

フランスにおける「契約締結上の過失」理論素描-わが国の議論へのプロローグ-

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2011-02-28 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 平野, 裕之 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/9281

フランスにおける「契約締結上の過失」理論素描

——わが国の議論へのプロローグ——

平野 裕之

- 一 本稿の目的
- 二 総論的考察
- 三 契約締結に至らなかった場合
- 四 契約が締結された場合
- 五 契約締結前の身体侵害
- 六 結 び

一 本稿の目的——次稿へのプロローグ——

わが国では、昭和四〇年代頃より民法学の分野において次々と新しい問題が現われ始めており、その処理のために現在民法学は未だかつてない盛況を呈している。その問題の一つに、いわゆる「契約締結上の過失」として括られている事例群があり、ドイツ民法学上の理論を導入した机上の問題であったものが、近時判例が続出し現実のものにな

り始めている。ところが、判例として学説を⁽¹⁾みると、ドイツをその震源地としその大きな影響を受けているため、こゝでの責任を契約責任ないしこれに類する責任と解している。しかし、それが本当に妥当なのか、一度ドイツ法学の呪縛を取り払い白紙に戻して検討し直す必要があるように思われる。その理由はこうである。

ドイツにおいて、イェーリングにより「契約締結上の過失」が提唱された背景には、ドイツ普通法特有の事情があったのである。即ち、ドイツ普通法の下では、不法行為責任は過失の場合には身体・財産といった特定の権利の侵害により生じた損害についてしか認められず（基本的にはBGB八二三条に承継される）、従って、交渉のために費した費用などは（製造物責任という純粹財産損害）そこでは償われず、従って、その救済のためには契約責任を持ち出さねばならなかったのである。そして、ドイツにおけるその後の発展も、基本的には不法行為法の狭隘性ということに基づいているといつてよい。

かかる特殊事情を考えるならば、ドイツにおけるような不法行為法の狭隘性という切実な悩みをもたないわが国では、ことさらにドイツでの議論に倣う必要はないということになるまいか。そして、次に出てくる疑問は、わが国と同じく（というよりもわが国の母法だが）不法行為責任についての一般規定を持つフランスではこの問題はどうか処理されているのか、ということであろう。⁽²⁾これを考察するのが本稿の目的である。

ところで、本稿の副題として「わが国の議論へのプロローグ」とつけたのは、右のことからも分るように、筆者の最終的な目的はわが国の議論を批判的に考察するということに向けられていることを示したいがためである。そして、その湧き出る泉は、筆者の契約責任と不法行為責任についての思考であり、⁽³⁾契約責任とすることを契約の入口の時点との関係で説明することがこゝでの課題となる。即ち、契約成立前の拒絶を不法行為責任に放り出すならば、觀念的に契約の成立した後の拒絶は契約責任へと突然変異を遂げることになり、何かしら疑問もないではないのである。

しかし、かかる突然変異をもたらし、法律関係を動的状態に移すのが契約なのであり、筆者としては「契約締結上の過失」は不法行為法の中で妥当な解決を模索すべきであると考えている。かかる立場からは、判例にかの安全配慮義務におけると同じような迷走を辿らせてはならないと思われるので、次稿では筆者なりの指針を判例に提供したい。

さて、フランスの判例・学説を眺めると、この問題を不法行為責任で処理することにはほほ異論はなく、イェーリング説は批判の対象として述べられるだけであり、このことはわが国にとりドイツ民法学に対する解毒剤ともいふべき反省材料を提供してくれるであろう。また、フランスでも、「契約締結上の過失」論は、ドイツの学説に触発された机上の理論と評されていたが、近時判例が続出しており、この問題の現代的重要性を論証してくれる。なお、わが国の議論を主眼とし一本の論文で完結させることを初めは考えていたため、テーズの類いにまでは全て目が至っていない。「素描」とした所以であり、ご寛容頂きたい。論述の順序としては、(i) 先ず、全体像を把握し、次いで個別的に、(ii) 契約が締結まで至らず交渉で挫折せられた場合の責任、(iii) 契約が締結されたが無効とされた場合などの責任、そして、(iv) 契約前にスーパーマーケットなどで身体の侵害を受けた場合の責任の順で眺めていく。⁽⁴⁾

(1) わが国の議論については次稿で検討する予定であるが、とりあえず円谷峻『契約の成立と責任』(昭63)を参照。

(2) 筆者はこうした観点からの一連の論稿を発表している(拙稿「一九世紀におけるフランス契約責任論の胎動」法律論叢六〇巻四・五号、同「二〇世紀におけるフランス契約責任論の展開」法律論叢六〇巻六号)。

(3) 拙稿「利益保障の二つの体系と契約責任論」法律論叢六〇巻二・三号、同「完全性利益の侵害と契約責任論」私法五〇号参照。

(4) フランス法の本格的な紹介は、今のところ見当らず、北川善太郎『契約責任の研究』(昭38)二一六頁以下がごく簡単な要約をなすのみである。

二 総論的考察——フランス法の序説——

(一) 問題状況　イエーリングの著した「契約締結上の過失」理論は、かなり遅れて一八九三年にフランスで翻訳⁽⁵⁾が出版され、かかる問題がフランスの学者にも知られるようになる。しかし、実際にそのエコーが論文という形をとって現われるのは、それから十数年後であり、イタリアを経由した形で⁽⁶⁾ Saleilles の論文を契機としてである。Saleilles は、この問題に対し「responsabilité precontractuelle」(契約前責任)という名称を与えたが、この名称がフランスで定着しなかったことに示されるように、一つの独立した問題領域として確立されるまでに至らず、その問題関心はそう大きなものではなかった。しかも、この問題意識の下で論じられていたのは、もっぱら(i)申込が撤回された場合及び(ii)締結された契約が無効とされた場合であり、前者は申込に拘束力を認めないフランス法に特有の問題であり、これを除いては判例は殆どなく(後述の判例①がある程度であった)、机上の理論と評されていた⁽⁸⁾。

ところが、近時状況が変って来ており、重要な破毀院判決が続出し、しかも、今まであまり光の当てられることになかった申込が確定する前の契約内容についてのやりとり (pourparler) の段階で交渉が挫折した場合の責任(後述三の(一))が特に注目されるに至っている。その結果、例えば次のようにまでいわれるようになっていく。即ち、「これまで法律家は契約の履行にのみ注目をしてきたが、次第にその注目を契約の形成へと向け始めている。実際の経済生活を眺めてみればすぐに分ることだが、契約の締結に備えた交渉における当事者間でのやりとりは、益々発展し複雑になってきている」⁽⁹⁾。と。従って、今や契約の形成段階に目を向けることは別段奇異ではないどころか、近時の論争的となっており今後の発展が注目されることである。なお、ドイツでは、リノリウム事件判決以来「契約締結上の

過失」論が契約前の加害へと拡大されているわけだが、フランスでもかかる事故を契約責任、不法行為責任のいずれで処理すべきか議論がなされたものの、右の契約前の交渉をめぐる責任問題とは全く没交渉であり、安全義務 (obligation de sécurité) といった方面からアプローチがなされていることに注意しなければならない。従って、これについては最後に独立した問題として取り上げることにする。

さて、フランスの学者により理解されたところのイエーリングの「契約締結上の過失」論とは、次のようなものである。即ち、契約の交渉を開始することにより、両当事者は互いに誠実に交渉に努めることを黙示的に合意しており (この合意は、“avant-contrat” 事前契約と称される)、交渉を正当な理由なく一方的に打ち切ったり無効な契約を締結せしめた場合は、この合意の違反でありそれにより契約責任が成立する、と。しかし、かかる契約責任説は全く顧みられることはなく (後述のようにフランスの学者の唱える契約責任説は、契約が無効となった場合に一部みられた程度で、イエーリングのような一般論を述べるものはない)、それはドイツ特有の事情から生じたものであり、事前契約などというのは擬制以外の何ものでもなく、フランスでは不法行為責任で十分であると考えられ、不法行為責任説がその問題提起から現在に至るまで通説・判例⁽¹¹⁾をなしている (詳しくは各所で述べる)⁽¹²⁾。

(二) 基本的問題点 以下での議論の鳥瞰図を示しておくことは、個々の理解の整理につながると思われるので、大まかな問題点の概説をなしておく。これにより、「契約締結上の過失」という統一的理論を拒否し、個々の問題に解消しているフランス法の一部が知れるものと思われる。

(i) 「単なる交渉に止まった場合」 交渉が契約内容の討議に止まり申込という明確な表示にまで達しないで打ち切られた場合については、契約締結の自由という原則があるため、いかなる場合に一方的に交渉を打ち切った者の責任が認められるか問題となる。そして、その場合の責任の性質については、イエーリングの契約責任説を採る者はおら

ず、不法行為責任説に異論はない。(ii)〔申込が撤回された場合〕 フランス民法では申込の拘束力を規定した条文はなく、申込の撤回は自由であるが、それでは相手方が不測の損害を被る虞れがあるため、申込の撤回の自由を制限する試みがなされている。それが申込の維持義務を認める考えであり、その義務の発生原因の捉え方により、①契約説、②単独行為説及び③不法行為説(通説・判例)に分れる。その効果として、①②説では撤回の効力が認められないのに対し、③説では分れ、(a)同じく撤回の効力を否定するものと、(b)撤回は有効だが不法行為が成立するというものがあり、後者もその損害填補の方法として、(α)金銭賠償のみを認めるものと(β)原状回復として契約の成立を認めるもの(a)と結論は等しくなる)とに分れる。これは、契約には意思の合致が必要であるという原則を、交渉段階での心変りと契約成立後の心変り(これは許されず契約責任を導く)との中間にあって、申込後の心変りにつきどうあてはめて考えるかという問題を根底に持っている。(iii)〔無効な契約が締結された場合〕 この場合の責任の性質については最近議論を生じている。イェーリングの契約責任説は支持者はなく、不法行為責任説が通説・判例であるが、少数の学者により契約締結までいった以上不法行為責任で律するのは適切ではないとする準契約責任説が主張されている。(iv)〔契約前の身体侵害〕 これは、契約交渉をめぐる問題には含まれず、損害も異なるため、以上とは全く独立した問題として扱われている。古くは店舗の経営者は公の立入を許すことにより客の安全を守る契約を黙示的に成立せしめているとした判例もあったが、その後これは否定され現在では不法行為責任説が通説・判例となっており、証明問題に注目がなされている。

かくして、フランスでは「契約締結上の過失」として括られる事例群が、若干の反対説はあるものの不法行為責任により処理されているわけだが、その原因を簡単に示してみよう。イェーリングの契約責任説の論拠としてフランスの学説が理解するところは、(i)問題となる事例に対し不法行為責任では不十分であること、(ii)契約交渉の開始により

無関係の他人から、新たな契約の創造を目的とした密接な関係が作られること、(iii) 契約交渉に入るといふ両当事者の合意の中に、黙示的に誠実に契約の交渉に努めることが約束されている(事前契約)こと、などであるが、⁽¹³⁾これが結局ことごとく否定され、不法行為責任で十分であるというわけである。先ず、(i)の点は、ドイツ特有の不法行為法の狭隘性によるのであり、一般的な不法行為規定をもつフランスには無縁の事由であり、⁽¹⁴⁾次に、(ii)の点については、合意を根拠としなくても信義誠実の一般義務として(不法行為上の注意義務)、相手の期待を裏切らないように誠実に行動する義務が負わされ、この違反により不法行為責任が導かれるとすれば十分であるといわれ、⁽¹⁵⁾更に、(iii)の点については、事前契約ということが擬制以外の何ものでもないことは異論のないところである。

さて、以下では右に述べた大まかな理解を下敷として個別的問題を眺めていく。現在では、問題がかなり細かく整理されてきており、特に Schmidt の分析を大いに参考としていふことをお断りしておきたい。

