

# 消費者契約法の「勧誘」の二面性について

佐藤弘直

## 要約

消費者契約法第4条と第12条には、「勧誘」に関する規定が存在するが、「勧誘」概念についての定義規定は存在しない。これまで同法4条と12条との「勧誘」概念については同義であると理解されてきた。しかし、最高裁判所第三小法廷は、平成29年1月24日の判決において、同法12条に関する「勧誘」概念についての判断を示した。これを契機に「勧誘」概念の再検討についての議論が俎上に載った。

本稿では「勧誘」概念について、消費者契約法誕生の背景と立法・改正過程、実体法・手続法的構造、保護の対象および消費者団体訴訟制度を規定する景品表示法、特定商取引法、食品表示法との関係性から分析・検討する。そして、「勧誘」概念には二面的性質があること、上記判決の射程が消費者契約法第4条の「勧誘」に及ばないことを結論付ける。

キーワード：勧誘、消費者契約法、消費者団体訴訟制度

## 1. はじめに

最高裁判所は、2017年(平成29年)1月24日、消費者契約法(以下「消契法」という。)2条4項でいう適格消費者団体Xが、健康食品の小売販売等を営むY株式会社に対し、Yが自己の商品の原料の効用等を記載した新聞折込チラシを配布することが、消費者契約の締結について勧誘をするに際し消契法4条1項1号に規定する行為を行うことに当たるとして、同法12条1項および2項に基づき、Yが自ら又は第三者に委託するなどして新聞折込チラシに上記の記載をすることの差止め等を求めた事件について、以下のように判示した<sup>1</sup>(以下「本判決」という)。すなわち、「事業者等による働きかけが不特定多数の消費者に向けられたものであったとしても、そのことから直ちにその働きかけが消契法12条1項および2項にいう「勧誘」に当たらないということとはできない、との判断を示した。この判断を、最高裁判所は、以下のように理由づける。すなわち、「例えば、事業者が、その記載内容全体から判断して消費者が当該事業者の商品等の内容や取引条件その他これらの取引に関する事項を具体的に認識し得るような新聞広告により不特定多数の消費者に向けて働きかけを行うときは、当該働きかけが個別の消費者の意思形成に直接影響を与えることもあり得るから、事業者等が不特定多数の消費者に向けて働きかけを行う場合を上記各規定(消契法4条、12条。筆者注)にいう「勧誘」に当たらないとしてその適用対象から一律に除外することは、上記の法(消費者契約法。筆者注)の趣旨目的に照らし相当とはいえない。」

消契法上の勧誘について、これまで立法担当者は、「特定の者に向けた勧誘方法は「勧誘」に含まれるが、不特定多数向けのもの等客観的にみ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に影響を与えているとは考えられない場合(例えば、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止まる場合等)は「勧誘」に含まれない。」との見解を公表していた<sup>2</sup>。本判決を受けて立法担当者は、「「勧誘」の解釈に関しては、下記のとおり、事業者等による働きかけが不特定多数の消費者に向けられたものであったとしても、そのことから直ちにその働きかけが「勧誘」に当たらないということとはできないとした最高裁判決が存在する。」と本判決を適示して公表を変更した<sup>3</sup>。この変更により立法担当者の見解が最高裁判所の見解に沿うものへと変更されたかの印象を持つ。

消契法において「勧誘」に関する規定は、第4条と第12条に存在するものの、定義規定は存在していない。本判決は、12条の「勧誘」についての判断であって、4条の「勧誘」にその射程は及ばないとも理解できる<sup>4</sup>。

これまで、第4条の「勧誘」と第12条の「勧誘」は、消費者契約を締結するにあたっての入口の問題として、同一の「勧誘」概念と捉える見解が少なくない<sup>5</sup>。しかし、消契法の立法・改正過程や消契法の構造、そして消契法以外で消費者団体訴訟制度を導入する法律、例えば不当景品類及び不当表示防止法(以下「景品表示法」という。)や特定商取引に関する法律(以下「特定商取引法」という。)での目的規定と差止請求権の規定との関係性をみると、「勧誘」概念には広狭があると考えられる。

1 最判平成29年1月24日民集71巻1号1頁、判時2332号16頁

2 消費者庁消費者制度課編「逐条解説消費者契約法」(第2版補訂版)(商事法務、2015年)109頁

3 消費者庁消費者制度課編「逐条解説消費者契約法」(第3版)(商事法務、2018年)113頁

4 このような見解に対して、直接的には消契法12条1項、2項の「勧誘」について、併せて消契法4条1項から3項の「勧誘」についても最高裁の見解を明らかにしたと理解するものもある(岩藤美智子「判比」法教440号(2017年)149頁)。

5 松田敦子「判比」ジュリスト1510号(2017年)95頁、志部淳之介「「勧誘」要件の在り方をめぐる議論——サン・クロレチラシ差し止め訴訟し高裁判決の射程の検討」NBL1106号(2017年)、後藤巻則「不特定多数の消費者に向けられた事業者等による働きかけと消費者契約法12条1項および2項にいう「勧誘」(最判平29・1・24)」現代消費者法37号(2017年)61頁参照

そこで、消契法の構造を改めて分析し、消費者団体訴訟制度を導入する他の法規との相違の分析、そして消契法第4条と第12条の法的性質をみることをとおして、「勧誘」概念の再検討と本判決の射程を考察することが本稿の目的である。

## 2. 消費者契約法の構造

本判決において、適格消費者団体が事業者に対し、不当な勧誘行為の差止めを請求している。この消費者団体訴訟制度は、消契法に我が国で初めて導入され、その後他の法律にも導入されている。そこで、我が国の消費者政策の中で、消費者被害回復のための意思表示の取消権を消費者に承認し、そして消費者被害の未然防止、拡大・拡散防止のための消費者団体訴訟制度がどのような背景のもとで誕生していったかを概観する。

### (1) 消費者契約法の誕生

我が国での消費者政策の基本方針が立法化されたのは、1968年制定の消費者保護基本法に始まる。「消費者の利益の擁護及び増進」に関する「国、地方公共団体及び事業者の果たすべき責務並びに消費者の果たすべき役割を明らかにする」こと、「その施策の基本となる事項を定めること」、「消費者の利益の擁護及び増進に関する対策の総合的推進を図ること、そして「国民の消費生活の安定及び向上を確保すること」が同法1条において目的であると宣言する。しかし、消費者の利益や権利についての規定は存在しない。というのは、ここでの消費者政策は、事業者を行政立法や行政庁の事業者に対する行政指導、行政罰等によって規制し、消費者は、このような手法をとおして保護される対象と位置づけられているからである。したがって、消費者保護基本法のもとでは行政が主体となり、事業者の一定の行為を規制し、その反射として消費者を保護する仕組みを採用しているのである。

高度経済成長の時代は、行政の主導の下、おもに事業者を目指すべき方向へ誘導するため、事前規制、行政指導などの手法を採用していた。高度経済成長時代が終わりを告げる20世紀末になると、経済の低迷・停滞から脱却するため、経済を活性化させ、成長を促すことが求められた。事業者に対するこれまでの規制を撤廃または緩和する方向へと転換し<sup>6</sup>、事業者の潜在能力を発揮させ、経済を活性化させる。そのためには、事業者が自由に活動できる環境を整え、消費者が自由な意思決定に基づいて市場へ参加する環境、すなわち市場メカニズムの整備・強化が必要であった。

規制緩和の進展・強化そして市場メカニズムの活性化、さらに経済社会のグローバル化、IT化への進展によって、市場において、事業者は競争をより活発にし、消費者は取引の一方当事者として積極的・能動的立場で参画するようになっていった。このように消費者が積極的・能動的立場で市場に参画するようになると、市場に参画する消費者を保護するための政策も転換が迫られた。

