

契約関係における情報提供義務（一二・完）
——非対等当事者間における契約を中心に——

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 統計調査にみる問題状況

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、一八五号）

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（以上、一八七号）

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

第一節 はじめに

第二節 ドイツ法における情報開示に関する規定とその限界（以上、一九三号）

第三節 情報提供義務の根拠をめぐる議論

第四節 情報提供義務の具体的な根拠を探索する見解の検討

——いわゆる「動的システム論」による基礎づけの試みを中心に（以上、一九四号）

第五節 情報提供義務の具体化を志向する見解の検討

第六節 情報提供義務に関するBGB上の諸法理の相互調整

第七節 小括（以上、一九五号）

第四章 わが国における情報提供義務をめぐる議論状況

第一節 はじめに

第二節 意思表示に関する規定の要件を緩和するために情報提供義務を活用する見解

第三節 「契約締結上の過失」論により情報提供義務を基礎づけようとする見解

第四節 情報提供義務を、契約当事者の自己決定基盤を確保するための手段として位置づける見解

第五節 結論（以上、一九七号）

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——

第一節 商品先物取引をめぐる問題状況の概観（以上、一九八号）

第二節 商品先物取引に関する裁判例の分析

—— 国内公設市場における商品先物取引被害を中心に

一 緒論

二 裁判例全体の概観

三 情報提供義務ないし説明義務違反が認定された場合における責任追及のための実定法上の根拠
四 勧誘行為における違法性判断の際に重視される具体的な根拠（以上、一九九号）

五 具体的な取引内容の違法性判断基準

六 違法性があると判断された場合の法律上の効果

—— 損害賠償と過失相殺を中心に

七 先物取引業者からの差損金支払請求の可否

第三節 小括（以上、二〇〇号）

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 ——

第一節 フランチャイズ契約をめぐる問題状況の概観（以上、二〇三号）

第二節 フランチャイズ契約に関する裁判例の分析

第三節 小括（以上、二〇四号）

第七章 結語

第一節 私見の枠組み

第二節 「契約上の債務」としての情報提供義務

第三節 具体的な契約類型における私見の展開

第四節 残された問題

第五節 結論（以上、本号）

第七章 結語

第一節 私見の枠組み

一 本章の構成

以上、第一章から第四章までは総論的検討、第五章および第六章では各論的検討を行ってきた。そこで本章では、これまで検討した結果をふまえて、結論を述べることにしよう。

本稿の立場は、契約締結段階において情報提供義務違反があった場合に、第一に契約責任の追及、第二に契約の無効の方法、第三に不法行為責任の追及を可能にしようとするものである。第一の問題については、法律行為論を柔軟に考え、いわゆる「周辺の合意」・「前提的保障合意」についても契約債務の成立を認めるという見解を採用したうえで、契約責任の追及を可能にしようというものである。第二の問題については、「合わせて一本」、さらには「合わせ技的公序良俗違反」という考えを採用するとともに、他方で三層的法律行為論の考え方を受け継いで、

契約を無効にすることを可能にしようとするものである。第三の不法行為責任で処理するのは、契約交渉段階に情報提供義務違反があったが、最終的な契約締結に至らなかった場合である（ただし、第三の問題については、本稿では直接取り扱わない）。

以上の結論を、本章ではより具体的に検証することとしよう。まず本節では、本章における議論の前提としてこれまでに得られた結果を簡潔にまとめることにする。次に第二節では、本稿の立場を、先に述べた第一・第二の問題にかかわる諸見解、とりわけ契約締結前の当事者の意思を契約関係に取り込んでいこうとする諸見解をもとに検証する。そのうえで第三節では、第五章および第六章でそれぞれ検討した商品先物取引とフランチャイズ契約という二つの契約類型を用いて、私見を展開することにした。さらに、第四節で残されたいくつかの問題について検討したのち、第五節で最終的な結論を述べることにしよう。

二 本論文の概要

（１）ここでは、結論を述べる前提として、前章までの議論を簡潔にまとめておく。（２）ではわが国で情報提供義務について論ずる必要性を、（３）ではドイツでの情報提供義務論をめぐる議論状況とわが国の議論への示唆を、（４）ではわが国での情報提供義務をめぐる議論状況を、（５）では具体的な取引類型における情報提供義務論の展開を簡潔に記すことにしたい。

（２）民法上、契約当事者は能力的に対等であって、契約締結の判断に際して情報が必要であれば、自らの責任で

収集することが前提となっている。しかし、今日の取引社会においては、経済の高度な発達に伴い、商品や取引内容が複雑で多様なものとなっていった結果、一方の当事者が他方の当事者と較べて、知識や情報収集能力の面でかなり劣った立場におかれることが少なくない。その中で登場してきたのが、情報提供義務（ないし説明義務）を能力的にまさる当事者に課した上で、その義務違反があつた場合における責任追及を可能にしようという考え方である。本稿は、商品先物取引とフランチャイズ契約という二つの取引類型における具体的な事例分析を通して、情報提供義務という概念を明らかにすることを試みている（第一章）。

わが国の統計調査をみても、さまざまな取引において、契約締結段階における説明・勧誘態様の問題性が指摘されている。以上のような事態に対応するために、いわゆる「業法」やより包括的な民事ルールである消費者契約法や金融商品販売法でも、事業者の開示義務違反、情報提供義務違反あるいは説明義務違反があつた場合の民事的効果も定められているが、それらの適用範囲にはいずれも限界がある。そこで、民法上の諸規定による解決が図られるが、それらの要件を緩和しようという試みには、それぞれの趣旨に由来する制約がある。そのため、前述した「合わせて一本」論等が登場することになる（第二章）。

（3） わが国の議論に大きな影響を与えたドイツでは、情報提供をめぐる紛争の解決法理として、「契約締結上の過失」理論が発展してきた。この理論がカバーしてきた分野は、二〇〇一年に改正されたドイツ民法典（BGB）上に明文で規定されたが、情報提供義務そのものについての一般的な規定が設けられたわけではなく、その根拠や内容についての具体的な探求作業がなお必要となる。この点については、消費者保護、職業上の責任、信頼といった抽象的概念に根拠を求める見解も示されているが、それらは具体的な事例における個別の義務を基礎づけるには

不十分である。

そこで、抽象的な概念によるのではなく、個別具体的な事例分析をもとに情報提供義務の根拠や内容を探ろうとする試みが登場してきた。その中には、いわゆる「動的システム論」を用いて、①「情報提供の必要性」、②「情報提供の可能性」、③「機能（活動）領域」という三つの要素から情報提供義務を基礎づけようとするものがある。これに対して、動的システム論を用いずに、特別な信頼を惹起するような「先行行為」がある場合に、契約締結上の過失に基づく責任が正当化されるという見解もある。また「契約締結上の過失」責任に基づき「過失による誤導」があった場合の責任追及が可能になると、「情報提供に関する故意のドグマ」を採用するBGB上の諸法理との調整が必要となる。そこで、どちらの法理も、意思の自由を保護し、または自己決定を尊重するという点からは共通するとして、情報提供義務を自己決定権を実質化するものとして捉える見解が登場した。この立場でも、情報提供義務の具体的内容の探求がなされている。

以上のドイツ法の営為は、わが国の法状況を分析するうえで、次のような示唆を与える。まず、情報提供義務論と民法上の諸法理との原理面および要件・効果面での調整、すなわち情報提供義務の全民法体系における位置づけという点からの分析が必要となる。さらに、その分析にあたって義務の根拠や内容を抽象的に検討するのではなく、さまざまな事案の具体的な分析を通してその要素を抽出することが重要となる（第三章）。

（４）次にわが国の情報提供義務をめぐる議論に目を向けると、大きく分けて次の三つの方向性に分けられる。すなわち、①フランス法を参照しつつ、詐欺・錯誤など意思表示に関する規定の要件を緩和する手段として情報提供義務を活用する見解、②ドイツ法を参照しつつ、「契約締結上の過失」論により情報提供義務を基礎づけようとする

見解、③契約当事者の自己決定基盤を確保するための手段として、情報提供義務を位置づける見解である。

ただ①については、詐欺・錯誤という規定の文言に由来する一定の限界が存在する。また、②については、「契約締結上の過失」論自体の存在意義に疑問がもたれており、その正当性が疑わしい。③については、情報格差自体はどのような契約にも存在しうるのであり、具体的な基準を明らかにすることが求められる。いずれの見解も、情報提供義務という概念と民法上の理論との接合を図っている点では評価できる。ただ逆にこれらの見解からは、情報提供義務を一義的に捉えることが困難であり、個別の契約類型ごとに具体的な事例を分析しなければならないことが明らかとなる（第四章）。

（5）以上の観点から、本稿では、商品先物取引およびフランチャイズ契約という二つの契約類型をとりあげ、具体的な分析を試みた。

商品先物取引では、基本契約締結にあたって、業者側が取引の開始までの間に相手の能力に応じて十分な理解を得られる時間をとることを前提として説明をなしているかどうかが問われる。そのうえで業者が、顧客に積極的な行動を求めるような形で勧誘を行うなど、いわば先行行為が存在するような場合には、業者は、自らがなした説明が不十分であることによって生じた責任を負うことになる（第五章）。

フランチャイズ契約においては、売上予測・収益予測等をめぐる裁判例を中心に検討した結果、情報提供義務の有無に関して次の三つのレベルで判断されていることが明らかとなった。すなわち、①売上予測・収益予測等の情報に関する加盟者側の重視度、②提供された情報内容の実現可能性に関する加盟者側の認識の有無、③情報の客観性・正確性の有無という三段階である。ただそれぞれの段階で、当該フランチャイズの業種、加盟者の職業・経験

