

契約関係における情報提供義務（四）  
——非対等当事者間における契約を中心に——

宮 下 修 一

目次

第一章 序論

第一節 問題の所在

第二節 本稿の目的と構成

第二章 わが国における具体的な問題状況

第一節 統計調査にみる問題状況

第二節 特別法上の諸規定による解決とその問題点

一 緒論

二 従来の「業法」による規制とその限界（以上、一八五号）

三 消費者契約法による保護とその限界

四 金融商品販売法による保護とその限界

五 小括（以上、一八七号）

第三節 民法上の諸規定による解決とその問題点

第三章 ドイツにおける情報提供義務をめぐる議論状況

第一節 はじめに

第二節 ドイツ法における情報開示に関する規定とその限界（以上、一九三号）

第三節 情報提供義務の根拠をめぐる議論

第四節 情報提供義務の具体的な根拠を探索する見解の検討

——いわゆる「動的システム論」による基礎づけの試みを中心に——（以上、本号）

第四章 わが国における情報提供義務をめぐる議論状況

第五章 情報提供義務に関する各論的検討・その1——商品先物取引——

第六章 情報提供義務に関する各論的検討・その2——フランチャイズ契約——

第七章 結語

### 第三章 ドイツにおける情報提供義務をめぐる議論状況（承前）

#### 第三節 情報提供義務の根拠をめぐる議論

##### 一 緒論

本節においては、わが国の情報提供義務ないし説明義務論に大きな影響を与えているドイツ法の議論を参照しながら、情報提供義務ないし説明義務論のもつ意味を考察することにした。

なお、すでに述べたように、ドイツにおける情報提供義務をめぐる議論状況については、潮見佳男教授による詳細な検討がなされている。<sup>(1)</sup> それによれば、「情報提供モデル」・「情報パラダイム」の考え方は、<sup>(2)</sup> もともと競争法など民法外の法制度が担当していた領域における自己決定基盤の確保自体が、憲法上の価値である自己決定権・個人意思ないし個人の決定自由を保障するために不可欠なものとして、民法の枠内に組み込まれることになる<sup>(3)</sup>とされる。

ここでは、ドイツ法において行われてきた情報提供義務ないし説明義務の根拠をめぐる議論を再確認することにして、ドイツでは、一方で、情報提供義務ないし説明義務違反が問題となった事例で損害賠償や解除が認められるようになってきたのを受けて、その根拠や要件を明確にしようという議論がなされるようになった。また他方で、それと同様の状況を規律するBGB上の法理との効果の違いに着目して相互の調整を図ろうという動きがみられるようになってきている。この点に注目して、これまでドイツにおいて形成されてきた議論を整理することとした。

い。

そのため、潮見教授の紹介との重複はできるだけ避けながらも、必要に応じて、そこで紹介されている文献についても取り上げることとする。

## 二 契約締結上の過失論と情報提供義務論との関係

### (1) 契約締結上の過失論と「契約締結前の債務関係」

ドイツにおいては、情報提供義務は、一般に、契約締結前の債務関係（あるいは契約準備段階の債務関係、契約締結前の特別関係ともいわれる）から導き出される行為義務であると考えられている。<sup>(4)</sup>そして、契約締結前の情報提供に関する責任は、契約締結上の過失に基づく責任として議論されてきた。

すでに周知のように、イエーリングが「契約締結上の過失」論を提唱して以来、学説および判例の展開によって、「契約締結上の過失」論は、ドイツでは、民法上の一般的な責任制度として定着してきている。<sup>(5)</sup>

しかし、本来、BGBの明文に規定されてこなかった契約締結上の過失という概念自体の有効性が問われるべきであろう。この点については、契約締結上の過失論の基礎となった原始的不能概念を否定しようという動きがあり、実際二〇〇二年一月から施行されている新しいBGBでは、国連動産売買条約やユニドロワ国際商事契約原則などの国際的なルールもふまえて、「不能」という概念を給付障害法を中心から外すことになった。<sup>(6)</sup>わが国においても、原始的不能論を廃棄し、かつ契約締結上の過失という概念も否定する動きがみられる。<sup>(7)</sup>しかしこれまでは、わが国においても、契約締結上の過失が契約責任と不法行為責任との間でどこに位置づけられる責任法理であるのか

が議論されてきた。<sup>(8)</sup>これに対して、ドイツにおいては、すでに契約締結上の過失という概念を用いることが定着してきたという現状を承認する形で、この制度は「慣習法上承認された」ものと考えられてきた。<sup>(9)</sup>

しかし、実定法の外部にある契約締結前の債務関係から導き出される情報提供義務が、契約締結上の過失が慣習法上承認されたことをもって基礎づけられるというだけでは、その根拠としては不十分である。情報提供義務が契約締結上の過失によって基礎づけられるというのであれば、さらに踏み込んで契約締結上の過失の根拠は何か、そして契約締結上の過失の根拠がはたして情報提供義務の根拠を基礎づけることができるのか、ということこそが、なによりも先に明らかにされなければならないことになる。<sup>(10)</sup>

以上のように、契約締結上の過失に関しては、民法の体系の中でいかに位置づけるか、さらには、民法典上の諸法理との調整をどのように図るかという観点から議論がなされてきた。そして、契約締結上の過失において論じられることの多かった情報提供義務ないし説明義務も、そのような議論の中で検討されることとなる。

これらの議論は、一方では、BGB上の諸法理との調整を図る中で、これまで所与のものとされてきたBGB上の諸法理の見直しという形で深化をみせ、他方では、二〇〇二年のBGB改正において、これまで契約締結上の過失として議論されてきた分野がBGBに取り込まれるという形で結実したといえよう。

とりわけ後者に関しては、もし仮に、今回の立法によって、情報提供義務の発生が明確に根拠づけられるとするのであれば、少なくとも上述した問題はクリアーになることになるのであるが、はたして問題は解決できたのだろうか。そこで、次に、今回のBGB改正において制定された契約締結上の過失に関する規定について、上記の観点から検討してみることとしよう。

## (2) BGB改正後の契約締結上の過失論と情報提供義務論との関係

第二節では、二〇〇二年一月から施行されているドイツ債務法現代化法に基づいてBGBに取り込まれた旧特別法上の情報開示に関する規定、およびいまだBGBに取り込まれることのない特別法上の情報提供に関する規定を概観し、わが国と同様、個別の取引に適用対象が限定され、情報開示に関する包括的な規定が存在しないことを確認した。ただ、わが国では、「業法」という行政的規制に主眼をおいた枠組みの中で、情報開示に関する当該規定に開示義務を負う者が違反した場合に、その相手方の私法的救済を図るには、民法上の諸法理の適用可能性を別途検討する必要がある。これに対して、ドイツでは、少なくともBGBに取り込まれた情報開示による規定に違反した場合には、新しいBGB二四一条二項および三一一条二項を介して、契約法上の責任を追及することが可能となった点には留意しなければならない。

また、今回のドイツ債務法改正で上述のBGB二四一条二項および三一一条二項が新たに制定されたことにより、契約締結上の過失の概念で語られてきた分野がBGBに取り込まれることとなった。具体的には、BGB三一一条二項二号は、契約の準備 (*Anbahnung*) がなされた場合にも、契約が締結されたときと同様に債務関係の発生を認め、かつBGB二四一条二項は、発生した債務関係の内容に応じ、債務関係におけるそれぞれの当事者に、相手方の権利、法益、そして単なる利益への配慮義務を課している。

従来、いわゆる情報提供義務違反が問題となる事例は契約締結上の過失の重要な適用事例であると理解されてきたので、今回の改正では、情報提供義務もこの二四一条二項にいう「配慮義務」に含まれることになる。<sup>(11)</sup>

その結果、一方の当事者の情報提供義務違反があった場合には、次のような効果が生ずることになる。<sup>(12)</sup> まず、情報提供義務違反は二四一条二項にいう「配慮義務」の違反にあたるものとして、たとえそれが過失によるもので

あつても、債務関係により生じた義務に違反した場合の損害賠償請求権を定めたBGB二八〇条一項に基づき、他方当事者は損害賠償を請求することができる。また、仮に債権者が情報提供義務を負う債務者からの給付を期待することができないときには、BGB二八二条に基づき、履行に代わる損害賠償を請求することができる。さらに、もはや契約を維持することができない場合には、BGB三二四条に基づいて契約を解除することも可能となる。<sup>(14)</sup>

以上のように、ドイツにおいては、従来、契約締結上の過失として議論されてきた分野が法定されたことにより、情報提供義務違反の場合に実定法上の根拠をもって解決することが可能となった。

