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

Title	契約交渉補助者の行為についての債務不履行責任と不法行為責任の交錯： 履行補助者責任と使用者責任の関係を中心に
Sub Title	Complication of default liability and tort liability regarding acts of assistant for contract negotiation
Author	田中, 寛之(Tanaka, Hiroyuki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2022
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.48 (2022. 3) ,p.239- 321
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	岡野谷知広教授・庄司克宏教授・菅原貴与志教授・増田晋教授・山手正史教授退職記念号 リサーチペーパー West Law賞受賞論文
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20220331-0239

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.

West Law賞受賞論文

リサーチペーパー

契約交渉補助者の行為についての債務不履行責任と不法行為責任の交錯

――履行補助者責任と使用者責任の関係を中心に――

田　中　寛　之

はじめに
第 1 章　履行補助者責任の史的展開――他人の行為についての帰責根拠を中心に
　第 1 節　大審院昭和 4 年判決以前の状況
　第 2 節　大審院昭和 4 年判決とその後の状況
　第 3 節　伝統的通説の揺らぎ
　第 4 節　債権法改正における履行補助者責任の帰趨
第 2 章　履行補助者責任と信義則上の義務――契約責任と不法行為責任の限界
　第 1 節　信義則上の義務と契約責任
　第 2 節　保護義務（安全配慮義務）と履行補助者
　第 3 節　交渉補助者と履行補助者責任
第 3 章　契約締結過程における当事者の義務と交渉補助者
　第 1 節　契約交渉の不当破棄
　第 2 節　契約締結過程における説明義務・情報提供義務
結語――まとめにかえて

はじめに

1　問題の所在

債務者が債務履行に際して他人を用いた場合において、当該他人の行為により債務不履行が生じたときには、債務者はいかなる責任を負うのか。このような問題は、「履行補助者責任」として民法典制定直後より議論されてきた。そこでは、債務不履行責任に関する過失主義の議論から始まり、1990 年以降の所謂「新しい契約責任論」の台頭によって過失主義からの転換が図られてきた。このような議論構図の中で、履行補助者の行為を債務不履行責任の構造の中でどのように評価し、組み込むのかということについての議論は深化していったといえる。

ところで、以上のように履行補助者責任が学説による闊達な議論の対象となる一方で、当事者が契約締結に際して他人を利用した場合の責任については、履行補助者責任の議論状況と比較しても、これに言及する学説は驚くほど少ないように思われる。この点、一部学説では、履行補助者に関する理論を交渉締結段階にも応用してもよいことや、また、所謂「契約締結上の過失理論」を前提とすれば、交渉補助者の過失について本人に契約責任を課すことは当然のこととなるといわれている。しかしそうだとしても、どのようにして履行補助者責任を契約締結段階まで応用するのか、その理論的根拠や帰責構造などは全く解明されていないといえよう。さらに付言すれば、一部の類型を除いて、契約締結段階において当事者に課される各種の行為義務違反の責任の法的性質については、これを不法行為責任とするのが現在の判例および学説における支配的見解であると思われ、「契約締結上の過失理論」それ自体の当否も危うい状況である。そうであるならば、交渉補助者の過失について本人に契約責任を課すことは当然ということにはならないであろう。

もっとも、他人の行為に関する責任については、不法行為法上にもいくつかの規定が存在する。例えば、（ⅰ）715 条 1 項によれば、使用者は、自らの事業のために使用した他人が第三者に加えた損害を賠償しなければならない。これによれば、交渉補助者が本人の被用者である限り、交渉補助者の故意過失によって交渉相手方に損害が生じれば、当該相手方は、使用者たる本人に対して損害賠償責任を追及していくことが可能である。また、（ⅱ）719 条 2 項は、行為者を教唆した者および幇助した者は、共同行為者として連帯して不法行為責任を負うとしている。したがって、本人が交渉補助者に対して、あえて必要な説明をしないように仕向けたり、あるいは、契約成立に対する相手方の期待や信頼が惹起されていることを認識しながら、交渉補助者に対して、殊更に交渉を破棄するように仕向けたりした場合には、同条によって、相手方に生じた損害につき本人も連帯して損害賠償責任を負うことになろう。さらに、（ⅲ）法人自身の組織編成過失を問題にして、本人たる法人に 709 条による損害賠償責任を追及していく方法も考え得る。これは、神田孝夫教授によって提唱された考え方であり[1)]、問題のある行為をした被用者を利用した企業の行為それ自体を組織編成義務違反と捉えるものである。このような企業自身の不法行為という考え方は、その後の民法学説によって肯定的に受け止められてきたと思われる。

1）詳しくは、神田孝夫『不法行為責任の研究―責任主体論を中心に』（一粒社、1988 年）を参照。

このような、不法行為法上における本人に対する責任追及手段の多様さに鑑みれば、あえて履行補助者責任の契約締結段階への拡張ということをいわなくても、被害者救済の観点からもそれほど問題にはならないとも思われる。加えて、わが国の実務においては、使用者責任に関する 715 条 1 項但書の免責はほぼ空文化している状態であるから、なおさらであろう。しかしながら、それでもなお、履行補助者責任を契約締結段階にまで拡張し、交渉補助者の行為による責任を本人に帰責することを検討する意義は存在するように思える。この問題は、交渉補助者が本人とは使用関係にない独立した事業者である場合に顕在化する。すなわち、715 条 1 項による使用者責任が認められるためには、使用者と被用者の間に使用関係、つまり、使用者が被用者を実際に指揮監督しているという関係が必要である。しかし、独立事業者間に通常このような使用関係を認めることは困難であろう。また、719 条 2 項による共同不法行為が成立するには、教唆・幇助についての故意が必要であるところ、本人が相手方に不利益が生じることを認識しつつ、契約締結過程における行為義務に違反することを交渉補助者に指示した場合ならともかく、そのようなケースは稀であろう。また、法人自身の組織編成過失を問題とする場合であっても、独立事業者は、本人たる法人の指揮監督には服さず、本人の企業体に組み込まれていないため、このような組織編成過失を問うことも困難であるように思われる。

翻って、履行補助者責任を問題とする場合には、履行補助者は、本人との関係で支配・従属している関係は必要ないとされているから、履行補助者責任を交渉補助者の場合にも応用することができると考えれば、独立事業者に関する問題も解消する。ただし、この場合に問題となるのが、履行補助者責任が債務不履行責任の判断構造の中で捉えられていることである。詳しくは後述するが、現在の有力な立場によれば、債務不履行責任の帰責根拠は「契約の拘束力」に求められるところ、履行補助者責任についても、本人が契約によってどのような債務を引受け、そして、当該債務を履行するにあたって履行補助者をどのように履行過程に組み込んだのかという観点から、本人の債務不履行責任の有無が判断される。そうすると、契約締結過程においては、その帰責根拠となる契約が存在し得ず、したがって、債務者が引き受けた債務との関連において、履行補助者の行為を評価するという判断枠組みが機能しないのである。このように、現状においては、独立事業者を交渉補助者として利用した場合の本人の責任については、不法行為法上の使用者責任によることも、契約責任上の履行補助者責任によることも困難であり、まさしくエアポケット状態となっているのである。他方

で、クレジット契約やリース契約において、販売加盟店やサプライヤーが、クレジット会社やリース会社の交渉補助者として契約を締結するという事例は多く、また、これら交渉補助者による悪質な勧誘行為により消費者等が被害を受ける事案も後を絶たない。したがって、このようなエアポケット状態の解消は喫緊の課題ともいえよう。

2　課題の設定と構成

以上から、本稿は、かかるエアポケット状態を解消すべく、履行補助者責任の契約締結段階への時間的な拡張を試みるものである。そこで、このような問題に取り組むために、本稿では以下の 3 つの課題を設定する。まず、第一に、履行補助者責任の帰責根拠が一体何に求められているのかを確認すること。前述した通り、履行補助者責任の帰責根拠が「契約の拘束力」に求められるのであれば、不法行為法が規律する契約締結過程にその射程は原則として及ばないはずである。したがって、履行補助者責任の時的拡張の前提として、帰責根拠からその射程範囲を画することを第一の課題とする。そして、履行補助者責任に関する先行研究の成果を通史的に確認することを通じて帰責根拠を探究することとし、これを第 1 章において行う。

第二に、信義則上の義務と契約責任の関係を確認すること。すなわち、「新しい契約責任論」を前提とすると、当事者がどのようなことを合意したのかということが債務の内容として決定的となり、はたして信義則上の義務違反が契約責任を構成するのかという点が問題となる。この点、契約締結過程における各種の行為義務もまた信義則上の義務であり、したがって、交渉補助者による義務違反は、信義則上の義務に関する履行補助者責任と類似した関係となる。そこで、いかなる要件を満たせば、「新しい契約責任論」を前提としても信義則上の義務が契約責任を構成するのかという点を確認する。また、契約信義則上の義務と一般不法行為法上の注意義務の異同も確認する。契約締結過程における信義則上の義務は、相手方の財産上の利益の保護に向けられたものであり、その意味で、不法行為法上の一般不可侵義務との限界づけが問題となり得る。そこで、なぜ使用者責任に関する 715 条 1 項を（類推）適用するのではなく、履行補助者責任の時的拡張を選択するのかという点を明らかにすべく、契約信義則上の保護義務と不法行為法上の注意義務の異同に触れておく。その上で、履行補助者責任の時的拡張の可否を帰責根拠や帰責構造の点から検討する。これを第 2 章で扱う。

そして、最後に、第 2 章までの考察を踏まえて、契約締結過程における各種の信義

則上の義務それぞれについて、実際に判例で問題となった事例をベースとして、履行補助者責任の判断構造を交渉補助者にも当てはめていく。これを第 3 章で扱う。

ここで簡単に結論を述べさせてもらうと、契約締結過程に対する履行補助者責任の時的拡張は、交渉補助者が独立的補助者である限り認められると考える。確かに、この場合には、履行補助者責任の前提としての契約それ自体は存在しない。しかしながら、契約締結過程で交渉当事者に認められる各種の信義則上の義務は、一般社会生活上の単なる注意義務にとどまらず、契約交渉という特殊な結合関係に置かれた当事者の間で認められるより限定的で高度な積極的義務であり、また、このような義務は契約成立前の契約交渉段階であっても認められるものである。そして、このような義務は本来的に交渉当事者自身が負担すべきものであり、自身に代わって交渉補助者の行為を利用することにより、自己の活動領域を広げて収益可能性を増大させている訳であるから、この点において、報償責任の原理を基本とする使用者責任と帰責構造が重なり合う。したがって、契約が存在しないゆえに履行補助者の行為を履行過程に組み込んで考えることができないという点に関しても、使用者責任と対比することを通じて、帰責構造の判断枠組みを捉えることが可能と考える。

なお、交渉補助者の行為が問題となる場合には、損害賠償による救済の他に、契約の取消しというアプローチも考えられるところである。この点に関しては、民法改正以前からも議論がされており、かつ、民法（債権関係）改正の審議会でも議論された点である[2)]。もっとも、本稿では、専ら損害賠償責任についてのみ検討することとし、契約の取消しについては別途改めて検討することとしたい。

第 1 章　履行補助者責任の史的展開
——他人の行為についての帰責根拠を中心に

本章ではまず、履行補助者責任の時的拡張に関する検討をするに先立ち、わが国における履行補助者責任の議論状況の発展および経過をクロノロジカルに確認しておきたい。交渉補助者の行為が問題となる場面と履行補助者の行為が問題となる場面の決定的な違いは、債務者が契約により債務を負担しているか否かである。もし仮に、履

2）詳しくは、鹿野菜穂子監修『改正民法と消費者関連法の実務』（民事法研究会、2020 年）96 頁以下参照。

行補助者責任の帰責根拠が契約規範の存在を前提とするものであるならば、交渉補助者へはその射程が基本的に及ばないこととなる。したがって、この点に関する従来の研究成果を確認しておくことは、本稿の問題を検討する上で必要不可欠な作業であると考える。

第１節　大審院昭和４年判決以前の状況

１　横田説による履行補助者責任の萌芽

わが国の民法には、履行補助者の行為により債務不履行が生じた場合における債務者本人の責任について定めた明文の規定は存在しない。民法起草者も特に意識していた様子はない[3)]。この点について初めて問題提起をしたのは、横田秀雄博士である[4)]。横田博士は、「債務者ハ自己ノ過失ニ付キテ其ノ責ニ任スヘキモノニシテ又自己ノ過失ニアラサレハ其ノ責ニ任セサルヲ原則トス」といい（246 頁）、過失責任主義を前提としながらも、債務者本人が他人の行為について責任を負う場合を２つ挙げる。（ⅰ）ひとつは、「債務者カ債務ノ履行ニ関シテ特ニ代理人ヲ設ケ又ハ他人ヲ使用シタルトキハ債務者ハ是等ノ人ノ為シタル過失ニツキ其ノ責ニ任スヘキモノ」とし、その理由については、債務者は、債務の履行について他人を使用した場合であっても、そのために責任が軽減あるいは加重されることはないからであるという（246－247 頁）。（ⅱ）もうひとつは、「債務者カ或事業ノ為メ他人ヲ使用スル場合ニ被用者ガ業務ノ執行上ニ於テ為シタル過失ニ因リテ債務カ不履行トナリタルトキ」であるが、この場合における債務者本人の責任は、「第七百十五条ノ規定ニ従ヒ債務者ニ於テ被用者ノ選任又ハ其ノ事業ノ監督ニ関シテ不注意ノ責ヲ負フヘキ場合ニ限ルモノトス」としている（247 頁）。

２　石坂説による履行補助者責任の否定

次いで、この問題に言及しながらも、横田博士と結論を逆にしているのが石坂音四

3）梅謙次郎『民法要義・巻之三・債権編』（明法堂、1901 年）53 頁以下は、415 条の損害賠償責任について解説するが、債務者が履行補助者を使用した場合の責任について述べるところはない。なお、同じく民法起草者である富井政章博士は、著書『民法原論・第三巻・債権総論（上）』（有斐閣、1929 年）221 頁以下で他人の行為による債務者本人の責任を論じているが、これは横田博士らによる議論の後である。

4）横田秀雄『債権総論』（清水書店、1908 年）246 頁以下参照。

郎博士である。石坂博士は、「他人ノ過失ニ対スル責任」の中でこの問題を論じているが、履行補助者論を検討する必要性を以下のように説いている[5)]。すなわち、「殊ニ取引頻繁ナル今日ニ於テ他人ヲ使用スルハ必要欠クヘカラサル」ところ、「使用人ハ多クハ無資力者ナリ」。「故ニ加害者（「被害者」の誤植か――引用者注）ハ使用人ニ対シテ損害賠償ヲ求ムルモ効果ナシ」。「若シ被害者ノ保護ヲ全ウセントセハ他人ヲ使用スル本人ニ対シテ賠償ヲ請求スルヲ得セシメサルヘカラス」。「従テ過失主義ニ基キ使用スル本人カ選任監督ノ責任ヲ尽ササル場合即自己ノ過失アル場合ノミニ賠償義務ヲ限定スルハ今日ノ取引状態ニ合」致しないという（622 頁）。しかしながら、石坂博士は、さまざまな理論的根拠を検討しつつも、結論的には履行補助者の過失による債務者本人の責任を否定する。「債務者ノ過失ナケレハ損害賠償ノ責任ナシトノ原則ヲ採ル以上ハ単ニ論理解釈ニ依リテ債務者ノ責任ヲ認ムルヲ得ス」。「其之ヲ認ムルカ為ニハ債務者ニ過失ナキモ尚損害賠償ノ責任ヲ負ワシムルコトヲ要ス」。「而シテ是レ一般原則ノ例外ナルカ故ニ法律ノ明文ヲ俟チテ始メテ之ヲ認ムルヲ得ヘシ」という（641 頁）。

3　磯谷説から鳩山説までの展開

このように石坂博士は、解釈による履行補助者責任の創出を否定した訳だが、その後に続く学説は、これを認めるものが多い。

(1)　磯谷説　　まず、磯谷幸次郎判事がこの点について論じている[6)]。「債務者ハ債務ノ履行ニ関シ自己ノ代理人又ハ使用人ノ為シタル過失ニ対シ責任ヲ負ハサル可カラス」といい、その法的根拠については、代理人および債務者の補助者いずれについても「債務者ノ利益ノ為ニ自ラ使用シタルモノニシテ即チ債務者ノ手足トシテ使用スルモノナルカ故ニ其手足タリ機関タル代理人又ハ使用人カ其業務ニ関シテ為シタル行為ハ債務者自ラ之ヲ為シタルモノト看做シ其行為ニ対シテ責任ヲ負フヘキハ条理上当然ナリ」という（280－281 頁）。さらに、「之利益ノ帰スル所ハ損失亦之ニ伴ハサル可カラス」。「是等代理人又ハ使用人ノ精励ノ結果債務ノ履行ニ関シ或ハ時間ヲ節シ或ハ費用ヲ節シタルカ為メ利スル所アラハ」、「是等ノ者ノ不注意ノ為メ縦令相手方ニ損害ヲ与フルモ我関セスト云フカ如キハ到底条理ノ許ササル所」という報償責任原理

5）石坂音四郎「他人ノ過失ニ対スル責任」同『民法研究・第一巻』（有斐閣、1911 年）620 頁以下参照（初出は、新報 20 巻 8 号・9 号〔1910 年〕。本文の引用は、『民法研究・第一巻』による）。

6）磯谷幸次郎『債権法論・総論上巻』（厳松堂書店、1920 年）280 頁以下参照。

の考え方に依拠している点も特徴的である（281 頁）。

（2） **岡松説**　　岡松参太郎博士も、比較法的検討を通じて、履行補助者責任肯定論を展開する[7)]。つまり、債務の履行に関して使用する補助者の行為につき、ローマ法やドイツ普通法ならびにオーストリア法では過失責任主義の観点から、債務者は、補助者の選任監督について過失がある場合に限り責任が認められていた。対して、ドイツ法やスイス法、フランス法、イギリス法では、債権関係上の責任について結果責任主義が採用されているという（451－454 頁）。その上で「我国法モ亦此主義（結果責任主義のこと―引用者注）ヲ取ルヤ疑ヒナシ」という。その理由は、「殊ニ一〇五、一〇六、但書……六五八、二項、一一一八、二項等ニ於テ此場合ニハ代用者ノ選任及監督ノミニ付キ其責ニ任スヘキ旨ヲ規定シタルハ、此以外ニ於テ代用者ヲ任用スルコト許容サレタル場合……ニハ其任用ヨリ生スル一切ノ責任ヲ負フモノトスルノ主旨ナルヲ見ルヲ得ヘク、而シテ代用者ニシテ既ニ然リトセハ補助者ニ在リテハ其愈然ルヘキ」であるからという（455 頁）。平成 29 年改正前民法（以下、「改正前民法」という）105 条 1 項および同 106 条後段（平成 16 年現代語化前民法 106 条但書）は、代理人がやむを得ない事由により復代理人を選任したときは、代理人は、選任および監督について本人に対して責任を負うことを定めていた。また、受寄者が第三者を使用して寄託物を保管する場合については同 658 条 2 項が同 105 条を準用し、遺言執行者がやむを得ない事由により第三者に執行任務を行わせる場合については同 1016 条 2 項（昭和 22 年家族法改正前 1118 条 2 項）が同 105 条を準用し、選任および監督に関する受寄者および遺言執行者の責任を定めていた。岡松博士は、この点を捉えて、民法は特定の場合についてのみ履行補助者に対する債務者の義務を限定しているのだから、そのような特別の規定が存在しない場合には、債務者本人は、履行補助者の行為について責任を負うとするのである。

（3） **中島説**　　中島玉吉博士は、債務者は債務の効力として自ら履行すべきことを負担しているところ、その履行を履行補助者に当たらせることは当該補助者を自己と同一の地位に立たせることであるという。そして、そのことにより債務者は、「利害供ニ其他人ノ所為ニ付キ責ニ任スヘキコトヲ担保」し、「是レ債務ノ履行ニ他人ヲ使用スル者ノ普通ノ意思」であるから、「使用人ノ過失ニヨリ履行不能トナルナラハ債務者自身ニハ其選任監督ニ付キ何等過失ナキ場合ト雖モ債務者自身ニ過失アルト同

7）岡松参太郎『無過失損害賠償責任論』（有斐閣、1922 年）448 頁以下参照。

一ノ責任ヲ負ハサルヘカラス」とする[8]。

⑷ **鳩山説**　もっとも、鳩山秀夫博士は、「債務不履行ト不法行為トヲ区別スベキ理由ナキガ故ニ第七百十五条ヲ類推適用シ、債務者ハ被用者ノ選任監督ニ付キ過失ナカリシコトヲ証明シテ責任ヲ免レ得ルモノト解スルヲ正当トスベシ」といい、履行補助者責任を否定する[9]。

4　小括

以上をまとめると、民法起草当時においては、債務者の履行補助者責任については何ら意識されていなかったが、その後、横田博士によりこの問題について言及される。そこでは債務者は、履行補助者による過失と同一の責任を負うとされたが、その理論的根拠については、履行補助者を用いてもその責任が軽減または加重されることがないからというにとどまり、実質的論拠は何も述べていない。また、被用者の業務執行上の過失による債務不履行責任については、事業者は 715 条の使用者責任に基づいて被用者の選任監督義務のみを負うとしている点で、履行補助者責任は一般的な契約関係にのみ成立するものであり、その射程は狭いものであったといえよう。さらに、石坂博士は、日本民法が過失責任主義を採用する以上、履行補助者の選任監督について過失がない債務者は、自身の過失によらない履行補助者の過失を理由に損害賠償責任を負うことはあり得ず、これを認めるには立法による特別の規定が必要であるとし、履行補助者責任を否定した。鳩山博士においても、この点につき 715 条の類推適用を主張し、債務者本人に履行補助者の選任監督についての過失がある場合にのみ責任を限定する。もっとも、履行補助者責任を肯定する見解も多く、磯谷判事は報償責任的な考え方に依拠しつつ条理上当然といい、岡松博士は復代理人についての選任監督義務を定めた改正前民法 105 条 1 項等の反対解釈から、中島博士は履行補助者を用いた債務者本人の意思解釈から、それぞれ履行補助者責任を導く。このように、議論の初期段階においては、過失責任主義を前提に、なぜ自身に過失のない債務者本人が責任を負わなければならないのかが焦点とされており、この点につき履行補助者責任肯定論と否定論が対立していた。また、肯定論の中においてもその理論的根拠はさまざまに展開されており、議論は混迷状態にあったといえよう。もっとも、否定論を展開す

8）中島玉吉『民法釈義・巻之三・債権総論（上）』（金刺芳流堂、1924 年）471 － 472 頁。
9）鳩山秀夫『日本債権法・総論』（岩波書店、1928 年）160 － 161 頁。

る石坂説にあっても、履行補助者責任を認めるべき社会的要請が唱えられており、履行補助者責任を肯定すべき共通認識が存在していたことは見落とすことができない。

第２節　大審院昭和４年判決とその後の状況

前節で見たように、履行補助者責任に関する初期の学説は混迷を極めていた。そうした中で、1929 年（昭和 4 年）に履行補助者責任を肯定する 2 つの大審院判決が登場した。こうした状況を受けて、学説においても、判例と平仄を合わせる形で肯定論へと転換していったのである。そこで、まず大審院の 2 つの判例を見ていく。

１　２つの大審院判例

⑴　**大判昭和 4 年 3 月 30 日民集 8 巻 363 頁**　　船舶の賃貸借契約において、賃借人が、所有者である賃貸人の承諾を得て転貸していたところ、転借人の船員の過失により目的物である船舶が座礁難破したために、これを賃貸人に返却することができなくなり、賃借人および転借人の責任が問われた事案である。

判旨によれば、債務者が債務履行のために他人を使用する場合においては、債務者自ら被用者の選任監督について過失がないことを要するのみならず、債務の履行範囲内においては被用者に履行に伴う注意を尽くさせる義務がある。そして、被用者の不注意により生じた結果に対しては、債務者は、一切の責任を回避することができないという。その理由としては、債務者は被用者の行為を利用して債務の履行をしているところ、債務の履行範囲内においては、被用者の行為を債務者の行為と同一視できるからであるという。

⑵　**大判昭和 4 年 6 月 19 日民集 8 巻 675 頁**　　消費貸借契約における貸主が貸金残債権 20,250 円 70 銭を借主に返還請求したところ、同人らは、横浜市内の家屋につき賃貸借契約も締結していた。消費貸借契約の貸主である賃貸借契約の賃借人（以下、「賃借人」という）は、消費貸借契約の借主である賃貸借契約の賃貸人（以下、「賃貸人」という）の承諾を得て家屋を転貸借していたが、転借人の失火により家屋が焼失してしまった。そこで、賃貸人が、賃借人に対する損害賠償請求権をもって、貸金残債務との相殺を主張した事案である。

判旨によれば、賃貸人の転貸借についての承諾により、原賃貸借契約は何ら影響を受けずに依然として存続するものであるから、賃借人の目的物の保管に関する善管注意義務も何ら変化するものではない。したがって、転借人の故意過失により目的物が

滅失損傷したときは、賃借人自身に責めに帰すべき事情が何ら存在しない場合であっても、賃借人はその責任を負うという。その理由としては、履行補助者の故意過失により債務の履行が不能になった場合において、第三者の行為であることを理由として債務者が責任を免れ得ないのは信義誠実に照らして当然であること、そして、転貸借関係における目的物の保管義務につき、あたかも転借人が賃借人の履行補助者たる地位にあることを彷彿させる旨が述べられている。

