HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	契約交渉の破棄とその責任（３）：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(3), 1-41
Issue Date	1992-03-13
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16829
Type	bulletin (article)
File Information	42(3)_p1-41.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（三）

――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　（以上、四二巻一号）
第二部　ドイツ法の考察
　第一編　「契約交渉の破棄」に対するドイツ法の態度
　第二編　「契約交渉の破棄」に関連する法理論ないし法制度　（以上、四二巻二号）
第三部　フランス法の考察
　第一編　「契約交渉の破棄」に対するフランス法の態度　（以上、本号）

第二編　「契約交渉の破棄」に関連する法理論ないし法制度

問題の背景に迫るため、関連問題を考察する。ただ、網羅的な検討はできず、関連深いものを若干数拾うに止どまる。第一章では、契約を「成立」の視点から分析し、第二章では関連諸制度を一瞥する。

第一章　契約にまつわる諸問題

第一節　（本）契約と予約

一　（本）契約

（1）意思表示の合致としての「契約の成立」

民法典には明定されていないが、ドイツでも契約は「対立する複数の意思表示（Willenserklärung）の合致により成立する法律行為」とされる。[1] また意思表示は「法律効果を発生させようとする意思の表示」[2]、すなわち、法規範を設定しようとする「規範設定の表示」とされ、[3] ある行為がそれに当たるか否か（意思表示の存否）の判断は、意思表示の意味内容を明らかにする作業と同様、「意思表示の解釈」と位置づけられる。[4] 従って、この判断も意思表示の解釈規定（ドイツ民法一三三条、一五七条）に則って行われ、[5] その結果、存在が認められるには、表示者が右のような意思を有するか、受領者が、[6] 表示者側にそのような意思が存在するものと理解してもよかったことが要件とされる。[7] 意思表示の存否に関する表示者と受領者との理解が一致する場合には、その理解が妥当し、[8] 両当事者の理解が食い違う場合は、規範的解釈

(normative Auslegung)により、[9]最終的には「受領者の(なすべき)理解」が基準とされるのである。[10]それゆえ、意思表示の合致を要する契約では、①両当事者とも「契約は成立していない」と理解した場合と、②そう考えたのは一方の当事者だけだが、彼がそのように理解してよかった場合に、「成立」は否定され、「交渉破棄」が生じうる。

(2)「契約の成立」とその「形態」

ドイツ民法典は、一四五条以下に「契約(の成立)」に関する規定を設ける。[11]裁判例でも、意思表示の存否よりも、これらの規定をめぐり「契約の成否」は争われている。[12]またドイツでは、右の諸規定に関連して注目すべき見解が唱えられている。「契約締結の仕方には二種類、すなわち、両当事者が契約書に同時に署名する仕方と、一方の申込に他方が承諾する仕方がある」というのがそれである。[13]これは「交渉破棄」の背景に迫るものとして重要である。日本やドイツの「交渉破棄」で問題となる契約は、「申込と承諾によって成立する」のではなく、「契約書に署名することで成立する」ものばかりだからである。[14]しかも、ドイツ民法典には後者の「締約の仕方」を想定したと推測される規定が存在する。

[ドイツ民法一五四条](翻訳は『ドイツ民法典――総則――』(法務資料四四五号、昭和六〇年)による。)

①当事者が契約のすべての点について合意していない場合において、当事者の一方の意思表示のみにより合意に達すべきときであっても、当事者の意思が明らかでないときは、契約は、成立しないものとする。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、その効力を生じない。

②目的とした契約について証書の作成を約した場合において、当事者の意思が明らかでないときは、契約は、その証書の作成時までは、成立しないものとする。

右の規定が想定する「締約の仕方」は、「申込と承諾の合致」でなく、「両当事者の(同時的な)契約書への署名」であるように思われる。二項では契約書が云々され、[15]不完全な合意に関する一項も――書面により締結する契約では、不

完全な合意を積み重ねることを通じて成案を得、しかる後に契約書を作成することが多い点を思い起せば――右の「締約の仕方」と深くかかわっていそうだからである。またここに至ると、ことは「締約の仕方」という締約時の相違（静的相違）に止どまらず、――交渉段階の違いまで含めた――動的相違に発展する。一方には、申込者が定めた契約内容を承諾する「成立形態」（以下、「申込承諾型」と呼ぶ）があり、他方には、両当事者が個別的な合意を重ねた後、書面による最終的な締約に至る「成立形態」（以下、「練り上げ型」と呼ぶ）があるのである。「交渉破棄」における契約が後者の形態によっていることは、裁判例を見れば明らかであり、他方、一五四条はかかる形態を想定しているとの指摘もなされている[16]。この規定は問題の背景に迫るための貴重な手掛かりのように思われる。

（3）ドイツ民法一五四条

現在の議論をながめる限り、一五四条は「交渉破棄」と無関係のように見える。解釈論のレベルでは、「本条は解釈規定である」とか[17]、「一項一文は要素（essentialia negotii）ばかりでなく、付随的事項（accidentalia negotii）も対象にする」とか[18]、「一項二文はいわゆるPunktationに関する規定である」とされるのがせいぜいだからである[19]。が、これを「契約締結の自由」の帰結と見る向きもあり[20]、「交渉破棄」と関係するようでもある。以下、起草過程を追ってみる。

（ⅰ）Kübelの試案（Vorlage）

現在、「契約（の成立）」に関する規定は総則に属するが、部分草案（Teilentwurf）では債務法に位置した[21]。そこで、その起草者たるKübelの試案をながめる[22]。なお、右の規定につき、当初たたき台とされたのは第八試案だが、後に改正案たる第九試案が提出され、本格的な審議もこれを基礎としているので[23]、ここでも後者を出発点とする[24]。

【第九試案・四条】
法律により当該契約の要素とされる（nach dem Gesetze zum Wesen）事項、または当事者の意思によれば合意されることになっている他の事項につき合意されない場合、契約は締結されていないものとする。

【同・五条】
法律により当該契約の要素とされる事項に合意しても、その合意に、他の事項については後日取り決めるとの留保が付された場合、当事者の意思が明らかでない限り、合意した事項につき文書が作成されても、その合意に拘束力はない。

右の二条が一五四条の母体だが、その趣旨説明で注目すべき見解が披露される。[25]「契約自由の原則によれば、当事者は契約の成立を付随的事項の約定にかからしめることができる。……よって、当事者の意思が明確でないとき、合意せねばならぬとされた事項に合意するまで、契約は締結されないと解すべきである」とした後、次の如く論ずるのである。

「そうなると、長期にわたり交渉を続け、要素には合意したが、付随的事項に合意しなかったため、締約に至らぬという事態が、しかも、締約に至らぬ真の原因はそこにあるのではなく、当事者の一方が以前に取り決めた事項を覆そうと考え、付随的事項に合意されていないことを交渉破棄の口実として利用する、といった事態もありうるだろう。が、かかる事態から身を守るのは当事者自身のなすべきことであり、勝手な想定を立てて（mit willkürlichen Präsumtionen）、当事者の有する契約自由に干渉することは許されない。相手方の提案を受け入れず、それについて交渉を開始した者は契約が成立しないかもしれないことを知っており、交渉の対象が要素（Hauptpunkt）か否かは、それとは無関係である。またその者は留保された事項に合意することが、それまでなされた合意が効力を生ずるための黙示の条件であることも知っている。各当事者は交渉に入ることで、それがうまく行かぬかもしれないというリスクを負っており、たとえ期待を裏切られても、他人にその責任を追及することはできない。従って、近

時主張されている相手方に締約する意図のあることを表示した者は、相手方が締約を信頼した場合には、その結果につき責任を負わねばならない、という原則にも与することはできない。要素のすべてに合意しても、他の事項について一致することがその合意の黙示の条件である以上、相手方の提案を全面的に受け入れぬ限り、締約を信頼してはならないからである。」（以上、要約。傍点は筆者。）

Kübel は「交渉破棄」をも視野に入れたうえ、起草に当たっていたのである。

（ii）第一草案に至るまで

右の二規定は、第一次委員会で、次のように一本化される。[26]

［第一草案七八条］

①法律により当該契約の要素とされる事項について合意されない場合、契約は締結されていないものとする。

②当事者の一方だけが合意せねばならぬとした事項でも、それについて合意されていないなら、既に合意した事項につき文書が作成されても、当事者の意思が明らかでない限り、右と同様、契約は締結されていないものとする。

この規定は右部分草案と実質的に同一であり[27]、理由書は「付随的事項についての留保は契約の成立を妨げるものでないと推定するのは、当事者の意思の曲解で、契約自由に対する侵害にもなる」とした後、次のように述べる。[28]

「そうなると、長期にわたり交渉を続け、法律の定める契約事項には合意したが、付随的事項に合意できぬため、締約に至らないという事態が、しかも、締約に至らぬ真の原因が、当事者の一方が取引にうまみ（Nützlichkeit）がなくなったと考えを変えたことに由来するという事態も起こるであろう。しかし、かかる事態から身を守るのは当事者自身がなすべきことである。当事者は、交渉を続けるからには契約が成立しないかもしれないことを知らねばならない。この危険を回避したいなら、自身で契約の効力を確保する合意を締結すべきである。[29]」（以上、要約。）

(iii) 第一草案以降、ドイツ民法典に至るまで

第一草案七八条はほとんど非難されなかった。[30] そのためか、この後は実質的な修正もなく、ただ第二次委員会で、[31] 第一草案九一条(現一二五条)との連携を図るため、新条項(現一五四条二項に相当)が付加され、[32] 第二草案が完成する。[33]

[第二草案一一六条][34]

①当事者の一方だけがある事項に合意せねばならないとした場合でも、当事者たちがその事項をも含めたすべての事項について合意しない限り、当事者の意思が明確でないときは、契約は締結されていないものとする。個々の事項についての合意は、その合意につき文書が作成されても、右のような場合には効力がない。

②目的とされている契約につき、書面を作成するとの約定がなされた場合、当事者の意思が明らかでないなら、書面が作成されるまで契約は締結されていないものとする。

右のうち、一項は第一草案をまとめたもので、第二次委員会の議事録では[35]「実質的には第一草案七八条と同一である」とされる。[36] これはそのまま第二草案一五〇条として連邦参議院(Bundesrat)に提出されるが、[37] そこでも変更されず、[38] 第三草案一五〇条として、[39] 帝国議会(Reichstag)へ提出される。[40] が、ここでも修正は受けず、[41] 現一五四条となる。

以上のように、一五四条一項はKübelの試案をそのまま受け継いでおり、よって、本規定は「交渉破棄」に対して重大な意義を有する。Kübelが「交渉破棄者には責任を課すべきでない」との立場を採る以上、ドイツ民法典も同様の立場に拠ると評価せねばならないからである。「交渉破棄」に対し、法は既に一定の価値判断を下していたのである。[42] が、より銘記されるべきは、右の規定に着目した理由が「契約の成立形態」にあった点である。「交渉破棄」で問題となる契約が「練り上げ型」を採ることから、それを検討したところ、「交渉破棄」に戻ってきた。問題の背景にはある程度迫れ

