

契約関係における情報提供義務（五）

——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、一九四号）

第五節 情報提供義務の具体化を志向する見解の検討

第六節 情報提供義務に関するBGB上の諸法理の相互調整

第七節 小括（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）

第五節 情報提供義務の具体化を志向する見解の検討

一 緒論

第三節では、情報提供義務を一般的な概念で根拠づけようとするドイツにおけるいくつかの議論を概観した。しかし、そこであげられる概念は抽象的なものにとどまり、実際の義務の発生根拠の探求は、最終的に個別の事例をふまえた具体的な分析を待たねば明確とならないものであった。

そこで第四節では、情報提供義務の具体的な分析を行うブライデンバッハの議論を紹介した。彼は、上述の抽象的な概念による基礎づけを前提としつつも、具体的な事例の分析を通して情報提供義務を基礎づける要素を具体的に抽出することを試みている。ここであげられた説明義務を基礎づける三つの要素——情報提供の必要性、情報提供の可能性、機能（活動）領域——をめぐることは、その抽出基準が明確でないことについて批判が存在する。しかしながら、取引分野に応じて要素を取り出して確定しようという動きが見られることそれ自体は、情報提供義務の内容を具体化するという意味でもきわめて重要である。

また、説明義務が問題となる場合には、どのような事情についての説明が問題となるのかそれ自体が事前には明らかではないことが多く、実際に損害が発生してはじめて説明義務違反があったという事実が判明することになる。この点を考慮すれば、ブライデンバッハの見解は、単に情報提供義務ないし説明義務の内容を具体化するとい

うにとどまらず、情報提供義務違反ないし説明義務違反の要件を具体化するという意味をもっているともいえる。

ところで、情報提供義務ないし説明義務を具体化しようとする試みは、これにとどまるものではない。以下においては、ブライデンバッハのように動的システム論を用いることなく、同一の目的をもちながらも別の視点から情報提供義務ないし説明義務の内容や範囲の具体化を図る見解を検討することとしよう。

二 情報提供の重要性や情報格差に注目する見解

説明義務を保護義務の一種と捉えるポールマンは、説明義務の範囲を決定する基準を一般的な形で述べることはできず、説明義務を含む保護義務の範囲はすべて個別事例ごとの事情と信義則によつて決定されるとする。そして、説明義務は、他方当事者の契約締結にとつて認識可能で重要な意味を有し、信義則によりその伝達が期待されるあらゆる事情に関して存在するという。

ここで、ポールマンは、判例を分析することにより、その基準として、「情報提供の重要性」と契約当事者間の「情報格差」に着眼する。

第一に、「情報提供の重要性」について、説明義務を基礎づける事情は契約当事者にとつて重要な意味をもつていなければならないとする。具体的には、まず、取引に際しての形式の必要性や官庁による認可の必要性など、契約の有効性あるいは実現可能性に不利に働く事情をあげる。また、契約目的を無に帰せしめるような事情、本来契約交渉の際に伝えなければならなかった、契約締結の際にすでに認識可能であった契約の実現を危うくする

事情、契約をすること自体が当事者の一方にとって意味がないと認識可能であるような事情⁶⁾、そして契約の目的物に重大な不利益があるという事情⁷⁾などについても、説明がなされなければならない。

第二に、説明義務の目的は「情報格差」の是正にあるとして、情報提供義務を負う者と情報提供を求める権利を有する者の両者の側面から、これを検討している。

まず、前者の情報提供義務を負う者の側からみると、情報を提供するためにはそもそも情報を有していることが必要であるとされ、仮に情報を有していないのであれば、情報入手の困難性も考慮して限定的な範囲においては、あるが、場合によっては情報に関する調査義務まで課されることになる。

また、後者の情報提供を求める権利を有する者については、自ら情報を入手する可能性が低くなるにつれて相手方に説明義務の発生が認められる。すなわち、契約締結にあたって問題となっている事情が契約の相手方の領域に属するもので、自らの照会による入手が不可能であったり、あるいは困難である場合には、契約の相手方に説明義務が課されることとなる。また、この際には、情報提供義務を負う者が契約の相手方が有する専門的知識について照会を求めなくとも、契約の相手方が情報提供の必要性を有しているのであれば説明義務を負うことになる。とりわけ、情報提供を求める権利を有する者が知識を有しているとあまり期待されない状況では、一定の事情の開示が要求されることになる。ただし、例えば売買契約において、売主だけではなく、買主自らが専門的知識をもちあわせており、いわば買主が売主に対して照会をなす義務を負うような場合には、説明義務は、その程度を弱められるか、あるいはまったく課されないことになる。

以上のように、ポールマンは説明義務の内容と範囲を抽象的に決定することは不可能であるとして、判例の分析をもとに、具体的な要素を抽出することにより決定しようとしている。その意味では、情報提供義務を、具体的な

要素を抽出しその協働関係の中で基礎づけようとするブライデンバッハの見解と共通するところがあるといえよう。ただ、そうであるならば、ブライデンバッハの場合と同様に、それらの要素は事例ごとに変化することとなり、法的な安定性という面からは疑問が呈せられることとなろう。

三 「先行行為」に着目する見解

(1) はじめに

情報提供義務ないし説明義務の根拠として、「先行行為」という概念に着目するという注目すべき見解が存在する。ここでは——いずれも、債務法現代化法の制定によりBGBが改正される以前に発表されたものであるが——、「先行行為」という概念に最初に言及したローレンツと、その概念のさらなる具体化を図ったペーフゲンの見解を紹介することとしよう。

(2) ローレンツの見解

(a) 望ましくない契約からの保護と自己決定の自由

ローレンツは、一九九七年に出版されたハビリタチオンの中で、当事者にとって「望ましくない契約 (unerwünschten Vertrag)」が締結された場合の法律関係を詳細に分析している。そこで彼は、当事者の一方が自由な意思に基づく自己決定をしないまま「望ましくない契約」を締結した場合における契約解消あるいは損害賠償の可能性について検討している。

その中でも、契約締結上の過失に基づく責任をめぐる問題については、次の二点を強調する。第一に、「契約締結上の過失」は、説明義務違反が問題となる場面において意思決定の自由を保護するための法制度として用いられているが、それには「過失による詐欺 (Fährlicher Täuschung) からの保護」と、決定の自由に直接影響を与える「不意打ち (Überrumpelung) からの保護」の二つの場合が含まれるという点である。第二に、「過失による詐欺」で問題となる説明義務違反の場合における責任の根拠について、具体的な事例を検討したうえで説明義務の存否に関する具体的な基準を提示している点である。

このようなローレンツの見解のうち、第一点については、すでにわが国にもいくつかの紹介がなされている⁹⁾。そこで本稿では、まだわが国紹介されていない第二点、すなわち、説明義務違反に基づく責任の具体的な根拠に踏み込んで分析がなされている部分に着目し、詳細に検討することとした。

まず、ローレンツによれば、契約準備段階における過失による欺罔に関する責任は説明義務違反を要件とするが、そもそも説明義務が存在するための要件は、不作為による詐欺の場合と同様であるとされる¹⁰⁾。

そして、説明義務の有無に関しては、自己責任原則、契約当事者各自の利益、そして信義則という三点を考慮することになるが、そもそも説明義務を概念上精緻にそして抽象的に定義をするのは、一般的には不可能だと考えられるという。

ここで、彼は、説明義務が発生させる具体的な事例に着目し、それを事例グループごとに分類して検討すべきことを提言する。この点ですぐに想起されるのは、本章第四節で検討したブライデンバッハの動的システム論を用いて、説明義務が発生する場合における諸要素を抽出する作業であろう。

しかし、そこでも述べたように、ローレンツは、ブライデンバッハの見解について、個別の要素は予測不可能で

あるにもかかわらず、その要素をもとに動的システム論で説明義務の発生を根拠づけようとすると、法的安定性を害する危険性があると批判していた¹¹⁾。

ところが、彼は、説明義務を事例グループに分けてそれぞれの場面で検討すること自体を否定しない。そのような手段をとっても、必要最小限の法的安定性を確保しさえすれば不都合は生じないからである。むしろ、契約締結上の過失責任が問題となる場合には、一定の事例グループごとに考察する必要性を説くのである。

