HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	契約交渉の破棄とその責任（２）：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(2), 147-194
Issue Date	1991-12-26
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16825
Type	departmental bulletin paper
File Information	42(2)_p147-194.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

契約交渉の破棄とその責任（二）

――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
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　（以上、本号）

第二部　ドイツ法の考察

「基本的問題」に対する手掛かりを得べく、ドイツ法を考察する。しかも、それは――ドイツ法から多大な影響を受けている――日本の学説を検証する意味も併せ持っている。以下、「基本的問題」に対応した形で、第一編では「交渉破棄」を、第二編では、関連問題を取り上げる。

第一編　「契約交渉の破棄」に対するドイツ法の態度[1]

第一章では裁判例を、第二章では学説を考察するが、第一部との比較を容易にするため、前者には「紛争の機能的・類型的考察」と「法律構成的考察」という二つの角度から検討を加え、後者については展開過程と現状を分けて論じる。

註

(1) 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・学説を中心にして――」(比較法雑誌一八巻二号五五頁、昭和五九年)、円谷峻『契約の成立と責任』(昭和六三年、特に九八―一〇六頁)がドイツ法の現状を紹介する。

第一章　裁判例の紹介と検討

ドイツの裁判例は「契約締結上の過失」理論により「交渉破棄」に対処する。周知の如く、この法理は一九世紀に登

場し、二〇世紀に入り発展したものだが[1]、今日「交渉破棄」は契約有効型、契約無効型、（いわゆる）他法益侵害型と並び、右法理の一分野を形成している[2]（ただし、方式無効の一部も「交渉破棄」と把握されることがある[3]）。

註

（1）詳しくは、北川善太郎『契約責任の研究』（昭和三八年、特に一九四頁以下）、円谷・前掲書参照。

（2）Löwisch, Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, (12. Aufl.), 1979, Rdnr. 38 Vorbem zu §§ 275-283 ; Heinrichs, Palandt BGB (50. Aufl.), 1991, S. 328 ff. はこの四分法を採る。Emmerich, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, (2. Aufl.), 1985, S. 566 ff. ; Wiedemann, Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht I, (12. Aufl.), 1990, S. 597 ff. は異なる分類法を採るが、右の四分法に特に反対する趣旨ではあるまい。

（3）両当事者が無効であることを知りつつ、方式の具備しない予約を締結し、その後、一方の当事者が（本）契約の締結を拒んだ、というのがそれである（Vgl. Münchener-Emmerich, a. a. O., S. 580 ff. ; Staudinger-Löwisch, a. a. O., Rdnr. 54 Vorbem §§ 275-283 ; Palandt-Heinrichs, a. a. O., S. 329 ; Soergel-Wiedemann, a. a. O., S. 612 ff. 裁判例としては、たとえば BGH 18, 10, 1974, WPM 1974, 1223 ; BGH 19, 1, 1979, WPM 1979, 458 がある）。

第一節　裁判例の紹介

一で裁判例を紹介した後[1]、二でその理論上の変遷を追い、日本と同様、「誤信惹起型」と「信頼裏切り型」とが区別されることを明らかにする。なお、紹介のさいには、契約類型、紛争形態、請求の認否とその理由等を列挙するに止める[2]。

一　裁判例の紹介

（1）第二次大戦以前

…… この時期、裁判例はそれほど多くない[3]。

[1] RG 29, 11, 1909, LZ 1910, Sp. Nr. 2. …… 土地の売買。売主→買主。請求棄却（ドイツ民法八二六条の要件を欠く）。「信頼裏切り型」か。

[2] KG 18, 2, 1929, JW 1929, 3024, Nr. 2. …… 住宅の交換。交換当事者同士。請求認容。「取引を決裂させない義務」を認める（戦前のものとしては例外的）。

[3] RG 24, 2, 1931, RGZ 132, 26. …… 会社設立。設立関係者同士。請求認容の原判決を破棄差戻（過失の再調査＝誤信惹起（説明義務違反）否定）。

[4] RAG 10, 2, 1932, RAGZ 10, 174 ; JW 1932, 2193 ; ARS 14, 341, Nr. 75. …… 雇用。被用者→使用者。請求認容の原判決を破棄し、棄却の自判（信頼惹起否定）。

[5] RG 19, 1, 1934, RGZ 143, 219 ; JW 1934, 1337. …… 担保供与約束。融資者→供与約束者。請求認容（実現不可能な約束＝誤信惹起肯定）。

[6] RAG 13, 6, 1938, RAGE 20, 65 ; JW 1938, 2240. …… 雇用。被用者→使用者。請求棄却の原判決を破棄差戻（過失の再調査＝誤信惹起（説明義務違反）肯定）。

[7] OLG Karlsruhe 25, 5, 1939, HRR 1939, Nr. 1239. …… 家屋の賃貸借。貸主→借主。請求認容（説明義務違反＝誤信惹起肯定）。

[8] LAG Breslau 7, 12, 1939, ARS 38, LAG 58, Nr. 15. …… 雇用。被用者→使用者。請求認容（説明義務違反＝誤信惹起肯定）。

（2）第二次大戦以後

…… この時期、裁判例は増大し[4]、五〇年代にはリーディング・ケースも登場する。

[9] LG Düsseldorf 12, 4, 1950, DB 1950, 312.（事実関係不明。）

[10] OLG Bremen 2, 10, 1951, VRS 4, Nr. 46, S. 81. …… 自動車売買。売主→買主。請求棄却（信頼惹起否定）。

[11] OLG Celle 10, 6, 1952, MDR 1952, 554. …… 建築設計の請負。請負人→注文者。請求認容（説明義務違反＝誤信惹起肯

定）。

[12] BGH 20, 6, 1952, BGHZ 6, 330.(5) …… 土地の賃貸借。借主→貸主（市）。請求認容（説明義務違反＝誤信惹起肯定）。

[13] BGH 16, 3, 1954, MDR 1954, 346 ; LM Nr. 3 zu § 276 (Fa) BGB. …… 継続的動産売買。売主→買主。請求認容（説明義務違反＝誤信惹起肯定）。後の裁判例に与えた影響から、「誤信惹起型」のリーディング・ケースと言えるもの。

[14] LAG Mannheim 10, 12, 1954, BB 1955, 449. …… 雇用。被用者→使用者。請求認容（第三者を雇った旨の通知（義務）の懈怠）。

[15] LAG Bremen 26, 1, 1955, BB 1955, 287. …… 雇用。被用者→使用者。請求認容（説明義務違反＝誤信惹起肯定）。詳細不明で、契約有効型である可能性もある。

[16] BGH 4, 3, 1955, WPM 1955, 728 ; DB 1955, 479 ; BB 1955, 429. …… 家屋の売買。買主→売主。請求棄却（損害発生及び因果関係否定）。

[17] BGH 2, 5, 1956, WPM 1956, 863 ; NJW 1956, 1275 ; BB 1956, 575 ; DB 1956, 641. …… 土地の賃貸借。借主→貸主（市）。請求棄却（因果関係及び誤信惹起否定）。

[18] BGH 27, 5, 1957, BGHZ 24, 297 ; WPM 1957, 883 ; NJW 1957, 1275. …… 保証。債権者→保証人。請求棄却（信頼惹起は肯定するも、ドイツ民法七六六条の趣旨から責任否定）。

[19] BAG 27, 6, 1957, BAGZ 4, 196 ; NJW 1957, 1332 ; BB 1957, 785 ; DB 1957, 750. …… 雇用。被用者→使用者。請求認容の原判決を破棄差戻（過失の再調査＝誤信惹起（説明義務違反）否定。過失相殺の可能性示唆）。[14]の上告審か。

[20] LAG Hannover 17, 2, 1958, BB 1958, 808. …… 雇用。被用者→使用者。請求認容か（詳細不明）。

[21] BGH 23, 5, 1958, Ufita 29, 372. …… 土地の賃貸借。貸主→借主。請求認容の原判決を破棄差戻（過失相殺の割合の調査。過度の確約＝誤信惹起肯定）。

[22] LAG Baden-Württemberg 4, 7, 1958, BB 1958, 1132. …… 雇用。被用者→使用者。請求認容か（詳細不明）。

[23] OLG Nürnberg 17, 11, 1959, MDR 1960, 308. …… 建物の売買。売主→買主。請求棄却（「契約締結上の過失」の争われ方は不明）。

[24] BGH 28, 1, 1960, WPM 1960, 432. …… 融資。借主→貸主。請求認容の原判決を破棄差戻（過失の再調査＝誤信惹起

（説明義務違反）否定。原告が被告に虚偽の貸借対照表を提出していたなら、原告の信頼は保護に値しないと判示）。

[25] OLG Hamburg 22, 9, 1960, MDR 1961, 54 ; BB 1960, 1111. …… 不動産売買。売主→買主。請求認容（過度の確約＝誤信惹起肯定）。

[26] BGH 19, 10, 1960, WPM 1960, 1384 ; LM Nr. 11 zu § 276 (Fa) BGB ; MDR 1961, 49 ; NJW 1961, 169 ; BB 1960, 1366 ; DB 1960, 1452. …… 土地の賃貸借。借主→貸主（ラント）。請求棄却の原判決を破棄差戻（過失の再調査＝誤信惹起（説明義務違反）肯定。「交渉を破棄しない義務」の存在も認める）。「信頼裏切り型」の萌芽。

[27] LAG Düsseldorf / Köln 28, 3, 1961, DB 1961, 679. …… 雇用。被用者→使用者。請求認容（第三者を雇った旨の通知（義務）の懈怠）。

[28] BGH 8, 1, 1962, WPM 1962, 347 ; DB 1962, 404. …… [24]の再上告審。借主→貸主。請求認容の原判決（[24]の差戻審）を再び破棄差戻（損害の再調査。説明義務違反＝誤信惹起は肯定。原告の過失は否定）。

[29] LAG Berlin 15, 3, 1962, Arbeit und Recht 1962, 316. …… 雇用。被用者→使用者（詳細不明）。

[30] BGH 17, 5, 1962, WPM 1962, 936 ; DB 1962, 936 ; BB 1962, 816. …… 総代理店契約。メーカー→代理店。請求棄却（誤信惹起否定）。

[31] BGH 20, 9, 1962, WPM 1962, 1174. …… 土地の売買。売主→買主（相殺の抗弁）。抗弁を否定した原判決を破棄差戻（過失の再調査＝誤信惹起肯定）。

[32] BAG 7, 6, 1963, BAGE 14, 206 ; NJW 1963, 1843 ; MDR 1963, 874 ; JZ 1964, 324 ; BB 1963, 937. …… 雇用。被用者→使用者。請求認容の原判決を破棄差戻（過失相殺の調査。説明義務違反＝誤信惹起肯定）。

[33] LAG Düsseldorf 29, 10, 1964, BB 1965, 287. …… 雇用。被用者→仲介者（詳細不明）。

[34] BGH 29, 6, 1965, WPM 1965, 1115 ; DB 1965, 1514 / 1739. …… 家屋の売買。買主→売主。請求棄却の原判決を破棄差戻（因果関係の再調査。説明義務違反＝誤信惹起肯定）。

[35] LAG Bremen 14, 7, 1965, DB 1965, 1330 ; BB 1966, 579. …… 雇用。被用者→使用者（詳細不明）。

[36] BGH 25, 4, 1966, WPM 1966, 737. …… 会社へ参加する契約。参加希望者→会社の社員。請求棄却（契約内容に合意できなかったことから、交渉破棄に正当な理由があると判断）。

[37] LAG Hamm 8, 7, 1966, DB 1966, 1569. …… 雇用。被用者→使用者。請求認容（誤信惹起肯定）。

[38] BGH 19, 4, 1967, WPM 1967, 798 ; DB 1967, 1085. …… 飲食店の賃貸借。借主→貸主。請求認容（信頼惹起肯定＝信頼裏切り）。「信頼裏切り型」の萌芽。

[39] BGH 14, 7, 1967, WPM 1967, 1010 ; LM Nr. 23 zu § 276 (Fa) BGB ; NJW 1967, 2199 ; MDR 1967, 913 ; BB 1967, 979 ; DB 1967, 1581. …… 土地の売買。買主→売主。請求棄却（誤信（信頼）惹起否定）。

[40] OLG München 24, 11, 1967, NJW 1968, 651. …… 土地の売買。請求棄却（詳細不明）。

[41] BGH 29, 1, 1968, WPM 1968, 531. …… 債権譲渡の承認。譲受人→債務者（銀行）。請求棄却の原判決を破棄差戻（過失の再調査。説明義務違反＝誤信惹起肯定）。

[42] BGH 27, 9, 1968, WPM 1968, 1402. …… 土地の売買。買主→売主。請求棄却（「契約締結上の過失」で契約の履行は請求できない）。

[43] BGH 6, 2, 1969, WPM 1969, 595 ; LM Nr. 28 zu § 276 (Fa) BGB ; MDR 1969, 641 ; BB 1969, 464 ; DB 1969, 655. …… 会社へ参加する契約。参加希望者→会社。請求棄却の原判決を破棄差戻（注意（説明）義務違反は否定。しかし、信頼の裏切りを理由に、ドイツ民法一二二条を類推適用）。「交渉を破棄しない義務」を認めたものではないが、実質的には「信頼裏切り型」に属する。ただし、かような構成を採るものはこれしかない。

