案16条

申込みは、申込者により定められた期間の経過により、またはそれがない場合合理的な期間の後に、失効する。申込みは、申込者が無能力となった場合、または死亡した場合、同様に失効する。

○オランダ民法

第6編第222条

申込みは、当事者の一方の死亡または行為能力の喪失によっては、また、管理の結果として当事者の一方が契約を締結する権限を失ったことによっては、その効力を失わない。

○アメリカ第二次契約法リステイトメント

第48条 申込者または被申込者の死亡または無能力

被申込者の承諾権能は、被申込者または申込者が死亡し、または提案された契約を締結するための法的能力を剥奪されたときは消滅する。

## 7 隔地者間の契約の成立時期

隔地者間の契約の成立時期に関する民法第526条第1項は、承諾の通知を発した時に契約が成立すると定め、意思表示の到達主義（同法第97条第1項）に対して例外的に発信主義を採用している。

しかし、この規定に対しては、かねてより、承諾期間内に承諾が到達しなかった場合について規定する同法第521条第2項との関係で、どのように整合的に理解すべきか疑義があった上に、現代においては承諾通知が延着する現実的な可能性は低いこと等から、あえて到達主義の原則に対する例外を設ける必要性が乏しいという指摘がされている。

そこで、承諾についても原則どおりに到達主義によるものとすべきであると

いう考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (隔地者に対する意思表示)

民法第97条 隔地者に対する意思表示は、その通知が相手方に到達した時からその効力を生ずる。

2 隔地者に対する意思表示は、表意者が通知を発した後に死亡し、又は行為能力を喪失したときであっても、そのためにその効力を妨げられない。

○ (隔地者間の契約の成立時期)

民法第526条 隔地者間の契約は、承諾の通知を発した時に成立する。

2 申込者の意思表示又は取引上の慣習により承諾の通知を必要としない場合には、契約は、承諾の意思表示と認めるべき事実があった時に成立する。

○ (申込みの撤回の通知の延着)

民法第527条 申込みの撤回の通知が承諾の通知を発した後に到達した場合であっても、通常の場合にはその前に到達すべき時に発送したものであることを知ることができるときは、承諾者は、遅滞なく、申込者に対してその延着の通知を発しなければならない。

2 承諾者が前項の延着の通知を怠ったときは、契約は、成立しなかったものとみなす。

○ (電子承諾通知に関する民法の特例)

電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例第4条 民法第526条第1項及び第527条の規定は、隔地者間の契約において電子承諾通知を発する場合については、適用しない。

(補足説明)

隔地者に対する意思表示の効力が生じる時期は、到達時が原則であるが(民法第97条第1項)、同法第526条第1項は、隔地者間の契約は承諾の通知を発した時に成立すると定め、承諾の効力発生時期については、例外的に発信主義が採られている。

しかし、同法第521条第2項によると、承諾期間の定めのある場合は承諾期間中に承諾が到達しないと、その申込みはその効力を失うとされているため、承諾期間中に発せられた承諾が承諾期間経過後に到着した場合に、その承諾が発信された時点で契約が成立したといえるか、条文上疑義が生じており、学説上様々な解釈がされている状況にある。

また、同法第526条第1項によって到達主義の原則に対する例外が定められた趣旨は、契約の成立を欲する取引当事者間においては承諾の発信があればその到達を待たないで直ちに契約を成立するものとするのが取引界の要求に合致し、取引の円滑と迅速を期するためであると説明される。しかし、通信手段が高度に発達した現代においては、承諾通知が延着したり、不到達になる現実的な可能性は低く、また、発信から到達までの時間は相当に短縮されており、上記のような理由で、到達主義の原則

に対する例外を設ける必要性が乏しいと指摘されている。なお、電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例第4条は、電子契約の電子承諾通知について、民法の例外として到達主義を採用している。

そこで、上記のような条文上の疑義を整理し、現代社会に適合する規律を設ける観点から、承諾についても意思表示の効力についての原則どおりに到達主義を採用すべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(関連論点)

#### 1 民法第526条第2項（意思実現行為による契約の成立）の見直し

仮に、承諾についても到達主義を採ることとして民法第526条第1項の見直しをする場合には、同条第2項における意思実現行為による契約の成立の規定についても併せて見直す必要があるかどうか問題となり得る。

この点については、承諾について到達主義を採用することを提案した上で、意思実現行為による契約の成立については民法第526条第2項の規律を維持すべきであるという考え方が提示されている。意思実現行為によって契約が成立する場面では、申込者に対する承諾の意思表示の到達に相当するような事実を要せず、その限りでは到達主義に対する例外的な規律を維持するという考え方である（参考資料1〔検討委員会試案〕・103頁、参考資料2〔研究会試案〕・190頁参照。）。

このような考え方について、どのように考えるか。

また、このほかにも、意思実現行為による契約の成立も、「承諾の通知を必要としない」（民法第526条第2項）だけであって、承諾の意思をもって行われることが必要であるとして、意思実現行為の時に承諾の意思がなかった場合について錯誤の規定を準用すべきであるという提案もされている（参考資料1〔検討委員会試案〕・103頁）。

#### 2 民法第527条（申込みの撤回の通知の延着）の削除

申込みの撤回は、相手方に到達した時に効力を生じるものであるから（民法第97条第1項）、その到達前に承諾の通知を発すれば、承諾について発信主義を採る現行法の下では、その通知を発した時に契約は成立することになる。しかし、通常であれば承諾が発せられる前に申込みの撤回が到達すべきであった場合に、民法第527条は、契約は成立しないという申込者の信頼を保護する必要があるとして、承諾者に申込み撤回の延着を遅滞なく通知する義務を課し、申込者と承諾者の利益を調節しようとしている。

しかし、現行民法と異なり、承諾について到達主義を採用した場合には、申込みの撤回の通知を発信した後に承諾の通知を受領した申込者も、承諾の通知を発信した後に申込みの撤回の通知を受領した承諾者も、共に自己の通知が相手方に到達した時点を確認しなければ契約の成立の成否を判断することができない。そこで、民法第527条のような特別な規定は削除して、一般原則に従い、いずれの意思表示が先に効力を生ずるかで契約成立の成否を決定すべきであるとする考え方が提示されているが（参考資料1〔検討委員会試案〕・103頁、参考資料2〔研究会試案〕・191頁参照）、どのように考えるか。

(比較法)

○国際物品売買契約に関する国際連合条約

第18条

- (1) 申込みに対する同意を示す相手方の言明その他の行為は、承諾とする。沈黙又はいかなる行為も行わないことは、それ自体では、承諾とならない。
- (2) 申込みに対する承諾は、同意の表示が申込者に到達した時にその効力を生ずる。同意の表示が、申込者の定めた期間内に、又は期間の定めがない場合には取引の状況（申込者が用いた通信手段の迅速性を含む。）について妥当な考慮を払った合理的な期間内に申込者に到達しないときは、承諾は、その効力を生じない。口頭による申込みは、別段の事情がある場合を除くほか、直ちに承諾されなければならない。
- (3) 申込みに基づき、又は当事者間で確立した慣行若しくは慣習により、相手方が申込者に通知することなく、物品の発送又は代金の支払等の行為を行うことにより同意を示すことができる場合には、承諾は、当該行為が行われた時にその効力を生ずる。ただし、当該行為が(2)に規定する期間内に行われた場合に限る。

第23条

契約は、申込みに対する承諾がこの条約に基づいて効力を生ずる時に成立する。

○ヨーロッパ契約法原則

2:205条 契約の成立時期

- (1) 承諾が申込みの相手方より発信されたときには、それが申込者に到達した時点で、契約が成立する。
- (2) 行為により承諾がされるときには、その行為の通知が申込者に到達した時点で、契約が成立する。
- (3) 申込み、当事者がある間で確立させている慣行または慣習により、申込みの相手方が申込者に通知することなくある行為をすることによって承諾できるときには、その行為が開始された時点で、契約が成立する。

○ユニドロワ国際商事契約原則 2004

第2. 1. 6条 (承諾の方法)