- (5) Ihering, *Œuvres choisies*, t. 2 trad. par Meulenaere, 1898.
- (6) Gabriele Faggella, *Dei Pericoli precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, dans *Studi in onore di Carlo Fadda*, 1906, Naples, Vol. III p. 271. 『新法學』第 13 卷 271 頁。
- (7) Salettes, *La responsabilité precontractuelle*, à propos d'une étude récente, *Rev. trim. dr. civ.*, 1907, p. 697.
- (8) 例として R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. I, 2^e éd. 1951, n° 115, p. 146. 『民法』第 1 卷 115 頁、146 頁。 の問題は実際のではなく、判例も非常に乏しいと述べていた。また、教科書では、申込や無効、更には契約責任の要件の所などでも、フランスに扱われており、統一的な問題として括弧されて述べられることはない。
- (9) Joanna Schmidt, *L'évolution de la responsabilité precontractuelle en droit français*, in Günter Weich (Herg.), *Entwicklung des Deliktsrechts in rechtsvergleichender Sicht*, 1987, p. 141 (以下 Schmidt, *L'évolution* 以下用)
- (10) 大塚の「民法の基礎理論」Joanna Schmidt, *La sanction de la faute precontractuelle*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1974, p. 46 (以下 Schmidt, *La sanction* 以下用) 'la même auteur, *Négociation et conclusion de contrat*, 1982 (以下 Schmidt, *Négociation* 以下用) があべ。

- (11) 例えば、近時 Cass. com., 11 janv. 1984, Bull. civ., 1984, IV, n° 16 p. 13 が、「契約の締結に先立つ時点では、被害者の被害者は、被ったと主張する損害を不法行為責任に基づき請求するべきである」とこれを確認する。
- (12) 論文におけるプロローチの視点を二つに分れるようであり、(i) 契約責任と不法行為責任の関係という観点からプロローチ *Meignié, Responsabilité et contrat*, 1924 (以下 *Meignié, Responsabilité* と引用), pp. 123et s., Brun, Rapport et Domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle, 1931 (以下 *Brun, Rapport* と引用), pp. 144 et s.; Huet, Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, thèse Paris II, 1978 vol. I (以下 *Huet, Responsabilité* と引用) p. 229 et s. があり、他方、(ii) 取引をめぐる法的問題の一環として、観点からプロローチ *Meignié, Responsabilité* の既述の諸論稿がある。
- (13) Brun, Rapport, n°s 133 et s., pp. 150 et s.
- (14) Meignié, Responsabilité, p. 130; H. Mazeaud, Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, Rev. trim. dr. civ., 1929, n° 23, p. 583; Coste, De l'intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine de la responsabilité contractuelle, thèse Montpellier, 1951 n° 9, p. 11; Huet, Responsabilité, n° 237, p. 230, n° 244, p. 238.
- (15) Brun, Rapport, n° 145, p. 162; Schmidt, Négociation, n° 213 p. 108.

三 契約締結に至らなかつた場合

(一) 責任の性質 古典的な考え方によれば、契約前には何らの関係もなく、申込と承諾の合致により突如として契約が成立することになるが、契約の重要性・複雑性の増大したところでは、突然合意が成立するというのではなく多少なりとも長い交渉が先行して⁽¹⁶⁾おり、かかる事例の増加により契約形成前の段階に次第に学者の注目が集ってきている。そこでは、確定的な申込がなされたか否かで扱いに差が設けられているが(後述の類型(一)及び(二))、いずれにせよ契約は未だ成立していないのでありその効力を問題とすることはできない。しかし、契約を成立させるため交渉を開

始することには、何らかの意思の合致が認められるのではないかという疑問も生じる。そのため、契約を不成立に終らせた者の責任の性質が問題となるのであるが、かかる観点から以下の各事例の総論的な考察をここでは行なってきたい。

先ず、この問題のたたき台として檜玉にあげられるのが提唱者イエーリングの契約責任説であるが、これを彷彿させるものとして発掘されたのが Labbé の考えであり、以下のようにいう（無能力者による詐欺についてはだが、その一般論に注目される）。即ち、「契約を決定づけた詐欺という考えは、契約とは別の問題であるというのは一応もつともらしくみえる。：「しかし」いずれの詐欺（契約の形成に際しての詐欺及び履行に際しての詐欺）も、ローマの人々により綿密に評価された関係により契約に結びつけられている。他の者と契約を成立させるための関係を持った者は、その準備のための交渉において誠実に行動することを黙示的に約している」⁽¹⁷⁾と。しかし、かかる事前契約 (avant-contrat) に基づく契約責任説は、二〇世紀初頭の議論開始以来全く顧みられることはなく（但し、申込の撤回については特別の議論がある）⁽¹⁸⁾、不法行為責任説が判例・学説とも確定されている。その理由は、未だ契約が存在しないのに契約責任があるはずがない、黙示の事前契約というのは擬制であり、交渉の開始により信義誠実の一般的義務が生じその柔軟な運用により不法行為責任によっても具体的に妥当な解決を導きうるといったようなことにある⁽¹⁸⁾。

かくして、責任構成については不法行為責任説に決着済であり、今やいかなる場合に責任が認められるか（要件論）、また、責任が認められた場合の損害の範囲、損害填補の方法はどう考えるべきか（効果論）に関心が移ってきている。そこで、以下各類型につき要件・効果を眺めていきたい。

(一) 申込に至る前に交渉が打ち切られた場合（類型一） 日常生活上の多くの契約は、直ちに申込がなされそれへの承諾の可否が返答されるが、重要な契約では交渉により具体的な内容が次第に整えられその後によりやく申込がな

されることになる。そのため、契約を期待して交渉過程で諸費用を投じた者は、相手方の一方的な交渉の打ち切りにより損失を被ることがある。この損害をいかなる場合に相手方に賠償請求しうるのか、これが先ず要件論として問題となる。

(1) 「要件論」 この問題は次の二つの要請の調和により解決されねばならないといわれる。⁽¹⁹⁾ (i) 先ず、契約を締結するか否かは絶対的な自由であり、予約という明示的な事前契約が成立している場合は別として、交渉を開始したからといってこの自由が奪われてはならない、という要請がある。(ii) 次に、交渉の当事者も、具体的な申込の段階に至る前でも相手方の言動により契約への期待を抱き諸々の費用を費すことがあり、かかる期待も場合によっては保護せられるべきである、という要請がある。いずれにせよ、契約自由という大原則がある以上、その裏面として交渉費用は各自の危険で負担するというのが原則でなければならず、交渉を一方的に打ち切った者の責任が認められるのは例外的な場合に限られることになる。そして、いかなる場合にその例外的責任が認められるかの基準が問題となり、右の(i)と(ii)のいずれを重視するかで学説は二つに分れることになる。

① 先ず、交渉を一方的に打ち切ったり挫折の原因を作った者に責任が認められるためには、この者に故意または重大なフォートが必要であると解する説がある。この説は、責任が認められるならば契約締結自由の原則が実質的に制限されることになるとし、契約交渉の打ち切りは許された権利の行使であるという。従って、権利の行使に対して不法行為が成立するためには、権利の濫用に当る場合でなければならず、その結果、責任が認められるためには当事者の故意または重大なフォートが必要であるという⁽²⁰⁾（以下では権利濫用説と便宜上略称する）。② これに対し、責任が認められるためには、不法行為の一般的要件を充せばよく故意または重大なフォートは必ずしも必要ではないという説がある⁽²¹⁾。権利濫用説が、契約の拒否自体を不法行為として問題とするのに対し、これは、不誠実な交渉行為それ自体を問

題とするものといえる。即ち、信義誠実の一般的義務 (obligation générale de bonne foi) は「契約の履行段階のみならずその形成段階についても支配し、⁽²²⁾ その違反によりフォートを考えようとするわけである。かかる考え方を強調するのが Schmidt であり、誠実交渉義務の違反の基準として相手方の契約締結への期待の必要性を持ち出し、単純な期待だけで他方のフォートが基礎づけられるならば契約自由の侵害は甚しいため、一方の行動により他方に「真摯で正當かつ予見可能な」期待が成立していたことを必要とする⁽²³⁾ (以下では合理的期待保護説と便宜上略称する)。そして、一応の目安として、①交渉の進展の度合 (交渉が進展し多くの費用が投ぜられていればいるほど保護の必要性が高まる)、及び、②被害当事者の資格 (消費者の事業者への期待は厚く保護されるが、事業者には慎重が要求され容易に期待が保護されることはない) ということを提示している。⁽²⁴⁾

さて、責任が認められる具体例としては、実際には契約する意思がないのにも拘らず交渉を開始したり、途中でもはや契約をする意思を失ってしまったにも拘らず交渉を長びかせたような場合があげられるが、判例は交渉を打ち切る自由の制限を次第に強化してきているといわれている。⁽²⁵⁾ ところが、一見すると要件論において相矛盾するような二つの判例が示されており、それは次のようである。

【判例①】〈Cass. civ. 3, 3 oct. 1972, Bull. civ. 1972, III, n° 491, p. 359〉 Xはその所有する建物の売却をYと交渉中に、Yが購入の意欲を示したためYの要望に沿ったいくつかの修正を建物にした。ところが交渉は長びいた末に結局、Yは購入を拒否した。そこで、XがYに対して損害賠償を請求した。原審はXの請求を棄却したため、Xが上告をなす。

【判旨】「破棄・差戻」 原審は、Xの請求を棄却するに当りこう述べた。即ち、Yが加害の意思をもってXに建物の修正をなさしめた事実の証明がない、「反対の特別の合意がない限り、…交渉中の所有者のなす物の修正…は、所有者の〔自らの〕危険と損失とによってなされる。従って、修正後に買主たろうとした者のなした〔契約締結の〕拒絶は、何ら正当な理由のない場合であっても、それは別の者への売却を困難ならしめるとはいえ、過失不法行為責任を負わしめるものではない」、「但し、買主たろうとした者が、加害の意思のみをもってかかる修正をなさしめた場合は別である」、と。しかし、民法に規定する不法行為責

任が成立するための要件として、加害の意思は要求されていない。従って、原審は民法一三八二条、一三八三条の規定の解釈を誤った。

〔判例②〕〈Cass. civ. 1, 12 avril 1976, Bull. civ. I, n°122, p. 98〉 Xは、建物の建設のために隣接するA地とB地の購入を計画し、両地を取得できなければ意味がないため両地の購入を併行して進めていた。A地の購入につきY（九〇歳の老人）と交渉し、細目はこれから定めることにして大要につき調整が整い購入しうる見込みができたため、XはB地をその所有者から購入する契約を結び、また、建築家にA B両地を敷地とした建物の設計をなざしめた。ところが、その後A地は実はYとZらとの共有地であることが分り、XはZらと交渉したがZらは売却を拒否した。そのため、XがYに対して損害賠償を請求した。原審はXの請求を認容したため、Yが上告する。

〔判旨〕〔破棄・差戻〕 原審は、Xの請求を認容するに当り、「Yは自己の権利の範囲を確かめるのを怠り、Xに客体が存在しないのに費用を投じることを安心させた」という。しかし、原審は、Yが交渉を行なうに際してXを害する意思があったか、また、悪意をもって交渉を行なったのかの確認をしておらず、その判決は法的根拠を欠いている。

かくして、形の上では判例は、民法一三八二条の要件を充せば十分であるというものと特別の要件を設定し故意ないし害意を要求するものと分れているようにみえるが、判例②においても、責任を否定した真の理由は判断能力の不十分な老人の保護、交渉において慎重の要求される事業者の不注意にあったといわれている。従って、判例②は、結論は妥当であったがそのために示された理由づけは問題であったと評されている。⁽²⁶⁾但し、通常フォートでよいといっても、契約締結の自由という大原則があるため、結果的には責任が認められた事例は特に強い非難が認められる場合となっており、次のようなものがある。

〔判例③〕〈Pau, 14 janv. 1969, D., 1969, 716〉 Xは建物の建築のための鏡と板ガラスの供給・取付けにつきYと交渉し、この交渉がかなり進展したところで、YはXの競争相手と取引をすることにしXとの交渉を突然打ち切った。そのため、XがYの契約前のフォート (faute precontractuelle) を主張して損害賠償を請求してきた。第一審はXの請求を棄却したため、Xが控訴する。

