

タイトル	債権法改正と契約締結過程における説明義務
著者	大滝, 哲祐; OHTAKI, Tetsuhiro
引用	北海学園大学法学研究, 56(3): 1-43
発行日	2020-12-30

論 説

## 債権法改正と契約締結過程における説明義務

大 滝 哲 祐

### I. はじめに

令和2年(2020年)4月1日に新債権法(「民法の一部を改正する法律(平成29年法律第44号)」平成29年(2017年)5月26日成立、同年6月2日公布)が施行された。

本稿で検討する契約締結過程における情報提供義務・説明義務は、特別法にそれに関する規定があるが<sup>1</sup>、一般法である民法では、債権法改正の経緯の中で検討されたものの、最終的に明文化が見送られた。

契約締結過程における情報提供義務・説明義務は、契約締結上の過失(culpa in contrahendo)の問題の一つである。契約締結上の過失の問題は、これに加えて、①契約交渉の打ち切り、②原始的不能による契約の不成立・無効、③契約交渉等に関与させた第三者の行為による交渉当事者の責任、の4つの類型があるという<sup>2</sup>。このうち、②は、原始的不能の場合であっても損害賠償の請求は妨げられないとして明文化されたが(民法412条の2第2項・415条2項1号)、残りは明文化に至らなかった。ただし、保証契約の履行における債権者の保証人に対する情報提供義務(民法458条の2(主たる債務の履行状況に関する情報の提供義務)、民法458条の3(主たる債務者が期限の利益を喪失した場合における情報の提供義務))と、事業に係る債務についての保証契約の締結の委託者

<sup>1</sup> 金融商品の販売等に関する法律(金融商品販売法)3条(金融商品販売業者等の説明義務)、宅地建物取引業法35条(重要事項の説明等)、消費者契約法3条(事業者及び消費者の努力)などがある。なお、消費者契約法3条の事業者の情報提供義務・説明義務は、努力義務である。

<sup>2</sup> 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 現代契約の法理(1)』(有斐閣、1983年)193頁。

の保証人に対する情報提供義務（465条の10（契約締結時の情報の提供義務））の規定は存在する。

契約締結過程における情報提供義務・説明義務は、特別法に規定があり、また、多くの判例でもその義務違反および損害賠償の存否が争われており<sup>3</sup>、一般法である民法の規定でいかなる場合にそれが認められるのかの一定の基準の提示が必要であったにもかかわらず、何故明文化できなかったのか。本稿は、契約締結過程における情報提供義務・説明義務が債権法改正の経緯でいかなる理由で明文化ができなかったのかを検討し、今後の解釈論および立法論の展望を探ることを目的とする。また、検討に際しては、ドイツ民法の情報提供義務・説明義務との比較を行う。なぜならば、ドイツ民法は、2002年に施行されたドイツ債務法現代化法（2001年公布）により、学説・判例上認められていた情報提供義務・説明義務が明文化され、今後のわが国の解釈論および立法論において示唆となりうるからである。

検討方法は、債権法の改正経緯について、学者を中心とする第Iフェーズ（平成17年～平成21年（2005年～2009年））と法制審議会での議論である第IIフェーズ（第1ステージ（平成21年～平成23年（2009年～2011年））、第2ステージ（平成23年～平成25年（2011年～2013年））、第3ステージ（平成25年～平成27年（2013年～2015年）））を検討後、ドイツ民法の状況、わが国の学説を紹介し、情報提供義務・説明義務の今後の解釈論および立法論の方向性について検討する。

なお、「説明義務」と「情報提供義務」は一定限度で重なる部分があるものの、厳密には異なる部分もあるが、わが国では両者を厳密に区別しておらず、区別する実益も少ないことから、本稿では特に区別せず、以

<sup>3</sup> 比較的近年の最高裁判例では、証券会社の勧誘（説明義務）が適合性の原則を逸脱した場合は違法であり、不法行為を構成するとしたもの（最判平17・7・14民集59巻6号1323頁）、一般的な情報提供義務・説明義務の法的性質は不法行為であるとしたもの（最判平23・4・22民集65巻3号1405頁）（以下、「平成23年判決」という）、金利スワップ取引の説明義務について、顧客の属性と、取引の相手方が取引の基本的な仕組みやリスクを説明していたこと、を考慮して説明義務違反がなかったとしたもの（最判平25・3・7集民243号51頁、裁判所時報1575号59頁）、および、顧客が証券会社の販売する仕組債を運用対象金融資産とする信託契約を含む一連の取引を行った際に証券会社に説明義務違反があったとはいえないとされたもの（最判平28・3・15集民252号55頁、裁判所時報1648号99頁）、がある。

下では、引用箇所等を除き「説明義務」を用いる<sup>4</sup>。また、ドイツ民法（旧ドイツ民法を含む）の条文については、文末の条文資料としてまとめたので参照されたい。

## II. 改正の経緯<sup>5</sup>

### 1. 第Iフェーズ

法制審議会に先立ち、学者が中心にまとめた交渉当事者の情報提供義務・説明義務についての提案（以下、「委員会試案」という）は以下の通りである<sup>6</sup>。

#### **【3.1.1.10】（交渉当事者の情報提供義務・説明義務）**

〈1〉当事者は、契約の交渉に際して、当該契約に関する事項であつて、契約を締結するか否かに関し相手方の判断に影響を及ぼすべきものにつき、契約の性質、各当事者の地位、当該交渉における行動、交渉過程でなされた当事者間の取り決めの存在およびその内容等に

<sup>4</sup> わが国において「情報提供義務」と訳されるのは、Auskunftspflicht および Informationspflicht であり、このうち前者の Auskunft とは、例えば信用情報の提供のように、情報提供を求める者の照会に基づいて事実の具体的な伝達、あるいは評価の具体的な伝達をすることを指すものとされるという（宮下修一『消費者保護と私法理論』（信山社、2006年）90頁）。また、後者の Information には、広い意味で説明（Aufklärung）、助言（Beratung）、警告（Warnung）などを含むものとされることもあるが、通常はそれよりも狭い意味をもつものとして用いられることから、狭い意味での「情報提供義務（Informationspflicht）」と「説明義務（Aufklärungspflicht）」との異同が問題となり、これを厳密に区別する立場では、狭義の情報提供（Information）と説明（Aufklärung）とは情報のアンバランス状態を是正するために事実を伝達することが問題となる点では同様であるが、前者は、事実の伝達がなされなかったか否かという不作為が問題となるのに対し、後者は、実際に事実の伝達が行われたか否かという作為が問題となる点で異なると指摘されるという（90～91頁）。そのほか、両者の異同を言及するものとして、内山敏和「情報格差と詐欺の実相（1）—ドイツにおける沈黙による詐欺の検討を通じて」早稲田大学法研論集 111号（2004年）17頁以下（注7）がある。

<sup>5</sup> 法制審議会—民法（債権関係）部会の資料については、特に断りのない限り、法務省のホームページの資料を使用している（[http://www.moj.go.jp/shingil/shingikai\\_saiken.html](http://www.moj.go.jp/shingil/shingikai_saiken.html)）。

<sup>6</sup> 民法（債権法）改正検討委員会〔編〕『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ—契約および債権一般（1）』（商事法務、2009年）

照らして、信義誠実の原則に従って情報を提供し、説明をしなければならぬ。

〈2〉〈1〉の義務に違反した者は、相手方がその契約を締結しなければ被らなかつたであろう損害を賠償する責任を負う。

委員会試案【3.1.1.10】〈1〉は、情報提供義務・説明義務に関するこれまでの裁判例を参考に、契約の性質、各当事者の地位、当該交渉における行動、交渉過程でなされた当事者間の取決めの存在およびその材料を、情報提供義務・説明義務の有無の判断に際して行動されるべき要素として列挙することにより、考慮要素の明確を図るとともに、信義則により情報提供義務・説明義務が一方当事者に課されるのが、相手方が契約を締結するかどうかを適切に判断することができるためであることからすれば、情報提供義務・説明義務は、これらの事項を対象とすることを明らかにすることが趣旨であるという<sup>7</sup>。委員会試案【3.1.1.10】〈2〉は、相手方がその契約を締結しなければ被らなかつたであろう損害を賠償しなければならぬとし、情報提供義務を負う一方当事者がその義務違反しなければ、相手方がその契約を締結したであろうと考えられた場合、その契約を締結していたならば得られたであろうという利益は含まれない趣旨であるという<sup>8</sup>。

委員会試案【3.1.1.10】〈1〉の解説では、契約の交渉過程では、交渉当事者は相手方が契約を締結するかどうかを判断するために必要な情報を常に相手方に提供しなければならないわけではないが、契約の交渉過程において要求される信義則に基づき、相手方が契約を締結するかどうかを適切に判断するための必要な情報を提供し、説明する義務を負う場合があり、このことは消費者契約と否とを問わずこれまでも判例・学説によって認められていることから明文の規定を置くと説明する<sup>9</sup>。その一方で、どのような要件のもとで情報提供義務・説明義務が発生するかについてその要件を定式化することはわが国も学説に照らしても困難であり、判例もまた、多様な考慮要素を総合的に勘案して情報提供義務・説明義務の有無を判断しているが、少なくともどのような場合に信義誠

<sup>7</sup> 前掲（脚注6）43～44頁。

<sup>8</sup> 前掲（脚注6）44頁。

<sup>9</sup> 前掲（脚注6）44頁。

実の原則に従い一方当事者に相手方に対する情報提供義務・説明義務が生じるのかを判断して考慮すべき要素を少しでも明確化することが必要であると説明する<sup>10</sup>。委員会試案【3.1.1.10】〈2〉の解説は、具体的に、契約を締結するために要した費用など、契約を締結しなければ被らなかつたであろう損害を賠償しなければならず、その契約を締結していたならば得られたであろうという利益は、賠償されるべき損害に含まれないと説明する<sup>11</sup>。

## 2. 第Ⅱフェーズ

### (1) 第1ステージ

『民法（債権関係）部会資料』（以下、「部会資料」という<sup>12</sup>）では、情報提供義務・説明義務という用語は、契約締結のための意思決定の基盤の確保という観点から当該契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼす事項についての情報提供義務・説明義務とそれ以外の事項についての情報提供義務・説明義務を区別して、前者についての規律を置くべきであるという考え方がある<sup>13</sup>。相手の生命・身体・財産に対する危険を防止するための情報が契約締結前に提供されることが多いが、この情報の提供の如何に関わらず相手方は同じ条件で契約したと考えられるので、契約締結のための意思決定の基盤の確保という問題ではないと考えられ<sup>14</sup>、契約締結の際の適切な説明により、契約後に生命・身体・財産に対する損害を被った場合については、契約交渉段階の過失を原因として発生した損害ではあるが、契約の成立を前提として認められる債務不履行ないし付随義務違反の問題に吸収して処理することができるとされている<sup>15</sup>。契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼす事項についての情報提供義務・説明義務については、多数の判例があるが、情報提供義務・説明義務について、個別具体的な事案に応じて、当該契約の性質、当事者の属性や相互の関係、交渉経緯その他の多様な考慮要素を総合的に考慮

<sup>10</sup> 前掲（脚注6）44頁。

<sup>11</sup> 前掲（脚注6）45頁。

<sup>12</sup> 部会資料11-2

<sup>13</sup> 部会資料・前掲（脚注12）16頁。

<sup>14</sup> 部会資料・前掲（脚注12）16～17頁。ここでは、マンションの売買で防火設備の操作方法の説明義務を売主および売主と一体となって事務を行っていた宅建業者に認められた最判平17・9・16判時1912号8頁を紹介している。

<sup>15</sup> 部会資料・前掲（脚注12）17頁。

して、信義誠実の原則（民法1条2項）に従い判断しているといわれており<sup>16</sup>、要件を形式化して条文上に示すことは困難であるとの指摘もなされているが、他方で出来る限り考慮要素を明確にすべき等の観点から、判例が提示する考慮要素を整理した上で、その判断の枠組みを条文上に明記すべきであるという考え方も提示されている<sup>17</sup>。責任の性質について争いがあるが、解釈に委ねるという提案があり、責任の内容については、契約交渉の際の不十分な説明や情報提供によって、本来締結しなかったはずの契約を締結した場合、契約を締結しなければ被らなかつたであろう損害の賠償を請求するものができるものと理解し、その旨を条文上明記すべきという考え方が一方で、損害賠償の範囲に関する一般法理によって解決すれば足りるという考え方もある<sup>18</sup>、と紹介している。