等、加盟者側が契約締結の準備に際してとった行動、本部側の説明態様、営業開始後の加盟者側の落ち度などが考慮されている（第六章）。

（6）以上の検討をふまえて次に必要となるのは、（5）で述べた具体的な事例分析により得られた結果を、一の冒頭に示した本稿の結論との関係で理論的に検証することである。この点については、次の第二節および第三節において詳論することしよう。

第二節 「契約上の債務」としての情報提供義務

一 「意思」と契約の成立

第一節に述べたように、本稿では情報提供義務を「当事者の意思」に基づく「契約上の債務」の内容をなすものとして位置づけることにより、情報提供義務違反を契約責任として追及することが可能になるという立場を提示した。しかしながら、このような結論を得るためには、一見自明のように思われるそもそも意思とは何か、意思という言葉でカバーされる範囲はどこまでかという問題に目を向ける必要がある。

もちろんこの問題については、すでにさまざまな形でわが国でも論じられてきたところであるが、ここでは契約が成立する前の段階における当事者の意思をどのようにくみ取るべきかという観点から展開されてきた見解を参照しながら、本稿における結論を検証することとしよう。具体的には、次の二で、契約締結前の交渉段階における法的

責任に関する議論を發展させる契機となった「熟度論」と、それを受けて展開された契約理論、さらには、三でいわゆる「同意的合意」・「前提的保証合意」をも意思に取り込むことを可能にしようとする「三層的法律行為論」をとりあげることとする。そして四では、以上の二つの見解をふまえたうえで、再び情報提供義務を契約上の債務として捉えるということの意義を確認することしよう。

二 「熟度論」と情報提供義務

(1) 「熟度論」の提唱

いわゆる「熟度論」という考え方を最初に提唱したのは、鎌田薫教授である。鎌田教授は、不動産売買契約の成否に関する論稿において、手付金の授受があるまでは書面の交付があろうとも当事者間には債権債務が発生しないという不動産取引業界の一般的取引慣行と、書面を交付したときに契約が成立したという当事者の意識とが乖離した「あいまいな状態での法律関係」⁽¹⁾を例にして、次のようにいう。「我々は、売買契約について、財産権移転の意思と対価支払の意思の合致があった時を境とし、それ以前は何らの債権債務関係も存在せず、それ以後は両当事者は債権債務関係の鎖で固く結びあわされるという観念を抱いているが、……実生活においてはそのような截然たる区別はなし難く、中間的な段階が存在する……。その場合に、一方でこれをあえて明確に区別すべく契約成立の認定基準を確立しようという考え方が生じてくるのは当然であるが、他方では、契約関係はそもそもその端緒から完全な履行の終了に至るまで段階的に成熟していくものであって、これがある時点を境に、無から有に転ずると考えることは全く観念的であるとの考え方もあり得てよいように思われる」。そのうえで、契約の成熟度に応じて責任や

保護の程度を段階的に捉えたり、さらには一方の当事者は契約に拘束されているが、他方はいまだ拘束されていないと考えることも可能になるという。⁽²⁾

ここでとりわけ重要なのは、契約が徐々に成熟していく過程であっても当事者が拘束される中間的な段階が存在し、さらにその成熟度に応じて各当事者の責任や保護の程度が異なるという指摘である。裏を返せば、各当事者それぞれの契約成立を念頭に置いた行動が蓄積されることにより、徐々に合意が形成されていくのであるから、最終的な契約の債権債務の内容も各当事者が徐々に作り上げていくとも考えられる。そうであれば、契約締結に際して重要な情報提供を求めたり、あるいはそのような情報提供をするという当事者の行動も契約を築き上げていく重要な要素であり、そもそも情報提供をすること自体が当事者の合意として形成され、それが契約における債権債務の内容となると考えることも十分可能になろう。

（２）「熟度論」のさらなる展開

（ア）「熟度論」の二つの展開

鎌田教授により提起された「熟度論」は、その後、横山美夏教授⁽³⁾や池田清治教授⁽⁴⁾に代表される契約交渉段階における責任に関する実証研究に結実していくこととなった。

これに対して、他方で「熟度論」は河上正二教授により契約締結前の段階における契約理論としてさらなる発展を遂げることとなった。ここでは、当事者の「意思」とは何かという観点から、河上教授によって展開された契約理論をやや詳細に検討することとしよう。

(イ)「意思」の尊重

熟度論について検討する際には、その基本にある当事者の「意思」についての捉え方を確認する必要がある。この点について、河上教授は、「個人個人の自由な意思の展開を支えている契約制度の持つ積極的側面と独自性を承認しつつ、契約法の守備範囲とその将来を考えていくべき」として、社会における取引関係を「意思」という側面から捉えることの重要性を説く。⁽⁵⁾ また別の論稿では、契約制度全体がその実現と展開を保障しているのは「生身の人間の意思」であり、そこでは自由な自己決定（自律性）という個人の人格に根ざした価値を中心に社会を眺める必要があるという。そのうえで、「既存の取引社会の信頼にかなった『礼儀正しい』意思や『理性的な』意思ばかりでなく、ときに愚かしく一見不合理とみえる個人個人の意図や意思決定さえも、許容しうる範囲でできるだけ実現してやろうとする契約法の基本的態度」こそが、「生き生きとした社会を生む」と指摘する。⁽⁶⁾

このように、具体的な当事者の意思を、場合によっては不合理であると思われるものであっても、許容しうる範囲で可能な限り尊重しようとする立場が、次の（ウ）で検討する熟度論の新たな展開にも大きな影響を与えている点に、まずは留意しなければならない。

(ウ)「部分的約束」・「中間的合意」と契約の成立

河上教授は、契約の熟度と成立の問題について、契約成立までの「過程」・「交渉関係」を重視し、契約を「連続的な社会関係の一部として観察」している。⁽⁷⁾ 具体的には、契約とは、「単体の約束として存在するものばかりではなく、むしろ小さな『部分的約束』の有機的な結合体とか、経過的な約束の積み重ねとみられるべきものが少なくない」と指摘する。そのうえで、契約交渉過程での挫折に関する責任の根拠は、「できあがりつつあった小さな約束に対する違反」であり、「契約」の成立によってはじめて現実履行の強制が可能になるとしても、それに至る過程

で当事者は徐々に小さな約束によつて（そしてその限りについて）拘束を受ける」として、契約交渉の当事者は「契約成立時点いかんにかかわらず一定の責任を負担しあう」と主張する。¹⁸⁾そして契約は、「ドンデン返しのリスクを伴ったいくつもの中間的合意や小さな約束の積み重ねとして成熟していくものであり、その態様も目的物・取引類型・交渉の『場』に応じてさまざま」であつて、契約交渉の挫折に関する責任は、上の諸要素をはじめ交渉の進捗状況・先行行為の妥当性・交渉のイニシアティブ・挫折原因の主たる原因などにより相関的に決定されるという。¹⁹⁾

この見解は、直接には契約交渉における不当破棄の問題を念頭に置かれて論じられたものであるが、交渉当事者間における「部分的約束」や「中間的合意」がその限りについて拘束力をもつという点は、契約が成立した後であってもそうした「部分的約束」や「中間的合意」などが契約当事者を拘束し、それらのものが契約の中に取り込まれる可能性を示唆しているともいえるであろう。

（エ）契約の内容とは何か

先に（ウ）で述べた点を確認するためには、契約の内容についての河上教授の見解を検討する必要がある。この見解によれば、契約の内容は大きく「核心的合意部分」と「付随的合意部分」とに分けられるが、「核心的合意部分」の中に契約成立に向けた不可欠の「要素」が指定される。具体的には、次のように説明される。ここでいう「核心的合意部分」とは、「もっぱら契約当事者が意識にのぼらせて交渉し、主観的関与のもとで形成される契約の中心部分」であり、「付随的合意部分」とは、「中核となる合意部分を実現するための技術的な条件や、トラブルが発生した場合の紛争処理に関するもの」である。いずれにしても、当事者が互いに引き受けた債務の内容の精密な確定は、結局のところ具体的な個々の「契約の解釈」によつて定まる。ただ、「核心的合意部分」についてあえて共通項を抜き出すと、「誰と誰がいかなる商品について、いかなる対価で、どのような取引をしたのか」という内容（契約

当事者・給付目的物・対価・契約の法性」を中心的な構成要素にして形成されている。そして、「核心的合意部分」とは、「要素」（契約を成立させ契約の法性を決定する機能）を中心にして、当事者間で互いにその内容について了解をとりつけながら形成されていくもので、きわめて主観的色彩の強いものであり、熟慮の結果たる「実質的合意」と呼ぶにふさわしいものである必要がある¹⁰⁾。

このように、契約内容が当事者の「実質的合意」によって形成されているという指摘は、先の（ウ）で述べた「部分的約束」や「中間的合意」が拘束力をもつと考えることと相まって、契約をより実態にそくして捉えようとする点できわめて重要である。

（オ）「独立的合意」と「吸収的合意」

上述した見解を、さらに企業間の「組織型契約」において展開したのが、村井武氏（平井宜雄教授と連名）の論稿である。この論稿では、交渉とは「取引主体の間で契約の成立を意図して行われるところの、部分的な・かつ事実上の合意が積み重ねられていく過程」であり、その合意には、①「独立的合意」と②「吸収的合意」の二つが存在するとされる。①は、契約交渉過程の秘密保持義務など、「契約成立の成否と独立であり、かつ将来契約が成立してもその契約の一部とならない性質をもつ合意」である。これに対して、②は「契約が成立したならば契約の内容となるであろう合意」であり、「契約成立の暁にはその内容に吸収される」ことになる。そして、②「吸収的合意」は、「将来成立する契約の内容の一部となるべき合意だ」という意味で『部分的』な合意であり、契約当事者となるべき者は、その部分的な合意に何らの法的意味を認めていない（法的に意味を認めるべきなのは、将来成立する契約だけである）という意味で、『事実上の』合意にはかならない¹¹⁾という。

