

不招請勧誘の禁止をめぐる法的課題（2・完）

上 杉 めぐみ

目 次

1. はじめに
2. 不招請勧誘を禁ずる理論的根拠
3. 営業の自由とその規制（以上、193号）
4. 適合性原則との関係性
 - (1) 金融取引の場合
 - ① 金融商品取引法への不招請勧誘禁止の導入経緯
 - ② 商品先物取引法への不招請勧誘禁止の導入経緯
 - ③ 適用除外からの説明
 - ④ 適合性原則における「排除論」「支援論」との関係
 - (2) 特定商取引法の場合
 - ① 連鎖販売取引における両規制の枠組み
 - ② 訪問購入における両規制の枠組み
 - ③ 金融取引との共通点
5. 勧誘の範囲—広告・メールとの同意—
 - (1) 既存法上の整理
 - ① 金融取引の場合
 - ② 消費者取引一般の場合
 - (2) 不招請勧誘の禁止における「勧誘」の範囲
6. 違反に対する民事的効果
 - (1) 無効構成と取消構成
 - ① 消費者取引公序による無効
 - ② 意思形成過程で適切な自己決定が妨げられた場合の取消し
 - (2) 不招請勧誘により表示される意思とは
7. むすびにかえて（以上、本号）

4. 適合性原則との関係性

不招請勧誘は、消費者の生活平穩権や自己決定権を侵害することから禁止が要請されていると、これまでの検討から明らかになったが、それと同時に、事業者が不意打ちで被勧誘者に契約の締結を求め、被勧誘者が熟慮して契約を決定する過程を省くことになるため、被勧誘者の意向と実情に適合しない推奨を禁止する適合性原則と共通の基礎をもつとされている⁽⁶⁹⁾。つまり、両者の共通点としては、契約自由の原則（どのような相手と、どのような方法で、どのような内容の契約するかにつき、国家は干渉してはならないこと）に関して制約されることである。

しかし、次のような違いがある。まず、適合性原則違反となる勧誘があった場合には、勧誘時に事業者が顧客となる者に対して勧誘することが適当かどうかについて合理的根拠を要求し、顧客となる者がそれにきちんとこたえていなければ事業者を免責させることも考えられるが⁽⁷⁰⁾、不招請勧誘の禁止に違反した場合、適合性原則のように事業者の免責は想定されず、

(69) 村本・前掲注(7) 170頁。後藤・前掲注(7) 20頁は、「勧誘に適さない人を勧誘すること（狭義の適合性原則違反）も静謐な取引環境を乱すものとして『私生活の平穩』を害することになる。」と述べる。宮下・前掲注(7) 48頁～49頁(2012年)は、不招請勧誘の禁止と適合性原則は、同じ契約の「入口」段階の規制であり、両者を共存させて契約の「入口」段階での規制を厳格にすることが、紛争を未然に防ぐためにもっとも有益な方法であると述べる。滝沢・前掲注(21) 88～89頁、97頁は、証券取引法54条1項に規定された適合性原則を取り上げ、不適格者に対して勧誘を行うことは、「不要な取引に巻き込まれない権利」という意味でのプライバシーの侵害になりうると述べている。

(70) 川地宏行「投資取引における適合性原則(2・完)」三重大学法経論集18巻2号34頁(2001年)。

パターンリスティックな色彩の強い規則であるといえる。そして、金商法40条や商品先物取引法（以下「商先法」）215条によれば、適合性原則とは、知識、経験、財産状況、投資目的等の諸要素に基づき勧誘することが適当か否かを判断することである⁽⁷¹⁾。これに対して、不招請勧誘の禁止は、被勧誘者が要請していないにもかかわらず勧誘することを禁止することから、どのような相手とどのような目的で、ということ判断基準とする適合性原則とは無関係に、どのような方法で契約締結に至ったかという契約締結交渉の方法に特化した問題であり、適合性原則の前提となる問題として位置付けられるのではないだろうか（この点については、以下で詳細に検討する）。

不招請勧誘の禁止を導入するにあたっては、勧誘の適正化として既存のルールとなっている適合性原則との関係を整理する必要があるとされていることから⁽⁷²⁾、先に述べた仮説に基づき、以下では、両者の関係性について整理していく。

(71) 適合性原則違反について初めて民事効果が生じると判示した最判平成17年7月14日民集59巻6号1323頁（以下では「最判平成17年判決」とする。）は、「具体的な商品特性を踏まえて、これと相関関係において顧客の投資経験、証券取引の知識、投資意向、財産状態等の諸要素を総合的に考慮する必要がある」と判示した。1992年改正の証券取引法では、適合性原則の考慮要素を「顧客の知識、経験及び財産状況」と規定していたが、その後の裁判例でも上記最判にならない、「投資目的」も適合性原則の考慮要素として示されていたことから、金商法や商先法には、上記の要件に「投資目的」が追加された。また、適合性原則違反の有無を判断するための要素を精緻化したものとして、宮下・前掲注（7）35頁以下がある。

(72) 嶋拓哉「ドイツにおける金融商品の不招請勧誘規制とわが国投資サービス法制への示唆（4・完）～情報通信技術の革新への対応の必要性について～」国際商事法務34巻5号629～631頁（2006年）。

(1) 金融取引の場合

金融取引での不招請勧誘の禁止は、既述のとおり、「適合性原則の遵守をおよそ期待できないような場合」に認められているが、同ルールの解釈については明らかになっていない。そこで、各法律への導入背景を明らかにしたうえで、同ルールの解釈につき整理していく。

① 金融商品取引法への不招請勧誘禁止の導入経緯

金商法で不招請勧誘禁止の対象となっている外国為替証拠金取引は、事業者によってその取引内容が異なることから一概に定義することはできないが、共通項を提示すると「業者が提示する為替レートによって、業者と顧客が、差金決済を予定して、顧客が取扱業者に対して預託した証拠金の10倍～50倍程度の通貨売買したものと仮定し、その損益の授受を行う取引」⁽⁷³⁾となる。

規制緩和の一環として行われた1998年の「外国為替及び外国貿易管理法」の改正、及び、「外国為替及び外国貿易法」の成立により、個人投資家も外国為替証拠金取引に参加することが可能となった反面、勧誘の要請をしていないにもかかわらず、取扱業者の執拗な訪問販売や電話勧誘による強引な勧誘が行われ、2001年度より外国為替証拠金取引に関する苦情が急増し、社会問題となった⁽⁷⁴⁾。けれども、監督官庁が不明であったり、法律上の規制が不十分であったりと、被害の鎮静化を図ることが難しく、訴訟が頻発することとなった。

問題の詳細を明らかにするために、当事者の主張内容と裁判例を整理す

(73) 石戸谷豊「外国為替証拠金取引(1)」月報司法書士402号79頁(2005年)。

(74) 国民生活センター「相談急増！ 外国為替証拠金取引—投資に関する知識・経験が十分ではない一般消費者は要注意—」(平成15年11月25日公表)〈http://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20031125_1.pdf〉 accessed on 2013.7.1.

ると、外国為替証拠金取引における被害につき、原告代理人も当初、単なる為替取引との理解から説明義務違反や適合性原則違反という構成により事業者の責任を追及していたが、取引の内容が徐々に明らかになったところで、「外国為替証拠金取引は賭博であり、公序良俗違反である」という主張を追加し⁽⁷⁵⁾、そもそも勧誘すること自体に違法性があるということを主張していった。

そして、外国為替証拠金取引に関して初めて判断された札幌地判平成15年5月9日⁽⁷⁶⁾では、当該取引につき、公序良俗違反であるかどうかの判断はひとまず措くとしても、「取引内容自体の理解が容易ではな」く、取引の報告書の記載内容は英文であることから、「取引内容を把握しにくい面がある。」とした。そして、外国為替証拠金取引を一般消費者に提供する場合には、事業者は顧客となる者の経歴、能力、経験等により当該取引を行うに適した者であるかを判断し、また、取引内容及び危険性について十分な説明を行うべきであるが、原告の状況からすると、適格性があつたかは疑問があり、勧誘時や契約締結時には取引の危険性について十分な説明をしているとは認められないとして、事業者の説明義務違反を認めた。ただし、

(75) 荻野一郎＝荒井哲朗「外国為替証拠金取引事件の概括」消費者法ニュース70号185～186頁（2007年）。なお、外国為替証拠金取引は、現実に発生した金利の清算を行うのではなく、単にそうした合意のもとに差金決済を行うために、こうした取引は利息付消費貸借には該当せず、射俵契約の性質を有する無名契約であるとしたうえで、単に射俵的な法律行為は有効であるものの、一方的に為替レートを設定したというところに、合意の基礎を欠く無効原因が存在していることで、当該取引は無効であるとする見解（西原慎治「外国為替証拠金取引の効力」法学研究80巻9号106頁、108頁、110頁（2007年））もある。

(76) 金商1174号33頁。控訴審である札幌高判平成16年2月26日先物取引裁判例集36号161頁では、業者の虚偽の情報を提供し、あるいは最も重要な情報を隠ぺいしていたということで不法行為責任を認めた。

