

不招請勧誘の規制における勧誘の概念

上 杉 めぐみ

1. 問題の所在
2. 勧誘概念と広告概念をめぐる議論
 - (1) 法令上における勧誘の起源
 - (2) 勧誘・広告二元論の展開
 - ① 消費者契約法における論争
 - ② 訪問販売法による影響
 - (3) 金融商品取引での勧誘と広告の分類状況
 - (4) 民法上の勧誘と広告の整理
 - ① 日本民法における申込みの誘引, 申込み, 懸賞広告の分類
 - ② ウィーン売買条約での広告の取扱い
 - ③ イギリス契約法での広告の位置づけ
 - ④ 小括
3. 結論—不招請勧誘における勧誘の概念—

1. 問題の所在

不招請勧誘（飛び込みセールスなど、顧客の要請なしに行われる不意打ちの勧誘行為）に対する規制強化または禁止の導入については、立場の違いから賛否両論がある。しかし、被害への対策に十分な効果が出ていないことに鑑みれば、具体的に、立法化に向けた検討を行う必要がある。

本稿では、不招請勧誘の規制対象として、いかなる行為を含むべきかという論点を取り上げ、とりわけ、広告と勧誘の区別について検討してい

く。従前、「勧誘」と「広告」は二律背反のように捉える傾向が強く、前者（勧誘）は特定の者への働きかけ、後者（広告）は不特定の者への働きかけというような区別も見られたが、最三判平成29・1・24民集71巻1号1頁（以下「最高裁平成29年判決」という。）で、それが崩されたことになり、不特定多数に向けたもの（ここでは主に「広告」と呼び、パンフレットなどを含む。）であるからとって、勧誘に関する規制の対象から外れるという説明はできないこととなった。つまり、「勧誘」という概念について、これまでの特定の消費者への勧誘と不特定多数の消費者への勧誘（広告）という区別の基準が当てはまらなくなり、不招請勧誘を規制する上で新たな基準について整理する必要が出てきたことになる。そこで、まずは、法令用語として初出した勧誘の起源をたどり、当初の勧誘概念を振り返る。そして、勧誘と広告の二元論が展開されるようになった発端を探り、そこでの勧誘と広告の概念を見ていく。それとともに、勧誘と広告の両者を一つの法律において規制している金融商品取引法を取り上げ、2つの法における勧誘と広告の概念について整理していく。さらに、民法における申込みの誘引及び申込みの概念により、勧誘・広告に関する法的性質についての分析を行うこととする。これらを踏まえ、不招請勧誘への規制の対象として、どのような行為を含むべきか、その要素を整理していく。

本研究では、勧誘に関する概念を横断的に捉えて、規範となりうる一貫した解釈論を提示することを目的としているが、これは消費者の保護にとどまらず、事業者の不安を払拭することにつながると思われる。

2. 勧誘概念と広告概念をめぐる議論

(1) 法令上における勧誘の起源

「勧誘」という用語が法律上はじめて登場したのは、鉄道営業法（明治33年法65号）35条であろう。制定された当初、同法35条では「社内、停

車場其ノ他鐵道地内ニ於テ妄状ヲ現ハシ其ノ他不良ノ行状ヲ爲シタル者ハ科料ニ處ス」と規定されており、「勧誘」という文言は用いられていなかった。その後、貴族院委員会（明治43年3月22日開議）の質疑応答で、同法35条は、みだりに列車内に乗り込み乗客に対し寄附を請い、物品の購入を求め、その他演説勧誘等の行為を行うことは、乗客に迷惑を被らせることになり、その弊害を除くための規定であると指摘されたことを受け⁽¹⁾、「鉄道係員ノ許諾ヲ受ケスシテ車内、停車場其ノ他鐵道地内ニ於テ旅客又ハ公衆ニ對シ寄附ヲ請ヒ、物品ノ購買ヲ求め、物品ヲ配布シ其ノ他演説勧誘等ノ所為ヲ爲シタル者ハ科料ニ處ス」と文言が改正されることになった。

こうした経緯より、同法規定の「勧誘の所為」とは、「例示された『寄附を請い、物品の購入を求め、物品を配布し』という行為に類する行為であって、旅客の快適な旅行を保障するという観点から鉄道地内の秩序を害するものと認められる行為」⁽²⁾と解されており、学説では、いかなる行為であるかを問わないとして勧誘の範囲を広く認めていた⁽³⁾。裁判例でも同様の見解を示しており、ビラの配布⁽⁴⁾、駅構内中央待合所内で「仕事に行

(1) 鉄道省『鉄道営業法ノ制定——主要法令ノ沿革及資料第一輯』（1936年）25頁では、「第35條ハ濫リニ列車内ニ入込ミ乗客ニ對シ寄附ヲ請ヒ物品ノ購入ヲ求め其ノ他演説勧誘等ノ行爲ヲ爲スハ乗客ニ迷惑ヲ蒙ラシムルコト尠シトセズ依テ之ガ弊害ヲ除カムガ爲規定ヲ設ケムトシタルニ他ナラズ」と記録している。

(2) 和田俊憲「注釈 鉄道営業法罰則」慶應法学40号253頁（2018年）。

(3) 平野龍一ほか編『注解特別刑法 第2巻 交通編』（青林書院新社、1983年）70頁では、ブラカードを掲げて駅構内を歩くことや辻芸人（ストリートパフォーマー）も「勧誘等」に含まれると説明している。

(4) 名古屋高判昭和25年10月30日高裁特14号65頁は、国鉄の電車内で国鉄幹部を批判するビラを配布したことに對して、ビラの配布は、鉄道営業法35条の適用があると判示された事例である。このほかに、ビラの配布に関して鉄道営業法35条の適用を認めたものとして、東京高判昭和54年11月22日判時962号127頁（駅改札口前歩道上

かんか」と申し向ける就労の勧誘⁽⁵⁾、駅付近で「お泊りですか」と呼びかける客引行為⁽⁶⁾が、同法規定の「勧誘」に含まれるとしている。

(2) 勧誘・広告二元論の展開

① 消費者契約法における論争

勧誘概念の範囲を広くとっていた鉄道営業法から勧誘概念の範囲を制限的なものへと一変させたのは、消費者契約法と思われる。平成13年に施行された消費者契約法4条では、「勧誘に際し」という文言がある。この「勧誘」の解釈について、立法担当者である経済企画庁国民生活局では、「消費者の契約締結の意思の形成に影響を与える程度の勧め方をいう。」としたうえで、判断基準を、特定の消費者への働きかけと限定し、「広告、チラシの配布、商品の陳列、店頭に備え付けあるいは顧客の求めに応じて手交するパンフレット・説明書、約款の店頭掲示・交付・説明等や、事業者が単に消費者からの商品の機能等に関する質問に回答するにとどまる場合等」は勧誘に含まれないとしていた⁽⁷⁾。

これに対して、日本弁護士連合会では、勧誘とは、「消費者の消費者契

での携帯マイクによる演説、ビラ配布)、大阪地判昭和55年11月26日判時992号21頁(駅広告塔前路上の広場となっている場所でのビラ配布)、最判昭和59年12月18日刑集38巻12号3026頁(駅コンコースでのビラ配布)がある。