[44] BGH 21, 3, 1969, WPM 1969, 692. …… 不動産売買。売主→買主（売主の返還請求に、買主が「契約締結上の過失」を主張し、反訴）。反訴棄却。被告が誤った説明をすることで原告の約束を引き出した事件。

[45] BGH 16, 4, 1969, WPM 1969, 919 ; BB 1969, 1456. …… 家屋の賃貸借。借主→貸主。請求棄却（誤信惹起否定）。

[46] AG Marburg 22, 7, 1969, DB 1969, 2041 ; BB 1969, 1351. …… 雇用。被用者→使用者。請求棄却（説明義務違反＝誤信惹起否定）。

[47] LAG Berlin 11, 6, 1970, Ufita 62, 321. …… 雇用。被用者→使用者。請求棄却（信頼惹起及び損害発生との因果関係否定）。

[48] LG Mannheim 24, 6, 1970, ZMR 1971, 133 ; MDR 1971, 49. …… 家屋の賃貸借。借主→貸主。請求棄却（誤信惹起は肯定するも、「契約締結上の過失」で契約の履行は請求できないと判断）。

[49] BGH 10, 7, 1970, WPM 1970, 1110 ; LM Nr. 34 zu § 276 (Fa) BGB ; NJW 1970, 1840 ; MDR 1970, 831 ; BB 1970, 1024 ; DB 1970, 1636. …… 土地の売買。買主→売主（市）。請求棄却（約束後、長期間経過していた）。信頼の惹起により、「交渉を破棄しない義務」が発生するとしたもので、現在の「信頼裏切り型」のリーディング・ケース。

[50] BGH 21, 12, 1970, WPM 1971, 380 ; DB 1971, 232. …… 家屋の賃貸借。借主→貸主。請求認容の原判決を破棄し、棄却の自判（承諾を促す義務の存在を否定）。

[51] LG München 16, 2, 1971, Ufita 61, 276. …… 映画のライセンス契約。授与希望者→供与者。請求棄却（「契約締結上の過失」で履行利益は請求できない）。

[52] OLG Köln 2, 3, 1971, JMBINRW 1971, 270. …… 土地の売買。買主→売主の代理人。請求棄却（誤信惹起否定）。

[53] BGH 13, 4, 1972, WPM 1972, 772. …… ハシケの賃貸借。借主→貸主（国）。請求棄却（信頼惹起及び損害発生との因果関係否定）。

[54] BGH 23, 11, 1972, WPM 1973, 67. …… 会社設立。設立関係者同士。請求棄却（「契約締結上の過失」で履行ないし履行利益は請求できない）。

[55] BGH 22, 6, 1973, WPM 1973, 1047 ; NJW 1973, 1455. …… 家屋の売買。買主→売主。請求認容（誤信惹起肯定）。

[56] OLG Bremen 20, 12, 1973, BB 1974, 577. …… 建物改修の請負。請負人の債権者（請負人は破産）→注文者。請求棄却（交渉破棄に正当な理由あり）。

[57] BGH 26, 3 / 2, 4, 1974, WPM 1974, 508. …… 土地の賃貸借。貸主→借主。請求棄却の原判決を破棄差戻（信頼惹起の再調査）。

[58] BAG 15, 5, 1974, DB 1974, 2060 ; BB 1974, 1397. …… 雇用。被用者→使用者。請求認容（誤信惹起肯定）。

[59] BGH 6, 6, 1974, WPM 1974, 754 ; BB 1974, 1039. …… 請負に共同で入札するとの約束。入札関係者同士。請求棄却の原判決を破棄差戻（義務違反肯定。履行利益の賠償もありうると判断）。

[60] OLG Köln 4, 7, 1974, MDR 1975, 51. …… 土地の売買。買主→売主。請求認容（誤信惹起肯定。詳細不明）。

[61] LG Berlin 30, 9, 1974, WPM 1975, 131. …… 融資。借主→貸主。請求棄却（市場の変動は原告の危険。因果関係も証明されていない）。

[62] BGH 18, 10, 1974, WPM 1974, 1223; LM Nr. 64 / 65 zu § 313 BGB; NJW 1975, 43; MDR 1975, 127; DB 1974, 2395. …… 住宅の売買。買主→売主。請求棄却（方式を効力要件とする契約では、説明義務違反のない限り、「契約締結上の過失」は認められない）。「信頼裏切り型」の適用領域を限定したもので、現在も妥当する。

[63] BGH 12, 6, 1975, WPM 1975, 923 ; NJW 1975, 1774 ; MDR 1975, 1016 ; BB 1975, 1128 ; DB 1975, 1694. …… 食品製造に関するライセンス契約。授与希望者→供与者。請求認容（信頼惹起肯定）。

[64] KG 3, 10, 1975, WPM 1976, 778. …… [61] の控訴審。請求棄却（信頼惹起否定）。

[65] BGH 10, 11, 1975, WPM 1976, 180. …… 会社設立。設立関係者同士。請求棄却（信頼惹起否定）。

[66] LG Mannheim 13, 11, 1975, ZMR 1976, 243. …… 家屋の賃貸借。借主→貸主。請求棄却（「契約締結上の過失」で履行利益は請求できない）。

[67] BGH 27, 2, 1976, WPM 1976, 923 ; FWW 1976, 265 ; DB 1976, 2011. …… 土地売買に付随する費用償還の約束。買主→売主。請求棄却の原判決を破棄差戻（原告の信頼は保護に値する）。「契約締結上の過失」にはふれていない。

[68] BGH 28, 3, 1977, WPM 1977, 619 ; DB 1977, 1548. …… 薬局の売買。売主→買主。請求棄却（信頼惹起否定）。

[69] BGH 29, 4, 1977, BGHZ 69, 34 ; NJW 1977, 1446 ; MDR 1977, 1007. …… 不動産売買。買主→売主。請求棄却（損害の証明がない）。

[70] BGH 16, 6, 1977, WPM 1977, 1054. …… 建設に関する請負。請負人→注文者。請求棄却（誤信惹起否定）。

[71] LAG Berlin 16, 5, 1978, BB 1978, 1671. …… 雇用。被用者→使用者（官庁）。請求棄却（信頼利益の主張がない）。

[72] BGH 22, 6, 1978, MDR 1979, 36. …… 不動産に関する契約（売買か賃貸借）。所有者→転居希望者（ラント）。請求認容か（誤信惹起が争点。詳細不明）。

[73] LG Hannover 12, 7, 1978, MDR 1978, 1021. …… 土地の売買。買主→売主。請求棄却（信頼惹起否定。違法な契約の締結を信頼してはならない）。

[74] BGH 19, 1, 1979, WPM 1979, 458 ; LM Nr. 80 zu § 313 BGB ; NJW 1979, 915 ; DB 1979, 741. …… 土地の売買。売主→買主。請求を棄却した原判決を破棄差戻（誤信惹起の再調査。信頼惹起では責任発生せず）。

[75] OLG Hamburg 18, 1, 1980, MDR 1980, 494. …… 土地の売買。請求棄却（信頼惹起否定。詳細不明）。

[76] BGH 15, 4, 1981, WPM 1981, 787. …… 株式の売買。売主→買主。請求認容の原判決を破棄し、棄却の自判（信頼利益は主張されず。因果関係も疑問）。

[77] BGH 22, 10, 1981, MDR 1982, 462. …… 福祉施設の設立・運営。運営主体（民生委員の団体）→依頼者（自治体）。請求認容（説明義務違反＝誤信惹起肯定）。

[78] BGH 8, 10, 1982, WPM 1982, 1436. …… 土地の売買。買主→売主。請求認容の原判決を破棄し、棄却の自判（誤信惹起否定）。

[79] OLG Karlsruhe 23, 12, 1982, WPM 1984, 200. …… 融資。借主→貸主。請求認容（誤信惹起肯定）。

[80] BGH 17, 10, 1983, WPM 1983, 1385 ; NJW 1984, 866 ; JZ 1984, 745 ; DB 1984, 399. …… 信用状開設。開設希望者→開設者。「契約の成立」を肯定して請求を認容した原判決を破棄差戻（成立は否定。過失＝誤信惹起の再調査）。

[81] BGH 20, 10, 1983, WPM 1984, 205. …… [79] の上告審。請求認容（上告棄却）。

[82] BGH 12, 12, 1983, WPM 1984, 253. …… 融資。借主→貸主。請求認容の原判決を破棄差戻（信頼惹起の再調査）。

[83] OLG Stuttgart, 19, 12, 1984, DB 1985, 911. …… 広告掲載契約。広告会社→依頼者。請求棄却（「契約締結上の過失」で履行利益は請求できない。たとえ協力義務の存在を認めても、被告に義務違反はない）。

[84] LG Aachen 26, 6, 1985, NJW-RR 1986, 662. …… 会社設立。設立関係者同士。請求棄却（誤信惹起否定）。要式行為に関する事件。

[85] OLG Köln 20, 1, 1987, NJW-RR 1987, 801. …… 家屋の売買。売主→買主。請求棄却（説明義務違反＝誤信惹起否定）。

[86] BGH 21, 9, 1987, WPM 1988, 163 ; NJW-RR 1988, 288 ; MDR 1988, 382. …… 会社設立。設立関係者同士。請求棄却の原判決を破棄差戻（正当な理由なく突然交渉を破棄したら、「契約締結上の過失」が認められうる）。

[87] OLG Düsseldorf 29, 10, 1987, NJW-RR 1988, 988. …… 組合契約。契約当事者同士。請求棄却（信頼惹起否定。交渉破棄にも正当な理由あり）。

[88] LG Heilbronn 15, 8, 1988, DB 1989, 1227. …… 有限会社の持分譲渡。譲受人→譲渡人。請求棄却（信頼惹起は肯定するも、方式規定の趣旨に照らし、誤信惹起のない限り、責任なしと判断）。

[89] BGH 22, 2, 1989, WPM 1989, 685 ; NJW-RR 1989, 627 ; MDR 1989, 731 ; BB 1989, 729 ; DB 1989, 1022. …… 会

社へ参加する契約。参加希望者→会社。請求棄却の原判決を破棄差戻（信頼惹起及び損害との因果関係の再調査。「正当な理由なく、交渉を破棄したなら、『契約締結上の過失』となる。不動産売買と異なり、信頼惹起自体に過失があること（破棄以前の有責な行為）は要求されない」と判断）。

[90] OLG Stuttgart 7, 7, 1989, BB 1989, 1932 ; DB 1989, 1817. …… [88] の控訴審。請求棄却（控訴棄却。一審と同様、方式規定の趣旨による）。

[91] OLG Hamburg 12, 7, 1989, WPM 1989, 492. …… 家屋の賃貸借。賃借人→賃貸人。請求認容（予約の不履行、又は「契約締結上の過失」を認める。後者については、誤信惹起肯定）。

以上の裁判例の全体的傾向を概観しておこう。

（a）裁判例の数の時代的推移

裁判例は戦後、特に六〇年以降急増する。大戦以前は八件（RG三件、RAG二件）に過ぎなかったものが、五〇年代には一五件（BGH六件、BAG一件）、六〇年代には二三件（BGH一四件、BAG一件）、七〇年代は二八件（BGH一六件、BAG一件）、八〇年代は一七件（BGH八件）、と飛躍的に増加するのである。

（b）紛争類型の特徴

不動産売買にまつわる事件が多く（二三件）、賃貸借に関するもの（一二件）も合わせるなら、不動産関係だけで四割を占める。他方、動産売買に関する事件は僅少（[10] を含めても二件）で、日本と同様の傾向が看取される。問題の背景に迫るものとして重要な点である（その他、雇用（一八件）、会社設立・資本参加等の経営に関するもの（一二件）、融資等の金融関係（一〇件）、建築請負（三件）などが目立つ）。

（c）紛争形態の特徴

日本と同様、紛争形態は単純で、締約を信頼した準備行為者が交渉破棄者に損害賠償を求めた事件が大半である。ま

た――詳細不明なものも多いが――(本)契約、予約、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合意)等、何らかの意味で「契約の成立(効力)」が争われた事件もかなりある。(6)

二　裁判例の理論上の変遷

裁判例を法理論的にながめるなら、注目すべき変遷が見い出される。それは「誤信惹起型」と「信頼裏切り型」の区分と密接に関連する。以下、この点を押さえておく(裁判例の理論的価値に配慮し、BGH判決を考察の中心とする)。

まず交渉当事者間の関係は、一般に次のように解される。

『当事者は、原則として締約するか否かを自由に決定でき、理由なく交渉を破棄しても、責任は問われない。交渉とは締約の可能性を調査するためのもので、相手方が締約を期待して出捐しても、それは出捐者のリスクだからである。交渉が長期にわたり、相手方の出捐を知っていても、これと変わるところはない。』(BGH [30] [39] [45] [53] [68] [89]; BAG [32] [58] など。)

これはもっともな原則である。が、現在では二種の例外が認められ、それらは各々「誤信惹起型」と「信頼裏切り型」に対応する。ただ、日本と異なり、両類型は時間をおいて登場し、また後者は紆余曲折を経ている。

