HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	契約交渉の破棄とその責任（１）：現代における信頼保護の一態様として
Author(s)	池田, 清治
Citation	北大法学論集, 42(1), 1-59
Issue Date	1991-11-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16811
Type	bulletin (article)
File Information	42(1)_p1-59.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

契約交渉の破棄とその責任（一）

――現代における信頼保護の一態様として――

池田清治

目次

序論――本稿の課題と対象、視角と構成
第一部　日本における議論の現状と問題点
　第一編　「契約交渉の破棄」に関する裁判例の紹介と検討
　第二編　「契約交渉の破棄」に関する学説の紹介と検討　（以上、本号）

序論――本稿の課題と対象、視角と構成

一　本稿の課題と対象

「信頼」は、現代社会を貫く支柱の一つである。しかも、それは事実である。無論、その一部については、それを「私的自治の単なる影法師」と見ることも、理論的には可能である。が、様々な社会関係において、各々の当事者は種々の期待や信頼をもって行動し、なかんずく取引関係にあっては、「信頼」こそが、当事者をして取引を行わしめる主たる要因とさえ言える。従って、法もまた、「信頼」に対し、応分の配慮（「信頼保護」）をせざるを得ず、ために「法における『信頼』の意義ないし機能を解明し、以て、その保護のあり方の全体像を明らかにする」ことは、現代法学に課された重要な課題の一つになっている。本稿は、かような課題の一端を担うことを目的とする。

とはいえ、社会に存在するすべての信頼が法的に有意味なわけではなく、また法的な脈絡における「信頼保護」にも、レベルを異にする雑多な問題が内包されている。たとえば、「契約の拘束力」の根拠といった極めて抽象的かつ原理的な問題にも、それは顔を出すし[1]、民法典の定める善意者保護の諸制度のように、それが具体的かつ実践的な問題として登場してくることもある。「信頼保護のあり方」の全体像を明らかにするには、かような問題のすべてに目配りする必要がある。が、それは本稿のなしうるところではない。そこで、ここでは具体的かつ実践的な問題の方から「信頼保護のあり方」にアプローチする。考察対象が具体的であればあるほど、そこから得られるビジョンもまた、ビビットなものになろうからである。

では、「具体的かつ実践的な問題」とは何か。最初に挙げられるのは、善意者保護の諸制度であろう[2]。しかし、それらもまた多様である。二当事者間だけの関係を想定するもの（たとえば、心裡留保）もあれば、善意の第三者の登場を予

定し、その者の保護を図る制度（たとえば、即時取得）もある。「現実に善意であること（現実の信頼）」を存立基盤とするもの（たとえば、即時取得）もあれば、善意（信頼）とは、一応別個独立でありながら、何らかの形で「信頼保護」を考慮するものもある（たとえば、利得者の善意・悪意で返還の範囲に差を設ける不当利得制度）。だが、ここでは、なかでも「契約交渉の破棄」という問題を取り上げ、それを「信頼保護」の角度から検討したうえ、そこから得られた示唆を手掛かりに、「『信頼保護のあり方』の全体像を展望するさいに助力となるであろう若干の視点」を探求することにしたい。それは以下の理由による。

前述の如く、「信頼保護」は、一応「二当事者間での信頼保護」と「善意の第三者の保護」とに大別されうるが、従来の研究は後者を偏重し、前者を等閑視してきたように思われる。[3] しかし、「『二当事者間での信頼保護』も考慮に値する一つの問題」であるばかりか、「第三者保護」においても、結局問われているのは「当事者の一方と第三者とのどちらを保護すべきか」であり、それは「二当事者間の関係」に類似した面を有する[4]（つまり、「二当事者間の関係」は「第三者保護」の基礎的なモデル（原型）としての意味を持っているはずである）。他方、「信頼」の機能をより鮮明に浮かび上がらせるには、「信頼」とは一応独立した制度よりも、「信頼」なかりせば、およそ存立しえないものを選択した方が適切であろう。かくして、問題領域は次の三つに絞られる。「法律行為論」（たとえば、心裡留保）、「契約責任論」（たとえば、瑕疵担保責任やいわゆる「説明義務」の問題）、「不法行為責任論」（たとえば、錯誤者の過失による責任）の三つである。

ところで、個別的な問題を通じて「信頼保護のあり方」の全体像を推し量ろうとする場合、その作業は、問題の洗い出し（問題の確定）、当該問題の検討（各論的考察）、諸問題の総合（類型化ないし体系化）による「全体像」の探求（総論的考察）、という三段階に分けられよう。従って、考察対象の選定にさいしては、「各論」として有用であるばかりか、

「総論」にも寄与する問題が望まれる。かような観点に照らし、本稿では「契約交渉の破棄」を選択した。けだし、これは「法律行為論」、「契約責任論」、「不法行為責任論」という三つの問題領域の狭間にあり、それらと密接に関連しているため、「総論的考察」に役立つであろうし、さらに近時裁判例が続出し、学説も盛んに議論しているばかりか、比較法的にも注目され[5]、「各論」としても興味深いものだからである。次に問題の所在を確認しておく。

「締約の自由」をその一内容とする「契約自由の原則」に照らせば、交渉当事者は本来自由に、すなわち、いかなる責任も負うことなく、交渉を破棄してよいはずである[6]。また機能的に見ても、そもそも「交渉」とは締約の可能性を探るべく行われるもので、それゆえ、「自由な交渉」という要請からしても、右の結論が是認されるし、相手方としては「交渉破棄」を覚悟すべきである、とも言える。もっとも、たとえば当事者の一方が相手方に無駄な費用を出捐させるためだけに交渉していたような例外的な場合には、責任が認められてしかるべきである。しかし、近時の裁判例や学説はより重大な例外を設けようとする。すなわち、「交渉が煮詰まり、そのため、一方の当事者が締約を期待して一定の行動を起こした場合、その後、相手方が正当な理由なく交渉を破棄すれば、破棄者には責任が課されるべきである」と主張するのである。これを「信頼保護」の角度からながめるなら、問題は次のように定式化される。

『交渉中、各当事者は締約に関して様々な期待を抱き、それに基づいて行動するが、その信頼は後に裏切られることもある。では、この場合、いかなる信頼が、どのような条件の下で、そして、どんな範囲ないし程度において保護されるべきであろうか？』。

事の本質は「自由な交渉」と「信頼保護」という二つの要請を止揚させる点にある。そして、本稿では本来の意図に則り、「信頼保護」に着眼しつつ、問題を考察していく[7]。

以上のような問題関心に照らし、本稿の主たる課題は、考察対象たる「交渉破棄」の解決（「解決策」と「解釈試論」

の提示）におかれる。既述のとおり、総論的見地からも、各論的見地からも、この問題に対する踏み込んだ検討は焦眉の急を要しており、またかような「各論」をおろそかにして、徒に「『信頼保護のあり方』の全体像の探求」を図ったところで、得るところは少ないからである。とはいえ、検討を通じて、そのような探求に役立つ視点が実際に得られた場合には、それを提示した方が本来の意図に適うであろうし、「たった一つの個別的な問題から、全体像を語ることの危険性」を差し引いても、「総論」と「各論」とを有機的に関連づけることの必要性を顧みるなら、かような作業には十分な意義があると言わねばなるまい。従って、本稿では、これを副次的な課題としたい。

二　本稿の視角と構成

右の課題を達成するため、本稿では次のような視角を設定する。

第一に、本稿では、日本法のみならず、比較法的考察も行う。各国の法状況を把握し、その多様性のなかで日本法を位置づけ、省察することは、問題の解決方法を模索するうえで有用だからである。またこの目的をよりよく達成するには、状況を異にする複数の国の法を取り上げるのが適当と考え、ここではドイツ、フランス、アメリカの三カ国を考察対象とする。すなわち、ドイツ法は、後述の如く、日本の学説に多大な影響を与えており、[8] 後者の背景を知るうえで不可欠であるのみならず、数多くの紹介がありながら、[9] 未だ全くふれられていない重要な事項が残されているからである。フランス法は、周知のように、現行日本民法典の「母法」とも言いうるものであり、かつ、この問題についても、ドイツとはかなり異なった状況にあるにもかかわらず、日本ではそのことがあまり注目されていないからである。[10] アメリカ法は、右の二つの大陸法を相対化するのに有用だからである[11]（英米法のうち、近時新展開を示すアメリカ法の方がイギリス法より適当であるように思われた）。

第二に、本稿では、――日本をも含め――各国の動きにつき、現状を紹介するだけでなく、極力、沿革的考察も行う。一国の法状況を正確に理解するには、それが不可欠だからである。ただ、「交渉破棄」が注目されはじめたのは、いずれの国でも最近のことであり、そのため、かような考察には自ら限界がつきまとう。しかし、できうる限り問題の展開過程を明らかにするよう努めるとともに、「交渉破棄」と重大な関連を有する「申込の撤回」については、比較的詳しい沿革的考察を行う。

第三に、日本法や外国法を検討するさい、能力との関係から、専ら裁判例と学説のみ取り上げ、社会実態にはふれられない。同様の理由から、政治的・経済的・文化的・思想的・歴史的検討も行いえず、結局、考察の力点は法（理論）的検討に置かれることになる。その意味で本稿の視角は限定されたものだし、下される結論もその限りのものである。

第四に、裁判例や学説は二つの角度から検討される。その一は「いかなる事態を問題視し、どのような状態をあるべきものと考えているか」、換言すれば「どのような紛争をいかなる形で解決しようとしているか」という角度である（紛争の機能的・類型的考察）。その二は「それを達成するため、いかなる法理論が用いられているか」という角度である（法律構成的考察）。この角度の相異に応じて、裁判例や学説の持つ「重み」は当然異なる。[12]

以上の課題・対象・視角に照らし、次のような構成が採られる。

第一部は、日本法の現状認識とそれに対する問題提起に当てられる。そして、「交渉破棄」が、基本的には「誤信惹起型」と「信頼裏切り型」という二類型に大別されることを指摘した後、特に学説に向かって二つの問題を提起する。第一は、とりわけ「信頼裏切り型」にあっては、「責任の可否」自体が大問題のはずなのに、学説はそれを認めることをあたかも「当然の理」の如く解している、という問題である。第二は、「交渉破棄」と密接な関連を有する問題、特に「契約の成立」にまつわる諸問題について、ほとんど何の検討も行っていない、という問題である。しかる後、これらの問

題提起の適否を確認し、併せて、なにがしかの示唆を得るため、比較法的考察に移る。

第二部では、ドイツ法を考察する。まず第一編では、「交渉破棄」に対するドイツ法の態度を確認し、責任を認めることは決して「当然の理」ではない、との示唆を得る。また第二編では、「契約の成否」という問題を手掛かりに、「契約の成立形態」が「申込承諾型」と「練り上げ型」の二種類に大別されていること、さらにドイツ民法典の起草者たちが「交渉破棄」に対して、既に一定の「価値判断」を下していたことを紹介する。

第三部では、第二部と同様の構成に従い、フランス法を考察する。すなわち、第一編では、「交渉破棄」に対する裁判例や学説の動向を追い、ここでも「責任の可否」をめぐり争いがあることを紹介する。また第二編では、フランスでも「契約の成立形態」が二種類に大別されていること、さらに「申込の拘束力」という法制度を持たないフランス法の下では、「申込の撤回」が「交渉破棄」と酷似した側面を有することを紹介する。

補論では、大陸法の考察から得られた示唆が英米法の下でも妥当しうるか否かを検証するため、アメリカ法を検討する。ただ、その構成は、第二部や第三部と大きく異なる。ドイツ法やフランス法がある意味で日本法の「母法」と言い得るものであるのに対し、アメリカ法はそれらを相対化するためのものだからである。そして、大陸法の考察から得られた示唆が、基本的にはアメリカ法の下でも妥当することを紹介した後、他の国の動向についても簡単にふれる。

第四部では、比較法的考察から得られた示唆を基礎として、問題の解決方法が模索される。すなわち、第一編では、「契約の成立形態」に関する示唆を活かすべく、「契約の成否」が争われた裁判例を分析し、日本法の下でも「契約の成立形態」が「申込承諾型」と「練り上げ型」に大別されること、そして、「交渉破棄」の背景には、そのうちの後者が潜んでいることを明らかにする。また第二編では、「申込の撤回」に関する示唆を活かすべく、「申込の拘束力」を認める現行日本民法典の規定の沿革を検討し、それがドイツ旧商法典に由来することを論証した後、そこにまで遡って「申込

の拘束力」の意義を明瞭ならしめる。さらに第三編では、かような検討結果を踏まえたうえ、「誤信惹起型」と「信頼裏切り型」のそれぞれにつき、その「解決策」と「解釈試論」を提示し、しかる後、残されている課題を列挙する。

以上が本稿の本論である。そして、最後の結びでは「『信頼保護』の全体像の展望」という副次的な課題にふれるとともに、併せて本稿の狙いの一端を明らかにする。

註

(1) 星野英一「意思自治の原則、私的自治の原則」(『民法講座1』(昭和五九年)三三五頁以下所収)参照。

(2) 善意者保護の諸制度を全体的に鳥瞰するものとしては、たとえば石田喜久夫「民法上の善意者保護制度」(『民法学1』(昭和五一年)四四頁以下所収)がある。

(3) 民法九四条二項や即時取得といった「第三者保護」にかかわる論稿には、枚挙の遑がないのに、「二当事者間の関係」を「信頼保護」という角度から考察しようとするものはほとんどない(磯村保「ドイツにおける法律行為解釈論について――信頼責任への序章的考察――(一-四)(完)」(神戸法学雑誌二七巻三号二八一頁、二八巻二号二三一頁、三〇巻三号四九五頁、四号七〇五頁、昭和五二-五六年)が貴重な例外)。また石田・前掲論文四五頁は、「二当事者間での信頼保護」について、「さほど重視する必要はない」とか「大まかにいって当事者間の衡平をはかればことは済む、と考えてよい」とか指摘しており、かような学説の態度の背景を暗示している。

(4) 「第三者保護」にあっては、中間媒介者の立場をどのように考えるかという「二当事者間の関係」では発生しえない固有の問題が登場するから、両者は安易に一元化できない。が、この二つは常に比較対照されながら検討さるべきものであろう。

(5) たとえば、一九九〇年八月にカナダのモントリオールで開催された「第一三回 国際比較法会議(International Congress of Comparative Law)」では、テーマの一つとして"Pre-Contractual Dealings"が取り上げられた(本資料の入手に当たっては、当時ミシガン大学留学中の曽野裕夫氏(北海道大学大学院法学研究科博士後期課程在学中)のご尽力を得た。この場を借りて、御礼申し上げる)。

(6)「意思自治」や「私的自治」の原則からも、一応この結論が支持されよう（これらの諸原則の意味については、星野・前掲論文参照）。

(7) ただし、「交渉破棄」に類似していても、行政に固有な問題（たとえば、計画行政にまつわる問題）は取り上げない（この問題については、手島孝『計画担保責任論』（昭和六三年）、乙部哲郎『行政上の確約の法理』（昭和六三年）参照）。また「契約の更新拒絶」についても、必要な範囲でふれるに止どめ、さらにいわゆる「再交渉義務」の問題も扱いえない（後者については、山本顯治「契約交渉関係の法的構造についての一考察（一－三）（完）」（民商一〇〇巻二号一九八頁、三号三八七頁、五号八〇八頁）参照）。