事業者への規制は、消費者保護の一面を有していたが、その規制が緩和されることによって消費者に対する保護は、希薄化する。大量生産・大量消費を中心とする経済成長時代において消費者は、商品を消費するだけの対象と位置づけられていた。市場メカニズムの中で消費者保護の維持ないし強化のためには、消費者に対し、高質・多量の情報と強い交渉力をもつ事業者と対等に取引できる立場を確保するに足りる権利を付与する必要がある。また事業者に対する規制を緩和するにしても消費者に損害が発生した場合に備えて事後的に権利・利益を回復・救済する方策が必要となる。事業活動に対する規制を、事前規制型から事後救済型への転換に伴う消費者保護が必要となるのである<sup>7</sup>。経済社会の変化が、「弱い消費者」「保護される者」から「自立した主体」へと消費者像の移り変わりをもたらした。変化した消費者像に適合するように消費者政策は、構築されていった。

取引は、本来、対等な立場にある当事者の意思が合致することにより成立するものであり、取引から生じる権利関係は、自らの自由な意思の形成を基礎として築かれるものである。しかしながら、消費者が、契約の内容を十分に理解しないまま契約を締結し、あるいは不意打ち的に勧誘を受けて、真に自由な意思に基づかずに契約を締結してしまうこと、ときには事業者が消費者に対し、不確かな情報を故意に提供し、あるいは意思決定に重要な情報をあえて提供しないなど、取引にあたり本来求められている公正さが崩れていることがある。このような状況が契約の締結過程において存在すると消費者だけが一方的に不利益な立場に立たされる。また、事業者間の競争が促進し、消費者に多様な商品・サービスがより安価に提供されるようになると、消費者は自ら主体的・積極的な選択に基づいた行動が求められる。消費者は、情報を自ら収集し、優良性・有利性を分析・判断し、契約

6 後藤巻則「消費者政策の転換と消費者法の課題」季刊家計経済研究 65(2005年)22頁参照

7 第147回国会衆議院会議録第11号(2000年3月14日)堺屋太一国務大臣法案趣旨説明参照

を締結するかどうかを決する。商品・サービスに関する情報を入手し、入手した情報から他の商品と比較し、契約目的に最も適合する商品・サービスを選択する行動が求められたのである。しかし、商品やサービスが多様化し、あるいは複雑化した取引の場面では、当該商品・サービスに関する情報を事業者は有しているが消費者は持たないという状況が生まれる。消費者は、もっぱら事業者から提供される情報に頼らざるをえない立場に立たされる。消費者に契約締結の意思決定をするうえで必要な情報を自ら収集するには限界がある。そこで、消費者と事業者との間に存在する情報に関する格差を解消し、是正させるために、消契法3条は事業者に対して、消費者に情報提供の努力義務を課した。もっとも事業者は、消費者に対して、情報を提供するにあたり、商品やサービスの購入に向けて、商品やサービスに関する情報について事実と異なることを告げたり、あたかも実現が確実であるかのような言動をとったり、消費者にとって有利であったり、有益であったりする情報は提供するものの、不利益となる情報をあえて提供しなかったりしがちである。そこで消契法4条は、消費者に誤認を惹起させるような事業者の行為によって、消費者が当該契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる権限を消費者に付与した。

事業者間の公正かつ自由で透明な競争における競争政策を行政規制が担い、事業者と対峙する自立した消費者が参画する市場における消費者政策を民事ルールが担う構造が構築された。民法による規制に整合・連動する新たな法整備により、市場ルールの実効性は、確保され、消費者の救済が可能となる。民法・商法などを補完するような機能を持ち、消費者と事業者との間における紛争を具体的かつ包括的に規律する実効性ある法律、すなわち消費者契約法が2000年に制定されたのである。しかし同法は、消費者契約を無効とし、あるいは取り消しうとするもの、すなわち消費者契約から生じる紛争を事後的に規律するに留まった。

国民生活審議会消費者政策部会から「21世紀型の消費者政策の在り方について」と題する報告書が出され、これを受けて2004年消費者保護基本法が改正され、名称も消費者基本法と変更された。特定の行政分野におけるの基本政策、基本方針を宣言する法律であることを明らかとする基本法という語を残している。消費者基本法第1条では、「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力等の格差にかんがみ、消費者の利益の擁護及び増進」に関する「消費者の権利の尊重及びその自立の支援その他の基本理念を定め」ること、「国、地方公共団体及び事業者の責務等を明らかにする」こと、「その施策の基本となる事項を定めること」、「消費者の利益の擁護及び増進に関する総合的な施策の推進を図」ること、そして「国民の消費生活の安定及び向上を確保すること」が目的であると宣言する。同法の特徴は、消費者の権利を掲げている点にある。すなわち、消費者基本法2条が①消費者の安全が確保されること、②選択の機会が確保されること、③必要な情報が提供されること、④教育の機会が提供されること、⑤消費者の意見が消費者政策に反映されること、⑥被害が適切かつ迅速に救済されることを消費者の権利であると宣言する。

## (2) 消費者団体訴訟制度の誕生

### ア 消費者契約法への導入

消費者契約に関わる被害は一般に、個々の消費者の被害額が比較的少額であること、同種の被害が多数の者に及ぶことに特徴がある。また、被害額が少額であることに比べ、訴え提起に伴う費用と時間に対する負担が大きいこと、被害の立証が難しいことなどから、消費者は、訴訟提起には消極的な態度を示しがちである。このため、消費者の被害を未然に防止し、あるいは被害の拡大・拡散を抑止することが重要であった。また、被害を受けた消費者が被害回復のために自ら訴えを提起し、これによって被害が補填されたとしても、当該消費者個人の被害の回復にとどまり、不特定多数の一般消費者の被害を未然に防止し、あるいは被害の拡大・拡散を防止することにはつながらない。そこで、不特定多数の一般消費者の被害を予防するため、消費者団体に、不当な契約条項の使用や不当な勧誘行為を差止める権限、損害賠償を求める権限を付与することの可否が国民生活審議会消費者政策部会団体訴訟制度検討委員会で検討された<sup>8</sup>。消費者被害を予防し、消費者の紛争への対応力を確保し、消費者の権利を実現するために消費者の立場に立って活動する消費者団体の役割の重要性が再認識されたのである<sup>9</sup>。

消費者団体にとって最も実効的な権限とは、紛争の最終的解決手段である訴訟を提起しうる権限である。消費者被害の未然防止・拡大防止のために事業者の不正な行為を差止める訴訟制度<sup>10</sup>と被害の事後的救済のために消費者の被った損害を回復する訴訟制度が考えられた。消費者団体訴訟制度は、一定の要件を備えた消費者団体に訴訟を提起する権利を新たに承認するものであるから、消費者被害の実態・特徴から、どのような消費者団体に、

8 国民生活審議会消費者政策部会消費者団体訴訟制度検討会「消費者団体訴訟制度の在り方について」(2005年)参照

9 消費者団体が訴訟に取り組んだ事件として、以下のものを挙げることができよう。たとえば、主婦連ジュース事件(最判昭53・3・14民集32・2・211)、東京灯油事件(最判昭62・7・2民集41・5・785)、鶴岡灯油事件(最判平元・12・8民集43・11・1259)である。

10 消費者団体訴訟制度の「差止請求権は、不特定多数の消費者の利益を擁護するために、適格消費者団体が事業者の不当な行為に対して差止請求権を行使することを認めるものであり、もともと公法的な規制として行政処分によるエンフォースメント(法執行)が予定されていた領域に、私人が提起する民事訴訟を通じてのエンフォースメントを導入するものである。つまり、従来は行政の役割とされてきた公益の実現を、部分的とはいえ私人として担うのが適格消費者団体である。」との見解がある。(後藤巻則「消費者の権利とその実効性確保」大塚直、大村敦志、野澤正充編「社会の発展と権利の創造—民法・環境法学の最前線」(有斐閣、2012年)263頁、とりわけ271頁)

