慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	独占的契約交渉権の実効性と限界
Sub Title	Enforceability and limitation of pre-contractual right concerning exclusive negotiation
Author	島田, 真琴(Shimada, Makoto)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2005
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.2 (2005. 3) ,p.23- 65
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20050315-0023

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

独占的契約交渉権の実効性と限界

島　田　真　琴

一、独占的契約交渉権の意義及び目的
二、独占的契約交渉権の発生根拠
三、独占的交渉義務違反に対する救済措置
四、諸外国の法制度
五、第三者との交渉差止仮処分命令の要件である「緊急性・必要性」
六、独占的交渉義務を定める契約条項について
七、独占的交渉権の障害事由

一、独占的契約交渉権の意義及び目的

１．意義

企業買収、ジョイントベンチャー、プラント・エンジニアリング、ライセンシング事業その他企業間の重要な取引や財産に関する契約交渉をしている当事者間において、交渉開始時又は交渉が一定の段階に達した時点で、独占的契約交渉権に関する合意をすることがある。この場合の独占的契約交渉権とは、契約交渉中の当事者の一方が相手方当事者に対し、契約締結に向けて交渉の目的物又は対象となっている取引に関しては自己のみと契約交渉を行い、第三者とは一切交渉に入らないように求める権利を意味している。すなわち、独占的交渉権には、(1)交渉相手に対して自己との契約交渉を行うように請求する、為す債務の履行請求権、及び(2)同一又は競合する取引に関する第三者との交渉を禁ずる不作為義務の履行請求権という、二つの権利を含んでいる。この二つの権利は、前者が後者の目的で、後者は前者の手段という関係になっており、不可分一体であると言うことができる。

元来、私人間の経済的取引活動を支配している契約自由の原則によれば、契約交渉中の当事者は、原則として、いつでも自由に交渉から離脱して契約を締結しないことができるはずであるし、また契約締結に至るまでは誰とでも自由に交渉に入ることができるはずである。よって、独占的交渉権に関する合意は、私的取引社会を支配している基本原理である契約交渉自由の原則に対する制約となる。

２．目的

契約交渉当事者が相手方にこのような独占的交渉義務の負担を求める主たる目的は、当該交渉によって契約締結ができるであろうとの期待利益を保護するためであると考えられる。契約交渉に入った当事者は、契約締結に至る前の準備段階においても、当該取引の実行可能性の調査、取引対象物、相手方等に関するデュー・ディリジェンス、契約交渉や契約書ドラフトの作成その他の交渉活動や契約が締結され取引が開始した場合に備えての履行準備活動を通じて様々な費用を負担することになるので、安易に第三者に切り換えて交渉を打ち切られては堪らないからである。この意味で、独占的交渉権は、契約交渉の打ち切りの自由を制限することを目的とするものである。ただし、この目的だけのためであれば、契約交渉の一方的破棄だけを制限しておけば足りるはずであり、第三者との交渉の自由まで剥奪する必要はない。交渉当事者が排他的な交渉権までも確保したいと望むのは、(1)契約成立ができない旨が確定するまでの間は自己との交渉に専念させることにより、第一順位の取引相手候補としての有利な地位を確保すること、(2)相手方が競業者の取引条件を利用して交渉上有利な地位に立つことを防止すること（これは、(1)と裏腹の関係にあるとも言える。）、(3)交渉期間中に自社の秘密情報が交渉相手を通じて競業者に伝わるのを防止することなどを付随的な目的としているためであると考えられる。ただし、これらの内、(3)の目的は、本来は秘密保持義務により対応すべき問題であり、また交渉決裂後に第三者と交渉に入ることまでを防止できない以上効果が限定的なので、あまり合理性は認められない。(2)の目的は、一方当事者が優越的な

地位に基づいて有利な契約交渉をしようとする場合に考えそうな発想であり、この意味で当該権利は、このような目的の下に濫用される可能性が高いと思われる。しかし、両当事者が自由な合意の上、双方対等に排他的交渉を合意する場合や相当な対価の下に独占的交渉権の付与を受けている場合などにまで不合理な目的と言うことはできないであろう。

独占的交渉権の意義及び目的に関する以上の理解を前提とし、以下において、その法的根拠、拘束力、実効性及びその限界について、諸外国の法制度と比較しながら検討する。

なお、契約交渉の一方的な打ち切りを防ぐ他の手段として、交渉相手が第三者との協議に入る際に第三者の提案内容の通知義務等を課する旨の条項（fiduciary-out clauseという）を合意することもある。この条項は、相手方と第三者との交渉を容認することを前提とし、その目的も上記とは若干異なるので、本稿の検討対象とはしない。

二、独占的契約交渉権の発生根拠

１．信義則

独占的契約交渉権は、前記一の２で述べたその目的から推察されるとおり、信義則に基づく原則である契約締結上の過失責任の法理と密接な関連性を有している。契約締結上の過失責任とは、契約準備交渉段階に入った当事者間の関係は、何らの特別な関係がない者の間の関係より緊密であることから、そのような関係にある当事者が負担すべき、相手方に損害を被らせないようにする信義則上の義務のことである。民法上、この義務に関する明文規定はないが、大正年代にドイツのイェーリング（von Jhering）の学説が紹介されて以来、わが国の判例、学説上広く認められている[1)]。特に昭和40年代以降は、当事者の一方が契約交渉を理由なく打ち切り、それによって相手方の契約成立への期待を裏切り、相手方に無用の出費をさせた場合に、契約締結準備段階における信義則上の注意義務違反を理由とする損害賠償請求を認める判決が数多く存在す

る[2)]。前記のとおり独占的契約交渉権の主たる目的は、契約締結の準備段階において、契約成立への期待利益を保護することであるから、契約締結上の責任の根拠となる信義則上の義務の一環として、「契約交渉中はこれに専念し、第三者とは交渉しない義務」が認められる余地があるのではないかと思われる。このような義務の存在を直接に認める学説判例は見当たらないが、東京地裁昭和56年３月23日判決[3)]は、その可能性を窺わせる。同判決は、原被告間で独占的販売権の付与を内容とする総代理店契約の締結交渉を進めていたところ、被告が他の会社とも総代理店契約を締結していることが判明したため、原告が契約締結を拒絶し、民法44条及び契約締結上の過失に基づく損害賠償を請求した事案である。裁判所は、被告は独占的販売権の付与を目的として総代理店交渉を進めている以上、この基本事項に反する事実を原告に秘して交渉し、あるいは交渉の途中でこれに反する行為をすることは許されないとして、民法44条に基づく責任を認めた。すなわち、この判決は、契約交渉中において第三者との間でこれと両立しない契約を締結する事実の開示義務及びそのような契約を第三者と締結しない義務を認めているといえる。この趣旨に従えば、信義則上、契約交渉中に第三者と交渉しない義務、あるいは少なくとも、第三者と並行して交渉している事実を開示すべき義務を認めるべき場合があると思われる。ただし、既述の通り、契約締結への期待利益の保護という目的上は、多くの判例が既に認めている、「契約交渉を一方的に打ち切らない義務」だけで十分であり、これに加えて、「交渉に専念し、第三者との交渉に入らない義務」までを認めるのは、他の取引相手候補と比べて特別に有利な地位を認めて然るべき事情がある場合に限るべきである。よって、当事者間に独占的交渉権付与に関する明示又は黙示の合意がない場合、信義則だけを根拠にかかる義務の存在を認定するのは相当に慎重でなければならない。たとえば、交渉当事者間で、契約に規定すべき主要な事項が既に合意に達し、付随的事項や事務上、手続上の事項の処理や書面作成に関する技術的な問題を残すのみとなった段階において、もはや主要事項についての合意は覆さないとの信頼を相手方に与えるような行為や表示を行った場合には、そのようにして合意に達した主要事項についても

っと有利な条件を模索して第三者と交渉に入る行為は、信義則上許されないと解する余地があるのではなかろうか。

２．契約交渉当事者間の合意

（一）契約締結前書面について

重要な国際取引や国内取引に関する契約交渉中のある一定の段階において、交渉当事者間において正式契約とは異なる何らかの合意書が交わされることがある。これらの書面は、国際取引においては、レター・オブ・インテント(letter of intent)、メモランダム・オブ・アンダースタンディング(memorandum of understanding)、ヘッヅ・オブ・タームズ（heads of terms)、コンフォート・レター（comfort letter）等と名付けられることが多く、また国内取引では、基本合意書、念書、覚書などというタイトルが付されることが多い。以下、これらを総称して「契約締結前書面」と呼ぶことにする。

このような書面の内容は様々であるが、両当事者が契約締結に向けて交渉を継続する意思を有していることを確認し、かつ当該書面を交わすまでに合意に達している事項があれば、それを記載している場合が多い。また、契約締結に影響を及ぼす可能性のある、契約の対象事項や当事者に関する事項に関する開示義務、契約交渉中に知り得た相手方の情報に関する秘密保持義務、契約交渉に要した費用の分担（たとえば、契約準備費用は各自弁とするなど）等に関する条項を設けることもある。

契約締結前書面を交わす目的も、取引の種類、内容、契約交渉の経緯、特にどの段階で締結されるかなどにより様々である。最も一般的であり、ほとんどの場合に共通する目的は、当事者間で契約成立に向けて交渉を行う意思があることを確認し、かつ当事者間で了解している契約の目的や合意済みの事項などを明らかにしておくことにより、今後交渉を進めていくための前提を明確にしておくことではないかと思われる[4)]。

契約締結前書面がいかなる法的効力を有するかについても、その目的、締結に至った経緯及び条項の内容により異なり、一概には決められない。上記の一

般的な目的に照らし、契約締結前書面に契約を締結するために交渉する意思があることを記載したり、その時点での了解事項を記載したりしたとしても、それによって本契約を締結した場合と同一の義務を負ったり、あるいは当該書面記載どおりの法的義務が直ちに発生したりすることはないと解するのが原則である。たとえば、東京高裁平成12年４月19日判決[5]では、ソフトウエアのソースコードに関するライセンスに関して交渉で了解した基本的事項を箇条書きにしたメモランダム・オブ・アンダースタンディングを作成したが、契約書の調印に至らなかった場合について、「本件メモの記載内容は、ライセンス契約における基本的な事項を示すものということができるとしても、それのみをもって契約により生ずる当事者間の権利義務関係を確定するに足りるものということができないことは明らかであり、そしてそれを確定するに必要な事項について更に協議をした上で契約書を作成することを予定していたものである以上、そこにその時点において了解に達した事項が記載されているからといって、その事項のみについて直ちに契約としての効力を発生させる意思を［契約両当事者］において有していたものと推認することはできない」とし、法的拘束力を否定している。しかし、取引慣行や締結に至るまでの事情によっては、本契約を締結した場合と同一の義務を負うべき場合もあり得る。たとえば、東京地裁平成４年９月28日判決[6]では、船舶金融取引の担保のための用船料債権譲渡の前提となる船舶用船義務を負う意図がある旨を確認した書面を差し入れたにかかわらず、用船契約の締結を拒絶したことによる損害賠償を請求した事例において、「船舶を運行船団に加える意図を有していることを確認する」との書面は諸般の事情から単なるレター・オブ・インテントではなく一定の法的拘束力があると判示している。

