

## 論 説

「買主、注意せよ」から  
「売主、開示せよ」への契約観の転換  
—債権法改正の基本方針の詐欺・不実表示・情報提供義務・  
債務不履行概念と表明保証・東京地判平成18年1月17日  
判決の総合的検討—

越 知 保 見

はじめに

- I 金融商品の不当勧誘問題と規範競合論
  - 1 金融商品の不当勧誘と不法行為による解決
  - 2 民法学の議論：法律行為論による解決の模索
- II 比較法的視点からの分析—詐欺・不実表示・情報提供義務
  - 1 日本の現状と諸外国との相違
  - 2 フランスの詐欺・錯誤の拡張理論と情報提供義務
  - 3 ドイツの契約締結上の過失理論による救済
  - 4 英米法における詐欺・不実表示・開示義務
- III 契約実務における表明保証条項の浸透
  - 1 表明保証条項の内容と違反の効果（補償責任）
  - 2 表明保証条項がおかれる理由
  - 3 瑕疵担保責任との比較論
  - 4 売買契約の規範を買主有利に変更するものであることの合理性
  - 5 表明保証責任の性質論
  - 6 その他の契約の表明保証・非典型的な表明保証
- IV 基本方針の法律行為・契約総論の関連規定の検討
  - 1 意思主義理論からの決別
  - 2 詐欺・強迫に関する現代化
  - 3 説明義務・情報提供義務
  - 4 不実表示

V 基本方針の債務不履行の効果についての改正の意義

- 1 債務不履行要件としての帰責事由の削除の意義
- 2 平成18年判決の再検討
- 3 信義則上補償責任が制限される場合

結語

## はじめに

債権法改正の基本方針<sup>(1)</sup>（以下、「基本方針」という。）の法律行為論・契約論に関する改正は、金融商品を中心とする不当勧誘による消費者被害の問題に対する救済との関係を意識して、消費者契約法の内容を取り込むことが中心になっているかのように解説されているが、改正の目的はむしろ意思主義、「買主、注意せよ」という古典的契約観が、今日では、契約当事者間の規律として公平なものとは言えなくなっているとの認識の下で、この民法原則を現代化することにあるように思われる。このような古典的契約観の行き詰まりは、消費者契約の分野だけではない。もっとも洗練された事業者同士の契約実務においても、表明保証条項を通じて、意思主義や「買主、注意せよ」の原則は修正されてきていた。

消費者契約、事業者間契約のいずれも民法の規律が大きく変更されている実態は、まさに、民法が時代に適合しなくなっていることを示す顕著な例であり、その意味で、民法は、すでに賞味期限切れといえ、今回の改正は、むしろ「ようやく」という観が強い。

特筆すべきは、その現代化において、英米法的なアプローチが活用されている点である。この点は、現在、民法学では、大陸法特にフランス法の研究が主流であることを考えると意外であるし、基本方針にはそのような観点は触れられておらず、一般にそのような特徴は、ほとんど認識されて

---

(1) 民法（債権法）改正検討委員会「債権法改正の基本方針」（別冊 NBL126号）（以下、「基本方針」という。）

いない。しかし、不実表示と困惑についての規定は、民法の錯誤・詐欺・強迫の規定が適切に機能していないことに対応するものであるが、詐欺や錯誤の故意ドグマを修正する方法も考えられたところ、その方法によらず英米法の misrepresentation、undue influence（不当威圧）の規定を活用している点で、英米法的な原理が取り込まれているのである。また、債務不履行に帰責事由を要しないとするのは、実は、英米法的な債務不履行観である。表明保証条項など契約実務で英米法的な概念が浸透しているがことからすれば、基本方針が英米法的な原理を取り込もうとしていることの意義は高く評価されるべきである<sup>(2)</sup>。ただし、その取り込み方として、いくつか改善すべき点もあるようにも思われる。

表明保証条項は、東京地判平成18年1月17日（以下、「平成18年判決」と<sup>(3)</sup>いう）により、初めて本格的な表明保証条項についての司法の判断が下され、同判決が、買主（表明保証をしたものの相手方）の主観（善意無重過失）が問題とされることがあることを示唆したが、契約自由・私的自治との関係で疑問が多い。基本方針の債務不履行についての改正は、平成18年判決の問題にある程度答える内容となっている。

本稿では、今回の基本方針の法律行為（詐欺・不実表示・情報提供義務）・債務不履行に関する条項について、消費者契約における不当勧誘と規範競合論（以下のⅠ）、英米法・大陸法の比較法的検討（以下のⅡ）、事業者間契約における表明保証条項の意義・機能の検討（以下のⅢ）を含め、今回の改正の狙いについて、理論と実務を架橋した多角的検討を行ったうえ、基本方針の各条項の意義を評価し、改善すべき点についての示唆を行い（以下のⅣ）、平成18年判決の基本方針の観点からの再検討（以下のⅤ）を行うものである。なお、本稿Ⅲ、Ⅳ、Ⅴを中心とする本稿のサマリ

---

（2） ウィーン条約の規定を取り込んだとも言えるが、ウィーン条約の規定は、基本方針に先駆けて英米法的な考え方を取り込んだものと評価すべきと思われる。

（3） 東京地判平成18年1月17日 金融法務事情1770号99頁、判例タイムズ1230号206頁

一が、拙稿「「買主、注意せよ」から、「売主、開示せよ」への契約観の転換—債権法瑕疵絵が表明保証実務に及ぼす意義と東京地裁平成18年1月17日判決の再検討」NBL949号26頁(2011)に掲載されている。

## I 金融商品の不当勧誘問題と規範競合論

### 1 金融商品の不当勧誘と不法行為による解決

バブル崩壊後の1990年代以降、金融商品の不当勧誘をめぐる訴訟が頻発したことからいわゆる投資商品に対する救済をめぐり、多数の判例が形成され、民商法の研究者及び実務家から活発な議論が行われてきた。金融商品の被害については特に広汎な被害が問題となったものとして変額保険、ワラントの勧誘事例が多いがその他にも信用取引、オプション、デリバティブ<sup>(4)</sup>、商品先物、社債など多様な商品が問題となっている。

救済の中心は、不当勧誘について説明義務違反・適合性原則違反を不法行為と構成した損害賠償であったが、事件を契機として、証券取引法(金融商品取引法)の開示義務・業者規制を強化し、目論見書などの開示書類についての不実記載などに関し、課徴金制度の創設と民事責任についての立証負担の軽減などの措置が講じられてきた。

### 2 民法学の議論：法律行為論による解決の模索

金融商品の不当勧誘がもっぱら不法行為により解決されていることに関し、民法学の分野では、不法行為による解決に頼ることが疑問視され、契

---

(4) 潮見佳男「投資取引と民法理論(1)～(4・完)―証券投資を中心として―」民商法雑誌117巻6号1頁、118巻1号1頁、2号1頁、3号50頁(1997-1998)、先例の展開については、(1)に詳しい。最近の展開については、潮見佳男「最近の裁判例にみる金融機関の説明・情報提供責任」金融法務事情1407号7頁以下(1995)

約の効力を否定することがなぜできないのか、古典的な民法原理を修正する必要があるのではないかが議論された。規範競合論・合意の瑕疵論と呼ばれる議論で、今回の改正案は、そこでの議論を立法に結び付けたものと評価できる面がある。そこで、大きな議論ではあるが、あえてその論点の概要を以下に略述する。

規範競合論または制度間競合論とは、不法行為による救済で原状回復的損害賠償が認められるならば、それは契約の無効を前提としなければならないのではないか、契約が有効であるのに原状回復と同じ程度の損害賠償請求ができることは評価矛盾ではないかとの主張がある。これについて<sup>(5)</sup>は、肯定説と否定説に分かれ活発な議論が行われていたが、不当勧誘につ

---

(5) 民法学会では1996年に行われた日本司法学会のシンポジウム「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」において原状回復的損害賠償が認められる場合について契約の効力をむしろ否定するべきではないかとの見解が有力化したことによる。制度間競合論については、ジュリスト1078号から1094号ににわたり、特集されている。以下は、その主要なものである。なお、特集の内容は、奥田昌道編『取引関係における違法行為とその処理—制度間競合論の視点から』（有斐閣）1996年にまとめられている。以下は、その主要なものである。

潮見佳男「規範競合の視点から見た損害論の現状と課題（1）（2・完）」ジュリスト1079号91頁、1080号86頁（1996）

橋本佳幸「取引的不法行為における過失相殺」ジュリスト1094号147頁（1996）  
磯村 保「契約成立の瑕疵と内容の瑕疵（1）（2・完）」ジュリスト1083号81頁、1084号77頁（1996）

松岡久和「原状回復法と損害賠償法」ジュリスト1085号86頁（1996）

錦織成史「取引的不法行為における自己決定権侵害」ジュリスト1086号86頁（1996）

山本敬三「取引関係における公法的規制と私法の役割（1）（2・完）—取締法規論の再検討」ジュリスト1087号123頁（1996）、1088号98頁

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」ジュリスト1090号137頁（1996）

大久保邦彦「請求権競合論の問題構造」ジュリスト1092号91頁（1996）

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1094号128頁（1996）

高橋眞「契約締結上の過失論の現段階」ジュリスト1094号139頁（1996）

川浜昇「独占禁止法と私法取引」ジュリスト1095号170頁（1996）

いて説明義務違反に基づく損害賠償という救済だけでなく、法律行為論からの救済方法についての理論構成が模索され、古典的な民法原理の修正の方向性が提案されるにいたった。この意味において、規範競合論は請求権競合論よりも実践的な意味を持ったとされる。

法律行為論からの救済方法は、合意の瑕疵と結びつけた契約の無効・取消の可能性の拡張についての理論構成が主流の議論であり、とくにフランス法の研究から、詐欺・錯誤の拡張、情報提供義務違反が主流の議論となり、ドイツ法の契約締結上の過失等の理論に基づく契約解除という構成は主流の議論となっていない。これは、議論を古典的な意思表示理論の現代化に結び付けたいという民法学者の意識が強かったためではないと思われる。

ただ、基本方針を見ると、確かに、情報提供義務が規定されるなど、一定のフランス法の影響は感じられるものの、むしろ、英米法的な原理を導入している面の方がより強いように思われる。ところが、この英米法的な契約理論を導入しているとは、解説ではほとんど触れられておらず、この点が、実務家にとって、民法改正の内容がわかりにくくなっている大きな要因と思われる。

---

道垣内弘人「請求権競合論から制度間競合論へ」ジュリスト1096号103頁 (1996)

山田誠一「取引における不法行為」ジュリスト1097号98頁 (1996)

磯村 保「違法な取引行為に対する救済—効果を中心として」ジュリスト1097号108頁 (1996)

山本敬三「取引関係における違法行為をめぐる制度間競合論—総括」ジュリスト1097号116頁 (1996)

- (6) 合意の瑕疵論と呼ばれ、代表的な文献として、森田宏樹『『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論 (1) ~ (3・完) NBL482号22頁以下、483号56頁以下、484号56頁以下 (1991)。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 (1999) 149頁。山本豊「不都合な契約からの離脱 (その2) —立法による対処」法学教室333号 (2008) 71頁 債権法改正との関係で議論する者として、山本敬三「契約規制の法理と民法の現代化 (一) (二・完)」民商法雑誌141巻1号1頁、2号1頁 (2009)

以下で、まず、比較法的視点から、民法の現代化の必要性を検討する。

## II 比較法的視点からの分析

### ―詐欺・不実表示・情報提供義務

#### 1 日本の現状と諸外国との相違

日本では、詐欺には害意は不要であるが、相手方を錯誤におとし入れ、且つその錯誤によって意思を決定・表示させようとする二段の故意が必要であると解され、この古典的な二段の故意論が厳格に維持されているため、詐欺の立証は困難なものとなっている。金融商品被害の事例で説明義務・適合性原則を媒介とした不法行為に基づく損害賠償請求による救済が主流となっているのは、詐欺の取消がうまく機能しないことが大きな理由である。

しかし、民法上、詐欺に故意を必要とするとの理論が維持されているのは、英米仏独のうち、ドイツだけである。古典的な「買主、注意せよ」の原則の下では、契約法に基づく買主の保護は十分でない。その端的な例が、買主に情報収集能力がほとんどなく、売主の情報に依存している消費者取引である。そこで消費者取引において、買主に、執拗な勧誘が行われたり、誤導的な情報を提供した結果、契約が締結された場合に、契約の効力を否定したり、損害賠償を請求できないかが、いずれの国でも問題となった。

その救済として、不法行為と並び重要な地位を占めたのが、そのような勧誘は詐欺ではないかという視点から、詐欺の故意要件を緩和し、（故意がなくとも）欺罔的取引であれば詐欺にあたるとの考え方が有力化した。

