

## 契約関係における情報提供義務（二）

非対等当事者間における契約を中心にして――

宮 下 修 一

### 目 次

#### 第一章 序論

##### 第一節 問題の所在

##### 第二節 本稿の目的と構成

#### 第二章 わが国における具体的な問題状況

##### 第一節 統計調査による問題状況

##### 第二節 特別法上の諸規定による解決とその問題点

#### 一 緒論

##### 二 従来の「業法」による規制とその限界（以上、本号）

##### 三 消費者契約法による保護とその限界

##### 四 金融商品販売法による保護とその限界

#### 五 小括

第三節 民法上の諸規定による解決とその問題点

第三章 ドイツにおける情報提供義務をめぐる議論状況

第四章 わが国における情報提供義務をめぐる議論状況  
第五章 情報提供義務に関する各論的検討・その1——商品先物取引——

第六章 情報提供義務に関する各論的検討・その2——フランチャイズ契約——

第七章 結語

## 第一章 序論

### 第一節 問題の所在

#### 一 契約当事者間の情報格差の存在

法律学においては、一般に、契約は申込みと承諾によつて成立するといわれている。この場合に契約の主体として予定されているのは、能力的に対等な自然人または法人であり、両者の経済力、社会的な影響力、情報を収集する能力などは問題とならない。<sup>(1)</sup>また、「契約自由の原則」のもと、各当事者は、自らの判断で契約を締結すること

になる。そして判断に際して情報が必要であれば、自らの責任でそれを収集することが前提とされている。<sup>(2)</sup>

しかし、今日の取引社会においては、経済の高度な発展に伴い、商品および取引内容が複雑で多様なものとなつていつた結果、一方の当事者が、他方の当事者と較べて、知識や情報収集の面でかなり劣つた立場におかれる場面が、数多く見受けられる。

例えば、消費者と事業者との関係を考えてみると、両者の間では、一般に知識や情報収集能力の点で、かなり大きな格差が存在する。そのため、先に述べたように、消費者が取引内容を十分理解することなく、事業者の提示した内容のままで契約を締結する場面が数多くみられる。このように、事業者と消費者との間で情報収集能力および交渉能力に格差が存在するため、消費者が、誤った情報の提供を受けて、あるいは取引の成否にかかる重要な情報提供されないまま契約を締結し、損害をこうむる事例が後を絶たない。裏を返していえば、消費者が事業者と契約を締結するに際して、事業者からなされる情報提供が決定的な意味をもつことも少なくないといえる。

このような関係は、事業者と消費者との関係に限られるわけではない。事業者どうしの取引であっても、例えば、後述するフランチャイズ契約にみられるように、双方の当事者の情報収集能力および交渉能力に大きな格差が存在するため、それらの能力に劣る当事者が十分な情報を得られずに、損害をこうむるケースも散見される。

以上のように、能力的に対等であるとはいえない当事者間で契約が締結される場合には、情報収集能力および交渉能力にまさる当事者から、それらの能力に劣る当事者に対する情報提供が、きわめて重要なになってくるといえるであろう。

## 二 現行法による対応——特別法——

論

一で述べたような状況をふまえて、とりわけ消費者取引を念頭においた法律を中心として、情報収集能力および交渉能力の面で優位に立つ一方当事者——消費者契約の場合には、事業者——に、契約の締結に際して重要な情報の提供を義務づける規定がもうけられている。従来、取引類型によつては、いわゆる「業法」に、契約締結の際に情報を開示する義務を事業者に課す規定をもうけ、十分な情報提供の機会を確保することが試みられてきた。<sup>(4)</sup>しかし、仮にその規定に違反したとしても、いわゆるクリーニング・オフに関する規定等を除いて、刑事罰が科されたり、行政処分が課されるることはあっても、直接には、私法上の効力を生じないものがほとんどである。また、開示規制の内容も、契約の際における書面の交付義務、重要事実に関する不実告知ないし不告知の禁止等を含んでいるが、その適用範囲は限定的である。さらに、現代社会において日常なされている取引が複雑化、多様化していることから、個別の取引を対象とする取締法規では規制に限界があることも、しばしば指摘されている。<sup>(5)</sup>したがつて、いわゆる「業法」の規定は、消費者の私法上の救済を図るために、必ずしも実効性を有しているものではないといえよう。

また、平成一二年に相次いで立法された「消費者契約法」<sup>(6)</sup>および「金融商品の販売等に関する法律」（以下、「金融商品販売法」という）は、情報格差のある当事者間における契約の締結過程を規律する規定、とりわけ、消費者契約法の場合には消費者の側に契約取消権を付与し、金融商品販売法の場合には、金融商品販売業者に「説明義務」を課したうえで、顧客の側に損害賠償請求権を認める規定をもうけている。<sup>(8)</sup>この点のみを捉えるならば、消費者あるいは投資家保護という観点から、現状の改善へ向けて大きく駒を進めたといえるであろう。

しかしながら、後に具体的に述べるように、「消費者契約法」も、「金融商品販売法」も、いずれも大きな問題を抱えている。まず、「消費者契約法」は、第三条で、事業者側からの情報提供義務について規定しているが、単なる努力規定であり、法的な効力をもたないものとされている。結局、消費者の契約取消権が認められるのは、「不実告知」、「断定的判断の提供」、または「故意による不利益事実の不告知」の場合であるが、その適用範囲はきわめて限定的である。さらに、消費者契約法が対象としているのは、事業者と消費者との間で締結される消費者契約のみであって、フランチャイズ契約のように、事業者間で締結されるという形式をとる契約には適用されないことになる。<sup>(9)</sup>

次に、[金融商品販売法]では、郵便貯金、商品先物取引、金融機関の融資についても適用対象外とされ、簡易保険も国営でありリスクがないとして適用対象とはならないと考えられているが、これらについてもかなり問題がある。商品先物取引については監督官庁が異なることを理由として適用対象として適用対象から除外されているが、後述するように、今現在でもさまざまな紛争が発生し、大きな社会的問題となっている。銀行の融資についても、リスクを負うのは顧客ではなく銀行であるという観点から適用対象外とされている。しかし、いわゆる変額保険に関する紛争事例では、銀行が保険会社を紹介し、その取引資金を融資するという形で取引がなされることも多かつたため、銀行の責任が問題とされたものが数多く見受けられる。<sup>(12)</sup>また、簡易保険でも、「生存保険金付養老保険」をめぐって、「貯金感覚でどうぞ」というような窓口の担当者による当初の説明とは異なり、生存保険金が払込保険料より少なくななる商品が販売されていた旨の新聞報道がなされている。<sup>(13)</sup>さらに、適用対象となる金融商品については個別に列挙されており（二条一項一～一二号）、かつ、それ以外のものについては政令で追加指定するという方法が採用されている（二条一項一三号）。しかし、このような方法では、新たに開発された金融商品によって問題が生じた場合に、

十分な対応ができないおそれがある。

以上のように、当事者間に情報格差がある場合に、その格差を是正するための特別法が数多く制定されているが、いずれも適用範囲が限定されているため、これらの特別法の情報提供に関する規定を適用したとしても、取引類型によつては十分な保護が図られない結果を招くことになる。

### 三 現行法による対応——民法典——

以上では、特別法による立法的な解決についてみてきたが、いわゆる「業法」、または消費者契約法、金融商品販売法の規定だけでは、私法上、例えば消費者のように、能力的に劣位に立つ相手方の救済を図るには不十分である。そうであるならば、民法典に規定された諸法理を用いて、問題の解決を図らざるをえないことになる。

この場合に考えられる民法典上の規定に基づく解決としては、次のようなものがある。一つには、錯誤による無効、詐欺・強迫による取消し、公序良俗違反に基づく無効等、契約を無効ないし取消しにより、契約の効力自体を否定することが考えられる。また他方では、債務不履行に基づく契約解除・損害賠償、瑕疵担保責任に基づく契約解除・損害賠償、不法行為に基づく損害賠償等、契約の解除ないし損害賠償により解決が図られうる。もつとも、これらの法理に関しては、従来の判例や伝統的な学説によれば、その要件が厳格に解されているため、ただちに情報収集能力および交渉能力に劣る当事者の救済につながるものではない。

まず、錯誤、詐欺・強迫については、通説によれば、その要件が厳格に解されている。例えば、詐欺については、相手方を欺罔して錯誤に陥れようとする故意と、錯誤によって意思表示をさせようとする故意という「二段の故意」

の立証が必要であるとされている。<sup>(14)</sup>近時は、錯誤・詐欺・強迫という規定の適用範囲を拡張していこうという努力がなされているが、こうした動きに対しても限界があることが指摘されている。<sup>(15)</sup>

また、事業者の説明等に問題がある場合に、公序良俗違反を柔軟に活用することによって契約の無効を導くべきであるという考え方も近時有力に主張されているが、論者のほとんどがこのような考え方をあくまで過渡的な理論であると位置づけている。<sup>(16)</sup>さらに、民法九〇条をあくまで契約内容の規制手段であると考え、勧誘方法の不当性だけではなく取引内容・取引行為の不當性が具備されない限り、同条は適用すべきではないという見解もある。<sup>(17)</sup>

債務不履行についても、能力的に優位に立つ当事者の一方が相手方に對して十分な説明あるいは情報提供をすることは、債務の内容となるか否かという問題がある。瑕疵担保責任についても、「瑕疵」の内容が何かということが問題となる。

さらに、救済法理としてもっともよく用いられるのは不法行為であるが、本来、「作為」による場合が念頭におかれた規定であるにもかかわらず、例えば、事業者が消費者に對して必要な情報を提供しないという「不作為」の場合に、違法な行為といえるか否かが問題となる。さらに、契約関係を有効であるとしつつ、そのような契約を締結させたことが不法行為を構成するということについては学説には強い批判が存在するうえ、裁判例をみても、事業者に対する不法行為に基づく損害賠償請求を認めながら、事業者側から反訴としてなされた契約に基づく清算金等の支払請求を認めるという事態も生じている。<sup>(18)</sup>

このように、民法典上の規定による解決は、要件が厳格に解されている通説に従う限り困難であるし、近時説かれているように、要件を柔軟に解するという方向性をもつてしても、一定の限界があることは否めないのである。

#### 四 「情報提供義務」ないし「説明義務」の登場

三でみたように、契約締結段階における事業者の説明等に問題があつたとしても、民法上あるいは特別法上の規定だけで解決できる範囲は限られている。そこで登場してきたのが、事業者のように、ある取引に関して知識ないし情報収集能力をもつ当事者に対して、私法上も契約の成否にかかわるような重要な情報をあらかじめ提供する義務、すなわち「情報提供義務」ないし「説明義務」を課し、それに違反した場合にはなんらかの責任を負わせるべきだとする考え方である。