たと言えよう。[43] ちなみに、日本でも「交渉破棄」を契機に、「成立形態」が語られはじめている。が、「申込承諾型」と「練り上げ型」を大別したうえ、両者を対比する発想はほとんど見られない（第四部第一編で検討予定）。しかし、ここで注目したいのはまさにこの点である。そこには、責任の可否という基本的問題を解く鍵が隠されているからである。

二　予約

予約を検討するのは、それが存在する場合、「交渉破棄」はこれで解決され、独立した問題を構成しないからである。なお、予約には、締約義務を発生させるVorvertragと「一方的な意思表示により（本）契約を成立させる権利」を発生させるOptionsvertragがあるが、[44] 以下、前者のみ検討する。後者の議論のなかには、契約交渉と直接関係するものが見当たらぬためである。ただ、前者についても、「交渉破棄」との関係では、次の三点を確認するだけで十分であろう。

（1）予約の可否とその要件　……古くは予約の可否が争われたが、現在それが認められることに異論はない。[45] ただ、予約も契約である以上、意思表示の存在が成立要件とされ、[46] 内容の特定が効力要件とされる。予約はその目的たる（本）契約の内容を特定できねばならないのである。[47]

（2）予約と契約交渉との関係

交渉は予約を構成するものではない。[48] 当然のことだが、次の（3）と考え合わせるとき、興味深い。

（3）予約と（本）契約の関係

当事者は通常（本）契約を目ざして交渉し、予約を締結するのは例外的で、特別な事情がある場合に限られる。[49] 法的ないし事実的な理由から、機が熟していない場合[50]や（本）契約の締結に障害がある場合のみ、[51] 予約は締結される。

右のうち、重要なのは、（2）と（3）である。そこからは「（本）契約が締結されない段階では、原則として予約も認められない」との結論が導かれるからである。従って、「交渉破棄」の大部分は独立した問題として残るのであろう。

註

(1) Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, (3. Aufl.), 1979, S. 25 ff. ; Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, (7. Aufl.), 1989, S. 319-320 ; Dilcher, Staudinger Kommentar zum BGB, Bd. I, Allgemeiner Teil, (12. Aufl.), 1980, Rdnr. 5 ff. Vorbem zu §§ 145 ff. ; Heinrichs, Palandt BGB, (50. Aufl.), 1991, S. 134 ; Hefermehl, Soergel Kommentar zum BGB, Bd. I, Allgemeiner Teil, (12. Aufl.), 1987, S. 698. 契約は「当事者間の合意による法律関係の規律」とも定義されうるが（Flume, a. a. O., S. 618)′これでは契約内容の合意と契約を成立させる合意とを混同するおそれがあるので′ここでは採らなかった。

(2) Larenz, a. a. O., S. 315, 334 ; Flume, a. a. O., S. 51, 57 ; Palandt-Heinrichs, a. a. O., S. 79 ; Soergel-Hefermehl, a. a. O., S. 675. 通常この意思は効果意思（Geschäftswille）と呼ばれるが（Flume, a. a. O., S. 47 ; Kramer, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I, Allgemeiner Teil, (2. Aufl.), 1984, S. 774)′Rechtsfolgenwilleという用語が使われることもある（Palandt-Heinrichs, a. a. O., S. 79. Vgl. Soergel-Hefermehl, a. a. O., S. 675 ; Staudinger-Dilcher, a. a. O., Rdnr. 22 ff. Vorbem zu §§ 116-144)°また債権契約のそれは′特にRechtsbindungswilleと呼ばれることがある（Vgl. Soergel-Hefermehl, a. a. O., S. 682)°

(3) この点を捉え′意思表示をGeltungserklärungと呼ぶものもある（Larenz, a. a. O., S. 334 ; Flume, a. a. O., S. 57 ff.; Staudinger-Dilcher, a. a. O., Rdnr. 10 Vorbem zu §§ 116-144 ; Palandt-Heinrichs, a. a. O., S. 79; Soergel-Hefermehl, a. a. O., S. 675 ff.)°

(4) Larenz, a. a. O., S. 354 ; Palandt-Heinrichs, a. a. O., S. 79 ; Soergel-Hefermehl, a. a. O., S. 843 ; Mayer-Maly, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I, Allgemeiner Teil, (2. Aufl.), 1984, S. 961. 日本で「法律行為の解釈」はその意味内容を明らかにする作業とされ′存否の判断は含まれていないようである（野村豊弘「法律行為の解釈」（『民法講座1』（昭和五九年）二九一頁以下所収)′磯村保「法律行為の解釈方法」（『民法の争点I』（昭和六〇年）三〇頁以下所収）参照)°

(5) ただし′一五七条の適用を契約成立後に限る少数説もある（Vgl. Wolf, Soergel Kommentar zum BGB, Bd. I, Allgemeiner Teil, (12. Aufl.), 1987, S. 1172)°なお′同条は′法典上の位置から言えば′契約にのみかかわる規定だが′現在は意思表示一般に適用されると解されている（Larenz, a. a. O., S. 340 ; Flume, a. a. O., S. 308 ; Staudinger-Dilcher, a.

a. O., Rdnr. 7 ff., insb. 9 zu §§ 133, 157 ; Münchener-Mayer-Maly, a. a. O., S. 956, 958, 1181 ; Palandt-Heinrichs, a. a. O., S. 104 ; Soergel-Hefermehl, a. a. O., S. 841 ff. ; Soergel-Wolf, a. a. O., S. 1172)°

(6) 申込と承諾は′原則として「受領を要する意思表示」とされる（Flume, a. a. O., S. 635, 649 ; Staudinger-Dilcher, a. a. O., Rdnr. 1 zu § 145, Rdnr. 1 zu § 151 ; Münchener-Kramer, a. a. O., S. 1114, 1133 ; Palandt-Heinrichs, a. a. O., S. 138, 140, 143 ; Soergel-Wolf, a. a. O., S. 1106, 1113)°ただ′承諾には例外規定（一五一条）もある°

(7)「受領を要する意思表示」の解釈のさい′最終的には「受領者がどのように理解すべきであったか（理解してよかったか）」が基準とされる（Vgl. Staudinger-Dilcher, a. a. O., Rdnr. 30 zu §§ 133, 157 ; Palandt-Heinrichs, a. a. O., S. 105)° これに対し′「受領者だけでなく′表示者側の事情も考慮に入れ解釈すべきである」と説くものもある（Larenz, a. a. O., S. 339 ff. ; Flume, a. a. O., S. 310 ff. ; Soergel-Hefermehl, a. a. O., S. 847 ff.)°が′「受領者が意思表示は存在すると理解してよかった」ことが存在の要件とされる点に変わりはない（Soergel-Hefermehl, a. a. O., S. 682 ff.)°なお′申込と申込の誘引は効果意思の存否により区別されるが′判断のさいには「申込受領者がどのように理解すべきであったか」がその基準になる（Staudinger-Dilcher, a. a. O., Rdnr. 2 ff. zu § 145 ; Palandt-Heinrichs, a. a. O., S. 141 ff. ; Soergel-Wolf, a. a. O., S. 1106 ff.)°これは右の一般理論を申込に当てはめた帰結である°

(8) Vgl. Larenz, a. a. O., S. 338 ff. ; Flume, a. a. O., S. 302 ff. ; Staudinger-Dilcher, a. a. O., Rdnr. 19 ff. zu §§ 133, 157 ; Palandt-Heinrichs, a. a. O., S. 105 ; Soergel-Hefermehl, a. a. O., S. 844.

(9) Vgl. Larenz, a. a. O., S. 339 ff. ; Flume, a. a. O., S. 304 ; Soergel-Hefermehl, a. a. O., S. 844 ff.

(10) ただ′表示者が効果意思を持たぬ場合′表示意思（Erklärungswille）ないし表示意識（Erklärungsbewußtsein）もないのが通常であろう°周知の如く′この意思の欠缺をめぐっては′錯綜した議論が繰り広げられている（Vgl. Larenz, a. a. O., S. 343 ff. ; Flume, a. a. O., S. 449 ff. ; Staudinger-Dilcher, a. a. O., Rdnr. 18 ff., 80 ff. Vorbem zu §§ 116-144 ; Münchener-Kramer, a. a. O., S. 773 ff., 832 ff. ; Palandt-Heinrichs, a. a. O., S. 81 ; Soergel-Hefermehl, a. a. O., S. 678 ff., 692 ff.)°が′複雑になるので′ここでは立ち入らない（児玉寛「古典的私的自治論の法源論的基礎」（『近代私法学の形成と現代法理論』（昭和六三年）一一九頁以下所収′特に一六二頁以下）′M・ハーダー（山本敬三訳）「意思表示の有効′無効及び取消可能性」（『ドイツ法律学の歴史的現在』（昭和六三年）四〇頁以下所収′特に四四頁以下）参照)°

(11) 一四五―一五三条は申込と承諾、一五四条は知れたる不合意、一五五条は隠れた不合意、一五六条は競売に関する規定。

(12) Vgl. NJW Fundheft für Zivilrecht, Bd. 1-35 (1945-1989).

(13) Flume, a. a. O., S. 619 ff.; Larenz, a. a. O., S. 505; Staudinger-Dilcher, Rdnr. 8 Vorbem zu §§ 145 ff. ハンス・ディーター ブラウン（杉下俊郎訳）「契約の成立」（日本法学五六巻一号一〇七頁、平成二年）も、この点に簡単にふれる（一〇八―一一〇頁）。またこの問題を検討したものとして、Leenen, Abschluß, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages—zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Dissens—, AcP 188, S. 381 がある。もっとも、かかる二分法につながる発想は古くから存在するようで、たとえば Dernburg, Pandekten, Bd. II, 1886, S. 25-31 にはその萌芽が見られる。

(14) 不動産事件と動産事件との数の差は、その象徴と言えるし、実際ほとんどの事件で契約書の作成が予定されている。

(15) 契約内容の合意と契約を締結する合意は区別されている。

(16) Larenz, a. a. O., S. 517, 527-528; Staudinger-Dilcher, a. a. O., Rdnr. 1 zu § 154; Leenen, a. a. O., S. 394, 399-404. Cf. 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。) 現にドイツの関連裁判例（前編参照）のうち、「契約の成否」が争われたもののなかで、一五四条を参照する判決が少なくないのに対し（一一件。[10] [21] [29] [36] [38] [43] [45] [47] [57] [64] [83] [89]）、申込の存否をめぐって争われた事件は僅少である（[4] [14] [36]）。この僅少さは、申込（の存否）に関する従来の議論が、無意識的にではあれ、専ら特定の事案類型を念頭においていたことを示唆するものとしても貴重である。

(17) Staudinger-Dilcher, a. a. O., Rdnr. 3, 7, 9 zu § 154; Münchener-Kramer, a. a. O., S. 1168 ff., 1171; Palandt-Heinrichs, a. a. O., S. 147-148; Soergel-Wolf, a. a. O., S. 1158 ff.

