

諸外国における消費者契約に関する情報提供、
不招請勧誘の規制、適合性原則についての現状調査

平成18年3月

内閣府国民生活局

本調査報告書の概要

消費者契約について一般的な民事ルールを定めた消費者契約法（平成12年4月成立）が施行されてから5年目を迎えようとしている。その中で、平成17年4月に閣議決定された「消費者基本計画」は、「消費者契約法施行後の状況について分析・検討するとともに、消費者契約に関する情報提供、不招請勧誘の規制、適合性原則等について幅広く検討する」としていることを受け、今回、財団法人比較法研究センターでは、これらの事項が諸外国の消費者契約に関する法律の中でどのように規律されているのか、また実際にどのように活用されているのかについて内閣府から請負事業として委託されて調査を行った。

1. 情報提供、不招請勧誘、適合性原則について

情報提供義務については、製品・役務についての情報の高度化、複雑化等も踏まえ、「高度情報通信社会の進展に的確に対応することに配慮」しつつ「商品及び役務について消費者の自主的かつ合理的な選択の機会が確保され、消費者に対し必要な情報及び教育の機会が提供され」（消費者基本法第2条）なければならない点につき留意する必要がある。具体的には、商品・役務に関する情報、あるいは製品・役務を提供する際の契約条項についての情報提供にかかる法制度につき、米国におけるマグヌソン・モス保証法などの考察を含めた比較法的視点から調査を行った。

不招請勧誘については、「商品及び役務について消費者の自主的かつ合理的な選択の機会が確保され」、「消費者が自らの利益の擁護及び増進のため自主的かつ合理的に行動することができるよう消費者の自立を支援すること」（同法同条）に鑑み、電話や訪問による一般家庭への無差別的な営業についてどのような対策を講じるならば、消費者の自主的かつ合理的な選択の機会を支援できることになるかを考えておく必要がある。EUにおける大量無差別勧誘メール禁止の法制、米国における電話勧誘拒否登録制度といった諸制度を参考に比較法的視点から調査を行った。

適合性原則については、消費者基本法第2条におけ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もとにして、その供給する商品及び役務につき、事業者が「消費者との取引に際して、消費者の知識、経験及び財産の状況等に配慮すること」（消費者基本法第5条第1項第3号）をどのような形式で実現していくかが問題となる。業種横断的に幅広く検討する可能性を考慮しつつ、英国における金融サービス法等、各国における適合性原則の法制度化について比較法的に調査を行った。

2. 調査項目、内容

調査対象5カ国(ドイツ、フランス、オランダ、イギリス、アメリカ)の消費者契約の「情報提供義務」「適合性原則」「不招請勧誘」の3類型について調査結果を整理した。オランダに関しては他のEU諸国に先駆けて消費者法を民法に取り込んだ新民法典を20世紀末に制定しており、消費者契約についての新たな動きをリードする役割を果たしているので調査対象とした。調査は、各類型ごとに下記の項目について実施した。

(1) 法の存在形態と適用範囲

存在形態

- a EU指令
- b 法律
- c 規則(FTCなど)
- d 判例

如何なる形態で規律されているか

場合によっては、運用・解釈指針としてのガイドラインをも整理

法規の適用範囲

- a すべての取引について適用される民法レベルの一般法
- b 消費者取引についてのみ適用される消費者契約法レベルの一般法
- c 個別取引類型にのみ適用される特定商取引法レベルの個別法、如何なるレベルで規律されているか

(2) 法の内容、執行主体

民事ルール

- (a) 規範の適用範囲・対象 (先の(1)を踏まえて)
- (b) 要件と効果 効果は、損害賠償か、差止か、その他か
- (c) 訴権 消費者個人か、団体か、行政機関か
- (d) 証明責任

行政規制ルール

作為義務・不作為義務の内容；どの行政機関が執行するのか；違反に対してどのような制裁があるか

刑事ルール

どのような行為について刑罰があるか；高齢者等への詐欺について通常の場合より重く罰するルール

訓示規定・努力義務的ルール

効果について明文の規定のないルールとしてどのようなものがあるか；それはどのような趣旨で規定されているのか；事実上、どのように運用されているのか

本調査を実施するにあたり、「諸外国における消費者契約法研究会」を発足し、研究会や海外調査などの活動を行なった。内外の消費者契約法の専門家には多大なご支援とご協力を賜りこの場をかりてお礼を申し上げたい。

本調査が、我が国の消費者契約法の在り方を検討するための一助となれば幸いである。

平成18年3月

潮見 佳男

京都大学大学院法学研究科教授

研究実施体制

諸外国における消費者契約法研究会

委員長

潮見 佳男 京都大学大学院法学研究科教授

委員

松本 恒雄 一橋大学法学研究科教授
中田 邦博 龍谷大学大学院法務研究科教授
馬場 圭太 甲南大学法学部教授
川和 功子 同志社大学法学部助教授
山田 憲一 西南学院大学法務研究科助教授
須永 知彦 滋賀大学経済学部講師
寺川 永 大阪府立大学経済学部講師
加藤 雅之 神戸学院大学法学部講師
木下 孝彦 (財)比較法研究センター主幹研究員
高山 恵子 (財)比較法研究センター主幹研究員
加藤 敬介 (財)比較法研究センター研究員
田浦 裕久 (財)比較法研究センター特別研究員

Laurence Megrét 弁護士(フランス・スペイン)
Christine Rogers 弁護士(カナダ・アルバータ州)

アドバイザー

北川 善太郎 (財)比較法研究センター特別顧問
永田 眞三郎 (財)比較法研究センター理事長

海外協力者

Professor Geraint Howells
LL.B, Barrister, Professor of Law, Lancaster University

Prof. Natacha Sauphanor-Brouillaud
Professor of Law, University of Paris 13, France

Professor Hans-Juergen Ahrens,
*Osnabrueck University, Institut fur Handels- und Wirtschaftsrecht
Germany*

Professor Oliver Remien
Professor of Law, Wuerzburg University, Germany

Professer Reinhart Zimmermann
Direktor of Max-Planck Institut fuer internationales und auslaendisches Privatrecht

Professr Ewoud Hondius,
*Professor of Law, The University of Utrecht
Molengraaff Institute Privaatrecht, Netherlands*

Mr. Andrew M. Pardieck
Attorney at Law, USA

現地調査日程表

海外調査日程

1. ドイツ

- 3月8日 Hans-Juergen Ahrens
Professor of Law, Osnabrueck University, Institut fur Handels- und
Wirtschaftsrecht
- 3月9日 Helke Heidemann-Peuser
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv)
- 3月10日 Max Planck Institute (Hamburg)
- 3月11日 Oliver Remien
Professor of Law, Wuerzburg University

2. フランス

- 2月16日 Marie-Odile Thiry-Duarte (弁護士)
Patricia Foucher (弁護士)
INC (Institut National de la Consommation)
- 2月17日 Prof. Natacha Sauphanor-Brouillaud
Professor of Law, University of Paris 13

3. オランダ

- 3月6日 Thom van Mierlo
Social and Economic Council(SER)
- 3月6日 Ewoud Hondius
Professor of Law, The University of Utrecht
Molengraaff Institute Privaatrecht

4. イギリス

- 2月21日 Geraint Howells
LL.B, Barrister, Professor of Law
Lancaster University
- 2月22日 Sy Balendran
Deputy Head, Consumer Enforcement Co-ordination
Consumer Regulation & Enforcement Division

UK Enforcement, Coordination & Liaison Office of Fair Trading

5 . アメリカ

3月3日

Yael Weinman

Hui Ling Goh

Federal Trade Commission

3月10日

Robert Hobbs

Deputy Director

National Consumer Law Center

目 次

総括	...1
第1章 ドイツ	...5
はじめに	...5
第1節 ドイツ消費者契約法のシステム（総論）	...5
1．国内法	...5
（1）序	...5
（2）契約法に適用される一般ルール	...6
（3）消費者契約における一般ルール（債務法ルール）	...6
（4）消費者契約における特別なルール（消費者保護に関するルール）	...6
（5）不正競争防止法および差止訴訟法に関するルール	...7
（6）その他の特別私法および刑法に関するルール	...8
2．E C指令による消費者保護（E C指令の国内法化）	...8
（1）E C指令の国内施行と消費者保護	...8
（2）訪問販売撤回指令(Council Directive 85/577/EEC)	...9
（3）消費者信用指令(Council Directive 87/102/EEC)	...9
（4）パック旅行指令(Council Directive 90/314/EEC)	...9
（5）不正条項指令(Council Directive 93/13/EEC)	...10
（6）証券分野における投資サービス指令(Council Directive 93/22/EEC)	...10
（7）タイムシェアリング指令(Council Directive 94/47/ EC)	...10
（8）通信取引指令(Directive 97/7/EC)	...10
（9）消費動産売買指令(Directive 1999/44/EC)	...10
（10）電子商取引指令(Directive 2000/31/EC)	...11
（11）通信金融サービス指令(Directive 2002/65/ EC)	...11
（12）不公正商慣行指令(Directive 2005/29/EC)	...11
第2節 情報提供義務	...11
1．法律上の根拠	...12
（1）E C指令	...12
（2）法律	...12
2．適用範囲	...13
3．内容	...14
（1）契約法に適用される一般ルール	...14
（2）消費者契約における一般ルール（債務法ルール）	...15
（3）消費者契約における特別なルール（消費者保護に関するルール）	...15
（4）不正競争防止法に関するルール	...22
（5）その他の特別私法に関するルール	...22

第3節 不招請勧誘	...25
1．法律上の根拠	...25
(1) E C 指令	...25
(2) 法律	...26
2．適用範囲	...26
3．内容	...27
(1) E C 指令による規制	...27
(2) 消費者保護に関する特別なルール	...28
(3) 不正競争防止法に関するルール	...29
第4節 適合性原則	...30
1．法律上の根拠	...30
(1) E C 指令	...30
(2) 法律	...30
2．適用範囲	...31
3．内容	...31
(1) 不正競争防止法に関するルール	...31
(2) 証券取引法に関するルール	...32
第2章 フランス	...41
第1節 概要	...41
1．情報提供義務	...41
(1) 民法上の情報提供義務	...41
(2) 消費法典上の情報提供義務	...42
(3) 虚偽情報の提供に対する規制	...42
2．不招請勧誘	...42
3．適合性原則	...43
第2節 情報提供義務	...43
1．民法上の情報提供義務	...43
(1) 詐欺 dol	...43
(2) 錯誤	...45
(3) 情報提供義務と詐欺・錯誤の要件の緩和	...47
2．消費法典上の情報提供義務	...47
(1) 一般的情報提供義務	...48
(2) 個別の情報提供義務	...48
3．虚偽広告	...50
(1) 要件	...50
(2) 効果	...51

(3) 適用範囲	...51
4 . 欺瞞 tromperies : 詐欺 fraudes と変造 falsifications	...52
(1) 要件	...52
(2) 効果	...53
(3) 適用範囲	...53
第3節 不招請勧誘	...54
1 . 要件	...54
2 . 効果	...55
(1) 民事上の効果	...55
(2) 刑事上の効果	...55
3 . 適用範囲	...56
第4節 適合性原則	...56
1 . 要件	...56
2 . 効果	...56
3 . 適用範囲	...57
第3章 オランダ	...59
第1節 概要	...59
1 . 民法と消費者法	...59
2 . 民法と消費者法の歴史	...59
第2節 情報提供義務	...60
1 . 詐欺	...60
2 . 錯誤	...60
3 . 誤認惹起表示	...60
4 . 契約締結前の責任一般	...61
5 . その他	...61
第3節 不招請勧誘	...61
1 . 状況の濫用	...62
2 . 特別な規律	...62
(1) 訪問販売	...62
(2) 電話勧誘販売及び電子メール	...62
(3) その他	...63
第4節 適合性原則	...63
1 . 状況の濫用	...63
2 . その他	...64
第5節 その他	...64
1 . 信義則	...64

2 . 集团的紛争解決	...64
3 . 公的組織の位置づけと自主規制	...64
(1) SER (Sociaal-Economische Raad/Social and Economic Council)	...65
(2) SGC (Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken/ Foundation for Consumer Complaints Boards)	...65
(3) Consumentenbond (Consumers' Association)	...65
(4) 自主規制と消費者像	...66
(5) 自主規制の限界	...66
第6節 関連条文	...66
第4章 イギリス	...74
第1節 概要	...74
第2節 情報提供義務	...75
1 . 情報提供に関する原則	...75
2 . 情報提供義務の根拠となる法理	...75
3 . 個別立法	...76
(1) 消費者信用法 (Consumer Credit Act 1974, 2006)	...76
(2) 消費者保護 (営業所外で締結された契約の解除) 規則	...77
(3) 金融サービス・市場法関連	...78
4 . 自主規制	...79
第3節 不招請勧誘	...79
1 . 個別立法	...79
(1) 訪問勧誘	...80
(2) 電子的手段を介した勧誘	...80
(3) 訪問勧誘・電子的手段による勧誘双方に関わるもの	...81
2 . 自主規制	...81
第4節 適合性原則	...82
第5章 アメリカ	...84
第1節 概要	...84
第2節 情報提供義務	...87
1 . 連邦法：開示、半分真実と不実表示	...87
(1) 1933年証券法	...87
(2) 1934年証券取引法	...87
(3) 貸付真実法	...88
(4) 不動産清算手続法	...90
(5) マグヌソン・モス保証法	...90

2 . 詐欺と不実表示理論	...91
(1) 第二次不法行為法リスティメント・過失不実表示	...91
(2) 第二次契約法リスティメント・不実表示	...91
(3) 詐欺（現実の詐欺と擬制詐欺）	...92
(4) 脅迫、不当威圧、非良心性）	...93
(5) 信認義務	...93
3 . 不公正な取引方法、虚偽広告に関する連邦法、州法	...93
(1) 連邦取引委員会法	...93
(2) 州法：統一欺瞞的取引慣行法；統一消費者売買慣行法	...93
(3) ニューヨーク州	...93
(4) オハイオ州	...94
(5) インディアナ州	...94
(6) ワシントン州（不公正価格）	...94
第3節 不招請勧誘	...94
1 . Eメール、電話勧誘	...94
(1) CAN-SPAM 法	...94
(2) 電話勧誘拒否登録	...96
(3) カリフォルニア州電話販売者法	...96
(4) インディアナ州・電話プライバシー法	...97
(5) ニューヨーク州諸法	...98
2 . 商品の不招請勧誘 に関する連邦法、州法	...98
(1) 連邦法・注文しない商品の送付	...98
(2) インディアナ州・受領者の義務	...98
(3) カリフォルニア州・任意かつ不招請の物品または サービスの送付；条件なしの贈与としての受領	...98
第4節 適合性原則	...99
1 . NASD 規則 2310「顧客に対する勧誘」（適合性原則）	...99
2 . NYSE Rule 405	...100
資料編	
資料リスト	...101
（資料 電子データのみ）	
事例編	
質問項目（日本語、Part2 英語）	... app. 1
事例 ドイツ	... app. 6

事例 フランス

... app. 30

CASES: UK

... app. 39

CASES: USA

... app. 47

1 緒論

今回の調査の総括として、調査対象となった情報提供義務、不招請勧誘および適合性原則について、調査結果を踏まえ、全体の傾向を要約する。なお、国別の概要については、それぞれの箇所に記したゆえに、以下では、もっぱら上記3つのジャンル別の総括をおこなうこととする。また、今回の調査が消費者契約法に關係する民事ルールを主たる対象とするものであるゆえ、以下での総括もまた、この点を中心としたものとする。

2 情報提供義務

情報提供義務に関しては、消費者契約の締結をめぐる問題を処理するための基本原理として「情報提供義務」が語られる場合と、問題解決のために設計された制度・規範のひとつとして「情報提供義務」が語られる場面の二様がみられた。フランス消費法典における情報提供義務の一般的定義や、EU・ドイツにおける「情報提供モデル」(Information model)での説明は前者の観点からの把握であるのに対して、ドイツの契約締結上の過失責任の一場面としての情報提供義務は、損害賠償請求権や解除権といった法的効果と結合して捉えられている限りで、後者の観点からの把握である(ちなみに、わが国の現行の消費者契約法3条・4条は、後者に属する)。

前者の観点から、基本原理としての情報提供義務を捉えるときには、概括的にみれば、ドイツのように私的自治・自己決定権の支援のコンテキストで情報提供義務を理解するもの(ネオ・リベラリズムの立場を基礎とする)と、フランスのように消費者保護のための国家による後見的介入(裏返せば、私的自治・自己決定権に対する制約)のコンテキストで情報提供義務を理解するものがみられた。この点は、消費者問題に対していかなる姿勢で臨むかという基本的態度決定にかかわる点であるがゆえに、わが国でも、消費者問題を考えるうえで、消費者基本法との整合性をも踏まえ、確認を要するところであると思われる。

他方、後者の観点から、法的効果を導くための制度・規範としての情報提供義務を捉える際には、先決問題として、基本原理としての情報提供義務に基づく制度・規範が各国の法制度の中にどのように反映しているのかを全体的に把握して議論をしなければならないことが明らかになった。それというのも、各国の一般民事法上の制度・規範は、各国固有の展開を重ねて定着してきたものであり(たとえば、錯誤ひとつをとっても、フランス、ドイツ、イギリスでは異なる)また、古典的な意思表示の瑕疵に関する制度が現代的に拡張されて用いられていることもあり(たとえば、フランスにおける詐欺の拡張理論)そうした中で、「受け皿ないし補充的な構成要件」として情報提供義務の制度・規範を捉えようとすると、一般民事法上の制度・規範で対処できない事態が国ごとに違うときに、情報提供義務の制度・規範のみを取り出して比較するのは無意味・無益だからである。たとえば、フランスのように、詐欺・錯誤・公序違反といった古典的の制度・規範を用いて情報提供義務の問題を処理していく国では、わざわざ情報提供義務として独自の制度・規範を別途に設ける意義に乏しい。また、イギリスやアメリカのように、不実表示という一般的な制度が確立しているところでは、情報提供義務の問題は、不実表示を理由とする損害賠償と関

連付けて捉えられているとの特徴が認められるほか、(さらに、錯誤の制度が情報提供・収集リスクの負担という観点から捉える傾向があることもあいまって) 意思表示の瑕疵に関する制度の中に(も) 情報提供義務の制度が組み込まれているという位置づけになる。

そうした中で、情報提供義務の制度・規範を民事ルールとして構築するための資料調査を受けて、多種多様な各国での議論の中から、制度・規範レベルにおいて情報提供義務の問題を扱うにあたり、次のような方向性を確認することができた。それは、情報提供義務を民事ルールとして設計していくうえでは、情報提供義務の違反に対してどのような民事上の効果を付与するのかという観点から立論していく必要があり、その次に、付与される効果に即してどのような内容を情報提供義務に盛るのが適当かを 各国固有の古典的な民事法上の制度・規範の守備範囲と対比させながら 考案していくべきではないかということである。

すなわち、各国の情報提供義務の制度では、主として結び付けられている効果が、(伝統的な民事上の制度・規範に基づくものも含めて捉えると) 損害賠償請求権の発生であったり(とりわけ、ドイツ、アメリカ) 差止請求権の発生であったり(とりわけ、ドイツ) 情報提供義務違反の結果として締結された契約の無効・取消しという効果であったり(とりわけ、フランス) 解除権であったり、様々である。また、この観点からは、情報提供義務の問題が、「情報提供義務違反」その他意思表示の瑕疵に関する制度としてではなくて、「撤回権」という、意思表示の瑕疵とは理論的に切断された制度を用いて処理されている場合もあることにも、留意されるべきである(とりわけ、ドイツ)。その他、ドイツのように、不正競争法秩序自体が消費者法的性質を持つものとして認識されているところでは、不正競争行為という観点から情報提供義務の問題が扱われている点に、留意されるべきである。このような中、わが国においても、目的とされる効果にふさわしい要件を備えたものとして情報提供義務に関する民事ルールの構築がめざされるべきものと思われる。

なお、特別法の中で情報提供義務が扱われている場合には、全体的な傾向として、当該特別法において一般民事法ルールとしては認められない情報提供義務に関する規範を新たに創設するというよりは、むしろ、一般民事法ルールとして(すなわち、上述したような効果と連結した規範として) 情報提供義務に関する規範が存在していることを所与としたうえで、個々の具体的領域ごとにその具体的内容を記述するために個別の特別法規定を設けているという傾向を認めることができる(殊に、ヨーロッパでは、情報提供モデルを基礎としたうえで、個別の問題領域ごとに、各種の消費者法関係のEU指令が公布されているため、このような傾向が強く現われている)。また、ドイツのように、個別の領域で、情報提供にかかる立証責任を消費者に有利に転換するために、個別の規定を設けている例があることも、特記に値する。

最後に、わが国の消費者契約法のように、情報提供義務に関する一般的規定を訓示規定・努力義務的なものとして設けている諸国は、今回の調査対象としたところでは存在しなかった点を付記しておく。

3 不招請勧誘

不招請勧誘については、今回の調査対象とした諸国では、「不招請勧誘」という一般的な形で取り上げて民事ルールを論じる国は見出されなかった。むしろ、郵便、ファックス、

電子メールといったような個別媒体を用いた勧誘についての禁止規範をどのように設計するかという、個別問題対応型での処理をする傾向が強い。いずれの諸国においても、契約法や消費者法にかかる一般的な教科書・体系書においても、「不招請勧誘」という一般的な観点から項目を立てて論じるものは、まれである。さらに、とりわけ、アメリカでは、不招請勧誘に関する個別問題対応型のルールは、民事ルールというよりも、事業規制の観点から、業法ルールとして整備されるという傾向にある。

もっとも、不招請勧誘の問題が一般民事法ルールとして扱われていないということの意味するのではない。むしろ、契約締結上の過失を理由とする責任の問題のひとつとして扱われたり(とりわけ、ドイツ)、公序違反の観点から評価されたり(とりわけ、フランス)、いわゆる「状況の濫用」の一場面として扱われたりしている(オランダ)。これらの場合には、民事上の効果として、契約の効力が否定されることがあるほか、事前の規制として、勧誘行為の差止請求と結び付けられることもある。不招請勧誘が禁止規範(不作為規範)として捉えられる性質のものである点に注目するならば、その実効性を確保する上で、事前の差止めという効果を備えた民事ルールとして不招請勧誘禁止のルールを立てることに大きな意義があろう。しかし、他方において、いかなる媒体を用いた不招請勧誘行為を禁止するかをめぐって議論される際に現われているように、事業者の側の勧誘の自由(営業活動の自由)に対する過剰な介入にならない内容と射程範囲を備えた要件・効果規範を考案する必要がある。あわせて、ここでも、不招請勧誘と「撤回権」の制度との有効な連動が望ましいことも、うかがわれる(特に、ドイツでの状況を参照)。

いずれにせよ、不招請勧誘については、特定の取引の対象および勧誘の態様ごとの個別の民事ルールで処理し、一般的民事ルールを立てるのは尚早であるというのが、各国の制度を整理したことによる帰結である。他方、既に不招請勧誘禁止の個別ルールがほぼ確立している領域(なかでも、EU指令において不招請勧誘制度が導入されている電話勧誘、ファックスによる勧誘、Eメールによる勧誘の場面)については、わが国でも早急にこれに対応する制度を準備するに値するものと思われる。

4 適合性原則

適合性原則については、今回の調査対象とした諸国では、「適合性原則」という一般的な形で取り上げて民事ルールを論じる国は見出されなかった。対象を消費者契約に限定しても、適合性原則の名の下で問題を論じる国はみられない。むしろ、適合性原則は金融サービス・投資取引の場面に特化して用いられているというのが、すべての諸国に共通する特徴である。

しかも、金融サービス・投資取引の場面でも、適合性原則は、アメリカやイギリスに顕著なように、単なる業法ルール(業者ルール)として立てられている国と、ドイツのように、(保護法規違反を理由とする不法行為に基づく損害賠償という枠組みを用いてのことであるが)民事ルールとしても意味を持つものとして捉えている国に分かれる。また、全般的な傾向としては、いずれの性質のルールとして捉えるのであれ、個別の商品領域ごとにルール化を行っているとの特徴を見出すことができる。

ところで、適合性原則については、以上の点とは別に、この原則により表現されるルールの内容自体が、必ずしも各国共通のものではない点が重要である。特に、アメリカでは、

適合性原則は、市場耐性を欠く者を市場から排除するためのルールとして構想される傾向が強いのに対して、ドイツでは、投資者に対してもっとも適合的な投資商品を推奨すべき助言義務をも内包するものとして、適合性原則を捉えている（しかも、ここでは、適合性原則は、助言義務ないし情報提供・説明義務という枠組みで語られることになる。ドイツでは適合性原則〔suitability rule〕を知らないといわれるのは、この点を指してのことである）。この対置は、わが国において、「狭義の適合性原則」と「広義の適合性原則」とが区別して論じられているのに、ほぼ対応している。

また、適合性原則は、目的・資産・経験に適合しない金融商品・投資商品を勧誘することにかかるルールであるところ、その前提として、「顧客に関する情報を収集する義務」を認めるかどうかについて、一国内でも議論があることは、強調に値する。すなわち、アメリカでは、証券取引法上のルールとして適合性原則が語られる際に、「汝の顧客を知るべし」との考え方が与件とされているところから、こうした情報収集義務が観念されやすいのに対して、他の諸国ではこの点はそれほど強調されていないようである（とりわけ、フランス。ドイツは、その中間にある〔証券取引法に係るものゆえ、本報告では立ち入らなかったものの、学説は多岐に渡っている〕）。

さらに、適合性原則自体が強調されない諸国でも、この原則が対象とするような問題群に対しては、公序良俗違反、錯誤、情報提供義務違反、状況の濫用などとして民事上の効果（契約の無効・取消し、損害賠償等）が付与される点は、不招請勧誘の場合と同様である（とりわけ、ドイツ、フランス、オランダ）。

以上に述べた点からみたとき、わが国の消費者契約法制において、適合性原則を位置づけるにあたっては、適合性原則をどのように定義づけるか、この原則の妥当する場面（対象となる商品・サービス）をどのように限定するか（金融サービスに限るか、限るとしても、金融サービスをいかに特定するか。それとも、消費者取引一般に妥当する原則として承認するか）、この原則に結び付けられる効果を民事上の効果として把握するか、それとも業法ルールにとどめるか、民事ルールとしての性質を認めるときには、その効果は何か（適合性原則違反の契約の無効・取消しを認めるか、それとも、適合性原則違反の行為を不法行為として捉え損害賠償責任を結びつけるか）、民事上の効果を認めるにしても、これを既に存在している一般民事法上の制度・規範に抛らせるか、それとも、特別に適合性原則違反という構成要件を立てるか、といった段階を踏んで処理を図るのが望ましいものと考えられる。各国法の調査からは、これらの点に関して、唯一絶対の選択肢として提示することができるだけの決め手はない。かえって、およびの点において、適合性原則違反という一般的カテゴリーを消費者契約法制に持ち込むためには、なお検討を要するところが多く、時期尚早という感じすらある（なお、各国調査からは、これとは別に、不正競争法上の差止請求権の制度を改革することにより、問題に的確に対応することも、一考の余地があることがうかがわれる）。

第1章 ドイツ

はじめに

本章は、ドイツにおける消費者契約法に関する法システムの概要を取り上げるが、まず、第1節において、総論的に、国内法とEU法の二つのレベルにおいて、その内容を説明する。第2節以下では、各論的に、情報提供義務（第2節）、適合性原則（第3節）、不招請勧誘（第4節）を扱うことにする。このような分析手法をとるのは、ドイツにおいて妥当する法システムの全体像を、より適切に明らかにすることができるからである。

第1節 ドイツ消費者契約法のシステム（総論）¹

1. 国内法

（1）序

消費者は、情報が不足していたり、取引経験が十分ではないことから、事業者に比べて著しく不利な立場に置かれている。このような考え方が、消費者保護に取り組む際のドイツ法の基本理念として存在する。この理念は、ドイツでは、事業者に対して詳細な情報を提供するように義務づけ、消費者の権利の確立を促すという形で実現されている。こうした試みは、これまでに何度となく行われてきた。つまり、消費者が「事業者と同じ目線で」取引ができるように、消費者にさまざまな権能を与えることが目指されてきたのである。ドイツ法には、事業者が消費者に対して提供する情報の内容や方法を詳細に定めた膨大な数の規定が、まさしく百花繚乱の様相を呈するが如く、存在しているのである。

もっとも、消費者に提供するために不可欠で、かつ、締結される契約が消費者の利益に合致するか否かを評価する権能を消費者に与えるために不可欠な、ありとあらゆる情報を規定に列挙することはできない。そこで、民法（以下、条文引用の際には「BGB」とする。）に規定されている一般条項、とくに、公序良俗違反（BGB138条）や信義則（BGB242条）に関する規定が、消費者保護に関する規定の隙間を埋める役割を果たしている。

他方、以上のような基本理念には、いかなる温情主義も断固として拒絶するといった側面がある。つまり、消費者保護に関するいかなるルールも「私的自治の原則」を歪めることはできない。したがって、以下に掲げる各ルールは、特殊な契約類型を禁じたり、当該契約から、「消費者」のなかのある特定集団を排除したりすることを認めるものではない²。

以下ではまず、ドイツ法における消費者保護制度について、その大枠を理解するために、消費者保護に関する種々のルールを、次のカテゴリーに分類して分析する。

- ・契約法に適用される一般ルール ((2))
- ・消費者契約における一般ルール (債務法ルール)((3))
- ・消費者契約における特別なルール (消費者保護に関するルール)((4))
- ・不正競争防止法および差止訴訟法に関するルール ((5))
- ・その他の特別私法および刑法に関するルール ((6))

(2) 契約法に適用される一般ルール

まず、契約法に適用されるルールを扱うことにするが、これらは、契約当事者の自由な意思の保護を主たる目的としている。

たとえば、錯誤、詐欺または強迫の場合、これらに関する規定は、契約を取消しまたは無効とすることを定めている。錯誤も詐欺も、誤った情報によって惹起されるのみならず、情報の不足によって惹起されることもある。誤った情報に頼り切っていたのでなければ、あるいは、与えられた情報ですべてであると誤って思いこんでいたのでなければ、契約を締結するつもりがなかったであろうという場合には、消費者は自らの約束を取り消すことができる (BGB119 条、同 123 条など)。

また、契約法に適用されるルールには、ある契約が強行規定に違反する、たとえば、公序良俗に反したり、暴利に類する行為である場合に、その契約を無効とする旨が定められている (BGB138 条など)³。なお、不法行為に基づく請求権も可能である (この点について、後述の第 2 節 3 .(1) を参照)。

(3) 消費者契約における一般ルール (債務法ルール)

次に、消費者契約に関する一般ルールは、債務法に適用されるルールおよび個別の契約類型に関するルールである。たとえば、契約条項を誤解したり、契約の目的物を間違えた消費者に対しては、その契約を取り消す権利を与えるのではなく、その消費者が抱いていた期待に基づいて、相手方である事業者を拘束する可能性が残されている。

すなわち、消費者の合理的な期待は、誤った情報、情報の不足または広告から生じる。事業者から引き渡された商品、あるいは、引渡し以外の事業者の行動が、消費者の正当な期待に合致しないのであれば、事業者は、その責任を負うことになる。たとえば、消費者には、補修を要求する、代替物を要求する、あるいは、代金減額を要求するといった方法が認められている。これらの要求が、いずれも適切でない場合には、消費者は、契約を解除し、事業者は、自らの行動の結果として生じた損害に対して責任を負うことになる⁴。

(4) 消費者契約における特別なルール (消費者保護に関するルール)

他方、消費者契約における消費者保護に関する特別なルールは、訪問販売のように、ある契約が特殊な状況で締結される場合、普通取引約款による取引、通信 (隔地者間) 取引や電子商取引のように、ある契約が特殊な手段で締結される場合、パック旅行や消費者信用

のように、ある契約が特殊な契約類型として締結される場合に、それぞれ適用される。

これらのルールのなかには、割賦販売法のように、かつての特別法に由来するものも存在するが、今日では、消費者保護に関する特別なルールの大半はEU法に由来するものである。当初、EUによる規制は、各EC指令をうけて新たに法律を制定することで、国内法化されてきた。しかしながら、重要なルールのいくつかは、すでに民法以外の法律に存在していたことから、そのような方法は広く批判的とされてきた。

そこで、2002年の民法改正により、EC指令（消費動産売買指令（1999年5月25日付けの消費動産の売買およびそれに付随する保証のある側面に関する欧州議会および理事会指令；Directive 1999/44/EC）⁵、電子商取引指令（2000年6月8日付けの域内市場における情報社会サービス、とりわけ電子商取引の一定の法的観点に関する欧州議会および理事会指令；Directive 2000/31/EC）⁶、支払遅滞指令（2000年6月29日付けの商取引における支払遅滞と対決するための欧州議会および理事会指令；Directive 2000/35/EG）⁷が国内法化されるとともに、ほぼあらゆる消費者保護に関する特別なルールが、一般法である民法に統合されることとなった（この点について詳細は、後述の本節2.を参照）⁸。

たとえば、注文されていない給付（BGB241a条）、普通取引約款（BGB305条以下）、訪問販売（BGB312条以下）、通信取引契約（BGB312b条以下）、電子商取引（BGB312e条）、消費動産売買（BGB433条以下）、期間割りの居住権契約（BGB481条以下）、消費者信用（BGB491条以下）、パック旅行（BGB651a条以下）に関する規定が、それぞれドイツ民法典の一部に組み込まれることとなった⁹。

これらのルールにより、消費者に詳細な情報を入手する権能が与えられるとともに、事業者には、そのような情報を提供する義務が負われる。そして、事業者がこの義務に違反した場合、消費者は、通常、契約の撤回権（BGB355条）が認められている¹⁰。

（5）不正競争防止法および差止訴訟法に関するルール

また、消費者保護に関する法律の遵守は、消費者個人の関心事であるのみならず、一般大衆の関心事でもある。そこで、このような見地に立って消費者保護を促進する方法が、いくつか存在する。民法を補う特別法として、たとえば、差止訴訟法（以下、条文引用の際には「UKlaG」とする。）により、消費者団体には、事業者に対して訴訟を提起する権利が認められており、本節（4）で挙げた消費者保護に関するルールに違反する事業者に対して、差止請求権が行使されることがありうる（UKlaG2条2項1号）。

そして、公正な取引を保証するさらなる手段として、不正競争防止法（以下、条文引用の際には「UWG」とする。）により、競争事業者（UWG2条）に与えられた救済方法がある。たとえば、ある事業者が組織的に消費者保護に関するルールに違反し、または、自らの地位を濫用し、その結果、消費者に不当な条項を押しつける場合には、その事業者に対して、競争事業者は、今後そのような不公正な慣行をやめるよう要求する禁止命令を求めて訴訟を提起することができる（UWG8条）。さらに、損害賠償を請求する（UWG9条）ことも、

利益を吐き出させる（UWG10条）こともできる。もちろん、後者の救済方法は、事業者に対して消費者保護に関する法律を遵守させるための、きわめて効果的なインセンティブとなることが予想される¹¹。

（6） その他の特別私法および刑法に関するルール

さらに、保険業務や証券取引について、消費者保護に資する規定が、保険契約法（以下、条文引用の際には「VVG」とする。）や証券取引法（以下、条文引用の際には「WpHG」とする。）に定められている。

他方、詐欺罪や暴利に制裁を加える刑法（以下、条文引用の際には「StGB」とする。）の規定も存在する。もっとも、詐欺罪（StGB263条1項）や暴利（StGB291条）にあたるという判断に必要とされる要件が認められるためには、民事ルールのもとでのそれよりも、相当高いハードルを越えなければならない。したがって、刑法の各規定が、実際に、消費者保護の促進に大いに役立っているとはいえない状況にある¹²。

2． E C 指令による消費者保護（ E C 指令の国内法化）

（1） E C 指令の国内施行と消費者保護

EUでは、加盟国間の市場統合の促進のために、1980年代から数々のEC指令を通じて、消費者保護を目的とした契約の適正化に関するルールの構築が、各加盟国に対して求められてきた。

これらの規制は、一般に、消費者契約、すなわち消費者と事業者との間で締結される契約に関する法領域を対象としているが、それはきわめて多方面にわたるだけでなく、通常は、民法の対象外とされており、個別立法によって対応されてきた。したがって、これらを体系的かつ整合的に把握することはきわめて困難であった。ところが、ドイツでは、2002年1月1日に施行された「債務法現代化法」による民法改正にあわせて、消費者契約に関する消費者保護のための多くの特別私法（約款規制法、消費者信用法（以下、条文引用の際には「VerbrKrG」とする。）訪問販売撤回法（以下、条文引用の際には「HaustürWG」とする。）および通信販売法（以下、条文引用の際には「FernAbsG」とする。）が、ドイツ民法典に組み込まれることとなった。これにより、かなり見通しがよくなったとはいえ、2002年以降も現在に至るまで、EC指令の国内施行による改正作業が順次進められており、また、民法以外にも、不正競争防止法のような、特別私法上の法規定にも、消費者保護に関して重要な役割を果たす条文が依然として残されていることには注意する必要がある。

本報告書では、第2節以下で、「情報提供義務」「適合性原則」「不招請勧誘」の各類型に該当する国内の条文を抽出するが、以下では、まず、これらの類型と密接な関わりをもつ、EC指令による国内法化の変遷について、時系列に分析し、ごく簡単な説明を加えて全体像の理解に資することにしたい。

(2) 訪問販売撤回指令(Council Directive 85/577/EEC)

訪問販売撤回指令（1985年12月20日付けの店舗外で締結された契約の場合における消費者保護に関する理事会指令；Council Directive 85/577/EEC）¹³は、すでに、ドイツでは訪問販売撤回法によって国内法化され、実現されている。これは、2002年の民法改正により、撤回権（BGB312条）や訪問販売のための特別な裁判管轄に関する規定（民事訴訟法（以下、条文引用の際には「ZPO」とする。）29c条）などに規定されている。

(3) 消費者信用指令(Council Directive 87/102/EEC)

消費者信用指令（1986年12月22日付けの消費者信用についての加盟国の法令および行政規則の接近化に関する理事会指令；Council Directive 87/102/EEC）¹⁴は、ドイツでは消費者信用法によって国内法化され、実現されている。

たとえば、書面方式の要求について VerbrKrG4 条に規定されていた¹⁵。ただし、上記指令では、消費者信用契約について撤回権の導入までは要請されていなかった。他方、消費者信用法には、割賦販売法の規定内容を承継した部分も数多くみられた。すなわち、AbzG1b 条ないし AbzG1d 条で導入されていた撤回権の適用範囲が、消費者信用法によって、割賦販売に限定されない消費者信用契約一般に拡大され、VerbrKrG7 条に引き継がれていた。このように、EC 指令の影響によってのみ消費者保護の推進が図られていたわけではなく、国内での地道な努力によって消費者保護法制の構築が促されてきたといえるだろう¹⁶。

その後、2002年の民法改正により、現在では書面方式の要求が BGB492 条に、撤回権が BGB495 条に規定されている。また、消費者消費貸借契約に関する方式瑕疵の効果は BGB494 条に、分割払い取引に関する書面方式とその効果は BGB502 条に規定されている。さらに、当座貸越信用について、BGB493 条に規定されている。

(4) パック旅行指令(Council Directive 90/314/EEC)

パック旅行指令（1990年6月13日付けのパック旅行に関する理事会指令；Council Directive 90/314/EEC）¹⁷の主たる目的は、パック旅行に関する消費者情報の最低基準と契約の方式規定を確定し、契約上の義務についての強行規定（パック旅行の取消し、給付の変更、旅行主催者、旅行仲介者等の民事法上の責任）を厳密に記述し、旅行主催者が履行不能に陥った場合における、有効な消費者保護を保証することである¹⁸。

上記指令は、ドイツ民法典中の規定、すなわち、BGB651a 条以下および民法の情報提供義務に関する規則（以下、条文引用の際には「BGB-InfoV」とする）（説明書の記載事項：4 条、契約締結前の情報提供：5 条、旅行確認書、一般的旅行条件：6 条、外国学校滞在に関する契約：7 条、旅行開始前の情報提供：8 条、旅行主催者の倒産に備えた担保のための証書のひな型：9 条、BGB651k 条 5 号による証明：10 条、格安ツアーの旅行主催者：11 条）によって国内法化され、実現されている。

(5) 不公正条項指令(Council Directive 93/13/EEC)

不公正条項指令（1993年4月5日付けの消費者契約における不公正条項に関する理事会指令；Council Directive 93/13/EEC）¹⁹の主たる目的は、不公正な契約条項に対して消費者を保護することにある。ドイツは、すでに約款規制法によって不公正条項に対する規制は行われていた²⁰。現在では、2002年の民法改正により、普通取引約款の組入れや内容規制などについては、BGB305条ないしBGB310条に規定されている。

(6) 証券分野における投資サービス指令(Council Directive 93/22/EEC)

証券分野における投資サービス指令（1993年5月10日付けの証券業務に関する理事会指令；Council Directive 93/22/EEC）²¹は、ドイツでは、証券取引法によって国内法化され、実現されている（この点については、後述の第2節3．（5）を参照）。

(7) タイムシェアリング指令(Council Directive 94/47/ EC)

タイムシェアリング指令（1994年10月26日付けの不動産の期間割りの利用権の取得に関する契約の一定の観点から顧慮した取得者の保護に関する欧州議会および理事会指令；Council Directive 94/47/ EC）²²は、ドイツでは、期間割りの居住権契約法・タイムシェア法（以下、条文引用の際には「TzWrG」とする。）によって国内法化された。そして、2002年の民法改正により、上記法律の各規定はBGB481条以下に組み込まれ、情報提供義務がBGB482条に、撤回権がBGB485条に規定されている。

(8) 通信取引指令(Directive 97/7/EC)

通信取引指令（1997年5月20日付けの通信取引における契約締結時における消費者保護に関する欧州議会および理事会指令；Directive 97/7/EC）²³の主たる目的は、通信取引における消費者保護ルールの統一である。上記指令により、消費者に対して、一定の情報が契約締結の前後において提供され、撤回権が付与される旨の法律の制定が、各加盟国に対して義務づけられることとなった²⁴。ドイツでは、上記指令は、2000年6月27日に、特別私法である通信販売法（以下、条文引用の際には「FernAbsG」とする。）によって国内法化された。その後、2002年の民法改正により、通信販売法は、ドイツ民法典に組み込まれることになり、BGB312b条以下に、通信取引に関する規定が置かれている²⁵。

(9) 消費動産売買指令(Directive 1999/44/EC)

消費動産売買指令は、ドイツでは、2002年の民法改正を通じて国内法化された。これに該当する規定は、BGB433条以下、とくに「消費動産」の定義規定であるBGB474条（消費動産の概念）にある。

(10) 電子商取引指令(Directive 2000/31/EC)

電子商取引指令により、電子商取引に関する法制度の統一化が図られた。すなわち、2002年の民法改正と同時に、電子商取引指令の一部を国内法化した BGB312e 条が新設され、電子商取引を行う事業者に対して特別な義務が課せられることとなった。

また、BGB126a 条（電子的形式）および BGB126b 条（テキスト形式）における方式要求に関する規定において、国内法化されることとなった。なお、2002 年の民法改正では、消費動産売買指令と電子商取引指令とともに、支払遅滞指令が国内法化されたが、その内容については、本報告書の目的と離れることから、ここでは詳述しない²⁶。

(11) 通信金融サービス指令(Directive 2002/65/ EC)

通信金融サービス指令（2002 年 9 月 23 日付けの消費者について金融サービス給付の通信取引に関する欧州議会および理事会指令（理事会指令 90/619/EWG、欧州議会・理事会指令 97/7/EG、および欧州議会・理事会指令 98/27/EG を修正する指令；Directive 2002/65/ EC）²⁷による国内法化は、BGB312b 条以下に新しい条項が追加されることによって行われた。

たとえば、郵便によって信用や融資を得たり、インターネットで保険を契約したり、ファックスによって投資を得るといった方法による、金融サービス給付の通信取引契約について、BGB312b 条以下に規定されている²⁸。従来、通信取引契約に関する規定は、通信取引指令に従い、金融サービス給付が除外されていた。したがって、金融サービス給付の通信取引に関する指令による国内法化により、消費者保護規定の欠缺が補充されることとなった²⁹。

(12) 不公正商慣行指令(Directive 2005/29/EC)

不公正商慣行指令（2005 年 5 月 11 日付けの不公正商慣行に関する欧州議会および理事会指令（域内市場における事業者の対消費者不公正商慣行について、理事会指令 84/450/EEC、97/7/EC、98/27/EC および欧州議会・理事会指令 2002/65/EC、ならびに欧州議会・理事会規則(EC)No 2006/2004 を修正する指令；Directive 2005/29/EC）³⁰は、域内市場における統一的な不公正商慣行の禁止のルールの新設を目的とするものである。

上記指令により、消費者は、域内のどこにおいても、いかなる市場で購買しても、攻撃的または誤認させる商慣行からの保護を享受できることになる。加盟国は、「消費者の利益のために不公正商慣行を禁圧すべく、本指令の規定の遵守を確保するために適切かつ実効性ある措置を確保」する義務を負い（11 条 1 項）、具体的には、「2007 年 6 月 12 日までに、本指令を遵守するのに必要な法規、規則および行政規定」を採択・公表し、2007 年 12 月 12 日までに施行しなければならない（19 条）とされている³¹。

第 2 節 情報提供義務³²

情報提供義務に関する規定は、各々の法律に分散して存在している。便宜上、前節で分

類されたカテゴリーに従い、説明を加える。なお、行政規則レベルの規定は存在しないようである。また、情報提供義務に関する判例は膨大な数に及ぶものであり、ここではとりあえず割愛することにする。

1. 法律上の根拠

(1) EC指令

Council Directive 85/577/EEC (訪問販売撤回指令) Article 4 (教示義務) Article 5 (撤回権)
Council Directive 87/102/EEC (消費者信用指令) Article 4 (書面方式の要求)
Council Directive 90/314/EEC (パック旅行指令) Article 4 (2) (書面方式の要求)
Directive 94/47/EC (タイムシェアリング指令) Article 3, 4 and Annex (情報提供義務) Article 5 (撤回権)
Council Directive 93/22/EEC (証券分野における投資サービス指令) Article 11(1)-5 (情報提供義務)
Directive 97/7/EC (通信取引指令) Article 4, 5 (情報提供義務) Article 6 (撤回権)
Directive 2000/31/EC (電子商取引指令) Article 10 (情報提供義務) Article 11 (注文の発信)
Directive 2002/65/EC (通信金融サービス指令) Article 3, 4, 5 (情報提供義務) Article 6 (撤回権)
Directive 2005/29/EC (不公正商慣行指令) Article 7 (不作為による誤認惹起)

(2) 法律

A. 一般私法

BGB119 条 (錯誤)
BGB123 条 (詐欺または強迫)
BGB134 条 (法律上の禁止に反する法律行為)
BGB138 条 (公序良俗違反)
BGB157 条 (契約の解釈)
BGB241 条 2 項 (給付義務)
BGB242 条 (信義則)
BGB276 条 (債務者の責任)
BGB280 条 1 項 (債務者の義務違反による損害賠償)
BGB281 条 (給付がなされず、または、債務の本旨に適った給付がなされない場合の、給付に代わる損害賠償)
BGB282 条 (給付義務違反による給付に代わる損害賠償)
BGB307 条 (内容規制)
BGB311 条 2 項 (契約締結上の過失責任)
BGB312 条 (訪問販売における撤回権)
BGB312c 条 1 項、2 項 (通信取引契約における消費者に対する情報提供) → BGB-InfoV1 条
BGB312d 条 (通信取引契約における撤回権および返還権)
BGB312e 条 1 項 (電子商取引における情報提供義務) → BGB-InfoV3 条
BGB346 条 (解除の効果)
BGB482 条 2 項 (期間割りの居住権契約における説明書交付義務) → BGB-InfoV2 条
BGB492 条 1 項 (書面方式、契約内容)
BGB493 条 1 項 2 文および 4 文 (当座貸越信用)
BGB502 条 1 項 (分割払い取引における必要的記載事項、方式瑕疵の法的効果)
BGB505 条 2 項 1 文 (分割供給契約)
BGB651a 条 3 項 2 文 (旅行契約における契約類型上の義務) → BGB-InfoV4-11 条
BGB655b 条 1 項 (書面方式)
BGB675a 条 1 項 (情報提供義務) → BGB-InfoV12 条

BGB823 条（不法行為に基づく損害賠償義務）
BGB826 条（良俗に反する故意による加害に基づく損害賠償義務）

B．特別私法

UWG3 条（不正競争の禁止）
UWG4 条 4 項、5 項（不正競争類型）
UWG5 条（誤認惹起広告）
UWG 8 条（侵害除去および差止めの請求）
UWG 9 条（損害賠償請求）
UWG 10 条（利得剥奪請求）
UWG12 条（請求権行使、判決公表権限、訴額の減額）：
VVG5a 条 1 項（← VAG10a 条 1 項 1 文、2 項）
WpHG31 条 2 項 1 文 2 号（一般行為規則）
WpHG37d 条（金融先物取引における情報）

