

タイトル	債権法改正と契約交渉の不当破棄：到達点と今後の課題
著者	大滝，哲祐；OHTAKI, Tetsuhiro
引用	北海学園大学法学研究，54(3)：1-24
発行日	2018-12-30

債権法改正と契約交渉の不当破棄—到達点と今後の課題

大 滝 哲 祐

I. はじめに

民法の債権法に関する「民法の一部を改正する法律（平成二九年法律第四四号）」が、二〇一七年五月二六日の国会の参議院本会議において可決・成立して、同年六月二日に公布された。二〇二〇年四月一日に施行予定である。

今回の改正で、判例・学説上認められていたものが立法化されたものと、立法化が見送られたものがあった。^① 本稿で取り扱う契約締結上の過失の問題のうち、原始的不能による損害賠償は改正法四一二の二第二項及び四一五条二項一号で立法化されたが、契約交渉の不当破棄、契約締結過程における説明義務・情報提供義務と、契約交渉等に関連させた第三者の行為による交渉当事者の責任についての立法化は、最終的に見送られ、今後の判例・学説の解釈に委

説
ねられることになった。⁽²⁾

論

債権法改正の趣旨として、「制定以来、約二二〇年間の社会、経済の変化への対応を図り、国民一般にわかりやすいものとする」としており、⁽³⁾ 契約締結上の過失の問題の立法化もその趣旨の一つであった。すなわち、判例の明文化及び信義則の具体化⁽⁴⁾であり、契約締結前に生じる問題であるが、契約成立に類似ないし関連するものとして、民法典第二章「契約」第一節「総則」第一款「契約の成立」での立法化を視野に入れていたのである。

本稿では、契約締結上の過失に関する問題のうち、契約交渉の不当破棄について、改正の経緯の中でどのように議論されたのかを検討して、その議論がどこまで到達したのかと今後の検討課題を明らかにすることを目的にした。⁽⁵⁾

検討方法として、改正経緯を、学者を中心とする第Iフェーズ（平成一七年～平成二一年（二〇〇五年～二〇〇九年））と法制審議会での議論である第IIフェーズ（第一ステージ（平成二一年～平成二三年（二〇〇九年～二〇一一年））、第二ステージ（平成二三年～平成二五年）（二〇一一年～二〇一三年）、第三ステージ（平成二五年～平成二七年）（二〇一三年～二〇一五年））を概観した後、これらに検討を加え、議論の到達点と今後の検討課題を挙げることにしたい。⁽⁶⁾
なお、本稿の最後に（条文資料）⁽⁷⁾があるので参照されたい。

II. 改正の経緯⁽⁸⁾

1. 第Iフェーズ

学者を中心としてまとめられたものとして、『債権法改正の基本方針』（以下、「委員会案」という⁽⁹⁾）と『民法改正 国

民・法曹・学会有志案』（以下、「研究会案」という¹⁰）がある。ここでは、委員会案を概観する¹¹。

委員会案【3.1.1.09】は、提案要旨で、「信義誠実の原則に反して、契約締結の見込みがないにもかかわらず交渉を継続し、または契約の締結を拒絶したとき」は、①契約を締結する可能性がないにもかかわらず交渉を継続した場合、及び、②契約締結が確実になるなど、契約締結に対する正当な信頼が相手方に形成された後に契約の締結を拒絶した場合の二つを指し、このうち、①では、契約を締結する可能性がないにもかかわらず、いたずらに交渉を継続したことが信義誠実の原則に反するかどうか問題になるのに対して、②では、契約締結に対する正当な信頼が相手方に形成された後に契約の締結を拒絶したことが、それまでの経緯などに照らして、信義誠実の原則に反するかどうか問題になると説明する¹²。損害賠償に関しては、相手方が契約の成立を信頼したことにより被った損害であり、伝統的に信頼利益に相当するが、信頼利益という言葉に盛り込まれる意味自体が、この概念を用いる論者によりさまざまであるため、委員会案では、信頼利益という表現を用いず、その内容を直接示す「契約の成立を信頼したことにより被った損害」という表現にしたと説明する¹³。

解説では、どのような場合に交渉当事者に信義誠実の原則に従ってどのような義務が生じるかについて、裁判例が相手方により信頼の惹起のほか、交渉過程において当事者が行った取り決めなどさまざまな要素を考慮して総合的に判断していることから、具体的にどのような場合に契約を締結しないことが信義誠実の原則に反するのかは、取引ごとに判断する必要があると述べている¹⁴。

2. 第IIフェーズ

(1) 第一ステージ

『民法（債権関係）部会資料』（以下、「部会資料」という¹⁵）では、契約を締結するか否かは当事者の自由であるのが原則だが、契約交渉段階に入った当事者の関係は何らの接触もない者の関係よりも緊密であることから交渉の相手方に損害を被らせないようにする信義則上の義務を負うではないかとの問題も指摘されており、契約交渉を不当に破棄した者の責任という問題が論じられている¹⁶。責任の性質について、学説が多数あるが、多くの判例では「契約準備段階における信義則上の義務違反を理由とする損害賠償責任」としているとして、最高裁昭和五九年九月一八日判決（判例時報一一三七号五一頁）を挙げる¹⁷。そこで、契約交渉を不当に破棄した者の責任については、その法的性質を解釈に委ねることを前提に、契約交渉段階の信義則上の注意義務を根拠として責任を認める規律を設けるべきであるという考え方が提示されている¹⁸。このような規定を設ける場合には、契約締結の自由に抵触する恐れがあるため、自らの行為によって相手方に信頼を与えた場合に損害賠償責任を認めるべきとの指摘もある¹⁹。責任内容については、信頼利益に限られる、履行利益まで認められる、損害賠償に関する一般法理によるべきとの考え方があることから、単に損害賠償責任を負うのみと定めるという²⁰。

