

消費者取引類型とクーリング・オフ権

近藤 充代

はじめに

1. 消費者取引の類型化
2. 「消費者の自由な意思形成をゆがめる要素」
3. 消費者取引類型と「消費者の自由な意思形成をゆがめる要素」
4. 消費者の意思形成に対する「消費者の自由な意思形成をゆがめる要素」の影響力
5. クーリング・オフ権を認めるべき取引の範囲

おわりに

はじめに

(1) 現在、わが国において、法律によって認められているクーリング・オフ権等は、〔表1〕のとおりである。これらの法律は、いずれもその背景として、規制対象となっている販売方法あるいは取引形態による消費者被害が多発し、社会的問題となり、当該販売方法等への批判が高まった結果、立法・改正に至ったという経緯をもっている。

一見して明らかなように、これらの規定からは、消費者契約におけるクーリング・オフ権導入のための統一的な基準を導き出すのは困難である⁽¹⁾。割賦販売法や宅地建物取引業法のように、営業所以外の場所での契約だけにクーリング・オフ権を認める法律もあれば、預託法や海外先物取引法等のように営業所での契約にもクーリング・オフ権を認める法律もある。しかし他方で、営業所以外で契約を締結するにもかかわらず通信販売にはクーリング・オフ権が認められていない。さらに、クーリング・オフ期間もバラバラで、期間の長短の妥当性に関して理論的な根拠づけもなされていない。要するに、消費者被害が多発した契約について、その都度、例外的にクーリング・オフ権を認めるという姿勢が見られるのである⁽²⁾。

(2) このような行政の姿勢を反映してか、従来、わが国におけるクーリング・オフ権の理論化・体系化に関する研究は十分なされてきたとはいえ、主に個別立法ごとにクーリング・オフ権の根拠が論じられてきた。しかし、これに対し、近年、クーリング・オフ権の理論化・体系化の必要性が主張されはじめ、これを試みる論文が発表されてきている⁽³⁾。

例えば、長尾治助教授は、「クーリング・オフ権の法理」⁽⁴⁾において、「『消費者』契約関係の法規制は実態の率直な把握の上に立って、新しい法原理に基づいてなされなければならない」という考え方に基づいて、クーリング・オフ権を説明しようとされている。また、清水巖教授は「消費者契約とクーリング・オフ制度」⁽⁵⁾において、「訪問販売における消費者契約の成立過程の実態

〔表1〕 現行法におけるクーリング・オフ権等の規定

法 律	対 象	起算日/期間	適 用 除 外	備 考
<p><クーリング・オフ権></p> <p>割賦販売法 4条の3</p>	<p>営業所等以外の場所で、指定商品の割賦販売契約を締結した場合等</p>	<p>書面(*1)受領後当該権利の告知の日 8日間</p>	<p>指定商品以外を対象とする契約 賦払金を全額払った時 政令で定める消耗品等を消費したとき</p>	
<p>訪問販売等に関する法律 6条</p>	<p>営業所等以外の場所等で指定商品、指定役務等の売買契約等を締結した場合等</p>	<p>書面受領日 8日間</p>	<p>指定商品、指定役務等以外を対象とする契約 代金等が3,000円以下の時 政令で定める消耗品等を消費した時 通信販売契約</p>	
<p>同法 17条</p>	<p>連鎖販売取引契約を締結した場合</p>	<p>書面受領日 又は商品受領日 14日間</p>		
<p>宅地建物取引業法 37条の2</p>	<p>事務所等以外の場所で、宅地建物売買契約を締結した場合等</p>	<p>当該権利の告知の日 8日間</p>	<p>引渡しを受け、かつ、代金を全額支払った時</p>	<p>告知は書面の交付により行う</p>
<p>積立式宅地建物販売業法 40条</p>	<p>事務所等以外の場所で、積立式宅地建物販売契約を締結した場合等</p>	<p>同上</p>	<p>同上</p>	<p>(*2)</p>
<p>特定商品等の預託等取引契約に関する法律 8条</p>	<p>預託等取引契約を締結した場合</p>	<p>書面受領日 14日間</p>	<p>特定商品等以外を対象とする契約</p>	<p>14日経過後は一定の違約金を支払い契約解除できる(9条)</p>
<p>有価証券に係る投資顧問業の規制等に関する法律 17条</p>	<p>投資顧問契約を締結した場合</p>	<p>書面受領日 10日間</p>		<p>業者は解除までの期間の報酬を請求できる</p>
<p>ゴルフ場等に係る会員契約の適正化に関する法律 12条</p>	<p>会員契約を締結した場合</p>	<p>書面受領日 8日間</p>	<p>指定施設以外を対象とする会員契約 政令で定める金額以下の契約</p>	
<p><その他></p> <p>海外商品市場における先物取引の受託等に関する法律 8条</p>	<p>海外先物契約を締結した場合</p>	<p>契約締結日 14日間</p>	<p>指定商品以外を対象とする契約 事務所においてなした顧客の売買指示</p>	<p>業者は14日間は顧客の売買指示を受けてはならない</p>

(*1)……「書面」とは、以下、特に断りのない限り、契約締結時に事業者が交付すべき書面をいう。

(*2)……建設業者である積立式宅地建物販売業者が売買以外の契約に基づいて行う積立式宅地建物販売につき、宅地建物取引業法37条の2が適用される。

を契約法学の視点から分析し、これを基礎にクーリング・オフ制度の契約法上の根拠づけ、さらに契約法における理論的位置づけを考察」されている。さらに、伊藤進教授は「クーリング・オフ制度と契約理論」⁽⁶⁾において、クーリング・オフ制度のわが国の一般私法ないし契約法上での位置づけ、およびクーリング・オフ制度に関する法律関係について論じられている。

(3) また、従来から、後追いつ的な消費者行政・立法を批判して、例えば、統一的な消費者信用法の制定の必要性などが提唱されているが、クーリング・オフ権と関わる最近の動きとして、継続的なサービス契約に対する規制要求がある。日弁連は1993年1月22日に「継続的サービス契約の適正化に関する意見書」を発表しており、また、いくつかの消費者団体等も、英会話教室やエステ等に関する苦情・被害状況をまとめた調査結果や報告書を公表している⁽⁷⁾。

これらの背景としては、近年、英会話教室、資格講座、学習塾等の教室講座やエステと称される美顔、全身美容、脱毛等のサービスに関わる消費者トラブルが増加してきたことがあげられる。トラブル増加の一因として、現行法のクーリング・オフ規定の不備がある。すなわち、前述したように、これらの継続的サービス契約のうち、訪問販売に該当するものにはクーリング・オフ権が認められるが、店舗等で締結した契約には認められておらず、また、通信販売に該当する場合にもクーリング・オフ権の適用がない。このように、同じ継続的サービス契約でも、販売・勧誘方法によってクーリング・オフ権の有無に差が出てくるのである。また、現行法には継続的なサービス契約における中途解約権を保障する規定がないため、ほとんどの契約では中途解約権を制限する特約が置かれており、消費者は中途解約もできないか、著しく困難である。そのため、消費者救済がきわめて困難となっているのである。そこで、日弁連の意見書は、解約権の保障として、①すべてのサービス契約（＝店舗で締結したものをも含む）にクーリング・オフ権を認めること、②消費者の中途解約権を保障し、これを禁止・制限する特約条項を制限すること等を要求している⁽⁸⁾。

このように、消費者被害の実態および実務の要請としても、クーリング・オフ権に関して、現行法の不備の是正、したがってクーリング・オフ権の承認のための統一的な基準あるいは要件の提示とそれにもとづく法の整備が強く望まれているといえよう。

(4) ところで、この継続的な消費者契約に関しては、私は以前、継続的役務提供契約における中途解約権の必要性について、ドイツ通信教育法を参考に検討したことがある⁽⁹⁾。その際の基本的な視点は、継続的な消費者契約について、契約交渉段階から「合意」の成立を経て履行過程に至るまでの一連の過程における消費者の意思に注目して、消費者の自由な意思形成、契約締結意思の十全、さらには契約存続意思の十全を保障しようというものであった。このような視点からは、クーリング・オフ権は「契約締結過程における消費者の意思形成を十全なものとするための制度」⁽¹⁰⁾ととらえられ、中途解約権は、履行過程においてはじめて知りうる役務の内容・効果等の情報や事情変更により引き起こされる契約存続意思不全に加えて、クーリング・オフ権のみでは解決しない契約交渉過程における意思不全によっても根拠づけられることになり、その意味ではクーリング・オフ権の延長上に位置づけられることになる。すなわち、クーリング・オフ権の理

論化、体系化は中途解約権の理論化の前提でもある。そこで、以下では、クーリング・オフ権について、契約交渉段階から履行過程に至る一連の過程における消費者の自由な意思形成の保障という基本的視点に立ち、また、継続的な消費者契約における中途解約権との関連も念頭に置きつつ考察してみたい。

