慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	ブラジル消費者保護法典におけるマーケティング規制の背景：集団的利益(interesse difuso)を考慮した「勧誘」概念の構築に向けて
Sub Title	O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e seu controle jurídico do Marketing : Sua noçâo de "Práticas Comerciais" visando à proteçâo de interesse difuso na tutela dos consumidores
Author	前田, 美千代(Maeda, Michiyo)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2008
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.81, No.3 (2008. 3) ,p.33- 90
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20080328-0033

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

ブラジル消費者保護法典におけるマーケティング規制の背景

——集団的利益（interesse difuso）を考慮した「勧誘」概念の構築に向けて——

前田美千代

一　はじめに
1　問題の所在
2　本稿の目的
二　取引行為（Práticas Comerciais）の意義と範囲
1　消費社会（sociedade de consumo）
2　取引行為（Práticas Comerciais）の意義
3　消費社会における取引行為の機能
三　マーケティング（*Marketing*）
1　取引行為の一類型としてのマーケティング
2　マーケティングの概念
3　マーケティングの主な二特性——広告及び販売促進——
4　小括
四　結びに代えて——日本法への示唆——
1　取引行為の範囲とその背景——取引の大量性と消費者の匿名性——
2　消費者の満足と情報（a *satisfação* e a *informação* do consumidor）の保障
3　民事責任の行方——今後の課題——

一　はじめに

1　問題の所在

(一)「勧誘」の意義

「勧誘」とは、一般的に、「すすめさそうこと」であると定義される。[1] この「勧誘」という用語は、今日、わが国の消費者関係法令において、その条文中で使用される文言として定着し、[2] 一定の法的意義を有する概念であると考えられる。

「勧誘」概念をめぐっては、[3] わが国では、消費者契約法三条・四条にいう「勧誘をするに際し」の意義につき、「勧誘」とは、特定の消費者に対して直接に契約の締結を勧める行為のほか、「広告」等[4]の不特定多数人に向けられた行為も含む概念であるのかが問題とされている。[5]

この点、消費者契約法の準備作業において中心的役割を果たした経済企画庁（現内閣府）は消極に解し、「勧誘」に「広告」は含まれないとする。[6] すなわち、ここにいう「勧誘」とは、特定の者に向けた勧誘行為に限定され、不特定多数向けのものなど、客観的にみて特定の消費者に働きかけ、[7] 個別の契約締結の意思形成に直接に影響を与えていると考えられない場合には「勧誘」に該当しない。これに対し、積極説は、[8]「勧誘」を、事業者が消費者に対し契約締結の意思表示をさせようとする一切の働きかけをいうと定義した上で、勧誘方法・手段も、[9] 勧誘の相手方が特定されているか否かも問わないとする。

同様に、勧誘の意義をめぐる問題は、特定商取引法においても提起されている。同法では、「その勧誘に先立って」事業者の名称等の明示義務が課され、[10]「契約の締結について勧誘をするに際し」[11]ての禁止行為が規定され、さらに、「勧誘をしてはならない」という形で、勧誘そのものを禁止する規定も存在する。[12]

特定商取引法における「勧誘」とは、契約締結のために勧誘に入ろうとする段階から契約締結に至るまでの全過程を含むとか、[13] 契約を締結する目的で消費者と接触しようとする段階のやりとりも含まれるとする一方で、[14] 勧誘と契約の申込み締結との間に因果関係があることを要するとされる。[15]

以上のように、消費者契約法における「勧誘」については、客観的にみて特定の消費者に働きかけ、個別の契約締結の意思形成に直接に影響を与えるものである必要性が指摘され、特定商取引法における「勧誘」についても、勧誘と契約の申込み締結との間の因果関係を要することが指摘されている。前者においては、確かに、消費者の「誤認」という文言との関係で、意思表示法上の検討を要する問題であり、[16] 後者においても、意思表示法上あるいは不法行為法上の要件との関係で議論される余地がある。[17] 以上の点に関する日本法上の議論の必要性を認識しつつ、今回は、それに先立ち、「勧誘」に「広告」は含まれないとする見解の是非について考えてみたい。

(二) 通信販売広告と「勧誘」

通信販売とは、「販売業者又は役務提供事業者が郵便その他の経済産業省令で定める方法により売買契約又は役務提供契約の申込みを受けて行う指定商品若しくは指定権利の販売又は指定役務の提供であって電話勧誘販売に該当しないものをいう」（特定商取引法二条二項）。通常、通信販売では、販売業者や役務提供事業者がカタログやチラシ、ダイレクトメール、ラジオ・テレビの放映、インターネットのホームページ、電子メールなどで通信販売を行うことを広告し、消費者がこれらの広告を見て契約の申込みをすることにより取引が行われるのがほとんどである。[18]

消費者契約法における「勧誘」概念の限定に関する消極説と積極説の対立が現実化する場面として、この通信販売広告を指摘し得る。消極説では、「勧誘」に広告を含めないことから、通信販売広告については、理屈とし

て、消費者契約法上の情報提供義務（三条）の履行を要せず、また、消費者の誤認（四条）の対象ともならない。[19] 反対に、積極説では、通信販売広告も「勧誘」に該当するので、消費者契約法の下で、情報提供義務（三条）の履行を要し、また、誤認の諸類型（四条）の対象ともなるので、申込みの意思表示に関する消費者取消権が発生し得る。[20]

通信販売広告については、特定商取引法一一条所定の五つの積極的記載事項ならびに一二条所定の消極的記載事項の遵守が定められ、これらの違反については、指示命令（同法一四条）や業務停止命令（同法一五条）といった行政責任が規定されている。したがって、先の積極説に立てば、通信販売広告につき、特定商取引法上の広告規制（積極的記載事項・消極的記載事項）だけでなく、消費者契約法上の情報提供義務（三条）や誤認の諸類型（四条）〔消費者取消権〕も重ねて問題となろう。

また、特定商取引法では、二〇〇四年の法改正により、私法上の直接的な効果に関する規定が導入されている。すなわち、事業者の「不実のことを告げる行為」により、消費者が「当該告げられた内容が事実であるとの誤認」をした場合、[21] ならびに、事業者の「故意に事実を告げない行為」により、消費者が「当該事実が存在しないとの誤認」をした場合、[22]「それによって……契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる」。[23] このように、不実告知及び故意による事実の不告知は、それにより消費者が誤認した場合に、取消権の対象となる禁止行為であるが、この取消権は、通信販売取引には導入されていない。また、取消権と並ぶ消費者法上の特別な効果として、訪問販売（九条）〔申込みの撤回・契約の解除〕・電話勧誘販売（二四条）〔申込みの撤回・契約の解除〕・特定継続的役務提供（四八条）〔解除〕につき八日、連鎖販売取引（四〇条）〔解除〕・業務提供誘引販売取引（五八条）〔解除〕につき二〇日のクーリング・オフ権が規定されているが、これについても通信販売取引には導入されていない。以上の点も、取消権については「誤認」という文言から消費者契

約法と同様の検討を要し、クーリング・オフ権についてはその制度趣旨との整合性から論じられるべき問題である。[24] 本稿ではこれらの点についても問題を指摘するにとどめる。

ともあれ、通信販売には、特定商取引法上、取消権もクーリング・オフ権もない上に、さらに、消費者契約法上、「勧誘」に「広告」は含まれないとすれば、消費者法のデフォルト・ルールとなりつつある私法上の効果が原則として認められないという一種の不均衡を指摘し得る。[25] つまり、通信販売取引では、取締規定における法令違反行為の私法上の効力を論じることで、初めて「無効」という私法上の効果を導くことができる。

しかし、そもそも通信販売と例えば訪問販売とは、それほど質的に異なるものなのだろうか。特定商取引法の沿革は、一九七六年に制定された旧訪問販売法であり、いわゆる無店舗販売における販売業者と消費者との間に生じるトラブルを未然に防止するため、[26] 旧通商産業省を所轄官庁として、訪問販売、通信販売、連鎖販売取引の三類型からスタートした。このように、訪問販売と通信販売とは、もともと、無店舗販売類型として同種同類の問題点を共有してきたはずである。実際に、訪問販売も通信販売も、訪問するか通信手段によるかの違いはあれ、店舗を持たずに、顧客を開拓し、顧客との契約を取りつける点で共通する。このことを「勧誘」とは言わないのだろうか。店舗を持って販売活動をするか、店舗を持たずに訪問し又は通信して販売活動をするか、それを「勧誘」と呼ぶかどうかは別として、その営みに質的な差異を見出すことはできない。

2　本稿の目的

㈠　販売促進（promoção de vendas）の諸類型（modalidades）に関する規定

わが国の特定商取引法では、第二節「訪問販売」、第三節「通信販売」、第四節「電話勧誘販売」……と節をおって順番に各々詳細な規定を置いており、訪問販売、通信販売等にそれぞれ固有の法的問題が存在することは否

定し得ない。フランス消費法典（Code de la Consommation）においても、第一巻（Livre Ire）「消費者の情報及び契約の成立（Information des consommateurs et formation des contrats）」第二編（Titre II）「Pratiques Commerciales」において、第一章（Chapitre Ire）「Pratiques commerciales réglementées」の下で、全二二部を置き、例えば第二部（Section 2）「隔地販売（Ventes de biens et fournitures de prestations de services à distance）」、第三部「訪問販売（Démarchage）」……とわが国の特定商取引法と同様に順次各々詳細な規定を置いている。二〇〇一年のドイツ債務法現代化法（Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts）でも、第二編（Zweites Buch）「債務関係法（Recht der Schuldverhältnisse）」第三章（Abschnitt 3）「契約に基づく債務関係（Schuldverhältnisse aus Verträgen）」第一節（Titel 1）「成立・内容及び終了（Begründung, Inhalt und Beendigung）」第二款（Untertitel 2）「特別の販売形態（Besondere Vertriebsformen）」において、契約締結が店舗外でなされるものとして、「訪問販売（における撤回権）（Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften）」（三一二条及び三一二a条）、「通信販売（Fernabsatzverträge）」（三一二b条、同c条、同d条）、「電子商取引（Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr）」（三一二e条）の規定を置いている。[27] この他、先のフランス消費法典では「Pratiques commerciales réglementées」の一つとして規定されている「一時的居住権契約（時分割〔タイムシェアリング〕不動産の使用契約）」に関しても、ドイツ債務法現代化法では四八一条以下で規定されている。

このように、わが国では「特定商取引」別、フランス消費法典では「Pratiques Commerciales」別、ドイツ債務法現代化法では「販売形態（Vertriebsformen）」別の分類による個別的規制が採られるなか、ブラジル消費者保護法典（Código de Defesa do Consumidor）には、[28] 訪問販売に関する章も、通信販売に関する章も存在しない。同法典の全一一九条文のうち、販売形態を明示して規定するのは、三三条「電話（telefone）又は代金引換郵便（reembolso postal）による申込み（oferta）又は販売（venda）の場合」における事業者の名称等の明示義

務及び四九条「製品及び役務の供給契約が、とりわけ電話により又は住所において、営業所以外の場所で行われる場合」における消費者の回顧権（direito de arrependimento）に関する二条文を除いては存在しない。三三条ではいわゆる通信販売を、四九条ではいわゆる通信販売・訪問販売といった無店舗販売をそれでも控えめに示している。

ブラジル消費者保護法典三三条の立法担当者であるAntônio Herman de Vasconcellos e Benjaminは、同条が、電話又は代金引換郵便による供給という販売促進（promoção de vendas）の諸類型（modalidades）について規定した同法典においては稀な規定の一つ（um dos poucos dispositivos）である、と述べる。[29] そして、これらの販売促進の諸類型は、それらが属するpráticas comerciaisと一緒に区別なく処理されるに過ぎないことを指摘する。[30]

Práticas Comerciaisとは、ブラジル消費者保護法典の第一編（Título I）「消費者の諸権利（Dos direitos do consumidor）」の第五章（Capítulo V）の表題である。三三条も本章の中に含まれる。ところで、このブラジル消費者保護法典第五章は、一九八五年フランス消費法典草案を母法として起草された。同フランス草案では、全一〇節に分けた販売類型別の規定が置かれていた。[31] つまり、ブラジル法典は、フランス消費法典の「Pratiques Commerciales」別の分類による規制を敢えて採用しなかったのである。[32] ポルトガル語のPráticas Comerciaisとフランス語のPratiques Commercialesは確かに対訳になっている。しかし、両者は非常に異なる概念であると言わなければならない。このことを論証し、ブラジル消費者保護法典におけるPráticas Comerciaisの概念・精神から、消費者法における「勧誘」の意味やその規制のあり方について一定の示唆を得ることが本稿の役目である。

(二) 本稿における論証の手順

ブラジル消費者保護法典の第五章「取引行為（Práticas Comerciais）」[33]に規定されているのは、第一部「総則（Das disposições gerais）」、第二部「申込み（Da oferta）」、第三部「広告（Da publicidade）」、第四部「濫用的な取引行為（Das práticas abusivas）」、第五部「貸金の取立（Da cobrança de dívidas）」及び第六部「データバンク及び消費者の名簿（Dos bancos de dados e cadastros de consumidores）」である。一九八五年フランス法典草案とブラジル法典の一見して明らかな違いは、Práticas Comerciais の範囲に関するものである。二〇〇八年五月二五日改訂版の最新フランス消費法典と比べても、この違いは変わらない。つまり、ブラジル法典では、フランス法典に含まれない事項、第五部「貸金の取立」及び第六部「データバンク及び消費者の名簿」についても、[34]「取引行為（Práticas Comerciais）」の範囲としている。

本稿における論証の手順として、まず、ブラジル消費者保護法典の取引行為（Práticas Comerciais）について、その背景的な理念を中心に、フランス消費法典とは異なるその概念を明らかにする。そして、その中で、本稿は特にマーケティングに焦点を当て、経営学上のマーケティング理論から説き起こしつつ、ブラジル消費者保護法典において、「広告（publicidade）」は、取引行為（Práticas Comerciais）の中にあって、独立の部の下で規制されながら、理念においてはマーケティングの一類型として提示されるに過ぎないことを示し、翻って、広告を含むマーケティングならびに消費者信用を統括する概念である「取引行為（Práticas Comerciais）」から、わが国の「勧誘」概念にいかなる示唆が得られるのかを検証する。

二　取引行為（Práticas Comerciais）の意義と範囲

1　消費社会（sociedade de consumo）

いわゆる消費社会（Mass Consumption Society; Konsumgesellschaft）[35][36]の出現は、一九世紀後半に遡る[37]。ブラジル消費者保護法典は、消費社会（sociedade de consumo）を前提とし、その典型的な諸特徴を反映して制定されている。同法典が前提とする消費社会の特徴とは、第一に、夥しい数の製品及び役務（ならびにその複雑性及び多様性）、第二に、マーケティング及び信用による支配、そして第三に、司法へのアクセスの困難さである。つまり、独占・寡占市場における不完全競争[38]、製品又は役務の品質・金額・特徴についての情報不足に加えて[39]、夥しい数の広告が[40]、消費社会における消費者の弱者性を浮き彫りにする[41]。

供給者と消費者が知り合いで、相互の信頼関係に基づいてのみ経済関係・契約関係を形成したかつての農業社会を想起すれば[42]、そこでの取引主体は、供給者と消費者という二当事者に限定されていた。これに対して、消費社会では、一般的な消費者は、自分が取得する製品又は役務がどのようなものであるかを簡単に分析することができない[43]。そのため、そこで形成される消費の関係（relação de consumo）では、購買の決定に強力な影響を及ぼす第三者、すなわち広告業者と信用業者が存在する。そして、消費の関係は、もはや散発的に時間をかけて進行しない。反対に、継続性、予見不能性及び迅速性という性質を帯びる。消費者は、ある一日で、異なる様々な事業者から、多種多様な製品及び役務を取得し利用する[44]。そして、これらの事業者とは、原則として、過去に接触を持ったことはないであろうし、また、今後も再び何らかの接触を持つこともないであろう。

