

〈判例評釈〉

契約締結に向けられた信義則上の 説明義務違反について

——最高裁平成 23 年 4 月 22 日判決平成 20 年（受）
第 1940 号損害賠償請求事件——

久須本 かおり

（事案）

Y は、中小企業等共同組合法に基づいて設立された信用協同組合であったが、平成 6 年に行われた監督官庁の立入検査において、資産の回収可能性等を基に査定された欠損見込額を前提とする自己資本比率の低下を指摘され、さらに、平成 8 年に行われた立入検査においても、資産の大部分を占める貸出金につき、欠損見込額が巨額になっており、上記自己資本比率がマイナス 1.80% であって実質的な債務超過の状態にあるなどの指摘を受け、文書をもって早急な改善を求められたが、その後も上記の状態を解消することができないままであった。

平成 10 年ないし平成 11 年頃、Y は、資産の欠損見込額を前提とすると債務超過の状態にあって、早晚監督官庁から破綻認定を受ける現実的な危険性があり、代表理事らは、このことを十分に認識し得たにもかかわらず、Y の新大阪支店の支店長をして、X らに対し、そのことを説明しないまま、Y に出資するよう勧誘させた。X らは、右勧誘に応じ、平成 11 年 3 月 2 日、Y に対し、各 500 万円の出資をした（以下、上記の各出資を「本件各

出資」といい、本件各出資に係る Y と X らとの間の各契約を「本件各出資契約」という。).

Y は、平成 12 年 12 月 16 日、金融再生委員会から、金融機能の再生のための緊急措置に関する法律（平成 11 年法律第 160 号による改正前のもの）8 条に基づく金融整理管財人による業務及び財産の管理を命ずる処分を受け、その経営が破綻した。Y らは、これにより、本件各出資に係る持分の払戻しを受けることができなくなった。その後、Y は、平成 14 年 7 月 31 日、総代会の決議により解散した。

そこで、X は、Y の上記勧誘にあたり、Y が実質的な債務超過の状態にあり経営が破綻する恐れがあることを X らに説明すべき義務に違反したなどと主張して、Y に対し、主位的に、不法行為による損害賠償請求権又は出資契約の詐欺取消若しくは錯誤無効を理由とする不当利得返還請求権に基づき、予備的に、出資契約上の債務不履行による損害賠償請求権に基づき、各 500 万円及び遅延損害金の支払を求めて訴えを提起した。

原審である大阪高裁平成 20 年 8 月 28 日判決平成 20 年（ネ）第 631 号未公刊は、次のとおり判断して、X らの予備的請求である債務不履行による損害賠償請求を、遅延損害金請求の一部を除いて認容すべきものとした。

- (1) Y が、実質的な債務超過の状態にあつて経営破綻の現実的な危険があることを説明しないまま、X らに対して本件各出資を勧誘したことは、信義則上の説明義務に違反する（以下、上記の説明義務の違反を「本件説明義務違反」という。).
- (2) 本件説明義務違反は、本件各出資契約が締結される前の段階において生じたものではあるが、およそ社会の中から特定の者を選んで契約関係に入ろうとする当事者が、社会の一般人に対する不法行為上の責任よりも一層強度の責任を課されることは、当然の事理というべきであり、当該当事者が契約関係に入った以上は、契約上の信義則は契約締結前の段階まで遡って支配するに至るとみるべきであるから、本件説明義務違反

は、不法行為を構成するのみならず、本件各出資契約上の付随義務違反として債務不履行をも構成する。

これに対して、Xが上告。なお、原審判決中、Xらの主位的請求をいずれも棄却すべきものとした部分については、Xらは不服申立をしていない。

(判旨) 破棄自判

「原審の上記判断のうち、本件説明義務違反が上告人の本件各出資契約上の債務不履行を構成するとした部分は、是認することができない。その理由は、次のとおりである。

契約の一方当事者が、当該契約の締結に先立ち、信義則上の説明義務に違反して、当該契約を締結するか否かに関する判断に影響を及ぼすべき情報を相手方に提供しなかった場合には、上記一方当事者は、相手方が当該契約を締結したことにより被った損害につき、不法行為による賠償責任を負うことがあるのは格別、当該契約上の債務の不履行による賠償責任を負うことはないというべきである。

なぜなら、上記のように、一方当事者が信義則上の説明義務に違反したために、相手方が本来であれば締結しなかったはずの契約を締結するに至り、損害を被った場合には、後に締結された契約は、上記説明義務の違反によって生じた結果と位置付けられるのであって、上記説明義務をもって上記契約に基づいて生じた義務であるということは、それを契約上の本来的な債務というか付随義務というかにかかわらず、一種の背理であるといわざるを得ないからである。契約締結の準備段階においても、信義則が当事者間の法律関係を規律し、信義則上の義務が発生するからといって、その義務が当然にその後に締結された契約に基づくものであるということにならないことはいうまでもない。

このように解すると、上記のような場合の損害賠償請求権は不法行為に

より発生したものであるから、これには民法 724 条前段所定の 3 年の消滅時効が適用されることになるが、上記の消滅時効の制度趣旨や同条前段の起算点の定めを鑑みると、このことにより被害者の権利救済が不当に妨げられることにはならないものというべきである。

以上と異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨は理由があり、原判決中上告人敗訴部分は、破棄を免れない。そして、以上説示したところによれば、上記部分に関する被上告人らの請求はいずれも理由がないから、同部分につき第 1 審判決を取消し、同部分に関する請求をいずれも棄却すべきである。」

なお、裁判官千葉勝美の補足意見は、次のとおりである。

「私は、法廷意見が、本件説明義務違反が債務不履行責任を構成せず、その結果、これにより発生した損害賠償請求権について民法 724 条前段が適用されるとした点について、次のとおり補足しておきたい。