(5) 大阪簡判昭和40年6月21日下刑集7巻6号1263頁。

(6) 大阪高判昭和40年8月10日高刑集18巻5号626頁(中央コンコース前の駅前広場での宿泊の勧誘)、京都簡判昭和40年5月13日刑集20巻8号1021頁(駅中央玄関付近での宿泊の勧誘)、大阪高判昭和41年3月26日刑集20巻8号1023頁(京都簡判昭和40年の控訴審)、最判昭和41年10月26日刑集20巻8号1014頁(京都簡判昭和40年の上告審)参照。

(7) 経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編『逐条解説消費者契約法』(商事法務、2000年)67頁。

約の締結の意思の形成に影響を与える程度の勧め方をいう。」として、経済企画庁（現消費者庁制度課）の見解にならいつつ⁽⁸⁾、その対象範囲は立法担当者とは異なり、広くとられている。すなわち、消費者の最終的な契約締結意思に実質的な影響を与えているかどうかで判断すべきであって、広告のような不特定多数に向けたものであっても含まれるべきである旨が主張されていた⁽⁹⁾。

こうした見解の対立がある状況において、最高裁平成29年判決では、勧誘について「事業者等による働きかけが不特定多数の消費者に向けられたものであったとしても、そのことから直ちにその働きかけが法12条1項及び2項にいう『勧誘』に当たらないということはできない」と判示し、広告も勧誘に含まれる余地があることを示した⁽¹⁰⁾。そして、これを受けて、消費者庁制度課は、広告も勧誘に含まれる可能性を示す形で逐条解説書を改訂している⁽¹¹⁾。

(8) 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『コンメンタール消費者契約法〔第2版増補版〕』（商事法務、2015年）69頁。

(9) 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編・前掲注(8)71頁。

(10) 最高裁平成29年判決の勧誘に関する判示は、以下の通り。「『勧誘』について法に定義規定は置かれていないところ、例えば、事業者が、その記載内容全体から判断して消費者が当該事業者の商品等の内容や取引条件その他これらの取引に関する事項を具体的に認識し得るような新聞広告により不特定多数の消費者に向けて働きかけを行うときは、当該働きかけが個別の消費者の意思形成に直接影響を与えることもあり得るから、事業者等が不特定多数の消費者に向けて働きかけを行う場合を上記各規定にいう『勧誘』に当たらないとしてその適用対象から一律に除外することは、上記の法の趣旨目的に照らし相当とはいえない。

したがって、事業者等による働きかけが不特定多数の消費者に向けられたものであったとしても、そのことから直ちにその働きかけが法12条1項及び2項にいう『勧誘』に当たらないということはできないというべきである。」

(11) 消費者庁制度課編『逐条解説 消費者契約法〔第3版〕』（商事法務、2017年）28頁

② 訪問販売法による影響

ところで、消費者契約法の立法に関する審議過程では、勧誘方法として、口頭による説明のほか商品、包装、容器への表示、説明書等書面の交付、電話、書状等通信による伝達も勧誘とすることが示されていた⁽¹²⁾。このように、当初は勧誘の範囲を広くとっていたが、何らかの経緯で、勧誘とは、特定の者に対する手段と制限されることになった。その理由は明らかにされていないが⁽¹³⁾、このことについて、考えられる一つの理由として、訪問販売等に関する法律の存在があったことが指摘できる。

訪問販売等に関する法律（昭和51年法57号）は、現在、「特定商取引法に関する法律」（以下、「特定商取引法」と表記する。）へと名称が変更され、規制対象も増加しているが、もともとは、訪問販売、通信販売及び連鎖販売取引を規制するために制定されたものである。制定当時の立法担当者による逐条解説書では、訪問販売等に関する法律12条に規定されている連鎖販売取引についての「勧誘」に関して、「特定の相手方に対し行うものである。」として、新聞広告、街頭での不特定多数者へのビラ配りはこれに当たらないとしている⁽¹⁴⁾。そして、同法14条規定の連鎖販売取引における「広告」に関して、「不特定の者に対する勧誘について規制するもので

では、「なお、『勧誘』の解釈に関しては、下記のとおり、事業者等による働きかけが不特定多数の消費者に向けられたものであったとしても、そのことから直ちにその働きかけが『勧誘』に当たらないということとはできないとした最高裁判決が存在する。」との表記が追加されている。

(12) 国民生活審議会消費者政策部会「消費者契約法（仮称）の具体的内容について」（平成10年）報告書20頁。

(13) 鹿野菜穂子「『勧誘』要件のあり方・第三者による不当勧誘」法時88巻12号16-17頁（2016年）。

(14) 通商産業省産業政策局商政課・消費経済課編『訪問販売等に関する法律の解説』（財団法人通商産業調査会、1977年）133頁。

ある。」と解説しており⁽¹⁵⁾、以前の消費者契約法と同様の分類をしている。なお、現在でも、こうした立法担当者の解釈がベースになっていると指摘できる。例えば、特定商取引法35条で規定している「広告」とは、不特定の者に対して連鎖販売取引を行うよう誘引する手段のことを指し⁽¹⁶⁾、ここには、新聞、テレビなどのいわゆるマスメディアを媒体とするものだけでなく、チラシの配布、店頭表示、インターネット上のホームページ、電子メールにおいて表示される広告も含まれると逐条解説書は説明している⁽¹⁷⁾。これに対して、「勧誘」については、個々のケースごとに判断すべきとしたうえで、顔を合わせて直接誘ったり、電話をかけたりするなど、相手と接触した際に告げる例などを列挙している⁽¹⁸⁾。

このような解釈が示された背景には、当時の連鎖販売取引の実態が関係するように思われる。立法の審議過程では、マルチ商法、すなわち連鎖販売取引の現状について、「商品の販売に当たっては広告宣伝を行わず主として訪問販売によっているのが通例であり、リクルートも専ら口コミと説明会によって行われている。」⁽¹⁹⁾と示されている。つまり、連鎖販売取引では、組織に加入するためには相当の資本投下と事業活動に対する強い決意が必要であるから、通信販売のように、広告だけをみて取引をするということは考えにくく、連鎖販売取引で展開される広告は、いわゆる説明会への出席を呼びかけるものに限られていた⁽²⁰⁾。そのため、連鎖販売取引にお

(15) 通商産業省産業政策局商政課ほか編・前掲注(14)139頁。

(16) 消費者庁取引対策課＝経済産業省商務・サービスグループ消費経済企画室編『特定商取引に関する法律・解説(平成28年版)』(商事法務、2018年)211頁。

(17) 消費者庁取引対策課ほか編・前掲注(16)212頁。

(18) 消費者庁取引対策課ほか編・前掲注(16)202頁。

(19) 産業構造審議会流通部会「特殊販売の適正化について〔第11回中間答申〕」(昭和49年12月16日)Ⅱ-(2)(イ)。

(20) 竹内昭夫『特殊販売規制法』(商事法務研究会、1977年)113頁、203頁。

ける勧誘といった場合、特定の者に対する直接的な働きかけが想起されていたものと思われるが、他方、連鎖販売取引での広告は、通信販売での広告に比べると、消費者の意思決定に対して間接的な効果しか及ぼさないと解されていた⁽²¹⁾。