勧誘そのものの違法性については認められなかった⁽⁷⁷⁾。

その後の裁判例では、適合性原則に反する場合には顧客を勧誘してはならないと判示するもの⁽⁷⁸⁾、外国為替証拠金取引は賭博行為に該当するとして勧誘すること自体に違法性があるとするもの⁽⁷⁹⁾、さらには、相対取引であるにもかかわらず、インターバンク市場での取引（銀行間取引）であると説明したことは詐欺行為をしたというべきであるとして、勧誘者の不法行為責任を認めるもの⁽⁸⁰⁾が見られるようになった。

このように裁判所でも、外国為替証拠金取引の商品性について疑問を呈していたが、近年は、「このような取引は、今や世界の金融取引の主要な部分を占めるように浸透しているものであり、仮に賭博性が認められるとして

(77) 札幌地判平成 15 年 6 月 25 日先物取引裁判例集 34 号 367 頁、及び、同判決の控訴審である札幌高判平成 16 年 2 月 27 日先物取引裁判例集 36 号 211 頁でも、「X（原告・被控訴人）に、投機経験があったとか、投機の商品について知識・理解があったと認めることはできない。」として、Y（被告・控訴人）は、取引の要点及び危険要素について説明を尽くしたうえで、X の十分な理解を得ることは到底無理であったとして、Y の説明義務違反を認めた。

(78) 札幌地判平成 16 年 9 月 22 日金商 1203 号 31 頁。同事例では、外国為替証拠金取引の性質に照らし、「それについての知識、情報、判断力、理解能力及び取引を実行するための資力があるかどうかの調査を行い、顧客の年齢、職業、収入、資産、経歴、学歴、外国為替証拠金取引及びその他の投機的取引経験の有無などからして不適合と認められる場合には、当該顧客を勧誘してはならないと考える。」と判示している。札幌地判平成 16 年 9 月 22 日先物取引裁判例集 37 号 388 頁も同旨。

(79) 札幌地判平成 15 年 6 月 27 日先物取引裁判例集 34 号 409 頁。このほかに、同判決のように外国為替証拠金取引を「賭博行為」と明示し、勧誘すること自体に違法性があるとしたものに、札幌高判平成 17 年 6 月 23 日先物取引裁判例集 40 号 487 頁、東京地判平成 17 年 4 月 22 日裁判所 HP、東京地判平成 17 年 7 月 12 日先物取引裁判例集 40 号 506 頁、東京地判平成 17 年 10 月 17 日判時 1951 号 82 頁、東京地判平成 17 年 11 月 11 日判時 1956 号 105 頁、東京地判平成 19 年 1 月 24 日先物取引裁判例集 47 号 323 頁等が挙げられる。

も、もはや違法性の阻却された経済活動と考えるべきである」⁽⁸¹⁾として、賭博であると認めることはなく、むしろ、当該取引は有効な取引手法であるとの理解が示され、外国為替証拠金取引への勧誘自体の違法性は認められなくなっていった⁽⁸²⁾。ただし、高リスクで取引の仕組みが複雑であり、顧客となる者の無理解に乗じた勧誘の横行が頻繁に見られたこと⁽⁸³⁾、そして、適合性原則違反と評価する裁判例が増加したことから⁽⁸⁴⁾、海外先物取引法に外国為替証拠金取引に対しての不招請勧誘の禁止が導入されるに至った。

(80) 札幌地判平成17年2月24日先物取引裁判例集39号471頁。同事例のほかに勧誘をするにあたり詐欺行為をしたといえたと判断したものに、控訴審の札幌高判平成17年9月14日先物取引裁判例集40号560頁、名古屋地判平成17年5月18日先物取引裁判例集40号394頁、大阪地判平成17年11月18日判時1927号148頁がある。

(81) 札幌高判平成16年2月26日先物取引裁判例集36号161頁。札幌地判平成15年6月27日の控訴審である。

(82) 札幌高判平成16年2月26日と同様に、投機的取引ということではできても、「賭博行為」ということができないとして違法性を阻却したものに、大阪地判平成16年4月15日判タ1164号158頁、東京平成17年11月14日先物取引裁判例集43号50頁、神戸地裁尼崎支判平成18年1月17日先物取引裁判例集42号181頁がある。

(83) 金融審議会金融分科会第一報告「外国為替証拠金取引に関する規制のあり方について」(平成16年6月23日)。

(84) 東京地判平成17年2月18日判時1923号60頁は、「外国為替証拠金取引が、投機性・危険性・専門性の高い取引であることからすると、投機性の高い取引についての知識及び経験、資力、社会的地位等の観点から、同取引を行う適格性を欠いた者には、同取引を行うことを勧誘してはならず、適格性を欠く者に対する同取引の勧誘は違法事由になると解するのが相当である。」として、適合性原則違反等の理由により不法行為の成立を認めた。

② 商品先物取引法への不招請勧誘禁止の導入経緯

先物取引とは、将来の売買についてあらかじめ現時点で約束をする取引のことで、本来は価格変動の影響を避けるための手段や市場における適正価格を定めるための調整機能として用いられていたため、「そもそも先物取引は、洗練された専門家同士の取引である」との見方が主流であった⁽⁸⁵⁾。しかし、1990年の法改正（当時は「商品先物取引所法」）では、事前書面交付義務等が先物業者の行為規制として新設されたものの、その前年の受託業務指導基準の抽象化により、先物業者はこれまでの禁止規定が緩和されたかのような勧誘を行い⁽⁸⁶⁾、また、その後に取り組みされた日本版金融ビッグバンにより事前規制が撤廃され、新規委託者保護措置も廃止されたことから、悪質な先物業者による違法行為が増加し、特に、一般の消費者に向けた無差別な電話勧誘による被害が増加した。そのため、1998年には省令により先物業者の電話勧誘を禁止したが⁽⁸⁷⁾、省令では、先物業者の違法勧誘をとどめることにはならず、「ロコ・ロンドン貴金属取引」という悪質商法が社会問題となった。

商先法で不招請勧誘禁止の対象とされている「ロコ・ロンドン貴金属取引」は、外国為替証拠金取引と同様に詳細な取引内容は個々で異なるが、一般には業者が提示する「ロンドン渡しの金現物価格」及び「ドル円為替変動」を差金決済指標とする差金決済取引であるとされ⁽⁸⁸⁾、通貨先物取引からスワップ金利を切り離した高金利の取引である。同取引は、金融先物

(85) 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〔十訂版〕』（民事法研究会、2012年）11頁。

(86) 日弁連・前掲注（85）7頁。

(87) 津谷裕貴ほか編『実践 先物取引被害の救済』（民事法研究会、2000年）111頁。

(88) 荒井哲朗『「ロコ・ロンドン貴金属取引」の違法性について』消費者法ニュース70号201頁（2007年）。

取引法に不招請勧誘の禁止、登録制度が導入されたことで、活動の幅が制限された外国為替証拠金取引業者が新たに活動できるように創出した取引とされている⁽⁸⁹⁾。その問題点は、顧客と業者がそれぞれ互いに差金決済契約の当事者となって金銭の得喪を争う相対取引であるにもかかわらず、証券取引や商品先物取引等のような勧誘がなされていることにある。そして、このような相対取引については、金商法等で禁止されている「のみ行為」そのものではないものの、のみ行為と同様の利益相反状況を招く仕組みをもっていることから、公序良俗に反し無効であるとの見方があった⁽⁹⁰⁾。しかし、事前規制がなく、業者の実態把握が必ずしも十分とはいえず、また対応も後追いとなりやすいこと等の指摘があり、不招請勧誘禁止の導入が強く求められていた⁽⁹¹⁾。

こうした状況下で、ロコ・ロンドン貴金属取引の違法性について初めて争われた東京高判平成 20 年 3 月 27 日⁽⁹²⁾では、「……売買差金の額は、顧客が買った（売った）とされる金の『ロンドン渡しの金の現物価格』に『ドル円の為替レート』を乗じた額と顧客がその後に売った（買った）とされる当該金の『ロンドン渡しの金の現物価格』に『ドル円の為替レート』を乗じた額との差額によって算出されるものであり、そして、『ロンドン渡しの金の現物価格』も『ドル円の為替レート』も、基本的には、Y（被控訴人）会社及び顧客において確実に予見することができないものでありまたその意思によって自由に支配することもできないものであるから、そうとすれ

(89) 荒井・前掲注（88）200 頁。

(90) 荒井・前掲注（88）203 頁。

(91) 産業構造審議会商品取引所分科会海外商品先物取引等小委員会「海外商品先物取引等に関する制度のあり方等について 中間とりまとめ」（平成 20 年 6 月 26 日）

〈<http://www.meti.go.jp/report/downloadfiles/g80626b02j.pdf>〉 accessed on 2013.7.1.