『法制審議会民法（債権関係）部会第九回会議事録』（以下、「第九回会議」という。それ以外の議事録も同様に表記する）では、大原則として、契約交渉の破棄は自由だということの確認がなければ、その信義則上の義務を負う場合があることについての意味がなく、信義則上の義務を何らかの形で規定するのは非常に困難が伴い、産業界からは消極的な意見が寄せられていること²¹、判例で認められてきた信義則の明文化という意味で契約交渉の不当破棄に対す

る損害賠償請求の規定を設けるべきであること、⁽²²⁾ 契約交渉過程における義務というものが信義則に基礎付けられ、その下で他方当事者の契約への信頼を保護するという枠組みであり、七〇九条の権利侵害という枠組みと基本的に同じことを採用しているわけで、不当性という文言を使わずにルール化することは望ましく、責任については、信義則の問題である以上、立法面でどのような法的性質と考えようが、同じような結論が出てくるようなルール化であればありがたいこと、⁽²³⁾ どのような場合に契約交渉の不当破棄の責任を認めるかということの他に、その法的性質、賠償範囲といった責任の本身など大きな問題が判例や学説でもいろいろな見解が対立していることに注意が必要であり、契約交渉で損失を被るといふのは、ある意味で被害者が経済的な損失を被ることなので、このような経済的損失を不法行為制度でどこまで保護すべきかという問題もあり、判例は信義則上の義務違反ないし不法行為で損害賠償を認めており、その意味で七〇九条の一つの解釈を打ち出しているといえること、⁽²⁴⁾ 契約交渉の不当破棄に関する趣旨はよく分かるが、一般民法の中で明確することによって、立法の意図を超えた形で悪用されるような場面が出てくるといふ懸念が非常に強いこと、⁽²⁵⁾ などの意見があった。

『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』（以下、「中間的な論点整理の補足説明」という）では、契約交渉の不当破棄に関する規定を設けることにつき積極的な意見と消極的な意見があり、また明文化する場合の留意点と規定内容に関して、契約交渉の破棄が原則として自由であることに配慮して、要件を相当絞り込む必要がある、などと説明している。⁽²⁶⁾

(2) 第二ステージ

部会資料では、本提案（2）⁽²⁷⁾ は信義則の規定（民法一条二項）を具体化したものと位置付けられるが、現行民法に既に一般的な規定（民法一条二項）⁽²⁸⁾ があるので重複する規定を設ける必要はないとの批判に対して、①民法一条二項

の抽象的な文言だけでは信義則の具体的な内容が明らかでないので、当事者に契約を締結するかどうかを決定する自由があるという原則に対して、信義則を根拠とする例外があることを明示しておく事には意味があるのではないか、②契約交渉の破棄が信義則に反するものとされる代表的な例を規定することは信義則違反の判断の手がかりとなり、予測可能性を高めるとともに、これに該当しない事案についても、同程度の背信性が必要となるという意味で、信義則の解釈指針を示すことになるのではないか、という提案であった。⁽²⁹⁾

第四八回会議では、まず、提案(1)⁽³⁰⁾では、交渉についての基本原則として交渉を自由に破棄することができるとを明文化することを提案しており、提案(2)は(1)の原則に対する例外として契約交渉を破棄したことによって相手方に生じた損害を賠償しなければならぬ場合の代表的な類型として、アの場合を挙げ、イはそれ以外にも信義則に反する交渉破棄があることから、バスケットクローズであると説明があった。⁽³¹⁾意見としては、契約交渉の不当破棄のとしが書いていないのが問題であり、信義則上、契約交渉を破棄するだけではなく、交渉を打ち切る自由があることをはっきり宣言して、それを一方当事者がさせない場合には信義則上、責任を負うとするのが適切である。⁽³²⁾契約上の義務なのか、不法行為上の義務なのかを突き詰めて規定を置かないと、思わぬ方向に走ってしまうような危惧を感じることから、効果面の統一をどのようにはかるのか、⁽³³⁾消費者に賠償責任が発生する可能性があり、非常に危うい条文だと思われる、⁽³⁴⁾などがあった。

契約交渉の不当破棄は、第三分科会第五回会議でも取り上げられた。中井委員より「中井メモ」が提出されて、提案と合わせて議論された。⁽³⁵⁾この会議では、原則は何なのかを明らかにして、ただしという形でその例外の規律を置くという発想は共通しているが、本文にあたるものの位置づけについての立場が違うことなのか、⁽³⁶⁾明文化に非常に消極的な意見もあるが、コストについては自己負担でやるという原則を書かないと、なかなか不当破棄についてのルール

を置くというコンセンサスは得難いのではないかという印象を受ける⁽³⁷⁾。松本分科会長が、損害賠償義務の発生する例外的場合に於ける重要なメルクマールとしてどういうものを拾い上げて、ルールの中に盛り込むかというところが重要であり、ここで具体的な文言を決めるということはおそらくできないので、方向性としてはそのような形で適切な文言を考え、特に提案のAや中井メモの①に当たる部分においては適切なメルクマールをうまく盛り込んだ具体例をあげる必要があるという点は意見が一致したといえ、その上で、非常に広い信義則というものでそれ以外をカバーするのか、あるいは中井メモの②のような信義則をもう少し分解したものでカバーするのかという考え方が次の分かれ方として出てくる可能性がある、とまとめている⁽³⁸⁾。