- (1) 申込に対する同意を示す被申込者の言明その他の行為は、承諾とする。沈黙又は不作為は、それだけでは承諾とはならない。
- (2) 申込に対する承諾は、同意の意思表示が申込者に到達した時にその効力を生ずる。
- (3) 前項の規定にかかわらず、申込に基づき、または慣習もしくは当事者がその間で確立させている慣行により、被申込者が、申込者に対して通知することなくある行為をすることによって同意を示すことが認められているときは、その行為がなされた時に承諾の効力が生ずる。

○ドイツ民法

第151条 (申込者に対する意思表示を欠く承諾)

申込者に対する承諾の意思表示が取引の慣習により期待されないとき、又は申込者が



承諾の意思表示を要しないとしているときは、承諾が申込者に対して表示されなくても、契約は、申込みに対する承諾によって成立する。この場合において、申込みは、申込み又は当該の事情から推測される申込者の意思に従って定められる時に、その効力を失う。

○フランス民法改正草案

○カタラ草案1107条

反対の約定がないときは、契約は、承諾の到達によって完全なものとなる。契約は、承諾が到達した場所で締結されたものとみなされる。

○テレ草案21条

契約は、承諾が申込者に到達した時に完全なものとなる。契約は、承諾が到達した場所で締結されたものとみなされる。ただし、反対の法律上の規定または合意がある場合には、この限りでない。

○司法省草案31条

反対の約定がないときは、契約は、承諾の到達によって完全なものとなる。契約は、承諾が到達した場所で締結されたものとみなされる。

○オランダ民法

第3編第37条第3項

(3) 特定の人に対する意思表示が有効となるためには、その者に到達しなければならない。ただし、意思表示が向けられた者に到達しなかったまたは適時に到達しなかった意思表示であっても、その者自身の行為により、その者が責任を負う者の行為により、またはその者が関係しかつその者が不利益を引き受けることを正当化するその他の事情により、それが生じたときは、意思表示はその効力を生じる。

○アメリカ第二次契約法リステイトメント

第63条 承諾が有効となる時点

申込に別段の定めのある場合を除き、

(a) 申込によって誘引された方法と手段によってなされた承諾は、申込者に到達したか否かを問わず、被申込者の占有を離れた時点で有効となり、相互的同意の表示を完成させる。ただし、

(b) オプション契約の下での承諾は、申込者が受領するまで効力を生じない。

第64条 電話またはテレタイプによる承諾

電話その他の実質的に同時対話型伝達手段による承諾は、当事者が対面している場合の承諾に適用される原則によって規律される。

○スイス債務法

第10条

(1) 契約が隔地者間において成立するときは、承諾の意思表示が発せられた時からその効力を生じる。

(2) 明示の承諾が必要でないときは、申込みの受領により、契約の効力が生じる。

## 8 申込みに変更を加えた承諾

民法第528条は、申込みに変更を加えた承諾は、その申込みの拒絶とともに新たな申込みをしたものとみなすこととし、もとの申込者がこの変更された新たな申込みに承諾を与えれば、契約が成立するものとしている。ところで、ここでいう変更については、その具体的内容は条文上明らかでないが、契約の全内容から見てその成否に係する程度の重要性を有するものであることを要し、軽微な付随的内容の変更があるにすぎない場合には、当該承諾は有効であると解する見解がある。

そこで、申込みに変更を加えた承諾は、その申込みの拒絶とともに新たな申込みをしたものとみなすとする民法第528条の規律を基本的に維持した上で、どの程度の変更であれば当該承諾がなお有効となるかという判断基準を明記すべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

### ○ (申込みに変更を加えた承諾)

民法第528条 承諾者が、申込みに条件を付し、その他変更を加えてこれを承諾したときは、その申込みの拒絶とともに新たな申込みをしたものとみなす。

(補足説明)

契約は、申込みと承諾の内容が客観的に一致して初めて成立するものであるから、申込みに対して条件を付したり、その他変更を加えた承諾がされた場合には、その承諾は、無効となるはずである。しかし、実際の取引では、相手方の申込みに対して変更を加え合うことも少なくないことから、変更を加えた承諾を無効とするより、これを先の申込みに対する拒絶と新たな申込みであると位置付ける方が、取引の実態に即し、取引を円滑にすると考えられた。そこで、民法第528条は、申込みに変更を加えた承諾は、その申込みの拒絶とともに新たな申込みをしたものとみなし、もとの申込者がこの変更された新たな申込みに承諾を与えれば、契約が成立するとしている。

申込みに条件を付した場合とは、例えば、建物賃借の申込みに対して、賃借人に営業許可が出なければ貸すことをやめるという条件(解除条件)を付して承諾した場合、土地を売りたいという申込みに対して、近傍の道路計画が実現したら買うという条件(停止条件)を付して承諾する場合等である。

ところで、ここでいう変更については、その具体的内容は条文上明らかでないが、契約の全内容から見てその成否に係する程度の重要性を有するものであることを要し、軽微な付随的内容の変更があるにすぎない場合には、当該承諾は有効であり、契約は成立して、変更された部分はさらに両当事者の協議と信義則とによって決定されるべきものと解する見解がある。

そこで、申込みに変更を加えた承諾は、その申込みの拒絶とともに新たな申込みをしたものとみなすとする民法第528条の規律を維持した上で、どの程度の変更まで

は当該承諾が有効とされて契約が成立し、どの程度の変更があったときに同条が適用されるかを明らかにすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

なお、この点について、立法例（後述（比較法）参照）を見ると、変更を加えた承諾におけるその変更が実質的な変更と言えるか否かを基本的な基準とした上で、実質的な変更に当たらない場合でも、申込者が遅滞なく異議を述べたときなどには、承諾としての効力が認められない旨を定めているものがある（国際物品売買契約に関する国際連合条約，ヨーロッパ契約法原則，ユニドロワ国際商事契約原則 2004 等）。

（比較法）

○国際物品売買契約に関する国際連合条約

第 19 条

- (1) 申込みに対する承諾を意図する応答であって、追加、制限その他の変更を含むものは、当該申込みの拒絶であるとともに、反対申込みとなる。
- (2) 申込みに対する承諾を意図する応答は、追加的な又は異なる条件を含む場合であっても、当該条件が申込みの内容を実質的に変更しないときは、申込者が不当に遅滞することなくその相違について口頭で異議を述べ、又はその旨の通知を発した場合を除くほか、承諾となる。申込者がそのような異議を述べない場合には、契約の内容は、申込みの内容に承諾に含まれた変更を加えたものとする。
- (3) 追加的な又は異なる条件であって、特に、代金、支払、物品の品質若しくは数量、引渡し場所若しくは時期、当事者の一方の相手方に対する責任の限度又は紛争解決に関するものは、申込みの内容を実質的に変更するものとする。

○ヨーロッパ契約法原則

2：208 条 変更を加えた承諾

- (1) 申込みの相手方による応答がされた場合において、その応答が付加的な条項または申込みと異なる条項を明示または黙示に含んでおり、かつ、これらの条項が申込みの条項を実質的に変更するときには、当該応答は、申込みの拒絶であり、かつ新たな申込みとなる。
- (2) 申込みに対し確定的な同意を与える応答がされた場合において、その応答が付加的な条項または申込みと異なる条項を明示又は黙示に含むものであっても、これらの条項が申込みの条項を実質的に変更しないときは、当該応答は、承諾となる。このとき、これらの付加的な条項や申込みと異なる条項は、契約の一部となる。
- (3) 前項の規定にかかわらず、次の各号のいずれかに該当するときは、応答は、申込みの拒絶とみなされる。
  - (a) 申込みが、承諾を、その申込みの条項に対するものに、明示的に制限しているとき
  - (b) 申込者が、付加的な条項または申込みと異なる条項について遅滞なく異議を述べるとき
  - (c) 申込みの相手方が、付加的な条項または申込みと異なる条項に対する申込者の同

意を自らの承諾の条件とし、かつ、その同意が合理的な期間内に申込みの相手方に到達しないとき

○ ユニドロフ国際商事契約原則 2004

第2. 1. 11条 (変更を加えた承諾)