このように、消費社会において、広告と信用は、複雑で多種多様な製品・役務と、それらの消費とをつなぐ重要なパイプ役となる。広告は、事業者にとって、その競争者との関係で、不完全競争市場における「製品の差別

化（differentiation）」を図る上で重要なツールであり[45]、また、消費者との関係でも、その購買意欲（満足感）をコントロールする上で非常に重要である[46]。これに対して、信用は、消費者取引の迅速性に貢献する。新たなニーズが次々と産み出される中で、事業者は、在庫商品を迅速に売り捌く必要がある。手元に現金がなくても、購買を可能にするのが信用である[47]。さらに、消費社会の洗練された展開である情報化社会（sociedade da informação）において[48]、通信販売等の非対面販売で支払いの機能を担うのも、クレジットカード等に代表される信用取引である[49]。

2　取引行為（Práticas Comerciais）の意義

㈠　消費者法による生産過程と流通過程の規律

消費社会（sociedade de consumo）は、生産過程（processo de produção）と流通過程（processo de comercialização）の成果であり[50]、この両者を考慮することが消費者法の役割である。ブラジル消費者保護法典では、消費者の実体法上の権利について規定する第一編（Título I）「消費者の諸権利（Dos direitos do consumidor）」において、その第四章（Capítulo IV）「製品及び役務の品質、損害の予防及び賠償（Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos）」で、生産過程（processo de produção）に関する規定を置き、続く第五章（Capítulo V）「取引行為（Das práticas comerciais）」で、流通過程（processo de comercialização）に関する規定を置いている。

㈡　取引行為（Práticas Comerciais）の消極的定義

取引行為（Práticas Comerciais）は、社会環境や市場環境の変化に直接左右されるものであり、それと同時に、

消費社会では、消費者のニーズやウォンツ（好みや欲求）にも左右される。すなわち、その可変性（mutabilidade）が取引行為の最大の特徴であり、ゆえに、取引行為に該当しないものを指摘することで、その輪郭を明らかにし得る。

その消極的な定義として、取引行為（Práticas Comerciais）は、生産行為（Práticas Produtivas）に対置される。単純化すると、取引行為とは、生産行為を除いた全てを指し、[51] 時系列的には、消費社会の生産後の段階（fase pós-produção）のことである。実際に、一般的な商品・消費財（bens de consumo）は、全く異なる二つの段階を経て消費される。つまり、生産（produção）及び流通（comercialização）の段階である。取引行為は流通に関連する。

生産・流通・消費という経済枠組みの中で、[52] 企業という経済主体が行う経済活動として、まず、製品及び役務の創造（criação）に関する、生産（produção）の過程があり、その後に、製品及び役務が、生産者（produtor）から最終消費者（consumidor final）へ流通する活動の総体である、流通（comercialização）の過程がある。[53] 取引行為は、この「流通」の部分に関連するため、時系列的には生産後の時期（momento pós-produção）に出現するのである。

㈢　取引行為（Práticas Comerciais）の積極的定義

以上より、その積極的な定義として、取引行為とは、直接的又は間接的に、生産在庫を売り捌くこと（escoamento da produção）に役立つあらゆるメカニズム、技術及び方法である。マーケティング（*marketing*）、保証〔担保〕（garantias）、販売後のサービス（serviços pós-vendas）、貸金の取立（cobrança de dividas）及び消費のファイル（arquivos de consumo）を同時に含む、非常に広大な概念のことである。

取引行為の各構成要素は、消費の奨励に直接的に影響を及ぼすものと、間接的に影響を及ぼすものとに分解される。マーケティング（*marketing*）は前者に該当し、貸金の取立（cobranças de dívidas）及び消費のファイル（arquivos de consumo）は後者に該当する。貸金の取立（cobrança de dívidas）及び消費のファイル（arquivos de consumo）は、――販売前（*pré-venda*）の要素として――流通の現象と直接関係しないにも拘らず、結果的に、取引行為として考慮された。ブラジル消費者保護法典では、――販売前の時期（momento *pré-venda*）として――その最終受取人（＝消費者）（destinatário final（= consumidor））までの商品の流通（circulação dos bens）を達成することに向けられたもののみならず、販売後の時期（momento *pós-venda*）としても、そのような流通の活動を支援する全てのものを包含することにより、フランス消費法典草案よりも広い概念として、取引行為を考慮した。(54)

以上より、ブラジル消費者保護法典における取引行為とは、最終受取人までのその製品及び役務の流通を、たとえ間接的にでさえ、奨励し、維持し、発展させまた保証するために事業者により用いられる、あらゆる手続き（procedimentos）、メカニズム（mecanismos）、方法（métodos）及びテクニック（técnicas）のことであると定義し得る。したがって、取引行為には、まずは、市場に置かれた製品及び役務の消費の奨励に向けられた、無数の販売技術が含まれる。それと同時に、製品又は役務の流通と直接的には調和しないが、消費社会の真の柱である、信用（crédito）を容易にすることにより、流通過程の速度と効率に決定的な影響を及ぼす諸行為（certas práticas）、すなわち、貸金の取立（cobrança de dívidas）及び消費のファイル（arquivos de consumo）のメカニズムをも包含する。

3　消費社会における取引行為の機能

消費社会の特徴として、大量生産（produção em massa）や大量消費（consumo em massa）に代表されるその集団性（movimento coletivo）を指摘し得る。大量生産は、同一又は類似の基準での消費を想定するため、その消費者は匿名で（anônimo）、特定されない（inidentificado）。消費者は、もはや一人ひとりの個人（individual）ではなく、一つの単一体（unidade）となる。[55]

取引行為は、無数の不特定な消費者を、大量生産された商品に接近させることで、消費社会に奉仕し（また、それを利用し）かつ供給する（また、それを糧とする）。マーケティング（*marketing*）と信用（crédito）なくして、おそらく、消費社会は存在しなかったであろう。しかし、逆説的に、マーケティングに関連した取引行為の問題は、市場の不特定主体たる消費者と商品との間の「接近（aproximação）」が実現される方法の瑕疵として明らかになる。[56] また、信用に関連した取引行為の問題は、事業者が相手方（消費者）を知らずに（かつ無数の消費者に）信用を供与するという、消費者の匿名性（anonimato）ゆえの病理現象とも言える。そこには、契約成立後、商品・役務が消費された後の事後的な履行段階において顕在化する濫用的な取立行為の問題や、消費者信用情報に関するプライバシーの問題が含まれる。

三　マーケティング（*Marketing*）

1　取引行為の一類型としてのマーケティング

マーケティングは、取引行為の最も重要かつ明白な側面であるが、市場における財産の流通を奨励する唯一の要素ではない。それゆえ、ブラジル消費者保護法典上、マーケティングと取引行為とは同義ではなく、マーケテ

ィングとは、取引行為の一方式に過ぎない。取引行為とは、そこにマーケティングが属するジャンルである。

2　マーケティングの概念

商学・経営学の理論的分析を見ると、マーケティングの概念や対象領域は[57]、取引対象や環境の変化の影響を受けて変化しており、マーケティングの定義についても、社会環境の変化に応じていくつかの変遷が見られる[58]。

社会環境・市場環境の変化の中で、大きく二つのマーケティングのパラダイム・シフトを指摘し得る。一つは、マーケティング志向（マーケティング・コンセプト）[59]が、製品志向、販売志向、顧客志向、社会志向、環境志向へと次第に進化していること、もう一つは、マーケティングの目標が、顧客満足から顧客とのより長期的・安定的な関係性の構築へと変化していることである[60]。

そもそも、マーケティングの始まりは、製造技術の発展により大量生産される「モノ」をセールスでは捌き切れなくなったことにある[61]。モノ不足の時代には、「作れば売れた」のに対して、大量生産の下では、市場を開拓し、市場へ商品を効率的に配給するべき必要性が生じた。こうして、マーケティングという概念が誕生した当初においては（一九〇〇年頃）、マーケティングは、もっぱら商品の流通に関わる生産後の活動を分析の対象とした[62]。すなわち、生産（製造）、販売等の企業の諸活動のうち、マーケティングは、販売（セールス）と同義であり、すでに出来上がった製品やサービスを顧客に売り込む活動を意味する。

後に、マーケティングは、生産後の段階（fase pós-produção）だけでなく、どのような製品を作るべきかということにも関係することが認識された結果、第二次世界大戦後の一九五〇年代後半から、マーケティングは、企業の経営活動の遂行というマネジリアルなものに変わってきた（マネジリアル・マーケティング）。この考え方は、企業がコントロールできる要因（マーケティングの活動要素）とできない要因（環境や制約）とに分け、前者のコ

ントロール可能な要因として[63]、製品（Product）、価格（Price）、場所（Place）、プロモーション（Promotion）を挙げる（マーケティング・ミックスの4P理論[64][65]）。これらの四要素は、それぞれ独立に決められるものではなく、互いに連関させ、うまく組み合わせることによって、標的顧客〔市場標的〕に価値や情報が的確に伝わり、最終的な製品の選択につながる[66]。

以上のような売り手側の視点に対して、顧客の視点に立った4C理論が主張された。すなわち、ProductからConsumer（Commodity）へ（「つくったものを売る（プロダクト・アウト）」ではなく「売れるものをつくる（マーケット・イン）」）、消費者のニーズとウォンツの解明こそが商品）、PriceからCostへ（消費者は商品価格の他に購入コスト・時間コストを費やすため、そのような顧客コストを踏まえた適正な価格設定）、PlaceからConvenience（Channel）へ（標的顧客の買い易さ〔利便性〕）、PromotionからCommunicationへ（購入をせまる「売らんかな」の姿勢〔売り込み〕ではなく、標的顧客に価値を確実に伝え納得させる）というものである[67]。

このように、マーケティングとは、セリングをなくすこと、つまり売り込まなくても売れるような製品・サービスを作ることであり、そのために、顧客志向・市場志向型戦略計画に基づいて「売れる（買ってもらえる）仕組み」を全社レベルで作っていくというトップ・マネジメントの下での全社的・統合的な対応である（統合型マーケティング[68]）。こうして、今日のマーケティング活動は、顧客満足を目指す全社的活動ともいうべきものとなっている。

具体的なマーケティングの機能には、主なものとして、①市場把握（消費欲求、競争状況などの市場を明らかにする活動であり、流通経路やマーケティング・リサーチを通じた情報収集）、②商品調整（市場把握によって明らかにされた市場に商品を適合させる活動であり、市場事情に合った品質の商品を、適正な価格で提供するために計画し、準備する活動）、③プロモーション（市場に合わせて準備された商品の情報を消費者に提供し、需要を喚起する活動）、④取引

（商品の売り手から買い手への販売活動であり、それに付随する信用の供与、集金、技術的サービスの提供などを行ったり、買い手の満足度を検討したりする活動を含む）、⑤物的流通（取引に伴って、商品を物的に移動させる活動であり、輸送、保管、在庫管理などの活動を含む）の五つがある。[69]

これらのうち、ブラジル消費者保護法典が、取引行為の一方式として規制するマーケティングの機能は、商品の消費の市場（mercado de consumo）への投入以後であり、[70] そこには、商品現物の売買に関する、④取引（販売活動）のみならず、商品の「情報」を消費の市場に投入する、③プロモーション（需要喚起活動）も含まれる。4P理論や4C理論では、Promotion や Communication にあたる部分である。すなわち、良い製品（Product）を、魅力的な価格（Price）で、どこでも容易に入手できるように提供しても（Place）、その存在が消費者に認知されなければ購買には至らないため、企業は、あらゆる手段を講じて消費者に情報を提供する必要がある。[71]

企業と消費者の接点は、購買前、購買時、使用時、使用後など多くの局面があり、「ブランド・コンタクト」という視点から、[72] 例えば、テレビ・雑誌広告のみならず、製品のデザイン、パッケージの形態や色、価格、販売員の接客態度や服装、店の雰囲気や環境、友人や家族からの口コミ、ウェブサイト等の全てが購買を予定する消費者に影響を与える。[73][74]

ブラジル消費者保護法典では、大量消費社会という現実を前提に、以上のようなマーケティングの科学的分析を法制度にいかに反映させるかということが目指されている。[75] つまり、ブラジル消費者保護法典が取引行為の一方式として規制するマーケティングは、経営学的分析におけるマーケティング概念と同義であり、[76] それゆえ、その規制対象は広告や販売類型別に限定されるものではない。例えば、広告というのは、単にコミュニケーションのチャネル（Communication Channel）として企業が選択した一つの形態に過ぎない。つまり、ブラジル消費者保護法典が問題とするのは、Promotion や Communication として行われる、あらゆる各種のマーケティング

表示（manifestação de *marketing*）である。宝くじ、セット販売（ofertas combinadas）[77]及びその変形型の抱き合わせ商法（venda casada）[78]、クーポン、スタンプ、通信販売、訪問販売、デモ（試味売買等）、景品、セール、要請されていない商品の送付、「無料の」製品・役務、ディスカウント、オークション、ブランド、包装、信用供与等、そこに大量販売を刺激するメカニズムを包含する限り、規制の対象となる。[79]

3　マーケティングの主な二特性――広告及び販売促進――

以上のように、マーケティングはその形態により限定されないが、ブラジル消費者保護法典は、その中でも、広告及び販売促進をその主要な二本柱として規定している。

プロモーション（Promotion）とは、広義において、人的販売、広告活動、パブリシティ等を含む顧客の購買を刺激する全ての方法のことであり、狭義において、人的販売、広告活動、パブリシティなどを除くマーケティング諸活動で、消費者の購買や、販売業者の効率性を刺激するような陳列、展示、展覧会、実演、その他恒常的に繰り返して行われることがない販売努力のことである。[80]厳密には、広義のプロモーション（Promotion）に対して、狭義のプロモーションのことを特に販売促進（Sales Promotion）と呼ぶ。[81]

したがって、販売促進は、「人的販売・広告・パブリシティ以外のマーケティング活動」[82]とか「広告ならびに人的販売を補足し、それらの活動をいっそう効果的にする諸活動」[83]といった定義に見られるように、人的販売や広告を補充し、両者と連携し補助する販売努力とされる。しかし、ブラジル消費者保護法典は、販売促進を、広告・人的販売を補足するものではなく、広告・人的販売と同等のものとして位置づけた。販売促進は、商学の理論においても指摘されるように、今日、よりきめ細かな戦略を必要とする低成長下のマーケティングにおいて、まさに重要なツールであり、一般に定義づけられているような広告と人的販売を補足するものという考え方だけ

では当てはまらない。[84]

ブラジル消費者保護法典の第五章では、広告のみの固有の規則を規定した「第三部（Seção III）広告（Da Publicidade）」に加えて、その様々な形態として現れる、販売促進に向けられた諸規範が見出される。申込み（Da Oferta）に関する第二部（Seção II）では、「製品及び役務に関してあらゆる伝達方法や手段（qualquer forma ou meio de comunicação）により流通された全ての情報（informação）又は広告（publicidade）」（三〇条）、「製品又は役務の申込み及び表示（A oferta e apresentação）」（三一条）、「その包装（embalagem）、広告（publicidade）及び商業取引（transação comercial）において使用される全ての印刷物（todos os impressos）」（三三条）、「申込み（oferta）、表示（apresentação）又は広告（publicidade）に従う履行（cumprimento）」（三五条）において販売促進への配慮が見られる。濫用的取引行為（Das Práticas Abusivas）に関する第四部（Seção IV）では、三九条所定の禁止行為に関する全一二項目が規定され、その全てが専ら販売促進活動における禁止行為といってよい。[85] また、役務提供事業者の事前の予算等の作成引渡義務違反（四〇条）や、公共料金制に従う製品又は役務の供給事業者の価格表の不遵守（四一条）も、顧客獲得に連動する濫用的取引行為である。

4　小括

ブラジル消費者保護法典が、取引行為の規定において、広告のみに多くの注意を払っていることは疑いない。しかし、「取引行為（práticas comerciais）」は、そこに、マーケティングが所属するジャンルであり、広告は、マーケティング活動の一つである。広告その他のあらゆるコミュニケーション技術は、[86] マーケティングという文脈よりもさらに広い取引行為という文脈に含まれる。

