

民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討(16)

目次

第1	法律行為（暴利行為が無効になる場合）	1
第2	根保証	3
第3	契約交渉段階（契約交渉の不当破棄）	10

## 第 1 法律行為（暴利行為が無効になる場合）

暴利行為について、次のような考え方があるが、どのように考えるか。

### 【甲案】

暴利行為について、次のような規律を設けるものとする。

当事者の一方に著しく過大な利益を得させ、又は相手方に著しく過大な不利益を与える契約は、相手方の困窮、経験の不足その他の契約についての合理的な判断を困難とする事情を不当に利用してされたものであるときに限り、無効とする。

### 【乙案】

暴利行為については、新たな規律を設けない。

○中間試案第 1、2「公序良俗（民法第 90 条関係）」

民法第 90 条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為は、無効とするものとする。

(2) 相手方の困窮、経験の不足、知識の不足その他の相手方が法律行為をするかどうかを合理的に判断することができない事情があることを利用して、著しく過大な利益を得、又は相手方に著しく過大な不利益を与える法律行為は、無効とするものとする。

(注) 上記(2)（いわゆる暴利行為）について、相手方の困窮、軽率又は無経験に乗じて著しく過大な利益を獲得する法律行為は無効とする旨の規定を設けるという考え方がある。また、規定を設けないという考え方がある。

○部会資料 73B 第 3、2「過大な利益を得る法律行為等が無効になる場合」

民法第 90 条に次のような規定のいずれかを設けるという考え方について、どのように考えるか。

【甲案】 当事者の一方に著しく過大な利益を得させ、又は相手方に著しく過大な不利益を与える法律行為は、相手方の困窮、経験の不足、知識の不足その他の相手方が法律行為をするかどうかを合理的に判断することができない事情があることを不当に利用してされたものであるときは、無効とするものとする。

【乙案】 法律行為が公の秩序又は善良の風俗に反するか否かについて判断するに当たっては、法律行為の内容、当事者の属性、財産の状況、法律行為に至る経緯その他一切の事情を考慮するものとする。この場合において、法律行為の内容を考慮するに当たっ

ては、当事者がその法律行為によって得る利益及び損失の内容及び程度をも勘案するものとする。

○部会資料 78B 第1 「法律行為（過大な利益を得る法律行為等が無効になる場合）」

民法第90条に次のような規定のいずれかを設けるといふ考え方について、どのように考えるか。

【甲案】 当事者の一方に著しく過大な利益を得させ、又は相手方に著しく過大な不利益を与える法律行為は、相手方の窮迫、経験の不足、知識の不足その他の相手方が法律行為をするかどうかを合理的に判断することができない事情があることを不当に利用してされたものであるときは、無効とするものとする。

【乙案】 法律行為の当事者の一方が著しく過大な利益を得、又は相手方に著しく過大な不利益を与えることを理由に第90条の規定により当該法律行為が無効とされるかどうかを判断するに当たっては、裁判所は、次に掲げる事項を考慮するものとする。

ア 当該利益又は不利益の性質及び程度

イ 相手方の窮迫、経験の不足その他これらに準ずる事情がある場合には、その事情が法律行為をするかどうかにも与えた影響の程度及び態様

【第3ステージ：第82回会議（部会資料73B）

第88回会議（部会資料78B）で審議】

（説明）

#### 1 甲案について

本文の甲案は、暴利行為に関する明文の規定を設けるものである。部会資料78B第1で提案された甲案と実質的に同趣旨の提案である（詳細な説明については部会資料73B第3、2、部会資料78B第1参照）が、規律の対象を明確化する観点から、今回の甲案は法律行為一般ではなく、「契約」が無効となる場面に関する規律として位置付けている。

なお、いわゆる暴利行為を「著しく過大」な利益を得させ、又は相手方に「著しく過大」な不利益を与える契約と表現していることについては、適用が硬直的になることから妥当でないという意見や、利益や不利益が量的に過大である場合に適用場面が限定されることを防ぐために「不当」な利益又は不利益とするべきであるとする意見がある。しかし、暴利行為に関する規律の設け方によっては、かえって実務上形成されたルールよりも適用範囲が過度に広がることへの懸念や、濫用がされることに対する危惧が寄せられていること、実際に立法されれば事業者間や一般私人間の取引にも適用されることを踏まえると、適