『法制審議会民法（債権関係）部会第9回会議事録』（以下、「第9回会議」という）では、説明・情報提供を十分にやらないと事業者が逆に損害賠償の責任を負わされるということになると、自分たちの責任ひいては権利であると十分説明させてくれないと困ると聞きたくもないような勧誘を延々と聞かされなければ長くなるのではないか<sup>19</sup>、契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼす事項についての情報提供義務・説明義務違反が認められてもよいが、それ以外の事項であっても、情報提供義務・説明義務が信義則上認められるのであれば、その違反によって損害が生じている限り、損害賠償が認められるはずであること<sup>20</sup>、当事者の属性について、金融商品取引法上のプロに対する説明義務が尽くされているからといっても、民法上の債務履行ないし信義則上の説明義務違反になる場合が否定されるわけではないこと<sup>21</sup>、などの意見があった。

『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』（以下、「中間的な論点整理の補足説明」という）では、説明義務等の存否の判断に当たって考慮すべき事項に関して、契約の内容・性質、当事者の

<sup>16</sup> 部会資料・前掲（脚注12）17頁。融資と建物建築が一体となった計画の勧誘における建築会社および金融機関の説明義務が争われた最判平18・6・12判時1941号94頁を紹介している。

<sup>17</sup> 部会資料・前掲（脚注12）17頁。

<sup>18</sup> 部会資料・前掲（脚注12）17～18頁。

<sup>19</sup> 岡田委員発言・第9回会議30頁。

<sup>20</sup> 山本（敬）幹事発言・第9回会議32頁。

<sup>21</sup> 道垣内幹事発言・第9回会議34頁。

地位・属性・専門性の有無、交渉経緯、問題となっている情報の重要性・周知性、情報の偏在の有無、当事者間の信認関係の有無などを挙げる意見があり、このうち、当事者の属性に関して、事業者であっても規模によっては人員やコストの面で説明義務等を負わせるのが困難な場合があるとの意見があった<sup>22</sup>、とまとめている。

## (2) 第2ステージ

その後の部会資料<sup>23</sup>では、情報提供義務・説明義務について、理論的な根拠のほか、どのような場合に説明義務等が生ずるかについて様々な考え方が主張されており、説明義務や情報提供義務の存在を認めた判例もさまざまであり、民法に一般的な要件を定めた規定を設けるのが困難であるとの意見もある<sup>24</sup>、規定を設けるとした場合のその内容については、①説明すべき事項や提供すべき情報の範囲をどのように規定するか、②どのような場合に説明義務または情報提供義務が生ずるか、③説明義務または情報提供義務の有無を判断するにあたっての考慮要素を列挙するかどうか、列挙するとしてどのような事項を列挙するかなどが問題になる<sup>25</sup>、説明義務違反に基づく責任の性質をどのように解するかによって生ずる具体的な帰結は立法的に解決されることになる（責任の法的性質を不法行為責任と解するか契約責任と解するかは引き続き解釈に委ねられる）<sup>26</sup>、などの提案があった。

『法制審議会民法（債権関係）部会第49回会議議事録』（以下、「第49回会議」という）では、信義則上の情報提供義務・説明義務を明文化することを提案するものを甲案とし、要件を一般化することの困難などを踏まえ、規定を設けないことを提案するものを乙案として議論が行われた<sup>27</sup>。当事者の立場や有している情報に千差万別であり、説明義務が認められる範囲を一律に明文化するのは困難であり、一般規範である信義則に委ねるべきであることから乙案を支持<sup>28</sup>、①情報提供義務を負う

<sup>22</sup> 中間的な論点整理の補足説明 186 頁。

<sup>23</sup> 部会資料 41

<sup>24</sup> 部会資料・前掲（脚注 23）25 頁。

<sup>25</sup> 部会資料・前掲（脚注 23）26 頁。

<sup>26</sup> 部会資料・前掲（脚注 23）29 頁。

<sup>27</sup> 第 49 回会議 1 頁。

<sup>28</sup> 大島委員発言・第 49 回会議 2 頁。佐成委員も乙案を支持した（2 頁）。

者において、問題の事項が相手方にとって重要であることを知っていたことを要するかどうか、②相手方がその事項について情報を得ることが不可能または著しく困難であることを要するか、③契約の性質や相手方の資質を考慮して、情報提供義務が必要であると認められることを要するか、④以上3点の立証責任についてどのようにして考えるのか、を検討して一定の成果があれば、甲案を支持<sup>29</sup>、信義則という一般的規定しか手掛かりがないということが非常にわかりにくい状況をもたらしているので、ルールの明確という全体の方針からしても、ここでのルールを具体的に明文化することを検討する必要があるとして甲案を支持<sup>30</sup>、甲案を支持して、取消しの可能性も検討すべきである、などの意見があった<sup>31</sup>。

契約締結過程における情報提供義務・説明義務は、第3分科会第5回会議でも取り上げられ、『民法（債権関係）部会分科会資料6』（以下、「分科会資料6」という）の論点を議論した。すなわち、第49回会議の甲案を採用した場合の論点として、①情報提供義務・説明義務の対象を、「当該契約に関する事項であって、契約を締結するか否かについての判断に影響を及ぼすべき重要な事項に関する情報」とすることの当否、②契約の当事者の一方が①の事項についての情報を「有し／容易に得ることができ」、かつ、相手方が（当該相手方に合理的に期待できる方法で）その情報を得ることが不可能又は（著しく）困難であることを要件とすることの当否、③当該相手方が契約を締結するか否かを判断するに当たって、当該情報を考慮することが必要であると認められることを要件とすることの当否、④③の必要であると認められるかどうかの判断するための考慮要素として、契約の性質、相手方の知識、経験、契約を締結する目的、契約交渉の経緯などを列挙することの当否、⑤③の必要性についての義務者の認識（可能性）を要件とすることの当否、である<sup>32</sup>。また、中井委員より「中井メモ」<sup>33</sup>が提出されて、提案と合わせて議論され

<sup>29</sup> 山野目幹事発言・第49回会議3頁。

<sup>30</sup> 鹿野幹事発言・第49回会議6頁。

<sup>31</sup> 山本（敬）幹事発言・第49回会議8頁。

<sup>32</sup> 分科会資料6（1～2頁）。

<sup>33</sup> 3 情報提供義務・説明義務

契約交渉の一方当事者が、契約を締結するか否かについての判断に影響を及ぼすべき情報を有している場合【or容易に取得できる場合】において、契約の内容・目

た。

⑤③の必要性について義務者の認識を要件とすることは、中井メモも反対であり、事務局もそれでは狭くなりすぎるので、認識可能性が適切であること<sup>34</sup>、①の位置づけについて、専門的な情報のギャップがあるようなタイプの契約の締結に適用される法理であるから、要件での中であまりうまく表現できれば良いこと<sup>35</sup>、①は不要ではないかという印象を受け、③④をもっとリファインしていくことに大方の意見の一致があるといえ、そうすると、①で客観的に当該情報がこの枠に入るかどうかは、結局③の中で最終的に判断をせざるを得なくなるのではないかと<sup>36</sup>、この提案は、反対の強い案なので、条文化の際には、できるだけワーディングだけでなく、もう少し危惧を払拭できるような限定など、工夫を要するのではないかと、などの意見があった<sup>37</sup>。

『民法（債権関係）の改正に関する中間試案』（以下、「中間試案」という）は、以下の通りである。

## 第 27 契約交渉段階

### 2 契約締結過程における情報提供義務

契約の当事者の一方がある情報を契約締結前に知らずに当該契約を締結したために損害を受けた場合であっても、相手方は、その損害を賠償する責任を負わないものとする。ただし、次のいずれにも該当する場合には、相手方は、その損害を賠償しなければならない

的、当事者の属性または相手方の知識経験、契約の交渉経緯に照らして、当該情報の提供が、相手方にとって、契約を締結するか否かについての判断のために必要であり、その情報を相手方に提供し説明しないことが信義に反する場合には、一方当事者は相手方に対して、当該情報を提供し説明しなければならない。

前項の義務に違反した場合、これによって相手方に生じた損害を賠償しなければならない。

【前項の義務に違反した場合、当該情報を提供し説明していれば、相手方が契約の締結をしなかったと通常判断されるときは、相手方は、契約を取り消すことができる。】

<sup>34</sup> 松本分科長発言・第3分科会第5回会議 19 頁。

<sup>35</sup> 内田委員発言・第3分科会第5回会議 20 頁。

<sup>36</sup> 松本分科長発言・第3分科会第5回会議 22 頁。

<sup>37</sup> 内田委員発言・第3分科会第5回会議 24 頁。

ものとする。

- (1) 相手方が当該情報を契約締結前に知り、又は知ることができたこと。
  - (2) その当事者の一方が当該情報を契約締結前に知っていれば当該契約を締結せず、又はその内容では当該契約を締結しなかったと認められ、かつ、それを相手方が知ることができたこと。
  - (3) 契約の性質、当事者の知識及び経験、契約を締結する目的、契約交渉の経緯その他当該契約に関する一切の事情に照らし、その当事者の一方が自ら当該情報を入手することを期待することができないこと。
  - (4) その内容で当該契約を締結したことによって生ずる不利益をその当事者の一方に負担させることが、上記(3)の事情に照らして相当でないこと。
- (注) このような規定を設けないという考え方がある。

『民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明』(以下、「中間試案の補足説明」という)は、規定を設ける考え方について、①契約を締結するかどうかの判断に当たって必要な事項を対象とする説明義務と、②それ以外の事項を対象とする説明義務は、趣旨・目的や機能する場面等が異なり、例えば、①が契約の締結における実質的な契約自由を確保することを目的とするのに対し、②は当事者が契約を締結した目的を適切に達成することを目的としていること、①は契約交渉段階で問題になるのに対し、②は契約交渉段階だけでなく債務の履行の過程でも問題になることなどの差異を挙げることができ、本文はこれらを区別し、①のみを対象として、明文化しようとするものであり、①は情報提供義務と言われるものの中でも典型的で重要な類型であること、②は契約の解釈から導くことができることも多く、①は、契約締結前でしか機能しないため、明文がなければ信義則という一般条項から導くほかないことを考慮したものであると説明する<sup>38</sup>。規定を設けない考え方については、信義則から派生した法理を明文化すること自体に対する批判に加え、現在信義則の適用の結果として形成されてきたルールを過不足なく適切に明文化することは困難であるという指摘や、信義則が適用される場面

<sup>38</sup> 中間試案の補足説明 342 頁。

を具体的にルールとして記述することがそもそも難しい上、情報提供義務が課される場面は千差万別であって一律の規定を設けることが難しいという指摘があり、過不足のない規律が設けられなければ、説明義務が過剰に強調されて、企業の事業活動が阻害されることの懸念がある<sup>39)</sup>、と説明する。

### (3) 第3ステージ

その後の部会資料<sup>40)</sup>では、規定を設けること自体の当否を抽象的に議論することは適切でなく、問題はこれまでの裁判例の背景とされてきた考え方を適切に抽出し、当事者の予見可能性を確保する程度で明確で、かつ、柔軟な判断を阻害しないような規定を設けることであると考えられるので、中間試案は、このような考え方に基づいて、具体的な要件としての考え方を示したものである<sup>41)</sup>、中間試案が、一方で情報提供義務に関する記述を設けることによって逆に情報提供義務の範囲が拡大するのではないかとの懸念も示されており、バランスのとれた規定とする観点からも原則を示す意義があること、自己責任が過度に強調されるという懸念に対しては、例外となる情報提供義務の発生する場面を適切に記述することによって対応し得ると考えられることから、原則と例外の方法を記述するという考え方を取ることにした<sup>42)</sup>、中間試案とは異なる情報を対象とする情報提供義務として、問題となる情報を知らないで契約を締結すれば、相手方の生命、身体、財産などの利益に損害が生ずる可能性が高い情報については、情報提供義務を課するという考え方があるが、財産的な利益に対する損害が生じる可能性が高い情報にまで対象を広げるのであれば、単に一方の当事者が情報を知らないことの危険性を知っているだけでその情報の提供を義務づけるのは、義務の範囲が広すぎることから、この点をどのように考えるかという提案があった<sup>43)</sup>。

