

意思決定の不当干渉と情報提供義務

今 川 嘉 文

～目 次～

はじめに

- I 情報提供義務の具体的内容
- II 民法による規制
- III 消費者契約法による保護
- IV 金融商品販売法による契約規制
- V 書面交付義務と説明義務
- VI 勧誘受諾意思の確認義務と再勧誘の禁止

おわりに

は じ め に

情報提供義務とは、契約締結過程における信義則に基づき、契約自由の原則を実質的に保障するため、情報量の格差および情報の質という情報力において優位に立つ当事者に課される義務である。

専門業者を一方当事者とする取引において、情報力の構造的格差があり、専門業者に対し信頼をした他方当事者を保護するために生じる専門業者に課される義務とされる。

契約交渉過程における情報提供義務違反は、「契約締結上の過失」と呼ばれる。信義則上の義務であり、契約上の義務とは必ずしもいえない。判例上、情報提供義務が問題となっている事例は、不動産取引、金融商品取引、フランチャイズ契約などにおいて多く見られる。

情報提供義務に関する問題点として、つぎのことが考えられる。

第1に、専門業者は、他方当事者に対し、なぜ情報の提供をしなくてはならないのか。本来、民法における私的自治の原則に照らせば、意思表示をする者が情報収集をしなくてはならない。情報提供義務は、一方当事者である顧客に情報収集義務を積極的に課すのではなく、他方当事者である専門業者が情報を提供しなくてはならないことになる。

説明義務は、契約が締結されて、契約が成立した段階で契約上の義務が生ずるということが従来の考え方である。では、契約締結前に一定の説明義務として、契約締結前における専門業者の情報提供義務をどう法的に位置づけるのかである。

第2に、対象となる情報は、どのようなものか。情報の収集に加え、情報の分析、情報の評価、評価に基づく選択が対象となる。

第3に、情報提供義務違反があった場合、損害賠償請求を認めるのか、錯誤または公序良俗違反等により契約の効力を否定することができるのか。

本稿は、情報提供義務に関し、例えば、金融商品取引業者または融資を行う金融機関などの専門業者に求められる責任であるのかという観点から、これら問題を考察する。

Ⅰ 情報提供義務の具体的内容

1 情報提供義務の根拠

説明および情報提供に関する義務の範囲としては、①相手方の知識、経験、取引目的、資産状況に照らし不適合勧誘しない義務、②相手方にとって重要な事項を説明・情報提供する義務、③将来における変動が不確実な事実⁽¹⁾について断定的判断を提供しない義務がある。

(1) 専門業者が顧客に情報を伝達する義務として、つぎの内容が考えられる。第1に、相手方の知識、経験、取引目的、資産状況に照らし不適合な

意思決定の不当干渉と情報提供義務

おしなべて約束または契約には、当事者に対する信頼が存する。金融機関などの専門業者との取引においては、一方当事者（顧客）が他方当事者（専門業者）に信頼を寄せ、その信頼には適切な情報の開示がなされるであろうという信頼が概して強い。信義義務法理に近い考え方である。顧客は専門業者のプロフェッショナル性に基づき、その「看板」および社会的役割・立場から、専門業者の言葉を信じる。

例えば、金融商品取引の専門業者と顧客間には、情報の収集、情報の分析、情報の評価、評価に基づく選択をする能力に格差がある。そして、一方当事者（専門業者）が他方当事者（顧客）に、その情報提供および推奨に基づき、一定の取引を行わせ、それにより営業利益を得ている場合、情報の収集および蓄積をする能力に劣る当事者（顧客）を保護することが求められる。

すなわち、専門家（プロフェッショナル）として社会において期待されている役割から、その専門性に依拠した取引交渉にあたり、交渉相手方の信頼にこたえるべく、適切な情報提供義務を求める。このような専門家責任は、経済社会の高度化・複雑化・専門化に伴う専門業者への依存の必然性から、社会的信頼に応える専門業者の責任を情報面において認めることの必要性にある。

説明義務は、契約が締結されて、契約の効果として、契約が成立した

取引および商品売買等を勧誘しない義務である。そのため、不適合であり、リスクの高いことを情報提供しなければならない。これは、適合を欠く当該取引に誘引することを禁止・排除するためである。

第2に、相手方に重要な事項を説明・情報提供する義務である。相手方が意思決定をするうえでの要素の伝達である。これは、契約における自己決定原則を確保し、当事者間にある情報格差を是正するため、自己決定に必要となる情報を提供するためである。

第3に、将来の変動が不確実な事実について断定的判断の提供を避ける義務である。これは事実を提供するのではなく、断定的な評価・意見を相手方に提供することにより相手方の意思形成を歪曲させることを禁止するためである。

段階における契約上の義務である。他方、情報提供義務は、専門家責任として契約締結前に一定の説明義務を課すものであり、信義則上の義務である。より実質的には、第1に、情報力の格差に着目し、情報の質・量、情報の収集力・分析力に照らし、情報の劣位者にとって不利な取引が行われる可能性がある。そうした情報劣位者の契約自由を実質的に回復させることが求められる。

第2に、顧客の専門家に寄せる信頼を保護法益として、情報提供義務の根拠とする。これも、基本的には情報力の格差の是正であり、自己決定権の保護または契約の自由の原則の実質的な保障から根拠づけられる。⁽²⁾

例えば、専門業者は金融商品を提供し、顧客に金融商品に関するリスク情報を提供して顧客の自己決定基盤を確保するだけでなく、投資家の利益に忠実に事務を遂行しなければならない。とりわけ、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、顧客のリスクをできるだけ抑え、投資目的と投資家の財産状態により適合した商品を積極的に提示していくことが求められる。そのため、顧客に対して適切な助言をおこなうことで投資計画への積極的支援を義務づけることに向けられた行為規範である。⁽³⁾

(2) 後藤巻則「消費者契約の締結過程の適正化」先物取引被害研究30号6頁以下。

(3) 潮見佳男教授の分析によれば、説明義務・情報提供義務をめぐる学説の展開は、以下ようになる（潮見佳男「投資取引と説明義務～取引交渉における自己決定権侵害と説明義務・情報提供義務～」先物取引被害研究30号90頁以下）。

第一段階として、取引交渉における説明義務・情報提供義務の概念は、1960年代および1970年代に、ドイツ法の影響を受け、契約責任を契約締結前の行為に時間的に拡張することができないのかという議論がなされた。取引交渉における説明義務・情報提供義務とその違反を理由とする交渉当事者の責任の問題は、保護されない被害者を保護するために、「契約締結上の過失」責任として展開した。当時のドイツ法のもとでは、「不法行為」責任が狭隘であり、ドイツ法の背景を十分に検討することなく、「契約責任を拡張することがよいことだ」という風潮があった。すなわち、なぜ交

2 情報提供義務違反の法的効果

情報提供義務違反の法的効果として、①契約効力の否定②損害賠償が考えられる。第1に、契約効力の否定は、公序良俗違反、詐欺、錯誤、強迫が問題となる。しかし、要素の錯誤、および詐欺の行為・詐欺の故意等の立証は困難である。

第2に、損害賠償では、情報提供義務違反は、不法行為に基づく損害賠償請求と考えられている。不法行為に基づく損害賠償請求の意味は、顧客が適正な情報提供を受けていたならば、契約を締結しなかったという場合に、情報提供義務違反行為がなければ、締結しなかったであろう契約を締結することによって被った財産的損害である。すなわち、損害

涉当事者の一方が契約準備交渉段階の行動に責任を問われなければならないのか、という義務の正当な根拠が示されてこなかった。

第二段階として、1990年代からの市場経済が急激に悪化し、自己責任が強く要請される社会において、専門業者が顧客に対して自己決定に必要な情報を提供しなければならないという側面から、情報提供義務の意義が問われた。

多数の議論において、第1に、福祉国家の観点から、消費者を社会的弱者と捉え、消費者の生活の文化的・経済的向上を図る考えである。これは自由主義経済秩序がもたらした弊害を矯正するための積極的介入法理として、経済的・社会的劣位者としての消費者が「生活上の地位向上」を目的とする。

第2に、市場メカニズム重視型社会を実現する観点から、公的かつ自由な競争が行われる市場ルール整備のために、事前規制から市場ルールの整備に移行する考えである。①自由競争市場に向けた規制緩和、②自律的な自己決定の尊重、③自己決定に基づく自己責任、④市場の健全性と公正性に対する障害除去のための国家による自立支援を基礎とする。これらを実現するためには、専門業者と顧客の対等性を確保するため、顧客の自己決定をおこなうために必要となる情報を提供しなければならないとする。これは消費者契約法、金融商品販売法、消費者基本法の基本的考え方である。

第3に、自己決定の基盤を形成する情報環境の整備をめざして、情報提供義務を「信認関係」に求める考え方である。契約当事者間の情報および専門的知識に大きなアンバランスがある契約の締結過程において、専門業者と顧客に対し、信義則上、情報提供義務を課すというものである。

賠償請求の内容というのは、契約の名の下に金銭を支払うこと自体が損害として捉えられる。

原状回復的損害賠償は、結果的に契約の効力の否定に近い効果があり、救済面でより現実的であり、追及できる対象範囲が広がる利点がある。

情報の範囲は、①原状回復的な損害賠償請求が問題となるような場面では、適切な情報提供を得ていたら契約をしなかったのであれば、当該対象の情報である。②契約をしたが、不十分または不実の情報提供によって、契約から期待された結果を得ることができなかつた場合、不十分または不実の情報である。⁽⁴⁾

3 助言義務

(1) 助言義務に関する問題

専門家の助言義務は、情報提供義務以上に積極的な義務である。情報提供義務または説明義務が、情報収集力のは正および情報の分析力の格差のは正を目的とするものであるならば、助言義務は相手方の選択にまで介入する。

助言義務は、専門業者と顧客との間に情報の分析力および評価能力に大きな格差があり、顧客が具体的に理解できるように情報を提供することが求められる。助言義務を通して説明義務を高度化するものである。

例えば、「契約は共同の利益を追求する協同行為」であるとすれば、一方当事者が専門的知識を有し、他方当事者がそれを信頼して行動する投資取引では、助言義務を認めるべきであろう。⁽⁵⁾

(2) 助言義務の内容

専門業者が、顧客に対して取引の有利性を有している場合、情報提供

(4) 横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」(ジュリスト1087号128頁・130頁以下。

(5) 潮見佳男・前掲注(3)90頁以下。

意思決定の不当干渉と情報提供義務

義務を超えた助言義務を負うと考えられる。事案によっては取引を抑止する義務まで負う。契約回避の助言を含め、専門業者への信頼ということを基礎にすると、そのような助言義務を専門業者に課していくことができることも考えられるとする。⁽⁶⁾