切に適用範囲を限定する要件とする必要がある。そのため、通常の経済合理性の幅を越えて利益や不利益を生じさせるような取引に限って規律の適用対象となることを明らかにするという趣旨を表現するため、「著しく過大」という文言を引き続き用いることとしている。

## 2 第88回会議における議論

部会資料78B第1の乙案（以下「78乙案」という。）では、暴利行為が無効になるかどうかの解釈は引き続き民法第90条に委ねることとしつつ、その判断の考慮要素を明示するとともに、同条によって法律行為の当事者の私的な利益の保護も図られていることを明示することを意図した規律が提案されていた。

この78乙案については、民法第90条によって法律行為の当事者の私的な利益の保護が図られていることを明示することについては意味があるとの評価があったものの、暴利行為が無効になるかの解釈が引き続き民法第90条に委ねるとすると依然として規律が条文の文言からは読み取り難いといわざるを得ず、問題の解決にならないという意見もあった。また、暴利行為が民法第90条の本来の想定事例でないということと整合しない規定振りであるとの指摘もあった。さらに、規律の内容を直接示さずに、考慮要素のみを定める条文は異例であり、一般国民からみてその明確化に資するかには疑問があるという指摘もあった。そこで、本文では、78乙案はとりあげないこととした。

## 3 乙案について

甲案については、上記説明の2でも触れたとおり、その要件が限定的に過ぎるといった観点からの指摘があるほか、要件が緩やかであるとの指摘もあるところであり、適切な要件化についてはなお検討を要するとも考えられるところである。このようにその要件の適切性について疑義があるとするれば、そもそも判例法理の明文化には障害があるといわざるを得ないとも考えられることから、暴利行為について新たな規定を設けないとの乙案を提示するものである。

## 第2 根保証

### 1 民法第465条の2の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 一定の範囲に属する不特定の債務を主たる債務とする保証契約（以下「根保証契約」という。）であって保証人が法人でないもの（以下「個人根保証契約（仮称）」という。）の保証人は、主たる債務の元本、主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従たる全てのもの及びその保証債務について約定された違約金又は損害賠償の額について、その全部に係る極度額を限度として、その履行をする責任を負う。
- (2) 個人根保証契約は、(1)の極度額を定めなければ、その効力を生じない。
- (3) 民法第446条第2項及び第3項の規定は、個人根保証契約にお

ける(1)の極度額の定めについて準用する。

2 民法第465条の4の規律を次のように改めるものとする。

民法第465条の4の規律を改めることについて、次のような考え方があがるが、どのように考えるか。

【甲案】

(1) 個人根保証契約における主たる債務の元本は、次に掲げる場合に確定する。

ア 債権者が、保証人の財産について、金銭の支払を目的とする債権についての強制執行又は担保権の実行を申し立てたとき。ただし、強制執行又は担保権の実行の手続の開始があったときに限る。

イ 保証人が破産手続開始の決定を受けたとき又は死亡したとき。

(2) (1)に定める場合のほか、主たる債務の範囲に金銭の貸渡し又は手形の割引を受けることによって負担する債務が含まれる個人根保証契約は、次に掲げる場合に確定する。

ア 債権者が、主たる債務者の財産について、金銭の支払を目的とする債権についての強制執行又は担保権の実行を申し立てたとき。ただし、強制執行又は担保権の実行の手続の開始があったときに限る。

イ 主たる債務者が破産手続開始の決定を受けたとき又は死亡したとき。

【乙案】

次に掲げる場合には、個人根保証契約における主たる債務の元本は、確定する。

(1) 債権者が、主たる債務者又は保証人の財産について、金銭の支払を目的とする債権についての強制執行又は担保権の実行を申し立てたとき。ただし、強制執行又は担保権の実行の手続の開始があったときに限る。

(2) 主たる債務者又は保証人が破産手続開始の決定を受けたとき。

(3) 主たる債務者又は保証人が死亡したとき。

3 民法第465条の5の規律を次のように改めるものとする。

(1) 保証人が法人である根保証契約において、1(1)に規定する極度額の定めがないときは、その根保証契約の保証人の主たる債務者に対する求償権についての保証契約(根保証契約を除く。)は、保証人が法人である場合を除き、その効力を生じない。