- 11 国民生活審議会消費者政策部会団体訴訟制度検討委員会第4回議事録参照。第5回議事録28頁に、団体訴訟の付与は、公益目的であるとの三木浩一委員の発言がある。
- 12 消費者団体訴訟制度の捉え方は多様であった。消費者団体訴訟制度は、一人一人では弱い立場にある消費者に代わって、消費者団体が不当な契約、不当な行為をする事業者に対して訴訟を提起することを承認することによって、市場の公平性を高めるという目的をもつものであるとの見解があった。(国民生活審議会消費者政策部会団体訴訟制度検討委員会第11回議事録21頁大河内美保委員発言)また、消費者に代わって訴訟手続きを維持することは、民間の団体に政府の本来の仕事を代行してもらうものである。団体の在り方として、行政機関に準ずる程度の公益性と信頼性のある団体である必要があるとの見解もあった。(国民生活審議会消費者政策部会団体訴訟制度検討委員会第11回議事録29頁原敏夫委員発言)
- 13 消費者団体に損害賠償請求権が承認された場合、消費者団体による損害賠償請求は、実損害の補填にとどまるが、これまで被害を受けた消費者が事業者に対して損害の回復を求めることが少なかったことからすると、事業者の不当な行為に対する予防的・抑止的效果が望める。
- 14 日本経済新聞「悪徳商法の利益没収―被害救済、三年内に法整備」(2009年9月12日)
- 15 第169回国会衆議院内閣委員会議事録第8号(2008年4月9日)岸田文雄國務大臣提案理由説明参照
- 16 第183回国会衆議院会議録第22号(2013年5月14日)森まさこ國務大臣法案趣旨説明参照
- 17 新たな制度の導入に向けた根本的検討をする時期に来ているとの理解をするものとして、たとえば後藤巻則「消費者契約法制の到達点と課題」法律時報79巻1号79頁がある。

どのような請求権が付与されるべきか、請求権の必要性、現行民事訴訟制度との整合性・適合性、そして被害を受けた消費者個人の損害賠償請求権との関係が検討された<sup>11,12</sup>。

適格消費者団体が不当な勧誘行為および不当な契約条項を含む契約を締結する行為を差止める制度の導入が決定し、被害を受けた個人の消費者の損害賠償請求権を代わりに行使する制度は継続して検討することとなった<sup>13</sup>。2006年、消費者契約法が改正され、消費者団体訴訟制度が導入され、不特定多数の一般消費者に対して現に行われまたは行われるおそれのある事業者の不当な行為を差止めることができるようになったのである。

不特定多数の一般消費者の利益を擁護するために差止請求権が付与された適格消費者団体は、我が国の消費者政策において、重要な役割を担っている。これまでに認定された適格消費者団体は19団体ある。消費者団体訴訟制度は、裁判上、裁判外を問わず一定の成果を収めている。不特定多数の一般消費者の被害の未然防止・拡大防止を図ることは可能となった。しかし、すでに被害を受けた消費者は、事業者が自主的に損害を補填しないかぎり、最終的には、消費者自身による個別の訴訟により自己の損害を回復するよりほかはなく、新たな立法が待たれた。

#### イ 諸法への拡大 ― 景品表示法、特定商取引法、食品表示法

事業者は、同一または同種の商品やサービスであればできる限り低価格で提供しようとし、同程度の価格であればより良質の商品やサービスを提供しようとする。消費者は、この競争の中で提供される商品やサービスを獲得しようとする。また、多くの消費者に購入してもらうべく事業者は、自社の商品やサービスに関する情報をより広く、より大々的に消費者に提供しようとする。消費者にとっては、商品の情報を手にし、その判断と選択により商品を手に入れる。このような場面では、事業者は、より多くの消費者に購入されるよう、優良さを大げさに伝え、あるいは有利さを誇張したりしがちである。公正で自由な競争秩序が必要であって、正確な情報と自由な選択権に基づく取引を市場メカニズムは求めている。私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(以下「独占禁止法」という。)は、前者を担う法律であり、景品表示法は後者を担う法律であって独占禁止法の特別法と位置づけられ、公正取引委員会が担っていた。

2009年4月、縦割り行政を是正し、消費者行政を一元的に担う消費者行政の司令塔として消費者庁設置法により消費者庁が内閣府の外局に誕生した。消費者庁は、消費者団体や行政機関が被害者に代わって損害賠償請求訴訟を起こし、事業者から回収した賠償金を被害者に分配する制度の検討を始めた<sup>14</sup>。また、消費者庁は、消費者の安全、表示、取引分野にわたる分野を一元的に担うこととなり、各省庁で担当していた法律、例えば景品表示法は、消費者庁との共管となり、消費者政策に重点を移した。この流れの中で、商品または役務の内容について著しく優良であると誤認される表示や、商品または役務の取引条件について著しく有利であると誤認される表示を規制する景品表示法に、そして訪問販売等に関し、不実告知等の不当な勧誘行為や、クーリング・オフを無意味にするような特約を含む契約の締結等を規制する特定商取引法に消費者団体訴訟制度が導入された。すでに施行されている消費者契約法を改正し、整合を図ったのである<sup>15</sup>。

さらに、食品表示に関する偽装が社会問題化し、これまで三法に分けて規定されていた食品表示に関する規定を一元化し、合わせて不当な食品表示に対する差止請求権を承認すべく食品表示法が2013年に制定された。食品に関する表示は、消費者が食品を摂取する際の安全性の確保および自主的かつ合理的な食品の選択の機会の確保に関し、重要な役割を果たしていることから、食品表示に関する基準の策定その他の必要な事項を定めることによって、その適正を確保し、一般消費者の利益の増進を図る。また、消費者基本法に規定する消費者の権利の尊重と消費者の自立を支援し、食品表示の適正化を図るため、適格消費者団体による差止請求制度を設ける。このような法整備と行政機関による監視とをあわせることによって、表示違反行為を排除する仕組みを複線化し、表示違反行為の効率的な抑止を図ることを食品表示法は目指したのである<sup>16</sup>。

#### ウ 集団的被害救済制度の誕生

2008年に国民生活局長の私的研究会「集団的消費者被害回復制度等に関する研究会」が設置されて、集団的消費者被害の回復等に関し、関連する我が国の現行制度および諸外国の制度の内容および運用状況についての調査並びに制度の在り方について意見交換が行われた。その検討結果として、2009年8月に内閣府国民生活局から「集団的消費者被害回復制度等に関する研究会報告書」が刊行された。しかし、第21次国民生活審議会消費者政策部会(2007年9月～2009年9月)での議論は、消費者団体に損害賠償請求権または利益剥奪請求権を付与する制度等の導入<sup>17</sup>よりも、差止訴訟において原告となりうる団体の拡大を図る方向に向いていた。

消費者被害は、少額であって、多数の消費者に拡散して発生することが多い。高額な被害の場合個々の消費者が裁判手続を利用するインセンティブが働くが、少額の被害の場合は費用がかかりしかも煩雑な裁判手続を利用するインセンティブが働かない。泣き寝入りで終わらすことなく、多数の消費者に生じた同種の財産的被害を集団的に回復するため、2013年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制定された。特定適格消費者団体が共通義務確認の訴えを提起し、これらの消費者に対して損害賠償金などの金銭債務を事業者が負うことを確認する。その後、特定適格消費者団体が消費者からの授權を得て、簡易確定手続によって、被害者である消費者に被害金などの金銭を交付することができるようになったのである。

2018年12月17日、特定適格消費者団体消費者機構日本が東京医科大学に対し、不正入試問題で、あらかじめ得点調整されることがわかっていれば受験しなかった、公正に合否判定をしなかったことが債務不履行に当たるとして、過去2年間に同大学を受験した受験生のうち、不合格となった女子と浪人回数の多い男子らに、受験料(4万円から6万円)などを返す義務があることの確認を求め提訴した<sup>18</sup>。今後の訴訟の動向が注目される。

### (3) 構造 — 三本柱

2001年施行当時の消費者契約法によって、消費者の被害救済が個別的、事後的に図られているが、同種の消費者被害の発生や拡大を防止するには限界がある。このため、消契法の実効性を確保するために、同法が改正され消費者団体訴訟制度が導入された。すなわち、差止請求権の付与とともに、適格消費者団体の認定及び差止請求に係る訴訟手続等に関する規定が整備された<sup>19</sup>。

消費者団体訴訟制度は、消費者の利益を保護するために、消費者団体に実体法上の権利を付与し、この権利に基づいて訴訟上の当事者としての地位を承認することにより、消費者団体に帰属する固有の権利を事業者等に対し、裁判外においても、裁判上においても行使しうる制度である。