専門業者に課せられる助言義務の具体的内容について、投資取引が問題となった判例を分類すれば、つぎのようになる。すなわち、①顧客が不合理な取引に入ろうとしている場合、その勧誘する側に助言義務がある、②適切な時期に売却を促す助言義務がある、③取引内容について理解が得られなければ、取引をしないように抑止を求める助言義務、④取引に顧客に最も有利な方法を助言義務である。

このように、助言義務というのは契約の有利性までも及ぶような情報の提供をして、意思決定をする者の選択を促す側面を有している。

4 金融機関の融資者責任

(1) 概説

契約当事者間に情報収集力および専門的知識に関し、大きな不均衡がある契約締結では、契約当事者が信義則上、説明義務を負うことは一般的に認められている。しかし、例えば、銀行から顧客が不動産の紹介を受け、不動産の購入等の融資を受ける場合のように、問題となる契約の直接の当事者ではなく、契約に関与した第三者である銀行に、融資対象物件および返済計画の実現可能性について調査をし、どの程度の説明義務が課せられるかが問題となる。

専門業者の顧客に対する説明義務を認める根拠について、①信義則に基づいて両者の間に格差が認められる場合に、顧客の自己決定権保護の見地から事業者に対し説明義務を課すことができるとする見解、②信認義務に基づいて、専門業者は専門家として社会的信頼に応えるべく説明

(6) 後藤卷則『消費者契約の法理論』（弘文堂、2002年）192頁以下。

義務を負うとする見解がある。

そこで、銀行の融資者責任として、銀行および顧客に融資契約を締結する際に、銀行は顧客に対し、返済計画の実現可能性について調査をし、説明すべき義務を負うかどうかを検討する。

銀行が融資をする際に、顧客の用途に関する銀行の説明義務に関する判決は不動産取引および金融商品の取引の領域において多数にのぼる。とりわけ、不動産の取引に関する重要な判例として、①最判平成15年11月7日判時1845号58頁、②最判平成18年6月12日判時1941号94頁がある。

(2) 金融機関の説明義務に関する不作為事例

最判平成15年11月7日判時1845号58頁（以下、「平成15年判決」という。）は、金融機関の従業員が、融資契約を成立させる目的で顧客を勧誘して不動産を購入させながら、後に土地の接道要件から建物を建てることのできないことが判明した事例である。

最高裁判所は、本件において、①金融機関の従業員が建物を建てることのできない事情を認識しながら、これを顧客が知らない、または知らせることを怠ったかどうか、②金融機関が売主および販売業者と業務提携をし、従業員が売主等の販売活動に深く関与しているかどうか等⁽⁷⁾を検討し、原審判決を破棄している。

(7) 平成15年判決について、松本恒雄教授は「銀行の責任を認めるための理論構成としては、紹介という先行行為に伴う種々の積極的作為義務の形での注意義務が、契約法上も、不法行為法上も発生している」ことを強調する（松本恒雄「金融機関の紹介責任」金法1458号47頁）。

また、松田佳久教授は、銀行は専門家として担保不動産および融資内容について調査をしているであろうことを前提として、「融資契約と不動産契約とが一体となってなされた場合、金融機関の説明告知義務は、融資契約上の債務不履行責任として位置づけられる」とする。そして、宅地建物取引業者との関係について、「一次的には宅地建物取引業法で責任が法定されている宅地建物取引業者に説明義務があるとしても、当該宅地建物取引業者が誤った説明をし、或いは説明を懈怠した場合に、正しい説明をし、

(3) 金融機関の提案に関する作為事例

最判平成18年6月12日判時1941号94頁（以下、「平成18年判決」という。）は、建築会社と銀行が共同で行った不動産有効活用の提案と顧客に対する説明義務が問題となった事例である。

原告Xは、Y銀行の担当者からP建築会社を紹介され、Y銀行からの借入金でX所有地上にP会社が建築する建物を賃貸し、借入金の返済には、同土地の北側部分を売却する提案をY銀行およびP会社の各担当者から受けた。XはP会社と建築請負契約を締結し、Y銀行から融資を受けた。完成した建物は土地全体を敷地として建築確認を受け、敷地の容積率の制限の上限に近く、本件北側土地が売却されると、容積率を超え違法となる。そのため、本件北側土地に購入者が現れても、建築確認を受けられない可能性があった。XおよびY銀行の担当者は本件敷地問題を認識していなかった。Xは本件北側土地を売却することができず、返済資金の確保が困難となった。Y銀行への債務支払いが遅滞し、当該土地建物が不動産競売となり、Xは、「本件敷地問題が生ずることを説明すべき義務を怠った」として不法行為または債務不履行に基づいて、Y銀行およびP会社に損害賠償を請求した。

原審は、原告の請求を全て棄却したが、最高裁判所は、Y銀行およびP会社の責任について、つぎのように判示し、原審判決を破棄差戻とした。

すなわち、「Y銀行担当者はXに対し、本件各土地の有効利用を図ることを提案してP社を紹介しただけではなく、本件北側土地の売却によりY銀行に対する返済資金を捻出することを前提とする本件経営企画書を基に本件投資プランを作成し、これらに基づき、Y銀行担当者と共にその内容を説明し、Xは上記説明により、本件貸付を受けて本件建物を建築したというのである。

あるいは補足説明をする、いわば二次的説明義務が金融機関に課されるべき」と指摘する（松田佳久「本件評釈」法ひ2004年8月号64頁）。

そして、Xは、Y銀行担当者が上記説明をした際、本件北側土地の売却について銀行も取引先に働き掛けてでも確実に実現させる旨を述べるなど特段の事情があったと主張しているところ、これらの特段の事情が認められるのであれば、Y銀行担当者についても、本件敷地問題を含め本件北側土地の売却可能性を調査し、これをXに説明すべき信義則上の義務を是認する余地があるというべきである」。

本件では、①銀行担当者によるP建築会社の紹介、②土地利用プランの作成およびP会社との共同説明、③原告Xは説明に基づき本件建物を建築したこと、④本件北側土地の売却について銀行は取引先に働き掛けてでも確実に実現させる旨を述べたことが特徴である。

とくに本件では、①建築基準法上の問題が治癒可能ではなく、②建築基準法上の問題が返済可能性に影響を及ぼすものであり、③金融機関の担当者が取引の提案・勧誘を行っていることが重視される。本件を支持する学説は、金融機関またはその担当者による「介入」に説明義務の根拠を求めている。

平成15年判決と異なり、①金融機関および顧客の当該問題に関する認識の有無、②金融機関の積極的な関与の有無、③融資実行後の顧客のリスク回避機会の有無が問題となるであろう。

また、Y銀行担当者および原告Xは、本件土地の問題を認識していなかったことから、敷地問題が生じないことを前提に融資契約を締結したことになり、「本件融資契約は共通錯誤（双方的動機錯誤）により無効と解する余地がある」との指摘がある。⁽⁸⁾

別の学説として、「土地売却の契約の実現可能性と、建物建築に伴う建築基準法上の問題は、いずれも直接または間接に、消費貸借契約の返済計画の実現可能性に影響するものであり、その返済計画は、銀行担当者からXに説明されたものであって、その説明によりXは貸付を受ける

(8) 岡林伸幸「銀行の融資者責任」千葉大学法学論集24巻1号11頁。

意思決定の不当干渉と情報提供義務

ことになったことが、Y銀行が説明義務を負うことの根拠となるべきである」とし、「いきすぎた言動」および「説明義務違反」は分けて検討すべきとしている。⁽⁹⁾

(4) 情報提供義務と配慮義務

① 専門家としての義務

前述したように、おしなべて約束・契約には当事者に対する信頼が存する。金融機関などの専門業者との取引においては、一方当事者（顧客）が他方当事者（金融機関）に信頼を寄せ、その信頼には適切な情報の開示がなされるであろうという信頼が概して強い。顧客は金融機関のプロフェッショナル性に基づき、その「看板」および社会的役割・立場から、金融機関の言葉を信じる。では、プロフェッショナルとは何か。

例えば、融資契約の専門業者である金融機関と顧客という当事者間には、情報の収集および蓄積をする能力に著しい格差がある。そして、一方当事者（金融機関）が他の当事者（顧客）に、情報提供および推奨に基づき、一定の取引を行わせ、それにより営業利益を得ている場合、情報の収集および蓄積をする能力に劣る当事者（顧客）を保護することが求められる。

② 契約法理と損害賠償責任

説明義務および情報提供義務の範囲としては、①相手方の知識、経験、取引目的、資産状況に照らし不適合勧誘しない義務、②相手方にとって重要な事項を説明・情報提供する義務、③将来における変動が不確実な事実について断定的判断を提供しない義務がある。

専門家責任の観点からの説明義務および情報提供義務をみれば、交渉当事者間の情報格差を是正し、相手方の自己決定基盤を確保する目的に

(9) 山田誠一「本件評釈」金法1821号18頁。

出た情報提供義務とは違った観点から、交渉当事者の一方に情報提供義務・説明義務・助言義務が課される場合、その根拠がこれら義務が課される当事者の専門性に求められる。

専門家として社会において期待されている役割から、その専門性に依拠した取引交渉にあたり、交渉相手方の信頼にこたえるべく、適切な情報提供・説明・助言が義務づけられることになる。そこでは、「社会の高度化・専門化に伴う事業者への依存の必然性から、事業者への社会的信頼に対応する事業者の責任を情報面でも認めることの必要性および正当性」が説かれる。

情報提供義務は、一般的には、契約締結過程における信義則に基づき、契約自由の実質的保障のため情報力において優位に立つ当事者に課される義務であるが、事業者を当事者とする取引については、情報力における構造的格差および事業者に対する信頼を保護するために生じる事業者の義務としての性格を持つと考えることができるとされる。

契約交渉段階での説明義務・情報提供義務違反を理由とする損害賠償責任は、契約が締結されていない段階での行為義務違反を理由とする損害賠償責任なのであるから、不法行為責任としての性質を有するものと見るべきである。そして、「契約は共同の利益を追求する協同行為である」という側面からみれば、一方当事者が専門的知識を持ち、他方当事者がそれを信頼して行動する型の契約においては、助言義務を認めるべきであろう。⁽¹⁰⁾

後藤巻則教授は、未だ契約関係がない段階においても、契約当事者間に情報格差が存在する場合、助言義務についての必要性を強調する。そして、「金融機関が融資の専門家であることにかんがみ、顧客の専門家に対する信頼に基づき、金融機関は、売買と融資を一体とみたときの契