2　大審院判決後、通説の形成に至るまで

上記 2 つの大審院判決を契機として、履行補助者責任に関する本格的な研究がされるに至った。

(1)　**小町谷説**　　小町谷操三博士[10]は、「民法第四一五条を以て、無過失主義を認めたものと解し、履行補助者の過失による債務者の責任は、同条から当然に演繹せらる可きものである」という（451 頁）。まず小町谷博士は、過失責任主義論者がその根拠としていた 419 条 3 項の反対解釈について批判し、過失責任主義論者が「何故に此所に所謂不可抗力の意義を、単純なる『過失に基づかざる事故』と解釈しなければならないかに就ては、何等明確な理由を示して居ない」、すなわち、「第四一九条に籍口しつゝ、実は全く根拠なくして過失主義を主張して居る」という（444－446 頁）。その上で、「民法第四一五条の意義は、これを民法第四一九条から類推して考ふべきものではなく、それ自体のうちに、その意義を見出すべきものである」とし、改正前民法 415 条の「債務者の責めに帰すべき事由」について、「債務者の故意又は過失のほかに、更に履行補助者の故意又は過失を包含せしめたものと解せむるとするものである」と述べる（447 頁）。その理由については、「債務の履行といふ、自己の一つの事務に、補助者を関与せしめ、給付行為と利得行為に関する、自己の能力を拡張するものなるが故に、其者の行為より生ずる損害は」、「これを債務者に負担せしむるのが、補助者の関与に全く関係なき、債権者にこれを負担せしむるよりも公平だからである」という（449 頁）。

(2)　**勝本説**　　勝本正晃博士は、次のように述べる[11]。「四一九条二項（現 419

10）小町谷操三「履行補助者の過失に因る債務者の責任に就て」同『海商法研究・第二巻（復刻版）』（有斐閣、1984 年）423 頁以下参照（初出は、志林 32 巻 2 号〔1930 年〕。本文の引用は、『海商法研究・第二巻（復刻版）』による）。

11）勝本正晃『債権総論・上巻』（厳松堂書店、1934 年）320 頁以下参照。

条3項――引用者注）は、金銭債務不履行の損害賠償に就いては、債務者は不可抗力を以て抗弁と為すことを得ずと規定している。この規定の反対解釈上、其他の一般債務に於ては、不可抗力を以て抗弁となし得るものと解すべきである」。したがって、415条にいう「債務者の責に帰すべからざる事由とは、不可抗力以外の原因によることを云ふのであ」り、「債務者が任意に使用する履行補助者の過失は、債務者にとって不可抗力ではない」。このように、勝本博士は、419条3項の反対解釈から、415条の帰責事由の中に履行補助者の故意過失も含めて解釈するのである（321－322頁）。履行補助者の故意過失を不可抗力としない実質的な理由については、債務者は、履行のために他人を使用する義務がないにもかかわらず、自己の履行義務として任意に他人を使用するのであるから、履行補助者の行為は債務者自身の行為そのものであり、補助者の過失につき責任を負わないとすれば、履行補助者の使用によりかえって責任を免れることになり不当であると述べる（322頁）。

（3） **石田説**　　同様に、石田文次郎博士も履行補助者責任を認めるべきであると主張する[12)]。すなわち、まず「債権関係は財貨の移動に関する法的手段であるから、目的を離れて手段たる債権関係は存在し得ない」。「債権関係を債権者の側より観察すると、その重点は、債務者が負担した一定の給付行為を為すことよりも寧ろ債権者の給付行為によって債権者に契約上の目的を達成せしめることにあ」り、債務履行とは「債務者の給付行為を介して給付結果の発生することを意味する」。したがって「給付結果の発生しなかった場合が即ち債務の不履行であって、債務者は其不履行に対して責任を負ふのが当然であり、それが債権関係の本質的内容である」と述べる（264頁）。その上で、「債権の目的的考察からして、債務不履行に於ける過失主義が不可抗力の証明による債務者の免責の承認となる以上、苟も履行補助者に過失ある限り、不履行に対する債務者の免責事由とならないことは当然であって、履行補助者の過失に因る債務者の責任は、敢えて之を認める特別の規定がなくとも、債務不履行に於ける過失主義の現代的意義を理解することによって、当然之を認め得ると思はれる」という（265頁）。つまり、石田博士は、債権関係の目的的考察からこれを結果債務と捉え、結果債務は給付結果が発生しなかったことそれ自体により債務不履行責任が生じるとした上で、これと過失責任主義を併せて考えて、不可抗力つまり債務者の過失に

12）石田文次郎「履行補助者の過失に因る債務者の責任」法學論叢35巻2号（1936年）244頁以下参照。

よらない事由の主張により免責されるという。そして、履行補助者の過失を債務者の過失と同視し、その理由については、大規模分業の発展した社会における過失責任主義の現代的意義に照らして当然であるという。

(4) **松坂説**　最後に、松坂佐一博士[13]も勝本博士と同様に、419条3項の反対解釈から金銭債権以外の一般債務につき不可抗力の抗弁を許すものとし、履行補助者過失は、「債務者にとってその事業の内部的事故であって、外部的事故ではない。従って、之を厳格な意味での不可抗力とは云い得ない」。「債務者の責に帰すべき事由とは、債務者の故意過失を包含することは勿論であるが、之よりも広く履行補助者の過失……をも包含する」と解釈している（172頁）。また、実質的にも「債務者は補助者の使用によって自己の活動の範囲を拡大し、以てその利益の増加を図ると同時に、契約上何等の債務を負担せざる補助者をして、直接債権者の利益と接触せしむることによって、之を侵害の危険に置くものである」といい、報償責任の原理や危険責任の原理の視点からも、債務者本人の責任を肯定している（172頁）。

3　我妻説による通説の確立

以上に概観したように、昭和4年の大審院における2つの判例を契機に、学説では一致して履行補助者責任を肯定するようになった。小町谷博士は、債務不履行責任について無過失責任主義を定めたものとし、帰責事由の意義を債務者の故意過失の他に履行補助者の故意過失も含めるものとして、履行補助者責任を認めている。しかしながら、債務不履行責任を無過失責任とする点については批判が少なくなく、415条の解釈として無過失責任主義といいつつ、帰責事由に過失概念を持ち出すことは論理的に一貫していないように思える。債務不履行責任が無過失責任を規定したものであるならば、債務者の故意過失などというまでもなく、債務者が責任を負うべきことは当然だからである。勝本説、石田説、松坂説は、いずれも419条3項の反対解釈から、債務不履行一般につき不可抗力による抗弁を認める。そして、不可抗力とは債務者への主張立証責任の転嫁により、帰責事由が免責事由へと転換したものであるから、過失責任主義を前提とすると、「不可抗力（免責事由）＝債務者および履行補助者の故意過失によらない事由」になる。いずれにしても、小町谷説から松坂説までの学説は、

13）松坂佐一『履行補助者の研究』（岩波書店、1939年）166頁以下参照（初出は、民商5巻4号～6号〔1937年〕。本文の引用は、『履行補助者の研究』の頁数による）。

「帰責事由」の解釈枠組みの中で履行補助者責任を論じている。もっとも、なぜ履行補助者の故意過失が帰責事由に含まれるのかについては特に根拠を示すことはなく、「債務者に負担させるのが公平」（小町谷説）とか「特別の規定がなくても当然」（石田説）というにとどまる。判例も「被用者ノ行為ハ即債務者ノ行為ソノモノニ外ナラサルヲ以テナリ」（昭和 4 年 3 月 30 日）、「第三者ノ挙措ニ出テタルノ故ニ藉口シテ其ノ責ヲ辞スルヲ得サルハ……当然」（昭和 4 年 6 月 19 日）と述べるのみである。これら論者の根底にあったのは、債務の履行に他人の行為を利用することが当たり前となった分業社会において、債務者が履行補助者を使用することにより、かえって補助者の選任監督にのみに責任が限定されることの不当性という石坂説以来の問題意識であり、必要性や妥当性が先行した議論であったといえよう。

このような学説の流れを総括し、戦後の伝統的通説を確立したのが我妻栄博士であった。我妻博士は、この間の学説の推移について「もっとも進んだものは、説明の理論でもなく、表現の精緻さでもない。実に信義則の名の下に無過失責任を肯定せんとする思想そのものである」という[14)]。ここから、帰責事由の意義について「債務者の故意・過失または信義則上これと同視すべき事由」と定義する。そして、「信義則上債務者の故意過失と同視される事由として最も重要なものは、いわゆる履行補助者の故意過失である」とする[15)]。その上で我妻説の理論的業績は、履行補助者を類型化し債務者の責任の範囲と態様を明らかにした点にある。すなわち、

> 「第一に、真の意味の履行補助者については……債務者は、その故意過失について、常に責任を負う。」
> 「第二に、明文上履行代行者を使用しえないものとされる場合……に違法に履行代行者を用いたときには、そのことがすでに債務不履行であるから、……履行代行者の故意過失がなくとも、責任を免れない。特約で履行代行者を使用しないことを定めた場合……にも同様である」
> 「第三に、明文上履行代行者の使用が許される場合……には、債務者は、履行代行者の選任監督に過失があった場合にだけ責任を負うことが明文で定められてい

14）我妻栄「履行補助者の過失による債務者の責任」同『民法研究 5・債権総論（復刻版）』（1985 年、有斐閣）128 頁（初出は、法協 55 巻 7 号〔1937 年〕。以下、「我妻・研究」で『民法研究 5・債権総論（復刻版）』の頁数により引用する）。

15）我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店、1964 年）105 － 106 頁（以下、「我妻・総論」で引用する）。

る場合が多い（一〇五条・六五八条二項・一〇一六条二項）。明文のない場合……にも同様に解する。……民法が一定の要件の下に履行代行者に履行の全部を任せることを許容している場合には、債務者の責任は軽減されると解するのが妥当と考える。」

「第四に、明文上または債権者との特約で履行代行者の使用が禁じられているのでもなく、また特に一定の条件の下に許されているのでもなく、給付の性質上履行代行者を使用してもさしつかえないという場合……には、第一と同様の責任を負う。」[16)]

我妻説は、このような類型処理をすべき根拠を民商法の規定に求める。①履行補助者の過失について、これを債務者本人の過失と同視すべきことは商法に明文の規定が存在した（運送取扱人について商法 560 条 1 項、運送人について同 575 条、旅客運送人について同 590 条、592 条 1 項、倉庫営業者について同 610 条、船舶所有者について商法 690 条）。このような立法は、立法当時においては過失責任主義に対するいわば特殊な例外措置であったが、いまや民法理論に対しても拡張すべきであるという。また、②代行者については、債務者が代行者の使用が許諾された場合に、その責任を選任監督についてのみ限定する規定が民法上存在する（任意代理の復代理について改正前民法 105 条 1 項、受寄者について同 658 条 2 項、遺言執行者について同 1016 条 2 項）。そして、このことは明文上の規定が存在しない場合にも同様に解すべきであるという。③積極的に代行者の使用が許諾されていない場合には、改正前民法 106 条の解釈から債務者の責任を導く。同条は法定代理人が「自己の責任で」復代理人を選任することを認めるが、この責任の内容とは、無条件に自己の任務の代行者を許容する以上、その代行者の行為をもって自己の行為とするだけの責任を認めれば本人にとって十分であり、代用者の使用自体を違法とする場合と同一に扱うことは行き過ぎである。したがって、この場合には、真の意味の履行補助者の場合と同様に扱えば良いという。このように、我妻説は、法定代理人に関する復任権の解釈から履行補助者の議論を展開するのである[17)]。

16）前掲注 14）我妻・研究・129 － 130 頁、前掲注 15）我妻・総論・107 － 109 頁。
17）前掲注 14）我妻・研究・130 － 133 頁。

第３節　伝統的通説の揺らぎ

１　使用者責任との対比アプローチ

以上のような我妻説による類型化は、それ以降の多くの論者により支持された[18]。もっとも、我妻説に対しては、「履行補助者と履行代行者の区別は法技術的な意味をもたない」、「履行補助者を用いること自体が債務不履行となるような場合を履行補助者に対する責任に含ませるのは論理的に奇妙である」などといった批判も加えられた[19]。その上で批判理論は、我妻説が415条の帰責事由の解釈枠組みの中で履行補助者責任を論じていたのに対して、他人の行為に対する責任を問題とする使用者責任との対比の中で履行補助者責任の理論を構築することを試みる。

(1)　落合説　　このような理論の嚆矢となったのは、商法学者の落合誠一教授である[20]。まず、落合教授は、各国法における履行補助者責任についての比較法的考察を行う。履行補助者責任に関する制度は、ドイツ法においては最も発達し、英米法には存在せず、フランス法はドイツ法と英米法の中間にあるというが、こうした発達のアンバランスの背景には、不法行為責任における使用者責任規定の有効性があるという。使用者責任に関するドイツ民法831条は、使用者自身の過失にもとづく自己責任規定であって、免責立証がみとめられているが、これに対して、フランス民法1242条5項の使用者責任や英米法の使用者責任原則は、使用者の過失の有無を問わずに、被用者の過失が使用者に帰責される代位責任であって、免責立証はみとめられない。要するに、民事責任法の構造において、不法行為責任における使用者責任規定が、厳格で有効であるほど契約上の他人の行為による責任原則の発達が乏しいと結論付けるのである（52－53頁）。したがって、日本における履行補助者責任の存在意義も、日本民法の使用者責任の有効性との関連において解明されなければならないところ、715条1項但書は免責事由を明文で規定するが、実際の運用上は免責の主張がほ

18）於保不二雄『債権総論（新版）』（有斐閣、1972年）93 － 94頁、奥田昌道『債権総論（増補版）』（悠々社、1992年）126 － 129頁など。なお、林良平（安永正明補訂）＝石田喜久夫＝高木多喜男『債権総論（第3版）』（青林書院、1996年）92 － 93頁〔林良平執筆〕は、我妻説のような類型化を採用しつつも、履行代行者を用いる場合の全てについて、本人は、選任監督上の過失のみならず、履行代行者の故意過失につき責任を負うとする。

19）星野英一『民法概論Ⅲ・債権総論』（良書普及会、1978年）63 － 64頁、鳥谷部茂「履行補助者」星野英一編『民法講座4・債権総論』（有斐閣、1985年）46頁、平井宜雄『債権総論（第2版）』（弘文堂、1994年）85頁。

20）落合誠一『運送責任の基礎理論』（弘文堂、1979年）30頁以下参照。

とんど認められていない。もっとも、使用者との指揮監督関係が存在しない補助者についての責任は、民法 715 条では捕捉できないので、日本民法における履行補助者責任の存在意義はこの点に存在するという（53－56 頁）。

次いで、落合教授は、履行補助者責任の責任根拠論を展開する。従来から履行補助者責任の帰責根拠として主張されるものには、実質的なもの（危険責任原則や干渉可能性の考え方など）と形式的なもの（代理説や不可抗力説など）があったが、根拠論のうちで重要なのは実質的な根拠であるという。もっとも、実質的な根拠論でも、それぞれある局面では正しいが他の局面では妥当しないことが多く[21]、すべての場合に妥当する単一の根拠論を構築することは不可能である。したがって、（ⅰ）報償責任の原理、（ⅱ）危険責任の原理、（ⅲ）事故予防のインセンティブ、（ⅳ）被用者を第一次的な責任負担者とすることの社会不適合性、（ⅴ）被用者の無資力からの被害者保護、（ⅵ）立証観点からの被害者保護、（ⅶ）使用者は履行補助者責任により生じる費用を価格へ転嫁することができる地位にあること、などの多元な実質的根拠をそれぞれの利害状況に応じて総合的に考慮して判断すべきであるという。そして、これは「結局のところ使用者責任に関する実質的根拠同一である」という（62－64 頁）。

(2) 平井説　平井宜雄博士[22]も、我妻説による「履行補助者の故意過失について債務者は責任を負う」との命題について、これはドイツ民法に特有の構造に由来するものであって、715 条 1 項但書が空文化している日本民法では意味を有しない。むしろ、履行補助者責任は、使用者責任から排除される者についても責任を問いうるためのものであるという点に、その存在意義が存在するものであるといい（84 頁）、落合説を援用する。そして、そのような問題を解決する解釈的工夫として、平井博士は、履行補助者を 2 つに区別する。（ⅰ）一つは、715 条の要件の下で被用者とされる「被用者的補助者」である。この場合の債務者は、債務不履行が債務履行に際しての被用者的補助者の責めに帰すべき事由によるときに責任を負い、715 条の場合と異なり選任監督上の過失の有無は問題とならないという。（ⅱ）もう一つは、請負人のように債務者の指揮命令から独立して事業をする「独立的補助者」である。この場合の債務者も、被用者的補助者の場合と同様の責任を負うという（85－86 頁）[23][24]。

21）前掲注 20）落合・62 頁は例示として、危険責任説は、設備も技術も貧弱な町工場が自動車の修理を引受けた場合に、技術や設備的難点から当該修理を大資本の一流自動車修理会社に委託するときには当てはまらないという。

22）前掲注 19）平井・83 頁以下参照。

2　契約の拘束力からのアプローチ

ところで、伝統的通説およびその批判理論は共に、契約規範の内容やその履行過程とは無関係に履行補助者責任を論じている。このような立論方法に対する危機感から、最近では契約内容や債務の履行過程との関連づけの中で履行補助者責任の解釈を展開する、新たな理論が提唱されている。

(1)　森田（宏）説　　この問題提起を最初に投げかけたのは、森田宏樹教授である[25)]。森田教授は、それまでの学説について、次のように批判する。つまり、伝統的通説が、415 条の帰責事由を「債務者の故意・過失または信義則上これと同視すべき事由」と解し、信義則上同視すべき事由として履行補助者の故意過失を含めた点について、信義則を援用するだけの無内容なものであって、履行補助者責任の帰責構造を理論的に何も説明していないという（147 頁）。また、使用者責任との対比アプローチに対しては、履行補助者責任に固有の実質的な帰責根拠の説明に成功していないという。つまり、批判理論によれば、履行補助者責任を 715 条と対比して解釈する意義は、使用者責任では捕捉できない使用者から独立して事業活動を行う補助者の故意過失を、履行補助責任の範疇に取り込む点にある。そして、批判理論は、そのような帰責根拠を危険責任の原則ないし報償責任の原則に求めるが、これは使用者責任にも共通する根拠づけである。使用者責任に対する履行補助者責任に固有の存在意義を正当化するのであれば、「他人の行為による不法行為責任」とは異なる「他人の行為による契約責任」に固有の帰責根拠を明らかにする必要があるが、批判理論は、使用者責任との機能的バランス論に終始し、固有の意義の正当化が伴っていないという（66－67 頁、158 頁）。

23）なお、旧版では、使用者責任との均衡を考えて、独立的補助者の場合の債務者の責任要件を厳格に解していた。しかし、第二版では、その区別が明確でなく論理も一貫しないとの理由から、改説をしている。前掲注 19）平井・86 頁割注参照。

24）このような使用者責任との対比によるアプローチを採用する学説として他には、前田達明『口述債権総論（第 3 版）』（成文堂、1993 年）162 － 163 頁がある。もっとも、前田説は、（ⅰ）「従属的履行補助者」（平井説にいう「被用者的補助者」に対応する者―引用者注）の場合には、債務者は、履行過程における補助者の故意過失について責任を負うとするが、（ⅱ）「独立的履行補助者」の場合には、債務者は、履行過程における補助者の過失について責任を負うとする点で、ニュアンスの違いがある。

25）森田宏樹『契約責任の帰責構造』（有斐閣、2002 年）145 頁以下参照（初出は、法学 60 巻 6 号太田知行教授退官記念号〔1997 年〕。以下、「森田・構造」で『契約責任の帰責構造』の頁数により引用する）。

森田教授によれば、伝統的立場であれ批判理論であれ、過失責任の原則とそのコロラリーである「個人責任の原則」ないし「自己責任の原則」を基本的な前提としていた。その上で、個人主義的責任論に伴う不都合を回避する目的で、債務不履行の一般原則に対する「特殊な責任」として履行補助者責任を位置付けていた。しかし、この前提にこそ問題があり[26]、履行補助者責任は債務不履行責任の一般原則により正当化されるべきであるという（159－160 頁）。森田説は、そのような正当化の理論的根拠を「契約の拘束力」に求める。債務の履行に履行補助者を用いた場合に、仮に債務者が履行補助者責任を負わずに選任監督義務のみを負うと解すると、債務者は、履行補助者を用いることにより、契約により負担していた債務の一部を一方的に免れることが可能となる。しかし、債務者自身が契約規範により債務の履行に「個人的に」義務付けられている以上、第三者の関与により債権債務の内容が一方的に変更されるのは不当である。したがって、履行補助者責任の帰責根拠は、債務を一方的に変更することはできないという契約の尊重、つまり契約の拘束力である。そして、債務者が債務の履行のために履行補助者を用いたことの意味は、債務者自らが自身の履行行為として「他人の行為」を選択したことにあり、自らが選択した履行行為により債務不履行が生じた以上、債務者本人に債務不履行責任が認められるのは当然ということになる（164－168 頁）。

(2) 潮見説　潮見佳男教授も、森田説と同様の立場から、履行補助者責任を債務不履行責任の多元的な構造の中で捉える[27]。つまり、伝統的通説およびその批判理論につき、履行補助者の行為を契約内容ならびに債務の履行過程にどのように組み込み、契約上どのように評価され得るのかという点が等閑に付していると批判した上

26）前掲注 25）森田・構造・161 － 162 頁は、履行補助者責任を「特殊な責任」として正当化する各種理論的根拠について批判的に検討する。

（ⅰ）黙示の保証責任：履行補助者の行為について保障するという債務者の責任を加重するような負担について、それを引き受けるという債務者の蓋然的な黙示の意思を想定するのは困難である。

（ⅱ）報償責任・危険責任：危険責任については、他人を利用することが債務不履行のリスクを創出し増大させるとはいえない（例えば、多数の被用者を用いる大企業の方が債務不履行のリスクは小さいという）。報償責任については、契約の履行においては各契約当事者がそれぞれ一定の利益を有するのであり、他人を利用することから利益を得ているのは債務者のみとはいえない。

（ⅲ）機関説・道具説：補助者と債務者は別個の意思を持つ法人格である以上、比喩的なイメージに過ぎず、法的な正当化とはいえない。

27）潮見佳男『債権総論Ⅰ（第 2 版）』（信山社、2003 年）294 頁以下参照（以下、「潮見・旧Ⅰ」で引用する）。

で、履行補助者責任の意義を「履行補助者の行為についての債務者の債務不履行責任」（傍点は引用者による）と位置付ける。そして、履行補助者責任が、債務発生原因としての契約、および当該契約の内容実現のために履行過程の具体的情況下での行為を規律する信義則に根拠を有するものであることを認識し、債務発生原因としての契約およびその履行過程に履行補助者の行為がどのように組み込まれ評価されるのかという観点から整理されるべきという（294－295 頁）。すなわち、（ⅰ）そもそも当該契約上第三者の使用が禁止されている場合に、債務者が履行補助者を使用したときは、それ自体が既に債務不履行であり、債務者自身の故意・過失に基づく損害賠償責任が発生する。（ⅱ）当該契約上ある結果発生についての保証引受がされている場合において、履行補助者を利用し、かつ、保証された結果が実現しなかったときには、「問題の第三者の行為が、ここでの免責事由としての不可抗力に相当するものであるかどうか」という観点から評価される。（ⅲ）当該契約において結果実現保証を含まない手段債務の場合には、第一に、当該第三者の行為を根拠として債務者が損害賠償責任を負う場合と、第二に、債務者が当該第三者を選任・指揮・監督するにあたって、必要とされる合理的な注意を尽くさなかったことを根拠として損害賠償責任を負う場合がある。前者の場合には、履行補助者の行為が債務の履行過程に組み込まれ、債務者の負担する給付行為の具体的内容になっているかどうかに関して吟味する必要に迫られる。後者の場合は、債権者に対して債務者が負担した組織編成義務違反を理由とした責任（後述）の一種である。（ⅳ）当該契約の内容あるいは信義則として、当事者の一方に第三者（履行補助者）の適切な選任・指揮・監督が義務付けられる場合には、履行補助者の行為に関わりなく、履行補助者を選任・指揮・監督することについての義務違反という、債務者自身の行為を理由とする債務不履行責任（組織過失、システム構築責任）を観念することができる（295－296 頁）。

第 4 節　債権法改正における履行補助者責任の帰趨

以上の学説の展開を改めて総括すると、我妻説以前の学説は、債務不履行責任は過失責任の原則であるという前提の下で、債務者の本来的な責任ではないものの、他人の故意過失による責任を債務者本人に負わせるにはどうすればよいのかという問題意識において議論が進められていた。それは、我妻博士が述べるように過失責任主義の例外としての無過失責任を認める試みであり、報償責任の原理や危険責任の原理を援用する学説（磯谷説や松坂説）や、復代理人に関する改正前民法 105 条 1 項および同

106 条の反対解釈からこれを導く学説（岡松説）など、理論的根拠を提示する学説も存在したものの、多くは公平の観点からこれを当然視していた。このような学説の混迷状況をまとめ上げたのが我妻説であるが、履行補助者責任の帰責根拠を信義則の一言で片づけてしまったがために、かえってその帰責根拠が無内容になってしまうという状況に陥った。また、我妻説は、過失責任の原則を前提に、履行補助者責任を債務者の行為とは別の「他人の行為による特殊な責任」と捉えているにもかかわらず、債務者が契約上の禁止に違反して履行補助者を利用するという、債務者自身の行為に基づく債務不履行責任の場合をも責任類型に含めており、履行補助者責任についての理解に混乱もみられた。そのような中で、落合＝平井説に代表される、使用者責任との対比において履行補助者責任を解釈するアプローチが登場し、ここにおいて帰責根拠について報償責任の原理および危険責任の原理が復活した。もっとも、このような帰責根拠は、不法行為責任たる使用者責任にも共通するものであり、なぜ債務者は債務不履行責任としての履行補助者責任を負わなければならないのか、という問いに答えるものではなかった。そこで登場したのが、契約内容に立ち返って履行補助者責任の解明を試みる森田説、潮見説に代表される立場である。そこでは、契約により債務を負担している債務者自身の責任として履行補助者責任が捉え直された。債務者が履行補助者責任を負担するのは、自身の選択した履行方法、つまり履行補助者の利用という方法により、自らが負担した契約上の義務に違反したからである。森田説および潮見説に至り、履行補助者責任のまさしく契約責任としての性質が自覚されたといえよう。