この「吸収的合意」論も、契約締結前の当事者の意思を契約上の債務に取り込み、契約を実態にそくして把握す

る試みとして評価できよう（なお村井＝平井論稿の立場とは異なり、筆者は、契約成立前であつても部分的な合意に当事者が法的意味を認める場合があり、その場合には不法行為責任の追及が可能であると考ええる）。

（3）「熟度論」・当事者の「意思」と情報提供義務

以上で検討してきた「熟度論」と、それを受けて展開されてきた契約理論をもとに、情報提供義務のあり方について考えてみることにしよう。

すでに述べたように、伝統的な契約理論とは異なり、契約成立以前の段階における当事者の関係についても何らかの法的な関係を認めるべきであるということは、共通の理解になつてきているように思われる。当事者間における「部分的約束」や「中間的合意」がその限りで拘束力をもつという見解や、「吸収的合意」という見解も、上述の理解に具体的な基礎づけを与えようとする観点から提示されている。

本稿が検討対象とする情報提供義務に目を向けると、商品先物取引やフランチャイズ契約をめぐる紛争で情報提供義務違反が認められたケースでは、能力的に劣る当事者の一方が契約締結の判断に関わる重要な情報を必要としている場合に、能力的にまさる他方の当事者も相手方におけるそうした情報の欠如を前提にして行動していることが確認できた。そうであるならば、むしろそうした情報を提供することが明示的に表示されていなくとも、当事者の一種の合意として契約の内容として取り込み、さらにそれに拘束力を付与すると考えることができよう。

また、契約内容を「核心的合意部分」と「付随的合意部分」に分けて考える観点から情報提供義務を眺めるならば、情報提供義務にもそうした二面性が認められるように思われる。すなわち、情報提供の内容が契約の重要な部分を単に補完するような内容であれば、情報提供に関する一種の合意を付随的合意部分と捉えることになろうが、

契約締結の判断、すなわち契約の成否を左右するような重要な情報であれば、そうした合意をむしろ核心的合意部分と捉える方が、当事者間の関係をより直截に反映しているといえる。そうであるならば、契約の成否を左右するような情報を提供すること自体を、契約上の債務として捉えることは十分に可能であると考ええる。

三 「三層的法律行為論」と情報提供義務

(1) 「三層的法律行為論」の提唱

第一章第二節一（本連載第一回・法政論集一八五号七六頁）でも述べたように、契約上の債務という概念を広く捉えることにより、情報提供義務を、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いう本稿の見解は、「周辺の合意」・「前提的保証合意」論とその後展開された「三層的法律行為」論に示唆を受けたものである。そこでここでは、この「周辺の合意」・「前提的保障合意」論および「三層的法律行為」論との関係で、本稿における情報提供義務の捉え方を再度検証することとしよう。

(2) 「周辺の合意」・「前提的保証合意」論と「三層的法律行為」論

(ア) 三層的法律行為論の内容

加藤雅信教授は、まず表示行為とそれに対応する限りでの内心的効果意思という二層構造を前提としてきた伝統的な法律行為論に対して、いわゆる「動機の錯誤」にあたる諸事例の分析をふまえて、「従来、表示行為と内心的効果意思とされていたものの奥に、法律行為の双方の当事者に共有されていた、非表層的な、前提をめぐる『深層意

思』が存在」することを指摘する。そのうえで、「その深層意思の合致も契約内容の一部をなし、当事者を拘束する」と考えるべきであるという。例えば、偽作の絵画がA↓B↓Cと転売された事例で、最高裁がA―B間、B―C間いずれの売買契約も無効と判示したものがあつた。加藤教授は、A―B間の売買ではAが絵画が真作と保証するような言動をしており、絵画が真作であるという前提事実の錯誤発生に關与していたこと、またB―C間の売買では両当事者に真作という共通理解があつた一種の動機の共通錯誤であることが、無効の原因であると指摘する。ここでは表示行為と内心的効果意思のレベルでの「表層合意」をもとに絵画売買契約が成立しているが、この表層合意の背後に、表示されていない、絵の真作性についての「前提的合意」、すなわち絵が真作であるという『深層意思』の合致がある（ちなみに、この深層意思の合致は、明示的な場合もあるがむしろ黙示的なものであることが通例とする）。そしてこのように、表示行為と内心的効果意思により形成される表層合意が深層意思における前提的合意に基礎を置くと双方の当事者が考えている場合に、表層合意と前提的合意に齟齬があれば、契約の無効が導かれるという¹²⁾。

以上のような検討を経て、従来の法律行為論が「内心的効果意思―表示行為」という二段階で法律行為を捉えていたのに対し、加藤教授は「深層意思―内心的効果意思―表示行為」という三段階でそれを捉えるという「三層的法律行為論」を提唱している。

（イ）三層的法律行為論と意思表示の柔軟な把握——周辺の合意・前提的保証合意との関係

この説は、例えば、中古車売買において目的物に瑕疵があり自動車としての用をなさなかつたという事例では、伝統的に契約内容と考えられてきた目的物移転の合意のみならず、契約に「自動車」という言葉を用いている以上、売買価格に応じた走行可能性等の性状・機能に關する合意も含まれていると考えられるという。そうであるな

らば、こうした契約の前提となる目的物の性状・機能に関する合意、すなわち「前提的保証合意」も契約の内容に含まれることになる。¹³⁾

さらに別の論稿では、前日に火災で焼失していた別荘の売買契約のように、従来「原始的不能」とされてきた事例も、売主が「売る」ということは「売れる」ということも含意しているはずであり、その部分は所有権の移転可能性についての前提的保証合意があったと評価できることになって、その合意も契約内容の一部を構成することになる。その結果、「原始的不能」あるいは「契約締結上の過失」という概念を観念する必要性はなくなると指摘する。¹⁴⁾ また同じ論稿で、契約が有効に成立したことを前提として責任を追及している場合には、従来「契約締結上の過失」の一類型とされてきた分野も契約責任の追及という枠組みで考えるべきであり、契約締結上の過失概念の廃棄を提唱していたことは、本稿でもすでに紹介したところである（本連載第六回・法政論集一九七号二二八頁）。

さらに「前提的保証合意」（あるいは、「周辺の合意」ともいう）と「三層的法律行為論」との関係についても問題となる。加藤教授によれば、深層意思による前提的合意や周辺の合意の部分も法律行為論に取り込むという「柔軟な意思解釈」をすることで、契約的規律が可能になるという。ちなみに、上述した「前提的保証合意」や「周辺の合意」は、言語表現を伴う表層合意として現れることもあれば、言語その他の表示を伴わない深層意思として現れることとなる。例えば、中古車売買であれば、走行可能性等の目的物の属性についての合意は、表層合意として「自動車」という言語による表示行為を伴って現れる。しかし別荘売買であれば、別荘の移転可能性は明確な表示行為を伴わない「含意」なので、黙示の意思表示として表層合意と捉えることも、深層意思レベルの前提的合意と捉えることもできる。ただ、債務不履行による損害賠償や契約解除は、いずれも基本的に表層合意のレベルで論じられるべき問題なので、前提的保証合意や周辺の合意が、表層合意として捉えられるときのみ、これらを追及でき

ることとなる。¹⁶⁾

なお三層的法律行為論の立場からは、すでに（ア）で述べた絵画の偽作売買契約の事例のように、表層合意が成立してもそれと前提的合意とに齟齬がある場合には、契約は無効となる。

さらに、当事者間に深層意思の合致（前提的合意）がなくとも、すなわち深層意思の不一致があっても、それを主張することがエストツベル（禁反言）の原則に反する場合などは、表層合意に基づく主張することは信義則に反し許されないとされる。¹⁶⁾ 例えば、高速道路建設計画がないにもかかわらず、高速道路の建設計画を聞きつけた者がその入口近くに土地を購入し、契約締結時に売主に動機は表示され、あるいは予見可能であったという事例では、当事者間に高速道路建設計画があることについての前提的合意は存在しない。もつともこの場合には、「前提的基礎情報について買主が誤認したことにつき、売主に非難可能性があるかどうか」で契約の無効・取消しの有無が決められるという。すなわち、当該高速道路計画に関する買主の誤情報入手に対する売主の関与の度合いが強い¹⁷⁾か、あるいは第三者の詐欺を知っていながらそれに乗ずる等の場合に、契約の無効・取消しの主張が認められる。

四 小括

以上では、契約締結前ないし契約締結時に当事者が有している意思を、契約の中に取り込むとする二つの見解について検討してきた。本稿では、情報提供義務を当事者の意思に基づく債務として契約の中に取り込むという提言をしてきたが、それは「熟度論」、「部分的約束」・「中間的合意」論、あるいは「周辺の合意」・「前提的保障合意」論、「三層的法律行為」論など、これまで積み重ねられ発展してきた契約理論のうち、とりわけ当事者の行動

の源泉を当事者の意思に求める見解の延長線上にある。本稿の試みは、上述した諸見解、とりわけ「周辺の合意」・「前提的保障合意」論、「三層的法律行為」論を、情報提供義務の分野で具体化しようとするものである。（なお、「周辺の合意」・「前提的保障合意」論は、フルーメの法律行為論にも通ずるところがあるが、この点の理論的検討については別稿を予定している）