また、契約の相手方がそれを知ったならば契約しないであろう事実を秘匿した場合に詐欺（沈黙の詐欺）を認めることができる場合があるとの理論が形成された。さらに、それでも依然として十分な救済ははられない場合があることから、不実表示や情報提供義務により、情報劣位にある当事

者の保護を図る理論が展開した。以下では、英米仏独において、欺罔的取引から、不実開示・情報提供義務が展開された過程を概観する。<sup>(7)</sup>

## 2 フランスの詐欺・錯誤の拡張理論と情報提供義務

フランスでは、英米法の fraud の展開に示唆を受けて、欺罔行為の範囲を拡張し、詐欺による救済を強化している。<sup>(8)</sup>

まず、欺罔行為に該当する場合として①積極的に相手方を欺罔する行為であり、策謀や欺瞞的な手段（偽計）による場合、②害意や積極的行為を伴わない虚偽の言明、または③知りたる情報について告知すべき義務があるのに沈黙を保ったという詐欺的黙秘の一定の場合について、欺罔行為にあたるものと解されるようになっている。

②の虚偽も言明については、どの程度の誇張を含んだ言明が許容されるかが議論され、勧誘の態様、特に不誠実性や異常性から違法性を導くことが多いとされている。

③のタイプがいわゆる沈黙による詐欺の問題であるが、沈黙の詐欺が、詐欺にあたる場合として争いが無いのは、下記の米国の第 2 類型（部分真実）の場合であり、フランス法が、米国法より、欺罔行為の成立範囲が広いかは必ずしも明らかではないように思われる。<sup>(9)</sup>

沈黙による詐欺の問題は、情報提供義務の違反の問題（米国では開示義

---

(7) 法律行為論からの救済の議論（規範競合論）は、法律行為論の現代化への取り組みに向かい、欧米の詳細な比較法的研究が行われており、以下の記述は、本稿の議論に関連する部分を略述するものである。

(8) フランス法については、後藤巻則「フランス契約法における詐欺・錯誤と情報提供義務（1）（2・完）」民商法雑誌102巻2号180頁以下 3号314頁以下（1990）が先駆的業績である。馬場健太「フランス法における情報提供義務理論の生成と展開（1）（2・完）」早稲田法学73巻2号55頁以下、74巻1号43頁以下（1997-8）

(9) 前掲注8の後藤論文では、術策を伴わない単なる沈黙について詐欺が成立する場合があるかについて検討がなされているが、この判例の分析の中で沈黙の詐欺が認められる範囲がアメリカの fraud より広いとは必ずしも言えないように思われる。



務）・助言義務としても議論される。情報提供義務の発展は契約当事者が自分にとって必要な情報は自ら取得することを原則とする古典的な契約法原理（「買主、注意せよ」）を修正するものである。ただし、このような修正は基本的に消費者契約の分野で発展したもので事業者間契約においてかかる理論が適用されるか、あるいは、買主に適用されるかは必ずしも明らかではないように思われる。

情報提供義務に関しては、1990年代にファーブル・マニユンが影響力のある論文を発表したこともあり、横山教授、馬場教授らにより、この論文を援用した議論<sup>(10)</sup>がなされている。ただ、具体的事例で、消費者取引やフランチャイズ契約を超えて、どこまで、情報開示義務が課せられるかは必ずしも明らかでない。同論文は、契約成立時の情報提供義務だけでなく、契約履行時の情報提供義務<sup>(11)</sup>に言及している。

助言義務については、事業者と消費者の情報能力の格差があるというだけでは足りず、高度の技術的な専門性が必要となるような「信頼関係」にある場合に限定して論じられていると思われる。

### 3 ドイツの契約締結上の過失理論による救済

ドイツでは、故意ドグマが維持され、過失による欺罔は詐欺による取消の保護を受けなかったため、詐欺の射程の拡張は行われず、その点では、日本に似た状況がある。ただ、ドイツの場合、過失による欺罔がある場合について、不法行為という構成ではなく、契約締結上の過失による救済<sup>(12)</sup>が展開した。

---

(10) 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1094号（1996）128頁、130頁 馬場前掲注8の論文（2・完）65頁

(11) この論点は、最近のコンビニのフランチャイズ契約についての紛争を念頭に置いて考えれば理解しやすい。

(12) ドイツ法の状況については、潮見佳男「ドイツにおける情報提供義務論の展開」1）～（3・完）」法学論叢145巻2号1頁以下3号1頁以下、4号1頁以下（1999）、松本恒雄「ドイツ法における虚偽情報提供者責任論（1）～（3・完）」

ある事件では、買主が売主から旋盤を購入し古い機械と取りかえること<sup>(13)</sup>にした。買主は売主の代理人に対して問題の機械が現在の機械を設置している場所に収まるかどうか尋ねたところ、売主の代理人は設置可能だと回答したが、引き渡しを受けて設置しようとしたところ設置できなかったため引き取りを拒絶した。この事例について連邦裁判所は、買主が助言によって売買契約の締結へと動かされた点をとらえ、売買契約上の付随義務としての助言義務が認められ、その有責な違反がある場合（契約締結上の過失が認められる場合）、売主の損害賠償債務が発生するとしたうえ、交渉の際に助言がなされるにあたり正しくない説明が有責になされたことを理由として、契約を解消する権利も与えられるものと判示した。

この助言義務というのは日本の説明義務に近い概念と考えられる。損害賠償請求権とともに契約解消請求権（あくまで契約上の権利の延長に位置付けられるものであり、解除権に似たものだと思われるが、潮見教授によれば、取消権に類似するものと考えられている。<sup>(14)</sup>）を認めることには、ドイツでも議論があるようであるが、判例はこれを肯定している。

英米法であれば、本件は、黙示の保証責任が認められる可能性がある。

#### 4 英米法における詐欺・不実表示・開示義務

##### (1) 英米法における詐欺

大陸法系における伝統的な詐欺概念が、欺罔者の故意を前提としていたのに対し、英米法系においては欺罔者の故意は重視されなかった。そのため、英米法上、詐欺の認定される範囲は相対的に広く、ある事実が真実に反することを知りながら、かかる事実を積極的に陳述する場合だけではなく、重過失（recklessness）によって不真実の事実を述べる場合も含まれるとされる。このような見方から、詐欺の問題は、一般的に、（悪意の）

---

民商法雑誌79巻2号（1978）

(13) BGH (V ZR 21/88) 7 July 1989 [1989] DB 2426

(14) 潮見・前掲注12の論文（1）16頁

不実表示の問題として議論されるようになって<sup>(15)</sup>いる。ただし、不実表示が善意あるいは重過失でない過失で行われた場合（「善意不実表示」という）については、当然に損害賠償請求できるわけではなく、その点に関しては重要な判例の展開がある。

## （２） 英米法における善意不実表示法理

不実表示が善意あるいは重過失でない過失で行われた場合とは、大陸法の要素の錯誤が問題となる局面であることが多いと思われる。かかる場合、英米法では、錯誤それ自体に着目するのではなく、錯誤を生ぜしめた不実表示を問題にする<sup>(16)</sup>。イギリス法上、詐欺や善意不実表示によって締結された契約は、相手方が取り消すことができる。しかし、悪意・重過失の場合（このような場合は、詐欺に該当する）の場合はさらに、不法行為に基づく損害賠償を請求することができるが、善意不実表示は不法行為を構成せず、損害賠償請求の対象にならないとされてきた。

---

(15) 邦語の英米法の契約理論一般については、木下毅・英米契約法の理論〔第2版〕東京大学出版会（1985）323頁以下。英米法と大陸法の比較に関する文献として、P. D. V. Marsh *Comparative Contract Law : England, France, Germany* (Gower 1994)。本稿は、これらに示唆を受けている。

(16) 英米法の不実表示に関する文献は、多いが、先駆的研究として、内田力蔵「英法における善意不実表示について（１）～（３）」法学協会雑誌53巻5号27頁以下、6号46頁以下、7号65頁以下（1935）があり、その後も、松本恒雄「英米法における情報提供者の責任—不実表示法理を中心として—（１）（２）巻」法学論争100巻3号35頁以下、101巻2号60頁以下（1976-77）松本恒雄「消費者取引における不当表示と情報提供者責任」NBL229号8頁以下（1981）佐藤正滋「過失に基づく不実表示についての一考察」学習院大学法学部研究年報4号（1968）105頁以下、渡辺博之「イギリスにおける過失不実表示とドイツにおける契約締結上の過失の交錯—Misrepresentation Act 1967をてがかりとして」国学院法政論叢3巻6号（1982）121頁以下、木村俊郎「アメリカにおける善意不実表示による損害賠償と原状回復の理論について—RestatementとUniform Commercial Codeの相互関係を中心として」関西法論35巻6号（1986）73頁以下、阿波連正「契約締結過程の不実表示と消費者保護—イギリスの不実表示法理の展開を素材に」沖縄法学16号（1988）157頁以下等の論稿がある。

なお、英米法では、取消によって、直ちに損害賠償が請求できるものではない。取消によって原状回復請求権 (right of restitution) はあるが、それは損失補償 (日本法で言えば、信頼利益の賠償的なもの) は認められるものの、さらに、経済的損失についての損害賠償を請求できるかについては、悪意・重過失では肯定される一方、善意では否定される。損失補償と損害賠償の境界線についても判例の集積がある。

不実表示が過失によりなされた場合でも、損害賠償を請求できないかについて、英国の有名な先例が *Derry v. Peak* (1889) 事件である。

### **Derry v. Peek** <sup>(17)</sup> (1889),

鉄道会社の取締役 Y が株式の募集に際して、交付された目論見書に、会社は議会の特別法により馬力の変わりに蒸気力の使用を許可されている旨を記載したが、実際には許可が得られなかったため、同会社は解散のやむなきに至った。そのため、当該記載を信頼して、株主となった X が詐欺を理由として Y に損害賠償を請求した。問題は蒸気力の使用が許可されているという表示が真実でなかったことに関し、故意を欠く場合 (過失的不実表示であった場合)、詐欺と同一視して損害賠償請求が認められるかであり、もし善意不実表示と解されれば、契約の取消だけで損害賠償が認められないことになる。

英国の控訴院は、過失的不実表示を詐欺と同視して、損害賠償を認め<sup>(18)</sup>たが、(最高裁に相当する) 貴族院は詐欺と過失的不実表示は本質的に異なるとして、損害賠償を認めなかった。この結果、過失による不実表示は詐欺とならず、かかる過失の不実表示に損害賠償を認める方法は、不実表示に<sup>(19)</sup>基づく請求ではなし得ないことになった。

---

(17) 14 App. Cas. 337

(18) *Peek v. Derry* (1887) 37 Ch. D. 541

(19) この判決については、多くの文献で引用されているが、本貴族院判決が、不実表示理論としての救済を否定したことについて懐疑的な見解として、佐藤・前掲注

そこで、不実表示を契約条項にして、担保責任（warranty）を負わせる方法が、実務上行われた。<sup>(20)</sup> この結果、契約締結の予備的交渉においてなされる事実の記載に関し、契約条項となる場合（これが、表明保証に発展した）と、契約の条項とならない「単なる表示」の場合が区別され、前者は契約責任の問題となり、後者は善意不実表示責任の問題となった。前者の契約違反の効果として、不実表示が「条件」の場合（conditions precedent となっている場合）には契約の取消（解除）と損害賠償請求権、「担保」の場合には損害賠償請求権だけがコモンローの救済として与えられることになった。なお、米国法では条件違反と担保違反の場合を区別せず、契約の解除と損害賠償を認めている。

その後、明示的に契約条項化されていなくても、黙示の担保（implied warranty）として、契約責任を問えないかが争われ、黙示の保証による損害賠償による救済が認められた事例もある。また、過失的不実表示に対する不法行為訴訟による救済についてもこれが肯定され、不法行為および黙示の保証により、損害賠償が認められることになった。これらの展開は、<sup>(21)</sup> 善意不実表示理論をエクイティの観点から修正するものであるといえる。

さらに、1967年不実表示法（Misrepresentation Act）が制定され、過失に基づく不実表示についても損害賠償請求をすることができるようになった。同法は、過失がないことの立証責任を表示者に課しており、表示を信頼した者の保護を強化している。<sup>(22)</sup> これによって、コモンローの善意不実表示理論は、完全に覆されたことになる。

米国では、判例法により、過失による不実表示について信頼利益の枠を超える損害賠償を請求できることが判示された例がある。Aldrich v.