(92) 先物取引裁判例集 51 号 175 頁。

ば、本件取引はY会社と顧客との間において偶然の事情によって利益の得喪を争うものといわざるを得ず、本件取引は賭博行為に該当するというほかはない。」として、賭博行為への該当性を認めた。その後の裁判例でも同様の判断がされている⁽⁹³⁾。

こうして、ロコ・ロンドン貴金属取引については勧誘すること自体に違法性があるとされ、いったん特定商取引法で規制されたが⁽⁹⁴⁾、被害はおさまらず、トラブルのない商品先物市場を実現し、市場の健全化を維持するためには、一般個人が意図せずトラブルに巻き込まれないようにする必要があるとして、商先法において不招請勧誘が禁止されるに至った。

③ 適用除外からの説明

上述の経緯により、現在、金商法（38条4号）及び商先法（214条9号）に不招請勧誘の禁止が導入されたが、その理由として外国為替証拠金取引では、顧客の知識、経験、財産状況に照らして適当とされない違法な勧誘行為が問題視されたことからであり、一方で、ロコ・ロンドン貴金属取引では、取引内容自体の違法性が問題視されたことからであり、導入経緯をもって共通点を見出すことは困難である。そこで、次に両法律で設けられ

⁽⁹³⁾ ロコ・ロンドン貴金属取引の違法性について争った事例につき、入手できたものは以下のとおりであり、すべての裁判において、同取引を賭博行為と判断している。東京地判平成21年10月1日先物取引裁判例集57号273頁、東京地判平成22年6月10日先物取引裁判例集60号29頁、神戸地判平成23年8月26日先物取引裁判例集63号88頁、和歌山地判平成23年11月24日先物取引裁判例集65号205頁、東京高裁平成24年4月26日判決先物取引裁判例集65号222頁（東京地判平成22年6月10日の控訴審）、大阪地判平成24年5月16日先物取引裁判例集65号216頁（和歌山地判平成23年11月24日の控訴審）。

⁽⁹⁴⁾ 2007年改正時、訪問販売の指定役務に「海外商品先物オプション取引等」が追加された。

ている適用範囲及び適用除外を整理して、適合性原則と不招請勧誘の禁止の関係性について検討していく。

まず、金商法施行令16条の4により、個人顧客を相手とする店頭デリバティブ取引（いわゆる「外国為替証拠金取引」）が適用対象とされているが、金商法38条但書が「投資者の保護に欠け、取引の公正を害し、又は金融商品取引業の信用を失墜させるおそれのないものとして内閣府令で定めるもの」は不招請勧誘の禁止の適用除外となるとして、特定投資家⁽⁹⁵⁾は除外されている（法45条1号）。その理由は、金商法では適切な利用者保護とリスクキャピタルの供給の円滑化を両立させるという観点から、プロとされる特定投資家に対しては取引コストの削減・取引の円滑化を優先させるべきであり、特定投資家はその知識、経験及び財産状況などから適合性原則の下での保護が欠けることにならず、また、当人も必ずしも行政規制による保護を望んでいないということが説明されている⁽⁹⁶⁾。さらに、金融商品取引業等に関する内閣府令（以下「業等府令」という。）116条の規定により、継続的取引関係にある顧客も適用除外とすることが、2010年に追加された⁽⁹⁷⁾。

次に、商先法では、①個人を相手方とする国内商品市場取引及び外国商品市場取引にかかる契約であって、当該契約に基づく取引について、発生し得る損失の額が取引証拠金等の額を上回ることとなるおそれがある場合

(95) 具体的に、適格機関投資家、国、日本銀行及び投資者保護基金がアマへの移行が認められない特定投資家であり、アマへの移行が認められる個人の場合には純資産が3億円以上、投資性のある金融資産が3億円以上、取引経験が1年を経過している者が該当する（金商法2条31項、34条の4第1項、業等府令61条、62条）。

(96) 金融庁・前掲注（5）18頁。

(97) 業等府令116条1項1号では、継続的取引関係にある者を「勧誘の日前一年間に店頭金融先物取引に係る二以上の金融商品取引契約のあった者及び勧誘の日に未決済の店頭金融先物取引の残高を有する者に限る。」と規定している。

(いわゆる「ロスカット取引」), ②個人を相手方とするすべての店頭商品デリバティブ取引契約(「商品 CFD 取引」や「ロコ・ロンドン貴金属取引」)が禁止対象とされている(法 214 条 9 号, 施行令 30 条, 施行規則 102 条の 2)⁽⁹⁸⁾。そして, 金商法との同様の理由から, 特定委託者及び特定当業者が適用除外とされている(法 2 条 26 項, 法 2 条 27 項, 法 197 条の 9 第 1 項, 法 220 条の 4 第 1 項)⁽⁹⁹⁾。その後, 商品先物取引を所管する農水・経産両省から公表された「産業構造審議会商品先物取引分科会報告書」⁽¹⁰⁰⁾において, 商品先物市場では消費者・委託者保護の徹底が定着し, 不招請勧誘の禁止以外の規制に頼った場合でも再び被害が拡大するおそれがないことから, 原則禁止の例外を拡大すべきとの見解が公表されたことを受けて, 先物業者が商品デリバティブ取引と金融デリバティブ取引とを兼業している場合, 自社と契約して金融デリバティブ取引を継続的に行っている顧客とは信頼関係があるからとの理由で, 不招請勧誘禁止の適用除外の範囲が拡大された(施行規則 102 条 5 号・6 号, 102 条の 2)⁽¹⁰¹⁾。

各法律の枠組みとその趣旨をまとめると, 適用除外に該当する者とは,

98) 農林水産省食料産業局商品取引グループ 経済産業省商務情報政策局商取引監督課「商品先物取引業者等の監督の基本的な指針」19 頁〈http://www.meti.go.jp/policy/commerce/pdf/syousakigyousya_kihonnsisinn.pdf〉accessed on 2013.7.1, 河内隆史=尾崎安史『商品先物取引法』(商事法務, 2012 年) 207 頁。

99) 高島竜祐=野津山喜晴編『逐条解説商品先物取引法』(商事法務, 2011 年) 59 頁。

100) 「産業構造審議会商品先物取引分科会報告書」(平成 24 年 8 月 21 日)〈http://www.meti.go.jp/committee/summary/0004477/pdf/report_23_01_01.pdf〉accessed on 2013.7.1.

101) 経済産業省商務流通保安グループ 商取引・消費経済政策課「商品先物取引法施行規則及び商品投資顧問業者の許可及び監督に関する省令の一部を改正する省令案に対する意見募集の結果について」コメント 26 〈http://www.meti.go.jp/policy/commerce/pdf/syoureikaisei_ikennbosyuu.pdf〉accessed on 2013.7.1.

不招請勧誘の禁止をめぐる法的課題（2・完）

不招請勧誘の禁止の対象（○が適用対象）

	店頭か取引所か	属性	証拠金以上の損失なし	証拠金以上の損失あり
商品	取引所	一般委託者	×	○ (金融デリバティブ取引を継続的に行っている者は×)
		特定委託者	×	×
	店頭	一般委託者		○
		特定委託者		×
金融	取引所	一般投資家		×
		特定投資家		×
	店頭	一般投資家		○ (継続的取引関係にある顧客は×)
		特定投資家		×

(産業構造審議会商品先物取引分科会平成23年度第4回配布資料 参考資料5「不招請勧誘の禁止の対象範囲について(1)」を一部改訂 <http://www.meti.go.jp/committee/summary/0004477/pdf/23_004_05_00.pdf>)

勧誘者の適合性原則の遵守が期待できなくとも保護に欠けることがない者ということになる（金商法 38 条但書）。具体的にどのような投資家が保護に欠けることがないかという点、まず、プロとされる者であるが、同人は、投資に対する知識、経験を有していることから、不招請な勧誘があったとしても、当該取引の内容やリスクについて理解・判断することができ、勧誘を希望しない場合には勧誘を拒絶できるということが考えられる。そして、特定投資家となる場合には、金融庁長官への届出がなされていることから⁽¹⁰²⁾、勧誘者はその届出を確認することで、十分な知識、経験、財産状況を有しているということはもちろん、より投機的取引を望んでいるという意図を把握することができる。また、プロではないものの、既に当該業者と継続的取引関係にある者は、当該事業者と一定の信頼関係を築いていることから⁽¹⁰³⁾、勧誘者は、当該投資家の目的を把握していることになり、

適合性原則を遵守することが期待できるということになるだろう。つまり、不招請勧誘の禁止の適用除外に含まれる場合とは、相手の知識、経験、財産、投資目的を勧誘者が把握していることから、事実上、適合性原則の遵守を期待しうることになる。

翻って、「適合性原則の遵守をおよそ期待できないような場合」とは、相手の知識、経験、財産状況そして投資の意向を把握せずに、一方的に勧誘を行うということであるが、このような場合に一方的な勧誘方法であるということだけをもって規制することが認められる理由は次のとおりとなる。すなわち、元来、適合性原則とは「顧客自身の適合性判断についての自己決定基盤を整備するためのルールであり、自己責任原則の枠内における顧客保護制度」⁽¹⁰⁴⁾ であるとされていることから、適合性原則の遵守がなされることによって、顧客に対して自己責任を問えることになる⁽¹⁰⁵⁾。そうすると、顧客の財産状況、経験、投資目的を把握したうえでリスクの低い商品を勧めた場合にも、投資家本人が、資力が乏しくとも敢えて危険を冒して利益の拡大を図ろうとすることは個人の選択によるものであることか

(102) 特定投資家については、金融商品取引法2条31項、金融商品取引法第2条に規定する定義に関する内閣府令23条、金融庁「特定投資家に関する情報」参照〈<http://www.fsa.go.jp/common/law/tokutei/>〉。適格機関投資家については、金融商品取引法第2条に規定する定義に関する内閣府令10条3項、各適格機関投資家の情報については、金融庁「適格機関投資家に関する情報」参照〈<http://www.fsa.go.jp/common/law/tekikaku/>〉 accessed on 2013.12.28.

