

# 契約・予約・予備的契約・契約締結上の過失

藤 田 寿 夫

本稿では、契約・予約・予備的契約などの法律行為による拘束を基礎づける自己決定原理と、それを補完する信頼原理との二元論に立ち、契約締結に至らない場合の契約締結上の過失責任は、予約や予備的契約に基づく責任を補完する、その結果、自己決定原理を補完することを明らかにする。

## 一 契約の「締結」と「成立」

契約の「締結」は、規制としての契約の設定を目的とする行為である。当事者によって作り出された規制が法秩序によって承認されず、契約は無効となることがあり、また、契約補充できない契約の客観的要素の不合致のため、契約の不成立となることがある。当事者が契約締結という行為をして初めて、つまり、契約の締結を旨とする意思表示をして初めて意思表示の一致があるかどうか問題となるのであって、契約前の表明は、合致の検査の補助手段にすぎない。成立した契約についてののみ有効性が検査されるように、締結された契約についてののみ意思表示が解釈され、不合致があるかどうか検査される。契約の「締結」に対し、契約の「成立」は包括的概念であり、契約の「成立」は、契約の「締結」を前提とし、さらに不合致のないことなどを要する。

まず、契約「締結」の段階において、承諾者だけに契約締結を生ぜしめる形成的地位がある申込・承諾方式での契約締結のほか、確定的な契約の締結は、公正証書による契約書の作成をもってする場合や、最後の争点について合意できるやいなや合意されたことが妥当すると当事者間で了解されている場合などには、契約書への共通の同意方式での契約締結がある。

その本来的な申込・承諾方式では、申込者が契約の内容を確定し、承諾者は契約の締結について決定するのに対し、契約書への共通の同意方式での契約締結では、当事者双方が前もって了解しあっていた合意内容が共通に妥当させられるのであって、承諾者のみが有する形成的地位の行使によって契約が締結されるのではない。

そして、契約書への共通の同意方式では、消極的契約自由から、当事者の一方が重要と表明した、契約上規制されるべきプログラムの一部についてなお合意していない場合、疑わしいとき、なお、その契約は締結されていない。これに対し、規制されていない点についての定めがなくても契約は締結されたと認められる場合には、見落された不完全な規制は、例外的に契約締結を妨げない。

たとえば、共通の同意方式において、買主は、買主の書式を用いることや、価格調整条項・品質保証条項などの付随的事項についても重要性告知をしているとして、売買契約の締結を否定する判決として、東京地判昭六一・五・三〇（判時一二三四号一〇〇頁）がある。すなわち、売主と買主は建造中の船舶の売買交渉をテレックスで行い、代金額、引渡時期、代金決済方法については合意に達していた事案において、買主にとっては、「一定の書式を用い、価格調整条項等の条項について合意に達したうえで契約書に調印することが重要であって、これを売買契約成立の要件とする意思があったものと解するのが相当である」として、売買契約締結を否定する。

次に、契約の「成立」段階では、双方の意思表示が合致しているかどうか検査される。双方の意思表示の解釈

がこの狭義の不合致検査に先行し、両表示の表示価値の一致もしくは意思の一致があるとき、意思表示の合致がある。その反対が不合致である。不合致が売買のときの売買対象や代金などのような契約の客観的要素に関するとき、契約に不可欠の最小限の規制が欠けるので、原則として契約は成立しない。また、当事者が契約の重要点とした事項に不合致がある場合も、原則として契約不成立となるが、例外的に、その事項がなくても、当事者は契約を締結しただろうと認められる場合には、契約は成立する。<sup>①</sup>

## 一 一 予 約

予約も、契約であるので、申込・承諾方式だけでなく、契約書への共通の同意方式による契約締結もある。予約の成立のために当事者が予約の拘束意思を有することのほか、予約の目的となる本契約の内容が確定していること、または、確定しうるものであることが必要とされる。<sup>②</sup> 次の例が示すように、共通の同意方式による予約締結においては、一方当事者が重要と表明した事項について合意に達していない場合には、疑わしいとき、予約の拘束意思は否定される。

東京地判平四・一・二七（判時一四三七号一一三頁、金法一三二五号三八頁、金判九〇二号三頁）では、X社は県の工業団地の土地分譲を受け、そこに新工場を建設する計画をたてた。それに必要な設備資金総額三四億円の融資をX社はそのメインバンクであるY銀行A支店に申し込んだところ、Y銀行は条件付きで土地購入資金三億七〇〇万円のみ融資することにし、Y銀行A支店は、県企業庁提出用のために、融資金額、借入期間、利率、担保、保証人について記載した融資証明書を送付した。X社はこれを県企業庁に提出し、Y銀行A支店副支店長はX社に同行して県企業庁の担当者に対し、Yが間違いなく土地分譲代金を送金する旨確約するなどして

