

消費者契約法をめぐる諸問題

石
口
修

消費者契約法をめぐる諸問題

第一節 序 説

第一款 総 説

第一項 消費者契約法の必要性

第二項 消費者契約法の概要

第三項 消費者契約法の問題点

第四項 問題点を解消する解釈技術

第一款 消費者契約に関するその他の法制度との関係

第二項 割賦販売法・特定商取引法

第三項 金融商品販売法

第二節 消費者契約法と民法理論

第一款 信義則との関係

第二款 公序良俗違反との関係

第三款 詐欺・強迫との関係

第一項 詐欺

第二項 強迫

第四款 不法行為制度との関係

第一項 総説

第二項 消費者契約と不法行為

第三項 消費者契約法と不法行為法との関係

第二節 結語

第一節 序説

第一款 総説

第一項 消費者契約法の必要性

消費者契約法は、二〇〇〇（平成二二）年四月二八日、国会で可決成立し、同年五月一二日に公布され、二〇〇一（平成二三）年四月一日から施行され、同日以降の事業者と消費者との契約に関して適用されている（但し、労働契約は除く〔消費契約二二条〕）。本法の立法化については、一九九四（平成〇六）年一月の第一四次国民生活審議会消費者政策部会消費者行政問題検討委員会報告によって基本的な方向が示され、翌一九九五（平成七）年から始まった第一五次国民生活審議会消費者政策部会が一九九六（平成八）年一二月に「消費者取引の適正化に向けて」という報告書を公表し、消費者取引に関する具体的かつ包括的な民事ルールの立法化の必要性を提言して、今日の立法化へとつながっている（1）。

消費者契約法の立法理由は、第一に、契約をめぐる消費者問題、特に、豊田商事事件を始めとして、高齢消費者が被害者となる事件が続発し、これに対して行政が後追いの形で各々の事業者を規制する所謂「業法」を作ってもなかなか追いつかないというイタチごっこを繰り返していたこと、第二に、介護保険法が実施され、高齢者が契約社会に本格的に乗り込まざるを得ないという状況に

なり、これに対して何らかの手当てをする必要性に迫られたこと、第三に、一九八〇年代から、それまでの福祉国家観に立脚した介入主義政策の非合理性が指摘され、肥大した国家財政の建て直しを企図した行政改革・民営化・規制緩和という大きな波を受けて、経済の構造改革が叫ばれる中で、消費者が事業者と対等な立場で市場に参加することが求められ始めたが、如何せん、事業者（専門家Ⅱプロ）と消費者（素人Ⅱアマチュア）との間には、契約交渉過程から交渉力に関する優劣があり、一般に交渉力の劣る消費者に対して何らかの支援を講ずる必要性があるなどといった点にある（2）。

事業者と消費者との契約上の問題を考える場合には、通常、民法や商法といった法律が存在する。しかし、両者ともに、斯様な問題だけに限って適用される法律ではなく、その適用範囲は広い。民法の契約に関する制度は、広く私人間の契約に適用されることから、商人間取引において、商法の規定がなく、商慣習法もないケースについては、民法が適用される（商法一条）。また、商法の規定は、通常、商人について適用される関係上、商人間取引についてのみ適用される制度が多く、消費者契約を予定している制度は、わずかである。

具体的に、契約締結過程の問題としては、各種業法において、消費者は、クーリングオフ制度によって保護されているが、これも事業者の営業所・事務所等で申込みをした場合には適用されず（たとえば、特定商取引九条一項、宅建業三七条の二第一項など参照）、また、事後的な救済方法でもあり、必ずしも十分な消費者保護制度とはいえない。また、民法の詐欺・強迫（民法第九六条）、錯誤（同法第九五条）、公序良俗違反（同法第九〇条）、不法行為の成否（同法第七〇九条以下）といった制度によっても、事後的

な救済しか図りえず、また、本当に救済になるかどうかについても、裁判の結果を見てみないと何ともいえないといったことが指摘されている(3)。

次に、契約条項の問題としては、消費者は、事業者のあらかじめ定型化された約款及び契約書に従って契約を締結することになるが、事業者・消費者間に存在する情報量・経験ならびに交渉力の格差によって、消費者は必ずしも十分納得して契約を締結しているとは限らず、また、契約内容が定型化されていることから、内容変更は事実上行われえないといった状況にある。更に、契約内容が十分開示されたとしても、内容が難しく理解が及ばないとか、あるいは、事業者側にきわめて有利である反面、消費者側にきわめて不利な条項が存在するといった状況も考えられる。斯様な不当条項について、各種業法には、行政庁の認可・届け出規制、あるいは、不当条項を無効とする規制もあるが、当該業法の対象外の事業者には及びえず、また、後追いのにもなるため、どうしても隙間を生じやすいといった欠点がある。そうすると、ここでもまた民法の信義則や公序良俗といった一般条項の適用となりうるが、ここでもまた、前段において述べたのと同じ状況になり、必ずしも十分な消費者保護にはつながらないという点が指摘され、そこで、消費者契約に関しては、制度の隙間にうごめく悪質な事業者を閉め出すべく、契約条項の適正化を目的とする不当条項規制が必要になるものと解されたのである(4)。

本来は、統一契約法といった、民商共通法が制定され、その枠組みの中で消費者契約についても特別を置くべきであるが、我が国の法制では、まだそこまで達していない。いや、現状では、そ

の必要性があまり認識されていないのかも知れない。そこで、消費者契約に関して、近時トラブルが多発しているという現状をふまえた上で、事業者対消費者の契約における紛争の解決策を民法・商法等の特別法である消費者契約法として、法制化したのである。これを「消費者法」という枠で捉えれば、既に一九九四年に制定されている製造物責任法と併せて、一応、立法面における整備がなされたといえることができる⁽⁵⁾。しかし、製造物責任法は、不法行為法における被害者側の立証責任を緩和したに過ぎず、消費者被害の救済のみを目的とする消費者契約法とは異なり、依然として民法の体系から脱却していないものといえることができる⁽⁶⁾。

以上のような状況をふまえた上で、消費者契約法は、消費者保護を貫徹するため、全事業者を対象とするという、まさに包括的な民事ルールとなっている。しかしながら、消費者契約法は本来に消費者保護を貫徹するための立法となつていゝるものなのであるか。本稿は、この疑問から出発するが、とりあえずは、法の概要から見ていくこととする。

第二項 消費者契約法の概要

まず、消費者契約法の目的とその内容に関して、主要な箇所から概観してみることとする。

一 目的

消費者契約法は、消費者と事業者との間における情報の質及び量ならびに交渉力の格差を考慮し、

事業者の一定の行為により消費者が誤認し、または、困惑した場合、契約の申込みまたはその承諾の意思表示を取り消すことができることとし、事業者の免責条項その他消費者の利益を不当に害することとなる条項の全部または一部を無効にすることによって、消費者の利益の擁護を図り、これによって、国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする（消費契約一条）。

二 消費者の契約取消権

(一) 不実告知・断定的判断の提供による誤認

消費者契約の勧誘に際して、①重要事項（契約目的となる物、権利、役務の質、用途その他の内容、及び、それらの対価その他の取引条件〔消費契約四条四項〕）につき、事実と異なることを告げられたことによつて生じた誤認（同法同条一項一号）、②物品、権利、役務など、消費者契約の目的に関し、将来の価額、将来消費者が受け取る金額その他の将来における変動が不確定な事項につき、断定的判断が提供されたことによつて生じた誤認（同条一項二号）から、契約を締結した場合には、消費者は、契約の申込みまたは承諾を取り消すことができる（同条一項本文）。

(二) 不利益事実の不告知による誤認

契約の勧誘に際して、事業者が、重要事項または当該重要事項に関連する事項について、当該消費者にとって利益となる旨を告げ、かつ、同人にとって不利益となる旨を故意に告げず、このため

に消費者が不利益となる事実が存在しないものと誤認した結果、契約を締結した場合にも、同様に、当該意思表示（申込みまたは承諾）を取り消すことができる（消費契約四条二項（但し、消費者が事実の告知を拒んだときを除く））。

（三）不除去・監禁による困惑

契約の勧誘に際して、①事業者が消費者を訪問した場合、消費者が住居等から退去してほしい旨の意思を表示したにもかかわらず、事業者が退去することなく、その結果、消費者が困惑し（消費契約四条三項一号）、契約を締結したとき、②消費者が事業者の勧誘場所から退去する意思を表示したにもかかわらず、退去させず、その結果、消費者が困惑し（同条同項二号）、契約を締結したときにも、同様に当該意思表示（申込みまたは承諾）を取り消すことができる（同条三項本文）。

（四）取消権の消滅時効

第四条一項から三項までの規定による取消権は、追認しうる時から六ヶ月間行わないときには、時効によって消滅し、消費者契約を締結した時から五年を経過したときもまた同様である旨規定されている（消費契約七条一項）。

三 契約条項が無効となる場合―不当条項規制―

(一) 免責条項

まず、事業者の債務不履行または不法行為に基づく損害賠償責任の全部または一部を免責する規定は無効とする（消費契約八条一項一号～四号）。

次に、事業者の瑕疵担保責任に基づく損害賠償責任の全部を免責する規定も無効とする（同条同項五号）。但し、事業者に代替物給付責任または瑕疵修補責任が課せられている規定がある場合には無効とならない（同条二項一号）。また、当該事業者が業務を委託している場合において、受託業者が瑕疵担保責任、代替物給付責任、瑕疵修補責任を負う場合も、同様に、無効とはならない（同条同項二号）。

(二) 損害賠償額の予定・違約金

解除に起因する損害賠償額の予定または違約金の合算額が、同種事例の平均的な損害額を超える場合には、その超過部分を無効とする（消費契約九条一号）。

また、代金債務の不履行に起因する損害賠償額の予定または違約金の合算額が、年利一四・六パーセントを超える場合には、その超過部分を無効とする（同条二項）。

(三) 信義則違反

消費者契約の条項のうち、消費者の権利を制限し、または、消費者の義務を加重する消費者契約の条項が、民法・商法その他の法律における公の秩序に関しない規定（任意規定）を適用する場合と比較して、民法第一条二項（信義誠実の原則）に反し、消費者の利益を一方的に害する条項は無効とする（消費契約一〇条）。

第三項 消費者契約法の問題点

次に、消費者契約法が抱えている問題点のうち、特に重大であると思われる点について指摘する。

第一に、事業者には情報提供の努力義務、消費者には事業者から提供された情報の活用、契約内容の理解という努力義務が課せられたという点が挙げられる（消費契約三条）。

事業者が契約に関する情報を消費者に分かり易く提供するのは当然であり、事業者が努力義務を課すというのは、義務を課していないのと同じである。反対に、消費者側に事業者から提供された情報の活用や契約内容の理解といった点の努力義務を課すということは、事業者側の負担を軽減するものであり、消費者側に事業者側の負担を転嫁するのに等しくなってしまう、不当である。

第二に、重要事項に関する不告知または不実告知というように、通常ならば、抽象的に規定し、解釈の余地を残すのが普通の立法であるが、本法においては、誤認や困惑の原因となる勧誘態様が類型化されて要件とされた点が挙げられる（消費契約四条四項）。

この措置により、消費者側にとっては、一見、分かり易い法律のように見えるが、しかし、事業者側にとっては、このような類型化によって、事前に対策を講じる余地が与えられたことになり、専門家の目から見ると、法に抜け道を作ってしまったように見受けられる。

第三に、短期消滅時効の採用が挙げられる（消費契約七条（7））。

契約を追認することができるときから六ヶ月間という意味は、取り消すことができる契約であるということを知り、取り消すか、それともそのまま契約関係を持続して履行するか（取り消すべき契約の追認）という意思の選択権が発生したときから六ヶ月間ということであり、この期間が経過することにより、事業者側に時効援用権が発生し（民法第一四五条）、消費者側が取消権を行使しても、消滅時効を抗弁として主張されると、取消権の行使が否定されることになる。

しかし、消費者契約における消費者側の取消権について、このような短期消滅時効を規定することは、消費者保護の否定につながる。商人間取引ならいざ知らず、事業者対消費者の契約関係には短期消滅時効は不適切である。これでは、消費者、特に高齢消費者が取り消すかどうかと迷っているうちに時効期間が経過してしまい、ついに取り消すことができなくなるといったケースも予想される。

第四項 問題点を解消する解釈技術

次に、左に示した問題点について、その解消方法となるべき解釈について、若干の考察を試みる。

一 情報提供努力義務について

まず、事業者には、一般に、情報提供義務を課するというのが常識的であるように思われる。原則として、事業者に係る義務を課しておき、個別事業者について、情報提供義務を課すのにふさわしくないと思われる事業者（例えば、消費者に対して経済的なリスクを与えないような業界の個人事業者が考えられる）に関してのみ、例外的にそこから外すという立法もできたはずである（8）。また、事業者による契約締結過程における情報提供（説明）義務違反については、既に裁判例において、その違反を理由とする損害賠償請求が認められているという現状をふまれば、努力義務などという法制には意味がないということもできる（9）。

ちなみに、右の問題点については、金融商品販売法においては金融業者に重要事項説明義務を課しているという点を引き合いに出し、情報提供義務を一般的なものとして特別なものに区別した上で、消費者契約法三条一項は、自己責任の原則から前者を否定したものであり、事業者の専門性、情報の危険性に着目した場合に認められるべき後者、即ち、特別情報提供義務をも否定したものはないと解する学説がある（10）。この考え方を採れば、消費者契約法は、労働契約を除く全ての消費者契約について適用される法律であるから、いわば一般法であり、特定の専門的な業種や消費者に生命・身体・財産上の危険性ある取引については適用されず、従来の民法上の解釈を適用して、斯様な業者には特別な情報提供義務を課し、当該義務違反があった場合には、その効果として、業者に損害賠償責任を課し、場合によっては、消費者契約法四条の取消権の対象にもなるという構成も可

能である。

ただ、消費者契約法三条一項が斯様な解釈の下で運用されればあまり大きな問題は生じないといえようが、そうでなければ、立法上の欠陥であり、解釈によつて如何なる運用も可能であるような法制では、やはり、消費者法としての性格上妥当性を欠くものと思われる。したがつて、来たるべき将来の改正においては、やはり、一般的な情報提供義務を定め、個別事業者において除外すべき対象者を指定するといった配慮がなされるべきであろう(11)。

二 要件の類型化について

契約取消権に関する規定が、その要件を具体的に類型化していると、事業者がその予防に努めるといふことが考えられる。その予防によつて、消費者が被害を被らないようになるのであれば、この立法は成功したということになる。しかし、反対に、事業者の法の抜け穴になることも予想される。この場合に対して、いかなる対策が必要であろうか。この場合には、事業者の法の抜け穴にならないような解釈を考案する必要がある。

そこで、あるべき解釈として、まず、消費者契約法三条の情報提供「努力」義務を一般化し、即ち、努力という文言を排した上で、同法四条の一般規定とすべきことが考えられる。つまり、同法四条の類型にあてはまらないような義務違反的行為があつた場合でも、判例・学説上、一般に情報提供義務違反と認められる場合には、同法三条を解釈指針とすることにより、消費者に取消権を認

定するということである(12)。この点は、民法上、情報提供義務違反を不法行為と認定し、あるいは、信義則違反・公序良俗違反と構成するにあたり、故意・過失という違法性あるいは帰責事由を考察の基礎とするという民法学上の手法を消費者契約法の解釈にも採り入れることによって可能となる(13)。

具体例を挙げると、立法担当者によると、セールスマンから「今使っている黒電話は使えなくなる。毎月一〇〇〇円払えばよいので、新しいものと交換するように」といわれて新しい電話機を購入した場合や、エステティックサロンから「このままだと二・三年後には必ず肌がボロボロになる」といわれてエステ契約をしたという場合において、「黒電話」や「地肌」は契約の目的ではないので、「契約目的となる物等に関する不実告知」に該当せず、消費者契約法四条四項の適用はないものと解されているが(14)、現実に物や役務という商品の提供者から「黒電話が使えない」とか、「肌がボロボロになる」などという不実告知があり、この不実告知によって、新しい受話器を売り、あるいは、エステ契約を締結させるといふ原因と結果が存在し、また、内容としても、新しい受話器を使えば黒電話の使用不能という事態を回避することができ、エステティックサロンに通えば、ボロボロの肌になるという事態を回避することができるという契約目的となる物や役務の質・用途・目的が表示されているのであるから、情報提供義務と相俟つて、消費者に取消権を認めるべきである(15)。

また、消費者契約法四条一項二号の断定的判断について、立法担当者は、勧誘者が過去のデータ

を示して、今まで元本割れはないから、今後もないであろうと述べた場合には、断定的判断ではないものと解しているが(16)、消費者側からみれば、金融の専門家と思われる銀行や証券会社あるいは生命保険会社の勧誘者からそのようにいわれれば、「元本割れはない」という断定的判断を示されたことになりえよう。要するに、当該状況下において、消費者が如何なる理解をするのが通常ないし常識的であると考えられるのかという点がポイントなのであって、立法担当者のように形式的に割り切るべきものではないのである(17)。

このように、消費者契約法四条の解釈については、弾力的な解釈・運用がなされるべきである。右に述べてきたような解釈・運用がなされるのであれば、特に改正の必要はない。しかし、前段においても述べたように、斯様な解釈・運用がなされない可能性があるのであれば、本条も来たるべき改正時においては、改正の対象とすべきものであろう。

三 短期消滅時効について

民法においては、取消権は追認しうる時から五年で時効消滅し、行為の時から二〇年経過したときも同様である旨規定されている(民法第二二六条)。また、日用品の売買に関する代金債権の消滅時効でさえ、生産者、卸商人及び小売商が売却した産物や商品の代価について、二年という比較的長い短期消滅時効期間(!?)が規定され(民法第一七三条一号)、更に、不法行為に基づく損害賠償請求

権の消滅時効期間でさえ、被害者側が損害の発生と加害者を知ったときから三年、不法行為の時から二〇年である（民法第七二四条（18））。

消費者契約にとつて、現行民法の追認可能時から五年という取消権の消滅時効期間が長きに失するといのであれば、「契約上の請求権の消滅時効」（ドイツ債務法改正草案第一九五条、あるいは、「通常の消滅時効期間」（改正BGB第一九五条）として、三年といった法制化も可能であろう。消費者契約法案上でも、民主党案（平成十一年二月一日第一四六回国会に提出され、第一四七回国会で継続審議に付されたもの）においては、追認可能時から三年、契約締結時から一〇年とされていたところ、その後、この条項を含む民主党案は撤回され、野党三派（民主・共産・社民）共同提案による修正案として同様の案が提出されたが（追認時から三年、契約締結時から一〇年）、これは否決されている（19）。

ちなみに、最短期六ヶ月という消滅時効期間は、最近までBGB第四七七条（目的物が動産のケースにおける解除請求権、減額請求権、保証された性質の瑕疵に基づく損害賠償請求権の消滅時効）に規定されていたが、ドイツにおいても最短期六ヶ月という消滅時効期間については従来から多くの批判があり（20）、それゆえ、債務法改正草案においては、これを廃止し、二〇〇二年一月一日から施行された改正BGB第一九五条では、三年という消滅時効期間をより一般化したのである（21）。確かに、六ヶ月から三年への時効期間の延長は、売主や請負人は負担となるが、契約相手方に請求権を主張する期間を公平に与えるためには、斯様な負担は甘受すべきなのである（22）。

このドイツにおける民法改正の経過ないし結果の予測について、我が国の民法学者は認識してい

るはずであり、それにもかかわらず、なぜ消費者契約法七条において最短期の消滅時効期間が採用されたのか、理解に苦しむ。現行の我が民法の規定を見ても、法律関係について比較的早期の安定が要求されるべき瑕疵担保請求権の除斥期間でさえ一年である（民法第五七〇条、第五六六条三項）。この点を勘案すれば⁽²³⁾、斯様な最短期六ヶ月という取消権の消滅時効規定は、消費者にとつて短期に失し、自己決定・自己責任という経済構造改革の渦中における消費者の保護・消費者への支援という消費者契約法の精神に逆行することになる。したがって、右ドイツにおける状況をも勘案すれば、やはり消費者契約法七条一項前段の短期消滅時効規定は早急に改正すべきものである。