《判旨》〔控訴棄却〕「企図されている契約の条件が検討・討議される交渉の準備段階においても、将来の契約の締結〔自体〕についてではなく、交渉それ自体の遂行につき、当事者に公正と誠実の義務のあるものが負わされることは、確かに認めなければならない。しかし「商人が交渉を継続しなかったこと、及び、「交渉相手の」競争相手と取引をしたことにつき容易に責任を認めては、個人の自由ならびに取引の安全に重大な侵害をもたらす虞れがある。換言すれば、契約締結上のフォート (faute in contrahendo) は「争いえないほど明確なフォート (faute patente indiscutable) でなければならぬ」。

〔判例③〕〔Cass. com., 20 mars 1972, Bull. civ., 1972, IV n° 93, p. 90; J. C. P., 1973, 17543 observ. Schmidt; Rev. trim. dr. civ., 1972, 779 observ. Durry〕XはY (アメリカのA社製機械のフランスにおける一手販売業者) からの機械の購入につき交渉を始め、Xの代表者は機械の選定のためにA社に渡米して赴いたりした後、最終決定のためにYに情報を求めた。しかし、Yはこの書面での要求に対し何らの応答もせず放置をした。Yは、この時A社からXのための見積書の送付を受けていたが、これをXに渡さなかったのである。その後、YはB社 (Xの競争相手) と機械の売買契約を結び、引渡から四二ヶ月間は同一機械を他に販売しないことを約した (Xの交渉中にB社が介入したようである)。XのYに対する損害賠償請求を認容した原判決に対して、Yが上告をなす。

《判旨》〔上告棄却〕原審はXの請求を認容するに当り、次のように述べた。即ち、Yは故意にA社がXのために作成した見積書をXに渡さず、また、Xがそれまで多大の費用を費してきたことを知りながら、何らの正当の理由もないのに一方的に交渉の破棄を通告してきた、従って、Yは商取引関係を支配する信義則に違反した、と。苦勞して遂行された交渉はたった一回の電話で破棄されてはならないと考えられて然るべきであり、原審がYによる「交渉の恣意的破棄」(rupture abusive des pour-parlers) を認めたことは正当である。

いずれも交渉過程で競争相手が介入してきた事例であり契約成立後の引抜きに一脈通じるものがあるが(交渉を破棄に導いた競争相手の責任がどうなるか興味深い)、議論がされていない)、結論が異っているのは、判例③が未だ走りの時期のものであったことによるものであり、判例①により変更されたとみてよい。なお、より有利な契約の申込があったことは交渉を破棄する正当な理由になるといわれており、それによれば、判例④などは、交渉の破棄自体ではなく、⁽²⁷⁾ 契約をする意思を失っているにも拘らず交渉を長びかせ、相手方に無駄な支出をさせた点にフォートが認められるこ

とになろう。

(2) 「効果論」 さて、次に責任が認められた場合につき、効果論として損害填補の方法及び填補される損害の範囲ということが問題となる。先ず、損害賠償の範囲であるが、ここでもたまたま台とされるのがイエーリングの説であり、(i)消極的契約利益 (*l' intérêt négatif du contrat=damnum emergens*) のみが賠償され、(ii)積極的契約利益 (*l' intérêt positif du contrat=lucrum cessans=gain manqué*) は賠償されないという考えである。これによれば、契約交渉に費した交通費、検査費などは賠償されるが、契約により得られたであろう利益は賠償されないことになるが、不法行為上の完全賠償主義に反しないかが問題とされる。これにつき、学説は、右のような制限を否定する無制限説とこれを認める制限説とに分れる。①無制限説は、契約責任については民法一一五〇条で予見可能な損害の賠償に制限されているが、不法行為責任では何らの制限もなく完全賠償主義が採られており生じた一切の損害が賠償されるといふ形式論が持ち出される。⁽²⁸⁾しかし、これはイエーリングの「契約締結上の過失」理論を否定するあまりの早急の議論(坊主憎けりや袈裟まで憎いというに近い)のように思われ、今では熟慮の結果制限説が通説となっている。②制限説は、契約は合意があつて初めて認められるのであり、契約の代償請求たる損害賠償請求を認めることは、これを結果的に無視することになるといふのであり、例えば次のようにいわれる。即ち、「申込に承諾がなされず合意が成立していない場合には、責任という間接的な観点においても、実際に「契約が」締結されたと同じ結果に達するようなことは許されないように思われる。意思の尊重は、原状回復のみならず完全賠償を排除することになる」⁽²⁹⁾「得べかりし利益の賠償を考慮することは許されない、蓋し被害者は企図した合意による利益を考慮に入れることはできないからである」⁽²⁹⁾。但し、相手方との企図された契約による利益については考慮されないが、他の有利な契約の締結の機会を失った損害については、契約が締結される合理的な可能性が存在した場合には、それにより得たであろう利益の

賠償が認められてよいというものがある。⁽³⁰⁾ なお、交渉に要した費用は賠償されるべき損害に含まれるが、全費用が賠償されるわけではなく、例えば、「逸出損害 (damnum emergens)」も慎重に認定すべきである。蓋し交渉当事者はその費用が無駄になるかもしれないことを知っているからである⁽³¹⁾、といわれる。

次に、損害を填補する方法であるが、(i) 現実賠償 (réparation en nature) と (ii) 金銭賠償とがあり、不法行為法では現実賠償が原則とされている。しかし、これをここにあてはめると、契約ということが介在するため問題は容易ではない。即ち、契約が締結まで至らずに打ち切られたことによる損害の現実賠償とは、不法行為がなかったならば現にあるであろう状態ということになり、これは正に契約の存在を認める権限を被害者に認めることになるわけである。しかし、現在ではかかる現実賠償は認められず金銭賠償によるしかないという点で異論はない。その理由は、これを許すと、契約の締結の自由を侵害し当事者の意思に反して契約が強要されることになること、⁽³²⁾ 更には、填補の方法以前に、契約により得べかりし利益の賠償は認められないのでありその填補の方法たる契約の形成がそもそも認められるはずはない、⁽³²⁾ ということにある。

(三) 申込の撤回 (類型)(i) フランス民法では、ドイツ民法やわが民法とは異なり申込の拘束力が規定されておらず、申込の撤回は制限されていない。実際、古典的学説は申込は自由に撤回できると考え、その根拠は、義務は合意が成立して初めて生じるのであり、申込という一方的な意思の表示があっただけでは何らの拘束も生じるはずはないというところにあった。古典的な契約自由の貫徹がそこにはみられるわけだが、それによると相手方の立場が全く無視されてしまうことになる。即ち、申込を受けた相手方としては、調査・検討しこれに応じるため契約⁽³³⁾ (そしてその履行) の準備を整えていることもあり、承諾前に自由に撤回が許されると損害を被ることもあるわけである。そのため、申込撤回の自由に制限を加えることが要求され、古くより議論があったが、二〇世紀に入ると「契約締結上の過

失」論がここに接木される。そこで、申込の相手方の保護のために考えられたのが申込維持義務であり、本来の契約成立前にかかる義務がいかなる根拠により認められるのか議論があり、次の三つの考えがある。

(i) 「契約説」 これは、申込者は、①本来の契約の申込と同時に②申込を撤回しないことを黙示的に申し込んでおり（撤回が自由に許されるとは誰も思っていないという）、後者については相手方に不利益を負わしめるものではないため、申込の到達と同時に承諾がなされたものと扱ってよいという。⁽³⁴⁾しかし、かかる契約は擬制であり、一般的解決とはなりえないと批判され、⁽³⁵⁾今や支持者はない。(ii) 「単独行為説」 そこで、次に登場したのが、ドイツの単独行為による義務の引受という考えを導入する説であり、申込者は申込と同時に黙示的に単独行為により申込を撤回しないことを約しているというものである。⁽³⁶⁾しかし、かかる意思表示を認めること自体擬制であり、また、単独行為により義務を負担するというのはフランス民法の思考と相容れないと批判され、今や支持者はない。(iii) 「法定義務説」 不法行為責任説とフランスでは呼ばれるが、これは、申込の撤回は不法行為責任をもたらすのであり、従ってその前提として申込維持義務があるのだという説であり、信義誠実の一般義務の一種とされる。今やこの法定義務説が通説・判例といえるが、義務違反の効果と絡ませて学説を眺めると複雑な様相を呈することになる（次述）。

さて、通説・判例によると、(a)承諾期間が明示的に申込に付されていればその期間内は申込を撤回してはならず、また、(b)明示の定めがない場合も、黙示的に合理的な承諾期間が全ての申込には付されているとされ、その期間内はやはり申込を撤回してはならないとされている。問題はその違反の効果である。(i)先ず、その期間内の申込の撤回は無効であり、相手方が期間内に承諾をすれば契約は有効に成立するという考えがある（撤回無効説）。⁽³⁷⁾しかし、これは、申込維持義務と契約の一方の予約とを混乱している、撤回があった以上賠償責任を生じるとしても意思の合致がない、などと批判される。⁽³⁸⁾(ii)そこで、撤回は有効であり、損害賠償責任を導くのみであるという学説が一般となってい

る（撤回有効説）。但し、この責任の性質については争いがある。契約説及び単独行為説では契約責任の規定が適用されることになるのであろうが、法定義務説によりながら契約責任の規定を適用しようとする説がある（準契約責任説）。Starck がこれを主張しており、この義務違反は契約責任ではないが、契約責任類似のものとして評価すべきであり、それ故、例えば、民法一一五〇条により予見可能な損害に賠償範囲は制限される、という⁽³⁹⁾。しかし、この説は後述の契約の締結があった場合と異なり全く顧られておらず、通説・判例は不法行為責任説によっている⁽⁴⁰⁾。ところが、問題を複雑にするのは、不法行為責任説も損害填補の方法をめぐって更に学説が分れることである。即ち、(a) 現実賠償の方法を認め、相手方は契約の成立を請求することができるという説と、(b) これを不可として金銭賠償を求めるしかないという説⁽⁴²⁾とに分れるわけである。前説（これが多数説だが）によれば、これが最も適切な損害填補の方法であるというのだが、結果的には撤回無効説と変りがなくなる。そのため、飽くまで契約には意思の合致が必要であるという古典的テーゼをかざして後説が主張されたわけである。なお、この問題は、損害賠償の範囲の理解にもかかっており、もし契約により得べかりし利益の賠償は認められなかったならば、その填補として契約の成立を認めるといことは問題とはならないのである。これについては、かかる利益の賠償は認められないと主張するものもあるが、申込にまで至った以上単なる交渉に止った場合と異なりそれへの承諾により契約を確実に成立せしめうる状況が認められ、かかる得べかりし利益の賠償も認められると一般に考えられているようであり、これが交渉に止った場合と異なり現実賠償としての契約の成立が認められる原因のようである。しかし、いずれにせよ判例は法定義務説↓撤回有効説↓不法行為説↓金銭賠償に限定という立場をとっている⁽⁴⁵⁾。次のような判例がある。

〔判例⑥〕〈Cass. soc. 22 mars 1972, D. 1972, 468〉 事案を簡略化して述べるところである。Xは、Yの求人広告に応募し、製造課長としての雇用契約を交渉した。Yは、細い条件は後に定めるとして採用をXに通知して、身元証明書の送付などを求め

た。ところが、数日後、取締役会の承諾を得られなかったとして、申込の撤回を通知してきた。XのYに対する損害賠償請求を原審は認容したため、Yが上告する。

《判旨》「上告棄却」 Yが申込を撤回したのは、Xの熟慮・返答期間内であった。Yは、Xに前の会社を止めるように促し、Xがその手続をとっていることを予見しえたのに、申込を一方的に撤回した。かかる状況の下では、Yの申込の撤回はフォート構成するといわざるをえない。