(103) 国峯孝祐＝久保賢太郎「商品先物取引法施行規則及び商品投資顧問業者の許可及び監督に関する省令の一部を改正する省令の概要」消費者法ニュース94号200～201頁（2013年）。

(104) 川地宏行「投資取引における適合性原則と損害賠償責任（2・完）」明治大学論叢84巻1号46頁（2011年）。

(105) 森田章『金融サービスの理論』（有斐閣，2001年）139頁、渡邊正則「ワラント取引における投資勧誘と投資者保護」判タ870号13頁（1995年）。

ら、勧誘者が、顧客の属性に応じたうえで説明義務を果たし、取引の危険性を認識させたうえでもなお顧客が希望する場合には、勧誘者はハイリスク・ハイリターン商品を販売しても問題はないことになる⁽¹⁰⁶⁾。

しかし、適合性原則を遵守していない勧誘の場合には、勧誘者は、相手方の知識、経験、財産状況そして投資の意向を把握していないため、相手の実情に応じた説明義務を果たすことは困難である。ましてや複雑な内容を有する金融取引では、被勧誘者は勧誘者から多大な影響を受けることになり、取引の危険性も認識せずに、自己の投資目的と合致しているか否かを判断することができなくなる。このような自己決定基盤が確立されない状況下で被勧誘者が自己責任を追及されるのは妥当ではない。したがって、金融取引のように複雑な内容を有する取引に限り、「適合性原則の遵守をおよそ期待できないような場合」には、不招請勧誘の禁止という勧誘方法の制限が認められると解することになろう。

④ 適合性原則における「排除論」「支援論」との関係

ところで、不招請勧誘の禁止を適合性原則の一具体策として考えるならば、適合性原則の役割について明らかにすることで、不招請勧誘禁止の機能も明らかになると考えるが、適合性原則の機能については、現在、大きく「排除論」と「支援論」と呼ばれる考え方に分かれている。

まず、適合性原則を「国家がパターンリスティックに介入して、市場での取引耐性（適合性）を欠く者を当該市場から排除するための理論」⁽¹⁰⁷⁾として捉えているのが排除論である。同説は、自由市場経済のもとで市場へ

⁽¹⁰⁶⁾ 清水俊彦『投資勧誘と不法行為』（判例タイムズ社、1999年）24頁～25頁。

⁽¹⁰⁷⁾ 潮見佳男「適合性の原則に対する違反を理由とする損害賠償—最高裁平成17年7月14日判決以降の下級審裁判例の動向」現代民事判例研究会編『民事判例V 2012年前期』6～8頁。

の参入規制を取り払ったことから、一般市民の金融市場への自由参加を認めることになったが、同時に、自己責任を引き受けるのにふさわしくない者までもが金融市場に参加することにもなった。そこで、自己責任を引き受けるのにふさわしくない者（投資不適格者）を金融市場に参入する危険から保護する必要がある、そのためには投資不適格者を排除することが適当であるとする⁽¹⁰⁸⁾。

これに対して、支援論と呼ばれる見解では、適合性原則とは「当該顧客の真の選択の自由を支援し、最終的に顧客の利益を保護する」⁽¹⁰⁹⁾ ために「個々の顧客の財産状態や投資経験、知識および投資目的を考慮して、当該顧客にとって適合性のある投資取引を勧誘することにある」⁽¹¹⁰⁾ として、「適合性に関する判断を顧客に提示し、適合性を有しないことを『警告する義務』」⁽¹¹¹⁾ が事業者であり、顧客の需要を重視することになる。

不招請勧誘の禁止を「適合性原則の一具体策」と捉えると、両者を排除論の立場で捉えることが順当であるように思われるが、排除論については、対象者の属性の評価を通して対象者の排除・差別に繋がる危険性があるとの見方もある。しかし、適合性原則とは、勧誘行為が許されることを前提として、勧誘目的の内容（商品の複雑性・高度性）に照らして、被勧誘者の適格性を判断し、取引への適格を欠く場合に、勧誘を禁止するものであ

108) この説と同じ立場に立つものとして、角田美穂子「金融商品取引における適合性原則—ドイツ取引所の取引先物能力制度からの示唆」亜細亜法学 35 卷 1 号 121 頁（2000 年）は、「狭義の適合性原則は、その者の知識・経験・財産力に鑑みれば、特定の金融商品への『適合性』を欠くのでその者を勧誘すべきではない、言い換えれば、その者は当該商品を行うだけの『適格性』に欠けるので、当該取引に参加させるべきではないというものである。」とする。

109) 王冷然『適合性原則と私法秩序』（信山社、2010 年）365 頁。

110) 王・前掲注（109）370 頁。

111) 王・前掲注（109）389 頁。

る。それに対して、不招請勧誘の禁止は、勧誘者側の勧誘行為の態様のみを考慮して、それが、不意打ちに該当する場合に限って、勧誘を禁止するものである。したがって、不招請勧誘の禁止については、適合性原則のように被勧誘者の適格は問題とならず、被勧誘者の差別に繋がるような排除論は問題とはならないはずである。

もっとも、適合性原則を排除論として捉える場合には、被勧誘者を不当に差別するという問題が生じるのであり、制限能力者に対して、一律に適合性を欠く者として取引から排除することは妥当ではないと思われる。例えば、公職選挙法11条1条1号では、選挙権の欠格事項として成年被後見人を挙げている。同人は心身の喪失の常況にある者として、行政上の行為をほとんど期待できないことがその理由とされているが⁽¹¹²⁾、東京地判平成25年3月14日判タ1388号62頁で、同規定に対して違憲判決が下されたことにより、2013年5月に公職選挙法が改正され、成年被後見人にも選挙権が付与されるようになった。この動きは、2000年に導入された成年後見制度がめざす「自己決定の尊重、残存能力の活用及びノーマライゼーションという理念」に合致するものであり、本人の自己決定権が尊重されることの表れといえる。なお、判断能力が不十分な者の決定をいかにして保護すべきかにつき、最も理想的とされるイギリスの2005年意思決定能力法（the Mental Capacity Act 2005）も、従前の判断能力不十分な者の財産管理から全人格的な福祉の向上へと法の目的が転換され、極力本人が意思決定できるよう、周囲がどのように支援すべきかという枠組みを定めており⁽¹¹³⁾、今回の公職選挙法改正の流れは、イギリス法の流れに合致するもの

(112) 安田充＝荒川敦編『逐条解説 公職選挙法（上）』（ぎょうせい、2009年）89頁。

(113) 菅富美枝「イギリスの成年後見法にみる福祉社会の構想 判断能力の不十分な成年者をとりまく家族、社会、国家」法政大学大原社会問題研究所・原伸子編『福祉国家と家族』（財団法人法政大学出版局、2012年）136頁。

といえる。

こうした状況から、適合性原則とは当事者の自己決定を支援することを目的としたものということが妥当である。そして、顧客の意向・目的を無視した不招請勧誘を行う事業者については、被勧誘者の自己決定基盤を整備することにつき期待できない、すなわち、適合性原則の遵守を期待しえないことから、適合性原則の「支援」という機能を発揮しえない場合には、特別に不招請勧誘の禁止が認められるということになる。つまり、不招請勧誘の禁止は、被勧誘者の適性とは一応無関係に、勧誘者の行為が、適合性原則の遵守を期待しえない、「不意打ち」に該当する場合にのみ、なされるべきである。

(2) 特定商取引法の場合

不招請勧誘（電子メール広告）の禁止は、金融取引のほかに特定商取引に関する法律（以下「特商法」という。）と特定電子メールの送信の適正化等に関する法律に導入されているが、後者が電子メール広告を禁止しているのは、受信者の被害防止以上に、通信インフラや通信環境の適正な維持・運営を目的としているからである¹¹⁴⁾。そこで、被勧誘者の保護に主眼を置いている特商法における不招請勧誘（電子メール広告）禁止を取り上げて、金融取引との異同について整理していく。

① 連鎖販売取引における両規制の枠組み

連鎖販売取引の問題点として、そもそも自ら販売することとなる商品を実際に手にとってその品質等を確認し、販売しうるか否かを判断することが確保されていないこと、広告を見て自ら取引をする意思を有した者であっ

114) 斎藤雅弘＝池本誠司＝石戸谷豊『特定商取引法ハンドブック〔第4版〕』（日本評論社、2010年）294頁。

ても、組織が複雑であり、その内容が煩雑であることから、勧誘者からの巧妙な言辞により内容について十分理解できていないのに、いわば催眠状態で契約をさせられることが多く、事業者からの説明に基づき取引を開始することを決定することになるということから、契約者の「判断力不足」が指摘されている⁽¹¹⁵⁾。

規制当初から上記のような問題点が挙げられていたところ、1990年から2001年までの消費者苦情相談によると、60歳以上の相談者が顕著に増加し、同時に、20歳代の若年層の割合が最も大きくなっていたことで、その予防が重要な課題の一つとされていた。また、不透明な経済情勢が続く中、「仕事になって収入が得られる」という期待につけ込んで勧誘を行う個人ビジネス勧誘型の取引に関する消費者トラブルが数多く発生していたことから、特商法の法執行の強化が求められた⁽¹¹⁶⁾。こうした事情の下、消費者基本法の全面改正において適合性原則が導入されたことも受け、政令で認められていた適合性原則が法律において明文化された（法38条1項4号、施行規則31条7号）⁽¹¹⁷⁾。

このように導入された適合性原則の違反につき行政処分がなされた例を見ると、連鎖販売取引での適合性原則の枠組みは、事業者が「勧誘者」（法

①⑤ 竹内昭夫『特殊販売規制法』（商事法務研究会、1977年）121頁、212頁、伊藤進『消費者私法論』（信山社、1998年）57頁。

①⑥ 産業構造審議会消費経済部会消費者政策小委員会報告「消費者政策の実効強化へ向けて」（平成15年6月公表）4頁〈<http://www.meti.go.jp/policy/consumer/sankoshin/houkokusyo.pdf>〉 accessed on 2013.12.28.

