

# ドイツ情報提供責任論の展開

—— 制度間競争論の視点から ——

古 谷 貴 之

## I 目次

### I 序

#### (1) 緒論

#### (2) 本稿の目的

### II BGB旧法下における状況の概観

#### (1) 緒論

#### (2) 従来の判例および学説

### III 情報提供責任論の展開

#### (1) 判例法理の転換 —— 連邦通常裁判所一九九七年九月二六日判決 ——

#### (2) 分析の枠組み

#### (3) ハンス・シュトルおよびM: リープの見解

#### (4) 契約締結過程における決定自由の保障スキーム

- (1) ローレンツの見解
- (2) グリゴライトの見解
- (3) カナーリスの見解
- 5 判例および学説の分析
- 6 小括
- IV ドイツ債務法の現代化と情報提供責任論の現況
- 1 債務法現代化法の「討議草案」の公表と学説の反応
- (1) 討議草案理由書における討議草案三〇五条一項二文の内容
- (2) ダウナー・リープの評価
- (3) グリゴライトの評価
- 2 現行法下における状況
- (1) 契約締結上の過失の明文化
- (2) 現行法下における契約締結上の過失に基づく契約解消をめぐる議論状況
- 3 総括
- V 結びにかえて

## I 序

### 1 緒論

契約の拘束力が正当化されるためには、その契約の当事者が契約内容や取引条件などを理解したうえで意思表示をおこなう必要があるが、契約締結の意思形成のための情報を収集・分析する責任は、原則として各当事者にある<sup>1)</sup>。したがって、この自己責任の原則によると、「契約締結のための情報の収集や情報の分析の失敗によって生じた不利益は、情報の収集や情報の分析に失敗した者自身が負担<sup>2)</sup>」しなければならない。

しかしながら、この原則が妥当するためには、契約当事者が必要な情報を入手することが可能であり、かつ自己の知識・経験に基づいて、入手した情報を理解し、分析できることが前提となる<sup>③</sup>。したがって、消費者取引等に典型的に現れるように、契約当事者間に情報を収集する能力や専門的知識において著しい格差が生じている場合には、契約締結過程における実質的対等性を確保するため、一方当事者から他方当事者に対する説明義務・情報提供義務が課されることになる。

契約締結過程において、こうした説明義務・情報提供義務を課される当事者の故意または過失による虚偽の説明ないし説明の懈怠によって、他方当事者の意思決定の自由が侵害され、その者にとって不利な内容の契約が締結される場合、契約は有効に成立するものの、その契約に拘束力を認めることは妥当でない。したがって、他方当事者には、（全部または部分的に）契約からの解放を求める権利が与えられなければならない。

このような問題に対処するため、わが国では、特に「過失による詐欺」の問題領域を中心にして議論が展開されてきた。初期の段階では、フランス法における情報提供義務論が紹介され<sup>④</sup>、——見解相互の理解にニュアンスはあるもの——情報提供義務を合意の瑕疵レヴェルで拡張する理論として提えたり<sup>⑤</sup>、情報提供義務と錯誤理論との接続を意識して、「情報提供義務の違反は、詐欺の要件を緩和したものである」というより詐欺・錯誤の要件を統一的に緩和したものとみるべき<sup>⑥</sup>とし、情報提供義務を「詐欺・錯誤の中間的な法理」と理解されたりしている<sup>⑦</sup>。あるいは、情報提供義務を「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いうよりは、むしろ、詐欺における欺罔行為の違法性判断の基準となる概念」とする見解もある<sup>⑧</sup>。

他方、実務では、情報提供義務違反を理由として不法行為法上の原状回復的損害賠償を認める判例理論が確立されている<sup>⑨</sup>。しかしながら、このように、契約の効力を積極的に否定しないまま、その契約を不法なものとして損害賠償を認

めるのは、法的評価として矛盾しないかが問題とされた。<sup>9)</sup>今日の学説では、原状回復的損害賠償に「過渡的法理」としての位置づけを与え、むしろ「合意の瑕疵」論ないし法律行為論の枠組みにおいて、いかなる方法で規範的な解決モデルを提供できるのかが共通の問題意識となっている。<sup>11)</sup>

## 2 本稿の目的

本稿は、以上のような問題意識の下、「合意の瑕疵」との連続性も意識しつつ、近時のドイツにおける情報提供責任論——特に制度間競合論——の視点から比較法的考察を試みるものである。具体的には、ドイツ法を参考にして、有効に契約が成立した場合の契約締結上の過失 (*culpa in contrahendo*、以下 *c.i.c.*とも略記する) に基づく契約解消をめぐる問題を扱う。ドイツでは、契約締結上の過失に基づき損害賠償請求を認めることによって、「過失による詐欺」の場合にも契約解消を導く判例法理が確立されている(損害賠償法における原状回復主義)。しかし、このような法理論を無条件に承認すると、民法上の意思表示制度を空洞化させるおそれがある(本稿では、詐欺取消規定を中心に検討する)。

有名な「旋盤事件」<sup>13)</sup>において、契約締結上の過失に基づく契約解消を承認して以降、判例は、詐欺取消規定との評価矛盾性を指摘する学説の激しい批判にもかかわらず、最近まで一貫した態度を維持してきた。しかしながら、一九九七年九月二六日判決<sup>14)</sup>において、連邦通常裁判所(以下、BGHとも言う)は、そうした学説の批判に耳を傾け、——結論においては、契約解消の法律効果を承認するもの——自らの理由づけを変更するに至った。略述すると、BGHによれば、*c.i.c.*法理に基づく契約解消請求権を行使するためには、被欺罔者に、具体的な「財産損害」が生ずること——経済的に見て不利な契約が締結されること——を要件とする。つまり、従来までとは異なり、契約締結上の過失に

新たな客観的要件を付加することで、単に被欺罔者側の決定自由が侵害されただけでは、契約解消を導くことができないとされたわけである。

こうした判例理論の転換に着目して、本稿では、まず、契約締結上の過失の保護目的の観点から分析をすすめていく。より具体的に言えば、契約締結上の過失責任は、被害者側に生じるいかなる不利益を保護の対象とするものなのか——決定自由の保護を含むのか、それとも、財産保護に限定されるのか——という点につき、判例および学説の立場を明らかにする（以下では、この観点からの分析を「c.i.c.保護目的」論とする）。

つぎに、第一の問題に関して、仮に、契約締結上の過失の保護目的を詐欺取消規定のそれと同質であると理解しても——すなわち、契約締結上の過失の保護目的に決定自由を含むと理解しても——、契約締結上の過失に基づく契約の解消が無条件に正当化されるわけではない。なぜなら、両規範には、主観的要件面（詐欺取消しは「故意」、c.i.c.は「過失」）および行使期間（詐欺取消しは一年、c.i.c.は旧法下において三〇年）の点につき、重大な相違が存するからである。それゆえ、詐欺取消しよりも緩やかな要件でもって、契約締結上の過失に基づく契約解消を承認するのであれば、それを正当化するだけの理由づけが示されなければならないはずである（いわゆる「故意ドグマ」および時効期間の問題）。さらに、契約締結上の過失に基づく契約解消をめぐる議論は、ドイツ債務法現代化法の立法過程でも大きな問題となつた。周知のとおり、二〇〇一年のドイツ債務法現代化法により、明文上、新たに契約締結上の過失が規律され、評価矛盾をめぐる問題にも一応の立法的解決が示された。こうしたドイツにおける法状況は、過失による詐欺をめぐる類似の議論状況にあるわが国の情報提供義務論にとつて、有益な示唆を与えるものと考えられる。そこで、三つ目の課題として、ドイツ債務法が改正される際の立法過程における議論に着目して整理することとしたい。

これまで、わが国でも、主に消費者契約法の立法過程において、本稿で取り扱うドイツc.i.c.理論がたびたび紹介さ

れてきた。しかし、比較法理論の「損取」という面では意欲的であるものの、競合する諸制度〔合意の瑕疵〕ないし法律行為法〕との体系的関連や制度間競合の視点は、必ずしも明確に意識されてこなかったとの指摘もある。<sup>(15)</sup> 近時のドイツ情報提供責任論の現状を紹介・分析することを通じて、わが国の説明義務・情報提供義務をめぐる議論に新たな分析視覚を提供する契機となれば、本稿の目的はひとまず達成されるであろう。<sup>(16)</sup>

以上の問題意識にしたがって、本稿での叙述を、次のように構成する。まず、ドイツ民法における契約締結上の過失に基づく契約解消請求権の基本的枠組みについて説明し、従来の議論を鳥瞰する(Ⅱ)。つづいて、最近の判例法理の展開を受けた学説の状況を紹介・分析する(Ⅲ)。その後、ドイツ債務法現代化法の下で、契約締結上の過失論がどのような立法的展開を見たのか、特に契約締結前の情報提供責任の視点から、判例および学説を整理する(Ⅳ)。最後に、本稿のまとめと今後の課題を提示することとしたい(Ⅴ)。

## Ⅱ BGB旧法下における状況の概観<sup>(17)</sup>

### 1 緒論

ドイツ民法(以下、BGBという)旧規定下において、契約相手方の意思表示の瑕疵に対する法的責任については、基本的に故意責任が予定されていた。すなわち、故意による詐欺の場合には、BGB一二三条一項で被欺罔者に詐欺を理由とする取消権が与えられ、さらにBGB八二六条の故意の良俗違反による不法行為ないしBGB八二三条の保護法規違反の不法行為を理由とする損害賠償請求が認められる。しかしながら、自己決定侵害を理由として契約関係からの解放を求める者にとって、相手方の悪意ないし故意を立証することには困難を伴う。そこで、こうした事態を回避する

ため、情報提供権利者にとって「望まれない契約（unerwünschter Vertrag）」が締結された場合に、詐欺（BGB 一二三条一項）が成立しない場合であっても、「契約締結上の過失」に基づいて契約の解消を導く理論が判例法上承認されてきたのである。

従来の判例理論による契約締結上の過失に基づく契約解消の構造は、以下に述べるとおりである。すなわち、故意または過失によって説明義務・情報提供義務に違反した者は、損害賠償を義務づけられる。そして、当該損害賠償の法律効果は、原状回復——契約の解消および巻戻し——を帰結する（BGB 二四九条一文）<sup>18</sup>。つまり判例によれば、望まれない契約の締結は、それ自身が損害であり、債務者は、原状回復によってそれを是正する義務を負う。したがって、これを被害者側から見れば、詐欺による契約の取消し（BGB 一二三条一項）を行った場合と同様の法律効果が導かれるということになる。ただし、損害賠償法に基づく契約解消は、形成権ではなく、法的には請求権である<sup>19</sup>。この点において、形成権として理解されるBGB 一二三条一項に基づく取消しとは異なる。したがって、契約解消請求権は、三〇年の消滅時効に服する（BGB 一九四条一項、一九五条）<sup>20</sup>。契約が解消されることにより生ずる相互交換的な給付の巻き戻しに関して、特別な準則は定められていない。賠償権利者としては、自らが提供した給付をBGB 二四九条一文に基づいて返還請求できるか、あるいは、現物返還が不可能な場合には、BGB 二五一条一項に従って、金銭賠償を請求できることになる。その際、賠償権利者としては、利得調整の観点から、自らが受領した給付の戻し譲渡（Rückübertragung）を義務づけられる<sup>21</sup>。

## 2 従来の判例および学説

リーディング・ケースである「旋盤事件」<sup>22</sup>において、判例は、詐欺取消しと契約締結上の過失に基づく損害賠償請求

権が競合することを積極的に肯定した。そして、結論を正当化するにあたって、B G Hは、以下のような理由づけをしている。すなわち、①取消しは、単なる債務法上の契約解消請求権と異なり、物権的效果を有しており、第三者に対しても、債務の完全なる除去を生じる。これに対して、損害賠償法に基づく契約解消は、物権的效果を有しない。それゆえ、両規範において法律効果が異なるとの理由から、取消規定は、損害賠償法を排斥する特別規定たる性格を有していない（法律効果上の差異）。また、②一般に、B G B 一二三条、一二四条が規定されているからと言って、過失による被欺罔者は、契約締結上の過失に基づいて、その者が失った、より有利な取引についての費用賠償または損害賠償（B G B 二五二条）の請求を妨げられるものではない。このとき、これらの賠償金額は、通常、単なる契約上の義務からの解放よりも重大なものである。そうすると、契約締結上の過失に基づいて、契約解消請求権自体も認められると解するのが相当である（大から小への論理（*argumentum a maiore ad minus*））。さらに、③過失による詐欺の被害者から長期の時効期間の特典を奪い、かつ、その者に、悪意による行為の困難な立証を強いる実質的理由は明白でない（時効期間および証明責任）<sup>23)</sup>。

その後も、B G Hは、こうした理由づけを基本的に維持してきた。これに対して、大多数の学説は、B G Hの結論を否定し、判例理論の耐え難い評価矛盾性を指摘した。その中でも、先陣をきって判例批判を展開したのがメディクス（Dieter Medius）である。メディクスによれば、判例の挙げる根拠は、いずれも評価矛盾を回避する説得的な理由にはならない。第一に、取消しと損害賠償法に基づく契約解消との間の法律効果には差異があるとの論拠につき、次のように批判する。すなわち、取消しと損害賠償請求権とを比較すると、両者がその構造上、非常に異なることは明らかである。しかしながら、効果の点では、両者に本質的な相違は存しない。特に、B G Hが重視していると思われる取消しの「物権的性質」から生ずる第三者効に関しても、損害賠償請求権の場合には、B G B 四〇四条を理由として、債権を

取得したあらゆる第三者に対抗できる。したがって、「物権的効果」は取消しの特性ではない。第二に、BGB 一二三条および一二四条は、損害賠償請求権について述べておらず、その限りでは、必然的に完結的な準則を構成しているわけではない。したがって、この点では、BGB 一二三条および一二四条は、不法行為法（BGB 八二六条およびBGB 八二三条二項、同条項に関連してStGB 二六三条）により補充することができる。したがって、この場合には、大から小への論理を用いて契約の解消が認められる。しかし、この論拠を、契約締結上の過失にも準用するのは、明らかに飛躍がある。それと違うのも、——不法行為法と異なり——BGB 一二三条一項よりも緩やかな要件である契約締結上の過失に基づく損害賠償請求権でもって、それ以上のもの（長期の時効期間）を得させるといことになるからである。最後に、被害者の利益を指摘する点についても、立法者による評価を考慮していないゆえに説得力を持たない。すなわち、BGB 一二三条一項は、意思表示の相手方により、何らかの方法で惹起された錯誤によって意思表示に対する拘束がもたらされた場合には、もはやこれを是正することはできないとの考え方を基礎に置いている。したがって、相手方の単なる過失による誤った説明を信頼する者は、通常、その表示に拘束されたままである。<sup>24)</sup>

その後も、メデイクスが示した論拠を基礎として、様々な学説が取消法と損害賠償法との規範調整を図ろうと試みた。後に詳しく検討する一九九七年九月二六日のBGH判決（前掲BGH NJW, 1998, 302.）が出されるまでの学説をまとめると、基本的に、三つの体系的な考え方に分類することができる。<sup>25)</sup>

