

# 契約責任と契約解釈の交錯と限界

—— 契約締結上の過失による契約調整論と不明確条項解釈準則 ——

上 田 誠 一 郎

- 一 はじめに
- 二 ドイツ法における契約締結上の過失による契約調整の構造
- 三 契約締結上の過失にもとづく契約調整の意義
- 四 契約の解釈と契約調整
- 五 おわりに

## 一 はじめに

近時ドイツ法において、契約締結上の過失の効果として、損害賠償や契約の解消にとどまらず、契約内容の調整を認める判例が増加しているという指摘がなされている。<sup>(1)</sup> 契約締結上の過失責任の法律効果として契約調整が問題となるのは、契約締結上の過失が問われ得る事例類型のなかでも、契約交渉破棄の事例や、契約が無効に帰す事例ではな

く、契約が有効に成立した事例類型においてである。すなわち契約の相手方による誤った情報の提供や説明義務・警告義務違反などにより当事者の期待に添わない契約が締結されてしまった場合に、その当事者が詐欺や錯誤にもとづく取消あるいはドイツの判例・通説が認める契約締結上の過失責任の効果としての契約解消を選ばず、契約の効力を維持することを望んだ場合における救済として認められるに至ったものである。ドイツ法におけるこのような判例の展開は、長年続けられてきた契約締結上の過失責任の拡張傾向の新たな一步と見ることもできようが、このような新たな法理を実定法上どのように基礎づけるべきかが問題になる。

また現実に合意されていない契約内容を実現することと契約の自由との関係をどう理解すべきかという疑問のほか、契約締結上の過失責任における過失判断と契約の解釈における規範的判断さらには不明確条項解釈準則の要件としての過失判断との関係という新たな理論的問題をも生じさせるように思われる。<sup>(2)(3)</sup>

両当事者の間でいかなる契約が締結されたかを明らかにしようとする契約の解釈に当たっては、契約の締結に至る交渉過程における両当事者の言動が評価の対象となるわけであるが、その際にはこの「狭義の解釈」といわれる作業においても、単なる事実の確定といった作業が行われるのではなく、当事者の言動とりわけ言葉の使い方についての規範的な判断がなされることは周知のとおりである。<sup>(4)</sup> またそのような狭義の解釈をつくしてもなお複数の対等な解釈可能性が残った場合に、そのような不明確性を生み出した契約当事者に不利な解釈可能性を選択して契約内容を確定すべきであるとする「表現使用者に不利に」解釈準則についても、通常の契約についてはその要件として「表現使用者」にそのような不明確さを造り出すについて過失があったことが要求されるものと考えられる。<sup>(5)</sup> 他方、契約締結過

程における当事者の過失ないし帰責性の法的評価としては契約締結上の過失の法理によるものが考えられる。もちろん契約締結上の過失の法理において問題となりうる過失は多様で、より広範囲にわたるものであるが、有効に成立した契約について契約締結上の過失責任が問われる類型においては、評価の対象となる具体的事実が重なるかぎりにおいて、両者がいかなる関係にあるのかが問題になる。このような視点からみると、契約締結上の過失の効果としての契約内容の調整を論ずるにあたっては、両制度の関係の理論的解明が不可欠といえよう。

またこのような事案において当事者が契約を維持することを選択した場合に、いかなる救済が認め得るかの考察も、このような検討にあたって重要であるように思われる。契約締結上の過失にもとづく損害賠償が認められる場合に、いかなる損害が対象となるのか、信頼利益だとして契約が維持された場合の信頼利益とは何を意味するのか。また履行利益の賠償を認める余地はないのかが問題となっているが、それが認められるとして、場合によっては金銭賠償ではなく、アフターサービスなど現実の履行による救済を求める法的な需要も考えらる。このような需要に対して現在の民法体系は十分に答え得ていないとも言えようが、逆にそのような需要はそもそも契約責任の枠内でくみ上げられるべきものなのであろうかという疑問も生じる。このような視点からみても、ドイツ法における契約締結上の過失の効果としての契約内容の調整論は興味深いものといえよう。

本稿においては、ドイツ法における契約締結上の過失の効果として契約調整を認める議論を素材として、契約責任と契約解釈ことに不明確条項解釈準則との交錯領域における両者の関係ないし限界の解明を試みようとするものである。その前提として、まずドイツ法において契約締結上の過失の効果として認められる契約調整はどのようなもので

あるのか、その理論的な根拠および射程距離を明らかにし、日本法においてこのような法理を認める理論的な根拠が存在するかを検討する。その上で、この法理の法律行為制度との整合性の問題とりわけ、契約締結過程における当事者の言動の帰責の問題として交錯する、契約解釈とりわけ不明確条項解釈準則と契約締結上の過失責任との関係を論ずる。さらに前述のような現実の履行による救済を求める法的需要にいかなる範囲・要件で答えうるかをも検討することにしたい。

(1) たとえば Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl. (1994) Vor § 275 Rn. 101 (Emmerich).

(2) 筆者が本稿のテーマを考え始めたのは、ドイツ・マールブルク大学における在外研究中に、受け入れ教授であったレーザー教授と不明確条項解釈準則の要件につき議論していた際に、過失を要件として導入するのならば、契約締結上の過失にもとづく契約調整との関係を明らかにする必要があるのではないかという指摘を受けたことからであった。なお本稿は一九九六年一月に一旦脱稿したが、その後ドイツで現れた文献についても目に触れた限りで反映させるよう努めた。

(3) 日本において契約締結上の過失にもとづく契約調整について触れたものとしては、ノルベルト・ホルン、和田安夫訳「契約締結上の過失」民商一一四巻三号二六頁以下(平成八年)がある。同講演の紹介としては、今西康人「ノルベルト・ホルン教授講演『契約締結上の過失』について」法律時報六八巻三号四七頁(平成八年)もある。また契約締結上の過失責任による瑕疵担保責任の代替という異なる視点からではあるが、同種の事案を分析したものととして、今西「ドイツにおける契約締結上の過失責任理論の展開(一)」六甲台論集二一八巻二号四九頁(昭和五六年)も参照。

(4) 磯村保「ドイツにおける法律行為解釈論について——信賴責任への序章的考察——(一)四・完」(昭和五二〜五六年)神戸法学二七巻三号二八一頁以下、二八巻二号二二二頁以下、三〇巻三号四九五頁以下、四号七〇五頁以下、滝沢昌彦「表示の意味の帰責について——意思表示の解釈方法に関する一考察——」法学研究(二橋大学)一九号一八七頁以下(平成元年)などを参照。

(5) 上田誠一郎「契約の解釈と不明確条項解釈準則」私法五五号一八三頁(平成五年)を参照。なお、不明確条項解釈準則の機能・構造・要件につきより詳しく検討した別稿「不明確条項解釈準則の法的構造」を近日発表予定である。

(6) 契約締結上の過失責任をめぐる現在の法状況については潮見佳男・新版注釈民法一三巻八四頁以下と同所引用文献を参照。

## 二 ドイツ法における契約締結上の過失による契約調整の構造

一方当事者の故意過失によって誤った事実が告げられあるいは過失により十分な説明がなされなかったことなどにより相手方当事者の期待に添わない内容の契約が成立した場合の契約締結上の過失責任としては、ドイツ法が損害賠償につき原状回復主義をとることから、まず第一にその契約の解消とむだになった費用などの信託利益の賠償がBG B第二四九条による原状回復として認められることになる<sup>(1)</sup>。しかしながら、売買契約の目的物がすでに転売されていたり、あるいはその改良などのために買主が新たな出捐を行なった場合などが典型例となろうが、当事者がそれにもかかわらず当該契約を維持し給付目的物を保持することを望んだときには、裏切られた給付期待を補償するために、契約調整が認められる場合があるとされる<sup>(2)</sup>。