ローレンツによれば、説明を行わなかったという不作為による説明義務違反は、契約交渉を開始すれば発生するというものではなく、契約締結前の関係において特別な根拠をもつことを必要とするという。そして、従来のように契約類型ではなく、当事者間における「利益評価」という観点に基づいて事例を分類するのであれば、動的システム論とは異なる形で、説明義務を導き出す抽象的な基準の明確化が可能であるとする¹²⁾。

そこでローレンツは、以上のような考察をふまえて、次の五つの場合に説明義務の発生が義務づけられるとする。すなわち、①「契約の目的を無に帰せしめること」、②「契約目的に違反すること」、③「特別な契約の危険」(の存在)、④「先行行為」(の存在)、⑤「特別な信頼」(の存在)である¹³⁾。そこで以下においては、この五つの要素について、順次検討することとしよう。

(b) 説明義務を発生させる五つの要素

①「契約目的を無に帰せしめること」

まず最初の「契約目的を無に帰せしめること」とは、相手方の契約目的を無意味にするような事情があったにもかかわらず、当事者の一方の説明に致命的な欠陥があった場合を指す。そこで問題となる事情とは、契約の締結が

その契約で直接追求される目的にとつて無意味であるため、契約の相手方がそれを知っていたのであれば契約の締結を断念したであろうという事情である。また、当事者間の利害が対立する契約交渉においても、当事者の一方は、相手方が取引の解釈によって当該事情に関する情報提供を期待しうると判断される限り、上述のような事情について説明する義務を負うことになる¹⁴¹⁵。

すなわち、この「契約目的を無に帰せしめること」とは、契約の「第一目的 (Primärziel)」、すなわち「取引の根拠」が侵害されることを指す。また、「第一目的」の侵害は、契約による給付が達成不能な場合にも生じる。なぜなら、両者は、当事者の一方が追求する目的にとつて給付が無意味であるという点で共通するからである。

この場合には、説明義務の存在とその程度は、説明を受けるべき者にとつて当該事情を認識することが可能であるか否かによって決定される。すなわち、説明義務は、契約目的にとつて当該事情が本質的なものであるかどうかによって基礎づけられることになる。

しかし同時に、ローレンツは、本来は情報の面での優位を活用することは、経済秩序において不可欠な構成要素であるという。すなわち、契約当事者となる可能性のある者の間での情報の均衡を図ること自体は法のなすべきことではないというのである。

そこでローレンツによれば、説明義務が発生するのは以下の場合に限られる。それは、当事者間の情報格差が大きく、能力的に劣る一方の当事者が、能力的にまさる他方の当事者に対して契約の目的物について適切な質問をしたり、あるいはそれ以外の方法で専門的知識を得ることができない場合である。そして、説明義務の存否を判断するには、単に能力的に劣る他方の当事者が当該事情について知らないということだけではなく、なぜ知らないかということ（＝不知の原因）を考慮しなければならないという。

さらに、自由な意思決定そのものを保護することを目的とした契約締結上の過失においては、ある事情につき説明を必要とする当事者にとって、その事情が「主観的に」重要なものか否かのみが考慮されなければならない。すなわち、説明義務の存否は、説明を必要とする当事者の側が当該事情に関して知らないということを正当化しうるか否かによって判断されるのである。

なお、契約の当事者が個別の事情を認識可能であったか否かについては、説明義務の存在を前提にしたうえで、過失の有無というレベルで判断されることになる。したがって、ローレンツによれば、「消費者」や「事業者」といった当事者の特殊な役割は、説明義務の存在を基礎づけるものとはならないとされる。

②「契約目的に違反すること」

次に「契約目的に違反すること」とは、説明がなされなかったことにより一方当事者の契約目的が達成されない場合を指す。ただしそれにとどまらず、当初の契約目的は達成されているが、それに必要な費用が高くアンバランスであることが説明されなかったような事例も含まれることになる¹⁶。また、例えば、説明義務を負う当事者により履行されるべき反対給付が相手方により履行されるべき給付を下回る場合のように、等価関係を破壊するような契約も、目的に違反するものと考えられるという。

この場合も、①で述べた「契約目的を無に帰せしめること」と同様に、情報提供ないし説明を受ける側の情報提供の必要性や、情報提供義務ないし説明義務を負う側の専門的知識を一般的に考慮に入れるだけでは、説明義務の存在を根拠づけることができない。ローレンツは、むしろ、これらの要素は、ある事情について情報を提供される側（情報提供を必要とする側）がその事情について知らないこと（＝不知）を正当化するような特別な信頼と結び

ついているとする。

③ 「特別な契約の危険」

「特別な契約の危険」とは、個別の事例において、典型的な危険を超え、契約目的が問題となるような特別な危険がある場合には、説明義務が存在しうることをいう。したがって、一般的な契約の危険があるというだけでは、説明義務は存在しない。¹⁷⁾

ここで説明義務の対象とされるのは、契約目的を実現する見通し——それ自体が契約の危険の対象となるものである——がまったく存在しないゆえに、契約目的そのものが疑問視されるような特別な事実である。例えば、投機的な取引において、利益を得る機会がまったくなく投機性が完全に存在しない場合などが、これにあたる。

④ 「先行行為」

「先行行為 (Ingerenz)」とは、先行する義務違反の行為に基づいて行為義務が存在することを意味する。¹⁸⁾ これらもともと、刑法の不真正不作為犯に関する議論¹⁹⁾や不法行為法において用いられてきた概念である。ローレンツは、「先行行為」があるとされる場合には、行為の有責性が問題となるのではなく、その行為の客観的な違法性が問題となるという。

また、ローレンツは、ここで義務の内容と義務違反の有無とは、厳格に区別されなければならないという。すなわち、説明義務を負う者に関する当初からの責任のない誤った情報提供があったことの認識可能性は、説明義務の有無を基礎づけるために考慮されるのではなく、責任の主観的な構成要件（＝過失の有無）に限定して考慮される

べきであるとする。²⁰¹

⑤ 「特別な信頼」

上記四つの場合以外に、説明義務を根拠づけるものとしては、交渉当事者間に「特別な信頼」が存在している場合があるとされている。この「特別な信頼」が発生する場合として、ローレンツは、次のようなものをあげている。²⁰²

まず、交渉当事者間にすでになんらかの契約関係が存在しており、しかも信頼関係を基礎づけることが重要となる場合があげられる。例えば、組合契約や助言契約、さらには他人の利益の実現を目的とするすべての契約など、十分な信頼のある協力に向けられたあらゆる契約関係に示されるような、当該契約関係において責任を基礎づける一種の優先的効力が生ずる場合である。

次に、交渉当事者が一定の機能（役割）を引き受ける場合、すなわち信頼が事実上要求される場合があげられる。例えば、義務の存在とは無関係に助言を引き受けた者は、高度の信頼が要求されることとなり、その限りでその者の相手方が自己の情報を提供する義務は軽減され、もしくは消滅するという。

(c) ローレンツの見解の特徴

ローレンツは、上述のように五つの要素をあげ、説明義務の要素を検討している。ここで注意しなければならぬのは、ローレンツが説明義務の存否の判断と、説明義務違反の存否の判断との区別を念頭において論じていることである。

すなわち、上述の諸要素は、契約当事者間が自由な意思決定を行うにはどのような説明が必要かという、いわば

情報提供の必要性に着目して導き出された「説明義務の存否」そのものを判断する基準である（なお、この点については後に二七七頁で述べられるように、ペーフゲンも指摘している）。それに対して、（b）①と④で述べたように、個別の事情に関して認識可能であったか否かという、いわば情報提供の可能性は、「説明義務違反の存否」を判断する基準とされている。

ブライデンバッハは、情報提供の必要性も情報提供の可能性も、動的システムの中で同時に考慮するという立場をとっていた。これに対し、ローレンツは、情報提供の必要性と情報提供の可能性を、違う次元での判断要素と捉えることにより、とりわけ説明義務の存否の判断の基準をできるだけ客観化しようとしているといえるであろう。そして、このようなローレンツの見解をさらに推し進めて具体化を図ろうとするのが、ペーフゲンである。そこで、次にペーフゲンの見解について検討することとしよう。