(18) Staudinger-Dilcher, a. a. O., Rdnr. 1 zu § 154; Münchener-Kramer, a. a. O., S. 1168; Soergel-Wolf, a. a. O., S. 1158. 要素とは「当該法律行為が必ず含まねばならぬ事項」で、その他は付随的事項とされる（Flume, a. a. O., S. 80 ff.; Staudinger-Dilcher, a. a. O., Rdnr. 14 Einl. zu §§ 104-185)。要素は Hauptpunkt (Larenz, a. a. O., S. 528) とか wesentliche Vertragspunkt (Münchener-Kramer, a. a. O., S. 1114) と、付随的事項は Nebenpunkt (Marcure, op. cit., p. 30) とか Nebenabrede (Soergel-Hefermehl, a. a. O., S. 786) と呼ばれることもある。

(19) Punktation は現在「個別的な契約事項に関する合意」(Staudinger-Dilcher, a. a. O., Rdnr. 6 zu § 154)、ないし「そ

の合意を書面化したもの」(Flume, a. a. O., S. 632 ; Münchener-Kramer, a. a. O., S. 1170 ; Soergel-Wolf, a. a. O., S. 1160) と解されている。が、第一草案の理由書では、要素すべてについての合意を書面化にしたものが Punktation と呼ばれ、それ以外の合意(ないし交渉自体)は Traktat と名づけられていた (Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (以下、Motive zum BGB と引用), Bd. I, 1888, S. 163 ; Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, 1899, S. 442 ; Marcure, op. cit., pp. 29 ff., 67 ff. ; Henrich, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, 1965, S. 100 ff.)。

(20) Münchener-Kramer, a. a. O., S. 1167 ; Soergel-Wolf, a. a. O., S. 1157.

(21) Vgl. Jakobs / Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, 2 Teilband, 1985 (以下、Jakobs / Schubert, Allgemeiner Teil と引用), S. 779 ff.

(22) Kübel の死により(八四年)、彼の部分草案は完成しなかった。ために、従来「債務法の部分はドレスデン草案(Dresdener Entwurf, 1866)が第一草案の基礎とされた」と理解されてきた。しかし、Kübel は八二年までに三二の個別的な試案を仕上げ、うち債務法総論にかかわるものは、彼自身が *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. I, Allgemeiner Teil mit Begründung (以下、Teilentwurf zum Obligationenrecht von Kübel, 1882 と引用) という形にまとめている (Schubert (hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, 1980, XI ff. 以下、本シリーズを Schubert, Recht der Schuldverhältnisse と引用)。そのため、「ドレスデン草案の影響を過度に強調する Hedemann の研究 (Hedemann, Der Dresdener Entwurf von 1866, 1935) は早急に再検討されねばならない」との指摘もある (Jakobs / Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, 1978 (以下、Jakobs / Schubert, Materialien と引用), S. 43 ff., insb. S. 45)。「契約(の成立)」に関する規定は、この総論に含まれている (Vgl. Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, S. 125 ff.)。

(23) Jakobs / Schubert, Allgemeiner Teil, S. 781 ff. 第八試案(七七年)は Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 3, Besonderer Teil II, 1980, S. 1145-1169 を、第九試案(八一年?)は Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, S. 125-227 を参照(第九試案は Teilentwurf zum Obligationenrecht von Kübel, 1882 にそのまま取り入れられている)。

(24) Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, S. 125 ff. ただ、本規定に関し、第八試案と第九試案とで差はなく、前者には後者と同旨の規定が存在した (Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 3, S. 1145 ff., insb. S. 1149)。

[第八試案・一三条]

契約の準備交渉(Traktat)に拘束力はない。また法律により要素とされる事項について合意され、それを確認する文書が作成されても、他の事項は後日取り決めるとの留保が付された場合、当事者の意思が明らかでない限り、右と同様、その合意に拘束力はない。

なお、Pape の命（八一年）で、Struckmann が起草した仮草案 (Vorläufiger Entwurf der allgemeinen Bestimmungen über das Recht der Schuldverhältnisse) では（その経緯は Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, XI ff.)、この部分は、当時完成していた第九試案によっている（仮草案の内容は Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, S. 1123 ff., insb. S. 1136 参照)。

(25) Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, S. 169 ff.

(26) Jakobs / Schubert, Allgemeiner Teil, S. 803.

(27) Jakobs / Schubert, Allgemeiner Teil, S. 785 ff. 第一草案 (Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung, 1888) に先立つ委員会総括 (Zusammenstellung der sachlich beschlossenen Bestimmungen des Allgemeinen Theiles nach den Beschlüssen des Redaktionsausschusses der 1 Kommission, 1881-83) 五五条と委員会草案 (Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches in der Fassung der ersten Beratung der 1 Kommission, 1884-1887 ; sog. Kommissionsentwurf) 七七条も、同旨の規定である (Jakobs / Schubert, Allgemeiner Teil, S. 803)。

(28) Motive zum BGB, Bd. I, S. 162 ; Mugdan, a. a. O. (Bd. I), S. 441 ff.

(29) Kübel の部分草案と異なり、理由書は損害賠償にふれないが、かかる説明から推して、それは否定されたと解される（この点が省略されたのは、説明するまでもないことと考えられたためであろう。ちなみに、「契約（の成立）」に関する Kübel の部分草案は膨大な分量にのぼるため、そのすべてを理由書に盛り込むことはできず、この規定に関する説明もかなり圧縮されている。それゆえ、右のような当然の帰結がカットされたのは自然の成り行きと言える)。

(30) この規定に反対する地方はない (Zusammenstellung der Aeußerungen der Bundesregierungen zu dem Entwurf eines

Bürgerlichen Gesetzbuchs gefertigt im Reichs = Justizamt, Bd. I, 1891, S. 13-14 ; Bd. II, S. 5-6)° 学説や実務界が浴びせる批判も′「自明のことだから′不要である」とか「文言を改めてはどうか」といった類いのものがほとんどである (Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs gefertigt im Reichs = Justizamt, Bd. I, Aeußerungen zum Allgemeinen Teil, 1890, S. 143 ; Bd. VI, Nachträge, 1891, S. 86)°

(31) 第二次委員会 (*die zweite Kommission*) に先立って組織されたライヒ司法省準備委員会 (*Vorkommission des Reichsjustizamtes*) でも′文言の修正のみ検討された (Jakobs / Schubert, Allgemeiner Teil, S. 811 ff. 同委員会については′Jakobs / Schubert, Materialien, S. 54 ff. 参照)°

(32) Jakobs / Schubert, Allgemeiner Teil, S. 817 ff.

(33) 第二草案に先立つ暫定総括 (BGB-Entwurf in der Paragraphenzählung des E. I nach der "Vorläufigen Zusammenstellung der Beschlüsse der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs" von Planck, 1891-1895) の七八条及び第二次委員会総括 (BGB-Entwurf in der Paragraphenzählung des E. I nach der "Zusammenstellung der Beschlüsse der Redaktionskommission" der 2 Kommission, 1891-1895) の七八条には′第二草案一一六条と同じ規定が設けられていた (Jakobs / Schubert, Allgemeiner Teil, S. 823 ff.)°

(34) いわゆる第二草案 (Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Nach den Beschlüssen Redaktionskommission, Zweite Lesung, 1894, 1895) で′連邦参議院に提出されたそれ (Bundesratsvorlage) ではない°

(35) Protokolle der [2] Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1890-1896. 本稿では Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs (以下′Protokolle des BGB と引用), Bd. I, 1897 ; Bd. VI, 1899 ; Mugdan, a. a. O. (Bd. I) による°

(36) Protokolle des BGB, Bd. I, S. 74-75 ; Bd. VI, S. 133 ; Mugdan, a. a. O. (Bd. I), S. 688.

(37) ここでいう第二草案とは′第二次委員会から連邦参議院へ正式に提出されたもの (Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutsche Reich, Zweite Lesung, 1895 ; sog. Bundesratsvorlage) のことである°

(38) Jakobs / Schubert, Allgemeiner Teil, S. 826.

(39) 第三草案とは Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1896 (sog. Reichstagsvorlage) を指す°

(40) Denkschrift は Mugdan, a. a. O. (Bd. I), S. 837 参照（この規定については、簡単な説明がなされている程度）。

(41) 帝国議会で実質的な審議はなされなかったようである（Jakobs / Schubert, Allgemeiner Teil, S. 827）。

(42) Blaurock, Der Letter of Intent, ZHR 147, S. 338 は、これを「法の行う価値判断（gesetzliche Wertung）」と呼ぶ。ただ、彼自身はかかる価値判断に批判的である（Blaurock, a. a. O., S. 339）。他方、Küpper, Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo, 1988, S. 48-49, 150-151 は、第一草案の理由書のみ参照し、「一五四条は『契約の成否』に関する規定で、直接『交渉破棄』には関係しない」と断じるが、その根拠は明らかでない。

(43) 前註(16)も参照。なお、責任肯定説が問題の背景にふれないのは、一五四条のかかる含意が障害となったからではなく、「契約の成立」と「契約締結上の過失理論」とが独立に論じられてきたためであろう。この理論の展開過程で説かれた「この責任は『契約の成立』を前提としない」との考えも、「交渉破棄」と「成立」との関連づけを阻害したように思われる。

(44) Henrich, a. a. O., S. 1, 232 ; Staudinger-Dilcher, a. a. O., Rdnr. 41, 47 Vorbem zu §§ 145 ff. ; Münchener-Kramer, a. a. O., S. 1106, 1110 ; Soergel-Wolf, a. a. O., S. 1086, 1089. 予約の歴史は Henrich, a. a. O., S. 3 ff. の他、Blomeyer, La promesse de vente vaut vente, in : Festschrift für Raap, 1948, S. 269 が詳しい。なお、日本の予約については、柚木馨編『注釈民法（一四）債権（五）』（昭和四一年）九二頁以下（柚木馨執筆部分）参照。

(45) Henrich, a. a. O., S. 9 ff. ; Staudinger-Dilcher, a. a. O., Rdnr. 40 Vorbem zu §§ 145 ff. ; Soergel-Wolf, a. a. O., S. 1086 ; Münchener-Kramer, a. a. O., S. 1107 ; Palandt-Heinrichs, a. a. O., S. 139. なお、必要性にとしいとの理由から、ドイツ民法典は予約の規定を設けていない（Motive zum BGB, Bd. I, S. 178 ; Mugdan, a. a. O. (Bd. I), S. 450 ; Henrich, a. a. O., S. 12 ff. ; Münchener-Kramer, a. a. O., S. 1107）。

(46) Henrich, a. a. O., S. 118 ; Münchener-Kramer, a. a. O., S. 1106 ; Palandt-Heinrichs, a. a. O., S. 139 ; Soergel-Wolf, a. a. O., S. 1086.

