

不招請勧誘規制の意義と課題

今 川 嘉 文

～目 次～

- I 不招請勧誘規制の意義
- II 諸外国の不招請勧誘規制等
- III 他の法規制との比較
- IV 不招請勧誘の効果と根拠
- V 不招請勧誘規制の課題

I 不招請勧誘規制の意義

1 規制の概要

(1) 各法の規制

不招請勧誘は、顧客からの要請がないにも関わらず、事業者が一方的に顧客に訪問または電話などをかけて、契約締結をさせようとする行為⁽¹⁾である。

不招請勧誘の規制は、金融商品取引法（金商38条4号）、商品先物取引法（商先214条9号）、特定商取引法（特商法12条の3、36条の3、54条の3）、特定電子メール法（特電法3条1項1号）において明文化されている。

不招請勧誘規制の立法では、勧誘と広告との区別が必ずしも明確ではなく、当該規制が事業者の営業活動を制限するものであり、禁止の範囲が広がりすぎないように配慮が求められた。

そのため、金融商品取引法および商品先物取引法は、顧客の保護を図ることが特に必要なものとして政令で定めるものについて（金商施行令

16条の4第1項、商先施行令30条)、勧誘の要請をしていない顧客に対し、金融商品取引契約または商品先物取引契約に係る訪問・電話勧誘を規制している。

他方、特定商取引法および特定電子メール法は、訪問・電話勧誘を規制対象とはせず、承諾をしていない者に対する電子メール広告の提供を禁止する。

電子メール広告は無差別かつ大量に短時間内に送信され、電子メール広告が事実上の勧誘であることが多い。受信者に不本意な通信料金等を負担させ、迷惑メールと必要なメールとの選別作業の手間等を要する。そのため、商業電子メールの送信を原則禁止として、一定の場合、例外的に許される「オプトイン」規制に基づく消費者保護が強く求められてきた。⁽²⁾

特定商取引法は販売業者および役務提供事業者に対する電子メールの「広告規制」として、消費者保護および取引の公正確保を主たる目的とする。また、特定電子メール法は電子メールの「送信者規制」として、インターネット・サービスの健全かつ良好な利用環境の構築維持を主たる目的とする。

(1) 不招請勧誘の定義については、津谷裕貴「不招請勧誘規制のあり方について(上)」国民生活研究50巻1号6頁。

(2) 第1に、特定商取引法は、事業者が、通信販売、連鎖販売取引、業務誘引販売取引の形態で消費者と取引する場合、事業者に対し、つぎの規制を課している。①未承諾者に対する電子メール広告および携帯電話のショート・メールサービスの禁止(オプトイン規制)、②電子メール広告の拒否方法の表示義務および送信禁止、③消費者からの請求および承諾の記録保存義務、④刑事罰である。

第2に、特定電子メール法は、特定商取引法の電子メール広告規制における取引形態および対象商品の限定はなく、オプトインを原則として、送信者の表示義務、行政処分および刑事罰が科される。

(2) 不招請勧誘規制の理由

金融商品取引および商品先物取引は、日常生活でなじみが少なく、様々なデリバティブをはじめ取引内容は複雑であり、リスクの高い投資商品が多く売買されている。これらは概して取引額が大きく、一般投資家は専門業者の知識、経験、分析等に依存する傾向にある。

投資取引において、専門業者による顧客に対する勧誘攻撃性、取引関係の非対象性は概して強く、専門業者の訪問および電話による勧誘被害が顕著であった。そのため、優先的に金融商品取引および商品先物取引⁽³⁾に対して規制がなされた。

本稿は、専門業者の勧誘のあり方、顧客の適切な意思決定の確保、個々の損害額の大きさが問題となる金融商品取引および商品先物取引における「訪問または電話による不招請勧誘の規制」を中心に検討をする。

(3) 外国為替証拠金取引規制の一環として、2006年に金融先物取引法が改正され、専門業者の行為規制の一つとして不招請勧誘の禁止の規定が新設された(76条4号)。中間整理(2005年7月7日)の段階では、①広く不招請勧誘の禁止を義務づけるべきである、②禁止の拡大に慎重であるべき、という意見に対立した。金融審議会第一部会報告(2005年12月22日)では、「現在、金融先物取引にのみ規定されている不招請勧誘の禁止については、投資サービス法において規定を設け、適合性原則の遵守をおよそ期待できないような場合に、利用者保護の観点から機動的に対象にできる一般的な枠組みを設けることが適当と考えられる。そして当面の適用対象については、レバレッジが高いなどの商品性、執拗な勧誘や利用者の被害の発生という実態を考慮して、現行の範囲(金融先物取引)と同様とすることが適当と考えられる」として、適用範囲を拡大しない方向が示された。

国会(衆議院)において、「不招請勧誘禁止の対象となる商品・取引については、利用者保護に支障を来すことのないよう、店頭金融先物取引に加え、レバレッジが高いなどの商品性、執拗な勧誘や利用者の被害の発生という実態に照らし必要な場合には、迅速かつ機動的に追加指定を行うこと」との附帯決議がなされた。参議院でも同趣旨の附帯決議がなされ、「今後のトラブルが解消していかない場合には、不招請勧誘の禁止の導入について検討すること」として商品先物取引についてとくに言及された。

2 専門業者の問題となる行為

一般投資家は金融商品取引を扱う金融商品取引業者ならびに商品先物取引を扱う商品取引業者、および各営業担当者（金商28条、商先2条23号。以下、これらを「専門業者」という）の勧誘行為および取引主導等により不測の損害を被るおそれがある。そのため、不招請勧誘規制は投資家保護の観点から重要な意義がある。

専門業者の問題となる行為には、勧誘段階の違法要素（例えば、①不招請勧誘、②新規委託者保護義務違反、③説明義務違反等）、取引開始後の違法要素（例えば、①実質一任売買、②頻繁取引、③経済的に不合理な取引、④指示違反、⑤適合性原則の違反等）がある。