消契法上の差止請求権は、消費者保護という政策目的を実現するための法的手段として、利益の帰属主体または管理者とは言い難い消費者団体に、立法により創設的に付与された<sup>20</sup>。消費者の視点に立った市場の監視者としての役割を担うことが一定の適格性を有する消費者団体には期待できること<sup>21</sup>、個別の事件を離れ不特定多数の消費者全体の利益を保護するという、いわば公益的な目的のために<sup>22</sup>、直接被害を受けていない第三者であって消費者被害の防止救済の担い手として実績ある消費者団体の活動に法的な裏付けをあたえること、そして消費者団体に固有の権利があるとの構成が民事訴訟の理論に馴染み易いことなどを根拠とする<sup>23</sup>。不特定多数の一般消費者の利益の保護を図ることが消費者団体の目的・任務であり、それに対する社会の要請も存するから、消費者団体には、消費者被害を未然に防止することにつき団体固有の利益が認められると考えるのである。

また、差止請求権が付与される消費者団体は、一般消費者の利益のために差止請求権を行使するのに相応しい主体である必要がある。消費者団体が権利・義務の主体となるためには、法人格を取得し、権利能力者となる必要がある。法人は、その目的の範囲内において、権利を有し、義務を負う(民法34条)から、適格消費者団体として承認されるためには、法人格を有し、消費者の利益の保護が設立目的のひとつである必要がある。消費者の利益の保護に関する活動が、相当期間にわたり継続し、事業者からの独立性を保つ必要もある。このような団体性・適格性を基礎づける要件が消契法13条3項に掲げられているのである。

このような諸要素を備える消費者団体訴訟制度の基本型として制定された消契法は、大別して三つの柱からなるとの理解がある。すなわち、消費者の契約の意思表示取消権の承認、契約条項の無効化、消費者団体訴訟制度の三本柱との理解である<sup>24</sup>。しかし、消契法の中に適格消費者団体の認定に関する規定(第3章第2節第1款)、業務内容に関する規定(同第2款)、監督に関する規定(同第3款)が存在する。そこで前述の消費者団体訴訟制度の位置づけ<sup>25</sup>と消契法の各章における規律の法的性質から、差止請求権に関する民事実体法ルール<sup>26</sup>、消費者団体訴訟に関する民事手続法ルール<sup>27</sup>、差止請求権が承認された適格消費者団体の認定、業務等を規律する行政規制との分類が考えられる<sup>28</sup>。

適格消費者団体が有する差止請求権に関する規律を規定する法律、すなわち消費者契約法、景品表示法、特定商取引法および食品表示法について、上記の三分類をみると、①民事実体法ルールはいずれの法律にも存在し、②民事手続法ルールと③行政規制は消費者契約法においてのみ規定されている。特徴的であるのは、①民事実体法ルールにある。というのは、民事実体法ルールには消費者に承認された実体的権利と適格消費者団体に承認された実体的権利がある。すなわち、いずれの法律にも差止請求権についての規定が存在する。しかし、取引の当

18 日本経済新聞「受験生「一括救済」初の特例法活用」(2018年12月18日)、朝日新聞「受験料返還求め東京医大を提訴」(2018年12月18日)

19 第164回国会衆議院会議録第22号(2006年4月13日)猪口邦子国務大臣提案理由説明参照

20 差止訴訟制度を導入するための消費者契約法の一部を改正する法律案の提案理由において同旨の説明がされている。(前掲注19参照)

21 消費者利益の擁護という目的を達成するためには、消費者にとつてできるだけ容易にその損害を回復しうるような手続を考えなければならない。そのためには、消費者が自己の権利を守るという強い意志をもつことが前提要件として不可欠である。そして、消費者が自ら加害者と交渉することが必要となる。しかし、個々の消費者が自ら交渉することが容易でないという現実がある。我が国には、国民生活センター、消費生活センターそして消費者団体が存在する。このような組織を有効活用することで消費者の権利の実現が図られるのである(竹内昭夫「3 消費者保護の方法」『消費者保護法の理論』(1995年)78頁(初出加藤一郎=竹内昭夫編「消費者法講座 第一巻 総論」(1984年))。

22 前掲注10

23 国民生活審議会消費者政策部会消費者団体訴訟制度検討委員会編「消費者団体訴訟制度の在り方について」(2005年)3頁、前掲注3 300頁参照

24 中田邦博「消費者契約法・景品表示法における差止めの必要性」ジュリスト1517号(2018年)46頁

25 当時の衆議院における林田彪議員からの質問に対し、猪口邦子国務大臣は以下のように答えている。すなわち、「消費者団体訴訟制度は、消費者全体の利益を擁護するという、いわば公益的な目的のために、直接被害を受けていない第三者たる特定の団体に政策的な権利を付与するものである」。(前掲注19参照)

26 ①消費者は、誤認を惹起させるような事業者の行為によって、消費者が当該契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる。②適格消費者団体は、事業者等が不特定かつ多数の消費者に対して、消費者契約法に規定する不当勧誘行為または不当条項を含む消費者契約の締結を現に行い、または行うおそれがあるときは、当該行為の差止めを請求することができる。いずれも実体法上の権利として承認されている。

27 消契法第3章第3節では、適

格消費者団体が行政を補完する目的で行使する差止請求権を裁判上行使する際の民事訴訟法の特例を規律する。

28 消費者庁は、適格消費者団体としての認定をし、適格消費者団体が差止請求業務について不特定かつ多数の消費者の利益のために適切に行使しているかを監督し、必要な監督上の措置を講ずる。(消費法第3章第2節)

29 「客観的にみて、事業者が顧客と最初に接触して契約締結に至るまでの時間的経過の中で、当該特定の者にむけてその意思形成に影響を与えるべくなされた働きかけを直接の問題とし、不特定人に向けられたチラシ・広告・パンフレット・説明書などは、視野の外に置かれるべきものと解される。(河上正二「消費者契約法の展望と課題」現代消費者法14号(2012年)70頁)

30 広告は、不特定多数のものに対する一方的な意思表示であり、対面販売のような契約当事者の主観的意思の合致に至るものではない。不特定多数のものに対する広告を受けて契約の申込みをしても契約は成立せず、広告は、申込みの誘引にとどまるものと理解されている。(河上正二「広告・表示と情報提供」法セミ740号(2016年)120頁参照)しかし、申込みの誘引にとどまるか、申込みとなるかの境界線は、一様ではない。申込みの意思表示は、承諾の意思表示を受けたならば直ちに契約の成立を承認する意思をもってなされるのであるから、申込みの意思表示を受けて、改めて当該意思表示を発した者との間で契約を成立させるかどうかの検討をする場合、例えばアルバイト募集の広告に応じた者を直ちに雇うことはない場合は申込みの誘引にすぎない。(我妻栄「債権各論上巻」(岩波書店、1954年)56頁)

31 前掲注30 56頁

32 前掲注30 57頁

33 「契約が申込みと承諾によって成立するためには、「申込みに対して相手方から承諾される場合には、自分は契約に拘束される」との意思を申込者が有しているのだけではない。このような契約上の拘束を受ける意思がない場合には、法的な意味における申込みは認められず申込みの誘引に過ぎない。」(潮見佳男「民法全」(有斐閣、2017年)

事者である消費者(購入者)の取消権についての規定は、消費法と特定商取引法に存在するものの、景品表示法と食品表示法には存在しない。これは、景品表示法とその派生法である食品表示法の誕生の由来にある。すなわち、両法は、その立法目的から明らかであるように、消費者に適切な選択権を保障するため、行政規制の性質を有する法律として誕生したからである。

### 3. 事業者の不当な「勧誘」行為からの保護の対象

#### (1) 申込み、申込みの誘引と勧誘行為

契約は、申込みの意思表示と承諾の意思表示の合致によって成立する(改正民法522条参照)。事業者は、商品・サービスを宣伝・広告などによって広く消費者の目に触れさせることをとおして、自己の商品・サービスに関わる契約を消費者との間で成立させようとする。そのため、事業者が消費者に対して商品・サービスに関する契約の締結に向けた意思形成に働きを掛ける。