『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（以下、「中間試案の補足説明」という）は、本文のような規定を設けることに対して消費者保護という観点から懸念を示す声があり、事業者が消費者に対して商品の購入を勧誘し消費者が断りきれずに長時間その説明を受けたとか、検討した後日回答するなど答えた場合に、事業者が契約成立への相당한信頼が生じ、その後に消費者が契約の締結を拒絶すると損害賠償義務を負担させられるのではないかと懸念があるが、このような場合には、そもそも事業者が契約の成立が確実であると信じたと言えるかどうか自体に疑問がある場合が多いと考えられ、仮に信頼自体が認定できる場合があるとしても、事業者による執拗な勧誘が先行しているという交渉の経緯や、当事者の知識、経験などの事情に照らすと、事業者が契約の成立が確実であると信じたことが相当であるとは認められないケースが多いと考えられる⁽³⁹⁾。本文は、契約交渉過程以外の場面でも問題になり得る行為は一般不法行為の規律に委ね、飽くまで契約の成立過程に特有の問題として契約の成立が確実であるという相手方の信頼を保護する必要がある場面について、規定を設けるものである⁽⁴⁰⁾。本文の規定によって損害賠償の対象になるのは、当事者が契約の成立を妨げたことによって相手方に生じた損害であり、これらの損害は、従来の裁判例

等において信頼利益という表現で損害賠償の対象とされてきたものに相当すると考えられる。⁽⁴¹⁾ 以上のような説明であった。⁽⁴²⁾

(3) 第三ステージ

部会資料では、文言を修正して、⁽⁴³⁾ 相違点として、⁽⁴⁴⁾ 契約交渉の不当破棄が損害賠償義務を生じさせる要件について、中間試案は、相手方が契約の成立が確実であると信じ、そのことが相当であること、当事者の一方が正当な理由なく契約の成立を妨げたことを定めていたが、このうち後者は、素案においても維持しているが、前者については、相手方が契約の成立を信じ、それが相当であるという要件から、当事者の一方が相手方を信じさせるに足りる行為をしたことに改めており、これは、中間試案の要件では、相手方が相当の理由によって契約の成立を信じたのであれば、その信頼が必ずしも当事者の方によって引き起こされたものではなくとも、その当事者の損害賠償義務を発生させることも理解し得るが、それは適当ではないと考えたからであり、素案では、当事者が契約の成立が確実であると相手方に信じさせる行為をしたにもかかわらず、契約の成立を妨げた場合に損害賠償義務が生じることとして、その要件を明確化することを意図している。⁽⁴⁵⁾ と説明する。

第八四回会議では、素案では、「相手方に信じさせるに足りる行為をした」ということが要件となっており、先行行為があつて、それに矛盾するようなことをした場合のこと、いわゆる誤信惹起型であると思われるが、これに対して、中間試案は、「相手方が契約の成立が確実であると信じ」という要件なので、いわゆる信託裏切り型を含んでいるのではないかと思われることから、その説明の中では、信託裏切り型は適当でないと評価していると思われるが、学説ではこれをむしろ含める見解が有力であるし、判例でもそのようなものとして理解されているものがあり、元々、誤信惹起型は通常の不法行為責任を問うことが難しい類型であり、それだけを規定して、それ以外は排除するという

立法は、むしろ現在の判例・学説の立法化というよりも、少し限定してしまっているのではないか、また、将来の判例・学説の展開という観点からも制約的な効果を持つので、中間試案の方が良いのではないか、⁽⁴⁶⁾という意見があった。これに対して、中間試案が非常に複雑でいろいろな要件が重なっていたりして、文章として読みにくいところであったので、少しシンプルにする意図で書き改めたので、誤信惹起型に限ったとか、信賴裏切り型を外すということを意図したわけではない。⁽⁴⁷⁾との説明があった。

さらに、その後の部会資料でも、文言の修正があり、⁽⁴⁸⁾契約交渉の破棄に関する紛争が増加し、信義則を根拠に損害賠償請求を認容する裁判では数多く存在することや、民法一条二項の抽象的な文言からは契約が成立する前の交渉段階においても信義則が適用され得るという判例法を読み取ることが困難であることからすれば、この判例法理を明文化する必要が高いと考えられることから、契約交渉段階においても信義則が適用されるという原則のみを規定するという考え方を採用することを提案する。⁽⁴⁹⁾

第九二回会議では、契約交渉の不当破棄のルールについて表現を変えただけでなく、契約交渉の不当破棄に限らず、もう少し広く契約交渉段階で信義則が適用される場面を射程として考えており、この規律は、契約交渉の不当破棄に必ずしも限定されない、との説明があった。⁽⁵⁰⁾

その後は検討されず、立法化は見送られた。

Ⅲ. 検討

ここでは、債権法改正過程における「契約交渉の不当破棄」について、条文の構成、責任の法的性質、要件及び効

1. 条文の構成

まず問題となるのは、契約自由の原則（契約の締結の自由）及び民法一条二項との関係である。契約の締結の自由は、改正民法五二一条一項で「契約をするかどうかを自由に決定することができる」として立法化された。契約交渉の不当破棄が明文化された場合、同じ第二章第一節第一款「契約の成立」の箇所に置かれるため、契約の締結は自由であるとしながら、責任が発生する場合もある。その場合、改正民法五二一条の例外規定とするのか、または、会議で意見があったように、まず契約交渉の破棄の自由を規定して、一定の場合にその破棄を制限するのか、という条文の構成が考えられる。しかし、いずれの構成をとっても、条文の構成としては問題が残るのである。⁵²なぜなら、前者であれば、改正民法五二一条が契約自由の原則を明文化した規定（改正民法五二二条も同様）で、すでに契約の締結は「法令に特別の定めがある場合」と制限があるのに、さらに信義則により責任を負う場合があり、契約の成立に関する原則規定としての意味を薄めかねないからである。後者であれば、民法一条二項で信義則に関する規定があり、さらに改正民法五二一条で契約の締結の自由を規定しているのに、契約交渉の際にも、契約を締結しない自由があるとしつつ、一定の場合に信義則上の責任を負う場合があることを規定する必要性に乏しいといえるからである。

