

平成 22 年 7 月 14 日

金融法委員会¹

債権法改正に関する論点整理（不実表示）

一. 背景等

民法の債権法分野について改正の動きが進んでいる。平成 21 年 10 月 28 日、法務大臣から法制審議会に民法（債権関係）の改正に関する諮問（第 88 号）がなされ、かかる諮問を受け、法制審議会において民法（債権関係）部会が設置された。平成 21 年 11 月 24 日にはその第 1 回会議が開催され、事務当局から、1 年半程度の調査審議を経て中間的な論点整理を行うことを目標にする旨のスケジュールが提案されている²。

民法（債権関係）部会第 1 回会議における配付資料（「民法（債権関係）の改正検討事項の一例（メモ）」）には今後の検討において取り上げることが想定される事項が例示されているが、その中に「04 意思表示に関する規定の拡充」という項目があり、そこでは、消費者契約法の不実告知の規定（消費者契約法第 4 条第 1 項第 1 号）を引用しつつ、消費者契約に限らず、民法上の詐欺や錯誤に該当しなくとも表意者に取消権を与える必要性が存在する旨の指摘が紹介されている。このことからすれば、今後、不実表示に関する民事ルールのある方が議論の対象となることが予想される。そこで、本ペーパーにおいては、特に不実表示の一般法化というテーマに絞り、主に金融実務の観点から検討³を行う。

なお、不実表示の一般法化というテーマについては、民法（債権法）改正検討委員会が平成 21 年 4 月に公表した「債権法改正の基本方針」及びその後公表された詳細な解説において詳しく論じられていることから、そこでの提案及び検討の当否を中心として検討を行

¹ 金融法委員会は、国際化・自由化の進展や技術革新等を背景に金融取引の生成発展の速度が高まっている中、わが国における法的不確実性を少しでも除去することを目的として金融取引について実務経験を有する弁護士及び金融取引に関する法律を専門とする研究者が自発的に設立した委員会である。本ペーパーは、主として、同委員会の弁護士委員有志によりドラフトされ、同委員会での議論・コメントを踏まえて作成された。なお、本ペーパーは、各弁護士委員が属する組織を代表する意見ではない。また、民法（債権法）改正検討委員会の委員であった金融法委員会の委員及び法制審議会民法（債権関係）部会の委員又は幹事である金融法委員会の委員は、本ペーパーの取りまとめには参加していない。

² 法務省 HP (http://www.moj.go.jp/shingil/shingi_091124-1.html) で示された第 1 回会議の議事概要及び議事録による。

³ 不実表示に関して検討を行っている論考は多く存在する。例えば、大阪弁護士会『別冊 NBL131 号 実務家から見た民法改正—「債権法改正の基本方針」に対する意見書』（商事法務、2009 年）22 頁以下、岡正晶「民法（債権法）改正の課題 実務家からの情報発信—企業間取引を中心に」法律のひろば 62 巻 10 号（2009 年）37 頁以下、青山大樹・宇田川法也「企業取引実務から見た民法（債権法）改正の論点 第 1 回 不実表示等と表明保証」NBL919 号（2009 年）9 頁以下など。

うこととする⁴。誤解が生じないよう念のため申し添えると、本ペーパーで論じる不実表示の一般法化とは、不実表示に基づく取消規定の適用範囲を消費者契約にとどまらずあらゆる取引に広げることを指しており、適用範囲を消費者契約に限定したまま不実表示に基づく取消規定を民法典に取り込むことを指しているわけではない。

以下、本ペーパーでは下記の定義語を用いる。

- 「基本方針」 民法（債権法）改正検討委員会編『別冊 NBL126 号 債権法改正の基本方針』（商事法務、2009年）を指す。
- 「民法改正案」 民法改正研究会「日本民法典財産法改正 国民・法曹・学界有志案」『法律時報増刊 民法改正 国民・法曹・学界有志案』（日本評論社、2009年）を指す。
- 「詳解 I」 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針 I 序論・総則』（商事法務、2009年）を指す。
- 「改正条文」 民法（債権法）改正が実現したと仮定した場合の民法典の条文を指す。

<参考>

基本方針

【1.5.15】（不実表示）

- <1> 相手方に対する意思表示について、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につき相手方が事実と異なることを表示したために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は、その意思表示は取り消すことができる。
- <2> 相手方に対する意思表示について、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につき第三者が事実と異なることを表示したために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は、次のいずれかに該当するときに限り、その意思表示は取り消すことができる。

⁴ 民法（債権関係）部会第1回会議では、「債権法改正の基本方針」が「あくまで学界有志のグループから公表された一つの案であって、他の研究者グループから発表されたものなどと同じような意味で、この部会の参考資料の一つとなるにすぎないものである」とされている（筒井健夫幹事の発言）。本ペーパーが「債権法改正の基本方針」を検討の中心に据えるのは、かかる位置づけの問題とは離れて、「債権法改正の基本方針」については提案理由や詳細な解説が公表されており、それらの検討を通じて、不実表示の一般法化というテーマに関する普遍的な論点を効率的に検討できると考えたためであることを念のため付言する。

〈ア〉 当該第三者が相手方の代理人その他その行為につき相手方が責任を負うべき者であるとき。

〈イ〉 表意者が意思表示をする際に、当該第三者が表意者に事実と異なることを表示したことを相手方が知っていたとき、または知ることができたとき。

〈3〉 〈1〉 〈2〉による意思表示の取消しは、善意無過失の第三者に対抗することができない。

* 消費者契約法 4 条 2 項に該当する場合（不利益事実の不告知）は、ここでいう「不実表示」に当たり、この提案（【1.5.15】）により取消しが認められるが、その旨を明示的に確認しておく方が望ましいという考え方もある。

【3.1.1.10】（交渉当事者の情報提供義務・説明義務）

〈1〉 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つて、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。

〈2〉 〈1〉の義務に違反した者は、相手方がその契約を締結しなければ被らなかつたであろう損害を賠償する責任を負う。

民法改正案

56 条 不実表示及び情報の不提供

56 条①：相手方が提供した事実と異なる情報に基づき意思表示をした者は、それに基づく法律行為を取り消すことができる。ただし、提供された情報が事実であるか否かが、通常であればその種の法律行為をする者の意思決定に重大な影響を及ぼすものでないときは、この限りでない。

56 条②：故意に、信義誠実の原則に反して提供すべきである情報を提供せず、又はなすべき説明をせず、それにより相手方に意思表示をさせたときは、前項の不実表示があつたものとみなす。

<参考条文>

消費者契約法第 4 条

（消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示の取消し）

第 4 条

1 消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、当該消費者に

対して次の各号に掲げる行為をしたことにより当該各号に定める誤認をし、それによって当該消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる。

一 重要事項について事実と異なることを告げること。

当該告げられた内容が事実であるとの誤認

二 物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものに関し、将来におけるその価額、将来において当該消費者が受け取るべき金額その他の将来における変動が不確実な事項につき断定的判断を提供すること。

当該提供された断定的判断の内容が確実であるとの誤認

2 消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、当該消費者に対してある重要事項又は当該重要事項に関連する事項について当該消費者の利益となる旨を告げ、かつ、当該重要事項について当該消費者の不利益となる事実（当該告知により当該事実が存在しないと消費者が通常考えるべきものに限る。）を故意に告げなかったことにより、当該事実が存在しないとの誤認をし、それによって当該消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる。ただし、当該事業者が当該消費者に対し当該事実を告げようとしたにもかかわらず、当該消費者がこれを拒んだときは、この限りでない。

3 消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、当該消費者に対して次に掲げる行為をしたことにより困惑し、それによって当該消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる。

一 当該事業者に対し、当該消費者が、その住居又はその業務を行っている場所から退去すべき旨の意思を示したにもかかわらず、それらの場所から退去しないこと。

二 当該事業者が当該消費者契約の締結について勧誘をしている場所から当該消費者が退去する旨の意思を示したにもかかわらず、その場所から当該消費者を退去させないこと。

4 第一項第一号及び第二項の「重要事項」とは、消費者契約に係る次に掲げる事項であって消費者の当該消費者契約を締結するか否かについての判断に通常影響を及ぼすべきものをいう。

一 物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものの質、用途その他の内容

二 物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものの対価その他の取引条件

5 第一項から第三項までの規定による消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示の取消しは、これをもって善意の第三者に対抗することができない。

二. 要旨

基本方針 1.5.15 では、消費者契約法第 4 条第 1 項及び第 2 項における不実告知及び不利益事実の不告知に関する規律を、その要件を修正したうえで、改正条文に盛り込むこと（不実表示の一般法化）が提案されている。この点、かかる提案を採用するためには、表意者保護と表意者の相手方ないし取引の安全の保護とのバランス、表明保証条項などの契約実務、消費者が表意者の相手方になる場合の消費者保護などについて、十分な検討及び配慮が必要になると考えられる。しかしながら、一般法化された不実表示の規定において、表意者の保護・取引の安全の保護・契約実務の尊重・消費者保護への配慮といった互いに相反し得るニーズをすべて実現することは難しいように思われ、現時点までの議論を前提にする限り、不実表示に関しては、消費者保護のための規定としてこれまでどおり消費者契約法に規定を置くにとどめるのが現実的な選択肢であるように思われる。