第一に、BGB 一二三条を理由として、契約締結上の過失に基づく契約解消を基本的に否定する立場である。ただし、この立場は、情報提供義務者が保証人的地位に立つ場合に限り、例外的に契約解消の法律効果を承認する。例えば、カナーリス（Claus-Wilhelm Canaris）は、原則として、過失による詐欺の構造を否定し、契約締結上の過失に関する諸事例は、従来の法律手段——行為基礎の理論、権利濫用といった一般的な法制度——で適切に解決されることを主張し、

例外的に、未経験者が無意味な契約に誤導された場合や欺瞞的な広告によって契約が成立した場合にのみ契約解消の法律効果が認められると主張した<sup>(26)</sup>。また、前述のとおり、メデイクスも、基本的には契約締結上の過失に基づく契約解消に否定的な立場であるが、その後に改説し、契約当事者が特別の専門知識などに基づき、契約相手方に対して、特別な情報提供義務を負う場合には、その違反を理由として契約解消を認めるに至った<sup>(27)</sup>。

第二の立場は、詐欺取消しと契約締結上の過失との保護目的の相違を強調する。すなわち、この立場によれば、取消法は相手方の決定自由の保護を、そして、損害賠償法は財産保護を目的とするものと考えられる。もつとも、詳細にみると、この見解内部でも論者によっては結論が異なってくる。例えば、シューベルト (Werner Schubert) は、具体的な財産損害が生じている場合に限っては、契約の解消を肯定する。したがって、彼によれば、経済的に見て均衡の取れた契約であると認められる場合には、この要件を欠き、契約の解消は認められない<sup>(28)</sup>。これに対して、M. リープ (Manfred Lieb) は、BGB 一二三条の故意要件を考えると、契約解消までは認められず、金銭による賠償に限定しようとする<sup>(29)</sup>。

第三の立場は、基本的に、契約締結上の過失に基づく契約解消の法律効果を承認する<sup>(30)</sup>。ただし、除外期間に配慮し、BGB 一二四条を準用する考え方もある。例えば、ヴィーデマン (Herbert Wiedemann) は、BGB 一一九条、一二二条で規定されている期間を考慮することなく契約解消を認める判例には従うことができないとする<sup>(31)</sup>。

以上簡単ではあるが、ここまでBGB旧規定下における契約締結上の過失に基づく契約解消をめぐる判例・学説の議論を概観した。次章では、一九九七年九月二六日のBGH判決を素材として、「旋盤事件」以降の判例法理の転換と、それに対する学説の反応について、さらに詳細な検討を試みる。

### III 情報提供責任論の新展開

1 判例法理の転換——連邦通常裁判所一九九七年九月二六日判決——

ドイツ情報提供責任論は、連邦通常裁判所一九九七年九月二六日判決<sup>(32)</sup>（以下、「税金見積り過誤事件 (Steuersparmodell-Fall)」と(いう)を境に、新たな議論の幕開けを迎えることとなった。本判決の核心部分は、結論から述べると、契約締結上の過失に基づく契約解消請求権を行使するにあたって、「財産損害」の発生を要件としたところにある。以下では、まず、本判決の事案の概要および判旨を確認し、その後、各学説の検討を試みることにしたい。

#### 【事案の概要】

原告ら（買主）は、一九八九年四月二八日の公正証書契約において、被告（売主）から、代金七六、八三七マルクで分譲住宅を購入した。原告らは、購入代金と付随費用の融資について、銀行から一〇〇、〇〇〇マルクの貸付けを受けた。本件では、BGB二七八条の意味での被告の履行補助者と認定されている仲介者が、住宅の売買契約の準備の際に、買主らに対して、住宅購入費用は賃料収入および節税分により填補されるので、住宅を購入するにあたって「費用はかからない」との説明を行っていた。しかし、実際には、少なくとも、毎年二、一一二マルクの通常経費以外の雑費がかかった。原審の認定によれば、仲介者による不正確な説明は、単なる過失に基づくものであり、それゆえ、BGB一二三条に基づく取消しは認められなかった。そこで、原告らは、契約締結上の過失に基づく契約解消を請求し、住宅の返還と引き換えに、融資契約に基づく義務からの解放（BGB二四九条一文に基づく原状回復）、または、一九九三年一

月一日以降被った損害の賠償を請求した。第一審、第二審ともに、原告らの請求を認容。B G Hは、以下のように判示して、賃料収入分と節税分に関する検討を行わせるため、原判決を破棄・差し戻した。

### 【判旨】

「原告らは、契約締結上の過失責任の観点に基づいて、契約の解消を求めている。つまり原告らは、一般的な原状回復の法的効果を伴う損害賠償請求権を行使している(B G B二四九条)。損害賠償請求権を行使するためには、財産損害の存在が要件となる。」

「……すなわち、取消しは、意思への影響の不法な手段に対する法律行為法上の領域における自由な自己決定を保護する。したがって、損害の発生とは無関係である。c.i.c.原則または不法行為法規範に基づく解消は、その要件として、損害の発生を必要とする。」

そして、財産損害発生の基準については、「基本的に、いわゆる差額説、つまり責任を基礎づける事件の結果として生じた資産状態と当該事件がなければあつたであろう資産状態との比較に基づいて判断する。これを本件について言えば、原告らの資産状態が比較されなければならないということである。つまり、この契約がなければあつたであろう資産状態と原告らの住宅購入へ向けられた契約締結により明らかとなる全資産状態とが比較されなければならない。その結果、こうした比較により計算上の損失が残る場合、つまり契約締結が原告らにとって経済的に不利益であった場合には、損害を生じているということになる。これは、基本的に、購入した住宅が価格不相当な場合、または、購入目的物の価格は相当であっても、契約に付随する義務およびその他の不利益が、利益〔本件では、賃料収入および節税分——筆者注〕によって填補されない場合である。もつとも、このような対比をする際、計算書項目は、責任の保護目的のおよ

が損害賠償の調整機能との関係で評価し、算定されなければならない。差額説は、一方で、そのつどの責任基礎、つまり具体的には、その責任基礎を満たす帰責根拠となる事件を考慮し、他方で、そこから財産の減少を承認し、またその際には、取引通念をも考慮に入れた規範的コントロールに服さなければならない。」

本件において、「購入物の価格が売買代金に相当する場合——これについては、当事者間に争いがある——、財産損害は、有責な義務違反により、被害者が自己の財産の任意の処分を侵害されているということ、すでに存在し得る。損害賠償請求権は、被害者の具体的不利益を調整するのに役立つ。それゆえ、前提として、損害概念は主体関連的 (subjektbezogen) である。もともと、このような観点の下で財産損害を肯定することは、望まれない契約を通じて取得された給付が、全くの主観的・恣意的見地から損害として評価されているのではなく、現存する事情を考慮した場合の取引通念によってもまた、契約締結を不合理なるものとして、具体的な財産的利益を不適當、つまり不利益なるものとして判断することを前提としている。」

## 2 分析の枠組み

前述の「旋盤事件」において、BGHは、詐欺取消しと契約締結上の過失との競合問題の主たる論拠を取消しの「物権的性質」に求めていた。すなわち、BGHの理解によれば、取消しは、BGB一四二条に基づいて、第三者効を有するのに対して、損害賠償請求権は、当事者間のみ影響を及ぼすにすぎない<sup>(33)</sup>。それゆえ、両規範において、法律効果が異なるとの理由から、契約締結上の過失に基づく契約の解消を認めても評価矛盾を生じないという。しかし、「税金見積り過誤事件」において、BGHは、競合問題についての論拠を、取消しの「物権的性質」ではなく、新たに詐欺取消しと契約締結上の過失との異なった保護目的に求めることを明らかにした<sup>(34)</sup>。すなわち、BGHによれば、詐欺取消しは、

自由な意思決定それ自体を保護する。それゆえ、法律行為が経済的に不利益なものであるかどうかにかかわらずなく、契約からの解放が認められる。これに対して、契約締結上の過失に基づく損害賠償請求権を行使するためには、被欺罔者に財産損害が生ずることを要件とする。そのように解すると、単に被欺罔者の決定自由が侵害されたにすぎない場合には、契約締結上の過失に基づく契約解消は認められないことになる。このように、BGHは、契約締結上の過失の適用領域を限定することで、評価矛盾をいくらか緩和させようとしたわけである。

こうした判例法理の転換を受け、それ以後の学説では、「望まれない契約」からの保護に関する問題につき、特に、§103の保護目的との関連に焦点を合わせた議論が展開されていくことになる。具体的には、契約交渉段階における一方当事者の注意義務は、相手方の決定自由をも保護するのか、それとも財産の保護に限定されるのか、という形で問題が立てられる<sup>②③</sup>。そして、この問題に対する回答を試みたうえで、仮に§103の保護目的に決定自由を含ませると理解しても、では、なぜ「過失」による契約解消が正当化されるのか（BGB一二三条の「故意」要件およびBGB一二四条の取消期間に抵触しないか）、が問題とされる。

以下では、まず、比較対象の素材として、「税金見積り過誤事件」判決以前からBGB一二三条と契約締結上の過失との保護目的の相違を強調していたハンス・シュトルおよびM. リープの見解を確認しておくこととする。その後、彼らの見解と対立する形で展開された最近の学説を整理・分析することで議論の核心をより明確にしていきたい。

### 3 ハンス・シュトルおよびM. リープの見解<sup>②④</sup>

まず、シュトル (Hans Stoll) の見解によれば、不法行為の要件を満たす契約相手方の違法な手段（BGB八二三条二項、BGB八二六条）によって契約が締結された場合、すでに契約それ自体が損害である。その場合、そうした違法

状態を是正するのに契約解消は適切な手段である。これに対して、契約締結前の開示義務は、契約相手方の意思自由の保護を目的とするものではない。むしろ、この義務は、契約が満了すことのできない期待を契約締結と結びつけないように当事者を保護することを目的としている<sup>37)</sup>。このような契約締結上の過失責任の基本的理解からすれば、過失による情報提供義務違反の場合、損害とは、契約締結それ自体ではなく、むしろ契約締結に結びつけられた相手方の「正当な給付期待の挫折」である<sup>38)</sup>。したがって、原状回復の方法による契約解消（BGB二四九条以下）は、契約締結上の過失責任とは調和し難い法律効果である。この場合、被欺罔者は、正当な給付期待が挫折することによって被った出捐を、BGB二四九条に基づいて巻き戻すことができるだけである（信頼利益の賠償<sup>39)</sup>）。

次に、M. リーフは、シュトルの見解をさらに徹底させる形で、BGB二四九条一文の意味での原状回復的損害賠償に対する批判理論を展開する。M. リーフによれば、現行法は、明らかに意思自由と損害とを区別しており、それぞれの侵害に対して、全く異なったサンクションを予定している<sup>40)</sup>。すなわち、民法の体系からすると、単なる意思自由の侵害に対しては、民法総則で取消権が規定されており、損害の調整は、損害賠償法に割り当てられている。単なる意思自由の侵害を「気乗りのしない感じ（Unlustgefühl）」という意味で、非財産的損害と称することは不可能ではないにしても、少なくとも、民法総則における意思自由の保護の特別秩序とは異なる。この特別秩序がBGB二四九条の原状回復へと架橋することを禁ずるのである。このように理解しなければ、「後悔権（Reurecht）」の危険を生ずる<sup>41)</sup>。つまり、契約当事者は、事後的に、説明義務違反を援用することによって、いともたやすく負担となった契約から解放される危険性がある。以上の理由から、C.C.に基づき契約解消請求権を行使することは許されない。もつとも、説明義務違反・助言義務違反から財産損害が生ずる限りにおいて、金銭賠償を請求することはできるから、「過失による被欺罔者」に、本質的不利益は生じない。そして、契約目的物が全く役に立たない場合には、金銭賠償に基づく費用全額の返還も可能

である。したがって、この場合には、契約を解消するのと同等の効力を生ずる。<sup>(42)</sup>

#### 4 契約締結過程における決定自由の保障スキーム

##### (1) ローレンツの見解

契約締結上の過失の保護目的は、「財産それ自体だけでなく、法律上承認されたあらゆる交渉の利益」であり、そこには、「法律行為上の決定自由」も含まれる。<sup>(43)</sup>そして、具体的な競合問題は、「詐欺取消しと契約締結上の過失に基づく契約解消の異なった因果関係」にその論拠を求めることで解決されるとの見解がローレンツ (Stephan Lorenz) により示されている。<sup>(44)</sup>

##### (i) c.i.c. 保護目的の理解

BGB二四九条一文の意味における原状回復としての契約解消請求権を認める見解に対しては、それを否定する見解からの重要な批判がある。反対説(ここでローレンツが挙げるのは、上述のシュトルおよびM.リープの各見解である。)は、契約解消を契約締結上の過失責任の規範目的とは相入れない法律効果であると考えている。例えば、シュトルによると、契約を締結するにあたって本質的な事情を告知する義務は、相手方の意思自由の保護を目的としているのではなく、実現不可能な期待が契約と結びつけられることのないように相手方を保護するだけである。そうすると、被欺罔者の抱いた正当な期待が挫折する場合、損害事実は、契約締結自体ではなく、契約に結びつけられ、他方当事者によって有責に惹起された期待の挫折が損害であるという。したがって、契約締結上の過失に対する債務者の責任は、債権者に、締結した契約の解消請求権を与えるのではなく、契約締結に結びつけられた不利益を調整するだけである。それゆえ、

契約上支払った費用全額が挫折した場合、これは賠償されるべき信頼損害を意味し、経済的には完全なる契約の巻戻しをもたらすが、法的にはBGB二四九条一文の意味における原状回復を意味しない。部分的な挫折の場合、減額請求権または契約費用を含めた反対給付の一部返還を生ずることになる。<sup>45)</sup>

しかし、ローレンツは、以下の理由から、反対説は正当でないとする。<sup>46)</sup> 第一に、契約解消を認める方が反対給付の減額を請求する場合よりも私的自治と調和する。これは、特に判例が、その他の契約部分がそのようにして変更された案件で締結されていたかどうかを問題とすることなく、財産の差額の調整、したがって反対給付の減額を認めている場合に言えることである。第二に、シュトルが主張するように、損害事実が契約それ自体ではなく、正当な給付期待の挫折であるというのは、確立された命題ではない。また契約締結前の関係の多様性を考えると、論証可能な命題でもない。むしろシュトルに対しては、次のような批判が可能である。すなわち、もっぱら実現不可能な期待から契約当事者を保護するという、シュトル特有の*protektive*の保護目的も、まさに第一次的には意思自由の保護を意味する。つまり、実現不可能な期待が契約の締結と結びつけられている者は、その者が契約を決意する際、誤った前提から出発しているのであり、その結果、その者の決定自由を制限されている。

さらに、税金見積り過誤事件のBGH判決に対しても、次のように批判する。すなわち、BGHは、*c.i.c.*とBGB二二三条による詐欺取消しの異なった保護目的によって競合問題を正当化しようと試みた。つまり、BGHによれば、BGB二二三条は、自由な意思決定それ自体を保護しているのに対して、契約解消に向けられた*c.i.c.*は、財産損害を保護するのである。しかし、第一に、前提として、BGB二四九条一文は、直接には財産損害の存在を要件としていない。目的物が客観的には等価値であるが、債務者にとって主観的に「望まれない契約」である場合、拘束を伴う負担がすでにBGB二四九条一文の意味における損害と言うことができる（「契約締結損害 (Vertragsabschlusschaden)」）。

