

EU 諸国における契約法の諸原則に関する 比較法的考察

—契約の成立・解釈(2)—

角 田 光 隆

目 次

1. はじめに
2. 契約の成立と解釈に関する条文の比較
 - 2.1 共通の法原則
 - 2.2 国際条約
 - 2.3 構成国法等
 - 2.4 共通の法原則, 国際条約, 構成国法等の相互関係 (以上, 第7号)
 - 2.5 共通の法原則, 国際条約, 構成国法等と共同体法との比較
 - 2.6 共通の法原則, 国際条約, 構成国法等, 共同体法と中国法, 日本法との比較
3. 契約の成立と解釈に関する判例・学説の比較検討
 - 3.1 共通の法原則, 国際条約, 構成国法等, 共同体法
 - 3.1.1 契約の成立過程 (以上, 本号)
 - 3.1.2 契約の成立要件
 - 3.1.3 申込
 - 3.1.4 承諾
 - 3.1.5 契約条項
 - 3.1.6 契約の解釈
 - 3.2 日本法における契約法の諸原則

4. おわりに

2.5 共通の法原則、国際条約、構成国法等と共同体法との比較

2.5.1 共同体法の現状

現行の共同体法における契約の成立と解釈に関連した諸規定を指摘する。⁽³⁴³⁾

2.5.1.1 1985年の営業所以外で締結された契約における消費者保護に関する指令⁽³⁴⁴⁾

第4条および第5条は、消費者の撤回権を規定する。第7条によれば、この撤回権を行使した後の法律効果、特に清算関係は、構成国法に基づく。

2.5.1.2 1986年の消費者信用に関する構成国の法律規定および行政規定の同一化に関する指令⁽³⁴⁵⁾

第3条は広告等の規制で、誤解を招く宣伝と不正競争に関する1984年の指令に従うべきことを定める。

第4条によれば、信用契約に法定の条件を記載した書面が必要とされ、消費者が書面の交付を請求できるとする。

第6条は、契約締結前または契約締結時における信用の供与の仕方に関する消費者の情報提供義務を定める。

2.5.1.3 1990年のバック旅行に関する指令⁽³⁴⁶⁾

第3条は消費者に提示される説明書に関する規定である。この説明書は法

⁽³⁴³⁾ Marc Amstutz/ Pascal Pichonnaz/ Thomas Probst/ Franz Werro (ed), *Droit privé européen: Directives choisies*, *Europaeisches Privatrecht: Ausgewaehlte Richtlinien*, Staempfli Editions SA Berne 2005, Ant. N. Sakkoulas Athènes 2005. (以下, *Droit privé européen* とする。)

⁽³⁴⁴⁾ 注(343) *Droit privé européen*, p.3ff.

⁽³⁴⁵⁾ 注(343) *Droit privé européen*, p.15ff. この指令の改正案が検討されている最中である。

定の条件を記載するほかに、明確性の原則に従わなければならない。

第4条は、契約締結前にパスポートなどの条件を書面等によって消費者に伝える義務などを定めている。

第5条第3項は、契約条項によって免責することを禁止することを規定する。

2.5.1.4 1993年の消費者契約における濫用条項に関する指令⁽³⁴⁷⁾

第3条は個別的に交渉されていない契約条項を濫用条項であるとみなして、この具体的な場合を指摘する。

第4条は契約条項の濫用の判断時期を契約締結時にしている。

第5条は、契約条項の明確性の原則と疑義のある契約条項に対する消費者に有利な解釈原則を定めている。

これらの条項が中核的なものであるが、構成国法に委ねられている部分が多い。

2.5.1.5 1994年の不動産のタイムシェアリングの取得契約に関する指令⁽³⁴⁸⁾

第3条と第4条は、法定の条件を記載した書面の交付を売主に義務づけている。

第5条は、契約の無効に関する構成国法に基づく権利とともに、契約署名後に取得者が契約の撤回権を持つことなどを規定する。

第6条は、取得者の権利の放棄と売主の免責に関する約定が構成国法の条件に基づいて取得者を拘束しないことを定める。

⁽³⁴⁶⁾ 注(343)Droit privé européen, p.43ff.

⁽³⁴⁷⁾ 注(343)Droit privé européen, p.65ff.

⁽³⁴⁸⁾ 注(343)Droit privé européen, p.85ff. この指令の改正案が2007年6月に欧州委員会で採択された。

2.5.1.6 1997年の遠隔販売の契約の締結における消費者保護に関する
指令⁽³⁴⁹⁾

第4条は、消費者が契約締結前に受けることができる情報を規定する。第5条によれば、契約締結前の情報提供がない場合に、消費者が契約の履行の際に当該情報の書面による確認を受けることができる。

第6条は、消費者のよる契約の撤回権を規定する。第9条は、事前の注文なしに物やサービスが給付されることを禁止する。

第10条は、業者が遠隔通信機器を利用する際に消費者の事前の同意を必要とすることを規定する。

2.5.1.7 1998年の製造物の価格の表示における消費者保護に関する指
令⁽³⁵⁰⁾

第3条は価格の表示を義務づけ、第4条は価格表示の明確性の原則を規定する。

2.5.1.8 1998年の消費者利益の保護のための差止命令に関する指令⁽³⁵¹⁾

この指令は契約の成立と解釈に関連したものではないが、消費者共同体法の改正の対象となっている。

2.5.1.9 1999年の消費財の売買と消費財の保証に関する指令⁽³⁵²⁾

第6条は保証の内容を規律し、その書面の交付を義務づけている。また、保証書を数ヶ国語で作成することができることを規定する。

第7条は、契約条項等を構成国法に基づいて消費者に拘束力がないものと

⁽³⁴⁹⁾ 注(343)Droit privé européen, p.103ff. 遠隔販売指令については、改正のための欧州委員会の文書が2006年9月に公表された。

⁽³⁵⁰⁾ 注(343)Droit privé européen, p.133ff.

⁽³⁵¹⁾ 注(343)Droit privé européen, p.147ff.

⁽³⁵²⁾ 注(343)Droit privé européen, p.181ff.この指令の改正について、欧州委員会の文書が2007年4月に採択された。

することを定める。

2.5.1.10 2000年の域内市場における電子商取引に関する指令⁽³⁵³⁾

第5条は一般的な情報提供義務を定める。第6条は商業上の通信における情報提供義務を規定する。ここでは明確性の原則が承認されている。第7条は求められていない商業上の通信に関する規定である。

第9条は、電子手段に基づく契約の締結を可能にする措置を行うべきことを規定する。

第10条は、注文以前に明確な情報を提供すべきことを定める。第11条は、注文の確認等の措置を規定する。

2.5.1.11 2002年の消費者金融サービスの遠隔取引に関する指令⁽³⁵⁴⁾

第3条は、遠隔契約の締結前の消費者に与えられる情報について規定している。第4条は情報提供の追加条件を規定する。第5条は契約条項と事前情報の伝達に関する規定である。第6条は撤回権を規定している。第9条は不招請のサービスに関する規定である。第10条は不招請の連絡に関する規定である。

2.5.1.12 2003年の目論見書の公表に関する指令⁽³⁵⁵⁾

2003年の目論見書の公表に関する指令において、契約の成立過程に関連する諸規定は、目論見書の公表義務に関連する第3条、第4条、第5条、第6条、第7条、第8条、第11条、第12条、第13条、第14条、情報提供に関する第10条、広告に関する第15条である。

⁽³⁵³⁾ 注(343) Droit privé européen, p.533ff.

⁽³⁵⁴⁾ 拙稿「EUにおける金融サービスと消費者保護」石川明編『国際経済法と地域協力』信山社、2004年、384頁以下。

⁽³⁵⁵⁾ Directive 2003/71/EC of the European Parliament and the Council of 4 November 2003 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading and amending Directive 2001/34/EC.

2.5.1.13 2004年の株式公開買付に関する指令⁽³⁵⁶⁾

2004年の株式公開買付に関する指令において、契約の成立過程に関連する諸規定は、株式公開買付に関する情報提供についての第6条、承諾期間に関する第7条、ディスクロージャーに関する第8条、企業情報に関する第10条である。

2.5.1.14 2005年の不公正取引の規制に関する指令⁽³⁵⁷⁾

第5条は不公正な取引慣行の禁止に関する規定である。第6条は誤解を招く行為に関する規定である。第7条は誤解を招く不作為を規定している。第8条は攻撃的な取引慣行を定める。第9条はハラスメント、強要、不当な影響力の行使に関する規定である。

2.5.1.15 サービス取引に関する法制度の検討

欧州共同体においては、サービスの安全性が検討課題とされている。2002年からサービスの安全性に関する本格的な議論が始まり、2003年には報告書が公開された。これに基づいて、欧州理事会が当該決議を行った。2004年には、サービス提供者の責任に関する研究報告書が公表された。つまり、サービスの安全性とサービス提供者の責任に関する立法措置が進行しつつあるのである。この分野は契約法の領域も含んでいる。⁽³⁵⁸⁾

⁽³⁵⁶⁾ Directive 2004/25 EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids.