三. 検討

1. 不実表示規定の一般法化の当否

基本方針 1.5.15 及び民法改正案第 56 条では、不実表示に基づく取消しに関する条文を民法に取り込み、これを消費者契約に限定することなく一般的に適用することが提案されている。本ペーパーでは、このような不実表示規定の一般法化の当否について、基本方針 1.5.15 及びそれに関する解説を素材として検討を行う。

(1) 詐欺・錯誤における利害調整

基本方針 1.5.15<1>は、「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につき相手方が事実と異なることを表示したために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」において、表意者が自らの意思表示を取り消すことができる旨を規定する。取消しという法的効果は、100%の巻き戻しを意味し、損害賠償と異なり、過失相殺⁵による中間的解決の余地を残さない。それだけに、表意

⁵ 過失相殺の枠内で処理することも、過失相殺とは区別された損害軽減義務（基本方針 3.1.1.73 参照）の問題として処理することも可能であろうが（潮見佳男『債権総論 I [第 2 版]』（信山社、2003 年）390 頁）、損害賠償請求による中間的解決においては、意思表示後（契約締結後）の表意者（契約当事者）の行為態様を考慮に入れて、賠償額の減額処理をすることも可能である。潮見佳男「投資取引と民法理論（四・完）—証券投資を中心として—」民商法雑誌 118 巻 3 号（1998 年）63～64 頁は、投資取引をめぐる業者と投資家との紛争に関し、契約締結それ自体を損害と見て情報提供義務違反を理由とする賠償を認める構成について、「原状回復的損害賠償構成では過失相殺を重ねることができるということは、情報収集

者の相手方を保護する必要性との調整が特に重要となる⁶。現行民法における錯誤や詐欺に関する解釈論や裁判例においても、その点は十分意識されており、金融取引を含めた現在の企業間取引の実務は、かかる調整の結果としてもたらされるバランスを前提にして行われている。

例えば、錯誤（民法第95条・基本方針1.5.13）に関しては、主に、

- ・ 「法律行為の要素」（民法第95条）、「その錯誤がなければ表意者がその意思表示をしなかったと考えられ、かつ、そのように考えるのが合理的」（基本方針1.5.13<1>）、「その認識が法律行為の内容とされたとき」（基本方針1.5.13<2>）というような錯誤内容に関する要件
- ・ 「表意者に重大な過失があったとき」（民法第95条・基本方針1.5.13<3>）という表意者側の事情に関する要件

の解釈論を通じて、表意者と表意者の相手方との間の利害調整が図られてきたと考えられる。すなわち、錯誤無効（基本方針1.5.13においては錯誤に基づく取消し）の要件として、(i)欺罔行為その他の表意者の相手方による行為要件又は(ii)表意者が錯誤におちいつていることの認識その他の表意者の相手方の主観要件⁷はいずれも必要とされ

レベルでの両当事者の協働—自己決定主体の情報収集に対して、投資商品販売者の情報提供により補完をする—という点を反映させた損害帰責の分配を提示することができるという利点もある。」という記述に続けて、「さらに、これまであまり強調されていないが、この構成には、契約締結後の投資者の行為態様を考慮に入れて、損害軽減義務の観点から賠償額の減額処理をすることができるという面もある（公表裁判例では、この処理をするものが多い）」と述べている。実際に投資商品販売者の責任を肯定する場合でも、大抵は過失相殺（的）処理による減額がなされており、控除割合が5割から8割5分にまで下がるものも少なくない（潮見佳男「投資取引と民法理論（一）—証券投資を中心として—」民商法雑誌117巻6号（1998年）16頁及び注22参照）。

⁶ この点について、潮見佳男『債権総論I [第2版]』（信山社、2003年）577頁以下（特に580頁以下）は、情報提供義務を、「『表意者の意思決定の基盤となる情報環境を整備する責任』を表意者の側から契約の相手方の側にシフトすることで、間接的に自己決定を支援するもの」（同578頁）としつつ、情報提供義務違反の効果（サンクション）を述べる文脈で、「契約からの『全面的解放』、つまり『全部無効+完全な原状回復』をもたらす原因として情報提供義務違反・・・が機能するのは、『自己決定に必要な情報はみずからの責任において収集する』とのパラダイムがまったく妥当しないような場面、つまり、④自己決定基盤の整備が契約相手方に全面的に委ねられている場合（=自己決定のための情報収集リスクが全面的に相手方に転嫁されている場合）か、または、⑤本来は決定主体に割り当てられている情報収集部分についても契約相手方が介入し、支配・操縦をおこなった結果として、当事者が誤った決定基盤に基づいて自己決定をしたという場合に限定されることになる。」（同580～581頁）としている。かかる考え方に沿って、本ペーパーの問題意識を表現すれば、それは、一般法化された不実表示に基づく取消規定が機能する場面を「『自己決定に必要な情報はみずからの責任において収集する』とのパラダイムがまったく妥当しないような場面」に限定できるかということになる。

⁷ 少なくとも、民法第95条はこのような要件を明示的に定めていない。但し、川島武宜博士らは、判例が採用する動機の錯誤と表示の錯誤の区別を撤廃する旨の主張と合わせて、錯誤無効が相手方に予想外の損害を与えることから、取引の安全（契約が有効に成立したとの信頼の保護）を図るため、相手方が表意者の錯誤を認識していたか、又は認識することが期待できたこと（認識可能性）を錯誤無効の要件として主張する（例えば、川島武宜『民法総則』（有斐閣、1965年）289頁以下）。なお、学説の整理については、中松櫻子「錯誤」『民法講座 第1巻 民法総則』（有斐閣、1984年）387頁以下（1980年代後半以降の学説をフォローするものとしては山本敬三『民法講義I 総則[第2版]』（有斐閣、2005年）162頁以下など）を参照。いずれにせよ、表意者と表意者の相手方との利害調整が重要な問題であったことは疑いが無い。

ないために、意思表示が有効になされたと信じる表意者の相手方の保護に欠けるおそれが生じることから⁸、上記のような錯誤内容に関する要件及び表意者側の事情に関する要件の解釈論を通じて、錯誤無効（基本方針 1.5.13 においては錯誤に基づく取消し）を適正な範囲にとどめるための努力がなされてきたと言えよう。

また、詐欺（民法第 96 条・基本方針 1.5.16）に関しては、詐欺者の故意（相手方を欺罔して錯誤におとし入れようとする故意とこの錯誤によって意思表示をさせようとする故意）、欺罔行為、表意者の錯誤、因果関係及び違法性⁹を取消しの要件としている。これらの要件が認められるならば、表意者の相手方に十分な帰責性が認められることから、もはや表意者の相手方を保護する必要は小さいと言えよう。逆に言えば、詐欺者の故意、欺罔行為及び違法性など表意者の相手方に十分な帰責性が認められるような要件を設定することによって、詐欺取消しの規定は、表意者と表意者の相手方の間の利害調整を図っているものと考えられる¹⁰。

以上をやや大雑把にまとめるならば、錯誤においては、表意者の相手方の帰責性を何ら問題にしない代わりに、表意者の認識の誤りの対象及び表意者の落ち度を問題にすることで表意者と表意者の相手方との間の利害調整を図り、逆に詐欺においては、表意者の相手方の帰責性を問題にする一方で、表意者の認識の誤りの対象及び表意者の落ち度を基本的には問わないかたちで表意者と表意者の相手方との間の利害調整を図っているものと評価することができる。金融取引を含めた現在の企業間取引の実務は、かかる利害調整の結果としてもたらされるバランスを前提にして行われており、一般法化された不実表示規定が、かかるバランスを大きく変えるものであるか否かが、実務上の関心事となる。

(2) 基本方針 1.5.15

上記のような錯誤・詐欺に関する伝統的な利害調整の観点¹¹に照らすと、取消しという法律効果を用意する基本方針 1.5.15 は、どのように評価できるか。錯誤や詐欺の議

⁸ この点に関し、我妻榮『新訂 民法総則（民法講義 I）』（岩波書店、1965 年）303 頁は、錯誤を取り消しうるものとしつつ、錯誤者が常に信頼利益の賠償義務（取り消されない完全に有効な意思表示と信じたことによって相手方の被った損害を賠償する義務）を負うドイツ民法について、「極めて至当な立法」と述べる。

⁹ 我妻榮『新訂 民法総則（民法講義 I）』（岩波書店、1965 年）308～310 頁の整理に従っている。

¹⁰ この点、森田宏樹『『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論（3・完）』NBL484 号（1991 年）58 頁は、「詐欺・・・において・・・、契約の有効性が否定される範囲を画していたのは、相手方の行為態様の悪性の要素であった」と述べる。また、森田宏樹『『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論（2）』NBL483 号（1991 年）60 頁では、「欺罔の故意を要するということは、行為態様の誠実さという信義則の要請と取引安全や当事者の自己責任等の諸原理の要請との調和を図るものである、という見解」が紹介されている。

¹¹ もちろん、このような利害調整を前提にした取引実務それ自体を、金融実務を含めた企業間取引を含め、根底から覆すべきであるという主張もあり得るが、本ペーパーでは、その点には立ち入らない。

