

“Solicitation” , “Intermediary” in Consumer Contract Act and definition of Insurance Solicitation

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2019-06-11 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 小林, 道生 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00026664

論 説

消費者契約法における 「勧誘」、「媒介」と保険募集の意義

小 林 道 生

1. はじめに
2. 消費者契約法における「勧誘」の意義
3. 消費者契約法における「媒介」の意義
4. 保険募集の意義とその明確化
5. 家計分野における保険募集と消費者契約法
6. 結びに代えて

1. はじめに

保険業法は、保険募集について、「保険契約の締結の代理又は媒介を行うことをいう。」と定義している（2条26項）。この保険業法の定義からすると、ある行為が保険募集に該当するためには、それが契約締結に直接向けられた行為である必要がある。もっとも、従来（平成26年保険業法改正¹前）、保険募集には、顧客に対する保険契約申込みの勧誘等、保険契約の締結に至るまでの一連の行為を含むとより広く理解されてきた²。

¹ 保険業法等の一部を改正する法律（平成26年法律第45号）。

² 山下友信『保険法』146頁、158－159頁（有斐閣、2005）、安居孝啓編『改訂版 最新 保険業法の解説』940頁（大成出版社、2010）、石田満『保険業法 2013』592頁（文眞堂、2013）。

当時の金融庁「保険会社向けの総合的な監督指針」(以下、「改正前監督指針」と注記)も同様であり、保険募集人としての登録(276条)、届出(302条)が必要とされる保険募集に当たる業務として、①保険契約の締結の勧誘、②保険契約の締結の勧誘を目的とした保険商品の内容説明、③保険契約の申込みの受領、④その他の保険契約の締結の代理又は媒介を挙げている^{3,4}。

平成26年保険業法改正に伴う新たな「保険会社向けの総合的な監督指針」⁵(以下、「監督指針」と注記)は、このような基本的な考え方を継承したうえで、保険募集の意義自体を明らかにした⁶。それによれば、上記①から④の行為が保険業法2条26項に規定する保険募集に該当する行為であるとし、さらに、④に該当するかどうかの判断基準となる要件を提示している⁷。また、新監督指針によると、基本的に保険募集に該当しない行為として、保険会社又は保険募集人の指示を受けて行う商品案内チラシの単なる配布、保険会社又は保険募集人の広告を掲載する行為のみを行う場合などが例示されている⁸。したがって、これらの行為は、上記の①保険契約の締結の勧誘、②保険契約の締結の勧誘を目的とした保険商品の内容説明には当たらないとの立場がここでは示されている。

一方、保険契約者たる顧客が消費者である場合、当該保険契約は消費

³ 改正前監督指針Ⅱ-4-2-1(1)②ア.イ.ウ.エ。

⁴ ここから従前の監督指針が「保険契約の締結の代理又は媒介」には、勧誘、保険商品の説明、申込みの受領という一連のプロセスが含まれるとの理解に立っていることが分かる。山下徹哉「保険募集に係る業法規制について—平成26年保険業法改正を中心に—」生命保険論集193号76頁注6(2015)。

⁵ 平成27年5月27日公表。

⁶ 保険募集の意義が明らかにされることにより、保険業法の登録または届出制の対象となり行政的な監督を受ける行為が確定するのみならず、保険業法上の情報提供規制(保険業法294条1項)等の行為規制の適用を受ける範囲、所属保険会社等が不法行為責任(保険業法283条)を負う範囲が確定することになる。山下友信『保険法(上)』212頁(有斐閣、2018)。

⁷ 監督指針Ⅱ-4-2-1(1)①、②。

⁸ 監督指針Ⅱ-4-2-1(2)(注3)。

者契約に分類され、消費者契約法上の様々な勧誘規制が適用される。すなわち、消費者契約法4条では、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際して、そこに規定される一定の行為をした場合に、消費者に取消権を認めている。消費者の誤認による取消しとして、不実告知（1項1号）、断定的判断の提供（1項2号）、不利益事実の不告知（2項）、また、困惑によって消費者の意思表示に瑕疵をもたらすような不適切な行為としての不退出（3項1号）、退出妨害（3項2号）等の行為、さらに、過量販売（4項）である。また、事業者等が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、上記の4条所定の行為が不特定多数の消費者に対して現に行われ、または、行われるおそれがあるときは、それらの行為は適格消費者団体による差止め等の請求の対象になる（12条1項、2項）。これら4条の規定にいう「勧誘」（「勧誘」要件）は、契約締結とのかかわりをおよそ意識せずになされた事業者の行為を取消原因から除外する趣旨で設けられたものとされている⁹。もっとも、消費者契約法上、「勧誘」の定義が明らかにされているわけではなく、事業者側のどのような行為がそれに当たるのかは解釈に委ねられてきた。

このようななか、最高裁は、商品の原料の効用等を記載した、新聞の折込みチラシの配布につき、事業者等による働きかけが不特定多数の消費者に向けられたものであったとしても、そのことから直ちにその働きかけが消費者契約法12条1項及び2項にいう「勧誘」に当たらないということとはできないとした（最判平成29年1月24日民集71巻1号1頁）。すなわち、この判示からは、「勧誘」に該当するためには、特定の消費者に対する事業者側の働きかけでなければならないわけではなく、広告やチラシの配布など、不特定多数の消費者に向けた働きかけであっても、「勧

⁹ 山城一真「広告表示と契約」現代消費者法30号40頁（2016）、鹿野菜穂子「『勧誘』要件のあり方・第三者による不当勧誘」法律時報88巻12号19頁（2016）。

誘」に当たる場合があることが明らかにされた¹⁰。

この立場を保険契約に当てはめてみると、保険会社による保険商品の案内チラシの配布や広告を掲載する行為についても、消費者契約法の「勧誘」に当たる場合があり、一定の要件が充足されれば、消費者による取消し、適格消費者団体による差止めが認められる。

さらに、上記の勧誘要件に関する最高裁判決では意識されていないが、保険商品の案内チラシの配布や広告を掲載する行為を保険者から委託された者がいる場合、これらの者が消費者契約法5条1項にいう受託者に該当するかが問題になる。消費者契約の締結の代理、媒介については、消費者契約法5条が規定するが、このうち媒介については、事業者から委託を受けて消費者契約の締結の媒介をする者が上記の同法4条所定の行為をした場合、事業者と同視されて4条の規定が準用される（同法5条1項）。もっとも、5条1項の規定上、「消費者契約の締結について媒介をすることの委託」とされているため、同法5条1項の適用をめぐる、保険商品の案内チラシの配布や広告を掲載する行為の委託を「媒介をすることの委託」と評価しうるかが問われることになる。そのため、消費者契約法のもとでも、保険業法（及び監督指針）と同様、「媒介」の意義をめぐる解釈問題が生じている。

以上を受けて、本稿では、まず、消費者契約法4条に関し、保険会社による保険商品の案内チラシの配布や広告を掲載する行為について、どのような場合が消費者契約法にいう「勧誘」に当たるのか、また、同法5条1項の適用が問題となる場合には、保険者から第三者への保険商品の案内チラシの配布や広告を掲載する行為の委託は、「媒介の委託」と評

¹⁰ 本判決は、消費者契約法12条1項及び2項の「勧誘」について判断したものであるが、同法12条1項及び2項の「勧誘」と同法4条1項ないし4項の「勧誘」とは同義と解されており、事実上、本件においては、同法4条1項ないし4項の「勧誘」の意義が問われている。松田敦子「判解」法曹時報70巻10号2878頁（2018）。

価できるかが検討すべき課題となる。

一方、監督指針では、これらの行為は、基本的に保険募集に該当しない行為とされているから、保険募集に当たらなければ、当該行為の従事者に、顧客に対する情報提供義務（保険業法294条1項）、顧客の意向把握義務（同法294条の2）等の保険業法上の行為規制が課されることはない。ただ、保険商品の案内チラシの配布や広告を掲載する行為も、当該行為に従事する主体によっては、保険募集（監督指針にいう「保険契約の締結の勧誘」）に該当する場合があるといえるのか、さらに、上記の最高裁判決の判断を受けた消費者契約法における議論状況が保険募集の意義（厳密には、「保険契約の締結の勧誘」の意義）を考えるうえで何らかの示唆を与えることにならないのかについては、ここで、あわせて検討しておくべき論点になるように思われる。