専門業者は、これら行為につき一定の制限を受け、または禁止されている。これらを「行為規制」という。専門業者の行為規制は、投資家保護、取引の安全、専門業者の信用維持、投資家の自己責任原則の前提となる環境整備などを理由として課されている。行為規制の違反は、民事責任、刑事責任、行政処分の各対象となる。⁽⁴⁾

投資取引は価格の妥当性、内容の理解、リスク分析等の判断が容易につきにくい。わが国では、他者に対し明確に断ることを避けたがる風潮

(4) 第1に、金融商品取引法の行為規制は、①専門業者の業務活動の規制（金商36条以下）、②勧誘規制（金商37条以下）、③専門業者の禁止行為（金商38条～39条以下）、④専門業者の業務運営状況の適正化の規制（金商40条以下）、⑤投資助言業務に関する行為規制（金商41条以下）、⑥投資運用業に関する行為規制（金商42条以下）、⑦有価証券等管理業務に関する行為規制（金商43条以下）、⑧利益相反に関する弊害防止措置（金商44条以下）、⑨専門業者に対する監督（金商50条～57条）、⑩外務員規制（金商64条以下）、⑪罰則（金商198条の3・198条の4・205条・205条の2の3）・行政処分（金商51条・52条）、などに分類できる。

第2に、商品先物取引法の行為規制は、①勧誘段階および投資の意思形成過程の行為規制（商先200条、213条、213条の2、214条、214条の2、215条等）、②取引継続および終了段階における行為規制（商先210条、212条、217条、218条等）、外務員規制（商先200条）、などに分類できる。

不招請勧誘規制の意義と課題

があり、それに乗じて、一般投資家に対する専門業者の投資勧誘は、概して強引または歓迎されていない手法であることが多い。勧誘され取引がなされると、行為規制違反は認定されにくく、裁判において不法行為責任が認容されても、多大の過失相殺が行われる場合が少なくない。近年では、先物取引業者の経営破たんが多く、被害額を回収できない可能性がある。

そのため、不招請勧誘の禁止は、自ら情報を収集して主体的に取引に参加しない者、またはできない者を投資被害から護る防波堤といえる。

3 不招請勧誘の禁止規定

(1) 明文規定

不招請勧誘は勧誘段階における専門業者の禁止行為に該当し、金融商品取引法および商品先物取引法は明文上、不招請勧誘を禁止している。

第1に、金融商品取引法は、金融商品取引契約の締結の勧誘を要請していない顧客に対し、訪問しまたは電話をかけて、金融商品取引契約の締結を勧誘する行為を禁止する（金商38条4号）。

不招請勧誘の禁止対象は、「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とくに必要なもの」として政令が定め（金商38条4号括弧書、金商施行令16条の4第1項）、顧客を相手方とする店頭デリバティブ取引等が対象である⁽⁵⁾。これは、①レバレッジが高いこと等の商品性、②執拗な勧誘および利用者の被害の発生という実態といった点を考慮している⁽⁶⁾。

(5) 不招請勧誘の規制対象として、店頭金融先渡取引、店頭金融指標先渡取引、店頭金融オプション取引が指定されている（金商施行令16条の4）。また、一定の同種取引の経験のある継続的取引関係にある顧客、および外国為替取引に関する業務を行う法人でリスクヘッジのためにする契約の勧誘の場合、適用除外となる（業等府令116条）。

(6) 不招請勧誘の禁止は特定の金融商品取引についてであるが、特定の専門業者だけに対する規制ではない。

第2に、商品先物取引法は、専門業者が個人顧客を相手方とし、または個人顧客のために店頭商品デリバティブ取引（商先2条22項5号）、商品取引契約（商先2条22項1号～4号）を行う取引について、勧誘の要請をしていない顧客に対し、訪問し、または電話をかけて商品取引契約の締結を勧誘してはならないと規定する（商先214条9号、商先施行令⁽⁷⁾30条）。

（2）オプトイン規制

不招請勧誘の規制として、①勧誘を原則禁止として、例外的に許される「オプトイン」、②勧誘を原則自由として、例外的に禁止される「オプアウト」がある。

オプトインは、消費者の事前要請・承諾の意思表示がなければ、事業者は勧誘できない。そのため、勧誘の正当性が問題となった場合、事業者は事前要請・承諾の意思表示があったことを立証しなければならない。

他方、オプアウトは、消費者の勧誘拒絶の意思表示があれば勧誘してはならない。そのため、勧誘の正当性が問題となった場合、消費者が勧誘拒絶の意思表示をしたことを立証しなければならない。しかし、消費者は勧誘を要請しながらも、途中で勧誘内容を拒絶したくなれば、それは認められる⁽⁸⁾。

金融商品取引法および商品先物取引法の不招請勧誘規制は、勧誘の要請をしていない顧客に対し、勧誘を禁止しているため、オプトインである⁽⁹⁾。

(7) 不招請勧誘の禁止違反だけで、専門業者の不法行為責任が認定されることは少なく、適合性の原則違反または説明義務違反と相まっていることが多い。（後藤卷則「わが国における不招請勧誘規制のあり方」現代消費者法9号38頁）。

(8) 津谷裕貴・前掲注(1)7頁。

(9) 金融商品取引法の不招請勧誘規制は対象商品を限定しているが、商品先物取引法は対象が広範に及ぶため、オプトインの導入により、先物取引業者の廃業・転業が加速するとの予測がある。

不招請勧誘規制の意義と課題

(3) 不招請勧誘規制の除外

不招請勧誘の禁止について、金融商品取引法および商品先物取引法は一定の例外を設けている。

第1に、金商法38条但書および金商業府令116条がある。これらは、①継続的取引関係にある顧客に対する勧誘、②外国為替取引関係業務を行う法人に対するヘッジ目的の取引の勧誘、である。また、不招請勧誘の禁止は、特定投資家には適用されない(金商45条1号)。