しかし、条文の構成に問題があったとしても、債権法改正の趣旨である「国民一般にわかりやすいもの」から考えれば、内容の重複ないしそれが隣接したとしても、「見栄え」の問題に過ぎず、大きな問題な問題とはならないであろう。⁵³次に、契約交渉の破棄の条文それ自体の構成では、第Iフェーズから第IIフェーズの第二ステージまで、契約を破棄する自由が原則であり、責任が発生するのが例外であるという構成になっていた。しかし、第IIフェーズの第三ス

テージからは、原則と例外の構成でなくなり、最終的には「契約を締結しようとする当事者は信義に従い誠実に交渉を行わなければならない。」として、契約交渉に信義則が適用されるという原則のみの規定となった。そして、これは、第四八回会議において、提案「第2 契約交渉段階」1―(2)―イの契約交渉の不当破棄に限定されない包括的規定（バスケットクローズ）の部分のみが残ったものともいえる。⁽⁵⁴⁾ 原則と例外という構成は、契約を破棄する自由を原則として、法的責任が発生する場合を個別に示すことによつて、契約交渉の不当破棄の問題の解決を図る構成といえよう。⁽⁵⁵⁾ このような構成自体は、法律の専門家のみならず、「国民一般にわかりやすいもの」であり、維持されてしかるべきものであったといえよう。⁽⁵⁶⁾

しかし、その後、包括的規定として提案したのは、要件の問題（3で後述）に加え、契約交渉等に関与させた第三者の行為による交渉当事者の責任が既に見送りになっていったことから、この問題などにも対応できるようにするためであり、また、判例が契約交渉の不当破棄による責任を信義則を根拠に認めてきたことを立法化（信義則の具体化）するためというねらいも理解できる。しかし、包括的規定としたことより、契約交渉の不当破棄の責任が何故発生するのかについて、見通しの悪い規定となつてしまい、信義則の具体化としてはむしろ後退してしまつたといわざるを得ない。

2. 責任の根拠及び法的性質

責任の根拠については、第Iフェーズから第IIフェーズまで一貫して信義則違反であるとしている。これは、従来から判例において認められていたように、次の述べる法的性質をどのように解するかにかかわらないので、信義則違反を根拠にすること自体に議論はなかつたといえる。

責任の法的性質については、従来から学説において、契約責任とすべきか、不法行為責任とすべきか、で争いがあつた。⁽⁵⁷⁾ 提案による条文の位置は、契約総論の箇所であつたが、法的性質については、後の学説に委ねるといふ立場であつた。学説上争いのあるところであり、法的性質を決定することは困難であつたため、会議において、何度か法的性質を決めるべきとの意見があつたにもかかわらず、法制審議会が本格的に検討しなかつたことは、やむを得なかつたといえる。しかし、責任の法的性質を決めなかつたがゆえに、要件と損害賠償についてまとまらず、明文化が見送られた原因の一つとなつたのではないかと考えられる。

3. 要件

要件について第Iフェーズの委員会案は、①契約締結の可能性がないにもかかわらず、契約交渉を継続したことと、②交渉の相手方が契約締結への信頼が発生しているにもかかわらず、契約の締結をしなかつたことに求めている。⁽⁵⁸⁾ 第九回会議では、明文化によって悪用される危険性がある、中間的な論点整理の補足説明では、特に契約締結の破棄の事由に配慮して、要件を相当絞り込む必要があると説明された。第二ステージの部会資料では、契約交渉の破棄の具体例を示すことが提案された。第四八回会議では、提案「第2 契約交渉段階」1—(2)—イはバスケットクローズであるという説明があつた。第三分科会第五回会議では、松本分科会長より、中井メモのように、信義則を広くとるか狭くとるか、が考え方の分かれ目であるというまとめがあつた。中間試案の補足説明では、契約の成立が確実であることが問題であることの説明であつた。第三ステージの部会資料75Aでは、契約の成立を妨げられたことが問題であるとして明確したと説明しており、第八四回会議では、想定している類型が限定的であるという意見があつたが、文章をシンプルにする意図以外のものではないとの説明がされた。

委員会案では、契約締結の可能性に着目して二つの要件を提案したが、第二ステージの部会資料41では、契約交渉破棄の具体例を挙げるとともに、バスケットクローズも提案した。これは、提案「第2 契約交渉段階」1—(2)—Aの場合に限られないものを包含する趣旨であり、契約交渉段階で生じる問題に対応するための提案であることは理解できる。しかし、バスケットクローズを提案したことにより、その後の会議で要件について、不明確さが現れるようになった。なぜなら、第八四回会議における中田委員の意見のように、中間試案では「相手方が契約の成立が確実であると信じ」という要件なのに、部会資料75Aの提案において「相手方に信じさせるに足りる行為をした」という要件に変更するのは、学説が前者を誤信惹起型で後者を信頼裏切り型に分類しているのと、整合性が取れないからである。文章をシンプルにしただけで類型を限定したわけではないと説明するが、文章をシンプルにした結果、書かざる要件（信頼裏切り型）が加わることになり、委員会案や部会資料41の提案よりも、要件として分かりにくくなったしまったと思われる。そして、条文の構成の箇所述べたように、最終的に包括的な提案となった結果、具体的な契約交渉破棄の例示による要件の明確化は達成できず、立法化が見送られたのである。