かくして申込の撤回は、明示または黙示の承諾期間内になされた場合には、当然不法行為を成立せしめることになる。単なる交渉以上の法的効果が申込の存在という一事によって認められることについて、合理的期待説に立つSchmidtは次のようにいう。即ち、申込は、「契約締結の見込みについて一層大きな信頼を呼び起こす。申込は、交渉をより進んだ段階、即ち示された言葉の重視及び期待の正当性」とが、契約の義務負担効果を正当化すると非常に近い状況で結びつけられる段階へと押しやるのである。この期待は、申込が期間〔の定め〕を伴う場合、または、相手方が慣習上かかる期間を考慮しようと信じている場合には、とりわけ強くかつ正当である。∴最も高められた期待は、申込が特定人に向けてなされたときに認められる⁽⁴⁶⁾、と。

(四) 承諾の拒絶(類型三) 申込がなされた場合に、相手方は承諾するか否かは(法律で義務づけられている場合は別として)自由であり、返答をせず放置したり承諾を拒絶したとしても何ら責任が生じることがないのが原則である。申込により、交渉がより緊密な関係に入るといっても、申込者を義務づける関係においてのみである。しかし、相手方がその言動によりその承諾を申込者に期待させたような場合には、交渉の延長として(いわば類型二)の亜種として)、フォートが認められることがある。承諾の拒絶については議論されることが殆どないが、不法行為責任(契約責任説はない)が認められる可能性があることが承認されている⁽⁴⁷⁾。要件については、故意または重大なフォートが必要か、類型(一)での権利濫用説と合理的期待保護説の争いをそのまま流用することが許されよう。判例としては次の一件のみの

ようである。

〔判例⑥〕〈Cass, civ. 1, 19 janv. 1977, Bull. civ., 1977, I, n° 36, p. 27〉 Xはその所有不動産の売却をY夫婦に申し込み、Yらは購入したいのだが資金の目処がつかずまで承諾は延期してほしいと述べ、Xもこれを了承した。ところが、三ヶ月後にYらは突然やはり購入は取り止めたいとXに通知した。これに対し、Xは交渉を延期されたため損失を被ったとYらに迫り、「時間を喪失せられたことについての損害賠償」義務をXに負うことを認める証書にYらをして署名させた。しかし、Yらがその金銭を支払わないため、Xがその支払いを求めた。原審はXの請求を棄却したため、Xが上告する。

《判旨》〔破棄・差戻〕 原審は、Yらの債務承認は原因を欠き無効であるとし、その理由として、Xは単に申込をなしただけであり他の者と自由に契約ができたのであり、従ってXには損害がなかったという。しかし、「Xがこの申込により拘束を受けたと思っていたか、また、Xが実際に「Yら」と合意された期間その不動産「の取引」を固定しなかったか確認しておらず、控訴院は判決の法的基礎を欠いている」。

この判決は、実際に申込を受けた相手方の責任を認めたわけではないが、承諾を延ばして申込者に契約締結を期待させておいて突然承諾を拒否することは不法行為となる可能性を認めた点で注目されるわけである。しかし、いずれにせよ、相手方には申込者のような拘束はなく承諾するか否かは自由であるため、申込者は承諾を期待するのは自己の危険においてであり、損失を被っても自己が負担せねばならず、相手方にフォートが認められるのは承諾への期待が相手方の言動と相対して特に保護されるべき極めて稀な場合に限られ、そのため訴訟自体がそもそも生じないのだと評されている。⁽⁴⁸⁾

損害賠償の範囲とその填補の方法については、これを論じたものは見当らず、類型(一)及び(二)での議論から推察する他ない。まず、損害賠償の範囲であるが、契約がないのにそれによる利益が保護されるのは不合理であること(Schmit)、また、因果関係の確実性という点からも(Huet)、申込に対して一方的な承諾により契約を成立させようという状況にはなく、承諾の自由は絶対に保護されるべきことから、いずれにせよ契約の履行により得られたであろ

う利益の賠償までは認められないことになると思われる。次に、損害填補の方法であるが、契約自由を原則とし裁判官による契約の形成権限を認めないフランス法思想から、また、右のように契約利益は賠償範囲に含まれないことから、現物賠償として契約を成立させることは認められず、金銭賠償によることになる。要するに、類型(一)の一種と考えればよいのである。

(四) 継続的契約における新契約の交渉(類型四) この類型は、Schmidtの一九八二年の著作では独立されていなかったが、その後の判例の蓄積を踏えて近時独立の類型として抽出されているものである。⁽⁴⁹⁾ いかなる場合が考えられているかという点、特約店などにおける一手販売契約において、契約期間の満了に際して供給者(メーカーなど)側から特約店に対し契約の更新の拒絶を通知し、これと同時に新たな契約を申し込み、特約店側がこれを拒絶して損害賠償を請求する事例である。新たな契約の申込が絡んでいるため契約前の責任として取り上げられてはいるが、その実質は更新拒絶をめぐる争いである点に注意しなければならない。

初めは弱者たる特約店側を保護するために更新を拒絶し新たな契約を申し出ること、はフォートを構成し、供給者側は不法行為責任を負うとされた。⁽⁵⁰⁾ これにより更新拒絶にサンクションが課せられたわけであるが、間もなく更新拒絶は契約上の問題として許されている以上、内容の異なる新たな契約を申し込んだところで何らフォートが存在するはずはないと判例変更がなされる。これは要するに、継続的契約関係ということを全く捨象して、新たな契約の申込とということにのみ注目し、契約を申し込むことが不法行為を構成するはずはないというものである。それは、次のようである。

【判例⑦】〈Cass. com., 23 avril 1985, Bull. civ., 1985, IV, n. 128, p. 109〉 Yは自社製品の販売につきXを特約店とする契約を結び、期間は三年のみとしたが更新拒絶がなければ更新されるものとされた。数回の更新がなされた後、Yが突然自己

の特約店の全てに対し更新の拒絶をなし、新たな内容の契約を提案してきた。しかし、Xはこれを不服とし別の契約内容を提案し、Yはこれを認めず交渉は物別れに終わった。そのため、Xは交渉の一方的破棄により損害を被ったとして、Yに対して損害賠償を請求した。原判決はXの請求を認容したため、Yが上告する。

《判旨》「破棄・差戻」 原審は、Yの責任を認めるに当り、Yの行為は権利濫用であり、新たに提案された契約は更新が予定されていない一年のみの期間であり、前契約に比してXに一方的に不利な内容であるとして、Yのフォート認めている。しかし、Yは、前契約の規定に従って契約の更新を拒絶したのであり、別の契約を提案することができるのは当然であった〔従って、フォートはない〕。原審は民法一一三四条の解釈を誤った。

かくして更新の拒絶が自由であるということを出発点とする限り、何ら不法行為責任が問題となるはずはないことになる。申込の拘束力の問題と同様に、合理的理由なき更新拒絶の効力を規制するのが本則であるが、かかる規制がないために、不法行為というサンクションをもって間接的に規制せざるをえないわけである。いずれにせよ、問題がまだ新しいために議論は乏しく、要件論につきSchmidtも、合理的期待保護説の立場から、「契約の更新拒絶も、契約が締結されなかった場合と全く同様に、契約関係の継続について当事者が有しえた期待を破ることになるときは、不法行為上のフォートを構成する余地がある」と述べるのみである。これによれば、過去の状況からみて更新が合理的に期待しうる場合に、正当な理由もなしに更新を拒絶することは不法行為とされることになり、また、更新が繰り返されていればいるほど更新への期待は高まることになり、注目に値するものといえる。

損害賠償の範囲及び損害填補の方法についても、やはり議論は乏しいが多くの問題が含まれている。先ず、損害賠償の範囲については、更新するか否かは自由であるということから出発するため、申込の撤回と異なり類型(一)や(三)と同様に、更新があったならばえられたであろう利益の賠償は認められず、更新が拒絶されたために無益になった支出や営業を急に変更するために生じる損害(このために予告期間があるのだが)などのみが賠償されるにすぎないことに

なるうか。次に、従つてまた、損害填補の方法についても、更新があつたと同じ状態を作り出す現実賠償は認められず、⁽⁵²⁾右の損害の金銭賠償のみが許されるにすぎない。

- (16) Schmidt, La sanction, n° 1, p. 47. より詳しくは次のように述べらる。即ち、「契約の交渉に際して、当事者は数多くの意思の表明をなしており、その法的な効果は契約締結の意思が固つていくにつれ強化されていく」「最初の意思の表明は、準備的で、不確かなものであり計画された契約を形成する力はなく、単に進展して種々の要素を明確化していくことを狙っているだけである。この最初の段階は…次第に確定的な契約をするという明示の申込へと變つていき…その相手方による承諾は、合意、即ち完全なる契約を形成させる」(n° 5, p. 50)と。
- (17) Labbé, note sous Pau, 2 juin 1880, S., 1882, 2, 249.
- (18) Meignié, Rapport, p. 138; Savatier, op. cit. (note 8), nos 114 et s. pp. 145 et s.; Schmidt, La sanction, n° 7, p. 51; Huët, Responsabilité, n° 242, pp. 235 et s.; Le Tourneau, La responsabilité civile, 2^e éd. 1982, n° 181, p. 70; Viney, La responsabilité, 1982, nos 196 et s. pp. 229 et s.; Larroumet, Droit civil, t. III, 1^{re} partie, 1986, n° 236, p. 212, n° 248, p. 222; Marty et Raynaud, Droit civil, Les obligations, t. I, 2^e éd. 1987, n° 106, p. 101.
- (19) Schmidt, La sanction, n° 2, p. 48.
- (20) Salettes, op. cit. (note 7), p. 700 は「交渉の打ち切りや挫折は、両当事者にとり絶対的な権利である。いずれの側につきても、フォートを構成する事実とは決してありえない…。両当事者とも「交渉を」打ち切る絶対的な自由を有しているのであり、両者とも交渉の挫折を予期して「なる」という。故意または重大なフォートを要件として明示するものとして、Flour et Aubert, Droit civil, Les obligations, vol. I, 1975, n° 147, p. 103; Carbonnier, Droit civil 4-Les obligations, 11^e éd. 1982, p. 79 があつた。なぜかかる要件を明示しなくが、権利濫用の場合のみフォートが認められるとする説は、Le Tourneau, op. cit. (note 18), n° 183, p. 70; Benabant, Droit civil, Les obligations, 1987, n° 49, p. 28 があつた。
- (21) 次は Schmidt の註 Durry, obsev. Rev. trim. dr. civ., 1977, p. 128; Larroumet, op. cit. (note 18), n° 236, p. 211 があつた。微妙なもので、Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. VI, 2^e éd. 1952, n° 133, p. 155 (「交渉の当事者に申込ないし承諾まで調査・決定の完全な自由を確保するところ、実際的な必要性は、フォートの存在を注意深慮へのみ認めざるべからざることを導く」); Huët, Responsabilité, n° 256, p. 247 (「特に非難されるべき行為の