『法制審議会民法（債権関係）部会第84回会議議事録』（以下、「第84回会議」という）では、まず、中間試案のような考え方とは別に、部会

<sup>39)</sup> 中間試案の補足説明 346 頁。

<sup>40)</sup> 部会資料 75 B

<sup>41)</sup> 部会資料・前掲（脚注 40） 2 頁。

<sup>42)</sup> 部会資料・前掲（脚注 40） 3 頁。

<sup>43)</sup> 部会資料・前掲（脚注 40） 5 頁。

の審議の過程では、その情報を知らないことによって当事者の生命や身体に危険が及ぶような情報については、他方の当事者に提供義務を課するという考え方も示されており、情報の内容に着目して情報提供義務に関する規定を設けるという考え方であるとの説明があった<sup>44</sup>。そして、生命、身体に損害を生じるということで、経済界から反対があり、もし生命、身体に損害が発生したときの企業の責任が膨大になることから、損害が発生しないようにするための情報提供義務が、決して被害者になる人のためだけではなく、加害者になる人にとっても必要ではないか<sup>45</sup>、①情報提供義務を設ける法律上の根拠は何か、②情報提供義務が契約締結後についても一定の情報提供義務が認められるケースがある場合との関係、③情報提供の範囲あるいは対象が何なのか、生命、身体に損害を生じさせる場合なのか、それとも財産に対する損害のケースを含むのか、④損害が生じる可能性がある危険性がどの程度具体的な危険性なのか、⑤情報提供義務を果たすには、どれくらい具体的な情報を提供する必要があるのか<sup>46</sup>、契約締結後の情報提供義務は、今回のルールとは切り離して考えるべきであり、交渉段階の義務でも、中間試案の冒頭部分、つまり、情報収集についてのリスクは自己責任ということは条文として置いた方が良いこと<sup>47</sup>、専門的な事業者に対して、特別な情報提供義務を認める必要があるものの、それを民法で定めることにコンセンサスを得ることは難しいが、すべてをカバーできるものを定めておくことは意味があるのではないか<sup>48</sup>、などの意見があった。

その後は検討されず、明文化は見送られた。

### 3. 小括

第Ⅰフェーズの委員会試案【3.1.1.10】で示された説明義務の考慮要素の明確化と損害賠償の制限（信頼利益）という趣旨に基づく明文化の方向性は、最後まで一貫していたようであった。第Ⅱフェーズに入ると、第1ステージでは、部会資料と第9回会議で相手の生命・身体・財産に対する危険を防止するための説明義務をどのように扱うかが議論とな

<sup>44</sup> 笹井関係官発言・第84回会議63頁。

<sup>45</sup> 岡田委員発言・第84回会議66頁。

<sup>46</sup> 岡崎幹事発言・第84回会議66～67頁。

<sup>47</sup> 潮見幹事発言・第84回会議67～68頁。

<sup>48</sup> 山本幹事発言・第84回会議68～69頁。

り、最後までまとまらなかった。第2ステージの第49回会議になると、説明義務の要件の一般化の困難さから明文化に賛成する意見と反対する意見に分かれ、さらに第3分科会第5回会議で議論され、相手方の契約締結に関する情報の考慮と、考慮要素の列挙については大方の意見の一致があったとした。そして、中間試案の補足説明では、契約を締結するかどうかの判断に当たって必要な事項を対象とする説明義務であることが説明された。第3ステージの第84回では、当事者の生命や身体に危険が及ぶような情報について、経済界から反対の声があった。

債権法改正の経緯では、契約締結過程における情報提供義務・説明義務、その要件の具体化および損害賠償の範囲の制限（信頼利益）を明文化する趣旨で検討されていたと考えられる。最終的に明文化に至らなかったのは、要件の具体化の困難さ、生命・身体・財産に対する危険を防止するための説明義務の取り扱いの未解決であったと考えられる。また、これらに引きずられ、損害賠償の範囲の制限（信頼利益）については、その責任の法的性質は今後の解釈によるところまで検討したが、損害賠償の範囲の制限までは十分に検討できなかつたと考えられる。

ドイツ民法では説明義務が改正により明文化されたが、その内容はいかなるものであるかをⅢで検討する。

### Ⅲ. ドイツ民法における説明義務

ドイツ民法では、2002年に施行されたドイツ債務法現代化法によってドイツ民法311条で明文化された。ここでは、全体像（法的性質、要件、効果）を示した後に、説明義務の具体的内容として、金融機関を概観する。

#### 1. 全体像<sup>49</sup>

説明義務（および契約交渉の打ち切り）を定めるドイツ民法311条2項は以下の通りである。

ドイツ民法311条 法律行為上および法律行為類似の行為による

<sup>49</sup> 311条2項は、契約交渉の打ち切りと要件と効果が重複する部分があり、すでに拙稿「ドイツにおける契約締結上の過失に関する考察—契約交渉の打ち切りを中心に—」横浜法学28巻3号（2020年）289頁で検討しているので、それを元に全体像をまとめる。

債務関係

(2) 241 条（債務関係に基づく諸義務）2 項による義務を伴う債務関係は、以下によっても生じる。

1. 契約の着手、
2. 契約交渉当事者の一方が何らかの法律行為的な関係を考慮して、相手方に対し同人の権利、法益および利益に影響を及ぼす可能性を与えたこと、または、同人にその可能性を委ねる契約締結の用意、または、
3. 法律行為類似の行為によって生じる接触。

ドイツ民法 311 条 2 項は、契約締結上の過失（契約交渉の打ち切り・説明義務<sup>50</sup>）について、債務関係は、ドイツ民法 241 条 2 項の義務とともに、契約交渉の開始（2 項 1 号）により生じる法定債務関係であり、取引の相手方の通常の注意義務である<sup>51</sup>。

説明義務（契約交渉の打ち切り含む）の要件は、契約締結上の過失が成立する要件として、ドイツ民法 311 条 2 項は、契約交渉の着手（1 号）、契約締結の用意（2 号）、法律行為類似の接触（3 号）を定めている。さらに、ドイツ民法 241 条 2 項の保護ないし配慮義務が必要である<sup>52</sup>。

ドイツ民法 311 条 2 項およびドイツ民法 241 条 2 項に基づく契約締結上の過失の義務違反の法的効果は、主にドイツ民法 249-253 条に関連してドイツ民法 280 条 1 項から生じ、契約が実際に後で締結されるかどうか

<sup>50</sup> なお、ドイツ民法 311 条 3 項は、契約交渉等に関与させた第三者の行為による交渉当事者の責任（「第 241 条第 2 項の規定による義務を伴う債務関係は、自ら契約当事者とならない者に対しても発生することが可能である。特に、第三者が、特別な程度に自己に対する信頼を要求し、それによって契約交渉又は契約締結が著しく影響を受ける場合には、かかる債務関係が発生する。」）を定めている。また、原始的不能については、ドイツ民法 311a 条に規定がある。

<sup>51</sup> Wolfgang Krüger, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd.3, 8. Auflage 2019, § 311, Rn. 35, 38.

<sup>52</sup> 契約交渉の着手は、契約交渉をするための「交渉」である必要があり、契約締結の用意は広く解釈する必要があり、法律行為類似の接触は、法律行為のような性格を備えた好意的関係、または第三者に有利な保護効果などの特異な類型化を抱えており、慎重な処理が要請される場合があるという（拙稿・前掲（脚注 49）306～307 頁）。

かに関係なく、損害を被った者は、原則として、契約交渉中（ドイツ民法 311 条 2 項）に他方当事者に義務違反なく自分が現在存在するようにすることを原則的に要求することができるという（ドイツ民法 249-253 条）<sup>53</sup>。すなわち、義務違反および被った損害、そして因果関係であり（ドイツ民法 280 条 1 項、276 条、249-253 条）、損害を被った者の賠償請求は、必ずしもそうとは限らないが、ほとんどの場合、他方当事者の義務に基づく行為が利益をもたらさないか、またはまったくもたらさない限り、消極的利益（信頼損害）に向けられ、ドイツ民法 122 条 1 項 2 本文およびドイツ民法 179 条 2 項 2 本文は、損害を被った者の賠償請求は、積極的利益（履行利益）に限定されないという<sup>54</sup>。

説明義務違反に対して損害賠償を請求する者は、義務違反とその損害との間の因果関係の立証責任を負う<sup>55</sup>。言い換えれば、適切な説明が損害をもたらさず、特に不利な投資決定につながらないことを説明し、必要であれば証明しなければならないが、多くの場合、この立証は非常に困難であるという<sup>56</sup>。なぜならば、通常、多くの投資機会に直面しているため、適切な説明中に損害を被った者が実際にどのように行動したかを確認することは通常もはや不可能だからである。結果として生じた損害を被った者の立証が明白であり、改善できるかどうか、そしてどのように改善できるかという問題について活発な議論につながっているという<sup>57</sup>。

## 2. 内容

### (1) 説明義務

契約交渉における説明義務違反に対する責任（ドイツ民法 311 条 2 項）は、今日契約締結上の過失の法制度の中核を形成し、そして一層、契約

<sup>53</sup> 拙稿・前掲（脚注 49）298 頁。

<sup>54</sup> 拙稿・前掲（脚注 49）299 頁。

<sup>55</sup> Münchener Kommentar（脚注 51）, Rn. 207

<sup>56</sup> Münchener Kommentar（脚注 53）, Rn. 207

<sup>57</sup> この点に関して、Bassler WM 2013, 544; Heusel ZBB 2012, 461; Kersting JZ 2008, 714; Leistner, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, 2007, 1011 ff.; Lieb FS Rechtswiss. Fakultät Köln, 1988, 251; Messer FS Steindorff, 1990, 539; Möllers Bankrechtstag 2012, 2013, 81; Möllers NZG 2012, 1019; Schwab NJW 2012, 3274; H. Stoll FS Riesenfeld, 1983, 275; Theisen NJW 2006, 3102; Tiedtke JZ 1989, 569、などがある。

締結後の望ましくない契約の修正のための手段となり、契約締結前の説明義務違反を發展させたという<sup>58</sup>。その結果、最も重要な問題は、一方当事者の他方当事者への説明義務が契約交渉中に受け入れられる状況であり、契約交渉における当事者の説明義務は、ドイツの法律とは異質であることから、一方当事者の他方当事者に対する説明義務は、特別な追加要件の下でのみ受け入れられるという<sup>59</sup>。したがって、説明義務の仮定は一貫して一定の状況に完全に依存するため、一般規定は非常に高い抽象的なレベルでのみ發展が可能であり、この留保の下では、説明義務違反の核心はそれをしないことであり、契約交渉中に説明義務違反の状況を通知できないことであるという<sup>60</sup>。

また、積極的な行動による誤情報（「詐欺」）も除外される。これは、単に必要な行動をしなかっただけで説明義務違反よりもはるかに厳しい原則があることを理由とする<sup>61</sup>。自由意思であるが、相手方に説明する者は誰でも、誠実に行動しなければならないため、提供された情報が不正確である場合、賠償責任を負うという（ドイツ民法 311 条 2 項、241 条 2 項、280 条 1 項、276 条）<sup>62</sup>。

契約交渉中に一方の当事者の他方への説明義務は一通常、連邦通常裁判所（BGH）が述べるように一、一方当事者のみが知っており、知っている、または知る必要がある特別な追加の状況の場合にのみ可能であるという<sup>63</sup>。特に、問題状況が相手方の契約の目的を妨げる可能性があるので、他方の決定が一方の知識によって影響を受ける可能性があるという（ドイツ民法 311 条 2 項、241 条 2 項）<sup>64</sup>。

積極的な行為による（常に違法な）詐欺との境界に関しては、特別な

<sup>58</sup> Münchener Kommentar（脚注 51）, Rn. 64.

<sup>59</sup> Münchener Kommentar（脚注 51）, Rn. 64.

<sup>60</sup> Münchener Kommentar（脚注 51）, Rn. 64.

<sup>61</sup> Schwarze Leistungsstörungen § 33 Rn. 2.

<sup>62</sup> Münchener Kommentar（脚注 51）, Rn. 64.

<sup>63</sup> Münchener Kommentar（脚注 51）, Rn. 66.