（3）ペーフゲンの見解

（a）ローレンツのあげる五つの基準の具体化

ペーフゲンは、説明に欠陥がある場合における契約締結上の過失に基づく責任を論じた著作の中で、（2）で述べたローレンツのあげる五つの基準に示唆を得ながら、判例をもとにして具体例を詳細に検討して整理している。ペーフゲンによれば、ローレンツのいう五つの基準は次のように具体化される。

第一の基準である①「契約の目的を無に帰せしめること」には、次のような場合が含まれる。すなわち、ある事情についてなされた説明に欠陥があった結果、その欠陥が非常に重大なため、もしそれがなければ説明を受けて誤信した当事者が契約を断念したであろう場合である。なぜなら、その場合には、誤信した当事者の目的に合致しな

い契約であるか、もしくはローレンツのいうように、契約の「第一目的」それ自体が実現しないからである。²³⁾

②「契約の目的に違反すること」については、その具体例として、買主の資金調達の可能性を上回るような不動産売買の例があげられている。²⁴⁾

③「特別な契約の危険」とは、例えば投資取引における複雑化した投資商品のように、「特別に専門化した知識」が問題となるような場合を指すものであるとされる。²⁵⁾

また、④「先行行為」が存在するのは、次のような場合であるという。まず、契約の当事者の一方が、他方の当事者による積極的な行為により契約にとって重大な事情について一定の表象を呼び起こされた場合である。さらに、契約にとって重要な事情について、契約締結前に補充的な変更があったにもかかわらず、時機を逸することなくその変更を説明しなかった場合である。²⁶⁾

さらに、⑤「特別な信頼」が存在する場合について、ローレンツも「すでに契約関係が存在している場合」をあげているが、さらにペーフゲンは次のような場合もあてはまるといふ。すなわち、契約当事者間における人的または取引上の接近した関係がある場合、特別な鑑定書が存在する場合、あるいは一方当事者による他方当事者に配慮する旨の表示などから「特別な信頼」が発生した場合である。²⁷⁾

(b) 五つの基準の根拠

ペーフゲンは、以上のような形で具体的に分析を加えた五つの基準を、さらに①～③および④・⑤の二つに分けて、次のようにいう。²⁸⁾

まず①～③のグループの場合、責任の根拠は、交渉の相手方における判断の基礎を侵害したことにある。そし

て、その責任は、相手方に与えられなかった、もしくは虚偽に与えられた情報が契約の本質そのものであるという基準によって限定されている。

これに対して、④・⑤のグループの場合、上述した判断の基礎の侵害という要素を超え、相手方からの特別な信頼がその根拠となっている。そしてこのような特別な信頼関係は、契約上の結びつき、家族の絆、友情という当事者間の特別な関係、あるいは、注意深く相手に配慮する旨の見解の表明、専門家としての地位、先行行為といった契約交渉における一方当事者の特別な態度もしくは行為から明らかとなる。

ペーフゲンによれば、ローレンツのあげる五つの基準のすべてにおいて、その基礎には相手方における情報提供の必要性がその根底にあるとされる。五つの基準を個別にみるとまず①と②においては、当事者の一方の有する情報提供の可能性と比較しつつ情報提供の必要性が判断されている。また、③においては、説明を必要とするような特別な契約の危険性という、まさに情報提供の必要性という観点から説明義務の存否が判断される。さらに④と⑤においては、当事者の一方に特別な義務を負わせる特別な信頼を根拠づける事情に基づき、その契約の相手方における情報提供の必要性をしつつ、説明義務の存否が判断されることになる。

（c）ローレンツの見解に対するペーフゲンの評価

ペーフゲンは、抽象的な規定や一般条項を説明義務の有無を判断する基準にするのは困難であるとして、責任を正当化する事情をケースバイケースで判断している判例に着目したローレンツの見解を高く評価する。そのうえで、ローレンツの提示した五つの基準について、契約締結上の過失に基づく責任をいかに正当化するかという観点から、その基準を再検討する作業を試みている。²⁸⁾

まず、①「契約目的を無に帰せしめること」と②「契約目的に違反すること」については、そもそも責任を「契約目的」によって限定することが困難であると指摘する。これらの事例の場合には、交渉当事者の経済上およびその他の動機、目的、取引戦略、さらには例えば「説明を必要とするという契約意思に関して、説明義務を正当化するような事情の主観的な性質」が問題となる。そうであるならば、説明に際しては、契約の「第一目的」や「最終目的」のみが考慮されるわけではない。また、競争原理に基づく市場経済的な秩序においては情報提供の際に情報の優位を利用することによって経済的な利益を得ようとする努力が評価されるというのが基本であり、それを出発点とすれば、交渉の相手方の動機、目的、取引戦略により一般的に説明義務を生じさせる必要はないことになる。

この点で、①「契約の目的を無に帰せしめること」と②「契約目的に違反すること」では、情報提供が問題となる事情の契約上の重要性が考慮されているが、それは、結局のところ、動機、目的、取引戦略を考慮するということを意味するだけで、責任を正当化するには不十分であると指摘する。

また、③「特別な契約の危険」についても、次のような事例を考えると適切ではないという。例えば、情報提供義務を負う者が、仮に他方当事者の動機、目的、取引戦略にとって重要な情報を調査するという適切な努力をしたとしても情報入手が不可能であるような場合である。この場合に「特別な契約の危険」のみを基準とすると、情報入手が不可能であるにもかかわらず、情報提供義務を負う者が他方当事者にそのことを指摘しなければ、どのような努力をしても常に責任が発生することとなる。

以上の点からペーフゲンは、ローレンツのあげた④「先行行為」および⑤「特別な信頼」の場合にのみ、説明義務違反に基づく責任が正当化されることとなるという（なお、すでに述べたように、ローレンツのあげた上記二つの場合に、ペーフゲンが独自の意味を付加している点には注意が必要である）。すなわち、説明義務違反という契約

締結上の過失に基づく責任は、説明の必要とされる事情が、他方当事者にとって契約上重要であるか否かというメルクマールのみで正当化されるのではない。さらに加えて「特別な信頼」を惹起するような「先行行為」、もしくは説明義務を負う者から情報提供を受ける相手方のためになされた「注意深い」行為の存在によって正当化されることになるというのである。

三 「先行行為」の有無と情報提供義務の存在

以上で検討してきたように、ペーワゲンは、説明義務あるいはそれに基づく責任の発生する根拠として、当事者間における「特別な信頼」の存在を強調する。そして、その「特別な信頼」は、当事者の一方による「先行行為（Vorverhalten = Ingerenz）」によって惹起されるとしている。

このような形で、情報提供義務ないし説明義務を「特別な信頼」という抽象的な概念により発生するとしつつも、それを「先行行為」という、より具体的な行為の有無で決定すべきであると強調するペーワゲンの主張は注目に値しよう。

ちなみに、ローレンツやペーワゲンがその見解を発表する以前に、ブライデンバッハも、保証契約において動的システム論の利用可能性を検討する中で、「先行行為」を動的システム論の一要素になりうることを指摘している。具体的には、保証契約において保証債権者の先行行為により保証債務者が誤信した場合には、その先行行為が動的システムで検討されるべき一要素となりうるという⁶³⁾（ただし、ローレンツが、ブライデンバッハと「先行行為」に対する捉え方が異なると主張している点には、注意が必要である⁶⁴⁾）。

また、プライデンバッハは動的システム論の中で、情報提供の必要性、情報提供の可能性、そして機能（活動）領域という三つの要素を考慮して、情報提供義務ないし説明義務の根拠を判断することを提唱していた。これに対して、ローレンツやペーフゲンのように、まずは情報提供の必要性から説明義務の有無を判断し、次に情報提供の可能性から説明義務違反の要件となる過失の有無を判断する観点からの分析も注目している。いわば、ローレンツやペーフゲンの試みは、情報提供義務ないし説明義務の根拠を具体化するだけでなく、客観化を図ろうとするものであるといえよう。

第六節 情報提供義務に関するBGB上の諸法理の相互調整

一 はじめに

第三節でも述べたように、従来、ドイツにおいては、情報提供義務ないし説明義務を基礎づける法理として、契約締結上の過失という概念を用い、かつ、この概念に基づき、損害賠償および契約解除が認められてきた。