[第一期] 戦前から、裁判例 [25] (一九六〇年) まで

この時期の裁判例はほとんど「誤信惹起型」に属し、「信頼裏切り型」に相当するものは一件しかない(下級審 [2])。ゆえに、これは例外と位置づけられうる。(7) 次に「誤信惹起型」の責任肯定例は、いずれも「誤信の惹起」を「契約締結上の過失」(すなわち、帰責の根拠)とする(RG [5]; RAG [6]; BGH [12] [18] [21]; 下級審 [7] [8] [11] [14] [15] [25])。またそこで言う「誤信」とは、概ね「締約は確実」というものだったようである。(8)

［第二期］裁判例［26］（六〇年）から、裁判例［48］（七〇年）まで

この時期にも「誤信惹起型」に属する裁判例は多数見受けられ（たとえばBGH［26］［28］［31］［41］；BAG［32］など）、この類型は揺るぎないものになっている。[9] 他方、「誤信の惹起」を要件としない類型が本格的に登場しはじめたのもこの頃である。本来「誤信惹起型」に属するBGH［26］が「当事者間の関係が『単なる協議以上の関係』であるときには（この事件で被告は原告の出捐を許可していた）、『交渉を破棄しない義務』が生じる」と説いて、先鞭をつけ、この義務はBGH［34］［36］［38］［44］へと受け継がれていく。[10]「誤信惹起型」の他、交渉破棄自体を帰責の根拠とする類型が加えられ、二つの型の「契約締結上の過失責任」が認められたのである。しかし、変動は収まらず、「締約は確実」という信頼の惹起を要件にドイツ民法一二三条の類推適用を説くBGH［43］が現れ、「契約締結上の過失責任」とは異質な責任も認められる。[11] が、後の裁判例で、かかる構成に従うものはない。

［第三期］裁判例［49］（七〇年）以降、現在に至るまで

この時期も、「誤信惹起型」は安定した状態を保つ（BGH［55］［72］［74］［80］［81］；BAG［58］）。他方、今一つの類型は「信頼裏切り型」として生成される。［26］などからは「交渉を破棄しない義務」（「契約締結上の過失責任」）を、［43］からは「信頼の惹起」という要件をそれぞれ受け継ぎ、両者をドッキングさせたBGH［49］が登場し、それが後の裁判例に継承されていく（たとえばBGH［57］［63］［86］［89］など）。ここで日本と同じ図式が完成するのである。[12] が、後者には直ぐに重大な制限が加えられる。「軽率な締約を防止するため、法が方式の具備を契約の効力要件とする場合、右のような責任を認めることは方式規定の趣旨に反する結果を招く」との理由から、[13] かかる場合、[14]「信頼裏切り型」は認められない、とされはじめるのである（BGH［62］［74］［78］［89］；下級審［85］［88］［90］。もっとも、［62］［74］は、直接的には一二三条の類推適用を制限したもの）。ただ、「誤信惹起型」が制限されることはない。[15]

以上の検討からは、「誤信惹起型」の安定と他方の類型の動揺とが見事なコントラストをなして浮かび上がる（動揺は責任の理論構成、要件、妥当領域に及ぶ）。これは後者に大きな問題が潜むことを暗示するもののように思われる。

註

（1）検索に当たっては、各種教科書、コンメンタール、論文の他、第二次大戦以前のものについては、Warneyers Jahrbuch, Bd. 1-37 (1901-1938), § 276 BGB と Generalregister, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 50-160 を、第二次大戦後については、NJW Fundheft für Zivilrecht, Bd. 1-35 (1945-1989), Verschulden bei Vertragsschluß を参照した（ただし、第一部と同様、行政法固有の問題が絡む事件は除外する。また Küpper, Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo, 1988 (Dissertation), S. 49-54, 59-88 はかなり多くの裁判例を挙げるが、入手できないものもあった）。

（2）交渉破棄を根拠とする責任が否定された場合、他の原因に基づく責任が認められても、便宜上「請求棄却」と表記する。

（3）Medicus, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, in : Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, 1981, S. 479 ff., insb. S. 495.（以下、Medicus, Gutachten と引用。）Küpper, a. a. O., S. 49-54 も参照。

（4）Vgl. Küpper, a. a. O., S. 59-88.

（5）これは契約無効型とされることもある（北川・前掲書二四〇頁、Küpper, a. a. O., S. 59, Anm. 53）。

（6）九一件中五四件（全体の六割）で「成否」が争われている（これに対し、不明二四件、争われていない蓋然性の高いもの九件、控訴ないし上告審ゆえ、争われなかったもの四件）。

（7）RAG［4］；BGH［18］；下級審［10］も「誤信」を云々していないから、「信頼裏切り型」に属すると見られなくもないが、――「誤信」の存否にふれるまでもないような――責任否定例であり、はっきりしない。

（8）最上級審レベルで「確実に」という文言を最初に使用したのはBGH［17］である。が、それまでの裁判例でも、実質的にはこれと同内容の信頼が問題とされており、「幾分なりとも、締約の可能性がある」という信頼が問題とされていたわけではない（ただし、RG［5］；下級審［14］では、異なった解釈も可能である）。

(9) 裁判例のなかには、「誤信の惹起」と言わず、「有責な（schuldhaft）信頼惹起」という表現を用いるものもある（たとえばBGH［31］）。が、この表現は「誤信の惹起」と同義である（次節参照）。

(10) ただし、［36］［44］は責任否定例。［34］は、一般論として、かような義務を認めるが、実際は説明義務違反の事案。［38］は、直接的には「交渉を破棄しない義務」にふれていない（［26］を引用しつつ、被告が原告の出捐を促した点を強調すること、［38］と同じ第八民事部の判決である［45］の［38］に対する理解などから、この系列に属するものと位置づけられる）。

(11) 一二二条の定める無過失責任は、（真正な）「契約締結上の過失責任」でないとされる（Dilcher, Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erstes Buch, Allgemeiner Teil, (12. Aufl.), 1980, Rdnr. 1 ff. zu § 122 BGB ; Medicus, Bürgerliches Recht, (13. Aufl.), 1987, S. 73)。この類推適用に拠るなら、「交渉を破棄しない義務」は措定せずに済む。

(12) BGH［53］は両類型の要件を接合させたような理論構成を提示したが、これに従う裁判例は見当たらない。

(13) かような発想はBGH［18］にも見い出しうるが、本格的展開は［62］以降のことである。

(14) ドイツ民法三一三条がこの種の規定であることは疑いない（［62］［74］［78］［89］［85］）。下級審では、有限会社法一五条三、四項もそのように解されている（［88］［90］）。他方、同法二条一項につき、BGHは「信頼裏切り型」の存在を容認するかのようである（［86］。ただ、「方式規定の趣旨に照らし、『履行利益の賠償』は認められない」とする）。なお、――惹起された信頼が「誤信」ではなかったであろう――RG［1］は、右の制限のため、現在でも責任は否定されるであろう。

(15) ［62］［74］［78］［89］は「『交渉破棄に先立つ過失』があれば、『契約締結上の過失責任』が発生する」として、この理を明らかにする（「交渉破棄に先立つ過失」＝「誤信の惹起」である点は、次節参照）。

法律構成と帰責の根拠、具体的判断基準、免責事由、損害賠償の範囲、という四つの視点から裁判例を考察する。

第二節　裁判例の検討

一　責任の根拠（法律構成）と義務の内容（帰責の根拠）

（1）責任の根拠

裁判例は「交渉破棄」を処理するさい、「契約締結上の過失」理論を用いているが（同法理が未発達であった時代のRG［1］を除けば、例外はBGH［43］だけ）、この責任の根拠をめぐる裁判例の態度は日本でも紹介されている。[1] 今日では「交渉の開始により、注意（配慮）義務を生ぜしめる法定債務関係（契約類似の信頼関係）が成立し、右の義務に違反した場合、『契約締結上の過失責任』が発生する」とされるのが常である。[2] では、その注意義務とは具体的にいかなるものであろうか。

（2）義務の内容

義務の内容は、義務違反の内容（帰責の根拠）により解明しうる。今日、それには二種類ある。

①「誤信惹起型」

裁判例のなかには「誤信の惹起」を帰責の根拠（「契約締結上の過失」）とするものがある（たとえば責任を肯定的に解したものとして、RG［5］；BGH［12］［13］［21］［26］［28］［31］［34］［41］［55］［72］［77］；RAG［6］；BAG［32］［58］など。この場合、交渉破棄は「損害を顕在化させる契機」として把握される）。ここで問題とされるのは「誤信を惹起しない義務」、すなわち、説明義務にほかならない。[3] 他方、「有責な（schuldhaft）信頼惹起」という表現を用いるものもある（たとえばBGH［30］［39］［53］）。しかし、それらは真の事情の開示を理由に「有責な信頼惹起」

を否定するから、右の表現も「誤信の惹起」を指すものと推測され、現にそのように解する裁判例もある（BGH［57］［60］：下級審［85］）。また「（交渉破棄に）先立つ過失（vorangegangenes Verschulden）」という用語を使用するものもあるが（BGH［62］［74］［78］：下級審［88］）、これも「誤信の惹起」と同義である。その先駆けたる［62］では、それは「有責な信頼惹起」、すなわち、説明義務違反と等置されている。なお、責任を肯定した一群の裁判例が「誤信を知っていた」、あるいは「予見できた」ことを理由に説明義務の存在を肯定する点から推すなら（BGH［13］［26］［31］［41］［77］）、このことが説明義務の発生要件になっていると解せられうる。[4]

②「誤信の惹起」を要件としない類型

この類型では、交渉破棄自体が帰責の根拠とされ、現在通用している「信頼裏切り型」では、それは「交渉を破棄しない義務」に対する違反と構成される（BGH［49］［57］［63］［76］）。が、この義務の具体的内容は明確でない。それが締約義務でないことは裁判例も明示し（BGH［26］［76］）、義務違反の効果が「信頼利益の賠償」に限られることからも分かるのだが、「締約しなかった場合、信頼利益を賠償せねばならぬ義務」という以上の積極的な定義が不可能な、とらえどころない義務だからである。[5] この点、日本の裁判例が認める「誠実交渉義務」と類似している。

二　具体的判断基準[6]

裁判例の多くは「交渉破棄者が、相手方が『締約は確実』と信頼してもよいような行動を取った」こと（信頼の惹起）を「責任の（一般的）要件」として掲げる（つまり、勝手な思い込みは顧慮されない）。従って、責任成否の具体的判断基準は信頼惹起の判断基準に還元される。ただ、「誤信惹起型」と「信頼裏切り型」は区別されねばならない。日本の裁判例と同様、前者はさらに二つの類型に細分化されるからである。

（1）「誤信惹起型」(7)

①「誤信の惹起」を肯定したもの（括弧内は、詳細不明ゆえ、分析できない裁判例。）
RG [5]；BGH [12] [13] [21] [28] [55] ([72] [77]) [81]；BAG [32] [58]；下級審 [7] [8] ([11] [14] [15] [25] [27] [33] [37] [48] [60]) [79] [91]

②「誤信の惹起」の存否を判断させるため、原判決を破棄差戻したもの
RAG [6]；BGH [24] [26] [31] [41] [74] [80]；BAG [19]

③「誤信の惹起」を否定したもの……RG [3]；RAG [4]；BGH [16] [17] [30] [39] [45] [53] [62] [68] [70] [78]；下級審 [46] [52] [64] [84] [85] [88] [90]

右の裁判例を概観するなら、「誤信」の具体的内容は、日本と同様、二種類に別たれる。

〈i〉「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裁判例

[5] と [74] がこの類型に属する。前者は実現不可能な事柄につき交渉した事案で、後者はそもそも締約の意思を有していたか否かを調査させるため、差戻したものである。ここで「契約内容の特定」が要求されない点（[5]）は、日本の判例理論と酷似する。ただ、裁判例が少ないためか、本類型はほとんど顧みられていない（先述の「責任の（一般的）要件」から想像できよう）。

〈ii〉「締約は確実」との信頼が「誤信」であったとして争われた裁判例

「誤信惹起型」の大部分はこの類型に属し、「責任の（一般的）要件」もこれを想定したものである。ここでも日本の判例理論と同様、「締約する」旨の約束や説明（当事者の言動）と「契約内容の特定」に代表される「交渉の成熟」が信頼惹起の判断基準とされているように見える。肯定例では、いずれの要件も満され（[12] [13] [21] [28] [55] [81] (=[79])；[32] [58]；[7] [8]）、実質肯定例たる破棄差戻例でも同様である（[6]；[26] [31] [41]（ただ、これ

は当事者間で契約内容を特定することが予定されていない特殊な事案）[80]）。次に否定例ないし実質否定例は二つに分かれる。第一は、信頼惹起は認めつつ、それが「誤信」でなかったとしたもので（[30][62][70][78]；[84][85][88][90]）、ここでは右の二要件は満たされている。第二は、信頼惹起自体を否定したもので（[3]；[4]；[16][17][39][53][68]；[19]；[46][52][64]）、約束の存在を否定したものもあれば（[3][4][16][17][19][39][46][68][52][64]）、それに加え、契約内容が未定だったことを理由とするものもある（[53]）。二要件のいずれかが満たされていないのである。他方、[24]はクリーン・ハンド的発想に立っている。