広告が、マーケティング活動の最も重要な構成要素であることを認識しつつ、これまで述べてきた背景に照ら

し、広告を広義に解することで、それは境界を越えて、販売促進といった他の種類のマーケティング表示(manifestação de *marketing*)をも包含する。[87] 広告であるかその他の販売促進ツールであるか、訪問販売であるか通信販売であるかというのは、マーケティング表示を伝達する際の媒体・手段の違いに過ぎない。

四　結びに代えて――日本法への示唆――

1　取引行為の範囲とその背景――取引の大量性と消費者の匿名性――

ブラジル消費者保護法典の第一編(Título I)「消費者の諸権利(Dos direitos do consumidor)」第五章(Capítulo V)「取引行為(Das práticas comerciais)」には、第五部(Seção V)「貸金の取立(Da cobrança de dívidas)」及び第六部(Seção VI)「データバンク及び消費者の名簿(Dos bancos de dados e cadastros de consumidores)」をも含む点で、フランス消費法典のPratiques Commerciales よりも広い概念として、Práticas Comerciais を位置づける。

ブラジル消費者保護法典では、販売活動とそれに付随する信用の供与や集金の全てが取引行為(práticas comerciais)として捉えられる。消費者との契約締結時を起点にして、事前にかつ直接的に流通を促す作用として展開される事業者による各種の販売活動のみならず、事後的かつ間接的にしかし決定的に流通を支援する作用として展開される、消費者信用を広く包含することが認識されなければならない。

消費社会(sociedade de consumo)において大量生産(produção em massa)と大量消費(consumo em massa)をつなぐ機能は、大量流通(comercialização em massa)のみならず、大量信用(crédito em massa)にも全く同様に見出される。

本稿で示したように、ブラジル消費者保護法典では、個別の消費者問題よりも、消費社会の特徴を的確に捉えることから出発し、そして出来上がったのが「取引行為（práticas comerciais）」という概念である。[88] 全ての取引行為に共通して重要な消費社会の特徴は、取引の大量性であり、それゆえの消費者の「匿名性」である。

この取引行為という概念が、生産行為に対置されることは既に述べたとおりである。つまり、大量生産（*produção em massa*）に関する規制として存在する製造物責任や瑕疵担保責任（第四章）が、製品及び役務の欠陥により引き起こされた消費の事故における無過失責任や消費者法固有の瑕疵担保責任を規定することに対応する規範であるはずである。[89] このように、大量生産（*produção em massa*）に関する規制に対して、大量流通（*comercialização em massa*）に関する規制として、取引行為ならびにその一方式としてのマーケティング規制の消費者法における体系的かつ固有の存在意義がある。

ブラジル消費者保護法典が、単独の消費者概念で満足しなかったことも、このことの裏付けとなる。[90]

同法典二条本文では、「消費者（Consumidor）とは、最終受取人（destinatário final）として、製品又は役務を取得し、また、利用するあらゆる自然人又は法人（toda pessoa física ou jurídica）のことをいう」と規定し、さらに同条補項で、「消費の関係（relações de consumo）に入った人々の集団（coletividade de pessoas）は、特定不可能な人々であっても（ainda que indetermináveis）、消費者に相当する（equipara-se）」と規定する。したがって、消費者とは、特定可能な個々人である必要はない。

のみならず、製造物責任に関する同法典一七条で、「本部の諸効果のため、（損害の）発生（evento）における全ての被害者（todas as vítimas）は、消費者に相当する（equiparam-se）」と規定し、取引行為に関する二九条でも、「本章及び次章の諸目的のため、同章に規定された取引行為に曝された、特定可能もしくは特定不能な（determináveis ou não）、全ての者は、消費者に相当する（equiparam-se）」と規定する。このように、消費者概

念の拡張という点でも、取引行為は製産行為に対置される。

ブラジル消費者保護法典における消費者とは、「最終受取人として製品又は役務を取得しまた利用する」（二条）者のみならず、「（取引）行為に曝された」（二九条）者である。言い換えれば、消費者は、具体的にも（*concretamente*）（二条）、抽象的にも（*abstratamente*）（二九条）考慮され得る。前者の場合には、製品の取得又は役務の利用が存在することが要件となる。反対に、後者の場合に要求されることは、（取引）行為への単純な曝露（*simples exposição*）であり、製品又は役務をこれから取得し又は利用するつもりの消費者を具体的に指適する必要もない。[91] 二条補項及び二九条から、不特定人又は不特定人の集団であっても（二条補項）、現実の製品の取得や役務の利用がなくても、同法典所定の取引行為に曝されるという要件のみで（二九条）、消費者として考慮される。一七条及び二九条において消費者概念の拡大がなされた趣旨は、製産行為（製造物責任）についても取引行為についても、集団的性質（carâter coletivo ou difuso）を有する重大な損害をもたらす虞のある諸活動であるため、損害が具体化する前に回避することが、より経済的で正当であるからである。[92]

こうして、事業者の責任は、製造物責任の場合（そのような欠陥製品を消費の市場に置いたか否か）と同じく、消費の市場でそのような取引行為を行ったか否かに依存する。

この点、わが国の消費者契約法に対する批判的な評価として、同法四条における「重要事項」や「将来における変動が不確実な事項」への限定は不要であったと説かれることがある。むしろ、同法四条一項・二項の基礎にあるのは、事業者が積極的な行為（先行行為）によって消費者を誤認させた以上、契約を取り消されてもやむを得ないという考え方であり、「重要事項」に限定する必要はなく、消費者の判断に通常影響を及ぼすべき事項について誤った事実が告げられたと評価できる限り、取消しを認めて良いはずであり、また、同じく、事業者が積極的な行為によって消費者を誤認させた以上、「将来における変動が不確実な事項」かどうかは重要性を持たな

いはずである。また、事業者の情報提供義務違反の場合には、事業者が提供すべき情報を提供しなかったという事業者の不作為（先行行為）によって、消費者を誤認させるものと考慮し得る。

このように、消費者契約法の取消権に関して、決定的に重要なのは、消費者の意思決定がゆがめられたかどうかでなければならないはずであり、今後も様々な不当勧誘の手法が考案されることが予想される以上、その予防の見地からも、立法論としては、誤認惹起行為や不当な誘導行為が行われた場合に、消費者に取消権を認めるより包括的な規定を置く必要があったというべきであろう。(93)

ブラジル消費者保護法典における「取引行為」は、以上の意味での事業者の積極的な行為（先行行為）とパラレルに考慮し得る。同法典三五条では、事業者が広告等の申込み内容に従った履行（同法典三〇条）を拒絶する場合、消費者としては、強制履行（cumplimento forçado）（一項）、代替履行（二項）又は契約の取消し（rescisão）（三項）の中から選択的に請求可能であることが規定されている。ブラジル消費者保護法典三〇条は、わが国の消費者契約法では規定されなかった「契約条件の開示」の問題を、情報提供義務（同法典三一条）の問題とは別に取り扱う規定であり、(94) その不履行責任を規定するのが同法典三五条といえる。このように、ブラジル消費者保護法典における「取引行為」には、とりわけその私法上の効果に関して、事業者の積極的な行為（先行行為）に対する手立てのみならず、申込みの拘束力に着想を得た「広告的申込み（oferta publicitária）」という法技術を用いる、契約の拘束力の範囲に関する手立ても見出される。広告的申込みであることからも、申込みの相手方であり、契約の一方当事者となる消費者は、既述のとおり、特定される必要はなく、不特定人又は不特定人の集団であってもよい。

消費社会では、消費者の匿名性というその特徴によって、個々の消費者が特定されずに消費者という一集団でしか捉えられないことが多い。私たちが、日々、「消費者」と言う際に、特定の個人を念頭に置いていることが

あるだろうか。消費者とは、原則として不特定多数人なのであり、このことは、消費者法において、消費者の個別的利益（interesse individual）ではなく、その集団的利益（interesse difuso）に配慮した立法論や解釈論が展開されるべき必要性を示唆している。

わが国では、消費者団体訴訟を除いては[95]、消費者法の領域の様々な場面で、「個別性」が重視されているように思われる。その一つが「勧誘」概念であり、客観的にみて特定の消費者に働きかけ、個別の契約締結の意思形成に直接に影響を与えるものであることを要求する。この点、商品の販売促進に果たす広告効果測定の方法論である広告効果論では、広告の受け手である消費者は、社会的文脈から切り離され、抽象的な数値としてしか取り扱われない。また、特定商取引法においては、特殊販売の諸類型にしたがい個別の規制を設けるのみならず[96]、指定商品・役務制を設けている。この方法の限界については、すでに指摘されているところである。

そもそも、既述のとおり、生産行為と異なって、取引行為は、非常に複雑かつ変性しやすい特質を有するため、詳細かつ包括的な法規制を確立することは困難を伴う[97]。それゆえ、市場の変化に対応し得る一般的な法原則を活用すべき必要性がむしろ高い[98]。わが国の消費者契約法についても、一義的で明確なルール化ができないことを理由に保護の範囲を切りつめてしまうのは、本来の立法趣旨（同法一条に規定された事業者と消費者の間の構造的な情報格差）を忘れた本末転倒な議論だといわざるを得ないとの評価がなされている。

それでは、マーケティング（勧誘・広告）に関して、立法論や解釈論を展開する際の指針となる、集団的利益（interesse difuso）とは、具体的にどのようなものであろうか。

2　消費者の満足と情報（a *satisfação* e a *informação* do consumidor）の保障

マーケティング理論がそれを指摘するように、消費者の満足・不満足が、企業のマーケティング活動を左右す

る指針となってきた。そして、マーケティングにおける消費者の不満足は、正しく、広告等の宣伝文句に対応しない粗悪な製品・役務に関して発現する。わが国においても、誇大広告等の禁止が規定され、情報提供義務・説明義務が必要とされる所以である。

本来、マーケティング概念を基本とする限り、マーケティングと消費者保護とは、両立しない価値ではない。両者は、消費者を標的とし、消費者の満足（*satisfação*）を目的とする。両者は、消費者行動（comportamento）の反映（reflexos）であり、またその消費者行動に依存する。多くの類似性にも拘らず、主に競争法の領域で[99]、「不公正な取引方法」（独占禁止法二条九項）に該当する行為が禁止され[100]、特に消費者との関係では、独占禁止法二条九項三号に基づいて「ぎまん的顧客誘引」と「不当な利益による顧客誘引」を具体化した景品表示法において[101]、マーケティング活動には厳しい規制がかけられている。

独占禁止法（及び景品表示法）や不正競争防止法は[102]、直接的に（*diretamente*）、マーケティングに作用し得る。つまり、マーケティングを行う事業者間の関係の誠実性（honestidade）及び透明性（transparência）を保障することで、流通・商品化の現象（fenómeno mercadológico）の水平ライン（*linha horizontal*）において、直接の保護（tutela *imediata*）として作用し得る。

これに対して、消費者法は、消費者保護（tutela do consumidor）を通じた間接的な方法（*via indireta*）により、マーケティング（*marketing*）に作用し得る。製品及び役務の生産及び流通を行う事業者間の水平レベル（nível horizontal）ではなく、間接的かつ垂直的な支援（auxílio *mediato* e *vertical*）として作用し得る。つまり、消費者法は、消費の関係（relação de consumo）の弱者（ator vulnerável）である消費者を保護することに向けられたものであるが、最終的には、健全な市場を再建し、消費社会におけるマーケティングの役割（papel do *marketing*）を強化する[103]。ここでは、法が、そのような方法で、市場を浄化し、そしてまた横断的にマーケティ

ングの活動（atividade de *marketing*）を浄化することにより、消費の関係の完全性（perfeição da relação de consumo）を保障する限りにおいて、マーケティング（*marketing*）をも保護しているのである。[104]

以上のことは、マーケティング及び消費者保護の両者の最終目的が同一だからである。すなわち、信義誠実（boa-fé objetiva）、透明性（transparência）及び信頼（confiança）の諸原則を基礎として、消費者の満足と情報（a *satisfação* e a *informação* do consumidor）を最大限保障することが、マーケティングと消費者保護の共通の目的なのである。[105]

したがって、マーケティング規制における法の役割は、ブラジル連邦憲法（Constituição Federal）一七〇条本文が規定する営業の自由に関する「自由なイニシアティヴ（livre iniciativa）」を尊重し、消費者の満足と情報が保障されるように、最低限の行為準則を確立することである。同連邦憲法一七〇条自身が、「自由なイニシアティヴ（livre iniciativa）」に基づいて経済活動を行う際に、「自由な競争（livre concorrência）」（四号）及び「消費者の保護（defesa do consumidor）」（五号）を遵守すべきものとして列挙する。つまり、「消費者の保護（defesa do consumidor）」は、「マーケティングの自由（liberdade de *marketing*）」に内在する制約である。[106] そのような視点でマーケティングと消費者保護の両立を考慮すると、健全な市場の整備とは、それがとりわけ消費者保護の諸規範により行われ、その適切な作用が保障される場合に、実際には、マーケティングの存続それ自体が保障されていることになる。[107]

こうして、ブラジル消費者保護法典における各種のマーケティング規制は、「不公正な取引方法」を禁止し、一般消費者にとっての有害行為を除去するという作用に止まらない。同法典におけるマーケティングとは、知識に乏しく交渉力を欠いた消費者を犠牲にした悪質な宣伝者（anunciantes）及び広告者（publicitários）の策略（*jogo de espertos*）とは本質的に異なるものである。それは、マーケティングを誤解した表面的な見方であり、

そのような事業者の悪質な行為態様は、原始的な取引においても、少なくともマーケティングの登場以前から、すでに詐欺・不正行為（fraude）の名の下に禁止された。[108]

消費者法（Direito do Consumidor）は、マーケティングの積極的な側面である、「市場浄化的な作用及び情報提供的な作用（visão purificadora e informativa do *marketing*）」を活用し、奨励し、また、一定の場合に義務的とする（三一条）。[109] それゆえ、ブラジル消費者保護法典がマーケティングに課す法規制は、消費社会の存在それ自体に不可欠な専門家〔プロ〕の実践（exercício professional）ともいうべき行為準則である。[110] マーケティングにおいて、詐欺・不正行為（fraude）、搾取（exploração）、濫用（abusos）等の行為は、浄化されなければならず、「不公正な取引方法」として禁止し、一般消費者にとっての有害行為として排除される必要がある。[111] 他方で、事業者に課された情報提供義務（三一条）は、消費社会に情報を提供する作用を営む、マーケティングの積極的な側面を義務化するものである。

法制度を通じた健全な市場の再建及び市場の浄化は、それ自体、マーケティングの役割をも強化する。つまり、法は、有害なマーケティングを禁止するのみならず、マーケティングの良い面をさらに伸ばすものとしても機能する。例えば、景品表示法が虚偽の情報を市場から排除することにより市場を浄化することは、正確な情報を消費者に与えるというマーケティングの機能を強化する。そして、消費者法は、事業者に情報提供義務を課すことによって、マーケティングが消費の市場に情報を投下することで消費者にもたらす利益（＝権利）[112] を揺るぎないものにする。

3　民事責任の行方――今後の課題――

本稿では、勧誘規制・広告規制に絡んで、その私法上の責任を具体的に検討するのではなく、その背後にある

ブラジル消費者保護法典の理念やテーマを中心に論じてきた。本稿での検討を通じて、同法典の具体的な私法上の効果に関する規定の制度趣旨がより鮮明になるものと思われる。

ブラジル消費者保護法典は、三つの側面でマーケティングを義務的なものとして考察し[113]、各場合に私法的な効果を付与している。第一に、契約交渉段階（aspecto pré-contratual）にあっても、諸要件の充足の下、マーケティングには、申込みの拘束力が付与され、事業者はそれを自由に撤回できない（三〇条）[114]。第二に、マーケティングにおける表示は、申込みの拘束力ならびに情報提供義務の下で、意思表示に着想を得た特殊なマーケティング表示として、義務的な契約内容において投影される（三〇条・三一条）[115]。第三に、マーケティングは、契約後の段階（momento pós-contratual）において、契約の継続効（余後効）として、消費者に損害が生じた場合に、賠償請求権を基礎づける（三四条・三五条三項）[116]。