しかし、なにゆえに契約締結以前に当事者間に債権関係を発生させるのか——この合意による契約債権の発生という枠組みをはみ出す債務発生の根拠の意味の説明には、誰も成功していない。

債務法現代化法の改正作業にあたったカナリスによれば、契約締結上の過失の規定は、単にBGBに規定されていない法制度を取り入れ、現在判例で実際に行われている法状況を再現しようと試みたに過ぎないとされている。<sup>(15)</sup> さらに彼はいう。ここでは、単に一般条項のようなものに過ぎない包括的な規定を用意すれば足りると考えられ、<sup>(16)</sup> 契約締結上の過失につながる義務のプログラムを分離し、事例ごとに具体化することは意図的に放棄されている。したがって、BGB三一一条二項および二四一条二項は、たしかに情報提供義務を基礎づけるが、その義務がどのような場合に課されるか、また、それがどのような内容のものであるかまで決定するものではない。このようにカナリスの説くところを捉えて、ここで問題となる行為義務がどのようなものであるかは、個別に基礎づけられなければならないとする見解も示されている。<sup>(17)(18)</sup>

以上の点からすると、契約締結上の過失に関する条文がBGB上に規定されたとはいえず、それをもって、これまで情報提供義務違反として論じられてきた問題が解決するわけではない。また、ドイツ法のもとにあつても、情報

提供義務違反が問題となる場面では、契約締結上の過失の法理だけではなく、詐欺や錯誤という意思表示に関する規定、さらには、瑕疵担保責任に関する規定の適用が可能であり、その効果をめぐる相互調整が問題となりうる（この点については、後述する）。

いずれにせよ、情報提供義務を基礎づける包括的な一般規定が存在することにはなつたものの、当事者の一方がどのような根拠をもつてその相手方に情報を提供しなければならないのか、あるいは、仮に情報を提供しなければならぬとして、どのような場合に、どのような要件で情報を提供しなければならないのかということは、債務法が改正された現時点でも依然として問題となる。すなわち、もつとも重要な問題については、立法によつてはならぬ解決をも見いだせなかつたこととなる。

そこで、(3)では、情報提供義務の根拠と契約締結上の過失の根拠との接合という観点から検討を加えることとした。

### (3) 情報提供義務の根拠と契約締結上の過失の根拠との接合

#### (a) 情報提供義務の根拠を追求する必要性

情報提供に関する責任を動的システム論の観点から把握しようとする試みるブライデンバッハは、次のようにいう（なお、以下の叙述のうち、動的システム論を中心とする紹介は、三四五頁に述べるようにわが国にもすでに存在する）。契約交渉段階の過失に基づく責任は、積極的な作為、または——適切な説明がなされないという形で情報提供義務ないし説明義務が問題となる場合には——不作為により、法律上の義務に違反する場合に問題となるが、まずその責任を問うためにはこの法律上の義務の存在が要件となる。このような法律上の義務は、どのような内容の



ものであっても、単にその義務の存在のみを主張することはできず、それがいまだに実定法上規定されていないのであれば、現行法の体系の中で基礎づけることが必要となる。したがって、契約締結前の情報提供義務による責任の根拠についての問題は、その内容についての問題に優先して検討されなければならない。

（b）契約締結上の過失の根拠を追求する必要性

しかし、情報提供義務に関する根拠を追求する前に、（1）でも述べたように、情報提供義務が契約締結上の過失によって基礎づけられるという見解が主流を占める中では、契約締結上の過失の根拠といわれているものがはたして情報提供義務の根拠となりうるのかが、なによりも先に明らかにされなければならないことになる。

グリゴライトは、故意による誤導があった場合の責任しか規律していないBGB上の規定（とりわけ、取消しの効果を定めたBGB一二三条の詐欺の規定）と過失による誤導から生じた責任との民法上の整合性を図る試みをしているが、その際に、契約締結上の過失を基礎づける概念を考察する必要性を強調する。

これは、グリゴライトの次のような考えに基づいている。BGB一二三条以下の詐欺に関する規定と契約締結上の過失理論との関係を検討する際に、BGB一二三条以下の詐欺の規定が特殊な規定であるという観点から、あるいは、双方の規範が競合するという観点から、契約締結前の情報提供に関する責任の法律効果を適合させようとするのは方法論的には間違っている。なぜなら、それらの試みは、情報提供に関する過失責任を一般的に正当化するということとをすでに前提としているからである。しかし、判例および学説では、契約締結前の情報提供に関する責任の根拠は、契約締結上の過失の根拠と関連して理解がなされているし、さらに契約締結上の過失という一般的な責任制度の法的効力が、結果として一般的に承認されている。そこで、契約締結上の過失という一種の法創造を基

礎づけるための概念によって、情報提供に関する過失責任、ひいては、前節で述べたように、BGBでは故意による場合を除いては情報提供に関する責任を問うことはできないという「情報提供に関する故意のドグマ」の克服を基礎づけることができるか否かが問題になるというのである。<sup>231</sup>

#### (4) 契約締結上の過失論と実定法上の諸法理との調和

契約法における当事者間の情報の非対称性という観点から分析を行うフライシャーは、契約締結上の過失に関して、次のような見解を示している。<sup>232</sup>

まず、契約締結上の過失の理論は、現段階で四つの方向性を示している。

第一に、以下に述べるような各契約に特有な説明義務の基準を導き出すための包括的な基礎としての方向性である。売買契約、賃貸借契約、請負契約、委託契約、組合契約、保証契約、保険契約など、広範にわたる契約類型で、情報提供の必要性が説かれている。

第二に、契約締結上の過失は、情報提供に関する保護を主観的な観点から拡大する——すなわち、BGBでは情報提供義務ないし説明義務違反が問題となる事例では故意による責任しか認めていないにもかかわらず、故意に限らず過失がある場合にまで責任を拡大する——という方向性である。具体的には、過失による説明義務違反も契約締結上の過失に基づく責任に含まれることになるし、また、判例では、その場合に、原状回復に基づく契約解除権が付与されることになる。

第三に、契約締結後に債務関係が発生するという伝統的な考え方に対して、契約締結上の過失の理論により契約締結前にも債務関係が存在するものとしたうえで情報提供義務の存在を基礎づけることができるようになるが（な

お、この点は、前述した立法に結実している——筆者注）、さらにその契約締結前の債務関係が存在することにより、情報提供義務が情報調達義務へと強化されるという方向性である。つまり、現在の意思を伝達するのにとどまらず、その他情報提供の源泉となることから情報を収集するということも義務づけられることになる。

第四に、契約準備段階の法律関係に基づいて、一定の事例においては、単なる準備にとどまらず、データ資料の評価や集められた情報を基礎として個別の助言義務が発生するという方向性である。この場合、説明義務と助言義務が同時に問題となり、両者の区別は難しくなるが、個別の義務の独自性にこだわることは不可能ではない。そうであるならば、ある者に調査義務や助言義務が課されている場合には、自らの自由になる情報を正確に伝達した場合であっても、それらの義務に基づく責任を追究される可能性がある。

以上のように、契約締結上の過失という概念はさまざまな方向性をもって展開されている。この点に関して、フライシャーは、この契約締結上の過失理論に基づく情報提供に関する責任を、実定法上その責任が問題となりうるすべての法構造にあてはめて、実際に法典のうえで規定されている法的救済手段と調和させることの重要性を強調する（この点はフライシャーも別途検討しているし、本稿においても後述するところであるが、例えば、契約締結上の過失に基づく情報提供に関する責任と、故意に基づく情報提供に関する責任を規定した詐欺との関係が問題となる）。そして、契約締結前の情報提供義務が、契約当事者間における個別の信頼の保護だけでなく、社会における取引交渉を機能的なものにするにも役立つことは明らかであるとする。フライシャーはこのように述べたうえで、個別的な保護と制度的な保護の理論的な相互関連性を探ることは、契約締結に関する説明義務を具体的な形で明らかにしていくための貴重な理解が与えられるとするのである。

## (5) 契約締結上の過失論と情報提供義務論の相互関係

以上でみてきたように、これまでドイツでは、情報提供義務を契約締結上の過失の中に取り込んで理解しようとする議論が支配的であった。そのため、情報提供義務の根拠は何かという問題を考える前提として、契約締結上の過失の根拠が情報提供義務の根拠となりうるかという点が、そして情報提供義務が問題となる場面における契約締結上の過失とBGB上の諸法理との調整をどのように図るかという点が検討されなければならない。