註(1) 消費者契約法の立法化の経緯については、落合誠一『消費者契約法』(有斐閣、二〇〇一年) 第一編消費者契約法立法の経緯(一一四五頁)が詳細である。

註(2) 落合誠一・河上正二・潮見佳男・高橋宏志「座談会・消費者契約法の役割と展望」ジュリスト二二〇〇号(二〇〇一年)二頁(三三頁) 参照。また、この第三の立法理由である福祉国家からの脱却⇨ポスト福祉国家に基づく競争原理に対処するための消費者支援の方策については、大村敦志『消費者法』(有斐閣、一九九八年)二五―二六頁(総論、一三三頁以下(支援行政)、一六〇頁以下(競争秩序の維持)、などを参照)。

註(3) この点は、第五次国民生活審議会消費者政策部会における平成八年二月六日の報告にも現れている(落合・前掲書「前掲註(1)」六―七頁参照)。

註(4) この点も第五次国生審の報告(平成八年二月)に現れている(落合・前掲書「前掲註(1)」七―八頁参照)。

- 註(5) 北川善太郎「消費者契約法と近未来の法モデル」民商法雑誌二二三巻四・五号(二〇〇一年)四六八頁。
- 註(6) 落合・前掲書(前掲註(1))一七一頁。
- 註(7) この問題点については、沖野眞巳『消費者契約法(仮称)』における『契約締結過程』の規律」NBL六八五号(二〇〇〇年)一六頁(二二―三頁)も指摘している。
- 註(8) 山本敬三「消費者契約法と情報提供法理の展開」金融法務事情一五九六号(二〇〇〇年)六頁(一二頁)。
- 註(9) 沖野・前掲論文(前掲註(7))NBL六八五号二七頁。
- 註(10) 山本(敬)・前掲論文(前掲註(8))金融法務事情一五九六号九一―一〇頁。
- 註(11) 山本(敬)・前掲論文(前掲註(8))金融法務事情一五九六号二頁、一四頁註28。
- 註(12) 道垣内弘人「消費者契約法と情報提供義務」ジュリスト二二〇〇号(二〇〇一年)四九頁(五〇―五一頁)。
- 註(13) 道垣内・前掲論文(前掲註(12))ジュリスト二二〇〇号五〇頁。具体的な解釈手法については、松本恒雄「消費者契約法と契約締結過程に関する民事ルール」法律のひろば五三巻二一―二二号(二〇〇〇年)一七頁参照。
- 註(14) 経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編『逐条解説消費者契約法』(商事法務研究会、二〇〇〇年、以下、前掲『逐条解説』と略称する)一〇五―一〇六頁、山本豊「消費者契約法(2)」法学教室三四二号(二〇〇〇年)八七頁(八九―九〇頁、九二頁)。山本豊教授は、「黒電話」のケースや、「床下にシロアリが巣くっている」といわれてシロアリ駆除サービス契約を締結したケースを掲げ、このような場合には、民法の詐欺・錯誤等を主張するしかないものと解しているが(同・九〇頁、疑問である)。
- 註(15) 道垣内・前掲論文(前掲註(12))ジュリスト二二〇〇号五二頁も同旨の見解を採る。
- 註(16) 前掲『逐条解説』(前掲註(14))七七―七八頁。
- 註(17) 道垣内・前掲論文(前掲註(12))ジュリスト二二〇〇号五四頁。

註(18) 近時の判例によると、本条後段の二〇年という規定は除斥期間を定めたものであると解されている(最判平元・二二・二二民集四三卷二二号二〇九頁)。これは従来の通説に倣ったものといえることができるが、この意味において、他の消滅時効規定についても、後段の長い期間については、概ね除斥期間と解することができよう。

註(19) 国会審議に関する詳細は、落合・前掲書(前掲註(1))三六一―四四五頁参照。

註(20) 債務法改正委員会においては、瑕疵担保請求権の消滅時効が六ヶ月というのは、国連売買法(UN-Kaufrecht)やドイツ国内の約款の実情から見ても短すぎるとされ、ペーターズとツイン・マーマンの鑑定意見(Bundesminister der Justiz/Hsngg), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I [Peters/Zimmermann], 1981, S.267ff) であるところの、義務違反に基づく請求権の消滅時効期間は義務違反時から三年、債権者が義務違反を知りまたは知りうべきときから六ヶ月という二段階モデルについて検討されたが、第一に、履行請求権と義務違反に基づく請求権の時効期間を分けることよって両者の限界付けという問題が生ずること、第二に、契約の履行に影響しない義務違反の場合でも、債権者が自己の請求権を短期間に主張することを余儀なくされてしまい、かえって契約環境を悪化しかねないこと、第三に、不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効(BGB第八五一条、解約告知期間(BGB第六二六条二項)の経験に照らし、債権者が義務違反を知り、または、義務違反が明確になったという時点の証明が困難であるという理由から、この二段階モデルという提案は採用されず、契約上の請求権については、一律三年という消滅時効期間が採用されるに至ったのである(下森定・岡孝編『ドイツ債務法改正草案の研究(岡孝)』(一九九六年、法政大学出版局)一九一一―一九二頁参照)。

註(21) 契約上の請求権の消滅時効期間を一律三年と規定したという点について、債務法改正委員会においては、現行BGB第一九六条一項の二年では、瑕疵担保請求権に関しては適切かも知れないが、多くの履行請求権に関して短すぎるものと解され、また、同条二項の四年では、履行請求権には妥当であるかも知れないが、瑕疵担保請求

権には長すぎるものと解され、いずれも妥当ではないと判断された結果の妥協の産物であるものと解されている(下森・岡編・前掲書〔前掲註(20)〕一九〇頁〔岡孝〕参照)。その結果、現行法において批判が多かった六ヶ月という短期消滅時効期間はまさに消滅するに至るのである。

註(22) 下森・岡編・前掲書〔前掲註(20)〕一九二頁〔岡孝〕参照。

註(23) 沖野・前掲論文〔前掲註(7)〕NB L六八五号三頁は、民法第五六六条を参考にして、「短期は一年への縮減がせいぜいではないか」と述べている。

第二款 消費者契約に関するその他の法制度との関係

第二項 割賦販売法・特定商取引法

一 割賦販売法、訪問販売法の改正

(一) 総説

近年、経済不安に伴う雇用不安といった状況が続く中で、在宅就労・個人ビジネス志向が高まっております。多様な社会環境に便乗して、ビジネスに不慣れた若年層・主婦層に狙いを定め、これらの人々に対し、「仕事が得られて高収入になる」といって誘引し、その仕事に必要なものと称して、高価な商品を売りつけるといった消費者トラブルが急増している。例えば、パソコンを使った内職、着物を着て展示会に出るアルバイトといった場合における当該パソコンや着物の販売がこれに該当

する。これを内職・モニター商法という。また、連鎖販売取引（マルチ商法）については従来から訪問販売上の規制があるが、これをかいくぐる事業者が増加し、トラブルも増加してきた。更に、最近ではインターネット通販が急増しており、契約の申込みをめぐるトラブルが急増してきた。

このような状況の中で、一九九九（平成一一）年一二月、当時の通産省産業構造審議会消費經濟部会において、インターネット通販小委員会が設置され、また、二〇〇〇（平成一二）年七月、個人ビジネス勧誘取引小委員会が設置され、同年九月、消費者をめぐる新たな諸課題への対応に関する提言が取りまとめられ、訪問販売法と割賦販売法の改正へとつながり、同年一月七日に公布され、翌二〇〇一（平成一三）年六月一日から施行されている²⁴。なお、訪問販売法は、内職・モニター商法の規制が盛り込まれ、内容が多様化したことから、特定商取引に関する法律（以下、「特定商取引法」と略称する）と名称変更されている²⁵。

（二）改正点の概要

（イ）業務提供誘因販売取引（内職・モニター商法）の規制

まず、商品の販売または有償で行う役務の提供事業、あるいは、これらの斡旋事業であつて、商品またはその提供される役務を利用する業務に従事することによって得られる業務提供利益を收受しうることをもって相手方を誘引し、その者と特定負担を伴う商品の販売等に係る取引、所謂「業務提供誘因販売取引」において、その誘引に際して、または、契約解除を妨害するため、特定の負

担その他の事項の不実告知、あるいは、威迫して困惑させる行為を禁止することとされた（特定商取引五二条）。この場合における「業務」とは、事業者が自ら提供し、または、斡旋するものに限られる。

また、業務提供誘因販売取引に関して広告する際には、その広告の中に特定の負担があることなどの表示を義務づけるとともに、誇大広告を禁止することとされた（特定商取引五三条、五四条）。

また、契約締結前に、事業の概要を記載した書面の交付を義務づけることとされ、また、契約締結後、遅滞なく、契約内容（商品の種類・性能、仕事による収入の条件、顧客が負担する内容、解除の条件など）を明らかにする書面の交付を義務づけることとされた（特定商取引五五条）。

更に、事業者が、これらの事項に違反したときには、主務大臣は、必要な措置を執るべき指示を行い、また、業務停止命令を発することができるものとされた（特定商取引五六条、五七条）。

更にまた、顧客は、契約書面の交付を受けた日から二〇日以内であれば、契約を解除することができるものとされた（長期クーリングオフ期間の導入（特定商取引五八条））。

なお、当該商品を割賦販売の方法で購入する場合には、顧客は、代金の支払いを請求する割賦購入斡旋業者に対し、業務提供誘因販売業者に対して有する抗弁権をもって対抗することができるものとされた（割賦三〇条の四）。

(ロ) 連鎖販売取引に関する規制の強化

特定の利益に関して広告するときには、収入の裏付け及びその計算方法を明示すべきことが義務づけられ、また、商品の性能・品質その他の誇大広告を禁止した（特定商取引三五条、三六条）。この広告規制は、統括者以外の個人誘導員がインターネット上で広告する事例が増えている関係上、勧誘者・連鎖販売業者による広告を規制の対象としたものである（26）。

また、政令で特定負担を二万円以上という基準を設けていたが、近年、契約上の負担を二万円未満としておきながら、契約後、商品の購入などによって高額負担を負わせる業者が増加したことから、特定負担に関する基準を廃止し、何らかの金銭負担のあるものは全て規制対象とした（特定商取引三三條（27））。

（ハ）電子商取引に関する消費者保護の強化

インターネット通販の申込み画面等において、わかりやすい画面表示を事業者に求めることとし、顧客の意に反して契約申込みをさせようとする行為を主務大臣の指示対象とした（特定商取引一四條）。具体的な行為は、省令で定める旨規定されているが、内容としては、あるボタンをクリックすれば有料申込みになる旨を明確に示すことや、当該申込みの内容を確認し、訂正することができるようにすることなどが考えられるとされている（28）。

また、近時、消費者がクレジット会社からIDやパスワードを与えられ、これだけを使ってクレジット取引をする、所謂「カードレス取引」が普及拡大すると見込まれることから、これについて

も、クレジットカードが交付される場合と同様の規制対象とすることとされた(割賦二条)。(29)。

二 消費者契約法との関係

消費者契約法二条二項によると、消費者契約の申込み・承諾の取消や契約条項の効力について、民法・商法その他の法律に別段の定めがある場合には、その規定が優先適用される旨規定されている。そうすると、この場合には、割賦販売法や特定商取引法(以下、併記すべきときには、「割賦販売法等」と略記する)の規定が「別段の定め」に該当するか否かが問題になる。

割賦販売法等は、消費者保護を標榜し、事業者の行為を規制する業法的な法律であり、クーリングオフ(割賦四条の三など、特定商取引九条など)、損害賠償額の予定(割賦六条、三〇条の三、特定商取引一〇条など)、抗弁切断条項の無効(割賦三〇条の四第二項、二九条の四第二項)、期限の利益喪失約款の要件限定(割賦五条)、中途解約禁止の無効(特定商取引四九条七項)が消費者保護規定となっている。この意味において、消費者契約法と共通点のある法律である。そこで、以下、消費者契約法との関係につき、個別規定ごとに考察する(30)。

まず、消費者契約法四条との比較について考察する。同条は、消費者契約の申込みまたはその承諾の意思表示につき、前述した一定の要件に従い、取り消すことができるという趣旨の規定であり、割賦販売法等のクーリングオフ制度は、消費者が業者の営業所等(営業所・代理店その他経済産業委員会定めるこれらに類する場所)以外の場所において契約してしまった場合において、必ずしも積極的な購

入の意思の下になされた申込みの意思表示ではないことがある関係上、消費者に頭を冷やして考え直す機会を与え、重要事項説明書や契約書面を交付され、かつ、申込みを撤回することができることとその方法を告げられた日から起算して八日以内であれば、申込みを撤回することができるというものである（割賦四条の三、特定商取引九条など）。この意味において、両者には共通点があるということができる。そうすると、形式的に見れば、割賦販売法等の規定は、消費者契約法一条の二に所謂「別段の定め」ではなく、選択適用の対象になるように見える（31）。

しかし、契約の取消とクーリングオフ制度は、その効果において異なっている。前者は、消費者契約法に規定がないことから、民法が適用され、原状回復義務が発生し（民法第五四五条一項、第七〇三条以下、第二二一条但書）、消費者側が原状回復することができない場合、例えば、既に受けたサービスの返還や商品の使用など、物理的に返還不能の場合には、原状回復に代わる損害賠償義務が発生する。これに対して、クーリングオフ制度は、契約申込みの白紙撤回であり、業者は損害賠償・違約金の請求を否定され（割賦四条の三第一項、特定商取引九条など）、商品の引き取り費用は業者負担であり（割賦四条の三第三項、特定商取引九条四項など）、役務提供契約においては既に提供された役務の対価請求をすることができず（割賦四条の三第四項、特定商取引九条五項など）、業者側には既に受領した金銭の完全返還義務、ならびに、既に提供した役務の対価との相殺禁止が義務づけられている（割賦四条の三第五項、特定商取引九条六項など）。

このように、効果面において、両者は本質的に異なる制度となる関係上、消費者に選択適用を許

したとしても、クーリングオフ制度のほうが消費者にとって有利なのであるから、割賦販売法等の規定は、消費者契約法二一条の二に所謂「別段の定め」になるものと思われる。

ただ、特定継続的役務提供契約、例えば、エステティックサロン、語学学校、学習塾、家庭教師などの契約においては、クーリングオフ期間経過後における中途解約が、訪問販売法の改正によって規定されたので（特定商取引四九条、この場合における中途解約と消費者契約法四条の取消との関係も問題になる。形式的に見ると、解約は将来効のみが問題になり、取消は遡及効があることから、両者は本質的に異なるものということができ、また、両法条の要件も異なることから、やはり選択適用ということになる。しかし、特定商取引法四九条の中途解約の効果を見ると、役務提供後の中途解約の場合において、損害賠償額または違約金の定めがあるときにおいても、提供された役務の対価及び解約による通常損害として政令で定められる額の合算額に法定利率（年利六パーセント（商法五一四条））による遅延損害金の額を加算した額を超えることができないということであるから（特定商取引四九条二項）、取消の場合における原状回復やありうべき損害賠償と比べて、クーリングオフとの比較におけるような差異は存在しないものと思われる。ただ、消費者契約法において、損害賠償額の予定または違約金の定めに関する条項のうち、当該消費者契約と同種の契約の解除に伴う平均的な損害額を超える部分が無効とされるという点においてはそれほど差異はないが、遅延損害金の利率が年利一四・六パーセントと規定されているという点において（消費者契約九条二項）、特定商取引法四九条二項の法定利率と比べると差異がある。

次に、消費者契約法一〇条との比較について考察する。同条は、消費者契約の条項のうち、消費者の権利を制限し、または、消費者の義務を加重する消費者契約の条項が、民法・商法その他の法律における任意規定を適用する場合と比較して、信義則に反して消費者の利益を一方的に害する規定を無効としている。一方、たとえば、割賦販売法においては、業者が買主の履行遅滞に基づいて契約を解除する場合には、二〇日以上以上の相当な期間を定めた上で支払いを書面で催告し、その期間が経過したときに漸く解除が認められ（割賦五条一項）、この規定に反する特約は無効とされている（同条二項）。また、同法の役務提供事業者に対して消費者が有する抗弁を割賦購入斡旋業者に対しても對抗することができる旨の規定や（割賦三〇条の四第一項）、特定商取引法におけるクーリングオフ期間経過後の中途解約権についても（特定商取引四九条）、これに反する特約で消費者に不利なものは無効とされている（割賦三〇条の四第一項、特定商取引四九条七項）。

消費者契約法一〇条は、消費者契約上における信義則に関する一般規定であるようにも見えるし、割賦販売法等の規定はその特則であるようにも見える。また、両者ともに強行規定である。そうすると、後者の規定は、消費者契約法二二条二項に所謂「別段の定め」ということになり、後者が優先適用されることになる。したがって、割賦販売法等に規定がない場合には、消費者契約法が適用されることになろう（32）。

第二項 金融商品販売法

一 意義

本法は、二〇〇〇（平成一二）年五月三十一日に公布され、二〇〇一（平成一三）年四月一日から施行されている。また、本法の施行に関しては、政令に委ねられている部分があるため、その施行令も既に二〇〇〇年一月一七日に公布されている。

本法は、元々、バブル経済崩壊後における橋本内閣の規制緩和政策の一環として、橋本総理大臣が三塚蔵相と松浦法相に指示した「①国民資産の有利な運用、②成長産業への資金供給、③国際貢献のための円滑な資金供給」から始まる金融制度調査会や証券取引審議会における一連の金融システム改革に関する審議に基づき、一九九七（平成九）年七月、金融システム改革後の金融のあり方をテーマとする「新しい金融の流れに関する懇談会」が発足し、その成果として、一九九八（平成一〇）年六月、「論点整理」が公表され、その中で、①新しい金融法制度のあり方を考え、幅広い金融商品やサービスを対象とし、金融の機能面に着目した横断的なルール、②リスクの評価・存在を明らかにし、取引当事者間の権利義務関係を明確にするルール、③金融取引の公正確保・市場機能の円滑な発揮を促進するルール、④実効性を確保するルール、⑤公正・透明かつ機動性の高いルール、⑥国際的整合性の取れたルールの策定が重要であるとされ、これらルールの法制化へ向けた努力が傾注され、更に、その後、一九九八年八月に発足した金融審議会において「二一世紀を見据え、

安心で活力ある金融システムの構築に向けて金融制度及び証券取引制度の改善に関する事項について、審議を求めるといふ大蔵大臣の諮問を受けて審議を重ねてきた賜物として法制化されたものである(33)。

そこで、本法においては、金融商品の販売に際して、販売までの間における重要事項の説明義務を金融販売業者等に課し、これに違反した業者に損害賠償義務を課し、また、金融商品の販売等の勧誘の適正を確保するための措置を定めることにより、顧客の保護を図り、国民経済の健全な発展に資することが目的とされているのである(金融商品一条)。

二 概要

(一) 定義(金融商品二条)

金融商品の販売とは、預貯金等金銭の受入契約、金銭信託契約、保険契約、有価証券売買、信託受益権・抵当証券などを取得させる契約、有価証券先物取引などの行為をいい(二項)、代理・媒介を含む(三項)。また、これら金融商品の販売等を業として行う者を金融商品販売業者等(以下、「業者等」と略称する)といい、その相手方を顧客という(三項、四項)。

(二) 説明義務(金融商品三条)

業者等は、契約を締結するまでの間に、①金利、通貨の価格、有価証券の相場、その他の指標に

係る変動を直接の原因として元本欠損が生じうること及びその指標、②業者等の業務または財産状況の変化を直接の原因として元本欠損が生じうること及び当該者、③顧客の判断に影響を及ぼす事由を直接の原因として元本欠損が生じうること及び当該事由、④権利行使の期間制限、契約解除の期間制限があるとき、といった重要事項を顧客に対して説明しなければならない（二項）。ただ、二つ以上の業者が説明義務を負担するときには、一つの業者のみの説明で足りる（三項）。

また、顧客が専門知識を有する「特定顧客」であるとき、あるいは、顧客が説明を不要とする意思を表示したときには、説明を要しない（四項）。この特定顧客とは、一般的に見て金融関係の専門家ということではなく、業者等のことを指す（施行令八条）。この意味において、金融問題の専門家である研究者や財務省、金融庁その他の官僚などであっても、特定顧客ではない。

（三）損害賠償責任

説明義務違反による顧客の損害につき、業者等は賠償義務を負担する（金融商品四条）。この規定は、故意・過失といった帰責事由を要件としていないので、無過失責任を定めたものである。また、この場合において、元本欠損額が損害額と推定されており（同法五条）、この意味において、事実と損害発生との間に因果関係を推定しているものということがができる。更に、損害賠償責任については、民法の規定を併用するものと規定されている（同法六条）。