また、訪問販売等に関する法律は、勧誘の公正を確保するために、同法12条違反に対して、警察の取締りのほか、主務大臣による行政処分をなしていたが⁽²²⁾、行政処分が恣意になされるのを防ぐためには、客観的基準に基づいて命令が出されることが望ましいとの指摘があった⁽²³⁾。このため、特定の者への働きかけというように適用範囲を制限する必要性があったと言えよう。

以上のように、特定商取引法において両者を区別していたのは、「広告」とは「不特定多数に向けた誘引」であり、相手方の意思に直接的に影響を与えない行為であるのに対して、「勧誘」とは特定の相手方に向けた「相手方の契約締結の意思の形成に影響を与える行為」⁽²⁴⁾であるとして、両者を明確に分けることができたということと、執行の問題が関連していたということが指摘できる。

しかし、2008年に、電子メール広告をオプトアウト規制からオプトイン規制に変更したように、広告を見て取引に入った消費者がトラブルに巻き込まれる事例も見られるようになった⁽²⁵⁾。厳密には、立法当初に想定し

(21) 竹内・前掲注(20)113頁。

(22) 竹内・前掲注(20)110頁。

(23) 竹内・前掲注(20)111頁。

(24) 消費者庁取引対策課ほか編・前掲注(16)202頁。

(25) 消費者庁取引対策課ほか編・前掲注(16)227頁、産業構造審議会消費経済部会消費者取引小委員会「電子メールによる一方的な商業広告の送りつけ問題に関する対応について（提言）」（平成14年1月29日）2頁。当時の迷惑広告メールの件数の推移については、渡辺真幸ほか「『特定商取引に関する法律』・『割賦販売法』の改正の概要」

ていた広告とは異なるが、広告であっても、消費者の意思に対して直接的に影響を与えている例も登場しており、特定商取引法でも、特定・不特定多数という基準から「広告」と「勧誘」を完全に区別することは難しい状況にあるといえる。

そこで、別の観点から検討を試みると、電子メール広告（同法36条の3）では、その意義を、「取引を行うよう誘引するメール」と説明しており⁽²⁶⁾、通信販売でも、「広告」を「誘引」として構成していることがわかる⁽²⁷⁾。これを手がかりに、広告と勧誘との区別を「誘引」という観点から行うことができるか、後述する民法での議論状況をもとに検討していく。

(3) 金融商品取引での勧誘と広告の分類状況

金融商品取引法（昭和23年法25号）では、その前身である証券取引法において、有価証券届出書の提出前の勧誘（厳密には、勧誘を中核的な要件とする募集又は売出し）は禁止されており、平成20年改正により、禁止行為

ジュリ1364号89頁（2008年）参照。また、ネズミ講のトラブルに関するものであるが、国民生活センター「インターネットの消費者トラブル[1]インターネットを使った『ネズミ講』——ネズミ講がネット上でも増加中」（1998年2月10日公表）は、インターネットでのネズミ講加入の勧誘に関する相談は、96年度頃から増えている。そして、国民生活センター「ネズミ講の勧誘・加入は犯罪です！——相談急増、新手的国際ネズミ講」（2007年12月3日公表）でも、誰に勧誘されたか分かっている56件のうち、インターネットによる勧誘が4件となっており、直接会ったり、電話で勧誘されずとも取引に加入している例が見られる。

(26) 消費者庁取引対策課ほか編・前掲注(16)220頁。

(27) 消費者庁取引対策課ほか編・前掲注(16)85、100頁。また、竹内・前掲注(20)167頁でも、訪問販売等に関する法律の制定時、通信販売における広告（8条）について、客観的に見て、明らかに通信手段による消費者の申込みを受けることを意思して販売条件を記載したものと説明しており、広告＝誘引というように一般に認識されていたことが窺われる。

に対して課徴金が科されることになったことから、勧誘概念を明確化する必要性が高まった⁽²⁸⁾。また、行為規制においても、同法40条規定の適合性原則は、「勧誘」があって適用されるものとされ⁽²⁹⁾、勧誘がないことを理由に適合性原則の適用を否定する裁判例も存在していることから⁽³⁰⁾、勧誘の概念に関する議論が生じている。もっとも、金融商品販売法38条4号規定の不招請勧誘の禁止における勧誘は、訪問販売及び電話勧誘販売のみを対象としており、規制すべき勧誘の範囲については明確にされており、先述のような問題は生じていない。

学説の多くは、「勧誘」とは、特定の投資家を対象として行われるものであり、「広告」は、多数の利用者を対象に行われるものであるとする主張が多い⁽³¹⁾。しかし、金融庁は、金融商品取引法において、勧誘に該当するか否かは個別事例ごとに実態に即して判断されるべきであるとの見方を示していることから⁽³²⁾、再度、両者の区別について、どのような状況になっているのかを確認しておく。

まず、広告等の規制（同法37条）を見ていくが、広告規制は、金融先物取引法には存在していたものの、証券取引法のもとでは設けられておら

(28) 金融法委員会「金融商品取引法の開示規制上の『勧誘』の解釈を巡る現状と課題」（平成22年6月21日）1頁。

(29) 三井秀範＝池田唯一監、松尾直彦編『一問一答金融商品取引法〔改訂版〕』（商事法務、2008年）311頁。

(30) 大阪高判平成23年9月8日金法1937号124頁。

(31) 松尾直彦『金融商品取引法〔第5版〕』（商事法務、2018年）439頁。なお、同書は、広告と勧誘等の区別について、最高裁平成29年判決での「勧誘」に関する判示は、金融商品取引法上の「勧誘」にかかる判示ではないことに留意する必要があるとの前置きをしたうえで、先の見解を述べている。

(32) 金融庁「平成20年金融商品取引法等の一部改正に係る政令案・内閣府令案等に対するパブリックコメントの結果等について」（平成20年12月2日）27頁3番及び4番における「金融庁の考え方」。

ず、日本証券業協会の自主規制により対応しており、金融商品取引法への改正後に、法律レベルで対応することになったという経緯がある⁽³³⁾。広告規制が法律に導入された趣旨は、広告は、消費者が金融商品の存在と内容を最初に知るきっかけとなるものであり、また、消費者の意思決定に大きな影響を与えるものであることから、不当な表示によって、消費者被害が生じないようにするためと、市場の公正な価格形成を維持しようとするものであると説明されている⁽³⁴⁾。

法令上、広告の定義に関する規定は存在しないが、金融庁がパブリックコメントで「一般的に広告とは、随時又は継続してある事項を広く（宣伝の意味も含めて）一般に知らせることをいう」⁽³⁵⁾と示しているように、広告とは、多数の者に向けて行われるものを想定している。そして、厳密には、広告に該当しないが、多数の者に対して同様の内容で行う情報の提供を「広告類似行為」としている（37条1項、業府令72条）。例えば、郵便、信書、FAX、電子メール、ビラ、パンフレットなどが挙げられるが（業府令73条）、これらは、通常の広告規制を受けるものと位置づけられている。ただし、学説の中には、特定の顧客に対して電子メールを送信する場合、その特定性から、勧誘と解される可能性があるとは指摘するものもあり⁽³⁶⁾、電子メールであるからといって、一概に広告として扱うことには注意が必要であるだろう。

