

契約関係における情報提供義務（六）

——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

（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、一九五号）

第四章 わが国における情報提供義務をめぐる議論状況（以上、本号）

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

第四章 わが国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

本章では、これまでわが国においてなされてきた、情報提供義務ないし説明義務をめぐる学説状況について概観することしよう。

すでに第一章でも述べたところであるが、情報提供義務ないし説明義務という概念は、大きく分けて二つの方向で用いられてきた。第一に、詐欺や錯誤など既存の法理の要件を緩和する手段として情報提供義務ないし説明義務を用いて、適用範囲を拡大しようとする方向である。第二に、情報提供義務違反ないし説明義務違反による責任を「契約締結上の過失」責任と捉え、損害賠償や場合によっては解除を認めようとする方向である。

これに対して、上述の二つの方向とは異なり、情報提供義務ないし説明義務が存在するといわれる場面を、別の角度から捉えようという試みもなされている。これは、情報提供義務が問題となる場面において、当事者間の情報格差に着目し、そもそも自己決定を可能にする基盤を確保する責任を当事者の一方に課すべきだとするものである。

さらに、情報提供義務ないし説明義務に関する議論は、その発生根拠をめぐる対立や、その違反に基づく責任を契約責任とみるか不法行為責任とみるかという対立をも内包している。

以上のように、情報提供義務ないし説明義務を、一般的な形で捉えようとする学説の展開に関しては、すでにいくつもの論稿で、主に投資取引の救済法理の一つとして検討がなされている。例えば、潮見佳男教授は、証券投資

を中心にして、第一に投資勧誘者の民事責任（損害賠償）という観点、第二に投資契約の有効性という観点から、情報提供義務ないし説明義務を含めて、幅広く投資取引における責任の民法理論への接続を検討している。そして、情報提供義務ないし説明義務に関する学説には、第一の観点からみると、信頼保護原理を強調するアプローチと自己決定権との関連づけを強く意識したアプローチの二つがみられるとする³⁾。また、第二の観点からみると、情報提供義務ないし説明義務を用いて、契約締結上の過失に基づく契約の解除や詐欺・錯誤を拡張しようとするものがある⁴⁾と指摘する。

しかしながら、後述するように、そこで潮見教授が展開する「情報格差是正義義務」論・「自己決定基盤の整備を目的とした情報提供義務」論を含めて、情報提供義務ないし説明義務を、意思表示のための環境基盤整備をする責任という形で意思表示の内容そのものとは直接かかわらないものとして捉える見解が登場してきた。また、本田純一教授の見解のように、契約締結前の情報提供義務ないし説明義務を意思に基づかない付随義務としたうえで、その義務違反に基づく責任を追及するための理論として「契約締結上の過失」の活用を説く見解も公表されている。さらに、その後の学説の展開をみても、情報提供義務ないし説明義務という概念自体がもつ曖昧さ、そして参照する外国法の状況もあいまって、さらに混乱の度を深めているような印象を受ける。本稿で考察を進めるにあたって、このような混乱状況を整理し、わが国での学説の展開を確認しておく必要があるろう。

そこで本章では、情報提供義務ないし説明義務に関する学説状況を、意思表示理論との関わりで捉えようとしているか否かという点を中心に、各学説が参照している外国法の状況にも注目しながら、投資取引に限らず一般的に検討することとしよう。なお、情報提供義務ないし説明義務が問題となるような場面で民法上の諸規定の活用を説く見解についてはすでに第二章第三節で論じたところであるので、本章では、情報提供義務ないし説明義務そ

のものを対象とする議論に限ってとりあげることとする。

まず、第二節では、情報提供義務ないし説明義務違反を、詐欺・錯誤といった従来の意思表示に関する規定の要件を緩和しその適用範囲の拡張を図る手段として捉える見解、また、第三節では、「契約締結上の過失」論により、情報提供義務ないし説明義務違反を基礎づけようとする見解について検討する。そして第四節では、当事者の情報格差に着目し、情報提供義務ないし説明義務を自己決定基盤を確保するための手段として位置づける見解について検討する。これらの各節においては、それぞれの論者が情報提供義務ないし説明義務の根拠をどのように考えているか、また、それらの義務違反による責任をどのように捉えているかという点にも言及することとする。そのうえで、第五節で検討の結果をふまえて、今後の分析の方向性と私見を提示することとしたい。

第二節 意思表示に関する規定の要件を緩和するために情報提供義務を活用する見解

一 緒論

情報提供義務という概念を用いて、詐欺・錯誤といった民法典の意思表示に関する規定の要件を緩和しようとする見解には、フランス法における議論を参照するものが多い。そこで、これらの見解を、とりわけ日本法への示唆についてふれているものを中心にして検討する。⁶⁾

後藤巻則教授によれば、フランスでは、「契約前の情報提供義務」が、詐欺・錯誤の適用領域を拡張して表意者の保護を図るために重要な役割を果たしているとされる。⁷⁾

まず、情報提供義務とは、「知識や情報において劣位するBが契約について明確な認識をもつたうえで契約締結の意思決定をなすことを確保するために、より多くの知識・情報を有している相手方AがBに対して契約の重要な事項について情報を提供する義務」であるとされる。そしてこれは、「知識・情報において優位する者が虚偽の情報を与えたり重要な情報を与えないという不誠実な行為態様を捉えて、従来の概念によれば詐欺にも錯誤にも該当しない領域につき詐欺・錯誤の双方を拡張して被害者の救済を図った結果として生まれた概念」とされている。⁽⁸⁾

そして情報提供義務という概念を用いることにより、当事者間の知識や情報に格差がある取引において詐欺の適用要件が緩和される。具体的には、情報提供義務違反があれば詐欺的沈黙による詐欺が成立し、詐欺の故意の立証がなくても情報提供義務違反があれば詐欺が成立する。

また、知識・情報の面で優位に立つ契約の一方当事者に不誠実な行動があれば、他方当事者の錯誤の主張を容易に認めることになる。具体的には、錯誤の場合には一般的な信義則を用いて錯誤の摘要領域が拡張されているが、その際に情報提供義務違反があれば錯誤が容易に認められる。さらにフランスの判例によれば、上述の例のAに詐欺が成立しない場合でも、Bの錯誤につきAにフォートがある場合には、Aは損害賠償責任を負うとされ、学説によれば、その根拠は情報提供義務違反に求められるとされている（なお馬場助教は、フランスにおいては情報提供義務は、詐欺の枠にとどまらない独自の法理論として発展しているとするが、この点については二一九頁以下を参照）。

二 詐欺・錯誤法理の拡張を図る手段としての情報提供義務論

（一）詐欺・錯誤の要件を統一的に緩和する手段としての情報提供義務論

フランス法における情報提供義務論については、柳本助教の論稿をはじめ、いくつかの紹介がなされている。¹¹⁾ その中でも、フランス法の詳細な分析をふまえて、わが国の情報提供義務論への示唆を得ようとする最初の本格的な研究を行ったのは、後藤教授の論稿である。すでに、後藤教授によるフランス法の分析については一でふれたところであるので、ここでは、わが国への示唆がなされている部分を中心に検討することとしよう。

まず後藤教授は、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であるとする。ただし、このように詐欺の要件である「故意」の緩和が図られるのはフランスでも事業者―消費者間の契約など限定的な場面であり、わが国でも「故意」を詐欺の本質的な要素とする考え方が一般的であることを考慮して、「故意」を詐欺の拡張という方向から捉えるのは慎重にすべきだといふ。¹²⁾

また、フランスでは錯誤理論との関係で論じられてきたところであるが、情報提供義務が存在する要件として表意者の不知の正当性を必要とするという点が、情報提供義務の範囲の限定という観点から重要であると指摘する。¹³⁾¹⁴⁾

以上の点をふまえて、後藤教授は、「情報提供義務の違反は、詐欺の要件を緩和したものというより詐欺・錯誤の要件を統一的に緩和したものと見るべきである」として、情報提供義務違反を詐欺・錯誤の中間的な法理と捉える。そして、そのような法理を探索することは、従来の学説が相手方の「認識可能性」に目を向けてきたのに対して、相手方の「行為態様」を重視した意思表示理論を導くものであると位置づけるのである（さらに、現代社会における契約関係は、個人の意思というよりもむしろ社会的、道義的な正義〔契約正義〕を問題としているという観

点から、当事者の意思を捉え直す可能性についても言及している。¹⁵⁾

もつとも、情報提供義務による詐欺・錯誤の要件の緩和は、いわゆる消費者契約の場面では意味があるが、民法の意思表示理論一般に影響を与えるか否かは慎重な検討を要するとしている。¹⁶⁾この点については、当事者の行為態様を信義則の観点から評価し意思表示理論の中に取り込むことにより、契約の拘束力の否定という形で契約前の信義則を適用しようという。その結果、消費者契約の場面で認められる情報提供義務を、特別法ではなく、民法の意思表示理論の中に位置づけることが可能であるというのである。¹⁷⁾¹⁸⁾