そこで次の第三節においては、本稿で分析対象とした商品先物取引とフランチャイズ契約という二つの取引類型を用いて、私見を具体的に展開することにしよう。

注

- (1) 鎌田薫「不動産売買契約の成否（民法判例レビュー 不動産）」判例タイムズ四八四号（昭和五八年）二〇頁。
- (2) 以上の部分については、引用も含めて鎌田・前掲注(1)二二頁。
- (3) 横山美夏「不動産売買契約の『成立』と所有権の移転（二）——（二・完）——」フランスにおける売買の双務予約を手がかりとして——早稲田法学六五巻二号一頁、三号（以上、平成二年）八五頁。
- (4) 池田清治「契約交渉の破棄とその責任——現代における信賴保護の一態様——」（有斐閣、平成九年）（初出は、北大法学論集四二巻一号一頁、二号（以上、平成三年）一四七頁、三号一頁、四号一頁、五号一頁、六号七一頁、四三巻一号（以上、平成四年）六三頁）。
- (5) 河上正二「『契約の成立』をめぐって（二）——現代契約論への一考察——」判例タイムズ六五五号（昭和六三年）一四頁。
- (6) 河上正二「契約の成否と同意の範囲についての序論的考察（二）」NBL四七〇号（平成三年）四九頁。なお同様の指摘は、すでに河上・前掲注(5)同頁でも以下のような形でなされている。「ある程度類型化されるにせよ『抽象的合理的平均人』の行為

規範を超えて、一見非合理で愚かしい個々の人間の意図をも、自由な意思活動の発現としてある程度尊重し許容できるような社会こそ実り豊かであるとの認識に立てば、契約制度は、それなりに魅力的である」。

(7) 「契約の成立」をめぐって（二）——現代契約論への一考察——判例タイムズ六五七号（昭和六三年）二八頁。

(8) 河上・前掲注(7)二六頁以下。なお、河上教授は、契約の成立時点を「当事者が『引くに引けない』と感じる事態に陥った時点」である捉える。この「引くに引けない」時点について、当事者双方が納得できる線を策定するのは容易ではないが、「契約法が当事者の意図に則してできるだけそれを実現すべき法制度であるとするならば、当事者の意識や『相場』をかけ離れて契約の成立時期を定めてみても妥当な結論は得られ難い」という（以上については、河上・前掲注(5)一七頁）。ここでも、当事者の本来の「意思」を尊重していこうとする河上教授の基本姿勢が、如実にみとることができよう。

(9) 河上・前掲注(7)二八頁。

(10) 河上・前掲注(6)四五頁以下。

(11) 村井武平井宜雄「交渉に基づく契約の成立（上）——企業間における『組織型契約』に焦点を合わせて」NBL七〇二号（平成一二年）六頁。

(12) 加藤雅信「新民法体系Ⅰ 民法総則」（有斐閣、平成一四年）二二六頁以下（引用は、二七〇頁）。

(13) 加藤雅信「売主の瑕疵担保責任——危険負担の代金減額請求権説提唱のために——」『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）、同・前掲注(12)二七八頁。

(14) 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、同・前掲注(12)二七七頁以下。

(15) 加藤・前掲注(12)二七八頁以下。

(16) 加藤・前掲注⁽¹²⁾二七〇頁以下および二八三頁。

(17) 加藤・前掲注⁽¹²⁾二六七頁以下。

(18) ちなみに、契約における債務の範囲を幅広く捉えるという観点からは、滝沢昌彦教授の「約束」論も興味深い。ここでいう「約束」とは一方的な債務負担行為であり、それが承諾されれば拘束力を生じることになるものをいう（滝沢昌彦『契約成立プロセスの研究』（有斐閣、平成一五年）二九頁）。そして「契約の成立以前の当事者の法的責任」にも、「一方の意思表示のみによって成立し、かつ、契約よりは拘束力の弱い約束概念」は活用之余地があるという（同書二二頁）。なおクロチウスに由来する「約束」理論とそれを受けて展開されたブーフエンドルフの「合意」理論については、筏津安恕「失なわれた契約理論——ブーフエンドルフ・ルソー・ヘーゲル・ボワソナード——」（昭和堂、平成一〇年）を参照。なお筏津教授は、契約当事者の給付の均衡を図る *aequitas* 原則には「情報の対等性」という広義の意味があり、そこに「情報開示義務」も含まれていたことも指摘する（同書三九頁、筏津安恕『私法理論のパラダイム転換と契約理論の再編——ヴォルフ・カント・サヴィニー——』（昭和堂、平成一三年）九四頁以下、同「ドイツ近代史法学における三つの自由意思概念」名古屋大学法政論集二〇一号（二〇〇四年）一五七頁）。

第三節 具体的な取引類型における私見の展開

一 商品先物取引における勧誘態様と私見の展開

（1）商品先物取引における勧誘態様

第五章で検討したように、商品先物取引においては、顧客がそもそも商品先物取引自体の意味を理解しないま

ま、その基本委託契約を締結するケースが散見される。中でも、業者からの積極的な勧誘行為がなされた事例を分析すると、①顧客がそもそも現物取引と商品先物取引の区別ができていないのに、その勘違いを肯定する発言をする場合、②顧客に一応のリスクは説明しながら、その危険性を打ち消す発言をしている場合、③顧客に必要以上に積極的な投資を決意させるような発言をしている場合がある。

また、業者が法定交付書面である「商品先物取引委託のガイド」（以下、「ガイド」という）など商品先物取引のしくみや危険性について書かれた説明書類を交付したと説明義務との関係も問題となるが、ここでは年齢・経歴・取引経験などをふまえて判断される顧客の理解能力に加えて、業者側の具体的な説明行動が考慮されている。この説明行動には、④書類に書かれている内容を誤解させるような説明をした場合だけではなく、⑤顧客の理解を得るだけの時間を与えずに契約を締結したり、契約締結直後に個別取引を開始した場合も含まれる（以上の点については、本連載第八回・法政論集一九九号一〇二頁以下を参照）。

（２）私見の展開

そこで以下では、（１）の各場面において私見がどのように展開されるかを検討することにしてしよう。

まず、①の場合には、顧客はそもそも商品先物取引の仕組みについて、理解しないまま契約を締結している。また、⑤の場合には、商品先物取引の仕組みを理解できない場合もあるうし、仕組みはある程度理解できたとしても、取引のリスクを理解していない場合がほとんどである。第二節で検討した「周辺の合意」・「前掲的保障合意」論および「三層的法律行為」論では、次のように説明できよう。

①の商品先物取引の仕組みを理解していない場合としては、例えば知識が不十分でもと金と金の現物取引に興味

をもっている顧客に対して、商品先物取引は現物よりも有利であると勧誘した事例がある。⁽¹⁹⁾このような場合には商品先物取引にかかわる基本契約を締結することについての表層合意は存在するが、商品先物取引のしくみについての認識が一致しておらず、むしろその不一致は業者の説明行動により作り出されている。この場合には、商品先物取引のしくみについての前提的合意の不存在（深層意思の不一致）を、業者が不誠実な行動で作りに出したという信義則違反があったと考えて、契約に基づく主張を業者に認めないという途をとることが可能であろう。そして、このような勧誘態様だけで契約の無効などを導くことに躊躇するような場合には、事業者の一般的な営業姿勢等の諸要素も考慮したうえで、合わせ技的公序良俗違反として処理することもできよう。

また⑤の場合には、法定交付書面である「ガイド」を交付してから説明に要した時間がわずか二五分だった事例や、顧客が長文読解の困難な視覚障害者であるにもかかわらず、上記の「ガイド」を受領した翌日に実際の取引を開始させた事例がある。⁽²¹⁾この場合には、①の場合と同様に基本契約締結についての表層合意は存在するが、取引のリスクについての認識が一致しておらず、むしろその不一致は業者の説明行動により作り出されている。

ここでは業者の具体的な説明行動により、二通りの方向性が考えられる。第一に、業者側が特に商品先物取引の危険性に言及しなかった場合には、①の場合と同様に、取引のリスクについての前提的合意の不存在（深層意思の不一致）を、業者が不誠実な行動で作りに出したという信義則違反等が問題となる。第二に、業者側が「商品先物取引には危険がない」と明言し、それを顧客が信用した場合には、いわば「危険がない」という言語による表示行為を伴う「周辺の合意」ないし「前提的保証合意」が存在し、これが表層合意を形成しているといえる。したがって、虚偽あるいは不正確な情報提供をしたことは、表層合意の債務不履行として構成されることになろう。

次に、②と④の商品先物取引の仕組みを理解していても取引のリスクを理解していない場合について検討しよ

う。②については、例えば一応リスクを説明しつつも勧誘にあたった外務員が自ら「プロ」であることを強調して自己責任の自覚を促さなかった事例や、リスクについて一定の説明はしたもの、もうけ話を強調してリスクの十分な理解を妨げた事例がある。④については、説明の際に外務員が「半分以上のマイナス」、「最低限の損失」というメモを「ガイド」に記載したことで、委託証拠金の半分が損失の最低限であると顧客が誤解したことが認定された事例がある。これらの場合には、顧客は商品先物取引のリスクを一応理解したうえで、業者の説明により、当該取引に関してはリスクがないものという誤信を生じている。ここでは、結果的に商品先物取引のリスクに関する前提の合意が存在しない（＝深層意思の不一致が存在する）と考えることも、業者側の説明に基づき少なくとも当該取引に関してはリスクが生じないという「周辺の合意」ないし「前提的保証合意」が成立したと考えることも可能である。前者であれば、深層意思の不一致について業者の信義則違反があったことを理由に契約に基づく主張を認めないか、あるいはは合わせ技的公序良俗違反を理由に契約を無効とすべきである。また後者であれば、⑤の場合と同様に、当該取引のリスクに関する周辺の合意あるいは前提的保証合意が存在し、これが表層合意を形成しているといえる。したがって、虚偽あるいは不正確な情報提供をしたことは、表層合意の債務不履行という形で処理されることになるう。