(四) 勧誘の適正確保と勧誘方針の策定

この点については、まず、業者等に努力義務を課している（金融商品七条）。また、業者等は、①勧誘対象者の知識、経験及び財産の状況に照らして配慮すべき事項、②勧誘の方法・時間帯に関して勧誘対象者に配慮すべき事項、③その他適正確保に関する事項をあらかじめ定めておかなければならない（同法八条一項、二項）。また、業者等は、その方針を公表すべき義務を負う（同法同条三項）。ただ、国または地方公共団体が全額出資した特殊公益法人は、その方針を策定する必要はない（施行令九条）。

三 消費者契約法との関係（34）

(一) 適用範囲

金融商品販売法は、契約締結過程における規制という側面において、消費者契約法と一部符合する。また、金融商品という個別領域に限定されてはいるが、業者等に無過失損害賠償責任を課しているという点において（金融商品四条）、消費者契約法を補完する法律であるということが出来る（消費者契約法には損害賠償に関する規定はないので、消費者契約法を適用する場合には、民法の適用・解釈によって、損害賠償等、効果を決することになる（消費契約二一条一項））。

しかし、消費者契約法は、当事者の一方が消費者である場合に限り適用される（消費契約二条三項）のに対して、金融商品販売法は、事業者間取引にも適用される（金融商品二条四項）という点において、

両者は適用範囲を異にする。事業者であっても、金融を専門とする事業者でなければ、金融に関しては消費者と同様のアマチュアであり、一般の顧客扱いであるから、重要事項の説明を受ける側に立つのである（金融商品三条二項）。この意味において、金融商品の販売に関しては、金融商品販売法の適用範囲のほうが広くなる。つまり、金融商品販売法の目指すところは、金融取引に関する情報量格差の是正、商品に伴うリスクに関する適切な説明による適正な判断の確保、顧客の保護にあるということができる（35）。

（二） 情報提供義務・説明義務

前段において述べたように、金融商品販売法においては、業者等は情報提供及びその説明を義務づけられている（金融商品三条一項）。これに対して、消費者契約法においては、情報提供が努力義務とされているに過ぎない（消費契約三条一項）。この意味において、両者には法条競合は生じない。つまり、金融商品の販売が消費者契約に該当する場合であっても、基本的に金融商品販売法が適用され、業者等には重要事項説明書の交付及びその説明義務が課せられることになる。消費者契約法は、一般的な情報提供が努力義務とされているに過ぎず、金融商品販売法は、金融商品の販売という専門的な知識を要する契約であり、しかも、顧客に財産上のリスクを負わせる可能性の高い契約でもあり（36）、後者は前者の特別規定と解することができるからである。しかし、金融商品販売法は、消費者契約法の適用を排除するものではない。顧客が消費者に該当する場合において、消

費者契約法四条における重要事項の不実告知その他の事由があれば、金融商品販売法三条の重要事項説明義務に違反していなくとも、消費者は申込みや承諾を取り消すことができる(37)。

次に、それでは、業者等には如何なる程度の情報提供・説明義務が課せられているのかという点が問題になる。一方では、情報提供義務と説明義務とが同一視され、個々の顧客の理解が得られる程度の情報が提供され、説明されなければならないという考え方があり、他方では、一般的に大多数の顧客が理解できる程度の情報が提供されていれば差し支えなく、現実に個々の顧客が理解したか否かを問わないという考え方があり、後者が支配的見解であるとされている(38)。

しかしながら、金融商品は、経済や法律といった専門知識を要するものであり、一般の顧客には大変理解がたいものである。それゆえ、説明によって一通りのことが分かったとしても、それが果たして理解ということができるのかも定かではないのに、「理解したか否かを問わない」というのでは、顧客への支援とは言い難い。この場合において、説明義務を尽くしたといえるためには、顧客の「納得」を要するものという前提に立ち、たとえば、インターネット取引の場合には、重要事項に関する情報を大多数の顧客が理解できる内容・形式でネット上に提供し、顧客からの質問を受ける機会とこれに回答する体制を提供することを要するものと解する見解がある(39)。確かに、質問・回答の機会を作ることとは最低限必要であるが、これで十分とは言いつれない。利益となる事項をことさら強調することはたやすいが、不利益となる事項を分かり易く説明することは難しいことだからである。説明することが難しいのだから、これを理解することも容易ではない。それゆえ、

業者等に説明義務を尽くしたという点を認定するには、特に慎重でなければならないし、そうすると、やはり個々の顧客の事情を勘案する必要が生じてくる。したがって、右に掲げた「支配的見解」に対しては、やはり再考を促すべきものという評価を下さざるをえない。

なお、本法の説明義務を尽くしたと認められる場合には、もはや消費者契約法四条一項及び二項の「誤認」は考えられないが、同条三項の不退去・監禁による困惑に該当する事由があれば、消費者である顧客は契約を取り消すことができるということはいうまでもないし、また、契約条項に不当条項があれば、その規制（消費契約八条〜一〇条）が適用されることもいうまでもない。

註(24) 西口竜也「訪問販売法等に関する法律及び割賦販売法の一部を改正する法律について」ジュリスト二一九七号(二〇〇一年、以下、西口・前掲「資料」と略称する) 四八頁参照。

註(25) なお、以下の改正内容については、西口・前掲「資料」(前掲註(24))ジュリスト二一九七号四八―四九頁参照。

註(26) 西口・前掲「資料」(前掲註(24))ジュリスト二一九七号四九頁。

註(27) 西口・前掲「資料」(前掲註(24))ジュリスト二一九七号四九頁。

註(28) 西口・前掲「資料」(前掲註(24))ジュリスト二一九七号四九頁。

註(29) 西口・前掲「資料」(前掲註(24))ジュリスト二一九七号四九頁。

註(30) このアプローチについては、千葉恵美子「消費者契約法と割賦販売法・特定商取引法」ジュリスト二二〇〇号(二〇〇一年)二九頁以下を参考にしたものである。

註(31) この点につき、立法担当者は、要件上の抵触がないとして、「別段の定め」にはならないものと解している

〔前掲〕逐条解説〕〔前掲註〔14〕〕一八六頁。

註(32) この点に関連して、割賦販売法の抗弁切断条項の無効規定がある場合においても、斯様な条項は消費者契約法一〇条の不当条項規制の対象になるものと解する考え方があがるが(千葉・前掲「論文」〔前掲註〔30〕〕ジュリス ト二二〇〇号三五—三六頁)、割賦販売法の規定が特則であり、消費者契約法の規定が一般規定であるものと解すると、斯様な解釈は不要になる。

註(33) 詳しくは、山田誠一「金融商品の販売等に関する法律の成立」金融法務事情二五九〇(二〇〇〇年)号六頁(六一—八頁)参照。

註(34) この両法の関係や概要、それに金融業界における実務的な対応については、潮見佳男編『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』(経済法研究会、二〇〇一年)がある。

註(35) 神作裕之「消費者契約法と金融商品販売法」ジュリスト二二〇〇号(二〇〇一年)三九頁(四二頁)。

註(36) 山本(敬)・前掲論文〔前掲註〔8〕〕金融法務事情二五九六号二〇頁。

註(37) 潮見編・前掲書〔前掲註〔34〕〕一一頁(千葉恵美子)。

註(38) 神作・前掲論文〔前掲註〔35〕〕ジュリスト二二〇〇号四二頁。

註(39) 神作・前掲論文〔前掲註〔35〕〕ジュリスト二二〇〇号四一—四三頁。

第二節 消費者契約法と民法理論

消費者契約法の規定のうち、特に問題となる点において、民法上の解釈と関係する点については前述したが、本章においては、それ以外の個別規定との関係について論ずることとする。

第一款 信義則との関係

前述したように、消費者契約法においては、消費者契約の条項のうち、消費者の権利を制限し、または、消費者の義務を加重する消費者契約の条項が、民法・商法その他の法律における公の秩序に關しない規定（任意規定）を適用する場合と比較して、民法第一条二項の信義則に反して消費者の利益を一方的に害する条項を無効とする旨規定されている（消費契約一〇条）。他方、民法においては、第二次世界大戦後の改正により、権利の行使及び義務の履行は信義に従い誠実にこれをなすことを要する旨規定されている（信義誠実の原則〔民法第一条一項〕）。この民法における信義則規定は、その効果に關しては何ら規定されておらず、解釈に委ねられているということと比べると、消費者契約法の規定のほうが具体的であるということができる。

もつとも、信義則という概念は、ドイツ法の影響の下、一九一〇年代から学説において唱えられ、鳩山秀夫博士が債権法全体の基本原則として位置づけ（40）、牧野英一博士が自由法論の観点からこれを強調していたという背景があり（41）、また、判例においても、大正九年の大審院判決が「債権關係ヲ支配スル信義ノ原則」を表明して以来（大判大九・一二・一八民録二六輯一九四七頁）、信義則違反の権利行使は許されないとした確定判例が多数存在し、学説の多数もこれを後押しした結果、理論的に既に確立されていたという事実がある。

それでは、このように既に理論上確立されている信義則違反による契約条項の無効という考え方

を、なぜ今更消費者契約法に採り入れたのであろうか。その理由は、民法第九〇条に代表される契約条項の無効をもたらす一般原則規定が抽象規範であり、その適用に関する予見可能性が低いことから、消費者契約法においては、一方では、八条及び九条に所謂「不当条項リスト」を掲げ、具体化に努めた結果、その予見可能性を高めたのであるが、他方、消費者契約は多種多様であり、将来如何なる契約条項が作られるのかということ把握することは実際には不可能であると解されるもの、この法律上「もれる」部分を作り、これを放置していたのでは、消費者契約法の目的である消費者の利益確保はとうてい実現できないと判断された結果、その苦肉の策として、斯様な不当条項に関する一般規定が付加されたのである⁽⁴²⁾。しかし、前述したように、信義則違反、公序良俗違反といった一般原則の適用に関しては、既に判例が多数存在しており、裁判規範として運用されているといった現実があるという点を重視すると、不当条項リストの存在自体、果たして必要性があるのかという疑問が湧き、また、この疑問は、不当条項リストの限界による一般原則への回帰という立法を見ると、更に確定的な立法への不信となるように思われる。

次に、消費者契約法一〇条を分析すると、その要件については、第一に、消費者の権利を制限し、義務を加重する消費者契約の条項と民法・商法その他の法律の任意規定との乖離があり、第二に、この乖離によって、信義則（民法第一条二項）に反し、消費者の利益が一方的に害されるような消費者契約条項の存在を要する。ここからは、契約条項と任意規定との乖離と信義則との関係をどのよう to 考えているのかという問題が出てくる。この場合、信義則を任意規定との乖離の程度に関する判

定基準としてのみ位置づけることは狭きに失するものと解されている(43)。斯様に解すると、右に掲げた要件は、基準の二重構造ということになり、「任意規定との乖離があること」ならびに「信義則に反する利益侵害があること」という要件を構成することになる。そして、これによって、消費者契約法一〇条に対しては、法的安全の要請と、消費者保護との調和を図ったものという判断が加えられることになる(44)。

次に、乖離の基準として持ち出された任意規定の意味であるが、解釈として、①制定法に限定するもの(45)、②制定法のほか、判例法や不文の法理をも含むと解するもの(46)、③任意規定は例示であり、特約がなければ形成されていたであろう権利義務関係、あるいは、当事者が交渉力の不均衡のない理想的な状況におかれたときに合意したであろう権利義務関係と解するものがある(47)。

ただ、③は、任意規定のほか、判例法や契約類型における目的・リスク分配、また、契約類型に応じて信義則や慣行から導かれる一定のルールを挙げている関係上、②を詳解したものとすることができると。そうすると、大きく分けると、本条に所謂「任意規定」とは、制定法を意味するに過ぎないものと解する考え方と、制定法以外にも拡張すべきものという考え方に二分することができると。それでは、いずれの解釈を妥当と判断すべきであろうか。消費者契約法は、私法の特別法と位置づけられており、また、消費者保護に資する制度については、その適用を広く解することにより、よりいっそう消費者を支援し、これによって、公正な取引を確保ないし保持することができるものという考え方に立脚すべきものと解される関係上、制定法に限定するような硬直的な考え方は、採

るべきではないものと思量する。

このように、消費者契約法一〇条においては、広義の任意規定との乖離によって、信義則違反と解されるような不当な契約条項を無効とするという規制が存在するものと解すべきことになるのであるが、立法担当者の考え方によると、本条を含めた不当条項規制（消費契約八―一〇条）は、民法の信義則や公序良俗違反とはその目的を異にするものとして定められたとのことである（48）。しかし、右に見てきたように、消費者契約法一〇条は、不当な契約条項を無効とすることの根拠として信義則違反をもってきているのであるから、同条の解釈・適用にあたっては、民法第一条二項が指導原理とされるということが明らかである（49）。また、従来の学説や判例においても、信義則は、単に権利の行使や義務の履行のみならず、契約の趣旨の解釈についても基準となる旨が論じられており（50）、この意味において、信義則違反と解釈される契約ないしその条項は、それ自体無効として取り扱われうるものとする解釈も可能である。更に、権利の行使といっても、その根拠が契約条項に現れていれば、権利の行使を制限することがそのまま契約条項の制限へと結びつく関係上、権利行使の否認と契約条項の無効とが符合する場合もあるのである。したがって、消費者契約法の不当条項規制が信義則とは目的を異にするなどという必要はなく、むしろ、同一の指導原理の中における規定と位置づけるべきものであり、これに消費者保護という観点を加味したものが消費者契約法の規定であるといったほうが適切である。

また、後述するように、消費者契約法一〇条は、同法八条及び九条の具体的な不当条項規制の一

般規定であるから、八条及び九条の不当条項リストに当てはまらない事案について適用されるものである。しかし、本法は、消費者契約全般に適用されるものであり、消費者契約は多種多様であることから、不当条項リストで対応するには自ずと限界があるものと解され、本条は、そのリストから漏れる事案について適用されることにより、消費者の利益確保に資するものであると解されている(51)。しかしながら、前述したように、現行民法第一条二項の解釈・適用により、契約条項の無効を導くことができるものと解するのであれば、消費者契約法に同条同項の準用規定を置くのみで対応することができたのではないか。即ち、消費者契約法一〇条の規定はあまり意味のない規定であり、従来の解釈を単に条文化したものに過ぎないのではないかという疑問が生ずる。

この点に関して、立法に深く関わった落合誠一教授によると、民法の規定で十分対応可能であるとの見解は確かに存在するが、十分対応可能であれば、我が国の消費者契約関連紛争が深刻化することはなかったはずであり、また、斯様な見解は解釈レベルの問題であり、裁判所に広く受け入れられた規範として機能しているということが明らかではない以上、ここに立法化する意義があるものと解されている(52)。この考え方は、従来の学説、ならびに、学説を受け入れた判例法理の解釈を、立法化という技術を通じて、広く裁判実務に規範として受け入れさせるということであり、無駄な立法ではないと主張するものである。しかし、信義則違反による契約条項の無効という解釈は、前述したように、従来からの「通説」であることから、今更に立法化する必要があったのかどうか、大いに疑問である。

- 註(40) 鳩山秀夫『債権法における信義誠実の原則』(初出は、法学協会雑誌四二巻一号、二号、五号、七号、八号 [大正一三(一九二四)年] がこれを表している。
- 註(41) 我妻栄『民法に於ける「信義則」理念の進展』『民法研究』(有斐閣、一九六六年)一頁(七―九頁)、中田裕康『消費者契約法と信義則論』ジュリスト二二〇〇号(二〇〇一年)七〇頁参照。
- 註(42) 落合・前掲書(前掲註(1))一四五頁参照。
- 註(43) 中田・前掲論文(前掲註(41))ジュリスト二二〇〇号七四頁。
- 註(44) 中田・前掲論文(前掲註(41))ジュリスト二二〇〇号七四頁。
- 註(45) 前掲『逐条解説』(前掲註(14))一七五頁、一七八頁。
- 註(46) 山本敬三『消費者契約立法と不当条項規制』NBL六八六号(二〇〇〇年)一四頁(二二頁)。
- 註(47) 中田邦博『消費者契約法一〇条の意義』法学セミナー五四九号(二〇〇〇年)三七頁(三九頁)。
- 註(48) 前掲『逐条解説』(前掲註(14))一三三頁。
- 註(49) 前掲『逐条解説』(前掲註(14))一七六―一七七頁は、信義則を「権利行使の制限規定」ととらえ、消費者契約法一〇条は「契約条項自体を無効とするもの」として、その違いを説明するが、しかし、解釈・運用に関しては、信義則の解釈が基本にあるという前提を採っており、「本条に該当し無効とされる条項は、民法のもとにおいても民法第一条第二項の基本原則に反するものとして当該条項に基づく権利の主張が認められないものであり、現在、民法第一条第二項に反しないものは本条によっても無効にならない」と述べているのであり、規制内容として符合しているのであるから、むしろ、目的に関しても同一方向にあるものというべきであろう。
- 註(50) 我妻栄『新訂民法総則』(岩波書店、一九六五年)三五頁、川島武宜『民法総則』(有斐閣、一九六五年)五

一頁、星野英一『民法概論』〔序論・総則〕（良書普及会、一九七七年）七八頁、最判昭三三・七・五民集一一卷七号一一九三頁。最近の著作では、四宮和夫『能見善久『民法総則』（弘文堂、第五版、一九九九年）一九頁がある。

まず、我妻栄博士は、『民法第一条第二項は、単に当事者間に認められた権利の行使と義務の履行について規定するだけでなく、法律及び契約の解釈によつて当事者間にいかなる内容の権利義務が生ずるかを決定するに当つても、信義誠実の原則を標準とすべきことを要請するものと解すべきである』と論じておられ、信義則が契約の解釈に当たつての指導原理となるべきものと主張しておられるものと思量する。

また、星野英一教授は、信義則の作用としては、第一に、契約や法律の規定を補充する作用があり、第二に、それらを修正する作用があるものと解しておられるが、この第二の修正作用からは、契約規定から導かれる不当な結果を回避するため、当該規定を無効とすることも導かれうる。

更に、好美清光教授は、信義則の機能面に着目し、信義則には職務的機能、衡平的機能、社会的機能、権能授与的機能があるものと分類した上で、信義則は、一定の条件の下において、裁判官による債務者に対する履行規準の指示、債権者に対する権利行使の制限を認めるとともに、裁判官による制定法（債権法のみならず、物権法、家族法、会社法、訴訟法、公法などを含む）や契約条項の改廃ないし修正を認めるといふ機能を有するものと解しておられる（好美清光「信義則の機能について」一橋論叢四七巻二号（一九六二年）一八一頁以下）。

このように、従来からの通説的見解を一望すると、やはり、信義則は契約解釈の基準として機能し、その違反は個別規定（特約）の無効をも来すといふ見解を導くことができるものと思量する。

註（51）落合・前掲書（前掲註（1））一四五頁。

註（52）落合・前掲書（前掲註（1））一四五—一四六頁。

第二款 公序良俗違反との関係

法律行為の内容が強行規定（民法第一七五条〔物権法定主義〕、第二四九条〔流質契約の禁止〕、借地借家法九条、一六条、二二条、三〇条、三七条、利息制限法一条など）に違反していればその効力は否定されるが、これに違反していなくとも、社会の一般的秩序または道徳觀念に違反する法律行為であれば、公序良俗違反として無効とされる（民法第九〇条）。

公序良俗制度は、一面において契約自由の原則に対する例外的な制限であるように見えるが、通説は、現行民法が旧民法とは異なりフランス民法とドイツ民法の双方から影響を受けていることから、公序良俗はすべての法律関係を支配すべき一般原則であり、法律の全体系を支配すべき理念であるものと解し、民法第九〇条は、旧民法財産編第三二八条とは異なり、個人意思の自治に対する例外的制限を規定したのではなく、法律の全体系を支配する理念がたまたまその片鱗をここに示したに過ぎないものと解されている⁵³⁾。