(5) ところで、ひとくちにクーリング・オフ権の理論化・体系化といっても、例えば、クーリング・オフ権そのものの法的性格づけ、契約法における位置づけ、クーリング・オフ権の効果、当事者間の法律関係等々、様々なレベルがありうる。本稿では、前述の現行法批判および最近の立法要求等を踏まえて、消費者契約において、クーリング・オフ権を認めるための統一の基準（＝要件）と、それが妥当する範囲について試論を提示したい。分析方法としては、かなり抽象化、理論化されたレベルで要件をたて⁽⁴¹⁾、各取引類型の要件充足度を検討するという方法もその一つでありうるが、本稿では、より実態に則した形で、次のような方法で検討をすすめたい。まず、前提として、考察の対象たる消費者取引について、いくつかのメルクマールにより分類し、類型化する（1. 消費者取引の類型化）。もちろん、現実には消費者と事業者との間で多種多様な取引が行われているわけであるが、本稿では、事業者による販売・勧誘方法の在り方、取引対象の性質（商品か役務か）、取引の態様（一回的取引か継続的取引か）をメルクマールとする。次に、消費者契約において、例えば、訪問販売取引における「不意打ち的性格」や「高圧的で詐欺的な勧誘」等のように、特定の販売・勧誘方法や支払方法等をとった場合、それらの販売方法等に共通する性質・要素を抽出する。その際、共通の性質・要素といっても、本稿の目的からすればもちろん、契約締結過程において消費者の意思形成に何らかの形で影響を与えうるような性質・要素ということになる（2. 「消費者の自由な意思形成をゆがめる要素」）。そして、この「消費者の自由な意思形成をゆがめる要素」が、先に類型化した消費者取引の各類型ごとにどのように存在しているかを検討する（3. 消費者取引類型と「消費者の自由な意思形成をゆがめる要素」）。ところで、当然のことながら、先の「消費者の自由な意思形成をゆがめる要素」が消費者の意思形成に与える影響力には、各要素ごとに強弱の差がある。そして、消費者の意思形成に与える影響が大きければ、それだけ当該要素はクーリング・オフ権の根拠として強力であるということになる。そこで、次に、各要素の消費者の意思形成に与える影響力について検討を加えたい（4. 消費者の意思形成に対する「消費者の自由な意思形成をゆがめる要素」の影響力）。そして最後に、消費者取引においてクーリング・オフ権はどの範囲まで認められるべきかについて、各取引類型ごとに検討し、その範囲の確定を試みたい⁽⁴²⁾（5. クーリング・オフ権を認めるべき取引の範囲）。

注

- (1) 現行法のクーリング・オフ規定の概観については、伊藤進「クーリング・オフ制度と契約理論」(明大法律論叢 63 巻 4・5 号, 357 頁以下) 363 頁以下参照。
- (2) このような姿勢は、例えば、通産省の次のような解説に特徴的にあらわれている。すなわち、訪問販売にクーリング・オフ制度を導入した趣旨について、「訪問販売においては、購入者又は役務の提供を受

ける者が受動的な立場に置かれ、契約締結の意思形成において販売業者又は役務提供事業者の言辞に左右される面が強いため、契約締結の意思が不安定なまま契約の申込みや締結に至り、後日履行や解約をめぐる紛争が生じることが少なくない。本条は、このような弊害を除去するため、いわゆるクーリング・オフ制度……を設けたものである。」（通産省産業政策局消費経済課編『新訂版 訪問販売等に関する法律の解説』114～115頁）としているのである。

つまり、通産省の訪問販売についての現状認識は、受動的な立場に置かれた購入者等が、セールスマン等の言辞に左右され、契約締結意思が不安定なまま契約を締結し、後日紛争が起きることが少なくないというものであり、それ故、そのような弊害を除去するために、その限りでクーリング・オフ制度を設けたという程度の皮相なものであって、ここでは、訪問販売において消費者がなぜ「受動的な立場に置かれ」るのか、なぜセールスマン等の「言辞に左右される面が強い」のか、現象面での特徴を述べているのみで、その原因の分析が全くなされていない。同旨、清水巖「消費者契約とクーリング・オフ制度」（阪大法学 149・150 合併号、393頁）。

したがって、訪問販売という販売方法自体の問題性、すなわち訪問販売自体に消費者の意思形成不全をもたらす要素があること、およびそれらの問題点が悪質業者により利用されることによって一層消費者の被害をもたらしやすい状況が生まれることの分析がなされていないのである。そして、その他の法律に関しても、販売方法、勧誘方法、取引内容にはそれ自体としては問題はないが、トラブルの発生が少なくない消費者取引形態に関してトラブル発生という弊害を除去する目的で、一旦締結した契約の解除等を認めるという認識の下に立法が行われてきているように思われるのである。

- (3) クーリング・オフ権の理論化、体系化に関して、詳しくは別稿において検討する予定である。
- (4) 長尾治助「クーリング・オフ権の法理」（立命館法学 1985年5・6号、974頁以下）〔長尾『消費者私法の原理』（有斐閣）所収、272頁以下〕。
- (5) 清水巖・前掲論文、375頁以下。
- (6) 伊藤・前掲論文、357頁以下。
- (7) 例えば、日本消費生活アドバイザー・コンサルタント協会は、『塾・英会話・エステ 110 番報告書』（1992年）、『教育サービスの取引に関する調査～継続的サービス取引の適正化に向けて～』（1993年3月）等を発表している。
- (8) 日本弁護士連合会「継続的サービス契約の適正化に関する意見書」31頁以下。
- (9) 拙稿「継続的な消費者契約における中途解約権について——ドイツ通信教育法五条を中心として——」（東京都立大学法学会雑誌 32 卷 1 号、335 頁以下）、同「継続的な消費者契約における中途解約権——西ドイツ通信教育受講者保護法との関連で——」（私法 54 号、199 頁以下）。
- (10) 拙稿・前掲私法論文 204 頁。本稿のこのようなクーリング・オフ権の理解は、とりわけ清水誠「クーリング・オフと契約」（国民生活 1990 年 2 月号、8 頁以下）の示唆によるところが大きい。
- (11) 長尾・前掲論文 978 頁以下は、「民商法上の契約法的効果の発生から消費者を保護するための要件」を提示している。
- (12) 訪問販売におけるクーリング・オフ権の根拠づけに関しては、清水巖・前掲論文 379 頁以下参照。また、拙稿・前掲私法論文 203 頁以下では、継続的な消費者契約の特性を抽出し、それにもとづき中途解約権の必要性を論じている。

1. 消費者取引の類型化

ここではまず、以下の考察の対象となる消費者取引を、先述の販売・勧誘方法、取引の対象、取

引の態様により類型化し、それぞれの性質を概観しておこう^①。

(1) まず、契約交渉の開始から契約締結に至るまでの状況、すなわち販売・勧誘方法の在り方は、成立すべき契約に与える影響が非常に大きいと考えられる。そこで、消費者取引を、消費者自らが自発的意思により、事業者の常設の店舗に出向き、事業者と相対し、商品等を手にとるなどしつつ契約交渉し、契約締結に至るような取引を典型とする「通常取引」と、事業者による特殊な販売・勧誘方法により、それ以外の形態をとる「特殊取引」とに分けることとする。後者には、セールスマンが家庭を訪問し、そこ（＝店舗外）で契約交渉・締結に至る、いわゆる訪問販売はもちろん、キャッチセールス、アポイントメントセールスなど、契約交渉が事業者またはセールスマンの主導により開始されるあらゆる販売・勧誘方法が含まれる。また、通信販売のように無店舗で、しかも消費者と事業者とが直接に相対しないような特殊な販売・勧誘方法もすべて後者に含まれる。

次に、契約の対象が、目で見、手で触れて、その善し悪しをある程度知りうる「商品」であるか、あるいは契約交渉段階では目で見るなどしてその内容を確認できない「役務・権利」であるかという点も大きな相違である。

さらに、取引の態様に着目すれば、契約締結後、商品の引渡しあるいは役務の提供と代金の支払によって契約関係が終了する「一回的な取引」と契約締結後も一定の期間契約関係が継続する「継続的な取引」とに分けることができる^②。

(2) このようにして分類された各類型について若干説明すると、まず、商品を対象とする通常取引(A)は、消費者が店舗等に自ら出向いて商品の購入契約等を締結する場合であるから、このうち、一回的な取引としては、いわゆる店頭での物品の売買、すなわちデパートで洋服を購入したり、八百屋で野菜を購入するような場合が挙げられる。また、継続的な取引としては、例えば、役務とセットの例であるが、(店舗で受付ける)頒布会等の入会契約や、夕食材料の宅配サービス契約などが考えられる。