(8)「学説継受」の評価はともかくとして、それはかつての「学説継受」を彷彿させるところがある。

(9) たとえば、円谷峻「契約締結上の過失」（『現代民法学の基本問題(中)』（昭和五八年）一八三頁以下所収）、同・「契約締結上の過失に関するメディクスの鑑定意見」（法学志林八五巻二号四九頁、昭和六二年）、同・『契約の成立と責任』（昭和六三年、特に九八頁以下）、本田純一「『契約締結上の過失理論』について」（『現代契約法大系1』（昭和五八年）一九三頁以下所収）、今西康人「ドイツ債権法――仮訳と解説――(五九)―(六二)」（法律時報五六巻一、三、四、五号、昭和五九年）、同・「契約不成立に関する責任」（神戸商科大学商大論集三七巻一＝二号六二頁、昭和六〇年）、熊田裕之「契約交渉の破棄と契約締結上の過失責任――西ドイツの判例・学説を中心として――」（比較法雑誌一八巻二号五五頁、昭和五九年）など。

(10) 平野裕之「フランスにおける『契約締結上の過失』理論素描――わが国の議論へのプロローグとして――」（法律論叢六一巻四＝五号六六三頁、平成元年）の他には、滝沢聿代「売買契約の成立と合意の内容――破毀院民事部一九七八年五月二日判決――」（判タ四〇四号四二頁、昭和五五年）や鎌田薫「売渡承諾書の交付と売買契約の成否」（ジュリ八五七号一一七頁、昭和六一年）が簡単にふれる程度。

(11) アメリカ法の紹介としては、円谷・前掲書（特に一〇六頁以下）の他、木下毅『英米契約法の理論（第二版）』（昭和六〇年、特に二四六頁以下）、久保宏之「アメリカ契約法における約束的禁反言の法理――歴史・現状そして将来の展望――（一、二）（完）」（六甲台論集二八巻二号七四頁、三号一〇六頁、昭和五六年）、樋口範雄「論文紹介・Farnsworth, Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations, 87 COLUM. L. REV. pp. 217-94, (1987)」（[1988-2] アメリカ法二八〇頁）がある。

(12) 裁判例と学説とで取り扱いを異にするのは当然だが、裁判例の内部でも区別すべき点はある。たとえば、紛争の機能的・類型的考察においては、下級審裁判例は最上級審裁判例とほぼ同等の価値を有しようが、法律構成的考察にあっては、前者は後者ほどの「重み」を持たないはずである。

第一部　日本における議論の現状と問題点

紹介の過程で明らかになるように、「交渉破棄」をめぐる議論は現在渦中にあり、種々の論点が提起されている。にもかかわらず、そこでは根本的な問題、すなわち、「責任の可否」という問題が看過されている。本稿では、この点にも注意を払いつつ、考察を進め、最後にこれを「基本的問題」として提起する。

第一編　「契約交渉の破棄」に関する裁判例の紹介と検討

まず第一章第一節で関連裁判例を紹介し、第二節で学説が行っている判例分析を批判的に検討した後、第二章で本稿の観点に照らしながら裁判例を分析し、類型化を試みる。

第一章　裁判例の紹介及びそれに対する学説の理解とその問題点

第一節　裁判例の紹介

「交渉破棄」に関連する裁判例は、以下のとおりである。[1]

[1] 大阪地判昭和四三年四月二六日（判タ二二四号二五〇頁）
XとYは業務提携契約につき折衝し、案文も作成され、その後、個別的な売買もなされたが、結局Xは締約を拒否した。Xの前払金返還請求に対し、YがXの契約ないし予約の不履行、さらに不法行為を抗弁として主張したところ、裁判所は、契約や予約の成立は否定したが、Xの必要以上の介入は不法行為に当たるとしてYの抗弁を認めた。

[2] 福岡地裁小倉支判昭和五一年六月二一日（判時八四八号一〇二頁。なお、その後の経緯については、手島孝・判時一一三六号一八三頁参照）
Xは公営住宅入居の際、Y市職員から住宅の払い下げを示唆され、家屋を改造したが、結局、払下げはなされなかった。そこで、Xは主位的に契約の成立を主張し、予備的に契約締結上の過失と不法行為を理由に出捐の賠償を求めた。しかし、裁判所は、不法行為責任以外に契約締結上の責任が存在しうることは認めたものの、結論としては請求を棄却した。

[3] 東京高判昭和五二年一〇月六日（判時八七〇号三五頁。長尾治助・判時八八三号一四六頁、鈴木醇一・判タ三九〇号八二頁、上井長久・『教育判例百選（第二版）』一六六頁）
XはY大学の大学院を受験しようとしたさい、同大学の学部主任などの助言により、まず学部に編入学して大学院を受験することにしたが、編入学後、大学院は廃止された。そこで、Xは一次的に大学院の入学試験施行義務の確認を、二次的に不法行為ないし信義則上の義務違反を理由に慰藉料を請求した。裁判所は施行義務と不法行為は否定したが、信義則上の義務違反は認め、慰藉料請求を認容した。

[4] 東京地判昭和五三年五月二九日（判時九二五号八一頁。今西康人・法時五二巻一〇号一四二頁）

Xは映画製作請負契約の交渉中、Yの被用者に見積書などを提出したが、そのさい、発注が入札によるとの説明は受けず、かえって撮影の続行を指示された。そのため、Xは随意契約により発注を受けられるものと誤解し、指示に従ったが、結局、発注を落札できなかった。そこで、Xは契約解除、契約締結上の過失ないし不法行為を理由に撮影費用の賠償を求めた。裁判所は契約の成立は否定したが、信義則上の注意義務違反を理由に請求を認容した。

[5] 東京地判昭和五三年九月一八日（判タ三七七号一〇二頁）
XとYとの家屋建築請負契約に関する交渉は、契約書を作成するほど進展していたが、その後、Yが締約拒絶の意図を明確にしなかったため、Xは損害を被った。裁判所は不法行為を理由にXの損害賠償請求を認容した（詳細不明）。

[6] 大阪地判昭和五四年三月三〇日（判タ三八四号一四五頁。岡崎勝彦・島大法学二三巻二号四一頁）
Xは国立大学の教官選考委員会委員長の指示により、右大学に就職すべく、従来勤務していた私大を退職したが、実はその指示に確たる根拠はなく、Xは半年以上待たされたうえ、結局、理由もなく採用は沙汰やみになった。そこで、XがY（国）に損害賠償（逸失利益と慰藉料）を求めたところ、裁判所は国賠法に基づき請求を認容した。

[7] 東京高判昭和五四年一一月七日（判時九五一号五〇頁）
XとYは土地売買契約を締結すべく、すべての契約事項につき合意し、それを確認する意味で書面も作成したが、その後、Yは第三者に当該土地を売却した。そこで、Xは主位的に債務不履行（契約の成立）を理由に、また予備的に不法行為を理由に損害賠償を求めた。裁判所は、前者は否定したが、後者を肯定し、請求を認容した。

[8] 東京地判昭和五六年三月二三日（判時一〇一五号八四頁）
XとYは総代理店契約について交渉し、その間、Xは営業活動もしていた。ところが、いざ締約という段階になって、そもそも最初からYはそのような契約を締結しえなかったことが判明した。そこで、Xは不法行為ないし契約締結上の過失を理由に営業費用の賠償を求めた。裁判所はYの不法行為責任を肯定し、Xの請求を認容した。

[9] 東京地判昭和五六年一二月一四日（判タ四七〇号一四五頁。円谷峻・判タ四九九号一〇七頁）
XとYはマンションの売買につき交渉していたが、Yは締約できないとの結論に達したにもかかわらず、Xに電気容量について照会し、そのためXは設計変更もしたが、結局Yは締約を拒否した。そこで、Xが設計変更費用の賠償を求めたところ、裁判所は契約責任としての契約締結上の過失責任を認め、請求を認容した。

[10] 東京地判昭和五七年二月一七日（判時一〇四九号五五頁。鎌田薫・判タ四八四号一七頁、円谷峻・判タ四九九号一〇七頁）
XとYは土地の売買契約につき交渉を重ね、仮契約書に記名捺印し、正式な締約の日時などについても合意した。そして、そのさい、XはYに「地役権は支障にならない」と説明したが、後日、Yは支障になると判断し、締約を拒否した。そこで、Xは第三者へ土地を安く売却せざるを得なかったために被った損害の賠償を求めたが、その理由の第一は売買契約の不履行であり、第二は仮契約違反であった。裁判所は、売買契約の成立を否定するとともに、締約拒否には相当の理由があるとして仮契約違反も否定し、請求を棄却した。

[11] 最判昭和五八年四月一九日（判時一〇八九号四七頁。円谷峻・金商六八七号四六頁、石田喜久夫・民商八九巻二号二八七頁）
[7]の上告審判決。最高裁は、契約締結の利益への侵害を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求を認容した原審の判断は正当である、とした。

[12] 最判昭和五八年一二月六日（判時一一二三号八五頁。前田達明・民商九〇巻五号七六三頁、手島孝・判時一一三六号一八二頁）
Y市はXからの道路用地買収にあたり、道路の敷地とならない残地についてはXに優先的に払い下げると説明したが、結局、払下げはなされなかった。そこで、Xは主位的に債務不履行責任（契約の成立）に基づき、予備的に不法行為責任に基づき損害賠償請求をしたところ、原審はYの不法行為を認めたので、Yは上告。最高裁は、Yの行為に違法性はないとして、請求を棄却した（破棄自判）。

[13] 東京地判昭和五八年一二月一九日（判時一一二八号六四頁）
XとYは輸入木材の継続的取引につき合意し、数量・代金などについては別途協議することにした。しかし、YはXの資産状態の悪化を知り、個別的売買の締結を拒絶したため、供給を受けられなかったXは倒産した。そこで、XはYに債務不履行による損害賠償を請求した。裁判所は、右合意を一定の要件の下で最終的な合意をする旨の中間的合意と解したうえ、締約の拒絶は信義則上やむをえない措置であったとして、請求を棄却した。

[14] 東京地判昭和五九年一月二六日（判時一一二八号五八頁）
Xは訴外Aを仲介として、建築請負契約につきYと数回面談した結果、発注を受けられるものと誤信し、Aに仲介料を払っ

たが、発注は入札によるもので、結局Xは落札できなかった。そこで、Xは不法行為を理由に、Yに仲介料の賠償を求めた。裁判所は、未だ契約準備段階に入ったとは言えず法的に保護されるべき状態にはなかったとして、請求を棄却した。

[15] 大阪地判昭和五九年三月二六日（判時一一二八号九二頁。半田吉信・ジュリ八二九号九二頁、本田純一・判タ五四三号一〇九頁）

Yの被用者AはXと倉庫の賃貸借契約につき交渉し、Yの印を冒捺した「交渉が進行中である」旨の覚書をXに交付したが、そもそもYには初めから締約の意思などなく、結局、交渉は打ち切られた。そこで、Xは交渉費用の賠償を、主位的に契約締結上の過失を理由に、予備的に不法行為を理由に請求した。裁判所は、前者は否定したが、後者は肯定し、Xの請求を認容した。

[16] 東京地判昭和五九年三月二七日（ジュリ八三九号判例カード）

事案の詳細は不明。契約締結の交渉に入った当事者の一方が締約を拒否した場合、右当事者に著しい信義則上の義務違反があるときは不法行為が成立する、とした。

[17] 最判昭和五九年九月一八日（判時一一三七号五一頁。今西康人・民商九二巻一号一一〇頁、円谷峻・ジュリ八三八号八〇頁、松本恒雄・判時一一五一号一八五頁、久保宏之・産大法学一九巻一号二八頁、本田純一・『民法の基本判例』一三九頁、池田真朗・法セ三七五号五二頁、門口正人・ジュリ八三一号九四頁、長尾治助・『民法判例百選II（第三版）』一四頁、菅野耕毅『不動産取引判例百選（第二版）』二二頁）

[9]の上告審判決（なお、[9]の控訴審は、「契約責任として」という部分を「契約類似の信頼関係に基づく信義則上の責任として」と修正している）。最高裁は、契約準備段階における信義則上の注意義務違反を理由に賠償責任を肯定した原判決を正当として、これを支持した。

[18] 大阪高判昭和五九年一〇月二六日（判時一一四六号六九頁。関哲夫・判時一一六〇号二〇五頁）

Y町は災害復旧事業のため、私有地の買収を計画し、Xと土地売買の仮契約を締結して手付金も支払ったが、その後、新町長が町議会に右私有地買収議案を提出したところ、否決され、本契約は締結されなかった。そこで、Xは新町長に不法行為責任を追及するとともに、Y町に対しては、主位的に仮契約の不履行を理由として、予備的に契約締結上の過失があるので契約責任又は不法行為責任は免れないとして、損害賠償を請求した。しかし、裁判所はいずれの請求も棄却した。

[19] 東京地判昭和六〇年七月三〇日（判時一一七〇号九五頁。田中徹・ジュリ八六二号二六三頁、道垣内正人・ジュリ八六六号一七〇頁、大村芳昭・ジュリ九〇七号八五頁）
XとYは林業の合弁事業につき交渉を進め、その内容については基本的な合意がなされ、Yの部長とXとの間でその旨の文書も取り交わされた。またその後の会談では基本契約書案なども作成され、そのさい、双方がその案で合意した旨の記載のある議事録に両者とも署名した。しかし、その後、Xが逮捕されたこともあって、結局、交渉は破談となった。そこで、Xは主位的に契約の成立を主張し、予備的に不法行為を理由に損害賠償を請求した。裁判所は、契約の成立は否定したが、不法行為による損害賠償請求は認容した。

[20] 京都地判昭和六一年二月二〇日（金商七四二号二五頁）
YはX所有の土地に結婚式場を建設しようと計画し、将来Xと売買契約を締結することにして、そのための諸条件の成就に努力し、互いに誠実に交渉すべき旨の協定を締結した。しかし、その後、Yがこの協定を破棄したので、XはYの債務不履行を主張し、損害賠償を求めた。裁判所は、同協定を売買予約には当らないとしたものの、誠実交渉義務を発生させる合意と解したうえ、Yの義務違反を認め、Xの請求を認容した。

[21] 仙台高判昭和六一年四月二五日（判タ六〇八号七八頁）
XはY銀行とその支店長を通じて土地の賃貸借契約につき交渉し、賃料についてはまだ具体的折衝がなかったものの、相手方が金融機関であることや他のY側の行動から、締約を強く期待し、準備行為の一環として自身の営む商店の閉店準備などを行った。ところが、その後、Yが第三者と締約したため、交渉は決裂し、Xは契約締結上の過失理論に基づき損害賠償を請求した。しかし、裁判所は、Yの信義則上の義務違反は認めたものの、損害の証明がないとして請求を棄却した。

[22] 東京地判昭和六一年四月二五日（判時一二二四号三四頁）
Xは所有地にマンションを建築しようと計画してY社の営業部長らと交渉を重ね、契約内容や契約書作成日について合意するなど締約寸前に至ったので、締約を確信し、準備工事を行った。しかし、営業部長らは上司との事前の検討を怠っていたために知らなかったのだが、その契約内容はY社の意向に反しており、そのため、結局交渉は打ち切られた。そこで、XはYの不法行為責任を追及し、裁判所はこれを慰藉料の範囲で認容した。