た。一審判決は、融資証明書交付時に融資予約が成立していたと認定し、また、右事情から、「当然融資証明書どおりの融資が実行されるものとXにおいて信じるのが当然であるような言動を（Yが）とっていた」とする。そして、「本件の如くこの融資を前提に大規模な工場進出計画が進められ、用地取得について公的審査も通過し、計画が相当程度に具体化しているような状況下にあつては、正当な事由なくYの恣意によってこれを破棄し、あるいは重大な落ち度に基づきこれを履行しないことは、単なる債務不履行にとどまらず、不法行為を構成する」と判示した。<sup>(3)</sup>

これに対し、控訴審判決（東京高判平六・二・一判時一四九〇号八七頁）は、一審判決の事実認定のうち、融資予約契約の締結を認めた部分を削除したほかは、事実認定をほぼそのまま引用し、銀行が「融資証明書を発行して融資する旨の明確な約束（以下「融資約束」という。）をした場合」において、銀行が正当な事由なく一方的に融資約束を破棄したときには、不法行為責任を負う、とする。

本件事案によれば、X社は、そのメインバンクであるY銀行A支店に対し、新工場建設資金総額三四億円の融資を申し入れ、A支店長は、そのうち、土地購入資金三億七〇〇〇万円および工場建設費のうち四億円、合計七億七〇〇〇万円の融資につき、正式稟議書に先立って貸出案件連絡・相談メモによる稟議をY銀行本部に提出したところ、Y銀行本部では、「年商五億三〇〇〇万円程度のX社がする設備投資としては過大であるとして、融資それ自体に難色を示したが、Y銀行A支店が交渉した結果、残額は他行に調達させ、将来発生が予想される運転資金等の跳ね返り資金は一切関知しないこと、漸次シェアダウンし、主力銀行の地位を回避することを条件に、土地購入資金三億七〇〇〇万円のみ融資することを認めた。」とされる。A支店長はXにこのことを伝え、二日後、A支店は県企業庁提出用に融資証明書を作成し、X社に交付したのである。

本件では、県提出用に融資証明書を発行しただけであり、利率や融資時期・弁済方法など融資条件がまだ決まっておらず、事業用貸付で、「契約書への共通の同意方式」と考えられ、Y銀行としては、他行調達の可能性（やX社の返済力）など審査すべき事項があることを明示していたとすれば、予約の「成立」（＝締結）を認定すべきでない。

### 三 予備的契約

交渉段階における、契約交渉中の当事者の権利・義務についての予備的契約において、誠実交渉義務が約定されたり、情報の守秘義務、機密書類の保管義務が合意されるほか、一定の期間、同じ取引につき第三者と交渉しない義務が合意されたり、損失分担合意がなされることもある。

予備的契約に基づき、（原則として締結義務はないが）当事者は契約交渉を誠実に開始し、促進する交渉義務を負うとする二判決がある。LPGスタンド土地売買仮契約事件（東京地判昭五七・二・一七判時一〇四九号五五頁）では、売買代金及び目的物につき合意に達し、当事者間で不動産売買仮契約書が作成され、その前文には「基本事項について仮契約を締結し、正式契約を円滑且つ支障なく締結するための証として当仮契約書各一通を保有するもの」とされ、その第二条には、「更に具体的細部事項を定めて正式契約を締結するもの」と明確に規定されていた場合に、「本件仮契約は、正式な売買契約を締結することを目的とするものであるから、その性質上、XとYとは、互いに、売買契約が締結できるように努力すべくその売買契約に盛り込むべき具体的細部事項について誠実に交渉をなすべき義務を負うに至ったものというべきであり、正式契約を締結させることが公平の見地からみて不合理である事情が判明するなどの正当な事由が存在しないのに、当事者が正式契約の締結を拒否

すれば、右誠実交渉義務違反による債務不履行の責を免れない」として初めて予備的契約に基づく交渉義務を認め<sup>(4)</sup>た。しかし、判決は、「本件土地の買主が本件土地に建物を建てようとする場合、本件地役権ないし高圧線の存在が相当の障害となることは明らかであり、かかる事実関係を売主が当初から説明し、又は買主においてこれが判明していたならば、買主としては、その使用目的いかんによっては売買契約の締結を差し控える程度のものであるということができ、してみるとYの売買契約の締結拒否には正当の事由があった」として、交渉契約に基づくYの債務不履行責任はない、とする。なお、本件では、正式契約締結まで本契約を締結しない当事者の意思が明示されていたので、本契約は未締結である。