そのほか、消費者契約法と監督指針との間の「媒介」概念をめぐる解釈の違いが消費者契約法、保険業法における規制の適用にあたり、どのような帰結をもたらすことになるのかについても考えてみることにしたい。

2. 消費者契約法における「勧誘」の意義

(1) 最高裁平成29年判決以前の消費者庁の逐条解説、学説の状況

ここでは、初めに、前掲最高裁平成29年判決以前の消費者庁の逐条解説、そして学説の状況をみていくことにする。

① 消費者庁の逐条解説

まず、消費者契約法を所管する消費者庁の当時の逐条解説によれば、消費者契約法にいう「勧誘」とは、消費者の契約締結の意思の形成に影響を与える程度の勧め方をいい、特定の者に向けた勧誘方法は「勧

誘」に含まれるが、不特定多数向けのもの等客観的にみて特定の消費者に働きかけ、個別の契約締結の意思の形成に直接に影響を与えているとは考えられない場合(たとえば、広告、チラシの配布、商品の陳列、店頭に備え付けあるいは顧客の求めに応じて手交するパンフレット・説明書、約款の店頭掲示・交付・説明等や、事業者が単に消費者からの商品の機能等に関する質問に回答するにとどまる場合等)は「勧誘」に含まれない、との解釈が示されていた¹¹。

② 学説

つぎに、学説¹²を参照すると、細部において違いはあるものの、不特定多数向けの広告、チラシの配布等の場合であっても、消費者の意思形成に直接影響を及ぼす働きかけとみることができれば、「勧誘」に該当すると理解が多数である。そのような理解のひとつとして、たとえば、「勧誘」とは、事業者が消費者に対し契約締結の意思表示をさせようとする一切の働きかけをいい、口頭、態度、文書あるいは電子的手段によるなど、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見解がある¹³。この見解によると、不特定多数向けの広告、チラシ等であっても、当該消費者がそれをみて誤認し、それにより当該消費者契約の申込みまたはその承諾の意思表示をしたときは、「勧誘」に該当するとされる¹⁴。また、「勧誘」に該当するかどうかにとって決定的なのは、「契約相手方の意思形成に働き

¹¹ 消費者庁消費者制度課編『逐条解説 消費者契約法〔第2版補訂版〕』109頁(商事法務、2015)。なお、これは、消費者契約法4条における「勧誘」の解説で示された理解である。

¹² これらの学説における見解は、いずれも消費者契約法4条における「勧誘」の解説で示された理解である。

¹³ 落合誠一『消費者契約法』73頁(有斐閣、2001)。

¹⁴ 落合・前掲注13) 73頁。

かけ、直接に影響を与えているか」どうかなのであって、上記の消費者庁の逐条解説に挙げられている例示に該当する場合でも、これが特定の契約相手方の意思形成へと関連付けられた場合には、「勧誘」に該当するというべきであり、むしろ、そこに例示されているものは、いずれも「勧誘」に当たるとの見解がある¹⁵。

なお、消費者委員会の消費者契約法専門調査会¹⁶による「消費者契約法専門調査会報告書」（平成27年12月）では、「勧誘」要件の在り方（法第4条第1項、第2項、第3項）に関して、速やかに法改正を行うべき内容を含む論点とはされなかったものの、消費者の契約締結の意思の形成過程に瑕疵を生じさせたか否かが重要であり、その手段・方法は、必ずしも特定の者に向けたものでなければならぬわけではないとした。そのうえで、必ずしも特定の消費者に対する働きかけでなければ「勧誘」に含まれないというわけではないことを消費者庁の逐条解説に記載すること等により、事業者や消費者、消費生活相談員等に周知すること等が考えられるとされた¹⁷。

(2) 下級審裁判例

先例に関しては、前掲平成29年最高裁判決まで、不特定多数の消費者

¹⁵ 潮見佳男編『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』34-35頁〔潮見佳男〕（経済法令研究会、2001）。そのほか、後藤卷則『消費者契約の法理論』199頁（弘文堂、2002）、後藤卷則・齋藤雅弘・池本誠司『条解 消費者三法』35頁〔後藤卷則〕（弘文堂、2015）は、事業者の行為が不特定多数人に向けられた行為であるかどうかによって、消費者が受ける影響が変わるわけではないとし、特定個人に対するか多数人に対するかを問わず、特定の契約締結の意思形成に具体的に働きかける内容かどうかを「勧誘」の判断基準にすべきであるとする。

¹⁶ これは、内閣総理大臣から、消費者契約法について、施行後の消費者契約に係る苦情相談の処理例及び裁判例等の情報の蓄積をふまえ、情報通信技術の発達や高齢化の進展を始めとした社会経済状況の変化への対応等の観点から、契約締結過程及び契約条項の内容に係る規律等の在り方の検討を行うよう消費者委員会に諮問がなされたことを受けて、平成26年10月に消費者委員会に設置された検討組織である。

¹⁷ 消費者契約法専門調査会報告書（平成27年12月）11頁。

に向けた広告掲載などの事業者の行為が「勧誘」に該当するかを判断した最高裁判例はみられず、判例集掲載の下級審裁判例も僅かである¹⁸。たとえば、本件の控訴審判決以外に、広告等が「勧誘」に当たらないとしたとみられる裁判例として、高松高判平成24年11月27日判時2176号42頁が挙げられることが多い。

この事案は、控訴人(第1審原告)が、被控訴人(第1審被告)に対し、被控訴人の提供する携帯電話の割引サービスにつき、その解約金に関する説明が不利益事実の不告知に当たり誤認を招くとし、消費者契約法4条2項違反により契約を取り消したうえ、支払った解約金の返還を求めたものである。そのなかで、控訴人は、新聞広告によって本件契約を知り、申込みをしており、その新聞広告は当該消費者に強く働きかけ、契約を申し込むという行為を起こさせるほど個別の契約締結の意思形成に多大な影響を与えているから、消費者契約法4条にいう勧誘に当たると主張した。

これに対して、高松高裁は、「控訴人は、被控訴人から何らの説明も受けず、…新聞広告のみに基づいて本件契約を締結したものであり、これが被控訴人の勧誘であるとも主張するので付言するに、控訴人が当審において新聞を調査するなどした上でかかる主張を初めて提出した経緯からしても、同主張事実が控訴人自身の具体的記憶に基づくものでないことは明らかであり、かかる主張事実をにわかに認めることはできない。そして、本件契約締結に至る被控訴人の説明がなかったとの事実を認めるに足りる証拠がないことも前述のとおりである。そうすると、新聞広告は本来、不特定多数向けにサービスを広告するものにすぎないから、本件契約締結に至る店頭ないし電話での説明として、被控訴人が上記新

¹⁸ 最高裁平成29年判決以前の先例の状況について、松田敦子「判解」ジュリスト1510号96頁(2017)、同・前掲注10)法曹時報70巻10号2881-2882頁。鹿野菜穂子「判批」私法判例リマークス56号35頁(2018)など。

聞広告を積極的に使用してこれに基づいて説明したなどの事実が認められない以上、仮に、控訴人の主観として、上記新聞広告のみを信頼して本件契約の内容を判断したとしても、客観的にみて、被控訴人が上記広告をもっ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たなどということはできない。」と判示している（もっとも、この引用部分は、控訴人が主張する、控訴人が被控訴人の担当者から何らの説明も受けず、新聞広告のみに基づいて本件契約を締結したという事実は否定したうえで、傍論として判示されたものであることに留意する必要がある）。

一方、雑誌掲載の広告が「勧誘」に当たることを前提に、消費者契約法上の断定的判断の提供の有無を判断したものとして、東京地判平成17年11月8日判時1941号98頁がある。これは、消費者である控訴人が、事業としてパチンコ攻略情報を販売している被控訴人から、「だれにでもできる簡単な手順」、「100パーセント絶対に勝てる」等の勧誘を受け、パチンコ攻略情報を購入した事案であり、広告の記載を含めた勧誘の内容が、消費者契約法4条1項2号の断定的判断の提供に当たるとして、購入契約の取消し、消費者による代金の返還請求が認められている。

(3) 最高裁平成29年1月24日判決

〔事実の概要〕

本件は、X（原告、被控訴人、上告人。消費者契約法2条4項にいう適格消費者団体）が、Y（被告、控訴人、被上告人。昭和48年以降、単細胞の緑藻類であるクロレラを原料にした健康食品の小売販売等を営む株式会社）に対し、自己の商品の原料の効用等を記載した新聞折込みチラシを配布することが、消費者契約の締結について勧誘をするに際し、法4条1項1号に規定する行為を行うことに当たるとして、消費者契約法12条1項及び2項に基づき、または、景品表示法10条1項1号（当時）