第二に、判例の示した差額説の理解も不当である。それと言うのも、判例は、一方で「差額説」の枠組みで財産比較をおこなっているが、他方では、取引通念に基づく「規範的コントロール」の枠組みで「差額説」を理解する。その結果、損害概念は、主体関連的 (subjektbezogen) なものとして捉えられている。しかし、「規範的」損害概念によって「財産損害」の要件を再度相対的なものとし、結局のところ、単なる主観的に望まれない契約をも財産損害として理解するならば、詭弁であるとの批判を免れない。<sup>47)</sup>

(ii) 評価矛盾解決モデル

上述のように、ローレンツによれば、c.i.c.の保護範囲は、原則としてあらゆるものを包括する。財産それ自体だけではなく、法的に承認されたあらゆる交渉の利益が保護される。法律行為上の決定自由もそれに含まれる。したがって、契約締結前の法律関係からは、相手方に財産損害を被らせない義務のみならず、その者の法律行為上の決定自由を許さない態様で侵害してはならない義務が生ずる。それゆえ、自己にとって「望まれない契約」が締結されること自体がすでに、「損害」である。これによって契約締結上の過失に基づく契約解消は、その理論的基礎を与えられることになる。しかしながら、c.i.c.の保護目的とは別個の問題として、評価矛盾の問題、つまりBGB一一三条、一二四条との線引きの問題が残されている。

ローレンツによれば、評価矛盾問題は、「詐欺取消しとc.i.c.との異なった因果関係の要件」で解決される。これは、詐欺取消しの場合であれば、常に契約を解消することができるのに対して、c.i.c.の場合には、一定の事情の下でしか契約を解消できないことを意味する。すなわち、ローレンツによれば、詐欺取消しについては、「詐欺がなければ被欺罔者は意思表示をしていなかったか、その内容ではしていなかったか、あるいは、この時点では表示していなかったで

あろう」ということで因果関係は満たされる。したがって、意思形成に対するあらゆる影響で足り、いわゆる「偶然生ずる詐欺 (dolus causam incidens)」で因果関係は十分満たされる。これに対して、損害賠償法による契約解消に関しては、帰責性を満たす因果関係の枠組みにおいて、「そもそも詐欺がなければ契約は締結されなかつたであろう」ことが必要である(いわゆる「原因を与える悪意 (dolus causam dans)」<sup>48)</sup>)。

したがって、ローレンツによれば、詐欺取消しは、任意に処分させられた法律効果から、法倫理上、特に重大であると感じられる意思決定への侵害がある場合の定型的な保護を意味するのに対して、c.i.c.は、責任法上の保護から完全に区別された保護手段にかかわる問題であり、それは、必ずしも強制的に契約解消をもたらし必要はない。悪意詐欺は、何らかの方法で——例えば、時間の点で——契約意思に影響を与えたにすぎない場合であっても、常に契約解消への権利を有する。これに対して、(過失による) c.i.c.の場合、当該法律効果は、必ずしも、強制的なものではなく、具体的かつBGB一二三条との関係で本質的に洗練された因果関係の要件が満たされる場合にのみ、契約解消権を取得することができる。したがって、「契約解消 (Vertragsauflösung)」の法律効果に関する要件事実上の要件は、両者において、法律効果が全く別個であるという理由から、c.i.c.のほうが詐欺取消し (BGB一二三条) の枠組みよりも、より厳格である。それゆえ、BGB一二三条は、準則の終局的な性格 (c.i.c.の特別規定たる性格) を有してはいない。それと同時に、損害賠償法に基づく契約解消請求権へのBGB一二四条およびBGB八五二条の類推適用も問題とならない(もつとも、期間の統一へ向けた試みを否定するものではない)<sup>49)</sup>。

## (2) グリゴライトの見解

## (i) c.i.c.保護目的の理解

グリゴライト (Hans Christoph Grigolat) によれば、契約締結前の保護原理には、決定自由の保護も含まれる。なぜなら、保護利益としての財産と意思自由とを区別する確固たる理由は明白でないからである。一部の学説および「税金見積り過誤事件」の判例は、契約締結前の保護法益の区別を支持するが、妥当でない。第一に、原状回復は、財産損害を要件としていない (BGB二四九条一文、二五一条一項参照)。また、財産的損害は、決定自由の妨害のない状態を回復するための費用として常に潜在的に生ずるものであるし、そもそも、当事者にとつて、客観的な市場価値と主観的利益の価値を比較することは不可能である。さらに、信頼保護の観点からも正当化できない。なぜなら、当事者は、相手方によって自己の財産が侵害されないことを信頼することは許されるが、情報提供義務違反によって欺罔行為がされないことを信頼することは許されないという経験則は存しないからである。<sup>50)</sup>

## (ii) 評価矛盾解決モデル

このように、グリゴライトは、ローレンツと同様、契約締結上の過失の保護法益に決定自由の保護も含める。しかしながら、評価矛盾克服という観点から言えば、彼は、ローレンツとは異なり、契約締結上の過失に基づく契約解消を無制限には認めない。むしろ、取消法との法体系上および法技術的な問題に照らし合わせるならば、契約締結上の過失に基づく契約解消の法律効果を否定し、その法律効果を取消法に排他的に割り当てることこそが論理的に一貫するといえる。すなわち、グリゴライトは、取消規定の法的性質を、原状回復における特別規定として理解する<sup>51)</sup>。そうしたグリゴライトの考えの基礎にあるのが、BGB一三三條以下の拡張、すなわち、「情報提供上の故意「ドグマ」の克服である。

グリゴライトによれば、民法本来の考え方からすると、契約締結前の意思瑕疵に対する責任は、もっぱら故意による欺罔行為が予定されている（BGB 一二三条、四六三条二文、八二六条参照）。ドイツ民法典が立脚する「故意ドグマ」は、過失による詐欺に対して、あらゆる責任を排除するものである。そして、この立法者による評価決定は、非制定法上の法の継続形成の方法でも慣習法を承認することも、さらには、信義誠実の原則（BGB 二四二条）を援用することや判例への制度的委任に託すことによっても正当化されない。<sup>(32)</sup>

グリゴライトによれば、故意ドグマ克服の手がかりは、問題となつていゝ立法者の評価決定が、法的にも事実的にも、民法の歴史的背景に依拠している点にある。そうすると、このような歴史的背景に機能変化が生じる場合には、かつての立法者による評価決定の規範的な説得力に疑問を投げかけることができる。<sup>(33)</sup>そして、今日では、故意ドグマを修正するための説得的な根拠を挙げるができる。<sup>(34)</sup>以下に述べる四つの理由がグリゴライトの主たる論拠である。

第一に、故意ドグマは、新たな法の発展によつて拘束力を弱められていることが重要である。約款規制法一一条七号で契約締結上の過失を考慮していることから明らかとなり、法の継続形成による契約締結前の責任準則の拡張に対して、立法者は好意的に容認してきた。また、自己責任を実質的に機能させるための状況を積極的に考慮し、特別法において故意ドグマを個別的に修正している（不正競争防止法一三 a 条、証券取引法・投資取引法の目論見書責任、保険契約法上の情報提供義務）。第二に、情報提供上の過失責任は、契約締結前の保護原理ないし信頼原理の観点から、より積極的な基礎を与えられる（すでに述べたとおり、グリゴライトの理解からすると、契約締結前の保護法益には、財産保護と同様、決定自由の保護も含まれる。このことに関して、むしろ、立法者は、契約締結前の保護原理が拡張される傾向にあること、それが故意ドグマとの間に緊張関係を生じさせることに気がついていなかったという）。第三に、客観的・目的論的視点から言えば、故意ドグマは、情報提供の必要性が増大したことから、もはや正当性を維持すること

ができない。民法典施行後、契約締結前の情報提供の必要性がますます増大する中で、「経済的財としての情報」が有する特質は、自由意思に基づく交換を侵害し、市場を機能不全にする危険を引き起こしている。さらに、故意ドグマは、説明義務の予防目的とも調和しない。すなわち、故意ドグマは、情報提供義務者側の情報取得の回避を助長し、さらに、被欺罔者にとって克服することが困難な故意の証明の問題を生じさせる。第四に、故意ドグマは、比較法的観点あるいはユニドロワ国際商事契約原則やヨーロッパ契約法原則といった国際的取引原則からしても支持されない<sup>55)</sup>。

このように、民法に基礎を置く「情報提供上の故意ドグマ」を克服し、BGB一二三条以下を拡張させることで、民法の体系的整合性が保たれる。また、民法上の様々な契約解消モデル（Widerruf、Rücktritt、Wandelung、Kündigung）のほかに、損害賠償法による契約解消を並立させることから生ずる法適用の複雑性が緩和される。さらに、取消しは、形成権であり、請求権の形を採る損害賠償法に基づく契約解消よりも構造上優れている。つまり、一方的形成権は、構成的に単純かつ明白であり、法美学的に優先する価値がある。さらに、これと同時に、事態に適合した行使期間の問題も一挙に解決される（BGB一二四条の適用<sup>56)</sup>）。

### (3) カナリスの見解

かつて、メイクスによる批判を基礎としながら、判例への全面的な批判を展開していたが、近年になって、自らの見解を修正するに至ったのがカナリスである<sup>57)</sup>。カナリスは、c.i.c.の保護目的を包括的に理解したうえで、瑕疵担保法による解決モデルを提唱する。

(i) B G B旧法下における瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任との競合問題

B G B旧法下において、売主が目的物について瑕疵ある物を給付した場合、あるいは、売主による誤った説明が目的物に対する「性状の合意」(B G B四五九条一項)または「性質保証」(B G B四五九条二項)の対象となる事実に関する場合、その者は瑕疵担保責任を負うことになる。そして、ドイツ判例によれば、瑕疵担保責任が適用される場合、契約締結上の過失責任はその適用を除外されるという原則が確立されている。<sup>58)</sup>

(ii) 瑕疵担保責任の要件への接近

カナリスは、自らの見解を従来の判例と関連づけて展開する。すなわち、契約締結上の過失と瑕疵担保法との競合が問題となった事例で、瑕疵担保責任を否定し、契約締結上の過失責任を承認した重要判例をいくつか挙げたうえで、それらが瑕疵担保責任の要件に接近していることが一目瞭然であるという。<sup>59)</sup>

まず、リーディング・ケースである「旋盤事件」について次のように述べる。すなわち、当該事件では、売主の被用者が旋盤を設置する場所を正確に測定した後に、買主に対して、売却した旋盤を特定の場所に設置することができるという誤った保証をしていた。ここで、支配的かつ確かな学説によって主張されている主観的瑕疵概念を用いる場合、物の瑕疵についての線引きは極めて微妙となる。すなわち、旋盤が契約当事者間で前提としたものよりも大きすぎるわけではなく、むしろそれを設置するために予定した場所が狭すぎるという場合、B G B四五九条の要件を満たさない。しかし、このような微妙な区別によつて、買主から売買契約解放の可能性を奪うというのは、実際には、全く理解できない。<sup>60)</sup> また、有名な企業売買の事例についても同様である。売却した企業の売却時までの収益、売上高、あるいは残債務に関して誤った説明がされた場合にも、B G Hは、B G B四五九条ではなく、契約締結上の過失法理を適用している。し

か、同条の類推適用を否定することは、主観的瑕疵概念に基づいて度々批判されていた。<sup>(61)</sup>

さらに、「税金見積り過誤事件」では、住宅購入の際、売主が買主に対して、融資を受けるために締結した消費貸借については節税分および賃料収入を合計して返済することができること、その結果、買主の資産に対して損失を被ることとはないと思われる旨を誤って「保証」していた。これは、「欠陥のある」金融商品と何ら異なるものではなく、ここでも契約締結上の過失が瑕疵担保責任と類似の役割を果たしている。<sup>(62)</sup>

カナリスによれば、このように、契約締結上の過失に関連する諸事例が瑕疵担保法へと接近していくことは、一般に、解釈上・要件上も有意義であり、それに応じて帰責要件の水準をも高めるものである。<sup>(63)</sup> 実際には、瑕疵担保責任が問題となる場合、他方当事者による欺瞞的な説明が、必要な変更を加えて (mutatis mutandis)、いわゆる性状の合意の要件を充足することになるという点が決定的である (主観的瑕疵概念)。これによって、買主の一方的な使用目的から、BGB四五九条一項の意味における「契約によって前提とされた使用」を帰結することになる。<sup>(64)</sup>

上述したとおり、「旋盤を予定した場所に設置することができるとか、「売却される企業が売却時まで一定の収益または売上げを獲得してきた」とか、「節税分および賃料収入を合計すると、不動産にかかる融資費用が弁済されるだろう」等々の説明は、性状の合意について立てられるであろう成立要件を内容的には完全に充足している。そのように解すると、契約締結上の過失が問題となる諸事例では、単なる「望まれない契約 (unerwünschter Vertrag)」または「期待に沿わない契約 (nicht erwartungsgerechter Vertrag)」からの保護が問題となるのではなく、BGB四五九条一項の文言に即して言えば、「前提に適合しない契約 (nicht voraussetzungsgemäßer Vertrag)」または「前提に反する契約 (voraussetzungswidriger Vertrag)」が問題となる。<sup>(65)</sup>

カナリスは、以上のように考えることによって、BGB一二三条の適用範囲に対しても、いくらか説得力ある線引

きの基準が見出され、場合によっては、契約締結上の過失に基づく準則の適用を、非制定法上（praeter legem）認められる法の継続形成として認めることも可能であるという。というのは、もし他方当事者がBGB四五九条一項の意味における性状の合意と同一内容の要件が満たされる限度において自己の説明の正確さに対する責任を負うならば、BGB一二三条の故意の制限ないしそれに基礎を置く「情報提供上の故意ドグマ」に修正が加えられるべきではないことについて、正当な理由を述べることができからである。また、契約解消の行使期間に関して言えば、カナリスは、契約締結上の過失にBGB一九五条を適用するのではなく、BGB一二四条、BGB八五二条、BGB八五三条の類推適用を提案する<sup>(66)</sup>。

## 5 判例および学説の分析

これまでの考察をもとに、ドイツでの評価矛盾をめぐる判例・学説の議論を整理・分析する。

(1) 「旋盤事件」以降、確立された判例理論は、——メデイクスをはじめとする批判理論に直面しながらも——長い間その理由づけを維持してきた。しかしながら、「税金見積り過誤事件」判決は、それまでの理由づけを変更し、新たな理由づけを試みるものであった。BGH判決の新たな理由づけは、BGB一二三条と*c.i.c.*との保護目的の相違を強調するものであり、かつ、それは、単なる過失による決定自由の侵害が保護の対象に含まれないことを示唆するものであった。こうしたBGH判決の理解は、一部の学説<sup>(67)</sup>で支持されたものの、大多数の学説からは圧倒的に拒絶された。判例批判理論が一致して認めるところは、原状回復を規定するBGB二四九条は、財産損害を要件としていないことである（BGB二四九条一文、一五三条一項参照<sup>(68)</sup>）。もつとも、判例も財産損害を要件とするものの、それほど厳格なものとは考えていない。というのは、ローレンツが指摘するとおり、判例においても、財産損害の要件は主観的なものとして捉