不適切な広告は、契約締結に直結しない場合であっても、広告が消費者を誤導したり、誤った判断のもとで契約の締結に至らせることが少なくない。当該広告を放置しておいたのでは、契約を締結してしまう消費者が現れ、思いもよらない損害が生じる場合がある。そこで行政が、不特定多数の一般消費者の意思形成に影響を与えないように景品表示法などによって広告を規制の対象とすることになるのである<sup>29</sup>。

広告は、不特定多数の者に対する一方的な意思表示であり、対面販売のような契約当事者の主観的意思の合致に至るものではない。広告を受けて契約の申込みをしたとしても、広告主が改めて契約締結の可否を判断する場合もある。したがって広告は、申込みの誘引にとどまるものと理解できる<sup>30</sup>。

申込みと申込みの誘引との関係についてみると、申込みは契約を成立させることを目的とする確定的な意思表示である。承諾があれば契約を成立させる旨の確定した意思表示である<sup>31</sup>。これに対し申込みの誘引は、相手方に申込みをさせようとする意思の通知であるから、相手方がこれに応じて意思表示をしても、契約は成立しない。申込みの誘引をしたものが承諾をしてはじめて契約が成立する。したがって、申込みの誘引をしたものは、相手方の申込みの意思表示に対して、拒絶する自由をもつ<sup>32</sup>。申込みには自らの申込みに対して相手方が承諾した場合に、自分は契約に拘束されることを許容する意思をもっており、申込みの誘引にはこうした意思を持たず、改めて契約を成立させるか否かを判断するのである<sup>33</sup>。

そうすると、申込みの誘引にとどまるか、申込みとなるかの境界線は、相手方において明確とはいえない<sup>34</sup>。相手方からの意思表示を受けて、相手方との契約関係の構築を再検討することを予定する場合、相手方との契約関係を構築するかを選択権を留保している場合など、申込みの意思表示であるか、申込みの誘引であるかは、相手方には直ちには判別し難いのである<sup>35</sup>。民法改正作業において、契約交渉段階に関する規律について、契約当事者の情報提供義務に関する規定等を設けることが検討された。これらの点について判例を通じて形成された準則をどのように典型化するかは、意見が一致せず、さらなる判例の集積を待つこととなった。もっとも一方当事者の行為と当事者が合意した契約内容との関連性の有無と程度の比較において、あるいは相手方の契約目的の不達成を知りまたは知りうべきときには、広告のような具体的交渉開始前の抽象的段階での表示に対して責任を負う場合があることについて争いはない<sup>36</sup>。すでに消費法3条では、「消費者の権利義務その他の消費者契約の内容についての必要な情報」を提供する努力義務が規定されている<sup>37</sup>。申込みの誘引とも理解可能な広告を用いて、消費者にとって契約締結において重要な動機に刺激を与えるような不実表示をしないことが求められている。事業者に求められている義務に反して、消費者に損害が生じた場合、消費者は、事業者に対し、その損害の賠償を求めることができる。しかし、消費法3条に規定される義務は、努力義務として規定されているため、消費法3条規定の義務に反したとしても、直ちに事業者が損害賠償責任を負うこととはならない。

もっとも、事業者から消費者に対して提供された情報によって契約の締結に至ったとしても、正確性に欠けたり、別の情報が合わせて提供されていたならば当該契約の締結にいたらない事情が存在していた場合にまで消費者が当該契約に拘束されるのは相当ではない。このような観点から、意思表示をした消費者に当該意思表示を取消す権限を付与している。このような取消権等を消費者が行使するのは、究極的には訴訟においてである。訴訟は、実体法上の請求権を有する者が裁判手続きにおいて当該請求権を根拠に相手方に対して意思表示の取消等を請求する制度である。そこで、消費法4条の取消権または12条の差止請求権について、誰の、どのような権

利・利益を保護するために導入されたかを実体法上の請求権から、また手続法上の請求権から概観する。

## (2) 実体法上の請求権

ア 消契法4条は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、「当該消費者」に対して一定の行為により消費者が誤認した場合等について、誤認等をした消費者、すなわち当該消費者契約の当事者となった消費者が自らした契約の申込みまたはその承諾の意思表示を取り消すことができるとする。事業者の一定の行為により誤認をし、その誤認のまま消費者契約の申込みまたはその承諾の意思表示をしたとき、当該意思表示の取消権を当該契約の当事者である「当該消費者」に承認している。

事業者間において公正で自由な競争が行われ、その競争から生まれる商品・サービスを消費者は自由に選択するという市場メカニズムにおいて、消費者と事業者には契約当事者としての自己責任に基づいた行動が求められる。消費者に自己責任を負わせることを正統化するには、構造的に生まれる消費者と事業者との間の情報、交渉力の格差の解消が必要となる。このような解消がなされず、消費者に自己責任を求めることが適切であるとはいえない状況下で締結された契約について、契約の申込みまたはその承諾の意思表示を取消することができるように制度設計されている<sup>38</sup>。

ここで取消権を承認されているのは、消費者契約の当事者となった「当該消費者」である。契約当事者となった消費者に自らの権利・利益を保護するために取消権が承認されている。この取消権は、被害を受けた消費者自身による被害回復のための取消権であって、意思表示に関わる取消権を行使する者が「当該消費者」であって、保護の対象が「当該消費者」自身である。

イ 消契法12条は、事業者等が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、「不特定かつ多数の消費者」に対して不当勧誘行為など一定の行為を現に行いまたは行うおそれがあるときに、適格消費者団体が、事業者等の一定の行為の停止または予防等その他の当該行為の停止または予防に必要な措置をとることを請求することができる<sup>39</sup>。「不特定かつ多数の消費者」が誤認するような行為を事業者が現に行っているかまたは行うおそれがあるとき、当該行為の差止請求権を契約の当事者ではない「適格消費者団体」に承認している。

消費者契約法の制定・施行より、消費者自身が自らの意思表示を取消することができるようになり、消費者の被害回復・救済が個別的、事後的に図られた。しかし、同種の消費者被害の新たな発生や拡大を防止するには至らない。そこで消費者契約法の実効性を確保する方策として、適格消費者団体が、事業者等に対し、消契法に規定する不当行為の差止めを請求することができる。この消費者団体訴訟制度は、消費者全体の利益<sup>40</sup>を保護するという、いわば公益的な目的のために、直接被害を受けていない第三者たる適格消費者団体に政策的に権利を付与する制度として設計されている<sup>41</sup>。

差止請求権を承認されているのは、消費者契約の当事者となっていない「適格消費者団体」である。消契法12条では消費者契約の当事者となっていない適格消費者団体に不特定多数の一般消費者の権利や利益を保護するために不特定多数の一般消費者に生じる可能性のある被害の防止のための権利として差止請求権が承認されている。この差止請求権は、契約の当事者ではない第三者である適格消費者団体が契約を締結する可能性のある不特定多数の一般消費者の被害の未然・拡大防止のための差止請求権であって、事業者の一定の不当行為に関わる差止請求権を行使する者が「適格消費者団体」であって、保護の対象が「不特定かつ多数の消費者」である。

## (3) 手続法上の請求

ア 民事訴訟は、私的生活上の利益主張が衝突している紛争を、原告の申立てに応じて、国家機関たる裁判所が公正・中立な第三者の立場から解決する国家手続である。利益主張の衝突は、対立する二当事者の存在が前提となる。利益を有すると主張するものが、当該利益を侵害するものに対して利益追求するという構造を採るのである。このように民事訴訟は、私的生活上の利益主張が衝突している紛争を解決する制度である。

消費者が自己の権利・利益回復のために消契法4条に基づいて自らした意思表示を取消すためには、民事訴訟法の諸規定にしたがって、意思表示をした個々の消費者が契約の相手方当事者である事業者に対して紛争解決手続きをとる必要がある。

民事訴訟は、私的生活上の利益主張が二当事者間で衝突している紛争を解決する制度であるから、他人の利益を訴訟の当事者となって主張することは、原則として、許されないと伝統的に考えられている。この点を消

367頁)