### (1) 判例に現れた事例

ドイツにおいて、契約締結上の過失にもとづいて、契約調整(契約の修正)を認めた代表的な判例とされるものに次のようなものがある。

### 企業買収事件<sup>(3)</sup>

XはYからYの所有する土木会社Aの持分五一%を一〇〇万マルク余りで買い取った。この買収交渉に当たって売主Yは、本件会社が小額とはいえずすでに利益を上げ、赤字を脱していると説明した。被告がその行動に責任を負うべき被告の被用者が作成した貸借対照表上も一百万マルクあまりの利益が出ていたが、適切な貸借対照表作成のルールしたがえば四七万マルクあまりの損失とすべきであった。さらに契約直前のXからの問い合わせに対して、会社の経済状況は、以前に作成された貸借対照表以後本質的には変わっていないと説明したが、被告により新たに作成された貸借対照表では九六万マルクあまりの赤字となっているばかりか、鑑定人の算定によると実際の損失は一五〇万マルクあまりにのぼった。そしてYが本件会社の経営改善のためにはらった努力をみれば、このような財政状況の悪化に被告が気付かなかったことはありえないと認定された。Xは多額の資金投入を行うことなどにより初めてA会社を再建することができた。

BGHは、企業の買主が、貸借対照表上の利益に関する過失ある誤った表示により動かされて契約を締結したが、真実の財産状況を知らなかったら買収を思いどまったであろうというときにも、それにもかかわらず契約を維持するときには、契約締結上の過失の観点から、買主がその企業を高く買いすぎた額を賠償を受けうる損害額として請求することができるかと判断した。

### ヨット輸入事件<sup>(4)</sup>

オランダに所在するモーターヨットの売買に際して、売主Yの依頼を受けた仲買人Hが、売買代金にはオランダの付加価値税一九%が含まれていること、またその船のドイツへの輸入に当って一四%の輸入売上税が課されるが、オランダで支払済みの一九%の税がそれに算入され、結果として余分の五%が原告に払い戻されることを保証した。買主Xは契約締結前に電話で行われたこの保証を確認する書面を仲買人Hに送っている。また売買契約には「旧所有者は一九%の付加価値税が支払済であることを保証する」という条項がおかれ、また「付加価値税一九%を含む八七、〇〇〇オランダギルダー」を売買価格とすることが合意された。

Xは引渡を受けた後すぐに、その船をドイツに輸入したが、マインツ財務局の決定により、総額一一〇一三・九〇DMの輸入売上税を支払わなければならなかった。XはHにオランダにおいて付加価値税が支払われたことの証明書を交付するよう求めたが、その交付を受けることができなかった。Xは支払った輸入売上税と諸費用ならびに税の償還がなされなかったことによる逸失利益の賠償を請求した。B G Hは、上述のような売主側の言明は、B G B四五九条二項の意味での保証された売買目的物の性質には当たらないとして瑕疵担保責任の成立を否定したが、契約締結上の過失にもとづき輸入売上税と付随する経費の損害賠償請求を認容した。

裁判所が契約締結上の過失責任の効果として契約調整を認めたとされる裁判例は、上述の二件も含めて、期待されていた主たる給付の価値ないしその実質的な対価と現実とが食い違う分の損害賠償を認め、事実上その対価を変更することに<sup>(5)</sup>により調整するというものである。ほとんどの場合対価の減額であるが、注文主の誤った説明から予測されたよりも多くの費用がかかった場合に請負人に請負金額の増額が認められた事例のように、増額の場合も存在する。<sup>(6)</sup>これに対して、金銭以外の主たる給付義務やその他の付随的契約条件を変更することによる契約調整に関しては、その実例を見出すことができなかった。<sup>(7)</sup>

(2) なぜ「契約調整」なのか

これらの判例を見て、日本の法律家がまず抱くであろう疑問は、なぜこれらが単に損害賠償を認めたのではなく、契約調整を認めたものと評価されるのかであろう。これは損害賠償責任に関するドイツ民法典の構造に起因するよう

に思われる。周知の通りドイツ民法は損害賠償の方法として原状回復主義をとり（BGB二四九条）、金銭賠償は例外的にのみ認められる。すなわち条文上①債権者は人身損害と物の毀損の場合に限り当然に原状回復に代えて金銭賠償を請求でき（BGB二四九条二文）、それ以外の場合には財産損害については②原状回復が不可能であるか債権者に対する賠償に不十分である場合（BGB二五一条一項）あるいは③原状回復に過分の費用がかかる場合（BGB二五一条二項）に金銭賠償が認められ、非財産損害については特別の規定がない限り金銭賠償が認められない。したがって例えば説明義務違反により期待に添わない契約が成立してしまったような事例においても、損害賠償は原則として原状回復によることになる。原状回復とは、損害賠償請求権を発生させた加害行為がなかったとすれば存在したであろう状態を実現することとされる（BGB二四九条一文）。右の例で、この「状態」を考えてみると、まず①説明義務が尽くされたとしても何らかの特別の理由でやはり同一内容の契約が締結されたであろう場合には、その契約が客観的に見て不利益なものであったとしても、損害賠償請求権は生じない。次に②説明義務が尽くされたとすれば、契約が締結されなかったとすると、原状回復の内容は契約が存在しない状態を作り出すこと、すなわち契約の解消となる。詐欺による契約取消に故意が要求されること（BGB一二三条一項）との評価矛盾の問題を指摘されつつも、ドイツの判例・通説は契約締結上の過失の効果として契約の解消を認める。最後に③説明義務が尽くされたとすれば、当該契約当事者間で、あるいは第三者との間で、より有利な契約が締結されたであろう場合が、ここで問題になる契約調整の事例である。このような場合には、原状回復により実現されるべき状態は、より有利な契約が締結された（のと同じ）状態である。たとえば説明義務が尽くされたとすればより低い対価で契約できたであろうと認められる



場合のように結果的には金銭支払いに転化することがあったとしても、理論的には現実に当事者間で締結された契約よりも有利な契約内容が実現されたわけであり、ドイツ民法の体系の中ではこれを指して契約調整であるということが可能である。<sup>(8)</sup> また裁判例において認められた契約締結上の過失責任にもとづく契約調整がもっぱら金銭の支払という形を取っているもかかわらず、原状回復の性質上、契約締結上の過失責任の効果として対価関係以外の契約条件の現実の変更も認められうる<sup>(9)</sup>と考えられる。もちろんそのためには、上述の例で説明義務が尽くされたとすれば、第三者を含む誰かとではなく当該契約当事者間でより有利な契約が締結されたであろうことが要求されよう。

### (3) 仮定的因果関係の証明

以上のように原状回復主義を取るドイツの損害賠償法においては、契約関係そのものは維持しつつ相手方当事者に対して契約締結上の過失にもとづき被った損害の賠償、すなわち上述のような意味での契約調整を請求するためには、相手方の義務違反がなければ、当該契約当事者間あるいは第三者との間でより有利な契約が締結されたであろうという仮定的因果関係の証明が理論上の前提となる。ところがこの証明は、たとえば説明義務が果たされたならば契約は締結されなかったという証明にくらべ、非常に困難である。情報提供義務違反により成立した契約が期待に添わないものであった事例を考えると、仮定的な契約締結を証明するためには、情報提供義務違反がなかったとすれば、情報提供を受ける権利を有する当事者が（どのような）より有利な条件で契約しようとするか試みるかだけではなく、相手方当事者あるいは第三者がこの条件での契約に応ずるかどうかの確定をも前提とされるからである。連邦通常裁判所（B