では、平成 29 年債権法改正により履行補助者責任の議論はどのような影響を受けたのであろうか。本章の締めくくりとして、この点について確認していきたい。

1 「帰責事由」の意義について

ところで、履行補助者の行為について債務者本人が責任を負うのかという問いについては、改正前 415 条の「帰責事由」の理解との関係で問題とされてきた。そこで、債権法改正における履行補助者責任の帰趨を検討する橋渡しとして、帰責事由がどのように解釈されてきたのかについて簡単に触れておく。

(1) 従前の議論と展開　この点、伝統的には、「帰責事由」とは過失責任の原則を意味するものと捉えられてきた。すなわち、不法行為の規定に典型的に見られるように、民法は、行為者に不利益を課すには原則として故意過失を要するという過失

責任の原則を採用している。このことに照らせば、債務不履行に基づく損害賠償責任についても過失責任の原則によるべきであり、このことを表現したのが「帰責事由」であるという[28]。

このような伝統的な立場に対して、「契約の拘束力」を強調する近時有力な立場は次のように反論する。すなわち、森田教授によれば、債務不履行における「帰責事由」とは、債務者が「契約において約束したことを（不可抗力によらず）履行しないこと」のなかに含まれているという[29]。また、潮見教授も、（ⅰ）「自己決定により引受けた結果については、その実現がされることにつき、決定主体が負担すべきである」という自己決定による自己責任の原理、および、（ⅱ）「契約で実現を保証された利益の保持へ向けた債権者の期待が保護されてこそ、国家による自己決定の尊重・支援が実現される」という判断を基礎に据えたとき、債務者の行動自由の保証を基点とする過失責任は、「原則」としての地位を滑り落ちる。ここでは過失責任の原則に代わり、「債務者が契約において約束をした利益を債権者が獲得していない場合は、契約違反が存在する」との立場を基点に、債務内容からの逸脱をもって債務不履行と捉え、例外的に、契約上の危険分配の枠を超えた障害と債権者に圧倒的な帰責性がある障害についてのみ、債務者の免責を認めるべきであるという[30]。このような森田・潮見両教授の立場によれば、「帰責事由」とは契約を守らなかったことそれ自体に尽くされており、したがって、当該契約において債務者がどのような内容を引受けたのかという「債務の内容・射程」が決定的に重要になる。債務不履行責任を債務者に課すために、あえて「過失」などという中間概念を差し挟む必要はないのである。

以上を踏まえて、新旧415条1項の条文を比較してみよう。

旧415条

債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事

28）前掲注15）我妻・総論・105頁、前掲注20）於保・93頁、前掲注18）林ほか・90－91頁〔林良平執筆〕、前掲注18）奥田・125頁など。

29）前掲注25）森田・構造・55頁（初出は、同「結果債務・手段債務の区別の意義について―債務不履行における『帰責事由』」太田知行＝荒川勝重編『鈴木禄弥先生古稀記念・民事法学の新展開』〔有斐閣、1993年〕109頁以下）。

30）前掲注27）潮見・旧Ⅰ・270－271頁。

由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする。

新 415 条 1 項

債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき又は債務の履行が不能であるときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。ただし、その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない（下線は引用者による）。

新旧条文を比較すると、（ⅰ）旧条文では、帰責事由が債務不履行による損害賠償責任の要件として規定されていたが、新条文では、帰責事由が損害賠償責任の免責事由として但書で規定されていること、および、（ⅱ）新条文では、帰責事由に「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」という修飾文が付加されていることに気がつく。（ⅰ）の点について、改正前民法下における判例通説は、債務者の側で「債務不履行につき、債務者に責めに帰すべき事由が存在しないこと」を主張・立証するものとしており[31)]、新条文は、このことを規定形式上も疑いの残らないように整理したものである[32)]。これに対して、（ⅱ）の変更については、学説上の受け止め方はさまざまである。

第一に、立案担当者の意見として、この改正の趣旨は、従来の実務運用を踏まえ、帰責事由についての判断枠組みを明確化したにとどまるものであり、実務の在り方が変わることは想定されていない、という考え方がある[33)]。

第二に、伝統的通説が前提としていた過失責任主義を否定し、債務不履行による損害賠償責任の根拠を契約の拘束力に求める考え方がある。「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」という文言を新規に入れることにより、免責の可否が契約の趣旨に照らして判断されるべきものであって、「帰責事由≠過失」を

31）大判大正 14 年 2 月 27 日民集 4 巻 97 頁。学説としては、前掲注 15）我妻・総論・111 頁など多数。

32）潮見佳男ほか編『詳解改正民法』（商事法務、2018 年）150 頁〔荻野奈緒執筆〕、平野裕之『新債権法の論点と解釈』（慶應義塾大学出版会、2019 年）100 － 101 頁（以下、「平野・論点」で引用する）。

33）筒井健夫＝村松秀樹編著『一問一答・民法（債権関係）改正』（2018 年、商事法務）75 頁。

明確にした。「取引上の社会通念」という表現が入っているのは、帰責事由が契約当事者の主観的意思のみによって定まるものではなく、当該契約の性質、契約目的、契約締結に至る経緯その他の事情をも考慮して定まることがあり得ることを示すものであるが、第一次的には「契約その他の債務の発生原因」から契約規範の内容を導くべきであり、これを「取引上の社会通念」で上書き・修正することがあってはならないという[34)]。

第三に、帰責事由をめぐる法制審議会の審議過程において、中間試案では「契約による債務不履行が、当該契約の趣旨に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、債務者は、その不履行によって生じた損害を賠償する責任を負わないものとする」[35)]（下線は引用者による）とされていたのが、部会第90回会議において一転して「取引上の社会通念」という文言が組み込まれた[36)]。このような審議過程に照らせば、「取引上の社会通念」は、「契約その他の債務発生原因」と基準として同格の地位を確保したという考え方がある[37)]。

第四に、過失責任主義全体を債務不履行の帰責構造の中から放逐することへの懸念

34）潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、2017年）379頁（以下、「潮見・新Ⅰ」で引用する）、同『民法（債権関係）改正法の概要』（金融財政事情研究会、2017年）54 − 54頁・67 − 68頁（以下、「潮見・概要」で引用する）、松岡久和ほか編『改正債権法コンメンタール』（法律文化社、2020年）223 − 224頁〔潮見佳男執筆〕、中田裕康『債権総論（第4版）』（岩波書店、2020年）157 − 159頁（もっとも、債務不履行責任の帰責根拠が過失責任主義なのか、あるいは、契約の拘束力なのかという議論は「少しきめが粗い」と一定の留保をつけている）、平野裕之『債権総論』（日本評論社、2017年）108 − 109頁（以下、「平野・総論」で引用する）、前掲注32）平野・論点・101頁。なお、潮見・新Ⅰ・380頁脚注40）は、「『取引上の社会通念』という表現を用いることは、……不要であるばかりか、かえって、契約規範の内容が契約を離れて確定されうるとの誤ったメッセージを発することになるとの危惧を抱く。この概念が条文に採用された背景を踏まえ、『取引上の社会通念』という文言が独り歩きをすることのないように、民法415条1項ただし書の解釈をおこなっていくほかない」と強調する。

35）「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」PDF版15頁。

36）「民法（債権関係）部会資料79 − 1」PDF版8頁。

37）森田修『「債権法改正」の文脈―新旧両規定の架橋のために』（有斐閣、2020年）324頁（初出は、法教444号・445号〔2017年〕。引用は『「債権法改正」の文脈』の頁数による）。内田貴『民法Ⅲ・債権総論・担保物権（第4版）』（東京大学出版会、2020年）162頁は、「契約当事者は、白紙に絵を描くようにゼロから合意をするわけではない。現実の取引社会は、『取引上の社会通念』（取引通念）によって満たされた空間であり、その取引通念を前提に合意をするのである……。その意味で、『契約』はすでに取引通念をその中に含んでいるのであり、『契約解釈』が合意と並んで『取引上の社会通念』を対象とするのは、ある意味で当然のことである」という（以下、「内田・総論」で引用する）。

を示す見解が存在する。この見解は、手段債務については「過失なくその行為をする」ということが債務の内容となっているとし、「契約締結時の当事者のリスク分配」がされていない手段債務の不履行領域に関して、過失責任主義が妥当する不法行為領域の帰責構造との共通性を示唆する[38]。

(2) 若干の検討　どのように考えるべきか。債務不履行責任の「契約責任」としての性質に鑑みるとき、やはりその責任の根拠は契約の拘束力に求められるべきであると考える。帰責事由の修飾語として「取引上の社会通念」という文言が加えられた経緯には、契約の拘束力に重点を置きすぎると、力関係の弱い中小・零細業者に不利になるとの懸念が実務から表明された背景がある[39]。そこで、契約外在的な考慮要素として、社会通念を帰責事由の考慮要素として挿入することが検討されたのである。しかしながら、帰責根拠としての「契約の拘束力」というときの契約は、裸の契約書を意味するものではない。そこでは、当該契約の性質、契約目的、契約締結に至る経緯その他の事情をも考慮した「規範的評価としての契約」が想定されているのである。つまり、それは取引上の社会通念をも考慮した契約規範なのであり[40]、契約書において不明瞭ないし明確に合意しなかった点などについても、契約当事者の合理的意思解釈や取引上の社会通念に照らして、契約規範を構成するのである。

また、契約の拘束力を重視する立場においても、手段債務については、契約の趣旨に照らして債務者に期待される、履行過程における個々の具体的な行為義務違反が債務不履行と評価されている[41]。確かにその意味で、具体的な行為義務違反である過失の判断が要求される。しかしながら、それは手段債務の帰責根拠が過失責任主義に求められることを意味するものではない。個別的な行為義務違反の有無は、「当該具体的行為義務が債務内容として契約に取り込まれて債務者が負担したものとなっているのか」という契約規範の射程により判断されるものであって、結局のところ、手段債務においても「契約の拘束力」が帰責根拠となっているのである[42]。

38）水野謙「債務不履行と不法行為の帰責構造―債権法改正の経緯に着目して」安永正昭ほか監修『債権法改正と民法学Ⅱ・債権総論・契約(1)』（商事法務、2018 年）13 頁・33 － 43 頁。

39）「民法（債権関係）部会第 37 回議事録」PDF 版 60 頁〔岡正晶委員発言〕。

40）前掲注 37）内田・総論も参照。

41）前掲注 34）潮見・新Ⅰ・381 頁、前掲注 34）平野・総論・110 － 111 頁、前掲注 25）森田・構造・51 頁。

42）森田宏樹『債権法改正を深める』（有斐閣、2013 年）28 － 29 頁参照（初出は、法教 356 号〔2010 年〕。引用は、『債権法改正を深める』の頁数による）。

２「履行補助者責任」について

債権法改正を経た新民法は、履行補助者に関する規定を特段設けていない。もっとも、先に見たように、新条文が債務不履行責任の帰責根拠を契約の拘束力に求めているとすれば、履行補助者責任についても、契約内容およびその履行過程に組み込んで考える森田説、潮見説に親和的である[43)]。履行補助者の故意過失を債務者自身の故意過失と同視するという、伝統的通説の過失責任主義に基づくスキームは採用し得ず、また、履行補助者の類型化についても、その根拠としていた旧 105 条 1 項、旧 658 条 2 項、旧 1016 条 2 項が削除されたことにより、その存立基盤を失ったという[44)]。

第 2 章　履行補助者責任と信義則上の義務
――契約責任と不法行為責任の限界

新 415 条 1 項が採用した「新しい契約責任論」においては、債務者の債務不履行責任を考えるに際して、当該契約において契約当事者がどのような内容を合意したのかということが決定的であり、信義則上の義務違反ということは基本的には想定されていない。そして、本稿で検討の対象としている契約交渉段階における義務もまた、そもそも契約が成立する前段階での問題であるから、当該契約でどこまで債務を引受けたのかという「新しい契約責任論」の射程外であり、そこにおける履行補助者責任の構造は、信義則上の義務に関する履行補助者責任と類するものになる。したがって、本章では、（ⅰ）契約の合意対象とされていない信義則上の義務についても、債務者は契約責任たる債務不履行責任が成立するのか、また、（ⅱ）信義則上の義務が契約責任の中に包摂されるとしても、そもそも契約が存在しない契約交渉段階における信義則上の義務までも履行補助者責任の範疇に含めることができるのか、という 2 点について検討していきたい。

43）前掲注 34）中田・168 頁も同様の方向性を示す。

44）前掲注 37）内田・総論・168 － 169 頁、前掲注 34）潮見・新Ⅰ・406 頁、前掲注 34）潮見・概要・68 － 69 頁、前掲注 34）改正債権法コンメ・224 － 225 頁〔潮見佳男執筆〕、前掲注 32）平野・論点・107 頁、吉永一行「債務不履行による損害賠償の帰責事由」法教 475 号（2020 年）92 頁脚注 32）。

第１節　信義則上の義務と契約責任

債務者は、給付結果を債権者に対して実現するにあたり、債権者が保有している生命、身体、健康、所有権その他の利益を侵害しないように配慮して行動する義務を負う。債権者のこのような利益を「完全性利益」といい、完全性利益を侵害しないように配慮すべき債務者の義務を「保護義務」という。それでは、当事者の意思それ自体に基づかない信義則上の義務たる保護義務違反に対して、契約責任は成立し得るのか。

１　信義則上の義務の契約規範化――補充的契約解釈について

繰り返し述べるように、「新しい契約責任論」における債務不履行責任については、当事者がいかなる内容の合意をしたのかということが決定的である。したがって、当事者の完全性利益の保全が給付結果として合意されなかった場合には、保護義務はどのようにして契約規範の中に取り込まれ、その違反に対して債務不履行責任が成立するのであろうか。この問題は、当事者が契約として明確に合意しなかって点について、どのように契約内容を確定し、これをいかにして正当化するのかという補充的契約解釈の問題である。

⑴　**山本説**　　補充的契約解釈の問題を正面から取り上げ、これを初めて本格的に論じたのは山本敬三教授である。山本教授は、ドイツ法の諸学説を参照しつつ、これを日本法の議論としても展開できることを示す[45]。すなわち、「補充的契約解釈とは、両当事者がなした契約中に定めがない点について、その点の解決をなお契約を解釈することで行おうとするもの」とした上で（論叢 120 巻 1 号 22 頁）、補充的契約解釈の前提条件は、「契約の欠缺」であるとする（同 2 号 2 頁）。そして、このような「契約の欠缺」は、（ⅰ）狭義の解釈との関係、（ⅱ）任意法規の適用との関係、（ⅲ）法による補充一般との関係でそれぞれ問題とする。（ⅰ）狭義の解釈との関係では、「（意思）表示の意味づけ」つまり「表示行為の意味の確定」としての狭義の解釈が尽きたときに、「特に規律されていない問題」として補充的契約解釈が行われることになる（同 3 頁）[46]。（ⅱ）任意法規との関係については、任意法規をもってしても「特に規律されていない問題」を規律することができないということは必要不可欠ではなく、契約の欠缺が任意法規で補完されるのか、あるいは、補充的契約解釈により

45）山本敬三「補充的契約解釈㈠～㈤・完―契約解釈と法の適用に関する一考察」論叢 119 巻 2 号 1 頁以下・4 号 1 頁以下・120 巻 1 号 1 頁以下・2 号 1 頁以下・3 号 1 頁以下（1986 年）参照（以下、「山本・論文○（論叢）」〔○は、論文タイトルの番号〕で引用する）。

補完されるのかは分離して考えるべきであるという（同 6 頁）。（iii）法による補充一般との関係では、①その規定を欠くことにより契約目的が達成できない場合、②当該事項を補充しなければ契約目的が危殆化される場合、③仮定的な当事者の意思によれば規律を要する場合、④契約の基礎にある両当事者の規律企図の実現に必要な規定がない場合等には、「契約の尊重という要請を反映させ、より確実なもの」とするべく補充的契約解釈が行われるという（同 6－9 頁）。

そして、以上のような契約の欠缺を前提に、補充的契約解釈の方法・基準として「仮定的当事者意思」が掲げられている。この仮定的当事者意思の内容については、（ⅰ）「具体的な両当事者が契約締結の際に規律されるべき点を考えていたならば何を合意したか」という点を問題とする「個別的仮定的当事者意思」と、（ⅱ）「両当事者の個人的な性格を考慮せず、より客観的に観察する「客観的仮定的当事者意思」[47]があるが、個々人の特徴を強調すればするほど、紛争にある者の行動を予測することは極めて困難になるから、個別的仮定的当事者意思に対する評価は消極的であり、客観的仮定的当事者意思の意味で用いるのが一般的であるという（同 18－21 頁）。その上で、客観的仮定的当事者意思を基礎づける要素としては、①当事者に中立的な補充方法として契約目的および契約連関（これは、両当事者によって明示的に規律されているところから、その趣旨に鑑みて、明示的に規律されていない個々の問題についての規律を引き出そうとするものである）が、②典型的補充方法として取引慣行が、③規範的補充方法[48]として信義則や衡平と善が列挙されている（同 22－34 頁）。

最後に、山本教授は、「我々は先に見たドイツの補充的契約解釈論から示唆を受ける点が少なくない」として、契約中に定めがない場合に、両当事者の利益をどのように調整するかという問題については、「まずもって両当事者に即した尺度が求められ

46）ただし、山本教授は、「表示ないし意思表示の意味の確定」の理解の仕方にはさまざまな考え方があり、理解の仕方の違いにより狭義の解釈と補充的契約解釈の区別は流動的になるという（前掲注 45）山本・論文⑷（論叢）4 頁以下参照）。

47）客観的仮定的当事者意思にも、①取引慣行を考慮し信義誠実に従って何を合意したのかを問題とするもの、②客観的判断者が両当事者の置かれた状況において何をしたのかを問題とするもの、③裁判官によって行われるべき純粋に客観的な基礎に基づく合理的な利益考量を問題とするものなど、種々の段階があるという。また、客観的仮定的当事者意思それ自体が客観的・規範的な基準であることは否定できないが、これは契約とは異質な基準を設定するものではなく、所与の規律としての契約から出発し、契約当事者をして契約によって要求されるものとして何を妥当させなければならないかを問題とすべきであるという（前掲注 45）山本・論文⑷（論叢）・19 － 21 頁参照）。

るべきであり、直ちに当事者を離れた基準が妥当すべきでな」く、「こういった尺度を与えるのが、両当事者が自ら行った評価の結果たる契約である」という。(120 巻 3 号 39 頁)。

また、山本教授は別の論稿[49]において、以上のような契約内容確定法理について、当事者の自律的な合意と他律的な規範による補充を融合的に捉える考え方を示す。つまり、「契約という行為がそもそも契約制度を前提としてはじめて考えられる行為」であるところ、契約を締結することとは、「そのような契約制度を構成する諸ルールによって内容を規定された行為を行うことにほかならない」。「その意味で、当事者の自律的な合意の確定と契約制度を構成する—それ自体としては—他律的な規範の適用は、いわば一体のものとして、融合的にとらえられる可能性がある」という(101 頁)。制度を規定する諸ルールによって規律される契約行為を「当事者みずから選び、決めていることに変わりない以上、そこに当事者の『自律』をみてとることもでき」、「そのように考えれば、これもまた『契約内容』を構成する」のである(102 頁)。

(2) 森田(修)説　以上の山本説に対して、森田修教授は、「なぜ契約規範を契約意思に基づくものとして構成するのか、なぜ契約責任をもっぱら自律の形式で一元的に表現しなくてはならないのか」という問題提起をした上で、「法律構成のレベルで自律と他律との共存を認める二元的な契約責任論は、どこまでが〈事実としての意思〉に基づく責任であり、どこからはそれに解消されない責任根拠規範に基づくかを端的に示」し、「二元論は、事実としての意思によって基礎づけられる責任の範囲がどこまでかを構成上可視的とすることによって、意思の規範化による他律への浸潤への適切な歯止めを可能に」するという[50]。もっとも、山本教授も、①私的自治の原則の要請から「個々の当事者が契約により実際に行った決定が、やはり原則として

48) なお、中立的な補充方法も当事者の評価に介入しない中立的なものであるといえるにしても、それぞれに評価的な要因を内包しており、そこから契約内容をコントロールする場合もある。このような中立的な補充方法との比較において規範的な観点を明示的に指摘する意義は、中立的な補充方法では公正かつ衡平な結果に至らない場合に、弱者の側の利益を配慮的に擁護し、また、何らかの一般的法原理を考慮するために、これに従った補充を行うものとする(前掲注 45)山本・論文(4)(論叢)・32 − 33 頁)。

49) 山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリ 1318 号(2006 年)87 頁以下参照(以下、「山本・論文(ジュリ)」で引用する)。

50) 森田修「『新しい契約責任論』は新しいか—債権法改正作業の文脈化のために」ジュリ 1325 号(2006 年)211 頁(以下、「森田・論文」で引用する)。

尊重されなければならない」とし、②契約に欠缺がある場合でも、「当事者が契約により実際におこなった決定から一定の指針を引き出せるならば、それにしたがってその欠缺を補充」し、③法による補充の優先度が最も低いという[51]。すなわち、それを自律というか他律というかの問題はあるにせよ、山本教授も、当事者が実際に行った合意つまり事実としての意思を、その他の責任規範根拠とは一応区別しているのである。他方で、森田教授も意思を規範化して捉えること自体は問題としていないのであり[52]、そうすると両者の考え方の隔たりはそう大きくないのかもしれない。

(3) **まとめ**　以上をまとめると、債務不履行責任が問題となる局面において「契約の拘束力」というときの「合意」とは、事実としての合意ではなく規範的評価を経た合意である。当事者間において明確に合意がされていない事項であっても、当事者が明確に合意しているところから推認して、あるいは、信義則を媒介として契約内容の補充を行うのである。そうすると、当該契約規範の中には当事者の意思のほかに、「合意」というベールを纏いつつ、信義則上の義務などの種々の規範が含まれているのである。そうすると、「新しい契約責任論」において安全配慮義務などを問題とする場合には、その帰責根拠は、「合意」とはいいつつも、実質的には（合意外の）信義則上の義務ということになる。

2　保護義務論の台頭と契約責任

それでは、合意の名のもとに信義則上の義務たる保護義務が契約規範の中に取り込まれるとしても、かかる保護義務の発生根拠はどこに求められるのであろうか。また、そのようにして契約規範の中に取り込まれた保護義務と不法行為法上の一般不可侵義務との限界づけはどのように判断されるのであろうか。以下では、このことにつき整理したいと思う。

(1) **川島説**　この問いに対して初めて本格的に焦点を当てたのは、川島武宜博士である[53]。川島博士は、「不法行為法は契約関係の有無と関係なしに独立に存在するものではない。契約責任に関する規定は契約関係における責任を規律するものであるのに対し、不法行為法は契約外関係における責任を規律するものであり、両者は損

51）前掲注 49）山本・論文（ジュリ）・102 頁。

52）前掲注 50）森田・論文・211 頁。

53）川島武宜『民法解釈学の諸問題』（弘文堂、1949 年）128 頁以下参照（初出は、法協 52 巻 1 号～3 号〔1934 年〕。本文の引用は、『民法解釈学の諸問題』の頁数による）。

害賠償という同一の目的に向ってその適用範囲を分ち機能を分担する二個の制度である」と述べ、「契約関係は一般社会生活関係に対して一の特別な危険関係を構成し、その社会関係の特殊性は契約外の一般関係とは異なる特殊な規律を要求する。契約法はまさにこの特殊の規律としての機能を担当するものであるが、不法行為法の規定はかかる特殊な関係に適用されるに適しない所の一般的標準的内容を有しており、このように解して始めて不法行為法と契約責任法の規定の差異の合理性を理解し得るのである。もしそうでなく不法行為法は契約関係の内外を問わず常に適用があるものとするならば、明瞭に両者の間の矛盾を生じ……、法の体系を破壊し、契約法の特異性、その担当する特殊の機能を事実上無意義ならしめるに至る」(129 頁)。このような前提の上で、「契約法の及ぶ抽象的範囲は、契約特別関係の範囲、すなわち契約によって必然的に齎される所の、その契約に特殊の関係に他ならないと考える」とし(131 頁)、一般社会における一般的危険とは異なる固有の契約危険を有する契約関係の存在が、契約法が適用される根拠であるという(132－133 頁)。

(2) **松坂説**　川島博士が、契約責任と不法行為責任の適用範囲を明確に分けて両者は競合しないという法文競合を前提としつつ、債務者が履行過程において債権者の完全性利益を侵害するような場合について、一般生活関係とは異なる固有の危険が存在する「契約という場」を介して侵害が生じた場合であるから、これを契約法の適用範囲に含めると解したのに対して、これを敷衍しさらに一歩進めたのが松坂博士である[54]。