---

16の論文

(20) 今日の日本の契約実務でも、急速に浸透しつつある表明保証条項の淵源は、この先例にあると思われる。

(21) Marsh *supra* note 16 at 117

(22) 不実表示責任についての免責条項については、免責条項の合理性によって判断されることとされた。

<sup>(23)</sup>  
Scribnerで、ミシガン州最高裁は、詐欺を構成するためには当事者がそれが真実でないことを知っていたか、それについて重過失が存在することは必要でなく、表示が不実であればそれで十分であると述べ、虚偽の表をに信頼したことによって被った損害を賠償すべきであると判示している。

### (3) 黙示的保証

さらに、品質についての黙示的保証の法理の発展が開示義務がない場合でも、不実表示に対する責任を認める根拠となった。英国では、絵画は有名な画家によって描かれた旨の陳述がリストの中にある場合、当該文言は本物であることの黙示的保証であり、保証責任の基礎になりうると判示された。<sup>(24)</sup> 米国では、被告が原告が求めている品質を有しないものと知りつつ、原告が求めている品質を有するものであると陳述した事例に関し、被告が売買の目的物が求められた目的を知っていた以上、被告は損害賠償賠償責任があると判示された。<sup>(25)</sup>

### (4) 禁反言

事実に関する不実表示が契約条項となった場合には契約違反の問題を生じ、単なる表示である場合には不実表示の問題となるが、さらに禁反言の法理により、法的効果が生じる場合がある。一方当事者が相手方に対し、ある事実についての積極的表示をなし、相手方がこれに信頼して行為した場合、一方当事者は、両当事者間のいかなる議論においても、当該事実の<sup>(26)</sup> 真実性を否定することができない。

---

(23) 154 Mich, 23, 117 N. W. 581 (1908)

(24) Bower v. Barham, 4 A.D. & E. 473. 111 Eng. Rep. 865 (1836)

(25) Wokcott Jhonson & Co. v. Mount, 36 N. J. (7 Vroom) 262 (N. J. Sup. Ct. 1873)

(26) Kessler & Fine *Culpa in Contralendo, Bargaining Good Faith, and Freedom of Contarac : A Comparative Study*, 77 Harv. L. Rev 401 at 447、木下前掲 (注15) 428頁を参照。

### （５） 消極的な不実表示（不記載）

不実表示に関する重要な問題は、事実の不開示ないし隠匿の問題をどのように考えるかである。コモンローにおいても、単なる事実の不開示は、不実表示を構成しない。すなわち契約を締結するか否か、または契約内容をどう定めるかについて相手方の判断に影響を及ぼすような事実であっても、これを積極的に開示する法的義務はなく、不開示は契約の効力に影響を及ぼさないと解されてきた。1932年に公表された契約法リステートメントによれば、隠匿とは事実の知覚を妨げそうな、または妨げるように意図された積極的行為をいうと定義され、取引関係に入った当事者は、例え相手方が当該事実関係を知らないことを知っていたとしても自分の知っている情報を相手方に開示する義務はないと解されていた。ただし、それでは法が詐欺に対し保護を与えることになりかねないので、欺罔性のある不開示<sup>(27)</sup>については、開示義務を事実上認める以下のような理論構成が発展した。

まず、意図的に表示しない場合、すなわち、秘匿（concealment）の場合、例えば売主が瑕疵について沈黙していた場合でも、詐欺に該当するとされた。

第2に、述べられた事実だけをみると真実であるが、述べられなかった他の事実と総合すれば全体として、表示された内容は虚偽である場合も詐欺にあたるとされる。これは、部分真実（partial truth）と呼ばれるが、フランスや日本で、沈黙の詐欺に該当するとされる場合である。

第3に、従前になした陳述が後に不実表示となったことを当該表示者が知るにいたった場合も詐欺にあたることがある。典型的なケースは会計年度末のバランスシート上は財務状況が良かったが、その後、財務状況が急速に悪化したにもかかわらずこれを告げなかった場合である。あるいは商業ビルの不動産取引であれば、急速に空き室率が上昇したり、大口のテナ

---

(27) 三枝健治「アメリカ契約法における開示義務（1）（2・完）」早稲田法学72巻2号1頁以下、3号81頁以下（1997）



ントが退去することになっている事実を相手方に伝えない場合である。

第 4 に、単なる沈黙 (mere silence) の場合、すなわち、単に相手方が知らないし無知であることを黙って利用する場合には、詐欺にならない。例えば、干ばつのため野菜が品薄となっているときに、この事実を秘して買い占めても詐欺とはされない。

第 5 に、当事者間に信頼関係または信託関係がある場合には、単なる沈黙だけでは詐欺にはならないとの原則は適用されない。この典型的な事例が、インサイダー取引である。インサイダー取引について、違法性を基礎づける理論として信頼関係義務違反が展開されたが、このような詐欺理論の展開の中でインサイダー取引を一種の欺罔的な取引として位置付けることから生まれた理論である。

この米国の整理に特徴的なのは、買い手の側の秘匿の問題にまで、踏み込んでいることである (上記の第 4、第 5 の場合)。本来、買い手の情報開示という点については、買い手が、自分が収集した情報を売り手に伝える義務はないと解されてきた。そのような義務を課したのでは汗をかいて情報収集したことの果実を自ら取得しえないことになり、およそ自由主義経済の基本理念と相容れないと考えられるからである。それでも、第 5 類型のように、勧誘者が専門家の場合には、信託義務違反として、欺罔性を認める場合があるとされる。これは、専門家責任に似た考え方である。資本市場では、一定の場合、インサイダー情報を取得したものに対し情報の開示義務が認められるが、これは特殊な地位にあるものは他の投資家が取得できないような情報を先に取得できることに鑑みて課される制約であり、このような場合に該当しない限り、買い手は売り手に対し情報開示義務はないものと解されている。

最近では、開示義務の限界について、「計画的に得られた情報」すなわち一定のコストが投資された結果、得られた情報 (汗をかいて得た情報と言っていると思われる) には開示義務が課されず、「偶然に得られた情報」すなわち特に積極的コストをかけなくても得られた情報には開示義務が課



されると説かれることがある（クロンマン<sup>(28)</sup>）。興味深い見解ではあるが、買手が、棚ばた情報を得たとしても、開示する義務が当然にあるとは言えないであろう。

また、開示義務が課されるか否かは両当事者が平等に当該情報へアクセスできるか否かであり、これが否定される場合には開示義務が課されるものと主張されることもある（スケッペル<sup>(29)</sup>）。情報非対称を意識したもので、フランチャイズ契約における情報開示義務を説明しやすいと思われるが、そこまで、平等アクセスを一般化できるかについては、疑問な点も多いように思われる。

消極的な不開示の問題や沈黙の詐欺の問題について、英米法は、フランス法より、開示義務が認められる範囲が狭いと言われることがある。しかし、実際の事例で考える限り、英米法の開示義務のない場合にフランス法の情報提供義務が認められる場合があるか、その逆の場合はないのかは明確ではないように思われる。

## （６） 欺罔行為に関する公法的規制

米国では、私法的救済のみならず、行政当局による執行も強力に行われている。証券被害に関し、SEC は証券詐欺を根拠にした摘発を積極的に行っており、FTC は、反トラスト法の執行とともに、消費者被害案件を積極的に取り締まっており、事例数でみれば、こちらの関係での執行の方が多い<sup>(30)</sup>。FTC は、行為の差し止めのみならず、disgorgement（利益の吐き出し）を活用した課徴金の賦課を行う権限を有している。この場合の違反行為の概念の中核は、deceptive & unfair practice であり、欺罔性のあ

---

(28) 三枝前掲注27の論文（２・完）81頁は、法と経済学アプローチとする。

(29) 三枝前掲注27の論文（２・完）96頁は、権利論的再配分アプローチとする。

(30) 米国の証券詐欺については、山下友信「証券会社の投資勧誘」河本還暦317頁以下（1986）。FTC の執行状況については、例えば、“Consumer Protection Law Development”ABA Section of Antitrust Law（2009）p. 1

る取引が消費者被害の問題の核心に位置づけられている。私法レベルでの fraud の範囲と、行政法レベルの deceptive practice の範囲は、お互いに影響を与えあっているのである。SEC や FTC の執行でも、故意 (scienter)、損害 (injury) は、執行の要件ではないとされている。

### (7) 強迫 (dureuss) と不当威圧 (undue influence)

日本法では、強迫は瑕疵ある意思表示であり、刑事上の脅迫となるような対態様のものしか強迫による意思表示の対象とならない。しかし、英米法では相手方の自由な判断を妨げるような畏怖があればよいとされ、かつ強迫にあたらな場合でも不当な威圧がなされた場合にも取消と原状回復、場合によっては損害賠償を請求できるとされる。これにより、日本の金融商品以外で問題となる執拗な勧誘についても不当威圧の法理の下で保護がはかられることになる。<sup>(31)</sup>

## III 契約実務における表明保証条項の浸透

「買主、注意せよ」という古典的契約観は、消費者契約の分野で、不当勧誘に対し説明義務を介した不法行為に基づく損害賠償が認められることで修正されたことのほかに、洗練された事業者間の契約で浸透した「表明保証条項」<sup>(32)</sup>によって、実務上、急速に現代化されていた。

表明保証とは、契約当事者の一方が、他方に対し、当該契約に関連する当事者の前提となる事実が一定の時点で真実かつ正確である旨を表明し、保証するというものである。その考え方は、II. 4. で述べた英米法の不

---

(31) 木下前掲 (注15) 349頁以下を参照。なお、基本方針の困惑による取消の規定は、この不当威圧の理論に影響をうけているように思われる。

(32) 最近の M & A 契約、ストラクチャードファイナンス・証券化等で用いられる金銭消費貸借契約など先端的な契約では、必ず規定され、最も重要な条項と位置づけられている。

実表示理論と warranty についての理論によって形成されたものであるが、簡潔にその機能を説明するとすれば、契約当事者の契約に入る前提に関する認識が正しいことを相手方に表明（表示）させ、それに間違いがあれば、表明（表示）した内容が事実と反していたことから生じる損害を補償させるものであり、表示に対する担保責任の約定と考えられる。

## 1 表明保証条項の内容と違反の効果（補償責任）

表明保証としてどのような条項を盛り込むかについては、契約ごとに相違しうが、基本的に、買主の前提となる認識を盛り込んだチェックリストのようなものと考えればわかりやすく、たとえば、M & A 取引では、当事者の能力から始まり、財務状況、資産・債務の状況、契約関係、知的財産権、法令順守、税務、労務、環境、開示情報など、法務のあらゆる条項<sup>(33)</sup>に及ぶ。表明保証条項は、M & A 契約やストラクチャードファイナンスのローン契約では、数十項目にわたり、各項目ごとに表明保証からはずされる事項について、別紙の形で、例外事項（容認事項）が規定されるから、表明保証条項だけで数十ページに及ぶ契約は珍しくなく、契約の最も重要な部分を構成している。

表明保証条項の違反<sup>(34)</sup>の効果は、M & A 等売買型契約では補償責任（indemnification）が発生し、相手方は、補償請求を行うことができるというものである。この請求は、表明保証違反によって生じた損害を補償<sup>(35)</sup>（填補）するものであり、故意・過失は問題とならず、故意・過失を要件

---

(33) 表明保証の基本的な条項については、たとえば、西村総合法律事務所「M & A 法大全」（商事法務 2000）523頁以下参照。

(34) 表明保証された事実が不正確ないし虚偽であったということであり、「違反」という表現は厳密には適当ではないが、「不正確な表明保証」を一般に表明保証違反と言うことが多い。

(35) 当然のこととされているが、最近では、この点を明記するものが増えている。また、表明保証条項の浸透に従い、補償責任と損害賠償の区別が認識できず、損害を賠償するという書き方をしている契約書も多くなっているが、本来的には、上記

とする損害賠償とは区別される。これに対し、金銭消費貸借型の契約では、表明保証違反が一定期間以内に治癒されないことが期限の利益喪失事由となる。このように、契約類型により、その責任の内容はやや異なる（ここでは、売買型を含む表明保証に基づく責任を包括的に「表明保証責任」とよび、M & A 契約の責任内容である売買型の表明保証責任は「補償責任」という。）。ただ、表明保証条項の性格をよく表すのは M & A 等の売買型契約の補償責任という考え方であり、以下では、まず売買型契約とくに M & A に関する売買契約（株式買取契約または、事業（資産）譲渡契約）を前提として論じる。<sup>(36)</sup> なお、売買契約の表明保証は買主の側においてもなされるが、これは買主に契約締結の能力があるかなどの一般的な条項であり、表明保証条項の主たる意義は売主側の表明保証にあるので、売主側の表明保証の問題として議論する。

また、売買型契約の表明保証では、存続条項（survival clause）が規定され、クロージングの後でも、表明保証条項は、存続するものとされることが明記されると同時に、補償請求の請求期間が規定される。この存続条項は、補償請求が長期間存続することによる売主の地位の不安定を避けるために補償請求期間を限定するものである。