G H)の判例はこの因果関係の証明を厳格には要求しなくなっている<sup>(10)</sup>。仮定的因果関係の証明を厳格に要求すれば、契約を維持しすでに受領した給付を保持しつつ、被った損害の賠償を請求する道をひらくという、ドイツ法における契約締結上の過失にもとづく契約調整論の本来の目的がほとんど達成できなくなるという考慮がその背景に存在するよう思われる。

判例がどのように発展してきたかをみると、当初裁判所は、説明義務などが尽くされた場合には、損害を被った当事者にとり適切な内容の契約が締結されたであろうことを要求していた<sup>(11)</sup>。その後、BGHはこのような因果関係の証明を要求しなくなった。まず適切な説明ないし助言がなされた場合には、そのような不利益な契約が締結されなかったことが推定され<sup>(12)</sup>、さらに説明義務などが尽くされた場合に、相手方当事者が契約条件の変更に同意したかどうかを問題とせず、契約を維持することを望む当事者が真実の事実関係を知っていれば交渉によりより有利な契約内容を獲得できたかのごとく扱うべきであるとされ、事実上反証を認めない判例が現われるところに至っている<sup>(13)</sup>。

しかしながら、判例が前述のように義務違反行為と損害との因果関係の要件、すなわちもし正しい情報を与えられていたか過った情報を与えられなかったとしたならばより適切な契約が締結されたといえることの証明を要求しないことに対する批判が一部に見られることは、契約が有効に成立した類型についても契約締結上の過失による損害賠償の範囲を信頼利益とするのが一般であるドイツ法においては当然であろう<sup>(14)</sup>。これに対して、このような因果関係が要求されないかぎりにおいて、損害賠償の枠内では理解しえないとしつつも、判例を、契約締結上の過失による損害賠償請求権とならんで選択的にもうひとつの法的救済手段として契約調整を認めるものと理解する見解も存在する<sup>(15)</sup>。

(4) 「契約調整」の範囲

上述のように契約調整を損害賠償の枠内で認めるという構成を取れば、いかなる内容で契約への調整が認められるかは、いかなる損害が賠償されるのかにかかってくることになる。それではこのような意味での契約調整はいかなる範囲で認められるのであろうか。ドイツ民法二四九条の原状回復にあたっての原状とは何かが問題となる。有効かつ正常に成立した債務の不履行の場合には、賠償請求権者は二四九条によりそのその債務が正常に履行されたのと同じ状態に置くことを求めることができる。それに対して損害賠償義務者が、求められた債務を成立させずあるいは賠償請求権者が考えたような形では成立させなかった場合には、信頼利益の賠償と履行利益の賠償の二つの算定方法が考え得る。すなわち契約が成立しなかった事例においては、契約の成立を信頼したために被った損害の賠償を認めるのが信頼利益の賠償であり、賠償請求権者を有効な契約が成立したのと同様の経済的状态に置くのが履行利益の賠償であるとされる。<sup>(16)</sup>これを契約締結上の過失にもとづく契約調整が問題になる、契約は有効に締結されたが、相手方当事者の説明義務違反などにより自らが考えていたのとは異なる給付内容あるいは契約条件になった場合に引き直すと、自らが考える通りの債権債務の関係が成立すると信頼したために被った損害の賠償を認めるのが信頼利益の賠償であり、賠償請求権者に自らが考える通りの債権債務の関係が成立したのと同様の経済的状态を実現するのが履行利益の賠償であることになろう。

この点についてドイツの判例は、契約調整という形で填補されるべき損害の範囲は、契約締結上の過失責任一般におけるのと同様に、信頼利益にとどまるといふ立場をとる。連邦通常裁判所(BGH)がしばしば用いる表現によれ

ば、賠償請求権者が自らの誤って理解したところを信頼して余分に出費した額が損害である。<sup>(17)</sup> ただ信頼利益の賠償を明示するドイツ民法一二二条一項（取消）、一七九条二項（無権代理）、三〇七条（不能な給付を目的とする契約）、三〇九条（法律違反の契約）が信頼利益の賠償を履行利益の額までに制限しているのとは違い、信頼利益の賠償は履行利益により限定されないとされる。<sup>(18)</sup> したがって信頼利益の賠償としてみとめられた損害賠償が額において履行利益と同額であったり、あるいはそれを越えるということが起こりうる。<sup>(19)</sup>

このように契約締結上の過失責任にもとづく契約調整は信頼利益の賠償の枠内で認められると考えると、そのためにはいわゆる差額仮定として相手方の義務違反がなければより有利な契約を締結できたであろうことが必要となる。すなわち仮定的契約成立の証明が責任の成立要件のレベルと並んで損害算定のレベルでも要求されることになるのである。<sup>(20)</sup> しかしながら判例は上述のようにこのような仮定的契約成立の証明を要求しないのであるから、ここでもそれに代わる法律構成が必要である。判例理論自身はこの点につき必ずしも明確な態度を示していないとされる。<sup>(21)</sup>

ここで問題となるのが、契約締結上の過失責任の効果として履行利益の賠償が認められないかということである。履行利益を契約締結上の過失責任にもとづく契約調整の基準とすることが認められれば、実際には発生しなかったが、相手方の義務違反により生じた（誤った）理解に基づけばその契約から期待することができた利益の実現を請求することができることになる。このような構成をとる場合には、損害の算定のレベルにおいては、契約調整の内容に対応するより有利な契約が成立したであろうという仮定的因果関係の証明の問題は生じないことになる。<sup>(22)</sup> しかしながら契約締結上の過失責任に基づく契約調整の場面において、履行利益の填補可能性を前提とすることは、私的自治との

関係で問題をはらんでいる。一般に損害賠償の対象が信託利益か履行利益かの決定は、契約が有効（またはある特定の内容である）という誤った外観を生じさせたことを損害賠償を義務づける事情と見るか、損害賠償義務者が損害賠償請求権者の理解に合致する債務が成立することを信義に反して妨げたことを損害賠償を義務づける事情と見るかによるとされる<sup>(23)</sup>。すなわち違反された義務の内容が誤った信託・理解を生じさせないこと（ないしはそれを取り除くこと）に向けられているならば信託利益が賠償の対象となり、その信託の内容そのものの実現に向けられているならば履行利益が賠償の対象となる。ここで一方当事者の情報提供義務違反にもとづく契約調整を考えると、契約締結前の情報提供義務は、相手方当事者が、より正確な理解に基づいた意思決定を可能にし、誤った理解に基づいて目的に合わない契約を締結することを避けることができるようにするためのもの<sup>(24)</sup>であり、相手方当事者の（錯誤にもとづく有利な）理解をそれに対応する契約の締結によって実現することに向けられ得ない。もし後者の義務が認められれば、それは相手方当事者の誤った理解に基づく契約の締結強制と化し、契約自由の原則と相容れない<sup>(25)</sup>。すなわち違反された義務の保護目的という通常の基準に従えば、履行利益を基準とした契約調整は導き得ず、信託利益のみが基準となり得ることになる<sup>(26)</sup>。

以上のような背景のもとで、学説上比較的広く認められているのが、ドイツ民法四七二条を類推適用するという考え方である<sup>(27)</sup>。四七二条は、売買目的物の実際の価格と瑕疵がなかった場合の価格の比を基準として瑕疵担保責任にもとづく代金減額請求額を算定すべきことを定めた規定であるが、期待された利益と現実の利益との食い違いにより損なわれた等価交換関係を、代金を割合的に減額することにより回復する規定だからである。四七二条の類推により、