C．刑法

StGB263 条 1 項（詐欺罪）
StGB291 条（暴利）

2．適用範囲

上述のように（第 1 節 1．を参照）、「契約法に適用される一般ルール」である、錯誤（BGB119 条）詐欺または強迫（BGB123 条）法律上の禁止に反する法律行為（BGB134 条）公序良俗違反（BGB138 条）契約の解釈（BGB157 条）および信義則（BGB242 条）場合によっては、不法行為に基づく損害賠償義務（BGB823 条）良俗に反する故意による加害に基づく損害賠償義務（BGB826 条）は、すべての取引に適用されることになる。

次に、「消費者契約における一般ルール（債務法ルール）」である、給付義務（BGB241 条 2 項）債務者の責任（BGB276 条）損害賠償（BGB280 条 1 項など）および解除（BGB346 条）さらに、内容規制（BGB307 条）や契約締結上の過失責任（BGB311 条 2 項）は、債権債務関係を有するすべての取引に適用される。

そして、「消費者契約における特別なルール（消費者保護に関するルール）」に該当するものとして、事業者の情報提供義務として、訪問販売（BGB312 条）通信取引（BGB312c 条 1 項および 2 項）および電子商取引（BGB312e 条 1 項）がある（後述の本節 3 .(2)(a) を参照）。また、事業者の情報提供義務（説明書交付義務）として、期間割りの居住権契約（BGB482 条 2 項）貸主の情報提供義務（書面方式の要求）として、消費者消費貸借契約（BGB492 条 1 項）信用機関の情報提供義務（教示義務）として、当座貸越信用（BGB493 条）事業者の情報提供義務（教示義務）として、分割払い取引（BGB502 条）事業者の情報提供義務（書面方式の要求）として、分割供給契約（BGB505 条 2 項）がそれぞれ適用される。さらに、旅行業者の情報提供義務（説明書交付義務）として、旅行契約（BGB651a 条 3 項 2 文）がある。消費貸借仲介者の情報提供義務（書面方式の要求）として、消費貸

借仲介契約 (BGB655b 条) があり、信用機関の情報提供義務として、銀行取引 (BGB675a 条 1 項) が、各々の取引に適用される。

そして、「不正競争防止法および差止訴訟法に関するルール」として、不正競争防止法の各規定 (UWG3 条以下の規定、とくに UWG4 条 4 項および同 5 項ならびに UWG5 条) が、事業者の不公正な競争行為に適用される。

最後に、「その他の特別私法および刑法に関するルール」として、保険者の情報提供義務として、保険契約 (VVG5a 条 1 項) があり、また、証券投資サービス業者 (WpHG2 条 4 項) の情報提供義務として、証券業務 (WpHG2 条 3 項) に WpHG31 条 2 項 1 文 2 号が、「業として、もしくは、通常の商人としての方法で行われている営業活動が必要とする範囲において金融先物取引を結ぶ、または、そのような取引に対して購入、売却、仲介、もしくは保証を行う企業 (WpHG37d 条 1 項) の情報提供義務として、金融先物取引 (WpHG2 条 2a 項) に WpHG37d 条 が適用される。なお、刑法には、詐欺罪 (StGB263 条 1 項) に、暴利 (StGB291 条) といった規定もあるが (刑事上の制裁は自由刑または罰金刑である) 上述の (第 1 節 1 . (6) を参照) 理由から、本報告書では詳述しない。

3 . 内容

(1) 契約法に適用される一般ルール

まず、ドイツ民法典には、情報提供義務に違反する場合を規制する一般私法上の制度として、以下のものが存在する。すなわち、錯誤 (BGB119 条)、詐欺または強迫 (BGB123 条)、債務不履行責任 (BGB276 条)、不法行為責任 (BGB823 条) がある。前二者は意思表示の取消しによる無効 (BGB142 条 1 項) を、後二者は損害賠償という効果を生じさせる。もっとも、損害賠償といっても、ドイツではわが国のような金銭賠償主義ではなく、原状回復主義 (BGB249 条) がとられているために、契約がなかった状態、すなわち、契約の解消が認められることになる。不法行為の要件が絶対権侵害、保護法規違反、悪意の良俗違反に限定されていることから、なかでも重要な役割を果たしてきたのは債務不履行責任であり、その法的構成として契約締結上の過失、積極的債権侵害、黙示の助言契約などが、判例法として古くから発展されてきた³³。

また、この他にも、法律の禁止 (BGB134 条)、公序良俗違反 (BGB138 条)、相手方の権利等に配慮する義務 (BGB241 条 2 項 (その効果として損害賠償 (BGB282 条)))、信義則 (BGB242 条)、内容規制 (BGB307 条) もまた、情報提供義務違反を規制する一般私法上の制度として考慮できるのはいうまでもない。もっとも、これらの規定は、情報提供義務違反に関する問題にとどまらず、適合性原則に関する問題 (後述の第 3 節を参照) にも関連する。さらに、2002 年の民法改正により、積極的債権侵害 (BGB311 条 1 項) とともに、契約締結上の過失責任に関する規定が明文化された (BGB311 条 2 項。その効果は損害賠償である。)。

(2) 消費者契約における一般ルール（債務法ルール）

「消費者契約における一般ルール（債務法ルール）」として、給付義務（BGB241 条 2 項）およびその効果としての損害賠償（BGB282 条）、債務者の責任（BGB276 条）およびその効果としての損害賠償（BGB280 条 1 項）、解除（BGB346 条）などの規定により、債務不履行責任を問うことができる。

(3) 消費者契約における特別なルール（消費者保護に関するルール）

ドイツ法の現状を知るには、EU 指令による国内法化の観点からもみておくことが必要となる。本報告書では、当該取引の態様に依拠して、以下の規定を取り上げ、説明する。

A．特別の販売形式（訪問販売など）

まず、BGB312 条とともに開始する新しい節である「特別の販売形式」には、訪問販売撤回法と通信販売法がドイツ民法典に統合されている。また、電子商取引指令による国内法化として、電子商取引における契約締結時の特別規定が、あわせて規定されている。

具体的には、訪問販売撤回法 1 条ないし同 3 条は BGB312 条および同 312a 条に、通信販売法 2 条および同 3 条は BGB312b 条ないし BGB312d 条に、そして、電子商取引指令 10 条は BGB312e 条に規定されている。そして、情報提供義務の具体的内容についての詳細は、民法の情報提供義務に関する規則に規定されている。

(a) 訪問販売

訪問販売は、「事業者（BGB14 条）と消費者（BGB13 条）との間で、有償の給付を目的とし、かつ、その締結を消費者が BGB312 条 1 項 1 文 1 号ないし同 3 号に挙げられた事情によって決めた契約の場合」に認められる（BGB312 条 1 項 1 文参照）。誰が契約の申込みまたは承諾をしたのかは問題とはならない。契約締結に際して、不意打ち的な効力がなお継続しているか、とくに、消費者の決定の自由がなお侵害されているかどうか重要な点である³⁴。

上記の事情（BGB312 条 1 項 1 文 1 号ないし同 3 号）には、単に、類型的な、消費者保護のために必要なケースが含まれているにすぎない。すなわち、第一の類型は、消費者が、自らの労働場所での口頭による交渉ないし私的住居の領域内での口頭による交渉によって契約を締結した場合（1 号）である。第二の類型は、消費者が、事業者または第三者によって、少なくとも事業者のために実施された余暇時間の催しに際して、契約を締結した場合（2 号）である。第三の類型は、消費者が、交通機関の中での不意の話しかけ、または、公衆の集まる交通機関の待合いの領域での不意の話しかけに引き続いて、契約を締結した場合（3 号）である。以上の場合には、消費者に撤回権が認められる（BGB355 条）。

(b) 通信取引

(aa) BGB312b 条 (定義)

通信取引に関する規定の適用を受ける契約（通信取引契約）とは、「もっぱら遠隔通信方法を用いて、事業者と消費者との間で締結される、商品の引渡し、または、金融サービス給付を含むサービス給付の提供に関する契約」をいう（BGB312b 条 1 項 1 文参照）。

つまり、訪問販売と同様、適用範囲は事業者と消費者との間で締結される契約に限定されており、事業者間契約や消費者間契約には適用されない。また、もっぱら遠隔通信方法を用いて、契約が締結されることが要件とされている。ただし、契約の締結が、通信取引のために組織された商品販売システムまたはサービス給付提供システムの範囲内において行われなるときには、このかぎりでない。たとえば、Eメールを使用しても、たまたま旧知の友人がサービス提供に私的に利用したような場合は除外される。

さらに、金融サービス給付とは、銀行のサービス給付、ならびに、信用供与、保険、個人に対する高齢者扶助（高齢者の生計保障のための経済的援護であって、本人自身の財産によって負担されない援護、すなわち、社会保険・私的生命保険などによって給付される援護は、このように総称される。）資産運用（投資）または支払いと関係するサービス給付をいう³⁵。

民法は、遠隔通信方法について、「消費者と事業者との間において、契約当事者が同時に物理的に対面することなく、契約の準備または契約の締結のために行われる通信手段」と定めている（BGB312b 条 2 項参照）。そして、具体例として、手紙、カタログ、電話、ファックス、Eメール、ラジオ放送、テレビサービスおよびメディアサービスを挙げている。事業者と消費者との間で締結されるカタログ販売、テレビショッピング、電話勧誘販売、電子商取引などは、本条のいう「通信取引」に該当する³⁶。

(bb) BGB312c 条 1 項 (事前の情報提供義務)

民法は、通信取引指令 4 条 2 項の国内施行として、開示の留保（FernAbsG2 条 1 項）および透明性の要求（FernAbsG2 条 2 項）とともに、事業者の事前の情報提供義務を規定した（BGB312c 条 1 項 1 文参照）。すなわち、「事業者は、消費者に対して、通信取引契約を締結する前に適時に、利用された遠隔通信方法に適合する手段により、明確、平易に、かつ、取引の目的であることを示して、民法施行法 240 条に基づく法規命令、すなわち、民法の情報提供義務に関する規則 1 条（BGB-InfoV1 条）が定める情報（契約内容の詳細、とくに、事業者、提供される給付および普通取引約款に関する事項）を提供しなければならない。

消費者が、事実上、それを知っていたかどうかは問題とならない。たとえば、インターネットで事業者がウェブサイトに対応な情報を提示し、消費者が注文をする前に簡単にそれを知ることができるのであれば足りる。情報提供への明示的な指示や期待可能な認識可能性、および普通取引約款の組入れ（BGB305 条 2 項）のために必要な要件が存在すれば、

十分である³⁷。また、事業者側からの電話による会話の場合には、そのつど会話のはじめに、自己の氏名および接触した取引目的を、明確に開示しなければならない（BGB312条c条1項2文参照）。

事前の情報提供義務に違反した場合の効果は、まず第一に、差止請求権（UKlaG2条1項、同2項1号およびUWG8条）である。なお、既に締結された契約への影響は、意思表示の解釈および適用（BGB157条、BGB242条）ならびに普通取引約款の組み入れ（BGB305条）に関する一般ルールに従う。例外的に、原状回復（BGB249条1文）としての契約解消がなされることがある。さらに、債務不履行責任（BGB280条1項）、積極的債権侵害（BGB311条1項）、契約締結上の過失責任（BGB311条2項）に基づく損害賠償請求も考えることができる。これらを請求するためには、契約が正しい情報の提供を受けていれば締結されなかったであろう旨の立証責任を消費者が負担する³⁸。

（cc）BGB-InfoV1条（情報提供義務）

情報提供義務の詳細は、民法の情報提供義務に関する規則1条に規定されている。事業者は、消費者に対して、以下の点について情報を提供しなければならない。すなわち、通信取引契約を締結する前に、少なくとも、その身元および名前、商品またはサービスの重要な特徴、契約成立の方法、それが継続的または定期的に反復される給付を目的とするときは、契約の最小存続期間、品質および価格において同価値の給付をなす留保、すべての税金およびその他の価格構成部分を含む、商品またはサービスの価格、場合によっては、余分にかかる引渡費用または送付費用、支払いおよび供給または履行に関する個々の事項、撤回または返還の存在、それを消費者が計算に入れねばならない基本料金を越える場合における、遠隔通信方法により消費者に帰する費用および、とくに価格に関する、期限つき申し出の有効期間について、情報を提供しなければならない（BGB-InfoV1条1項）。

契約締結前の情報提供義務は、遠隔通信方法による接触の開始により発生する。すなわち、契約の誘引の段階で既に発生するものであり、相手が誰であるかは問題とならない³⁹。

なお、民法の情報提供義務に関する規則の法的性質について、一言つけ加えておきたい。民法の情報提供義務に関する規則は、民法のように議会立法ではなく、実務上の見地から、たとえば、規定の内容を、最近の進展状況にあわせて簡単に修正したり調整するために、連邦司法省に立法権限が委任されている。その意味で、民法の情報提供義務に関する規則は、法律として制定されるのではなく、行政規則として制定されることになる⁴⁰。ただし、民法の情報提供義務に関する規則は、純粋な行政規則とは異なり、単に民法とは立法過程や手続が異なるにすぎず、民法の情報提供義務に関する規則に違反した場合の効果は、民法と同様であり、義務発生の法的根拠は民法にある⁴¹。

（dd）BGB312c条2項（事後的な情報提供義務）

民法には、かつての特別私法である通信販売法と同様に（FernAbsG2 条 3 項）、事業者の事後的な情報提供義務が規定されている。事業者は、消費者に対して、普通取引約款を含む契約の定め、および民法施行法 240 条に基づく民法の情報提供義務に関する規則が定める情報も、そこで定められた範囲で、かつ、そこで定める方法により、テキスト形式で（BGB126b 条）で通知する義務を負う（BGB312c 条 2 項 1 文）。

そして、金融サービス給付においては、意思表示が行われる前に適時に、または、消費者の請求により、契約が電話によりあるいは契約締結の前に書面で通知が行われないその他の遠隔通信方法を利用することにより締結されたときには、通信取引契約の締結後、遅滞なく（BGB312c 条 2 項 1 文 1 号）また、その他のサービス給付の場合と商品の引渡しの場合には、ただちに、遅くとも契約が完全に履行されるまでに、商品の場合には、遅くとも消費者への引渡時まで、テキスト形式による通知をする義務を負う（BGB312c 条 2 項 1 文 2 号）。もっとも、後者の場合での通知は、遠隔通信方法により直接に実行されるサービス給付では、給付が一度に実行され、かつ、遠隔通信方法の事業者を通じて清算されたかぎり、不要である。消費者は、この場合には、異議を述べるができる事業者の住所につき、情報を得ることができなければならない（BGB312c 条 2 項 2 文）。

契約締結後の情報提供義務違反の効果は、差止請求権（UKlaG2 条 1 項、同 2 項 1 号および UWG8 条）および、撤回期間の徒過の延期（BGB312d 条 2 項）である。

(c) 電子商取引

(aa) BGB312e 条（電子商取引における義務）

民法は、電子商取引指令 10 条および 11 条を国内法化している（BGB312e 条参照）。

この指令は、提供者のための法的安定性と並んで、消費者または事業者としてインターネット上に提供された商品またはサービス給付を、電子的に注文する顧客のための保護も保証するものである。具体的には、事業者の情報提供義務が規定され、顧客の保護が図られている（BGB312e 条 1 項 1 文 1 号ないし 4 号参照）。

なお、本条の適用領域は、インターネットの利用、相互的なアクセスおよび直接的な注文可能性を伴った、電子的に呼び出し可能なデータバンクにおける商品およびサービス給付の提供、または、商品およびサービス給付の提供に関する情報の拡布のためのデータサービスのような情報およびコミュニケーションの提供、一般の人々に向けられ、かつ電磁的な振動の利用のもとにケーブルなしにまたはケーブルを通じてまたはそれを用いて拡布される、文書、音響または映像における放送は例外となる情報およびコミュニケーションサービスである⁴²。

事業者の情報提供義務は、以下のようなものである（BGB312e 条 1 項 1 文 1 号ないし 4 号参照）。すなわち、事業者が商品の引渡または役務の提供に関する契約を締結するためにテレサービスまたはメディアサービスを利用する場合、事業者は、顧客に対して、顧客が注文を発する前に入力ミスを認識、訂正することができるために相当、有効、かつ利

用しやすい技術手段を使うことができるようにし(1号)、注文前の適時において、民法施行法 241 条に基づく民法の情報提供義務に関する規則 (BGB-InfoV) が定める情報を、明確にかつ平易に通知し(2号)、1号の注文が到達したことを電子的方法で遅滞なく通知し(3号)、普通取引約款を含む契約の定めを契約締結の際に入手させること、および再生可能な形式で保存させ(4号)なければならない。

上記のような情報提供義務に違反した場合の効果として、顧客による撤回権の撤回期間は、上記の義務 (BGB312e 条 1 項 1 文) を履行するまでは起算されず、それが履行された場合にはじめて進行を開始する (BGB312e 条 3 項 2 文参照)。

また、上記の義務に違反した場合、事業者の行為は、差止め請求の対象ともなる (UKlaG2 条 1 項および同 2 項 2 号参照)。また、顧客が錯誤により誤った注文をしたときは、事業者が上記の義務 (BGB312e 条 1 項 1 文 1 号) を履行したかどうかにかかわらず、顧客には錯誤による取消し (BGB119 条 1 項) が認められる。もっとも、共通錯誤の場合には、取消しもこの義務違反も意味はなく、事業者が正しい情報を提供していれば、契約を締結していなかったであろう場合に契約解消を導くことができる請求権を考慮することができる (BGB280 条 1 項、BGB311 条 2 項参照)。

(bb)BGB-InfoV3 条 (顧客に対する情報提供義務)

事業者が電子商取引の方法による契約の締結に際して顧慮しなければならない、個別の情報提供義務について、民法の情報提供義務に関する規則 3 条が規定されている (BGB312e 条 1 項 1 文 2 号参照)。

すなわち、事業者は、顧客に対して、契約締結に至るまでの個別の技術的手順(1号 = 電子商取引指令 10 条 1 項 a)、契約の文言が、契約締結後、事業者によって保存されているか否かについて、および、顧客がそれにアクセス可能であるか否か(2号 = 電子商取引指令 10 条 1 項 b)、どのように、その注文の発信前に入力ミスを知り、それを修正することができるのか(3号 = 電子商取引指令 10 条 1 項 c)、契約の締結に用いられる言語について(4号 = 電子商取引指令 10 条 1 項 d)、および、事業者が従う関連する行動規程の全体、および、これらの準則に電子的にアクセスする可能性について(5号 = 電子商取引指令 10 条 2 項)の情報を、契約締結前に与えなければならない。

上記の義務に違反した場合の効果は、差止請求権 (UKlaG2 条 1 項および 2 項 2 号) のほかに、とくに通信取引契約において、撤回期間が BGB312e 条 3 項に従って進行を開始しないことである。具体的な契約にそれ以上の影響が生じるか否かは、一般規定に従う。顧客は、場合によっては、誤った表示意識により契約を取り消すことができる。さらに、契約締結上の過失による契約の解消が考慮することができる⁴³。

また、顧客が錯誤により誤った注文をしたときは、事業者が上記の義務 (BGB312e 条 1 項 1 文 1 号) を履行したかどうかにかかわらず、顧客には錯誤による取消し (BGB119 条 1 項) が認められる。もっとも、共通錯誤の場合には、取消しもこの義務違反も意味は

なく、事業者が正しい情報を提供していれば、契約を締結していなかったであろう場合に契約解消を導くことができる請求権を考慮することができる（BGB280 条 1 項、BGB311 条 2 項参照）。

B．期間割りの居住権契約

(a) BGB482 条（説明書交付義務）

タイムシェアリング指令を国内法化した、期間割りの居住権契約法・タイムシェア法の規定は、大部分が変更されることなく BGB481 条以下に規定されている（上述の第一節 2．（7）を参照）。唯一の、かつ、重要である変更点は、撤回期間中、内金（Anzahlung）の支払いの請求を禁じたことである（BGB486 条）。これは、撤回期間の経過前の支払いがあると、その返還が不安定になり、撤回権の行使が妨げられることを防止するための規定である。従来は、契約から最初の 10 日間の支払いだけが禁じられていた。しかしながら、10 日の制限では十分ではないことから、内金支払いの禁止が撤回の全期間に拡張された。つまり、撤回期間の経過前に、事業者は、消費者に支払いを請求し、あるいは、これを受領してはならないのである⁴⁴。

そして、事業として期間割りの居住契約の締結を提供する者は、利害関係のある当事者に対して説明書（Prospekt）を交付する義務を負わなければならない（BGB482 条 1 項）。この規定は、期間割りの居住権契約法・タイムシェア法 2 条に相当する。

上記の説明書は、建物やその基礎的な状況に関する一般的記載および民法施行法 242 条に基づく民法の情報提供義務に関する規則が定める記載事項を含まなければならない（BGB482 条 2 項）。また、期間割りの居住権契約の締結のための広告には、説明書を入手できること、およびどこで説明書を求めることができるかを示さなければならない（BGB482 条 4 項）。

以上の義務に違反する場合、その効果として、通常の撤回権行使の期間（2 週間）を定める規定（BGB355 条 1 項 2 文）によらずに、撤回権行使の期間が 1 ヶ月とされ（BGB485 条 3 項）、かつ、消費者は、書面作成の費用を支払う義務はなく、事業者に対して契約費用の賠償を求めることができる（BGB485 条 5 項 3 号）⁴⁵。

(b) BGB-InfoV2 条（情報提供義務およびその契約内容）

情報提供義務の詳細は、民法の情報提供義務に関する規則 2 条に規定されている。すなわち、説明書には、とくに居住建物の所有者や住所、利用権についての詳細、場合によっては、建設作業の状況、ならびに、利用権について支払われなければならない価額、経常費の査定基準などに関する情報が含まれていなければならない。さらに、説明書には、消費者の撤回権などについての情報が指示されていなければならない⁴⁶。

C．消費者信用

消費者消費貸借契約をはじめとする消費者信用が BGB491 条以下に規定されている。

消費者消費貸借契約とは、「貸主である事業者と借主である消費者との間における有償の消費貸借契約」をいう（BGB491 条 1 項参照）。ただし、支払われるべき消費貸借（純消費貸借金額）が 200 ユーロを超えないとき、使用者が自己の労働者との間で利息について合意し、その利息が市場利率を下回るとき、公法上の許認可決定または公的予算の出捐に基づく、居住用土地および都市計画上の助成の領域において、直接、助成資金を委託された公法上の施設と借主（である消費者）との間で利率が定められ、それが市場利率を下回るとき、のいずれかに該当する消費者消費貸借契約については BGB492 条以下の規定は適用されない（BGB491 条 2 項参照）。

2002 年の民法改正により、消費者消費貸借契約は、より厳密な形式が規定されていない限り、文書によって締結されるべきものとされている（書面方式の要求（BGB492 条 1 項 1 文））。そして、その効果として、書面方式が全体的に見て遵守されておらず、純貸付金額（BGB492 条 1 項 5 文 1 号）など、条文で要求されている記載がない場合には、消費者消費貸借契約および同契約の締結につき消費者が授与した代理権は、無効となる（BGB494 条 1 項）。消費者には、BGB355 条に基づく撤回権が認められている（BGB495 条）。

また、当座貸越信用について、貸越限度額などに関する信用機関の教示義務が規定されている（BGB493 条 1 項 2 文および 4 文）。分割払い取引については、現金払代価などの必要的記載事項およびその法的効果（無効）が規定されている（BGB502 条 1 項 1 文）。さらに、分割供給契約における書面方式の要求が、BGB505 条 2 項 1 文が規定されている。

D . パック旅行

上述のように（第 1 節 2 .(4)を参照）パック旅行指令による方式への最低限の要求と、旅行証書および旅行業者が自由に使わせる説明書に含まれていなければならない必要的記載事項（4 条 2 項）について、民法に規定されており（BGB651a 条 3 項 2 文）。その記載事項の具体的内容などについては、民法施行法 238 条に基づく民法の情報提供義務に関する規則に規定されている。契約締結をする前に、旅行主催業者は、情報を提供しなければならない（BGB-InfoV5 条）。

E . 消費者貸借仲介契約

消費者消費貸借契約とは、事業者が、報酬と引換えに消費者に対して消費者消費貸借契約を仲介し、または、消費者に対して消費者消費貸借契約を締結する機会をあっせんすることを試みる契約をいう（BGB655a 条 1 項参照）。このような契約には、とくに報酬について、書面方式が必要とされている（BGB655b 条 1 項 1 文および同 2 文）。その効果は、無効である（BGB655b 条 2 項）。なお、テキスト方式による通知を必要とする（BGB655b 条 4 項）。

F．信用機関の情報提供義務

「事務の処理を公に委託され、または、それを公に申し出た者」は、通例生じる標準的な事務処理のために、代価決定が BGB315 条（一方の当事者による給付の確定）に従ってなされず、または、報酬および負担が法律によって拘束力のあるものとして規定されている限りで、文書の方式または電子的方式で、無償で、事務処理の報酬および負担に関する情報」を与えなければならない（BGB675a 条 1 項 1 文参照）。

さらに、信用機関は、実行の期間、価値決定の時期、振込みの照会の相場、および、それ以外の、民法施行法 239 条に基づく民法の情報提供義務に関する規則 12 条が定める情報を、そこに予定された方式で与えなければならない（BGB675a 条 1 項 2 文参照）。上記の規則には、主に振替に関する具体的な情報が規定されている（BGB-InfoV12 条参照）。

(4) 不正競争防止法に関するルール

値引き、景品、贈答品のような、販売促進措置における情報の不足（UWG4 条 4 項）や、懸賞やくじ引きにおける情報の不足（UWG4 条 5 項）、さらには、誤認を生じさせる行為（UWG5 条）について、それぞれ事業者の不公正な競争行為として不正競争防止法の適用対象となる。その効果としては、これらの行為が不公正な行為とみることができるのであれば（UWG3 条参照）、差止請求権（UWG 8 条）、損害賠償請求権（UWG 9 条）、利得剥奪請求権（UWG 10 条）である⁴⁷。

なお、UWG8 条 3 項 2 号ないし 4 号で列挙されている団体には、差止請求権が認められている。しかしながら、競争事業者の属性を欠いていることから、上記のような団体には競争法上の損害賠償請求権（UWG9 条）は認められていない。損害賠償請求権は、たとえば、警告関係や契約関係のなかでの説明義務違反に基づく損害賠償請求権のように、競争法以外の法規範により生じうるにすぎない。とくに、警告にかかった費用は、償還を請求することはできるが、損害として請求することができるわけではない（UWG12 条 1 項 2 文参照）⁴⁸。

(5) その他の特別私法に関するルール

A．ドイツにおける金融制度

ドイツにおける金融制度は、銀行（信用機関）本体で、わが国における銀行業務（預金・融資・為替など）だけではなく、証券業務も営むことができるうえに、保険会社および金融サービス機関が、いわゆる金融業務を営むことができる。従来、銀行業については信用制度監督庁（Bundesausichtamt für das Kreditwesen）が、保険業務については保険監督庁（Bundesaufsichtamt für das Versicherungswesen）が、証券取引については証券取引監督庁（Bundesaufsichtsamt für das Wertpapierhandel）が、それぞれ監督していた。

しかしながら、金融業務の複雑化や高度化に対処するために、統合金融業務監督法に基づき、金融業務監督庁（Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht（以下、「BaFin」

とする。)が2002年5月1日に設立された。これにより、ドイツにおいて、はじめて統一的な連邦政府による、すべての金融機関の監督庁が誕生することとなった。その対象となる金融機関は、2003年7月28日現在では、銀行(信用機関)約2400、金融サービス機関が約800、保険会社が700の金融機関がBaFinの監督を受けている⁴⁹。

以上の点をふまえたうえで、保険業務と証券取引について、情報提供義務に関する規定を見ていくことにする。

B．保険業務

保険者は、保険契約者に対して、保険の申込みに際して保険約款を交付していなかった、または、保険監督法(Versicherungsaufsichtsgesetz)(以下、条文引用の際には「VAG」とする。)10a条による消費者情報(Verbraucherinformation)を提供していなかった場合には、保険証券、保険約款、または、その他の、契約内容にとって重要な消費者情報に基づいて、保険契約者が14日以内に、テキスト形式で文書による交付により異議申立てをしない場合には、当該契約は締結されたものとみなされる(VVG5a条1項1文参照)。なお、生命保険の場合、異議申立期間は30日である(VVG5a条1項2文)。

なお、保険会社は、保険契約者(この者が自然人である場合)が、消費者情報のなかで、保険関係にとって重要な諸事実および諸権利について、保険契約の締結前または保険契約の契約期間中、付表D(Anlage Teil D)(*たとえば、第1節(Abschnitt I)では、保険契約を締結する前に、保険者の名前、住所、法形式および所在地などの情報が保険会社によって提供されなければならない旨が定められている)に準じて情報を得ている(unterrichten)ことを保証しなければならない(VAG10a条1項1文)。また、消費者情報は、書面で、通信取引契約の場合にはテキスト形式で提供され、かつ、消費者情報は、明確に書式化され、整然と区分され、わかるようにドイツ語または保険契約者の母語で書かれていなければならない(VAG10a条2項)。

C．証券取引

(a) 証券投資サービス業者の行為規制

証券取引について、「証券投資サービス業者(Wertpapierdienstleistungsunternehmen)」⁵⁰の行為規制が、証券取引法31条以下(一般行為規則(WpHG31条)、特別行為規則(WpHG32条)など)に定められている⁵¹。

証券取引法における「証券投資サービス業者」とは、銀行(信用機関)、金融サービス機関(Finanzdienstleistungsinstitute)および信用制度法53条1項1文にしたがって活動する企業であって、証券投資サービス業務(Wertpapierdienstleistungen)(WpHG2条3項)(以下、「証券業務」とする。)のみを、または、これに付随する証券投資サービス業務(Wertpapiernebenleistungen)(WpHG2条3a項)(以下、「証券付随業務」とする。)とともに証券業務を、業として行うもの、または、通常の商人としての方法で行われてい

る営業活動が必要とする範囲で行うものをいう（WpHG2 条 4 項）⁵²。

証券投資サービス業者は、証券業務を行う際に、法律で定められたいくつかの行為義務を遵守しなければならない。とくに、顧客が、「金融市場商品(Finanzinstrumenten)」⁵³の買取りもしくは販売を銀行に注文するとき、または、銀行が、他人のために自己勘定で金融市場商品を購入もしくは売却するとき、証券投資サービス業者の行為義務について定められた上記の規定が適用される⁵⁴。

（b）WpHG31 条（一般行為規則）

証券投資サービス業者の証券業務に対する行為規制について定めた証券取引法 31 条以下の規定は、1994 年 7 月 26 日の第二次資本市場振興法⁵⁵により制定されたものであるが⁵⁶、同時に、証券取引法 31 条は、証券分野における投資サービス指令（上述の第 2 節 2 .(6)を参照）11 条が国内法化されたものでもある⁵⁷。

証券取引法 31 条などに定められた義務の具体化は、監督官庁によって行われる。つまり、監督官庁は、証券取引法 35 条 4 項 1 文により、ガイドライン(Richtlinie)を作成することができる。これにより、証券取引法 31 条などの規定の要件が満たされているかどうかを、証券取引に関わる監督官庁（現在では BaFin）が判断してきた⁵⁸。たとえば、2001 年 8 月 23 日には、委託取引、他人のための自己勘定取引、および、仲介取引についての証券取引法 31 条および同 32 条の具体化に関するガイドライン（「2001 年 8 月 23 日付けの、証券投資サービス業者による委託取引、他人のための自己勘定取引および仲介取引に関する WpHG31 条および WpHG32 条の具体化に関する WpHG35 条 6 項によるガイドライン(良心的行為に関するガイドライン(Wohlverhaltensrichtline)（以下、「ガイドライン」とする。）」⁵⁹を公表した。もっとも、裁判所はこれらの規範に拘束されることはない⁶⁰。

契約に基づく請求権、とくに、誤った助言を理由とする契約に基づく請求権は、証券取引法 31 条や証券取引法 32 条から、必ずしも直接に導かれるわけではない。契約に基づく請求権が直接に導かれるための要件は、当事者が助言契約を締結していたという点であるが、このことは、推断される。しかしながら、この場合には、不法行為に基づく損害賠償請求権が問題となる⁶¹。

たしかに、行為規則が保護法規として(Schutzgesetze)性質決定されるかどうかははっきりと明言されたことは一度もない。判例では、証券取引法 31 条と証券取引法 32 条で理解される義務の性質に関する問題が未解決のままにされてきた⁶²。しかしながら、法律上の義務が、顧客と銀行との間の関係を決定し、顧客の個人的利益を保護しようと試みていることが推断される。そのため、利益擁護義務違反、照会義務違反および説明義務違反は、不法行為に基づく損害賠償請求権の根拠となる（BGB823 条 2 項参照）。この場合の損害賠償請求権は、3 年で時効消滅する（BGB37a 条参照）。故意に誤った投資助言をしたことから生じる損害賠償請求権については、不法行為に基づく通常の消滅時効期間（BGB199 条 3 項により、10 年（1 号）または 30 年（2 号）⁶³）に従う⁶⁴。

(c) WpHG31 条 2 項 1 文 2 号 (情報提供義務)

証券投資サービス業者の情報提供義務に関する規定は、証券取引法 31 条 2 項 1 文 2 号である。すなわち、証券投資サービス業者は、「顧客の利益を守るために、および、意図された取引の種類や規模を考慮して必要とされる限りで、顧客に対して、目的に適ったあらゆる情報を伝える義務」を負わなければならない。

もっとも、証券取引法 31 条 2 項 1 文 2 号にいう説明義務(Aufklärungspflicht)は、情報を伝える義務もしくは助言をする義務とは区別されなければならない。すなわち、通知請求権(Auskunftsanspruch)は、諸々の情報の入手を目的とし、その発生根拠は助言契約である。

これに対して、証券取引法 31 条 2 項 1 文 2 号にいう説明義務の場合、とくに、期待していたことが起こらなかった情報(ausgebliebene Information)が問題となる。つまり、顧客がそのような情報に基づいて自らの行動を調整していたが、情報に基づく出来事が起こらなかったことによって、その顧客に不利益が生じた場合、この情報が問題となるのである。証券取引法 31 条 2 項 1 文 2 号は、そのような情報に関する説明義務を発生させるにすぎない。履行、すなわち、情報の提供を求めることができる情報提供請求権とは異なり、証券取引法 31 条 2 項 1 文 2 号にいう説明義務は、損害賠償請求権を主張するための法的根拠として用いられるにすぎない⁶⁵。

(d) WpHG37d 条 (金融先物取引における情報)

業として、もしくは、通常の商人としての方法で行われている営業活動が必要とする範囲において金融先物取引を結ぶ、または、そのような取引に対して購入、売却、仲介、もしくは保証を行う企業は、そのような取引の契約を締結する前に、消費者に対して、書面で情報を提供する義務を負っている(WpHG37d 条 1 項参照)。そして、このような義務に違反した場合の効果として、上記の企業は、消費者に対して、当該義務違反より生じる損害を賠償する義務を負わなければならない(WpHG37d 条 4 項 1 文)。また、上記の企業が、そのような義務を履行したか否かが争われている場合には、その立証責任は上記企業にある(WpHG37d 条 4 項 2 文)。損害賠償請求権は、この請求権が成立したときから 3 年をもって消滅時効にかかる(WpHG37d 条 4 項 3 文)。ただし、上述の証券取引法 31 条 2 項 1 文 2 号による説明義務の適用を妨げることはない(WpHG37d 条 5 項)。

第 3 節 不招請勧誘⁶⁶

1. 法律上の根拠

(1) EC 指令

Directive 97/7/EC (通信取引指令) Article 10
Directive 97/66/EC (電気通信分野における個人データ保護指令) Article 12
Directive 1999/44/EC (消費財動産売買指令) Article 9
Directive 2000/31/EC (電子商取引指令) Article 7
Directive 2002/58/EC(電子通信分野における個人データ保護指令)Article 13(1), 13(2), 13(3) and 13(4)
Directive 2002/65/EC (通信金融サービス指令) Article 10
Directive 2005/29/EC (不公正商慣行指令) Article 5(1), Annex I (25) and (26)

(2) 法律

A . 一般私法

BGB119 条 (錯誤)
BGB123 条 (詐欺または強迫)
BGB134 条 (法律上の禁止に反する法律行為)
BGB138 条 (公序良俗違反)
BGB241a 条 (注文されていない給付)
BGB242 条 (信義則)
BGB311 条 2 項 (契約締結上の過失責任)
BGB312 条 (訪問販売における撤回権)
BGB661a 条 (懸賞当選通知)

B . 特別私法

UWG3 条 (不正競争の禁止)
UWG7 条 (過大な迷惑)
UWG 8 条 (侵害除去および差止めの請求)
UWG 9 条 (損害賠償請求)
UWG 10 条 (利得剥奪請求)

2 . 適用範囲

前節の、適合性原則に関する問題と同様、「契約法に適用される一般ルール」として、公序良俗違反 (BGB138 条) に基づく責任を問う余地がないわけではないが、現実問題としてどの程度効果があるか疑わしい。錯誤 (BGB119 条)、詐欺または強迫 (BGB123 条)、法律上の禁止に反する法律行為 (BGB134 条)、信義則 (BGB242 条) や契約締結上の過失責任 (BGB311 条 2 項) についても、同様である。

その他に、「消費者契約における特別なルール (消費者保護に関するルール)」として、注文されていない給付 (BGB241a 条)、訪問販売 (BGB312 条) および懸賞当選通知 (BGB661a 条) がある。

また、「不正競争防止法に関するルール」として、当該行為が「過大な迷惑」(UWG7 条) として、不公正な行為であるとみることができるのであれば (UWG3 条参照)、その効果として、差止請求権、損害賠償請求権または利得剥奪請求権 (UWG8 条ないし UWG10 条) による法的救済を考えることができる。

他方、「不招請勧誘」の一つとして位置づけられる、電話、ファックスおよびメールによる勧誘についてもまた、主に裁判例を通じて法規制が行われてきた。従来の判例法理によると、電話、ファックス、ビデオテックスを使用した不招請勧誘は原則として禁止され、受信者が事前に同意を与えた場合のみ許される（Opt-in方式）。これに対して、郵便やチラシによる不招請勧誘は、原則として自由であり、受信者が明確に拒絶の意思を表明した場合のみ勧誘が禁止される（Opt-out方式）⁶⁷。そして、そのような裁判例の集積の結果、不正競争防止法の改正により、UWG7条が新設（2004年7月3日に成立、同年7月8日に施行）された経緯がある⁶⁸。

そこで、以下では、まず、EC指令による法規制を時系列に追っていくとともに、「消費者契約における特別なルール（消費者保護に関するルール）」として、BGB241a条およびBGB661a条を、「不正競争防止法に関するルール」として、UWG7条について検討する。なお、BGB312条についてはすでに触れたので（第2節3.(2)A.(a)を参照）、ここでは詳述しない。

3. 内容

(1) EC指令による法規制

A. 通信取引指令10条(Directive 97/7/EC)

通信取引指令10条では、自動音声装置を用いた電話勧誘、ならびに、ファックスによる勧誘について、消費者の事前の同意が必要であると規定されている（1項：Opt-in方式）。他方、上記以外の通信手段を使用した勧誘、すなわち、郵便、通常の電話（自動音声装置を使用しない電話勧誘）、Eメールなどによる勧誘については、原則として自由（消費者の同意は不要）であり、例外として消費者が明確に拒絶した場合にのみ、勧誘が禁止されていた（2項：Opt-out方式）⁶⁹。

以上のようなダブルスタンダードが採用されたのは、不招請勧誘の規則について、各加盟国の考えに相当な開きがあり、自動音声装置とファックスによる勧誘の規則のみ、合意が得られたためである。したがって、通常の電話での不招請勧誘を許容する通信取引指令10条2項は、電話勧誘を原則禁止とするドイツの判例法理⁷⁰とは真っ向から対立することになる。また、ドイツの立法者は、Eメールによる不招請勧誘を、電話勧誘と同様に禁止すべきであると考えていた。それゆえ、従来からの判例法理を維持するために、2000年に成立した通信販売法では、通信取引指令10条に相当する規定は設けられなかった⁷¹。

B. 電気通信分野における個人データ保護指令12条(Directive 97/66/EC)

電気通信分野における個人データ保護指令12条では、自動音声装置もしくはファックスを使用した勧誘についてOpt-in方式が定められており（1項）、また、（自動音声装置を使用しない）電話での勧誘についてOpt-in方式とOpt-out方式のいずれを採用するかを加盟

国の選択に委ねられていた（2項）⁷²。

C . 電子商取引指令 7 条(Directive 2000/31/EC)

電子商取引指令 7 条は、メールでの不招請勧誘を認める加盟国に対して、以下の措置を講じる義務を負わせていた。すなわち、第一に、勧誘目的のメールであることを事業者に明示させるための措置を講じる義務を負わせ、第二に、事業者にロビンソンリスト（メールの受信を拒絶した顧客のリスト）を作成させるとともに、それを遵守させるための措置を講じる義務を、上記の加盟国に負わせていた。したがって、電子商取引指令では、不招請勧誘メールを許容する国と許容しない国があることが前提になっている。つまり、電子商取引指令は、Eメール勧誘について Opt-out 方式の採用を加盟国に強制していないことになる。したがって、ドイツの立法者はメール勧誘を原則として禁止する Opt-in 方式を支持していたので、電子商取引指令 7 条の国内法化は見送られた⁷³。

D . 電子通信分野における個人データ保護指令 13 条 1 項(Directive 2002/58/EC)

電子通信分野における個人データ保護指令 13 条は、自動音声装置やファックスを使用した勧誘とともに、Eメールによる勧誘についても Opt-in 方式によると定める（1項）。つまり、Eメールによる勧誘は原則として禁止となり、受信者が事前に同意をした場合にのみ、例外として許される。これにより、上記指令の適用範囲におけるメール勧誘について、Opt-in 方式が加盟国に義務づけられることになっている⁷⁴。

E , 通信金融サービス指令 10 条 2 項(Directive 2002/65/ EC)

通信金融サービス指令 10 条は、自動音声装置とファックス以外の通信手段を使用した勧誘、すなわち、電話やEメールでの勧誘について、Opt-in 方式と Opt-out 方式のいずれを採用するかを加盟国の選択に委ねている（2項）。したがって、通信サービス領域におけるメール勧誘について、Opt-in 方式が採用可能であることが明らかとなっている⁷⁵。

F . 不公正商慣行指令(Directive 2005/29/EC)

不公正商慣行指令の付表(Annex) I（「いかなる事情においても不公正とされる商慣行」）26号には、攻撃的な商慣行として、「国内法上、契約上の債務の履行の強制が正当化される条件および範囲内において、電話、ファックス、電子メールその他の遠隔通信方法により執拗かつ不招請の勧誘をなすこと。ただし、指令 97/7/EC 第 10 条、指令 95/46/EC、および指令 2002/58/EC の適用を妨げない。」と規定されている。

(2) 消費者契約における特別なルール（消費者保護に関するルール）

A . BGB241a 条（注文されていない給付）

消費動産売買指令 9 条の国内法化によって、ドイツ民法典に組み込まれた本条は、新

たな濫用的な商慣行を遮断することを目的としている。事業者は、商品を消費者に送り、消費者がその商品に関心をもってもらうか、少なくともその商品を返送せずに、暗黙のうちに契約を締結して欲しいと願うが、このような慣行は、リスクが訪問販売の状況とかなり類似している限りで、濫用的とみなされる。すなわち、消費者は、合理的な判断をする必要性を考慮に入れず、望んでいない商品を実際に使用したり、消費したりすることで負うことになる義務の影響力を理解できないことが多い⁷⁶。そのために、本条のような規定が存在する。

注文されていない給付が送られてきた場合、事業者の消費者に対する法律上の請求権も契約上の請求権も認められない（BGB241a 条 1 項参照）。所有権に基づく返還請求権（BGB985 条）または不当利得に基づく返還請求権（BGB812 条）が認められるか否かは争いがある。また、給付が、受領者のためのものと予定されていなかった、または、注文の誤った表象のもとになされた場合、かつ、受領者がこのことを知り、または、取引上必要とされる注意をしていればこれを知ることができたであろう場合、事業者には、所有権に基づく請求権（BGB985 条以下）、不法行為に基づく請求権（BGB823 条以下）、不当利得に基づく請求権（BGB812 条以下）が認められる。ただし、消費者は、返送義務を負わない。消費者は、事業者に対して、差止訴訟法に基づく請求権（差止請求権（Uk1aG2 条 1 項および 2 項 2 号）、通知請求権（Uk1aG13 条、13a 条））が認められる⁷⁷。

B . BGB661a 条（懸賞当選通知）

1990 年代に、新たな濫用的な商慣行が事業者によって広く悪用された。事業者は、消費者に対して懸賞に当選した旨の通知を送り、その者が当選したという誤った情報を伝える。しかしながら、当選賞品を受け取るためには、事業者から別の商品を（たいていは通信販売によって）注文しなければならない、と事業者にいわれる。実際には、消費者は当選していない。それだけではなく、消費者には追って当選するチャンスもない。消費者が、すでに当選していた（当選商品は金銭であることが多い）という情報によって説得され、その消費者は、事業者から別の商品を注文するために、予期していなかった金銭（当選賞品）の一部を費やした方がよいと考える。そして、事業者は、通信取引契約に則って行動し、代金を請求するが、残念ながら消費者は抽選によって当選していなかった、と伝える⁷⁸。このような被害を救済するために、本条が規定された。

このような場合、消費者が通知を受け取ることで、懸賞当選通知の履行を求める権利が消費者に発生する。給付障害の場合には、BGB280 条以下または同 311a 条の規定が適用される。また、金銭の代わりに損害賠償を請求することができる（BGB280 条 3 項もしくは同 311a 条 2 項参照）⁷⁹。

（3）不正競争防止法に関するルール

不正競争防止法 7 条は、迷惑行為の禁止についての要件を規定している。まず、一般条

項的な広い原則が含まれており、市場参加者に受忍を求めることができない仕方で迷惑をかけることは、不正となる。受忍を求めることができるか否かは、原則として、一定の広告ないしマーケット方法のやり方から、明らかにされる（UWG7条1項）。

次に、受忍を求めることができない迷惑となるのは、とくに、広告あるいはマーケティングが受領者の認識可能な意思に反して行われている場合である。広告およびマーケティングは、それが受領者の明示された、あるいは認識可能な意思に反している場合には、不正となる（UWG7条2項）⁸⁰。

さらに、電話勧誘についても規定されている（UWG7条2項2号）。連邦参議院に対抗して、連邦政府および連邦議会では、消費者に対する電話勧誘について、厳格な Opt-in 方式を維持し、明示的ないし推断的な事前の同意を必要とするこれまでの判例を法典化することが主張された。ただし、事業者に対しては、推定的 (mutmaßlich) 同意で十分であるとされた⁸¹。また、Opt-in 方式が自動電話機、ファックスまたは電子メールの利用による広告にも妥当する。しかも、「名宛人 (Adressaten)」という表現のみを用いているので、消費者にも事業者にも同様に妥当する（UWG7条2項3号）。もっとも、電子メールを利用した広告は、一定の要件に、とくにすでに行われた売買との関係で、そのアドレスを獲得するときには、許容されている（UWG7条3項）。不正競争防止法7条3項は、同法7条2項4号と同様に、電子通信分野における個人データ保護指令13条が国内法化されたものである。

以上の要件に適用される場合には、不正競争防止法3条の意味での不正な行為にあたり、差止請求権（UWG8条）、損害賠償請求権（UWG9条）および利得剥奪請求権（UWG10条）が生じる。

第4節 適合性原則⁸²

1. 法律上の根拠

(1) EC指令

Council Directive 93/22/EEC（証券分野における投資サービス指令）Article 11(1)-4

(2) 法律

A. 一般私法

- BGB119条（錯誤）
- BGB123条（詐欺または強迫）
- BGB134条（法律上の禁止に反する法律行為）
- BGB138条（公序良俗違反）
- BGB242条（信義則）
- BGB311条2項（契約締結上の過失責任）
- BGB823条（不法行為に基づく損害賠償義務）
- BGB826条（良俗に反する故意による加害に基づく損害賠償義務）

B . 特別私法

UWG3 条 (不正競争の禁止)
UWG4 条 2 号 (不正競争類型)
UWG 8 条 (侵害除去および差止めの請求)
UWG 9 条 (損害賠償請求)
UWG 10 条 (利得剥奪請求)
WpHG31 条 2 項 1 文 1 号 (一般行為規則)
WpHG32 条 1 項 1 号 (特別行為規則)

2 . 適用範囲

そもそも「適合性原則(suitability rule)」という用語はドイツ法には存在しないようである。私的自治の原則により、当事者はあらゆる主体と締結することも、あらゆる状況下で締結することも、一般には可能である。したがって、「契約法に適用される一般ルール」としては、ある契約が公序良俗に反する場合にのみ、その契約を無効とすることができるにすぎない。つまり、一方の当事者が状況を濫用し、自分の身を守ることができない他方の当事者に対して、一方的に契約締結を強要するときには、その契約は無効となる (BGB138 条参照)。もっとも、このルールは極端なケースのために予定されているものであり、適用されるためのハードルはきわめて高い。したがって、BGB138 条違反が訴訟で主張されても、実際にこれが認められるのはごく稀にしかすぎないことになる。

同様に、錯誤 (BGB119 条)、詐欺または強迫 (BGB123 条)、法律上の禁止に反する法律行為 (BGB134 条)、信義則 (BGB242 条)、契約締結上の過失責任 (BGB311 条 2 項)、不法行為に基づく損害賠償義務 (BGB823 条)、または、良俗に反する故意による加害に基づく損害賠償義務 (BGB826 条) も、ここでの議論に関連する規定として考えることができるが、いずれも、実効性という観点からは、その有効性に疑問を禁じ得ない。

また、「不正競争防止法に関するルール」として、不正競争防止法の規定が、消費者、とくに児童または未成年の取引上の無経験、軽率、不安または強制状態を利用する競争行為が、事業者の不公正な競争行為に適用されることがあり (UWG4 条 2 号参照) さらに、「その他の特別私法に関するルール」として、証券取引法の規定が、証券取引に適用されるにすぎない。そこで、以下では、これらの法律の規制について簡単に解説する。

3 . 内容

(1) 不正競争防止法に関するルール

会話や取引が苦手な人の取引上の無経験、軽率、不安または強制状態を利用する競争行為が、事業者の不公正な競争行為に適用されることがある (UWG4 条 2 号参照) たとえば、経験のない者についやす宣伝行為や販売行為、新聞において有料の電話サービスを児童に勧めること、さらに、強制移住者のための一時的な住居の販売の催しで、その者の無知や

未経験を利用することは、競争違反にあたる⁸³。ここでは、過剰な勧誘や心理的な購入強制の観点から、個別に決定自由権の侵害、たとえば経験の欠如の利用にいたる場合にのみ、考慮されることになる⁸⁴。その効果としては、上記の行為が不公正な行為とみることができるのであれば（UWG3条参照）、差止請求権（UWG8条）、損害賠償請求権（UWG9条）および利得剥奪請求権（UWG10条）が生じる。

（２）証券取引法に関するルール

A. 「助言義務」概念

証券取引では、投資家に不適合な金融商品が勧誘された場合に、証券業者に対して損害賠償責任が課せられている。とくに1990年代以降、投資家保護を実現するための有用な概念として注目されるようになった「助言義務(Beratungspflicht)」が、適合性原則との関係で重要な概念として理解されている。

すなわち、上述のように（第2節3.(5)C.を参照）、ドイツでは「助言義務」は「説明義務(Aufklärungspflicht)」とは別個の概念として位置づけられている。「説明義務」とは、投資決定に不可欠となる重要な事実（情報）を投資家に知らせる義務のことをいう。したがって、金融商品特有のリスクを投資家に知らせることが、説明義務の主たる内容となっている。他方、「助言義務」とは、単なる事実の告知に止まらず、多様な情報に基づいて専門家として一定の判断を下すことをも内容としている。つまり、投資家の知識や経験、投資目的、財産状態、金融商品の構造やリスクなどを考慮して、特定の金融商品に関して適切な評価を下すのが「助言義務」である、とされている⁸⁵。

また、ボンド判決⁸⁶により、「投資家に適した助言」「投資対象に適した助言」というルールが確立し、「助言義務」は、投資家保護のために重要な役割を果たしている。また、ディスクアウントブローカーの台頭により⁸⁷、業者が免除あるいは軽減される義務の範囲を画定するための概念として、「助言義務」概念はその有用性が再評価されるようになった。学説上、助言義務と説明義務とを区別することは、一般に認められている⁸⁸。

A. WpHG31条2項1文1号（顧客情報調査義務）

証券取引法31条以下には証券業者の行為義務に関する規定が設けられている。たとえば、証券取引法31条2項1文は、同1号で「顧客情報調査義務(Explorationspflicht)」を、また、同2号で「情報提供義務」を証券業者に課している。証券取引法31条2項1文1号により、顧客の知識と経験、財産状態、投資目的について顧客に質問をする義務が証券業者に課せられている。この義務は、ボンド判決ルールにおける「投資家に関する調査義務」と同じ内容である⁸⁹。

銀行は、顧客に対して、意図された取引における経験または知識、および、その取引のリスクに対する準備について、申告を要求しなければならない（WpHG31条2項1文1号）。調査は、一般的な助言と混同してはならない。調査は、最初に一般的な助言の用意をして

いなければならない、それゆえ、取引の締結前に行われなければならない。銀行は、顧客の個人的な事情にあわせて推奨を行う状態に置かれる。ガイドラインにあわせた解釈によれば、銀行は、知識も経験も尋ねなければならない。しかしながら、これと関連して、推奨の正しさを吟味する証券投資サービス業者の義務は存在しない。顧客の代わりに（任意）代理人または間接代理人が取引を行う場合には、知識や経験に関して、当該代理人の知識や経験が考慮される（BGB166条、ガイドライン(B.2.3)⁹⁰）⁹¹。

ところで、1998年の改正によって、投資助言は、証券取引法2条3a項3号において、「証券付随義務」に位置づけられている。さらに、同年の改正は、証券取引法31条2項1文1号において、顧客情報収集義務が課せられる取引として、新たに証券付随義務が付け加えられた。これによって、顧客情報収集義務によって収集された顧客情報は、同条2項1文2号の情報提供義務（説明義務）のために利用されるだけでなく、証券付随義務としての投資助言のためにも利用されることが条文中において明確になった。しかしながら、助言義務の成立要件やその内容については、証券取引法には何ら規定されていない。したがって、これらについては従来の判例法理に委ねられることになる⁹²。

B . WpHG32条1項1号（顧客の利益に反する推奨の禁止）

次に、証券取引法32条1項1号は、顧客の利益に反する推奨(Empfehlung)を禁止している。推奨は助言の一種であり、いわば強度の助言といえる。助言が専門家としての判断を示すことのみを指すのに対して、推奨には具体的な提案という意味が含まれている。顧客の利益は、証券取引法31条2項1号によって収集された顧客情報によって判断される。したがって、証券取引法32条1項1号は、顧客の知識、経験、投資目的、財産状態などを考慮して、これに適合しない金融商品の推奨を禁止していることになる⁹³。もっとも、顧客に適合した金融商品を推奨する義務（いわゆる推奨義務）が証券業者に課せられているか否かは争いがある。証券取引法は、証券取引法32条1項1号で顧客に適合しない推奨を禁止しているにすぎないことから、積極的に顧客に適合した金融商品を推奨する義務を課しているのか明確ではない。

¹ 本節の記述は、Mary-Rose McGuire, Verbraucherschutzrecht in Deutschland, 2006, ders., Consumer Protection under German Law, 2006. に負うところが大きい。もっとも、必ずしも逐語的に訳出を試みたものではない。

² McGuire, Consumer Protection under German Law, p.1.