次に、役務を対象とする通常取引(B)は、消費者が店舗等に自ら出向いて役務等の供給契約等を締結する場合であるから、このうち、一回的な取引としては、植木屋に庭木の手入れを依頼する場合等が考えられる。また、継続的な取引としては、エステティックサロンで施術を受ける契約や特殊な販売・勧誘方法にもとづかない英会話教室、塾など各種の教育契約等がある。

さらに、商品を対象とする特殊取引(C)は、事業者等主導の特殊な販売・勧誘方法により商品の購入契約等を締結する場合であるから、このうち、一回的な取引としては、いわゆる訪問販売や通信販売による物品の購入契約があげられる。また、継続的な取引としては、例えば、電話やダイレクトメールによる勧誘にもとづき締結された資格取得講座の受講契約等で教材のみが定期的に送付されてくるようなものがある。

そして、役務を対象とする特殊取引(D)のうち、一回的な取引としては、例えば、商品の販売とセットになっているケースであるが、「宣伝を兼ねて工事費格安で取付けします」等のふれこみで行われるベランダ等の販売・取付け契約や「お宅に今取付けられているものは危険です」と

いったセールストークで行われる換気扇等の販売・取付け契約等がある。また、継続的な取引としては、訪問販売、通信販売等によって締結された通信教育受講契約やキャッチセールスやアポイントメントセールス等の方法により締結された英会話教室や塾の受講契約があげられる。

注

- (1) 消費者取引の類型化に関して、拙稿・前掲都立大法学会雑誌論文 363 頁参照。
- (2) 継続的な取引は、さらに、長期と短期に分けられるが、ここでは長期を念頭に論ずることとする。

2. 「消費者の自由な意思形成をゆがめる要素」

(1) ある契約類型にクーリング・オフ権を認める根拠としては、——クーリング・オフ権を契約締結の意思が不安定なまま締結された契約の拘束力から消費者を解放する制度ととらえるにしても、あるいは消費者契約において消費者の自由な意思形成を保障する制度ととらえるにしても——、まず第一に、例えば訪問販売の「不意打ち性」や「高圧的勧誘」のように、「消費者の自由な意思形成を阻害する」性質あるいは要素が、当該取引類型の契約締結過程においてどの程度存在しているかという点が重要となるであろう。また、第二に、クーリング・オフ権を消費者の自由な意思形成を保障する制度ととらえる私見によれば、「自由な意思形成を阻害する」要素のみならず、例えば事業者—消費者間の「契約内容に関する情報・知識の格差」のように、「消費者の自由な意思形成をゆがめる要素」も重要であると考えられる。さらに第三に、——「阻害する」や「ゆがめる」という言葉には消費者の意思形成に対する積極的な働きかけが含まれるようなニュアンスがあるが、これらとは異なり——、例えば契約金額の「高額性」のように、それじたいは不当な性質とはいえないが、契約締結について「より慎重な検討（＝熟慮）を必要とせしめる」要素の存在もまた、クーリング・オフ権の有力な根拠の一つとなりうると考えられる。ただし、第三の要素は、熟慮の機会が保障されない場合には消費者の自由な意思形成がゆがめられると考えれば、広義の「消費者の自由な意思形成をゆがめる要素」といってよいであろう。

そこで、ここではまず、一般に、消費者契約の締結過程において、「消費者の自由な意思形成をゆがめる要素」と考えられるものにはどのようなものがあるのか、できる限り抽出してみたい⁽¹⁾。

(2) ところで、以下で論ずる「消費者の自由な意思形成をゆがめる要素」は、決して一部のいわゆる悪質商法に特有の性質というのではなく、ごく良心的な事業者がごく一般的な知識と経験を持った消費者との間で取引を行う場合にも共通して見られる特徴として抽出する。つまり、例えば、訪問販売法においてクーリング・オフ権を認める場合、その根拠付けとしては、訪問販売という販売・勧誘方法の「不意打ち性」、「密室性」と同時に、セールスマンの「高圧的な勧誘」、「詐欺的勧誘」、「消費者の心理的効果の悪用」等が強調されがちである⁽²⁾。このような説明は、訪問販売の中には悪質なものが多いので、それらから消費者を保護するという見地に立っていると思われる。

しかし、上述の訪問販売の性質は、厳密には二つの種類に分けることが可能である。すなわち、

第一は、「不意打ち性」や「密室性」のように、訪問販売という販売方法が必然的に帯びる性質である。この場合、事業者等が良心的であるか非良心的であるかは関係ない。これに対し、第二に、セールスマンの「高圧的な勧誘」、「詐欺的勧誘」、「心理的効果の悪用」等の要素は、確かに訪問販売取引によく見られる性質ではあるが、この販売方法に必然的に付着する性質ではなく、あくまでも、そのようなことが「行われやすい」にすぎない。その意味では、訪問販売という販売方法がいわば悪用された場合に帯びる性質であるといえよう。もちろん、それらの性質を帯びる蓋然性が非常に高いのは確かであるが、私は、この二つの要素は厳密に区別して論じられる必要があると考えている⁽³⁾。

というのは、結論の先取りになるが、私は、ここで以下の点を強調したいと考えるからである。すなわち、クーリング・オフ権は、消費者契約が一定の販売方法をとる、あるいは一定の契約内容をもつ等々の場合に、必然的に生ずる「消費者の自由な意思形成をゆがめる要素」ゆえに、消費者の自由で慎重な意思形成を保障するため当然に認められるべき権利であって、単にそれらの販売方法等を悪用する事業者から消費者を保護するための権利ではないということである⁽⁴⁾。

(3) そこで、契約締結過程における「消費者の自由な意思形成をゆがめる要素」をみると（以下、〔表2〕参照）、まず第一に、契約交渉に入る前の段階における事業者と消費者との間の契約対象あるいは契約条件・内容に関する情報・知識の格差（＝非対等性）をあげることができる（(a)「契約内容等に関する情報・知識の非対等性」、以下、(a)「情報等の非対等性」と略す）。この非対等性には、二つのレベルがあり、第一は、消費者取引一般に共通してみられる事業者と消費者との情報格差のレベル（(a)①「消費者取引一般に共通する非対等性」、以下、(a)①「情報等の一般的非対等性」と略す）であり、第二は、契約対象・内容・条件が高度に専門的あるいは複雑であるために、(a)①に比べて情報の格差がより大きいレベル（(a)②「契約内容等の専門性・複雑性による非対等性」、以下、(a)②「専門的情報等の非対等性」と略す）である。「情報等の一般的非対等性」(a)①のレベルの情報・知識の格差は、消費者取引においては多かれ少なかれ存在していると考えられるが、事業者の詳しい説明を聞いたり、商品等を実際に手に取ってみたり使用してみたりすることによって解消される格差であって、もちろん消費者の意思形成に影響を及ぼすものではあるが、これのみで直ちにクーリング・オフ権の根拠となりうるという程ではない。これに対して、「専門的情報等の非対等性」(a)②のレベルは、例えば、連鎖販売取引契約、預託取引、投資顧問契約、あるいは会員契約などのように、通常消費者には馴染みのうすい、複雑で専門的な契約内容、取引形態や、あるいはエステティック契約や資格取得講座受講契約のように、提供される役務内容の質やレベルを判断するのに、ある程度専門的な知識を要するような場合を想定している。これは、事業者の説明等によっても容易には解消されない格差であり、消費者にとっては契約内容それじたいの理解を困難にするおそれがある。したがって、このような高度な専門性や複雑性から生ずる情報・知識の格差は、消費者の自由で慎重な契約締結意思の形成が十分に行われえない状況をもたらし、あるいは仮に消費者が十分理解した上で契約締結したつもりであっても、今一度熟慮し意思形成の十全を図る必要性をもたらすものといえよう。

〔表2〕 消費者契約における「消費者の自由な意思形成をゆがめる要素」

* () 内は略称

- (a) 契約内容等に関する情報・知識の非対等性 (=情報等の非対等性)
 - ① 消費者取引一般に共通する非対等性 (=情報等の一般的非対等性)
 - ② 契約内容等の専門性・複雑性に由来する非対等性 (=専門的情報等の非対等性)
- (b) 特殊な販売・勧誘方法に起因する意思形成不全要素 (=特殊な販売方法等による意思不全)
 - ① 不意打ち性
 - ② 密室性
 - ③ 情報の不十分性・比較不可能性 (=情報の不十分性等)
 - ④ 高圧的勧誘
 - ⑤ 詐欺的勧誘
 - ⑥ 消費者の心理的弱点等をつく勧誘 (=心理的効果の悪用)
- (c) 取引対象等の属性に起因する非現物性 (=非現物性)
 - ① 役務の非現物性
 - ② 通信販売等の非現物性
- (d) 割賦等の支払方法に起因する意思形成不全要素 (=割賦等による意思不全)
 - ① 契約金額の高額性 (=高額性)
 - ② 現金不要または賦払金等の少額性 (=賦払金等の少額性)
 - ③ システムの複雑性
- (e) 継続性に起因する契約内容・効果の不可視性 (=契約内容等の不可視性)
- (f) 事情変更の可能性