⁽³⁵⁷⁾ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal Market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council (Text with EEA relevance)

2.5.1.16 共同体法の再検討とグリーン・ペーパー

2.5.1.16.1 共同体法の再検討

2006年に公表された欧州共同体の消費者法概論において、消費者法に関する改正案が勧告された。具体的な条文の形で提案されてはいないが、今後の消費者法のあり方についての有益な提案が行われている。⁽³⁵⁹⁾

まず、消費者法指令の間に見られる曖昧さと首尾一貫性の欠如の改善や、消費者法指令にあった情報提供義務、撤回権、方式における相違点で、最低限充足条項と構成国に与えられていた選択条項の選択権に起因した相違点の改善が勧告されている。

したがって、消費者法の共通項を確定することが提案され、たとえば、消費者概念と事業者概念の定義、書面または持続的なデータ記憶媒体の定義、情報提供義務、撤回権、強行法規、法の選択条項に関して共通化が求められたのである。

消費者共同体法の形式としては、横断的な措置が提案されている。この措置は特別な新しい指令の形式になる場合と、1971年の期間等に関する規則に類似した特別な規則の形式になる場合が考えられている。

以上のことを斟酌し、横断的な措置の構造として定義規定のほかに、一般原則、一般的情報提供義務、撤回権、不公正条項に関する諸規定が提案されて

⁽³⁵⁸⁾ http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_safe/serv_safe/index_en.htm

拙稿「消費者保護の観点から見たサービス提供者の法的課題に関する比較法的研究—日本法における介護事故の法的対応—」信州大学法科大学院『平成17年度信州大学法科大学院地域連携事業報告書』平成18年3月、102頁以下。

同「消費者保護の観点から見たサービス提供者の法的課題に関する比較法的考察」信州大学法科大学院『平成18年度信州大学法科大学院地域連携事業報告書』平成19年3月、126頁以下。

これらの論考は、サービスの安全性に関する契約法および不法行為法の視点からの研究の序説である。

⁽³⁵⁹⁾ Hans Schulte-Noelke (Ed.), EC Consumer Law Compendium—Comparative Analysis—Version of 12 December 2006, Prepared for the European Commission under Service Contract No. 12.020100/ 04 / 389299: “Annotated Compendium including a comparative analysis of the Community consumer acquis”, p.745ff.

いる。ただし、条項の内容自体が提案されているわけではない。

また、付随する問題として、個別の指令、たとえば、消費者売買、パッケージ旅行、タイムシェアリング、消費者信用に関する指令の取り扱いや、遠隔売買および金融サービスの遠隔販売における情報提供義務の取り扱いが問われている。

前述した横断的措置に含める方法がある一方で、個別の指令として存続させる方法もあり、検討課題とされている。

横断的措置はその他の指令や規則、たとえば、不公正取引慣行、電子商取引、製造物責任、保険、投資サービス、国際私法準則も考慮するとしているので、欧州共同体の消費者法の根幹となるものである。

2.5.1.16.2 グリーン・ペーパー

2007年に欧州委員会で採択された消費者共同体法の再検討に関するグリーン・ペーパーにおいて、消費者法指令の改革の方向が示されていた。このための3つの選択肢が検討課題として取り上げられている。⁽³⁶⁰⁾

第1の選択肢は、垂直的アプローチである。第2の選択肢は、混合的アプローチである。混合的アプローチは、横断的アプローチと垂直的アプローチが結び付いたものである。後者は必要な場合だけに追加されるものである。第3の選択肢は、特別な立法活動を要しないことである。

これらのアプローチの中で混合的アプローチに多くの紙面が割かれている。この方向で改革案を纏めたいと考えているのではないかと推測することができるが、しかしグリーン・ペーパーは公衆の意見を求めるために公表された文書である。混合的アプローチの内容を説明する必要があると考えておくのが無難であろう。

指令の個別的な改正を目的とする垂直的アプローチには、個別性の尊重の代償として手間がかかる欠点が指摘されている。それ故、横断的アプローチ

⁽³⁶⁰⁾ Commission of the European Communities, Green Paper on the Review of the Consumer Acquis, Brussels, 08.02.2007, COM (2006) 744 final, p.7ff.

と垂直的アプローチが結び付いた混合的アプローチが良いようなニュアンスを与える。

横断的アプローチの典型例として後述する2005年の不公正取引の規制に関する指令を取り上げて、横断的アプローチの内容を説明している。たとえば、消費者と専門業者の定義、一般原則、撤回権、売買を含むとする。このような内容の法律と並んで、タイムシェアリングなどの法律が存続するとする。これが混合的アプローチである。

横断的アプローチの方法として、3個挙げられている。まず、国内取引および国際取引を包括した枠組みである。特別法があれば、これが優先とする。金融サービスと保険の分野が挙げられている。第2は、国際取引に限定するものである。国内の取引と法準則が異なることになるので、この点が欠点であると評価されている。最後は、隔地者間の売買に限定するものである。国内取引と国際取引の区別はない。

調和化の程度については、完全な調和化と相互承認を伴う最低限度の調和化を取り上げている。しかし、これらは消費者保護のための十分な手段ではないとする。

グリーン・ペーパーにおいて公衆の意見を求めるために出されている質問事項は、横断的アプローチに関連するものである。たとえば、概念の定義、信義と公正な取引の原則、不公正約款、撤回権、契約上の救済手段、売買、製造業者の直接責任、商事保証などに関する質問事項である。ここから消費者法指令の改革の内容を予測することができるのである。

2.5.1.17 共通の参照枠組みに関する第2次進捗状況レポート

共通の参照枠組みに関する第2次進捗状況レポートによれば⁽³⁶¹⁾、共通の参照枠組みはまず消費者契約に関する共同体法に関連するものであるとする。

⁽³⁶¹⁾ Commission of the European Communities, Report from the Commission, Second Progress Report on The Common Frame of Reference, Brussels, 25.7.2007, COM (2007) 447 Final, p.2ff.

その性格は法律のような法的拘束力を持っておらず、法改正のための道具箱またはハンドブックという役割が共通の参照枠組みに付与されているにすぎない。共通の参照枠組みの草案は2007年末までに提案される予定ではあるが、欧州委員会がその内容を選択しつつ検討を加える予定である。最終的にその全過程はホワイト・ペーパーにおいて公表されるとしている。

共通の参照枠組みの範囲に消費者契約法の部分は当然に含まれるとして、その他の個別的な分野や一般契約法の分野も含めるべきではないかという点が問われている。そのきっかけは欧州議会等からの一般契約法の作成に対する要望である。しかし、欧州委員会は共通の参照枠組みの範囲を「私法の大規模な調和化」または「欧州民事法典」ではないと結論付けている。ただし、金融サービスにおける情報提供等の条件、金銭支払の遅滞、権利留保条項、一般契約法（形式要件、契約の有効性と解釈）について検討する意志は持っているようである。

このような結論に至る過程において、問題の優先順位、実体法上の問題、共通の参照枠組みの構造、準備作業の状況が論じられている。

問題の優先順位については、消費者共同体法に関連する部分が最も優先順位が高い。第2番目が消費者共同体法に直接関連する一般契約法の部分で、最後は消費者共同体法に関連する一般契約法の本質的部分である。

実体法上の問題として取り上げられているのは、消費者と専門業者の概念、不公正条項、契約前の情報提供、物の概念、引渡と引渡時、危険の移転、契約の適合性、契約に不適合である場合の救済手段の構造、契約の解除、発見された瑕疵の通知、撤回権の適用範囲、撤回権の行使期間・期限、消費者が損害賠償する場合における厳格責任と過失責任、損害賠償の範囲に関連する将来の利益の喪失と非金銭的損害、製造業者の責任、保険法上の申請者と保険者の開示義務と契約解除の期限、電子商取引における消費者が要請しなかった契約、電子商取引における撤回権と到達・送付・発信の概念、契約の内容と効果に関連する契約上の義務を生じさせる言明・契約条項・第3者のための約定、代理権に関連する代理人概念と直接代理・間接代理などであっ

た。

共通の参照枠組みの構造については、専門家の利害関係者の合意によれば、現行の共同体法における契約法上の問題領域とこれと関連する一般契約法の問題領域の両者を含み、定義規定、定義とモデル・ルールの条文化、B2BとB2Cのルールの明確な区別が考えられている。

構成国の専門家の意見は専門家の利害関係者の合意とほぼ同じであるが、一般契約法のその他の部分を追加すべきであるとする意見や消費者共同体法の方針だけでよいとする意見があったようである。