³ McGuire, Consumer Protection under German Law, p.1.

⁴ McGuire, Consumer Protection under German Law, p.2.

⁵ Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999

on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees = Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171 S. 12).

⁶ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (= Directive on electronic commerce) = Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr") (ABl. EG Nr. L 178 S. 1).

⁷ Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions (= Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Abl. EG Nr. L 200 S. 35).

⁸ McGuire, Consumer Protection under German Law, p.1.

⁹ McGuire, Consumer Protection under German Law, p.2.

¹⁰ McGuire, Consumer Protection under German Law, p.2. なお、EU法起源ではなく、EU司法裁判所による先例に導かれた例として BGB661a 条の懸賞当選通知に関するルールがある。

¹¹ McGuire, Consumer Protection under German Law, p.2.

¹² McGuire, Consumer Protection under German Law, p.2.

¹³ Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises = Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (ABl. EWG Nr. L 372 S. 31).

¹⁴ Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit = Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (ABl. EWG Nr. L 42 S. 48).

¹⁵ この点につき、角田美穂子「ドイツ消費者信用契約における書面方式の要求 消費者消費貸借契約、分割払取引、当座貸越信用を中心に」クレジット研究 30 号 29 頁以下(2003 年)を参照。

¹⁶ この点につき、丸山絵美子「ドイツ消費者信用契約における撤回・返品制度」クレジット研究 30 号 77 頁以下(2003 年)を参照。

¹⁷ Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours = Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen (ABl. EWG Nr. L 158 S. 59).

¹⁸ この点につき、高橋弘「資料 EC加盟国の国内法におけるパック旅行に関する指令九〇/三一四/EECの施行に関する報告(一)」広法 27 巻 2 号 363 頁以下(2003 年)を参照。

¹⁹ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts = Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. EWG Nr. L 95 S. 29).

²⁰ この点につき、潮見佳男 = 角田美穂子「不当条項リストをめぐる諸問題」河上正二ほか『消費者契約法 - 立法への課題 - 』別冊 NBL54 号 166 頁以下(1999 年)。

²¹ Council Directive 93/22/EEC of 10 May 1993 on investment services in the securities field = Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10. Mai 1993 über Wertpapierdienstleistungen (ABl. EWG Nr. L 372 S. 27)

なお、本指令は、Richtlinie 2004/39/EG Art. 69 により、2006 年 4 月 30 日の施行をもって廃止される。

²² Directive 94/47/EC of the European Parliament and the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis = Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien (ABl. EG Nr. L 280 S. 83).

²³ Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts = Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz - Erklärung des Rates und des Parlaments zu Artikel 6 Absatz 1 - Erklärung der Kommission zu Artikel 3 Absatz 1 erster Gedankenstrich (ABl. EG Nr. L 144 S. 19).

²⁴ 通信取引指令とドイツでの国内法化の動きについて、谷本圭子「EU通信取引指令とドイツでの対応」鹿野菜穂子 = 谷本圭子編『国境を越える消費者法』101 頁以下(日本評論社、2000 年)を参照。

²⁵ 川地宏行「電子商取引における不招請勧誘と契約締結をめぐるドイツ法の動向」クレジット研究 32 号 299 頁(2004 年)。

²⁶ 同指令は、(1)支払モラルを改善するために、金銭債務の債務者が履行遅滞に陥る場合を認めやすくするとともに、(2)効果面で遅延利息を適度に高度化し、さらに、(3)金銭債務の支払いをめぐる契約条項のうち、債権者に著しく不利なものを無効化することを企図したものであるところ、これを国内法へと転換すべく民法典に取り込む形で、BGB286 条〔履行遅滞〕(旧 BGB284 条)と BGB288 条〔遅延利息〕(旧 BGB288 条)の改正がされた。この点につき、潮見佳男「ドイツ民法の現代化と日本民法解釈学」民商 131 巻 4・5 号 606 頁脚注(28)(2005 年)を参照。同指令の詳細については、潮見佳男「EUとドイツにおける支払遅滞制度の変革」國井和郎還暦記念『民法学の軌跡と展望』167 頁以下(日本評論社、2002 年)がある。

²⁷ Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC = Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG (ABl. EG Nr. L 271 S. 16).

²⁸ この点につき、小野秀誠「通信販売と金融サービス給付」際商 32 巻 4 号 448 頁以下(2004 年)を参照。

²⁹ 小野・前掲注 27「通信販売と金融サービス給付」448 頁。

³⁰ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council (Unfair Commercial Practices Directive) = Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004

des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) (ABl. EG Nr. L 149 S. 22).

³¹ 角田美穂子「欧州における競争法の動向 2004年ドイツ不正競争防止法と2005年EU不公正商慣行指令」クレジット研究35号127頁(2005年)。

³² 以上の脚注で引用した各文献も含めて、「情報提供義務に関する文献」として以下のものを参照した。

岡林伸幸「通信販売における契約締結の際の消費者保護に関する指針」名城48巻3号175頁(1998年)、米丸恒治「ドイツにおける消費者保護法とネット取引」法律のひろば52巻2号31頁以下(1999年)、潮見佳男「ドイツにおける情報提供義務論の展開(一)~(三・完)」論叢145巻2号1頁、145巻3号1頁、145巻4号1頁(1999年)〔同『契約法理の現代化』142頁以下(有斐閣、2004年)所収〕。谷本・前掲注24「EU通信取引指令とドイツでの対応」鹿野菜穂子=谷本圭子編『国境を越える消費者法』97頁以下、今西康人「ドイツ民法典の一部改正と消費者法 消費者、撤回権等の基本概念に関する民法規定の新設について」関法50巻5号200頁以下(2000年)、ハンス・ユルゲン・アーレンス(訳)中田邦博「電子商取引(インターネット取引)に関するEC指令(上)(下)」NBL715号26頁以下、719号65頁以下(2001年)〔川角由和ほか編『ヨーロッパ私法の動向と課題』425頁(日本評論社、2003年)所収〕、米丸恒治「EU情報社会サービス基盤法制とその課題」立命276号1頁以下(2001年)、神作裕之「第4次資本市場振興法案について」金融法研究18号122頁以下(2002年)、窪田充見「電子商取引指令のドイツ国内法化」NBL762号16頁以下(2002年)、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』(信山社、2003年)、山本豊「ドイツ法における消費者信用契約の範囲」クレジット研究30号8頁、特に20頁(2003年)、角田・前掲注15「ドイツ消費者信用契約における書面方式の要求 消費者消費貸借契約、分割払取引、当座貸越信用を中心に」27頁、丸山・前掲注16「ドイツ消費者信用契約における撤回・返品制度」76頁以下、高橋・前掲注18「資料 EC加盟国の国内法におけるパック旅行に関する指令九〇/三一四/EECの施行に関する報告(一)(二・完)」広法27巻2号361頁(2003年)、27巻4号225頁(2004年)、川地宏行「通信販売における情報提供義務とクーリングオフ」専法89巻57頁以下(2003年)、日本証券経済研究所編『ドイツ第四次資本市場振興法の概要』(日本証券経済研究所、2005年)、丸山絵美子「ホーム契約に対する規制と契約法の一般理論・社会福祉サービス制度との関係 現行ドイツホーム法との比較を通して」専法93号105頁、特に113頁以下(2005年)、中田邦博「ドイツ不正競争防止法の新たな展開 新UWGについて」立命298号250頁以下(2005年)、平田健治「EU契約法と消費者保護 2004年のコミッション通知と2005年の不正取引手段指令」阪法55巻2号313頁以下(2005年)、角田・前掲注29「欧州における競争法の動向」126頁以下。

さらに、欧文文献としては以下のものを参照した。

Markus Stöterau, Informationspflichten beim Wertpapierhandel nach §31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WpHG, Diss. Kiel, 2003.

Franz Clemens Leisch, Informationspflichten nach §31 WpHG, 2004.

Hans-W. Micklitz(Hrsg.), Verbraucherrecht in Deutschland - Stand und Perspektiven, 2004.

Caroline Meller-Hannich, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht, Habli. Bonn, 2005.

Cornelius Matutis, UWG Praktikerkommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2005.

Thomas Wilmer / Harald J. Th. Hahn, Fernabsatzrecht mit Finanzdienstleistungs-, Versicherungs- und Haustürgeschäfterecht, 2. Aufl., 2005.

Peter Bülow / Markus Artz (Hrsg.), Handbuch Verbraucherprivatrecht, 2005.

Rüdiger Martis / Alexder Meinhof, Verbraucherschutzrecht, 2. Aufl., 2005.

-
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Aufl., 2006.
- Hefermehl / Köhler / Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl., 2006.
- Siegfried Kümpel / Rüdiger Veil, Wertpapierhandelsgesetz, 2. Aufl., 2006.
- Thomas Königshofen / Claus D. Ulmer, Datenschutz-Handbuch Telekommunikation, 1. Aufl., 2006.
- Christoph Jeloschek, Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law, 2006.
- Hans-Leo Weyers / Manfred Wandt, Versicherungsvertragsrecht, 3. neubearb. Aufl., 2006.
- Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 11. Aufl., 2006.
- ³³ 角田美穂子「ドイツにおける消費者契約法制」平成 10 年度経済企画庁委託調査『諸外国における消費者契約法の影響とその対応に関する緊急調査』70 頁以下(1999 年)。
- ³⁴ 半田・前掲注 32『ドイツ債務法現代化法概説』323 頁以下を参照。
- ³⁵ 小野秀誠「通信販売と金融サービス給付 ~ドイツの新通信取引法~」際商 32 巻 4 号 453 頁(2004 年)。
- ³⁶ 川地・前掲注 32「通信販売における情報提供義務とクーリングオフ」59 頁。
- ³⁷ 半田・前掲注 32『ドイツ債務法現代化法概説』327 頁以下。
- ³⁸ 半田・前掲注 32『ドイツ債務法現代化法概説』329 頁。
- ³⁹ 半田・前掲注 32『ドイツ債務法現代化法概説』328 頁。
- ⁴⁰ McGuire, Consumer Protection under German Law, p.3.
- ⁴¹ 海外調査でのアーレンス教授のインタビューによる。
- ⁴² 半田・前掲注 32『ドイツ債務法現代化法概説』332 頁。BGB312e 条 1 項 1 文にいう「テレサービスまたはメディアサービス」の概念は、もっぱら利用者が個人的に電子的かつ注文の目的で呼び出しするようなサービスのみが属する。とくに、手紙や電話の取引、テレビ、ラジオおよびテレファックスは含まれない(332 頁参照)。
- ⁴³ 半田・前掲注 32『ドイツ債務法現代化法概説』334 頁を参照。
- ⁴⁴ 小野秀誠「ドイツの期間割りの居住権契約・タイムシェア法」際商 33 巻 4 号 485 頁(2005 年)。
- ⁴⁵ 小野・前掲注 44「ドイツの期間割りの居住権契約・タイムシェア法」485 頁。
- ⁴⁶ 半田・前掲注 32『ドイツ債務法現代化法概説』339 頁、および、小野・前掲注 45「ドイツの期間割りの居住権契約・タイムシェア法」485 頁を参照。
- ⁴⁷ もっとも、利得剥奪請求権については、違反行為との因果関係の立証が困難であるため、上記請求が認められるにはハードルが高すぎるらしい。具体的には、第一段階として、企業へ売上げ傾向について情報開示請求が困難であること、第二段階として、企業の故意の立証が困難である、故意での競争違反をみとめた裁判例はない。海外調査での VZBV のインタビューによる。
- ⁴⁸ Hefermehl / Köhler / Bornkamm, a.a.O., S. 1000, Rn. 1.12.
- ⁴⁹ 山田剛志「海外金融法の動向(ドイツ)」金融法研究 20 号 126 頁(2004 年)。
- ⁵⁰ WpHG における証券業者に対する行為規制は、広い意味での証券業務を行うすべての業者を対象としているわけではなく、投資家に投資サービスを提供する一定の範囲の業者を対象としていることから、あえてこのような訳語をあてている。この点につき、前田重行「ドイツにおける証券取引規制の改革と投資家保護」証券取引法研究会国際部会編『証券取引における自己責任原則と投資者保護』155 頁以下(日本証券経済研究所、1996 年)とくに WpHG31 条について 172 頁以下を参照。
- ⁵¹ Kümpel / Veil, a.a.O., S. 174 f. なお、前田・前掲注 49「ドイツにおける証券取引規制の改革と投資家保護」172 頁以下、森本滋「EC 会社法・証券取引法の調整と投資者保護」証券取引法研究会国際部会編『証券取引における自己責任原則と投資者保護』186 頁、とくに、第二次資本市場振興法と投資者保護との関係について 207 頁以下(日本証券経済研究所、

1996年) 川地宏行「ドイツにおける投資家保護の法理」先物取引被害研究 14号5頁以下(1999年)、ハインツ・D・アスマン((訳)山内惟介)「ドイツにおける資本市場法の発展」丸山修平編訳『ドイツ資本市場法の諸問題』1頁、特に9頁以下(中央大学出版部、2001年) 相沢幸悦=山村延郎「解題：資本市場の改革と金融機関の規制整備」〔 相沢、 山村〕日本証券経済研究所編『外国証券関係法令集 ドイツ 証券取引法・取引所法・投資会社法他』195頁以下(日本証券経済研究所、2002年) 日本証券経済研究所編・前掲注30『ドイツ第四次資本市場振興法の概要』19頁以下〔小宮靖毅〕も参照した。

⁵² なお、1995年1月1日に施行されたWpHGに基づいて証券取引監督庁が設置されたが、2002年5月1日をもって、連邦銀行監督庁、連邦保険監督庁と証券取引監督庁が整理統合されて、金融業務に関する連邦金融サービス監督機構(Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin))に改編された。この点につき、日本証券経済研究所編・前掲注32『ドイツ第四次資本市場振興法の概要』13頁〔相沢幸悦〕および19頁〔小宮靖毅〕、山田・前掲注49「海外金融法の動向(ドイツ)」126頁を参照。

⁵³ 「金融市場商品」については、WpHG2条2b項に規定がある。

⁵⁴ Kümpel / Veil, a.a.O., S. 175.

⁵⁵ 第二次資本市場振興法は、EU指令の国内法化のために、インサイダー取引に対する刑事罰を法定するとともに、証券取引を監視するための証券取引監督庁を設置するWpHGが新たに制定されたが、これは、既存の法律の改正法を中心とする20条からなる法律をいう。この点につき、相沢・前掲注51「解題：資本市場の改革と金融機関の規制整備」202頁を参照。

⁵⁶ もっとも、証券投資サービス業者の証券業務に対する行為規制は、第二次資本市場振興法の政府草案にはなかった部分であり、後から連邦議会の審議過程において財政委員会の提案により追加された規制である。この点につき、前田・前掲注50「ドイツにおける証券取引規制の改革と投資家保護」170頁を参照。

⁵⁷ Kümpel / Veil, a.a.O., S. 175. なお、これらの規定は、遅くとも2006年4月30日までに、金融市場商品に関する新たなEC指令である「2004年3月21日付けの金融市場商品に関する欧州議会および理事会指令(理事会指令85/611/EEC、93/6/EECおよび欧州議会・理事会指令2000/12/ECを修正し、理事会指令93/22/EECを廃止する指令)(Directive 2004/39/EC)」が国内法化されなければならないとされている(Kümpel / Veil, a.a.O., S. 175 f.)

⁵⁸ Kümpel / Veil, a.a.O., S. 176.

⁵⁹ Richtlinie gemäß § 35 Abs. 6 des Gesetzes über den Wertpapierhandel (WpHG) zur Konkretisierung der §§ 31 und 32 WpHG für das Kommissionsgeschäft, den Eigenhandel für andere und das Vermittlungsgeschäft der Wertpapierdienstleistungsunternehmen vom 23. 8. 2001 (Fundstelle: Bundesanzeiger Nr. 165 vom 4. September 2001, S. 19217).

⁶⁰ Kümpel / Veil, a.a.O., S. 176 f.

⁶¹ Kümpel / Veil, a.a.O., S. 177 f.

⁶² BGH Urt. v. 5. 10. 1999, BGHZ 142, 345, 356.

⁶³ BGB199条2項で適用される損害賠償請求権以外の損害賠償請求権、とくに、物的損害または財産損害を理由とする損害賠償請求権は、BGB199条3項により、10年または30年の消滅時効にかかる。この点につき、Karl Larenz / Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, S. 303 (§17 III. 20).

⁶⁴ Kümpel / Veil, a.a.O., S. 178.

⁶⁵ Kümpel / Veil, a.a.O., S. 192.

⁶⁶ 「不招請勧誘に関する文献」として以下のものを参照した。

川地・前掲注25「電子商取引における不招請勧誘と契約締結をめぐるドイツ法の動向」295頁(2004年) 中田・前掲注「ドイツ不正競争防止法の新展開」250頁、平田・前

掲注「EU契約法と消費者保護」313頁、角田・前掲注「欧州における競争法の動向」126頁、宗田貴行『迷惑メール規制法概説』（レクシスネクシス・ジャパン、2006年）。

⁶⁷ 川地・前掲注25「電子商取引における不招請勧誘と契約締結をめぐるドイツ法の動向」299頁以下。

⁶⁸ 裁判例の変遷については、川地・前掲注25「電子商取引における不招請勧誘と契約締結をめぐるドイツ法の動向」298頁以下、および、宗田・前掲注78『迷惑メール規制法概説』102頁以下を参照。

⁶⁹ 川地・前掲注25「電子商取引における不招請勧誘と契約締結をめぐるドイツ法の動向」300頁以下。

⁷⁰ BGH Urt. v. 19. 6. 1970, BGHZ 54,188. アメリカ系企業Aに16時から19時の間に電話で原告・新聞社のライバル社の新聞の定期購読を宣伝することを行わせた被告に対して、原告は、被告のこのような行為が、旧 UWG1条（「業務上の取引において競争の目的をもって善良の風俗に反する行為をなす者に対しては、差止および損害賠償を請求することができる。」）における良俗に反するとし、その差止めを求めた事例である。この点につき、宗田・前掲注78『迷惑メール規制法概説』102頁が詳しい。

⁷¹ 川地・前掲注25「電子商取引における不招請勧誘と契約締結をめぐるドイツ法の動向」301頁。

⁷² 川地・前掲注25「電子商取引における不招請勧誘と契約締結をめぐるドイツ法の動向」301頁。

⁷³ 川地・前掲注25「電子商取引における不招請勧誘と契約締結をめぐるドイツ法の動向」301頁。

⁷⁴ 川地・前掲注25「電子商取引における不招請勧誘と契約締結をめぐるドイツ法の動向」304頁。

⁷⁵ 川地・前掲注25「電子商取引における不招請勧誘と契約締結をめぐるドイツ法の動向」303頁以下。

⁷⁶ McGuire, Consumer Protection under German Law, p.7.

⁷⁷ Jauernig, a.a.O., § 241a Rn. 5 (Heinz-Peter Mansel).

⁷⁸ McGuire, Consumer Protection under German Law, p.8.

⁷⁹ Jauernig, a.a.O., § 661a Rn. 6 (Heinz-Peter Mansel).

⁸⁰ 中田・前掲注32「ドイツ不正競争防止法の新展開」271頁以下。

⁸¹ 中田・前掲注32「ドイツ不正競争防止法の新展開」272頁。

⁸² 「適合性原則に関する文献」として以下のものを参照した。

川地宏行「ドイツにおける投資勧誘者の説明義務違反について」三重13巻1号85頁（1995年）、前田・前掲注50「ドイツにおける証券取引規制の改革と投資家保護」155頁以下、森本・前掲注51「EC会社法・証券取引法の調整と投資者保護」186頁以下、関俊彦「投資者保護と自己責任の原則」証券取引法研究会国際部会編『証券取引における自己責任原則と投資者保護』215頁、とくに、わが国における投資家保護と一般私法の関係について、222頁以下（日本証券経済研究所、1996年）、潮見佳男「投資取引と民法理論（一）～（四・完）」民商117巻6号1頁、118巻1号1頁、118巻2号1頁、118巻3号50頁（1998年）〔同『契約法理の現代化』40頁以下（有斐閣、2004年）所収〕、川地宏行「ドイツ証券取引法における証券会社の情報提供義務」三重16巻1号1頁（1998年）、川地・前掲注47「ドイツにおける投資家保護の法理」1頁、川地宏行「投資勧誘における適合性原則（一）（二・完）」三重17巻2号1頁（2000年）、18巻2号1頁（2001年）、角田美穂子「金融商品取引における適合性原則（一）～（三）」亜法35巻1号117頁（2000年）、36巻1号141頁（2001年）、37巻1号91頁（2002年）、角田美穂子「ドイツ証券取引法上の信用機関の行為義務に関するガイドライン」亜法35巻1号271頁（2000年）、ハインツ・D・アスマン・前掲注51「ドイツにおける資本市場法の発展」丸山修平編訳『ドイツ資本市場法の諸問題』1頁、角田美穂子「金融商品取引における適合性原則」私法64号164頁（2002

年)、角田美穂子「先物取引における投資家の適合性」先物取引被害研究 19号 5頁(2002年)、角田美穂子「金融サービスと消費者」法時 75巻 10号 49頁(2003年)、角田美穂子「ドイツにおける投機取引論の動向 デイトレーディング判決を手掛かりとして」全国商品取引所連合会編『商品取引所論体系 12』222頁(全国商品取引所連合会、2004年)、山田・前掲注 49「海外金融法の動向(ドイツ)」126頁、山田剛志「海外金融法の動向(ドイツ)」金融法研究 21号 157頁(2005年)、山田剛志「投資サービス法(金融商品取引法)と適合性の原則 ~ドイツ資本市場法からの法的示唆」金法 1768号 33頁(2006年)。

⁸³ Cornelius Matutis, a.a.O., S. 83.

⁸⁴ 中田・前掲注 32「ドイツ不正競争防止法の新展開」264頁。

⁸⁵ 川地・前掲注 66「投資勧誘における適合性原則(二・完)」2頁。

⁸⁶ BGH Urt. v. 6. 7. 1993, BGHZ 123, 126. 定期預金が満期になった顧客が、新たな運用先を銀行に相談したところ、銀行が、オーストラリアの債券発行の社債を勧め、勧誘されるままに顧客は当該社債を購入した。しかしながら、債券社がまもなく倒産したために、顧客が莫大な損害を被ったという事案。連邦通常裁判所(BGH)は、銀行に対して、「投資家に適した助言をする義務」と「投資対象に適した助言をする義務」を課し、さらに、助言義務の前提として「投資家に関する調査義務」と「投資対象に関する調査義務」を課した。債券判決は、その後、銀行が証券取引を勧誘する際の判例法理として位置づけられ、「債券判決ルール」と呼ばれるようになった。証券取引法が制定された現在でも、この判例法理は依然として効力を有しているものとされている。以上の点につき、川地・前掲注 65「投資勧誘における適合性原則(二・完)」5頁以下を参照。

⁸⁷ 安い手数料で証券業務を行うディスカウントブローカー(Discount-Broker)は、アメリカ市場において確固たる地位を築いているが、ドイツでは、手数料の高低よりも、むしろ、業務の内容(助言を行わずに注文執行のみを業務とする点)に主眼が置かれている。この点につき、川地宏行「ドイツにおけるディスカウントブローカーの民事責任」専法 86号 1頁以下(2002年)を参照。

⁸⁸ 川地・前掲注 66「投資勧誘における適合性原則(二・完)」3頁。

⁸⁹ 川地・前掲注 66「投資勧誘における適合性原則(二・完)」9頁以下。もっとも、顧客に適合した金融商品を推奨する義務(いわゆる推奨義務)が証券業者に課せられているかどうかは争いがある。WpHG 自体は、WpHG32条 1項 1号において顧客に適合しない推奨を禁止しているのみであるから、積極的に顧客に適合した金融商品を推奨する義務を課しているのか明確ではない。

⁹⁰ ガイドライン(B.2.3)(顧客の代理):

顧客を代理する場合、個々の取引における知識や経験についての申告の入手に関して、ならびに、目的にあった情報の報告の必要性については、代理人を基準にして考えられる。

⁹¹ Kümpel / Veil, a.a.O., S. 186.

⁹² 川地・前掲注 66「投資勧誘における適合性原則(二・完)」11頁。

⁹³ 川地・前掲注 66「投資勧誘における適合性原則(二・完)」11頁。

第2章 フランス

第1節 概要

フランスにおける消費者契約の締結過程に対する規制は、民法と消費者法を両輪として発展してきた。1993年に、それまで個別に定められていた消費者保護に関する諸法令が消費法典(Code de la consommation)に統合されたため、現在では、規制の法源は、主として民法典と消費法典に求められる。

他の欧米諸国との対比において顕著な特徴をなしていると思われるのは、情報提供義務(obligation d'information ou de renseignement)の位置づけである。情報提供義務は、とくに1970年代以降、著しい展開を見せ、あるいは消費者法上の規制として、あるいは民法上の合意の瑕疵を根拠づける概念として、あるいは損害賠償責任の根拠として、消費者保護を確保する役割の重要な部分を担ってきた。

他方で、いわゆる適合性原則については、フランスでは独自の展開は見られず、その他の諸概念によって部分的に処理されているものと思われる。

また、不招請勧誘規制についても、従前は、電話訪問販売(démarchage téléphonique)に関するルールに包摂されており、不招請勧誘が正面から規制されてはいなかった。しかし、最近では、EU指令の国内法化を通じて、ヨーロッパレベルの不招請勧誘規制が消費法典に導入されている。

1. 情報提供義務

情報提供義務は、判例により形成されたものと、法律により規定されるものとに区別することができる。

(1) 民法上の情報提供義務

フランスでは、元来、法律により定められた一部の例外を除き、情報提供義務は認められていなかったが、判例によりその存在が徐々に認められるようになり、情報提供義務違反に一定の民事上の効果が結びつけられるようになった。

まず、情報提供義務違反には、それまで詐欺の成立が認められていなかった単なる沈黙に詐欺の適用領域を拡張する機能が与えられた。情報提供義務違反に加えて他の要件が充足されれば、詐欺により契約の効力が否定されることになる。その際、沈黙による詐欺を主張する相手方が、その沈黙が故意によるものであること、およびその者の同意を決定づけたことを証明しなければならないとされている¹。また、下級審裁判例では、情報提供義務違反により惹起された錯誤に基づき契約の無効を認める事例も見られる²。

つぎに、情報提供義務違反は、損害賠償責任を追及する際に行行為者の故意または過失（フォート）を構成する。契約締結過程の情報提供義務違反が問題となる場合には、損害賠償責任は、不法行為責任について定める 1382 条に根拠づけられる。

事業者には、場合により、客観的な情報の提供を越えて、顧客の利益に最も適した解決を提案する義務が課されることがある。事業者に高度な義務を課するこの情報提供義務は、助言義務(*obligation de conseil*)と呼ばれ、狭義の情報提供義務とは区別されている。

（２） 消費法典上の情報提供義務

判例により形成された情報提供義務に加え、消費法典上も情報提供義務が課されている。消費法典の定める情報提供義務は、より広い射程を持つ一般的情報提供義務と各種契約ごとに定められる個別的情報提供義務とに区別される。

一般的情報提供義務を定める消費法典 L.111-1 条は、情報提供義務違反に対する制裁を具体的に規定しておらず、したがって、この情報提供義務に対する違反の効果は、既に述べた民事上の効果と同一であると解されている³。

個別的情報提供義務の内容は多岐にわたる。例えば、代金、責任制限および個別的条件に関する情報提供義務（L.113-3 条）、売却目的物の利用に必要な部品を市場において調達できる期間を示す義務（L.111-2 条）、引渡期日に関する情報提供義務（L.114-1 条）、通信販売における記載事項（L.121-18 条）などが挙げられる。情報提供義務違反に対する制裁も、ケースに応じて定められている（契約の無効、撤回期間の延長、失権、刑事罰など）。

（３） 虚偽情報の提供に対する規制

情報提供義務と対をなして契約締結過程の適正化をはかる規制として、消費法典 L.121-1 以下に定められる虚偽広告の禁止を挙げることができる。虚偽情報に対しては、刑事罰等の制裁が定められており（L.121-2 条ないし L.121-7 条）、違反行為の摘発・調査に関しては、競争・消費・詐欺処罰局(DGCCRF)が、広汎な権限を行使する。

また、商品販売において消費者を欺く行為である、詐欺(*fraude*)および変造(*falsification*)に関しても消費法典上規定が設けられおり、虚偽広告と同様、違反行為に対しては刑事罰が科され（L.213-1 条ないし L.213-6 条）、DGCCRF に調査権限が与えられている。

2 . 不招請勧誘

フランス消費法は、消費者の招請に基づくものであるか否かという観点から勧誘方法を概括的・直接的に規制する手法をとらず、むしろ個々の取引類型ごとに、一定の攻撃的な取引の禁止、書面交付（情報提供）の義務づけ、クーリング・オフ制度（熟慮期間および翻意権）の設定といった手法を組み合わせることによって消費者の保護を確保してきた⁴。以上の枠組みにおける勧誘規制は、主として訪問販売に対する規制として行われて

きたといえよう。

しかし、このような従前の規制手法は、EU 指令の国内法化により変容を受けている。周知のように、EU は不招請勧誘規制を含む消費者保護に関する指令の整備を進めており、フランスにおいてもこれらの指令が漸次国内法化されている⁵。その結果、消費法典において、EU 指令に由来する不招請勧誘規制が定められるに至っている。とりわけ、2004 年電子信用法 22 条（消費法典 L.121-20-5 条を参照）により、通信販売における自動音声装置、ファックス、電子メールによる勧誘につき、オプト=イン（名宛人の事前の同意を必要とする）方式が採用されたことは指摘に値しよう。

3 . 適合性原則

適合性の原則とは、業者が利用者の知識、経験、財力、投資目的等に適合した形で勧誘・販売が行われなければならないというルールであるとされるが、これに直接該当する概念ないし原則をフランス法に見いだすことはできない。適合性原則は、少なくとも、消費者契約における汎用的な概念として観念されておらず、この原則により処理されることが想定される状況は、他の様々な概念ないし制度の下で処理されているものと推測される。

具体的には、その一部は、情報提供アプローチの延長線上、すなわち助言義務の守備範囲に属すると思われる。消費者に対して契約の締結を思いとどまるよう助言することが事業者に求められるとき、助言義務は、適合性原則に接近する⁶。

また、刑事的規制について、消費法典(L.122-8 条ないし L.122-11 条)および刑法典(313-4 条)が定める「脆弱さの濫用(abus de faiblesse)」の概念もその一部を担っていると思われる。前者は、広義の訪問販売に適用される規定であり、消費者の「脆弱さ(faiblesse)」の判断においては、被害者の年齢、教育の程度、移民であるか否かなどが要素として考慮される。後者もほぼ同様の規定であるが、その適用範囲は、取引態様が訪問販売に限定されないという点で前者よりも広く、脆弱さ（または無知 ignorance）の判断において事由が限定列挙されている点でより狭いとされる。

第 2 節 情報提供義務

1 . 民法上の情報提供義務

民法上の情報提供義務は、フランスにおいては、詐欺ないし錯誤の拡張理論として発展してきた。また、情報提供義務違反はフォート（過失）を構成し得るため、行為者は不法行為に基づく損害賠償義務を負う場合がある。

（ 1 ） 詐欺 dol⁷

フランス民法典 1116 条 1 項は、「詐欺は、当事者の一方が行った術策(*manoeuvres*)が、それがなければ他方当事者が契約を締結しなかったであろうことが明らかであるような場合には、合意の無効原因である」と規定している。

） 要件

詐欺 *dol* とは、契約の相手方を錯誤に陥らせることによって契約を締結することを目的とした不正な行動のことである。つまり、詐欺には二面性が認められる。まず、欺罔行為という民法上の不法行為があり、次に、欺罔行為が引き起こす錯誤によって合意の瑕疵に該当するのである。

欺罔行為に関連する詐欺の要件としては、詐欺が、術策、虚偽の言明(*mensonge*)、沈黙(*reticence*)のいずれかの行為によってなされたことが必要である。すなわち、民法典によれば、詐欺は、術策を用いてなされたことが必要であるとされているが、判例によって、虚偽の言明による詐欺⁸、及び、沈黙による詐欺⁹も、認められている。ただし、虚偽の言明の中には、売主が少し大袈裟な売り口上を用いた場合のように、「良い詐欺(*bon dol*)」(ローマ法にいう(*dolus bonus*))として、詐欺を構成しないようなものもあることに注意する必要がある。また、沈黙が詐欺を構成するためには、相手方がそれを知れば契約を締結しないような事実について沈黙しているのでなければならない。沈黙が詐欺を構成し得ることの根拠について、判例は、沈黙している当事者に情報提供義務が課されていることと、沈黙することによって、民法典 1134 条にいう善意に欠ける結果となることを挙げている。

錯誤による合意の瑕疵に関する詐欺の要件としては、錯誤が惹起されていることが必要である。ただし、ここにいう錯誤は本質に関するものである必要はない。価値に関する錯誤や宥恕し難い錯誤のように、それ自体では無効事由とはならないような錯誤であっても、それが詐欺によって引き起こされた場合は無効事由となるのである¹⁰。

なお、詐欺が契約の無効事由となるのは、それが契約の相手方当事者によってなされた場合に限られる。詐欺が第三者によってなされた場合には、第三者が契約の相手方当事者と共同して詐欺をした場合か、第三者が契約の相手方当事者の代理人ないし代表者である場合を除いて、無効事由とはならない。

） 効果

詐欺には、民事上の効果しか予定されていない。

詐欺によって引き起こされた錯誤が、決定的性格を帯びる場合には、その詐欺は「主たる詐欺(*dol principal*)」といわれ、被欺罔者は契約の無効を主張することができる。錯誤が決定的性質を帯びる場合とは、その錯誤がなければ被欺罔者は契約に至らなかったであろう場合のことをいう。これに対し、詐欺によって引き起こされた錯誤が、決定的性格を帯びない場合には、その詐欺は「附帯的な詐欺(*dol incident*)」といわれ、被欺罔者は、損害賠償を求められるにとどまる¹¹。錯誤が決定的性質を帯びない場合とは、その錯誤がなくとも被欺罔者は契約に至ったであろう場合(錯誤がなければ契約の条件が異なっていた可能性はあったとしても、契約は締結していたであろう場合)のことをいう。

詐欺が主たる詐欺にあたる場合であっても、附帯的な詐欺にとどまる場合であっても、詐欺はフォート (faute; 過失) を構成するから、被欺罔者は、不法行為責任に基づいて損害賠償を請求することもできる。

なお、詐欺についての立証責任は被欺罔者がこれを負担し、同人は、欺罔行為の客観的要素、つまり、術策・虚偽の言明・詐欺的沈黙のいずれかが存在したこと、及び、その主観的要素、つまり、騙す意図 (故意) があったことを主張立証しなければならない。

） 適用範囲

詐欺に関する規定の適用に際し、契約当事者の属性は問題とされない。すなわち、事業者と消費者は共に規制対象であり、かつ、その両者ともが保護の対象たり得る。

また、売主に限らず、買主であっても、規制対象となる¹²。保護の対象についても、売主であると買主であることを問わない。ただし、売主は自らが取り扱う商品の性質を知悉しているはずであるから、買主がその価値について売主に情報を提供する義務を負うことはない。

(2) 錯誤¹³

フランス民法典 1110 条 1 項は、「錯誤は、合意の目的物の本質 (substance) そのものにかかわるときでなければ、その無効の事由ではない」と定めている。

） 要件

契約の無効事由となり得る錯誤には、契約の本質 (erreur sur la substance) に関する錯誤、人にに関する錯誤 (erreur sur la personne)、契約の障害となる錯誤 (erreur obstacle) という 3 つの類型がある。

契約の本質に関する錯誤にいう「本質」概念について、当初、判例は、これを客観的・制限的に解し、契約目的物の材質 (銀のシャンデリアを買ったつもりでいたが、実はブロンズ製だったというような場合) 等がこれにあたるとしていた¹⁴。しかし、判例は、次第に、「本質」の意味を広く主観的に解するようになり、本質的な性質 (qualité)、つまり、契約締結時に買主が想定していた決定的性質等もこれにあたるようになった。例えば、上記のシャンデリアの例でいうと、買主にとって重要なのは、材質ではなく骨董としての価値だったということもあり得るが、このような場合も本質に関する錯誤にあたるようになったのである。また、錯誤が契約の本質に関するものであることに加えて、契約の領域 (champ contractuel) に属する性質について錯誤があったことが必要である。つまり、契約の一方当事者のみが錯誤に陥っている場合であっても、契約当事者の双方が、その性質を認識して契約の内容とすることを受容していることで、その性質が契約の領域に取り込まれていなければならない。

人にに関する錯誤には、次の 2 つの要件がある。すなわち、人が決定的役割を果たすような契約に関するものでなければならず、かつ、錯誤が、その人の身体的あるいは法律的な本人性、または契約者としての主要な資格のいずれかに関するものでなければならない。

また、本質に関する錯誤と人に関する錯誤による契約が無効となるためには、それらが宥恕し難い(inexcusable)錯誤であってはならない。宥恕し難い錯誤とは、錯誤に陥った者が、状況を正しく理解するために必要な要素を有していたか有することができ、錯誤に陥ることを容易に回避できたにもかかわらず、錯誤に陥ったという場合である。このような場合に錯誤無効の主張を制限することは、自らが情報を収集する義務を負うという考え方の表れである。

契約の障害となる錯誤は、民法典が当初から予定していたものではなく、学説によって、契約者当事者の双方に契約の性質や目的物について完全な誤解があるような場合を解決するために考え出されたものである。この錯誤は、契約の成立にとって障害となるほどに甚だしいものであり、当事者の意思は合致していないとも考えられる。例えば、一方は家を買う(売買契約)つもりでいるのに、もう一方はそれを貸す(賃貸借契約)つもりでいる場合がこれに当たる。

なお、判例は、価値(経済的評価)に関する錯誤は、契約の無効事由とはならないとしている。なぜならば、フランス法では、レジオン(lésion; 過剰損害)¹⁵は契約無効の一般的事由とはならないと考えられているからである。もっとも、価値に関する錯誤は、それが本質に関する錯誤の結果である場合には無効事由となる場合がある。

また、動機の錯誤についても、それが合意を決定した動機であり、かつ、明示的に契約の領域に取り込まれたものでない限り、無効事由とはならない。つまり、単なる動機の錯誤は無効事由ではない¹⁶。

） 効果

錯誤には、民事上の効果しか予定されておらず、それは、主として契約の無効である。また、錯誤が契約の相手方当事者のフォート(過失)によって引き起こされたものであって、それによって自身が損害を被ったことを立証できれば、表意者は、民法典 1382 条に基づいて損害賠償を請求することもできる。例えば、契約の相手方当事者が、注意を怠って未確認のままに、表意者に提供した情報が、後に不正確であると判明したような場合には、表意者は契約の相手方当事者に損害賠償を請求することができる。

なお、錯誤についての立証責任は表意者がこれを負担し、同人は、実際にはなかったけれどもあると信じた性質が合意をする上で決定的な意味を持つものであったことと、契約の相手方当事者がそのこと(その性質が表意者にとって決定的な意味を持つこと)を知っていたことについて、主張立証しなければならない。

） 適用範囲

錯誤に関する規定の適用に際し、契約当事者の属性は問題とされない。すなわち、事業者と消費者は共に規制対象であり、かつ、その双方ともが保護の対象たり得る。もっとも、事業者が錯誤を主張する場合には、判例はより厳格であり、宥恕し難い錯誤であるから無効事由とはならないと判断する場合が多い。実際、錯誤が宥恕し難い錯誤であるか否かは、具体的に、つまり、周辺状況、無効を主張する者の年齢、経験、そして特に事業の種類に

鑑みて判断される。

なお、判例は、自身の給付に関する錯誤も契約の無効事由たり得ることを認めている¹⁷。

(3) 情報提供義務と詐欺・錯誤の要件の緩和

) 詐欺の拡張理論

上述のように、沈黙が詐欺を構成し得ることの根拠について、判例は、沈黙している当事者に情報提供義務が課されていることを挙げている。すなわち、沈黙が欺罔行為たり得るのは、ある事実について沈黙している一方当事者が、情報提供義務を負っているにもかかわらずこれに違反して、その事実を他方当事者（表意者）に告げない場合であるとされる。

また、判例・学説の中には、詐欺における故意に関して、情報提供義務によって基礎付けられる沈黙による詐欺の場合には、事業者が、正確な事実と消費者がそれを知っていれば契約を締結しなかったことを認識しつつその事実を告げなかった場合、すなわち、情報提供義務に違反した場合には、従来の詐欺の故意の立証がなくとも詐欺の成立を認めることが可能だとするものも存する。

) 錯誤の拡張理論

上述のように、宥恕し難い錯誤の場合には、つまり、表意者に重過失ある場合には、表意者は、無効を主張し得ないのが原則である。もっとも、表意者の相手方当事者たる事業者が情報提供義務があると評価されるような場合には、表意者の重過失は問題とならない。というのも、宥恕し難い錯誤の場合に、表意者による無効の主張を制限するのは、自分にとって必要な情報は自らが収集しなければならないという考え方の表れであるところ、事業者の情報提供義務は、事業者と消費者の知識や情報量の格差を是正すべく、消費者が契約締結の意思決定をなす前提となるに十分な情報を提供する義務を事業者に負わせたものといえるからである。

2. 消費法典上の情報提供義務

上記のような民法典の各規定は、いずれも、既に存在する合意の瑕疵について、事後的に無効の主張等を認めるものであり、いずれも、事後的な救済手段にすぎない。これに対し、消費法典は、一般的情報提供義務と個別の情報提供義務を法定し、その履行を促すことで、契約当事者の合意に瑕疵なきことを、予め担保することを目的とするものである。

消費法典は、1993年7月26日に制定された法律であるが、同法典が新設したものは、契約に先立つ一般的情報提供義務と、引渡期限に関する情報提供義務の2つのみである。その他の規定は、いずれも、従前から存在した様々な消費者保護に関する国内法をまとめたものにすぎない。例えば、価格等に関する情報提供義務（消費法典 L.113-3 条）の従来規定は自由価格競争に関する 1986 年 12 月 1 日のオルドナンス(ordonnance; 政府の委任立法

権限に基づく法規)であり、同法典 L.121-23 条の従来規定は訪問販売に関する 1972 年 12 月 22 日の法律である。また、EU 指令の国内法化等の理由から、制定後に種々の規定が追加ないし修正されている。例えば、同法典 L.121-18 条は、通信取引に関する 1997 年 5 月 20 日の EU 指令をフランスにおいて国内法化するために、2001 年 8 月 23 日のオルドナンスによって修正されたものであるし、同法典 L.121-20-10 条は、消費者について金融サービス給付の通信取引に関する 2002 年 9 月 23 日の EU 指令をフランスにおいて国内法化するために、2005 年 6 月 6 日のオルドナンスによって修正されたものである。