そして、さらに注意すべき点は、情報・知識の格差が大きくなれば、消費者は、悪質な事業者が詐欺的なセールストーク等をしても事の真偽を見極めるのが難しくなるという点である。事業者が情報・知識の格差を悪用する場合には、消費者の意思形成は一層ゆがめられることになる。

(4) 次に、例えば訪問販売におけるクーリング・オフの根拠づけ等において強調されるように、事業者による販売・勧誘方法が、特殊な形態をとる場合には、通常取引の場合と比べ、消費者の意思形成の不全、ゆがみがもたらされやすいといえよう ((b)「特殊な販売・勧誘方法に起因する意思形成不全要素」, 以下, (b)「特殊な販売方法等による意思不全」と略す)。特殊な販売・勧誘方法が帯びる様々な性質のうち、消費者の意思形成の不全をもたらしやすい性質を具体的に見てみると、まず、訪問販売やキャッチセールス等の場合に通常指摘されるのは、勧誘・契約交渉の開始が事業者のイニシアティブによって、消費者にとっては突然に開始されるという意味での、

「不意打ち性」(b)①)と、交渉の場が公開の店舗ではなく、自宅の玄関等のように閉鎖された空間であるという意味での、「密室性」(b)②)である。「不意打ち性」は、清水巖教授が指摘されるように⁽⁵⁾、消費者の自由意思に反して勧誘に引き込まれやすい点(=交渉開始における自由意思の欠如)および事前の情報収集の機会が全くない点(=対等な交渉能力の欠如)で意思形成の自由を阻害している。また、「密室性」は、それじたいとして閉鎖された空間において勧誘を受けている消費者に大きな心理的圧迫感を与えるため、意思形成不全のまま契約を締結してしまうという結果を招きやすい⁽⁶⁾。

さらに、特殊な販売・勧誘方法による場合には、消費者は、事業者等から一方的に提供される情報に依存せざるをえず、しかも他社の商品等と比較・検討ができないという意味で、「情報の不十分性、比較不可能性」(b)③、以下、(b)③「情報の不十分性等」と略す)が生じやすい⁽⁷⁾。例えば、訪問販売では、密室性の高さと相俟って、この性質は一層強力に現われるであろうし、また、通信販売においても、事業者から送られてくる情報は一方通行であり、カタログ等からの情報も不十分になりやすい等の状況が見られる。

その上、——実際にはほとんど常態化しているのだが——事業者が消費者に自己との取引を迫るために「不意打ち性」(b)①)、「密室性」(b)②)、「情報の不十分性等」(b)③)の性質を悪用した場合には、特殊な販売・勧誘方法においては、セールスマンの「高圧的勧誘」(b)④)、「詐欺的勧誘」(b)⑤)、「消費者の心理的弱点等をつく勧誘」(b)⑥、以下、(b)⑥「心理的効果の悪用」と略す)という、より意思形成のゆがみをもたらしやすい状況を引き起こすことになるのである⁽⁸⁾。(5) 次に、例えば役務を内容とする取引のように、取引対象によっては、セールスマン等による事前の説明だけではその性質・内容・効果を十分理解できない場合がある。この場合、消費者は実際に役務の提供を受けるまでは、当該役務の完全な内容等を知りえない状況に置かれている。商品等を実際に手に取るなどして判断することが可能な場合に比べ、そのような状況の下でなされる意思形成には不完全な部分が残らざるをえないと考えられる((c)「取引対象等の属性に起因する非現物性」(以下、(c)「非現物性」と略す)のうちの(c)①「役務の非現物性」)。

また、この「非現物性」は、役務を取引対象とする場合に限らず、例えば、通信販売という販売方法を用いた場合にもみられる。すなわち、この場合、契約締結過程において商品等は消費者の手元になく、消費者は広告、カタログ等の情報にもとづき意思形成をしている。つまり、通信販売では、消費者は、単に商品等の情報が不十分である((d)③「情報の不十分性等」)にとどまらず、消費者の意思形成にとって非常に重要であると考えられる商品等の現物が契約締結過程において手元にないという状況で意思形成をしているのである。したがって、通信販売のような販売方法をとる場合も、「非現物性」(これを(c)②「通信販売等の非現物性」とする)が存在するといえよう。

(6) また、商品等の対価の支払い方法としての様々な仕組みの賦払い方式やクレジットカードの利用は、現金取引と比べると、消費者を契約締結に促す大きな影響力(=魅力)を有していると考えられる。この影響力によって、消費者の意思形成がゆがめられるおそれが存在している((d)

「割賦等の支払い方法に起因する意思形成不全要素」, 以下, (d)「割賦等による意思不全」と略す)。そもそも, これらの支払い方法を用いる取引は消費者の支出が高額である場合が多いと考えられるが, 消費者の十全な意思形成の結果締結したと言えるためには, 消費者の支出が高額であればあるほど, 当該支出の正当性について慎重な判断が必要となろう。その意味では, 消費者の熟慮が保障されていない場合には意思形成のゆがみをもたらしやすい要素として, 「契約金額の高額性」((d)①, 以下, (d)①「高額性」と略す)をあげることができる。そして, 契約総額は高額でも, 割賦等の支払い方法を用いれば, 当該商品等を購入するにあたり, 当面必要な金額はわずかであるか, あるいは全く不要であり, 毎月支払うべき金額も一見すると低額である。そのため, 当該商品・役務の対価の正当性を判断するに際し, 消費者の判断力は鈍くなりがちであり, また, 当該支出が自己の支払能力の範囲内であるか否か等の検討も甘くなりやすい ((d)②「現金不要または賦払金等の少額性」, 以下, (d)②「賦払金等の少額性」と略す)。さらに, これらの支払方法は, そのシステムが複雑であるため, 消費者にとっては金利その他の条件につき他社との比較が困難であったり, あるいは商品等に瑕疵があった場合等にも, 信販会社等への抗弁権の接続は法定されているが, 實際上その行使は容易ではない等の消費者側のデメリットがわかりにくくなっているといえよう ((d)③「システムの複雑性」)。これらの支払い方法がいかに消費者の判断能力を狂わせるものかは, 最近の自己破産の件数の増加等を見ても明らかであり⁽⁹⁾, その問題性は多くの研究者や消費者相談機関の指摘するところである⁽¹⁰⁾。

(7) さらに, 継続的な消費者契約においては, 契約締結後の契約存続意思の十全という観点から, 主として中途解約権の根拠づけと関わって問題となる, 「継続性に起因する契約内容・効果の不可視性」((e), 以下, (e)「契約内容等の不可視性」と略す)と「事情変更の可能性」((f))という2つの要素がある⁽¹¹⁾。「契約内容等の不可視性」((e))は継続的な消費者契約では, 一回的取引とは異なり, 一定期間の供給あるいは利用の後初めて, その商品あるいは役務の本来の効果・機能がわかるという性質であるが, このことは, 継続的な消費者契約において, 消費者は契約締結段階では, 未だ当該商品・役務の継続的供給による効果等を知りえないまま意思形成をしているということを意味している。ところが, この継続的供給による効果等は, クーリング・オフによって熟慮期間を設けても, それのみでは, やはり知りえないのであるから, 基本的にはクーリング・オフによって解決しうる問題ではない。また, 「事情変更の可能性」((f))は, 継続的な消費者契約では, 契約期間が長期にわたるため, 履行過程において, 消費者の病気, 失業, 転居等, 当該契約関係を維持することが困難な事態が生ずる可能性が高いという性質である。これもまた, そのような事態が発生するのは, 履行過程であるため, クーリング・オフによっては解決しえない。このように, 「契約内容等の不可視性」((e))および「事情変更の可能性」((f))は, 基本的にはクーリング・オフ期間経過後の中途解約権を承認する際の根拠となるべき要素であり, 直接クーリング・オフ権の根拠になりうるというわけではない。しかし, 契約締結後にこれらの要素が存在するという事情は, 遡って, 契約締結段階の消費者の意思形成においても, より慎重な判断を必要とする, すなわち, 消費者の熟慮を必要とせしめる要素であるといつてよいと思われる