## 2 表明保証条項がおかれる理由

売買型契約での表明保証条項は、M & A 取引の契約（株式買取契約、事業譲渡契約、資産譲渡契約など）では、as is（現状有姿）型の取引を除いて、必ず規定されるようになっており、かつ、その内容をどうするかが、契約交渉の最も重要な交渉のポイントの一つである。

表明保証条項が急速に一般化した背景には、英米法の契約実務が国際契

---

のように、故意過失を問題にすることなく発生する補償責任であること、存続条項により、クロージング後も存続することに意義がある。

(36) 売買型契約の表明保証条項は、証券化の関係での不動産売買契約、受益権売買契約、債権売買契約などにも浸透している。

約を席卷しているということもあるが、国内契約にまで急速に浸透したのは、民法の規定する債務不履行責任・瑕疵担保責任あるいは錯誤の規定が、特定物売買における買主の保護として十分に機能していないことにも原因がある。

民法は、「買主、注意せよ」という古典的な契約観にたち、特定物に関しては基本的には現状引渡し（as is）の取引を念頭において規定されているため、売主は現状引渡しさえすれば債務不履行責任から免れうる。それでは、引き渡された商品の実際の性能が買主の期待に沿わない場合の保護が無いことになるので、瑕疵担保その他の担保責任関係の条項が規定されている。この責任については法定責任とみるか債務不履行責任の特則とみるかが学説上争われてきたが、債務不履行責任の特則と解したとしても、損害賠償の範囲を信頼利益から履行利益に拡張する程度の保護の拡大にしかならず依然として買主の保護は十分ではない。ほかの救済方法として、錯誤無効、詐欺取消、不法行為責任があるが、錯誤無効に関しては、動機の錯誤は表示されていなければ、要素の錯誤として95条の保護を受けることはできないし、詐欺の立証はさらに困難である。

結局、民法の条項では、特定物買主の保護に十分ではなく、その問題がもっとも顕著な形で現れるのが、会社という究極の特定物売買であるM & A取引であった。企業買収後に予期しない偶発債務を抱え込むのではないかという不安があるのでは、企業買収は怖くてできるものではないし、限られた期間でのデューディリジェンスだけでその不安を払拭することは不可能である。その不安を払拭したのが、表明保証条項である。買主の契約に入る基本的前提をチェックリスト的に網羅したものを売主に示し、それが正しいことを売主に表明させ、その表明に誤りが生じれば、補償請求できるとすれば、企業という商品についての買主の見込み違いがないかを相当程度チェックすることができ、リスクをコントロールできるようになる。表明保証条項は、企業買収の買主の不安を解消する決め手となる規定として、瞬く間に、M & A 契約実務に浸透したのである。<sup>(37)</sup>

### 3 瑕疵担保責任との比較論

このような表明保証違反の損害填補責任は、民法の売買契約では、634条以下の担保責任の概念と近似しているため、民法の瑕疵担保責任との比較して議論している論文が多い。<sup>(38)</sup>そこで、もう一度、瑕疵担保責任と比較しつつ、表明保証に基づく責任の優位性を検証することにする。

民法の担保責任は、契約の目的物のその本来有すべき性能や権利の内容と比較し、それに到達しない場合を物の瑕疵または権利の瑕疵として損害賠償を認めるという意味で、契約の目的物の本来有すべき性能に達しない場合にのみ保護が与えられるものである。しかし、「契約の目的物の本来有すべき性能」が明確でなく、買主にとって、その保護範囲についての予測がつきにくく、かつ、損害の補償範囲も信頼利益にとどまる可能性があること、買主の善意無過失が要件とされること、除斥期間が短いことなどから、企業買収の買主の保護として十分なものとはなっておらず、民法の担保責任を前提とした従来型の契約書は、企業買収の契約の雛形になるものではなかったといえる。

これに対し、表明保証責任は、買主の契約に入る基本的前提をチェックリスト的に網羅したものを売主に示し、それが正しいことを売主に確認させるもので、当事者にとってわかりやすい上に、買主の認識に応じて柔軟な規定振りが可能であり、瑕疵担保責任に比べ、有用性をはるかに高いといえる。

また、補償請求の要件は、表明保証条項に誤りがあることの立証のみで

---

(37) 契約実務で表明保証が活用され始めたのは、1980年代後半からであり、M & A 取引の浸透と期を一にしていると思われる。なお、船舶ファイナンスなどのファイナンス契約での表明保証はそれより前に使われていたが、日本法ベースのものにも使われていたが、表明保証が有名になったのは、M & A 契約に活用されるようになってからである。

(38) 江平亨「表明保証の意義と瑕疵担保責任との関係」弥永真生ほか『現代企業法・金融法の課題』（弘文堂 2004）82頁以下

あり、「瑕疵」の立証に比べ立証負担が大幅に軽減されるので、その意味でも買主にとって有用性が高かった。

さらに、表明保証責任は約定責任であり、民法に直接の規定がないため、瑕疵担保に比べ法の規定との乖離がどこまで許されるかを考慮する必要もなかったので、柔軟な規定振りが可能であった。契約交渉においても、表明保証できないものについては、一定期間内に治癒を義務付けたり、それが一定期間内にできないとすればそれを売買価格に反映させる（売買価格の減額を交渉する）など、契約交渉で公平さを確保しつつ、柔軟な規範の定立を行うことができた。

#### 4 売買契約の規範を買主有利に変更するものであることの合理性

以上の点で、表明保証条項は、瑕疵担保条項に比べ、買主にとってはるかに有用性が高いものと評価できるが、それは、同時に、民法の特定物売買に関する売主と買主の間の規律を、当事者自治により、買主有利に変更するものであることを意味する。

もちろん、どこまで買主に有利かは各契約ごとで千差万別であり、また、契約交渉において柔軟な個別的対応が取れることが、表明保証条項のメリットであるが、売主と買主の間の規律の変更に關しては、次の点に留意する必要がある。表明保証の各条項に、「売主の知る限り」等のいわゆる知る限り条項が付加されている場合、売主が知っていたか否かについての買主側の立証はかなり困難であるため、知る限り条項が付された表明保証条項は表明保証の機能を相当程度減殺されたものといっても過言ではない。その意味で、知る限り条項は売主と買主の間の規律を、再度、売主有利に転換するものであるといえる。中間的な条項として、「売主が調査を尽くした限り、知る限り」（または、「知りうる限り」）という条項があり、

---

(39) また、売主のどのレベルの人間で、判断するのも問題になる。



これは売主の調査義務を明記するものであるが、そのような条項を付加したとしても買主の側で売主が調査義務を尽くしていないことの立証はかなり困難である。

このような民法の定める規律を（当事者間の合意で）買主有利に変更することは、どこまで、合理性を有するのであろうか。19世紀に作られた民法の特定物売買の規範は、機械や中古車などを念頭に置くが、現代は、特定物は、そのようなものに限らず、企業そのものが売買の対象となることもあり、現行民法の規範は、企業買収のような現代型取引には、フィットしないものとなっており、ここに、規律の変更を正当化する根拠があると思われる。また、民法の売買に関する規範が、時代に適合しなくなっているのは、特別法の制定を見ても顕著である。消費者契約は法によって、民法の規律を買主有利に変更するものである。消費者契約では買主が表明保証をいちいち売主に要求することはできず、むしろ売主によって作成された標準契約の利用を余儀なくされるため、消費者契約法という「法」による保護が行われるのであるが、事業者間契約でも民法の規定だけでは買主の保護としては十分ではなく、そのもっとも端的な例がM&A取引であるといえる。会社全体を買う場合に会社の内容について現状引渡し（as is ベース）では、買主は、とても怖くて会社を買収することはできない。現状引渡しが強制されるならば誰も日本法を準拠法として選ばなくなるだろう。これに対し、買主の基本的前提を売主に認識させた上、買主の前提との間に不一致があればそれを表明保証の例外事項（容認事項）として明確に規定させたいと、その不一致を価格に反映させ、それ以外の条項については、表明保証違反に対し直ちに補償請求をできるようにしておくことにすれば、買主の企業買収後に生じるリスクを相当程度コントロールすることができ、M & A 取引を促進する。取引の安全（ここでは、第三者保護ということではなく、当事者のコンフォートという意味で用いている）を考えれば、表明保証条項は、まったく合理的なものであるといえる。表明保証条項は、日本の契約実務における契約自由の原則のもっとも大きな成果で



あり、その点への配慮が重要であるように思われる。

## 5 表明保証責任の性質論

表明保証条項の本質は、買主が契約に入る前提事項に不一致がないかを売主に確認させ、それに誤りがあった場合に買主において生じた責任を填補させるものであり、したがって、表明保証責任の本質は表示責任であり、補償責任は、表示の誤りがあれば、表示をしたものの故意過失を問うことなく認められる損害填補責任である。

表明保証条項は、英米法の沿革上、不実表示に関し、過失による不実表示に契約上の責任が問えないとする II. 4. (2) で論じた Derry v. Peek をうけ、表示されるべき事項を契約条項に取り込んで、保証 (warrant) させることにより、不実表示から生じる損害を担保させる技術として発展<sup>(40)</sup>した。したがって、representations & warranty は、本来は、表示担保契約と訳す方が良く、「表明し、保証する」とは、表示し、表示された事項の誤りから生じる損害を補償する（担保する）ことに合意すると書く方が、意味がよく分かると思われる。

## 6 その他の契約の表明保証・非典型的な表明保証

以上は、M & A 契約における典型的な表明保証条項を中心として論じたものだが、表明保証条項は、M & A 以外の取引にも浸透しつつある。表明保証条項の基本的な考え方である、当事者の認識を確認し、それを相手方に表明してもらうことにより、当事者の見込み違いによる紛議を避け、表明保証された事実が誤った場合に救済を得るという点は、M & A 以外の取引でも、当事者間の予見可能性を確保し、取引の安全を図る合理

---

(40) 契約違反の効果として、英国法では、不実表示が「条件」の場合には契約の取消（解除）と損害賠償請求権、「担保」の場合には損害賠償請求権だけがコモンローの救済として与えられることになった。なお、米国法では条件違反と担保違反の場合を区別せず、契約の解除と損害賠償を認めている。

的手段であるから、今後は、あらゆる分野の取引に浸透していくことが予想される。その場合に、M & A 契約で用いられる典型条項以外の表明保証が問題となることもあると思われるので、その問題について、若干の検討を行う。なお、本項および V. 3 では、個別の表明保証条項について、「レップ」(rep.) と省略して呼ぶことがある。

### (1) 金銭消費貸借契約(「ローン契約」)の表明保証

表明保証を論じる文献は、ほとんど M & A の表明保証条項を念頭に置き、ローン契約での問題に触れたものは、ほとんどないようであるが、以下の点が、売買型契約の表明保証との相違点である。

ローン契約では、表明保証違反で、これが一定期間に治癒されない場合は、期限の利益喪失事由とされる。

ローン契約では、表目保証条項は、クロージング後の貸付の返済までは当然に存続するので、M & A 契約のような存続条項は規定されない。ローン契約では、表明保証の基準時(事実の正しさを表明する基準日)は、契約締結日と同時に貸付実行時である。その意味で、ローン契約のレップは、将来の事項の表明保証(「将来レップ」)になっているが、ストラクチャードファイナンス契約では、実行時までに、表明保証の対象となる対象物を借入人が取得していないことも多く、やむをえない側面がある。ただ、これ以外にも、将来の賃料収入その他のキャッシュフロー予測などをレップさせるなどの将来レップがレンダーから要請されることがあり、その取り扱いには格別の注意を要する。

また、貸付実行後も、利払日ごとに、正しさを表明保証されるリボルビングタイプのものもあるが、この対応にも注意を要する。

将来レップで、例えば、法令違反がないことについてのレップがあり、貸付実行が分割実行のときは、将来の実行時現在の法律が基準となり、締結時以後の法令の動向から、追加実行ができない場合もありうる。この点で、注意をとくに要するのは、環境関連法令であり、有害性の認定基準の

変更によっては追加実行を制約する要因となる場合がある。

以上のように、ローン契約のレップのほうで存続期間が長く、期限の利益喪失事由に直結し、また、将来レップやリボルビングタイプのレップは、表明保証の本来の姿を逸脱する面もあるので、表明保証違反で直ちに期限の利益喪失を宣言することが、権利濫用・信義誠実の観点から制限されることはありうるように思われる。

ローン契約の場合も、貸付人は、損害の補償を請求できないわけではないが、ローン契約の場合、回収できれば損害はなく、貸付人が倒産し、回収できない金額が生じるなどの場合でなければ、あまり、損害補償を論じる意味はない。支払いの遅延は、通常の遅延損害金条項にしたがって考えれば足りる。