公序良俗の一般的な理解は右のようなものであるが、契約関係を中心に考えてみると、近代法においては、私的自治の原則の下、契約自由の原則が厳然と存在しており、私人間の契約関係においては、契約相手方の選択、契約内容の決定、締約（申込み・承諾）といった一連の行為は全て自由であることが要請される。特に、その中でも重要であるのが契約内容の決定である。しかし、我々の社会生活においては、ほとんどの契約が事業者の約款によってその内容を決定しており、我々消費

者は、約款の内容に従って、ただ一定の内容を選択する自由のみが留保されているに過ぎないという状況にあり、本来は自由であるべき契約内容の決定が事実上自由ではなくなっているというのが現状である。しかしながら、斯様な事業者の約款によって契約内容が無制限に決定されてしまうと、社会的道義性に反していたり、社会的弱者にとって一方的に不利となったりする内容をも認めてしまおうおそれもあり、妥当性を欠く。そこで、斯様な場合にも、公序良俗違反の契約として、当該契約の内容（個別規定）を無効とすることが要請される。

それでは、この公序良俗（違反）という制度は、私的自治の原則に対する制限としては、どこまでの機能が許されるのか。つまり、当事者の契約内容につき、どこまで介入することが許されるのが問題となる。本段においては、消費者契約法八条ないし一〇条に所謂「不当条項規制」が、民法の公序良俗違反との関係において、どのように位置付けられるのかについて考察する。

まず、前述したように、強行規定違反の契約はその効力を認められないが、消費者契約との関係においては、前掲した諸規定の中では利息制限法が関係してくる程度であり、民法の強行規定と消費者契約とは直接には関係してこないことが多い。しかし、事業者に対する規制と消費者保護を念頭に置く各種業法の中には、消費者契約と直接関わってくるクーリングオフ制度があり（特定商取引九条ほか、割賦四条の三ほか、宅建業三七条の二等々）、例えば、一定の条件の下で消費者にクーリングオフ権を放棄させるなど、クーリングオフ制度それ自体を否定したり、どこまで行かなくとも、クーリングオフ期間を短縮したりするなど、法律の規定に反して、消費者にとって不利となる特約を締結

した場合には、当該特約は無効という取扱いを受ける。つまり、消費者契約に関わる法律の消費者保護規定をすべて強行規定とすることにより、消費者保護という目的はある程度達成することができる。しかし、各種業法は当該業界自体にしか効力を及ぼしえず、この網にかからない業者も数多く存在し、これが消費者に損害を及ぼすことが多いので、必然的に包括的な立法が必要になる。斯様な意味において、強行規定違反の契約条項を無効とすることは、もはや各種業法に委ねられるべき筋合いのものではなく、包括的な法規定が必要になってきたのである。

消費者契約法八条及び九条は、契約条項の全部または一部が無効となる条項を具体的に列挙して規定しており、所謂「ブラックリスト」を示したものであり、同法一〇条は、消費者契約が無効とされる一般的・包括的な基準を「信義則」と関連させて規定したものである⁽⁵⁴⁾。つまり、具体的な紛争において、同法八条及び九条のリストを適用することができない事案について、包括的に同法一〇条が適用されるという構造になっている。前段において考察したように、我が民法の解釈として、信義則違反によつて契約条項の無効を認めるという見解があり、これは従来からの通説でもある。しかし、裁判実務においては必ずしも「規範」として機能していないという認識があることから、消費者契約法一〇条に一般規定として信義則違反による契約条項の無効を明文で規定したとすることである⁽⁵⁵⁾。

しかしながら、従来から強行規定違反の法律行為は無効であるとの解釈が存在し、また、民法第九〇条には公序良俗違反の法律行為は無効とする旨の明文規定がある。また、公序良俗は、法律の

全体系を支配する理念と解されており、権利の行使及び義務の履行が信義誠実の原則に従うべきであるというのも、自力救済の限界が求められるのも、法律行為の解釈について条理が作用するのも、結局においては、公の秩序・善良の風俗という理念の具体的な適用にほかならないものと解されている(56)。そうすると、消費者契約法一〇条に「信義則」と規定した点は、本来ならば、「強行規定」でない「公序良俗」とすべきではなかったのか、あるいは、もつと絞り込めば、公序良俗だけで良かったのではないかと考えられる。そして、消費者契約法一〇条は、この意味において、一般原則違反の効果として、不当条項の無効を宣言しているものと解すべきである。ただ、契約の解釈の基準として信義則が適用されるという考え方が先行したため、強行規定・公序良俗ではなく、信義則違反が要件として規定されたものということができる。しかしながら、右に述べてきたように、信義則と強行規定・公序良俗違反は一体性があるものと解されるので、消費者契約法八条及び九条の解釈においても、信義則と強行規定・公序良俗という一般規定全般に関する違反として、無効という効果が与えられているものというべきである。

なお、本段における考察は、一般条項としての強行規定・公序良俗違反が消費者契約法の不当条項規制に如何なる影響を与えているのかというものであり、また、紙面の都合もあることから、不当条項リストの個別内容に関しては別の機会に譲ることとし、本段においては検討しない。

註(53) 我妻・前掲書(前掲註〔50〕『新訂総則』二七〇―二七一頁。旧民法財産編第三二八条によると、「当事者

ハ合意ヲ以テ普通法ノ規定ニ依ラサルコトヲ得。又其効力ヲ増減スルコトヲ得。但公ノ秩序及ヒ善良ノ風俗ニ触ルルコトヲ得ス」と規定されており、我妻栄博士は、この規定は個人意思の絶対を尊重する法制の下において個人意思を制限する例外としての地位を与えられたに過ぎないものと捉えておられる。

この我妻博士の捉え方は、そもそも旧民法に影響を与えたフランス民法が契約自由の大原則を標榜しており、公序良俗はこの原則に対する制限に過ぎないという立場を採っているが、現行民法第九〇条は、ドイツ民法が（公序）良俗の保護をもって立法の大原則とし、契約の自由も権利の行使もすべてこの大原則の範囲内において活動すべきものという立場を採っていることにも影響を受けているという鳩山秀夫博士の理解（鳩山秀夫『法律行為乃至時効』〔信山社、一九九八年復刻〕六〇頁）に由来しているものと思われる。ちなみに、斯様な解釈は、起草者たる梅謙次郎博士の著書には出てこない（梅謙次郎『初版民法要義卷之一総則編〔明治一九年〕』〔信山社、一九九二年復刻〕一六九—一七二頁、同『民法原理総則編』〔信山社、一九九一年復刻〕三〇九—三二四頁参照）。

註（54） 落合・前掲書（前掲註〔1〕）一一四頁。

註（55） 落合・前掲書（前掲註〔1〕）一四五—一四六頁。

註（56） 我妻・前掲書（前掲註〔50〕『新訂総則』二七〇頁）。

第三款 詐欺・強迫との関係

第二項 詐欺

消費者契約法における不実告知と不利益事実の不告知による誤認の結果である申込みまたは承諾

の意思表示の取消（消費契約四条一項、二項）は、詐欺による意思表示の取消（民法第九六条一項）以下、「詐欺取消」と略称する）を緩和したものと解されている（57）。そこで、両法条の要件を比較してみることにする。

詐欺取消の要件としては、第一に、他人を欺罔して錯誤に陥らせる故意と、その錯誤によって一定の意思表示をさせようとする二段の故意を要し、第二に、欺罔行為を要し、第三に、欺罔行為に違法性があることを要し、第四に、欺罔行為と錯誤による意思表示との間に因果関係があることを要する。

しかし、消費者契約法の不実告知においては、第一と第三の要件（故意及び違法性）が不要であり、第二の要件（欺罔行為）も重要事項の不実告知に置き換えられた格好となっている（消費契約四条一項一号）。また、不利益事実の不告知においても、第二の要件（違法性）は不要であり、第二の要件の置き換えも前者と同様であり、僅かに、第一の要件（故意）だけが入れられているに過ぎない（消費契約四条二項）。しかしながら、この故意については、詐欺取消のような二段の故意ではなく、当該事実が消費者にとって不利益となることを知りつつ、当該消費者が当該事実を知らないということを認識しながら、当該事実を告げないことであると解されているので（58）、この点において、第一の要件は緩和されたものと解されている（59）。したがって、消費者契約法の取消要件は、詐欺取消の要件よりも拡張されているものと解することができる。

第二項 強迫

次に、消費者契約法は、「困惑による取消」を規定している（消費契約四条三項）。また、この規定は、民法の強迫による意思表示の取消（民法第九六条一項。以下、「強迫取消」と略称する）における要件を緩和したものと解されている（60）。そこで、両法条の要件を比較してみることにする。

強迫取消の要件としては、第一に、他人に畏怖を生じさせる故意と、その畏怖によって一定の意思表示をさせようとする故意という二段の故意を要し、第二に、強迫行為を要し、第三に、強迫行為に違法性があることを要し、第四に、強迫行為と畏怖による意思表示との間に因果関係があることを要する。

しかし、消費者契約法の困惑による取消においては、第一と第三の要件（故意及び違法性）は不要であり、第二の要件（強迫行為）も住居等からの不除去・事業者の勧誘場所への監禁に置き換えられたという格好になっている（消費契約四条三項二号、一号）。また、不除去・監禁行為についても、表意者に畏怖を生じさせることは要件化されていないことから、民法の強迫取消よりも要件が緩和されており、詐欺取消の場合と同様、要件はかなり拡張されているものといえることができる（61）。

以上の分析から、消費者契約法による意思表示の取消は、民法による詐欺・強迫による意思表示の取消よりも、その要件が緩和されており、消費者の自由な選択・自己決定の自由に必然的に伴っ

てくる自己責任というリスクへの対策・支援が講じられ、公正かつ効率的な取引がなされるよう配慮されているものということができる。

註(57) 前掲『逐条解説』(前掲註(14))八九頁以下、山本敬三「消費者契約法の意義と民法の課題」民商法雑誌一三三卷四・五号(二〇〇一年)五〇五頁(五一〇頁)。

註(58) 前掲『逐条解説』(前掲註(14))七九頁以下。

註(59) 山本豊・前掲論文(前掲註(14))法学教室二四二号九二頁、山本(敬)・前掲論文(前掲註(57))民商法雑誌二二三卷四・五号五一頁。

註(60) 前掲『逐条解説』(前掲註(14))九九頁以下、山本(敬)・前掲論文(前掲註(57))民商法雑誌二二三卷四・五号五一頁。

註(61) 山本(敬)・前掲論文(前掲註(57))民商法雑誌二二三卷四・五号五一頁。

第四款 不法行為制度との関係

第一項 総説

消費者契約法と民法理論ということで、これまで、信義則、公序良俗違反といった純然たる一般原則、ならびに、詐欺・強迫による法律行為、即ち、意思表示の形成過程における瑕疵という法律行為の一般原則について議論してきたわけであるが、消費者契約における諸問題を解決するための理論については、契約関係法だけで議論し尽くすことはできず、畢竟、不法行為分野における理論

によって補充する必要性が出てくる。

消費者契約と不法行為という構成は、一見するとなじみの薄いもののように感じるが、実は相互に深く関わってくる問題である。たとえば、契約締結前における交渉過程（勧誘行為）において、錯誤や詐欺・強迫に類するようなケースがあり、その結果、契約を締結し、消費者が損害を被ったとしても、民法上、これらの要件に該当しないものと解される場合には、消費者が保護されなくなる可能性がある。しかし、これらの行為が、端的にいつて違法性（故意・過失）を有するものと評価される場合には、不法行為による救済が可能になる（民法第七〇九条参照）。また、契約法上の理論構成として、公序良俗違反によって契約を無効としても（同法第九〇条、損害賠償請求を根拠づけるために、不法行為に基づく損害賠償責任と構成する必要性もある）。

このように、消費者契約と不法行為とは、実は深い関係があるのである。以下、事案ごとに説明した上で、消費者契約法に不法行為理論がどのように活かされているのかという問題について考察する。

第二項 消費者契約と不法行為（62）

一 不当勧誘者の責任

不当勧誘による契約締結について最も悪質と解されるものに所謂「豊田商事事件」がある。この

事件は、実際には顧客数に見合う金地金を保有していないにもかかわらず、金地金の売買と同時に、顧客から当該金地金を預かり、顧客の利殖のためにこれを運用し、その運用利益を賃料という名目で（ただ、セールスマンは年一〇パーセントの利息と表現していた）、顧客に払い渡すという契約を締結したものの、顧客に対し、一度も現金を払い渡すということはず、顧客からその手数料を含む売買代金をだまし取るという手口であった。

この事件において、裁判例は、当該契約を売買契約と消費寄託契約とが一体となった混合契約であると認定した上で、寄託物である金地金が現実には存在せず、また、顧客に交付した純金ファミリア契約証券と称する預かり証書も現物の裏付けのないものであるという理由から、契約全体を無効とし、また、当該契約行為は出資法二条一項で禁じられている業としての預かり金行為に該当し、更に、その勧誘行為は、日中から深夜まで一時間及以上長時間にわたるものであり、高齢者である顧客に対し、「絶対損はしない、必ず儲かる」という断定的な利益表示を行い、全く客観的真實性の裏付けや根拠がない話を執拗に繰り返し、もって、顧客を困惑状態に陥れ、疲労と困惑のさなかにおいて、強引に契約証書に署名させ、高齢者にとつて虎の子である預金およそ一〇〇万円を引き出させ、これを受領し、なおかつ、その事実を身内に相談しないよう口止めしていたというものであると認定し、これら一連の行為を公序良俗違反であるものと解した上で、当該会社とセールスマンの不法行為による損害賠償責任を認めている（秋田地本荘支判昭六〇・六・二七判例時報二一六六号一四八頁）。

次に、右の事件に匹敵する悪質なものとして、所謂「靈感商法」がある。この事件は、統一教会の信者が言葉巧みに未亡人に接近し、霊場あるいは道場と称する場所に連れて行き、そこで先生と称する者が、「亡きご主人は地獄界で苦しんでおり、これを供養するには五〇〇万円の献金が必要である」といい、また、周りの信者達も寄り添うようにして、「頑張つて、信じなさい」などと説得した結果、当該未亡人は、もはや献金を断れないと思つてこれを承諾し、次に、別の日に弥勒像と念珠の購入を勧められ、その代金は、「貴女は一二という数字がよい」といわれ、一二〇〇万円とされ、前記五〇〇万円を差し引いた七〇〇万円の出捐を要求され、購入を躊躇していると、前と同様、「亡きご主人が地獄界で苦しんでいる」などといわれたため、これを承諾し、七〇〇万円を支払い、更に、信者達は、あらかじめ調査しておいた生命保険金の献金をもくろみ、未亡人に一〇日間の講習を受けさせた後、ホームと称する場所に連れて行き、そこでも、四畳半の部屋で六時間あまりの長時間にわたつて、「地獄界で苦しんでいる亡きご主人が五〇〇〇万円の献金を望んでおり、最低でも三〇〇〇万円の献金を望んでいる」といわれ、この要求を断ると、「財の因縁でご主人がとられた。このままでは娘さんもとられる」などと語気を強めて献金を迫り、他の信者も、「頑張つて、頑張つて。信じたらいから」などと言いつつ続けて献金をあおつたため、当該未亡人は、本当に先祖の因縁で娘が早死にしてしまうのではないかと真に受けて不安に陥り、頭の中が混乱した状態になった結果、献金を承諾し、新たに三〇〇〇万円を献金したという事件である。

この事件について、裁判例は、一般に特定宗教の信者が存在の定かでない先祖の因縁や霊界等の

話を述べて献金を勧誘する行為は、その要求が社会的に見ても正当な目的に基づくものであり、かつ、その方法や結果が社会通念に照らして相当である限り、宗教法人の正当な宗教活動の範囲内にあると認めるのが相当であるとして、合法性の限界を述べた上で、しかし、これに反し、当該行為が右範囲を逸脱し、その目的が専ら献金等による利益獲得にあるなど不当な目的に基づいていた場合、あるいは先祖の因縁や霊界の話等をし、そのことによる害悪を告知するなどして、殊更に相手方の不安をあおり、困惑に陥れるなどのような不相当な方法による場合には、もはや当該献金勧誘行為等は、社会的に相当なものとは言い難いとして、不法行為の成立を認め、また、宗教法人の信者が第三者に損害を与えた場合において、その信者が右宗教法人との間に被用者の地位にあると認められ、かつ、その加害行為が宗教法人の宗教的活動などの事業の執行についてなされたものであるときには、右宗教法人は、右信者の加害行為につき、民法第七一五条に定める使用者責任を負うものであるとして、教団自体の民法第七〇九条に基づく不法行為の成立を判断するまでもなく、教団は民法第七一五条に基づく損害賠償責任を負うものと判示した（福岡地判平六・五・二七判例時報一五二六号二二頁〔本件は、もう一件の事件と併合審理されたものであるが、これについては同様の献金勧誘事件であるので割愛する〕）。

右の事件は、靈感商法といっても、その実は多額の献金をさせることが目的であるため、厳密には消費者契約とはいえないかも知れないが、弥勒像や念珠を相当高額で販売するという手法をとっているため、消費者契約の範疇に入るものとして取り上げた次第である。なお、最近でも、統一教

会の信者が、右の事件と同様、「運勢が悪い」とか、「家族を因縁から救うことができる」などとして、献金や壺などの購入を強要したとして、統一教会自体が被害者一五名から損害賠償を請求された事件があり、この事件において、裁判例は、斯様な勧誘は社会的相当性を逸脱した違法な勧誘行為であるとして、原告らの請求をほぼ全面的に認容している（京都地判平一四・一〇・二五「五六〇〇万円の請求に対して、五四〇〇万円の支払いを命じたもの。同月二六日の朝日新聞朝刊に掲載」）。

次に、所謂「観音竹商法」がある。この事件は、観音竹（ヤシ科の観葉植物）の販売に際し、価格を一鉢最低三〇万円と固定し、顧客に品質保証書を交付するとともに、売主たる園主（観音竹栽培業者）が当該観音竹を育成のために預かり、生育度が悪ければ生育のよい鉢と交換し、顧客からの申し出があれば、販売価格に対して最低年二割相当の価値を付して買い戻すという、所謂「全観会システム」によって顧客を募り、また、園主になろうとする者は、顧客と園主との間の販売を仲介する役員を経て幹事という業者見習いとなり、一定期間園主から指導を受けて独立するが、その場合、指導した園主からその有する顧客と観音竹とを引き継いで新園主となり、指導した園主はOB園主となつて、同人が顧客に対して負っていた観音竹の買い取り義務は全て新園主が負担し、OB園主は買い取り義務を免れることとし、ただ、新園主が引き継ぐ顧客の数が六〇〇人以上のときには、旧園主は新園主に対し、営業資金として一〇〇〇万円を贈与し、顧客数が六〇〇人未満のときには、一〇〇〇万円を貸与するという申し合わせ事項を作り、営業活動を展開しており、実際、園主の数

は年々増加し、顧客数も全体で七〇〇〇人に上っていたところ、折しも前掲した豊田商事事件が社会問題化し、自己の有する観音竹の買い取り請求権が現実に保障されるのかという不安を感じた顧客の一部がそれぞれの園主に対し、同時に買い取り請求権を行使したため、園主は、これが履行しえず、行方不明になったり、自己破産を申請したりして、顧客の殆どが観音竹の買い取り請求権を保障されない状況に陥ったという事件である。

この事件について、裁判例は、園主が一定期間内に営業収益をあげるようにするには、買い取り請求を受けた鉢数よりも多くの鉢数を売却しなければならず、これにより、その園主が買い取り義務を負う観音竹の鉢数及び債務金額の合計は、右一定期間経過後は確実に増加し、当初独立時に引き継いだ鉢数及び金額よりも多くなることが明らかであるとし、また、右のような観音竹の販売に伴う危険は、園主が新園主の要請という名目の下に、自己の管理する観音竹とそれに伴う買い取り義務を新園主に引き継がせ、旧園主自身は、その多額の債務を免れるというシステムによって一層助長されるとして、このような新園主の独立に伴う免責的債務引受の制度が組み込まれた全観会システムに基づく観音竹商法は、利益追及の方法自体に欠陥を内包し、かつ、その取引規模からみて一般大衆に多額の損害を被らせるといふ不当な結果を招来するものであるといふことを認め、適正な財貨の取引秩序に著しく違背し、少なくとも客観的に見る限り、公序良俗に反し、違法性を有するものとして、園主に不法行為責任を認め、全観会システムの創始者につき、共同不法行為は認めなかったものの、幫助責任（民法第七一九条一項）を認めている（和歌山地判平元・五・三二判例時報一三三