- (1) 申込に対する承諾としてなされた応答が、付加、制限、その他の変更を含むときは、申込の拒絶となり、反対申込となる。
- (2) 前項の規定にかかわらず、申込に対する承諾としてなされた応答が、付加的な条項や異なる条項を含む場合であっても、申込の内容を実質的に変更するものではないときは承諾となる。ただし、申込者が不当に遅延することなくその齟齬について異議を述べたときはこの限りではない。申込者が異議を述べないときは、承諾に含まれた条項によって変更された申込みの条項が、契約内容となる。

○ ドイツ民法

第150条第2項 (変更された承諾)

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

○ フランス民法改正草案

○ カタラ草案1105-5条2項

- (2) 申込みに一致しない承諾は、新たな申込みとなることを除いて、効果を有しない。

○ 司法省草案28条2項

- (2) 申込みに一致しない承諾は、新たな申込みとなることを除いて、効果を有しない。

○ アメリカ第二次契約法リステイトメント

第59条 制限を加えて承諾と称するもの

承諾したと称するものの、申し込まれた条項に付加された、またはそれと異なった条項に申込者が同意することを条件とする申込への返答は、承諾ではなく、反対申込である。

第61条 条項の変更を求める承諾

申込の条項の変更または追加を求める承諾は、その承諾が変更または追加された条項への同意を条件とする場合を除き、それによって無効とはならない。

○ アメリカ統一商事法典

第2-206条 契約の成立における申込みと承諾

- (1) (略)
- (2) (略)

- (3) 記録による明白かつ適時の承諾の表示は、それが申込みに追加的または異なる文言を含んでいたとしても、承諾としての機能を有する。

第2-207条 契約の条項；確認の効果

第2-202条に従い、(1)当事者の記録は他に契約の成立を証明しないものの、当事者の行為が契約の存在を認める場合、(2)契約が申込みと承諾により成立している場合、または(3)何らかの形式で成立した契約が、確認された契約に追加的または異なる条項を含んでいることが記録により確認された場合、契約の条項は、以下によるものと

する。

(ア) 両当事者の記録に存在する条項。

(イ) 記録に存在するか否かを問わず、両当事者が合意する条項。

(ウ) 本法の条文により補充または具体化される条項。

○オランダ民法

第6編第225条

(1) 申込みと異なる承諾は、新たな申込みおよび当初の申込みの拒絶をしたものとみなす。

(2) 申込者が遅滞なくその相違について異議を唱えない限り、承諾を目的とした応答が付随的な点に関してのみ申込みと異なっているときは、この応答は承諾とみなされ、その承諾に応じた契約が成立する。

(3) 申込みおよび承諾が異なる約款を指示しているときは、最初の指示において示された約款の適用可能性が明確に否定されない限り、2番目となる指示は効力を有さない。

## 第4 懸賞広告

### 1 総論

懸賞広告に関する一連の規定（民法第529条から第532条まで）については、後記2から4までのような問題点が指摘されているが、このほか、懸賞広告に関する規定の要否やその在り方なども含め、その見直しに当たっては、どのような点に留意する必要があるか。

(参照・現行条文)

#### ○ (懸賞広告)

民法第529条 ある行為をした者に一定の報酬を与える旨を広告した者（以下この款において「懸賞広告者」という。）は、その行為をした者に対してその報酬を与える義務を負う。

#### ○ (懸賞広告の撤回)

民法第530条 前条の場合において、懸賞広告者は、その指定した行為を完了する者がいない間は、前の広告と同一の方法によってその広告を撤回することができる。ただし、その広告中に撤回をしない旨を表示したときは、この限りでない。

2 前項本文に規定する方法によって撤回をすることができない場合には、他の方法によって撤回をすることができる。この場合において、その撤回は、これを知った者に対してのみ、その効力を有する。

3 懸賞広告者がその指定した行為をする期間を定めたときは、その撤回をする権利を放棄したものと推定する。

#### ○ (懸賞広告の報酬を受ける権利)

民法第531条 広告に定めた行為をした者が数人あるときは、最初にその行為を

した者のみが報酬を受ける権利を有する。

2 数人が同時に前項の行為をした場合には、各自が等しい割合で報酬を受ける権利を有する。ただし、報酬がその性質上分割に適しないとき、又は広告において一人のみがこれを受けるものとしたときは、抽選でこれを受ける者を定める。

3 前二項の規定は、広告中にこれと異なる意思を表示したときは、適用しない。

○ (優等懸賞広告)

民法第532条 広告に定めた行為をした者が数人ある場合において、その優等者のみに報酬を与えるべきときは、その広告は、応募の期間を定めたときに限り、その効力を有する。

2 前項の場合において、応募者中いずれの者の行為が優等であるかは、広告中に定めた者が判定し、広告中に判定をする者を定めなかったときは懸賞広告者が判定する。

3 応募者は、前項の判定に対して異議を述べることができない。

4 前条第二項の規定は、数人の行為が同等と判定された場合について準用する。

## 2 懸賞広告を知らずに指定行為が行われた場合

懸賞広告における指定行為を行った者の懸賞広告者に対する報酬請求権（民法第529条）については、懸賞広告を知らずに指定行為を行った者が懸賞広告者に対して報酬請求権を有するかどうか条文上明らかでない。この点については、懸賞広告の法的性質をめぐる学説上の争いはあるが、結論としては報酬請求権を認めるのが合理的であると指摘されている。

そこで、懸賞広告の法的性質は解釈にゆだねることを前提に、懸賞広告を知らずに指定行為を行った者も報酬請求権を取得することを条文上明記すべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (懸賞広告)

民法第529条 ある行為をした者に一定の報酬を与える旨を広告した者（以下この款において「懸賞広告者」という。）は、その行為をした者に対してその報酬を与える義務を負う。

(補足説明)

懸賞広告がされている場合に、ある者がその存在を知らないで指定行為を完了することがある。例えば、Aが、その遺失した鞆を拾って届けた者に10万円の報酬を与えるという広告をしたところ、Bが、それを知らないで鞆を拾って届け出たような場合である。

このような場合に、懸賞広告を知らずに指定行為を行った者が、懸賞広告者に対して報酬請求権を有するかについては、条文上明らかでない。この点については、学説上、懸賞広告の法的性質と関連づけて議論がされている。懸賞広告の法的性質につい

て、懸賞広告を単独行為と解する見解（単独行為説）からは、懸賞広告者は、この単独行為によってその指定した行為を完了した者に報酬を与えるべき一種の条件付義務を負担することになるので、懸賞広告を知らずに指定行為を行った者も報酬請求権を取得するとされる。これに対し、懸賞広告は不特定多数人に対する契約の申込みであり、この申込みに定められた指定行為を完了することが承諾となって契約が成立するとする見解（契約説）は、報酬請求権を否定する考え方と親和的であるとされる。その理由は、申込みの存在を知らないで指定行為を行った者は、これに対する承諾の意思を有していないので、契約が成立しないからと言われている。

結論としては、懸賞広告を知らずに指定行為を行った者についても報酬請求権を肯定するのが妥当であると指摘されている。懸賞広告者としては、客観的にはその期待が実現されているのであるから、報酬支払義務を負担させても不当ではないと考えられるからである。

そこで、懸賞広告の法的性質は解釈にゆだねることを前提として、懸賞広告を知らずに指定行為を行った者も報酬請求権を取得することを条文上明記すべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

なお、この考え方による場合には、懸賞広告の法的性質には触れないこととの関係で、現行法のように「契約の成立」の款に規定を置くことの当否を検討する必要がある。

### 3 懸賞広告の効力・撤回

#### (1) 懸賞広告の効力

現行民法は、懸賞広告の撤回についての規定は設けているが（同法第530条）、懸賞広告の効力がいつまで存続するかは、条文上明らかではない。

この点について、懸賞広告者がその指定した行為をする期間を定めたか否かによって区別し、期間を定めた場合には当該期間の経過により効力を失い、期間を定めなかった場合には指定行為をするのに相当の期間の経過により効力を失うとする規律が相当であり、これを条文上明記すべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