継続的取引関係にある顧客に対する勧誘は、はたして問題とならないのか。投資家の属性に照らし、専門業者の再勧誘を拒絶できない投資家が少なくない。また、顧客が「迷惑を覚えさせるような」時間に電話または訪問により勧誘を行うことは禁止される(金商業府令117条1項7号)。当該要素は社会通念に照らして判断されるが、「迷惑を覚えさせる」かは主観的であり、実効性は疑問である。

第2に、商先法214条括弧書および商先施行規則102条の2がある。これは、委託者等の保護に欠け、または、取引の公正を害するおそれのない行為として主務省令で定める行為である。

すなわち、専門業者が「継続的取引関係にある顧客であり、商先施行令30条に規定する商品先物取引契約、または金商施行令16条の4第1項に規定する金融商品取引契約をすでに締結している者に対しては、商先施行令30条に係る商品先物取引の不招請勧誘規制は適用されない。

4 不招請勧誘規制の効果

(1) 他の行為規制との比較

専門業者には重畳的な行為規制が課されている。しかし、勧誘の受諾意思の確認義務違反、再勧誘の禁止違反、適合性の原則違反などは、遵

(10) 継続的取引関係にある顧客とは、勧誘の日前1年間に、2以上の店頭金融先物取引のあった者およ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である(金商業府令116条1号括弧書)。

守状況の把握が必ずしも容易ではなく、実効性に問題があることが指摘されている。⁽¹¹⁾

例えば、適合性の適否を判断するうえで、顧客カードの作成がある。これは専門業者が顧客の属性などを熟知すべきという要請からきている。しかし、顧客カードの作成過程において専門業者が勧誘しようとする取引に抵触しない知識・経験・財産等があるように、顧客を誘導して記載させるかもしれない。また、専門業者が顧客カードの情報を更新しないため、現在行われている取引は顧客の適合性に反している可能性がある。

そして、監督官庁が専門業者および個別案件について適合性の適否を監督審査することは、専門業者および顧客口座が膨大であること、公務員の定員および予算の制限等に照らし、極めて困難である。

これら理由から、不招請勧誘規制に違反行為があったかどうかの把握は、他の行為規制よりは容易であり、実効性の確保が期待できると考えられる。

悪質業者の取締りという観点から、専門業者に対する適合性の原則違反・禁止行為違反をとらえて行政が摘発していたのでは被害が拡大し、処分が後追いになるおそれがある。悪質業者の取締まりには不招請勧誘を禁止することが、投資家保護のためには効果的である。

また、法人が勧誘対象となった場合、対象法人の業務妨害になることがあり、営業権の侵害に該当することはあろうが、適合性の原則違反で対処することは難しい。不招請勧誘の禁止は、投資被害または消費者被害の防止に加え、専門業者の勧誘行為の適正化および市場の健全な発達につながるものである。

(11) 石戸屋豊「不招請勧誘規制の方策と課題」独立行政法人国民生活センター編『不招請勧誘の制限に関する調査研究』（2007年）203頁、王冷然『適合性原則と私法秩序』（信山社、2010年）36頁、今川嘉文『投資取引訴訟の理論と実務』（中央経済社、2011年）80頁。

(2) 対象商品の説明と勧誘

顧客の関心に沿って話をしているうちに不招請勧誘禁止の対象商品に話が及ぶということはある。顧客の質問に応じて商品説明をするのであれば問題ないかもしれないが、勧誘行為は問題となる。

また、不招請勧誘禁止の対象外の商品を訪問または電話により勧誘して、店頭デリバティブ取引に話しが及んでも、勧誘は禁止されるであろう。これは、投資家の保護を図ることが「特に必要なもの」であるからだ。勧誘が可能であるのは、訪問または電話の前に顧客から招請がある場合に限定される。⁽¹²⁾

5 「訪問販売お断り」ステッカーの意義

地方自治体によっては、訪問販売を受けたくない住民のために、「訪問販売お断り」ステッカーを配付し、住民はそれを玄関またはドアに貼っている。従来の政府見解によれば、「訪問販売お断り」ステッカーは、意思の表示主体、表示の時期および内容が不明確であり、どの事業者に対して拒絶の意思が示されているのか特定が難しい。そのため、当該ステッカーは、直ちに契約を締結しない旨の意思表示をしたことにはならないとする。⁽¹³⁾

(12) 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3版]』145頁（日本評論社，2011年）。

(13) 衆議院経済産業委員会平成20年5月21日付け、参議院経済産業委員会平成20年6月10日付け、消費者庁「改正特定商取引法における再勧誘禁止規定と『訪問販売お断り』等の張り紙・シール等について」平成21年12月10日付け。津谷裕貴「不招請勧誘規制のあり方について（下）」国民生活研究50巻2号27頁～29頁。「訪問販売お断り」ステッカーを貼っているにもかかわらず、無視して訪問販売をすることは、大阪府の条例16条、堺市の条例12条1号、奈良県生駒市の消費者保護条例11条等で、不当勧誘とされている。また、「訪問販売お断り」ステッカーは、地方自治体が配付したものでなく、消費者団体が作成したステッカー、消費者の自家製ステッカーに法的差異はないであろう。

玄関またはドアに「訪問販売お断り」ステッカーは、顧客が訪問販売の来訪を望まない意思であり、訪問販売の来訪には勧誘を含むと考えるべきであろう。訪問販売に基づく契約締結を拒絶する意思を示すために貼ると考えることが合理的であろう。意思表示の時期はステッカーを貼っている期間であり、内容および対象事業者は、あらゆる勧誘およびあらゆる訪問販売業者を含むと考えられる。「訪問販売お断り」ステッカーの文言に、除外規定がない限り、意思表示の特定（意思の表示主体、時期、内容、相手方）がなされていると考えるべきであり、⁽¹⁴⁾ それをもって事業者の営業行為に対する過度な制約とはならないであろう。