(47) Staudinger-Dilcher, a. a. O., Rdnr. 42 Vorbem zu §§ 145 ff. ; Münchener-Kramer, a. a. O., S. 1107 ; Palandt-Heinrichs, a. a. O., S. 139 ; Soergel-Wolf, a. a. O., S. 1087. 学説のなかには、予約が準備的なものである点を捉え、「予約（の内容）は（本）契約ほど完璧（Vollständigkeit）でなくてもよい」とするものもあるが、これには批判が強い（Vgl. Flume, a. a. O., S. 614 ff. ; Münchener-Kramer, a. a. O., S. 1107 ; Palandt-Heinrichs, a. a. O., S. 139）。（本）契約

でも、契約内容は特定できれば足り、この点で両者に差はないからである。ただ、一五四条との関係では、実際上微妙な相違が出る可能性もないではない。(本)契約で付随的事項が留保されている場合、契約不成立の判断に傾きやすかろうが、予約の場合、――その準備的性格を考慮に入れ――「それだけで予約の成立を否定すべきでなく、むしろその付随的事項について補充的契約解釈を行うべきである」と説かれることがあるからである (Münchener-Kramer, a. a. O., S. 1107 ff.)。

(48) Henrich, a. a. O., S. 100 ; Staudinger-Dilcher, a. a. O., Rdnr. 41 Vorbem zu §§ 145 ff. ; Soergel-Wolf, a. a. O., S. 1086.

(49) Henrich, a. a. O., S. 114 ; Staudinger-Dilcher, a. a. O., Rdnr. 41 Vorbem zu §§ 145 ff. ; Münchener-Kramer, a. a. O., S. 1106 ; Soergel-Wolf, a. a. O., S. 1086.

(50) Henrich, a. a. O., S. 115 ; Münchener-Kramer, a. a. O., S. 1106.

(51) Münchener-Kramer, a. a. O., S. 1106 ; Palandt-Heinrichs, a. a. O., S. 139.

第二節　予備的契約

交渉段階での権利義務関係を規律するための契約、すなわち、予備的契約 (Vorfeldvertrag) が存在する場合、「交渉破棄」は独立した問題とならない。ところで、近時ドイツでは Letter of Intent を契機に、かかる契約が注目されはじめているが、以前にもこれと関係する議論はなされていた。そこで、最初に従来の議論状況を概観する。

一　従来の議論状況

予備的契約がそれとして、すなわち、(本)契約や予約と対立するものとして明確に意識されはじめたのは最近のことで、従来これに関係する議論は契約法の各所に散在していたものと推測される。以下、一瞥しておこう。

(1) 試味売買 (Kauf auf Probe) ないし試験売買 (Kauf auf Besicht)

これらの売買では、契約が本来の効力を有するようになるか否かは買主の随意にかかり、それまでの関係は暫定的なものである。[1] しかし、両者は条件付きの(本)契約と解され、そのためか、予備的契約につながる議論は見当たらない。[2]

(2) 委任 (Auftrag)

交渉段階での準備行為が交渉破棄者の委任に基づく場合、そのための費用は賠償され(ドイツ民法六七〇条)、当該委任は予備的契約と位置づけられる。委任を根拠に就職希望者の出捐した面接費用(交通費)を雇主に賠償させた裁判例はその実例と言える。[3] しかし、契約交渉との関係が一般的な形で論じられたことはほとんどなく、[4] 右の議論もその場限りのものだったようである。[5]

(3) 請負契約 (Werkvertrag)

準備行為は請負に基づくこともあろう。その意味で次の規定は注目される。

[ドイツ民法六三二条一項](翻訳は、柚木馨『獨逸民法[II](債務法)』(昭和三〇年)五七五頁による。)

報酬ニ對シテノミ仕事ノ製作ヲ期待スベキ事情アルトキハ、報酬ハ之ヲ黙示ニテ合意シタモノト看做ス

この規定の趣旨は「報酬の約定がなくても、客観的に見て、報酬を与えたときにのみ当該仕事がなされるであろう場合には、請負(報酬請求権)の存在を認める」ところにある。この規定をめぐり「請負希望者が当該仕事の見積書や計画書を相手方に提出した場合、その準備行為(Vorarbeiten)は独立した請負を構成するか」が争われた事件[6]は予備的契約の問題である。が、委任と同様、契約交渉との関係はあまり論じられてこなかったようである。[7]

以上の検討からも[8]、予備的契約がほとんど注目されていなかったことは容易に知れる。従来もかかる契約には契約としての効力が認められたであろうが、それを——交渉段階での権利義務関係の規律という面から——(本)契約や予約と

異なる独立したカテゴリーとして捉える試みはなされてこなかったようなのである。

二　議論の現状——Lutterの著作を中心として

予備的契約の明確な認識は、Lutter, Der Letter of Intent, 1982を嚆矢とする。[9] Letter of Intentとはアメリカの実務で発達したもので、一般に「交渉当事者が取り交わした事前の合意（preliminary understanding）を書面化したもの」と解されているが、[10]近時アメリカでは——「拘束力なき趣意書」という旧来の理解を脱し——それを予備的契約として把握する動きが見受けられる。かかる理解をドイツに導入したのがLutterである。[11]すなわち、Letter of Intentは多様であるものの、通常は、（本）契約、条件付きの（本）契約、予約（Vorvertrag）、オプション契約のいずれにも当たらず、それらの申込でもない。[12]が、それは無意味なものではなく、交渉段階での当事者の関係を律する予備的契約（Vertrag im Vorfeld od. Vorfeldvertrag）の申込として把握されるべきである、と説く。[13]しかも、彼はかかる契約が用いられる背景を「契約の締結（成立）形態（Modell des Vertragsschlusses）」に求める。ドイツ民法典の想定する「締約の仕方（Abschlußtatbestand）」は現実行為や隔地者間契約という比較的単純なものだが、今日では様々な関係者が関与し、種々の準備行為がなされるため、交渉は複雑化・長期化しており、かかる「成立形態」の下で、Letter of Intentは存在意義（Stellenwert）を有する、と論じるのである。[14]

Lutterの功績は予備的契約をそれとして明確に認識したところにあるが、[15]その背景を「成立形態」に求めた点も示唆に富む。「交渉破棄」に通じるところがあるからである。[16]これを契機に、——紹介の仕方は一様でないものの——Letter of Intentは教科書やコンメンタールでも取り上げられ、[17]それにつれて予備的契約にも目が向けられつつある。[18]議論は端緒に着いたばかりだが、予備的契約が明確に意識されている点で、現在の状況は従来のそれと趣を異にしている。

註

(1) 試味売買及び試験売買に関する規定は次のとおり(翻訳は『ドイツ債権法——仮訳と解説——(二九)』(法律時報五二巻三号一四八頁、昭和五五年)による。なお、両契約の内容は、前掲『注釈民法(一四)』四六頁以下(柚木馨執筆部分)参照)。

[ドイツ民法四九五条]

①試味売買又は試験売買においては、売買の目的の是認は、買主の随意とする。売買は、疑わしいときは、是認を停止条件として締結したものとする。

②売主は、買主に目的物の検査を許すべき義務を負う。

(2) Vgl. Westermann, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. III, Schuldrecht, Besonderer Teil, 1 Halbband, (2. Aufl.), 1988, S. 368 ff. ; Huber, Soergel Kommentar zum BGB, Bd. 2/2, Schuldrecht I/2, (11. Aufl.), 1986, S. 1328 ff. ; Putzo, Palandt BGB, (50. Aufl.), 1991, S. 525 ff.

(3) z. B. LAG Düsseldorf 18, 5, 1956, BB 1956, 817. この問題に関する裁判例は古くから存在する。Vgl. RAGZ 10, 2, 1932, RAGZ 10, 174 (前編で紹介した裁判例[4]) ; RAG 25, 4, 1939, ARS 36, S. 44, Nr. 10.

(4) Vgl. Wittmann, Staudinger Kommentar zum BGB, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, (12. Aufl.), 1980, Rdnr. 1 ff. Vorbem zu §§ 662-676 ; Mühl, Soergel Kommentar zum BGB, Bd. III, Schuldrecht II, (11. Aufl.), 1980, S. 779 ff. ; Seiler, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. III, Schuldrecht, Besonderer Teil, 2 Halbband, (2. Aufl.), 1986, S. 159 ff. ; Thomas, Palandt BGB, (50. Aufl.), 1991, S. 751 ff.

(5) 委任では、受任者が委任者のために行為することが要求される(Staudinger-Wittmann, a. a. O., Rdnr. 13 Vorbem zu §§ 662-676 ; Soergel-Mühl, a. a. O., S. 807 ; Münchener-Seiler, a. a. O., S. 165 ; Palandt-Thomas, a. a. O., S. 734)。が、締約や履行のために準備行為を行う者は、通常自身のためにそれを行うはずである。

(6) z. B. BGH 12, 7, 1979, WPM 1979, 1063, NJW 1979, 2202.

(7) Vgl. Soergel-Mühl, a. a. O., S. 693 ff. ; Palandt-Thomas, a. a. O., S. 696 ff. ; Soergel, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. III, Schuldrecht, Besonderer Teil, 1 Halbband, (2. Aufl.), 1988, S. 2106 ff.

(8) 枠契約 (Rahmenvertrag) も予備的契約に関連しようが、継続的契約関係に固有な問題なので除外した。

(9) Lutter, Der Letter of Intent — Zur rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen, 1982.

(10) Vgl. Lutter, a. a. O., S. 3 ff., 91 ff.; Black's Law Dictionary, (6th ed.), 1990, p. 904. Letter of Intent については、則定隆男『契約成立とレター・オブ・インテント——契約成立過程におけるコミュニケーション——』(平成二年) 参照。

(11) Lutter 以前にも、たとえば Siebourg, Der Letter of Intent — ein Beitrag zum US-amerikanischen und Deutschen Recht mit vergleichenden Anmerkungen, 1979 (Dissertation) がアメリカ法の動向を紹介している。しかし、ほとんど注目されず、Letter of Intent の普及には、やはり Lutter の貢献が大きかったようである。すなわち、彼の著作が現われる前の教科書やコンメンタールが Letter of Intent にふれていないのに対し (Vgl. Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, (1. Aufl.), 1981, S. 50-51 ; Kramer, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I, Allgemeiner Teil, (1. Aufl.), 1978, S. 907 ff. ; Lange/Hefermehl, Soergel Kommentar zum BGB, Bd. I, Allgemeiner Teil, (11. Aufl.), 1978, S. 771 ff.; Staudinger-Dilcher, a. a. O., Rdnr. 29 ff. Vorbem zu §§ 145 ff. なお、Heinrichs, Palandt BGB, (42. Aufl.), 1983, S. 130 ff. がこれにふれないのは、執筆時期との関係からであろうか)、それ以降のものは Lutter の著作を参照しつつ、これを取り上げる (Vgl. Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, (2. Aufl.), 1984, S. 53 ; Münchener-Kramer, a. a. O. (2. Aufl.), S. 1105 ff. ; Heinrichs, Palandt BGB, (44. Aufl.), 1985, S. 134 ff. ; Soergel-Wolf, a. a. O. (12. Aufl.), S. 1087)。他方、これらのなかで Siebourg の論文を参照するものはない。

(12) Lutter, a. a. O., S. 9-33. 理由として、当事者が通常そのような意思を持たないこと、契約内容が完全には特定されておらず、交渉すべき事項が残されていること、を挙げる。

(13) Lutter, a. a. O., S. 36-40.「Letter of Intent は不確実なる大海に、確実性という島を創造する」とする。

(14) Lutter, a. a. O., S. 83-88. もっとも、ドイツ民法典がかかる「成立形態」を想定しなかったとする彼の理解には問題がある (前節参照。本書の書評である Blaurock, a. a. O., S. 338 も同様の疑問を呈す)。