なお後藤教授は、情報提供義務の根拠にもかわるところであるが、消費者契約の締結過程において事業者には「消費者利益擁護義務」が存在し、それを具体化したものが情報提供義務や助言義務であると捉えている。ただし、この点については、自己決定基盤の確保という点とも絡んでくるため、第四節で述べることとする。

(2) 情報提供義務による要件緩和の限界と類型化による故意の推定

森田宏樹教授は、フランスにおいて情報提供義務という概念を用いて詐欺の拡張がなされていることを、次のような点で意義があると評価する。¹⁹⁾

第一に、古典的な契約法を修正し、事業者と消費者の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で、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である。

第二に、詐欺・錯誤などが問題となる場面での「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を可能にした点である。

しかしながら、同時に森田教授は、情報提供義務を用いて詐欺を拡張することの限界を指摘する。情報提供義務

違反の場合に「故意」の要件を緩和するという考え方に對しては、事業者の情報不提供という不作為による過失（過失による詐欺）と詐欺的黙秘を同視することには無理があると指摘する。そのうえで、故意の要件を維持しようえで、具体的な事情に即した類型化等によって故意の推定を認めるなどして、立証負担の軽減を図ることが望ましいとする。²³⁾

なお森田教授は、情報提供義務違反による詐欺・錯誤の拡張については、表意者の意思の観点から、ともに正確な事実認識を欠くという表意者の錯誤の論理によって消費者に對する契約の拘束力の否定が正当化できるとする。ただし、後述する「契約締結上の過失」法理を用いて、消費者の動機に関する「過失による詐欺」にまで契約解消を認めることが妥当であるかは十分に議論されておらず、また契約締結上の義務である「助言義務」との関係を議論する必要があるとしている。²⁴⁾

（3）欺罔行為の違法性判断基準としての情報提供義務論

横山美夏教授は、情報提供義務の根拠について、フランス法を参照しつつ、まず契約自由の実質的保障という点をあげる。それに加えて、消費者契約のような情報力に構造的格差のある契約を念頭において、事業者に對する「信頼」の保護という観点も強調する。²⁵⁾

また、情報提供義務の対象についても、フランスにおける議論を参照しつつ、二つに分類する。第一に「契約の締結に向けられた情報提供義務」、そして、第二に「契約の履行に向けられた情報提供義務」である。第一の義務は、「不十分なし不実の情報提供によって、……表意者がその目的に適合しない契約、言い換えるならば、適切な情報を得ていたならば締結しなかったであろう契約を締結した場合」に問題となる。その場合には、合意の瑕疵を

理由とした契約解消か、あるいは不法行為に基づく損害賠償請求が可能となる。第二の義務は、「適切な情報を得ても当該契約を締結していたであろうが、不十分または不実の情報提供によって、その契約から期待された結果を得ることができなかった場合」に問題となる。この場合には、債務不履行責任が問題となるという。²³³

続いて、上述の分類をもとに、このうち第一の「契約の締結に向けられた情報提供義務」の内容について、わが国の判例分析もふまえた検討がなされている。ここでは、当事者の信頼保護の観点、および自己責任による情報収集というルールがもはや妥当しないという観点から、当該契約が事業者—消費者間における消費者契約であるか否かによって、違いが生じることになるとされる。すなわち、消費者契約であれば、事業者は消費者に対して、その契約締結の意思を左右しうる事実について情報提供義務を負い、その義務違反は、故意のみならず過失による場合にも違法となると考えるのである。²³⁴ また、この場合には情報提供義務は、事業者としての地位により生じる義務として、事業者が情報を有していない場合には、当該情報を取得するための調査義務を課されることがあるとする。²³⁵

さらに横山教授は、情報提供義務違反と「合意の瑕疵」（とりわけ詐欺）との関係について言及する。ここでは、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いない。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ることになる。そして、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、それだけ違法な欺罔行為の範囲が拡大することになるというのである（もつとも、この具体化・明確化の作業はここではなされていない）。

また、詐欺のもうひとつの要件である「二段の故意」（相手方を錯誤に陥らせる故意＋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の相手方にとっての重要性を認識し

て情報提供義務違反が行われたときには、推定されるとする。その理由は、詐欺取消しと故意による情報提供義務違反が、ともに契約締結過程において表意者の意思形成に故意に不当な評価を与えることを違法と評価する点に求められる。²⁶⁾²⁷⁾

（4）情報提供義務の意思表示理論への導入——九五条・九六条法意類推論

大村敦志教授は、フランスの情報提供義務論が「原理」のレベルの議論にとどまり、「法理」として提案されていないという。そこで、情報提供義務の原理を錯誤・詐欺の適用に活かすこと、それが困難であればそれに適した具体的な制度を立法により設けることが必要であるとする（なお、大村教授は、「契約締結上の過失」という概念を否定する立場をとるが、この点については二二八頁を参照）。

そして、消費者を相手方とする契約の場合には、取引類型ごとに消費者の情報収集能力・情報処理能力を考慮に入れて、事業者側に一定の補助義務を課すことができるとする。大村教授は、上述のような原理（考え方）を「情報提供義務」（情報収集義務）と呼び、この義務を意思表示理論に導入する必要性を説くのである。²⁸⁾

結論としては、情報提供義務違反が問題となる場面では、九五条の錯誤および九六条の詐欺の法意を類推して取消しを認めるのであるが、この点についてはすでに第二章第三節で述べたところであるので、そこでの叙述に譲ることとする。²⁹⁾

（5）情報提供義務の要件と「高度の相対性」

馬場圭太助教授によれば、現在のフランス法における情報提供義務理論は、詐欺・錯誤の枠内にとどまらないと

される。馬場助教は、むしろ詐欺・錯誤において問題となる情報提供義務は、情報提供義務理論のもつ広い射程のうちの主要ではあるが一部分をなしているものにすぎないとして、助言義務をも包含した形での情報提供義務論を検討する必要性を強調している。³³¹

また、フランスにおける情報提供義務という概念は「高度の相対性」を帯びており、それが多くの局面でみられることを指摘する。その一つの局面が情報提供義務という概念の射程であり、その範囲は、近接する諸制度との相関関係によってはじめて定まり、かつ時代の要請に応じて大きく変動するという。また、もう一つの局面が要件面であって、フランスにおける情報提供義務の成否は、情報の不均衡と義務の債務者に課される調査義務という二つの要素を両軸として、その間に事案に応じて存在する複数の要素の相関関係によって判断されるという。³³²

さらに馬場助教は、フランスの情報提供義務論は、わが国にくらべて相対的性格が一層強調されているとして、要件論を例に次のように指摘している。「一つの概念のもとに各種情報提供義務を包括してその『要件』を論じる場合、一つの軸によってすべての情報提供義務を説明するよりも、複数の軸をたててその相関関係によって説明するという方法をとることで、構造的に情報提供義務の多様性をより受け止めやすくなる」。³³³なお馬場助教は、説明義務の履行と立証責任について検討した論稿においても、このような相対性に着目した分析を試みている。³³⁴³³⁵

三 小括

上述のように、フランスの議論を参照しつつ情報提供義務の有用性を説く見解は、情報提供義務違反がある場合に詐欺または錯誤を認めるという形で、情報提供義務を詐欺・錯誤法理の拡張を図る手段として捉えている。ただ

近時においては、馬場助教のように、詐欺・錯誤法理の拡張を図る手段として情報提供義務を捉えることは基本に据えつつも、より広い視点から情報提供義務の適用場面を考察しようとする見解も提示されている。

いずれの視点も、森田教授が説くように、情報提供義務という概念を用いることで、詐欺・錯誤を、契約当事者の意思ではなく行為態様というところから捉え直し、かつ当事者間の情報格差がある消費者契約を中心に情報提供義務を認めていこうとする点では、共通している。

しかし、詐欺・錯誤法理を拡張するにしても、すでに指摘されているように、詐欺であれば「故意」という要件の緩和には限界があるし、また錯誤についても仮に動機の錯誤がある場合にも無効を認めるとしても、すべての動機が考慮されるわけではない以上、やはり限界があることは否めない。

また、いずれの見解においても、どのような場合に情報提供義務ないし説明義務が課され、あるいはその違反が問題になるかという点は、個別の契約類型ごとの検討に委ねられている点である。そうであるならば、その要件の具体化こそがまずなされなければならず、逆にその結果を待たなければ、情報提供義務が、例えば欺罔行為の違法性判断の基準となるか否か、あるいははなるとして具体的な基準はどうなるかも判断できないことになる。この点で、情報提供義務を一つの問題で捉えようとすることによって逆に概念の相対化を招くことになるという馬場助教の指摘は、きわめて興味深いものである。