6 クーリング・オフ制度との比較

専門業者と話をしているときにはその気にさせられて契約をしてしまったが、後で冷静になって考えてみると当該商品は不要だと思えてくることは、一般の消費者にはあることである。また、詐欺・脅迫等による契約の取消しは、立証が困難である。クーリング・オフ制度は、このような不意打ちまたは強引な勧誘に対しては、クーリング・オフ制度が有用な事案がある。

金融商品取引は、すべての金融商品についてクーリング・オフ制度を適用するのではなく、対象を政令において契約の内容その他の事情を勘案して定めるものに限定している（金商37条の6第1項括弧書、金商令16条の3）。投資顧問契約に限って認められているにすぎない。

これは、①金融商品には価格変動がつきものであること、②取引に利益が生じている場合には取引の維持をして、損失が生じている場合にだけクーリング・オフの行使を認めることになるのは不適切であることなどが理由である。

しかし、クーリング・オフ制度の適用を受けようとしても、専門業者

(14) 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19年9月）。

不招請勧誘規制の意義と課題

から交付された書面に関する理解力、情報収集・分析能力が必要である。それを法定期間内に、取引内容の不適切性および誤解を認識することは、困難であることが少なくない。クーリング・オフ期間を徒過すれば、不法行為等で専門業者の責任を追及しなければなら⁽¹⁵⁾ない。

そのため、クーリング・オフが認められない取引勧誘に起因する損害、当該制度の限界、勧誘を受けないという保護、事後的救済の諸問題に照らし、不招請勧誘の禁止により、勧誘の前段階および初期段階で規制を厳しくするという議論も成り立ち得る。

II 諸外国の不招請勧誘規制

わが国の不招請勧誘規制の導入は、米国等の電話勧誘拒否登録（Do-Not-Call Registry）および商業電子メール規制が参考となった。米国では不招請勧誘の規則として、州法または連邦法において、電話勧誘拒否登録および商業電子メール規制があり、違反した業者には、刑事罰、民事制裁金、損害賠償、排除措置命令、差止めなどの制裁が課される⁽¹⁶⁾。以下、

(15) 石戸谷豊「不招請勧誘の法規制の現状と方向性」現代消費者法9号8頁。

(16) 川和功子「消費者契約における『情報提供』、『不招請勧誘』および『適合性の原則』に関するアメリカの法制度」(財)比較法センター＝潮見佳男編『諸外国の消費者法における情報提供・不招請勧誘・適合性の原則』(商事法務、2008年)89頁。

なお、諸外国の動向を簡単に触れてみたい（現代消費者法9号18頁以下、前掲『諸外国の消費者法における情報提供・不招請勧誘・適合性の原則』）。

第1に、イギリスでは、不招請勧誘規制として、消費者信用法および金融サービス市場法がある。消費者信用法は、消費者に対し信用等の供与を行い、商品およびサービスの提供を行う事業を規制する。事業者が消費者の家を訪問して融資などの勧誘を行うなど、営業所外で口頭による勧誘行為は原則として禁止されている（48条）。他方、金融サービス市場法（FSMA）は、金融商品の販売業者が勧誘を行う場合、金融サービス機構（FSA）の認可または認可業者による承認を必要とする。そして、顧客が販売業者から電話勧誘を望んでいない場合、または連絡を依頼していない

これら制度を概観する。

1 電話勧誘拒否登録 (Do-Not-Call Registry)

電話勧誘拒否登録とは、消費者が電話勧誘を受けたくないとするならば、登録をすることにより、事業者（テレマーケター）からの電話勧誘を拒絶できる制度である。投資取引の勧誘に限定していない。

当該登録制度は、カリフォルニア州電話販売者法、インディアナ州電話プライバシー法、ニューヨーク州テレマーケティング販売規制等に基づくものである。消費者は、不招請の電話勧誘に対し、FTC（連邦取引委員会）、州司法長官を執行機関として、自身の電話番号を連邦取引委員会にアクセスをして全米データベースに登録をする。国民の多数割合が登録をしている。登録名は不要であり、固定電話および携帯電話を問わ⁽¹⁷⁾ないが、営業用の電話番号は登録できない。

場合であれば、勧誘行為を禁止する（FSMA 財務省令 4.8）。ただし、顧客が販売業者と取引関係をすでに有している場合には、電話等の勧誘は禁止されていない。

第2に、ドイツでは、広告の量、広告が行われる場所、受け手の拒否表示（玄関口に「訪問販売お断り」のステッカーを貼る等）、広告の削除・破棄の容易さ、受け手に要される費用、通信遮断の程度、日常生活の妨害の程度に照らし、受け手のプライバシー侵害を判断し、不法行為責任（BGB 823条）が判例上、形成されてきた。また、電話、FAX等を使用した不招請勧誘は禁止され、受信者が事前に同意を与えた場合にのみ許可され、訪問販売は消費者に撤回権の行使が認められている（BGB 355条）。そして、電子メールによる不招請広告に対しては、不正競争防止法（UWG）8条・9条により、受け手に差止請求権および損害賠償請求権が認められている。

第3に、フランスでは、訪問販売に対し、消費者が翻意権を行使することにより、契約締結から満7日間、無条件で契約締結の意思表示を翻すことができる（消費者法典121-25条）。電話勧誘に対し、消費者が電話勧誘後に事業者から送付される確認書に署名をしなければ義務を負わない（電子経済信用法22条、消費者法典121-27条）。

(17) 登録期間は5年であり、事業者は、電話勧誘する場合、消費者が電話

不招請勧誘規制の意義と課題

事業者は登録された番号に電話をした場合、FTC、州司法長官、登録者は訴えを提起することができ、損害賠償または罰金の対象となる。当初、登録することにより、消費者が特定される懸念はあった。しかし、⁽¹⁸⁾ FTCの厳格な法執行により、制度の実効性・信頼性が確保されている。

2 電子メールの受信拒否権

米国 CAN-SPAM 法（Unsolicited Commercial Email Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003）は、事業者が勧誘の商業電子メールを消費者に送信する場合、虚偽または誤解を生じる情報提供を規制するとともに、商業電子メールを受信することの拒否権を消費者に付与しなければならないとしている。

