

契約締結上の過失論序説

——契約責任との関係——

一 序

契約締結上の過失 (Vorschulden beim Vertragsschlusse) は、契約締結過程において契約当事者の一方が、過失によって相手方に不測の損害を与えた場合に、過失の責任をどのように取扱うかという問題であつて、わが国では、原始的不能論を中心として考察されてきている。⁽¹⁾この契約締結上の過失問題は、従来の不法行為責任についての規定が不十分であり、一般に損害の補償について要求される責任のすべてを果していないといふことにある。⁽²⁾民法第七〇九条において、単なる過失による場合には、違法性を認めることの困難な場合が多く、また、どのような場合にいかなる種類の権利が侵害されるのか疑問が多い。さらに、民法七一五条のような特殊な場合に生ずる財産的損害のなかには、従来の不法行為責任によって救済できないものもある。

契約締結上の過失論序説(柿 本)

柿 本 啓

る。
このような従来の不法行為責任にも契約責任にも属さないような責任は、社会生活の発展とともにますます増加しこの中間領域の責任の理由づけを要請されるのは当然であり、ここに契約締結上の過失問題として提起されるのである。

ただ、この責任問題は、第一に、契約の無効についての責任か、契約締結に際しての過失についての責任か、あるいは契約締結のための準備的段階において過失があり、後に至り契約締結がなかった場合の責任も含むか、などの責任範囲が問題となる。第二に、この責任を契約責任の延長として考えるか、あるいは不法行為責任の拡大として考えるかである。この責任を契約責任の延長として構成するのが学説の傾向であるが、⁽³⁾問題の体系的位位置や、意義・範囲の分析は未だ十分ではなく、今後に残された課題である。若干

の主要な論点を分析整理して今後の基礎としたい。⁽⁴⁾

(1) 鳩山秀夫「債権法における信義誠実の原則」(学術選書

4)(昭三二)三〇一頁以下参照。

(2) 片山金章「契約締結上の過失について」(綜合法学二卷一
号六頁)。

(3) 片山金章「契約締結上の過失について」(綜合法学二卷一
号七頁、我妻栄「債権各論上巻」(昭三二)三八頁—四二頁)。

(4) この問題については、北川善太郎「契約責任の研究」
(昭三八)特に一九四頁以下に詳細な研究がある。

二 契約締結上の過失に関する

立法例と学説

(一) ドイツ民法は、不能給付(三〇七条)、禁止法規違反
の契約(三〇九条)を規定している。さらに、五二三条一
項、六〇〇条、六九四条の諸規定は、契約締結に際して、
契約当事者の一方が相手方に対して目的物の瑕疵または欠
缺を故意に黙秘したり、あるいは目的物の危険な性質につ
いて解明しなかった場合の責任を規定している。要するに、
これらの規定の基礎にある思想は、何人も契約締結前、す
なわち、契約の準備段階においても、契約締結に際してとお
なじく、信義誠実の原則にしたがい、将来の契約仲間に期

待されるべき注意義務と相手方の利益の配慮に留意すべき
義務を負うということにある。そして、その後有効な契約
が締結されたか否とにかかわりない。⁽¹⁾そして、このような、
考え方は、学説・判例によって現行法の一制度にまで高め
られ、この制度は、「多年の慣習と一般的法意識への導入
により、今日では一つの慣習法としての力をもつに至っ
た」⁽²⁾のである。

フランス法における学説は早くから論議され、無効のさ
いの賠償責任はかなり一般化しているが、包括的な不法行
為規定(一三八二条)の存在から、これを不法行為責任とし
て理解しているものもある。⁽³⁾しかし、学説・判例の傾向は、
この責任をむしろ契約責任とみているようである。スイス
債務法では、給付の原始的不能に関する規定(債務法二〇
条)や後発的不能に関する規定(債務法九七条・一一九条)に
は、ドイツ民法三〇七条および三〇九条に相当するような
規定は含まれていない。しかし判例は、いずれも不能また
は法律の禁止に反する内容をもつ契約に際して、給付の不
能または法律の禁止に反することを知っていた契約当事者
に対して、損害賠償の義務を負わせるのが公平である、と
しており、この場合悪意の当事者は相手方の信頼利益を賠
償しなければならぬとする。⁽⁴⁾