（参照・現行条文）

#### ○ （懸賞広告の撤回）

民法第530条 前条の場合において、懸賞広告者は、その指定した行為を完了する者がいない間は、前の広告と同一の方法によってその広告を撤回することができる。ただし、その広告中に撤回をしない旨を表示したときは、この限りでない。

2 前項本文に規定する方法によって撤回をすることができない場合には、他の方法によって撤回をすることができる。この場合において、その撤回は、これを知った者に対してのみ、その効力を有する。

3 懸賞広告者がその指定した行為をする期間を定めたときは、その撤回をする権利を放棄したものと推定する。

(補足説明)

現行民法上、懸賞広告の効力がいつまで存続するかは、条文上明らかではない。

この点について、①懸賞広告者がその指定した行為をする期間を定めた場合は、当該期間の経過により効力を失うこととし、②懸賞広告者がその指定した行為をする期間を定めなかった場合は、指定行為をするのに相当の期間の経過により効力を失うとする規律が相当であるとして、これを条文上明記すべきであるという考え方が提示されている（参考資料1 [検討委員会試案]・109頁）。この考え方は、まず、①懸賞広告者がその指定した行為をする期間を定めた場合については、承諾期間を定めた申込みの効力の規律に準ずるものとしている（民法第521条第2項参照）。そして、②懸賞広告者がその指定した行為をする期間を定めなかった場合については、承諾期間の定めのない申込みの効力の規律に準ずることを基本とした上で、不特定の者に対する申込みがされた場合との類似性に着目し、法的安定性の観点から、指定行為をするのに相当の期間の経過により効力を失うとすべきものとする（前記第3の「4 隔地者に対する承諾期間の定めのない申込み」「(1)承諾期間の定めのない申込みの効力」（関連論点）「承諾期間の定めのない申込みが不特定の者に対してされた場合」参照）。

そこで、懸賞広告の効力について、このように、懸賞広告においてその指定した行為をする期間が定められているか否かによって区別し、上述のような規律を設けるべきであるという考え方について、どのように考えるか。

## (2) 撤回の可能な時期

懸賞広告の撤回が認められる時期について定める民法第530条第1項及び第3項の規律に対しては、懸賞広告の指定行為に着手した第三者の期待を保護する等の観点から見直しをすべきであるとの指摘があり、例えば、懸賞広告者が指定行為をすべき期間を定めた場合は、当該期間は撤回することができないとするなどの考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

### ○ (懸賞広告の撤回)

民法第530条 前条の場合において、懸賞広告者は、その指定した行為を完了する者がいない間は、前の広告と同一の方法によってその広告を撤回することができる。ただし、その広告中に撤回をしない旨を表示したときは、この限りでない。

2 前項本文に規定する方法によって撤回をすることができない場合には、他の方法によって撤回をすることができる。この場合において、その撤回は、これを知った者に対してのみ、その効力を有する。

3 懸賞広告者がその指定した行為をする期間を定めたときは、その撤回をする権利を放棄したものと推定する。



(補足説明)

## 1 問題提起の趣旨

### (1) 民法第530条第1項について

民法第530条第1項は、懸賞広告の撤回について、懸賞広告者がその指定した行為をする期間を定めているかどうかにかかわらず、指定した行為を完了する者がいない間は、することができるとしている。

懸賞広告者にとっては第三者が指定行為に着手したかどうかを容易に知ることとはできず、他方、懸賞広告における第三者は、指定行為の完了によって初めて報酬請求権を取得し、それまでの間は、自己の危険において指定行為を完了しようと試みるのである。そこで、民法第530条第1項は、その本文で、原則として、指定行為の完了前は、懸賞広告を自由に撤回することができるとし、そのただし書で、撤回することができない場合について定めたのである。

このような現行規定に対しては、民法第530条第1項ただし書で、撤回をしない旨を表示した場合に撤回することができないとしているのは、任意規定である以上当然のことであって不要であるという指摘がある。

### (2) 民法第530条第3項について

民法第530条第3項は、懸賞広告者がその指定した行為をする期間を定めたときは、その撤回する権利を放棄したものと推定している。

前記(1)のように、懸賞広告が原則として自由に撤回できるものであるとしても、懸賞広告者が指定行為をすべき期間を定めて、その期間内における指定行為の完了を期待することを表明しながら、その期間内に懸賞広告を撤回するのは、相矛盾する行為をすることになる。そこで、このような期間の定めのある場合には、懸賞広告者がその懸賞広告の撤回権を放棄したものと推定したのである。

このような規律に対しては、民法第530条第3項が推定規定である以上、懸賞広告者による反証が認められることから、法的安定性を欠くとの批判がある。

## 2 具体的規律の検討

まず、懸賞広告者がその指定した行為をする期間を定めた場合については、承諾期間を定めた申込みの効力の規律（民法第521条第1項参照）に準じて、懸賞広告者が懸賞広告の際に撤回する可能性を留保しない限り、指定した行為をする期間は撤回することができないものとすべきであるとの提言がある（参考資料1〔検討委員会試案〕・109頁）。民法第530条第3項のように権利の放棄の推定とするのではなく、撤回可能性の留保がない限り一律に撤回することができないとすることを提案するものである。

次に、懸賞広告者がその指定した行為をする期間を定めなかった場合については、指定した行為に着手した者がいない間は、その広告を撤回することができるものとすべきであるとの提言がある（参考資料1〔検討委員会試案〕・109頁）。これは、指定行為を完了する者（民法第530条第1項）がまだ現れていなくて

も、すでに指定行為に着手した者がいれば、その者には報酬に対する正当な期待が既に発生しているので、懸賞広告者が撤回することはできないとするのが適切であることを理由とする。しかし、この提言に対しては、第三者が指定行為に着手したかどうかは懸賞広告者において容易には分からず、懸賞広告者による撤回が実際上困難になるおそれがあるという問題や、懸賞広告において指定行為に着手したに過ぎない第三者の報酬に対する期待はそれほど保護に値するかという疑問があるなどの批判がされている。

これらの点を踏まえ、懸賞広告の撤回が可能な時期に関する上記提言について、どのように考えるか。

### (3) 撤回の方法

民法第530条第1項及び第2項によると、撤回の方法は、一次的には懸賞広告と同一の方法により、同一の方法によることができない場合には、二次的に他の方法によることができるとされている。しかし、これらの規定に対しては、他の方法による撤回の場合には、これを知った者に対してのみ効力を生ずるという効果の制限が設けられているのであるから、それ以上に他の方法によることを禁止ないし制限すべき合理的理由はないという指摘がされている。

そこで、このような指摘に従って撤回の方法の規定を改めるべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

#### ○ (懸賞広告の撤回)

民法第530条 前条の場合において、懸賞広告者は、その指定した行為を完了する者がいない間は、前の広告と同一の方法によってその広告を撤回することができる。ただし、その広告中に撤回をしない旨を表示したときは、この限りでない。

2 前項本文に規定する方法によって撤回をすることができない場合には、他の方法によって撤回をすることができる。この場合において、その撤回は、これを知った者に対してのみ、その効力を有する。

3 懸賞広告者がその指定した行為をする期間を定めたときは、その撤回をする権利を放棄したものと推定する。

(補足説明)

民法第530条第1項及び第2項によると、撤回の方法は、一次的に「前の広告と同一の方法」によるとされ(同条第1項)、同一の方法によって撤回をすることができない場合には、二次的に他の方法によって撤回することができるとされている(同条第2項)。

同一の方法とは、例えば、主要新聞の朝刊に懸賞広告を掲載したら撤回もそれにより、電車の吊り広告によって懸賞広告をしたのであれば撤回もそれによるという

ことである。このように、「同一の方法」と限定した理由は、懸賞広告の撤回を知らずに不要な出費等を行って不測の損害を受ける者をできるだけ少なくするため、行為者が見聞する可能性の高いものに再度掲載させようという配慮に基づくものである。

しかし、現実には、懸賞広告を掲載した新聞が廃刊されるなど、懸賞広告と同一の方法によることができない場合もある。そこで、そのような場合には、二次的に、他の方法による撤回を認めた上で、この場合には、撤回を知らずに行為を完了した者には撤回を対抗することできないとした（民法第530条第2項）。