以上のように、詐欺または錯誤の適用範囲を拡張しようとする、あるいはそれを基本に据えようとする見解については、詐欺・錯誤という規定に由来する制約から限界があるのみならず、仮にそのような拡張を認めるとしても、その基準の具体化のために具体的な事例の分析が必要となるのである。

第三節 「契約締結上の過失」論により情報提供義務を基礎づけようとする見解

一 緒論

第二節で検討したような情報提供義務ないし説明義務を、詐欺または錯誤という意思表示に関する規定の適用範囲を拡大する手段として用いる見解に対して、損害賠償ないし解除を認める手段として捉える見解が存在する。そしてこれらの見解は、ドイツ法という「契約締結上の過失」論を用いて情報提供義務ないし説明義務の基礎づけを図る点で共通している。

そこで、以下においては、「契約締結上の過失」論に着目して情報提供義務ないし説明義務違反に基づく責任について論じている見解を、その責任が問われる場合に発生する効果という点にも着目しつつ検討することとしよう。^{36, 37}

二 消費者保護の観点からみた「契約締結上の過失」論の活用とそれに基づく契約解除の可能性

わが国においては、消費者保護という観点から、消費者契約において事業者が情報提供義務を課し、その違反による民事責任を導くための理論として、「契約締結上の過失」を用いる議論が存在する。ここでは、「契約締結上の過失」に基づく解除の可能性について言及している北川教授と森泉教授の議論を紹介することとしよう。

北川善太郎教授は、取引上有利な地位に立つ当事者が情報を独占し、情報操作をすることに対し「わが契約法はきわめてナイーブであり、無関心に近い」と述べ、それにこたえる理論として「契約締結上の過失」論の有用性を

指摘する。ここで契約締結上の過失とは、「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、「消費者の誤導された動機形成や意思形成に対する救済理論」であるとされる。³³⁸そして、この付随義務違反の効果としては、損害賠償と解除が考えられるとする。そのうち解除は、付随義務違反が給付義務に影響を及ぼす場合に認められるが、要件等は今後の課題であるという。³³⁹

また、森泉章教授は、取引関係の多様化と進展により、これまでの民法理論では対処しきれない新たな事態について、現代契約法は情報・専門知識で劣る消費者の保護のために有効な武器を提供しなければならないとして、「契約締結上の過失」論に注目する。すなわち、伝統的な民法理論を修正・補完する法理として、また、契約締結に至るまでの一連の過程における当事者の合理的な信頼保護および契約締結方法の適正化を図る理論として、「契約締結上の過失」を位置づけている。⁴³⁹そして、「契約締結上の過失」論を活用することは、「取引上有利な立場に立つ者に一定の開示義務を負わせることによって、劣弱な立場にある相手方の無知、無経験を悪用した不当な取引を防止し、もつて契約締結の意思形成への不相当な介入を排除することに資する」という。⁴⁴¹

ただし森泉教授は、契約は有効であるが不利な内容の契約を締結させられた場合に、「契約締結上の過失」を根拠に損害賠償責任を追及しうると指摘するが、消費者被害の救済という観点から解除まで認めることには慎重であり、「解除権行使の要件には厳格な枠づけが要求され」という。⁴⁴³

以上のように、消費者保護という観点から「契約締結上の過失」論の活用を説く見解にあっても、それを根拠に

して契約解除という効果まで付与するか否かについては、その可能性には言及するものの慎重な態度を示すことが多い。これはやはり、「契約締結上の過失」という概念自体が茫漠としたものであり、明文の規定がない以上は契約解除という非常に強い効果を与えることには慎重にならざるをえないことに原因がある。⁴⁴

三 意思に基づかない付随義務違反に基づく契約責任としての「契約締結上の過失」論

二で述べたように、消費者保護を念頭においた議論であっても「契約締結上の過失」に基づいて契約解除まで認めることには慎重な態度を示す見解が多い。これに対してむしろ契約解除を積極的に肯定すべきであると強く主張するのが、本田純一教授である。

本田教授が、ドイツ・日本の裁判例と学説に詳細な検討を加えつつ、「契約締結上の過失」を付随義務違反と捉える見解を主張したのは、昭和五八年に公表された「『契約締結上の過失』理論について」という論稿においてである。本田教授は、契約締結上の過失を有効に成立した契約によって一方が受けた不利益を矯正する手段であるとし、契約締結上の過失を契約上の義務違反を理由とする契約責任の一つとして民法四一五条の中に位置づけて解釈論の展開を試みる。⁴⁵

まず、本田教授は損害賠償と解除という効果の面からその適用範囲を検討している。ここで問題となるのは、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、あるいは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である。そのような事実について、売主が信義則上告知・調査・説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。¹⁶⁶⁾

また、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述べる。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適切な説明を受けていたなら契約を締結しなかったであろうということ、という三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する。つまり、民法四一五条を「債務不履行のための開かれた構成要件」とみれば、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民法五四三条により解除が可能となるというのである。¹⁶⁷⁾

このような場合については、別の機会において、信義則上売主が義務を負う場合につき類型化により認定基準の具体化が図られている。¹⁶⁸⁾そこで具体的に信義則違反の場合としてあげられているのは、①告知・説明・助言義務違反（具体的には、取締法規違反、危険性があり複雑な契約内容に関する説明義務違反、取引数量に関する説明義務違反）、②不実告知義務違反、③誠実交渉義務違反（欺瞞的・強迫的セールストーク、長時間拘束）、④調査義務違反である。このような義務違反があった場合には、契約締結上の過失に基づく責任が問題となりうるのである。

さらに、すでに第一章でもふれたように、平成一一年に発表された『契約規範の成立と範囲』において、本田教授はこのような考えを推し進めて、契約締結上の過失を契約準備段階における義務違反群を総称する概念であると捉えている。そのうえで、「この領域では、契約はいまだ締結されていないので、契約当事者の“意思”は認められず、したがって、伝統的な意味での『意思を根拠とする義務（給付義務）の発生』契約責任』を認めることはでき

ない」と述べる。すなわち、「意思に基づかない付随義務を民法上の債務と認め、その違反についても契約の解除を認めるべきである」というのである。⁵¹⁾

このように本田教授は、「契約締結上の過失」論を意思に基づかない付随義務違反による責任として、一般的な形で民法の中に取り込んでいこうとする。ただしそれと同時に、そのような理論が裁判規範として十分に機能するためには、要件が法律上類型化されていないこととの関係で信義則上の義務の認定基準をできるだけ明確にしておく必要があるとして、従前の裁判例で蓄積された義務違反の判断基準を類型化する必要性を強調していることにも留意すべきである。⁵²⁾

四 「契約締結上の過失」論の活用を説く見解の全体的検討

以上に紹介した、「契約締結上の過失」論の活用を説く見解について改めて検討してみよう。

まず、いずれの見解も消費者取引に際して、事業者の側に一定の付随義務を負わせるという点で共通している。そして、事業者がこのような義務を負う決定的な理由として、消費者に対して取引上有利な立場にあること——つまり、情報や専門知識に格差があることをあげている。そして、その義務に違反する際に契約締結上の過失責任が認められるのである。

次に、契約締結上の過失責任で考えられうる効果として、損害賠償と解除があげられる。この二つの効果に依じて、主に消費者取引で問題となる契約が有効な場合の要件を考えてみることにする。

まず損害賠償について、北川教授は、付随義務違反の効果として信頼利益・消極利益の賠償が原則であるとす

る。⁵³⁾ 森泉教授は、契約の内容をなす給付以外の一定の重要性を有する事項の表示が契約締結の重要な動機となっていること、および表示の違背によって当初意図していた契約目的を十分に達することができずに実質的損害をこうむることの二点を、損害賠償の要件としている。そのうえで、当事者間の交渉能力に著しい格差がある場合には、取引上有利な立場にある者に課される一定の開示義務違反が問題となるとするが、⁵⁴⁾ 効果については、「契約締結上の過失」の類型ごとに適切な賠償範囲も変わってくるという。また本田教授は、損害賠償の効果については、信賴利益・履行利益の区別にとらわれず、当事者の意思解釈などをふまえ、内容の妥当性から決すべきであるとする。⁵⁵⁾ 森泉、本田両教授は、損害賠償の効果についてかなり柔軟に捉えているということができようであろう。

次に解除については、北川、森泉両教授は、解除の可能性は認めるものの、その具体的な要件については言及しておらず、解除そのものに慎重な姿勢を示している。これに対し、本田教授は、当初は不意打ちによる取引である場合に解除を認めうるとしていたが、さらに契約締結上の過失を正面から契約責任の中に位置づけることによつて、契約責任による解除を認めている。

このように、契約締結上の過失責任を、なんらかの形で民法上に位置づけようとしている点ではいずれの見解も共通している。⁵⁶⁾ なかでも本田教授が、契約締結上の過失責任を契約責任と明確に位置づけ、解除の効果も民法五四三条で認めるものとして、契約締結上の過失責任と民法上の規定との融合を図っていることは注目に値しよう。