その他に、欧州フォーラム、欧州理事会、欧州議会における共通の参照枠組みに関連した準備作業の状況が報告されている。

2.5.1.18 欧州調査研究グループの欧州契約法の諸原則

欧州調査研究グループ（Acquis Group）は共同体法自体から法原則を抽出しつつ、構成国法から抽出された共通の法準則及び原則と結合させ、共同体法と構成国法との両立可能性を促進することを目的として活動している。欧州調査研究グループは、自ら作成した契約法の諸原則を共通の参照枠組みに含めることを予定し、欧州共同体法を改善することを追及している。

このような観点から、欧州調査研究グループは欧州共同体の現行契約法の諸原則（Principles of the Existing EC Contract Law＝Acquis Principles）を作成した。⁽³⁶²⁾

この契約法の諸原則は第1章乃至第7章を規定する。第1章は一般規定で、適用範囲、消費者と事業者の概念定義、通知と方式を含む。第2章は契約前の義務で、一般的義務、契約前の情報提供義務、入力エラーを回避する義務を含む。第3章は無差別に関連する規定で、一般的ルールおよび定義と救済

⁽³⁶²⁾ Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I Pre-contractual Obligations, Conclusions of Contract, Unfair Terms, Sellier. European Law Publishers, 2007, p.1ff. <http://www.acquis-group.org/>

手段を含む。第4章は契約の成立の関連する規定である。第5章は撤回に関連する規定で、行使および効果と特別な撤回権を含む。第6章は未交渉の契約条項に関連する規定で、適用範囲、契約条項の導入と解釈、契約条項の有効性を含む。第7章は債務の履行に関連する規定で、一般的義務と履行の方法を含んでいる。

この契約法の諸原則は国際商事契約原則と欧州契約法原則と異なっており、契約法に関連する共同体法自体から法原則を導き出していることに特色がある。第1章、第3章、第5章は特に国際商事契約原則と欧州契約法原則に詳しい規定がないので、際立った特色を持っている。

2.5.2 共通の法原則、国際条約、構成国法等との相違

共同体法を概観すると、契約前の情報提供義務、法定の条件を記載した書面の作成・交付、消費者の撤回権、契約条項の効力と解釈の仕方に関する諸規定が定められていた。

その他の契約の成立過程から契約の締結と契約の解釈の詳しいルールは、構成国法に委ねられていた。このことは、前述した構成国法を見れば明らかである。

共同体法を国際条約および共通の法原則と比較して見ても、共同体法が定めていた内容は部分的なものであることが理解できる。

2.5.3 共同体法の問題点と共通の参照枠組みの必要性

共同体法の定めたルールが部分的であることは、様々な問題を生じさせた。このことは「欧州契約法と共同体法 (acquis) の改正：進むべき道」という欧州委員会の文書で指摘されている。⁽³⁶³⁾

その部分とは、「定義がないかまたは広く定義されすぎている指令の中の抽象的な法律用語の利用、指令の適用によって実務上の問題が解決されない

⁽³⁶³⁾ 注(4)前掲118頁以下。

領域、消費者保護指令の最低限度の調和化を行うことから生ずる構成国の実施法の間の相違、ECの契約法立法における矛盾」である。

この問題は、欧州委員会の目的である「高い共通のレベルの消費者保護によって域内市場における消費者と事業者の信頼を高めること、域内市場の障壁を除去すること、規制の簡素化」という観点から、共同体法の再検討を導いた。

この再検討をする場合に、「・指令によって要求された消費者保護のレベルは、消費者の信頼を確保するのに十分なほど高いのか？

・調和化のレベルは、事業者と消費者のために域内市場の障壁と競争の歪みを除去するために十分なもののなのか？

・規制のレベルは事業者に最低限度の負担を課し、競争を促進するものなのか？

・指令は効果的に適用されているのか？

・全体として8個の指令の間には重大なギャップ、矛盾、重複が存在するのか？

・指令の中のどれに改正のための最も高い優先順位を与えるべきなのか？
特殊な問題も生ずる。

・指令の範囲は正しいのか？ 契約前の情報提供の条件は適切なのか？

・訪問販売、タイムシェアリング、遠隔販売に関する指令における撤回期間の存続期間と形式は指令の間で十分に調和化されて、標準化されるべきなのか？

・消費者契約法はさらに調和化される必要があるのか？

・指令の間の矛盾を少なくするために、いくつかの指令を融合させるための領域は存在するのか？」のような観点が指摘されている。

このような問題点を解決するために、契約法における共通の参照枠組みの必要性が主張されているのである。この共通の参照枠組みのモデル案には、契約の成立過程から契約の締結と契約の解釈が含まれている。したがって、今まで検討してきた共通の法原則、国際条約、構成国法等が役立つことにな

るのである。

2.6 共通の法原則、国際条約、構成国法等、共同体法と中国法、日本法との比較

2.6.1 中国法の概観

中国契約法は1999年10月に施行された。この中国契約法は民商法統一主義を採用し、日本法にはない規定を持っている。中国の経済力の増大を背景として、中国法の研究の必要性は高まっている。比較法に基づく立法の成果として中国契約法を考察することができるので、本稿で詳しい研究はしないが参考までに中国契約法を概観しておくことにする。特に契約の成立問題を中心に解説することにする。⁽³⁶⁴⁾

2.6.1.1 中国契約法の総則第1章一般規定

第1条は契約法を制定した目的を定める。第2条に、契約の定義規定が存在する。第3条は契約当事者の法的地位の平等性を定める。第4条に、契約自由の原則に関する規定が存在する。

第5条は公平の原則を規定し、この規定に免責約款の解釈の問題が入る。この規定の趣旨は、第53条の免責条項の無効事由、保険法第17条の免責約款の説明義務、消費者権益保護法第24条の免責約款等の無効に関する諸規定に同じものがある。

第6条は信義誠実の原則を規定し、契約締結上の当事者の義務もこの規定から生ずる。第42条に、契約締結上の過失に関する特別規定がある。

第7条は公序良俗に関する規定で、第8条は契約の拘束力を規定する。

2.6.1.2 中国契約法の総則第2章契約の締結

第9条は契約の締結の要件に関する権利能力、行為能力、代理に関する原

⁽³⁶⁴⁾ 塚本宏明監修『中国契約法の実務』中央経済社、平成16年、9頁以下、19頁以下。

則規定で、具体的な内容は民法通則の諸規定に基づく。

第10条は契約の形式に関する規定で、書面形式、口頭形式、その他の形式を承認している。書面形式は契約法および契約法以外の法令や当事者間の合意で定められる。その他の形式について、後述する第36条および第37条が関係する。第11条は、書面形式の定義規定である。

第12条は、当事者によって定められる契約条項に関する規定である。

第13条は申込と承諾によって契約が成立することを規定する。第14条は申込の定義と条件を示している。第15条は申込と誘引の定義と具体例を提示している。第16条は申込の効力発生時期に関連し、到達主義を採用する。

第17条は申込の撤回に関する規定である。この申込の撤回と区別されるのが、第18条の申込の取消である。この申込の取消は制限されている。このことは第19条に規定されている。第20条は申込の失効事由を規定する。

第21条は承諾の定義規定である。第22条は承諾の方式に関する規定で、原則として通知によって承諾を行う。第23条は承諾の効力発生時期に関連して承諾期限を設けた場合と承諾期限を設けない場合に分けて規定している。第24条は承諾期間の起算時を規定する。書簡、電報、高速通信方式の3種類に分けて、起算時を決定する。第25条は契約の成立時期を定め、承諾の効力発生時期とする到達主義を採用している。第26条は承諾の効力発生時期に関連して承諾通知のある場合、承諾通知のない場合、データ電文形式を採用している場合に分けて効力発生時期を定めている。すなわち、到達主義を採用している。第27条は承諾の撤回を定める。

第28条は、承諾期間経過後の承諾を原則として新たな申込とする規定である。第29条は、遅延した承諾を受け入れないことを通知しない限り有効とする規定である。第30条は申込の内容を実質的に変更した承諾を新たな申込と評価する。第31条は、申込の内容に実質的でない変更を加えた場合の承諾を原則として有効とするものである。

第32条は、契約書を採用して契約を締結した場合の契約成立時を定める。第33条は、契約確認書の調印時を契約成立時とするものである。

第34条および第35条は、契約成立地の決定方法を定める。契約書のある場合、データ電文形式の場合、その他の場合に分けられている。

第36条および第37条は、契約が書面形式の場合に書面を作成せずに、または署名・捺印前に主要義務が履行された場合の契約成立の問題を規定する。

第38条は、国の指令に基づく任務等の契約準拠規定を定める。

第39条は標準約款の定義と、標準約款を援用できる条件を提示する。第40条は標準約款の無効事由を定める。第41条は標準約款の解釈方法について3種類の方法を定める。これらの諸規定と同じ趣旨の規定は、保険法、消費者権益保護法にも存在する。