が規定する優良誤認表示に当たるとして、新聞折込みチラシに上記の記載をすることの差止め等を求めた事案である。このチラシの配布が消費者契約法12条1項及び2項にいう「勧誘」に当たるか否かが、その主要な争点のひとつとなった。

この事案で、Yは、平成25年8月21日、クロレラには免疫力を整え細胞の働きを活発にするなどの効用がある旨の記載やクロレラを摂取することにより高血圧、腰痛、糖尿病等の様々な疾病が快復した旨の体験談などの記載があるチラシを京都市内で配達された新聞に折り込んで配布している。なお、本件チラシは、日本クロレラ療法研究会（クロレラ研究会）という組織が作成したという体裁がとられている。

第1審判決である京都地判平成27年1月21日判時2267号83頁は、Yは、同研究会のチラシを配布することにより、商品の内容について優良誤認表示を行ったと認められ、今後も、商品の内容について優良誤認表示を行うおそれがあると認められるとし、景品表示法10条1項1号に基づいて、XのYに対する優良誤認表示の差止めの請求を認めた。

これに対して、原審判決である大阪高判平成28年2月25日判時2296号81頁は、景品表示法10条1項1号に基づく差止めについて、現時点では、Yは、本件チラシを配布していないのであるから、優良誤認表示を現に行っていると認めることはできないし、また、Yが優良誤認表示を行うおそれがあることも認められず、差止めの必要性があるとはいえないとして、Xの請求を棄却した。

また、消費者契約法に基づく差止請求につき、同法12条1項及び2項にいう「勧誘」は、事業者による、個別の消費者の契約締結の意思の形成に影響を与える程度の働きかけを指すとし、特定の者に向けた勧誘方法であれば規制すべき勧誘に含まれるが、不特定多数向けに広く行われる働きかけ等、客観的に見て特定の消費者に働きかけ、個別の契約締結の意思の形成に直接影響を与えているとは考えられないものについては、

勧誘に含まれないと判示した。

その上で、本件チラシは、新聞を購読する一般消費者に向けたチラシの配布であり、不特定多数の新聞購読者に向けた発信にすぎず、特定の消費者に働きかけたものではないから、個別の消費者の契約締結の意思の形成に直接影響を与える程度の働きかけとはいうことはできず、上記各項が規制する勧誘に当たるとは認められないとし、Xの請求を斥けた。

また、控訴審判決は、新聞を購読する消費者がチラシを見て、クロレラ研究会に対する問い合わせをきっかけとして、その後、Yから商品購入の勧誘を受けたのであれば、その時点で上記各項の勧誘を受けたことになるとし、チラシの配布を行った時点では、Yが特定の消費者に対する勧誘行為を行ったとみることはできないとの判断を示している。

〔判旨〕

「上記各規定（筆者注－4条1項から3項まで、5条、12条1項及び2項）にいう『勧誘』について法（筆者注－消費者契約法）に定義規定は置かれていないところ、例えば、事業者が、その記載内容全体から判断して消費者が当該事業者の商品等の内容や取引条件その他これらの取引に関する事項を具体的に認識し得るような新聞広告により不特定多数の消費者に向けて働きかけを行うときは、当該働きかけが個別の消費者の意思形成に直接影響を与えることもあり得るから、事業者等が不特定多数の消費者に向けて働きかけを行う場合を上記各規定にいう『勧誘』に当たらないとしてその適用対象から一律に除外することは、上記の法の趣旨目的に照らし相当とはいえない。

したがって、事業者等による働きかけが不特定多数の消費者に向けられたものであったとしても、そのことから直ちにその働きかけが法12条1項及び2項にいう『勧誘』に当たらないということとはできないというべきである。」

「しかしながら、前記事実関係等によれば、本件チラシの配布について上記各項(筆者注-消費者契約法12条1項及び2項)にいう『現に行い又は行うおそれがある』ということはできないから、上告人の上記各項に基づく請求を棄却した原審の判断は、結論において是認することができる。」

このように、本判決は、事業者等による働きかけが不特定多数の消費者に向けられたものであったとしても、その働きかけが消費者契約法12条1項及び2項にいう「勧誘」に当たることがあることを認めている。

これに対して、原審判決は、チラシ配布の時点では、Yが特定の消費者に対する勧誘行為を行ったとみることはできず、チラシを見た消費者からの問い合わせをきっかけとして、特定の消費者がYから商品購入の勧誘を受けた時点で初めて上記各項の勧誘を受けたことになるとの判断を示している。この原審の判断のもとでは、配布されたチラシに不実表示があった場合でも、それだけでは契約の取消しは認められず、契約を取り消すためには、問い合わせを行った特定の消費者に対する事業者からの商品購入の働きかけの際に、あらためて不実表示のあるチラシをその手段として使用するか、あるいは、そこでチラシが使用されないのであれば、チラシの不実表示とは別に、事業者による不実告知がなされていないなければならない。

一方、不特定多数の消費者に向けたチラシの配布が消費者契約法上の「勧誘」に当たることとされれば、不実表示のあるチラシにより消費者が誤認をすれば契約を取り消すことができる。

それでは、本判決によれば、どのような態様の広告の掲載やチラシの配布であれば、消費者契約法上の「勧誘」に当たるといえるのであろうか。判旨によれば、事業者等による働きかけが不特定多数の消費者に向けられたものであっても、個別の消費者の意思形成に直接影響を与え得る働きかけがなされている場合には、「勧誘」に該当するとされ、ここで

は、勧誘該当性の判断基準が示されている。さらに、その具体例として挙げられているのが、「事業者が、その記載内容全体から判断して消費者が当該事業者の商品等の内容や取引条件その他これらの取引に関する事項を具体的に認識し得るような新聞広告により不特定多数の消費者に向けて働きかけを行うとき」であり、これは、個別の消費者の意思形成に直接影響を与え得る働きかけの有無を判断する際に考慮すべき要素と位置づけることができる¹⁹。

判旨では、実際に、本件チラシの配布が「勧誘」に該当するかの具体的な判断は示されなかったが、今後の議論の方向としては、さらなる裁判例の積み重ねを待ちつつ、どのような態様、内容の広告の掲載、チラシの配布であれば、「勧誘」要件を充足するのか、詳細を明らかにしていくことが課題となる²⁰。

(4) 最高裁平成29年判決以降の状況

前掲平成29年最高裁判決後（平成29年2月）、消費者庁のウェブサイトに掲載の消費者契約法の逐条解説（4条）では、従前の勧誘要件の解釈に係る箇所が改められた。すなわち、「勧誘」の解釈に関して、事業者等による働きかけが不特定多数の消費者に向けられたものであったとしても、そのことから直ちにその働きかけが「勧誘」に当たらないということではできないとした最高裁判決が存在すると記載され、本最高裁判決

¹⁹ 本判決判旨につき、このように判断基準、判断の際の考慮要素という整理のしかたをするものとして、志部淳之介『「勧誘」要件のあり方をめぐる議論—サン・クロレラチラシ差止訴訟最高裁判決の射程の検討』NBL1106号34頁以下（2017）、後藤巻則「判批」現代消費者法37号67頁（2017）、鹿野・前掲注18）私法判例リマークス56号36-37頁。

²⁰ 松田・前掲注10）法曹時報70巻10号2886頁は、総合的に考慮すべき事情として、事業者等の行為態様、消費者への働きかけの程度（表示内容の具体性の程度など）、広告等の記載全体から消費者が通常認識するとされる内容、当該内容が消費者が期待する相応の内容と評価できるか、広告等に掲載された事項以外に追加の情報提供が通常予定されているか、などを挙げている。

の判示内容が紹介されている²¹。さらに、その後刊行された消費者庁の最新版の逐条解説（4条）でも同様の記載となっている²²。

3. 消費者契約法における「媒介」の意義

(1) 消費者契約法5条1項の趣旨

消費者契約法5条1項は、事業者が第三者に対して消費者契約の締結の媒介を委託し、当該委託を受けた第三者が消費者に対して同法4条1項から4項までに掲げる行為をした場合にも、当該第三者の行為を事業者の行為と同一視し、同法4条の規定を準用することとしている。