①⑦ 特定継続的役務提供（法46条3号、施行規則39条3号）及び業務提供誘引販売（法56条4号、施行規則46条3号）にも適合性原則が導入されたが、特定継続的役務提供には不招請勧誘（メール）の禁止がなく、業務提供誘引販売の適合性原則違反は行政処分の対象でなく、また、これまでに違反に関する裁判例も見当たらないことから、両者は本稿では取り上げない。

33条の2)となる者の商品等に関する知識や経験の不足につけ込む勧誘や、財産の状況に照らして不相応又は不必要な支出を強いる契約の勧誘をするということが共通しており⁽¹¹⁸⁾、規制当初からの問題が依然として見られる。

次に、不招請勧誘(電子メール広告)の禁止は、携帯電話等によるインターネット接続の普及に伴い迷惑メールが社会問題となったことを契機として、2002年にオプト・アウト規制で導入をした⁽¹¹⁹⁾。しかし、導入後も電子メール広告を一方向的に送りつけ、同メール広告を受け取った消費者を

⑪ これまでに適合性原則違反として行政処分されたものは、(i)未成年者を含む学生、若年層をターゲットとした勧誘を行っており、特定負担に見合う額を支払えない者に対しては、組織的に消費者金融を紹介して、金銭を借りさせた行為(経済産業省「EARTHWORKERに対する行政処分」(平成17年6月20日)〈<http://www.meti.go.jp/policy/economy/consumer/consumer/tokutei/pdf/houshikkou/renshahanbai050620.pdf>〉 accessed on 2013.7.1.)、(ii)教材代金等を支払えない学生等に対して、消費者金融を紹介して、金銭を借りさせた行為(経済産業省「株式会社ISMに対する行政処分」(平成19年3月20日)〈<http://www.meti.go.jp/policy/economy/consumer/consumer/tokutei/pdf/070320ism.pdf>〉 accessed on 2013.7.1.)、(iii)学生や、働いて間もない十分な収入がない若年者等商品を購入する資金のない者や社会経験に乏しい者に対し、「みんな消費者金融から借りている。」などと、契約を締結するために消費者金融からの借入れを勧めて勧誘をし、その契約を締結させる等、相手方の知識、経験、財産の状況に照らして不相当と認められる勧誘(大阪府「株式会社Lively」(平成20年3月28日)〈<http://www.pref.osaka.jp/shouhi/syobun/200328.html>〉 accessed on 2013.7.1.)、(iv)特定負担の支払いができないという消費者に対して、その消費者の資力を考慮することなく消費者金融の利用を勧めたり、ほめかしたりする行為(宮城県「特定商取引法違反事業者への行政処分に関する情報(株式会社ビズインターナショナルに対する行政処分)」(平成21年9月2日)〈<http://www.pref.miyagi.jp/uploaded/attachment/7472.pdf>〉 accessed on 2013.7.1.)がある。

⑫ 経済産業省商務情報政策局消費経済部消費経済政策課編『平成14年版 特定商取引法に関する法律の解説』(経済産業調査会、2002年)816頁。

商取引に誘い込む手口が巧妙化・悪質化し、消費者側も安易な気持ちで取引を開始して、被害件数は増勢傾向にあり⁽¹²⁰⁾、オプト・アウト規制では、消費者が電子メール広告の受け取りを希望しない旨の意思を表示すると、当該電子メールアドレスが現に使用されていることが明らかになってしまったため、受信拒否の連絡を行った事業者とは別の事業者から、電子メール広告が送られてくるといった事態が生じ、実効ある規制を行うことが困難な状況となった。そのため、2008年にオプトイン規制に変更され、消費者から請求や承諾のない限り、原則として連鎖販売取引についての電子メール広告を行うことができなくなった（法36条の3、4）⁽¹²¹⁾。

② 訪問購入における両規制の枠組み

金の価格の高騰を受け、貴金属等の購入業者による消費者宅への強引な訪問購入に関するトラブルが急増したことから⁽¹²²⁾、特定商取引法に第5章の3「訪問購入」が導入され、クーリング・オフの規定とともに不招請勧誘の禁止も規定された（58条の6）。そして、「常連取引」と「御用聞き」の両形態は、取引を行う購入業者と売主である消費者との間に「信頼関係」

(120) この点につき、村千鶴子「特定商取引法・割賦販売法改正の経緯と概要」現代消費者法2号（2009年）8頁では、「全く実効性はなかったといってよ」と批判している。

(121) 消費者庁取引・物価対策課＝経済産業省商務情報政策局消費経済政策課『特定商取引に関する法律の解説〔平成21年度版〕』（商事法務、2010年）23頁、112頁～113頁、220頁～221頁、斎藤＝池本＝石戸谷・前掲注（114）292～294頁。

(122) 消費生活センターに寄せられた消費者の相談件数は、2008年には69件、2009年には138件であったのが、2010年には2,425件、2011年には4,149件となり、訪問購入への規制が喫緊の課題とされた。国民生活センター「貴金属等の訪問買取り」〈http://www.kokusen.go.jp/soudan_topics/data/houmon_kaitori.html〉accessed on 2013.12.13.

が既に成立していることから、消費者保護の観点上問題が生じるおそれがないとして適用除外とした⁽¹²³⁾。

不招請勧誘の禁止を導入した背景には、「訪問購入における被害は、単なる経済的損失にとどまらず、取引の対象が特定の物品であるがゆえに、思い出・思い入れなども含めて、いったん失われると容易に回復できない側面を有するものである。」として未然防止の必要性が強く求められたことと、「訪問購入の被害対象は在宅中の高齢者や専業主婦に多く、購入業者に勧誘をされると、時には恐怖心から拒絶の意思を表明できなくなることも考慮された」というようにクーリング・オフを導入しても、実際には機能しないという実情が説明されている⁽¹²⁴⁾。

適合性原則については、施行規則 54 条 3 号が「顧客の知識及び経験に照らして不相当と認められる勧誘を行うこと」を禁止するとしている。

③ 金融取引との共通点

兩取引における不招請勧誘の禁止の枠組みを整理したところ、まず、連鎖販売取引では、勧誘を受けて契約した者が自ら事業主となって勧誘活動

(123) 消費者庁取引対策課「パブリックコメント 特定商取引に関する法律施行令の一部を改正する政令（案）についての意見募集結果について」（2013年2月8日）コメント 2-5、2-6 〈<http://searche.gov.go.jp/servlet/Public?CLASSNAME=PCMMSTDETAIL&id=235060006&Mode=2>〉 accessed on 2013.12.13.

(124) 松苗弘幸「特定商取引法の平成 24 年改正による『訪問購入』規制の概要」現代消費者法 17 号 70 頁（2012 年）、村千鶴子「貴金属等の訪問販売買取被害の実情と被害防止等に向けた対策のあり方」現代消費者法 14 号 82 頁（2012 年）、村千鶴子「訪問購入に関する不招請勧誘禁止の導入—特定商取引法の改正について—」消費者法ニュース 93 号 170 頁（2012 年）。日本弁護士連合会編『消費者法講義〔第 4 版〕』（日本評論社、2013 年）162 頁は、「不招請勧誘の禁止は、高齢者が勧誘を断れないため被害にあっているという実態を踏まえたものであり、画期的である」と評価している。

を行うことから、同取引における適合性原則は、当該連鎖販売取引の仕組みや負担を理解することはもちろん、自ら事業主となって勧誘活動を行うにふさわしい「知識、経験及び財産の状況」にあるかという観点から判断されるものと説明されている⁽¹²⁵⁾。なお、特商法では、適合性原則の考慮要素に「目的」が含まれていないが、連鎖販売取引での目的は一義的に定まることから、敢えて明文化する必要はなく、この点は解釈上違いを生じさせることにはならないだろう。