(10) 潮見佳男・前掲注(3)90頁以下、平野裕之「いわゆる『契約締結上の過失』責任について」法律論叢61巻6号68頁、87頁以下、山田誠一「金融取引における説明義務」ジュリスト1154号21頁以下。

約目的不適合を顧客に知らせる信義則上の義務を負うと解すべきである」⁽¹¹⁾とする。

後藤教授は、さらに以下のように指摘する。すなわち、専門家責任として契約締結前に一定の説明義務を課す。その根拠として、第1に、情報力の格差に着目し、情報の質・量、情報の収集力・分析力に照らし、情報の劣位者にとって不利な取引が行われる可能性がある。そうした情報劣位者の契約自由を実質的に回復させることが求められる。

第2に、顧客の専門家に寄せる信頼を保護法益として、情報提供義務の根拠とする。これも、基本的には情報力の格差の是正であり、自己決定権の保護または契約の自由の原則の実質的な保障から根拠づけられる。

他方、専門家の助言義務は、情報提供義務よりもより積極的な義務であり、単なる契約自由の実質的な回復というようなことでは説明できない義務とする。多くの場合、助言義務を提供するのは専門家である。専門家が、顧客に対して取引の有利性に関して一定の場合は情報提供義務を超えた助言義務を負う。場合によっては取引を抑止する義務まで負う。契約回避の助言を含め、専門家への信頼ということを基礎にすると、そのような助言義務を専門家に課していくことができる⁽¹²⁾とする。

他方、一定の融資斡旋に関連する説明義務に関し、「銀行の責任を肯定する判決では、単に取引の危険性の説明に止まらず、顧客が不測の損害を被ることのないように配慮する義務ないし保護する義務を認めるに至っている」として、説明義務には配慮義務が伴うとする学説がある⁽¹³⁾。

内田貴教授は、「関係的契約」論において、契約内容は、当事者の当初の合意だけですべて決まるわけではなく、当該契約の属する社会関係の中でおのずから決定される。そのため、契約内容だけでなく、それを

(11) 後藤卷則「判例評釈」私法判例リマークス30号64頁。

(12) 後藤卷則・前掲注(6)195頁以下。

(13) 小林俊明「仕手筋への融資斡旋と銀行の紹介責任」ジュリスト1169号130頁。

決定するプロセスを重視する。⁽¹⁴⁾

このように、一方当事者（金融機関）が他の当事者（顧客）に、情報提供および推奨に基づき、一定の取引を行わせ、それにより営業利益を得ている場合、情報の収集および蓄積をする能力に劣る当事者（顧客）を保護することが求められる。そして、内田貴教授が指摘するように、契約内容は、当事者の当初の合意だけですべて決まるわけではなく、当該契約の属する社会関係の中でおのずから決定される。そこで、契約内容だけでなく、それを決定するプロセスを重視すべきである。

判例および学説に照らせば、銀行の融資者責任が問われる要素として、①金融機関および顧客の当該問題に関する認識の有無、②金融機関の積極的な関与の有無、③融資実行後の顧客のリスク回避機会の有無が問題となるであろう。

II 民法による規制

1 意思表示に関する規制

意思決定に対し不当な干渉下において契約が締結された場合、民法上、意思表示に関する規制で対処される。「意思」とは、効果意思に相当するものに限定される。一方当事者に効果意思が存在しないのであれば、錯誤として契約の拘束力が問題となる。

他方、詐欺・強迫により契約締結がなされた場合、一方当事者は取消しによって契約の拘束力から免れる。詐欺・強迫という悪質な行為であれば禁止されてもやむをえないが、法による過剰介入を避けるため、そこまでいたらない行為までは禁止しない趣旨である。これらは、自己決定権の確保である。

(14) 内田貴『契約の再生』（弘文堂、1990年）145頁以下、同「現代契約法
の新たな展開と一般条項（3）」NBL 516号25頁。

2 契約内容に関する規制

契約内容に関する規制として、公序良俗違反がある。それは、国家・社会の秩序に反する内容の契約を無効にする。公序良俗違反は、反社会的で「耐えがたい不正義・不道德」といえないかぎり、公序良俗違反にはあたらぬ秩序維持の観点からである。

例えば、商品先物取引などにおいて、専門業者による暴利行為が問題となる事例では、契約締結の様相が考慮される。具体的には、契約内容が一方当事者にとり不当に不利であることに加え、それが一方当事者の窮迫・軽率・無経験に乗じてなされたことが必要である。

すなわち、一方当事者の窮迫・軽率・無経験に乗じ、不当に不利な契約が締結された場合、一方当事者の自己決定権に対する重大な侵害であり、保護が必要である。他方当事者としても、一方当事者の窮迫・軽率・無経験につけこむような行為が禁止されても、その自由が過度に制約されることにならないからである。⁽¹⁵⁾

3 不法行為

詐欺・強迫による取消し、または契約内容に関する公序良俗違反、とくに暴利行為による無効は、契約をする時に、その契約をするかどうかを決める権利が侵害されていることを理由とする規制といえる。

当事者が自由に契約したのであれば、それを尊重する。しかし、当事者が自由に契約したといえないときには、その当事者を保護するために規制をおこなう必要がある。

しかし、錯誤、公序良俗違反、詐欺、強迫の認定要件は厳格であり、投資取引で損害を被った者がなかなか回復されないことになる。そこで、専門業者が顧客に対し、虚偽の説明、断定的判断の提供、必要情報の不開示、強迫とまではいえないが心理的不安を与える言動などにより、取

(15) 山本敬三「基本権の保護と契約規制の法理」先物取引被害研究29号7頁以下。

引勧誘をすることがある。これらの事例では、契約の無効または取消しを認めることがむずかしいが、不法行為を認定することにより救済を図る。損害賠償額が契約によって出損させられた金銭であれば（原状回復的損害賠償）、結果として契約をしなかったのと同じ効果を得ることができる。

III 消費者契約法による保護

1 立法の趣旨

消費者契約法は、規制の根拠を、消費者と事業者（専門業者）のあいだに情報・交渉力の格差があることに求めている。消費者と事業者との間の情報・交渉力の格差を背景に消費者と事業者との契約に関するトラブルが増加していることから、この種の契約において消費者が契約の取消および契約条項の無効を主張できる場合を民法よりも拡大したものである。すなわち、専門業者は、消費者と比較し、通常、扱う商品および役務について質・量ともに豊富な情報を有する。

また、事業者（専門業者）は取引ノウハウ、取引に費やすことができる時間および労力において有利な地位にある。事業者（専門業者）は、このような格差を利用し、消費者の劣後的地位に乗じて自己に有利な契約に消費者を誘導することができる。消費者は本来望まないような契約をさせられる危険性が高く、消費者の自己決定権が専門業者によって侵害されやすい。

そこで、消費者契約法は、その保護拡充を図ることにあり、自由な契約がおこなわれたといえない場合に、介入をおこなうものである。消費者契約法は、消費者契約の勧誘に際して、事業者の不適切な行為により自由な意思決定が妨げられた場合、消費者が契約の取消または契約条項の無効を主張できる要件を、民法よりも緩和している。

消費者契約の勧誘に際して、事業者の不適切な行為により自由な意思

決定が妨げられたのであれば、消費者は契約を取り消すことができる旨を規定している。

2 誤認・困惑の惹起

積極行為規制は、事業者による行為により、消費者が誤認または困惑し、その結果、契約を締結した場合、取消しが認められる⁽¹⁶⁾。

(1) 誤認による取消し

消費者契約法は、誤認の惹起に関し、以下の行為について取消しを認めている（消契法4条1項3項）。不実表示型規制である。

第1に、消費者に事実の認識を誤らせる行為である。具体的には、不実告知および不利益事実の不告知が該当する。

第2に、消費者の判断を誤らせる行為として、断定的判断の提供である。民法の詐欺と比較し、故意による欺罔行為が要求されておらず、消費者保護が拡大されている。故意による欺罔行為でなくても、事業者が虚偽の表示をすれば、消費者は誤認をしてもやむをえないのであり、それは保護に値するというものである。

しかし、消費者契約法は、事業者が不実告知、不利益事実の不告知、断定的判断の提供のいずれかをした場合にかぎり、消費者の保護を認め⁽¹⁷⁾ている。

(16) 金融商品取引において、消費者契約法による取消を認めた判決として、①名古屋地判17年1月26日判時1939号85頁・先物被害判例集39号374頁、②大阪高判平19年4月27日判時1987号18頁・先物被害判例集48号15頁、③札幌高判平20年1月25日金商1285号44頁・先物被害判例集50号136頁、などがある。

このうち、①判決および②判決は、断定的判断の提供（消契法4条1項2号）による取消が認容された。③判決は、商品先物取引について、商品取引員の外務員が、顧客に対し、一方で金の相場が上昇するとの自己判断を告げて取引を勧め、他方で将来の金相場の暴落の可能性を示す事実を故意に告げなかったことが問題となった。

(2) 困惑による取消し

消費者契約法は、困惑の惹起に関し、不退去および監禁の場合に取消しを認めている（消契法4条3項）。

民法の強迫と比較し、害悪の告知による畏怖の惹起が要求されていない。事業者が意思を誘導するような行為をすれば、消費者は困惑し、契約を締結することになってもやむをえないのであり、それは保護に値するといえるものである。誘導行為的規制といえる。

しかし、消費者契約法は、事業者が不退去および監禁⁽¹⁸⁾という行為をした場合にかぎり、消費者の保護を認めている。

(3) 条項の無効

消費者が事業者と結んだ契約に、事業者の債務不履行責任または不法行為責任を免除するなどの条項があった場合、当該条項は無効となる

(17) 不実表示型規制の問題点として、誤認による取消しが認められる範囲が限定されていることである。事実の認識に関する誤認の惹起に関し、取引の相手方が不実の表示をおこなえば、消費者でなくても、誤認をしてしまう危険性が高い。事実に関する不実表示に対し、保護の必要性が高く、民法による規制対象が考えられる。すなわち、表意者が意思表示をするかどうかの判断をするのに通常影響をおよぼすような事項について、相手方が事実と異なる表示をしたために、表意者が錯誤に陥った場合、意思表示を取消すことが検討される。

他方、断定的判断の提供については、情報・交渉力の格差がある当事者の取引行為では、「将来における変動が不確実な事項」に関する断定的判断の提供に限定する必要はないのではないか（山本敬三・前掲注(15)8頁。）

(18) 誘導行為型規制である消費者に対する意思決定の誘導は、不退去・監禁によって消費者が困惑した場合にかぎり取消しが認められる。そのため、執拗に電話勧誘がなされ、たくみな演出等により、消費者がもう断れないような状況に追い込まれることが少なくない。しかし、事業者と消費者のあいだに情報・交渉力の格差による被害を保護する消費者契約法の趣旨に照らせば、不退去および監禁という行為がされた場合に限定することは、消費者の自己決定権を十分に保護できない懸念がある（山本敬三・前掲注(15)10頁。）

