Title	報告5：販売・勧誘ルール、広告的申込み、情報提供義務：ブラジルと日本の消費者法比較
Sub Title	Práticas Comerciais, Oferta Publicitária, Dever de informar : Estudo comparativo entre as regras brasileira e japonesa
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.11 (2008. 11) ,p.57- 74
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特集：ブラジル移民一〇〇周年・慶應義塾創立一五〇年記念日伯比較法シンポジウム
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20081128-0057

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.

特集：ブラジル移民一〇〇周年・慶應義塾創立一五〇年記念日伯比較法シンポジウム

報告5

販売・勧誘ルール、広告的申込み、

情報提供義務

——ブラジルと日本の消費者法比較——

前田美千代

一 販売・勧誘ルールの二重性——販売方法に関するルールと広告に関するルール——

1 消費者のための法典の不在

わが国には、ブラジル消費者保護法典 (Código de

Proteção e Defesa do Consumidor : CDC) やフランス

消費法典 (Code de la Consommation) のような消費者の「法典 (Codex)」は存在しない⁽¹⁾。代わりに、それ自体の各適用領域は限定される多数の特別法により、いわゆる「消費者法」という法領域が形成されている。その結果、一つの消費者契約に適用される法律は、その全側面から見れば、民商法、行政法、経済法等の既

存の法分野の多岐にわたる。

2 「勧誘」規制

もともと、わが国の「勧誘」規制は、悪質商法への対処という観点から、業法による事業者の行為規制（行政官庁による取引への事前規制）を中心に発展し、契約取消権や損害賠償請求権、クーリング・オフ権といった私法的な効果を直接付与する場合は限定されていた。訪問販売員の執拗な勧誘により不必要な契約を締結してしまった場合、業法規制たる（改正前）特定商取引法（旧訪問販売法）の下で、訪問販売業者に対する行政指導や刑事制裁が行われても、締結された契約の取消しや個々の消費者が被った損害の賠償については、錯誤や詐欺、強迫ならびに不法行為といった民法の規定により対処するほかなかった。²⁾

契約締結過程の適正化に関連した事業者の私法上の責任が正面から規定されたのは、二〇〇〇年に相次いで制定された消費者契約法および金融商品販売法である。両法により、事業者の「勧誘」行為に対する法規制は、業法的な行為規制中心から私法的効果の直接的付与（民事ルールの導入）へと進展し、さらに、二〇

〇四年の特定商取引法改正による取消権の明定により決定的となった。

3 「広告」規制

これに対して、わが国の「広告」規制は、いわゆる競争法という領域により担われてきた。マーケティング上の競争戦略の一つとして、「広告」や「表示」を規制の対象としてきたのは、不正競争防止法、独占禁止法およびその補完法・特別法としての景品表示法である。それゆえ、わが国における「勧誘」と「広告・表示」は、前者が悪質商法への対処に向けた事業者への行為規制、後者が市場メカニズムの下での公正取引という形で、異なる視点から異なる法により規制がなされてきた。ところが、この競争法の領域においても、公正取引ルール中心から民事ルールの導入へという類似的動きが見られる。すなわち、景品表示法上の不当表示（ならびに特定商取引法上の禁止行為）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法改正がなされた。³⁾

また、景品表示法と特定商取引法は、広告における特定事項の明示義務や虚偽・誇大広告等の禁止規定に

において共通する。二〇〇四年の特定商取引法改正で、商品の効能・効果の表示又は勧誘が不実告知に該当するか否かを判断するため、合理的根拠を示す資料の提出を義務付ける規定が創設されたが、これも、二〇〇三年に景品表示法において導入されていた制度である。

4 体系的な消費者法の追求

以上のように、わが国の消費者法領域では、業法ルール・公正取引ルールと民事ルールの再編・統合が進んでいる。販売方法（悪質商法）については特定商取引法により規制し、広告・表示については景品表示法により規制するという二重ルールは、改革を迫られている。実際、通信販売事業者の勧誘は、常に広告を通じて行われ、インターネットを利用した通信販売の一般化に伴って、消費者の目線でも、「勧誘」と「広告」は接近している。本報告では、業法ルール・公正取引ルールと、広告的申込み（ブラジル法上の概念）や情報提供義務といった民事ルールとの理論的な関係、ならびに、情報提供義務の効果としての契約取消権および損害賠償請求権について比較法的に検討してみたい。