申込みの拘束力、情報提供義務及び契約の継続効というのは、わが国の民法理論においても馴染みのあるものである。これらは、直接的又は間接的に、消費者の集団的利益（interesse difuso）に配慮した規定となっており、今後、本稿の各論として取り組みたい。

（1）新村出編『広辞苑』（岩波書店、第六版、二〇〇八年）。

（2）消費者法の領域で初めて明確に「勧誘」を規定したのは、一九七六年の旧訪問販売法ではないかと思われる。立法当初の訪問販売法では、当時の立法課題に対応して、訪問販売、通信販売、連鎖販売取引とネガティブオプションの四類型を規制対象とし、罰則を含めて二五カ条からなるコンパクトな法律として出発した。当初の訪問販売法の規定は、現在の特定商取引法の一条～五条、九条～一一条、一三条、二六条、三三条～三五条、三七条～四〇条、五九条、六四条～六五条、六七条、七〇条、七二条～七五条に該当する（圓山茂夫『詳解特定商取引法の理論と実務』八頁（民事法研究会、二〇〇五年）を参照）。その後、無限連鎖講防止法（一九七八年）、貸金業法（一九八三年）、特

定商品等の預託取引契約に関する法律（一九八六年）、特定商取引法（二〇〇〇年、前身は一九七六年制定の前出旧訪問販売法）、消費者契約法（二〇〇〇年）、金融商品販売法（二〇〇〇年）、宅地建物取引業法四七条・四七条の二「勧誘をするに際し」（一九九九年・二〇〇六年改正）、金融商品取引法（二〇〇七年、前身は一九二八年制定の旧証券取引法）、また、旅行業法一二条の六「勧誘員」（一九五二年）などで規定されている（消費者法の領域における各種特別法の制定については、大村敦志『消費者法』八頁（有斐閣、第三版、二〇〇七年）を参照）。

(3) 欧州でも「勧誘」概念をめぐる法的対応が見られる。英国では、金融サービス法を改正し金融サービス市場法（FSMA: Financial Services and Markets Act）（二〇〇〇年）を制定した際、将来的な技術革新の進展に左右されない技術中立的な概念を導入するという目的に沿ってなされた。同法では、「communication」という用語を使い、これに従来からの広告（advertisement）と勧誘（call）の双方の意味を持たせている。ドイツでは、新不正競争防止法（二〇〇四年）において「Werbung」という用語を使用する。同法にこれを定義する規定は見当たらないが、「Werbung」という用語を使用した理由として、一九八四年ＥＥＣ指令二条一項で用いられていることが挙げられており、ドイツでは、欧州全体と基準を一致させる趣旨から、この用語を使用することにしたと考えられる。一九八四年ＥＥＣ「誤認を惹起する広告・勧誘に関する加盟国の法令等の集約に関する指令」二条一項によれば、Werbungとは、「取引、事業、手工業、職務に関連して、不動産や権利・義務も含めた財やサービスの供給促進のために行われるあらゆる情報提供」である。また、ドイツの裁判例では、Werbungとは、勧誘の対象としている給付を求めるよう、他の人を誘い込むことを狙った行為とされ、ドイツの学説においても、Werbungとは、他の人に向けて行われる財やサービスの取引に関するあらゆる宣伝活動とされている。以上より、ドイツ新不正競争防止法の「Werbung」は、広告のみならず勧誘行為をも射程に含む幅広い概念であると考えられる。以上、嶋拓哉「英国における金融商品販売促進規制〜我が国投資サービス法制の整備に向けた立法論的示唆〜（上）」国際商事法務三三巻三号三二五頁、三二八〜三二九頁（二〇〇五年）を参照。

また、森田章『金融サービス法の理論』三〇三頁以下（有斐閣、二〇〇一年）では、アメリカ法において、投資勧誘におけるブローカー・ディーラーの適合性についての義務に関して「勧誘」概念を問題とする。ＮＡＳＤ（National Association of Securities Dealers Inc.）の見解では、公正慣習規則二三一〇（a）にいう「勧誘」（rec-

ommendation）について、当初、「会員の適合性についての義務は、勧誘された場合の証券についてのみ適用されるから、会員からの勧誘なしに自らのイニシアチヴで取引を実行しようとする者の注文を受けて会員が行為するだけの場合にはその適用はないのであるが、取引が勧誘されたと考えられる多様な状況があり、その判断は特定の会員が誘引した（solicited）または誘引しなかった（unsolicited）という区別に依拠するものではない」、としていた。そして、「ことに会員が特定の証券を直接電話、郵送による販売促進文書の配布、または電子的伝達の送信などの手段を通じて顧客の認識（attention）下においているときは、その取引は勧誘されたものと考えられる」、としていた。

ところが、債券市場取引協会（Bond Market Trade Association）により、「市場動向、金利の一般的動向の予測、債券の叙述的ないし客観的な説明、または信用市場もしくは時価を提供する行為は、『勧誘』を構成するものとされるべきではない」と批判され、ＮＡＳＤは、結局、「ある特定の取引が実際に勧誘されたかどうかは、当該事実とその状況のすべての分析によることとなり、……その定義をする意図はない」とする立場を明らかにした。次に、ＳＥＣ（Securities and Exchange Commission）は、ブローカーには単に注文を受けるだけで一般的な広告のみを行う者と、投資者に対して特定の証券の購入を直接的に勧誘する者とがあるという区別を明らかにしている。そして、「ペニー・ストック適合性原則は、ブローカー・ディーラーからの勧誘を受けたのではなく、自ら購入を判断した者から注文を受けてブローカー・ディーラーが実行しただけの役割を演じた場合には適用はない。また、同原則は、個人に対する直接的な勧誘を含まない一般的な広告についても適用はない。しかし、ブローカー・ディーラーが投資者に対して特定の〈ペニー・ストック〉の買付けを直接的な電話によるやりとり又は販売促進文書の郵送によって勧誘している場合は、同原則の適用がある」とした。実際に勧誘されたかの判断には細かな問題が生じるが、ブローカー・ディーラーが顧客に対して特定の〈ペニー・ストック〉を認識させた場合のほとんどにおいて、その後の証券の購入は、ブローカー・ディーラーによる明瞭又は黙示の勧誘によるものといえる。

また、一般的な広告はその後の高圧的販売戦略を基礎に置くことによってコールド・コールと同じ目的に役立つことから、〈ペニー・ストック適合性原則は〉ブローカー・ディーラーによる一般的な広告に対応した投資者についても適用すべきであるという点につき、それらの高圧的販売戦略は、一般的広告に応じて顧客が情報を求めた後に勧誘があったこととなり、それゆえ結果される取引について同原則の適用があるということである。この他、ＳＥＣは、

ブローカーが顧客の全てに対して調査報告書を郵送する行為は一般的には勧誘と見られるべきではないとしながら、限定的な顧客に対しての調査報告書であり、顧客の証券外務員から「同封のものにご注目ください」とメモのつくものは勧誘となり得る。さらに、証券外務員と顧客との関係や、顧客の習慣、顧客の専門知識の有無、そして、ブローカーがフルサービスを提供して十分な手数料を請求しているのか、それともディスカウント活動を宣伝して投資助言を付与する意図を拒絶しているかどうかにも関係するとしている。

(4) その他、チラシの配布、商品の陳列、店頭備え付けのパンフレットや説明書といったもの。

(5) 神田秀樹「投資サービス法への展望」神田秀樹、資本市場研究会『投資サービス法への構想』三九六～三九七頁（財経詳報社、二〇〇五年）では、「業者と投資家が一対一の関係に立つと勧誘、一対不特定多数の関係に立つと広告」であるとする。「HPは原則広告で、ファックスは原則勧誘」であるとしつつ、HPに具体的な証券の広告を出したら、それは広告なのか勧誘なのか問題になるとする。

(6) 内閣府国民生活局消費者企画課『逐条解説消費者契約法』九三頁（商事法務、新版、二〇〇七年）。松本恒雄ほか『金商法・消契法逐条解説と金融商品販売の実際』一七二頁（BSIエデュケーション、二〇〇一年）も同旨。

(7) 「○○を買いませんか」などと直接に契約の締結を勧める場合のみならず、直接に契約締結を勧めなくても、その商品を購入した場合の便利さのみを強調するなど客観的にみて消費者の契約締結の意思形成に影響を与えていると考えられる場合も、「勧誘」に該当する。

(8) 落合誠一『消費者契約法』七三頁（有斐閣、二〇〇一年）、横山美夏「消費者契約法における情報提供モデル」民商法雑誌一二三巻四・五号五六五頁（二〇〇一年）、後藤巻則「情報に関する民事ルールの生成と契約法理への示唆―勧誘規制を中心に―」早稲田法学八〇巻三号五九頁（二〇〇五年）、近江直人「勧誘するに際し」『キーワード式消費者法事典』一〇三頁（民事法研究会、二〇〇六年）。

(9) 落合・前掲書七三頁によれば、口頭、態度、文書あるいは電子的手段による等契約締結の意思表示をさせようとする働きかけであれば、その方法は問わないとする。また、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会『コンメンタール消費者契約法』五四頁（商事法務研究会、二〇〇一年）でも、勧誘の手段については、口頭の説明に限らず、商品、包装、容器に記された表示、パンフレット、説明書、契約書面の交付、電話、書状、インターネット等の通信手段に

よる伝達等、事業者が用いる手段を広く対象とすべきであるとする。

(10) 三条（訪問販売）、一六条（電話勧誘販売）、三三条の二（連鎖販売取引）、五一条の二（業務提供誘引販売取引）。通信販売及び特定継続的役務提供には当該明示義務の規定は存在しない。しかし、通信販売の積極的な広告規制として、販売業者又は役務提供事業者の氏名又は名称、住所及び電話番号が表示すべき内容として義務づけられている（特定商取引法一一条一項五号及び経済産業省令八条一項一号）。

(11) 法定事項の不実告知については、「契約の締結について勧誘をするに際し」てだけでなく、「契約の申込みの撤回若しくは解除を妨げるため」に法定事項の不実告知がなされる場合も禁止される。すなわち、法定事項の不実告知に関しては、クーリング・オフ妨害と（不当）勧誘が並列的に考慮されている（訪問販売につき六条一項、電話勧誘販売につき二一条、連鎖販売取引につき三四条一項、特定継続的役務提供につき四四条一項、業務提供誘引販売取引につき五二条一項）。同じく法定事項に関する故意事実不告知については、（不当）勧誘のみが禁止されており、クーリング・オフ妨害については、規定の上では言及されていない。

(12) 「契約の締結について勧誘をするためのものであることを告げずに……呼び止めて同行させる……方法により誘引した者に対し、公衆の出入りする場所以外の場所において、……契約の締結について勧誘をしてはならない」と規定するものとして、六条四項（訪問販売）、三四条四項（連鎖販売取引）、五二条三項（業務提供誘引販売取引）があり、さらに、これらの類型の違反行為に対しては、罰則（六月以下の懲役又は百万円以下の罰金）も規定されている（七一条一号）。また、電話勧誘販売では、「契約を締結しない旨の意思を表示した者に対し」、「契約の締結について勧誘をしてはならない」（一七条）。〔いわゆる再勧誘の禁止〕。なお、いわゆる迷惑勧誘については、連鎖販売取引に関する三八条一項三号及び業務提供誘引販売取引五六条一項三号において、締結しない旨の意思を表示している者に対し、契約の締結について迷惑を覚えさせるような仕方で勧誘をすることが、業務改善の指示対象行為とされている。

(13) 訪問販売につき、齋藤雅弘ほか『特定商取引法ハンドブック』一一三頁（日本評論社、第三版、二〇〇五年）。

(14) 電話勧誘販売の不実告知事例につき、齋藤ほか・前掲書一九二頁。

(15) 電話勧誘販売につき、齋藤ほか・前掲書二二七頁。

(16) 消費者契約法の中間報告が示唆した不実表示（重要事項の説明義務違反）類型では、消費者の「錯誤」ないし

「誤認」という要素が捨象され、「錯誤」ないし「誤認」は取消原因たる不実表示の構成要素でも因果関係の決定要因でもなく、もっぱら取消しが認められるためには「不当な勧誘行為」たる「不実表示」と「契約締結」との関連性（因果関係）が要求されていたに過ぎなかった。ところが、成立した消費者契約法四条一項・二項においては、「不当な勧誘行為」（不実告知・断定的判断の提供・故意の不告知）に重ねられて「消費者が誤認したこと」が取消原因事実を構成している。ここでは、「詐欺×錯誤」類型の延長線上に不実告知ほかの不当行為類型が規律されている。

このことは、因果関係の問題に重要な変化をもたらし、消費者の取消権が認められるためには、①「不当な勧誘行為」と「誤認」との因果関係のみならず、②「誤認」と「契約締結」との因果関係の立証も必要となる。このように、「情報」に着目した上で「誤認」プラス「不当な勧誘行為」――もしくは事業者の帰責性・不誠実性――という観点から契約締結過程を規律する思考様式は、「不実表示」類型よりも、ヨーロッパ契約法原則やユニドロワ国際商事契約原則で採用されている情報リスク分配型「錯誤」類型の規律様式に近いものである。両法文においては、「錯誤」（誤認）のリスクをどちらの契約当事者が引き受けるべきかを基点にルールが立てられ、情報開示・提供にあたっての提供者側の帰責性（不誠実性）の観点から錯誤取消しの判断を構造化する方向に歩み始めている。以上、潮見佳男「比較法の視点から見た「消費者契約法」」民商法雑誌一二三巻四・五号六五六頁～六五八頁（二〇〇一年）を参照。

(17) 消費者契約法三条及び四条の背景となった説明義務・情報提供義務に関する議論は、同義務の根拠を消費者の自己決定権に置き、同意の瑕疵の拡張は憲法的要請でもあるとして、意図せざる契約を締結させられたために行われた出捐を財産的損害と評価することを本質とせず、意思決定の自由を害する契約が、損害とされる契約であるとして、不当勧誘型の裁判例の多くで見られた「原状回復型損害賠償」に対して浴びせられた批判をかわした。このように、説明義務・情報提供義務に関する議論は、民法の領域で法律行為法と不法行為法の制度間競合など、民事実体法の基礎理論を再構成するものであったが、同義務は、「勧誘をするに際し」求められている。精緻に展開される説明義務・情報提供義務の効果・帰結が、業法上の不当「勧誘」に対する行政的制裁に対して、不当「勧誘」の私法的効果・制裁という側面を有することを認識した上で、情報提供義務の役割を改めて確認する必要があろう。

(18) 齋藤ほか・前掲書一二四頁。

(19) 通信販売にとどまらず、消費者契約法と特定商取引法の適用関係一般に関して問題提起がなされている。消費者

契約法一一条二項では、「消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示の取消し及び消費者契約の条項の効力については民法及び商法以外の他の法律に別段の定めがあるときは、その定めるところによる」と規定する。そのため、消費者契約法と特定商取引法が、「消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示の取消し」について抵触するときは、特定商取引法が優先して適用される。このように、同条文から明らかになるのは、両法が抵触した場合の優先関係のみであり、特定商取引法がいわゆる業法として、事業者の行為を規制し行政的規制や刑事罰の対象となる旨を定めた規定があるが、この種の規定の中にも消費者契約法の要件と重複する規定があり、これらの規定と消費者契約法がいかなる関係に立つかについては必ずしも明らかではない。