(2) 保証人が法人である根保証契約であってその主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれるものにおいて、元本確定期日の定めがないとき、又は元本確定期日の定め若しくはその変更が第465条の3第1項若しくは第3項の規定を適用するとすればその効力を生じないものであるときは、その根保証契約の保証人の主たる債務者に対す

る求償権についての保証契約(保証人が法人であるものを除く。)は、その効力を生じない。

○中間試案第17、5「根保証」

- (1) 民法第465条の2(極度額)及び第465条の4(元本確定事由)の規律の適用範囲を拡大し、保証人が個人である根保証契約一般に適用するものとする。
- (2)、(3) (略)

【第3ステージ：第80回会議(部会資料70A)で審議】

○部会資料70A第1、1「根保証」

- (1) 民法第465条の2を次のように改めるものとする。
- ア 一定の範囲に属する不特定の債務を主たる債務とする保証契約(以下「根保証契約」という。)であって保証人が法人でないもの(以下「個人根保証契約(仮称)」という。)の保証人は、主たる債務の元本、主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従たるすべてのもの及びその保証債務について約定された違約金又は損害賠償の額について、その全部に係る極度額を限度として、その履行をする責任を負う。
- イ 個人根保証契約は、上記アに規定する極度額を定めなければ、その効力を生じない。
- ウ 第446条第2項及び第3項の規定は、個人根保証契約における上記アに規定する極度額の定めについて準用する。
- (2) 民法第465条の4を次のように改めるものとする。
- 次に掲げる場合には、個人根保証契約における主たる債務の元本は、確定する。
- ア 債権者が、主たる債務者又は保証人の財産について、金銭の支払を目的とする債権についての強制執行又は担保権の実行を申し立てたとき。ただし、強制執行又は担保権の実行の手続の開始があったときに限る。
- イ 主たる債務者又は保証人が破産手続開始の決定を受けたとき。
- ウ 主たる債務者又は保証人が死亡したとき。
- (3) 民法第465条の5を次のように改めるものとする。
- ア 保証人が法人である根保証契約において、前記(1)アに規定する極度額の定めがないときは、その根保証契約の保証人の主たる債務者に対する求償権についての保証契約(保証人が法人であるものを除く。)は、その効力を生じない。
- イ 保証人が法人である根保証契約であってその主たる債務の範囲に貸

金等債務が含まれるものにおいて、元本確定期日の定めがないとき、又は元本確定期日の定め若しくはその変更が第465条の3第1項若しくは第3項の規定を適用するとすればその効力を生じないものであるときは、その根保証契約の保証人の主たる債務者に対する求償権についての保証契約（保証人が法人であるものを除く。）は、その効力を生じない。

（説明）

- 1 1（極度額）については、部会資料70A第1、1(1)と同様の内容である。
- 2 2については、元本確定事由を定める民法第465条の4の対象となる根保証契約を拡大することについて、甲案と乙案の両論を併記するものである。

(1) 乙案は、部会資料70A第1、1(2)と同様の内容である。この案について、部会資料70Aでは、民法第465条の4が規定する元本確定事由は平成16年改正以前から判例・学説上認められていたいわゆる特別解約権の要件である著しい事情変更が定型的に認められる事由を列挙したものであり、貸金等根保証契約以外の根保証についてもその趣旨は妥当すると考えられるとの説明をしていた。

(2) 他方で、甲案は、元本確定事由のうち主たる債務者又はその財産に関するものについてはこれを根保証契約一般に拡大することはせず、保証人又はその財産についての元本確定事由に限りこれを根保証契約一般に拡大することとしている。その理由は次のとおりである。

ア 債権者が主たる債務者の財産について強制執行等を申し立てたときについて

現行民法第465条の4第1号は、債権者が主たる債務者の財産に対する強制執行又は担保権の実行の申立てをした場合には、それをもって主たる債務者の資産状態が悪化しているという債権者の認識が表示されたと見ることができることから、その後に債権者があえて主たる債務者に対する融資を行った場合にまで保証債務の履行を求めるのは衡平に反すると考えられることを理由として、貸金等債務を主たる債務の範囲に含む個人根保証契約においては、債権者が主たる債務者の財産について強制執行等を申し立てたときを元本確定事由としている。