本件において、上告人が被上告人らに対し出資契約の締結を勧誘する際に負っているとされた説明義務に違反した点については、契約成立に先立つ交渉段階・準備段階のものであって、講学上、契約締結上の過失の一類型とされるものである。民法には、契約準備段階における当事者の義務を規定したものはないが、契約交渉に入った者同士の間では、誠実に交渉を行い、一定の場合には重要な情報を相手に提供すべき信義則上の義務を負い、これに違反した場合には、それにより相手方が被った損害を賠償すべき義務があると考え、この義務は、あくまでも契約交渉に入ったこと自体を発生の原因として捉えるものであり、その後締結された契約そのものから生ずるものではなく、契約上の債務不履行と捉えることはそもそも理論的に無理があるといわなければならない。講学上、契約締結上の過失を債務不履行責任として捉える考え方は、ドイツにおいて、過失ある錯誤者が契約の無効を主張することによって損害を受けた相手方を救済する法理として始まったとされているが、これは、不法行為の成立要件が嚴格

であるドイツにおいて、被害者の救済のため、契約責任の拡張を模索して生み出されたという経緯等に由来する面があろう。

有力な学説には、事実上契約によって結合された当事者間の関係は、何ら特別な関係のない者の間の責任（不法行為上の責任）以上の責任を生ずるとすることが信義則の要求するところであるとし、本件のように、契約は効力が生じたが、契約締結以前の準備段階における事由によって他方が損失を被った場合にも、「契約締結のための準備段階における過失」を契約上の責任として扱う場合の一つに挙げ、その具体例として、〔1〕素人が銀行に対して相談や問い合わせをした上で一定の契約を締結した場合に、その相談や問い合わせに対する銀行の指示に誤りがあって、顧客が損害を被ったときや、〔2〕電気器具販売業者が顧客に使用方法の指示を誤って、後でその品物を買った買主が損害を被ったときについて、契約における信義則を理由として損害賠償を認めるべきであるとするものがある（我妻榮「債権各論上巻」38頁参照）。このような適切な指示をすべき義務の具体例は、契約締結の準備段階に入った者として当然負うべきものであるとして挙げられているものであるが、私としては、これらは、締結された契約自体に付随する義務とみることもできるものであると考える。そのような前提に立てば、上記の学説も、契約締結の準備段階を経て契約関係に入った以上、契約締結の前後を問うことなく、これらを契約上の付随義務として取り込み、その違反として扱うべきであるという趣旨と理解することができ、この考え方は十分首肯できるところである。

そもそも、このように例示された上記の指示義務は、その違反がたまたま契約締結前に生じたものではあるが、本来、契約関係における当事者の義務（付随義務）といえるものである。また、その義務の内容も、類型的なものであり、契約の内容・趣旨から明らかなものといえよう。したがって、これを、その後契約関係に入った以上、契約上の義務として取り込むことは十分可能である。

しかしながら、本件のような説明義務は、そもそも契約関係に入るか否かの判断をする際に問題になるものであり、契約締結前に限ってその存否、違反の有無が問題になるものである。加えて、そのような説明義務の存否、内容、程度等は、当事者の立場や状況、交渉の経緯等の具体的な事情を前提にした上で、信義則により決められるものであって、個別的、非典型的なものであり、契約の付随義務として内容が一義的に明らかになっているようなものではなく、通常の契約上の義務とは異なる面もある。

以上によれば、本件のような説明義務違反については、契約上の義務（付随義務）の違反として扱い、債務不履行責任についての消滅時効の規定の適用を認めることはできないというべきである。

もっとも、このような契約締結の準備段階の当事者の信義則上の義務を一つの法領域として扱い、その発生要件、内容等を明確にした上で、契約法理に準ずるような法規制を創設することはあり得るところであり、むしろその方が当事者の予見可能性が高まる等の観点から好ましいという考えもあろうが、それはあくまでも立法政策の問題であって、現行法制を前提にした解釈論の域を超えるものである。」

（評釈）

1. 本判決の特徴と問題の所在

契約締結過程において、不十分・不適切な情報提供がなされた結果、相手方が誤認して意図したのとは異なる契約をさせられたことが、契約締結後に問題となる場合がある。このような場合、錯誤、詐欺、担保責任といった民法の既存の制度によっては十分に相手方の保護が図れないことから、これらの制度が適用できない場合についても、不十分・不適切な情報提供による契約締結を、契約締結上の過失の一態様と捉えて、契約成立前の交渉段階においても、信義則上、当事者間に一定の説明義務ないし情報提供義務の存在を認め、その義務違反を理由とする損害賠償が可能

であると考えるのが判例・通説である。本判決においても、YがXらに対して本件各出資を勧誘するに当たって、Yが実質的な債務超過状態にあり、経営破綻の現実的な危険性があることについて何ら説明しなかったことが、信義則上の説明義務に違反するとした。

注目すべきは、右義務の法的性質に関する議論であって、原審と本判決とは考え方が全く異なっている。原審は、この「信義則上の説明義務」の違反が、XY間で成立した本件各出資契約上の付随義務違反として契約締結前に遡って債務不履行責任を構成すると判示した。これに対して、本判決は、契約締結に先立って契約の一方当事者が契約を締結するか否かに関する判断に影響を及ぼすべき情報を相手方に提供しなかった場合には、一方当事者が相手方に対して不法行為責任を負うことがあるのは格別、債務不履行責任を負うことはないとし、その理由として、このような場合における「信義則上の説明義務」を、その義務違反によって締結された契約から生じた義務であると理屈付けることは「一種の背理」であるとしたのである。

契約締結上の過失責任の法的性質については、一種の債務不履行責任として理解するのが通説的見解である。この見解によれば、契約締結交渉段階に入った当事者間の関係は、何ら特別な関係にない者の間の関係よりも緊密であるから、そのような関係にある当事者は、相手方に損害を被らせないようにする信義則上の義務を負い、自らの責めに帰すべき事由によりその義務に違反して相手方に損害を生じさせた場合には、不法行為責任以上の責任（すなわち契約責任）を負うと理解される。こうした通説的理解は、契約締結交渉過程において「信義則上の説明義務」違反が問題となる場面でも当然に妥当するものと考えられているところ、原審はこの見解に基づいて判断をしたのに対して、本判決はこの見解を否定し、不法行為責任しか成立しないことを明言した点に大きな意義を有すると思われる。