二 広告的申込み

1 特定商取引法における通信販売広告

わが国では、広告的申込みというブラジル消費者保護法典上の概念は存在しない。逆に、「申込書に記入する」と日常的に表現されるように、申込みを行うのは消費者であり、それを承諾し契約を成立させるのが事業者であるという伝統的な立場に依拠している。ブラジル・日本ともに、民法において、一般的な商業広告は、申込みの誘引と考えられている。のみならず、わが国では、通信販売を規制する特定商取引法において、通信販売とは、事業者が消費者からの「契約の申込みを受けて行う」取引とされている（二条二項）。こうして、事業者の行う通信販売広告やカタログは、申込みの誘引であり、消費者がそれらの広告を見て申込みをなし、事業者がその申込みを受けて承諾し、契約が成立する。

通信販売広告については、特定商取引法の下で、事業者の名称等、広告に必ず記載しなければならない内容に関する「積極的記載事項」（二一条）と、誇大広

告等の禁止といった記載してはならない内容に関する「消極的記載事項」(一二条)が定められ、これらの違反については、指示命令(一四条)や業務停止命令(二五条)といった行政責任が規定されている。しかし、私法上の効果については規定がなく、訪問販売その他の類型では認められている消費者の取消権もクーリング・オフ権も、通信販売では認められていなかった⁽⁴⁾。今夏、特定商取引に関する法律及び割賦販売法の一部を改正する法律〔平成二十年法律第七十四号(平成二十年六月十八日)〕により、通信販売についてようやく、商品の引渡しから起算して八日間のクーリング・オフ権が認められることとなった(改正特商法一五条の二)⁽⁵⁾。しかし、同条二項によれば、クーリング・オフ権を行使した際の商品返還に要する費用が購入者負担とされており、ブラジル消費者保護法典四九条の規定とは明らかに異なる。すなわち、ブラジル法では、クーリング・オフ権は消費者の権利(*direito do consumidor*)であり、その行使は正当かつ法的(*licita e jurídica*)なものである以上、その行使に際して消費者は何らの負担も負うべきではないと考えられ

ている。それに対して、事業者は、店舗販売ではなく、訪問販売やDMによる販売(つまり無店舗販売)といったより直接的・即効的な販売方法(*práticas comerciais mais incisivas*)を自ら選択したのであり、それに伴う取引上のリスク(*risco negocial*)も負担すべきである。つまり、消費者がクーリング・オフ権を有する取引形態であることを承知の上で無店舗販売事業を営む以上は、消費者によるクーリング・オフ権の行使により契約を解除されるリスクもすべて負担すべきと考えられる⁽⁶⁾。

また、事業者が勧誘をするに際し、「重要事項について事実と異なることを告げることをして、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、取消権を認める消費者契約法四条一項一号が存在するが(後述)、本条の「勧誘」に広告が含まれないとするのが立法を担当した経済企画庁(現内閣府)の立場であるため、消費者が事実と異なる広告内容に基づき誤認しても、ブラジル消費者保護法典三五条のような取消しや損害賠償といった私法的な効果は当然には認められない。

2 業法ルール違反と私法上の効果

通常は民事責任規定を欠くこれらの業法ルール違反に際して、個々の消費者の民事的救済を図るため、主に次の二つの責任が民法上で議論されてきた。一つ目は、前述のごとく、不当勧誘という事業者の行為態様に着目し、民法上の不法行為責任（七〇九条）を追及し、事業者の損害賠償責任を肯定することである。また、二つ目は、福祉国家・社会国家における弱者保護の視点から国家によるパターナリステイックな介入による正義の確保を目指す「消費者公序」論の下、業法ルールという取締規定に違反した契約の私法上の効力を論じることで、あるべき契約内容から逸脱した契約につき、その不合理さゆえに公序良俗（九〇条）に反する契約であるとして、契約の無効化を認めること、ならびに、信義則（一条二項）を根拠に情報提供義務を課し、その違反を理由とする損害賠償請求や契約解除を認めることである。

三 情報提供義務

1 消費者契約法における情報提供義務

日本法における情報提供義務は、宅建業法三五条（契約成立前の書面交付および説明義務）や金融商品取引法三七条の三（契約締結前の書面交付義務）のように、業法上の行為規制として規定される場合と、金融商品販売法三条や消費者契約法三条のように、民事責任要件もしくは民事責任原理として規定される場合とがある。¹⁰ここでは、後者とりわけ消費者契約法に関して、同法四条の消費者取消権とともに考察する。

消費者契約法の目的は、「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差」の是正である（一条）。同法制定の背景には、九〇年代に促進された「規制緩和」の下での市場メカニズムの整備があり、情報・交渉力の面で劣る市場のプレーヤー（消費者）の自立支援ルールとしての意義を有する。したがって、消費者契約法は、「市場の機能不全」に対処し、競争の自由と公正を支えるべく、独占禁止法・不正競争防止法の二大領域と並ぶ公正な市場確保のための第三の

市場経済法 (Marktwirtschaftrecht) 領域であり、これまで「経済法」(競争法) の領域に属していたものが、「私法」の領域に取り込まれ、民事上の効果(サンクション)を付与されるに至ったものとの評価がなされている。⁽¹¹⁾