しかし、上記の趣旨は、貸金等債務を主たる債務の範囲に含まない個人根保証契約一般に直ちに妥当するものではないとの指摘がある。

貸金等債務を主たる債務の範囲に含まない個人根保証契約のうち実務上頻繁にみられ、重要であるものとしては、賃貸借契約に基づく賃借人の債務（例えば、賃料や賃料相当損害金など）を主たる債務とする個人根保証契約がある。このような保証契約では、賃貸借契約が継続している限り、主たる債務者（賃借人）の資産状態が悪化していると認識していても、債権者（賃貸人）は、原則としてその目的物を賃貸し続けなければならない。

また、債権者（賃貸人）は、主たる債務者（賃借人）が債権者に対する賃料の弁済を怠ったとしても、賃貸借契約を解除することができない場合があるし（判例によれば、賃料の弁済を怠っていても、当事者間の信頼関係が破壊されていないなどの事情があるときは、賃貸借契約を解除することができないとされている。）、当該賃貸借契約と関係がない債務の弁済を怠っている場合に、その債務に基づき強制執行等の申立てをしても、賃貸借契約を解除することはできない。そうすると、賃貸人が主たる債務者の財産について強制執行等を申し立てた後にその目的物を賃貸し続けていても、それは賃借人の資産状態の悪化を賃貸人が知りながら「あえて」行ったものとはいえず、その後に発生する賃料等の債務について賃貸人が保証債務の履行を求めるのが衡平に反すると直ちにいうことはできない。つまり、いわゆる特別解約権の要件が定型的に備わっているとみることが適当かどうかについて、疑義があり得ると考えられる。同様のことは、一定の物の継続的売買契約によって生じた債務を主たる債務とする個人根保証契約において、当該売買契約によりその物を供給する義務が債権者（売主）に課されているような場合にも起こり得る。

そこで、甲案では、元本確定事由のうち債権者が主たる債務者の財産について強制執行等を申し立てたときについては、貸金等債務を主たる債務に含まない個人根保証契約一般には拡大しないこととしている。

#### イ 債権者が保証人の財産について強制執行等を申し立てたときについて

現行民法第465条の4第1号は、債権者が保証人の財産に対する強制執行又は担保権の実行の申立てをした場合には、それをもって保証人の資産状態が悪化しているという債権者の認識が表示されたと見ることができることから、その後に債権者が主たる債務者に対する融資を行った場合にまで保証債務の履行を求めるのは衡平に反すると考えられることを理由として、貸金等債務を主たる債務の範囲に含む個人根保証契約においては、債権者が保証人の財産について強制執行等を申し立てたときを元本確定事由としている。

貸金等債務が主たる債務である場合においては、債権者は、保証人の資産状態が悪化していると認識した後は、主たる債務者に対して貸付け等をしていないことができ、主たる債務である貸金等債務が新たに生じないようにすることを選択することができるが、他方で、貸金等債務を主たる債務の範囲に含まない個人根保証契約一般では、必ずしもこれと同様にはいえない。例えば、賃貸借契約によって生ずる債務を主たる債務とする個人根保証契約においては、保証人の資産状態が悪化していると認識した後も、そのことを理由として賃貸借契約を解除することはできない。

しかし、債権者が保証人の財産に対する強制執行又は担保権の実行の申立てをした後に発生した債務についてまで、債権者が保証人の財産を見込んでいること自体は少ないと考えられるから、債権者が保証人の財産に対する強

制執行又は担保権の実行の申立てをしたことを元本確定事由とすることで保証人が責任を負う範囲を制限するのが相当であると思われる。

そこで、債権者が保証人の財産について強制執行等を申し立てたときを元本確定事由とすることを、貸金等債務を主たる債務に含まない個人根保証契約一般に拡大することとしている。

ウ 主たる債務者が破産手続開始の決定を受けたとき又は死亡したとき

現行民法第465条の4第2号及び第3号は、貸金等債務を主たる債務の範囲に含む個人根保証契約においては、主たる債務者が破産手続開始の決定を受けたとき及び死亡したときを元本確定事由としている。