英米法上では、契約締結上の過失に基づく責任は認められていない。すなわち、英米法は「買主注意せよ」(Cave at emptor)との基本原則が支配している。その結果各人は、「自己」の判断に依存して行為すべきであり、契約の相手方には何らの通知義務・説明義務および保持義務も負わされていない。したがって黙秘により相手方の不知・錯誤を利用して利益を獲得することができる。ただ、当事者の発言、表情、首肯などの積極的な行為によって相手方に誤った仮定あるいは観念をいだかせたような場合には、法の許容の限界を超えることになる。この原則に対する例外として、最高信義の契約 (Contractus uberrimae fidei) — 保険契約・土地売買契約・株式引受契約など — 種類売買契約および見本による売買契約の場合には適用されない。このように、英米法では、一般に積極的な不実表示がないかぎり、契約の効力には何らの影響をおよぼさず、契約締結上の過失の問題は生ずる余地がないのである。そして、悪意の不実表示 (fraudulent misrepresentation) の責任は、損害賠償責任であるが、これは詐欺であって、不法行為の問題とされている。また、不正な表示が善意で、詐欺的な意思がないいわゆる善意の不実表示 (innocent misrepresentation) の場合は、契約解除権と原状回復としての

損失補償 (indemnity) を認められるが、損害賠償を請求することはできないとされる。このように、契約締結上の過失についての責任は、英米法を除く他の国において認められている。

- (1) 片山金章「契約締結上の過失について」綜合法学二巻一
号(昭三四)八頁、我妻栄「債権各論上」(昭三〇)三八頁三
九頁。北川善太郎「契約責任の研究」二二九頁以下
- (2) 片山金章「契約締結上の過失について」綜合法学二巻一
号(昭三四)八頁。
- (3) Zachariä-Crome, Handbuch des Französischen Civil-
rechts. 8 Bd. II. 1894. S. 758 f.; Demogue, Traité des
Obligations en général. I. Tome, I. 1923. P. 97 n. 1. 北
川善太郎「契約責任の研究」(昭三八)二二六頁、二二七頁参
照。
- (4) 片山金章「契約締結上の過失について」綜合法学二巻一
号(昭三四)八頁参照、北川善太郎「契約責任の研究」(昭
三八)二一八頁参照。
- (5) 北川善太郎「契約責任の研究」(昭三八)二二二頁参照。
- (6) 谷口知平「英米契約法原理」(昭二七)一九〇頁以下参
照。
- (7) Cheshire-foot, op. cit. p. 232. 谷口知平「英米契約
法原理」(昭二七)一九六頁以下参照。なお、これらの点に
ついて、内田力蔵「英法における善意不実表示に就いて」法

学協会雑誌五三巻五号—七号で詳細な研究がある。

(8) Cheshire-foot, op. cit. p. 238-239, 谷口知平「英米契約法原理」(昭二七)二二二頁以下参照。

(9) Cheshire-foot, op. cit. p. 229-230, 北川善太郎「契約責任の研究」(昭三八)二二三頁参照。谷口知平「英米契約法原理」(昭二七)二〇〇頁以下参照。片山金章「契約締結上の過失について」綜合法学二巻一号(昭三四)九頁参照。

(二) 契約締結上の過失に関する学説の起源は、古くはイエーリングに遡るのであるが、その内容については、すでにそれぞれの角度から紹介されている⁽¹⁾。イエーリングは、過失ある錯誤者のために無過失の相手方が損害をうけることは妥当でないとの利益衡量を出発点として、「契約締結は給付義務とならんで同時に注意義務(Sorgfaltspflicht)を生ぜしめるのであり、たとえ給付義務が無効であっても注意義務は存続する」とのべ、その結果、後に至って行われる契約の締結自体を責任の根拠とするのである⁽²⁾。それは、無効な契約から契約上の義務が生ずるのは、無効は全面的効力ではなしに、実際上の主目的(履行義務)によってきまる特定の効力の不存在を意味するのであるから、契約が無効にかかわらず契約責任をみとめる余地は十分にあるとするのである⁽³⁾。このイエーリングの問題提起をさらに発展

させたのは、レオンハルドである。レオンハルドは、契約締結上の過失は、イエーリングの契約無効な場合より契約が有効な場合の方がより重要な問題とし、その過失責任としての一般化をはかったのである⁽⁴⁾。しかし、このレオンハルドの説では、後に至って契約が締結されなかった場合には責任を問うことはできないことになる。

そこで、ドイツの判例は、まずこのような場合を、当事者間に黙示的に締結された特別責任契約⁽⁵⁾なるものを仮定することによって、救済しようとしたのである。すなわち、「絨毯の展示の申込とその承諾は売買の実現、それ故に法律行為的効果の実現を目的とする。これはたんに事実上の出来事……でなしに、当事者間に売買を準備する法律関係を成立せしめる。これは契約類似の性格(Vertragähnlicher Charakter)を帯び、売手や買手に商品の展示や検査のさいに相手方の健康や所有権に対して命じられた注意を守る義務を生ずる限りで法律行為的義務(Rechtsgesehäftliche Verbindlichkeit)を生ぜしめた。……他のRGの判例でも、契約ないし債務関係から狭い意味の關係の法的性質と無関係であるが、その事実上の形成から必然的に伴う相手方の生命、所有権に対する注意義務が生じうることが承認されている⁽⁶⁾」とするのである。しかし、このよう