論を参考に、

- (a) 表意者の認識の誤りの対象
- (b) 表意者側の事情に関する要件
- (c) 表意者の相手方の帰責性

という3つの観点から、検討する。

ア (c)表意者の相手方の帰責性という観点から

この点、詐欺取消しと比べると、基本方針 1.5.15 は、(c)表意者の相手方の帰責性が著しく弱い場合にまで取消しを認めるものである。すなわち、詐欺においては、表意者の相手方の故意（相手方を欺罔して錯誤におとし入れようとする故意及びこの錯誤によって意思表示をさせようとする故意）が必要であるところ、不実表示（不利益事実の不告知を含む。）に関しては、表意者の相手方の故意を要件としておらず¹²、過失による不実表示、さらには過失すら存在しない不実表示¹³であっても、取消しという効果が生じる可能性がある。のみならず、基本方針 1.5.15 は、「事実と異なることを告げる」ことを要件としている消費者契約法第4条第1項第1号と異なり、「事実と異なることを表示した」という文言を用いている点も重要である。「告げる」という文言を「表示した」という文言に置き換えた趣旨は、基本方針 1.5.15 に基づく取消しが認められるためには、積極的な告知行為は不要であり、四圍の事情から黙示的に表示されたと評価される場合も取消対象に含まれ得る点にあると説明されているところ¹⁴、積極的な表示にとど

¹² 内田貴『債権法の新時代—「債権法改正の基本方針」の概要—』（商事法務、2009年）53頁参照。基本方針 1.5.15 は、消費者契約法第4条第2項が用いている「故意に」という要件を維持していない。ここで、消費者契約法第4条第2項にいう「故意に」とは、「当該事実が当該消費者の不利益となるものであることを知っており、かつ、当該消費者が当該事実を認識していないことを知っていながら、あえて」という意味であると解されている（消費者庁企画課編『逐条解説 消費者契約法[第2版]』（商事法務、2010年）120頁）（但し、落合誠一『消費者契約法』（有斐閣、2001年）84頁脚注11は、「当該消費者が当該事実を認識していないこと」を事業者が知っていることは不要であるとしている。）。この点、必ずしも明示的な説明がなされているわけではないが、基本方針 1.5.15 は、作為による不実表示と法律的に等価値と評価し得る不作為に限って同一の規律に服せしめるものであるが故に、消費者契約法第4条第1項に準じて（同項と平仄を合わせるかたちで）故意要件を不要としたのかもしれない。そうだとすれば、基本方針 1.5.15 を一般法化した場合において、取消対象となる不利益事実の不告知（不作為）が作為による不実表示と法律的に等価値と評価し得るものに限定されているかが重要な問題になる。

¹³ 表意者の相手方の帰責性という観点から、消費者契約法第4条第1項第1号を見ると、同号は、事業者（表意者の相手方）が事実と異なることを告げた（「表示した」ではない）場合、当該事業者（表意者の相手方）の「事実と異なる点」についての故意・過失の有無を問わずに、取消しを認めており、事業者が事実と異なることを告げた（「表示した」ではないし、また、不利益事実の不告知は含まれない。）だけで、取消しという効果を正当化するに足りる帰責性が認められるという考え方を前提にしているように思われる。その意味で、消費者契約法第4条第1項第1号に基づく取消要件として求められる事業者の帰責性は、詐欺取消しの要件と比べれば著しく弱い。しかしながら、同規定の適用範囲は、同規定が消費者保護のための規定であること及び同規定が積極的な不実告知を問題にしていることにより限定され明確化されている。なお、大阪弁護士会『別冊 NBL131 号 実務家から見た民法改正—「債権法改正の基本方針」に対する意見書』（商事法務、2009年）23頁も、消費者が表意者となる場合を念頭に置きつつ、単なる不注意で不実表示をした場合も取消対象になることに危惧を表明している。

¹⁴ 詳解 I・129頁。

まらず黙示的・消極的な表示についてまで問題になるとすれば、客観的・外形的な行為要件によるしほりも弱いものとなる。したがって、基本方針 1.5.15 によれば、容易に取消しが認められる結果となるか、少なくとも、取消しが認められる範囲が不明確となるおそれがある。

一例として、消費者庁企画課編『逐条解説 消費者契約法[第2版]』（商事法務、2010年）120頁の事例4-19、すなわち中古マンションの一室の売買において、業者は、「（隣接地が空き地であって）『眺望・日当たり良好』」という事実を消費者に告知したが、「半年後には隣接地に建物ができて眺望・日照がほとんど遮られるようになる」事実を消費者に告知しなかったという事例を取りあげる。これは、業者に故意がある場合（当該事実が当該消費者の不利益となるものであることを知っており、かつ、当該消費者が当該事実を認識していないことを知っていながら、あえて告知しなかった場合）には、不利益事実の不告知として取消事由となる事例として挙げられている。この事例を修正して、「現居住者個人と居住希望者個人との間の中古マンションの一室の売買において、売主は、『隣接地は空き地であって眺望・日当たり良好』という事実を買主に告知したが、『半年後において隣接地に建物ができて眺望・日照が遮られるようになる』事実を買主に告知しなかった。もともと、売主は、半年後において隣接地に建物ができるという計画を知らなかった。あるいは、隣接地に建物ができるという計画があることは知っていたが、売買対象の部屋が上層階に位置していることから、眺望・日照に影響はないと軽信していた。」という事例を考える場合、基本方針 1.5.15 の提案によれば、当該売主が「事実と異なることを表示した」と認定される可能性がある。

以上からすると、基本方針 1.5.15 において求められている(c)表意者の相手方の帰責性は、詐欺取消しの場合に比べて著しく弱いと言わざるを得ない。むしろ、錯誤の場合に準じると言ってよい¹⁵。したがって、錯誤・詐欺に関する伝統的な利害調整を前提にした取引実務の観点からすると、(a)表意者の認識の誤りの対象及び(b)表意者側の事情に関する要件において錯誤の場合に準じた十分な絞りがかけられていなければ、表意者と表意者の相手方間の利害調整（取引の安全とのバランス）が大きく崩れるのではないかという懸念が生じる。これを踏まえ、(a)表意者の認識の誤りの対象及び(b)表意者側の事情に関する要件のそれぞれについて基本方針 1.5.15 の規律を検討する。

¹⁵ 山本敬三「契約規制の法理と民法の現代化(一)」民商法雑誌 141 卷 1 号 (2009 年) 注 53 は、不実表示に基づく取消権を事前に放棄する特約は有効である旨を述べる箇所、「詐欺・強迫による取消権を事前に放棄する合意は、公序良俗に反すると考えられるとしても、錯誤・不実表示による取消権を事前に放棄する合意は、公序良俗に反するとまではいえないだろう。」と述べている。取消権の事前放棄が公序良俗に反するか否かを判断するに際しては行為の悪性（相手方の帰責性）が一つの重要な要素になると考えられるところ、かかる理解が正しいとすれば、山本敬三教授も、不実表示における相手方の帰責性について、詐欺・強迫とは異なるものであって、むしろ錯誤の場合と同程度であると考えているのではないかと推測される。

イ (a)表意者の認識の誤りの対象という観点から

まず、(a)表意者の認識の誤りの対象についてであるが、基本方針 1.5.15 は、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に関する事実の誤認識を問題にしている。これは、消費者契約法第 4 条第 1 項第 1 号における規定振りに準ずる一方、同条における「重要事項」（消費者契約法第 4 条第 4 項）という限定（同項第 1 号及び第 2 号による限定）を外すものである¹⁶。その結果、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に関する事実はかなり広範囲になり得るようになる。

もちろん、詐欺であれば、欺罔行為と意思表示との間の因果関係が認められる限り、もはや表意者の相手方を保護する必要はなく、表意者の認識の誤りの対象について特段の要件を設定する必要はない。しかしながら、既に述べたとおり、表意者の相手方の帰責性という観点から見た場合、詐欺と基本方針 1.5.15 の不実表示には大きな差異が存在するのであって、ここでは、(a)表意者の認識の誤りの対象について、錯誤の場合に準じた絞りがかかっているかが問題となる。

そこで検討するに、錯誤（以下イでは、比較の便宜の観点から民法第 95 条ではなく基本方針 1.5.13 を念頭に置く。）においては認識の誤りの対象が「法律行為の内容」になっている必要がある一方で、基本方針 1.5.15 ではそのような要件は必要とされていない。基本方針 1.5.15 においてかかる要件が不要とされることにより、不実表示に基づく取消しは、錯誤（基本方針 1.5.13）に基づく取消しに比べて広く認められやすくなると思われ¹⁷、表意者の認識の誤りの対象について、錯誤の場合に準じた絞りがかかっ

¹⁶ 基本方針 1.5.15 の提案要旨によれば、「消費者契約法 4 条 4 項に定められた『重要事項』の定義のうち、①『当該消費者契約の目的となるものの質、用途その他の内容』と②『当該消費者契約の目的となるものの対価その他の取引条件』による限定を外している。これは、表意者の判断に通常影響を及ぼすべき事項について相手方が不実表示をしたと評価されるかぎり、取消しを認めてもよいはずであり、①②はその例示にすぎないという考慮に基づく。」と説明されている。ただ、重要事項という限定の撤廃について、詳解 I・129 頁の脚注 3 は、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 年）71 頁の記述を引用しているが、当該記述は、消費者契約法の枠内において重要事項の限定を撤廃すべきという立法論を主張するものであるし、当該脚注が同様に引用する国民生活審議会消費者政策部会消費者契約法評価検討委員会「消費者契約法の評価及び論点の検討等について（平成 19 年 8 月）」16 頁も、当然のことながら、消費者契約について述べるものである。消費者契約法を基に主張されていた立法論は、そのまま一般法化した不実表示に当てはまるとは限らないと思われる。