確かに、貸金等債務が主たる債務である場合においては、債権者は、主たる債務者が破産手続開始の決定を受けた後又は死亡した後には、主たる債務者に対して貸付け等をしないことができるから、主たる債務者が破産手続開始の決定を受けたとき又は死亡したときを元本確定事由としても、保証人がないまま債権者が貸付けを強いられることはなく、特段の支障は生じない。

しかし、主たる債務者が破産手続開始の決定を受けたとき又は死亡したときを元本確定事由とすることを、貸金等債務を主たる債務の範囲に含まない個人根保証契約一般に拡大するのは相当でないとの指摘がある。

貸金等債務を主たる債務の範囲に含まない個人根保証契約のうち実務上頻繁にみられ、重要であるものとしては、賃貸借契約に基づく賃借人の債務（例えば、賃料や賃料相当損害金など）を主たる債務とする個人根保証契約がある。このような保証契約では、主たる債務者（賃借人）が破産手続開始の決定を受け、又は死亡したとしても、賃貸借契約は、そのことを理由として解除することはできず、当然に終了することもないから、主たる債務者（賃借人）が破産手続開始の決定を受けた後又は死亡した後であっても、債権者（賃貸人）は、賃借人に対し、その目的物を賃貸し続けなければならない、それによって主たる債務も新たに生ずる。そうすると、主たる債務者が破産手続開始の決定を受けたとき又は死亡したときを元本確定事由とすれば、保証人がいることを見込んで賃貸借契約を締結した債権者（賃借人）に保証人がないまま賃貸借の継続を強いることとなり、相当ではないとも考えられる。

そこで、甲案では、主たる債務者が破産手続開始の決定を受けたときを元本確定事由とすることを、貸金等債務を主たる債務に含まない個人根保証契約一般に拡大しないこととしている。

エ 保証人が破産手続開始の決定を受けたとき又は死亡したとき

現行民法第465条の4第2号及び第3号は、貸金等債務を主たる債務の範囲に含む個人根保証契約においては、保証人が破産手続開始の決定を受けたとき及び死亡したときを元本確定事由としている。

貸金等債務が主たる債務である場合においては、債権者は、保証人が破産手続開始の決定を受けた後又は死亡した後には、主たる債務者に対して貸付け等をしないことができ、その決定の後又は死亡した後に主たる債務である

貸金等債務が生じないようにすることができるが、他方で、貸金等債務を主たる債務の範囲に含まない個人根保証契約一般では必ずしも同様にはいえない。例えば、賃貸借契約に基づく賃借人の債務を主たる債務とする個人根保証契約においては、保証人が破産手続開始の決定を受けた後又は死亡した後も、そのことを理由として賃貸借契約を解除することはできず、当然に終了することもない。)

しかし、保証人が破産手続開始の決定を受けた後に発生した債務についてまで、債権者が保証人の財産を見込んでいること自体は少ないと思われる。また、保証は飽くまでも保証人の資力に着目するものであり、債権者も保証人自体に着目して保証契約を締結していると考えられることからすると、保証人が死亡した後に発生した債務について、保証人の相続人に責任を負わせるのは相当ではなく、そのようにしても、債権者に対する不意打ちにもならないように思われる。

そこで、甲案では、保証人が破産手続開始の決定を受けたとき又は死亡したときを元本確定事由とすることを、貸金等債務を主たる債務に含まない個人根保証契約一般に拡大することとしている。

- 3 3 (1)については、部会資料70A第1、1(3)と異なり、対象となる求償権についての保証契約につき、根保証契約を除くこととしている。

まず、前提として根保証契約の保証人の主たる債務者に対する求償権についての保証契約の中には、①保証契約(根保証契約を除く。)と②根保証契約の二つがあると考えられる。

例えば、根保証契約の保証人の主たる債務者に対する求償権についての保証契約が、当該根保証契約の元本が確定した後にその確定した保証債務の履行に基づく求償権について保証をする趣旨であるのであれば、その求償権についての保証契約は根保証契約ではなく、通常保証契約(根保証契約を除く。)である。

他方で、例えば、賃貸借契約によって生ずる賃料債務が主たる債務の範囲に含まれる根保証契約に基づき、保証人が賃借人に代わって毎月発生する賃料債務をその都度弁済し、それによってその弁済の都度発生する求償債務を保証することをその内容としているような保証契約は、根保証契約と解さざるを得ないように思われる。