その趣旨について、消費者庁の逐条解説によると、契約締結に介在する第三者の不適切な勧誘行為により消費者が自らの意に沿わない契約を締結させられることがあるが、この場合、契約成立についての合意の瑕疵によって消費者が当該契約に拘束されることは衡平を欠くものであるため、消費者は当該契約の効力を否定することができる²³。また、学説には、事業者が第三者に媒介を委託して事業活動を拡大している以上、自身の行為ではないから責任を負わないとする当該事業者の主張を封じ、それに伴う責任を負担させることとしたという見解もある²⁴。

(2) 「媒介」の意義

消費者契約法5条1項にいう「媒介」の意義については、事業者と消費者との間で消費者契約が成立するように、第三者が両者の間に立って

²¹ https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_system/consumer_contract_act/annotations/pdf/annotation_190228_0004.pdf

²² 消費者庁消費者制度課編『逐条解説 消費者契約法〔第3版〕』113-114頁（商事法務、2018）。

²³ 消費者庁消費者制度課編・前掲注22)『逐条解説〔第3版〕』169頁。

²⁴ 落合・前掲注13) 97頁。

尽力することをいうとされている²⁵。事業者が第三者に対して消費者契約の締結の媒介を委託することには、間接的に、消費者契約の締結の媒介に関して行われる「消費者に対する勧誘」の委託も含むとされる²⁶。ここで「媒介」とは、事業者と消費者との間で消費者契約が成立するように、第三者が両者の間に立って尽力することをいうことから、さらに、この「両者の間に立って尽力すること」とは何かが問われており、この点について、従来の消費者庁逐条解説では、通常、契約締結の直前までの必要な段取り等を第三者が行っており、事業者が契約締結さえ済ませればよいような状況をいうと考えられていた²⁷。その結果、たとえば、事業者が第三者に対して消費者契約の勧誘を行うことを委託した場合であっても、媒介に当たらない程度の勧誘のみの委託も考えられるとして、これにより当然に媒介の委託をしたことにはならないとされている²⁸。

もっとも、最新の消費者庁の逐条解説では、「本条の趣旨を考慮すれば、両者の間に立って尽力することには、必ずしも契約締結の直前までの必要な段取り等を第三者が行っていないくても、これに該当する可能性があるものと考えられる。」²⁹とし、「媒介」の該当性について以前の見解に比して緩和した理解を示している。ここでは、事業者が第三者に委託する

²⁵ 消費者庁消費者制度課編・前掲注22)『逐条解説〔第3版〕』169頁、落合・前掲注13) 98頁。

²⁶ 消費者庁消費者制度課編・前掲注11)『逐条解説〔第2版補訂版〕』156頁。なお、この箇所は、第3版には記述がみられないが、第3版も同様の理解であると思われる。169頁参照。そこでは、『逐条解説〔第2版補訂版〕』155頁を踏襲し、事業者が第三者に対して委託する消費者契約の締結の媒介について、括弧書きで「消費者に勧誘をすることを含む」と補足している。

²⁷ 消費者庁消費者制度課編・前掲注11)『逐条解説〔第2版補訂版〕』156頁〔事例5-1〕。

²⁸ 消費者庁消費者制度課編・前掲注11)『逐条解説〔第2版補訂版〕』157頁〔事例5-2〕。ここでは、「消費者契約の勧誘行為の委託」という見出しのもと、「事業者が第三者に対して消費者契約の勧誘行為をすることを委託した場合、これが当然に媒介の委託をしたことにはならない。」と記載されているが、本稿では、「消費者契約の勧誘行為」を「消費者契約の締結に向けた勧誘行為」と理解する。なお、この箇所は、第3版には記述がみられない。

²⁹ 消費者庁消費者制度課編・前掲注22)『逐条解説〔第3版〕』169頁。

行為の対象が消費者契約の締結に至る一連のプロセスの一部である場合であっても、「媒介」に該当しうるかが問題とされており、学説上、これを肯定する見解もある³⁰。ただ、「媒介」該当性についてより緩和した理解に立つ場合であっても、「媒介」とは、本来、契約締結に直接向けられた行為であることを意識しておく必要はあろう。

従来の逐条解説が依拠する「媒介」の意義は、比較的明確ではあるが、これによれば、当然のことながら、「媒介」の該当性が否定されるケースは少なくないことになる。もっとも、「媒介」の該当性に関して緩和した理解に立ったとしても、契約の成立に対する第三者の寄与の程度に応じて、どのような態様の勧誘その他の行為を「媒介」とみるのかを明らかにしていくという考え方に依拠するかぎり、十分な消費者保護は図れないおそれがある³¹。それは、「媒介」の該当性に関して緩和した理解のもとでも、本来、媒介に当たらない程度の行為しか事業者から委託されていたにすぎないと判断されることも考えられるからである³²。このような場合に、消費者契約法5条1項の適用が否定されるのは、規制のあり方として不十分であるように思われる³³。

³⁰ 落合・前掲注13) 98頁。

³¹ これに対し、どのような行為が保険募集に該当する行為といえるのかについて、監督指針は、後述するように、第三者の契約成立に対する寄与の程度という観点を顧慮していないように思われる。

³² 具体例として、契約見込客の情報を保険会社または保険募集人に提供する行為のみが保険会社から委託されたが、(実際には委託されていない) 具体的な保険商品の推奨・説明が行われ、その際に、不実告知等があった場合に、保険会社から委託されていたのは、契約見込客の情報を提供する行為のみであったとして、媒介に当たらないと判断された結果、消費者契約法5条1項の適用が否定されることが考えられる。なお、落合・前掲注13) 98-99頁は、保険業における紹介代理店による断定的判断の提供を例に挙げ、それが顧客の契約締結の意思形成に決定的影響を与えている場合には、媒介に当たると理解しているようであるが、私見では、媒介に当たるといえるかどうかは、事業者から委託された行為にもとづいて判断されるべきものと考えている。

³³ 消費者契約法5条1項が、消費者が第三者の行為を理由として契約を取り消した場合を、第三者が事業者から契約締結の媒介を委託されていたときにかぎって

4. 保険募集の意義とその明確化

(1) 保険募集の意義

平成26年の保険業法改正の際、保険業法における保険募集の意義（保険業法2条26項）には変更がなく、従来の規定がそのまま維持されたが、監督指針上、保険募集の意義に関して重要な改正が行われている。ひとつは、保険募集の意義について新たに規定を設けたことである。従来は、保険募集を行ううえで求められる登録、届出（保険業法276条、302条）が必要な業務というかたちで、事実上、どのような行為が保険募集に当たるのかが規定されていたが、平成26年改正にあたり、保険募集の意義について、直接、保険業法2条26項に規定する保険募集とは何かを具体的に明らかにした。もうひとつは、契約見込客の発掘から契約成立に至るまでを広い意味での保険募集プロセスとしたうえで、このうち、保険募集に該当しない行為を新たに「募集関連行為」とし、この募集関連行為を保険会社や保険募集人が第三者に行わせる場合、当該保険会社等による監督のもとにおくこととしたことである。従来の監督指針では、後述するように、ある行為が保険募集に当たるかどうかは、契約成立に至る一連の行為のなかでの当該行為の位置付けをふまえて判断することとされていたが、改正後の監督指針のもとでは、契約成立に至る一連の行為が保険募集に当たる行為、募集関連行為に当たる行為、これらのいずれにも該当しない行為の3つに分類されることとなった。

(2) 保険募集の意義の明確化

平成26年保険業法改正にあたり、監督指針上、保険募集の意義について

ることは、消費者契約法の制定当初から問題にされていたことでもある。佐久間毅「消費者契約法と第三者・代理」ジュリスト1200号63頁以下（2001）。

て明確化が要請された背景には、保険募集をめぐる環境の変化がある。平成26年保険業法改正のたたき台となる提言を取りまとめた、金融庁設置の金融審議会「保険商品・サービスの提供等の在り方に関するワーキング・グループ」(以下、「WG」という)による報告書「新しい保険商品・サービス及び募集ルールのあり方について」(平成25年6月7日。以下、「WG報告書」という)によれば、保険契約締結に至る一連の保険募集プロセスのなかで、見込顧客の紹介行為や保険商品の比較情報を提供する比較サイト等、保険募集に該当するかどうか必ずしも明らかでない行為が保険募集人以外の者によって行われることが増加し、それにより、当時の監督指針では、どのような行為が保険募集に該当するのかの判断が難しくなっていることが指摘されている³⁴。