このように連鎖販売取引では、自ら事業主として活動できる自己責任が被勧誘者に求められることから、勧誘者に適合性原則の遵守が要請されることになるが、それにもかかわらず、勧誘者は適合性原則を遵守せず、説明義務も果たさずに、知識・経験がなく何ら準備もできていない状態の者を勧誘し、購入の意思形成が不十分なまま契約を締結させてしまうという問題に加え、不招請な電子メールを受けることで、対面での勧誘よりも安易に契約を締結してしまう者が増加したことが不招請勧誘の禁止を導入した経緯であり、その趣旨は、自己決定基盤が整備されていない者を保護するためといえる。これに対して金融取引では、価格変動により当初投資した金銭について元本割れの損失が生じることから、そのことを理解して自主的判断に基づき取引ができる投資家だけが自己責任を負うべきとしており、適合性原則の遵守が期待できずに自己責任原則が妥当しない者を保護するために不招請勧誘を禁止したということから、連鎖販売取引と金融取引における不招請勧誘禁止の意図は共通しているといえよう⁽¹²⁶⁾。

(125) 斎藤＝池本＝石戸谷・前掲注（114）495頁。もっとも、竹内・前掲注（115）97頁は、連鎖販売取引の被害は、商業の経験に乏しい個人が販売組織や契約内容を熟知しないままに契約を締結することで生じるのであり、法律形式的には事業者取引とされているものの、特商法において規制されているのは、実質的には消費者取引であるからと指摘しており、形式的に事業者取引とするのは問題がある。

次に、訪問購入を見ると、継続的な取引関係にある場合には信頼関係が築かれているとして不招請勧誘の禁止の適用除外となることが金融取引との共通点であるが、金融取引において信頼関係を築いているということは、およそ勧誘者が適合性原則を遵守するであろうという蓋然性があることになり、訪問購入にもこの趣旨は妥当する。では、訪問購入において不招請勧誘の禁止が導入された理由として挙げられた、「恐怖心から拒絶の意思表示ができない」という点はどのように解するべきか。すなわち、脳科学の研究では、消費者は感情によって無意識のうちに選択する、つまり、感情が行動に対して影響を及ぼすという結果が得られており⁽¹²⁷⁾、消費者に対して金融取引や連鎖販売取引のように自主的判断ができることを求めるのは困難であるといえる。そうすると、合理的な投資家像を想定している金融取引において不招請勧誘の禁止が許容される趣旨と、訪問購入における不招請勧誘の禁止の趣旨に共通点はあるのかという疑問が生じる。

このことは、クーリング・オフの規定がともに導入されていることをもって説明できるだろう。そもそもクーリング・オフは、事業者からの勧誘により消費者が誤信した場合、それを解消することを目的としたものであり⁽¹²⁸⁾、自己決定が歪められてしまっていることを是正するために設けられていたが、金融取引では取引の性質上クーリング・オフが認められないことから不招請勧誘の禁止が導入されていた。訪問購入では、クーリング・オフの代替策と位置付けられていた不招請勧誘の禁止が両設されている

(126) なお、竹内・前掲注(115)108頁によると、アメリカの証券取引委員会(SEC)が、マルチを投資取引であるとして規制しているとしていることから、金融取引と連鎖販売取引における不招請勧誘禁止の趣旨が同義になるといえるだろう。

(127) ルディ和子『マーケティングは消費者に勝てるか 消費者の「無意識」VS売り手の「意識」』(ダイヤモンド社、2005年)64頁。

(128) 斎藤=池本=石戸谷・前掲注(114)506頁。

が、消費者は、不意打ち的な勧誘により、冷静な判断を妨げられるだけでなく、「恐怖心」により、本心では契約を締結したくなくとも勧誘者からの勧誘を拒絶することができずに契約を締結しているという場合もあり、感情により判断に影響が出るという点が、金融取引との違いだが、自己決定権の侵害に対する保護という点では共通することになる。

以上の検討を整理すると次のことがいえる。不招請勧誘の禁止は、金融取引や連鎖販売取引のように複雑な内容の取引に限り認められていたが、訪問購入に対して不招請勧誘の禁止が導入されたことで、これまでの不招請勧誘禁止を導入する基準が転換され、消費者取引全般に導入しやすい状況になったと考えられる。すなわち、金融取引等では、自己責任原則が主張されるが、複雑な内容の取引では勧誘者から多大な影響をうけることになり、勧誘者による適合性原則の遵守を期待することができない場合には、自己決定基盤の整備がなされないことから、契約交渉過程における勧誘方法のみを取り上げて規制することが許容される。これに対し、訪問購入では貴金属現物の売買という複雑な内容の取引ではないが、適合性原則を遵守して、被勧誘者の自己決定権を保護することが要請されているのは、同一である。ただ、感情により合理的判断が妨げられるという点に違いがある。そうすると、金融取引、連鎖販売取引、訪問購入での不招請勧誘の禁止の趣旨を統一的にまとめると、「自己決定権の侵害に対する保護」ということになる。そして、自己決定権を保護するためには、適合性原則を遵守し、説明義務を果たす必要があるが、それは、被勧誘者が自己の情報を提供（開示）して初めて実現するのであり、プライバシーを侵害しない場合以外は認められることから、不招請勧誘の禁止は、生活平穩権の侵害に対する保護のために認められるといえる。このことは、訪問販売等の消費者取引全般においても該当することになる。

5. 勧誘の範囲—広告・メールとの同意—

顧客となる者を取引に誘い込む方法が勧誘であるが、この勧誘の範囲については科学技術の進歩により広く捉えるべきとの見方もある。こうした中で、不招請勧誘の禁止を考えるにあたり、「勧誘」とは何を指すのか、また、不招請勧誘とならない「勧誘の要請」とは何かが問題になる。不招請勧誘に関連する各種法を取り上げ、禁止対象となる「勧誘」の範囲について検討していく。

(1) 既存法上の整理

① 金融取引の場合

まず、金商法では、「勧誘」には、顧客に対して勧誘を行ってよいか否かを尋ねることまでも含まれるとしており、また、広告等を見た顧客が、店頭デリバティブ取引業者に対して電話等により、一般的な事項に関する照会や取引概要に関する資料請求を行ったことだけでは、当該顧客が「契約の締結の勧誘の要請」をしたとみなすことはできないとしている。なお、ダイレクトメール（紙）は、心理的圧力を与えることがないから「勧誘」に含まれないとする⁽¹²⁹⁾。

商先法では、「勧誘」とは、商品先物取引業者が顧客に対して、商品取引契約の締結又は契約締結後の個々の取引の委託等の意思形成に影響を与える程度に商品デリバティブ取引を勧める行為を指す⁽¹³⁰⁾。例えば、初めて勧誘する者に商品取引契約の締結を勧める場合だけでなく、既に取引を行っ

(129) 「金融商品取引業者向けの総合的な監督指針」の、「IV-3-3-2 勧誘・説明態勢 (9) 不招請勧誘の禁止規定に係る留意事項」〈<http://www.fsa.go.jp/common/law/guide/kinyushohin/index.html>〉 accessed on 2013.12.13.

ている顧客に取引枚数を増やすことを勧める場合、直接取引を勧めないが、客観的に見て顧客の取引の委託等の意思決定に影響を与える程度に商品デリバティブ取引のメリットを強調する場合も該当するとする⁽¹³¹⁾。そして、客観的な事実の確認のみを行うなど、顧客の意思決定に影響しない説明を行い、顧客が自己責任に基づき委託等の意思決定を行っている場合や、ダイレクトメール（紙）を個人顧客に対して送付する行為は勧誘には該当しないという⁽¹³²⁾。

② 消費者取引一般の場合

消費者取引全般を対象とする消費者契約法では、勧誘の範囲について、立法担当者は、「勧誘」を「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」とし、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のように不特定多数向けのもの等客観的に見て特定の消費者に働きかけ、個別の契約締結の意思の形成に直接影響を与えているとは考えられないものは、勧誘ではないとしているが⁽¹³³⁾、こうした見解に対しては反対する見解の方が支持されており⁽¹³⁴⁾、裁判例におい

(130) 農林水産省食料産業局商品取引グループ 経済産業省商務情報政策局商取引監督課 「商品先物取引業者等の監督の基本的な指針」14頁、19頁（http://www.meti.go.jp/policy/commerce/pdf/syousakigyousya_kihonnsisinn.pdf）accessed on 2013.12.13.