これらに違反した場合、インターネットのサービスプロバイザー、州の司法長官、連邦取引委員会等は、民事罰金、排除措置命令、差止命令、損害賠償請求を求める訴えの提起および刑事罰を科すことが可能である。

III 他の法規制との比較

金融商品取引法および商品先物取引法のほか、民法、金融商品販売法および消費者契約法は、投資家保護法制として、意思決定の不当干渉に対する規制、情報提供義務を課し、その違反行為に対しては損害賠償、契約の効力が問題となる。

勧誘拒否登録を確認する必要がある、データベースに登録された電話番号に対し手数料を支払って検索しなければならない。この手数料が、当該制度の運営・維持管理費用となっている。

(18) 消費者が電話勧誘拒否登録をしていたとしても、つぎの場合、電話勧誘が許される。①商取引があるとき、②消費者が要請したとき、③政治的な内容のとき、④チャリティーの内容のとき、⑤慈善団体・NPOによるもの、⑥調査の目的によるもの、⑦航空会社・銀行からによるもの、である。なお、銀行に対しては、FCC（連邦通信委員会）による電話勧誘拒否登録が適用される。

1 民法

(1) 意思決定の不当干渉に対する規制

当事者の意思決定に対して、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がある。第1に、意思とは効果意思に相当するものに限定され、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。

第2に、詐欺・強迫により契約締結となされた場合、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、そこまで至らない行為までは禁止しない趣旨である。自己決定権の確保が目的となっている。

錯誤による意思表示は、明確な認識に基づく意思を欠く場合である。強迫による意思表示は、明確な認識に基づく意思はあるが、強迫を受けて意思を形成したために、自由な意思を欠く場合である。

他方、詐欺による意思表示は、他人によって惹起された誤った事実認識があるが、表意者の意思決定自体は任意になされており、自由な意思はある。しかし、詐欺による意思表示は、明確な認識に基づく意思を欠いているといえる。

(2) 契約内容に関する規制

契約内容に関する規制として、公序良俗違反があり、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・不道徳であり、秩序維持の観点からである。

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、契約締結の過程および態様が考慮される。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⁽¹⁹⁾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。⁽²⁰⁾

2 消費者契約法

(1) 情報・交渉力の格差

消費者と事業者間の情報・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、消費者契約法は、この種の契約において、消費者が契約の取消し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ている。

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、取引交渉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。

(19) 証券取引事件では意思能力がなく無効となった事案（東京地判平15・7・17証券判セ22号222頁）、海外商品先物取引事件では取引が公序良俗に反するとして無効となった事案（東京地判平4・11・10判時1479号32頁）、などがある。

(20) 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、契約を締結する時に、その契約を締結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である。

しかし、錯誤、公序良俗違反、詐欺または強迫、虚偽表示等の認定要件は厳格であり、投資取引で損害を被った者の救済は困難である。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、不法行為として救済を図りうる。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、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。

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。

消費者契約法は、その保護拡充を図ることにあり、自由な契約が行われたといえない場合に、介入を行うものである。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し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。

（2）契約の取消し

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⁽²¹⁾。

①誤認

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である。

第2に、消費者の判断を誤らせる行為として、断定的判断の提供がある。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。

(21) 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例として、①名古屋地判平17・1・26判時1939号85頁・先裁集39号374頁、②大阪高判平19・4・27判時1987号18頁・先裁集48号15頁、③札幌高判平20・1・25金商1285号44頁・先裁集50号136頁、などがある。

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行った場合において、消費者の保護を認めている⁽²²⁾。

② 困 惑

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4条3項）。消費者契約法は、困惑概念を限定的にとらえているが⁽²³⁾、民法の強迫と比較し、害悪の告知による畏怖の惹起が

(22) 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、消費者でなくとも、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。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間の取引行為では、「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と考えられる（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8頁）。

(23) 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。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(22)10頁）。

第16次国民生活審議会消費者政策部会の報告書「消費者契約法（仮称）の制定に向けて」（1999年1月）によれば、「困惑」概念を、「事業者から消費者への不適切な強い働きかけの回避に関する規定についての要件としては、まず第一に、事業者が、消費者契約の締結に際し、消費者を威迫し又はその私生活若しくは業務の平穏を害するような言動をすることが考えられる。……我が国における消費者契約の締結過程の適正化に関する民事裁判例においては、消費者に畏怖を生じさせないため必ずしも強迫の成立を認めるには至らないが、消費者を困惑させ、その自発的な意思決定をゆがめるような、強引・執拗で強要的・威圧的な事業者の不当勧誘行為が問題となったケースが見られる。これらの裁判例を踏まえ、事業者が、消費者を威迫するような言動（脅迫まがいの威圧的な言動）、消費者の私生活

要求されていない。

訪問販売では、事業者の主導によって開始され、契約締結に向けて意思表示をするまで、消費者が事業者の行為の下に、事実上、相当程度拘束される。このため、消費者の平穏な生活状況、精神的自由が害される。⁽²⁴⁾

③一定条項の無効

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(消契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9条)。それは信義則違反の観点からである。

(4) 情報提供義務

①信義則上の義務

当事者に情報力の格差があるような場合、表意者が明確な認識に基づく意思を欠き、不利な契約を締結する可能性がある。この場合、当該情報の劣位者の契約自由を回復するため、情報提供義務を事業者に課すことが考えられる。情報提供義務の意義は、自由な意思を確保し、自己決定権の保護をすることにある。

又は業務の平穏を害するような言動(例えば、長時間にわたり消費者を拘束する、夜間に消費者の居宅に上がり込む、消費者に不意打ち的に接近し考慮する時間を与えないなど、消費者の公私にわたる生活の安寧を乱すような言動)をした場合においては、消費者は契約を取り消すことができるということが適当である。」と述べる。消費者契約法の立法過程においては、消費者の私生活または業務の平穏を害するような言動を、困惑の概念ないし手段を明確化・具体化したものとする(後藤巻則「不招請勧誘と私生活の平穏」独立行政法人国民生活センター編・前掲注(11)173頁)。