えられているため、単なる決定自由が侵害されただけの場合と比べても、結論において、それほど大きな差異をもたらさないからである。

(2) しかしながら、学説では、より積極的に、契約締結上の過失の保護法益として、相手方の「財産」と「決定自由」とを区別せずに取り扱う見解が有力に主張された。以下では、決定自由アプローチに対する批判的見解も参考にしつつ、前述したローレンツ、グリゴライト、カナリスの各見解を分析する。

(i) まず、ローレンツの見解である。上述のとおり、ローレンツは、*§ 241*の保護目的は包括的であるとの命題を前提としたうえで、法律行為上の決定自由をも*§ 241*の保護目的に含ませる。それゆえ、ローレンツによれば、望まれない契約は、それ自体が損害である。そして、損害賠償法に基づく契約解消の場合、*BGB*一二三条とは異なる「因果関係の要件」が問題となるため、評価矛盾は生じない。しかし、こうしたローレンツの試みに対しては、*M. リープ*から、以下のような批判がされている。すなわち、*M. リープ*によれば、ローレンツが、*§ 241*は「きわめて重要、かつ、原則として、歓迎されるべき意思瑕疵の法のための補充的制度に発展した」と考える場合、彼は、*§ 241*がそのように機能変化を遂げた理由について、学問的な論証責任を負う。つまり、ローレンツは、*§ 241*を財産領域に限定する従来の伝統理論に対して、それは「確立できる命題ではない」と批判しているわけであるが、しかし、そうであればこそ、従来の伝統理論を修正したいと考える者が*§ 241*の機能変化についての論証責任を負担するというのである。しかし、ローレンツの場合、そうした論証責任がいつさい果たされていないという。さらには、評価矛盾解消の論拠として、ローレンツの主張する*BGB*一二三条と*§ 241*との異なった因果関係の要件についても、*BGB*一二三条による取消しの「物的権的效果」を論拠として挙げる従前の*BGH*判決（前掲「旋盤事件」）と同様、表面的な論拠にすぎず、説得的な解釈論ではないと批判する。

(ii) つぎに、グリゴライトの見解である。c.i.c.の保護目的に決定自由も含むとする点では、グリゴライトもローレンツと同様である。しかし、グリゴライトの考え方からすれば、ローレンツとは異なり、情報提供上の過失責任は、原則として、現行法から直接に読み取ることができない。むしろ、「故意ドグマ」は、民法典において、意識的かつ完結的に構想されたものである。したがって、それを修正するためには、「法律訂正の法の継続形成」による厳格な要件を伴うのである。そうした前提を出発点として、現在では、このような「法律訂正の法の継続形成」を正当化する機能変化が生じていることを承認する。そのうえで、法体系的・法技術的な観点および行使期間の妥当性という観点から、BGB一二三条およびBGB一二四条を拡張することを主張する。こうしたグリゴライトの試みについて、M. リープは、「故意ドグマ」克服の分析手法——BGB一二三条による法律行為上の決定自由の保護の厳格な制限——、およびその方法論的試み——法律行為上の決定自由を保護するBGB一二三条の拡張——ともに、グリゴライトの研究を高く評価する。もつとも、M. リープ自身、結論としては、単なる過失による詐欺の取消しを正当化する「法律訂正の法の継続形成」を承認するための要件は、いまだ十分には確立されていないと考えている。<sup>71)</sup>

(iii) 最後に、カナリスの見解である。カナリスが——従前と異なり——契約締結上の過失の保護目的に決定自由をも包摂すると明言している点は、きわめて重要である。<sup>72)</sup> もつとも、カナリスの場合、ローレンツやグリゴライトとは異なり、従来、契約締結上の過失の枠組みで包摂されていた諸事例を瑕疵担保法における性状の合意の問題として取り扱うことよって、評価矛盾の解決を図る点が特徴的である。すなわち、カナリスによれば、c.i.c.の保護目的には、財産あるいは決定自由の保護のみならず、「前提に適合する」契約の期待も含まれている。このように解すること、瑕疵担保法に基づく解決が可能となり、その結果、「情報提供上の故意ドグマ」に修正を加えないことを正当化することができるとができる。そしてまた、瑕疵担保法に取り込まれない限りにおいては、契約締結上の過失に基づく契約解消を非制定

法上の法の継続形成として認めることも可能になる。このカナーリスの見解に対しては、グリゴライトから以下のような批判がされている。すなわち、カナーリスの立場によると、第一に、説明懈怠の場合には過失責任を正当化することができない。この場合には、誤った説明がされているわけではなく、それゆえ、性状の合意は存しないからである。さらに、積極的に誤った情報提供がされた場合であっても、性状の合意と対比することで、契約締結前の説明を契約上の保証があったのと同様に扱うことも不当である。なぜなら、当該期待は、直接には契約上の保証の対象とされていないし、さらに、契約締結上の過失の準則は、原則として、消極的利益を調整するにすぎないにもかかわらず、積極的利益の調整を認めることと同様の結果をもたらすからである。<sup>74</sup>

## 6 小括

以上の検討の結果、「税金見積り過誤事件」以降の判例および学説では、契約締結上の過失に基づく契約解消をめぐる問題が、二つの視点から議論されていることを確認できた。ここで再度、要点のみを確認しておけば、以下のようにまとめることができる。

「望まれない契約」に対して、契約締結上の過失に基づく契約解消を承認する場合、まず、前提として、①契約締結上の過失の保護目的に決定自由を含めることができるかという問題がある。この問題に関しては、判例と学説では、考案方に相違が存することを確認した。つまり判例によれば、契約締結上の過失の保護目的は「決定自由」ではなく、「財産」である。したがって、契約締結上の過失に基づく契約解消は、「財産損害」が発生する場合にしか認めることができる。これに対して、学説は、両方の保護法益を区別しない。それゆえ、「望まれない契約」は、それ自体が「損害」である。次に、②学説の理解を前提とした上で、つまり決定自由の侵害を理由とする契約締結上の過失に基づく契約解

消に一応の理論的基礎を認めたとして、いかなる根拠により、詐欺取消しとの規範調整を図るかという問題が生じる。この問題に関しては、前節の分析において、学説内部で方法論的に激しい対立が存することを確認した。

以上の確認を踏まえて、次章では、債務法現代化法の立法過程における議論、および、現行法の下での議論を中心に考察を加えていきたい。

#### IV ドイツ債務法の現代化と情報提供責任論の現況

ドイツ連邦司法省は、二〇〇〇年八月、ドイツ債務法の抜本的改正に取り組むため、「債務法現代化法 (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz)」の「討議草案 (Diskussionsentwurf)」を公表した。一連の経過の中、学界を巻き込んで債務法改正論議が活発に議論されることとなった。その結果、連邦司法省は、当初の方針を軌道修正し、こうした内外の意見を聴取したうえで、二〇〇一年三月六日と一二二日に「討議草案の整理案 (Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurf)」を公表した。同年五月九日に、この整理案をもとにして、「政府草案 (Regierungsentwurf)」が公表された。その後、連邦議会において、一部を修正したうえで成立することとなり、二〇〇二年一月一日から改正民法典として施行された。<sup>(6)</sup>

以下では、まず本稿の目的に沿って、契約締結上の過失責任論——とりわけ、契約締結前の情報提供責任——の観点から、「討議草案」の内容を確認し、その後、「討議草案」に対する学説の反応を概観する。その際、まず、契約締結上の過失論全体から考察を加えるものとして、ダウンナー・リーブの見解をとりあげる。さらに、博士号取得論文の公表後も情報提供責任の領域で意欲的に研究成果を発表しているグリゴライトの見解を紹介していくことにする。その後、「討

「議草案」に対する議論を経て、「債務法現代化法」の立法者がいかなる決定をおこなったのかを概観し、判例および学説を整理する。

### 1 債務法現代化法の「議草案」の公表と学説の反応

議草案三〇五条は、BGB旧三〇五条（議草案三〇五条一項）、旧三一〇条（議草案三〇五条二項）、旧三二一条一項（議草案三〇五条三項）の内容を一つの条文にまとめている。旧法の内容は、文言どおりに引き継がれており、変更されてはいない。新たに規定されたのは、議草案三〇五条一項二文である。当該規定により、「契約締結上の過失」が考慮されることになる。<sup>(76)</sup> 議草案三〇五条一項は、次のような規定である。

#### 【議草案三〇五条一項】

「法律行為による債務関係の成立ないし債務関係の内容を変更するためには、別段の定めのない限り、当事者間における契約を必要とする。二四一条二項に基づく諸義務を伴う債務関係は、すでに、契約の準備によって生じうる。」

議草案三〇五条一項二文は、契約の締結前においてすでに、契約当事者間と同様の債務関係が生じうることを規定する。そして、議草案理由書では、契約締結前の段階で生じる義務が多様であること、および、これらの義務によって保護される利益にも重大な相違があることを考慮して、契約締結上の過失を明文化する際に検討されるべき三つの問題が指摘されている。すなわち、第一に、契約締結上の過失の制度を明文化することが可能であるのか、また意味のあるものなのかという問題。第二に、明文化する場合には、どこに相当な規定を入れるべきかという問題。第三に、契約

締結上の過失の内容に関して、一般条項的な規定をそのまま定式化するべきか、または、契約締結上の過失に関連する重要な適用事例を規範化するべきか、あるいは、個別事例を通じて一般条項を具体化するべきかという問題である。<sup>(78)</sup>以下では、討議草案理由書を参照して、討議草案三〇五条一項二文の内容を少し詳しく紹介しておくこととする。

#### (1) 討議草案理由書における討議草案三〇五条一項二文の内容

討議草案理由書は、従来の学説および判例の理解を前提として、契約締結上の過失制度をすべて統一的に規律することはできないことを明らかにしている。討議草案は、このように詳細な準則を規定しない理由として、契約締結前に顧慮されうる義務が大きな可変性・多様性を持つこと、そして、これらの諸義務によって保護される利益にも相違があることを挙げる。<sup>(79)</sup>したがって、討議草案で提案されている規定は、契約締結上の過失についての基本的な命題を定めているにすぎない。こうした慎重な態度をとる理由として、討議草案理由書は、「判例が発展させた原則に及ばない準則は規定されるべきではなからう」と説明する。<sup>(80)</sup>要するに、討議草案では、従来の法状況に変更を加えることは意図されていない。

また、討議草案理由書によれば、契約締結上の過失を規律するとしても、多くの新たな責任事例を認める根拠となったり、過大な期待を抱かせたりするような規定がされてはならない。<sup>(81)</sup>さらに、事例群を通じて規定の適用領域を具体化することも実現されるべきではない。なぜなら、個別的な責任要件が望ましくない形で規定されるからである。<sup>(82)</sup>なお、契約締結上の過失に基づく請求権の法律効果は、討議草案二八〇条に基づいて生ずる。<sup>(83)</sup>

討議草案三〇五条一項二文の「生じうる」という文言から明らかなように、契約締結の準備段階における接触があるからといって、必ずしも両当事者間に常に義務が発生するというわけではない。つまり、押し付けられた接触から、思

いもよらない義務が生じることがあつてはならない。いかなる場合に当事者間で義務が生じるかについては、今後の法発展および柔軟な解釈に委ねられている。<sup>(84)</sup> 討議草案二四一条は、相手方の権利および法益の保護義務を定めている。この契約締結前の領域における保護義務には、説明義務・情報提供義務も含まれる。<sup>(85)</sup> この場合に、履行請求権が存する必要はない。様々に異なつた時効期間の問題は、時効法で緩和される。詐欺取消しおよび一二四条との関係は、今後も学説および判例に委ねられている。<sup>(86)</sup>

## (2) ダウナー・リープの評価

「『契約締結上の過失』責任は、相当に論じ尽されたように思われる。」<sup>(87)</sup>

これは、一九七五年に公刊されたラーレンツ (Karl Larenz) の論文による書き出しの一節であるが、ダウナー・リープ (Barbara Damer-Lieb) によれば、今日、こうした評価はもはや妥当しない。すべてを把握するのが困難なほど多くの判決や刊行物が公表され、中心的BGH判決(前掲「税金見積り過誤事件」)の出現、さらにはローレンツやグリゴライトによる本格的研究が相次いで発表されるなど、契約締結上の過失の領域における議論状況はめまぐるしい展開を見せている。<sup>(88)</sup> こうした状況の中、債務法現代化法の討議草案は公表されることとなった。

ダウナー・リープによれば、討議草案における一つの中心的目的は、最高裁判所が判例法によつて発展させた法制度、特に、「積極的債権侵害、契約締結上の過失、行為基礎の喪失」を法典化させることにある。これは、ますます乖離していく制定法と裁判官法、あるいは、法律上の文言と実務において適用されている法との間に生じているズレが是正されなければならないとの考えに基づくものである。<sup>(89)</sup> こうした裁判官法の法典化の趣旨および目的は、「正当性、透明性、法的安定性」の確保にある。<sup>(90)</sup> それゆえ、できるだけ「理解可能かつ包摂可能な形で」法典化されることが望まれる。そ

して、新たな法典が裁判所にとって「明白な準則」を提示することができてはじめて、正当性および法的安定性の要請が達成されるのである。<sup>(91)</sup>

しかしながら、こうした目的設定にもかかわらず、討議草案三〇五条一項二文は、「二四一条二項に基づく諸義務を伴う債務関係は、すでに、契約の準備によって生じうる。」と規定するだけである。討議草案理由書では、「従来の学説および判例の理解によれば、契約締結上の過失制度をすべて統一的に規律することはできない」と述べられており、規律が不十分であることを明らかにしている。それゆえ、提案された準則は、契約締結上の過失についての「基本的命題」を規定しているにすぎない。討議草案理由書は、こうした慎重な態度をとる理由として、「判例が発展させた原則に及ばない準則は規定されるべきではなからう」と述べる。同じく、契約締結上の過失の事例群を通じた規定の適用範囲の具体化も実現されていない。その理由について、討議草案理由書は、「個別的な責任要件が望ましくない形で規定されることとなりうるから」と述べている。<sup>(92)</sup>

ダウン・リープによれば、討議草案理由書に述べられている論拠は、草案の法政策的な背景からすると、それ自体、啞然とさせられるものである。提案された準則からは、現在または将来の法状況に関するいかなる命題も直接に見取ることができない。また、「正当性、透明性、法的安定性」の要請も達成されていない。法典化は、何らの内容も法的効果も伴うことなく、従来の判例および学説を無批判的・形式的に参照するだけであり、さらなる法の継続形成のための単なる「白地委任権限 (Blanketernächtigung)」を示しているにすぎない。<sup>(93)</sup>

契約締結前の情報提供責任の領域についても、同様である。とりわけ、*§ 241* 保護目的論に関しては、契約締結上の過失に「決定自由」を含めるか否かという非常に議論の余地のある問題に対して何も語っていない。<sup>(94)</sup>

## (3) グリゴライトの評価

グリゴライトは、討議草案における契約締結前の情報提供責任を中心に検討を加える。その際、彼は、次の四つの異なる問題群に分けて、検討をすすめる。すなわち、①故意ドグマの問題、②契約解消の問題、③契約適合の問題、④瑕疵担保法との競合問題である。<sup>95</sup>以下では、本稿の目的に即して、故意ドグマの問題および契約解消の問題を中心に検討をすすめることにする。<sup>96</sup>