五 小括

以上考察してきたところからも明らかのように、ドイツにおける議論の発展もふまえて、わが国においても契約

締結上の過失理論を活用すべきであるという見解が多くなってきている。このような動きは、消費者保護の視点から現行法制の不備を補う理論を民法典と接合しようとするものとして、評価することができるであろう。

ただ、契約締結上の過失理論は、その概念が発生したドイツにおいて、不法行為法や瑕疵担保責任といった法制度度が日本にくらべその要件が厳格であり利用しにくかったことから発達してきた議論であることに注意する必要がある。

また、他の法制度による解決が困難な場合であっても、「契約締結上の過失」という理論を用いるべきかどうかについては慎重な検討が必要であろう。⁵⁸⁾

この点につき、加藤雅信教授は、従来原始的不能が問題となってきた場面では、物の有する属性・機能もまた当事者の合意内容に含まれ、その属性・機能に関する合意(前提的保証合意)も契約債務に含まれるとする。⁵⁹⁾ さらに、加藤教授は、契約が有効な場合についての契約締結上の過失責任について、「契約が有効に成立したことを前提として責任を追及しているものについては、契約責任の追及という枠組で考えるべき」であるとして、「契約締結上の過失」概念を廃棄すべきことを提唱している。⁶⁰⁾

大村教授も、「契約締結上の過失論」が契約成立前であっても一定の義務を負うという原理を指摘する点ではもつともなところもあるが、独自の法理として認めようとする主張には問題があるとする。その理由として、契約締結上の過失でカバーされる範囲は雑多であり、ドイツの理論を導入する必然性がないという。また、契約交渉過程における当事者の注意義務を基礎づけるための原理が契約締結上の過失であるとすれば、それは不法行為理論によっても意思表示理論によっても実現可能であり、ことさらに新たな法理を導入する必要はないのである。⁶¹⁾

さらに、潮見教授もこれまで議論されてきた「契約締結上の過失」論を、「虚構の『契約締結上の過失』理論」で

あると批判する。すなわち、類型決定因子とそれを規定する思想的基盤を示さないままの「類型化」という名前のもとでの「場合分け」、基礎に据えたはずのドイツ法の思想的基盤を捨象したとしかみえないような方法論上の問題などが積み重なって作り上げられた結果であるという。

このように、「契約締結上の過失」そのものの存在意義が疑われるようになってきている中で、それを根拠にして情報提供義務ないし説明義務違反があった場合の責任を基礎づけようとする試み自体の正当性が疑われることとなる。

第四節 情報提供義務を、契約当事者の自己決定基盤を確保するための手段として位置づける見解

一 緒論

第二節および第三節では、情報提供義務を従来の民法法理との関係でどのように整合的に位置づけるかという点を中心にといった議論を検討してきた。そこで情報提供義務の根拠としてあげられることが多いのは、契約当事者の「信頼」の保護、すなわち、契約当事者間の情報格差を前提として、能力的にまさる当事者の言動に対する、能力的に劣る相手方の「信頼」を保護するという考え方である。

これに対して、本来の原則である契約当事者各自の自己責任を実質化するために、能力的にまさる当事者に情報提供義務を課し自己決定権を保障しようとする考え方が近時有力になってきている。そこで本節では、情報提供義務

務の根拠をめぐる議論をふまえて民法法理との整合性は念頭におきつつも、情報提供義務を自己決定基盤を確保するための手段として位置づけようとする見解について検討することとしよう。

二 情報環境の整備に焦点を合わせる見解

(1) 「情報環境整備責任」論

小粥太郎教授は、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、情報提供義務ないし説明義務を理解することが適切であるという。ここでは「情報環境整備責任」がシフトされる、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る。むしろ、民法の原則は表意者自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ないし説明義務が認められる。小粥教授は、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説明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、説明義務の体系的位置を把握するためのものである⁶⁴⁾という。

また、十分な情報に基づかないで行われた意思決定には拘束力がないという考え方に対しては、情報収集段階による自己責任が妥当する場面では、例えば「動機の錯誤」のように不十分な情報に基づく意思決定であっても表意者を拘束することがあると指摘する。そして、十分な情報に基づかないで行われた意思決定には拘束力がないといえるのは、相手方に情報環境整備責任が課されている場合など、表意者の情報環境整備責任が免除される場面に限られる⁶⁵⁾というのである。

（2）「情報格差是正責任」論・「自己決定基盤の整備を目的とした情報提供義務」論

潮見教授は、投資取引における情報提供義務ないし説明義務に焦点を合わせた論稿の中で、情報提供義務について「情報格差是正義務」という観点を強調する。すなわち、投資取引における情報提供義務は、当事者間の情報格差を是正することによって、自己決定の前提となる情報環境（自己決定基盤）を確保するためのものであり、逆にそれに尽きるものであるとする。そして、これを「情報格差是正義務」という。⁶⁶⁾

また、潮見教授は、「勧誘方法（行為態様）の不適正・不公正」があつた場合には、従来「合意の瑕疵」論が対象としてきた自己決定そのものへの侵害ではなく、その前提となる自己決定基盤レベルでの一方当事者の行為態様の不当性が問題となり、いわば「自己決定基盤侵害」が情報提供義務違反により基礎づけられるとする。⁶⁷⁾

なお、潮見教授は、投資取引において「自己決定に基づく自己責任」原則が機能不全をおかしている場合には、消費者保護とは異なり、山本敬三教授のいう「基本権保護型公序良俗」⁶⁸⁾に属する「投資者保護公序」の問題となるという前提に立つ。⁶⁹⁾ そのうえで、「投資判断能力を補完するための教育的情報提供」が必要となる「財産権保護型投資者保護公序」と、そもそも生存の基盤を破壊する危険を含んだ投資商品については「適合性原則」により取引勧誘・交渉自体が排除される「生存権保障型投資者保護公序」が存在するという。⁷⁰⁾ もっとも情報提供義務ないし説明義務にしる、適合性原則にしる、一般的・抽象的に捉えられるものではなく、具体的投資者の資産状況を考慮し、投資商品、投資目的および投資規模の相対的関連で捉える必要があるとする。⁷¹⁾

その結果、従来の「合意の瑕疵」の枠組みに入らない形態の自己決定権侵害があつた場合に「基本権保護公序」の実現を図るために、取引を公序良俗違反により無効とする可能性について言及している。⁷²⁾

これらの点をふまえて潮見教授は、投資取引においては、自己決定権の確保という側面だけではなく、投資販売者と投資者（顧客）との間に特別の結合関係が存在する、すなわち両当事者の取引的接触関係から一種の信認関係（信頼関係）が形成される点を看過するべきではないという。そのうえで、場合によっては、投資者に対して適切な助言を行うことで投資計画への積極的支援を義務づけることに向けられた行為規範としての「ベスト・アドバイス義務」が問題となる場合が存在するというのである。⁷³⁾

さらに潮見教授は、消費者契約法を比較法的に検討する論稿において、同法の立案過程では正面からとりあげられなかったものとして、「自己決定基盤の整備を目的とした情報提供義務」という視点を強調する。このような視点からは、「重要事項の説明義務」（情報提供義務）は、自己決定の前提となる基盤整備についての負担の引受けという観点から、本来は自己責任原則のもとでの情報収集面での自己責任という考え方を基礎におく近代民法の原理を、消費者契約において修正し、情報収集リスクの一部を消費者から事業者に転嫁するものであると理解されるという。⁷⁴⁾

以上のように、潮見教授は、小粥教授の見解をさらに徹底した形で、情報提供義務を自己決定基盤整備のための手段と位置づけているといえよう。

（3）「消費者利益擁護義務」論

後藤教授は、例えば金融商品の仕組みや元本割れについて説明する義務は、売買契約に付随する義務というよりも、契約当事者間の情報格差、商品の複雑さから生ずる独立の義務であるという。すなわち、いわゆる消費者契約における事業者の義務は、当事者が細部まで合意しておかなくとも信義則上生ずる協力義務であり、事業者の地位

に基づく独立の（本来的な）義務として捉えられることになる。

そして、このような「契約内容を形成する過程で不利な立場にある消費者の利益について適切に配慮する義務」という「消費者利益擁護義務」は、契約締結過程においても一般的に認められる義務であるとする。そのうえで、消費者契約の締結過程における事業者の情報提供義務ないし説明義務、および助言義務は、この「消費者利益擁護義務」が具体化したものと考えるのである。⁷⁶⁾