従来の監督指針は、保険募集の意義としては規定を置かないものの、保険業法276条の登録、302条の届出が必要な業務として、①保険契約の締結の勧誘、②保険契約の締結の勧誘を目的とした保険商品の内容説明、③保険契約の申込みの受領、④その他の保険契約の締結の代理又は媒介を挙げている³⁵。一方で、①保険募集人の指示を受けて行う、商品案内チラシの単なる配布、②コールセンターのオペレーターが行う、事務的な連絡の受付や事務手続き等についての説明、③金融商品説明会における、一般的な保険商品の仕組み、活用法等についての説明が例示列挙されており、これらの行為のみを行う者については、基本的に、上記の登録・届出は不要とされている³⁶。もっとも、監督指針は、登録・届出の要否について、一連の行為のなかで当該行為の位置付けをふまえたうえで、総合的に判断する必要があるとするのみであった³⁷。

³⁴ WG報告書22頁。

³⁵ 改正前監督指針Ⅱ-4-2-1(1)②ア、イ、ウ、エ。

³⁶ 改正前監督指針Ⅱ-4-2-1(1)②(注)。

³⁷ 改正前監督指針Ⅱ-4-2-1(1)②(注)。

これに対して、改正後の監督指針では、保険業法276条の登録、302条の届出が必要な業務としてではなく、「保険募集の意義」という項目を立てて、保険業法2条26項に規定する保険募集につき、①保険契約の締結の勧誘、②保険契約の締結の勧誘を目的とした保険商品の内容説明、③保険契約の申込の受領、④その他の保険契約の締結の代理又は媒介の各行為をいうとしている³⁸。これらの行為は、上記にみるように、対応する従前の監督指針が挙げていたものであるが、さらに、改正監督指針は、保険募集の意義を明確にするべく、新たに④について、それに該当するか否かを、一連の行為のなかで、当該行為の位置付けをふまえたうえで、以下の㉗及び㉘の要件に照らして、総合的に判断するものとした³⁹。

㉗ 保険会社又は保険募集人などからの報酬を受け取る場合や、保険会社又は保険募集人と資本関係等を有する場合など、保険会社又は保険募集人が行う募集行為と一体性・連続性を推測させる事情があること。

㉘ 具体的な保険商品の推奨・説明を行うものであること。

これらの要件は、WG報告書の提言を受けたものである。同報告書によれば、広義の募集プロセスの一環として行われる行為のうち、保険募集人が募集行為を行う際に顧客による正しい商品理解の妨げになるおそれがある行為など、当該行為に問題があった場合に保険募集人による募集行為を通じた当該瑕疵の治癒が困難となるものについて、募集行為に該当することを明確にする必要があるとし、上記㉗、㉘とほぼ同様のメルクマールを掲記している⁴⁰。このうち、上記㉗に対応するメルクマールについては、報酬の受領などにより過度・不適切な勧誘・推奨がなされる可能性が高まることを考慮したものであり、上記㉘に対応するメルク

³⁸ 監督指針Ⅱ-4-2-1(1)①ア.イ.ウ.エ.。

³⁹ 監督指針Ⅱ-4-2-1(1)②ア.イ.。

⁴⁰ WG報告書23頁。

マールについては、前段階で具体的な説明がなされると保険募集人による保険商品等の説明の理解を困難にするおそれがあることを考慮したものとされる⁴¹。

WG報告書では、監督指針の上記㉞、㉟の要件に対応するふたつのメルクマールは、「かつ」により接続しており、メルクマールに照らして総合的に判断するうえで、これら双方が備わることが前提となっている⁴²。これに対して、監督指針の規定上、㉞及び㉟両方の要件が必要になるのかは明確ではない。この点について、金融庁による「平成26年改正保険業法（2年以内施行）に係る政府令・監督指針案」に対するパブリックコメント実施結果（平成27年5月27日）の一覧表⁴³にある「コメントの概要」に対する金融庁の回答に当たる「金融庁の考え方」（以下、「コメントの概要」あるいは「金融庁の考え方」として引用）を参照すると、II-4-2-1(1)㉠エ、への該当の適否判断にあたっては、特定の行為がII-4-2-1(1)㉡ア、とイ、のいずれにも該当するか否かを判断し、II-4-2-1(1)㉡ア、とイ、の両方に該当する場合には、具体的な報酬額の水準や商品の推奨・説明の程度などから総合的に判断することになる、としている⁴⁴。このように、ここでは、WG報告書の提言同様、㉞及び㉟両方の要件が備わることが必要であるとの立場が示されている⁴⁵。

これに対しては、両方の要件が備わっていなくとも、とくに、具備する一方の要件の程度・態様が顕著であれば、保険募集に該当することを

⁴¹ WG報告書23頁。

⁴² WG報告書23頁。

⁴³ <https://www.fsa.go.jp/news/26/hoken/20150527-1/01.pdf>

⁴⁴ 「金融庁の考え方」番号203-207。

⁴⁵ この理解を前提にすれば、㉞、㉟の要件のいずれか一方しか充たさない場合は、保険募集には当たらず、また、㉞及び㉟の要件の双方を充たす場合であっても、その水準・程度によっては、保険募集に該当しないことがあることになる。山下・前掲注4）77頁。

認めうるとする理解も考えられる。たとえば、保険会社または保険募集人の募集行為との一体性が強ければ、④の要件が備わらなくても共同行為性に着目して全体を合わせて保険募集とすることも合理性があると考えられることなどから、保険募集に関連したビジネスの態様によっては、双方の要件が備わることを絶対視すべきではないとするものがある⁴⁶。もっとも、この見解に対しては、共同募集行為が行われる場合、つまり、一連の募集プロセスを複数の保険募集人で分担する場合、募集プロセスの当初の段階に位置づけられる先行行為と後続する行為との間に一体性が認められれば、形式的には、先行行為のなかで具体的な商品の推奨・説明が行われていなくても、協働の結果として、すでに先行行為において商品の推奨・説明が行われていると理解することもできる⁴⁷。したがって、この場合、⑦及び④双方の要件が必要であるという解釈との整合性は、一応、維持できるように思われる。

ただ、④の要件については、上記②（「保険契約の締結の勧誘を目的とした保険商品の内容説明」）の場合との境界が明確でないため、⑦及び④双方の要件をともに必須としても、当該行為が④ではなく、②に該当すると判断されれば、それだけで保険募集に該当することにも留意が必要である。

(3) 募集関連行為の創設

一連の保険募集のプロセスのなかで、保険募集そのものではないが、保険募集の周辺に位置する行為について、かつての「保険募集の取締に

⁴⁶ 山下友信「保険募集の意義・団体保険の加入勧奨行為の規制 特集 保険募集と保険業法改正」ジュリスト1490号34頁（2016）。ほかにも、双方の要件を必須としない立場として、中原健夫・山本啓太・関秀忠・岡本大毅『保険業務のコンプライアンス〔第3版〕』72頁（金融財政事情研究会、2016）。

⁴⁷ 「コメントの概要」及び「金融庁の考え方」番号193、198のほか、これらをふまえた細田浩史『保険業法』357-358頁（弘文堂、2018）参照。

関する法律」(昭和23年法律第171号)の時代から、生命保険分野では、単に契約見込客を保険会社または保険募集人に紹介するだけでそれ以上の契約締結の媒介行為を行わない「紹介代理店」が存在し、当時の大蔵省の保険審議会が保険募集規制の実効性確保等の観点から、紹介行為を行う者に対する法的規制について議論してきた経緯があった⁴⁸。さらに、最近では、保険商品の比較情報を提供する比較サイトなど、保険募集の周辺行為に保険募集人以外の者が携わるケースが増加しており、WGでは、これらの者に対する規制のあり方が検討されることとなった⁴⁹。

改正監督指針は、そのWG報告書を受けて、先にみたように、保険募集の意義を明らかにしたうえで、保険募集に関連はするものの保険募集には該当しないその周辺行為を「募集関連行為」とした。ここで、「募集関連行為」とは、契約見込客の発掘から契約成立に至るまでの広い意味での保険募集のプロセスのうち、監督指針の規定⁵⁰に照らして保険募集に該当しない行為をいうと定義されている⁵¹。募集関連行為の例として、監督指針は、保険商品の推奨・説明を行わず、契約見込客の情報を保険会社又は保険募集人に提供するだけの行為、比較サイト等の商品情報の提供を主たる目的としたサービスのうち、保険会社又は保険募集人からの情報を転載するにとどまるものが考えられるとしている⁵²。一方で、監督指針は、業として特定の保険会社の商品（群）のみを見込み客に対し