そこで、三においては前者の情報提供義務の根拠に関する議論について検討することとしたい。

## 三 情報提供義務の抽象的な根拠をめぐる議論の展開

(1) 「契約締結上の過失」の根拠による情報提供義務の基礎づけの可能性

二(3)において示された観点から、以下においては、まず契約締結上の過失の根拠としてあげられてきたものが、情報提供義務を基礎づける根拠となりうるか否かを検討することとしよう。

もっとも、この点に関しては、今回のBGBの改正により、少なくとも形式的には契約締結上の過失がカバーしていた領域に実定法上の根拠が与えられることとなった。ただ、従来、学説において説かれていた形式的な根拠をめぐる議論も、情報提供義務を基礎づけることが可能であるか否かという問題を考えるうえで有用であると思われるので、簡単に振り返ってみることにしたい。

第一に、従来の議論では、契約締結上の過失は、本来保護されるべきである法制度が実定法上存在していないがゆえに、法の欠缺を補充する法創造として形成されてきたと説かれてきた<sup>23)</sup>。むしろ、契約締結上の過失でカバーさ

れていた内容が法定されたことによりこの問題が解決されたわけではあるが、情報提供義務を認める必要性を論ずることなくして、法の欠缺という観点からだけで基礎づけられるものではもちろんない。

第二に、すでに一で述べたように、契約締結上の過失は、慣習法上すでに承認されているという考え方を説く見解が、従来の議論では主流となっていた。しかし、長年その概念が裁判上用いられているということをもって慣習法というのではなく、むしろそれが慣習として必要とされる理由を積極的に見いださなければならぬということ、従前から指摘されていた<sup>264</sup>。仮に、契約締結上の過失が慣習法上承認されてきたものであるとしても、情報提供義務が慣習法上認められたというには、結局、それを積極的に認めるための理由を見いださなければならぬことになる。

第三に、情報提供義務ないし説明義務が存在する根拠として、今回のBGB改正においても二四一条二項に規定された「契約締結前の債務関係」をあげる見解は、以前から存在していた。そして従来は、情報提供義務ないし説明義務は、BGB二四二条の信義則の規定から導き出されるものであり、この規定こそが義務の根拠を決定するものであると考えられてきた<sup>265</sup>。すなわち、情報提供義務ないし説明義務は、BGB二四二条に基づいて課される保護義務(Schutzpflicht)であり、相手方の法益の不可侵を義務づけられるものである。それは、相手方の自己責任による判断を可能にし、または強化するという意味で、相手方の意思の自由を保護することになる<sup>266</sup>。

しかし、信義則はあくまで一般条項であって、次の段階として、説明義務が「取引慣行を考慮した信義則」<sup>267</sup>から導き出されるとしても、どのような場合にそれが可能であるのかという具体化の作業が必要となってくる<sup>268</sup>。

いくつかの見解では、情報提供義務ないし説明義務が存在する状況にある種定式化することによって、その具体化が志向されている。例えば、他方の当事者が、信義則および契約の解釈によって、誠実な説明を期待することが

許されている場合にのみ説明義務が存在するという見解や、さらに一般化した形で、すべての当事者は相手方に、その者が知らない契約成立に関して認識可能な決定的に重要な事情を説明しなければならないという見解<sup>30)</sup>がある。しかし、このような定式化をしたところで、結局、さらにそれがどのような場合であるかを検討することになり、さらなる具体化の作業を行わなければならないことになる。これらの見解は、いずれも信義則を別の言葉で繰り返したに過ぎず、定式化としての機能はまったく果たしていない。

以上のようにみると、これまで契約締結上の過失の形式的な根拠として学説により説かれてきたものは、いずれも結局はその実質的な根拠を探求することなしに意味をもたないものである。<sup>31)</sup> たしかに、今回のBGB改正では、契約締結上の過失が事実上法定されたことにより、その形式的根拠という点では一定の解決をみたわけであるが、情報提供義務をそこに位置づけることができるかという問題を解決するためには、結局、その実質的な根拠を探っていかなければならないことになる。

## (2) 情報提供に関する責任に関する実質的な根拠

### (a) 情報提供義務を基礎づける抽象的概念

(1) で検討したところをふまえて、以下においては、どのような場合に情報提供義務が課せられるかという情報提供義務に関する根拠をめぐる議論について検討する。なお、ここでいう根拠とは、どの条文あるいはどのような法理論によって情報提供義務違反の場合の責任が義務づけられるかということではなく、あくまで当事者の一方に情報提供義務が課される実質的な根拠はなにか、という観点から論じられるものである。

もっとも、以下に述べる分析は、すでに潮見教授の研究においても展開されている分析と一部重複することにな

る。しかし、前述したように、本稿では、保護義務の具体化という観点から、まず情報提供義務ないし説明義務による保護の対象とされる抽象的な概念を明らかにするための試みがなされ、それが必ずしも有効なものではないという理解からより具体的な保護の要素を抽出しようという試みへと進んでいく過程を確認するところに重点をおいて検討することとした。

ここでは、保護の対象を明らかにするという観点から、抽象的な概念によって情報提供義務を基礎づけようとする試みに注目し、その検討を行うこととしよう。このような抽象的な概念には多種多様なものが存在するが、そのうち、わが国における議論でもしばしば取り上げられる消費者保護、職業上の責任、信頼の諸概念を中心に簡単に触れることとした。

（b）消費者保護の概念

情報提供義務ないし説明義務を根拠づけるものとしてしばしばあげられるのが、消費者保護の原理である。これは、消費者が他方当事者と対立している——消費者は構造的に事業者よりも情報収集能力が劣っている——という前提のもとで、それを補充するために、その他の者に情報提供義務を課すというもので、消費者保護の「情報提供モデル」<sup>323</sup>ともいわれるものである。

フライシャーは、この消費者保護の概念について、広範囲にわたる消費者層がより質の高い情報を数多く提供されることにより、市場の透明性が高まり、多くの競争に寄与することになるという。そして、そのような情報提供によって、消費者は、慎重にかつ自己責任により、意思決定をなす立場におかれることになる指摘している。そのうえで、このような消費者保護をめぐる議論は、法律行為上の自己決定を実現するうえで契約当事者の情報の有

無に関する状況が密接に係っているという意識を喚起したという点で大きな功績があると評価している。<sup>34)</sup>

それでは、なぜ消費者であるという理由で、他方の当事者と比較して保護されなければならないのか。ブライデンバッハは、消費者が自らが行う経済的行為ないし法律行為に関する経験がないことをその理由として認める見解について言及する。それらの見解によれば、消費者が取引により自らの利益を実現するためには、利益判断ができる状況であることが必要となるが、取引について経験が豊かな者と経験がない者との間では、その機会の不平等が存在している。そして、そのような機会の不平等を解消するためには、前者から後者への情報提供を認めるのが適切であるという。<sup>35)</sup>

しかし、この消費者保護の概念により情報提供義務を基礎づけようとする考え方には、次のような疑問が呈されている。

まず、なぜ消費者が保護されるのか、その根拠が問題となる。この消費者保護の概念は仮に実定法上 BGB 二四二条の信義則により基礎づけられることになるであろうが、はたしてどのようにしてそこに根拠づけられるのか。また、消費者保護という考え方と私的自治の原則との調和が図られるべきであるが、それはどのようになされるのであろうか。<sup>36)</sup>

また、消費者とはそもそも何かという問題もある。もともと、この点については、二〇〇〇年六月の BGB 改正により、その一二条で消費者概念について規定がなされたため、立法的な解決が図られている。<sup>37)</sup>しかし、そもそも消費者保護という言葉ではカバーできない領域においても、情報提供義務という概念により保護されるべき場合が存在する。

この点について、ランゲは投資家の場合には消費者という意味では捉えられない者がいるという。<sup>38)</sup>また、ブライ



デンバツハも、消費者ではない完全な商人であつてもその規模が小さな場合には保護が与えられることがありうる  
と指摘する。さらにブライデンバツハは、消費者のように「人」という観点から把握するのではなく、具体的な契  
約目的との関係で「情報提供の必要性」を考慮に入れなければならないとして、消費者保護の概念は無用であると  
説くのである（この議論は、ブライデンバツハの主張する情報提供義務の動的システム論による把握にも関係して  
くるが、これについては後述する）。

以上のような問題点を考慮するのであれば、消費者保護というだけで情報提供義務を基礎づけることは困難であ  
るといえよう。

（c）職業上の責任の概念

職業上の責任という概念は、すでにわが国においても検討がなされているところであるが、行為者の職業上の役  
割を強調し、専門的な知識を有するその行為者が職務を果たすことにより、その者の情報提供ないし説明に関する  
責任が基礎づけられるというものである。すなわち、その専門性が当該当事者に情報提供義務ないし説明義務を課  
す根拠となる。