他方、契約締結前書面の中に、情報開示義務、秘密保持義務、費用負担など、通常法的拘束力がある契約において記載されているべき条項と同じ形式、内容の規定が設けられている場合は、両当事者が規定どおりの法的拘束力を生じさせることを意図してそのような合意をしたものと合理的に推定ができる。また、契約自由の原則に鑑み、両当事者が契約締結前書面において、当該書面に規定

された事項を内容とする本契約を締結すべき義務を負うべきことを明示的に合意した場合には、そのような義務を否定すべき理由はないであろう。

（二）契約締結前書面における独占的契約交渉義務の合意

契約交渉当事者が独占的契約交渉権を得ようとする場合、契約締結前書面においてこれに関する規定を設けることがある。レター・オブ・インテントや基本合意書において、交渉当事者間の誠実交渉義務を定めた上、これに続く条項において、交渉事項の対象である取引と競合、抵触する事項に関して第三者との交渉を禁ずる旨を定める方法が一般的である。当事者の通常の意思を合理的に推定し、このような規定に基づく独占的交渉義務は、特に法的拘束力を否定する表現がある場合を除き、法的拘束力を有するものと解される。

最高裁平成16年８月30日決定[7]は、そのような規定の法的拘束力に関する最初の最高裁の判断である。これは、抗告人である住友信託銀行が、相手方ら（UFJホールディングス、UFJ銀行及びUFJ信託銀行）との間で信託業務等に関する営業譲渡を中心とする事業再編、業務提携に関する契約締結に向けた交渉のための基本合意をし、基本合意書を締結していたところ、UFJらがその解約を通告し、第三者（三菱東京ファイナンシャル・グループ）との経営統合交渉に入ったので、住友信託銀行が、東京地裁に対し、当該基本合意書における独占的交渉権の侵害を根拠とし、UFJと三菱東京との間の経営統合に関する情報提供又は協議の差止めの仮処分命令を申立てた事件である。基本合意書は、その第12条において、「誠実協議」の見出しの下に、前段で「各当事者は、本基本合意書に定めのない事項若しくは本基本合意書の条項について疑義が生じた場合、誠実にこれを協議するものとする。」と定め、後段で、「また、各当事者は、直接又は間接を問わず、第三者に対し又は第三者との間で本基本合意書の目的と抵触しうる取引等にかかる情報提供・協議を行わないものとする。」と定めていた。東京地裁は、平成16年７月27日、独占的交渉条項には法的拘束力があり、UFJと三菱東京が経営統合交渉を進めると、住友信託銀行に著しい損害が生じるとして、仮処分命令の申立を認容する決定をし、更に、UFJの異議

申し立てに対し、８月４日、仮処分決定を認可する旨の決定をした。UFJらは、この決定を不服として東京高裁に保全抗告をしたところ、東京高裁は、同月11日、独占的交渉条項に法的拘束力があるものの「現時点において、抗告人と相手方らとの間の信頼関係は既に破壊されており、かつ両者が目指した最終的な合意の締結に向けた協議を誠実に継続することを期待することは既に不可能となったものと理解せざるを得ない。したがって、遅くとも審理終結日である同月10日の時点において、本件基本合意のうち少なくとも本件条項については、その性質上、将来に向かってその効力が失われたものと解するのが相当であり、現時点において差止請求権を認める余地はない。」として、東京地裁の各決定を取消し、仮処分命令の申立を却下する旨の決定をした。住友信託銀行は、この決定を不服として抗告許可の申立をしたところ、これが許可され、事件は最高裁に係属した。最高裁は、独占的協議条項に基づく不作為義務が消滅したか否かの点に関しては、「現段階では、抗告人と相手方らとの間で、本件基本合意に基づく本件協働事業化に関する最終的な合意が成立する可能性は相当低いといわざるを得ない。しかし、本件の経緯全般に照らせば、いまだ流動的な要素が全くなくなってしまったとはいえず、社会通念上、上記の可能性が存しないとまではいえないものというべきである。そうすると、本件条項に基づく債務は、いまだ消滅していないものと解すべきである。」とし、原決定とは異なる判断を示した。しかし、仮の地位を定める仮処分の要件である「争いがある権利関係について債権者に生ずる著しい損害又は急迫の危険を避けるためこれを必要とするとき」に該るか否かの点に関し、(1)UFJらが独占的協議条項に違反することにより住友信託が被る損害は、「最終的な合意の成立により抗告人（住友信託）が得られるはずの利益相当の損害」ではなく、「抗告人が第三者の介入を排除して有利な立場で相手方らと交渉を進めることにより、抗告人と相手方らとの間で本件協働事業化に関する最終的な合意が成立するとの期待が侵害されることによる損害」に過ぎないから、事後の損害賠償によっては償えないほどのものとまではいえないこと、(2)「本件基本合意にもとづく最終的な合意が成立する可能性は相当低いこと」、(3)「本件仮処分命令の申立は、平成18年

３月末日までの長期間にわたり、相手方らが抗告人以外の第三者との間で前記情報提供又は協議を行うことの差止めを求めるものであり、これが認められた場合に相手方が被る損害は、相手方らの現在置かれている状況からみて、相当に大きなものと解されること」等を総合的に考慮し、当該要件を欠くものと判断し、結局、抗告を棄却し、原決定を維持した。

１）　潮見佳男「新版注釈民法（13)」（有斐閣、1996年）84頁以下
２）　前掲・潮見「注釈民法（13)」102頁以下、円谷峻「新・契約の成立と責任」（成文堂、2003）178頁以下等に主要な判例がまとめられている。
３）　判例時報1015号84頁
４）　則定隆男「契約成立とレター・オブ・インテント」（東京布井出版、1990年）125頁
５）　判例時報1745号96頁
６）　判例時報1482号105頁
７）　最高裁平成16年８月30日第三小法廷決定・平16（許）19　情報提供又は協議禁止仮処分決定認可決定に対する保全抗告審の取消し決定に対する許可抗告事件（本稿執筆時は判例集等未掲載）

三、独占的交渉義務違反に対する救済措置

上記事件（以下、「住友信託対UFJ事件」という）において、東京地裁、東京高裁、最高裁は、独占的交渉権の有無又は仮処分の必要性に関して、それぞれ異なる判断を示したが、基本合意書が定める独占的交渉条項が法的拘束力を有する義務を構成する点については、一致して認めている。問題は、当該義務違反に対して、どのような方法による救済措置が認められるかという点である。

１．損害賠償請求権

住友信託対UFJ事件の最高裁決定は、独占的交渉義務違反者に対して損害賠償請求の方法で事後的な救済を受けられること、及び当該損害は、最終的な合

意が成立するとの期待が侵害されることによる損害であることを示しており、これらの判断については異論のないところであろう。ただし、この場合の損害額の算定をどのような方法で行うのかについて、この決定からは明らかではない。仮に、最高裁が想定している期待利益の損害が、契約交渉、契約書の作成その他契約締結のために要した費用や最終合意の成立を期待して履行の準備のために支出した契約準備費用等のいわゆる信頼利益の損害だけを意味しているとすれば、独占的交渉義務に法的拘束力があるといってもほとんど無意味となる。そのような損害の賠償請求は、契約交渉中の当事者間における信義則上の誠実義務、すなわち、契約締結上の過失責任に基づく一方的に交渉を打ち切らない義務から当然に導かれるべきものだからである。契約交渉当事者が独占的交渉義務まで特に合意した場合は、その目的に照らし、一般的な誠実交渉義務以上の負担を合意したものと解さなければ、そのような合意をした当事者間の通常の意思解釈として不合理である。私は、独占的交渉義務を定める条項違反があった場合における損害は、原則として、被害を受けた側の交渉当事者が、当該交渉の結果最終合意に達したとしたら得たであろう利益の総額（P円）に、最終合意成立の可能性の程度に応じた一定の割合を乗じて算定すべきであると考える。そして、この算定基礎となる割合は、独占交渉期間中に最終合意に達するのが不可能であることを明らかに示す事情がある場合を除き、50％と解するべきである（すなわち、損害額は、「P×50/100」円となる。）。契約交渉を経験した者であれば誰もが知るところであろうが、交渉担当者は、両当事者間に存在する、およそ解決不可能と思えるような様々な困難を乗り越え、また多種多様の駆け引きを駆使しながら合意を形成していくものであり、実際上、最終段階に至るまで互いに最終譲歩案を提示できないでいることが少なくない。よって、契約交渉の中途においてどれ程の困難な事情があったとしても、交渉担当者以外の者には合意成立の可能性の程度を判断することなどできないはずである。よって、交渉成立の可能性は最後の一瞬までは、少なくとも五分五分とみるのが相当である。ただし、契約交渉の経緯や交渉当事者が置かれた状況によっては、最終合意に達する蓋然性が50％を大幅に上回っていると認定できる場

合もあり得る。たとえば、契約の主要な条項に関しては既に合意に達し、事務的、手続き的な事項の処理だけが残っている場合、一方当事者が、独占的交渉期間内に（相手方が誰であれ）契約を成立させて対象取引に入ることを必要とする特別な事情が存する場合などである。また、最終合意の成立を不可能とする客観的な事情がある場合であって、それが独占的交渉義務違反をした当事者の責めに帰すべき事由を原因とするときも、この割合は、50%を相当に上回ると評価すべきである。特に、違反者が意図的に信頼関係を破壊する行為を行って契約成立を不可能な状態にした場合は、条件成就を妨害した場合の効果に関する民法120条の趣旨に鑑み、違反者は、原則として100%、すなわち最終合意が成立した場合に相手方が受けたであろう遺失利益全額について損害賠償義務を負担すべきではなかろうか。

以上は、独占的交渉義務違反があって、その結果として最終契約の締結に至らなかった場合における損害の賠償に関する問題であるが、当事者の一方に義務違反はあったが、最終的に契約締結に至った場合であっても、相手方当事者に不利益が発生する可能性がある。前述のとおり、独占的交渉条項は、「相手方が競業者の取引条件を利用して交渉上有利な地位に立つことを防止すること」を、少なくとも付随的な目的の一つとしているのが通常である。そこで、相手方が独占的交渉条項に違反して第三者と交渉し、第三者が示した条件を材料に独占的交渉権者との交渉に臨んだ結果として、当初合意できたはずの条件よりも不利な条件で合意せざるを得なくなった場合、理論上は、独占的交渉義務違反により損害を受けたといえなくもないが、この場合の損害額を立証することは、実際上は困難であろう。そもそも、不利な条件とはいえ、当事者が自由な意思に基づいて契約条件に合意した場合は、たとえ当初予定していた条件を下回る結果となったとしても、義務違反によってもたらされた損害とはいえないと思われる。ただし、交渉当事者間で独占的交渉権の相手方への付与に対する対価の支払の合意があった場合、支払済みの対価に相当する金額及びこれに対する遅延損害金相当額は、独占的交渉義務違反による損害として賠償を請求できる。また、契約が成立した場合であっても支払うべき違約金や損害賠償