な仮定は単なる擬制であつて、恣意的な急場の打開策にすぎなく、また、この責任契約の締結以前に過失があつた場合には何らの救済ともならないのである。そこで、ドイツ判例はその後態度を変更して、契約締結の準備に入ったことにより契約類似の信賴關係が生ずるとし、この信賴關係から発生する通知義務、解明義務および保持義務を責任の根拠とした。そして、この責任は契約締結の有無にかかわらず、また注意義務の違反も故意のあることを必要とせず、過失で足りるとする。⁽⁷⁾この判例理論を更にすすめたのがシュトールの説である。シュトールは、契約締結の準備に入ることにより、特別の法律關係すなわち「契約締結準備の法律關係」(Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen)が生じ、この法律關係はその後の契約關係の前段階をなすものであり、締結前の契約の根拠は一方的な法律行為・契約の申込みまたは準備行為の開始(Eintritt)への誘引により発生する有機體としての債務關係(Schuldverhältnis als Organismus)であるとみている。そして、この有機體としての債務關係は、準備行為關係・契約關係・解除後の解消關係(Auflösungsverh)を現象形態(Erscheinungsform)とする全法律關係の基礎をなしているとみられている。そこで、このような債務關係から注意義務・

通知義務・解明義務が生ずるとする。⁽⁸⁾しかし、契約締結のための準備行為をも法律行為であるとすることは疑問である。

ヒルデブランドは、責任の根拠を当事者は準備行為關係者として法的な特別結合(Sonderverbindung)におかれているところを求めるもので、そのような特別結合が生ずるとする。そして、準備行為關係(Verhandlungs-Verhältnis)と目的行為(Zielgeschäft)に依存しない一次義務が発生する。それは、目的行為と内部的に關連する認識可能な構成事実についての表示義務である。この義務の有責な違反である誤った外觀の作成、不正な積極消極の認識の表示(Wissenserklärung)が信賴利益の賠償責任を生ぜしめるとする。⁽⁹⁾しかし、ヒルデブランド説は、責任が生ずるのは解明義務の違反の場合にかぎるとし、いわゆる保持義務の違反の場合を除外している。これに対してデルレは、締約上の過失において決定的なのは準備行為の開始ではなく、契約締結の準備とは全く無關係に、事実上の「社会的な接觸」(Sozialkontakt)が行われる場合にはすべて保護義務(Schutzpflicht)配慮義務(Fürsorgepflicht)および保持義務を認めようとするのである。⁽¹⁰⁾この見解は、ハウプトのいわゆる事実上の契約關係説にその基礎をおく

ものである。ハウプトは、現代法の取引関係において、契約関係成立の要件である意思の合致が擬制（fiktion）にすぎない場合の少くないことから、申込とその承諾が本質的でないような契約関係もあることに着目し、契約の締結がなくても一定の社会的類型的な行為から債権関係が発生し、その債権関係について実質的に契約法の規定が適用になるとするのである。⁽¹⁰⁾しかし、契約締結上の過失責任を不法行為責任としないで、契約責任として構成するためには契約締結の準備と無関係に考えることはできないと思われる。

- (1) 石田文次郎「財産法に於ける動的理論」(昭七)三六二頁以下。末弘巖太郎「双務契約と履行不能」法学協会雑誌三四卷五九一頁以下、上田徹一郎「消極利益賠償責任序論—ドイツ普通法理論におけるその構成—」神戸法学七卷一号二二三頁以下、北川善太郎「契約責任の研究」(昭三八)一九九頁以下。
- (2) Jhering, *Cupa in Contrahendo od. nicht zur perfection gelangten Verträgen*. Jj. 4. 1861. SS. 12-13, 24-26.
- (3) 北川善太郎「契約責任の研究」(昭三八)一九九頁参照。
- (4) F. Leonhard, *Die Haftung des Verkäufers für Sein Verschulden beim Vertragsschlusse*. Diss. 1896. S. 6-52.
- (5) 片山金章「契約締結上の過失について」綜合法学二卷一号(昭三四)七頁参照。

- (6) RGZ. 78/239:
- (7) RGZ. 120/251:
- (8) Stall, *Die Haftung für das Verhalten Während der Vertragsverhandlungen*, Leipzig z 1923. S. 532-545. 北川善太郎「契約責任の研究」(昭三八)二一六〇頁参照。
- (9) Hildebrandt, *Erklärungshaftung. ein Beitrags. System des bürg. Rechts*. 1931. S. 119-134.
- (10) Dölle, *Aubergesetzliche Schuldpflichten, z f. st. W.* Bd. 103 (Z. V. Larenz. MDR. 1954. S. 517)
- (11) Haupt, *Über faktische Vertragsverhältnisse*. (1941) 9ff. 北川善太郎「契約責任の研究」(昭三八)二六七頁参照。