仮定的契約締結を証明することなく、あたかも自己に有利な期待どおりの契約を締結したのと同じ状態を回復できると考えるのである。しかしながらこの構成に対しても、四七二条は契約合意から生ずる利益の実現に奉仕するのに対し、契約締結上の過失責任にもとづく契約調整はあざむかれた期待について契約上の保証が欠けていることを特色とし、相手方にその期待を契約上考慮する義務も認めることができないのであるから、事例の類似性を欠くという批判がなされている。<sup>(28)</sup>

- (1) Staudingers Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 1995, Vor § 275ff. Rn. 95 (Löwisch). 契約締結上の過失の効果としての契約取消については、本田純一『契約締結上の過失』理論について「現代契約法大系第一巻(昭和五八年)一九三頁以下も参照。

(2) たとえば、Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl. (1994), Vor § 275, Rn. 101 (Emmerich)は、消費者契約においては、裁判所はますます頻繁に直接契約の調整を認める傾向にあるが、この発展はなお流動的であるとする。

(3) BGH 1977. 5. 25, BGHZ 69, 53.

(4) BGH 1990. 3. 28, BGHZ 111, 75.

(5) 本文にあげた以外に例えば、BGHZ 114, 87; BGH NJW 1981, 1035; BGH NJW 1981, 2050; BGH NJW 1987, 2511; BGH NJW 1989, 1793.

(6) BGH NJW 1994, 850.

(7) なおこの点に関して BGH, WM 1968, 1402が興味深い。本件は土地の売買予約が有効に成立していなかった事例であるが、仮に契約締結上の過失責任が認められるとしても、それにもとづく賠償責任は信頼利益にしか及ばず、原状回復としての予約の履行すなわち売買契約の締結までは認められないとした事例である。

(8) もっともその表現・理解において若干の差がみられることが指摘できる。契約の調整すなわち契約内容の変更ととらえる

見解がある一方で (Soergel-Wiedemann, Bürgerliches Gesetzbuch 12. Aufl. (1990) Vor § 275 Rn. 1981.)、裏切られた給付期待の調整であるとして (BGHZ 93, 211, 215.) もしくは損害賠償という観点の下での契約内容の事後的な調整であるとするなどより損害賠償法に引きつけた理解をする立場も存在する (Horn, culpa in contrahendo, Jus 1995, S. 317, 383 = ホルン・前掲講演・民商一一四卷二号二七頁 (平成八年))。

- (9) このことを明示的に認めたものとして、Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 198. ハリではむしろ差額請求を認めるために、意思表示の強制による契約形成という段階をふむ必要がないことが論証されるべき問題として意識される。

- (10) 契約調整に関する数多くの判例の中で正しく仮定的契約締結を確定して損害を算定したものが一つも見当たらないとされる (Grigoleit, a. a. O., S. 201)。

- (11) RGZ 103, 47, 51; RGZ 132, 76, 79.

- (12) BGHZ 61, 118, 121; BGHZ 64, 46, 51.

- (13) BGHZ 69, 53, 58. その理由として、損害賠償請求権者が契約を維持することを選んだ場合にそもそも意味のあるやり方で損害を把握するためには、仮定的でほとんど実現不可能な証明は不要であるとされる。

- (14) Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf, ZGR 1982, 395, 420ff; Willensen, Zum Verhältnis von Sachmängelhaftung und culpa in contrahendo, AcP 182 (1982), 515, 552ff; Larenz, Schuld Recht I, S108. 売主および低い売買価格で契約を締結しなかったでもう一つ抗弁が排除されることは私的自治の原則と合致しえないとされる。

- (15) Soergel-Wiedemann, a. a. O., Vor § 275, Rn. 111. Grigoleit, a. a. O., S. 183 を参照。

- (16) Lange, a. a. O., § 2 IV., S. 44ff.

- (17) BGHZ 69, 53, 58; BGHZ 111, 75, 82; BGHZ 114, 87, 94; BGH NJW 1980, 2408, 2410; BGH NJW 1981, 2050, 2051; BGH NJW 1987, 2511, 2512; BGH NJW 1989, 1793, 1794; BGH NJW 1993, 1323, 1324; BGH WM 1988, 1700, 1702; BGH WM 1987, 1466, 1467; BGH WM 1990, 681, 683 BGH WM 1991, 695, 698.

- (18) BGHZ 69, 63, 56; BGH WM 1990, 145, 148. Lange, a. a. O., § 2 IV, S. 45.
- (19) Lange, a. a. O., § 2 IV, S. 45.
- (20) 因果関係が責任設定と賠償範囲確定の二つのレベルで二重に問題になることについては Lange, a. a. O., § 3 II, S. 54. 潮見佳男・債権総論(平成六)二二三頁以下を参照。
- (21) Grigoleit, a. a. O., S. 186.
- (22) Grigoleit, a. a. O., S. 120.
- (23) Lange, a. a. O., S. 44f.
- (24) Grigoleit, a. a. O., S. 76ff.
- (25) Canaris, ZGR 1982, 395, 421; Tiedtke, DB 1989, 1321, 1323; Grigoleit, a. a. O., S. 199f.
- (26) 通説的によられぬ。 Medicus, FS Lange, S. 555f.; Tiedtke, WM 1993, 1228, 1230; Grigoleit, a. a. O., S. 190f.
- (27) Soergel-Wiedemann, Vor § 275 Rn. 180, 197; Münchener Komm.-Emmerich, Vor § 275 Rn. 204.
- (28) Grigoleit, a. a. O., S. 195f.

### 三 契約締結上の過失にもとづく契約調整の意義

それでは我々は契約締結上の過失責任の効果として契約調整を行うことをどのように評価すべきであろうか。これを論ずるに当たって、契約締結上の過失にもとづく契約調整の名のもとに論じられ、あるいは論じられ得る問題を、その具体的効果に着目し、三つの型に分けて検討するのが有意義であるように思われる。すなわち契約調整によって変更される契約条件が、金銭的給付の額である場合、物・役務など非金銭的給付の内容である場合、給付義務以外の



契約条件である場合である。そのそれぞれが法的性質を異にする議論であるように思われるからである。ここではそれらを仮に対価変更型契約調整・現実履行型契約調整・契約条件変更型契約調整と名付けることにしたい。

### (1) 対価変更型契約調整

相手方の義務違反により、現実<sup>1</sup>に成立した契約が期待していたものとは異なるものとなった場合に、その契約を維持しつつ、その対価を増減させることにより契約調整を行うものである。上述のようにドイツ法において契約締結上の過失に基づく契約調整として主として念頭に置かれている類型である。

ここで注意すべきことは、契約締結上の過失に基づき契約調整を行う場合に、実際には具体的事案に応じて行われる契約調整の形態は限定されてくる場合が多いということである。すなわち契約締結上の過失に基づき契約調整が問題になる事例においては、契約締結上の過失責任の前提となる過失は相手方当事者の説明義務違反などによるものが多いと考えられる。すなわち相手方当事者の不当な説明などにより、動機レベルで影響を受け、現実と真意ないし期待がくいちがった事例である。<sup>(1)</sup>このような動機の錯誤ないし性状の錯誤型の事実類型においては、区別に微妙な点はあるが、契約内容に関する表示錯誤型の類型において契約内容を当事者が信じたとおりの内容とすることが可能であるの<sup>2</sup>にたいして、現実を変更できない以上、上述の裁判例に見られるように動機レベルの信頼がすでに契約内容になったと評価できそうな場合においても、履行強制によるその期待の実現は不可能であり、契約調整による処理を考<sup>3</sup>えるとしても対価変更型にならざるを得ない。ここにドイツ法において契約締結上の過失責任に基づく契約調整を認