る。

注

- (1) 拙稿・前掲私法論文 203 頁。このような基準を消費者契約一般について設定するという試みは、従来、ほとんど行われていないように見受けられるが、長尾教授は、クーリング・オフ権の要件について言及されている。それによれば、要件の第一は、一方当事者が事業者で相手方が最終消費者であること、第二は、意思表示がなされた客観的状況が、①店舗外においてなされた場合、または、②店舗においても、消費者の正当な利益擁護の理念に反する場合であるとされる。しかも、要件を定めるにあたっての留保として、この権利は「一部の消費者契約について認められる特殊の権利なのではなく、相当広範囲にわたる消費者契約において認められるべき権利であり、例えば、契約場所は必ずしも店舗外に限られないし、支払い方法も長期的賦払方式に限られないし、購入目的も物に限られないとされる。さらに、取引実態に着目するならば、「販売面、勧誘面における不当性のほかに、契約内容の不当性如何等をも考慮してクーリング・オフ権の具体的要件が定められることとなる」とされている（長尾・前掲論文 978 頁以下参照）。
- (2) 例えば、根岸哲「訪問販売における熟慮期間制度——割賦販売における消費者保護の一側面」（神戸法学雑誌 21 巻 3・4 号）193～4 頁では、熟慮期間設定の根拠として、「高圧的な販売慣行」および「詐欺的な販売慣行」のみが挙げられている。
- (3) 竹内昭夫教授は、クーリング・オフ制度は、「セールスマンによる攻撃的な売込みに対する自衛手段を消費者に確保させようとする」もので、「訪問販売によって不意をつかれ、多額の資金を投じて開発された効果的なセールス・トークによって説得させられてしまった消費者」または「心理的に無防備な状態でセールスマンの売込み攻勢を受け、心ならずも申込みや契約をしてしまった消費者」が、「冷静に考え直してみる時間を持ちうるようにする制度」であると説明される（竹内「割賦販売と消費者保護」石井追悼『商事法の諸問題』291 頁、同「訪問販売と消費者保護」（ジュリスト 808 号）11 頁、参照）。ここでは、訪問販売という販売方法が必然的に帯びる「不意打ち的」性質と、この販売方法がいわば悪用された場合に帯びる「攻撃的」な性質や「セールスマンの売込み攻勢」および「多額の資金を投じて開発された効果的なセールストーク」を伴いやすい性質とが区別されていない。
これに対し、長尾教授は、「消費者を事業者との不当な取引から救済させる必要性」を、「事業者により用いられた販売方法の不公正」と「消費者との接触面における勧誘の仕方の問題」とに分けて論じておられる（長尾・前掲論文 976 頁）。また、田島裕「訪問販売法＝イギリス・アメリカ」（ジュリスト 808 号）23 頁においても、この二つの要素が区別して論じられている。
- (4) このような視点は、消費者被害を例外的な事例として救済の対象ととらえるのではなく、社会経済的構造から必然的に発生する問題であるとして構造的に把握する観点とも関わる。清水誠「消費者信用立法の基本的再検討」（法律時報 56 巻 8 号、8 頁以下）〔清水『時代に挑む法律学——市民法学の試み——』所収、354 頁以下〕、とりわけ 11 頁以下を参照。
- (5) 清水巖・前掲論文 380～381 頁および 385 頁参照。
- (6) 「密室性」については、通常セールスマンの詐欺的勧誘、強迫的勧誘と結びつけて論じられることが多い（例えば清水巖・前掲論文 383 頁）が、私見ではこれらを一応切り離して論じる。
- (7) 清水巖・前掲論文 382 頁は、セールスマン個人の経済的利益のためになされる説得において「消費者または中立の立場に立った情報提供を期待するのは無理であろう」とされる。
- (8) 注(2)参照。他に、長尾・前掲論文 981 頁。
- (9) 総務庁行政監察局編『消費者取引の適正化——新問題商法カード破産等への対応』32 頁参照。
- (10) 清水誠教授は、「消費者信用を利用することによって、消費者の購入に当たっての判断が軽率化する。他方、借金をすることの重大性については意識的に伏せられる。気軽に購入することから商品を見る

目の厳しさも失われ、その時その時の一時的な満足度が優先され……気がついたときには、多額の債務をかかえており、返済の困難な状況に陥っている…」(清水誠「消費者問題の動向と法の課題——三層構造的分析の試み」(法律時報60巻8号, 6頁以下)(清水・前掲書所収, 376頁以下), 9頁)と指摘されている。他に、竹内昭夫『新版 特殊販売規制法』12頁, 35頁, 前田庸「現代における消費者信用」(加藤・竹内編『消費者法講座5巻』1頁以下) 27頁も参照。

(1) 拙稿・前掲私法論文 203頁以下参照。

3. 消費者取引類型と「消費者の自由な意思形成をゆがめる要素」

次に、「消費者の自由な意思形成をゆがめる要素」として析出した(a)~(f)の要素が、前述の商品を対象とする通常取引類型(A)から役務を対象とする特殊取引類型(D)までの取引類型のそれぞれにおいて、どのように存在しているかを見てみよう(なお、以下の分析は〔表3〕にまとめられているので参照されたい)。

(1) まず、商品を対象とする通常取引類型(A)では、基本的には、すべての消費者契約に共通する情報等の非対等性((a)①「情報等の一般的非対等性」)がみられ(〔表3〕の「通しナンバー」欄の〈1〉のタイプ、以下、たんに〈1〉〈2〉……と表記する)、契約内容が専門的あるいは複雑である場合には、これに、(a)②「専門的情報等の非対等性」が(〈2〉)、支払い方法としてローン等が用いられる場合は、(d)「割賦等による意思不全」が(〈3〉)それぞれ加わり、契約内容が専門的かつ割賦等による場合は、(a)①に(a)②および(d)がプラスされる(〈4〉)。さらに、継続的な供給契約の場合は、上記のそれぞれに(e)「契約内容等の不可視性」および(f)「事情変更の可能性」が付加される(〈5〉~〈8〉)。

(2) 次に、役務を対象とする通常取引類型(B)では、基本的には、(a)①「情報等の一般的非対等性」に加えて、(c)①「役務の非現物性」の要素がみられ(〈9〉)、契約内容が専門的あるいは複雑である場合には、これに、(a)②「専門的情報等の非対等性」が(〈10〉)、支払い方法によっては、(d)「割賦等による意思不全」が(〈11〉)それぞれ加わり、契約内容が専門的かつローン等を利用する場合には(a)①プラス(c)①に(a)②および(d)が加わる(〈12〉)。さらに、現在消費者被害が問題となっているエステ契約等のような継続的な役務提供契約の場合は、上記のそれぞれに(e)「契約内容等の不可視性」および(f)「事情変更の可能性」が付加される(〈13〉~〈16〉)。

(3) また、商品を対象とする特殊取引類型(C)では、基本的には、(a)①「情報等の一般的非対等性」に加えて、販売・勧誘方法に関わる(b)「特殊な販売方法等による意思不全」の要素が見られる(〈17〉)。これらのうち、例えば、訪問販売、キャッチセールス等では、それじたいとして(b)①「不意打ち性」、(b)②「密室性」、(b)③「情報の不十分性等」の性質を有し、さらにこの販売・勧誘方法が悪用される場合には、(b)④「高圧的勧誘」、(b)⑤「詐欺的勧誘」、(b)⑥「心理的效果の悪用」の性質を帯びることになる(〈17〉の上段)。また、通信販売では、ダイレクトメールやカタログ販売のような形態においては、事業者からの情報が一方通行で不十分となりやすいという意味で