(15) Blaurock, a. a. O., S. 338 も、この点を積極的に評価する。

(16)「交渉破棄」にもかなりふれている (Lutter, a. a. O., S. 59 ff.)。

(17) Palandt-Heinrichs, a. a. O. (50. Aufl.), S. 140 ; Soergel-Wolf, a. a. O. (12. Aufl.), S. 1087 ; Medicus, Schuldrecht

I, Allgemeiner Teil, (5. Aufl.), 1990, S. 57 ; Münchener-Kramer, a. a. O. (2. Aufl.), S. 1105 ff. (前者二つは（本）契約が成立しない点を、後者二つは予備的契約が成立しうる点を、各々強調する。)

(18) たとえば Hertel, Rechtsgeschäfte im Vorfeld eines Projekts, BB 1983, S. 1824 は Instruction to Proceed を予備的契約の角度から検討する（ここでいう instruction は一方的な指図ではなく、当事者間の合意を指す。S. 1825)。

第二章　事務管理、不当利得、不法行為

前編で紹介した議論を正確に把握するには、事務管理、不当利得、不法行為等の諸制度が「交渉破棄」に対して有する意義を理解せねばならない。以下、右の諸制度の射程ないし限界を確認しておく。

第一節　事務管理 (Geschäftsführung ohne Auftrag)

事務処理が相手方（本人）の利益と意思に適う場合、委任がなくても、事務処理者は費用の償還を求めうる（ドイツ民法六七七条、六八三条一文)。しかし、事務が本人のためになされることが要件とされるため（六六七条)、それが客観的に見て他人（本人）の事務 (objektiv fremdes Geschäfte) に属するか、事務処理者が本人のためにする意思を有することが要求される。[1] が、締約や履行の準備行為は、行為者自身の事務であり、右の意思もないのが通常であろう。[2]

法律上の原因なく他人の損失において利得を得た者は、それを返還せねばならない（ドイツ民法八一二条）。しかし、交渉破棄者が利得を有さぬ限り、準備費用が無駄になっても、賠償されない[3]。

第三節　不法行為（Unerlaubte Handlungen）

日本の裁判例には「交渉破棄」を不法行為により処理したものがかなりあるが、ドイツでかかる例は見当たらない。これは両国の不法行為法の構造上の相違に由来する[4]。すなわち、ドイツ民法典には日本民法七〇九条に相当する包括的規定は存在せず、純粋な財産的利益（reines Vermögensinteresse）に対する侵害（純粋財産損害（reiner Vermögensschaden））については[5]、不法行為の成立要件として、侵害行為が被害者の保護を目的とする法律に反すること（八二三条二項一文）、ないし加害者が良俗に反する方法で故意に損害を与えたこと（八二六条）を要求する。しかるに、「交渉破棄」で問題とされる損害はこの純粋財産損害だが、当事者を交渉破棄から保護する法律はなく、また破棄者が最初から締約する気がなかった場合でもない限り、後者の要件も満たされない。ために、多くの「交渉破棄」は不法行為法では解決しえない[6]。他方、第二次大戦後は、いわゆる「社会生活上の義務（Verkehrspflicht）」が発展し、近時は「その義務の射程を拡張し、純粋財産損害も保護の対象とすべきである」との見解も登場している[7]。が、これは「素人に誤った情報を与えた専門家の責任」を問題とするもので[8]、「交渉破棄」について、不法行為法の射程を拡張するものではない[9]。

註

(1) Mühl, Soergel Kommentar zum BGB, Bd. III, Schuldrecht II, (11. Aufl.), 1980, S. 887 ff. ; Seiler, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. III, Schuldrecht, Besonderer Teil, 2 Halbband, (2. Aufl.), 1986, S. 275 ff. ; Thomas, Palandt BGB, (50. Aufl.), 1991, S. 771 ff.

(2) Vgl. Lutter, Der Letter of Intent — Zur rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärung, 1982, S. 48 ff.

(3) Vgl. Mühl, Soergel Kommentar zum BGB, Bd. IV, Schuldrecht III, (11. Aufl.), 1985, S. 471 ff. ; Lorenz, Staudinger Kommentar zum BGB, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, (12. Aufl.), 1986, Rdnr. 1 ff. Vorbem zu §§ 812-822, Rdnr. 1 ff. zu § 812 ; Lieb, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. III, Schuldrecht, Besonderer Teil, 2 Halbband, (2. Aufl.), 1986, S. 1245 ff. ; Palandt-Thomas, a. a. O., S. 866 ff.

(4) 不法行為法の紹介に当たっては、Zeuner / Hönn, Soergel Kommentar zum BGB, Bd. IV, Schuldrecht III, (11. Aufl.), 1985, S. 667 ff. ; Schäfer, Staudinger Kommentar zum BGB, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, (12. Aufl.), 1986, §§ 823-832 ; Mertens, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. III, Schuldrecht, Besonderer Teil, 2 Halbband, (2. Aufl.), 1986, S. 1450 ff. ; Palandt-Thomas, a. a. O., S. 908 ff. を参照した。

(5) 純粋財産損害とは、人身や絶対権への侵害を介することなく生じた財産の減少のことである。

(6) 不法行為の成否が争われた事件はほとんどない（RG 29, 11, 1909, LZ 1910, S. 80, Nr. 2（裁判例［1］）がある程度）。

(7) Bar, Verkehrspflichten, Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, 1980 ; Mertens, Deliktsrecht und Sonderprivatrecht — Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen, AcP 178, S. 227 ; Brüggemeier, Deliktsrecht, 1986. この問題につき詳しくは、中村哲也「純粋財産損害とドイツ不法行為法——他人の財産の保護のための社会生活上の義務論をめぐって——」（法政理論二二巻二号一頁、昭和六二年）参照。

(8) 中村・前掲論文二八頁以下参照。

(9) 「交渉破棄」に対する態度と「社会生活上の義務」の拡張を志すそれが別であることは、Bar の見解を参照すれば分かる。「交渉破棄者には責任を課すべきでない」とする彼が（Bar, Vertragliche Schadensersatzpflichten ohne Vertrag ?, JuS 1982, S. 637, insb. S. 638-639）、「社会生活上の義務」の拡張には賛成しているからである（前註（7）の論文参照）。

第三部　フランス法の考察

フランス法を考察するのは、それが日本民法典の母法と言いうるとともに、――日本の学説の依拠する――ドイツ法を相対化せしめるためである。従って、ドイツ法との対比を容易ならしめるため、第二部と同一の構成を採る。

第一編　「契約交渉の破棄」に対するフランス法の態度[1]

第一章　裁判例の紹介と検討

「交渉破棄」に関する裁判例を紹介し、全体的傾向を概観した後、検討を行う。なお、フランスでは「申込の拘束力」が認められていない関係上、「申込の撤回」も「交渉破棄」の範疇に入れたり、両者を「faute précontractuelle のうち、『契約の成立』を妨げるもの」と一括することがある。が、本稿では両者を区別してきたので、ここでも「申込の撤回」に関する裁判例は取り上げない。ただ、両者を一括する発想のなかには重要な示唆が含まれている（次編参照）。

第一節　裁判例の紹介

「交渉破棄」に関する裁判例としては、以下のものがある（紹介は年代順）。

[1] Dijon, 15, fév., 1893, S. 1894, 2, 144 ; D. 1893, 2, 168. …… 営業財産（fonds de commerce）の譲渡契約。買主→売

主（価格は専門家に委ねることで合意したが、被告はその選定を一貫して拒絶）。請求認容（「faute ないし悪意（mauvaise foi）により誤解を与えた者は不法行為責任（一三八二条）を負う」と判示。また賠償の範囲は、「営業財産の取得によって得られたであろう利益ではなく、口約束を信じたために被った損害」と判断）。

[2] Rennes, 8, juill., 1929, D. H. 1929, 548. (Rev. trim. dr. civ. 1930, p. 112, obs. Demogue.) …… 事務所の譲渡契約。買主→売主（原告は被告の約束を信用して出捐したが、被告がそれを破棄し、締約を拒絶。なお、この契約は法律により公正証書の作成が効力要件とされていた）。請求認容（「被告の締約するとの偽りの約束（promesse fallacieuse）は契約は成立させないが、悪意（mauvaise foi）や不注意な点（imprudemment）がある場合、不法行為法上の faute を構成する」と判示。賠償の範囲は、契約の履行により得られたであろう利益ではなく、約束により被った損害（出捐）である、とした）。

[3] Nîmes, 13, mai, 1932, D. H. 1932, 404. …… 広告を掲載する契約。広告主→雑誌社（被告の募集に基づき原告が掲載を申込んだが、被告は承諾せず、またそのことを連絡しなかった）。請求認容（「契約の成立」は否定したが、「連絡を怠ったのは義務違反で、不法行為法上の faute に当たる」と判示。右義務違反により原告が被った損害が賠償された）。

[4] Paris, 16, fév., 1955, D. 1955, 294. …… 全集の売買契約。買主→出版社（全集が広告通りに出版されなかった）。請求棄却（「契約の成立」を否定したうえ、「広告通りに出版されないことはままある」として、不法行為責任も否定）。

[5] Cass. com. 15, fév., 1965, Bull. civ. IV, n° 123, p. 105. …… 不動産の賃貸借契約。借主→貸主（第三者との締約に因る交渉破棄）。請求棄却の原判決を支持（原審は「交渉破棄が fautive であったとする証拠はない」としていた）。

[6] Pau, 14, janv., 1969, D. 1969, 716. (Rev. trim. dr. civ. 1970, p. 358, obs. Durry.) …… ガラス等の供給及び設置請負契約。納入業者→注文者（見積書受領後、被告は第三者と締約）。請求棄却（交渉を公正かつ誠実に進める義務（obligation de rectitude et loyauté）の存在は認めるも、取引安全などに配慮し、義務違反（faute）否定）。

[7] Cass. com. 20, mars, 1972, Bull. civ. IV, n° 93, p. 90 ; J. C. P. 1973, II, 17543, note, Schmidt. (Rev. trim. dr. civ. 1972, p. 779, obs. Durry.) …… 機械の売買契約。買主→売主（原告は工作機械会社（訴外A）と交渉し、Aは代理店たる被告を通じて原告に見積書を渡そうとしたが、被告は勝手に第三者と締約した）。請求認容の原判決を支持（「進展した交渉を正当な理由なく突然一方的に破棄する（rompre sans raison légitime, brutalement et unilatéralement, les pourparlers avancés）ことは、取引関係の bonne foi に反し、faute に当たる」として、不法行為責任（一三八二条）を肯定）。

[8] Cass. civ. 3e, 3, oct., 1972, Bull. civ. III, n° 491, p. 359. …… 建物の売買契約。売主→買主（原告は被告の設計変更の要請に従ったが、被告は第三者と締約）。請求棄却の原判決を破棄差戻（原判決が害意（intention de nuire）の不存在を棄却の理由としたのに対し、「一三八二条及び一三八三条は害意を要件とするものではない」と判示）。