<sup>64</sup> 例えば、BGHZ 174, 186 Rn. 13=NJW 2008, 1307; BGH NJW-RR 1998, 1406=NZG 1998, 506 (507); LM § 123 Nr. 45; NJW 2000, 803 (804); 2001, 2163; 1979, 2243; NJW 2007, 3057 Rn. 35; 2008, 3699 Rn. 10=NZM 2008, 935; NJW-RR 2016, 859 Rn. 12 ff.=WM 2016, 1351 (1352); NJW 2017, 2403 Rn. 18 f.; 2017, 2586 Rn. 14 f.; ebenso etwa öOGH SZ 48 (1975) Nr. 102, S. 520 (523 f.)、などが挙げられている。

類型でなければならず、先行する行為、いわゆる先行行為による説明義務の根拠を意味し、これはとりわけ、契約交渉中に、おそらく義務はないが、他の当事者に生じた可能性のある錯誤を適時に修正する各当事者の義務である（ドイツ民法 241 条 2 項）という<sup>65</sup>。全体として、現在の状況における先行行為の視点は、実際に広く想定されているよりもはるかに大きな役割を果たす可能性があり、最終的には、説明義務が想定する背景にあることが多いという<sup>66</sup>。また、当事者の情報格差の範囲が中心的な役割を果たし、特に注目すべきは、一方当事者が他方当事者よりも知的または経済的に優位であること、問題の情報の性質（すべての知識を明らかにする必要はない）、そして最後に関係する当事者の先行行為であるという<sup>67</sup>。

過失による詐欺については、他方当事者に、意図せずに錯誤を引き起こし、錯誤の影響下で契約を進めていることを認識または認識しなければならぬ者は、以前の行為（先行行為）から他方当事者に錯誤について説明する義務があり、彼が説明義務を遵守しない場合、損害賠償責任を負う（ドイツ民法 280 条 1 項）<sup>68</sup>。これにより、欺罔された当事者は、原状回復の方法で契約の取消しを要求することができるという（ドイツ民法 249 条）<sup>69</sup>。過責（Verschulden）は、過失（Fahrlässigkeit）で充分であり（ドイツ民法 241 条 2 項、280 条 1 項および 276 条）、故意は一他

<sup>65</sup> Münchener Kommentar (脚注 51), Rn. 67. 具体例として、目論見書の内容に責任を負う者は、たとえば、受取人の誤解を招くのに適している場合、または後で不正確であることが判明した場合、目論見書を直ちに修正する必要がある、また、特定の分野の専門家として助言を推奨する者は、必要な知識を得るか、交渉中に少なくとも他方当事者の知識不足を明確に指摘しなければならない。彼が支払いの対価として行動する場合、情報提供義務違反が直接の責任につながる助言契約の締結が問題となるという。

<sup>66</sup> Münchener Kommentar (脚注 51), Rn. 67.

<sup>67</sup> Münchener Kommentar (脚注 51), Rn. 69. これは、たとえば、消費者だけでなく、特に銀行と保険会社に対する説明義務の重要性が高まっており、その理由は、単に顧客の大部分が、経済状況の知識や情報源へのアクセスに関して企業よりも絶望的に劣っているからであるという。

<sup>68</sup> Münchener Kommentar (脚注 51), Rn. 77.

<sup>69</sup> BGHZ 163, 306 (309 f.)=NJW 2005, 1579; BGH NJW 1984, 2814; 1981, 976; NJW-RR 1988,744; NJW 1991, 1673; 1997, 254; 2000, 3642; OLG Dresden NJW-RR 2006, 1429; OLG München NJW 2013, 946 (947)、などがある。

方でドイツ民法 123 条によるものとして一要求されず、また、ドイツ民法 123 条に基づく契約の取消しは、契約締結上の過失の責任も除外しないという<sup>70</sup>。

## (2) 金融機関<sup>71</sup>

今日の法律家の公の関心は、投資家を保護するために、投資仲介者から投資顧問、特に銀行、金融仲介業者の説明ないし情報提供義務に集中しているため、銀行の説明義務に大きな意義が認められ、この背景は、いわゆる情報提供モデル (Informationsmodell) であり、合理的な意思決定が可能な、十分な情報に基づいた投資家が利用できる広範な情報を通じて、投資家の保護がもっともよく達成されるという<sup>72</sup>。投資家保護のモデルは、常に投資家の情報の開示要件を高めている欧州連合 (EU) 法および国内法に基づいているという<sup>73</sup>。通常の十分な情報と合理的な

<sup>70</sup> Münchener Kommentar (脚注 51), Rn. 77.

<sup>71</sup> 金融機関の金融においては、金融商品についての顧客への適合性の原則が問題となる。適合性原則とは、一般に、一般投資家への市場開放 (市場の民主化・大衆化) のなかで、自己責任原則の妥当する自由競争市場での取引耐性のない顧客を市場から排除することによって保護することを目的としたルール (パターンリズムの一翼を担うもの) と理解されている (潮見佳男『不法行為Ⅱ』(信山社、2009 年) 162 頁。説明義務との関係については、金融商品の投資勧誘における説明義務は、適合性の原則とは異なり、金商法上の業者に対する行為規制から導かれるというよりは、むしろ取引における信義則上の一般的義務から導かれると考えられ、いわば業者ルールとしての情報提供や説明義務とは別に、その影響を受けつつ金融商品に関する取引ルールとしての説明義務が確立しているという (前田重行「第 2 章 金融機関の投資勧誘における適合性原則および説明義務について」『金融商品の販売における金融機関の説明義務等』(金融法務研究会、2014 年) 49 頁)。本稿では、適合性の原則には特に言及せず、説明義務に関して言及する。

なお、売買と説明義務を含む契約締結上の過失の関係については、古谷貴之「ドイツ新債務法における瑕疵担保法と契約締結上の過失の交錯」同志社法学 60 巻 5 号 79 頁がある。

<sup>72</sup> Münchener Kommentar (脚注 51), Rn. 94.

<sup>73</sup> ドイツの投資家保護法は以下の経緯をたどる。基礎は、金融商品市場指令 (RL 2004/39/EG vom 21.4.2004, ABL 2004 L 145, 1) であり、MiFID I (第 1 次金融商品市場指令) にちなんで命名され、特に旧ドイツ有価証券法 (Wertpapierhandelsgesetz (WpHG)) 31 条でドイツの法律に国内法化された。EU 指令 (2004/39/EG) は、その後、MiFID II (第 2 次金融商品市場指令) と呼ばれる 2014 年 5 月 15 日 (ABI 2014 L 173, 349) の金融商品に関する新しい EU 指令 (2014/65

情報を備えた合理的な投資意思決定者という連邦通常裁判所（BGH）が支持する投資家モデルは、実際には平均的な投資家が常に十分な情報を持たず、通常は厳密に合理的ではなく、しばしば能力を過大評価し、リスクを回避するため、現実とは何の関係もなく、また、最初からこの規範的なモデルでは、平均以下の投資家はすべて無防備のままであり、現在の投資家保護の慣行の明らかに容認できない結果であり、そうでなければ強調されている消費者保護も損なうことも見逃してはならないという<sup>74</sup>。さらに重要なことは、利益最大化の観点から、十分な情報により、合理的に行動する投資家でさえ、非常に複雑な資本市場とその製品を必要な程度まで理解できないことであるという<sup>75</sup>。銀行の助言および説明義務は、銀行が顧客への助言を明示的に拒否した場合、または顧客自身がそうすることを控えた場合、除外され、また、銀行は、関与している投資サービス企業を定期的に監視する必要もないという<sup>76</sup>。

### 3. 小括

ドイツ民法の説明義務の全体像（法的性質・要件・効果）は、契約締結上の過失の問題として、311条2項に契約交渉の打ち切りとともに法定債務関係として規定されており、契約責任の性質を有する。要件とし

---

/EG) に置き換えられた。2017年6月23日の第2次金融商品市場指令（BGBI 2017 IS. 1693）によってドイツの法律に国内法化された新しいEU指令（2014/65/EG）は、新しい監督権と介入権を正当化し、投資家保護を大幅に強化した（Münchener Kommentar（脚注51），Rn. 96）。

これらの指令を国内法化させるのに、欧州裁判所（EuGH）の判例（EuGH NZG 2013, 786 Rn. 57）によれば、加盟国は、特に監督規制または民法における取引規制の実施を行うかどうかを選択することができる。ドイツはWpHG（有価証券法）63条以下の規定で主に監督規制の国内法化を選択した。これに加えて、グレー資本市場を規制する2011年のVermAnlG（Vermögensanlagengesetz）（ドイツ財産投資法）、投資市場を規制する2013年のKAGB（Kapitalanlagengesetzbuch）（ドイツ資本投資法）（2011年のAIFM（オルタナティブ投資ファンド運用者指令）を実装）、2013年の報酬に基づく投資助言法、そして2015年の新しいKASG（Kleinanlegerschutzgesetz）（ドイツ小規模投資家保護法）が追加され、ドイツ財産投資法を修正する方法として、株主ローンおよび劣後ローンの目論見書義務がさまざまな抜け穴を塞ぐために拡張された（Münchener Kommentar（脚注51），Rn. 97）。

<sup>74</sup> Münchener Kommentar（脚注51），Rn. 94.

<sup>75</sup> Münchener Kommentar（脚注51），Rn. 95.

<sup>76</sup> Münchener Kommentar（脚注51），Rn. 100.

ては、契約交渉の着手（1号）、契約締結の用意（2号）、法律行為類似の接触（3号）を定めており、顧慮義務（付随義務ないし保護義務）を満たすことが必要とされている。効果は、原状回復（ドイツ民法249条以下）を損害賠償義務の原則としつつ、義務違反および被った損害、そして因果関係により損害賠償の範囲が定まるとして（ドイツ民法280条1項、276条、249-253条）、多くの場合、消極的利益が問題になるとするが、積極的利益を排除するものでなく、ドイツ民法122条1項2本文およびドイツ民法179条2項本文も積極的利益を排除するものではないという。近年では損害賠償を請求する者の因果関係の立証の軽減が問題となっている。

説明義務の内容は、今日、契約締結上の過失の法制度の中核を形成する一方で、ドイツの法律の中では異質であり、一方当事者の他方当事者に対する説明義務は、特別な追加要件の下でのみ受け入れられ、説明義務の仮定は一貫して状況に完全に依存するため、一般規定は非常に高い抽象的なレベルでのみ発展が可能であり、この留保の下では、説明義務違反の核心はそれをしないことであり、契約交渉中に説明義務違反の状況を通知できないことであるという。意思表示の瑕疵（詐欺・錯誤）が問題となる場合では、先行行為の視点が、実際に広く想定されているよりもはるかに大きな役割を果たす可能性があり、また、当事者の情報格差、一方当事者の知的・経済的優位性の範囲が中心的な役割を果たし、特に注目すべきは、一方当事者の他方当事者よりも知的または経済的優位性、問題の情報の性質、であるという。また、過失による詐欺の場合は、損害賠償（ドイツ民法280条1項）と、原状回復の方法で契約の取消しを要求することができるという（ドイツ民法249条）。

金融機関の情報提供義務については、銀行の情報提供モデルに大きな意味があり、投資家保護のモデルは、常に投資家の情報の開示要件を高めている欧州連合（EU）法および国内法に基づいているという。その一方で、情報過多により、利益最大化の観点から合理的に行動する投資家でさえ、非常に複雑な資本市場とその製品を必要な程度まで理解できないという。

#### IV. わが国の学説

わが国の説明義務の根拠に関する学説は、意思表示からのアプローチ、契約締結上の過失からのアプローチ、自己決定の確保からのアプローチ、

などに分類することができる。それぞれの主だった説を紹介する。

### 1. 意思表示からのアプローチ

詐欺・錯誤の適用範囲の拡大を目的に、それらの要件の緩和手段として情報提供義務を用いるアプローチである。フランス法を分析して、わが国でも、情報提供義務違反を理由として、沈黙による詐欺の拡張が検討されるべきとして、わが国への示唆として、詐欺と錯誤の接近あるいはその統一的把握という問題と、契約準備段階における信義誠実のとらえ方という問題に分け、前者は、詐欺の適用領域の拡張、表意者の相手方の行為態様に重視、錯誤者の相手方に対する損害賠償の肯定、詐欺と錯誤の接近・統一的把握による活用、特別法における民法理論の活用を挙げ、後者は、契約の拘束力の否定という形をとった契約前の信義則の探究を挙げるものがある<sup>77</sup>。