契約の成立過程における責任として、第42条は契約締結上の過失に関して、第43条は当事者間の守秘義務を定める。

2.6.1.3 中国契約法の総則第1章第2章の特色

これらの諸規定の中で、第32条と第33条、第36条と第37条、第38条は、明文文化されている意味で特徴のある規定である。その他の諸規定は、共通の法原則、国際条約、構成国法等におけるような一般的な諸規定であると評価できる。これらの一般的な諸規定には、日本法で解釈論に委ねられている部分が契約法の明文規定として存在することは、高く評価できる。

2.6.2 日本法の概観

契約の成立と解釈に関する諸規定は、民法典第1編第1章通則、第1編第2章人、第1編第5章法律行為、第1編第6章期間の計算、第3編第1章総則、第3編第2章第1節第1款契約の成立、商法典第2編第1章商行為、電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律、消費者契約法、割賦販売法、金融商品の販売等に関する法律、特定商取引に関する法律、旅行業法、貸金業の規制等に関する法律、特定商品等の預託等取引契約に関する法律、保険業法、薬事法、有価証券に係る投資顧問業の規制等に関する法律、商品取引所法、金融商品取引法、ゴルフ場等に係る会員契約の適

正化に関する法律、不当景品類及び不当表示法、海外商品市場における先物取引の受託等に関する法律、宅地建物取引業法、放送法、有線テレビジョン放送法などに存在する。

2.6.2.1 民法典の諸規定

民法典第1編第1章通則における第1条は基本原則を規定し、私権と公共福祉との適合性、信義誠実の原則、権利濫用の禁止を内容とする。第2条は、個人の尊厳と両性の本質的平等を解釈基準とするものである。これらの中で、特に信義誠実の原則は契約の成立と解釈に関連する。

民法典第1編第2章人における権利能力と行為能力の諸規定は、契約の成立の前提条件をなすものである。この意味で、第3章の法人の諸規定も含めることができる。

民法典第1編第5章法律行為における第91条、第92条、第97条、第98条、第98条の2が契約の成立に関連する。民法典第1編第6章の期間の計算や民法典第3編第1章総則もそうである。

民法典第3編第2章第1節第1款の契約の成立は、契約の成立における申込と承諾に関連する諸規定である。

2.6.2.2 商法典の諸規定

商法典第2編第1章商行為における第507条乃至第510条は、契約の成立に関連する。

2.6.2.3 電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律

電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律第4条は、民法典第526条と第527条を適用しないという意味で契約の成立に関連する。

2.6.2.4 消費者契約法

消費者契約法第3条と第8条乃至第10条は、契約の成立に関連する。

2.6.2.5 割賦販売法

割賦販売法第3条乃至第4条の4、第29条の2乃至第29条の3の3、第30条乃至第30条の2の3、第38条は、契約の成立に関連する。

2.6.2.6 金融商品の販売等に関する法律

金融商品の販売等に関する法律第3条、第4条、第6条乃至第8条は、契約の成立に関連する。

2.6.2.7 特定商取引に関する法律

特定商取引に関する法律第3条乃至第6条の2、第9条、第11条乃至第13条、第16条乃至第21条の2、第24条、第33条の2乃至第37条、第42条乃至第45条、第51条の2乃至第55条は、契約の成立に関連する。

2.6.2.8 旅行業法

旅行業法第12条乃至第12条の9は、契約の成立に関連する。

2.6.2.9 貸金業の規制等に関する法律

貸金業の規制等に関する法律第13条乃至第17条は、契約の成立に関連する。

2.6.2.10 特定商品等の預託等取引契約に関する法律

特定商品等の預託等取引契約に関する法律第3条乃至第6条は、契約の成立に関連する。

2.6.2.11 保険業法

保険業法第294条乃至第301条の2、第309条は、契約の成立に関連する。

2.6.2.12 薬事法

薬事法第44条, 第50条乃至第54条, 第59条, 第61条, 第63条および第63条の2, 第66条乃至第68条, 第68条の3 および第68条の4, 第68条の7は, 契約の成立に関連する。

2.6.2.13 有価証券に係る投資顧問業の規制等に関する法律

有価証券に係る投資顧問業の規制等に関する法律第13条乃至第17条, 第22条, 第30条の3は, 契約の成立に関連する。

2.6.2.14 商品取引所法

商品取引所法第213条乃至第215条, 第217条乃至第219条は, 契約の成立に関連する。

2.6.2.15 金融商品取引法

金融商品取引法における契約の成立に広い意味で関連する諸規定は, 第15条乃至第21条, 第21条の2, 第21条の3, 第22条, 第23条の13, 第23条の14, 第24条の4, 第27条の9, 第27条の11, 第27条の12, 第27条の13, 第27条の14, 第27条の16, 第27条の18, 第27条の19, 第27条の20, 第27条の21, 第27条の22の2, 第27条の22の3, 第27条の22の4, 第27条の30の9, 第34条, 第34条の2, 第34条の3, 第34条の4, 第36条, 第36条の2, 第37条, 第37条の2, 第37条の3, 第37条の4, 第37条の5, 第37条の6, 第38条, 第38条の2, 第39条, 第40条, 第40条の2, 第40条の3, 第41条, 第66条の7, 第66条の8, 第66条の10, 第66条の11, 第66条の14である。

2.6.2.16 ゴルフ場等に係る会員契約の適正化に関する法律

ゴルフ場等に係る会員契約の適正化に関する法律における契約の成立に関連する諸規定は, 会員契約の締結時期の制限に関する第4条, 顧客に対する書面の交付に関する第5条, 情報通信の技術を利用する方法に関する第5条

の 2，誇大広告の禁止に関する第 6 条，会員契約の締結または更新についての勧誘等に関する第 7 条，不当な行為等の禁止に関する第 8 条，書類の閲覧に関する第 9 条である。

2.6.2.17 不当景品類及び不当表示法

不当景品類及び不当表示法における契約の成立に関連する諸規定は，景品類の制限及び禁止に関する第 3 条，不当な表示の禁止に関する第 4 条，公正競争規約に関する第 12 条などである。

2.6.2.18 海外商品市場における先物取引の受託等に関する法律

海外商品市場における先物取引の受託等に関する法律における契約の成立に関連する諸規定は，海外先物契約の締結前における書面の交付に関する第 4 条，海外先物契約の締結及び顧客の売買指示に係る書面の交付に関する第 5 条，保証金の受領に係る書面の交付に関する第 6 条，海外先物契約の締結等の勧誘に関する第 9 条，不当な行為等の禁止に関する第 10 条などである。

2.6.2.19 宅地建物取引業法

宅地建物取引業法における契約の成立に関連する諸規定は，第 31 条乃至第 33 条，第 33 条の 2，第 34 条，第 34 条の 2，第 34 条の 3，第 35 条，第 35 条の 2，第 36 条，第 37 条，第 37 条の 2，第 45 条，第 47 条，第 47 条の 2，第 48 条，第 50 条，第 60 条などである。

2.6.2.20 放送法

放送法における契約の成立に関連する諸規定は，第 32 条，第 52 条の 4，第 52 条の 5，第 52 条の 9 などである。

2.6.2.21 有線テレビジョン放送法

有線テレビジョン放送法における契約の成立に関連する諸規定は，第 14 条，

第15条、第16条などである。

2.6.2.22 日本法の特徴

民法典と商法典は、共通の法原則、国際条約、構成国法等にみられるような契約の成立と解釈に関する詳しい規定を持っていないと評価できる。契約の成立と解釈に関して特別法で対応できる規定があるが、十分ではない。そのため、判例・学説の役割が大きかったと言えるのである。

2.6.3 共通の法原則、国際条約、構成国法等、共同体法と中国法、日本法との相互関係

前述したように、中国法に特殊な規定があるが、しかしその他の諸規定は共通の法原則、国際条約、構成国法等に見られる普遍的な性格を持ったものである。これに反して、日本の民法典と商法典においては、これらと部分的に一致する規定はあるが、しかし判例・学説に委ねられていたものが多い。このことは立法政策の問題であるが、法規範として遵守されるためには明瞭で分かりやすく立法するのが望ましいので、契約の成立と解釈に関する詳しい明文規定を持ったほうが良い。特に消費者保護の観点を考慮すると、契約の入口の問題を詳しく規定することが政策的に望まれることである。

中国法と日本法との関係を概観すると、契約の原則規定を定めている中国契約法第2条、第4条、第5条、第8条は、日本民法典になく、その趣旨の明文規定を置いたほうが良い。

契約の締結に関する個別規定における中国契約法第10条、第11条、第12条、第14条、第15条、第16条、第17条、第18条、第19条、第20条、第21条、第22条、第25条、第26条、第27条、第28条、第31条、第34条、第36条、第37条、第39条、第40条、第41条、第42条、第43条は、共通の法原則、国際条約、構成国法等を適切に斟酌して日本法にも明文化すべきである。