（2）「信頼裏切り型」[8]

①「信頼の惹起」を肯定したもの …… BGH [63]
②「信頼の惹起」の存否を判断させるため、原判決を破棄差戻したもの …… BGH [57][59][82][86][89]
③「信頼の惹起」を否定したもの …… BGH [49][65]；下級審 [73][75][87]

右の裁判例でも、信頼惹起の判断基準は「締約する」旨の約束（説明）と「交渉の成熟」のように見える。肯定例たる[63]では、この二要件は満たされ、実質肯定例たる[57][59][86][89]でも同様である。他方、実質否定例たる[82]では、約束の存在が疑問視され、否定例たる[65]；[75][87]では、「交渉の成熟」が否定された（[75]は「不動産売買は数多くの個別的事項を含むゆえ、書面すら作成されない段階で締約は信頼できない」と契約の性格にも配慮する）。ただ、否定例のなかには、「約束をいつまでも信頼してはならない」と時間的限界を説くもの（[49]）や「違法な契約の締結は信頼できない」と内容上の限界を指摘するもの（[73]）もある。

次に「信頼裏切り型」の前身のうち、実質肯定例たるBGH [26][38][43]では、右の二要件は満たされ[9]、理論構

成の相違は結論に影響を与えるものではなかったようである。逆に否定例たる下級審［47］は約束を欠き、実質否定例たるBGH［36］でも、契約内容について合意されておらず、責任は否定されるべきものであった。[10] 他方、BGH［44］は、［24］と同様、クリーン・ハンド的発想に立つ。なお、BGH［67］は、位置づけ自体に問題があるが、実質的には「信頼裏切り型」に属するものと言える。[11] そうであるなら、信頼惹起を肯定した裁判例のなかで、ひときわ「交渉の成熟度」が劣るように見える。が、これは事案の特殊性から説明されるべきものであろう。[12][13]

以上のような具体的判断基準の基本構造は、日本の判例理論と同じであるように見える。そうであるなら、「信頼」に時間的、内容的、クリーン・ハンド的限界があるとする点、（契約）履行用の出捐を促すことは「締約の約束」に当たるが（BGH［38］）、交渉費用の出捐の許可はそれに当らないとする点（BGH［68］）、「交渉の成熟」とは必ずしもすべての条項についての合意を要求するものでなく（BGH［16］［43］）、また契約類型や契約の性格に影響される点（BGH［41］［67］と下級審［75］を比較せよ）などは、日本の裁判例の分析にも有益な視角を提供しよう。

三　免責事由としての「正当な理由」

日本の判例理論と同様、ドイツの裁判例も、免責事由につき、二つの類型間で異なった扱いをする。

（1）「誤信惹起型」

「誤信惹起型」で免責事由を認めた裁判例はない。[14] これは――交渉破棄が帰責の根拠でなく、単に「損害を顕在化させる契機」として把握される――この類型の性格に由来するものであろう。

（2）「誤信の惹起」を要件としない類型

「交渉を破棄しない義務」を認めるものであれ、一二二条の類推適用を説くものであれ、概ね免責事由の存在を認め、[15]

「正当な理由なく、交渉を破棄した場合に責任が生ずる」としている。が、参考になる裁判例は僅少で、その具体的内容は不明瞭である。一般論として参考になるのは、「正当な理由とは、既存の契約を解約できるほどの事由でなくてもよい」とするBGH［38］くらいである。[16] 具体論にふれるのは、相手方に破産が申立てられたことや予備的な契約に対する重大な違反（不信行為）がこれに当たるとした下級審［56］［87］と、[17]「相手方が解除事由に当たるような行為をしようとしても、是正が期待できる場合には、まずそれを促すべきで、即座に交渉を破棄することは正当な理由なき破棄に当たる」としたBGH［38］くらいである。[18] なお、第三者との締約がこれに当たるか否かは問題で、BGH［57］は、一般論として、それに当たりうることを示唆し、他方、BGH［63］は、かかる理由から交渉を破棄した被告に責任を課した。しかし、前者の説示は傍論で、また後者では、免責事由は争点とされていないから、結局はっきりしない。

四　損害賠償の範囲と対象

（1）賠償の範囲とその対象

裁判例は――「誤信惹起型」と否とにかかわりなく――賠償の範囲を一貫して信頼利益と解する。BGH判決に限っても、「誤信惹起型」では、［12］［13］［26］［28］［31］［41］［62］［74］［77］［78］［80］が、「誤信の惹起」を要件としない類型では、［34］［38］［43］［49］［63］［76］［86］が、さらに所属類型の不明な［42］［54］［68］も、その旨を明言し、[19]「履行ないし履行利益しか請求されず、信頼利益の主張がなかった」との理由から請求を棄却した例もある（たとえばBGH［42］［54］［76］：下級審［48］［51］［66］［71］［83］）。ところが、BGH［59］だけは「『義務違反なかりせば、契約が成立したであろう』場合には、例外的に『履行利益の賠償』が許されうる」とする。[20][21] しかし、全体的動向からすると異例であって、それゆえ、これは――両当事者が協定を締結し、いわば法律行為的に結合していたという――事案

の特殊性に拠るもののように思われる[22]（なお、BAG［58］は――賃金だけが転職を決意させる要因でないという雇用契約の特殊性に配慮し――信頼利益の額は履行利益の額によって制限されないとする[23]）。

賠償の対象とされる利益には二種類ある。第一は費用で、「誤信惹起型」では誤信に基づいてなされた出捐が賠償される（たとえばRG［5］；BGH［12］［13］［21］［81］（［79］の上告審）；下級審［7］［37］［79］［91］）。それは契約履行用の費用であることもあれば（［12］［18］［21］）、締約用の費用であることもある（［81］［7］［37］［79］［91］）。「誤信の惹起」を要件としない類型でも、「締約は確実」との信頼に基づいてなされた出捐が賠償される（たとえばBGH［38］［63］［67］）。ここでも履行用の費用であることもあれば（［38］［63］）、交渉用の費用であることもある（［67］）。ただ、この事件には相手方が償還を確約したため出捐したという事情がある）。第二に、得べかりし利益が賠償されることもある。「誤信惹起型」に属するBAG［32］［58］；下級審［8］［14］［15］［20］［25］がその例である。日本と同様、雇用に関する事件が多い（雇用でないのは［25］だけ）。他方、「誤信の惹起」を要件としない類型では、かかる利益の賠償可能性を示唆するものはあるが（BGH［43］［82］）、実際に認めたものはまだないようである。

（2）因果関係と損害発生の存否

いかなる利益であれ、当該事案で問題とされるべき「信頼」と因果関係がなければ、賠償されない。「誤信惹起型」では、誤信と因果関係のある損害が賠償され、「誤信の惹起」を要件としない類型でも、「締約は確実」という信頼との因果関係が要求される。裁判例のなかには、因果関係の不存在を理由に請求を棄却した例（たとえばBGH［16］；下級審［47］）、「信頼惹起以前の出捐は、出捐者のリスクであり、賠償されない」とした例（たとえばBGH［30］［43］［53］）、「信頼しなくても、行ったであろう行為により不利益を受けた場合、賠償は受けえない」とした例（たとえばBGH［17］［28］［76］［89］）などがある。なお、信頼に基づいて行動しても、「そのための時間を他の仕事に回したなら、利益が得

られた」との事情がなければ、損害の発生は認められず、損害賠償も許されない（BGH［69］）。

（3）過失相殺

実定法上「契約締結上の過失責任」を定めたものとされるドイツ民法三〇七、三〇九条は、被害者に過失がある場合、加害者の責任を全面的に排除する。しかし、「交渉破棄」の場合、過失相殺を認める裁判例はあっても、責任を排除するものは見当たらない。たとえばBGH［38］：BAG［19］：下級審［29］は、一般論としてその可能性を認め、BGH［21］［57］：BAG［32］：下級審［7］［8］は現に過失相殺を考慮する（［7］［8］は実際に過失相殺を行ったもの。［21］［57］［32］は破棄差戻例）。なお、「誤信惹起型」に属する［32］［7］は「不用意な信頼（誤信）」を、「信頼裏切り型」に属する［57］は、交渉破棄の原因の一端を自ら作出したことを、過失相殺の理由としている。

このように、ドイツの裁判例と日本のそれは紛争実態や問題解決の判断枠組みの点でかなり似通っている。従って、この点にかかわるドイツの裁判例の態度、たとえば信頼に一定の限界があるとしたり、「信頼裏切り型」でも過失相殺がありうるとする点などは、日本法にとって参考になる。が、以上の検討からは、より大きな示唆が得られている。すなわち、責任の可否という第一の「基本的問題」に対し、ドイツの裁判例は「誤信惹起型」の安定に対する「信頼裏切り型」の動揺という形で答え、後者に大いなる問題が伏在することを示している。また関連問題及び問題の背景という第二の「基本的問題」に対しては、日独の紛争実態の相似性という形で応じ、両国における背景の共通性を示唆しつつ、以て、強い比較可能性を担保しているのである。

註

（1）代表的な文献として、北川・前掲書の他、渡辺博之「契約締結上の過失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）がある。

（2）この理論は確固たるものとなっており、「もはや慣習法となった」と説くものもある（Vgl. Staudinger-Löwisch, a. a. O, Rdnr. 38 Vorbem zu §§ 275-283 BGB）。

（3）たとえばBGH［31］［41］は Aufklärungspflicht という用語を用いて、この理を明らかにする。またBGH［24］は Verpflichtung zur Sachaufklärung という言葉を使用する。

（4）下級審［52］も同旨。なお、責任肯定例の多くはこの点にふれないが（BGH［12］［21］［28］［55］［72］；BAG［32］［58］；下級審［7］［14］［15］）、いずれもこの要件を満たしているように思われる。

（5）この義務は「信頼利益の賠償」という折衷的な結論を導く道具に過ぎず、性質・内容を問うても仕方がないようである。

（6）「契約締結上の過失」責任の争い方を含め、事実関係が不明なもの（下級審［9］［22］［23］）や争点が異なるもの（BGH［42］［54］［69］；下級審［40］［51］［66］［71］［83］）は除外する。またRG［1］も除く（これについては、前節参照）。

（7）下級審［20］［29］［35］もこの類型に属すると推測されるが、不明な点が多いため、排除する。BGH［34］［50］も説明義務を問題とするが、説明の対象が直接「締約への信頼」にふれるものではないので除外する。BGH［45］も信頼惹起を否定したのか、「誤信」であることを否定したのかが明らかでないので、取り上げない。

（8）RG［4］；BGH［53］［62］［74］［78］；下級審［64］［84］は先に取り上げたゆえ、BGH［76］；下級審［56］［61］は争点が異なるゆえ、それぞれ除外する。

（9）BGH［18］でも、二要件は満たされ、信頼惹起は肯定されたが、方式規定の趣旨から責任は否定された（前節参照）。

（10）下級審［10］も同様（契約内容に関する対立があり、被告が締約を留保した事件）。

（11）この判決は「契約締結上の過失」にふれていないが、学説は概ね「『契約締結上の過失責任』を認めたもの」と解している（Münchener-Emmerich, a. a. O., S. 580, Anm. 184 ; Staudinger-Löwisch, a. a. O., Rdnr. 57 Vorbem zu §§ 275-283 ; Hans Stoll, Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo, in : Festschrift für v. Caemmerer, 1978, S. 445, Anm. 42 ; Gottwald, Die Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1982, S. 879, Anm. 56）。なお、判旨の不明確さを指摘する論者もいるが（Medicus, Gutachten, S. 502）、右の理解が当たっていないとするわけではない。

（12）当該費用が両当事者にとり有益であること、費用負担の合意が複雑でないこと、被告が償還を約束した必要費は取引慣行

等により特定可能であることが考慮されたと推測される（Medicus, Gutachten, S. 502 は費用負担契約の成立を認める）。

(13) BGH [34]：下級審 [2] も「信頼裏切り型」の前身と評価しうるが、前者は争点が異なるため、後者は事実関係が不明瞭なため、分析から除いた（下級審 [10] については、前註（10）参照）。

(14) RG [3] は免責事由にもふれるが、「誤信の惹起」自体を否定した裁判例であるため、その説示にいかほど意味があったかは疑問である。BGH [17] もこれに言及するが、上告理由に対する応答に過ぎまい。

(15) BGH [59] [67] は免責事由にふれない。が、前者の認める義務は「共同で工事を落札すべく努める義務」だから、言外に免責事由を是認したものと言える（「協力義務」を云々とする下級審 [2] も同じように理解できる）。また後者は破棄差戻判決ゆえ、特にふれる必要を感じなかったのであろう。

(16) その他、BGH [17] は、行為基礎の脱落ほどの事情は要しない、とする。

(17) 前者は不安の抗弁権（ドイツ民法三二一条）に対応するものと理解できる。

(18) BGH [36] は、契約内容に合意できなかったことを正当な理由と判断した原判決を支持する。が、これは本稿でいう免責事由（「信頼惹起後に発生する、締約の拒絶を正当化するような事情」）とは若干異なろう。