錯誤・詐欺・強迫といういわゆる「合意の瑕疵」について検討し、フランス法における情報提供義務の理論の発展にみられる特徴は、契約当事者が自分にとって必要な情報はみずから取得することを原則とするような古典的な契約法を修正し、事業者と消費者の知識ないし情報取得能力の格差を是正するという役割を情報提供義務の理論に認めることによって、詐欺の法理に消費者保護の観点からの考慮を付加した点と、合意の瑕疵を、意思ではなく当事者の行為態様という新たな視角から検討すること可能にしたことにあるという<sup>78</sup>。しかし、消費者の期待と契約のもたらした結果の不一致をすべて、情報提供義務による錯誤・詐欺の拡張でカバーすることにはやはり一定の限界があるという<sup>79</sup>。契約締結上の過失による契約解消については、事業者の行為規範的な規制法はあるか、契約の解消手段として契約締結上の過失による契約解除を認める必要はなく、契約締結上の義務違反の効果として契約解除ないし損害賠償を認めるということは、その限りで契約の効力（少なくとも消費者に対する契約の拘束力）を否定するに等しいので、契約の有効要件の問題であり、その意味でこの解釈論は合意の瑕疵を補完的に拡張するも

<sup>77</sup> 後藤巻則「フランス契約法における詐欺・錯誤と情報提供義務（三・完）」民商法雑誌 102 号 4 号 457～463 頁。

<sup>78</sup> 森田宏樹「『合意の瑕疵』の構造とその拡張論(1)(2)(3・完)」NBL482 号 22 頁、483 号 56 頁、484 号 56 頁、59 頁(2)。

<sup>79</sup> 森田・前掲（脚注 78）60～61 頁(2)。

のだという<sup>80</sup>。錯誤・詐欺型の拡張理論の正当化の思想的根拠で特徴的なものは、相手方の行為態様の非良心性のモメントであり、消費者契約における「信義誠実の原則」の拡充が見い出され、契約関係の「道德化(moralisation)」と呼ばれるものであり、かかる観点からの正当化も可能であるという<sup>81</sup>。

フランス法を分析し、情報提供義務の根拠、すなわち、契約締結過程における情報力の格差を解消して契約自由を実質的に保障すること、および、社会の高度化・専門化に伴う事業者への依存の必然性から、事業者の社会的信頼に対応する事業者の責任を情報面でも認めることの必要性および正当性は、わが国においても同様のことが当てはまるので、わが国においても、情報提供義務は、一般的には、契約締結過程における信義則に基づき、契約自由の実質的保障のため情報力において優位に立つ当事者に課される義務であるが、事業者を当事者とする取引については、情報力における構造的格差および事業者に対する信頼を保証するために生じる事業者の義務としての性格を持つと考えることができるという<sup>82</sup>。また、情報提供義務違反と「合意の暇庇」(特に詐欺)との関係について言及し、情報提供義務は、詐欺が成立しない場合に契約解消を認めるための拡張理論とは捉えられておらず、むしろ、詐欺の要件のうち、「欺罔行為の違法性判断」の基準となる概念として情報提供義務が位置づけられ、契約類型ごとに、契約当事者の属性を考慮しながら情報提供義務の内容を具体化・明確化することで、詐欺の違法性判断基準が明確になるだけでなく、情報提供義務の内容が高度化されれば、それだけ違法な詐欺行為の範囲が拡大することになるという<sup>83</sup>。詐欺のもう1つの要件である二段の故意(①相手方を錯誤に陥らせる故意、②その錯誤によって意思表示をさせる故意)については、情報を相手方が保有しないこと、およびその情報が相手方にとっての重要であることを認識して情報提供義務違反が行われたときには推定されるという<sup>84</sup>。

<sup>80</sup> 森田・前掲(脚注78)61頁(3)。契約締結上の過失による契約解消の議論が解釈として説得力を持つには、契約交渉過程における事業者の限界づけの議論を深める必要があるという(62頁)。

<sup>81</sup> 森田・前掲(脚注78)64頁(3)。

<sup>82</sup> 横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」ジュリスト1094号130頁。

<sup>83</sup> 横山・前掲(脚注82)134頁。

<sup>84</sup> 横山・前掲(脚注82)135頁。

## 2. 契約締結上の過失からのアプローチ

契約締結上の過失からアプローチする見解は、契約締結上の過失論は、「主観的には、契約締結にさいし相手方の意思決定に重要な事実、客観的には目的たる行為との内部的関連に立つ重要な事実の開示を内容とした附随義務（調査義務、説明義務、通知義務などともいわれる）が契約準備行為中に発生するとし、自己の一方的に有利な取引上の地位や相手方の専門的知識の不足を悪用した取引をこの義務違反で救済しようとするもの」であり<sup>85</sup>、その違反の効果として、損害賠償と解除が考えられるが、解除は付随義務に影響を及ぼす場合であり、要件などは今後の問題であるという<sup>86</sup>。

損害賠償と解除という効果の面から契約締結上の過失論の適用範囲を検討して、問題となるのは、専門知識のある売主が買主の意思決定に重要な意義をもつ事実について、信義則に反するような申立て、説明を行った場合、あるいは買主の意思決定に対する原因となるような事実のうち、売主が信義則上告知・調査・解明義務を負う事項について、故意または過失によりその義務を怠った場合には、一種の契約責任に基づき損害賠償をしなければならないという<sup>87</sup>。そして、ドイツの判例を参考にしつつ、不意打ちによる販売で、かつ専門家による不十分な説明または詐欺まがいの虚偽の説明により意思決定を誘導されたケースでは、契約の拘束力を認めるべきではないとし、具体的には、不意打ちによる相手方の無知を利用した不当な取引の場合には、①当事者間に専門知識や情報量の差があること、②有効な契約成立の障害となる事実を一方のみが知っていたこと、③適切な説明を受けたなら契約を締結しなかったであろうこと、という3つの要件を満たした場合に、契約締結上の過失を補充的債務不履行責任として、契約の解除まで認めるべきであるという<sup>88</sup>。民法415条は債務不履行のための開かれた構成要件なので、契約交渉時における保護義務違反としての契約締結上の過失も債務不履行となり、契約目的達成不能の場合として履行不能に準じて改正前民法543条（現

<sup>85</sup> 北川善太郎『現代契約法Ⅰ』（商事法務研究会、1973年）140頁。

<sup>86</sup> 北川善太郎「契約締結上の過失」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅰ 契約総論』（有斐閣、1962年）233頁、同『契約責任の研究』（有斐閣、1963年）339頁。

<sup>87</sup> 本田・前掲（脚注2）206頁。

<sup>88</sup> 本田・前掲（脚注2）208頁。

542条)により解除が可能となるという<sup>89)</sup>。

### 3. 自己決定の確保からのアプローチ

表意者の意思決定の基盤となる情報環境を整備する責任が表意者から契約の相手方にシフトされるという観点から、情報提供義務(説明義務)を理解することが適切であり、ここでは「情報環境整備責任」にシフト、すなわち表意者の情報収集責任が免除されて、相手方に情報提供義務が課されることになり、むしろ、民法の原則は表意者みずからが情報環境を整備するというものであるが、表意者が自分で情報を収集しないことが正当視される場合に限って、相手方に情報提供義務が認められるという<sup>90)</sup>。この「情報環境整備責任」という考え方が、特定の事案において業者側の情報提供義務を軽減する趣旨で情報収集義務を強調するのではなく、情報提供義務の体系的位置を把握するためのものであるという<sup>91)</sup>。

一般に説明義務(情報提供義務)は、民法の契約の自由の原則が妥当する「契約の対等性」が妥当しない場面が典型的に存在し(事業者・消費者間取引、専門家・非専門家間取引等)、その変容が迫られ、当事者間に存在する情報格差を是正して自己決定プロセスの実効性を確保するために、自己決定に必要な情報の収集についてのリスクを相手方に課すべきことが提唱され、情報収集力に長けた優位当事者は、劣位当事者の自己決定基盤の整備につき、市場での取引について選択・決定を行うにあたり重要な情報を劣位当事者に提供すべきであるというものであり、自己決定支援のための情報格差是正義務としての説明義務(情報提供義務)は、この文脈で理解されるべきものであり、これによって、劣位当事者の自己決定基盤の整備リスク(情報収集リスク)の一部が相手方(優位当事者)へと転化されるという<sup>92)</sup>。損害賠償については、十分な情報提

<sup>89)</sup> 本田・前掲(脚注2)208頁。

<sup>90)</sup> 小粥太郎『「説明義務版による損害賠償」に関する二、三の覚書』47巻10号39頁。

<sup>91)</sup> 小粥・前掲(脚注90)39~40頁。不法行為と法律行為との関係については、説明義務違反による不法行為は、不法行為法の論理に服するとはいえ、その目的とするところは「合意の瑕疵」と同じであり、表意者の意思、あるいは自己決定権の保護であるので、不法行為による救済を、法律行為法によるそれと全く無関係のするのは困難であり、不法行為の、説明義務違反+損害賠償+過失相殺という法理については、法律行為法との関係を意識して議論を進めることが、民法全体の体系的・整合的理解という観点から重要なことだと思われるという(43頁)。

供・指導助言などがされていたならば、相手方がおよそ契約の締結などしなかったであろうと評価されるときは、契約がなかった状態（自己決定をしなかった状態）を金銭で原状回復させることを内容とする損害賠償（原状回復的損害賠償）が認められるという<sup>93</sup>。

#### 4. その他のアプローチ

説明義務の根拠づけとして、説明義務とは、結局は当事者が相手方に対して正当な信頼を保護するものとして信義則上認められるべき注意義務であるとしている<sup>94</sup>。詐欺的な説明義務違反の場合には、契約の解消がされない場合には、履行利益の賠償（説明通りの責任をとらせる）、契約が解消される場合には、信頼利益の賠償を認めること、過失的な説明義務違反の場合には信頼利益の賠償が認められるが契約の解消は認められないというのが妥当のように思われるという<sup>95</sup>。

説明義務が生じる根拠は、交換的正義の理念、すなわち、契約を締結するかしないかの判断にあたって重要な事実についての知識または情報において両当事者の間に格差があるとき、この格差を解消し両者を対等な地位（equal footing）においてはじめて「市場的取引の原則」を作用させるべきであるという規範的判断が根拠にあると考えるべきであるという<sup>96</sup>。説明義務（または助言義務）違反による責任の性質は、損害賠償の範囲について債務不履行責任における原則（民法 416 条）を類推適用す

<sup>92</sup> 潮見佳男『新債権総論 I』（信山社、2017 年）140 頁。

<sup>93</sup> 潮見・前掲（脚注 92）151 頁。

<sup>94</sup> 円谷峻『新・契約の成立と責任』（成文堂、2004 年）264 頁。

<sup>95</sup> 円谷・前掲（脚注 94）293 頁。ただし、わが国では、ドイツ法とは異なり、不法行為による損害算定（信義則を根拠にする場合も不法行為による算定）となるから、結局は相当因果関係説によることになるという（293 頁）。

<sup>96</sup> 平井宜雄『契約各論 I 上—契約総論』（弘文堂、2008 年）133 頁。交換的正義とは、①契約の内容（条項）がそのまま実現されたときに両当事者の得であろう利益を比較して、その間に利益の不均衡が存在するとき、当該内容（条項）は効果を生じないこと（公序良俗違反（民法 90 条と堺を接する命題である）、②契約の内容がそのまま実現されたときに、両当事者が受ける利益の間に不均衡が生じる場合には、均衡を回復するために他方当事者に権利を与えまたは義務（あるいは権利の行使に制約）を課さなければならないこと、③②において、不均衡の是正のために権利または義務（あるいは権利の行使）を課すべきことには、当該契約内容に関連する民法の規定（つまり任意規定）または民法上の制度の趣旨あるいは判例の準則を考慮すべきこと、という具体的命題の形をとるという（109～112 頁）。

べきことから、信義則上の義務違反による責任であり、その効果は、契約上の債務不履行に類似した責任と解すべきであり、①説明義務の違反が契約の成立（成立した場合）と不可分である場合（違反がなければ契約を締結しなかったであろうと考えられる場合）には、成立した契約上の責任（債務不履行責任）も追及できるし、契約の無効・取消・解除もできると解する余地があるが、今後論じられるべき問題であり、②義務違反がなくとも契約が締結された場合には、不法行為責任をもあわせて追及できるのは契約の準備段階で生じた損害に限ると解すべきであり（それ以降の損害は債務不履行責任の問題である）。損害賠償の範囲はそれぞれの一般原則にしたがって決すれば足りるという<sup>97</sup>。