また、本判決には、本件説明義務違反が債務不履行責任を構成しない理

由に関連して、千葉裁判官の詳細な補足意見が付されている。そこでは、契約締結過程において信義則上要求される場所の説明義務には2種類あること、そのうちの一方は契約上の付随義務として捉えることができるものであるが、本件で問題となる説明義務はそれとは別の種類であって、同様に考えることができないことが具体的理由と共に示されている点も、理論的に極めて重要である。

以下では、本判決が、「信義則上の説明義務」を、その違反によって締結された契約上の付随義務として捉え、その違反を債務不履行責任として構成することが、いかなる意味で「背理」となるのかを考えてみたい。もっとも、この「背理」という評価が、補足意見で示された説明義務に関する理解を前提としているとすれば、右問題を検討する前提として、契約締結過程において当事者に課されるべき説明義務・情報提供義務の根拠とその機能を明らかにし、補足意見で示された理解の是非について予め検討が加えられる必要がある。そこで、まずはこの点から検討を始めることにしたい。

2. 説明義務の根拠と種類

契約締結交渉過程において、当事者の一方の言動が原因となって相手方に損害が発生した場合に、信義則に基づき一定の法的保護を認める考え方は、契約締結上の過失責任論と呼ばれ、右責任が問題となる類型として、①契約締結交渉が途中で不当に破棄された場合、②契約は締結されたが、後で無効だったことが判明した場合、③契約締結交渉過程において不当な勧誘が行われた結果、相手方が本当ならば望まないような契約をさせられた場合、の3類型があると考えられている。通説的見解は、この責任の法的性質を、契約の準備交渉行為の開始によって、信義則上、契約類似の関係が発生しているとみることができると鑑み、契約責任あるいは契約責任類似の責任と解することは既に述べたとおりであるが、学説の中には、

これらの問題は不法行為責任として構成すれば足りるのであって、契約締結上の過失責任という独自の理論は不要であるとする主張も少数ながら存在するところである⁽¹⁾。本判決で問題となっているのは、このうちの③類型である。

ところで、③類型において、相手方に損害を生じさせた一方当事者に何らかの責任を認めることは、契約法の基本原理と抵触する可能性がある。すなわち、私的自治の原則からは、契約を締結するか否かを決断するために必要な情報収集は各人が自己の責任において行うべきことが要請されるのであって、これによれば、情報収集の不十分さが原因で不利益を被ったとしても、それは自らが引き受けるべきものとされ、契約相手方にそれを転嫁することは許されないことになる。それにもかかわらず不利益を被った者に法的保護を与えることは、この自己責任の原則に抵触することになるため、これを正当化する根拠が必要となるが、以下のように説明することが可能であろう。そもそも契約が意思自治により個人を拘束することが正当化されるためには、契約当事者がそれぞれの契約の内容を理解して契約を締結することが必要であり、これも私的自治の原則に基づくものである。しかしながら、現代社会における契約内容の複雑化・専門化、事業者と消費者との情報量の格差を考えると、先に述べた情報収集における自己責任の原則を全ての契約について適用すると、情報力において劣る当事者（特に消費者）は、自己の目的に適合的な契約を選択する自由を実質的に奪われるだけでなく、不本意な契約に拘束されることがあり得る。そこで、当事者の持つ情報量を対等にして実質的な契約自由を回復すべく、信義則に基づき、契約締結前の時点で相手方に対し適切な情報提供を行うべき義

(1) 契約締結上の過失責任論に関する学説状況をまとめたものとしては、久須本かおり「契約締結交渉の不当破棄における責任(1)」(2008) 62頁以下、潮見佳男・注釈民法(13)(2006) 90頁以下参照。

務を認める必要がある。

加えて、事業者と消費者との取引においては、自分の事業に属する契約を締結し、その意味をよく理解している事業者と、事業者を信頼し、かつ専門性の高い現代社会においては事業者に頼らざるを得ない消費者とを同一に扱うのは正当ではなく、情報力の構造的格差を回復して契約自由を実質的に保障するに留まらず、事業者に対する社会的信頼を保護するという視点に基づき、情報提供義務を事業者の責任として捉えることも必要である。この場合には、もはや自己責任の原則は妥当せず、むしろ事業者たる当事者は、消費者である相手方に対して、契約目的との関係で相手方が当該契約が適格的か否かを判断するために必要な情報及びその情報を分析するための情報を提供しなければならず、事業者がそれらの情報を保有していない場合には、必要な情報を取得するための調査をする義務が課されることもあると考えられている⁽²⁾。

我が国の裁判例においても、次の場合にそのような趣旨の情報提供義務を肯定する判例がみられる。第一に、不動産売買で宅地建物取引業者が売主となる場合である。宅建業法は宅地建物取引業者に重要事項の説明義務を課しているが、同法がそのような義務を課すのは宅建業者という職業または地位に基づくものであることを理由に、私法上も重要事項について調査・説明義務が課されていると解されている⁽³⁾。第二に、フランチャイズ契約の専門性及び当事者間の情報力の格差から、フランチャイズ契約に加盟しようとする相手方はフランチャイザーの説明を信頼して契約を締結するのが通常であるため、フランチャイザーには客観的かつ正確な情報を提供する義務があるとされている⁽⁴⁾。第三に、インパクトローン、変額保険、

(2) 横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」ジュリ 1094号(1996)1290頁は、フランス法において挙げられているこれらの情報提供義務の根拠は、そのまま我が国にも妥当すると論じている。

ワラント取引など、投資・投機的性格をもった各種の金融取引に関連して、当事者間の情報力の格差のほか、経験の乏しい一般投資家の金融機関や証券会社に対する信頼を根拠として、契約の内容及びリスクに関して、金融機関や証券会社の顧客に対する情報提供義務が肯定された判例が多数存在する⁽⁵⁾。