2 消費者契約法における誤認類型

消費者契約法四条一項・二項のいわゆる「誤認類型」について、ブラジル法と対比して具体的に検討する。消費者契約法四条一項・二項の「誤認類型」では、①「事業者の一定の行為」(不実告知、断定的判断の提供、故意の不告知)から消費者の「誤認」が惹起され、②これにより消費者が契約を締結したことが要求され、また、二重に要求される因果関係(「不当な勧誘行為」と「誤認」との因果関係および「誤認」と「契約締結」との因果関係)その他の要件事実の主張・立証責任が消費者側の負担とされている。民法上の詐欺(九六条)の要件と比べると、二重の故意と詐欺の違法性の両要件が要求されていない点で、詐欺取消し以上に取消しの認められる範囲が広くなっている。

ブラジル消費者保護法典の構造と異なる点は、第一

に、事業者の行為がカタログ化され一定の行為に限定されていること、第二に、消費者の「誤認」が要求され、事業者の行為義務もしくは客観的信頼(信義誠実)(*Doa-ŕe objetiva*)に基づく責任として考慮されていないこと、第三に、第二の点とも相まって因果関係の存在が要求されると同時に、その立証責任が消費者の負担とされていることである。

さらに、「不実告知」について、その対象が、「物品・権利・役務」の内容(質・用途その他の内容)および「対価その他の取引条件」という「重要事項」に限定されている。つまり、「内容の誤認」と「性質の誤認」にその対象が限定され、動機レベルに関連する、「消費者を契約締結へと動機づける決定的事情」が重要事項とされていない。さらに、告知の対象は、「客観的な事実により真実又は真正であるか否かを判断することができる内容」であることを要し、「主観的な評価」はここに該当しない。このように、説明の対象を「重要事項」に限定した理由は、情報提供義務を広範に認めることによる中小事業者の負担過重を考慮したためである。⁽¹²⁾

また、不作為による不実告知である「故意の不告知」について、「故意」とは、「当該事実が当該消費者の不利益となるものであることを知っており、かつ、当該消費者が当該事実を認識していないことを知っていないが、あえて」の意味と理解されている⁽¹³⁾。これは、ブラジル民法一四七条の詐欺的省略 (*omissio dolosa*) の構造に近い⁽¹⁴⁾。このように、作為型の不実告知と不作為型の不実告知を峻別した上、後者につき「故意」要件を付加した理由は、悪質クレーマー排除の必要性である。積極的に不実の情報を提供した場合はともかく、重要情報を提供しなかった場合にまで、契約取消しのリスクを事業者に負わせるのは、事業者に過大の負担を強いることになるとの指摘がなされたのである⁽¹⁵⁾。

最後に、「断定的判断の提供」については、不実告知が「自己決定の基礎となる事実(情報)の表明」であるのに対して、断定的判断の提供は「自己決定の基礎となる評価の表明」であり、後者については、「情報格差」に着目してその是正を図る「情報の提供に関する民事ルール」とは異質のものである⁽¹⁶⁾。

以上より、消費者契約法四条の誤認類型の実態は、

市場メカニズムに依拠した情報格差の是正というよりも、事業者の不当な勧誘行為との関係で、消費者に自己責任を求めることが不適切な場合に限って特別なルールを認めたものと考えられる。以上のことは、もともと消費者契約法四条の規定が、旧訪問販売法(現特定商取引法) 五条の二に業法ルールとして置かれていた不実告知類型と威迫・困惑類型を民事ルールとして形を整えたものであるというルールとも合致する。つまり、市場メカニズムに依拠した情報格差の是正に着目した情報提供義務ではなく、勧誘行為の違法・不当性判断を緩和し、契約取消しの効果をもたらす「不正な取引方法」の対象を民法上の詐欺行為(故意の欺罔行為)よりも拡張するという、交渉力の格差に着目した「詐欺の拡張」としての情報提供義務がここでは問題とされている⁽¹⁷⁾。

わが国の消費者契約法の誤認類型も、ブラジル消費者保護法典の広告的申込みも、欺罔の意図 (*animus deceptivus*) を要しない点で、民法上の詐欺とは決定的に異なる⁽¹⁸⁾。両者の違いは、前者において、消費者の「誤認」が要求されるのに対し、後者においては、広