(1) 一般的情報提供義務

) 要件

消費法典 L.111-1 条は、「物品の売主または役務の提供者たる全ての事業者は、契約の締結に先立って、消費者に対して、当該物品または役務の主要な特性(caractéristiques essentielles)を知らせなければならない」として、一般的情報提供義務を規定している。

) 効果

消費法典は、同法典 L.111-1 条にいう一般的情報提供義務に違反した場合の効果について規定していないため、その効果は民法典によって定められることとなり、上記 1 同様の帰結となる。

なお、判例は、事業者の情報提供義務を免除する条項は無効であると判示している¹⁸。

) 適用範囲

一般的情報提供義務による規制の対象は、物品の売主または役務の提供者たる全ての事業者である。

一般的情報提供義務によって保護される者は、原則として、消費者である。もっとも、この点に関し、フランス法においては次の 2 つの問題が大きな議論的となっている。1 つ目は、事業者は情報提供義務によって保護され得るのかという問題である。この問題について、判例は、自身の事業と直接関係のない分野で活動している場合には事業者も保護され得るとして、これを肯定している¹⁹。2 つ目は、法人は情報提供義務によって保護され得るのかという問題である。この問題について、判例は、法人が、事業者としての活動をしていない場合(当該法人が非営利目的団体である場合等) もしくは、事業者としての活動をしていたとしても自身の事業と直接関係のない分野で活動している場合には、保護され得るとして、これを肯定している。

(2) 個別の情報提供義務

) 要件

個別の情報提供義務の内容は多岐にわたり、それぞれの条文がそれぞれの要件について定めている。

例えば、消費法典 L.113-3 条は、代金、責任制限および個別的条件に関する情報提供義務

を定めている。同条はアレテ（各省大臣、その他の行政機関により発せられる命令）によって情報提供の方式が定められることを前提としている。また、同法典 L.114-1 条は、動産の売買または役務の提供を目的とする契約で、かつ、その対価が 500 ユーロを超える場合について、目的物の引渡期限に関して必要な情報を提供する義務を定めている。さらに、同法典 L.136-1 条は、役務提供を目的とする契約で自動更新の条項を含むものについて、事業者は消費者に対し、契約を更新しないことができる旨、書面をもって情報提供しなければならないと規定している。

このほか、消費法典によって規制される全ての消費契約において、事業者は、事業者の身元、契約の目的物、その性質、生じ得る権利義務の内容、そして、とりわけ消費者を保護する法的措置の存在（熟慮期間や翻意権）について遺漏なく記載した文書を消費者に交付しなければならないとされており、これらの規定は、個別の情報提供義務を定めているものといえる。例えば、通信販売あるいは通信による役務提供の契約については同法典 L.121-18 条・L.121-19 条が、訪問販売による契約については同法典 L.121-23 条が、消費者信用については同法典 L.311-8 条以下が、これについて規定をしている²⁰。

） 民事上の効果

民事上の効果については、それぞれの条文がそれぞれの効果について定めている。

例えば、消費法典 L.114-1 条の定める義務<目的物の引渡期限に関する情報提供義務>の違反があった場合には、契約は無効となる。また、同法典 L.136-1 条にいう義務<契約の更新に関する情報提供義務>への違反があった場合には、消費者は、更新された契約について、いつでも直ちに解約できる。

その他の個別的な情報提供義務への違反に関しては、次のような民事上の効果がある。例えば、訪問販売による契約において提供された情報に不足がある場合には、契約は無効となる（同法典 L.121-23 条）。また、通信取引(contrat a distance)において、撤回期限(delai de rétractation)に関する情報の提供（同法典 L.121-19 条）がなされなかった場合には、撤回期限が延長される（同法典 L.121-20 条）。さらに、消費者信用において十分な情報を提供しなかった場合には、債権者から利息債権が剥奪される（同法典 L.311-33 条）。

なお、消費者・事業者間の訴訟において、消費者が事業者の情報提供義務違反を主張した場合、この義務を履行したことについての立証責任は事業者が負担する²¹。

） 刑事上の効果

個別的な情報提供義務への違反には、刑事上の効果も予定されている。

例えば、違法な訪問販売に対しては、1年の禁固または 3,750 ユーロの罰金、若しくはその双方という刑が科される（消費法典 L.121-28 条）。そのほか、通信取引や消費者信用等に関する情報提供義務への違反に関しては、罰金刑が予定されている（通信取引につき同法典 R.121-1 条以下、消費者信用につき同法典 L.311-34 条以下）。

刑事上の効果における法の適用主体は、D G C C R F (競争・消費・詐欺処罰局)である。

） 適用範囲

同法典 L.113-3 条の定める義務<目的物の価格等に関する情報提供義務>については、物品の売主または役務の提供者全てが、同法典 L.114-1 条の定める義務<目的物の引渡期限に関する情報提供義務>については事業者が、同法典 L.136-1 条に定める義務<契約の更新に関する情報提供義務>については役務を提供する事業者が、それぞれ、情報提供義務を負う。その他の個別の情報提供義務を負うのは、事業者である。

保護の対象は、一般的には消費者であるが、一般的情報提供義務におけると同様の議論が妥当する。

3. 虚偽広告

虚偽広告は、消費法典 L.121-1 条以下によって規定されている。これらの規定は、誤った情報が提供されることを回避し、また、潜在的な（つまり、契約締結前の）顧客に提示されている財物や役務に関して、その誤解を招く恐れのある情報が提供されることを避けることを目的としている。

なお、フランスは、2005年5月11日の不公正商慣行に関する EU 指令を、2007年7月までに国内法化しなければならない。この指令は、虚偽広告は不公正な商慣行であるとしている。もっとも、フランス法は、既にこの EU 指令の要求水準を満たしているため、法改正の必要はないだろう。

(1) 要件

まず、形式や媒体がどのようなものであれ、広告が存在する必要がある。広告は、判例によって以下のように定義されている。すなわち、広告とは、潜在的顧客に提示されている財物や役務の性状について、潜在的顧客が一定の見解を持つことを可能にするような、あらゆる情報提供の手段である²²。

また、その広告は、消費法典 L.121-1 条に制限的に列挙された事項（規制の対象となる物の存在、性質、内容、品質、種類、産地、量、製造方法と製造日、価格や条件、使用した場合の効果、売買目的物や役務提供の方法等）に関するものでなければならない。

さらに、その広告は虚偽のものでなければならない。虚偽のものとは、誤ったものであるか、誤解を生じさせる性質のもの、つまり、正しいけれども曖昧なものであることを意味する²³。後者に関し、判例は、一方で、誤解を生じさせるものであるか否かの判断にあたっては、平均的消費者を基準とすべきであるとしている。判例は、誇張された広告について、平均的消費者に誤解を生じさせるようなものではないと判断したのである²⁴。他方で、判例は、違反行為は、結果における違反ではないと判示した。つまり、違反があるとされるためには、当該広告が誤解を生じさせる性質のものであれば足りるということであり、実際に誤解を生ぜしめたか否かは問題とならない。

(2) 効果

) 民事上の効果

虚偽広告に対する民事上の効果としては、虚偽広告によって私的な損害を被ったことを立証した者が広告主に対して損害賠償を請求できるほか、その擁護する集団的利益が損なわれたことを立証した消費者団体もまた、広告主に対して損害賠償を請求できる。消費者団体が訴権を有しているのは、消費者の集団的利益が虚偽広告によって侵害されたことについて損害賠償を請求すること、かかる違法行為の差止めを請求すること、また、同一事業者の虚偽広告における共通の原因によって複数の消費者が損害を被った場合に、その填補を求めることについてである（消費法典 L.421-1 以下）。

虚偽広告について立証責任を負うのは被害者であり、立証の対象は、違反行為の客観的要素、つまり、当該広告の誤ったないし誤解を生じさせる性質である。違反行為の主観的要素に関しては、過失によるものであっても違反行為を構成することから、被害者は、広告主の悪意（誤解させる故意）について立証する必要はない。これに対し、広告主は、可能な限りの確認作業を行ったこと、つまり自身の無過失を立証することによって、抗弁することができる。

) 刑事上の効果

虚偽広告が軽罪を構成するとされた端緒は、1963年7月2日の法律(第628号)である。しかし、この法律においては、悪意による虚偽広告のみがその対象とされていた。その後、1973年12月27日の法律(第1193号)によって、誤解を生じさせる性質を有する広告にまでその適用範囲が拡大され、同時に悪意の要件が削除されるに至った。

虚偽広告に対する刑事上の効果としては、2年の禁錮刑または37,500ユーロの罰金刑、若しくはその双方という刑が科される（消費法典 L.121-6 条・L.213-1 条）。また、そのほかにも、当該虚偽広告の差止め（同法典 L.121-3 条）や、判決文の新聞への掲載（同法典 L.121-4 条）が予定されている。さらに、任意の刑罰(peine facultative)として、訂正広告(annonce rectificative)がある（同法典 L.121-4 条）。

広告規制の主体となっているのは広告審査局(Bureau de Vérification de la Publicité)²⁵であるが、この機関は強制的権限を有さない。これに対して、同様にテレビコマーシャルに関する審査を行う放送メディア高等評議会(Conseil Supérieur de l'Audiovisuel)は、放映の差止めを命ずる権限を有する。また、DGCCRFの職員は、違反行為を確認し、調書を作成して、それを共和国検事に提出する権限を有する。その他、消費法典 L.121-2 条に挙げられた機関が法の適用主体となり得る。

(3) 適用範囲

虚偽広告の禁止は、あらゆる人、つまり、事業者のみならず、個人及び非営利目的団体にも及ぶ。この点に関し、消費法典 L.121-1 条は、規制対象について何らの制限もしておらず、判例によって、個人²⁶や非営利目的団体²⁷も規制対象となることが確認されている。

虚偽広告の禁止による保護の対象も、全ての人、つまり、消費者と事業者の双方である。

4 . 欺瞞(tromperies) : 詐欺(frauds)と変造(falsifications)

消費法典 L.213-1 から L.218-7 までの規定は、欺瞞(tromperie)について規定している。欺瞞には、詐欺(fraude) (消費法典 L.213-1 条)と、変造(falsification) (同法典 L.213-3 条)とがある。

詐欺と変造が初めて規制の対象となったのは、「商品の売買における詐欺及び食料品・農産物の変造の規制」に関する 1905 年 8 月 1 日の法律¹による。当初の目的は、公正な商人を保護することであったが、同法は後に消費者保護のために用いられることとなった。なお、1978 年には、これらの規定が役務提供の場面においても適用されることとなったほか、DGCCRF の職員の権限は、様々な法律によって強化されている。

今日、詐欺に対する規制は、商品や役務について不正な情報が契約当事者に提供されることを取り締まることを目的としており、変造に対する規制は、その性状を真似ることで製品が不正に複製されることを取り締まる目的を有する。いずれについても刑罰が予定されているのは、一般的に、刑罰という脅威は、詐欺 dol に代表されるような民法上の合意の瑕疵に関する条項よりも効果的な抑止力を有するものと考えられているからである。

なお、フランスは、2005 年 5 月 11 日の不正商慣行に関する EU 指令を、2007 年 7 月までに国内法化しなければならない。この指令は、詐欺は不公正な商慣行であるとしている。もっとも、フランス法は、既にこの EU 指令の要求水準を満たしているため、法改正の必要はないだろう。

(1) 要件

) 詐欺の要件

詐欺の要件としては、まず、契約が締結されていることが必要である。相手方が未だ契約の締結について承諾していない場合には、詐欺は未遂となる。また、契約の目的物が有形財産あるいは役務の提供であることを要する。さらに、詐欺が、消費法典 L.213-1 条に制限的に列挙された事項についてなされたものでなければならない。

消費法典 L.214-1 条は、国务院のデクレ (décret; 大統領または首相により発せられる命令) によって、消費者が詐欺の被害に遭うことを防止するための具体的な規定を定めることができるとしているが、詐欺に関する条項は、特定の規定に違反したということが明らかでなくとも、これを適用することが可能である。詐欺に用いられた手段がいかなるものであったかは、重要ではなく、判例は、術策や虚偽の言明、詐欺的沈黙によるものを処罰している。

) 変造の要件

¹ 法律番号なし

変造行為とは、現行の規定に違反して製品を製造することであるから、変造であるというためには、特定の規定への違反があることが前提となるはずである。しかし、判例は、ある程度知られた慣習を根拠として訴訟を進行することを認めている。ただし、詐欺の場合とは異なり、規定も慣習も存在しないときには、変造は成立しない。

なお、変造行為のほか、変造行為の用に供するための物の所持もまた、規制の対象となっている（消費法典 L.213-4 条）。

（２） 効果

） 民事上の効果

欺瞞に対する民事上の効果としては、これによって私的な損害を被ったことを立証した者が欺瞞行為をした者に対して損害賠償を請求できるほか、その擁護する集团的利益が損なわれたことを立証した消費者団体もまた、欺瞞行為をした者に対して損害賠償を請求できる。

欺瞞についての立証責任は被害者がこれを負担し、詐欺の場合には、違反行為の客観的要素（消費法典 L.213-1 条に列挙された事項に関する詐欺があったこと）について立証しなければならない。また、違反行為の主観的要素については、違反行為が故意によるものでなければならない以上、被害者は、原則として、違反者の悪意を立証しなければならないはずである。しかし、判例は、違反者が輸入業者及び製造者である場合にはこの立証責任を緩和し、これらの事業者には製品の適合性に関する義務（同法典 L.211-1 条以下）が課されていることから、その悪意は適合性の確認作業を怠ったという事実から推定できるとする²⁸。このように、判例は、法が要求している悪意の立証を、単なる不注意のフォート（過失）によって置き換えたのである。変造の場合、被害者は、違反行為の客観的要素を立証しなければならない。

） 刑事上の効果

欺瞞に対する刑事上の効果としては、2年の禁錮刑または37,500ユーロの罰金刑、若しくはその双方という刑が科される（詐欺につき消費法典 L.213-1 条、変造につき L.213-3 条。）

DGCCRF の職員は、違反行為を確認し、調書を作成してそれを共和国検事に提出する権限を有する。

（３） 適用範囲

消費法典は、違反者となる資格については何の制限も設けておらず、あらゆる人、つまり、事業者及び個人が、欺瞞の規制対象となっている。違反者が契約の当事者であるかどうかは重要でなく、詐欺が、第三者、例えば、売主と同一ではない製造者によってなされる場合であっても規制の対象となる。

また、同法典は、詐欺の被害者となる資格についても何の制限も設けておらず、変造行

為の被害者についても買主としかしていないところ、あらゆる人、つまり、消費者と事業者の双方が保護の対象となる。

第3節 不招請勧誘

不招請勧誘に関する規定は、消費法典のほか、通貨金融法典(Code monétaire et financier)におかれている。すなわち、一般消費財や役務の電話やEメールによる不招請勧誘について規制しているのは消費法典であり、金融商品の電話による不招請勧誘について規制しているのは、通貨金融法典である。

一般消費財や役務に関する電話やEメールによる勧誘が、法律によって規制されるようになったのは、最近のことである。すなわち、通信取引における消費者保護ルールの統一を目指した、通信販売に関する1997年5月20日のEU指令を受けて、これをフランスにおいて国内法化するために、2001年8月23日のオルドナンスによって従来の法改正がなされたのがその始まりである。また、さらに、2004年6月21日の法律(第575号)によってさらに改正がなされたが、これは、電子商取引に関する2000年6月8日のEU指令と、電子通信分野における個人データ保護に関する2002年7月12日のEU指令を国内法化するための改正である。

金融商品の電話による勧誘が法律によって規制されるようになったのも、最近である。金融取引の安全性を目的とする2003年8月1日の法律(第706号)に端を発する。この法律は、2005年6月6日のオルドナンスによって改正されたが、これは、2002年9月23日の通信金融サービスに関するEU指令を国内法化するためのものである。

電話による不招請勧誘(電話勧誘)に関する規制の目的は、まず、情報提供義務を課すことによって、契約締結にあたり消費者が不利益を被ることを未然に防ぐこと、さらに、契約締結後に、法定期限内であれば消費者に翻意権を認めることによって合意に瑕疵がないことを担保することにある。この翻意権は、従来規定にはないものであり、消費者に対して厚い保護を与えるものであるが、かかる契約の一方的解消を原則として禁止する民法典における契約の一般的規範と抵触する。

Eメールによる不招請勧誘に関する規制は、大量の広告メールを送信するスパム行為を防止するためのものである。

1. 要件

一般消費財及び役務に関する電話勧誘に対する規制の要件及び効果について規定しているのは、消費法典L.121-27条、L.121-18条、L.121-19条、L.121-20条、L.121-20-1条、及びL.121-20-3条の各規定である。これらの規定によれば、事業者は、電話勧誘に際して、事業者の身元、契約の目的物、その性質、生じるべき権利義務の内容、そして、とりわけ

消費者を保護する規定の存在（契約の翻意権）について、必要な情報を提供しなければならない。また、事業者は、電話勧誘の後、書面あるいは耐久性のある記録媒体を用いて、申込みの内容が確認できるものを消費者に送付しなければならない。そこには、上記の情報が漏れなく含まれている必要がある。そして、消費者は、7日間の猶予期間内なら、理由の如何を問わず、違約金を支払うことなく契約を解消でき、その場合には、直ちに払戻しが行われなければならない。

金融商品に関する電話勧誘に対する規制の要件及び効果については、通貨金融法典 L.341-12 条及び L.341-16 条が規定している。これらの規定によれば、事業者は、電話勧誘に際して、事業者の身元、契約の目的物、その性質、提供しようとする金融商品、生じるべき権利義務の内容、そして、とりわけ消費者を保護する規定の存在（契約の翻意権）について、必要な情報を提供しなければならない。そして、消費者は、14日間の猶予期間内なら、理由の如何を問わず、違約金を支払うことなく契約を解消でき、その場合には、直ちに払戻しが行われなければならない。

Eメールによる勧誘を規制しているのは、消費法典 L.121-20-5 条である。同条によれば、消費者が事前に同意した場合を除いて、Eメールによる勧誘を禁止している。これは、米国でオプト・イン（ユーザーに事前に広告メールの送信許可を求めること）と呼ばれている技法で、後になって異議を申し立てるしかないオプト・アウト（ユーザーに事前の許可なく広告メールを送りつけること）よりもインターネット利用者を厚く保護するものである。

2. 効果

（1） 民事上の効果

不招請勧誘に対する民事上の効果については、個別的情報提供義務への違反があった場合に関して既述したところと同様である。まず、事業者が電話勧誘に際して必要な情報を提供しなかった場合、契約は無効となる。また、消費者の翻意権を制限あるいは抹消するような契約条項は、無効となる²⁹。さらに、書面あるいは耐久性のある記録媒体を用いて申込み内容の確認がなされなかった場合は、撤回期限が延長される（消費法典 L.121-20 条）。

なお、上述のとおり、消費者・事業者間の訴訟において、消費者が事業者の情報提供義務違反を主張した場合、この義務を履行したことについての立証責任は事業者が負担する。

（2） 刑事上の効果

不招請勧誘に対する刑事上の効果としては、次のようなものが予定されている。まず、情報の提供を怠った場合には、罰金刑が予定されている（消費法典 R.121-1 条・R.121-1-1 条）。また、消費者から契約を撤回する旨の要求があった場合に既払金の払戻しを拒否する事業者には、一般消費財と役務に関する場合（消費法典 R.121-1-2 条）と金融商品に関する場合（通貨金融法典 L.353-1 条）のいずれにおいても、罰金刑が予定されている。

3. 適用範囲

不招請勧誘に関する規制の対象は事業者である。規制によって保護される者は、電話勧誘については消費者であるが、Eメールによる勧誘については、消費者であると事業者であるとを問わず、あらゆる自然人が保護の対象である。

第4節 適合性原則

フランスにおいては、適合性原則に関する明文の規制はなされておらず、判例において助言義務が認められているのみである。

助言義務を明示的に定める法律上の規定は存在せず、判例によって、契約当事者については民法典 1135 条及び 1602 条、消費者については消費法典 L.111-1 条を根拠として認められている。

助言義務に関しては、それを情報提供義務と同義であるとする学説がある一方で、情報提供義務をさらに進めたものであると解する学説もある。後者によれば、助言義務は、意思決定をするのを助けるものであり、契約の目的物そのものよりもそれを取得することの適時性に関わるものであるとされる。

なお、実際には、消費者が助言義務違反を主張することは稀である。

1. 要件

助言義務に関しては、明文の規定が存在しないため、その法律上の要件は観念し難い。

助言義務は、契約の相手方に、契約の適時性や、そのメリットとデメリットについて説明する義務であるとされ、判例は、公証人・弁護士・銀行・保険業者といった種類の専門家に、この義務を課している。また、複雑な、あるいは危険な製品の売主にも、この義務が課されている。

法定の情報提供義務を遵守していることは、事業者の助言義務を免除することになるのかが問題となる。いくつかの判例は、特に銀行等について、情報提供義務に加えて、助言義務を負うものとしている³⁰。

2. 効果

適切な助言が与えられなかったことによって損害を被った者は、民法典 1382 条に基づき損害賠償を請求できる。なお、助言義務の相手方は、適切な助言がなされなかったことを

主張するだけでなく、その義務が履行されたことを立証するのは、事業者側である。

3. 適用範囲

助言義務を課されているのは、上述のように、専門家たる公証人・弁護士・銀行・保険業者等であり、複雑な製品や危険な製品を扱う売主にもこの義務が課されている。

助言義務によって保護される者は、専門知識を持たない消費者だけではない。事業者であっても、当該契約が対象とする分野における資格や能力に欠ける場合には、保護の対象となる。

¹ 沈黙による詐欺の相手方が詐欺者の故意を証明することは、沈黙が不作為であるがゆえに、実際には極めて困難である。

フランスの判例のなかには、沈黙による詐欺の事例において故意要件を明言するものも見られるが、沈黙を守った当事者が隠された情報を知っていたこと、およびその情報が相手方にとって重要であることを知っていたこと、を認定することによって欺罔の意思 (*intention de tromper*) を導き出すものが多く見られる。判例のなかには、さらに進んで、事業者性を理由に一方当事者が当該情報を知らないことは許されないとするもの、相手方のための情報取得義務を課すものがある。また、情報提供義務（を履行したこと）の証明責任は、事業者が負うものとされる。

このように、沈黙による詐欺においても故意要件は維持されているが、推定によりあるいは証明責任のレベルにおいてその厳格さを緩和する動きが見られる点には注意を要する（詳しくは、Terré = Simler = Lequette, *Les Obligations*, no234. およびそこで挙げられている判例を参照）。

² Paris, 13 mai 1987, D 1987. IR. 158.

³ Calais-Auloy = Steinmetz, *Droit de la consommation*, 6^e éd., 2003, no56.

⁴ 詳しくは、北村一郎「諸外国における消費者（保護）法(4)——フランス」『消費者法講座—第1巻総論』（日本評論社、1984）234頁以下を参照。

⁵ 1997年5月20日の通信販売指令は、2001年8月23日のオールドナンスにより、2000年6月8日の電子商取引指令の一部および2002年7月12日の電子通信分野における個人データ保護指令は、2004年6月21日の電子経済信用法 (*loi pour la confiance en l'économie numérique*, LCEN) により、さらに、2002年9月23日の通信金融サービス指令は、2005年6月6日のオールドナンスにより国内法化された。

⁶ 後藤巻則「助言義務と専門家の責任」早稲田法学 74巻3号(1999)463頁以下の諸判決を参照。

⁷ ヒヤリング等による調査結果のほか、森田宏樹「『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論(2)」NBL483号56頁(1991年)、後藤巻則「フランス契約法における詐欺・錯誤と情報提供義務(二)」民商102巻3号78頁(1990年)を参照した。

⁸ Cass. Civ. 3^e, 6 novembre 1970, Bull. Civ. III, n°587, JCP 1971, II, 16942, note J. Ghestin.

⁹ Cass. Civ. 3^e, 2 octobre 1974, Bull. Civ. III, n°330.

¹⁰ Cass. Civ. 3^e, 21 février 2001, Bull. Civ. III, n°20.

-
- 11 主たる詐欺と付随的な詐欺の区別については、Cass. Civ. 3^e, 5 avril 1968, Bull. Civ. III, n°156.を参照。
- 12 Cass. Com. 27 février 1996, Bull. Civ. IV, n°65 ; Cass. Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, Bull. Civ. I, n°131 ; Cass. Civ. 3^e, 15 novembre 2000, Bull. Civ. III, n°171.
- 13 ヒヤリング等による調査結果のほか、森田宏樹「『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論(1)」NBL482号22頁(1991年)、後藤巻則「フランス契約法における詐欺・錯誤と情報提供義務(三・完)」民商102巻4号54頁(1990年)を参照した。
- 14 Civ. 28 janvier 1913, S. 1913, I, p. 487
- 15 レジオンについては、大村敦志「契約成立時における給付の均衡(一)~(六・完)」法協104巻1~6号(1987年)を参照。
- 16 Cass. Civ. 1^{re}, 13 février 2001, Bull. I, n°31.
- 17 「プッサン事件」: Cass. Civ. 1^{re}, 22 février 1978, D. 1978, p. 601, note Ph. Malinvaud.
- 18 Paris, 4 février 2003, JCP 2003, II 10079, note Ph. Stoffel-Munck.
- 19 Rennes, 30 janvier 1998, Contrats, conc., consom. 1998, comm. n°152, p. 19, note G. Raymond.
- 20 フランスにおける消費者信用法制に関しては、船橋哲「フランスの消費者信用法制」法律時報77巻9号60頁(2005年)。
- 21 Cass. Civ. 1^{re}, 15 mai 2003, Bull. Civ. I, n°132.
- 22 Cass. Crim., 12 novembre 1986, Bull. crim. n°861.
- 23 誤ってはいないが誤解を生じさせる性質の広告も虚偽広告にあたりと初めて認めた判例は、タング事件に関する Cass. Crim., 13 mars 1979 Bull. crim. n°861.である。
- 24 Cass. Crim., 21 mai 1984, Bull. crim., n°185.
- 25 広告審査局については、カリス・オーリー〔中山知己訳〕「フランスにおける広告規制と消費者保護」立命館法学186号142頁以下(1986年)。
- 26 Cass. Crim., 27 mars 1996, Bull. crim., n°139.
- 27 Ass. Plén. 8 juillet 2005, D. 2005, AJ, p. 1997.
- 28 Cass. Crim., 12 avril 1976, D. 1977, p. 239, note J. Cl. Fourgoux. ; Cass. Crim., 6 avril 2004, Bull. crim., n°86.
- 29 Paris, 4 février 2003, JCP 2003, II, 10079, note Ph. Stoffel-Munck.
- 30 Cass. Civ. 1^{re}, 27 juin 1995, Bull. Civ. I, n°287 (消費者信用に関して、規定の雛型を遵守すれば、銀行は補足説明の義務を免れるのか); Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 1998, Bull. Civ. I, n°334 (集団加入の保険に加えてさらに別の補足的な保険に加入することを勧めなかった信販会社は、助言義務を怠ってはいない); Cass. Civ. 1^{re}, 19 décembre 2000, Bull. Civ. I, n°325 (集団加入保険の出資者が、加入者の一人に災害の発生を保険業者に届け出ることを助言しなかったことは、フォート(過失)を構成する)。

第3章 オランダ

第1節 概要

1. 民法と消費者法

オランダにおける消費者関係立法は二つの特色を有していると考えられる。

第一に、1992年にその主要部分が施行された新しい民法(以下、単に「民法」または「現行民法」というときはこの新民法を指すものとする)は、商事取引や消費者取引に関する規定をその枠内に含んでいる。すなわち、こうした取引に関する法規範は特別法として民法と別個に存在するのではなく、民法という一般的法の中に取り込まれているのである。むしろ、民法の全ての規定が事業者間取引・消費者取引といった区別なしに適用されるわけではなく、規定によっては消費者取引のみに適用される等の振り分けが行われている¹。

ホンディウス教授によれば、消費者保護といった弱者保護の問題はもはや「例外」ではなく、それゆえ「例外は厳格に解釈されるべし」という格言は弱者保護には当てはまらないことになる²。

第二に、上述の点とも関連するが、オランダにおける消費者法の実現は新民法を中心とする私法に委ねられており、公的機関が積極的に規制を行うことは少ない。そして、経済団体と消費者団体の対話による自主規制の動きが主流を占めていると評価されている³。この点については後ろの第5節 - 3. で触れることになる。

従って、以下では新民法の規定とその評価を中心に検討することになる。

2. 民法と消費者法の歴史

本論に入る前に、背景を理解するために立法史について概観しておきたい⁴。

1992年施行の現行民法以前の旧民法は1838年制定のものであった⁵。19世紀末頃から、社会的・経済的弱者を保護するという意識が芽生え、労働契約に関する規制の民法への導入がなされた他に、未成年者法、不動産貸借関係の諸法、割賦法等の特別法が作られていった。しかし、物権・債権の一般的な規定をこうした潮流に合わせて改正することは、法学者等からの要望にもかかわらず実現しなかった。このため裁判所は一般条項の解釈を通じて弱者保護を実現していった。

1947年に至って新民法の起草に向けての活動が正式に開始され、長い議論を経て1992年の現行民法の施行に至っている。現行民法の起草に当たっては、旧民法下での確立した判例法理を定式化することが一つの柱となっており、弱者保護に関して一般条項を通じて形成された裁判官法の多くが現行民法に組み入れられた。

他方で、オランダにおいて消費者問題が社会的に注目を集め、活発に議論されるようになったのは、ここ20~30年のことである。しかしそれまでの弱者保護の動きの中で消費者保護に有用な諸規定が現行民法に導入されることは、自然な流れだったと言える。

さらに、当然のことながらEU法の展開も無視することはできない。オランダにおいて

も E U 指令の国内法化が進んでいる。

以下は筆者の私見ではあるが、1992 年の現行民法は、それまでの指令の多くを吸収し、さらに将来を見越したかのような規律を備えていたため、1992 年以降の変動の幅はそれほど大きなものではないように思われるのである。あるいはオランダの消費者保護のあり方が様々な E U 指令の基礎となっているとも評価できそうである。但し、テレマーケティングやスパムのような新しい分野については、現行民法の枠にとどまらない展開が見られる。

第 2 節 情報提供義務

情報提供に関してはいくつかの側面から論じることが可能である。

1 . 詐欺

民法第 3 編 44 条により詐欺・強迫・状況の濫用による法律行為は取消しうるとされている。この詐欺には、伝達すべき義務を負った情報を故意に隠すことが含まれる(同条 3 項)。但し、オランダにおいては次の錯誤の規定の使い勝手がよいので、詐欺に関する条文が実際に用いられることは少ないとされる⁶。

2 . 錯誤

錯誤に関する条文は民法第 6 編 228 条である。錯誤の効果は取消し(vernietigbaar/can be annulled)である。この錯誤規定は、情報のやり取りに関する当事者の合理的な行動を導き出すように工夫されているように見え、その点で情報提供に関する重要な規律を形成している。すなわち、取り消しうる場合として、同条 1 項は(a)錯誤が相手方により与えられた情報に起因している場合、(b)相手方が錯誤に関して知り、又は知るべきであったことからを考慮すると、錯誤に陥った当事者に知らせるべきであった場合、を挙げている(c号は省略)。 (b)号はもとより(a)号も誤解を招かないような情報提供を要請している。

ホンディウス教授は錯誤を次のように評価している⁷。「オランダでは錯誤は頻繁に適用される。錯誤それ自体、信義則に基づき、「売主の説明義務」と「買主の情報収集義務」とを対立させて、バランスよく解決していく。したがって、一般的解決を見出すのは困難であり、法律要件もドイツ法のように、はっきりとはいえない。」

なお、以上の錯誤の規律は弱者保護の場面に限って適用されるわけではない点に注意すべきである。

3 . 誤認惹起表示

不法行為の規定に属する民法第 6 編 194 条 ~ 196 条は誤認惹起表示 (Misleidende reclame / Misleading publicity) を規定している⁸。194 条 a~j 号に示されるような事項について誤認を惹起する情報を公にすることは不法行為となる。194 条 a~j 号は次のとおり。

- a. 性質、構成、量、品質、特徴、又は使用の可能性

- b. 産地、生産方法と時期
- c. 供給量
- d. 価格又はその計算方法
- e. 特別な申込みの理由若しくは目的
- f. 懸賞、第三者が与えた推薦状若しくは他の意見や宣言、又は科学的若しくは専門的用語、技術的成果若しくは統計的データ
- g. 商品提供条件、サービス提供条件、又は支払いの条件
- h. 保証の範囲、内容、又は期間
- i. 商品の生産やサービスの提供を行い、その案内や監督を行い、若しくはそれに協力をする者の身元、質、技能、又は資格
- j. 他の商品やサービスとの比較

この第 6 編 194 条を受けて、195 条は 1 項で情報の正確性に関する立証責任を当該情報の提供者に負担させるとしている。また、過失が無いとき又は他の理由により責任を負うべきではないときには、損害賠償義務は免除される（195 条 2 項）。すなわち免責事由に関する立証責任も情報提供者の側にある。効果としては損害賠償以外に、情報提供禁止命令及び正確な情報の提供命令（196 条 1 項）が認められる。この情報提供禁止命令及び正確な情報の提供命令については、訴権は被害者以外に(a)一定の消費者団体等及び(b)当該情報により影響を受ける者にも与えられる（196 条 2 項）。なお、195 条 2 項で賠償について免責される者に対しても 196 条の命令は出されうる。つまり 196 条の命令は情報提供者の帰責性を要件とはしていない。賠償について免責される者に対して 196 条の命令が出される場合には、命令の実行に係る費用の負担が問題となる（196 条 3 項）。

誤認惹起表示に関するこれらの条文は現行民法の制定時に採用された新しい規律であり、旧民法下での判例の展開を受けて定式化されたものである。ここでも、消費者契約に限定して適用されるものではない点に注意したい。

4．契約締結前の責任一般

契約締結前の責任に関する一般的な規律を現行民法に取り入れることは立法過程で議論されたが、議会はこれを未だ十分に確立されていない分野と評価したため、結局のところ現行民法は契約締結前の責任に関する規律を欠いている⁹。

5．その他

ホンディウス教授は、故意の誤認惹起行為については第 6 編 194 条だけでなく次にみる第 3 編 44 条 3 項の状況の濫用法理も適用可能であると説明している¹⁰。

訪問販売法（Colportagewet/Door-to-door Sales Act）¹¹8 条 b 号は誤認惹起広告を禁止している¹²。

第 3 節 不招請勧誘

1. 状況の濫用

不招請勧誘が消費者に対する不当な威圧をもたらし、その威圧下において契約が締結されるような場合には、後述の第4節 - 1. で挙げた状況の濫用法理が適用可能であろう。但し、この点に関する明確な判例は存在していないようである¹³。

2. 特別な規律

不招請勧誘の類型毎に特別な規律の有無を検討する。

(1) 訪問販売

訪問販売法 (Colportagewet / Door-to-door Sales Act)¹⁴は不招請勧誘自体を禁止する条文を置いていない。以下にオランダの訪問販売法の特色を簡単にまとめる¹⁵。

訪問販売法は、純粹の訪問販売だけでなく、事業者の事業所外で事業者のイニシアティブにより (すなわち顧客の側から訪問を求めるのではなく) 行われる契約に適用される。適用対象は物と役務に関するすべての契約だが、以下のものは除かれる。

- ・ 保険契約
- ・ 証券取引 (1995年の証券取引法1条の意味での)
- ・ 不動産
- ・ 電話売買
- ・ 取引フェアにおける売買
- ・ 食物の配達販売

顧客は (後述の契約の登録から起算して) 8日以内であれば契約を解消できる (クーリング・オフ)。解消可能性に関する情報を (書面で) 顧客に提供しない場合には、契約自体が無効である。更に、この情報を提供しないことは、経済犯罪法 (Economic Offences Act) の下での経済犯罪を構成する。方式に則って登録されていない契約 (doorstep sales agreements that are not recorded in a formal contract) は無効である¹⁶。契約の強制力は9日目以降にはじめて生ずる。これより前に例えば顧客が代金を支払ったとしても、契約を解消する場合にはその返還を求めることができる。そうした返還を認めない旨の条項は無効である。

以上のような私法上の効果は最終的には民事訴訟により実現される。この他、例えば解消可能性に関する情報の不提供を理由として刑罰を科すような場合には、法の執行は財務省の下に置かれている経済監視局 (Economische Controledienst / Economic Monitoring Service) に委ねられる¹⁷。

(2) 電話勧誘販売及び電子メール

1997年のEC指令 (97/7/EC) の10条を受けた1998年のテレコミュニケーション法 (Telecommunicatiewet / Telecommunication Act)¹⁸は、自動コールシステム及びファックスを用いた勧誘を被勧誘者が予め書面により同意した場合に限って認める旨の規定を置いた¹⁹。自動コールシステムを用いない通常の電話勧誘については、被勧誘者がそうした勧

誘を望まないことを通知したのでない限りは許される（いわゆるオプト・アウト・システム opt-out system）²⁰。このテレコミュニケーション法の下では、電子メールによる勧誘もオプト・アウト・システムの適用を受けると解されていたようである。

その後、2002年のEU指令が出された。この指令は"Directive for the Protection of Personal Data and Privacy in the E-communications Sector, Council Directive 2002/58" という表題からも明らかなように、取引上の観点ではなく個人情報とプライバシーという観点からスパムメールの問題を扱っている。この指令については2003年10月31日までに国内法化が求められていたが、2003年12月段階でオランダはこれを履行していなかった²¹。2004年5月19日に至りようやく改正テレコミュニケーション法が施行された²²。この法律は上記の指令を含む複数のEU指令に対応するためのものであり、オランダではこの改正法により本格的な明確なスパムメール規制が導入されたことになる²³。同法によれば、個人である私人に対して事前の同意なしに求められないEメール、ファックス、SMSメッセージを送信することは禁止される。

この法律の運用はOPTA（Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit）に委ねられている。OPTAは経済省（Ministerie van Economische Zaken/Ministry of Economic Affairs）の下にある独立の行政組織であり、郵便及び電子コミュニケーションの分野での諸問題を担当している²⁴。法規制への違反に対してはOPTAが罰金を科すことができる。OPTAは消費者がスパムメールに関してOPTAに苦情を申立てられるようにウェブサイト을設けている²⁵。OPTAは苦情について個別の対応はしないが、苦情をデータとして蓄積して違反者への対応の判断材料としている²⁶。

不招請勧誘を含めて、不公正な事業者 - 消費者間取引に関して2005年に新たなEU指令が出されているが²⁷、これにオランダ国内法でどのように対応していくかは検討中のようなものである²⁸。

Direct Marketingに関しては、業界団体であるDDMA（Dutch Dialogue Marketing Association）²⁹が自主規制を行っている。電話勧誘に関しては行動準則"Code Telemarketing"が存在している³⁰。また、スパムに関しても"Code Verspeiding Reclame via E-mail (Code e-mail)"が定められている³¹。

（3）その他

商品の勝手な送りつけ（ネガティブ・オプション的な事例）については、民法第7編7条が規定している。

第4節 適合性原則

1．状況の濫用

適合性の問題に関しては金融取引の分野で問題となっているが、これについてまず妥当するのが民法第3編44条4項の「状況の濫用（door misbruik van omstandigheden / abuse of circumstance）」である。同項は次のように規定する。「ある者が、他者が特別な状況--必要、依存、抑制の欠如、異常な精神状態、経験の欠如といった--の結果として法律行為を

締結するよう勧誘されていることを知り若しくは知りうべきであり、かつその者が知り若しくは知りうべき内容がそれを禁じているにもかかわらずその法律行為の生成を奨励する場合には、その者は状況の濫用をしているものとする。」

この規定は高齢者を含む取引力の不均衡による弱者の保護に用いられる³²。この条文の適用に当たってポイントになるのが信頼関係である。ホンディウス教授によれば、この信頼関係が認められる多くの場合は家族関係にある場合だが、例えば事業者が本人の信頼を得てから行為する場合には、事業者対消費者の関係でも事業者対事業者の関係でも 44 条の適用が可能になるという³³。

状況の濫用の結果として締結された法律行為は取り消しうる（44 条 1 項）。

2 . その他

訪問販売法³⁴ 条 a 号は、顧客の財産能力を超える反対給付が必要とされることを販売者側が知り又はそう信ずる合理的な理由がある場合には、契約の締結が禁止される旨を定めている³⁵。

第 5 節 その他

1 . 信義則

ホンディウス教授は信義則に関する第 6 編 248 条の重要性を指摘している³⁶。

2 . 集団的紛争解決

既にみたように、誤認惹起表示に対する差止命令・情報提供命令に関する第 6 編 196 条 2 項は消費者団体等に訴権を認めている³⁷。

より一般的に、第 3 編 305a 条及び 305b 条が団体訴権を認めている³⁸。但し、この訴権は団体の構成員以外のために行為する場合には、金銭賠償の請求を含まない点に注意が必要である（305a 条 3 項）。この団体訴権は実際には環境訴訟においてよく用いられているとされる³⁹。団体訴権を消費者問題に生かそうとする場合、消費者団体を作るのは非常に簡単である（過去の実績等は必要なく、定款を作成して法人化すればよい）が、団体訴訟には資金が必要であり、現状ではそれができる金銭的資源をもった団体は存在していない⁴⁰。

2006 年中には経済省の下に消費者保護のための新たな行政機関が設立されて団体訴権を有することになる⁴¹。

3 . 公的組織の位置づけと自主規制

訪問販売法について経済監視局の役割は第 3 節 - 2 . (1) で触れた。また、上述第 5 節 - 2 . のように、新たな行政機関の設置も予定されている。

以下では、これまでに触れた事項との関係で重要と思われる NGO について簡単に概観す

る⁴²。

(1) SER (Sociaal-Economische Raad/Social and Economic Council)⁴³

SER (社会経済評議会) は 1950 年の産業組織法 (Wet op de bedrijfsorganisatie / Industrial Organisation Act) によって設立された半公的な組織である。活動資金はメンバーである企業からの拠出金によりまかなわれている。SER の責務は、(1) 消費者問題を含む社会・経済上の諸問題について政府及び議会に助言をすること、(2) 業種毎に事業者と労働組合の代表から組織される約 40 の委員会を監督すること、(3) 保険仲介業法を含む 3 つの法律の執行について政府を助けること、(4) SER Merger Code に基づき合併を監督すること、(5) 消費者問題に関する自主規制を促進すること、である⁴⁴。この中で本報告書との関係で有意なのは(1)及び(5)であろう。

1995 年までは、政府は社会・経済の政策立案の重要事項に関しては SER に諮問するよう法律で義務づけられていた⁴⁵。現在ではこのような規定はなくなっているが、諮問の件数は減少していない。SER が重要であると考えた問題について政府が諮問をしなかった場合には、SER は自らの判断で意見を公表することもできる。政府には SER からの助言に従う義務はないが、事実上その意見は尊重される。なお、政府の他に議会 (上下両院) も SER に対して意見を求めることができる。

消費者政策に関する政府への助言については SER の下に置かれる消費者問題委員会が重要な役割を担っている。委員会は、後述の消費者協会が選出する 6 人、オランダ産業連盟及び中小企業協会からの 6 人、その他主に専門家からなる 6 人、計 18 人から構成されている。

自主規制の促進は、消費者 (消費者協会及び他の消費者団体からの代表) と事業者の対話によるものだが、その一つの中心は適正な約款の策定を促すことである。また、次に見るように、SGC の下にある苦情処理委員会との関係も重要な要素である。

(2) SGC (Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken/Foundation for Consumer Complaints Boards)⁴⁶

SGC (消費者苦情処理財団) は 1970 年に設立された財団である。SGC は紛争解決に直接は携わらない。業種毎に設置された多くの苦情処理委員会が SGC の下で活動している。SGC の下で活動する苦情処理委員会は、司法省の発する認可基準に適合している他、いくつかの要件を満たすことが求められる。その一つに、業界団体のメンバー企業が不公正な約款を用いていないことが挙げられる。この点の審査は SER の下で行われる。また、設置された苦情処理委員会の成果は SER にフィードバックされ、自主規制の促進に役立てられる。

苦情処理委員会は消費者個人から申立てられた苦情を処理する。苦情処理は有料だが、裁判に比べれば安価であり時間の節約にもなる。また消費者が勝訴すればこの手数料は返還される。解決基準は基本的には自主規制ルールである (むろん制定法も重要な基準である)。

(3) Consumentenbond (Consumers' Association)⁴⁷

Consumentenbond (消費者協会) は、数十万人の会員を擁する非営利組織であり、市場における消費者の利益の促進を目的として活動している。活動資金は会費により賄われている。(1)及び(2)で見たように、Consumentenbond は自主規制システムの中で消費者の利益を代表する組織として位置づけられている。

(4) 自主規制と消費者像

消費者は情報・交渉力、経済力、体力等の面で事業者と比較して弱者であるが、行為能力を欠くわけではなく、つまり判断力を備えた大人である⁴⁸。これがオランダにおける消費者法システム、特に自主規制システムの前提となっている。

(5) 自主規制の限界⁴⁹

自主規制の限界として、そもそも悪質な事業者はこの自主規制システムに組み入れられないという点がある。この点、オランダのこのシステムは優良な業者を育てることに重点を置いたシステムであると評価することができる。また、業界内での秩序が未発達な分野も存在する。例として、インターネットサービスプロバイダ業界を挙げることができる。この業界は新しい不公正な取引が横行している分野の市場(悪徳業者市場)であり、消費者側からは不公正な取引慣行が多く行われていると見られている。この業界には業界団体がまだ存在しておらず、SER の下での約款策定交渉には、消費者団体の代表者2人と8つの個別の企業が参加している。交渉の中では「事業者は不公正な取引慣行を廃止すべきである」との文言を約款中に警告として入れることが消費者側から求められている。この交渉は何ヶ月かのうちに終了し、策定された約款はインターネット上で公開される予定である。

なお、現在オランダでは、EU レベルでの議論を受けて、少額訴訟裁判所を設置するか否か、それとの関係で従来の自主規制の制度手続きを存続させるか否かについて、議論がなされている。裁判手続導入の論拠として、悪質な事業者も把握することができることが主張されている。

第6節 関連条文

本文中で触れた条文を以下にまとめて掲げる。本文中も含め、日本語訳については基本的に注2に挙げたホンディウス論文の松本恒雄教授・角田美穂子助教授による翻訳に依拠している。また、一部注8に挙げた潮見佳男教授の論文に掲げられた翻訳に拠った。原文及び英訳については HAANAPPEL and MACKAAY, NIEUW NEDERLANDS BURGERLIJK WETBOEK – HET VERMOGENSRECHT, Kluwer 1990 を参照。

民法

第3編 44条

1. 法律行為は、それが強迫、詐欺または状況の濫用の結果として行われた場合は、取り消すことができる。

(第2項省略)

3. 故意に不正確な情報を提供することにより、または伝達する義務を負う情報を故意に隠すことにより、または他の術策により、相手方にその法律行為をなすように促した場合は、詐欺を行っている。約款中の表示は、たとえそれが間違っているとしても、それ自体は詐欺を構成しない。

4. 相手方が法律行為を 必要性、依存性、気まぐれ、異常な精神状態または経験不足といった 特殊な状況の結果として行なう気にさせられていることを知り、または知るべきである者が、そうすべきでないにもかかわらず相手方にその法律行為をなすように促した場合は、状況を濫用している。

(第5項省略)

第3編 305a 条

1. 社団または財団は、その定款により他者の利益を促進することを目的としている場合に限り、他者の保護を目的として訴訟手続を行うことができる。

2. 第1項は、訴訟において追求される利益が同質ではなく、それが訴訟の提起に反対している場合、または社団もしくは財団が被告と交渉することによってその目的を達成しようとする努力を、事情に照らして十分に尽くしたといえない場合には、適用されない。

3. 社団がその構成員のために行為する場合を除き、第1項に定める訴訟手続は金銭賠償の請求を含まない。

4. 第1項に定める訴訟手続は、訴訟に反対する者に関係する行為を根拠にして提起することはできない。

5. 法的決定は、作為命令や差止命令を含む場合を除き、その者の保護のために訴訟がなされたのであるが自己に対する裁判所の決定に従うことには反対する者に対しては、その効力を生じない。

第3編 305b 条

1. 第2編1条に定める法人は、法が当該法人に他者の利益を促進することを委ねている場合に限り、他者の利益を保護するために訴訟手続を提起することができる。

2. その場合において、本編第305a条2項ないし5条を準用する。

第6編 167 条

(第1項、第2項省略)

3. 本条第2項が適用される場合には、請求を認容する裁判官は、訴訟の費用及び訂正の公表の費用の全部又は一部を提訴者に負担させる旨を決定することができる。各々の当事者は、決定に従い彼が負担した分の訴訟の費用及び訂正の公表の費用について、元の情報の公表の結果として生じた損害につき責任を負うべき者に対して、償還を請求することができる。

第6編 194 条

自分自身によりまたは自分がその者のために取引をするところの者により職業または営業を行なうにつき提供された物またはサービス給付に関して、ある情報を公開または公

開させた者は、以下のような点のうち一つあるいはいくつかに関して誤解を招く情報を提供した場合に、不法に行為している。

- a. 性質、構成、量、品質、特徴、または使用の可能性
- b. 産地、生産方法と時期
- c. 供給量
- d. 価格またはその計算方法
- e. 特別な申込みの理由もしくは目的
- f. 懸賞、第三者が与えた推薦状もしくは他の意見や宣言、または科学的もしくは専門的用語、技術的成果もしくは統計的データ
- g. 商品提供条件、サービス提供条件、または支払いの条件
- h. 保証の範囲、内容、または期間
- i. 商品の生産やサービスの提供を行い、その案内や監督を行い、もしくはそれに協力する者の身元、質、技能、または資格
- j. 他の商品やサービスとの比較

第6編 195条

1. 194条にしたがって、情報の内容と提示を全部若しくは部分的に決定し又は決定せしめた者に対して訴訟が提起される場合には、この者は、その情報に含まれ若しくはそれにより示唆されている事実であり且つその情報の誤認惹起的な性質を根拠づけている事実について、その正確性又は完全性に関する証明責任を負担する。但しこの証明責任の分配が不合理である場合にはこの限りではない。

2. 194条に関して、情報の内容と提示を全部若しくは部分的に決定し又は決定せしめた者の不法行為があったときには、この者は、それが彼の過失によるものでないこと及び他の理由から彼が責任を負うべきでないことを立証しない限りは、それにより生じた損害について責任を負う。

第6編 196条

1. 194条に規定される情報を公表し若しくは公表せしめることにより他者に対して損害を生じさせた又は損害を生じさせる虞がある者が存在するときには、裁判官は、当該他者の請求に基づいて、損害発生者に情報を公表し若しくは公表せしめることを禁止することができ、それに加えて、裁判官の指示する方法により当該情報の訂正を公表するよう命じ又はそれを公表させるよう命じることができる。

2. 前項に規定する訴訟は次の者によっても提起されることができる。

- a. 完全な権利能力を有する法人であって、職業ないし営業を営む者の利益又は物若しくは役務の最終利用者であり職業ないし営業に関係しない者の利益を図る目的を有するもの
当該情報を公にすることでこれらの利益が侵される若しくは侵される虞がある場合
- b. 完全な権利能力を有するその他の法人
当該情報がその法人の目的と関連し、且つこの目的が当該情報を公にすることで

侵される若しくは侵される虞がある場合

3. 前2項の訴訟が、損害賠償責任を負わないとして195条2項に規定される者に対しても認められるときには、167条3項は必要な変更を加えた上でこれに適用する。

第6編 228条

1. 錯誤の影響の下に締結され、かつ事実についての正確な評価がなされておれば締結されなかったであろう契約は、次のいずれかの場合に、取り消すことができる。

- a その錯誤が相手方によって与えられた情報に起因している場合。ただし、たとえその情報がなくとも当該契約が締結されたであろうと相手方が推測しえた場合は、この限りでない。
- b 相手方がその錯誤に関して知り、または知るべきであったことがらを考慮すると、錯誤に陥った当事者に知らせるべきであった場合。
- c 相手方もまた、錯誤に陥っている当事者と同一の誤った想定に基づいて契約を締結した場合。ただし、相手方として、たとえ事実の正確な評価がなされていたとしても、錯誤に陥った当事者が契約を締結しなかったであろうと解さねばならないものではなかった場合は、この限りでない。

2. 完全な将来の事実についての錯誤、または、契約の性質、一般常識、もしくは当該事案の状況から見て、錯誤に陥った当事者が責任を負うべきである錯誤を理由としては、取り消すことはできない。

第6編 248条

1. 契約は、当事者により合意された法律効果だけでなく、契約の性質に照らし、法、慣行または合理性と衡平の要請の結果として生ずる効果をも有する。

2. 契約の結果として当事者を拘束するルールは、当該状況のもとで合理性と衡平の基準に照らして受け入れ難い場合には、適用されない。

第7編第7条

1. 物を送付された者は、この送付がその物を買うように誘うためにされたと彼が合理的に推測しうるときには、送付者からそれと異なる連絡がない場合には、受取人は、送付が行なわれた原因が受取人に帰せられえない限りで、送付者との関係において、その物を無償で保持することが認められる。

2. 受取人がその物を送り返したときには、その費用は元の送付者が負担する。

訪問販売法（オランダ語のみ）

Artikel 8

Het is een colporteur of een onderneming waarin of voor rekening waarvan een colporteur werkzaam is, verboden:

a. handelingen te verrichten of te doen verrichten als bedoeld in artikel 1, eerste lid,

onder c, indien de colporteur weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de verplichtingen die daaruit voor de desbetreffende particulier kunnen voortvloeien, niet in overeenstemming zijn met diens draagkracht;

b. een mededeling te doen of te laten doen die misleidend is ten aanzien van een of meer van de onderwerpen, genoemd in artikel 194 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek;

c. meer dan een overeenkomst als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onder c, te sluiten of te doen sluiten indien redelijkerwijs moet worden aangenomen dat daarmee wordt beoogd een of meer van de betalingen die de desbetreffende particulier per overeenkomst moet verrichten, te doen blijven beneden het in artikel 26, eerste lid, bedoelde bedrag;

d. handelingen te verrichten of te doen verrichten die bij algemene maatregel van bestuur als onbehoorlijke gedragingen zijn aangemerkt.