ただ、情報提供義務違反ないし説明義務違反が問題となる事例において、BGBに明文で規定されていない契約締結上の過失に基づく損害賠償ならびに契約解除を肯定した場合には、次のような問題が浮上してくる。それは、同様の状況を規律するBGB上の諸法理との関係、すなわちそれらの規定が予定している契約取消しや契約解除、損害賠償などの効果との調整をどう図るかという問題である。

このような状況の中で、二〇〇二年一月から施行されている新しいBGBにおいては、すでに述べてきたよう

に、従来、「契約締結上の過失」の分野とされてきたものに、B G B三一一条二項および二四一条二項の新設により法律上の根拠が与えられることとなった。その結果、過失による情報提供義務違反ないし説明義務違反が問題となる場合にも、契約締結前の債務関係により発生した義務違反を根拠として、実定法上その責任を追及することが可能となった。

しかしながら、すでに第三節で述べたように、これらの条文は単に判例上承認されてきた制度を、とりあえずそのままB G Bのもとに取り込むことを意図したものである。したがって、情報提供ないし説明の態様が問題となりうる他の制度との整合性という観点は、基本的には考慮されていない。

そこで、以下においては、契約締結上の過失法理と詐欺法理、契約締結上の過失法理と錯誤法理、そして契約締結上の過失法理と瑕疵担保責任規定との関係を取り上げ、それぞれの間の調整を図ろうとする見解を検討することとしたい。

二 契約締結上の過失と詐欺法理との関係

（１）契約締結上の過失理論と他の法理との調整の必要性

二〇〇二年のB G B改正以前から、情報提供義務義務違反ないし説明義務違反が問題となりうる場面では、契約締結上の過失理論を適用することで解決が図られてきたといわれている。他方の当事者によって、過失による誤導により契約を締結させられた一方の当事者は、B G B二四九条一文に基づいて、契約の解除を請求することができると。より具体的にいえば、B G B二四九条一文は損害賠償義務を負う者に原状回復義務を負わせるが、情報提供義務

務違反ないし説明義務違反により損害賠償責任を負う場合には、原状回復を理由とした契約の解除を認めてきた。このことは、いわゆる「丸鋸判決 (Kreisäge-Entscheidung)」³³⁾以来のドイツ連邦裁判所 (BGH) の確定した判例であると考えられている。³⁴⁾

メデイクスは、この判決に対して、かつては次のような疑問を呈していた。BGHの考え方によれば、上述のような義務を負う者に軽過失しかなくとも契約は解消されることになる。しかし、契約の解消について、BGBは一二三条で詐欺による取消しという手段を用意している。このBGB一二三条に基づく取消しは故意による欺罔を要件としており、それゆえ、契約締結上の過失に基づき軽過失があるというだけで契約の解消を認めることは、同条に存在する故意の要求をないがしろにすることになる。³⁵⁾

本章第二節でもすでに述べたように、従来からBGBは、情報提供義務ないし説明義務を負う者が故意により義務違反をなした場合にのみ責任を認めているという、いわゆる「情報提供に関する故意のドグマ」に支配されてきた。そこで、かつてメデイクスの説いたように、詐欺法理の効果としての取消しと、契約締結上の過失に基づく契約解除との関係——すなわち、情報提供義務違反ないし説明義務違反があった場合に、契約締結上の過失に基づく契約解除が認められるか否か——が問題となったのである。

以上のような状況のもとで、学説は、「過失による誤導」があった場合に誤導をした者の責任を認めることを前提にしながら、その体系的な整合性を図ることに腐心してきた。とりわけそこで重視されたのは、詐欺取消しと契約解除の場合の効果の違いについての調整である。

このような違いは、詐欺に基づく取消しと契約締結上の過失に基づきBGB二四九条一文を媒介する場合の解除との要件および効果の違いに基づいて生じることとなる。例えば、要件の点からすると、「故意」や「過失」とい

う要件を取りあえず除外して考えても、BGB一二三条一項に基づく取消しは、被欺罔者に財産的損害が生じたことを要件としていない³³⁶。

ところが、従来の判例に従うような形で、契約締結上の過失に基づく解除が認められる場合には事情が異なる。

BGB二四九条は、一方の当事者に損害賠償義務が発生していることを前提として、その内容と範囲を定めているものとされる³³⁷。つまり、契約締結に際して情報提供義務ないし説明義務違反があった場合に、BGB二四九条一文にいう原状回復を媒介にして契約を解除するには、過失により誤導された者に財産的損害が生じていなければならぬ³³⁸。

そのため、BGB上の詐欺に基づく取消しと契約締結上の過失に基づく解除との間の調整が必要とされたのである。

そこでここでは、まず「情報提供に関する自己責任」という視点から両者の調整を図るグリゴライトの見解と、それを受けて出されたフライシャーの見解を検討することとしよう。

(2) 「情報提供に関する故意のドグマ」の克服と契約締結上の過失理論の体系への接合

(a) グリゴライトの見解

まず、グリゴライトの見解を見ていくこととしよう。なお、第三節でも述べたように、この部分についてのグリゴライトの見解は、すでに藤田教授と潮見教授によってわが国に紹介されているところであるが、ここでは本稿の検討で必要な限りで、簡潔に紹介することとしよう³³⁹。

グリゴライトは、BGBの規定における法律行為の考え方は私的自治を背景としたもので、同じ程度の能力を有

する経済主体の自己決定および自己責任により最善の利益調整がなされることをまず強調する。そして、すべての当事者が、完全な自己責任において法律行為に関する判断の責任を負わなければならないのと同様に、「情報の入手といった自己決定行為の準備も当事者の準備に委ねられると指摘する。このような「情報提供に関する自己責任」は、契約締結について判断する際に自由な意思決定を認めることの必然的な結果であるという。そこで、積極的に誤った情報提供をすること、あるいは悪意の欺罔に情報提供責任を限定することは、情報提供に関する自己責任原則の徹底として理解されなければならないという原則論を主張する。

そのうえで、故意のドグマを克服し法律効果の統一を図るといふ観点から、契約締結前の過失による情報提供に関する責任と、BGB一二三条、八二六条に定められている故意に基づく情報提供による責任との体系的な整合性を図ることの重要性を強調する³⁴⁾。そして、過失による誤導による過失責任が一般に認められるようになった以上、「故意による誤導」について定めたBGB一二三条は、逆に例外的な事例であるという。

そのうえでグリゴライトは、次のようにいう。詐欺について規定したBGB一二三条と契約締結上の過失に基づく情報提供責任の構成要件上の規定範囲は、客観的に見れば同じ「契約締結前の誤導」の事例を把握している点で共通している。そしてこのような事例において、詐欺に基づく責任と契約締結上の過失に基づく責任とは、単に主観的な要件のみで区別されているにすぎない。

ところで、BGB一二三条は、契約の相手方の意思形成に対する責任が認められうるケースで取消権を付与した規定と解される（なお、BGB八二六条は、不法行為による損害賠償請求権について、一二三条とパラレルに規定されたものであるとされる）。民法理由書(Motiv)に述べられているBGB一二三条の基本思想によれば、法秩序は、法律行為の分野での自由な自己決定の違法な侵害を許さないとされる。そして、過失による情報提供義務違反

は、たとえ立法起草者によって意識されていなかったとしても、今日の理解によれば、法律行為の分野での自由な自己決定の侵害そのものである。したがって、契約締結前の情報提供義務違反の法律効果はすべて、詐欺取消しを定めたBGB一二三条および詐欺取消しの期間を定めた二二四条に適合させる必要がある。したがって、過失による情報提供義務違反が問題となる場合であっても、これらの条文の法律効果を援用することが可能である。⁴¹⁾

（b）フライシャーの見解

（a）で述べたグリゴライトの見解を受けて、フライシャーは、構成要件の点からみると、過失による情報提供に関する責任と詐欺とが併存することについて、さらに熟慮しなければならないという。⁴²⁾ すなわち、このような併存は、学説で広く主張されるようになってきた原理的な批判に対して、法律上の取引の必要性を考慮した実定法を超えた法形成がなされていることを示したものである。そして、近時BGBの判例では過失による情報提供義務違反の場合に認められた具体的な財産権侵害の有無が要件として認められているとする。そのことを考慮すれば、その限りで、契約締結上の過失は、詐欺について規定したBGB一二三条一項の補完機能を果たすことになり、契約締結前の情報提供義務は、どちらの規定によっても法律行為上の決定の自由の保護という観点から位置づけられることとなる。