この点について投資取引を分析対象とするランゲによれば、情報提供に関する職業上の責任を主張する学説に  
は、不法行為法上の責任を問題にするものと契約法上の責任を問題にするものがある。<sup>(41)</sup>

このうち前者は、情報提供義務を取引上の義務であるとするものであり、契約締結前の債務関係に基づく契約締  
結前の説明義務というここでの検討課題とは、関係しない。

後者の契約法上の責任を問題とするものには、職務遂行者がその職務を果たすことは契約締結上または契約締結

前の職務遂行者の説明義務に関する責任を基礎づけるとして、説明義務の根拠を取引上の接触における一方当事者の職業上の行動に求める見解や、職業上の行為者の行動を強調し、説明義務の根拠をその専門性に求める見解などがある。

しかし、職業上の責任という狭い観点だけが説明義務を基礎づける唯一のものであるということではできない。投資という観点からすると、義務を基礎づけるような職業上の包括的な責任という概念に関する規定は現行法上存在しないし、そもそも「職業」とはどのようにして定義づけられるのか不明であるという批判がなされている。<sup>442</sup>

#### (d) 信頼の概念

契約締結前の債務関係は、しばしば契約締結前あるいは契約類似の信頼関係と呼ばれるが、それによると、契約締結前の情報提供義務ないし説明義務は、信頼 (Vertrauen) に基づくものとなる。

ランゲの分析によれば、信頼の概念は二つの役割を担っている。一つには、契約締結前の情報提供義務ないし説明義務は、信頼の観点で説明される、すなわち、信頼の付与と要求に基づくものとされる点である。もう一つは、信頼責任は民法上きわめて重要な原理であり、法律行為論の規定を補充するものとしても役立つ、すなわち、法律上の債務関係が信頼から発生するものと捉え、そのようなカテゴリーを契約責任と不法行為責任との間の責任に関する「第三のルール」として位置づけることができるようになる点である。<sup>443</sup> もっとも後者の点については、今回のBGB改正により三三〇頁に紹介した三一一条二項および二四一条二項が新設されたことにより、より一層明確になったものといえる。

しかし、このような信頼の概念を、情報提供義務ないし説明義務の根拠に据えることにも、やはり批判がある。

まず、「信頼」という言葉自体が非常に曖昧で多義的であるため、信頼の概念によっても非常に不確実なものとならざるをえない点である。<sup>44)</sup>

一つには、一口に信頼といつても、法律行為上の特別に強化された信頼関係だけではなく、法律行為上の取引とは無関係なところに存在する法的な保護に値しない一般的な信頼関係がある。もつとも、これについては、第四節に述べる動的システムの中で考慮すれば足りるという見解もある。

もう一つには、潜在的な情報提供義務者（例えば投資勧誘者）から信頼が惹起されるか否かという客観的な要素（＝信頼の要求）と、その相手方（例えば投資家）が実際に信頼していたか否かという主観的な要素（＝信頼の付与）という二つの信頼の要素が重疊的に存在している。しかし、このような観点から「信頼」を十分な、または的確な形で区別することは困難であるという指摘がなされている。<sup>45)</sup>

さらに、信頼という概念をもとに完全な保護を図ろうとするのであれば、契約締結前の情報提供義務ないし説明義務は、信頼関係が始まった瞬間から発生し、かつ存在し続けなければならない。しかし、いつから信頼関係が始まったのかという信頼関係開始の時点を確認すること、さらにはどの程度の信頼があれば情報提供義務ないし説明義務を基礎づけることが可能なかを判断することは、信頼概念にアウトラインが存在しない以上、困難であることもあげられる。<sup>47)</sup>

ランゲは、投資取引を念頭において議論を進めているが、投資取引の場面における投資勧誘者と投資家の関係を、次のように述べる。すなわち、投資家は、投資勧誘者を信頼しているのではなく、投資勧誘者の行動とその情報提供を信頼する以外に何も残されていないので（それぞれどこか、投資家は自分にはどのような知識が欠けているのかすらわからない場合があるので）、知識において優位に立つ投資勧誘者の情報提供に期待するのである。この

意味で主観的な意味での信頼は、説明義務を根拠づけられない。また、客観的な信頼は一定の期待を惹起するのに適した投資勧誘者の行動がなされることを意味するが、そうであるならば信頼という概念をあえて持ち出す意味がないことになる。<sup>48</sup>

以上のような観点を筆者なりにさらに推し進めていけば、「信頼」の保護という概念は虚構のものであって、情報提供義務ないし説明義務の根拠を具体的に形成しうる根拠とはなりえないといえる。

### (e) その他の根拠

上記のほか、情報提供義務ないし説明義務の根拠として学説で検討されているのは、法の経済的分析の観点である。すなわち、経済学の観点から考慮すると、市場で商品やサービス給付を交換する際には、常に不平等な情報関係が支配しているので情報調達の費用が生ずるが、これが最小化され、市場の機能が効率的になるには、情報調達にわずかな費用しか生じない市場参加者が情報を調達し、必要な場合にはそれを先に伝達する方がよいというものである。<sup>49</sup>しかし、これに対しては、現行法上の規定を経済的効率という観点からだけで説明できないし、<sup>50</sup>そもそも法は価値中立的な経済的効率基準によってのみ説明しうるものだという反論がなされている。<sup>51</sup>

### (3) 小括

以上で概観してきたように、情報提供義務ないし説明義務を抽象的な概念によって基礎づけようとする試みは、いずれもそれぞれ根拠となりうる要素は有しているが、逆にその抽象性ゆえに外延が画しにくいこともあり、具体的な義務を基礎づける根拠として決定的なものであるということとはできないと評価される。そのために、個別具体

的な形で情報提供義務ないし説明義務の根拠を探る試みが登場してくることとなる。

そこで、このような個別具体的な形で情報提供義務ないし説明義務の根拠を探る試みにつき、とりわけ情報提供義務を把握するためにいわゆる動的システム論を導入しようとする見解を中心に、節を改めて検討することにしう。

#### 第四節 情報提供義務の具体的な根拠を探求する見解の検討

——いわゆる「動的システム論」による基礎づけの試みを中心に——

##### 一 情報提供義務が問題となる場面における「動的システム論」を検討する必要性

第三節で述べたように、保護の対象となる抽象的な概念をまず位置づけようとする見解に対して、具体的な作業を行う中で検討対象として現れてくる諸要素を率直に受けとめて、それらが部分的には相関関係にあり影響を及ぼしあうことを正面から認めていこうとする見解がある。すなわち、いわゆる「動的システム」論を用いて、情報提供義務ないし説明義務の根拠を明らかにしようとするものである。<sup>52</sup> このように、事例を個別具体的に把握する中で情報提供義務の本質を捉えようとする試みは、わが国における情報提供義務に関する議論にとってもきわめて有益なものであるように思われる。そこで、以下においては、この情報提供義務を「動的システム論」により捉えようとする議論について、——すでにわが国にもある程度紹介されているところではあるが——その代表的な論者であるプライデンバッハの見解を中心に、より詳細に検討することとしよう。

## 二 プライデンバッハの見解の概観

(一) 情報提供義務を基礎づける三つの要素

プライデンバッハによれば、「動的システム論」に基づいて情報提供義務を根拠づける諸要素として、次の三つがあげられている。<sup>54</sup> すなわち、①情報提供を必要とする者の「情報提供の必要性 (Informationsbedarf)」、②知識を有しており情報提供を求められる側の「情報提供の可能性 (Möglichkeit der Information)」、③潜在的に情報提供義務を負う者の「機能 (活動) 領域 (Funktionskreis)」である。

ただ、ここで一つ注意をしておく必要があるのは、プライデンバッハは、第三節で検討した抽象的概念の有用性を否定しているわけではなく、むしろ「信頼」という概念の重要性を前提とし、いわば信頼責任の具体化という形で議論を展開していることである。<sup>55</sup> すなわち、説明義務の発生の基礎を「特別な信頼関係」に求め、さらに、そのような特別な信頼関係の発生の基礎を、長年にわたる取引関係の存在に求めるのである。<sup>56</sup> ただし、プライデンバッハ自身も、情報提供義務に関する責任を基礎づける信頼の保護という考え方は、契約と不法行為の間に存在する債権関係(契約締結前および契約締結後の保護義務を含む)の根拠となるものであるが——なお、実定法上の根拠は、BGB二四二条の信義則に求められる——、それは、現行法と情報提供義務との接点を提供するだけで、どのような場合に情報提供義務が存在するのかという問題には回答を与えることができないと理解している。<sup>57</sup> また、長年にわたる取引関係についても、それだけで情報提供義務の相手方が情報提供に依存することを説明することはできず、むしろ後述する「機能 (活動) 領域」という観点が重要であるとする。<sup>58</sup> その結果、プライデンバッハは、