近年では、情報提供義務の法的性質につき、法的性質は対象により定まり、平成23年判決により<sup>98</sup>、自己決定基盤の保護に向けられた情報提供義務の場合には、不法行為責任のみが認められ、契約目的達成に向けられた情報提供義務と、完全性利益の保護に向けられた情報提供義務の場合は債務不履行責任が認められるとするものがある<sup>99</sup>。

## 5. 小括

意思表示からのアプローチは、フランス法における情報提供義務を検

<sup>97</sup> 平井・前掲（脚注96）134～135頁。

<sup>98</sup> 説明義務の法的性質について、「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、…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。」と判示している。

<sup>99</sup> 小笠原奈菜「情報提供義務の対象と法的性質」『民事法の現代的課題』（商事法務、2012年）719頁。また、催告をしたうえで将来に向かっての解除の可能性もあるという（同「当事者が望まなかった契約の適正化と情報提供義務—契約関係維持を中心として」山形大学法政論叢47号110頁、49号160頁、54=55号1頁）。

また、フランス法を検討し、契約成立過程における当事者の正当な信頼の保護という観点から、意思表示の規範的解釈は、契約締結過程における手続的適正を保障する諸法理の一環に位置づけられるとし、契約締結過程において、不適切な表示を行い、あるいは適切な表示を怠ったことによって相手方の信頼を裏切ったことにつき、契約内容の形成というかたちでサンクション（履行、解除、損害賠償）を課する機能を担うとするものがある（山城一真『契約締結過程における正当な信頼—契約形成論の研究』（有斐閣、2014年）444頁）。

討して、沈黙による詐欺や錯誤の拡張と契約締結前の信義則の探究をわが国の示唆に挙げる説がある一方で、フランス法の情報提供義務を古典的契約法の修正と情報取得能力の格差を是正する点などを評価しつつも、情報提供義務による錯誤・詐欺の拡張には限界があると指摘し、信義誠実の原則がその理論的根拠とする説がある。また、情報提供義務違反と「合意の暇庇」（特に詐欺）との関係について、詐欺の要件のうち、「欺罔行為の違法性判断」の基準となる概念として情報提供義務が位置づけられ、契約類型ごとに、契約当事者の属性を考慮しながら情報提供義務の内容を具体化・明確化することで、詐欺の違法性判断基準が明確になるだけでなく、情報提供義務の内容が高度化されれば、それだけ違法な詐欺行為の範囲が拡大することになるという説がある。このように意思表示からのアプローチは、情報提供義務を意思表示の問題に取り込み、その要件の構築と正当化根拠を主として検討している。

契約締結上の過失からアプローチは、ドイツの学説・判例を参考に、法的性質を一種の契約責任（債務不履行責任）とし、説明義務違反をその付随義務違反とすれば、債務不履行責任として、損害賠償のみならず解除も可能であるという。要件については、信義則を根拠に、情報の格差や偏在がそれに該当するという。契約締結上の過失によるアプローチは、説明義務を一種の契約責任として捉えたいうえで、債務不履行責任として損害賠償および解除が可能としつつ、正当化根拠や要件を検討している。

自己決定の確保からのアプローチは、説明義務は、情報環境整備責任という表意者の意思決定の基盤となる情報環境を整備する責任が表意者から契約の相手方にシフトされるという観点から導かれるとするものや、自己決定の確保のための情報格差の是正に加え、効果について、原状回復を内容とする損害賠償が認められるとするものがある。自己決定からのアプローチは、自己決定の確保する基盤として説明義務を捉え、その確保の一環として情報格差の是正が必要であるという。

その他では、説明義務違反を信義則上の注意義務違反として、詐欺的ないし過失的な説明義務違反に分け、効果に違いをもたらすもの、交換的正義の理念から結論的には説明義務違反を信義則上の注意義務違反であり、法的性質は債務不履行であるから、効果は民法416条を類推適用すればよいとするものがある。近年では、自己決定基盤の保護と契約目的達成の保護に分類し、それぞれ法的効果を異なるとするものがある。

## V. 検討

### 1. 説明義務の明文化の見送りの理由

既に述べたように、債権法改正の経緯における情報提供義務・説明義務の明文化の見送りの理由は、その要件の具体化の困難さ、生命・身体・財産に対する危険を防止するための情報提供義務・説明義務の取り扱いであると考えられる。また、損害賠償については、その責任の法的性質は今後の解釈によるところまで検討したが、損害賠償の範囲までは十分に検討が進まなかったといえる。

それでは、今後のわが国の解釈論および立法論において、これらについて今後どのように解釈すべきかについて、以下で検討する。

### 2. わが国の解釈論および立法論の方向性

#### (1) 正当化根拠

説明義務の正当化根拠として、債権法改正の議論では、信義則をその根拠であるとしながら、条文として具体化できるか否かという議論であった。学説でも、情報の格差の是正、交換的正義などを挙げるが、いずれのアプローチにおいても最終的には正当化根拠を信義則としているといつてよいであろう。

ドイツ民法では、説明義務は契約締結上の過失の中核であり、契約交渉の打ち切りと同様に法定の債務関係であるとして、その正当化根拠を先行行為と情報格差の是正を根拠とする。旧ドイツ民法における学説では、契約を締結する各当事者は、その内容が各当事者の契約締結前または契約締結時のすべての行為により算定される特別な給付期待を相手方に抱かせているのであり、締結した契約が期待に添う限りで、一すなわち、その内容は、当事者の契約交渉に基づいて給付期待を認めてもよい給付に対する権利を各当事者に与える内容である一、給付期待の挫折の責任が、給付障害法に従って、排他的に算定されるとして、給付期待の挫折を挙げるものがある<sup>100</sup>。

説明義務の正当化根拠は、わが国では最終的に信義則と考えてよく、債権法改正の議論でも信義則の具体化を目的としていた。説明義務の明文化は見送りとなったが、正当化根拠自体は解釈論・立法論ともに大き

---

<sup>100</sup> Hans Stoll, Tatbestände und Funktionen der Haftung für Culpa in Contrahendo, Festschrift für Ernst von Caemmerer, S. 454-455

な変更はないであろう。法定の債務関係から先行行為と情報格差の是正を正当化根拠とするドイツと異なり、次の（２）で取り扱う法的性質をどのように解釈すべきかにより、今後の解釈論・立法論に影響を及ぼすものであると考えられる。

## （２）法的性質

説明義務の法的性質として、債権法改正の議論では、今後の議論に委ねるとした。学説では、債務不履行とする説、不法行為とする説や、信義則違反として特に法的性質にこだわらない説などがある<sup>101</sup>。わが国では、このように説明義務の法的性質において複数の説があり、債権法改正の議論で性質決定できなかったのは仕方のない側面があったのは否定できないであろう。しかし、中間試案の配置位置で考えるならば、契約総論の位置に属するものであり、また、他の契約締結上の過失の試案と隣接した位置であったことから、立法論として、債務不履行ないし債務不履行類似の法的性質を将来的に検討する余地を考えていたのではないのかという推測も許されよう<sup>102</sup>。そうすると、立法論として、説明義務を契約責任へどのように取り込むかが課題となり、2002年に施行されたドイツ債務法現代化法で説明義務が顧慮義務（付随義務ないし保護義務）から導かれるとするドイツ法が参考となる。

ドイツでは、法定の債務関係、つまり、債務不履行であるとする。債務不履行が生じるのは、ドイツ民法311条2項が定めるドイツ民法241条2項による義務を伴う債務関係である必要がある。この義務は顧慮義務（付随義務・保護義務）であるが、この義務と説明義務との間にどのような関係に立つであろうか<sup>103</sup>。ドイツ民法における説明義務は、一方

<sup>101</sup> 例えば、不法行為とするものは、ドイツの影響から発展してきた契約締結上の過失の問題（説明義務を含む）について、わが国では、ドイツと異なり、契約責任として処理しなければならないという不法行為上の欠缺（不法行為構成要件の狭隘さ、使用者責任における免責立証が実際に機能していること）が存在するわけではないことを理由とするものがある（潮見佳男『不法行為法Ⅰ』〔第2版〕（信山社、2010年）160～161頁）。

<sup>102</sup> 中間試案における契約締結過程における情報提供義務・説明義務は、「第27 契約交渉段階」の2であり（1が「契約締結の自由と契約交渉の不当破棄」である）、その前が「第26 契約に関する基本原則等」、その後が「第28 契約の成立」であり、契約の一般原則に関する提案の箇所に配置されている。

当事者が意思決定に関連する識別可能な状況について、自発的に他方当事者に通知する義務を意味し、主要な見解によれば、説明義務はドイツ民法 241 条 2 項の意味における顧慮義務である<sup>104</sup>。それは、契約の合意の中で根拠を見つけることができるという<sup>105</sup>。

わが国において、立法論としては、説明義務そのものを明文化することが明確で分かりやすいが、ドイツ民法のように顧慮義務の中に説明義務を含ませるとする条文構成は、説明義務のみならず、その他の契約締結上の過失の類型（契約交渉の打ち切りと、契約交渉等に関与させた第三者の行為による交渉当事者の責任）を含むことができ、債権法改正が目指したであろう債務不履行を達成でき、また、信義則の具体化でもあるので、条文それ自体が正当化根拠となる点もメリットといえよう（最終的な正当化根拠は一般条項であるドイツ民法 242 条といえるが、現在は 311 条 2 項が根拠となる）。このようなドイツの条文構成は立法論のみならず、今後の解釈論においても参考となる。現在の解釈論としては、説明義務の正当化根拠は信義則であり、契約法全体にも及ぶことに根拠に<sup>106</sup>、付随義務の類型化または不法行為として対処する方法が考え

<sup>103</sup> ドイツ民法における顧慮義務（付随義務・保護義務）については、拙稿・前掲（脚注 49）307 頁以下を参照されたい。

<sup>104</sup> Wolfgang Krüger, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd.2, 8. Auflage 2019, § 241, Rn. 121. 付随義務と保護義務との違いについては、説明義務は、履行に関連する付随義務、および完全性に関連する保護義務として明確になり得るとし、履行利益の保証に関しては、例えば、適切で肯定的な情報確認後の銀行が（情報提供契約の範囲で）、その後の償還を妨げる状況を通知しなければならない場合、売主は、買主に、物の適切な使用、同じく契約の内容と清算に関する有益な助言をしなければならないことが問題となり、当事者の完全性利益を保護する義務は、危険な状況に関する警告義務（Warnpflicht）を引き起こす可能性があり、説明義務は、保護義務の性質を有するという（Rn. 129）。

ドイツ民法 242 条 1 項の給付義務との関係については、給付義務と保護義務の間の限界のメルクマールとして、通常保護目的の差異が言及され、給付義務は、給付利益および交換利益（双務契約における等価利益）を保護すべきなのに対し、保護義務は、完全性利益であるという（Dieter Medicus, Zur Anwendbarkeit des Allgemeinen Schuldrechts auf Schutzpflichten, Festschrift für Canaris, Band I, S. 837）。

<sup>105</sup> BGH NJW 2013, 1807 Rn. 11 f.

<sup>106</sup> 例えば、契約交渉の打ち切りに関する最判平 2・7・5 集民 160 号 187 頁では、原審（東京高判昭 62・3・17 判時 1137 号 51 頁）の「信義誠実の原則は、現代にお北研 56（3・30）262

られる<sup>107</sup>。

### (3) 要件

要件は、債権法改正の経緯の中で、その一般化の困難さから明文化に賛成する意見と反対する意見に分かれたが、相手方の契約締結に関する情報の考慮と、考慮要素の列挙については大方の意見の一致があった。そうすると今後の解釈論・立法論において、要件および考慮要素をどのように考えるべきであろうか。

学説では、意思表示からのアプローチは、合意の瑕疵（錯誤・詐欺・強迫）を拡張して対応しようとし、その中で表意者の行為態様を考慮する。一方、契約締結上の過失によるアプローチは、具体的に、不意打ちによる相手方の無知を利用した不当な取引の場合には、①当事者間に専門知識や情報量の差があること、②有効な契約成立の障害となる事実を一方のみが知っていたこと、③適切な説明を受けたなら契約を締結しなかったであろうこと、という3つの要件を挙げるものがある。自己決定からのアプローチは、自己決定支援のための情報格差は正義義務があるときという。わが国の学説は、要件に関して、(2)の法的性質や(4)の効果のどちらに重点を置くかで、要件の考慮要素にも違いが見られるが、重複することも多いといえよう。

ドイツ民法の説明義務は、契約交渉の着手、契約締結の用意、法律行為類似の接触が、付随義務ないし保護義務を満たすことという311条2項を要件としつつ、特別な要件を考慮する必要があるという。書かれざる要件として、経済的背景は、常に私法の経済分析の中心的な構成要素であり、説明義務の要件の輪郭を描くのに役立つという<sup>108</sup>。また、生じたリスクの分配を考慮する必要があるが、説明義務の前提要件は、「成熟した」受取人が自己責任の反応を通じて私的自治の自己防衛を強化するこ

---

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るという判旨を是認している。

<sup>107</sup> 債権法改正でも付随義務および保護義務の明文化が検討されたが、中間試案後の第84回会議の資料（部会資料75A）で、内容が不明確であり、契約当事者の予測可能性の高まりや、裁判規範として機能するか、に疑問が残ることから見送られた（3～4頁）。

<sup>108</sup> Münchener Kommentar（脚注104）, Rn. 130.