告的申込みを構成するに足る、情報の「十分な明確さ (precisão suficiente)」が、唯一の要件となつている点である。⁽¹⁶⁾

四 ポスト福祉国家・社会国家型の消費者法——市場メカニズムと消費者公序の調和——

1 情報提供義務の根拠

本来、自己責任原則の下で、自己決定に必要な情報は、各自が自らの負担と費用で収集すべきであるとの考え方に依拠する近代民法の原理を消費者契約において修正し、情報収集リスクの一部を消費者から事業者に転嫁するのが「情報提供義務」である。わが国の金融商品販売法三条の説明義務は、その効果が損害賠償に限定されるものの、このような考え方に基づいている。ブラジル消費者保護法典三二一条の情報提供義務 (dever de informar) も、同様に、市場原理が機能するための基盤整備のため、情報の対等性を確保し自由で公正な市場を実現するために事業者に課されている。これに対して、消費者契約法四条の情報提供モデルは、

同法一条の規定にも拘らず、「交渉力の格差」のみに着目し、フランス民法の理論と同様に、「詐欺の拡張」として情報提供義務を捉えている。

それでは、情報格差・交渉力格差の是正を通じて市場メカニズムを機能させる副産物として、契約の有効性を判断すれば十分であろうか。公正な市場メカニズムさえ確保されていれば、消費者の選択自由・決定自由が高められ、それが消費者の福祉にも役立つと考えるのは楽観的ではないだろうか。わが国の消費者契約法や金融商品販売法では、情報格差・交渉力格差が存在する限りにおいて、契約の有効性の否定や損害賠償の可能性が認められたにすぎない。つまり、年齢、十分な知識・経験不足、経済的立場の弱さ、行動能力や理解能力の欠如等のために社会において他者より弱い立場にある者は自らの利益擁護を確保できないゆえに法的保護を受ける権利があるとの「消費者公序」の視点を、私人間契約の有効性判断 (個人的利益保護も内容とする公序良俗判断ならびに合意の瑕疵に関する判断) に取り込む必要がある。また、専門家責任などの根拠に基づき「社会から要請されている事業者の責

「任」も、健全な競争市場の考え方に基づく情報格差・交渉力格差の是正要請の下で、どのような具体的制度として課されるのが問題となる。⁽²⁰⁾

この点、ブラジル消費者保護法典三一条の情報提供義務は、同法典四条本文に明文化された「透明性原理 (princípio da transparência)」をその根拠として⁽²¹⁾、消費者が完全な情報を欠く状況で失われやすい「客観的信頼〔信義誠実〕原理 (princípio da boa-fé objetiva)」からも説明されている。つまり、消費者の実効的な保護のためには、情報の詐欺性および濫用性の規制のみでは十分でなく、事業者に、積極的な情報提供義務を履行させることが必要である。とりわけ広告に關しては、消費者が、取得することを欲する製品または役務について、完全かつ正確な情報を得る権利 (六条三号所定) を有するという認識に關係する。⁽²¹⁾

このように、情報に対する権利を消費者基本権の一つとする考え方は、わが国において、情報提供義務の根拠を自己決定権の保護と捉え、かつ、その自己決定権は、公正な市場の確保を通じて間接的に保護されるのではなく〔市場原理アプローチ〕⁽²²⁾、憲法の定める自

由権的基本権 (幸福追求権) もしくは民法七〇九条の意味での「権利」として、直接的にその保護が図られるとする立場に親和的である〔権利 (意思決定の自由) アプローチ〕⁽²³⁾。

消費者に対する情報は、市場の実現に際して最低必要条件 (*conditio sine qua non*) ⁽²⁴⁾ であり、ブラジル消費者保護法典三一条の規定は、消費の市場に製品・役務に關する情報を投下するというマーケティング活動の積極的な側面を「社会から要請されている事業者の責任」において義務化するものである。⁽²⁵⁾

2 「勧誘」における市場メカニズムと消費者公序の調和

冒頭に述べたように、わが国は、ブラジルやフランスとは異なつて、統一的な消費者「法典」を持たず、各種の特別法による個別的対応あるいは後追い規制で、「消費者行政」を行つてきた経緯がある。また、消費者契約法制定の際にも、ポスト「福祉国家・社会国家」型の消費者法のあるべき姿をめぐる議論を深めることなく、消費者法の目的・使命が曖昧なまま立法へと進んだことが指摘されている。そのため、消費者法

というミクロシステムにおいて、各特別法で広く使用される文言である「勧誘」という概念が、いかなる法的意義を有するのかといった問題提起は格別なされてこなかった。しかし、説明義務・情報提供義務の議論を通じて、「勧誘」に際して事業者は消費者の自己決定権を確保すべきことが明らかとなり、また、「勧誘」に際して提供される「情報」は、消費者が締結しようとする契約を通じて追求することを欲する経済的目的を構成する。それゆえ、契約目的が挫折した場合のリスク分配に際して、勧誘の際に提供された情報のなかに、契約責任へと組み込まれるべきものが存在する。このように、「勧誘」には、消費者の自己決定権を保護すべく業法に基づく行為規制や私法的サンクションによりその不当な側面が取り除かれてなお、消費者に情報を提供するという積極的な作用が見出され、そうして提供される情報に対する消費者の期待は決して曖昧なものではなく、契約内容を構成すべき具体的なものである⁽²⁶⁾。