- みかネットを構成する余地が認めらるべきなら、かゝる。
- (22) Schmidt, La sanction, n° 9, p. 52; la même auteur, Négociation, n° 213, p. 107. 判例として、判例③がこれを明確に認める。
- (23) Schmidt, n°s 213 et s, pp. 108 et s. また、Huet, Responsabilité, n° 247, p. 229 は、ネットの評価は契約締結の見込み (perspective) によるべきであると主張する。
- (24) Schmidt, Négociation, n°s 211 et s, pp. 211 et s.; la même auteur, L' évolution, pp. 146 et s. など、Ghestin, Le contrat, 1980, n° 228, p. 178 等、事業者は例外的にのみ相手方の交渉の打ち切りを権利濫用として主張しうるにすぎないとする。
- (25) Viney, op. cit. (note 18), n° 197, p. 230.
- (26) Schmidt, Négociation; n° 216, p. 110; Durry, observ. Rev. trim. dr. civ., 1977, p. 129.
- (27) Schmidt, Négociation, n° 221, p. 112.
- (28) Meignié, Responsabilité, p. 139. 判例として論じられることは殆どないが、要式不備についてであるが判例⑩が制限説とする。
- (29) ① Huet, Responsabilité, n° 251, p. 242; ② n° 252, p. 243. ③ Schmidt, Négociation, n° 210, p. 106; Viney, op. cit. (note 18), n° 198, p. 232 など、無制限説とする。
- (30) Schmidt, l' évolution, p. 145.
- (31) Huet, Responsabilité, n° 252, p. 243.
- (32) ① Schmidt, Négociation, n° 232, p. 118; l' évolution, p. 152, ② Flour et Aubert, op. cit. (note 20), n° 372, p. 291.
- (33) この問題については、山口俊夫『フランス債権法』(昭和)二四頁参照。
- (34) Demolombe, Cours de code napoléon, t. XXIV, n°s 63 et s.; Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. II, 2^e éd. 1905, n° 983, p. 333. 判例として、特定された期間の維持が表明されたことが、明示または黙示の但し争ひの余地のなご程度の合意がある場合には、その対象たる承諾がなされる前であっても、申込はそれを表明した者に対して義務的であるべきであるとされた Colmar, 4 fév. 1936, D. H., 1936, 187 なども。
- (35) Meignié, Responsabilité, pp. 135 et s.; Viney, op. cit. (note 18), n° 213, p. 163; Schmidt, Négociation, n° 224,

- p. 113.
- (36) Worms, De la volonté unilatérale considéré comme source d'obligations, thèse Paris, 1891 pp. 90 et s. など提唱したとされる(未見)。比較的近期の支持者として Ripert et Boulanger, Traité de droit civil, t. II, 1957, n° 329, p. 133 がある。
- (37) 契約説及び単独行義説がこれに反するといふあり (Meignié, Responsabilité, pp. 135 et s. 但し) 法定義務説は Brun, Rapport, n° 136, pp. 152 et s.; Bénabent, op. cit. (note 20), n° 52, p. 29 など撤回無効説をいふ。その反りな効果は必ず認めらるゝといふのは意匠に義務の根拠を認めたる意味がなからざるものとせらるゝ。
- (38) Cf., Schmidt, la sanction, n° 17, p. 57.
- (39) Starck, Roland et Boyer, Droit civil, obligation, 2, 2^eéd. 1986, n° 1702, p. 590.
- (40) Meignié, Responsabilité, p. 138; Weill et Terré, Droit civil, Les obligations, 4^eéd. 1986, n° 139, pp. 148 et s.; Schmidt, La sanction, nos 18 et s, pp. 57 et s.; Marty et Raynaud, op. cit. (note 18), n° 113, pp. 109 et s. など 期間が明定されしは契約成立(撤回無効) 黙示の合理的期間の場合には不法行為責任(撤回有効)といふは難(cf., Bénabent, op. cit., n° 52, p. 29) を 期間が明定されしなる場合には撤回の自由を認めざる説 (Lalou, Traité pratique de la responsabilité civile, 5^eéd. 1955, n° 925, p. 570) がある。
- (41) Meignié, Responsabilité, p. 139; Flour et Aubert, op. cit. (note 20) p. 104 note 7; Ghestin, op. cit. (note 24), n° 218, p. 167; Weill et Terré op. cit. (note 40), n° 139, p. 149.
- (42) Schmidt, La sanction, op. cit. (n° 17, p. 57); l' évolution, p. 152; Marty et Raynaud, op. cit. (note 18), n° 112, pp. 107 et s.; Esmein, op. cit. (note 34) n° 132, p. 153 (「契約の成立を認むるのは良識に反する」と断言する)。
- (43) Schmidt, Négociation, n° 233, p. 120 など 「被害者が契約の履行により引き出したであらう利益の代償を認めらるべき」なぞの言われなく。蓋し 損害は契約の履行がなすことにはなく、その締結がないことに存するからである」といふ。
- (44) Meignié, Responsabilité, p. 139. など Huet, Responsabilité, n° 252, p. 243 は 交渉に止つた場合に得んかりし利益の賠償が認められなくのは、因果関係における確実性がなかつたためであり、ここには確実性が認められるため賠償が認められなくといふやうである。
- (45) これを確定したものは Cass. civ. 2, 8 oct. 1958, Bull. civ., 1958, n° 413, p. 331 がある。など 撤回無効説に

ったかのような判例があるが、いずれも申込撤回前に承諾がなされたと認められる事例であり、いずれの説によっても契約の成立が認められる場合である (par ex, Cass, civ. 1, 17 déc. 1958, D., 1959, I, 33; Rev. trim. dr. civ., 1959, 336 observ. Carbonnier—これは、「申込は承諾がなされるまでは自由に撤回できるのが原則であるが、申込をなした者が、明示または黙示に一定の期間前はそれを撤回しない義務を負うときは別である」といい、契約説または単独行為説によるかの表現である)。

- (46) Schmidt, *Négociation*, n° 227, p. 116; La sanction, n° 18, p. 57.
 (47) Meigné, *Responsabilité*, p. 141; Schmidt, *La sanction*, n°s 21 et s., pp. 59 et s.; Viney op. cit. (note 18), n° 197, p. 231.
 (48) Schmidt, *Négociation*, n° 229, p. 117.
 (49) Schmidt, *l' évolution*, pp. 150 et s.
 (50) Paris, 16 nov. 1978, Rev. Jur. Comm., 1980, 119 (par Schmidt, *l' évolution*, p. 151) は「予告期間を遵守しなごでなした更新拒絶と新たな契約の申込は、Cass. com., 9 fév. 1981, D., 1982, 14 note Schmidt は「前の契約と経済的に全く異なる契約を提案したことに引キョートを認めた。
 (51) なお、更新拒絶の効力を争う試みも当然あり、これについては Schmidt, note sous Cass. com., 9 fév. 1981, D., 1982, 4 を参照。
 (52) ① Schmidt, *l' évolution*, p. 151. ② Schmidt, *l' évolution*, p. 152 は「意思に反して更新を強要するようになった場合に許されない」といふ。

四 契約が締結された場合

(一) 責任の性質 フランスにおいて、イエーリングの「契約締結上の過失」が問題となる場面として、申込の撤回の場合と並んで議論されている主要な場面が、契約は締結されたがそれが無効とされた場合である。契約が無効と

なる場合として、錯誤（一一〇条）、詐欺（一一六条）、強迫（一一一条）、公序良俗または強行規定違反（一一三三条）があり（前三者は無効の主張が必要とされ相対的無効“*nullité relative*”と呼ばれ、後者は絶対的無効“*nullité absolue*”と呼ばれる。要するに結果としての無効が生じる過程から分類したものであり、前者は取消である）、無効を主張した者及び相手方の双方の責任が問題とされる。また、無効の要件を充さずまたは時効にかかったりして無効の主張ができない場合も問題とされるようになっており、これも併せて扱う。先ず、ここでは責任の性質を総論的に眺めていきたい。

損害の原因が交渉過程にある場合でも（例えば重要事項の秘匿）、契約を無効とせず⁽⁵³⁾にこれを契約責任において処理することが許される場合ならば（例えば瑕疵担保責任）、契約責任として処理しうるのは当然である。ここで問題とするのは、契約が無効とされた場合であり、契約の効力に基づいて契約責任を問題とすることはできない。(i)「契約責任説」先ず、出発点とされるのがやはりイエーリングの契約責任説であり、事前契約（*avant-contrat*）で合意された誠実義務は、交渉の打ち切りのみならず無効な契約を締結させないという点にも及び、契約が無効とされた場合はこの義務の違反により契約責任が導かれるというものである。Salleilles は、イエーリングの依拠するローマ法源を他人物売買についての民法一五九九条に見出し、これを契約が無効となった場合一般に拡大し、契約責任の規定を適用しようとするようである。⁽⁵⁴⁾これは、イエーリングの事前契約による考えとは異なり、後述の準契約責任説に近いように思われる。⁽⁵⁵⁾(ii)「不法行為責任説」契約が無効であるのに契約責任が認められるのは不合理である、事前契約といった説明は擬制である、民法一五九九条（他人物売買）も厳格に言えば無効というよりは義務の不履行による解除であり、これを一般化することはできない、などと契約責任説を批判し、結局不法行為責任によるしかないというのが、現在の通説・判例である。⁽⁵⁶⁾しかし、一度契約を締結した者同士の間の責任を不法行為責任で律してしまうことには疑問が投げかけられ、次の準契約責任説が登場することになる。

(四)「準契約責任説」これは、一度契約締結にまで至った以上、不法行為責任を適用するのは妥当ではなく、無効についての規定ならびに契約責任についての規定により律せられるべきであるというものであり、その伏線は Saleilles の契約責任説にあるように思われる。既に Esmein が、契約を無効とすることは損害を填補する一手段なのであり、無効の主張についての期間制限は不法行為による損害賠償請求にも適用されるべきことを主張していたが、この説の先駆ともいえよう。⁽⁵⁷⁾これに引き続き、Starcik が簡単にだが次のように述べる。即ち、「私の考えるところによれば、契約の無効は、契約当事者が「契約」関係にまで至ったという事実を全く消し去ってしまうものではなく、裁判官が無視しえない状況が「そこでは」作り出されているのである。「それ故に」契約が無効とされたために契約責任たりえないとしても、契約責任についての諸準則——ないしはそのうちのいずれか——が類推により適用されるべきである」⁽⁵⁸⁾。と。そして、これを発展させたのが Huet であり、概ね次のようにいう。⁽⁵⁹⁾

通説・判例はこの問題を不法行為責任で処理し、「契約の形成過程でのフォートを契約と結びつけるのは良識に反する」とまでいうものもある [Brun, Rapports, n.° 143, p. 161]。確かに締結上のフォートは、効力の生じない契約上の義務違反を構成しえないし、事前契約というのも承服し難い。しかし、不法行為責任説も誤りであり、「契約の締結に際しての責任は、不法行為責任とは分析され」ず、民法一三八二条以下とは異なる制度に服する。蓋し、この責任は、契約の無効を規制する準則ならびに契約の形成段階に注目する契約責任の準則とにより規律されるべき特殊性を有しており、これは民法一三八二条以下と衝突するからである。従って、この責任は二つの要請に服することになり、それは、一方で、契約の無効についての準則を尊重しながら、他方で、契約責任についての準則に従うことであり、要するに、契約の履行についてと同じく契約の形成についても契約法の支配に属すべきであるということになる。⁽⁶⁰⁾その結果、例えば、この責任は無効の主張についてと同じ期間で時効にかかることになる。

かかる準契約責任説（無効の準則が中心であり特殊責任説という方がよいかもしれないが）は、近時注目を受けているとはいえ、通説・判例は不法行為責任説によっており、以下では不法行為責任説によりながら、(i)無効を伴う場合と(ii)無効を伴わない場合とに分けて眺めていく。

(二) 無効を伴う場合 (1) 「無効主張者の相手方への損害賠償請求」 契約の無効を導く原因としては、(i)私的

利益のための無効（錯誤、詐欺、強迫）、及び、(ii)公的利益のための無効（公序良俗ないし強行規定違反）に分れ、更に、(iii)厳密には無効ではなく不成立であるが、合意がなされたが法の要求する方式を踏んでいなかった場合も考えられる。不利益を契約の締結により受ける場合に、契約を無効と主張することを認めればこの不利益は償われ、それ以上に責任問題を生じる余地がないようにもみえるが、契約が無効とされることによって償われない損害（無益に契約及びその履行のために費された費用、詐欺・強迫では精神的損害など）を不法行為により賠償請求しうることには異論がない⁽⁶¹⁾。

責任が認められる要件であるが、詐欺及び強迫が不法行為となることは疑いなく、問題は残された場合である。

先ず、錯誤の場合であるが、交渉上の信義誠実の義務の強調は、契約前の情報義務（obligation de renseignement précontractuelle）を拡大させ、意思決定にとり重要な事項を明示しなかった場合に不作為による詐欺が認められる場合が拡大されたが⁽⁶²⁾、それも限界があり、相手方がかかる事実を故意的に隠したのでもない場合や相手方も知らなかった場合には錯誤の主張しか認められない。では、錯誤により意図するところは異なる契約をした者は、錯誤の主張の他に不法行為による損害賠償請求を相手方に対していかなる場合になしうるか。これは要するに、相手方にいかなる場合に不法行為の成立要件たるフォアイトが認められるかということであり、相手方が問題たる事項につき調査・情報義務を負っていたと認められるかにかかってくる。次のような判例がある。