とであるという<sup>109</sup>。説明義務の一般要件は、①当事者の一方が関連する事実の知識を有していること、②情報提供する知識の欠如、および、③情報の不均衡が不均衡であることという<sup>110</sup>。そして、説明義務の考慮要素として、深刻な状況<sup>111</sup>、特別な信頼形成<sup>112</sup>、個人関係<sup>113</sup>や契約締結のよ

<sup>109</sup> Münchener Kommentar (脚注 104), Rn. 133. しかし、現在の自己防衛能力は、現代のリスク研究によって相対化されており、限定的認知（リスクは、合理的な考慮ではなく、出来事（鉄道事故、宝くじの当選）の目立ちやすさに従って測定されること）、短期的展望（差し迫ったリスク認識（若い年齢での喫煙）の時間が経過するにつれて、リスクを取る意欲が高まること）、誇張された楽観主義（大部分の人々は楽観的な見方をしているだけでなく、リスク認識がゆがみ、自発的な引受けと見かけの制御可能性によりリスク選好が高まること）、危機および損失段階でのリスク引受けの増加（破産の典型的なケース）、などの側面があるという（Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, 243 ff.; Fleischer/Zimmer, *Beitrag der Verhaltensökonomie (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2011; Eidenmüller JZ 2005, 216)。

<sup>110</sup> Münchener Kommentar (脚注 104), Rn. 134, 135, 136. ①については、特定の状況下では、説明義務は、利用可能な情報源から知識を取得することになる場合があり（ドイツ民法 311 条）、企業は、その責任範囲内で、必要な場所でノウハウと情報を確実に利用できるように組織的な調整を行う必要があり、売主に、専門的な取引でも、メーカーと同じ専門知識を要求することはできないが、彼が持っていない特定の情報または知識に関して、説明義務者は、彼の無知または情報をタイムリーかつ明確な方法で提供できないことを開示することにより、免責される（Rn. 134）。②については、義務を負う当事者は、相手の情報を知らないが、その決定に不可欠であることを知っている必要がある。一方、相手が知らない状況に関する説明義務はないが、既知の手がかりを追求するか、または期待される方法で専門家の助言を提供するかどうかを容易に判断できる場合、さらに自身で確かめる必要はないという（Rn. 135）。③については、単なる情報格差は、説明義務をまだ確立しない。それらを設定すると、最終的には、より良い市場知識を活用することができなくなり、おそらく、他の情報の利益を苦勞して得ることになる。ただし、特定のケースでは、そのような利益の活用は不合理に思えるかもしれない。したがって、説明義務は絶対的なものではなく、優位性の利用が市場の公正さの侵害として現れた場合のみである（Rn. 136）。この点、連邦通常裁判所は、要求がなくても明確にする義務があるという次の形式を使用する。すなわち、「他方当事者が、信義誠実に取引観念を考慮して、他方当事者の意思決定にとって決定的に重要である事実の通知を誠実に期待できる」場合であるという（BGH NJW 2010, 3362 Rn. 22）。

<sup>111</sup> 他方当事者の決定に不可欠で深刻な状況、特に契約の目的を挫折させたり、深刻に危険にさらしたりする状況があることを明確にしなければならない（ドイツ民法 123 条）、また、重要な客観的不利益も明らかにしなければならない、状況の関連性は、

り密接した状況<sup>114</sup>、を挙げている<sup>115</sup>。

ドイツ民法の説明義務は、ドイツ民法 311 条 2 項で条文化されているとともに、その要件と説明義務としての要件を構築しつつ、考慮要素を検討する。書かれざる要件と一般要件はわが国の議論と共通することが多いといえる。わが国の解釈論および立法論からすると、説明義務の要件の位置付けと、各考慮要素のうち特別な信頼形成および契約締結のよ

---

反対当事者の認識可能性に関連して設定する必要がある、したがって、説明義務は、状況がより重要であり、情報格差がより顕著であればあるほど、肯定される可能性が高くなるという (Münchener Kommentar (脚注 104), Rn. 138)。

<sup>112</sup> 説明義務は、法的関係の特別な信頼形成の観点からも存在する場合がある (Münchener Kommentar (脚注 104), Rn. 140)。その類型として、①取引上の接触の頻度または期間 (継続的取引関係の場合、特に継続的債務関係の場合)、②契約当事者の関係 (たとえば、当事者間の個人的な信頼関係の場合) ③他人の利益の保持 (受託者) (顧客と銀行、弁護士、公証人、医師、およびその他の「信託取引」との関係)、④誠実義務 (Treuepflicht) (何よりも株主間での誠実義務に基づく)、がある (Rn. 141)。

<sup>113</sup> 一方で、認識できる経験不足、法的および言語的不認識、おそらく相手の身体的苦痛も、これらは特に、交換取引、外貨生命保険、先物投機などの法的に理解が難しい取引に関連して、他方で、情報提供者の特別な専門知識であり、財務状況とリスク選好、および結果として生じる回復力も、取引経験と同様に重要であるという (Münchener Kommentar (脚注 104), Rn. 143)。

<sup>114</sup> 義務の根拠は、以前の行為 (先行行為) による錯誤の発生、完全性または法的または経済的信頼性の類似性の喚起、他方当事者の重大な錯誤の積極的な認識、相手方の客観的状況の明らかな不認識など、契約締結のより密接な状況であるという (BGH NJW 2001, 2021=ZIP 2001, 1152)。相手方が特定の状況を求めたり、相手方にとって特に重要であることを示したり、契約相手方の専門知識などに依存している場合は、情報の完全性について非常に誠実に、または必要に応じて十分に説明する義務があるという (Münchener Kommentar (脚注 104), Rn. 144)。

<sup>115</sup> 説明義務の内容は要件から生じ、その根拠を与える情報の必要性はその範囲を決定するので、情報提供者の利益が許す限り、受取人に関連するすべての状況を説明する必要がある、情報は正確で、(可能な限り) 明確で完全でなければならず、また、慎重かつ専門的に判断の推奨事項を作成しなければならないが、情報提供者は、対応する約束なしにこれを超える保証を行う必要はないが、個人的な知識や専門知識の限界を明らかにする必要があり、情報提供は、その必要性和受取人の視野に合わせて理解可能な方法で行われ、特定の状況下では、書面による情報が必要であり、反対に、ビジネス経験のある顧客に低い要件を課す必要があるという (Münchener Kommentar (脚注 104), Rn. 156)。

り密接した状況の精緻化が参考になろう。

#### (4) 効果

効果では、解除と損害賠償の範囲が問題となる。債権法改正の経緯では後に解釈に委ねるとしたのみである。わが国の学説では、主に(2)の法的性質をどのように解するかにより差異が生じる。まず解除については、契約締結上の過失によるアプローチから債務不履行の効果として解除まで認められ、意思決定からのアプローチは、過失ある詐欺の場合の詐欺の適用範囲の拡張の可能性を検討し、自己決定からのアプローチは、法的性質が不法行為であるから解除は認められないが、原状回復的損害賠償を認めることによって、結果的に解除を認めたのと同じ効果をもたらそうとする<sup>116</sup>。損害賠償の範囲については、信頼利益のみまたは履行利益まで認める説に分かれるが、原状回復的損害賠償や相当因果関係によるという説もある。

ドイツ民法では、説明義務に履行の強制はないものの<sup>117</sup>、ドイツ民法249条以下の原状回復義務を根拠に、損害賠償と契約の取消しが認められる。損害賠償の範囲は基本的に信頼利益であるが、履行利益も認められ、損害賠償を請求する者の因果関係の立証による。因果関係の立証について連邦通常裁判所(BGH)は、いわゆる損害を被った者の適切な説明による行為の推定により、説明または助言義務に対する契約交渉中に一方当事者が違反した場合、損害を被った者を「救済」する<sup>118</sup>。言い換

<sup>116</sup> 同種の処理で解決したものとして、建築請負の目的物の建物に重大な瑕疵があるため、建て替えざるを得ない場合、注文者は、旧民法635条(「仕事の目的物に瑕疵があり、そのために契約をした目的を達することができないときは、注文者は、契約の解除をすることができる。ただし、建物その他の土地の工作物については、この限りでない」)の但書にかかわらず、請負人に対して、建物の建替えに要する費用相当額を損害賠償として請求できるとした判例(最判平14・9・24集民207号289頁、判時1801号77頁)挙げることができよう。なお、旧民法635条は、債権法改正により現行民法では削除されている。

<sup>117</sup> 説明義務の履行という主張は除外され、これを肯定した場合、すべての義務は常に助言契約の一部となり、この種の契約は不要となるからであり、説明の請求は、当事者が自身の義務の形式でこれに同意した場合にのみ存在するが、単なる付随義務の形式での説明義務は、自発的な説明に向けられ、具体化された瞬間つまり、債務者が深刻になる情報を隠蔽した瞬間一、にすでに違反しているという(Münchener Kommentar(脚注104), Rn. 67)。

えれば、(確立された)説明義務と損害との間には因果関係があると推定され、損害を被った当事者の利益のために、別の方法で立証されるまで、彼は、一情報が相手方によって適切に提供されている場合—適切な説明により行動し、こうして被害を回避しようとしたとするのである<sup>119</sup>。契約の取消しについては、積極的な行為による詐欺と過失による詐欺に分類し、その境界は先行行為と情報の格差に求められるとし、後者の場合に原状回復の方法で契約の取消しを可能とする。

わが国の学説の解釈における効果(契約の効力を否定)では、意思表示からのアプローチとその他のアプローチとの大きな違いはないといえる。しかし、両者の効果が類似するにしても、特に取消しと解除を同列に扱うことは困難であろう<sup>120</sup>。そうすると、契約の効力を否定した後の損害賠償の範囲の検討がより一層重要になると考えられる。なぜならば、取消しおよび解除の場合、原状回復義務が発生することは共通するが(民法121条の2第1項・545条1項)、損害賠償に関しては法的性質

<sup>118</sup> Canaris FS Hadding, 2004, 3 ff.; Palandt/Grüneberg § 280 Rn. 39; Heusel ZBB 2012, 461; Dierckmann WM 2011, 1153; Möllers Bankrechtstag 2012, 2013, 81; Oppenheim/Ulrich WM 2017, 164; Paefgen, Haftung für mangelhafte Aufklärung aus c.i.c., 1999, 55 f.; Stackmann NJW 2009, 2265.

<sup>119</sup> BGHZ 211, 216 Rn. 18, 21=NZG 2017, 542=WM 2016, 2344; BGH NJW-RR 2017, 750 Rn. 32=WM 2017, 708=ZIP 2017, 715.