この「情報提供義務」ないし「説明義務」という概念をめぐってはさまざまな研究がなされているが、「情報提供義務」ないし「説明義務」という概念自体が非常に茫漠としたものであり、内容は必ずしも判然としていない。能力的に優位に立つ当事者の一方に、「情報提供義務」ないし「説明義務」が課される根拠は何か、仮に課されるとして、どの範囲あるいはどの程度まで義務が課されるのか、さらにその法的性質、要件および義務違反の場合の効果は何かということにつき、さまざまな見解が提示されている。

後に詳しく論ずることとするが、ここで一点だけ述べておくなれば、理論的な研究においては、大きく二つの方向が存在するようと思われる。<sup>(20)</sup>すなわち、一つは、情報提供義務違反ないし説明義務違反という概念を、フランス法を参考しつつ、詐欺および錯誤の適用範囲を拡張するための手段とする方向<sup>(21)</sup>、もう一つは、ドイツ法を参考しつつ、情報提供義務違反を理由として損害賠償を認めていこうとする方向である。<sup>(22)</sup>後者については、ドイツ法の影響を受けて、情報提供義務違反はいわゆる「契約締結上の過失」に基づく責任の一種であると理論構成するのが一般的であるが、契約締結上の過失があることを理由に債務不履行による契約解除まで認めようとする見解も存在す

る<sup>23</sup>。

ただ、どちらの方向性をとるにしても、依然として問題は残されている。第一の意思表示に関する既存の法理の拡張法理として情報提供義務を用いるという方向をとる場合には、従来指摘されてきたように、伝統的な法理の要件の厳格性という壁がある。また、第二の情報提供義務違反を、「契約締結上の過失」に基づく責任と位置づけ、損害賠償、場合によつては、解除まで認めていこうとする方向をとる場合にも、「契約締結上の過失」というものをどうとらえるべきかということ自体に争いがある。ここでは、「契約締結上の過失」に基づく責任を、契約責任として位置づけるか、不法行為責任として位置づけるか、あるいはまったく契約責任とも不法行為責任とも別個の責任として位置づけるかという対立<sup>24</sup>があることにも、留意する必要があろう。

## 五 小括

以上では、例えれば、事業者と消費者のように、情報収集能力および交渉能力に格差がある当事者が契約を締結する際に、能力的にまさる当事者側からの情報提供ないし説明が虚偽あるいは不十分であるため、能力的に劣る当事者が被害を受けるケースにおいて、どのような対応が可能であるかについて概観してきた。ここで、これまで検討してきた問題点について、簡単に整理しておくこととしよう。

まず、このようなケースにおいて用意されている立法的解決は、いずれも不十分である点があげられる。従来のいわゆる「業法」だけではなく、近時制定された「消費者契約法」あるいは「金融商品販売法」でも、その適用範囲が限られているため、完全に解決することができない問題が残されることになる。

次に、特別法等の立法によつても解決されない問題については、民法上の諸規定による解決が考えられることになるが、通説的立場によれば、利用可能性のある規定の要件がきわめて厳格に解されているため、やはり解決が困難であるという点があげられる。これについては、近時、民法上の規定の要件を緩和する試みも數多くなされているが、一定の限界があることは否めない。

さらに、「情報提供義務」ないし「説明義務」という概念を用いることによつて、詐欺または錯誤など、意思表示規定の要件の緩和を試みたり、あるいは、「契約締結上の過失」に基づく責任であるとして、損害賠償、場合によつては契約の解除まで認めていこうとする見解がある。とりわけ、後者については、わが国の学説あるいは判例による理論の展開に大きな影響を与えていたといえよう。しかしながら、情報提供義務の根拠、また義務違反の要件・効果をめぐる問題、あるいは民法上の諸規定との整合性をめぐる問題などが、未解決のまま残されている。

さらに、一口に「情報」といつても、その内容は幅広く、どこまでを保護の対象にすべきかということについては議論がある。例えば、契約の締結にかかる基礎的な事情に関する情報と、収支予測など事業者の判断に基づく情報とでは、同じ「情報」という名称で表現されようとも、同様に取り扱うことはできない。提供すべき情報の程度も、当事者の知識、経験、能力、資産状態等により、相当程度異なつてくる。<sup>(25)</sup> また、事業者と消費者との間で締結される消費者取引と、事業者間で締結される事業者取引とで、提供すべき情報の内容も変化するであろう。この点をめぐつては、事業者と消費者との取引であつても、いわゆる一般的な消費者取引と、投資を目的とした投資取引（利殖契約、資産形成契約）とでは異なる原理が支配しており、提供すべき情報の内容は異なつてくるという見解も提示されている。

以上で概観したように、当事者間の情報収集能力および交渉能力に格差がある場合に、近時、注目を集めている

「情報提供義務」ないし「説明義務」という概念を用いて問題の解決を図ろうとする見解が数多く提示されている。しかしながら、そこでいう「情報提供義務」ないし「説明義務」の根拠、範囲、義務違反の要件および効果は何かということについては、いまだ明確化されていないというのが現状であるといえる。

注

- (1) 星野英一「私法における人間——民法財産法を中心として——」『民法論集 第六巻』（有斐閣、昭和六一年）一六頁（初出は、「岩波講座 基本法学一一人」〔岩波書店、昭和五八年〕一三七頁以下）。
- (2) 横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」奥田昌道編『取引関係における違法行為とその法的処理——制度論競合論の視点から——』（有斐閣、平成八年）一一一頁（初出は、ジュリスト一〇九四号〔平成八年〕一二九頁、沖野眞巳「契約締結過程の規律と意思表示理論」河上正二ほか『消費者契約法——立法への課題——』（別冊NBL五四号）（商事法務研究会、平成一一年）三七頁）。
- (3) 竹内昭夫「消費者保護」竹内昭夫ほか「現代の経済構造と法（現代法学全集五一）」（筑摩書房、昭和五〇年）八頁以下、大村敦志「消費者・消費者契約の特性」「消費者・家族と法（生活民法研究II）」（東京大学出版会、平成一一年）一一頁以下（初出は、NBL四七七号〔平成三年〕三六頁以下）。
- (4) この点についての具体的な内容については、第二章第二節二「従来の『業法』による規制とその限界」を参照。
- (5) 経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編『消費者契約法（仮称）』の制定に向けて——国民生活審議会消費者政策部会報告と関連資料——（大蔵省印刷局、平成一一年）一三頁、落合誠一「消費者契約法の目的と概要」銀行法務21 五七八号（平成一二年）二八頁。

- (6) 消費者契約法の概要については、経済企画庁国民生活局消費者契約法施行準備室「[消費者契約法] の概要」NBL六九一号（平成一二年）六頁以下、同「消費者契約法の概要」金融法務事情一五八二号（平成一二年）一八頁以下を参照。
- (7) 金融商品販売法の概要については、牧田宗孝「金融商品の販売等に関する法律の概要」NBL六九一号（平成一二年）一一页以下、大前恵一朗「金融商品の販売等に関する法律の概要」金融法務事情一五八二号（平成一二年）二三頁以下、同「金融商品の販売等に関する法律の概要について」ジユリスト一一八五号（平成一二年）六一頁以下を参照。
- (8) 消費者契約法および金融商品販売法の概要を説明しつつ、その適用関係について触れているものとして、山田誠一「消費者契約法と金融商品の販売等に関する法律」金融六四〇号（平成一二年）二頁以下がある。
- (9) 実務の立場から、悪質商法的なフランチャイズ商法等の場合にも消費者契約法の適用対象とするべきだとする見解もあるが（齊藤雅弘「消費者契約法の適用範囲」法学セミナー五四九号（平成一二年）一五頁以下）、事業者間で締結された契約という形式である以上、消費者契約法を直接に適用することは困難であろう。
- (10) 消費者契約法と金融商品販売法の適用範囲については、大前・前掲注<sup>(7)</sup>ジユリスト一一八五号六六頁の別表を参照。また、両法の適用範囲に関する問題点を指摘するものとして、伊藤進「金融商品販売法の概要」銀行法務21 五七八号（平成一二年）三〇頁以下、松本恒雄「消費者契約法、金融商品販売法と金融取引」金融法務事情一五八七号（平成一二年）六頁以下。
- (11) 松本・前掲注<sup>(10)</sup>七頁は、このようないわゆる「縦割り行政」の弊害について指摘する。また、伊藤・前掲注<sup>(10)</sup>三二頁も、商品先物取引を含めた投資商品取引のルール化を図るべきであると主張する。
- (12) 変額保険に関する論稿は多数存在するが、そのうち銀行の法的責任に焦点を絞って論ずるものとして、松岡久和「変額保険の勧誘と銀行の法的責任」金融法務事情一四六五号（平成八年）一七頁以下を参照。
- (13) 朝日新聞平成一二年八月二九日朝刊一面。
- (14) 我妻榮「新訂民法総則（民法講義I）」（岩波書店、昭和四〇年）三〇八頁以下。

## 契約関係における情報提供義務（一）（宮下）

- (15) 森田宏樹「『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論（二・完）」NBL四八四号（平成三年）六四頁。なお、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、平成二年）一六七頁、一七〇頁も参照。
- (16) 大村敦志『公序良俗と契約正義』（有斐閣、平成七年）三六三頁以下、同『消費者法』（有斐閣、平成一〇年）一〇二頁以下、今西康人「消費者取引と公序良俗違反」法律時報六四卷一二号（平成四年）八五頁、山本・前掲注(15)一七一頁以下。
- (17) 今西・前掲注(16)引用同頁、平野裕之「消費者取引と公序良俗」椿寿夫＝伊藤進編『公序良俗違反の研究——民法における総合的検討——』（日本評論社、平成七年）三一七頁。なお、平野教授は、契約締結過程での問題の解決は本来それを規律する錯誤、詐欺、強迫の法理、とりわけ錯誤によるべきであるとする。
- (18) 潮見佳男「規範競合の視点から見た損害論の現状と課題（二・完）」奥田昌道編『取引関係における違法行為とその法的処理——制度論競合論の視点から——』（有斐閣、平成八年）一二三頁以下（初出は、ジュリスト一〇八〇号〔平成七年〕九一頁以下）、小粥太郎「説明義務違反による損害賠償」に関する二、三の覚書「自由と正義四七卷一〇号（平成八年）四一頁以下、山本・前掲注(15)一六五頁以下、等。
- (19) 例えば、商品先物取引に関する裁判例をみると、札幌地裁平成九年一〇月二三日判時一六四六号一一二九頁、判タ九六八号一九五頁では、顧客からの不法行為にもとづく損害賠償請求が認められたが（過失相殺七割）、先物取引業者から顧客に対する清算金請求も認められている（ただし、清算金請求権の行使を信義則を理由に七割に制限）。なお、清算金請求権の行使を信義則違反を理由に否定したものとして、大阪高判平成三年九月二十四日判時一四二一号七九頁、先物取引裁判例集一一卷二二一頁参照。
- (20) 潮見教授は、投資勧誘者の民事責任をめぐる学説には、投資勧誘者の民事責任（損害賠償）という観点からのアプローチと、投資契約の有効性という観点からのアプローチの二種類があると指摘している（潮見佳男「投資取引と民法理論（二）——証