[9] Trib. gr. inst. Paris, 5e Ch., 23, fév., 1973, J. C. P. IV, p. 216. …… 建物の売買契約。売主→買主（長期の交渉後、締約を拒絶）。請求棄却（契約自由の原則を尊重し、明確な（caractérisé）faute を不法行為の要件としたうえ、それを否定）。

[10] Cass. civ. 3e, 16, oct., 1973, D. 1974, Informations Rapides, p. 35. …… 詳細不明（「交渉を破棄する権利の行使が濫用とされるのは、破棄のさいに faute を構成するような行為がなされたときだけである」とする）。

[11] Cass. civ. 1re, 12, avril, 1976, Bull. civ. I, n° 122, p. 98. (Rev. trim. dr. civ. 1977, p. 127, obs. Durry.) …… 土地の売買契約。買主（業者?）→売主（九〇才の老人である被告は売却に基本的に同意したが（ただし、詳細は未定）、共有者が締約を拒絶したため、交渉決裂）。請求認容の原判決を破棄差戻（原審は被告が自己の権利の確認を怠ったことを認容の理由としたが、「被告に害意はなく、悪意（mauvaise foi）でもなかった」として、原判決を破棄）。

[12] Paris, 13, déc., 1984, J. C. P. 1985, n° 40, Actualités. (Rev. trim. dr. civ. 1986, p. 97, obs. Mestre.) …… 映画の出演契約。映画会社→女優（原告と被告の交渉は、契約の要素すべてに合意するには至っていなかった）。請求棄却（「契約の成立」を否定した後、「被告は原告に締約の確信（certitude）を抱かせるどころか、逆にためらいを示していた」と判示）。

[13] Paris, 13, mai, 1988, inédit. (Rev. trim. dr. civ. 1989, p. 736, obs. Mestre.) …… 株の売買。譲受人→所有者（被告は原告と交渉中、連絡もせず、第三者に株を売却した）。請求認容（「交渉を無にしてしまう計画の実現を教示しないことで、被告は原告から違法な仕方で（de façon fautive）――原告が重大な利益を有するところの――協議に入る可能性を奪い、また非難されるべき方法で取引拡大の機会を原告から取り上げた」として、不法行為責任を肯定）。

[14] Cass. com. 23, mai, 1989, J. C. P. éd. E, 1989, 18761. (Rev. trim. dr. civ. 1989, p. 736, obs. Mestre.) …… 代理商権（carte de représentation）の譲渡。代理商（agent commercial）→譲受人（譲渡に合意し、引き継ぎも終えた後、被告は締約を拒絶。前訴で原告は得意先譲渡の代金を請求したが、額が不特定ゆえ、契約は無効とされた）。請求認容の原判決を支持（「契約は無効でも、詐術（manœuvres dolosives）の被害者は不法行為責任を追及しうる。対価の交渉を意図的に引き延ばし、不当に妨害したことが代金不特定を招いたのであり、被告のこの違法な行為は損害賠償の基礎となる」と判断）。

以上の裁判例の全体的な傾向を概観しておく。[2]

（a）裁判例の数の時代的推移 …… 裁判例の出現は前世紀末にさかのぼるものの、その数はドイツに比べて少なく、特に一九六〇年代まではアド・ホックにしか登場しない。ただ、七〇年代に入ると、やや継続的に現れだし、数も若干増加しはじめる（一四件中八件が七〇年以降のもの）。

（b）紛争類型の特徴 …… 不動産にからむ事件が一四件中五件あり、全体のなかで占める割合が最も高い。[3]

（c）紛争形態の特徴 …… 締約を信頼して出捐した者が破棄者に賠償を求めるという単純な形態ばかりである。

このように、数が少ない点、紛争実態（b・c）の面で日本やドイツと同じ傾向にある点は、興味深い。

註

（1）フランス法の動向を紹介する論稿としては、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）がある。

（2）Cass. civ. 1er, 19, janv., 1977, Bull. civ. I, nº 36, p. 27 ; D. 1977, 593, note, Schmidt も「交渉破棄」の事件だが、「当事者の締結した損害賠償の合意に cause があるか否か」が争点とされたものなので除外した。また Paris, 27, mars, 1912, Gaz. Pal. 1912, 2, 210 は「交渉破棄」として争われたか否かが不明なので除いた。さらに契約の更新拒絶に関する裁判例も排除した（ex. Cass. com. 9, fév., 1981, D. 1982, 4, note, Schmidt）。

（3）不動産にあっては、「契約の成否」をめぐる紛争も多く（本稿とは焦点を若干異にするが、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）によれば、売買の双務予約に関する裁判例だけで百件を下らない）、これがかかる傾向の背景にあるものと推察される。

第二節　裁判例の検討

一　法律構成と帰責の根拠

(1)　法律構成

交渉破棄者に課される責任は一貫して不法行為責任と解されている（責任肯定例はすべてこの旨を明言し（[1][2][3][7][8][13][14]）、否定例においても、それを確認するものはあっても（[4][5][11][12]）、異を唱えるものはない）。これは「交渉破棄」を処理するに足る包括的規定（フランス民法一三八二条）が存在するためである。

(2)　帰責の根拠

一三八二条では、faute が不法行為の要件とされるが、ドイツや日本と同様、faute（すなわち、帰責の根拠）とされるものには二種類あり、各々「誤信惹起型」と「信頼裏切り型」にほぼ対応するようである。

①「誤信惹起型」

初期の責任肯定例は誤信の惹起を faute とする（[1][2][3]）。ただ、誤信の内容は裁判例によって異なり、[1][2]では「締約されるであろう」との誤信が、[3]では「締約されてしまった」との誤信が問題とされている。また[13]でも、連絡の懈怠（つまり、説明義務違反）が帰責の根拠とされる。なお、破毀院裁判例[11]は過失（不注意）による誤信惹起につき責任を否定したが、二で紹介するように、これは特殊な事件であり、一般化できないように思われる[1]し、過失による責任の発生を肯定した裁判例（[2]）もあることから、この点は留保した方がよいようである。

②「信頼裏切り型」

破毀院裁判例[7]は「進展した交渉を正当な理由なく、突然一方的に破棄するのは、bonne foi に反する」として、

交渉破棄自体をfauteとする新類型を認めた。これは議論の呼び水となる（次章参照）。

このように、帰責の根拠には二種類あり[2]、各々「誤信惹起型」と「信頼裏切り型」にほぼ対応する。また両者の出現時期に隔たりがある点は、日本の裁判例の展開過程より、ドイツのそれと類似している。

二　具体的判断基準[3]

（1）責任肯定例

肯定例は、締約を信頼するに足る事情が存する点で共通するようである。典型例たる［2］では、締約が約束され、契約内容も特定している。明確でないが、［8］も同様だったように推察される。［1］では、契約内容は特定されていないが、それは専門家に委ねることで合意しており、かかる特殊性と締約の約束とを勘案すれば、締約を信頼するに足る事情があったと言えよう。［3］でも、契約内容は特定されており、通知義務の懈怠は――前後の事情も考えると――締約の約束に比すべきものであった。［7］でも交渉は進展していた（ただし、約束の存否は不明）。

（2）責任否定例

否定例では、信頼惹起を否定するものが多い。［12］では、契約内容は特定されず、締約の約束もなされていないことから、それが否定された。交渉が成熟していなかった［6］も、これと同様に位置づけられる。他方、［4］では、むしろ経験則から信頼惹起は否定された。これらに対し、［11］は、誤信惹起は肯定しつつ、責任は否定した。が、これは被告である九〇才の老人に土地の権利関係の調査を求めるのが過大な要求であること、原告の出捐があまりに軽率であること等が勘案された結果と見るべきで（Cf. Durry, Rev. trim. dr. civ. 1977, pp. 128-129）、特殊な事件と言える。

このように、責任肯定例と否定例との分水嶺は、――特殊な事件を除けば――信頼惹起の有無に求められるようである。「誤信惹起型」では、契約内容の特定に代表される「交渉の成熟」と締約の約束がその判断の重要な要素とされ、日

本やドイツの裁判例と同じ傾向を示している。「信頼裏切り型」でも、「交渉の成熟」が要求される点で、日本やドイツのそれと同一であり、両国で要件とされる締約の約束についても、はっきりしないだけで、それと対立する証拠があるわけではないし、この点でも実際には同じではないか、と思わせるふしもある。[4] 結局、数が少ないため、フランスの裁判例の採用する具体的判断基準は明確でないが、ドイツや日本とそれほど差はないのではないか、との印象を受ける。[5]

三　免責事由

免責事由につき、参考となる裁判例は非常に少ない。が、ドイツや日本と同じ傾向は看取されうる。「信頼裏切り型」では、交渉破棄につき正当な理由がある場合には免責される（[7]）のに対し、「誤信惹起型」で免責事由を認めた裁判例はないからである。なお、[7] では、締約拒絶の理由が第三者との締約にあることが強調されたにもかかわらず、責任は肯定的に解された。免責事由の具体的内容という点から注目されよう。

四　責任の効果

終局的に請求を認容した裁判例が僅少なため、傾向の把握は困難である。ただ、「誤信惹起型」たる [1] [2] [3] で、責任の効果が賠償金（dommages-intérêts）による賠償とされた点、誤信に基づく出捐は賠償されたが、約束の履行により得られたであろう利益が賠償の対象とされなかった点は注目される（[1] [2]。なお、[3] は損害算定が困難なため、裁判所の裁量によった特殊な事件。[13] [14] は不詳）。他方、「信頼裏切り型」では、この点は不明である。

このように、法律構成の点では、ドイツや日本と異なるフランスの裁判例も、帰責の根拠、具体的判断基準、免責事由、責任の効果という具体的な面では、——明確でない点も多いが——ドイツや日本の裁判例と類似するように見える。

註

(1) 平野・前掲論文六七三頁以下参照。なお、[11]が用いるmauvaise foiという言葉には——bonne foiの対立概念である関係上——「悪意(あることを知っている)」という意味と「不誠実」という意味がある(Cf. Cornu, Vocabulaire juridique, 1987, pp. 104, 495)。それゆえ、[11]が[7]を受けていると解すなら、それを前者の意味に理解することも可能である。が、原判決を受けたものと素直に解するなら、後者の意味に理解すべきこととなる。

(2) 詳細が不明なこともあって、[14]がいずれの類型に属するかは明確でない。譲渡について基本的合意に達した後、紛争が発生しているから、「信頼裏切り型」のようにも見えるが、判決の言い回しや被告の一連の行動からは、「当初から締約する意思がなかったのではないか」と疑わせる点もあり、「誤信惹起型」である可能性も強い。

(3) なお、事実関係が不明な[5][9][10]は対象から外す。また詳細が不明確な[13][14]は後註(5)参照。

(4) [7]の原判決は責任を肯定するさい、「当事者間の交渉が契約の前段階を越えるものであった」ことをその理由とし、破毀院の「進展した交渉」という言い回しもこれと同じことを表現するもののように思われる。しかるに、この「契約の前段階を越える」という要件は、ドイツの「信頼裏切り型」の前身となる類型が採用した「当事者間の関係が単なる契約交渉という枠を越えたこと」という要件と酷似し(この要件は、後に信頼惹起という要件に置き換えられたが、それは具体的判断基準を変化させるものではなかった。第二部第一編参照)、この点でのドイツとフランスとの類似性を示唆している。