この規定の形式からすると、懸賞広告と異なった方法による撤回は、懸賞広告と同一の方法による撤回をすることができない場合にのみ有効となるように思われる。

しかし、このような現行法の規定に対しては、懸賞広告と同一の方法による撤回と、他の方法による撤回との区別は、前者はすべての者に対して効力を生じ（同条第1項）、後者は撤回を知った者に対してのみ効力を生ずる（同条第2項）という効果の差を設ければ十分であり、前者の方法が可能な場合に後者の方法を禁止したり制限したりすべき合理的理由はないという指摘がされている。

そこで、このような指摘に従って、懸賞広告者は、懸賞広告と同一の方法による撤回が可能な場合であっても、異なった方法による撤回をすることができるものとすべきである（その効果は、現行法と同様にこれを知った者に対してのみ効力を生ずるものとする。）という考え方が提示されているが、どのように考えるか。

#### 4 懸賞広告の報酬を受ける権利

民法第531条は、懸賞広告者の意思を推定し、広告に定めた行為をした者が数人あるときの報酬受領権者の決定方法について定めている。しかし、例えば、同条第1項が規定するような指定行為をした者が数人あるときの報酬受領権については、広告者の意思によれば足り、このような決定方法を原則として定める理由はないとの批判がある。また、同条第3項についても、強行規定ではないから不要な規定であるとして、削除すべきであるという考え方がある。

そこで、このような問題意識を踏まえて、広告に定めた行為をした者が数人あるときの報酬受領権者の決定方法を定めた規定を見直すべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

（参照・現行条文）

○ （懸賞広告の報酬を受ける権利）

民法第531条 広告に定めた行為をした者が数人あるときは、最初にその行為をした者のみが報酬を受ける権利を有する。

2 数人が同時に前項の行為をした場合には、各自が等しい割合で報酬を受ける権利を有する。ただし、報酬がその性質上分割に適しないとき、又は広告において一人のみがこれを受けるものとしたときは、抽選でこれを受ける者を定める。

3 前二項の規定は、広告中にこれと異なる意思を表示したときは、適用しない。

(補足説明)

懸賞広告は、指定行為を完了した者に一定の報酬を与えるという不特定の第三者に対する表示であるので、懸賞広告によって、多数の者が相互に無関係に、かつ、独立して指定行為を完了し、報酬を取得しようとすることも当然生じ得る。そこで、多数の者が指定行為を完了した場合に誰が懸賞広告者に対して報酬を請求できるのかを定めておかないと、事後に混乱の生ずるおそれがある。そこで、民法第531条は、懸賞広告者の意思を推定し、広告に定めた行為をした者が数人あるときの報酬受領権者の決定方法について定めた。すなわち、数人が各別に指定行為を完了し、かつ、指定行為の完了が同時でない場合には、最初に指定行為を完了した者が報酬を請求できると規定している。

しかし、この規定に対しては、このような決定方法を原則とする理由はなく、むしろ、指定行為をした者が数人あるときに誰が報酬を受ける権利を有するかは、広告者の意思によれば足りるとする考え方がある。この考え方は、民法第531条第1項のような規定は削除し、同条第2項については、広告者が広告において、最初に指定行為をした者のみが報酬を受け取るとした場合に、数人が同時に指定行為を行ったときのルールを定めたものとして、存続させることを提案する（参考資料1 [検討委員会試案]・110頁）。

また、同条第3項については、同条が強行規定ではないことから、削除することが提案されている。

そこで、上記提案のような考え方について、どのように考えるか。

(比較法) 懸賞広告

○ドイツ民法

第657条 拘束力のある約束

ある行為をすること、とりわけ、ある結果を生じさせることに対して報酬を与える旨を広告した者は、その行為をした者に対し報酬を与える義務を負う。行為者が懸賞広告を顧慮していなかったときも同様とする。

第658条 撤回

- (1) 懸賞広告は、行為をするまでの間、撤回することができる。撤回は、懸賞広告をしたのと同じの方法によって行うか、または、特別の通知をした場合に限り、効力を生ずる。
- (2) 懸賞広告の撤回可能性は、懸賞広告の中で放棄することができる。行為をすることについての期限の定めは、疑問の余地のあるときは、撤回を含むものとみなす。

第659条 複数の行為がなされた場合

- (1) 報酬が約束された行為が複数行われたときは、最初にその行為をした者が報酬を取得する。
- (2) 数人が同時に行為をしたときは、各人が平等の割合で報酬を取得するものとする。報酬がその性質上、分割できないとき、または、懸賞広告の内容上一人しか報酬を取

得できないときは、抽選によって取得者を決するものとする。

#### 第660条 複数の者の協力

- (1) 報酬が約束された結果を生じさせるために数人が協力していたとき、懸賞広告者は各人の結果に対する寄与の割合を考慮したうえで、公平な裁量に従い、報酬を分配しなければならない。分配が明らかに不公平であるときは、拘束力をもたず、この場合、判決によって分配をおこなうものとする。
- (2) 応募者のひとりが懸賞広告者による分配を拘束力あるものとして承認しないときは、懸賞広告者は、それらの応募者が各自の権利についての紛争を解決するまで、履行を拒絶することができる。いずれの当事者も、全員のために報酬を供託するよう請求することができる。
- (3) 659条2項2文の規定は、ここに適用する。

#### 第661条 優等懸賞広告

- (1) 優等懸賞広告を目的とする広告は、広告中に応募の期間を定めたときに限り、その効力を有する。
- (2) 期間内に行われた懸賞広告への応募が適合しているか、複数の応募のうちいずれが優先するかについての判定は、懸賞広告中に記載された者、または判定者の定めがないときは懸賞広告者がこれを行うものとする。この判定は、応募者を拘束する。
- (3) 複数の応募が同等と評価されるとき、報酬の分配については、659条2項の規定によるものとする。
- (4) 懸賞広告者は、懸賞広告中に権利の移転につき定めていたときに限り、仕事の所有権の移転を請求することができる。

#### 第661a条 懸賞の約束

懸賞の約束その他の類似した通知を消費者に対して送信し、これにより消費者に懸賞を獲得したとの印象を惹起した事業者は、消費者に対しその懸賞を履行しなければならない。

\*2000年6月27日付けの隔地取引その他の消費者保護および単一通貨ユーロの導入に関する法律により挿入された規定

### ○スイス債務法

#### 第8条 優等懸賞広告および懸賞広告

- (1) 優等懸賞広告または懸賞広告により、ある行為に対し報酬を与える旨を約束した者は、その広告に従い報酬を支払う義務を負う。
- (2) 懸賞広告者が応募者により所定の行為がなされるのに先立ってこれを撤回するとき、広告に基づき善意で費用を支出した者に対し、当該出費によっても行為が成功し得なかったことを証明しない限り、約束した報酬金額を上限としてその費用を償還しなければならない。

## 第5 約款（定義及び要件）

### 1 総論

現行民法には、約款に関する特別な規定は存在しない。しかし、現代社会において、約款は、鉄道、バス、航空機等の運送約款、各種の保険約款、銀行取引約款等、市民生活にも関わる幅広い取引において利用されており、大量の取引を合理的、効率的に行うための手段として重要な意義を有している。他方で、約款については、その内容を相手方が知るための機会が十分には無く、相手方の利益が害される場合があるのではないか等の問題も指摘されている。

そこで、約款に関して指摘されている問題点に対処しつつ、約款を利用した取引の安定性を確保する等の観点から、民法に規定を設けるべきであるという考え方がある。このような考え方について検討する際には、約款の定義（後記2）、約款を契約内容とするための要件（後記3）及びこれらに関連する問題点について検討することが考えられるが、このほか、どのような点に留意すべきか。

（注）約款をめぐる問題の一つとして、約款により契約内容となった条項が相手方にとって不当な内容であった場合における当該条項の効力に関する問題等があるが、この点については、別の機会に取り上げることとする。