34 「商品や求人新聞広告などは申込みの誘引である」とする。(後藤巻則「契約法講義[第四版]」(弘文堂、2017年)27頁)

35 前掲注30 56頁

36 「契約交渉準備段階に入った当事者間の関係は、何らの特別の関係のない者の間の関係よりも緊密であるから、そのような関係にある当事者は、相手方に損害を被らせないようにする信義則上の義務を負い、自らの責めに帰すべき事由によりその義務に違反して相手方に損害を生じさせた場合には、不法行為責任以上の義務(一種の契約債務不履行責任)を負う。」(谷口知平・五十嵐清編「新版注釈民法③債権(4)[補訂版]」(有斐閣、2006年)91頁(潮見))

37 「消費者契約の内容についての必要な情報」について、「消費者の理解を深めるために」、「消費者の権利義務その他の消費者契約の内容についての必要な情報を提供するよう努めなければならない」とされているのであるから、消費者の理解を深めるのに必要な情報であれば、契約内容そのものの情報に限定することなく、幅広い情報を提供しなければならないと解すべきである。」という。事業者は、契約内容以外の周辺的な情報をも消費者に提供すべきであるというのである。(後藤巻則、斎藤雅弘、池本誠司「条解消費者三法」(弘文堂、2015年)30頁(後藤))

38 前掲注7参照

39 「消費者団体訴訟制度は、不特定かつ多数の消費者の利益を守るためのものであり、不特定かつ多数の消費者に対して不当な勧誘行為が行われ、または行われるおそれがある場合にのみ適格消費者団体としての権利を行使できる。」(松本恒雄・上原敏夫「Q & A 消費者団体訴訟制度」(三省堂、2007年)20頁(松本執筆))

40 猪口邦子国務大臣は、「この制度は、個別の事件を離れた不特定多数の消費者全体の利益擁護を目的とする制度」であると制度説明する。(第164国会衆議院内閣委員会議録第4号(2006年4月21日))

41 消費者団体訴訟制度の導入により、第一にまだ被害が生じていないあるいは生じそうであるという事前的段階で事業者の違法行為を差止めること、第二に適格消費者団体が個々の被害者である消費者にかかわって事業者の違法行為を差止めることが可能になる。(第164回衆議院内閣委員会議録第5号(2006年4月26日)落合誠一参考人発言)

契法上の差止請求権についてみると、差止めの対象となる不当な行為によって侵害され、または侵害されるおそれのある利益を有する者は不特定多数の一般消費者であり、したがって適格消費者団体は他人である不特定多数の一般消費者の利益を訴訟の当事者となって主張することとなる。消費者団体が一般消費者の利益を保護する地位にあるとはいえ、適格消費者団体が訴訟における原告となることは、伝統的な考え方からは難しいのである。

イ 消契法上の差止請求権は、消費者保護という政策目的を実現するための法的手段として、権利・利益の帰属主体または管理者とは言い難い消費者団体に、立法により創設的に付与されたものであることはすでに述べた<sup>42</sup>。

適格消費者団体は、自己の有する権利、すなわち一般消費者の利益を保護する目的と任務に対して有する権利ないし利益を有するとの理解のもと、差止請求権が付与されたのであるから、私権としての差止請求権に基づいて差止訴訟を提起していると解することができる。また、消契法第3章第3節の表題が「訴訟手続等の特則」となっていること、同法に一般の手続規定が置かれていないことから、同法第3章第3節の特則に定められていない事項については、民事訴訟法上の諸規定に従うことを予定しているのである<sup>43</sup>。

差止請求権は、消契法のほかに、景品表示法、特定商取引法および食品表示法に規定されている。そこでこの三法についても消契法と同じように制度設計されているかをみる。景品表示法は、商品および役務の取引に関連する不当な景品類および表示による顧客の誘引を防止するため、一般消費者による自主的かつ合理的な選択を阻害するおそれのある行為の制限及び禁止について定めることにより、一般消費者の利益を保護することを目的としている(第1条)。そして適格消費者団体は、事業者が、不特定かつ多数の一般消費者に対して一定の不当行為を現に行い又は行うおそれがあるときは、当該事業者に対し、当該行為を差止める権利を有している(30条)。

特定商取引法は、訪問販売などの特定商取引に関し、購入者等が受けることのある損害の防止を図ることにより、購入者等の利益を保護することなどを目的としている(1条)。そして適格消費者団体は、販売業者等が、訪問販売に関し、不特定かつ多数の者<sup>44</sup>に対して一定の不当行為を現に行い又は行うおそれがあるときは、当該販売業者等に対し、当該行為を差止める権利を有している(第58条の18等)。

食品表示法は、食品に関する表示<sup>45</sup>が食品を摂取する際の安全性の確保および自主的かつ合理的な食品の選択の機会の確保に関し重要な役割を果たしていることに鑑み、販売の用に供する食品に関する表示について、基準の策定その他の必要な事項を定めることにより、その適正を確保して一般消費者の利益の増進を図ることを目的としている(1条)。そして適格消費者団体は、食品関連事業者が、不特定かつ多数の者に対して、一定の不当な表示行為を現に行い、又は行うおそれがあるときは、当該食品関連事業者に対し、当該行為を差止める権利を有している(11条)。

そうすると、景品表示法、特定商取引法および食品表示法における差止請求権は消契法と同じように制度設計されていることが明らかである。

#### 4. 「勧誘」の二面性 — 本判決の射程

消費者契約法において、その構造から「勧誘」概念をみると、契約当事者となった消費者を保護するための取消権発生契機となる「勧誘」と不特定多数の一般消費者を保護するための差止請求権発生契機となる「勧誘」とが存在すると理解することができる。このような理解に立つならば、本判決が判示する「勧誘」は、適格消費者団体が不特定多数の一般消費者を保護するための差止請求権発生契機についての判断となる。では、本判決が判示する「勧誘」概念と、契約当事者となった消費者の取消権発生契機となる「勧誘」概念との関係をどのように考えることができるか、本判決の射程を検討する。

##### (1) 勧誘概念

先にみたように消契法4条と同12条との立法の背景、経過および趣旨並びに保護の対象が必ずしも同じではないことに鑑みると、勧誘概念が消契法の中においてもひとつであるとは言い難い。

広告による勧誘は、申込みの誘引と考えられていることはすでにみたとおりである。広告を受けた者からの意

42 前掲注19参照

43 ドイツの差止訴訟法5条には、手続に関して同法に定めのない事項は民事訴訟法上の規定を準用すると規定されている。我が国の消費者契約法には、民事訴訟法を準用する旨の規定が存在しない。

44 特定商取引法第26条1項において「営業のために若しくは営業として締結するもの」等を除外しているから、「不特定多数の者」は、実質消費者を指すことになる。

45 景品表示法法の対象となる表示は、顧客を誘引するための手段として、事業者が自己の供給する商品又は役務の内容又は取引条件その他これらの取引に関する事項について行う広告その他の表示であって、内閣総理大臣が指定するものである。具体的には、公正取引委員会の告示による指定、すなわち、「不当景品類及び不当表示防止法第2条の規定により景品類及び表示をしてする件」(昭和37年公取委告示第3号)による。(大元慎二編著「景品表示法」(第5版)〔商事法務、2017年〕39頁参照)



思表示に対して広告主が契約を成立させる確定的意思が常に存在するとは限らないから、広告主に確定的な意思が存在しない場合には申込みの誘引とどまることとなる。広告を受けた者の意思表示が確定的意思に基づくものであっても、申込みと評価し得る意思表示であるとき、当該意思表示に対して広告主が承諾することにより契約が成立する。広告を受けた者の確定的意思への働きかけをし、広告に記載されている事柄に不実な内容が存在するときは、確定的意思の形成への不当な働きかけとして広告を受けた者に意思表示を取消す機会を与える必要が生まれる。