券投資を中心として——」民商法雑誌一八八卷一号〔平成一〇年〕二頁)。

(21) フランス法を参照しつつ、詐欺あるいは錯誤の適用範囲を拡大する可能性につき言及するものとして、柳本祐加子「フランスにおける情報提供義務に関する議論について」早稲田大学大学院法研論集四九号〔平成元年〕一六一頁以下、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(一)——(三・完)」民商法雑誌一〇二卷二号一八〇頁以下、三号七八頁以下、四号(以上、平成二年)五四頁以下、馬場圭太「説明義務違反と適用規範との関係——フランスにおける情報提供義務・助言義務に関する議論を参考に——」早稲田大学大学院法研論集七七号〔平成八年〕一五五頁以下、同「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)」早稲田法学七三卷二号〔平成九年〕五五頁以下、七四卷一号〔平成一〇年〕四三頁以下、横山・前掲注(2)一一〇頁以下、等。

(22) 例えば、松本恒雄「ドイツ法における虚偽情報提供者責任論(一)——(三・完)」民商法雑誌七九卷二号二七頁、三号(以上、昭和五三年)六〇頁以下、四号(昭和五四年)七六頁以下、岡孝「情報提供者の責任」遠藤浩ほか監修『現代契約法大系第七卷 サービス・労務供給契約』(有斐閣、昭和五九年)三〇六頁以下、藤田寿夫「表示責任と契約法理」(日本評論社、平成六年)二〇五頁以下、同「説明義務違反と法解釈方法論——詐欺規定と評価矛盾するか?——」神戸学院法学二七卷一號二号(平成九年)一頁以下、同「取引交渉過程上の法的責任」椿寿夫教授古稀記念『現代取引法の基礎的課題』(有斐閣、平成一年)五三三頁以下、川地宏行「ドイツにおける投資勧誘者の説明義務違反について」三重大学法経論叢一三卷一号(平成七年)八五頁以下、同「金融機関の説明義務と融資者責任」三重大学法経論叢一四卷二号(平成九年)三九頁以下、同「ドイツ証券取引法における証券会社の情報提供義務」三重大学法経論叢一六卷一号(平成一〇年)一頁以下、潮見佳男「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号一頁以下、一四五卷三号一頁以下、一四五卷四号(以上、平成二年)一頁以下、等。

(23) 本田純一『契約規範の成立と範囲』(一粒社、平成一一年)九五頁以下。

(24) 「契約締結上の過失」をめぐる学説の対立状況については第四章で検討するが、さしあたり、潮見佳男「契約締結上の過失」  
谷口知平・五十嵐清編『新版注釈民法（一三）債権（四）』（有斐閣、平成八年）九五頁を参照。

(25) 金融商品販売法三条四項一号は、金融商品販売業者等が、金融商品の販売等に関する専門的知識を有する者（大前・前掲注  
(7) 二六頁は、「いわゆる「プロ」であるという）として政令に定める者（特定顧客）に対して説明義務を負わない旨を定める。  
(26) 潮見佳男「投資取引と民法理論（四・完）——証券投資を中心として——」民商法雑誌一一八巻三号（平成一〇年）五一頁  
以下。

## 第二節 本稿の目的と構成

### 一 本稿の目的

第一節で検討してきた問題点をふまえて、本稿においては、問題を解決するための一つの手段として「情報提供  
義務」ないし「説明義務」という概念を、理論的な考察あるいは具体的な取引類型の分析を通して明らかにし、契  
約締結段階における情報提供に関する責任法理を再構築することを目的とする。具体的には、「情報提供義務」な  
いし「説明義務」が契約の内容となると考えたうえで、情報提供義務違反による責任を契約責任と位置づけて損害  
賠償または解除を認めていくという形での再構築を試みる。

従来、「情報提供義務」ないし「説明義務」違反を契約責任であると考える見解は、本田純一教授に代表される

ように、それを契約締結上の過失の一類型であると捉え、信義則を媒介にして契約責任の中に位置づけてきた。<sup>(1)</sup>

もつとも、本田教授は、「契約締結上の過失」を、契約締結時にとどまらず、契約準備段階における義務違反群を総称する概念である捉える。そのうえで、「この領域では、契約はいまだ締結されていないので、契約当事者の『意思』は認められず、したがって、伝統的な意味での『意思を根拠とする義務（給付義務）の発生＝契約責任』を認めることはできない」と述べる。<sup>(2)</sup>すなわち、「意思に基づかない付隨義務を民法上の債務と認め、その違反についても契約の解除を認めるべきである」という<sup>(3)</sup>。

筆者の立場は、情報提供義務違反を契約責任として位置づけるという点で本田教授の立場と一致するが、情報提供義務を付隨義務と捉え、その違反は契約締結上の過失であるとして債務不履行責任を構成するというものではない。むしろ、「契約締結上の過失」という概念を用いずに、契約上の債務という概念を広く捉えることによって、「情報提供義務」ないし「説明義務」を、当事者の意思に基づく義務として、債務の中に取り込もうとするものである。<sup>(4)</sup>

なお、本章第一節でも若干触れたところではあるが、「情報提供義務」ないし「説明義務」について論ずる際には、いわゆる消費者取引と、投資取引とは異なる原理が支配しており、提供すべき情報の内容も異なるという見解があることに注意する必要があろう。

契約の一方当事者が自らの有する資産を殖やす目的で行う投資契約をめぐっては、従前より消費者契約との異質性——さらには、「消費者」と「投資者」の異質性——が指摘されてきた。<sup>(5)</sup>より具体的にいえば、投資契約においては、投資をしようとする者が投資というリスクのある契約の締結を自らが決定した以上、通常の契約以上に自己責任原則が強調されるという点で、いわゆる消費者契約とは本質的に異なるというのである。<sup>(6)</sup>

潮見佳男教授も、「自己決定に基づく自己責任」原則という基本的立場を重視すべきであるとし、少なくとも証

券投資取引の場面では、投資者保護の場面で議論されてきた説明義務、助言義務などの理論を消費者契約法理論にスライドさせたり、投資者保護のための民法理論ないし解釈技術を消費者保護のためのものへと一般化させていくことには——取引主体として登場する場面では投資者保護と消費者保護が重なり合うことは認めながらも——、疑問があるとする。<sup>(7)</sup>

しかしながら、投資目的の取引であっても、自己決定および自己責任の自覚に乏しい一般投資者が、事業者による勧誘により取引関係に引き込まれる場合が多いこと<sup>(8)</sup>、また、近時の「消費者トラブル」、特に契約締結時の適切な情報提供をめぐるトラブルの多くが投資取引等に属することも指摘されている。実際に、次節で統計資料をもとに分析するように、商品先物取引をはじめとする投資取引において、「消費者トラブル」が多発している。また、潮見教授も、少なくとも商品先物取引については、投資取引でありながらも、消費者保護の問題として取り扱われるという可能性を留保している。<sup>(9)</sup>

「情報提供義務」ないし「説明義務」を解明するにあたって、本稿では具体的な取引類型として、商品先物取引とフランチャイズ契約を取り上げる。前者の商品先物取引については、投資取引ではあるが、潮見教授も留保するようく消費者取引としての側面を強く残すものである。後者のフランチャイズ契約については、事業者間の取引ではあるが、消費者取引を論ずる際にしばしば引き合いに出されるなど、消費者取引的な側面も有している。そうであるとすれば、「消費者取引」と「投資取引」とは基本的に区別されるべきだとしても、現実の紛争においては明確に区別することは困難であるといえるであろう。

本稿においては、投資取引と消費者取引の違いには十分留意しつつ、「情報提供義務」ないし「説明義務」に関する理論を抽出することを試みる。

## 二 本稿の構成

以上のような観点をふまえて、本稿では、次のような形で論述を進めていく。

まず、第二章では、すでに簡単に述べたところではあるが、改めて現行法上の法理に関する問題点とその解決の試みについて検証していく。具体的には、従来から存在する「業法」、そして近時制定された「消費者契約法」、「金融商品販売法」等、特別法の制定による解決の試みとその限界について検討したのち、詐欺、錯誤、強迫等の意思表示理論や、債務不履行や不法行為など、民法典上の諸法理を概観する。

続いて第三章では、「情報提供義務」について理論面での研究が進んでおり、日本における理論展開にも影響を与えていた<sup>[1]</sup>いるドイツの議論を参考にしつつ、契約締結段階での情報提供に関する責任をめぐる理論的な考察を試みる。

ドイツにおいても、日本と同様に、情報収集能力および交渉能力の異なる当事者間の契約において、能力的に優位に立つ当事者からの誤った情報提供、ないし契約の成否にかかるような重要な情報の不提供をめぐる問題が、クローズ・アップされてきている。しかし、ドイツにおいても、いくつかの取引において、事業者からの情報提供に関する規定が用意されているか、すべてをカバーするような包括的な規定は存在しない。

また、民法典上規定されている詐欺、錯誤、瑕疵担保責任等の要件がきわめて厳格に解されていることから、先に述べたようなトラブルを解決するために用いることは困難である。とりわけ、日本と大きく異なるのは、不法行為に関する規定の活用の有無である。不法行為規定については保護法益が限定列挙されているため（ドイツ民法典〔以下、「BGB」という〕八二三条一項）、取引により財産的損害が生じた場合には、故意による良俗違反（B G

B八二六条）または保護法規違反（BGB八二三条一項）にあたらなければ、損害賠償を請求することができない。そのため、契約責任を拡大して適用しようとする動きが古くからみられ、その一環として、「契約締結上の過失」の法理が大きく発展してきた。「契約締結上の過失」の法理は、当初、契約が無効または不成立の場合における責任を基礎づけるものとして登場したが、次第に契約が有効な場合にまで拡張されてきており、その中に情報提供義務違反に基づく責任も位置づけられてきている。

ここでいう情報提供義務の根拠、または義務に違反した場合の要件・効果については、日本と同様、さまざまな見解が提示されているが、義務違反の効果として、損害賠償だけではなく、契約の解除まで認めるものが多数を占める。