(5) [13]は「交渉の成熟」や締約の約束と無関係に、誤信惹起を認めたように見える。が、この事件では、締約の可能性がないことを連絡しなかった点が問題とされたようで、右の二つが要件とされないのは、むしろ日本やドイツの裁判例と符号する。[14]でも、[13]と同様、「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可能性が強く(前註(2))、そうであれば、代金額の不特定は[13]と同様に位置づけうる。ただ、詳細不明のため、以上の理解は憶測を出ない。

第二章　学説の紹介と検討

「申込の撤回」については、古くから議論していた学説も、「交渉破棄」に注目しはじめたのは最近のことである。それゆえ、考察の力点は学説の現状におかれるが、それを正確に理解するため、まず展開過程を概観する。

第一節　学説の展開過程

学説の展開過程を通観するとき、大きな断層が看取される。一九七〇年代前半までほとんど注目されなかったものが、七〇年代後半以降、議論されはじめるのである。そこで、二つの時代を区分し、各時代の動向を探る。なお、参考資料としては、モノグラフィー・論文と教科書があるが、第二部と同様の理由から、後者、特にその各版ごとの変化に注意を払う（Répertoire Dalloz de droit civil ; Juris-Classeur, Droit civil は加除式のため、この作業は行えなかった）。

一　七〇年代前半まで

この時期、学説は「交渉破棄」に注目しなかったようである。確かに今世紀初頭、Saleilles は画期的で示唆的な論文を物し[1]、その後若干のテーズも登場したが[2]、五〇年代ないし六〇年代の教科書で、これにふれるものはほとんどなく[3]、僅かに Planiol et Ripert の体系書と Carbonnier の教科書が――「誤信惹起型」を想定しつつ――言及する程度である[4]。後にこの問題を取り上げる Marty et Raynaud の教科書もまだそれにふれていない。また七〇年代前半になっても、状況は変わらず、初期の Weill や Starck の教科書がこの問題にふれないのは、右の Marty et Raynaud と同様の意味

で注目されるし[5]、Le Tourneau の教科書では、それにまで言及されてはいるものの、叙述の分量は四行に過ぎない[6]。

二　七〇年代後半以降

この時期、学界は「交渉破棄」に関心を向けはじめる。七〇年代半ばの Schmidt の論文を契機に[7]、これにふれるテーズや論文は増加し[8]、八〇年代には契約交渉に関するモノグラフィーも登場する[9]。教科書も変化する。七〇年代後半以降のそれはこぞってこの問題を取り上げ[10]、ふれないのは Mazeaud の教科書くらいである[11]。Weill et Terré, Starck, Marty et Raynaud の各教科書はこの問題を取り上げはじめ、Le Tourneau の教科書も従前の三倍以上のスペースを割いている[12]。かかる変化の原因は七〇年以降の裁判例の本格的な登場に求められるように思われる（それ以前の関連裁判例は必ずしも「交渉破棄」の事例とは意識されていない[13]）。またここでは「信頼裏切り型」も念頭におかれ、それをめぐり見解は対立する（次節参照）。なお、フランスの教科書が主に「契約の成立」ないし合意を論ずる箇所で、「交渉破棄」にふれる点は注目される。これはそれらが密接な関係にあることを示唆しているからである[14]。

註

(1) Saleilles, De la responsabilité précontractuelle, Rev. trim. dr. civ. 1907, p. 697. これは Faggella, Dei Periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica, dans Studi giuridici in onore di Carlo Fadda (Naples, 1906), vol. III, p. 271 から示唆を得たもので、交渉を三段階に区分し、各々を次のように分析する。

第一段階は「交渉を開始し、個別的な契約事項につき折衝している」段階で、ここで責任が生ずるのは「恣意的な破棄（le retrait arbitraire）」の場合だけである。経済的な理由から、たとえば有利な条件を提示した第三者と締約するための交渉破棄は免責される。また責任の効果（損害賠償の範囲）は現実の出捐に限られる。第二段階は「個別的事項に合意し、当事者の一方が申込の準備に取り掛かった」段階で、ここでも責任が生ずるのは「恣意的な破棄」に限られるが、賠償の範囲

に第三者との締約機会の喪失が含まれる点で、第一段階と異なる。第三段階は「申込がなされた」段階で、ここに至ると、交渉破棄者（申込撤回者）は経済的な理由からする締約拒絶にも責任を負わねばならない。ただ、契約の履行から得られたであろう利益の賠償を許すと、実質的な「契約の履行」につながるので、賠償の範囲は第二段階と同じ範囲に限定される。なお、以上の責任は純粋に客観的な責任で、責任の根拠はfauteではなく、取引の衡平への侵害（une atteinte à l'équité commerciale）に求められる。特に申込にあっては、申込者は自らの意思で法的保障（sécurité juridique）を作出したのだから、それを消滅させるのは彼の自由だが、その場合、取引の衡平に則り、彼がそのリスクを負担せねばならないのである。

Saleillesの論文の骨子は右のとおりだが、これが後の学説に与えた影響は大きく、交渉を申込以前と申込以後に大別するスタイルは、現在の学説も踏襲する（ただ、かかる把握には問題もある）。また「申込の撤回」をリスク配分の視点からながめる（純粋に客観的な責任とされている）点も示唆的である。これは「交渉破棄」にも同様に妥当しうるからである（もっとも、fauteの概念に対するSaleillesの理解はこの論文の前後で大きく変動する。この点は、野田良之「フランス民法におけるfauteの概念」（『損害賠償責任の研究（上）』（昭和三二年）一〇九頁以下所収）一一二頁以下参照）。

(2) Roubier, Essai sur la responsabilité précontractuelle, (th. Lyon), 1911, pp. 137-146 ; Cohérier, Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats, (th. Paris), 1939, pp. 145-176 ; Serna, Le refus de contracter, (th. Paris), 1967, pp. 180-183. La formation du contrat, L'avant-contrat, 62e Congrès des notariers de france, (Perpignan), 1964, pp. 21-27 (Bordeauxの公証人Labarreの報告)も「交渉破棄」にふれている。

(3) Ripert et Boulanger, Traité élémentaire de droit civil de Planiol, t. II, 4e éd., 1952, nos 170-243, 321-364, pp. 64-92, 123-137 ; Ripert et Boulanger, Traité de droit civil d'aprés le Traité de Planiol, t. II, 1957, nos 129-449, pp. 56-174 (裁判例［3］は「申込の存否」の問題として扱っている。no 324, pp. 131-132) ; Colin et Capitant (par Morandière), Cours élémentaire de droit civil français, t. II, 10e éd., 1953, nos 40-48, pp. 30-39 ; Colin et Capitant (par Morandière), Traité de droit civil, t. II, 1956, nos 128-139, pp. 108-114 (［3］の扱いは右と同様。nos 132-133, pp. 109-110) ; Marty et Raynaud, Droit civil, t. II, 1er vol., 1962, nos 93-117, pp. 74-109 ; Henri et Léon Mazeaud (avec Tunc), Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle, 6e éd., t. I, 1965, nos 116-121, pp. 148-153.

(4) Planiol et Ripert (par Esmein), Traité pratique de droit civil français, 2e éd., t. VI, 1re partie, 1952, n° 133, pp. 154-155（「交渉破棄」は「契約の成立 (Formation du contrat)」という章で取り上げられ，裁判例［2］を参照する。初版も同様。Planiol et Ripert (avec Esmein), Traité pratique de droit civil français, t. VI, 1re partie, 1930, n° 130, pp. 175-177) ; Carbonnier, Théorie des obligations, 1963, n° 100, pp. 103-104.（「契約の成立」を論ずる1章として，「交渉破棄」にふれる。1旧版も同様。Carbonnier, Droit civil, t. IV, 13e éd., 1988, n° 18, pp. 86-87.)

(5) Weill, Droit civil, Les obligations, 1971, nos 132-153, pp. 146-168 ; Starck, Droit civil, Obligations, 1972, nos 1126-1277, pp. 366-403.

(6) Jacob et Le Tourneau, Assurances et responsabilité civil, t. I, La responsabilité civil, (par Le Tourneau), 1972, nos 97-102, pp. 52-54.

(7) Schmidt, La sanction de la faute précontractuelle, Rev. trim. dr. civ. 1974（以下，Schmidt, La sanction と引用), p. 46.

(8) Mousseron, La durée dans la formation des contrat, in : Etudes offertes à Jauffret, 1974, p. 509 ; Chirez, De la confiance en droit contractuel, (th. Nice), 1977, nos 298-299, pp. 389-393 ; Huet, Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, (th. Paris II), 1978, nos 236-297, pp. 229-280 ; Ghestin, L'abus dans les contrats, Gaz. Pal. 1981, 2, doctrine, p. 379（以下，Ghestin, L'abus と引用) ; Seube, La culpa in contrahendo, in : Regeln über den Vertragsschluß im französischen und deutschen Recht, Les régles de la formation du contrat en droit français et allemand, Bericht ü. d. 15 Gemeinsame Seminar d. Jur. Fakultäten v. Montpellier u. Heidelberg 15-28, Mai, 1983, 1985, p. 121（本書には，ドイツの「交渉破棄」を紹介する Weitnauer, Culpa in contrahendo も収録されている。S. 71-86) ; Schmidt, L'évolution de la responsabilité précontractuelle en droit français, in : Weick (hrsg.), Entwicklung des Deliktsrechts in rechtsvergleichender Sicht（以下，Schmidt, L'evolution と引用), 1987, S. 141.

(9) Schmidt, Négociation et conclusion de contrats, 1982（以下，Schmidt, Négociation と引用), spéc. nos 208-233, pp. 105-120.

(10) Flour et Aubert, Droit civil, Les obligations, vol. I, 1975, n^os 146-150, pp. 102-105, spéc. n° 147, p. 103 (合意の説明の一環として) ; idem., 4^e éd., (par Aubert), 1990, n° 147, p. 105 ; Farjat, Droit privé de l'économie, t. II, 1975, pp. 128-129 (「合意の成立」を説明するなかで) ; Le Tourneau, La responsabilité civil, 2^e éd., 1976, n° 151, pp. 66-67 (説明に一三行も費やされる) ; idem., 3^e éd., 1982, n° 183, p. 70 ; Weill et Terré, Droit civil, Les obligations, 3^e éd., 1980, n° 139, p. 164, note 4 (合意の説明の一環として) ; idem., 4^e éd., 1986, n° 139, p. 148, note 202 ; Ghestin, Traité de droit civil, t. II, 1980, n° 228, pp. 176-178 (「意思の合致」の説明の一部として。以下、Ghestin, Traitéと引用) ; idem., 2^e éd., 1988, n° 228, pp. 250-253 ; Viney, Traité de droit civil, t. IV, 1982, n^os 197-198, pp. 230-232 (「締約以前の責任」の一類型として) ; Malaurie et Aynes, Cours de droit civil, Les obligations, 1985, n° 244, p. 177 (「意思の合致」の説明の一環として) ; Larroumet, Droit civil, t. III, Les obligations, 1^ere partie, 1986, n° 236, pp. 211-212 (「意思の合致」の説明の一環として) ; Starck (par Roland et Boyer), Droit civil, Obligations, 2. Contrat et quasicontrat régime général, 2^e éd., 1986, n^os 281, 1700-1701, pp. 97, 587-588 (「意思の合致」ないし契約責任と不法行為責任の関係を論ずる箇所で) ; do., Droit civil, Obligations, 2. Contrat, 3^e éd., 1989, n^os 281, 1700-1701, pp. 122-123, 694-695 ; Bénabent, Droit civil, Les obligations, 1987, n° 49, pp. 27-28 (申込の説明の一環として) ; Marty et Raynaud, Droit civil, Les obligations, t. I, 2^e éd., 1988, n° 106, p. 101 (「意思の合致」の説明の一環として) ; Schmidt-Szalewski, Droit des contrats, 1989, n° 22, pp. 30-31. Cf. Ghestin / Desché, Traité des contrats, La vente, 1990, n° 140, p. 152.