¹⁷ 詳解 I・132 頁以下も、不実表示取消しと錯誤取消しを「法律行為の内容化の要否」という観点から比較し、基本方針 1.5.15<1>について「そのような場合（引用者注：一定の事実に関する認識が法律行為の内容とされたかどうか明らかでない場合を指す。）でも、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について、相手方が事実と異なることを表示し、そのために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ことが確定できれば、それ以上、その認識が『法律行為の内容とされた』かどうかを問題とするまでもなく、意思表示を取り消すことができるようにするところに意味がある」と説明している（同 133 頁）。

ているとは言えないように思われる。もちろん、消費者契約法第4条においては、認識の誤りの対象が「法律行為の内容」となっている必要はなく、同条を基にしている基本方針1.5.15がそのような要件を不要としているのはそれ自体自然である。しかしながら、消費者契約法上の規律を一般法化するならば（一般法化に際して「重要事項」という消費者契約法が用いていた限定を外すのであればなおさら）、当事者間の構造的情報格差を所与の前提とせず、消費者保護という目的を抜きにしても、正当化が可能でなくてはならない。かかる観点からは、消費者契約法第4条の取消要件を広げるかたちで一般法化された不実表示の規定を事業者間取引において適用する場合に、表意者保護と表意者の相手方保護のバランスが均衡を失っていないかが問題になる。具体的には、上記で述べたとおり、基本方針1.5.15が問題にしている表意者の認識の誤りの対象が広汎に過ぎないかが問題になろうし、仮に表意者の認識の誤りの対象を広汎に捕捉するのだとすれば、他の要件でバランスをとる必要がないかが問題になろう。

ウ (b)表意者側の事情に関する要件という観点から

(b)表意者側の事情に関する要件に関しては、基本方針1.5.15が、表意者が認識を誤ったことに関する表意者の過失を問題とせずに、取消しという効果を発生させようとしている点¹⁸が重要である。消費者契約法第4条第1項第1号（不実告知）及び同条第2項（不利益事実の不告知）は、事業者と消費者との間、すなわち情報の量及び分析能力において格差が定型的に認められる者の間で、事業者による不利益事実の不告知に起因して消費者が誤認に基づき意思表示をした場合の規律であり、その場面においては、表意者＝消費者の過失ないし重過失を問題にするべきではないという価値判断に相応の合理性が認められる。しかしながら、かかる規律を一般法化し、これを事業者が表意者となる場合に適用するとすれば、表意者の過失ないし重過失を考慮しないことが適当な利害調整ルールであるのかについて、慎重な検討が求められるように思われる。

この点、基本方針1.5.15における「通常影響を及ぼすべき事項」という要件において、表意者の属性その他の表意者側の事情が考慮され、かかる考慮の対象が表意者の過失ないし重過失を論じるときに通常問題とされる事由と結果的に一部重なることとなる可能性もあるように思われる¹⁹。このように、一般法化された不実表示の規律におい

¹⁸ 詳解I・130頁は、「表意者に重過失がある場合でも、表意者は意思表示を取り消すことができる。」と述べ、表意者の重過失が不実表示に基づく取消しという効果の発生を妨げない旨を明確にしている。表意者に重過失がある場合でも表意者が意思表示を取り消すことができるのであれば、当然の帰結として、表意者に軽過失があるにすぎない場合も表意者は意思表示を取り消すことが可能であろう。

¹⁹ 内田貴『債権法の新時代—「債権法改正の基本方針」の概要—』（商事法務、2009年）54頁（なお、同書のはしがきにおいて、同書が民法（債権法）改正検討委員会の公式見解を述べたものではなく、学者としての私的見解を述べたものであることが明記されている。）は、「プロどうしの取引では、契約をする際に必要な情報は、相手が述べた情報だけではなく、自分で調査することが求められる。したがって、仮に相手に不実表示（不実告知や不利益事実の不告知）があったとしても、通常はそれと併せて自分で収集した情報を考慮して契約をするかどうかを決めるから、表意者の意思表示をするか否かの判断に『通

て表意者の側の事情も一定程度斟酌され得るのだとすると、それ自体は、現在の取引実務が前提にしている利害調整ルールと親和的であり、歓迎すべきことである。

しかしながら、表意者の側の事情を斟酌することが「通常影響を及ぼすべき事項」という要件の解釈を通じて十分に実現できるかという点、それにはやはり限界が伴うと言わざるを得ず²⁰、むしろ表意者の過失等、表意者側の事情を正面から問題とすべく、独立した要件として定立する方が良いように思われる。ところがその一方で、不実表示に係る規律を一般法化する際に、表意者の無過失ないし無重過失といった要件を明文化することは、消費者契約に関しては、消費者保護の範囲を消費者契約法第4条第1項第1号及び同条第2項に比べて狭めること（狭める可能性）を意味することから、消費者保護を重視する立場からの強い反対に直面することが予想される。その意味で、一般法化された不実表示の規定において、現在の企業間取引実務が前提にしている利害調整ルールを大きく崩さないかたちで消費者保護を維持ないし拡充させることは極めて困難な問題になるものと思われる。その困難性に対する十分な認識及び検討がなされないまま不実表示の一般法化がなされるとすれば、企業・消費者を問わず、いずれの当事者にとっても不幸な事態が生じるであろう。

なお、基本方針1.5.15では、「それによって意思表示をした場合は、その意思表示は取り消すことができる。」としており、「それによって意思表示をした場合」という要件の解釈において、表意者の過失等が勘案される可能性もあろう。すなわち、脚注6で引用したように、情報提供義務を、『表意者の意思決定の基盤となる情報環境を整備する責任』を表意者の側から契約の相手方の側にシフトすることで、間接的に自己決定を支援するもの」と位置づけ、情報環境が整備された後においては、あくまで表意者自身が判断し、自己決定を行うという想定に立つならば、「それによって」という要件の解釈を通じて、表意者の過失のような自己決定プロセスそれ自体の瑕疵を問題にすることが可能かもしれない。もっとも、現行の消費者契約法第4条においても「それによって」（同条第1項及び第2項）という文言が用いられているところ、かかる文言は単に誤認と意思決定の因果関係を意味する²¹と考えられてきた（消費者の自己決定プロセスの瑕疵を問題にするようなことはしてこなかった）。このような経緯からすると、基本方針1.5.15が改正条文に盛り込まれた場合に「それによって意思表示をした場合」という要件によって取消しの範囲をどの程度限定できるのかは必ずしも明らかでない。

常影響を及ぼすべき事項』とはいえない。」と述べている。これは、表意者の属性その他の表意者側の事情が「通常影響を及ぼすべき事項」という要件の解釈を通じて一定程度斟酌され得るところ、かかる表意者側の事情は、表意者の過失ないし重過失を問題にするときに通常斟酌される事由と結果的に一部重なることがあり、その限りで、表意者の過失ないし重過失を問題にするのと同じような結果が得られる可能性を示しているようにも解される。

²⁰ 例えば、詳解Iは、その130頁において、表意者に重過失がある場合でも、表意者は意思表示を取り消すことができるものとし、その134頁において、「通常影響を及ぼすべき事項」とは、消費者団体による差止請求制度との関係で、客観的・定型的な要件を定めたものと説明している。

²¹ 消費者庁企画課編『逐条解説 消費者契約法[第2版]』（商事法務、2010年）123～124頁。

(3) 基本方針 3.1.1.10 と不利益事実の不告知の取消要件との比較

上記(1)及び(2)では、基本方針 1.5.15 の示す取消要件を、取消し又は無効という法律効果を有する詐欺・錯誤の要件と比較したが、基本方針 1.5.15 の示す取消要件と基本方針 3.1.1.10 の示す損害賠償請求（交渉当事者の情報提供義務・説明義務違反に基づく損害賠償請求）が認められるための要件との比較からも、基本方針 1.5.15 の取消要件は過度に広いのではないかという危惧が生じる。

基本方針 3.1.1.10 は、契約交渉当事者に対して、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及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、説明する義務を課した上で、かかる義務に違反した者が、相手方がその契約を締結しなければ被らなかつたであろう損害を賠償する責任を負う旨を規定する。

この点、提供すべき情報を提供しないことを問題とする点で類似する不利益事実の不告知に関し、基本方針 1.5.15 の効果が取消しであるのに対して、基本方針 3.1.1.10 の効果が損害賠償である点が重要である。過失相殺等を通じた賠償額の減額処理によって両当事者の帰責割合に応じた中間的処理が可能な損害賠償請求に比べ、取消し、すなわち意思表示ないし法律行為をなかつたものとする法的効果を用意する場合は、その要件をより限定的にすべきであり、したがって、不利益事実の不告知にも適用されることが予定されている基本方針 1.5.15 の取消要件は、基本方針 3.1.1.10 に基づき損害賠償責任が認められるための要件に比べて厳格である必要があろう。