(33) 山下友信＝神田秀樹編『金融商品取引法概説〔第2版〕』（有斐閣、2018年）403頁。

(34) 桜井健夫＝上柳敏郎＝石戸谷豊『新・金融商品取引法ハンドブック〔第4版〕』（日本評論社、2018年）141-142頁。

(35) 金融庁「平成20年金融商品取引法等の一部改正に係る政令案・内閣府令案等に対するパブリックコメントの結果等について」（平成19年7月31日）227頁14番における「金融庁の考え方」。

(36) 田名綱尚「インターネット取引における適合性の原則と説明義務」柳明昌編『金融商品取引法の新潮流』（法政大学現代法研究所、2016年）47頁。

次に、勧誘であるが、広告と同様に、法令上、勧誘の定義についての規定はない⁽³⁷⁾。一般論として、特定の者にある行為をするよう勧める事実行為をいうとしているが、その概念は、必ずしも明確なものではない⁽³⁸⁾。

そこで、勧誘概念を精緻化することを試みると、まず、手掛かりになるものとして、金融商品取引法には、「紹介」という概念があげられる。「勧誘」及び「紹介」は、いずれも特定の者に向けた働きかけではあるが、両者の違いは、勧誘を行うことは、金融取引業を行うことができる者に限られている。一方で、紹介は、金融取引業を行うことができない者にも認められている点にある（31条の3の2第2号）。紹介の具体例は、(i)当該業務内容の説明を顧客に対し行うこと、(ii)当該業務内容について新聞、雑誌、文書、ダイレクトメール、インターネットのホームページ、放送、映画その他の方法を用いて紹介すること、(iii)注文用紙や(ii)の文書を銀行等の店舗に据え置くこと⁽³⁹⁾と説明されている。具体例を見ると、いずれかの行為を行った場合にも、顧客が即座に契約を締結することにつながる可能性は低く、むしろ、取引に関心を向けさせ、その後勧誘行為に移行することを想定しているように思われる。すなわち、顧客の意思形成に直接影響を及ぼすか否かが両者を分ける基準であると解される。

次に、外国証券業者によるホームページ上の広告に関する金融庁の見解が参考になる。金融庁は、外国証券業者がホームページ等に有価証券関連業に係る行為に関する広告等を掲載する行為については、原則として、「勧誘」行為に該当するとしうえて、日本国内の投資者との間の有価証券関連業に係る行為につながらないような合理的な措置が講じられている限り、国内投資者に向けた「勧誘」には該当しないとする見解を公表して

(37) 黒沼悦郎＝太田洋編『論点体系 金融商品取引法2』（第一法規、2015年）126頁。

(38) 松尾直彦『金融商品取引法〔第4版〕』（商事法務、2016年）331頁。

(39) 黒沼ほか編・前掲注37)126頁。

いる⁽⁴⁰⁾。ここでいう合理的な措置とは、当該広告等に、日本国内の投資者が当該サービスの対象とされていない旨の文言が明記されていることや、日本国内にある投資者との間の証券取引を防止するための措置として、取引に際して、投資者より、住所、郵送先住所、メールアドレス、支払い方法その他の情報を提示させることにより、その居所を確認できる手続を経ていることなどを挙げている。すなわち、原則、外国証券業者がホームページに掲載した広告を一般顧客（となりうる者）が閲覧するだけで、当該業者と直接契約を交渉や締結をする余地のないものについては、広告として取り扱うが、例外的に、当該業者との面会や電話での接触がなかった場合にも、広告にリンクが貼られており、そこから契約を締結できるシステムが整備されているような場合には、広告という媒体も、顧客の意思形成に影響を及ぼすことになるとして、勧誘に該当する可能性があるとして取り扱っている。

さらに、商品先物取引法の所管省庁である経済産業省は、同法215条に規定する適合性原則に関して、「『勧誘』とは、商品取引員が顧客に対して、商品先物取引の委託契約締結又は契約締結後の個々の取引の委託の意思形成に影響を与える程度に商品先物取引を勧める行為をいう。」としたうえで、「直接取引を勧める場合のほか、客観的にみて顧客の取引の委託の意思決定に影響を与える程度に商品先物取引のメリットを強調する場合も『勧誘』に含まれる。」としている⁽⁴¹⁾。すなわち、経済産業省でも、勧誘の概念について、金融庁と同様の見解をとっているといえる。

これらの要素を手がかりとして、金融商品取引における勧誘概念を検討

(40) 金融庁監督証券課「金融商品取引業者等向けの総合的な監督指針」（平成29年2月）347頁。

(41) 経済産業省「商品先物取引の委託者の保護に関するガイドライン」（平成17年）1頁。

すると、広告と勧誘が常に同義となるわけではないものの、インターネット上の表示が単なる情報提供にとどまらず、その内容等において「自らと証券取引を行うよう顧客を誘う行為」がなされ、それが顧客の意思決定に影響を及ぼしていれば、広告も「勧誘」に該当するというように整理することができる⁽⁴²⁾。そのため、金融商品取引法において、勧誘と広告を区別するものとして、特定の者に向けたものか否かという基準が必ずしも当てはまるわけではない。勧誘に該当するかを判断するのは、特定・不特定という基準ではなく、顧客の意思形成に直接影響を与えるか否かという基準が採用されていると結論づけることができる。

(4) 民法上の勧誘と広告の整理

① 日本民法における申込みの誘引、申込み、懸賞広告の分類

先に述べたとおり、「勧誘」とは、顧客の意思決定に影響を及ぼすものであるかを基準としているが、それでは、勧誘概念の範囲が依然として広いことにかわりがない。そこで、範囲を絞り込むために、特定商取引法や金融商品取引法では、広告を（申込みの）誘引と位置づけていることから、勧誘と広告の区別について、申込みの誘引という概念から整理することができるか検討していく。

申込みに関して、現行法に定義規定はないが、改正民法522条では、「契約の内容を示してその締結を申し入れる意思表示」と規定されることとなった。もっとも、新たに条文が創設されたといっても、その内容は従前から主張されているものであり、相手方の承諾があれば契約が成立す

(42) 金融サービスの電子取引等と監督行政に関する研究会「金融サービスの電子取引の進展と監督行政」（平成12年4月8日）25頁、黒沼悦郎「業者の行為規制(2)——広告規制」ブログ「金融商品取引法」〈<https://blogs.yahoo.co.jp/mousikos1960/16992733.html>〉2008年9月16日。

る確定的な意思表示を申込みとしている。申込みの誘引に関しては、現行法及び改正民法のいずれにも定義規定はないが、相手方に申込みをさせようとする意思の通知、すなわち、申込みの準備段階にすぎず、相手方がそれに応じて意思表示をしても、それだけでは契約は成立しないものとして⁽⁴³⁾。