## （２） その他の契約の表明保証

その他の契約では、表明保証違反を、補償責任による救済にとどめるか、解除事由とするかは、契約当事者の合意により決まる。

信託契約などでは、受託者の受託の前提として、委託者に受託された財産の表明保証が行われることが多い。これは、表明保証された事実が受託の前提であるから、表明保証違反に対しては、受託の終了事由となることが多い。

これはその他の役務提供契約でも同じで、受託の前提が崩れた場合に契約終了事由として規定する場合が多いと思われるが、ホテルの運営委託や、資産の運用委託などでは、運営報酬などの調整事由として規定される場合も多いと思われる。

## （３） 第三者レップ

レップの中には、レップするものが所有していない場合がある。M & A 取引で、株式買取契約の場合は、対象会社という第三者について、レップするが、これは、売主が支配を及ぼしている場合であり、表明者が支

配を及ぼしている場合については、その表明者自身についての表明保証と同列に考えてよいであろう。これが取引先であるとか、表明者が支配を及ぼしていない第三者に関するレップには注意を要する。もちろん、このような第三者にも、確認の上、レップすればよいと考えられるが、問題は、環境関係のレップで、第三者である取引先が、環境法令に違反していないことをレップする場合である。この問題は、V. 3 で論じる。

#### (4) 具体的内容・明確性に欠けるレップ

レップが浸透してくると、洗練されていないレップが現れてくることが予想される。ほとんど具体的内容が定められず、法令違反はないとか対象商品に問題はないなど、意味の明確でない包括的なレップが現れることも予想される。このようなレップについては、レップが行われる本来の機能である契約当事者間で契約関係に入る前提の確認という観点から、その効力を考えていくべきであると思われる。すなわち、表明者の側で、確認の行いようのないものについては、その効力が制限される場合もありうる（相手方の悪意・重過失を要するとの考え方もその一つとなりうる）と考えられる。

#### (5) 法令違反レップ

法令違反がないというレップは基本的なレップとして、どの表明保証条項にも見られるものであるが、法令違反がないということは、事実というよりも評価であり、通常のレップよりも、その有効性・責任制限の有無に格別の注意が必要な場合がある。すなわち、このレップに関しては、信義則の関係から責任の制限が認められる余地が大きい。この点は、V. 3 でも論じる。

## IV 基本方針の法律行為・契約総論の関連規定の検討

### 1 意思主義理論からの決別

基本方針は、錯誤を取り消しうるものとし、不実表示や（消費者契約に限定されるが）困惑や断定的判断の提供などを取消事由に追加し、契約交渉時の義務として、（ルールベースではなく、プリンシプルベースであるとの注釈つきではあるが、）情報提供義務の規定を導入し、併せて取引の公正についての一般条項として、不当条項を規定するなど大胆な現代化を提言している。ただ、反面、詐欺・強迫の規定は現行法が実質的に維持されている。

古典的意思主義を離脱したことの象徴は、錯誤を無効ではなく、取り消しうるものとし、その取消の範囲に要素の錯誤の一定の場合を取り込んだことである。

民法の意思主義の原理は、これは、意思の欠缺があれば無効で、瑕疵があれば取消とする考え方で、かつ、この瑕疵ある意思表示となるのは詐欺と強迫の場合に限られ、いずれの場合も勧誘者の故意を要するので保護の範囲が狭かった。これが、不当勧誘問題に契約の効力の問題を問うことができず、もっぱら説明義務や適合性原則を媒介とした不法行為による解決を活用せざるを得なかった理由である。

基本方針の考えは、理論的に説明すれば、意思の合致よりも意思形成の過程を重視し、意思形成の基礎となった情報に誤りがあり、そのことについて相手方が知っている等、責任がある場合には、表意者の情報への信頼を保護して取消しうるものとしたことと、意思形成の基礎となった勧誘の態様が不当なものである場合に、そのような不当な勧誘によって歪められた意思表示を取消しうるものとするという考え方である。これは、意思よりも表示されたものへの信頼の保護という英米法的な発想が日本の民法に正

面から取り込まれたと評価できるように思われる。

このような英米法的発想は、すでに実務では、表明保証条項や誓約 (covenants)、前提条件 (conditions precedents) などの条項で、契約実務に浸透しており、今回の改正で、不実表示規定が導入されたことにより、<sup>(41)</sup> 表明保証規定が実定法上の基盤を手に入れたことになる。この条項については、契約が取消される可能性が生じることについての実務家の懸念もあるようだが、不実表示規定の意義を正しく理解し、手直しをすれば、実務家の懸念は払拭されると思われる。

## 2 詐欺・強迫に関する現代化

### (1) 詐欺・強迫の規定の現代化の必要性

基本方針は大胆な契約理論の現代化を図っている点で評価できるが、ただ、惜しむらくは、詐欺の規定には、故意ドグマを離脱する改正が行われなかったことである。

改正試案【1. 5. 16】は、〈1〉では、現民法の詐欺の要件が維持され、沈黙の詐欺に関する規定である〈2〉で二段の「故意」が明記されている。

民法の意思表示の見直しに影響を与えたと思われる規範競合論の議論では、不法行為による救済で原状回復的損害賠償が認められるならば、それは契約の無効を前提としなければならない、契約が有効であるのに損害賠償請求ができることは評価矛盾であると主張されていた。<sup>(42)</sup> その評価矛盾が生じているとされる事例では、詐欺・錯誤の成立が否定されているが、欺罔性の強い案件であり、本来は、契約の無効・取消を認定してよい事例である。

---

(41) 英米型契約の条項を解説するものとして、青山大樹「英米型契約の日本法的解釈に関する覚書 (上) (下) — 「前提条件」、「表明保証」、「誓約」とは何か」NBL894号7頁以下、895号73頁以下 (2008)

(42) 潮見前掲注5の論文 (2・完) 86頁

にもかかわらず、契約の無効・取消を認定できないのは、詐欺の要件として二段の故意が要求され、その要件の充足が困難なためである。つまり、契約の取消には、詐欺の要件として二段の故意が必要なところ、不法行為の場合、過失で足りるので、不法行為の方が認定しやすいということであり、それが評価矛盾が生じる理由である。これを「矛盾」と評価するのであれば、故意が必要であるとの詐欺の要件が解釈論または立法論としておかしいということであろうと思われる。

詐欺の成立に故意を要求すると民法で詐欺取消が認められるのは、刑事の詐欺罪に該当するような犯罪行為が行われた場合に限られることになるが、それでは、明らかに狭すぎると思われる。理論的には、欺罔行為によって欺罔されたものが錯誤に陥るから意思表示の瑕疵を生じるのであり、欺罔行為を行ったものに故意があるか否かは本質の問題でないはずである。民法上の詐欺については、客観的な欺罔行為があれば足り、故意の要件は不要と解するような解釈論が裁判所でも展開されるべきであった。

同様なことは、強迫についてもいえる。強迫についての先例は少なく、刑事法上の「脅迫」に相当するような場合のみ、「強迫」に該当するかのようになっている。しかし、「強迫」とは、強く迫ることであり、英米法のように相手方の自由な判断を妨げるような畏怖や不当威圧があればよいと解することも不可能ではなかったと思われるが、そのようには解されてこなかった。

## （２） 基本方針は、なぜ、詐欺規定の現代化を行わなかったのか

基本方針は、強迫の問題については、困惑という新たな取消類型が設けられている。これは、事実上、勧誘の態様が、「押しに弱い高齢者等の弱さにつけ込む態様で行われる場合、即ち、不当に威圧的な場合をカバーするもので、英米法の不当威圧の概念を参考にした強迫規定の補充であると理解することができる。

詐欺についても、不実表示（及び消費者契約に関する断定的判断の提供な

ど) という新たな取消類型を認めたことで、事実上、詐欺の故意要件が外されていると考えているものと思われる。

しかし、だからと言って、故意要件を詐欺の規定に明記したことは、違和感を感じざるを得ない。不実表示の問題が、勧誘行為の不当性、とくに欺罔性に起因するものであることは、英米法でも認識されており、すでにみたように、詐欺自身の要件として、故意の要件は外されている。

基本方針は、情報提供義務と不実表示（及び消費者契約に関する断定的判断の提供など）により、欺罔性のある勧誘について取り消すことができるので、詐欺の拡張（故意要件の削除）は必要がないと考えられたのかもしれない。しかし、高齢者や投資の素人の無知につけこむ事例では、情報が開示されたからと言って、その勧誘が正当化できる（自己責任原則に委ねることが正当化できる）とはいえない場合も存在する。そのような場合には、詐欺（欺罔の取引）の取消によって救済が図られる必要のある場合が多いように見える。<sup>(43)</sup> とくに、金融商品について、判例で展開された適合性原則は、情報開示が適切であっても、勧誘が不適当だといえる場合に、不法行為責任を問うものである。適合性原則の適用のない（金融商品以外の分野での）取引で、不法行為による救済を行おうとするならば、独禁法の欺瞞的取引・不当な顧客誘引の禁止の規定（独禁法19条、一般指定8項、9項）を活用し、このような独禁法違反の勧誘がある場合を不法行為に該当すると考えることはできると思われる。

基本方針に取り込まれた断定的判断の提供という金商法上の違反事由は、本来のリスクがあるものをないという欺罔性を「断定性」で置き換えるのであるがそれが、民事法的に正しいかはやや疑問がある。「断定的」判断でなくとも、商品の利点を強調し、リスクを説明はするが、それが大

---

(43) この観点を明言するのは、川濱昇「ワラント勧誘における証券会社の説明義務」民商法雑誌113巻4-5号(1996) 633頁以下、645頁。「高圧的な販売圧力が生じる局面では、情報開示の適切さだけでは、投資家保護は図れない場合が存在する。」とする。



きなりリスクではないように装う（例えば、商品のリスクが高いものでないことに関し、債券にしか投資されておらず、十分な分散投資が行われている点を強調する一方、商品にレバレッジがかかっていることを通り一遍にしか説明しない）ことは、態様如何では、欺罔性があると考えべきである。しかし、基本方針では、このような場合は、詐欺にも断定的判断の提供にもあたらないことになる可能性がある。

さらに、民間の事業者が、発注に入札を利用する場合、いわゆる談合（受注者間での落札者の選定）が行われても、一回的な発注であるため、独禁法違反とは必ずしも言えない場合がある。そのような場合でも、契約の効力を否定するという救済方法を認めるべき場合も今後ありえよう。そのような場合にも詐欺の規定の活用が期待される。<sup>(44)</sup>

規範競合の観点からみても、上記のような不実開示や断定的判断の提供がない場合でも、不法行為による解決だけでは十分でなく、契約の効力を否定することが必要と考えられる場合には、故意要件をはずすなどの詐欺についての規定の現代化が必要である。いいかえれば、不実表示の取消という情報の不正確さに依拠して契約の効力を否定するだけでは、規範競合問題は解決されていないのではないかと思われる。詐欺という刑事犯罪の用語が立法論上のネックになっているのであれば、欺罔的取引のような用語を使って故意の要件をはずす方法が取りえたのではないか。公法的規制である独占禁止法では、欺瞞的取引や不当な顧客誘引を不公正な取引法に指定されており、基本方針でも、公法的規制で故意の要件が外れている点は参考にされても良かったと思われる。

なお、現在の不法行為による救済だと完全な原状回復の損害賠償が認められる例はほとんどなく、過失相殺によって、賠償範囲が限定される事例がほとんどである。契約の無効・取消・解除という救済方法が選択できれば、過失相殺の余地はなくなり、被害救済を促進する。この点が、実は、

---

(44) 日本では、そのような認識が乏しいが、談合は、基本的には、発注者をだます行為であるとの認識が欧米では一般的である。

法律行為論による救済の最大のメリットであると思われる。特に、過去の金融商品の不当勧誘事例では勧誘行為の不当性が際立つ事例にまで、過失相殺を認定している。この点についての批判は自己責任原則を誤解するものであるとの批判は根強く、この過失相殺についてのアプローチ自体を変更する方向での議論をするべきであると思われるが、過失相殺による救済の制限を克服する効果がある点は、法改正の重要な意義ではないかと思われる。

### 3 説明義務・情報提供義務

#### (1) 情報提供義務の内容

改正試案【3.1.1.10】は、交渉当事者の情報提供義務・説明義務を規定する。本規定で、「当事者は、契約の交渉に際して、当該契約に関する事項であって、契約を締結するか否かに関し相手方の判断に影響を及ぼすべきものにつき、契約の性質、各当事者の地位、当該交渉における行動、交渉過程でなされた当事者間の取り決めの存在およびその内容等に照らして、信義誠実の原則に従って情報を提供し、説明をしなければならない。」と規定されているが、信義則上、情報提供義務が生じる場合の範囲は明確とは言えない。債権法改正の基本方針<sup>(46)</sup>によると、本規定は、プリンシプルベースの規定であり、ルールではないとされている。しかし、そうすると本規定は、情報提供義務の根拠とならないという趣旨であろうか。2項で、情報提供義務に違反した場合の効果として、損害賠償請求権が規定されていることを考えると、ここで、プリンシプルベースとは、90条のような包括規定であるという意味であり、制度趣旨から、先例と解釈の積み重ねで、その射程は決まって行く性質をあらわすものと考えられる。