三 小括

以上、本節においては、情報提供義務を、契約当事者の自己決定基盤を確保するための手段として位置づける見解について検討してきた。これらの責任は、いずれも情報提供義務を、契約に付随する義務と捉えるのではなく、契約の前提となる自己決定の基盤を整えるための独立の義務として捉えている。そして、小粥教授と潮見教授の見解は、その根拠を、情報格差があることを前提として、民法上の本来の原則である自己決定ないし自己責任を具体化（＝自己決定基盤を確保）することに求めている（ただし二（二）で述べたように、潮見教授は、助言義務＝ベストアドバイス義務については当事者の信認関係の中から発生するという）。また、後藤教授の見解は、情報提供義務発生の根拠を、情報格差の存在、あるいは契約の属性そのものに求めている。

このように、契約当事者の自己決定基盤の確保というところに目を向けた見解は、きわめて興味深いものである。しかしながら、そもそもなぜ情報能力にまさる当事者がそれに劣る当事者の自己決定基盤を確保しなければならないのかということは、依然として問題となる。情報格差はどのような契約であっても存在するのであり、そ

れが存在するというだけでは、情報提供義務の存在を基礎づけることはできないであろう。したがって、このような立場をとるとしても、個別の事例にあたって自己決定基盤を整備すべき場面を検討する必要があるといえるであろう。

第五節 結論

一 情報提供義務ないし説明義務を把握する際における具体化の必要性

以上においては、情報提供義務ないし説明義務をめぐる我が国の議論を概観してきた。

第二節で検討した詐欺または錯誤の適用範囲を拡大しようとする議論、および第三節で検討した損害賠償や解除を認めるための手段として情報提供義務を活用しようとする議論は、いずれも情報提供義務ないし説明義務という概念をいかに民法上の理論と接合させるかという点に腐心してきた。しかしながら、民法上の法理がもつ限界、あるいは本来民法上では予定されていなかった「契約締結上の過失」論を用いることの限界があり、なによりも情報提供義務ないし説明義務を一般的に把握しようという試みは具体化の作業を必要としているといえる。

また、第四節で検討した、情報提供義務を、契約当事者の自己決定基盤を確保するための手段として位置づける見解も、民法上の原則である自己決定あるいは自己責任の原則という点に注目し、やはり民法理論への接合を念頭において展開されてきた。しかしながら、やはりその根拠や内容について、具体的な事例に基づく分析を必要とし、簡単に一般化できるものではないといえる。

二 「適合性原則」と情報提供義務・説明義務論との関係

ところで、当事者間の情報格差がある取引の場合に、情報提供義務ないし説明義務という概念で捉えることの限界を指摘し、それとは別の概念——具体的にはいわゆる「適合性原則」——を用いて保護を図ろうとする見解もある。

「適合性原則」とは、もともと証券取引の分野で用いられてきた概念であるが、近時は投資取引一般に用いられるようになってきたものである。この「適合性原則」をどのように捉えるかについてはさまざま見解が存在するが、一般的には、「投資勧誘に際して、投資者の投資目的、財産状況および投資経験等にかんがみて不適合な証券取引等を勧誘してはならないとの原則」とされている。⁷⁷⁾

この「適合性原則」が適用されるような場面では、そもそも取引の適格性を欠いている以上、いかに正確な情報提供ないし説明をしてもそれ自体意味をもたないのではないかという疑問が生じうる。そのような観点から、適合性を有しない顧客を勧誘したこと自体が違法であるという見解が登場してきた。⁷⁸⁾

川地宏行助教授は、さらにこのような見解を一段進めて、「適合性原則」を説明義務違反とは別個の「勧誘それ自体」を禁じる法理であると捉えている。すなわち、適合性原則は「『勧誘の是非』それ自体を問題にし、投資家に適合しない金融商品の勧誘そのものを禁じる法理」であるという。これに対して、説明義務は「勧誘のプロセスにおいて投資勧誘者に課せられた義務」であって「投資家に適合した金融商品の勧誘において投資家の判断能力を補完するために投資勧誘者に課せられる」ものであるというのである。⁸⁰⁾

川地助教教授によると、説明義務違反と「適合性原則」は、別個独立した違法性判断基準であって、前者が重要な情報の提供を目的とするのに対して、後者は適合性判断を業者に義務づける法理であって義務の内容が異なっているとされる。⁸¹⁾ 具体的には、「適合性原則」は、「適合性判断義務」と、その前提としての「顧客情報収集義務」から構成されており、行為義務のレベルで捉えられることになる。⁸²⁾

このように「適合性原則」を「行為義務」と捉える見解には、潮見教授から、情報収集活動は情報提供・説明、投資助言のために必要なものとして取り扱えば足り、独立の「行為義務」と捉えるべきではない等の批判がなされ、それに対する川地助教教授の再反論もなされている。⁸³⁾

ただ、川地助教教授も自ら予想しているように、「適合性原則違反を説明義務違反の中に吸収しても、業者の行為について違法性が認定されることには変わりはなく、両者を区別する実益が乏しいのではないかという批判」はありえよう（同助教教授は、適合性原則違反が認められる場合には、過失相殺の途を封鎖ことができるといふ点に大きな実益があるとする）。⁸⁴⁾ 次の第五章で詳しく検討するように、適合性原則違反を理由として直接責任を認めることには一定の実益があると筆者も考えるが、たしかに、適合性原則違反による責任が問われる場合の違法性の認定については、情報提供義務違反ないし説明義務違反と同様、その基準の不明確さがつきまとうという問題が生じうるのである。そうであるならば、適合性原則違反による責任を認めるとしても、その根拠や内容についての具体的な分析を行う必要があるであろう。

三 今後の分析の方向性と私見の提示

以上の点から、これらわが国で展開されてきた議論は、情報提供義務ないし説明義務を一般的に把握しようとしてそれが貫徹されていないきらいがある。しかし、そのためには個別事例を分析する必要があるということは、共通の認識であろう。

そこで、本稿では、商品先物取引とフランチャイズ契約という具体的な取引の分析を通して、情報提供義務ないし説明義務の具体的な把握を試みる。

これらの取引は、すでに第一章でも述べたように、情報提供義務ないし説明義務が問題となる場面が、典型的に現れてくるものである[※]。

商品先物取引は、非常に複雑で、かつハイリスク・ハイリターンな投資取引であるにもかかわらず、事業者からの不当な勧誘や不十分な説明により損害をこうむるケースが続出している。しかし、先物取引業者が情報提供ないし説明を故意により怠ったといえない場合には、第二章で述べたように消費者契約法も適用されず、また、そもそも金融商品販売法の適用対象ではないなど、いわば立法的解決の狭間におかれた取引分野であるといえる。

また、フランチャイズ契約も、いわゆる「脱サラ」をした者や主婦などが加盟店となる場合に、本部側からなされた収益予測等の情報提供をめぐる紛争が多発している。ところが、契約当事者の一方がいわば「素人」であるにもかかわらず、あくまで事業者間の契約であるとされ、消費者契約法などの保護は受けない。しかしながら、消費者契約法の立法過程においてもしばしば言及されるなど、消費者契約類似の契約であるにもかかわらず、やはり

立法的解決の狭間におかれた取引分野であるといえる。

以上の点から、第五章では商品先物取引、第六章ではフランチャイズ契約をとりあげて、情報提供義務ないし説明義務がどのような形で展開されているか、分析を進めることとしよう。

ところで、私見は、第一章で述べたように、「契約締結上の過失」という概念を用いることなく契約上の債務という概念を広く捉え、情報提供義務ないし説明義務を当事者の意思に基づく義務として債務の中に取り込むことによって、義務違反に関して契約責任の追及を可能にしようとするものである。また、そのような形で明確に捉えることができない場合には、第二章で紹介した河上正二教授の「合わせて一本」論⁸⁷⁾、そしてそれを公序良俗の分野に取り込んだ加藤雅信教授の「合わせ技的公序良俗違反」論⁸⁸⁾を活用することによって、契約そのものの効力を失わせることも可能になると考えている。

そこで、第七章では、第五節および第六節での具体的な検討をふまえて、第四章で検討した諸学説の評価と、私見の結論を提示することとしたい（なお、潮見教授や馬場助教授の論稿でも指摘されている「助言義務」についても、情報提供義務ないし説明義務との関係も含めて第七章で論じることとする）。

注

- (1) 第一章第一節四（連載第一回・法政論集一八五号六八頁以下）を参照。
- (2) 後述する潮見教授の論稿のほかに、例えば、平野教授が契約解消型の救済法理について、当該救済法理ことに学説状況を概観する論稿を発表している。平野裕之「投資取引における被害者救済法理の相互関係について（一）——（二・未完）——投資取引