このことを前提にすれば、申込みとは、被申込者に対して、承諾があれば拘束されるとの意思表示（契約締結権限の授与行為）であり、そこまでの拘束力が認められない意思表示、すなわち、「私が申し込むと契約に拘束されるので困る。反対に、あなたから申し込んでほしい」という意思表示が「申込みの誘引」に他ならないといえる⁽⁴⁴⁾。民法には、勧誘を定義する規定はないが、訪問販売や電話勧誘においては、申込みは原則として消費者が、承諾は事業者が行うことが慣習とされていることを考慮すると、通常は、勧誘を「申込みの誘引」として位置づけられるが、例外的に、事業者が拘束されることを覚悟しての勧誘行為の場合には、「申込み」と解釈されることになると思われる。

このように一応の区別があるものの、申込みの誘引と申込みの区別は、必ずしも明瞭ではない。通説によれば、その区別の基準として、「その行為が契約の内容を指示しているかどうか（指示していなければ誘引に過ぎない）、契約の当事者が誰であってもかまわない性質のものかどうか（当事者に重きをおく場合には誘引に過ぎない）、その地方の慣習はどうか」という要素が提示されている⁽⁴⁵⁾。

この基準によれば、勧誘と広告は、いずれも、申込みの誘引にも申込み

(43) 我妻栄『債権各論 上巻』（岩波書店、1954年）57頁。谷口知平＝五十嵐清編『新版注釈民法(13)債権(4)』（有斐閣、2006年）〔遠田新一〕437頁。

(44) 加賀山茂『契約法講義』（日本評論社、2009年）39頁。

(45) 我妻・前掲注(43)57頁。

にも該当すると言えそうである。学説の中には、申込みは、特定の者に対するものでなくてもよく、不特定多数の者に対する広告を申込みと主張する説⁽⁴⁶⁾や、現在の広告事情から、広告すべてを申込みの誘引と解するのは取引の現実に即していないと主張する説⁽⁴⁷⁾があり、広告は、申込みの誘引にも申込みにもなりうる見方が多い。しかし、裁判例は、そのほとんどが、広告を申込みの誘引と捉えている⁽⁴⁸⁾。

ところで、民法には、「懸賞広告」(民529条-民532条)という規定がある。懸賞広告の法的性質について、契約における申込みとするか、単独行為とするかという議論は、1893(明治26)年に設置された法典調査会でも言及されている。起草者の一人である富井政章は、まず、「この広告というものが直ちに申込となるや否や或いは全く別の性質のものであるかと云う問題が起こるのであります。」⁽⁴⁹⁾(現代語化は筆者によるもの。以下、同様)と述べている。そして、「広告と云うものが申込となってその行為を為せば其れは黙示の承諾である。従って其時に契約が成立つのである。こういうのが通常学説であるようであります。もっともこの広告をしたときから直ちに申込であるのがそれまでは申込の要素を欠いているけれども行為を為す者があればその瞬間に申込になるというのであるがこういう点におい

(46) 我妻・前掲注(43)57-58頁。

(47) 平井宜雄『債権各論 I 上—契約総論』(弘文堂、2008年)152頁。

(48) 広告の法的性質について、申込みの誘引であると言及しているものとして、次のものが挙げられる。京地判平成30年3月9日LEX/DB25560795(求人広告は、申込みの誘引である)、東京地判平成29年5月19日労働判例1184号37頁(求人広告は、申込みの誘引である)、静岡地裁沼津支判平成13年9月19日裁判所ウェブサイト(求人広告は、申込みの誘引である)、東京高判昭和59年5月31日判時1125号113頁(分譲マンションの募集広告は、申込みの誘引である)。

(49) 『法典調査会 民法議事速記録』24巻162丁。

てはまた種々の説がある。』⁽⁵⁰⁾と述べたうえで、「通常の申込の性質は備えておらぬ。しかし一種の申込とは云えよう。」と結論づけている。すなわち、広告が申込みになる場合もあるが、すべての広告がそうとはいえないことから、広告を申込み類似の概念であるとしている。これに対して、土方寧は、「申込承諾に関する規則の中には申込は何を云うということも法文には書いてない、また申込はいかなる方法を以て為すことが出来る、その他の方法を以ては為すことは出来ぬと云うことも書いていない。それであるから申込であるかないかと云うことは場合に依て意思表示を為した其の意思解釈の問題になろうと思います、法文に別に書いていない以上は如何なる方法を以てしても宜しかろう。もとより広告を以てしても宜し」⁽⁵¹⁾と述べ、広告が申込みに該当する可能性があることを許容している。

以上の議論をもとにすれば、日本民法における広告の法的性質は、常に申込みの誘引ということにはならず、申込みとして捉える場合もあるということが明らかになった。さらに、懸賞広告の場合は、広告を申込みとして捉え、申込みの誘引として捉えられる可能性はほとんど指摘されていないように思われる。裁判例のなかには、求人広告は申込みの誘引であり、民530条の適用はないと両者を区別しているものもある⁽⁵²⁾。したがって、広告であることは、通常は、申込みの誘引となるが、場合によっては、申込みになることもあり、広告が、常に、申込みの誘引であるということにはならないことになる。

② ウィーン売買条約での広告の取扱い

わが国が加入したウィーン売買条約（国際物品売買契約に関する国際連合

⁽⁵⁰⁾ 『法典調査会 民法議事速記録』24巻163丁。

⁽⁵¹⁾ 『法典調査会 民法議事速記録』24巻164-165丁。

⁽⁵²⁾ 東京地判平成14年7月17日労働経済判例速報1834号3頁。

条約)⁽⁵³⁾によれば、特定の者に向けられた契約締結の申入れについて、それが十分に確定され、かつ、承諾があるときは拘束されるという申入者の意思が示されている場合には、申込みであるとしており（14条1項）、相手方の特定性が要件となっている。このため、不特定の者に対する表示は、単なる申込みの誘引（invitation to make offers）と推定されており（14条2項）⁽⁵⁴⁾、例えば、カタログ販売などは、申込みの誘引として扱われる典型的なものとされている。そして、広告またはカタログが特定の者に向けて郵送されてきたという場合、必ずしも、それが特定の者に向けられた申入れとはなりえないとする⁽⁵⁵⁾。

しかし、申入れが特定の者ではなく不特定の者に向けられている場合であっても、例外的に申入れを行った者が反対の意思を明確に示す場合、例えば、「この広告は申込みである」というように、広告上に申込みであることを明示する場合や、「在庫限り先着順」というように物品の供給に限定を付けているような場合には、広告上に示されている申込み販売の申入れは申込みと評価されることになる⁽⁵⁶⁾。したがって、広告であっても、申込みとして捉えられることもある。この議論をもとに、わが国の「懸賞広告」を解釈すれば、不特定多数に向けられた「申込み」であり、まさに、