同様に、停止条件付売買契約および売買予約の成立を否定しながら、交渉契約に基づく債務不履行責任を認める結婚式場用地売買協定破棄事件（京都地判昭六一・二・二〇金融商事判例七四二号二五頁）がある。本件では、当事者は結婚式場建築のための土地売買契約締結を目的とした売買協定を締結し、その協定書には、「本件売買協定書に定めた各条項を満たすために、XYは互いに協力することを約し、円滑に売買契約を締結し所有権移転が完了するまで誠意をもって努力することを誓約する」と記載されていた場合に、判決は、XYは「本件売買協定において、本件土地上に結婚式場を建築することができるための諸条件を成就させるように努力し、かつ本件土地の売買契約を締結することができるよう互いに誠実に交渉をなすべき義務を負うことを合意したものと認められる」と判示し、予備的契約に基づく交渉義務を認めた。土地購入希望者は、緑化計画についての市の行政指導を遵守できないことを理由として協定を破棄したが、判決は、その行政指導が市の要望にすぎず、緑化計画を義務づけたものでなく、市との事前協議によってその内容を変更しうるものであるのに何らの事前協議もなしていないときは、土地購入希望者は、右協定を正当の理由なく破棄したのであり、本件売買協定の債務不履行の責

を負うと判示した。

#### 四 信頼保護と締結自由

近時、ドイツにおいて、「契約交渉の失敗」について代表的モノグラフィイを書いている Kipper によれば、契約交渉は、双方の利益状況を探り出すためになされ、どの申込がもっとも有利かは集中的な事前交渉後ようやく判明したりするので、信頼保護に対し締結自由は優先する。しかし、何らの損害賠償責任もなく、いつでも契約交渉を自由に失敗させてよいとすると、逆に取引の進展が害される、という。というのは、信頼保護がないとすると、交渉当事者は、いつも交渉によって損をしないように予約や損失分担合意をするなどの異常な注意をしなければならぬからである。したがって、予約や費用賠償約定のような私的自治的な自己防衛手段があるということは、法的保護の必要性を否定せず、逆に、信頼保護は、契約交渉段階においても、私的自治を補充するものであり、交渉を促進し、契約を促進する。信頼保護の限界は、取引の摩擦なきことを促進するように設定されねばならない、という。<sup>(5)</sup>

この交渉段階での信頼保護は、契約締結自由を考慮して、財産的処分の賠償に制限され、原則として履行利益の賠償は認められない。<sup>(6)</sup>

そして、交渉中の交渉相手方に対する信頼は、契約の成立に対してではなく、補助者に交渉する権限があるということに向けられており、また、交渉相手方本人が、自己の利益のために締結権限のない補助者を介入させて、過度な交渉リスクに交渉者をさらすことを許してはならないので、民法九九条類推、および、「履行補助者」法の類推適用により、交渉補助者に締結権限がなくとも、交渉権限があれば、その交渉当事者本人が「契約締結

上の過失」責任を負う。<sup>(7)</sup>

## 五 交渉破棄責任の類型

契約締結拒絶の場合の損害賠償責任には、説明義務違反型、および、信頼破棄型がある。<sup>(8)</sup>

第一の類型では、交渉破棄より以前の行為態様自体が、説明義務違反などとして非難される。すなわち、締結する気がないのに、締結は確実だと言明したり、締結・履行のための具体的処分を誘因して、相手方に財産的処分をさせてはならない。また、締結は確実だと言明していたが、その後気が変わった場合には、遅滞なく説明すべきである。

この説明義務は、交渉相手方が契約締結を期待して、財産的処分をし、損害を被らないように、相手方の決定自由を保護する。<sup>(9)</sup>

ところで、この契約締結の確約の場合と、具体的処分の誘因の場合とは、保護される財産的利益の範囲が異なる。締結が明示的もしくは推断的に確約される場合には、包括的な保護義務が生じ、過失相殺はあるが、相手方が契約を期待してなしたすべてのむだな出費を賠償しなければならぬ。これに対し、一定の処分の誘因のみがあり、締結の確約はないのであれば、保護義務はこの特別の処分のみ及び、誘因されないその他の処分については賠償されない。<sup>(10)</sup>

次に、第二類型では、契約締結は確実であるとの信頼を言動により相手方に生ぜしめているながら、正当理由なく締結を拒否したことが非難される。信頼構成要件の作出によって締結への信頼を生ぜしめ、この期待に応じた財産処分をなすであろうことを意識していたか、知りえたので、交渉当事者に帰責される。



契約締結は確実であるとの信頼を相手方に生ぜしめる行態は、明示的言明である必要はなく、黙示的または推断的行態であつてもよい。たとへば、企図された契約の締結や履行に必要な具体的措置・処分を誘因するとき、特に、企図された契約締結に基づいてのみ意味あるが、契約がなければむだとなる具体的処分を誘因するときである。