1 例えば売買に関して「消費者契約」の定義が第7編5条に置かれており、第7編13条は消費者契約に適用される旨が明記されている。

2 HONDIUS, Ewoud, “Disclosure, Misrepresentation and Unsolicited Offers in Dutch Consumer Law” (2006) 4 頁。この論文は本調査のために作成されたメモランダムであり、ホンディウス（松本恒雄・角田美穂子訳）「契約法における弱者保護」民商 109 巻 4・5 号 661 頁（1994）と基本的には内容を一にする。以下では後者を中心に引用する。この注2に対する出典は後者では 669 頁である。なお、以下の本文中の条文については、この松本恒雄教授・角田美穂子助教授による翻訳を主に用いている。

3 本調査の一環として行われた、オランダの社会経済評議会（SER = SOCIAL and ECONOMIC COUNCIL）におけるインタビュー（2006年3月6日）。社会のコンセンサスによる紛争解決・予防システムの構築は「ポルダー・モデル（Polder Model）」と名づけられ、消費者法のみならずオランダ社会全体の特色と考えられている。

4 以下、ホンディウス（前掲注2）664～669 頁、及びハートカンブ（曾野裕夫訳）「オランダ私法の発展 - ヨーロッパ的視座に立って - 」民商 109 巻 4=5 号 623 頁（1994）を参考にしてまとめている。

5 それ以前にも 1809 年の民法典及び 1811 年のナポレオン法典が存在しており、1838 年の旧民法はナポレオン法典の影響を大きく受けている（ハートカンブ（前掲注4）624～625 頁）。1838 年以降の判例・学説の展開が当初はフランス法の、19 世紀末から 20 世紀初頭にかけてドイツ法・スイス法の影響を受けた点についてはここでは省略する。

6 本調査の一環として行われた、ユトレヒト大学におけるホンディウス教授に対するインタビュー（2006年3月6日）。

7 ホンディウス教授に対するインタビュー（前掲注6）。

8 潮見佳男「最近のヨーロッパにおける契約責任・履行障害法の展開（一）（二・完）」阪大法学 47 巻 2 号 205 頁、同 3 号 503 頁（1997）2 号 233 頁に紹介されている。

9 ホンディウス（前掲注2）671 頁、潮見（前掲注8）232～233 頁。潮見（前掲注8）232 頁には起草者の草案「各交渉当事者は、相互の合理的な利益を考慮して自らの行動を決定するように義務づけられる。各当事者は、交渉を破棄する自由を有する。しかしながら、契約締結についての相手方の正当な信頼に照らしまたは当該事件のその他の事情に照らしてこのことが受け入れられ得ないであろう場合は、この限りではない。」が紹介されている。潮見教授の指摘するとおり、これは契約交渉破棄の場合や成立した契約の有効性が否定された場合に限定された議論である。

10 ホンディウス教授に対するインタビュー（前掲注6）。

11 Colportagewet (Stb. 1973, 438), as last amended by Act of 16/11/1995 (Stb. 574).

12 The Institute fuer Europaeishes Wirtschafts- und Verbraucherrecht e.V., Study on the Feasibility of General Legislative Framework on Fair Trading (November 2000), volume 3 (available at

http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/library/surveys/sur21_vol3_en.pdf), p.178. なお、この報告書は以下この節では“EU study”として引用する。

13 ホンディウス教授へのインタビュー（前掲注6）。

14 前掲注 11。

15 以下の記述は

<http://europa.eu.int/youreurope/nav/nl/citizens/factsheets/nl/consumerprotection/canvasing/en.html> 及び EU study（前掲注12）p. 178 に拠った。

16 ホンディウス教授へのインタビュー（前掲注6）によれば、これは事業者側で契約の日付の証明を郵便局等で契約書に入れてもらうという手続きであるという。

17 経済監視局が事案を検察官に送り、検察官が訴追することになる。しかし検察官はこの

種の事件に低い優先順位しか与えていないので、経済監視局も積極的には権限を行使していないようである。イギリスの Department of Trade and Industry(DTI)による Consumer Benchmarking Project の一環としてのオランダに関するレポート

(<http://www.dti.gov.uk/ccp/topics1/pdf1/benchnether.pdf>) がこの点に触れている。但し DTI のウェブサイトからこのレポートにつながるリンクを見出すことはできなかった。このレポート自体の発行日時も不明である。

¹⁸ Wet van 19 oktober 1998, houdende regels inzake de telecommunicatie (Stb. 1998, 610).

¹⁹ なお、これ以前にも不招請勧誘に関する個別規定が存在していたようである。1995 年の欧州司法裁判所の判例 *Alpine Investments BV v. Minister van Financien*, Case C-384/93, [1995] E.C.R. I-1141, [1995] 2 C.M.L.R. 209.は、オランダの保険仲介業者による他の加盟国の潜在的顧客に対する電話勧誘に関して、オランダ財務省の「望まない者への電話勧誘 cold-call」の禁止に関する命令が EU 条約 49 条の「an unlawful restriction on the free flow of services」条項に反しないか否かを扱っている。

²⁰ EU study (前掲注 12) p.173.

²¹ http://www.sophos.com/pressoffice/news/articles/2003/12/sa_euspamlaws.html

²² 最新のテキストは Stb.2005, 609 (2006 年 1 月施行)

<http://www.ivir.nl/wetten/telecom/telecommunicatiewet.pdf> (オランダ語のみ)

²³ <http://www.opta.nl/asp/en/newtelecommunicationsact/>

²⁴ <http://www.opta.nl/asp/en/> 及び <http://www.opta.nl/asp/en/aboutopta/history.asp>

²⁵ <https://www.spamklacht.nl/> (オランダ語のみ)

²⁶ <http://www.opta.nl/asp/en/consumers/>

²⁷ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council (Unfair Commercial Practices Directive)

²⁸ ホンディウス教授へのインタビュー (前掲注 6)

²⁹ <http://www.dmsa.nl/> (オランダ語のみ)

³⁰ <http://admin2.campaigner.nl/users/ddma/files/70252893-telemarketing.pdf> (オランダ語のみ)

³¹

<http://admin2.campaigner.nl/users/ddma/files/88788614-code%20verspreiding%20reclame%20via%20e-mail.pdf> (オランダ語のみ)

³² ホンディウス (前掲注 2) 672 頁、HONDIUS, *supra* note 2, pp6-7.

³³ ホンディウス教授に対するインタビュー (前掲注 6)

³⁴ 前掲注 11.

³⁵ EU study (前掲注 12) p. 178.

³⁶ ホンディウス (前掲注 2) 673 ~ 674 頁。

³⁷ 前述 2 - 3 参照。

³⁸ ホンディウス (前掲注 2) 683 ~ 684 頁。

³⁹ ホンディウス教授へのインタビュー (前掲注 6)

⁴⁰ 同上。

⁴¹ 同上。これに関しては SER でのインタビュー (前掲注 3) でも触れられている。

⁴² 以下個別に挙げる出典の他に、SER でのインタビュー (前掲注 3) 及び DTI によるレポ

ート（前掲注 21）を参照した。

⁴³ <http://www.ser.nl/>

⁴⁴ http://www.ser.nl/overdeser/default.asp?desc=en_taken

⁴⁵ 以下、この段落については http://www.ser.nl/default.asp?desc=en_faq_1

⁴⁶ <http://www.sgc.nl/>

⁴⁷ <http://www.consumentenbond.nl/?ticket=nietlid>

⁴⁸ 未成年、成年後見については別に（日本のそれと対応するような）制度が民法の中で用意されている。

⁴⁹ 主に SER でのインタビュー（前掲注 3）に拠った。

第4章 イギリス

第1節 概要

全体的な特徴として、次の二点を指摘することができよう。第一は、イギリス法においては、主として個別立法による対応が採られていることである。これは、日本のような消費者契約法レベルでの包括的な規律形式と対照をなすところである。

イギリスの採る個別規制のアプローチは、個々の分野における対処をよりきめ細かく行うことができるというメリットをもつ反面、規制の対象から漏れた分野で消費者保護に欠ける部分が生じるというリスクを生じさせる。こうしたデメリットについては、聞き取り調査では、一方で大陸法的なアプローチからの質問であるといった拒絶反応もみられたが（Howells 教授）、他方で、これを問題として認識し、EC法の国内法化により対応しつつあるという回答もなされた（公正取引庁（Office of Fair Trading: OFT））。

第二の特徴としては、国家機関以外の業界団体等によるいわば自主的な規制がかなり細かい点まで及び、機能していることを指摘することができよう。

1. 情報提供義務

契約締結に際して、必要な情報を相手方に提供する一般的な義務はないと考えられている。もっとも、一般私法のレベルにおいて、最高信義契約、特別な信認関係ないし信頼関係、及び、不実表示といった法理によって、相手方に対する情報提供が義務づけられる場合がある。すなわち、最高信義契約の場合、特別な信認関係ないし信頼関係のある場合、ならびに、不実表示の場合である。これらの場合には、義務違反による契約の取消が認められる。また、1967年不実表示法では、損害賠償請求が認められることがある旨の規定がなされている。

また、次にあげるように個別立法により情報提供義務を課す例も少なくない。1974年および2006年消費者信用法、1987年消費者保護（営業所外で締結された契約の解除）規則、2000年金融サービス・市場法とその関連立法等においても、情報提供義務が課されている。1974年消費者信用法では、一定の信用供与契約等につき、契約締結前に開示されるべき事項および開示方法、書面交付義務、解除権の通知義務、情報提供義務違反の効果として契約の強行ができなくなる旨等が定められ、2006年消費者信用法では、契約締結後の情報提供について補完的に規定がなされている。

営業所外で交渉された契約に関するEC指令（85/577/ECC）の国内法化としての消費者保護（営業所外で締結された契約の解除）規則では、事業者による消費者への商品またはサービスの提供に向けられた契約において、一定の場合に消費者が保護される旨を定める。

また、金融サービス・市場法に基づく金融サービス機構によるビジネス・スタンダードにおいても、情報提供義務に関する具体的規制がなされている。

以上みたように、個別立法においては、どのような情報を提供すべきかのみならず、どのような方法で情報提供させれば消費者にとって有用か、に相当な注意が払われている。

2. 不招請勧誘

一般的に不招請勧誘を禁止する法理は見当たらない。個別立法による規制で対応している。伝統的な訪問勧誘の他、電話や電子メール等による勧誘は、こうした個別規制の対象とされている。

訪問勧誘については、消費者保護（営業所外で締結された契約の解除）規則におけるクーリングオフの制度や、消費者信用法における規制、金融サービス・市場法の下位規範における規制等があげられる。

電子的手段を介した勧誘については、とくに、プライバシーと電子コミュニケーションに関する EC 指令（2002/58/EC）の国内法化として、ファクシミリ、電話、電子メールによる不招請勧誘を規制する 2003 年プライバシー及び電子コミュニケーション（EC 指令）規則で、ダイレクト・マーケティング目的での不招請コミュニケーションの原則的禁止および加入者・受信者側の予めの同意による不招請勧誘の許容等が規定されている。同規則の規制の違反により損害を被った場合、損害賠償の請求をなすうることとなる。

また、業界団体等による自主規制として、例えば、ダイレクト・マーケティング協会による、個人に対する不招請ダイレクト・マーケティング電子メールを用いたコミュニケーションが原則的に違法であるが、特定の要件をみたした場合には例外的に許容される旨の宣言（Code of Practice）が存する。

3. 適合性原則

一般的に適合性原則を認める法理等は見当たらない。個別立法としては、金融サービス・市場法及びその下位規範である PRIN (Principles for Businesses) が適合性原則を認めており、また COB (Conduct of Business) により具体化されている。

第 2 節 情報提供義務

1. 情報提供に関する原則

契約締結に際して相手方に情報提供する一般的な義務はないと考えられている。すなわち、売買目的物に瑕疵がある等の場合において、買主は売主の責任を追求できないとする原則（「買主注意せよ（caveat emptor）」の原則）が存在するところ、契約一般の問題としても、この「買主注意せよ」の原則を根拠として、契約を締結するか否か、ないし、どのような内容の契約を締結するかにつき、相手方の判断に影響を及ぼすような情報を一方当事者が保有する場合であっても、相手方に対してその情報を積極的に提供する法的義務はないのが原則である、と理解されてきた。もっとも、この原則の適用される領域は、歴史的に狭められる傾向にある。特別に情報提供義務を課す根拠としては、一般私法のレベルにおける幾つかの法理と、個々の分野を規律する立法があるけれども、消費者契約一般のレベルで規制を行うものは見当たらない。

2. 情報提供義務の根拠となる法理

一般私法レベルの法理として、最高信義契約、信認関係、不実表示の三つに触れる。

第一に、最高信義契約(contracts uberrimae fidei)においては、一方当事者のみの知る情報が、相手方当事者の意思決定に不可欠である場合に、情報開示義務が課される。この義務の違反により、相手方に契約取消権が発生する。保険契約締結に際して、被保険者ないし申込者が自己の情報を保険会社に開示する義務が典型例である。

第二に、特別な信認関係(fiduciary relation) (例：本人と代理人) ないし信頼関係(confidential relation) (例：医師と患者) がある場合には、信認ないし信頼を受けている者の信頼違反行為に基づき、契約の取消を認める法理である。信頼違反行為の一類型として、重要な事実の非開示が問題とされる。

第三に、不実表示(Misrepresentation)がある。不実表示の一般的な成立要件は、事実の陳述があること、陳述内容が明確であること、表示内容が重要なものであること、及び、陳述内容が信頼されたこと、である。不実表示は、詐欺(Fraud)と善意不実表示(Innocent Misrepresentation)に分けられる。

不実表示については、従来、判例法上は、詐欺の場合には契約取消権及び損害賠償請求権が認められてきたものの、善意不実表示の場合には、契約の取消権は認められるが損害賠償請求の対象とはならないとされており、損失補償の請求が認められるに止まっていた。

これに対して、1962年の法改正委員会第10レポート(Cmnd 1762)が過失(に基づく善意)不実表示に関して損害賠償請求を認めることを勧告し、Hedley Byrne & Co., Ltd v. Heller & Partners, Ltd., [1964]A.C. 465 が過失不実表示の場合に損害賠償請求を認めたことを受けて、1967年に不実表示法(Misrepresentation Act)が制定された。

同法2条1項は、不実表示に基づいて契約が締結された場合に、その結果として表示受領者が被った損失についての損害賠償請求を認めている。不実表示者は、表示された事実が真実であると信ずる合理的な理由があり、かつ、契約締結時までそれを信じていたことを証明すれば免責される。

また、不実表示に基づいて取消権が発生する場合に、裁判所又は仲裁人の裁量により、取消に代えて損害賠償請求権が付与され得る(同法2条2項)。それゆえ、無過失でなされた不実表示に関して損害賠償請求が認められる可能性もある。

3. 個別立法

情報提供義務を課す個別立法のうち、消費者信用法、消費者保護(営業所外で締結された契約の解除)規則、及び、金融サービス・市場法関連のルールを紹介する。

(1) 消費者信用法(Consumer Credit Act 1974, 2006)

消費者信用法は1974年に制定されたが、通商産業省(Department of Trade and Industry)による「公正、透明、競争的 21世紀の消費者信用市場」と題する白書に基づき、制度の改革が進められてきた。情報提供義務との関連で言えば、契約締結前の情報提供については主として諸規則による補完が図られ、契約締結後の情報提供については、2006年の消費者信用法(Consumer Credit Act 2006)により1974年法の修正が図られている。

消費者信用法が適用される契約は、一定の例外を除き、債務者が個人である25000ポンド

ド以下の信用供与契約、及び、3ヶ月を越えて継続することができる個人に対する商品の寄託(bailment)であって支払額が25000ポンドを超えない契約であった。ここにいう個人には、従来、構成員すべてが会社でないパートナーシップを含むとされていたが、2006年法1条により、4人以上から構成されるパートナーシップが除外された。また、2006年法2条は、1974年法の適用上の制限、25000ポンド以下という金額の制限を廃止した。他方、2006年法3条、4条は、前年度に一定額以上の収入を受け取っているか、一定額以上の財産を保有している場合、及び、債務者にとって全く又は主たる目的がビジネスにある場合について適用除外する旨を定める。

1974年法は、主として契約締結前に開示されるべき事項及び開示方法について規制する¹と同時に、契約締結時の情報提供に関し、契約上の権利義務、手数料等の事項につき、読みやすく、かつ紙の色から判別し易い色による記載すること、所定事項は目立つように記載すること、一定の事項は、まとめて一箇所に提示すること等を要求する²、書面交付義務³、さらに加えて、解除権の通知義務⁴、情報提供義務違反の効果として契約の強行ができなくなる旨⁵を定めている。

2006年法は、主として契約締結後の情報提供につき補完的な役割を果たしている。例えば、同法8条によれば、OFTは債務者の遅滞・不履行に関する情報シート(information sheet)を準備し出版すべきこととされている。債権者は、債務者に対して遅滞している金額を通知する際、同時にこの情報シートを付与しなければならない。情報シートに記載される事項は、例えば、遅滞にある債務者の法的地位、債務管理の選択肢、相談機関の連絡先といったものが考えられている。

(2006年法成立以前の文献だが、クレジット研究34号(2005年)の特集「イギリスの消費者信用法制」参照)

(2) 消費者保護(営業所外で締結された契約の解除)規則(The Consumer Protection (Cancellation of Contracts Concluded away from Business Premises) Regulations 1987 No.2117)

本規則は、営業所外で交渉された契約に関するEC指令(EC Directive 85/577/ECC, OJ 1985 L372/31)の履行のために制定されたものである。

本規則は、以下の場合に適用される。すなわち、

事業者による消費者への商品またはサービスの提供に向けられた契約が、

消費者の自宅若しくは当該消費者以外の自然人の自宅、又は、消費者の職場への、事業者による不招請訪問の間に締結された場合、

それらの場所へ消費者の明示の要請に基づいて訪問した場合であっても、消費者による訪問の要請に関わらない商品又はサービスに関わる契約であり、かつ、消費者が、当該要請のときに、それらの商品又はサービスが当該事業者の営業活動に含まれることを知ら

¹ s55, Consumer Credit (Disclosure of Information) Regulations 2004 SI 2004 No.1481.

² s60, 61, Consumer Credit (Agreements) Regulations 1983 SI 1983 No.1553.

³ s62, 63, *ibid.*

⁴ s64, *ibid.*

⁵ s65, *ibid.*

ないか、又は合理的に知ることができなかつた場合、

事業者によって営業所外で主催された行楽旅行の間に締結された場合、及び、それらの状況において消費者から申込がなされた場合である（s3(1); 多数の例外がある）。

ここに消費者とは、法人でない個人であつて、本規則の適用される契約の締結に際して、営業外とみなされ得る目的で行為する者をいう（s2(1)）。

本規則の適用を受ける契約は、事業者が消費者に対して、消費者の7日以内の契約解除権を文書により通知していない場合には、消費者に対して強行できない（s4(1)）。当該通知は、契約締結時（消費者により申込がなされる場合には、申込時）に消費者に交付されなければならない（s4(4)）。当該通知に含まれる情報は、容易に読み取ることができ、かつ、契約書又は他の文書に組み込まれていない場合には、当該文書中の他の情報（文書のタイトル、契約当事者名及び手書きで挿入された情報を除く）と少なくとも同等に目立つように提供されなければならない（s4(3)）。

（3）金融サービス・市場法(The Financial Services and Markets Act 2000)関連

金融サービス・市場法は、金融サービス機構(Financial Services Authority, 以下、“FSA”と略称)に対して、二次立法を行う権限を付与している。

FSAは、すべての企業及び(営業を)認可された個人に適用され、比較的抽象度の高い規律を含むハイレベル・スタンダード(High Level Standard)、企業の日々の業務に関する具体的規制であるビジネス・スタンダード(Business Standard)等、幾つかの種類の二次立法を行っている(<http://fsahandbook.info/FSA/html/handbook/>参照)。

情報提供義務に関する具体的規制は、主としてビジネス・スタンダードのレベルでなされている。例えば、ビジネス・スタンダードの一つである Insurance: Conduct of Business (ICOB) 4.2.2 及び 4.2.8 は、保険仲介人が、非投資的保険契約の締結前に顧客に対し、保険仲介人の名称・住所、(営業)認可の状況、保険仲介人の名称・住所や認可の状況を FSA のサイトないし FSA への電話によるコンタクトで確認できる旨等の情報を提供すべきことを規定している。

これらの情報は、IDD(Initial Disclosure Document)と呼ばれる文書にまとめられ、他の情報とは区別して顧客に伝達される。IDD の書式及び内容は予め定められ、かつ、素人たる顧客にも理解可能な表現となるよう配慮されている。例えば、ICOB Annex 1 の第3項目は、以下のようになっている。

3 私達があなたに提供するサービスは？

私達は、あなたの需要を調査した上で、[以下の(商品の)中から] [非投資的保険契約の種類を列挙せよ]アドバイスと(商品の)推薦を行います。

あなたは、私達から[以下の(商品の)中から] [非投資的保険契約の種類を列挙せよ]アドバイスや(商品の)推薦は受けません。私達は、詳細(な情報)を提供する商品の範囲を絞るために、質問をすることがあります。あなたは、どのように(取引を)進めるかについてご自身で決定する必要があります。

IDDには、キーファクト・ロゴが付される。金融商品を購入する際、顧客には多くの資料が交付されるため、顧客にとってはどこに必要な情報があるのか把握できず、情報提供が実効性を持たない状況が発生し得る。キーファクト・ロゴは、内容・形式の定められた一定の文書だけに付されるため、顧客はキーファクト・ロゴの付された文書を選択的に読むことにより、必要な情報に接することが容易となる。キーファクト・ロゴを以下に示す。



キーファクト・ロゴが付される文書としては、IDD の他、助言サービスのコストについての情報提供文書、重要事実書面(Key Facts Document.従来は重要事項書面(Key Features Document)だったが、消費者にとって分かりにくい文書であり、実際にはあまり読まれていなかったため、表現等を改めてキーファクト・ロゴを付す Key Facts Document へ移行中である)等がある。

重要事実書面には、例えば、損害保険の場合、保険者の名前、保険の種類、主な特徴、保険によりカバーされる範囲から特に除外・限定される事項、保険期間、クーリングオフ権、保険者に対する苦情の連絡先等の記載が要求されている(以上につき、楠本くに代『日本版金融サービス・市場法』(東洋経済新報社、2006年)第3章及び第8章参照)。

以上に挙げたもの以外にも、不動産仲介業(Estate Agents Act 1979 s18, Estate Agents (Provision of Information) Regulation 1991 SI 1991 No.859)、旅行代理業(Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulation 1992 SI 1992 No.3288)など、分野毎の個別立法により情報提供義務が根拠づけられている。

4. 自主規制

イギリスにおいては、事業者団体による自主規制の役割も大きいとされている。情報提供義務に関しては、例えば、The Association of British Travel Agents (<http://www.abta.com/>)の Code of Conduct が、広告・プロモーションでの価格表示(1.3)、健康状態、パスポート等についての注意を促す義務(1.6)、変更が生じた場合の通知義務(1.9)などについて規制している。

第3節 不招請勧誘

一般的・抽象的に不招請勧誘を規制するルールは発見できなかった。

1. 個別立法

(1) 訪問勧誘

個別分野の立法としては、第一に、訪問勧誘に関わるものがある。例えば、消費者保護（営業所外で締結された契約の解除）規則（The Consumer Protection (Cancellation of Contracts Concluded away from Business Premises) Regulations 1987 No.2117）は、営業所外で締結された契約につき、7日間のクーリングオフを認めている（s4(5)）。また、消費者信用法（s49）も不招請訪問勧誘を規制している。

この分野では、主として高齢者に対する建築業者による訪問販売に関する悪慣行のため法改正が検討されている。

これに関連して、OFTによる“Doorstep Selling a report on the market study” (May2004, <http://www.ofc.gov.uk/NR/rdonlyres/D0B198FE-DB7E-42E3-B9C4-A819D3D7388D/0/oft716.pdf>)、及び、DTIによる“Doorstep Selling and Cold Calling” (July 2004, <http://www.dti.gov.uk/consultations/files/publication-1234.pdf>)が公表されている。

(2) 電子的手段を介した勧誘

第二に、電子的手段を介した勧誘を規制するものがある。プライバシー及び電子コミュニケーション（EC指令）規則（The Privacy and Electronic Communications (EC Directive) Regulations 2003, SI 2003 No.2426）は、ファクシミリ、電話、電子メールによる不招請勧誘を規制している。

ダイレクト・マーケティング目的でのファクシミリ機による送信及び送信の教唆（instigate）は、個人宛の場合、原則として禁止される。

例外として許容されるのは、個人たる加入者が、発信者によるその種のコミュニケーションないし発信者により教唆されたその種のコミュニケーションに同意する旨を、事前に、発信者に対して通知している場合である（s20(1)a,(2)）。

会社宛の場合は、その種のコミュニケーションが当該回線に送信されるべきでない旨の通知をした場合に禁止される（s20(1)b）。

また、情報通信庁(Office of Communications: OFCOM)は、ファクシミリ機によるダイレクト・マーケティング目的の不招請コミュニケーションを受けることを欲しない旨を通知した加入者に割り当てられた番号の登録簿を作成し、最新の状態に維持しなければならない（s25(1)）。この登録簿に登録された加入者・番号に対するダイレクト・マーケティング目的でのファクシミリ機による送信及び送信の教唆も禁止される（s20(1)c）。

ダイレクト・マーケティング目的での、自動化された架電システムを用いた、録音物によるコミュニケーション及びその教唆は、禁止される。ただし、加入者が、発信者によるその種のコミュニケーションないしその教唆に同意する旨を予め発信者に通知している場合は禁止が解除される（s19(1)(2)）。

ダイレクト・マーケティングを目的とする不招請架電を行う目的で、公衆向けの電子コミュニケーションサービスを利用し又は利用を教唆する行為は、次の二つの場合に禁止される。すなわち、加入者が、当該回線へのその種の架電を禁ずる旨、事前に当該発信者に通知していた場合、および、当該架電にかかる回線の番号が、情報通信庁の作成する登録簿に登録されていた場合である（s21(1)）。情報通信庁は、ダイレクト・マーケティング目

的の不招請架電を受けることを欲しない旨を通知した個人たる加入者に割り当てられた番号の登録簿を作成し、最新の状態に維持しなければならない (s26(1))。

電子メールによる、ダイレクト・マーケティング目的の不招請コミュニケーション及びその教唆は、原則として禁止される。

例外として、当該電子メールの受信者が送信者に対し、かかるコミュニケーションが送信者により送信され、または送信が教唆されることに同意する旨を事前に通知していた場合は許容される (s22(2))。

また、以下の要件を充足した場合にも、ダイレクト・マーケティング目的の電子メールの送信ないし送信の教唆が許される。すなわち、

当該受領者への製品ないしサービスの販売に向けた取引または交渉の過程で、当該電子メール受領者の連絡先の詳細を獲得していること、

当該ダイレクト・マーケティングが、(以前のものと)類似する製品ないしサービスのみに関わること、及び、

当該受領者が、かかるダイレクト・マーケティングの目的でその連絡先の詳細が用いられることを容易に拒否できる手段を、かかる情報が最初に収集されたとき、及び、その時点で拒否しなかった場合には、それに続く各コミュニケーション毎に、与えられていること、である (s22(3))。なお、この拒否の手段は、送信にかかる費用を除き、無料であるべきことも規定されている。

これらの規制の違反により損害を被った者は、その賠償を請求することができる (s30(1))。また、本規則の違反が主張される場合には、情報通信庁または当該違反の主張によれば被害者である者は、コミッショナーに対し、当該違反について強制措置を採る権限を行使することを要請できる。もっとも、コミッショナーは、要請がなくとも権限を行使できる (s32)。なお、ここにいうコミッショナーは、データ保護法 (Data Protection Act 1998) 6条に基づいて任命されたコミッショナーを指す (s2(1)(e))。

これらの規制は、従来の規制の強化であると共に、プライバシーと電子コミュニケーションに関する EC 指令 (Directive 2002/58/EC, OJ 2002 L201/37) の国内法化でもある。問題点として、スパムメールに関して、域外に位置する送信者を追跡して発見することは困難であり、実効性に疑問があることが指摘されている。

(3) 訪問勧誘・電子的手段による勧誘双方に関わるもの

第三に、訪問勧誘・電子的手段による勧誘双方に関わるものがある。金融サービス・市場法の下位規範である COB3.10.3 (<http://fsahandbook.info/FSA/html/handbook/COB/3/10>) は、不招請リアルタイム金融プロモーションを対象に規制を加えている。

なお、「リアルタイム」という用語は、人の訪問、電話での会話その他の双方向的対話によるコミュニケーションを指すものである (COB3.5.5)。

2. 自主規制

例えば、ダイレクト・マーケティング協会 (The Direct Marketing Association: DMS) の Code of Practice (<http://www.dma.org.uk/content/Pro-Code.asp>) 中、電子メールに関

する部分は、個人に対する不招請ダイレクト・マーケティング電子メールによるコミュニケーションが原則として違法である旨宣言する。

例外としては、当該コミュニケーションの受領者が加盟者の顧客であり、かつ、以下の四つの要件を充足する場合が挙げられる。すなわち、

当該電子メールアドレスを個人への商品またはサービスの販売ないし交渉の過程で取得していること、

加盟者によって販売された商品またはサービスに類似した対象にのみ関連した商業的コミュニケーションであること、

当該個人が、当該電子メールアドレスのかかる目的での使用を拒絶するための容易な手段を、無料で、電子メールが最初に収集されるとき及び電子メール収集時に当該電子メールアドレスの使用が許諾されていたときには、その後の電子メールによるコミュニケーション毎に、付与すること、並びに、

加盟者がそのアイデンティティ（広告主のために電子メールによるマーケティングキャンペーンがなされる際には、当該広告主のアイデンティティ）を偽装または隠蔽していないこと、の四つである（14.4, 14.8）。

また、当該個人が加盟者からその種のコミュニケーションを受けることに予め同意している場合にも禁止の例外となる。その場合には、同意を得るために予めチェックの入ったオプト・イン・ボックスを用いてはならず、また、電子メールが第三者に伝達される場合には、その旨の明示的な同意の表明が必要である。

更に、この同意は事前に加盟者に通知されていなければならないこと、加盟者または広告主のアイデンティティが明示されなければならないこと、及び、受領者がコミュニケーションを停止するための連絡先たるアドレスを提示しなければならないことが規定されている（14.4, 14.5, 14.7）。

加えて、ランダムで無差別な電子メールによる商業的コミュニケーションも規制されている（14.4）。

第4節 適合性原則

一般的・抽象的に適合性原則を認めるルールは、発見できなかった。個別立法としては、金融サービス・市場法（Financial Services and Markets Act 2000）が挙げられる。同法5条2項cは、助言や精密な情報に対する消費者のニーズの考慮を要求している。その下位規範である PRIN (Principles for Businesses) 2.1.1 の9条において、適合性原則が明示的に宣言されている（<http://fsahandbook.info/FSA/html/handbook/PRIN/2/1>）。

すなわち、「会社は、会社の判断に頼る権利のあるいかなる顧客に対しても、助言と一任判断の適合性を確保すべく相当の注意義務を尽くさなければならない。」（訳文は、楠本・前掲82頁による）とされる。

この原則は、COB (Conduct of Business)により具体化される。第一に、COB 5.3は適合性自体について規定する（<http://fsahandbook.info/FSA/html/handbook/COB/5/3>）。

このCOB5.3が適用されるのは、

指定された金融商品を個人顧客に対して特定人向けとして推奨する場合、

個人顧客の投資顧問として行動する場合、
職業年金スキーム又はステークホルダー年金スキームの資産を管理する場合、及び、
被用者のグループに対して、ダイレクト・オファー金融プロモーションにより個人年金スキームをプロモートする場合、等である（COB 5.3.1）。

他方で、一般的な適合性の要請としては、まずは、投資又は取引に関する助言が顧客に適合することを確実にするための合理的な手段を採るべきことが規定されている（COB 5.3.5(1)）。推奨等を行う際には、顧客から開示された事実、及び、顧客に関して知るべきであった事実を考慮しなければならない（COB 5.3.5(3)）。

さらに、推奨に続いて個人顧客が生命保険等の購入、売却、中途解約等の行為を行った場合等には、なぜその取引が当該顧客に適合すると判断したかを述べた、適合性レター（Suitability Letter）の交付義務が課される（COB 5.3.14）。適合性レターには、当該取引が、当該顧客の個人的及び経済的状况に鑑み、当該顧客に適合するとなぜ判断したかの説明、取引の主な結果と生じ得るあらゆる不利益の要約等の事項が記載されなければならない（COB 5.3.16）。

この他、適合性を確保すべき注意義務を課す COB 5.2（顧客を知れ Know your customer）、リスクに関する顧客の理解を確保するための措置を定める COB 5.4 が具体的な規律を行う。

第5章 アメリカ

第1節 概要

1. 情報提供

情報提供に関する法制度として、1)金融、信用、クレジット、品質保証に関する連邦法、2)リステイトメント¹などコモンロー上の詐欺および不実表示理論、3)不公正な取引方法、虚偽広告に関する連邦法、州法があげられる。

(1) 金融、信用、クレジット、品質保証に関する連邦法

a) 1933年証券法 (Securities Act of 1933(15 U.S.C. §§ 77a et seq.))

b) 1934年証券取引法 (Securities Exchange Act of 1934(15 U.S.C. §§78a et seq.))

1929年の株式市場の暴落の反省から制定される。1933年法第11条は、発行者に対し、重要事実に関わる虚偽の記載や、重要事実が省略された場合の責任を課す。1934年法は、証券取引委員会 (SEC) に、証券の取得、販売に関し、欺瞞的方法を使用することを禁止する規則を採用する権限を与え(15 U.S.C. 78j)、1933年法、1934年法の双方の規定に対応し詐欺を防止する規定として、SEC規則 10b-5 が採用された。

c) 貸付真実法 (Truth-in-Lending Act (TILA) (15 U.S.C. Sec.1601 et seq.)); 規則 Z (Regulation Z 12 C.F.R. § 226.18 b.))住宅所有者とその融資枠を保護する法律 (The Home Ownership and Equity Protection Act of 1994 (HOEPA)(15 U.S.C. §§ 1601 et seq.))

貸付真実法は消費者に対して与信契約(credit terms)の開示を行うことによって、消費者が様々な与信契約を比較し、インフォームド・デシジョン(十分な情報を与えられた上での選択)が行えるようにすることを目的とする(15 U.S.C. § 1601(a))。

d) 不動産清算手続法 (Real Estate Settlement Procedures Act of 1974 (RESPA), (12 U.S.C. Sec. 2601 et seq.))

不動産清算手続における、住宅買主と売主の効果的な事前開示のために制定。

e) マグヌソン・モス保証法 (Magnuson-Moss Warranty Act-Federal Trade Commission Improvement Act (15 U.S.C. §§ 2301 et seq.));保証条項の事前開示について (16 C.F.R. § 702.3(a)(1))

明示的および黙示的保証とその排除、保証がいったん書式で付与された場合の保証条項の事前開示について定める(15 U.S.C. § 2301 et seq.)。

(2) 詐欺と不実表示理論 (Common Law Fraud and Misrepresentation Doctrines)

詐欺、過失不実表示、非良心性、信認義務は裁判所によって発展してきた、コモン

¹ 「アメリカ法の主要分野のうち判例を中心に発達した諸領域をとりあげ、法域によって立場が異なる点については、その内容を検討し、法域の数よりも当該準則の合理性を重視しつつ取舍選択し、これを条文の形にまとめ、かつ説明 (comment) と例 (illustration) を付したもの。」田中英夫編『英米法辞典』(東京大学出版、1991年)

ロー上の法理であり、法律としての効果はないが、リステイトメントの形式で条文形式にまとめられたものも存在する。これらの法理については州および私人がその執行を担うこととなる。

- a) 第二次不法行為法リステイトメント・過失不実表示(Restatement (2nd) of Torts, Misrepresentation §525 et seq.)
- b) 第二次契約法リステイトメント・不実表示(Restatement (2nd) of Contracts § 159)
- c) 詐欺（現実の詐欺と擬制詐欺）(Fraud (actual and constructive))
- d) 脅迫、不当威圧、非良心性(Duress, Undue Influence and Unconscionability)
- e) 信託義務(Fiduciary Duties)

（３）不公正な取引方法、虚偽広告に関する連邦法、州法

- a) 連邦取引委員会法(Federal Trade Commission Act (15 U.S.C.A. § 45(a)(1))

連邦取引委員会法第 5 条(a)条は、不公正な競争方法 (unfair methods of competition) に加え、不公正・欺瞞的な行為または慣行(unfair or deceptive acts or practices)を禁止しており、さらに、第 12 条(15 U.S.C.§52)は、虚偽の広告が、FTC 法第 5 条に定義している不公正・欺瞞的な行為又は慣行に該当し、違法であるとする。

- b) 州法：統一欺瞞的取引慣行法(Uniform Deceptive Trade Practices Act (U.D.T.P.A.) (7 U.L.A. § 325) ; 統一消費者売買慣行法(Uniform Consumer Sales Practices Act (7 U.L.A. § 240) (Master ed. Supp. 1971 to 1976))

これらの統一法は州によって個別に採択されることによって、州の法として機能する。

- c) ニューヨーク州

ニューヨーク州一般ビジネス法第 349 条(N.Y. C.L.S. Gen. Bus. § 349)

- d) オハイオ州

オハイオ消費者売買慣行法(Ohio Consumer Sales Practices Act, O.R.C. §1345.01 et seq.)

- e) インディアナ州

欺瞞的消費者売買法(Indiana Deceptive Consumer Sales Act, (I.C. 24-5-0.5 et seq.))

- f) ワシントン州

ワシントン州消費者契約法(Washington Consumer Protection Act(Rev. Code Wash. 19.86))

2. 不招請勧誘の規制

不招請勧誘の規制として、E メール、電話勧誘に関する規制と商品の不招請勧誘に関する連邦法、州法を取り上げた。

（１）Eメール、電話勧誘

- a) CAN-SPAM 法(Unsolicited Commercial Email Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003 ("CANSPAM") (15 U.S.C. §§ 7701 et seq.))

CAN - SPAM 法は CAN - SPAM 法施行規則(16 C.F.R. Part 316)と共にスパムメールについて規制する。

- b) 電話勧誘拒否登録(“ Do-not-call Registry” 16 C.F.R. § 310.8)

FTC の電話番号 1-888-382-1222 (TTY 1-866-290-4236) またはオンラインで

DONOTCALL.GOV. にアクセスし、電話番号を登録することができる
(<http://www.ftc.gov/bcp/online/pubs/alerts/dncverifyalrt.pdf>)。

c) カリフォルニア州電話販売者法 (California Telephone Seller's Act (Cal. Bus. & Prof. Code § 17511)) 電話を使用した売主の申込みについての情報を提供させ、誤解を生じる表示について禁止するために制定された。

d) インディアナ州・電話プライバシー法 (Telephone Privacy Act (Ind. Code Ann. §§ 24-4.7-1-1 to 24-4.7-5-6))

不招請電話による販売を排除し、電話詐欺を減少させることである。電話を受け取りたくない場合はオンライン上において (<http://www.in.gov/attorneygeneral/telephone/>) あるいは(888) 834-9969 に電話することによって登録する。

e) ニューヨーク州諸法

・テレマーケティング規則(New York's Telemarketing Rule: G.B.L. § 399-p)

自動ダイヤル装置(automatic dialing-announcing device)の使用および消費者に対するテレマーケティングを規制する法であり、電話の目的、誰のために電話しているのかについて開示する義務を課す。

・テレマーケティング濫用法 (Telemarketing Abuse Act: G.B.L. § 399-pp)

消費者が州の登録機関に名前と電話番号を登録することによって、不招請電話を防ぐことができる。

・不招請テレファクシミリ広告 (Unsolicited Telefacsimile Advertising: G.B.L. § 396-aa)

物品または役務の広告目的で不招請ファックス送信をすることを違法とする法律である。

(2) 商品の不招請勧誘 に関する連邦法、州法

a) 連邦法・注文しない商品の送付((Mailing of unordered merchandise) 39 U.S.C. § 3009)

b) インディアナ州・受領者の義務((Duty of receiver) Ind. Code Ann. § 24-5-5-1))

c) カリフォルニア州・任意かつ不招請の物品またはサービスの送付 ; 条件なしの贈与としての受領 ((Voluntary and unsolicited sending of goods or services; Receipt as unconditional gift.) Cal. Civ. Code § 1584.5))

3. 適合性原則

適合性原則はニューヨーク証券取引所(New York Stock Exchange (NYSE))や全米証券業協会(National Association of Securities Dealers (NASD))などを含む自主規制機関(SRO)によって採用されている規則である。SEC はさらに、低額株に関して適合性に関わる問題が大きいことから、低額株に関する規則も採用した(C.F.R. 240(15)(g)(1-9))。これらの法の目的は洗練されていない投資家の保護にある。

a) NASD 規則 2310「顧客に対する勧誘」(適合性原則)

NASD 規則 2310(NASD Rule 2310)に定める「顧客に対する勧誘 (適合性)」(Recommendations to Customers (Suitability))は適合性原則の基礎となるものである

b) NYSE Rule 405

NYSE 会員は、相当の注意をもってすべての顧客についての重要な事実について知らなければならないと規定される。

第 2 節 情報提供義務

情報提供に関する法制度として、1)金融、信用、クレジット、品質保証に関する連邦法、2)リステイトメントなどコモンロー上の詐欺および不実表示理論、3)不公正な取引方法、虚偽広告に関する連邦法、州法を取り上げて紹介する。

1 . 連邦法：開示、半分真実 (Half Truth)と不実表示 (Misrepresentation)

情報開示に関する連邦法として重要な証券法、証券取引法、貸付真実法、不動産清算手続法、マグヌソン・モス保証法を取り上げることとした。金融、信用・クレジットに関わる開示の重要性が窺われるほか、マグヌソン・モス保証法においては、品質保証についての開示、契約締結前の事前開示についての規定が定められる。

(1) 1933 年証券法 (Securities Act of 1933(15 U.S.C. § § 77a et seq.))

1929 年の株式市場の暴落の反省から、買主をして注意せしめよ (caveat emptor) に取って代わり開示を要求する法律として制定された。証券取引法第 4 条は証券取引委員会 (SEC) が証券法及び証券取引法の執行機関であることを定めている。証券法第 5 条は証券の募集に関する SEC への登録義務を課す (15 U.S.C. § 77(c)(d)(e))。

第 11 条は、発行者に対し、重要事実に関わる虚偽の記載や、重要事実が省略された場合の責任を課す。第 11 条は、誤解を生じさせる証券登録証明書による募集により証券を購入した者を保護する。第 11 条違反は、買主によって証明されなければならない。第 11 条、12 条 (目論見書または口頭の伝達による誤解を生じさせる重要事項により証券が購入された場合の責任) 違反については、買主の解除または損害賠償の請求が認められる (15 U.S.C. § § 77l, 77k) 。

SEC は証券法違反に基づく訴えを提起することができる (<http://www.sec.gov/about/whatwedo.shtml>)。SEC は行政罰を課すことができ、また司法省に刑事追訴するように求めることができる。SEC は違反者に対する差止命令を下すことができ、連邦裁判所から付随的救済 (ancillary relief) を得ることができる。SEC は利益の吐き出しや、民事罰、さらにバー・オーダー (裁判所が、違反者が役員または取締役として勤務することを禁じること) を課す明示的な権限を有する (15 U.S.C. 78u-1, 78u(d)(2))。

(2) 1934 年証券取引法 (Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. § § 78a et seq.))