松坂博士は、シュタウプからクレスに至るまでのドイツ法の研究を参照した上で、これを日本法に導入することを試みる。すなわち、「債務関係の発展関係において、相手方の物的乃至精神的財貨に対する特別な関係によって生じ得べき損害の防止を目的とするところの保護義務が発生することは、是認せらるべきであろう。けだし、債務関係における当事者は国家目的に適える財貨の配分という共同目的のために相互に協力すべき関係にある結果として、債務関係はその当事者に信頼関係を生じせしめ」、「当事者はその共同目的達成に当っては、信義誠実の原則にしたがい、行為すべき義務を有する」。「この義務は債権関係を支配する最高次の義務であ」り、「契約の準備および実行に当って相手方の権利領域に対する特別な干渉から生じ得る損害を防止す

54) 松坂佐一『債権者取消権の研究』(有斐閣、1962 年) 245 頁以下参照(初出は、京城帝大法学会論集第 15 冊 1 号〔1944 年〕、および、愛知大学法経論集第 10 集〔1953 年〕。以下、「松坂・取消」で『債権者取消権の研究』の頁数により引用する)。

べき義務、即ち保護義務を発生せしむる」といい（245 頁）、保護義務の根拠を契約当事者の協同関係から生じる信頼関係に求めている。その上で、「契約責任が不法行為責任から区別されるのは、契約関係は当事者間に信頼関係の存在することを前提とし、一般社会生活関係におけるよりも人と人とを密接に結びつけることによって、相互に加害の危険……をもたらす結果、特殊の規律を必要とするからである」。「この関係の成立によって当事者は相互に相手方の人格および財貨、すなわち権利領域に影響をおよぼし得る可能性を与えられるものであるから、この関係は、一般社会生活関係に対して特別な社会生活関係として取り扱われなければなら」ず、「それは契約に類似した信頼関係」であるという（281 頁）。

川島説は、保護義務を給付義務と区別することなく契約関係に落とし込んだ上で、契約固有の危険が存在する特別の接触関係であるから、契約法の適用範囲であるとしていた。これに対して、松坂説は、保護義務を契約当事者間の信頼関係から生じるものとして、これを給付関係それ自体からは遮断する[55)]。その上で、この信頼関係は、共通の契約目的に協同して向かう契約当事者間に生じるものであるから、一般社会生活関係とは区別された特別の接触関係が存在し、したがって、「契約に類似した信頼関係」であるから、契約法の適用範囲であるという。

（3） **於保説**　　於保不二雄博士は、保護義務違反の場合について、積極的債権侵害（例えば、①虫の食った林檎を給付したために、債権者の他の健全な林檎に伝染して損害を生じさせた場合や、②債務者が債務の履行方法を誤って債権者の器物を損壊した場合など）とした上で、これを給付義務に附随する注意義務の不履行であるとする[56)]。於保説は、松坂説が保護義務を給付関係から完全に切り離していたのと異なり、給付義務に附随的な義務として、保護義務を履行過程との連関の中で捉えている点に特徴がある。

（4） **北川説**　　この分野における先駆的な業績を残したのが北川善太郎博士である。北川博士は、その著書『契約責任の研究』の中で以下のように述べる[57)]。つま

55）前掲注 54）松坂・取消は、「保護義務は契約内容とは関係がないから、その違反の効果は契約が取消または解除により遡及的に効果を失った場合にも、なおこれを主張することができる」（247 － 248 頁）。「信頼関係としての債務関係は契約の成立によって始めて存在するに至るのではなく」、「契約の成立した後においてもなお存続し、契約の内容として吸収されてしまうのではない」。「保護義務は契約とは何ら関係がないから、契約とは独立して存続する」（286 頁）という。

56）前掲注 18）於保・109 － 110 頁。

57）北川善太郎『契約責任の研究―構造論』（有斐閣、1963 年）1 頁・300 頁以下参照。

り、「本来、契約は、せまく契約債務不履行を指し、しかも、契約責任に関して、債務とは、通常、履行義務・給付義務が考えられている。しかし、しだいにわが国でも肯定されてきた各種の附随義務に対しては、かかる契約責任概念では必ずしも十分でない。法律行為―契約―履行義務―債務不履行・契約責任という伝統的体系とならんで、契約の前中後における当事者の一定の法的態度に対しても、そこに契約保護に値する契約債権関係が発生していることから、契約責任を論ずる余地がみとめられる」といい（1 頁）、「たんにこれまでの給付義務中心の構成のみでは到底、今日の契約責任法にとり、実際的に有用な制度とはいいえないことをみ、債権関係を外枠として、給付義務をめぐる種々の義務（附随義務・注意義務）を給付義務との距離から配置することによって、その有用性回復の可能性」を検討する（300 頁）。そして、債権関係とは、給付義務関係に共通の目的はあるとしても、当事者は自己の利益・期待を追求して行動することが予定されているから、そこに共同利益・全体利益への志向は存在し得ない。ただし、給付義務関係における当事者の契約目的実現のために現れた利益・期待の対立原理を貫徹するために、契約の前・中・後にみられる一定の（契約保護に値する）利益・期待の衝突・紛争を調整することが必要となる。債権関係の意義と機能は、このような給付利益以外の諸利益や期待を調整・保護する点にある。そして、そのような技術的手段が、信義則により導かれる附随義務・注意義務[58]である（92－93 頁・352 頁）。したがって、給付義務を中軸におき、これと一定の距離にある補充的契約責任として、給付義務外にあり契約利益の保護を目的とする附随義務群、および、契約責任の外枠を形成し、契約の場の確保・保全によって契約利益を確保する機能をもった注意義務が契約責任に取り込まれるという、契約責任の段階的構造が存在することとなる（361 頁）。もっとも、かかる注意義務違反と不法行為責任との関係については、「注意義務の範囲・限界の確定が当面の課題である」と述べるにとどまる（379 頁）。

(5) 奥田説　奥田昌道教授もまた、北川博士と同様の方向性を示す。奥田教授は、債務者が負担する義務について、給付義務、附随的注意義務および保護義務に分類する。債務者の負担している義務は、契約によって定められる給付義務（ある結果

58）前掲注 57）北川・357 頁は、注意義務について、「これは、給付義務とは内容的にも時間的にも独立した附随義務」であり、「その内容は契約準備関係とか契約関係により特別な、相手方への利益（人格・財貨）への介入可能性から生ずる侵害への不作為義務であ」るとしており、保護義務と同義であると思われる。

を実現すべく、あるいは、ある目標に向かって適切に行為するように義務付けられる義務のこと）を中心にして、附随的注意義務および保護義務を負う。附随的注意義務とは、給付義務の存在を前提として、給付義務を債務本旨に適って実現すべく配慮すること、および、給付結果ないし給付利益の保護へ向けられた注意義務である（例えば、債務の履行に備えて適切な準備を行い、目的物を毀損しないように保管し、また、引渡しに際しても目的物を毀損しないように注意を尽くす等の義務）。以上の給付義務および附随的注意義務が給付利益の保護へと向けられた義務であるのに対して、保護義務は、債権者および債務者相互において、相手方の生命・身体・所有権その他の財産的利益を侵害しないように配慮すべき義務である。このような保護義務の対象とされる完全性利益は、一般的に不法行為による保護の対象とされるものであるが、当事者が契約ないし債権債務関係を媒介として、債権者と債務者という特別な結合関係に入ったために、相互に完全性利益に干渉し得る可能性が濃厚になり、また、相互に相手方の完全性利益を侵害しないことへの信頼を付与していることから、信義則を媒介として契約法上の義務とされるという。そして、このような保護義務は、契約が成立する以前の契約締結準備段階および契約終了後の段階のそれぞれにおいて認められ、かつ、契約の有効な成立も要しないとする[59]。

（6） **林説**　　林良平博士も、履行過程を規律する規範群の中には、給付義務を中心として、給付義務に近いもの[60]と、それをさらに取りまく相手方の財産・生命を特に保証するための義務群（保護義務）が包摂されるという。このような保護義務は、債権という特殊な法的結合関係で結ばれた当事者間であるがゆえに認められ、また、契約締結前から履行後に至るまでの各段階に存在するという。さらに、林博士は、このような保護利益がどこまで債務不履行責任として保護されるのかという点も問題としており、それを履行過程の関連で判断している。すなわち、履行のための行動をする際の注意義務に違反した場合や、給付結果を招来するための履行をなすべき関係が存在する場合には、給付利益とは異なる保護利益についても不法行為責任のほかに債

59）前掲注 18）奥田・15 － 20 頁。同「契約法と不法行為法の接点―契約責任と不法行為責任の関係および両義務の性質論を中心に」磯村哲編集代表『於保不二雄先生還暦記念・民法学の基礎的課題・中巻』〔有斐閣、1974 年〕257 頁以下も参照。

60）林博士は、このような義務の違反に基づく債務不履行として、サルモネラ菌に汚染されていた卵を原料とした卵豆腐の販売により、買主やその同居家族に被害を与えた場合や、医療事故の場合を想定している。

務不履行責任が成立するという[61]。

以上のように、林説は、完全性利益の侵害をめぐる債務不履行責任と不法行為責任の限界づけについて、北川博士が明言していなかった点を、履行過程との関連という観点から考察した点が特徴的といえよう。

3　不法行為責任への完全峻別論の登場

(1)　平野説　　周知の通り、ドイツ民法学の積極的債権侵害論の影響を受けて、わが国の民法学では不完全履行論が定着し、完全性利益侵害の場面も不完全履行の一態様として、これを契約責任の範疇に含める学説が多数となった[62]。このような学説状況の中で、契約責任の拡大化に警鐘を鳴らし、結論として契約履行過程における完全性利益侵害の場面を全て不法行為責任に放逐するのが平野裕之教授である[63]。

平野教授は、「契約の効力から独立した（不法行為法＝静的利益保護法上の法益たる）完全性利益の侵害が、契約の履行に際してまたは契約的接触の場でなされたからといって契約責任となる筈はない」と述べる（528－529 頁）。その上で、契約法を動的利益保護の法、不法行為法を静的利益保護の法と分類し、「契約の効力によって保証されているのが契約利益であり、その不実現に対し代償をもって契約の履行を求めるのが契約責任であるとすると、これを義務面からみれば、契約利益を実現すべき積極的義務（＝給付義務）の不履行のみが、契約責任を基礎づける」。「契約法は利益変動が完結し、静的利益保護法の規律下に転換するまでを規律するのであり、契約の効力が契約利益の代償の供与によって、または、反対給付の消滅によって完了するまでは、契約法の規律する場面である」とする（536－537 頁）。契約法が規律する場面には、（ⅰ）「契約利益が、履行により生ずる財貨状態に向けられている場合」と（ⅱ）

61）前掲注 18）林ほか・112 － 116 頁〔林良平執筆〕。なお、林博士は、債権関係を欠くがそれに近い特殊な法的結合関係が存在する場合（例えば、デパートに買い物に行ったが商品を購入しなかった客がエスカレーターの欠陥により怪我をした場合）にも保護義務の拡大可能性を指摘する。

62）不完全履行論に関する学説史の展開については、潮見佳男『債務不履行の救済法理』（信山社、2010 年）13 頁以下、長坂純『契約責任の構造と射程―完全性利益侵害の帰責構造を中心に』（勁草書房、2010 年）137 頁以下が詳しい。

63）平野裕之「利益保証の二つの体系と契約責任論―契約責任の純正化及び責任競合否定論」法律論叢 60 巻 2・3 合併号（1987 年）519 頁以下（以下、「平野・論文（法律論叢 60 巻）」で引用する）。同「完全性利益の侵害と契約責任論―請求権競合論及び不完全履行論をめぐって」法律論叢 60 巻 1 号（1987 年）104 頁以下も参照。

「契約の履行により新たな財貨状態が生じるものではない、純粋に役務を契約利益の目的とする場合」が含まれるが、前者の契約責任は、「契約の効力に基づく利益変動を代償をもって行うものであり、それは、本来の給付義務と同質であ」るという。これに対して、後者の契約責任は、「財貨状態の代償は仮定しえず、有償契約における対価均衡の確保の要請から、履行が意味を失ったことに対し、反対給付の対価的調整を行う他な」く、「ここで損害として専ら問題となる完全性利益の侵害については、積極的に完全予防・治療をはかる給付義務の成立している場合であっても、不法行為責任で処理される（契約により不法行為上の作為義務等が具体化される）」という（537－538 頁）。

このように平野教授は、契約法を動的利益保護法、つまり財貨移転に関する法と捉え、契約履行過程で債権者の完全性利益を侵害した場合のみならず、債権者の完全性利益の保護それ自体が給付義務となっている場合（例えば、寄託契約における保護義務。平野教授は「寄託型」という）や、契約目的に適った給付結果の実現のためには債権者の完全性利益を保護することが必要不可欠な場合（例えば、診療契約における保護義務。平野教授は「不完全給付型」という）における侵害までをも不法行為責任へと分類する。その意味で、契約責任を高度に純正化し、不法行為責任との厳格な峻別を図る見解である。

なお、以上のような平野教授による議論は、その後フランスにおいても同様に展開された。フランスのフィリップ・レミィは、「賠償と強制された弁済という区別」から契約責任と不法行為責任を厳格に区別しようとする[64)]。つまり、契約責任とは、「必然的に弁済という機能を保持して」おり、「この弁済という機能は、当事者により契約に期待された利益の現われである義務に例外なくあてはまる」という（315 頁）。例えば、代金を支払わない買主や物を引渡さない売主は、過失により債権者に損害を与えた者として責任を負うわけではなく、適切な履行を義務づけられている債務者として責任を負うのであり、「不法行為の規範は、このような義務の不履行には適用することはできるはずはない」とする（315 頁）。他方で、「購入した物の欠陥によって買主の身体または財産にもたらされた」場合の損害について、フランス民法 1242 条 1 項が適用されるのであれば、それは不法行為責任が「契約責任の領域に擬制的に持

64）フィリップ・レミィ（訳・平野裕之）「『契約責任』、誤った概念の歴史」法律論叢 74 巻 2 号・3 号（2001 年）271 頁以下参照。

ち込まれていた」ものであり、このように「契約責任を酷使することによって、必然的に不法行為との関係が混乱」する（315－316 頁）。「通常不法行為法によって保護されている、とりわけ人の安全や財産の安全という利益を保護する機能」は、弁済の強制を本来の目的とする契約責任とは異なった制度であり、安全義務は「『契約外にある一般的行為規範であり』、それゆえ、契約をした者によって追及された特別の利益とは無縁である」から、「賠償という機能を契約から取り去る」べきであるという（316－317 頁）。

(2) 平野説に対する批判　以上の平野説に対しては、潮見教授による反論がされている[65)]。つまり、契約法を動的利益保護法とし、その規律対象を財貨移転行為のみに限定する点に関しては、「債務の『履行過程』とは、社会的事象としての行為（現象形態としての具体的作為・不作為）の集積を意味するものではな」く、「ある社会的事象を前にして、履行があったか否かという法的評価との関連で規範的に捉えられた観念的な行為を意味しているのである」。「履行過程といっても、社会的事象として捉えられる財貨の有形的価値移転行為を指すものとしてではなく、債権者の実現への期待が法認されている利益状態が作出されるプロセスとして把握されることになる」と反論する（147 頁）。また、給付結果に関しても、「それは、債務者の行為を介して保持することが正当化される利益を指すのであるところ、……債権者が債務者との関係において保持を正当化される利益状態であれば足り、有形的結果の実現に限定されない」。「完全性利益の保持も、右の意味ではこれを給付結果とすることができるのであって、契約の中に組み込まれる可能性も排除されない」と反論し、「完全性利益という概念は、給付結果概念とは異なり、社会的事象として現存している債権者の利益状態を意味するものであって、……むしろ、これに、一定の法的評価の観点から意味が与えられて初めて、法的に保護に値する利益となる」という（147－148 頁）。

その上で、完全性利益の保護それ自体が合意されていない場合に、いかにして契約上の義務の対象とすることができるかについては、保護義務を段階的に把握して解釈する。すなわち、（ⅰ）完全性利益の保護が、合意を基礎として実現されるべきものとされた給付結果を形成している場合、（ⅱ）合意を基礎として実現されるべきものとされた給付結果は完全性利益の保護それ自体を対象としていないが、給付結果を契

65）潮見佳男『契約規範の構造と展開』（有斐閣、1991 年）146 頁以下（初出は、民商 100 巻 4 号・5 号、101 巻 1 号〔1989 年〕。以下、「潮見・構造」で『契約規範の構造と展開』の頁数により引用する）。

約目的に適って保持・利用するためには、かかる利益が保護されていることが必要である場合、（ⅲ）完全性利益の保護が契約目的達成のための必要条件とはなっていないけれども、「取引的接触」に際して発生し得る侵害から相手方を保護すべき場合である（148－149 頁）[66]。そして、（ⅰ）および（ⅱ）における保護義務について、（法的評価との関連で規範的に捉えられた）履行過程に組み込まれるから、これを契約上の義務とすることは当然であるとして、（ⅲ）の保護義務を契約上の義務とすることができるのかに焦点を当てて検討をする。この場合における保護義務が契約の履行過程に組み込まれているというためには、

「第一に、給付結果ないし契約目的実現のために、債権者の完全性利益が債務者に対して開示されることが必要である〔第一準則〕。」
「第二に、そうして開示された完全性利益を保持・管理するために必要とされる注意を相手方（債務者）に委ねることが必要である〔第二準則〕。」
「また、『取引的接触』の叙述からは、第三の要件として、債務者による完全性利益の侵害が、給付結果ないし契約目的の達成へと向けられた行為の中で生じたことが必要であるということが帰結される〔第三準則〕。」
「さらに、『契約に特殊の危険』の要請からは、第四の要件として、当該完全性利益侵害は、給付結果ないし契約目的の達成に伴う特殊の危険の実現であることを要するということが帰結される〔第四準則〕。」[67]

ことが必要であるという。

この他に、長坂純教授は、平野説が動的利益保護法としての契約責任と静的利益保護法としての不法行為責任という保護利益の相違を強調する点を問題視する。すなわち、わが国における不法行為法は、厳格な意味で権利侵害が要求されず、法的保護に値するものであれば保護対象となり得る。このことは、契約責任レベルにおいても同様であり、そこで保護されるべき利益は、所有権等の絶対権から経済的利益あるいは人格的利益をも含み得る可能性が出てくる。したがって、保護されるべき利益という側面からみれば、契約責任と不法行為責任は重なり合うものとして捉えることができ、

66）さらに、潮見教授は、およそ特別の事実的接触に際して生じ得る完全性利益の侵害から相手方を保護すべき場合にも言及するが、この場合は不法行為責任の問題として処理すべきという。
67）前掲注 65）潮見・構造・151 頁。

保護利益から両責任の範囲を画することは困難であるという[68]。

4　小括

(1)　契約責任と信義則上の義務　以上、各論者に若干のニュアンスの違いはあるものの[69]、保護義務を契約責任の範疇に取り入れ、完全性利益侵害の場面を債務不履行責任として構成するのが学説上の多数といってよいであろう[70]。そこでは、契約という特殊な結合関係ゆえに、相手方の完全性利益に配慮して行動すべき義務が信義則を媒介として課される。もっとも、このような保護義務は、不法行為法上の一般不可侵義務と被保護法益や内容の点で相違はない。したがって、保護義務の範囲や不法行為責任との限界づけが問題となるが、これに履行過程との関連という視点を提示したのが林博士であり、さらに進んで潮見教授は、完全性利益を契約利益として法的に評価するための基準を明確にした。

他方で、このような学説の主流と真っ向から対立したのが平野教授である。確かに、平野教授が指摘するように、完全性利益の侵害は契約関係に固有の危険であるから（川島説）とか、完全性利益を侵害しないように行動すべき信頼関係が契約当事者間に生じているから（松坂説）といったところで、そのことから直ちに法定債権関係である保護義務が契約責任を構成するとは言い難い。新しい契約責任論によれば、債務不履行責任が成立するかどうかは当事者が合意によりどこまでを引受けたのかに係っており、契約に固有の危険であること、あるいは、当事者間に信頼関係があることは、債務者が相手方の完全性利益を保護することを契約上引受けたことと同義ではないからである。しかしながら、他方で、平野説が、寄託型および不完全給付型における完全性利益の侵害までをも含めて、これを不法行為責任へと放逐することについては、

68）前掲注 62）長坂・191 頁。

69）この点、前掲注 62）長坂・171 頁以下は、保護義務に関する諸学説を給付関係と保護関係の峻別可能性という観点から、①峻別徹底説、②中間説、③峻別不徹底説に分類している。

70）その他、保護義務に関する見解として、下森定「契約責任の再構成をめぐる覚書」LS27 号〔1980 年〕11 － 12 頁がある。下村教授は、契約関係の範囲を契約当事者間の本来の給付義務を中心に狭くとらえるときは、かかる保護義務は契約関係外の社会関係となり、不法行為責任の対象領域となるという。しかし、保護義務が問題となるような契約的法律関係という社会関係は、一般の市民相互関係よりも契約関係に近く、しかも、資本主義社会の発達に伴う社会全体の契約への依存度・信頼度の強化により、契約責任的救済が求められるようになったという。そこで、個人の主体的な意思に基づく契約責任とは別個の、信義則を媒介とした保護義務を容認することにより、補充的契約責任類型という契約責任と不法行為責任の中間領域を導く。

疑問がないわけではない。この場合には、相手方のかかる利益を保護することについて、債務者が合意としてこれを引受けているのであるから（不完全給付型の場合も、相手方の生命・身体や財産を保護することが給付結果実現に必要不可欠な前提となるから、給付結果の実現を引受ける以上、保護義務も同時に債務者により引受けられていると考えるべきである）、その不実現はまさしく債務不履行責任を成立させるものである。平野教授は、役務を契約目的として引受けたことが、一般不法行為責任としての保護義務の内容を具体化するというが、契約を迂回して不法行為責任上の注意義務を観念するよりも、契約上の義務そのものとした方が端的ではないだろうか。

では、相手方の完全性利益の保護が給付結果実現のための必要条件とはなっていない場合はどうか。この場合もやはり、保護義務を契約責任として構成するためには、債務者の（規範的評価を経た）合意による引受けが必要である。そして、給付結果実現に際して債権者が自己のかかる利益を債務者に晒し、その保持・管理を債務者の注意に委ねる必要がある場合には、債権者は明確な合意の形によらなくとも、債務者に対して完全性利益を保護することを期待している。他方で、債務者も当然にそのような利益に配慮することを引受けていると考えることができるし、あるいは、引受けるべきことが信義則の義務として要求されている。両当事者が自らの求める一定の利益の実現を積極的に追及するために契約を締結し、当該契約の履行に際して、債権者の完全性利益を債務者が支配・把握している状況にもかかわらず、債務者はこれら債権者の利益に一切配慮しなくてもよく、その侵害につき契約上何らの責任も負わなくてよいとするのは、一方で自らの利益を契約という形で追及しておきながら、他方で契約という場の中で債権者から委ねられた利益を無視するものであり、公平に反すると思われるからである。潮見説における第一準則および第二準則は、この意味で合意に置き換わるものであり、かくして契約の補充的解釈により、契約関係を取り巻く保護義務すなわち信義則上の義務についても、合意というベールを纏って契約責任を構成することができると考える。

⑵　不法行為責任との関係　　このように把握される保護義務は、不法行為責任とどのような関係に立つのであろうか。このような保護義務は、不法行為法上の不可侵義務の言い換えに過ぎず、それは一般不法行為法上の注意義務と等しいものではないのか[71]。かかる義務を保護義務として契約責任の範疇に含める特殊性はどこにあ

71）前掲注 63）平野・論文（法律論叢 60 巻）・539 頁。

るのか。

この点、潮見教授は、次のように述べる。すなわち、一般的不可侵義務は、「そもそも特定の他人の完全性利益を保護するために特別に配慮することへと義務づけるものではない」が、保護義務は、より限定された範囲における当事者間に設定され、その内容も「給付結果ないし契約目的の達成に伴う特殊の危険を回避するために必要な行為が要求されるがゆえに」高度化されるという[72)73)]。つまり、ここでいう信義則上の保護義務とは、単に相手方の完全性利益を侵害しないように注意する義務にとどまらず、かかる利益を保護するための積極的な作為が要求されてるのである。また、生命身体および健康に対する配慮については、人間としての生存の根幹に関わる最重要法益が対象となっていることから、かかる法益侵害の危険を事前に阻止すべく、事前の履行請求権（保護義務の履行請求権）が認められるとする[74)]。

第２節　保護義務（安全配慮義務）と履行補助者

前節でみたように、信義則上の義務についても、これを契約上の義務として構成することができると考えるならば、当該義務についての履行補助者責任も観念することができる。そして、交渉補助者の行為が問題となる場面における各種の行為義務も信義則上課されるものであるから、両者は契約成立の前後において対比した構造となる。そこで、本節では債務者に信義則上課される保護義務と履行補助者責任の関係に立ち

72）前掲注 65）潮見・構造・153 頁。なお、潮見教授は、一般的不可侵義務や保護義務とさらに区別されるものとして、特別の関係にある当事者の間で設定される安全義務を挙げる。これは、およそ特別の社会的・事実的接触（取引的接触であることを要しない）を前提として、そこにおける相手方の完全性利益の侵害を回避すべく課されるものであるという。もっとも、この場合には契約目的や履行過程との関連性が要求されておらず、義務の発生根拠が漠然としているだけに、義務づけられる作為の内容を特定することが困難であり、不法行為法上で処理されるべきであるとする。したがって、例えば、隣地に飛び出た枝を切るために業者に伐採を依頼したところ、当該業者が伐採した木を隣地に倒して家屋等を損傷した場合、木の伐採が隣人からの要請を契機とするものであっても、これは事実的接触を前提とする安全義務に過ぎず、隣家との関係では不法行為責任を負うだけにすぎないだろう。