以上のとおり、根保証契約の保証人の主たる債務者に対する求償権についての保証契約の中には、①保証契約(根保証契約を除く。)と②根保証契約の二つがある。そして、①の場合には、そもそもの根保証契約に極度額の定めがないと、その根保証契約の保証人の主たる債務者に対する求償権についての保証契約の保証人は、予想を超える過大な保証責任の追及を受けるおそれがある状態に置かれるが、②の場合には、そもそもの根保証契約に極度額の定めがなくても、素案1が適用される結果としてその求償権についての根保証契約に極度額の定めがあれば、その保証人は予想を超える過大な保証責任の追求を受けるお

それはなくなる。

そこで、3(1)では、根保証契約の保証人の主たる債務者に対する求償権についての保証契約のうち根保証契約でないものだけに限り、そのもともとの根保証契約において、1(1)に規定する極度額の定めがないときは、保証人が法人である場合を除き、その効力を生じないものとしている。

4 3(2)については、部会資料70A第1、1(3)アと同様の内容である。

### 第3 契約交渉段階（契約交渉の不当破棄）

契約交渉の不当破棄に関する具体的な規律は設けず、それに替えて次のような規律を設けるという考え方について、どのように考えるか。

契約を締結しようとする当事者は、信義に従い誠実に交渉を行わなければならない。

○中間試案第27、1「契約締結の自由と契約交渉の不当破棄」

契約を締結するための交渉の当事者の一方は、契約が成立しなかった場合であっても、これによって相手方に生じた損害を賠償する責任を負わないものとする。ただし、相手方が契約の成立が確実であると信じ、かつ、契約の性質、当事者の知識及び経験、交渉の進捗状況その他交渉に関する一切の事情に照らしてそのように信ずることが相当であると認められる場合において、その当事者の一方が、正当な理由なく契約の成立を妨げたときは、その当事者の一方は、これによって相手方に生じた損害を賠償する責任を負うものとする。

(注) このような規定を設けないという考え方がある。

【第3ステージ：第84回会議（部会資料75A）で審議】

○部会資料75A第2、「契約交渉段階（契約交渉の不当破棄）」

契約交渉の不当破棄について、次のような規定を設けるものとする。

契約を締結するための交渉の当事者が、契約の成立が確実であると相手方に信じさせるに足りる行為をしたにもかかわらず、正当な理由なく契約の成立を妨げたときは、これによって相手方に生じた損害を賠償する責任を負う。

(説明)

#### 1 これまでの審議の経過

契約交渉の不当破棄に関して、中間試案では、契約が成立しなかったとしても原則として契約交渉の当事者は損害賠償義務を負わないことを第1文で規定し、例外的に契約交渉の破棄が損害賠償義務を生じさせる場合の要件を第2文（ただし書）で規定するという考え方が提案されていた。そして、その要件を、「相手方が契約の成立が確実であると信じ、かつ、契約の性質、当事者の

知識及び経験、交渉の進捗状況その他交渉に関する一切の事情に照らしてそのように信ずることが相当であると認められる場合において、その当事者の一方が、正当な理由なく契約の成立を妨げたとき」としていた。

この考え方に対しては、パブリックコメントの手續等において、これまでの裁判例で損害賠償義務が認められた事案よりも適用範囲が広く解釈され、自由な交渉を萎縮させるおそれがあるとの意見や、規定が濫用され、紛争が増えるおそれがあるなどの意見があり、未だ十分な支持を得ることはできていないように思われる。

部会資料75Aでは、上記の意見等を踏まえ、契約自由の原則の箇所にて定める契約締結の自由に関する規定との重複を避ける趣旨で第1文を削除した上で、第2文の損害賠償義務が生ずるための要件を「契約を締結するための交渉の当事者が、契約の成立が確実であると相手方に信じさせるに足りる行為をしたにもかかわらず、正当な理由なく契約の成立を妨げたとき」と改めた。

この提案に対しては、第84回会議において、中間試案の考え方よりも適用場面が限定されたと解釈し得るとの指摘があり、この点を評価する意見がある一方で、これまで裁判例において損害賠償義務が認められた事案を全て包摂しておらず、今後の裁判所の判断に影響が生ずるおそれがあるとの意見も見られ、賛否は分かれた。