千葉恵美子「消費者契約法と割賦販売法・特定商取引法」ジュリスト一二〇〇号二九頁以下（二〇〇一年）では、通信販売において誇大広告を禁止する特定商取引法一二条を含め、特定商取引法上の禁止行為に違反した場合には、消費者契約法四条が契約の取消しを認める、いわゆる「誤認類型」や「困惑類型」に該当する場合があることは明らかであるとする（三〇頁）。そして、通信販売に関する一四条を含み、特定商取引法の指示対象行為として列挙されている勧誘行為（七条、一四条、二二条、三八条、四六条、五六条）についても、勧誘における禁止行為と同様に、消費者契約法四条違反となる場合がありうるとする（三八頁の注7参照）。いずれにせよ、民法と消費者契約法とを統合した消費者契約に関する民事ルールが、個別問題でどのような解釈過程をたどって確定されるのかについて判断枠組みを示すことが必要であり（北川善太郎「消費者契約法と近未来の法モデル」民商法雑誌一二三巻四・五号四九四頁以下（二〇〇一年）では、このような観点から情報問題・取引ルール・努力義務の民事ルールの解釈過程を示している。）、これと業法上の私法規定との適用関係が明らかにされなければならない。

業法（割賦販売法、特定商取引法）からみて消費者契約法にいかなる意義があるのか、消費者契約法の特別法として業法（割賦販売法、特定商取引法）上に私法規定が設けられている意義がどこにあるのかについて分析する必要がある（千葉・前掲論文二九頁）。例えば、特定商取引法における「不実告知」ならびに「故意による事実の不告知」では、業務提供誘引販売取引（五八条の二）を除き、告知や不告知の対象となる事項に差が設けられている。特定商取引法の取消権と消費者契約法の取消権の判断枠組みについてもその差異について検討を要する。

(20) 通信販売は、事業者が消費者からの「契約の申込みを受けて行う」取引である（特定商取引法二条二項）。また、

商品の引渡し等に先立って代金等を受領する通信販売を行う場合には、事業者の承諾等の通知義務が課されている（同法一三条）。したがって、特定商取引法上の通信販売という隔地者間契約では、消費者の方が契約の申込みをなし、事業者がそれを承諾して契約が成立する。それゆえ、消費者の行う申込みの意思表示に関して消費者取消権が発生する。

(21) 九条の二第一項一号（訪問販売）、二四条の二第一項一号（電話勧誘販売）、四〇条の三第一項一号・三号（連鎖販売取引）、四九条の二第一項一号（特定継続的役務提供）、五八条の二第一項一号（業務提供誘引販売取引）。

(22) 九条の二第一項二号（訪問販売）、二四条の二第一項二号（電話勧誘販売）、四〇条の三第一項二号（連鎖販売取引）、四九条の二第一項二号（特定継続的役務提供）、五八条の二第一項二号（業務提供誘引販売取引）。

(23) 九条の二第一項本文（訪問販売）、二四条の二第一項本文（電話勧誘販売）、四〇条の三第二項（連鎖販売取引）、四九条の二第一項本文（特定継続的役務提供）、五八条の二本文（業務提供誘引販売取引）。

(24) 丸山絵美子「クーリング・オフの要件・効果と正当化根拠」専修法学論集七九号一頁以下（二〇〇〇年）、右近潤一「消費者保護のあり方に関する一考察―クーリング・オフにより保護すべき消費者の利益と経済的構造の危殆化―」同志社法学五五巻四号一一四九頁以下（二〇〇三年）、山本弘明「消費者保護撤回権に関する一考察―自己拘束概念を手がかりに―」北海学園大学法学部『変容する世界と法律・政治・文化：北海学園大学法学部四〇周年記念論集』上巻四二九頁以下（ぎょうせい、二〇〇七年）。

(25) フランス消費法典においても、ドイツ債務法現代化法においても、通信販売において「回顧権」あるいは「撤回権」が認められており、その比較法的な見地から、わが国の通信販売取引へもクーリング・オフ権を導入すべきとの指摘がなされている。以上の点につき、鶴藤倫道「事業者・消費者間の電子商取引へのクーリング・オフ導入の可否」神奈川法学三五巻三号一頁以下（二〇〇二年）、鶴藤倫道「ドイツ法における通信販売への撤回権導入の議論―わが国における事業者・消費者間の電子商取引へのクーリング・オフ導入検討の素材として―」神奈川法学三六巻二号五三頁以下（二〇〇三年）、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」専修法学論集八九号五七頁以下（二〇〇三年）、シュテファン・ウルブカ（訳：中田邦博）「オーストリアにおける消費者保護法―いくつかの重要な事項を取り上げて―」龍谷法学三七巻一号一四六頁以下（二〇〇四年）、山本弘明「撤回期間と履行請求権」

北海学園大学法学研究四一巻二号一六一頁以下（二〇〇五年）を参照。ブラジル消費者保護法典においても、四九条に基づいて、営業所以外の場所で締結される全ての契約において「回顧権」が認められるため、通信販売においても、当然に認められている。

なお、わが国では、いわゆる返品特約が、現物を確認せずに取引せざるを得ない通信販売において、クーリング・オフ権に代わる重要な制度として位置づけられる（圓山・前掲書二三一頁）。つまり、消費者の返品を可能とするか否かについては、通信販売業者の自主的な選択に委ねつつ、特定商取引法は、返品特約の有無を記載することのみを義務づける方式が採用されている（特定商取引法一一条一項四号）。これにより、消費者は、商品の送付後における返品の可否を考慮して、販売業者を選択することが可能となる。

この点に関し、「電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律」は、特定商取引法において通信販売の一つとして位置づけられる電子商取引に適用される特別な「私法上の効果」を定めている。まず、クーリング・オフ権が通常想定しているのは、消費者が意思を表示する段階ではなく、それ以前の消費者側の意思の形成過程そのものに問題がある場合であると類別する。そして同法は、慎重な熟慮に基づく意思を確保するためではなく、消費者自身が端末の操作ミス等によって誤った意思表示を行ったことに気づいて、それを訂正することが許容されるために必要な法規定を具体化するものである。同法三条の規定は、いわゆる「表示上の錯誤」に相当する状況を念頭に置いた規定であり、民法九五条但書の趣旨（表意者の重過失を理由とする不法行為責任の問題を、錯誤無効を主張しえないという形で錯誤無効の要件効果論に取り込んだもの）を、電子消費者契約に即して具体化・明確化したものである。つまり、民法九五条但書を適用しないことを通じて間接的に、電子消費者契約にあっては、事業者は消費者の表示上の錯誤を回避すべく事前の措置を講ずる義務を負うことを明らかにした点に、民法九五条の特則としての意義が認められる（森田宏樹「「電子消費者契約」における消費者の意図しない意思表示について―情報化社会における法形成のあり方の観点から―」ダニエル・フット、長谷部恭男『融ける境 超える法4 メディアと制度』三七頁～四七頁（東京大学出版会、二〇〇五年）を参照）。

(26) 「特殊販売」とも呼ばれ、トラブルが圧倒的に多い。特殊販売とは、消費者が自分で店舗に出向いて取引をする店舗取引と対比して、訪問販売、通信販売、電話勧誘販売、連鎖販売取引、業務提供誘引販売取引などの特殊な取引

形態で行う取引のことを指す。以上、日本弁護士連合会『消費者法講義』一三八頁（日本評論社、第二版、二〇〇七年）を参照。

(27) ドイツ債務法現代化法では、通信販売にも撤回権が規定されている。なお、同款における撤回権の規定がその要件を定めるのに対して、その行使・効果については、別節の消費者契約における撤回及び返還権（三五五条～三五七条）で規定されている。ドイツ債務法現代化法については、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社、二〇〇三年）、Heinrich DÖRNER, Ansgar STAUDINGER, Schuldrechtsmodernisierung: Systematische Einführung und synoptische Gesamtdarstellung, 1. Aufl., Baden-Baden, 2002; Werner G. ELB, Schuldrechtsmodernisierung: ein Leitfaden für die Rechtspraxis, Köln, 2002; Claus-Wilhelm CANARIS, Schuldrechtsreform, München, 2002 を参照。

(28) ブラジル消費者保護法典は、一九九〇年に制定され、ラテンアメリカのスタンダードとして、隣国の消費者法制定に大きな影響を与えた。同法典に関する文献として、カズオ・ワタナベ、森征一、ナオミ・オガサワラ／訳リミ・ハラダ「ブラジル消費者保護法の制定について」法学研究六五巻一号三四一頁（一九九二年）、アダ・ペレグリーニ・グリノーヴェル「ブラジル社会・経済システムにおける消費者保護法典」矢谷通朗、カズオ・ワタナベ、二宮正人編『ブラジル開発法の諸相』一五三頁（アジア経済研究所、一九九四年）、Gustavo TEPEDINO, “Les Contrats de Consommation au Brésil”, Les contrats de consommation, Paris, 2002, p. 111, 拙稿「ブラジル消費者法研究序説～ラテンアメリカ民事法の理解に向けて～」国際商事法務三五巻三号三四三頁～三五五頁（二〇〇七年）。

(29) Antônio HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, “Das práticas comerciais”, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª ed., Rio de Janeiro, 2004, p. 279.

(30) Antônio HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, op. cit., supra.

(31) 池田真朗、片山直也、北居功「資料フランス消費法典草案（消費法改造委員会案）」法学研究六〇巻四号五六頁（一九八七年）。

(32) 一九八五年フランス消費法典草案のときの文言は、「商法（*Méthodes Commerciales*）」であり、同文言は、一九九〇年草案まで維持された。一九九三年に公布された消費法典では、「Pratiques Commerciales」となった。

(33) ブラジル消費者保護法典のPráticas Comerciaisを便宜的に「取引行為」と訳す。フランス消費法典のPratiques Commercialesは、本文に述べたとおり、それとは異なる概念であるので、原語のまま表記することとする。

(34) フランス消費法典草案とともに、第五章に同様に影響を与えた他の法源として、債務公正取立法（*Fair Debt Collection Practices Act*）及び公正信用報告法（*Fair Credit Reporting Act*）がある。

(35) Tim EDWARDS, Contradictions of consumption: Concepts, Practices and Politics in Consumer Society, Buckingham, 2000; Lizabeth COHEN, A Consumer's Republic: The Politics of Mass Consumption in Postwar America, New York, 2003.

(36) Uwe SPIKERMANN, Basis der Konsumgesellschaft: Entstehung und Entwicklung des modernen Kleinhandels in Deutschland 1850-1914, München, 1999; Wolfgang KONIG, Geschichte der Konsumegesellschaft, Stuttgart, 2000; Michael PRINZ, Der lange Weg in den Überfluss: Anfänge und Entwicklung der Konsumegesellschaft seit der Vormoderne, Paderborn, 2003.

(37) 産業革命により、製品の大量生産が可能となり、生産に従事する労働者の賃金が上昇して、彼らの可処分所得を増やし、大衆消費への道を開いた。こうして、大量生産と大衆消費をつなぐため、「博覧会」と「デパート」が登場し、消費のスタイルは、生存に不可欠な日常品を購入する消費ではなく、ディスプレーに展示された商品の「ウィンドーショッピング」に象徴される、新たなライフスタイルとしての消費へと変化した。

第二次世界大戦後の二〇世紀後半には、本格的な大衆消費社会が到来する。資本主義経済の高度成長を経て、生産力は著しく増大し、大企業が出現し、自動車や家電などの耐久消費財の量産が始まり、労働者の所得も伸びたため、多くの消費者がこれらの製品を手にした。このことは同時に、ある商品の生産・販売に力を注ぐ事業者と、異なる事業者が提供する異なる商品をただ買うだけの消費者という、生産と消費の分離の究極形を生み出した。それは、商品に関する知識や理解に格段の差が生じ、取引において消費者が不利になったというだけにとどまらず、巧みに計算された事業者の販売戦略により、消費者の無意識のうちにその欲求自体をも左右し得る、物心両面に及ぶ強大な支配力を事業者が手にしたことを意味する（大村・前掲書『消費者法』二頁〜五頁）。今日の消費社会は、生産・流通・消費の全てを事業者に支配され、もはや「消費」のための「生産」ではなく、「生産」のための「消費」とさえ言える。

(38) 完全競争とは、市場に多数の売り手と買い手が存在し競争的に取引するために価格は均衡（市場の需給が一致する状態）の水準で決定され、どの需要者・供給者も、自分で価格を決定できない経済状態のことである。完全競争の下で行動する経済主体（プライス・テイカー）にとって価格は所与のものであるが、完全競争でない状態、すなわち、不完全競争の下では、その市場には価格に影響を及ぼす経済主体（プライス・メイカー）が存在する。完全競争市場では、供給と需要（売り手と買い手）がともに原子的であることに加え、どの店で買おうと財の均一性があり（商品の同質性）、すべての供給者・需要者が完全情報を有し（情報の完全性）、需要と供給は流動的であって市場からの自由な参入・退出が可能であり（ジョーン・ロビンソン、（訳）加藤泰男『不完全競争の経済学』一五五頁以下（文雅堂書店、一九五六年）、池田一新『不完全競争の理論』一～七頁（白桃書房、一九六三年）、ドナルド・デューイ、（訳）馬場啓之助、沖田健吉『不完全競争の理論―一つの根本的な再構成―』六九頁以下（東洋経済新報社、一九七一年）を参照）、所有権が確立され保護されていることを「神の見えざる手」が働くための前提条件としている（薮下史郎『非対称情報の経済学―スティグリッツと新しい経済学―』三四頁～三六頁（光文社、二〇〇二年）を参照）。

(39) 完全情報を欠いた不完全競争の市場では、市場における各取引主体が保有する情報に差がある。売り手は商品の品質に関する豊富な情報を所持しているのに対し、買い手は売り手からの説明に依存するしかない。情報の非対称性とは、このように売り手（情報優位者）と買い手（情報劣位者）という経済主体間において情報格差が生じた状態のことをいう（薮下・前掲書八〇頁・八一頁）。ただし、藤田友敬「「法と経済学」の観点から見た情報開示」判例タイムズ一一七八号三二頁以下（二〇〇五年）によれば、情報の偏在が直ちに情報提供義務を課すことを正当化するわけではないことを指摘する。

(40) 消費社会における大量消費を後押ししたのは広告であるとする文献は枚挙に暇がない。例えば、G・カトーナ、（訳）社会行動研究所『大衆消費社会』（ダイヤモンド社、一九六六年）、ジョオン・サースク、（訳）三好洋子『消費社会の誕生―近世イギリスの新企業―』（東京大学出版会、一九八四年）、常松洋『大衆消費社会の登場』（山川出版社、一九九七年）、間々田孝夫『消費社会論』（有斐閣、二〇〇〇年）を参照。アメリカ合衆国では、一九二〇年代、家電や家庭用品といった当時の花形産業の宣伝に、広告業界は年間二五億ドルをかけて、消費者の購買意欲をあおった（ダニエル・J・ブアスティン、（訳）新川健三郎『アメリカ人―大量消費社会の生活と文化―』上巻一六一頁以

下（河出書房新社、一九七六年）、小林清一「消費と国家」常松洋、松本悠子『消費とアメリカ社会―消費大国の社会史―』一四三頁、一五八頁以下、一六七頁以下（山川出版社、二〇〇五年）を参照）。

(41) アイケ・フォン・ヒッペルは、消費者の弱者性を捉えて、消費者は事業者ほど組織化されていないと述べる（Eike VON HIPPEL, Verbraucherschutz, 3., Tübingen, 1986, S. 3）。本書の訳書であるE・v・ヒッペル、（訳）好美清光、円谷峻『消費者の保護』四頁（東洋経済新報社、一九八六年）では、「結局、消費者は、当然のことながら、あまり事柄に精通していないし、また組織化も十分でないということだけでも、供給者にたちうちすることはできないのである」と述べる。

(42) わが国は、現在、「農業社会」、「工業社会」に続く、「情報社会」の入り口にある。農業社会では、人的つながりは「血縁」やその土地の「地縁」が中心であるのに対して、工業社会になると、人的つながりは、職場での「職縁」となり、コミュニケーションは、マスコミを通じて一対不特定多数となる。これが、生活情報社会になると、人的つながりは、情報に基づく情報縁となり、コミュニケーションもＣＭＣ、すなわちコンピューターを介した「ダイレクト」で「インタラクティブ」で「グローバル」なコミュニケーションとなる（以上、岡田米蔵、梁瀬和男『広告法規』三頁～五頁（商事法務、新訂第一版、二〇〇六年）を参照）。