73）なお、この点に関して、信義則上の義務をすべて不法行為法上で処理すべきであるという平野教授が、「契約的接触により、不法行為法上の一般的不可侵義務が作為義務に具体化され」、「注意義務も契約内容に従い高度化、場合によっては軽減され」るとするのは前述の通りである（前掲注 63）平野・論文（法律論叢 60 巻）・533 頁）。

74）前掲注 27）潮見・旧Ⅰ・108 － 109 頁。他方で、取引における経済的利益の保護が問題となる局面では、行為者の営業権保護との権衡上、事前の履行請求権を認めるのは適切ではないとする。

入っておく。安全配慮義務についての履行補助者責任の問題を扱った判例として、最判昭和 58 年 5 月 27 日民集 37 巻 4 号 477 頁がある[75]。

1　最判昭和 58 年 5 月 27 日民集 37 巻 4 号 477 頁

次のような事案である。陸上自衛隊会計隊長 B が、隊務のために自衛隊車両を運転するに際して、車両運転の教育のために会計隊に所属する隊員 A に同乗を命じたところ、B の運転上の過失によりスリップして対向車両と衝突し、A が死亡した。

判旨は、国が公務員に対して負う安全配慮義務は、「国が公務遂行に当たって支配管理する人的及び物的環境から生じうべき危険の防止について信義則上負担するものであるから、国は、自衛隊員を自衛隊車両に公務の遂行として乗車させる場合には、右自衛隊員に対する安全配慮義務として、車両の整備を十全ならしめて車両自体から生ずべき危険を防止し、車両の運転者としてその任に適する技能を有する者を選任し、かつ、当該車両を運転する上で特に必要な安全上の注意を与えて車両の運行から生ずる危険を防止すべき義務を負うが、運転者において……当然に負うべきものとされる通常の注意義務は、右安全配慮義務の内容に含まれるものではなく、また、右安全配慮義務の履行補助者が……運転者として乗車する場合であっても、右履行補助者に運転者として……運転上の注意義務違反があったからといって、国の安全配慮義務違反があったものとすることはできない」とした。

上記判旨は、結論としては国の責任を否定しているものの、判例は、危険防止のために適切な人的・物的条件を整備することを内容とする国の安全配慮義務を認めており、当該義務に関して人的・物的組織の編成権限を付託された者は履行補助者たり得ることを前提としたものである。

2　後藤判事による問題提起

安全配慮義務をめぐっては、この問題に関するリーディングケースである最判昭和 50 年 2 月 25 日民集 29 巻 2 号 143 頁[76] 以降、学説による数多くの判例批評が行われ

75）なお、前掲注 34）潮見・新Ⅰ・172 頁は、安全配慮義務について、契約関係における給付と受領が繰り返される中で発生することが予測される具体的危険から、契約内容に照らして相手方を保護すべき義務として理解し、保護義務と安全配慮義務を区別する必要はないとする。前掲注 62）長坂・291 頁脚注⑵も、安全配慮義務は雇用契約に限定されるものではなく、売買契約等において論じられる場合には保護義務と同視してよいと指摘する。

てきた。そのような中で、安全配慮義務と履行補助者という問題について、下級審裁判例を題材にしてこれを扱ったのが後藤勇判事である。

後藤判事は、当時の下級審裁判例[77]の多くが、①使用者である国または会社に対して、抽象的に「職務遂行のための場所、施設若しくは器具等の設置管理又はその遂行する職務の管理にあたって、被用者の生命及び健康等を危険から保護すべき」安全配慮義務を認定した上で、②その被用者である中間管理者を履行補助者とし、当該具体的状況下におけるその者の具体的注意義務を確定し、その違反をもって直ちに使用者である国等の安全配慮義務違反を認めていることは、論理が逆転しているという。すなわち、履行補助者は、債務者の債務それ自体の履行を補助するものであるから、履行補助者がなすべき行為は債務者の債務の全部または一部である。このことから、履行補助者責任が問題となる場合に、履行補助者が債務者のなすべき義務の履行を怠れば、当然に債務者の債務不履行責任を生じる関係にあるが、債務不履行があったかどうかの判断に際して、履行補助者のなすべき義務の内容を確定して、その違背の有無を判断する必要はない。そして、国や会社は、被害者の生命身体の安全を守るために、これに必要とされる具体的注意義務を果たし得るような人物（中間管理者）を選任する義務（人的整備義務）を負い、かかる人選を誤ったときに、人的整備を怠った点で安全配慮義務があるという[78]。このような後藤判事の見解は、上記最判昭和58年の判例法理とも同一の方向性を示すものであった。

76）八戸駐屯地方第9武器隊車両整備工場において、車両整備に従事していた自衛隊員Aが、訴外Bの運転する大型自動車大型自動車に轢かれて即死したため、Aの両親であるXらが、国Yに対して損害賠償を請求した事案。判旨は、「国は、公務員に対し、国が公務遂行のために設置すべき場所、施設もしくは器具等の設置管理又は公務員が国もしくは上司の指示のもとに遂行する公務の管理にあたって、公務員の生命及び健康等を危険から保護するよう配慮すべき義務（以下「安全配慮義務」という。）を負っている」とし、その理由を「右のような安全配慮義務は、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務として一般的に認められるべきものであって、国と公務員との間においても別異に解すべき論拠はな」いとした。

77）東京地判昭和53年7月27日判タ381号141頁、東京地判昭和53年8月22日判タ381号139頁、東京地判昭和53年8月29日判タ375号117頁、東京地判昭和53年11月27日判タ378号116頁。

78）後藤勇「安全配慮義務とその履行補助者」判タ410号（1980年）48－51頁、同「安全配慮義務違反による損害賠償請求訴訟の諸問題」判タ456号（1982年）39－40頁。

３　履行補助者責任との接続

上記後藤説については、学説上、「履行補助者責任論が見落としていた判断手順を再任させる意味で、債務不履行の一般論としても支持されるべき」とするものがある[79]。債務不履行、つまり、その帰責事由としての履行補助者責任が問題となる以上、債務発生原因との関連において何が債務内容を構成しており、その履行過程で債務者は具体的に何をすべきであるのかという観点から分析が試みられるべきであるというのである。

このような見解を基礎としつつ、前節までに整理してきたことをまとめれば、安全配慮義務に関する履行補助者責任の構造は次のようになるであろう。

①　安全配慮義務（完全性利益の保護）が債務者の負担する債務内容を構成すること。

（ⅰ）完全性利益の保護が当事者の雇用契約において明確に合意されている場合はもちろんであるが、そうでなくても、（ⅱ）労務提供のために、被用者の完全性利益が使用者に対して開示されており、そのように開示された完全性利益を保持・管理するために必要とされる注意が使用者に委ねられ、被用者の完全性利益が労務提供過程の中で侵害され、その侵害が労務提供の達成に伴う特殊の危険の実現である場合には、使用者の負担すべき債務内容を構成するといえる（前述の潮見四準則を参照）。

②　当該具体的行為義務を履行するために、使用者が履行補助者を配置したこと。

③　履行補助者の行為が履行過程との客観的関連においてされたこと。

④　履行補助者の行為が具体的義務付けを逸脱したこと。[80]

以上のような構造を経て、安全配慮義務は使用者の債務内容を構成し、これを履行補助者に割り当てた使用者は、履行補助者の行為に起因して具体的な行為義務に違反した場合には、債務不履行責任を負うのである。そして、安全配慮義務を労働災害の場面における保護義務だと捉えるのであれば、このことは契約当事者に信義則上課される保護義務一般にも敷衍することができるであろう。かくして、債務者に信義則上課

79）前掲注 65）潮見・構造・260 － 262 頁。
80）前掲注 34）潮見・新Ⅰ・410 － 411 頁も参照。

される保護義務についても、履行補助者の行為に起因して違反される場合には、債務者本人は債務不履行責任を負うことになるのである。

第3節　交渉補助者と履行補助者責任

翻って交渉補助者について考えてみると、まず、契約交渉段階における信義則上の義務は不法行為責任とされている（後述）。このとき、交渉補助者と本人との間に使用関係が存在すれば、715条の使用者責任を介して本人に対して責任を問うことができる。しかし、そうではない独立的履行補助者の場合には、本人に対して使用者責任に基づく不法行為責任を追及していくことができない。他方で、履行補助者責任を追及しようにも、前提となる契約が存在しないため、本人に対して契約責任を問えるのかという疑問が生じる。つまり、独立的履行補助者が交渉補助者になった場合の本人の責任については、エアポケットのようにどっちつかずの状態になっているのである。そこで本節では、このような状態を解消すべく、交渉補助者にまで履行補助者責任を拡張することができないか、時的拡張の可否について検討する。

1　学説の状況

履行補助者責任の時的拡張につき言及する学説は多くない。ただ、石田博士が「履行補助者に因る債務者の責任の理論を契約締結の場合にも応用してもよいと思ふ」といい[81]、北川博士も「これまで履行補助者について説明してきたが、同様のことは、いま一つ契約補助者である締約補助者にも妥当する」というのみである[82]。

(1)　潮見説　　このように、交渉補助者に関して学説上ほとんど言及されていない点を捉えて、潮見教授は以下のように述べる[83]。「交渉補助者の過失に関して本人の契約責任を認めない趣旨の現われと見るべきではない」。むしろ「今日のわが国の学説・実務における支配的見解においては、……契約責任としての『契約締結上の過失』責任が異論なく採用されているのである。このような立場からは、交渉補助者の過失について本人に契約責任を課すのも当然のこととなるであろう」という（282頁）。しかしながら他方で「使用者責任の免責立証の規定が空文化していて、かつ、

81）前掲注12）石田・267頁。

82）奥田昌道編『注釈民法(10)・債権(1)』（有斐閣、1987年）427頁〔北川善太郎執筆〕。

83）潮見佳男『契約責任の体系』（有斐閣、2000年）280頁以下参照（初出は、民商96巻2号・3号〔1987年〕。以下、引用は『契約責任の体系』の頁数による）。

包括的な不法行為要件を持つわが国においては、交渉補助者の過失について契約責任を課すことには慎重であることを要する」。「交渉補助者の過失を不法行為責任で処理するのに不都合のないわが国においては、『契約成立前における契約上の義務』（もしくは、契約責任の規定が適用される義務）を持ち出す必要はない」。「給付義務も発生していない契約準備交渉段階における交渉補助者の過失については、不法行為での使用者責任の問題として処理すべきである」と結論付け、潮見教授自身は、交渉補助者について契約責任を認めることに否定的である（282－283 頁）。

もっとも、契約準備交渉段階での義務の中でも、第一次的財産損害防止のための説明義務に関しては、信販会社と販売代理店の関係に代表されるように、被用者でない独立事業者が交渉代理人として登場する場合があるので、別途の考察を要するという。この場合には、不法行為法上の使用者責任や、契約責任としての「契約締結上の過失」とは別個の観点から、相手方を保護することが可能であるという。つまり、履行補助者責任の文脈において、かつてドイツで主張された「代理説」を参考にし、「『交渉代理人の行為による経済的利益（自己への法律効果の帰属）を享受しようとする者は、交渉代理人の行為による相手方の経済的損失についてもこれを負担すべきである』と考えるのが、『利益あるところ、損失も負担すべし』との観念に合致する」ところ、「『交渉代理人』の説明義務違反の過失について、本人は、相手方に対して損害賠償義務を負うと考えるのが妥当である」という（283 頁）[84]。

（2） **金山説**　　また、金山直樹教授は、オーナーシステムにおける信販会社の責任を念頭に、交渉補助者概念の必要性を以下のように説く[85]。「私は、個々の契約に際して顧客にいかなる説明がなされたとか、商品開発に関して信販会社がどのように関わったとかいったレベルでの具体的事実よりも、端的に、《ある契約の締結を別の契約の締結によって補助した》という定型的な事実のレベルに着眼すべきだと思う」。「ここに、契約締結の補助は双方的であって、ローン契約は本件商品売買契約の締結を補助するとともに、本件商品売買契約はローン契約の締結を補助している、とみることができる。私は、そのような形で定型的に契約締結を補助したという事実に着眼

84）なお、前掲注 34）潮見・新Ⅰ・122 頁注 18）・415 頁は、この場合について、交渉代理人による法律行為の効果が本人に帰属することとの均衡から、履行補助者責任の法理に仮託して相手方を保護するのが望ましいという。

85）金山直樹『現代における契約と給付』（有斐閣、2013 年）160 頁以下参照（初出は、判タ 1144 号〔2004 年〕。以下、引用は『現代における契約と給付』の頁数による）。

して、『契約締結補助者』という概念を提唱したい」。このような交渉補助者の概念の導入により、「個別の細かな事実関係に立ち入ることなく契約当事者の置かれた定型的な状況を確認すれば足りることになり、ひいては当事者の立証負担も、また裁判官の審理対象も大幅に軽減できる点で、個々的・個別的な審理を必要とする説明義務論や注意義務論のアプローチよりも優れて」おり、「商品購入者は、契約締結補助者が多ければ多いほど責任主体が増え、その保護が厚くなる可能性がある」という（165－167 頁）[86]。

その上で、交渉補助者の行為について本人が帰責される根拠に関しては、次のように述べる[87]。まず、（ｉ）「契約相手方が契約締結に向けて補助者を用いる場合、不法行為法上、補助者を通じて当事者に損害を加えることがないようにすべき信義則上の義務が課されている、というべき」である。仮に、「相手方が、契約締結補助者を用いることによって、本来自分で契約を締結した場合に問われるべき責任を免れることができるとすれば、不法行為法上の義務の変更を認めることになってしまうだろう。だが、何人も、他人を用いることによって、自ら負う不法行為法上の義務を回避することはできないはずである。不法行為法上の義務が法律に由来する以上、その拘束力から離脱することは許されないからである」。「契約締結補助者問題における帰責の根拠は法律の拘束力だというべきである」と主張する（19 頁）。これは、履行補助者責任の帰責根拠論に関する森田説を、交渉補助者についてパラレルに引き直すものである。履行補助者責任の根拠が契約の拘束力に求められるとき、債務者は自己の意思で

86）もっとも、金山教授は、お互いに相互依存関係にある 2 つの契約に関して、一方の契約の債務不履行が他方の抗弁事由となるのか、という問題意識のもとに本文で引用したことを述べている。したがって、そのような問題意識のもとでは、（ｉ）本人に対して抗弁事由として主張し得る責任主体（＝交渉補助者）の数が多ければ多いほど、商品購入者にとっては有利であるし、（ii）交渉補助者に債務不履行が生じれば、本人の説明義務違反や注意義務違反を問題とすることなく、商品購入者は定型的に抗弁を主張し得るという点で、交渉補助者概念の導入は商品購入者にとって有利である。他方で、「交渉補助者に履行補助者責任を拡張して、本人に対して債務不履行責任を問えるか」という問題意識のもとでは、結局、本人に対して債務不履行責任を問えるかどうかが問題であるから、交渉補助者の数が多いことは債権者にとって有利ではなく、また、具体的事情において交渉補助者がいかなる説明を果たしたのかなどの各種義務違反の認定も必要になってくる。したがって、定型的な判断になるということはなく、金山教授のいうメリットは、本稿の問題意識のもとでは妥当しないであろう。

87）金山直樹「契約締結補助者の理論」法研 88 巻 7 号（2015 年）17 頁以下参照（以下、「金山・論文」で引用する）。

設定した契約規範により負担する債務内容を、他人の利用という方法で一方的に変更することは許されないとされる。自らの意思で設定した義務についてそうであるならば、法律が交渉当事者に課した義務については、なおさら他人の利用による一方的な変更は許されないということになろう。

そして、このような信義則上の義務の一つとして、金山教授は安全配慮義務を挙げる。最判昭和 50 年によって示された安全配慮義務についての定式を、「安全配慮義務は、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入ろうという当事者間において、当該法律関係に入ることを前提とする附随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務」と再定位した上で、契約上の本来の安全配慮義務と異なり、一般生活上の信義則上の義務として交渉当事者に課されるという（20 頁）

金山教授は、この他に（ⅱ）システム構築責任も帰責根拠としている。「契約を組み合わせて取引をする者は、その組み合わせによって、契約相手方が損害を被ることがないようにシステムを設計・設置・管理する責任があるということができる」。「この思想は契約締結補助者を用いることをシステム化した契約にも当てはまる」という（21－22 頁）[88]。

２　履行補助者責任と使用者責任の構造上の類似性

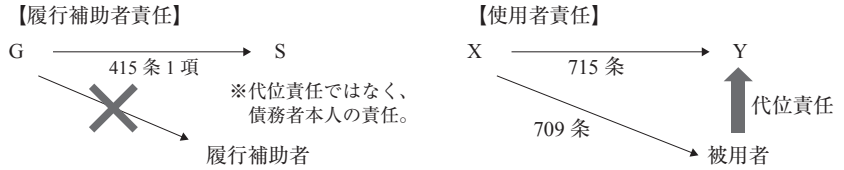
以上、交渉補助者の行為について債務者本人に帰責させる根拠としては、代理説と法律の拘束力に求められることを確認した。もっとも、法律の拘束力を主張する金山説には、次のような疑問も存在する。既に述べたように、金山教授は、交渉補助者責任の根拠を安全配慮義務に代表される信義則上の義務に求める。このとき、金山教授は、かかる信義則上の義務について、契約上の義務とは異なる一般生活上の義務であるという。そして、交渉補助者がかかる一般生活上の信義則上の義務に違反した場合には、交渉当事者は、「あたかも自分で違反行為をしたのと同様の不法行為責任を負う」という[89]。しかしながら、一般生活上の注意義務は、事実的接触のある当事者

88）前掲注 34）潮見・新Ⅰ・414 － 415 頁も、契約締結過程の信義則上の義務違反を理由とする責任を本人に帰責させる枠組みとして組織過失をあげる。もっとも、潮見教授は、このようなシステム構築責任は、交渉プロセスにおける人的組織編成面における債務者自身の義務違反であるところ、評価の対象となるのは債務者本人の人的編成行為であり、交渉過程で交渉補助者が不合理な行動をとったからといって、本人にシステム構築責任が認められる訳ではない点には注意すべきであるという。

89）前掲注 87）金山・論文・25 頁。

間において課されるものである。このとき、交渉相手方と実際に対面しているのは交渉補助者なのであり、交渉当事者ではない。そうすると、交渉当事者には、一般生活上の注意義務としての信義則上の義務は生じないはずである。それにもかかわらず、あたかも自身の行為義務違反として責任を課される理由はどこにあるのであろうか。このような他人の行為による不法行為責任を認めるには、使用者責任のような責任構造が存在しなければならない。そこで次に、履行補助者責任と使用者責任の帰責構造の類似性から、履行補助者責任の（不法行為法の適用範囲である）契約交渉段階への拡張可能性について検討したい。

（1） **帰責構造上の類似性**　　まず、履行補助者責任については、履行補助者の行為に起因する責任ではあるものの、債務不履行責任を負うのは債務者本人のみであり、履行補助者自身は何ら責任を負わないという構造を有する。他方で、使用者責任は、被用者本人が不法行為責任（709 条）を負うことを前提として、使用者もこれを代位する形で被用者と共に責任を負うという構造を有する（下図参照）。したがって、両者の帰責構造は異なるものであり、履行補助者責任を不法行為責任の領域にまで拡張する構造上の類似性はないようにも思える。



しかしながら、この点に関して、森田教授が次のような示唆を与える。

「『他人の行為による契約責任』のすべてが、右に述べたように、債務不履行の一般原則によって正当化されることを意味しない。法律の特別の規定ないし解釈による判例の法創造によって、履行補助者責任の一般原則に対して例外といえるような『他人の行為に対する特殊な保証責任』を認めることは理論的にも十分可能である。」

「パック旅行を主催する旅行業者は、その旅行客との間で自らが役務提供者として運送契約や宿泊契約を締結して、それを運送人やホテル経営者を履行補助者として役務給付の債務を履行しているわけではない。そうすると、旅行業者はこれ

らの役務提供者による不履行より生じた損害について、一般の履行補助者責任を負うことにはならない。しかし、主催旅行の過程で旅行客に損害が生じた場合、旅行業者に役務提供者の不履行について契約上の『保障責任』を負わせるべきだと解することは可能である。旅行客が主催旅行先の役務提供者の責任を直接に追及することが困難であるのに対し、旅行を主催する旅行業者は役務提供者を選択し監督することが可能な立場にあり、また、付保によって主催旅行のリスクを広く旅行客に転嫁することが可能な地位にあるのがその理由である。……ときに『ネットワーク責任』ないし『窓口責任』と呼ばれるものは、ここに分類されよう。」

「このような『特殊な保証責任』の帰責の正当化としてふさわしいのは、わが国の学説がしばしば援用するような報償責任や危険責任的な発想である。……この責任は、債務者がその債務の履行について利用した『他人の行為』についての責任ではなく、債務者が利用した他人がその顧客である債権者に対して直接負っている契約上の債務の不履行責任について、それと同一の責任を負うという『代位責任』である。したがって、直接の加害者である被用者が一般不法行為の要件を満たすことを前提とした『代位責任』である点で、使用者責任と共通する帰責構造によるものといえよう。」[90)]

このように森田教授は、履行補助者責任について特殊なケースを認め、この場合には不法行為法上の使用者責任と帰責構造が共通することを認める。そして、この特殊なケースに当たる場合とされるのが、旅行客業者と旅行先の宿泊業者の関係であったり、鉄道路線相互の乗り入れによる旅客通し運送における相次運送人の関係であったりなど、複数の契約が連鎖して一つの契約グループを構成している場合であるという[91)]。この場合の債務者（旅行業者や鉄道会社）は、他人（旅行先の宿泊業者や他の鉄道会社）を自身の債務を履行するための履行補助者として利用している訳ではない（例えば、旅行業者は、ホテル経営者としてホテルに顧客を宿泊させる義務を負っているわけではない）。しかしながら、債務者は、自身と共に契約グループを形成する他人を自由に選任できる立場にあり、また、債権者と比して当該他人にアクセスし易く、こ

90）前掲注 25）森田・構造・169 － 170 頁。

91）前掲注 87）金山・論文・15 頁も独立的履行補助者に関して、「二つの相互依存的な契約が見られる場合が多いことは否定できない」という。

れを監督することが可能である。しかも、債務者は、自身の債務の履行を完遂するに当たり、当該他人の行為を利用することが不可欠であり、あるいは、当該他人の行為を利用することにより自身の債務履行を容易ならしめている。したがって、独立事業者同士が一つの契約グループを形成している場合には、自己の債務そのものの不履行でなくても、当該他人の債務不履行についてこれを代位して責任を負うのである。そうであるならば、独立的履行補助者に限っていえば、履行補助者責任と使用者責任の帰責構造は類似のものであるとして、履行補助者責任を契約締結段階にまで拡張することが可能なのではないだろうか。まして、債務者は、自身の契約の締結について他の独立的事業者を用いるのであるから、他人の債務不履行について代位責任を負う以上、交渉補助者の行為義務違反について代位責任を負うのはなおさらであるように思われる。

そして、このときの交渉補助者責任の要件は、落合教授や平井博士が説く、使用者責任との対比アプローチによる立場によるべきであると考える。前述した通り、使用者責任との対比アプローチに対して投げかけられていた批判は、履行補助者の行為が契約内容および履行過程にどのように組み込まれているのかという契約上の評価の視点が欠落し、契約責任としての固有の帰責根拠が示されていない点にあった。ところが、契約締結過程においては、そもそも契約が存在し得ず、その法的性質も不法行為責任であると解されるから、契約内容に組み込んで考えるべきだという批判は当たらないし、そのような作業自体が不可能だからである。そうすると、履行補助者責任の要件を交渉補助者責任に引き直す必要があるが、平井博士によれば、履行補助者責任の要件は、（ⅰ）債務者が履行補助者を用いたこと、（ⅱ）履行補助者の「責めに帰すべき事由」による債務不履行があること、（ⅲ）損害との因果関係である[92)]。この要件を交渉補助者の場合に改めるなら、（ⅰ）債務者が交渉補助者を用いたこと、（ⅱ）交渉補助者の故意過失による行為義務違反、（ⅲ）損害との因果関係ということになろう。平井博士によれば、（ⅰ）に関して、独立的補助者について 715 条 1 項但書の免責事由は認められず、債務者の選任監督上の過失も必要ないとのことだから、交渉補助者についても、交渉補助者による行為義務違反に関して債務者は 715 条 1 項但書による免責の余地はないし、選任監督上の過失も問題とならないということになる（債務者本人の組織過失、システム構築責任の場合は別論である）。

92）前掲注 19）平井・85 － 87 頁。

(2) 履行補助者の場合との対比　また、履行補助者の行為に起因して債務者が負担する信義則上の保護義務に違背した場合と対比しても、次のようなことが考えられる。契約という特殊な結合関係で結ばれた当事者の間には、給付義務の他にこれを補充する契約責任として、相手方の完全性利益に配慮すべき保護義務が信義則を媒介として課されることは既に述べた。そして、この信義則上の義務は、補充的契約解釈を通じて、合意というベールを纏い債務者の債務内容を構成し、当該保護義務を履行補助者が逸脱した場合には、債務者自身の債務不履行として責任を構成するのである。