この問題に回答するために「動的システム論」を用いた解決を志向している。後述するように、この「信頼」という概念は、上記の三要素の形成にも影響を与えているが、とりわけ、③の「機能（活動）領域」の場面では、契約当事者間の特別な信頼関係という側面が強調されることになる。

また、ブライデンバッハの試みは、情報提供義務を基礎づける要素の探求にあるが、その結果として、情報提供義務の構成要件を明らかにする作業にもつながっていると評価できる。

以上の点に留意しつつ、以下においては、ブライデンバッハの見解によりながら、それぞれの要素について、より具体的に検討することとしよう（なお、各部分の小見出しは、筆者がブライデンバッハの見解の内容を要約したうえでつけたものである。ブライデンバッハはそのような小見出しをつけていないことには留意されたい）。

（2）情報提供の必要性——動的システムの要素・その1

（a）概観——「重要な情報」と情報提供の必要性

ブライデンバッハは、「情報提供の必要性」は契約締結の情報提供義務を決定するための重要な要素であるとして、次のような形で論述を展開する。<sup>65)</sup>彼の分析によれば、判例では、「(相手方の) 契約目的を無に帰せしめる可能性があり、それゆえにその相手方の決断にとって重要な意味をもつ事情について説明がなされなければならない」という命題が打ち立てられている。しかし、ここでいわれている情報の重要性を判断するためには、情報の重要性を判定するための基準として情報提供の保護目的を考慮しなければならず、さらにそのうえで、情報提供の必要性の強さ（程度）に立ち入って検討することが必要であるとする。

## (b) 情報提供の必要性と具体的な契約目的

情報提供の必要性(または、その強さ)を探索する際には、情報提供義務の保護の潜在的な可能性とそこに生ずる保護目的が問題となる。<sup>60)</sup> 保護の対象となるのは、契約判断を適切になすための十分な判断の基礎である。もつとも、契約判断にとっては、主観的には数多くの事情が重要な意味をもつことになるので、それを限定するためには、具体的な契約目的との関係を考慮に入れる必要がある。個々の契約当事者は、説明、質問、目的を定めることなどによって、特定の情報提供の重要性を明示し、認識可能な状態にしなければならぬ。

そして重要なのは、情報提供の必要性を有する者を類型化することではなく、具体的な取引の際にどの情報を必要不可欠なものともみなすのか、ということである。

例えば、株式取引において、過去において取引経験はあるものしばらくの間取引をしたことがなく、かつ、取引未経験の者と同程度の知識しか有していない者については、たしかに類型的に説明義務の対象となる未経験者のグループには属さないが、事実上、情報提供の必要性を有している以上、説明義務の対象となる。

## (c) 法政策的な判断が必要とされる場面における情報提供の必要性の不存在

情報提供の必要性という要素は、情報提供義務についての保護の可能性を限定する。<sup>61)</sup> すなわち、情報提供により実質的な判断の可能性が確保されるのではなく、法政策的に望ましくない結果の修正が問題となる場合には、情報提供の必要性は存在しない。その場合には、実定法上予定されている別の救済手段を用いることになる。

例えば、消費貸借の貸主が暴利の利子を請求する場合、その貸主は利子が著しく市場の水準を超えていることを説明する必要はない。この場合、契約自体がBGB一三八条の良俗違反により無効であるがゆえに、そもそも情報



提供の必要性が存在しないのである。

（d）判断過程における情報提供の重要性

ブライデンバッハは、動的システムを全体的に考察する際には、各要素の目的と強さ（程度）が問題となるとして、情報提供の必要性の存在を確定するだけでなく、契約締結の判断の過程における情報提供の重要性を判断し、その段階に応じて説明の有無を検討する必要があると説く。<sup>62)</sup>

まず、必要不可欠とされる情報は、契約目的を無に帰せしめるような、それゆえに他方当事者の判断にとって重要な意味をもつ事情に関するものである。

次に、完全には必要であるともいえない情報は、契約目的を無に帰せしめるわけではないが、やはり契約締結にあたっては重要な意味をもつものである。

また、一般的な市場の状況や、競争相手の価格との関係や価格の算出方法については、説明をする必要がない。ただし、投資家が投機を手段として利益を獲得することを目的としている場合には、市場の状況が重要な情報となることがある。ブライデンバッハは、例として、ドイツの仲介業者を介してロンドン市場での商品先物取引が行われる場合におけるロンドン市場の状況に関する情報提供の必要性をあげている。

（3）情報提供の可能性——動的システムの要素・その2

（a）概観——効率性の原理と情報提供の可能性

ブライデンバッハによれば、「情報提供の可能性」は、（2）で検討した「情報提供の必要性」よりもさらに重要

な基準である。なぜなら、現在有している知識を自由に利用できる者（潜在的な情報提供義務者）は、最初に苦労して高い費用をかけて情報を提供しなければならぬ者よりも先に、説明をなすべきだからである。このような効率性の原理から説明義務違反の責任の基礎が導き出されることになる。

（b）現在有する知識と情報提供の必要性

情報提供義務は、情報提供義務の相手方による重要な情報提供の必要性と、情報提供義務者が現在有している知識に基づいて生ずる。<sup>64</sup>

さらに、それほど重要だとはいえない情報も、調査費用が高いこと、またはもつぱら情報提供義務者が支配する領域で情報が生じないことを理由として、情報が実際には当該義務者しか自由に取り扱えないのであれば、それを提供しなければならぬ。このような場合には、効率性の原理とは無関係に、情報提供義務の相手方が情報自体を調達（入手）することの困難さを動的システムにより総合的に考慮することになる。

（c）現在有していない情報と情報調達（入手）

情報提供の必要性和情報提供義務者の機能（活動）領域という要素が共働する場合には、包括的な情報提供義務が生ずる。<sup>65</sup> すなわち、情報提供義務者が現在有していない知識について説明義務と不可分に結びつくものとして調査義務（Untersuchungs- oder Nachforschungsverpflichtung）の有無が問題となる。さらに、説明義務を履行するためには、情報調達義務（Informationsbeschaffungspflicht）の存在が前提となる。

この場合には、情報提供の可能性という要素は著しく弱くなる。もっともここでは、情報の調達（入手）の困難

さの度合いによって、さらに細分化されることになる。情報の調達（入手）がその義務者にとって負担になればなるほど、情報提供の可能性という要素は現れてこないことになる。

（d）情報調達（入手）の困難性

情報調達（入手）が著しく困難な状況にある場合、または、義務者も第三者の情報に頼らざるをえない場合には、調査義務は、現在有する知識に関する説明義務に限縮されることになる。<sup>66)</sup>

ちなみに、重要な情報を調達（入手）することが困難である、あるいは不可能である場合には、少なくとも情報の調達（入手）が困難であることを説明することが、情報提供義務の内容となる。また、義務者が第三者の情報に頼らざるえない場合も、情報の出所とこの情報が他で調査されていないことを説明すればよい。

（4）特別な信頼関係における機能（活動）領域——動的システムの要素・その3

（a）概観——機能（活動）の細分化と機能（活動）領域の形成

「機能（活動）領域」は、当事者の一方が職業上の責任を負う場合および特別な専門的知識を有している場合、さらに長期にわたる継続的取引関係が存在する場合における当事者の特別な信頼関係に立脚して形成される。<sup>67)</sup> すなわち、当事者の一方がその機能（活動）を引き受け、その相手方がそれを信用して、自己の努力で情報を調達（入手）することを放棄するのであれば、相手方を保護する必要がある生じるのである。

ここでは、個別事例ごとに細分化された機能（活動）領域の具体的な形成が問題とされることになる。

## (b) 機能(活動)領域の決定

情報提供義務者の機能(活動)領域を明らかにするには、その義務者の機能(活動)とその範囲を決定する必要がある。<sup>68)</sup>

まず、義務者の機能(活動)とその射程範囲(機能(活動)領域)を確定するためには、当事者間の事情や関係がすべて考慮されなければならない。また、それらが確定した後は、情報提供が機能(活動)の実施と関係づけられるのか、さらにどの程度明確に関係づけられるのかを明らかにしなければならない。<sup>69)</sup>

また、機能(活動)領域を決定した後に、情報提供が職務の遂行と関連するのか、あるいは関連するとしてどれくらいはつきりと関係づけられるのかが明らかにされなければならない。例えば証券取引の場合に、顧客に助言することが銀行の職務とみなされるのであれば、それは質的にも量的にも単なる情報提供を超える意味をもつことになる。