(43) 異質な商品は取り引きされる市場も別であるが、それがもし、質はそれほど異ならないのに消費者がブランド名等によって異質と考えているだけであれば、消費者は割高な価格を支払わされるかもしれない。さらに、商品の質が同質であるならば、商品の質に関する情報は問題とならない。または、異質であっても取引者がそれらの差異を知っているならば、それらは異なった商品として別個の市場で取引が行われる。そのときには、同じ商品であったとしても、質の違いにより価格も異なってくる。しかし商品の質が異なるとき、消費者は必ずしもそれらの違いを識別することができないかもしれない。当該商品に関して提供される情報が十分ではないため、質について完全な情報を得ることができないのである。

このような情報の不完全性は、財・サービスの質だけでなく、それらの価格についても問題となる。市場の売り手と買い手が、財・サービスの質と価格を正確に知っている場合、同じ質であれば同じ価格で売買されるはずであり、一物一価が成立する。すべての販売価格に関する情報が完全であれば、買い手は最も安価なところで購入しようとす

るため、すべての販売価格が等しくなる。しかし、現実には、同じ商品であっても場所や地域によって異なった価格で販売されることが多く、それは、輸送費用等に起因するのみならず、取引参加者があらゆる場所での販売価格を知らないためである。すなわち、質に関する情報も価格に関する情報も、過去の取引経験や、価格情報を入手するための情報活動によらなければならない。このように情報が不完全であるということは、価格であれ質であれ、取引商品についての情報を入手するためには費用がかかるということであり、逆にいえば、完全情報とは情報費用がゼロであるということである。

急速な技術進歩によって新しい技術や商品が次から次と現れる現代社会においては、過去の経験から得た情報はすぐさま古くなってしまうので、情報費用はとりわけ大きくなる（薮下・前掲書三〇頁～三三頁）。情報費用がかかる場合に、情報提供義務を課し、情報開示を強制することは、情報収集の誘因を損ね、有益な情報が作り出されなくなってしまうとの懸念が表明されている。しかし、藤田・前掲論文三二頁以下によれば、情報費用がかかるケースにおいて、情報を有する主体にその情報の開示を強制するルールが望ましいか否かは、①情報収集・生産の利益がいずれの当事者にどう帰属するか（いずれの当事者の方がより競争的な環境に置かれているか）、②当該情報の収集・生産に社会的価値があるか、それがどの程度大きなものかということに依存する。

(44) 大村敦志「消費者・消費者契約の特性」『（生活民法研究Ⅱ）消費者・家族と法』三一頁の注(60)（東京大学出版会、一九九九年）では、「個人で」「多品種」「少量」の商品を「消費生活のために」購入するという点に消費者の特性を見出す正田教授の見解（正田彬『消費者の権利』（岩波書店、一九七二年）を参照）を興味深いものとして紹介する。

(45) 「完全競争」市場の下では、広告の必要性は存在しない。なぜなら、売り手の誰かが少しでも値下げをすれば無限に売り上げを伸ばすことができ、逆に少しでも値上げをしたらたちまち販売量の全体を失うからである（ロビンソン・前掲書二一四頁）。また、「完全独占」市場の下でも、広告の必要性は存在しない。他方、不完全競争市場の下では、市場に供給されるあらゆる商品は、それぞれ代替材が存在する余地を残している点で競争に直面しているが、売り手に一種の独占を与えるような特殊性をそれぞれの商品が持つ点でそれぞれ独占的である（チェンバリンの「独占的競争」）。そのような「一種の独占を与えるような特殊性」すなわち「製品の差別化（differentiation）」は、①製

品それ自体の特徴に基づく差別化（商標、デザイン）、②製品の販売に関連した諸条件に基づく差別化（店の立地の良さ、二四時間営業）、③買い手の主観的な想像に基づく差別化（製品のネーミング、広告に登場するタレント、広告が作り出すイメージ）に整理される。「製品の差別化」の可能性が存在するところでは、自社の商品を他社の商品と区別させる上で、また商品を買い手の特定集団にアピールする上で、どれだけ手腕を発揮するかによって、販売量は変わってくる。この手腕発揮の一つが広告である（E・H・チェンバリン、（訳）青山秀夫『独占的競争の理論―価値論の新しい方向―』七二～七三頁、八〇頁、九一～九三頁、三八五頁（至誠堂、一九六六年）を参照）。

(46) 商品購入による満足感は、消費者行動を左右し、購買を決定する決め手となる。ジャン・ボードリヤール、（訳）今村仁司、塚原史『消費社会の神話と構造』一〇九頁以下（紀伊國屋書店、普及版、一九九五年）によれば、それは、その商品の使用価値だけでなく、所有することそれ自体（所有しない他人との差異）に関連する。近時では、LOHAS（Lifestyle of Health and Sustainability）やiPodのように、一商品でそのライフスタイルごと提案する商品が登場し、商品購入による満足感は、もはや購入して所有することのみならず、その商品の消費（利用）方法や消費から廃棄に至る一連のプロセスに関連する。その際、ある商品が顧客にとって喜びや満足を与えるものになる上で、広告は大きな役割を果たす。iPodが単なる新種の音楽再生機に止まらなかったのは、製品そのものの機能以上に、そのマーケティング方法にある。満足感と消費をつなぎ循環させる役割が広告に存在し、企業は、宣伝や広告をたくみに使い、消費者の購買意欲（満足感）をコントロールする。

(47) 山田卓生「消費者保護法の意義」『消費者法講座Ⅰ総論』二六頁（日本評論社、一九八四年）によれば、「かつては、金を貯めてから買うというのが支配的な消費形態であった。欲しい物を買うために一生懸命節約して貯金をし、長年つとめたあと退職金で家を買うというパターンが一般的であった。しかし、今日では、欲しい物をすぐ買い、あとは借りた金を返していくという形が支配的になってきた。消費物資にとどまらず住宅さえもが、そういう形で購入されるようになってきた。人々の消費のタイプが変わってきたということである。（中略）以上にみたような社会的・経済的な事情を背景として、消費者問題が登場してきたのである。貯蓄と現金売買しか経験したことのなかった消費者が、消費者金融、三者契約（ローン提携売買、立替払契約等）、担保、所有権留保、保証、保険といった複雑な法律関係にまきこまれることになったのである」。

(48) 情報化社会において、インターネットなどの新しい情報技術の進歩や市場の整備は、情報費用を低下させ情報量をも増加させる役割を果たしており、情報の不完全性・非対称情報をある程度解消する役割を果たしている。しかし、価格情報など数量的に表現が可能な情報であれば、情報費用を低下させることができるが、商品の質に関しては困難な点が多い。Eコーマス（通信販売）についても同様に、直接目で見たり、身につけたり触れたりしてしか分からないような商品の質については、インターネットで情報を伝えることが困難である（薮下・前掲書八二頁）。このように、それによって伝えることが困難な情報があると同時に、情報の信頼性（情報の質）は依然問題である。法律により商品の品質についての情報提供が義務づけられているが、情報の信頼性を保つためには、法律を定めるだけでなく、その法律規則が実行されるようにしなければならず、法律規則の制定ならびにその実行性確保に多大な費用がかかる（薮下・前掲書一一三頁）。この他にまた、新しい情報手段は、新たなプライバシーなどの問題も生じさせている（薮下・前掲書一一四頁）。

(49) 名部井一良「多重債務問題」朝岡敏行、関川靖『消費者サイドの経済学』二四八頁（同文舘出版、二〇〇七年）では、消費者信用供与額を時系列にまとめた表から、一九八六年から二〇〇四年までに、消費者信用供与額は約二倍に拡大したが、その拡大幅は、販売信用の方が消費者金融よりも大きく、そのように販売信用を拡大させたのはクレジットカードショッピングの成長によると指摘する。

(50) 中世の自給自足社会では、自ら生産した物を自ら消費するため、「生産者」と「消費者」の区別が存在せず、「消費者問題」は存在し得なかった。「生産」と「消費」の分離が起こるのは、ヨーロッパでは、一六世紀から一八世紀のことである。一八世紀には、経済学によって、「消費」は、「生産・流通と区別される経済過程の最終段階の活動であり、富の利用である」と定義されるに至る。「消費」のための「生産」を原動力として、すべての人々が「消費」に否応なしに参加する「消費社会」への離陸が始まるのは、欧米では一九世紀後半、日本では二〇世紀初頭のことである（以上、大村・前掲書『消費者法』二頁）。

(51) 生産の残り〔残留物〕(resíduo da produção) と表現する（Antônio HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, op. cit., p. 241）。

(52) 企業及び家計という経済主体のうち、生産・流通という経済活動を行うのが企業であり、消費という経済活動を

行うのが家計である。岩永忠康、佐々木保幸『流通と消費者』三三頁（慶應義塾大学出版会、二〇〇八年）。

(53) Antônio HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, op. cit., p. 241.

(54) 他の規定で第五章の「取引行為」に含まれ得るのに除外されたものとして、例えば、契約上の担保〔保証〕(garantias)（五〇条）及び販売後のサービス（serviços pós-venda）（二一条）がある。単純に実用主義的な諸理由が、同諸規定の散乱を決定する。結局のところ、ある同じ制度（instituto）は、ある唯一の事柄（assunto）とは必ずしも結びつかない。それが、契約上の担保〔保証〕(garantia contratual) の場合である。すなわち、取引行為と関連するだけでなく（消費財の取得への刺激〔誘因、動機〕の一技術である）、契約上の保護とも関連する（消費の取引の双務的な支配（gerenciamento bilateral）の産物である）（Antônio HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, op. cit., p. 242）。

(55) わが国でもこれまでいくつかの「消費者」の定義が試みられてきた。消費者の「従属性」、「愚かさ」、「劣位」、「弱さ」、「生身の人間」といったように、消費者と企業の非対称性を捉えたものが主流であったように思われる。これに依拠して、例えば、情報提供義務や約款の拘束力といった問題が議論されてきた。これに対して、文脈は異なるが、竹内昭夫「消費者保護法の基本問題」平野龍一『消費者：東京大学公開講座35』五二頁（東京大学出版会、一九八二年）によれば、「そもそも、「消費者」というのは排他的なカテゴリーではなく機能的カテゴリーであり、人間のある一面を捉えたものであるので、そこには全国民が含まれる」とする。また、谷本圭子「民法上の「人」と「消費者」」磯村保ほか『民法学の課題と展望〔石田喜久夫先生古稀記念〕』八三頁～八六頁（成文堂、二〇〇〇年）では、事業者・消費者間の経済的力関係の不均衡が、問題発生の根本原因ではなく、それゆえ、消費者が事業者より弱いから「保護」するのではなく、「自己決定が阻害される」ため「自己決定可能とするよう条件整備」すべきであるとする。すなわち、現代契約法における問題を生んでいるのは、「人間の処理能力」と「状況の複雑性」との間のギャップであると述べる。この点、消費者の「匿名性」に言及するわけではないが、従来の対事業者で捉えられてきた「消費者」概念を批判し、問題状況に即して捉え直す方向を打ち出している。具体的には、商品・サービスの高度化・複雑化という「環境」要因と個別の消費者の「能力」要因の二つを抽出して、「消費者」性にすべての問題の解決を委ねるのではなく、問題状況を原因ごとに整理することが必要であるとする。

(56) 「メッセージを読み、聞き、見て、感じ、吸収し、解読するのは彼（消費者）である。しかし、このメッセージの伝達者は、彼（消費者）を知らない。彼（消費者）が悲しいのか楽しいのか、気に入っているのか嫌っているのか、満足なのか不満なのかを知らない」（Plínio CABRAL, Propaganda, técnica da comunicação industrial e comercial, São Paulo, 1986, p. 19）。これが「匿名（anonimato）」の特色である。逆に、メッセージの伝達者が、その受信者（消費者）を知るとき、特に、彼（消費者）が不満であることを知るときに、取引行為の瑕疵は発現する。「匿名（anonimato）」の破壊は、消費者にとってのリスク（riscos）をもたらす（Antônio HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, op. cit., p. 243）。

(57) より詳細には、マイクロ・マーケティング（マイクロ・マーケティングとは、経済システム内の個別企業の立場からマーケティング問題を捉えようとするもので、マーケティング・コンセプトを基盤としている。また、商品ならびにサービスを、生産者から消費者へ移転させる企業の対市場活動である。個別企業の対市場活動としては、４Ｐ（製品、価格、経路、プロモーション）のマーケティング・システムが成立する。）とマクロ・マーケティング（マクロ・マーケティングとは、マーケティングを社会・経済的立場から巨視的に把握、分析しようとするものである。商品・サービスの流れを国家レベルで全体の流れとして研究していくもので、一般に「流通」と称するものである。）間の区別等がある（William D. PERREAULT, Joseph P. CANNON, E. Jerome McCARTHY, Essentials of marketing: a marketing strategy planning approach, New York, 2007, p. 7）。

(58) 西尾チヅル『マーケティングの基礎と潮流』一頁（八千代出版、二〇〇七年）。ＡＭＡ（米国マーケティング協会）によるマーケティングの定義の変遷は、次のとおりである。一九六五年の定義では、マーケティングとは、財とサービスの流れを生産者から最終ユーザーに方向づけるあらゆるビジネス活動である。一九八五年の定義では、マーケティングとは、個人や組織の目標を達成する交換を創造するために、アイディア、製品、サービスの概念形成、価格、プロモーション、流通を計画し実行するプロセスである。二〇〇四年の定義では、マーケティングとは、顧客の価値を創造し、伝達し、提供すると共に、組織とその利害関係者が便益を得られるよう顧客との関係性をマネジメントする組織の機能及び一連のプロセスである。日本マーケティング協会によるマーケティングの定義（一九九〇年）では、マーケティングとは、企業及び他の組織がグローバルな視野に立ち、顧客との相互理解を得ながら、公正な競

争を通じて行う市場創造のための総合的活動である。

(59) マーケティング・コンセプトとは、個々の企業の市場に対する考え方であり、マーケティング活動のための理念・方針のことである（西尾・前掲書一九頁）。マーケティング・コンセプト（*marketing concept*）は、とりわけ五〇年代から各時代・社会環境を反映して主張され、マーケティングの現代的理論にとって根本的な概念であるが、正確には、市場における成功のための科学的な処方箋というよりも哲学である。各論者は、一般的に、そのような学説において、二つの主要な要素を特定した。すなわち、顧客〔消費者〕志向（orientação pró-consumidor）及びマーケティングに関連するあらゆる活動の統合を許容する組織的な構造化である。この意味において、Robert F. HARTLEY, Marketing: management and social change, New York, 1972, p. 32 を参照。

(60) 一九八〇年代後半になると、多くの市場で成熟化が進み、買い手のニーズも多様化し不透明化が進み、売り手は製品の開発に先立って、買い手のニーズを見極めることも困難になる。

このような市場環境の下で、新規に顧客や市場を開拓するよりも、既存顧客の維持、顧客との継続的・安定的取引の確立へと戦略を転換せざるを得ない。関係性パラダイムに基づいたマーケティングでは、マーケティング目標も一回一回の取引の最適化ではなく、長期的・安定的な取引に主眼が置かれ、顧客との良好な関係作りへと変化する。企業は、顧客との双方向で直接的な対話を通じて、顧客ニーズに合った製品を適切なタイミングに適切な状態で提供することが、顧客ロイヤルティ形成や顧客との長期的・安定的な関係の構築上重要となる。このような志向の変化の中で、「マス」としての市場よりも、「個」客に着目し、インターネットやモバイルを通じて、企業と「個」客との双方向的な対話が可能になると、企業は、顧客の一人ひとりの個別ニーズに応じて製品を手直しして提供する、いわゆる「カスタマイゼーション」も行えるようになった。最近では、マスプロダクションとカスタマイゼーションを合成した「マスカスタマイゼーション」という新しい考え方が誕生し、マーケティングや製品開発に導入されている（例えばデルコンピューターのデル・ダイレクト・モデル）。このようなマーケティング手法の「マス」から「個」への変化の一つとして、通信販売とは区別された電話勧誘販売を考慮し得る（ジョン・S・プルーイット、（訳）秋本芳伸『ペルソナ戦略―マーケティング、製品開発、デザインを顧客志向にする―』（ダイヤモンド社、二〇〇七年）を参照）。