そうであるとする、包括的すぎて予見可能性が害されるかに見えるが、以下に述べるとおり、ある程度その範囲は、予見可能ではないかと思

(45) 川濱前掲注45の論文640頁

(46) 基本方針95頁

われる。

## （２） 説明義務との相違

情報提供義務の規定は、判例上、不法行為の根拠として展開した説明義務の立法化であるかに見えるが、かなり異なる意図をもつものであるように思われる。

まず、現在の判例理論の説明義務は、不法行為を基礎づけるものであって、契約の効力を左右するものではなかったが、基本方針によると、情報提供義務が尽くされないことにより、契約の効力が否定される場合がある。

第２に説明義務というのは、基本的には、勧誘において、商品の内容とくに金融商品の持つリスクについての情報の提供責任であり、その射程は限定されている。これに対し、情報提供義務が生じる前提とされるのは、情報の非対称が生じている場合、すなわち、一方当事者が他方当事者より情報をより収集している場合である。ただ、基本的に、商品の売主は、商品の買主より多くの商品についての情報を持っているので、ほとんど全ての場合、情報の非対称自体は存在するとも言える。そのすべての場合に、情報開示義務があると考えられているわけではなく、信義則、売主に専門家責任がある場合等のプラスアルファの要件が充足される必要があるものとされている。いかなる場合に、情報提供義務があるとされるのであろうか。

まず、公法的規制の分野では、法律の規定、ガイドライン等で、情報提供義務が、規定されている場合が多く、このような場合には、信義則上の<sup>(47)</sup>情報提供義務を認めてよい。このように、行政法規で、情報提供義務が認められた理、判例で説明義務がある場合には、民法上も情報提供義務があ

---

(47) 代表的法律として、金融商品についての金融商品取引法、金融商品販売法、不動産取引に関する宅建業法、フランチャイズ契約について、公正取引委員会のガイドラインなど。

る場合と解してよいと思われる。

また、情報の不開示が、相手方の誤信を誘導する場合、米国の秘匿、部分真実、情報提供後の状況の変化については、信義則上の情報提供義務が認められる場合と言える。

これを超えて、一般的な情報非対称について、情報提供義務が認められるであろうか。情報非対称の観点を強調すると、買主の持つ売主が知らない情報の開示も問題になる。米国では、その点についても議論が戦わされているのは II. 4. (5) で論じたとおりである。フランスでも、ローマ法の時代のキケロや中世の教会法時代の大神学者トマス・アクイナスもこの問題に言及しており、古くて新しい問題であることに注意する必要がある。<sup>(48)</sup>

### (3) 買主の持つ情報の開示義務

「契約の交渉に際して、当該契約に関する事項であって、契約を締結するか否かに関し相手方の判断に影響を及ぼすべきものにつき」という要件は、買主の持つ情報にも適用される余地がある。ただし、これまでの判例上、そのような開示義務が問題になった例はないことを考えると、現時点においては、買主の情報を売主に伝える必要がある場合というのは、極めて限定的であろう。

### (4) 因果関係

本条が規定する情報提供がなかったならば、契約が締結しなかったであろうとの限定は、適切でない場合もある。なぜなら投資勧誘の説明義務に波及すると説明があったとしても、結局投資を行ったのであれば、損害との間に因果関係がないとの議論が行われる可能性があるからである。反事実を仮定した因果関係（いわゆる「あれなければこれなし」）を要件とすべ

---

(48) 議論の概要は、馬場前掲注 8 の論文 (1) 75 頁

きではなく、行為と結果の相関性の有無だけで判断すべきと思われる。

#### （５） 契約交渉の局面に限定されるべきか

情報提供義務が、契約交渉の局面に限定されているのは、逆に、一般条項としての性格からは狭すぎるように思われる。継続的契約の場合、契約期間中の情報提供義務を認める必要がある場合がある。とくに、フランチャイズ契約の場合で、ジーがザーの会計情報にアクセスする権利を認めるのが信義則に適合する場合がある。これに関しては、近時、判例も出て<sup>(49)</sup>いる。したがって、一般条項としての情報提供義務は、情報非対称があり、信義則上、相手方に情報へのアクセスが認められるべき場合には、契約期間中に及ぶ場合があるものとし、損害賠償請求とともに情報提供請求権も認めるのが適切であるように思われる。

### ４ 不実表示

#### （１） 基本方針における不実表示の取消規定とその意義

基本方針では、不実表示について、取消の規定が挿入された（改正試案【1.5.15】）。

提案要旨では、本条の規定は消費者契約第４条第１項１号の不実表示の規定について消費者でない場合でも不実表示による誤認の危険性が高いことから事実に関する不実表示については、表意者を保護する必要性は一般的に存在しかつその必要性は高いと考えられる。そのような趣旨から「消費者契約」による限定をはずし、「意思表示」に関する規定に改めたものであると説明される。

しかし、この改正は、買主の表示への信頼を保護することで、「買主、注意せよ」という古典的契約観を修正するかなめの条文の意義を有する。表示責任を正面から規定したことで、表明保証条項の法的な基礎が民法に

---

(49) 最判平成20・7・4 金融商事判例1318号60頁（2008）

取り込まれたとも解しうる。

## (2) 取消という救済方法のみでよいのか

不実表示を詐欺の代用のように用いている結果、「表意者の意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき事項」(ここでは、仮に「目的事項」という)のみが、不実表示の救済(取消)の対象であり、「表意者がその事実を誤って認識しそれによって意思表示をした場合だけが取消の対象となる」としているのが、相手方の悪意が前提となっている。この点は瑕疵担保責任に関する 3.2.1.16 が、買主の善意無過失を要求しないこととの大きな違いである。また、瑕疵担保責任のように、修補請求や損害賠償が認められるのと比較すると、救済範囲が狭すぎる(取り消されるような場合でなければ救済されない)のではないかという疑問が生じる。

英米法では、不実表示を契約条項に取り込んだ場合、すなわち、表明保証条項を規定した場合でなくとも、黙示の保証の法理により、担保責任を認める場合がある。

日本法でも、売買の売主の担保責任の考え方を不実表示にも及ぼすことができないのであろうか。瑕疵担保責任が、瑕疵のない商品であると信頼した買主を保護するものであるのに対し、不実表示は、表示を信頼した者を保護する制度であり、合理的信頼保護の制度である点で共通している。したがって、不実表示の救済は、瑕疵担保責任のように、損害補償、表示に従って商品の内容を修補させる請求権(修補可能であれば)を含む方がよいのではないだろうか。また、表明保証条項により、契約条項となった不実表示の責任についての担保責任が浸透している現状を考えると、表示を信頼した場合の損害補償制度を置くことは合理的と言えるのではないか。

また、そのような規定がおかれなくても、信義則上の情報提供義務が規定されていることからすれば、提供された情報が正確でないならば、それが目的事項でないからと言って、何らの救済がないとは解し得ないの

ではないかとも思われる。すなわち、信義則上の情報提供義務が規定される結果、契約交渉時に相手方に提供された情報が取消権を発生させるような事項でなくとも、不正確な情報を提供したことが契約締結上の過失を構成し、損害補償義務があるとも解されるように思われる。

そうであれば、不実表示の救済を、不実表示がなければ契約を締結しなかった場合に限定せず、不実表示によって生じた誤診したものの価値と実際の者の差額について損害賠償（差額の返還を請求でき、取消権（または解除権）を行使できる場合も、取消（または解除）に代えて差額賠償を求めるように契約総則で規定する方が適切であるように思われる。

このように、選択的な損害賠償を認める場合、不実表示の規定は売主担保責任の規定に似た条項となるが、それが表示を信賴した相手方の保護として適切なものと思われる。すなわち、瑕疵担保は、瑕疵がないという買主の信賴を保護する制度であるのに対し、不実表示の担保責任は、表示への信賴を保護する制度であると位置づけることができる。その要件については、瑕疵担保の改正についての考え方を準用すべきと思われるが、この点は、V. 1 で述べる。

### （３） 基本方針の無効概念と救済方法の選択性を認める余地

基本方針の考え方は、不実表示は、合意の瑕疵の問題であり、（取消により）契約が有効に成立していない（存在していない）のだから、（契約の有効な成立を前提とする）解除の問題にはならないと考えているのだと思われる。これは、日本の伝統的な概念法学的無効論を反映する考え方である。日本では、取消の結果、契約関係が遡及的に白紙に戻ることを強調し、無効の救済は原状回復による救済だけであり、どこまで金銭的救済が得られるかは、不法行為や不当利得の成立範囲の問題であると解される傾向が強い。無効な契約の上に築かれた法律関係全てが転覆するかのような議論が行われたりすることさえある。<sup>(50)</sup>

しかし、英米法はもちろん大陸法でも、無効とは、契約の拘束力が及ば



なくなること、それに伴い、無効な契約を有効なものとして取り扱ったことから生じた損害の補償である。それ以上に、すでに履行されて終了した法律関係が影響を受けることはなく、契約関係が遡及的に白紙に戻れることを強調し、無効な契約の上に築かれた法律関係全てが転覆する<sup>(51)</sup>かのような議論は行われていない。

英米法において、詐欺や不実表示は取消すると訳されるが、そこで用いられる rescind は債務不履行による解除の場合にも用いられる単語であり、英米法では取消と解除が厳格に区別されて<sup>(52)</sup>いない。両者は、契約の拘束力からの解放を行う行為である点で共通しており、それが、rescind なのである。日本法では、取り消された場合には契約が全くなかった状態に戻り、全面的な巻き戻しが強調されるが、巻き戻しは、損害賠償か現物返還かの問題であり、その点は、債務不履行によるか合意の瑕疵によるかで、異なるものとは考えられていないのである。

原状回復については、rescind された場合は、原状回復請求権 (right of restitution) があり、損害の補償がある点は、日本法と共通であるが、そ

---

(50) 新会社法で、立法担当者は違法配当が有効であるとの解釈を提示しているが、これも、違法配当を無効とすると、現物配当について、金銭的救済でなく、現物の返還請求権が生じてしまうことを危惧したものと考えられる。

(51) 例えば、独禁法違反の談合行為に関し、独禁法違反の談合は有効であるとの見解と無効であるとの見解がある。無効論に対する疑問として、よくその立場に従えば、(i) 談合による過去の入札行為も無効となり、納入した商品に瑕疵があり、損害賠償や修補請求を求める場合にも、それが無効な契約であることを理由に修補請求が拒否される事態も起こりうるのではないか、(ii) このように、すでに履行された契約関係まで不安定にする結果が生じるのではないか、(iii) また現在進行中の工事についても、それが無効となれば、発注者は履行を請求することもできなくなるのではないかということが言われることがある。しかし、EU 競争法では、談合行為は101条2項で無効とされるが、このような問題は、欧州では、大陸法系に属する仏独を含め、ほとんど意識されていない。それは、無効であるということの意味が契約の拘束力を否定するという意味すなわち自らの給付義務を免れる救済方法であると認識されているからではないかと思われる。

(52) Schaber & Rohwer *Contracts* (West 1984) 250頁以下



れを超えた金銭的救済は、不法行為法理によるか、IIで述べた黙示の担保責任（warranty）の法理により、金銭的賠償を求めることができる。

大陸法系に属するフランス法でも、詐欺（dol）に対する救済は契約が無効であるという場合だけでなく、損害賠償によって救済される場合もある。フランス法上、dol principal と呼ばれる場合、契約を取消し、損害賠償を請求できるが、dol incidens の場合、救済は契約条件の修正であり欺罔行為がなかったならば、払われるべき対価についての価格を支払うことだけが認められていた。<sup>(53)</sup> 最近のフランス最高裁の判決は、この法理をさらに柔軟化し、この区別は必要ではなく、当事者が契約を無効にし、原状回復を望むか、被害者が契約をそのまま有効にして、価格の調整を行わせるかの選択権を有すると解すべきであるとしたものがある。<sup>(54)</sup>

基本方針では、無効の効果が契約の拘束力からの解放であること、原状回復請求できる権利が発生するものであることを明記している。<sup>(55)</sup> この点は、契約の拘束力からの解放という無効制度の本来の機能を再確認したものであり、適切であると同時に、かかる定義の結果、取消の効果として、選択的な損害賠償の規定を置くことも可能になったのではないと思われる。その意味では、不実表示の救済を、不実表示がなければ契約を締結しなかった場合に限定せず、不実表示によって生じた誤信したものの価値と実際のものの差額について損害賠償（差額の返還を請求でき、取消権（または解除権）を行使できる場合も、取消（または解除）に代えて差額賠償を求めるように規定することもでき、そうすべきではないかと思われる。