(19) 賠償の範囲にふれないものもかなりあるが（BGH [16] [17] [21] [24] [30] [36] [39] [44] [45] [53] [55] [65] [67] [70] [72] [77] [81] [82]）、——事実関係が不明なものを除き——いずれもそこまで言及する必要がなかったか、実際上「信頼利益の賠償」が争われたものである。

(20) そこでは BGH 29, 1, 1965, WPM 1965, 315 が引用されている。しかし、これは方式無効に関する裁判例で、「交渉破棄」に関するものではない（方式無効については、今西康人「ドイツにおける方式無効の治癒（一、二）（完）」（神戸商科大学商大論集三五巻二号一八頁、三号三七頁、昭和五八年）参照）。

(21)「履行利益の賠償」が認められた例としてBGH [57] が挙げられることもある（Küpper, a. a. O., S. 89, Anm. 125；Grunewald, Das Scheitern von Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund, JZ 1984, S. 710, Anm. 9）。しかし、この事件では、履行利益と信頼利益は同額で、また請求棄却の原判決に対する破棄差戻例に過ぎない。何より賠償の範囲にはふれていない。従って、右の理解は憶測の域を出ない。また下級審 [10] も履行利益賠償の可能性を示唆するが、これは信頼惹起自体を否定したもので、その説示は鵜呑みにできない（むしろ、原告の主張に対する単なる譲歩のように見える）。

(22) この判決が請求棄却の原判決を破棄差戻したに過ぎない点も忘れてはなるまい。

(23) 履行利益＝信頼利益（利息は除く）という保証契約の特性に配慮し、方式規定の趣旨を活かすべく、「契約締結上の過失」責任を否定したＢＧＨ［18］は、［58］と比較し、興味深い。

第二章　学説の紹介と検討

責任の可否という「基本的問題」をめぐり激論が戦わされているドイツの学説の現状を検討する。ただ、それを正確に理解するには、その展開過程も踏まえねばならないので、最初にそのような作業を行う。(1)

註

(1) 検索に当たっては、各種コンメンタール、教科書及び論文を参照したが、特に Küpper, Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo, 1988, S. 54-59, 89-93 と Wiedemann, Soergel Kommentar zum BGB, Bd. 2, Schuldrecht I, (12. Aufl.), 1990, S. 597 ff., insb. S. 600-602 が有用であった。また一九六五年以降のものについては、Karlsruher Juristische Bibliographie も利用した。

第一節　学説の展開過程

展開過程は三つの時代に区切られる。第一は一九五〇年代まで、第二は六〇年代、第三は七〇年以降、である（「裁判例の理論上の変遷」と同じ時代区分である）。なお、学界の動向を探るさい、性質に応じ、三つのジャンルの著作を区別

する。第一はコンメンタールで、すべての問題を網羅するというその目的に照らせば、問題の発生に最も敏感に反応するはずだし、そこでの取り上げられ方は学界の動向を推し量る一指標となる。第二はモノグラフィーや論文で、その登場は当該問題が重視されつつあることを示すから、数の推移は学界の動向を示唆するものと言える。第三は教科書で、基本的で重要な事柄を説明するという目的からすれば、学界の一般的動向を認識するさい、最も有力な手掛かりとなろう。またコンメンタール・教科書の版ごとの変化や同一の著者の手になる論文の変化にも注目する。そうすることで、はじめて静的な「時々の動向」だけでなく、動的な「動向の変化の過程」を浮き彫りにできるからである。

一　戦前から一九五〇年代まで[1]

民法典制定直後にも「交渉破棄」にふれる教科書はあった[2]。しかし、それらはそれが不法行為（ドイツ民法八二六条）となりうることを説明するに過ぎず、「契約締結上の過失責任」との関連を説くものはなかったようである[3]。ところが、一九二三年の Heinrich Stoll の論文を封切に[4]、わけても三〇年代に入ると、「契約締結上の過失」という視点からこの問題にふれる学説が登場する。たとえば三〇年の Staudinger Kommentar では、「誤信惹起型」が「契約締結上の過失責任」の事例として挙げられ[5]、Erman の論文も同様である[6]。しかし、全体的に見れば、裁判例が少なかったためか、この問題にふれる著作はあまりなく、ほとんど注目されていなかったようである。なお、右の著作が主に「誤信惹起型」のみ想定する点[7]、また「交渉破棄」を「契約締結上の過失」の一類型として位置づけたというより、「契約の成立」が「契約締結上の過失責任」の前提でないことの例証として挙げていた点[8]は、留意する必要がある。

他方、戦後、特に五〇年代になると、注目すべき裁判例が登場するせいか、学説もこの問題を意識しはじめ、五三年には Nirk の画期的な論文が登場する[9]。この論文では、「契約締結上の過失責任」が現在と同じく四類型に明確に区分され、そのなかで――叙述は簡略であるものの――「交渉破棄」は一つの独立した類型としての地位を占めている[10]。また

コンメンタールも一様にこの問題を取り上げ[11]、学説も漸次これを視野に入れはじめたようである[12]。ただ、そこではあいかわらず「誤信惹起型」のみ想定され、また学界全体がこの問題に注目したわけでもないようである[13]。試みに、戦後に版を重ねた代表的な教科書を繙くなら、六〇年の時点では、いずれもこの問題にはふれていない[14]。

二　一九六〇年代

六〇年代に入ると、裁判例が大挙して登場したためか、この問題は学界全般に普及しはじめる。コンメンタールにおいては、――叙述の内容こそ、五〇年代のそれと変わりないものの――「契約締結上の過失責任」全体のなかでこの問題の占める分量は相対的に増加する[15]。論文に目を移すと、ここでも Nirk のもの（六五年）が注目される[16]。そこでは――あいかわらず「誤信惹起型」のみ想定されているものの――裁判例に触発され、「交渉破棄」に関する説明が第一論文より詳しくなっている[17]。しかし、何と言っても、教科書の変化が六〇年代の動向を雄弁に語る。Esser や Larenz の教科書は、五〇年代までと異なり、「交渉破棄」にもふれており[18]、Flume や Fikentscher の教科書でもそれは取り上げられている[19]。また唱えられている見解自体、興味深いもので、たとえば Larenz は既にドイツ民法一二二条類推適用説を説き、Fikentscher は「交渉を継続する義務（＝交渉を破棄しない義務）」を認める。さらに Flume は――「誤信惹起型」以外の類型が認められつつあることを承知しながら――あえて「誤信惹起型」についてだけ責任を認めている。

右の諸傾向を見るとき、六〇年代は五〇年代と現在とをつなぐ過渡期だったように思える。確かに「交渉破棄」は学界全体に浸透しはじめるが、「誤信惹起型」のみ想定する古い体質も残されていた。しかし数は少ないものの、「信頼裏切り型」を念頭に置く見解も登場し、新時代の到来を感じさせる面もあったのである。

三　一九七〇年から現在に至るまで

七〇年以後、「交渉破棄」は大いに議論されはじめる。七一年には Craushaar の論文が出され[20]、同年の大著 Canaris,

Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht でもこの問題は取り上げられる。[21] また前年の Palandt Kommentar では、「契約締結上の過失責任」が意識的かつ明確に類型化され、「交渉破棄」はそのうちの一類型とされている。[22][23] 七〇年代半ばからは、論文が矢継ぎ早に登場する。Nirk が七五年に第三論文を発表し、[24] 同年 Larenz も教科書と同旨の論文を公表する。[25] Hans Stoll も七八年に新視角を提示する論文を二本世に問う。[26] かかる動向を受けてか、[27] それ以降のコンメンタールには、六〇年代のそれと比べ、顕著な相違が見い出される。[28]「契約締結上の過失責任」についていえば、六〇年代までのそれが雑然と裁判例を並べていたのに対し、七〇年代後半以後のコンメンタールには、より整然とした類型化を行おうとする姿勢が窺える。[29] また「交渉破棄」はそのなかで確固とした地位を獲得する。たとえば七九年の Staudinger Kommentar は、六七年のそれと比べて、「交渉破棄」に大きなスペースを割いている。[30] 七九年（初版）の Münchener Kommentar でも、六〇年代のコンメンタールと比較すれば、しっかりした類型化がなされ、この問題についても詳論されている。[31] 八一年の Erman Handkommentar でも、六七年のそれと比べれば、「契約締結上の過失責任」が意識的に細かく類型化され、そのなかで「交渉破棄」は一つの独立した類型として位置づけられているのである。[32][33]

ところで、七〇年代の学説が、Flume を除き、「信頼裏切り型」についても責任を肯定したのに対し、八〇年代には、それに批判的な見解も登場する。Medicus が債務法改正の鑑定意見（八一年）でその論陣を張り、[34] 翌年 Bar も同じ見解を表明する。[35] また八五年の Münchener Kommentar は「誤信惹起型」に限って責任を認め、[36] この種の見解は他にも見られる。[37] が、「信頼裏切り型」につき責任を肯定する説は、八〇年代に入っても後を断たず、[38] 学説は四分五裂する。

学説の展開過程をまとめるとともに、かような過程を辿った原因を探ってみよう。

五〇年代まで「交渉破棄」が注目されないのは、裁判例の少なさに起因するものであろう。ただ、若干の学説は「誤

信惹起型」につき責任を肯定し、反対説も見当たらない。この類型で問題とされる義務が説明義務で、この点では契約有効型や契約無効型といった「契約締結上の過失責任」の先発類型と同一であったため、と推測される。[39]

六〇年代にこの問題が論じられはじめるのは、裁判例の急増に促されたものであろう。ただ、その大部分が「誤信惹起型」に属するものであったのに、一部学説は既に「信頼裏切り型」も想定している。が、その原因、特に当時若干存在した「誤信の惹起」を要件としない類型（裁判例）との関係は明らかでない。

七〇年以降、この問題は学界の好事となり、八〇年代に入り学説は分裂する。原因は二つ考えられる。第一は、――説明義務違反という枠組みでは捉え切れない――「信頼裏切り型」に属する裁判例が大挙登場したことで、[40]ために議論は沸騰し、学説も新類型をめぐって分裂したと推測される（次節も参照）。第二の原因は、「交渉破棄」そのものではなく、「契約締結上の過失責任」全体に対する類型化志向に求められよう。[41]この動きの背景には「他法益侵害型は『契約締結上の過失』でなく、本来不法行為法により解決されるべき問題ではないのか」との認識が普及したという事情があるわけだが、[42]それが益々「交渉破棄」を浮上させたように推量される。締約に至っていない点では共通する二類型のうち、一方が異質で、かつそれが意識されればされるほど、他方もまた注目を集め、それが他の類型と同質であれば、「契約締結上の過失責任」の一類型として確固たる地位を築くはずだからである。

註

（1）戦前の学説につき詳しくは、Küpper, a. a. O., S. 54~59 参照。

（2）Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. I, (3. Aufl.), 1906, S. 440 ; Thur, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II / 1, (1. Aufl.), 1914, (unveränderter Nachdruck, 1957), S. 490.

(3) 当時の理論状況は、北川善太郎『契約責任の研究』（昭和三八年）二四五頁以下参照。

(4) Heinrich Stoll, Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, LZ 1923, Sp. 532, insb. 535-536, 547.（裁判例［1］を参照する。）この他、同時期の著作として、Cosack / Mitteis, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, (8. Aufl.), 1927, S. 355-356 は、予備的契約による解決を示唆する。

(5) Werner, Staudinger Kommentar zum BGB, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, (9. Aufl.), 1930, S. 284.（裁判例は参照されていない。）

(6) Erman, Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen, AcP Bd. 139 (1934), S. 272, insb. S. 277, 292 ff.（ここでも裁判例は挙げられていない。）

(7) Stoll だけは「信頼裏切り型」まで認めるかのようである（Heinrich Stoll, a. a. O., Sp. 547）。なお、Küpper, a. a. O., S. 55-59 は、Erman も Stoll と同旨と解するが、Erman の例示する事案は説明義務違反に還元しうるものだけで（Erman, a. a. O., S. 335）、かかる理解には疑問がある。

(8) Staudinger-Werner, a. a. O., S. 284.（「交渉破棄」と無意識的不合意を区別することなく、列挙する。）

(9) Nirk, Rechtsvergleichendes zur Haftung für culpa in contrahendo, Zeitschrift für auslandisches und internationales Privatrecht, 18 Jg. (1953), S. 310, insb. S. 345 ff.（以下、Nirk, Rechtsvergleichendes と引用。）

(10) Nirk, Rechtsvergleichendes, S. 345 ff. ただし、検討の中心は契約無効型で（四六頁中二六頁を占める）、「交渉破棄」に触れているのは四頁に過ぎない（裁判例［5］を参照する）。

(11) Hahne, Soergel Kommentar zum BGB, Bd. I, Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, (8. Aufl.), 1952, S. 767 ff.（裁判例［7］を参照する。）; Schmidt, Soergel-Siebert Kommentar zum BGB, Bd. I, Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, (9. Aufl.), 1959, S. 987-988（裁判例［3］［7］［13］を参照する。）; Friesecke, Palandt BGB, (15. Aufl.), 1956, S. 235（裁判例［13］を参照する。）; Groepper, Erman Handkommentar zum BGB, (1. Aufl.), 1952, S. 363.（裁判例［5］を参照する。）