ブラジル消費者保護法典では、「取引行為」を「製造行為」に對置し、いずれも消費の市場でそのような

取引行為を行ったか否かまたは消費の市場にそのような製品・役務を置いたか否かという客観的な要件のみに基づき、事業者の故意・過失という主観的な要件の責任を肯定する。「製造行為」の責任については、わが国でも製造物責任法として立法化されている。「勧誘」行為に対する以上の理解に基づけば、「取引行為」に同様の責任を課したとしても、決して重過ぎることはない。三〇条の広告的申込みも三一条の情報提供義務も、こうした第五章「取引行為」に置かれた規定である⁽²⁸⁾。

三〇条では、広告的申込みという概念を通じ、善詐欺 (*dolus bonus*) を契約責任へと組み込み⁽²⁹⁾、勧誘に際して提供される情報が十分に明確 (*sufficientemente precisa*) なものである限り、「社会から要請されている事業者の責任」として、情報内容の真实性その他のリスクを重要情報か否かに拘らず事業者の負担とする。さらに、その履行を確保するため、三五条の契約不履行責任を規定し、これにより、消費者が契約を通じて追求した経済的目的の契約不適合に対する選択的な法的救済手段を付与している。つまり消費者の契約目

的挫折のリスクは、消費者が他の同等の製品・役務の受領を選択する場合（三五条二号）を除き、広告・情報内容にしたがう現実の履行を行うか（三五条一号）、契約の解消・取消し（rescisão）に甘んじるか（三五条三号）のいずれかの形で事業者が負わなければならない。このように三五条が契約目的挫折のリスクを予め分配する根拠は、自ら提供する製品・役務に関する正確な情報を持ち、それを消費者に知らせるために広告業者を雇う申込みの名人として、³⁰「社会から要請されている事業者の責任」であるとともに、この正確な情報を提供する事業者の義務に対応する、消費者基本権の一つとしての消費者の情報に対する権利（六条三号）の存在である。

以上のように、消費者に情報を提供すべき義務は、市場メカニズムに依拠するのみならず、明文の消費者基本権として、その明確な権利性の裏付けをとまなう³¹。また、三〇条の広告的申込みは、契約の申込者と承諾者を転換し、消費者に契約成立に係るイニシアティブをとらせる目的を有することも忘れてはならない。³²さらに、六条八号では、年齢、不十分な知識・経験不足、

経済的立場の弱さ、行動能力や理解能力の欠如等のために社会において他者より弱い立場にある者に関して柔軟に証明責任を転換しうる消費者の基本権も規定されている。

一九九〇年という比較的早い時期に成立した消費者法でありながら、ブラジル消費者保護法典は、福祉国家型消費者法とポスト福祉国家型消費者法のバランスをとり、そのあるべき姿を追求する形で原理の面において一貫しており、それが、具体的条文においても、権利や義務として現われている。その成立後すでに八年が経過しているが、民事実体法たる第一編（Titulo I）の第四章（Capitulo IV）、第五章（Capitulo V）、第六章（Capitulo VI）に関し、その後の新たな法改正や判例の動向などがあればご教示いただきたい。

（1）大村敦志『消費者法』一六頁（有斐閣、第三版、二〇〇七年）。

（2）日本の判例は、事業者による不当な勧誘という実態に着目し、そのような違法な取引行為について、不法行為構成による消費者の救済を図ってきた。こ

の点、一般の取引から一方当事者が損失を被り、他方当事者がそれを予期していたとしても、それは通常は不法行為とはならない。しかし、各種の悪質商法に代表される詐欺的な商法によって損害を被った場合には、その行為態様は違法と評価し得るので不法行為が成立する。先物取引の客殺し商法や現物まがい商法のように積極的に客を騙したものの、催眠商法のように判断力を失わせる手法を用いたもの、株式取引における利回り保証や断定的判断の提供等の甘言をもって客を取引に引き込んだもの、デイト商法等の性的魅力をもって客を取引に誘い込むもの、ワラント債をめぐる判例にみられるような判断能力が十分でない者にリスクの説明もせず無責任に危険な取引に引き込んだものなど形態はいろいろ異なるが、取引の手法そのものの違法性・社会的不当性が、不法行為責任の基礎となっている(加藤雅信『新民法大系 事務管理・不当利得・不法行為』二〇九頁(有斐閣、第2版、二〇〇五年)を参照)。