53) ウィーン売買条約は、主に企業間の貿易取引を対象としており、消費者売買については、各国の消費者保護法の適用を優先するため、適用除外となっている（2条）。そのため、本稿で想定される消費者契約には、直接適用されることはないことを理解しつつ、広告の性質を検討するために同条約について言及している。

54) 滝沢昌彦『契約成立のプロセスの研究』（有斐閣、2003年）68頁。

55) 曾野和明＝山手正史『国際売買法』（青林書院、1993年）101頁、甲斐道太郎＝石田喜久夫＝田中英司編『注釈 国際統一売買法Ⅰ』（法律文化社、2000年）107頁。

56) 曾野裕夫＝中村光一＝舟橋伸行「ウィーン売買条約（CISG）の解説(2)」NBL888号47頁（2008年）、潮見佳男＝中田邦博＝松岡久和『概説 国際物品売買条約』（法律文化社、2010年）52頁。

ウィーン売買条約の例外規定に該当する場合であると言ってよいだろう。

③ イギリス契約法での広告の位置づけ

(i) 申込みの誘引と申込みの区別

イギリス民法でも、広告は申込みの誘引 (invitation to treat) に該当するのか、それとも申込み (offer) に該当するのかという議論が見られ⁽⁵⁷⁾、日本法との類似性が見られる。そこで、イギリスでの広告がいずれの概念に該当するかを検討していくが、その前に、両者の違いを整理していく。

一般に、それ以降の交渉なく提供されている条件を相手方が承諾することで契約が成立するものを申込みとしており、単純に、交渉関係に誘う (willingness) 表示を申込みの誘引としており⁽⁵⁸⁾、申込みの誘引の場合、その後当事者がさらに交渉することが想定されている。申込みと申込みの誘引の区別は、容易に線引きできる場合もあるが、それほど容易ではない。主に、次に挙げる【ケース1】のように、申込みと申込みの誘引であるかを区別するには、書面などに用いられている用語をもとに、その文言が契約当事者を拘束する意図がある申込みであるかどうかを分析する方法がとられている。

【ケース1】 Gibson v Manchester City Council 裁判⁽⁵⁹⁾

Y市(被告)は、保守党が決定した住宅販売政策に従って市営住宅を販売するために、市営住宅の購入方法について説明したパンフレットを用意し、事前に市営住宅の購入に興味があると意思表示をしている賃借人に対

⁽⁵⁷⁾ Jill Poole, *Textbook on Contract Law* (13th ed. Oxford University Press); Edwin Peel, *The Law of Contract* (14th ed. Sweet & Maxwell) 10-16.

⁽⁵⁸⁾ Ewan Mckendrick, *Contract law* (11th ed. Palgrave) 12.

⁽⁵⁹⁾ *Gibson v The City of Manchester* [1979] 1 W.L.R. 294.

して、そのコピーを送付した。X（原告）は、パンフレット受領後、パンフレットに同封されていた申込書に必要事項を記入し、そこに当該家屋の価格について教示してもらいたい旨の記載を追記して、Y市に送付した。Y市の財務局は、これを受領し、Xに対して、定価2,725ポンドの20%引きで購入物件を販売する準備ができており、もし、正式に購入申請をしたのであれば、同封された申請書類に記載のうえ、できる限り早く返信してくださいと回答した。

これに対して、Xは、価格欄は空白のまま返信した。なぜなら、Xは、Y市が当該住宅の修繕費を負担してくれるかどうかを知りたかったからである。Y市の解答は、家の状態により価格が決定されるが、値引きするかどうかは、通路の状態次第であるとした。Xは、これを了承し、Y市がXの申込みを承諾するかどうか尋ねた。これを受けて、Y市は、当該住宅を販売候補リストから外した。そして、Xは、修繕を行った。

その後、地方選挙が行われて、労働党が与党となり、法的に既に契約締結が済んでいるものを除き、住宅販売政策を停止した。これを受けて、Y市はXとの契約はいまだ成立していないとして、Xに対して当該住宅を販売することを拒絶した。

第一審と控訴審では、Xの主張が認められたので、Y市が上訴した。

裁判所は、「もし、正式に購入申請をしたいのであれば、同封された申請書類に記載のうえ、できる限り早く返信してください (If you would like to make formal application to buy your Council house, please complete the enclosed application form and return it to me as soon as possible.)」という文言を申込みと解釈するのは、かなり不可能なことであり、決定的なことは、Y市の「販売する準備ができています (may be prepared to sell)」との言葉は、申込みの誘引であると判断したうえで、契約は成立していないとして、Y市の主張を認めた。

(ii) 広告が申込みの誘引として捉えられる場合

【ケース 1】のように、通常は、用いられている用語を手がかりに申込みの誘引か申込みかを判別するが、広告、チラシ、価格表については、原則、申込みの誘引に相当するとしている（以下、【ケース 2】【ケース 3】を参照）。

【ケース 2】 Partridge v Crittenden 裁判⁽⁶⁰⁾

上訴人は、ある野鳥を販売するとの広告を定期的に掲載していた。広告には「小鳥の雄と雌、それぞれ25シリング」と表記していたが、販売できる量の詳細について言及していなかった。また、広告には、「販売の申込み (offer to sale)」と記載されていた。ある買主が、1羽の鳥を購入するのに、30シリングの小切手を同封して小鳥の発送を要求したところ、これに対応して、上訴人は小鳥を発送してきた。検察官は、鳥類保護法により特定の野鳥についての販売は禁止されているとして、上訴人を訴追した。

裁判所は、Fisher v Bell 事例【ケース 3】を引用したうえで、本件で用いられているような広告やチラシは、商業的観念からすると、製造業者でないかぎり、申込みではなく、申込みの誘引として捉えられているとした⁽⁶¹⁾。

【ケース 3】 Fisher v Bell 裁判⁽⁶²⁾

ある店舗において、押しボタン式の飛び出しナイフ (flick knife) がショーウィンドウに「4シリング」という値札とともに展示されていた。飛び出しナイフは、銃刀法 (Offensive weapon Act 1959) 1条1項で、販

(60) *Partridge v Crittenden* [1968] 1 W.L.R. 1204.

(61) *Ibid* 1205.

(62) *Fisher v Bell* [1961] 1 Q.B. 394.

売の申込み (Offer for sale) を禁止していた。そこで、検察官は、飛び出しナイフをショーウィンドウに展示した店主について、銃刀法違反の疑いで告訴した。裁判所は、銃刀法には、「販売の申込み」についての定義はないことから、当該用語の意味については、契約法において定義される申込みの意味に従って解釈されるべきであると示した。そのうえで、被告(店主)が値札をつけて商品を店舗のショーウィンドウに展示することは、単なる申込みの誘引にすぎず、顧客から承諾の申入れがあったら契約として拘束力を発揮する販売の申込みには該当しないとして、店主の無罪を認めて訴えを棄却した。そこで、検察側が控訴した。

控訴審においても、裁判所は、商品の陳列を申込みの誘引であるとした。裁判所は、通常用語法であれば、販売の申込みとは、人々に購入するよう勧めていることを指すが、法令においては、契約の一般法での考え方をもとに検討すべきであり、契約法においては、ショーウィンドウに値札とともに商品が置いてあることは、単に、申込みの誘引となり、決して、相手方からの承諾があれば契約を成立させることになる申込みには該当しないとした。それだけでなく、例えば、販売価格法 (Price of Goods Act 1939) では、販売の申込みや陳列 (offering or exposing for sale) を禁止するという文言を挿入しており、一般的な定義を拡大したい場合には、はっきり明示されているが、本件銃刀法には、そうした文言の記載もないことから、商品の陳列は申込みの誘引にすぎないとした。

広告が申込みの誘引にすぎないと分類される理由について、学説で指摘されているのは、通常の広告では、その後も交渉を重ねて行っていくことが想定されているという点である⁽⁶³⁾。また、価格表の送付について申込み

(63) Jill (n57) 38.