さらに③については、直前に別の商品先物業者との間で行った取引で多大な損失をこうむった女性に、その業者から別の業者に移籍した外務員が「借金はすぐ返せる」と勧誘した事例がある。このように、いわば利益保証に近い形で当該取引には危険がなく利益が確実に得られる旨、業者が明言したような場合には、周辺の合意あるいは前提的保証合意があったものと考えられる。したがって、虚偽あるいは不誠実な情報提供をしたことについて表層合意の債務不履行責任を追及することが可能となるう。

二 フランチャイズ契約における勧誘態様と私見の展開

(1) フランチャイズ契約における勧誘態様

第六章で検討したように、フランチャイズ契約の裁判例をみると、本稿で中心的に検討した売上予測・収益予測をめぐる一連の事例では、フランチャイジーたる加盟者は、フランチャイズシステムそのものについては一応理解をして契約を締結したが、フランチャイザーたる本部の説明した通りの売上げあるいは収益が得られなかった点が問題となっている。このように、フランチャイズ契約における売上予測・収益予測をめぐる紛争事例では、取引の仕組みやリスクについての一般的な理解は一応存在するといえよう（なおこのことは、詐欺的なフランチャイズ契約にはあてはまらない。これについては、次の(2)を参照）。

そのうえで、本稿では次の三つの段階で、情報提供義務違反が考慮されていることを示した。すなわち、①加盟者が本部の提供した売上予測・収益予測等に関する情報を重視して契約を締結したか、②本部により提供された情報の内容が実現されるものと加盟店側が認識しているか、③その情報が客観的な調査によらずに提供されたものであるか、または正確性に欠ける場合であるかという三段階である（以上の点については、本連載一回・法政論集二〇四号二七七頁を参照）。

(2) 私見の展開

そこで、(1)で述べた三段階のレベルに従って、私見を展開することとしよう。

ここで注意しなければならないのは、フランチャイズの売上予測や収益予測にあつては、予測通りの売上げや収

益が得られることの保証が成立するわけではない点である。ここでは、予測は外れることがあるということを前提に一定の目安を提供したものであると考えられるが、そうであるとしても、当事者間には、ある種の合理的な方法に基づく一定程度の相当性をもった予測を提供しているという含意はあるはずである。それがいわばセールスストーリーのようなものであつて合理的なものでなかった場合には、先に述べた含意の範囲で成立した周辺の含意の債務不履行責任が問題となりうる。

まず①については、加盟者が本部と協力して積極的に売上予測・収益予測調査に加わっているうえ、本部が資料を作成したのは加盟者が契約締結を決定した後であると認定された事例がある。このように加盟者が売上予測・収益予測等の情報を重視せずに契約を締結した場合には、本部側から正確な情報提供がなされることについてそもそも当事者間で合意が成立しないことになる。そうであれば、情報提供義務違反を論ずる余地がそもそも存在しない。

次に、②については、加盟者の年齢・経歴・取引経験などをふまえて判断される顧客の予測能力・理解能力も考慮したうえで、売上予測・収益予測等が予測通りには達成できないことを認識していたか否かが問題となる。例えば、コンビニエンスストアを含めた多数の経営経験があり、しかも売上不振を理由にその経営から撤退した者は、他業種のフランチャイズチェーンであってもそもそも試算通りの利益が得られると認識していたとは認められないという事例がある。このように、加盟者が予測通りには達成できないという認識をしていたのであれば、本部側は情報提供義務違反には問われないことになる。

そこで③の検討に移ることになるが、この段階では、売上予測・収益予測の算定根拠となるデータの数値の正確性・合理性が問題となる。ここでいう正確性・合理性とは、予測通りの数値が実際に達成できることは意味しない。仮に予測通りの売上げや収益が得られなかったとしても、その数値の算定自体は、フランチャイズの対象とな

る業種の特性もふまえて合理的な根拠に基づいて判断されており、かつその限りでは明確で誤りのない算定がなされているのであれば、予測には合理性があったものと判断されることになる。あくまでも予測である以上は、それが完全に正確にはできないことが前提となっていることに注意しなければならない。

ただし、本部側の不誠実な態度が原因で予測が狂った場合には、先に述べたように周辺の合意の債務不履行として処理することが可能であるし、そのような形で明確に捉えることができない場合には、深層意思の不一致が信義則違反によりもたらされた場合として、本部側から契約に基づく主張をすることが封じられることになる。

このような不誠実な態度には、三つの場合が考えられる。第一に、本部側が予測の基礎となるデータの正確性・合理性に特に言及していないが、そのデータの正確性・合理性に疑問があることは認識しており、かつ加盟者がそれを信用していた場合である。例えば、本部側が実際に予測をしたにもかかわらず、そこで得られた具体的な数値を告げずに高めの売上予測を伝えたことを理由に、本部側の責任を認めた事例がある。第二に、本部側が予測の基礎となるデータの数値の正確性・合理性に特に言及しておらず、その正確性・合理性に疑問があることを認識していなかった場合である。例えば、売上予測や収益予測の算定の根拠となった具体的事項（入店率の算定根拠²⁸⁾、競合店の存在の考慮²⁹⁾、商圈人口・範囲の算定基準の根拠³⁰⁾など）に、実際には合理性がなかったという事例が散見される。第三に、本部側が数値の正確性・合理性に言及し、かつ加盟者がそれを信用した場合がある。例えば、本部の担当者が調査前に「調査の結果がすべてである」として、調査終了後にも調査結果を過度に強調し、かなり楽観的かつ強気の見通しを立てたことを、本部側の責任を認める理由としてあげている事例がある³²⁾。

なお、詐欺的なフランチャイズ契約にあつては、そもそもフランチャイズシステムそのものが機能しないにもかかわらず、その状況を本部側が意図的に伝えず取引の仕組みやリスクについての理解が妨げられている。この場

合には、端的に詐欺と構成することも可能であるが、詐欺とまでいえないまでも、フランチャイズシステムのしくみそのものについての前提的合意が存在せず（＝深層意思の不一致が存在し）、その不一致について本部側に信義則違反があるとして、本部側からの契約に基づく主張を封ずることも可能となる。

三 小括

以上のように、商品先物取引とフランチャイズ契約の二つの類型を詳細に検討すると、次のことがいえる。

商品先物取引においては、商品取引業者から顧客に提供された情報に基づいて表層的レベルで周辺の合意あるいは前提的保障合意がなされている場合には、表層合意の債務不履行を理由に契約責任の追及が可能となる。それと同時に、双方の当事者に前提的合意が存在するとはいえない（＝深層意思の不一致が存在するといえる）場合には、そうした不一致について、商品取引業者が相手方に誤信を生じさせるような行動をするなど、信義則違反がある場合に契約に基づく主張が封じられることもできよう。そして、このような勧誘態様だけで契約の無効を導くことに躊躇するような場合には、事業者の一般的な営業姿勢等の諸要素も考慮したうえで、合わせ技的公序良俗違反として処理することもできよう。

また、フランチャイズの売上予測や収益予測にあつては、予測通りの売上げや収益が得られることの保証が成立するわけではない。ここでは、予測は外れることがあるということを前提に一定の目安を提供したものであるが、その場合でも、当事者間にはある種の合理的な方法に基づく相当性のある予測を提供しているという含意は存在するはずである。それがいわばセールストークのようなものであつて合理的なものでなかった場合には、先に述べた

含意の範囲で成立した周辺の合意の債務不履行責任が問題となりうる。なお、そのような形で明確に捉えることができない場合には、深層意思の不一致についての信義則違反により本部側からの契約に基づく主張を封ずることもできよう。

注

- (19) 静岡地浜松支判平成一三年一〇月二五日先物取引裁判例集三二卷二二頁。
- (20) 札幌地判平成一三年八月二四日先物取引裁判例集三一卷一七一頁。
- (21) 大阪地判平成一三年六月一四日先物取引裁判例集三一卷一五四頁
- (22) 前掲注(19)と同じ裁判例。したがってこの場合には、取引のしくみの理解、または取引のリスクの理解という二つの観点からの主張を同時にすることも許されることになる。
- (23) 札幌地判平成一四年三月六日先物取引裁判例集三三卷一〇五頁。
- (24) 岡山地判平成五年九月六日先物取引裁判例集一五卷六九頁。
- (25) 札幌地判平成一三年九月七日先物取引裁判例集三三卷一頁。
- (26) 東京地判平成元年一月六日判時一三六三九二頁、判タ七三二二四九頁。
- (27) 名古屋地判平成一四年五月一〇日判例マスターII二〇〇三年後期版(新日本法規出版、平成一五年)判例番号二〇〇二〇五一〇〇〇〇一。
- (28) 名古屋地判平成一三年五月一八日判時一七七四号一〇八頁(第一審)、名古屋高判平成一四年四月一八日TKC法律情報データベース・LEX/DB判例番号二八〇七一九五四(控訴審)。
- (29) 京都地判平成三年一〇月一日判時一四一三三〇二頁・判タ七七四号二〇八頁。