以上を前提に、上記(1)で掲げた(a)表意者の認識の誤りの対象、(b)表意者側の事情に関する要件及び(c)表意者の相手方の帰責性という要素を勘案しつつ、基本方針 1.5.15 の取消要件と基本方針 3.1.1.10 の損害賠償責任発生要件を比較する。

まず、(a)表意者の認識の誤りの対象であるが、そもそも基本方針 3.1.1.10 は、情報提供及び説明の相手方において誤った認識が発生したことを明示的な要件として定めていない。しかしながら、相手方が何ら認識を誤っていないのであれば、相手方に対する損害賠償を認める必要はなく、基本方針 3.1.1.10 によっても、相手方において誤った認識が発生したことが損害賠償責任発生要件になっていると解される。そうだとすると、相手方(表意者)の認識の誤りという点で、基本方針 1.5.15 と基本方針 3.1.1.10 に差異はなく、相違点は、基本方針 1.5.15 が「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」(下線部引用者)という要件を満たすことを求めているのに対して、基本方針 3.1.1.10 が「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」という要件を満たすことを求めている点、すなわち、「通常」とい

う要素の有無のみであるように思われる。この点、「通常」という要素の有無によって両者の要件に有意な差があるか否かは必ずしも明らかでないように思われる。

次に、(b)表意者側の事情に関する要件についてであるが、これについては、表意者の過失など表意者側の事情を要件としない基本方針 1.5.15 に比べ、基本方針 3.1.1.10 では、「各当事者の地位」、「当該交渉における行動」など、情報提供及び説明の相手方（表意者）の事情を勘案できるような要素が掲げられており、基本方針 3.1.1.10 の損害賠償責任発生要件の方が厳格であるという評価が可能であろう。例えば、他方当事者から提供された情報や説明が不利益事実の告知という観点から不足していたが（その結果、基本方針 3.1.1.10 に基づく損害賠償請求を主張する者は当該不利益事実を認識しなかったが）、基本方針 3.1.1.10 に基づく損害賠償請求を主張する者において、他方当事者に対して積極的な情報提供を求めることがさほど困難でなかった場合などにおいて、基本方針 3.1.1.10 に基づく義務違反並びにその帰結としての損害賠償責任が否定されることがあり得ようが²²、基本方針 1.5.15 に関しては、上記のような場合において取消しという効果が発生しないという結論を導くことが、少なくとも明示的に示された要件からは困難である。

さらに、(c)表意者の相手方の帰責性との関連では、基本方針 1.5.15 において、不利益事実の不告知事例で不利益事実に関する情報提供という作為義務が導かれるか否かは、「告知した利益との表裏一体性」で判断されるということだと思われるが、後述するとおり、実際の取引において何が「表裏一体」であるのかを判断するのは困難であり、「表裏一体」の範囲が広範に解されるおそれは否定できないように思われる。「表裏一体」の範囲が広範に解される場合、表意者の相手方において帰責性が弱いと評価し得るような場合であっても、不利益事実に関する情報提供という作為義務が肯定されるおそれがある。以上のように、(c)表意者の相手方の帰責性という観点から見た場合、基本方針 1.5.15 の取消要件が基本方針 3.1.1.10 の要件に比べて厳格な要件を設定しているとは言い切れないように思われる。

上記のように、不利益事実の不告知（提供すべき情報の不提供）に関し、基本方針 3.1.1.10 に基づく義務違反が認められるための要件に比べて、より厳格に定められるべき基本方針 1.5.15 の取消要件は、必ずしもそうはなっていない。このような観点からも、基本方針 1.5.15 の取消要件が過度に広いのではないかという実務上の懸念が生じる。

(4)小括

以上のように、基本方針 1.5.15 の内容は、金融取引を含めた現在の企業間取引の実

²² ここで述べているのは損害賠償責任（その前提としての情報提供義務違反）が否定されるということであり、損害賠償責任が認められたことを前提に過失相殺等によって賠償額が減額されるということではない。

務が前提とする錯誤・詐欺に関する利害調整ルールと比較すると、取消しの範囲が過度に広汎になるのではないかという危惧を生じさせる。また、不利益事実の不告知に関する取消要件について言えば、過失相殺等による賠償額の減額処理が可能なものとして提案されている基本方針 3.1.1.10 における損害賠償責任の成立要件と比べても、必ずしも制限的なものとはなっていない。

2. 具体的問題点

以下では、企業間取引に限らず、基本方針 1.5.15 が改正条文に盛り込まれた場合に実務上生じると考えられる具体的な問題点を示す。なお、以下において掲げる問題点は、基本方針 1.5.15 の内容をそのまま改正条文に盛り込んだ場合に限らず、不実表示の規定を一般法化する場合において、不可避免的に直面する論点であると思われる。

(1) 不利益事実の不告知

(a) 取引実務の混乱

基本方針 1.5.15 の提案要旨によれば、消費者契約法第 4 条第 2 項に定められた不利益事実の不告知は、「消費者にとって利益となることと不利益事実が表裏一体をなすにもかかわらず、利益となる旨のみを告げて、不利益事実は存在しないと思わせる行為であり、それ自体 1 つの不実表示と評価できる」(下線引用者)とされている。ここでは、不利益事実の不告知を積極的な不実告知と同視するに足る作為義務(不利益事実を告知する義務)を発生させる要件として、表示された利益と表示されるべき不利益事実との「表裏一体」性を問題にしている²³。しかしながら、この概念は、不作為を作為と同視するための要件としては曖昧に過ぎるように思われる。すなわち、当該要件について、裁判所においてどのように判断されるか予測が困難である。にもかかわらず、利益の表示と表裏一体をなす不利益事実の不告知があれば、そのために表意者が誤ってその事実を認識したことが取消事由になり得るとすると、現行の契約実務に大きな影響が生ずる可能性がある。さまざまなプラス・マイナスやメリット・デメリットがさまざまな強弱で組み合わせられて提供される金融商品や金融サービスの例を挙げるまでもなく、どの範囲の事実が(利益の表示と相まって)不告知によって取消事由となる不利益事実であるのかは定かでない。その結果、商品・サービスの提供者は、顧客の属性を問わず、セー

²³ 本文においては、不利益事実の不告知類型(不作為型)が基本方針 1.5.15 にいう「事実と異なる表示」に該当するのは告知した利益と不利益事実との「表裏一体性」が認められる場合に限られるという理解に立って、その「表裏一体性」の範囲が必ずしも明確でないという懸念について述べているが、仮に「表裏一体性」が肯定されない場合であっても不利益事実の不告知類型(不作為型)が基本方針 1.5.15 にいう「事実と異なる表示」に含まれ得るということであれば、本文で述べた懸念はさらに大きいものとなる。

ルストーク（利益の告知）との結びつきがある不利益事実を残らず探し出したうえ、念のためこれを告知しなければならなくなるように思われる。商品・サービスの提供者と購入者との間のこのようなリスク分担ルールを当事者の属性を問わずに導入するとすれば、現行法上確立されている契約締結実務に無用の混乱とコスト増を招くおそれがある²⁴。

(b) 取消処理の硬直性

加えて、不実表示の効果として当該取引を取消可能にすることが事業者間の取引において常に合理的な結果を生むのかについても、検討が必要であろう。例えば、金融商品取引業者が金融商品を顧客に販売する際に商品の内容を説明する一方で（リスクと「表裏一体」の利益を表示する一方で）、リスク説明の一部を怠った場合（顧客が当該リスクを認識していなかった場合）、これまでは通常金融商品取引業者の説明義務違反に基づく損害賠償請求及び過失相殺というかたちで金銭賠償による処理（過失相殺を通じた損害賠償額の調整によって公平を図る処理）が行われてきたと考えられるが²⁵、基本方針 1.5.15 によれば、そのような処理はできない。したがって、当該顧客は、適格機関投資家ないし特定投資家であったとしても、損失を被れば、過失の有無を問わず²⁶、当該金融商品の購入を取り消すこと（取引をすべて巻き戻すこと）が可能になるように思われる。この点、詐欺や錯誤と比べ、一方当事者の帰責性や要保護性が必ずしも顕著でない不実表示に対し、基本方針 1.5.15 が定めるような要件の下で詐欺や錯誤と同様の効果を与えることの是非が問われなければならないように思われる。

(c) 事例

この点、実際の紛争事例（東京地判平成 21 年 3 月 31 日金法 1866 号 88 頁）に即して考えてみる。当該事例は、本論点との関係で簡略化すれば、証券会社との間で金利スワップ取引（2 つの金利スワップ取引が存在する。以下それぞれを「第一スワップ取引」、「第二スワップ取引」といい、2 つの取引をあわせて「本件スワップ取引」という。）を行った顧客 2 名（いずれも会社である。）が当該証券会社に対して、主的に錯誤無効を理由として本件スワップ取引に基づく債務の不存在確認と不当利得返還を、予備的に当該証券会社の説明義務違反による損害賠償を求めたものである。