ところで、保護義務に関する学説の多くは、契約成立の前後を通じて契約当事者間に保護義務の成立を認めていた[93]。そうすると、当事者間において完全性利益の保護を給付利益として合意した場合、あるいは、明確な合意はなくとも保護義務が履行過程に組み込まれている場合には、「合意」の名のもとに信義則上の保護義務が契約責任を構成するが、契約交渉段階においても、契約交渉の場という特別の結合関係で結ばれた当事者の間には、同様の信義則上の保護義務が課されていることになる。そして、交渉補助者は、この契約締結段階から契約終了後までを貫く信義則上の保護義務について、実際に契約交渉の場に身を置く者としてこれを負担するのである。このとき、契約交渉段階における信義則上の保護義務は、交渉補助者を用いなければ、本人が契約交渉の場にて負うべき自身の作為義務であったはずである。この本来的に本人の負担すべき義務について、交渉補助者を用いることにより本人が逃れるのは妥当ではない。したがって、前述のような帰責構造を通じて、交渉補助者が負うべき保護義務違反の責任について、これを本人が代位して負担するのである。このように考えれば、契約関係にある当事者が負う信義則上の保護義務が履行補助者の行為に起因して違反される場合と、契約締結前の交渉当事者が負う信義則上の保護義務が交渉補助者の行為に起因して違反される場合の各当事者の責任の差異は、当該保護義務が「合意」という枠組みの中で課されるのか、あるいは、いわば「裸の保護義務」として課されるのかの違いに過ぎず、実際上は大きく異なるものではないといえよう。

もっとも、このように契約締結前の保護義務を認めることについては、疑問がないわけではない。伝統的に、契約交渉の破棄により無駄となった交渉費用や相手方の説明義務違反により生じた損害については、所謂「信頼利益」として、契約締結前の保

93）前掲注 54）松坂・取消・286 頁、前掲注 57）北川・352 頁、前掲注 18）林・113 頁、前掲注 18）奥田・19 頁。

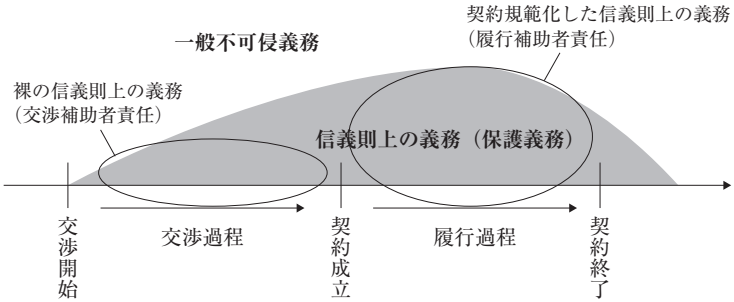
護義務違反に由来する完全性利益の侵害とは区別されて論じられてきており[94]、このような保護義務を認めることについては消極的な見解が一般的であるとの指摘も考え得るからである。しかしながら、このような疑問に対しては、以下のような応答が可能である。すなわち、「信頼利益」という概念を使用することに対する、そもそもの疑念である。今日の学説においては、信頼利益概念の多義性や日本民法との異質性、賠償範囲を限定する基準としての有害性などから、このような概念を用いずに、端的に相当因果関係ないし保護範囲（義務射程）の問題として処理すべきであるとの見解が多い。このように考えると、契約交渉過程における損害賠償の内容を考察するときに重要なことは、交渉過程において交渉当事者（あるいは交渉補助者）がいかなる信義則上の行為義務を負っており、そして、かかる行為義務に違反したために相手方のいかなる権利・法益が侵害されたのか（交渉相手方のどのような地位が法的保護に値するのか）ということになる[95]。結局、交渉当事者がいかなる信義則上の義務を負い、かかる義務の射程がどこまで及ぶのかということが決定的なのである。

このとき、完全性利益としての財産的利益が行為義務の射程に入り込む場合もあるという。給付利益を契機として展開された価値的状態の挫折という観点からみれば、問題となった給付利益が債権者の既存財産に取り込まれることにより、当該財産自体が展開して形成されたはずの利益が挫折したという意味で、一種の完全性利益の侵害と捉えることができるからである。そして、この将来の財産的利益形成機会が、契約交渉過程の中に組み込まれているときには、これに関して生じた不利益は、契約交渉段階における行為義務の保護範囲に入れて価値の実現を図ることが、自己決定権の保障という観点から正当化されるという[96]。そして、このことは財産的利益にとどまらず、相手方交渉当事者の有するその他の利益にも広く敷衍できるように思われる[97]。もちろん、このような保護義務は、単なる事実的な接触があるというだけでは生じ得ない。しかしながら、交渉過程における各当事者の具体的な行為の意義を探求しつつ、個別具体的な状況下で遵守されるべき行為規範として、かかる義務を観念すること（交渉過程との関連において義務を把握すること）を排除する理由はない。

94）我妻栄『債権各論・上巻』（岩波書店、1954 年）40 頁（以下、「我妻・上巻」で引用する）、川井健『民法概論 4・債権各論（補訂版）』（有斐閣、2010 年）9 頁。

95）潮見佳男『不法行為法Ⅰ（第 2 版）』（信山社、2009 年）136 － 139 頁（以下、「潮見・不法行為法Ⅰ」で引用する）、平野裕之『債権各論Ⅰ・契約法』（日本評論社、2018 年）27 頁（以下、「平野・債権各論Ⅰ」で引用する）、前掲注 34）中田・146 － 147 頁。

要するに、契約交渉という接触を契機として、保護義務をはじめとする各種の信義則上の注意義務が契約（交渉）当事者に生じ（これは、一般不可侵義務にとどまらない本人自身の積極的な義務である）、当該義務が契約の成立を起点として「合意」という装置に取り込まれれば、債務者本人の責任として履行補助者責任を構成し、契約成立以前の段階であれば、交渉補助者の責任を代位する形で（もっとも、これは本来的に本人自身が負担すべき義務である）交渉補助者責任を構成するのである。



（3） **義務内容上の類似性**　　次に、義務内容およびその違反についての判断構造の類似性を検討する。交渉補助者についての履行補助者責任は、信義則上の義務に関する履行補助者責任の場合と類似することは述べたが、信義則上の義務、特に保護義務（安全配慮義務）は、手段債務としての性質を有するものである。したがって、当該契約の趣旨に照らして具体的状況下において、合理的に考えて採るべきであった配慮措置を講じることが保護義務の内容となる。その意味で、不法行為法の下での行為

96）潮見佳男『契約法理の現代化』（有斐閣、2004 年）28 － 29 頁。林良平「融資契約とそれをめぐる義務論」金法 1362 号（1993 年）9 － 10 頁も、融資契約を念頭に置いて、銀行による融資契約の破棄や説明義務違反を原因とする損害は、融資によって得られたところの利益ではなく、信用力の喪失などの既存する（完全性）利益の喪失であるという。なお、平野裕之「いわゆる『契約締結上の過失』責任について」法律論叢 61 巻 6 号（1989 年）68 頁（以下、「平野・論文（法律論叢 61 巻）」で引用する）も、契約締結過程における信義則上の義務について、財産的完全性の侵害を問題としており、このように解すれば契約締結過程における各種の義務は、まさしく保護義務の一種ということになる。

97）前掲注 95）平野・債権各論Ⅰ・34 － 35 頁も、契約的接触を契機として自己の支配領域内に相手方が入る場合に、その安全を配慮すべき積極的な保護義務が生じる可能性を示唆する。そして、これが従業員の過失により生じた場合には、履行補助者の問題に解消されるという。

義務違反（過失）と同様の判断プロセスが採用されることとなる。つまり、保護義務違反が認められるためには、不法行為責任における過失認定の場合と同様に、具体的状況下における危険発生の予見可能性を前提に、当該契約の趣旨に照らして侵害結果の発生を回避するための相当な措置を講じなかったという結果回避義務違反が必要となる[98]。しかも、保護義務は、生命や身体の安全、財産等その他の利益という、本来的に不法行為責任で保護されるべき法益の保護を目的とするものである。以上に照らせば、保護法益および義務違反の判断構造の点においても、信義則上の義務に関する履行補助者責任と不法行為責任は類似性を有し、したがって、履行補助者責任の時的拡張が認められる構造上の基盤があると考えられる。

３　小括

結論を述べると、（ⅰ）独立的履行補助者に関する履行補助者責任と使用者責任の帰責構造上の類似性、（ⅱ）信義則上の保護義務に関する履行補助者責任と交渉補助者責任の対比、および、（ⅲ）契約交渉段階で問題となる信義則上の義務と不法行為上の義務の同質性ならびに義務違反の判断構造の類似性に鑑みれば、履行補助者責任を契約交渉段階にまで時的拡張をする構造的な基礎が存在するといえる。そして、このとき本人に他人の行為が帰責される根拠は、代位責任[99]や法律の拘束力を援用することになるであろう。

この場合において、独立的履行補助者が交渉補助者となる場合のみを捉えて、契約締結段階であるにもかかわらず、これを契約責任とするわけではない。その責任の法的性質は不法行為責任である。つまり、契約締結段階では当然契約そのものが存在する訳ではないから、交渉補助者の行為についての責任を契約責任として本人に帰責することはできない。もっとも、契約締結段階にあっても、相手方の生命・身体および財産等その他利益に配慮すべき信義則上の義務は生じ得よう。契約の交渉という「取

98）前掲注 34）潮見・新Ⅰ・174 － 175 頁。なお、当該引用箇所は安全配慮義務について言及するものであるが、潮見教授が保護義務の一種として安全配慮義務を捉えることについては、脚注 75）で既に述べた。

99）前述した潮見教授による代理説は「交渉代理人の行為による経済的利益（自己への法律効果の帰属）を享受する者は、交渉代理人による相手方の経済的損失についてもこれを負担すべきである」という発想に立つものであり、他方で、森田教授による代位責任構成も報償責任や危険責任が帰責根拠として掲げられている。したがって、両者の発想は重なり合うものであり、本稿では以後「代位責任」の用語で統一する。

引的接触」（これは単に契約交渉を開始したという事実的接触では足りず、ある程度の契約交渉期間を経た、より緊密な接触関係である必要があると思われる）を開始した当事者間においては、以下のような関係を観念することができるからである。すなわち、

① **契約締結という目的実現のために、一方当事者の財産上の利益が相手方に対して開示されていること〔第一準則〕**　一方当事者が相手方の信頼を誘発したり、あるいは、契約成立への期待が確実なものと評価できる段階に至ったりした場合には、先行投資行為や契約準備行為などを行うことにより、相手方の無駄な出費をしないという財産上の利益が、一方当事者に対して開示されていると評価できる。

② **開示された財産上の利益を保持・管理するために必要とされる注意を相手方に委ねること〔第二準則〕**　先行投資や契約準備行為に要した費用が無駄にならないためには、相手方が誠実交渉義務を遵守することにかかっており、財産上の利益を保持・管理するために必要な注意が相手方に委ねられているといえる。

③ **相手方による財産上の利益の侵害が、契約締結という目的の達成へと向けられた行為の中で生じたこと〔第三準則〕**　誠実交渉義務違反は、まさしく契約締結という最終的な目標に向けられた過程の中で行われる行為である。

④ **当該財産上の利益侵害は、契約締結の達成に伴う特殊な危険の実現であること〔第四準則〕**　誠実交渉義務は、一方当事者が相手方の信頼を誘発した場合や、契約成立への期待が確実なものと評価できる段階に至った場合など、より緊密な関係にある当事者間において生じる義務である。したがって、一般社会生活関係において生じる単なる投資リスクとは異なる、契約締結に向けられた関係に特殊な危険であるといえよう。

というように、交渉の不当破棄の場面を例にして潮見教授による四準則を契約交渉過程に引き直すことができる。確かに、誠実交渉義務は、契約そのものの義務ではない。ゆえに、契約責任に保護義務を組み込む判断構造を契約締結段階に流用することは一見困難とも思える。しかしながら、契約の交渉、しかも、単に契約の交渉を開始したにとどまらず、契約の成立が確実と期待されるまでに緊密な関係においては、契約責任上の保護義務と同様に、一般不可侵義務とは異なり、より積極的に相手方の利益を侵害しないように配慮する作為義務、その意味で、契約責任を構成する信義則上の保護義務と同等の義務が課されるというべきである。このような関係は、いわば契約成立の一歩手前であり、「契約関係上の義務」として契約成立後の関係と同視し得るか

らである。したがって、交渉補助者がこのような信義則上の義務を負うのであれば、本人に対する代位責任として、不法行為法上の判断に履行補助者責任の判断構造を当てはめることができると考える[100)]。

そこで、以上を前提にして第3章では、契約交渉段階における各種義務について、履行補助者責任の判断構造を当てはめて、本人に責任が成立するのか否かを各論的に検討したいと思う。

第3章　契約締結過程における当事者の義務と交渉補助者

当事者は、契約を締結するかどうかについての自由を有するのであり、このことは民法上も明確に規定されている（521条1項）。したがって、契約交渉段階では各当事者のリスクと責任において情報を収集して費用を投下しなければならない。しかしながら他方で、今日の実際の契約では、長い時間と費用をかけて契約交渉をすることも一般的であるし、また、消費者取引に代表されるように、当事者間の情報格差が問題となるケースも存在する。このような取引において、契約交渉段階における当事者の一方の言動が原因となって、相手方に契約締結に向けた期待を超えた信頼が生じることもあれば、当事者の一方が十分な情報が与えられなかったがために、その権利や利益に損害が生じることもある。そこで学説上、所謂「契約締結上の過失」というテーマの下で、このような問題を解決するための理論が説かれてきた。これは、契約

100）ところで、独立的事業者に関する規定としては、716条も存在する。同条本文は、請負人がその仕事について第三者に損害を加えた場合であっても、注文者は、その責任を負わないと規定する。一般的に請負は、自身の裁量と計画の下で仕事を完成させるものであるから、仕事の内容に関して注文者が具体的な指図・監督を行うものではない。したがって、使用者と被用者のような関係性が認められず、請負人の自己責任の原則を定めたのが本条の趣旨である（我妻栄ほか『コンメンタール民法：総則・物権・債権（第7版）』〔日本評論社、2021年〕1570頁）。このような規定と対比すると、独立的履行補助者を交渉補助者として利用する本人も、交渉補助者が信義則上の義務に違反して第三者に損害を与えた場合であっても、その責任を負わないものとも考えられる。しかしながら、請負人は、自身の債務として仕事の完成義務を負っているのであり、716条本文は、当該債務との関係で第三者に損害を与えた場合には、注文者は責任を負うことはないとするものである。他方で、交渉補助者責任の場合は、既に述べたように、本来的に交渉当事者が交渉の場において負担すべき信義則上の義務を、交渉補助者を利用することによって、この者に代わりに義務を負担させているに過ぎない。したがって、義務の本来的な帰属主体が異なるのであって、716条本文の場合と単純に対比することができない。なお、同条但書は、注文者の指図に過失があったときには注文者も損害賠償責任を負うとして、注文者自身の義務違反に基づく自己責任を認めている。

締結過程に入った当事者間の関係は、なんら特別な関係のない者の間の関係よりも緊密であるから、そのような関係にある当事者は、相手方に損害を被らせないようにする信義則上の義務を負い、自らの責めに帰すべき事由によりその義務に違反して相手方に損害を生じさせた場合には、その賠償をしなければならないという考え方である[101]。

こうした契約締結過程における行為義務違反が問題となる場面としては、

① 原始的不能の給付を目的とする契約を締結した場合

② 交渉当事者の一方が、契約交渉を不当に破棄した場合

③ 契約交渉に際して、交渉当事者の一方が相手方に対して、信義則上必要とされる説明・情報提供をしなかった場合

④ 契約交渉に際して、交渉当事者の一方が、その責めに帰すべき事由により、相手方の完全性利益を侵害した場合

の4類型があるとされる[102]。もっとも、①に関しては、原始的に不能な給付を目的とする契約は無効であるとの法理を前提としたものであるが、民法412条の2第2項の新設により、このような給付を目的とする契約も原則として有効とされる以上、問題となるケースは縮小しているという[103]。また、④についても、この類型は不法行為で処理すれば足り、あえて契約締結上の過失の法理などを持ち出す必要はないと考えられている[104]。しかも、仮に契約交渉関係における安全配慮義務というものを考えてみると、契約交渉の物理的空間に入っただけで、一般不可侵義務よりも限定された当事者間における高度な注意義務としての保護義務が生じるのかという難しい問題が生じる。例えば、デパートの買物客は、デパートという物理的空間に入った途端、そこで販売されている服を買うのか買わないのか、あるいは、いくらで買うのか等、経営者側との売買契約交渉段階に身を置いていると評価できる。もっとも、このときデパートの床の水拭き掃除が徹底されていなかったために買物客が滑って転倒し、これによって骨折したというケースを考えると、一般不可侵義務との限界付けは曖昧になる。単に床に滑っただけであるならば、それは一般生活に内在するリスクと同じで

101）前掲注94）我妻・上巻・38 － 39頁。

102）本田純一「『契約締結上の過失』理論について」遠藤浩＝林良平＝水本浩監修『現代契約法体系・第1巻』（有斐閣、1983年）193頁、前掲注34）潮見・新Ⅰ・119頁。

103）前掲注34）潮見・新Ⅰ・119頁脚注5）。

104）前掲注34）潮見・新Ⅰ・119頁脚注8）。

あり、あえて履行補助者責任を契約締結段階まで拡張する意義は乏しいように思える。他方で、これが雇用契約締結の前提としての試用期間中の事故であればどうであろうか。このように契約締結段階の安全配慮義務に関しては、その線引きが一層難しいように思われる。そこで、差し当たり本章では、②契約交渉の不当破棄の場面と、③契約締結過程における説明義務・情報提供義務違反の場面について、履行補助者責任の判断構造を具体的に当てはめていくこととする。

第1節　契約交渉の不当破棄

契約交渉段階において、当事者の片方が一方的に契約交渉を打ち切ったり、最終的に契約を締結しないという判断を下したりした場合に、その当事者は、相手方に対して何かしらの責任を負うことがあるのだろうか。これが学説上、「契約交渉の不当破棄」として扱われてきた問題であり、従来は契約締結上の過失理論により処理されてきた。もっとも、学説において当初議論されていたのは、原始的不能の場合や、契約が有効に締結されたが交渉中に一方の当事者が誤った使用方法を教えたために相手方が損害を被った場合であり、契約が締結されなかった事案は念頭に置かれていなかった。また、その後に契約が締結されなかった事案に目を向ける学説が登場したものの、それは交渉中に相手方に怪我をさせたケースを想定するものであり、交渉破棄の場面は視野の外に置かれていたという[105]。学説上、交渉破棄の場面が自覚されるのは判例が登場した昭和50年代後半以降である。そこで、まず、契約交渉の破棄に関する代表的な判例である最判昭和59年9月18日を概観する。

1　最判昭和59年9月18日判時1137号51頁

以下のような事案である。歯科医師であるYは、自己の歯科医院を開設するためのスペースとして、建設中のマンション販売業者であるXとの間で、マンションの売買契約について交渉を開始した。Yは、その交渉過程において、歯科医院のスペースとして分譲予定の1階1室では不十分であり、2階1室も併せて使用する必要がある旨や、歯科医院には大量の電気容量が必要であり、現在の設計中の電気容量では不足する旨を指摘した。Xは、Yからの指摘を受けて、その意向を確かめずに変電室の

105）詳しくは、池田清治『契約交渉の破棄とその責任』（有斐閣、1997年）38 － 39頁参照（初出は、北大法学論集42巻1号～43巻1号〔1991年～1992年〕。以下、引用は『契約交渉の破棄とその責任』の頁数による）。

設置等の設計変更を行い、また、1 階 1 室および 2 階 1 室を一括分譲する準備も行った。しかしながら、Y は、買取りの意思はないとして契約締結には至らなかった。

判旨は、「信義誠実の原則は、現代においては、契約法関係を支配するにとどまらず、すべての私法関係を支配する理念であり、契約成立後においてのみならず、契約締結に至る準備段階においても妥当するものと解すべきであり、当事者間において契約締結の準備が進捗し、相手方において契約の成立が確実なものと期待するに至った場合には、その一方の当事者としては相手方の右期待を侵害しないよう誠実に契約の成立に努めるべき信義則上の義務があるものというべきであって、一方の当事者が右義務に違反して相手方との契約の締結を不可能ならしめた場合には、特段の事情がない限り、相手方に対する違法行為として相手方の被った損害につきその賠償の責を負うべきものと解するのが相当であり」、「契約締結に至らない場合でも、当該契約の実現を目的とする右準備行為当事者間にすでに生じている契約類似の信頼関係に基づく信義則上の責任として、相手方が蒙った損害（いわゆる信頼利益）の賠償を認めるのが相当である」とした原審の判断[106]について、「Y の契約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責任を肯定した原審の判断は、是認することができ」るとした（下線は引用者による）。

本判決が、契約交渉の破棄に関する責任の性質をどのように捉えているのかは定かではない。第 1 審が契約責任と構成したのに対して、原審が「契約類似の信頼関係に基づく信義則上の責任」と訂正し、最高裁はこれを是認していることから、少なくとも契約責任そのものとして捉えてはいなさそうである。しかしながら、契約類似の信頼関係という原審の判断を是認しており、これを契約責任の範疇として捉えていると解釈することもできそうである。もっとも、その後には交渉破棄事案について、これを不法行為責任とした例もある[107]。

2　交渉破棄の責任の法的性質

以上の判例に対して、学説上は、交渉破棄の責任の法的性質について、これを契約責任とするものと不法行為責任とするものに分かれている。

(1)　中間的合意論　　契約責任と解する代表的な見解として「中間的合意論」がある。その萌芽は、鎌田薫教授による「熟度論」である。鎌田教授によれば、契約関

106）裁集民 138 号 611 頁参照。

係は、ある一定の時点を境界にして、それ以前は何らの法律関係も存在せず、それ以降は両当事者が契約により固く結びつけられるというような截然としたものではない。当事者の契約関係は、その端緒から完全な履行の終了に至るまで段階的に成熟していくものであって、個々の法律関係は、その成熟度に応じて決定されると解すべきであるという[108]。

そして、この熟度論を基礎にして、交渉破棄の責任根拠を中間的合意に求める見解が主張されるようになった。河上正二教授は、契約として一括されているものの中には、単体の約束として存在するものばかりではなく、小さな「部分的約束」の有機的結合体とか、経過的な約束等の積み重ねと捉えるべきものが存在し、契約の交渉過程における挫折の責任根拠は、この部分的な約束に対する違反と考えるべきであるという[109]。また、円谷峻博士は、アメリカの契約法学者ファンズワースの見解を参照しつつ、さらに中間的合意を「未決定条項を含む合意」と「交渉をするべき合意」に分類する。「未決定条項を含む合意」とは、既に交渉当事者により多くの条項が取り決められ、両者はこれに拘束されることを表明しているが、未だ取り決められていない

107）最判平成 2 年 7 月 5 日裁集民 160 号 187 頁。主として林業を営む実業家 X（マレーシア国籍）は、日本の総合商社 Y との間で、Y にインドネシアにおける木材伐採権を取得させ、当該地域における林業の共同開発に関する合弁事業の交渉を開始した。当該合弁事業のため X および Y は、X が有するブルネイ法人（インドネシアで木材伐採権を政府から譲与されているインドネシア法人の親会社）の株式の 50％を Y に譲渡することについての基本的事項を相互に了解し、当該了解事項については XY 双方で文書化されていた。さらに、その後 Y から X に対して、株式売買契約書案および株主間契約書案が提示され、これに検討・修正を加えた結果、各契約書の最終的な案文が作成されたものの、結局、契約書への調印が行われないまま終わってしまった事案である。判旨は、「信義誠実の原則は、現代においては、契約法関係を支配するにとどまらず、すべての私法関係を支配する理念であり、契約成立後においてのみならず、契約締結に至る準備段階においても妥当するものと解すべきであり、当事者間において契約締結の準備が進捗し、相手方において契約の成立が確実なものと期待するに至った場合には、その一方の当事者としては相手方の右期待を侵害しないよう誠実に契約の成立に努めるべき信義則上の義務があるものというべきであって、一方の当事者が右義務に違反して相手方との契約の締結を不可能ならしめた場合には、特段の事情がない限り、相手方に対する違法行為として相手方の被った損害につきその賠償の責を負うべきものと解するのが相当である」とした原審の認定について、「契約準備段階における信義則上の義務違反を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求を認容した原審の判断は、正当として是認することができる」とした。

108）鎌田薫「不動産取引法の再検討」日本土地法学会編『不動産取引法・環境権の再検討』（有斐閣、1983 年）37 － 38 頁、同「不動産承諾書の交付と売買契約の成否」ジュリ 857 号（1986 年）116 － 117 頁。

109）河上正二「『契約の成立』をめぐって（二・完）」判タ 657 号（1988 年）26 頁、前掲注 34）中田・146 頁も同旨。

部分もある合意のことをいい、この場合には両当事者は、既に取り交わした合意の内容を実現する義務を負い、かつ、未決定とされた事項の交渉を公正に行う義務が課されるという（ただし、契約の本質的な部分について未決定であれば、契約は不成立になる）。他方で、「交渉をするべき合意」とは、最終的な合意に達するように誠実に交渉を継続するという合意であり、この場合において当事者の誠実な契約交渉の結果、最終的な合意に達することができなかったとしても、両当事者はいかなる合意にも拘束されないという[110]。

(2) 関係的契約論　以上の中間的合意論の他に、「関係的契約論」という立場から、契約法を支配する信義則を契約締結準備段階に拡張する見解も存在する。内田貴教授は、契約締結過程における義務を含む契約上の義務は、既存または将来の契約関係があるからこそ発生しているのであり、これらを社会生活の一般的な注意義務違反として捉えるのは不自然であるという。契約関係をことごとく個人の意思に還元し、その背後の社会関係から切り離して考えるのは妥当ではなく、現実の取引は、様々な規範意識を共有する取引共同体（業界）の中で行われている。当事者の意思についても、そのような取引共同体の文脈の中で解釈されるべきであり、契約締結に向けて関係を形成した当事者が取引共同体に内在する信義則上の規範に拘束されるのは自然であるという。契約交渉の当事者という取引共同体においては、お互いに誠実に交渉をすべきであるという非約束的契約＝社会関係が存在し、このような社会関係からの逸脱が当事者の債務不履行責任を基礎づけるという[111]。