○号一〇三頁。その控訴審である大阪高判平一・九・二五判例タイムズ七四二号一二三頁も同旨。

右に述べてきたように、豊田商事事件および観音竹商法事件においては、販売活動それ自体を公序良俗違反であると構成した上で、損害賠償責任は不法行為に基づくものと解している。他方、靈感商法事件においては、端的に不法行為と認定し、損害賠償責任を肯定した。この両裁判例の差異は、やはり、前者においては違法性ある詐欺的な販売活動が中心であるが、後者においては、非科学的な因縁話によつて不安をあり、困惑させた上での違法な献金勧誘活動に伴う靈感商法であり、つまり、前者においては一応契約の外形が認められるものの、後者においては契約の外形さえ認められないものであるという点に存在するものと思われる。

いずれにしても、右に述べたような強迫にまで至らない販売活動、勧誘活動においては、公序良俗違反・不法行為といった一般原則が機能するということになる。

更に、強迫に類するような不当な勧誘行為ではないが、勧誘の態様が顧客の射倖心をあおり、過当な投機に巻き込むといった違法な勧誘行為に関する事案がある。例えば、昭和五六年九月二四日に金を商品取引所法の規制対象商品に指定する政令が施行され、また、昭和五七年二月二七日に金の公設先物取引市場が開設される政令が施行されたので、この規制を免れるため、香港市場における取引を利用して、金の先物取引を勧誘し、その勧誘方法は、当初は金一ユニット（金三・七四三キログラム）のみの取引を持ちかけ、その際、金の価格が騰貴するとの断定的な判断を提供し、その後、手数料が不要であるとか、相場操縦の方法を説明するなどして、利益を保証する旨を持ちか

け、徒に顧客の射倖心をあおり、金六ユニットという過当な投機に引きずり込むばかりではなく、顧客が取引の過程に不安を感じ、解約の意思を示したにもかかわらず、解約すると、それまでに支払った金員の返還を受けられないばかりか、追加金の支払いを余儀なくされると迫って、顧客を困惑に陥れ、冷静な判断を著しく阻害した状況の下で、金六ユニットの買注文の契約を締結させ、顧客に六〇〇万円の損害を与えたという事案において、当該金の先物取引を脱法行為にあたるとして、その違法性を認定した上で、勧誘員数人の共同不法行為を認定し、会社にも使用者責任を認定し、全額の損害賠償責任を認めた裁判例がある（大阪地判昭五八・三・一四判例タイムズ四九四号一二二頁）。この事件も、顧客を不安に陥れ、困惑させた上での契約締結事案であり、詐欺でも強迫でもないが、違法性が認められ、不法行為が成立すると判断されたものである。

更にまた、正常な証券取引においても、場合によっては、勧誘方法の不適切さから、不法行為が認定されることがある。たとえば、株式及び投資信託の評価損により損失が出ている顧客に対し、損失を取り戻すにはワラント取引がよいとの判断の下で、証券会社の営業担当者が、当該顧客に対し、ワラントの意義及び危険性を十分に説明しないまま、その利殖性のみを強調して勧誘し、顧客が資金不足という理由でこれを断つたにもかかわらず、熱心に勧誘を続けた結果、顧客がこれに応じてワラントの買付を委託したものの、当該取引の内容を十分に説明していないので、顧客においてその危険性を全く認識しておらず、営業担当者が売却の頃合いをみて顧客に売却を勧めても、顧客がまだ損失を取り戻すには至っていないとして、これを断つたので、営業担当者がその売却を勧

めるのをやめてしまったという事案において、ワラントの有利性をことさらに強調して執拗に勧誘を繰り返し、しかも、顧客が十分な理解を得ていない状況で買付をさせたという点に不法行為の成立を認めた裁判例がある（東京地判平六・四・一八判例時報一五二五号一四頁〔顧客が取引説明書の交付を受けたにもかかわらず、これを全く読まないうちに紛失したという点に、顧客に過失相殺五割を認定したケース〕）。

ワラントとは、分離型新株引受権付き社債（ワラント債）から分離された新株引受権を表象した証券のことをいい、発行会社の新株を一定の権利行使期間（わが国では大半が四年）内に一定の権利行使価格で一定数量購入することができる権利であり、株式に直接投資する現物取引よりも少額の資金で効率のよい投資収益を得ることを可能とする金融商品である。しかし、行使期間の制限があるので、その期間が近づくにつれ、価格が減少し、行使期間の満了時には無価値となるものである（残存期間が二年を切ったら取引自体が難しくなるといわれている〔東京高判平八・一一・二七判例時報一五八七号七二頁以下に詳しい〕）。

また、権利行使価格が株価の水準を上回っていると、株式価格よりも高額の対価で新株を引き受けることとなるので、当然に損失が発生する。つまり、ワラントが有利になりうる状況となるには、株価水準が権利行使価格を上回っているという前提条件が必要であり、また、行使期間が十分残っている段階で売却しないと、価格が逡減していくという仕組みになっている。しかも、ワラント価格の変動は、株価の変動に左右され、ワラントの市場価格の変動率は株価の変動率よりも著しく大

きいものであり、株式の値動きに比べて、その数倍の幅で上下する所謂「ギアリング効果」が発生することもあって、判断を誤ると、投資資金の喪失に直結するという危険極まりない証券取引なのである（前掲東京高判平八・一一・二七、大阪高判平九・六・二四判例時報一六二〇号九三頁）。

したがって、ワラント取引を一般投資家に勧める場合には、単にハイリスクであるといった抽象的な説明では不十分であるものと解されており、当該一般投資家の経歴、証券取引に対する従前の知識・経験などに照らし、当該一般投資家が容易に理解しうる方法によって、ハイリスクであるという意味を具体的に説明すべきであるといわれている（前掲大阪高判平九・六・二四）。

この意味において、ワラント取引の勧誘に際しては、その勧誘者には高度の注意義務・説明義務が要求されているものといえよう。前掲東京地判平六・四・一八においては、執拗な勧誘という点において不法行為の成立が認められたのであるが、勧誘に際しての注意義務違反という側面もあるように思われる。

二 製品の安全性に関する責任

(イ) はじめに

製造物に欠陥があり、そのために人の生命、身体、財産に損害が発生した場合には、製造業者等に損害賠償責任を負担させることにより、被害者の保護が図られなければならない。たとえば、家電機器を正常に使用していたところ、その機器から発火し、火災が発生した場合（拡大損害）、民法

の過失責任主義という枠内で考えると、直接の契約相手方である欠陥商品の売主に債務不履行（不完全履行）ないし不法行為責任を追及しようとしても、いずれにしても、売主に過失がなければ、責任を追及することはできない。そこで、買主は、製造業者を相手取って不法行為責任を追及するのだが、製造物のどこの部分に欠陥があったのかを立証しなければならず、また、発火との因果関係をも立証しなければならぬ。つまり、民法の枠内では、被害者にとつて極めて不利な立証責任が課せられるので、被害者の保護は難しい。このことは、過去におけるヒ素ミルク中毒事件、スモン病、カネミ油症事件などにおいて、因果関係の立証が極めて長きにわたって争われたという経験から明らかである。

そこで、そもそも製造物には危険が内在しているといった観点から、当該損害が当該製造物から発生したと認められる場合には、製造業者、あるいは、製造物が輸入商品である場合には輸入業者に対し、無過失責任を負担させるべきであるという考え方が必然的に生ずることになる。アメリカでは既に一九七九年に統一製造物責任モデル法が制定・施行され、ドイツでは一九八五年のEC指令を受けて一九九〇年一月一日から製造物責任法が施行されていたが、我が国でも漸く一九九四年七月に製造物責任法が交付され、翌一九九五年七月から施行されている。

製造物責任（Product Liability (PL)）については、右に簡単に述べたように、現在では製造物責任法が既に制定・施行されているが、ここでは、製品の安全性に関して、製造物責任法の立法前の状況として、裁判例における理論構成から概観し、現行製造物責任法の問題点にまで触れてみることに

する。

(ロ) 製造物責任前史としての裁判例

まず、食品の安全性について、サルモネラ菌に汚染された卵豆腐による食中毒で消費者が死亡したという事案において、裁判例は、売買契約の売主は、買主に単に売買の目的物を交付するという基本的な給付義務を負っているだけではなく、信義則上、これに付随して買主の生命・身体・財産上の法益を害しないよう配慮すべき注意義務を負っており、右注意義務の懈怠により瑕疵ある目的物を買主に交付し、買主に損害を与えた場合には、積極的債権侵害ないし不完全履行となり、民法第41・5条により買主に対し損害賠償義務があるものと解し(傍点は筆者による)、当該食品販売業者は、売主として買主の生命・身体・財産上の法益を害しないよう食品の安全性確認・確保の極めて高度の注意義務を負っており、右の売主の契約責任は、信義則上、その目的物の使用・消費が合理的に予想される買主の家族や同居人に対してもあるものとし、更に、右の売主の注意義務違反に基づく積極的債権侵害ないし不完全履行の責任は、瑕疵担保責任とは異なり、信頼利益ないし代金の限度にとどまるものではなく、相当因果関係のある全損害について生ずるものと判示し、また、食品製造業者については、あまり衛生的に取り扱われていない液卵がサルモネラ菌等の細菌に汚染されていることを予想して、卵豆腐の原料として使用しないか、使用する場合でも卵豆腐の製造過程で十

分な殺菌措置をとるべきであったにもかかわらず、購入前から若しくは購入後保管中サルモネラ菌に汚染された液卵を原料として卵豆腐を製造するに際し、サルモネラ菌を殺菌するに足りる措置を怠り、サルモネラ菌に汚染された本件卵豆腐を製造し食品として流通過程に置いたという点につき過失による不法行為責任を認め、更に、卸売業者及び小売業者については、前記信義則上の注意義務違反による積極的債権侵害があったとして、債務不履行による損害賠償責任（民法第四一五条）を認めている（岐阜地大垣支判昭四八・二一・二七判例時報七二五号一九頁）。

次に、食用油（カネミ油という米ぬか油）の製造業者が当該食用油の製造過程で使用した熱媒体のカネクロール（PCB〔ポリ塩化ビフェニール〕）の作用によってできた熱交換器たる蛇管の腐蝕開孔部分からPCBが漏出混入した食用油を多数の消費者が経口摂取したために発生した所謂「カネミ油症事件」がある。

この事件において、裁判例は、第一に、食品製造業者は、食品に要求される絶対的な安全性、商品経済社会における消費者の安全性確認の点における無力さ、被害の広汎性等を考慮すると、その製造にあたって高度の厳格な安全食品製造義務を負うべきであり、欠陥食品によって被害が発生した場合には、それだけで食品製造業者の過失が事実上推定され、本件ではPCBの危険性（毒性・金属腐蝕性）が食品製造業者にとって予見不可能との反証がない限り右推定は覆らないものと認定し、民法第七〇九条により損害賠償責任を負うものと判示し、第二に、食品製造業者の代表取締役も、その製造部門担当の有機的人的組織全体を直接指揮監督してきた者またはすべきであった者と見う

るときには、民法第七一五条二項の責任を負うものと判示し、第三に、PCBは人体にとって極めて有害・有毒な物質であるが、食品の安全性は危険な資材・原料等を提供する者から末端の食品製造業者までの関連業者全員の安全確保のための寄与が不可欠であるところ、食品工業における熱媒体としての使用方法をみると、PCBを熱媒体として製造販売する者は、PCBの危険性を正しく指摘警告すべき注意義務があり、食品製造業者について述べたのと同じ理由で、PCBを熱媒体として製造販売したという点につき過失が事実上推定され、本件ではPCBの危険性がその製造販売業者にとって予見不可能もしくは危険性を正しく指摘警告したとの反証がない限り、右推定は覆らないとして、PCBの製造販売業者も民法第七〇九条により損害賠償責任を負うものと判示し、第四に、食品製造業者と資材製造者が、いずれも民法第七〇九条により範囲を同じくする損害を賠償すべき場合には、民法第七一九条の成否を論ずるまでもなく、不真正連帯債務を負うものと判示し、更に、PCBの経口摂取による被害のように、新しい疾患でその病理秩序が現代科学によって証明が十分ついていない場合であっても、蓋然性の証明さえ可能であれば、その限りにおいて損害を認めてもよいものと判示し、製造業者の不法行為責任を肯定し（福岡地判昭五二・一〇・五判例時報八六六号二二頁、その控訴審においては、食用油製造工程においてPCBを主成分とする熱媒体が混入した食用油を摂取したことにより生じた被害につき、熱媒体製造業者には、その安全性を調査研究することなく毒性ある熱媒体を食品業界へ販売し、その販売にあたり、その毒性及び金属腐蝕性について十分な情報を提供しなかったという点に過失があるととして、熱媒体製造業者についても不法行為

責任を肯定している（福岡高判昭五九・三・一六判例時報一一〇九号二四頁）。

次に、医薬品の安全性については、キノホルム事件ともいえるべき一連のスモン訴訟がある。ここでは、所謂「東京スモン訴訟」を中心として、裁判例を概観する。

まず、第一審判決（東京地判昭五三・八・三訟務月報二五卷一号二二頁）においては、スモンの病因についてはキノホルムであると断定し、これと並存する（我が国に特有の）他の何らかの未知の原因物質（agent）に起因するものではなく、ウイルスを含めて他の原因は認められず、キノホルムがスモンの唯一の agent として認められるのであり、スモンが我が国において多発したのは、ひとえに長期・大量投与に因るものという判断を前提とし、スモン多発の社会的要因としては、薬剤の長期大量投与という「社会的な要因」が、我が国におけるスモンの多発を招来したことは、我が国における医療制度の有り方に深い反省を迫るものといわなければならないと述べている。

また、製薬会社等は、「神経毒性」を有するキノホルムの含有製剤を、副作用の警告をしないのみか、却って安全性を強調し、更には「整腸剤」と銘打って大量販売に努め、また国は、これら製薬会社の営業活動に対し、許認可官庁として認められる規制権限の行使を、それが当然に要請される時期においてなお怠ったものであって、その意味において、スモンは、まさに、「社会的に作られた病」といえるべく、スモン訴訟は、その名称においても、さきの「サリドマイド事件」と同様、「キノホルム事件」と呼ばれるにふさわしいものであると述べている。

また、医薬品の副作用の予見可能性については、個々の事案に即して判断すべきであるが、人の

身体・生命に対する単なる危惧感では足りず、反面、衡平の見地から、その内容がある程度抽象化し、予見の幅を緩やかに解するのが相当であるとし、薬事法（昭和三五年法律第一四五号）一四一条一項による医薬品の品目ごとの製造承認につき、申請手続上の第三者たる個々の国民は、行政庁の承認権行使による反射的利益を有するに過ぎないが、違法な製造承認により流通に置かれた医薬品の服用による被害を生じたときは、行政庁の製造承認行為と服用者に生じた損害との間に相当因果関係の認められる限り、行政庁と個々の国民たる服用者とは、不法行為法上の加害（関与）者及び被害者の関係に立つものと解し、また、薬事法の立法趣旨及び目的は、不良医薬品の供給の危険防止という警察上の目的を達成することであり、これにより反面、憲法が国民（業者）に保障する職業上の自由が侵されることがないといういわゆる警察消極目的の原則をその支配的原理の一つとしてしているものであり、同法は、昭和四二年九、一〇月の医薬品の製造承認等に関する基本方針につき発せられた厚生省薬務局長通知により、同年一月一日を基準時として、不良医薬品の取締りを目的とする行政警察法規から医薬品の安全確保を目的とする法規へとその基本的性格が実質的に修正されたものであるが、昭和四二年一月一日より前になされた厚生大臣のキノホルム剤の製造許可・承認には違法性がないと認定した。

また、行政庁の規制権限の不行使が違法となる要件については、国民の生命・身体・健康に対する毀損という結果発生の危険があつて、行政庁において規制権限を行使すれば容易にその結果の発生を防止することができ、しかも行政庁が権限を行使しなければ結果の発生を防止できないという

関係にあり、行政庁において右の危険の切迫を知り、または、容易に知り得べかりし状況にあつて、被害者として規制権限の行使を要請し期待することが社会的に容認されうるような場合であると解しつつ、昭和四二年一月一日当時、厚生大臣にはキノホルム剤の製造・輸入につき、規制権限の不行使の違法及び過失があつたものと解している。

更に、医薬品の製造等についての承認またはその取消しに関する厚生大臣の権限は、行政上の監督権にはかならないものとし、医薬品に内在する欠陥により服用者に被害を生じたときは、その損害賠償義務の全部が製造（輸入）者に帰属するのが当然であり、国はこれら業者と共同不法行為の關係に立つものではなく、ただ、行政庁の権限の行使または不行使に違法が認められる場合において、賠償の対象となる損害が業者のそれと同一である点において、加害行為者たる業者と規制権者たる行政庁（国）の債務とが不真正連帯の關係に立つものと解している。

そして、結論として、スモン被害につき、行政上の監督責任の性質、その他諸般の事情を考慮して、国は、キノホルム剤の製造（輸入）者らに認められる全部義務の三分の一の範囲において、これと不真正連帯の關係に立つ損害賠償義務を負担するものと判示したのである。

しかし、第二審判決（東京高判平二・二一・七判例時報一三七三三頁）においては、まず、本件疾患がスモンであるか否かという点につき、被害者が本件疾患の発現前に相当量のエマホルム（キノホルム製剤）を服用していること、その後、各病院において本件疾患がスモンであるとの診断を受けていることなどからして、本件疾患がスモンであることを無下に否定することはできないが、右各病

院での各診断には、いずれも種々の疑問点があるのみならず、本件疾患発現の経緯、その発現後最初にA病院で受診した際の被害者の主訴ないし症状、その後における本件疾患の症状及び治療の経過、その他本件疾患に関する諸般の事情を総合して考えると、本件疾患がスモンではなくして、その類似疾患、特にビタミンB群の不足・欠乏やアルコールの摂取等に基づく脚気、アルコール性ニューロパチー等の多発性神経炎または亜急性脊髄連合性変性症等である可能性も十分にあるのであって、この可能性をにわかには否定することは困難であるものと解し、本件疾患がこれらのうちのいずれであるかを明確に判定するに足りる資料は存在しないものと解している。

また、スモンは脊髄の後索、側索及び後角に主たる病変が発現する中枢性の神経疾患であると解すべきところ、本件疾患がそのような中枢性の神経疾患であると断定ないし推定しうる症状等が原告に出現したことを認めるに足りる証拠資料も存在せず、更に、本件疾患に基づく被害者の当初の症状は、A病院への第一回入院中に、漸次好転し、経過良好と認められて、二か月足らずで退院することができたにもかかわらず、その後も相当期間にわたり、被害者の症状の消長が繰り返されているのであるが、それが当初に発現した本件疾患自体の遷延ないし再燃によるものであるのか、それとも、その後各病院での治療中になされたキノホルム以外の各種薬剤の投与、その他の原因、またはその後に発症、合併した別個の疾患によるものであるのかについても、これを確定するに足りる証拠資料は存在しないと認定した上で、そうすると、提出された全証拠によっても、本件疾患につき、キノホルム以外の原因及びスモン以外の疾患を除外して、これがスモンであり、それ以外の

疾患ではないと断定することは困難であるといわざるを得ず、換言すれば、本件疾患がスモンであるという被害者の主張は、これを積極的に認定するための証明が不十分であることに帰するといわなければならないと述べている。

そして、最後に、民事訴訟法上の事実認定における証明は、自然科学上の事実認定に用いられるいわゆる論理的証明ではなく、社会科学、特に歴史学上の事実認定に用いられるいわゆる歴史的証明であるから、その証明の程度は、事実審の口頭弁論終結当時の自然科学の水準に照らし、一点の疑いをも差し挟む余地のない程度の絶対的な真実の証明までは必要とせず、右口頭弁論終結当時の社会通念ないし経験法則に照らし、社会の通常人がその日常生活において疑いを抱かず安心して判断や行動の基礎となし得る程度の真実の蓋然性の証明、即ち、所謂「真実の高度な蓋然性の証明」を必要とし、かつ、それで足りるものというべきであると解しつつも、本件においては、提出された全証拠を総合して判断しても、本件疾患がスモンであるという被害者の証明は、いまだ右にいう真実の高度な蓋然性の証明の程度にまでは達していないと判断された結果、第一審判決を取り消し、被害者の請求を棄却したのである。