[23] 東京地判昭和六一年七月二五日（判タ六四四号一三七頁）
XとYは、Xの建設する建物をYが賃貸するという賃貸借契約について交渉を進め、詳細な計画案も取り決められ、YはXに約定通り協力金も支払ったが、地元住民の同意を得られず計画は挫折した。そこで、XはYに出捐費用の賠償を求めたが、その理由は、第一に共同事業契約などの破棄（債務不履行）であり、第二は不法行為であった。裁判所は、契約の成立を否定したうえで、誤解を招くような説明もなく、また実際にXは誤解していなかったとして不法行為責任も否定し、請求を棄却した。

[24] 東京高判昭和六一年一〇月一四日（金商七六七号二一頁）
Y社の代表者AはXを幹部社員として登用すべく交渉していたが、交渉が進むにつれ、Xに対し不信感を抱くようになった。ところが、Xは確実に入社できるものと誤信して勤務先に辞表を提出し、他方、Aはこのことを事前に知っていながら、Xに何ら的確な情報を与えなかったため、Xは従前の会社を退社したが、Yにも入社できなかった。そこで、Xが第一に雇用契約の不履行を理由に、第二に不法行為を理由に損害賠償を求めたところ、裁判所は、契約の成立及び不法行為責任は否定したが、Xの弁論の趣旨から信義則違反の主張を読み取ったうえ、これを理由に請求を認容した。

[25] 東京高判昭和六二年三月一七日（判時一二三二号一一〇頁。半田吉信・判時一二五〇号一九四頁、戸田知行・法時六〇巻五号一三〇頁、池田真朗・法セ三九七号一〇〇頁、岩井俊・判タ六七七号八二頁）
[19]の控訴審判決。裁判所は、一審と同様、契約の成立は否定したが、不法行為責任は肯定した。なお、Yの締約拒絶は取引に利益がなくなったためであるとして、一審の事実認定を若干変更し、また賠償額を増額した。

[26] 静岡地判昭和六二年七月二八日（金商八二六号二八頁）
Xが代表者である会社（共同原告）は、訴外Aの建築工事を請け負ったが、Aが倒産したため、Xが注文者の地位を引き継ぐことになった。そして、自己資金に乏しいXは、会社に対する融資につきY銀行と交渉し、額・利率などの基本的事項について合意したうえ、Yの支店長から融資の確約を得た。ところが、その後、Yが融資を拒絶したため、会社は倒産した。そこで、Xは会社に対するYの債務不履行責任（消費貸借の成立）を追及するとともに、自身に対しては不法行為責任が成立すると主張した。裁判所は、会社については融資拒絶と倒産との因果関係を否定し、請求を棄却したが、Xについては、責任を肯定し、慰藉料を認容した。

[27] 仙台高判昭和六三年五月三〇日（判時一二八六号八五頁）
Xは Y（私立学校法人）の高校移転計画を聞きつけ、高校長と折衝し、校長が用地買収の斡旋の委託文書を交付したので、予定地を買収するなど準備行為を行った。ところが、右校長にそのような締約権限はなく、また右校長の当初の見込みとは裏腹に、代表者たる理事長の同意が得られなかったため、計画は頓挫した。そこで、Xは主位的に委託契約の成立を理由に、また予備的に不法行為を根拠として、Yと右校長に損害賠償を請求した。裁判所は、契約の成立は否定しつつも、不法行為責任は肯定した。

[28] 京都地判平成元年一月二六日（判時一三二〇号一二五頁）
Yは仲介業者に不動産買収を依頼し、買付証明書も発行したので、右仲介業者はXと交渉を始めたが、Xが早期締約を主張したため、Yと相談し、一端は仲介業者がXから不動産を買取り、その後、Yに転売することとした。ところが、Xが仲介業者と契約を締結した後、Yは転買を拒絶したので、資力のない仲介業者は代金支払いが不能となった。そこで、Xは右契約を解除して仲介業者に違約金を請求するとともに、主位的に転売契約の成立を根拠に、予備的に信義則上の賠償責任を理由に、仲介業者がYに対して有する損害賠償債権の代位行使を主張した。裁判所は、転売契約の成立は否定したものの、その他の主張は認め、Xの請求を認容した。

[29] 東京高判平成元年四月一三日（金商八二六号二〇頁。松本崇・金商八三九号四七頁、同・手研四三四号五〇頁、西尾信一・金法一二三七号四頁）
[26]の控訴審判決。裁判所は、契約の成立を否定するとともに、一審の認定を覆し、Y側がXに融資を確約した事実はないとして、不法行為責任も否定し、請求をすべて棄却した。

[30] 大阪高判平成元年四月一四日（判タ七〇四号二二四頁。安永正昭・『私法判例リマークス』一号八四頁）
XとYの代表者は医薬分業契約を企図して交渉を開始し、Yの代表者の援助や奨励に基づき、Xは薬局開設を準備した。ところが、Yの代表者の思惑と相違し、Y側の理事会では右契約は時期尚早との結論が出され、Yは締約を拒絶した。そこで、Xは主位的に契約の成立を理由に、また予備的に「契約締結上の過失」を根拠としてYに損害賠償を請求した。裁判所は契約の成立は否定したものの、Yの代表者の信義則上の注意義務違反は認め、請求を認容した。

[31] 大阪高判平成元年六月二九日（判時一三二九号一五五頁）
XはYの大型店舗進出に危惧を抱き、地元商工会に調整を求めたところ、Y側から店舗併設の話を持ちかけられ、その概略について合意した後、「店舗を併設し、共同で営業を行う」との書面も受け取ったので、契約の成立を確信し、準備も行った。ところが、Yは自己の店舗を開設するや、Xとの締約を理由もなく拒絶したので、Xは第一に契約の成立を理由に、第二に信義則上の注意義務違反を根拠として、Yに損害賠償を請求した。裁判所は、契約の成立は否定したものの、注意義務違反は認め、請求を認容した。

[32] 大阪高判平成二年四月二六日（判時一三八三号一三一頁。栗田哲男・判タ七三六号二六頁）
訴外AとXは不動産売買につき交渉していたが、銀行融資との関係から、Yの買付証明書が必要となったので、AがYにその旨依頼し、Y側はこれに応じた。ただ、そのさい、Y側はAに買受けの意思のないことを説明し、Xもその旨了解していた。しかし、その後、Aから土地を譲り受けたXはYに売渡承諾書を交付して、契約が成立したと主張し、買付証明書所定の代金額と第三者への転売価格との差額を請求した。一審が締約を否定し、請求を棄却したので、予備的にYの不法行為責任を主張しつつ、Xは控訴。裁判所は、いずれの請求も棄却した。

[33] 最判平成二年七月五日（ジュリ九七三号判例カード）
事案の詳細は不明。交渉当事者が目的物や代金額などについて了解し、締約は確実との期待を相手方に抱かせたにもかかわらず、一方的に締約を拒絶し、かつ、それを正当視する特段の事情もない場合、その者は信義則上の義務違反を理由とする不法行為責任を負う、とした。

以上の三三件（事件数としては、二九）の全体的傾向をながめておこう。

（a）裁判例の数の時代的推移

裁判例の数には、顕著な特徴が看取される。すなわち、昭和四〇年代にはわずか一件に過ぎなかったものが、五〇年代に入ると徐々に増加しはじめ、五〇年代後半からは爆発的に増大する（五八年以降のものが、三三件中二三件を占め

る)。これは「交渉破棄」がかなり新しい問題分野であることを示している。

(b) 紛争類型の特徴

紛争類型についても、顕著な特徴が看て取れる。すなわち、不動産売買にまつわる事件が飛び抜けて多く(一二件、一〇事件)、不動産賃貸に関するもの(三件)も合わせるなら、これで全体の約半数を占める。他方、動産に関する事件は一件しかない。その他、広い意味で事業提携にかかわる事件(六件、五事件)や請負に関するもの(四件)が目につき、とにかく大規模な契約に関する事件が多い(例外は雇用(二件)と入学(一件)に関するもの)。

(c) 紛争形態の特徴

紛争形態は比較的単純で、締約を信頼した費用出捐者が交渉破棄者にその賠償を求めたものが多い([1][27]だけが例外)。また「契約の成立」が併せて主張されることも多い(例外は[6][8][14][15][21]だけか)。

(d) 請求の認容率と認められている損害

認容率についていえば、認容例の方が多い(二三件(一八事件)対一〇件。ただ、国や公共団体が被告の場合には、一対三で棄却例が多い)。次に「損害」として認められたものは、ほとんどが締約のための準備費用で、既存の契約(雇用ないし預金)を解約した場合以外、将来得られたであろう利益は賠償されていない。かような傾向の背景には様々な要因が介在するものと推察されるが、裁判所が「契約の成立(=履行利益の賠償)」は否定しつつも、「無責任」ではないという意味での「中間的解決」を意図している点も、その一因であろう。

以上が、裁判例の全体的傾向である。が、これらの裁判例は「紛争の機能的・類型的考察」ないし「法律構成的考察」という観点からは、どのように理解され、位置づけられるべきものであろうか。次節では、その手がかりを得べく、従来の学説が行ってきた裁判例の分析を批判的に検討する。

註

(1) ここでは「交渉破棄」に対する責任が争われた裁判例だけ取り上げ、「契約の成否」のみ争われたものは取り上げない（それらは第四部第一編で検討する）。また行政法固有の問題に関する裁判例も割愛する。なお、裁判例の検索に当たっては、『判例体系（民法第二期版）』の信義則、債務不履行、契約の成立、不法行為などの項目を参照した。

第二節　裁判例に対する学説の理解とその問題点

裁判例に対する学説の理解を批判的に検討すべく、まず「紛争の機能的・類型的考察」という角度から、若干の代表的な見解を紹介したうえ、それらに対して内在的批判を加える。次にそれらを「法律構成的考察」という角度から横断的に検討するが、これはごく簡単に済ませる。紛争の妥当な解決を第一次的な目的とする裁判例の分析に当たっては、後者の角度にはそれほど重きをおきえないからである。

一　交渉成熟過程三分説[1]

この説は交渉の進展過程を三つに分け、各段階により要求される義務の内容は異なる、と主張する。すなわち、（通常の）不法行為責任のみ認められる第一段階、信義則上の「開示義務」が発生する第二段階、「誠実に契約の成立に努めるべき義務」（以下、本稿ではこれを「誠実交渉義務」と呼ぶ）が認められる第三段階、という区分をしたうえ、「交渉が

最終的にどの段階に至っていたか」という点だけを基準に、裁判例を截然と分類していくのである。しかし、そのため、「第二段階で開示義務に違反し、かつ、その後、第三段階で誠実交渉義務に反した場合の取り扱いが不明瞭である」との指摘を受けている[2]し、また裁判例［8］と［7］［11］を対比するとき、その欠陥は一段と明確になる。すなわち、この説によれば、いずれの裁判例も誠実交渉義務違反として把握されるが、［8］では――［7］［11］と異なり――そのような義務が発生する以前の出捐まで賠償されている。しかし、この見解による限り、かような相違は説明できないのである[3]。この疑問の淵源は「信頼利益」における「信頼」の具体的内容を考究していない点に求められるように思われる[4]。

二　責任発生態様二分説[5]

この説の特徴は、「責任の発生の仕方」の相違を基軸として、裁判例を二種に大別する点にある。そして、――交渉の初期の段階では「警告（開示）義務」のみを、交渉が成熟した段階では、それに加えて「誠実交渉義務」まで認める点では、「交渉成熟過程三分説」と同じなのだが――「成熟過程」ではなく、「責任の発生の仕方」に重点をおいたため、前説の欠陥を免れている。が、「誠実交渉義務」にあっては、「交渉の成熟度」を重視しながら、「警告義務」においては、それにほとんど留意していない点で、やはり疑問が残る。たとえば裁判例［4］で問題とされている信頼（「締約は確実」との信頼）と［8］におけるそれ（「幾分なりとも、締約の可能性がある」との信頼）とは内容的に異なり、それは警告義務の具体的内容、ひいては賠償の範囲にまで影響を及ぼしているのに、この説はその点を看過しているのである。

三　一元説[6]

この説は、「交渉成熟過程三分説」のいう第二段階と第三段階とでは有意な差は見受けられないとし、「帰責事由の有無にかかわらず、契約成立への信頼を惹起した当事者が正当な理由なく締約拒絶、あるいは不可能にしたなら、相手方が成立を信頼して被った損害を賠償しなければならない」と結論づける。だが、賠償の範囲については、「信頼利益」と

するだけで、具体的範囲にはふれておらず、前二説に対する批判がそのまま妥当する。また警告義務（違反）と誠実交渉義務（違反）とでは、後に締約拒絶を正当化する事由が発生した場合の取り扱いが異なり、両者を安易に一元化することなどできないはずである。

以上のとおり、[7]「紛争の機能的・類型的考察」という角度から見た場合、いずれもが問題点を内包しており、それは各説が賠償の範囲について「信頼利益」と言うだけで、それ以上の検討を怠っている点に起因するように見える。

次に「法律構成的考察」という面では、学説の態度は二つに分かれる。一方には「不法行為責任が認められるのは、違法性が強い場合だけである」とする説があり、[8]他方には、むしろ「当事者の請求の立て方」との関連を示唆する説があるのである。[9]採られるべきは、後者の立場ではなかろうか。けだし、確固たる「通説」がない現状では、紛争の妥当な解決を第一次的な目的とする裁判所は、この点で当事者の主張に大きく左右されるものと推察されるからである。

註

（1）この説に属するものとしては、松本・前掲評釈判時一一五一号一八五頁、今西康人「契約不成立に関する責任」（神戸商科大学商大論集三七巻一＝二号六二頁、昭和六〇年）がある。

（2）戸田・前掲評釈法時六〇巻五号一〇四頁。

（3）今西康人「契約準備段階における責任」（『不動産法の課題と展望』（平成二年）一七三頁以下所収）は、［8］と［7］［11］とを区別しようと試みる。が、そのさい、賠償の範囲に関心が向けられているわけではない（一八〇－一八八頁）。

（4）円谷峻『契約の成立と責任』（昭和六三年）七七頁以下（特に九〇頁以下）も、この視点を欠き、十分でない。

(5) これに属するものとしては、本田純一「『契約締結上の過失』理論について」(『現代契約法大系1』(昭和五八年)一九三頁以下)、同・前掲評釈判タ五四三号一〇九頁以下、同・前掲評釈(『民法の基本判例』)一三九頁以下、宮本健蔵「契約締結上の過失責任法理と附随義務」(『法と政治の現代的課題――明治学院大学法学部二十周年論文集――』(昭和六二年)六三頁以下所収)がある。

(6) 戸田・前掲評釈法時六〇巻五号一〇三頁以下。

(7) その他、河上正二「『契約の成立』をめぐって――現代契約論への一考察――(一、二)(完)」(判タ六五五号一一頁、六五七号一四頁、昭和六三年)、同・「《総合判例研究》わが国裁判例にみる契約準備段階の法的責任――契約交渉破棄事例を中心に――」(千葉大法学四巻一号一八九頁、平成元年)も、裁判例の総合的な分析を行っている。ただ、――力点の置き所は異なるものの――分析の骨格は、一ないし二で紹介した見解とほぼ同じようである。