消契法においては、同法制定当時4条において事業者が消費者に接触する最初の機会としての「勧誘」に関する規制を設けている。「勧誘」の意義について、「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。口頭、態度、文書あるいは電子的手段による等契約締結の意思表示をさせようとする働きかけであればその方法は問わない。また不特定多数向けの広告、チラシ等であっても、当該消費者がそれを見て誤認し、それによって当該消費者契約の申込みまたはその承諾の意思表示をしたときは、「勧誘」に該当する。」とする見解がある<sup>46</sup>。また、「勧誘とは、口頭による説明、商品・包装・容器への表示、説明書等書面の交付、電話・書状等通信による伝達等、契約締結の意思形成を具体的に働きかける行為を広く含む」。「広告なども、それが契約締結の意思形成を具体的に働きかける性質のものであって、それに含まれる虚偽の情報等によって消費者が誤認し、その後もその誤認が是正される機会がなく契約締結にまで至ったときには(是正されれば因果関係の要件を欠くことになる)、不実告知による取消権を発生させる」との見解がある<sup>47</sup>。いずれの見解も「働きかけ」と「誤認」との間の因果関係の存在を加味して「勧誘」の意義を捉えている。

他方、消契法4条では「故意が必要とされていないことから、契約の締結とはおよそ無関係な場面で行われた事業者の行為が、結果的に消費者の誤認をもたらしたような場合にまで、取消しの負担を事業者に負わせることは酷だ」という考慮にあり、それ故、当該事業者の行為が、消費者に契約締結の意思表示をさせることへの働きかけの中で行われたものであることを要求する。「不特定多数の人に向けられた広告等であっても、それが消費者の意思表示への働きかけの中で、消費者の意思決定に直接影響を及ぼす可能性のある状況・態様で行われた場合には、勧誘要件は満たされる」。「当該事業者の行為が実際に消費者の誤認による意思表示をもたらしたのかは、「因果関係」要件において検討されるべき問題であって、「勧誘」要件とは区別されるべき問題である」として、「働きかけ」を「誤認」と切り離して「勧誘」の意義を捉える見解もある<sup>48</sup>。いずれの見解も「働きかけ」の対象となる消費者は、意思表示をした「当該消費者」という点で共通している。

勧誘要件の機能について、「勧誘要件の機能は、詐欺における第二段の故意と同じく、契約締結とのかかわりをおよそ意識せずになされた行為を取消原因から除外する点に認めることができる」。「たとえば、商品の機能等に関する照会に単に回答するような行為が状況によっては「勧誘」に当たらない」とこととなるとの理解がある<sup>49</sup>。「消費者契約の内容についての必要な情報」について、「消費者の理解を深めるために、「消費者の権利義務その他の消費者契約の内容についての必要な情報を提供しよう努めなければならない」とされているのであるから、消費者の理解を深めるのに必要な情報であれば、契約内容そのものの情報に限定することなく、幅広い情報を提供しなければならないと解すべきである。」とする裁判例がある<sup>50</sup>。契約内容以外の周辺的な情報を提供すべき相手方は契約締結の相手方となる「当該消費者」なのである<sup>51</sup>。

「契約の締結プロセスへと消費者を誘発する行為、いわゆる契約の誘引の場面でも契約勧誘行為を契約の締結可能性や実現プロセスを考慮して広告内容や提示される契約のないようを制限する必要がある。履行を合理的に保証することができない広告行為がその例となる。」<sup>52</sup>このような契約プロセスと広告との関係を捉えるならば、消契法上の「勧誘」は、申込みの誘引の場面、とりわけ契約の締結に向けた事業者からの働きかけの最初の契機となる入口に関する要件との理解にいたる。そうすると、消契法4条と12条とに規定される「勧誘」概念を区別する必要がない<sup>53</sup>。

しかし消契法4条は、意思表示を取消すことのできる消費者を保護するための規定であるから、この入口に関する要件に契約の相手方である「当該消費者」が含まれていなければならない。消契法4条と同12条とでは、保護の対象を異にする点を考慮する必要がある。立法時を異にし、規定誕生の背景も同じではないのであるから、4条と12条との「勧誘」概念が同義とは言い難い。

46 落合誠一「消費者契約法」(有斐閣、2001年)73頁

47 山本豊「消費者契約法(2)契約締結過程の規律」法教242号(2000年)87頁、とりわけ89頁

48 鹿野菜穂子「「勧誘」要件のあり方・第三者による不当勧誘」法律時報88巻12号(2016年)16頁

49 山城一真「広告表示と契約」現代消費者法30号(2016年)35頁。とりわけ40頁

50 最判平23年4月22日民集65巻3号1405頁

51 前掲注37参照

52 中田邦博「契約内容・履行過程と消費者法」中田邦博・鹿野菜穂子編「ヨーロッパ消費者法・広告規制法の動向と日本法」(日本評論社、2011年)27頁

53 前掲注5(後藤)61頁。とりわけ63頁以下。前掲注5(松田)95頁

## (2) 4条の勧誘

市場メカニズムの中で事業者と消費者が真に対等な状況下において取引が行われるためには、商品・サービスに関する情報に格差が存在しないことが必要である。しかし、商品・サービスが多様化し、あるいは複雑化している現代社会では、このような格差が構造的に存在する。契約を締結する意思決定の前提となる情報を事業者は持ち、消費者は持たないという非対称的な状況下での取引を消費者は余儀なくされる。事業者から情報が提供されたとしても不十分であったり、不正確であるなど適切な情報が提供なされないまま契約が締結されることがある。事業者の不適切な勧誘行為によって消費者が望む利益の実現に適合しない契約を締結した場合に、消費者が自己の望まない契約に拘束されるのは衡平を欠くため、消費者を当該契約から解放する権限を認める必要がある。このような見地のもと、消契法4条が誕生している<sup>54</sup>。契約締結の意思表示をした消費者が、事業者と初めての接触してから契約の申込みまたは承諾の意思表示をするまでの間に、当該事業者から当該消費者の契約締結の意思の形成に影響を与える程度の働きかけを受け、契約成立後に当該契約の内容が自己の望む権利・利益の実現に合致しないことを知った場合に当該消費者に契約関係から解放することを認めた。このような事業者の働きかけが広告によってなされた場合には、少なくとも契約当事者となった消費者に向けられ、届いた広告である必要がある。不当な勧誘が不特定多数の一般消費者に対してなされたが当該消費者に届かず、当該消費者が広告以外の情報に基づいて契約の申込みまたは承諾の意思表示をした場合、当該広告は当該消費者に向けた勧誘行為とはならない。たとえば、「勧誘」の意義を「不特定多数向けの広告、チラシ等であっても、当該消費者がそれを見て誤認し、それによって当該消費者契約の申込みまたはその承諾の意思表示をしたときは、「勧誘」に該当する。」と説明する見解がある<sup>55</sup>。不特定多数の一般消費者に向けられた広告であって「それを見て」、すなわち広告が当該消費者に届いていることを示している。また、消契法4条における「事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し」の文言を削除することの提案<sup>56</sup>の中で広告等が「当該消費者の意思形成に対して実際に働きかけがあったと評価される場合は、不実告知等の有無を判断する際に考慮される」。「不実告知等によって消費者が誤認をし、それによって当該消費者契約の申込みまたは承諾の意思表示をしたことが要件とされる」として、因果関係要件で処理すれば足りるとする。この提案が不実告知等の有無を広告等から判断するならば、広告等が当該消費者に届いていることを前提としていることとなる。消契法4条の「勧誘」の判断基準について、「消費者の側からすれば、事業者の行為が不特定多数人に向けられた行為であるかどうかによって、受ける影響が変わるものではない」と説く見解がある<sup>57</sup>。この見解がいう「消費者の側」とは、契約の締結に至った「当該消費者」からすると自己に届いた働きかけであることをいい、誰に向けられているかは切り離して理解しているのである。