また、近年登場したホリスティック・マーケティングは、インターネットが急速に進展し、多くの企業が、いかに新しい市場環境を操作し、競争するかといった観点から新しい概念を求めた結果であり、これまでのマーケティング志向の進化ならびに顧客との単発的な「交換」の実現あるいは「取引」中心から「関係性」構築へのパラダイム・シフトのエッセンスを相関的に調和させたマーケティング・アプローチである（秋山隆平、杉山恒太郎『ホリスティック・コミュニケーション』（宣伝会議、二〇〇四年）を参照）。

また、従来型マスメディアの情報大量投入によるマス広告だけでは、消費者に届かない、響かない、という現象が顕在化している。その大きな要因として、消費者の購入前段階におけるインターネットによる情報収集が習慣化してきていることが挙げられる。もはや消費者は、マス広告だけではなく、インターネット上に無数にある消費者の声を収集し、購入判断の材料としているのである（口コミ）。商品購入後やサービス提供を受けた後で、そのレビューをブログやSNS、掲示板で発信する、という行為が消費者の日常的な行動パターンとなっている。

また、他の消費者は実体験としてのレビューを求めてインターネットを活用する。その消費者間の情報スパイラルの登場が、CGM（Consumer Generated Media）の存在価値を高め、より強い影響力を持ってきている。つまり、モノを売る販路より、消費者のブランド体感による推奨の流れをスムーズにすることが、CGM時代の「売れる商品・サービス」を生み出すマーケティング概念である（コグレマサト＋いしたにまさき『クチコミの技術―広告に頼らない共感型マーケティング―』（日経BP社、二〇〇七年）を参照）。

(61) 西尾・前掲書一一七頁。

(62) 当時のマーケティング研究の接近方法として、①商品別、②機関別、③機能別の三つがとられた。①商品別とは、流通商品の特性や取引方法・サービス、②機関別とは、卸売業・小売業などの流通を担当する組織の形態や活動、③機能別とは、流通活動を販売・購買のような商取引活動と輸送・貯蔵のような物流活動ごとに分別して分析するものである（相原修『マーケティング入門』二八頁（日本経済新聞出版社、第四版、二〇〇七年）を参照）。

(63) 逆に、コントロール不可能な要素として、①文化的・社会的環境（Cultural and Social environment）、②企業の資源と目的（Resources and Objectives of firm）、③競争的環境（Existing Competitive business situation）、④経済的環境（Economic environment）、⑤政治的・法律的環境（Political and legal environment）を挙げる。

(64) E・J・マッカーシー、(訳) 粟屋義純『ベーシック・マーケティング』六五頁以下 (東京教学社、一九七八年) (William D. PERREAULT, Jr., E. Jerome McCARTHY, Basic Marketing: A Global-Managerial Approach, 15th ed, Boston, 2005, p. 76)。マーケティング・ミックスとは、売り手である組織が標的とする市場において目的を達成するために活用する、統制可能なマーケティング・変数の集まりである。

(65) マネジリアル・マーケティングは、一九五八年に提唱されたマーケティング概念で、マーケティング・マネジメントの大きな業務は、計画的革新 (planned innovation) によって、市場機会に適応することである (ユージン・J・ケリー、ウィリアム・レイザー、(訳) 片岡一郎ほか『マネジリアル・マーケティング』八頁以下 (丸善、一九六九年) を参照)。マーケティングの4Pのうち、Product (製品政策) がマーケティング戦略の中心課題として取り組まれるようになったのは、第二次世界大戦以後である。生産されたものを販売する「プロダクト・アウト」から、売れるものを作る「マーケット・イン」への転換が起こったのは、世界恐慌から大戦までの混迷を抜けた市場が、大量生産から消費者に合わせた製品差別化を本格的に求めたことによる。「何」を作り、「何」を売るのか。そのための技術や設備や生産管理までもがマーケティング課題として取り組まれ、マネジリアル・マーケティングが展開されるようになったのは、つい半世紀前からなのである (西尾・前掲書八九頁)。

(66) 対象となる消費者の性格や嗜好によって、有効な4Pの組み合わせは異なる。市場全体を消費者の何らかの特性に着目し、いくつかの集団に分類することにより、市場細分化を行う。分類されたそれぞれの消費者の集団を市場セグメントという。市場細分化を行うための基準としては、地理的基準、人口動態的基準、サイコグラフィック基準、行動的基準がある。ある特定の市場セグメント (市場標的) を対象として設定し、それに対して4Pの働きかけを行うマーケティングをターゲット・マーケティングという。

(67) ドン・E・シュルツ他、(訳) 有賀勝『広告革命米国に吹き荒れるIMC旋風：統合型マーケティング・コミュニケーションの理論』二二、二三頁 (電通、一九九四年) (Don. E. SCHULLZ, Stanley I. TANNENBAUM, Robert F. LAUTERBORN, Integrated Marketing Communications, Lincolnwood, 1993, p. 12-13)。IMCは、消費者とブランドや企業との全ての接点をメッセージ伝達のチャネルと考え、ターゲットの購買行動に直接影響を与えることを目的とするものであり、消費者から出発し、あらゆる手法を駆使して説得力あるコミュニケーションを実

践するプロセスである。広告方法論としての統合型マーケティング・コミュニケーション（Integrated Marketing Communication: IMC）という概念は、従来のメディアミックスやマーケティング・ミックスが、情報の送り手の立場からの最適化を図るものであったのに対して、ＩＭＣでは情報の受け手である消費者の立場から見て最適なメッセージの伝達方法を考えていこうという点に特徴がある。

一九八九年、米国広告協会（American Association of Advertising Agencies: AAAA）は、ＩＭＣを「一般広告、直接反応広告、セールス・プロモーション及びＰＲなど様々なコミュニケーション方法の戦略的役割を評価し、これらの方法を組み合わせることにより、明瞭で、一貫性があり、最大の効果を実現するための、包括的な計画の付加価値を認識したマーケティング・コミュニケーション計画の概念である」と定義した（西尾・前掲書一四八頁～一四九頁）。これまでのコミュニケーション・キャンペーンは、売上げやシェア、競合上の位置など企業の内的要因を重視する「インサイド・アウト思考」により、強力なマスコミ媒体を活用して、新製品・新サービスの導入をメッセージし、消費者に試し購買や新規利用を促すものであった。今後は、消費者や株主、従業員などのステークホルダーの視点からコミュニケーション計画を立案し、意思決定する「アウトサイド・イン思考」に立つことが必要となる。消費経験や知識が豊かな消費者に、多様なコミュニケーション手法を用いて、長期的にブランド価値や顧客関係性を増大するメッセージを送り、製品やサービスの継続的購買を促す必要がある。また、George E. BELCH, Michael A. BELCH, Advertising and promotion: an integrated marketing communications perspective, Boston, 2007 も参照。

(68) 「マーケティング」以前の「セリング」が行われていた、販売志向のときには、企業の販売部門だけで対応してきたが、製品が過剰になり需要を上回るようになったことを背景とする、マーケティング志向の時代以降、売れる製品、売れる仕組み作りという発想への転換が行われた。技術者や起業家が作ったものを販売するという「はじめに製品ありき」という販売志向コンセンプトから、「はじめに顧客ありき」というマーケティング志向コンセプトへの発想の転換である。こうして、現代のマーケティングは、単なる販売活動（販売部門一部門だけのもの）ではなく、顧客のニーズに対応すべくトップ・マネジメントによって統括されて、全社レベルで戦略的に行われるようになっている（西尾・前掲書二四頁）。

企業は、製品やサービスによって価値を提供する（「価値提供プロセス」）。価値提供プロセスには、伝統的な物理的プロセス・シークエンスと価値創造と価値提供シークエンスという二つの考え方が存在する。前者の伝統的な物理的プロセス・シークエンスは、企業が何かを作りそれを売る、という従来の考え方である。まず、製品開発部門が新製品の企画・開発を行い、購買部門が資材を購入し、製造部門が製造する。それを財務、マーケティング、広告、顧客サービスの各部門へ連動させる。ここでは、製品の製造と販売に重きが置かれていて、マーケティングは価値提供プロセスの後半で行われる。これに対し、後者の価値創造と価値提供シークエンスでは、マーケティングが最初から終始に渡って戦略的に行われる。顧客を細分化し、ターゲットを絞り、その顧客の求める価値を提供するための「価値の選択」を行い、その次に製品の仕様、サービス、価格の決定や流通を行い（「価値の提供」）、セールスフォース、販売促進、広告などのプロモーション・ツールを使って製品情報を顧客に伝達する「価値の伝達」を行う。マーケティングは、プロセスのすべてに関係するため、あらゆる部門が顧客満足の価値観を共有し、そのために協力しあう「統合型マーケティング」が求められる（西尾・前掲書二五頁）。

(69) 西尾・前掲書二六頁。

(70) ブラジル消費者保護法典は、その二条で、「消費者（Consumidor）とは、最終受取人（destinatário final）として、製品または役務を取得し、また、利用するすべての自然人又は法人のことをいう」と定義するにもかかわらず、別の二カ所で消費者概念を拡大する明文規定を置く。その一つが、第五章の取引行為の場面である。すなわち、二九条では、「本章及び次章の諸目的のため、同章に規定された取引行為にさらされた、特定可能もしくは特定不能な（determináveis ou não）、全ての者は、消費者に相当する（equiparam-se）」と規定し、二条所定の要件を外し、「取引行為に曝される」だけで十分とする。つまり、事業者の責任は、製造物責任の場合（そのような「製品」を消費の市場に置いたか否か）と同じく、消費の市場でそのような「取引行為」を行ったか否かに依存する。なお、消費者概念については、本文にて後述する。

(71) 西尾・前掲書一三七頁以下。

(72) 企業のコミュニケーションには、消費者にブランド名を認知させ、ブランド内容を理解させ、そのブランドを購買させたいといった目的がある。企業にとっては、どのように効果的なコミュニケーションを設計するかが課題とな

る。

(73) 一口に消費者と言っても、マーケティング戦略においては、見込み顧客、リピート顧客、得意顧客、メンバー、サポーター、パートナーの区別がなされる。顧客になる可能性のある人の中から企業はターゲット像と合致した見込み顧客を決定する。見込み顧客は初めての顧客になり、リピート顧客になり、さらには得意顧客になることが期待される。企業の次の課題は、得意顧客をメンバーシッププログラムの会員にし、さらに、企業自体及びその製品やサービスを他者に推薦するサポーターになってもらい、究極的にはサポーターを自社のパートナーにすることである。この段階に至ると、顧客と企業は積極的に協力し合う関係になる（リレーションシップ・マーケティング）（西尾・前掲書二一二頁、二一三頁）。

(74) デロジアは、企業におけるマーケティング管理のミックス要因を4P（Product, Price, Place, Promotion）とした上、企業のマーケティング管理と消費者との間にマーケティング・コミュニケーションを位置づけ、その中に含まれるものとして、広告等のプロモーション・コミュニケーションはもちろんであるが、それだけではなく、売り場は立派なプレイス・コミュニケーションであるし、パッケージ・デザイン等はプロダクト・コミュニケーションであるし、商品やショーケースに表示されている値段はプライス・コミュニケーションであるとして、四つのPはすべてマーケティング・コミュニケーションであるとしている（清水公一『広告の理論と戦略』七五頁（創成社、第一五版・二〇〇七年）を参照）。

(75) 第五章を起草したAntônio Herman de Vasconcellos e Benjaminは、消費者保護法典の注釈書において、経営学的なマーケティング概念の分析から出発し、それを前提にしたマーケティングの法的規制（controle jurídico do *Marketing*）を説いている。また、随所において、そのようなマーケティング概念を所与のものとして引き合いに出している。ブラジルの先駆的な消費者法学者J. M. Othon Sidou（J. M. OTHON SIDOU, Proteção ao consumidor, Rio de Janeiro, 1977, p. 5）が、マーケティングを「単なる提案〔奨励〕（sugestão）による富の拡大という、過去の経済学者の知らない現象」と述べたことを引用し、それゆえに、取引行為は消費者法（Direito do Consumidor）の核心であり、立法者にとって並外れた挑戦であるとする。また、経営学者Peter Druckerが、商品の欠陥等による消費者の不満足を「マーケティングの恥」として類別したことを受け、巨大な取引現象としてのマーケ

ティング及び取引行為一般が法的規律を必要とすることに何らの疑義もないとする。製造物責任の「指示・警告上の欠陥」を「流通上の欠陥（defeitos de comercialização）」と呼ぶのも、彼の同様の思想に基づく。そして、法がマーケティングの分野で消費者保護を形成するための指導的原理として、「いかなるマーケティングの努力も、長い間、企業にとって良いことが消費者にとって良いという哲学にのみ基礎を置くことにより、全く成功しなかった」という教訓に着想を得てきたと述べる（Antônio HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, op. cit., p. 248）。

つまり、新古典派経済学の市場モデルの枠組みでは、市場メカニズムは自律性を持っており、互いに独立して自己利益の最大化を追求していれば、経済の効率性が達成されると考える。この考え方によると、取引の両当事者が真に対等な関係のもとで自由な意思決定をし、それに基づいて契約が締結されるのであれば、市場メカニズムが機能して、効率的で合理的な商品・役務の取引がなされることになる。この立場に立てば、公的介入や規制は不要であり、「小さな国家」で足りる。しかし、実際の取引は、多くの場合、このような整備された市場の下で行われるわけではなく、その意味で、消費者が市場参加者として主体的な役割を果たし得る環境の整備が消費者法に期待される役割である（後藤・前掲論文四九頁、五〇頁）。

(76) スウェーデンの商法学者 Ulf Bernitz も、商学・経営学上のマーケティング概念に対置させて、法学上のマーケティングを定義する。すなわち、マーケティングは、商学上、「供給と需要の間のインターフェイス」（Walter B. WENTZ, Gerald I. EYRICH, Marketing: theory and application, New York, 1970, p. 2）あるいは「それにより製品が市場に適切に送り出され、また、それを通じて財産権の移転が行われるところの経営上のプロセス（processo administrativo）」（Edward W. CUNDIFF, Richard R. STILL, Norman A. P. GOVONI, Fundamentals of Modern Marketing, 4th ed., Englewood Cliffs, 1985, p. 19）として、かなり広く定義される。マーケティングとは、それを通じて個人間及び社会的グループ間の交換、あるいは、別の言い方をすれば、交換の過程を通じて必要性及び欲求を満足させようとする人間活動が起こるところの中間的な過程（processo intermédio）のことである（Ben ENIS, Princípios de marketing, tradução de Auriphebo Berrance Simões, São Paulo, 1983, p. 31）。そして、Ulf Bernitz の説明によれば、「製品、役務及びその他の価値物の商品化を促進することに向けられるあらゆる方法を、マーケティングと理解しよう」（Ulf BERNITZ, John DRAPER, Consumer protection in Sweden: legisla-

tion, institutions and practice, 2nd ed., Stockholm, 1986, p. 123)。

(77) 「支払い一商品分で二商品お持ち帰り、支払い二商品分で四商品お持ち帰り、支払い三商品分で六商品お持ち帰り……（Leve 2 e pague 1, leve 4 e pague 2, leve 6 e pague 3 ……）」という販売商法。購買率の高い人気商品と売れ行きの悪い不人気商品を組み合わせて販売する方法で、ＤＶＤ等の販売で見られる。