(131) 農水省・経産省・前掲注（130）15頁。

(132) 顧客が業者に対して自らに対して勧誘を行うことを明確に求めたり、顧客から来店又は電話をかけて勧誘要請してきたりする場合には「勧誘の要請」に当たるが、一般的事項に関する照会や、取引概要に関する資料請求を行ったことのみをもって、当該顧客が勧誘の要請を行ったとみなすことはできないとする。

(133) 消費者庁企画課『逐条解説消費者契約法〔第2版〕』（商事法務、2010年）108頁。

てもそのような傾向にある⁽¹³⁵⁾。また、他の法律（特商法2条以下⁽¹³⁶⁾、消費者安全法政令3条2号⁽¹³⁷⁾、資金決済法36条、63条⁽¹³⁸⁾等）においても、不特定多数を対象としているか否かではなく、結果的に消費者の意思形成に

⑬④ 日本弁護士連合会編『コンメンタル消費者契約法〔第2版〕』（商事法務、2010年）65頁は、口頭の説明に限らず、事業者が用いるあらゆる手段が該当し、例えば、商品、放送、容器に記された表示、パンフレット、説明書、契約書面の交付、電話、書状、インターネット等の通信手段による伝達等も含まれる。このほかに、落合誠一『消費者契約法』（有斐閣、2001年）73頁は、「『勧誘』とは、事業者が消費者に対し契約締結の意思表示をさせようとする一切の働きかけをいう。」としている。潮見佳男編『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』（経済法研究会、2001年）34頁は、特定の者に向けた勧誘方法を「勧誘」とし、不特定多数向けのもので直接消費者の契約締結の意思形成に影響を与えているとは考えられないものは「勧誘」ではないという立法担当者の区別はよいとしつつも、後者の具体例として広告、チラシの配布、パンフレット等を挙げていることは、大いに問題があるとしている。これらは、場合によっては契約相手の意思形成に働きかけ、直接に影響を与えることにもなりうることから、特定の契約相手方の意思形成へと関連付けられた場合には、「勧誘」に該当するというべきとの見解を示している。

⑬⑤ 名古屋地判平成23年5月19日消費者法ニュース89号138頁では、「本件各契約の申込書やパンフレット等を用意し、顧客を勧誘するために雑誌に広告を載せたりホームページを利用するなどし、顧客に金員を支払わせるための商品や電話での勧誘方法を用いた場合には、勧誘に該当する」とした。

⑬⑥ 消費者庁＝経産省・前掲注（121）48頁では、「勧誘」とは、「販売業者等が顧客の契約締結の意思の形成に影響を与える行為」として、客観的に顧客の購入意思の形成に影響を与えていると考えられる場合が該当するとしている。

⑬⑦ 消費者庁政策調整課＝企画課＝消費者情報課＝地方協力課＝消費者安全課編『逐条解説消費者安全法』（商事法務、2010年）38頁は、「契約締結の勧誘」とは、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い、特定の者に向けられた勧誘方法だけでなく、インターネット上の取引のように消費者がもっぱらホームページ上の記載のみを見て契約締結の意思を形成する場合におけるホームページの記載内容も「勧誘」に含まれるとする。

影響を与えたか否かという点を重視していると解される⁽¹³⁹⁾。

（2）不招請勧誘の禁止における「勧誘」の範囲

各法に対する立法者の見解や学説、裁判例の状況を確認したが、結果的に被害が生じた場合には、「勧誘」として含むという傾向にあり、予め具体的にどのような行為が「勧誘」であるかと定型化することは困難であるように思われる。

また、近年の情報技術の進歩により、広告であっても勧誘に含まれるような場合が出てくる。例えば、インターネット広告における「行動ターゲティング広告」とは、「利用者のインターネット上の行動履歴に着目した広告手法」であり、その履歴に基づき、利用者の興味関心にあう広告を配信するものと説明されている。このほかにも、インターネット検索サイトに入力したキーワードに連動して広告を表示する「検索連動型広告」や、ログインの必要なカスタマーサービスを提供するサイトで、ID 会員登録をする際に入力したプロフィールデータを参考に広告を配信する「属性ターゲティング広告」等⁽¹⁴⁰⁾、利用者の意思形成に直接影響を与える広告の存在があり、勧誘と広告の境界線が曖昧になっている実情がある。

⑬⑨ 高橋康文編『逐条解説資金決済法〔増補版〕』（金融財政事情研究会，2010年）147頁，220頁は、「勧誘」とは、他人に対し、自己の欲するところにある行為をするように勧めることをいい、例えば、国外の事業者がホームページに為替取引に関する広告等を掲載する行為について、国内における者がその広告等を見ることができるからといって直ちに勧誘に当たるものではないが、国内にある者に向けた説明を行っている場合は、勧誘に当たりうるとする。

⑬⑩ 村本武志「顧客限定合理性の下での適合性原則・説明義務と錯誤の役割と要件～複雑性金融商品取引における判決例を素材として～」新世代法政策学研究 13 卷 247 頁（2011年）は、「一見すれば勧誘に当たらないような商品情報の提供にすぎない場合でも、呈示のされ方によっては、顧客の取引動機を惹起する可能性がある」とする。

このことから、インターネット上の広告につき、不特定多数に向けたものであっても広告からそのまま連続して申込みに移ることのできる場合には、消費者契約法上の「勧誘」に当たるとする見解⁽¹⁴¹⁾やインターネットによる情報通信は双方向性があることから、直接、消費者に向けられたものであるとして、消費者契約法上の「勧誘」に該当するという見解⁽¹⁴²⁾、インターネット広告に限定せず、通常の広告であっても、消費者に影響を与えるものについては、消費者契約法上の「勧誘」に該当するとの見解等が見られる⁽¹⁴³⁾。

情報技術の発展が目覚ましい中では、立法化にあたり、広告は「インターネット広告に限る」等といった区分けをすると、想定していない勧誘媒体が生み出された場合に、再度対応を考えなければならないことからすれば、インターネット広告であると否とを問わずに、「顧客の意思形成に影響を及ぼす」ということが「勧誘」の要素であるとして解すべきである⁽¹⁴⁴⁾。

6. 違反に対する民事的効果

不招請勧誘の禁止に違反して契約を締結した場合は、もちろん契約関係の解消が好ましい。そこで、立法化するにあたり、民事的効力としては現

⁽¹⁴⁰⁾ 総務省情報通信政策研究所「行動ターゲティング広告の経済効果と利用者保護に関する調査研究報告書」（平成 22 年 3 月）9 頁〈<http://www.soumu.go.jp/iicp/chousakenkyu/data/research/survey/telecom/2009/2009-I-16.pdf>〉 accessed on 2013.12.13.

⁽¹⁴¹⁾ 松本恒雄＝斎藤雅弘＝町村泰貴『電子商取引法』〔松本恒雄〕（勁草書房，2013 年）21 頁。

⁽¹⁴²⁾ 松本＝斎藤＝町村・前掲注（140）〔斎藤雅弘〕309 頁。

⁽¹⁴³⁾ 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見た現状と課題」現代消費者法 20 号 37 頁（2013 年）。

行法の解釈から無効構成と取消構成とが考えられる。以下、両構成について検討していく。

(1) 無効構成と取消構成

① 消費者取引公序による無効

先に挙げたロコ・ロンドン貴金属取引のように刑法上の罪となるべき行為は、原則として公序良俗違反となるが、不招請勧誘により契約を締結した場合、刑法上の罪となるべき行為であると判断されることはほとんどない。もっとも、事業者との取引において消費者の正当な利益を擁護する必要がある場合には、取引の仕組み、内容の不当性、当事者間の格差に鑑みて、消費者の利益を侵害する行為を公序違反と捉え、違反した場合には、無効とするとの考え方が示されている。これを「消費者取引公序」という⁽¹⁴⁵⁾。例えば、金地金の先物取引の委託契約が著しく不公正な方法を用いることによって結ばれたときは、商品先物取引法違反かどうかを論じるまでもなく公序良俗に反し無効となるとした判例がある⁽¹⁴⁶⁾。

このように先物取引で事業者が不意打ちの勧誘をすることで、消費者の

⑭ 宗田貴行「不招請勧誘規制の課題」鹿野菜穂子＝中田邦博＝松本克美編『消費者法と民法』（法律文化社、2013年）100頁 注12）では、「いわゆる不招請勧誘は、受け手の同意のない電話や電子メールなどが、消費者や顧客の契約の締結の意思形成に影響を与えるか否かを問わず、その『手段』自体を法的に評価するものである。」としているが、同見解によると不招請勧誘に対しては取消権だけでは十分でないとして、差止請求権、損害賠償請求権、利益剥奪請求権の必要性を説いている。本稿では、契約関係の解消ということに主眼を置いており、民事効果としての取消しは、意思表示に瑕疵があるために認められるものであることから、意思形成に影響を与えるか否かという要素は必要であると解する。

⑮ 長尾・前掲注（37）226頁～227頁、山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、2000年）53頁～54頁等。

自由な判断を妨げて契約を締結させることから、消費者取引公序という方法で不当勧誘に対する救済が図られてきたが、本来取締法規に反する行為については、直ちに民事的効力が生じるものではなく、事業者と消費者との取引につき契約自由を制限することが許容されるためには、特別な理由が必要とされる。こうした中で、消費者取引公序として無効を導き出すことが認められるのは、自然法上の価値＝契約正義の実現であると理解することになると説明されている⁽¹⁴⁷⁾。このため、民法 90 条の公序良俗を活用できるのは、取引内容の不当性が問題となるもの、暴利行為論に該当するもの、先物取引のように危険・専門高度な取引であり、勧誘方法が著しく不公正なものに限られ、消費者取引全般を対象とした場合は適当でない。

また、民法理論の解釈上からは、他の規制手段に落ち着くべきであるとの批判的な見方がある⁽¹⁴⁸⁾、勧誘を受けた側が損失を被ったときにだけ公序良俗を主張するということは、当事者間に信義に反するような結果が生ずるという考え方もある⁽¹⁴⁹⁾。このことから、不招請勧誘の禁止に反して勧誘をし、契約締結に至った場合、消費者取引公序として契約の無効を導き出