そのうえで、ドイツにおいては、情報提供義務に違反した場合に問題となる「契約締結上の過失」の法理に基づく責任と、BGBに規定されている詐欺、錯誤、瑕疵担保責任等の法理との整合性を確保するため、両者が「競合」（Konkurrenz）する状態につき、調整を図ろうとする動きもみられる。<sup>(12)</sup> すなわち、契約締結段階での情報提供義務違反に基づく責任を、民法体系に整合するような形で位置づけようとする試みがなされているといえる。

もつとも、ドイツにおける情報提供義務をめぐる議論状況に関しては、すでに数多くの論稿が発表されており、とりわけ潮見教授が、包括的な検討を行っている。<sup>(13)</sup> しかしながら、情報提供に関する責任、とりわけ「情報提供義務」という概念を民法体系に整合させようとする動きを再確認することは、次章にみるように、ドイツと同様の試みがなされているわが国の議論を探るうえでも、有意義なことと思われる。

第四章では、第三章での検討の結果をふまえながら、わが国における契約締結段階での情報提供に関する議論、とりわけ情報提供義務をめぐる議論について、ドイツと同様に、民法体系への整合を図ろうとしている学説・判例

の動きを中心に考察する。

この問題をめぐるわが国の学説を概観すると、上記のようなケースの民事的救済にあたって、民法典の規定の適用範囲を拡張しようとするものは、一定の限界は指摘されているものの、あくまで民法の中での問題の解決を図ろうとしている。また、「情報提供義務」ないし「説明義務」という概念を用いることを主張するものについても、詐欺や錯誤の要件を緩和するために用いようと/orするものはいうに及ばず、情報提供義務違反を「契約締結上の過失」に基づく責任ととらえる場合でも、契約責任の中に位置づけたうえで、民法典上の法理の枠内で処理を図ろうとしているものがみられる。すなわち、わが国の学説は、契約締結段階における事業者の情報提供ないし説明にかかる責任を、民法体系に位置づけようとすることによつて問題の解決を図つているといえるであろう。<sup>[15]</sup>

仮に、詐欺・錯誤など、既存の法理の主觀的要件などを緩和することにより適用範囲を拡張することに一定の限界があるとするならば、「情報提供義務」ないし「説明義務」という概念を用い、しかもその概念を民法上の法理に取り込んで問題を解決しようとする試みは、非常に魅力的なものである。ただし、そのためには「契約締結上の過失」の問題であるととらえる必要があるか否かについては、別途検討する余地があるろう。<sup>[16]</sup>

第五章からは、第四章までの理論的検討をふまえて、各論的検討を行う。まず、第五章では商品先物取引、次に、第六章ではフランチャイズ契約を取り上げて、裁判例の分析も行いつつ、具体的な検討を進めていくこととする。

契約締結段階における情報提供が問題となる取引は数多く存在するが、特に、商品先物取引およびフランチャイズ契約を取り上げるのは、以下の理由による。

商品先物取引については、非常に複雑で、かつハイリスク・ハイリターンな投資取引であるにもかかわらず、いわゆる消費者被害が続発している。この商品先物取引は、近時制定された「消費者取引法」の適用対象となり、契

約関係に入った顧客は事業者側に「不実表示」、「断定的判断の提供」、「故意による不利益事実の不告知」があつた場合には契約取消権を行使できる。しかし、後述するように、その適用場面は限定されているため、実際には契約取消権を行使できないことが多いであろう。また、同じく近時制定された金融商品販売法の適用対象とはされていないため、同法に基づいて損害賠償請求をすることができない。そうすると、商品先物取引において、故意によらずして情報提供義務違反ないし説明義務違反があつた場合には、直接私法的な効果を定めた立法が存在しないことになり、いわば立法的解決の狭間におかれた取引分野であるといえる。<sup>(18)</sup>少なくとも、商品先物取引については、金融商品販売法の類推適用の可否はともかく、依然として民法による解決が非常に大きな意味をもつ分野であるといえよう。

また、フランチャイズ契約は、いわゆる「脱サラ」をした者や主婦が加盟店（フランチャイジー）となる場合に、本部（フランチャイザー）側からなされた収益予測等の情報提供をめぐり紛争が多発している。いわば、フランチャイズ契約においては、消費者契約類似の問題が頻発し、いまや大きな社会問題となりつつあるといえる。しかしながら、あくまで事業者間の契約であるため、消費者契約法の適用対象とはされていない。にもかかわらず、消費者契約類似の問題が頻発しているため、消費者契約法の立法過程においてもしばしば引き合いに出されるなど、いわばこれも私法的な効果という点に着目するならば、立法的解決の狭間におかれた取引分野であるといえる。

したがつて、商品先物取引とフランチャイズ契約について検討することは、民法上の法理を用いた解決を考察するにあたつて、有益であるように思われる。さらに、商品先物取引とフランチャイズ契約は継続的な取引であり、そのような継続的な取引関係における情報提供の問題を考えるにあたつても、有意義であろう。

最後に、第七章では、第六章までの検討をふまえて、「情報提供義務」ないし「説明義務」という概念を民法体

系に整合的な形で取り入れることにより、契約締結前ないし契約締結時における情報提供をめぐる問題の解決を試みる。

## 注

- (1) 本田純一『契約規範の成立と範囲』（一粒社、平成二年）はしがき三頁以下、六八頁以下、九五頁以下。なお、本田教授がこのような見解を最初に提示したものとして、本田純一『『契約締結上の過失』理論について』遠藤浩ほか監修『現代契約法体系 第一巻 現代契約の法理（二）』（有斐閣、昭和五八年）二〇四頁以下、特に二〇八頁、二二四頁以下を参照。
- (2) 本田・前掲注(1)『契約規範の成立と範囲』九六頁。
- (3) 本田・前掲注(1)『契約規範の成立と範囲』九八頁。
- (4) 加藤雅信教授は、両当事者間で默示的に合意されている前提的保証合意ともいすべき内容も契約の一部を構成していると考え、「原始的不能」および「契約締結上の過失」という概念を破棄した形での不能論の体系を提唱する（加藤雅信「不能論の体系——『原始的不能』・『契約締結上の過失』概念廃棄のために——」名古屋大学法政論集一五八号〔平成六年〕五五頁以下。前提的保証合意という考え方については、特に六一頁以下の記述を参照）。情報提供義務なしし説明義務が契約の中に取り込まれると考える本稿の立場も、加藤教授の見解から示唆を受けたところが大きい。なお、加藤教授がこのような見解を最初に提示したものとして、加藤雅信「売主の瑕疵担保責任——危険負担的代金減額請求権説提倡のために——」『現代民法学の展開』（有斐閣、平成五年）三九四頁および三九九頁以下（初出は、森島昭夫編『判例と学説3・民法II（債権）』〔日本評論社、昭和五二年〕一七九頁および一八四頁以下）を参照。
- (5) 「消費者」あるいは「事業者」とは何か、ということについては、古くから議論されており、消費者契約法制定の際にも問題とされた。この点については、第二章第二節三「消費者契約法による保護とその限界」を参照。

## 契約関係における情報提供義務（一）（宮下）

- (6) 例えば、森田章「投資者保護の基本法」「投資者保護の法理」（日本評論社、平成二年）六頁以下（初出は、民商法雑誌九四卷一号〔昭和六一年〕三〇頁以下）、長尾治助「消費者契約」谷口知平・五十嵐清編『新版注釈民法（一三） 債権（四）』（有斐閣、平成八年）二一九頁参照。
- (7) 潮見佳男「投資取引と民法理論（四・完）——証券投資を中心として——」民商法雑誌一八卷三号（平成一〇年）五一頁以下（引用は、五三頁）。この点について、潮見教授は次のように述べる。「……基本的に、『自己決定に基づく自己責任』原則……が機能不全をおかしている場面での機能不全の除去あるいは機能不全の危険からの防御という観点から、投資者保護のための法体系を捉え、「投資取引における公序」もしくは「基本権保護型公序良俗」の位置づけと法的構成を考えいくのが、少なくとも議論の出発点においては、望ましいものと言える」（五二頁以下）。なお、潮見教授の見解に影響を与えていた山本敬三教授の公序良俗論および自己決定権論については、山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、平成一二年）を参照。ちなみに、山本教授も、不実表示が問題となる場合には、事実については判断の前提となるものであり真実に反することを告げてはならないという要請が強く働くが、判断については本来自らの責任で行うもので、相手が誤った判断を提供したとしても自ら正確に事実を理解し、それに基づき主体的に判断すればよいとして、事実と判断につき、取り扱いを変えている（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、平成二一年〕一六七頁以下）。
- (8) 大村敦志「消費者法」（有斐閣、平成一年）二四〇頁以下。
- (9) 沖野眞巳「消費者契約法（仮称）の一検討（二）」NBL六五三号（平成一〇年）二二頁。
- (10) 潮見教授は、「商品取引とは異なり、証券取引では、少なくとも現在のところは、投資者保護公序の問題として処理すれば足り」るとしており（潮見・前掲注(7)五三頁）、証券取引以外の場面では、消費者保護の論理が適用される可能性について留保している。

- (11) ドイツにおける、事業者に情報提供を義務づける規制については、すでにいくつか日本においても紹介されている。例えば、  
保険契約については、木下孝治「ドイツ保険監督法上の保険者の情報提供義務及び契約締結（一）—（六）」阪大法学四七卷二号一一一頁以下、四七卷三号（以上、平成九年）一〇五頁以下、四七卷六号一〇三頁以下、四八卷一号（以上、平成一〇年）一三七頁以下、五〇卷一号（以上、平成一二年）二九頁以下を参照。また、証券取引および先物取引に関する規制については、川地宏行「ドイツ証券取引法における証券会社の情報提供義務」三重大学法経論叢一六卷一号（平成一〇年）一頁以下を参照。
- (12) Hans Christoph Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S.219 ff., Walter G. Paefgen, Haftung für mangelhafte Aufklärung aus culpa in contrahendo, 1999, S.26 ff. なお、グリゴライ特の見解については、藤田寿夫「説明義務違反と法解釈方法論——詐欺規定と評価矛盾するか?——」神戸学院法学二七卷一=二号（平成九年）一頁以下、同「取引交渉過程上の法的責任」椿寿夫教授古稀記念『現代取引法の基礎的課題』（有斐閣、平成一一年）五三三頁以下、潮見・後掲注(15)「ドイツにおける情報提供義務論の展開（二）」七頁以下に、すでに紹介されている。
- (13) 潮見教授も、自己決定基盤の確保という視点を通して、同様の指摘をしている（潮見・後掲注(15)「ドイツにおける情報提供義務論の展開（三）」八頁以下）。
- (14) 本章第一節・注(22)に引用されている各文献を参照。
- (15) 潮見佳男「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号一頁以下、一四五卷三号一頁以下、一四五卷四号（以上、平成一一年）一頁以下。
- (16) 磯村教授は、契約の一方当事者から不実の情報を提供され、あるいは必要な情報提供を受けない結果として契約を締結した場合に考えられる救済手段が、「民法の体系の中で整合的にその位置を獲得することができるのかどうかが問題となる」と述べている（磯村保「契約成立の瑕疵と内容の瑕疵（二・完）」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