〔判例⑧〕〈Cass. civ. 3, 29 nov. 1968, Gaz. Pal., 1969, I, 63〉 Xは、Yからノートダジュールの別荘を一ヶ月間借り切

る契約をした。しかし、現地に行ってみると、建物は内外とも維持がよくなく、その上、至近距離で別荘の建築が行なわれていた。そのため、Xは、期待した平穏な生活が送れないとして、契約を錯誤により無効であると主張して手付金の返還を求め、更に、不実の表示により錯誤がもたらされたとして損害賠償を請求した。原審はXの請求を認容したため、Yが上告する。

《判旨》〔上告棄却〕 ①〔錯誤について〕 YはXの本件錯誤は評価の錯誤にすぎず契約は有効であると主張する。しかし、一月六千フランという対価からは、別荘の快適さを推測することが許され、これに反して建物が内外とも維持がよくなく、至近距離で他の別荘が建築されているのであり、Xは錯誤を主張することが許される。②〔損害賠償について〕 Yは、Xはその場所を事前に確認しなかった軽率さがあるのであり、YのフォートとXの損害との間には因果関係がないと主張する。しかし、Y及びその別荘の管理人も、別荘の維持が悪いことなれば近隣での別荘の建築を知らないで契約することは許されないのであり、別荘が平穏で快適であるという不実の事実を告げXの錯誤をもちたしてあり、YのフォートとXの損害との間には因果関係が認められる（なお、近隣で別荘の工事をなしたZが、Yにより訴訟に引き込まれており、そのYへの責任については、近隣での通常の迷惑を越えていないし権利濫用にも該当しないとして否定されている）。

このように、錯誤にすぎない場合でも相手方に不法行為責任の認められることがあることは、学説も認めるところであるが、⁽⁶³⁾残りの場合については議論が殆どなく、公的利益のための無効については、いずれも相手方に対して損害賠償を請求しえないようにもみえるが、一方がその違反を知らない場合には他方に対して損害賠償を請求しうるといわれる⁽⁶⁴⁾（なお、判例⁽⁶⁵⁾も参照）。

損害賠償の範囲については、議論が次の(2)に集中しているため、殆ど論じられることはないが、Ghestinが、無効の主張と共に契約が有効であったならば得たであろう利益の賠償を請求するのは論理矛盾であり、従って、消極的利益の賠償にのみ制限されるといっているのが注目される⁽⁶⁶⁾。損害填補の方法については、無効を主張する以上は、金銭賠償しか認められないことは疑いない。

(2) 「相手方からの損害賠償請求」 契約が無効になると、相手方としては契約により期待した利益を得られなという不利益を被り、また、契約のために費した費用が無駄になるといふ損失を被る。詐欺や強迫を行なった者に

つては自業自得といつてよいが、それ以外の場合は問題となる。いずれの場合も、無効の主張は権利の行使であり（後述のように重大なときはこれも妨げられる）、フォートは無効の主張自体ではなく、契約の成立段階での行為につき問題となるといわれる。⁽⁶⁶⁾

先ず、錯誤の場合であるが、錯誤に陥った点にフォートが認められれば、善意の相手方に対し不法行為が成立することは理論的には認められている。⁽⁶⁷⁾しかし、現実の問題となった事例は殆どなく、これは錯誤が重大である場合にはそもそも無効の主張が許されないとされている⁽⁶⁸⁾ことが大きいようである。判例としては、次のような極めて特殊なものがあるだけのものである。

〔判例⑨〕(Cass. civ., 28 fév. 1912, Gaz. Pal. 1912. 1. 353) Xにより差し押えられたA・B両不動産の競売に際し、Yは、錯誤によりA不動産と誤ってB不動産に二万一千フランという極めて高額な値をつけて競落人となった。それは、Xの債権全額を満足させる金額であった。ところが、Yの錯誤の主張によりこの競売は無効となり、そのため再度競売がなされたが、三千六二五フランでしか競落されなかった。そのため、Xが、自己の債権額と実際の配当額との差額を損害として、Yに対して損害賠償を請求した。原審はXの請求を認容したため、Yが上告をする。

《判旨》〔上告棄却〕 Yは損害との因果関係を争うが、原判決は、一方で、「最初の競売で」三千フランからいきなり二万一千フランに値が上げられた結果、他の競落人が排除され、「その当時における」Xの債権取立の可能性が奪われたこと、他方で、最初の競売が無効となったのはYのフォートによるのであり、それにより再度の非常に安い代金での競売が導かれたことを認定している。これによって、YのフォートとXの損害との間の因果関係が確認されているといえる。

次に、無能力者による契約の取消の場合、取消が不法行為となることはないのが本則であるが、無能力者が詐欺により自己が能力者と欺って契約をした後に契約を取り消す場合が問題となる。この問題は一九世紀より盛んな議論となっており、⁽⁶⁹⁾数多くの論文が著されており、これは別に詳しく取り上げるのが妥当であろう。そのため、民法一三

〇七条で未成年者が成年と告げただけでは取消権は奪われないと規定されているが、それ以外の場合はフォートが認

められ、損失填補の最も妥当な方法として(先の錯誤の場合のように)そもそも取消を許さないと解されていることを指摘するに止める。⁽⁷⁰⁾さて、公序良俗や強行規定違反及び方式欠如の場合には、相対的無効(取消)の場合と異なり当然効力が生じないのでありここで取り上げるのは不適切かもしれないが、その無効を主張して契約を拒んだ者の責任が形として追及されているので便宜上ここで扱う。先ず、公序良俗ないし強行規定違反の場合の判例として次のようなものがある。

[判例⑩]〈Cass. com., 7 mars 1972, Bull. civ., 1972, IV, n° 83, p. 80; Rev. trim. dr. civ., 1972, 779 observ. Durry〉
Y (大映) は、日本への輸出用ヨーロッパ映画の選定とその製作映画のヨーロッパへの導入のため仲介業者としてXと契約を結び、Xはこれに基づき設備や広告のために多大の費用を費した。ところが、IMFの規制により、本件契約には日本政府の同意が必要であるが、当局が難色を示しており同意を得られそうにもないとして、Yは一方的にXに対して契約の破棄を通告した。そこで、XがYに対して損害賠償を請求する。原審はXの請求を認容したため、Yが上告をする。

《判旨》「上告棄却」 Yは、契約に必要な認可が得られなかったのでありフォートはない、契約が無効とされ責任を負わされる場合でもXが無効を知っていたときは責任は追及されない、本件のような貨幣秩序を破壊し公の秩序に反する契約に対してはいかなる損害賠償も認められないなど主張する。確かにX・Y間の契約は、日本政府の同意がなければフランスでは履行できないが、これは容易になんとかできるものであり、必要な認可——細部を変更するだけで十分——が出るまで延期すれば十分であった。ところが、Yはこれを選ばずに、「XがYのために必要な認可を得るためにした全ての手続を全く無益に帰せしめてしまう」方法(契約の破棄)を選んだ。従って、Yにはフォートが認められ、原判決は正当である。

かくして、契約の無効につきフォートがあるものは不法行為責任を負うことは、いずれの当事者であらうと認められることになる。但し、労働者、賃借人、消費者などといった社会的弱者の保護のための公的規制については、契約の無効を主張することが不法行為責任を成立させることは原則として(無能力者の場合のように)ありえないといわれている。その理由は、その無効はその者の利益保護のためのものであり、その主張により逆に不利益をもたらされるこ

とがあつてはならないことにある。⁽⁷¹⁾ なお、方式欠如の場合については、学説上独自の類型として論じられることはなく、次の判例を見出すのみである（この判例は、机上の議論と評されていた時代に貴重な事例を提供し注目されたものである）。

〔判例⑩〕(Rennes, 8 juil. 1929, D. H., 1929, 548) Xは事務所を探していたが、Yと交渉しその所有の建物を購入することに決め、YはXに対し他からの売却の申出を放棄させた。ところが、その後、Yは、一八四一年六月二三日の法により事務所の譲渡には書面が必要であるとして、契約を争う。そこで、XがYに対し損害賠償を請求した。第一審は、確かに書面を充てない以上履行を義務づけられることはないが、しかし、それは民法一三八二条の適用を排除するものではないとして請求を認容したため、Yが控訴する。

《判旨》「控訴棄却」。「合意に承諾する旨の偽りの約束は、契約上は約定者を義務づけはしなないとしても、過失不法行為上のフォート」を構成する。かかるフォート——それは損害賠償義務を生じさせるものにはすぎないが——の証明方法は計画に止った契約の証明方法と必然的に融合するものではない。「損害の算定については、被害当事者が合意が実現されなないがために侵害された利益は考慮されず——それは間接的に合意を義務づけることになる——、現実に被った損害 (prejudice acquis)、即ち義務を生じさせなかつた約束がもたらした費用や不都合——精神的及び実質的損害——のみが考慮されるにすぎない」。

さて、この類型の損害賠償の範囲については、(i)イェーリングのような消極的契約利益という制限は、完全賠償主義をとるフランス不法行為法では不要であるという無制限説と、⁽⁷²⁾ 契約が有効ならば得たであろう利益の賠償を認めることは、契約の無効ということを結局否定するに等しいとして、かかる利益の賠償を否定する制限説とに分れ、交渉が打ち切られた場合(三の二)と同様に議論がある(73) (i)が一般と評されている)。交渉に止った場合と異なり無制限説が有力なのは、契約が無効とされたとはいえ締結(合意)まで至ったという事情によるようである。次に、損害填補の方法であるが、契約が無効とされる以上金銭賠償しか残されないが、最適な損害填補の方法は無効の主張を禁じることであるとして、錯誤でも重大なフォートを必要とせずに不法行為の効果として無効の主張を否定しようとするもの

もある⁽⁷⁴⁾(但し公的利益のための無効の場合は別である)。但し、これは契約上の利益を確保するための方法であり、先の損害賠償の範囲の問題と絡ませて考察せねばならないことが指摘されている⁽⁷⁵⁾。

(三) 無効を伴わない場合　これは二つの類型に分けられ、(i)一つは、無効(相対的無効||取消)の主張が可能であるにも拘らず、無効を主張しないで損害賠償だけを請求する場合であり、(ii)他は、無効の要件を充していないかまたは時効により無効の主張ができない場合である。絶対的無効では無効の主張を放棄できないため、ここでは問題とはならない。以下では右の二つに分けてみていく。

(1) 「無効の主張が可能な場合」　錯誤、詐欺または強迫の要件を充すにも拘らず、無効を主張しないで契約を維持した上で、損害賠償請求で満足しようという場合、かかる請求が認められるかが問題となる。契約を有効として認める以上かかる請求は認められないと考える余地もあるが、学説上これを認めることに異論はない⁽⁷⁶⁾。判例はないが、次の(2)の判例から推論すれば、無効の主張と損害賠償請求とは別であり当然認められることになる。この場合の責任の性質であるが、契約が有効に残されるため契約責任ではないかという疑問があるが、ここで問題となつてゐる損害は契約の不履行による損害ではなく、契約に覆れない損害であるため、無効が主張された場合か否かで責任に差が生じるのは不合理であるため、やはり不法行為責任と解されている⁽⁷⁷⁾。なお、瑕疵担保責任の要件も充していれば、それを選択して主張できるが、これは別問題である⁽⁷⁸⁾。また、損害賠償の点については議論がなく、いかなる損害が問題となるのか今後に残されている。

(2) 「無効の主張が不可能な場合」　先ず、無効の主張が時効にかかった場合を考える。無効の主張は五年(一九六八年以前は一〇年であった)で時効にかかり(一三〇四条)、これに対して不法行為による損害賠償請求権は一般の三〇年の時効(二二六二条)に服するため、無効の主張ができなくなった後に不法行為による損害賠償の請求ができ