我国が国連国際物品売買条約を締結し、批准することによって、この国連国際物品売買条約と国内法としての民法典および商法典との関係が問われる

可能性がある。国際法と国内法という二重構造で済ますことができるが、しかしそれらの内容上の相互関係を問う法解釈論が出てくるであろう。この法解釈論の立場からは、契約の構造の捉え方の問題と契約法上の個別規定の扱いに関する問題についての比較研究がなされることになる。債権法の改正内容に依存することにもなるが、国際法の良い面を取り入れた国際法と国内法を折衷した法解釈論が民法典および商法典にとって望ましいかもしれない。

これらのことの詳しくは、日本法における契約法の諸原則の検討において後述する。

3. 契約の成立と解釈に関する判例・学説の比較検討

契約の成立と解釈に関する判例・学説について分析することにする。その場合に、主として欧州契約法原則、国際商事契約原則、欧州共同体の現行契約法の諸原則、国連国際物品売買条約、ドイツ法、フランス法（債務法改正案を含む）、英米法を取り上げて、判例・学説を概観する。

補足的に欧州契約法典、欧州民法法典、国際物品売買契約の成立に関する統一法条約、国際物品売買の統一法条約、イタリア法、オランダ法、スペイン法、オーストリア法、スイス法、欧州共同体法に言及する。

契約の成立過程、契約の成立要件、申込、承諾、契約条項、契約の解釈の中における各論点の個別的な検討は別稿で行う。

3.1 共通の法原則、国際条約、構成国法等、共同体法

3.1.1 契約の成立過程

共通の法原則は信義誠実に反する交渉責任、守秘義務、情報提供義務を別々の条文で規定している。しかし、構成国法等はそのような定め方をしていない。

それぞれの場合を共通の法原則に基づいて説明し、その後で構成国法等を検討することにする。

3.1.1.1 共通の法原則における信義誠実に反する交渉責任と情報提供義務

3.1.1.1.1 2005年の不公正取引の規制に関する指令⁽³⁶⁵⁾

不公正取引の規制に関する指令は、信義誠実に反する交渉責任に間接的に関連する。当該指令は第2章で不公正な取引慣行に関する規定を定めている。不公正な取引慣行の要件は第5条で定められている。第6条乃至第9条は第5条を受けた個別規定である。第6条は誤解を招く行為、第7条は誤解を招く不作為、第8条は攻撃的な取引慣行、第9条はハラスメント、強要、不当な影響力の行使に関して規定している。第1付属書は不公正な取引慣行の具体例を列挙している。

これらの場合は、信義誠実に反する交渉を判断する場合の指針になりうるものとする。具体例を列挙している第1付属書は、共通の法原則で挙げられている具体例と重なり合うものである。しかし、信義誠実に反する交渉を判断する場合は、第1付属書の具体例に限定されるべきではないであろう。

前述したグリーン・ペーパーにおいて、横断的アプローチの典型例として2005年の不公正取引の規制に関する指令が取り上げられている。

3.1.1.1.2 共通の法原則

2005年の不公正取引の規制に関する指令に挙げられている具体例以外の事例は、国際商事契約原則⁽³⁶⁶⁾と欧州契約法原則⁽³⁶⁷⁾において指摘されている。

⁽³⁶⁵⁾ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal Market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council.

⁽³⁶⁶⁾ Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), p.21ff, p.59ff. (以下, Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004 とする。)曾野和明, 廣瀬久和, 内田貴, 曾野裕夫訳『UNIDROIT ユニドロワ 国際商事契約原則』商事法務, 2004年3月, 50頁以下。(以下, 1994年版の解説書とする。)

これらの原則の条文の内容は同じであるが、条文の該当する事例は異なっている。

国際商事契約原則における不誠実な交渉の具体例として挙げられているのは、合意の意思がなく、第3者を妨害するために交渉を行った場合、相手方の知らない契約を妨げる事情を知らながら交渉を継続した場合、相手方に契約の権限がないことを告知しなかった場合などである。

これに対し、欧州契約法原則は、相手方の競争者となることを意図しながら相手方と接触して相手方の販売方法等を知った場合、交渉を契約直前に打ち切った場合、交渉の数年後に最初の約束よりも多額の金銭的な負担を要求されたために交渉が中止された場合、衣服業者が第3者からの間違った申し出のために衣服を売る機会を失った場合を具体例として挙げている。

このように取り上げられている事例は異なるが、両者はともに信義誠実に反する交渉責任について同じ考え方をしている。このことは、損害賠償の範囲を信頼利益に限定していることにも現れている。

国際商事契約原則第1.8条は、矛盾行為の禁止に関する規定である。この趣旨は契約の成立過程に及ぶものであると考える。

欧州契約法典⁽³⁶⁷⁾は信義誠実に反する交渉責任と情報提供義務を別個に規定するが、解釈論的に情報提供義務を信義誠実に反する交渉責任に含めることができると思う。

しかし、欧州共同体の現行契約法の諸原則は、欧州契約法典と同様に信義誠実に反する交渉責任と情報提供義務を別個に規定している。今までの共通の法原則よりも詳しい規定が置かれている。⁽³⁶⁸⁾

たとえば、第2章は契約前の義務を規定している。第2章第1節は一般的

⁽³⁶⁷⁾ Ole Lando/Hugh Beale (ed), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Kluwer Law International, 2000, p.189ff. (以下、*Principles of European Contract Law*, Parts I and II とする。)

⁽³⁶⁸⁾ Giuseppe Gandolfi, *Code Europeen des Contrats*, Livre Premier 1, Milano-Dott. A. Giuffrè Editore, 2002, p.715ff. (以下、*Code Europeen des Contrats* とする。) 注(12) 翻訳文参照。

⁽³⁶⁹⁾ 注(362) 前掲 1 頁以下。 <http://www.acquis-group.org/>

義務として、信義誠実の原則、消費者の正当な期待、信義誠実に反する交渉責任を別々に規定している。

第2章第2節において、契約前の情報提供義務が規定されている。物またはサービスに関する一般的な情報提供義務に加えて、個別の消費者に対する情報提供義務、通信技術の発展に対応した情報提供義務、提供される情報の内容、情報提供義務に違反した場合における救済手段に関する諸規定が定められている。

第2章第3節は通信技術の発展に対応した規定で、入力誤りを回避する義務を定めている。

このように、一般的義務、事業者と消費者という個別性を斟酌した義務、電子商取引のような通信技術を考慮した義務という3つの観点から、契約前の義務が捉えられているのである。

3.1.1.2 共通の法原則における守秘義務

共通の法原則において、国際商事契約原則⁽³⁷⁰⁾は、秘密情報になる具体例として相手方が技術情報を漏らさないように要求していた場合や交渉の進展に伴い詳細な情報を受領した場合を挙げている。

他方で、欧州契約法原則⁽³⁷¹⁾は、ノウハウの本質的特徴を相手方の個人の住所に送付し、当事者だけで話し合った場合を秘密情報の場合としている。この場合は秘密にすることを要求していなかった場合である。

上記の場合と同じく、事例は異なるが、両者とも同じ考え方で、損失がなくとも利益の償還を認めるほかに、差止請求権も承認している。

欧州契約法典⁽³⁷²⁾も同様に守秘義務を規定している。欧州共同体の現行契約法の諸原則⁽³⁷³⁾は個別的に守秘義務に関連する規定を持たないが、第2章

⁽³⁷⁰⁾ 注(366) Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004, p.61ff. 1994年版の解説書52頁以下。

⁽³⁷¹⁾ 注(367) Principles of European Contract Law, Parts I and II, p.193ff.

⁽³⁷²⁾ 注(368) Code Européen des Contrats, p.716ff. 注(12) 翻訳文参照。

⁽³⁷³⁾ 注(362) 前掲1頁以下。

第1節の一般的義務における信義誠実の原則の中に守秘義務が入るのではないかと思う。

3.1.1.3 構成国法等の信義誠実に反する交渉責任、情報提供義務、守秘義務

3.1.1.3.1 フランス法

フランス民法典第1134条は契約の履行が信義則に基づくことを規定しているが、この思想は契約前の交渉過程に信義則を認める根拠となっている。⁽³⁷⁴⁾

フランス債務法改正案⁽³⁷⁵⁾は、今までの判例・学説を考慮して信義誠実に反する交渉責任を明文化した。たとえば、フランス債務法改正案第1104条は交渉の自由、交渉と信義誠実の原則の関係、交渉の挫折に対する責任を定める。第1104-1条は、本契約の交渉の予約とその契約条項の決定に協力する約束についての規定である。第1104-2条は、交渉の進展・解消に関する取決めにに関する規定である。

また他方で、第1110条以下は、合意の完全さに関連して当事者の情報提供義務を規定している。

共通の法原則における信義誠実に反する交渉責任と情報提供義務と同じ趣旨のものが規定されていると同時に、第1104-1条と第1104-2条は交渉中の合意に着目した注目すべき諸規定である。

3.1.1.3.2 ドイツ法

新しく施行されたドイツ民法典は第311条第2項で契約交渉の当事者の責任を規定している。この規定は第241条第2項を適用し、当事者に相手方の

⁽³⁷⁴⁾ Ph. Malaurie/L. Aynès, Cours de droit civil—Les obligations, 10th edn, Cujas, 1999, para.379.