### 2 約款の定義

約款についての規定を新たに設ける場合には、約款をどのように定義するかが問題となる。この点については、例えば、多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体をいうとする立法提言があるが、このような定義では、現在の契約実務では約款規制の対象になるとは想定されていないものまで規律の対象とされる可能性がある等の問題点があると指摘されている。

そこで、このような指摘も踏まえ、規律の対象となる約款の定義について、どのように考えるか。

（補足説明）

#### 1 問題提起の趣旨

約款は、大量の取引を合理的・効率的に行うための手段として重要な意義を有している。すなわち、契約の種類・性質によっては、結ぶべき契約の内容の詳細にまでわたって個々に検討し、労力を費やして交渉することは効率が悪いので、あらかじめ約款の形でその細目を定めておき、これを多数の取引にそのまま取り入れることが、当事者双方にとって合理的かつ効率的である場合がある。

他方、このような約款を用いた契約においては、約款の内容を相手方が十分に認識しないまま契約を締結することが少なくないことや、個別条項についての交渉がされないことなどから、相手方の利益が害される場合があるのではないかといった問題が指摘されている。すなわち、相手方は、極めて多数にわたることのある約款

の条項について、その内容を理解し吟味するだけの注意を向けることが難しいため、個別の条項の意味を十分に認識しないまま契約を締結する事態が生じ得ること（いわゆる隠蔽効果といわれる問題）や、実質的な交渉が行われにくいことから、契約を締結するかしないかの選択が存在するのみになっている等の問題点があると指摘されている。

そして、このような問題が生ずる約款を特徴付けている要素としては、個別の契約ごとの調整を予定せず、多数の取引に画一的に用いられる定型的な契約条項として用意されていることが指摘されている。すなわち、多数の取引に画一的に用いられる定型的な条項であるからこそ、大量の取引を合理的・効率的に行うことが可能となるのであり、特定の取引のみを例外扱いすることは交渉コストを増加させ、約款の有用性の否定につながると言われている。そのため、規律の対象とすべき約款について考える際には、多数の取引に画一的に用いられることを予定し、定型的な契約条項となっているものかどうか、重要な要素になると言われている。

## 2 具体的規律の検討

約款の定義に関する具体的な提言としては、「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体をいう」とする考え方（参考資料1〔検討委員会試案〕・105頁、参考資料2〔研究会試案〕・192頁）や、「一方当事者により一般的かつ反復的な使用のためにあらかじめ準備され使用された契約条項」とする考え方（山本豊「契約の内容規制」債権法改正の課題と方向—民法100周年を契機として—別冊NBL51号参照）等が示されている。

このうち前者の考え方に対しては、例えば、企業間の取引で用いられる取引基本契約のように、約款の問題点とされる隠蔽効果があるとは必ずしも言えず、現在の契約実務においても約款としての規律の対象になるとは想定されていないものまで含まれることになるのではないかという問題点が指摘されている。

また、規律の対象とすべき約款を消費者取引の場合に限定するかという点も問題となり得る。この点については、事業者間においても、約款の個別条項の内容を変更することは困難であるなど、約款の定型性がもたらす問題点が妥当することや、事業者だからといって常にその取引の専門性が高いわけではないことなどから、消費者取引の場合に限定すべきでないという考え方もある。

このほか、下請けと元請けの関係のように、必ずしも対等とはいえない事業者間の取引において生ずる実際上の問題点については、約款を対象とする規制ではなく、現代型の暴利行為等に関する契約一般の規制として考えるべきであり、そのことと約款の定義は切り離して考えるべきであるという指摘もある。

そこで、以上を踏まえて、約款についての規定を設ける場合における約款の定義について、どのように考えるか。

### （関連論点）

#### 1 個別の交渉を経て採用された条項について

個別の条項について実質的な交渉がされ、それに基づいて契約が締結された場合であれば、その個別条項については、約款が用いられることから生ずる問題は解消

されているとして、約款の規律の対象外とすべきであるという考え方がある。しかし、この考え方に対しては、そもそも約款に関しては、真に実質的な個別の交渉を経ることが想定されにくいことや、実質的な個別の交渉の有無という基準によって規律の対象を画することが困難であるなどの問題点も指摘されている。

以上を踏まえて、個別の交渉を経て採用された条項の取扱いについて、どのように考えるか。

## 2 契約の中心部分に関する契約条項について

契約の主たる給付内容を定める条項（中心部分に関する契約条項）を約款としての規律の対象に含めるべきかどうかについては、不当条項の効力規制の適用範囲に含まれるかという形で、約款の定義と関連して問題となっているところ、学説の結論は一致せず、その考え方は分かれている。

規律の対象から除外する見解の論拠は様々であるが、例えば、①価格であれば、買主にとって損得が判断しやすい事項であるため、自覚的な選択の意識が働きやすく、また、そのために売主の競争意識が働いて市場メカニズムが機能すると期待できること、②価格等の契約の中心部分については、その当否を判定する法的基準が一般的には存在せず、当事者の判断にゆだねるほかないこと、③契約の中心となる部分は、実質的な情報の開示を前提として、交渉と熟慮の結果に基づく合意がされることが必要であること、④中心部分に関する契約条項は、条項の問題というより、契約全体の当否の問題であり、契約全体の効力の問題として判断すべきであることなどを理由とする。

これに対し、中心部分に関する契約条項を約款としての規律の対象から除外するとすれば、中心部分に関する契約条項とそれ以外の条項とを区別する必要があるが、例えば、役務提供契約において複雑な役務の内容が定められていて、その区別が困難である場合があること、中心部分に関する契約条項の典型と言われる対価についても、その算定条件が複雑になっていて分かりにくい場合もあること（携帯電話の料金体系が例に挙げられることがある。）などを指摘して、中心部分に関する契約条項も約款としての規律の対象とすべきであるという考え方がある。

この問題に関する立法提言としては、規律の対象となる約款に含まれるか否かについては解釈にゆだねることとし、明文の規定を置かないことを提示するもの（参考資料1 [検討委員会試案]・106頁）、不当条項規制の一般規定の形であるが、中心部分に関する契約条項は不当条項の効力規制規定の適用範囲から除外すべきであるとするもの（山本豊「契約の内容規制」債権法改正の課題と方向－民法100周年を契機として一別冊NBL51号96頁以下参照）等がある。

以上を踏まえて、中心部分に関する契約条項の取扱いについて、どのように考えるか。

## 3 約款を契約内容とするための要件（約款の組入れ要件）

約款を用いた契約においては、約款の内容を相手方が十分に認識しないまま契約を締結することが少なくないとの問題が指摘されている。そのため、大量



の取引事務の合理的・効率的処理の要請に留意しつつも、契約内容を認識することについての相手方の利益との調和を図る必要があるとの指摘がされている。

そこで、約款を個別の契約の契約内容とするための要件（約款の組入れ要件）については、例えば、原則として約款が相手方に開示されていることが必要であるとした上で、約款の開示が現実的に困難である場合の例外要件を設定するといった考え方が提示されているが、どのように考えるか。

（補足説明）

## 1 問題提起の趣旨

約款の法的拘束力の根拠をどのように解するかについては、学説上争いがあるところ、判例（大判大正4年12月24日民録21輯2182頁）には、普通保険約款の拘束力について、保険加入者は普通保険約款による意思で契約するのが普通であるから、とくに約款によらない旨の意思を表示しないで契約をしたときは、反証のない限り約款の内容による意思で契約したものと推定すべきであると判示したものがあつた。しかし、この判決に対しては、相手方が約款の内容を知らない場合に約款による意思を推定することはできないなどの指摘がある。

学説上は、約款によることが一種の商慣習であるとする見解や、約款を一種の自主的法規制であると理解し、それを肯定する見解等もあるが、近時は、約款による契約にも一般の契約法理が妥当するとした上で、約款の特性に応じた修正を試みる立場が有力である。

しかし、約款の法的性質をどのように解するにせよ、約款を用いた契約においては、約款の内容を相手方が十分に認識しないまま契約を締結することが少なくないため、約款が契約内容となり、法的拘束力が認められるための要件について、明文の規定を置くべきかどうか問題となる。