(24) 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うものである。このように考えると、事業者の困惑惹起行為によって害される消費者の利益は、消費者の私生活における平穏といえる。

不招請勧誘規制の意義と課題

商品先物取引規制では、専門業者は受託等業務規則4条に基づき情報提供・助言指導義務を負うと考えられる。契約交渉過程における情報提供義務の違反は、「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。

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について断定的判断を提供しない義務がある。

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。

②情報提供義務を課す理由

事業者の情報提供義務を課す理由として、つぎのことが考えられる。

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場合、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があることを理由とする。

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、自己責任の原則を貫くと、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。

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。

③検討課題

情報提供義務に関する検討課題として、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、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ければならない。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ければならないことである。

狭義の説明義務は、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方考え方である。他方、情報提供義務は契約締結前に一定の説明義務を専門業者に求める義務であるが、契約締結前における専門業者の情報提供義務というものをどう法的に位置づけるかが問題となる。

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。また、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。それとも、情報提供義務は専門業者の努力義務であるのか。

事業者の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ことである。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、事業者の情報提供義務を認め、その違反がある場合には消費者を保護する必要があるためである。

3 金融商品販売法の契約規制

(1) 意義

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、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を意図している（金販1条）。

金融商品販売法の特徴として、以下がある。

第1に、同法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、金融商品取引法と比較して、より適用対象が幅広い（金販2条1項）。しかし、金融商品販売法は商品先物取引には適用されない。

第2に、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をする義務を負う（金販3条1項）。

第3に、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。金融商品販売法は金融商品取引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、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を有する。

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⁽²⁵⁾である。

IV 不招請勧誘の効果と根拠

1 不招請勧誘の効果

(1) 訪問・電話勧誘の禁止

民法、金融商品販売法および消費者契約法による保護法理があったとしても、勧誘が開始されると、専門業者に巧みにつけ込まれ、契約締結を拒否できない者も多い。そのため、顧客が望まない勧誘にさらされることなく、意思決定の誘導を回避するために、専門業者による具体的な勧誘を行なう前段階でより強力な規制が求められるようになった。とりわけ、多額の資金が動く投資取引では妥当する⁽²⁶⁾。

(25) 金融商品販売法は説明義務を尽くしたかどうかを解釈するにあたり、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1782号20頁参照）。

(26) 本質的に、金融商品取引および商品先物取引は、日常生活でなじみが少なく、取引内容は複雑になり、リスクが高い投資商品が多く売買されており、高額であるため、一般投資家は専門業者の知識、経験、分析等に依存する傾向にある。投資取引において、専門業者による顧客に対する勧誘攻撃性、取引関係の非対象性が概して強く、金融商品取引および商品先物取引では、訪問および電話による勧誘による被害が顕著であった。また、訪問および電話による勧誘による金融商品取引および商品先物取引では、顧客は商品特性・取引内容・取引リスク等の検討について時間的余裕を与えられることなく、日常に不意に侵入して冷静な自己決定がなされることなく契約締結がなされる。

他方で、勧誘および広告の区別が必ずしも明らかではなく、不招請勧誘

不招請勧誘規制の意義と課題

金融商品取引法および商品先物取引法における不招請勧誘規制は、訪問および電話による勧誘を禁止する。訪問および電話による勧誘は、私生活の平穏が害され、対象取引に関する十分な知識情報が提供されない状況で専門業者による意思決定の誘導がなされるおそれがある。不招請勧誘は、日常生活に不意に侵入し、顧客による冷静な自己決定が侵害されることが少なくない。

他方、他の行為規制では実効性に必ずしも十分でない面がある。例えば、商品先物取引法は、専門業者が顧客に対し、迷惑を覚えさせるような仕方での取引の勧誘をすることを禁止する（商先214条6号）。しかし、前述したように、「迷惑を覚えさせる」ことは主観的要素であり、現状では不適切な勧誘行為の抑止に直ちに結びついているとはいえない。

また、適合性の原則（金商40条，商先215条）では、適合性の適否に関し専門業者による顧客カードの作成過程の適正さが担保されておらず、専門業者が継続的取引では現状の顧客情報を把握していないことが多い。

説明義務，再勧誘の禁止義務，実質的一任売買などの行為規制および禁止行為違反に対し行政が摘発処分していたのでは被害が拡大し，監督官庁が専門業者および個別案件について監督審査することは限界がある。損害賠償請求では様々なコストおよび実現可能性のリスクが伴う。事故型被害ともいえる投資取引の被害には，不招請勧誘の効果は期待できる。

（2）他の行為規制との関係

情報提供義務は情報格差に着目し，投資家の明確な認識に基づく意思決定を確保するための義務であり，契約時には書面を交付するとともに，書面だけでは内容の意味が分からない場合も多く，実質的な説明義務を課す（金商法38条7号，金商業府令117条1項1号，商先法218条1項・2項）。適合性の原則（金商40条，商先215条）は，投資家の属性に照らして取引

の禁止規制が専門業者の営業活動を大きく制限するものであり，禁止の範囲が広がり過ぎるという懸念が業界団体からなされた。

内容が不相当であるときは勧誘すべきでないとする。

しかし、顧客に対する勧誘が必ずしも不招請でない場合であっても、顧客の勧誘意思および取引意思を確認しないために、または曖昧にしたために、後日、トラブルとなることが多い。そのため、勧誘受諾意思の確認義務（金商38条5号、商先214条7号）および再勧誘の禁止（金商38条6号、商先214条5号）がある⁽²⁷⁾。

これら義務は、情報提供義務および適合性原則の趣旨を具現化したものであるが、顧客が一旦勧誘されると、不適切な取引が締結されるおそれがある。勧誘の受諾意思の確認義務違反、再勧誘の禁止違反等の行為規制であっても被害発生の防止が十分ではなく、取引の公正性を維持できないことが少なくない。そこで、専門業者に「不招請勧誘の禁止」の行為規制が導入された。不招請勧誘の禁止は、情報提供義務および適合性の原則の意義をより徹底したものといえる⁽²⁸⁾。