⁽³⁷⁵⁾ Avant-Projet de Reforme du Droit des Obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du Droit de la Prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil).

Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice 22 Septembre 2005, p.68. (以下, Avant-Projet de Reforme du Droit des Obligations とする。)

権利・法益に対する保護義務を課している。不法行為規定の狭隘さから契約締結上の過失論が発展し、契約交渉過程の法理は深化している。契約交渉過程における注意義務が明文化されたので、この規定に基づいて内容を検討することにする。⁽³⁷⁶⁾

第311条第2項に基づく契約締結上の債権関係は、契約交渉の開始（事前の話し合い・案内書の頒布等）、契約の準備（営業所への顧客の訪問・入札手続きへの関与等）、類似の取引上の行為（勧誘・好意関係等）によって成立する。括弧の中に書き入れた具体例は契約交渉の開始、契約の準備、類似の取引上の行為にとって確定したものでなく、特に契約交渉の開始の具体例と契約の準備の具体例が重なる場合がある。したがって、それらの境界は曖昧である。

契約交渉の開始、契約の準備、類似の取引上の行為に関する第312条第2項が適用される類型は学問的な分類の仕方によって異なるが、しかし共通す

⁽³⁷⁶⁾ Muenchener Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch, Band 2a Schuldrecht Allgemeiner Teil §§241–432 herausgegeben von Wolfgang Krueger, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck Muenchen, 2003, S.1475ff. (以下, Muenchener Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch, Band 2a とする。)

Jauernig BGB Buergerliches Gesetzbuch Kommentar bearbeitet von Berger, Jauernig, Mansel, Stadler, Stuermer, Teichmann, 11. Auflage, Verlag C.H.Beck Muenchen 2004, S.342ff. (以下, Jauernig BGB Buergerliches Gesetzbuch Kommentar とする。)

Erman Buergerliches Gesetzbuch, herausgegeben von Harn Peter Westermann, 11. Auflage, Band 1, Aschendorf Rechtsverlag, Muenster, 2004, S.1126ff. (以下, Erman Buergerliches Gesetzbuch, Band 1 とする。)

Buergerliches Gesetzbuch–Studienkommentar–von Jan Kropholler, 8. Auflage, Verlag C.H.Beck Muenchen 2005, S.189ff. (以下, Buergerliches Gesetzbuch–Studienkommentar–とする。)

Buergerliches Gesetzbuch Handkommentar, bearbeitet von Reiner Schulze u.a., 4. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, BadenBaden 2005, S. 366ff. (以下, Buergerliches Gesetzbuch Handkommentar とする。)

Palandt Buergerliches Gesetzbuch, bearbeitet von Bassenge, Brudermueller, Diederichsen, Edenhofer, Grueneberg, Heinrichs, Heldrich, Putzo, Sprau, Weidenkaff, 65. Auflage, Verlag C.H.Beck Muenchen, 2006, S.463ff. (以下, Palandt Buergerliches Gesetzbuch とする。)

る類型を取り出して整理すると次のようになる。

契約が成立しなかったか無効な契約が締結された場合（方式等に適合しない契約、許可不可能な契約や、無効な普通契約約款の場合を含む。）、契約の交渉が一方的に破棄された場合（原則として契約の成立に対する信頼関係、費用負担、帰責事由を要件とする。）保護義務違反があった場合（人的・物的損害が発生した場合）、契約自体が遅延した場合、内容的に不利な契約が締結された場合、代理人およびその他の交渉者の自己責任が問われた場合（第311条第3項の場合で、自己の経済的利益または個人的な信頼関係と、契約の交渉または締結に対する影響力を条件とする。）、案内書の頒布等の広告責任が問われた場合、公募の場合などである。これらの事例の中で、内容的に不利な契約が締結された場合が比較的多く争われていて、判例が多い。

このような当事者の契約前の関係（第311条第2項第3項）は信頼関係を前提とした法定債権関係であって、契約責任の拡張と考えられている。その内容は第241条第2項によって決定される。

契約前の法定債権関係は、契約交渉の終了や契約の締結によって消滅することになるとする。後者の場合は、通常の契約関係の成立を意味する。しかし、契約前の義務違反による請求権は両者の場合において承認されている。

契約前の法定債権関係から生ずる債権者の損害賠償請求権の法的根拠は、第280条である。債務者の帰責性は、第276条に基づいて判断される。ただし、第521条と第690条によって責任の軽減の可能性があるとする。契約締結上の責任は契約上の免責の対象とされていない。しかし、交渉前の責任制限の合意を条件として、契約締結上の責任を制限する考え方がある。債務者の履行補助者の過失に対しては、第278条に基づいて債務者が責任を負う。

その他に、第249条第1項に基づく損害賠償請求がある。損害賠償の範囲は信頼利益だけでなく、履行利益が認められる場合がある。第122条第1項と第179条第2項の制限はないとする。第253条第2項に基づいて慰謝料も請求できる。被害者の過失は、第254条第2項によって損害賠償額が減額されることになる。この場合に第122条第2項と第179条第3項は考慮されない。

特別な信頼関係がある場合には、そもそも過失相殺が否定されとする。第195条と第199条の時効の規定が原則として適用される。被害者の利益に対して損益相殺が行われる場合がある。

内容的に不利な契約が締結された場合等における特殊な法律効果として、契約の解除がある。第324条が原則として適用されるが、賃貸借や組合のような場合は第314条、第543条、第723条による即時の解約告知権が生ずるとする。不正競争防止法第13a条に特別規定がある。

その他に、この場合に相手方の履行請求に対する給付拒絶権、追加費用の費用償還請求、代金の払戻請求等が考えられている。取消期間を定める第124条は類推適用されないとする。

以上のような被害者による契約の改訂等は、被害者救済のために重要な手段となる。我国においても、損害賠償だけでなく、さらにこの分野の分析を積極的にすべきである。

第311条第2項と第3項における契約交渉の当事者の責任は、その他の法制度と重複する。その他の法制度の解釈によって契約締結上の過失論の存在意義が影響を受けていると言える。前述した契約締結上の過失論は不要であると評価し、不法行為法構成で足りるとする解釈論もそうである。ここでは、主に不法行為法以外の法制度との関係を論ずることにする。

第311条第2項と競合して適用可能な規定として、たとえば、第119条の錯誤による取消規定がある。第119条に基づく第122条は損害賠償義務を意思表示者に課している。

第123条の詐欺または強迫による取消規定も、第311条第2項の規定と競合して適用できると解釈されている。

不法行為法上の損害賠償義務を定めた第823条以下の規定や不正競争防止法第13a条も同様である。

しかし、第311条第2項と競合して適用できない場合として、売買契約における瑕疵担保責任の場合が挙げられている。物の性質に関する誤った情報の場合は民法典第437条と第438条で規律されとする。この場合は、第433

条, 第434条, 第435条に関連する場合である。この売買契約の考え方は, 第536条以下の賃貸借契約と第634a 条以下の請負契約の場合における瑕疵担保責任にも当てはまるとする。

案内書等の広告責任が問われた場合に関連して, 弁護士には連邦弁護士法第51b 条が, 税理士には税理士法68条が, 公認会計士には公認会計士法第51 a 条が適用されないとする。

その他に, 保険契約法第16条以下において契約締結上の過失論が適用されないとする。

3.1.1.3.3 イタリア法

イタリア法において⁽³⁷⁷⁾, 欧州契約法原則第2:301条に対応する規定は, イタリア民法典第1337条と第1338条であると理解されている。第1337条は交渉および契約の成立において信義則に従うことを定め, 第1338条は契約の無効を知っている者が相手方に通知しなかった場合における損害賠償義務を定めている。

第1337条に規定されている信義則は, 第1366条における契約の解釈, 第1375条における契約の履行, 第1175条における債務者と債権者の行為の仕方にも規定されているとする。信義則の思想が十分に受け入れられ, 個別的な規定があることは注目に値する。

第1337条に規定された信義則に反した契約前の責任の法的根拠は, 不法行為法または契約法の間で争いがある。

契約が無効なことを知っている場合と交渉の不当な破棄の場合が, 契約前の責任類型として認められている。前者において過失があると, 契約が無効なことを知っている相手方に責任を追及できないことになるとする。後者においては, 第三者からの好都合な申込などの事情は交渉の破棄を正当化する