4. 損害賠償の範囲

損害賠償の範囲については、第一フェーズの委員会案では、信頼利益という表現を用いずに「契約の成立を信頼したことにより被った損害」と表現している。研究会案では、損害賠償の範囲を「相手方が契約交渉に費やした費用及びその交渉により実際に失われた取引の機会から得られたであろう利益」として履行利益まで認められるような表現となっている。第二フェーズの第一ステージでは、第九回会議で、被害者の経済的損失の保護を立法によって解決することであり、それは七〇九条の一つの解釈の方向である。中間試案の補足説明では、従来の裁判例において信頼利

益という表現で賠償の対象とされたものに相当する、という説明であった。

契約交渉の不当破棄による損害賠償については、信賴利益に限られるか、履行利益まで認められるか、で学説上争いがある⁽⁶⁾。部会資料や中間試案の補足説明が言及するように、判例は多くの場合、信賴利益のみを認める場合が多い。一方で、契約交渉を不当に破棄された当事者の損害賠償の範囲が信賴利益に限られない場合も存在するのであり、信賴利益と履行利益の区別についても困難である。また、研究会案では、履行利益まで含むような規定となっていることから、その区別を明確にすることは困難といえよう。したがって、改正案として、損害賠償の範囲について信賴利益を前提としながら、条文上は明示せず、今後の解釈に委ねることにしたのは正当と評価できる。

5. その他の問題

その他の問題として、契約交渉の不当破棄における事業者と消費者の関係について検討する。

第1フェーズの第一ステージの第九回会議では、産業界からの信義則の具体化は、契約交渉の破棄の自由の原則がなければ、信義則上の義務を規定しても無意味であり、どのような段階から不当な破棄が許されなくなり、信義則上の義務を負うのかについて、実際の商取引では非常にケース・バイ・ケースで困難であるという消極的意見と、一般法である民法で契約交渉の不当破棄を明確化することによって、立法の意図を超えた形で悪用されるのではないかと懸念する意見があった。また、判例・学説に注意しつつ、どのような法的性質となるかが、同じ結論となるのが望ましいなど一定の留保付きで立法化に賛成する意見もあった。この段階の立法の可否は、懸念する意見もあったものの、概ね立法化を検討することについては、肯定的なものが多かったといえる。

ところが、第二ステージの第四八回会議では、消費者に賠償責任が発生する可能性があるとして、非常に危うい規

定であると思われるという消費者保護の観点から懸念する意見があった。この懸念に対して、中間試案の補足意見は、事業者から消費者に対する契約交渉の不当破棄による損害賠償請求は、そもそも事業者が契約成立への相当な信頼が生じたのかについて疑わしい場合が多く、交渉の経緯や当事者の知識、経験などの事情に照らすと、そのような信頼が認められないケースは多いと説明している。

立法にあたっては、契約交渉の不当破棄による保護の対象として主に消費者が想定されていたと考えてよからう。しかし、民法が一般法である以上、当然事業者にも、契約交渉の不当破棄による損害賠償を請求する権利を認めなければならぬ。そうすると、中間試案の補足意見が説明するように、実際の契約交渉の諸事情を考慮して、事業者の契約成立に対する相当な信頼が生じない場合が多からうが、消費者にも責任が生じる場合がある。第四八回会議で道垣内幹事が述べたように、事業者が消費者に対して信義則に従った交渉を求めた場合である。そうであれば、1以下で述べたように、原則と例外を規定し、信義則上の義務が発生する具体的場合を規定して、事業者と消費者の予測可能性をより具体的な形で担保する必要があったのではないかと思われる。しかし、第三ステージ以降は条文自体のバスケットクロージ化が進み、そうならなかったのである。

IV. 結びに代えて

本稿では、契約交渉の不当破棄を改正の経緯を検討したが、この検討から抽出された到達点と今後の課題は、次の通りである。

まず、到達点としては、契約交渉の不当破棄について、その法的性質と損害賠償の範囲について判例・学説上争い

があるものの、信義則を根拠に不当破棄をした者に責任が発生すること自体は、判例・学説及び実務でも共通の理解がされていたことである。そして、その責任が発生する条文の構成を、契約交渉の破棄の自由を原則として、契約交渉の破棄が信義則に反する例外的な場合がある程度具体化して提案したことである。特に、法的性質を留保したとはいえ、民法典の契約総則の箇所に立法しようとしたことは、契約との類似性ないし密接関連性を考慮してのことなので、今後再びわが国の契約交渉の不当破棄の立法を進めるにあたっての基準となるものといえよう。言い換えるならば、不法行為でも対応できる問題をどこまで契約責任として取り込むのかという基準となるのである。

次に、今後の立法課題として残ったものとしては、条文の構成として、委員会案の契約交渉に関する原則と例外の関係を維持できず、次第にバスケットクローズ化してしまつたことである。その結果、それまでの要件や効果等に関する議論が見通しの悪いものとなつてしまい、最終的に立法化が見送られることになつたといえよう。バスケットクローズ化したことは、契約交渉の不当破棄のみならず、その他の契約締結上の過失と隣接分野の立法の見送りに影響を受けたので、仕方のない側面がある。しかし、立法論としては、どうした場合にどんな性質のどのような責任が発生するかについて、ある程度具体化するか必要があつたのではないかと思われる。⁽⁶³⁾ そうすることができなかったため、信義則という一般条項の具体化を目指したのに、反対に一般条項化してしまい、立法化の意義がほとんど失われてしまつたのである。⁽⁶⁴⁾