④⑥ 最判昭和 61 年 5 月 29 日判時 1196 号 102 頁。なお、同事例は、当時 52 歳の投資経験のない主婦に対して、無差別の電話勧誘により、私設の金為替市場（同市場は委託保証金を市場に預託させる等の顧客保護制度もない）への投資を勧誘したということで、第一審、控訴審においては公序良俗に反して契約は無効であるとの判断がされたが、上告審では、勧誘者は被勧誘者の自宅を訪問し、取引約定書を受領し、同約定書に基づき社員から詳細な説明を受け、その内容を理解したうえで、被勧誘者は契約したことから、公序良俗に反すると認めることはできないとしている。

④⑦ 山本敬・前掲注（145）53 頁～54 頁。

④⑧ 平野裕之「消費者取引と公序良俗—契約解消型救済」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、1995 年）318 頁。

④⑨ 今西康人「契約の不当勧誘の私法的効果について—国内公設商品先物取引被害を中心に」として『民事責任の現代的課題』（世界思想社、1989 年）224 頁。

すのは適当でないと思われる。

② 意思形成過程で適切な自己決定が妨げられた場合の取消し

次に「取消し」という効果について、現行民法では、制限行為能力者の行った行為（5条以下）と、意思表示に瑕疵がある場合として、詐欺や強迫の場合（96条）に取消しが認められている。特に意思表示の瑕疵という観点から後者の取消しの構造を見ると、そもそも、瑕疵のない意思表示をした者が、成立した契約（法律行為）によって拘束されるのは、自由な意思をもつ人間が自らの意思決定をしたということからである⁽¹⁵⁰⁾。そこで、瑕疵のある意思表示をした者は、表示と内心の効果意思は一致しているが、効果意思を形成するに際して表意者に外的な作用（詐欺等）が加えられたため、自由な意思決定が妨げられることになることから、拘束力を否定することができることになる⁽¹⁵¹⁾。このことは、消費者契約法4条3項規定の「不除去・退去妨害」でも認められている⁽¹⁵²⁾。

(2) 不招請勧誘により表示される意思とは

日本弁護士連合会が公表した「消費者契約法日弁連改正試案」⁽¹⁵³⁾では、消費者契約法を改正して、消費者取引全般に不招請勧誘の禁止を導入することが明示されている。同試案によると、不招請勧誘とは、消費者が冷静

(150) 石田喜久夫「契約の拘束力」遠藤浩＝林良平＝水本浩監『現代契約法大系 第1巻 現代契約の法理(1)』（有斐閣、1983年）101頁、石田喜久夫『現代の契約法〔増補版〕』（成文堂、2001年）167頁。

(151) 四宮和夫＝能見善久『民法総則〔第8版〕』（弘文堂、2010年）232頁。

(152) 消費者庁企画課編・前掲注(136)132頁では、「消費者が事業者の不適切な完有効に影響されて自らの欲求の実現に適合しない契約を締結した場合には、民法の強迫……が成立しない場合も、契約の成立についての合意の瑕疵は重大で決定的であるため、消費者は当該契約の効力の否定を主張しうることが適当である。」と説明する。

かつ自由な判断をする機会を阻害し、不当な契約を誘発する勧誘方法であり、消費者契約法4条3項規定の「退去妨害」や民法96条規定の「詐欺」と同様に、消費者の正常な意思表示が害されて、正常な意思決定が歪められて契約を締結させられていることから、取消しという効果を認めるべきであると説明している⁽¹⁵⁴⁾。

また、商品先物取引法での立法化の趣旨を確認すると、「不意打ち性を帯びた勧誘や執拗な勧誘により、顧客が本来の意図に反して取引を行い被害発生するというトラブルが多く報告されているという実態を考慮し、適合性の原則（法215条）の遵守をおよそ期待できず、利用者被害の発生や拡大を未然に防ぐ」⁽¹⁵⁵⁾ ためと述べられており、「本来の意図に反して」ということは、自己決定が妨げられて契約を締結したということができることになり、取引内容の不当性については考慮されていないことになる。

不招請勧誘の禁止に違反して行われた勧誘の民事的効力につき、公序良俗違反による無効構成と取消構成の2つの構成を検討したところ、自由な意思形成が歪められ、拒絶の意思表示ができずにいるという状況にあることから、立法化の際には、取消構成をとることが妥当だろう。

(153) 日本弁護士連合会「消費者契約法日弁連改正試案」（2012年2月16日公表）28頁、31頁〈http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2012/opinion_120216_2.pdf〉 accessed on 2013.7.1.

(154) なお、消費者委員会が公表した消費者契約に関する調査作業チーム「論点整理の報告書」（2013年7月16日公表）50頁〈http://www.cao.go.jp/consumer/doc/201308_shoukeihou_houkokul_.pdf〉では、不招請勧誘独自の実態法規範を定める場合、困惑取消類型の拡張としてはどうかとの提案がなされている。

(155) 高野＝野津山・前掲注（99）119頁。

7. むすびにかえて

本稿では、金融取引で導入されている不招請勧誘の禁止を消費者取引全般に導入するために解決すべき課題を検討した。まず、不招請勧誘の禁止は、金融取引全般で見られる高額な被害を予防するだけでなく、非財産的損害や僅少損害といった消費者被害をも予防するためにも必要であるということが明らかになった。2013年12月4日に「消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律」が成立され⁽¹⁵⁶⁾、さらに、消費者被害を生じさせないために「財産の隠匿・散逸防止策及び行政による経済的不利益賦課制度に関する検討チーム」が開催され、法律案の検討をしている現状からすると⁽¹⁵⁷⁾、こうした多くの消費者が泣き寝入りしがちな少額多数の被害を防ぐことが、現在の消費者問題において解決すべき課題であり、適用範囲の拡大が急がれるべきことがいえるだろう。

しかし、不招請勧誘の禁止は、事業者の自由な営業活動を制限することにもなるので、不招請勧誘を禁ずる理論的根拠につき、十分に検討する必要がある。これまで主張されたものには、まず、クーリング・オフの代替手段と生存権侵害からの保護、自己決定権侵害からの保護、生活平穩権侵害からの保護であったが、金融取引という複雑な内容の取引では事業者からの影響を受けやすく、既述のとおり、不招請勧誘の禁止は非財産的・僅少損害の予防ということも目的としていることから該当しないことにな

(156) 消費者庁制度課「消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律」〈<http://www.caa.go.jp/planning/index14.html>〉 accessed on 2014.1.7.

(157) 財産の隠匿・散逸防止策及び行政による経済的不利益賦課制度に関する検討チームの検討状況については、消費者庁制度課「消費者の財産被害に係る行政手法研究会情報」参照 〈<http://www.caa.go.jp/planning/index9.html>〉 accessed on 2014.1.7.

る。そこで、自己決定権侵害からの保護と生活平穩権侵害からの保護という2つの根拠に絞られるが、金融取引の場合、金融取引ではリスクが生じることから、顧客となる者には自己責任が求められることになるため、自己決定が適切に行えるよう、適合性原則の遵守が要請されているが、物品の売買契約のような消費者取引の場合、通常、そうしたリスクは取引に含まれていないものの、適合性原則の遵守は要請されている。ところで、適合性原則の遵守は、相手の情報があって、はじめて期待されうるものであり、その人の意に沿わずに情報を無理矢理得てまで認められるものでない。こうしたことから、消費者取引全般での不招請勧誘の禁止は、生活平穩権の侵害に対する救済手段であると解するのが妥当であるとの結論を得た。

さらに重要な論点として、顧客の意向と実情に適合しない勧誘を禁止するという勧誘の適正化を図る適合性の原則と、投資する意向を有しない被勧誘者に対して不意打ちで勧誘することを禁止する不招請勧誘の禁止とは同じ勧誘規制となることから、両者の関係性について整理した。金融取引は複雑な内容を有することから、勧誘者は収集した顧客の情報をもとに顧客の属性に応じた説明義務を果たすことで自己決定基盤が整備されることになり、そうなる、初めて顧客は損失を生じた場合に同損失を負担しなければならないことになる。しかし、不意打ちの勧誘では適合性原則の遵守が期待できないことから、顧客の属性に応じた説明義務が勧誘者から果たされることは期待できず、自己決定基盤の整備という目的が図られないことになる。そこで、「適合性原則の遵守をおよそ期待できない場合」には、適合性原則の前提問題として、勧誘者の勧誘方法を制限するという不招請勧誘の禁止が認められることになる。さらに、金融取引では上記のように内容が複雑であるために不招請勧誘の禁止が認められると結論付けたが、訪問購入に不招請勧誘の禁止が導入されたことにより、適合性原則が遵守されずに自己決定権が侵害されるという場合に認められるということで、複雑であるという限定が外れ、消費者取引一般に導入しやすくなったとい

えよう。なお、消費者取引全般において全面的に不招請勧誘の禁止を認めた場合に、事業者の活動が全面的に制限されるという批判も予想されるが、訪問購入では、信頼関係が築かれている場合は不招請勧誘の禁止を適用除外とする枠組みをとられているのであり、こうした既存の状況を参考に、工夫をすることで、事業者の活動の全面的な制限という問題に対処できるのではないだろうか。

立法化に向け、「勧誘」の範囲や違反に対する民事効についても検討したが、実現化するためには理論的な説明を踏まえ、実際に機能している制度についても見ていく必要があることから、諸外国における不招請勧誘の禁止がどのような効果を上げ、どのような障害をもたらしているのかにつき検討していくことを今後の課題としたい。