⁽³⁷⁷⁾ Luisa Antonioli/Anna Veneziano (ed), *Principles of European Contract Law and Italian Law*, Kluwer Law International, 2005, p.142ff. (以下, *Principles of European Contract Law and Italian Law* とする。)

とする。この不当性が問題となる場合は、契約が締結されていないが、その状態に近くなった場合が考えられている。

第1337条の解釈として、当事者に交渉中の情報提供義務を課している。特に相手方の誤りがある場合や重要な情報がない場合である。

損害賠償の範囲は、信頼損害を限度とする。

欧州契約法原則第2：302条に対応する規定は存在しない。しかし、その趣旨は民法典第2043条に含まれているとする。この規定は不法行為に基づく損害賠償責任を定めたもので、詐欺や故意または過失による行為によって他人に損害を与えた場合を規律している。民法典第2041条の不当利得も、場合により例外的に適用されるとする。

実務上は守秘義務に関する条項を合意に含めることによって対応できるのではないかと評価されている。

3.1.1.3.4 オランダ法

オランダ法において⁽³⁷⁸⁾、欧州契約法原則第2：301条に対応する規定は存在しない。しかし、判例は信義則に基づく特別な法律関係を承認しつつ、契約前の責任を欧州契約法原則では区別していない3つの段階に分けて要件と効果を考えているとする。

すなわち、まず、自由に交渉を破棄できて、損害賠償責任がない場合、次に、自由に交渉を破棄できるが、損害賠償責任を生じさせる場合、最後は、契約が締結されるのではないかという合理的な期待が生じ、信義則上自由に交渉を破棄できない場合である。

第2の段階において考えられる損害賠償の範囲は信頼利益で、第3者との契約の喪失による利益も含まれる。最後の場合には、相手方に生じた費用と期待利益（喪失利益）が賠償範囲に含まれるとする。

⁽³⁷⁸⁾ Danny Busch / Ewoud Hondius / Hugo van Kooten / Harriet Schelhaas / Wendy Schrama (ed), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, Kluwer Law International, 2002, p.129ff. (以下、*The Principles of European Contract Law and Dutch Law* とする。)

このような契約前の責任は不法行為法上の責任、または、契約法上の責任、または、これらとは異なった信義則に基づく独自の責任と構成する学説に分かれている。ただし、不法行為法上の責任または信義則に基づく独自の責任と考える傾向が強いようである。

契約前の責任の内容は欧州契約法原則で認められている損害賠償義務だけに限定されず、信義則に反した交渉の破棄に対する代替措置として交渉の継続や契約を締結する義務も発生する場合があるとする。

同様に、欧州契約法原則第2：302条に対応する規定が存在しないが、守秘義務は信義則上の義務として認められている。守秘義務違反から損害賠償義務が発生する。その際に、守秘義務に違反した当事者が受領した利益が考慮されている。

3.1.1.3.5 オーストリア法

オーストリア法において⁽³⁷⁹⁾、欧州契約法原則第2：301条に対応する規定は存在しない。しかし、契約の締結の意思がないことを告知する義務や、十分な理由なしに契約の交渉を破棄しない義務が判例において承認されている。損害賠償の範囲は、信頼利益に限定されるとする。

欧州契約法原則第2：302条に対応する規定も同様に存在しないが、守秘義務およびその違反に対する損害賠償責任が認められている。

より一般的に言えば、取引上の接触が生じた場合の法的責任は、契約締結

⁽³⁷⁹⁾ 注(367) Principles of European Contract Law, Parts I and II, P.192ff.

Ewoud Hondius, Pre-contractual Liability, Reports to the X II th Congress of the International Academy of Comparative Law, 1991, p.44. (以下、Pre-contractual Liability とする。)

Helmut Koziol/Rudolf Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, 12. Auflage, Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2001, S.14ff.

Helmut Koziol/Peter Bydlinski/Raimund Bollenberger (Hrsg.), Kurzkommentar zum ABGB Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch samt Ehegesetz und Konsumentenschutzgesetz, Springer Wien NewYork, 2005, S.752ff. (以下、Kurzkommentar zum ABGB とする。)

上の過失論に基づいて承認されている。この法的根拠は、一般民法典第874条や第878条等にあるとする。その考え方によれば、契約締結前の義務として開示義務と保護義務が当事者に発生する。その保護対象は、相手方の生命・身体やその他の法益である。継続的な取引関係の場合、情報の提供の場合、目論見書の引渡しの場合には特別な保護義務が発生するとする。

契約締結上の過失論によれば、給付内容の状態の開示、履行の危険の開示、法的障害の通知が契約締結前の義務の主要なもので、たとえば、破産状態、本人の身元、給付と結び付いた危険などに関するものである。契約の有効性を妨げない義務や契約交渉を理由なしに破棄しない義務も認められている。特別法では開示義務が法定されている場合があるとする。

代理人またはその他の補助者がいれば、履行補助者の責任に関する一般民法典第1313a条に基づいて、その本人が責任を負う。

契約締結上の過失論は契約法に準拠する。しかし同時に、不法行為責任を追及できる場合があるとする。

契約締結上の過失論における法律効果は、損害賠償に限定されている。履行請求権は発生しないとする。損害賠償の範囲は、信頼利益が原則である。しかし、いわゆる契約締結前の義務の違反はないが、国の業務委託法違反の事例で履行利益の賠償が認められているとする。被害者に過失がある場合は、一般民法典第1304条に基づいて過失相殺が行われている。

3.1.1.3.6 スイス法

スイス法において⁽³⁸⁰⁾、欧州契約法原則第2：301条と第2：302条に直接対応する規定は存在しない。ただし、スイス民法典第2条における信義則が

⁽³⁸⁰⁾ 注(379) Pre-contractual Liability, p.16.

Ernst A. Kramer/Bruno Schmidlin, Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art.1-18 OR, Verlag Staempfli & Cie AG, Bern 1986, S.69ff. (以下、Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 1. Teilband とする。)

契約前においても適用される可能性がある。この条項を根拠にして、オーストリアと同様に、契約締結上の過失論が認められている。また、スイス債務法第41条における不法行為法によっても処理可能であると考ええる。

3.1.1.3.7 英米法

英米法において、欧州契約法原則第2：301条と第2：302条に対応した特別規定は存在しない。しかし、いくつかのイギリスの判例があるので、これについて言及することにする。⁽³⁸¹⁾

1992年の *Walford v. Miles* 事件⁽³⁸²⁾は、契約前の交渉過程における信義則上の義務を認めず、当事者による交渉の破棄の自由を認めている。しかし、無期限に交渉する合意の非強行性を肯定し、このような意味の約款の黙示的合意を否定している。この事件では、当事者の交渉の破棄の自由と期間の不特定性がポイントになっている。

1964年の *Hedley Byrne v. Heller & Partners* 事件⁽³⁸³⁾は一般論として不注意な不実表示に対して損害賠償を認めたが、事実認定においてその注意義務を否定した。

この事件の理論を受け継いだ判例は、1979年の *Box v. Midland Bank* 事件⁽³⁸⁴⁾である。この事件において、相手方の説明が実際と異なっていてローンが受けられなかった場合に、相手方の不注意な予測に対する損害賠償責任が発生すると判断された。

1976年の *Crabb v. Arun District Council* 事件⁽³⁸⁵⁾は、ある地点のアクセス権とある地点から公道への通行権を否定したことについて禁反言の原則に反するものとして土地所有者に責任を負わせた判例である。

守秘義務に関しては、1967年の *Seager v. Copydex* 事件⁽³⁸⁶⁾を挙げることが

⁽³⁸¹⁾ 注(367) *Principles of European Contract Law*, Parts I and II P.192ff.

⁽³⁸²⁾ *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128, H.L.

⁽³⁸³⁾ *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* [1964] A.C. 465, H.L.

⁽³⁸⁴⁾ *Box v. Midland Bank* [1979] Lloyd's Rep 391.

⁽³⁸⁵⁾ *Crabb v. Arun District Council* [1976] Ch.179, C. A.