かどうかが争われた事例⁽⁶⁴⁾があるが、そこでは、価格表やパンフレットの交付は、提示された価格で商品が無制限に供給する申込みには当たらないとしている。その理由は、価格表などを売主側の申込みと仮定した場合、買主側からの申込みは承諾であり、この申込みにより契約が成立することになるが、在庫がなかったとすれば、売主は、契約上の義務を果たすことができず、義務違反となってしまうからと説明されている⁽⁶⁵⁾。

(iii) 広告が申込みとして捉えられる場合

もっとも、広告であるというだけで、常に申込みの誘引と位置づけられるわけではなく、申込みとして捉えられる場合もある。以下、広告が申込みとして判示された事例を概観していく。

【ケース 4】 *Carlill v Carbolic Smoke Ball Co.* 裁判⁽⁶⁶⁾

Y (被告) は、カーボリックスモークボール社の経営者である。同社は、2週にわたって毎日3回、薬の指示書に従ってスモークボール(薬)を利用した後に、インフルエンザに罹患した者に対して、100ポンドを支払うという広告を出した。広告の記載内容は次の通りである。「前回、インフルエンザが流行した際、数千ものスモークボールが売れ、病気の発生を防ぎ、利用者の感染者はいないと確認している。スモークボールの効果は何か月も続く。この世で最も安い治療法である(10シリング)。送料は無料、替えの薬は5シリング。」そして、同社は、誠意を示すために、1,000ポンドをこの懸賞のために銀行に預金した。

X (原告) は、当該広告を信じ、スモークボールを購入し、広告どおり、

(64) *Grainger & Son v Gough* (1896) [1896] A.C. 325.

(65) *Jill* (n57) 39.

(66) *Carlill v The Carbolic Smoke Ball Company* [1893] 1 Q.B. 256.

1日3回利用したが、インフルエンザにり患したので、100ポンドの懸賞金の支払いを求めた。しかし、Yは、契約は成立していないとして、100ポンドを支払う義務はないと回答した。そこで、Xは、100ポンドの支払いを求めて提訴した⁽⁶⁷⁾。

原審では、「広告とは、特定の催しにおいて、広告主が何か行う意図を表現したものであり、これを公表したことで、法律により法的義務が課されることにならない」自己宣伝広告 (puff) であるとした⁽⁶⁸⁾。控訴審裁判所は、誠意を示すために提携銀行に預金したことで、Yが100ポンドを支払うという約束を本心で行っていると証明することになることから⁽⁶⁹⁾、これにより、広告は単なる自己宣伝広告であり、申込みの誘引であるということにはなりえず、申込みにあたるとした。

【ケース5】 Bowerman v Association of British Travel Agents 裁判⁽⁷⁰⁾

X₁ (原告) と X₂ (原告) は、英広告旅行業協会 (ABTA・被告) に加盟する A 社 (訴外) のツアーオペレーターに対して、学校のスキー教室のためのパッケージツアーの申込みを行った生徒と教員である。A 社は、ABTA のメンバーで、1991年に倒産し、取引は停止した。Xらは、ツアー申込時に旅行保険 (holiday insurance) に加入していたことから、ABTA の補償スキームに基づき返金を求めたところ、支払った価格よりも少ない額の返金があった。ABTA は、旅行保険の費用は補償スキームの対象に含まれないと主張しており、また、当該保険は、パッケージツ

(67) 事案のより詳細な内容については、石田裕敏「英米契約法における申込の誘引と広告による申込について」姫路法学59号12-15頁 (2016年) 参照。

(68) [1892] 2 Q.B. 485.

(69) [1893] 1 Q.B. 262.

(70) *Bowerman v Association of British Travel Agents Ltd.* [1996] C.L.C.451.

アーの一部として販売されたもので、旅行代と保険料について個別の価格は表示されていなかった。結局、1人あたり、手数料として10ポンドを控除した旅行代金のみの返金となった。

これに対して、Xらは、ABTAのオフィスに「(3) ABTAに加盟するメンバーの倒産、取引停止があった場合、このメンバーが事業を停止する前に顧客の予約が済んでいれば、補償スキームによりABTAは当該顧客の損失を補てんする」と記載された張り紙があり、その張り紙は、契約者全員を金銭的に補償するという契約の申込みに対応するとして、保険料を含めた返金を求めて提訴した。すなわち、Xらは、上記の申込みに対して、自分たちがABTAのツアーオペレーターを通じて、ツアー旅行に予約をした時点で承諾があったことになり、ABTAは、この張り紙において表示された条件の下で、保険金の費用を返金する義務が発生したと主張した。下級審では、張り紙はABTAによる申込みとは解釈できないとして、Xらの請求を棄却したことから、Xらが控訴した。

控訴審裁判所は、張り紙は、一般顧客に読まれることが予定されているもので、これを読んだ一般顧客が、補償を受けられる権利が約束された申込みであると理解するのは、当然であるとしたうえで、この張り紙が、法的執行力をもつことは十分明白であり、法的な関係性を構築しようとする意図を公表したものといえるとして、当該張り紙を申込みであると判示し、保険料の返金請求を認めた。

【ケース6】Thornton v Shoe Lane Parking 裁判⁽⁷¹⁾

X（原告）は、Y（被告）の運営する全自動の立体駐車場に車を停めた。この駐車場は、3か月前にオープンしたばかりで、Xの利用は、初めてである。構外に掲げられている看板には、駐車料金と「駐車はご自分

(71) *Thornton v Shoe Lane Parking Ltd.* [1971] 2 Q.B. 163.