以上のように、契約締結過程における中間的合意や非約束的契約規範の存在を認めるのであれば、契約締結過程においても履行補助者責任を拡張することは容易である。債務者は、中間的な契約により相手方の信頼を裏切らないように誠実に契約交渉をす

110）円谷峻『現代契約法の課題』（一粒社、1997 年）41 － 45 頁、同『新・契約の成立と責任』（成文堂、2004 年）299 － 303 頁。なお、円谷博士は、いずれの合意の場合であっても、当事者が誠実交渉義務に違反したときには信頼利益の賠償が認められるとする。

111）前掲注 37）内田・総論・14 － 15 頁・160 頁、同『契約の再生』（弘文堂、1990 年）54 － 61 頁も参照。内田・再生・56 頁以下は、契約概念の中には、将来の交換に向けた企画としての「約束」を中核とする約束的契約と、それ以外の非約束的契約があるとする。そして、非約束的契約においては、約束の代わりに当事者の置かれている社会関係が一種の規範として作用する。たとえば、スーパーでの買い物ですら、客とレジの店員の関係、スーパーという場の社会的役割、当該スーパーの営業政策、当該スーパーの社会的イメージとそれに対する顧客の信頼などの関係の中で初めて成立するという。

る義務を負い、かかる契約上の債務を履行するために履行補助者をもって契約交渉の任に当たらせた。それにもかかわらず、履行補助者が誠実な交渉対応をせずに契約交渉を不当に破棄した場合には、債務者には中間的合意に基づく債務不履行責任が認められるからである[112)]。

⑶ **不法行為責任構成**　もっとも、以上のような契約責任説とは異なり、交渉破棄の責任を不法行為責任と捉える学説も存在する。

まず、そもそも契約締結過程における行為義務違反を「契約締結上の過失理論」の下で契約責任と捉える見解に対して、石田喜久夫博士は、次のように述べる[113)]。「契約締結上の過失理論」は、もともと不法行為制度が硬直的でその成立が制約されているドイツ民法の下で案出された理論である。この点、一般的・包括的な規定を有し、柔軟な解決を可能とする日本の不法行為制度の下において、契約交渉の破棄の類型は、契約法理によるべきではなく不法行為制度の中で解決するのが正道であるという。

また、平野教授も、契約成立後の契約利益に向けられた規制については契約法の規律に服するが、契約締結過程の場面では余計な費用の支出をしたという財産的完全性が問題となっているのであり、契約の成立を問題としない以上、不法行為責任で規律されるべきであるという[114)]。

さらに、潮見教授は、（ⅰ）「不法行為責任は特別の接触関係にない者の間での責任に妥当する」という契約締結上の過失理論の前提そのものに問題があり、医療過誤事件や取引的不法行為事件など、特別の接触関係において不法行為責任が機能している領域は少なくないこと、（ⅱ）契約締結過程での注意義務は、契約の締結に向けた義務として当事者に課されるものであるにもかかわらず、その義務違反を理由とする責任の根拠をその後に成立する契約に求めるのは背理であることを理由に、契約締結上

112）この他に、本田純一『契約規範の成立と範囲』（一粒社、1999 年）50 － 51 頁は、契約締結過程と契約締結との間の有機的関連性から、当事者に契約準備段階における接触から生じる信義則上の注意義務を課すことを認め、契約責任の契約締結過程への拡張を認める（以下、「本田・規範」で引用する）。

113）石田喜久夫「判批」民商 89 巻 2 号（1983 年）137 頁。

114）前掲注 96）平野・論文（法律論叢 61 巻）・68 頁、同『民法総合 5・契約法』（信山社、2007 年）34 － 37 頁。なお、平野教授は、信義則上の注意義務違反を理由とする完全性利益に対する侵害につき、これを全て不法行為責任と解する立場である。この点については、第 2 章第 1 節 3 でも述べた。

の過失理論を批判する[115]。

また、中間的合意論に対しては、以下のような批判が加えられている。つまり、「合意は守らなければならない」との原理が説かれ、自律的に決定された契約内容の実現が法秩序によって承認されるというとき、そこでは「契約」への拘束力と強制力が法的に承認されることを意味する。しかしながら、中間的合意の拘束力を説く論者は、「当事者の意思内容の実現」に焦点を当てて問題を捉えるというよりも、「意思を勘案した責任制度の構築」を目指している。中間的合意論にいう「意思」や「合意」は、法律行為における効果意思ではなく、それとは次元の異なる事実意思である。このような事実的意思（中間的合意）に法規範の妥当根拠を見出すのは妥当ではなく、契約法の世界で意思が拘束力を有するのは確定的な合意、つまり、「契約」と評価される合意のみである。事実的意思は、個別的具体的状況下のもと、交渉当事者としてどのような行為態様をとるべきであったかという評価を下す中で考慮されるべきものであって、「合意は遵守されるべきである」という契約拘束力の文脈で尊重される意思とは異なるものである[116]。

以上のような、契約締結上の過失理論および中間的合意論に対する批判は正当であり、私見としても交渉破棄の責任の性質は不法行為責任と解したい。なお、関係的契約論は、意思自治に基づく従来の契約概念自体に再考を迫るものであり、その当否を論じるのは筆者の能力を大きく超えるものであるから、本稿では差し控えたい。

115）前掲注 34）潮見・新Ⅰ・121 － 122 頁。

116）山本敬三「民法学のあゆみ」法時 65 巻 5 号（1993 年）100 － 101 頁、前掲注 34）潮見・新Ⅰ・130 － 131 頁。山本豊「契約準備・交渉過程に関わる法理（その 3)」法教 337 号（2008 年）108 頁も、契約交渉破棄責任が問題となる場面では、当事者の一方においてはまだ契約を締結しておらず、契約責任を負う旨の終局的な契約を締結する意思がないのが通常であるところ、中間的合意論は、望ましい結論を導くために合意を擬制していると批判する。なお、潮見・新Ⅰ・131 － 132 頁は、「中間的合意」と表現することにより、契約に対して与えられるのと等しい効果を目指すのであれば、当該合意こそまさに確定的な合意、つまり、契約であると評価されるべきだという。一連の取引の過程の中で複数の確定的合意（契約）が登場し、契約相互が関連し合いながら取引全体が進行することも十分にあり（多段階契約モデル）、一連の取引の過程で最終的に現れたものだけを「契約」とする必然性はない。最終的な契約 A について考えられる履行を、中間的な契約 B のもとで強制することはできないとしても、中間的な契約 B に基づいて相手方に命じることができる行為を強制することは考えられるし、その不履行を理由とする履行利益の損害賠償も考え得るという。

3　交渉破棄と履行補助者責任

交渉破棄の責任の法的性質を不法行為と解する場合であっても、前章で検討した通り、履行補助者責任の判断枠組みを交渉破棄の責任に当てはめることができる。もっとも、不法行為法が規律する契約締結過程に契約責任たる履行補助者責任を時的拡張することができる根拠の一つが、使用者責任との帰責構造の類似性であった。つまり、森田教授曰く、主催旅行業者のように複数の契約が連鎖し、契約グループを構成して役務提供をするような場合には、債務者は、債務者が利用した他人が債権者（顧客など）に対して負っている契約上の債務不履行について、それと同一の責任を負うという「代位責任」であるという点で、不法行為責任たる使用者責任と共通の帰責構造を有するのである。そこで、交渉破棄の場合も同様に、独立的履行補助者が債権者に対して負う誠実交渉義務に違反した場合に、これと同様の責任を当該交渉補助者を利用した当事者に「代位責任」として負わせるには、複数の契約が相互に依存して経済的に一体となっていることが必要である。

このように複数の契約が相互に依存している場合であって、かつ、交渉の破棄が問題となったケースとして、①最判平成 18 年 9 月 4 日と②最判平成 19 年 2 月 27 日がある。そこで、両判例の具体的な事案を題材として、交渉破棄の場合についての履行補助者責任を検討したい。

①　最判平成 18 年 9 月 4 日金判 1256 号 28 頁

【事案概要】 Y 大学は、平成 14 年初春頃、大学構内に研究教育施設用建物（以下、「本件建物」という）の建築を計画して、A 建築研究所に対して本件建物の企画設計を依頼した上で、文部科学省からの補助金交付の決定があったときには本件建物の設計監理を委託したいと申入れた。建築資材の輸入・販売業者 X は、A から本件建物の壁面に用いるためのガラスカーテンウォール（以下、「本件建具」という）を使用する計画であるので設計に協力してほしいとの依頼があったため、技術的な検討と見積作業を開始した。

Y は、文部科学省からの補助金交付の内定を得たことから、平成 14 年 4 月 15 日頃、A に本件建物の設計監理を委託し、これにより A は本件建物の基本設計を開始したが、本件建物の竣工に間に合うように本件建具の納入等をするには、遅くとも平成 14 年 6 月初旬ころには、本件建具の形状、寸法等の打合せや製作図の作成等の準備作業を開始し、同年 9 月初旬頃には、海外工場で本件建具の製作を開始する必要が

あった。A は、平成 14 年 5 月下旬頃、X の担当者から上記事情の説明を受け、直ちに本件建具の納入等の準備作業を開始することについて了承を求められたため、本件建物の建築担当者である Y 大学助教授に上記事情を説明し了承を求めたところ、同助教授はこれを了承した。X は、A から Y の了承があった旨の説明を受け、直ちに本件建具納入等の準備作業を開始した。A は、平成 14 年 7 月中旬頃までに基本設計や実施設計を行い、これらについて Y の了承を得た。

このような状況の中で、平成 14 年 8 月 27 日に Y は、将来の収支の不安定を理由に本件建物の建築計画の中止を決定し、補助金の交付の申請も取り下げた。そこで、X は、Y に対して、不法行為を理由とする損害賠償請求をした。

【判旨】「前記事実関係によれば、……本件建物の竣工予定時期に間に合うよう本件建具の納入等をするためには、Y が本件建物の施工業者を決定する前に、本件建具の納入等の準備作業を開始する必要があったことから、Y は、本件建物の設計監理を委託していた A の代表者……の説明を受け、同人の求めに応じて、……サッシ業者に上記準備作業の開始を依頼すること及び依頼後は別の業者を選ぶことができなくなることを了承し、また、X は、A から、上記のとおり Y の了承があった旨の説明を受けるとともに、直ちに上記準備作業を開始するよう依頼を受けたことから、本件建具の製作図の本格的な作成、打合せ、製造ラインの確保等の準備作業を開始したというのである。このような事情の下においては、……X は、Y の上記了承があったことから、Y が誰を本件建物の施工業者に選定したとしても、その施工業者との間で本件建具の納入等の下請契約を確実に締結できるものと信頼して、上記準備作業を開始したものというべきであ」る。「X が本件建物の施工業者との間で本件建具の納入等の下請契約を確実に締結できるものと信頼して上記準備作業を開始したものであり、Y が上記のとおりの予見をし得たものとすれば、信義衡平の原則に照らし、X の上記信頼には法的保護が与えられなければならず、Y〔が〕……上記信頼に基づく行為によって X が支出した費用を補てんするなどの代償的措置を講ずることなく……本件建物の建築計画を中止することは、X の上記信頼を不当に損なうものというべきであり、Y は、これにより生じた X の損害について不法行為による賠償責任を免れない」。

本事案は、AX 間の請負契約の第三者である Y についての損害賠償責任を認めている。AY 間の本件建物の企画設計委託契約と AX 間の請負契約は、それぞれ別個契約であり、本来 Y は、X に対して何らの責任を負わない立場にあるはずである。実際

に原審は、Xによる本件建具の納入等の準備作業がXとAの間の契約関係に基づいて行われたものであることを理由に、Xの損害はAとの間で解決が図られるべきとした。しかしながら、本件建物の完成は、一方でXによる本件建具の納入により初めて完成するものであり、他方で、AX間の請負契約もAY間の本件建物の企画設計委託契約があるからこそ締結されたものである。そうすると、AY間の委託契約とAX間の請負契約は、相互依存関係にあり経済的に一体であるといえる。したがって、Yは、Xに対して、Aの誠実交渉義務違反を理由とする損害賠償責任について、Aに代位してこれを負担することとなる。

そこで次に、Aの誠実交渉義務について検討する。契約締結の自由にもかかわらず、交渉当事者が交渉破棄による責任を相手方に対して負うのは、（ⅰ）一方当事者が相手方の信頼を誘発する一定の態度を示し、相手方がかかる態度を信頼して準備行為や先行投資行為を着手した場合であり、この場合には、信頼を誘発した当事者は、相手方の行動を是正するための告知・警告義務等を負うという。また、（ⅱ）契約成立への期待が確実なものと評価できる段階に至った場合には、交渉当事者は、相手方の契約成立への期待を保護するために、より積極的に誠実交渉義務を負うという[117)]。本事案では、本件建物の竣工に間に合うように本件建具の納入等をするために、早期に本件建具の製作図の作成等の準備作業および製作を開始する必要があった。加えて、この準備作業の依頼後は別の業者を選ぶことができなくなるとされていた。Xは、かかる事情からAに対して、本件建具の作成準備開始の了承をYから得るように要請し、これを受けたAが、Yの了承を得た上でXに対して、準備作業の開始を要請したものである。このように建物の竣工に合わせて建具の制作準備を開始し、しかも、それ以降は他の業者に依頼し直すことができなくなるという、いわば後に引けなくな

117）前掲注112）本田・規範・23－32頁、前掲注34）潮見・新Ⅰ・127頁。前掲注105）池田・25－35頁は、交渉破棄の場面を「誤信惹起型」と「信頼裏切り型」に類型化するが、これも概ね同様の趣旨だと思われる。

なお、前掲注96）平野・論文（法律論叢61巻）・90頁は、交渉がかなり進行し、それに伴い重大な支出が予測されるような段階、例えば、契約内容が煮詰まり正式書面の作成を残すのみとなるような段階では、当事者の気まぐれは許されず、この段階まで交渉を引き延ばしたことに責任を生じさせるという。このとき平野教授は、本文で述べたのとは異なり、誠実交渉義務のような契約の成立に努める義務は持ち出さない。交渉当事者は、いつまでも契約締結に義務付けられることはないからである。この場合は、相手方の支出が無駄になることを知っていた、または知り得たにもかかわらず何ら是正措置を採らなかったという、それ以前の過失行為が不法行為責任を基礎づけるという。

るような事情が加われば、Xをして本件建具の制作がほぼ確実に行われるという信頼が生じることもやむを得ない。したがって、Xの請負契約の成立への期待を裏切らないようにするために、Aには信義則上の誠実交渉義務が課されるというべきである[118)]。そして、（ⅰ）Yは、以上のXとの請負契約の交渉について交渉補助者であるAを用いたところ、（ⅱ）Aが誠実交渉義務に違反したことにより、（ⅲ）Xは、本件建具の制作・納入のために投下した費用分の損害を被ったものである。したがって、Yは、Xに対して、Aによる交渉破棄を理由とする損害賠償責任を代位して負うことになる。

② 最判平成19年2月27日判時1964号45頁

【事案概要】 米国のゲーム機販売会社であるAは、「パイゴウ（牌九）」と呼ばれるゲームに使用する牌を自動的に整列させる装置（以下、「本件装置」という）およびその専用牌（以下、本件装置と併せて「本件商品」という）を開発することができる業者を探していた。Aは、Yに対して本件商品を開発する業者を手配し、Aに対して本件商品を供給することを委託した。これを受けたYが、Xに対して本件商品の開発が可能かどうかを打診したところ、Xは、本件商品の開発は可能であると判断し、Aの代表者CやYの担当者Dらの訪問を受けて、開発費を最終的にA側が負担すること、少なくとも本件装置1,000台の取引を目標とすること、本件装置について長時間の連続稼働が可能な耐久性が必要であることなどを確認した上で、本件商品の開発に着手した。

その後、Xによる試作品の完成および改良を経て、XからYに対する本件装置の代金に関する見積書の提出、および、YからXに対する発注書の交付もされた。本件発注書にはXY間の合意内容として、本件装置の発注台数や1台あたりの発注額などが記載されていたが、正式な売買契約書は後日作成することとされていた。その後

118）誠実交渉義務が認められるのは、形式的作業を残すだけになった場合や正式契約の締結日が定められた場合など、契約成立への高度の蓋然性が認められる場合であるという（前掲注105）池田342頁、前掲注112）本田・規範・32頁、前掲注34）潮見・新Ⅰ・127頁）。本事案でどれ程まで請負契約の契約内容が定まっていたのかは明らかではないが、本件建物の竣工に合わせるというタイムスケジュールの中で、比較的スピード感をもって本件建具の制作を行う必要があるところ、それに伴って契約内容も駆け足的に定まるものと考えられる。しかも、他の業者に依頼することができなくなり、契約内容の選択の幅も狭まっていたことも考慮すれば、請負契約の成立への高度の蓋然性が認められると評価しても差支えないと考える。

X は、開発等の続行に難色を示したが、Y は、A から具体的な発注を受けていないにもかかわらず、本件商品 200 台を発注する旨を口頭で約したり、具体的な発注内容を記載した条件提示書を交付するなどしたりして、X に本件装置の開発を継続させた。引き続き XY 間において条件交渉が続けられていたところ、本件商品を X ― Y ― A と順次に販売すること、本件装置の単価や代金の支払時期などについて最終的な合意に達し、これを書面化した。さらに、契約の具体的な条項を検討し、契約書の案文まで作成されたが、X と A との間で本件装置の内部仕様の変更に関する対立が生じ、交渉が決裂した。そこで、X が Y に対して、開発費や納入済みの本件商品の代金の支払いを求めたものである。

【判旨】「これらの事実関係に照らすと、Y の上記各行為によって、X が、Y との間で、本件基本契約又はこれと同様の本件商品の継続的な製造、販売に係る契約が締結されることについて強い期待を抱いたことには相当の理由があるというべきであり、X は、Y の上記各行為を信頼して、相応の費用を投じて上記のような開発、製造をしたというべきで」ある。「そうすると、Y は、……A から本件商品の具体的な発注を受けていない以上、最終的に Y と A との間の契約が締結に至らない可能性が相当程度あるにもかかわらず、上記各行為により、X に対し、本件基本契約又は 4 社契約が締結されることについて過大な期待を抱かせ、本件商品の開発、製造をさせたことは否定できない。……Y の上記各行為の内容によれば、これによって X が本件商品の開発、製造にまで至ったのは無理からぬことであったというべきであり、Y としては、それによって X が本件商品の開発、製造にまで至ることを十分認識しながら上記各行為に及んだというべきである。したがって、Y には、X に対する関係で、契約準備段階における信義則上の注意義務違反があり、Y は、これにより X に生じた損害を賠償すべき責任を負うというべきである」。

本事例では、X が交渉補助者である Y に対して損害賠償請求を行い、これが認められたものである。それでは、X は、本人である A に対して損害賠償請求をすることができるか。まず、前提として、AY 間の本件商品供給契約は、XY 間の本件商品請負契約が存在しなければ履行し得ず、他方で、XY 間の請負契約に関しても、AY 間の供給契約があるからこそ締結されるものである。そうすると、AY 間の供給契約と XY 間の請負契約は、相互依存関係にあり経済的に一体であるといえる。

次に、Y の誠実交渉義務について検討してみると、本事案では、本件商品の代金額

や月毎の納入台数、代金の支払時期などの具体的な契約内容に関して合意に達し、しかも契約書の案文まで作成されていたという。このような段階まで至れば、あとは正式な契約書を交わすだけであろうから、契約成立の高度の蓋然性が認められると評価できる。したがって、X の請負契約の成立に対する期待を裏切らないようにするために、Y には信義則上の誠実交渉義務が課される[119]。そして、（ⅰ）A は、X へ本件商品の開発を依頼するに際して、交渉補助者である Y を用いたところ、（ⅱ）Y が誠実交渉義務義務に違反したことにより、（ⅲ）X は、本件商品の開発・製造のために投下した費用分の損害を被ったものである。したがって、A は、X に対して、Y による交渉破棄を理由とする損害賠償責任を代位して負うことになる[120]。

4　小括

以上、2 つの判例を通して、交渉補助者の誠実交渉義務違反について、これを本人に対して帰責できるのではないかを検討した。実際に最判平成 18 年は、本人である Y 大学の損害賠償義務を肯定している。もっとも、同判決は、Y 大学自身が X による建具作成の準備開始について了承および依頼したことから、Y 自身に誠実交渉義務を認めて Y 自身の同義務違反を理由とする損害賠償責任を認めたものである。したがって、交渉補助者の行為による本人の責任を認めたものではない。もっとも、上記で述べた通り、これを交渉補助者の行為による責任と構成することも可能であろうし、むしろ、契約外の第三者である Y について、他人間の契約が成立するように努める義務が課される理由は明らかではない。Y 自身の義務としては、不適当な者を交渉当事者として配置しない人的編成面での義務（システム構築責任）が認められるとしても、そこからさらに進んで、他人間の契約に関する誠実交渉義務は負わないはずである。そうであるならば、これを交渉補助者の責任として Y に帰責する方が素直では

119）あるいは、Y は、A からの具体的な発注がないにもかかわらず、本件商品を発注する旨を口頭で約束したり、具体的な発注内容を記載した条件提示書を交付するなどしたりして、X に対して、本件基本契約が締結されることについての信頼を惹起したといえる。したがって、このような Y には、X の本件商品の開発・製造行為を是正するための告知・警告義務が課され、かかる信義則上の義務に違反したとも構成することができる。

120）なお、誠実交渉義務は、正当な理由なく契約の成立を阻害したり、契約交渉を一方的に打ち切ったりする場合に問題となるところ、本判決は、「交渉決裂の主たる原因は、……A の代表者である C が時機に後れた改良要求をしたことにあるというべきであり、X にも上記交渉決裂の責任の一端があるとしても、上記交渉決裂の経緯は、Y の上記責任を免れさせることにはならない」とする。

ないか。

第２節　契約締結過程における説明義務・情報提供義務

何人も契約を締結するかどうかについては自由であり（521 条 1 項）、この前提として、契約を締結しようとする者は、契約締結に必要な情報を自らの責任において収集し、また、収集した情報の分析・判断も自らの責任において行わなければならない。不十分な情報収集および情報分析・判断の結果、自己に不利益な契約を締結した当事者は、当該不利益を甘受しなければならないのが原則である。しかしながら、現代においては、契約内容の複雑化や専門化に伴って、事業者と消費者の間の取引や専門家と非専門家の間の取引など、契約当事者間に情報力の格差が生じることがある。このような場合には、契約の自由を正当化する「契約の対等性」が認められないこととなる。そこで、情報格差を是正して当事者の契約の自由を実質的に確保するために、情報優位当事者に対して相手方へ情報を提供する義務が課されることがある。このような情報提供義務が課される根拠は、（ⅰ）情報劣位当事者の自己決定権の保護[121]や、（ⅱ）事業者の専門性[122]に求められている。

１　説明義務違反による責任の法的性質

かつては、説明義務違反による責任の法的性質を契約責任と捉える学説も存在した[123]。しかしながら、最高裁が情報提供義務違反による責任の法的性質を不法行為責任と解して以降、学説でもこれを不法行為責任と捉える考え方が主流となった[124]。

121）小粥太郎「『説明義務違反による損害賠償』に関する二、三の覚書」自由と正義 47 巻 10 号（1996 年）44 － 46 頁、山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、2000 年）276 － 277 頁（初出は、ジュリ 1087 号〔1996 年〕）、前掲注 34）潮見・新Ⅰ・140 頁。

122）横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」ジュリ 1094 号（1996 年）129 － 130 頁。横山教授は、フランス法の学説を引用しながら、社会の高度化・専門化に伴い消費者が事業者に依存し、その専門性を信頼していることから、事業者には、かかる社会的信頼に応えるべく情報面での責任が課されるという。

123）前掲注 94）我妻・上巻・41 頁、平井宜雄『債権各論Ⅰ上・契約総論』（弘文堂、2006 年）134 頁など。現在でも契約責任説を採用するものとして、前掲注 34）中田・150 － 151 頁。

124）前掲注 96）平野・論文（法律論叢 61 巻）・68 頁（最判平成 23 年に関する平野教授の判例評釈として NBL955 号 22 頁も参照）、前掲注 95）潮見・不法行為法Ⅰ・160 頁、池田清治「判批」ジュリ 1440 号（2012 年）75 頁、渡辺達徳「判批」リマークス（2013 年）9 頁（ただし、相手方が契約を締結するかどうかを判断することに影響を及ぼす情報提供義務に限られるという）。

最判平成23年4月22日民集65巻3号1405頁は、実質的な債務超過にあり、監督官庁から破綻認定を受ける現実的危険性のあったY信用協同組合が、当該事実を認識しつつもY新大阪支店の支店長をして、Xに対して当該事実を説明しないまま出資の勧誘をし、各500万円の出資を受けたが、その後Yが破綻したため、Xが本件各出資にかかる持分の払戻しを受けることができなくなった事案について、以下のように判示した。すなわち、「契約の一方当事者が、当該契約の締結に先立ち、信義則上の説明義務に違反して、当該契約を締結するか否かに関する判断に影響を及ぼすべき情報を相手方に提供しなかった場合には、上記一方当事者は、相手方が当該契約を締結したことにより被った損害につき、不法行為による賠償責任を負うことがあるのは格別、当該契約上の債務の不履行による賠償責任を負うことはないというべきである」。「なぜなら、上記のように、一方当事者が信義則上の説明義務に違反したために、相手方が本来であれば締結しなかったはずの契約を締結するに至り、損害を被った場合には、後に締結された契約は、上記説明義務の違反によって生じた結果と位置付けられるのであって、上記説明義務をもって上記契約に基づいて生じた義務であるということは、それを契約上の本来的な債務というか付随義務というかにかかわらず、一種の背理であるといわざるを得ないからである。契約締結の準備段階においても、信義則が当事者間の法律関係を規律し、信義則上の義務が発生するからといって、その義務が当然にその後に締結された契約に基づくものであるということにならないことはいうまでもない」と判示した。