- における事業者の情報提供義務——法律論叢七一巻一号二頁以下、二二三号（以上、平成一〇年）八三頁以下。
- (3) 潮見佳男「投資取引と民法理論（二）——証券投資を中心として——」民商法雑誌一一八巻一号（平成一〇年）一四頁以下。
- (4) 潮見佳男「投資取引と民法理論（三）——証券投資を中心として——」民商法雑誌一一八巻二号（平成一〇年）八頁以下。
- (5) 第二章第三節（連載第三回・法政論集一九三号二六九頁以下）を参照。
- (6) なお、英米法の開示義務に関する比較研究を通して、わが国における「沈黙による詐欺」の要件を緩和する可能性を探ろうとする試みもいくつか存在する。例えば、三枝健治「アメリカ契約法における開示義務（一）——（二・完）——契約交渉における「沈黙による詐欺」の限界づけを目指して——」早稲田法学七二巻二号一頁、三号（以上、平成九年）八一頁（この論稿については、佐久間毅教授による書評がある〔法律時報六九巻一二号（平成九年）九九頁〕）、笹川明道「イギリス契約法における契約締結前の開示義務——判例法を中心に——」九大法学七五号（平成一〇年）一二九頁、等。なお、英米法あるいはフランス法との比較研究を中心に、情報提供義務ないし説明義務を債権者の期待という観点から分析するものとして、湯川益英「英米私法における債権者の『期待』の保護法理——契約法秩序と債権者の『期待』・覚書（一）——」山梨学院大学社会科学研究所二二三号（平成一〇年）二頁、同「契約の準備段階における説明義務の基礎づけに関する中間的考察——契約法秩序と債権者の『期待』・覚書——」成蹊大学法学政治学研究一八号（平成一〇年）五一頁、同「契約法秩序と契約における動機の保護——日本私法学会第六三回大会に於ける研究報告——」山梨学院大学商学論集二五号（平成一一年）八七頁、同「契約法秩序と契約における動機の保護——契約の準備段階でなされた不実表示と契約責任——私法六二号（平成一二年）一九八頁。また英米法の比較研究ではないが、湯川益英「民法（債務法）の体系と、『契約締結上の過失』法理の現代的展開（二）——（二・完）——契約法秩序と契約の動機・覚書——」山梨学院大学商学論集二二号（平成八年）二四三頁、二二二号（平成九年）八九頁、同「フランス私法における『協力義務』の概念——契約法秩序と契約の動機・覚書——」山梨学院大学商学論集二四号（平成一一年）一頁も参照。

- (7) 後藤卷則『消費者契約の法理論』（成文堂、平成一四年）二頁以下（初出は、「フランス契約法における詐欺・錯誤と情報提供義務（一）」（三・完）」民商法雑誌一〇二巻二号五八頁以下、三号七八頁以下、四号（以上、平成二年）五四頁以下。なお、同書の公刊にあたって大幅に加筆されている）。
- (8) 後藤・前掲注(7)五頁。
- (9) 後藤・前掲注(7)五頁以下。
- (10) 柳本祐加子「フランスにおける情報提供義務に関する議論について」早稲田大学大学院法研論集四九号（平成元年）一六一頁以下。
- (11) なお、本文で挙げた議論以外に、フランス法における情報提供義務論に言及するものとしては、以下のものがある。北村一郎「諸外国における消費者（保護）法（四）——フランス」加藤・郎・竹内昭夫編『消費者法講座 第一巻 総論』（日本評論社、昭和五九年）二二二頁以下、須永醇「ジャック・ゲスタン『契約における有用性と正義適合性』」法学志林八二巻三〇四号（昭和六〇年）一一八頁、平野裕之『製造物責任の理論と法解釈』（信山社、平成二年）六二頁以下（初出は、「製造物責任の現代的意義と法解釈論（二）——責任法体系の序説的考察をかねて——」法律論叢五八巻二号（昭和六〇年）一一六頁以下）、山口康夫「フランスにおける消費法の展開——フランス消費立法の動向を中心として——」札幌法学二巻二号（平成三年）二七頁、潮見佳男「比較法の視点から見た『消費者契約法』——比較法からの『撰取』と比較法への『発信』——」民商法雑誌一二三巻四号（平成一三年）一七一頁以下、等。
- (12) 後藤・前掲注(7)七二頁以下。
- (13) 後藤・前掲注(7)七二頁。
- (14) さらに後藤教授は、わが国の消費者契約法は不実告知および不利益事実の不告知を「重要事項」に限定しているが、動機の表示がなされることを要件として、動機に関する不実告知や不利益事実の不告知についても消費者契約法を適用しうると解すべ

- きであるという（後藤・前掲注(7)七二頁）。
- (15) 後藤・前掲注(7)七二頁。なお後藤教授が、情報提供義務違反がある場合に詐欺・錯誤を活用する可能性を示唆するものとして、後藤巻則「詐欺・錯誤理論はどのような活用可能性があるか」椿寿夫編『講座 現代契約と現代債権の展望 第四卷 代理・約款・契約の基礎的課題』（日本評論社、平成六年）九九頁以下。
- (16) 後藤・前掲注(7)七三頁。
- (17) 後藤・前掲注(7)七四頁以下。
- (18) なお、柳本助教も、まず消費者保護を目的として展開されている情報提供義務論が民法理論に与える影響を指摘する。そしてフランスにおける判例と学説を検討したうえで、情報提供義務違反により責任の有無を判断するのは、従来の民法理論のように「表意者の意思に重点を置いて検討する方法」ではなく、「相手方の帰責性のある行動に重点を置いて検討する方法」であるとする（柳本・前掲注(10)一七九頁）。
- (19) 以下の論述を含めて、森田宏樹「『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論（二）」NBL四八三号（平成三年）五九頁以下。ここで森田教授は、事業者に欺罔の故意を要求するのは、行為態様の誠実さという信義則の要請と、取引安全や当事者の自己責任等の諸原理の要請との調和を図るものであるという見解を前提としている。
- (20) 森田教授は、情報提供義務の内容についても限界があると指摘する。すなわち、「情報提供義務の対象となる情報とは、消費者が合意を決定するさいの重要な事項に関する事実を対象とするものであって、契約が当該当事者にとって結果的に有益なものか、という評価に関する情報は当然には含まれない」という。後者の評価に関する情報提供の義務は「助言義務」と呼ばれるが、自分に不利な情報の提供までも契約の相手方の義務として一般的に課すのは無理であると指摘する。両当事者が「対立する協力関係」にあるという点で、助言義務を広く事業者に課すことは、契約交渉過程のもつ本質的な性格に反するという（森田・前掲注(19)六〇頁）。

- (21) 森田宏樹「『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論(三)」NB L四八三号(平成三年)六一頁以下。
- (22) 横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」奥田昌道編「取引関係における違法行為とその法的処理——制度間競合論の視点から」(有斐閣、平成八年)一一二頁以下(初出は、ジュリスト一〇九四号(平成八年)一二九頁以下)。
- (23) 横山・前掲注(22)一一二頁以下。なお、この見解はファーブル・マニヤンの議論を参照して展開されている。このファーブル・マニヤンの議論については、馬場助教教授により、調査義務論の再発見、および本文中で情報提供義務の第二の対象として紹介した契約履行段階における情報提供義務に焦点を絞った紹介がなされている(馬場・後掲注(31)七一頁以下)。
- (24) 横山・前掲注(22)一一三頁。
- (25) 横山・前掲注(22)一一三頁。ここでいう「情報」とは、契約目的との関係で当該契約が適合的か否かを相手方が判断するために必要な情報とされる。また「調査義務」とは、事業の性質により同種の事業者として通常の注意義務を払って情報を取得するための調査をする義務とされる。なお横山教授は、消費者契約法と民法との関係で情報提供義務について論じた論稿で、事業者はその社会的信頼を基礎として専門的事業活動を展開していることに応じた責任を負うべきであるとして、調査義務につき次のように述べている。「複雑あるいは専門的な取引においては、事業者は、消費者が当該契約を締結するために必要な事項につき、自ら進んで情報を提供して説明し、消費者の誤解を認識しえた場合には、その誤解を是正する義務を負う。その際、必要があれば、自らが保有しない情報について調査する義務をも負うと解される」(横山美夏「消費者契約法における情報提供モデル」民商法雑誌一一三卷四〇五号(平成一三年)一〇八頁)。
- (26) 横山・前掲注(22)一一六頁以下。なお横山教授は、消費者契約法における不実告知・不利益事実の不告知を理由とした契約取消権に関する規定(消費者契約法四条一項・二項)と民法上の詐欺・錯誤の規定との関連でも、「故意の推定」という点を強調する。まず、不実告知に関しては、事実と異なることを認識しながらそれを告げることは、民法上も違法と評価され、かつ相手方を錯誤に陥れ、それによって意思表示をさせる故意があると推定しうるので、民法上の詐欺も適用されることになる。そのた