(3) 消費者契約法等の一部を改正する法律〔平成二十年法律第二十九号(平成二十年五月二日)〕。同種の被害が不特定多数の者に急速に拡大するという消費者被害の特徴をふまえ、景品表示法違反行為(不当表示)に対して、これまでの公正取引委員会によ

る法執行に加え、適格消費者団体に差止請求権を付与することにより、消費者被害への柔軟かつ迅速な対応を可能にした。特定商取引法についても、規制の対象である六つの取引類型のすべてにつき、禁止行為が行われた場合に同様の観点から適格消費者団体による差止請求が可能となった。消費者団体訴訟制度の詳細については、本特集・三木浩一教授の報告6を参照。

(4) この点に関する問題意識につき、拙稿「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(interese difuso)を考慮した「勧誘」概念の構築に向けて―」法学研究八一巻三号三六頁(二〇〇八年)を参照。

(5) 回顧権(direito de arrendimento)に関するブラジル消費者保護法典四九条においても、同じく「商品の引渡し」から起算すべきと考えられている。この点については、拙稿「ラテンアメリカ法・ブラジル消費者法への招待」三色旗(慶應義塾大学通信事業部)七二四号一〇頁(二〇〇八年)を参照。

(6) Nelson NERY JÚNIOR, "Da Proteção Contratual", Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 9^o ed., Rio de Janeiro, 2007, p. 552.

(7) 拙稿・前掲注(4)八七頁〔注(104)〕に掲載した文献のほか、羽田さゆり「ドイツにおける取締規定違反行為の私法上の効力—BGB一三四条に関する議論を手がかりにして—」法学六一巻三号一八〇頁以下(一九九七年)を参照。

(8) いくつかの業法において規定された書面交付義務は、その書面交付がクーリング・オフ期間の起算日ともされており、書面交付を怠れば、クーリング・オフの起算が開始せず、いつまでもクーリング・オフによる契約解消が可能となるという意味で、私法上の効果に結び付けられている(大村・前掲注(1)八三頁)。

(9) 消費者契約法における情報提供努力義務違反の効果については具体的に規定されておらず、努力義務である以上、同条に規定する義務違反を理由として契約の取消しや損害賠償責任といった私法的効力は発生しないというのが立法者の見解である(内閣府国民生活局消費者企画課編「逐条解説消費者契約法」八三頁(商事法務・新版、二〇〇七年)を参照)。その結果、消費者契約において、どのような場合に、何を根拠として、事業者が消費者に対して情報提供義務を負うのか、また、情報提供義務違反によってどのような法的効果が生じるのかについては、民法

の解釈に委ねられる(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・五号五五五頁(二〇〇一年)を参照)。

(10) 説明義務・情報提供義務が対象としている局面では、損害賠償その他の民事責任ないし要件として説明「義務」・情報提供「義務」が語られる場合と、説明・情報提供に関するリスクを契約当事者・交渉当事者の一方に負わせる際の論拠(思想的・原理的基礎)として説明義務・情報提供義務が語られる場合とがある(潮見佳男「説明義務・情報提供義務と自己決定」判例タイムズ一一七八号〔説明義務・情報提供義務をめぐる判例と理論〕一〇頁(二〇〇五年)を参照)。フランス法における情報提供義務論は、民事責任原理として主張されたものであり、わが国においても、そのような情報提供義務の原理を錯誤・詐欺の適用に活かすこと、あるいは、それに適した具体的な制度を立法により設ける必要性が論じられ(大村・前掲注(1)八八頁)、消費者契約法四条において一部具体化したと考えられる。

(11) 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・五号六一九頁(二〇〇一年)。

(12) 潮見・前掲注(11)六四七頁、内閣府・前掲注

(9) 『逐条解説』九四頁。

(13) 内閣府・前掲注(9) 『逐条解説』一〇五頁。

(14) 二〇〇二年ブラジル民法一四七条は、「双務的な法律行為 (negócios jurídicos bilaterais) において、他方当事者が認識していない、事実 (fato) 又は品質 (qualidade) に関する、当事者の一方の故意の沈黙 (silêncio intencional) は、詐欺的な省略 (omissão dolosa) を構成する。ただし、それ〔詐欺的な省略〕がなければ、(法律) 行為は締結されなかった」とが証明されなければならぬ」と規定する。

詐欺的な省略 (omissão dolosa) とは、消極的詐欺 (dolo passivo) もしくは省略的詐欺 (dolo omissivo) とも呼ばれ (Orlando GOMES, *Introdução ao direito civil*, 19^o ed., Rio de Janeiro, 2007, p. 422)、行為義務違反により構成される詐欺的黙秘 (reticência) の一つである (Sívio RODRIGUES, *Direito Civil 1 Parte Geral*, 34^a ed., São Paulo, 2007, p. 197)。