るかが問題となる。準契約責任説ではこれは許されないことになるが、⁽⁷⁹⁾不法行為責任説では、無効の主張と不法行為による損害賠償請求とは全く別のものであると単純に割り切るためこれは許されることになる。⁽⁸⁰⁾判例も同様である。

〔判例②〕〈Cass. civ. 1, 4 fév. 1975, J. C. P., 1975, II, 18100 note Larronnet; D., 1975, 405 note Gaurey〉 AはYの詐欺によりその所有の不動産を交換させられた。その一〇年以上経過後に、Aの相続人XらがYに対して損害賠償を請求した。原審はXの請求を棄却したため、Xらが上告をする。

〔判旨〕「破棄差戻」 「民法一一一六条及び一一一七条の適用による契約の無効を主張する権利〔の存在〕は、欺罔行為の被害者がその被った損害の賠償を求める訴権を行使する妨げとなるものではない」。原審は、契約締結をめぐっての欺罔行為である以上、その不法行為は取消についての一〇年の時効に服するとして、Xらの請求を退けた。しかし、かかる解釈は妥当ではな⁽⁸¹⁾

次に、評価の錯誤や詐欺が付随的な事項についてのみ存する場合に、契約は無効とされることはないが、不法行為による損害賠償請求ができないかが問題となる。古くは契約段階での情報の不提示につき不法行為の成立は否定されていたが、近時は契約前の情報義務の承認・拡大により、不法行為の認められる余地が広がってきているといわれ、これは、「無効理論の隙間を埋めている」と評されている。⁽⁸²⁾次のような判例がある。

〔判例③〕〈Cass. com., 11 juil. 1977, D., 1978, 156 note Larronnet〉 事案の詳細は不明であるが、XはYから営業権を譲り受けたが、Yに対しこの契約は錯誤により無効であると主張し更に損害賠償を請求した。原審はXの錯誤の主張を認めなかったため、Xが上告する。

〔判旨〕「上告棄却」 原審は、Yの行為によって引き起こされた契約の要素の評価についての錯誤による損害は、損害賠償の請求をなしうるとしたのみであり、Xはこれに対して契約の無効を上告により主張する。しかし、原審は、Xの合意を瑕疵あるものとする錯誤の不存在を確認しているのであり、正当である。

結局、錯誤が認められなくても、それが相手方の情報義務の違反の場合には不法行為が成立するわけであるが、こ

の場合の損害賠償の範囲及び損害填補の問題が更に残る。ここでも議論は端緒にいたばかりといってよく、損害の評価に困難な問題があることが指摘され、また、損害填補の方法についても、契約を被害当事者の期待したところに修正するのが最良の方法であるが、法で認められた場合以外に裁判官に契約条項の修正権が認められるかは疑わしいといわれる⁽⁸⁵⁾。但し、付随的詐欺⁽⁸⁶⁾ (dol incident) について、損害賠償ではなく代金減額を請求した場合にこれを認めた判例があり⁽⁸⁸⁾、一部無効とでもいえることになろうか。

- (85) Cf. Schmidt, La sanction, n^{os} 40 et s. pp. 68 et s.; Négociation, n^{os} 349 et s. pp. 183 et s.
- (86) Salettes, Théorie générale de l' obligation, 3^{ed}. 1914, n^o 161 pp. 176 et s. (par Brun, Responsabilité, n^o 142, pp. 158 et s.).
- (87) Baudry-Lacantinerie et Barde, Traité des obligations, t. I, n^o 68 p. 107, n^o 362, p. 407. 契約責任の規定は、*la responsabilité* (par Brun, Responsabilité, n^o 142, p. 159)°.
- (88) Meignié, Responsabilité, p. 148 et s.; Brun, Rapport, n^{os} 143 et s. pp. 162 et s.; Savatier, op. cit. (note 8), n^o 120, p. 152; Martine, L' option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, 1957, p. 131; Carbonnier, op. cit. (note 20), n^o 113, p. 476; Durry, observ., Rev. trim. dr. civ., 1975, 537; Schmidt, Négociation, n^{os} 356 et s. pp. 188 et s.; H. L. et J. Mazeaud, Leçon de droit civil, t. II, 1^{er} vol, 6^{ed}. par Chabas, 1978, n^o 197, p. 172; le Tourneau, op. cit. (note 18), n^o 213, p. 79; Ghestin, op. cit. (note 24), n^o 397, p. 313; Weill et Terré, op. cit. (note 40), n^o 340, p. 347; Mary et Raynaud, op. cit. (note 18), n^o 238, p. 246; Larroumet, op. cit. (note 18), n^o 583, p. 524.
- (89) Esmein, op. cit. (note 21), n^o 208, p. 250.
- (90) Starck, op. cit. (note 39), n^o 896, p. 316.
- (91) Huet, Responsabilité, n^{os} 261 et s. pp. 252 et s.
- (92) Viney, op. cit. (note 18), n^o 939, p. 803. 注 1) の Starck 及び Huet の考えは好意を示し、「過失不法行為責任が問題とならば、たとえ、契約を全く無視して、その行為がなされたとしても、契約が無効となつたとはいへ、責任、特にその

賠償の要素の評価につき考慮せねばならぬ事実が残されるのである。一般的に於いて、責任が成立するためには、必然的に契約の無効に於いての調和が必要となる」云々の。

- (16) Esmein, op. cit. (note 21), n° 189, p. 227; Savatier, op. cit. (note 8), n° 120, p. 152; Weill et Terré, op. cit. (note 40), n° 178, p. 189.
- (17) Cf. de Leyssac, L'obligation de renseignements dans les contrats, in L'information en droit privé, 1978, 305, nos 11 et s, pp. 311 et s.
- (18) Ghestin, op. cit. (note 24), n° 942, p. 806; Weill et Terré, op. cit. (note 40), n° 178, p. 189.
- (19) Savatier, op. cit. (note 8), n° 120, p. 152; Larroumet, op. cit. (note 18), n° 582, p. 523.
- (20) Ghestin, op. cit. (note 24), n° 943, p. 806.
- (21) Weill et Terré, op. cit. (note 40), n° 342, p. 347.
- (22) Aubry et Rau, Cours de droit civil français, t. IV, 4^{éd.}, 1871, p. 298, § 343 bis; Meignié, Responsabilité, p. 148; Brun, Rapport, n° 139, p. 157; Chabas, op. cit. (note 56), n° 157, p. 175; Ghestin, op. cit. (note 24), n° 397, p. 313; Marty et Raynaud, op. cit. (note 18), n° 238, p. 246^o.
- (23) Cf. Chabas, *ibid.*; Ghestin, op. cit. (note 24), n° 398, pp. 314 et s. 重大な錯誤を許すべからざる錯誤 (erreur inexcusable) として無効の主張を認めざることをいうべき判例により一九五六年以降認めらるべきであると云われぬ。
- (24) 例として Aubin, Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, thèse Bordeaux, 1897, pp. 123 et s. 但し、契約前の責任問題として誤りの問題が許認めらるべし。
- (25) Huet, Responsabilité, nos 266 et s., pp. 256 et s.
- (26) Schmidt, Négociation, n° 364, p. 192.
- (27) Brun, Rapport, n° 146, p. 163; Larroumet, op. cit. (note 18), n° 583, p. 525. 但し、公的利益のための無効の場合に別と解せらるべし。
- (28) Martine, op. cit. (note 56), p. 131; Flour et Aubert, op. cit. (note 20), n° 370, p. 290; Ghestin, op. cit. (note 24), n° 943, p. 806.
- (29) Brun, Rapport, n° 146, p. 164; Esmein, op. cit. (note 21), n° 189, p. 227; Weill et Terré, op. cit. (note 40), n°

- 341, p. 349; Larroumet, op. cit. (note 18), n° 584, p. 525; Marty et Raynaud, op. cit. (note 18), n° 238, p. 247.
- (75) Flour et Aubert, op. cit. (note 20), n° 372, p. 291.
- (76) Savatier, op. cit. (note 8), n° 117, p. 150; Carbonnier, op. cit. (note 20), n° 20, p. 91; Chabas, op. cit. (note 56), n° 197, p. 172; Marty et Raynaud, op. cit. (note 18), n° 160, p. 163.
- (77) Chabas, *ibid.*; Durrty, observ. Rev. trim. dr. civ., 1975, 537.
- (78) Cf. Schmidt, *Négociation*, n°s 349 et s, pp. 182 et s.
- (79) Huët, *Responsabilité*, n° 278, p. 265 は、損害賠償訴権は無効訴権に付け加わるだけであり、無効訴権の時効は当事者の一方により自由に契約が否定されることを長い間認められるのを防止することを目的としており、従って、間接的に契約の効力を否定する損害賠償請求にも同じ趣旨が妥当すべきであるという。
- (80) Cf. Schmidt, *Négociation*, n°s 366 et s, pp. 193 et s; Ghestin, op. cit. (note 24), n° 942, p. 805.
- (81) なお Cass. civ. 2, 14 nov. 1979, D., 1980, I. R. 284 も「契約の無効を要求する権利は、契約の締結の準備行為の際になされた詐術の被害者から、それにより被った損害の賠償を相手方から取得するために、不法行為訴権を行使することを排除するものではなから」といふ。
- (82) Brun, *Rapport*, n° 139, p. 156; cf., Schmidt, *La sanction*, n° 45, p. 70.
- (83) Viney, op. cit. (note 18), n° 200, p. 235.
- (84) 主たる詐欺 (*dol principal*) と異なり、その詐欺がなくても契約したであろうが、より有利な内容で契約したであろうという場合である (山ロ・前掲書三四頁参照)。
- (85) Cass. com., 14 mars 1972, D., 1972, 653 note Ghestin.

五 契約締結前の身体侵害

- (一) 責任の性質 この類型は、判例を契機として問題とされるようになったものであり、以上の三及び四の契約

前の交渉過程でのフォートとは全く別の問題として議論されている。⁽⁸⁶⁾ いかなる場合が問題となっているのかというと、スーパーマーケットなどの店舗に入った客が、買物など契約をする前に、商品や施設または他の客の行為などにより身体・財産が侵害された場合である。

この場合の店の経営者の責任の構成としては、次の三つの責任が考えられる。(i)「契約責任説」店の経営者は、一般に店の立入りを許容・勧誘しており、それによって客の安全を保障する契約の申込を黙示的になしていると認められ、客が店に入るによりこれを黙示的に承諾している、従って、事故の発生は契約責任を導くと考える。(ii)「単独行為説」客の承諾による合意の成立をいう必要はなく、店の経営者は単独行為により安全義務を引き受けていると考える。(iii)「不法行為責任説」未だ契約関係にないのであり、また、店に入るにより契約または単独行為によって店の経営者が安全義務を引き受けているというのは擬制でしかなく、不法行為責任のみが問題となると考へる。

これにつき、初め契約責任説による判例が下級審判決により出される。⁽⁸⁷⁾ これは安全義務 (obligation de sécurité) による契約責任の拡大におけると同様に、フォートの証明から被害者を解放するということを動因としているようであり、破毀院の判決も初め混乱していた。初めての破毀院判決は契約責任説を承認したようであり、次のようである。

〔判例④〕(Cass. req., 13 nov. 1945, J. C. P., 1946, II, 3040 note R. Rodière) Xは、Y経営のカフェに電話を利用するために立ち入ったところ、床に落ちていたバナナの皮に滑って転倒した。XがYに対して損害賠償を請求する。原審はYの契約責任を認めたため、Yが民法一三八二条以下の違反及び一一四七条を誤って適用したことを理由に上告する。

〔判旨〕〔上告棄却〕 原判決は、Yの責任を認めるにつき、カフェの経営者はその営業の通常活動に際し関係を持つ者の安全を配慮することを契約上義務づけられていると述べた。これに対しYが不服を申し立てているのであるが、原判決が「Yは客の安全を確保するために必要な注意をなすべきであり、客の使用を自由に許している場所に非常に滑りやすいバナナの皮を放置