-
- (3) 最判平成 17 年 9 月 16 日民集 217 号 1007 頁（売主から委託を受けてマンションの専有部分の販売に関する一切の事務を行っていた宅地建物取引業者に専有部分内に設置された防火戸の操作方法等につき買主に対して説明すべき信義則上の義務があるとされた事例）、京都地判平成 12 年 3 月 24 日判タ 1098 号 184 頁（「全戸南向き」と宣伝してマンションを販売したが、実際には「全戸南向き」でないことが判明した事例）、奈良地判葛城支平成 11 年 8 月 31 日（宅地建物取引業者が、依頼者からカーポート利用の必要性を強調されて媒介の依頼を受けている場合、カーポートの利用に係る通行権の設定に関する事例）、東京地判八王子支昭和 54 年 7 月 26 日判時 947 号 74 頁（宅地建物取引業者の仲介により購入した土地が宅地造成等規制法による宅地造成工事規制を受けていた場合において、この規制について告知しなかった事例）、東京高判昭和 52 年 3 月 31 日判時 858 号 69 頁（宅建業者を売主とする土地の売買契約につき、売主が宅建業法 35 条の説明義務をつかさななかったことが問題となった事例）。
- (4) 大阪地判平成 22 年 5 月 12 日判時 2090 号 50 頁、大津地判平成 21 年 2 月 5 日判時 2071 号 76 頁、千葉地判平成 19 年 8 月 30 日判タ 1283 号 141 頁、福岡高判平成 18 年 1 月 31 日判タ 1235 号 217 頁、福岡高判平成 18 年 1 月 31 日判タ 1216 号 172 頁、名古屋高判金沢支平成 17 年 6 月 22 日 TKC 法律情報データベース、金沢地判平成 15 年 4 月 28 日判時 1931 号 58 頁、名古屋高判平成 14 年 6 月 27 日 TKC 法律情報データベース。
- (5) 最判平成 23 年 1 月 21 日先物取引裁判例集 61 号 40 頁、最判平成 21 年 12 月 18 日民集 232 号 833 頁、最判平成 21 年 7 月 16 日民集 231 号 375 頁、最判平成 18 年 6 月 12 日金商 1245 号 16 頁、最判平成 10 年 6 月 30 日証券取引被害判例セレクト 10 巻 84 頁、最判平成 10 年 6 月 25 日証券取引被害判例セレクト 8 巻 379 号、最判平成 10 年 6 月 25 日証券取引被害判例セレクト 8 巻 396 頁、最判平成 8 年 10 月 28 日金法 1469 号 49 頁など。

以上のように、今日における情報提供義務は、実質的契約自由の回復と、専門家たる事業者に対する社会的信頼に応じた責任という観点から、信義則に基づいて基礎付けられる責任であると理解することができる。

次に、情報提供義務の類型については、次のように理解することができる⁽⁶⁾。上記のような、情報提供義務違反が契約締結上の過失責任として論じられている場面では、契約をするか否かの意思決定において重要な事項について、自分に不利な情報を一方当事者が相手方に故意的にまたは不注意で告げないことによって、相手方がその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させられてしまったことの不当性もっぱら問題とされている。この場合には、情報提供義務は契約の成立へと向けて課されるものであり、その義務違反は契約の成立に影響を与えるものとして位置づけられている。一方で、情報提供義務が契約上の付随義務として論じられることもある。すなわち、契約当事者には、契約で目的とされた給付義務の履行に際して、一般にそれを債務の本旨に従って実現するよう、注意ないし配慮することが信義則上求められるのであり、そうした義務の一つとして目的物の使用についての説明や一定の情報を提供することが要求されるのである。この場面で課される情報提供義務は、給付義務の履行に向けられるところの、給付義務に付随する義務であって、その義務違反によって給付義務違反を惹起するのであれば、それが債務不履行責任を構成することについては疑いがない。また、ここで問題となる情報は契約の

(6) この分類は、横山・前掲注2・130頁以下に紹介されているファーブル・マニヤンの分析視角を参考にするものである。マニヤンは、情報提供義務の法的性質を論じる際、情報提供義務を義務違反がもたらす結果との関係で機能的に区別し、それぞれに異なる法的効果を付与すべきことを提唱する。なお、我が国における議論状況として、契約締結上の過失の一類型としての情報提供義務については、平野祐之「民法総合5契約法」(2007)39頁以下、付随義務としての情報提供義務については、近江幸司「債権総論第3版補訂」(2009)8頁参照。

成否を左右するものではなく、契約締結前に情報が提供されなかったとしても、完全な履行に向けて締結後も継続的に情報提供義務は課され続けるものであることから、契約締結の前後にかかわらず、端的に契約上の付随義務として論じることには異論はないようである。もちろん、後者の情報提供義務も、契約締結前にその義務違反が問題となる場合もあり得るという意味では、前者と同様、契約締結上の過失責任として捉えることも可能であり、付随義務論が十分に成熟していなかった当初は、いずれの情報提供義務違反も信義則上の義務として漠然と一括され、明確に区別されていなかったようである。しかし、一方で、付随義務論の発展によって、給付を契機として発生する諸々の信義則上の義務の存在が一般的に承認され、その類型化や義務内容の分析が進んだこと、また他方で、契約の成立に向けた情報提供義務違反については、これを特に契約責任と構成することの実益として契約の解除を挙げる見解⁽⁷⁾が有力に主張されたことに伴い、原則として解除の効果をもたらすものではない付随義務違反との違いが意識されるようになったこともあって、両者は徐々に別の問題類型として論じられるようになったものと思われる。

このように2種類の情報提供義務は、前者は契約締結上の過失責任論で、後者が付随義務論の中で別々に論じられており、最近では両者が同一平面上で論じられることはほとんどなかったところ、両者の義務の内容や効果面の比較という視点を持ち込んだのが、本判決の補足意見である。

補足意見が「契約締結以前の準備段階における過失」を契約上の責任として扱う場合として引用する2つの具体例、すなわち「〔1〕素人が銀行に

(7) 北川善太郎「契約締結上の過失」契約法体系Ⅰ（1962）207頁、森泉彰「『契約締結上の過失』に関する一考察（一）～（三）」民事研修290号（1981）8頁以下、今西康人「契約の不当勧誘の私法的効果について——国内公設商品先物取引被害を中心として」民事責任の現代的課題（1989）235頁など。