（c）「情報提供に関する故意のドグマ」の克服と契約締結上の過失理論の体系への接合

もつとも、これらの見解は、BGB一二三条と契約締結上の過失との間で発生する効果を調整しようとするものである。その主眼はBGB一二四条に規定された詐欺に基づく契約取消権の消滅時効を、契約締結上の過失に基づ

く解除権にも及ぼすことが可能であるか否かというところに主眼がおかれたものであった。この点に関しては、今回のBGB改正により、契約締結上の過失に基づく請求権にはBGB一九五条による消滅時効が適用されることになった（さらに、BGB一九五条に定める時効期間が、三〇年から三年に短縮された）点には注意が必要である。ただ、これらの見解をその分析手法という観点からみると、民法上の法理論を、法律効果の整合性という観点から調整を図ろうとするものであるといえる。そしてこれは、そのような法律効果を発生させるBGB上の規定であり、当該規定を含めた諸法理を民法上に再度位置づけようという試みであるといえよう。

三 契約締結上の過失と錯誤法理との関係

BGB一九条二項は、「取引において重要な性状の錯誤」があった場合の取消権を規定する。そこで、性状について不適切な情報提供があった場合に、それによる性状の錯誤があったものとして、この規定を用いることも可能となる。

この点をめぐっては、いくつかの見解が提示されている。

例えば、クラーマーは、そこでいう「取引において重要な性状の錯誤」がある場合には、その錯誤が契約の相手方によって惹起されたり、または明らかにその錯誤に注意が向けられるに違いないと思われる（または実際に注意が向けられている）場合も含まれるとする。その際には、どちらが契約上の危険を引き受けるかという観点が問題となるが、¹⁵通常は、その相手方による契約締結前の説明義務違反が存在すると指摘する。¹⁶そして、上述のような錯

誤を惹起する場合に取消しを認めることによって、契約締結の際の故意によらない無意識の誤導という、いわばBGB一一九条二項とBGB一二三条との間に存在する隙間が埋められると考えるのである。その結果、過失による情報提供義務違反にはBGB一一九条二項が、さらに故意による情報提供義務違反にはBGB一二三条が適用されることとなる。

これに対して、グリゴライトは、「取引において重要な性状の錯誤」という概念は、錯誤に付随した事情を考慮に入れるが、錯誤の惹起に関する責任を考慮に入れるものではないなどとして批判する。

このような錯誤の問題について、フライシャーは次のように述べる。法が錯誤に取消権を認める限り、情報提供により惹起された瑕疵ある決定の事後的な修正を可能にする。つまり、取引の相手方が錯誤に陥っている者の考えに欠陥があることを認識し、または認識しなければならなかった場合には、錯誤に陥った者は損害賠償義務すら負わない（BGB一二二条二項）という形で修正される。つまり、BGB一二二条二項は、詐欺取消しでは限界があるところを側面から保護する規定であると評価するのである。そして、価値の錯誤、相手方の信用度の錯誤、自らの給付の錯誤、および将来の事実の錯誤は、計算の錯誤であるとして、契約の相手方が計算に欠陥があると認識していた、または問題なく認識しえたであろう限りにおいて、不平等な知識の分配の問題となるとする。そのうえで、錯誤の構成要件と契約締結に関する情報提供義務との体系的かつ論理的な整合性に留意しつつ、BGB一一九条二項の拡大適用を認めていくことを認めている。

これらの錯誤に関する見解も、BGB一一九条二項が性状の錯誤がある場合の取消権を認めているというところから出発している。そして、同様に取消権を認めるBGB一二三条の詐欺を念頭に置きながら、契約締結上の過失を含めて情報提供に関する責任が問題となりうる場面での体系的な整合性を図ろうとするものであるといえよう。

四 契約締結上の過失と瑕疵担保責任規定との関係

すでに第二節でも簡単に触れたように、今回のBGB改正により、瑕疵担保責任に関する規定が義務違反に基づく責任として過失責任まで包含するものに大きく変容した。そのため、従来、契約締結上の過失と瑕疵担保責任規定との「競合 (Konkurrenz)」問題として論じられてきたものにも、かなり大きな変化が生じることとなる。

従来、BGB旧四五九条以下では、売買の目的物に瑕疵がある場合における瑕疵担保責任について規定されていた。とりわけ、BGB旧四六三條二文では、売主が物の瑕疵について悪意により沈黙した場合には、損害賠償責任を負うと規定されていた。このBGB旧四六三條二文は、詐欺取消しを定めたBGB一二三條と、売買法上パラレルに規定されたものであると理解されてきた。³¹⁾

ここで、売買の目的物の性状もしくは性質に関して、売主が買主を過失により誤導した場合における責任、すなわち契約締結上の過失に基づく責任が認められるか否かが問題となる。すなわち、瑕疵担保責任の規定による処理と契約締結上の過失理論による処理とのどちらが優先するかという問題である。

判例・通説によれば、BGBにおいては、売主による目的物の性質保証が存在するか、あるいは売主が悪意である場合にのみ瑕疵担保責任が認められていることを考慮し、瑕疵担保責任に関する規定が優先して適用されるものとされていた。³²⁾ 同じような問題は、BGB条他の規定（詐欺・錯誤）との関係でも生ずることとなる。³³⁾

ところが今回のBGB改正により、BGB四七三條三号および二七六條一項一文により、故意だけでなく過失の場合にあっても瑕疵担保に基づく損害賠償責任が認められるようになった。したがって、瑕疵担保に基づく責任を故

意による情報提供義務違反がある場合に限定することは、もはや正当化されないことになる。⁵⁴

このように考えると、契約締結上の過失責任を拡張して考えていくことも可能ではある。ただ、このような考え方に對して、依然として瑕疵担保責任法の適用領域においては、それとパラレルな契約締結上の過失責任は依然として正当化されないという見解も存在する。⁵⁵ この見解によれば、他と異なる法的救済と特別な消滅時効が規定されている瑕疵担保責任法は、現在の性状と本来あるべき性状とが相違する場合における利益衝突を克服するための総合的な立法判断により制定されたものだと思われる。そのため、このようなシステムを契約締結上の過失を適用することにより、失わせてはならないというのである。

五 契約締結上の過失法理と不法行為法との関係

すでに第二節で述べたように、ドイツにおいては不法行為の要件はきわめて厳格に解されているため、当事者の一方の情報提供義務違反ないし説明義務違反により相手方に財産的な損害が発生した場合には、従来は、BGB八二六条にいう故意による良俗違反の場合にあたらない限り、BGB上は損害賠償を負うことはなかった。そのために、過失による誤導に基づいて損害が発生した場合には、契約締結上の過失法理を用いる形で、損害賠償が認められるものとされてきた。⁵⁶

これに對して、すでに第三節に述べたように、従来、契約締結上の過失法理により処理されたきた分野が法定されたことにより、情報提供義務違反ないし説明義務違反による責任は、債務関係に基づいて発生した義務に違反したものととして給付障害法の一般規定に従って処理されることとなった。したがって、その意味において不法行為法

とのBGB上の調和が図られたことになる。

しかし、ポールマンのように、そもそも説明義務違反による責任をこのような形で処理することに対する批判もある。説明義務を基本的に保護義務と捉えるポールマンは、保護義務は、本来不法行為法で処理されるべき分野であり、説明義務をカバーするBGB三二二条二項が一般債務法の中心部分に規定されているのは、「場違い」であるとしている。⁵⁵

六 契約締結上の過失法理と損害賠償

二〇〇二年一月より施行されている新しいBGBによれば、過失により誤導された債権者は、債務関係により生じた義務に違反した場合の損害賠償を定めたBGB二八〇条一項に基づき、情報提供義務に違反した債務者に対して損害賠償請求が可能となる。また、仮に債権者が情報提供義務に違反した債務者からの給付を期待できない場合には、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ことになる。

ただし、この場合、どの範囲までの損害賠償請求が認められるかは、一つの問題である。

この点について、二〇〇二年の新たなBGBが施行された後に発表されたポールマンの著作の中で詳しく検討がなされている。ポールマンは、債務法現代化法に基づく改正作業の中で、契約締結上の過失責任を義務違反に基づく責任であるとして構成しながら、その責任の結果の検討に十分に取り組まなかったと強く批判する。⁵⁶