(8) たとえば、本田・前掲評釈判タ五四三号一一三頁、同・前掲評釈(『民法の基本判例』)一四二頁(ただし、後者は若干ニュアンスを異にする)、円谷・前掲書九〇―九四頁。

(9) たとえば、松本・前掲評釈判時一一五一号一八八頁、河上・前掲「《総合判例研究》わが国裁判例にみる契約準備段階の法的責任」二四一頁が、このことをにおわせる。が、それに基づく分析はなされていない。

第二章　裁判例の分析とその類型化

前章第二節の検討によれば、裁判例を分析するさいに注意すべきは次の四点である。

第一に、裁判例は、「誤信を誘発したこと、すなわち、信頼の惹起それ自体が違法として争われた」型(以下、「誤信惹起型」と呼ぶ)と「信頼の惹起自体ではなく、信頼を後で裏切ったことが違法として争われた」型(以下、「信頼裏切

り型」と呼ぶ）とに大別される（これは以前から指摘されていた）。第二に、右の各類型ごとに、交渉の「成熟度」を考慮せねばならない。すなわち、従来「成熟度」は専ら「信頼裏切り型」において語られてきたが、「誤信惹起型」でも、特に賠償の範囲との関係で、これは重要な視角と言える。第三に、裁判例が認めた「具体的な損害賠償の範囲」に留意する。すなわち、これまで学説は「信頼利益か履行利益か」という点だけ議論してきたが、より重要なのは、裁判例が「いつの時点からの、どのようなものを、具体的に損害として評価しているか」なのである。かような視点をもって、はじめて裁判所が加害者のどのような行為に着目したのか、また裁判所が問題としたかった被害者の信頼とは何だったのかが明確になる（以上の三点は「紛争の機能的・類型的考察」にかかわるものである）。第四に、「法律構成的考察」に関しては、何よりもまず、当事者の請求の立て方に着目する。

ここでは右の諸点のなかでも――責任の根本問題にふれるという意味で――特に重要な「帰責の根拠」を基軸とし、「誤信惹起型」（第一節）と「信頼裏切り型」（第二節）を分けて考察する。[1]

第一節　「誤信惹起（説明義務違反）型」

「誤信惹起型」に属する裁判例を吟味すると、そこで問題となっている「誤信」の内容が二種類に大別されることに気づく。すなわち、交渉開始時点で誰もが抱くであろう「幾分なりとも、締約の可能性がある」との信頼が「誤信」であったとして争われた場合と、交渉が成熟して初めて生ずる「締約は確実」との信頼が「誤信」であったとして争われた場合とがあるのである。そして、この差異に応じて、説明義務の内容や損害賠償の範囲は微妙に異なってくる。

一　「締約の可能性がある」との信頼が「誤信であった」として争われた事案

［類型分けの根拠］

［8］［9］［15］［17］（［9］の上告審）がこの類型に属する（いずれも責任肯定例）。すなわち、［8］は「締約しえない契約について交渉したこと」が問題とされ、それについての説明義務違反が認められた事件と解すべきだろうし、[2] そのため、契約内容について合意する以前の出捐が「損害」と評価されたのであろう。また［9］も、――若干の不明確さは残るが――「基本的には自己の希望する条件に適合しないという結論に達していながら……」（傍点筆者）とされているから、この類型に属するものであろうし、だからこそ、特段の合意もない時点での出捐が「損害」とされたと理解すべきである（なお、上告審たる［17］もこの点は同様）。さらに［15］でも、被告はそもそも賃貸借契約を締結するつもりなど最初からないのに、被告の被用者が独断専行し、原告にその可能性があるものと誤信させており、そのため、「締約は確実」と信頼できるような状況になかったにもかかわらず、責任は肯定された。これらの裁判例では「締約の可能性がある」との誤信が問題とされているのである。

［理論構成］

［8］では、原告は不法行為と契約締結上の過失を主張し、裁判所は不法行為責任を認めたが、後者を否定したわけではない。［9］では、原告は契約締結上の過失を主張し、一審はこれを「契約責任」として認め、他方、控訴審と上告審（［17］）は「信義則上の注意義務違反による責任」と構成した。が、原告の主張の詳細が不明なため、あまり参考にならないし、そもそもかような性質決定にどれほど意味があったかも疑問である。これに対し、［15］では、原告は主位的に契約締結上の過失責任を、予備的に不法行為責任を主張し、裁判所は前者を否定したうえで、後者を肯定した。しかし、かかる理論構成に対しては学説の評価が分かれ、矛盾を指摘するものさえある。[3] 結局、各裁判例の「理論構成」

の根拠はあまり明確とは言えない。だが、とにかく「違法性の強弱」に応じ、それを変化させている様子は窺えない。

［具体的判断基準］

ここで問題とされる「誤信（信頼）」は、交渉者なら誰もが持つもので、交渉それ自体によって基礎づけられる。つまり、交渉が成熟している必要はない。この点は、全交渉費用が賠償されていることからして明らかであろう。

［正当事由］

「締約を拒絶する正当な事由が後に発生した場合、免責される」とした裁判例は見当たらない。

［損害賠償の範囲］

「損害」とされたのは、「締約の可能性がある」と信頼（誤信）したがゆえに出捐された費用である（「説明義務違反」との因果関係）。またいずれの事案でも、被告は現に原告の出捐を知っていたようである。なお、出捐があまりに不用意な場合、過失相殺がなされる（［9］［15］［17］）。

二　「締約が確実である」との信頼が「誤信であった」として争われた事案

［類型分けの根拠］

［1］［4］［5］［22］［23］［24］［27］［30］［32］がこの類型に属する（［23］［32］は責任否定例）。また行政庁がからむ［6］［18］もここに入れられるべき事件であろう。以下、順次見ていく。

［1］の詳細は不明だが、被告は「締約は確実」と誤信したために損害を被ったらしく、交渉も成熟していた（契約の案文まで作成されている）。［4］でも、原告は確実に発注を受けられると誤信しており、被告側の撮影続行の指示の他、原告が詳細な「見積書」などを提出していた点や映画製作請負契約の特殊性を勘案するなら、交渉は成熟していた

と言えるようである。[5]では、厳密に言うと、原告は「締約された」と誤信したようだが、ここでも被告は締約を確約し、また交渉はすべての事項について合意されるほど煮詰まっていた。[22]においても、「締約は確実」という誤信が惹起されたのは、契約内容について合意し、準備工事の指示も受けたためで、交渉は十分成熟していた。他方、[24]でも、原告は「締約は確実」と誤信したが、契約内容は特定されておらず、「成熟度」の面では、他の事案より、若干劣る。しかし、交渉決裂の原因がそれと全く関係のない点にあったという事案の特殊性を忘れてはならない。[4] [27]でも、原告は「締約は確実」と誤信しているが、それは被告側の言動と契約の骨子につき基本的に合意したためである。[30]も、[27]とほぼ同様で、被告側の援助・奨励と基本的事項に関する合意がキー・ポイントとなっている。

これらに対し、[23]では、原告は「締約されなかった場合、確実に損失分担がなされる」と誤信したと主張するが、裁判所は交渉の経緯から、それを否定し、また[32]でも、原告は被告に締約意思のないことを知っていたとして、いずれも請求を棄却している。

次に[6]は、確実でもない締約を「確実」と誤信させることによって損害を与えた、という典型的な事案である。なお、契約内容については、一切話し合われていないが、これは雇用条件があらかじめ定型的に定められているという事案の特殊性に由来するものである。これに対し、[18]は、厳密に言うと、「公法上の仮契約には、私的契約と同様、法的な効力がある」との「誤信」が問題とされた事件である。そして、契約内容は特定されていたものの、被告側に誤信を惹起するような積極的な行為がなかったため、責任は否定された。[5]

このように、右の一一件では、確実でもない締約を「確実」と誤信させたことが違法として争われている。

[理論構成]

責任肯定例を見ると、[1][5][22][27][6]では、被害者の主張通り、不法行為責任が認められ、他方、[4]

[30] では、原告の主張した「信義則上の義務違反」という構成が採用された。これらに対し、[24] だけは原告の主張する不法行為責任を否定したうえ、「信義則上の義務違反」という構成を採用した。が、この一件だけから、「違法性の強弱によって理論構成が変えられている」と断ずるのは飛躍であり、全体的に見るなら、やはり当事者の請求の立て方に依存していると評するのが正鵠を得ているように思える（なお、責任否定例にあっては、[23] [32] では、不法行為責任が、[18] では、不法行為責任ないし契約責任が、それぞれ主張されていた）。

[具体的判断基準]

責任肯定例には二つの共通点が見い出される。第一は、「締約は確実」との誤信を積極的に惹起ないし維持・助長するような行為（「積極的行為」）が存在すること（[24] でも、被告は原告の誤信を知りながら、それを維持している）、第二は、そのような誤信に陥ってもやむを得ないほど、契約内容が特定されていること（つまり、交渉が「成熟」していること）である。これに対し、責任否定例では、「積極的行為」が存在しないか（[23] [18]）、原告が現に誤信していないか（[32]）のいずれかである。

[正当事由]

いずれの裁判例も、この点には言及していない。

[損害賠償の範囲]

「締約は確実」との誤信に基づいて出捐した「費用」が賠償されることもあれば（[4] [5] [27] [30]）、それが「得べかりし利益」であることもある（[6] [24]）。もっとも、後者が認められたのは、誤信に基づき従前の雇用契約を解約してしまった事案で、この種の「得べかりし利益」は、現実の「出捐」と同視しうるほど、「得る」蓋然性が高いものである。また「損害」と説明義務違反との間に因果関係が要求されることは言うまでもない（そのこともあって、[22]

では、慰藉料が認められた)。なお、いずれの事件でも、被告が原告の誤信に基づく行動を現に知っていた点は注意すべきである。その他、被害者側の行動があまりに不用意な場合には、過失相殺がなされている([4][24][26])。

右のように、この類型の要件と効果は一の類型と酷似する。それは両者の「帰責の根拠」に関する基本構造の同一性に由来する。故に、両者は一つの類型に統括することも可能である。が、本稿の如く、きめ細かく分析することで、各類型の要件と効果をより鮮明に具体化できるのだから、両者は一応区別した方が適切であろう。

註

(1) ただし、[16]は事実関係が全く不明なので、検討から除外する。

(2) 宮本・前掲論文八〇―八三頁も同旨。なお、この点については、前章第二節も参照。

(3) 判旨の矛盾を指摘するものとして、半田・前掲評釈ジュリ八二九号九五頁、松本・前掲評釈判時一一五一号一八九頁、久保・前掲評釈産大法学一九巻一号三七頁、今西・前掲「契約不成立に関する責任」七二頁があり、他方、本田・前掲評釈判タ五四三号一一四―一一五頁、宮本・前掲論文九二―九三頁は本判決を擁護する。筆者は矛盾を感じる。けだし、判決は不法行為責任を肯定するさい、「被告には、そもそも締約の意思がなかったのに、被告の被用者が原告に対して被告が話に乗ってきたと誤信させた」としており、かような「(誤った)見込み」を与えた場合、この判決の「契約締結上の過失責任」に関する一般論から推すなら、当然、それを是正するための説明義務が被告に課されるべきように思われるからである。

(4) 交渉決裂の原因は必ずしも明確でないが、判決理由から推測する限り、被告の代表者が原告に不信感を抱いたためのようである。もしそうなら、これは一の類型に属する事例と位置づけられるべきものかもしれない。

(5) ただ、このように当事者間に情報量の差がある場合、被告に積極的な説明義務を課す余地もあるように思われる。

第二節　「信頼裏切り（契約締結利益侵害＝誠実交渉義務違反）型」

「信頼裏切り型」では、被害者は「締約は確実であると信じていたのに、裏切られた」と主張する。そして、その信頼の根拠は交渉の進み具合や相手方の言動（説明や事実上の約束）といった「事実」である。ところで、これを「義務」の側面からながめるなら、そこで問題とされているのは「誠実交渉義務」である。が、かような義務は当事者間の合意（契約）によっても生じうる。以下、この二つを区別して検討を進める。

一　「事実」から「締約は確実」と信頼したのに、「それが後で裏切られた」として争われた事案

［類型分けの根拠］

［3］［7］［11］（［7］の上告審）［14］［19］［21］［25］（［19］の控訴審）［26］［28］［29］（［26］の控訴審）［31］［33］が、この類型に属する（［14］［21］［29］は責任否定例。ただし、［21］は「損害の証明がない」としたもの）。また行政庁がからむものとしては、［2］［12］がある（いずれも責任否定例）。以下、順に見ていく。

［3］で、原告は「大学院への入学が確実」との信頼が裏切られたことを違法として争う。その根拠は――法的な意味での「契約」ではないものの――「確実に大学院へ入学させる」旨の約束に求められる。(1) なお、「交渉の成熟度」の点では、本件には当事者間での契約内容に関する交渉が最初から予定されていなかったという特殊性が見られる。［7］［11］は、交渉も煮詰まって、すべての契約事項について合意され、そのうえ締約日も決められたため、原告は「締約は確実」と信頼して出捐をしたが、結局、被告が締約を拒んだという事案であり、原告は右信頼が裏切られたことを争っている。そして、［19］［25］［26］［28］［31］も、ほぼ同様の事件、すなわち、締約する旨の確約がなされ、また契約内

容についても合意されていた事案である（[33]も同じようである）。

他方、[21]は、その争われ方からしてこの類型に属するものだが、被告の義務違反自体は肯定されたものの、損害の証明がないとして、請求は棄却された。しかし、注目すべきは、契約内容がそれほど確定的に定められていなかったのに、「誠実交渉義務」の発生が認められた点である。おそらく「当事者間の力関係」と「被告側の被用者の独断専行への疑い」という要素が「交渉の成熟度」を補ったものと推測される。[2] また原告が「期待権ないし期待権類似の法的に保護されるべき状態」を主張する[14]も、この類型に属するものだが、責任は否定された。具体的な契約内容について全く話し合われておらず、被告側も締約につき何の約束もしていないからである。[3] さらに[29]も、[26]の認定を覆し、締約の約束がなかったことを理由に、責任を否定している。[4]

次に[2]では、原告は入居時の「将来、払下げがある」との説明などを理由に、「被告が原告の信頼を合理的根拠なく一方的に破棄して裏切ったのは『契約締結上の過失』に当たる」と主張する。が、右説明は入居の心構えを伝えたものに過ぎないとして、請求は棄却された。締約の約束の存在が否定されたわけである。[12]では、原告は「払下げを受けうる地位への侵害」を主張しているから、これも「信頼裏切り型」の一翼を担うものである。そして、[2]とは異なり、払下げの条件（契約内容）は特定され、被告側の説明も具体的である。ところが、最高裁は右の説明が締約権限のない一課長によってなされたものであることなどを理由に、原判決を破棄し、請求を棄却した。が、結論の当否については争いがある。[5]