(12) Palandt-Friesecke, a. a. O., S. 235 がその好例である。(Friesecke, Palandt BGB, (11. Aufl.), 1953, S. 275 はこの問題にふれていなかった。)「交渉破棄」を論じた同時期の著作には、Rothe, Welche Pflichten ergeben sich für Arbeitgeber

und Arbeitnehmer aus Verhandlungen über den Abschluß eines Arbeitsvertrages ?, BB 1955, S. 162 がある。

(13) 五〇年代までの学説を網羅的かつ正確に分析する北川・前掲書がこの問題にほとんどふれないのは、その象徴と言える。

(14) Esser, Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, (2. Aufl.), 1960, S. 31-33; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, (4. Aufl.), 1960, S. 67. (以下、Larenz, Schuldrecht と引用。) Nirk の論文に接していた Larenz (Larenz, Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und "sozialer Kontakt", MDR 1954, S. 515, insb. S. 517. 以下、Larenz, Culpa in contrahendo と引用) が、教科書でこの問題にふれないのは、当時の学界の動向を推測させる。

(15) Danckelman, Palandt BGB, (25. Aufl.), 1966, S. 228 (裁判例 [13] [26] [30] を参照する。) ; Schmidt, Soergel-Siebert Kommentar zum BGB, Bd. II, Schuldrecht I, (10. Aufl.), 1967, S. 254-257 (裁判例 [3] [13] [26] [30] [31] を参照する。) ; Groepper, Erman Handkommentar zum BGB, Bd. I, (3. Aufl.), 1962, S. 531 ; Erman, Erman Handkommentar zum BGB, Bd. I, (4. Aufl.), 1967, S. 561 (裁判例 [5] [13] [26] を参照する。) ; Werner, Staudinger Kommentar zum BGB, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 c, (10 / 11. Aufl.), 1967, S. 367. (裁判例 [3] [13] [26] を参照する。)

(16) Nirk, Culpa in contrahendo —— eine richterliche Rechtsfortbildung —— in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in : Festschrift für Möhring zum 65. Geburtstag, 1965, S. 385. (以下、Nirk, FS. Möhring zum 65. Gt. と引用。)

(17) Nirk, FS. Möhring zum 65. Gt., S. 390-392, 401-403. 「交渉破棄」を論じた同時期の著作には、Sturn, Schadenshaftung aus Zusagen bei Einstellungsverhandlungen, ZfV 1963, S. 830 ; Ballerstedt, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 7. 6. 1963－1 AZR 276 / 62, JZ 1964, S. 325 ; Weimar, Kann der Abbruch von Verkaufs- und Mietverhandlungen eine Schadensersatzpflicht begründen ?, ZMR 1966, S. 161 ; Herold, Unverbindliche Vorverhandlungen oder rechtsverbindlicher Vorvertrag ?, Allgemeine Immobilien-Zeitung 1969, S. 13.

(18) Esser, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, (3. Aufl.), 1968, S. 375 (裁判例 [39] を参照する。); Larenz, Schuldrecht, (8. Aufl.), 1967, S. 40-41. (裁判例 [26] [32] を参照する。)

(19) Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, (1. Aufl.), 1965, S. 617 (裁判例

［3］［5］［7］を参照する°）；Fikentscher, Das Schuldrecht, (1. Aufl.), 1965, S. 64.（裁判例は参照していない°が′六版になると′裁判例［62］［63］を挙げる° Fikentscher, Schuldrecht, (6. Aufl.), 1976, S. 65-66.）

(20) Craushaar, Haftung aus culpa in contrahendo wegen Ablehnung des Vertragsabschlusses－BGH LM § 276 (Fa) BGB, Nr. 28, JuS 1971, S. 127.（以下′ Craushaar, Haftung と引用°）Craushaar, Der Einfluß des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung, 1969 は「交渉破棄」にふれていない°

(21) Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 266-273, 352-374, 396-410, 542-547.（以下′ Canaris, Vertrauenshaftung と引用°）

(22) Heinrichs, Palandt BGB, (29. Aufl.), 1970, S. 245 は′類型化にそれほど興味を示さなかった二五版（六六年）とは際立った相違を感じさせる (Palandt BGB, (26-28. Aufl.), 1967-1969 は未見)°

(23) この時期の著作としては′ Kühne, Der Vertrauensgedanke im Schuldvertragsrecht－Vergleichende Betrachtungen zum deutschen und anglo-amerikanischen Recht, Rabels Z 1972, S. 261, insb. S. 276 も「交渉破棄」にふれている°

(24) Nirk, Culpa in contrahendo－Eine geglückte richterliche Rechtsfortbildung－Quo vadis ?, in : Festschrift für Möhring zum 75. Geburtstag, 1975, S. 71.（以下′ Nirk, FS. Möhring zum 75. Gt. と引用°）

(25) Larenz, Bemerkungen zur Haftung für "culpa in contrahendo", in : Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 397, insb. S. 415 ff.（以下′ Larenz, Bemerkungen と引用°）

(26) Hans Stoll, Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo, in : Festschrift für v. Caemmerer, 1978, S. 435.（以下′ Stoll, Tatbestände と引用°）；ders., Vertrauensschutz bei einseitigen Leistungsversprechen, in: Festschrift für Flume, Bd. I, 1978, S. 741.（以下′ Stoll, Vertrauensschutz と引用°）

(27) 七〇年代後半の著作では′ Gola / Hümmerich, Vertrauenshaftung des Arbeitgebers bei unterbliebener Einstellung von Bewerbern, BB 1976, S. 795 ; Hohloch, "Vertrauenshaftung" －Beginn einer Konkretisierung ?, NJW 1979, S. 2369 も「交渉破棄」にふれている°

(28) 教科書では既に六〇年代に独自の見解が唱えられていたせいか′七〇年以降見るべき変化はなく′裁判例が補充された程度である° Vgl. Larenz, Schuldrecht, Bd. I, (14. Aufl.), 1987, S. 107-108 ; Fikentscher, Schuldrecht, (7. Aufl.), 1985,

S. 67 ; Esser / Schmidt, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, (6. Aufl.), 1984, S. 436-437. Flume, a. a. O. も，一一版（七五年）は初版（六五年）と同一であり，三版（七九年）でもその主張に変化はない。

(29) Palandt BGB には，七〇年の段階でかような傾向が現れている（本文参照）。

(30) Löwisch, Staudinger Kommentar zum BGB, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, (12. Aufl.), 1979, Rdnr. 38 ff. Vorbem zu §§ 275-283 BGB. なお，Staudinger-Werner, a. a. O. (10 / 11. Aufl.), S. 367 は，問題の存在を紹介するだけで，「契約締結上の過失責任」のなかに「交渉破棄」という独立した類型を認めようとする姿勢は窺えない。

(31) Emmerich, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, (1. Aufl.), 1979, S. 463 ff.

(32) Battes, Erman Handkommentar zum BGB, Bd. I, (7. Aufl.), 1981, S. 660, insb. S. 663.

(33) Wiedemann, Soergel Kommentar zum BGB, Bd. 2 / 1, Schuldrecht I / 1, (11. Aufl.), 1986, S. 514 ff. も，一〇版（六七年）とは比較にならぬほど詳細な類型化を行い，「交渉破棄」にも詳論する。ただ，落差が大き過ぎ（たとえば「契約締結上の過失責任」に，一〇版では八頁しか割かれていないが，一一版では八一頁も費やされる），その相違を学界の動向だけに還元するのは無理なように思われる。本文で取り上げなかった所以である。

(34) Medicus, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, in : Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, 1981, S. 479. (以下，Medicus, Gutachten と引用。) Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, (1. Aufl.), 1981, S. 50-51 / (5. Aufl.), 1990, S. 56-58 (以下，Medicus, Schuldrecht と引用) も同様。

(35) Bar, Vertragliche Schadensersatzpflichten ohne Vertrag ?, JuS 1982, S. 637, insb. S. 638-639.

(36) Emmerich, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, (2. Aufl.), 1985, S. 566 ff., insb. S. 580-581. (この見解は一一版ではじめて唱えられたものである。) なお，Emmerich, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der culpa in contrahendo, Jura 1987, S. 561, insb. S. 564 (以下，Emmerich, Zum gegenwärtigen Stand と引用) でも，同じ主張が繰り返えされている。

(37) z. B. Schmitz, Dritthaftung aus culpa in contrahendo, 1980 (Dissertation), S. 158 ff. ; Grunewald, Das Scheitern von Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund－Zugleich eine Besprechung zum Urteil des BGH vom 17. 10. 1983－II ZR 146 / 82－, JZ 1984, S. 708.

(38) Lutter, Der Letter of Intent, (1. Aufl.), 1982, S. 59 ff., insb. S. 64 ff.; Gottwald, Die Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1982, S. 877, insb. S. 879-880; Soergel-Wiedemann, a. a. O. (12. Aufl.), S. 597 ff., insb. S. 612-618; Küpper, a. a. O., S. 173-261.

(39) この点は、北川・前掲書二三一頁以下参照。

(40) 八〇年以降の、特に「信頼裏切り型」をめぐる論争を契機に、それと「誤信惹起型」との相違が明確に意識され、現在は両者を区別する見解が主流である（次節参照）。かかる傾向はコンメンタールの変化からも読み取れる（たとえば Heinrichs, Palandt BGB, (46. Aufl.), 1987, S. 322 では、「誤信惹起型」と「信頼裏切り型」は区別されていなかったが、Heinrichs, Palandt BGB, (48. Aufl.), 1989, S. 328 では区別されるようになる）。

(41)「Medicus も Hans Stoll も、契約締結上の過失の要件と効果とを整備しようとする方向では軌を一にしている」との理解（円谷峻「『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八七頁、昭和六二年））は、類型化志向を言い当てたものであろう。

(42) その象徴は Larenz に見い出しうる。五四年には「他法益侵害型も『契約締結上の過失』によって解決するべきである」と主張した彼も（Larenz, Culpa in contrahendo, S. 515 ff.）、七五年には「本来不法行為法により処理されるべきである」と態度を変える（Larenz, Bemerkungen, S. 400 ff.）。この背景には Verkehrssicherungspflicht の発展（徳本伸一「Ernst von Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts,（ケメラー「不法行為法の変遷」）, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, (1960), II, S. 49 ff.」（法学三二巻四号四四五頁、昭和四三年）、クリスティアン・フォン・バール（浦川道太郎訳）「ドイツ不法行為法の発展と債権法の改定」（比較法学二〇巻一号八五頁、昭和六一年）参照）と、比較法研究の成果（ドイツ法が孤立しているとの認識）があるようである。民法典制定後、第一次大戦までのドイツ法学は比較法不在だったとされるが（五十嵐清「ドイツにおける比較法の発展」（『比較法学の歴史と理論』（昭和五二年）一頁以下所収）四二―四八頁）、この時期に新展開を迎えた「契約締結上の過失」理論は、比較法の洗礼を浴びることで、解体しはじめたわけである。

第二節　学説の現状

ドイツの学説の現状は日本でも紹介されているが、「誤信惹起型」と「信頼裏切り型」との相違に配慮しない点で、それは不十分なものである。すなわち、現在ドイツでは、「信頼裏切り型」でも責任を肯定する責任肯定説、「誤信惹起型」についてのみそれを認める限定的責任肯定説、いずれの類型でもそれを否定する責任否定説の三つが対立拮抗している。

一　責任肯定説

「信頼裏切り型」についても責任を認めるこの説は、責任の基礎づけをめぐり二つに分かれる。あるものは「契約締結上の過失責任」と構成し、あるものは「純粋な信頼責任」と構成するのである。

(1)「契約締結上の過失責任」説

この説はさらに、「誤信惹起型」と「信頼裏切り型」を区別する二元説と両類型の融合を図る一元説とに分かれる。

(-)　一元説

Hans Stoll が代表的論者である(1)。彼は「一方的給付約束（einseitiges Leistungsversprechen）」による統一的な解決を志し、「『一方的給付約束』が存在する場合(2)、すなわち、一方の当事者が締約を約束し、相手方がそれを信頼してもよかった場合、相手方は締約は請求できないが、約束者は当該約束により一定程度拘束され（＝『信頼による拘束』）、正当な理由なく締約を拒絶したなら、信頼利益を賠償せねばならない」と説く(3)。他方、説明義務違反という構成に対しては、それが当てはまらない場合（「信頼裏切り型」）もあるとの理由から批判的である(4)。このほか、「一方的給付約束」という用語こそ用いないものの、「正当な信頼は保護に値する」と説く Löwisch も(5)、実質的には Stoll に従うものであり、