めたものとされる裁判例が対価変更型の契約調整に集中している理由の一つを見いだすことができよう。

日本法において契約締結上の過失にもとづく対価変更型契約調整を考えるにあたっての問題点は、はたして通常の損害賠償とは異なった独立の契約締結上の過失責任の法律効果としての存在が認めうるかであろう。ドイツ法においては損害賠償につき原状回復が原則とされ、契約締結上の過失にもとづく契約調整が問題となる事例においては一般に例外として金銭賠償が認められるための要件が満たされないことから、実質的には金銭による損害賠償がなされる場合にも、相手方の義務違反がなければ締結されたであろうより有利な契約の実現すなわち契約調整として構成されることは前述の通りである。これに対して日本法は損害賠償につき原状回復主義ではなく金銭賠償主義をとるのであるから、相手方の義務違反がなければより有利な契約が締結されたであろうという仮定的因果関係の証明がなされれば、信賴利益の範囲内では通常の損害賠償として考えることができる。また、代金債務未払いの場合には、未払い代金債務と損害賠償債権との相殺による処理が可能である。したがってこの範囲では契約締結上の過失責任の効果として対価変更型契約調整という独立の存在を認める必要はないように思われる。

それではドイツ法において判例および学説により試みられているように、仮定的契約締結の証明を要求せず、あるいは積極的利益の賠償を認めることによる責任の拡張を日本法に照らして、どのように評価すべきであろうか。はたしてそれが認められるべきなのか、認められるとすればドイツの学説の一部がいうように損害賠償とは独立の法律効果を認めたものと考えらるべきなのであろうか。

ドイツ法では、契約締結上の過失責任に基づき損害賠償の効果として、原則として信賴利益の賠償のみが請求しう

るのが通説である。<sup>(2)</sup>これに対してして契約調整の場合には、履行利益の賠償を認めると構成するならば、効果面で通常の契約締結上の過失責任とは異質の要素をもつことになる。これに対して日本においては争いはあるが、判例や有力説のように契約が有効に成立した場合には契約締結上の過失に基づき履行利益の賠償の余地も認めるという立場に立<sup>(3)</sup>てば、ドイツの裁判所が行っているようなことを、通常の損害賠償とは異なる契約調整という法律効果を認めたとの<sup>(3)</sup>と評価する意味はなく、履行利益の算定方法の問題に解消するように思われる。ただここで注意すべきは、相手方の義務違反がなければより有利な契約が締結されていたという仮定的因果関係の証明がなされれば、そのような契約が締結された場合の財産状態と現在の財産状態との差額は消極的利益の賠償の範囲に入ってしまうということである。すなわち契約が有効に成立した事案における契約締結上の過失責任の効果として積極的利益の賠償が認められるべきか、消極的利益の賠償にとどめられるべきかという問題は、義務違反と損害との因果関係の要件が緩和されることを前提としてはじめて損害賠償額の算定のレベルで二次的に問題となるものである。またドイツにおける、因果関係の要件が貫徹されていないので対価変更型契約調整を損害賠償とは独立の法律効果として認める必要があるという見解も、<sup>(4)</sup>契約締結上の過失による損害賠償の範囲が信頼利益に限定されることを前提としているように思われる。<sup>(5)</sup>したがって日本法においては、対価変更型契約調整を独立の存在として認める必要はないように思われる。

## (2) 現実履行型契約調整

これに対して、非金銭的給付義務の内容を相手方の義務違反により形成された期待に一致する形に変更することに

より、そのような期待をいただいた当事者の信頼を保護しようとする現実履行型契約調整は、本来の意味での契約調整であると考えられよう。それゆえまた契約責任制度と法律行為制度の競合問題がより鮮明に現われることになる。

(a) 現実履行型契約調整の意義

損害賠償につき原状回復主義が取られているドイツ法においては、現実履行型契約調整を損害賠償の延長線上で、金銭賠償と質的な断絶がないものと理解する理論的可能性が存在することは上述のとおりである。有効に成立した契約につき契約締結上の過失責任が問われる場合に、履行利益の賠償まで認められるか否かについてはなお見解の分れるところではあるが、<sup>(6)</sup>仮に履行利益の賠償を認めるとすれば、原状回復主義をとらない日本法においても現実履行型契約調整の余地がないか検討の必要があるであろう。一方当事者の過失により惹起された相手方当事者の誤った期待を保護し、履行利益の賠償を認めることにより当該当事者の期待した通りの契約が成立したのと同じ財産状態を造り出すのであれば、なぜ当該当事者が信頼した契約内容そのものを実現することができないのかが問われるだろうからである。現に債務不履行法においては、履行と損害賠償が同一性のあるもの（変形物）として扱われている。また契約締結上の過失に基づく契約調整が問題になる場面として、契約に対する期待が実現されなかった当事者が、それにもかかわらず契約を維持することを選択した事例が多いと思われることから、金銭賠償ではなく現実履行型契約調整がなされることに対する法的な需要が存在することが予想され、従来の法体系がこのような需要を汲み上げることができていたかが問われることになる。また多くの紛争においては、義務の存否が争われているのであって、一旦義務が認められれば、このような請求を受ける側にとっても、履行利益の賠償よりも現実履行が望ましい場合もありえよう。

現実に和解などでは行われているであろう紛争解決を、法理論の枠組みに取り入れられないというのは、法理論の枠組みが狭すぎるのであると考えることも可能であるかもしれない。

(b) 損害賠償法の体系との不整合性

日本法上現実履行型契約調整を認めることに対する障害として、まず契約内容になっていない一方当事者の期待について、現実履行を強制するための法的根拠を見いだすことの困難さが指摘できよう。契約締結上の過失責任の効果としての現実履行型契約調整は、対価変更型契約調整の場合と同様に因果関係の要件を満たすことができるかという問題が存在するものの、ドイツの損害賠償法の原状回復主義の下では損害賠償の延長上で認められる可能性を有する議論である。しかしながら損害賠償について原状回復主義をとらず金銭賠償主義をとる日本法においては、契約調整は体系上損害賠償と異質の存在であり、したがってドイツ法においては同じく原状回復の枠内で契約締結上の過失の効果として認められる契約の解消を日本に導入しようとする見解<sup>(7)</sup>に対してなされた、日本法においてはその根拠を欠くという批判<sup>(8)</sup>を、等しく受けることになろう。

(c) 現実履行型契約調整を認めることに対する実質的な疑問

さらに実質的に見ても、履行利益の賠償と履行強制を同視して現実履行型契約調整を認めることに対しては、疑問が多い。なぜならば事案によっては現実履行の費用が莫大になる場合もありうるからである。たとえば現実履行型契約調整を認める実益が大きいと考えられる補修やアフターサービスを例にとって考えれば、メーカーが当該部門を閉鎖しており、ラインの再開や人員の雇用・訓練に莫大な費用がかかる場合などにおいて、そのようなサービスが契約