また、ドイツの代理人費用賠償契約言明事件 (BGHWM 1976, 923) で、土地の売買契約交渉において、土地売主の代理人が、「売買契約が締結されない場合には、不可避の出費の賠償についての（土地所有者との）合意がすでに成立するだろう。所有者はこせこせしていない」と購入希望者に言明し、購入希望者とその費用賠償約束を信頼したように、確定性の点でなお拘束的合意といえないが、相手方の具体的処分を誘因するような損失分担保約によつても信頼による拘束は生ずる。このとき、契約締結を信頼しての全部の処分の賠償は認められず、交渉権限者の損失分担保約によつて具体的に誘因された処分・出費の賠償が認められるにすぎない。

#### 六 入札と「契約締結上の過失」

通常の私人による入札募集の場合のように、入札の目的が入札募集者の利益だけしか保護しない場合には、入札応募者の賠償請求が認められないこともある。

しかし、入札手続においても、信頼破棄型や説明義務違反型の責任が問題となりうる。すなわち、入札手続において、発注者が一定の評価基準に従つて落札者を決定し、受注に至ると、入札者が信頼してよい場合には、発注者が、重大な理由なしに入札を中止・撤回・取消したり、裁量の余地を越えて特定の入札者に落札させたりすれば、信頼破棄型であり、信義則上の義務違反として、信頼利益の賠償責任を受注したはずの者に対して負う。

また、発注者は、説明義務に違反して、見込みのない入札手続に参加させたり、入札手続を進めたりしてはならない。

さらに、入札手続規定が入札応募者の落札する期待・利益まで保護すべき趣旨であり、履行利益賠償も義務の保護範囲内にある場合には、手続違反がなければ受注に至ったはずの入札応募者に対し履行利益の賠償責任を入札募集者は負おう。<sup>(11)</sup>

(1) 詳しくは、拙著『表示責任と契約法理』（日本評論社、一九九四年）第一章参照。

(2) 椿寿夫『稲葉威雄編』契約の基礎」二三頁、谷口知平編『注釈民法(13)』一九九頁参照。

(3) 本件の判批として、野口恵三・NBL五一号五四頁、松本崇・私法判例リマークス一九九三年△下▽三六頁、久保宏之・法時六五巻七号九七頁、坂本武憲・ジュリー一〇二六号一三八頁、円谷峻・判タ八〇九号四八頁、秦光昭・金法一三二六号四頁、藤平克彦・金法一三五六号五一頁、峯崎二郎・金法一三二九号二九頁、林部實・手形研究四七二号四頁などがある。石井伊藤上野「融資拒絶と銀行の責任」手形研究四七四号三六頁、椿寿夫「銀行の融資拒絶・打切りと法的責任」ジュリー一〇三〇号一〇頁、林良平「融資契約とそれをめぐる義務論」金法一三六二号六頁、注(1) 拙著二四八頁、河上正二「銀行取引における契約の成立段階の諸問題」金融法研究資料編(10)二頁以下、宮川不可止・銀行法務21五〇二号二二頁、吉田光碩・金法一四一二号一八頁も参照された。

(4) 本判決が予備的契約に基づく交渉義務を認めたことを初めて指摘したのは、拙稿「表示についての私法上の責任(二・完)」民商八九巻六号八三二頁以下(一九八四年)。その後、「中間的合意」の拘束力の問題として、鎌田薫教授の「売渡承諾書の交付と売買契約の成否」ジュリー八五七号(一九八六年)一一四頁以下で取り上げられ、また、フランスの不動産売買における予備的合意について横山美夏助教の「不動産売買契約の『成立』と所有権移転」早稲田法学六五巻二号、三号(一九九〇年)が出た。ただし、横山助教教授は、フランス民法典一五八九条一項の定める

「売買の双方の予約」を含めて「予備的合意」と呼ぶ。

- (5) Küpper, Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo, Berlin 1988, S.140ff..
- (6) Medicus, Festschrift für Hermann Lange, 1992, S.547ff..
- (7) Küpper, a.a.O., S.307ff..
- (8) 二類型に分ける私見に賛同して、池田清治「契約交渉の破棄とその責任(1)」、(7)北法四二卷一号四四頁、四三卷一号一〇一頁以下。
- (9) Medicus, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, Köln 1981, S.518; Küpper, a.a.O., S.179f..
- (10) Küpper, a.a.O., S.185ff..
- (11) Medicus, Festschrift für Hermann Lange, 1992, S.550ff.. OLG Düsseldorf NJW-RR1986, 508=DB1986, 1172は、ドイツ建築請負規定A編(VOB/A)に基づく入札手続において、公的入札募集者が急に入札募集をやめ、落札者を決定せず、別の入札者に随意契約で発注した場合に、入札募集が中止されなければ、十分高い蓋然性でもって落札したであろう入札者に、履行利益の賠償を認めた。