右に述べてきたように、食品・医薬品の安全性に関する責任という問題について、従来の裁判例は、食品製造業者及び売主については、積極的債権侵害による不法行為責任を認め（前掲岐阜地大垣支判昭四八・一二・二七）、あるいは、過失の推定により安全配慮義務違反を認定した上で不法行為責

任を認めているが（前掲福岡地判昭五二・一〇・五〔カネミ油症事件〕）、製薬会社の責任については、被害者の証明が不十分であるとの理由により、不法行為責任を否定した裁判例がある（前掲東京高判平二・一二・七〔東京スモン訴訟控訴審判決〕）。カネミ油症事件も東京スモン事件もともに所謂「真実の高度な蓋然性の証明」が問題となり、前者においては、PCBの経口摂取が原因であるとして、これが認められ、後者においては、第一審ではキノホルム剤の服用が原因であると断定されたにもかかわらず（前掲東京地判昭五三・八・三。同様の認定は、金沢地判昭五三・三・一判例時報八七九号二六頁、福岡地判昭五三・一一・一四判例時報九一〇号三三頁、広島地判昭五四・二・二三判例時報九二〇号一九頁、札幌地判昭五四・五・一〇判例時報九五〇号五三頁、京都地判昭五四・七・二判例時報九五〇号八七頁、静岡地判昭五四・七・一九判例時報九五〇号一九九頁、大阪地判昭五四・七・三一判例時報九五〇号二四一頁、前橋地判昭五四・八・二二判例時報九五〇号三〇五頁など）においても行われている）、第二審では、キノホルム剤との因果関係に若干言及したものの、証拠資料不十分との理由により、「高度の蓋然性」さえ否定されてしまったのである。

右の相違点は何に起因しているのかというと、東京スモン訴訟控訴審判決においては、本件第一審を含むそれまでの数々のスモン訴訟判決において完全に認められたキノホルム剤の服用とスモン発病との因果関係の認定を半ば無視するかのように、第一審における診断資料の不十分さをことさらに指摘し、疑念を差し挟んでいる点にほかならない。

確かに、右東京高裁判決においても、一応キノホルムとの因果関係を肯定しているように見えるが、他の原因が介入することによって、スモンではなくなるといったような判断を示しているとい

う点において妥当性を欠いている。ましてや、右第一審判決において採用された鑑定は、当時の厚生省スモン班の医師団が行ったものであり、これを一〇数年も経過した後で否定するなどということは、法律家としての良識を疑う。ちなみに、右東京高裁判決に対して、沢井裕教授は、「疑わしきはスモンでないという姿勢で、審理し判断するならば、多数の真正スモンを非スモンとして救済の外に押し出すことは、必定である」として、これを批判し、また、この判決当時、東京医科大学助教授で、元厚生省スモン調査研究班員であった片平洸彦医師は、「この判決は、率直に言って、医学の基本が理解できておらず、誤判と言わざるをえない」として、同様に批判している(岡批判については、ともに、年報医事法学七卷「一九九二年」一五六頁(二六一、一六二頁)参照)。なお、その後、公表された裁判例は、他の多くの裁判例と同様、キノホルムとスモンとの因果関係を認め、製薬会社、販売会社及び国の損害賠償責任を肯定している(新潟地判平成六年六月三〇日判例タイムズ八四九号一七九頁)。

右に述べてきたキノホルム禍によるスモン訴訟提起者は、最終的に全国で六四九〇名を数えたが、厚生省(現厚生労働省)によると、平成八年二月二五日に最後の原告との和解が成立したとのことである(平成九年全国厚生関係部局長会議資料〔薬務局〕<http://www.1.mhlw.go.jp/topics/bukyokuyakumu-1.html> 参照)。ただ、スモンの諸症状は快復が難しく、その症状を軽減するため、針・灸・マッサージ治療などに頼っているに過ぎないという現状があり、薬害エイズなどとともに、現在、国の恒久的な治療研究事業ないし調査研究事業の対象となっている。裁判は終わっても、病気は残るのであるから、公害事件の被害者をも含め、我々は、それらの人々の心の叫びを忘れては

いけないのである。

それでは、製造物責任の続きとして、次に、自動車の欠陥について裁判例を概観する。

まず、自動車の前部座席用の安全ベルト取付金具に後部座席の同乗者が額を打ち付けて受傷したという事案において、一般に自動車の運行は、特に無謀な操縦によらない場合でも、事故の危険を伴うものであるから、自動車製造業者としては、このような事態をも予想したうえ、乗員の生命・身体を危険にさらさないよう万全の注意を用いて自動車の設計製造をすべき注意義務があることは当然であるものと解し、自動車の安全ベルト及びその取付装置は、交通事故に際して、乗員が直面する身体損傷の危険に対処することを目的として、一定の保安基準により設置を義務づけられており、本件自動車の肩掛ベルトの取付装置の構造と設置位置は、右保安基準のほか、日本工業規格や諸外国の安全基準にも適合したものであると認定し、もつとも、右取付装置のような金属性の突出物を自動車内に設置することは、乗員の身体に対する新たな危険をもたらすことにはなるが、右取付装置の取付位置をセンターピラーより他の場所に求めえない以上、右取付装置がもたらす危険に対処する方法としては、その設置をやめることにより右危険を絶対的に排除するか、もしくはその金具の部分を保護カバーで覆う方法により、これによる人身損傷の危険を可能な限り軽減すること満足するしかないが、自動車製造業者は、安全ベルトの取付が義務づけられており、自動車製造業者としては、センターピラーに安全ベルトを取り付け、その取付金具によつて惹起される人身損傷の危険は、可能な限り軽減する措置を講じれば足りるものと解し、メーカーは、その方法として、

自動車の右取付装置に金具の露出を防ぐための嵌合式の保護カバーを備えつけたうえ、その保護カバーが右取付装置に被せられた状態で買主に引き渡されるよう厳重な点検の過程を用意したのであるから、これで十分であり、この点で自動車製造業者としての過失があるということはできないとし、また、右取付装置の存在や保護カバーの使用目的は、その位置形状からして自動車使用者が容易に知りうるものであるから、自動車製造業者には、事故が発生することまでも予想して、その危険性や危険防止方法を買主などの使用者に教示すべき注意義務はないものとして、自動車メーカー及び販売業者の過失責任を否認したという裁判例がある（京都地判昭四八・一一・三〇下裁民集二四卷九・一〇・一一・二六併号八八九頁）。

また、助手席の背もたれに前倒防止装置を装備していない欠陥車両を運転中、急停車した際に、助手席の背もたれが前倒し、事故が発生したという事案において、自動車製造業者は、車両の製造にあたり、道路運送車両法、運輸省令に定める保安基準に適合し、かつ、製造当時の工学技術水準に照らし、危険防止策を講ずべき義務があるから、これに違反した製造業者には不法行為責任があるとし、また、自動車販売業者は、仕様書記載の構造、装備、性能等を有する製品を販売するに必要な限度で点検、整備の技術や設備を保有しているに過ぎないので、製造業者と異なり、販売にあたり、右の点を確認すれば足り、車両の設計上・構造上の危険の存否まで予見すべき義務はないものとして、自動車製造業者にのみ不法行為責任を肯定したという裁判例がある（横浜地判昭五〇・二・四判例タイムズ三四号二六八頁〔その後、最判昭五三・七・二五において確定〕）。

更に、停車中の自動車の火災により幼児二名が死亡した事故が発生したという事案において、車内座席中央部から運転席側にかけて、シート座部より上方の焼損が最も激しいので、発火点はこの範囲であったという可能性が強いとした上で、①焼損状況からみた配線の発火の有無、②車輛構造・電気回線上の配線発火の可能性、③他の原因の可能性の順に判断を進め、①焼損状況等からは、右自動車火災が配線からの電気火災であったと推認することはできず、②配線に短絡の原因となる損傷・劣化の生ずる可能性、短絡電流が流れた場合の発火可能性、金原現象により配線が発火する可能性は低いこと、③人為的着火により発生した可能性もまた低いが、配線の発火が火災原因であると認めることはできないことなどを認定し、右自動車火災は配線過熱が原因であるとの証明はないと判示して、自動車メーカーの設計・製造上の欠陥責任を否定したという裁判例がある（東京地判昭五八・七・一八判例時報一〇九九号六七頁）。

次に、生活関連用品の欠陥が争われた一連の裁判例について概観する。

まず、一年三か月の女兒が自宅の二階六畳間と階段踊り場との境に設置された乳幼児用防護柵（ベビーガード）に頸部を挟んで窒息死したという事案において、本件ベビーガード自体、乳幼児用防護柵設置のための素材に過ぎず、その使用にあたっては、製作者の関与しない利用者の設置工作によって、初めて現実の使用形態が決められるものであり、しかも、右設置使用につき特別な技術や知識を要しないものであって、製作者としては、利用者において対象とされる乳幼児の年齢、体格、活動状況、利用目的等諸般の状況に考慮を払い、十分な注意のもとに設置工作をなし、安全に利用

するものと信頼して、その物固有の性能、即ち、素材としての耐久力等一般利用者の容易に気づきえない内在的危険等に注意を払えば足りるものと認定した上で、右欄には固有の性能上の欠陥は認められないとして、製造物責任を否定したという裁判例がある（神戸地尼崎支判昭五四・三・一三判例時報九四二号八七頁）。

また、八歳の女兒がガストープで大火傷を負ったという事案において、製造物責任訴訟においては、科学知識または専門知識の不足や証明手段の不足により、消費者において製造物の構造上または機能上の欠陥の所在を究明し、科学的に厳密に立証することが困難なこともあると思われるけれども、消費者が事故の原因となった製品を手許に保持している場合にはその構造上機能上の欠陥を究明し立証することも可能であろうし、仮に科学知識又は専門知識の不足がこれを妨げるとしても、鑑定によつてこれを補充することが可能であるうえ、裁判における証明は、論理的・科学的に完璧なものである必要はなく、通常人が安んじて行動できる程度の蓋然性をもって確からしさが肯定されれば足りるのであるから、事案に応じて柔軟に対処することが可能であり、究明及び証明の困難を理由として製造物責任訴訟における製造物の構造上または機能上の欠陥の不在の主張立証責任を製造者に一律に転換させることは公平に適うとは思われないと解した上で、事故当時のストープの構成部分であるノズルとバーナーはその後の改造により取り外されており、右ノズルとバーナーに構造上または機能上の欠陥が存在しなかったことの証明責任を製造者に負わせるとすれば、特に、その欠陥が設計によつてではなく、製品の製造過程で個別的に発生したものである場合

に、その不存在を製造者が証明することは困難なのであって、その証明不能による危険を製造者に負担させることは公平の見地からみて妥当とは思われなからし、当該事故は、ストーブの異常燃焼がなくても、被害者の着用するネグリジェとストーブの位置関係次第で起こりうる状況にあつたといふことができ、ガストーブに設計上または製造上の欠陥が存在したことが証明されなからしとして、ガストーブメーカーの不法行為責任を否定したといふ裁判例がある（東京地判昭五九・三・二六判例時報一四三号一〇五頁）。

更に、テレビの発火事故により火災が発生したという事案において、製品の製造者は、製品を設計、製造し流通に置く過程で、製品の危険な性状により利用者が損害を被ることのないよう、その安全性を確保すべき高度の注意義務（安全性確保義務）を負うという前提に立脚し、製造者が、右の義務に違反して安全性に欠ける製品を流通に置き、これによつて製品の利用者が損害を被つた場合には、製造者は利用者に対しその損害を賠償すべき責任、すなわち製造物責任を負うものと解し、右の安全性確保義務は、製造者が、製品の危険な性状により損害を被る可能性のあるすべての者に対して負うべき社会生活上の義務であるから、これに違反したことにより認められる製造物責任は、製造者と利用者との間の契約関係の有無にかかわらず成立する不法行為責任と解すべきものであるとして、発火したテレビの欠陥を認め、過失の推認などの法理によつて家電メーカーの製造物責任を認めたとする裁判例がある（大阪地判平六・三・二九判例時報一四九三号一九頁）。

右に述べてきたように、製造物責任法施行前における製造物責任訴訟においては、被害者に厳し

い立証責任が課せられていたが、製造物に欠陥が認められた場合には、欠陥と損害との間における因果関係について、過失の推認理論が適用され、立証責任の軽減が図られてきたということができ、また、製造業者の不法行為責任を認定するにあたっては、製造物それ自体の欠陥のみならず、製造業者に危険防止措置ないし安全性確保義務を課し、この義務違反をも不法行為責任の認定基準としていた。

しかし、裁判例によっては、被害者に厳しい因果関係の立証を求めたものもあり、裁判所の対応はまちまちであった。そこで、製造物責任立法の必要性が強調されるようになり、平成六年七月一日の立法に結実したのである。

(ハ) 製造物責任法における問題点

次に、製造物責任法の内容に触れておくと、まず、製造物とは、製造または加工された動産のことであり、不動産は含まれない（製造物責任法二条一項）。この意味において、工場量産型の住宅や物置などであっても、建物という取り扱いがなされる建造物については、製造物責任法の枠外に追いやられる。設備の場合には、個々の機械や材料に欠陥があるものと認められる場合には製造物責任の問題となるが、建物の設備それ自体の欠陥ということではその枠外の問題となるであろう。建物の欠陥については、現在では住宅の品質確保の促進等に関する法律があるが、これは住宅の売主や請負人の瑕疵担保責任に関する民法の特別法であり、住宅の欠陥から発生した拡大損害については

問題とならない。また、そもそも住宅に限定されているという点にも問題がある。したがって、この問題については、従来の民法における解釈の問題として引き続き議論されるべきものということになる。

また、欠陥とは、製造物の特性、通常予見される使用形態、製造業者等が製造物を引き渡した時期、その他製造物に係る事情を考慮し、当該製造物が通常有するべき安全性を欠いていることをいう（同条二項）。

更に、製造業者等とは、製造物を業として製造、加工または輸入した者、当該製造物に製造者として氏名、商号、商標その他を表示した者、または、製造業者と誤認するような氏名等を表示した者、製造・加工・輸入または販売その他の状況から、当該製造物に実質的に製造業者と認められるべき氏名等を表示した者である（同条三項）。

製造物の欠陥によって他人の生命、身体または財産を侵害した製造業者等は、これによって発生した損害を賠償する責任を負うが（同法二条、当該製造物のみにおける品質損害・瑕疵損害の責任は負わない（同条但書）。欠陥と損害との因果関係については、これを推定するという規定がないので、被害者に立証責任があることになるが、この考え方を厳格に貫くと、従来の不法行為法における厳格な被害者の立証責任と同様になってしまう、製造物責任法を特別法で立法した意味がなくなる。確かに、前掲したカネミ油症事件のように、従来の裁判例においては、欠陥の存在が証明されれば、過失の存在が推定されるという考え方が採られており、この点については、敢えて立法する

必要はないという考え方もあろう。しかし、特別法は、従来の判例・裁判例あるいは学説といった制定法を補完すべき解釈を立法化するという点においてその意義を有するものというべきであり、この意味において、製造物責任法の立法化に際しても、欠陥（過失）の推定規定を置き、製造業者等から反証のない限り、当該製造物等の欠陥と損害との因果関係の存在を積極的に認めるという意味において、明確に立証責任の転換が図られるべきであったということができる。

また、我が国の製造物責任法には開発危険の抗弁という免責規定があり、製造物の引渡時における科学または技術に関する知見によっては当該製造物の欠陥を認識できなかったこと、または、当該製造物が他の製造物の部品または原材料として使用された場合において、その欠陥が専ら他の製造物の製造業者が行った設計に関する指示に従ったことよって発生し、かつ、その欠陥が発生したことにつき無過失であることを立証した場合には、部品・原材料の製造業者等は免責されるという規定を置いてしまった（同法四条（E）指七条（e）（f）参照）。この意味において、我が国の製造物責任法は無過失責任ではなく、中間責任という実に曖昧かつ被害者にとって不利な、換言すると、製造業者等にとって実に極めて有利な立法を採用してしまった。この立法一つ取ってみても、我が国の立法機関たる国会（特に与党勢力）は、業界の圧力の前に如何に無力であるかということが分かる。学識経験者は、この開発危険の抗弁がたやすく認められることにより、製造物責任法はなきが如きものに帰着するということをもって強力に主張し、政府与党をも動かすべきであった。

最後に、損害賠償請求権の期間制限については、被害者またはその法定代理人が損害及び賠償義

務者を知った時から三年で時効消滅し、製造業者等による製造物の引渡時から一〇年で自然消滅するものとされ(同法五条一項、民法第七二四条よりも除外期間において一〇年短縮されている。また、除外期間については、有害物質の身体への蓄積に係る損害、あるいは、一定の潜伏期間経過後に現れる損害については、これらの損害が発生したときから起算される(同条二項)。

なお、製造物責任法で規定していない事項については、民法が適用されるが(製造物責任法六条、右に概観してきたように、製造物責任法において取り扱う事象は意外と狭い。したがって、今後も、民法の枠内における解釈問題は尽きないように思われる。

三 価格に関する責任

商品の価格は契約当事者が自由に決定するのが市場経済の原理であり、この原理・原則を破壊するような、市場メカニズムの機能を阻害する方法で価格を支配する事業者に対しては、不法行為責任が認められうるといわれている(63)。しかし、一般消費者が、斯様な損害賠償請求を認められるということは容易ではない。価格の変動が経済情勢の変動によるものと認められてしまえば、正当な価格変動であるということになってしまうからである。この点は、石油元売り業者一二社による五回にわたる価格協定に対して、公正取引委員会による独禁法違反という勧告審決が出された後における一連の灯油訴訟において実証されている。

この問題について、判例は、石油元売り業者の違法な価格協定により消費者が被る損害は、当該

価格協定が実施されたために余儀なくされた余計な支出であり、消費者が右損害を被ったことを理由として元売り業者に対しその賠償を請求するためには、当該協定に基づく元売り仕切価格の引き上げが、その卸売価格への転嫁を経て、最終の消費段階における現実の小売価格の上昇をもたらしたという関係があることのほか、かかる協定が実施されなかったとすれば、右現実の小売価格よりも安い小売価格（想定購入価格）が形成されていたといえるということが必要であり、その主張・立証責任は消費者が負担すべきものであるところ、この想定購入価格は、当該協定の実施前後に小売価格形成の前提となる経済条件、市場構造その他の経済的要因等に変動がないときには、協定実施直前の小売価格がこれに該当するものの、協定実施以後、消費者の購入時までの間に小売価格の形成に影響を及ぼすべき顕著な経済的要因の変動があるときには、協定実施直前の小売価格のほか、当該商品の価格形成上の特性及び経済的変動の内容、程度その他の価格形成要因を検討して、これを推計しなければならぬものと解した上で、石油元売り業者が民生用灯油につき元売り仕切価格を値上げする価格協定を実施した当時、原油の値上がり、需要の増加など、灯油について顕著な値上がり要因があり、また、当該価格について価格抑制指導をしていた通商産業省が、その値上げを了承しており、右協定が実施されていなかったとしても、その元売り小売価格は、現実の小売価格と径庭のない状態に至ったであろうと推認され、当該小売段階における価格も現実の小売価格を下げたとは認められないときには、灯油を購入した一般消費者は、右協定の実施によって損害を被ったとはいえないとして、独禁法二五条に基づく損害賠償請求を否定している（最判昭六二・七・二民集

四一卷五号七八五頁。そして、この考え方は、同様の事案（但し、民法第七〇九条に基づく損害賠償請求の事案）におけるその後の判例によって、基本的に維持されている（最判平元・一二・八民集四三卷一一号二二五九頁）。

しかし、右に示した判例が指摘するように、想定価格を消費者側に主張させ、立証させるということは、市場における価格メカニズムを解明することを消費者に負担させるということになり、はなはだ不合理である。これでは、かかる場合における消費者からの損害賠償請求を門前払いするに等しくなってしまう。また、右の二件の訴訟においては、その前提として、公取委の勧告審決が存在しているのであり、更に、独禁法二五条に基づく損害賠償が訴求されたときには、裁判所は、遅滞なく、公取委に同条に規定されている違反行為によって生じた損害額について意見を求めなければならぬのであるから（同法八四条、そもそも、想定価格の立証責任を消費者に課すということは妥当性を欠く。しかしながら、判例は、独禁法八四条所定の公取委の意見は、裁判所が損害の存否、損害額を判断するにあたっての一つの参考資料に過ぎず、裁判所の判断を何ら拘束するものではないと明言している（前掲最判昭六二・七・二））。