上の給付義務であればともかく、契約内容にもなっていないのに履行強制を認めることは躊躇される。損害賠償請求権者にとっては、履行利益の賠償と現実履行が一応等価であったとしても、賠償義務者にとっては必ずしも等価ではないのである。当該給付が契約上の義務である場合に、履行不能と評価される場合を除き、どれだけの費用がかかるかに関わらず履行義務があり、債務者側には履行と損害賠償との選択権が認められないのは、まさにそれが契約内容になったと評価されるからであろう。土地の売買において、買主が売主の過失により錯誤に陥り、売買の対象を売主の所有地A Bの内Aであると考えたが、実際はBを目的物として契約が成立した場合に、錯誤による無効と信頼利益ないし履行利益の賠償を認めるにとどまらず、A地の引渡しをも認めることが妥当であるかを考えれば、このことは一層鮮明になる。契約締結上の過失責任の前提となる注意義務の射程を、その効果として現実履行を認める所まで拡張した場合、問題となった期待を当事者にいだかせた相手方の言動は、その期待を契約内容とするに値するものではなかったという、契約解釈の過程においてなされた規範的判断と抵触することになるのではないであろうか。この点についてはさらに節を改めて論じることにはしたい。

### (3) 契約条件変更型契約調整

ここで仮に契約条件変更型契約調整と呼ぶのは、履行期の定めなど給付内容以外のいわゆる付随的契約条件につき、相手方の過失による誤った説明などにより、実際とは異なる契約条件で契約が成立すると信じて契約を締結した場合に、契約締結上の過失責任の効果としてその信頼内容に即した契約条件に契約を改訂するというものである。この型

の契約調整についても、現実履行型契約調整について指摘した問題点の多くが当てはまる。すなわちドイツ法のように損害賠償について原状回復主義を採用する法体系においては、このような効果を契約締結上の過失に基づく損害賠償の枠内で導き出す可能性があるので、金銭賠償主義をとる日本の損害賠償法の体系の中では、契約締結上の過失責任の効果として契約調整を導き出すことは困難である。また当事者が当該事項について取り決めず、契約に欠缺がある場合に、信義則によりその欠缺を補充してそのような結論を導くならばともかく<sup>(9)</sup>（その場合契約は相手方の過失により惹起された信頼に即した内容となり、契約締結上の過失にもとづく契約調整の問題とはならないことはもちろんである）、契約の解釈により確定された当事者の合意内容の修正に踏み込む場合には（その場合にのみこの契約条件変更型契約調整が意味を持つ）、契約解釈段階ですでになされた当事者の言動の評価や私的自治との整合性との関係での問題性も現実履行型契約調整と共有する。

#### 四 契約の解釈と契約調整

たとえば契約の交渉に当たって、一方当事者が誤った情報を与え、それにもとづいて契約が締結された場合に、そのような誤った情報に対する相手方の信頼を保護するには、法律行為制度の構造上二つの方向がある。ひとつは契約の解釈の枠内で、その広告や説明などにより（あるいは逆に適切な説明がなされなかったことにより）惹起された信頼の内容が契約内容にもなったと評価する方向である。この場合には契約の効果として、履行請求そのものが認められ、また場合によっては債務不履行あるいは瑕疵担保責任にもとづく契約解除ないし損害賠償が認められることにな

る。もうひとつは、契約の解釈の結果それらが契約的内容にはならなかったと評価され、錯誤ないし詐欺を理由に、契約の無効を主張し、あるいは取消すことを認めることにより、契約の拘束から解放するという方向である。この二つの法的解決は、二者択一の関係にあり、少なくとも実体法上は当事者に選択権を認めるものではない。すなわち契約の解釈により、契約交渉過程での説明などにより産み出された信頼の内容が、契約の内容にもなっているとされれば、履行請求ないし債務不履行に基づく損害賠償請求による法的処理の道を行くことになり、詐欺・錯誤に基づく無効・取消は問題にならない。それに対してそれらが契約内容にはなっていない場合には、詐欺・錯誤の要件を満たせば、当該当事者による契約の無効の主張ないし取消により契約が消滅するという構造である。そしてそのいずれの場合においても、相手方当事者に過失があれば、契約締結上の過失による損害賠償請求の余地が存在するが、契約締結上の過失の効果として契約調整が問題になるのは、この第二の場合である。すなわち契約締結上の過失責任の効果としての現実履行型ないし契約条件変更型の契約調整は、一方当事者が相手方当事者の過失ある言動によって、相手方当事者との間で成立するであろう契約について一定の（誤った）理解をしたが、契約の解釈により契約が当該当事者の理解とは異なる内容で成立したと評価されたことを前提とする。<sup>(11)</sup>

契約当事者が実際に何を合意したかを確定するいわゆる狭義の契約解釈の方法については、各当事者の主観的意思と、言葉の意味などに関する（たとえそれが個別化された当事者間限りのものであれ）客観的評価基準とのどちらを主軸にするか、また両者の機能分担のあり方をめぐりさまざまな見解が存在することは周知の通りである。<sup>(12)</sup> しかしながら契約締結上の過失にもとづき現実履行型契約調整・契約条件変更型契約調整が問題となる場合がそうであるよう



に、当事者の主観的意思が食い違っている場合には、契約内容について両当事者のいずれかが理解した意味によるべきと考えるか、それを離れた第三の客観的意味を契約に与えることが許されるかにはなお見解の相違が見られるものの、言葉の社会的な意味や取引慣行・当事者間の取引の経緯などの客観的な基準を考慮して、いかなる意味が「正当」なものとされるかにより契約内容を確定するいわゆる規範的解釈によるべきことについては基本的な一致が存在する。その判断の際には契約をめぐるすべての事情を考慮すべきであるとされるのであり、契約締結上の過失責任を基礎づける誤った情報の提供や情報提供義務違反の事実なども、すでに契約解釈の段階で評価の対象とされるべきものであると考えられる。また以上の解釈方法を尽くしても当事者の合意内容が一義的に確定できず、複数の合理的な解釈可能性が残った場合には、過失によりそのような契約のあいまいさを生じさせた当事者に不利な解釈可能性を選択して契約内容を確定すべきであり（「表現使用者に不利に」解釈準則）、ここでもまた契約内容の確定に当たって、契約締結上の過失の有無の判断に際して評価の対象となるのと同じ事実が、すでに契約内容確定の段階で評価される余地を生ずる。

契約当事者が解釈により確定された契約内容に拘束され、各種の義務を負うのは、それが自らの意思にもとづくことによる（意思自治）のに対して、契約締結上の過失責任の場合には、義務を負う者の帰責性による（過失責任主義）点において、両者は基本的にまったく異なる原理にもとづくものであるというのが一般的理解であろう。これはその通りであるが、前述の通り契約締結上の過失の効果として現実履行型契約調整・契約条件変更型契約調整が問題となる事例においてそうであるように、両当事者の主観的意思が一致しない場合においては、契約の解釈の結果とし

て自らの意思と異なる内容の契約に拘束される当事者にとっては、契約上の義務は直接意思原理により生ずるのではなく、帰責原理にもとづいて生ずるといえよう。このように、私的自治が意思と帰責の二面性を有することに、限界領域において契約責任と契約解釈の問題が交錯し、両者の境界の流動化の可能性が生ずる一つの要因がある。

しかしながらXYが契約を締結する際に、Yが誤解を与えるような説明をしたために、Xはその契約の内容をAと理解したが、Y自身はBと考えており、契約の解釈の結果その契約はYが理解していた通りBという意味で成立したという結論が出た場合を想定すると、Yが行なった説明は、契約の解釈の過程ですでに評価の対象になり、その説明の内容ないしそれによって惹起されたXの期待は契約内容にならず、両当事者を拘束しないという評価が下されていることになる。このような場合に、誤解を与えるような説明をしてXの錯誤を惹起したことによる契約締結上の過失責任の効果として、現実履行型あるいは契約条件変更型の契約調整を認め、XY間でAという内容で契約が成立したのと同じ効果を生じさせるとするならば、契約解釈の段階で契約内容に反映しないという評価を受けた同じYの説明が、契約締結上の過失ある行為としての評価の結果、一転して契約内容にとりこまれることになる。このように、まさに当事者間の契約規範を確定すべき契約の解釈の段階で確定された当事者間の契約規範を、損害填補を目的とする契約締結上の過失責任を経由して再度評価し直し、覆すのと同じ結果をもたらすのは、評価矛盾であるといわざるを得ないであろう。