## 契約関係における情報提供義務（一）（宮下）

度間競合論の視点から——』〔有斐閣、平成八年〕五〇頁（初出は、『ジュリスト』一〇八四号（平成八年）八〇頁）。

(17) 大村教授は、不法行為理論・意思表示理論双方により実現可能であること、契約締結上の過失でカバーされる範囲があまりにも雑多であること、またドイツの理論を導入しなければならない必然性がないことなどを理由に、契約締結上の過失理論の導入には否定的である（大村敦志『消費者法〔法律学大系〕』〔有斐閣、平成一〇年〕八二頁）。

(18) フランチャイズ契約と消費者契約との類似性については、さまざまな見解が提示されている。例えば、事業経験のある加盟者に対するは、本部側にもある程度の駆け引きの余地があるとする反面、「主婦や脱サラした素人に対して加盟を勧誘するような場合には、一種の消費者取引とみるべきであり、予測の合理性およびリスクの開示は厳しく要求される必要があるし、駆け引きの余地も認めるべきではあるまい」と主張する見解がある（山下友信「判批」商法〔総則・商行為〕判例百選（第三版、別冊ジュリスト一二九号）〔平成六年〕二二七頁）。これに対し、加盟者たちの多くはいわば「商人予備軍」とも形容すべき存在であり、投資リスクに対する認識の甘さは、単なる対消費者取引の場合と較べてより厳しく評価されると批判する見解がある（淺木慎一「フランチャイズ契約——基本契約の締結前および終了後への契約規範の拡張論とその商法的運用」――浜田道代ほか編・田邊光政先生還暦記念『現代企業取引法』〔平成一〇年、税務経理協会〕一三二頁）。もちろん、フランチャイジーになるとする者を単純に消費者として扱うことはできないが、まさに「商人予備軍」である以上は、契約締結前に事業経験のない者を、一般の事業者とまったく同様に扱うことも問題があるようと思われる。行澤助教授は、「通常の取引の駆け引き」が妥当してよい事業者間の契約であるか、消費者取引のように過度で誇張された勧説に対する十分な警戒が必要とされる契約であるかによって、裁判例の判断が分かれていると指摘する（行澤一人「判評」判例評論四三八号〔平成七年〕四四頁）。なお、沖野助教授は、「消費者契約法」に関する論稿において、フランチャイズ契約締結のための準備行為は、事業もしくは事業の準備行為であるが、一方の当事者が「はじめて『事業』に入る」という場合で、反復・継続による蓄積が存在せず、その意味で「素人」の領域にあることが多い」ため、消費者なし消費者契約の特性を備えていることが多いと述べる（沖

野眞巳「『消費者契約法（仮称）』の一検討（二）」NBL六五三号〔平成二〇年〕一九頁）。ただし、「消費者契約法」との関連では、事業そのものあるいはその準備行為は、消費者なし消費者契約からは排除されるをえないとしている。

## 第二章 わが国における具体的な問題状況

### 第一節 統計調査による問題状況

#### 一 一般的な問題状況

公表されている統計調査の結果をみると、実にさまざまな取引に関して、契約締結段階における事業者側の説明あるいは勧誘態様にあるとすることが指摘されている。

まず、日本弁護士連合会（日弁連）が全国各地の弁護士会に呼びかけて平成二年一二月に実施した「消費者契約何でも一一〇番」の速報<sup>(1)</sup>によると、契約の勧誘・成立段階に問題があると考えられている相談が二二三件ある。トラブルの原因（複数回答可）をみると、情報の不提供が問題となつてているものが九二件、虚偽の説明が問題となつてているものが一〇七件、判断能力が不十分な者への勧誘が問題となつているものが二五件、困惑させる勧誘が問題となつてているものが四四件、威迫的な勧誘が問題となつているものが三四件、その他違法・不公正な勧誘が問題となつているものが三三件である。

この速報では、右の原因ごとに具体的な事例が紹介されているが、それによると、請負委任契約や証券取引・先物取引に関するケースで情報の不提供が問題となり、証券取引・先物取引に関するケース等で商品・役務の性能に関する虚偽の説明が問題となるなど、対象となる取引は多岐にわたっている。

次に、平成一一年度に「全国消費生活情報ネットワーク・システム（PIO-NET）」を通して、各都道府県・政令指定都市の消費生活センターから国民生活センターに寄せられた消費生活相談の件数は、実に四五万七〇二二件と過去最高を記録しているが、そのうち「<sup>(3)</sup>契約・解約」に関する相談が六六・〇パーセント、「販売方法」に関する相談が四一・七パーセントと高水準にある。<sup>(2)</sup>具体的な内容は明らかではないが、相談対象となつた取引はこれも多岐にわたっており、この中には契約締結段階での説明や勧誘態様に問題があるものが相当数含まれていると思われる。

また、通商産業省の「平成一〇年度版 消費者相談報告書」によれば、平成一〇年度の消費者相談受付件数七六八〇件のうち、契約にかかる苦情・問い合わせに関するものは五二一一件（苦情／一〇四件、問い合わせ／五一〇七件）であり、相談全体の六七・九パーセントを占めている。そのうち、苦情に関しては勧誘が強引であるとするものが一五件、また問い合わせに関しては、勧誘が強引であるとするものが二六三件、勧誘が不実であるとするものが一一〇件、情報提供に問題があるとするものが一〇七件、法令で書面の交付が義務づけられているにもかかわらず交付されなかつたとするものが六八件、などとなつていて<sup>(4)</sup>いる。

さらに、相談のあつた取引の種類をみると、訪問販売、電話勧誘販売、連鎖販売取引、割賦販売取引等のいわゆる特殊販売が六割強を占めているが、勧誘にかかる相談は、電話勧誘販売にかかるものが多い<sup>(5)</sup>。

## 二 商品先物取引をめぐる問題状況

商品先物取引に関しては、取引形態が複雑で、かつ取引のリスクがきわめて高いにもかかわらず、一般消費者が巻き込まれるケースが後を絶たないことから、従来から消費者被害の中でも非常に大きな問題として捉えられてきた。そこで、ここではまず、先物取引に関する統計的調査から、その問題状況をみてみることとしよう。

日弁連が全国各地の弁護士会に呼びかけて平成九年一〇月に行つた「先物取引被害一一〇番」によれば、全相談件数四七〇件のうち、業者からの勧誘が取引のきっかけとなつたものは三〇六件と約六五パーセントであり、自分の意思で取引を行つたと考えていいものが全相談件数のうち二〇九件、取引に納得していらないものが二五五件（納得しているのは、一八件）にのぼる。

しかも、相談の結果、契約締結段階での説明や勧誘の態様に問題があると考えられているものも相当数にのぼっている。例えば、全相談件数四七〇件のうち、説明義務違反であると考えられるケースが一二七件、不適格者の勧誘であると考えられるケースが八〇件、断定的判断の提供であると考えられるケースが二三五件、投機性の説明が欠如していると考えられるケースが八一件存在することである。<sup>(7)</sup>

もちろん、商品先物取引においては、その取引過程において、いわゆる「客殺し商法」が行われるなど、取引方法自体に問題が生じるというケースも非常に多く見受けられる。取引期間をみると、一年未満のものが実に二二九件に及び、二年以内に終わつたもの（六六件）を合わせると、実に全体の六〇パーセント強を占めているところからも、短期間に損害が大きくなることが読みとれるであろう。

しかも、それだけではなく、業者側の虚偽あるいは不十分な説明がきっかけとなつて取引関係に入り、当初は予

期しなかつたような損害をこうむるという場合も、前述したようにきわめて多いといえる。ちなみに、被害額は最高三億円、多くの場合、一〇〇万円から三〇〇〇万円に及ぶなど、非常に高額にのぼっているのが特徴である。

さらに、商品先物取引は、時として、それが原因となり悲惨な事件を惹き起こすことがある。大神周一弁護士による調査<sup>(8)</sup>によれば、平成六年二月から平成一二年二月までの六年間に、新聞で先物取引に関する事件として報道されたものは、五七件存在する。そのうち、先物取引の顧客が借金を返済するために、勤務先において横領ないし責任、勤務先の顧客に対する詐欺、または公務員として収賄等を行ったことが問題となつた事件は、実に四八件にのぼる。また、先物取引による借金の支払いに窮して、保険金目当てで自宅に放火し逮捕された事件も紹介されている。そのうえ、先物取引をめぐり先物取引業者と顧客との間でトラブルが発生した結果、追いつめられた顧客が先物取引業者の従業員を殺害する事件まで生じているのである（ちなみに、殺人事件として報道されたものが二件、殺人未遂事件として報道されたものが一件である）。

このように、先物取引、とりわけ商品先物取引は、単に顧客が金銭的な損害をこうむるというにとどまらず、いままや大きな社会的問題となつており、その問題の解決は急務であるといえるであろう。<sup>(9)</sup>

### 三 フランチャイズ契約をめぐる問題状況

これまでには、事業者と消費者との間で締結された消費者契約を中心に、問題を概観してきた。しかしながら、事業者間の取引であっても、フランチャイズ契約をめぐっては、消費者契約と同様に、当事者間の情報格差により被害が生じている例として、近時大きくクローズ・アップされてきている。

社団法人日本フランチャイズチェーン協会の調査によれば、いわゆるフランチャイズチェーンの総店舗数は、平成一〇年度には一九万店強、総売上高は一六兆円強にのぼる。その業態の一つであるコンビニエンスストアは、平成一〇年度に全国で三万六〇〇〇店余を数え、その売上高は六兆一〇〇〇億円余に達するなど、めざましい勢いで成長を続けている。<sup>(11)</sup>

その反面、ある民間調査機関の調査<sup>(12)</sup>によれば、閉店する店舗数も相当数にのぼっているようである。具体的にみると、平成一一年度のコンビニエンスストアの店舗数は五万二八一三店で（ただし、この数字はボランタリーチェーンや自営業者を含んだものであり、フランチャイズチェーン形式をとるコンビニエンスストアの総店舗数は三万七四九七店である）、そのうち新規出店数が三四五一店、閉店数が一二一三件にのぼる。新規出店数、閉店数のチエーン形態別店舗数の内訳は不明であるが、コンビニエンスストアの店舗数の七一パーセントをフランチャイズチェーンの形態をとるものが占めることがからすると、相当数がフランチャイズチェーンのものであると推測される。