---

(53) Marsh *supra* footnote 15 at 126

(54) Cass. com. 2 May 1984, Bull. civ IV no. 145 p. 123

(55) 【1.5.51】は、無効な法律行為の効果について、〈1〉で「法律行為の当事者は、無効な法律行為に基づいて、その債務の履行を求めることができない。」と規定し、〈2〉で「法律行為の当事者が、無効な法律行為に基づいて履行したときは、相手方に対して履行した給付の返還を求めることができる。」と規定する。法制審では、〈2〉を規定すべきか議論されているが、むしろ、選択的な損害賠償の規定を置くことを検討すべきではないかと思われる。

#### (4) 不実表示と表明保証との関係

基本方針では、表明保証条項には、不実表示の取消の規定の適用がないとの考え方<sup>(56)</sup>をとっているようである。その根拠は、契約条項化された不実表示を不実表示法理の適用除外としてきた英米法の沿革にあると思われるが、今日では英米法も、表明保証条項化された不実表示でも、詐欺的な不実表示に対しては契約の取消権を認めているので、表明保証条項の適用がないとは言えないし、そのような詐欺的な表明保証違反には、むしろ取消権が認められてよいと思われる。平成18年判決の事例は、まさにそのような事例であり、同事件に取消権が認められるとしても、それほど不当なものとは言えないと思われる。

ただ、表明保証条項の救済を補償請求に限定している売買型の表明保証条項では、表明保証条項の違反は価格（プライシング）の問題であり、「表意者の意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき事項」ではない旨、合意しているものと解釈することができる。したがって、そのようなタイプの表明保証条項であり、かつ、詐欺的な不実表示でない限り（平成18年判決の事例は、詐欺的な場合に該当する可能性がある）、原則として、不実表示の取消権はなく、契約条項に従って救済されると解することができる。したがって、不実表示の取消が規定されることは、表明保証条項の補償請求の妨げにはならないものと思われる。

問題は、むしろ補償請求の範囲、補償対象範囲である。この点は、平成18年判決が、補償請求の要件として、請求者の無重過失を要求することがあるかに見える判示を行ったことから、議論を呼んだ問題である。基本方針が、債務不履行の効果について改正したことは、この判決の考え方に影響を及ぼすと考えられる。

---

(56) 基本方針31頁

## V 基本方針の債務不履行の効果についての改正の意義

### 1 債務不履行要件としての帰責事由の削除の意義

基本方針は、一般論として、債務不履行の帰責事由の要件を外すことを提案し、売買の担保責任に関しても、請求者・表示者の主観的要件を外すことを提案しているが、これは英米法的な原理を採用したと見ることもでき、契約実務との平仄の上でも好ましいものと思われる。

英米法と大陸法の契約法の契約上の義務の相違点として、大陸法は帰責事由（fault）を要件とするのに対し、英米法はこれを要件とせず、その意味で厳格な責任であるとされていることが挙げられる。基本方針は、帰責事由の原則をドイツ法由来のものとしているが、ローマ法に由来する大陸法の一般原理と解するのが一般的である。<sup>(57)</sup><sup>(58)</sup>

しかし、このような帰責事由による過失責任主義のアプローチは、隠れた瑕疵についての担保責任には該当しない。コモンローでは、このような商品または請負契約の目的物から生じた瑕疵についての責任は、保証責任（warranty）とされており、この点では大陸法と英米法の差異は小さくなっている。

大陸法の下でも帰責事由は緩やかに考えられているし、英米法といえども、不可抗力（force majeure）の場合にまで債務不履行責任を生じるものではないので、その差異は、それほど大きなものではない。

ただ、当事者間で、リスク分配に合意した場合、英米法では、これを尊重しようとするのに対し、大陸法では、裁判所がより介入的になりうる点が相違であるように思われる。改正試案【3.1.1.63】が。契約において債務者が引き受けていなかった事由により債務不履行が生じたときに

---

(57) 基本方針31頁

(58) Marsh *supra* footnote 15 at 140

は、債務者は（債務不履行の）損害賠償責任を負わないと規定したのはリスク分配の合意を尊重する趣旨であり、英米法的な債務不履行観が取り込まれていると解するのが素直である。

表明保証違反に関する平成18年判決は、民法が介入的になる基盤があることを改めて示した事例である。本件で、当事者が合意した表明保証条項は、英米法的な厳格責任の考え方に従って規定されていた。ところが、表明保証違反に基づく補償請求に関し、裁判所は、請求者の善意無重過失が要件となる場合があることを示唆し、本件評釈では、これに賛意を表するもの、さらに表明者の帰責事由が問題となる場合があることを示唆するものもあらわれ、我が国の民法の解釈論上、介入的な考え方の根強さが改めて浮き彫りになった。しかし、次項で詳細に論じるが、当事者間で英米法流の厳格責任で合意している場合、民法の他の責任を類推して主観的要件を追加することはより慎重であるべきである。

基本方針は、売買の担保責任に関しても、請求者・表示者の主観的要件を外し、当事者間のリスク分配を尊重することを提案している。基本指針では、数量指示売買について、数量不足を量的瑕疵ととらえて瑕疵担保の規定が適用されること、現行法の「隠れたる瑕疵」として要求される善意無過失は要件としないことを明らかにし、その理由として、「例えば、売買契約の当事者が目的物に一定の性能・品質・数量が備わっていることを合意し、これに応じて代金を決定したような場合には、備えるべき性能・品質、数量が備わっていなかったことについて、買主がこれを知りえたとしても、売主が履行すべき義務を履行していないことには変りはないと考えられるからである」と述べる<sup>(59)</sup>。また、本提案においては、現民法570条と異なり、瑕疵が「隠れた」ものであるとあるかどうかは売主の責任に影響を及ぼさない<sup>(60)</sup>と述べている。

この考え方は、まさしく表明保証責任にも応用されるべきであり、以下

---

(59) 基本方針137頁

(60) 基本方針278頁

では、平成18年判決を素材に、判例の考え方の問題点と改正試案のメリットを検討する。

なお、基本方針では、担保責任という用語を用いていない。これは、いわゆる担保責任の規定について、債務不履行でなく法定の（担保）責任であるとの考え方を否定し、債務不履行の特則であることを明らかにする趣旨である。その点自体には問題はないが、相手方の信頼を保護し、信頼を裏切ったことの責任を損害担保責任という用語を用いることはわかりやすく、維持されるべきであろう。担保責任とは、担保責任を負うものが、(i) 瑕疵なきものの給付、(ii) 表示したものの給付、を保証（warranty）したことに基づく責任と理解し、表明保証責任は、(ii) についての約定の担保責任であり、売買、請負の担保責任の規定は、黙示の warranty に基づく責任であると理解することが責任の射程を明らかにする意味でも有用である。すなわち、当事者が信頼したと一般に考えられる範囲が、黙示の担保責任の射程と位置づけられる。また、不実表示に、損害賠償規定を置くときは、この規定も黙示の表示担保責任と位置づけることになる。

## 2 平成18年判決の再検討

（平成18年判決の概要）

売主 Y らは、消費者金融会社 A の全株式を、買主 X に、譲渡価格約23億円（A の簿価純資産額により算出されていた）で、譲渡する M & A 取引に関する事例である。XY 間で締結された株式譲渡契約書には「A の財務諸表は完全かつ正確であり、一般に承認された会計原則に従って作成されたものであること」等が、Y により表明保証され、この表明保証事項に違反があった場合にはこれにより X が被った損害を補償されることが規定されている。しかし、買収直後 A 社が平成15年3月期決算で A 社の貸借対照表上の純資産額が2億8000万円弱水増しされていたことが判明したので、X は Y らを相手取って、表明保証違反に基づき、損害の補償を請求した。

Y は、訴訟において、X のデューディリジェンス中に A の全取引データ等の情報（生のデータや営業実績推移等の資料）を X に開示したので、開示資料を読めば純資産額が水増しされていることは、認識できるはずであり、それによって、X は、純資産額が水増しされていることを知って取引に及んだか、またはその事実を知らなかったことに重過失があったと主張した。

裁判所は、表明保証の事実について、知らないことが重過失に基づく認められる場合には、公平の見地に照らし、悪意の場合と同視し、Y らは本件補償責任を免れると解する余地があると判示したうえ、本件では、①企業買収におけるデューディリジェンスは、買主の権利であって、義務ではないこと、②デューディリジェンスは、主として買収価格決定のために限られた期間で売主の提供する情報に依拠して資産の実在性とその評価、簿外債務の発見という限られた範囲で行われるものであること、③A 社が、監査法人による監査を受けていたこと、④Y らが、会社の和解債権処理により、簿価純資産額が不正に水増しされていたことを明確に認識しながら、X にこれを秘匿していたことなどの事情から、X に重過失はないとした。

（評釈）

#### （１） 買主が重過失の場合、補償請求が制限されるべきか

本判決は、「重過失に基づく認められる場合には、公平の見地に照らし、悪意の場合と同視し、Y らは本件補償責任を免れると解する余地がある」と判示したうえ、本件では、下記の点から、X に重過失はないとした。すなわち、本件では、重過失が認められないものの、悪意重過失がある場合には、公平の観点から補償請求が制限されることを示唆している。

契約の文言上、補償請求の要件とされていない善意無重過失を裁判所が要求したことであり、これは、契約自由原理への介入である。契約自由原理も、当事者間の力関係、その他の事由により、公平・信義則・権利濫用

などの見地から修正されることは当然だが、本件のような当事者間がともに企業で、かつ代理人を選任し、注意深く取引行っているはずの事例で、契約条項にない権利保護の要件（買主の善意無重過失）を要求することが公平かはより慎重に検討されるべきであったように思われる。なぜなら、必ずしも修正されることの説得的理由がないままに、民法の類似とされる規定に引き寄せられ、M & A 取引で契約の自由が制限されることが認められることは、その法システムの信頼性への疑問が惹起される可能性があるからである。すなわち、M & A 契約において、日本法を準拠法として選択することがリスクであるという評価がなされかねないのである。とくに、本件で問題となった条項は、価格決定の最も基本的条項である財務諸表に関する表明保証であり、これに依拠することを制限することは、M & A 取引の基本的前提が成り立たなくなる危険を伴うものである。

しかも、本件の表明保証違反は、過失によるものではなく、売主は表明保証違反があること明確に認識しながら、それを買主に伝えていないという、いわば詐欺的な不実表示とも言うべき事例である。この点は、買主が強く主張していないため見過ごされているようだが、本件のような取引で、契約で合意した規範を変更して、買主の善意無重過失を要求する可能性があることを宣言することが本当に公平といえるかは極めて疑問であり、外国人の投資家から、わが国の私法制度の信頼性に疑問が呈されかねない。

本件評釈の中には、表示責任という考え方は、民法にない考え方であるとして、数量指示売買（民法565条）などでは悪意の相手方の損害賠償請求権を認めていないことを理由に、請求者の主観的要件は、善意・無重過失まで軽減できても、悪意や重過失の場合に補償請求を行えないとする考え方も主張されている<sup>(61)</sup>。

民法に規定のない責任でも当事者間で合意すれば、その効力は契約自由

---

(61) 潮見佳男「消費者金融会社の買収に際しての表明・保証違反を理由とする売主の損害補填義務」金融法務事情1812号67頁（2007）



のもとで最大限尊重されねばならないように思われるし、担保責任という概念自体は民法にも存在する。誤った表示を信頼した者に対し、信頼から生じた損害を補償させるという単純明快な考え方はどの国でも素直に受け入れられる合理的かつ簡明な規律である。

民法の担保責任の規定は、「買主、注意いせよ」との古典的契約観の中での買主の最小限度の保護に過ぎず、M & A 取引等で買主の保護として、十分でなく、それゆえにこそ、表明保証規定をおいているのに、そのような民法の瑕疵担保責任や数量指示売買の規定を類推して責任を限定することは、上記のような民法の規定が時代と M & A 取引に適合しないのであること、表明保証条項が M & A 取引においては格別の合理性・重要性をもっていることに対する考慮が十分でないと言わざるを得ない。

M & A 契約の表明保証条項については、表明保証条項の正確性を前提として当事者間でリスクの分配を行っているのであり、表明保証条項の正しさが前提となって売買価格が決定されているのであるから、買主の主観面を考慮して責任を制限することは当事者間で合理的に定められたリスクの分配を裁判所が不合理な形で変更するように介入するものとなる危険があり、当事者意思・公平の観点からも支持できない。基本方針の債務不履行についての考え方は、当事者間のリスク分配を尊重しようとするものである点で、重要な意義を有する。