適合性原則の遵守をはじめ、専門業者には様々な行為規制が課されており、その違反は民事責任の対象となり、事案によっては行政処分を課すことも可能である。しかし、専門業者の行為規制違反および不法行為に対し、事後的救済に係る問題（損害賠償請求が認容されないリスク、多大の過失相殺が行われるリスク、専門業者が破綻して損害が回復されないリスク等）に照らし、勧誘の前段階および初期段階で規制を厳しくすることは、投資被害を抑える効果がある。不招請勧誘の禁止は、顧客への勧誘自体について行政処分対象および不法行為を認定する要素の一つとすることで、投資取引のリスクを分析できない自衛能力に欠ける一般投資家の保護に有益である。

(27) 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る。また、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。

(28) 大武泰南「投資勧誘」河本一郎＝龍田節編『金融商品取引法の理論と実務』（経済法令研究会、2007年）103頁。

不招請勧誘が禁じられるのは、特定の金融商品および当該取引についてである。不招請勧誘の禁止対象となっていない商品を勧誘販売することは当然に認められる。⁽²⁹⁾

2 不招請勧誘の禁止根拠

なぜ不招請勧誘の制限というのが理論づけられるのか。不招請勧誘を禁止する根拠として、①顧客生活の平穩保護、②顧客の自己決定権の保護、③代替的保護策、などを指摘できる。つぎに、各根拠を検討する。

(1) 生活平穩権の保護

①意義

顧客生活の平穩保護は、顧客が専門業者に頼みもしないのに、いきなり勧誘の電話などをかけて、私的な空間に介入してくることである。いったん断りながら、勧誘を続ける行為は、顧客本人の意思がはっきりしている以上、正当化できない。他方、適合性原則が問題となる状況では、投資取引に不適合な者をそのような取引に引き込むこと自体が禁止される。専門業者が無差別に勧誘をすれば、そのなかには取引に不適合な人間もおり、適正な取引契約が確保されないだけでなく、プライバシーおよび平穩な生活が必然的に侵害されるからである。

平穩生活権は、精神的な平穩が害されることに対する利益保護である。人は、日常生活において見たくないものを見ず、聞きたくないものを聞かない自由を本来有している。個人の家に電話が専門業者からかけられると、精神的な平穩が害されるのである。私生活の平穩が保護の対象であるため、契約の締結に至らない場合においても訪問および電話勧誘に

(29) 勧誘段階において、当初勧誘が認められていた金融商品を説明するなかで、不招請勧誘禁止の金融商品が対象となった場合、顧客からの質問に応じて当該商品の説明をすることは許されるであろうが、勧誘行為は認められない。

より、その被害が生じる。

平穏生活権に関し、平穏な生活を営んでいる者に対し、執拗に面会を求め、頻繁に電話をするなどしたことが、人格権の違法な侵害となる場合がある。⁽³⁰⁾ 生命・身体に対する侵害の危険を伴わない場合についても、より広く私生活の平穏を保護する権利ないし法益として認められるのである。

②営業の自由権との比較衡量

平穏な生活権は、営業の自由権との比較衡量が問題となる。不招禁勧誘の制限が営業の自由を大きく制限することは事実である。営業の自由は社会における個人の営業の自由を確保する規制原理として働くものである。しかし、営業の自由権は表現の自由等とは異なり、基本的人権ではない。営業の自由権は憲法上、その制約を認めやすい権利である。

そのため、平穏な生活権法的規制として営業の自由に対する一定の侵害に優先されると考えられる。例えば、勧誘そのものが不快でしつこく、高齢・認知症・知的障害などの判断能力に問題がある者、または支払能力のない者にまで勧誘⁽³¹⁾することを放任する理由はない。

③過剰規制か

不招請勧誘の禁止は過剰規制であり、不招請勧誘を原則禁止とするのではなく、専門業者の再勧誘を禁止することで、投資家保護を図ることはできるかもしれない。しかし、投資家の属性に照らし、専門業者の再勧誘を拒絶できない投資家が少なくない。それゆえ、不招請勧誘の禁止

(30) 横浜地判昭53・4・19判時905号87頁。

(31) 例えば、秋田県の不招請勧誘禁止条例では、深刻な過疎化、高齢化、核家族化、孤独化が制定の背景にある。一人暮らしの高齢者に対する訪問・電話勧誘は、消費者が断っても断っても勧誘がなされることが問題視された。(津谷裕貴・前掲注(13)15頁)。

は意義がある⁽³²⁾。

平穏な生活の保護という観点から不招請勧誘の禁止が求められる場合、私法的規制としては、損害賠償ないし差止めが考えられる。損害賠償は締結された契約によって生じた損害に加え、平穏な生活の保護侵害に対する慰謝料請求が考えられる。

④検討課題

「顧客生活の平穏確保」の問題点として、何をもって生活の平穏を害するといえるのか、また生活の平穏を害さない勧誘であれば許されるのか、である。

勧誘の時間帯、勧誘の頻度などが違法性の要素となる。金融商品取引では顧客に迷惑を覚えさせるような時間に電話または訪問によって勧誘する行為が禁止される（金商業府令117条1項7号）。また、商品先物取引では顧客に対し、迷惑を覚えさせるような仕方でも勧誘する行為が禁止される（商先214条6号）。迷惑を覚えさせるような「時間または仕方」については、社会的通念に照らして実質的に判断されることになる。

（2）自己決定権の保護

①意義

自己決定権の保護として、投資等に十分な知識・経験のない人々が、話術が巧みな販売員の勧誘に乗せられ、買うつもりもないようなものを買ってしまう被害が出ないように制限を加えることが必要である。