(三) わが民法においても、「契約締結上の過失」の概念は、ドイツ学説の紹介として早くから考察されていたが、この問題は積極的にとりあげられず、学説のなかには、この責任を全く認めないものもあった。しかし、近時は一般にこれを肯定する方向にあるが、問題は多くは原始的不能論にしばられている。否定説は、当事者の一方が契約の有効な成立を信頼して、そのために受けた損害の賠償については、民法上規定がないことを理由とし、あるいは、わが民法上は無効行為に基づく消極的損害賠償の責任を認めた規定はなく、また無権代理に関する民法一一七条の規定も、真の無効行為の責任を認めた規定ではなくて、信用保護の

目的から規定されたものであるとする⁽³⁾。また、契約締結の際客観的に不能なことを知り、またはこれを知らざるについて過失のある者は、善意無過失の相手方が契約の有効を信じたことよって蒙る損害の賠償責任は、契約が有効でないから当事者間に契約上の法律関係がなく、したがって契約違反に基づく責任はあり得ないとする⁽³⁾。

契約締結上の過失責任を認める見解は、多岐にわたっている。第一は、末弘博士の説で、民法の売主担保責任に関する規定（五六五条・五六六条・五七〇条など）を類推しつつ、不法行為責任ととしてこの責任を認めようとするものである⁽⁴⁾。すなわち、原始的不能の給付は論理上債権は発生しないのであるが、契約の有効・無効は立法政策上の問題であるとし、また、民法の沿革上や解釈上から後発的不能に明文規定があるのに原始的不能にはないから無効とする⁽⁵⁾。そして、原始的不能について明文規定がなくとも法律構成をしないでおくのは正当ではなく、一部不能（五六五条）との均衡上からも、全部不能について旧民法の立場（全部不能で損害賠償を規定している財取四三一但書）を暗黙にみとめていると解している⁽⁶⁾⁽⁷⁾。

第二は、信義則上認められる責任であるとする説である。この見解は、鳩山博士が展開されたもので、博士は給付が

原始的に全部不能である場合にも債務者に過失あることを要件として賠償責任を認めるのであり、その理由として「売買における一部不能に対する売主の担保責任は、完全なる物を給付すべき債務の不履行による責任ではなく、有償契約について当事者の責任を重からしめるのが取引上の需要に適し、かつ信義公平に適すると認められるからである。そうであるならば、契約が無効にして給付義務がない場合にも、右の立法趣旨にしたがい賠償責任を認め、一部不能に関する規定を類推適用するのが正当である。しかし、担保責任は無過失主義であるに反して、客観的全部不能の場合は過失責任として過失を要求することが信義則に適し、わが民法の趣旨にも適する」とされている⁽⁸⁾。理由は末弘博士の説と同様に契約締結の自由に反するとされるが、原始的不能の調査・告知をしないことが信義則に反することを要件とされている⁽⁹⁾。そしてこの見解は、わが国では充実した分析がおこなわれ、しだいに有力になりつつある。勝本博士もほぼ同じ見解で、契約が有効に成立してもその内容が不完全なために相手方に損害を与えたような場合、たとえば売買の瑕疵担保の規定が適用ある場合のうち、契約当時、当事者の一方が目的物の瑕疵の存在を知っていた場合をも契約締結上の過失の問題に含められる⁽¹⁰⁾。石田博士もこ

の見解に基礎をおく。すなわち、契約上の信義則を契約締結上にまで拡大して給付して給付の不能であることを知り、または知り得べかりし者にその損害を負担せしめるのが信義誠実の原則の命ずるところであるとするのであり、このことは、法律が人についても、ある場合には胎児の権利を認めるとともに、遺産の管理について規定を設け、また、設立経過中の法人にも法人の規定が適用されるのと同様である⁽¹¹⁾とされる。そして、この責任は契約責任でも不法行為責任でもなく、まさに中間的な特別の責任であるとされる⁽¹²⁾。

第三は、契約締結上の過失責任を契約責任として認める説である。我妻教授は、基本的に、事実上契約によって結合された関係は、何等特殊の関係のない者の間の責任（不法行為上の責任）以上の責任を生ずるとなすことが信義則の要求であるとされて契約責任を構成され、また、原始的不能で過失ある当事者は、善意無過失の相手方に信義則を理由とする契約法上の責任（一種の債務不履行）として信賴利益の賠償責任を負うとされる⁽¹³⁾。そして、原始的不能給付に履行利益を与える説に対して、不履行に基づく損害賠償が一度成立した債務の変形または拡張とみられることから、最初から損害賠償債務だけを発生させるのは解釈論として妥当でない⁽¹⁴⁾と批判されている。このように、我妻教授は原始