1934 年証券取引法は連邦法である (15 U.S.C. S. § § 78a et seq.)。主に流通取引市場 (secondary trading markets) について規定する。1934 年法は、SEC に、証券の取得、販売に関し、欺瞞的方法を使用することを禁止する規則を採用する権限を与え (15 U.S.C. 78j (2006).) 1933 年法、1934 年法の双方の規定に対応し詐欺を防止する規定として、SEC 規則 10b-5 が採用された。

違反の場合には、私人が直接訴訟を提起することができる (*Herman & MacLean v. Huddleston*, 459 U.S. 375, 380 (1983).)。この際の要件は原告(証券の買主または売主)が取引を締結するにあたり、被告が詐欺的意図をもって、重要な事実に関し、誤解が生じる声明(statement)をなし、または省略し、その声明を信頼した原告に経済的損失が生じたことである。

ほとんどの裁判所において、コモンロー上の詐欺については、履行利益が損害賠償額としてふさわしいとされるのに対し、規則 10b-5 においては、差額賠償または解除が救済方法としてふさわしいとされているようである。

SEC は 1933 年法のすべての違反に基づく訴訟を提起することができる。私人による損害賠償請求に加え、SEC は行政罰を課すことができ、また、司法省に刑事追訴を求める(refer)ことができる。

SEC は違反者に対し、差止めを命じることができ、連邦裁判所から付随的救済 (ancillary relief) を得ることができる。SEC は利益の吐き出し、民事罰、バー・オーダー(bar order)などを命じる権限を有する(15 U.S.C. § 78u-1, 78u(d)(2))。さらに、Sarbanes-Oxley 法は、証券取引法違反に基づく個人の罰金を 1,000,000 ドルと 10 年以下の拘禁から 5,000,000 ドル、20 年以下にし、企業の罰金も 2,500,000 ドルから 25,000,000 ドルに引き上げた(15 U.S.C. § 78ff)。

(3) 貸付真実法 (Truth-in-Lending Act (TILA) (15 U.S.C.S. Sec.1601 et seq.)) ; 規則 Z (Regulation Z 12 C.F.R. § 226.18 b.)) 住宅所有者とその融資枠を保護する法律 (The Home Ownership and Equity Protection Act of 1994 (HOEPA) (15 U.S.C. § § 1601 et seq.))

・ 貸付真実法 (Truth-in-Lending Act (TILA))

貸付真実法の主な管轄機関は行政管理・予算局 (Office of Management and Budget) 連邦準備局 (Federal Reserve) である。消費者に対して与信契約 (credit terms) の開示を行うことによって、消費者が様々な与信契約を比較し、インフォームド・デシジョンが行えるようにするのが本法の目的である (15 U.S.C. § 1601(a))。これらの開示は与信取引を完了するまえに債権者によって、明確に顕著に開示されなければならない。

消費者に対する与信取引において、債権者は、実際に消費者が使うことのできる融資額 (amount financed) を開示し、融資額について書面による明細書を取得することが

できる消費者の権利についての声明を提供しなければならない。融資費用(finance charge)については年率で表示し、融資額と融資費用を足した額を「支払の全額」(Total of Payments)として表示し、あわせて支払回数、支払額、支払期間についても開示しなければならない(15 U.S.C. § 1638)。

違反の際には消費者または政府機関が訴訟を提訴することができる。消費者は融資費用の2倍、最大で2000ドルまで実際の損害を証明しなくとも回復することができるほか、額の証明ができれば実際の損害額、弁護士費用などの回復のほか、クラスアクションも可能である。消費者保護に関わるすべての政府機関が TILA による訴訟を提起することができる。

・住宅所有者とその融資枠を保護する法律(Home Ownership and Equity Protection Act of 1994 (HOEPA)) 15 U.S.C. §§ 1601 et seq.)

HOEPA は TILA を改正する連邦法である(15 USCA §§ 1602(aa), 1610, 1639, 1640)。本法は、ある特定の地域の債務者に対し、略奪的な貸付を行うことを防ぐために制定された。消費者の主要な住居に第二抵当が設定される場合、高い利率が課される場合、融資費用が前払いであるなど諸条件をみたす貸付に対し、TILA の開示要件に加えて追加的な開示要件が課される。略奪的な貸付のターゲットは、所得が低く、所有する住宅の担保価値が高い消費者である。略奪的な貸手は、これらの消費者に対し、住宅に第二抵当を設定するように勧める。しかし、キャッシュフローが少ない債務者は、結局住宅を失ってしまうこととなる。

貸手は、開示を受けたり、ローン申請書に署名したりしても、契約を締結する必要がないことや、住宅に対して抵当権が設定されるため、住宅を失う場合があることなどの記載がなされた書面を交付し、月ごとの支払額の開示を行う必要がある(15 U.S.C. § 1639(a)(1)), 15 U.S.C. § 1639(b)(2).)。

HOEPA 違反の場合、消費者および管轄政府機関が訴訟を提起することができる。実際の損害賠償額の証明がなくとも、融資費用の2倍、最大で2,000ドルまで回復することができ、証明できれば、限度額なしの実際の損害額、合理的な弁護士費用の回復も可能である。さらにクラスアクションも可能である。消費者は3年以内であれば契約を解除することができる(12 C.F.R. §§ 226.15, 226.23)。

住宅都市開発省 (The Department of Housing and Urban Development (HUD)) も HOEPA 違反に基づく訴訟を提起する権限を有する。HOEPA の執行に関し、政府は債権者に対して開示の誤りについて通知し、融資を受けた者のアカウントの調整をするように要求することができる(15 USCA 1607(e)(1))。さらに、意図的に虚偽の情報の提供をした場合、または HOEPA によって要求される情報を提供しない場合など HOEPA による要件をみたさない場合、違反者に対し5,000ドル以下の罰金と1年以内の拘禁を課すことができる。

合衆国憲法第 10 修正との関連について、*Bryan v. Mortgage Capital Resource Corp.*, 197 F. Supp. 2d. 1357 (N.D. Ga. 2002)、時効に関して *Anderson v. Wells Fargo Home Mortg., Inc.*, 259 F. Supp. 2d 1143 (W.D. Wash. 2003)などの判決例がある。

(4)不動産清算手続法(Real Estate Settlement Procedures Act of 1974 (RESPA), (12 U.S.C. Sec. 2601 et seq.))

RESPA は連邦法であり、1974 年に成立した(12 U.S.C. § § 2601 to 2117)。退役軍人省(Administrator of Veteran Affairs)、連邦預金保険公社(Federal Deposit Insurance Corporation) 財務省貯蓄金融機関監督局長(Director of the Office of Thrift Supervision) などとの協議に基づき、住宅都市開発省が主に管轄機関として機能している(12 U.S.C. § 2603(a))。RESPA のいくつかの規定に基づき、州の司法長官または州の保険長官が訴訟を提起することも可能である(12 U.S.C. § 2607 (d) (1))。

RESPA は不動産清算手続における、住宅買主と売主の効果的な事前開示のために制定された。清算サービスの費用を増加させるリベートや委託料を排除し、貸手から住宅買主に要求される総額を減らすことなどを目的としている(12 U.S.C. § 2601)。

RESPA は住宅に一次的、二次的な担保が設定されている(secured by first or subordinate lien on residential property)連邦関与住宅ローン(federally related mortgage loan)に適用される (12 U.S.C. § 2602(1)(A))。その他、連邦預金保険公社によって保証されている預金を有する、もしくは連邦預金保険公社に口座を有する貸手、または連邦政府が規制するローンに適用される(12 U.S.C. § 2602(1)(B)(i))。

RESPA は連邦関与住宅ローンの貸手に対して統一された清算証書を使用することを義務付けている。証書においては、清算に関連し、借手に対して課されるすべての費用が顕著かつ明確に個別に記載されていなければならないとされる(12 U.S.C. § 2603(a))。

RESPA 法違反の際、消費者または政府機関が訴訟を提起することができる。この場合、TILA と 州の欺瞞的取引方法に関する法の違反(state deceptive trade practice violations)も併せて主張するのが一般的である。通知の要件をみなさない場合、実際の損害額については 1,000 ドル以下の損害賠償額が認められ、クラスアクションにおいては、全体で 500,000 ドルまで、またはローンサービス機関の純価値(loan servicing agency 's net worth)の 1%以下の回復が認められる (12 U.S.C. § 2605)。

HUD、連邦準備理事会、州の司法長官が RESPA の規定を執行することができる。リベート禁止違反に関しての罰は 10,000 ドル以下の罰金または 1 年以内の拘禁あるいはその双方である (12 U.S.C. § 2607(d)(1))。

州法に対する専占 (合衆国憲法第 6 編 2 項に規定される連邦法規優越条項に基づき、連邦制下において連邦の憲法・法律・条約が州の憲法・法律に優位すること) に関して *First Federal Sav. & Loan Assn. v. Greenwald*, 591 F.2d 417 (1st Cir., 1979)、適用範囲について *United States v. Graham Mortg. Corp.*, 720 F.2d 414 (6th Cir.,

1984)などの判決例がある。

(5) マグヌソン・モス保証法 (Magnuson-Moss Warranty Act-Federal Trade Commission Improvement Act (15 U.S.C. § § 2301 et seq.));保証条項の事前開示について (16 C.F.R. § 702.3(a)(1))

マグヌソン・モス保証法は連邦法であり、消費者製品に関わる明示的および黙示的保証とその排除について定め、統一商事法典に影響を与える(15 U.S.C. § 2301 et seq.)。FTC(Federal Trade Commission)と司法長官(Attorney General)が連邦裁判所を通じ執行権限を有する(15 U.S.C. § 2310(c))。

マグヌソン・モス保証法は、消費者製品に関し書いた書面によって保証が付与された場合に適用される法律である。保証に関する書面における保証がいったんなされた場合、“全面的”あるいは“制限的”な保証であるかなど付与される保証の種類について明確かつ顕著に示さなければならないなどの規定をおく(15 U.S.C. § 2303)。

書面において黙示の保証が付与された場合その保証は排除することが出来ない(15 U.S.C. § 2308.)。保証条項は購入の前に入手可能でなければならない(15 U.S.C. § 2302, 16 C.F.R. Section 702.3(a)(2))。本法は、消費者が“全面的”あるいは“制限的”な保証をうける場合の内容について全国的な標準を設立する。

消費者、FTC、司法長官がマグヌソン・モス保証法違反を証明することによって、訴えを提起することができる。消費者は連邦裁判所に損害賠償とエクイティー上の救済を求めることができる(15 U.S.C. § 2310(d)(1))。勝訴の場合には弁護士費用を含む合理的な費用の回復を得ることができる(15 U.S.C. § 2310(d)(2))。個人の請求額は25ドル以上の価値であることが必要であり、クラスアクションの場合には賠償額の合計が50000ドル以上であること、100人以上の原告が存在することが必要とされる(15 U.S.C. § 2310(d)(3))。

2 . 詐欺と不実表示理論 (Common Law Fraud and Misrepresentation Doctrines)

詐欺、過失不実表示、信認義務違反は裁判所によって発展してきた、コモンロー上の法理である。州および私人がその執行を担うこととなる。

(1) 第二次不法行為法リステイトメント・過失不実表示 (Restatement (2nd) of Torts, Misrepresentation § 525 et seq.)

第二次契約法リステイトメント第 552 (1) 条は、以下のとおり規定する。

事業、専門または雇用の過程、またはその者が金銭的な利害を有するその他の取引において、その取引内で他者を誘引するために虚偽の情報を提供した者は、当該情報の取得または伝達において合理的注意または能力を行使しなかった場合には、他者が当該情報に対して正当な信頼をおいたことにより被った金銭的損害について責任を負う。

(2) 第二次契約法リステイメント・不実表示(Restatement (2nd) of Contracts § 159)

第二次契約法リステイメント第 159 条は事実と適合しない断言(assertion)が不実表示であるとする。コメントは、不実表示は事実に関する虚偽の断言であって、一般的には話し言葉または書面に語句の形式をとり、ある声明(statement)が不実表示であるか否かは、それらの声明から何が推論されるかを含む、その状況のすべてにおける語句の意味に依拠するとされる。第 160、161 条においては、隠匿、開示の省略も不実表示である場合も存在する。不実表示が詐欺的かどうかは第 161(1)条によって決定される。断言が不実表示であるとされるためには、詐欺的である必要はない。しかしながら、詐欺的でない不実表示は重要なものである必要がある。断言が重要であるかは第 162(2)条に照らして判断される。

(3) 詐欺 (現実の詐欺と擬制詐欺) (Fraud (actual and constructive))

ほとんどの州で現実の詐欺と擬制詐欺に基づく訴因が認められる。米国における詐欺の定義は州によって異なっている。詐欺が証明されれば、懲罰的賠償が請求できる可能性がある。

例えば、オハイオ州における詐欺の要件は、現在または過去の事実に関する実際若しくは黙示の表示、または隠蔽であり、その事実が取引に重要であること、表示が虚偽(false)であること、虚偽性(falsity)について悪意であるか真実かどうか無謀に無視して(reckless disregard)いることである (*Block v. Block*, 165 Ohio St. 365, 377 (1956), 19 Ohio Jurisprudence, 335, Section 24; Restatement (Second) of Torts § 525-26 (1977))。

不実表示に基づく詐欺または欺瞞の訴訟原因が成立する要件は、表示が、重要な、現在存在しまたは過去に存在した事実の表明としてなされ、その表示が真実でなくかつ表意者が真実でないことを知っていたこと、あるいは一定の事情の下において、その表示が不注意または過失によりなされたこと、その表示が他者を欺罔する意図で、他者がその表示に基づいて行為するよう誘引する目的でなされたこと、かつ実際に他者がその表示を正当に信頼し、それにより行為または行為しないことを誘引され、その結果損害を被ったことである。(60A N.Y. Jur. Fraud and Deceit § 14)。

インディアナ州における現実の詐欺の要件は、現在または過去の事実に関する重要事項についての不実表示であること、その表示が虚偽であること、その表示が虚偽であることについて悪意で、または不注意による不知で行われたこと、その表示を、請求を申し立てている当事者が信頼したこと、表示が請求を申し立てている当事者の損害の主原因であることである。(*Rice v. Strunk*, 670 N.E.2d 1280, 1289(Ind. 1996))。

さらに、インディアナ州における擬制詐欺の要件は以下のとおりである。当事者間の関係によって、責任を負う当事者が、請求を申し立てている当事者に対する義務が存在すること、過去または現在の事実について事実について詐欺的に重大な不実表示を

すること、または話す義務が存在する場合に沈黙していること、請求を申立てている当事者の表示に対する信頼と、結果として表示によって引き起こされた請求を申立てている当事者の損害があること、請求を申立てている当事者の不利益に基づく、責任を負う当事者の利益の取得があること (*Rice v. Strunk*, 670 N.E.2d 1280, 1284 (Ind. 1996)) である。

(4) 脅迫、不当威圧、非良心性(Duress, Undue Influence and Unconscionability)

コモンロー上の脅迫、不当威圧、非良心性は不実表示または不開示の際の訴因となり得る。カリフォルニア州において不当威圧は「契約意思」(contractual volition)の枠組みにおいてとらえられ、不当威圧の有無は、圧力が実際に個人の契約意思を損なったか否かの判断に依拠する(*Steffen v. Refrigerator Discount Corp.*, 205 P.2d 727(1949))。

(5) 信認義務(Fiduciary Duties)

信認関係が存在する場合、当事者間において情報開示のより高い義務が課される。例としては、本人と代理人間の責任、パートナーシップ法におけるパートナー間の責任があげられる (Restatement (2nd) Agency § 381, Uniform Partnership Act (1914) § 20)。

3. 不公正な取引方法、虚偽広告に関する連邦法、州法

(1) 連邦取引委員会法(Federal Trade Commission Act (15 U.S.C.A. § 45(a)(1)))

連邦取引委員会法第5条(a)は、不公正な競争方法(unfair methods of competition)に加え、不公正・欺瞞的な行為または慣行(unfair or deceptive acts or practices)を禁止しており、さらに、第12条(15 U.S.C. § 52)は、虚偽の広告が、FTC法第5条に定義している不公正・欺瞞的な行為又は慣行に該当し、違法であるとする。虚偽の広告とは、第15条(a)において、「重要な部分において誤認を生じさせる広告である。」と規定される。

(2) 州法：統一欺瞞的取引慣行法 (Uniform Deceptive Trade Practices Act (U.D.T.P.A.) (7 U.L.A. § 325) ; 統一消費者売買慣行法(Uniform Consumer Sales Practices Act (7 U.L.A. § 240) (Master ed. Supp. 1971 to 1976))

これらの統一法は州によって採択されることによって、州の法として機能する。

(3) ニューヨーク州

ニューヨーク州一般ビジネス法第349条は欺瞞的および誤解を生じさせるビジネス慣行((deceptive and misleading business practices) (G.B.L. § 349))を規制する法律である。本法に基づき消費者(および会社)は、50ドルまたは実際の損害額(意

図的な違反の場合、1,000ドルまで3倍に増額可能)を請求することができる。

年配者に対する違反行為がなされた場合民事罰として罰金 10,000 ドルまで追加することができる。さらに、弁護士費用の回復も可能である。

原告は重要な事項に関し、被告が欺瞞的または誤解を生じさせる行為をなし、その行為により原告が被害を蒙ったことを証明しなければならない (*Small v. Lorillard Tobacco Co.*, 94 N.Y. 2d 43, 720 N.E. 2d 892, 698 N.Y.S. 2d 615 (1999).; (Consumer Law 2005 Update, *available at* <http://www.consumerlaw.org/links/content/CONSUMERLAW2005FINAL.pdf>))。

(4) オハイオ州

オハイオ消費者売買慣行法 (Ohio Consumer Sales Practices Act, O.R.C. § 1345.01 et seq.) は、欺瞞的行為または慣行を規制する。たとえば、自動車の売主が、車の状態についてなされた契約前の口頭による重要な声明、表示、約束を含む重要事項を書面による売買契約に挿入しない場合、本法に違反するとされる (*Clayton v McCary*, 426 F Supp 248 (1976, DC Ohio).)。

(5) インディアナ州

欺瞞的消費者売買法 (Indiana Deceptive Consumer Sales Act, (I.C. 24-5-0.5 et seq.)) は、供給者が、消費者取引の目的物についての性質、使用、品質、グレードについて特定の水準であることを表示したが、実際は異なっていた場合、供給者が異なっていることを知り、また異なっていることを合理的に知るべきであった場合など 18 もの列挙された行為自体が当然に欺瞞的行為であるとして規制される (Ind. Code 24-5-0.5-3)。

(6) ワシントン州 (不公正価格 Unfair pricing)

ワシントン州消費者契約法 (Washington Consumer Protection Act (Rev. Code Wash. 19.86)) は欺瞞的行為または慣行を規制する。自動車のディーラーが、販売されるすべての車の価格に 200 から 500 ドルをディーラーの手数料として上乗せし、その事実について顧客が車を買うことに合意するまで開示しなかったことが本法に違反するとされた (*State v Ralph Williams' North West Chrysler Plymouth, Inc.*, 87 Wash 2d 298, 553 P2d 423, (1976).)。

第3節 不招請勧誘

不招請勧誘の規制として、Eメール、電話勧誘に関する規制と商品の不招請勧誘に関する連邦法、州法を取り上げて紹介する。

1. Eメール、電話勧誘

(1) CAN-SPAM 法 (Unsolicited Commercial Email Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003 ("CANSPAM") (15 U.S.C. §§ 7701 et seq.))

CAN - SPAM 法は CAN - SPAM 法施行規則(16 C.F.R. Part 316)と共にスパムメールについて規制する。FTC が主な管轄機関である他(15 U.S.C. § 7706(a))、米国通貨監査局 (Office of the Comptroller of the Currency (OCC))、連邦準備委員会(Federal Reserve Board)、米国連邦預金保険公社(Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC)) など多くの機関が執行権限を有する。

CAN-SPAM 法違反は不公正または欺瞞的慣行として FTC 法の違反となる (§ 18(a)(1)(B), 15 U.S.C. § 57a(a)(1)(B))。目的は消費者が受信するメールをコントロールすることと同時に、州ごとに採択された不招請 E メールに関する法律の連邦法による専断を達成することである。正当な商業主体は、州ごとに異なる要件をみたさなくとも、連邦法の要件をみたせば、勧誘メールを送ることが可能となる。

CAN - SPAM 法は商業 E メールを送るすべての送信者に適用され(15 U.S.C. § 7702(16)(A))、保護されたコンピュータ (各州間もしくは外国との通商または通信に使用されるコンピュータであって、各州間もしくは外国との通商または米国の通信に影響を及ぼす方法で使用される米国外に設置されるコンピュータを含む。15 U.S.C. § 7702(13), 18 U.S.C. § 1030(e)(2)(B)) に対し、商業 E メールを送ることなどが規制される。商業 Eメールの送信者に対し、ヘッダー情報を含む虚偽、誤解を生じる情報提供についても規制する。さらに、商業 Eメールの送信者はメールの受信者に対し、E メールを受け取ることを拒絶する選択肢を与えなければならず、性的な情報に関してはその旨ヘッダーに明確に表示しなければならない(15 U.S.C. §§ 7704(a), (d); 16 C.F.R. § 316.4(a); *See also The CAN-SPAM Act: Requirements for Commercial Emailers available at <http://www.ftc.gov/bcp/online/pubs/buspubs/canspam.htm>*)。)

FTC、司法長官、州の機関、インターネットサービスプロバイダー (ISP) などが本法に基づく執行権限を有する(15 U.S.C. § 7706(b))。

民事的な救済方法としては、10,000 ドルを超えない範囲での民事罰金(civil penalty)、排除措置命令 (cease-and-desist orders)、差止め命令(injunctive relief)、 エクイティー上の救済 (equitable relief) (15 U.S.C. § 7706(e); 15 U.S.C. § 45(l).)が可能である。刑事罰としては、連邦法上における、5 年以内の拘禁(15 U.S.C. §7703(b))が可能である。

州の司法長官が提起する訴訟においては、差止め命令、損害賠償(居住者が蒙った実際の損害額または法定損害額のどちらか高い方)、 弁護士費用を請求することができる。法定損害額は、違反回数に 250 ドルを乗じ、 2,000,000 ドル以下(15 U.S.C. § 7706(f))である。

ISP が提起する訴訟においては、差止め命令または実際蒙った損害賠償額もしくは、250 ドルに違反の回数を乗じた額で2,000,000 ドル以下の額のどちらか高いほうを請求することができる。私人に提訴の権限はない。

しかしながら、CAN - SPAM 法はスパムを減らすことに効果を発揮していないとの調査報告があり、登録によってメールを受信しないことができる"opt-out" 制度ではなく、登録によってメールを受信することができる"opt-in"制度の採用、商業 E メールに料金を課すことなどの提案がなされている。

(2) 電話勧誘拒否登録 ("Do-not-call" Registry 16 C.F.R. § 310.8)

電話勧誘拒否登録は FTC によって採用された行政機関規則 (agency rule) であり、テレマーケティング販売規則 (Telemarketing Sales Rule, 16 C.F.R. 310) に基づいて制定され、テレマーケティング による消費者詐欺および濫用防止法 (Telemarketing and Consumer Fraud and Abuse Prevention Act of 2003 (15 U.S.C. §§ 6101 - 08)) によって改正された。

FTC、連邦通信委員会 (Federal Communications Commission (FCC)) および州の司法長官が執行機関である。目的はテレマーケティング詐欺対策と、多くの電話を受ける消費者のプライバシー保護である。

消費者は、電話番号と携帯の番号を登録することができ、登録は 5 年間有効である。 FTC の電話番号 1-888-382-1222 (TTY 1-866-290-4236) またはオンラインで DONOTCALL.GOV. にアクセスし、電話番号登録することができる (<http://www.ftc.gov/bcp/online/pubs/alerts/dncverifyart.pdf>) 。

売主のすべてに登録ルールに従う義務が課される。しかしコモンキャリアーの活動をする銀行、連邦信用組合、連法貯蓄および貸付機関 (federal savings and loans)、電話会社など公共運送人 (コモンキャリアー)、非営利団体などは除外される。 (<http://www.ftc.gov/bcp/online/pubs/buspubs/tsrcomp.htm#exceptions>) 。

テレメーカーは登録にアクセスするために手数料を払い (16 C.F.R. § 310.8(a))、登録されている番号に電話してはならない (16 C.F.R. § 310.8(b))。手数料はエリアコードあたり 25 ドルから 7,375 ドルであるが、5 つのエリアコードまではコストがかからない (16 C.F.R. § 310.8 (2003) ; <http://www.ftc.gov/bcp/online/pubs/buspubs/tsrcomp.htm#requirements>) 。

テレマーケティングにおける消費者詐欺および濫用防止法の違反があった場合、FTC、州の司法長官、また 50,000 ドル以上の損害を蒙った私人は民事訴訟を提起することができる。規則に違反したすべての者に対し、民事罰として一回の違反に 11,000 ドル以下の罰金を課すことができる (<http://www.ftc.gov/bcp/online/pubs/buspubs/tsrcomp.pdf> at 54) 。

(3) カリフォルニア州電話販売者法 (California Telephone Seller's Act (Cal. Bus. & Prof. Code § 17511))

電話販売者法は、州の司法長官の管轄のもとに制定された。電話を使用した売主の申込みについての情報を提供し、誤解を生じる表示について禁止するために制定された。法の適用を受ける売主はカリフォルニア州でビジネスをする者でありかつ法の要

件をみたしていなければならない(Cal. Bus. & Prof. Code § 17511.1(a) – (d)), § 17511.1(e))。

売主は司法省の消費者法セクション (Consumer Law Section of the Department of Justice) に会社の住所、会社役員の個人情報などを毎年登録しなければならない(Cal. Bus. & Prof. Code §§ 17511.4(a) – (q))。さらに、売主はカリフォルニア州のために、州において認可された保証会社から発行され、電話販売者である違反者のために金銭的損害を蒙った者の利益のために 100,000 ドルの保証証書(bond)を維持しなければならない(Cal. Bus. & Prof. Code §§ 17511.3 – 17511.12)。保証証書は金銭的損害を蒙った者の原状回復のために下される判決の支払いを填補するものである(Cal. Bus. & Prof. Code §17511.12)。

法の目的は、消費者が、売主から十分な開示を受けることができ、詐欺的、誤解を生じさせる声明が禁止されることである。消費者は、訴状を直接売主にではなく、司法長官に対して送達することもできる。売買が家庭勧誘契約(home solicitation contract)、つまり、適切な営業所以外でなされる 25 ドル以上の物品もしくはサービスの売買、リースであるなどの要件をみたす場合、または、(Cal. Civ. Code 1698.5) に定める申込みである場合には、買主は物品またはサービスの受領から 3 日以内であれば契約を解除することができる (Cal. Civ. Code § 1689.5, Cal. Bus. & Prof. Code § 17511.5)。

民事、刑事上の罰金と金銭的な損害賠償 (Cal. Bus. & Prof. Code §§ 17511.8, 17511.9) が可能である。司法長官、地区検事、市検事、その他の者で売主から原状回復の判決を取得した者が保証証書に対して責任を追及できる。実際の損害額についてはそれが証明できれば、すべての者が訴訟を提起することができる。司法長官は刑事違反 (criminal violation) に基づく訴訟を提起しなければならない(Cal. Bus. & Prof. Code §§ 17511.10, 17511.12) 。

民事罰としては未登録の場合 2500 ドル以下の罰金、詐欺の場合には一回の違反に関し、10000 ドル以下の罰金が課される。未登録の場合刑事罰として、六月以内の拘禁、詐欺の場合には 1 年以内の拘禁(Cal. Bus. & Prof. Code §§ 17511.8, 17511.9)が課される。

(4) インディアナ州・電話プライバシー法 (Telephone Privacy Act (Ind. Code Ann. §§ 24-4.7-1-1 to 24-4.7-5-6))

電話プライバシー法は州の司法省消費者保護課 (The consumer protection division of the office of the attorney general.) が管轄機関となる (Ind. Code Ann. § 27-4.7-3-3)。

法の目的は不招請電話による販売を排除し、電話詐欺を減少させることである。電話を受け取りたくない場合はオンライン上において (<http://www.in.gov/attorneygeneral/telephone/>) あるいは(888) 834-9969 に電話することによって登録する。

消費者保護課は勧誘のための電話を受取りたくない者の電話番号のリストを維持し、法の違反について調査するなどの義務を負っている。

インディアナ州に居住する消費者に販売のための電話をし、インディアナ州においてビジネスを行う売主が対象となる。登録されている電話番号に電話をかけることは

禁止される。売主は、電話直後に勧誘者の名前、ビジネスの名前を開示(Ind. Code Ann. § 24-4.7-4-2)しなければならない。さらに、電話によって勧誘された契約は、書面によって行われ、消費者が署名をすることなどが必要となる (Ind. Code Ann. § 24-4.7-4-4)。保護される者は、消費者であってインディアナ州に居住する者で、電話番号が登録されている者である。消費者とは、電話の加入者であり、将来の買主、レシー(借り手)、消費者物品もしくはサービスの受領者、または慈善団体への寄付者である (Ind. Code Ann. § 24-4.7-2-2)。

違反は州の司法長官が証明しなければならない (Ind. Code § 24-4.7-3-3)。違反者に対し、州において契約を締結することを禁止し、既存の契約を無効にし、将来の違反の差止を命じ、最初の違反には 10,000 ドル以下の罰金、その後の違反には 25,000 ドル以下の罰金を課し、司法長官と弁護士費用なども課することができる。本法は消費者の訴訟の提起についても禁止も許容もしない (Ind. Code Ann. §§ 24-4.7-5-1 to 24-4.7-5-6)。

(5) ニューヨーク州諸法

・ テレマーケティング規則(New York's Telemarketing Rule: G.B.L. § 399-p)

自動ダイアル装置(automatic dialing-announcing device)の使用および消費者に対するテレマーケティングを規制する法であり、電話の目的、誰のために電話しているのかについて開示する義務を課す。違反の場合、損害賠償として、実際の損害額または50ドルのどちらか高いほうを請求することができ、意図的な違反については三倍賠償を課することができる。

・ テレマーケティング濫用法 (Telemarketing Abuse Act: G.B.L. § 399-pp)

消費者が州の登録機関に名前と電話番号を登録することによって、不招請電話を防ぐことができる。

・ 不招請テレファクシミリ広告 (Unsolicited Telefacsimile Advertising: G.B.L. § 396-aa)

物品または役務の広告目的で不招請ファックス送信をすることを違法とする法律である。違反の場合、損害賠償として、実際の損害額または100ドルのどちらか高いほうを請求することができる

2 . 商品の不招請勧誘 に関する連邦法、州法

(1) 連邦法・注文しない商品の送付((Mailing of unordered merchandise) 39 U.S.C. § 3009)

(2) インディアナ州・受領者の義務((Duty of receiver) Ind. Code Ann. § 24-5-5-1))

(3) カリフォルニア州・任意かつ不招請の物品またはサービスの送付 ; 条件なし

の贈与としての受領 ((Voluntary and unsolicited sending of goods or services; Receipt as unconditional gift.) Cal. Civ. Code § 1584.5))

これらの法の管轄機関は FTC または州の司法長官である。これらの法は売主が注文されていない商品を送りつけて、支払いをするよう嫌がらせをする行為を規制するために制定された。

これらの法律は、注文しない商品を送る者すべてに適用される。フリーサンプルであるなどの表示がない限り、注文されていない商品の送付をしてはならない旨規定される。連邦法においては注文しない商品を送る行為は不公正取引慣行として連邦取引委員会法に違反する (15 U.S.C. § 45(a)(1))。

連邦法においては FTC がその違反を証明しなければならない (39 U.S.C. § 3009)。州法において、注文されていない商品が送られた場合、自動的に商品が贈与されたこととなる (Ind. Code Ann. § 24-5-5-1, Cal. Civ. Code § 1584.5)。私人は、実際の損害額を立証できなければ、訴訟を提起することができない。

救済方法としては、消費者はその商品を処分しても良く、消費者は、原状回復の損害賠償請求を請求する訴訟を提起することも可能である (39 U.S.C. § 3009, Ind. Code Ann. § 24-5-5-1, and Cal. Civ. Code § 1584.5)。連邦法においては、排除措置命令を含む差止め命令と、一回の違反につき 10,000 ドル以下の罰金を課すことが可能である。

第 4 節 適合性原則

適合性原則はニューヨーク証券取引所 (New York Stock Exchange (NYSE)) や全米証券業協会 (National Association of Securities Dealers (NASD)) などを含む自主規制機関 (SRO) によって採用されている規則である。SEC はさらに、低額株に関して適合性に関わる問題が大きいことから、低額株に関する規則も採用した (C.F.R. 240(15)(g)(1-9))。これらの法の目的は洗練されていない投資家の保護にある。

1 . NASD 規則 2310「顧客に対する勧誘」(適合性原則)

NASD 規則 2310 (NASD Rule 2310) に定める「顧客に対する勧誘 (適合性)」 (Recommendations to Customers (Suitability)) は適合性原則の基礎となるものである (<http://www.sec.gov/answers/suitability.htm>)。適合性ルールの内容は以下のようなものである。

NASD 会員が顧客に対して特定の取引を勧誘する際に、当該顧客の他の証券保有状況、財政状態および必要性に鑑み、開示された事実に基づく限り、その顧客に対してその勧誘が適合しているとの合理的な理由を有していることが必要とされる (NASD 2310(a))。さらに、非機関投機家に勧めた取引を実行する前に、会員は、顧客の財産状態、顧客の納税状態、顧客の投資目的、及び、顧客に推奨する際、会員または登録した代理人により利用されるかあるいは、合理的と考えられるその他の情報

を入手するために合理的な努力をしなければならない (NASD 2310(a))。

適合性違反に関する仲裁手続における証明責任は原告、懲戒手続における証明責任は SRO にある (NASD Department of Enforcement v. Beldon, *available at* http://www.nasd.com/web/groups/enforcement/documents/nac_disciplinary_decisions/nasdw_006984.pdf.)。

SRO の適合性原則違反に基づく連邦、州の裁判所における提訴は認められない (*See, e.g., Porter v. Shearson Lehman Bros.*, 802 F. Supp. 41, 63 (S.D. Tex. 1992))。しかしながら、紛争前に締結された拘束力ある仲裁条項が存在する場合には、裁判所における解決が行われる可能性もある (*Shearson/American Exp., Inc. v. McMahon*, 482 U.S. 220 (1987).)。

投資家が拘束力ある仲裁条項に従って仲裁請求を行い、仲裁パネルが SRO の適合性規則に従って損害賠償を認める場合もある (SRO の課すことができる罰則のガイドラインについては NASD, SANCTION GUIDELINES, *available at* http://www.nasd.com/web/groups/enforcement/documents/enforcement/nasdw_011038.pdf を参照)。

適合性原則は NASD により、1939 年に公正慣行ルール (Rules of Fair Practice) の一貫として採用された (David E. Robbins, *Internet Trading Cases and Online Suitability Issues*, 1196 PLI/CORP. 513, 554 (2000).)。

証券仲裁パネルはほとんどの場合、法、事実の分析について公開せず、決定は拘束力をもたない (M NASD, *The Arbitrator's Manual*, *available at* http://www.nasd.com/web/idcplg?IdcService=SS_GET_PAGE&nodeId=810.)。

民事責任を追及する投資家は、10 b -5 規則違反やコモン・ロー上の詐欺 (fraud) を主張しなければならないとされている。

SRO の適合性原則、特に NASD 規則 2310 は特に洗練されていない年を取った投資家の保護にとって重要である。

2 . NYSE Rule 405

NYSE 会員は、相当の注意をもってすべての顧客についての重要な事実について知らなければならないと規定される。

事 例 編

事例編

わが国では、次の質問項目の1 - 12に挙げた事例を、それぞれ「適合性原則」、「断定的判断の提供」、「不実告知」、「故意の不告知」、「不招請勧誘」の5つのタイプの問題として議論しているが、調査対象各国においてはどのような法律問題として捉えられ、またどのような解決方法がなされるかを、各国の専門家の協力を得て調査を行なった。以下、質問項目（日本語・英語）、ドイツ、フランス、イギリス、アメリカの解答の順に付す。（なお、オランダについては諸事情により回答を得ることが出来なかった。）

質問項目

「適合性原則、断定的判断の提供、不実告知、故意の不告知、不招請勧誘」の5類型について日本のケースについて、「このような場合に各国ではどのような法律問題として処理されるのか」

適合性原則

一定の取引類型において取引の相手方の資産状況から見て、その者を取引に誘うことが適切でないとして効力を奪われるケースがあるか。

1. 80歳の高齢者に、電話会社の販売員が訪問販売で高額で高機能の電話機の7年間のリース契約（リース料は約100万円）をさせた。狭い住宅に住むので複雑な電話機能は、必要はなく、さらにその機能は高齢者には難しく使えず、年金暮らしには負担が大きくて払いきれないので解約したい。
2. 生活保護を受けているものが、高級リゾート会員契約を勧誘され契約した。支払いが出来ず、解約を希望したが違約金を請求された。
3. 一度住宅リフォームの訪問販売で契約した70歳の老人が、進められるままに、さらに高額なりフォーム契約を締結したことによって、その老後の生活資金をすべてなくしてしまった。

類似の類型：状況の濫用

契約当事者間に存在している依存関係を利用したり、あるいは、そうした関係を作り出してから、それを利用して、契約を締結させるような場合、この契約の効力を否定することができるか。

断定的判断の提供

断定的な判断を提供して契約を締結させた場合に、その契約の効力が否定されるケースがあるかどうか。また、どのような判断の提供であれば、違法と判断されるのか。

4. 証券会社の担当者に電話で勧誘されて、外債を購入した。しばらくは円高にならないといわれたが、その後すぐに円高になった。
5. 証券会社の担当者が、過去の数値データを示しながら「いままで元本割れしたことがないので、

今後も元本割れしないだろう」といわれたので金融商品を契約したが、元本割れした。

不実告知

ある取引において、一定の事項について事実でないことを告げられて契約した場合に、その取引の効力が否定される場合があるか。また、過失でそのような事実を告げていた場合はどうか。

6. 住宅建設用の土地の売買において、「近くにがけがありますが、この土地なら全く問題はありません」との説明を信じて契約した後に、その土地はがけ地に接近しているため、そのままでは計画した住宅を建設することが出来ない上に、擁壁の設置も必要であることが分かった。

7. テレビ放送の受信契約をした。担当者が、いつでもやめられるという説明をしたので、申し込んだが、4年以内は解約できないということが後で分かった。もし解約できないと知っていたら申し込まなかったので、取消したい。

故意の不告知

取引において一定の事実を故意に相手方に告げないことで、それを理由に締結した契約の効力を否定される場合があるか。過失の場合はどうなるか。

8. 隣が空き地の「眺望・日当たり良好」という業者説明を信じて中古マンションの2階を買ったが、半年後隣接地に建物ができて眺望・日照がほとんど遮られるようになった。業者は隣接地の設計計画があることを知っていたにも拘わらず、説明をしなかった。事業者はそれを知らなかったが、簡単な調査すればそれを知ることができた場合はどうか。

9. 「先週の価格の2割引」と宣伝していたので携帯電話を買ったが、2週間後に同じ商品が半値となった。店員は今後さらに値下がりすることを知っていたが、これを告げなかった。

不招請勧誘

10. 販売員に街頭で呼び止められて、営業所でない場所（喫茶店）で、時間にわたり商品の説明を受けて、自分にはこの商品は不要だと思ったが、契約してしまった

11. 儲かる話がある、話を聞くだけでよいと事業者の事務所に誘導され、取引はしないと断っているのに、別の商品の説明をし始めるなどして、なかなか帰してくれなかったので、契約してしまった。

リフォーム業者が、消費者の自宅をいきなり訪問してきて、家のキッチンのリフォームを勧めたので、契約してしまった。

12. リフォーム業者が、訪問販売お断りと玄関に書いてあるのに、65歳の老人宅を訪問し、リフォームの説明をした。その後、老人から電話をもらったことをきっかけに、いっそう高額のリフォームを勧め、それを施工した場合はどうか。

Part 2

Below are cases involving legal issues categorized as follows in Japanese consumer contracts law: 'Suitability Rule'; 'Offer of Assertive Judgment'; 'Fraudulent Information/Misrepresentation'; 'Intentional Failure to Give Notice'; and 'Unsolicited Offer'.

Please write with regard to each case, how these legal issues would be categorized and how they are dealt with under your country's law. Please provide examples of cases that illustrate each of these issues.

CASES:

Suitability Rule:

What is the effect on a contract of the seller using inappropriate methods or undue influence to induce a consumer to enter into the contract?

1. A door-to-door salesperson from a telephone company sold a man of 80 years old a telephone machine featuring highly advanced functions with a 7 year lease contract that had a one million yen fee. The elderly man, living in a small house on a pension, does not need a machine with complicated functions which are too difficult to use, and he cannot afford to pay the lease fee. His family member wants to cancel the lease contract.
2. A salesman induced a man on welfare to buy a membership in a luxurious resort. He wants to cancel the contract because he cannot make payments under it, but has been told that he has to pay a penalty fee.
3. After being induced by a door-to-door sales remodeling agent to enter into an expensive contract to remodel his house, a 70 year old man lost all the money he had saved for his old age.

Similar type: Abuse of circumstances

Is an effect of a transaction denied if a salesman forces a consumer to make a contract by exploiting dependent relationship between parties?

Offer of Assertive Judgment

What is the effect on a contract of a salesperson inducing a consumer to enter into the contract based on the salesperson's assertive judgment? Also, what types of assertive judgment are considered to be illegal?

4. A consumer was induced by a person in a securities company to buy foreign bonds by phone. Since the salesperson said the Japanese yen wouldn't appreciate for a period of time, he bought them. Immediately after that, the yen did appreciate, and the consumer wants to cancel the contract

5. A person in charge in a securities company said by showing past data, "So far, we haven't experienced any of these products falling below par value, and this will continue in the future". Based on this judgment, the consumer made a contract to buy such financial products. The products fell below par value and the consumer wants to cancel the contract.

Fraudulent Information/ Misrepresentation

What is the effect on a contract when the consumer has relied on the seller's fraudulent information or misrepresentation? What if the consumer had been notified of such information in the past?

6. In a sale of residential lands, a consumer made a contract believing the seller's representation that there was no problem with the land, though there was a cliff nearby. However, the buyer later discovered that he could not construct a house on the land as **planned**, but would have to first construct a supporting wall. He wants to cancel the contract.

7. A consumer made a contract to receive TV broadcasting after the company sales**person** explained that the contract could be cancelled at any time. However, the fact was that he could not cancel it for four years. As he would not have entered into the contract if he had known this fact, he wants to cancel it.

Intentional Failure to Give Notice

What is the effect on a contract when the seller intentionally fails to inform the consumer of certain important facts? What if this failure is caused by negligence?

8. A consumer bought a flat on the first floor of a building, believing the seller's promise of a "good view and much sunshine" due to vacant land next to the building. Half a year later, a new building was constructed on the vacant land which obstructed the good view and sunshine. The seller intentionally did not reveal the building plan next to the flat though they did know about the plan. Would this case be treated differently if the seller did not know about the building plan but could have easily found out by making a simple examination?

9. A consumer bought a cellular phone when the shop was advertising that there was a reduction by 20 % of the price of two weeks earlier, but two weeks later, the same phone was reduced to half the price. The salesperson knew the shop would lower the price but did not tell the customer.

Unsolicited Offer

10. A consumer was stopped by a seller on the street and was given an explanation of goods for many hours at a coffee shop (not in the seller's office) . The consumer was not interested in purchasing the goods, but entered into contract after the seller told him he was obliged to because of the long explanation given. (also Abuse of Circumstances in Japan)

11. A consumer was led into a seller's office after being told by the seller that he only wanted to tell him about a profitable business prospect. The seller then prevented him from leaving by starting to explain other goods, and the consumer finally made a contract with him.

12. A remodeling business agent visited the house of a 65 year-old man and talked him into entering a contract even though he had posted a notice saying "No Door-to-door Sales!" on his entrance. How would the outcome of this case be different if, having received a telephone call from the old man, the agent visited his house and induced him into a more expensive remodeling job than he wanted?

事例：ドイツ*

適合性原則(Suitability Rule)

What is the effect on a contract of the seller using inappropriate methods or undue influence to induce a consumer to enter into the contract?

1. A door-to-door salesperson from a telephone company sold a man of 80 years old a telephone machine featuring highly advanced functions with a 7 year lease contract that had a one million yen fee. The elderly man, living in a small house on a pension, does not need a machine with complicated functions which are too difficult to use, and he cannot afford to pay the lease fee. His family member wants to cancel the lease contract.

締結された契約は、BGB312 条 1 項 1 号の意味¹での訪問販売として性質決定される。BGB312 条を適用するにあたって、以下の三つの要件が存在する。

契約当事者が事業者と消費者として向かい合っていないなければならない

有償の給付に関する契約が問題とされていないなければならない

BGB312 条 1 項 1 号ないし 3 号に規定された、状況についての適用範囲（玄関先、余暇時間の催し、公衆の集まる場での話しかけ）が現れていないなければならない。

上記要件のもとで契約締結に至る場面においては、いかにも消費者保護に値するであろう、といえる状況が重要となる。なぜなら、そのような状況のもとでは、消費者には、契約を締結するか否かの取引上の判断を下すことを考慮する余地がないからである。

以上のような類別化された考え方からすれば、結果的に、消費者個々人の要保護性は重要ではない、ということになる。したがって、本事例において、消費者がわずかな収入しかない高齢者であるという事実は、事業者が住宅を訪問することで消費者の諸々の事情を知っていたはずである、という事実と同様、重要ではない。

本事例には、BGB312 条に規定された、人についての適用範囲（ ）が現れている。なぜなら、本事例の高齢者は、まぎれもなく BGB13 条²の意味での消費者だからであり、事業者と向かい合っているからである。締結された契約に関する、事実についての要件（ ）が充たされているのは、本事例の使用貸借契約では有償給付が問題になっているからである。そして、私的住居の領域での契約締結は、契約締結に至る場面に関する諸々の要件を満たしている。さらに、BGB312 条 3 項の例外にいずれも該当しない以上、消費者には、BGB355 条による撤回権³を認めることができる。

もっとも、撤回権は消費者本人に認められているのである。そのため、通例、当該消費者の家族ではなく、当該消費者自身が、撤回権を行使できるにすぎない。撤回権の行使として認められるには、簡単な書面によって事業者に向けられた意思表示、または電話機の返還（こ

れは、推断的な撤回と評価されるであろう)で十分である。撤回理由を述べる必要はない。

(補足・アーレンス教授のインタビューによる)

適合性原則について、民法ではこれを認めるには至っていない。ただし、経済法において、これが認められている。民法において意味をもつのは、民法 823 条 2 項⁴に基づく不法行為である。特別法上の規定が、BGB823 条 2 項の保護規定に該当するのであれば、保護規定違反として、不法行為にあたる可能性がある。また、適合性原則に違反すると、まずは損害賠償であり、これが原状回復を前提とするのであれば、契約の解消につながる可能性は残されている。なお、投資家保護につき、判例はあまりない。もっとも、一般的には、投資家を保護するために設けられている説明義務に違反する場合には、BGB823 条 2 項の保護規定違反となる。また、一般的に争いとなるのは、投資したお金がなくなったときである。したがって、このような場合、当事者として希望するのは、契約の解消というよりは、損害賠償である。

また、不法行為法だけを適用するわけではなく、基本的に投資家と金融機関との間に契約関係もあるので、契約違反というかたちで、以前は、契約締結上の過失に基づいて、現在は、BGB280 条⁵の給付障害の保護規定を適用することは可能である。

もちろん、契約外の者との間では、不法行為が問題となる。当時の外国投資法違反で、投資したお金が香港に持っていかれたという事案で、投資家のお金を一時的に預かり、そのまま支払った弁護士に対して、損害賠償責任を認めた事例(2004 年 Celle 高等裁判所の判決。アーレンス教授が裁判官を務めた)がある。弁護士と投資家の間には契約関係はなく、不法行為となる。

2. A salesman induced a man on welfare to buy a membership in a luxurious resort. He wants to cancel the contract because he cannot make payments under it, but has been told that he has to pay a penalty fee.

原則として、当該契約を実際に履行するための金銭支払能力が、契約の相手方にあるかどうかについて、事業者が審査する責任を負っていない。消費者自身が、自ら金銭を支払う能力があるかどうかについて、十分に検討しなければならない。

通常とは異なるケースでのみ、契約を解消する可能性が認められているが、それは、諸々の事情により、当該契約が良俗に反している場合にしかすぎない(BGB138 条⁶)。したがって、契約の相手方が社会的援助を受けて生活しているという事実は、原則として、契約の効力を妨げることはない。

もっとも、当該契約が、期間割りの居住権の売買に関する契約である場合には、期間割りの居住権契約に関する BGB481 条⁷、および、その撤回権を定める BGB485 条⁸により、契約を解消する権利が生じるかもしれない。

当該契約が期間割りの居住権契約であるための要件は、事業者が、消費者に対して、対価全額の支払いと引換えに、最短でも 3 年間、居住用の建物を、1 年のうちの特定の期間、保

養目的または居住目的で使用させる権利を与える、という点である。

通常、「売買」によって、または、団体の会員であることによって消費者に使用権が認められる、休暇用の住居またはホテル施設に関する契約である場合、そのような契約が、期間割りの居住権契約にあたるか否かが問題となる。事実についての適用範囲は、意識的に広くとらえられており、さまざまな法的構造を把握しようと試みられている。したがって、本事例のいう、高級リゾート施設の会員権に関する契約は、BGB481 条の適用範囲に完全に入るといえるかもしれない。

仮に上述の、休暇用の住居またはホテル施設に関する契約である場合に、期間割りの居住権が問題となっていたのであれば、消費者は、自らの撤回権を行使することで、契約を解消することができるかもしれない。撤回権の法的効果は、訪問販売のそれに合致する。

消費者が契約を解消するのであれば、消費者は、違約金を支払う義務を負わない。ただし、契約交渉のなかで明示的に引き受けていたのであれば、この限りではない。また、約款使用者が、契約解消の場合に、自己に対して違約金を支払うように消費者に約束させている約款を単に組み入れるだけでは十分ではない、すなわち、消費者が違約金を支払う義務を負うことはない。なぜなら、そのような約款は、BGB309 条 6 号⁹により無効だからである。

(補足・ヘルケ氏のインタビューによる)

事例 1 と事例 2 について、BGB138 条の良俗違反で無効となる典型例ではないか。個人としては、無効主張することができる。団体訴権の対象とするためには、それは計画的にそのような販売方法がなされていることが前提となる。もし、それを立証することができるのであれば、UWG3 条¹⁰の適用範囲になるのではないか。

3. After being induced by a door-to-door sales remodelling agent to enter into an expensive contract to remodel his house, a 70 year old man lost all the money he had saved for his old age.