## 2 具体的規律の検討

- (1) 約款による契約においては、相手方が約款の個別的な条項の内容を十分に認識していないことが多いが、それにもかかわらずその法的拘束力が認められるためには、約款の存在の認識可能性が最低限必要であり、そのためには、約款を使用して契約を締結しようとする者（約款使用者）が相手方に対して約款を開示していることが必要であると言われている。

そこで、このような考え方からは、約款使用者の相手方が契約締結時に約款の内容を知っていた場合は格別、そうでない場合には、原則として約款が相手方に提示されていることが必要であるとする考え方が提示されている（後記・参考資料1〔検討委員会試案〕、参考資料2〔研究会試案〕参照）。

他方、この考え方と同様の問題意識を持ちつつ、約款を使用した当事者が、契約締結時またそれ以前に、可能な限り、契約相手方に約款の内容が記された書面を交付することを原則として要求する考え方（後記・山本豊「約款の契約への採用」参照）もある。

- (2) 以上のような約款の提示やその書面の交付（以下「約款の開示」という。）が

原則として必要であるとしても、契約の種類・性質によっては、個々の相手方に対して現実に約款の開示をすることが困難な場合もある。しかし、このような種類・性質の契約について、約款の法的拘束力を否定することは、現代社会における約款の存在意義や現実的な機能にかんがみ妥当ではない。

そこで、約款の開示が困難である場合への対応として、何らかの形で例外の要件を設定することが提案されている。この例外の要件の具体的な提案としては、①約款使用者が、相手方に対し契約締結時に約款を用いる旨の表示をし、かつ、契約締結時までに約款を相手方が知り得る状態に置いたことを要とするもの（後記・参考資料1〔検討委員会試案〕参照）や、②約款使用者が約款を用いるであろうことを契約の締結時に相手方が知り、又は知ることができ、かつ、相手方が約款の内容をあらかじめ知ることができる状態にしていたことを要とするもの（後記・参考資料2〔研究会試案〕参照）、③契約締結場所における見やすい掲示等によって約款の内容を知る機会を与えることを要とするもの（後記・山本豊「約款の契約への採用」参照）等がある。

以上のような考え方について、どのように考えるか。

（関連論点）

不意打ち条項について

約款の組入れ要件を満たしていても、相手方が合理的に予測することのできない内容の条項（不意打ち条項）は、契約内容とならないとする考え方がある。この考え方は、条項の不当な内容を規制する問題とは別に、それに先行する問題として、約款の組み入れにおいて不意打ち条項を排除するという考え方である。これに対して、不意打ち条項は、条項の内容規制の問題であると理解する考え方もある。

そこで、約款についての規定を設ける場合に、不意打ち条項の規定を設けることについて、どのように考えるか。

不意打ち条項の規定を設けるべきとする考え方には、具体的に、①相手方が知らず、また取引の慣行に照らし異常な条項で相手方の利益又は相手方の合理的な期待を一方的に害するものは公序良俗に反して無効とする考え方（後記・参考資料2〔研究会試案〕参照）、②取引慣行に照らして異常な条項又は取引の状況若しくは契約の外形から見て約款使用者の相手方にとって不意打ちとなる条項は、契約の内容とならないとする考え方、③相手方が合理的に予期しえないような性質の条項は、その内容が相手方により契約締結時までに理解されていたことを条項使用者が証明した場合をのぞき、契約の構成部分とならないとする考え方（後記・山本豊「不意打ち条項」参照）等が提案されているほか、④これらの規律を消費者契約において約款を使用する場合を対象に設けるべきであるとする考え方もある。

これに対し、不意打ち条項を公序良俗に反するものとして無効とする考え方に対しては、内容規制ではないとしながら公序良俗違反とするのは体系的混乱を招くのではないかとの疑問が呈されている。また、不意打ち条項は契約の内容とならないとする考え方に対しては、約款の組入れ要件を満たしている条項について、どのような基準により、契約内容とならないとするかが不明確であるとの批判がある。このような批

判等を踏まえ、不意打ち条項は同時に不当条項であると評価されることも少なくないことを考慮し、独立の規律として設ける必要はないとする考え方（参考資料１〔検討委員会試案〕・１０８頁）もある。

○ 参考資料１〔検討委員会試案〕・１０７頁

【3.1.1.26】（約款の組入要件）

〈1〉 約款は、約款使用者が契約締結時までに相手方にその約款を提示して（以下、開示という。）、両当事者がその約款を当該契約に用いることに合意したときは、当該契約の内容となる。ただし、契約の性質上、契約締結時に約款を開示することが著しく困難な場合において、約款使用者が、相手方に対し契約締結時に約款を用いる旨の表示をし、かつ、契約締結時までに、約款を相手方が知りうる状態に置いたときは、約款は契約締結時に開示されたものとみなす。

〈2〉 〈1〉の規定にもかかわらず、約款使用者の相手方は、その内容を契約締結時に知っていた条項につき、約款が開示されなかったことを理由として、当該条項がその契約の内容とならないことを主張できない。

○ 参考資料２〔研究会試案〕・１９２頁

第４６８条（約款とその効力）

① （略）

② 契約の申込み又は承諾の一方が約款によりなされた場合において、次の各号のいずれかに当たるときは、申込みと承諾が合致し、契約が成立したものとみなす。

一 約款を提示した者が、契約の締結時までにその約款を提示していたとき。

二 契約の性質に照らし、契約の締結までに約款を提示することが困難な場合において、約款を使用する者が約款を用いるであろうことを契約の締結時に相手方が知り、又は知ることができ、かつ、約款を使用する者が相手方が約款の内容をあらかじめ知ることができる状態にしていたとき。

③ （略）

④ 前項に当たらない場合であっても、相手方が知らず、また取引の慣行に照らし異常な条項で相手方の利益又は相手方の合理的な期待を一方的に害するものは、（新）第五十条（法律行為の効力）第三項に反するものとし、無効とする。

○ 「契約の内容規制」山本豊（「債務法改正の課題と方向－民法 100 周年を契機として－」別冊 NBL 51 号）

約款の契約への採用（１００頁）

一方当事者により一般的かつ反復的な使用のためにあらかじめ準備され使用された契約条項（約款）は、それらの条項を知らない契約相手方に対しては、条項を使用した当事者が、契約締結時またはそれ以前に、契約相手方に約款の内容が記載された書面を交付するか、または、契約締結の態様からしてそれが著しく困難なときは、契約締結場所におけるみやすい掲示等によって約款の内容を知る機会を与えた場合にのみ、契約の構成部分となる。

不意打ち条項（１０１頁）

一方当事者によりあらかじめ準備され使用された契約条項に含まれる条項のうち、相手方が合理的に予期しえないような性質の条項は、その内容が相手方により契約締結時まで理解されていたことを条項使用者が証明した場合をのぞき、契約の構成部分とならない。

(比較法) 約款

○ドイツ民法：約款アプローチ+消費者契約について特別の規定(EC指令由来)

第305条 約款の契約への組み入れ

- (1) 約款とは多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化されたすべての契約条項であって、一方の契約当事者(約款使用者)が他方の契約当事者に対して契約締結の際に設定したものをいう。その規定が外観上区別された契約の構成部分となっており、または、契約証書に記載されている場合も同様とし、その規定の範囲、書式、契約の方式は問わない。契約条項につき契約当事者間で個別に交渉がなされたものは、約款ではない。
- (2) 約款は、次の各号に定める要件をすべて満たし、かつ、他方当事者が約款の適用につき了解した場合に限り、契約に組み入れられるものとする。
  1. 約款使用者が、他方の契約当事者に対して約款を明示的に提示し、または、契約締結の形態故に明示的な提示が不相当に困難を伴う場合には契約締結の場所に約款を明確に認識可能な状態に置くこと
  2. 約款使用者が、他方の契約当事者に対して、約款の内容を認識する機会を、約款使用者に認識できる同人の身体的障害も考慮したうえで期待可能な形で与えたこと
- (3) 契約当事者は、本条第2項の定める要件に鑑みて、特定の種類の法律行為のための約款の適用につき、あらかじめ合意をすることができる。