## (3) 12条の勧誘

消費者契約を締結した消費者に自己の権利・利益を回復する手段として消費者契約の申込みまたは承諾の意思表示を取消す権利を4条において付与されたことによって契約当事者となった当該消費者を保護する制度は確立した。しかし、事業者による不当な勧誘行為が繰り返えされると同様の被害が拡大・拡散し、新たな消費者被害が発生し続ける。そこで、事業者の不当な勧誘行為を差止める必要が生まれる。消費者被害の特性から、同種被害の未然防止・拡大防止のために、不特定多数の一般消費者を保護することを目的に消契法が改正され、消契法12条が誕生した。不特定多数の一般消費者を保護するため、事業者の不当な勧誘行為の差止めを中心とする消費者団体訴訟制度を導入し、一定の資格を有する消費者団体に対して民事実体法上の差止請求権を認めたのである<sup>58</sup>。この制度の特徴は、差止請求権を行使する主体とそれによって保護される利益の帰属先が異なるという点にある。不特定多数の一般消費者が保護の対象であって、当該消費者契約を締結した消費者は保護の対象とはなっていない<sup>59</sup>。事業者の不当行為が不特定多数の一般消費者の利益に影響を及ぼす可能性が存在する場合に差止請求権の行使が認められている<sup>60</sup>。差止めの対象となる事業者の行為に、拡大・拡散する蓋然性が必要であるから、事業者の不当な勧誘行為が特定または少数の消費者に対して行われているだけでは足りず、広く不特定多数の一般消費者に対して現に行われている場合または行われるおそれのある場合であることを要件としている<sup>61</sup>。したがって、消契法12条は、「具体的事案を離れた抽象的ないし定型的判断」に基づいて不当な勧誘行為の差止めを認めるのであるから<sup>62</sup>、消費者契約の申込みまたは承諾の意思表示をした消費者を保護の対象とはしておらず、したがって不当な勧誘行為の相手方ともしてない。消費者契約を締結した当該消費者は、不当な勧誘を繰り返しているという事業者の不当な勧誘行為の態様の一部に過ぎず、繰り返し不当な勧誘行為をしているとの

54 前掲注3 110頁以下参照

55 前掲注46

56 山本敬三「消費者契約法における締結過程の規制に関する現況と立法課題」河上正二編著「消費者契約法改正への論点整理」(信山社、2013年)372頁

57 前掲注37 30頁。とりわけ35頁

58 「この差止請求権は適格消費者団体自体に与えられた権能であるから、適格消費者団体が行う差止請求訴訟は、後述する第三者の訴訟担当訴訟ではない。」(中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕編「新民事訴訟法講義〔第3版〕」(有斐閣、2018年)173頁(福永有利執筆))

59 「契約条項差止訴訟においては、個別性や全体性を原則として捨象して、ある条項だけを契約の他の内容や契約の個別事情から切り離して眺め、抽象的にその当・不当を判断する。」(山本豊「適格消費者団体による差止請求」法時83巻8号27頁、とりわけ28頁)

60 平成17年6月23日国民生活審議会消費者政策部会消費者団体訴訟制度検討委員会「消費者団体訴訟制度の在り方について」

61 前掲注3 278頁以下

62 座談会「消費者団体訴訟をめぐって」ジュリスト1320号(2006年)47頁山本豊発言参照

評価の基礎となるにすぎないのである。このように考えると、消契法 12 条の勧誘は、不特定多数の一般消費者に向けた働きかけとなる。

#### (4) 本判決の射程<sup>63</sup>

本判決がいう「事業者が、その記載内容全体から判断して消費者が当該事業者の商品等の内容や取引条件その他これらの取引に関する事項を具体的に認識し得るような新聞広告により不特定多数の消費者に向けて働きかけを行う」という事業者の不当な行為の態様を勧誘とすると、この理解は消契法 4 条または 12 条の「勧誘」を内包する。では外延となるであろうか。

すでにみたように、12 条にいう「勧誘」行為の相手方は、不特定多数の一般消費者である。「当該働きかけが個別の消費者の意思形成に直接影響を与えることもあり得る」との本判決説示部分は、不特定多数の一般消費者に向けた働きかけが「個別の消費者」、すなわち消費者契約の申込みまたは承諾の意思表示をした当該消費者に届くこともあり得る場合を排除していないことをいう。そうすると、12 条には「当該消費者」を含むことを許容するにとどまり、必要条件とまではしていない。本判決が理解する「勧誘」は、消契法 12 条の「勧誘」の外延を示しているものと考えられる。

しかし 4 条の「勧誘」には、消費者契約の申込みまたは承諾の意思表示をした「当該消費者」を含んでいなければならず、必要条件であるとしているのであるから、本判決が理解する「勧誘」は、4 条の「勧誘」の外延を示しているとはいえない。したがって、本判決の射程が消契法 4 条には及ばないこととなる。

#### (5) 勧誘要件と因果関係要件との関係

契約の締結に向けた事業者とのやり取りの開始に誘い込むための働きかけが勧誘であって、この勧誘行為が入口要件となる。この入口要件である勧誘には、さらに特定の消費者を含む不特定多数の一般消費者に対する働きかけであるかの形式的要件と勧誘行為の内容が契約締結の意思形成に対する働きかけであるかの実質的要件がある。そして両要件を備えていることが確認できた後に、因果関係要件の判断へ移ることとなる<sup>64</sup>。具体的には、4 条においては不特定多数の一般消費者に向けられたものであって、意思表示をした消費者に届いた勧誘であるか(形式的要件)、勧誘行為の内容が意思形成に影響を与える程度の働きかけであるか(実質的要件)、そして勧誘行為が意思形成に影響を及ぼしたか否か<sup>65</sup>、さらに意思表示をした当該消費者が誤認したかの間に因果関係が存在するかという因果関係要件該当性へと判断を移す。これに対して 12 条においては、不特定多数の一般消費者に向けられたものであるか(形式的要件)、勧誘行為の内容が意思形成に影響を与える程度の働きかけであるか(実質的要件)、そして勧誘行為が意思形成に影響を及ぼすおそれがあるか、さらに誤認のおそれがあるかの間に因果関係が認められるかを判断していくこととなる。このように勧誘要件と因果関係要件との関係において、4 条と 12 条とは異なる。

## 5. おわりに

「勧誘」概念について、消契法において定義規定は存在していない。事業者からの契約関係構築のためのさまざまなアプローチの総称を「勧誘」と理解する点において争いはない。民法の規律を緩和させるために成立したとも理解可能な消契法は、事業者から、消費者がその意思形成に影響を及ぼす行為を受けた場合、当該行為のすべてを不当な勧誘行為とするのでは、事業者の正常な営業活動をも包含することとなり、事業者の営業活動の委縮につながる。これを避けるために、不当な勧誘行為の外延を明らかとするために、消契法 4 条では「勧誘」という一定の限定を掛けている。

本判決を契機として「勧誘」概念の再検討についての議論が組上に載った。本稿においてこの「勧誘」概念の外延を、消契法誕生の経緯と保護の対象、実体法・手続法的観点から検討した。消契法の立法・改正過程や消契法の構造、そして消契法以外で消費者団体訴訟制度を規定する景品表示法、特定商取引法、食品表示法との関係性をみると、「勧誘」概念には広狭が存在する。本判決が消契法 12 条規定の「勧誘」についての判断であって、4 条規定の「勧誘」についての判断をしていない。今後の裁判例が注目されるところである。

63 本判決の判比には、たとえば前掲注 4、5 のほか、後藤巻則「重判解」ジュリスト 1518 号(2018 年)69 頁がある。

64 当該広告による誤認と、誤認と意思表示との因果関係の立証の困難さの克服のため、「当該広告の態様や記載内容、取引状況等の諸事情を考慮して、少なくとも、一般の消費者を基準として、当該広告の記載により誤認が惹起され、その誤認に基づいて意思表示がなされるのが通常だという関係が認められれば、(反証がない限り)当該具体的な契約においてもこの因果関係が認定されてよい」。(鹿野菜穂子「広告と契約法理」現代消費者法 32 号(2016 年)13 頁。とりわけ 17 頁参照)

65 多くの見解は、「特定の個人に対するか多数人に対するかを問わず、特定の契約締結の意思形成に具体的に働きかける内容かどうかを「勧誘」の判断基準にすべきである。」という。たとえば横山美夏「消費者契約法における情報提供モデル」民商法雑誌 123 号(2001 年)4・5 巻 551 頁とりわけ 565 頁。日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編「コンメンタル消費者契約法(第 2 版)」(商事法務、2010 年)67 頁。山本敬三「2016 年消費者契約法改正の概要と課題」法時 88 巻 12 号(2016 年)4 頁など