本事例の場合、消費者に撤回権が認められるという法的効果を伴う、BGB312 条 1 項 1 号の意味での訪問販売が問題となる。

上述の三つの要件(~)がすべて満たされている。すなわち、BGB13 条の意味での消費者と、BGB14 条¹¹による事業者が、互いに向かい合っている。そして、有償の契約が締結されている。さらに、契約締結は、とくに保護される状況のうちの一つのなかで、すなわち私的住居の領域で、達成されていた。したがって、本事例の高齢者は、撤回理由を示すことなく、契約を解消することができる。他方、上述の、消費者の主観的なメルクマール(年齢、リフォーム目的のために財産を投じたこと)は、依然として考慮の対象にはならない。

(補足・ヘルケ氏のインタビューによる)

事例3について、団体として提訴するのではなく、各地の州の消費者センターで個人の権利主張を行う。すなわち、消費者の個別訴訟に委ねることになり、VZBV(ドイツ消費者センター連邦総連盟)のような団体で行うことはない。

[適合性原則]類似のタイプ：状況の濫用(Similar type：Abuse of Circumstances)

Is an effect of a transaction denied if a salesman forces a consumer to make a contract by exploiting dependent relationship between the parties?

ドイツ法は、一方の契約当事者が、法秩序によって非とされる方法で諸々の事情を利用し、これにより、他方の契約当事者に対して契約を締結する気にさせる、といった場合のための、特別な消費者保護規定を用意していない。しかしながら、当然、BGB138条における良俗違反に関する一般規定を、消費者契約にも適用することは可能である。

良俗違反を判断するにあたって、以下のような契約を考慮することもできるという点が、一般に認められている。すなわち、良俗違反が、法律行為の内容から生じるのではなく、一方の契約当事者が、特別な、信頼を得た地位(Vertrauensstellung)を利用していたが、これにより、他方の契約当事者に対して、契約を締結する気にさせる苦境(Bedrängnis)に陥れる、という事実から生じる場合の契約を考慮することもできる。

このようなケースでは、良俗違反〔の有無〕は、要求された反対給付が過大なものとみなされるかどうかにも左右されない。

(良俗違反の判断の起点となりうる)信頼を得た地位の例は、たとえば、家族法上の関係、雇業者・被用者の関係、および、貸貸人・借借人の関係である。

(補足・アーレンス教授のインタビューによる)

(1)状況の濫用については、基本的に不正競争防止法(UWG)による差止め訴訟の対象となる。ただし、この場合、個々の契約の有効性には基本的に影響しない。最近の判例のなかには、不公正な契約締結過程における行為だけを禁止するのではなく、そのような形で締結した契約の実行も禁止するという判例法が形成されつつある。もっとも、徐々に形成されているにすぎないし、今後の傾向についてはまだ見通しが見つからない。また、個々の契約当事者が、そのような判例に基づいて契約の無効を主張することはできず、差止請求権を有する者が主張できるにすぎない。UWG8条3項¹²に規定されている者が差止請求権を有する。その者だけが、行為の差止めと契約の実行の差止めを求めることができるにすぎない。

(2)日本では被害が多くみられる恋人商法について、ドイツでは、恋愛感情を利用した契約を解消することは原則としてできない。なぜなら、買うことで、よりいっそう良好な関係をつくるというのは、動機に

すぎず、買主の自己決定権を害するものではないからである。詐欺にあたるかどうかという点については、契約自体が公正なものであれば、すなわち、支払ったお金に見合う代償を得ることができるのであれば(対価関係があれば)、難しいだろう。ただし、二人の関係が、結婚を前提とした、あるいは結婚間近と思わせるような強いものである場合には、たとえば、結婚の準備などのために行った取引などは、たしかに自己決定権を害しているかもしれない。場合によっては、BGB138条1項の良俗違反により無効、あるいは、BGB123条¹³の悪意の欺罔の可能性もあるかもしれない。これが一つの販売方法として、大量に適用されているということが明らかになれば、おそらくドイツの裁判所でも、BGB123条の取消権が認められる可能性がある。しかしながら、事件が現実にはないので、裁判例を指摘することはできない。

また、日本では恋人商法は組織的に行われているそうだが、このように組織的に行われる場合、不正競争防止法(UWG)の差止めの対象になりうる(UWG4条1号または2号¹⁴)。あるいは、一般条項により可能である(UWG3条¹⁵)。組織的かつ計画的に、錯誤を惹起するような商法は、不公正とみなされる事例はある。たとえば、ビール祭りで、ガラスではなく陶器のビアグラスに、本来のラインまで一定量のビールを注がなければならぬのに、計画的に少なめに入れて、多くの人に売するような方法は、不正競争防止法違反となる。

(3)長時間の説明の結果、契約を締結した場合(長時間勧誘)基本的には契約を解消することはできない。例外として、当該取引が「訪問販売」(BGB312条)にあたる場合、撤回権の行使が可能であるが、それ以外は、撤回権も差止請求権も認められない。

ドイツでは、老人を無料のバス旅行に連れ出し、ケーキやコーヒーなどのサービスを行い、プロのセールストークによって、高額の商品について契約が締結された事例がある。裁判所は、このような販売方法そのものは、不正競争防止法違反にはならない、との判断を下した。また、詐欺や詐欺を惹起するような方法であるか否かについては、事実関係が確認できなかったことから、裁判所では認められなかった。

(4)一人ではなく、数人によって説得された場合も、基本的には契約を解消することはできない。場合によっては、UWG4条1号または2号が適用されるかもしれない。ただし、あくまで「平均的消費者」がどう判断するかが重要である。すなわち、平均的な消費者であれば、普通、嫌になればその場から逃げるだろう、ということが考えられるからである。また、自宅などで、どうしてもその場から離れることができない、といった事情(たとえば、「帰れ」と言っても、相手が帰ってくれないという状況)があれば、訪問販売に関する規定を適用することができる。

(補足・ヘルケ氏のインタビューによる)

恋人商法について、最初はアンケート調査とみせかけてアプローチされた場合、訪問販売の規定により撤回することができる。また、この場合、誤認惹起広告の可能性もある。当事者である消費者に宣誓の代わりになる供述をしてもらい、UWG3条または同5条¹⁶違反を追及する可能性はある。

断定的判断の提供(Offer of Assertive Judgment)

What is the effect on a contract of a salesperson inducing a consumer to enter into the contract based on the salesperson's assertive judgment? Also what types of assertive judgment are considered to be illegal?

4. A consumer was induced by a person in a securities company to buy foreign bonds by phone. Since the salesperson said the Japanese yen wouldn't appreciate for a period of time, he bought them. Immediately after that, the yen did appreciate, and the consumer wants to cancel the contract.

消費者にとって(もはや)望まれない契約を締結するように説き伏せる、売主の説得の技術それ自体のせいで、消費者が望まない契約を締結させられたとしても、そのことに対する特別な法的救済をドイツ法は予定していない。

たしかに、広告における明示的な保証または契約の相手方による明示的な保証は、売買の目的物が、本事例のような性質を実際に示しているという、消費者の当然の期待を生じさせる。しかしながら、本事例では、円の価値が上昇することはないであろうという、売主の発言内容は、性質の保証として評価することができるものではない。なぜなら、危険移転時の売買目的物の性質が問題となっているのではなくて、むしろ、将来の展開に関する発言内容が問題になっているからである。

万一の場合には、BGB241 条 2 項¹⁷に基づく説明義務違反が、考慮されるかもしれない。BGB241 条 2 項によれば、どの契約当事者も、契約の相手方の利益に配慮する義務を負っている。このような配慮義務には、原則として、説明義務も含まれる。もっとも、特別な事情がある場合にのみ、そのような説明義務を発生させることができるにすぎない。しかしながら、公社債がリスクのある取引であるという事実、および、為替相場を確実に予見することのできるものではないという事実が、まさにその取引にとって特有のリスクである。それゆえ、取引の投機的な性格に関する顧客の知識が前提とされるかもしれない¹⁸、そのような知識について、いかなる説明義務も生じさせるものではない。

しかしながら、本事例では、消費者には、売主の発言内容に関係なく、撤回権が認められただろう。なぜなら、契約がもっぱら遠隔通信方法で締結されていたからである (BGB355 条との関係で、BGB312d 条¹⁹)。

5. A person in charge in a securities company said by showing past data „So far, we haven't experienced any of these products falling below par value, and this will continue in the future'. Based on this judgment, the consumer made a contract to buy such financial products. The products fell below par value and the consumer wants to cancel the contract.

解決策は、基本的に、事例 4 の解決策に該当する。ただし、事例 5 の場合、遠隔通信方

法を用いて契約を締結したのではない以上、通信取引に関する諸規定に基づいて、撤回権が考慮されることはない。

(補足・アーレンス教授のインタビューによる)

危険な商品であるということの商品の性格を十分に説明していない、あるいは、少し欺罔しているような場合であれば、情報提供義務違反(証券取引法(WpHG31条2項1文2号²⁰)、一般的にはBGB241条2項)の可能性はある。もっとも、証券は、通常、リスクのあるものだということを通常の消費者も認識しているはずである。したがって、商品価値があがるといわれても、それは個人的な判断であり、保証ととらえることはできないだろう。

欺瞞的な情報 / 不実表示(Fraudulent Information / Misrepresentation)

What is the effect on a contract when the consumer has relied on the seller's fraudulent information or misrepresentation? What if the consumer had been notified(通知されていた)of such information in the past?

6. In a sale of residential lands, a consumer made a contract believing the seller's representation that there was no problem with the land, though there was a cliff nearby. However, the buyer later discovered that he could not construct a house on the land as planned, but would have to first construct a supporting wall. He wants to cancel the contract.

本事例は、以下に掲げる三つの観点から考察することができる。

まず第一に、(1)買主が、問題なく建物を建築できることを前提としているという事実は、BGB119条2項²¹による、取引にとって重要な「性質に関する錯誤」である。現実について誤った表象を抱くリスクは、基本的に、表意者が負うことになる。しかしながら、BGB119条は、表意者に対して、その者の意思表示を(そして、結果的に、契約締結も)取り消す可能性を与えるのは、物の性質に関する錯誤が、取引によって、重要なものとみなされる場合である。ある土地のうえに建物を建てることができるかどうか、という問題は、取引にとって重要な性質である。そして同時に、その問題が、契約交渉の目的であった以上、建物を建築できるか否かに関する錯誤が当該意思表示の原因でもあった、という点が前提とされなければならない。それゆえ、買主は、BGB119条1項により、当該意思表示を取り消すことができる。

取消しの法的効果は、契約の無効である。すなわち、買主は、望まれない契約を解消することができる。しかしながら、BGB122条²²により、取消権者は、契約が有効であることを信託していた相手方に対する損害賠償義務を負っている。ただし、BGB122条2項により、相手方が、取消可能性の原因、すなわち、本事例では、買主の錯誤のきっかけを作り出して

いた場合、取消権者が損害賠償義務を免れる。いずれにせよ、売主は、その過失ある発言内容を通じて、錯誤のきっかけを作り出していた。したがって、売主の損害賠償請求権は、BGB122 条により、問題にならない。

第二に、(2)売主が、当該土地が建物建築にふさわしくないことを知っていた、かつ、買主が当該土地のうえに建物を建築することを予定している、という要件のもとでは、BGB123 条の意味での詐欺〔悪意による欺罔〕を考慮することができる。買主は、売主の発言内容を信じていたし、これにより、買主には、諸々の事情を知っていたのであればすることはなかったであろう意思表示をするきっかけが、与えられていた。詐欺の法的効果は、買主が、1 年以内に当該意思表示を取り消すことができ、同時に、契約を遡及的に無効にすることができる、という点である。

第三に、(3)買主が契約を解消する可能性を与えているのは、売買における瑕疵担保請求権である。売主が、当該土地のうえに建物を建築することができるということを保証していたのであれば、そのことが、BGB434 条 1 項²³の意味での売買目的物の性状に関する合意とみなされる。したがって、売買の目的物が、このような、当該土地のうえに建物を建築することができるという性質を実際には示していないのであれば、売買の目的物には物の瑕疵がある。したがって、買主は、BGB437 条²⁴により、原則として追完履行を請求することができる (BGB439 条²⁵)。そのような追完履行の請求が不可能であるか、期待できないか、または、すでに不奏功に終わっていたのであれば、買主は、そのような請求の代わりに、売買代金の減額を請求する、または、BGB440 条²⁶により、契約を解除することができる。土地の場合、補修も事後の引渡しも問題外であるので、買主は、期間を設定することなく即時に契約を解除することができる。解除の法的効果は、BGB346 条²⁷により、両当事者が、受領した給付、または、そこから取得された利益を返還する義務を負っている、という点である。解除は、場合によっては起こりうる損害賠償請求権が生じることを妨げるものではない。

買主は、原則として、上に挙げた三つの法的救済、すなわち、錯誤による取消し、詐欺による取消し、および、物の瑕疵による解除のなかから選択することができる。すなわち、ある事実が、錯誤による取消しのための要件も、詐欺の要件も満たされているのであれば、取消権者は、どちらの規定を取消権の根拠とするかを選択することができる。詐欺を理由とする取消しが損害賠償義務を予定していない以上、通常は、詐欺を理由とする取消しが選ばれる。意思表示が首尾よく取り消されたのであれば、契約もなくなるが、同時に、瑕疵担保請求権を主張する根拠もなくなる。

(補足・アーレンス教授のインタビューによる)

なお、詐欺取消しの場合、取消期間は 10 年であるが、要件や立証責任が厳しいのに対して、瑕疵担保の場合、瑕疵そのものは比較的立証しやすいが、その代わり、申立期間は短い。

実際に詐欺的行為があったかどうかの判断については、おそらく裁判官は基本的に消極的である。なぜなら、内容によっては消費者にも簡単に確認できるからである。たとえば、市の都市計画などについては、

消費者も電話で簡単に確認することができる。口頭によって詐欺的行為があったかどうか問題となる。行政法上の問題などについては、売主も簡単には嘘は言わないだろう。裁判官は厳格に証拠を求めてくるのではないだろうか。もちろん、書面によって詐欺的行為があったかどうか問題となるのであれば、そのような書面という証拠の提出があれば、話は別である。もっとも、これらはあくまで個々の事案による。たとえば、ドイツで、スペインの土地が売買されるのであれば、現地に行かないと確認できないといった事情があれば、話はまた別である〔簡単に確認できない以上、詐欺的行為があったといえるのではないか〕。

7. A consumer made a contract to receive TV broadcasting after the company salesperson explained that the contract could be cancelled at any time. However, the fact was that he could not cancel if for four years. As he would not have entered into the contract if he had known this fact, he wants to cancel it.

売主が、消費者に対して、契約がいつでも解約告知することができるという点を保証していたのであれば、このような合意は、契約の構成要素となる。個別に交渉された合意として、当該合意は、これと異なる条項、たとえば、契約に添えられた約款よりも優先する(BGB305b条²⁸)。それゆえ、消費者は、当該契約を、いつでも解約告知することができる権利に関する合意に基づいて、解約告知することができる。

意図的な誤情報提供(Intentional Failure to Give Notice)

What is the effect on a contract when the seller intentionally fails to inform the consumer of certain important facts? What if this failure is caused by negligence?

8. A consumer bought a flat on the first floor of a building, believing the seller's promise of a 'good view and much sunshine' due to vacant land next to the building. Half a year later, a new building was constructed on the vacant land which obstructed the good view and sunshine. The seller intentionally did not reveal the building plan next to the flat though they did know about the plan (). Would this case be treated differently if the seller did not know about the building plan but could have easily found out by making a simple examination? ()

(1)第一の選択肢()については、事例6との違いは生じない。すなわち、買主は、取引にとって重要な性質、すなわち、売買目的物の日照関係に関する錯誤に陥っている。買主は、自らの意思表示を取り消すことができると同時に、契約を無効にすることができる。売主に対する損害賠償義務が問題にならないのは、売主が買主の誤った表象のきっかけを与えていたからである(BGB122条2項)。

同様に、詐欺の問題に対しても答えられなければならない。なぜなら、BGB123条による詐欺は、売主が買主に対して説明しなければならなかったであろう諸々の事実について、

沈黙しているときにも存在しうるからである。このような説明義務は、すでに契約交渉から生じることがありうるし、本事例では、そのような説明義務の存在は認められる。すなわち、売主は、買主からの照会により、日照関係が、購入決定にあたって重要な点であるということを知っていたし、そのことについて買主に説明しなければならなかったであろう、という点を知っていた。したがって、不作為による詐欺が存在する。

売買の目的物に瑕疵があるかどうかという問題については、もっぱら、売主が本事例のような、景観が抜群で日当たりもよいといった性質を約束していたかどうかにかかっている。売主自身が、そのような性質を有すると確信していたかどうかは、瑕疵担保責任の問題にとって重要ではない。当該目的物が、BGB434 条 1 項の意味での瑕疵があり²⁹、瑕疵を取り除くことができない以上、買主は、BGB440 条により、契約を解除することができる。

(2)第二の選択肢()は、重過失の場合、詐欺についての故意を欠いている限りで、詐欺の場合とは別に、考えられなければならない。それゆえ、売主は、重過失の場合、錯誤による取消しか、物の瑕疵に基づく権利のどちらかを通じてのみ、契約を解消することができない。

9. A consumer bought a cellular phone when the shop was advertising that there was a reduction by 20 % of the price of two weeks earlier, but two weeks later, the same phone was reduced to half the price. The salesperson knew the shop would lower the price, but did not tell the customer.

ドイツ法によれば、契約は完全に有効となりえたであろうし、消費者には何らの法的救済も認められることはなかったであろう。買主に対する売主の説明義務は、情報が買主にとって関心のあるかもしれないすべてのケースについて、存在するわけではない。むしろ、買主にとってとくに重要であることが、売主にも明らかであるか、あるいは、特別な信頼関係が存在するのを買主が尋ねるといった状況がある場合においてのみ、存在する。

さらに、除去されなければならなかったであろう不均衡の状態も存在しない。すなわち、消費者が比較的高い価格で購入してしまったという不利益は、その消費者が、携帯電話が後になればひょっとすると在庫切れになるかもしれないリスクを負わない、という利益と向かい合っている。つまり、不均衡な状態も存在しない。商品価格を下げるのは、ごくあたりまえに起こりうることである。すなわち、値引きにもかかわらず売り切ることができなかった、すなわち、売れ残ってしまった場合には、後になってさらに価格を下げるのは、ごくあたりまえに起こりうることである。

不招請勧誘(Unsolicited Offer)

10. A consumer was stopped by a seller on the street and was given an explanation of goods for

many hours at a coffee shop (not in the seller's office). The consumer was not interested in purchasing the goods, but entered into contract after the seller told him he was obliged to because of the long explanation given. (Also abuse of circumstances in Japan)

ドイツ法には、BGB241a 条³⁰に、注文されていない給付のための規定が、特別に定められている。もっとも、この規定は動産の送付にのみ該当するにすぎないのであって、本事例とは関係がない。それゆえ、BGB241a 条によって把握される事例グループは、同一の専門用語であるにもかかわらず、本事例で言及されている事例グループと一致することはない。

本設問の契約は、「訪問販売」に関する規定にあてはまる。消費者の性質も有償の給付も、問題なく存在する。その限りで、事例 1 で説明されたことを参照することができる。実際には、BGB312 条 1 項 1 号ないし 3 号にある特殊な契約締結の状況のひとつに該当するかどうかの問題となるにすぎない。

狭義の「訪問販売」という名称を越えて、BGB312 条の構成要件には、(いかにも消費者が不意打ちを食らう)契約のすべてが含まれている。なぜなら、消費者は、そもそも、買うか買わないかの判断をするつもりがなかったからである。したがって、いわゆる「訪問販売」のシチュエーションの他に、労働場所での契約締結、余暇時間の催しの最中の契約締結、そして、以下のような場合の契約締結も「訪問販売」として理解されている。すなわち、消費者が、〔バスやトラムなどの〕交通機関のなかで、または、〔停留所、駅などの〕公衆の集まる交通機関の待合いの領域において、不意に話しかけられ、それに続いて、契約を締結する場合の契約締結も、「訪問販売」として理解されている。規定の目的が、消費者を不意打ちから保護することにある以上、契約が次にどこで締結されたか、すなわち、売主が、消費者を喫茶店や店舗のなかに「閉じこめた」かどうかは、問題とならない。事業者が消費者を公衆の場で話しかけていたのであるから、BGB312 条 1 項 3 号の構成要件は満たされている。

消費者には、BGB312 条 1 項 3 号により、撤回権が認められる。すなわち、消費者は、当該契約を、理由を述べることなく、撤回に関する教示にしたがって 2 週間以内に、撤回することができる。消費者は、撤回に関する教示を受けていなかった場合、契約を無期限で撤回することができる。

撤回の法的効果は、BGB355 条 1 項 1 文により、消費者が契約の締結に向けられた意思表示を適切な期間内に撤回していたときには、もはやそのような意思表示に拘束されることがない、という点である。すでに進行していた有効な契約は遡及的に無効となる。すなわち、いずれの当事者も、それぞれの給付義務から解放されることになる。すでに受領した給付を返還する義務は、BGB357 条 1 項³¹に従う。BGB357 条は、いくつかの修正を伴うものの、一般的な解除権の規定 (BGB346 条³²以下) を参照引用している。

撤回権の行使により、履行されていない給付義務は消滅し、すでに受領した給付は返還され、取得した利益は戻されなければならない。消費者は、物を事業者に返送しなければならない

ない (BGB357 条 2 項 2 文)。また、40 ユーロを超える価値のある物の場合の返送費用および〔返送中の〕危険は、事業者が負わなければならない。

返還ができない場合には、返還義務を負う者が価額賠償をしなければならない。もっとも、BGB357 条 3 項の規定により、価額賠償義務は、BGB346 条 2 項による一般的な解除権の規定と比べて、厳格にされている。同時に、この点は、根拠を明らかにする義務のない撤回権(ein nicht begründungspflichtiges Widerrufsrecht)が、消費者に認められていることの代償と考えられている。しかしながら、BGB357 条 3 項は一部の学説で批判されている。すなわち、価額賠償義務の法的効果が、消費者の撤回権の価値をなくすことがありうる、たとえば、物の価値の損失が、その物をちょっと利用しただけで、撤回権を行使する価値がないほどに大きくなる場合に、消費者の撤回権の価値をなくすことがありうる、と批判されている³³。

11. A consumer was led into a seller's office after being told by the seller that he only wanted to tell about a profitable business prospect. The seller then prevent him from leaving by starting to explain other goods, and the consumer finally made a contracts with him.

これまた同様に、BGB312 条 1 項 3 号の意味での「訪問販売」が問題になっている。なぜなら、事業者が買主に公衆の場で話しかけており、消費者に対する影響〔圧力〕が、契約締結の原因となっていたからである。これにより、不意打ちに対する消費者の要保護性は存在する。このとき、BGB312 条 1 項 1 号ないし 3 号における諸々の状況が、形式的・客観的に確定されている、すなわち、消費者の視点から確定されている、という点に留意されなければならない。事業者は、消費者を事業者の事務所に閉じこめる主観的な意図があったかどうか、または、実際に消費者に対して情報提供するつもりであったにすぎず、それに続いて、事業者によってもともと全く計画されていなかった取引になったのかどうかは、問題とされない。法的効果は、事例 10 のそれと一致する。

12. A remodeling business agent visited the house of a 65 year-old man and talked him into entering a contract even though he had posted a notice saying ‚No Door-to-Door Sales!‘ on his entrance (). How would the outcome (結果) of this case be different if, having received a Telephone call from the old man, the agent visited his house and induced him into a more expensive remodeling job than he wanted? ()

第一の選択肢 () として、BGB312 条が適用される。BGB312 条 1 項 1 号による訪問販売が問題となる。すなわち、消費者は、私的住居の領域で、口頭の交渉により契約を締結することを決めていた。本設問の男性が、さらに玄関のドアに標識を取りつけていたという

事実、つまり、訪問販売を望んでいなかったという事実は、問題の解決にとっては重要ではない。それゆえ、結果として、本設問の高齢者である男性には、BGB312 条 1 項 3 文による撤回権が認められる。すなわち、その男性は、BGB355 条 2 項 1 文に即した教示から 2 週間以内に、教示が行われなかった場合には無期限に、撤回することができる（BGB355 条 1 項および 3 項参照）。

他方、第二の選択肢（ ）が判断されなければならない。すなわち、第二の選択肢の場合、（通常の場合、結果的に不意打ちとなり、このような不意打ちに対して訪問販売に関する規定が消費者を保護することが予定されている）特別な契約締結の状況を欠いている。これに相応して、BGB312 条 3 項は、撤回権が認められない例外を予定している。本事例では、BGB312 条 3 項 1 号が関係する。すなわち、BGB312 条 3 項 1 号によれば、撤回権は、私的住居の領域での締結の場合、口頭による交渉が消費者の先行する注文によるものであった場合、存在しない。契約が、結局のところ、希望した程度を越えるリスクに関する範囲の点で、消費者が事業者の店舗に赴いていた場合にも存在したであろう。したがって、消費者は、依然として契約の意思表示に拘束される。

（補足・アーレンス教授のインタビューによる）

基本的に、張り紙によって状況は変わらない。訪問販売にあたるということで、撤回権が認められる。また、撤回権の説明を受けていなければ、撤回権の行使期間も起算されない。もし、張り紙をしていること自体が、セールスマンにとって、この住居の住人が取引経験がない、下手であるということを認識させるようなものであり、それでもなおかつセールスをしたということになれば、ドイツでは、BGB138 条 1 項または 2 項の適用範囲になるかもしれない。

なお、訪問販売撤回法（2002 年 1 月 1 日をもって失効。現在は、BGB312 条に組み込まれている）が導入される以前は、BGB138 条が上記のような状況について、例外的に適用されてきた。もっとも、適用の条件は厳しかった。張り紙の効果は、老人の取引経験のなさが利用されたことの立証の負担がいくらか軽減されることにつながるかもしれない。張り紙は、販売員が「知っていた」ことの証拠の一つになる。ただし、あくまでも、そのような状況を知っていたことが前提であり、「知りうるべきであった」ということにはあたらない。また、本事例は、不正競争防止法違反にはなる。

（補足・ヘルケ氏のインタビューによる）

不招請勧誘については、法律（BGB312 条）により撤回権がある。ただし、不正競争防止法違反である可能性も高いので、事実関係について調査をしたうえで、場合によっては、法律に基づいて団体訴訟をすることが考えられる。

*本章の内容は、Mary-Rose McGuire, Verbraucherschutzrecht in Deutschland, 2006, ders., Consumer Protection under German Law, 2006. に基づいている。もっとも、必ずしも逐語的に訳出を試みたものではない。なお、上記論文で引用された文献は以下の通りである。

Bork, Reinhard, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Tübingen 2000.

Bülow, Peter / Artz, Markus, Verbraucherprivatrecht, Heidelberg 2003.

Köhler, Helmut, BGB-Allgemeiner Teil, 25. Auflage, München 2001.

Rebmann, Kurt / Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil §§ 1-240, München 2001.

Rebmann, Kurt / Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432, München 2003.

Riesenhuber, Karl, Europäisches Vertragsrecht, Berlin 2003.

2006年3月5日～同13日に行われた、海外調査での、オスナブリュック大学法学部アーレンス教授(Prof. Dr. Hans-Jürgen Ahrens)、ドイツ消費者センター連邦総連盟(Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (VZBV))ヘルケ氏(Helke Heidemann-Peuser)、のインタビュー内容も参考にした。

¹ BGB312条(訪問販売における撤回権): 最終更新2001年11月26日(施行: 2002年1月1日)

(1)有償の給付を目的とし、かつ、消費者が、

1. その者の労働場所での口頭による交渉、もしくは、私的住居の領域内での口頭による交渉により、
2. 事業者または第三者によって、少なくとも事業者の〔利益の〕ために実施された余暇時間の催しに際して、または、
3. 交通機関なかでの不意の話しかけ、または、公衆の集まる交通機関の待合いの領域での不意の話しかけに引き続いて、(契約を)締結することを決めた、事業者と消費者との間の契約(訪問販売)の場合、BGB355条により、消費者には撤回権が帰属する。

消費者と事業者の間に今回の取引または後でなされる取引と関連して、継続的な関係もまた維持されることになる場合には、撤回権に代えて、BGB356条による返還権を消費者に認めることができる。

(2)撤回権または返還権に関する必要な教示(Belehrung)は、BGB357条1項および3項の法的効果を示すものでなければならない。

(3)撤回権または返還権は、他の規定の適用を妨げることなく、保険契約の場合、または、

1. 本条1項1号の場合において、契約の締結の基礎となる口頭による交渉が、消費者の先行する注文によるものであった場合、
2. 交渉が終了したときに直ちに給付がなされ、支払いもなされ、かつ40ユーロを超えない対価が支払われた場合、または、
3. 消費者の意思表示が、公証人によって公証された場合、存在しない。

² BGB13条(消費者): 最終更新2000年6月27日(施行: 2000年6月30日)

消費者とは、その営業上の活動または独立した職業上の活動に属することができない目的で、法律行為を締結するすべての自然人をいう。

³ BGB355条(消費者契約における撤回権): 最終更新2004年12月2日(施行: 2004年12月8日)

(1)法律により、本規定に従って撤回権が消費者に認められるときは、その者が定められた期間内に撤回権を行使した場合は、その者は、もはや契約締結に向けられた〔契約締結を目的とした〕意思表示に拘束されない。撤回は、その理由を示すことを必要とせず、かつ、テキスト形式でまたは物を返送することで、2

週間以内に事業者に対して表示されるべきである。期間の遵守については、適時の〔法定期間内の〕発送で足りる。

(2)〔前項に定める〕期間は、使用された情報伝達手段に必要なとされるものに応じて消費者に対して権利〔撤回権〕を説明する、撤回権について明確に形成された教示が、消費者に対して、撤回の意思表示を受ける者の氏名および住所、ならびに、期間開始の指示および本条 1 項 2 文の規定の指示をも含むテキスト形式で、通知されていた時点から開始する。教示が契約締結後になされたときには、当該期間は、本条 1 項 2 文とは異なり、1 ヶ月である。契約が書面によって締結される場合には、当該期間は、契約書、消費者の書面による申請書、または契約書の謄本もしくは申請書の謄本を消費者が自由に使うことができる前は、進行を開始しない。期間の開始について争いのある場合は、立証責任は事業者にある。

(3)撤回権は、遅くとも契約締結後、6 ヶ月で消滅する。物の引渡しの場合には、その物の受取人のところにその物が到着する日より前に、期間の進行は開始しない。本項 1 文と異なり、消費者が、自らの撤回権について、2 項 1 文に定める内容に即して(ordnungsgemäß)教示を受けていなかった場合には、撤回権は消滅しない。さらに、通信取引契約の場合、事業者が、BGB312c 条 2 項 1 文に定める内容に即して通知義務を果たしていなかった場合には、金融サービス給付について、当該規定の内容に即して教示を受けていなかった場合には、撤回権は消滅しない。

* テキスト形式については、BGB126b 条が定めている。

⁴ BGB823 条 (損害賠償義務):

(1)故意または過失により、他人の生命、身体、健康、自由、所有権またはその他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。

(2)他人の保護を目的とする法律に違反した者も、〔前項と〕同様の義務を負う。法律の内容によれば過失がなくとも違反が起こりうる場合には、賠償義務は、過失があるときに限り、生ずる。

* Verschulden ; 故意・過失をとともに含んだ言葉なので「過責」と訳すこともあるが、ここでは故意・過失をとともに含んだ広義の「過失」を用語として選ぶ。

⁵ BGB280 条 (義務違反に基づく損害賠償): 最終更新 2001 年 11 月 26 日 (施行: 2002 年 1 月 1 日)

(1)債務者が債務関係に基づく義務に違反したときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。

(2)債権者は、給付遅滞による損害賠償を BGB286 条の付加的要件のもとでのみ請求することができる。

(3)債権者は、給付に代わる損害賠償を BGB281 条、BGB282 条または BGB283 条の付加的要件のもとでのみ請求することができる。

⁶ BGB138 条 (良俗に反する法律行為 ; 暴利行為):

(1)善良の風俗に反する法律行為は、無効とする。

(2)特に他人の強制状態、未経験、判断力の不足または著しい意思薄弱に乗じて、その者の受ける利益と比べて著しく不均衡である財産上の利益を、自己または第三者に約束または給付させる法律行為は、無効とする。

⁷ BGB481 条（期間割りの居住権契約の概念）：最終更新 2001 年 11 月 26 日（施行：2002 年 1 月 1 日）

(1) 期間割りの居住権契約・タイムシェア契約(Teilzeit-Wohnrechteverträge)とは、事業者が消費者に対して、対価全額の支払いと引換えに、最短でも 3 年間の継続期間で、1 年のうちの特定の期間または特定されるべき期間にわたり〔たとえば、夏の保養地であれば、7, 8, 9 の 3 ヶ月の賃借を毎年繰り返す。わが国の借地借家法上の臨時的な一時使用とは異なる。いわば、リゾートマンション利用権の期限付き譲渡である。

利用権の形態は、契約でも物権でもかまわない〕、建物を保養あるいは居住の目的で使用させる権利を与え、または、こうした権利を与えることを約束する契約をいう。この権利は物権またはその他の権利である。とくに、社団の構成員になることで、または組合の持分を取得することで認められた場合も、同様である。

(2) この権利は、建物の使用が複数の建物の中から選択される場合にも存在しうる〔複数の建物のなかから利用対象を選択する形式の場合である〕。

(3) 建物の一部も建物と同じ扱いをうける〔保養地の建物の一室の賃借の場合である〕。

⁸ BGB485 条（期間割りの居住権契約における撤回権）：最終更新 2002 年 7 月 23 日（施行：2002 年 8 月 1 日）

(1) 期間割りの居住権の契約において、消費者は、BGB355 条に基づく撤回権を有する。

(2) 撤回権に関する説明は、本条 5 項 2 文による撤回のさいに消費者が支払うべき費用についても含むことを要する。

(3) 消費者が、BGB482 条に定める説明書が契約締結前に交付されず、あるいは BGB483 条の定めた言語によって交付されていないときには、BGB355 条 1 項 2 文の規定によらず、撤回権行使の期間は 1 ヶ月とする。

(4) 契約において、BGB482 条 2 項の規定により定められた事項の説明がないときには、撤回権行使の期間は、その説明が書面により消費者に通知されたときから起算する。

(5) 提供されたサービスに対する報酬および建物の使用に対する報酬は、BGB357 条 1 項および同 3 項の規定によらず、請求することができない。契約が公正証書の作成を要件とする場合には、消費者は、事業者に対して書面作成の費用を支払わなければならない。ただし、契約に明示されていることを要する。本条 3 項および同 4 項の場合には、〔書面作成の費用を〕支払う義務はない。消費者は、事業者に対して契約費用の賠償を求めることができる。

⁹ BGB309 条 6 項（評価の余地のない条項の禁止）：最終更新 2001 年 11 月 26 日（施行：2002 年 1 月 1 日）

法律上の規定と異なることが認められる場合でも、普通取引約款において、以下の各号に掲げるものは、無効とする。

6.（違約罰）

給付を受け取らなかった場合〔給付の不受領〕もしくは給付を遅れて受け取った場合〔受領遅滞〕、支払い遅延の場合、または、契約の相手方が契約を解消する場合のために、約款使用者に対して違約罰を支払うよう約束する条項

¹⁰ UWG3 条（不正競争の禁止）：

競争事業者、消費者またはその他の市場参加者に不利益を与え、競争を軽微であるとはいえない程度に(nicht nur unerheblich)侵害すると認められる、不公正な競争行為は、許されない(unzulässig)。

11 BGB14条(事業者):最終更新2000年6月27日(施行:2000年6月30日)

(1)事業者とは、法律行為の締結の際に、その営業上または独立した職業上の活動の実施として行為する自然人、法人または権利能力を有する人的会社をいう。

(2)権利能力を有する人的会社とは、権利を取得し、義務を引き受ける権利能力が与えられた人的会社をいう。

12 UWG8条(侵害除去および差止めの請求):

(1)UWG3条に違反する者に対しては、侵害の除去、および反復の危険性がある場合については差止めを請求することができる。差止請求権は、侵害の危険が切迫している段階から成立する。

(2)違反行為がある会社の一構成員または代表者によって行われている場合、差止めの請求および侵害除去の請求は会社の所有者に対してもまたこれを行うことができる。

(3)本条1項による請求権は、次の各号に掲げる者に帰属する。

1. 競争事業者

2. 営業上の利益の促進を目的とした権利能力を有する団体。ただし、同一の市場において、同種または類似の商品または役務を提供する事業者の相当数を構成員とし、その人的、物的および財政的設備に照らして営業上の利益を擁護するという定款上の任務を現実に遂行しており、かつ、当該請求が当該市場における競争を本質的に侵害すると認められる行為を対象としている場合に限られる。

3. 特定の団体等で、UKlaG4条にいう特定団体リスト、または消費者利益保護のための差止めに係る1998年5月19日付けの欧州議会および理事会指令(ABl. EG Nr. L 166 S. 51)の4条にいう欧州共同体委員会のリストに登録されていることを証明した者。

4. 商工会議所または手工業会議所。

(4)本条1項が定める請求権の行使は、すべての事情に鑑みて請求に濫用が認められる場合、とくに、請求が主として違反行為者に訴訟追行の費用を負担させるためにおこなわれている場合には、認められない。

(5)UKlaG13条およびそこで認められている命令権限は(UWGの領域にも)準用されるが、その際、UKlaG3条1項1号および同3号にはUWG8条3項3号および同4号が定める差止請求権、UKlaG3条1項2号にはUWG8条3項2号が定める差止請求権、ならびに、UKlaG1条および同2条にはUWG8条が定める差止請求権が、それぞれ替わって適用されることとする。その余については差止訴訟法はこれを適用しない。

13 BGB123条(詐欺または強迫による取消し):

(1)詐欺〔悪意による欺罔〕または違法な強迫によって意思表示をさせられた者は、その意思表示を取り消すことができる。

(2)相手方に対してなされた意思表示について、第三者が詐欺をした場合には、相手方が詐欺を知っていたとき、または、知ることができたときに限り、意思表示を取り消すことができる。意思表示の相手方以外の者が、意思表示によって直接に権利を取得した場合には、この者が詐欺を知っていたとき、または、知ることができたときは、この者に対して意思表示の取消しを主張することができる。

14 UWG4条(不正競争類型):

UWG3条にいう不公正性は、とくに以下の行為をなす者について認められる。

1. 圧力の行使、人間の尊厳を損なうような方法(im menschenverachtender Weise)、その他不相当な程度

に競争原理に反する影響力(unangemessen unsachlichen Einfluss)を行使することにより、消費者その他の市場参加者の決定自由を侵害するような競争行為

2. 消費者、とくに児童または未成年の取引上の無経験、軽率、不安または強制状態を利用するような競争行為

3. 競争行為の競争的性格を隠蔽する行為

4. 値引き、景品、贈答品(Geschenken)のような販売促進措置がとられ、それを受ける(Inanspruchnahme)条件を明確かつ一義的に記載しない行為

5. 広告的性格を有する懸賞やくじ引きの参加条件を明確かつ一義的に記載しない行為

6. 消費者の懸賞やくじ引きへの参加を商品の取得または役務の利用(Inanspruchnahme)に条件づける行為、ただし、懸賞またはくじ引きが商品または役務と必然的に関連している場合はこの限りではない

7. 競争事業者の標章(Kennzeichen)、商品、役務、活動または人的・取引上の関係を誹謗または中傷する行為

8. 競争事業者の商品、役務もしくは会社につき、または会社の事業主もしくは会社経営陣(Unternehmensleitung)の構成員につき、会社の経営または会社の信用を毀損するに足りる事実を主張または流布しながら、当該事実の真实性を証明できない場合。秘密情報が問題とされており、かつ、伝達者または情報の受け手が当該情報につき正当な利害関係を有している場合、真実に反して事実が主張され、または流布された場合に限り、不公正となる。

9. 競争事業者の商品または役務を模倣した商品または役務を提供し、次の各号に定めるいずれかの条件をみたす場合

a) 回避可能な、企業の出所に関する購買者の混同を惹起する場合

b) 模倣された商品または役務の評価(Wertschätzung)を不当に利用し、または侵害する場合または

c) 模倣に必要な知識または資料を不誠実に取得していた場合

10. 競争事業者に狙いを定めた妨害(gezielt behindert)

11. 市場参加者の利益のために市場行為を規制することを目的のひとつとする法規に違反すること

15 UWG3 条 (不正競争の禁止):

競争事業者、消費者またはその他の市場参加者に不利益を与え、競争を軽微であるとはいえない程度に(nicht nur unerheblich)侵害すると認められる、不公正な競争行為は、許されない(unzulässig)。

16 UWG5 条 (誤認惹起広告):

(1)誤認させる広告をなす者は、UWG3 条にいう不公正な行為を行っているというべきである。

(2)ある広告が誤認を惹起するか否かを判断するにあたっては、当該広告のあらゆる構成要素、とくに以下に掲げる事項に関して当該広告に含まれる表示を考慮しなければならない。

1. 商品または役務の入手可能性、種類、仕様、組成、方式、製造または提供の時期、目的有用性、用途、量、性質、地理的または営業的な出所地、または使用により期待される効果もしくは商品もしくは役務のテストの結果ならびに重要部分といった特徴(Merkmale)

2. 販売の動機、価格またはその算定方法、および商品の供給または役務の提供の条件

3. 業務上の事情、とくに広告者の身元、資産、知的財産権、資格、または勲章(Auszeichnungen)もしくは表彰経験(Ehrungen)といった広告者の性質(Art)、属性およびその諸権利

ある事実の隠蔽が誤認を惹起するか否かを判断するにあたっては、取引通念上、当該隠蔽が契約締結の決定にとって有する意義、ならびに当該隠蔽が決定に影響を及ぼし得るものであるかを考慮しなければならない。

(3)本条 2 項にいう表示には、比較広告の枠内での表示、ならびにその表示に代替するものとして理解される限りで、画像表現その他の手段も含まれる。

(4)価格の引き下げを宣伝していながら、当該価格は不相当に短い期間しか妥当しないとされている限りで、それは誤認惹起的と推定される。当該価格が妥当するとされる期間につき争いがある場合、当該価格の引き下げを宣伝している者が立証責任を負う。

(5)商品の種類ならびに広告の形態および伝播性に鑑みて、期待される需要を充足するのに相当な量にとどめずに(nicht in angemessener Menge vorgehalten ist)商品の宣伝をするのは、誤認を惹起するというべきである。通常の場合、2 日間分の在庫があれば相当であるが、事業者がより僅少な備蓄しかないことにつき正当な理由を証明した場合はこの限りではない。本項 1 文は、役務の広告についてもこれを準用する。

17 BGB241 条 (債権債務関係に基づく義務): 最終更新 2001 年 11 月 26 日 (施行: 2002 年 1 月 1 日)

(1)債権債務関係により、債権者は、債務者に対して給付を請求する権利を有する。給付は、不作為においてもまた存在する。

(2)債権債務関係は、その内容にしたがって、いずれの当事者に対しても、相手方の権利、法益および利益に配慮する義務を負わせることができる。

18 MünchKomm - Roth, § 241 BGB Rn. 143 f.

19 BGB312d 条 (通信取引契約における撤回権および返還権): 最終更新 2004 年 12 月 2 日 (施行: 2004 年 12 月 8 日)

(1)通信取引契約においては、消費者には、BGB355 条による撤回権が帰属する。商品の引渡しに関する契約の場合には、消費者には、撤回権に代えて、BGB356 条による返還権が帰属する。

(2)撤回期間は、BGB355 条 2 項 1 文とは異なり、BGB312 条 2 項による情報提供義務を履行する前には開始しない。商品の引渡しの場合には、撤回期間は受領者への到達日より前には開始しない。同種の商品を反復して引き渡す場合には、撤回期間は最初の引渡しの到達日より前には開始しない。また、撤回期間はサービスを提供する場合には、契約締結日より前には進行しない。

(3)撤回権は、サービスを提供する場合には、以下の場合にも消滅する。

1. 金融サービス給付の場合に、消費者が撤回権を行使する前に、消費者の明示的な希望に基づいて、契約が両当事者によって完全に履行されたとき。

2. その他のサービス給付の場合に、事業者が、消費者の明示的な同意をえて、撤回期間の終了前にサービス給付の実施を開始し、または、消費者自らが、そのような実施のきっかけを与えていたとき

(4)別段の定めがないかぎり、以下の通信取引契約の場合、撤回権は存在しない。

1. 顧客の特質に従って製作された商品、明確に〔顧客の〕個人的な要望にあわせて製作された商品、その性質により返送に適さない商品、すぐにいたみやすい商品、または、消費期限を超えてしまった商品の引渡しに関する通信取引契約

2. オーディオ、ビデオまたはソフトウェア (〔消費者に〕引き渡されたこれらのデータ記録媒体が消費者

によって開封された限りで)の引渡しに関する通信取引契約

3. 新聞、雑誌または写真週刊誌の引渡しに関する通信取引契約

4. 賭事や富くじのサービス給付の提供に関する通信取引契約

5. 競売 (BGB156 条) の方式で締結された通信取引契約、または、

6. 商品の引渡しもしくは金融サービス給付の提供 (その価格は、金融市場において変動を免れるものではない。なお、そのような変動に事業者が何らの影響力を及ぼすことはなく、そのような変動は、撤回期間内に生じうるものである。とくに、株式、投資信託会社もしくは外国の投資会社が発行した持分証券 (Anteilscheinen)、または、その他の取引可能な有価証券、外国為替、デリバティブもしくは金融市場証券。) を目的とする通信取引契約。

(5)さらに、すでに BGB495 条、BGB499 条〔支払猶予、その他の融資援助〕ないし BGB507 条〔生業開始者への適用〕によって、BGB355 条または BGB356 条による撤回権または返還権が消費者に帰属する通信取引契約の場合には、撤回権は存在しない。このような通信取引契約では、第 2 項が準用される。

(6)金融サービス給付の通信取引契約の場合には、消費者は、BGB357 条 1 項とは異なり、法定解除に関する規定に従って、提供されたサービス給付の価額を償還をしなければならない。ただし、消費者が、意思表示の前に〔撤回権の〕法律効果を示され、かつ、撤回期間の満了前に、事業者がサービス給付の実施を開始することにつき、消費者が、明示に同意していたときに限る。

²⁰ WpHG31 条 (一般行為規則):

(1)証券投資サービス業者は、以下の各号に掲げる義務を負う。

1. 顧客のために、必要とされる専門知識、配慮および誠実さ (Gewissenhaftigkeit) をもって、証券業務および証券付随業務を行う義務、

2. 利益相反を避けるよう努力する義務、および、利益相反が避けられない場合には、顧客の利益を遵守して、顧客の注文を実行することに配慮する義務。

(2)さらに、証券投資サービス業者は以下の各号に掲げる義務を負う。

1. 証券業務または証券付随業務の対象となる取引における顧客の経験または知識、当該取引で追求される顧客の目的、および、顧客の財産状態について、顧客に対して申告を要求する義務、

2. 顧客の利益を守るために、および、意図された取引の種類や規模を考慮して必要とされる限りで、顧客に対して、目的に適ったあらゆる情報を伝える義務。

顧客は、本項 1 文 1 号にいう申告の要求に応じる義務はない。

(3)本条 1 項および同 2 項は、国外に本拠地を置く企業で、顧客に対して証券業務もしくは証券付随業務を提供し、国内に通常の滞在地もしくはその業務執行地を有するものについても適用される。ただし、証券業務もしくは証券付随業務が、これらとあわせて成立する付随的な業務を含めて、もっぱら外国で提供されていない場合には、この限りではない。

適用される。

²¹ BGB119 条 (錯誤による取消し):

(1)意思表示をするにあたって、その内容について錯誤があった者、または、その内容の表示をする意思を全く有しなかった者は、その者〔表意者〕がその事情を知り、かつ、その場合を合理的に判断すればその意思表示をしなかったであろうと認めるべきときは、その意思表示を取り消すことができる。

(2)取引上、重要であると認められる人の性質または物の性質に関する錯誤も、意思表示の内容に関する錯誤とみなす。

²² BGB122 条（取消しをする者の損害賠償義務）：

(1)意思表示が BGB118 条によって無効である場合、または、BGB119 条および BGB120 条によって取り消された場合において、表意者は、意思表示が相手方に対してなされたときには、その者に対して、その他のときには、すべての第三者に対して、相手方または第三者が当該意思表示を有効であると信じたことによって被った損害を、賠償しなければならない。ただし、損害賠償は、当該意思表示が有効であるときに相手方または第三者が得る利益の額を超えないものとする。

(2)前項の損害賠償義務は、被害者が無効の原因または取消しの原因を知っていたとき、または過失によって知らなかった（知らなければならなかった）ときには、生じない。

²³ BGB434 条（物の瑕疵）：最終更新 2001 年 11 月 26 日（施行：2002 年 1 月 1 日）

(1)物が危険移転に際して、約定の性質を有するときは、その物に物の瑕疵がないものとする。性質が合意されていない限りにおいて、以下の各号のいずれかに該当する場合には、その物に物の瑕疵がないものとする。

1. 物が契約にしたがって前提された使用に適切である場合

2. 物が通常の使用に適しており、かつ性質が、同種の物において通常であり、かつ、買主がその物の種類に従って期待しうる性質を示す場合

2 文 2 号に従った性質には、売主、製造者（製造物責任法 4 条 1 項および 2 項）またはその補助者の公の表示にしたがって、とりわけ、物の特定の性質に関する広告またはラベル表示(Kennzeichnung)において、買主が期待しうる性質もまた含まれる。ただし、売主が、その表示を知らず、かつ、当然に知ることを要しなかった場合、その表示が契約締結時に同様な方法で訂正されていた場合、または、その表示が売買の決定に影響を及ぼしえなかった場合を除く。

(2)物の瑕疵は、約定の組立てが売主またはその履行補助者により適切に行われなかった場合にも、存在する。さらに、物の瑕疵は、組立てのために定められた物の場合は、組立説明書に瑕疵があるときにも、存在する。ただし、その物が誤りなく組み立てられたときは、この限りではない。

(3)売主が、他の物または引き渡した物の量が過少である場合も、物の瑕疵と同様である。

²⁴ BGB437 条（瑕疵があるときの買主の権利）：最終更新 2004 年 12 月 2 日（施行：2004 年 12 月 8 日）

物に瑕疵があるときには、買主は、以下に掲げる規定の要件が存在し、かつ、別段の定めがない限り、

1. BGB439 条によって追完履行を請求し、

2. BGB440 条、BGB323 条および BGB326 条 5 項によって契約を解除し、または、BGB441 条によって売買代金を減額し、かつ、

3. BGB440 条、BGB280 条、BGB281 条、BGB283 条および BGB311a 条によって損害賠償を、または、BGB284 条によって無駄になった費用の賠償を請求することができる。

²⁵ BGB439 条（追完履行）：最終更新 2004 年 12 月 2 日（施行：2004 年 12 月 8 日）

(1)買主は、追完履行として、その選択に従い、瑕疵の除去または瑕疵のない物の引渡しを請求することが

できる。

(2) 売主は、追完履行のために必要な費用、とりわけ運送費、交通費、労務費および材料費を負担しなければならない。

(3) 売主は、買主によって選択された種類の追完履行を、BGB275 条 2 項および同条 3 項の適用を妨げることなく、その追完履行が過分の費用をもってのみ可能である場合には、拒絶することができる。このとき、とりわけ、瑕疵のない状態における物の瑕疵、瑕疵の重要さ、および、買主に著しい不利益を被らせることなく別の種類の追完履行をすることができたかどうか、考慮される。買主の請求権は、この場合（売主が買主によって選択された種類の追完履行を拒絶する場合）には、別の種類の追完に制限される。この別の種類の追完履行をも拒絶することができる売主の権利は、影響を受けない。

(4) 売主が、追完履行のために瑕疵のない物を引き渡すときには、売主は、BGB346 条ないし BGB348 条の基準にしたがって、瑕疵のある物の返還を買主に請求することができる。

²⁶ BGB440 条（解除および損害賠償についての特別規定）：最終更新 2001 年 11 月 26 日（施行：2002 年 1 月 1 日）

BGB281 条 2 項および 323 条 2 項の場合以外に、売主が、BGB439 条 3 項による二種類の追完履行（瑕疵の除去、瑕疵のない物の引渡し）を拒絶し、または買主に帰属する追完履行（瑕疵の除去の請求、瑕疵のない物の引渡しの請求）が不奏功に終わり、もしくは買主にとって期待しえない場合にも、期間の指定は必要とはされない。追完履行は、とりわけ、物もしくは瑕疵の種類またはその他の事情から異なることが生じない場合には、2 回試みても失敗に終わった後は、不奏功に終わったものとみなされる。

²⁷ BGB346 条（解除の効果）：最終更新 2002 年 7 月 23 日（施行：2002 年 8 月 1 日）

(1) 一方の契約当事者が契約により解除権を留保し、または、その者に法定解除権が帰属する場合、契約を解除をするときには、受領した給付を返還し、かつ、取得された利益を引き渡さなければならない。

(2) 以下の各号の場合に限り、債務者は、返還または引渡しに代えて、価額の賠償をしなければならない。

1. 返還または引渡し、取得されたものの性質によりできない場合
2. 債務者が受領した目的物を消費し、譲渡し、それに負担を加え、加工し、または、改造した場合
3. 受領した目的物が毀損または滅失した場合（ただし、用途に沿った使用によって生じた毀損は、この限りではない）

契約において反対給付が定められているときは、それは、価額賠償を算定する際に、基礎とされなければならない。貸付金の消費による利益のために価額賠償がされるべきときは、消費による利益の価値がより小さいことを立証することができる。

(3) 以下の各号の場合には、価額賠償義務は消滅する。

1. 解除の原因となった瑕疵が、目的物の加工または改造に際してはじめて明らかになった場合
2. 債権者が、毀損または滅失について責めを負い、または、損害が、債権者のものでも同様に生じたであろう場合
3. 法定解除権の場合に、解除権者が、自己の事務につき通常用いるのと同じの注意を払っていたにもかかわらず、毀損または滅失が解除権者のもので生じた場合

残存利益は、返還しなければならない。

(4) 債権者は、第 1 項に基づく義務の違反により、BGB280 条ないし BGB283 条の基準に従って、損害賠償を請求することができる。

²⁸ BGB305b 条（個別的取決めの優先）：最終更新 2001 年 11 月 26 日（施行：2002 年 1 月 1 日）

個別的な契約上の取決めは、普通取引約款に優先する。

²⁹ BGB433 条 1 項 2 文によれば、売主は、買主に対して、物の瑕疵および権利の瑕疵のない物を引き渡す義務を負っている。BGB434 条 1 項により、ある物は、これが約定の性状を示している場合にのみ、物の瑕疵がない、といえる。性状に関する合意がなされていない限りにおいて、ある物が契約どおりであるといえるのは、その物が、契約にしたがって前提とされていた使用にふさわしいものであるか (BGB434 条 1 項 2 文 1 号) あるいは、その物が通常の使用にふさわしいものである (BGB434 条 1 項 2 文 2 号) 場合である。そして、BGB434 条 1 項 3 文が予定しているのは、買主が、売主の公の表示、製造業者の公の表示にしたがって、または広告において期待することが認められる性質も通常の性状に含まれる (ただし、売主が、以上のような公の表示を知らなかったということを証明できる場合は除く) という点である。

性状は、危険が移転する時点で存在していなければならない。すなわち、将来に向けて期待され、または約束された事情もしくは展開は問題にならない (MünchKomm - Westermann, § 434 BGB Rn. 9.)