## (5) 動的システム論の要素と相互関係

以上、(2)～(4)では、情報提供義務が問題となる場面で、ブライデンバッハが動的システムの要素としてあげた三つの基準を検討した。これらの要素の数と強さに応じて、将来契約当事者となるであろう者の間での情報提供の責任配分が決定されることになる。そしてこれは、一義的に明確なものではなく、潜在的な情報提供義務者の行為の解釈により決定されるが、少なくとも無限の可能性を三つの基準に限定するという働きをもつと評価されるのである。<sup>70)</sup>

以上のように、ブライデンバッハによる「動的システム論」を情報提供義務の根拠を探求するための手段として

用いようとする試みは、情報提供義務が問題となりうる事案のそれぞれに義務の根拠となるものが含まれているという観点からの具体的な検討を促すものであつてきわめて興味深い。

## 二 情報提供義務を要素の具体化という観点から基礎づけようとするその他の見解

### （一）要素の具体化を志向する学説の出現

一で検討したブライデンバッハの見解をふまえて、情報提供義務ないし説明義務を基礎づける根拠について、その要素を具体化する中で捉えていこうとする学説がいくつか現れている。そこで、以下では、それらの学説を検討していくこととしよう。

### （二）ホープトの見解

ホープトは、投資取引における説明義務や金融機関の説明義務に関する論文の中で、説明義務を基礎づける要素として、①説明の必要性、②（顧客と金融機関との）話し合い、③相関関係の強さ、④（顧客の側からの）保護の放棄、⑤経営上および財政上負担できる可能性をあげる。ただしホープトは、ブライデンバッハの研究が発表される以前から、このような五つの要素が説明義務を決定する基準となることを指摘しており、むしろブライデンバッハがこのホープトの見解も参照したうえで、動的システム論を用いた分析を展開している点には注意が必要である。<sup>73)</sup>

## (3) 動的システムにおける各要素の具体化の動き

一でとりあげたプライデンバッハの見解を受けて、他の論者からも動的システムの要素に関してさまざまな具体化の動きが示されている。

例えば、アベッグレンは、銀行取引における説明義務に関する研究において、その要素として、①認識可能な情報提供の必要性、②現在有する知識の優位、③(潜在的な)説明義務者の役割、④(潜在的な)説明義務者の機能(活動)範囲をあげる。<sup>(74)</sup>

この他の論者も、さまざまな要素をあげている。<sup>(75)</sup>ただ、論者により要素としてあげる事項は異なるものの、実際にはそれらのすべてが情報提供義務ないし説明義務の存在にとって重要な要素となりうるということも指摘されている。<sup>(76)</sup>

## (4) ランゲの見解

ランゲは、投資取引における説明義務に関する論稿において、契約締結前の説明義務を義務づける事情を検討する必要性を強調する。<sup>(77)</sup>

ランゲによれば、契約締結前の情報提供義務の根拠は、BGB二四二条の信義則を具体化することによって求められる。<sup>(78)</sup>そして、契約締結前の説明義務は、準備中の契約の目的が達成されうることを保証するが、このような一般的な意味における契約目的とは、適切な危険分配とそれに応じた利益調整であり、当事者が双方ともに自己責任により契約を締結する場合には、その目的はすでに達成されている。しかし、この場合には情報の基礎においてバランスがとれていないことが多いので、両者のバランスをとることが必要となる。ここで、説明義務という概念を

用いることによって、潜在的な契約の当事者間で、情報格差という形でアンバランスな状態が存在している状況に介入していくのである。<sup>879)</sup>

この場合において重要なのは、判断にとって重要な事情についてのみ説明がなされるといふことである。そして、重要な事情であるか否かに関して、当事者の一方がプロの投資勧誘者で、相手方が投資家である場合には、投資家が投資勧誘者に較べて典型的にあるいは構造的に劣っているというのではなく、実際に存在する情報格差を前提に、個別的な情報提供義務である説明義務を根拠づけることになる。この情報格差の存在は、投資勧誘者がどの程度専門的な知識を有するか否か、および投資家が情報をほとんど利用することができないか否かによって判断されることになる。<sup>880)</sup>

そして、専門的知識を有する投資勧誘者の情報状態は、動的システムが形成するメルクマールによって判断されるところとして、次のような要素をあげている。<sup>881)</sup>

まず、専門的知識を有する投資勧誘者の側からみると、①投資勧誘者の情報源への特別な接近、②投資勧誘者の行動（情報源への特別な近さを利用した法的取引の有無）、③提供者の実際の知識の有無があげられる。このうち、③については、実際には有していない情報を調査により調達（入手）する必要があるか否かが問題となる。<sup>882)</sup>

これに対して、専門的知識という点で投資勧誘者に劣る投資家の側からみると、①投資家には情報源への特別な接近がないこと、②投資家が情報提供を受ける必要性があげられている。<sup>883)</sup>

### 三 「動的システム論」に対する批判

一で検討した情報提供義務論と「動的システム論」との接合を図るブライデンバッハの試みは、二で検討したように、学説に対しても大きな影響を与えており、「さまざまに評価の観点をいろいろな形式で動的システムに凝縮しようとする定式がいくつも立てられている」ともいわれている<sup>84)</sup>。

しかし、このような「動的システム論」を情報提供義務論に取り込もうとする立場、とりわけその主唱者であるブライデンバッハには、非常に強い批判がなされている。

ブライデンバッハは、次のように述べて、ブライデンバッハの見解を強く批判する。個別の判断がそれと広く結びつけられた動的システムにいくつもあてはめられていくが、しかし、その個別の要素はあらかじめ予測することができないものである。それゆえ、ブライデンバッハのいう三要素——情報提供の必要性、情報提供の可能性、機能(活動)領域——は、具体的な個別事案を解決するにあたって、法を適用する者をしっかりと導いていくには、あまりにも抽象的すぎるというのである<sup>85)</sup>。

### 四 小括

以上では、情報提供義務の根拠を具体化するための取組みとして、ブライデンバッハの「動的システム論」を用いることにより情報提供義務の根拠の探求の試みを中心に概観した。

論者によって動的システムの要素としてあげられるものがまったく一致していないのはたしかであるが、このよ



うな試みにより、単に抽象的な議論にとどまることなく、具体的な取引状況にまで踏み込んで根拠を探ろうという姿勢がみられるようになってきたことは、情報提供義務を動的システム論で把握しようという試みの大きな功績の一つであろう。

しかしながら、このような試みに対しては、法の適用に対する予測可能性を失わせるものだとして、非常に強い批判がなされている。事案ごとに要素を抽出するとしても、その要素がどのようなものであるか、実際に抽出してみるまではわからないというのでは、法的な安定性が害されるという批判は、たしかに正当ではある。

ただ、このような試みが具体的な事案の中からの基準の抽出というところに目を向けた点は、評価されるべきであらう。

注

(1) 潮見佳男「ドイツにおける情報提供義務論の展開（二）」（三・完）「法学論叢」一四五巻二号一頁以下、一四五巻三号一頁以下、一四五巻四号（以上、平成十一年）一頁以下（とりわけ、（二）九頁以下）を参照。

(2) 「情報提供モデル」とは、「契約締結の際の説明は、顧客の知識水準を高め、融資のリスクを目に見えるようにするものであり、その結果として顧客は、融資を受けた結果につき無制限に責任を負うことができる（かつ、責任を負わなければならない）」というものである。また、「情報パラダイム」とは、「情報こそが合理的な決定を可能にするとの理解に出て、自己決定に基づいて自らの利益を調整できるにふさわしい地位としての『情報を与えられた市民』・武器の対等性を主張する考え方」である（以上の叙述に関しては、潮見・前掲注(1)「ドイツにおける情報提供義務論の展開（三・完）」二頁以下）。