「信義則に基づき『信頼による拘束』が発生する」とするGottwald[6]も同様であろう。

他方、Craushaarは「『締約は確実』との信頼に確固たる根拠がある場合、その信頼は保護に値する」との前提に立ったうえ、「ドイツ民法二四九条によるなら、説明義務違反の場合には『信頼利益の賠償』が、締約の拒絶が帰責の根拠とされる場合には履行請求が、各々認められるはずだが、二つの場合を区別すべき理由はなく、両方の義務に違反した場合の処理も困難になる」との理由から、結果的には右の区別を否定する[7]。しかる後、責任の効果は「信頼という視角（Vertrauensperspektive）」から、つまり、「当事者が何を信頼したか」により決定されるべきで、「交渉破棄」にあっては、締約が信頼されている以上、履行請求まで認められるはずだが、ドイツ民法典における錯誤や諧謔の意思表示と心裡留保との扱いの相違に配慮し、意図的に相手方の信頼を惹起した場合には、締約義務まで、他方、そのつもりはなかったのに、過失によりそれを惹起した場合には、「信頼利益の賠償責任」が認められる、とする[8]。

（ii） 二元説

「誤信惹起型」と「信頼裏切り型」を区別し、別個の問題として扱うのが二元説の特徴である。たとえば判例理論を踏襲するNirkは、「誤信惹起型」は説明義務違反と構成して「信頼利益の賠償責任」を認め[9]、他方、「信頼裏切り型」については「単なる『交渉』という枠を越え、相手方に『締約は確実』との特別な信頼（besonderes Vertrauen）を惹起した場合、決定の自由（契約の自由）は――信義則に基づき法定債務関係から発生する――保護義務（Schutzpflicht）によって制限される」と説く[10]（必ずしも明確でないが、後者におけるサンクションも「信頼利益の賠償」のようである[11]）。Wiedemannも、「誤信惹起型」は説明義務違反と構成しつつ、「信頼裏切り型」については、交渉破棄が信義に反する矛盾した行為であるとの理由から、「信頼利益の賠償責任」を認める。ただ、破棄者が「損害を与える意図（Schädigungsvorsatz）」を持って行動した場合には、締約義務まで認められるとする[12]。さらに近時モノグラフィーを物したKüpper

も、師の Wiedemann と同じ見解を示す。「誤信惹起型」では説明義務違反を理由に、「信頼裏切り型」では、交渉破棄が信義則の一形態たる「自己矛盾行為の禁止（Verbot des venire contra factum proprium）」に当たるとして、それぞれ責任を肯定するのである。[13] また「誤信惹起型」の責任の効果は「信頼利益の賠償」だが、「信頼裏切り型」においても――締約自由の保護や「突然の交渉破棄から、当事者を守る」というこの責任の保護目的（Schutzzweck）に照らして――効果は同じ範囲に限られ、ただ破棄者が意図的に相手方を欺いた場合や破棄者が広範な準備行為を要求した等の特別な事情が存する場合に限り、例外的に履行責任まで認められると説く。[14]

（2）「純粋な信頼責任」説

Larenz は次のように説く。「誤信惹起型」では説明義務違反（＝「契約締結上の過失責任」）という構成を採りうるが、[15]「信頼裏切り型」では、締約義務が存在しない以上、締約の拒絶は「過失（義務違反）」とはなりえず、右責任が発生する余地もない。[16] が、かかる意味での「過失」がなくとも、信頼惹起者に「信頼利益の賠償責任」が課されうることは、ドイツ民法一二二条の示すところであり、相手方に疑う余地のないほど強力な信頼を惹起した場合、右規定が類推適用されるべきである、[17] と。しかし、この説には批判も多く、支持者もいないようである。[18]

二　限定的責任肯定説

この説は、「誤信惹起型」については、二元説と同様、説明義務違反を理由に「契約締結上の過失責任」を認めるが、「信頼裏切り型」については責任を否定する。以下、後者の点に的を絞って、その趣旨を探ってみる。

この説を最初に自覚的に展開した Flume は「単なる交渉から締約義務が発生することはないから、締約を信頼する者は自らの危険でそうしているのである」と説く。[19] かかる理解の背景には、私的自治の原則が控えているようである。[20]

Canaris においても趣旨は同様である。[21] 彼は「自己矛盾行為（Venire contra factum proprium）に基づく信頼責任」というカテゴリーのなかで、この問題を論じ、[22]「相手方の自由意思による締約を信頼した者は、法秩序が人を拘束するために用意した手続き、すなわち、そのことについて契約を締結するという手段を尽くしていないから、自ら法的保護を放棄したと評価される。従って、右の信頼は保護に値しないし、もし保護すれば、法に対して忠実でなかった者に是認しがたい特権を与え、私的自治の空洞化を招く虞れさえある」と主張する。[23] ただ、「誤信惹起型」については、責任を肯定し、[24] また親子間での交渉のように、当事者にあらかじめ締約するよう要求できない場合には、例外的に信頼責任を認める余地もあるとする。[25] が、これはあくまで例外に過ぎない。[26] この他、Schmitz も私的自治や契約自由、さらに自由な取引の維持・確保に配慮し、責任には抑制的であらねばならないとしたうえ、締約義務が存在しない以上、交渉破棄に帰責の根拠は求めえないとして、「信頼裏切り型」については、責任を否定し、[27] Grunewald もこれと同意見である。[28] また Emmerich、[29] さらに最新の学説である Reinicke / Tiedtke も、同じ理由から、この説に与する。[30]

私法の大原則や交渉の機能に配慮するがゆえ、この説は「信頼裏切り型」について責任を否定するわけである。

三　責任否定説

この説は、不法行為（ドイツ民法八二六条）に当たらぬ限り、交渉破棄者には責任を課すべきでない、と主張する。その論拠は「締約は確実」との信頼は法的保護に値しない点に求められる。代表的論者たる Medicus は[31]「締約を請求できぬ者が、何故、締約を信頼してよいのか」という基本命題を定立したうえ、それに答えるべく、締約に至らなかった原因ごとに検討を進め、法定の方式が具備されなかった事案については、方式規定の目的（軽率な締約の防止）に照らし、責任を認めるべきではないとし、[32] 約定の方式を欠く事案や合意すべき事項が残されていた事案については、「契約

の成否」の判断（ドイツ民法一五四条）や予約、さらには「申込の拘束力」によって解決でき、他方、それらが認められないときには「保護に値する信頼」も存在しない、とする。[33] また他の原因については、裁判例を素材に考察を行い、たとえばBGH［43］は予約によって、BGH［26］［67］は締約されないことを条件とする条件付き契約（費用負担契約）によって解決すべきであったとする。[34] 他方、BAG［58］のような事件は、「締約権限のない代理人が契約を締結した」事案と解しつつ、[35] この場合には履行補助者の過失による本人の「契約締結上の過失責任」を肯定する。[36] が、ここでは締約が前提とされており、これは「交渉破棄」ではないことになる。[37] かかる検討を踏まえたうえ、彼は交渉破棄者には責任を課すべきでないと結論づける。[38] このほか、Bar も否定説に与し、「締約を請求できぬときは、締約を信頼してはならないのであり、民法典は『信頼してよいのは拘束力ある申込だけである』と規定している」と主張する。[39]

「信頼の要保護性」という角度からアプローチするこの説は、不法行為以外の責任は否定する。が、信頼惹起者側の態様、特に一貫して認められてきた説明義務（違反）をも否定する点が禍いし、他に支持者はいないようである。[40]

右のような学説の現状を「基本的問題」に照らしつつ振り返えるなら、二つの傾向が読み取れる。第一に、「誤信惹起型」にあっては、「契約締結上の過失責任」を肯定する見解が圧倒的多数説で、そのなかでは説明義務違反と構成するものが優勢である（責任肯定説の一部＋限定的責任肯定説）。第二に、「信頼裏切り型」については、責任を肯定する見解と否定する見解が拮抗している。後者の場合、責任を認めることは当然の理ではないのである。

次に右の点をめぐる論争をながめるなら、肯定説の挙げる論拠は不十分なように思える。あるものは「信義則上、責任が認められてしかるべきである」とするだけで、それ以上の説明は行わない（Nirk, Gottwald）。あるものは、詰る所「正当な信頼は保護に値する」と説くだけである（Löwisch, Craushaar）。あるものは「自己矛盾行為」を云々する

が、それに法的責任まで課さねばならぬ根拠については論証を欠く（Wiedemann, Küpper）。「認められるものは認められる」とか、「とにかく認められるべきである」とするに過ぎないのである。かといって、「純粋な信頼責任」説には肯定説の内部でも批判が強い。「一方的給付約束」という概念を持ち出す説（Stoll）も「義務違反の効果が何故『信頼利益の賠償』に限られるのか」とか、「申込との区別がつかないのではないか」という鋭い批判を浴びている[41]。

これに対し、限定的責任肯定説や責任否定説の挙げる論拠は説得力に富む。「請求という裏づけを欠く信頼は法的保護に値しない」という主張は筋の通った議論であり、背景にある「保護を欲する者は手段を尽くせ（契約を締結せよ）」という「（価値）判断」には一理ある（肯定説が「正当な信頼は保護に値する」と主張するには、その「正当」なる所以を論証せねばならない）。また責任を認めることが締約強制として作用しうることは、肯定説も含め、ほぼ一致して承認する。そこで、責任を否定する側は私的自治や契約自由との関係から、これを問題視する。ところが、肯定説は「そうなるとか、「そうなるべきである」とするだけで、「そうなるべき」理由は説明しない[42]。さらに否定する側は、交渉の意義・機能・目的に照らし、「各当事者は自己の危険で行動しているはずではないのか」と問う。肯定説もこの原則は是認しつつも、「『締約は確実』との信頼が惹起された場合は別である」と説く。しかし、ここでも「信義則」以上の理由は挙げられない。これに加え、Medicus は「他の法制度によって妥当な解決を図りうる」と主張する。これに対しては「そのような方法を採れば、必ず擬制が伴う」との反論もなされる。が、事の是非はともかく、肯定説が他の法制度をあまり顧慮しなかったのは事実であり、Medicus の指摘はその点を衝くものとして疎かにできない。

このように、双方の議論を見る限り、責任を否定する側（限定的責任肯定説＋責任否定説）の論拠の方が説得力に富む[43]。しかし、裁判例が――動揺を繰り返しつつも――責任を肯定してきた事実は、そこにそれなりの理由があることを示唆する。ところが、肯定説はそれを解明できないでいる。原因の一端は問題の背景に対する考察を欠く点に求められ

るように思われる。背景にまで踏み込んだ問題の正確な把握なくして、問題の解明などありえないからである。そのためには、周囲にある関連問題も視野に入れねばならない。しかるに、Medicus が言い当てたように、肯定説はこの点の配慮を欠き[44]、日本の学説と同じ欠陥を共有している。

註

(1) Stoll, Tatbestände ; ders., Vertrauensschutz の他、ハンス・シュトル（安永正昭訳）「比較法的見地から見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）参照。彼の見解を紹介する論稿としては、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、特に二〇三頁以下）、同・「瑕疵担保責任と契約締結上の過失による責任」（横浜経営研究第Ⅳ巻一号二一頁、昭和六二年、特に三九頁以下）、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――カナリス及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、特に二七八頁以下）がある。

(2) Stoll, Vertrauensschutz, S. 741 によると、「一方的給付約束」は法律行為（Rechtsgeschäft）ではなく、「法的に見て意味のある行為（rechtlich relevantes Verhalten ; 法的に重大な態様）」と位置づけられる。

(3) Stoll, Tatbestände, S. 445-446 ; ders., Vertrauensschutz, S. 754. この責任は、効力こそ弱いものの、締約強制に代るもの（schwächeres Surrogat）とされる（Stoll, Tatbestände, S. 446. かかる限定的拘束の類例としては、婚姻予約（ドイツ民法一二九八条）が挙げられている）。またこの拘束は「当事者の意思」によるものでなく、法定債務関係に基づくもの、とされるが（Stoll, Tatbestände, S. 447 ; ders., Vertrauensschutz, S. 754）、約束の不履行が帰責の根拠とされることから、「契約類似の責任」ともされる（Stoll, Vertrauensschutz, S. 753-755）。

(4) Stoll, Tatbestände, S. 447-448. しかし、ここから直ちに説明義務違反という構成を放棄するのは飛躍であろう。

(5) Staudinger-Löwisch, a. a. O., Rdnr. 38 ff., insb. 54-57 Vorbem zu §§ 275-283 BGB.

(6) Gottwald, a. a. O., S. 879-884.（両類型を区別することなく、「信頼による拘束」で解決を図る。）

(7) Craushaar, Haftung, S. 128-129.

（8）Craushaar, Haftung, S. 129-131. もっとも、彼の見解には疑問もある。たとえば免責事由まで視野に収めるなら、「誤信惹起型」と「信頼裏切り型」との区別は有意なはずである。また何より問題なのは、「意図的に信頼を惹起した後、それを裏切った場合は『故意による信頼の裏切り』と評価される」とし、それと心裡留保を等置する点である（S. 131）。確かに締約する気もないのに締約を約束した場合は、心裡留保と酷似しようが、「信頼惹起者自身も締約を確信したため、意図的に相手方の信頼を惹起したが、結局締約しなかった」場合を、「故意に信頼を裏切った」とは評価できまい（錯誤者は意思表示をするつもりで意思表示をし、それを取消すつもりで取消すから、その意味では意図的に信頼を惹起し、故意にそれを裏切っているとも評価しうる。が、ドイツ民法一二二条は「信頼利益の賠償責任」を課すだけである）。かかる不整合さの遠因は、心裡留保、諧謔の意思表示、錯誤、無権代理などといった「誤信」が問題とされる法制度を手掛かりに、――正しき「信頼」が問題とされる――「信頼裏切り型」の解決を図ったところにあるように思われる。ただ、この点は「申込の撤回」を論ずるさいに検討するので（第四部第二編）、ここでは指摘するに止める。

（9）Nirk, Rechtsvergleichendes, S. 345 ff.; ders., FS. Möhring zum 65. Gt., S. 397, 401-403.