## 第一に、故意ドグマの問題について。

討議草案において、契約締結上の過失が明文上規定されたことにより、契約締結前の情報提供責任は、法律上の準則に還元される。しかし、同時に、討議草案は、故意ドグマに関する重要な問題を手つかずのままとしている。特に、BGB一二三条に基づく詐欺取消しについては、何も手を加えていない。この点、草案理由書によれば、詐欺取消しと契約締結上の過失の関係は、「今後も学説および判例に委ねられている」。それゆえ、改正法は、法の継続形成による情報提供責任の発展を法律上の義務として認めることを断念している。しかし、他方では、故意ドグマが法律上新たため根拠づけられるというわけではなく、それについての決定は判例に委ねられている。したがって、討議草案においても、制定法と非制定法との間の従来の緊張関係は、法律内部の規範摩擦として、未解決のままとされている。<sup>97</sup>

## 第二に、契約解消の問題について。

損害賠償法に基づく契約解消を承認することに対しては、その評価矛盾性を指摘する重大な批判がある。この批判は、法体系的・法技術的性質に基づくものであり、さらには、事態に適合した行使期間の問題にかかわるものである。<sup>98</sup>

まず、行使期間の問題について、グリゴライトは、以下のように分析する。<sup>99</sup>

討議草案では、契約解消をめぐる評価矛盾問題について、「時効法で緩和される」ことが予定されている。すなわち、

債務関係に基づく義務違反の一般的な時効期間に従えば、契約締結上の過失に基づく請求権については、三年の時効期間が適用される（討議草案一九五条）。そして、時効期間は、義務違反の時点、または、それより後に到来する主たる給付の弁済期の時点から進行を開始する（討議草案一九八条三項）。

討議草案で規定された時効期間は、従来のBGB八五二条の準則に相当するものである。それゆえ、契約締結上の過失に基づく請求権に関して、一般的には、異論がない。しかしながら、そこで規定された時効期間は、契約解消の特殊性に適合しない。すなわち、三年の時効期間を従来の通常の時効期間と比較すると、契約上の不確定な期間は、最長でも三年間に短縮することとなるので、BGB一二四条との評価矛盾は、確かに緩和される。しかし、それにしても——BGB一二四条と比べると——不確定な状態は相当に広がっているのであり、それは、原則として、BGB一九五条を適用する場合と同一の論拠から、評価として矛盾を生ずるのである。

さらに、討議草案一九八条三項による時効期間の進行が、義務違反、または、主たる給付の弁済期の客観的日時をもつて判断される点についても考慮を要する。ここでは、損害発生に対する債権者の認識は問題となっていない。このように、認識とは無関係の期間を定める場合、BGB一二四条よりも時効期間が短くなる場合も考えられる。例えば、契約締結後、債権者が、長期間を経過して、はじめて自己の錯誤や情報提供義務違反を知るに至ったような事例が想起される。しかしながら、このような認識とは無関係な行使期間を定めることは正当でない。認識とは無関係の行使期間を正当化することができるのは、当該権利が私的自治に基づくものであり、それゆえ、各当事者が、後発性障害を理由として当該権利の実現を否定する可能性を有しているような場合に限られる。しかし、情報提供責任の諸事例において、私的自治に根拠を求めることには説得力がない。なぜなら、情報提供権利者の法律行為上の任意の処分は、相手方の義務違反によって妨げられており、法秩序によって、拘束されないことが明らかだからである。また、契約締結前の情報

提供義務違反と契約上の義務違反とを総合的に同一視することも適切ではない。

グリゴライトによれば、討議草案における契約締結前の責任準則は、その本来の目的設定(正当性、透明性、法的安定性)から考えると、かけ離れたものである。すでに詳述したとおり、グリゴライト自身は、BGB一二三条、BGB一二四条の拡張を主張しており、<sup>(10)</sup> 討議草案公表後もその立場であることに変わりはない。すなわち、これらの規定を法律上拡張させることで、第一に、故意ドグマの中心的基礎は根拠を失い、それに関連した方法論上の問題が解決される。第二に、情報提供義務違反の法律効果としての契約解消は、民法典で体系的に統一されることとなり、かつ、法技術的に説得力あるものとして規律される。さらに、事態に適合した行使期間の妥当性も確保されることによつて、討議草案本来の目的に適合する。<sup>(11)</sup>

グリゴライトによれば、討議草案の特徴的な点は、契約締結上の過失の「高度の柔軟性」を指摘していることである。しかし一方で、「高度の柔軟性」は、「その制度〔契約締結上の過失制度——筆者注〕自体が明白かつ改正を必要とする欠点がある」ことを覆い隠すことにもなる。それゆえ、「高度の柔軟性」という婉曲な表現を用いて、契約締結前の責任規定の重大な欠点(不透明性および評価矛盾性)を覆い隠すのではなく、その欠点を是正したうえで、「高度の柔軟性」をプログラム文句として、契約締結前の責任準則を早急に具体化する必要がある。<sup>(12)</sup>

## 2 現行法下における状況

二〇〇二年一月一日施行のドイツ新債務法によつて、契約締結上の過失法理がはじめて明文化された(BGB三二一条二項、三項)。これにより、契約締結上の過失の問題群をめぐる従来の諸問題が再び議論の俎上に載せられることとなった。言うまでもなく、情報提供責任の領域も例外ではない。以下ではまず、必要な範囲で、契約締結上の過失の規

定の全体構造を述べた上で、その後、本稿での中心的課題を検討する。

### (1) 契約締結上の過失の明文化

BGB三一一条二項は、当事者間に生ずる債務関係の発生原因を規定する根本規範である。同条項は、次のように規定している。<sup>(18)</sup>

#### 【BGB三一一条二項】法律行為上および法律行為類似の債務関係

BGB二四一条二項の諸義務を伴う債務関係は、次の各号のいずれかによっても発生する。

##### 1 契約交渉の開始

2 当事者の一方が、不時の法律行為上の関係の発生を顧慮して、相手方に、自己の権利、法益および利益に影響を及ぼす可能性を与え、または、それを委ねる契約交渉の準備

##### 3 これと類似する取引上の接触

BGB三一一条二項は、「契約締結上の過失」を規律する（もともと、「契約締結上の過失」という用語は用いられていない）。同条項に挙げられた要件によって、相手方への相当な配慮義務を伴う「債務関係」が成立することになる。後に契約が締結されるかどうかは、問題でない。「債務関係」とは、従来の特別結合関係の概念に相当するものである。<sup>(19)</sup>

BGB三一一条二項の中でも、特に重要な規定は、一号（「契約交渉の開始」）および二号（「影響可能性を伴う契約交渉の準備」）である。規定の体裁からすれば、一号と二号は、債務関係を二つの成立原因によって区別しているとも

考えられる。しかし、これらは、一般的には、契約締結上の過失の性質によって区別されているというよりも、むしろ、特別結合の成立時点を表しているにすぎないと解されている。<sup>106</sup> 例えば、一号では、信賴の保護を生ずる時点が特別結合の成立時点であり、典型例として、契約交渉関係が挙げられる。<sup>107</sup> また、二号では、影響可能性と結び付けられた社会的・取引的に評価された接触の時点がそれにあたり、典型事例として、いわゆる「リノリウム絨毯事件」<sup>108</sup>あるいは「野菜屑事件」<sup>109</sup>などを挙げるができる。

## (2) 現行法下における契約締結上の過失に基づく契約解消をめぐる議論状況

本節での目的は、ドイツ新債務法施行後の判例および学説の状況を整理することにある。以下では、まず、条文の内容および立法者意思を確認した上で、契約締結上の過失に基づく契約解消の構造について述べる。その後、現行法下における判例・学説の状況を見ていくことにする。

### (i) 条文の内容

BGB三一一条二項二号は、「当事者の一方が、不時の法律行為上の関係の発生を顧慮して、相手方に、自己の権利、法益および利益に影響を及ぼす可能性を与え、または、それを委ねる契約交渉の準備」から、「二四一条二項の諸義務を伴う債務関係」が発生すると規定する。注目すべきは、「利益」の文言である。すなわち、三一一条二項二号は、相手方の保護法益を「権利、法益および利益」にまで拡大している。これは、討議草案での規定の文言と比較すると違いが明らかである。すなわち、討議草案では、「二四一条二項に基づく諸義務を伴う債務関係」は、相手方の「権利および法益」に対する配慮を義務づけているにすぎなかった（討議草案三〇五条一項、二四一条二項参照）。これに対して、

新法の下では、この「利益」の文言が挿入されたことにより、不法行為法でも保護されている絶対権（BGB八二三条一項）のみならず、「純粹財産」および「純粹な処分利益」（決定自由）も保護されることが明らかとされた。<sup>11)</sup>

(ii) 立法者意思——カナーリス修正提案——

三二一条二項二号に「利益」の文言が挿入されたことについては、給付障害法委員会の構成メンバーの一人であるカナーリスの果たした役割が大きい。

カナーリスによれば、討議草案三〇五条一項二文は、あまりにも漠然とした規定であった。委員会は、それを修正するために、整理案三二一条二項および三項（BGB新三二一条二項および三項と同様）において、——一般条項の形ではあるが——包括するに相応しい規範の要求を満たす準則を起草することを試みた。その中でも、整理案三二一条二項および二四一条二項は、契約締結上の過失に関する準則の保護範囲を明らかにしている。特に、討議草案二四一条の文言では、相手方の「権利および法益」に対してのみ配慮義務を負うとされていたのが、整理案では、純然たる「利益」にまで広げられたことは重要である。これによって、BGB八二三条一項の意味における権利、法益、財産的利益だけでなく、まさに決定自由をも含む、あらゆる性質の利益が考慮されることがはっきりと示されたことになる。したがって、契約締結上の過失は、今後も、「望まれない契約」からの保護手段として適切である。財産損害の問題が先決されることはない。そして、その場合の法律効果は、BGB二四九条以下から生じる。<sup>12)</sup>

(iii) 現行法下における契約締結上の過失に基づく契約解消の構造

上述した条文の内容および立法担当者の解説に従えば、契約締結の前段階において、説明義務・情報提供義務違反が

あった場合、現行法の下では次のように処理されることになる。すなわち、契約交渉の開始（BGB三二一条二項一号）によつて生ずる債務関係に基づく義務（BGB二四一条二項——ここでは、説明義務・情報提供義務）に違反する者は、BGB二八〇条一項により、損害賠償を義務づけられる。立法者意思に従えば、損害賠償請求権を行使するための要件としては、決定自由の侵害があれば足り、それ以上に財産損害が発生することは必要でない。そして、当該損害賠償請求の法律効果は、原状回復、つまり契約の解消および巻き戻しである（BGB二四九条一項）。したがつて、BGB旧二四九条一文を適用すると同じく、契約の相手方は、契約が締結されなかつたのと同様の状態に置かれることになる。さらに、損害賠償請求権の行使期間は、——旧法下における判例に従うと——BGB一二四条一項の除斥期間ではなく、BGB一九五条の通常の時効期間が適用される。したがつて、被害者が、欺罔行為および加害者を認識してから（BGB一九九条。起算点については、討議草案の規定と異なる。）、三年を経過してはじめて時効にかかる。

(iv) 判例の状況

新債務法施行後の裁判例について、三つの事案を確認することができる。以下で紹介する裁判例は、いずれも契約締結上の過失に基づく契約解消が肯定された事案である。

まず、原告の夫および息子の経営する会社に対して融資した被告銀行の消費貸借上の債権を担保するために、原告所有の有価証券に質権が設定されたが、被告銀行の従業員による説明義務・情報提供義務違反を理由に、原告から、損害賠償請求がされた事案<sup>10</sup>で、BGHは、次のように判示して、原判決を破棄・差戻した。すなわち、会社が新たに融資を受けるためには、当該有価証券に担保を設定する必要があり、また、そうすれば、会社経営は良好になるとい趣旨の被告銀行の従業員が行った「陳述は、……質権を設定する原因となつたリスクを過小評価している面があり、したがつ

て、その解消に向けられたBGB二八〇条一項一文、三二一条二項一号、二四九条一項に基づく契約交渉の際の過失を理由とする損害賠償請求権を根拠づけることができる。」さらに「このような損害賠償請求権は、BGB一二三条一項に基づく取消権とは無関係に行使することができ、BGB一二四条一項に基づく取消期間が経過することによって影響を受けるものではない。」<sup>(15)</sup>

つぎに、ソファー (Polstermöbel) を売却する際の売主の助言義務が問題となった事案で、ケルン上級地方裁判所は、次のように判示して、契約締結上の過失に基づく契約解消を認めた。すなわち、明るいいベージュ色のソファーにあてがわれたカバーが色落ちする可能性のある場合、売主は、そのソファーを通常の用法に従って利用した場合であっても、遅かれ早かれ、除去することの困難なシミが現れてくることを助言する義務があったとし、売主がこの義務に違反した場合には、BGB新三二一条、二四一条、二八〇条に基づく損害賠償義務を負うと述べた。そのうえで、家具を利用することによって得た利用利益を、民事訴訟法二八七条一項の類推により、総額七〇〇ユーロと見積もり、買主によるソファアの売買契約からの解放を認めた。

さらに、売却された中古車がイタリアからの輸入車であるという事情につき、売主が買主に対する説明を怠った事案<sup>(16)</sup>で、ハム上級地方裁判所は、その乗用車が輸入車であること、および、その旨が車検証に記載されていることについて、売主の説明義務違反を肯定し、BGB二四一条二項、BGB二八〇条一項、三二一条二項一号に基づく売買契約の解除 (Rücktritt) を認めた。

#### (v) 学説の状況

現行法下における学説は、①契約解消の法律効果を無制限に肯定する説、②契約解消の法律効果を承認するが、行使

期間について限定する説、③単なる「望まれない契約」に対する契約解消の法律効果を否定する説に分かれる。以下、それぞれの見解を見ていくことにしよう。

①肯定説——無制限説 契約締結上の過失に基づく契約解消を一般的に肯定する見解は、基本的に規定の文言および立法者意思を自説の論拠とする。

こうした観点から、明快な主張を展開するのがメルテンス (Berd Mertens) である。<sup>17)</sup>メルテンスによれば、債務法現代化法の下でも、基本的に、悪意取消しと契約締結上の過失に基づく契約解消との間には、規範摩擦が存する。つまり、主観的成立要件面では、依然として、両者の間に相違が存するし、また、時効期間についても、現在では、BGB一九五条の三年の時効期間が適用されるため、いくらか摩擦も和らげられたが、いずれにせよ、BGB一二四条の一年の期間制限と比べると長期である。その意味では、評価矛盾が存することは否定できない。しかしながら、新法の下では、契約締結上の過失に基づく契約解消請求権は制限されない。それと云うのも、BGB二四一条二項(それに関連してBGB三一一条二項を参照)は、同項で規律された義務の保護法益を、さらに広く、「権利、法益および利益」と明示しているからである。ここで立法者は、非財産的利益、特に法律行為上の決定自由が保護されることを明らかにするため、明文上、「利益」をも保護法益として規定したのである。それゆえ、——旧法下でも同様であるが——新法の下では、なおさら、契約締結上の過失に基づく契約解消請求権を行使するために財産損害を要件とすることはできない。さらに、債務法を改正するにあたって、取消法に優先的な位置づけを与えなかつた立法者の決定を考慮すると、行使期間の点についても、BGB一二四条の除斥期間ではなく、BGB一九五条に基づく時効期間が適用される。