損害担保責任という性格上は、損害が発生すれば、直ちに責任負担者に請求できるのがその本来の姿であり、本来は、表明者の故意過失を問わないことはもちろん、請求者の主観も要件とすべきではないように思われる。<sup>(62)</sup> その意味で、民法の売主担保責任が、買主の善意無過失を要求する

---

(62) すでに特別法では、表示責任の考え方が取り込まれている。消費者契約法は、不実表示を取消事由としているし、金商法も開示書類の不実記載に対する救済方法として民事の損害賠償を規定している。

(63) 潮見前掲注63の論文69頁は、損害填補契約としつつ、債務不履行であるとし、数量指示売買の善意無過失の考え方を及ぼし、無重過失を必要とするが、損害填補契約を債務不履行とする考え方は、一般的でないと思われるし、その考え方をとれ



ことは、立法論的にも不合理であるとむしろ考えられ、当事者間の合意で、請求者の主観を問わないように契約書で規定したのであれば、損害担保責任の本来の姿として、より合理的なものであるから、よりいっそう尊重されるべきであるように思われる。

## （２） 基本方針との関係

その意味で、基本方針が不実表示の取消規定を新設し、表示責任を民法に取り込んだことは大きな意義がある。基本方針は、瑕疵担保責任について、「売買契約の当事者が目的物に一定の性能・品質・数量が備わっていることを合意し、これに応じて代金を決定したような場合には、備えるべき性能・品質、数量が備わっていなかったことについて、買主がこれを知りえたとしても、売主が履行すべき義務を履行していないことには変りはないと考えられるからである」と述べ、請求者の善意無過失は要件としないことを明らかにしているが、この考え方は、当事者間のリスク分配合意を尊重しようとするもので、まさしく表明保証責任においてもあてはまる。基本方針の瑕疵担保責任についての考え方を、「買主がこれを知りえたとしても、売主が正確な表明を行わなかったことに変わりはないのであるから、原則として、補償請求する側の主観的要件は売主の責任に影響を及ぼさない」と読みかえて、表明保証責任に適用できると思われる。現行法の解釈論としても、私的自治、契約自由の原則に従い、原則として、契約内容を合理的なものとして尊重し、表明保証条項の内容によっては、信義則の観点からの例外として、補償請求する側の主観的要件が責任に影響する場合もあると考えるべきである。

---

ば、表明保証違反も損害担保契約の債務不履行ということになるが、義務のないところに債務不履行を観念することは一般的ではないと思われる。

(64) 基本方針278頁

### (3) 買主悪意の場合は、請求が制限されるのか

本判決は、重過失については議論があるとしても、悪意の場合は、請求権が否定されるのが当然であるかのような前提に立っているようにも読める。しかし、当事者は表明保証が正しいことを前提として、価格を決定しているのが通常であり、<sup>(65)</sup> 公平の観点からは、重過失はもちろんのこと単に悪意であったとしても補償請求の制限は認められるべきではなく、請求する側が、当該条項が誤りであることを知っているだけでなく、誤りであることを前提としてプライシングがなされているところまで立証される場合にはじめて（信義則の観点から）補償請求が制限されるべきと思われる。表明保証の誤りが価格に反映されていないのであれば、請求者が悪意であろうとも補償請求が認められるのが、当事者のリスク配分の取り決めに合致し、公平の観点からも支持されるべきだからである。

契約交渉では、売主は、表明保証に違反する事項を、表明保証の例外（容認事項）として契約書別紙に記載することができ、このような、表明保証に反する事実を告げなかった売主は、買主を誤導（場合によっては、欺罔）するものであるともいえ、売主の悪性のほうが買主より高く、この点にも、補償請求する側の主観的要件は売主の責任に影響を及ぼさないと解する根拠となる。とくに、本件の場合、「Y らが X に対して本件和解償権処理を故意に秘匿していた」のであるから、ほとんど欺罔行為であると評価できる事例であり、他方、価格は簿価純資産額により算定されており、表明保証の誤りが価格に反映されているわけではない事例であるから、買主の無重過失を問題にするような事例ではなかったことは明白な事例である。

悪意の買主の補償請求を制限する理由として、表明保証責任をある種の買主の錯誤の救済として位置づけ、表明保証によって錯誤が生じたことが必要であり、買主の善意が必要であるとの要件が生じる可能性がある（改

---

(65) この点を指摘するものとして、岡内真哉「表明保証違反による補償請求に際して、買主の重過失は抗弁となるか」金融・商事判例1239号2頁（2006）

正試案の不実表示はこのような考え方にたっている）が、この点は、単に悪意だけで補償請求を否定するのは公平に反する場合があります、不実表示の善意という要件を安易に適用すべきではない。たとえば、法令が遵守されているという表明保証に関し、デューディリジェンスで独禁法の課徴金対象行為が見つかってこれを指摘しても、売主は、違法行為でないと主張し、表明保証からはずさず（すなわち、代金の減額に応じないということである）、法令違反が確定してから補償請求に応じるという対応もありうるのである。すなわち、補償請求が制限されるか否かは、表明保証違反の点が価格に反映されているか否かが重要であり、表明保証違反の事実が価格に反映されていることを表明者が立証した場合にのみ補償請求が制限されると考えることが当事者の意図したリスク分配に適合的な立証負担の分配と思われる。

なお、買主が、表明保証違反があることを知りながらそれを隠して交渉している場合には、補償請求が制限されていると考えるべきであるが、この場合は、表明保証違反の点が価格に反映されていると推定でき、補償請求が二重の利得を買主に与えることが、請求制限の根拠となるもののように思われる。このように、悪意に加え、表明保証違反の点が価格に反映されていると推定できるようなプラスアルファの事情が存在する場合を請求制限の要件と解するのであれば、合理的なものと考えられる。その根拠は信義則違反や権利濫用であり、瑕疵担保責任の買主の主観的要件を安易に類推適用したり最低限度の買主の保護要件等の観点から買主の主観面を一般的な要件とすることには慎重であるべきであるように思われる。なお、表明保証の中には、個別的には、単純悪意や重過失による責任制限を上記のリスク分配の基準からも認めてよい場合は存在する。そのいくつかの例は、後記3を参照。

公平の観点から当事者意思を制限するその他の要因として考えられるのが、表明者が表明保証の意味をよく理解せずに表明保証を行った場合が考えられる。その点は、表明保証条項が、M & A 以外の取引に浸透する場

合に問題になる可能性がある。ただし、本件のような M & A 取引では、契約書の作成はお互い M & A 取引に習熟した弁護士・法律事務所に依頼し、条項を徹底的につめた上で契約書が作成されるので、その種の懸念を最も考慮する必要のない取引である。そのような M & A 取引で、契約条項が修正されることを安易に認めるならば、普通の契約では、常に、民法による契約自由の修正を意識せざるを得ず、私法への信頼が揺らぐ事態となりかねない。当事者間で契約上定めた規律が裁判所で尊重されず、当事者が意図したリスク配分が裁判所において執行できないのであれば、日本法を準拠法として M & A 契約で締結することがリスクであるということになりかねない。ドイツでは、債権法改正後、ドイツ法を選択することが M & A のリスクになるという懸念が生じ、債権法が再度改正される事態に追い込まれているが、このような状況は日本でも起こりうるのである。<sup>(66)</sup>

仮に、悪意重過失で補償請求が否定される先例が現れ、表明保証条項に基づく補償請求が執行できない状況が生じるならば、外資との M & A 契約で、契約を日本法を準拠法とすることに抵抗されるようになることが懸念される。<sup>(67)</sup> その意味で、本件評釈の中には、表明保証に安易に依拠することを戒める評釈もあるが、むしろ戒められるべきは、裁判所が安易に当事者間で定めた規範に介入することのようと思われる。<sup>(68)</sup>

#### (4) 売主の帰責性は必要か

また、本件評釈の中には、裁判所は表明保証を行った者の主観的事情として一定の帰責事由を要求しているという指摘もある。<sup>(69)</sup> 相手方の悪意・重

---

(66) 青山前掲注43の論文) (下) 85頁

(67) 現状でも、補償責任の執行可能性に関する意見では、請求する側に重過失がある場合、判例上、執行できない場合がありうるとの留保が法律意見書につけられることになるが、これも、外資企業にとって、日本法を選択することのリスクと受け取られる余地は大きい。

(68) 池田貞朗「連帯保証契約上の表明・保証義務、通知義務違反を理由として保証債務者の免責を認めた事例」 金融法務事情1844号41頁 (2008)

過失を判断する際に、「Y らが X に対して本件和解債権処理を故意に秘匿していたことが重視されなければならない」点を強調していることを理由とする。しかし、「Y らが X に対して本件和解債権処理を故意に秘匿していた」という点は、表明保証違反に欺罔的な要素があることを示す事実であり、そのような事例では、信義則の観点から買主の主観的事情は問題にされるべきではないし、そもそも、担保責任に関しては、民法に規定のある売主担保責任であっても帰責事由が必要とされない無過失責任である。本件では、むしろ、売主に表明保証違反を知りながらこれを秘匿して取引に入ったことの悪性を指摘し、売主が信義則に反しているような事例では、買主の主観的事情は問題とならないことが明示されるべき事例であると思われる。

基本方針では、本件のように、売主が本件和解債権処理を故意に秘匿していた場合、不実表示として契約の取消事由に該当する可能性がある。基本的には、表明保証責任で解除権を留保していない以上、民法の不実表示の規定を適用しないことの合意があるものと考えてよいと思われるが、本件のような悪質な隠匿は欺罔性が高く、そのような場合にまで民法の規定の適用を排除したとは考えられず、取消もありうると考えることもできるのではないと思われる。

### 3 信義則上補償責任が制限される場合

売主と買主の主観的事情、表明保証違反が合うことが価格にすでに反映されている等の状況によっては、表明保証違反に基づく損害補償請求が制限される場合がまったくないわけではない。以下では、そのような信義則等に基づき、表明保証責任が制限される可能性がある場合に言及する。

信義則による制限を受ける典型的な例は、表明保証された事項の誤りが価格に反映されており、補償請求を認めることが請求者に二重の利得を与

---

(69) 金田繁「表明保証条項をめぐる実務上の諸問題（下）」金融法務事情1772号37頁（2006）

える場合である。このような場合は通常生じないが、法令違反レップ、特に環境法令の関係では、しばしば生じうる。

たとえば、商品が多数の部品で構成されている場合には、自ら製造する部分について法令違反をレップしても意味がなく、取引先・下請けについても法令違反がないことをレップしなければならない。これに表意者が対応しようとするれば、購入する商品について、下請けの側にレップさせ、それに依拠して自らがレップすることが考えられる。こうして、レップというのは、下請取引にまで波及していくことが予想されるのである。この場合、表意者は自ら確認したわけではなく、下請けのレップに依存してレップを行い、そのレップを行った下請け業者もその下請け(孫受け)部分については、二次下請けのレップに依存していくことになる。このような場合で、下請けが、法令違反が在ることをうすうす知りながら取引をする場合、あるいは、業界の内部で法令違反が存在すること或いは存在する可能性があることについて一般的に認識されている場合もないではないと思われる。その典型が環境レップの場合である。例えば、最近の例で、古紙混入について法令が守られていないということは業界で横ならびになっていることから見ても、知られていた事実であったと思われる。そのような事実を認識したうえで、買収を行った場合、古紙混入規定に違反したことに基づく補償請求は信義則から否定される場合もあると思われるのである。

また、下請けとの取引で、下請け業者から法令順守の表明保証を取っていても、実は、法令違反が存在する可能性を認識しているような場合があり得る。下請けの側としては法令違反があるということでは取引にはいれないので、お互い法令違反がないことを確認していないことを知りながら法令違反がないという表明保証条項が規定されるような場合である。そのような場合にも、一種の権利濫用<sup>(70)</sup>として表明保証違反の効力が制限される

---

(70) 独禁法において、優越的地位の濫用(独禁法19条)に当たる場合である。

場合もあり得ると思われる。

このように法令違反レップの場合には、善意無重過失という基準をとることがある程度正当化される局面である。しかし、これを表明保証の一般的基準と位置づけるべきではなく、あくまで、当事者の認識したあるいは暗黙に合意したリスク分配が基準となるべきである。上記の法令違反の場合、当事者は法令違反がある程度予期しており、表明保証は形を整える程度のものでしかないということに責任制限の根拠を見出すこともできると思われる（法令遵守に関する表明保証違反がありうることを前提に価格が設定されているといってもよい）。

## 結語

今回の改正は、英米法原理と大陸法原理を止揚した点で画期的なものである。慣れ親しんだ民法を失う法曹関係者の一部の戸惑いもあるようだが、時代に適合した民法を持つことは、それを使う法曹にとって最も利益をもたらすものである。今回の改正が、筆者の提言した点も含め、より改善され、世に送り出されることを期待したい。