また、改正の中で出てきた事業者と消費者の関係も今後の立法課題として残つたといえる。一般法である民法の立法として考える以上、消費者だけではなく、事業者も契約交渉の不当破棄について信義則を根拠として、損害賠償を請求できるのであり、損害賠償ができる場合の要件を類型化ないし具体化をして、さらに詰めていかなければならなかつたといえよう。そうしなければ、両当事者の予測可能性が担保されず、債権法改正の趣旨である「国民一般にわ

かりやすいものにする」にも反することになるのではないだろうか。

これらの立法的課題は、当然今後の解釈論においても、要件や効果である損害賠償などで、さらなる検討課題になり得るだろう。

本稿は、債権法改正過程における契約交渉の不当破棄に関する検討のみであった。その他の契約締結上の過失の問題については、比較法を加えて、別稿で論じることがしたい。

〈条文資料〉⁽⁶⁵⁾

1. 委員会案

【3.1.1.09】（交渉を不当に破棄した者の損害賠償責任）

〈1〉当事者は、契約の交渉を破棄したということのみを理由としては、責任を問われない。

〈2〉前項の規定にもかかわらず、当事者は、信義誠実の原則に反して、契約締結の見込みがないにもかかわらず交渉を継続し、または契約の締結を拒絶したときは、相手方が契約の成立を信頼したことによって被った損害を賠償する責任を負う。

2. 研究会案

三条（信義誠実の原則と権利濫用の禁止）

① 権利義務の発生及び消滅、並びに権利の行使及び義務の履行は、信義誠実の原則に従う。この原則の下で、以下の各号に掲げる行為は、これをしてはならない。

一 先行する自己の行為と反する背信的な主張

二 著しく不正な行為をした者が、その行為に関して法的救済を求めること。

四五七条（契約交渉における誠実義務）

①…当事者は、自由に契約の交渉をすることができ、契約が成立に至らなかったときも、その責任を負わない。

②…前項の規定にかかわらず、（新）第三条（信義誠実の原則と権利濫用の禁止）第一項に反して交渉を行い、又は交渉を打ち切った当事者は、相手方が契約交渉に費やした費用及びその交渉により実際に失われた取引の機会から得られたであろう利益を賠償しなければならない。

3. 中間試案

第27 契約交渉段階

1 契約締結の自由と契約交渉の不当破棄

契約を締結するための交渉の当事者の一方は、契約が成立しなかった場合であっても、これによって相手方に生じた損害を賠償する責任を負わないものとする。ただし、相手方が契約の成立が確実であると信じ、かつ、契約の性質、当事者の知識及び経験、交渉の進捗状況その他交渉に関する一切の事情に照らしてそのように信ずることが相当であると認められる場合において、その当事者の一方が、正当な理由なく契約の成立を妨げたときは、その当事者の一方は、これによって相手方に生じた損害を賠償する責任を負うものとする。

（注）このような規定を設けないという考え方がある。

（1）例えば、総則では、動機の錯誤（九五条一項二号、二項）、代理（代理権の濫用（一〇七条）、表見代理における重畳適用（一〇九条二項、一二二条二項）、短期消滅時効の廃止（二六六条）などが立法化された。その一方で、契約の解釈、複数契約の解除、継続的

- 契約、付随義務及び保護義務、期限の利益などが見送られた(稲田和也・高井章光「民法(債権法)『見送り』事項に関する実務的検討—契約条項見直しを中心に—(上)(下)」NBL1107号一四頁、NBL1108号一〇八号三三頁(二〇一七年))。
- (2) 契約締結上の過失の類型には、①原始的不能による契約の不成立・無効の場合、②契約の準備交渉にとどまった場合、③契約は有効に成立したが、その交渉の段階で不正確な説明がなされたため、相手方が抱いた給付に対する期待が裏切られた場合(説明義務違反)、④交渉段階での一方当事者の過失によって、相手方の身体・財産を侵害した場合、の四つがあるという(本田純一「契約締結上の過失」理論について、遠藤浩・林良平・水本浩「監修」『現代契約法体系 第一巻 現代契約の法理(一)』(有斐閣、一九八三年)一九三頁)。
- (3) 第一九二回国会 衆議院法務委員会第八号(平成二八年一月一六日(水曜日)) 金田勝年法務大臣(当時)発言。なお、金田法務大臣は、要点として、①消滅時効期間の統一、②法定利率の現行の五%から三%に引き下げた上での金利変動制の導入、③保証債務に関する規定の整備、④定期約款の整備、⑤確立した判例法理等の明文化、を挙げている。
- (4) これらを指摘するものに、山城一真「契約交渉段階の法的責任」瀬川信久(編著)『債権法改正の論点とこれからの検討課題』(商事法務、二〇一四年)一四〇頁。
- (5) 原始的不能、契約締結過程における説明義務・情報提供義務と契約交渉等に関与させた第三者の行為による交渉当事者の責任については、後日、改正の経緯を踏まえて、別稿で論じる予定である。
- (6) 第三フェーズとして国会審議 衆議院可決(平成二九年(二〇一七年)四月一四日)、参議院可決・成立(同年五月二六日)、公布(同年六月二日)があるが、本稿では割愛する。
- (7) なお、債権法改正の過程では諸外国の規定も参考にされた。ドイツ民法、フランス民法(改正草案含む)、アメリカ第二次リステイメント、国際物品売買契約に関する国際連合条約、ヨーロッパ契約法原則、ユニドロワ国際商事契約原則、共通欧州売買法(草案)等、多岐に及ぶ。諸外国との比較検討については、後日に期したい。
- (8) 法制審議会「民法(債権関係)部会の資料については、特に断りのない限り、法務省のホームページの資料を使用している」(<http://www.moj.go.jp/shingij/shingikai/saiken.htm>)。
- (9) 民法(債権法)改正検討委員会(編)『債権法改正の基本方針』(商事法務、二〇〇九年)
- (10) 民法改正研究会(編)『民法改正 国民・法曹・学会有志案』(日本評論社、二〇〇九年)
- (11) 研究会案四五七条(契約交渉における誠実義務)(条文資料参照)において、①の最後の行は「原則としてその責任を負わない。」、