②肯定説——BGB一二四条類推適用説 メルテンスと同様に、契約締結上の過失に基づく契約解消を肯定するものの、契約解消請求権の行使期間の点については、詐欺取消規定との規範調整の観点から制限を加えるという見解がシユ

ヴァープ (Martin Schwab) によって主張されている。<sup>118</sup> シュヴァープによれば、B G Hは、過失による詐欺の事例においても、契約締結上の過失に基づく契約解消を認めており、かつ、それにB G B一九九条、一九九条の時効期間を適用している。しかしながら、B G B一二四条は、たとえ故意による詐欺であっても、その時点以降は、もはや契約を取り消すことはできないものと限界づけている。それにもかかわらず、過失による詐欺の場合に、より長期の時効期間を認めることはできない。したがって、契約締結上の過失に基づく契約解消請求権は、B G B一二四条を類推適用して、同条で規定されている期間制限に服するものとする。B G B一九九条、一九九条の時効期間は適用されない。

③否定説 以上に述べた決定自由侵害に対する契約解消の法律効果を承認する見解に対して、取消法と損害賠償法の保護目的を強調し、契約解消の法律効果は、「財産損害」が発生している場合にのみ正当化することができるとの見解が唱えられている。クリューガー (Wolfgang Krüger) の見解がそれである。<sup>119</sup>

クリューガーによれば、契約締結上の過失に基づく請求権は、損害賠償請求権である。損害賠償請求権を行使するための要件は、言うまでもなく、損害の発生である。そうすると、損害のない損害賠償請求権を認めることは、それ自体矛盾ということになる。<sup>120</sup> それでは、被欺罔者にとつて単に「望まれない契約」が締結されることは、「損害」と言えるであろうか。

契約締結上の過失に基づく契約解消を肯定する見解によれば、B G B旧二四九条一文に基づく原状回復は、非財産的損害が発生している場合であっても可能であるという。その理由は、B G B二五三条は、B G B二五一条の適用を除外しているにすぎず、B G B二四九条の適用を除外するものではないからである。むしろ、この理解は、正当である。しかし、問題は、「望まれない契約」を非財産的損害と捉えることができるかどうかである。つまり、非財産的損害とは、財産的損害が存しない事例において、被害者に割り当てられた法益、したがって、人格権の領域に分類されるべき精神

的法益に対する損害を前提とする。それは具体的には、健康、日常生活における喜び、精神的満足といった、人格と密接に結びついた諸利益に対して生じた損害をいう。誤った説明によって契約の締結へと導かれたことに対する不満は、このような利益に含まれない。したがって、契約の解消を目的とする§311に基づき損害賠償請求権は、財産損害の発生を維持する場合にのみ、現行法の構造に矛盾なく適合させることができる。財産法上の不利益と無関係の自由な意思形成に対する利益は、それによって保護されるものではない。民法の考え方からすれば、自由な意思形成に対する利益は、もっぱら、取消法（BGB一二三条）がこれを担当する<sup>121</sup>。

そして、以上述べたことは、新法の下でも妥当する。債務法現代化法では、BGB二四一条二項、三一一条二項二号において、保護法益としての「利益」が承認された。理由書においても、ここに財産的利益だけでなく、決定自由も含まれると述べられている。しかし、——「利益」の文言に決定自由が含まれるとしても——そこには、財産損害を放棄することについての「歴史的な立法者」の決定は存しない。立法者は、まさに、この点についての判断を留保するつもりであった。カナーリスは、これをはっきりと指摘している。したがって、新法の下でも、どのような義務違反が、いかなる要件の下でサンクションされるのかについては何も述べられていない<sup>122</sup>。それは、損害賠償規範（現行BGB二八〇条一項）の一般規定に従う。損害を肯定するために何が必要か、さらには何で十分であるのか、という問題は、未解決であると思われる。それは、損害概念に関する判例および学説の一般的な問題である。

### 3 総括

本稿の冒頭にも述べたように、わが国では、フランス法における情報提供義務論や不法行為に基づく原状回復的損害賠償の考え方に対する批判理論などが展開される中で、「合意の瑕疵」論ないし法律行為論の再構築へ向けた学説上の

共通理解が形成されてきた。しかしながら、今日、議論が成熟しているかと問われれば、決してそうとは言い切れない状況にあると思われる。本稿は、そうしたわが国での現状に新たな分析視覚を提供すべく、法比較の素材としてドイツにおける情報提供責任論を制度間競合の視点から紹介・分析するものであった。そこで得られた結論をまとめると、以下のとおりである。

ドイツにおいては、形式的自由主義に裏付けられた意思表示法ないし法律行為法、その中でも、特に、詐欺取消規定を活用した被害者救済に限界が生じた。すでに明らかなおと、BGB一二三条は、詐欺に基づく取消しの要件として、欺罔者の「故意」という厳格な要件を立てているためである。そこで、このような事態に直面した判例は、非制定法上の契約締結上の過失法理に仮託した構成を用いることで具体的問題に対処してきたのであった。しかし、こうした判例理論に対しては、メデイクスによる痛烈な批判理論が展開され、その後の学説では様々な解釈論が試みられたものの、議論は混迷を極めていった。

こうした状況に転換期をもたらしたのが、連邦通常裁判所一九九七年九月二六日判決である。BGHは、契約締結上の過失に基づく契約解消の要件として、新たに「財産損害」という基準を定立し、そこでの議論に決着をつけようとしたが、その意に反して、学説からの圧倒的批判に遭遇した。しかし、ここで、BGH判決に積極的な意義を見出すならば、それは、§124の保護目的との関係で、学説に対して、新たな問題を提起したところにある。結果として、本判決が、その後の学説の議論に決定的な影響を与え、債務法現代化法の立法過程においても大きな役割を果たしたことは本稿で論述したとおりである。

他方、学説においては、BGH判決と同時期に、情報提供責任論を再考させるきっかけとなる二つのモノグラフィーが公刊された。S・ローレンツの『望まれない契約からの保護』（一九九七年）およびH・C・グリゴライトの『契約

締結前の情報提供責任』(一九九七年)がそれである。詳述したとおり、両者は、——アブローチの仕方にこそ差異があるもの——ともに契約締結上の過失の枠組みに決定自由の保障を取り込む点で共通している。そうした観点から、その後の学説は、契約締結前の行為義務に決定自由の保護をも取り込む見解が通説化していったと言っても過言ではなからう。

とりわけ、本稿の問題意識との関係で示唆的なのは、グリゴライトの見解である。グリゴライトの見解からは、——因果関係レヴェルで評価矛盾を解消させるローレンツの見解あるいは瑕疵担保法に仮託させるカナリスの見解とは対照的に——詐欺取消規定の故意要件の克服に正面から取り組む姿勢を見て取ることができる。すなわち、グリゴライトは、評価矛盾が存するにもかかわらず、契約締結上の過失に基づく契約解消を安易に認めてきた従前の判例理論を批判し、克服されるべきは、民法典に基礎づけられた「情報提供上の故意ドグマ」であると主張した。このグリゴライトの研究は、契約締結上の過失に基づく契約解消に対して否定的な見解からも、その分析手法が高く評価されている。

しかし、グリゴライトによりはつきりと表明されたBGB一二三条以下の拡張理論に対して、債務法現代化法の立法者が採用した解決案は、それとは異なるものであった。債務法現代化法では、契約締結前の相手方への相当な配慮義務——ここには、詐欺取消規定とパラレルな意味での「決定自由」も保護の対象に含まれうる——を伴う債務関係(契約締結上の過失)が規律された(BGB二四一条二項、三二一条二項参照)。これにより、説明義務・情報提供義務違反に基づく損害賠償法上の契約解消請求権が明文をもって根拠づけられるに至った。もともと、メルテンスが指摘するとおり、債務法現代化法の下でも、基本的には、取消法と損害賠償法との間に規範摩擦が生じていることを否定できず、その意味では、不透明な部分が残されたままとなっている。このことは、意思表示法の拡張、あるいは、損害賠償請求権の行使期間の統一化<sup>124</sup>に関連する問題として、今後の学説に託された解釈学上の問題であるということができよう。<sup>125</sup>

## V 結びにかえて

制度間競争問題につき、単純競争を承認するのであれば、原則として、両制度の要件・効果を統一的なものとして理解する必要がある。そうしなければ、ある事案の解決を目的とした複数の法律制度相互間において、看過することのできない重大な評価矛盾を生ずるおそれがある。そうした評価矛盾は、最終的には、具体的な結論の正当性にも疑問を投げかけることになりかねない。

契約締結上の過失に基づく契約解消を承認するか否かの立場の違いにかかわらず、ドイツの判例および学説は、結論の「妥当性」の確保という観点のみならず、既述した制度理解の下で、いかにして結論の「正当性」を確保するかという点に対する意識が高い。特に、BGHの判例において顕著なように、多少強引とも言えるような理由づけを用いても、競争問題を積極的に正当化する努力が試みられている。そしてまた、そうした判例に対する学説からの応答（批判）を通じて、判例と学説との対話が実現されているのである。

冒頭に述べたとおり、従来、わが国でも、説明義務・情報提供義務の領域において、制度間競争論が意識的に議論されてきた。しかし、こうした議論は、——ドイツとは対照的に——わが国ではもっぱら学説主導の形で行われてきた。制度間競争問題は、わが国における情報提供義務論——特に、「合意の瑕疵」の枠組みでの規範モデル——を構築していく上で避けて通ることのできない基礎的課題である。今後とも、この問題に関する判例・学説の活発な議論が期待される。<sup>(16)</sup>

本稿では、契約締結上の過失と意思表示法との制度相互間で生じる競争問題を扱ったわけであるが、説明義務・情報提供義務違反に対する法律効果の全体的な枠組みを明確にするためには、他の責任制度との関係——特に、瑕疵担保責

任との関係——をも整理しておく必要がある。この点を含めて、ドイツ情報提供責任論における制度間競争問題の総合的分析を、続稿での検討課題とさせていただきます。

- (1) 横山美夏「消費者契約における情報提供モデル」民商法雑誌二二三巻四・五号(二〇〇二年)五五一頁。
- (2) 山田誠一「情報提供義務」ジュリスト一一二六号(一九九八年)一八一頁。
- (3) 横山・前掲注(二)五五一頁、五五二頁。
- (4) フランス法における情報提供義務論については、以下の文献を参照。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」法研論集四九号(一九九九年)一六一頁以下、後藤巻則『消費者契約の法理論』弘文堂、二〇〇二年)二頁以下(初出「フランスにおける詐欺・錯誤と情報提供義務」(一)〜(三・完)「民商法雑誌一〇二巻二号一八〇頁以下、三号三一四頁以下、四号四四二頁以下(一九九〇年)」、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(一九九一年)六一頁以下、横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」ジュリスト一〇九四号(一九九六年)一二八頁以下(奥田昌道編『取引関係における違法行為とその法的処理——制度間競争の視点から』(有斐閣、一九九六年)所収)、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)(二・完)「早稲田法学七三巻二号五五頁以下、七四巻一四三頁以下(一九九七年)一九九八年)。
- (5) 森田・前掲注(4)NBL四八二号、四八三号、四八四号(一九九一年)。
- (6) 後藤・前掲注(4)七二頁。
- (7) 横山・前掲注(4)一三五頁。
- (8) 用語は、潮見佳男『契約法理の現代化』(有斐閣、二〇〇四年)九頁(初出「規範競争の視点からみた損害論の現状と課題」(一)(二・完)ジュリスト一〇七九号、一〇八〇号)による。
- (9) 評価矛盾論については、以下の文献を参照。森田・前掲注(4)NBL四八四号六〇頁、六一頁、松岡和生「判批」判例評論一七四号(一九七三年)二五頁(判時七〇六号一三九頁)、河本一郎「証券・商品取引の不当勧誘と不法行為責任」上柳克郎選集・商事法の解釈と展望(一九八四年)四九九頁、今西康人「公設商品先物取引における商品取引員の不法行為責任」法律時報五九巻九号(一九八七年)九五頁、子粥太郎「説明義務違反による不法行為と民法理論——ワラント投資の勧誘を素材として(上)(下)」ジュリスト一〇八七号一一八頁、一〇八八号九一頁

(一九九六年)、同「『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(一九九六年)三六頁、奥田昌道編「取引関係における違法行為とその法的処理——制度間競合の視点から」(有斐閣、一九九六年)所収の諸論稿、日本私法学会シンポジウム「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——」私法五九卷(一九九七年)三頁以下、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——投資取引における事業者の情報提供義務」(一)(二)法律論叢七二卷一頁、二〇〇三年八三頁(一九九八年)、山本敬三「民法における『合意の瑕疵』論の展開とその検討」棚瀬孝雄編「契約法理と契約慣行」(弘文堂、一九九九年)一四九頁以下、窪田充見「消費者契約法と不法行為」ジュリスト二〇〇〇号(二〇〇一年)七七頁以下、同「取引関係における不法行為——取引関係における自己決定権をめぐる現況と課題」法律時報七八卷八号(二〇〇六年)六六頁以下、山下純司「情報の収集と錯誤の利用——契約締結過程における法律行為法存在意義——」(一)法学協会雑誌一九九五年(二〇〇二年)七八七頁以下。

(10) 道垣内弘人「取引的不法行為——評価矛盾との批判のある一つの局面に限定して」(一九九六年)ジュリスト一四〇頁(奥田昌道編「取引関係における違法行為とその法的処理——制度間競合の視点から」(有斐閣、一九九六年)所収)、潮見佳男「債権総論Ⅰ」(第二版)(信山社、二〇〇三年)五八〇頁。

(11) 潮見佳男「説明義務・情報提供義務と自己決定」中田裕康・山本和彦・塩谷國昭編「説明義務・情報提供義務をめぐる判例と理論」判例タイムズ臨時増刊一一七八号(二〇〇五年)九頁、一〇頁。

(12) 先行業績として、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」(二)六甲台論集二八卷三号(一九九一年)四五頁以下、藤田寿夫「説明義務違反と法解釈方法論」神戸学院法学二七卷一・二号(一九九七年)一頁以下、同「説明義務違反と不当威圧」岡山大学法学会雑誌四八卷二号(一九九八年)五七頁以下、同「取引交渉過程上の法的責任」椿寿夫教授古希記念、現代取引法の基礎的課題」(有斐閣、一九九九年)五三三頁以下、川角由和「ドイツ債務法の現代化と『契約締結上の過失』(culpa in contrahendo)」『ヨーロッパ私法の動向と課題』(日本評論社、二〇〇三年)二二一頁以下、半田吉信「ドイツ債務法現代化法概説」(信山社、二〇〇三年)一九四頁以下、潮見・前掲注(8)一四二頁以下(初出「ドイツにおける情報提供義務論の展開」(一)・(三)・完)法学論叢一四五卷二、三、四号(一九九九年)、円谷峻「新・契約の成立と責任」(成文堂、二〇〇四年)二七六頁以下、宮下修一「消費者保護と私法理論」(信山社、二〇〇六年)八九頁以下がある。

(13) BGH NJW 1962, 1196, 事案の概要については、後掲注(19)を参照。

(14) BGH NJW 1998, 302.