もっとも契約が有効に成立した事例において、たとえば説明義務違反があったことにもとづき、契約締結上の過失責任の効果として金銭的な損害賠償義務を認めること自体、見方によっては解釈により確定された当事者の合意内容

(双方の給付義務の主観的等価性) を変更する側面を有することは否定できない。しかしながらこのことは、過失により他人に損害を与えた場合にその損害を填補する義務を課す過失責任主義のこの場面における帰結なのであり、契約解釈により確定された契約規範を前提としつつ、それとは別のレベルでの評価がなされているのであるから、契約締結上の過失にもとづく契約調整についてみられるような評価矛盾は存在しないといえよう。

さらにすでに見た通り、現実履行の強制と、たとえ履行利益の賠償であったとしても金銭賠償とは、債権者にとっては等価とみなすことが可能であったとしても、債務者にとっては当然に等価であるわけではなく、債務者が得る利益に対して不相当に過大な費用を生じさせる恐れも存在するのであるから(三(2)(c)参照)、両者の間には明確な一線が引かれるべきである。したがって契約締結上の過失により生じた損害を公平に分配するという枠組みの中で、当該義務違反の結果生じた期待を、契約調整という方法により、そのまま実現することまで要求することはできず、それを要求するためには、契約の解釈の枠内でそれが契約内容になったという評価がなされることが必要であろう。

一方契約解釈の枠内で、いわば契約責任に最も近い地点に位置するのが、不明確条項解釈準則の一つである「表現使用者に不利に」解釈準則である。この準則は前述の通り、狭義の解釈の通常の方法をすべて尽くしても契約内容が確定できず、複数の合理的解釈可能性が残った場合に、そのような多義性ないしあいまいさを生じさせたことにつき過失がある当事者に不利な解釈可能性を選択して、契約内容を確定するものである。先ほどの誤解を招く説明がなされた例で、裁判官がXY間の契約を解釈するにあたって、たとえば契約書の文言解釈からYの理解通り、Bという意味に解釈する可能性と、Yの誤解を招くような説明が、当事者の合意内容にとりこまれ、Xがその説明にもとづいて

理解したAという意味に解釈する可能性とがあり、そのいずれかの意味で契約が成立したと評価すべきことはまちがいが無いが、そのいずれとすべきかについては確信がもてない場合を考えると、「表現使用者に不利に」解釈準則の適用により、誤解をまねくような説明をし、このようなあいまいさを生じさせたことにつき過失のあるYに不利な、Aという解釈可能性が選択され、契約内容が確定されるのである。「表現使用者に不利に」解釈準則は、通常の契約解釈の手段を尽くした段階で当事者の一方の帰責性に着目して当事者間の契約規範に反映させようとする点において、契約締結上の過失に基づく契約調整論と共通性を有する。しかし不明確条項解釈準則の適用には、複数の合理的な解釈可能性が存在して、いずれかに決着がつかないことが前提になる。すなわちそれまでの解釈の過程で、それらの解釈可能性のそれぞれが当事者の合意内容と評価しうるものとされたのであり、ただその一つを選択して契約内容を確定するための基準として、多義性を生じさせたことに対する過失が用いられているのである。このように不明確条項解釈準則は、それまでの契約解釈の過程で行われた評価を覆すのではなく、その評価を実現するためのもの<sup>(13)</sup>である点で契約解釈の準則であるが、同時に不明確条項解釈準則こそが契約解釈の枠内での処理の限界となるのである。

以上のように契約交渉過程において一方当事者が相手方当事者に与えた期待を法的に評価する作業はすでに契約の解釈にあたって行われているのであり、その段階で当事者を拘束しないものと判断され、契約内容とはならなかった一方当事者の期待を、契約締結上の過失の法理を用いて実現するのは評価矛盾であるといえよう。したがって契約締結上の過失の効果として成立した契約の内容を現実に変更する本来の意味での契約調整を認めることは、原状回復主義をとらない日本民法においてははその法的根拠を欠くというだけでなく、このような観点からも不適切である。たと

えば相手方契約当事者の説明義務違反によって形成された契約期待が、そのままの形で実現されるためには、契約の解釈の枠内でそれが契約内容になったと評価されることが必要である。そのためにはそれが唯一の解釈可能性ではないとしても、すくなくとも（不明確条項解釈準則の適用の前提として）合理的解釈可能性の一つであるという評価を受ける必要がある。そのような評価ができない事例においては、契約締結上の過失にもとづく金銭賠償と錯誤による契約無効との当事者の選択にしたがった組み合わせによるべきである。このような場合には、結局、はじめに述べたような金銭賠償ではなく非金銭的給付内容あるいはその他の契約条件の変更による調整を求める法的需要については、<sup>(14)</sup>原則として和解など再度の法律行為を経ることにより満たすしかなく、またその方が適切であると思われる。ただそのような解決が整わないときに、損害賠償を認めるだけでは当事者間の公平を著しく害するような特別な事情が存在する場合には、一般条項としての信義則の適用により契約内容の変更を認める余地は残るであろう。また和解など当事者の再度の法律行為をまたざるを得ない事例においても、過失により相手方当事者に契約内容についての誤った理解を持たせ契約締結に導いたことから、新たな法律行為に向けられた再交渉義務を導き出し得ないかも興味深い課題であるように思われる。<sup>(15)</sup>

(1) 動機の錯誤が多くの場合事実と真意の不一致によるものであることについて、北川善太郎・民法総則（平成五年）一四八頁参照。

(2) *「ドイツではたとえど」 Dieter Medicus, Ansprüche auf Erfüllungsinteresse aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen?*, Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag (1992) S. 560, Staudingers Kommentar zum BGB (1995) Vor §§ 275ff. (Löwisch), Rn. 74.

- (3) 潮見佳男・新版注釈民法二三卷一五二頁以下。
- (4) Soergel-Wiedemann, Bürgerliches Gesetzbuch 12. Aufl. (1990) Vor § 275 Rn. 111.
- (5) ヴィーデマンが原則として信賴利益の賠償に限定する立場であることについては Wiedemann, a. a. O., Rn. 181.
- (6) 潮見佳男「規範競合の視点から見た損害論の原状と課題（一・二完）」ジュリスト一〇七九号九一頁以下、一〇八〇号八六頁以下（一九九五）参照。
- (7) 本田純一「『契約締結上の過失』理論について」現代契約法大系第一卷二〇七頁。
- (8) 岡谷峻・契約の成立と責任・第二版（平成三年）二二四頁参照。
- (9) 補充的解釈については、山本敬三「補充的契約解釈——契約解釈と法の適用との関係に関する一考察——（一）五・完」法学論叢一一九卷二号、四号、一二〇卷一号、二号、三号（一九八六）を参照。
- (10) 潮見・前掲書九七頁以下、一三七頁以下参照。
- (11) なおドイツ法において対価変更型契約調整が問題となった事例において、契約内容について誤った理解をしたというよりも動機の錯誤的な事例と見るべきものが多く見られたが、このような類型においては現実履行型や契約条件変更型の契約調整は問題にならないこと、また日本法においては対価変更型契約調整を損害賠償とは独立の契約締結上の過失の効果として認める意義に乏しいことはすでに検討した通りである。契約の解釈と契約責任の交錯領域の解明のためには、動機の錯誤・性質保証・瑕疵担保の関係の解明が重要であると思われるが、今後の課題としたい。
- (12) この問題については磯付保「ドイツにおける法律行為解釈論について——信賴責任論への序章的考察——（一）四・完」（昭和五二）五六年）神戸法学二七卷三号二八一頁以下、二八卷二号二二二頁以下、三〇卷二号四九五頁以下、四号七〇五頁以下、鹿野菜穂子「契約の解釈における当事者の意思の探究——当事者の合致した意思——」（昭和六三年）九大法学五六号一三六頁以下、滝沢昌彦「表示の意味の帰責について——意思表示の解釈方法に関する一考察——」（平成元年）法学研究（一橋大学）一九卷一八七頁以下などを参照。
- (13) 不明確条項解釈準則の機能・構造・要件については、上田誠一郎「契約解釈と不明確条項解釈準則」私法五五号一八三頁