そもそも、ポールマンは、説明義務違反に基づく損害賠償の範囲は、わが国でいうところの信頼利益にあたる消極的利益および完全性利益（契約における財産的利益とは無関係の、身体・健康などといった権利・法益を侵害さ

れないという利益）の賠償にとどまり、原則として積極的利益の賠償には及ばないものとする。しかしながら新しいBGBのもとでは、契約締結に際してある事情に関する説明義務違反があった場合、当該事情に関する説明が提供されたのであれば、別の有利な契約が説明義務を負う者との間で成立しそれが履行されたであろうということ、被害を受けた者が立証に成功した場合には、積極的利益の賠償責任が結果的に発生することになる。⁶¹⁾

また、契約締結の際にすでにその給付が妨げられている場合には、BGB三二一a条二項に基づき損害賠償請求ができるが、この場合に過失責任であるとして積極的利益の損害賠償をすることは問題がある。なぜなら、この場合には債務者の説明義務違反により、単に信頼利益の喪失による損害を惹起したにすぎないし、通常は、説明義務違反と損害との因果関係が存在しないからである。

このような点をふまえて、ポールマンは、従来瑕疵担保責任の場面で展開されてきた保証責任の考え方に注目する。彼の分析によれば、従来BGBの判例は、説明義務違反が問題となる多くの事例において、過失によらずに損害賠償を認めており、いわば「過失原則」を逸脱しているとされる。⁶²⁾ それでは、判例はどのような方法を用いて「過失原則」からの逸脱を可能にしたのであろうか。この問題については彼は、契約締結に関する説明義務は消極的利益の賠償のみを導き出すが、情報提供を求める債権者は契約の履行を期待しているような場合でも、保証責任という考え方を用いて、従来は積極的利益の賠償まで可能にしていたというのである。⁶³⁾

その意味で、瑕疵担保責任も含めて義務違反に基づく責任と構成した新たなBGB上の法理は、ポールマンによれば、情報提供に関する場面では効果の整合性という観点からはきわめて不十分なものであるという。すなわち、損害が消極的利益に限定されるのは説明義務のもつ本質であり、その損害の内容は過失原理と無関係な保証責任によつてのみ変更されるのであって、過失責任の例外としての保証責任を再評価するという観点からの再考を求め

るのである。⁶³⁾

ポールマンの批判は、BGBに取り込まれた契約締結上の過失に関する規定が、その効果の特性を考慮することなく、履行障害法の一般規定に委ねられたことに向けられている。その意味では、情報提供義務違反ないし説明義務違反が何らかの根拠をもって認められるとしても、その効果の面にも目を向けて検討する必要性を強調しているものといえるであろう。

七 契約締結上の過失法理と他の法理との調整——まとめ

以上のように、情報提供が問題となる場合に、詐欺、錯誤、そして瑕疵担保責任に関する諸制度と契約締結上の過失の調整を図ろうとする見解は、いずれも既に明文で制定されていた法律制度がもつ法律効果と、契約締結上の過失により認められる法律制度とをいかに調和させるかという観点から、その制度間の原理的な相違点にまでさかのぼり考察を加えている。

もつとも、上述のように、情報提供義務ないし説明義務違反があった場合の責任についてBGB上の規定との整合性を図ることを試みる諸見解は、従前は、過失による誤導に基づく責任に関して、BGBにおいて直接規定する条文がなかったことから、その実定法上の基礎づけを図るという点から出されたものであった。その点を考慮すると、現在では損害賠償の範囲などの効果をめぐり一部の議論を除き、従来契約締結上の過失理論がカバーしてきた分野をBGB上の諸規定とのかねあいできかに位置づけるかという議論それ自体に、それほど大きな意味があるわけではない。

ただ、本稿で着目している情報提供義務の根拠を探求するという観点からすると、上述の議論の中で発展してきた「情報提供に関する自己決定」にもとづいて従来の法理の適用範囲を拡張するという考え方は注目に値する。

ここに属するのは、グリゴライトのように、自由な自己決定を理由として詐欺に関する規定であるBGB一二三条および一二四条に規定された詐欺取消しという法律効果を過失による情報提供義務違反の場合にも及ぼしているという考え方である。⁶⁴そしてこのような見解は、その結論の当否はともかくとして、情報提供に関する自己決定権の確保を根拠として、契約において能力的にまさる一方の当事者に情報提供義務ないし説明義務を課しているとするものである。

本章第三節から第五節まで検討してきた見解は、契約当事者間の信頼関係という主観的な関係に着目したものであった。それに対して、本節でとりあげた見解は、同じ当事者間の関係であっても、自己決定権の実質的な確保など、その能力格差等の客観的な関係に着目したものであるといえるであろう。

もっとも、情報提供義務ないし説明義務という観点からみると、前者の当事者間の主観的な関係に着目した見解は責任を認めるための要件論の調整に重きを置いている。これに対して、後者の客観的な関係に着目した見解は責任を認めることを前提として、効果の点からの整合性を図ることに重きを置く傾向がある点には留意する必要があるであろう。

第七節 小括

これまでドイツにおいてなされている議論をふまえると、ドイツにおける契約締結上の過失に関する議論の展開

については、次のような形でまとめることができよう。

まず、すでに第二節で検討したように、ドイツにおいてはいわゆる「情報提供に関する故意のドグマ」と呼ばれる状況が支配する中で、「過失による誤導」がなされた場合の責任をどのように構成するかという問題が浮上してきた。そこで、信義則上、契約締結前の債務関係が発生することを前提に、「過失による誤導」に関する責任を契約締結上の過失責任として位置づける見解が主流となった。しかしながら、そのような責任の前提となる契約締結前の債務関係の発生する根拠は何か、という視点から、その根拠に関する議論が展開され、さらにその要件は何かという議論へと発展をみせてきた。

この流れの中で情報提供義務ないし説明義務、そしてその違反の場合の責任が法的観点から正当化され、その効果として損害賠償にとどまらず、BGB二四九条を媒介として契約の解除まで認められるようになってきた。

しかし、一方で、効果の発生という観点からすると、従来の「情報提供に関する故意のドグマ」が支配する、すなわち、契約当事者の完全な自己決定を前提としたBGB上の規定との衝突が問題となってくる。つまり、BGBは、詐欺や錯誤があった場合、あるいは瑕疵担保責任が追及できる場合に契約を解消できる場合を限定しているにもかかわらず、BGBに規定されていない法理によって契約の解消を認めることは可能か、という問題である。

そこで、BGB上の法理が前提としている意思の自由の保護および自己決定という概念に着目して、情報提供義務ないし説明義務が問題となる場面はまさに意思の自由の保護および自己決定が問題となる場面であるという観点から、契約締結上の過失責任とBGBに明文をもって規定された諸法理との調整をしようという試みがなされてきた。その結果、実質化が図られた自己決定権が、逆に、契約締結前の情報提供義務違反ないし説明義務の存在を基礎づける根拠としてクローズアップされるといふ結果を生みだしたといえよう。

しかしながら、情報提供義務ないし説明義務の根拠をめぐる議論は、抽象的な形で展開されることが多く、どれも説得力に欠けている。そこで、とりわけ情報提供の必要性、情報提供の可能性、機能（活動）領域の範囲という三つの要素に着目したブライデンバッハの動的システム論を用いた分析をはじめとして、抽象的な根拠を前提としながらも、個々の事例を総合的に分析したうえで情報提供義務ないし説明義務の具体的な根拠を探求しようという動きが活発となってきたことは注目に値する。

以上のようなドイツ法における営為は、わが国の法状況を分析する上でも、以下の点において示唆的であるように思われる。

まずは、わが国の情報提供義務ないし説明義務に関する議論状況を分析する際に、民法上のさまざまな法理との原理面およびその要件・効果面での調整という観点からの分析視角を提供する⁶⁶。そして、その際には、民法の全体系における位置づけを常に念頭におきながら、原理や要件・効果を導き出すうえでの学説や裁判例の思考過程に焦点をあてて分析を行うことが要請されよう。

さらに、情報提供義務ないし説明義務を具体的な事例を探求する中から根拠づけようとするドイツにおける学説の営為からは、その分析にあたって、単に義務の根拠は何か、義務の要件は何か、義務の根拠は何か、ということとを抽象的に検討するのではなく、さまざまな事案に直接アプローチしたうえで具体的な検討を行い、その根拠を抽出し昇華させる作業を行うことが迫られているといえよう。その作業の中で、個々の事例で情報提供義務ないし説明義務違反の対象とされているものについて、そもそもなぜ情報提供義務ないし説明義務を課されるのか、その要素を分析することは、きわめて重要である。

そこで、上記の諸点をふまえつつ、次章においてはわが国における情報提供義務をめぐる議論の展開を検討する

こととしよう。

注

- (1) ポールマンは、このような状況を指して、説明義務はいわば「回顧的 (respektiv)」なものであるとしよう。Andre Pohmann, Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten: Ein Betrag zur culpa in contrahendo und zur positiven Forderungsverletzung unter Berücksichtigung der Schuldrechtsreform, 2002, S.29.