(15) 潮見・前掲注(8) 四二頁以下、特に四四二頁(初出「比較法の視点から見た『消費者契約法』」民商法雑誌二二三巻四〇五号(二〇〇一年))の指摘を参照。

(16) 本稿では、従来のわが国の先行業績に依拠したうえで、その後のドイツにおける議論を丹念に紹介することを第一義的な目的としている。したがって、わが国における「契約締結上の過失を理由とする契約解除」をめぐる問題や制度間競合の問題に分析を加えるという意図に基づくものではない。ドイツとわが国との法制度の違い(損害賠償法における原状回復主義)から、ドイツ理論をそのまま解釈論として取り入れることに慎重な見解が存することも、その理由の一つである(端的に指摘するものとして、円谷峻・前掲注(12) 一三三頁、二八七頁。「契約締結上の過失を理由とする契約解除」の議論に関して、積極的に解釈論を試みるものとしては、とりわけ、本田純一「契約締結上の過失」理論について―遠藤浩||林良平||水本浩監修『現代契約法体系 一巻―現代契約の法理(一)』(有斐閣、一九八三年)二〇七頁、今西康人「契約準備段階における責任」『不動産法の課題と展望』(日本評論社、一九九〇年)一七三頁を参照。早くから、北川善太郎「契約締結上の過失」松坂佐一||西村信雄||船橋諄一||柚木馨||石本雅男選題「契約法体系I」(有斐閣、一九六二年)二三三頁、二三三頁により、このような解除の可能性が示唆されていた)。制度間競合の視点からは、日本型評価矛盾論においても、全額の原状回復的損害賠償を認めれば、詐欺取消規定を空洞化させるのではないかという問題が立てられるため、この問題を正面から扱うドイツ型評価矛盾論から示唆を得ることができるとも考えられる。しかし、ドイツでは、金銭的損害賠償請求権による解決が、むしろ評価矛盾を回避するための解釈論として展開されてきたのである( Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf, ZGR 1982, S. 420. 後述するハンス・シュトルおよびM. リープの見解も参照)。わが国での評価矛盾論とは同列に論じることができないことにも注意を要する。この点に関しては、潮見・前掲注(8) 一二二頁、一二三頁における注(12)の指摘も参照。

(17) BGB旧法下における議論は、わが国でも、すでに詳細な研究成果が出されているが、本稿で扱う問題を分析するためには、従前の議論を概観することが不可欠となるため、以下での叙述は、先行業績に依拠したうえで、要約的にまとめることとする。

なお、条文の表記に関しては、BGB旧法下での条文番号には、特に、BGB旧〇〇条と表記することはせず、債務法改正以後に旧規定を用いる場合に限って、BGB旧〇〇条と表記することをあらかじめお断りしておく。ドイツ民法典については、後掲の条文を参照された。

(18) 例えは、BGH NJW 1962, 1196; BGH NJW 1977, 1336; BGH NJW 1979, 1983 (ただし、本件は、強迫による取消しが問題となった事案)など。

(19) Vgl. Stephan Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 67 ff.; ders., Vertragsaufhebung wegen culpa in contrahendo: Schutz der Entscheidungsfreiheit oder des Vermögens?, ZIP 1998, S. 1053 f. (以下、前者を「unerwünschten Vertrag」)、後者をZIP 1998-1)。

引用する。)

- (20) Vgl. Lorenz, unerwünschten Vertrag, a. a. O. (Fn. 19), S. 67 ff.; ders., a. a. O. (Fn. 19), ZIP 1998, S. 1053 f.
- (21) Vgl. Lorenz, unerwünschten Vertrag, a. a. O. (Fn. 19), S. 67 ff.; ders., a. a. O. (Fn. 19), ZIP 1998, S. 1053 f.
- (22) BGH, NJW 1962, 1196 事案は、次のとおりである。被告は、原告から、自己の工場で使用する目的で旋盤を購入し、従前使用していた古い機械を取り替えることとした。契約交渉段階において、被告は、原告の代理人に対して、旋盤が工場内の予定した設置場所に納まるかどうかについて質問した。その際、原告代理人は、問題ないと回答した。しかし、後に設置場所が狭すぎることが判明した。原告からの請求に対し、被告は抗弁として、契約締結上の過失に基づく損害賠償請求権を行使した。
- (23) Vgl. BGH, NJW 1962, 1196, 1198 及び 本判决(5)を以て「Dieter Medicus, Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, JSt 1965, S. 211.」を参照。
- (24) Vgl. Medicus, a. a. O. (Fn. 23), S. 212 ff.
- (25) 学説の分類については、Hans Christoph Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 15, 152 ff. を参照。わが国での詳細な紹介については、今西・前掲注(12)、五四頁以下、潮見・前掲注(8)、一五六頁以下を参照。各学説の要点を簡潔に紹介するものとして、藤田・前掲注(12)「説明義務違反と法解釈方法論」神戸学院法学二七卷一・二号(一九九七年)三頁、四頁、同一取引交渉過程上の法的責任「椿寿夫教授古希記念・現代取引法の基礎的課題」(有斐閣、一九九九年)五三五頁、五三六頁を参照。
- (26) Vgl. Canaris, a. a. O. (Fn. 16), S. 395, 418 f.
- (27) ティーター・メディクス(河内宏・河野俊行監訳)『ドイツ民法(上)』(信山社、一九九七年)一三六頁を参照。
- (28) Vgl. Werner Schubert, Unredliches Verhalten Dritter bei Vertragsschluss, AcP 168, 1968, S. 506 ff.
- (29) Vgl. Manfred Lieb, Vertragsaufhebung oder Geldersatz? in: der Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln in: Festschrift 600 Jahre Universität Köln, 1968, S. 258 ff.
- (30) 代表的論者として、ラーレンスを挙げることがある。Vgl. Karl Lorenz, Bemerkungen zur Haftung für „culpa in contrahendo“ in: Festschrift für Ballerstedt, Berlin 1975, S. 411.
- (31) Vgl. Soergel/Wiedemann, 12 Aufl., vor §275 BGB, Rn. 199.
- (32) BGH, NJW 1998, 302. 本判决については、藤田・前掲注(12)、岡山大学法学会雑誌四八巻二号(一九九八年)五九頁以下、川角・前掲注

- (12) 二四八頁以下、円谷・前掲注(12)二八六頁以下でも紹介されている。
- (33) Vgl. BGH NJW 1962, 1196, 1198 f.
- (34) 上記した保護目的の相違は、すべしBGH NJW 1979, 1983, 1984, ども指摘されてきた。
- (35) Vgl. Lorenz, a. a. O. (Fn. 19), ZIP 1998, S. 1053.
- (36) シェトルおぢぢM. リープの見解について、それぞれの見解の相違点も含め、詳しくは、潮見・前掲注(8)一六四頁以下を参照。
- (37) Vgl. Hans Stoll, Haftungsfolgen fehlerhafter Erklärungen beim Vertragsschluss, in: Festschrift Riesenfeld, 1983, S. 275, 281 f.; ders., Schädigung durch Vertragsschluss, in: Festschrift Deutsch, 1999, S. 361, 363 ff. (ズトビダ'前掲やFS Riesenfeldと同じ'後掲やFS Deutschと同じ引用ナ'。)
- (38) Vgl. Stoll, FS Riesenfeld (Fn. 37), S. 282; ders., FS Deutsch (Fn. 37), S. 365.
- (39) Vgl. Stoll, FS Riesenfeld (Fn. 37), S. 282 f.; ders., FS Deutsch (Fn. 37), S. 368 f.
- (40) Vgl. Lieb, a. a. O. (Fn. 29), S. 259.
- (41) Vgl. Lieb, a. a. O. (Fn. 29), S. 255.
- (42) Vgl. Lieb, a. a. O. (Fn. 29), S. 264.
- (43) Vgl. Lorenz, unerwünschten Vertrag (Fn. 19), S. 388 ff.; ders., ZIP 1998, (Fn. 19), S. 1055 f.
- (44) ローレンスの見解については、藤田・前掲注(12)岡山大学法学会雑誌四八巻二号(一九九八年)六一頁以下でも詳しく紹介されている。
- (45) Vgl. Lorenz, unerwünschten Vertrag (Fn. 19), S. 69 f.
- (46) Vgl. Lorenz, unerwünschten Vertrag (Fn. 19), S. 71 ff.
- (47) Vgl. Lorenz, ZIP 1998, (Fn. 19), S. 1055.
- (48) Vgl. Lorenz, ZIP 1998, (Fn. 19), S. 1056.
- (49) Vgl. Lorenz, ZIP 1998, (Fn. 19), S. 1056 f.
- (50) Vgl. Grigoleit, a. a. O. (Fn. 25), S. 67 ff. また、契約締結上の過失は意思自由ではなく、債権者の「正当な給付期待」を保護するというシエトルの見解も、ローレンスと同様の理由から支持されることナ'。 Vgl. ders., a. a. O. (Fn. 25), S. 70.
- (51) Grigoleit, Reformperspektiven der vorvertraglichen Informationshaltung, in: Reiner Schulze/Hans Schulte-Nölke, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 281 f.

- (52) Grigoleit, a. a. O. (Fn. 25), S.46.
- (53) Grigoleit, a. a. O. (Fn. 25), S.47.
- (54) Grigoleit, a. a. O. (Fn. 25), S.50 ff, 79 ff.; ders., a. a. O. (Fn. 48), S. 274.
- (55) Grigoleit, a. a. O. (Fn. 51), S. 283. なお、国際的取引原則については、エニドロフ国際商事契約原則 (Unidroit Principles, 1994) 三、五条一項 a 号、三、一八条およびヨーロッパ契約法原則 (Principles of European Contract Law, 1998) 四：一〇三条一項 a 号(i)、四：一〇六条、四：一七条二項三項を参照。さらに、比較法的視点からの分析を含めて、ハイン・ケッツ (潮見佳男) 中田邦博 松岡久和訳『ヨーロッパ契約法Ⅰ』法律文化社、一九九九年 三七五頁以下、オレ・ランドー/ヒュー・ビル編 (潮見佳男) 中田邦博 松岡久和監訳『ヨーロッパ契約法原則Ⅰ・Ⅱ』法律文化社、二〇〇六年) 二〇四頁以下、二二七頁以下、二六九頁以下 [馬場圭太執筆]、Hager Festscher, Konkurrenzprobleme um die culpa in contrahendo : Fahrlässige Irreführung versus arglistige Täuschung, AcP 200, 2000, S. 105 ff. に詳し。
- (56) Grigoleit, a. a. O. (Fn. 51), S. 283.
- (57) Vgl. Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts, AcP 200, 2000, S. 273, 304 ff.
- (58) 「海岸土地判決 (Seegrundstück-Urteil)」(BGHZ 60, 319; NJW 1973, 1234) 以来、確定した判例法理である。BGB旧規定下における瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任との競合問題については、Grigoleit, a. a. O. (Fn. 25), S. 219 ff. を参照。特に裁判例の分析については、Reinhard Singer, Fehler beim Kauf — Zum Verhältnis von Mängelgewährleistung, Irrtumsanfechtung und culpa in contrahendo, in: Festschrift 50 Jahre BGH, 2000, 386 ff. に詳し。この問題に関するわが国の文献として、北川善太郎『契約責任の研究』(有斐閣、昭和三八年) 一三六頁以下、特に、一五七頁、一八九頁、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) 六甲台論集二八卷二号 (一九八一年) 一三頁以下、右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂、一九九五年) 三三五頁以下、特に、六二頁以下 (今西康人)、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」山崎正男 五十嵐清 藪重夫古稀記念『民法学と比較法学の諸相Ⅰ』(信山社、一九九六年) 二四三頁以下を参照。
- (59) Vgl. Canaris, a. a. O. (Fn. 57), S. 306.
- (60) Vgl. Canaris, a. a. O. (Fn. 57), S. 306.
- (61) Vgl. Canaris, a. a. O. (Fn. 57), S. 306 f.
- (62) Vgl. Canaris, a. a. O. (Fn. 57), S. 307.

- (63) Vgl. Canaris, a. a. O. (Fn. 57), S. 307.
- (64) Vgl. Canaris, a. a. O. (Fn. 57), S. 307 f.
- (65) Vgl. Canaris, a. a. O. (Fn. 57), S. 308.
- (66) Vgl. Canaris, a. a. O. (Fn. 57), S. 319.
- (67) 財産損害を要求する判例に、基本的に賛同するものとして、André Pohlmann, Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten, 2002, S. 113 ff. ただし、契約解消の行使期間に「 *BGB 一二四条の期間に限定する (ders., S. 115.)*」のは、 *Manfred Lieb, Culpa in contrahendo und rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, in: Festschrift Dieter Medicus, 1999, S. 338 ff.; Walter G. Paefgen, Haftung für mangelhafte Aufklärung aus culpa in contrahendo, 1999, S. 24 f.*の財産損害の要件を採用することに賛同するが、判例の理解する主観的な損害概念に対し「*は否定的である*」。
- (68) Vgl. Lorenz, ZIP 1998, (Fn. 19), S. 1055; Herbert Wiedemann, JZ 1998, S. 1177; Grigoleit, Neuere Tendenzen zur schadensrechtlichen Vertragsaufhebung, NJW 1999, S. 901 f.; Fleischner a. a. O. (Fn. 55), S. 111 f.; Medicus, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 15. Aufl, S. 67.
- (69) Vgl. Lieb, a. a. O. (Fn. 67), S. 343 ff.
- (70) Vgl. Grigoleit, a. a. O. (Fn. 25), S. 46 f.
- (71) Vgl. Lieb, a. a. O. (Fn. 67), S. 347 ff.
- (72) Vgl. Canaris, a. a. O. (Fn. 16), S. 416 ff.
- (73) 後述するように、カナリスが給付障害法委員会のメンバーの一人として、立法手続きに関与し、契約締結上の過失の法整備にも決定的影響を与えていることを考えると、本文に述べたことは、特記しておくべき事柄である。
- (74) Vgl. Grigoleit, a. a. O. (Fn. 51), S. 273.
- (75) 債務法現代化法が制定されるまでの一連の経過を紹介・分析するものとして、池田清治「消費者契約法とドイツ法」ジュリスト二二〇〇号(二〇〇一年)一二二頁、小野秀誠「ドイツの二〇〇一年債務法現代化法——給付障害法と消費者保護法——(上)(下)」国際商事法務二九卷七号八〇九頁、二九卷八号九二四頁(二〇〇一年)、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叢書二一(法政大学出版局、二〇〇二年)、半田・前掲注(12)、潮見・前掲注(8)三三九頁以下〔初出「ドイツ債務法の現代化と日本債権法学の課題」(二〇〇一年)〕  
完「民商法雑誌」二二四卷三号三〇九頁、四・五号六三三頁(二〇〇一年)。