的に不能な契約の締結の場合を契約締結上の過失の問題としており、「契約当事者は社会に生存する無数の中からとくに選んで契約関係に入らうとする以上、社会の一般人に対する責任（すなわち不法行為上の責任）よりも一層強度の責任を課せられるのであり、換言すれば、各人は契約を締結するに当っても、とくに注意して、無効な契約を締結することにより相手方に不慮の損害を蒙らしめないようにする信義上の義務があるのだから、この場合の責任は、不法行為上の責任とするよりも、信義誠実を理由とする契約法上の責任（一種の債務不履行）として、その挙証責任、履行補助者の責任などについても、一般の不法行為よりも重い責任を課するのが一層適切である」とする。また、契約締結の準備段階における過失の問題について、「この場合にも、爾後の契約締結があり契約関係に入った以上は、契約上の信義則がその時期まで遡及して支配し、したがって賠償責任を認めるのが正当である」とされる⁽¹⁵⁾。磯村教授は、契約締結上の過失は、契約成立過程（締結過程・準備過程）において当事者の一方がその責に帰すべき事由によって相手方に損害を加えたときに負うべき賠償責任をいうとされ、また今日の契約理論のもとでは契約上の義務は主たる履行義務につきるものではなく、信義則上の附随義務なかんず

く調査・告知義務違反に基づく一種の契約責任として構成すべきであるとされている⁽¹⁶⁾。

第四は、契約締結上の過失を保護義務 (Schutzpflicht) に求めるものである。この見解は松坂博士で、契約締結のための商議を開始する瞬間において当事者は信頼関係に立つものであり、契約の締結という共同の目的に向って協力すべき一般市民よりも一層緊密な結合関係を構成するものである⁽¹⁷⁾。この関係の成立によって、保護義務は信義則の原則に従うべき義務であり、ひろく相手方の人格および財産を害しない義務や相手方に対する決心について重大な意義を有する事実の解明義務 (Aufklärungspflicht) などを含むとされる⁽¹⁸⁾。また、片山博士も、契約準備行為において当事者は相協力して契約共同経済目的達成に努力すべき関係にあるから、契約締結までの過程は契約上の信義則の適用をうける。そして、その過程で負担する取引上要求される注意義務と相手方に対する通知義務・解明義務・保持義務違反は一種の債務不履行責任を生ぜしめるとする⁽¹⁹⁾。さらに、遠田教授は、契約準備関係の性格から、「法律行為的に、商議を開始した表示内容が義務の構成要件となるのではなく、表示その他の態度により現実化した相手方の信頼の要求」が保護義務・保持義務・解明義務を基礎づける構成要

件となるとされている⁽²⁰⁾。このように、契約締結上の過失についての責任について、わが国においては立法上の規定はないが、学説上、取引における信義則を援用してこの責任を認めることはだいたい一致している。ただその責任の範囲について若干の制限があるとされる。すなわち、契約締結に際して過失ある場合と、その準備段階において過失があり、その後契約の締結があった場合にかぎられるのであって、契約が締結されなかった場合は単なる不法行為の問題とされているのである。