(11) Henri, Léon et Jean Mazeaud (par Chabas), Leçons de droit civil, t. II, 1^er vol., 7^e éd., 1985. もっとも、七〇年代後半以降も、簡単な概説書のなかには、この問題にふれないものもある (ex. Guiho, Cours de droit civil, t. IV, 1979)。

(12) 前註 (10) と本節Ⅰを比較対照。

(13) 前註 (3) 参照。

(14) 前註 (10) 参照。他方、ドイツでは、「契約の成立」(総則) でなく、「契約締結上の過失責任」(債務法) を論ずるさいにこの問題を講じ、日本の学説もそれに従う。これは「契約の成立」という関連問題を等閑視する一遠因であろうか。

第二節　学説の現状

現在の学説は、責任の性質を不法行為とし、「交渉破棄」を申込以前の問題と位置づける点では一致しており[1]、争点は専ら責任の抽象的な要件論に集中する。あるものは faute intentionnelle（故意のフォート）ないし faute lourde（重大なフォート）を、あるものは mauvaise foi（不誠実）を、あるものは通常の faute を要件とする。ただ、mauvaise foi と faute との関係については、理解が錯綜し、右の対立は――具体的な紛争を離れ――この理解の相違に起因する面もある。が、ここでは「紛争の機能的・類型的考察」の視角を徹底し、具体的な紛争類型に則して学説を整理する。

一　責任否定説ないし限定的責任肯定説（「誤信惹起型」についてのみ、責任を肯定する説）

学説の中には、なるべく責任を限定しようとする説がある。Carbonnier, Flour et Aubert の見解が典型例で、faute intentionnelle ないし faute lourde を責任の要件とする[2]。ただ、何を以て faute intentionnelle とか faute lourde というかは問題である。が、例に挙げられるのは、せいぜい「締約する気もないのに交渉していた」といった類いの事例で、「誤信惹起型」についてのみ責任を認める趣旨のように見える。また――右の如き要件は掲げられていないが――責任を限定的に解しつつ、それが認められる例として、右とほぼ同様の事例を挙げる Starck の見解も、これと同旨のように感じられる[3]。なお、以上の説は過失（不注意）による誤信惹起に対する態度が不明確なため、責任否定説ないし限定的責任肯定説のいずれに属するかは明確でないが、Fariat は不注意（légèreté）による責任も認めており[4]、後者に与するものと推察される。また責任の限定を図る右の見解の背後には、契約自由の原則への配慮が潜むものと推測される[5]。

二　責任肯定説（「信頼裏切り型」についても、責任を肯定する説）

この説は、誤信が惹起されなくても責任は発生しうる、と説く。が、抽象的な要件をめぐり見解は分かれる。Ghestinは、裁判例の分析から責任要件をmauvaise foiに求めたうえ、「進展した交渉を正当な理由なく突然一方的に破棄することはそれに当たる」とする。[6] またMalaurie et Aynesもmauvaise foiを要件とするが、「その存否は当事者の身分や行動、交渉の状況、事案の性質等を加味して判断される」とし、あるときには害意が要求され、あるときには通常のfauteで足りるとする。[7] mauvaise foiを弾力的に捉えるのである。Schmidtは[8]――bonne foiという一般義務（obligation générale）に反する――mauvaise foiこそfauteであり、[9] 正当な信頼を裏切ることもそれに当たるとして、[10]「信頼裏切り型」を明確に認める。[11] これに対し、Le Tourneauは、右と同様、「信頼裏切り型」についても責任を認めるが、「すべてのfauteが責任を発生させるのであり、mauvaise foiを要件とする裁判例［11］は間違っている」と主張し[12]（mauvaise foiは「悪意（締約に障害があるのを知りつつ、交渉すること）」と解されているように思える）、Larroumetもmauvaise foiにふれることなく、「信頼惹起後、正当な理由なく交渉を破棄することはfauteに当たる」とする。[13]

右の如く、抽象的要件論、特にmauvaise foiとfauteの関係をめぐり諸説は対立する。それは一面ではmauvaise foiの理解の相違に帰着する。が、「信頼裏切り型」を認める点で、右の見解は一致し、フランスでも――ドイツほど明瞭でないものの――せいぜい「誤信惹起型」についてのみ責任を認める責任否定説ないし限定的責任肯定説と、「信頼裏切り型」についてもそれを肯定する責任肯定説とが並び立っていることになる。これは第一の基本的問題に対応する示唆として重要である。またフランスの学説で賠償の範囲まで言及するものはあまりないが、その点にふれる見解がそれをいわゆる「信頼利益の賠償」に制限し、「履行」ないし「履行利益の賠償」まで認めない点も示唆的である。[14]

註

(1) 責任の性質を不法行為責任とする点に異論は見当たらない。また「交渉破棄」は概ね申込以前の問題と位置づけられている (Carbonnier, op. cit. (13e éd.), n° 18, pp. 86-87 ; Flour et Aubert, op. cit. (4e éd.), n° 147, p. 105 ; Starck, op. cit. (3e éd.), nos 281-282, pp. 122-123 ; Farjat, op. cit., pp. 128-129 ; Malaurie et Aynes, op. cit., n° 224, p. 177 ; Schmidt, Négociation, nos 208-233, pp. 105-120 ; Le Tourneau, op. cit. (3e éd.), n° 183, p. 70 などは、このことを明示的に確認し、また Ghestin, Traité (2e éd.), n° 228, pp. 250-253 ; Larroumet, op. cit., n° 236, pp. 211-212 も、かかる把握に反対するものではない。その他、Planiol et Ripert, op. cit. (2e éd.), n° 133, pp. 154-155 ; Mousseron, op. cit., pp. 510-511 ; Chirez, op. cit., nos 298-299, pp. 389-393 ; Viney, op. cit., nos 196-198, pp. 229-232 ; Seube, op. cit., S. 122-126 なども、同様の理解に立つ)。

(2) Carbonnier, op. cit. (13e éd.), n° 18, pp. 86-87 ; Flour et Aubert, op. cit. (4e éd.), n° 147, p. 105.

(3) Starck, op. cit. (3e éd.), nos 281-282, pp. 122-123. Huet, op. cit., nos 236-297, pp. 229-280 も責任の限定を図る。

(4) Farjat, op. cit., pp. 128-129.

(5) Huet, op. cit., n° 247, p. 239 は「締約しない自由も尊重せねばならない」と明言する。

(6) Ghestin, Traité (2e éd.), n° 228, pp. 250-253. (「信頼惹起後、交渉を破棄するのは faute に当たる」とする。Ghestin, L'abus, p. 379 も同旨。)

(7) Malaurie et Aynes, op. cit., n° 244, p. 177. (Malaurie 単独の論稿として、Juris-Classeur, Droit civil, Art. 1109, Contrats et obligations, Consentement, par Malaurie, 1977 (1980, 1985), nos 5-7 もある。) なお、「信頼裏切り型」を認めるとは明言しないが、mauvaise foi に対するこの弾力的理解から推せば、それも認める趣旨と解するのが素直であろう。

(8) Schmidt, La sanction, pp. 50-55 ; do., Négociation, nos 208-233, pp. 105-120 ; do., L'évolution, S. 141-166.

(9) Schmidt, Négociation, nos 209-219, pp. 105-111.

(10) Schmidt, Négociation, n° 221, pp. 111-112.

(11) 責任の効果は、「現物賠償 (réparation en nature ; 契約の締結)」でなく、「等価賠償 (réparation par équivalent ; 金銭賠償)」に限られるとし、またその範囲は一般費用 (frais généraux) を除く出捐と第三者との締約機会の喪失に基づく損害

(得べかりし利益) だけで、当該契約から得られたであろう利益は賠償されない、とする (Schmidt, Négociation, nos 210, 230-233, pp. 106, 118-120)。いわゆる「信頼利益の賠償」に限定されるわけである。

(12) Le Tourneau, op. cit. (3e éd.), no 183, p. 70.

(13) Larroumet, op. cit., no 236, pp. 211-212.

(14) Schmidt, Négociation, nos 210, 230-233, pp. 106, 118-120 ; Malaurie et Aynes, op. cit., no 224, p. 177 ; Huet, op. cit., nos 248-252, pp. 240-244.「信頼利益」や「履行利益」という用語は使わないが、実質的にはそれを言い当てている。

第一編の小括

第一編からは、様々な示唆が得られる。「交渉破棄」を申込以前の問題と位置づける考え方は——そのまま導入すべきか否かは別として——両者の関連づけの必要性を、ひいては「申込と承諾による締約」の再吟味の必要性を示し、また責任の可否はもとより、その性質や効果に関する議論も示唆的である。が、検討を通じ、疑問がわくのも事実である。何故、裁判例は少ないのか。それに——見落とし以外の——原因があるなら、逆にここで取り上げた裁判例（だけ）は何故「交渉破棄」として登場したのか。何故、学説は右のような問題の位置づけ方をするのか。「信頼裏切り型」をめぐり対立するはずの学説が、何故ドイツのような激論を戦わせていないのか。特に「正当な信頼を裏切ることは faute に当たる」とする説に対し、何故 Medicus 流の批判が、すなわち、「そのような信頼がどうして正当と言えるのか」という批判が投げ掛けられないのか、等々。しかし、これまでの議論から、解答を見い出すことはできない。けれども、関連問題の検討を通じ、以上の疑問をある程度統一的に解消しうる「仮説」に到達することは可能なように思われる。

［後記］ドイツにおける「意思表示の解釈」については、周知の如く、古くから数多くの紹介がある（比較的最近の文献のなかで、網羅的なものとしては、たとえば磯村保「ドイツにおける法律行為解釈論について――信頼責任論への序章的考察――（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―五四年）、鹿野菜穂子「契約の解釈における当事者の意思の探究――当事者の合致した意思――」（九大法学五六号九一頁、昭和六三年）がある）。また特に鹿野菜穂子「ドイツにおける不合意惹起者の損害賠償義務――規範的解釈における『過失』の要素――」（東京商船大学研究報告（人文科学）四〇号一頁、平成元年）は規範的解釈における表示者の「帰責可能性」に焦点を当て、そのさいに考慮にされるべき具体的な事情についても検討している。本稿と併せて参照されたい。