予定額を合意していた場合は、公序良俗に反しない限り、これに基づく賠償を請求できることになる。

２．強制履行

既述のとおり、独占的交渉権には、(1)交渉相手に対して自己との契約交渉を行うように請求する、為す債務の履行請求権、及び(2)第三者との交渉を禁ずる不作為義務の履行請求権という二つの権利が含まれている。この内、(1)に関しては、本契約締結義務まで負わせることができない以上、その現実履行請求を行っても契約締結に至ることが期待できず、法的手続により履行を強制する実益が乏しい。他方、(2)の請求権は、(1)を実現するための手段としては、(1)の直接履行請求よりはるかに有効であることから、これを根拠として、相手方が第三者と契約交渉に入る行為の禁止又は差止め請求訴訟が提起するメリットが認められる。

わが国は、債務者が任意に債務を履行しないときは、原則として、裁判所の強制力によって債権の本来的内容を強制的に実現することを認めているので[8)]、上記の不作為義務の履行も、裁判所の強制力による実現を求めることが可能である。ただし、独占的交渉権の強制履行には、次のような限界がある。

第一に、上記の不作為義務違反が継続中である場合、すなわち、第三者との交渉を継続中である場合に直接強制、代替執行の方法でこれを止めさせることは不可能なので、強制手段としては、間接強制の方法によって、義務違反者に心理的な圧力を加えて違反行為をやめるように促すことになる[9)]。現在違反行為がないが将来違反のおそれがある場合については、通説によれば、いかなる執行方法もなしえない[10)]。間接強制の決定申立があった場合、執行裁判所は、債務者に対し、債務者が違反行為をやめるまで債務者が相当と認める一定額の金銭の債権者への支払を命ずることになる[11)]。この金額は、債務の履行を確保するために必要な金額であれば、不履行により生ずる損害賠償額に拘束されないが[12)]、通常は、予想される損害額が一つの判断材料として斟酌されることになるので[13)]、実務上、予想損害額を大幅に上回る金額にはなり難い。

よって、経済的にみれば、債務者にとっては、債務不履行により損害賠償義務を負担しているのとそれ程大きな違いはないともいえる。ただし、裁判所により違反行為を禁じられることによる心理的な効果は無視できないであろう。

第二に、この直接履行請求は、多くの場合、仮処分が認められない限り、実現困難であろうと思われる。独占的交渉権の存続期間は、一般に、当事者間で合意に達するまでに通常要すると思われる交渉期間に基づいて設定されるので、せいぜい数ヵ月から２、３年ということになる。本裁判の判決を待っていてはこの期間が過ぎてしまうし、対象取引自体が手遅れとなる可能性も高い。仮に、当事者間で期間を設けなかった場合や不要に長期の定めをした場合は、後述のとおり、信義則、独占禁止法その他に基づき期間が制限されたり、解約権が認められたり、あるいは、当該規定の法的拘束力が否定される可能性がある。したがって、独占的交渉権の強制力による実現の可否は、第三者との交渉の差止めや交渉禁止を求めるための仮の地位を定める仮処分が認められるか否かによって左右されるといっても過言ではない。

このように、独占的交渉権の履行請求に関しては、仮処分申立に対する裁判所の決定が終局的解決としての機能を果たす場合が多いので、事実上は、仮の地位を定める仮処分の要件である「争いがある権利関係について債権者に生ずる著しい損害又は急迫の危険を避けるためこれを必要とするとき」に該るか否かに関する裁判所の判断によって決定されることとなる可能性がある。この「仮処分の必要性」の判断は裁判所の裁量の余地が大きいことから、強制履行に対する裁判所の基本的な考え方、すなわち、独占的交渉義務違反に対する救済措置として、第三者との交渉禁止の強制履行を認めることを原則とすべきか、それとも事後的な損害賠償請求を認めることを原則とすべきかという問題に関する裁判所の法政策的な選択が重要な役割を果たすことになるのではないかと思われる。

これに関し、住友信託対UFJ事件の最高裁決定は、UFJによる独占的交渉義務違反によって住友信託銀行が被る損害は、交渉の結果最終合意が成立するとの期待利益の損害に過ぎないから、事後の損害賠償によっては償えないほどの

ものとまではいえないとしている。この事件における最高裁の決定理由を見た限りでは、最高裁は、独占的交渉違反に対する救済措置は、損害賠償請求により事後的に与えることを原則とし、損害額が著しい場合を除き、差止め請求等の強制履行は認めない旨の法政策を選択しているのではないかと推測される。しかし、このように、仮処分の必要性の判断に損害賠償請求により償えるか否かの要素を持ち込み、かつ裁判所の裁量で損害額を低めに評価することができるとすれば、裁判官のさじ加減次第では、独占的交渉権に基づく交渉差止仮処分が認められる余地はほとんどなくなることになりかねない。企業の取引上の活動は、すべて経済的利益の追求を目的としているので、その活動に関して被った損害は、基本的には金銭上の賠償によって償うことができる性質を持っているからである。この最高裁決定を受け入れた場合、損害賠償と直接強制の関係に関する日本の民法上の原則が、十分な議論や立法措置を経ることもなく、「仮処分申立における保全の必要性」に関する裁判官の裁量的判断によって事実上変更されてしまうことになりかねない。よって、根本に立ち戻り、「損害賠償により救済される場合は強制履行を制限する」という考え方が、日本民法の正しい解釈に基づくものと言えるか否かについて、検討する必要がある。

８）　民法414条、民事執行法168条乃至173条

９）　民事執行法172条

10）　奥田・坂田「新版注釈民法(10)Ⅰ」（有斐閣、1996）588頁

11）　民事執行法172条１項

12）　東京高裁昭和50年10月28日決定・判例タイムズ336号237頁

13）　富越和厚「（鈴木忠一・三ヶ月章編）注解民事執行法(5)」（第一法規出版、1985年）106頁、中島雅弘「（小室直人編著）民事執行法講義（二訂版）」（新法律文化社、2002）158頁

四、諸外国の法制度

最高裁が選択したと思われる法政策（すなわち、義務違反による損害額が著しい場合でなければ差止請求を認めない考え方）の当否を検討する前提として、独占的交渉権に関する合意の法的拘束力及び執行方法について、諸外国がどのような法制度を採っているかを検討しておく。

１．イギリス法における独占的契約交渉権の根拠及び法的効力

イギリス法上、契約交渉当事者は、原則として信義則上の誠実義務を負っていない。そのような義務が要求されるのは、消費者契約[14]や保険契約[15]等特定の取引分野だけに限られている。したがって、イギリスには、いわゆる契約締結上の過失に相当する法原則は存在せず、原則として、信義則に基づく誠実交渉義務や排他的交渉権が発生することはない。

イギリス法に基づいて独占的交渉権が発生するには、明示的又は黙示的に、一定の交渉期間中、同一事項に関して第三者とは交渉しない旨の法的拘束力ある合意が成立していることが必要である。イギリスの企業買収などにおける取引実務上、この目的のためにはロックアウト契約（Lock-out Agreement）という契約を締結する。ロックアウト契約の目的は、契約目的物の買主に対し、一定の期間中、売主と排他的に契約交渉をし、かつ目的物や売主に関する調査を独占的に実施する権利を与えることである。したがって、売主は当該期間中、第三者と交渉に入ることが禁じられることになる。イギリス法上、企業買収のために交渉を行う旨の合意のような、いわゆる「合意のための合意」（agreement to agree）は、明確性を欠き、法的拘束力を有さないと解されている[16]。ただし、ロックアウト契約における第三者と交渉しない旨の合意（agreement not to negotiate with a third party）は、(1)交渉禁止期間が明定されていて、かつ(2)約因（consideration）があるか又は証書（deed）によって合意されていれば、法的拘束力を有している[17]。ロックアウト契約は、書面によることが通常だが、口頭の合意であっても、その成立が立証されれば法的拘束力を有する[18]。

レター・オブ・インテントやヘッズ・オブ・タームズなどの契約締結前書面においてロックアウト条項を規定しても構わないが、この場合は、法的拘束力を発生させる要件である約因（consideration）を落とさないように注意する必要がある[19]。

売主がロックアウト契約に違反して第三者と交渉に入った場合は契約違反となり、買主は、これによって被った損害の賠償を予見可能な範囲内で請求することができる。違反の結果として取引が成立するに至らなかった場合は、交渉期間中に支出した費用や経費の賠償請求ができるであろうが、取引が成立しなかったことによる遺失利益までも予見可能な損害として賠償請求するのは、通常は難しいと思われる。イギリス法上、第三者との交渉の差止・禁止命令（injunction）やそのための仮処分に相当する措置の命令（interim injunction）を採ることも可能である[20]が、これらは衡平法上の制度であり、認められるか否かは裁判所の裁量にかかっている[21]。裁判所は、事後的な損害賠償だけでは被害者に対して適正な救済を与えることができないと判断した場合にしか衡平法上の救済措置を与えないので、企業買収その他の取引に関する契約違反を是正し義務を履行させるためのインジャンクションは、原則として認められないと解する方が一般的である[22]。

２．アメリカ法における独占的契約交渉権の根拠及び法的効力

アメリカ法も、イギリス法同様、契約交渉中の当事者間には、原則として信義則上の誠実義務は存在しないとされている。これに対し、約束的禁反言（promissory estoppel）の原則の適用により、契約交渉中の当事者は不誠実な交渉を行わない義務（obligation to refrain from bad faith in negotiation）を負担することになるので、事実上、黙示的に誠実交渉義務を負担するという学説も存在する[23]が、判例法上、契約交渉当事者間における一般的な誠実交渉義務が確立しているとはいえない。ただし、契約交渉当事者間でレター・オブ・インテントを締結している場合については、当該書面に基づく明示的又は黙示上の義務として、交渉当事者間の誠実交渉義務があるとする見解が有力であり[24]、

そのような義務を認定している判例も少なからず存在する[25)]。米国の学者ファーズワース（Farnsworth）は、契約交渉中における不誠実な行為の一例として、より良い条件を求めて第三者と交渉することを挙げているが、明示的に禁じている場合を除き、交渉相手に通知しさえすれば、自由に交渉しても構わないと論じている[26)]。また、レター・オブ・インテントが明示的な交渉禁止規定を設けている場合でも、禁止期間の限定がないなど、不明確な規定の場合は、法的拘束力が認められない可能性がある[27)]。