対して相談や問い合わせをした上で一定の契約を締結した場合に、その相談や問い合わせに対する銀行の指示に誤りがあって、顧客が損害を被ったときや、〔2〕電気器具販売業者が顧客に使用方法の指示を誤って、後でその品物を買った買主が損害を被ったときについて、契約における信義則を理由として損害賠償を認めるべきであるとするものがある（我妻榮「債権各論上巻」38頁参照）は、後者の類型に該当するものである⁽⁸⁾。そして、これらの例がいずれも契約上の付随義務の問題であり、その違反を債務不履行責任として構成することに問題ないとする帰結は、上述した一般的理解に照らしても異論のないところである。そして、補足意見が、本判決において問題となっているところのYの説明義務を、「契約関係に入るか否かの判断をする際に問題となるもの」であって、前者の類型、すなわち契約の成立に向けて課される類型の情報提供義務であると理解し、後者の類型と異なるものとして取り扱うべきであるとする指摘も、納得のいくところである。

このように、補足意見に示された情報提供義務の類型論は、契約の締結に向けられた情報提供義務と、契約の履行に向けられた情報提供義務について、その義務内容及び義務違反の効果を分けて考えることを示唆するものであり、有益な視点を提供するものである。しかしながら、この考え方によれば、前者の義務違反は不法行為責任を発生させ、後者の義務違反は

(8) 東京地判平成18年11月29日判タ1253号187頁は、「旅行者には、旅行者に対し、主催旅行契約上の付随義務として、社会通念上旅行一般に生じる可能性のある危険と異なる程度の高度の危険が存在する場合には、当該危険に関する情報を旅行者に告知すべき信義則上の義務がある」としているが、これもこの類型の一例として挙げることができよう。なお、補足意見が後者の類型を契約締結上の過失責任の一例として説明している点は、引用例の典拠が我妻博士の教科書であり、これが記された当時は付随義務論がまだ十分に成熟しておらず、2つの類型が明確に区別されていなかったことに由来するものであろう。

債務不履行責任を発生させることになるため、類型によって義務違反の効果は区別されるべきことになるが、この帰結は上述した通説的理解からの帰結と大きく異なるものである。というのは、従来の通説的見解は、契約締結に向けられた情報提供義務の違反を、他の契約締結上の過失責任の問題類型と同様、信義則に基づく一種の債務不履行責任として捉えるため、情報提供義務違反も結局は債務不履行責任を発生させるものとなり、いずれの類型も効果の面では違いが生じないことになるからである⁽⁹⁾。情報提供義務の類型によって義務違反の効果を分けて考えるという、補足意見と同様の視点に立って問題を眺めた場合、契約締結に向けられた情報提供義務違反の効果として、債務不履行責任が発生すると解する通説的見解は果たして維持されるべきであろうか。次にこの点について検討する。

3. 「背理」の意味と評価矛盾

本判決は、契約締結に向けられた説明義務の違反は債務不履行責任を構成せず、不法行為責任を構成するにすぎないと考える。そして、債務不履行責任が成立しない理由として、ここでの説明義務を、その義務違反の結果として締結された契約そのものから生じた義務と構成することは「背理」であるからだと説明する。ここでいわれるところの「背理」とはいかなる意味なのであろうか。

判旨の文言を素直に読めば、次のように理解することができよう。契約の締結に先立ち、契約を締結するか否かに関する判断に影響を及ぼすべき情報を相手方に提供すべき信義則上の説明義務が認められるとすると、そ

(9) もっとも、損害賠償の範囲については違いが生じうる。付随義務違反の場合には、それが結局は給付義務違反をもたらすものであるから、それに対する損害賠償は履行利益の賠償となるが、契約締結に向けられた情報提供義務違反の場合には、信頼利益の賠償に留められる。

の義務が適切に果たされた場合には、契約は締結されないことになる。つまり、この説明義務は、契約が結果として成立しなかった場合でも、そのような契約を締結しようとする交渉過程において、契約当事者に課されるべき義務として位置づけられることになるのであって、その後の契約の成否とは全く無関係である。そうすると、この義務を、それが果たされなかった結果として締結された契約の付随義務として理解し、これが契約締結交渉過程にも前倒して課されたものであると解することは理論的に不可能であるということであろう。

確かに、ここで課されている情報提供義務が、理論的には、その後に締結される契約に先行し、かつこれとは独立して存在するものであるというこの指摘は正しい。しかし、だからといって、契約の締結に向けられた情報提供義務違反が、債務不履行責任を構成するという考え方までも誤っているということにはならないであろう。契約締結上の過失責任が問題となる類型には、情報提供義務違反のほかにも、契約締結交渉が途中で不当に破棄された場合があることは先に紹介したとおりである。この場合にはそもそも契約自体が成立していないので、契約締結交渉の不当破棄に対する責任を、後に成立した契約の付随義務違反として構成することはできないが、このような場合における契約締結上の過失責任の法的性質もまた契約責任であると理解するのが、通説的見解である。この見解によれば、契約締結交渉関係に入った当事者は、一般市民間における関係とは異なり、契約類似の緊密な信頼関係に立つのであるから、相手方の正当な利益を害しないように配慮すべき義務を負っており、こうした義務の有責な違反を理由とする責任が契約締結上の過失責任であると理解される。ここでは、契約締結の交渉開始から契約締結までの期間において、交渉当事者の行為義務を支配する法理は何かということが、契約成立後の関係とは切り離された形で独立して論じられているのであり、交渉当事者間には契約関係を支配するのと同様の信義則の支配する関係が認められることを理由に、この

期間の関係を支配する法規範も、契約成立後と同様、契約法規範であるべきだと解することは理論的に十分可能である。したがって、本件における信義則上の説明義務の違反が、その結果として締結された出資契約上の付随義務違反として債務不履行責任を構成すると解することは背理であるという理由では、本件において不法行為責任しか成立しないという結論を正当化することはできないのである。