私見としても、交渉破棄の場合と同様に、説明義務違反に基づく責任の法的性質は、不法行為責任であると解したい。そして、繰り返し述べるように、この場合にも契約締結過程に履行補助者責任を拡張することができると考える。つまり、前述した交渉の不当破棄の場面と同様に考えれば以下の通りである。

①　適正な内容の契約の締結という目的実現のために、一方当事者の財産上の利益が相手方に対して開示されていること〔第一準則〕　専門家と非専門家の間の取引、あるいは、事業者と消費者の間の取引においては、その契約の内容の複雑さや両当事者の情報格差などの事情から、非専門家または消費者が自己の判断のみで適正な内容の契約を締結することが困難であるという状況が認められ、自己の財産についての利益[125]が専門家または事業者に開示されているといえる。

②　開示された財産上の利益を保持・管理するために必要とされる注意を相手方

に委ねること〔第二準則〕　非専門家や消費者が、自己の望むところでない不適正な内容の契約を締結しないように、十分な情報収集およびそれに基づく判断を行うためには、相手方である専門家や事業者が説明義務・情報提供義務を遵守する必要があり、無駄な出費をしないようにするという財産上の利益を保持・管理するために必要な注意が相手方に委ねられているといえる。

③　**相手方による財産上の利益の侵害が、契約締結という目的の達成へと向けられた行為の中で生じたこと〔第三準則〕**　説明義務・情報提供義務違反に基づく、非専門家および消費者による望まない出費や予想外の追加費用の投下などの財産上の不利益は、適正な内容の契約締結という目標に向けられた過程の中における専門家や事業者による説明義務違反行為等に起因するものであるから、この点に関する要件も充足し得る。

④　**当該財産上の利益侵害は、契約締結の達成に伴う特殊な危険の実現であること〔第四準則〕**　説明義務・情報提供義務は、一般社会生活関係よりも緊密で限定的な契約交渉という取引的接触の中で生じるものであるから、単なる生活上の一般的なリスクとは異なる、契約締結に向けられた関係に特殊な危険であるといえよう。

このような適切な説明をする義務は、契約の締結後にも問題となるものであり、仮に当事者が明確に合意していなくとも、信義則による補充的契約解釈として、規範的合意の中に取り込まれる可能性のある義務である[126)]。このような本来的には契約責任として合意の中に取り込まれたであろう信義則上の義務が、契約それ自体は存在しないけれども、契約に先立って契約締結過程に繰り出されるのである。これは、一般不可侵義務とは異なり、特別な接触関係に入った当事者に課される、相手方の生命・身体および財産等その他の利益を侵害しないようにより積極的な行為が求められる作為義務である。したがって、「契約関係上の義務」として、交渉補助者がこのような信義則上の説明義務を負うのであれば、本人に対する代位責任として、不法行為法上の

125）特に、投資取引における適合性の原則が問題となる局面では、投資不適合者が自己の能力に見合わない投資商品の市場に参加し、自己の財産を失い、生存の基盤が破壊されることから保護する目的も有するものである（前掲注 34）潮見・新Ⅰ・135 － 138 頁参照）。したがって、投資取引の不当勧誘が問題となる場合では、財産上の利益のみならず、生命の利益までも相手方に開示されているということができよう。

判断に履行補助者責任の判断構造を当てはめることができると考える[127]。

以下では、具体的に問題となった事例を通じて、説明義務違反と交渉補助者の関係をより詳細に考えていきたい。

2　説明義務違反と交渉補助者

交渉補助者による説明義務違反を理由とする損害賠償責任が問題となった事例としては、①最判平成15年11月7日と②最判平成18年6月12日がある。

①　最判平成15年11月7日判タ1140号82頁

【事案概要】 Y信用金庫の従業員であるAは、顧客Xに対し、Yから融資を受けて土地を購入するように積極的に勧誘し、分譲中の土地の1区画でありBが所有する本件土地の購入を勧めた。Xは、Aの積極的な勧誘により本件土地を購入することとし、Bとの間で本件土地を代金1,180万円で購入する旨の売買契約を締結した。その際、Xは、Yとの間で融資契約を締結し、1,200万円の融資を受けた。

本件売買契約の締結には、XとBのほか、売主側の不動産仲介業者としてC株式会社の担当者らが立ち会った。本件売買契約が締結された当時、本件土地の前面道路部分は、道路位置の指定がされておらず、本件土地は建築基準法43条1項本文所定

126）この点に関して、前掲最判平成23年には千葉勝美裁判官の補足意見が付されている。千葉裁判官によれば、例えば、商品の使用方法などに関して適切な指示をすべき義務は、「締結された契約自体に付随する義務とみる」ことができ、「その違反がたまたま契約締結前に生じたものではあるが、本来、契約関係における当事者の義務（付随義務）といえ」、「これを、その後契約関係に入った以上、契約上の義務として取り込むことは十分可能である」。これに対して、本件事案で問題となった説明義務は、「そもそも契約関係に入るか否かの判断をする際に問題になるものであり、契約締結前に限ってその存否、違反の有無が問題になるものである。加えて、そのような説明義務の存否、内容、程度等は、当事者の立場や状況、交渉の経緯等の具体的な事情を前提にした上で、信義則により決められるものであって、個別的、非類型的なものであり、契約の付随義務として内容が一義的に明らかになっているようなものではなく、通常の契約上の義務とは異なる面もある」という。このような千葉裁判官の説示に照らしても、少なくとも契約関係に入るか否かとは関わらない説明義務・情報提供義務に関しては、それが契約締結の前後のいつされるのかということは流動的であり、契約締結過程における説明義務・情報提供義務に履行補助者責任の判断構造を当てはめることができると考える。

127）あるいは、契約関係に入るか否かの判断に関わらない説明義務については、たまたま契約に先立って契約締結過程に繰り出されただけに過ぎず、債務者本人が負担すべき契約上の義務であるから、後に成立した契約の債務不履行責任として、通常の履行補助者責任の枠組みで捉える方が素直かもしれない。

の接道要件を満たしていなかったが、Xは、BやC株式会社の担当者、Yの担当者であるAからその旨の説明を受けなかった。その後Xは、本件土地上に建物を建築しようとしたが、本件土地が接道要件を満たさないものであったため、建築確認を受けられなかった。そこで、Xは、Yに対し、Aは本件土地が接道要件を満たさない土地であることをXに説明すべき義務があったのにこれを怠った旨を主張して、民法715条の規定に基づき、損害の賠償と遅延損害金の支払いを求めた。

【判旨】「本件売買契約とXとYとの間の上記の融資契約とは、当事者を異にする別個の契約であるが、Aは、後者の融資契約を成立させる目的で本件土地の購入にかかわったものである。このような場合に、Aが接道要件が具備していないことを認識していながら、これをXに殊更に知らせなかったり、又は知らせることを怠ったりしたこと、Yが本件土地の売主や販売業者と業務提携等をし、Yの従業員が本件土地の売主等の販売活動に深くかかわっており、AのXに対する本件土地の購入の勧誘も、その一環であることなど、信義則上、AのXに対する説明義務を肯認する根拠となり得るような特段の事情を原審は認定しておらず、また、そのような事情は、記録上もうかがうことができない」。「これらの諸点にかんがみると、……AがXに対して本件土地が接道要件を満たしていないことについて説明をしなかったことが、法的義務に違反し、Xに対する不法行為を構成するということはできないものというべきである」。（下線は引用者による）

本事案では、交渉補助者であるAの説明義務が認められなかった。しかしながら、判旨は、「Yが本件土地の売主や販売業者と業務提携等をし、Yの従業員が本件土地の売主等の販売活動に深くかかわっており、AのXに対する本件土地の購入の勧誘も、その一環であることなど、信義則上、AのXに対する説明義務を肯認する根拠となり得るような特段の事情」が認められないため、Aの説明義務を肯定しなかったものである。そうすると、このような特段の事情が認められるのであれば、A自身の説明義務違反を肯定することができる。そして、判旨があげた特段の事情は、複数の契約が相互に依存しあって経済的に一体となっている場合であって、これは、独立的補助者に関して履行補助者責任を契約締結段階まで拡張する前提である。したがって、もし仮に本事案において、YとBないしCとの間で、不動産売買に関する業務提携があるのであれば、（ⅰ）不動産売買契約の交渉補助者としてYの従業員Aを用いたBないしCは、（ⅱ）A自身が負う説明義務違反に基づくXの損害について、（ⅲ）こ

の責任を代位して負うということになろう（もっとも、本事例では不動産仲介会社であるC株式会社については、宅地建物取引業法35条1項に基づく説明義務が課されているのであって、C自身の説明義務違反を理由とする損害賠償責任が認められる）。

② 最判平成18年6月12日判時1941号94頁

【事案概要】 Xは、旧建物および土地を所有していたところ、取引のあった銀行Y_1の担当者から、土地の有効利用についてノウハウを有する会社Y_2を紹介された。Y_2の担当者は、Xの自己資金および借入金を資金として、本件土地上にある旧建物を取り壊し、新たな建物を建築した上で、新建物の賃貸部分からの賃料収入を借入金の返済等に充てる計画を立案し、経営企画書を作成した。また、Y_1担当者は、本件経営企画書を参照した上で本件投資プランを作成し、本件経営企画書に沿う形で具体的な資金計画を企画した。そして、各担当者は、Xに対して、本件経営企画書および本件投資プランを提示し、その内容の説明を行った。各担当者は、本件計画におけるXの自己資金の捻出については、新建物を建築した後に本件土地の北側部分を売却することにより捻出できると考えており、Xに対する説明もこれを前提としていた。Xは、上記説明により、自己資金の捻出が可能であると考え、これを前提として、Y_1から建築資金全額の融資を受けて新建物を建築することとした。そこで、Xは、Y_2との間で建築請負契約を締結し、Y_1との間で金銭消費貸借契約を締結した。

ところが、新建物は、本件土地北側部分を含む本件土地全体を敷地として建築確認がされたものであり、本件土地北側部分が売却されると残余敷地部分のみでは容積率の制限を超える違法な建築物となるものであった。また、買主が本件土地北側部分を敷地として建物を建築する際には、異なる建築物について土地を二重に敷地として使用することとなるため、確認申請に際し建築確認を直ちには受けられない可能性があった。Y_2担当者は、かかる敷地問題とこれにより本件土地北側部分の売却価格が低下せざるを得ないことを認識していたが、Xに対して何ら説明しなかった。他方で、XおよびY_1担当者は、敷地問題が生ずることについて知らなかった。この敷地問題によりXは、予定通り本件土地北側部分を売却することができず、Y_1に対する借入金の返済も遅滞した。そこで、Xは、Y_1およびY_2に対して、借入金の元本および遅延損害金相当額等から、新建物の現在の評価額等を控除した額について損害賠償請求をした。

【判旨】 Y_1銀行担当者の説明義務について「一般に消費貸借契約を締結するに当た

り、返済計画の具体的な実現可能性は借受人において検討すべき事柄であり、本件においても、銀行担当者には、返済計画の内容である本件北側土地の売却の可能性について調査した上でXに説明すべき義務が当然にあるわけではない」。「しかし、前記事実関係によれば、銀行担当者は、Xに対し、本件各土地の有効利用を図ることを提案してY_2を紹介しただけではなく、本件北側土地の売却によりY_1に対する返済資金をねん出することを前提とする本件経営企画書を基に本件投資プランを作成し、これらに基づき、Y_2担当者と共にその内容を説明し、Xは、上記説明により、本件貸付けの返済計画が実現可能であると考え、本件貸付けを受けて本件建物を建築したというのである」。「そして、Xは、銀行担当者が上記説明をした際、本件北側土地の売却について銀行も取引先に働き掛けてでも確実に実現させる旨述べるなど特段の事情があったと主張しているところ、これらの特段の事情が認められるのであれば、銀行担当者についても、本件敷地問題を含め本件北側土地の売却可能性を調査し、これをXに説明すべき信義則上の義務を肯認する余地があるというべきである」。

本事例では、①Y_1が、Xに対して、本件土地の有効利用を図ることを提案してY_2を紹介したこと、②Y_2により作成された本件土地の有効利用に関する本件経営企画書を受けて、これに基づいてY_1も投資プランを作成し、Y_2と共に内容の説明を行ったこと、③Y_1らによる説明を受けて、Xは、建築請負契約および金銭消費貸借契約を締結したこと、④Y_1が本件土地北側部分の売却を確約したこと等の事情が認められれば、Y_1自身に信義則上の説明義務違反が認められるとした。これらの事情が認められれば、Y_1によるY_2の紹介および本件投資計画も、XとY_1の間における消費貸借契約の一貫と評価することができ、本来別個の消費貸借契約と建築請負契約の経済的一体性を肯定することができる。そして、このような経済的一体性が認められれば、建築請負契約を含む投資計画の勧誘に当たった交渉補助者であるY_1担当者自身に本件土地北側部分の売却可能性についての説明義務が生じ、かかる説明義務違反を理由とする損害賠償責任について、本人であるY_2は、Xに対して、Y_1に代位して責任を負うことになろう（もっとも、本事案では、Y_2自身の説明義務違反を理由として、不法行為を構成することも可能である）。

結語 —— まとめにかえて

1　総括

本稿では、契約締結過程において、他人を利用して交渉に当たらせた本人に対する帰責構造の解明を主眼において議論を展開した。交渉補助者の過失に関する議論は、学説上ほとんど行われていない。特に、交渉権限を与えられた者が、本人と使用関係にないような場合には、交渉補助者の過失の問題は、不法行為責任も契約責任も及ばないこととなり問題が深刻化するが、この点に関して体系書を開いてみても「履行補助者責任の法理に仮託することで回避する」と述べられているのとどまる[128)]。しかしながら、仮託とは一体どういう事なのか。契約締結過程を支配するのは不法行為法のはずであるが、そこに債務不履行責任である履行補助者責任の法理を持ち出すということは、一体どのような理論に基づくものなのか。本稿は、このような今まで学説上あまり意識されてこなかった問題点につき、一試論を投げかけたものである。

そこで、このような問題を取扱うにあたって、履行補助者論の帰責根拠から遡って検討をした。「新しい契約責任論」の下では、債務不履行責任の有無は、ひとえに合意の内容およびその射程にかかっており、その帰責根拠は「契約の拘束力」に求められている。しかしながら、そこでいう合意とは裸の事実としての合意を意味するものではなく、社会通念等をも考慮して規範的な評価を経た合意であり、したがって、合意の名の下に信義則上の義務も契約責任の範疇に含まれることとなる。そうすると、このような信義則上の義務を契約当事者が明確な意思をもって債務内容として引受けなくとも、かかる義務が契約内容を構成し、これを履行補助者に割り当て、履行補助者が当該割り当てに背いて相手方の完全性利益を侵害した場合には、「契約の拘束力」（契約とはいうものの、その実質的な根拠は、契約内容を構成する信義則上の義務である）からの逸脱として、本人が債務不履行責任を負うのである。

他方で、契約締結過程における各種の行為義務もまた、信義則上、交渉当事者に課されるものである。そして、この場合の信義則上の義務は、単なる不法行為法上の注意義務とはその程度や内容において異なるものである。なぜならば、誠実交渉義務にしても説明義務・情報提供義務にしても、一般不可侵義務が問題となるような単純な社会的・事実的接触以上の結合関係において問題となるからである。つまり、契約締

128）前掲注 34）潮見・新Ⅰ・415 頁。

結前であれば原則として、契約を締結するしないや、また、契約締結に必要な情報収集およびその分析に基づく判断は各自のリスクにおいてされるべきものであり、単に契約交渉という接触が存在するだけでは信義則上の義務が課されることはない。かかる信義則上の義務が課されるのは、契約交渉が進展し一層結合関係が緊密になった交渉当事者間であり、あるいは、自己の積極的な先行行為により相手方の信頼を惹起した交渉当事者間においてである。このような交渉当事者間の関係性は、契約が存在する場合の関係性そのものではないが、単なる事実的接触関係とも異なり、契約類似の関係性をみてとることができよう。したがって、この場合の信義則上の義務は、単に相手方の生命・身体および財産その他の利益を侵害してはならないという消極的な一般不可侵義務以上の、かかる相手方の利益を侵害しないように積極的な配慮をすべき作為義務なのである。あるいは、そもそも単純な接触関係では課されることのない誠実交渉義務や説明義務・情報提供義務が課されるということ自体が、一般不可侵義務以上のものであることの証左といえるかもしれない。このように、債務不履行責任の帰責根拠たる「合意」を構成する、より積極的な内容の信義則上の義務（＝保護義務）と類似するゆえに、交渉補助者がかかる信義則上の義務に違反した場合に、その責任を本人に帰責する理論として履行補助者責任を用いることができるのである。

そしてまた、他人の行為による契約責任には、履行補助者責任の一般原則に対する特殊な例外が認められることが森田教授によって指摘されている。この場合は、債務者が利用した他人が債権者に対して直接負う債務不履行責任を本人が代位するのであり、その意味で、帰責構造が使用者責任に接近する。このような帰責構造の類似性からしても、不法行為責任の領域であっても、履行補助者責任の判断枠組みを転用することが可能となるのである。

以上、履行補助者責任の契約締結過程への時的拡張可能性、および、実際の判例を通して、これを交渉補助者による本人の責任として捉えたときにどのように考えるのかを検討してきた。その意図は、使用者責任としても契約責任としても本人に帰責することのできない独立企業間における交渉補助者の行為について、その責任を本人に問う方便の探索にあった。しかし、実際に検討してみると、これとは異なる意義も履行補助者責任を時的に拡張することに認められるのではないか。以下、私見を述べる。

第 3 章で検討した各判例について考えてみると、複数の契約が相互に依存し、経済的に一体となっているといっても、そこには 2 つの類型があるように思われる。一つは、第一契約が存在することを前提に第二契約が連鎖的に積み重なっていくものであ

り、もう一つは、複数の契約が並列的に存在する場合である。交渉破棄で扱った2つの判例が前者に属するものであり、説明義務違反で扱った2つの判例が後者に属するものである。

交渉破棄に関する最判平成18年では、Y大学がA研究所に対して大学施設の企画設計を依頼し、Aは、当該建物の設計内容としてガラスカーテンウォールを用いることを企画した。そこで、AY間の契約内容を実現するために、AがXに対して当該建具の制作を依頼したのである。また、最判平成19年では、Aゲーム会社がYに対して「牌九」というゲーム機の開発業者の手配および同機の供給を依頼したところ、Yは、AY間の供給契約の内容を実現するために、Xに対して同機の開発・製造を依頼したのである。つまり、それぞれの事案において、後続する契約が最初の契約の契約内容の一部を構成し、その存在が欠かすことのできない前提となっていたのである。その意味で、交渉補助者による第二契約の不当破棄は、第一契約の一部の不当破棄ともいうこともでき、その責任を本来は第二契約の契約当事者でない本人に対して帰責できるのである。

他方で、説明義務違反に関する最判平成15年では、XY間の融資契約は、BないしC株式会社とXの間の不動産売買契約の内容を構成しない。確かに、XがBないしC株式会社から土地を購入するにあたり、Yからの融資を受けることは事実上必要かもしれないが、XY間の融資は、X―BC間の不動産売買契約の内容を構成するものではない。したがって、X―BC間の不動産売買契約に関する説明義務は、基本的にYには生じないのである。Yに説明義務が生じるのは、判例の述べるような「特段の事情」が認められる場合であり、それが複数の契約間に経済的な一体性が認められる場合なのである。この意味で、並列型の場合には交渉補助者の責任が認められるハードルは高くなる。最判平成18年の事例も同様である。そして、このとき、契約交渉の直接の当事者であるBないしC株式会社が、（本人に説明義務が成立することを前提として）Xに対する損害賠償責任を負うのは当然である。本人に説明義務が認められる以上、交渉補助者であるYを利用したところで、BないしC株式会社の説明義務が減免される訳ではないからである。実際に、最判平成15年および最判平成18年の両判例において、本人であるC株式会社やY_2会社の説明義務が肯定されており、Xの両者に対する損害賠償請求は認められるであろう。そうすると、このような並列型の場合にYを交渉補助者であるとすることの意義は、むしろ両契約の相互依存関係を理由にY自身の説明義務を認めることにあるように思われる。本来、本人

に認められる義務を契約外の第三者である交渉補助者に拡張するという、いわば逆転現象が生じるのである。この点において、複数契約間の相互依存関係という前提の下、履行補助者責任を交渉締結過程へと時間的に拡張する意味が生じるのである。

2　残された課題と展望

残された課題としては、今回検討することのできなかった他の信義則上の義務についても同様に考えることができるのかということがある。本稿では、契約締結過程における信義則上の義務のうち、安全配慮義務に関しては取り上げることはしなかった。安全配慮義務についても、同様に交渉補助者の責任ということを観念することができるであろうか。交渉補助者の支配する場所的空間において相手方が負傷した場合（例えば、交渉補助者の事務所に飾ってあった彫刻がいきなり倒れてきて、相手方が骨折の傷害を負った場合など）、この負傷結果について本人は責任を負うのか。このようなリスクは、説明義務・情報提供義務違反とは異なり、契約交渉関係に内在するリスクというよりは、契約交渉関係に外在的な一般生活上のリスクであると考えられる。したがって、履行補助者責任というよりも不法行為責任により近いものであり、交渉補助者責任としてこれを本人に帰責するのは困難であるように思われる。他方で、自衛隊の体験入隊中に自衛官の誘導ミスにより自衛隊車両に轢かれて重傷を負ったというようなケースでは、どうであろうか。この場合、自衛隊への体験入隊という行為それ自体が、重火器や装甲車両という一般生活上のリスクとは異なる特殊なリスクを内在的に含むものである。そして、かかるリスクから入隊者を保護する義務は、体験入隊（という形態の契約交渉）の最終目標である雇用契約それ自体の中に信義則上の義務として含まれている。体験入隊中の者と国との関係と、自衛官と国との関係において実質的な差異はなく、このような場合の安全配慮義務については、当該契約交渉（体験入隊）という緊密な接触関係に内在するリスクとして履行補助者責任が問題となると考えることもできるのではないか。つまり、前者の交渉中の偶発的な事故で相手方が負傷した事例では、契約交渉の目標である契約それ自体に安全配慮義務が含まれていないため、契約交渉段階においてもそのリスクは一般生活上のリスクと異なることはないといえるが、後者の自衛隊の体験入隊の事例では、契約交渉の目標である契約それ自体に安全配慮義務が含まれており、また、当該リスクを国が一方的に支配しているというより積極的な関係性が認められるから、交渉過程における行為義務としてもこれを保護すべきものと認められるのではないか。もっとも、現段階では思い

付きの範疇を出ず、今後より詳細な検討を要しよう。

また、冒頭で示したように、交渉補助者の行為について相手方を救済する方法としては、損害賠償によるほかに、契約の取消しという方法もある。契約の取消しと交渉補助者の関係については、既に学説上も一定の議論の蓄積があり、かかる議論との関係でも交渉補助者責任の構造を統一的に把握することが必要であろう。

さらに、契約締結過程における信義則上の義務を超えて、不法行為法上の作為義務全般にも履行補助者責任の考え方を応用することができるのかということも考え得る。例えば、医療過誤事件において、病院は患者に対して適切な診療を行うという作為義務を負い、この作為義務を病院の医師に当たらせたところ、当該医師が適切な水準の医療行為を行わなかったために患者に後遺症などの障害が生じた場合、当該医師を不法行為法上の作為義務についての履行補助者と構成することも考えられる。この場合、当該作為義務の内容は、患者の生命・身体を侵害しないように配慮するという積極的作為義務であり、診療契約における給付義務と同一の内容を構成するものである。したがって、債務不履行責任における履行補助者責任とパラレルに考えることができる。そうすると、やはり、不法行為責任上に履行補助者責任を応用することができるかどうかは、単なる消極的な一般不可侵義務にとどまらず、より積極的な意味での作為義務かどうかという点にかかってくると思われる。このようなことを前提に、（ⅰ）他の類型における不法行為法上の作為義務についてはどうなのか、あるいは、不法行為法上の作為義務のみならず、（ⅱ）物権的請求権に基づく物の運搬や引渡しを義務づけられた場合に、当該作為義務を履行するために他人を利用した場合にも履行補助者責任的な考え方を当てはめることはできるのかなど、さまざまな派生的な問題を想定し得る。また、（ⅲ）過失相殺に関しても、例えば、マンションの居住者の不注意によりマンションに物損が生じたが、賃貸人がマンションの管理・保全を委託していた管理会社にも過失が認められた場合に、本人との関係で過失相殺が認められるのかという問題も提起できる。ともかく、履行補助者責任の応用可能性の裾野は広く、また、これは契約責任と不法行為責任の関係性というより壮大かつ難解なテーマとも関わってくるものである。現段階ではその可能性を指摘するにとどめ、その具体的な検討に関しては他日に期したい。

【付記】
本稿は、2020年度に上級リサーチペーパーとして慶應義塾大学大学院法務研究科に提出した研究論文に加筆・修正を加えたものである。コロナ禍という前代未聞の事態の中にもかかわらず、リサーチペーパー執筆の指導教授を引受けていただいた平野裕之先生、また、口頭試問の副査を引受けていただいた片山直也先生をはじめ、お世話になったすべての方々に心からの感謝を申し上げる。