## 2 検討

(1) 上記のとおり、契約交渉の破棄によって損害賠償義務が生ずる場合の要件を定めるにあたり、これまでの裁判例における認容事例において重視された判断要素を全て包摂しようとするれば、要件が抽象的なものになることは避けられないが、それに対しては規律の適用範囲が不明確であり濫用のおそれがあるとの批判がある。他方で、要件を具体的に定めようとするれば、これまでの裁判例における認容事例を包摂することができておらず、裁判所における従来の解釈運用を制約するおそれがあるとの批判があり、適切な要件を設定することは必ずしも容易ではない。

(2) また、この規律によって認められる損害賠償義務の法的性質をどのように考えるべきかという問題もある。

これまでは、この規律によって認められる損害賠償義務の法的性質が契約責任であるか不法行為責任であるかを明らかにせず、解釈に委ねることを前提に検討が進められてきた。しかし、その法的性質をどのように考えるかによって、消滅時効の起算点と時効期間、遅延損害金の起算点、相殺の可否等において差異が生ずることとなる。特に消滅時効について、一般の債権と不法行為に基づく損害賠償請求権の時効期間を統一することが困難な状況であることからすれば、損害賠償義務の法的性質を明らかにしないまま規律を設けることに対しては、実務上混乱を生じさせるおそれが高く、法的性質を解釈に委ねることは適切ではないとの批判もあり得る。

また、仮に損害賠償義務の法的性質を明らかにしないまま規律を設けると

しても、この規定をどこに置くべきかという問題が生ずる。「第二章 契約」の箇所に規定を設けた場合には、損害賠償義務の法的性質が債務不履行責任であることを前提としていると解釈され得るが、これに対しては不法行為責任であるとする立場からの批判があり得る。

他方で、損害賠償義務の法的性質を明確にした上で規律を設けるという方向で検討を進めようとしても、コンセンサスの形成可能な案を得られる見込みが高いとは考え難い。これまでの裁判例においては、契約交渉を破棄したことによる損害賠償義務の法的性質を不法行為責任であるとするもの、債務不履行責任であるとするもの、法的責任を明示しないまま損害賠償義務を認めるものなどがあり、学説上も、信義則上の義務に関する債務不履行責任(契約責任)とする考え方や、不法行為責任とする考え方のほか、当該事案の具体的事情に応じて最も適切な規定によって解決されるべきであるとする考え方などがあり、損害賠償義務の法的性質に関する解釈は分かれている。

- (3) これらの問題点を踏まえると、中間試案又は部会資料75Aの考え方にに基づき、損害賠償義務が生ずる場合についての規定を設けることは相当に困難であると思われる。もっとも、契約交渉の破棄に関する紛争が増加し、信義則を根拠に損害賠償請求を認容する裁判例が数多く存在することや、民法第1条第2項の抽象的な文言からは契約が成立する前の交渉段階においても信義則が適用され得るという判例法理を読み取ることが困難であることからすれば、この判例法理を明文化する必要性は高いと考えられる。
- (4) そこで、契約交渉段階においても信義則が適用されるという原則のみを規定するという考え方があり得る。

現行法の問題点は、契約交渉の段階において信義則が適用されることを規定した条文が存在せず、民法第1条第2項は「権利の行使及び義務の履行」における信義則について定めた規定であることから、契約が成立する前の交渉段階においても信義則が適用されるという判例法理を読み取ることが困難であるという点にある。したがって、同項とは別に、契約交渉の段階において信義則が適用されることを規定した条文を新たに設けることには意義があると考えられる。

この考え方によれば、これまでの裁判例における認容事例を全て包摂する規定とすることができ、従来の裁判所の解釈運用を制約するおそれはない。また、損害賠償義務が生ずる場合の要件を具体的に定めるものではないことから、規定が濫用されることも考え難い。加えて、損害賠償義務の法的性質を決定する必要はなく、実務に混乱を生じさせるおそれもないと考えられる。

- (5) 以上を踏まえ、契約交渉段階においても信義則が適用されるという原則のみを規定するという考え方を採用することについて、どのように考えるか。