そうすると、契約締結過程における信義則上の義務違反がいかなる法的性質を有するものであるのかが問題となるわけであるが、これを検討する以前に、そもそも契約の締結に向けられた信義則上の説明義務違反に対して、不法行為責任としてであれ、契約責任としてであれ、損害賠償責任を認めるという結論それ自体の正当性が改めて問われなければならないと考える。なぜなら、このような責任を認めることは次のような結果における評価矛盾をもたらすからである⁽¹⁰⁾。本件において、XがYに求めている損害賠償の内容は、出資金相当額（500万円）とその遅延損害金の賠償であるが、この賠償を認めることは契約がなされなかったのと同様の経済的状態を実現するもの、すなわち契約を無効と評価した上で給付利得の返還が認められたのと同様の経済的効果を導き出すものである（原状回復的損害賠償）。一方で、本件においては、Xから詐欺取消や錯誤無効が主張されているものの、その主張は採用されないまま、XY間で締結された本件各出資契約は有効であることを前提として、損害賠償責任が肯定されている。このように、本件各出資契約を有効と評価しつつ、右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し、結果として契約が無効である場合と同様の損害賠償を認めることは、評価矛盾となるので

(10) こうした視点を示すものとして、道垣内弘人「取引的不法行為——評価矛盾との批判のある1つの局面に限定して——」ジュリ1090号(1996)137頁以下、潮見佳男「規範競合の視点から見た損害論の現状と課題（2・完）」(1995)86頁以下、がある。

はないだろうか。当事者が初めから損害賠償しか請求していない場合とは異なり、本件のように、詐欺や錯誤といった、契約の有効性自体を争う主張と共に損害賠償請求がなされている場合に、前者の主張を退けて契約を有効と評価した上で、契約の意思形成に影響を与えた情報提供義務違反の有責性を認めて損害賠償を肯定する場合には、この矛盾はより明瞭となる。このように契約が有効に成立している場合になお、契約の有効無効の判断を経ることなく、あるいは、契約の有効性を明示的に承認しつつ、契約が無効である場合と同様の損害賠償を肯定する傾向は、本判決に限らず、情報提供義務違反を含めた取引的不法行為において損害賠償責任が問題となる局面では、非常に強く表れているのが裁判実務の現実である⁽¹¹⁾。

こうした評価矛盾を来してもなお、情報提供義務違反に対する原状回復的損害賠償責任を認めるべきであると解するのであれば、こうした矛盾を矛盾と捉える必要がないと言い切れるだけの独自の制度論理ないしは存在理由が必要であろう。そのような論理ないし理由は存在するのであるか。

考えられる一つの存在理由としては、契約締結過程において不適切な情報が提供された場合に、民法の既存の錯誤や詐欺などの制度では、その要件の厳格性から、被害者、特に消費者を十分に救済することができないため、これらに代わる救済手段としての必要性が挙げられる。例えば、情報提供義務違反との競合が特に問題となる詐欺との関係でいえば、詐欺が成立するためには、①欺罔行為が違法であること、②表示者に故意があること、が必要であると解されている。①については、表示者には取引上の駆け引きとして一定のセールストークが許されているので、不適切な情報提供あるいは自分に不都合な情報の不開示が当然に違法と評価されるわけで

(11) こうした判例は枚挙にいとまがないが、後掲注 15 に挙げた判例は、いずれもこの種の判例である。

はない。従来、詐欺における欺罔行為の違法性判断基準が明確ではなく、判例は、不適切な情報提供あるいは情報の不提供について、社会的に許容される範囲を広く解して欺罔行為の違法性を否定する傾向にあった。そこで、詐欺が成立するといえるほどには違法性はないが、なお相手方の意思形成に不当な影響を与えることが違法と評価できる場合に、情報提供義務違反に基づく損害賠償責任を認めることにより、被害者たる消費者の保護を図ろうというわけである。また、②の要件を前提とすると、過失による情報提供義務違反の場合には詐欺が成立しないことになるが、事業者に対する社会的信頼の保護という観点から、情報提供義務が事業者の責任と捉えられるような事業者・消費者間の取引においては、過失による情報提供義務違反が違法と評価されるべき場合もあると思われるので、そのような場合の救済手段として一定の意味がある。学説の中には、このような状態を、法律行為法によって、いったんは正当化された利益侵害を再び違法化するにあたって、硬直しがちな法律行為法、契約法に代わって、不法行為法が重要な役割を期待されているものとして積極的に評価し、法律行為法の新たな要件の生成までの過渡期的手段として肯定する見解⁽¹²⁾を示すものがある。また、違法評価を受ける契約締結態様が種々存在しうる中で、法律行為法は一定の場合についてのみ契約の取消又は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を許容したものとして理解し、情報提供義務違反を後者に属するものとして積極的に位置づけた上で、情報提供義務違反に対する原状回復の損害賠償は、違法行為によって生じた契約の経済的利益の保持を否定することによって、被害者の財産的損害を回復するという独自の救済方法としての意味をもちうるとする見解も示されている⁽¹³⁾。

(12) 道垣内・前掲注10・140頁。

(13) 横山・前掲注2・136頁参照。

もう一つの正当化根拠としては、損害賠償という技術を用いることによる判断の弾力性が挙げられる。すなわち、契約当事者間での原状回復の処理に損害賠償請求の技術を用いる場合には、過失相殺を行うことにより契約締結交渉過程における被害者の態様を考慮して減額処理を図ることができ、契約の無効という処理よりも柔軟な解決を図ることができるということである⁽¹⁴⁾。実際に、取引的不法行為の裁判例では、過失相殺により賠償額を減額したものがかなり多い。最近の判例では、例えば、天津地判平成21年2月5日判時2071号76頁は、フランチャイズ契約の締結に向けた準備段階において、フランチャイザーがフランチャイジー候補者に対し、信義則上、十分な調査や的確な分析を行い、できる限り正確な売り上げ予測等の情報を提供する義務があり、その違反は債務不履行責任を生じさせるとした上で、フランチャイジーは単なる末端消費者とは異なり、自己の判断と責任においてフランチャイズ契約を締結するか否かを決すべきであること、本件フランチャイジーは、これまでの経歴から商売を営む経営上の危険性について十分理解し判断する能力を有していたこと、フランチャイザーの示した売り上げ予測について特に質問も検討もせず、これを安易に信じて契約締結を決意したことをもって、5割の過失相殺をしている。また、大阪高判平成20年11月20日判時2041号50頁は、証券会社が一般投資家に対し当該投資家の属性に応じて格付けの存在及び信用リスクの増大について情報提供及び説明義務を負う場合があり、一部の原告については、その属性に照らすと説明義務違反がなければ社債の購入という投資判断をしなかったと判断した上で、原告の年齢及び投資経験からすると、社債の一般的仕組みや抽象的リスクについて理解する能力を有していたことを理由に、5割から6割の過失相殺をしている⁽¹⁵⁾。