〔表3〕 消費者取引類型と「消費者の自由な意思形成をゆがめる要素」

販売・勧誘方法	取引対象	契約の態様	通しナンバー	(a)情報等の非対等性 ①情報等の一般的非対等性 ②専門的情報等の非対等性	(b)特殊な販売方法等による意思不全 ①不意打ち性 ②密室性 ③情報の不十分性 ④高圧的勧誘 ⑤詐欺的勧誘 ⑥心理的効果の悪用	(c)非現物性 ①役務の非現物性 ②通信販売等の非現物性	(d)割賦等による意思不全 ①高額性 ②賦払金等の少額性 ③システムの複雑性	(e)契約内容等の不可視性	(f)事情変更の可能性		
通常取引	商品(A)	一回的	①	(a)①							
			②	(a)①+②							
			③	(a)①				+ (d)①②③			
			④	(a)①+②				+ (d)①②③			
		継続的	⑤	(a)①					+ (e)	+ (f)	
			⑥	(a)①+②					+ (e)	+ (f)	
			⑦	(a)①				+ (d)①②③	+ (e)	+ (f)	
			⑧	(a)①+②				+ (d)①②③	+ (e)	+ (f)	
	役務(B)	一回的	⑨	(a)①			+ (c)①				
			⑩	(a)①+②			+ (c)①				
			⑪	(a)①			+ (c)①	+ (d)①②③			
			⑫	(a)①+②			+ (c)①	+ (d)①②③			
		継続的	⑬	(a)①			+ (c)①			+ (e)	+ (f)
			⑭	(a)①+②			+ (c)①			+ (e)	+ (f)
			⑮	(a)①			+ (c)①	+ (d)①②③	+ (e)	+ (f)	
			⑯	(a)①+②			+ (c)①	+ (d)①②③	+ (e)	+ (f)	
特殊取引	商品(C)	一回的	⑰	(a)①	+ (b)①②③ (+ ④⑤⑥) + (b)③ (+ ⑥) + (b)①③ (+ ⑥)	+ (c)② + (c)②					
			⑱	(a)①+②	+ (b)						
			⑲	(a)①	+ (b)			+ (d)①②③			
			⑳	(a)①+②	+ (b)			+ (d)①②③			
		継続的	㉑	(a)①	+ (b)				+ (e)	+ (f)	
			㉒	(a)①+②	+ (b)				+ (e)	+ (f)	
			㉓	(a)①	+ (b)			+ (d)①②③	+ (e)	+ (f)	
			㉔	(a)①+②	+ (b)			+ (d)①②③	+ (e)	+ (f)	
	役務(D)	一回的	㉕	(a)①	+ (b)		+ (c)①				
			㉖	(a)①+②	+ (b)		+ (c)①				
			㉗	(a)①	+ (b)		+ (c)①	+ (d)①②③			
			㉘	(a)①+②	+ (b)		+ (c)①	+ (d)①②③			
		継続的	㉙	(a)①	+ (b)		+ (c)①			+ (e)	+ (f)
			㉚	(a)①+②	+ (b)		+ (c)①			+ (e)	+ (f)
			㉛	(a)①	+ (b)		+ (c)①	+ (d)①②③	+ (e)	+ (f)	
			㉜	(a)①+②	+ (b)		+ (c)①	+ (d)①②③	+ (e)	+ (f)	

* 特殊取引類型に属する取引 (⑰～㉜) はすべて、⑰の(b)(c)欄のように、(b)および(c)の構成について様々なバリエーションがありうるが、以下では省略し、(b)とのみ表記する。

(b)③「情報の不十分性等」が中心となり、(c)②「通信販売等の非現物性」も加わる（〈17〉の中段）。さらに、テレビ（またはラジオ）ショッピングのような形態では、(b)③プラス(c)②に加え、勧誘の開始が突然であるという意味で、(b)④「不意打ち性」を認めることができる（〈17〉の下段）。また、通信教育、とりわけ各種の資格取得講座の受講生勧誘等では自宅や職場に突然電話がかかってきて勧誘を受けるというケースが数多く見られるが、このような場合にも「不意打ち性」が認められよう。しかも、通信販売等においては、販売数量や期限を限定したり、一見豪華な景品で釣る等、消費者の心理につけこむケース（(b)⑥「心理的効果の悪用」）もまま見られる。

そして、以上のそれぞれについて契約内容が専門的であれば、(a)②「専門的情報等の非対等性」が（〈18〉）、支払い方法によっては、(d)「割賦等による意思不全」が（〈19〉）、その両方にあてはまる場合は、(a)②および(d)が（〈20〉）付加される。

さらに、継続的な供給契約の場合は、上記のそれぞれに(e)「契約内容等の不可視性」および(f)「事情変更の可能性」が付加される（〈21〉～〈24〉）。

(4) 最後に、役務を対象とする特殊取引類型(D)では、基本的には、(a)①「情報等の一般的非対等性」および(b)「特殊な販売方法等による意思不全」に加えて、(c)①「役務の非現物性」の要素がみられる（〈25〉）。(b)のうち、①～⑥のいずれの要素を帯びるかは、前述の商品を対象とする特殊取引類型(C)の(b)のところ述べてとおりである。そして、(a)①プラス(b)プラス(c)①に、契約内容によっては、(a)②「専門的情報等の非対等性」（〈26〉）が、支払い方法によっては、(d)「割賦等による意思不全」（〈27〉）が、その両方にあてはまる場合は、(a)②および(d)が（〈28〉）付加される。また、継続的な役務提供契約では、さらにそれぞれに(e)「契約内容等の不可視性」および(f)「事情変更の可能性」が付加される（〈29〉～〈32〉）。したがって、例えばキャッチセールスによって締結された英会話教室の受講契約のように、特殊な取引方法による継続的な役務提供契約は、(a)①、(b)、(c)①、(d)、(e)、(f)の要素を有することとなる^①。

以上は、しかし、事業者が良心的に各類型に属する取引を行ったとしても（＝悪質業者でなくとも）必然的に生ずる「消費者の自由な意思形成をゆがめる要素」を中心に分析している。したがって、これらの取引を悪質業者が行った場合には、上記の要素に、さらにいくつかの要素が加わることがある。例えば、無料体験できるという新聞の折込広告を見てエステティックサロンを訪れた消費者を、施術後、複数の店員がとり囲み、契約締結を迫るというような事例にみられるように、通常取引類型（〈1〉～〈16〉）においても、密室性の高い場所で高圧的あるいは執拗に勧誘を受ける、すなわち、(b)②「密室性」および(b)④「高圧的勧誘」が付加される場合もありうるのである。

注

- (1) このように要素が多いということは、当然クーリング・オフ権の有力な根拠となるが、反面、クーリング・オフ権によっても意思形成の不全が完全には解消されないまま契約が成立してしまう可能性が大きいということもできる。したがって、このような取引では、さらに、中途解約権の保障が必要となつてこよう。

4. 消費者の意思形成に対する「消費者の自由な意思形成をゆがめる要素」の影響力

さらに、「消費者の自由な意思形成をゆがめる要素」((a)~(f))はそれぞれクーリング・オフ権の根拠としてどの程度の比重を占めるであろうか、各要素が消費者の意思形成に与える影響力の大きさを検討してみよう。

(1) まず、「情報等の非対等性」((a))についてみると、(a)①「情報等の一般的非対等性」は消費者契約一般にみられる情報等の格差で、前述したように、直接にクーリング・オフ権の根拠とはなりえないが、(a)②「専門的情報等の非対等性」の要素をもつ契約については、その一部はそれを理由としてすでに現行法においてクーリング・オフ権が認められている。すなわち、連鎖販売取引契約、預託取引契約、投資顧問契約、会員契約等におけるクーリング・オフ権がそれである⁽¹⁾。これらの法律で認めているクーリング・オフ期間が、10日または14日と他の法律のクーリング・オフ期間に比べても長い理由のひとつは、これにより消費者の意思形成がゆがめられるおそれが大きく、その回復にはより長期間がかかるということであろう。しかも、前述したように事業者と消費者との間の情報格差が大きいということは、セールスマン等による「高圧的勧誘」((b)④)や「詐欺的勧誘」((b)⑤)をもたらしやすいという側面もある。それゆえ、(a)②「専門的情報等の非対等性」はそれ自体としてクーリング・オフ権の根拠となりうる要素であるといつてよいであろう。

(2) 次に、「特殊な販売方法等による意思不全」((b))についてみると、これを根拠としてクーリング・オフ権が認められているものに、訪問販売法における訪問販売等がある。ただし、この場合の根拠としては、訪問販売それじたいが帯びる(b)①「不意打ち性」、(b)②「密室性」、(b)③「情報の不十分性」の要素よりも、そこから派生する(b)④「高圧的勧誘」、(b)⑤「詐欺的勧誘」、(b)⑥「心理的効果の悪用」の要素にポイントが置かれているように思われる。では、クーリング・オフ権の根拠としては、「不意打ち性」等((b)①, ②, ③)のみでは不十分であって「高圧的勧誘」等((b)④, ⑤, ⑥)を必要とすると解すべきであろうか。しかし、消費者にとって不意打ち的に開始された契約交渉において、密室性の高い場所で、商品等に関する情報も不十分、他社との比較・検討もできない等の状況の中で、セールスマンに契約締結を迫られた場合、そのような状態での消費者の意思表示は、たとえ高圧的な勧誘や詐欺的な勧誘が存在しなくとも、すでに自由な意思によるものとはいえないといつてよい。したがって、訪問販売等においては、——「不意打ち性」等((b)①, ②, ③)の存在する状況では「高圧的勧誘」等((b)④, ⑤, ⑥)が生じやすいことは確かであるが——、「不意打ち性」等((b)①, ②, ③)の要素を有することじたいが十分クーリング・オフ権の根拠となりうると思われるべきである。

また、訪問販売とは異なり、通信販売の場合は、前述のように、「不意打ち性」等((b)①, ②, ③)すべてを有するのではなく、(b)③「情報の不十分性」プラス(c)②「通信販売等の非現物性」が中心となり、(b)①「不意打ち性」が加わる場合もある。これに関しては、次の「非現物性」((c))