レター・オブ・インテントその他の契約締結前書面において、一定期間の独占的交渉権に関する法的拘束力を有する合意をした場合は、当該合意に反する行為は契約違反となり、損害賠償を請求することができる。ただし、契約違反を根拠に誠実交渉義務や第三者との交渉を禁止ずる不作為義務の強制履行請求ができるか否かについては、先例がなく、原則として認められないものと思われる[28)]。アメリカの契約法上、契約違反の被害者に対する救済方法として損害賠償が適切である場合は、裁判所は特定履行を命ずる判決を与えないのが原則である[29)]。

３．ドイツ法における独占的契約交渉権の執行方法

契約締結上の過失（culpa in contrahendo）の発祥国であるドイツの法制上、契約交渉当事者は、信義則上の誠実交渉義務を負うべきものとされている[30)]。この義務の内容に第三者と交渉しない義務が含まれるか否かについては議論されていないようである。これは、契約締結上の過失責任が契約締結前の注意義務違反により相手方が被った損害の賠償義務に関する法理であることから[31)]、通常の場合、第三者との交渉により発生する損害は、契約の一方的な打ち切りによる損害の問題に還元されてしまうためではないかと思われる。契約交渉中の当事者が、独占的交渉権を定めたレター・オブ・インテントを締結した場合、交渉当事者は、誠実に交渉し、第三者と並行して交渉しない契約上の義務を負担することになる[32)]。

交渉中の当事者が交渉期間中に第三者と並行して交渉することを禁ずる旨の

明確な合意をした場合、当該合意は、法的拘束力のある不作為義務を構成することになり、違反者に対して、損害賠償請求及び不作為義務の強制履行を求めることが可能となる。

ドイツ民法上、裁判手続により債務の履行を請求できることは、債務の脊髄であり、自明のこととされている[33]。ドイツ旧民法は、現実的履行の請求を第一次的な救済手段として想定し、債務者は履行不能の場合を除き、現実履行の請求を拒絶できないと解していた[34]。その後ドイツ債務法現代化法により改正された新ドイツ民法（2002年１月１日施行）においても、履行請求は第一次的な救済手段であることには変わりはないが、非金銭的債務の履行に関し、債務者は、債務関係の内容及び信義誠実の原則に照らし、給付をすることが債権者の給付利益との比較において、著しく均衡を失するような出費を要する場合[35]や、債務者本人が給付をしなければならない場合において、債権者の給付利益と債務者の給付を妨げている障害とを衡量して債務者に給付を期待することができない場合には、債務者は履行を拒絶できることとされた[36]。これは、それまでの判例により確立された原理を取り入れ、現実履行が経済的に不合理である場合までは強制しないことを意図したものである。

不作為義務の強制執行の方法について、ドイツ民訴法は、義務違反の債務者に対し、裁判所が債権者の申請に基づき、秩序金（Ordungsgeld）又は六ヵ月以内の秩序拘禁（Ordnungshaft）の判決又は決定を言渡す方法で、間接強制する旨を定めている[37]。不代替的作為義務や不作為義務の履行の間接強制が許されないのは、(1)債務者の作為が第三者の協力にかかり、かつ第三者の協力が排除されていることが既に確定している場合や給付の目的物の滅失等により履行不能の場合、(2)芸術家の創作の債務など、債務者本人の自由な意思に基づく債務であり、自由意志を圧迫しても履行が期待できない場合、及び(3)夫婦の同居義務や不代替的労務提供を目的とする雇用契約上の債務など、履行を強制することが文化観念上是認できない場合[38]に限られている[39]。

４．フランス法における独占的契約交渉権の執行方法

フランス民法は、1142条において、「作為及び不作為の債務は、債務者が履行しない場合において、すべて損害賠償に帰する」と規定し、非金銭債務に関する強制履行を否定している。しかし、この規定は、フランス法における債務者の自由意志の尊重、人格の尊重の理念を表現したものであり、人身への物理的力を加えて作為義務を強制したり、不作為義務を貫徹することが許されないことだけを意味すると解され、罰金という威嚇手段を使って心理的に強制するアストラント（astreinte、罰金強制）という制度が、判例上古くから認められてきている[40)]。これは、裁判所が、債務者に現実的履行を命ずる給付判決をなした場合に、債権者からの申請に基づき、同時に債務者が履行を怠っている間、日毎に一定の金額を債権者に支払わなければならない旨を定める制度であり、裁判所の裁量によるとはいうものの、給付義務、作為義務、不作為義務を問わず、あらゆる現実的履行の間接強制手段として広く使われている[41)]。アストラントが許されないのは、(1)裁判所への出頭、共犯者の告知、夫婦の同居義務など、単なる任意的行為や道義上の義務の場合、(2)消滅した債務、無効な債務など履行不可能な債務の場合、及び(3)作家、作曲家、画家、彫刻家などの作品を完成し引き渡す債務など、人格的性格が顕著な債務の場合に限定されており[42)]、それ以外の場合、裁判所は躊躇なくアストラントを命じている[43)]。結局、フランスにおける不代替的債務や不作為債務の履行に関しては、裁判実務上、罰金強制の方法で履行を強制できることを原則としているということができる。

５．総括

以上のとおり、履行強制に関する先進国の法制には、大別すると、英米法のように契約違反に対する救済手段は損害賠償を原則とし、この方法では救済手段として不十分で不公平と認められる例外的な場合に限って特定履行請求を認める法制度と、債務の履行請求を原則的な救済手段とする大陸法的な法制度の二つが存在している[44)]。ヨーロッパ契約法委員会が1999年に公表したヨーロ

ッパ契約法原則には、第９・102条第１項において、非金銭債務は特定履行請求によって実現できる旨を定めているが、第２項において、(1)履行が違法又は不可能な場合、(2)履行が債務者に不合理な努力又は費用を生じさせるであろう場合、(3)履行が債務者の個人的な性質を持ったサービス又は労務の提供であり、又は個人的な関係に依存している場合、及び(4)権利を侵害された当事者が別の供給源から合理的に給付を期待することができる場合、現実履行の強制ができない旨を規定している[45)]。これらの内の(2)及び(4)の例外規定は、強制履行を原則として認める大陸法的な法制度によりながらも、これを絶対視せず経済的な合理性の観点から制限を加えることで、英米法的な考え方への歩み寄りを示しているものと考えられる[46)]。しかし、強制履行を原則的な救済手段とするのか、それとも損害賠償が不完全な場合の補足的な制度と捉えるのかという点において、大陸法と英米法には、その発想の出発点から根本的な相違が認められる。独占的交渉義務違反に対する原則的な救済措置をどう解するかという問題に関し、この根本的な考え方の違いを十分に踏まえた上で、わが国の法制度及び法律実務の実情に適合する法解釈を検討すべきである。

14）　The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994 s5(1)

15）　Banque Keyser Ullman S.A. v. Skandia （U.K.） Insurance Co., Ltd.［1991］2 AC 249（HL）

16）　Walford v Miles［1992］2 AC 128 House of Lords

17）　前掲・Walford v Miles［1992］の傍論（obiter）として示された見解

18）　Pitt v PHH Asset Management Limited［1933］4 All ER 961

19）　“Lock-out agreements, can the UK learn from Europe?”, Practical Law for Companies 1991, Raj Parkash, Gerhard Schmidt and others of Clifford Chance

20）　Warner Brothers Pictures Incorporated v. Nelson［1937］1 KB 209

21）　田中英夫「英米契約法総論下」（東京大学出版会　1985年）557頁、樋口範雄「契約の特定履行―英米救済法研究のための覚書として」『（田中英夫代表編集）英米法の諸相』（東京大学出版会、1980年）601頁

22） Page One Records v Britton［1967］3 All ER 822

23） Nadia E. Nedzel, " A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Precontractual Liability ", 12 Tul. Eur. & Civ. L.F. 97,（1997）, p 14

24） Charles L. Knapp, " Enforcing the Contract to Bargain ", NY Uni. Law Rev. 44, P685, E. Allan Farnsworth, " Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations ", 87 Colum. L. Rev.（1987）, P235

25） Lou R. Kling & Eileen Nugent Simon, *Negotiated Acquisitions Of Companies, Subsidiaries and Divisions*,（2003）s6.04［4］

26） 前掲・Farnsworth, pp 273-284

27） Jillcy Film Enterprises Inc. v. Home Box Office Inc. 593 F. Supp. 515（1984), Candid Products Inc. v. International Skating Union 530 F. Supp. 1330（1982), Metromedia Broadcasting Corp. v. MGM/UA Entertainment Co. 611 F. Supp. 415（1985）

28） 前掲・Nedzel, p 148

29） Farnsworth et al, *Contracts VII*（6th ed. 2001), Restatement（second）of Contracts §359

30） BGB s311(2), RGZ 95, 58, BGHZ, 6, p 333, BGHZ 66 p 54, ドイツ判例の変遷について、前掲・円谷峻「新・契約の成立と責任」47頁以下に詳しい。

31） BGB ss122, 179, 307, 309, 663, RGZ 95, p 58, BGHZ, 6, p333, BGHZ 66, p 54, BGHZ 60, p 226, BGH NJW 1981, p 1035

32） Lutter, Marcus, Der Letter of Intent: überlegungen zur rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen, 3rd ed., Köln 1998

33） 前掲・奥田・坂田「新版注釈民法（10）Ⅰ」549頁以下

34） ドイツ旧民法BGB s275

35） BGB s275（ii）

36） 潮見佳男「契約責任の体系」（有斐閣、2001年）41頁、渡辺達徳「ドイツ債務法現代化法における一般給付障害法」『（岡久編・法政大学現代契約法研究所叢書）契約法における現代化の課題』（法政大学出版局　2002年）56頁

37） ZPO890 I

38） ZPO888 III

39）　Eberhard Schilken（石川明訳）「ドイツ民訴法における作意・不作為執行の今日的諸問題」『（石川明）ドイツ強制執行法と基本権』（信山社、2003）226頁

40）　前掲・奥田・坂田「新版注釈民法（10）I」547頁、大濱しのぶ「フランスのアストラント」（信山社、2002）

41）　前掲・大濱　77頁

42）　前掲・大濱　49頁

43）　山口俊夫「概説フランス法（下）」（東京大学出版会　2004年）130頁

44）　ハイン・ゲッツ（松岡久和訳）「英米法と大陸法における契約上の救済」『（川角由和、潮見佳男他編著）ヨーロッパ私法の動向と課題』（日本評論社2003年）308頁、円谷峻「現代契約法の課題―国際取引と民法理論」（一粒社）174頁は、四つに分類している。