(14) 潮見・前掲注10・92頁参照。

しかしながら、これらの正当化根拠はいくつかの点で問題があると思われる。第一の正当化根拠については、情報提供義務違反に対する契約締結上の過失責任が、従来の民法の制度の欠陥を埋めるものとして重要な役割を果たしてきたことは確かであるとしても、この種の義務違反が問題となった判例は既に相当数に及んでいるのであり、いつまでも信義則という一般条項を根拠にこの義務の内容や程度を不分明なままにおいておくことは、取引当事者の予測可能性を阻害するものであって望ましい状態とはいえないであろう。学説上は、詐欺法理や錯誤法理を拡張することによって、従来情報提供義務違反で対処してきた問題類型をも取り込もうという試みもなされている⁽¹⁶⁾。しかしながら、前述したように、現行民法が対等な当事者間における情報収集の私的自治を前提とした制度として設計されている以上、現代社会における当事者間の情報量や分析能力の格差を根拠に、民法の既存の法理についてその要件を部分的に修正することは、制度としての一貫性を失うことになろう。むしろ、そうした後見的観点からの修正は特別法によって担われるべきである。この点、消費者契約法は、事業者が不当な勧誘行為をした結果、消費者が誤認または困惑することにより契約をした場合に、消費者に取消を認めるものであり（消費者契約法4条）、

(15) その他にも、多数の判例がある。過去3年ほどの判例を挙げると、広島地判平成21年2月10日先物取引裁判例集59号297頁、東京地判平成20年3月25日先物取引裁判例集52号111頁、神戸地判平成20年1月18日先物取引裁判例集50号432頁、千葉地判平成19年11月12日先物取引裁判例集50号292頁、千葉地判平成19年8月30日判タ1283号141頁、大阪高判平成18年7月13日先物取引裁判例集45号132頁、神戸地判姫路支平成18年6月12日先物取引裁判例集44号391頁、福岡高判平成18年1月31日判タ1216号172頁など。

(16) 後藤卷則「フランス契約法における詐欺・錯誤と情報提供義務（一）～（三）」民商102巻2号—4号（1990）参照。こうした方向性を支持するものとして、平野・前掲注6・40頁。

特に4条1項はこれまで詐欺によると欺罔の故意の点で証明が困難であったのを救済するために故意を要件としていない点で消費者保護を大きく前進させるものとなっている⁽¹⁷⁾。

一方、この点に関連して、経済法令や業界の自主規制規範に違反して契約が結ばれた場合に、右違反は契約の私法上の効力に直ちには影響しないという従来の考え方を前提として、そこから契約の効力は維持せざるを得ないとしても、なお存在する不公平・不均衡感を、損害賠償の方法により解消させることで、契約の効力にさわずに契約の効力を否定したのと同様の経済的状况をもたらすことができる道が模索されており⁽¹⁸⁾、情報提供義務違反に対する損害賠償という構成はまさにこれに適合的であった。しかし、最近の学説における公序論の中では、「消費者取引公序」の提唱を通じて、消費者の権利利益の保護や実現が法令の目的である場合には、取引の効力を判定する際に当該法令の援用を認めるべきこと、また「経済的公序」の提唱を通じて、取引の環境となる市場秩序の維持、競争秩序の維持を図るべく、国が一定の市場政策を選択している場合には、そうした基礎に立つ経済法令に対する違反は、当該取引の効力の否認をもたらすべき

(17) 消費者契約法1条は、事業者の情報提供義務を努力義務に留めているものの、同法の制度趣旨から、情報提供義務を根拠付けようとする判例もみられる。大津地判平成15年10月3日は、消費者契約法1条、3条、4条2項の趣旨（事業者の情報の質及び量の絶対的な多さを考慮し、これに対する消費者の利益の擁護による健全な取引の発展を目的とする趣旨）からは、事業者が、一般消費者と契約を締結する際には、契約交渉段階において、相手方が意思決定をするにつき重要な意義をもつ事実について、事業者として取引上の信義則により適切な告知・説明義務を負い、故意又は過失により、これに反するような不適切な告知・説明を行い、相手方を契約関係に入らしめ、その結果、相手方に損害を被らせた場合には、その損害を賠償すべき義務があると解することができるとする。

(18) 潮見・前掲注10・86頁。

ものであるとの主張がなされているところである⁽¹⁹⁾。このような考え方によれば、当該契約を詐欺により取り消すことができなくても、その契約が経済法令や業界の自主規制規範に違反して結ばれた場合には、それ自体を根拠として契約を無効とすることも可能となる。

そして、第二の正当化根拠については、契約の無効、取消は常に契約全部について及ぶため、こうした解決は弾力性に欠けるという理解がその前提となっていると思われるが、契約内容が量的に可分である場合には一部無効という処理がなされうることが視野に入れられていない点に問題がある⁽²⁰⁾。実際に、契約が有効であるとしつつも、これに基づく債務の履行請求に対して債権者側の非難すべき態様等を考慮して請求認容額を縮減することで、結果的に契約内容を修正する裁判例が少なからず存在する⁽²¹⁾。もっとも、債権の本来的効力として履行請求権を無制限に認める日本民法の実定法構造を前提とした場合に、履行請求権を縮減するという考え方は、表見代理や債権の準占有者の弁済といった一部の法分野について検討されているに過ぎず、いまだ一般に承認されているとは言い難い状況にある。

以上の検討から、契約を有効としつつ情報提供義務違反に対する原状回復的損害賠償を認めるという処理のあり方が結果的に来す評価矛盾を正当化するための上記の2つ根拠は、十分な正当性を持ち得ているかについて