②の後段は「相手方が契約交渉に費やした費用などを賠償しなければならぬ。」としてはどうかという提言があった(堀龍兒「契約総論についての立法案の検討と提言」前掲(脚注10)五〇頁)。さらに、堀教授より、契約が不成立の場合、原則として無責であるが、状況によっては慰謝料、履行利益の賠償もありうるのではないかと質問があり、一般には契約を結ばない事由があるが、ポイント・オブ・ノーリターンのところもありうると思え、そこからは費用賠償、契約締結後の不履行の場合に逸失利益の賠償が問題になると考えていると回答している(五十川直行回答)。「民法改正一問一答 学会との対話」前掲(脚注10)七四頁)。

- (12) 委員会草案・前掲(脚注9) 九五頁。
 - (13) 委員会草案・前掲(脚注9) 九五頁。
 - (14) 民法(債権法)改正検討委員会(編)『詳解 債権法改正の基本方針Ⅱ 契約および債権一般(一)』(商事法務、二〇〇九年)四二頁。
 - (15) 部会資料11―2
 - (16) 部会資料・前掲(脚注15) 一三頁。
 - (17) 部会資料・前掲(脚注15) 一三頁。
 - (18) 部会資料・前掲(脚注15) 一三頁。
 - (19) 部会資料・前掲(脚注15) 一三―一四頁。
 - (20) 部会資料・前掲(脚注15) 一四頁。
 - (21) 奈須野関係官発言・第九回会議二五頁。
 - (22) 高須幹事発言・第九回会議二六―二七頁。
 - (23) 潮見幹事発言・第九回会議二七―二八頁。
 - (24) 能見委員発言・第九回会議二八―二九頁。
 - (25) 木村委員発言・第九回会議二九頁。
 - (26) 中間的な論点整理の補足説明一八三―一八四頁。
 - (27) 部会資料41
 - (28) 第2 契約交渉段階
- 1 契約交渉の不当破棄

- (1) 契約交渉の当事者は、原則として、交渉の開始、継続又は破棄によって相手方に生じた損害を賠償する責任を負わない旨の規定を設けるものとしてどうか。
- (2) (1) の例外として、次のア及びイに掲げる場合には、契約交渉の当事者は、相手方に対し、これによって相手方に生じた損害を賠償する責任を負う旨の規定を設けるものとしてどうか。
- ア 交渉の経緯から相手方が契約の成立が確実であると通常考える場合において、当事者の合理的な理由なく契約の締結を拒絶したとき
- イ アに掲げる場合のほか、当事者が信義則に違反して交渉を行い、又は破棄したとき
- (29) 部会資料・前掲(脚注27) 二一頁。
- (30) 脚注28の提案を参照されたい。
- (31) 笹井関係官発言・第四八回会議五八頁。
- (32) 松本委員発言・第四八回会議六〇頁。
- (33) 潮見幹事発言・第四八回会議六一頁。
- (34) 道垣内幹事発言・第四八回会議六二頁。道垣内幹事は、「これは全く逆にも適用される条文で、実際、私もいろいろな勧誘の電話を受けますが、冷たくあしらいますと、電話の相手方から、人間として人の話は丁寧に聞くものだと言われたこともありまして、そういう業者というのは結構います。対面で大手企業の方に言われたこともありまして。私は、そのとき、そのような義務がどこから発するのかを教えてほしいと言ったのですが、条文に信義則に違反して交渉してはいけないと書いてあるではないかと言われますと、そういえば、そういうのが法制審であったなと私は思っています。」「と発言している。
- (35) 契約に関する基本原則等
- 2 契約締結の自由
- 契約交渉の当事者は、【法令に別段の定めがある場合を除き、】**【or 公序良俗に関する規定に反しない範囲で、】**契約を締結するか否かを自由に決定することができる。【**or 契約を締結する義務を負わない。】**】
- ただし、契約交渉の一方当事者が次に掲げる行為をしたときは、これによって相手方に生じた損害を賠償しなければならぬ。
- ① 交渉の経緯に照らして、相手方が契約の成立が確実であると通常考える場合に、正当な理由なく契約の締結を拒絶したとき
- ② その他契約の内容・目的、当事者の属性、契約の交渉経緯、交渉過程でなされた合意の存在及びその内容に照らして、信義に反し