- (76) BGB-DiskE, S. 340; Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, S. 175.
- (77) BGB-DiskE, S. 341; Canaris, a. a. O. (Fn. 76), S. 175.
- (78) BGB-DiskE, S. 341; Canaris, a. a. O. (Fn. 76), S. 175.
- (79) BGB-DiskE, S. 343; Canaris, a. a. O. (Fn. 76), S. 176.
- (80) BGB-DiskE, S. 343; Canaris, a. a. O. (Fn. 76), S. 176.
- (81) BGB-DiskE, S. 343; Canaris, a. a. O. (Fn. 76), S. 177.
- (82) BGB-DiskE, S. 343; Canaris, a. a. O. (Fn. 76), S. 177.
- (83) BGB-DiskE, S. 343; Canaris, a. a. O. (Fn. 76), S. 177.
- (84) BGB-DiskE, S. 343 f; Canaris, a. a. O. (Fn. 76), S. 177.
- (85) BGB-DiskE, S. 344; Canaris, a. a. O. (Fn. 76), S. 177.
- (86) BGB-DiskE, S. 344; Canaris, a. a. O. (Fn. 76), S. 177.
- (87) Larenz, a. a. O. (Fn. 30), S. 379.
- (88) Barbara Dauner-Lieb, Kodifikation von Richterrecht, in: Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, S. 316. タウナー・リーブの見解については、川角・前掲注(12)二二二頁以下も参照。
- (89) Dauner-Lieb, a. a. O. (Fn. 88), S. 305.
- (90) Dauner-Lieb, a. a. O. (Fn. 88), S. 306.
- (91) Dauner-Lieb, a. a. O. (Fn. 88), S. 307. また、「理解可能性および透明性」というとき、それは、「法律の素人」の視点ではなく、「法律の専門家」の視点にかかわるものである (ders., S. 306 f.)。
- (92) Dauner-Lieb, a. a. O. (Fn. 88), S. 317.
- (93) Dauner-Lieb, a. a. O. (Fn. 88), S. 317.
- (94) Dauner-Lieb, a. a. O. (Fn. 88), S. 320.
- (95) Grigoleit, a. a. O. (Fn. 51), S. 269 ff.
- (96) 討議草案における契約締結上の過失の一般的な命題に対するグリゴライトの評価については、ダウナー・リーブと異なった理解を示して

いる点のみを明記しておく。グリゴライトによれば、契約締結上の過失の法律効果について、討議草案では、個別具体的な規定はされていない。これについては、あらゆる「義務違反」に関して、討議草案二八〇条に基づく損害賠償請求権の適用が問題となる。この点について、討議草案理由書は、「契約締結上の過失に基づく請求権の法律効果は、討議草案二八〇条に基づいて生ずる。」と簡潔に述べるだけである (Vgl. BGB-Diskr., 343; Canaris, a. a. O. (Fn. 76), S. 177)。そして、「契約不履行に基づく解除および損害賠償に関する討議草案三二三条、三二五条の規定は適用できない。以上の規定は、双務契約に基づく義務に関してのみ適用されるのであって、これらの規定を類推することは、草案起草者の明確な規律目的に反することになる (これに対して、ダウナー・リーブは、情報提供責任の諸事例において、討議草案三二三条の適用を検討する。Vgl. Daumer-Lieb, a. a. O. (Fn. 88), S. 320)」。また、損害賠償は、原則として、消極的利益についてのみ及ぶという承認された準則が、明文上規定されなかった点を批判すべきではない。というのは、この制限は、損害賠償の単なる用語的標記にすぎないのであって、それ (損害賠償) は、基本的には、義務違反の内容ないし差額説 (BGB二四九条一文) に基づいて生ずるからである (草案を批判するものとして Vgl. Daumer-Lieb, a. a. O. (Fn. 88), S. 317)。

- (97) Grigoleit, a. a. O. (Fn. 51), S. 274 f.
- (98) Grigoleit, a. a. O. (Fn. 51), S. 277.
- (99) Grigoleit, a. a. O. (Fn. 51), S. 279 ff.
- (100) クリゴライントによる取消法の拡張理論についての詳細は、前述 III (2) を参照。
- (101) Vgl. Grigoleit, a. a. O. (Fn. 51), S. 283 ff.
- (102) Vgl. Grigoleit, a. a. O. (Fn. 51), S. 285.
- (103) 条文訳は、岡孝編・前掲注 (89) [資料] ドイツ債務法現代化法 (民法改正部分) 試訳 二〇一頁を参照した。
- (104) Vgl. AnwK-BGB/Krebs, §311, 2005, Rn. 48.
- (105) 画字に「5」は、BT-Drucks. 14/6040, S. 163; Canaris, a. a. O. (Fn. 76), S. 721 f. を参照。なお、三号は、一号および二号の受け皿規定としての性格をめぐり指摘をめぐり Vgl. Barbara Daumer-Lieb, Daumer-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, 2002, S. 127.
- (106) Vgl. AnwK-BGB/Krebs, a. a. O. (Fn. 104), Rn. 48.
- (107) Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 163; Canaris, a. a. O. (Fn. 76), S. 721.



- (118) Vgl. Martin Schwab, Grundfälle zu culpa in contrahendo, Sachverhaltung und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nach neuem Schuldrecht, Jus 2002, S. 774 f. BGB 一二四条の期間統一を考える見解について、早くは、メディクスによる債務法改正鑑定意見書に現れている。Medicus, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, 1981, S. 479 f. メディクスの鑑定意見書については、円谷峻『契約交渉上の過失』に関するメディクスの鑑定意見』法政大学比較法研究所叢書九『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』（日本評論社、一九八八年）二四八頁を参照。
- (119) Vgl. Wolfgang Krüger, Vertragsrückabwicklung im Wege des Schadensersatzes, in: Festschrift für Helmut Kollrosser zum 70. Geburtstag, Bd II Zivilrecht, 2004, S. 329.
- (120) Vgl. Krüger, a. a. O. (Fn. 119), S. 331.
- (121) Vgl. Krüger, a. a. O. (Fn. 119), S. 334 f.
- (122) Vgl. Krüger, a. a. O. (Fn. 119), S. 337 ff.
- (123) Frank Weiler, Culpa in contrahendo, Anfechtung und Kaufrecht — alte Konkurrenzfragen in neuem Licht, ZGS 2002, S. 251, 256 は、情報提供上の過失責任が承認された現行法においても、過失による詐欺に対する優先的な解決方法として、BGB 一二三条を類推適用すべきことを主張する。
- (124) Vgl. Schwab, a. a. O. (Fn. 118), 774 ff.
- (125) 契約解消をめぐる議論に関して、川角・前掲注(12)二六六頁、二七九頁では、現行のドイツ民法の理解として、BGB 新三二一条二項の制定によっても、旧法下における評価矛盾論争に変更はないとの見方が示されているが、この点については、筆者の認識と若干異なる。本文中で述べたとおり、現行のBGB 二四一条二項、三二一条二項は、その文言上、情報提供義務者の契約締結前の行為義務として、相手方の「利益」すなわち、自己決定権への配慮義務を規定しており、情報提供義務者がこれに違反した場合には、原状回復の法律効果を伴う損害賠償請求権が認められる（BGB 二八〇一条一項、二四九一条一項）というのが立法者意思であり、また、現在のドイツにおける判例および多数の見解である。ここでは、もはや「財産損害」の要件は問題とならない（その意味では、クリューガーの見解は、どちらかと言えば例外である）。したがって、現行のドイツ民法上の理解としては、BGB 三二一条二項の制定により、契約締結上の過失に基づく契約解消は明文上の根拠を与えられたが、主観的要件、および、時効期間の点で相違がある部分につき、若干の——しかし、無視できない——解釈学上の争いがあるとの見方が妥当であるように思われる。特に、前者の主観的要件の相違に起因する規範摩擦についても、現行法の下では、契約締結上の

過失に基づく契約解消を否定する方向ではなく、むしろ、詐欺取消規定の故意要件の克服という文脈で議論されている点に注意を要する。  
(26) その意味で、窪田・前掲注(9) 法律時報七八巻八号(二〇〇六年) 六九頁で述べられているような指摘、すなわち、「法秩序は全体として一つの法システムを形成しているものであり、そこで提供される複数の法的救済は整合的なものであるべき」との制度理解は、今一度、強調されるべきである。

#### 〈ドイツ民法典条文〉

ドイツ民法典旧法下において妥当していたもの。

【 BGB 二二三条 】 1 悪意による詐欺、または、違法な強迫によって、意思表示をすることへと決定した者は、その意思表示を取り消すことができる。

2 省略

【 BGB 二二四条 】 1 一二三条に基づいて取消可能な意思表示の取消は、一年以内のみ、おこなうことができる。

2 この期間は、悪意による詐欺の場合には、取消権者が欺罔されたことを発見したときから開始し、強迫の場合には、強制状態が止んだときから開始する。(以下、省略)。

【 BGB 二四二条 】 1 取消可能な法律行為が取り消された場合、その法律行為は、最初から無効であったものとみなされる。

2 取消可能性を知り、または、知らなければならなかった者は、取消しが行われたときには、その者が法律行為の無効を知っていたか、あるいは、知らなければならなかったであろうときと同様の扱いを受ける。

【 BGB 二四二条 】 債務者は、取引慣行を考慮して、信義誠実が要求するように給付を実現する義務を負う。

【 BGB 二四九条 】 損害賠償義務を負う者は、賠償を義務づけることとなった事情が発生しなかったとしたならばあるであろう状態を回復しなければならぬ。人への侵害または物への侵害を理由として損害賠償が給付されなければならない場合には、債権者は、原状回復に代えて、原状回復のために必要な金額を請求することができる。

【 BGB 二五一条 】 1 原状回復が可能でなく、または債権者に対する賠償として十分でないときに限り、賠償義務者は、債権者に金銭で賠償しなければならぬ。

2 賠償義務者は、原状回復が過分の費用によつてのみ可能であるときには、債権者に金銭で賠償することができる。

【BGB二五二条】 賠償すべき損害は、逸失利益をも含む。事物の通常の経過に基づき、または特別の事情、特にすでになした措置および準備に基づき、蓋然性をもって期待することができた利益は、逸失利益となる。

【BGB二五三条】 財産的でない損害については、法律により定められた場合に限り、金銭による賠償を請求することができる。

【BGB四〇四条】 債務者は、新債権者に対して、債権譲渡の時点で旧債権者に対して成立していた抗弁をもって対抗することができる。

【BGB四五九条】 1 物の売主は、買主に対して、買主に危険が移転したときに、物がその価値あるいは通常の使用もしくは契約によって前提とされた使用に対する適合性を失わしめる、あるいは減じるような瑕疵を帯びていないことについて責任を負う。価値あるいは適合性の軽微な減少は考慮されない。

2 売主は、物が保証された性質を危険移転時に有していることについても責任を負う。

【BGB四六三条】 売買目的物が売買時に保証された性質を欠くときは、買主は、解除あるいは減額に代えて不履行に基づく損害賠償を請求することができる。売主が瑕疵を悪意で黙秘していた場合も同様である。

【BGB八二三条】 1 故意または過失により、他人の生命、身体、健康、自由、所有権その他の権利を違法に侵害した者は、この他人に対して、これにより生ずる損害を賠償する義務を負う。

2 他人の保護を目的とする法律に違反した者は、これにより発生した損害を賠償する義務を負う。当該法律の内容によれば、この法律に対する違反が過失なしでも可能である場合には、損害賠償義務が発生するのは、その違反が過失でされた場合のみである。

【BGB八二六条】 良俗に違反する方法で故意に他人に損害を惹起した者は、この他人に対して損害を賠償する義務を負う。

【BGB八五二条】 1 不法行為により発生した損害の賠償請求権は、被害者が損害および賠償義務者を知ったときから三年で時効により消滅し、また、この認識とは関係なく、行為がされたときから三〇年で時効により消滅する。

【BGB八五三条】 ある者が自己のした不法行為によって被害者に対する債権を取得した場合においては、債権放棄の請求権が消滅時効にかかったときであつても、被害者は、その履行を拒絶することができる。

## 〈二〇〇二年施行のドイツ民法典〉

【BGB一九五条】 通常の消滅時効期間

通常の消滅時効期間は、三年とする。

【BGB一九九条】 通常の消滅時効期間の起算点および最長期間

1 通常の消滅時効期間は、次の各号に掲げる要件をすべて満たした年の終了時から起算する。

(1) 請求権が発生したこと

(2) 債権者が請求権を基礎づける事情及び債務者を知り又は重大な過失なく知るべきであったこと

2 生命、身体、健康または自由の侵害を理由とする損害賠償請求権は、その発生の有無を

問わず、また、「それを」知っているか又は重大な過失により知らないかにかかわらず、行為の時、義務違反のとき又は損害を惹起するその他の出来事が発生した時から三〇年の消滅時効にかかる。

3 その他の損害賠償請求権は、次の各号に掲げる消滅時効にかかる。

(1) 「それを」知っているか又は重大な過失によって知らないかにかかわらず、その発生時から一〇年

(2) その発生の有無を問わず、また、「それを」知っているか又は重大な過失により知らないかにかかわらず、行為の時、義務違反の時又は損害を惹起するその他の出来事が発生した時から三〇年

【第一号及び第二号のうち】 早く到来する期間が基準となる。

【BGB二四一条】 債務関係に基づく義務

1 債権者は、債務関係に基づいて、債務者に対して給付を請求することができる。給付は、不作為でも生じうる。

2 債務関係は、その内容により、各当事者に相手方の権利、法益および利益に対する配慮を義務づけることができる。

【BGB二四九条】 損害賠償の項目および範囲

1 損害賠償義務を負う者は、賠償を義務づけることとなった事情が発生しなかったとしたならばあるであろう状態を回復しなければならない。

2 省略

【BGB二八〇条】 義務違反に基づく損害賠償

1 債務者が債務関係から生じる義務に違反した場合には、債権者は、これにより生じた損害の賠償を請求することができる。これは、義務違反につき債務者に帰責事由がない場合には適用しない。

【BGB三二一条】 法律行為上および法律行為類似の債務関係

1 法律行為による債務関係の成立、または、債務関係の内容の変更については、両当事者間における契約を必要とする。ただし、法律に別段の定

めがあるときは、この限りでない。

2 二四一条二項の諸義務を伴う債務関係は、次の各号のいずれかによっても発生する。

(1) 契約交渉の開始

(2) 当事者の一方が、不時の法律行為上の関係の発生を顧慮して、相手方に、自己の権利、法益および利益に影響を及ぼす可能性を与え、または、それを委ねる契約交渉の準備

(3) これと類似する取引上の接触

3 省略

【BGB三二二条】訪問取引における撤回権

1 消費者は、事業者との契約が有償給付を目的とし、かつ、次の各号のいずれかに該当する場合（訪問取引）には、第三五五条（消費者契約における撤回権——筆者注）に基づき撤回権を有する。

(1) 消費者の職場、または、ある私的住居における口頭の交渉により契約を締結した場合

(2) ……以下省略。

ドイツ民法典の訳出にあたって、特に参照した文献は以下のとおりである。

椿寿夫Ⅱ右近健男編『ドイツ債権法総論』（日本評論社、一九八八年）、椿寿夫Ⅱ右近健男編『注釈ドイツ不当利得法・不法行為法』（三省堂、一九九〇年）、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂、一九九五年）、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叢書二一（法政大学出版局、二〇〇二年）。