していた不注意と懈怠がある」と判断したのは正当である。

この判決は、契約責任によつた原判決を維持しただけであり、契約責任説を明確に認めたわけではなかった。そのため、これに続く二つの破毀院判決は契約責任によるものと不法行為責任によるものとに分れた⁽⁸⁸⁾。この混乱に終止符を打ち不法行為責任説を確立したのが次の判決である。

〔判例⑮〕〔Cass. civ. I, 7 nov. 1961, D., 1962, J. 146 note Esmein〕 A はベニヤ板の購入のため Y の店に入り、職長により出荷用に荷上げ場まで線路の敷かれた倉庫へと案内される途中、三・五メートル下の線路に転落し死亡した（原因は解明されていない）。A の夫人 X が Y に対して損害賠償を請求する。原審は X の契約責任及び不法行為責任の両請求とも棄却したため、X が上告する。

〔判旨〕〔上告棄却〕 X は、売買契約上の安全義務、そして、売買契約とは無関係に、商談のため客を自己の管理する場所に迎え入れたという事実により、A・Y 間に客に対する安全義務を生じさせる契約が成立したと主張する。しかし、「控訴院は、契約責任が認められるためには、損害が契約的機會に発生したというだけでは十分ではなく、契約により創造された義務の不履行により損害が生じたことを必要とすると宣言しており、これは正当である」。また、「売買契約は、決して買主に対する安全義務を含むものではない」。更に、「上告理由は、売買とは無関係に、商人はその取引のための場所に入った者ならびに購入するかもしれない者全てに対して安全義務を契約している」と強調するが、これは無意味である。「従つて」本件では、不法行為責任の準則のみが機能しうるにすぎない。（以上より）上告理由は根拠がない」（不法行為責任も要するにフォートの証明がないとして棄却されるが、これについては省略）。

さて、本件では未だ売買契約は成立していないのであり、売買契約上の安全義務については傍論とはいへ、契約責任説を排斥した点が注目されるのだが、傍論部分を含めて売買契約があらうとなかろうと不法行為責任によることが示されたわけである。即ち、売買がなされた前か後かで同じ事故でありながら責任の性質が異なるという不合理⁽⁸⁹⁾が、これにより解消されたわけであり、契約責任の領域が売却物の瑕疵による事故の場合に限定されることになったわけである⁽⁹⁰⁾。学説もこの不法行為責任説に賛成⁽⁹¹⁾し、その後不法行為責任説は一部の例外を除いて判例として確立されてい

く。

(二) 責任の内容 さて、問題が不法行為責任によって解決されるとして、その内容はどうなるであろうか。問題はフォートの証明責任をめぐって、不法行為上の安全義務が結果義務か手段義務かという形で現われる。判例⑮の後で書かれた論文で、Lacombe がこれにつき次のように分析する。①店の商品または施設による事故、②他の客による事故とに分け、①において客が自分の購入した商品の瑕疵による事故については民法一六四一条以下の瑕疵担保責任によるが、その他の①の事例及び②の事例は不法行為責任により処理され、次に、責任内容については、①の場合は結果義務であり、被害者は商品または施設により損害を被ったことを証明すれば十分であり店の経営者は自己の責に帰しえない外的原因または被害者のフォートを証明しなければ免責されず、②の場合は手段義務であり、被害者は店の経営者の安全確保のための観視義務等の注意義務違反の存在を証明しなければならない、と。判例もほぼこれに従うようであり、他の客のフォートによる事故については、店の経営者の注意義務違反の証明が必要であり容易に責任が認められないが、商品や店の施設によるときは、民法一三八四一条の無生物責任によるか、または、民法一三八二条の一般の不法行為責任としても安全義務を結果義務と構成することにより、商品や施設に危険性があつたことを証明すれば責任が認められ、被害者に厚い保護が与えられている。例えば次のような判例がある。

〔判例⑯〕〈Cass. civ. 2, 14 fév. 1979, J.C.P., 1979. IV. 136〉 Y経営の食料品店で、Xが床に落ちていた野菜クズに滑って怪我をした。原審はXのYに対する損害賠償請求を民法一三八四一条の無生物責任により認容したため、Yが上告をする。

〔判旨〕〔上告棄却〕 原判決は、Yがその場所の保管者であり、野菜クズの存在が客に対して危険をもたらすこと、被害者が客が通行を許された通路を普通に歩いていたことを認定している。以上の事実からは、野菜クズが放置された場所が非常に滑りやすくなっていたこと、ならびに、その場所が損害を生じさせた物であることを認めることができるのであり、原審が、Yが民法一三八四一条によりXが被った負傷につき全面的に責任を負うとしたのは正当である。

〔判例⑯〕〈Cass. civ. I, 12 juin 1979, J. C. P., 1980, G. II, 19422; note Dejean de la Batie〉 Y 経営のスーパーマーケットで、X はかごに入れるために棚から取ろうとしたレキネードの瓶が破裂したため足を負傷した。原判決は契約上の安全義務により Y の責任を認めたため、Y が上告をする。

『判旨』「上告棄却」 Y は、店の経営者は客に対して手段義務しか負わず、従って、そのフォートが証明されなければ責任を負うことはない、ところが、原判決は Y のフォートを確認していないと主張する。しかし、「Y は、その性質上通常生じうるものは別として、商品が危険をもたらさないような状態に客を置かねばならない義務を負っていた。従って、控訴院が、本事例において自己の責に帰すべからざる外的原因 (cause étrangère) の存在を証明しないうえ Y がこの義務に違反していることを示し、Y の責任を認容したのは正当である」。

さて、判例⑯は不法行為責任として判断したものとみてよいが、すると、もし事故が購入後に生じていたならば現在の法状況では契約責任によることになり、契約の前後の責任の性質が異なるという状況を生じる。しかし、契約の前か後かで変ることのない損害が、契約の前に生じたか後に生じたかで全く責任の性質が変わってしまうのは不合理であり、身体侵害への契約責任の拡大への批判の一端をここに窺うことができる。いずれにせよ、ここにおいても契約責任説は芽のうちにつまめたのであり、今後もこの状況は変わる兆しはなく、逆に不法行為責任説の捲返しは契約成立後の安全義務に及びうることが示されており注目されてよい。

(86) 本判決の要旨は J. Lacombe, La responsabilité de l'exploitant d'un magasin à l'égard de ses clients, Rev. trim. dr. civ., 1963, 243; Bigat et Courtieu, Entreprises industrielles ou commerciales—Exploitants de magasins, in Juris classeur civile-Responsabilité civile, XIX ter 2° cahier, Art. 1382-1383, 3° partie 1982, 8 が要旨である。

(87) 最初の判決たる Trib. civ. Marseille, 8 janv. 1940, Gaz. Pal., 1940, I, 217 は「無名契約により店の経営者は安全義務を引受けなければならない」 Trib. civ. Seine, 22 juin 1955, J. C. P., 1955, II, 8910; 27 fév. 1957, Gaz. Pal., 1958, 2, 348; Paris, 30 juin 1958, Gaz. Pal., 1959, 2, 348; 9 janv. 1961, D., 1961, I, 153 などがある。これらに次いで Grenoble,

- 18 mai 1953, D., 1953, J. 505. 不法行為責任論に於て。
- (88) Cass. civ. 2, 13 mai 1955, D., 1956, J. 53 observ. R. Savatier; J.C.P., 1956, II, 9246, 1^{re} espèce, note Esmein 不法行為責任; Cass. civ. 1, 20 déc. 1960, J.C.P., 1961, II, 12031, note Tanc 不法行為責任に於て。
- (89) Bigot et Courstien, op. cit. (note 86), n° 9.
- (90) これは瑕疵担保責任により処理される(拙稿「フランスにおける製造物責任」判タ六七三号(昭三〇)五五頁以下参照)。
- (91) 次述の Lacombe の他 Roujou de Boubé, note D.S., 1973, 640; Dejean de la Batie, note J.C.P., 1979, II, 19237; Larroutet, note D.S., 1979 inf. rap. 61; le Tourneau, op. cit. (note 18), n°s 2292 et s, pp. 734 et s. など異論はなす。
- (92) Lacombe, op. cit. (note 86), n°s 20 et s, pp. 258 ets; n°s 31 ets, pp. 266 et s.
- (93) Cass. civ. 2, 8 nov. 1963, Bull. civ., 1963, II, n° 723; Trib. gr. inst. Saint-Malo, 15 mars 1973, J.C.P., 1973, éd. G. IV, 339.
- (94) 床や階段などでの転倒において、事故が被害者のフォートによるのか、それともその場所が通常より滑りやすかったり照明が暗かったりして危険であったため生じたのか、その証明が問題(後者が証明されたか)とされる(証明が否定されたもの) Cass. civ. 2, 19 juil. 1972, D.S. 1972, somm. 212 があり、証明が認められたもの) Cass. civ. 2, 24 mai 1978, J.C.P. 1979, II, 19237(ある)。
- (95) 一般の契約責任によつたものもあり、例えば Cass. civ. 1, 21 nov. 1978, D.S. 1979, inf. rap. 348 は、ジュースの瓶の破裂の事例につき、売買契約により、「供給者は、その契約当事者〔買主〕に対して、その本来の性質上製品の瑕疵より生じる損害をもたらさないような製品を引き渡す義務を負う」として店の責任を認めた。

六 結 び —— 次稿への示唆 ——

以上までフランスにおいて、ドイツにおける「契約締結上の過失」論に対応する事例群がどのように処理されてい

るかを眺めてきた。紙数の制限を超えたため、最後にフランス法のわが国への示唆するところを指摘して、次稿のわが国の議論への橋渡しをしたい。なお、責任法の構造としてはドイツ民法よりもフランス民法の流れを汲むわが民法の考察に当っては、フランス法の状況の方がより参考にされるべきことは冒頭に述べたところである。

(i) 先ず、問題の発展過程をみると、わが国もフランスもドイツにおける「契約締結上の過失」論に触発されて議論が生じたが、机上の理論として重要性が認められなかったのが、近時になって重要な判例が現われ始め俄かに活気を呈してきている。このことは、問題の重要性を示すものとして注目される。(ii) 次に、責任構成であるが、フランスでは、そのドイツ特有の不法行為法の狭隘性に基づく特異性を見抜き、不法行為責任で十分であるとされたのに対し、わが国では、ドイツ法の圧倒的な影響の下に契約責任説が主流として定着している。このことは、わが国の議論を一度白紙に戻して検討し直す必要があることを示すものといえよう。(iii) 更には、「契約締結上の過失」と呼ばれている諸事例の中には、契約の前段階の行為に損害の原因があるという最も広い共通項はあっても、それぞれ特別の考慮を要する点を含んでおり一律に一つの責任原理として考えることに疑問が生じる。特に契約前の加害事例については、全く別の問題として扱われている。(iv) 個別的には、契約締結に至らなかった場合の権利濫用説と合理的期待保護説との対立、損害賠償の範囲についての制限説と無制限説の対立、契約締結にまで至った場合における不法行為責任説と準契約責任説の対立など、参考としうる点は尽きない。

さて、次稿ではフランス法の考察により得られた材料を参考としながら、わが国の議論につき眺めていきたい。契約責任の拡大一般に視野を広げてみても、ドイツ法では特殊の事情があり、わが国としてはフランス法こそ参照されるべきであったにも拘らず（責任法の類似性よりして）、これまでこの問題はドイツ法に好意を示す学者のみにより論じられてきており、フランス法からの発言がなかったのは残念である。筆者はかかる観点から、ドイツ法の毒氣に犯さ

れているかのようなわが国の現状に対し、フランス法を解毒剤として対抗させる論稿をいくつか示してきたが、本稿はその続編であり、次稿ではわが国の契約締結上の過失をめぐる議論につき検討を加えていきたい。⁽⁹⁶⁾

(96) 拙稿「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(昭64)に発表する予定である。