の責任で」(parked at owner's risk)という注意書きが記されていた。Xが発券機からチケットを採ると、入り口のライトが赤から青になったので入庫した。Xが自動車を取りに戻ったところ、構内で事故に遭い、大怪我を負った。そこで、Xは、Yに対して、占有者責任法に規定された義務を履行しなかった違反があるとして損害賠償を請求した。これに対して、Yは、発券したチケットや、発券機の反対に掲げられていたパネルには、「駐車場内での事故について、Yは一切責任を負わない」と記載されており、これは法律上の文書であり、これにより免責されるとして支払いを拒絶した。裁判所は、Xの主張を認めたので、Yが控訴した。

控訴審裁判所は、入り口に掲げられた看板に申込みの意思は含まれており、Xが発券機からチケットを取って入場した時点で承諾があり、契約は成立しているとした。その理由は、チケットに記載された文言を変更することができないからであると判示した⁽⁷²⁾。もっとも、免責条項については、Xが知っていたもしくは知るべきであった場合にはじめて拘束されることになるが、Y側がXに知らせるために合理的な措置をとっていたかを証明していないので、同免責条項についての効力は否定されるとして、Yの控訴は棄却された。

【ケース4】は、報酬が約束されたいわゆる懸賞広告の事例である。学説によれば、指定行為を行った者へ報酬を与えると約束する広告は、これ以上交渉する余地がないとして、片務契約の申込みとして構成することになると指摘されている。また、懸賞広告を申込みの誘引として捉えた場合、指定行為を行った後に、広告者の意思により報酬の支払いについて拒絶する機会を認めてしまうことになるということから、こうした場合は

(72) [1971] 2 Q.B. 169.

申込みと解釈するのが、実質的な意味合いにおいて妥当であるとする⁽⁷³⁾。
【ケース5】も【ケース4】と同様に、片務契約における申込みと位置づけられている。

【ケース6】は、【ケース4】や【ケース5】と異なり、双務契約の場合であるが、駐車場外に掲げられた看板を申込みとして裁判所が判示した事例である。広告について、一般には、広告を見てから広告主と顧客との間で交渉が始まるということが想定されているので、申込みの誘引と解されるが、交渉の余地がない場合には、広告も申込みとされたことを示される。

④ 小括

勧誘、広告の二元論の発端であると推測される特定商取引法での勧誘、広告の区別を整理したところ、特定の者へ向けたものと不特定多数の者へ向けたものという基準では、両者を区別することは難しい状況にあった。そこで、広告は申込みの誘引、勧誘は申込みというように区別できるのではないかとの仮定に基づき、民法上の申込みの誘引と申込みの議論から検討を行った。

まず、日本民法では、あらゆる広告が申込みの誘引となっているわけではなく、申込みとして捉えられている場合もあり、また、懸賞広告では、そのほとんどの場合に申込みとして捉えられているという状況にあることが明らかになった。同様に、ウィーン売買契約やイギリス民法法理でも、広告を申込みとして捉える場合があることがわかった。

以上より、特定商取引法における広告と勧誘の分類方法、つまり、申込みと申込みの誘引という区別が当てはまる訳ではないことが、民法での議論を通して明らかになった。

(73) Jill (n57) 39.

3. 結論—不招請勧誘における勧誘の概念—

勧誘概念について、法令上最初に勧誘という用語を用いた鉄道営業法では、その範囲を限定していなかったところ、勧誘・広告の二元論が生じたきっかけは、特定商取引法の前身である訪問販売等に関する法律での連鎖販売取引に関する規制であると推測された。そこで、同法について検討したところ、当時は、連鎖販売取引において、不特定多数に向けた広告を見ただけで契約の締結を決定することはほとんど考えられなかったことから、勧誘と広告を明確に区別することが可能であり、また、行政執行の関係からも、両者の区別を明確にする必要があったという背景が見えてきた。

しかし、近年、不特定多数に向けた広告であっても、それを契機として契約の締結を決めた場合には、その者に対する勧誘があったとして判断される場合が見られるようになった。金融商品取引法でも、以前は、特定・不特定という基準で勧誘と広告を区別していたが、インターネット上の広告など新たな媒体が生み出されたことにより、特定・不特定という基準によって区別することが難しくなっている。さらに、インターネット広告においては、不特定多数向けの広告（マス広告）だけでなく、特定の対象に向けた広告（たとえば、ターゲティング広告）が生み出されたように、広告が必ずしも不特定多数に向けたものとは言い切れなくなっている⁽⁷⁴⁾。

そこで、特定商取引法では、広告を（申込みの）誘引として捉えていることに基づき、勧誘は申込み、広告は申込みの誘引として区別しうるか検討を試みたが、広告の場合にも申込みとして捉えられる場合があり、この

(74) 山田茂樹「インターネット取引における消費者契約法の論点からみた現状と課題」現代消費者法20号32頁（2013年）。

基準によっても区別することは難しいことと思われた。

結局、二元論という枠組みではなく、「意思に直接影響を与える」ということが、勧誘の基準になると指摘することができるだろう。すなわち、従来、申込の誘引と考えられてきた「広告」であっても、それが、消費者の「意思に直接影響を与える」ようなターゲティング広告とか、従来から「申込み」とか、「申込み類似行為」とされてきた懸賞広告とかは、勧誘と考えるべきであることが明らかとなったと思われる。

では、不招請勧誘の規制としてどのような行為を規制対象とすべきかという論点が出てくる。この点を検討するうえで、イギリス法が参考になる。2000年に制定された金融サービス市場法（Financial and Service Act 2000⁷⁵⁾）21条では、金融プロモーション（financial promotion）という概念を用いて、適用除外を除き、事業者による勧誘行為を原則禁止している。この金融プロモーションには、広告だけに限らず、他の宣伝販売活動が含まれるが、不招請勧誘が禁止されているのは、リアルタイム金融プロモーションだけである（行為規制（COB）4.8.2）。リアルタイム金融プロモーションの定義について、金融プロモーション省令（The Financial Services and Markets Act 2000 (Financial Promotion) Order 2005）7条1項や金融行為機構（Financial Conduct Authority）の定めた規則（Perimeter Guidance Manual 8.10.2）では、「personal visit（個別訪問）、電話での会話（telephone conversation）、その他双方向対話（interactive dialogue）」としている。反対に、ノンリアルタイム金融プロモーションの定義について、手紙、電子メールのほか、新聞、雑誌、ウェブサイトでの記事の公表などを例示しており（省令7条3項）、その要素として、(a)1人以上の者に（直接）向けた伝達手段で、(b)受け手が後からその内容を参考にすることができ、(c)受け手に直ちに返答を要求するものではないことを挙げている（省令7条5

75) SI 2005/1529.

項)。

以上の検討を踏まえた上で、再度、不招請勧誘を規制すべき理由についてみると、不意打ちでの誘い込みにより、勧誘の受け手側には当該契約が自分にとって必要なものであるかを検討する機会がないことから、自分が望まない契約を締結させられてしまうという問題が生じているからであるということが指摘できる。すなわち、不招請勧誘は、事業者と受け手との間で取り交わされるやりとりに「即時性」があるため、受け手の熟慮する機会を損ねることが問題として理解できる。したがって、勧誘の受け手である「消費者の意思決定に重要な影響を与える勧誘」は、原則として、規制すべき勧誘に該当するが、例外的に、双方向性のない勧誘行為については、受け手に検討の機会があるとして、不招請勧誘の規制対象として除外するということが考えられる。

今後の課題として、規制の方法についての検討が挙げられる。すなわち、規制すべき不招請勧誘が想定している問題点は、不意打ちの勧誘により財産被害が生じてしまい、回復が難しいということであるが、勧誘しただけで財産的には損害が生じていない場合にも取り締まることができるかを検討していく必要があるだろう。

付記：本研究は、科研費（18K01397）の助成を受けた研究成果の一部である。