以上の一四件（一一事件）がこの類型に属する。一見して明らかなように、「契約締結の利益（ないし期待権）への侵害」という形で争われたものと、「誠実交渉義務違反」という形で争われたものとがある。しかし、信頼が後に裏切られたことを問題とする点で、両者は実質的には同じものである。

［理論構成］

不法行為構成を採用するものが比較的多いのが、本類型の特徴である。[6] たとえば［7］［11］［19］［25］（［11］を引用する）［26］［33］がそうだし、［14］［12］［29］でも不法行為責任が争われている。また［3］では、裁判所は当該責任を「広い意味での契約法上の特別の義務ないし責任」と解するが、「不法行為責任ではありえない」と言っているわけではない。[7] これに対し、［21］は「信義則上の義務違反による責任」という構成を採っているように見えるし、［28］［31］は明らかに「信義則上の義務違反」としている。さらに［2］は、一般論として、不法行為責任とは異なる「契約締結上の責任」を認める。ただし、かような理論構成の差が具体的事案の解決に影響を及ぼしている様子はなく、また当事者の主張と採用された構成とを対比するとき、右の相違は当事者の請求の立て方に起因するに過ぎないように見える。

［具体的判断基準］

責任を肯定するための要件が、「確実に締約する」との説明（約束）と、「契約内容を特定できる」ほど交渉が成熟していることの二つである点は、先の分析からして明らかである（ただし、［21］は特殊なケース）。

［正当事由］

裁判例はほぼ一致して、「締約は確実」との信頼を惹起しても、正当な事由が認められれば、締約の拒絶は責任を発生させないとしており、この点で「誤信惹起型」と異なる。しかし、具体的にどのような事情がこれに当たるかは明確でない。ただ、第三者との締約や経済環境の変化は、これに当たらず（［7］［11］［21］［25］）、また対世的には合理的で正当な経営上の理由でも、免責事由にならないことがある（［3］）。

［損害賠償の範囲］

ここでも「損害」とされるのは費用であることが多い。たとえば［7］［11］［19］［25］［28］［31］では、「締約は確

実」と信頼したがゆえに出捐した費用が賠償され、[21]でも、かような立場を採っているからこそ、責任は結果的に否定された([26]で慰藉料が認められたのは、この点に関する立証がうまくいかなかった代替措置のように感じられる)。それゆえ、少なくともそのような信頼が惹起される以前の出捐は賠償されないこととなろう[8]。またいずれの事案でも、「損害」は被告の知りうるものだったようである。その他、過失相殺のなされた事件がない点も注目される。なお、[3]で慰藉料請求が認容されたのは、事案の特殊性に由来するものであろう。

二　合意により、「誠実交渉義務」が発生したが、「当事者の一方がそれに違反した」として争われた事案

[類型分けの根拠]

[10][13][20]がこの類型に属する(責任肯定例は[20]だけ)。まず[20]は、両当事者が契約内容につきほぼ合意し、「契約締結のために努力し、誠実に交渉する」旨の合意も取り交わしていた事件で、被告の債務不履行責任が認められた(賠償の範囲は契約準備のための出捐に限定された)。次に[10]でも、合意による義務の発生は肯定されたが、締約を拒む正当な理由があったとして、義務違反は否定された。また[13]は、「誠実交渉義務」を正面から論じたものではないが、継続的な木材供給の合意を「一定の要件の下で最終的合意をなすべき中間的合意」と把握しており、本類型の一環をなすものと理解しうる(ただ、その義務内容は「誠実交渉義務」より、「予約」から生じる「締約義務」に近いかもしれない)。なお、この事件でも、「正当事由」が認められ、請求は棄却された。

[理論構成]

「合意(契約)から生じた義務」が問題とされるため、いずれの事案でも、債務不履行構成が採られている。

［具体的判断基準］

いかなる義務が発生するかは、理論上、合意の内容の確定、すなわち、「契約の解釈」によって決せられる。ただし、［10］［20］で、締結予定の契約の内容がかなり確定していた点は注意すべきである。けだし、何も決められていない段階で、右のような合意が取り交わされても、それは「何ら法的拘束力のない儀礼的な申し合わせ」と判断される可能性が高いからである。他方、［13］のように、継続的な取引関係を形成する目的で基本的合意がされた場合には、個別的な契約の内容が決められていなくても、右のように判断されることはなかろう。

［正当事由］

免責事由の存否も、「合意（契約）の解釈」によって判断されるが、発生する義務が「締約義務」ではなく、「誠実交渉義務」である以上、これは原則として認められることになろう。現に［10］［13］は、かような角度から請求を棄却し、［20］も、一般論としては、そのような事由の存在を認める。また、いかなる事情がこれに当たるかも「合意の解釈」によって決せられるが、たとえば［10］はそれを「最初から判明していたなら、締約を差し控えたであろうほどの事情」と一般的に定義し、他方、［13］は――より具体的に――相手方からの支払いが期待できないことを「正当事由」に当たるとした。後者は「不安の抗弁権」に相応するものと言えよう。

［損害賠償の範囲］

この点についても、合意があれば、それに従い、それがなければ、民法四一六条によることになろう。ただし、責任を肯定した［20］が、種々の理由を付して、結局、本節の一の類型で認められるのと同じ範囲（「締約は確実」との信頼に基づく出捐）の請求しか認めなかった点は興味深い。

註

(1) この点を踏まえ、「本判決は英米法上の『約束的禁反言(promissory estoppel)』の法理から影響を受けている」と指摘するものもある(判時八七〇号三五頁のコメント、長尾・前掲評釈判時八八三号一四六頁)。

(2) 被告が金融機関であるのに対し、原告は素人である。また判決は「仮に被告側の支店長に専行があったとしても、それは被告側の内部事情に過ぎない」旨をわざわざ括弧書きにしている。

(3) それゆえ、「誤信惹起型」と位置づけたとしても、責任は否定されたであろう。

(4) [26] [29] で、原告は被告側の詐欺(つまり、「誤信の惹起」)も主張するが、この点は両判決とも否定する。

(5) 手島・前掲評釈判時一一三六号一八三頁は、本判決の結論には疑問が残るとする。もっとも、原告が「履行利益」のみ争い、「信頼利益の賠償」を主張・立証していない点にも、注意する必要がある。

(6) 今西・前掲「契約不成立に関する責任」七三頁は、その原因を被侵害利益が「契約締結利益」という形で具体化しやすい点に求めている。

(7) [3] は、責任の性質について議論の余地があることを認めたうえ、裁判所として、一応それを「契約法上の特別責任」と位置づけたまでで、「違法性が弱いから不法行為責任は認められない」としたわけではない。

(8) この点で、裁判例 [8] とこの類型とは決定的に異なっている(前章第二節も参照)。

第一編の小括

既に見たように、従来の裁判例は四つの類型に分類される。「締約の可能性がある」との信頼が「誤信であった」として争われた類型(第一類型)、「締約は確実」との信頼が「誤信であった」として争われた類型(第二類型)、「締約は確実」との信頼が「後で裏切られた」として争われた類型(第三類型)、当事者間の合意により発生した「誠実交渉義務」

に、一方が違反したとして争われた類型（第四類型）、の四つである。そして、これらの相互関係は以下の通りであろう。

一　第一類型と第二類型との関係

両者は、「誤信の惹起」が「帰責の根拠」とされる点では共通だから、「誤信惹起型」として一括することも可能である。しかし、誤信を基礎づける事実や賠償の範囲などに着目しつつ、よりきめ細かな判例分析を図るなら、区別した方が適切であろう。なお、「両者の中間もあるはず」との批判もありえよう。交渉当事者の期待は徐々に増大するもので、その意味で右の分類法は両極にある「理念型」を対置したに過ぎないからである。が、現在までの裁判例に対しては、これで十分対処できるのだから、かような分類も許されよう。

二　第三類型と第四類型との関係

第三類型を「義務」の側面からながめた場合、そこで問題とされる義務は、第四類型と同じ「誠実交渉義務」である。しかし、義務の発生原因が異なるのだから、両者は区別すべきだろうし、ともすれば、両者を同じ土俵に乗せがちな現状を思うとき、この点は強調せねばなるまい。とはいえ、両者が類似した面を有するのは確かで、相互関連を図るのは重要な作業である。

三　第二類型と第三類型との関係

両者は「帰責の根拠」の点で異なり、この相違は免責事由の存否に反映される。このことと立証とを関連づけるなら、第三類型では、第二類型と異なり、「誤信」であることの証明が不要である代わりに、免責の余地が残されていることになる。他方、信頼（誤信）の具体的内容、その根拠となる事実（責任の要件）、賠償の範囲（責任の効果）の点で、両類型は酷似している（なお、過失相殺における両者の相違は、第三類型の責任肯定例の方が第二類型のそれよりも、概して「交渉の成熟度」が高いことに由来するものであろう）。

以上が、類型相互間の関係である。しかし、これまでの検討からは必ずしも明確にならなかった点も多々存在する。第一に、「理論構成」の面では、「不法行為構成とそれ以外の構成とで、責任の要件や効果に相違があるのか」という疑問が未だに残っている。確かに裁判例の理論構成は概ね当事者の主張に依拠し、またその違いによって要件や効果が変わることはないようである(一部の学説が説く「違法性の強弱」による区別は確認されなかった)。しかし、なかにはこの点が微妙な裁判例もあり(たとえば[24])、右のように断言するにはまだ躊躇が感じられる。第二に、各類型ごとの「具体的判断基準」が、特に第二ないし第三類型で要求される「交渉の成熟度」の程度が、今一つはっきりしない。第三に、第三及び第四類型で認められる免責事由の具体的内容は不明のままである。第四に、「履行利益の賠償」が許されるか否かも、――現在までのところ認められた例はなく、それゆえ、かなり否定的な印象を受けるが――十分に明らかとは言えないように思われる。

このように、いまだ不明確な点が多々残されており、それらについては今後の裁判例の集積を待つよりない。しかし、全体的にながめるなら、四つの類型に代表されるように、裁判例の態度の骨格はほぼ固まってきており、以下、本稿ではそれを「判例理論」と指称することにする。

第二編　「契約交渉の破棄」に関する学説の紹介と検討

学説の多くはドイツ法の影響を受け、「交渉破棄」を「契約締結上の過失」理論によって処理しようとする。しかし、かなり古くから紹介されていた右の理論がこの問題に応用されはじめたのは、昭和五〇年代後半以降のことで、それは裁判例の本格的登場に触発されたものである。そこで、まず右の理論の導入過程と昭和五〇年代前半までの展開状況を概観し、このことを確認しておく。

第一章　日本における「契約締結上の過失」理論の導入と展開[1]

周知の如く、この法理はイェーリングの提唱にかかるもので[2]、日本では、当初「原始不能」（契約が無効な場合）を中心として論じられ、つづいて契約が有効な場合、そして、契約が締結されなかった場合へと漸次拡大されていった。すなわち、まず現行民法典の起草者たちは旧民法を受け継ぎ、「（売買の）原始不能」につき、売主の不法行為責任を肯定したが[3]、その後、ドイツ法の影響から七〇九条の「権利」概念を厳格に解する説が登場し、「債務不履行にも不法行為にも属さず、また特別な規定もない」との理由から、一切の責任を否定するに至った[4]。が、この公平を犠牲にする説に対しては、すぐさま批判がまきおこり、一方では、不法行為責任説が[5]、他方では、責任の性質を不法行為責任と契約責任の中間的なものとして把握する「契約締結上の過失」責任説が登場したのである[6]。

かような議論に引き続き、契約が有効な場合の問題（たとえば、交渉中に一方の当事者が誤った使用方法を教えたために、相手方が損害を被ったような事案）も俎上にのぼりはじめる。そして、鳩山博士が展開したこの議論[7]を最終的に

完成したのは我妻博士である。すなわち、我妻説は、契約上の信義則は交渉段階まで遡るとし、この場合にも契約責任としての「契約締結上の過失」責任を認めたのである。[8] が、我妻説においても、なお「交渉破棄」は念頭に置かれていなかったようである。[9]

ところが、後の学説のなかには、「契約が締結されなかった」事案をも念頭に置くものが現われはじめる。その口火を切った松坂説は「契約締結のための商議を開始した瞬間、両当事者は信頼関係に立ち、契約の締結という共同の目的の実現に向かって相協力すべき、一般市民よりも一層緊密な結合関係を構成する。この関係は当事者の意思に基づかない一種の法定債務関係で、右関係から相手方の財貨を害しない義務や相手方の決心につき重大な意義のある事実を解明する義務(Aufklärungspflicht)を含む保護義務が生ずる」と説く。[10] が、この説の想定する事案は、「交渉中に相手方に怪我をさせてしまった」といったようなケースで、[11]「交渉破棄」など念頭においていなかったし、それは後に登場した片山説でも同様であった。[12] すなわち、片山説でも、「契約が締結されなかった」事案として挙げられるのは「買取り希望者が下見をしようとしたさい、売主は一端協力を約したが、実際にはそれを怠り、そのため、買取り希望者の出捐した交通費などが無駄になった」という事例で、[13] ――今日問題とされる――「交渉破棄」は想定されていない。さらに北川説でさえ、この点は同様である。[14] 北川説の想定する事例は、松坂説のそれと同じもので、[15] ここでも「交渉破棄」はほとんど考慮に入れられていないのである。[16]

このように、松坂説以降の学説は、確かに「契約が締結されなかった」事案にも目を向けはじめる。しかし、そこでも「交渉破棄」は念頭におかれていなかったようである。[17] この問題が学説により自覚されるには、裁判例の本格的な登場を待たねばならなかったのである。[18]

註

(1) 北川善太郎『契約責任の研究』(昭和三八年)が昭和三〇年代までの展開状況を詳しく追っている(特に三三九頁以下)。
(2) 詳細は、北川・前掲書一九四頁以下参照。
(3) 旧民法財産取得編四三条一項及び『法典調査会民法議事速記録四』(『日本近代立法資料叢書四』(昭和五九年)所収)二三頁参照。なお、起草者は過失による錯誤についても同じ立場を取っていた(『法典調査會民法主査會議事速記録』(『日本近代立法資料叢書一三』(昭和六三年)所収)六四九頁)。この事実は「交渉破棄」を考えるさいにも、重要な意味を有している(第四部第三編参照)。
(4) たとえば、石坂音四郎「給付不能論」(『民法研究 第二巻』(大正二年)二〇三頁以下所収。初出は明治四四―四五年)二九四頁以下、岡松参太郎『無過失損害賠償責任論』(大正五年)三二九頁。
(5) たとえば、末弘厳太郎「双務契約ト履行不能(一―四)(完)」(法協三四巻三号一頁、四号四七頁、五号三七頁、六号一一六頁、大正五年)は七一〇条を根拠とし(四号七四頁以下)、他方、田島順・柚木馨・川上太郎・三木正雄・伊達秋雄・近藤英吉『註釈日本民法(債權編契約總則)』(昭和一二年)四〇頁以下は七〇九条に拠っている。
(6) 石田文次郎「消極的利益の賠償を論ず(一―三)(完)」(法学論叢八巻五号一頁、六号一九頁、九巻一号三四頁、大正一一―一二年)特に九巻一号六一頁以下。
(7) 鳩山秀夫「債権法に於ける信義誠実の原則」(『債権法における信義誠実の原則』(昭和三〇年)二五一頁以下所収。初出は大正一三年)三〇一頁以下。
(8) 我妻栄『債権各論　上巻』(昭和二九年)四一頁。
(9) この時期までの学説を整理したものとしては、北川・前掲書の他、谷口知平編『注釈民法(一三)債権(四)契約総則』(昭和四一年)五四頁以下(上田徹一郎執筆部分)がある。
(10) 松坂佐一「締約補助者の過失に因る当事者の責任」(京城帝大法学会論集第一三冊二号二〇九頁、昭和一七年)、同・「信頼関係としての債務関係」(愛知大学法経論集一〇集四九頁、昭和二九年)。
(11) 松坂・前掲「信頼関係としての債務関係」五四頁、六六頁注(九)。
(12) 片山金章「契約締結上の過失について」(綜合法学二巻二号六頁、昭和三四年)。