閉店する原因の一つとしては、コンビニエンスストアの本部（フランチャイザー）と加盟店（フランチャイジー）との間での紛争が絶えないことがあげられよう。とりわけ、契約締結に際して本部が示した売上予測と現実の売上げとの格差をめぐる争いが頻発している。加盟店側とすれば、本部による「予測が甘くだまされた」との思いが強い。加盟店のオーナーからは、「誇大宣伝に乗せられ、家庭崩壊」したという悲痛な叫びも聞こえてくる。逆に、本部の側とすれば、「こちらの指導も聞かず、きちんと働きもせず文句を言つてはいるだけ」であるとか、「訴訟を起こす加盟店は例外。大半は生活費を確保できる売上高を上げており本部と加盟店との関係も良好だ」と述べるところもあるなど、両者の主張は対立している。

しかも、当初予測通りの売上げが得られないため閉店しようと考えても、高額の違約金を要求されるためやめる

にやめられず、負債を増大させていく場合も多い。この場合にも、加盟店のオーナーは、契約締結時に違約金等、契約内容に関する説明を十分に受けていないことが多い、中には、「コンビニシステムは現代の奴隸契約」だとう声まである。<sup>[16]</sup>

さらに、コンビニエンスストアだけではなく、その他のフランチャイズ・チェーンにおいても、売上予測と実際の売上げとが異なることに不満をもつ加盟店も多く、<sup>[17]</sup> 売上予測を含めフランチャイズ契約を締結する際の情報提供をめぐる紛争が多発しており、公刊された判例集でもさまざま業種にわたって裁判例がみられるところである。<sup>[18]</sup> いまや、フランチャイズ契約をめぐる紛争は、「フランチャイズの地獄」<sup>[19]</sup> とまでいわれるよう、大きな社会的問題となつてきているのである。

このように紛争が多発する背景には、フランチャイズ契約自体が複雑なものであるうえに、フランチャイザ―たる本部とフランチャイジーになろうとする加盟希望者との間で情報収集能力および交渉能力に格差が存在するため、フランチャイジーが契約内容を十分理解しないままに契約を締結するケースが後を絶たないことがあげられる。

#### 四 小括

以上でみてきたように、いくつかの全国的な統計調査の結果は、事業者と消費者との間で締結される契約——いわゆる消費者契約——においては、事業者側の勧誘が強引また不誠実なものであつたり、あるいは事業者側の説明が不十分であるなど、契約締結段階における事業者側の態度に問題があり、それにより取引関係に入つた消費者が

損害をこうむるというケースが多いことを示している。

また、最後に取り上げたフランチャイズ契約では、フランチャイザーたる本部とフランチャイジーたる加盟店者は、双方とも独立した事業者であり、情報収集に関しては自己責任でこれを行うことが一応の前提となつていて。しかしながら、事業者どうしの契約であるとはいっても、フランチャイジーとしてフランチャイズ契約を締結する者は、いわゆる脱サラや主婦が多いえに、商品の仕入れ、販売に関する本部の経営援助・指導など、加盟店者は本部の経営方針等によつて相当程度の制約を受けることになり<sup>(20)</sup>、通常の独立した事業者どうしの契約であるとはいきれない側面もある。また、しばしばフランチャイズを悪用した詐欺的な被害がみられるところである。<sup>(21)</sup>

このように、事業者どうしの契約であつても、消費者被害類似の被害が生じるものがあることには、注意が必要であろう。

### 注

- (1) 尾崎敬則「日弁連『消費者契約何でも一一〇番』の実施結果（速報）」消費者法ニュース四二号（平成一二年）四四頁以下。特に、四六頁以下のグラフ参照。
- (2) 国民生活センター編『消費生活年報一〇〇〇』（国民生活センター、平成一二年）四六頁以下。特に、五〇頁および六五頁参照。
- (3) この点については、すでに消費者契約法の立法をめぐる国民生活審議会消費者政策部会の報告でも指摘されている（経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編『消費者契約法（仮称）』の制定に向けて——国民生活審議会消費者政策部会報告と関連資料——）（大蔵省印刷局、平成二年）一一頁以下）。

## 契約関係における情報提供義務（一）（宮下）

(4) 通商産業省産業政策局消費経済課消費者相談室「平成一〇年度消費者相談報告書」（平成二二年）八頁以下。特に、三六頁参照。

(5) 事項別相談件数をみると、契約関係の全相談件数五二二一件のうち、いわゆる特殊販売については、訪問販売が一三二一九件（二五・五パーセント）、電話勧誘販売が九二五件（一七・八パーセント）、連鎖販売が五一四件（九・九パーセント）、割賦販売が四二八件（八・二パーセント）、通信販売が三六二件（六・九パーセント）、前払割賦販売が二七〇件（五・二パーセント）を占めている。ただし、それらの契約の対象となる商品または役務は多様であり、実際にはさまざまな種類の契約がそこに含まれている。なお、店頭販売契約または商品先物取引など、上記に分類できないその他の契約については、一三八三件（二六・五パーセント）を占めている（通商産業省・前掲注(4)一〇頁以下）。

(6) 津谷裕貴「先物取引被害一一〇番報告」先物取引被害研究一一号（平成一〇年）一九頁以下、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『先物取引被害救済の手引〔六訂版〕』（民事法研究会、平成一一年）四頁以下。

(7) 津谷・前掲注(6)「先物取引被害一一〇番報告」二六頁以下。もつとも、具体的な事例については詳らかにされていないので、取引に入つてからの説明等々が問題となつているケースも相当数含まれているであろうが、契約締結段階での勧誘や説明等に問題があるケースも相当数にのぼるものと思われる。

(8) 大神周一「先物取引と犯罪との関連調査結果」消費者法ニュース四三号（平成一二年）九七頁以下、同「不祥事件の報告と対応」先物取引被害研究一五号（平成一二年）一五頁以下。

(9) 大神弁護士は、調査結果をふまえて、次のようにいう。「横領行為者等に重大な責任があることは事実であろうが、勧誘されるまでは、先物に何の関心も知識もなかつた者が、先物取引のドロ沼に落ち苦悩の果てに横領等の行為に及んでいるのであり、解雇されて生活の道は閉ざされ、被害償償等に親族までが多額の資産を失い、多くの場合実刑判決を受ける。／……／わずか八〇社にすぎない先物業界でこのようないい不祥事を続発させ続けているのであり、この現状はまさに社会的害悪と言える」

(大神・前掲注(8)「先物取引と犯罪との関連調査結果」九七頁)。

(10) 日本フランチャイズチェーン協会では、フランチャイズを次のように定義している(日本フランチャイズチェーン協会編『フランチャイズ・ハンドブック』〔第四版、平成七年〕七四頁)。「フランチャイズとは、事業者(『フランチャイザー』と呼ぶ)が、他の事業者(『フランチャイジー』と呼ぶ)との間に契約を結び、自己の商標、サービス・マーク、トレード・ネームその他の営業の象徴となる標識、および経営のノウハウを用いて、同一のイメージのもとに商品の販売その他の事業を行なう権利を与え、一方、フランチャイジーは、その見返りとして一定の対価を支払い、事業に必要な資金を投下して、フランチャイザーの指導および援助のもとに事業を行なう両者の継続的関係をいう」。なお、川越憲治「フランチャイズの定義(上)」NB L三〇〇号(昭和五九年)七一頁以下も参照。

(11) 詳しく述べると、フランチャイズチェーンの総数は九二三チエーン、総店舗数は一九万二四五〇店、総売上高は一六兆一九〇〇億二二〇〇円であり、そのうちコンビニエンスストアの店舗数は三万六二六五店、売上高は六兆一八八二億五〇〇〇万円にのぼる(「一九九八年度FC統計調査」フランチャイズエイジ平成二一年一一月号四頁以下)。

(12) 「二〇〇〇年版日本コンビニ産業統計」隔月刊コンビニ二〇〇〇年四月号一六四頁以下。この統計は、メーカー三社(メーカー名は不詳)が、コンビニエンスストア向け新商品開発のために、協力して実態調査を行つてある調査機関である「MCR (Manufacturer CVS Researcher)」の調査によるものである。

(13) 朝日新聞平成一〇年四月八日朝刊二一面。

(14) 本間重紀編『コンビニの光と影』(花伝社、平成二一年)六六頁。

(15) 「コンビニ紛争 司法の判断を」日本経済新聞平成一〇年六月一七日夕刊三面。

(16) 本間・前掲注(14)『コンビニの光と影』三六頁。

(17) 多少古いものではあるが、公正取引委員会が、昭和五七年に行つた調査によれば、加盟希望時の説明状況について不十分で

あると答えた加盟店は、有効回答数の六・二パーセントにとどまるが、収益状況等に関して加盟時の説明と実際の事業経営が著しく違うと答えた加盟店は、有効回答数の一八・三パーセントにのぼる（公正取引委員会事務局取引部取引課「フランチャイズ・システムに関する調査結果」公正取引三九六号〔昭和五八年〕二五頁以下）。

(18) フランチャイズをめぐる裁判例については第六章で詳しく検討するが、さしあたり、情報開示の問題を含め、幅広く裁判例を紹介したものとして、川越憲治「フランチャイズ・システムの判例分析〔新版〕」（商事法務研究会、平成二二年）を参照。

(19) 「特集・フランチャイズの地獄」週刊ダイヤモンド平成一〇年六月二〇日号二四頁以下参照。なお、「特集・フランチャイズ大誤算」週刊ダイヤモンド平成一一年二月六日号二六頁以下にも、フランチャイズをめぐる紛争が紹介されている。

(20) 行澤一人「継続的取引関係の終了に関する法的考察（三）——アメリカ法を中心として——」神戸法学雑誌四一巻三号（平成三年）八一〇頁。

(21) 中小小売商業振興法制定以前のものではあるが、詐欺的なフランチャイズが多くみられる」とを指摘するものとして、小柳泰治「フランチャイズ・システムをめぐる犯罪の諸問題」自由と正義二四巻四号（昭和四八年）一一頁以下参照。

## 第二節 特別法上の諸規定による解決とその問題点

### 一 緒論

第一節では、本来事業者間の契約であるフランチャイズ契約も含め、情報収集能力および交渉能力にまさる当事者の一方から他方当事者に対してなされた虚偽あるいは不十分な情報提供が原因で発生したトラブルの現状を概観