(3) 潮見・前掲注(1)「ドイツにおける情報提供義務論の展開（三・完）」一頁以下。

- (4) Hans Christoph Grigoleit, *Vorvertragliche Informationshaftung: Vorsatzdelikt, Rechtsfolgen, Schranken*, 1997, S. 1ff.; Holger Fleischer, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, S. 416f.
- (5) なお、カナリスは、ドイツ債務法現代化法に関する二〇〇一年三月六日付の討議草案の整理案を受けて執筆した論文で、契約締結上の過失について次のように述べている。「今日の法状況では、契約締結上の過失なしに、契約法も不法行為法も適切に理解されえないし、そしてそれゆえ、権利を探索する者、とりわけ外国人や学生はBGBの教科書でここ(BGB三二一条二項・三項——筆者注)にその根拠を見いだすことにする」。Claus-Wilhelm Canaris, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, JZ 2001, S. 519.
- (6) ドイツ債務法現代化法制定の段階における「不能」概念をめぐる議論については、潮見佳男「ドイツ債務法の現代化と日本債権法学の課題(一)」民商法雑誌二二四卷三号(平成一三年)二九頁以下および四五頁以下、渡辺達徳「ドイツ債務法現代化法における一般給付障害法——債務者の給付義務からのアプローチ」岡孝編『契約法における現代化の課題』(法政大学現代法研究所所叢書二一) (法政大学現代法研究所、平成一四年)五六頁以下を参照。また、国連動産売買契約やユニドロワ国際商事契約原則に関しては、曾野和明『山手正史』『国際売買法』(現代法律学全集六〇) (青林書院、平成五年)五七頁、廣瀬久和「ユニドロワ (UNIDROIT) 国際商事契約原則 (仮訳)」星野英一先生古稀祝賀『日本民法学の形成と課題 下』(有斐閣、平成八年)一三八四頁を参照。
- (7) 原始的不能論を廃棄し、かつ契約締結上の過失という概念も否定するものとして、加藤雅信「不能論の体系——『原始的不能』・『契約締結上の過失』概念廃棄のために——」名古屋大学法政論集一五八号(平成六年)五五頁以下、同『新民法大系Ⅰ 民法総則』(有斐閣、平成一四年)二一六頁以下を参照。
- (8) 契約締結上の過失責任を契約責任と不法行為責任との関係でどこに位置づけるかという議論の状況については、潮見佳男「契約締結上の過失」谷口知平『五十嵐清編』『新版注釈民法』(一三) 債権(四) 契約総則』(有斐閣、平成八年)八四頁以下。

- (9) 契約締結上の過失に関する従来の議論状況については、Grigoleit, aa.O.(N.4), S.1.; Walter G. Paetgen, Haftung für mangelhafte Aufklärung aus culpa in contrahendo : Zur Täuschung über den Vertragsinhalt und ihren Folgen im Zivilrecht, 1999, S.13ff.; Claus-Wilhelm Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts-Tendenzen zu seiner "Materialisierung", AcP 2000, S.304ff.
- (10) Grigoleit, aa.O.(N.4), S.40.; Fleischer, aa.O.(N.4), S.416. なお、グリコライトは、契約締結上の過失責任をめぐる議論については、契約締結前の義務違反に関する契約類似の原則による責任の「有無」という点では一致していても、具体的な責任の「性質」については議論の余地を残しているところ。Grigoleit, aa.O.(N.4), S.1.
- (11) Peter Krebs, in: Barbara Dauner-Lieb / Thomas Heidel / Manfred Lepa / Gerhard Ring(Hrsg.), Schuldrecht : Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadensersatzrecht und Mietrecht (Anwaltcommentar), 2002, § 311 Rn.29.
- (12) Krebs, aa.O.(N.11), § 311 Rn.49.
- (13) 損害賠償請求権が行使された場合に、どのような損害がその賠償の対象となるのであろうか。基本的には、BGB二八〇条で認められる損害賠償請求の損害の範囲を定めたBGB二四九条に基づいて財産的損失の損害賠償を行うことになる。その場合には、義務違反により一方当事者が不必要な費用を支出した場合、そのような消極的利益について契約が後に成立したか否かとは無関係に損害賠償が可能となる。これに対して、契約締結前の義務違反により、本来除去することが可能であった障害をもちや除去することができなくなった場合には、損害は、そうでなければ契約が実現されたであろう場合における利益<sup>註</sup>、すなわち無駄な費用の支出のみではなく、積極的な履行利益の賠償に向けられることとなる。なお、契約締結前の情報提供義務違反により期待に沿わない契約が締結された場合には、契約締結により財産的損害が発生するかどうかを問わず、契約の巻戻しが契約違反の効果となり、その場合には消極的利益の賠償が問題となる。以上の点に関しては、Krebs, aa.O.(N.11), § 311 Rn.39-42.
- (14) BGB三二四条は、二四一条二項の保護義務違反による解除権を規定している。つまり、契約締結前の保護義務違反またはその重大な結果が契約締結後になってはじめて判明したような場合には、契約締結前の保護義務違反を理由として直接解除権が

生ずることになる。これは、契約締結前の保護義務違反があった後に契約が締結された場合におけるBGB二八二条に基づく履行に代わる損害賠償の場合にもあてはまることとなる。以上の点に関しては、Krebs, aa.O.(N.11), § 311 Rn.48.

- (15) Claus-Wilhelm Canaris, aa.O.(N.5), S.519. なお、注(5)でも述べたように、このカナリスの論文は、ドイツ債務法現代化法に關する二〇〇一年三月六日付の討議草案の整理案を受けて執筆されており、ドイツ債務法現代化法施行前のものである。ただし、整理案と成立した新しい債務法を比較してみると、整理案の段階では、二四一条一項二号で「……他方当事者の権利、法益及び利益を考慮する……」という条文の「考慮」の前に入っていた「特別な (besondere)」という文言が、新しい債務法では削除されたのみで、二四一条一項も三一一条もその他の部分に変更はされていない。したがって、この部分の議論については、新しい債務法のもとでも同様だと思われる。

- (16) Canaris, aa.O.(N.5), S.519. なお、カナリスは、契約締結上の過失による責任についての法律効果については、それが原則として二四九条から生じるとされたこと、また契約締結上の過失に必要な規定の現代化は、給付障害法改革の射程外であるとしている。

- (17) Krebs, aa.O.(N.11), § 311 Rn.48.

- (18) なおこの見解によれば、二七六条一項一文にしたがって「過失」の存在は、一般的な注意基準により判断されることになる。しかし、説明義務が問題となる場合には、一般的な注意基準とは内容に若干差異が生ずる。通常は、例えば、投資勧誘者と顧客のように一般的な情報格差の存在を前提とする場合もあるが、それに対して、一般的な情報格差がなくとも、情報提供義務を負う者の知識、反対当事者の情報提供を受ける必要性があること(個別的な情報格差)、および説明義務を負う者に対して情報提供を要求する可能性のあることが認められれば、情報提供義務が肯定されることとなる。Krebs, aa.O.(N.11), § 311 Rn.48.

- (19) Stephan Breidenbach, Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss, 1989, S.23f. 以下に「ブライデンバッハは次のようにいう。このように責任の基礎を探ることは、現行法における接点を生み出し、義務の内容を決定するための「枠」を

契約関係における情報提供義務（四）（宮下）

- 形成するが、それ自体は一般的な原理であって規範的な性質を有していないし、また義務内容を包摂することはできない。そのために、新しい独自の評価を導入することで、責任の基礎から生ずる内容を明らかにしなければならない。しかし、このような独自の評価は、事案ごとに存在する下位の原理と個別の評価が、責任の基礎と結びついて明らかとされる限りにおいて生ずることとなる。
- (20) なお、以下の叙述のうち、グリゴライトの「情報提供に関する故意のドグマ」に関する見解については、すでに藤田教授と潮見教授により紹介がなされている（藤田寿夫「説明義務違反と法解釈方法論——詐欺規定と評価矛盾するか?——」神戸学院法学二七巻一＝二号（平成九年）一頁以下、潮見佳男・前掲注(1)「ドイツにおける情報提供義務論の展開（二）」七頁以下）。
- (21) Grigolet, a.a.O.(N.4), S.40.
- (22) Fleischer, a.a.O.(N.4), S.238f., 416f.
- (23) Grigolet, a.a.O.(N.4), S.40f.
- (24) Grigolet, a.a.O.(N.4), S.41f.
- (25) Markus Lange, Informationspflichten von Finanzdienstleistern: Zivilrechtliche Vorfeldpflichten bei Anlagengeschäften an Finanz- und Terminmärkten unter Berücksichtigung der § § 31,32 WpHG, 2000, S.98.
- (26) Breidenbach, a.a.O.(N.19), S.11f.
- (27) Lange, a.a.O.(N.25), S.99.
- (28) Grigolet, a.a.O.(N.4), S.44f.
- (29) Helmut Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 61. Aufl., 2002, § 242 Rdnr. 37., Günter H. Roth, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil (§ 241-432), 3. Aufl., 1994, § 242 Rdnr. 215, 434, 439, 441, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000.