(1) 石坂音二郎「民法研究下」(大一一三)一七九頁、一八九頁—一九〇頁、三瀨信三「契約各論」(昭一一)七頁—八頁。

(2) 岡松参太郎「無過失損害賠償責任論」(學術選書(3)) (昭二八)三二九頁。

(3) 宗宮信次「債権各論」(昭三三)三六頁。
なお戒能通孝「債権各論」(昭二二)六一頁も同旨。

(4) 末弘厳太郎「双務契約と履行不能」法学協会雑誌三四卷四号(大五)六五頁以下。

(5) 末弘厳太郎「双務契約と履行不能」法学協会雑誌三四卷三号(大五)四頁—三頁。同「債権各論」(大七)一九頁—二〇頁。

(6) 末弘厳太郎「双務契約と履行不能」法学協会雑誌三四卷四号五〇頁以下。同「債権各論」(大七)一二三頁—一二四

- 頁。
- (7) なお、原始的不能の場合に不法行為による救済は一部の学説に受け継がれている。宗宮信次「債権各論」(昭三三)三四頁、三六頁。山主政幸「債権法各論」(昭三四)五〇頁―五一頁。
- (8) 鳩山秀夫「債権法における信義誠実の原則」(學術選書(4)三〇六頁―三〇七頁)。
- (9) 鳩山秀夫「債権法における信義誠実の原則」(學術選書(4)三〇三頁―三〇八頁)。
- (10) 「法律学辞典I」(岩波書店昭九)六二四頁。
- (11) 石田文次郎「財産法に於ける動的理論」(昭七)四二〇頁。
- (12) 石田文次郎「財産法に於ける動的理論」(昭七)四二〇頁―四三頁および四八〇頁。
- (13) 我妻栄「債権各論上」(昭三〇)三八頁―四一頁。
- (14) 我妻栄「債権各論上」(昭三〇)八〇頁、八一頁。
- (15) 我妻栄「債権各論上」(昭三〇)三九頁―四二頁。同旨。永田菊四郎「新民法釈義第三卷下」(昭三四)一一頁―一三頁。
- (16) 磯村哲「債権法各論」(講義案)(昭三五)二二頁―三四頁。
- (17) 松坂佐一「締結補助者の過失に因る当事者の責任」(債権者取消権の研究)所収(昭三七)二〇一頁以下。

- (18) 松坂佐一「信賴關係としての債務關係」債権者取消権の研究所収(昭三七)二八一頁以下。
- (19) 片山金章「契約締結上の過失について」綜合法学二卷一號(昭三四)六頁―一〇頁。
- (20) 遠田進一「代理人の契約準備上の過失責任」廣大政至論双一〇卷四號(昭三六)九八頁および一〇〇頁。

三 契約締結上の過失

(一) 契約締結上の過失の問題は、契約關係から生ずる義務が履行義務につきないという理解が前提である。そして、法定のもの以外にも信義則を媒介として、各種の附随的な義務が生じ、従来の履行義務を中心とした契約責任、債務不履行体系の「内面的充実・外面的伸長」¹⁾のための法技術としての現われ、契約締結上の過失問題であるとみなければならない。

今日、契約における債権關係は、多数の権能・義務を包含するとともに、その契約によって企図された共同の目的に向つて相協力すべき緊密な有機的關係を構成しており、さらに契約締結当事者間は、一般人よりも相互に緊密な信賴關係を基礎にしているものである。³⁾このことから、成立した契約關係においては、当時者は協力して、契約によつ

て企図した共同の経済的目的の達成に努力すべき関係にあり、したがって、この関係に対しては信義がとくに強く働くことになる。ただ、当事者間には「共通目的はあっても、当事者は自己の利益・期待で行為しうるし、行為することが予定されているものであり、その限りでそこに共同利益全体利益への志向を内在せしめえない」ものがあるが、「共通目的に現われた利益・期待の対立原理の貫徹のために、契約の前・中・後にみられる一定の（契約保護に値する）利益・期待の衝突・紛争を調整することが必要となる」のであって、「契約目的の実現のための調整的・手段的作用が個別の・類型的に機能を發揮するために、附随義務・注意義務による信義則の技術的固定という作業が伴わなければならない」ことになる。契約締結は、何らの準備段階を経ずして当事者の意思表示の合致によって成立する場合もあり得るが、多くの場合は、契約成立までの準備段階を経過してはじめて成立するものである。ことに、社会の進歩にともない、きわめて専門的な知識を必要とする経済取引関係が増大する傾向にあり、また、継続的な長期の契約関係の場合などを考えると、契約締結の準備段階がもつ意義は重要なものである。この契約締結の準備段階においては、当事者は将来契約を締結しようとする意図をもって信託関係

に入るものであり、その準備段階における信託関係の固定化によって契約締結の意思表示となるのである。このように理解するならば、成立した契約関係について適用されるべき契約上の信義則は、契約締結に際して適用はもちろん、さらに、契約締結の準備段階にまで遡って適用されることになる。したがって、従来わが国の学説が、契約締結上の過失が問題となる場合として、原始的に不能な契約の締結に際して債務者がその不能を知っていた場合または知り得べかりし場合、および契約締結のための準備的段階において一方に過失があり、その後契約の締結があつてその過失により相手方が損害を受けた場合にかぎるべきではなく、さらに後に契約が締結されなかった場合も、契約締結上の過失の問題としてその責任を認むべきものと考えられる。

以上のように、信託関係において信義則が適用される結果として、当事者は取引上要求される注意義務・通知義務・解明義務を負うものであつて、その義務違反に対しては一種の債務不履行として法的義務性をもつものである。そして、この法的義務は契約締結の有無とは関係なく、たとえ契約が締結されずその準備段階のみで終つてしまつた場合にもこの義務を負うとみななければならない。すなわち、契約締結の準備段階における当事者間の関係は、契約

類似の信賴關係であり、契約締結とは關係なく生ずるものである。したがって、契約締結のあることを条件としてはじめて契約上の信義則が支配するということは不合理である。このように考察すると、当事者は準備段階をもって信賴關係に入るのであるから、この段階における過失は、一般の不法行為とするよりも、契約上の信義則の問題とすべきことになる。