なお、ポールマンは、説明義務を保護義務の一種として捉える立場をとっているが (Pohmann, a.a.O., S.22ff.)、説明義務は回顧的なものであるがゆえに、情報提供がなされる権利を有している者には、保護義務違反を理由とした損害賠償請求が途が残されていないと説く (Pohmann, a.a.O., S.29)。ただしこの点については第六節で検討する。また、上述のように説明義務は一種の趣及的な意味をもつことから、先行する質問や要求がなくとも、自発的に履行されなければならない義務であるとしている (Pohmann, a.a.O., S.29)。

- (2) Pohmann, a.a.O.(N.1), S.29.

(3) 以下の叙述を含めて、Pohmann, a.a.O.(N.1), S.103ff. なお、ポールマンは、(3)での叙述で説明義務 (Aufklärungspflicht) の他に、指示義務 (Hinweispflicht) という言葉を用いている。ただ、ポールマン自身は、説明 (Aufklärung) という用語が指示 (Hinweis) へ伝達 (Mittelung) へ告知 (Anzeige) という用語で置き換えられていたとしても、それは文章表現上の意味しかもたないものとしている (Pohmann, a.a.O., S.35)。そこで、本稿ではこれらの用語の違いには注意せず紹介することとする。

(4) 例えば、土地の売主が買主に、強制競売に関する注記があるのにそれを告げなかった場合である。

(5) 例えば、使用者が被用者に、間近に迫った会社の倒産を理由として労働契約が期限前に終了することを告げなかった場合である。

- (6) 例えば、自動車保険契約を締結する際、トルコ人の保険契約者が、締結後にトルコに旅行すると考えるのが自然であるのに、当該保険の地域的な保護範囲がトルコというアジア地域には及ばないということを告げられなかった場合である。
- (7) 例えば、家屋の売買において、夜の静寂を継続的に乱されることや地下室の湿度が高いことを売主が買主に告げなかった場合である。
- (8) 以下の叙述を含めて、Pohmann, aa.O.(N.1), S.104f.
- (9) ローレンツの見解のうち、自己決定の自由に着目する部分に関しては、藤田寿夫「説明義務違反と不当威圧」岡山大学法学会雑誌四八巻二号（平成一〇年）一七七頁以下（特に一八三頁以下）、潮見佳男「ドイツにおける情報提供義務論の展開（二）」法学論叢一四五巻三号（平成一一年）五頁以下。
- (10) Stephan Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag: Eine Untersuchung von Möglichkeit und Grenzen der Abschlusskontrolle im geltenden Recht, 1997, S.416ff.
- (11) 本連載第四回・法政論集一九四号三六六頁注⁽⁸⁵⁾の記述を参照。
- (12) Lorenz, aa.O.(N.10), S.416ff.
- (13) Lorenz, aa.O.(N.10), S.416ff.
- (14) Lorenz, aa.O.(N.10), S.417ff.
- (15) なお、ブライデンバッハは、この「契約目的を無に帰せしめる事情」を動的システムの一要素である「情報提供の必要性」において考慮している。Stephan Breidenbach, Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss, 1989, S.62. この点については、本章第四節一（c）（e）（本連載第四回・法政論集一九四号三四七頁以下）を参照。
- (16) Lorenz, aa.O.(N.10), S.426ff.
- (17) Lorenz, aa.O.(N.10), S.428ff.

(18) Lorenz, aa.O.(N.10), S.431ff.

(19) ローレンツは、「先行行為」の概念は、ドイツ刑法一三条が規定する不真正不作為犯の可罰性においていわゆる保証義務を確定するために用いられていると指摘する。Lorenz, aa.O.(N.10), S.431.

なお、ドイツ刑法一三条の規定は、以下の通りである。訳出にあたっては、法務大臣官房司法法制調査部「ドイツ刑法典」法務資料四三九号〔昭和五七年〕を参照した。

ドイツ刑法典第一三条 不作為による犯罪〔第二項は省略〕

第一項 刑法の構成要件に該当する結果を回避することを怠った者は、本法（ドイツ刑法典——筆者注）に従って、その者が当該結果の発生しないことを法的に保証した場合、およびその不作為が作為による法律上の構成要件の実現に準ずる場合にのみ処罰される。

(20) Lorenz, aa.O.(N.10), S.432.

(21) ちなみにローレンツによれば、先行行為に基づく説明義務は、その内容において他の説明義務と区別されるという。その理由は、先行行為に基づく説明義務の発生根拠（すなわち、先行する不正確なもしくは誤導的な情報提供）は、当該事実に関する情報提供義務の存否ではなく「真実を述べる義務（Wahrheitspflicht）」とのみ関連するものであって、先行して提供された情報の不正確性を説明すれば、すでにその説明義務が履行されていると考えられることにある。ある情報が不正確であると示すことを超える説明義務（すなわち情報を修正する義務）は、真実を述べる義務に基礎をおく先行行為という概念からは発生しないといふ。Lorenz, aa.O.(N.10), S.433.

なお、「真実を述べる義務」とは、本来民事訴訟等において当事者や関係人に課される事実について真実を述べる義務を指すものであり、主観的に真実を述べれば、客観的に不真実であっても真実を述べる義務に反したことはないといわれる。この点については、山田晟『ドイツ法律用語辞典』（改訂増補版、大学書林、平成五年）七二六頁を参照。

- (22) Lorenz, a.a.O.(N.10), S.433ff.
- (23) Walter G.Paeffgen, Haftung für mangelhafte Aufklärung aus culpa in contrahendo : Zur Täuschung über den Vertragsinhalt und ihren Folgen im Zivilrecht. 1999, S.49.
- (24) Paeffgen, a.a.O.(N.23), S.49.
- (25) Paeffgen, a.a.O.(N.23), S.49.
- (26) Paeffgen, a.a.O.(N.23), S.49f.
- (27) Paeffgen, a.a.O.(N.23), S.50.
- (28) Paeffgen, a.a.O.(N.23), S.50f.
- (29) 以下の叙述も含め、Paeffgen, a.a.O.(N.23), S.48ff.
- (30) Breidenbach, a.a.O.(N.15), S.81f.
- (31) ローレンツは、「先行行為」に対する考え方に関するフライデンバッハとの違いを次に述べる。まず、フライデンバッハは、ローレンツと異なり、「先行行為」という概念を独自の概念とせず、自らの提唱になる動的システム論の要素のうちの下位要素として位置づける。さらに、ローレンツが強調する法律の不知という概念は、フライデンバッハによれば「情報提供の必要性」という要素に包摂される。しかしローレンツによれば、フライデンバッハは明らかに錯誤を説明義務を基礎づけるものと考えているが、情報提供を必要とする「原因」についての問題を無視しており、先行行為の問題は一貫して単に「付加的に立証されるメルクマール」としての意味しかもたないというのである。Lorenz, a.a.O.(N.10), S.432.
- (32) BGH v. 31.1.1962, NJW 1962, S.1196. なお、この事件については、潮見教授が詳細な紹介を行っている（潮見佳男「ドイツにおける情報提供義務論の展開（一）」法学論叢一四五卷二号（平成十一年）七頁以下）。事件の概要は、以下の通りである。被告が原告から丸鋸を購入した。その際、原告の代理人に現在使用している古い丸鋸を設置している場所に収納できるかどうかを確