のところで検討する。

(3) 続いて、「非現物性」((c))についてみると、このうち(c)①「役務の非現物性」は、前述のように、契約締結意思形成の際の重要な判断基準である役務内容について、提供を受けてみるまではその質・レベル等が完全にはわからないという問題である。ところで、クーリング・オフ権の根拠となる要素といえるためには、裏を返せば、クーリング・オフ権の行使によって、その意思形成をゆがめる要素が解消されることが前提となっているのであるが、この「非現物性」の解消のためには、クーリング・オフ権によって単に一定の熟慮期間を保障するだけでは十分とはいえず、クーリング・オフ期間の起算点の問題を合わせ検討する必要がある。すなわち、役務を対象とする契約では、役務の提供を受けてみて（現物性）、その内容を吟味してはじめて契約締結意思が十全になるとすると、少なくともクーリング・オフ権の起算点は「役務の提供後」とする必要があるのである。ただし、同じ役務提供契約であっても、継続的契約の場合には、「第一回目の役務の提供後」一定期間をクーリング・オフ期間とすることは有効であろうが、そもそも一回的な契約では、クーリング・オフ権を認めたとしても、その期間の起算点を「役務の提供後」とすることは事実上不可能である⁽²⁾。

また、「通信販売等の非現物性」((c)②)とは、これもすでに見たように、目の前にある商品等の現物を手に取ってみて、あるいは使用してみて得られる情報は、当該商品等の情報としては非常に重要な部分を占めるにもかかわらず、通信販売では、広告・カタログ・説明等のみにより、契約を締結するか否かの判断をしなければならないという問題である。したがって、たとえ良心的な事業者が行っている通信販売であっても、消費者の手元に届いた商品等がカタログ等の写真からのイメージとは異なっていた（＝このようなものであると知っていたら購入しなかった）という事態が、一定割合生ずることは避けられない⁽³⁾。しかし、本来、通信販売のような方法による場合であっても、消費者には、商品等を目で見て、あるいは手にとって、契約を締結するか否かを熟慮する機会が与えられるべきはないであろうか⁽⁴⁾。したがって、「通信販売等の非現物性」の場合は、原則として、クーリング・オフ権を認め、しかも、その期間起算点を「商品等の到着後」とすることにより解決されると考えられる。実務上、ほとんどの通信販売において、返品制度が設けられていることからしても、商品等到着後一定期間のクーリング・オフ権は不可能なことではないと思われる。

現行法には「非現物性」にもとづきクーリング・オフ権を認めたものではなく、クーリング・オフ権が認められているのは訪問販売等による役務提供契約のみである。しかし、上述の検討からも明らかなように、「非現物性」の消費者の意思形成にとっての重要性を考慮するならば、「非現物性」も、原則としてクーリング・オフ権を認められ、かつ、その期間の起算点を「役務の提供後」あるいは「商品等の到着後」とするべきであろう。要するに、「非現物性」は、原則として、それじたいクーリング・オフ権の根拠となりうるものと位置づけることができよう。

(4) さらに、(d)「割賦等による意思不全」についてみると、例えば、ドイツの割賦販売法では、すでに、訪問販売に限らず、すべての割賦販売契約にクーリング・オフ権を認めている⁽⁵⁾。

わが国では、割賦販売法が、訪問販売による割賦販売契約にクーリング・オフ権を認めている。その趣旨に関する叙述の中で、竹内教授は、割賦販売取引は「代金全額を払わなくても商品を手取るのであるから、魅力的な取引条件である」⁽⁶⁾とされ、「手許に現金がなくても契約することができるため、訪問販売による割賦販売の勧誘に対しては消費者が慎重な考慮をしないまま申込みまたは契約をしてしまうおそれが大きい」⁽⁷⁾いとされる。竹内教授は、訪問販売による割賦販売においてクーリング・オフ権を認めた根拠としては、訪問販売の攻撃性と割賦販売の魅力的な取引条件との相乗効果を強調されているが、すでに見たように、全体としては高額な支出にもかかわらず、当面現金は不必要であるかまたは少額ですむ点、複雑なシステムのため消費者には当該支払方法のデメリットがわかりにくい点等、訪問販売による場合に限らず、割賦販売という支払方法それじたいの消費者の意思形成に与えるゆがみは非常に大きいと考えられる。したがって、(d)「割賦等による意思不全」の要素はそれじたいクーリング・オフ権の根拠となるといってよいであろう⁽⁸⁾。

(5) 最後に、(e)「契約内容等の不可視性」、(f)「事情変更の可能性」であるが、これらは、前述したように、それらのみでクーリング・オフ権の根拠になるわけでないが、(a)～(d)の要素との組合せによっては当該権利の根拠となりうると考えられる。

注

- (1) 例えば、ゴルフ場等に係る会員契約の適正化に関する法律の12条について『法令解説資料総覧』132号8頁参照。また連鎖販売取引契約におけるクーリング・オフ権について、竹内・前掲書125頁、216頁参照。
- (2) この問題はまた、別の角度から、契約交渉過程における事業者の情報開示義務の拡張として、商品を対象とする取引の場合は「見本品等の提供義務」、継続的な役務提供契約の場合は、「(無料)体験期間の設置義務」を事業者に義務付けるという形で解決することはできないであろうか。そして、クーリング・オフ期間の起算点をこれら義務の履行時(または書面の交付時のいずれか遅い方)とすることができれば、「非現物性」による意思形成の不全もある程度クーリング・オフ権によって取り除くことが可能であると思われる。しかし、そもそも事業者の情報開示義務に「見本品等の提供義務」等までも含めることが可能であるか、さらに、例えば見本品を作製するのが困難な商品もあり、これらの義務をすべての商品、役務に課すことは可能であるか等、今後検討すべき課題は多い。
- (3) 総務庁行政監察局編・前掲書51頁。
- (4) 淡路剛久教授は、「ホームショッピングのシステムの普及をはかる場合には、……クーリング・オフの制度が是非とも必要だと考えられる」とされ、さらに、「ホームショッピングの場合には、商品の情報上の品質・性能と実際上のそれとのくい違いが問題なのであるから、申込みの撤回または契約の解除は、実際に商品を受領した日から起算するのが適当であろう」とされる(淡路「ニューメディアの利用と消費者保護——ホームショッピング等を中心として——」ジュリスト増刊『高度情報社会の法律問題』230, 231頁)。これに対し、竹内昭夫教授は「通信販売の場合は、購入者が広告等を見て、何ら販売業者からの積極的な働きかけを受けずに、自己の判断により購入の申込みを行なうのであるから、訪問販売にみられるような購入意思の形成過程における問題は生じない。」(竹内・前掲書181頁)とされる。確かに、「不意打ち性」や「密室性」等の「訪問販売にみられるような」問題は少ないが、通信販売独自のそれとして、現物を手にしないままの状態でなした(「非現物性」)消費者の「自己の判断」が問題なのである。

- (5) すべての割賦販売に認めたことについてはドイツでも賛否両論があるようである。ドイツの議論については、飯島紀昭「西ドイツにおけるクーリング・オフについて——制度の紹介と若干の考察」(成蹊法学 12 号, 325 頁以下) が詳しい。
- (6) 竹内・前掲書 35 頁。
- (7) 竹内・同上書 12 頁。
- (8) 浜上則雄教授も、「西ドイツのように、訪問販売のみならず、すべての割賦販売にクーリング・オフを認めるべきである」(浜上「いわゆるクレジット販売と消費者保護」NBL 240 号, 32 頁) とされる。しかし、船越隆司教授は、「わが国において、割賦販売一般にクーリング・オフを認めるべしとの積極論はあまり有力とはいえない模様である」(船越「割賦販売契約」『現代契約法大系 4 巻』254 頁注(14)) とされ、教授自身も、「営業所での店舗取引においては、購入者もかなりの考慮を経ているであろう」から、「単に消費者にとり購入しやすい方法という理由だけで」、「割賦販売一般にクーリング・オフを拡大することは、行き過ぎであろう」(250 頁) とされる。しかし、割賦という支払方法は、「単に消費者にとり購入しやすい」というにとどまらず、前述のような消費者の自由な意思形成をゆがめる要素を備えた方法なのである。

また、そもそもローン等の支払い方法は、主として事業者側の販売促進という企図の下に (=事業者の都合で) 導入されたものであり、確かに消費者にとってのメリットも存在するが、これらによる事業者のメリットは消費者にとってのそれをはるかに上回ると考えられる。このような事情も考慮されるべきではなかろうか。