- (1) 北川善太郎「契約責任の研究」(昭三八)三五〇頁。
- (2) 我妻栄「債権総論」(昭三〇)六頁、七頁。
- (3) 松坂佐一「民法提要(債権総論)」(昭三二)七頁、八頁。
- (4) 北川善太郎「契約責任の研究」(昭三八)三五二頁。
- (5) 北川善太郎「契約責任の研究」(昭三八)三五二頁。
- (6) 北川善太郎「契約責任の研究」(昭三八)三五二頁。
- (7) 同説、片山金章「契約締結上の過失について」綜合法学二卷一号(昭三四)九頁。
- (8) 片山金章「契約締結上の過失について」綜合法学二卷一号(昭三四)一〇頁参照。

(二) わが国における契約締結上の過失責任に関する性質論は、これを不法行為責任とするもの、契約責任とするもの、あるいは、何れにも属さない特別責任とするものなどがあることは前述したとおりである。学説には、不法行為上の責任として、問題を肯定するものがある¹⁾。不法行為の

違法性に関する近時の理論によれば、不法行為の成立をみとめることも可能であるとも考えられる。しかしながら、契約当事者が、社会の無数の人のうちから、とくに特定の相手方を選択して契約關係に入らうとする以上、社会の一般人に対する責任すなわち、不法行為の責任よりも一層強度の責任を負担することは当然であるとみなければならない²⁾。これを前提とするならば、当事者は、契約を締結することにあつても、とくに注意して無効な契約を締結することによって相手方に不測の損害を蒙らむらしめないようにする信義則上の義務の存在を肯定しなければならぬ³⁾。違法性を広く認める近時の不法行為理論によれば不法行為の成立を認めえないこともないが、違法性および権利侵害という点で困難がある。むしろ契約責任とする方が、挙証責任とか履行補助者の責任などの点で一般の不法行為よりも重い責任を課することができ、当事者間の公平にも適するものと思われる。

すなわち、これを契約法責任として構成するときには、不法行為責任とするよりも一層重い責任を負わせることができるので、相手方の保護が全うせらるることとなる。ただし、契約においては、債務不履行が自己の帰責原因によらなかつたことを債務者の側で立証しなければならぬ(民

法四一五条)。不法行為の場合には、不法行為者に故意・過失があったことを相手方が立証しなければならぬ(民法七〇九条)。また、契約においては、債務者は自己の履行補助者の故意・過失について当然にその責に任じなければならぬが、不法行為においては、使用者は被用者が第三者に損害を加えた場合は、その選任監督について過失がなければ免責を受ける。このように、損害を受けた者の保護という観点からは、この責任を契約責任の延長として構成するのが望ましいのである。

(1) 末弘厳太郎「双務契約と履行不能」法学協会雑誌三四巻四号(大五)六五頁以下。

(2) 不法行為成立のための客観的要件としての「権利侵害」は、必ずしも何々権という名称をもった積極的権利を侵害したことを要するのではなく、「保護に値する他人の利益を違法に侵害したこと」の意味である。そして、被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様との相関関係から違法性を判断していこうというのが、現在の学説の到達点である。加藤一郎「不法行為」(法律学全集二卷)(昭三五)一〇六頁参照。

(3) 我妻栄「債権各論上巻」(昭三二)三九頁。

(4) 我妻栄「債権各論上巻」(昭三二)三九頁。

(三) 契約締結上の過失にもとづく損害賠償請求権が成立

契約締結上の過失論序説(柿本)

するための要件としては、契約締結あるいはその準備段階において一方に過失があり、その結果契約の有効なる成立を信じた相手方が損害を受けたことを要する。そして、この場合契約の成立が有効であると否と、また契約締結があると否とを問わない。もし相手方にも過失があるときは、契約法上の過失相殺によって賠償責任および賠償額を定めることとなる(民法四一八条¹⁾)。

契約締結上の過失にもとづいてなすべき損害賠償の範囲は、この責任をもって契約法上の責任であるとの立場からは、相手方がその契約を有効と信じたことによつて蒙らむつた損害、すなわち信頼利益(Verrauens Interesse)または消極的契約利益(Negative Vertragsinteresse)履行利益(Erfüllungsinteresse)または積極的契約利益(Positive Vertragsinteresse)は含まない。もっとも、契約締結上の過失による責任は、せめて信頼利益だけは賠償する責任があるという考え方にもとづくものであるから、信頼利益が例外的に多額である場合には、履行利益を限度として責任を負うと解すべきである²⁾³⁾。