270.)。

- (30) Max Vollkommer, *Jauering Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar)*, 9. Aufl., 1999, § 242 Rdnr. 19.
- (31) グリゴライトは、上述した根拠のほか、裁判官による法形成が制度的に委任されているという点を根拠とする見解が存在することを指摘するが、仮にそのような制度的委任がなされているとしても限界があり、立法作業により規定されたものを部分的にせよ廃止するという)とそれだけでは正当化されないとしう。Grigoleit, a.a.O.(N.4), S.45f.
- (32) Barbara Dauner-Lieb, *Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher*, 1983, S.62ff.
- (33) Lange, a.a.O.(N.25), S.102f.
- (34) Fleischer, a.a.O.(N.4), S.570f.
- (35) Breidenbach, a.a.O.(N.19), S.24ff.
- (36) Lange, a.a.O.(N.25), S.102f. なお、フライシヤーは、契約類型に応じて特別法上なまざるまな形で特別法上の情報提供義務が規定されているが、その結果として体系的な調和が崩れていることを指摘し、これらの社会的な特別法上の情報提供義務に関する規定と一般的な契約法上の情報提供義務とを調和させる必要性を説いている。Fleischer, a.a.O.(N.4), S.571f.
- (37) B G B における「消費者」および「事業者」に関する規定の新設については、今西康人「ドイツ民法典の一部改正と消費者法——消費者、撤回権等の基本概念に関する民法規定の新設について——」関西大学法学論集五〇巻五号(平成二二年)二〇二頁以下。
- (38) Lange, a.a.O.(N.25), S.102f.
- (39) Breidenbach, a.a.O.(N.19), S.29f.なお、フライシヤーは、消費者に特有な情報提供義務を、「人」という基準から切り離して、交渉当事者間の「情報格差」という点から分類することが必要であると説く。Fleischer, a.a.O.(N.4), S.571f.
- (40) 潮見・前掲注(1)「ドイツにおける情報提供義務論の展開(二)」一一頁以下。

契約関係における情報提供義務（四）（宮下）

- (41) 上の点をめぐる議論状況については、Lange, a.a.O.(N.25), S.104f.
- (42) Breidenbach, a.a.O.(N.19), S.33f.
- (43) Lange, a.a.O.(N.25), S.108ff.; vgl. Breidenbach, a.a.O.(N.26), S.47f.
- (44) Lange, a.a.O.(N.25), S.109.
- (45) Breidenbach, a.a.O.(N.19), S.47f.
- (46) Lange, a.a.O.(N.25), S.110.
- (47) Lange, a.a.O.(N.25), S.111f.
- (48) Lange, a.a.O.(N.25), S.112.
- (49) Lange, a.a.O.(N.25), S.105.
- (50) Breidenbach, a.a.O.(N.19), S.42f.
- (51) Lange, a.a.O.(N.25), S.106.
- (52) Lange, a.a.O.(N.25), S.100. なお、動的システム論はウイルブルグによって提唱されたものであるが、この点をめぐる議論状況については、山本敬三「民法における動的システム論の検討——法的評価の構造と方法に関する序章的考察——」法学論叢一三八巻一―二―三号（平成七年）二〇八頁以下を参照。山本教授によれば、動的システム論とは、「一定の法領域においてはたまたまきつる諸「要素」を特定し」、「それらの数と強さに応じた協働作用」から法規範あるいは法律効果を正当化する」という基本構造をもった考え方であると説明される（同二二三頁）。
- (53) 潮見・前掲注(1)「ドイツにおける情報提供義務論の展開（三）」五頁以下。
- (54) Breidenbach, a.a.O.(N.19), S.61f.
- (55) Breidenbach, a.a.O.(N.19), S.47f. プライデンバッハによれば、信頼の観念が実定法上有する意義は、カナリスの研究によって

説得力のある形で証明されており、そこに付け加えるべきものは存在しないとされている。カナリスの研究については、*W. Claus-Wilhelm Canaris, Die Vertragshafung im deutschen Privatrecht*, 1971. なお、ブライテンバッハが信頼責任という概念を重視してゐる点に注目して、*トナヤムトニシヤード*の指摘がある。Lange, *aa.O.*(N.25), S.109.; Fleischer, *aa.O.*(N.4), S.418.

- (56) Breidenbach, *aa.O.*(N.19), S.52ff.  
 (57) Breidenbach, *aa.O.*(N.19), S.51.  
 (58) Breidenbach, *aa.O.*(N.19), S.54ff.  
 (59) 以下の叙述も含めて、Breidenbach, *aa.O.*(N.19), S.62-63.  
 (60) 以下の叙述も含めて、Breidenbach, *aa.O.*(N.19), S.63-65.  
 (61) 以下の叙述も含めて、Breidenbach, *aa.O.*(N.19), S.65-66.  
 (62) 以下の叙述も含めて、Breidenbach, *aa.O.*(N.19), S.67-70.  
 (63) 以下の叙述も含めて、Breidenbach, *aa.O.*(N.19), S.70.  
 (64) 以下の叙述も含めて、Breidenbach, *aa.O.*(N.19), S.70-71.  
 (65) 以下の叙述も含めて、Breidenbach, *aa.O.*(N.19), S.71-72.  
 (66) 以下の叙述も含めて、Breidenbach, *aa.O.*(N.19), S.72.  
 (67) 以下の叙述も含めて、Breidenbach, *aa.O.*(N.19), S.73-75.  
 (68) 以下の叙述も含めて、Breidenbach, *aa.O.*(N.19), S.75-78.  
 (69) なお、ブライテンバッハは、実際には、市場における機能(活動)は、例えば金融機関の助言という機能(活動)などのように、一定の職業グループに分類されうるといふ。また、特定の領域のために予防措置を講じることによつても、個別事例では、機能(活動)領域が拡大されることとする。Breidenbach, *aa.O.*(N.19), S.75-78.



契約関係における情報提供義務（四）（宮下）

- (70) Breidenbach, a.a.O.(N.19), S.91f.
- (71) Klaus J. Hopt, Kapitalanlegerschutz, S.414ff.; ders., Funktion, Dogmatik und Reichweite der Aufklärungs-, Warn- und Beratungspflichten der Kreditinstitute, in: Festschrift für Joachim Gernhuber, 1993, S.185ff.
- (72) ホープトは、このような基準を「ライデンバッハのようにはトポス (Topos) と呼ぼう」と、方法論的に動的システムの適用事例「ひまなやうやう」結果におおつて違は生じならぬ指摘する。Hopt, Fs Gernhuber (N.71), S.185f.
- (73) Breidenbach, a.a.O.(N.19), S.52ff.
- (74) Sandro Abeglen, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft, 1995, S.171ff.; Vgl. Lange, a.a.O.(N.25), S.100.
- (75) リュムカーは、次の五つの要素をあげている。すなわち、①情報提供の必要性(情報提供の重要性、説明の必要性)、②情報の伝達(の可能性)、③個人的な信頼の要求、④(潜在的な)説明義務者の機能(活動)領域、⑤その他の基準(取引関係の強さ、銀行—顧客間の話し合い、保護の放棄、経営上および財政上負担できる可能性、違反がなされた義務の保護目的)である。
- Dietrich Rinker, Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute aus der Sicht der Praxis, in: Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute——Der moderne Schuldturn ?/Bankrechtstag 1992, 1993, S.29, 38ff.; ähnlich Eva-maria Kieninger, Informations-, Aufklärungs- und Beratungspflichten beim Abschluß von Versicherungsverträgen, AcP 198, 1998, S.232ff.; vgl. Lange, a.a.O.(N.25), S.100.
- (76) 「この点をめぐる議論状況にこうして」 Lange, a.a.O.(N.25), S.102.
- (77) Lange, a.a.O.(N.25), S.116ff.
- (78) Lange, a.a.O.(N.25), S.98, 350. なお第三章第一節二(本連載第三回・法政論集一九三号二八二頁以下)でも述べたように、「ランゲは、情報提供義務と説明義務を厳密に区別する立場をとるため、説明義務や助言義務を包含する広義の情報提供義務を觀念する。そこでランゲは、真実の情報提供をなすべき義務という考え方が、説明の状況においても、助言の状況においても一定

の役割を演じるものであって、契約締結前の債務関係から発生するものであるとしつつある。Lange, a.a.O.(N.25), S.350.

- (79) Lange, a.a.O.(N.25), S.116.  
 (80) Lange, a.a.O.(N.25), S.116, 350.  
 (81) Lange, a.a.O.(N.25), S.351.  
 (82) Lange, a.a.O.(N.25), S.117ff, 351.  
 (83) Lange, a.a.O.(N.25), S.153ff, 352.  
 (84) Fleischer, a.a.O.(N.4), S.274.  
 (85) Fleischer, a.a.O.(N.4), S.274, 454ff. ローレンツもプライデンプッシュに対し、同様の批判を行っている。Stephan Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag : Eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlusskontrolle im geltenden Recht, 1997, S.319 f.