45）　ディーター・メディクス（益井公司訳）『（ユルゲン・バセドウ編）ヨーロッパ統一契約法への道』（法律文化社　2004年）237頁

46）　前掲・潮見「契約責任の体系」97頁

五、第三者との交渉差止仮処分命令の要件である「緊急性・必要性」

１．仮処分の必要性と強制履行に対する代替的救済措置

わが国の民法、民事執行法は、契約の履行請求についてドイツ法の影響を強く受けており、請負人の瑕疵修補請求（民法634条１項）のように特別な規定がある場合を除き、強制履行の請求権は制限を受けないことになっている（民法414条）。ただし、ドイツ新民法やヨーロッパ契約法原則は、既述のとおり、他に代替的な手段があるか否か、経済的に不合理か否かなどの事情により強制履行請求権を制限する規定を設けている。そこで、わが国の民法上も、経済的に不合理な場合は、強制履行を否定すべきではないかとの議論がなされている[47)]。確かに、経済的な取引活動の過程における債務の不履行は、究極的には金銭賠償の方法で救済可能な場合がほとんどであり、債権者に、経済的合理性を超えた直接履行請求権を認めるのは不合理である場合も少なくない。日本法上、このような事態の解決は権利濫用の法理や信義則に頼らざるを得ないとすればあ

まりにも硬直的であるから、直接履行請求権の行使を制限するため、その要件に関する解釈論を進める必要があると思われる。前述した住友信託対UFJ事件の最高裁決定は、仮処分の必要性の判断において、第三者との交渉禁止義務違反により生ずる不利益が「事後の損害賠償によっては償えないほどのものとまではいえない」ことを重要な根拠とし、差止請求仮処分を認めなかったが、これは、民法414条に基づく強制履行の要件の硬直性を、仮処分の必要性に関する要件の判断の中で緩和しようという政策的な判断が働いて考え出された解釈ではないかと推察される。

しかし、この問題はあくまで強制履行請求権の実体法上の要件として対処すべき事柄であり、仮処分の要件である「必要性」の解釈の中に強制履行請求を制限すべきか否かに関する政策的判断を滑り込ませるのは妥当とは思えない。元来、保全処分の制度は、緊急性、必要性の要請から本案訴訟における終局的解決を待っていては権利の実現が困難である場合において、本案判決において当該被保全権利が認められるであろうことについてある程度の疎明がなされた場合に、暫定的な措置を定めておくことをその目的としている。したがって、保全の必要性の判断は、この目的のための必要性があるか否かを基準とすべきであり、「差止請求を認めずとも損害賠償だけで十分な救済といえるか否か」というような、被保全権利そのものの存否に関する基準を持ち込むべきではない。しかも、最高裁決定のような考え方は、損害が小さいときは強制履行請求を制限し、損害賠償請求を原則とすべしというに等しく、強制履行請求を原則的な救済方法として広く認めているわが国の民法の基本原則を逸脱している疑いもある。

のみならず、損害賠償を原則的な救済手段とする英米法的な考え方を仮処分の要件の解釈を通じてわが国の民事紛争解決手続に持ち込むのは、以下の理由により、法政策的な判断としても妥当とはいえない。

第一に、英米法が契約違反に対する原則的な救済措置を損害賠償請求としているのは、損害賠償をコモンロー上の唯一の救済手段とし、特定履行の請求や差止請求は、これに遅れて発展したエクイティ（衡平法）に基づいて例外的に

認めてきたというイギリス法の沿革、及びこれを基盤に発展を遂げたアメリカ法の沿革に基づく法原則に過ぎず、それが合理的であるためではない。実際上、エクイティに基づく救済措置、特にインジャンクションが認められる場合は、英米においても近年飛躍的に拡大している。このような沿革、伝統を持たず、民法、民事執行法に関してはむしろ大陸法系の制度を取り入れてきたわが国において、わざわざ英米法に倣う必要はない。

第二に、作為、不作為義務に関する合意をした当事者間で互いに合意どおりの内容の義務履行を法的に実現させる意思がある場合において、裁判所の一方的な裁量で救済方法を損害賠償請求に置き換えてしまうよりも、当事者の本来の意思を尊重して裁判上も強制履行を認めた方が法制度としての安定性、合理性が高いといえ、取引社会の要請にも合致している。国際商事契約原則においても、ユニドロワ第７・２・２条は、非金銭債務の履行違反があった場合の救済措置としては履行請求を原則とする旨を定めている[48)]。とりわけ、わが国では、英米とは異なり、信義則に基づき、契約当事者間及び契約交渉中の当事者間の信頼関係が法理論に反映し、当事者間の合意内容の実現に向けての協力義務が重視されているので、当事者の一方の不履行に対し、裁判所が履行を命ずる法制度を採った方が、日本における取引の実情及び法意識に適合している。

第三に、強制履行を認める判決は、その実効性が確保できない場合はあまり意味がないが、わが国の場合、代替不能な作為義務や不作為義務の執行方法として間接強制の制度が有効に機能している。尤も、既述のとおり、間接強制は、実質的には金銭支払義務に還元されてしまうため、それ自体の強制力には限界があるが、取引上の信義と礼節を重んずるわが国の取引慣行に鑑みれば、裁判所により履行を命ぜられること自体が、債務者の履行を確保する上で最も有効な手段ということができる。よって、両当事者間の合意に基づいて債権者が債務者の現実履行を望みこの強制を求めている場合に、裁判所において躊躇する理由はない。

２．仮処分の必要性の判断基準

以上のとおり、独占的交渉権に基づいて第三者との交渉の差止その他不作為義務の履行を求めるための仮の地位を定める仮処分において、「争いがある権利関係について債権者に生ずる著しい損害又は急迫の危険を避けるためこれを必要とするとき」に該るか否かの判断は、損害賠償請求との比較上妥当な救済方法といえるか否かという実体法に関する問題を離れて、本案判決との関係において、仮処分命令を必要とする事情があるか否かの点を中心に考慮すべきである。

よって、「著しい損害」、「急迫の危険」の認定は、最高裁決定のように、独占的交渉義務違反の救済方法を損害賠償請求権に置き換えて、その損害額が大きいか否かを考慮して行うのではなく、債権者が当該訴訟において被保全権利として求めている救済方法、すなわち当該義務の現実履行請求、すなわち、差止請求等に関して、これに関する本案判決を待っていたのでは権利の実行が不可能になるか否かを基準として行うべきである。

ただし、交渉差止仮処分命令は、これによって債権者が終局的な満足を受けることとなり、仮に被保全債権そのものが本案訴訟で認められなかった場合、仮処分命令によって債務者に重大な不利益が及ぶ可能性があるから、債務者に対する配慮も必要である[49)]。よって、仮処分が認められなかった場合において債権者が被る不利益との比較上、仮処分によって債務者が被るおそれのある損害が極めて大きい場合は、仮処分の必要性が否定されるべきである[50)]。この比較衡量に関しては、それぞれの不利益を損害額として算定して客観的に行う必要があるだろう。

この場合、債権者、債務者それぞれの不利益をどのように金銭評価するかが重要な問題となる。まず、仮処分命令の申立が認められなかった場合に債権者が被るべき不利益の金額は、原則として、債務者の独占交渉義務違反により契約交渉が一方的に打ち切られた場合において債権者が債務者に訴求するであろう損害賠償請求金額と同額と解すべきである。これは、本案判決を待っていては権利の実現が困難になることが仮処分を必要とする要件として第一義的に考

慮される以上当然である。そして、この損害賠償額は、最高裁決定のとおり、「最終的な合意の成立により債権者が得られるはずの利益相当の損害」ではなく、「債権者が第三者の介入を排除して有利な立場で債務者と交渉を進めることにより、債権者と債務者との間で最終的な合意が成立するとの期待が侵害されることによる損害」と解するのが相当である。ただし、既に述べたとおり、この損害の算定は、最終的な合意成立の結果債権者が得られたはずの予想利益相当額に、最終合意成立の蓋然性の割合を乗じて計算すべきであり、かつその割合は、原則として50％と推定すべきである（よって、損害額は、前記三１のとおり「P×50/100」円となる。）。他方、仮処分命令によって債務者が被る可能性のある損害の金額は、「債務者が第三者と交渉を進めることにより債務者と第三者との間で最終的な合意が成立するとの期待が侵害されたことによる損害」ではなく、「仮処分命令により第三者との交渉が禁じられた結果、第三者との交渉開始が遅れたことによる損害」を基準とするのが相当である。したがって、この損害額は、原則として、債務者が第三者との交渉によって成立すべき最終合意から得られるはずの予想利益額（Q円）に、第三者との最終合意成立の蓋然性の割合（これも原則として50％と推定すべきである）を乗じた金額に対する、仮処分により第三者との交渉が禁じられた期間（D日間）における金利相当分（商事法定利率年６分）ということになる（すなわち、この金額の算定式は、「Q×50/100×D/365×6/100」となる。）。もっとも、第三者との交渉開始が遅延することにより、第三者と最終合意に達することが不可能となる事情が客観的に推認される場合もあるであろうが、そのような事情が明らかな場合の損害額は、「債務者が第三者と交渉を進めることにより債務者と第三者との間で最終的な合意が成立した場合に債務者が得たはずの予想利益相当額（R円）に、第三者との最終合意成立の蓋然性の割合（原則として50％）を乗じた金額」と「債務者と債権者との交渉により債務者と債権者との間で最終的な合意が成立した場合に債務者が得たはずの予想利益相当額（S円）に、債権者との間で最終合意が成立する蓋然性の割合（原則として50％）を乗じた金額」の差額として算定すべきである（「R×50/100－S×50/100」）。

前記住友信託対UFJ仮処分事件の最高裁決定は、仮処分命令により債務者が被るべき不利益に関し、「本件仮処分命令の申立は、平成18年３月末日までの長期間にわたり、相手方らが抗告人以外の第三者との間で前記情報提供又は協議を行うことの差止めを求めるものであり、これが認められた場合に相手方が被る損害は、相手方らの現在置かれている状況からみて、相当に大きなものと解される」と判示している。同決定は、平成18年３月末まで第三者との交渉ができないとしたら、債務者（UFJ）が財政的に破綻する可能性があることを示唆し、これをもって相当に大きな損害と解しているものと思われるが、そうとすれば、これは些か不自然な認定である。同決定は、他方において、債権者（住友信託）と債務者（UFJ）との間の交渉は破綻しておらず、最終合意の可能性が残っている旨を認定している。UFJが合理的な企業活動を行うことを前提とすれば、仮処分命令によって第三者（三菱東京グループ）との交渉の道が閉ざされた状況においては、可能性の残っている債権者（住友信託）と最終合意に向けた交渉に専念するであろうと推定する方が、破綻に至るまで何もしないと推定するよりはるかに社会通念に適合している。最高裁決定のように認定する以上は、仮処分命令を受けた場合、債務者は債権者と最終合意に至ることなく倒産するであろうことの根拠となる合理的な事情が示されていなければならないはずであり、仮にそのような事情があるとすれば、もはや債権者と債務者との間で最終合意が成立する可能性が存在するとは考えられないのが通常である。したがって、この決定のような考え方によって「保全の必要性」を否定できるのは、債権者と債務者との間で最終合意が成立する可能性は存するが、そのような最終合意が成立した場合、債務者にとって著しい経済的損失が生じて苛酷な結果をもたらすことになるような場合に限られてくるはずである。ただし、詳しくは後述するが、そのような事情が当初から存在するにかかわらず、債務者の窮迫に乗じ又は債権者の取引上の優越的地位を利用して、独占的交渉権を付与する合意がなされた場合は、当該合意自体の有効性の問題が生ずるであろうし（後記七４）、独占的交渉権を付与した後に債務者にそのような事態が生じた場合は、事情変更を理由とする解除が認められることになる可能性が