²⁴ 井上聡「金融商事の目 オイシイ話にもウラはない？債権法改正によるパラダイム転換」金融・商事判例 1319 号（2009 年）1 頁を参照。

²⁵ 脚注 5 を参照。

²⁶ 詳解 I・130 頁参照。但し、基本方針 1.5.15 においても、「通常影響を及ぼすべき事項」ないし「それによって」という要件の解釈を通じて、表意者側の事情を斟酌できる可能性については、本文中「三. 検討 1. 不実表示規定の一般法化の当否」(2)基本方針 1.5.15 ウ(b)表意者側の事情に関する要件という観点から」を参照。

東京地裁は、当該顧客の主位的請求（錯誤無効の主張）を斥けつつ、予備的請求（説明義務違反）を認め、当該顧客の過失割合を3分の2として過失相殺したうえ、当該証券会社の損害賠償責任を認めた（以下「本件スワップ判決²⁷」という。）。当該事案においては、当該証券会社が当該顧客に対して、第一スワップ取引における時価評価損の最大リスクがマイナス46%となることが記載された書面（以下「本件分析表」という。）を交付したか・本件分析表に基づく説明を行ったかについて事実関係が争われたが、本件スワップ判決は、本件分析表が交付された事実も本件分析表に基づく説明が行われた事実も認められないとしたうえで、（主位的請求との関係では）本件分析表の交付等がなされなくとも当該顧客らが要素の錯誤に陥っていたものとは認めることができなかつつ（当該顧客らが第一スワップ取引について時価評価損の最大リスクがマイナス12%程度であると誤信したことを根拠とする錯誤無効の主張は排斥しつ）、（予備的請求との関係では）本件分析表が交付されず、また、本件分析表に基づく説明が行われなかったことを根拠に説明義務違反を認めている。なお、本件スワップ判決では、顧客がハイリスク・ハイリターンのデリバティブ取引について豊富な経験を有することや本件スワップ取引が行われる前の3年度においてデリバティブ取引によりそれぞれ年間平均14億円以上、年間平均8億円以上の利益をあげていたことが認定されている。

当該事案に基本方針1.5.15のような規律（不利益事実の不告知に関する規律）を持ち込む場合、本件スワップ判決で認定された事実を前提にすれば、「表意者（顧客）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につき相手方（証券会社）が事実と異なることを表示したために表意者（顧客）が誤って事実を認識し、それによって意思表示をした」として、不実表示（不利益事実の不告知）に基づく取消しが認められるように思われる²⁸。不実表示に基づく取消しが認められる場合、当然のことながら

²⁷ 本件スワップ判決の結論（錯誤無効主張の排斥・説明義務違反の認定・大幅な過失相殺）を支持する評釈として、松尾直彦「金利スワップ取引の説明義務違反を認めた裁判例—東京地判平21.3.31を契機として—」金融法務事情1868号（2009年）6頁以下が存在する。また、同判決については、和仁亮裕・高林径子・宇波洋介「OPINION 投資家様と説明義務」金融法務事情1873号（2009年）1頁も参照。

²⁸ 本文において簡潔に紹介したとおり、本件スワップ判決に係る事案では、証券会社の担当者が顧客に第一スワップ取引に関する取引の内容、リターン（メリット）・リスク等を説明する一方で、顧客らに対する取引リスクの開示という観点から重要な意味を持つ本件分析表記載の時価評価損の最大リスク（マイナス46%程度）を説明していなかった。そのうえで、本件スワップ判決は、顧客が「（顧客の）是認していた・・・予測を大幅に超えるような時価評価損の発生を看取することそれ自体は必ずしも困難ではないとしても」（括弧内引用者）と述べつつ、「（顧客は、証券会社の担当者の説明を前提として、）これらの表（引用者注：当該担当者が提示し顧客が賛同していた相場観ないし予測に基づくリスクが記載された表を指す。）に記載された範囲を大幅に超えるような時価評価変動リスクを想定していなかったとうかがわれる」（括弧内引用者）と述べている。この点、時価評価損の最大リスク（マイナス46%程度）は、「表意者（顧客）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」と解され、「消費者にとって利益となることと不利益事実が表裏一体をなすにもかかわらず、利益となる旨のみを告げて、不利益事実は存在しないと思わせる行為であり、それ自体1つの不実表示と評価できる」という基本方針1.5.15の提案要旨の説明に即して考えるならば、証券会社（の担当者）が第一スワップ取引に関する取引の内容等（当該担当者が提示し顧客が賛同していた相場観ないし予測に基づく時価評価変動リスクを

過失相殺は問題にならないことから、本件スワップ判決における顧客の主位的請求を認めるのと同様の結果が生じることになるが、これは、少なくとも本件スワップ判決を出した裁判所が公平でないと考えた結果に等しい（既に述べたとおり、裁判所は本件スワップ判決において当該顧客の過失割合を3分の2として過失相殺している。）。基本方針1.5.15のような規律を改正条文に盛り込む場合、かかる不公平な結果が増加することが予想され、かかる観点からも、基本方針1.5.15を前提とした不実表示の一般法化には問題がある。

以上のように、不利益事実の不告知に関する規律が導入されると、いかなる事実の不告知が取消原因となるのかが必ずしも明確でないため、商品・サービスの提供者が過剰な程度に不利益情報の提供を迫られ、また、万が一不利益事実の不告知による取消しが認められれば、過失相殺を通じた中間的な処理ができず、常に取引がなかったものとされてしまうこととなる。このような硬直的効果は、少なくとも一定の場面（本件スワップ判決のように中間的処理が公平であると認められる場面）において、不合理な結果をもたらすものであり、実際上も、投資取引をめぐる紛争において損害賠償請求が認められる事例でも過失相殺的減額処理が行われるのが通常であることからすれば²⁹、基本方針1.5.15のような規律を改正条文に盛り込むことには反対せざるを得ない。なお、不実表示に基づく取消しが有するこのような硬直性を是正する手段として、不実表示に基づく取消しが認められる場合において、一定の要件の下、表意者の相手方から表意者（取消しの主体）に対する損害賠償請求が認められる旨を改正条文において明文化することが考えられる。ただ、かかるアイデアを改正条文において実現するためには、表意者の相手方から表意者（取消しの主体）に対する損害賠償請求を認める要件をどのように定めるのか、損害賠償請求の理論的根拠を何に求めるのか（それに関連して損害賠償の範囲はどのようなものになるのか）というような点を詰めていく必要があるように思われ、どの程度の実現可能性があるのかは定かでない。したがって、現時点までの議論を前提にする限り、やはり不実表示規定の一般法化には躊躇せざるを得ない。

含む。)を説明(表示)しながら、時価評価損の最大リスク(マイナス46%程度)を説明(表示)しなかったことは、「表意者にとって利益となることと不利益事実が表裏一体をなすにもかかわらず、利益となる旨のみを告げて、不利益事実は存在しないと思わせる行為」であり、その結果、「事実と異なることを表示したために表意者(顧客)がその事実を誤って認識した」と評価されるように思われる。なお、単なる主観的な評価は、ここでいう「事実」に該当しないと解されるが(消費者庁企画課編『逐条解説 消費者契約法[第2版]』(商事法務、2010年)109頁参照)、時価評価損の最大リスクは、単なる主観的評価ではないと考えられる。もっとも、既に述べたように、「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」あるいは「それによって意思表示をした場合」という要件該当性において表意者側の事情を斟酌する余地はあり、仮に表意者側の事情が斟酌されるとすれば、本件スワップ判決に係る事案においても不実表示に基づく取消しが認められないという結論もあり得よう。いずれにせよ、少なくとも基本方針1.5.15が、本件スワップ判決のような事案にまで取消し、すなわち取引の全面的巻き戻しを生じさせる可能性があることは明らかである。

²⁹ 控除割合が5割から8割5分にまでのぼる事例が少なくないことを含め、脚注5参照。

(2) 表明保証条項との関係³⁰

不利益事実の不告知に限らず、基本方針 1.5.15 において提案されている規律は、事業者間の取引において多くの場合不要であり、仮に当事者の意思に反して強行法的に適用されるとすれば、むしろ取引を混乱させる可能性があるように思われる。

現在、日本の契約実務においては、M&A 取引や金融取引を中心に契約書に表明保証 (Representation and Warranties) 条項を置くことが日常化している³¹。すなわち、契約当事者間の交渉過程で相手方に対して自己が必要と考える事項について表明保証すべき旨を求め、その結果、契約書において、一定の事実が、例えば契約締結日現在において、真実かつ正確であることを表明保証する旨が定められるとともに、表明保証事項が真実かつ正確でなかった場合の効果 (例えば、損害・損失の補償義務、前提条件 (Conditions Precedent) の不充足、期限の利益喪失事由、契約解除事由など) が定められる。このような実務慣行があるにもかかわらず、基本方針 1.5.15 に基づく改正条文がいわば強行法的に意思表示 (法律行為) の取消しを認めるとすれば、実務に混乱をきたすであろう³²。

かかる観点からは、当事者間で表明保証違反の効果について合意した場合、当該合意が基本方針 1.5.15 (に基づく改正条文) の下でどのように扱われるのかが問題になる。この点については以下に掲げる 3つの考え方があり得るように思われる³³。

(a) いわゆる表明保証違反は不実表示に当たらないとする考え方

(b) リスク負担の合意と見る考え方

³⁰ 青山大樹・宇田川法也「企業取引実務から見た民法 (債権法) 改正の論点 第1回 不実表示等と表明保証」NBL919号 (2009年) 9頁以下において詳細に論じられている。