(30) 京都地判平成三年一〇月一日判時一四一三号一〇二頁・判タ七七四号二〇八頁、東京高判平成一年一〇月二八日判時一七〇四号六五頁・判タ一〇二三号二〇三頁、福岡高判平成三年四月一〇日判時一七七三号五二頁・判タ一一二九号一五七頁、大阪地判平成三年一月二七日判例マスターⅡ二〇〇三年後期版（新日本法規出版、平成一五年）判例番号二〇〇一一一二七〇〇〇八。

(31) 福岡高判平成三年四月一〇日判時一七七三号五二頁・判タ一一二九号一五七頁、大阪地判平成三年一月二七日判例マスターⅡ二〇〇三年後期版（新日本法規出版、平成一五年）判例番号二〇〇一一一二七〇〇〇八。

(32) 京都地判平成三年一〇月一日判時一四一三号一〇二頁。

第四節 残された諸問題

一 本稿に残されている課題

以上の結果をもとにすれば、情報提供義務を契約上の債務として捉えるという本稿の主張は、十分展開可能であると考えられる。しかしながらそのためには、いくつかの残された問題についても検討しておく必要がある。以下、順次述べていくこととしよう。

二 信認義務としての情報提供義務・助言義務論

(1) 「信認義務」とは何か

近時、わが国においては、信託法を民商法の観点から捉え直し、両者の整合性を確保しようという強い動きがみられる。³³⁸ このような状況の中で、情報提供の有無が問題とされる当事者間の関係を「信認関係」とみたうえで、情報提供義務や後述する助言義務をいわゆる「信認義務」の一種として捉える見解が提示されている。そこで、この点について若干検討しておくこととしよう。

信認関係とは、信託法上展開されたものである。信託とは、わが国においては、信託法上の信託、すなわち「ある者（委託者）が法律行為（信託行為）によって、ある者（受託者）に財産権（信託財産）を帰属させつつ、同時に、その財産を、一定の目的（信託目的）に従って、社会のためにまたは自己もしくは他人——受益者——のために、管理処分すべき拘束を加えるところに成立する法律関係」を意味する。³⁴¹ 信託というのは本来英米法のエクイティ上の制度として発達したもので、コモンロー上発展してきた契約とは異質のものであり、当事者が明示の意思をもって設定したものに限られない。しかしながら、わが国においては、信託の設定は信託法の定める要件に従って意思表示により行われるものに限られるため、英米法よりも信託の成立する範囲が狭くなっている。³³⁵

ところで英米法上の信託においては、義務を負う受託者と義務の相手方との間に契約関係が存在せず、それがゆえに義務の根拠を導くものとして「信認関係」の概念が登場し、そこで受託者が負う義務を「信認義務」というと説明される。³⁶¹ ここでいう信認関係は「開かれた概念」であり、³⁷¹ 「信託を越えて、一方の他方に対する信頼を基礎とする法律関係において、義務者に対して信託の受託者に類似する義務を課すための概念として機能している」。³⁸¹ 実際

に、この信認義務という考え方は、英米法においては信託の受託者にとどまらず、医師（患者に対するカルテ開示義務）や弁護士などの専門家にまで対象範囲を拡大してきている。³³⁹

（2）信認義務と情報提供義務・助言義務

（1）で述べたように、信認関係が契約関係のないところに義務を発生させることに着目して、最初に述べたように、「情報提供義務」を信認関係により生じた信認義務として位置づける見解が登場してきている。もっとも、信認義務としての情報提供義務は、本稿が対象とする契約成立段階における情報提供義務とは異なり、わが国では契約成立「後」の問題とされている部分についてカバーするものと考えられている。⁴⁰ その結果、いわゆる情報提供義務ないし説明義務というよりはむしろ、「助言義務」を基礎づけるものとして、信認義務という概念を用いるものが多い。⁴¹

すでに本稿においても指摘しているように（本連載第六回・法政論集一九七号二三八頁）、契約当事者間に情報格差が存在する場合には、情報提供義務や説明義務にとどまらず、しばしば助言義務についての必要性が強調される。⁴²

この助言義務について、「ベストアドバイス義務」という形で積極的にその必要性を説いているのは、潮見佳男教授である。潮見教授は、投資取引を例にして、助言義務を次のように説明する。投資取引においては、個別取引に先行して、投資専門家である投資販売者と顧客（投資者）との間に、「リスクを伴う投資取引の基礎となるような特別の結合関係」が存在する。そしてこのような場合には、「契約および契約交渉に先行し、あるいは事実上の前提とされている両当事者間の取引的接触関係から、当該投資取引の基礎として一種の信認関係（信頼関係）が形成され

る」ことになる。⁽⁴³⁾ このように信認関係が存在する場合には、情報提供義務のみで行為規範を捉えるのは適切ではなく、「投資商品販売者には、投資判断に必要な情報を提供するのみならず、投資者のリスクをできるだけ抑え、投資目的と投資者の資産状態により適合した商品を積極的に提示」することが求められる。すなわち、保険仲立人や投資顧問業者に課されるベストアドバイス義務と同様に、投資者に適切な助言を行い、投資計画への積極的支援を義務づける行為規範が必要となる。⁽⁴⁴⁾ 同様に、アンドリュー・M・バーデック弁護士も、アメリカにおける信認義務論の展開をふまえ、わが国の証券取引に関する裁判例を分析したうえで、信認関係ないし信認関係に基づき証券業者が助言義務が課される場合があることを指摘する。⁽⁴⁵⁾

また今川嘉文教授は、証券取引において事実上の一任勘定取引が行われている場合には、証券業者と顧客との間に「誠実公正義務に基づく専門家責任としての『信認関係』が成立」するという。この信認関係に基づき、証券業者には投資リスクについての説明義務やいわゆる適合性原則の遵守義務などが課されることになる。⁽⁴⁶⁾ また商品先物取引についても、証券取引の分析がただちにあてはまるわけではないが、証券取引と同様に、商品取引業者には適切な取引方法の助言指導義務や、信義則上、基本契約締結後の個別取引について、その仕組みや投資リスクに関する説明義務などが生じることになるという。⁽⁴⁷⁾

このように信認関係の存在を助言義務の根拠とする見解に対して、さらに進んで情報提供義務までも信認義務として捉えようとする見解も存在する。例えば内田貴教授は、自身の提唱する「関係的契約」論と信認関係を結びつけることによって、情報提供義務を基礎づけようとする。関係的契約理論とは、権利義務の根拠を当事者の意思ではなく、当事者の関係に求めるもので、ここでいう関係とは契約の属する社会関係を、内在的規範としての一定の秩序のもとで法的判断に持ち込もうとするものである。⁽⁴⁸⁾ 内田教授は、この「関係的契約」論を前提として、情報提

供義務（および助言義務）について次のように述べる。「従来、……裁判例や法律に現れた情報提供ないし助言義務は、個別領域ごとにバラバラに分析されていた。たとえば、医療契約における説明義務にはいくつかの類型が存在するが、特定の診療行為についての契約締結に際して要求される説明義務とフランチャイズ契約締結時の情報提供義務が同列に論じられることはなかった。しかし、関係的契約という観点からみると、これらの義務は、いずれも、情報や専門的知識のアンバランスを背景に一種の fiduciary relationship が成立した場合に、その関係から生ずる説明・情報提供・助言義務を具体化したものとして理解できる。そこには、統一的な契約原理を構成することが十分可能である」⁽⁴⁹⁾。

以上のように、とりわけ助言義務をめぐっては、当事者間の関係そのものに着目して、契約外の義務として捉える傾向が強まっているように思われる。しかしながら助言とは、投資取引であれば、すべての場面で認められるわけではない。例えば、商品先物取引をめぐる裁判例で助言義務が認められたものも存在するが、商品先物取引においては商品取引業者やその担当員は助言義務を有するという一般論を展開しながら、実際には、過大な枚数の取引がなされていたという具体的な事情をもとに、「二〇〇枚を超えない枚数の建玉を更に相当期間にわたって繰り返し経験し、商品先物取引の実際について更に習熟するように助言・指導すべき義務」を負っていたと認定している⁽⁵⁰⁾。このように、実際には助言義務も当事者間の個別具体的な取引関係や態様によって、その発生そのものが左右されているといえる。

そもそも助言とは、契約締結前契約締結時の情報提供ないし説明とは異なり、いったん基本契約を締結した後の個別の取引について問題となる場合がほとんどである。そうであるならば、あえて信認義務という契約そのものとは切り離された義務として構成する必要はなく、むしろ端的に基本契約上の義務と構成すべきである。また顧客が

契約締結段階で業者からの助言があることを前提に契約を締結することも考えられるが、その場合には助言をすることが契約上の内容であると考えれば、同様に契約上の義務として処理することが可能となろう。

三 情報提供義務違反の効果——解除と原状回復的損害賠償

(1) 損害賠償の範囲

第三節において、情報提供義務違反が問題となる場面で、当事者間に周辺の合意や前提的保証合意がある場合には契約責任として構成しうるものが明らかとなったが、その効果としては契約解除ないし損害賠償がある。

ここでとりわけ問題となるのは、損害賠償の範囲である。この点については、すでに第三章第六節で紹介したように（本連載第五回・法政論集一九五号二九〇頁以下）、ドイツにおいても議論がなされている。ドイツにおいては、説明義務違反に基づく損害賠償責任が認められたとしても、その範囲は、いわゆる巻戻しといわれる範囲、すなわち基本的には消極的利益（信頼利益）の損害にとどまることになる（もともと、提供された説明があれば、別の有利な契約が当事者間で成立してそれが履行されたであろうということを、損害賠償を追及する者が立証に成功したり、一定の事例で保証責任などを認められる場合には、積極的利益（履行利益）の賠償まで認められることがある）。