(78) 抱き合わせ販売とは、ある商品又はサービス（主たる商品）の販売又は賃貸に際して、他の商品又はサービス（抱き合わされた商品）を購入することを条件とする販売方法である。ブラジルでは、最低消費（consumação mínima）といって、バル、レストランやクラブなど、特に深夜営業店を中心に最低消費の価格を定め、実際に消費しなくても決められた最低消費価格を消費者に支払わせていた。店舗の入り口で徴収する場合もあれば、店舗の出口でレシートを見せて出る場合もある。これは、消費者保護法典三九条一号所定の抱き合わせ商法（venda casada）に該当するとして禁止された。

(79) マーケティングにおいて、広告が巨大な突出部であることは間違いないが、本文に例示列挙された種々の宣伝方法もすべてマーケティングの一分野として考慮され得る（Ulf BERNITZ, John DRAPER, op. cit., p. 124)。

(80) アメリカ・マーケティング協会（American Marketing Association: AAA）の定義。日本商業学会の定義によれば、プロモーション（Promotion）とは、製品もしくはサービスについてその存在や特徴を最終消費者や販売業者へ伝達し刺激、説得、援助することによって、需要を喚起する一連の活動である。

(81) わが国では、Promotion と Sales Promotion をともに「販売促進」と訳しているため、それぞれ広義と狭義で区別しなければならない（清水・前掲書三六一頁)。

(82) アメリカ・マーケティング協会によれば、販売促進とは、消費者の購入及びディーラー効果を刺激づける人的販売・広告・パブリシティ以外のマーケティング活動である。

(83) 日本商業学会によれば、販売促進（sales promotion）とは、広義には、広告、人的販売、狭義の販売促進を含む概念であり、このうち狭義の販売促進とは、広告ならびに人的販売を補足しそれらの活動をいっそう効果的にする諸活動である。

(84) 清水・前掲書三六一頁。消費の市場における販売促進の役割を過小評価すべきではない。投下資本の額で見ると、

その影響がいかに本質的であるかが分かる。アメリカ合衆国では、例えば、販売促進費用が、七六〇億ドル、他方で、広告費用が、「たった」四四〇億ドルであった。

(85) わが国の独占禁止法等の競争法の下で禁止される取引方法が多く規定されている。

(86) 広告は、その中で、送り手である企業と受け手である消費者との間をつなぐコミュニケーションの一チャネルである（J. B. PINHO, Comunicação em marketing, Campinas, 1988, p. 22)。

(87) 大量取引における「マーケティング表示（manifestação de *marketing*）」という（講学上の）概念は、個別取引における「意思表示」という法概念に着想を得ている。確かに、この概念は、曖昧であり包括的であってさらなる慎重な吟味を要する。ただし、広告を介した不特定多数人への意思表示という観点で言えば、わが国の民法においても懸賞広告や契約の競争締結を含めた理論的な検証の可能性を示唆するものである。

(88) 攻撃的な勧誘や詐欺的な勧誘というのは、取引行為の一つの現れ方であり、取引行為における濫用（abuso）の一側面である。

(89) 製造上の欠陥（defeitos de fabricação）、デザイン〔設計〕（*design*）上の欠陥又は流通（comercialização）上の欠陥のいずれであろうと変わりがない。また、本文で後述するように、消費者概念も、生産行為にならって、取引行為において拡大されている（二九条）。

(90) 拙稿・前掲論文三五〇頁。

(91) Gustavo TEPEDINO, op. cit, p. 120では、by standerすなわち潜在的な消費者の概念の拡張（l'extension du concept du consommateur en potentiel（*by stander*））と表現する。

(92) Antônio HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, op. cit., pp. 253-254.

(93) 山本敬三「消費者契約法の意義と民法の課題」民商法雑誌一一三巻四・五号五一三頁、五一四頁、五二〇頁、五二二頁（二〇〇一年）。

(94) 「契約条件の開示」の問題とは、そもそもその条件が契約内容になるかどうかという契約の拘束力の範囲に関する問題であるのに対し、情報提供義務の問題とは、契約が成立し、その内容が確定された上で、情報提供が不十分だったことを理由にその取消しを認めるかどうかという問題であり、両者はもともと性格を異にするので、かりに情報

提供義務違反による取消しを認めたとしても、契約条件の開示に関する問題をその中で扱うことには無理がある（山本敬三「消費者契約法における契約内容の確定」河上正二ほか『消費者契約法―立法への課題（別冊ＮＢＬ五四号）』七一頁以下（商事法務研究会、一九九九年）を参照）。

(95) アントニオ・ジディ、（訳）三木浩一、工藤敏隆、浦西洋行「ブラジルにおけるクラスアクション（1）～（9・完）」国際商事法務三四巻八号九九七頁、九号一一五九頁、一〇号一三一五頁、一一号一四九八頁、一二号一六五六頁（二〇〇六年）、三五巻一号九五頁、二号二四三頁、三号四〇三頁、四号五四七頁（二〇〇七年）。なお、公正取引委員会は、二〇〇七年一〇月一六日公表の「独占禁止法の改正等の基本的考え方」において、景品表示法上の不当表示につき、一定の消費者団体による差止請求制度を設けるとの方針を明らかにした。この点につき、山本晋「独占禁止法・景品表示法への団体訴訟制度の導入」ジュリスト一三四二号一〇一頁～一〇八頁（二〇〇七年）。

(96) 圓山・前掲書一頁によれば、「特定商取引法の世界では、トラブルの類型を示す○○商法とか○○販売といった用語が頻出する。これらは厳密に定義されたものではなく、新たな販売トラブルが発生する都度、マスコミ等によって命名され、事実上定着したものである」と述べる。また、安彦和子「次々販売」時の法令一七五二号五二頁（二〇〇五年）にも気をつけたい。

(97) 法は、――その遅れた改革ゆえに――、――とりわけ活動的な現象である――マーケティングに適合し（adapte-se）、また、随伴することは困難であろう。マーケティングを規制する法律が厳格（rígidas）であればあるほど、その法律は、時代遅れになり、それゆえ、有効性を失うこととなる危険性は高いであろう。ブラジル消費者保護法典におけるマーケティングに関する諸規範の一般性の主たる理由はここにある。そこにはまた、マーケティングの予見不能かつ日和見的な諸表示（manifestações imprevisíveis e camaleônicas de *marketing*）において、一般的かつ抽象的な性質を有する諸規範、諸原則、諸禁止及び諸義務を適用する判例の創造的な介入（intervenção criativa da jurisprudência）の起源（gênese）、理由（*ratio*）及び正当性（legitimidade）がある（Antônio HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, op. cit., p. 251）。また、Ludwig KRAMER, EEC Consumer law, Bruxelles, 1986, p. 148 も同様の指摘をする。

(98) その意味で、ブラジル消費者保護法典は、取引行為の逸脱に対して、消費者を適切に保護するために十分である

最低限の規則（regras mínimas）の総体をもたらしたことは間違いない（Antônio HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, op. cit., p. 248）。山本敬三『公序良俗論の再構成』一〇七頁（有斐閣、二〇〇〇年）では、「あくまでも状況に依存した、衡平で納得のゆく解決が得られることが重要だと考えるならば、一般条項の不確定性は歓迎すべきことであり、その縮減をはかるべきではないということになる」と述べる。

(99) マーケティングに課された法規制は、経済的な効率性（eficiência econômica）の他に、例えば、市場における不平等の緩和（mitigação das desigualdades）やバーゲニングパワー〔交渉力〕の均衡回復（reequilíbrio do poder de barganha）といった視点による（Antônio HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, op. cit., p. 249）。

(100) 鈴木加人『独禁法の運用と不公正な取引方法』（嵯峨野書院、二〇〇五年）。

(101) 菅久修一『景品表示法』（商事法務、二〇〇五年）。

(102) この他、特許法制（normas patentes）、商標法制（normas marcas）、著作権法制（normas autorais）も含まれる（Antônio HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, op. cit., p. 250）。

(103) 従来、消費者保護の根拠は、「弱者保護」の観点から議論されることが多かったが、「市場」という観点に立つと、消費者保護に関する法技術は、整備された市場を創出するための法技術として捉えることができる。消費者契約法では、消費者に取消権を付与するが（四条）、同規定に見られる情報提供ルールの創設は、そのような意味での消費者支援と考えることができる（以上、後藤・前掲論文五〇頁）。ブラジル法では、消費者支援の方法による整備された市場の創出が、ひいては、マーケティングの保護とも関連する。

(104) このような競争法と消費者法の関係について、わが国では、独占禁止法等に違反する取引の私法上の効果（公序良俗違反無効）という観点から議論されてきた。大村敦志「取引と公序」『〔生活民法研究Ⅰ〕契約法から消費者法へ』二〇一頁～二〇三頁（東京大学出版会、一九九九年）によれば、警察法令と異なり、経済法令については、法令の目的と取引の効力はもはや無縁のものではなく、経済法令違反を重要な判断要素として、個々の取引の効力を否定する必要が多くなる。「公法」秩序は「私法」秩序を支援し、後者は前者を強化するという関係を肯定でき、公法の領域に属する法令をより積極的に私法上の公序に組み込むべきであるとする。

また、山本・前掲書四八頁以下では、フランス公序論（政治的公序と経済的公序を区別し、後者をさらに指導的公序と保護的公序に区別する）を手がかりとして、わが国の経済的公序論を市場的公序（フランスの指導的公序に対応）と消費者取引公序（フランスの保護的公序に対応）に区別する。前者に属するのが独占禁止法等であり、後者に属するのが消費者行政法規である。両者については、行政法規の公法・私法二分論が退けられ、市場の確保・競争の維持という価値が追求される限り、それは独占禁止法などによってのみ実現されるべきものではなく、可能なかぎり私法においてもその擁護がこころみられるべきであり、その意味で、公法と私法とは峻別の方向ではなく、同じ価値を実現するために相互依存の関係に立つものとして理解すべきとする。また、競争法と私法の関係につき、内田耕作「消費者と競争秩序」法律時報九〇七号九頁～一六頁（二〇〇一年）の他、「シンポジウム：競争秩序への多元的アプローチ（一）（二・完）―実定法学へのクロスロードー」北大法学論集五六巻一号一九七頁以下及び三号一三二三頁以下（二〇〇五年）、「競争秩序と民法―日本私法学会シンポジウム資料」ＮＢＬ八六三号三九頁～九三頁（二〇〇七年）を参照。

(105) Antônio HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN. op. cit., p. 251.

(106) このように、ブラジル憲法では、営業の自由を規定する一七〇条自体が消費者保護の遵守を制約として定めているため、消費者保護は、営業の自由との調整の下で初めて認められるものではない。わが国においても、営業の自由に対する制限から切り離して消費者保護を議論し得るし、逆に、営業の自由は消費者保護を含むものとして議論し得るのではないか。

(107) マーケティング（*marketing*）も消費者保護（defesa do consumidor）も、市場で機能し、それゆえまた市場に依存する。市場も競争もなければ、マーケティングも消費者の保護も議論し得ない（Antônio HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, op. cit., p. 251）。

(108) 大村・前掲書『消費者法』二頁の注2では、絶対王政下のフランスの王令で、腐った牛乳を売った売主に、その牛乳を強制的に飲ませるという制裁を科していたことが紹介されている。

(109) マーケティングがそのように作用するとき、同時に、消費者法の課した法的基準を達成し、結果的に、その先の経済的・社会的な目的を達成する。

(110) マーケティングのプロ〔専門家〕(professional de *marketing*) の実践とは、良い商品の代わりに悪い商品を売るのではなく、より高額であっても良い商品を売ること、同時に、より安価であろうと悪い商品を取り除くことである。言い換えれば、売ること、それと同時に、市場を浄化することが、マーケティングのプロの使命である (Antônio HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, op. cit., p. 252)。

(111) 第四部 (Seção IV) の「濫用的取引行為 (Das Práticas Abusivas)」で規定される。

(112) ブラジル消費者保護法典六条三号では、情報 (informação) に対する消費者の基本権 (direito básico do consumidor) を規定する。すなわち、同六条では、「次に掲げるものが消費者の基本的権利 (direitos básicos do consumidor) である」として一〇項目を列挙する。その三号では、「数量 (quantidade)、特徴 (características)、成分 (composição)、品質 (qualidade)、値段 (preço) 及び発生し得る危険 (riscos) の正確な詳述を伴う (com especificação correta)、様々な製品及び役務に関する適切で明確な情報 (informação adequada e clara)」と規定する。

(113) Fernando Gherardini Santos (Fernando GHERARDINI SANTOS, Direito do marketing, São Paulo, 2000, p. 138) によれば、マーケティングは、「三要素から成る〔三段階ある〕性質」を有する (Antônio HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, op. cit., p. 252)。

(114) ブラジル消費者保護法典三〇条では、事業者の広告＝広告的申込み (oferta publicitária) として構成する。以上の点につき、拙稿・前掲論文三四七頁を参照。また、申込みや合意に関する問題意識として、拙稿「フランス民法における申込み (offre) の原理―意思 (volonté) と同意 (consentement) をめぐって―」総合文化研究所紀要二四巻一一〇頁～一二四頁 (二〇〇七年)。

(115) 広告の目的が販売促進にあることは当然だが、広告が広告主や広告制作者の思惑を離れたところで、流行語のような社会現象を惹起したり、話題や娯楽を提供するという側面がある。そもそも、販売実績は、広告効果以外に、狭義の販売促進の要素、流通経路での取扱い、販売価格など、複数の要因が輻輳して働きかけている。広告の効果は、販売実績にのみ直結せず、そのかわり、広告の認知率、ブランド知名率、商品理解率、購入意図率といった、売上げに至る中間的段階が目標とされることが多い。このような広告の受け手の認知度を図るコミュニケーション目標は、

市場調査によってある程度測定可能である。以上の点につき、梅村修「消費を生む広告効果―アート的な映像広告の〝売る仕掛け〟」東伸一ほか『消費社会とマーケティング』三九頁以下（嵯峨野書院、二〇〇七年）を参照。このような意味で、広告表示に義務的な私法的効果を付与する場合には、広告表現に関してある程度の類別化が必要であり（ブラジル法の下でもセールストークが一切許容されないというわけではない）、それに伴って、マーケティング表示において、例えば錯誤の場合に当事者間でいかなるリスク分配がなされるのか、それと情報提供義務がいかなる関係にあるのか、さらにその効果（三五条）について問題となる。以上の問題意識につき、消費者契約に限定しないが、示唆に富む文献として、栗田晶「行為基礎における契約目的の位置づけ―ドイツにおけるリスク分配理論を素材として―」法学政治学論究七四号九九頁以下（二〇〇七年）。

(116) 契約関係を「点」ではなく「線」で捉える発想は、二〇〇二年ブラジル新民法において顕著となった。同新民法の四二二条では、「契約当事者（contratantes）は、契約の締結（conclusão do contrato）ならびにその履行（sua execução）において、実直（probidade）及び信義誠実（boa-fé）を守ることを義務づけられる」と規定する。新民法では、ドイツ債務法現代化法の契約締結上の過失に関する規定（三一一条）のように、具体的な要件・効果こそ定めていないが、新民法四二二条を根拠に契約交渉段階の情報提供義務・説明義務ならびに契約の継続効が論じられる。そして、同四二二条と消費者保護法典三〇条の趣旨が同じ信義誠実（boa-fé）であることが指摘されている（Maria Helena DINIZ, Código Civil Anotado, 13 ed., São Paulo, 2008, p. 33）。この他、二〇〇二年ブラジル新民法の注釈書として、Ricardo FIUZA, Regina Beatriz TAVARES DA SILVA, Novo Código Civil Comentado, 6 ed., São Paulo, 2008; J. M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA, Novo Código Civil Anotado, v. I, v. II, 3 ed., Rio de Janeiro, 2006; Geraldo MAGELA ALVES, Jorge FILIPE, Novo Código Civil Anotado, São Paulo, 2004; J. M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA, Novo Código Civil Comparado, 2 ed., Rio de Janeiro, 2004 がある。