した。このようなトラブルについては、特別法においていくつかの解決手段が用意されているが、必ずしも十分なものであるとはいえない。したがって、その場合には、民法上の諸法理による解決が試みられることになるが、さまざまな制約から十分な解決を導き出すことが困難である場合も多い。

そこで、以下においては、情報提供をめぐる問題に対する現行法上の対応とその問題点について検討する。まず、従来より存在するいわゆる「業法」における開示規制について検討したのち、一種の包括的な規制立法として近時制定された「消費者契約法」および「金融商品販売法」について順次検討を加えていく。

## 二 従来の「業法」による規制とその限界

### (1) はじめに

例えば、事業者と消費者のように、情報収集能力あるいは交渉能力が異なる当事者間で契約が締結された場合に、さまざまな業種において、能力にまさる当事者の一方からの虚偽の情報提供、あるいは情報の不告知等を原因とする被害が数多く発生している。また、事業者が契約内容を開示しないことから生じるトラブルも少なくない。

そのため、従来から、トラブルが多く発生している業種で行われる取引については、業種別行政的規制立法——いわゆる「業法」——において、契約内容等に関する開示規制がなされている。<sup>(1)</sup>

契約締結の際における開示規制についての規定が存在する法律のうち、特定の業種を規制する法律としては、以下のものがある。すなわち、①宅地建物取引業法（以下、「宅建業法」という）、②旅行業法、③保険業法、④証券取引法、⑤銀行法、⑥商品取引所法、⑦海外商品市場における先物取引の受託等に関する法律（以下、「海外先物

取引法」という)、⑧金融先物取引法、⑨特定商品等の預託等取引契約に関する法律(以下、「特定商品等預託法」という)、⑩ゴルフ場等に係る会員契約の適正化に関する法律(以下、「ゴルフ場等会員契約適正化法」という)、⑪有価証券に係る投資顧問業の規制等に関する法律(以下、「投資顧問業法」という)、⑫抵当証券業の規制等に関する法律(以下、「抵当証券業法」という)、⑬商品投資に係る事業の規制に関する法律(以下、「商品ファンド法」という)、⑭特定債権等に係る事業の規制に関する法律(以下、「特定債権法」という)、⑮不動産特定共同事業法等である。また、特定の形態をとる取引を規制する法律としては、⑯訪問販売等に関する法律(以下、「訪問販売法」という)、⑰割賦販売法、等がある。<sup>(2)</sup>

以下においては、これらの法律について、開示規制の内容、さらに効果という観点から検討を進めることとしよう。

## (2) 開示規制の内容

各法律で要求されている開示規制の内容について、簡単に紹介することにしよう。<sup>(3)</sup>

ここではまずあげられるのは、契約内容にかかわる事項等を記載した書面を交付する義務を課す規定である。もつとも、書面交付をすべき時期については、①訪問販売法や割賦販売法のように、契約締結前(または申込時)および契約締結時とするもの<sup>(4)</sup>、②投資顧問業法のように、契約締結前や契約締結時だけではなく、契約締結後にも報告書の交付等を求めるもの<sup>(5)</sup>、③商品取引所法や海外先物取引法のように、受託契約等の締結前または締結時、および具体的な売買契約等の締結時にそれぞれ交付を求めるものとに分かれる。先物取引のように、リスクが大きく、かつ取引が継続的に行われるものにあっては、非常に慎重な対応が用意されているといえるであろう。なお、宅建業

法では、媒介契約締結時および宅地建物の売買契約等の締結時に、それぞれ書面を交付する必要がある。<sup>(7)</sup>

契約締結前ないし契約締結時に書面の交付が義務づけられる場合に、そこに記載される内容としてあげられているのは、契約の対象となる商品ないし役務の対価、履行時期、契約の解除やクーリング・オフに関する事項、特約等、契約の基本的な部分にかかわるものが多い。また、商品先物取引等、取引自体のリスクがきわめて高いものについては、取引にリスクが存在することを記載することが定められている。<sup>(8)</sup>

このほか、事業者側から顧客に対し、直接説明することを求める規定も存在する。例えば、宅建業法三五条は、顧客に対し、重要事項説明義務を負う旨を定め、旅行業法一二条の四是、顧客に対し、契約条件について説明する義務を負う旨を定めている。また、平成一〇年に行われた金融システム改革の一環としてもうけられた銀行法一二条の二は、第一項で銀行が預金等の受入れに関して顧客に対して情報提供を行う旨を定め、第二項でそれ以外の業務に関する重要な事項を顧客に説明するなどの措置を講じなければならない旨を定めている。<sup>(9)</sup>

さらに、契約締結を勧誘する際に、契約に関する事項で顧客の判断に影響を及ぼすことになる重要事項等についての不実告知または不告知を禁止するものが多くみられる。また、リスクの高い投資取引においては、しばしば、顧客に対し、利益を生じることが確実であると誤解させるような断定的判断を提供することが禁止されている。<sup>(10)</sup>

ちなみに、開示規制とは直接関係しないが、威迫や暴力等による勧誘等を禁止する規定や、いわゆる適合性原則を定めているとされる規定も存在する。<sup>(11)</sup>

なお、広告に関してもさまざまな規制がなされているが、本稿の直接の検討課題ではないので、ここでは省略する。<sup>(12)</sup>

### （3）開示規制違反の効果

上述のような開示規制に違反した場合の効果としては、まず、刑事罰があげられる。刑事罰が科されるのは、重要事項に関する不実告知あるいは不告知の場合、または書面の不交付の場合がほとんどであり、前者の方が罰則は重くなっていることが多い。<sup>(15)</sup>また、刑事罰が科されない場合でも、開示規制違反行為があつた場合には、監督官庁から報告を求められたり、または、監督官庁の立入検査を受けることがある。場合によつては、監督官庁から指示あるいは勧告を受けたり、業務改善命令、業務停止命令等の行政処分を下される場合がある。

以上のような公法的な面からの効果に対して、私法的な面での効果としては、開示規制違反の場合の直接の効果を定めたものではないが、いわゆるクーリング・オフの規定があげられよう。クーリング・オフ制度とは、一定の期間内であれば顧客は特別な理由なしに無条件で、かつなんらの負担もなしに、契約の申込みを撤回し、あるいは契約を解除できる制度である。<sup>(16)</sup>このクーリング・オフに関する規定のある法律は増加してはいるが、本節で取り上げたすべての法律で採用されているわけではない。ちなみに、これも開示規制に直接関係するものではないが、訪問販売法などでは、契約が有効に成立したこと前提として、一部の契約につき中途解約権が認められている。<sup>(17)</sup>

また、保険業法二八三条は、生命保険募集人または損害保険募集人が保険募集につき発生させた損害に関して、保険会社の賠償責任を規定している。この責任は、民法七一五条の使用者責任と同様、代位責任を定めたものとされており、保険業法三〇〇条一項に定める重要な事実に関する不実告知または不告知等があつた場合には、不法行為の違法性要件を充足するという見解もある。<sup>(18)</sup>

なお、フランチャイズ契約については、昭和四八年に公布・施行された中小売商業振興法が、その一条で特定連鎖化事業に関する情報開示について規定している。ここでいう「特定連鎖化事業」とは、フランチャイズ・チ

エーンを念頭においたものであるが、ホテル・レンタル事業等のサービス業種等は含まれないとされている。<sup>(20)</sup>しか  
も、特定連鎖化事業を行う者がこれらの事項を開示しない場合には主務大臣が勧告をなすことができ、その勧告に  
も従わないと認める場合にはその旨を公表することができるのみで、罰則についてはまったく定めがないなど、規  
制としては非常に弱いものとなっている。

#### (4) 小括

以上、いわゆる「業法」による開示規制について概観した。このような規制は、さまざまな業種あるいは取引形  
態にわたっているが、個別的な規制には有効であっても、情報提供に関するトラブルが生じている取引のすべてに  
対応することはできない。また、ここで検討してきた法律は、その多くが非常に大きな被害が発生し社会的問題と  
なったのちに制定されたもので、しかも、ほとんどが政令により適用対象となる商品や役務を指定する「指定商品・  
指定役務制」を採用しているため、「後追い規制」であるとして批判が大きい。<sup>(21)</sup>

さらに、効果の面に目を向けると、ほとんどの法律で刑事罰ないし行政処分が予定されており、厳しい対応が用  
意されているといえるであろう。しかしながら、顧客の私法的救済という観点からは、救済に直接つながるものは  
あまり存在しない。とりわけ、投資取引でしばしば問題とされる断定的判断の提供については、これを禁止する規  
定は存在しても、刑事罰も科されず、私法的な救済も与えられていない。クリーニング・オフ制度にしても、現状で  
は一部の取引で適用を予定されているにとどまるうえ、期間的な制約があるため、十分活用されているとはいが  
たいであろう。<sup>(22)</sup>

また、「業法」違反を理由として、民法上の規定に基づく責任を問おうとしても、取締法規違反の場合における

私法的効力の有無、という問題が生じてくる。<sup>23)</sup>

したがって、個別の取引を対象とする「業法」による規制には、おのずから限界があるといわざるをえない。

### 注

(1) いわゆる「業法」については、長尾治助「消費者契約」谷口知平・五十嵐清編『新版注釈民法（一三） 債権（四）』（有斐閣、平成八年）二二三頁以下を参照。

(2) なお、商品の規格、品質等の表示を義務づける法律は、本稿では取り扱わない。この点につき、浜上則雄・加賀山茂「商品表示と消費者保護（上・下）」ジュリスト六八九号一一一頁以下、六九〇号（以上、昭和五四年）一一五頁以下、国民生活センター編『表示規制法概説』（日本評論社、昭和五四年）、大村敦志『消費者法（法律学大系）』（有斐閣、平成一〇年）二二三頁以下、等を参照。

(3) 開示規制については、経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編『消費者取引の適正化に向けて——第一五次国民生活審議会消費者政策部会報告とその資料——』（大蔵省印刷局、平成九年）八六頁以下、山田誠一「勧誘規制」ジュリスト一一三九号（平成一〇年）三九頁以下でも紹介されている。

(4) 訪問販売法四条・五条（訪問販売）、九条の六・九条の七（電話勧誘販売／なお、申込みを承諾した場合にも通知が必要〔九条の八〕）、一四条（連鎖販売取引）、一七条の三（特定継続的役務提供）、割賦販売法三条・四条・四条の二（割賦販売）、二九条の二・二九条の三（ローン提携販売）、三〇条・三〇条の二（割賦購入あっせん）、旅行業法一二条の四・一二条の五、特定商品等預託法三条、ゴルフ場等会員契約適正化法五条、抵当証券業法一五条・一六条、特定債権法五七条・五八条を参照。