契約によって合意された目的物の性状、または、通常の目的物の性状が欠けているのであれば、買主は、まず、補修を請求することができる。そして、そのような補修が不可能である場合、買主は、代金減額を請求することができる。あるいは、BGB440 条によって、さらに期間を設定することなく即時に契約を解除することができる。その結果、交換された給付は返還される、ということになる。以上のような方法で、売買目的物が瑕疵のある〔正当な〕期待に合致していない場合、消費者 (もっとも、消費者に限られる問題ではない) に対して、瑕疵担保請求権というかたちで、間接的に契約を解消する権利も認められている。

* BGB433 条 (売買契約における契約類型上の義務): 最終更新 2001 年 11 月 26 日 (施行 : 2002 年 1 月 1 日)

(1) 売買契約により、ある物の売主が、買主に対してその物を引き渡し、その物の所有権を〔買主に〕取得させる義務を負う。売主は、買主に対して、物の瑕疵も権利の瑕疵もない物を、取得させなければならない。

(2) 買主は、売主に対して、約定の代金を支払い、購入された物を受け取る義務を負う。

³⁰ BGB241a 条 (注文されていない給付): 最終更新 2001 年 11 月 26 日 (施行 : 2002 年 1 月 1 日)

(1) 消費者への事業者による、注文されていない物の引渡しまたは注文されていないその他の給付の提供によって、消費者に対する請求権が生じることはない。

(2) 給付が、受領者のためのものと予定されていなかった、または、注文の誤った表象のもとになされた場合、かつ、受領者がこのことを知り、または、取引上必要とされる注意をしていればこれを知ることができたであろう場合には、法律上の請求権は排除されない。

(3) 注文された給付の代わりに、性質および価格の点で同等の価値のある給付が消費者に提供され、かつ、その者に、受領を義務づけられずかつ返送費用を負担するに及ばない点が示されたときは、注文されていない給付は存在しない。

³¹ BGB357 条 (撤回および返還の法的効果): 最終更新 2004 年 12 月 2 日 (施行 : 2002 年 12 月 8 日)

(1) 撤回権および返還権には、別段の定めがない限り、法定解除に関する規定が準用される。BGB286 条 3 項は、本条による代金支払いに関する償還義務に準用される。すなわち、BGB286 条 3 項に規定された期間は、消費者の撤回の意思表示または返還の意思表示をもって開始する。このとき、消費者の償還義務を

考慮して、その者の撤回の意思表示または返還の意思表示の発信をもって開始し、事業者の償還義務を考慮して、その意思表示の到達をもって開始する。

(2)消費者は、物を小包によって送付することができる場合、撤回権が行使されると、返送義務を負う。返送の費用および危険は、撤回および返還の場合、事業者が負担する。撤回権が BGB312d 条 1 項 1 文により存在する場合、返送されるべき物の価格が 40 ユーロの額を超えない場合、または、返送されるべき物の価格が 40 ユーロを超えると、消費者が反対給付〔代金の全額支払い〕または代金の一部支払いを撤回の時点ではまだしていなかった場合には、通常の返送費用を、契約によって消費者に課することが認められる。ただし、引き渡された物が注文された物と一致しない場合には、この限りではない。

(3)消費者は、BGB346 条 2 項 1 文 3 項とは異なり、遅くとも契約締結時に、テキスト形式で、以下の法的効果〔用途に沿った使用による毀損に対する価額の償還〕およびこれを回避する可能性が示されていた場合には、用途に沿った物の使用により生じた毀損に対する価額の償還をしなければならない。これは、毀損がもたら物の検査に立ち戻らなければならないときには、適用されない。消費者が、撤回権につき、規定どおりに教示され、または、他の方法で、この点につき知ることになった場合には、BGB346 条 3 項 1 文 3 号は適用されない。

(4)これ以外の請求権は存在しない。

³² BGB346 条（解除の効果）：最終更新 2002 年 7 月 23 日（施行：2002 年 8 月 1 日）

(1) 一方の契約当事者が、契約により解除権を留保し、または、法定解除権を有する場合には、契約を解除するときに、受領した給付を返還し、取得した利益を引き渡さなければならない。

(2)以下の各号に関する場合に限り、〔返還〕債務者は、返還または引渡しに代えて価額を償還しなければならない。

1. 取得したものの性質上、その返還または引渡しをすることができない場合、
2. 〔返還〕債務者が受領した目的を消費し、譲渡し、負担を加え、加工し、または、改造した場合、
3. 受領した目的が毀損または滅失した場合；ただし、用途にそった使用によって生じた毀損を除く。

契約において反対給付を定めていたときには、価額償還は、これに基づき算定する；消費貸借の利用利益のために価額が償還されなければならないときには、利用利益の価値がより小さかったことを立証することができる。

(3)以下の各号に関する場合には、価額償還義務は消滅する。

1. 解除を基礎づける瑕疵が、目的物を加工または改造に際して、はじめて明らかになったとき、
2. 毀損もしくは滅失につき〔返還〕債務者に帰責事由があり、または損害が〔返還〕債権者のもとでも同様に発生したであろう限り、
3. 法定解除権の場合に、解除権者が自己の事務につき通常用いるのと同じの注意を払ったにもかかわらず、毀損または滅失が解除権者のもとで発生したとき。

残存利益は、返還しなければならない。

(4)〔返還〕債権者は、本条 1 項の義務違反に基づき、BGB280 条ないし同 283 条〔給付義務の排除の場合の給付に代わる損害賠償〕にしたがって損害賠償を請求することができる。

³³ Bülow / Artz, Verbraucherprivatrecht, 45.

事例：フランス

フランス法では、適用すべき4種の法規が存在する。

合意の瑕疵について規定を有する民法典：錯誤、詐欺および強迫、ならびに同規定の解釈を行う判例：契約締結前の情報提供義務および助言義務

一般的情報提供義務、虚偽広告、欺罔行為、訪問販売、脆弱状態の濫用について規定を有する消費者法典

脆弱状態の濫用についての規定を有する刑法典

金融商品販売についての規定を有する金融法典

助言義務

日本法によって助言義務として位置づけられる全てのケースは、民法典における助言義務に対する違反として位置づけられうるであろうが、実際には脆弱状態の濫用および訪問販売としての性質決定を通して規制されることになる。第1のケースは、複数の性質決定が考えられうるものである。

消費者に契約締結をさせる目的で、売主が不適切な手段を売主が用いたことが明らかになった場合、契約に対していかなる効果が生じるか。

この場合には、売主が用いた手段による。したがって、複数の法性決定が可能である。

- ・ 詐欺（民法典 1116 条）
効果（民事上）契約の無効
要件 売主の術策、虚言、沈黙
買主の決定的錯誤
- ・ 脆弱状態の濫用（消費法典 122-8 条）
効果（刑事上）罰金刑、拘禁刑
（民事上）民事裁判における契約の無効
要件 売主の計略(ruses)、策略 (artifices)
買主の脆弱状態

1. 電話会社の訪問販売員が、80歳の男性に、非常に高性能の機能を備えた電話機を、金額100万円（約7000ユーロ）で7年間のリース契約によって販売した。狭い住宅に住み、年金生活を営む高齢者には、このような複雑な機能を有する電話機は利用が困難で必要のないものであった。その上、リース料を支払うことが困難となっている。そこで、家族は契約の取消を望んでいる。

- ・ 助言義務違反（民法典 1602 条の判例による解釈）
効果 損害賠償
要件 専門的売主と一般的（非専門的）買主間に課される助言義務
- ・ 訪問販売（消費法典 121-25 条）
効果 買主による理由なくかつ罰則なしの解除が可能

- 要件 売買契約より7日の期間内になされること
- ・ 訪問販売（消費法典 121-23 条）
 - 効果（民事上）契約の無効
 - 要件 書面交付および義務的説明の不遵守
- ・ 消費法典上の脆弱状態の濫用（消費法典 122-8 条）
 - 効果（刑事上）拘禁刑および（あるいは）罰金刑
 - （民事上）民事裁判における契約の無効
 - 要件 売主による濫用
 - 買主の脆弱状態
 - 買主が合意の内容（portee）を正しく評価しえないこと
 - 買主による合意
 - 合意の場所（法 122-8 条および 122-9 条）
 - 具体例 レンヌ控訴院 2003 年 10 月 17 日判決：年齢のみが脆弱状態を構成するものではない
- ・ 刑法典上の脆弱状態の濫用（刑法典 223-15-2 条）
 - 効果（刑事上）拘禁刑および（あるいは）罰金刑
 - （民事上）民事裁判における契約の無効
 - 要件 売主による濫用
 - 条文上限定的に規定された買主の脆弱状態（年齢）
 - 売主による脆弱状態の認識
 - 理論上損害が発生すべき行為の存在

2. 生活保護を受けている者に対して、高級リゾート会員権を購入させた。買主は、支払ができないため契約を無効にしたいが、その際に違約金を支払うよう要求された。

本件では、訪問販売がなされていないようであり、消費法典上の訪問販売および脆弱状態の濫用に関する規定は適用されないであろう。刑法典上の脆弱状態の濫用についても、適用し得ない、なぜならば条文上限定的に列挙された脆弱状態の場合のいずれでもないからである。

最後に、過剰損害(レジオン (lesion)) が契約の無効原因とならないという事実について強調すべきであろう。

- ・ 助言義務違反（民法典 1602 条の判例による解釈）
 - 効果 損害賠償
 - 要件 専門的売主と一般的（非専門的）買主間に課される助言義務

3. リフォームに関する契約を訪問販売で合意したことで、70歳の老人が老後のために貯蓄していた生活資金を全て失った。

- ・ 訪問販売（消費法典 121-25 条）
 - 効果 買主による理由なくかつ罰則なしの解除が可能

- 要件 売買契約より 7 日の期間内になされること
- ・ 訪問販売（消費法典 121-23 条、121-28 条）
 - 効果（民事上：法 121-23 条） 契約の無効
 - 要件（法 121-23 条） 書面交付および義務的説明の不遵守
 - 効果（刑事上：法 121-28 条） 罰金刑および（あるいは）拘禁刑
 - 要件（法 121-28 条） 書面交付および義務的説明の、解除期間、期間内に対価を受領することの禁止の不遵守
- ・ 消費法典上の脆弱状態の濫用
 - 効果（刑事上）拘禁刑および（あるいは）罰金刑
 - （民事上）民事裁判における契約の無効
 - 要件 売主による濫用
 - 買主の脆弱状態
 - 買主が合意の内容（portee）を正しく評価しえないこと
 - 買主による合意
 - 合意の場所（法 122-8 条および 122-9 条）
 - 例 破毀院刑事部 2003 年 4 月 29 日判決：高齢者が非常に高額な合意を締結した事例
 - 破毀院刑事部 2005 年 4 月 19 日判決
- ・ 刑法典上の脆弱状態の濫用
 - 効果（刑事上）拘禁刑および（あるいは）罰金刑
 - （民事上）民事裁判における契約の無効
 - 要件 売主による濫用
 - 条文上限定的に規定された買主の脆弱状態（年齢）
 - 売主による脆弱状態の認識
 - 理論上損害が発生すべき行為の存在
 - 例 破毀院刑事部 1996 年 4 月 30 日判決：高齢者が非常に高額な合意を締結した事例

類似の状況：状況の濫用

契約当事者間に存在している依存関係を利用して、売主が消費者に契約締結を強制させるような場合、かかる契約の効力を否定することができるか。

消費法典においては、いかなる法性決定（類型）も存在しない。

経済的依存の濫用は、供給者と分配者（distributeur）間でのみ存在するのである。

破毀院民事第 1 部 2002 年 4 月 3 日判決について用いられた学説上の準則である、「経済的強迫」が考えられる。

- ・ 強迫（民法典 1112 条について形成された判例の反対解釈）
 - 効果（民事上）契約の無効
 - 要件 経済的依存状況の濫用
 - 例 破毀院第 1 民事部 2002 年 4 月 3 日判決、反対解釈

専門家による断定的判断

売主の断定的判断に基づいて消費者が契約締結を強いられた場合に、当該契約の効力はどうか、また、断定的判断を伴う申込みが違法と判断されるのはどのような場合か。

- ・ 詐欺（民法典 1116 条）
効果 民事上：契約の無効
要件 売主による術策、虚言、沈黙
買主の決定的錯誤
- ・ 誇大広告（消費法典 121-1 条）
効果（刑事上）拘禁刑および罰金刑
要件 媒体を問わず情報提供の手段の存在
メッセージが誤っているか不明確であること
広告者側における真実性の不存在

4. 証券会社の担当者に電話で勧誘されて外債を購入した。しばらくは円高にならないと売主が主張したので、消費者は外債を購入した。その後すぐ円高になり、消費者は契約の無効を望んでいる。

- ・ 詐欺（民法典 1116 条）
効果 民事上：契約の無効
要件 売主による術策、虚言、沈黙
買主の決定的錯誤
- ・ 有価証券訪問販売（金融法典 341-16 条）
効果 買主による理由なくかつ罰則なしの解除が可能
要件 契約締結より 14 日の期間内になされること
- ・ 有価証券訪問販売（金融法典 353-1 条）
効果（刑事上）拘禁刑および（あるいは）罰金刑
要件 保護法規違反

注意点：

レジオンは契約の無効原因とならない。

価値についての錯誤は契約の無効原因とならない。

5. 証券会社の担当者が、過去の数値データを示しながら、「いままで元本割れしたことがないので今後も元本割れしないだろう」といわれたので金融商品を契約したが、元本割れし、消費者は契約を取り消したい。

- ・ 詐欺（民法典 1116 条）
効果 民事上：契約の無効
要件 売主による術策、虚言、沈黙
買主の決定的錯誤
- ・ 有価証券訪問販売（金融法典 341-16 条）

効果 買主による理由なくかつ罰則なしの解除が可能

要件 契約締結より 14 日の期間内になされること

- ・ 有価証券訪問販売（金融法典 353-1 条）

効果（刑事上）拘禁刑および（あるいは）罰金刑

要件 保護法規違反

注意点：

レジオンは契約の無効原因とならない。

価値についての錯誤は契約の無効原因とならない。

不実告知

消費者が不実告知（詐欺的情報）に基づいて契約を締結した場合に、その契約の効力はどうか。

- ・ 詐欺（民法典 1116 条）

効果 民事上：契約の無効

要件 売主による術策、虚言、沈黙

買主の決定的錯誤

- ・ 誇大広告（消費法典 121-1 条）

効果（刑事上）拘禁刑および罰金刑

要件 媒体を問わず情報提供の手段の存在

メッセージが誤っているか不明確であること

広告者側における真実性の不存在

- ・ 欺瞞（Tromperie）（消費法典 213-1 条）

効果（刑事上）拘禁刑及び罰金刑

要件 契約の目的物：動産あるいは役務提供（不動産は含まれない）

限定列挙された製品あるいは役務についての欺瞞

故意的不法行為であるが故の悪意、ただし当事者が専門家である場合にはしばしば悪意が推定される。

消費者が過去にその情報をすでに得ていた場合には、状況はどうなるか？ここでは詐欺による許されざる錯誤の問題が生じる。その他の法性決定については、異なる点はない。

- ・ 詐欺（民法典 1116 条）

効果 民事上：契約の無効

要件 売主による術策、虚言、沈黙

買主の決定的錯誤

例 破毀院民事第 3 部 2001 年 2 月 21 日判決：詐欺は生じさせた錯誤はつねに許されるものとする。

- ・ 誇大広告（消費法典 121-1 条）

効果（刑事上）拘禁刑および罰金刑

要件 媒体を問わず情報提供の手段の存在

メッセージが誤っているか不明確であること
広告者側における真実性の不存在

- ・ 欺瞞（Tromperie）（消費法典 213-1 条）
効果（刑事上）拘禁刑及び罰金刑
要件 契約の目的物：動産あるいは役務提供（不動産は含まれない）
限定列挙された製品あるいは役務についての欺瞞
故意的不法行為であるが故の悪意、ただし当事者が専門家である場合にはしばしば悪意が推定される。

6. 住宅建設用の土地の売買において、「近くにはがけがありますが、この土地なら全く問題はありません」との説明を信じて契約した後に、その土地はがけ地に接近しているため、そのままでは計画した住宅を建設することができない上に、擁壁の設置も必要であることが分かった。

- ・ 詐欺（民法典 1116 条）
効果 民事上：契約の無効
要件 売主による術策、虚言、沈黙
買主の決定的錯誤
例 破毀院民事第 3 部 2000 年 11 月 29 日判決：居住ができないことにつき買主に情報提供をしなかった事実が詐欺にあたりとされた事例
- ・ 誇大広告（消費法典 121-1 条）
効果（刑事上）拘禁刑および罰金刑
要件 媒体を問わず情報提供の手段の存在（本件ではこれにあたらぬ場合もある）
メッセージが誤っているか不明確であること
広告者側における真実性の不存在
- ・ 一般的情報提供義務違反（消費法典 111-1 条）
効果 刑事上の制裁は存在しない。民事上の制裁が適用される。
錯誤を引き起こした場合には契約の無効あるいは、フォートによって損害が発生した場合には損害賠償
要件 物あるいは役務の重要な性質についての情報提供がないこと。

7. テレビ放送の受信契約をした。担当者が、いつでも解約可能であると説明したので、申し込みをしたが、実際には 4 年以内は解約できないことが分かった。もし解約できないと知っていれば申し込みをしなかったので、解約をしたい。

- ・ 錯誤（民法典 1110 条）
効果 契約の無効
要件 消費者は、解約の条件が同意の決定的要素であることを証明しなければならない。
- ・ 一般的情報提供義務違反（消費法典 111-1 条）
効果 刑事上の制裁は存在しない。民事上の制裁が適用される。
錯誤を引き起こした場合には契約の無効あるいは、フォートによって損害が発生した場合には損害賠償

要件 物あるいは役務の重要な性質についての情報提供がないこと。

故意の不告知

取引において一定の事実を故意に相手方に告げないことで、それを理由に締結した契約の効力を否定される場合があるか。

- ・ 詐欺（民法典 1116 条）

効果 民事上：契約の無効

要件 売主による術策、虚言、沈黙

買主の決定的錯誤

例 主要な判決として破毀院民事第 3 部 1974 年 12 月 2 日判決：一方当事者の沈黙によっても詐欺は成立しうるとされた事例

不告知が過失によってなされた場合はどうなるか。

- ・ 誇大広告（消費法典 121-1 条）

効果（刑事上）拘禁刑および罰金刑

要件 媒体を問わず情報提供の手段の存在（本件ではこれにあたらない場合もある）

メッセージが誤っているか不明確であること

広告者側における真実性の不存在

- ・ 一般的情報提供義務違反（消費法典 111-1 条）

効果 刑事上の制裁は存在しない。民事上の制裁が適用される。

錯誤を引き起こした場合には契約の無効あるいは、フォートによって損害が発生した場合には損害賠償

要件 物あるいは役務の重要な性質についての情報提供がないこと。

8. 隣が空き地のため「眺望日当たり良好」という業者説明を信じて中古マンションの 2 階を購入したが、半年後に隣接地に建物ができて眺望・日照がほとんど遮られるようになった。業者は隣接地の設計計画があることを知っていたにも拘らず、説明をしなかった。

- ・ 詐欺（民法典 1116 条）

効果 民事上：契約の無効

要件 売主による術策、虚言、沈黙

買主の決定的錯誤

例 破毀院民事第 3 部 1995 年 12 月 20 日判決：売主が日照を遮るような不動産の建築計画を知らせなかった事例。

- ・ 誇大広告（消費法典 121-1 条）

効果（刑事上）拘禁刑および罰金刑

要件 媒体を問わず情報提供の手段の存在

メッセージが誤っているか不明確であること

広告者側における真実性の不存在

簡単な調査をすればそれを知ることができた場合はどうか。

- ・ 契約締結前の情報提供義務違反（民法典 1147 条）
効果 損害賠償
要件 専門家が知っていたあるいは知っているべきであった情報であるとされる場合
例 破毀院民事第 3 部 2005 年 7 月 6 日判決：助言するための公証人の情報提供義務

9. 先週の価格の 2 割引と宣伝していたので携帯電話を買ったが、2 週間後に同じ商品が半値となった。店員は今後さらに値下がりすることを知っていたが、これを告げなかった。

- ・ 錯誤の不成立（民法典 1110 条）
要件 価値に関する錯誤は契約の無効原因とならない。
- ・ 詐欺の不成立（民法典 1116 条）
要件 これはいわゆる dolus bonus（些細な欺罔）の問題である。
例 破毀院商事部 1994 年 12 月 13 日判決
- ・ 誇大広告（消費法典 121-1 条）
効果（刑事上）拘禁刑および罰金刑
要件 媒体を問わず情報提供の手段の存在
メッセージが誤っているか不明確であること
広告者側における真実性の不存在
例 破毀院商事部 2004 年 11 月 3 日判決：値引きに関する誇大広告

不招請勧誘

10. 販売員に街頭で呼び止められて、喫茶店（営業所でない場所）で、長時間にわたり商品の説明を受けて、自分にはこの商品は不要だと思ったが、契約してしまった。

- ・ 商売を目的とする場所でないので、訪問販売に該当する（消費法典 121-21 条）
例 破毀院民事第 1 部 2003 年 7 月 9 日判決
- ・ 商売を目的とする場所でないので、訪問販売に該当する（消費法典 121-25 条）
効果 買主による理由なくかつ罰則なしの解除が可能
要件 売買契約より 7 日の期間内になされること
- ・ 訪問販売（消費法典 121-23 条）
効果（民事上）契約の無効
要件 書面交付および義務的説明の不履行
- ・ 訪問販売（消費法典 121-28 条）
効果（刑事上）罰金刑および（あるいは）拘禁刑
要件（法 121-28 条）書面交付および義務的説明、解除期間、期間内に対価を受領することの禁止の不遵守

11. 儲かる話がある、話を聞くだけでよいと事業者の事務所に誘導され、取引きはしないと

断っているのに、別の商品の説明をし始めるなどして、なかなか帰してくれなかったので、契約してしまった。

- ・ 商売を目的とする場所でないので、訪問販売に該当する（消費法典 121-21 条）
要件 懇願されて消費者が誘導されたこと
例 破毀院刑事部 1996 年 1 月 10 日判決
- ・ 商売を目的とする場所でないので、訪問販売に該当する（消費法典 121-25 条）
効果 買主による理由なくかつ罰則なしの解除が可能
要件 売買契約より 7 日の期間内になされること
- ・ 訪問販売（消費法典 121-23 条）
効果（民事上）契約の無効
要件 書面交付および義務的説明の不履行
- ・ 訪問販売（消費法典 121-28 条）
効果（刑事上） 罰金刑および（あるいは）拘禁刑
要件（法 121-28 条） 書面交付および義務的説明、解除期間、期間内に対価を受領することの禁止の不遵守

12. リフォーム業者が、訪問販売お断りと玄関に書いてあるのに、65 歳の老人宅を訪問し、リフォームの説明をした。その後、老人からその話を信じた、電話をもらったことをきっかけに、いっそう高額のリフォームを勧めて、それを施工した場合はどうか。

- ・ 訪問販売（消費法典 121-21 条）
要件 訪問販売に関する規定は、訪問販売が顧客の要求によってなされた場合にも適用される。
例 破毀院民事第 1 部 1993 年 12 月 15 日判決
ヴェルサイユ控訴院 2004 年 2 月 20 日判決：契約の改訂が訪問販売に関する規定の適用を受けた事例。
- ・ 訪問販売（消費法典 121-25 条）
効果 買主による理由なくかつ罰則なしの解除が可能
要件 売買契約より 7 日の期間内になされること
- ・ 訪問販売（消費法典 121-23 条）
効果（民事上）契約の無効
要件 書面交付および義務的説明の不履行

CASES: UK

Suitability Rule:

What is the effect on a contract of the seller using inappropriate methods or undue influence to induce a consumer to enter into the contract?

Various laws control specific situations i.e. doorstep selling and distance selling and often provide the remedy of cancellation. Private law remedies tend to focus on the equitable remedy for undue influence which requires the abuse of an ability to influence, often involving relationships of trust, which does not exist in the majority of consumer sales situations. Such situations are more likely to exist in relation to financial services where the seller becomes more of an adviser.

1. A door-to-door salesperson from a telephone company sold a man of 80 years old a telephone machine featuring highly advanced functions with a 7 year lease contract that had a one million yen fee. The elderly man, living in a small house on a pension, does not need a machine with complicated functions which are too difficult to use, and he cannot afford to pay the lease fee. His family member wants to cancel the lease contract.

As the contract was entered into in the consumer's home the Consumer Protection (Cancellation of Contracts Concluded Away from Business Premises) Regulations 1987 would usually apply. The consumer would have seven days in which to cancel the contract. However, as the lease would be a regulated consumer hire agreement (Consumer Credit Act 1974, s.15), unless 1 million yen exceeds £25,000; and since it was presumably cancellable as the trader would have made oral representations in the presence of the hirer then the 1987 Regulations would not apply and the cancellation rights under the Consumer Credit Act 1974 come into play. These give the consumer five days from the receipt of the relevant contract or notice in which to cancel. In the case of credit contracts where the copy requirements are not complied with the contract will be unenforceable without a court order. In most cases the court has a discretion whether or not to enforce the agreement, but where no notice of cancellation under s.64(1) is provided there is currently no discretion to allow enforcement of the contract(s.127(4)(b)). It is proposed to remove this lack of discretion in the current Consumer Credit Bill before Parliament. It would be difficult to envisage this situation being brought within the private law heads such as undue influence.

2. A salesman induced a man on welfare to buy a membership in a luxurious resort. He wants to

cancel the contract because he cannot make payments under it, but has been told that he has to pay a penalty fee.

Again it would be hard to bring these situations within common law doctrines like undue influence without more information on the nature of the relationship between the parties. Assuming it is an arm's length relationship and the contract did not arise in situations where a cooling-off period applies (i.e. doorstep, distance sales and in this context timeshares) then the best tactic would be to attack the penalty clause. There are common law rules prohibiting penalty clauses (as opposed to liquidated damage clauses) and the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 at Sched 2(e) gives as an indicative unfair term one which requires any consumer who fails to fulfil his obligation to pay a disproportionately high sum in compensation.

3. After being induced by a door-to-door sales remodeling agent to enter into an expensive contract to remodel his house, a 70 year old man lost all the money he had saved for his old age.

As in question 1 this would depend upon the availability of a right to cancel. If there is no credit element then the right would be the seven day cancellation period under Consumer Protection (Cancellation of Contracts Concluded Away from Business Premises) Regulations 1987. It will again be difficult to bring these situations within the doctrine of undue influence.

Similar type: Abuse of circumstances

Is an effect of a transaction denied if a salesman forces a consumer to make a contract by exploiting dependent relationship between parties?

Where a dependent relationship is invoked then the law of undue influence will be relevant. *Barclays Bank v O'Brien* [1994] 1 AC 180 described three scenarios: Class A covered actual undue influence, Class two invoked presumptions of undue influence. Class 2A covered various relationships such as solicitor/client where there was a presumption of influence and Class 2B where the complainant proved the de facto existence of a relationship of trust and confidence. It is unlikely that in most consumer sales a salesman customer relationship would fall into Class 2A. It may be Class 2B or Class 1. The House of Lords in *Royal Bank of Scotland v Etridge (no2)* [2002] 2 AC 773 recently reviewed the relevant principles and in particular noted that there was not in fact a presumption of undue influence in relation to Class 2, merely a presumption of influence and it is only where this is

coupled with a transaction which calls for explanation that the burden of proof is reversed and placed on the party with influence to explain the transaction. The general rule is that a contract entered into under undue influence is voidable.

Offer of Assertive Judgment

What is the effect on a contract of a salesperson inducing a consumer to enter into the contract based on the salesperson's assertive judgment? Also, what types of assertive judgment are considered to be illegal?

In private law it will be necessary to bring this within either misrepresentation or undue influence. As regards financial services it is more likely that it will be dealt with under the codes of conduct of the Financial Services Authority.

4. A consumer was induced by a person in a securities company to buy foreign bonds by phone. Since the salesperson said the Japanese yen wouldn't appreciate for a period of time, he bought them. Immediately after that, the yen did appreciate, and the consumer wants to cancel the contract

The Financial Services (Distance Marketing) Regulations 2004 provide for a 14 day cancellation period when financial services are sold through distance contracts. There are various exceptions to this right to cancel (reg. 11) including for where the price of that service depends upon fluctuation in the financial markets outside the supplier's control. If the bond was linked to the market in any way then the contract would be excluded. Equally services related to foreign exchanges are cited as one form of excluded example, but it could be argued that the bond was not dependent upon such fluctuations merely the means of paying for it had become more expensive but that was independent of the service. There may also be breach of the rules on the provision of information in distance contracts that are also found in the Financial Services (Distance Marketing) Regulations 2004 in which case the cancellation period is extended until the correct information is supplied.

Is the statement about the yen not appreciating for a period a misrepresentation? A misrepresentation of fact not opinion is required for a misrepresentation to be actionable. Of course if the trader had misrepresented their opinion that would be a different matter and a claim for misrepresentation would be possible. Moreover the court has taken the view that where experts make a forecast this can be taken to be a warranty that it is made on a reasonable basis (see *Esso Petroleum v*

Mardon [1976] QB 801). Applying this to misrepresentation there could be an implied representation that there were facts to support the forecast and that could be the foundation for a claim of misrepresentation on the basis that the salesperson was impliedly stating that reasonable skill and care had been used in making the statement. However, this might be easier to apply in contexts where there are facts that it can be readily established should have led to different conclusions. With something as difficult to predict as currency fluctuations this may be more difficult.

As regards the rules in the FSA Handbook Principle 9 on relationships of trust might be relevant if the relationship fell into such a category. This states that A firm must take reasonable care to ensure the suitability of its advice and discretionary decisions for any customer who is entitled to rely upon its judgment. There may also be breach of Conduct of Business (COB) standards relating to know your customer, suitability and risk .The FSA rules do not give any direct contractual rights but may be the basis for redress before the Ombudsman.

5. A person in charge in a securities company said by showing past data, "So far, we haven't experienced any of these products falling below par value, and this will continue in the future". Based on this judgment, the consumer made a contract to buy such financial products. The products fell below par value and the consumer wants to cancel the contract.

As this is not a distance contract the Financial Services (Distance Marketing) Regulations 2004 will not apply. As regards misrepresentation if the statement about the past is true there is probably no action, unless it can be shown that the statement about the future was more than an opinion or was an opinion that was not really held. It would have to be shown either that he really did not believe the statement about future prospects or that he impliedly misrepresented underlying facts that he should have based the statement on if he had exercised reasonable skill. Equally the rules in the FSA Handbook will be relevant.

Fraudulent Information/ Misrepresentation

What is the effect on a contract when the consumer has relied on the seller's fraudulent information or misrepresentation? What if the consumer had been notified of such information in the past?

Fraudulent misrepresentation gives rise to the right to rescind and/or claim

damages. If the consumer had already been told of the information it may be difficult for them to argue they had been induced to enter the contract by the misrepresentation.

6. In a sale of residential lands, a consumer made a contract believing the seller's representation that there was no problem with the land, though there was a cliff nearby. However, the buyer later discovered that he could not construct a house on the land as planned, but would have to first construct a supporting wall. He wants to cancel the contract.

Assuming the seller did not know of any problem then it is hard to see how he could be liable. Also it would be necessary to know why he had to support the wall. If it was due to the cliff then this should have been equally obvious to the buyer or his surveyor. Conveyancing is a specialist area of law about which I am not specialist. However, the general rule is that the principle of caveat emptor applies more strongly in relation to land as parties are normally expected to have legal advice and instruct surveyors. The purchaser's solicitor will usually send the vendor a questionnaire and if the seller had misrepresented the position when replying to those questions then an action would lie.

7. A consumer made a contract to receive TV broadcasting after the company salesperson explained that the contract could be cancelled at any time. However, the fact was that he could not cancel it for four years. As he would not have entered into the contract if he had known this fact, he wants to cancel it.

Leaving aside any right to cancel because of the circumstances of the conclusion of the contract (doorstep and distance selling, credit contract etc.) there would be a right to rescind the contract on the basis of misrepresentation.

Intentional Failure to Give Notice

What is the effect on a contract when the seller intentionally fails to inform the consumer of certain important facts? What if this failure is caused by negligence?

In general there is no obligation in English law to disclose information. There are three common law exceptions to this principle. First silence can be a misrepresentation where it distorts a positive representation i.e. in the case of half-truths. Second certain contracts impose an obligation of *uberrima fides* (e.g. insurance contracts) with respect to which there must be full disclosure of material facts. Furthermore there may be a finding of constructive fraud on the

basis of non-disclosure where the parties are in a confidential or fiduciary relationship. This has not been restricted to traditional fiduciary relationships but extended to all situations in which there was abuse of confidence or influence. However, this would not normally exist in the typical sales situation.

Whether there was negligence or not would affect the different remedies available for fraudulent, negligent and innocent misrepresentation.

8. A consumer bought a flat on the first floor of a building, believing the seller's promise of a "good view and much sunshine" due to vacant land next to the building. Half a year later, a new building was constructed on the vacant land which obstructed the good view and sunshine. The seller intentionally did not reveal the building plan next to the flat though they did know about the plan. Would this case be treated differently if the seller did not know about the building plan but could have easily found out by making a simple examination?

Where the seller intentionally did not reveal the building plans then the statement "good view and much sunshine" this would be a half truth and therefore a misrepresentation. In *Dimmock v Hallett* (1866) LR 2 Ch App 21 two farms were sold as being let when in fact both tenants had given notice to quit. There was found to have been a misrepresentation. However, there would be no obligation on the seller to investigate potential building plans and if he did not know about them then there would have been no misrepresentation.

9. A consumer bought a cellular phone when the shop was advertising that there was a reduction by 20 % of the price of two weeks earlier, but two weeks later, the same phone was reduced to half the price. The salesperson knew the shop would lower the price but did not tell the customer.

So long as the comparison with the earlier price was correct there would seem to be no liability here. It might be different if the seller had tried to induce the buyer by statements suggesting the offer would not last.

Unsolicited Offer

10. A consumer was stopped by a seller on the street and was given an explanation of goods for many hours at a coffee shop (not in the seller's office) . The consumer was not interested in purchasing the goods, but entered into contract after the seller told him he was obliged to because of the long explanation given. (also [Abuse of Circumstances](#) in Japan)

Whether or not this contract is cancellable (within 7 days) would depend upon

whether it fell within the Consumer Protection (Cancellation of Contracts Concluded away from Business Premises Regulations 1987 S.I. 1987/2117. This in turn depends upon where the contract is made. One set of situations refers to contracts made in the consumer's home, the home of another person or the consumer's place of work. A coffee shop would not seem to fulfil these criteria. Alternatively the Regulations apply to contracts made during an excursion organised by the trader. However, it seems hard to suggest that taking someone into a coffee shop could be an organized excursion. However, if there was a credit element linked to the supply of goods then the contract might be cancellable under s.67 Consumer Credit Act 1974 for if oral representations have been made in the presence of the debtor then it is cancellable if not made on the trade premises of the creditor, any party to a linked transaction or negotiator. It will probably be difficult to sustain an action based on undue influence merely on the basis of aggressive selling techniques, but particular circumstances might conceivably give rise to such a claim where it can be shown a party exerted undue influence on the other party,. Usually however, there will need to be some basis for why one party would be in this advantageous position. In this situation it would need the facts to show that the unfair and improper conduct of the trader was such that the buyer felt forced to enter the contract. This is unlikely to be found solely on the basis that there was persistent selling. However, the tactics used during the conversation, especially if they preyed on fears or emotions might justify a finding on undue influence. This position may be improved after the implementation of the Unfair Commercial Practices Directive, but it is not certain that this will provide for private remedies.

11. A consumer was led into a seller's office after being told by the seller that he only wanted to tell him about a profitable business prospect. The seller then prevented him from leaving by starting to explain other goods, and the consumer finally made a contract with him.

Such situations might be caught once the Unfair Commercial Practices Directive is implemented, but presently would not seem to be covered by the law. The various rights to cancel would not apply as the contract was concluded on the trader's premises. The luring of the customer into the premises on false pretenses even if a misrepresentation could not be said to have induced in a causative sense the contract that was eventually concluded.

12. A remodeling business agent visited the house of a 65 year-old man and talked him into

entering a contract even though he had posted a notice saying "No Door-to-door Sales!" on his entrance. How would the outcome of this case be different if, having received a telephone call from the old man, the agent visited his house and induced him into a more expensive remodeling job than he wanted?

Where there is an unsolicited doorstep contract entered into then there would be a seven day cancellation period under the Consumer Protection (Cancellation of Contracts Concluded away from Business Premises) Regulations 1987 S.I. 1987/2117. This cancellation right does not apply where the visit to the home was at the express request of the consumer. There is an exception for this where the goods or services to which the contract relates are other than those for which the customer requested the visit. So far the 65 year old man might be able to bring himself within the cooling off period depending upon how specific his request was and how different the actual goods contracted for were. But he will probably be unable to satisfy the second requirement, that he did not know or could not reasonably have known that the supply of those other goods or services formed part of the trader's business activities. Thus it would seem only if the contract related to very unusual goods or services would there be any chance of the cancellation period applying. Again if credit was involved there would be the opportunity to cancel the contract under s.67 Consumer Credit Act 1974. Common law and equitable remedies would only be available if the particular circumstances justified invoking doctrines such as undue influence.

CASES: USA

Suitability Rule:

What is the effect on a contract of the seller using inappropriate methods or undue influence to induce a consumer to enter into the contract?

1. A door-to-door salesperson from a telephone company sold a man of 80 years old a telephone machine featuring highly advanced functions with a 7 year lease contract that had a one million yen fee. The elderly man, living in a small house on a pension, does not need a machine with complicated functions which are too difficult to use, and he cannot afford to pay the lease fee. His family member wants to cancel the lease contract.

This situation would be covered by the State Unfair and Deceptive Acts and Practices Acts under the concept of 'unfairness', and under general contract law in the UCC dealing with unconscionability.

2. A salesman induced a man on welfare to buy a membership in a luxurious resort. He wants to cancel the contract because he cannot make payments under it, but has been told that he has to pay a penalty fee.

There is a common law rule against penalty provisions in contracts (Restatement of Contracts).

(can only provide for liquidated damages).

3. After being induced by a door-to-door sales remodeling agent to enter into an expensive contract to remodel his house, a 70 year old man lost all the money he had saved for his old age.

The Truth in Lending Act has provisions on rescission rights in home improvement contracts.

The three day 'cooling off' period may apply as it is calculated from the time of proper disclosures being made.

Similar type: Abuse of circumstances

Is an effect of a transaction denied if a salesman forces a consumer to make a contract by exploiting dependent relationship between parties?

Offer of Assertive Judgment

What is the effect on a contract of a salesperson inducing a consumer to enter into the contract based on the salesperson's assertive judgment? Also, what types of assertive judgment are considered to be illegal?

4. A consumer was induced by a person in a securities company to buy foreign bonds by phone. Since the salesperson said the Japanese yen wouldn't appreciate for a period of time, he bought them. Immediately after that, the yen did appreciate, and the consumer wants to cancel the contract

There is a common law notion of fiduciary duty as well as professional rules in various professions. In these cases the Securities Exchange Act would have provisions holding securities dealers to very high standards of disclosure and accuracy. Fraud may also come into play.

5. A person in charge in a securities company said by showing past data, "So far, we haven't experienced any of these products falling below par value, and this will continue in the future". Based on this judgment, the consumer made a contract to buy such financial products. The products fell below par value and the consumer wants to cancel the contract.

There is a common law notion of fiduciary duty as well as professional rules in various professions. In these cases the Securities Exchange Act would have provisions holding securities dealers to very high standards of disclosure and accuracy. Fraud may also come into play.

Fraudulent Information/ Misrepresentation

What is the effect on a contract when the consumer has relied on the seller's fraudulent information or misrepresentation? What if the consumer had been notified of such information in the past?

6. In a sale of residential lands, a consumer made a contract believing the seller's representation that there was no problem with the land, though there was a cliff nearby. However, the buyer later discovered that he could not construct a house on the land as planned, but would have to first construct a supporting wall. He wants to cancel the contract.

This case may involve the local Building Codes and laws that regulate disclosures by real estate agents, if there was one. Some contracts will say the parties are

bound by the terms of the contract, not by the seller's representations. In any event, the consumer could make a claim under the unfair and deceptive acts and practices legislation. If the consumer had prior notice of the relevant information then he cannot be said to have been deceived.

7. A consumer made a contract to receive TV broadcasting after the company salesperson explained that the contract could be cancelled at any time. However, the fact was that he could not cancel it for four years. As he would not have entered into the contract if he had known this fact, he wants to cancel it.

This would come under the unfair and deceptive practices acts. Some states also have separate laws that limit the time allowed under a contract for the provision of future services.

Intentional Failure to Give Notice

What is the effect on a contract when the seller intentionally fails to inform the consumer of certain important facts? What if this failure is caused by negligence?

8. A consumer bought a flat on the first floor of a building, believing the seller's promise of a "good view and much sunshine" due to vacant land next to the building. Half a year later, a new building was constructed on the vacant land which obstructed the good view and sunshine. The seller intentionally did not reveal the building plan next to the flat though they did know about the plan. Would this case be treated differently if the seller did not know about the building plan but could have easily found out by making a simple examination?

Disclosure requirements are stipulated in the unfair and deceptive practices acts and the FTC half truth/literal truth provisions.

9. A consumer bought a cellular phone when the shop was advertising that there was a reduction by 20 % of the price of two weeks earlier, but two weeks later, the same phone was reduced to half the price. The salesperson knew the shop would lower the price but did not tell the customer.

Unsolicited Offer

10. A consumer was stopped by a seller on the street and was given an explanation of goods for many hours at a coffee shop (not in the seller's office). The consumer was not interested in purchasing the goods, but entered into contract after the seller told him he was obliged to

because of the long explanation given (also [Abuse of Circumstances](#) in Japan).

[Some states have laws on time share type sales which are similar to situation 9.]