め、不実告知に関する消費者契約法の規定は、違法性および故意の点で詐欺の要件を緩和したというよりは、消費者契約について詐欺の故意に関する事業者の反証を許さない規定と理解できるといふ（横山・前掲注²⁵）「消費者契約法における情報提供モデル」九三頁）。次に、不利益事実の不告知に関しては、民法上は沈黙による詐欺の成立が問題となるが、不利益事実の存在を認識しながらあえてそれを告げないことで、民法上も詐欺の故意が推定されるとする。また違法性についても、詐欺の成立要件が緩和されたと解する余地もあるが、利益となる事実だけを告げるという行為と一体となった場合には、消費者契約に限らず、民法上も沈黙による詐欺を成立させる違法な欺罔行為と評価される可能性が十分であると指摘している（同・前掲注²⁵）「消費者契約法における情報提供モデル」九七頁）。

²⁷ なお横山教授は、契約を有効と評価しつつ、契約締結に向けられた情報提供義務違反を理由とする損害賠償請求を肯定することが評価矛盾にならないか否かを検討する。その結果、法律行為法は一定の場合についてのみ契約の取消し・無効という救済手段を与え、それ以外の場合には損害賠償のみが許容されていると考えている（横山・前掲注²²一一八頁）。この点については、民法の中における情報提供義務の位置づけともかわる部分であるので、第七章において検討する。

²⁸ 大村敦志『消費者法（法律学大系）』（有斐閣、平成一〇年）八二頁。

²⁹ 大村・前掲注²⁸八六頁以下。大村教授は、その理由として、情報優位者が一定の程度までの情報を開示する方が社会全体としてのコストがかからないことをあげている。

³⁰ 第二章第三節三（連載第三回・法政論集一九三号二七三頁以下）を参照。

³¹ 馬場圭太「フランス法における情報提供義務理論の生成と展開（一）」早稲田法学七三卷二号（平成九年）六一頁以下。なお、本文に述べたところからもわかるように、馬場助教授は、「情報提供義務」という用語を、狭義の情報提供義務（客観的な情報提供が対象）、警告義務（物理的あるいは法的なリスクが対象）、助言義務（客観的事実に関する情報の提供にとどまらず意見の提供を含む）を含む最広義の意味で使用している。また、一般的な概念として意識されていなかった時代の個別的義務、あるい

は道徳上の義務としての情報を提供する義務をも含むものとする（同七三頁以下）。

- (32) 以上の記述につき、馬場圭太「フランス法における情報提供義務理論の生成と展開（二・完）」早稲田法学七四卷一号（平成九年）八二頁以下。なお、後者の情報提供義務の要件論について、馬場助教授は、フランスでは、情報提供義務の成否判断が情報の不均衡という積極的作用要素と各当事者の調査義務という消極的作用要素とを軸とした二層構造のうえに成り立っているとして、次のようにいう。「……情報提供義務の成否の判断における二つの軸（情報の不均衡と調査義務）をあわせて情報提供義務の「根拠」、その具体的な現れを情報提供義務の『ファクター』と表現するとしよう。フランスにおける情報提供義務の要件論は、より抽象性が高く情報提供義務が問題となるすべての類型に当てはまる図式としての『根拠』と、より具体性が高く各問題類型に密着した『ファクター』との二層構造から成り立っていることになる」（同五五頁以下）。

- (33) 馬場・前掲注⁽³²⁾八三頁。

- (34) 馬場圭太「説明義務の履行と証明責任——フランスにおける判例の分析を中心に——」早稲田法学七四卷四号（平成十一年）五五一頁以下、同「説明義務と証明責任」私法六四号（平成十四年）一四六頁以下。馬場助教授が相対性を重視していることは、一九九七年にフランスで出された立証責任の転換を認めた判決の射程をめぐる学説状況に対して述べている次のような批判に非常によく表れている。「確かに……情報提供義務に共通に見られる性質を根拠に、あらゆる事業者は情報提供義務の履行について証明責任を負うべきだと言うことはできる。しかし、各種情報提供義務の個性を無視して一律に債務者側が情報提供義務を履行したことの証明責任を負うことは、契約締結時における情報提供義務の認知可能性という観点からは必ずしも妥当な方法とは言えないであろう」（説明義務の履行と証明責任）六一〇頁）。

- (35) なお、上述した馬場助教授の「フランス法における情報提供義務理論の生成と展開」と「説明義務の履行と証明責任」の二つの論稿については、松岡久和教授による書評がある（法律時報七二卷一号〔平成十二年〕一四五頁）。

- (36) 「契約締結上の過失」との関連で情報提供義務ないし説明義務についてふれた論稿は枚挙に暇がないが、本稿では、あくまで

情報提供義務ないし説明義務違反に基づく責任に関して、「契約締結上の過失」論を基礎にしながらその際に発生する効果という点にも目を向けて理論分析を行っているものを中心に検討している。本文であげたもののほかに、情報提供義務ないし説明義務の性質について契約締結上の過失責任との関係でふれているものとして、今西康人「ドイツにおける契約締結上の過失責任論の展開（一）——（二・未完）」六甲台論集二八巻二号一三頁、三号（以上、昭和五六年）四五頁、渡辺博之「契約締結上の過失責任をめぐる体系化の傾向と『信賴責任』論——カナリスおよびシュトルの所論を中心として——」民商法雜誌七八巻二号（昭和五八年）一〇二頁、宮本健蔵「契約締結上の過失責任法理と附随義務」明治学院大学法学部二〇周年記念「法と政治の現代的課題」（第一法規出版、昭和六二年）六三頁、藤田寿夫「表示責任と契約法理」（日本評論社、平成六年）二〇五頁以下（初出は、「性質保証・契約締結上の過失責任と表示」神戸学院法学一八巻三〇四号（昭和六二年）一頁、「表示についての私法上の責任（一）——（二・完）——」契約締結上の過失を中心に——」民商法雜誌八九巻五号四二頁、六号（以上、昭和五九年）四六頁）、同「表示についての私法上の責任——ドイツ法における性質保証、契約締結上の過失責任を中心に——」私法五〇号（昭和六三年）一〇三頁、半田吉信「ドイツ民法における瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任」山島正男「五十嵐清」藪重夫先生古稀記念『民法学と比較法学の諸相Ⅰ』（信山社、平成八年）一一頁、ノルベルト・ホルン（和田安夫訳）「契約締結上の過失」民商法雜誌一一四巻三号（平成八年）一頁、松下英樹「原始的ドグマ克服論の体系」九大法学七三号（平成九年）二〇一頁、等。

³⁷⁾ 契約締結上の過失による責任を認める学説は、その法律構成として債務不履行構成をとるもの、不法行為構成をとるもの、さらに双方の中間的構成をとるものに分かれるが、これらの点については、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）九三頁以下（特に九六頁）を参照。また、契約締結上の過失論の主唱者であるイエーリングの思想に焦点を当てて紹介・検討するものとして、オッコー・ペーレンツ「河上正二『歴史の中の民法——ローマ法との対話』（日本評論社、平成一三年）二八七頁以下。

- (38) 北川善太郎「現代契約法Ⅰ」（昭和四八年）一四〇頁（初出は、「消費者契約序説（2・完）」NBL三七号（昭和四八年）三五頁以下）。なお北川教授は、別の機会にドイツ法を参照しつつ付随義務の内容について論じている。それによると、この付随義務は給付義務に従属するもので、準備行為の開始による法定の債権関係（特別結合）を基底として抽出される。その効果は、信賴利益の賠償・契約の解除であるとする。さらに、給付義務と独立した注意義務も問題とし、付随義務と合わせて「補充的契約責任」として考察が加えられている（北川善太郎「契約責任の研究」（昭和三八年）二八六頁以下）。
- (39) 北川善太郎「契約締結上の過失」『契約法大系Ⅰ 契約総論』（昭和三七年）一三三頁以下、同・前掲注⁽³⁸⁾「契約責任の研究」三三九頁以下。
- (40) 森泉章「『契約締結上の過失』に関する一考察（二）」民事研修二八五号（昭和五五年）九頁。
- (41) 森泉章「『契約締結上の過失』に関する一考察（三・完）」民事研修二九〇号（昭和五六年）一〇頁。
- (42) 森泉・前掲注⁽⁴¹⁾九頁。
- (43) 森泉・前掲注⁽⁴¹⁾六頁。
- (44) 例えば、田谷峻教授は、ドイツ民法では原状回復が損害賠償の原則であるから契約締結上の過失による責任に基づいて、原状回復の一環として契約の解消が認められることは納得がいくが、金銭賠償を損害賠償の原則とするわが国においてドイツの判例の結論をただちに導入することには問題があるという（田谷峻「契約の成立と責任」（第二版、一粒社、平成三年）三三三頁）。
- (45) 本田純一「『契約締結上の過失』理論について」遠藤浩ほか監修『現代契約法大系 第一巻 現代契約の法理（一）』（有斐閣、昭和五八年）二〇四頁以下（特に二〇八頁、二一四頁以下）を参照。
- (46) 本田・前掲注⁽⁴⁵⁾二〇六頁。
- (47) 本田・前掲注⁽⁴⁵⁾二〇八頁以下。