第305a条 特別な場合における契約の組み入れ

次に掲げる各号のいずれかに該当する場合において、契約相手方が約款の効力を了解したときは、第305条第2項第1号および第2号所定の要件を満たさなくとも、約款は契約に組み入れられる。

1. 権限ある交通当局が認可した料金表または国際条約に基づいて告示された料金表、運送契約のための定期交通に関する鉄道の施行規則、旅客運送法に準拠して認可された市街電車、トロリーバスおよび自動車の運送規定
2. テレコミュニケーションおよび郵便のために監督官庁の官報において公表され、かつ、約款使用者の営業所に用意された約款であって、次に掲げるいずれかに関するもの
  - a 営業所以外の場所にある郵便ポストに郵便物を投函することにより締結される郵送契約
  - b テレコミュニケーション、情報その他のサービス提供に関する契約であって、直接、隔地的コミュニケーション手段の使用によりもたらされ、かつ、当該テレコミュニケーションサービスが1度に履行される場合であって、契約締結前に契

約相手方に対して約款を入手可能にすることが極めて困難であるとき

#### 第305c条 不意打ち条項および多義的な条項

- (1) 約款中の条項であって、諸事情とりわけ契約の外形に照らして、約款使用者の相手方が予期する必要がないほどに異例なものは、契約の構成部分とならない。
- (2) 約款の解釈に疑義があるときは、約款使用者に不利に解釈しなければならない。

#### 第307条 内容規制

- (1) 約款中の条項は、当該条項が信義誠実の原則に反して約款使用者の契約相手方を不当に不利益に取り扱うときは、無効とする。不当な不利益は、条項が明確でなく、または平易でないことから生ずる。
- (2) ある条項が次の各号のいずれかに該当する場合であって、疑いがあるときは、不当に不利益な取扱いがあると推定する。
  1. その内容が法規定と相違し、当該法規定の重要な基本思想と抵触をきたすとき
  2. 契約の性質から生ずる重要な権利または義務を制限し、契約目的の達成を危殆化するとき。
- (3) 本条第1項および第2項、ならびに第308条および第309条は、約款の規定であって、法規定と相違し、または法規定を補充する規律が合意されているものに限り、適用される。その他の規定についても、本条第1項第1文との関連において本条第1項第2文により無効となし得る。

#### 第310条第3項 適用範囲

- (3) 事業者と消費者の間の契約(消費者契約)においては、本章の規定は次の各号を基準として適用する。
  - 1 約款は、事業者により設定されたものとみなす。ただし、当該約款が消費者により契約の中に組み入れられたときは、この限りではない。
  - 2 第305c条第2項、第306条および第307条ないし第309条ならびに民法施行法第29a条は、あらかじめ作成された契約条項が1回限りの使用を予定している場合であっても、消費者があらかじめ作成された契約条項の内容に影響を及ぼすことができなかった限りにおいて、当該契約条項に対しても適用する。
  3. 第307条第1項および第2項に定める不当な不利益を評価するにあたっては、当該契約締結の際の諸事情をも考慮する。

### ○オランダ民法

#### 第6編第231条

本節においては、次に掲げる語は、以下のように解するものとする。

- a. 約款とは、多数の契約において用いられることを目的とした、一つまたは多数の書面による条項をいう。ただし、明確かつ分かりやすい言葉で表現されている限り、給付の核心について定める条項は除かれる。
- b. 使用者とは、契約において約款を用いる者をいう。
- c. 相手方とは、書面への署名またはその他の方法により、約款の適用を承諾した者をいう。

#### 第6編第232条

相手方は、相手方が約款の内容を知らないことを契約締結に際して使用者が知りまたは知るべきであったときでも、約款に拘束される。

#### 第6編第233条

約款中の条項は、以下のいずれかの場合には、無効とされ得る。

- a. その条項が、契約の種類およびその他の内容、約款が作成された方法、相互に認識し得る当事者の利益、ならびにその他の事態の状況を考慮して、相手方にとって不当に不利益となるとき。
- b. 使用者が、相手方に対して、約款を了知する合理的な機会を与えなかったとき。

#### 第6編第234条

(1) 使用者は、以下のいずれかの場合には、第233条第b号において定められた機会を与えたものとする。

- a. 使用者が、相手方に対し、契約締結の前または契約締結時に約款を交付したとき。
- b. 以上が合理的に可能ではないときは、使用者が約款の閲覧を可能にし、または、約款を使用者によって指定された商工会議所または裁判所の文書課に保管されていること、および、求めに応じて相手方に送付されべきことを、契約締結前に使用者が相手方に対して知らせたとき。
- c. 契約が電子的方法で締結された場合において、相手方が後に約款を精査できるように相手方が約款を保存することを可能にすることによって、契約締結の前または契約締結時に約款が相手方に利用可能とされていたとき、または、以上が合理的に可能でないときは、約款の条項を電子的方法で調べることができ、また求めに応じて約款が電子的またはその他の方法で送付されることを、契約の締結に先立って相手方が知らされたとき。

(2) 約款が契約締結の前または契約締結時に相手方に交付されなかった場合において、使用者が求めに応じて遅滞なく自らの費用で相手方に約款を送らないときは、その条項は無効となり得る。

(3) 約款の送付義務に関する第1項第b号および第2項は、約款を送付することが使用者に対し合理的に要求され得ない限り、適用されない。

#### 第6編第235条

(1) 以下の者は、第233条および第234条において定められた無効原因を主張することができない。

- a. 契約締結時にその直近の年次決算を公表している第2編第360条所定の法人、またはその時点において直近に第2編第403条第1項が適用された法人。
- b. 第a号の規定が適用されない当事者で、同号に定める時点において50人以上の者がそこで働いている場合、または、その時点で1996年商業登記法に基づく記載によって50人以上の者がそこで働いていることが示されている場合における当事者。

(2) 約款がその代理人によって使われていた当事者もまた、相手方が同一の約款またはほとんど同一の約款が適用される契約を複数回締結していたときは、第233条第

a 号の定める無効原因を主張することができる。

(3) 自らの契約において同一の約款またはほとんど同一の約款を複数回使用している当事者は、第233条および第234条の定める無効原因を主張することができない。

(4) 第3編第52条第1項第d号所定の期間は、条項が主張された日の翌日の初めをもって開始する。

#### ○フランス民法改正草案

##### ○カタラ草案1102-5条

(1) 附合契約は、条件が、討議を経ずに他方当事者があらかじめ一方的に定めた通りに当事者の一方によって承諾される契約である。

(2) ただし、そのような契約は、交渉に基づく個別的な条件をそれに付加することができる。

##### ○司法省草案10条2項

附合契約は、本質的な約定が討議を経ずに予め一方的に定められる契約である。

##### ○司法省草案29条

申込みが約款を参照させている場合、承諾者がそれを知っており、かつ反対の意思を表明しなかった場合には、承諾は約款の承認をもたらす。

##### ○テレ草案23条

(1) 当事者の一方は、その同意を他方当事者による約款の承諾にかからしめることができる。

(2) ある当事者によって示された約款は、状況から他方当事者がそれを承諾したことが明らかとなるときは、他方当事者に対して効力を有する。

(3) 当事者の一方と他方とによって示された約款の間に不一致があるときは、両立し得ない条項は効力を有しない。

#### ○ヨーロッパ契約法原則

##### 2:104条 個別に交渉されなかった条項

(1) 当事者の一方は、個別に交渉されなかった契約条項を相手方が知らなかった場合において、契約の締結前又は締結時にその条項につき相手方に注意を促すための合理的な措置を講じたときにかぎり、相手方に対し、その条項を主張することができる。

(2) 契約書において条項を参照するだけでは、相手方がその契約書に署名したとしても、その条項について相手方の注意を適切に促したことはない。

#### ○ユニドロワ国際商事契約原則2004

##### 第2.1.20条 (不意打ち条項)

(1) 定型条項に含まれる条項のうち、相手方が合理的に予期し得なかった性質の条項は、効力を有しない。ただし、相手方がそれに明示的に同意していたときはこの限

りではない。

- (2) ある条項が前項の性質を有するか否かを判断するにあたっては、その内容、言語および表示の仕方が考慮されなければならない。