(5) 投資顧問業法一四条・一六条、不動産特定共同事業法一二・二五条を参照。なお、証券取引法二三条は目論見書の作成を義務づけ、一五条は届出を有する有価証券の取得を届出の効力発生後に制限し、その場合に目論見書の交付を義務づける。また、

- (8) 例えば、商品先物取引については、商品取引所法一三六条の一九で書面に記載することになっている「主務省令で定める項目」の中に、「商品市場においては商品取引員に預託した委託証拠金の額に対して過大な額の取引を行つており、当該委託証拠金の額を超える額の損失が生じる可能性がある旨」があげられている（商品取引所法施行規則四七条二項二号）。
- (9) 金融システム改革により、銀行が投資信託等のリスクのある商品を扱うことが可能になったことから、銀行法施行規則（大蔵省令）では、預金者等に対する情報提供（施行規則一三条の三）のみならず、債券の権利者に対する情報提供（施行規則一三条の四）、金銭債権等と預金等との誤認を防ぐための顧客に対する説明（施行規則一三条の五）を義務づけている。この点については、松野知之「[金融サービス法]をめぐる今後の検討について——銀行等の説明義務を中心に——」金融法務事情一五三五号（平成二一年）二〇頁以下を参照。
- (10) 宅建業法四七条一号、旅行業法二三条一項二号、保険業法三〇〇条一項一号、海外先物取引法九条、特定商品等預託法四条、ゴルフ場等会員契約適正化法七条、商品ファンド法二三条、四三条（二三条を準用）、特定債権法六一条・二項、不動産特定共同事業法二〇条、訪問販売法五条の二第一項（訪問販売）、九条の九第一項（電話勧誘販売）、一二条一・二項（連鎖販売取引）、一七条の五第一項（特定継続的役務提供）。
- (11) 保険業法三〇〇条一項七号、証券取引法四二条一項一～四号・二項（一項一～二号を準用）、商品取引所法一三六条の一八同法四〇条は、証券先物取引等に関しては契約締結前の説明書の交付を義務づける。さらに、同法四一条は、証券会社に対して、有価証券の売買、証券先物取引等の成立時に、顧客への取引報告書の交付を義務づけている。
- (6) 商品取引所法一三六条の一九・一三六条の二一、海外先物取引法四～七条、金融先物取引法六九～七一条、商品ファンド法一六条～一八条（商品投資販売契約）、三五～三八条（商品投資顧問契約）を参照。
- (7) 媒介契約締結時の書面交付義務については、宅建業法三四条の一、また売買契約等締結時の書面交付義務については、同法三七条に規定されている。

## 契約関係における情報提供義務（一）（宮下）

第一号、金融先物取引法七四条一号、海外先物取引法一〇一条一号、商品ファンド法二四条一号、四三条（二四条一号を準用）、不動産特定共同事業法二一条一項、ゴルフ場等会員契約適正化法八条三号に基づく同法施行規則（通商産業省令）一条。宅建業法については、利益に関する断定的判断の提供が四七条の二第一項で、周辺環境・交通等に関する断定的判断の提供が四七条の二第三項に基づく宅建業法施行規則（建設省令）一六条の七第一号イで、それぞれ禁止されている。

(12) 宅建業法四七条の二第二項、金融先物取引法七四条四号、特定商品等預託法五条一号、ゴルフ場等会員契約適正化法八条一号、投資顧問業法二二条一項一号、三〇条の三（第二項一号）、抵当証券業法一九条一号、特定債権法六二条一号、不動産特定共同事業法二一条二項、訪問販売法五条の二第二項（訪問販売）、九条の九第二項（電話勧誘販売）、一二条三項（連鎖販売取引）、一七条の五第二項（特定継続的役務提供）、商品ファンド法二四条三号に基づく商品投資販売業者の業務に関する省令（大蔵＝通商産業省令）七条一号。

(13) 証券取引法四三条一号、商品取引所法一三六条の二第五項四号、商品ファンド法二四条三号に基づく商品投資販売業者の業務に関する省令七条三号、不動産特定共同事業法二一条三号に基づく同法施行規則（大蔵＝建設省令）一九条四号。

(14) 広告に関する規制には、広告に表示すべき取引態様や内容を規定するものと、誇大広告を禁止するものとがある。前者にあたるものとして、宅建業法三四条一項、旅行業法一二条の七、投資顧問業法二三条一項、商品ファンド法三四条一項（投資顧問契約）、不動産特定共同事業法一八条二項、訪問販売法八条（通信販売）、一三条（連鎖販売取引）、割賦販売法三条四項（割賦販売）、二九条の二第四項（提携ローン販売）、三〇条四項・五項（割賦あつせん販売）。後者にあたるものとして、宅建業法三三条、旅行業法一二条の八、金融先物取引法六八条、ゴルフ場等会員契約適正化法六条、投資顧問業法二三条二項、抵当証券業法一四条、商品ファンド法一五条（投資販売契約）、三四条二項（投資顧問契約）、特定債権法五六条、訪問販売法八条の二（通信販売）、一七条の四（継続的役務提供）。なお、広告をめぐる法律問題については、長尾治助『広告と法——契約と不法行為責任の考察——』（日本評論社、昭和六三年）、同編著『アドバタイジング・ロー』（商事法務研究会、平成二年）、櫻

井閉郎『広告の法的意味——広告の経済的効果と消費者保護——』（勁草書房、平成七年）等を参照。

(15) 本稿で取り上げた法律をみると、不実告知の場合には、懲役刑または罰金刑、あるいは双方を併科するものが多いが（宅建業法八〇条、訪問販売法二二条など）、書面の交付義務違反の場合には、罰金刑のみ科す（宅建業法八二三条など）、あるいは懲役刑を科す場合でも、不実告知と較べて軽減されていることが多い（訪問販売法二二条の二〔連鎖販売取引〕など）。

(16) クーリング・オフ制度については、長尾治助「クーリング・オフ権の法理」「消費者私法の原理——民法と消費者契約——」（有斐閣、平成四年）二七二頁以下（初出は、立命館法学二八三二一八四号〔昭和六一年〕三八二頁以下）、伊藤進「クーリング・オフ制度と契約理論」『消費者私法論（私法研究著作集第一〇巻）』（信山社、平成一〇年）一二三頁以下（初出は、法律叢六三巻四〔平成三年〕三五七頁以下）、河上正二「クーリング・オフ」についての考察——「時間」という名の後見人——『法学六〇巻六号〔平成八年〕』一六六頁、等を参照。ちなみに、これらの見解では、クーリング・オフという法定された申込撤回権または契約解除権を民法原理と接合しようという試みがなされており、「情報提供義務」ないし「説明義務」と民法理論との接合を図ろうとする本稿の立場からは興味深い。

(17) 申込みの撤回または契約の解除が認められるものとして、宅建業法三七条の二、保険業法三〇九条、特定商品等預託法八条、ゴルフ場等会員契約適正化法一二条、訪問販売法六条（訪問販売）、九条の一二（電話勧誘販売）、一七条（連鎖販売取引）、一七条の九（特定継続的役務提供）、割賦販売法四条の三（割賦販売）、二九条の四第一項（ローン提携販売／四条の三を準用）、三〇条の六（割賦購入あっせん／四条の三を準用）。契約の解除が認められるものとして、投資顧問業法一七条、商品ファンド法一九条、特定債権法五九条、不動産特定共同事業法二六条がある。クーリング・オフの期間はおおむね八日間であるが、投資顧問業法一七条、商品ファンド法一九条では一〇日間、特定商品等預託法では一四日間、また連鎖販売取引につき、訪問販売法一七条では二〇日間とされている。

(18) 特定商品等預託法九条一項、訪問販売法一七条の一〇。平成一一年の訪問販売法改正により、いわゆるエステティックサロ

## 契約関係における情報提供義務（一）（宮下）

- ン、語学教室、家庭教師、学習塾等の特定継続的役務提供取引に関しても、中途解約権が認められた。平成二一年訪問販売法改正の経緯については、通商産業省産業政策局消費経済課編『平成二年版 訪問販売等に関する法律の解説』（通商産業調査会、平成二二年）三四四頁以下を参照。また、中途解約権をめぐる議論については、長尾治助「契約の継続的拘束からの離脱」『消費者私法の原理——民法と消費者契約』（有斐閣、平成四年）二九九頁以下（初出は、ジュリスト九一六号〔昭和六三年〕一〇〇頁以下）、等を参照。
- (19) 木下孝治「損害保険代理店の説明義務と顧客による商品選択」損害保険研究五八卷二号（平成八年）一九九頁以下。
- (20) 佐藤英一「中小小売店の近代化をめざして——中小小売商業振興法のねらい——」時の法令八五二号（昭和四九年）八頁以下。
- (21) 竹内昭夫「訪問販売と消費者保護」『消費者保護法の理論』（有斐閣、平成七年）三五一頁以下（初出は、ジュリスト八〇八号〔昭和五九年〕九頁以下）、河上・前掲注(16)一八九頁以下。河上教授は、「民法上の原則に介入しないように」との謙抑的な配慮によつて、いささか奇妙な形で、いわば『業法的民法』の領域を拡大しつつあることは決して好ましい事態とは思われない」という。
- (22) 河上・前掲注(16)二二六頁は、このような現状をふまえて、とりわけ高齢者の「クーリング・オフ権」の拡充を提言している。
- (23) 行政的取締法規違反の契約の効力に関して、実務上、規定の趣旨と違反行為の態様の双方を総合評価し、具体的契約の有効・無効が判断されると指摘するものとして、加藤雅信「行政的取締法規違反の私法的効力」『現代民法学の展開』（有斐閣、平成五年）一六七頁を参照（初出は、『独禁法審決・判例白選（別冊ジュリスト八一号）』〔有斐閣、昭和五九年〕二〇一頁）。
- 【付記】**本稿脱稿後、「訪問販売等に関する法律及び割賦販売法の一部を改正する法律」が国会で可決・成立し（平成二二年法律第二二〇号）、平成二二年一月一七日に公布された。これに伴い、「訪問販売等に関する法律」（訪問販売法）は、「特定商取

## 説論

引に関する法律」に題名が変更され、新たに内職商法・モニター商法を念頭に置いた「業務提供誘因販売取引」につき、広告規制、契約締結時における書面交付義務、クリーニング・オフ（二〇日間）等の規定がもうけられた。また、「連鎖販売取引」についても、広告規制の強化等がなされている。その他の規定の内容は訪問販売法とほぼ同様であるが、条数が改められるなど、若干の変更が加えられた。これらの変更点については、回を改めて触ることにする。改正法については、官報二九九八号（平成二二年一月一七日）一頁以下を参照。