あるから（後記七３）、この問題は、仮処分の必要性に関する要件としてではなく、被保全権利、すなわち独占的交渉権に基づく第三者との交渉差止請求権の実体法上の要件の問題として解決される場合がほとんどであろう。

仮処分の必要性の判断を上記の私見のような基準で行った場合、独占的交渉義務違反に基づく第三者との交渉禁止・差止の仮処分は、ほとんどの場合必要性がみとめられることになるであろうが、これは少しも不合理な事態ではない。契約に基づいていて一定期間の不作為義務の現実履行を請求する場合、本案判決によってはその実現が不可能な場合がほとんどであり、仮の地位を定める仮処分が終局判決的な機能を果たさなければならないことは疑問の余地がないのであるから、仮処分の必要性を原則として認めることは、むしろ当然というべきである[51)]。ただし、このことは、このような仮処分命令が容易に獲得できることを意味するわけではない。第三者との交渉禁止・差止仮処分命令が終局判断的な機能・性格を有していること、及び満足的仮処分として債務者の甚大な損害を与えるおそれがあることに鑑みれば、その認定は慎重に行わなければならない。とりわけ、被保全債権である独占的交渉権が成立し、かつこれに基づいて交渉禁止義務の強制履行請求権が実体法上認められることの疎明については、本案の証明に近い程度までの立証を要求して然るべきである。権利の成立、内容が不明瞭であり、両当事者が提出した疎明資料及び審尋だけでは心証に至らず、証人尋問手続まで必要と判断される場合は、疎明不十分として、仮処分申請は却下されることになる。

47）　潮見「新版注釈民法（10）I」（有斐閣、1996）381頁、内田貴「強制履行と損害賠償―『損害軽減義務』の観点から」法曹時報42巻10号（平成２年）、森田修「『損害軽減義務』について」法学志林91巻１号（平成５年）119頁

48）　Principle of International Commercial Contracts, 1994 - UNIDRIOT Chapter 7, Section 2, Article 7.22、ただし、(1)履行が法律上又は事実上不可能である場合、(2)履行又は履行の強制が不合理なほど困難であるか、費用のかかるものである場合、(3)債権者が他から履行を受けることが合理的にみて可能である場合、(4)履行が債務者のみがなしうる正確のものである

場合などを例外として定め、英米法的な考え方との折衷を図っている。

49）　橘勝治「（竹下守夫・藤田耕三編）注解民事保全法（上）」（青林書院、1996年）256頁

50）　鈴木正裕「仮の地位を定める仮処分と保全の必要性」吉川大二郎博士還暦記念保全処分の体系・上巻（法律文化社、1965年）228頁、栗原良扶「（原井龍一郎・河合伸一編著）新訂版実務民事保全法」（商事法務、2002年）89頁

51）　仮の地位を定める仮処分が、簡易な訴訟手続きとしての機能は果たしていることについて、瀬木比呂志「民事保全の申立と審理に関する理論上、実務上の諸問題」『（東京地裁保全研究会）詳細民事保全の理論と実務』（判例タイムズ社、1998年）91頁、同「民事保全法」（判例タイムズ社、2004）340頁

六、独占的交渉義務を定める契約条項について

独占的交渉権に基づく交渉禁止・差止の仮処分命令が認められるには、当該権利の存在について、明確で疑いの余地なく法的拘束力のある合意条項を記したレター・オブ・インテント、基本合意書その他の書式による契約締結前書面を疎明書類として提出することが不可欠と思われる。そこで、独占的交渉義務を定める条項の作成に当って、どのような点に注意すべきかについて、私見を述べておく。

１．準拠法

外国企業との継続的取引、事業プロジェクト、企業買収、業務提携その他の国際取引に関する契約交渉において独占的交渉義務に関する合意をしておく場合は、まず当該合意の準拠法について考慮しておかなければならない。日本を含む[52)]、多くの国の法制度上、準拠法の選択に関する当事者間の合意は、公序良俗に反しない限り法的拘束力を有している[53)]。よって、契約締結前書面の作成に際し、交渉当事者間で準拠法の合意をし、これに関する定めを設けておけば、原則としてこれに従うことになり、最も簡便であろう。しかし、実務

上、契約交渉の初期の段階で締結するレター・オブ・インテント等において、準拠法条項まで合意する場合はあまり多くない。準拠法、裁判管轄、仲裁合意などの紛争処理に関する条項は、当該取引に関する基本条件についての交渉が概ね成立し、本契約書作成の段になって協議に入る方が一般的だからである。当事者間に明示又は黙示の合意がない場合、日本の国際私法の原則では、法例７条２項により、当該条項を規定している契約締結前書面締結地の国の法律に準拠することになる。イギリス法は、対象となっている取引と最も密接で現実的な関連性を有する法制度を準拠法とするので、主に交渉を行った国の法律が選択される可能性が濃厚である[54)]。他方、アメリカの裁判所は、(1)契約締結地、(2)契約交渉場所、(3)契約上の債務の履行場所、(4)契約目的物の所在地、及び(5)当事者の居住地、国籍、設立地及び営業場所などの要素を斟酌して[55)]、当該取引及び当事者と最も重要な関係（most significant relationship）のある国の法律を準拠法として適用する[56)]。このように、準拠法の決定に関する原則は、裁判地国によって異なるので、どの国の裁判所に訴訟を提起するかにも大きく左右されるし、裁判管轄地を決定したとしても、直ちに確定するものでもない。また、契約締結前書面の締結時において、それに関する紛争の管轄裁判所を合意しておく場合はそう多くないであろうし、特に、差止仮処分は、侵害行為地で訴訟を提起しないとあまり実効性がないので、予め管轄国を決めてしまうのは適当とも思われない。

以上の理由により、契約締結前書面において独占的交渉義務の規定を設ける場合、当該規定は、いずれの当事者の所在地国で訴訟が起こっても執行できるように、日本法のみならず相手国の法律が準拠法であっても法的拘束力が認められる条項として作成しておく必要がある。

本稿では、日本法及びイギリス法の双方に基づいて法的拘束力を有する規定を作成する場合を想定して検討することとする。イギリス法は、国際取引において広く準拠法として選択されている上、コモンローの母国法として大陸法系の日本法と対極にあるので、日本法、イギリス法の双方を考慮しておけば、契約の法的拘束力に関する他の多くの法律制度上の問題も回避できるのではない

かと思われるからである。

２．義務内容の明確性、具体性

契約条項は、不明確であることを理由に無効とされることがないように、「独占的契約交渉権を有する」旨を抽象的に定めるだけではなく、一定の期間について第三者と競合する取引に関する契約交渉をしない旨の具体的な義務を記載しておくべきである[57)]。どのような取引に関する交渉が禁止の対象となるかについても、できる限り具体的に特定した方が望ましい。

既述したとおり、独占的交渉義務の内容には、第三者と交渉しない義務の前提として、交渉相手と誠意をもって交渉する義務も含まれている。イギリス法上、後者の義務は、「agreement to agree」として明確性が認められない可能性があるので、法的拘束力を生じさせるためには、交渉により合意を成立させるために合理的な努力をする義務（duty to make reasonable efforts）として規定し、かつ努力すべき内容も、たとえば、交渉相手からの提案や対案を検討してできる限り速やかに回答する義務、一定期間内に一定回数以上の協議をする義務などという形で特定の上明記した方がよい。合理的努力義務に関する規定は、その違反行為が明らかである場合には、その規定自体が明確性の原則に反するわけではないと解されているからである[58)]。

３．約因（consideration）

イギリス法上、約因のない契約は、証書（Deed）として作成しない限り無効である[59)]。約因は財産的価値のある給付又は約束であれば、その金額、価値の多寡を問わない[60)]。独占的交渉権を互いに相手方に付与する場合は、相互に相手方の義務の約因となるので問題はないが、契約交渉の一方当事者のみが相手方に独占的交渉義務を負担させる場合は、無用な争点を作らないため、何らかの対価の定めをしておくべきである。対価が極小額（たとえば、１ポンド）であっても約因としては有効であるが、他の方法（たとえば、一方的に圧力を受けて締結した契約である旨の主張（duress、undue influence）など）により合意の

無効を争うためのきっかけを与えるおそれがあるので、ある程度経済的合理性の認められる金額にしておいた方が無難である。

４．損害賠償予定額の合意

独占的交渉義務違反の責任を追及する損害賠償請求訴訟において、「最終的な合意が成立するとの期待が侵害されることによる損害」の損害額の算定は困難を伴うので、賠償予定額を合意しておいた方が賢明である。また、現実履行請求にしても、間接強制の方法でしか強制できないのであるから、損害賠償額を合意しておくだけでも、独占的交渉義務違反に対して、事実上は、現実履行を強制するのとほぼ同等の抑止力が期待できるとも考えられる。

イギリスの契約法上、損害賠償予定額の合意は法的拘束力を有するが、違約罰（penalty）に関する合意は無効とされている[61)]。したがって、予定賠償額を定める場合には、違約罰と解されることがないように、合理的な根拠に基づいて損害額を予め見積もっておく必要がある[62)]。最終的な合意が成立した場合に当該取引から得られる予想収益を算定できる場合であれば、当該予想収益総額の50％を損害賠償予定額と見積もっておけば合理性が認められるであろうが、交渉の初期の段階では、予想収益の見積もり自体が困難を伴うであろう。そのような場合は、金額についての合意はせずに、単に「最終契約が成立した場合に得られたであろう予想収益の50％に相当する金額」を損害額と推定する旨の規定を設けておく方法が考えられる。ただし、この方法の場合、訴訟において、「最終契約が成立した場合に得られたであろう予想収益額」についての立証が必要となる。この立証の困難を緩和する方法として、独占交渉義務違反をした交渉当事者が第三者と競合する契約を締結し、取引を開始した場合に当該第三者との取引により義務違反者が得た収益の金額をもって、義務違反により被害を受けた交渉当事者の遺失利益と推定する規定を設けておく方法が考えられる。これらは、損害予定額の合意ではなく、損害額の推定に関する合意とし、相手方が実損害額を反証して推定を覆すことは認めるべきである。この反証の機会まで奪った場合は、違約罰と看做される恐れがあると思われる。

日本法のみに準拠する契約において損害賠償額の合意をする場合は、予定賠償額の合意と推定され（民法420条３項）、また仮に違約罰と解されたとしても、通常は法的拘束力を有すると解されているが[63]、算定根拠があまりに乏しく合理性を欠く場合は、公序良俗に反して無効とされる恐れがあるので[64]、やはり上記と同等の考慮をしておいた方が安全である。