(19) 大村敦史「契約法から消費者法へ」(1999) 195頁以下、山本敬三「公序良俗論の再構成」(2000) 82頁以下参照。

(20) 潮見・前掲注10・92頁。

(21) この種の判例を紹介したものとして、久須本かおり「民法四一八条の類推適用による履行請求権の割合的縮減」愛知大学法経論集160号(2002)103頁以下参照。履行請求権を制限するための法律構成としては、過失相殺の類推適用あるいは信義則を通じて履行請求権を割合的に縮減する方法と、債権者の非を債務不履行と評価し、債務不履行に基づく損害賠償請求権を債権者について認めた上で、債権者の履行請求権と債務者の損害賠償請求権とを相殺する方法がある。

若干疑問が残るものの、現実問題として、契約締結前に問題となる情報提供義務の内容は多種多様であり、漠然とした要件故にこれらに柔軟に対応できる現在の処理のうまみも被害者救済の観点からは捨て難いというのが正直なところであろう。今後も実務上は原状回復的損害賠償を通じた契約の無効的処理が好んで使用されることが予想されるが、理論的にはこうした処理から、情報提供義務違反を契約の有効性判断に反映させる問題処理の方向へシフトしていく必要を意識しつつ、積み重ねられた判例を分析、類型化し、そこから抽出された規範を明文化する不断の作業が必要であると考え。それにあたっては、先に述べたように、消費者契約法や経済法令といった特別法による対応が望ましいが、民法の枠内で問題の処理を図ろうとする場合には、対等な合理的私人間での私的自治の保護を基調とする民法の前提そのものから再検討し、当事者不対等を所与のものとした制度設計が必要になろう。既に情報提供義務違反に関する研究は進められているところであるが⁽²²⁾、その評価も含めこの課題の検討は他日を期すこととしたい。

なお、上記で検討した評価矛盾は、契約締結上の過失責任論が適用される3類型のうち、情報提供義務違反の類型に特有の問題である。というのは、契約交渉が途中で不当に破棄された場合や、契約は締結されたが、後で無効だったことが判明した場合には、結果的に契約は成立しなかったことになるので、契約締結上の過失責任として原状回復的損害賠償を課すことは、契約不成立という結果と矛盾しないからである。

4. 残された問題と本判決の射程

3で検討した評価矛盾について先に示した政策的配慮から目をつぶらざ

(22) 宮下修一「契約関係における情報提供義務(1)～(12完)」名古屋大学法政論集 185号～205号(2000～2004)、同「消費者保護と私法理論」(2006)。

るを得ないとしても、残された問題は、情報提供義務違反を含め、一般に契約締結交渉過程において当事者に課される信義則上の義務の法的性質は何か、である。これを契約責任と構成しようと不法行為責任と構成しようと、効果は損害賠償であり、その内容は原状回復的なものに留まる点に違いはないので、この問題は純粹に理論的な問題であるといつてよい。

この問題について、筆者は、契約締結交渉の不当破棄事例を中心に検討した別稿にて、契約締結交渉過程における信義則上の義務は不法行為責任の一種として性格付けることが最も自然であることを論じた⁽²³⁾。義務違反の態様の多様性、判断の個別性・具体性・柔軟性、過失相殺の積極的活用という点において、契約責任というよりはむしろ不法行為責任の判断構造に近いこと、契約締結上の過失責任に言及した判例はかなりの数に上るが、通説が契約責任構成であるにも関わらず、依然として不法行為責任構成の判例が出され続けていること、契約成立を厳格に捉える判例の立場からすれば、契約責任はあくまで契約の成立後に課されるべき責任であって、契約締結交渉段階における責任とは厳然と区別されなければならないはずであるから、両者を連続的に捉えることは困難であることなどがその理由である。本判決の補足意見でも、契約締結前における説明義務の内容や程度は個別的、非典型的なものであって、通常の契約上の義務とは異なることが指摘されているが、これらも不法行為責任との親和性を示す特徴といえるであろう。

もっとも、契約締結に向けられた情報提供義務違反の場合には、義務の内容や程度が千差万別である契約締結交渉の不当破棄に比べて、もともと義務の内容に「情報の提供」という限定的な括りがある上に、義務違反の結果として現に成立している契約に照らして、契約締結前に提供されるべ

(23) 久須本かおり「契約締結交渉の不当破棄における責任(2)完」愛知大学法経論集 177号 (2008) 106頁参照。

き情報が何であったのかは比較的抽出しやすい点に特徴がある。それゆえ、契約締結に向けられた情報提供義務違反を不法行為責任と捉え、問題処理の個別性、非類型性を維持し続けるよりは、先の述べたような契約の有効性判断に反映できるような形で、その要件や内容を明確化する方が、交渉当事者の予測可能性という観点からは望ましい。その限りで、情報提供義務違反を契約締結上の過失責任の一つとして位置づける構成は、あくまで過渡的なものにすぎないのであって、最終的には契約の有効性要件に昇華、吸収されるべきものであるから、その性質論を独立して論じることにはそれほど意味はないと言えよう。

最後に、本判決の射程である。本判決は、契約締結上の過失責任の類型のうち、情報提供義務違反という類型に限定して判示するものであり、かつ判旨の示した説明義務の法的性質論は十分な根拠に基づくものとは言い難い。しかしながら、判旨が前提とするところの、補足意見で示された契約締結上の過失責任に関する一般的理解は、この問題に対する通説的理解とは明らかに異なるものであって、本判決が契約締結上の過失理論に重大なインパクトを与えるものであることは確かである。今後は、契約締結交渉の不当破棄類型についても、同種の法的性質論が展開される可能性は非常に高いといえ、今後の判例の動向が注目される⁽²⁴⁾。

(24) なお、本判決が、当事者の請求のうち原審が採用しなかった法律構成の方が正しかったことを理由として、原審の判決を破棄するに止まり、これを差し戻さなかった点は一見不当に思われるが、本判決が724条前段の適用に言及していることから推察して、原告が訴えを提起した時点で既に3年の時効期間が経過しており、不法行為に基づく損害賠償請求権が消滅している事案であることがうかがわれる。この点、原審が未公開であり事実関係を確認することができなかった。