(13) 片山・前掲論文六頁。
(14) 北川・前掲書三六一頁以下、同・「契約締結上の過失」(『契約法大系Ⅰ　契約総論』(昭和三八年)二二一頁以下所収)。
(15) 北川・前掲二四〇頁以下。
(16) もっとも、北川・前掲書は、当時のドイツの学説を紹介した箇所では、「交渉破棄」にもふれている(二四九、二六八頁のNirkの見解を紹介した箇所)。しかし、いざそれを分析する段になると、「交渉破棄」にほとんど関心を持っていなかったため、この問題を完全にオミットしている(二四五―二七五頁。特に「ドイツ民法学説史の分析」(二七二―二七五頁)における分析の仕方がこのことを示す)。
(17) これまで紹介してきた学説の他、昭和五〇年代前半までに公表された論稿としては、以下のものがある。上田徹一郎「消極利益賠償責任序論――ドイツ普通法理論におけるその構成――」(神戸法学雑誌七巻一号一三三頁、昭和三二年)、磯村哲「契約締結上の過失」(『民事法学辞典(上)』(昭和三五年)四六一頁)、遠田新一「代理人の契約準備上の過失責任」(広政一〇巻四号八九頁、昭和三六年)、村井藤十郎「契約以前の善意義務――公正な契約成立の条件と消費者保護――」(名城法学一〇巻三号一三頁、昭和三六年)、柿本啓「契約締結上の過失論序説――契約責任との関係――」(駒法二四号八五頁、昭和四一年)、山田晟「『契約締結のさいの過失』に関するドイツの判例の比較法的分析」(成蹊大学政治経済論叢一七巻三＝四号八二頁、昭和四三年)、奥田昌道「契約法と不法行為法の接点」(『民法学の基礎的課題(中)』(昭和四九年)二〇七頁以下所収、特に二二二頁以下)、円谷峻「契約締結上の過失――『契約締結上の過失』の法理は必要か。必要とすればなぜか。」(『民法学5』(昭和五一年)一二頁以下所収)、酒井忠昭「契約締結上の過失責任」(金法八一八号三頁、昭和五二年)。
(18) このことを如実に示すのが、円谷・前掲「契約締結上の過失」(『民法学5』)である。すなわち、今日では「交渉破棄」につき次々と論稿を発表している円谷教授も、この時期にはまだ「交渉が準備段階に止どまり、結局契約が締結されなかった」事案としては、松坂説と同じ事例を想定するに過ぎなかったのである(一四―一七頁)。

第二章　学説の紹介と検討――学説の問題点

裁判例の登場に触発され、昭和五〇年代後半以降、学界は「交渉破棄」に注目しはじめる。この問題を取り上げる論稿の数は飛躍的に増大し、[1] ついに教科書でも論及されるようになったのである。[2]「基本的なこと」や「その当時、重要と考えられていたこと」の解説を目的とする教科書におけるかような変化は、この問題が民法学のなかで確固たる地歩を築きつつあることの証左と言える。ところで、学説の多くは、ドイツ法の影響を受け、「交渉破棄」を「契約締結上の過失」の一類型と位置づける。そこで、まず学説の現状を鳥瞰する。

第一節　学説の概要の紹介

「責任の体系的位置づけ」、「責任の要件」、「責任の効果」という三つの視点から、学説の現況を整理してみる。

一　責任の体系的位置づけ

「交渉破棄」に対して課される責任の性質については、以下のような学説が華々しい論戦を繰り広げている。

第一に、責任の性質を不法行為責任と解する説がある。[3]「契約締結上の過失」理論は、ドイツにおける不法行為制度の硬直性を緩和するために案出されたもので、これに対して日本の不法行為制度は柔軟だから、この問題も民法七〇九条に包摂すべきである、と説くのである。しかし、この見解は――近時有力になりつつあるも――少数説にとどまっている。多くの学説は――何らかの意味で不法行為責任とは異なる――「契約締結上の過失」理論を持ち出すのである。ただし、その具体的内容は、次のように分裂している。

まず「『交渉破棄』には『契約責任』としての『契約締結上の過失責任』が課される」とする説がある。[4]「契約締結上の過失責任」という独自の責任（領域）を認めたうえ、これを「契約責任」と位置づけるのである。他方、――内容的にはこれと大差ないが――その責任を「契約責任に準じた責任」としたり、[5]「契約類似の責任」と捉えるものもある。[6]またこれらの説とはニュアンスを異にするが、「契約締結上の過失責任」を契約責任と不法行為責任の双方にまたがる「中間的領域の特殊な責任」として位置づける見解もある。[7]さらに「『契約締結上の過失責任』とは、一つの責任規範ではなく、契約交渉中ないし契約締結上のさいに生ずる諸々の責任問題の総称に過ぎず、個々具体的問題は、純粋の契約責任規定、信義則規定、法律行為規定、不法行為規定（これら各々が責任規範に当たる）によって解決される」と主張する説もあれば、[8]「契約締結上の過失責任」の法的性質にふれないものもある。[9]

右のように、「契約締結上の過失」理論を認める学説にあっても、その理解は多様で、さらに不法行為責任との関係についても見解は分かれる。多くの説は「不法行為責任と『契約締結上の過失責任』とは別個のものだから、競合しうるが、不法行為責任が成立するには、『契約締結上の過失責任』が成立するのよりも『強い違法性』が要求される」と説く。[10]が、なかには「違法性が強い場合には不法行為責任のみが、弱い場合には『契約締結上の過失責任』のみが成立する」とする説もある。[11]なお、「契約締結上の過失責任」を独立の責任規範と把握しない説も「不法行為責任が成立するには、信義則上の注意義務違反による責任が成立するのよりも『強い違法性』が要求される」と解している。[12]

このように、責任の体系的位置づけに関し、学説は分裂を極める。ただ、不法行為の成立要件につき、「強い違法性」を要求する見解が多数説を形成しており、注目される。[13]

二　責任の要件

責任の要件に関する見解を整理するなら、多くの学説は、「裁判例の分析」を出発点とするため、責任の認められる事

案類型を二種類に大別する。それらは各々「誤信惹起型」と「信頼裏切り型」にほぼ対応するが、学説ごとにニュアンスは異なる。すなわち、交渉過程を三分し、第二段階（契約締結準備段階）では「開示義務」が、第三段階（ほぼ合意に達した段階）では、それに加えて「誠実交渉義務」が生じる、とするものがある。[14] また「責任発生の態様」、つまり、「帰責の根拠」における相違をより重視し、「誤信惹起型」と「信頼裏切り型」を並置するものもある。[15] ただ、後者も、「『誠実交渉義務』が発生するには、交渉が煮詰まっていなければならない」と解しており、両者の相違は決定的なものではない。[16]

これに対し、右のような類型分けにそれほど興味を示さない見解もある。あるものはそれよりも取引の種類、交渉の進捗状況、先行関係・先行準備行為、交渉のイニシアティブ、挫折の原因などといった「責任の是非を判断する具体的な要素」を抽出することに重きを置き、[17] あるものは「交渉段階においても、誠実に交渉せねばならない」という意味での「誠実交渉義務」は認めるが、それ以上の類型化は行わない。[18] またあるものは類型化を忌避し、一元化を志向するのである。[19]

このように、責任の要件に関しては、――「裁判例の分析」に依拠するものが多いため――若干の異説はあるものの、責任の認められる事案類型を「誤信惹起型」と「信頼裏切り型」に対応する二種類に大別するのが主流となっている。

三　責任の効果

責任の効果に対する学説の態度は二つに分かれる。多数説は「通常の場合は『信頼利益の賠償』だが、交渉が十分煮詰まっているときには、『履行利益の賠償』まで認めてよい」と主張し、[20] なかには「締約義務」まで認めるものもある。[21] これに対し、それをあくまで「信頼利益の賠償」に限る説が近時有力化しつつある。[22]

右の如く、「履行利益の賠償」まで認められるとするのが多数説だが、そのような裁判例が未だに現われていないため

か、「信頼利益の賠償」に限るとする説も勢いを増している。しかし、いずれの説にもあてはまることだが、「信頼利益」を語るさい、単に「信頼利益」と述べるだけで、「そこで言う『信頼』とは具体的にどのようなものか」という問題には踏み込んでいない。その結果、「裁判例の分析」も不十分なものに終わることになる（前編参照）。

以上が、学説の概況である。ここからは「抽象論優位」の傾向が読み取れる。学説の中心論点は責任の性質や位置づけにあり、これについては百花繚乱を思わせる多彩な学説の間で、詳細な議論が展開されている。が、具体的な「要件論」のレベルでは、――ある程度やむを得ないことだが――「裁判例の分析」にとどまり、特に「効果論」のレベルでは、先述のような欠陥を露呈し、「裁判例の分析」も粗雑なものとなっている。にもかかわらず、学説の多くは「信頼利益」と言ってしまえばこと足りるかのように考え、論点はすぐ「信頼利益か履行利益か」に移行する。ここでも「抽象論」が優位しているのである。従って、裁判例の蓄積を待ちつつ、具体論を検討することこそ、今後の課題とされるべきであろう。[23]

註

（1）「契約締結上の過失」という観点から、この問題にふれる論稿としては、以下のものがある（判例評釈は除く）。
今西康人「ドイツ債権法――仮訳と解説――（五九）―（六二）」（法時五六巻一、三、四、五号、昭和五九年）、同・「契約不成立に関する責任」（神戸商科大学商大論集三七巻一＝二号六二頁、昭和六〇年）、同・「契約準備段階における責任」（『不動産法の課題と展望』（平成二年）一七三頁以下所収）、尾波正雄「不動産取引における契約締結上の過失に関する判例」（『判例研究　取引と損害賠償――不法行為責任を中心として――』（平成元年）一二〇頁以下所収）、金子順一「代理人の契約締結上の過失」（『現代民事裁判の課題④［動産取引］』（平成二年）七頁以下所収）、河上正二「『契約の成立』をめぐって

（一、二）（完）」（判タ六五五号一一頁、六五七号一四頁、昭和六三年）、同・「《総合判例研究》わが国裁判例にみる契約準備段階の法的責任――契約交渉破棄事例を中心に――」（千葉大法学四巻一号一八九頁、平成元年）、熊田裕之「契約交渉の破棄と契約締結上の過失責任――西ドイツの判例・学説を中心として――」（比較法雑誌一八巻二号五五頁、昭和五九年）、下森定「契約締結上の過失理論の新展開」（法セ三六〇号八二頁、昭和五九年）、田沼柾「締約上の過失責任の法的性質と附随義務について――最近のわが国の判例の紹介と検討を中心として――」（法学新報八七巻一二号一八七頁、昭和五六年）、円谷峻「契約締結上の過失」（『現代民法学の基本問題（中）』（昭和五八年）一八三頁以下所収）、同・「交渉打ち切りの法律問題」（横浜経営研究Ⅷ巻二号二一頁、昭和六一年）、同・「『契約交渉上の過失』に関するメディクスの鑑定意見」（法学志林八五巻二号四九頁、昭和六二年）、同・『契約の成立と責任』（昭和六三年、特に七七―一三三頁）、根本久・金子直史「契約締結に際しての過失責任」（『現代民事裁判の課題⑦［損害賠償］』（平成元年）二三七頁以下所収）、平野裕之「フランスにおける『契約締結上の過失』理論素描――わが国の議論へのプロローグ――」（法律論叢六一巻四＝五号六六三頁、平成元年）、同・「いわゆる『契約締結上の過失』責任について」（法律論叢六一巻六号六一頁、平成元年）、平林慶一「契約締結上の義務」（『現代民事裁判の課題①［不動産取引］』（平成元年）四四頁以下所収）、藤田寿夫「表示についての私法上の責任――契約締結上の過失責任を中心に――（一、二）（完）」（民商八九巻五号六六〇頁、六号八二二頁、昭和五九年）、本田純一「『契約締結上の過失』理論について」（『現代契約法大系1』（昭和五八年）一九三頁以下所収）、松本恒雄「民法学のあゆみ」（法時五七巻一一号一二八頁、昭和六〇年）、宮本健蔵「契約締結上の過失責任法理と附随義務」（『法と政治の現代的課題――明治学院大学法学部二十周年論文集――』（昭和六二年）六三頁以下所収）、森泉章「『契約締結上の過失』に関する一考察（一―三）（完）」（民研二八五号八頁、二八七号九頁、二九〇号二頁、昭和五五―五六年）、森島昭夫「契約締結上の過失」（法教九一号四六頁、昭和六三年）、Elisabeth Raidl-Marcure, Legal Effects of Preliminary Understandings under German and Austrian Law（産大法学二一巻一＝二号二五頁、昭和六二年）、渡辺博之「契約締結上の過失責任をめぐる体系化の傾向と『信頼責任』論――カナリスおよびシュトルの所論を中心として――」（民商八八巻二号二六〇頁、昭和五八年）。なお、ハンス・シュトル（安永正昭訳）「比較法的見地からみた給付約束に対する契約外の信頼責任」（神戸法学雑誌二八巻二号一一三頁、昭和五三年）、ディーター・メディクス（西村重雄訳）「契約締結上の過失論の成立・展開とその現状」（法政研究五一巻二号二二一頁、昭和六〇年）も、この問題に言及している。

その他、「交渉破棄」にふれる文献としては、井上明「契約前交渉の不当破棄に関する若干の考察（一）（未完）」（成城大学経済研究五四号五五頁、昭和五一年）、木下毅『英米契約法の理論（第二版）』（昭和六〇年、特に二三六頁以下）、久保宏之「アメリカ契約法における約束的禁反言の法理――歴史・現状・そして将来の展望――（一、二）（完）」（六甲台論集二八巻二号七四頁、三号一〇六頁、昭和五六年）、下村正明「イギリス契約法史の一潮流（七）（II）契約における意思と信頼」（阪大法学一三二号二〇五頁、昭和五九年）、樋口範雄「論文紹介・Farnsworth, Precontractual Liability and Preliminary Agreements : Fair Dealing and Failed Negotiations, 87 COLUM. L. REV. pp. 217-294 (1987)」（[1988-2] アメリカ法二八〇頁）、道田信一郎『契約社会――アメリカと日本の違いをみる』（昭和六二年、一六一頁以下）、横山美夏「不動産売買契約の『成立』と所有権の移転（一―二）（完）」（早稲田法学六五巻二号一頁、三号八五頁、平成二年）がある。