信頼利益は、相手方がその契約が有効に成立することを信じたことによつて受けた損害、たとえば、目的物の検分に要した費用とか、第三者からの有利な申込を拒絶したと

か、などをいうのである。履行利益は、契約が有効に成立したことを前提としての利益、たとえば目的物の利用や転売による利益をいうのである。しかしながら、それを動機として、契約関係に入った以上、契約締結上の過失における賠償は単に信頼利益の賠償にとどまるべきではなく、準備段階における過失にもとづくすべての損害をも含むべきである。専門的な知識を必要とする取引で、その準備段階において専門的知識を授ける立場にある者に過失があったとき、たとえば顧客が銀行に対して相談や問合せをした上で一定の契約を締結した場合に、その相談や問合せに対する銀行の指示に誤りがあったて、損害を受けたときとか、電気器具販売業者が顧客に使用方法の指示を誤って、後でその品物を買った買主が損害を受けたときなどは、それらの指示が債務の内容にならないために、債務不履行の責任を課しえない場合にも、なお契約法における信義則を理由として、賠償責任を認めることが正当である。

また、契約締結の準備段階における注意義務違反に対しては、契約法上の注意義務と同じ信義則が適用されるのであるから、契約締結およびその準備段階における被使用者の過失について、使用者は使用者自身の過失と同じ責任を負わなければならない。

(1) 鳩山秀夫「債権法における信義誠実の原則」(昭三二)三一六頁。

(2) 中川善之助・打田峻一「契約」(昭三九)八九頁。

(3) ドイツ民法には、契約締結上の過失ある者は、相手方が契約の有効なりしことを信頼したことによって蒙らむった損害を賠償する義務を負うとしつつ、その賠償額は、相手方が契約の有効であることにつき有すべき利益、すなわち履行利益の額をこえることを要しない趣旨の規定がある(同法三〇七条参照)。

(4) 我妻栄「債権各論上巻」(昭三二)四一頁参照。

四 契約締結上の過失論の展開

(むすび)

契約締結上の過失論には、不法行為責任・信頼利益論・原始的不能論・不履行責任・附随義務・事実上の契約関係との関係など多数の問題点が関連している。そこで、これらのうち、二、三の問題点について触れてこの稿のむすびにしたい。

契約締結上の過失論は、ドイツ民法における包括的な不法行為規定の欠如(八二三条・八二六条)が、契約法上の責任構成の主な動機となったものとみるならば、不法行為責任構造との関係が契約締結上の過失に影響をおよぼすもの

とすることができる。事実、契約締結補助者の行為に対する本人の責任について實際上顕著な問題となっている⁽¹⁾。この問題は、不法行為によっても解決しうると思われるが、契約の準備段階における契約類似の関係は強い注意義務を必要とし、契約法上における原則（信義則）の適用を要求されるものである。この傾向は、契約責任と不法行為責任との境界領域がより契約責任領域に移行しつつあることを示すものである。そして、契約締結前の準備段階に契約責任を拡大することは、「固有の債務不履行責任に対する補充的な契約責任という機能をはたし、契約責任の立体化を実現する⁽²⁾」ものである。

契約締結上の過失と関連した信頼利益は、一般的に信頼を第二の義務発生原因とする方向にあり、契約責任や附随義務の関係で重要な問題を提起している。そして、信頼利益は広義の消極的利益として、契約の有効な場合の消極利益（積極的債権侵害で附随義務違反）や、契約の成否と独立した契約準備行為の際の消極利益の可能性が指適され、契約の無効、不存在を前提とする従来の消極利益概念に対して、附随義務と結合した概念形成が考えられてきている⁽³⁾。また、契約締結上の過失は附随義務の多様な展開領域である。そして、契約締結上の過失は給付義務の形成過程に

における附随義務を附加するものである。一般に、通知・調査・解明・開示・表示・告知などといわれているもので、これらは債務不履行責任の一元化の方向によって契約責任体系に吸収する傾向がみられる。契約締結上の過失においては、基本的な契約責任の問題を含めて、多くの問題が交錯している。

いずれにしても、契約締結上の過失論は、契約準備関係、すなわち、契約締結以前の履行義務発生前に、すでに取引目的で接近した当事者間に関するものである。積極的債権侵害論は履行義務発生後で、契約責任の外延を拡張することを一つの問題としているが、それと対応して、かかる実質的内容的な拡張が、時間的にも遡及されるものが本問題であると思われる。

(1) 松坂佐一「締結補助者の過失に因る当事者の責任」（債権者取締権の研究）所収（昭三七）二〇五頁以下参照。遠田進一「代理人の契約準備上の過失責任」広大政至論双一〇巻四号（昭三六）八九頁以下。

(2) 北川善太郎「契約責任の研究」（昭三八）二七五頁。

(3) 石田文次郎「信頼利益の賠償論」（財産法における動的理論）三七五頁以下参照。上田徹一郎「消極利益賠償責任序論—ドイツ普通理論におけるその構成—」神法七巻一号一三五頁—七頁。