³¹ 表明保証を含め英米型契約で用いられる概念が日本法上どのように解釈されるかを検討する文献として青山大樹「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 (2008年) 7頁以下、895号 (2008年) 73頁以下参照。民法 (債権法) 改正の観点からも参考になる検討がなされている (同895号85頁参照)。表明保証 (Representation and Warranties) に関するアメリカの法律事務所 (Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP) のパートナー弁護士による説明として Charles M. Fox “WORKING with CONTRACTS What Law School Doesn’t Teach You 2nd edition” (Practising Law Institute, 2008年)9頁以下、51頁以下、171頁以下など。なお、アメリカ契約法における不実表示 (misrepresentation) の法理については、樋口範雄『アメリカ契約法[第2版]』(弘文堂、2008年)186頁以下を参照。同189頁では、「本来は保証条項として契約に明記してよいような点が、そうされていない場合に、裁判所がエクイティ上の考慮から介入するための法理が不実表示だということになる。」と述べられている。

³² 青山大樹「英米型契約の日本法的解釈に関する覚書(下) — 『前提条件』、『表明保証』、『誓約』とは何か」NBL895号 (2008年) 85頁 (及び同頁で引用された文献) 並びに青山大樹・宇田川法也「企業取引実務から見た民法 (債権法) 改正の論点 第1回 不実表示等と表明保証」NBL919号 (2009年) 注16 (並びに同注で引用された文献) では、ドイツにおいて英米型契約実務を根底から覆しかねない立法がなされ、問題の条文の再改正を余儀なくされたことが紹介されている。

³³ 民法 (債権法) 改正検討委員会編『別冊 NBL127号 シンポジウム「債権法改正の基本方針」』(商事法務、2009年) 94頁及び山本敬三「契約規制の法理と民法の現代化(一)」民商法雑誌 141巻1号 (2009年) 注53参照。

(c) 取消権の放棄と見る考え方

表明保証条項に関する現状の契約実務を根底から覆すべきであるというような価値判断を前提にしない限り、債権法改正に際しては、かかる契約実務に対する十分な配慮がなされるべきであり、その方向性で上記のような考え方が提示されること自体は望ましいものと評価できる。もっとも、取引実務の観点からは、表明保証条項に関するプラクティスを維持できることが一定程度確実である必要があり、上記のような考え方の中でそれが担保されているのかを検証する必要があるだろう。かかる視点に立って、上記3つの考え方について検討を行う。

まず、(a)いわゆる表明保証違反は不実表示に当たらないとする考え方についてであるが、一般に、表明保証条項においては「(一定の事項が) 真実かつ正確であることを表明し保証する」などと規定されることや、実際にも契約当事者間の情報の偏在に手当てする方策として表明保証条項が用いられることもあることなどからすれば、表明保証事項に真実又は正確でない点が含まれていた場合において、当該表明保証事項は事実と異なる表示ではなく不実表示の問題ではないと解することは困難であるように思われる。仮に表明保証条項との関係のみを念頭に置いて、「いわゆる表明保証違反があっても、これは事実と異なる表示ではない」というような説明をするならば、それ以外の場面でも「事実と異なる表示ではない」というような理屈が成り立つ場面が多くなるように思われ、それは不実表示のルールの一般的な適用範囲を歪めるおそれがあり適当でないだろう。したがって、一般的な表明保証条項との関係では、(a)いわゆる表明保証違反は不実表示に当たらないとする考え方に依拠することは難しいように思われる。

(b) リスク負担の合意と見る考え方については、表意者が取消権を放棄するというかたちでリスクを負担する旨予め合意することを有効と見る点において、また、(c) 取消権の放棄と見る考え方についても、表意者が取消権を予め放棄することを有効と見る点において、いずれも実質的には不実表示に関する規定の任意法規化を承認するものであるように思われる。

このような不実表示規定の任意法規化を（実質的に）承認する考え方が採用され、その旨が改正条文において明示されるのであれば、表明保証条項に関する契約実務の維持に関する懸念は基本的に解消されることになろう（但し、後述のとおり、約款規制の及ぶ範囲＝「約款」の範囲によっては、約款における不当条項規制に基づき、取消権放棄に係る合意の効力が否定される可能性については留意する必要がある。）。その意味で、この考え方は、企業間取引に係る契約実務の観点から歓迎すべきものである。ただ、表意者の相手方の故意（又は重過失）による不実表示がある場合を含めて、任意法規性を承認することは行き過ぎであると思われることから、改正条文に一定の任意法規性を明

示するとすれば、この点をどのように条文に書き込むかが問題になる³⁴。その一方で、任意法規である旨を改正条文で明示することなく、その点を解釈に委ねるということであれば、裁判所においてそのような解釈が採用されるか否かが明らかでない以上、実務的な懸念が解消されるとは言えない。実際、解釈論として、例えば、事前かつ包括的³⁵に、不実表示に基づく取消権を一切放棄するというような事業者間における合意が有効であるか否かについては争いがあり得るように思われる³⁶。

さらに、改正条文において不実表示の任意法規性が明示されるか否かを問わず、上記(b)及び(c)のように当事者間の合意によって表明保証条項の効力が不実表示の規定によって覆されないことを説明する場合は、約款規制（不当条項規制）との関係に留意する必要がある。すなわち、基本方針 3.1.1.32 以下では、約款規制（不当条項規制）の導入が提案されており、規制対象となる「約款」の範囲は広汎になる可能性があるところ³⁷、もし改正条文において約款規制（不当条項規制）が盛り込まれ、かつ、「約款」の範囲が広汎になった場合は、事業者間取引であっても、事業者間取引に用いられる契約書が「約款」に該当すると解釈されることを前提に、表明保証条項に含まれる取消権放棄に関する合意（取消権放棄というかたちでのリスク負担の合意）の効力が不当条項規制によって否定される可能性がある点に留意する必要がある。

以上のとおり、(b)及び(c)の考え方によっても、企業間取引における契約実務の観点からの懸念が解消されたと言い得るためのハードルは必ずしも低くないように思われる。

そのようなハードルがクリアされないのであれば、表明保証条項という契約実務の観点から、基本方針 1.5.15 のような規律を改正条文に盛り込むことには反対せざるを得ない。

³⁴ 青山大樹・宇田川法也「企業取引実務から見た民法（債権法）改正の論点 第1回 不実表示等と表明保証」NBL919号（2009年）13頁参照。同論文の注25及び注26において海外の立法例・裁判例等も紹介されている。

³⁵ 例えば、表明保証事項として、「本契約締結に際して乙が甲に対して提供した情報がすべて真実かつ正確であり、甲に伝えられるべき重要な情報が欠落していないこと」というような事項が含まれる場合があるが、かかる表明保証事項が真実又は正確でない場合を含めて不実表示に基づく取消権を一切放棄するのだとすれば、それは包括的な合意と評価できよう。

³⁶ この点に関して、山本敬三「契約規制の法理と民法の現代化(一)」民商法雑誌141巻1号（2009年）注53は、「錯誤の場合はもちろん、不実表示の場合も、取消権を定めた規定自体は強行法規であるとしても、それにより発生した取消権を放棄することは権利者の自由である。表明保証条項は、この取消権を事前に放棄することを定めた特約—たとえ不実表示にあたるとしても、それによる取消権をあらかじめ放棄するという特約—であるとみることができる。」と述べる。しかしながら、取消権を事後的に放棄できることと取消権を定めた規定が強行法規であるという命題が矛盾しないとしても、取消権を事前に放棄する特約が有効であることと、取消権を定めた規定が強行法規であることが両立し得るのかは、争いがあり得るように思われる。

³⁷ 基本方針 3.1.1.25 において、「約款」は、「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体」と定義されている。かかる約款の定義に、いわゆる契約書のひな型等が含まれるのか否かが問題になり得るが、本ペーパーではこの点に立ち入らない。

(3) 事業者が表意者、消費者が表意者の相手方になる場合³⁸

当然のことであるが、不実表示の規定が一般法化された場合、事業者が表意者、消費者が表意者の相手方になる場合にも同様に当該規定が適用されることになる。基本方針 1.5.15 は、表意者保護（≠消費者保護）を拡充する観点から、消費者契約法第 4 条第 1 項第 1 号の「告げる」という文言を「表示した」という文言に置き換え、消費者契約法における「重要事項」という限定を外して（同法第 4 条第 4 項第 1 号及び第 2 号による限定を外して）「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」という文言を用い、さらには不利益事実の不告知を含めた不実表示に関して表意者の相手方の故意・過失を問題にしていないことから、その結果として「消費者の事業者に対する不実表示」に基づく取消しが広く認められるおそれがある。このようなおそれが認められる例として、いくつかを挙げるならば、下記のような事例が考えられる。