なお、以上は、契約交渉当事者が独占的交渉義務に違反した上、交渉を一方的に破棄して第三者との交渉又は取引に入った場合を想定した損害賠償予定額に関する議論であるが、既述のとおり、義務違反者が第三者と並行して交渉したが、結局は独占的交渉契約の当事者間で契約締結に至る場合であっても、交渉相手は契約条件において何らかの不利益を受ける場合がある。このような場合の損害額の立証は不可能に近いので、損害賠償を請求しようとする場合は、別途に予定賠償額を合意しておく必要がある。ただし、独占的交渉義務の対価を合意している場合を除き、このような場合の損害額を合理的に予想するのは、困難であろう。

５．強制履行及び保全処分を認める合意

英米法に準拠した契約は、契約違反に対する救済方法として差止請求や保全その他暫定措置を採ることを認める旨の規定を設けておくことが少なくない。これは、既述のとおり、英米法において契約違反に対する主たる救済手段は損害賠償請求であり、現実履行の請求は、損害賠償の方法では損害の回復が困難な場合における補充的な救済方法に過ぎないことから、特定の債務に関しては、これを実現するために特定履行の強制が必要であることを予め当事者間で確認し、裁判所に裁量権の発動を促す趣旨である。日本法の場合、強制履行は義務違反に対する当然の救済措置であり、また保全処分は、被保全権利と保全の必要性の疎明ができた場合にのみ裁判所が認める制度であることから、当事者間でこのような合意をしても無意味であると、一般的には考えられている。

しかし、独占的交渉義務違反行為の差止めは、仮処分の方法によらない限り実効性が期待できないことを考慮する場合、両当事者が当該義務違反の履行強

制の方法による是正を予め合意している事実を裁判所に示すことは、保全の必要性があることを説得する上で一応の効果が期待できるのではないかと思われる。特に、契約書に損害賠償予定額の合意をしている場合は、当該合意は契約違反の救済措置を損害賠償に限定する趣旨ではない旨を明らかにしておく必要がある。規定の内容としては、（１）両当事者は、独占的交渉義務を定める規定の違反は、損害賠償予定額の合意にかかわらず、金銭的に算定することが不可能な重大な損害をもたらすおそれがあることを認識していること、（２）よって、損害賠償予定額の合意は、当該規定に基づく義務の強制履行請求権を排除する意図ではないこと、及び（３）義務違反行為があったとき、またはそのおそれがあったときは、直ちに、あらゆる関係国の裁判所に対して、当該違反行為の是正、差止及び予防のために必要な暫定的な処分を求めることができることを定めておけばよいであろう。

52）　法例７条１項、33条

53）　イギリスについてDicey and Morris, The Conflict of Laws 12th Ed.（1993）pp 1211-1213, pp 1239-1254、Cheshire & North 's Private International Law 12th Ed.（1992）p 458等、アメリカについてRestatement（Second）Conflict of Laws §187 cmt. A（1971）

54）　Dicey and Morris, pp 1230-1232、Cheshire & North 's, pp458-459

55）　Restatement（Second）Conflict of Laws §188(2)

56）　Restatement（Second）Conflict of Laws §188(1)

57）　前掲・Walford v Miles［1992］

58）　Lambert v HTV Cymru（Walse）Ltd. Times 17 March 1998

59）　Currie v. Misa（1875）LR 10 Ex 153（HL), Dunlop Peumatic Tyre Co., Ltd. v. Selfridge & Co., Ltd.［1915］AC 847（HL）

60）　Chappell & Co Ltd. v. Nestle Cp Ltd.［1960］AC 87（HL）

61）　Ford Motor Co（England）Ltd. V. Armstrong（1915）31 TLR 267（CA）

62）　Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage and Motors Co Ltd［1915］AC 79（HL）

63）　能見善久「注釈民法(10)」（有斐閣、1988）713頁以下

64）　名古屋地裁昭和52年11月９日判決・判例時報884号69頁、名古屋高裁昭和45年１月30日判決・下民21巻１・２号155頁

七、独占的交渉権の障害事由

契約交渉当事者間において予め独占的交渉義務に関する明確かつ有効な合意をしたことが明白であったとしても、当該合意どおりの法的拘束力を生じさせることができない事情があることが立証された場合、現実履行強制の方法で義務違反の是正を求めることはできない。履行強制に対する障碍事由としては以下のものが考えられる。

１．独占的交渉期間の経過

独占的交渉義務を定める契約に交渉期間が明定されている場合、当該期間が経過した後は、義務の履行を求めることができない。英米法に準拠する契約において交渉期間が定められていない場合は、既述のとおり、義務の内容が不明確であることを根拠として法的拘束力が認められない可能性が濃厚である[65)]。

日本法に準拠する契約である場合は、期間の定めのない独占的交渉契約として有効と認められるであろうが、期間の定めのない継続的契約は、相当な予告期間を設けて通知をすることにより解約することができるため[66)]、結局、裁判手続によって第三者との交渉の差止等を請求している間に独占的交渉権は消滅してしまう可能性がある。

２．本契約締結を不能とする事態、事由の発生

独占的交渉権の主たる目的は、本契約締結ができるであろうとの期待利益を保護することにある。したがって、本契約を締結することを客観的に不可能とする事態や事由が発生したときは、交渉を継続したとしてもその目的を達成することはできないので、独占的交渉義務の履行を強制しても無意味となる。このような場合に関し、民事執行法上は、その行為の実現のために第三者の同意

や協力を要するにかかわらずこれを得る見込みがないとき、間接強制の方法による強制執行は、単に債務者を苦しませるだけで、その行為をさせることが期待できないので認められないと解されている[67]。民法上は、明文規定はないが、契約の目的の達成が客観的に不能となった場合、民事実体法上の強制履行請求権は、履行不能によって消滅すると解すべきである[68]。本契約の締結を不能とする事由としては、たとえば、天災、戦争、法令変更、第三者の行為その他債務者の支配の及ばない、いわゆる不可抗力事由の発生を原因として本契約の目的物が消滅したり、本契約の目的達成が不可能となったりする場合に加え、債務者の破産、支払不能やその故意、過失その他帰責事由を原因として本契約の目的達成が不可能となる場合も考えられる。後者の場合、履行不能となった責任が債務者にある以上、独占的交渉義務違反による損害賠償請求義務を負担すべきは当然であるが、現実履行の請求についてはもはや強制しても実効性が期待できないので、当事者の責任の有無にかかわらず消滅すると解すべきである。

英米法に準拠する契約の場合、契約の目的達成を客観的に不能とする事由や事態が発生したときは、契約はフラストレーションの法理（doctrine of frustration）により直ちに当然に消滅することになる[69]。なお、当該事由の発生が予期できた場合やその発生が当事者の選択や故意・過失に基づく場合、フラストレーションとはならず、相手方は契約責任を追及することができるが[70]、既述のとおり、英米法上、特定履行の請求や暫定的措置の請求という救済方法が認められるのは、損害賠償の方法による救済が不適当と認められる場合に限られているので、そもそも履行強制をしてもその実現が期待できないような場合、裁判所がそのような救済措置を許容することはないであろう。

３．契約交渉の前提、基盤となる事情の変更

日本の民法上、契約が客観的に履行不能となるに至らない場合であっても、事情の変更によって契約の前提事情が変わった場合には、信義誠実の原則に基づき履行すべき義務の内容の改訂を求めたり、当該義務を定めている合意の解

除をすることができる場合がある[71]。独占的交渉権を定める契約に関しても、この事情変更の原則の適用があるので、交渉によって締結しようとしている本契約の前提となるべき事情に重大な変更があったことにより、これ以上契約交渉を継続することが一方当事者にとって著しく酷であり信義則に反する結果となる場合は、たとえ本契約の締結及び実行が物理的には可能であったとしても独占的交渉義務を定める合意の解除が認められる場合があるはずである[72]。

ただし、本契約締結前における契約交渉義務に関する合意の解除は、契約の締結後において事情変更事由が発生した場合と異なり、一方当事者にとって経済的に不利な事情が発生したことだけを理由に安易に認めるべきではない。本契約締結後の場合は、たとえば経済条件の変更に伴う著しい物価高騰などの事情により、当事者間で合意済みの契約条件の履行を求めることが債務者にとって苛酷となる場合が想定し易いので、信義則に基づく契約解除の権利が認められて不合理とはいえない。しかし、契約締結以前の場合は、さらに交渉を続けることにより変更のあった事情をおり込んだ本契約をこれから締結することが、原則として十分に可能なはずである。よって、独占的交渉義務に関する合意を事情変更により解除することができるのは、契約交渉の前提事情の変更により今後契約交渉を継続したとしても、新たに発生した事情をおり込んだ本契約を締結することが著しく困難となった場合に限定すべきである。このような場合の例としては、売り手会社のある特定の医薬品に関する事業を買収する目的で企業買収の交渉をしている間に、当該医薬品が禁止され、事業の買収が無意味となった場合などが考えられる。

前記住友信託対UFJ事件に関し、住友信託銀行がUFJを被告として東京地裁に同事件の本案訴訟を提起し、現に係属中である。詳細は明らかではないが、新聞報道によれば、同訴訟においてUFJ側は、両者間で信託業務等に関する営業譲渡を中心とする事業再編、業務提携に関する契約締結に向けた交渉のための基本合意書の締結がなされた後に、金融情勢及びUFJの財務状況が悪化し、基本合意書の路線に沿った交渉を進めても無意味となったため、同合意書に定める独占的交渉義務は消滅した旨を主張しているようである[73]。これは、基

本合意書の前提条件の変更を理由とする独占的交渉義務の終了又は解除の抗弁主張であると解することができるであろう。このような主張が認められるか否かは、当該基本合意書に基づく交渉の対象となっている取引が、同書においてどのように規定され、限定されているかにかかってくると思われる。UFJグループは、現時点においては、その存続のためには、信託業務に関する営業譲渡に限定しない全業務を対象とする事業統合による事業再編を必要とする状況となっており、この目的のための交渉を三菱東京グループとの間で行っているものと思われる。仮にこの全事業を対象とする事業統合という内容の取引が基本合意書に基づく交渉の枠内に含まれているとすれば、かかる交渉の中で、事情変更後の状況に基づいて三井住友グループとUFJグループの間で全事業を対象とする合併の合意が成立する可能性が十分に存するので、UFJ側の抗弁は認められないことになるであろう。他方、基本合意書に規定されている取引交渉が「信託業務等に関する営業譲渡」すなわち、UFJ信託銀行の株式譲渡又は営業譲渡に限定されているとすれば、独占的交渉の対象もその範囲に留まることとなる。三井住友グループが新たに申し入れた親会社間の合併による全事業に関する事業統合は、住友信託とUFJとの間の基本合意書に基づく独占的交渉の範囲外となる。そうとすれば、UFJにおける事業再生計画が新たな局面に入った後に信託事業だけを事業統合の対象とする契約交渉の継続を強いるのはUFJにとって酷であると考えられる。よって、このような場合は、基本合意書締結時においてかかる前提条件の変更の予見可能性があった場合、又は事情の変更についてUFJ側に帰責事由がある場合を除き、事情変更による基本合意書の内容の改訂や基本合意書の解除の抗弁を認める余地があるだろう。ただし、契約はできる限り維持されることが望ましいので、事情変更による契約解除が認められるのは、契約内容の改訂の可能性がない場合や相手方が改訂を拒絶した場合に限るべきである[74)]。本事件のように、三井住友グループがUFJに対して新たな事業統合の申し入れをしている場合は、そのグループの一員である住友信託が、交渉範囲及び当事者の拡大を内容とする基本合意書の内容の改訂に合意するであろうことが明白なので、事情変更を根拠に、基本合意書及びこれに定め