⁴⁸ 東京海上火災保険株式会社編『損害保険実務講座 補巻 保険業法』218頁〔小林登〕(有斐閣、1997)。

⁴⁹ WG報告書22頁以下。また、山下・前掲注46) ジュリスト1490号33頁によれば、対応が問題となってきた、契約見込客の紹介行為は、税理士、ファイナンシャルプランナー、不動産業者などによって行われ、ビジネスの発展とともに多様化していることが指摘されている。

⁵⁰ 監督指針Ⅱ-4-2-1(1)。

⁵¹ 監督指針Ⅱ-4-2-1(2)。

⁵² 監督指針Ⅱ-4-2-1(2)(注1)。対応するWG報告書の箇所として、同報告書23頁。

て積極的に紹介して、保険会社又は保険募集人などから報酬を得る行為、比較サイト等の商品情報の提供を主たる目的としたサービスを提供する者が保険会社又は保険募集人などから報酬を得て、具体的な保険商品の推奨・説明を行う行為は、保険募集に該当しうることには留意する必要があるとしている⁵³。

このように、監督指針は、一連の保険募集のプロセスのなかで保険募集とは区分された募集関連行為を新たに創設したうえで、保険会社や保険募集人が募集関連行為を第三者に行わせる場合には、保険会社や保険募集人は当該募集関連行為に従事者が不適切な行為を行わないよう、保険募集の管理態勢の整備を求めることにした⁵⁴。これは、募集関連行為の規制のあり方として、募集関連行為に従事者を募集規制の直接の名人とすることはせずに、法令上、保険会社及び保険募集人には委託業務の的確な遂行を確保するための措置を求める体制整備義務が課せられていることから、保険会社及び保険募集人による体制整備義務にもとづく業務委託先の監督・指導により、適正な募集関連行為が行われることを確保しようとしたものである（保険会社の体制整備につき、保険業法100条の2、保険業法施行規則53条の11、保険募集人の体制整備につき、保険業

⁵³ 監督指針Ⅱ-4-2-1(2)(注2)ア.イ.。対応するWG報告書の箇所として、同報告書23頁注67。

⁵⁴ その具体的な例として、監督指針Ⅱ-4-2-1(2)では、①募集関連行為に従事者において、保険募集行為または特別利益の提供等の募集規制の潜脱につながる行為が行われていないか、②募集関連行為に従事者が運営する比較サイト等の商品情報の提供を主たる目的としたサービスにおいて、誤った商品説明や特定商品の不適切な評価など、保険募集人が募集行為を行う際に顧客の正しい商品理解を妨げるおそれのある行為を行っていないか、③募集関連行為に従事者において、個人情報の第三者への提供に係る顧客同意の取得などの手続が個人情報の保護に関する法律等にもとづき、適切に行われているか、を留意すべき点として挙げている。

なお、監督指針の同箇所は、保険募集人が募集関連行為を第三者に委託し、またはそれに準じる関係にもとづいて行わせている場合、保険会社に対し、保険募集人がその規模や業務特性に応じた適切な委託先管理等を行うよう指導することを求めている。

法294条の3第1項、保険業法施行規則227条の11)⁵⁵。

(4) 保険募集及び募集関連行為のいずれにも該当しない行為

さらに、監督指針は、以下の行為を例示し、

- ① 保険会社又は保険募集人の指示を受けて行う商品案内チラシの単なる配布
- ② コールセンターのオペレーターが行う、事務的な連絡の受付や事務手続き等についての説明
- ③ 金融商品説明会における、一般的な保険商品の仕組み、活用法等についての説明
- ④ 保険会社又は保険募集人の広告を掲載する行為

これらの行為のみが行われる場合には、監督指針における保険募集の該当の要件⁵⁶に照らして、基本的に保険募集及び募集関連行為のいずれにも該当しないとする⁵⁷。したがって、監督指針上、これらは、契約見込客の発掘から契約成立に至るまでの広い意味での保険募集のプロセスの範囲外に位置付けられていることになる。このうち、①から③については、改正前監督指針において、保険募集人としての登録・届出が基本的に不要な行為として例示列举されていたものである⁵⁸。

今回の改正で、そこに新たに④が追加された⁵⁹。ここでは行為の主体が明らかにされていないが、広告媒体が保険会社や保険募集人が広告主となっている広告を掲載する場合、その広告媒体による広告を掲載する

⁵⁵ 山下・前掲注46) ジュリスト1490号35頁、細田浩史「『保険募集』に関する新たな基準と『募集関連行為』概念の新設」保険学雑誌635号118-119頁(2016)、樽川流・佐藤寿昭・錦野裕宗・大村由紀子『改正保険業法の解説—顧客のための保険募集の実現に向けて』71-72頁(金融財政事情研究会、2017)。

⁵⁶ 監督指針Ⅱ-4-2-1(1)②ア.イ.。

⁵⁷ 監督指針Ⅱ-4-2-1(2)(注3)ア.イ.ウ.エ.。

⁵⁸ 改正前監督指針Ⅱ-4-2-1(1)②(注)(ア)(イ)(ウ)。

⁵⁹ この新たな行為の追加について、WG報告書には関連する記載はない。

行為は、「保険募集」及び「募集関連行為」のいずれにも該当しないことが規定されている。広告媒体には、各種のものがあり、新聞や雑誌のほか、インターネット広告も存在する。さらに、比較サイト等の商品情報の提供を主たる目的としたサービス⁶⁰が広告媒体になっている場合も考えられる。広告媒体が「商品情報の提供を主たる目的としたサービス」である場合を含めて、上記監督指針の④に該当するかは問題となる。この点につき、「金融庁の考え方」を参照すると、「比較サイト等の商品情報の提供を主たる目的としたサービスを提供する者が、保険会社の広告として、当該保険会社の保険商品の情報をそのまま転載する場合は、保険会社の広告を掲載する行為として、募集関連行為にも該当しないとの理解でよいか。」との「コメントの概要」のなかの照会に対し、「保険会社又は保険募集人の広告を掲載する行為は、保険募集にも募集関連行為にも該当しない」としており⁶¹、これは、広告媒体が「商品情報の提供を主たる目的としたサービス」であるか否かは問わない趣旨と理解される。

もっとも、一方で、監督指針は、すでに述べたように、募集関連行為の例として、「比較サイト等の商品情報の提供を主たる目的としたサービスのうち保険会社又は保険募集人からの情報を転載するにとどまるもの」を挙げており、保険商品の広告掲載によって、保険商品に係る情報が転載されていると理解すると、両者を矛盾なく整合的に説明できるかが問

⁶⁰ 商品情報の提供を主たる目的としたサービスは、比較サイトに限定されるわけではなく、保険商品の内容の詳細を紹介することを目的とした雑誌の発行という形態も考えられる。「コメントの概要」及び「金融庁の考え方」番号218参照。

⁶¹ 「コメントの概要」及び「金融庁の考え方」番号221。「金融庁の考え方」は、さらに続けて、「ただし、その広告とあわせて、独自の見解として当該商品を推奨する内容を記載している場合には、Ⅱ-4-2-1(1)②ア、とイ、のいずれにも該当するか否かを判断し、Ⅱ-4-2-1(1)②ア、とイ、の両方に該当する場合には、具体的な報酬額の水準や商品の推奨・説明の程度などから募集行為への該当性を総合的に判断し、保険募集に該当しない場合であって、保険会社又は保険募集人において、当該行為を第三者に委託又はそれに準じる関係に基づいて行わせている場合には、募集関連行為従事者の行為に該当する」と回答している。

題となる⁶²。そのためには、商品情報の提供を主たる目的としたサービスが、保険会社又は保険募集人からの情報を転載する行為には、広告掲載を含まないとする必要がある。それは、保険会社又は保険募集人からの情報を転載する行為であっても、転載する情報の取捨選択、取捨選択した情報の取扱い・利用のしかたについて、商品情報の提供を主たる目的としたサービスによる裁量の働く余地が広告掲載に比べて一定程度、存在しているということができるからであり、両者を区別する(情報を転載する行為には、広告掲載を含まない)ことに合理性はあると説明できるように思われる。

そのほか、上記④の主体が広告媒体であるとする、「保険会社又は保険募集人の広告を掲載する行為」には当たらないことになるが、保険会社や保険募集人が広告主となり広告媒体を通じて広告を掲載する行為が保険募集と評価されるのかも検討しておく必要がある。この論点については、後述する。