(消契法8条)。消費者が支払う損害賠償の額を予定する条項等も一定範囲で無効となる(消契法9条)。

3 情報提供義務

(1) 努力義務

事業者の消極的規制とは、不作為を根拠として事業者に責任を課すことである。その前提として、事業者に一定の作為義務が求められる。作為義務として、消費者に対する情報提供義務がある。

しかし、消費者契約法は、事業者が負う情報提供義務は努力義務である(消契法3条1項)。そのため、当該義務違反が、ただちに法的責任に結びつくものではない。その理由として、つぎのことが考えられる。

第1に、情報の不提供をもって、消費者は常に誤認をしてもやむをえないとはいえない。契約当事者として、消費者は自己で必要な情報を集めるべきである。自己責任原則の観点から、情報提供義務を努力義務としても、消費者の自己決定権の保護が少ないとはいえない。

第2に、事業者自体も多様であり、事業者であるというだけで、すべてに一律に情報提供義務を課すことは、事業者の基本権を過度に制約する。

(2) 情報提供義務を課す理由

消費者契約法が情報提供義務を努力義務としたことに問題はないのか。事業者に情報提供義務が求められる理由は、事業者と消費者のあいだに構造的な情報格差がある。情報の劣位者である消費者が契約における自己責任を負う前提を担保するために、事業者に情報提供義務を認め、その違反がある場合は消費者を保護する必要があるからだ。

例外として、消費者が既知の情報には当該義務は妥当しないであろう。また、事業者が入手困難な情報を提供する義務を課すものではない。では、事業者と消費者のあいだの一般的な情報格差とは別の理由から情報

提供義務を基礎づけたうえで、違反がある場合に、錯誤または公序良俗違反を理由に情報提供義務を基礎づけることができるのか。

第1に、情報の危険性である。すなわち、当該契約を締結することで、消費者が生命・身体・財産等に損害が生じる可能性が高い。その危険性およびその程度に関する情報を伝えなければ、消費者の基本権が侵害されるおそれを理由とする。

第2に、事業者の専門性である。複雑性の高い取引では、専門的知識を有する事業者に依存することが必要となる。当該取引についてまで、自己責任の原則をつらぬくと、消費者の自己決定権に対する保護が過少になるおそれが強い。事業者は、自己の専門性に対する社会的な信頼があって営業活動ができるからである。事業者は、このような信頼から利益を得ている。それに応じた情報提供義務を課すことは、事業者の基本権が過度に制約されることにはならない。

4 責任制限条項の無効

消費者契約法は、事業者の損害賠償責任を制限する条項（消契法8条）、消費者が支払う損害賠償額の予定・違約金に関する条項（消契法9条）がある場合、当該条項は無効となる。信義則違反の観点からである。

そこで、消費者契約法は、一般条項として、民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定を適用した場合と比べて、消費者の権利を制限し、または消費者の義務を加重する条項であって、民法1条2項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害する条項は、無効とする（消契法10条）。

信義則が何を意味するかについては、「自己の利益のみを考えて、相手方の利益を配慮しない」ことが基礎となるであろう。正当な理由もなく、双方の利益のあいだに不均衡を来しているような条項が無効とされる。しかし、反社会的で「耐えがたい不正義・不道徳」といえないかぎり、公序良俗違反にはあたらないと考えられてきた。こうした理解を前

提とするならば、消費者契約法は、消費者契約に関するかぎり、無効とされる範囲を広げたものといえる。

5 民法との比較

詐欺・強迫による取消し、契約内容に関していうと、公序良俗違反、とくに暴利行為による無効は、契約をする時に、その契約をするかどうかを決める権利が侵害されていることを理由とする規制といえる。当事者が自由に契約したのであれば、それを尊重する。しかし、当事者が自由に契約したといえないときには、その当事者を保護するために規制をおこなう必要がある。これらは、民法による規制である。

他方、消費者契約法は、事業者と消費者のあいだに情報・交渉力について構造的な格差があることから、決定侵害が行われるおそれが定型的に存在することを理由とする規制として位置づけられる。締結過程に関しては、先ほどの詐欺・強迫に関する民法の規制では保護に不備が生じることから、それを補うための規制である。構造的な格差がある当事者のあいだでは、詐欺とまではいえなくても、消費者および一般投資家を誤認させる行為がおこなわれた場合である。または、強迫とまではいえなくても、消費者および一般投資家の意思決定を誘導するような行為がおこなわれた場合、取消しを認める。事業者に対して過剰介入にならないため、事業者にとってもその情報を収集することが困難である場合は、例外を認める。

内容規制に関し、事業者と消費者のあいだには交渉力に構造的な格差があるため、消費者が本来ならばするはずのなかった契約をさせられるおそれがある。このような構造的格差型規制は、あくまでも決定侵害がおこなわれるおそれが定型的に存在することを理由とする規制であって、現実にそのような侵害がおこなわれていない場合にまで規制をおこなうことは正当化されない。

6 消費者団体訴訟制度

消費者契約法は、消費者団体訴訟制度を導入し、クラスアクションに近い救済が可能となる。すなわち、各投資家の訴額が少ない場合、単独での責任追及は経費を勘案すれば難しい。消費者契約法では、消費者団体訴訟制度が導入されていることが注目される。

これを利用できるのは適格消費者団体に限られ、損害賠償請求ではなく、差止請求ができるに留まっている（消契法12条）。

IV 金融商品販売法による契約規制

1 趣旨

金融商品販売法は、金融商品販売業者の説明義務を明確化し、またその違反による損害賠償責任を定めることにより、金融商品の勧誘の適正性を確保することが意図された。このような立法がなされたのは、従来の証券取引法等では、金融商品販売業者に対する規制が中心となっており、投資家の私法上の救済が不十分であったと考えられ、金融サービスに対する信頼を確保し、取引の円滑化を図るために、説明義務違反の損害賠償要件を明確化する必要性があると考えられたからである。

金融商品販売法では、金融商品として、預貯金・信託・保険・有価証券等を含めており、金融商品取引法に比較して、より幅広く適用対象を捉えている（金販法2条1項）。また、金融商品販売業者は、元本欠損の生ずるおそれ、および当初元本を上回る損失が生ずるおそれの有無、そのようなおそれを生じさせる金融商品の販売に係る取引の仕組みのうちの重要な部分、権利行使期間の制限または解除に係る制限といった、金融商品の有するリスク等に関する重要事項の説明する義務を負う（金販法3条1項）。そして、金融商品販売業者が顧客に対して、不実な事項について断定的判断を提供し、または確実であると誤認させるおそれのあることを告げる行為は禁止されている（金販法4条）。

2 消費者契約法との比較

金融商品販売法は、消費者契約法と比較すると、つぎの特徴がある。

第1に、消費者契約法は、消費者および事業者間の契約一般を対象とし、民法に準ずるくらいに広範囲である。他方、金融商品販売法は、金融商品の販売行為を対象とし、取引の特殊性に着目する。金販法は金商法よりも適用の金融商品が広く、預貯金・信託・保険・有価証券等の取引までも規制している（金販法2条1項）。

金融商品販売法は、金融商品の販売という市場にゆがみが生じないように、公正かつ自由な競争の基盤を確保するための規制である。また、金融商品の販売という複雑かつリスクの高い取引において、一般投資家の意思形成・意思決定が害される状況が構造的に存在する。そのため、金融商品の勧誘の適正性を確保することが要請される。金融商品の販売を業として行う専門家は、相応の責任が課せられてもしかるべきであるという趣旨にある。

第2に、消費者契約法が予定する法的効果は、契約の無効・取消しである。他方、金融商品販売法が予定する法的効果は、損害賠償である。

3 説明義務の内容と対象

金融商品販売法は、金融商品の販売事業者に一定の説明義務を課し、その違反につき、損害賠償責任を課している。その趣旨として、つぎのことが指摘できる。

第1に、専門業者に説明義務を課している理由として、金融商品取引および商品先物取引、海外商品デリバティブが本質的にリスクを内包する特殊な商品であり、専門業者と顧客との間に情報力・分析力・交渉力等の格差が大きいからである。また、損害が多額となることが少なくないからである。⁽¹⁹⁾

(19) 海外商品デリバティブとは、海先法2条2項の海外商品市場に規定する取引所で取引される商品デリバティブである。例えば、海外商品先物取

第2に、民法の不法行為責任では、専門業者の説明義務の有無が明確ではない。第3に、専門業者による金融商品の勧誘の適正性および信頼性を確保する必要がある。第4に、旧証券取引法および金融商品取引法は専門業者に対する規制が中心であり、投資家に対する民事救済を拡充するためである。第5に、説明義務を負う者は、金融商品販売業者に加え、取次ぎ・媒介・代理を行う者を含む（金販法2条2項3項）。

しかし、説明義務の対象は限定されている（金販法3条1項）。すなわち、①元本欠損が生ずるおそれの説明（金販法3条1項1号3号5号）、②権利行使および契約解除の期間に関する制限の有無の説明（金販法3条1項7号）、③取引の仕組みのうち重要な部分に関する説明（金販法3条1項1号～6号各ハ）、④当初元本を上回る損失が生ずるおそれ（金販法3条1項2号4号6号）、⑤顧客の顧客に理解されるために必要な方法及び程度による説明（金販法3条3項）、⑥断定的判断の提供の禁止（金販法4条、5条）、である。

このうち、前記③については、適合性の原則との関係が問題となる。前記④については、損害賠償責任が問題となる。⁽²⁰⁾

4 説明義務と損害賠償

専門業者が説明義務に違反して必要な事項を説明しなければ、損害賠償責任が認められる。無過失責任である（金販法5条）。そのため、金融商品販売法では、投資家が専門業者を相手に民事責任を追及するには、説明義務違反または断定的判断の提供（金販法4条、5条）等の事実を

引（金販法施行令5条3号イ）、海外商品オプション取引（同号ロ）、海外商品指数等オプション取引（同号ハ）、海外商品スワップ取引（同号ニ）が該当する。

(20) 複数の販売業者の1つがすでに同一の金融商品について説明している場合、専門的知識と経験を有する顧客および重要事項（金販法3条1項）につき説明不要の意思表示のある顧客については除かれる（金販法3条6項・7項）。