私生活の平穏はプライバシー権の一類型とすれば、勧誘行為の適正化が事業者による「意思決定の誘導」を回避し、自由な意思決定を確保することにある。

プライバシー権には「一人にしてもらう権利」という側面があり、専

(32) 今川嘉文・前掲注(11)102頁。

門業者により、一人にしてもらう権利が害されている状況下では満足な自己決定は期待できない。また、私生活の平穩が害され、自由な意思決定が確保されないのであれば、情報提供義務は意味をなさない。

②検討課題

「顧客の自己決定権の保護」の問題点として、第1に、一定の投資経験があり、適合性原則が遵守されている場合、不招請勧誘を禁止する根拠とはならないのではないかと。第2に、広く大衆・一般社会に対する投資および金融商品に係る知識の普及が阻害されないか、である。

第1の問題点に対しては、適合性の適否を判断するうえで重要な「顧客カード」の作成において専門業者にとり都合の良い内容に記載させる誘導および顧客カード情報を更新しないため、適合性に反する取引が継続的取引ではなされる可能性がある。また、監督官庁による監督審査には限界があり、適合性原則の遵守状況の把握が必ずしも容易ではなく、実効性に疑問があることは否定できない。

第2の問題点に対しては、専門業者の勧誘がこれら目的に必ずしも有益であるとはかぎらず、一般社会の投資に対する知識の普及は、専門業者の勧誘により図られるよりも、投資教育などに委ねられるべきであろう⁽³³⁾。また、顧客のために勧誘が必要であるかのごとき議論には、飛躍がある。専門業者の勧誘は、基本的にセールスであり、一定のバイアスがかかる。

広告は新聞およびインターネットなどの媒体を通じて不特定多数人の目に付くものであり、情報提供の手段は多様化している。知識普及の阻害を勧誘被害に優先させるべきではない⁽³⁴⁾。

(33) 澤飯敦=堀 弘=酒井敦史「行為規制」商事1777号16頁。

(34) 広告は専門業者の業務内容および商品内容を知らしめる有効な手段である。しかし、投資家保護の観点から何を伝え、何を伝えてはならないかが問題となり、広告のなかには悪質な勧誘と実質的に変わらないことが多

不招請勧誘規制の意義と課題

顧客の自己決定権の保護について、契約締結過程における両当事者の交渉力・情報の均衡が著しく崩れ、優位に立つ当事者側において相手方の契約自由・自己決定権を考慮しない態度・行為があれば、公序良俗違反の可能性がある。

V 不招請勧誘規制の課題

(1) 顧客の範囲

勧誘を要請していない顧客の範囲が問題となる。第1に、現状は訪問または電話勧誘を対象とするが、顧客が別件で呼び出され、リスクの高い金融商品を勧誘されることがある。金融商品を販売する専門業者が多様化しており、電話または訪問を前提とした不招請勧誘の規制をいかに柔軟に適用するかである。

第2に、勧誘の段階において、当初勧誘が認められていた金融商品を説明するなかで、顧客から質問に応じて不招請勧誘禁止の金融商品の説明をすることは許されるであろう。説明過程で、取引業者に誘引させられることがあり、高リスク商品の販売勧誘の規制強化が課題である。

第3に、法人が顧客として勧誘対象となった場合、適合性の原則で対処することが難しい。そのため、不招請勧誘の禁止違反について、専門業者の民事責任をどのように考えるかである。米国では不招請勧誘の規則として、電話勧誘規制（電話勧誘拒否登録・電話勧誘プライバシー規制）

かった。

金融商品取引法および商品先物取引法は、専門業者が業務内容についての広告（新聞広告、テレビ・ラジオ・インターネットによる広告等）、およびそれに類似するもの（広告類似行為）として内閣府令で定める行為（郵便、信書便、ファクシミリや電子メールによる送信、ビラまたはパンフレットの配布等。ただし、行政処分関係書類、勧誘によらない個別企業の分析・評価資料、一定事項のみが表示されている景品その他の物品の提供は除かれる）をするときは、広告表現に関する規制を設けている（金商37条・施行令16条、商先213条の2）。

および商業電子メール規制等があり、違反した専門業者には、刑事罰、民事制裁金、損害賠償、排除措置命令、差止めなどの制裁が課される。⁽³⁵⁾

(2) 広告規制のあり方

広告規制のあり方および巧みな規制回避の対処が問題となる。前述したように、特定商取引法および特定電子メール法は、承諾をしていない者に対する電子メール広告の提供を禁止する。電子メール広告の無差別性、大量性、即時性に着目した規制であり、広告が事実上、勧誘の側面を有しているためである。

専門業者は不招請勧誘規制を回避するため、より巧みにDMまたはインターネットなどを使った勧誘が増加するかもしれない。これらは、不招請勧誘の禁止理由で論じたのと同じ問題を有している。不招請勧誘は不意打ちの勧誘であり、専門業者と顧客における情報の非対称性が顧客に自由かつ自主的な判断を困難させる。金融商品取引法および商品先物取引法の不招請勧誘規制は、商業電子メールには適用されない。⁽³⁶⁾

金融商品および販売方法の多様化に照らし、インターネット売買が活発な金融商品取引において、専門業者による商業電子メールおよびファクシミリなどの送信を、広告類似行為規制（金商業府令72条）だけでなく、勧誘規制として、不招請勧誘規制としての位置づけることが検討される。

(35) 専門業者の不法行為責任による対処だけでなく、民事制裁金の賦課または父権訴訟制度の導入（行政庁長官が原告となり、違法行為をなした専門業者を被告として訴えにより民事責任を追及する）、取引の取消権などの検討がある。

(36) 専門業者による訪問または電話勧誘では、専門業者と顧客との双方のやりとりがなされ、専門業者の話術が働き、勧誘規制の必要性がある。他方、専門業者による商業電子メールは、送信内容を受信者である顧客が読むだけであり、読みたくなければ表題だけ見て削除が可能である。しかし、商業電子メールの内容を読み進めるうちに、理解が不十分なまま契約が締結されることがある。