5. 家計分野における保険募集と消費者契約法

(1) 保険商品の案内チラシ配布、広告掲載と消費者契約法

本稿では、その冒頭で、消費者契約法4条に関して、保険会社による保険商品の案内チラシの配布や広告を掲載する行為について、どのような場合が消費者契約法にいう「勧誘」に当たるのか、さらに、同法5条1項の適用が問題となる場合には、保険会社から第三者への保険商品の案内チラシの配布や広告を掲載する行為の委託は、「媒介の委託」と評価

⁶² 広告の形態も多様であり、保険商品に関わる情報を伴わないものもある。「保険会社又は保険募集人の広告を掲載する行為」の「広告」について、商品情報を伴わないものに限定されていると理解すれば、基本的に両者の間に矛盾は生じないといえようが、監督指針上そのような限定はなく、不自然な解釈であることは否めない。

できるかが検討課題となるとした。

まず、消費者契約法4条の「勧誘」該当性に関しては、前掲最判平成29年の判示内容にしたがうと、保険会社により個別の消費者の意思形成に直接影響を与え得る働きかけがなされているかとの観点から、保険会社が、その記載内容の全体から判断して消費者が当該保険会社の商品等の内容や取引条件その他これらの取引に関する事項を具体的に認識し得るような保険商品のチラシの配布あるいは広告の掲載により、不特定多数の消費者に向けて働きかけを行っていると評価できれば、消費者契約法4条の「勧誘」に該当しうることになる。

つぎに、消費者契約法5条1項の適用の有無が問われる、保険会社から第三者への保険商品の案内チラシの配布や広告を掲載する行為の委託の具体例として、まず、保険会社が広告主となり保険商品の広告を作成し、新聞社や出版社等の第三者に新聞や雑誌に広告の掲載を依頼するケース、保険会社が広告代理業者等の第三者に自らが作成した保険商品の新聞折込みチラシの配布を依頼するケースが考えられる。もっとも、このようなケースでは、「媒介」の理解につき、当該保険契約締結の直前までの必要な段取り等を第三者が行っており、後は保険会社が契約の締結さえ済ませればよい状況をいうとする見解はもちろん、そこまでは求めないとする見解でも、「媒介」を委託しているとは考えられないであろう。それは、これらの業者は、保険会社が作成したチラシや広告を保険会社の指図どおりに配布、掲載しているにすぎず、そこに保険契約の成立に向けた独自の寄与を認めることができないからである⁶³。

そのほか、消費者契約法5条1項の適用が問われる、保険会社から第三者への保険商品の案内チラシの配布や広告を掲載する行為の委託とし

⁶³ むしろ、このようなケースでは、保険商品の案内チラシの配布や広告の掲載は、事業者（保険会社）自身の行為と評価され、消費者契約法5条1項の適用を問題としない理解が成り立つように思われる。

で、保険会社からの委託を受けて保険募集人等の第三者(保険募集人から、さらに委託を受けた者を含む)が広告主となり、自らが作成した保険商品の広告の掲載を新聞社や出版社等に依頼するケース、保険会社から委託を受けて保険募集人等の第三者が自らが作成した保険商品の新聞折込みチラシの配布を広告代理業者等に依頼するケースも考えられる。これらが最初のケースと異なるのは、保険商品の案内チラシや広告を作成するのは保険募集人等の第三者であり、さらに、作成したチラシの配布や広告の掲載を新聞社や出版社等に指図しているところである。これらのケースにつき、消費者契約法5条1項の適用が認められるためには、まず、保険募集人等の第三者による上記の行為が「媒介」といえる程度に保険契約の成立に寄与していること、さらに、同法4条の「勧誘」要件を充足することが必要である。

まず、「媒介」の理解につき、当該保険契約締結直前までの必要な段取り等をこれらの第三者が行う必要があるとの見解に立つかぎり、保険募集人等による保険商品の広告作成・掲載や保険商品の新聞折込みチラシの作成・配布という行為は、「媒介」の委託に当たらないといえるであろう。

一方、「媒介」の該当性について緩和した理解に依拠する場合、保険商品の広告作成・掲載や保険商品の新聞折込みチラシの作成・配布という行為の当該保険契約締結に至る一連のプロセスのなかでの位置づけ、これらの行為が当該保険契約の成立に寄与した程度をふまえ、「媒介」の該当性が判断されることになる。その際、保険会社によって保険募集人等の第三者に委託されているのが、保険商品の広告作成・掲載や保険商品の新聞折込みチラシの作成・配布という行為のみであっても、保険契約締結に至る一連のプロセスのなかで、それ以外の者が従事する募集行為と一体性・連続性が認められる場合には、それを「媒介」の該当性の判断にあたり積極的事情として考慮しうるように思われる。

こうして、「媒介」の該当性の判断の結果、それが認められる場合には、

さらに、保険募集人等による保険商品の広告掲載や保険商品の新聞折込みチラシの配布という行為が「勧誘」に当たるとされる必要がある。そうすると、ここでも前掲最判平成29年の判示内容にしたがい、これらの行為により個別の消費者の意思形成に直接影響を与え得る働きかけがなされているかとの観点から、「勧誘」の該当性が判断されることになる。

(2) 保険商品の案内チラシ配布、広告掲載と保険募集

保険会社または保険募集人が広告主となり作成した保険商品の広告の新聞や雑誌への掲載を新聞社や出版社等の第三者に依頼するケース、さらに、保険会社または保険募集人が広告代理業者等の第三者に自ら作成した保険商品の新聞折込みチラシの配布を依頼するケースにおける第三者の行為については、前述のように、監督指針によれば、基本的に保険募集及び募集関連行為のいずれにも該当しない。

これに対して、保険会社または保険募集人が広告主となり、その作成した広告を広告媒体を通じて掲載する行為、保険会社または保険募集人がその作成した商品案内チラシを自ら、あるいは、第三者を通じて配布する行為が保険募集と評価されるのかについては、監督指針やパブリックコメント中の「金融庁の考え方」をみても明確ではない。

そこで、監督指針が保険募集の意義として掲げる、①保険契約の締結の勧誘、②保険契約の締結の勧誘を目的とした保険商品の内容説明、③保険契約の申込の受領、④その他の保険契約の締結の代理又は媒介の各行為に照らして、商品案内チラシを配布する行為、広告を掲載する行為がそのいずれに該当するのかを検討する必要がある。このうち、③は異なるし、④についても、それに該当するか否かを判断するための要件（前述した㉞）をみると、保険会社または保険募集人以外の第三者を念頭に置いているので、これにも該当しない。したがって、商品案内チラシの配布、広告の掲載が保険募集とされるためには、これらの行為が①保険

契約の締結の勧誘、あるいは、②保険契約の締結の勧誘を目的とした保険商品の内容説明に当たるといえるのかが問われることになり、いずれにしても監督指針における勧誘概念を明らかにする必要が生じる⁶⁴。

すでにみたように、消費者契約法にいう「勧誘」については、従来、特定の者に向けた働きかけは「勧誘」に含まれる一方、広告、チラシの配布等、不特定多数の者に向けて働きかける場合は「勧誘」に含まれないとする解釈があった。これに対して、上記監督指針に規定する「保険契約の締結の勧誘」については、監督指針の他の規定との関係等から、そのような限定を予定していないと理解することができる。ひとつは、保険募集の意義に関するⅡ-4-2-1(1)②ア. が「保険会社又は保険募集人が行う募集行為」と規定している(募集行為の主体を保険会社としている)ことであり、これは、保険会社がインターネットなどを利用し、自ら直接、保険募集を行う場合(いわゆる「直扱い」)をふまえたものとされている⁶⁵。この場合、保険会社が行う募集行為は、保険募集の意義に関する監督指針の規定に照らすと、「保険契約の締結の勧誘」、あるいは、「保険契約の締結の勧誘を目的とした保険商品の内容説明」に当たることになる。もうひとつは、「金融庁の考え方」のコメントであり、広告媒体が保険会社または保険募集人の広告を掲載する行為は、保険募集にも募集関連行為にも該当しないが、その広告とあわせて、独自の見解として当該商品を推奨する内容を記載している場合には、個別具体的