意思決定の不当干渉と情報提供義務

立証すれば、損害額との因果関係を立証する必要はなくなる。不法行為責任を追及するよりも有利である。⁽²¹⁾

被害者を保護するためには、最低限もとの状態に戻す必要があるため、元本割れによって失った金額が説明義務違反によって生じた損害の額と推定される。(金販法6条)。

また、断定的判断の提供に違反した場合にも、無過失の損害賠償責任が認められる(金販法4条, 5条)。金融商品販売法は、金融商品販売業者の勧誘の適正化を図るべく、適合性の原則など、顧客について配慮すべき事項を含む勧誘方針を策定公表すべき義務を課している(金販法8⁽²²⁾条)。

5 適合性原則との関係

例えば、投資取引に関する適合性原則は、投資取引のように複雑かつ危険な行為をする場合、行為能力に加え、知的能力および財産的能力という資格要件を求める(金販法9条)。公法的規制である。

また、金融商品の取引に関する説明義務においても、顧客の属性(知識・経験・財産・取引目的等)に照らし、顧客に理解させるために必要な方法および程度によることを要する(金販法3条2項)。金販法の説明義務の要件は適合性原則の要件と類似しており、広い投資勧誘手続の一環であるが、本来的には、説明義務自体は投資勧誘規制には含まれないといえる。そこで、金融商品販売法の説明義務と適合性原則の関係が問題となる。

実際の勧誘手続において、専門業者は勧誘する顧客の属性および取引

(21) 近藤光男＝黒沼悦郎＝吉原和志『金融商品取引法』(商事法務, 2009年)226頁。

(22) 金融商品販売法の下では、説明義務を尽くしたかどうかを解釈するに当たり、適合性原則の考え方を取り入れてはいるが、適合性原則に違反することだけで損害賠償責任を生ぜしめるという考え方は採用されていない(池田和世「金融商品販売法の改正」商事法務1782号20頁)。

につき、適合性を満たしているかを確認する。顧客に対象取引の知識・経験・資力等につき、適合性の要件を満たしていると判断されれば、取引内容につき、適合性で判断した要素に合わせて具体的に説明し、顧客から理解を得なければならない。

では、現時点では適合性を欠くが、顧客が知識および経験の適合性をつけるため、対象取引のシュミレーション等の研修等を十分にを行い、勧誘対象の取引とリスク面で類似の取引がなされた経験が顧客にあれば、勧誘対象とする取引の説明を一定の要件に従い行う。そのためには、専門業者の社内的なリスク管理体制の確立が求められる。

適合性原則が基本権の保護という観点から、①知的能力は、取引の仕組み・リスクの程度を理解するだけの能力を問題とする。主体的な意思決定をおこなうことができない状態におちいり、財産を失う可能性が飛躍的に高まることから、投資に適さない者の財産を保護することにある。②財産的能力は、リスク負担に耐えるだけの財産・収入があるかを問題とする。財産的能力が乏しい者がリスクの高い取引に引き入れられることにより、生活基盤が失われることになるからである。すなわち、適合性原則は財産権および生存権の保護である。

V 書面交付義務と説明義務

1 契約締結前の書面交付義務

意思決定の不当干渉と情報提供義務を検討するうえで、金融商品取引法の説明義務を概観する。具体的には、①契約締結前の書面交付義務、②実質の説明義務がある。書面交付義務は、契約締結時においても課される。

金融商品取引法が規定する「契約締結前の書面交付義務」（金商法37条の3第1項、業等府令72条3号ニ(1)括弧書・79条）とは、金融商品の内容等の説明を書面の交付により行なうものである。すなわち、専門業者

意思決定の不当干渉と情報提供義務

が取引契約の締結前に、一般投資家である顧客に対し、一定事項を記載した書面の交付を求める義務である（金商法37条の3第1項）。一定の事項には取引概要、手数料・報酬等に加え、予測される市場リスクの記載を要する（金商法37条の3第1項5号⁽²³⁾）。

金融商品取引法は書面交付義務を規制対象である金融商品一般に広げ、説明事項を拡大している⁽²⁴⁾。

しかし、書面交付による方法は概して機械的な処理手続となり、書面交付だけで顧客が投資対象の金融商品について理解できたかどうか不確実である。専門業者から送付される契約締結前書面が大部で内容が難しく理解することは困難である⁽²⁵⁾。

このように、契約締結前の書面交付義務としての説明義務は、形式的な書面の交付だけに終わってしまう可能性がある。そこで、金融商品取引法は、実質的説明義務を課している（金商法38条6号、業府令117条1項1号）。専門業者は顧客との取引契約では、顧客の属性に照らし顧客

(23) 旧証券取引法では、先物取引・オプション取引等デリバティブ取引にかかる契約締結前に取引説明書の交付を義務付けていた（旧証取法40条）。金融商品取引法は、旧投資顧問法に基づく投資顧問契約、旧金先法に基づく受託契約の締結前の書面交付義務の趣旨を合わせて規定した（河本一郎＝大武泰南『金融商品取引法読本』（有斐閣，2009年）123頁）。

(24) 例えば、顧客が上場有価証券等を対象とした取引において、1年以内に当該取引のリスク情報等を記載した書面を交付している場合、契約締結前交付書面の交付を要しない（業府令80条）。投資家保護に支障を生ずることがないからである（金商法37条の3第1項ただし書・42条の7第1項ただし書）。また、金融商品取引業者等は、運用財産について運用報告書を作成し、当該運用財産に係る知れている権利者に交付しなければならない（金商法42条の7）。

(25) 違反行為の罰則は6カ月以下の懲役もしくは50万円以下の罰金、またはその併科である（205条12号）。特定投資家等（適格機関投資家を除く）から「特定投資家向け有価証券」（金商法4条3項）の取引申込みを受けたときは、それに関する制度と投資者保護に欠けるおそれがあることの告知と、書面の交付をしなければならないこととされた（金商法40条の5第2項）。

に理解されるために必要な方法および程度による説明を要する（金商法38条6号，業府令117条1項1号）。

なお，違反行為の罰則は6カ月以下の懲役もしくは50万円以下の罰金，またはその併科である（金商法205条12号）。なお，平成20年の金融商品取引法改正で，特定投資家等（適格機関投資家を除く）から「特定投資家向け有価証券」（金商法4条3項）の取引申込みを受けたときは，それに関する制度，投資者保護に欠けるおそれがあることの告知，および書面の交付をしなければならないこととした（金商法40条の5第2項）。

2 実質的説明義務

金融商品取引法は，金融商品取引業者等およびその役員，使用人は，投資者の保護に欠け，取引の公正を害し，金融商品取引業の信用を失墜させる行為として内閣府令で定めるものを禁止し（金商法38条6号），内閣府令が具体的に規定する。

そこで，内閣府令は専門業者が顧客と金融商品取引契約を締結する場合，一定事項について顧客の知識，経験，財産の状況および取引目的に照らし顧客に理解されるために必要な方法および程度による説明をしないことを禁止している（金商法業府令117条1項1号）。これが，実質的説明義務である。

3 立法経緯

金融商品取引業者の説明義務は，販売勧誘ルールにおいて，適合性原則と並び，投資家保護の中心的である。☆第一部会報告では，「金融商品販売法の説明義務は民事上の義務であり，当該違反を直接の理由として行政処分を行い得るわけではないとして，説明義務を行為規制の一つと位置づけ，その違反に対して行政処分を発動できるようにすべきである」とされている。

従来は，金融商品販売法の説明義務（金販法3条）の違反は，専門業

意思決定の不当干渉と情報提供義務

者の損害賠償責任を根拠づけるが、金融商品販売法違反が専門業者の法令違反行為として行政処分に結びつくか否かについては見解が分かっていた⁽²⁶⁾。

金融商品取引法は書面交付義務において業者の行為規制として規定を設けているが、専門業者の書面交付義務違反が行政処分を根拠づけるといえるのか、疑問である。

金融商品取引法は説明義務を契約締結前の書面交付義務として規定したのは、相対型情報開示の日論見書交付義務との整合性等を勘案したためである。旧証券取引法においても、取引の仕組みが複雑かつ損失の危険が高いものについては、取引説明書の事前交付が義務づけられていた（旧証取法40条1項）。また、説明が求められているのは、取引の概要、取引に係る損失の危険に関する事項、顧客の注意を喚起すべき事項に限られていた（旧証券会社府令28条2項）。

なお、日本証券業協会の投資勧誘規則（公正慣習規則第9号）は、書面の交付のみならず、十分に説明することが求められている（6条1項）。

金融商品取引法は、書面交付義務を規制対象である金融商品一般に広げるとともに、説明すべき事項を拡大した⁽²⁷⁾。

4 説明義務の根拠

専門業者に説明義務が求められる根拠として、金融商品の内容、特質、条件および投資リスクなどに関する顧客と専門業者との情報収集能力および情報分析能力のギャップ並びに証券業者の専門家が考えられる。

証券投資は本来リスクを伴うものであり、専門業者が提供する情報も、不確定な要素を含む将来の見通しに依存せざるを得ないのが実情である。

(26) 神田秀樹＝黒沼悦郎＝松尾直彦＝田中浩「法制—金融商品取引法の成立（座談会）」商事法務1774号29頁。

(27) 近藤光男＝黒沼悦郎＝吉原和志・前掲注(21)220～223頁，河本一郎＝大武泰南・前掲注(23)259～262頁。

そのため、当該情報を参考にして、投資家自身において、投資リスクおよびリスクに耐える財産的基礎を有するか否かを判断して、自らの責任で取引を行うべきものである。

しかし、専門業者の勧誘および助言指導がいかなる程度のものであっても許されるわけではない。顧客は専門業者の投資勧誘を契機に投資取引を行い、その助言推奨により投資選択をすることが多い。そして、専門業者は当該取引により売買委託手数料または信用供与に係る金利などの利益を得ている。

そのため、専門業者は顧客に対し、自主的かつ冷静な投資判断を妨げることのないように配慮すべき、専門家性として信義則上の義務を負う。このように、説明義務は専門業者と顧客との間の情報格差（情報の非対称性）を是正し、顧客が自己の判断で投資行為をなすための前提といえる。

投資取引に係る裁判例において、極めて多数の事案で説明義務違反が争われている。説明義務が争点となった判例には、デリバティブ取引、株式の信用取引、投資信託、変額保険、ワラント取引、EB取引といった様々な種類の金融商品がある。これら裁判例を概観すれば、説明義務の範囲および程度は、金融商品の仕組みなどの複雑性および取引によるリスクの大きさ、これらの周知性、顧客の投資経験、理解力などの相関関係により決定している⁽²⁸⁾。