ひるがえってわが国の状況を考えると、履行利益の賠償まで認めるケースがほとんどみられない点では、ドイツと同様である。第五章で検討した商品先物取引をめぐる裁判例では、弁護士費用を除けば、顧客が商品先物業者に對して支払った委託証拠金のうち未返還分に遅延損害金を加えた金額のみを損害と認めるものが大多数である（本

連載第九回・法政論集二〇〇号二五六頁以下）。また、第六章で検討したフランチャイズ契約をめぐる裁判例では、店舗改装費用などの開業準備費用やフランチャイズへの加盟契約金などについては認められるものの、営業に伴う赤字などの逸失利益については、通常努力をしてもそもそも営業実績が上がらないシステムであったような事例を除けば認められないのが通例である（本連載第一回・法政論集二〇四号二三四頁以下）。

（２）「原状回復的損害賠償」論と「不当な利益の吐き出しとしての損害賠償」論

（１）で述べた状況について、潮見教授は、直接には不公正な取引や詐欺的商法に関して不法行為に基づく損害賠償が認められた裁判例を分析したうえで、「原状回復的損害賠償」が行われていると指摘する。ここでいう「原状回復的損害賠償」とは、不法行為を理由とする損害賠償により契約の名のもとで支出した金額に相当する額の回復を命ずること、被害者にとつては、契約を（一部）無効と評価した上で給付利得の返還が認められたのと同様の経済的效果を導き出すものとされる。潮見教授は、この原状回復的損害賠償は、自己決定権の保護を目的とする情報提供義務・助言義務違反があったときに、金銭による原状回復という方法を用いて契約の効力を（部分的に）否定しているという意味で、「損害賠償制度に仮託した合意の瑕疵の救済法理として法律行為・意思表示法の中に取り込まれるべきものであることを認めるほかない」という。⁵²⁾

実際のところ、上述した商品先物取引の場合には、顧客に履行利益の賠償まで認めてしまうと本来利益を上げる可能性がきわめて低い取引で利益を得ることを前提とすることになり、またフランチャイズ契約の場合には、仮に正確な情報が提供されても確実に成功するとはいえない営業上の利益を得ることを前提とすることになる。これは不法行為構成をとるか、債務不履行構成をとるかという、法律構成の違いから導き出されるものではない。した

がつて、情報提供義務違反がなければ確実に利益を上げられたという顧客の立証があれば格別、そうではない場合には、取引が行われなかった状態へ戻すことで損害が回復されたという判断は、正当であるといえよう。そうであるならば、原状回復的損害賠償という考え方は、このようなケースではまさに当を得た考え方となる。

さらにこの点で興味深いのは、窪田充見教授による「不正に取得した利益の吐き出しとしての損害賠償」という考え方である。窪田教授はまず、損害賠償の機能には制裁機能や行為抑止機能もあるが、主たるものは損害填補機能であつて、制裁機能は損害填補機能を実現するための損害賠償の単なる反射的效果とされるか、せいぜい損害填補機能の範囲内で過失相殺などの形で実現されるにとどまるとされている現状が指摘される。そのうえで、後者の損害填補機能に抵触しない範囲内での制裁的機能に関しては、すでにほぼ承認を得ており、そのことに積極的な意味があると考えられるとして、損害賠償を「不当な利益の吐き出し」という観点から捉えることを提唱する^③。これも、損害賠償に「原状回復的損害賠償」と同様の効果を認めるものと評価できよう。

(3) 「原状回復的損害賠償」と法律行為論との関係

上述のように考えれば、契約を無効にしようと、解除しようと、あるいは損害賠償を認めようと、その効果にはあまり違いがないことになる（ただし、契約を有効としたまま損害賠償を認めることにより、違法な行為に基づく業者からの反対請求を認めることの弊害については、本連載第九回・法政論集二〇〇号二六二頁以下を参照）。しかしこの点について潮見教授は、原状回復的損害賠償という処理方法は、「合意の瑕疵を扱う諸制度および公序良俗制度が充実し、かつ契約の一部無効の理論が整備されるまでの過渡的な方法というべきではなからうか」と評している。その理由としては、「およそ契約の有効性を抜きにして当事者の行為に対する無価値評価（違法評価）を前

提とした原状回復的損害賠償を語ることには限界がある」ことがあげられている。⁽⁵⁴⁾

たしかに、不法行為による損害賠償は契約が有効であることを前提としているとするのが一般的な考え方である。しかし、当事者の一方の違法勧誘が問題となるような場合には、合わせ技的公序良俗違反を用いてむしろ契約を無効として取り扱ったうえで、違法勧誘を直截に不法行為として処理することも可能であるように思われる（この点については、本連載第九回・法政論集二〇〇号二六三頁を参照）。

もつとも、潮見教授も指摘するように、上述のような処理は「過失相殺の法理を用いて多くの学説・実務の共感を受けうる——無難な——形で解決を図ろうとしている」側面もある。⁽⁵⁵⁾ この点につき本稿では、損害賠償での紛争処理に際して安易に過失相殺することの不当性を指摘した（本連載第九回・法政論集二〇〇号二六二頁、第一回・法政論集二〇四号二三七頁以下）。例えば商品先物取引における「客殺し商法」や詐欺的なフランチャイズのように、組織的な欺罔行為が行われているような場合には、いわば業者の構造的詐欺ともいえるものである。故意に欺罔行為を行った業者と過失ある顧客との間で過失相殺をしたならば、詐欺による利益を業者に残すことを認めることになる。ここでは「過失相殺の比較量的性格」を基礎にして、故意による不法行為の場合には被害者の単なる過失では過失相殺は認められないという議論を、今一度確認しておく必要がある。⁽⁵⁶⁾

このように過失相殺について慎重な配慮をするのであれば、契約の一部無効と構成しようと、損害賠償と構成しようとして、実際には同じ効果が得られることになる。実際に生じている紛争解決をまず念頭において、契約が有効か無効かという形式にこだわるのではなく、紛争の実体に応じた多様で柔軟な解決手段を用意すべきであろう。

四 無効の法的意味

本稿では、意思表示の内容を広く捉えたうえで、当事者の意思に基づく義務として債務の中に取り込むことにより、契約義務違反責任を追及することに加えて、そのような形で明確に捉えることができない場合には「合わせて一本」論、「合わせ技的公序良俗違反」論、さらに「三層的法律行為」論を活用することにより、契約そのものの効力を失わせることを提案している。ここでいう「合わせ技的公序良俗違反」とは、「詐欺や錯誤とは直截に認定できないが、詐欺とまではいえない欺瞞的要素、錯誤とはいえない相手方の見込み違い、また……広義の能力ないし取引適格性欠格者への勧誘……、事業者の社会的問題がある行動等の要素が混在している事案では、それらを『合わせて一本』として公序良俗違反による契約の無効を認めてもよい」というものである⁵⁷⁾。

このような見解に対しては、契約がいったん有効に成立したことを前提に解除や損害賠償が認められる場合と、契約が無効になる場合とが併存するのは整合的ではないという疑問が寄せられる可能性がある。しかしながら、すでに三（三）で述べたように、情報提供義務ないし説明義務違反を理由にして、債務不履行による解除・損害賠償がなされる場合も、合わせ技的公序良俗違反により契約が（一部）無効とされる場合も、過失相殺のあり方に慎重な注意を払うのであれば、その効果に実際にはほとんど差がないといえる。むしろ、積極的に両者の併存を認め、多様で柔軟な紛争解決手段を確保することこそが重要であろう。

またこのような見解は、無効を、特定の人の主張を必要とせず、すべての者は最初から効力のないものとして取り扱わなければならないという「絶対的無効」と捉える伝統的な考え方に沿うものではない。しかしながら、近時においては、「無効の多様化」が進む中で、「一部無効」や「取消的無効」、「相対的無効」といった概念が登場し、

「無効の段階的把握」まで必要となるのではないかという椿寿夫博士の指摘に象徴されるように、画一的に無効を捉えようとする伝統的な考え方に對する疑問が強く示されている。⁵⁹⁾ また、公序良俗違反の効果をめぐるも、從來当然とされてきた絶対的無効ではなく、一部無効や相対的無効を認めるべきだという見解が強まりつつある。⁶⁰⁾

さらに、契約の有効・無効の判断は、裁判所が売買契約として保護するか否かという法律的な判断によって、保護を受ける場合が有効、保護を受けない場合が無効となるという評価の問題にすぎないとして、無効とされる可能性があるものについても取消しを認める実益がある見解も提示されている。⁶¹⁾ 同様に、無効とされる可能性があっても、「取消的無効」のように主張権者が限られるものにあつては、契約の解除や損害賠償を認める実益はあるものと考ええる。

五 立証責任の問題

最後に残されているのが、立証責任の問題である。第三節の検討から明らかとなったように、契約関係において情報提供義務が問題となる場面では、当事者間において表層合意以外に、深層意思の合致による前提的合意が存在するか否かで結論が異なることになる。

この点については、三層的法律行為論の立場からは次のように説明される。仮に表層合意としての周辺の合意や前提的保証合意の存在が問題となる場合には、その存在については債権者である商品先物取引の顧客、あるいはフランチャイズ契約のフランチャイジーたる加盟者が立証することになろう。また、深層意思の不一致による信義則違反が問題となる場合には、そのような違反があることについてはやはり債権者側が立証することになる。深層意