⁶⁴ なお、保険会社または保険募集人から委託を受けて保険募集人以外の第三者が広告主となり、新聞社や出版社等の広告媒体を通じて、作成した広告を掲載する行為、保険会社または保険募集人から委託を受けて保険募集人以外の第三者がチラシを作成し、それを自らあるいは業者を通じて配布する行為については、さらに、④その他の保険契約の締結の代理又は媒介に該当するか否か、前述した監督指針の⑦及び⑧の要件に照らして、総合的に判断される。したがって、広告やチラシの文面にもとづいて、具体的な保険商品の推奨・説明を行っているかどうかの評価されることになる。

⁶⁵ 樽川・佐藤・錦野・大村・前掲注55) 61頁。

な事情によって保険募集に該当することもあるとされていることである⁶⁶。すなわち、このコメントでは、広告と一体となって、不特定多数の者に向けて働きかける行為が保険募集となりうることが示されている⁶⁷。

このように、監督指針に規定する「保険契約の締結の勧誘」が不特定多数の者に向けて働きかける場合を含むとしたときには、さらに、保険会社または保険募集人による不特定多数の者に向けた働きかけのうち、どのような働きかけがあれば「勧誘」に該当するのか、消費者契約法における議論と同様、勧誘概念を明らかにする必要があるのか、それとも、保険会社または保険募集人による不特定多数の者に向けた、契約締結への何らかの働きかけさえあれば「勧誘」に該当するのかが問われよう。本稿が問題にする、保険商品の案内チラシ配布、広告掲載のように働きかけの媒体が特定されていても、その記載内容、記載方法、チラシの配布方法、広告の掲載方法等、その態様は多様である。したがって、保険商品の案内チラシ配布、広告掲載という行為があれば、それだけで「保険契約の締結の勧誘」がされていると評価することはできず、ここでも勧誘概念をさらに明らかにする必要があるように思われる。そうなると、結局、その該当性は、前掲最高裁平成29年判決が判示するように、個別の消費者の意思形成に直接影響を与え得る働きかけがなされているかどうか、具体的には、記載内容全体からみて消費者が商品の内容や取引条件その他取引に関する重要な事項を具体的に認識し得る態様になっているかどうかなどによって判断するしかない。

これに対しては、抽象的な判断基準のもとで、個別事例に即して「勧誘」該当性が判断されることは、募集実務上、望ましいとはいえず、判断の明確性という点からすれば、保険商品の案内チラシ配布、広告掲載

⁶⁶ 「金融庁の考え方」番号221。

⁶⁷ ここでは、前記（85頁）④の該当性が問われており、①、②の該当性が問われているわけではないが、広告、チラシの配布等、不特定多数の者に向けて働きかける場合も「勧誘」に含まれるという理解のしかたと整合的である。

を通じて、保険会社または保険募集人による不特定多数の者に向けた、契約締結への何らかの働きかけがあれば、一律に「勧誘」に該当するとしたほうが適切であるという見解も考えられる。もっとも、保険募集について、あらためて保険業法上の定義を参照すると、「保険契約の締結の代理又は媒介を行うこと」であり、本来的には、契約締結に直接向けられた行為である必要があるから、保険募集に、保険契約締結に至るまでの一連の行為を伴うことを認め、そこに勧誘を位置づけるにしても、それは、個々の消費者の契約締結判断に対する直接的な影響を及ぼすような働きかけでなくてはならないように思われる。

6. 結びに代えて

監督指針が保険募集に該当する行為として掲げる「保険契約の締結の勧誘」とは、どのような行為を指すのかについて、これまで十分に議論されることはなかった。本稿では、保険商品の案内チラシの配布、広告掲載を通じた不特定多数の者に向けた働きかけが「勧誘」に当たるのか、同様の問題について既に議論の蓄積がある消費者契約法の分野における検討状況、最高裁判例の判断を参考に考察を試みた。その結果として、家計分野における「保険契約の締結の勧誘」における「勧誘」についても、最高裁判例の判断のなかで示されたその該当性の判断基準を用いることはできるのではないかという結論を得た。もっとも、「保険契約の締結の勧誘」を含め、監督指針が保険募集に該当するとして列挙している行為は、対象を家計保険の分野に限定したものではなく、顧客の属性が消費者かどうかに応じて、「勧誘」の意義に差異を設けることを監督指針は予定していない。そこで、個別の(非消費者を含む)「顧客」の意思形成に直接影響を与え得る働きかけがなされている場合を「勧誘」というと理解することができるかが問われることになる。この点については、

顧客が非消費者の場合であっても、媒介とは、本来、契約締結に直接向けられた行為であることから、契約締結に向けた何らかの働きかけさえあれば足りるわけではなく、顧客の契約締結判断に対する直接的な影響を及ぼすような働きかけでなくてはならないだろう。

つぎに、監督指針では、保険募集（「保険契約の締結の代理又は媒介」）に該当する行為のひとつが「保険契約の締結の勧誘」であるから、保険会社から保険契約の締結の勧誘を第三者が委託されれば、それは、（保険契約締結の代理権が付与されていなければ）媒介の委託と評価される。一方、消費者契約法のもとでは、保険会社が保険募集人等の第三者に対して消費者契約である保険契約の勧誘を行うことを委託した場合であっても、媒介に当たらない程度の勧誘の委託も考えられるから、それによって当然に媒介の委託をしたことにはならないとされ、両者の規制の間に齟齬が生じる。つまり、保険会社から第三者に委託された保険商品の案内チラシの作成・配布、広告の作成・掲載が監督指針における「保険契約の締結の勧誘」（さらに、消費者契約法の「勧誘」）とされ、保険業法における募集規制の対象にはなっても、消費者契約法5条1項を通じた勧誘規制の準用はなく、同法4条1項等による契約の取消しができない場合が認められる。このような齟齬が生じるのは、消費者契約法では、第三者による行為が契約の成立にどれだけ寄与したのかという観点から、どのような行為が事業者から委託されたかが問題になるのに対して、監督指針の基本的発想では、広義の募集プロセスのなかで行われるおそれのある不適正な行為も募集規制の対象とするべく、募集の意義を明らかにしたことにもとづいている⁶⁸。

⁶⁸ 監督指針は、平成26年保険業法改正に伴い、前述したように、WG報告書の提言を受けて、広義の募集プロセスのなかで、事後、保険募集人が募集行為を行う際に顧客による正しい商品理解の妨げになるおそれがある行為など、保険募集人による募集行為を通じた当該瑕疵の治癒が困難となる行為についても、募集行為に該当させる必要があるとしている。

消費者契約法は、保険業法上の募集規制と異なり、その勧誘規制に違反した場合、消費者契約の取消しという私法上の効果を規律していることから、規制違反の効果という点からすると、このような齟齬が生じること自体、不自然なことではない。もっとも、第三者による具体的な保険商品の推奨、説明が行われる場合でも、事業者から委託されていたのが、媒介に当たらない程度の行為にすぎないとして、消費者契約法5条1項の適用がないとするのは、規制のあり方として不十分であろう。したがって、同法5条1項の適用に関し、現状、「媒介」の該当性について緩和した理解に立つこと以外にも、消費者契約法5条1項の適用の障壁を回避するべく、解釈論上、契約に関与する第三者の行為の結果を事業者に帰責したり、第三者の行為を事業者自身の行為と評価したりする方途を考慮することが今後の課題として必要となろう⁶⁹。

〔付記〕 本稿の執筆にあたり、科学研究費補助金（基盤研究（C）課題番号16K03397 研究課題名「保険募集規制の新たな展開と民事法の課題」）の助成を受けた。

⁶⁹ 第三者に委託された行為が「媒介」に該当しないケースには、委託された行為が契約締結にあたり必要となる顧客への情報提供に関わるものと、契約見込客の紹介など、顧客への情報提供に関わらないもの（注32参照）とに分けることができる。保険商品の不適切な推奨、説明が第三者により行われた場合には、このうち、前者のケースのほうが第三者の行為の結果を事業者に帰責しやすいように考えられる。平成29年民法改正（平成29年法律第44号）前の見解であるが、事業者が第三者に、契約締結の媒介を委託するのではなく、単に契約締結に際して必要となる情報の提供のみを委託した場合に、民法101条の類推によって第三者の行為と事業者の行為が同視され、消費者の取消権が認められるとするものとして、潮見・前掲注15）47頁〔佐久間毅〕参照。もっとも、後者も、保険業法上、事業者側（保険会社等）の業務委託先への管理・監督義務違反が問われるケースであり、顧客保護の必要性がないわけではないだろう。