しかし、金融商品取引法は、専門業者に行政処分（金商法51条）および罰則規定を科しているが（金商法205条12号14号・207条1項6号）、民

(28) 例えば、東京高判平成19年5月30日金商1287号37頁、大阪高判平成19年3月9日証券取引被害判例セレクト29巻104頁、大阪高判平成20年3月25日証券取引被害判例セレクト31巻1頁、福岡高判平成10年2月27日、最判平成10年6月30日証券取引被害判例セレクト10巻84頁、東京高判平成9年7月10日判タ984号201頁、最判平成10年6月11日証券取引被害判例セレクト8巻325頁、東京高判平成8年11月27日判時1587号72頁、福岡高判平成10年2月27日証券取引被害判例セレクト7巻206頁。

⁽²⁹⁾
事責任規定はない。

そこで、説明義務違反につき、誠実義務（金商法36条）および民法上の信義則（民法1条2項）を根拠として、専門業者は不法行為責任（民法709条）を負うとするのが判例・通説の立場である。⁽³⁰⁾

(29) 関連法規を概観すれば、説明義務違反について金融商品販売法は、専門業者に損害賠償責任を課している（金販法2条，3条1項，4条）。金融商品販売法における説明義務規定は、損害賠償が認められる前提となる説明内容を類型化したものであり、当該説明は「一般的な大多数の顧客が、その内容を理解できる」程度になされることが必要とされる。

金商法違反の不法行為責任と比較すれば、金販法上の責任は無過失責任であり（金販法5条）、損害額が推定され立証責任を販売業者が負う（金販法6条）。金融商品販売法3条の説明義務との関係では、第一部会報告では、「金融商品販売法と同一の義務を金融商品取引法で定める」とされていた。

他方、消費者契約法は、消費者と事業者との間の情報の質および量並びに交渉力の格差にかんがみ、事業者の一定の行為により消費者が誤認し、または困惑した場合について契約の申込みまたはその承諾の意思表示を消費者が取り消すことを認め、事業者の損害賠償の責任を免除する条項の全部または一部を無効とする（消契法1条）。また、一定の場合に、取り消すことができる（消契法4条2項）。例えば、専門業者が信用取引の説明において、少ない資金で大きな利益を獲得できるなどのメリットを顧客に告げたならば、現物取引と比較して投資リスクが大きいこと、一定期間内に決済をしなければならないこと、信用供与に係る金利負担などのデメリットを説明する義務を負う。顧客が信用取引に関するメリットのみを告げられ、デメリットが存在しないと誤認させられて取引の申込みをした場合、専門業者による当該誘引は消費者契約法の規制対象となる。

(30) 東京高判平成8年11月27日判時1587号72頁は、証券業者が負う説明義務に関する一般論を指摘している。

すなわち、「証券会社及びその使用人は、投資家に対し証券取引の勧誘をするに当たっては、投資家の職業、年齢、証券取引に関する知識、経験、資力等に照らして、当該証券取引による利益やリスクに関する的確な情報の提供や説明を行い、投資家がこれについての正しい理解を形成した上で、その自主的な判断に基づいて、当該証券取引を行うか否かを決めることができるように配慮すべき信義則上の義務を負うというべきであり、証券会社及びその使用人が、右義務に違反して取引勧誘を行ったために投資家が

5 書面に記載すべき事項

書面交付義務において、書面に記載すべき事項は、次の内容である。

- ①金融商品取引業者等の商号、名称または氏名および住所
- ②金融商品取引業者等である旨および金融商品取引業者等の登録番号
- ③当該金融商品取引契約の概要
- ④手数料・報酬等の顧客が支払うべき対価に関する事項
- ⑤市場取引により損失が生ずるおそれがあるときはその旨
- ⑥市場リスクにより元本を上回る損失が生ずるおそれがあるときはその旨
- ⑦その他顧客の判断に影響を及ぼすこととなる重要事項として内閣府令で定めるもの（金商法業府令82条～97条⁽³¹⁾）。

これらのうち、前記③金融商品取引契約は、金融商品取引法34条に定義があり、2条8項各号に掲げる行為を行うことを内容とする契約のことを指すと定義されている。

他方、金融商品販売法は、元本欠損の生ずるおそれがある場合等に「金融商品の販売に係る取引の仕組みのうちの重要な部分」の説明が求められ、ここに契約の内容が含まれるため、説明が求められるとされている（金販法3条5項）。

前記④の開示すべき具体的な手数料の範囲は、株式委託売買手数料の

損害を被ったときは、不法行為を構成し、損害賠償責任を免れないものというべきである」と判示する。

本判決では、証券業者は証券取引の勧誘に際しては、投資家の属性に照らし、相手に合わせた的確な説明を行い、投資家に正しい理解をさせたいと、自主的な判断に基づき証券取引ができるように配慮すべき信義則上の義務を負うと指摘する。

- (31) 金商法業府令82条～97条は、書面の共通記載事項、信託受益権等、抵当証券等、出資対象事業持分、組合契約等に基づく権利、商品ファンド、競走用馬投資関連業務、デリバティブ店頭先物にかかる取引、投資顧問契約等、投資一任契約等に関する記載事項を定めている。

意思決定の不当干渉と情報提供義務

ように顧客が金融商品取引業者に直接支払う手数料に限らず、投資信託の信託報酬といった運用関係費用等、顧客が業者に間接的に支払う手数料等も含まれる。

説明義務の趣旨からして、単に書面を交付するだけでは足りず、顧客が金融商品取引契約を締結するかどうかを判断するために必要な情報が顧客に対して実質的に提供されることが必要である。

6 説明の範囲と程度

(1) 説明の範囲

投資勧誘手続において、専門業者は推奨する金融商品の種類を選択し、顧客が対象取引につき適合性を逸脱していないかどうかを判断する。そのためには、取引についてのシミュレーション等で顧客の理解度、資産および投資目的等を確認する。

適合性を満たした上で、勧誘対象とする特定の取引について、その構造・特徴を細目にわたり、適合性で判断したレベルに合わせて具体的に説明し、顧客から理解を得る。

説明の範囲は、書面を交付し、かつ顧客が金融商品取引契約を締結するかどうかを判断するうえで必要な情報を顧客に提供しているかである。顧客の投資経験、投資知識および判断能力が乏しい場合には、より強化した説明義務が求められ、単に説明書を交付しただけでは、当該義務を果たしたことはない。

そこで、専門業者が顧客に負う説明の範囲として、①取引のリスク説明、②理解の確認義務、③最悪の事態の説明、④推奨の根拠と確度の説明、⑤取引成立後の助言義務、⑥取引を断念させる義務、などが考えられる。

説明義務は情報提供義務とは異なる概念であり、専門業者は顧客毎に応じた説明方法により、勧誘する金融商品の特質などについて正しい理解を得させ、顧客が自主的かつ冷静な投資判断ができるように配慮すべ

き注意義務を負う。説明義務は投資家の自己決定権を確保するための保護義務ともいえる。

専門業者は、合理的な根拠を有しない意見または見通しを述べて取引に誘引した場合だけでなく、顧客の属性に照らし、勧誘者の説明が明らかに不十分であり、顧客が金融商品の投資リスクを理解しないまま取引を成立させ、投資リスクを伝えることなく取引を行わせた結果、顧客に損害を被らせた場合、専門業者は民事責任を負うものと考えられる。⁽³²⁾

(2) 取引のリスク説明

取引のリスク説明義務とは、発行開示と異なり、専門業者には金融商品の仕組みおよび元本欠損リスクについて説明をしなければならない義務である。説明義務自体は、適合性の原則および勧誘手続きの流れにおいて概観すれば、専門業者は顧客が適合性の原則を満たすかを判断したうえで、勧誘商品の契約締結前の書面を交付する。その際、説明は適合性で判断した顧客のレベルに合わせて、取引の仕組みおよび予測されるリスクを説明しなければならない。

予測されるリスクとは、例えば、元本割れ、追加資金の必要性、価格変動リスク、信用リスク（発行会社の倒産などにより約束の金額が支払われないなど、デフォルトリスク）、構造リスク（権利行使期限の経過により無価値となるなど）、流通リスク（売却ができるとは限らない）、為替リスクなど、多岐にわたる。

金融商品取引契約が成立した場合、専門業者は契約の内容等を記載した書面を作成し、顧客に対し交付しなければならない（金商法37条の4⁽³³⁾）。

(32) 東京地判平成2年9月17日判時1387号98頁。

(33) ①東京地判平成6年6月30日金商977号32頁は、株価下落により大きな評価損が出たため、専門業者は顧客からの了解を得ながら、損失を拡大する危険も大きいオプション取引を勧めること自体、不適當といわざるをえないと指摘する。

②大阪地判平成9年8月29日判タ970号185頁は、顧客は長年の投資経験

(3) 理解の確認義務

「理解の確認」義務とは、「専門業者は勧誘する金融商品と顧客属性との適合を検討し、顧客が当該金融商品の特質および投資リスクなどを正しく理解しているかどうか並びに顧客の意思決定について確認をしなければならない」とする説明義務である。

例えば、広島高裁松江支部平成10年3月27日判決は、専門業者が証券取引の知識がある投資家に対しても、リスクに関し、十分理解するまで説明を尽くし、顧客が「理解したことを確認」する必要があるとしてい⁽³⁴⁾る。

また、東京高裁平成8年3月18日判決では、専門業者は顧客に勧誘する金融商品に関する小冊子などの説明書を交付していたとしても、取引経験のない顧客に対し、投資リスクなどについて説明が不十分である。そして、顧客がリスクなどを理解しないままに取引に誘引して損害が生じた場合、専門業者は民事責任を負うとする。⁽³⁵⁾

と資産の増加を望んでいたことから適合性の原則には違反しないが、仕組み、リスク性の説明を怠っているとして、専門業者の不法行為責任を認めている。

③大阪高判平成9年5月30日金商1030号19頁は、株式投資信託を購入する原告顧客に適合性はあるが、安全性に対する指向の強い顧客に、株式投資信託の元本割れの危険性についてはパンフレットを交付しただけで、具体的な説明をしていないことにつき説明義務違反を認定した。上告審は、原審の認定判断を正当として上告を棄却した（最判平成10年6月25日公判判例集未登載）。

(34) 広島高裁松江支判平成10年3月27日証券取引被害判例セレクト7巻244頁は、「証券取引に知識があって、リスクに敏感な控訴人に対してであっても、複雑な内容を持つ目新しい商品であるワラントの説明は、取引説明書など理解を容易にする手段を駆使して、相手方の理解度を見ながら説明し、最終的に相手が十分理解したことを確認する必要があるというべきである」と判示した。

(35) 東京高判平成8年3月18日判タ923号146頁は、ワラント取引の経験がない顧客に対する勧誘に関し、「一審被告証券会社は、信義則上、外貨建て分離型ワラントが内包する高い危険性について一審原告に十分説明をす