- て、契約の交渉を継続し、または破棄したとき。
- (36) 沖野幹事発言・第三分科会第五回会議議事録七頁。
- (37) 内田委員発言・第三分科会第五回会議議事録九頁。
- (38) 松本分科会長発言・第三分科会第五回会議議事録一〇頁。
- (39) 中間試案の補足説明三三二八頁。
- (40) 中間試案の補足説明三三二九頁。
- (41) 中間試案の補足説明三三九一三四〇頁。
- (42) そのほか、本文は同項の文言が極めて抽象的であることに鑑みると、学説における議論の蓄積や裁判例の集積により信義則から派生した一般的なルールを抽出できる場合には信義則の具体的な適用場面を明らかにする観点から、そのルールを明文化することが望ましいという考え方に基づき規定を設けようとするものであるが、信義則から派生した法理を明文化することに対する批判にも留意する必要がある、と説明する（中間試案の補足説明三四〇頁）。
- (43) 部会資料75 A
- (44) 「契約を締結するための交渉の当事者が、契約の成立が確実であると相手方に信じさせるに足りる行為をしたにもかかわらず、正当な理由なく契約の成立を妨げたときは、これによって相手方に生じた損害を賠償する責任を負う。」（部会資料・前掲（脚注43）四頁）
- (45) 部会資料・前掲（脚注43）五～六頁。
- (46) 中田委員発言・第八四回会議六〇～六一頁。
- (47) 笹井関係官発言・第八四回会議六一頁。
- (48) 部会資料80 B
- (49) 「契約を締結しようとする当事者は信義に従い誠実に交渉を行わなければならない。」（部会資料・前掲（脚注48）一〇頁）
- (50) 部会資料・前掲（脚注48）一二頁。
- (51) 第九二回会議一二三頁。
- (52) また、「債権債務関係における信義則の具体化」も立法化されなかったが、これとの関係も問題となろう。
- (53) 第四八回会議でも、例えば、森幹事の民法一条二項の信義則と同じであるので、シンボリックの意味やメッセージ性に若干の疑問があるとの意見に対し、潮見幹事が、正にシンボリックなところにこそ意味があり、その意味では、民法一条二項があったとしても、

- なおも規定を設ける趣旨があると答えている（森・潮見幹事発言・第四八回会議五三頁）。
- (54) 契約交渉過程における守秘義務（部会資料41（二二頁））や、事業者が契約交渉から離脱しようとする消費者を妨げた場合（道垣内幹事発言・第四八回会議（脚注34））などである。
- (55) この点、ドイツとフランスの契約交渉の不当破棄に関する規定を検討して、日本における改正提案は、事案類型ごとに規定を創設したうえで、それらを一箇所にまとめて規定するという、ドイツ（一般条項型）とフランス（個別規定分散型）の中間的な方式（個別規定一括方式）の採用を論じていたようにみえ、この方式の選択は、給付義務に取り込むことができないう義務群に対して「信義則上の責任」という包括的な根拠づけを与えてきた日本法の発展を良く反映するものといえるとする見解がある（山城・前掲（脚注4）一五四～一五五頁）。
- (56) なお、研究会案四五七条でも、契約交渉の不当破棄について、契約交渉を破棄する自由が原則であり、一定の場合に破棄により責任が発生するという、原則と例外の関係となっている。
- (57) 契約責任と考えるもの（本田・前掲（脚注2）、平井宜雄『債権各論I—1—契約総論』（弘文堂、二〇〇八年）一二九～一三〇頁）、不法行為責任と考えるもの（潮見佳男『新債権総論I』（信山社、二〇一七年）一二二頁、平野裕之「いわゆる『契約締結上の過失』責任について」法律論叢六一巻六号六八頁）、中間的に考えるもの（円谷峻『新・契約の成立と責任』（成文堂、二〇〇四年）一九三～一九五頁（不法行為責任と信義則違反による責任を認める））、がある。
- (58) 研究会案四五七条では、研究会案三条の信義則違反や権利濫用である場合に、契約交渉の不当破棄の責任が生じるとしており、包括的な要件となっている。
- (59) 脚注28を参照されたい。
- (60) 従来通説は、損害賠償の範囲について信頼利益に限られるとしているが（我妻榮『債権各論上巻（民法講義V1）』（岩波書店、一九五四年）四〇頁）、現在は、論者によってその範囲が異なる。例えば、円谷教授は、履行利益、信頼利益と概念を持ち出す必要はなく、契約交渉の不当破棄と相当因果関係にある損害が損害賠償の範囲になるという（円谷・前掲（脚注57）一九三～一九四頁）。
- (61) もっとも典型的なもののは、契約締結直前での契約交渉の不当破棄であり、ほぼ履行利益に近い損害が発生するものと思われる。
- (62) 契約締結上の過失については、契約交渉等に関与させた第三者の行為による交渉当事者の責任が、すでに中間試案の前に見送られており、「付随義務及び保護義務」と「信義則等の適用に当たった際の考慮要素」も最終的に立法化が見送られたことも影響があると思われる。

- (63) この点、契約交渉の不当破棄に関する責任を正しく把握するためには、まず何よりもこれに隣接する法制度の適用領域を明確すべきであり、これが明らかにされていない現状下において、交渉破棄の責任を立法化することに反対であるというものがある（有賀恵美子「第2 契約交渉段階」円谷峻【編著】『民法改正案の検討 第二巻』（成文堂、二〇一三年）一七九頁）。
- (64) 「契約締結上の過失」理論が生成途上にあるので、契約交渉の不当破棄について、「立法例」としては、「交渉過程において、信義誠実の原則に反する行為をした者は」というように、抽象的で概括的な要件を設けるにとどめるべきで、やむを得ないとするものがある（池田清治「契約締結上の過失の規定をどう考えるか」椿寿夫・他編『民法改正を考える』（日本評論社、二〇〇八年）二一四頁）。
- (65) 法制審議会「民法（債権関係）部会の資料（脚注8参照）」による。