だが、これでは、独禁法二五条に基づく損害賠償請求訴訟は殆ど機能しなくなってしまうであろう（64）。現に、最判平元・一二・八には、島谷六郎判事の補足意見と、香川保一判事の意見が付されており、前者は、消費者の被った損害額につき何らかの推定規定を設けることの必要性と、立証責任の重い民法第七〇九条に基づく訴訟よりも独禁法二五条に基づく訴訟を推進することによって

独禁法二五条の目的を達成することの重要性とを指摘し、後者は、独禁法違反の行為による損害賠償については全て独禁法二五条に基づいてのみ請求しうるものとの前提に立脚し、同法八四条一項の公取委の意見聴取の義務付けという法意に則し、公取委の意見を尊重し、当該違反行為が価格値上げ協定である場合には、事業者の反対証明がない限り、最小限その協定による値上げ額相当の損害が違反行為によって発生したものとするのが相当であると主張しているのである。前掲した最判平元・一二・八は、その多数意見よりも、これらの意見のほうが正当かつ合理的である。

したがって、右の香川意見が主張するように、独禁法違反の価格協定がある場合において、勧告審決が存在するときにはもちろんのこと、これが存在しないときであっても、同法八四条一項の公取委の意見を尊重し、この意見については、消費者の立証責任を緩和する証拠能力を与え、事業者の反証が認められない限り、損害賠償請求を認めるべきである。

四 広告関与者の責任

消費者たる顧客と直接に取引の当事者となる事業者の広告、あるいは、間接的に取引関係に立つともいえる製造者（メーカー）の広告によって、顧客との間にトラブルが発生した場合には、当該広告に誇大表示があったか否か、その他、顧客にとって一方的に不利となる契約条件があったか否かなどが問題となり、斯様な状況があったものと認定された場合には、当該事業者やメーカーに業法違反や不法行為の成立が認められる。

それでは、当該広告の作成に携わった者には責任はないのであろうか。これが広告関与者の責任という問題であり、広告の作成者、出演者、広告媒体などの責任が問題となる。

まず、広告媒体の責任に関する事案であるが、公務員共済組合員に配布する「ニュー共済ファミリー」という雑誌に土地の分譲情報を「ニュー共済ファミリー特選分譲地情報」という名称で掲載し、資料を請求してきた顧客を売主に取り次ぐという業務を行っていた会社が、悪質な業者たる売主に会社の名称を使用され、その結果、顧客が当該業者を当該取次会社であると信用し、当該業者が、自己の売主に土地の売買代金を支払わず、そのため、土地の所有権移転登記を受けていないにもかかわらず、顧客に対し、当該土地を取次会社の仲介による優良物件であると偽り、顧客に対する所有権移転登記を経由しえないことを予見しながら顧客と売買契約を締結し、手付金・中間金という名目下で一〇三二万円を詐取したという事案において、当該雑誌は公務員が信頼をおく可能性が極めて高いものと認定し、当該取次会社には、同社を信用し、同社が推薦する業者、物件であるということで取引に入る顧客の信用を裏切らないようにすべき注意義務があるものと解し、当該義務を避けようとする場合には、同社は単に広告を掲載するだけであり、取引については何ら責任を負うものではないということを表示するなどして、顧客がより慎重に取引に臨むように配慮すべきであるとして、当該取次会社につき、右悪質業者とともに、共同不法行為の成立を認めたとする裁判例がある（東京地判昭六〇・六・二七判例時報一一九九号九四頁）。この事案は、情報提供者の責任とすべきものであるかもしれないが、広告それ自体は売主たる業者のものである関係上、媒体の責任と

して、ここに紹介した次第である。

次に、広告といっても、パンフレットや新聞折り込み広告のみならず、映画やショー、あるいは、テレビコマーシャルフィルムなどもあり、これに芸能人や大相撲力士といった有名人が出演していたという事案がある。

まず、値上りの全く期待しえない無価値な土地を利殖目的で販売したとして、その勧誘行為(原野商法)が欺罔行為と認定され、不法行為の成立が認められた不動産会社の広告に、芸能生活の長い有名俳優Tが出演していたという事案において、芸能人が広告に出演する場合において当該広告主の事業内容・商品について如何なる注意・調査義務を負うかは、個別具体的に、当該芸能人の知名度、芸能人としての経歴、広告主の事業の種類、広告内容・程度などを総合して決められるべき問題であるとし、当該芸能人は、芸能生活五〇年の有名俳優・歌手として活躍中の者であり、自己の影響力を認識すべきことはもちろん、広告主の事業に不正があった場合に生ずる損害が多額に上る可能性をも認識し、自分が一人のタレントとして当該会社の単なる情報伝達手段としての役割を演ずるにとどまらず、当該芸能人個人の立場から、当該会社あるいはその取り扱う商品の推薦を行う場合には、その推薦内容を裏付けるに足りる調査を行うべき義務があるものと解した上で、当該芸能人は、当該会社の事業内容を全く調査せずに当該会社の広告映画及びディナーショーに出演し、また、現地案内にも同行したことを認定し、更に、パンフレットにおいて当該会社の役員と個人的なつながりがある旨を記載し、ならびに、当該北海道の土地に対して積極的な評価を加えた上で、

「個人」の立場から当該会社を推薦しているという点を認定して、特に、パンフレットにおける推薦文掲載に関する注意義務違反を重視して、当該会社の不法行為を過失によって幫助したものとして、民法第七一九条二項に基づき、被害者に対して、各損害額の六割を賠償すべき責任があるものと判示した裁判例がある（大阪地判昭六二・三・三〇判例時報二二四〇号三五頁）。

次に、法務局から発行された抵当証券に表象された抵当権の被担保債権を超過していることを知りながら、多額のモーゲージ証券を販売し（多重売り）、一般投資家から資金を集めるという方針で営業を展開し、多くの投資家に損害を与えたために、この取引が詐欺的商法と認定され、不法行為の成立が認められた抵当証券会社の新聞折り込み広告及びテレビコマーションフィルムに、大相撲の現役大関力士Kが出演していたという事案において、折り込み広告に使用されたスチール写真はコマーションフィルム撮影の合間に撮影されたものが本人の承諾なくして使用されたものであり、また、当該広告が出された当時、音楽出版会社を通じて、今後は使用しないよう嚴重に抗議している関係上、詐欺行為の幫助に該当せず、テレビコマーションフィルムへの出演については、当該抵当証券会社及びその取り扱う商品に対する投資家の信頼を高める結果になったことは否定しえないと解しつつも、モーゲージ証券の多重売りという詐欺的取引を行っていたことを認識していたといえないとして、詐欺行為の幫助には該当しないと判示し、更に、過失の有無については、テレビ放映を前提とした広告に出演する者には、当該広告の視聴者が当該出演者の知名度、経験等を信用し、その推賞する業者・商品であるということを一つの動機として取り引きした場合に、顧客が損

害を蒙る危険性を予見しうる場合には、当該広告への出演を回避すべき義務を負うものと解し、また、右予見義務及びこれを前提とする出演回避義務の程度・範囲については、個別具体的に、広告主の事業の種類、広告対象となる商品等の種類、広告の内容、出演者の知名度、経歴、広告作成過程における出演者の果たしうる主体性の程度、出演者が広告によって得る利益の多寡などを総合して決すべきものと解した上で、当該力士K自身は当該会社の業務内容及び広告対象商品に関して何ら調査をしていないが、広告対象となった抵当証券は、正常な取引を行えば、顧客に損害を与えうる危険な商品ではなく、また、広告出演当時には、悪質な業者の存在が一般に認識されておらず、更に、出演交渉においても、当該力士Kは主体的な役割を果たしておらず、専ら、企画担当会社というのがまさに演じていたに過ぎないのであり、更にまた、当該コマーシャルフィルムについても、K本人が、その信念、経験に照らして個人として具体的に当該抵当証券会社ないしその取り扱う抵当証券を推奨する内容のものではないこと、コマーシャルフィルム作成に関して八八〇万円を受領しているが、大相撲力士の出演料としては特別に高額であるとはいえないことなどを総合判断した結果、当該抵当証券会社の不法行為について予見することは極めて困難であり、当該力士に広告への出演回避義務が発生していたとはいえないとして、力士Kの過失責任さえ否定したという裁判例がある（東京地判平六・七・二五判例時報一五〇九号三二頁）。

右に示してきた裁判例において、注意義務違反による不法行為責任が肯定される場合というのは、要するに、広告への主体的関与があるか否かによって決定されているように見える。広告を雑誌に

掲載させ、業者への紹介業務を行っていた会社には、主体的な関与が認められ、また、パンフレットに推薦文を掲載した芸能人にも、同様な主体的関与が認められる。しかし、折り込み広告に写真を無断で使用され、また、主演したテレビコマーシャルフィルムにおいても、作成されたシナリオどおりに演じたに過ぎない場合には、広告への主体的な関与がない。ただ、この場合でも、パンフレットの事案のように、推賞した言葉を自らの責任で考案したというときには、主体的関与が認められ、不法行為責任が認められるであろう。

五 情報提供者の責任

(一) 勧誘行為における情報提供義務

(イ) 義務違反を肯定した事案

まず、商品先物取引会社の外務員が、先物取引につき全くの素人である顧客に対し、損失が出る場合があるもの、今なら輸入大豆の先物取引に七〇〇万円投資すれば、一ヶ月の間に五〇〇万円の利益が上がるという話を持ちかけ、顧客は、損を覚悟で積極的に利益を図る意欲を有していなかったが、当該会社に出資をしておけば、悪い結果にはならないであろうという受け身の姿勢で商品先物取引の委託契約を締結し、最終的には一、四〇〇万円の委託証拠金を預託したところ、当該外務員が商品の買付と売付とを同時に行う両建て取引を行っていたので、相場の上昇傾向に伴い、買立て玉に利益が出る一方で、売立て玉に多大な損失が出てしまい、その結果、顧客が委託証拠金の

半を失う損害を受けたという事案において、商品先物取引は投機性の高い経済行為であり、時として多額の差損金が発生するという危険があるので、商品取引を扱う能力に欠けると思われる者を無理に取引に誘い込むことは避けるべきであり、先物取引の受託者は、委託者側の事情を考慮して、委託者に損失発生危険の有無・程度の判断を誤らせないように配慮すべき注意義務を負うものであると論じた上で、当該外務員が売立て玉の損失に関し、顧客に説明せず、適切な助言もしなかったという点につき、当該外務員に期待された責務を果たさなかったとして、信義則上の注意義務違反を認定し、不法行為に基づく損害賠償請求を認めたという裁判例がある（大阪地判昭六一・五・三〇判例タイムズ六一六号九一頁（公社の使用者責任及び外務員の一般不法行為責任を認定した事案））。

次に、変額保険の勧誘に際して、勧誘外務員が、変額保険の仕組みを記載したパンフレットや契約のしおり等を交付せず、単に利率が変動するとか、解約時における払戻金が変わるなどといった説明をしたにとどまり、変額保険の特殊性や危険性について十分な説明をせず、変額保険が米国における一七年間の実績において年一四パーセントの運用実績があり、少なくとも年七パーセントの利益を上げるとの所属会社の見解を信じた上で、その高収益性を強調し、将来の利回りを保証したり、解約時における解約払戻金との差額金の支払いを約束し、その旨の文書を交付したりするなどして、顧客を信用させた上で契約を締結させた結果、約九六万円の損失（一、五〇〇万円の払い込み後、解約時の返戻金が一、四一四万円余）を蒙らせたという事案において、行き過ぎた勧誘行為であると

して、不法行為責任を認めたという裁判例がある（東京地判平五・六・三〇判例タイムズ八五九号 三三九頁（但し、本件の控訴審である後掲東京高判平六・一・二七では不法行為責任を否定した））。

同様に、変額保険の勧誘に際して、勧誘外務員が、顧客にパンフレットを交付し、変額保険の仕組みにつき、株式の運用実績によつて保険金額及び解約返戻金が上下するものであるという簡単な説明をしただけで、詳細な説明をせず、また、契約締結時において、既に運用実績は芳しくなかったにもかかわらず（締約前年末加入にかかる変額保険の運用実績は締約年末時点でマイナス四・七パーセント、翌年三月末時点で〇・八パーセントであることから、このことが推認される）、運用実績が九パーセントを下回ることはないと断定的判断を提供した結果、顧客に損害を与えたという事案において、募集人は、変額保険の募集にあたり、顧客に対し、変額保険に対する誤解から生ずべき損害発生を防止するため、変額保険が定額保険とは著しくその性格を異にし、高収益性を追求する危険性の高い運用を行うものであり、かつ、保険契約者がその投資リスクを負い、自己責任の原則が働くことを説明すべき法的義務が信義則上要求されているものというべきであると、客観的にみて、この理解されるに十分な説明がなされていないければ、変額保険募集時に要請される説明義務を尽くしていないものというべきであるとして、当該外務員の説明義務違反を認定し、当該外務員につき民法第七〇九条に基づく損害賠償責任を認め、その所属会社につき民法第七一五条に基づく損害賠償責任を認めたという判例がある（最判平八・一〇・二八金融法務事情一四六九号四九頁（顧客側に株式投資の経験があったこと、運用実績による保険給付額の増減のあることを概略的に説明したこと、加入にあたり顧客側が十分な検討をしていない

という点に過失のあることを認定し、顧客に過失相殺六割の負担を命じた同旨の原審判決（東京高判平八・一・三〇判例タイムズ九二二号二四七頁）を肯定したもの）。

次に、ワラント取引の勧誘に際して、営業担当者が、株式に比べて価格変動が激しく、株が少しでも上がれば大きく儲かるものの、その代わり、少しでも下がれば大きく損をすることもあり、権利の売買である関係上、最終的には、その権利がなくなつた場合、投資したものがゼロになつてしまふ可能性がある旨を説明したが、この説明は、難聴で、ワラント取引に消極的な顧客（但し、株式取引の経験はある）に対し、主として電話による口頭での説明となつており、しかも、日本証券業協会の会員に遵守が義務付けられている説明書の事前交付も確認書の徴求も怠つており、権利行使価格の説明もされなかつたという事案において、株式市況の状況や自身の株価の動向については、株式取引経験のある顧客の側で必要な情報を収集し、その自主的な判断形成が期待されるべきものと解しつつも、当該ワラントの権利行使価格を知らなければ、ワラント取引と株式取引との損得計算さへできない関係上、右の場合には、当該営業担当者は、顧客の職業、年齢、証券取引に関する知識、経験等に照らして、ワラント取引による利益やリスクに関する確かな情報の提供や説明を行い、顧客がワラントに関する正しい理解を形成した上で、その自主的な判断に基づいてワラント取引を行うか否かを決することができるように配慮すべき信義則上の説明義務に違反するものと判示して、営業担当者につき民法第七〇九条に基づく不法行為の成立を認め、証券会社につき同法第七一五条に基づく使用者責任を認めたとする裁判例がある（前掲東京高判平八・一一・二七「顧客が証券会社から送付

された取引説明書を速やかに読まなかったこと、また、以前三〇〇万円儲けさせて貰ったので、ワラントで三七〇万円くらい損をしても仕方がないといった投げやりな気持ちが寄与していたことも認定し、顧客に過失割合三割の過失相殺を認めたケース)。また同様に、ワラント取引の勧誘に際して、営業担当者が、株式取引の経験有する顧客に対し、権利行使価格が購入時の株価を大きく上回っており（株価が権利行使価格を下回るマイナスパリティ）「マイナス理論価格」の状況、権利行使期間が三年前後という損失の危険性の高いワラントの買付を勧め、しかも、ワラントの意義・危険性につき十分に説明していなかったという事案において、斯様な勧誘を著しく不適切かつ違法性の極めて強いものと認定し、証券会社の営業担当者につき民法第七〇九条に基づく不法行為の成立を認め、証券会社にも同法第七一五条に基づく使用者責任を認めた裁判例がある（前掲大阪高判平九・六・二四）。

右に示してきたように、勧誘者に信義則上の説明義務違反を肯定した上で不法行為の成立を認めた判例及び裁判例は、まず、顧客が当該取引に関して素人であった場合には、勧誘者に適切な助言義務といった強度の説明義務を課しており、次に、顧客が当該取引に関して素人であったとしても、株式取引経験があった場合には、自主的な判断による自己責任という構成を採るものの、ワラントといった危険性の極めて高い取引については、営業担当者につき、他の取引よりも高度の情報提供・説明義務を課しているものと解することができる。確かに、先物取引やワラント取引については、非常に危険性の高い金融商品であり、高度の説明義務が課されてもそれなりの理由があるが、変額

保険については、設計書等に示された株式等の運用実績に誇大広告的な点がなければ、本来的に、自己責任の原則が働くべきであり、不法行為責任が認められた事案は、詐欺的な要素があったからに他ならないものと思量する。

また、右に示した裁判例は、いずれも信義則上の説明義務違反による損害についても、債務不履行構成を採らず、不法行為責任構成を採っているという点に特徴があるといえよう。

(ロ) 義務違反を否定した事案

まず、前掲東京地判平五・六・三〇の事案において、勧誘外務員は、米国における一七年間の実績において年一四パーセントの運用実績があり、少なくとも年七パーセントの利益を上げるとの所属会社の見解を信じ、その合理的な理由の下に本件保証に掲げる見込みを確実なものとした上で本件保証に及んだものであり、運用見込みを下回る結果が出るといことはおよそ考慮になかったものと解した上で、顧客は、最終的には自己の才覚に基づき、本件変額保険契約を締結したものであるから、見込みを下回る結果になった場合の危険は顧客が自ら負担するという意思の下に右締約行為をしたものであるとして、損害の填補を請求することはできないと判示して、原審判決を破棄し、不法行為に基づく損害賠償請求を棄却したという裁判例がある(東京高判平六・一・二七判例タイムズ八五四号七四頁)。

次に、同じく変額保険の勧誘に際して、勧誘外務員が変額保険契約の概要説明書たる「設計書」

及び変額保険の特徴と仕組みや保険約款等の記載された「しおり」を交付し、元本保証制度はなく、特別勘定の資産運用実績がゼロパーセントの場合には解約返戻金が払込保険料を下回るということを説明し、元本割れの可能性をも示唆したという事案において、このような場合には、当該外務員には説明義務違反はなく、顧客が金融商品の性格に関して特に詳しい知識を持ち合わせていなかったとしても、契約締結に際して必要な知識を得ており、当該勧誘行為が顧客の正確な判断を妨げたとはいえないこと、また、設計書を通読し、外務員の説明を受ければ、顧客の地位、財産、知的能力等からみて、顧客は変額保険の特質及び資金運用の仕組みを容易に理解しえたこと、更に、契約締結当時、株価の急落等により、その運用が既にマイナスに転じている保険会社があつたにもかかわらず、これを顧客に告げず、設計書においても運用実績がマイナスとなる場合の例示をせず、却つて、高い運用益が期待されることを強調しているように見えたとしても、当該保険会社及びその他の会社においては、なお相当の運用利回りを確保していたこと、更にまた、所謂バブル経済の破綻を予測することが必ずしも期待されなかつた当時の情勢を鑑みれば、当該外務員が必要な説明を欠いたとはいえないことなどを認定し、当該勧誘行為は保険募集の取締に関する法律に違反せず、不法行為は成立しないものと判示した判例がある（最判平八・九・二六金融法務事情一四六九号四九頁 同旨の原審判決（大阪高判平七・二・二八判例タイムズ八九七号一五〇頁）を肯定したもの）。

更に、ワラント取引の勧誘にあたり、顧客がワラントについて十分理解しており、各種情報や説明を得て主導的に購入していたという事案において、顧客がワラントの価格に関する情報を把握し

ているか、容易に把握することができたという状況にあり、権利行使期間についても、取引の都度知らされており、当該期間経過後は無価値となるということも十分認識しており、営業担当者も手持ちワラントの価格を伝え、売却方のアドバイスをしていたという場合には、このような投資者は、自己の判断と責任で取引を行うべきものであるとの理由から、証券会社が顧客たる投資者に対し、その購入した商品の価格等の情報を提供し、あるいは、手仕舞いを勧告すべき義務を負担する根拠はないものと解し、ワラント取引であるとしても同様であると判示した裁判例がある（大阪高判平七・九・二二判例時報一五六六号三九頁）。