- (48) 本田純一「消費者問題と契約法理」法律時報六〇巻八号（昭和六三年）一九頁以下。
- (49) 第一章第二節一（連載第一回・法政論集一八五号七五頁以下）を参照。
- (50) 本田純一『契約規範の成立と範囲』（一粒社、平成二年）九六頁。
- (51) 本田・前掲注(50)九八頁。
- (52) 本田・前掲注(50)九九頁。
- (53) 北川・前掲注(39)「契約締結上の過失」二二三頁以下、同・前掲注(38)『契約責任の研究』二八七頁
- (54) 森泉・前掲注(41)一〇頁。
- (55) 森泉・前掲注(41)五頁以下。
- (56) 本田・前掲注(45)二二一頁、同・前掲注(50)三四頁。
- (57) なお森泉教授は、「契約締結上の過失」論が契約利益の達成を直接目的としない交渉相手の身体、財産の保持義務を含む場合があることを念頭において、契約責任と不法行為責任の双方にまたがる中間的領域の特殊な責任として、独自の要件・効果論を構築すべきであるという（森泉・前掲注(41)三頁）。
- (58) 円谷教授は、契約締結上の過失による責任を契約締結の際に生じる個々の責任問題の総称であり、いわば「風呂敷」のようなものだという。そのうえで、事件の具体的事情に応じ最も適切な法規が利用されるべきであるとして、次のように述べる。「私の主張したいことは、……契約締結上の過失による責任を規範化するべきでない、従って、*culpa in contrahendo*の意味での契約締結上の過失による責任という言葉は法的に無意味である、本来は使用しないほうが誤解を避けることができる、使用するとしても契約の締結段階に生じる諸々の責任問題の見出し程度に考えればよい、ということである」。以上の点に関しては、円谷・前掲注(44)三三頁以下（引用は、三四頁以下）。なお、円谷教授が最初にこのような考えを提唱した論稿として、同「契約締結上の過失」内山尚三・黒木三郎・石川利夫先生還暦記念『現代民法学の基本問題（中）』（第一法規出版、昭和五八年）一八三頁

(特に二二四頁以下)を参照。

(59) 加藤雅信『新民法大系Ⅰ 民法総則』(有斐閣、平成一四年)二二六頁以下、同『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二五八号(平成六年)六二頁以下。

(60) 加藤・前掲注(59)「不能論の体系」六五頁。なお、同・前掲注(59)『新民法大系Ⅰ 民法総則』二二七頁も参照。

(61) 大村・前掲注(28)八二頁。

(62) 潮見・前掲注(37)一五九頁。

(63) 例えば、本田・前掲注(50)六二頁以下を参照。

(64) 以下の記述を含めて、小粥太郎「『説明義務違反による損害賠償』に関する二、三の覚書」自由と正義四七卷一〇号(平成八年)三九頁以下。

(65) 小粥教授は、さらに説明義務違反による不法行為責任と法律行為論をめぐる議論に関して、次のようにいう。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ず、「合意の瑕疵」と同様に、表意者の意思あるいは自己決定権の保護を目的としており、不法行為法による救済を法律行為法による救済と無関係であると考える方が不自然である(小粥・前掲注(64)四三頁)。

(66) 潮見佳男「投資取引と民法理論(四・完)——証券投資を中心として——」民商法雑誌一一八卷三号(平成一〇年)六〇頁。

(67) 潮見・前掲注(66)六一頁。なお潮見教授は、別の論稿で、情報提供義務論をめぐるドイツの学説状況に関する分析をふまえて、情報提供義務違反に基づく責任が「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指摘するが、この点については第三章第六節七の注(64)(本連載第五回・法政論集一九五号三〇三頁)を参照。

(68) 「投資者保護公序」は、山本教授のいう「基本権保護型公序良俗」では、「契約自由侵害型」として分類されているものに関連

する。この点については、山本敬三「公序良俗論の再構成」（有斐閣、平成一二年）一〇頁以下（初出は、奥田昌道先生還暦記念『民事法理論の諸問題 下巻』（成文堂、平成八年）一九頁以下）を参照。

(69) 潮見・前掲注(66)五一頁以下。

(70) 潮見・前掲注(66)五六頁以下。

(71) 潮見・前掲注(66)五六頁。

(72) 潮見・前掲注(66)六四頁以下。

(73) 潮見・前掲注(66)六六頁以下（特に六七頁）。

(74) 潮見・前掲注(1)一八五頁以下。

(75) 後藤・前掲注(7)一九二頁以下。

(76) この点で非常に興味深いのが、消費者契約法と金融商品販売法の関係を検討した千葉恵美子教授の論稿である（千葉恵美子「金融取引における契約締結過程の適正化ルールの構造と理論的課題——消費者契約法・金融商品販売法に関する理論上の問題と立法的課題——」金融法務事情一六四四号〔平成一四年〕三四頁以下）。具体的には、消費者契約法四条一項（不実告知による契約取消権）・二項（不利益事実の不告知による契約取消権）と、金融商品販売法三条（説明義務に関する重要事項の種類）・四条（説明義務違反の場合の無過失損害賠償責任）の競合を広く認めるか否かという問題について、両法の関係を検討している。千葉教授によれば、「金融商品販売法」は、「取引環境の整備」を求めるものである。すなわち、一般的平均的顧客を基準として説明義務を事業者に課すことで、情報力において劣位にある者に必要となる一定の判断材料をあらかじめ与えておいて、それらの者が取引に参加できるようにするものである（同四三頁）。これに対して、消費者契約法が契約の取消しという効果を付与するのは、同法四条一項・二項に定める行為が「消費者の信頼」を裏切る不正行為に他ならない（同四四頁）。このように、消費者契約法と金融商品販売法が競合する場面を、「取引環境の整備」と「信頼」という二つの観点から把握しようとし

ている点は、情報提供義務ないし説明義務で行われている議論を立法のレベルに還元しようとするものと評価できるであろう。

(77) 「適合性原則」をめぐる議論状況については、潮見・前掲注(3)六頁以下を参照。

(78) 吉原省三ほか編集代表『金融実務大辞典』（金融財政事情研究会、平成二二年）一二〇四頁。ちなみに、適合性原則には、広義の意味と狭義の意味があるとされる。平成一一年に出された金融審議会第一部会の報告書によれば、「適合性原則」は、広義には「業者が利用者の知識・経験、財産力、投資目的に適合した形で勧誘（あるいは販売）を行わなければならない」というルールであり、狭義には「ある特定の利用者に対してはどんなに説明を尽くしても一定の商品の販売・勧誘を行ってはならない」というルールであると説明される（金融審議会第一部会「中間整理（第一次）」一七頁以下）。この点については、角田美穂子「金融商品取引における適合性原則（一）」——ドイツ取引所法の取引所先物取引能力制度からの示唆——「亜細亜法学三五卷一号（平成二二年）一四七頁、川地宏行「投資勧誘における適合性原則（二・完）」三重大学法経論叢一八卷二号（平成一三年）二九頁以下を参照。

(79) 山下友信「証券投資の勧誘と説明義務——ワラントの投資勧誘を中心として——」金融法務事情一四〇七号（平成七年）三六頁、三木俊博・榎田寛一・田端聡「証券投資勧誘と民事的違法性——外貨建ワラント取引を巡って——」判例タイムズ八七五号（平成七年）二八頁、川浜昇「ワラント勧誘における証券会社の説明義務」民商法雑誌一一三卷四一五号（平成八年）一六九頁以下。これらの見解の相違点については、潮見・前掲注(3)八頁以下を参照。

(80) 川地宏行「ドイツにおける投資勧誘者の説明義務違反について」三重大学法経論叢一三卷一号（平成七年）一一七頁以下。

(81) 川地・前掲注(78)「投資勧誘における適合性原則（二・完）」三六頁。

(82) 川地・前掲注(78)「投資勧誘における適合性原則（二・完）」三八頁以下。なお、「適合性原則」を調査義務と捉える点に関しては、川地・前掲注(80)一二二頁以下、同「金融商品販売法における説明義務と適合性原則」専修大学法学研究所「民事法の諸問題 XI」（平成一四年）一一四頁以下も参照。

- (83) 潮見・前掲注(66)五八頁以下。
- (84) 川地・前掲注(78)「投資勧誘における適合性原則（二・完）」三八頁以下。なお、過失相殺の問題性については、第五章で詳しく検討する。
- (85) 川地・前掲注(78)「投資勧誘における適合性原則（二・完）」三七頁以下。
- (86) 以下の叙述を含めて、第二章第二節二および三（連載第一回・法政論集一八五号八八頁以下）を参照。
- (87) 第一章第二節一（連載第一回・法政論集一八五号七六頁）を参照。
- (88) 第二章第三節三（連載第三回・法政論集一九三号二七三頁）を参照。