重要な理論的問題として、明文規定が存在する場合にのみ、情報提供義務という行為義務を一方当事者に認めるのか、それとも、明文規定が存在しない場合であっても、具体的場合に応じて、裁判官の判断により、情報提供義務が課され、詐欺的な省略の

存在が肯定されるかが検討される。後者に関して、

債務法の領域では、契約の風土 (*clima do contrato*) が契約当事者の信頼〔信義誠実〕(*boa-fé*) を義務づけるので、情報提供義務は一般的である。イタリア民法一一七五条・一三三七条およびフランス民法一一三四条は、信頼〔信義誠実〕(*bonne foi*) を明文で規定する。ブラジル法でも、二〇〇二年新民法四二二条により、一般条項としての「信頼〔信義誠実〕(*boa-fé*)」が規定され、これを根拠に一般的な情報提供義務が肯定される。この他に、ブラジル法では、民法一四七条の下で、他方当事者がそれを認識していれば契約を締結しなかったであろう状況に関して沈黙するという、契約当事者の一方の詐欺的な省略が、詐欺的行為 (*procedimento doloso*) となり、契約の無効化 (*anulação do contrato*) をもたらす。

詐欺的な省略を構成する要件として、第一に、双務行為 (*ato bilateral*) であること、第二に、他方当事者を侵害し、詐欺者に利益を与える行為を実行させる意図 (*intenção*) を有すること、第三に、詐欺者が、それを明らかにすべき、重要な状況 (*circunstância relevante*) に関して沈黙したと、第四に、省略が、同意の原因 (*causa do consentimento*) であり、*dolus causam datus* を構成すること、第五に、

省略が他方当事者から行われること（法文が「当事者の一方の故意の沈黙（*silencio intencional de uma das partes*）」に言及するため）が必要である。

裁判例では、契約の目的物たる建物のひび割れの存在を秘匿した事例において、そのような事実を明らかにすべき義務が売主に存在することを認め、売買契約の無効を認めたもの（RT, 187/314）、第三者の遺産分割後の財産を取得した契約当事者（買主）が、売主の認識していない、はるかに高額な市場価格につき沈黙したことが詐欺的であるとされたもの（RT, 161/276）、オレンジ畑の売主が、その果物につき、*leprose* という名前の害虫から被害を受けていることを隠していたという省略が詐欺的であるとされたものがある（RT, 168/165）。

(15) 潮見・前掲注(11)六四六〜六四七頁、六五四〜六五五頁。

(16) 潮見・前掲注(11)六四八頁。

(17) 消費者契約法制定の最大の価値は、一方で情報格差是正の観点から競争基盤（自己決定基盤）そのものを維持するという目的が民事ルールの基礎に盛り込まれているとともに、他方で交渉力格差是正の観点から、公正な取引（競争）の促進——不公正な取引（消費者の意思決定の脆弱性）につけこんだ契約

自由の濫用、意思決定の不当誘導等）に対する無価値評価——をはかる目的も民事ルールの基礎に盛り込まれた点であり、民法理論としても画期的な視点を内包している（潮見・前掲注(11)六一〇頁）。

(18) 同じく欺罔の意図を要しない類型として、アメリカ法上の詐欺（*fraud*）の要件を緩和した不実表示（*misrepresentation*）による契約の取消しでは、①事実と異なる表示がなされたこと（*assertion not in accordance with facts/ false representation as to fact*）、②その表示行為が詐欺的であるかまたは重大であること（*fraudulent or material*）、③当事者がその表示を信頼して契約締結の意思表示をなし（*reliance*）、その信頼が正当であること（*justified reliance*）が要件となっている。アメリカ法上の②要件は、消費者契約法の「重要事項」と同様、不実表示の成立範囲を限定するものである。これに対し、ブラジル法では、広告的申込みを構成するに足る、情報の「十分な明確さ（*preciso suficiente*）」が、唯一の限定要素となっている。

なお、②要件について、不実表示者が騙すつもりがないばかりか、たとえその表示が真実であると信じていた場合であっても重大性の要件をみたとときには、不実表示が成立しうる。また、重大ではなく

とも、詐欺的つまり虚偽であることについて悪意が重大な過失があるとき(十分な根拠もないのに事実だと断言するような場合)にも、不実表示が成立しうる(潮見・前掲注(11)六三四頁)。

(19) 消費者契約法四条では「誤認」が要求される一方、アメリカ法の不実表示では「信頼 (reliance)」が要求され、また、ブラジル法の広告的申込みに関する規定(三〇条)の根拠も客観的信頼(信義誠実) (boa-fé objetiva) である。この点で、消費者契約法四条の構造は、ヨーロッパ契約法原則 (Principles of European Contract Law) 四：一〇三条やユニッド・ロー国際商事契約原則 (Unidroit Principles of International Commercial Contracts) 三・五条一項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との指摘がなされている。これらの法文では、「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)(情報収集リスクについての錯誤相手方の帰責性)の観点から錯誤取消しの判断を構造化する。錯誤相手方(消費者契約では事業者)による誤認惹起もしくは錯誤是正措置義務違反が認められる場合(錯誤者(消費者契約では消費者)の誤