(4) 最悪の事態の説明

「最悪の事態の説明」義務とは、専門業者は顧客の属性に照らし、勧誘する金融商品の投資リスクの理解を得るだけでは足りず、「最悪の場合の事態」を説明し、それを顧客が理解したうえで取引をするのかを確認すべきとする⁽³⁶⁾。

(5) 推奨の根拠と確度の説明

「推奨の根拠と確度の説明」義務とは、専門業者が顧客に投資リスクの極めて高く、相場状況に照らし経済的合理性に欠ける金融商品を「何らかの特段の事情」により推奨し、買付けさせる場合、「今後の株価が上昇し、権利行使価格を上回ると考える根拠とその確度を客観的な情報に基づいて具体的に説明すべき」義務である。

このような説明が欠けているにもかかわらず、投資リスクの極めて高い当該ワラントを購入させているのであれば、専門業者が自身の利益を優先させるため、投資家の利益を無視または配慮しない「欺罔の意図(悪意性)」があると推認される⁽³⁷⁾。

べき契約締結上の注意義務があった。しかし、一審被告証券会社は、本件ワラントの持つ高い危険性についての説明をしておらず、しかもこの説明があれば一審原告は本件ワラントの購入の決意をしなかったものと推認するに難くないから、これによる損害について一審被告は債務不履行責任を負う」と判示した。

(36) 東京地判平成6年9月8日判時1540号71頁は、「証券取引の知識および経験がなく、資金的なゆとりもなかった原告のような適格のない顧客にあえてワラント取引を勧誘する場合には、単に当該取引の危険性に言及しその点についての理解を得るだけでは足りず、明確かつ詳細に最悪の場合にどのような事態になるかを説明し、その事態についての十分な理解をえさせた上、それを承知のうえでなお取引するのかを確認すべき義務がある」と判示した。

(37) 大阪高判平成9年6月24日判タ965号183頁は、マイナスパリティのワラントの購入勧誘と説明義務との関係について注視すべき判例である。本件では、証券業者が投資家にワラントを推奨する時点で、発行会社の株式

意思決定の不当干渉と情報提供義務

近年、EB取引に関し、推奨の根拠と確度の説明義務が問題となっている。EB（他社株券償還特約付社債券）とは、日本に支店のない外国法人が、東京証券取引所第一部に上場している会社が発行する普通株式に転換することを条件に発行する債券である。対象株式の相場が上昇すると債券の額面金額で償還され、反対に下落すると転換対象株式で償還される。社債は元本の償還が保証されている。しかし、転換対象株式で償還される場合には、元本割れとなる。EBは社債と異なりながら多大のリスクを有している。

大阪地裁平成15年11月4日判決は、EB債と説明義務の関係をつぎのように判示する。⁽³⁸⁾

すなわち、専門業者が投資家にEB債を勧誘する場合、対象EB債の条件に加え、①EB購入者は転換対象株式の株価が計算日において一定額を下回った場合、EBの額面金額より低い株価の転換対象株式を引き受ける義務を負担する結果、EBの額面金額と転換対象株式の株価との

価格がワラントの権利行使価格を下回っているながら購入させたことが問題となった。

大阪高裁は、「勧誘時点で株価が権利行使価格を下回っているような場合は、将来株価が相当な率で上昇し、権利行使価格を上回る事態が到来するとのそれ相応の蓋然性がなければ、当該ワラントに対する投資は無意味であり、投資資金の全額を失うおそれが強い。そうであるから、そもそも右のようなワラントを一般投資家に勧誘することに特段の事情がない限り、不適切なものであるといわざるを得ない。そして、何らかの特段の事情により勧誘をする場合には、一般投資家に対し、当該銘柄について、具体的な権利行使価格と権利行使期間を明示して、現在の株価水準と今後の株価水準との関係を明らかにした上で、今後の株価が上昇し、権利行使価格を上回ると考える根拠とその確度を客観的な情報に基づいて個別的、具体的に懇切丁寧に説明すべきである」と判示する。

買付時点で、マイナスパリティのワラントは将来、権利行使価格を上回るほど、株価が相応の率で騰貴し、「株価が権利行使価格を上回る」という事態が到来することの蓋然性がなければ、投資家がマイナスパリティのワラントを買付ける経済的合理性はないからである。

(38) 大阪地判平成15年11月4日金商1180号6頁。

差額に相当する評価損を被るリスクを負担すること、②EB購入者はEBを途中売却できないためかかる評価損を軽減ないし回避することができないこと、③EB利息は、転換対象株式の株価の変動度合いの見込みや転換価格等に応じて設定されている結果、転換対象株式の株価が計算日において一定額を下回った場合にそのまま下落分の評価損を被るという株式償還リスクの対価であり、これと連動していること、である。

(6) 取引成立後の助言義務

取引成立後の助言義務とは、専門業者が顧客に勧誘する金融商品の特質およびリスクを十分に説明し、その内容を理解させることに加え、取引成立後においても、不当に損失を拡大させないように、適切な時期に証券の売付を促すなどの助言をすべき義務である。

助言義務は、投資取引の専門家としての専門業者に対する投資家の「信頼関係」に、その根拠があるとする。当該信頼関係が存在するかは、証券業者による事実上の売買一任勘定取引が行われている場合に、より明確となる⁽³⁹⁾。

証券取引の専門家である証券業者に対する投資家の信頼関係に基づき、①証券業者による事実上の売買一任勘定取引が行われている場合、②顧客と証券業者が継続的取引関係にあり、証券業者が投資顧問的役割を有している場合には、証券業者は長期的な投資計画を示すとともに、不当に顧客の損失を拡大させないように、適切な助言を提供しなければならない⁽⁴⁰⁾。

(39) アンドリュウ・M・パーデック『証券取引勧誘の法規制』（商事法務研究会、2001年）232頁。

(40) 大阪地裁堺支判平成9年5月14日金商1026号36頁は、「証券会社は、的確な情報の提供や説明を行うとともに、その後においても投資家が間違った情報や認識の下で、不当に損失を受けることがないように、情報等の提供や適切な助言を行うべき信義則上の注意義務がある」と述べる。

(7) 取引を断念させる義務

前述したように、専門業者は、勧誘する金融商品と顧客属性との適合を検討し、顧客が当該金融商品の特質および投資リスクなどを正しく理解しているかどうか並びに顧客の意思決定について確認をしなければならない。顧客の投資経験、投資知識および判断能力が乏しい場合、より強化した説明義務が求められ、単に説明書を交付しただけでは、当該義務を果たしたことにはならない。

そして、顧客の自主的な判断および意思決定に基づき、当該取引を行うよう配慮すべき信義則上の義務を負う。そのため、顧客の投資経験、知識および判断能力が乏しい場合、より強化した説明義務が求められ、単に説明書を交付しただけでは、説明義務を果たしたことにはならない。

そこで、専門業者は、顧客が「自主的な判断」に基づき取引を行うことができるように、顧客の投資経験、知識、判断能力、理解力、職業、年齢、資力などに鑑み、勧誘する金融商品に關した的確な情報の提供および相手に合わせた説明を行い、説明内容について正しい理解および認識を形成させなければならない。⁽⁴¹⁾ 当該理解が得られない場合、顧客に取引をしないように「断念させる義務」がある⁽⁴²⁾と考えられる。

7 契約締結時の書面交付義務

金融商品取引契約が成立したときと内閣府令で定めるとき（金商法業
府令98条）には、遅滞なく内閣府令で定められた書面（契約締結時交付書
面と取引残高報告書）を顧客に交付しなければならない（金商法37条の4
第1項）。

内閣府令で定められた書面とは、契約締結時交付書面および取引残高
報告書である。この書面は、成立した金融商品取引契約の一定の重要事
項について顧客が確認することを目的としたものであり、契約の全内容

(41) 東京高判平成8年11月27日判タ926号263頁。

(42) 広島高判平成9年6月12日判タ971号170頁。

を記載した契約書とは区別される。記載事項の具体的な内容については、内閣府令において、契約成立時に顧客が確認すべき事項について取引の種類ごとに定める。実務上、顧客が必要的記載事項を的確に理解できるように記載することが求められる⁽⁴³⁾。

専門業者は、商法上、問屋として委託注文を執行して取引を成立させたときは、遅滞なく顧客に通知しなければならない（商法557条、27条）。この通知の形式はない。金商法は、通知書面を厳格に規定し、顧客の注文内容と一致しているかどうかを速やかに相互に確認し、トラブルを防止する趣旨である。

なお、顧客の同意があれば書面の交付によらず、書面の記載事項を電子情報処理組織または情報通信の技術を利用する方法で行うことができる（金商法37条の4第2項）。また、書面の交付は特定投資家には必要ない（金商法45条2号）。

8 問題点

(1) 目論見書と業者によるリスク情報提供との関係

第一部会報告では、開示規制と行為規制との関係に関連して「販売勧誘時に目論見書交付により情報提供が確保されている場合について、行為規制としての事前説明書交付義務を免除するなどの措置を講ずること

(43) 共通記載事項として、金融商品取引業者の商号・名称・氏名、営業所・事務所の名称、金融商品取引契約とその解約等の概要、契約成立の年月日、手数料等の他、各取引別の特有の事項である（金商法業府令99条）。これらに加え、個別の取引・契約についての記載事項として、同府令で有価証券の売買その他の取引、デリバティブ取引、有価証券関連デリバティブ取引、抵当証券等の売買、商品ファンド関連取引、競走用馬投資関連業務にかかる取引、投資顧問契約等、投資一任契約等に関する規定がある（金商法業府令100条～107条）。

他方、取引残高報告書の記載事項についても、内閣府令が詳細に規定する（金商法業府令108条）。なお、契約締結時等交付書面の交付を要しない場合（金商法業府令110条1項）。

が適当と考えられる」との指摘があった。

専門業者の説明義務は、業者と顧客との間の情報格差を改善するものと説明されている⁽⁴⁴⁾。

しかし、証券発行者の情報開示義務についての情報の非対称性の問題と、専門業者の行為規制としての情報非対称性の問題とは同じではない。発行開示は、発行者に偏在している金融商品に関する情報を強制的に開示させるものであるのに対し、専門業者と顧客との間で非対称とされる情報は、金融商品の仕組みおよび元本欠損の可能性などについてのリスクに関するものである。

例えば、投資信託の目論見書は、手数料、リスクについて詳細な記載がなされている。専門業者に事前説明書を作成・交付させることには、二度手間となり、あまり意味がない。目論見書に事前説明書に記載されるような内容が書かれているのであれば、目論見書を示して口頭でリスク等の説明をさせれば足りるのではないか。