<sup>120</sup> 自己決定からのアプローチより、詐欺・強迫が問題となる場面では、意思決定過程を他者により支配された契約当事者の側から自己決定そのものの存在を否定して、(契約を取り消すことにより)契約の有効性を否定する主張を許すことの正当性が導かれ、詐欺・強迫の拡張構成が問題となる際にも、この基本的な思考様式がどこまで射程範囲を広げることができるかどうかというコンテキストで—しかも、その限りで—かかる拡張構成が妥当しうが、情報提供義務が問題となる局面では、契約相手方における自己決定基盤面での条件整備(情報収集)に他方が協力することを規範的に命じることを通して自己決定原則の妥当性を確保しようとするものであり、他者による意思形成過程の支配・操縦に対する規則(国家による介入)という観点から問題を捉えようとしているものはないので、この点において情報提供義務違反を詐欺・強迫とは全く同列に論ずることはできず、また、情報提供レベルでの自己決定基盤整備に関する行為義務は、相手方当事者の具体的な意思決定過程そのものを支配・操縦することへと向けられたものではないから、かかる情報提供義務違反と自己決定権侵害の意味を付与される契約締結決定との間の関連性(因果関係面での相当性ないしは規範の保護目的該当性に関する評価)が問われなければならないという(潮見佳男『契約法理の現代化』(有斐閣、2004年)211~212頁)。

をどのように解するかにより、不法行為または債務不履行となり、説明義務という同一の問題を取り扱っているにもかかわらず、その法的性質が異なってしまう可能性があるからである。この点、自己決定からのアプローチによれば、法的性質を不法行為とし、原状回復的損害賠償を認めることで法的性質と損害賠償の範囲も同一化して、この問題を解決している。しかしながら、説明義務は契約締結前に生じ、契約締結後にその義務違反が問題になることから、契約交渉の打ち切りの場合と異なり、債務不履行ないし債務不履行類似の問題として捉えることが許されよう。また、今後の立法論まで踏まえて検討するならば、解釈としても債務不履行としつつ、契約の解消と損害賠償の範囲を検討することが有益であろう。その場合、説明義務を債務不履行の付随義務として、過失ある詐欺を取り込んで、損害賠償の範囲については相当因果関係によるという解決方法が考えられる。このように考えると、詐欺・強迫の場合と法的性質が異なることになるが、取消しと解除と同列に扱う必要はなく、意思表示を取り消して不法行為責任を追及しても、416条が類推適用され、損害賠償の範囲は相当因果関係によることから<sup>121</sup>、最終的な結論に影響を及ぼさず、かつ、立法論としても意義を有しよう。

ドイツ民法では、損害賠償の範囲の範囲において、信頼利益が中心としながらも、履行利益について排除しておらず、債権者の因果関係の問題として議論を行っていることと、積極的行為による詐欺と過失による詐欺を分類するが、前者であってもドイツ民法311条2項の責任を排除していないことは、意思表示と債務不履行との差異を認めながらも効果において差異を生じさせないようにしていることが参考になる。わが国においては、債権者（取消権者）に意思表示による取消しおよび損害賠償と、債務不履行の付随義務違反として解除および損害賠償を認めつつ選択権を認めることが必要であろう。また、因果関係の立証の問題の類型化が今後必要となろう。

<sup>121</sup> 判例は、「不法行為による損害賠償についても、民法416条が類推適用され、特別の事情によつて生じた損害については、加害者において、右事情を予見しまたは予見することを得べかりしときにかぎり、これを賠償する責を負うものと解すべきであることは、判例の趣旨とするところであり…、いまだちにこれを変更する要をみない。」と判示しており（最判昭48・6・7民集27巻6号681頁）、参照判例として、大判大15・5・22民集5巻386頁、最判昭32・1・31民集11巻1号170頁、最判昭39・6・23民集18巻5号842頁、を挙げる。

## VI. 結語

本稿では、契約締結過程における情報提供義務・説明義務が、債権法改正の経緯の中でいかなる理由で明文化が見送られたのかという検討と、今後の解釈論および立法論の展望を探ることを目的とした。

明文化の見送りの理由としては、要件の具体化が困難であったこと、生命・身体・財産に対する危険を防止するための説明義務の取り扱いの未解決を挙げることができよう。未解決の説明義務については、その他のアプローチが指摘するように、法的性質を自己決定に関する説明は不法行為として、契約締結および完全性利益の保護に関する説明は債務不履行として類型化して解決する方法も、平成23年判決と整合性を保ちつつ債務不履行も認める方法としての可能性がある。

明文化の見送り後の今後の解釈論・立法論は、ドイツ民法から得られた示唆を加味すると、説明義務の正当化根拠は従来通り信義則であり、法的性質としては債務不履行の付随義務と捉え、説明義務の要件の位置付けと、考慮要素である特別な信頼形成および契約締結のより密接した状況の精緻化、効果は、債権者に意思表示による取消しおよび損害賠償と、債務不履行の付随義務違反として解除および損害賠償を認めるという選択権を認めることと、因果関係の立証の問題の類型化が必要になると考えられる。

債権法改正の経緯における契約締結上の過失の問題のうち、契約交渉の打ち切り、原始的不能による契約の不成立・無効、契約締結過程における情報提供義務・説明義務に関して検討してきた。残りの契約交渉等に関与させた第三者の行為による交渉当事者の責任についても折を見て比較法を交えて検討したい。

〈条文資料〉<sup>122</sup>

・ドイツ民法

ドイツ民法 122 条 取消しを行う者の損害賠償義務

(1) 意思表示が第 118 条の規定により無効である場合又は第 119 条、第 120 条の規定により取り消された場合において、表意者は、その意思表示が他人に対して行われたときは、この相手方に対して、それ以外の場合は第三者のそれぞれに対して、これらの者が意思表示が有効であることを信頼したことにより被った損害を賠償しなければならないが、損害賠償は、相手方又は第三者が、意思表示が有効であれば有したことになる利益の額を超えることを要しない。

(2) 損害賠償義務は、損害を被った者が無効若しくは取消可能性の原因を知り又は過失により知らなかった（知りうべきであった・kennen musste）ときは、生じない。

ドイツ民法 123 条 詐欺又は強迫による取消可能性

(1) 詐欺により又は違法な強迫により意思表示を行うことを余儀なくされた者は、その意思表示を取り消すことができる。

(2) 第三者が詐欺を行った場合において、他人に対して行われた意思表示は、この相手方が詐欺を知り又は知りうべきであったときに限り、取り消すことができる。意思表示の相手方以外の者が、意思表示から直接権利を得た場合においては、この者が詐欺を知り又は知りうべきであったときに、この者に対して意思表示を取り消すことができる。

ドイツ民法 179 条 無権代理人の責任

(1) 代理人として契約を締結した者は、本人が契約の追認を拒絶したときは、その代理権を証明することができない限り、相手方の選択に従い、契約の履行又は損害賠償の義務を負う。

(2) 代理人が自己に代理権がないことを知らなかったときは、相手方が代理権を信頼したことによって被った損害を賠償する責任のみを負う

---

<sup>122</sup> ドイツ民法の和訳については、山口和人『ドイツ民法 I（総則）』（国立国会図書館調査及び立法考査局、2014 年）、同『ドイツ民法 II（債務関係法）』（国立国会図書館調査及び立法考査局、2015 年）、ディーター・ライポルト（円谷峻（訳））『ドイツ民法総論』（第 2 版）（成文堂、2015 年）に依拠した。

が、その額は、相手方が契約の有効性に関して有する利益の額を超えるものではない。

(3) 代理人は、相手方が代理権がないことを知っていたか、又は知りうべきであったときは、責任を負わない。代理人は、行為能力を制限されている場合においても、法定代理人の同意を得て取引を行ったときを除き、責任を負わない。

#### ドイツ民法 241 条 債務関係から生じる義務

(1) 債務関係の効力により、債権者は、債務者の給付を請求する権利を有する。給付は、不作為の形態でも成立することができる。

(2) 債務関係は、その内容により、他方の当事者の権利、法益及び利益を顧慮することを、いずれの当事者にも義務付けることができる。

#### ドイツ民法 242 条 誠実及び信義に従った給付

債務者は、取引慣行に配慮した誠実及び信義 [Treu und Glauben] が要請するところに従って給付を行う義務を負う。

#### ドイツ民法 249 条 損害補填の方式及び範囲

(1) 損害補填の義務を負う者は、補填を義務付ける事情が生じなかったとすれば存在したであろう状態を回復 [herstellen] しなければならない。

(2) 人の傷害又は物の損壊により損害補填をしなければならないときは、債権者は、状態の回復に代えて、そのために必要な金額を求めることができる。物の損壊の場合には、前文の規定により必要な金額には、付加価値税が事実上課税される場合に、課税される範囲で、付加価値税を含む。

#### ドイツ民法 250 条 期間設定後の金銭による損害賠償

債権者は、状態回復のための損害補填義務を負う者に対して、相当の期間を定めて、状態の回復を期間経過後は拒絶する旨の意思表示を行うことができる。債権者は、状態の回復が適時に行われなときは、期間経過後に、金銭による損害賠償を求めることができ、その場合には、状態の回復に対する請求権は、排除される。

ドイツ民法 251 条 期間設定のない金銭による損害賠償

(1) 状態の回復が不可能又は債権者の損害補填に不十分である限りにおいて、補填義務者は、債権者に対し、金銭で損害を賠償しなければならない。

(2) 状態の回復が不相応な費用をもってしか可能でないときは、補填義務者は、債権者に対し、金銭で損害を賠償することができる。負傷した動物の治療から生じる費用は、それが動物の価値を著しく超えるときであっても不相応とはいえない。

ドイツ民法 252 条 逸失利益

賠償すべき損害には、逸失した利益も含む。逸失した利益とは、通常の事態の進行又は特別の事情、特に講じられた準備及び対策によれば、蓋然性をもって期待することができるであろう利益をいう。

第 253 条 非物質的損害

(1) 財産的損害でない損害を理由としては、金銭による賠償は、法律により定められた場合のみ請求することができる。

(2) 身体、健康、自由又は性的自己決定の侵害を理由として損害賠償が行われるときは、財産的損害でない損害を理由としても、適正な金銭賠償を請求することができる。

ドイツ民法 254 条 共同の故意・過失 [Mitverschulden]

(1) 損害の発生に被害者の故意・過失 [Verschulden] が寄与しているときは、損害賠償の義務及びなされるべき損害賠償の範囲は、諸事情、特に損害がどの程度に主として一方又は他方の当事者によって引き起こされたのかに依存する。

(2) 被害者の故意・過失が、債務者が知らず、かつ、知り得べきでなかった著しく高い損害の危険性に債務者の注意を喚起する行為をしなかったこと、又は被害者が損害を回避し若しくは減少させる行為をしなかったことに限定されるときも前項と同様である。第 278 条の規定をこの項に準用する。

ドイツ民法 276 条 債務者の責任

(1) 債務者は、故意 [Vorsatz] 及び過失 [Fahrlässigkeit] より厳格な、

又はより緩やかな責任が定められていない場合であって、かつ、それらの責任が、債務関係のその他の内容、特に、保証の引受又は調達の危険の引受からも導き出すことができないときは、故意及び過失について責任を負わなければならない。第 827 条及び第 828 条の規定を、この項に準用する。

(2) 取引において必要な注意を怠った者は、過失により行為したものとす。

(3) 故意による責任は、債務者に対して事前に免じることはできない。

#### ドイツ民法 280 条 義務違反による損害賠償

(1) 債務者が、債務関係から生じる義務に違反したときは、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。債務者が義務違反について責めを負わないときは、この限りでない。

(2) 債権者は、給付の遅延による損害賠償を、第 286 条の追加的要件の下でのみ請求することができる。

(3) 債権者は、給付に代わる損害賠償を、第 281 条、第 282 条又は第 283 条の追加的要件の下でのみ請求することができる。

#### ドイツ民法 283 条 給付義務が排除される場合の給付に代わる損害賠償

債務者が、第 275 条第 1 項から第 3 項までの規定により給付を行う必要がないときは、債権者は、第 280 条第 1 項の要件の下に、給付に代わる損害賠償を請求することができる。第 281 条第 1 項第 2 文及び第 3 文並びに同条第 5 項の規定は、この場合に準用する。

本稿は、北海学園大学 2019 年度学術研究助成を受けて執筆されたものである。



## **Die Überarbeitung des japanischen Schuldrechts und die Aufklärungspflicht bei Vertragsabschluss**

Tetsuhiro OHTAKI

Dieser Aufsatz befasst sich mit der Diskussion die Aufklärungspflicht bei Vertragsabschluss über culpa in contrahendo während der Überarbeitung des japanischen Schuldrechts. Anschließend soll geklärt werden, inwieweit das Argument erreicht wurde und welche zukünftigen Aufgaben es hat.

Nach einer Überprüfung der Umstände der Überarbeitung des japanischen Schuldrechts prüfen wir die Haftungsbegründung, die Voraussetzung und die Auswirkung des Aufklärungspflicht.

Zum Abschluss diskutieren wir in Diskussion, Leistungspunkt und zukünftiges Prüfungsthema.