認につき錯誤相手方(事業者)に帰責性が認められる場合)に、錯誤者(消費者)に契約取消権を与える(潮見・前掲注(11)六五七頁)。

(20) 潮見・前掲注(11)六二四頁。また、横山美夏「説明義務と専門性」判例タイムズ一一七八号(説明義務・情報提供義務をめぐる判例と理論)一八頁以下(二〇〇五年)を参照。

(21) Antônio HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, "Das práticas comerciais", Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 9ª ed., Rio de Janeiro, 2007, p. 273.

(22) 市場原理アプローチは、さらに、情報格差・交渉力格差から直ちに、自由競争市場の機能不全を是正すべく国家による市場への介入が許可される場合と、優位当事者に対する劣位当事者の信頼保護の必要性などを背景に、優位当事者への情報・交渉力リスクを転嫁することが正当化できる場合に、市場メカニズムが機能するための基盤整備を優位当事者に負担させる場合とがある(潮見・前掲注(10)一〇頁以下)。

(23) 権利(意思決定の自由)アプローチは、取引的不法行為における説明義務・情報提供義務違反に基

づく損害賠償責任を基礎づける。つまり、取引の仕組み自体が複雑であり、消費者にとって理解するのが容易でない、投資取引・金融取引においては、断定的判断の提供（金融商品販売法四条）などの積極的行為により、自己決定への不当な干渉をしてはならないのみならず、情報自体の持つ危険性や優位当事者の専門性により、消極的行為（不作為）による自己決定権侵害を避ける義務（劣位当事者の自己決定権を確保するための保護措置を講じる義務）を負うべき場合がある。とりわけ、消極的行為（不作為）による自己決定権侵害については、情報の重要度、情報の所在（情報提供の可能性）、当事者の社会的地位の相関的考慮から、説明義務・情報提供義務の成否および内容・程度が導かれる。

説明義務・情報提供義務の法的効果として、契約交渉プロセス（合意形成過程）における行為義務違反に対するサンクションとしての損害賠償のほか、当事者の行った選択・決定が他者による決定（*Fremdbestimmung*）であって自己決定とは評価されない限りにおいて、錯誤・詐欺・強迫の場合と同様に、契約が無効または取消し可能と評価される。

以上の帰結は、優位当事者の営業権等の権利・利益を制約し、情報・交渉力に関するリスクの一部

（損害賠償）または全部（契約無効化）を転嫁することを許容する。その正当化根拠として、権利（意思決定の自由）アプローチは、情報格差・交渉力格差の存在それ自体が決定的要因ではなく、劣位当事者の自己決定権が侵害されていることが決定的であるとみるのである（潮見・前掲注（10）一四頁以下）。

(24) Antônio HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, *op. cit.*, p. 272.

(25) 拙稿・前掲注（4）五八頁。

(26) 事業者の責任については、自己決定権侵害という構成ではなく、契約目的の挫折に際し、いずれの当事者にもその障碍リスクを負担させるかというリスク分配の視点からも説明できるのであろう（栗田晶「行為基礎理論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）を参照）。その場合、損害賠償という効果は、行為義務違反に対するサンクションではなく、当事者が契約を通じて追及した経済的目的の契約不適合に対する法的救済として位置づけられる（契約適合性につき、甲斐道太郎ほか編『注釈国際統一売買法Ⅰ』二七一頁以下〔鹿野菜穂子執筆〕（法律文化社、二〇〇〇年）を参照）。

- (27) ブラジル法では、本報告で示した情報格差・交渉力格差の是正として事業者が提供しなければならない情報、製品・役務の危険性に関する情報があり、製造業者に情報提供義務が課されている。「指示・警告上の欠陥」と関連する問題である。
- (28) 拙稿・前掲注(4)五二頁。
- (29) ブラジル民法において、商業広告は、詐欺 (*dolo*) という同意の瑕疵 (*vicio do consentimento*) を構成する不可欠な要件の一つである、欺く意思 (*animus decipendi*) が存在しない「善詐欺 (*dolus bonus*)」とされる。したがって、民法上の詐欺 (*dolo*) に当たらず、法律行為を取り消すことはできない (Orlando GOMES, *op. cit.*, p. 421)。
- (30) 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三四八頁(二〇〇七年)。
- (31) 拙稿・前掲注(4)五八頁。
- (32) 拙稿・前掲注(30)三四八頁。