認したところ、その代理人が設置可能である旨回答したため当該丸鋸を購入したが、その回答が誤っていることが判明したので、丸鋸の受取りを拒否した。なお、この「丸鋸判決」では、被告による自発的な説明ではなく、「助言(Beratung)」が問題となっていることに注意が必要である。なお、後掲注³⁴⁾の記述も参照。

³³⁾ Claus-Wilhelm Canaris, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner "Materialisierung"*, AcP 2000, S. 305. なお、BGHの一連の判例をわが国に紹介するものとして、潮見・前掲注³²⁾「ドイツにおける情報提供義務論の展開(一)」七頁以下。

³⁴⁾ なお、この「丸鋸判決」を情報提供義務違反があった場合に契約締結上の過失に基づく契約解除が認められた最初の判例とする見解に対しては、ペーフゲンは次のように述べて、注意を促している。BGHの判決では、たしかに「契約締結時の違反を理由とする損害賠償の提起」あるいは「ここで検討する契約締結上の過失に基づく損害賠償」という表現を多用しているが、他方で売主による買主に対する助言を「売買契約に基づく独立した付随義務」と判断し、さらに「売買契約に基づく付随義務の有責な違反を理由とした損害賠償請求権の行使」という表現も多用している。そうであるとすると、BGHは契約締結上の過失に基づく責任と契約上の義務違反に基づく責任との境界線にある事例では、実務上有益な法的救済手段として契約締結上の過失を用いているが、まさにその実務上の問題の解決に本来欠くことのできない理論的な調和と体系的な整合性を欠いたまま、当事者の真意を深く汲み取ろうとしているといえる。以上のペーフゲンの見解に関しては、Paefgen, aaO(N23), S.13ff.

³⁵⁾ Dieter Medicus, *Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo*, JUS/Jahrgang, 1965, S.211. なおその後、メデイクスは、詐欺と契約締結上の過失の関係について考え方を改めている。すなわち、過失により不正確な情報を提供した契約当事者に、特別な情報提供義務が生ずる場合には、契約締結上の過失に基づく契約の解消を肯定する。この点に関するメデイクスの見解については、ディーター・メデイクス著「河内宏・河野俊行監訳『ドイツ民法(上)』(信山社、平成九年)一三六頁以下。同書で翻訳の対象とされたのは第一六版であるが、第一九版でも主張は変更されていない。Dieter Medicus, *Bürgerliches Recht*, 19. Aufl., 2002, S.98ff.

- (36) Hans Christoph Grigoleit, *Vorvertragliche Informationshaftung: Vorsatzdelikt, Rechtsfolgen, Schranken*, 1997, S. 16ff.
- (37) BGB 二四九条一文の解釈論をわが国に紹介するものとして、椿寿夫「右近健男編『ドイツ債権法総論』（日本評論社、昭和六三年）四六頁以下（右近健男執筆部分）を参照。
- (38) 財産的損害の有無をめぐる議論については、後掲注⁽⁵⁶⁾を参照。
- (39) 藤田教授と潮見教授によるグリゴライトの見解の紹介については、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——」神戸学院法学二七卷一―二号（平成九年）一頁以下、潮見佳男・前掲注⁽⁹⁾「ドイツにおける情報提供義務論の展開（二）」七頁以下を参照。
- (40) Grigoleit, a.a.O.(N.36), S.84ff.
- (41) Grigoleit, a.a.O.(N.36), S.137ff.
- (42) Holger Fleischer, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, S.1006f.
- (43) 上の点を指摘するものとして、Dieter Medicus, *Schuldrecht I・Allgemeiner Teil*, 13.Aufl., 2002, S.64f.
- (44) Ernst Kramer, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band I, Allgemeiner Teil* (§§ 1-240/AGB-Gesetz), 4.Aufl., 2001, § 119 Rdnr.114.
- (45) Kramer, a.a.O.(N.44), § 119 Rdnr.110. なお、クラーマーは、性状に関する説明義務違反——すなわち、性状の黙秘——によって錯誤が惹起された場合には、説明義務および錯誤の惹起の範囲、錯誤に陥った者以外に情報提供に関する危険が生ずる範囲が問題となるとする。ただし、それらの問題は、法律上定められた危険の分配や具体的な行為を考慮して、解決されねばならぬという。Kramer, a.a.O., § 119 Rdnr.118.
- (46) Kramer, a.a.O.(N.44), § 119 Rdnr.120.
- (47) Kramer, a.a.O.(N.44), § 119 Rdnr.119.

- (48) Grigoleit, aa.O.(N.36), S.150.
- (49) Grigoleit, aa.O.(N.36), S.150f. なお、グリゴライトは、BGB二二三条の過失による誤導への適用という自らの主張に対して、法文上の根拠がないという批判もありうると指摘する。しかしこの点については、クラーマーは体系的な検討をしていないのに対して、自らの主張は体系的な根拠を有していると反論する。また、グリゴライトは、クラーマーのいう「契約上の危険」という概念は非常に漠然としており、契約締結上の過失という概念を用いる方が適切であるという。
- (50) Fleischer, aa.O.(N.42), S.236f., S.1006f.
- (51) Fleischer, aa.O.(N.42), S.239f.
- (52) 瑕疵担保責任と契約締結上の過失の競合をめぐる議論状況については、vgl. Grigoleit, aa.O.(N.36), S.219ff.
- (53) vgl. Fleischer, aa.O.(N.42), S.239f.
- (54) Peter Krebs, in: Barbara Dauner-Lieb/Thomas Heidel/Manfred Lepa/Gerhard Ring(Hrsg.), *Schuldrecht: Erläuterungen der Neueregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadensersatzrecht und Mietrecht* (AnwK-Kommentar), 2002, § 311 Rn.30.
- (55) Dauner-Lieb/Krebs, aa.O.(N.54), § 311 Rn.33.
- (56) なお、この点で問題となったのは、情報提供義務違反ないし説明義務違反が問題となる場合に、違法に意思形成が妨害されたものとして意思の自由の侵害の有無が検討されるが、この意思の自由の侵害自体がBGB二四九条以下にいう損害として含まれるかどうかということである。この点についてグリゴライトは、これらの条文は、特定の法益の不可侵性を優先的に保護するものであって、財産そのものを保護するわけではないという理由で肯定する。Grigoleit, aa.O.(N.36), S.19ff.
- (57) Pohlmann, aa.O.(N.1), S.20.
- (58) Pohlmann, aa.O.(N.1), S.198ff.
- (59) ドイツにおける「積極的利益」、「消極的利益」、および「完全性利益」の区分については、高橋真「ドイツ瑕疵責任法におけ

る積極的契約利益・消極的契約利益・完全性利益の区別」奥田昌道編集代表・林良平先生還暦記念『現代私法学の課題と展望
下』（有斐閣、昭和五七年）一九八頁以下を参照。

(60) Pohlmann, aaO.(N.1), S.108ff., 198f.

(61) Pohlmann, aaO.(N.1), S.20.

(62) Pohlmann, aaO.(N.1), S.108ff., 198f.

(63) Pohlmann, aaO.(N.1), S.20.

(64) 潮見教授は、ドイツの学説状況に関する分析をふまえて、情報提供義務が問題となる場面と詐欺・強迫の問題となる場面とを同列に論じることができないとする。その理由として、前者は自己決定原則の妥当性を確保しようとするものであり、後者は他者による意思形成過程の支配・操縦に対する規制（国家による介入）であると指摘する。また、潮見教授は、契約解消とともに金銭的賠償を認める場合、情報提供義務違反に基づく責任は、「相手方の自己決定基盤整備に対する情報提供義務者の（作為または不作為による）加担責任」という色彩をもつとする。そのうえで、情報提供義務違反の効果として契約解消を原則とすることは困難であると指摘している（潮見佳男「ドイツにおける情報提供義務論の展開（三）」法学論叢一四五巻四号〔平成二一年〕一三頁）。この点は日本における学説の展開とも関連するところであるので、詳しくは第四章で検討する。

(65) 潮見教授は、わが国では、情報提供義務ないし説明義務の内容及びその違反の程度、義務違反と契約締結との因果関係、証明責任の分配問題についてあまり議論がなされていないという。また、法律効果を意識して情報提供義務の内容と程度を確定するという問題関心も薄い現状を指摘する（潮見・前掲注⁶⁴ドイツにおける情報提供義務論の展開（三）二〇頁注⁶²）。