できる。この事件において、公衆に対して利用できなかった秘密裏に受領した情報を不正利用した者に守秘義務違反を理由とした損害賠償責任が課された。この事件における損害賠償の範囲は、その情報の不正利用に対する合理的な補償であった。しかし、1963年の *Peter Pan Manufacturing Corporation v. Corsets Silhouette* 事件⁽³⁸⁷⁾は、情報を不正利用した者が得た利益を損害賠償の範囲内としていた。

詳しい要件と効果は、契約能力、相互の同意、約束的禁反言、詐欺、強迫、不実表示、非良心的契約などの領域における解決方法についての判例と学説の中で示されている。上記の判例はその一部にすぎない。この領域について、約束的禁反言、詐欺、強迫、不実表示、非良心的契約を改めて個別的に別稿で論ずることにしたいと思う。

3.1.1.4 契約の成立過程に関する総括

契約の成立過程における信義誠実に反する交渉責任、守秘義務、情報提供義務は、欧州契約法原則、国際商事契約原則、欧州契約法典、欧州共同体の現行契約法の諸原則、ドイツ法、イタリア法、オランダ法、フランス法、オーストリア法、スイス法、英米法において認められていると評価できる。明文で規定されている場合もあれば、明文で規定されていなくても他の規定から解釈論的に導き出すことができる場合もある。また、独自の解決方法に拠りながら同じ目的を達成していた場合もある。

そのような契約の成立過程における義務を考える場合に、欧州契約法原則、国際商事契約原則、欧州契約法典、欧州共同体の現行契約法の諸原則を出発点としながらも、主として2005年の不公正取引の規制に関する指令、フランス債務法改正案、ドイツ法、英米法を参考にして、精緻な要件論を立てる必要があると考える。

したがって、契約の成立過程における義務の対象となる場合をより詳細化

⁽³⁸⁶⁾ *Seager v. Copydex Ltd.* [1967] 1 W. L. R. 923, C. A.

⁽³⁸⁷⁾ *Peter Pan Manufacturing Corporation v. Corsets Silhouette Ltd.* [1964] 1 W. L. R. 96.

して、このケースに対応した原則を立てるべきであると考え。その際に、オランダ法のような契約前の責任を3個の段階に分けることは示唆に富む。

日本法における契約法の諸原則を述べる箇所でも再論するが、中間的な総括を契約の成立過程における信義誠実に反する交渉責任、守秘義務、情報提供義務のそれぞれについて書いておくことにする。

まず、信義誠実に反する交渉責任について、欧州契約法原則第2:301条、国際商事契約原則第2.1.15条、欧州契約法典第6条、欧州共同体の現行契約法の諸原則第2:103条に該当規定が存在する。

これらの規定の内容は、自由な交渉権、合意に達しない場合の免責、信義に反する交渉と交渉の破棄による損害賠償責任、合意に達する意思を持たない交渉の開始または継続の不誠実さを定めている点で同じである。フランス債務法改正案第1104条も同様である。

しかし、欧州契約法典第6条が契約の本質部分を検討した場合には正当な理由なしに交渉を破棄できないことを定めていること、信義に反する交渉と交渉の破棄による損害賠償責任の範囲を交渉費用と機会の喪失に限定して明示していることが、欧州契約法原則第2:301条、国際商事契約原則第2.1.15条、欧州共同体の現行契約法の諸原則第2:103条と異なる。

信義誠実に反する交渉責任を承認することに賛成するが、欧州契約法典第6条のような契約の本質部分を検討した場合には正当な理由なしに交渉を破棄できないことも明文化すべきかまたは解釈論的に配慮しておくべきではないかと考えている。

信義誠実に反する交渉責任が問われる具体例は、解釈論の次元で示されると思う。その際に、欧州契約法原則第2:301条と国際商事契約原則第2.1.15条に関して書かれていた事例だけでなく、2005年の不公正取引の規制に関する指令において示されている事例が十分に考慮に値するものであると思う。

さらに、信義誠実に反する交渉責任を法的構成する場合に、オランダ法のような段階的アプローチを採用すべきではないかと考えている。たとえば、

前述したように、まず、自由に交渉を破棄できて、損害賠償責任がない場合、次に、自由に交渉を破棄できるが、損害賠償責任を生じさせる場合、最後は、契約が締結されるのではないかという合理的な期待が生じ、信義則上自由に交渉を破棄できない場合である。

次に、情報提供義務について、欧州契約法典第7条に該当規定がある。第7条第1項で情報提供義務を定め、第7条第2項で契約の成立と不成立の場合に分けて情報提供義務違反の場合の責任を定めている。

また、欧州共同体の現行契約法の諸原則第2：201条乃至第2：207条にも該当規定がある。物またはサービスに関する一般的な情報提供義務に加えて、個別の消費者に対する情報提供義務、通信技術の発展に対応した情報提供義務、提供される情報の内容、情報提供義務に違反した場合における救済手段に関する諸規定が定められている。

フランス債務法改正案においても、合意の完全さに関連して当事者の情報提供義務が規定されている。

欧州契約法原則と国際商事契約原則には、このような規定自体は存在しないが、欧州契約法原則第2：301条と国際商事契約原則第2.1.15条に含まれるものと理解でき、また、解釈論的に信義則を定めた欧州契約法原則第1：201条、協力義務を定めた第1：202条、信義則を定めた国際商事契約原則第1.7条から情報提供義務を導き出すことができると思う。

情報提供義務についても、欧州契約法典第7条と欧州共同体の現行契約法の諸原則第2：201条乃至第2：207条のような規定を明文化すべきかまたは解釈論的に配慮しておくべきではないかと考えている。

最後に、守秘義務について、欧州契約法原則第2：302条、国際商事契約原則第2.1.16条、欧州契約法典第8条に該当規定がある。

これらの規定の内容は、交渉の過程で取得した情報の守秘義務を課することと、守秘義務に違反した者に損害賠償責任が課されることに共通性を持っている。

ただし、これらの規定を詳細に検討すると文言上の違いを見つけることが

できる。たとえば、欧州契約法原則第2：302条と国際商事契約原則第2.1.16条は交渉の過程で取得した情報の非開示または私用の禁止を明言しているが、欧州契約法典第8条は情報の使用の抑制という表現を使っている。

また、国際商事契約原則第2.1.16条と欧州契約法典第8条は相手方が受ける利益を基準とした損害賠償を定めているが、欧州契約法原則第2：302条は損害賠償と相手方が受ける利益の償還を並置している。

欧州共同体の現行契約法の諸原則は個別的に守秘義務に関連する規定を持たないが、第2章第1節の一般的義務における信義誠実の原則の中に守秘義務が入るのではないかと思う。

守秘義務についても、同様に、文言上の相違点は存在するものの、当事者に交渉の過程で取得した情報の守秘義務を課し、守秘義務に違反した者に損害賠償責任が課されるべきであるという方向で明文化すべきかまたは解釈論的に配慮しておくべきではないかと考えている。

契約の成立過程において生ずる義務違反に対する法律効果を考える場合に、情報提供義務違反に対する救済手段を定めている欧州共同体の現行契約法の諸原則第2：207条は示唆に富む。また、守秘義務に関する欧州契約法原則第2：302条と国際商事契約原則第2.1.16条の解釈論として主張されていた差止請求権も認めるべきである。

フランス債務法改正案第1104-1条は、本契約の交渉の予約とその契約条項の決定に協力する約束についての規定である。第1104-2条は、交渉の進展・解消に関する取決めにに関する規定である。このような観点も契約の成立過程を法的構成するうえで必要なことである。この点は、オランダ法において信義則に反した交渉の破棄に対する代替措置として交渉の継続や契約を締結する義務も発生することを認めていることに通じるものがあるのではないかと考えている。

損害賠償の範囲に関して履行利益まで含めるのかについては一致していないが、多数説の信頼利益までで妥当ではないかと考える。損失がなくても秘密情報の利用によって相手方が得た利益のすべてを返還させるのかについて

一致していないが、この利益の償還は積極的に考えるべきである。

契約の成立過程をより深く検討する場合には、一般的な不法行為法を持たなかった立法上の欠陥から由来した事情はあるが、豊富な蓄積のあるドイツ法における契約締結上の過失論を再検討すべきではないかと考えている。ただし、契約成立後の契約責任論の再構成に配慮して検討する必要がある。

ドイツ法で類型化されている契約が成立しなかったか無効な契約が締結された場合、契約の交渉が一方的に破棄された場合、保護義務違反があった場合、契約自体が遅延した場合、内容的に不利な契約が締結された場合、代理人およびその他の交渉者の自己責任が問われた場合、案内書等の広告責任が問われた場合などに即して再検討すべきであり、特に内容的に不利な契約が締結された場合、代理人およびその他の交渉者の自己責任が問われた場合、案内書等の広告責任が問われた場合は注目すべき領域であると思う。このような場合に、いったん締結された契約内容の改訂の問題が出てくるが、これは契約締結上の過程で生じた事情による契約内容の改訂であって、契約締結後の事情に関する事情変更の原則に基礎を置く契約内容の改訂とは異なる。

契約締結上の過失論における法律効果では、損害賠償以外の法律効果を検討すべきである。たとえば、契約の解除、相手方の履行請求に対する給付拒絶権、追加費用の費用償還請求、代金の払戻請求などである。

さらに、契約の成立過程を検討する際に、比較法的観点から約束的禁反言、詐欺、強迫、不実表示、非良心的契約を検討して、精緻な理論を立てるべきであろうと考えている。

- ・2007年12月に欧州私法共同ネットワークは欧州委員会に欧州契約法に関する共通の参照枠組み草案を提出した。この草案の研究は次稿で公表する予定である。