(2) 「交渉破棄」に対する教科書の態度には、昭和五〇年代半ばを境とする、大きな断層が見受けられる。すなわち、それ以前の教科書がこれにふれていなかったのに対し（ただし、遠藤浩 他編『民法（5）契約総論』（昭和四五年）二三頁と稲本洋之助・中井美雄・水辺芳郎・上井長久・田山輝明・能見善久・伊藤進『民法講義5（契約）』（昭和五三年）一三頁（稲本洋之助執筆部分）だけは、「契約締結上の過失」のうち、「契約が締結されなかった」事案にもふれる。が、「交渉破棄」を想定したものではない）、五〇年代後半以降、教科書でもこの問題が徐々に取り上げられはじめるのである（たとえば、鈴木禄弥『債権法講義』（昭和五五年）一九八頁（もっとも、この初版ではあまり明確でないが、改訂版になると、ますますはっきりと「交渉破棄」を意識する。同・『債権法講義（改訂版）』（昭和六二年）二二二―二二三頁）、遠藤浩 他編『新版民法（5）契約総論』（昭和五六年）二六―二七頁（これも初版との相違を感じさせる）、石田穣『民法V（契約法）』（昭和五七年）四三―四四頁、平井宜雄『債権総論』（昭和六〇年）四六頁、江頭憲治郎『商取引法（上）』（平成二年）一一―一二頁、藤岡康宏・磯村保・浦川道太郎・松本恒雄『民法IV――債権各論』（平成三年）一五頁）。また『判例百選』でも、第三版ではこの問題（裁判例[17]）が新たに取り上げられ、さらにコンメンタールでも言及されるようになっている（林良平編『注解判例民法2　債権法I』（昭和六二年）三七八頁以下（安永正昭執筆部分））。

(3) 石田(喜)・前掲評釈民商八九巻二号二九一頁、金子・前掲論文一八頁、平井・前掲書四六頁、平野・前掲「いわゆる『契約締結上の過失』責任について」六五―七三頁、平林・前掲論文五九―六五頁。

(4) 本田・前掲評釈判タ五四三号一一五頁以下、同・前掲評釈（『民法の基本判例』）一四二頁以下、松本・前掲評釈判時一一五

一号一八八頁以下、今西・前掲「契約不成立に関する責任」七八頁以下、同・前掲「契約準備段階における責任」一九八―一九九頁、同・前掲評釈民商九二巻一号一一四頁、宮本・前掲論文六七頁以下、七六頁以下、八八頁、安永・前掲評釈（『私法リマークス（一号）』）八七頁。なお、藤田・前掲論文民商八九巻五号六六四頁もおそらく同旨であろう。

(5) 半田・前掲評釈ジュリ八二九号九三―九四頁、同・前掲評釈判時一二五〇号一九七頁。

(6) 久保・前掲評釈産大法学一九巻一号三六―三七頁。

(7) 森泉・前掲論文民研二九〇号三頁。

(8) 円谷・前掲「契約締結上の過失」（『現代民法学の基本問題（中）』）二〇二頁以下、同・前掲書三三頁以下。なお、池田・前掲評釈法セ三七五号五二頁もこの見解を支持する。

(9) 河上・前掲「『契約の成立』をめぐって」判タ六五七号二二頁は「新たに議論するつもりはない」とする。また戸田・前掲評釈法時六〇巻五号一〇三頁は特段この点にはふれず、さらに鈴木・前掲書（改訂版）二二三頁は責任の性質決定を不要とする。

(10) 本田・前掲評釈判タ五四三号一一三―一一四頁、同・前掲評釈（『民法の基本判例』）一四二頁、今西・前掲「契約不成立に関する責任」七三、七七―七八頁、半田・前掲評釈ジュリ八二九号九五頁、同・前掲評釈判時一二五〇号一九七頁、宮本・前掲論文七七、九二―九三頁、藤田・前掲論文民商八九巻五号六六四頁（もっとも、藤田説は、二つの責任の関係について言及していない）。

(11) 久保・前掲評釈産大法学一九巻一号三七頁。

(12) 円谷・前掲評釈ジュリ八三八号八二頁、同・前掲書九〇―九三頁。

(13) その背景にドイツ法起源のいわゆる「相関関係説」が潜んでいる点については、第四部第三編で論じる。

(14) 松本・前掲評釈判時一一五一号一八八頁。また今西・前掲「契約不成立に関する責任」六六頁以下も、これに賛意を示す（ただし、同・前掲「契約準備段階における責任」一七九―一八七頁になると、これまでの基本線は維持しつつも、典型的な不法行為を別枠に置く新基軸が打ち出される）。さらに金子・前掲論文一二―一七頁も、松本説に則った判例分析を行う。

(15) 本田・前掲論文二一〇頁以下、同・前掲評釈判タ五四三号一一二―一一四頁、同・前掲評釈（『民法の基本判例』）一四一―一四二頁、藤田・前掲論文民商八九巻六号八三〇―八三五頁、宮本・前掲論文七九―八七頁、久保・前掲評釈産大法学

一九巻一号三四―三九頁、根本・金子・前掲論文二四三―二四五頁（判例分析として）。なお、平野・前掲「いわゆる『契約締結上の過失』責任について」八六―九六頁は、かなり難解で、その趣旨を解しかねるところもあるが、「研究会記事・平野裕之講師の報告要旨」（法律論叢六一巻六号二四一頁、平成元年）による限り、基本的には「誤信惹起型」と「信頼裏切り型」に対応する二つの類型を大別しているようである。

(16) ただし、平野説だけは、「誠実交渉義務（誠実に契約の成立に努めるべき義務）」の存在を認めない（前掲「いわゆる『契約締結上の過失』責任について」八六―九六頁）。

(17) 河上・前掲「『契約の成立』をめぐって」判タ六五七号二一―二三頁、同・前掲「《総合判例研究》わが国裁判例にみる契約準備段階の法的責任」二四〇―二四五頁。

(18) 円谷・前掲評釈判タ四九九号一一〇―一一一頁、同・前掲評釈金商六八七号五〇―五一頁、同・前掲評釈ジュリ八三八号八二頁、同・前掲書九二―九三頁。

(19) 戸田・前掲評釈法時六〇巻五号一〇五頁。なお、安永・前掲評釈（『私法リマークス（一号）』）八七頁、平林・前掲論文六六―六七頁も、一個の統一的な要件を掲げる。

(20) 今西・前掲「契約不成立に関する責任」八〇頁（民法一二八、一二九条の類推適用を説く）、松本・前掲評釈判時一一五一号一八八頁、鎌田・前掲評釈判タ四八四号二一頁、円谷・前掲評釈判タ四九九号一一一頁、同・前掲評釈金商六八七号五〇―五一頁、同・前掲評釈ジュリ八三八号八二頁、本田・前掲論文二一一頁（ただし、「交渉の成熟」の他、破棄者側の背信性の強さも要件とする）、宮本・前掲論文七五―八七頁（「誤信惹起型」では「信頼利益」が、「信頼裏切り型」では「履行利益」が賠償されるとする）、平林・前掲論文六七頁（相当因果関係により、目的物の転売利益まで認められうるとする）。

(21) 久保・前掲評釈産大法学一九巻一号三四頁。

(22) 戸田・前掲評釈法時六〇巻五号一〇五頁、半田・前掲評釈判時一二五〇号一九八―一九九頁、河上・前掲「『契約の成立』をめぐって」判タ六五七号二六―二七頁、平野・前掲「いわゆる『契約締結上の過失』責任について」八八―九二頁、安永・前掲評釈（『私法リマークス（一号）』）八七頁、金子・前掲論文一八頁、根本・金子・前掲論文二四九―二五〇頁（判例分析として）。なお、藤田・前掲論文民商八九巻六号八三三頁も、――明確ではないが――こちらを支持するものか。

(23) 河上・前掲「『契約の成立』をめぐって」判タ六五七号二六頁も同旨。もっとも、これは誰しも意識していることであろう。

第二節　代表的な学説の紹介とその検討

「交渉破棄」に対する日本の議論の到達点を示すため、特に注目される代表的見解を紹介し、それらを批判的に検討する。もっとも、何をもって「代表的学説」と言うかは議論の分かれるところである。が、以下の理由から次の四つの見解を取り上げる。円谷説と本田説は近時の議論のオピニオン・リーダー的存在であるため、鎌田説はユニークな視点を提示し、他の学説に絶大な影響を与えているため、平野説は「契約責任と不法行為責任との関係」という角度からこの問題に切り込み、新視点も示しているため、である。なお、検討のさいには、極力、内在的批判、すなわち、各説の不明確な点を挙げることに努め、根本的な問題については、それを示唆するにとどめる。

一　円谷説[1]

円谷説には、数多くの論稿があり、しかも、なかにはニュアンスを異にするような箇所もあるため、正確にその全体像を把握することは困難だが、一応、次のようにまとめられよう。まず「契約締結上の過失」とは、それ自体が一つの責任規範ではなく、契約締結段階に生ずる諸々の責任問題の総称に過ぎず、個々の問題は法律行為、契約責任、不法行為責任、信義則の諸規定によって解決される。[2] またそれを「交渉破棄」に当てはめるなら、交渉当事者には、信義則上「誠実に交渉を継続して、契約を成立させようとする義務」が課され、[3] それは「説明義務」として具体化することもあれば、[4]「誠実交渉義務（誠実に契約の成立に努めるべき義務）」として具体化することもある。[5] 要するに「交渉がある一定の段階を越えると、信義則上の義務が交渉当事者に生じ、正当な理由なくこの義務に違反すると、換言すれば、正当な理由なく交渉を打ち切ると、信義則上の賠償義務が生じる」のである。[6] この場合、「履行利益の賠償」まで認められるこ

ともあるが、[7] そのためには、交渉が「契約成立」と同程度に成熟していなければならない。[8] なお、交渉者の行為の「違法性」が「不法行為」と評価できるほど強い場合には、不法行為責任も認められる。[9]

この円谷説には、不明確な点もある。まず「誠実交渉義務」が発生するために要求される「交渉の成熟度」と「履行利益の賠償」の要件たる「熟度」との関係が明らかでない。また各義務の相互関係やそれと責任の要件論との関連も――観点を微妙に異にする多数の論稿があることもあって――明確さに欠けるきらいがあるように思える（何より問題なのは、責任の根拠づけとして「信義則」以上のことを言っていない点であるが、これについては後にふれる）。

二　本田説[10]

本田説は次のようにまとめられる。交渉当事者が契約の成立を期待して費用を支出しても、それは自己の責任においてなすべきもので、交渉拒絶だけで注意義務違反を基礎づけることはできない。しかし、確実に締約すると言って相手方を信頼させておきながら、正当な理由なく突然交渉を打ち切った者や、交渉にさいし、相手方の誤信を誘発しながら、それを矯正すべき措置を採らなかった者には、信義則上、責任が課されてしかるべきである。[11] そして、交渉が本格化した段階で認められる責任とは「契約責任」たる「契約締結上の過失責任」なのだが、[12] それが実際に肯定されるには、相手方の信頼を惹起する「先行行為」が存在するか、あるいは交渉が成熟していなければならない。[13] なお、加害者の行為の違法性が強い場合、これとは独立に不法行為責任が発生する。[14] また交渉が成熟し、かつ、破棄者の背信性が高ければ「契約締結上の過失責任」の効果として「履行利益の賠償」まで認めてよい。[15]

本田説にも疑問がある。たとえば「誤信惹起型」は、その「誤信」の内容に則して、よりきめ細かく分類すべきだろうし（前編参照）、「履行利益の賠償」の要件たる「背信性」の具体的内容もはっきりしない（二重譲渡を背信性の高い例として挙げるが、本当にそうであろうか）。また「背信性」と不法行為の成立要件たる「強い違法性」との関係につい

ても、ふれられていない（なお、この説も責任の根拠づけにつき、円谷説と同じ問題を抱えている）。

三　鎌田説[16]

そもそも契約関係とは、その端緒から完全な履行の終了に至るまで段階的に成熟していくものなのだから、そのような契約の成熟度に応じ、全く相手方の責任を追及できない場合、信頼利益が賠償される場合、履行利益が賠償される場合、などといったように被害者保護の方法が変化しても良いのではないか、と最初に主張した説で[17]、この「契約（交渉）の熟度」という視点は、後の学説に絶大な影響を与えた[18]。また最近は「中間的合意の拘束力」という新視角を提示し、当事者が交渉過程でいくつかの契約事項につき合意に達し、そして、それが交渉の蒸し返しを排除する趣旨のものであれば、「中間的合意の内容それ自体についての翻意、ないしその内容に矛盾する理由をもってする契約締結の拒絶を許さない」といった限度で法的拘束力を認めてよい、とする[19]。

右の二つの指摘は、いずれも鋭く、示唆に富む。が、「交渉破棄」の考察に要する視点が右の二つに尽きないことは、「誤信惹起型」を思い起こせば、明らかであろう。着想豊かなこの説も問題すべてを包摂しうるものではないのである。

四　平野説[20]

「契約責任と不法行為責任との関係」につきユニークな見解を唱える説で[21]、その独自の観点から「交渉破棄」に課される責任も不法行為責任と解している[22]。また責任の要件については、「契約の自由」などとの関係から、「締約の拒絶それ自体が不法行為となることはなく、不法行為とされるのは『無駄になることを知り、または知りえたにもかかわらず、相手方に無駄な支出をさせた』という一連の作為・不作為である」と説き、その結果「説明義務違反は責任を発生させるが、心変わりによる交渉拒否の場合、最後の最後まで交渉を止める自由が残されている以上、打ち切り自体は不法行為には当たらない」とする[23]。ところが、他方では「当事者の約束が『申込』に準ずる場合には、『申込』に準じた拘束力

を認めてよく、この者からする交渉の打ち切りは『過失』を構成する。また交渉初期の段階では、ある程度の迷いも許されるが、交渉が進展し、重大な支出が予想される段階では、もはや気まぐれは許されず、その前に交渉を打ち切るか否かについて決断すべきであって、その段階を越えたなら、正当な事由なく交渉を引き延ばしたことは責任を生じさせる」とも述べ[24]、結局「判例理論」を支持し、「信頼裏切り型」の存在を容認しているようである[25]。なお、責任の効果については、履行責任ないし履行利益の賠償責任は否定し、いわゆる「信頼利益」に相当するものの賠償責任のみ肯定する。

この説は責任の性質論もさることながら、要件論につき、改めて「契約自由の原則」を強調する点でユニークである。が、まさにその点で疑問がある。すなわち、一方では「打ち切り自体は不法行為に当たらない」とか、「最後の最後まで交渉を止める自由が残されている」としておきながら、他方では、「(交渉が進展した段階では)もはや気まぐれは許され[ない]」とし、その主張には矛盾が感じられる(心変わりを最後の最後まで許すなら、交渉がいかに進展していようと、気まぐれは許されるはずである)。また「申込に準じた拘束力」を認めるというが、その根拠は明らかでなく、それに対する違反が不法行為法上の「過失」と評価される理由もはっきりしない(なお、「申込の拘束力」に準じた効力を認めるのであれば、その効果として、「履行責任」や「履行利益の賠償責任」が許されてもよいはずであろう[26])。