5. クーリング・オフ権を認めるべき取引の範囲

以上を踏まえて、各取引類型において、クーリング・オフ権はどこまで認められうるかを見よう。(a)②「専門的情報等の非対等性」、(b)「特殊な販売方法等による意思不全」、(c)「非現物性」、(d)「割賦等による意思不全」の各要素は、そのみでクーリング・オフ権を認める根拠となりうる要素であるが、[表 3] を見ても明らかなように、これらが 1 つまたは複数存在する類型がほとんどを占めている。すなわち、「特殊な販売方法等による意思不全」(b) の要素をもつ類型、つまり特殊な販売・勧誘方法を用いる場合 (商品を対象とする特殊取引 (C) および役務を対象とする特殊取引 (D) に属する類型) は、すべてクーリング・オフ権が認められることになる。また、商品を対象とする通常取引 (A) および役務を対象とする通常取引 (B) に属する類型のうち、契約内容等が専門的・複雑である場合 ((a)②)、「非現物性」を有する場合 ((c))、割賦等の支払方法による場合 ((d)) も認められるべきである。そうすると、クーリング・オフ権を承認すべきか否かで問題となるのは、商品を対象とする通常取引 (A) および役務を対象とする通常取引 (B) のごく一部の類型にすぎない。すなわち、商品を対象とする通常取引 (A) では、店舗での商品の一回的または継続的取引で現金払によるもの ((a)①「情報等の一般的非対等性」〈1〉 または (a)①「情報等の一般的非対等性」プラス (e)「契約内容等の不可視性」プラス (f)「事情変更の可能性」〈5〉)。役務を対象とする通常取引 (B) では、店舗での役務の一回的取引で現金払によるもの ((a)①「情報等の一般的非対等性」プラス (c)①「役務の非現物性」〈9〉) で、これは「非現物性」を有してはいるが、前述のように、役務の一回的な供給契約の場合はクーリング・オフ権によって

も根本的には解決できないことによるものである。

このように一部の類型を除き（といっても、数量的には店舗での商品の一回的取引は消費者の日常生活のなかでは圧倒的多数を占めるのではあるが…），消費者契約は多かれ少なかれ意思不全をもたらしやすい性質を帯びている。このような消費者契約について、被害が生じて問題化した時点になってはじめて、クーリング・オフ権を認めるという従来の立法の在り方は、原則と例外が転倒しているといつてよい⁽¹⁾。すなわち、一部の例外を除き、消費者契約にはクーリング・オフ権が認められることを原則とすべきではないであろうか。

注

- (1) 清水巖・前掲論文 386 頁では、訪問販売契約におけるクーリング・オフ制度について、「原則としてそのままの状態では維持されるべきでない『空虚』契約について、消費者に維持されるべき契約の実態を備えたものとするか否かの機会を与えて、この閥門を通過するものがあれば、これに完全な契約としての拘束力を認めようという制度であると位置づけるべきである。すなわち、一般に理解されている原則と例外を逆転させて捉えるべきであろう。」とされる。

おわりに

(1) 本稿は一つの試論にすぎないが、わが国のクーリング・オフ権に関する現行法の諸規定の批判的検討を踏まえて、ここでの考察をまとめておこう。すなわち、現行諸規定に関しては、「はじめに」において示したように、従来の立法は例外的ケースについての後追いの立法であり、どのような取引にクーリング・オフ権を認めるかという統一的な基準が明確でない点、したがってまた、このことによって現行法が認めるクーリング・オフ権の範囲をきわめて狭いものになっている点を指摘することができる。これに対し、本稿では、消費者契約における契約内容、販売・勧誘方法、取引対象、支払方法等に着眼して、クーリング・オフ権の根拠として、「消費者の自由な意思形成をゆがめる要素」を抽出し、これにもとづきクーリング・オフ権を認めるべき範囲を検討した。それによれば、例えば、現行法では、商品および役務を対象とする特殊取引（C および D）類型のうち、——訪問販売による取引にはおおむねクーリング・オフ権が認められているのに対し——、通信販売取引にはクーリング・オフ権が認められていないが、前述のように、通信販売には「情報の不十分性等」に加えて「非現物性」がみられ、——さらに「不意打ち性」が加わる場合や「心理的効果の悪用」が行われる場合もあり——クーリング・オフ権は認められるべきである。しかも、「非現物性」を解消するためには、クーリング・オフ権の起算日を「商品の到着後」等とするのが望ましい。つまり、訪問販売および通信販売等はそれじたい消費者の自由な意思形成のゆがみをもたらしやすい販売・勧誘方法であり、原則として、これらを用いる取引類型はすべてクーリング・オフ権を認めるべきであって、例外的にのみ適用除外を規定するべきである（＝現行の指定商品制は廃止すべき）ということになる。また、現行法では、商品および役務を対象とする通常取引（A および B）のうち、継続的役務供給契約で専門性・複雑性を有するとい

う類型（〈14〉、賦払方式をとる場合〈16〉）に属すると考えられる、預託等取引契約、ゴルフ等会員契約、投資顧問契約、海外先物契約につきクーリング・オフ権を認めているのみであるが、前述したように、契約内容等の専門性・複雑性、あるいは割賦という支払方法は、消費者の自由な意思形成のゆがみをもたらしやすいため、継続的役務に限らず、一回的取引でも（〈10〉～〈12〉）、また商品を対象とする場合でも（〈2〉～〈4〉、〈6〉～〈8〉）、これらの性質を有する取引にはクーリング・オフ権を認めるべきであるということになる。

(2) 本稿では、クーリング・オフ権の根拠について、できる限り客観的でわかりやすい基準を立て、クーリング・オフ権の拡張の方向性を示したいと考えて考察をすすめてきたが、取引類型にしても意思形成をゆがめる要素にしても、まだ見落とししている点や、タイプ化することにより、ふるい落とされた点が少なからずあると思われる。また、個々の要素の詰めが不十分なものもある。「専門的情報等の非対等性」(a②)などは、具体的にどの程度の内容をもって専門的あるいは複雑であると認定するのか、実際に客観的基準を示すのはやさしくはない。また、「特殊な販売方法等による意思不全」(b)の中身は、主に訪問販売と通信販売について検討しているが、販売・勧誘方法によって「不意打ち性」(①)～「心理的効果の悪用」(⑥)の構成は微妙に異なりうる。法適用の網を逃れて次々に開発される新手の販売・勧誘方法に対しては、基本的には、「通常取引」類型を厳密に規定しておいて、それ以外を「特殊取引」とみなすという方法で対応していくしかないであろうが、より詳細な検討の必要があろう。

また、本稿では、消費者契約の実態に立脚して、取引の類型化、「消費者の自由な意思形成をゆがめる要素」の析出を通して、より広範なクーリング・オフ権の承認の必要性を示した。これにより、一応、実態的にはその必要性が認識されたと考えるが、さらにこれを理論的に根拠づける作業が必要である。例えば、本稿の考察は、クーリング・オフ権は消費者の自由な意思形成を実現・保障するための権利であるとする理解⁽¹⁾にもとづき立論を試みているが、他方で、クーリング・オフ権は近代市民法の原理の修正であるとする見解⁽²⁾も存在する。なかでも、長尾教授は、消費者契約を「開かれた取引」と「閉ざされた取引」とに分けて論ずる独特の視点から、「消費者契約のうち、一定の状況とりわけ閉ざされた消費者取引関係にあっては、(ア)比較、選択の機会が奪われ、かつ、理解し判断する消費者の能力は、……通常の場合に比し低下することが少なくない」⁽³⁾。クーリング・オフ権はそのような状況下で締結された契約の拘束から消費者を解放する必要性にもとづき、民法上の行為無能力者の取消権類似の権利として位置づけられるとされる。そして、クーリング・オフ権のこのような位置づけを前提に、要件論、効果論、当事者の法律関係等々につき展開されているのである⁽⁴⁾。これに対して、市民法的構成をとる立場からは、クーリング・オフ権の法的性格に関する言及は見られるものの、要件論、効果論、法律関係等に関する議論が必ずしも十分提示されているとはいえない。いずれにしても、既存の議論の整理を通して、本稿の分析結果を理論的に補強する作業は今後の課題である。

注

(1) クーリング・オフ権は、消費者の自由な意思決定を実現するための手段、つまり、近代市民法原理を追

求、徹底するための手段であると捉える見解。石田喜久夫「契約の拘束力」(遠藤・林・水本監修『現代契約法大系』1巻, 88頁以下) 99頁, 清水誠・前掲「クーリング・オフと契約」10頁以下, 原島・前掲論文42頁以下, 沢野直紀「消費者保護法と市民法」(西南学院大学法学論集20巻3・4号, 101頁以下) 106頁以下, 等を参照。

- (2) クーリング・オフ権は, 近代市民法原理の修正であると捉える見解は, さらに, (1)消費者被害を除去するために特別法により認められた消費者保護のための特別な権利と捉える理解(通産省)と, (2)伝統的な契約法とは別の「新しい法原理」にもとづく「消費者法」における制度として位置づける見解(長尾・前掲論文)に分類できる。
- (3) 長尾・前掲論文977, 978頁。
- (4) 長尾・同上論文978頁以下参照。