思が合致して前提的合意が存在し、かつそれと表層合意が齟齬する場合も、債権者側が立証することになる。⁶²⁾ もつともこの点については、契約当事者間の情報格差等に着目して、合意の存在を推定するなどの方法で立証責任を転換することも考慮されてよい。⁶³⁾

また情報提供義務違反がある場合を表層合意の債務不履行と構成するのであれば、債務不履行があること、損害が発生したこと、そして債務不履行と損害との間に因果関係があることについての立証責任は、損害賠償請求を求める債権者が負うことになる。⁶⁴⁾ もつとも因果関係については、契約当事者間の能力格差を考慮すれば、立証責任の転換も検討すべきであろう。⁶⁵⁾

注

- (33) 信託法と民商法との交錯については、二〇〇四年度の日本私法学会シンポジウムのテーマとなっているが、さしあたり「日本私法学会シンポジウム資料 信託法と民商法の交錯」NBL七九一号（平成一六年）の一連の論稿を参照。
- (34) 四宮和夫「信託法（新版）（法律学全集三三―Ⅱ）」（有斐閣、平成元年）七頁（引用は、第七刷（平成一四年））。
- (35) 以上の記述については、四宮・前掲注(34)三九頁、道垣内弘人『信託法理と私法体系』（有斐閣、平成八年）一〇頁以下を参照。
- (36) 道垣内・前掲注(35)二二頁以下。
- (37) 道垣内・前掲注(35)二三頁。
- (38) 道垣内・前掲注(35)五四頁。
- (39) 樋口範雄『フィデュシヤリ―「信託」の時代』（有斐閣、平成一一年）五頁以下。なお、道垣内・前掲注(35)三一頁以下も参照。
- (40) 樋口・前掲注(39)一七三頁以下。
- (41) 内田貴『契約の時代——日本社会と契約法』（岩波書店、平成二年）七七頁、潮見佳男『債権総論（第二版）Ⅰ——債権関

- 係・契約規範・履行障害——」（信山社、平成一五年）五七八頁以下。
- (42) なお助言義務については、本文中で紹介する信認義務により説明する見解以外にも、すでに第四章で紹介したように（本連載第六回・法政論集一九七号二三三頁以下）、消費者契約における事業者の義務を事業者の地位に基づく独立の（本来的な）義務と捉えたうえで、情報提供義務や助言義務は「消費者利益擁護義務」が具体化したものと捉える後藤巻則教授の見解なども存在する（後藤巻則『消費者契約の法理論』（弘文堂、平成一四年）一九二頁以下）。
- (43) 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——」民商法雑誌二一八巻三号（平成一〇年）六六頁。
- (44) 潮見・前掲注(41)五七九頁。
- (45) アンドリユー・M・バーデック『証券取引勧誘の法規制——「開示義務」「説明義務」を越えて』（商事法務研究会、平成一三年）二三一頁以下。
- (46) 今川嘉文『過当取引の民事責任』（信山社、平成一五年）「はじめに」一六頁（引用も同頁）。なお、同様の指摘をするものとして、今川嘉文「信認義務と自己責任原則——継続的証券取引を中心として——」神戸学院法学三三巻三号（平成一五年）五頁以下。
- (47) 今川・前掲注(46)四八七頁以下。なお、同書「はじめに」二〇頁以下も参照。
- (48) 内田貴『契約の再生』（弘文堂、平成二年）一四五頁以下、同「現代契約法の新たな展開と一般条項（二）」NBL五一五号（平成五年）一九頁以下。
- (49) 内田貴「現代契約法の新たな展開と一般条項（三）」NBL五一六号（平成五年）二五頁。
- (50) 名古屋地岡崎支判平成一二年九月七日先物取引裁判例集二九巻五二頁。具体的には、「一般投資家から依頼を受けた商品取引員及びその営業担当者は、顧客の予期しない過大な不利益が顧客にもたらされないように配慮すべき注意義務を負っており、ある方法で取引する場合にもたらされる一定の不利益について予測できる場合には、顧客に注意を促し、そのような不利益を

回避するように助言・指導すべき義務を負っている」という（引用は、六六頁）。

(51) 潮見佳男「規範競合の視点から見た損害論の現状と課題（一）」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）一二頁、潮見・前掲注(41)五七九頁以下。

(52) 潮見・前掲注(41)五八〇頁。

(53) 窪田充見「人格権侵害と損害賠償——人格的利益の侵害を契機とする民法七〇五条についてのスケッチ——」民商法雑誌一六巻四二五号（平成九年）六二頁以下。また同「不法行為法と制裁」石田喜久夫先生古稀記念『民法学の課題と展望』（成文堂、平成一二年）六八九頁以下も参照。なお、消費者被害その他の組織的な悪徳商法、その他営利を目的とした確信犯的な悪質な不法行為が行われた場合に、「不法収益の没収」の必要性を説く見解として、加藤雅信「成年後見制度と消費者保護——申立権の拡充をも視野に入れて——法律のひろば五一巻八号（平成一〇年）二〇頁以下、同『新民法大系V 事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、平成一四年）三三八頁。

(54) 潮見・前掲注(41)五八〇頁以下。

(55) 潮見・前掲注(41)五八一頁。

(56) 加藤・前掲注(53)『新民法大系V 事務管理・不当利得・不法行為』三三六頁以下。

(57) 加藤・前掲注(12)二三九頁。なお「合わせて一本」論については、河上正二「契約の成否と同意の範囲についての序論的考察（四・完）」NBL四七二号（平成三年）四一頁以下を参照。

(58) 我妻榮『新訂民法総則（民法講義I）』（岩波書店、昭和四〇年）三八五頁以下。

(59) 椿寿夫「はしがき」同編著『法律行為無効の研究』（日本評論社、平成一三年）二頁。

(60) 大村敦志『生活民法研究I 契約法から消費者法へ』（東京大学出版会、平成一一年）二六九頁以下（初出は、私法四九号（一九八七年）二二〇頁）、加藤・前掲注(12)二四三頁以下。

(61) 加藤・前掲注(12)三六六頁。

(62) 加藤・前掲注(12)二八四頁。

(63) 馬場圭太助教は、フランスにおける医師・公証人・弁護士の説明義務違反に関する裁判例の分析から、履行の証明について損害賠償請求する債権者側から医師・公証人・弁護士といった債務者側に立証責任が転換している状況を指摘している（馬場圭太「説明義務の履行と証明責任——フランスにおける判例の分析を中心に——」早稲田法学七四巻四号〔平成十一年〕五五一頁以下）。

(64) 加藤雅信「新民法大系Ⅲ 債務不履行の要件」法学教室二七九号（平成十五年）九一頁。

(65) ドイツにおいては、この点についていくつかの指摘がなされている。例えば、グリゴライトは、契約の誤導と契約締結との因果関係について、情報提供を受けて取引関係に入った者の保護、その者が立証することの困難性、当該契約によって情報提供した者が利益を得ていることから、上記のような立証責任の転換を肯定する（Hans Christoph Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung: Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken, 1997, S.163ff.）。また、ペーフゲンは、過失による詐欺と望み通りではない契約との間の因果関係を、反証可能な形で推定することを提案している（Walter G. Paeffgen, Haftung für mangelhafte Aufklärung aus culpa in contrahendo: Zur Täuschung über den Vertragsinhalt und ihren Folgen im Zivilrecht, 1999, S.63ff.）。

第五節 結論

本稿の結論は、以下の通りである。

情報提供義務を、意思表示の内容を広く捉えたうえで、当事者の意思に基づく義務として債務の中に取り込むことにより、契約義務違反責任を追及することが可能となる。またそれと同時に、そのような形で明確に捉えること

ができない場合には、「合わせ技的公序良俗違反」論、「三層的法律行為論」を活用することにより、契約そのものの効力を失わせることも可能となる。

具体的に本稿で取り上げた、商品先物取引とフランチャイズ契約の二つの類型をもとに詳細に検討すると、次のようになる。

商品先物取引においては、商品取引業者から顧客に提供された情報に基づいて表層的レベルで周辺の合意・前提的保障合意がなされている場合には、表層合意の債務不履行を理由に契約責任の追及が可能となる。それと同時に、双方の当事者に前提的合意が存在するとはいえない（＝深層意思の不一致が存在するといえる）場合には、そうした不一致について、商品取引業者が相手方に誤信を生じさせるような行動をするなど、信義則違反がある場合に契約に基づく主張が封じられることもできよう。そして、このような勧誘態様だけで契約の無効を導くことに躊躇するような場合には、事業者の一般的な営業姿勢等の諸要素も考慮したうえで、合わせ技的公序良俗違反として処理することもできよう。

また、フランチャイズの売上予測や収益予測にあつては、予測通りの売上げや収益が得られることの保証が成立するわけではない。ここでは、予測は外れることがあるということを前提に一定の目安を提供したものであるが、その場合でも、当事者間にはある種の合理的な方法に基づく相当性のある予測を提供しているという合意は存在するはずである。それがいわばセールストークのようなものであつて合理的なものでなかった場合には、先に述べた合意の範囲で成立した周辺の合意の債務不履行責任が問題となりうる。なお、そのような形で明確に捉えることができない場合には、深層意思の不一致についての信義則違反により本部側からの契約に基づく主張を封ずることができよう。

以上のように、これまで理論的に展開されてきたように思われる法律行為論の柔軟化（周延的合意論）や三層的法律行為論等の学説を、本稿が取り上げるような実問題としての法解決が必要とされている分野に導入すれば、これまで解決が困難とされてきた問題につき、新たな解決の途が開かれるのである。