（10）Nirk, FS. Möhring zum 75. Gt., S. 75-86.

（11）賠償の範囲はドイツ民法二四九条によって決せられ、「履行利益の賠償」が認められることもあるとするが、これは契約無効型を想定したもののようである（Nirk, FS. Möhring zum 75. Gt., S. 89-90）。Medicus, Gutachten S. 496 も「Nirk は交渉破棄者に『信頼利益の賠償責任』を課している」と解する。

（12）Soergel-Wiedemann, a. a. O. (12. Aufl.), S. 612-618.

（13）Küpper, a. a. O., S. 173-224.「信頼裏切り型」と契約自由ないし私的自治の原則との関係については、次のように論じる。契約自由の原則は時代に応じて変容するもので、ドイツ民法典の想定する比較的単純な「契約の締結形態」（Form des Vertragsschlusses）」が今日ではより複雑化している以上、かかる状況の下では、信頼保護にも応分の配慮をすべきである（S. 140-145）。また契約自由の原則の源泉たる私的自治の原則と信頼保護とは、排他的な関係にあるのではなく、相互補完的な関係にあり、交渉段階では原則として前者が優先するが、一方の当事者が相手方に「締約は確実」との特別な信頼を与えたときには、信頼保護を図るべきである（S. 146-147）。しかし、以上の主張にはかなり問題が含まれている。第一に、ドイツ民法一五四条を見れば分かるとおり、民法典は単純な「締結形態」ばかり想定するわけではない（Küpper はこの規定を

「契約の成否・効力」にのみかかわるものと解するが（S. 48-49, 150-151）、次編で見るように、ドイツ民法典の起草者はこの規定をもって「交渉破棄」に対し、一定の価値判断を下していたのである）。第二に、一定の場合には私的自治の原則よりも信頼保護が優先されると説くが、そうなる根拠は示されていない。詰る所、「保護に値するものは、保護に値する」というトートロジーが述べられているだけなのである。

(14) Küpper, a. a. O., S. 266-273.

(15) Larenz, Bemerkungen, S. 416-417. Vgl. Küpper, a. a. O., S. 91 (Anm. 138), 175.

(16) Larenz, Schuldrecht (14. Aufl.), S. 108 ; ders., Bemerkungen, S. 416.

(17) Larenz, Schuldrecht (14. Aufl.), S. 107-108 ; ders., Bemerkungen, S. 415-418.

(18) それらの批判がどこまで当たっているかは別問題である。Nirk は「過失なき『契約締結上の過失責任』などありえない」とし（Nirk, FS. Möhring zum 75. Gt., S. 81）、Stoll は「契約責任さえ過失責任なのだから、契約締結以前に無過失責任が認められるべき理由はない」とするが（Stoll, Tatbestände, S. 448-449）、どちらも適切な批判とは言えまい。他方、Medicus は、一二二条で無過失責任が認められる理由を「無効原因を一義的・定型的に一方の当事者にのみ帰責（Zurechnung）できる」点に求めたうえ、「交渉破棄」はかかる事情を欠くと指摘する（Medicus, Gutachten, S. 508-510）。しかし、信頼者の側に不注意があることもあろうから、右の指摘は一般論としては正しいが、Larenz は「一方当事者の信頼が相手方の行為によって惹起され、しかもそれがもはや疑うことのできぬほど強められたこと」を類推適用の要件とするから、この批判もどこまで当たっているか疑問である。Soergel-Wiedemann, a. a. O. (12. Aufl.), S. 615 は「取消うるにしても有効な意思表示が存在する場合と、『事実上の約束』しかない場合とでは、信頼の根拠となる事実の強度が異なる」と批判する。が、これも一般論としては当たっていようが、右の類推適用の要件を顧みるとき、疑問なしとしない。

(19) Flume, a. a. O. (1. Aufl.), S. 617 / (3. Aufl.), S. 617.

(20) Flume, a. a. O. (3. Aufl.), S. 627 ff.

(21) Canaris, Vertrauenshaftung; ders., Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten, in: Festschrift für Larenz, 1983, S. 27, insb. S. 90-91.（以下、Canaris, Schutzgesetze と引用。）

(22) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 352-372. この他、Canaris は――「権利失効」の対概念たる――「権利取得に基づく信頼

責任（Vertrauenshaftung kraft Erwirkung）」というカテゴリーのなかでも、「交渉破棄」につき論じるが（S. 396 ff.）、右のカテゴリーは「自己矛盾行為に基づく信頼責任」と緊密な関係にあり（S. 372）、特に「交渉破棄」は二つのカテゴリーで同じに扱われている（S. 396 ff.）。従って、ここでは一方のみ検討する。

(23) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 352-353. これに対し、Stoll は「『信頼の惹起』により法律行為上の責任とは別個の責任（『一方的給付約束』に基づく責任）が生じるのだから、『法律行為（契約）によって相手方を拘束しておく必要はない』との信頼は保護に値する」と反論する（Stoll, Vertrauensschutz, S. 756）。が、これはトートロジーで、説得力に欠ける。

(24) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 543-544 ; ders., Schutzgesetze, S. 90-91.

(25) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 355, 544 ; ders., Schutzgesetze, S. 91. そのさい、彼はドイツ民法一二九八条（婚姻予約を解除した者の責任）を引き合いに出す。が、婚姻予約は契約だから、それと事実上の約束を同等に扱うことは困難であり、彼の論旨は説得力に乏しい（Vgl. Küpper, a. a. O., S. 208-212 ; Schmitz, a. a. O., S. 163-164）。

(26) それゆえ、――一二九八条を引き合いに出す点を捉え――Canaris の見解を「純粋な信頼責任」説と位置づける Küpper の理解（Küpper, a. a. O., S. 91-93, 204-212）には疑問がある。

(27) Schmitz, a. a. O., S. 158-165. (Larenz の見解に対しては、Wiedemann と同じ批判（前註（18）参照）を向ける。他方、説明義務違反が帰責の根拠とされる「誤信惹起型」にあっては、責任を認めても私的自治を制限することにはならず、むしろ説明義務は自由な取引の確保に資する、とする。)

(28) Grunewald, a. a. O., S. 709-711.

(29) Münchener-Emmerich, a. a. O. (2. Aufl.), S. 580-581 ; ders., Das Recht der Leistungsstörungen, (2. Aufl.), 1986, S. 54 ff., insb. S. 56 ; ders., Zum gegenwärtigen Stand, S. 564. 彼は「誤信惹起型」の他、「一方の当事者が経済的優位に立っているときは、責任を認めてもよい」とし、「国や企業が代理権のない者を通して相手方に約束した」事案を例として挙げる（Münchener-Emmerich, a. a. O. (2. Aufl.), S. 581）。これは表見代理（Anscheinsvollmacht）を「契約締結上の過失」として処理することを意味しているようにも思われる（III参照）。

(30) Reinicke / Tiedtke, Schadensersatzverpflichtungen aus Verschulden beim Vertragsabschluß nach Abbruch von Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund, ZIP 1989, S. 1093.

(31) Medicus, Gutachten ; ders., Allgemeiner Teil des BGB, (4. Aufl.), 1990, S. 170 ff. (以下、Medicus, Allgemeiner Teil と引用) ; ders., Schuldrecht (5. Aufl.), S. 56 ff. の他、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二一一頁、昭和六〇年）参照。Medicus の鑑定意見の全容は、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、特に三号一二六頁）、円谷・前掲『契約交渉上の過失』に関するメディクスの鑑定意見」参照。

(32) Medicus, Gutachten, S. 498-499.

(33) Medicus, Gutachten, S. 499-500. 次のように説かれる。当事者たちが方式の具備を単なる確認と解した場合、「契約の成立」は肯定され、他方、「方式の具備により締約されたことになる」と考えた場合、成立は否定される。が、後者の場合、通常「保護に値する信頼」は存在しないはずである。それでも当事者たちが拘束を望んでいた場合には、予約が認められる。次に折り合いのつかない事項が残った場合、当事者が「拘束」を望んでいたなら、右と同様、契約や予約が認められ、そうでないときには、相手方の譲歩を期待してはならないから、信頼は保護に値しない。ただ、「相手方の希望を受け入れれば、締約できるであろう」という信頼だけは保護に値するが、それは「申込の拘束力」（ドイツ民法一四五条）によって保護されるから、問題は生じず、逆に申込がない場合、通常「保護に値する信頼」も存在しないはずである。

(34) Medicus, Gutachten, S. 500-503 ; ders., Schuldrecht (5. Aufl.), S. 57.

(35) 正確には「締約代理権を有しない者が締約について約束した (Zusagen machen) 場合」と表現されているが (Medicus, Gutachten, S. 501)、ドイツ民法一六四条（有権代理の規定）と対比していることから分かるように、そこでは「無権代理人によって締約された」事例が想定されている (Vgl. Medicus, Allgemeiner Teil (4. Aufl.), S. 363-364)。

(36) これは――忍容代理 (Duldungsvollmacht) と対立する意味での――表見代理の問題にほかならない。裁判例と多数説は、どちらの場合も本人の履行責任まで認めるが、有力説は、表見代理については「契約締結上の過失責任（信頼利益の賠償責任）」しか生じないとする（近時はこちらの方が多数説のようである。Vgl. Dilcher, Staudinger Kommentar zum BGB, Erstes Buch, Allgemeiner Teil, (12. Aufl.), 1980, Rdnr. 28 ff. zu § 167 BGB ; Thiele, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I, Allgemeiner Teil, (2. Aufl.), 1984, S. 1306 ff.; Leptien, Soergel Kommentar zum BGB, Bd. I, Allgemeiner Teil, (12. Aufl.) 1987, S. 1323 ff.)。ここで Medicus は有力説の立場を採っているのである (Medicus,

Allgemeiner Teil (4. Aufl.), S. 361 ff.)。

(37) Medicus は「履行補助者が『虚偽の外観』を作出したゆえ、責任が生ずる」とも表現するが、本文で述べたように、この「虚偽の外観」は締約を前提としており、「誤信惹起型」とは違ったものである。

(38) Vgl. Medicus, Gutachten, S. 503.

(39) Bar, a. a. O., S. 638-639.

(40) Medicus の「『締約は確実』との信頼は保護に値しない」という主張は影響を及ぼさなかったわけではない。彼の主張は限定的責任肯定説にその後継者を見い出している。

(41) Medicus, Gutachten, S. 497-498. 二番目の批判の鋭さの所以に説明しておく。Stoll は「一方的給付約束」という法概念を導入するさい、アメリカ法と Siegel の著作を参照する (Stoll, Vertrauensschutz, S. 741-749)。が、――アメリカ法はともかく――Siegel を持ち出した点には問題がある。確かに Siegel は「ドイツ法では、ローマ法と異なり、契約だけでなく、債務者の一方的な債務負担約束からも債権債務関係が発生しうる」と主張するが (Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht, 1873, S. 1-52)、それは主に――当時承認されていなかった――「申込の拘束力」を認めるために説かれたもので (Siegel, a. a. O., S. 53 ff.)、「交渉破棄」など想定されていないからである。Medicus の批判はかかる理論の出自をも踏まえたものであろうから、Stoll の立論の根幹にもふれるものとして、鋭くかつ的を射たもののように思われる。なお、Siegel の理論から受けた影響がドイツより強かったとされるフランスでは、右理論は「一方的債務負担行為 (l'engagement unilatéral de volonté)」理論となっている（山口俊夫『フランス債権法』（昭和六一年）一七六頁以下参照）。しかし、それは申込に「拘束力」を付与する理論ではあっても、「交渉破棄」の解決手段ではない（第三部参照）。

(42) Küpper だけは契約自由の変遷を説くが、説得力に乏しいものであった（前註 (13) 参照）。

(43) ――「信頼裏切り型」における責任を否定する――以上の論拠は、必ずしも「誤信惹起型」に妥当するものではない。「信頼の要保護性」についていうなら、当該信頼がそれ自体として保護に値しないものでも、信頼惹起者の態様に由来する責任は排除されないはずである（現に責任否定説も不法行為責任は認める）。それゆえ、惹起者側の態様である説明義務違反をどのように評価すべきかは別個の問題として残る。また「誤信惹起型」で責任を認めることが必ずしも私的自治や契約自由に反しないこと、さらに交渉の機能を損なうものでないことは、限定的責任肯定説を思い起せば、理解できよう。

(44) Küpper だけは関連問題にふれるが（Küpper, a. a. O., S. 154-172)、その考察には問題も多い（前註（13）参照)。また「締結形態」にも着目するが（S. 144-145)、「交渉破棄」や他の関連問題との関係等については検討を欠く。