る独占的交渉義務の解除までが認められる可能性は相当に低いであろう。

なお、事情変更による独占的交渉契約の解除の場合は、本契約を締結してもその履行が客観的に不可能となるわけではなく、経済的に不合理になるに過ぎないので、当該事由の発生が合意前から予見可能であった場合やその発生について当該義務を負う当事者に責任がある場合には、義務を免れることができないと解すべきではなかろうか。ただし、独占的交渉を継続して本契約を締結することが義務違反者にとって経済的に酷な結果をもたらす場合は、実体法上の差止め請求権が消滅しないとしても、差止仮処分の要件である「争いがある権利関係について債権者に生ずる著しい損害又は急迫の危険を避けるためこれを必要とするとき」の該当性の判断において斟酌され、仮処分申請が認められない可能性があると思われる（前記五の２参照）。履行強制の経済的合理性が仮処分の必要性の判断に際して考慮することができるのは、このような場合に限られるべきである。

以上は、日本の民法上の法理論である事情変更の原則の適用を前提とする議論であるが、英米法上は事情変更の原則に相当する原理がない。したがって、独占的交渉契約の準拠法が英米法である場合には、契約はフラストレーションが発生しない限り終了しないし、相手方が契約上の重大な義務に違反した場合を除き解除することが出来ないことになる。ただし、既述のとおり、英米法における契約違反の救済措置は、損害賠償請求が原則であり、特定履行請求や暫定措置の請求は裁判所の裁量によって認められる衡平法上の措置である。当事者が予期しない事情の変更により、交渉の継続を強制することが、債権者の利益との比較において均衡を失するような事態となった場合には、当該義務の履行の強制は衡平に反すると考えられるので、強制履行が認められることはないと思われる。

４．独占的交渉権に関する合意が公序良俗に違反し、又はその行使が権利濫用に当る場合

契約交渉当事者の一方が相手方の窮状や取引上の優越的地位に乗じて独占的交渉権を取得した場合などは、民法90条に基づき当該合意は無効と解される場合がある。また、契約交渉中に相手方の債務状況が悪化するなどして対等な立場で交渉することが困難になった場合などにこれに乗じて著しく有利な条件による契約を押し付けようとする行為は、優越的地位の濫用として不公正な取引方法に該当し、独占禁止法に違反することがあり[75)]、このような目的で独占的交渉権を確保するための法的手続を採ることは、権利の濫用として許されない場合があるであろう。ただし、企業間における取引交渉においては、自由な経済活動をできるかぎり尊重する必要があるので、このような一般条項を適用して合意条項の法的拘束力やこれに基づく権利行使を制限するのは極力控えるべきである[76)]。

イギリス法に準拠する合意の場合であっても、相手方に不当な圧力を加えたり、取引上の有利な立場を利用したりして、意思に反する合意を強要した場合には、当該合意の法的拘束力が否定されることがあるが[77)]、一般に、その適用は、日本法の場合以上に制限的である。ただし、既に述べた損害賠償請求優先の原則に基づき、債務者と第三者との契約締結等を禁ずる差止請求（injunction）は、その結果として債権者との契約を締結又は維持する以外に選択肢がなくなるような場合、すなわち、債務者に債権者との契約を不当に強制する場合には認められないことになるだろう[78)]。

５、契約交渉当事者間の信頼関係を破壊する事由の発生

前記の住友信託対UFJ事件の仮処分事件において、原審の東京高裁は、交渉当事者間の信頼関係は既に破壊されており、かつ両者が目指した最終的な合意の締結に向けた協議を誠実に継続することを期待することは既に不可能となったものと理解せざるを得ないため、「本件基本合意のうち少なくとも本件条項については、その性質上、将来に向かってその効力が失われたものと解するの

が相当であり、現時点において差止請求権を認める余地はない」とし、当事者間の信頼関係が破壊された場合には独占的交渉権が消滅する旨の判断を示した。この高裁決定に対して、法律実務家の間では、そもそも信頼関係破壊の原因は、UFJ側が基本合意書を一方的に破棄し、これに基づく独占的交渉義務に違反したことにあるのに、義務違反の被害者である住友信託の請求を否定する根拠とするのは不合理であるとの批判の声が上がっている。たしかに、信頼関係破壊の法理は、継続的契約関係を維持することができないほどの違反行為があった場合だけに解除事由を限定することやそのような背信行為があった場合における解除権を認めることを目的とする法原則であるから、背信的行為を行った当事者がこれを利用して契約責任を免れることを認めるべきではない[79)]。しかし、第三者との交渉の差止その他作為・不作為義務の強制履行請求を認めるか否かの問題だけに限定した場合、当事者間の信頼関係が破壊されて回復不能の状況になった結果として交渉を継続しても最終契約について合意に達することが客観的に不可能となる事態があるとすれば、その原因の如何、交渉当事者の帰責性の有無にかかわらず、独占的交渉義務も消滅すると解すべきではないかと思われる。ただし、住友信託、UFJのような株式公開された企業間の取引では、経営責任者間や取引担当者間の人的信頼関係よりも企業としての経済的合理性の方が優先されるべきであるから、信頼関係の破壊によって本契約の締結が客観的に不可能となるような場合はほとんどあり得ないのではないだろうか。このような根拠で契約関係終了が認められるのは、契約交渉当事者が法人ではなく個人事業者である場合、又は経営者と会社とが同一視できるほど個人的性格の強い法人である場合などに限られるべきである。

なお、イギリス法には信頼関係破壊の法理は存在しないが、第三者との契約の差止（injunction）に関しては、債務者に対して、もはや信頼関係のない債権者との契約の維持等を強いるための手段としてこれを利用することは、債務者に契約違反があった場合であっても、衡平法上許されないことになる[80)]。

６．経済的合理性を理由とする履行請求権の制限

既述のとおり、ドイツの新民法やヨーロッパ契約法原則は、他に代替的な手段があるか否か、経済的に不合理か否かなどの事情により強制履行請求権を制限する規定を設けていることから、日本の民法上もこれと同様な視点で、立法上又は解釈上、強制履行請求権を制限すべしとの議論がなされている[81)]。思うに、日本の民法、民事訴訟法上、経済的合理性や効率性を根拠とする履行請求権の制限に関する明文規定は存在しないが、請負契約における仕事の目的物に瑕疵がある場合の瑕疵修補請求権を修補が過分の費用を要する場合に制限する民法634条１項但書の趣旨に鑑み、民法の精神及び一般原則により、現実履行を強制したのでは、損害賠償の場合との比較において義務違反者に著しい負担が発生し均衡を失するような場合は、民法414条に基づく強制履行請求権が制限を受けるものと解することができるのではなかろうか。ただし、民法634条１項但書の規定の趣旨の類推適用によって強制履行請求権が制限されるのは、現実履行を強制した場合に義務違反者が蒙る損失が、填補賠償に比べて著しく均衡を失する場合に限るべきであるから、独占的交渉義務違反の場合にこの抗弁が認められる余地はほとんどないであろう。既述のとおり、第三者との交渉を禁じたことにより義務者が蒙る損害は、原則として、独占的交渉権の残存期間中に第三者と交渉を開始できないことにより、義務者が当該第三者と締結できると期待していた取引の開始が遅延したことによる遅延損害金に留まるはずだからである（前記五の２参照）。

65）　イギリス法に関して、前掲Walford v. Miles［1992］、アメリカ法に関して、前掲Candid Products Inc. v. International Skating Union（1982）及びMetromedia Broadcasting Corp. v. MGM/UA Entertainment Co.（1985）

66）　東京高裁昭和59年12月24日判決・金融・商事判例716号17頁、判例時報1144号88頁等

67）　前掲・奥田・坂田「新版注釈民法（10）I」583頁

68）　同旨・前掲・潮見「新版注釈民法（10）I」381頁

69）　Davis Contractors Ltd v. Fareham Urban District Council［1956］AC 696（HL）

70）　Maritime National Fish Ltd v. Ocean Trawlers Ltd［1935］AC 524（Privy Council on Appeal from the Supreme Court of Nova Scotia, F.C. Shepherd & Co Ltd v. Jerrom［1987］QB 301（CA）

71）　五十嵐清「新版注釈民法(13)」63頁以下

72）　前掲・潮見「新版注釈民法(10) I」381頁

73）　日本経済新聞平成16年12月13日版

74）　昭和57年６月18日公正取引委員会告示第15号不公正な取引方法第14項３号

75）　東京高裁昭和30年８月26日判決・下民６巻８号1698頁、東京地裁昭和34年11月26日判決・判例時報210号27頁、五十嵐清「契約と事情変更」（有斐閣、1969年）164頁

76）　東京地裁昭和45年９月16日判決・判例タイムズ259号249頁

77）　Universe Tankerships Inc of Monrovia v. International Transport Workers' Federation［1982］2 All ER 67, B & S Contracts & Design v. Victor Green Publications［1984］IGR 419, Royal Bank of Scotland v. Etridge（No.2）［2001］4 All ER 449, Lloyds Bank v. Bundy［1974］3 All ER 757

78）　Page One Records Ltd. v. Britton［1968］1 WLR 157

79）　ただし、東京地裁、東京高裁には、契約当事者間の信頼関係が破壊された後、それについて責任のある当事者が契約上の義務の履行を放棄しても、当該不履行による損害賠償責任を負わないと考えている裁判官もいる。（東京地裁平成14年２月27日判決・平11(ワ)第02344号／平12(ワ)第3769号報酬金等請求事件損害賠償請求反訴事件、東京高裁平成15年１月22日判決・平14(ネ)第1995号／平14(ネ)第3098号報酬等請求損害賠償請求控訴事件及び同附帯控訴事件、共に判例集未掲載）

80）　前掲・Page One Records Ltd. v. Britton

81）　前掲・内田貴「強制履行と損害賠償―『損害軽減義務』の観点から」、前掲・森田「『損害軽減義務』について」119頁