(平成五年)を参照。なおより詳しい検討を行なった別稿「不明確条項解釈準則の法的構造」を近日発表予定である。

(14) とりわけ損害賠償が直接的な等価的性格を持ちにくい付随的契約条件(たとえば非金銭債務の履行期)の場合に問題となろう。

(15) 再交渉義務については、山本顕治「契約交渉関係の法的構造に関する一考察——私的自治の再生に向けて——」(一)三完「民商一〇〇巻二号三号五号(平成元年)、和田安夫「契約の調整について」谷口追悼第二卷(平成五年)所収、同「長期契約の調整と再交渉義務」姫路法学一三二号(平成五年)、山本顕治「再交渉義務論について——交渉理論と契約法理論の交錯——」(一)「法政研究六三巻一号一頁以下(平成八年)を参照。

Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 216 は、再交渉義務が裁判官による契約調整を限定的に補完する可能性を指摘する。ただ再交渉義務の発生自体を契約締結上の過失責任と結び付けようとするものではない。

## 五 おわりに

以上の議論を要約すると次のようになろう。ドイツにおいて判例・学説が認める契約締結上の過失責任の効果としての契約調整は、契約は有効に成立したが、相手方の説明義務違反などにより、その契約の内容や給付目的物が期待したものとはことなったものであったとき、期待を裏切られた当事者が契約を解消せずそのまま拘束力を維持することを望む場合に、そのようなその義務違反がなければ当事者が締結したであろう契約を実現することにより救済しようとするものである。ドイツ法において契約締結上の過失責任の効果として契約調整が認められ得たそれが必要であるのは、基本的には債務不履行に基づく損害賠償につき原状回復主義が原則とされることによる。当事者が契約を維持しつづなお救済を受けるためには、相手方の義務違反がなければより有利な契約を締結したであろうことを証明

して、そのような契約が締結されたとすれば存在した状態への原状回復を請求することが必要だからである。すなわちドイツ法においては契約締結上の過失の効果として契約調整と損害賠償とを連続的に理解することが可能なのである。したがって裁判例はもっぱら対価の調整による救済に集中するが、非金銭的給付義務の内容変更や付随的契約条件の変更をもその効果として内包することが理論上可能である。

ドイツにおける判例理論がこのような損害賠償法の原則を踏み越えるのは、上述のような構成をとれば義務違反と損害の因果関係のレベルおよび損害額の算定のレベルで（後者は契約締結上の過失責任の効果として積極的利益の賠償を認めれば不要となるが）当然必要になるはずの、説明義務などが尽くされたとすれば損害を被った当事者が交渉により、より適切な内容の契約を締結することができたであろうことの証明を要求しない点である。このような仮定的因果関係の証明は確かに非常に困難であり、これを厳格に要求すれば、契約を維持しすでに受領した給付を保持しつつ、被った損害の賠償を請求する道を開くという本来の目的がほとんど達成できなくなるとはいえ、このような因果関係なしに契約調整を認めることは当該当事者が期待したとおりの契約を締結する義務を相手方に課するに等しく、契約の自由との関係で大きな問題を残す。ドイツの学説は、この難点を乗り越えるためにさまざまな構成を試みるが、いまだ十分な説得力を持つ説明を提供することに成功していないように見える。

これに対して日本法においては、ドイツ法におけるような金銭賠償に対する厳しい限定が存在しないことから、上述のような事例において債権者に給付を保持させつつ損害賠償の請求を認めるために、契約締結上の過失責任にもとづく契約調整という構成をとる必要がない。したがってこのような必要に応じるためドイツ法において用いられる金



銭的な対価を増減させる形での契約調整は日本においては意義を有しないといえよう。これに対して非金銭的給付義務や付随的契約条件の内容を相手方の過失により違法に形成された期待に一致するように変更する形での契約調整は、契約が有効に成立した場合の契約締結上の過失責任による救済として、すべてを金銭に評価して賠償させるのではなく、本来その契約によって追求された利益をそのままの形で実現することにより、当事者の需要に柔軟に対応する魅力的な可能性を開きうるものである。しかしながら、このような法的効果を契約締結上の過失にもとづく契約調整という形で認めるには二つの方向で問題が存在する。

第一は損害賠償法の体系との非整合性である。すなわち損害賠償につき原状回復主義がとられているドイツ法においては、少なくとも前述のような仮定的因果関係の証明を要求するならば、体系上は原状回復としてこのような契約調整を導き出すのに困難は存在しないが、損害賠償について原状回復主義を取らない日本法においては、契約締結上の過失責任の効果として契約調整を認める法的根拠を見出すことが困難である。

第二に、契約調整により当事者が合意した内容と異なる内容を契約に与えれば契約締結上の過失者の契約の自由を侵害することになる点およびそれと背中合わせの問題として、契約交渉過程において一方当事者が相手方当事者と与えた期待などを法的に評価する作業はすでに契約の解釈に当たって行われているのであり、その段階で当事者を拘束しないものと判断され、契約内容とはならなかった一方当事者の期待を、契約締結上の過失の法理を用いて実現するのは評価矛盾ではないかという点である。すなわち狭義の契約解釈にあたってなされる評価と、契約締結上の過失責任の判断にあたってなされる評価とはその方向は異なるものの、基礎となる事実は共通であり、その法的評価に矛盾

があつてはならないと考えられる。契約によって生み出された当事者間の契約規範は何かを明らかにする本来の場である契約解釈の段階で確定された契約内容を、損害填補を目的とする契約締結上の過失責任の効果としての契約調整を通じて再度評価し直して、別の経路で実現することは妥当でないと考えられる。結局、一方契約当事者の説明義務違反などにより相手方当事者に生じた契約内容に関する期待ないし理解が、当事者間の契約規範として、そのままの形で実現されるべきものとされるためには、契約解釈の枠内でそれが契約内容になったと評価されることが必要である。もっともそのためには、そのような期待ないし理解がまちがいでなく契約内容になっているとまでは評価されない場合でも、それが他の解釈可能性とともにその契約の合理的解釈可能性の一つであると評価されれば、不明確条項解釈準則の適用により、当事者の期待に即した履行請求が認められる道が存在する。しかしこのような要件が満たされなければ、契約締結上の過失責任が生じたとしても、その効果は金銭賠償による救済に限定され、契約調整を認めることはできない。この場合、結局、前述のような金銭賠償ではなく現実履行型の救済を求める法的需要については、和解など再度の法律行為を経ることにより満たすしかなく、またその方が適切であると思われる。