- ・ 居住用不動産賃貸借契約の申込書に賃借人（申込者）及び連帯保証人の直近 1 年間の年収を記載する欄があったところ、入居希望者 X は、その記載欄に賃借人（申込者）又は連帯保証人の実際の年収より高い金額を記載して、賃貸人 Y に対して不動産賃貸借契約を申し込んだ。X の入居後、何らかの事情で X が虚偽の年収を記載していたことが判明し、Y は、不実表示の規定に基づき、不動産賃貸借契約成立に係る承諾の意思表示の取消しを主張した³⁹。
- ・ 生命保険契約の締結に際して保険契約者 X は、保険会社 Y からの求めに応じて（保険法第 37 条）、「現時点で病気は患っていない」旨を申告したが、実際には、かかる申告の時点で重病を患っていた。もっとも、X はかかる申告の時点で、病気を患っていることを自覚していなかった⁴⁰。保険契約の締結後、X が保険契約締結時

³⁸ この場合に特に着目して、基本方針 1.5.15 の内容に異議を述べるのは、大阪弁護士会『別冊 NBL131 号実務家から見た民法改正—「債権法改正の基本方針」に対する意見書』（商事法務、2009 年）22 頁以下。

³⁹ 不動産賃貸借契約の解除については、「当事者間の信頼関係を破壊するに足りないとき」に賃貸人からの解除権を制約する旨の判例法理が確立しているが、この判例法理は、現在のところ、意思表示の瑕疵がある場合について適用されるものではないように思われる。なお、既に述べたように、基本方針 1.5.15 においても、「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」あるいは「それによって意思表示をした場合」という要件の解釈において、表意者側の事情を問題にする余地はある。ただ、その点について必ずしも十分な議論がなされていないように思われる。

⁴⁰ 保険法第 55 条のような告知義務違反の規定によって民法の意思表示規定（詐欺・錯誤の規定）の適用が排除されるか否かについては議論があり（例えば、山下友信『保険法』（有斐閣、2005 年）318 頁以下、中西正明『保険契約の告知義務』（有斐閣、2003 年）137 頁など）、不実表示に関する基本方針 1.5.15 が改正条文に盛り込まれた場合でも、当該規定は保険契約に関する告知の場面では適用されないという解釈はあり得よう（但し、判例（大連判大正 6 年 12 月 14 日民録 23 輯 2112 頁）は、告知義務違反に関する規定は民法の詐欺・錯誤の規定の適用を排除していないという立場に立つ。ちなみに本文で掲げた事例は、上記大正 6 年 12 月 14 日判決における事実関係（保険契約者は、肋膜炎に罹っていた事実を自覚していなかった。）をベースにするものである。仮に立法ないし解釈によって、一般法化された不実表示の規定が保険契約に関する告知の場面で適用されないということであれば、その場面に限っては、問題が顕在化することを回避できる。

点で病気を患っていたことが判明し、保険会社 Y は、不実表示の規定に基づき、保険契約成立に係る承諾の意思表示の取消しを主張した。

上記のような事例、すなわち、事業者が表意者、消費者が表意者の相手方になる場合を含め、「相手方もみずから誤った事実を表示した以上、それによって錯誤をした表意者からその意思表示を取り消されてもやむを得ない」（詳解 I・128 頁）と割り切って不実表示規定の一般法化を推し進めるべきであるのか、それとも事業者が表意者、消費者が表意者の相手方になる場合について取消権を制限する方向での方策を考えるのか、現時点で十分な議論がなされているとは言えないと思われる。しかしながら、不実表示を一般法化する際には、上記のような困難な問題への配慮が不可欠であり、この点に対する配慮が十分になされないとすれば、基本方針 1.5.15 のような規律を改正条文に盛り込むことには反対せざるを得ない。

3. 結論

以上において述べたとおり、不実表示の一般法化に関する議論においては、表意者保護と表意者の相手方ないし取引の安全の保護のバランス、表明保証条項などの契約実務、消費者が表意者の相手方になる場合の消費者保護などについて、必ずしも十分な検討及び配慮がなされているとは言い難いように思われる⁴¹。表明保証条項などの契約実務との関係では、例えば、不実表示の一般法化を認めつつ、事業者間取引において不実表示の規定を任意法規化するといった対応⁴²が考えられるし、また、消費者が表意者の相手方になる場合の消費者保護との関係では、例えば、不実表示の一般法化を認めつつ、事業者から消費者に対する取消権の行使について制限を設ける⁴³というような方法も考えられよう。いずれにしても、基本方針 1.5.15 の提示する要件のままでは、自己決定のための情報収集リスクを表意者から相手方に転嫁することが正当化されない場面についても取消しが許容され、不合理な結果が生じるおそれがあるように思われる。

⁴¹ かかる観点からは、詳解 I・130 頁で示された不実表示規定の適用事例の全てにおいて、(1) 表意者として想定されているのが消費者であり、表意者の相手方として想定されているのが事業者であること、(2) 表意者の相手方（事業者）が表意者（消費者）に対して積極的に虚偽の事実を告げていることを指摘することができよう。すなわち、本ペーパーにおける問題関心からすれば、不実表示の一般法化の当否は、不利益事実の不告知の事例、表意者が事業者となり表意者の相手方が消費者になる事例、表明保証条項が問題になる事例においてこそ試されるところ、それらに関する言及は存在しない。

⁴² 青山大樹・宇田川法也「企業取引実務から見た民法（債権法）改正の論点 第 1 回 不実表示等と表明保証」NBL919 号（2009 年）15 頁は、不実表示の規律が一般法化される前提において、このような提案を行っている。なお、民法改正研究会の代表である加藤雅信教授は、「日本民法改正試案（民法改正研究会・仮案〔平成 21 年 1 月 1 日案〕）」第 58 条（現民法改正案第 56 条）に定められた不実表示の規定に関し、表明保証条項との関係について実務からの指摘を受けて、「この『不実表示』の規定は、任意規定ということになろう。」と述べる（加藤雅信「実務家と研究者とによる民法改正」自由と正義 60 巻 4 号（2009 年）115 頁）。

⁴³ 大阪弁護士会『別冊 NBL131 号 実務家から見た民法改正一「債権法改正の基本方針」に対する意見書』（商事法務、2009 年）23 頁において表明されている意見の一つである。

詐欺・錯誤の規定のみでは表意者（事業者・消費者を問わずあらゆる者が含まれ得る。）の保護として十分でないという問題認識が仮に正しいとすれば、その問題を解決するための一手段として不実表示の一般法化という選択肢があることは否定しない。しかしながら、不実表示の一般法化を図るということであれば、消費者と事業者の間で構造的な情報格差が存在するという特定の状況を想定しない不実表示規定において、自己決定のための情報収集リスクを表意者から相手方に転嫁することが正当化できる範囲でのみ取消しという効果が認められるよう要件を定立し、それによって本ペーパーで述べたような問題点ができる限り解消されるような規律にする必要がある。もっとも、その場合、表意者保護とトレードオフの関係にある取引の安全に配慮した結果として、消費者契約法第4条における消費者保護に比べて一般法化された不実表示規定における表意者保護が後退するおそれがあるなど、困難なジレンマに直面することが容易に予想される⁴⁴。他方で、事業者間取引については詐欺・錯誤の規定（及び基本方針3.1.1.10に示される情報提供義務・説明義務の規定）で十分であるという政策判断（事業者間において専門知識に差が存在する場合はもちろんあるが、事業者という地位で行動する以上、消費者契約法第4条のような規制は不要⁴⁵であるという割り切り）もあり得よう。その場合、消費者保護という観点から詐欺・錯誤の規定で不十分と考えられる場面については、既に消費者契約法第4条において手当がなされている以上、消費者契約という局面において消費者保護を拡充する方向で現在の消費者契約法第4条を改正することはあり得ても、不実表示の一般法化という方向での議論自体が不要ということになる。

以上のように考えると、現状の議論を前提にする限り、不実表示の一般法化には反対せざるを得ない。また、不実表示規定の一般法化に伴い調整困難な問題が少なからず生じることを踏まえると、不実表示規定を一般法化することなく、消費者契約に適用される規定として存続するという選択が現実的であるように思われる。

以 上

⁴⁴ 現行の消費者契約法第4条第1項及び第2項が消費者保護の観点からは不十分であるという意見は多い（例えば、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年）71頁など）。とりわけ、法制審議会民法（債権関係）部会第2回会議（平成21年12月22日）において、松本恒雄教授が、「今の消費者契約法は非常に不十分な規定なので、もっと豊富化する必要がまずあると思う」・「今の消費者契約法が十分だという前提に立った議論は大変誤った議論になると思います」と発言しているのは象徴的である（同会議の議事録は、法務省HP（<http://www.moj.go.jp/content/000047175.pdf>）を参照）。

⁴⁵ すなわち、沈黙の詐欺（1.5.16<2>）の規定や情報提供義務・説明義務違反に基づく損害賠償請求というかたちでの保護によって十分という考え方もあり得よう。また、沈黙の詐欺を含め、詐欺について故意の立証が困難であることによって事業者間取引において表意者保護が十分に図られていない（消費者契約に関しては消費者契約法第4条による取消しが認められる一方で、事業者間取引においては詐欺の故意の立証が困難である結果、表意者を保護すべきケースで表意者保護が図られていない）という立法事実を仮に前提にする場合でも、不実表示の一般法化ではなく、例えば、故意の要件を維持しつつ、具体的な事情に即した類型化等によって故意の推定を認めるなど、その立証負担の軽減を図る方向もあり得よう（森田宏樹『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論（2）」NBL483号（1991年）60頁参照）。