右に示してきたように、信義則上の説明義務違反を否定した事案は、いずれも自主的判断による自己責任の原則を重視した結果であるものと思われる。ただ、東京高判平六・一・二七の変額保険の事案については、会社側の運用実績の見込み違いによる顧客の損失であるにもかかわらず、これを予見しがたい株価の急落に起因しているものとして、勧誘員のみならず、会社の責任も否定してしまっているという点は妥当性を欠く。斯様な見込み違いを顧客の自己責任とすることは責任の転嫁に他ならないからである。右東京高裁判決の事案とその直後に示した最判平八・九・二六の事案とを比較すると、前者の説明義務違反は明らかであろう。

また、ワラント取引においても、顧客が当該取引につきプロの投資家と比べても見劣りしないような者の場合には、営業担当者の情報提供・説明義務も若干緩和されているように思われる。要するに、自己責任の原則が働く場合とは、勧誘者が説明義務を尽くしたか、あるいは、顧客と勧誘者

が互角であるようなときであるということが出来る。

最後に、自動車保険における特約事項、特に、二六歳未満担保特約に關して告知義務違反が争われたという事案がある。この問題について、裁判例は、当該特約は保険契約の内容として担保範囲を著しく縮小させる重要事項に該当し、保険会社には募集時にその告知義務があるものと解しつても、その告知方法には文書と口頭とがあるが、それぞれ長所・短所があり、いずれによるべきものとはいえず、また、両者を併用しなければならぬともいえないと解し、保険契約の更新に際して、保険会社代理店から、継続案内としての通知葉書に「26歳未満担保」あるいは「26サイミマンフタンポ」と印字されていたという場合には、いずれも不明瞭な点はないものと判示している（東京地判昭五七・三・二五判例タイムズ四七三三号二四三頁、東京高判平三・六・六判例タイムズ七六七号二三六頁〔保険申込者が契約につき任意に意欲決定をなしうる程度に認識、理解させるのに相当な方法、態様、程度による告知で足りるといふ〕。また、顧客の家族構成に変化があつたとしても、更新に際して如何なる契約を締結するかは、保険契約者自身が必要に応じて自らの意思で決定すべき事柄であり、代理店には特約を外すように助言すべき義務はないものと判示している（前掲東京高判平二・六・六（65））。

結局、右に示してきたように、自己決定・自己責任の範囲内にあるとみて差し支えないような状況にあるときには、業者の情報提供義務・説明義務は緩和され、義務違反に基づく不法行為の成立範囲も狭められるものと解することができる。

(二) 信用情報提供者

次に、信用情報提供者が誤った情報を提供したために、当該情報の本人が信用取引を行えなくなる場合があるが、この場合には、情報提供者に不法行為が成立するのかわという問題がある。この問題については、肯定例と否定例がある。

まず、肯定例は、会社の代表取締役が破産宣告を受けているとの誤情報が登録されたため、この情報を受けた信販会社等からの情報により、機器備品会社や自動車販売会社などから信用取引を断られたとして、信用情報提供機関に対し、新聞への謝罪広告の掲載と損害賠償を請求したという事案において、訴え提起を契機として新聞各紙に本件が報道されたことよって、既に名誉は回復されたとして、謝罪広告の掲載請求は認めなかったものの、誤情報の流布行為は個々人の経済活動に致命傷を与えかねないものであり、信用に基礎を置く取引社会を根本から覆すおそれのあるものであって、この責任は重大であるとして、不法行為の成立を認め、精神的苦痛に対する慰藉料として、二〇〇万円の支払いを命じたという裁判例がある（大阪地判平二・五・二判例時報一三五九号八八頁）。

次に、否定例は、クレジット契約によつて発生した信用情報を信用情報機関に登録することに同意する旨の特約により、信販会社が信用情報センターに情報を提供したが、当該信販会社が、クレジット契約の相手方に延滞の事実がないにもかかわらず、「延滞後完済」という誤情報を信用情報センターに提供したため、これが登録され、その後、当該相手方が別のクレジット契約の申込みをし

たところ、これが断られたので、当該相手方が信販会社と信用情報センターを相手取って損害賠償を請求したという事案において、信販会社には信用情報センターに信用情報を提供するにあたり、信義則上、正確を期し、相手方の信用を損なわないように配慮すべき保護義務があるものと認定し、信販会社に保護義務違反に基づく債務不履行（不実履行）責任を認め、信用情報センターについては、消費者に不利益な事故情報が登録される際には当該消費者にその旨連絡する必要性を認定しつつも、同センターにおける事故情報の登録数が月に三万から八万件もあり、全銀協の月三、〇〇〇件と比較して膨大な数であること、同センターは、情報の正確性を確保するため、①会員から報告された情報を任意に抽出し、同センターの登録基準に合致していない情報（事故情報を指しているものと思われる〔筆者註〕）については、他の情報と一緒に会員に返還し、確認させていること、②長期間登録されている情報については、年に一回報告した会員に調査させていること、③情報を一般に開示しているという方法をとっていることなどを認定し、これらの理由から、消費者に不利益な情報が登録された場合でも、当該消費者に対してその旨を通知すべき義務があるとはいえないとして、不法行為の成立を認めなかったという裁判例がある（大阪地判平一・七・二三判例時報一三六二号九七頁）。

右二件の裁判例のうち、前者は情報提供機関の不法行為責任を肯定し、後者はこれを否定したものであり、まさに正反対の結果が現れている。事案としては、前者が「破産」の誤情報であり、後者が「延滞後完済」のそれであって、前者のほうが誤情報としては重大であるが、誤情報を受けた

側から信用取引を断られるという意味において、両者は同一レベルの問題であるということもできる。消費者保護という観点からみれば、所謂「事故情報」の登録にあたっては、被登録者に対する確認義務、登録のための提供者における確認義務など、方法はいくらでもあるはずである。登録件数が多いなどということは理由にはならない。したがって、後者の裁判例は妥当性を欠くものである。

六 資金提供者の責任

まず、変額保険の勧誘にあたり、保険証券を担保として掛け金を全額融資する目的で、銀行員が保険会社の社員と同行し、同社員に説明させた結果、不十分な説明のため、投資に関して素人に近い顧客が解約返戻金額の元本割れを認識することができず、また、当初銀行員が同社員と同行する前に、「損はしない。儲かりますよ」「掛け金は全額融資します」「節税にもなります」などと説明していたため、顧客が変額保険では利益が上がるだけで損害は生じないものだという誤解をしており、更に、銀行員でさえ同社員の説明を聞いているうち、変額保険にはリスクがあるが、それがどの程度のものであるかが理解できず、また、長期的な変動が心に残ったが、短期的な変動については特に意識しなかったという程度しか理解していなかったという事案において、裁判例は、保険会社の社員には、信義則上、金融商品の仕組み・内容について説明すべき義務があるものと解し、解約返戻金の元本割れの危険について一般論を説明したに過ぎず、誤解がないかを確認した形跡もない場合

には、説明不足が明らかであり、この点に過失があるとして、不法行為の成立を認め、また、保険契約と融資契約とは別個の契約であることから、銀行員には保険に関する積極的な説明義務はないものの、保険会社の社員による説明によつて顧客が誤解しているときにはその誤解を解くための説明を自ら行うか、同社員に再度の正確な説明を促すべき消極的な説明義務を負うものと解し、これを行わなかった銀行員には過失があるとして、不法行為の成立を認めたものがある（大阪地塚支判令七・九・八判例時報一五五九号六三頁〔保険会社と銀行の双方につき、民法第七一五条の使用責任を認めたケース〕。しかし、控訴審である大阪高判令八・一二・五判例時報一六〇五号五七頁では、原告の経営者としての地位、銀行取引の経験、年齢、経歴等からみて、パンフレットの閲読により、変額保険のリスクを知りえたはずであるとして、保険会社側の説明義務違反を否定し、また、銀行側には保険契約に関する説明義務はないとして、銀行の義務違反も否定した。

しかし、保険会社がパンフレット、設計書および相続税対策のシミュレーション表を顧客に交付したものの、その説明をしていなかったという事案においては、保険会社の不法行為責任を認められたものの、銀行は自らが積極的に変額保険の勧誘を行ったり、説明の主要部分を担当していたといった、その果たした役割、関与の程度が重要であるような特段の事情のない限り、一般的には融資についての説明をすれば足り、それ以上に変額保険についての具体的な説明をする義務はないとして、銀行の責任を否定した裁判例がある（東京地判令八・七・一〇判例時報一五七六号六一頁）。

右に示した裁判例は、いずれも、契約締結過程における過失といった契約責任構成が一般的な理解であると思われるが、この点を不法行為構成で論じたものである。

次に、別荘地が造成できる見通しも立たず、利用可能性も換金可能性も殆どない土地につき、五年後には二倍ないし三倍に値上がりするなどという虚偽の事実を告げ、また、有名な地方銀行が提携ローンを組んでいることをも顧客に告げ、銀行の社会的信用を利用し、顧客の警戒心を解かせて販売活動を展開していたという原野商法事件において、当該土地開発計画が既に失敗し、当初の不動産会社が破産しており、その社員によつて設立された会社が当該計画を引き継いだということを当該銀行が知っており、また、当該銀行は、当該宅地造成前の素地の時価を認識し、抵当権の実行さえ見合わせており、更に、当該開発計画がオイルショックによつて挫折し、別荘地の需要が回復することは容易に見込めないという状況が続いていること、更にまた、当該開発に資金を投入しても容易に成果が上がらないということをも十分認識していながら、本件土地購入に限定した提携ローンを用意し、本件土地の抵当設定に際して、当該時価を知っていながら、不当に高額評価を施して、顧客に本件各土地の価値を誤らせる原因を作り、当該不動産会社が不当に高額な値段で販売しているということも知っていたとして、銀行は顧客が損害を被るといふ結果発生を防止すべき高度の注意義務を負っていたにもかかわらず、この義務に違反し、提携ローンの締結、杜撰な担保評価などによつて顧客に土地の購入に関する判断を誤らせるような行爲に出たという点に重大な過失があるとして、銀行に不動産会社との共同不法行爲を認めたといい裁判例がある(名古屋地判平六・九・二六金融法務事情一四〇三号三〇頁)。また、資金提供者ではないが、原野商法業者であることを予見しつつ、当該業者に山林・原野を供給した不動産業者につき、原野商法を過失によつて幫助したと

して、供給業者に不法行為責任を認めたという裁判例もある（大阪地判平六・四・三判例時報一五二九号一〇二頁）。

原野商法は、そもそも詐欺的な販売活動であり、詐欺が認定されない場合であっても、顧客に損害が発生する以上、不法行為が成立するという性質の事案である。右の裁判例のうち、前者は、銀行には共同不法行為の共謀は認められないとしながらも、顧客に対し、高度な注意義務があり、これに違反したという義務違反を認定しつつ、共同不法行為の成立を認めたものであり、契約責任構成を不法行為構成に持ち込んだものということができるが、後者は、幫助による共同不法行為への加担と認め、端的に不法行為構成を採っている。

このように、消費者契約と不法行為との関係は、この分野においても密接に結びついている。契約責任と不法行為責任とを如何にして理論立てて両立させるかという問題はあるが、関連分野であるということ、損害賠償責任という効果を同じくすることから、現時点においては、根拠を共有しているものと解することができる。

第三項 消費者契約法と不法行為法との関係

本節においては、消費者契約と不法行為責任は結び付くのかという問題提起の下で、事業者と消費者との間において契約関係がある場合においては、契約上の債務不履行、信義則上の義務違反と

いった契約責任による損害賠償という問題のみならず、たとえば、詐欺・強迫といった契約の取消原因あるいは公序良俗違反といった契約の無効原因になるような行為と認定されない場合でも、当該契約によって消費者が損害を被った場合には、端的に事業者の故意・過失に起因する不法行為責任を認定し、消費者の損害賠償請求を認めるといった救済が必要になる場合があるものと解し、これらを従来の裁判例に基づいて検証してきた次第である。

従来の理解によると、契約関係が存在する場合には契約責任、契約関係が存在しない場合には不法行為責任という構成が一般的であるが、経済が高度に発達した今日の資本主義経済社会においては、益々複雑な事案が多くなり、とても従来の大きな枠組みでは納めきれなくなってきた。そこで、契約責任と不法行為責任との相互利用というか、相互の枠組みを拡張する動きが顕著になってきたといえることができる。当事者間に契約関係がある場合においても、義務違反による不法行為を成立させるという理論構成は、まさに斯様な理論の進展に伴うものと解することができる。

また、不法行為というと、故意または過失という違法性が必要となり、刑法犯の要件とリンクしているようにも見えるので、詐欺罪または脅迫罪の要件を満たさないと、民法上の不法行為も成立しないように思われてしまうことがよくある。しかし、刑法犯の場合には、国家による刑罰という厳格な処分行為である関係上、犯罪の成立にあたってはできるだけ慎重な態度で臨む必要がある、そのため、刑法上の要件のほうが重くなる。それゆえ、刑法上の詐欺罪や脅迫罪に該当しなくとも、被害者には当該行為による損害が発生している場合が多いので、故意または過失によって損害が発

生しているときには、他に違法性や責任を阻却する事由がない限り、不法行為の成立を認め、加害者に損害賠償責任を負わせるという態度が必要となる。この意味において、刑法の犯罪行為と民法の不法行為の成立要件は、形式的には同様であるが、その適用という点において異なるものということが出来る。したがって、民法第七〇九条以下の要件に該当する事実があるときには、不法行為責任を広く認めて差し支えないし、常に被害者保護という観点に立つて、これを認定する必要があるのである。

右に述べてきたような状況において、消費者契約法が立法されたわけであるが、これまで論じてきたところから、既に明らかのように、同法の内容は、消費者契約の取消・契約条項の無効という措置を執るものであった。そうすると、法律上の効果という点においては、消費者契約法と不法行為法とは直接関係がないということになる。しかし、これまで論じてきた裁判例の内容をみる限りにおいては、契約の勧誘方法の不当なものや、勧誘時における説明義務違反という類型が目白押しであり、これらを理由とする不法行為責任を認めた裁判例が数多く存在していた。つまり、これらの類型を簡単に表現すると、不当勧誘による「困惑」や、説明義務違反による「誤認」の末に消費者契約を締結し、その結果、消費者が損害を被ったということになる。消費者契約法は、このような場合には、契約関係を存続させないという方向を採り、同法四条各号に具体的な例を掲げた上で、消費者に契約取消権を広く認めようとするものである。同法四条に具体的な類型を掲げたということ、これまで裁判例に現れた事案をここに集約したということもできる。したがって、消費者契

約法の立法に際しては、不法行為法の考え方が採り入れられているものということが出来る。

次に、消費者契約法は、前述したように、事業者と消費者とをできるだけ平等に取り扱いたいという願望の下に起草されており、つまり、消費者を市場経済の中に取り込み、自己決定・自己責任の枠内に置くという考え方がその根底に横たわっている。それは、同法三条において、消費者契約を締結するに際して、事業者の情報提供努力義務(二項)のみならず、消費者の契約内容を理解すべき努力義務(二項)が規定されていることから明らかである。しかし、この消費者の努力義務が一体何を意味しているのかは明らかではない。立法の中心に位置する落合誠一教授によると、同条一項の事業者の努力義務は「努めなければならぬ」であり、同条二項の消費者の努力義務は「努めるものとする」であって、後者の努力義務は前者に比して従たる位置づけを持つに過ぎず、消費者の努力義務違反による法的サンクションの問題が生ずることは、現実には殆どないものと解されているが(66)、果たしてそうであろうか。

これまで分析してきた裁判例によると、消費者に過失を認め、過失相殺を認定したという裁判例が意外と多いということが分かる。しかしながら、交通事故ならいざ知らず、契約交渉過程における過失を事業者のみならず、消費者にも認定するということは、例外中の例外とすべきである。つまり、十分な交渉力を持ち、勧誘員にも負けず劣らずの勢いで契約交渉におけるイニシアティブを取っていたという消費者であれば、もはや同人は消費者扱いではなく、プロ扱いでよいのである。しかし、その分野において取引の経験があったという程度で消費者の過失相殺を認定していたので

は、事業者寄りの判断と思われる。それでもまだ加害者との相対的な関係から過失相殺を認定するのであれば、過失相殺制度の枠内で処理されるものとして、妥当性を判断することはできる。しかし、それ以外の主観的要素を過失相殺制度に採り入れるということは妥当性を欠くというか、むしろ制度の意味を取り違えているといっても過言ではない。ましてや、このたびの立法により、消費者の契約内容理解に関する努力義務が法定されたという点を看過することはできないであろう(67)。法律ができた以上、これが使われないという保証はどこにも存在せず、むしろ、積極的に活用される可能性ないし危険性さえ存在しうるのである。この点は、消費者の過失相殺を広く認定してきた従来の不法行為裁判例に関する理解が十分に活かされるところである。

右に述べてきたように、消費者の努力義務違反が過失相殺の認定根拠として採用される可能性があるという意味において、消費者契約法と不法行為法とは、実は直接的にも関係があるということができる。

消費者契約法と不法行為法とは、その効果面における相違から、一般的にはあまり関係がないものと解されがちであるが、実は両者には深い関係があり、その関係は、第一に、前者における不当な契約勧誘方法の類型化(消費契約四条)に際して、後者において蓄積された判例及び裁判例に現れた事案が類型化されたという点において、その要件面における関連性があり、第二に、消費者契約法が消費者に努力義務を課したという点において(同法三条、同法の解釈という点においても、まさに不法行為法と直接関係するものなのである。本節においては、この点を検証するために、消費

者契約と不法行為という問題に関する数多くの判例及び裁判例、あるいは、学説における理論を引き合いに出しつつ詳細に論じてきた次第である。

註(62) この問題に関する以下の責任類型の分類については、大村・前掲書(前掲註〔2〕)二〇五頁以下を参考とした。

註(63) 大村・前掲書(前掲註〔2〕)二〇六頁参照。例えば、売主については、不当な高価格による暴利行為が認定されれば、不法行為が成立し、メーカーについては、価格カルテルにより、本来あるべき価格よりも不当に高い価格で購入させられたという場合には、独禁法二五条による損害賠償請求(無過失責任)が可能である。この点については、大村・前掲書(前掲註〔2〕)一六五頁参照。

註(64) 大村・前掲書(前掲註〔2〕)二六三頁も同様の批判を行い、最高裁の判断には批判が強いと主張している。

註(65) ただ、本裁判例においては、代理店が家族構成の変化を知っていたものの、契約車両の運転は専ら契約者が行っていたという状況にあり、代理店は、長女は既に他所に居住し、長男はいつもバイクに乗っていたということだけを現認していたという状況の下では、特約の存在に関する説明義務・告知義務が通常より厳しく要求されるような特段の事情があったとはいえないと判示しているので、家族構成の変化を熟知していたという場合には、告知義務違反が認められた可能性はあるものといえよう。

註(66) 落合・前掲書(前掲註〔1〕)六七―六八頁。

註(67) 消費者契約法三条二項が過失相殺の認定に際して適用されうるという点に憂慮を示すものとして、窪田充見「消費者契約法と不法行為」ジュリスト二二〇〇号(二〇〇一年)七七頁(八二頁)がある。

第三節 結語

以上のように、消費者契約法をめぐる論点は多岐にわたり、契約法のみならず、不法行為の領域における問題にも関係するものであった。消費者は、日常生活上、常に事業者と向かい合つて生活しており、生活の中に契約が入り込んでいるといつてもよいくらいである。また、平穩な生活の中に悪質な業者が割り込んできて、平穩な生活が一変して地獄の生活になってしまうというケースも世の中には多い。消費者契約法は、このような消費者と事業者との間におけるトラブルを解決するために必要不可欠な法制度として制定され施行されたものである。

ただ、これまで論じてきたように、この法律には問題点も多かった。これで本当に問題は解決されるのかといった疑問符が飛び出してくるような点もあった。悪質な業者のみならず、正常な事業者との間におけるトラブルも数多いのである。消費者契約法が、本当に、消費者にとつて防護服となり、そして、あるべき紛争処理に資するののかということは、今後の課題として、同法の適用を見守りたいと思う。消費者契約法の適切な適用を願ひ、そして、不適切な箇所は速やかに改正されることを願つて、本稿を締めくくることがとする。

(二〇〇二年二月二十八日稿)