他方、株式投資では、リスクが目論見書に書かれておらず、株式投資に元本割れのリスクがあるのは当然のことである。金融商品取引業者等に関する内閣府令82条1項3号は、契約締結前の書面交付が不要となる場合として、当該顧客に対し目論見書を交付している場合が挙げられている。しかし、契約締結前交付書面に記載すべき事項のすべてが記載されている目論見書に限定されている。

(44) 金融審議会金融分科会第一部分報告は、「投資商品の販売業者の説明義務は業者と利用者との情報格差を改善するための重要な方策であり、投資サービス法においては、金融商品販売法上の説明義務と同内容の説明義務を行為規制の一つとして位置付け、業者が違反した場合に直接的に監督上の処分を発動できることとすることが適当と考えられる。」と指摘する（金融審議会金融分科会第一部分報告「投資サービス法（仮称）に向けて」（平成17年12月22日）15頁）。

(2) オンライン業者

対面取引と同様の説明をオンライン業者に期待することはできない。リスクの高い金融商品について、専門業者に求められる金融商品取引法上の取引説明書の交付義務は、電磁的方法による提供が認められている(金商法40条2項, 業府令29条の2), 金融商品取引法の書面交付義務についても同じ扱いがされている(金商法37条の3第2項)。

オンライン業者による説明義務は、通常はホームページまたは電子メールで必要な情報の提供がなされたことで原則的に果たされたものとされ、それ以上に情報が必要な場合は、顧客が自ら専門業者に問い合わせ等を行って説明を受ける形をとる。

VI 勧誘受諾意思の確認義務と再勧誘の禁止

1 概説

「勧誘受諾意思の確認義務」とは、専門業者は勧誘に先立ち、顧客に勧誘を受ける意思の確認を負う義務であり、商品先物取引法および金融商品取引法が規定する(商先法213条7号, 金商法38条4号)。

他方、「再勧誘の禁止」とは、専門業者からすでに勧誘を受けた顧客が契約を締結しない旨の意思を表示した場合、顧客に勧誘を継続することを禁止することである(商先法213条5号, 金商法38条5号)。

顧客に対する勧誘が不招請でない場合であってもそれでよいとするわけにはいかないのである。「勧誘を受ける意思」の確認を曖昧にしたため、または適合性原則だけでは投資家保護が不十分であることが規制理由である。取引所金融先物取引を含む金融先物取引が対象になる。特定投資家には適用されない(金商法45条1号)。

金融商品取引法は、顧客の勧誘受諾意思確認義務および再勧誘の禁止対象については、政令において「契約の内容その他の事情を勘案し、投資者の保護を図ることが必要なもの」を定める。再勧誘の禁止は、不招

意思決定の不当干渉と情報提供義務

請勧誘の禁止までは必要ないが、適合性原則だけでは顧客の保護が十分と思われないものが存在するために設けられた類型である。

2 立法経緯

顧客の勧誘受諾意思確認義務（勧誘に先立って顧客に対してその勧誘を受ける意思の有無を確認すること）および再勧誘の禁止（勧誘を受けた顧客が契約を締結しない旨の意思を表示した場合、当該顧客への勧誘継続の禁止）は新設された。勧誘受諾意思確認義務は、金融先物取引法に規定されており、それを参考になされたと言われている。⁽⁴⁵⁾

不招請勧誘の禁止規定が設けられていない商品取引所法は、平成16年改正により、再勧誘の禁止についての規定は設けられた（商取法214条5号）。

金融審議会金融分科会第一部分報告（平成17年12月22日）は、「いわゆる再勧誘の禁止（取引を行わない旨の意志（当該取引の勧誘を受けることを希望しない旨の意志を含む。）を表示した顧客への勧誘の禁止）を新たな規制として導入し、例えば、店頭金融先物取引に比べ取引制度がより整備された取引所金融先物取引については、不招請勧誘禁止の対象から除外した上で、再勧誘禁止を適用することについて検討を行うことが適当と考えられる。さらに、再勧誘禁止の前提として、顧客から勧誘受諾確認義務を課すべきとの意見があった。」と指摘する。⁽⁴⁶⁾

3 顧客の言葉

顧客の言葉で、例えば、「もういい」と言った場合、当該商品について勧誘が不要なのか、再勧誘が禁止される種類の取引勧誘を断る趣旨なのか等の判断が難しいといえる。

例えば、顧客が「結構です」「いいです」との表現を使った場合、勧

(45) 神田秀樹＝黒沼悦郎＝松尾直彦＝田中浩・前掲注(26)30頁。

(46) 金融審議会金融分科会第一部分報告・前掲注(44)15頁。

誘が不要なのか、再勧誘が禁止されるのか、難しい局面も予想される。実務上、面倒な手続きを要することになるが、「勧誘を受ける意思」の確認を曖昧にしたために、後日トラブルとなることが多い。また、再勧誘の禁止は、適合性原則だけでは投資家保護が不十分である。そこで、当該規制が新設された。

勧誘受諾意思の確認義務および再勧誘の禁止義務は、不招請勧誘の禁止と同様、特定投資家には適用されない（金商法45条1号）。

4 禁止の潜脱防止と問題点

(1) 問題点

顧客の文言で、例えば、「もういい」と言った場合、当該商品について勧誘が不要なのか、再勧誘が禁止される種類の取引勧誘を断る趣旨なのか等の判断が難しいといえる。

(2) 事例

例えば、金融先物取引について顧客があらかじめ契約を締結しない意思（勧誘を受けることを希望しない旨の意思を含む）を表示したにもかかわらず、契約締結を勧誘する行為は、禁止される（金商法業府令117条1項8号・9号⁽⁴⁷⁾）。

では、以下の事案はどうか。

(47) ①金商法業府令117条1項8号の禁止行為は、以下である。法38条3号（不招請勧誘の禁止）に規定する金融商品取引契約の締結を勧誘する目的があることを顧客（特定投資家を除く。）にあらかじめ明示しないで当該顧客を集めて当該金融商品取引契約の締結を勧誘する行為

②金商法業府令117条1項9号の禁止行為は、以下である。法38条5号（再勧誘の禁止）に規定する金融商品取引契約の締結につき、顧客（特定投資家を除く。）があらかじめ当該金融商品取引契約を締結しない旨の意思（当該金融商品取引契約の締結の勧誘を受けることを希望しない旨の意思を含む。）を表示したにもかかわらず、当該金融商品取引契約の締結の勧誘をする行為である。

意思決定の不当干渉と情報提供義務

- 例 1) 10/25：意思確認→「勧誘OK」と返答→勧誘→不締結意思表示
11/01：再度勧誘
- 例 2) 10/25：意思確認→「勧誘OK」と返答→勧誘→勧誘継続不希望
意思表示
11/01：再度勧誘
- 例 3) 10/25：X氏自宅ドアに、「金融先物取引勧誘お断り」のプレート
→勧誘
- 例 4) 10/25：意思確認→「勧誘NO」と返答
11/01：意思確認→「勧誘NO」と返答

(3) 検 討

- イ) 「例 1・例 2」は、金商法38条 4号違反（勧誘受諾意思の確認義務）か。11/01にも意思確認が必要か。
- ロ) 「例 2」は、金商法業府令117条 1項 9号違反か。金商法38条 5号違反（再勧誘の禁止）か。「勧誘を継続」とは、なにか。
- ハ) 「例 2」は、11/01には意思確認すらしめてはいけないのか。
- ニ) 「例 3」は、金商法業府令117条 1項 9号違反か。金商法38条 4号違反か。勧誘を受ける意思がない旨が表示されたにも関わらず勧誘することは、金商法38条 4号に当然含まれるのか。金商法38条 4号と5号の関係は、なにか。
- ホ) 「例 4」は、適用外か。同一金融商品については2回目以降の意思確認を「勧誘」と解釈することは不可能か。誠実・公正義務違反でとらえるほかないか。

お わ り に

適合性の原則は、証券業者が負う説明義務と密接な関係を有する。
「専門業者が勧誘する金融商品の特質および投資リスクなどについて十

分な説明を尽くし、顧客がその内容を理解したならば、適合性原則違反とはならない」とする裁判例は少なくない。これら判例は、適合性の原則を説明義務に組み込んでいるのである。

例えば、大阪高裁平成8年9月13日判決は、一審原告にはワラント取引の経験はないが、⁽⁴⁸⁾「一審原告らが一審被告の説明と交付された説明書によってワラント取引の危険性の概要を知って取引をする以上、本件取引は一審原告らに適合しないとはいえない」と述べる。

ある論者は、「勧誘自体が不当であるとする裁判例においても、当該取引への投資を勧誘することを回避すべき注意義務の違反を責任の根拠としているわけではなく、顧客に対する説明義務が尽くされたかが中心的な問題となる」と指摘する。⁽⁴⁹⁾他方、ある論者は、「一般に投資の適合性の大小と説明義務の程度は、相関的な関係にある。例えば、ワラント投資に関し、適合性の極めて低い投資家に対しては、説明内容は相当詳しくなければならない。これに対し、適合性が高ければ、説明の程度は低くてもよいことになる」と述べる。⁽⁵⁰⁾

しかし、専門業者が勧誘する金融商品について十分な説明を尽くし、その内容を顧客が理解したとしても、顧客の属性に鑑みれば、本質的に当該商品の取引に適合していないこともある。適合性の原則は、このような顧客に対しては、取引の勧誘自体を禁止するものであると考えられる。⁽⁵¹⁾

何故ならば、金融商品の特質および投資リスクなどを十分に説明し、

(48) 大阪高判平成8年9月13日判タ942号191頁。

(49) 小粥太郎「説明義務違反による不法行為と民法理論(上)」ジュリスト1087号119頁。

(50) 清水俊彦『投資勧誘と不法行為』(判例タイムズ, 1999年)224頁。

(51) 狭義の適合性原則は、一定の投資家に対しては説明を尽くしたとしても、専門業者が取引勧誘を行うことができないとする。広義の適合性原則は、説明義務と適合性原則との関係につき、専門業者が顧客に説明すべき内容を適合性から判断する(近藤光男他・前掲注(21)223頁～224頁)。

意思決定の不当干渉と情報提供義務

顧客にその内容を理解させたことにより、適合性の原則を満たしたことになるとすれば、いかなる顧客に、いかなる金融商品の勧誘を行ったとしても、その投資リスクは顧客が自己責任に基づき負うことになる。それは証券取引の公序に反することになるともいえる。そのため、本来、顧客の属性に照らし、勧誘をしてはならない場合には、その金融商品について十分な説明を尽くし、顧客に理解させたとしても、専門業者は適合性の原則により、当該取引に顧客を誘引してはならないであろう。