以上の通り、いずれの見解もその内部に疑問点ないし不明確な点を抱えており、残されている課題はなお多い。が、それらは枝葉末節のものに過ぎない。既に示唆したように、学説はこれとは比較にならぬほどの「もっと大きな問題」をその内に孕んでいる。しかも、それは「日本法学の体質」にもかかわるものなのである。

註

(1) 円谷・前掲「契約締結上の過失」(『現代民法学の基本問題（中）』)、同・前掲評釈判タ四九九号一〇七頁、同・前掲評釈金商六八七号四六頁、同・前掲評釈ジュリ八三八号八〇頁、同・前掲「交渉打ち切りの法律問題」(横浜経営研究Ⅷ巻二号二一頁)、同・前掲『契約の成立と責任』を参照した。

(2) 円谷・前掲「契約締結上の過失」(『現代民法学の基本問題（中）』)二〇二―二〇三頁、同・前掲評釈判タ四九九号一一〇頁、同・前掲評釈金商六八七号五〇頁、同・前掲評釈ジュリ八三八号八一頁、同・前掲「交渉打ち切りの法律問題」二四―二五頁、同・前掲書三三―三五頁。

(3) 円谷・前掲評釈金商六八七号五〇頁、同・前掲評釈判タ四九九号一一〇頁。

(4) 円谷・前掲評釈ジュリ八三八号八二頁。

(5) 円谷・前掲評釈金商六八七号四八頁、同・前掲「交渉打ち切りの法律問題」二四―二六頁。

(6) 円谷・前掲書九二―九三頁。

(7) 円谷・前掲評釈金商六八七号五〇頁。

(8) 円谷・前掲評釈金商六八七号五一頁、同・前掲評釈ジュリ八三八号八二頁。

(9) 円谷・前掲評釈ジュリ八三八号八二頁、同・前掲書九〇―九一頁。

(10) 本田・前掲論文、同・前掲評釈判タ五四三号一〇九頁、同・前掲評釈（『民法の基本判例』）一三九頁を参照した。

(11) 本田・前掲論文二一〇頁、同・前掲評釈判タ五四三号一一二頁、同・前掲評釈（『民法の基本判例』）一四〇頁。

(12) 本田・前掲評釈（『民法の基本判例』）一四一頁。

(13) 本田・前掲評釈判タ五四三号一一三頁、同・前掲評釈（『民法の基本判例』）一四一―一四二頁。

(14) 本田・前掲評釈判タ五四三号一一三―一一四頁、同・前掲評釈（『民法の基本判例』）一四二頁。

(15) 本田・前掲論文二一一頁。

(16) 鎌田・前掲評釈判タ四八四号一七頁、同・前掲評釈ジュリ八五七号一一四頁を参照した。

(17) 鎌田・前掲評釈判タ四八四号二〇―二一頁。

(18) 後の学説は、いずれもこの「熟度」という視点からの何らかの示唆を受けている。

(19) 鎌田・前掲評釈ジュリ八五七号一一六―一一七頁。この方向を継承するものとして、横山・前掲論文がある。
(20) 平野説については、主として平野・前掲「いわゆる『契約締結上の過失』責任について」を参照した。
(21) その内容については、平野・前掲「いわゆる『契約締結上の過失』責任について」の他、同・「契約責任の本質と限界――契約責任の拡大に対する批判的考察（序説）――」（法律論叢五八巻四＝五号五七五頁、昭和六一年）、同・「完全性利益の侵害と契約責任論――請求権競合論及び不完全履行をめぐって――」（法律論叢六〇巻一号四三頁、昭和六二年）、同・「利益保障の二つの体系と契約責任論」（法律論叢六〇巻二＝三号五一九頁、昭和六二年）、同・「一九世紀後半におけるフランス契約責任論の胎動――完全性利益の侵害と契約責任論――」（法律論叢六〇巻四＝五号六一五頁、昭和六三年）、同・「二〇世紀におけるフランス契約責任論の展開――完全性利益の侵害と契約責任論――」（法律論叢六〇巻六号四五頁、昭和六三年）、同・「完全性利益の侵害と契約責任論」（私法五〇号九四頁、昭和六三年）、同・前掲「フランスにおける『契約締結上の過失』理論素描――わが国の議論へのプロローグ――」を参照。
(22) 平野・前掲「いわゆる『契約締結上の過失』責任について」六五―七三頁。
(23) 平野・前掲「いわゆる『契約締結上の過失』責任について」八八―八九頁。
(24) 平野・前掲「いわゆる『契約締結上の過失』責任について」八九―九〇頁。
(25) 前掲・「研究会記事・平野裕之講師の報告要旨」二四三―二四四頁。
(26) 平野説と同じく、不法行為説を提唱する石田説は「すべてをこの『不法行為』という利益衡量のるつぼに投げ込めば妥当な解決を導くことができる」と主張する（石田（喜）・前掲評釈民商八九巻二号二九一頁）。が、「利益衡量のるつぼ」に投げ込んだ場合、今度はその「利益衡量の仕方」、つまり、「価値判断」ないし「価値判断のあり方」が問われなくてはなるまい（同・『民法学事始』（昭和六〇年）二〇〇頁参照）。ちなみに、かの「利益考(衡)量」学派の将、星野英一教授は、かなり以前から、この問題について論じていたにもかかわらず（「民法解釈論序説」（『法の解釈と運用――法哲学年報一九六七――』（昭和四三年）七五頁以下所収）九八頁）、「どのような仕方で利益衡量すべきか」という問題提起に対し、最近でも「[この]問題提起はまことにもっともであり、今後の検討を要するものと考えられる」と謙虚に耳を傾けている（同・「民法の解釈をめぐる論争についての中間的覚書」（『民法・信託法理論の展開』（昭和六一年）一頁以下所収）三七―七三頁）。「交渉破棄」についても、「利益衡量」と言うに止どまってはならず、「利益衡量の仕方」とその根拠が問われなくてはならないのである。

第二編の小括

「交渉破棄」をめぐる問題状況は、益々混迷の度合いを深めている。責任の体系的位置づけに関する議論は止どまるところを知らず、責任の要件については、事案類型を「誤信惹起型」と「信頼裏切り型」に二分する説が主流であるものの、近時これを批判する学説も登場している。また責任の効果に関しては、「履行利益の賠償」まで認める説が現在でも有力だが、最近はこれに批判的な見解も着実に増加している。かような現状を顧みるとき、混迷の打破こそ、学説の課題と言える。しかし、日本の議論にはこのような混迷以上の、否、それとは比較にならぬほどの大問題（「基本的問題」）が隠されている。それを提起することは混迷に拍車を掛ける結果となる。が、「交渉破棄」を語るさい、これを避けて通ることなどできないのである。

第一に、学説は「交渉破棄」に責任が課されることをあたかも「当然の理」であるかの如くに解し、それが認められるべき根拠はもとより、責任の「意義」ないし「機能」についても、何ら説得力ある説明をしておらず、さらに問題の位置づけさえ十分に行っていない。これは問題の根源にふれるという意味で、「基本的問題」と言えるし、しかも「原理的な問題」に対する日本法学の弱さを露呈したもののように解せられる。以下、簡単に敷衍しておく。

既に序論でふれたように、「契約自由の原則」によれば、「交渉の破棄」は許されてしかるべきもののはずであり、また「意思自治」ないし「私的自治」の原則からも、一応この結論が支持されよう。とはいえ、かような大原則と言えども、違法な欺罔行為により相手方に損害を加えることまで許すものではないから、たとえば締約する意思もないのに、交渉を行っていた者には責任が課されてしかるべきである。またそうであるなら、「帰責の根拠」を「誤信の惹起」に求める「誤信惹起型」にあっては、それを「違法な欺罔行為」の延長線上にあるものと考えれば、責任を認めても、右

の諸原則との間に特段齟齬は生じまい（「交渉の破棄」は「帰責の根拠」ではなく、「潜在的な損害が顕在化する契機」としてのみ把握される）。さらに交渉当事者が何らかの合意（契約）を締結していた場合、それに応分の効力を認めることこそ、右の諸原則に適うもののはずである。しかし、通常の「信頼裏切り型」にあっては、「誤信惹起型」と異なり、「帰責の根拠」は「交渉の破棄」自体に求めざるを得ず、そうなると、本来そのような心変わりの自由を許したものであるはずの「契約自由の原則」などとの抵触が問題として浮かび上がってくる。そして、いかなる名目の責任であれ、それが実質的に右の諸原則を制限するものである以上、それを認めるためには、応分の根拠が提示されねばなるまい。また責任の「意義」ないし「機能」は勿論、全法秩序のなかでそれが占める位置についても精査されるべきであろう。しかるに、学説はこの点について考究することなく、「信頼裏切り型」においても責任が認められることをア・プリオリな前提として議論を進める。しかし、右のような原理的視点に立つとき、それは「当然の理」であるどころか、極めて疑しく、単に「信義則」と唱えるだけでは、到底足りようはずもない。無論、筆者とて徒に奇をてらうつもりはない。が、事の重大性を顧みるとき、日本の学説はこの点で致命的な欠陥を有するものと評せざるを得ない。

このように、なかんずく「信頼裏切り型」につき、責任が認められるべき根拠を明らかにしていない点で、学説には重大な欠陥があり、これは「基本的問題」と位置づけられるべきものである。と同時に、これは右の諸原則に対する配慮の至らなさ、問題意識の希薄さをも示しており、「原理的な問題」に対する弱さという日本法学の体質を感じさせるところがある。[1] また「信義則」を持ち出すさい、それをそのような形で用いてもよいとする論拠を挙げることもなく、単に「信義則」と言ってしまえばこと足れりとする風潮は、いわゆる戦後法解釈学の「非合理主義」に基づくものと察せられるし、またそう批判されても仕方あるまい。

第二に、学説は「交渉破棄」と重要な関連を有する諸問題、特に「契約の成立」という問題をほとんど埒外に置いて

いる。だが、両者が密接不可分であることは明らかで、後者は前者の根幹にふれるものとさえ推察される。とすれば、これもまた「基本的問題」と言えるし、それは日本法学の「体系的な問題思考」への弱さを示唆しているように思える。

ところで、「交渉破棄」と「契約の成立」とが緊密な関係にあることは今さら論ずるまでもないが、日本では後者につき従来ほとんど議論されてこなかったようである。[2] しかし、右で指摘したように、前者の背景には後者が潜み、また後者を通じて、はじめて前者の位置づけは可能となる。ところが、学説は専ら前者のみ考察し、後者はほとんど不問に付しているように見える。近時、確かに学説も重い腰を上げ、後者についても検討をはじめている。[3] が、それはいまだ十全とは言い難く、たとえば極めて重要であるはずの「申込の拘束力」についてはふれるものさえないのが現状である。それゆえ、学説はこの点でも重大な過誤に陥っていると評価せざるを得ない。また――「問題の背景」へ迫るための不可欠の方途である――関連問題への検討を怠っている点は、「体系的な問題思考」への弱さという日本法学の体質を暗示しているように感じられてならない。

右の二つが日本の議論（学説）の抱える「基本的問題」である。これを克服するための手掛かりを探るべく、以下、比較法的考察を行う。無論、そのさいの照準は「基本的問題」に当てられる。ただ、可能な限り、先に挙げた責任の要件ないし効果に関する諸問題についても示唆が得られるよう努力する。[4]

註

（1）「契約自由の原則」を強調する平野・前掲「いわゆる『契約締結上の過失』責任について」は、その意味で貴重な例外である。が、まさにその点で重大な疑義がある（第二編参照）。

（2）北川善太郎『民法の理論と体系』（昭和六二年）七七、一八三頁参照。なお、太田知行「契約の成立」（『現代法哲学3（実

定法の基礎理論)』(昭和五八年)一八九頁以下所収)が、唯一の例外であろうか。

(3) たとえば、河上・前掲「『契約の成立』をめぐって」、同・「《総合判例研究》わが国裁判例にみる契約準備段階の法的責任」がその代表例である。

(4) 多分に原理的色彩の強い「基本的問題」を提起しながら、以下、学説のみならず、裁判例も検討する。それは、一国の法状況を知るうえで、それが必要であるためだけではない。学説を正確に理解するのに資するためだけでもない。まして要件論や効果論にとって有用であるからでもない。それは、裁判例が「問題の背景」に迫るための不可欠の素材であり、その意味で「基本的問題」と直結しているためである(第一部で裁判例を取り上げたのも、無論、かような理由による)。

[後記] 「第一三回 国際比較法会議」での報告は Hondius, Precontractual Liability, Reports to the XIIIth International Congress of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990, 1991 としてまとめられた。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. XLII No.1
SUMMARY OF CONTENTS

Zur Haftung beim Abbruch von Vertragsverhandlungen (1)

Seiji IKEDA*

Ein Gespenst geht um in Japan — das Gespenst des Irrationalismus. Was das Thema des Abbruchs von Vertragsverhandlungen betrifft, findet dieser Geist seinen Niederschlag im sogennanten Mißbrauch von *Treu und Glauben*. Alle Juristen des modernen Japan sollten sich zu einer heiligen Hetzjagd gegen dies Gespenst verbünden, das uns ganz gefangennimmt.

Die Freiheit des Vertrags muß einer Partei den Abbruch von Vertragsverhandlungen erlauben. Grundsätzlich hat jeder Beteiligte die von ihm im Hinblick auf einen erwarteten Vertragsschluß getätigten Aufwendungen selbst zu tragen. Das Risiko, daß später der Vertrag nicht zustande kommt und sich die Aufwendungen damit als nutzlos erweisen, fällt jedem Verhandlungspartner selbst zu. Es gibt aber zwei von den Gelehrten anerkannte Ausnahmen.

Erstens kommt eine Haftung dann in Betracht, wenn der eine Partner bei der Gegenseite *schuldhaft* einen (irrigen) Eindruck betreffend das Zustandekommen des Vertrags erweckt. Hier ist ihm die Verletzung der Aufklärungspflicht deshalb vorzuwerfen, weil es mit jenem Prinzip in Widerspruch stehen würde, hätte er keine Haftung zu tragen. Zweitens bejahen die Gelehrten eine Haftung dann, wenn der Vertragspartner das berechtigte Vertrauen des anderen Teils zwar nicht schuldhaft herbeigeführt, gegenüber diesem aber im Laufe der Verhandlungen den späteren Vertragsschluß als sicher hingestellt hat und alsdann die

* a. o. Professor an der juristischen Fakultät der Hokkaido Universität, Dr. jur.

Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund abbricht. Jede Haftung führt in diesem Fall aber zu einer gewichtigen Einschränkung des genannten Prinzips, denn es handelt sich dabei gerade um einen Abbruch *an sich.*

Die Juristen halten dafür, diese Haftung auf *Treu und Glauben* gründen zu können. Wer sich aber auf diesen Grundsatz berufen will, muß dafür zugleich einen guten und hinreichenden Grund angeben. Viele meinen, als ob es selbstverständlich wäre, diesen durch die bloße Berufung auf „*Treu und Glauben*" anzubieten. Darin liegt der Irrationalismus (nämlich die *Gefühlsjurisprudenz*).

In dieser Abhandlung soll der Kampf gegen die *Gefühlsjurisprudenz* von *einer* Richtung her versucht werden.