

クーリング・オフの方式緩和に向けた一考察

右 近 潤 一

一 はじめに

クーリング・オフは様々な法律において規定されているが、通常「書面」による権利行使が必要とされている。⁽¹⁾クーリング・オフに書面が要求された理由は、後日権利行使の有無が問題となった際の証明手段として書面である方が良いため、⁽²⁾と言われている。権利行使の有無というときは、書面の内容がクーリング・オフの行使か、という点と、クーリング・オフ期間内に発信しているかの二点が問題となる。⁽³⁾しかし、書面であれば証明が容易かと言えば、決してそうではない。上記二点の証明が可能か方法としては内容証明郵便があるが、実際国民生活センター等のウェブサイト上では、葉書による行使方法が説明され、コピーを取っておくようにと指示されている。⁽⁴⁾これは、消費者の権利行使のための敷

居を上げないための工夫であると考えられる。⁽⁵⁾ 内容証明郵便という普段用いない方法を推奨すれば、それだけで権利行使が億劫となるからである。ただ、コピーで内容の証明に十分であるとしても、発信の証明はそれだけでは不可能で、記録郵便を用いなければならない。⁽⁶⁾ 厳密に言えば、記録郵便を用いたとしても、発信し届いた表示がコピーどおりのものであるかは、不明のままである。つまり、書面だけを要求しても、本来の趣旨である証明手段としては不十分である。⁽⁷⁾ そこで以前から、この要件は不要である旨の主張がされている。⁽⁸⁾

裁判例においては、口頭によるクーリング・オフの行使を認めたものが公刊されていることは、周知のとおりである。⁽⁹⁾ 法律において要式性が規定されていると解すれば、当該裁判例は、例外中の例外を認めたことになる。学説では特商法上の「書面」は、効力発生要件ではないとした右裁判例に賛成し、クーリング・オフをした事実が証拠上明白であれば、口頭のクーリング・オフも可能であるといわれる。すなわち一般には、この書面は、遵守しなければ法律行為が無効となるという「方式」ではなく、したがって相手方がクーリング・オフがあつたことについて争わなければ、口頭によるクーリング・オフでも良いと解されている。しかし、その一方で口頭での行使を認めた判決も直ちに一般化できる性質のものでないとの指摘もある。⁽¹¹⁾ また、消費者庁等は、消費者が口頭で解約を申し入れ、事業者がこれを認めるときは、合意解除と解される可能性を指摘する。⁽¹²⁾ 条文中明確に「書面で」することができるとされており、クーリング・オフを書面が不要である、と読むことは困難である。

そうすると、キャッチ・セールスや訪問販売などで買わされてしまった物品が段ボールで家にある場合、これを送り返してしまったり、またはそもそも受取りを拒否する方法は、クーリング・オフとして認められない。いったん購入した商品を返送するという行為の解釈として、それをクーリング・オフの意思表示と見ることができるとしても、現行法上その意思表示は書面により表明されなければならないので、返送だけでもクーリング・オフとは認められないこと

になる。悔悟の念とともに物品を返送してしまいたいという要望もあるように思われるし、何より簡単に行使できるのであるから、返品によるクーリング・オフ行使をも法律上認めることはできないだろうか。

この場合にはさらに、返品がクーリング・オフの意思表示として明確であるかどうかが問題となる。要式性を緩和し、クーリング・オフの行使が返品行為だけによつてもすることができるとしても、その返品という行為がクーリング・オフ以外の権利行使として解釈されるとすれば、安易に返品を認めるわけには行かない。

法状況が日本と同一であるというわけではないが、ドイツにおいては、クーリング・オフとしての撤回権（以下では、EU及びドイツのクーリング・オフを単に撤回権と表現する）を物を返送するだけの返還権で置換えるということが可能であった。過去形なのは、消費者の権利指令¹³⁾を受けた国内法化に際し、廃止されたためである。右指令は、本稿との関わりでは、通信販売と訪問販売の撤回権を統一的に定めているが、その廃止の理由が指令に定められた「表示の一義性」であり、返品は一義的ではない、とされたわけである。これに対して、先般、廃止すべきではなく、廃止しなくとも指令に適合しているとの論考が発表された¹⁴⁾。わが国においては、そもそも返還権は認められていないし、ましてやEU指令の影響もないのであるが、そこでの議論を参照することにより、わが国におけるクーリング・オフの要式性を考え直す契機としてみたい。

以下では、まず返還権廃止にいたる経過を消費者の権利指令提案からドイツの国内法化立法理由までを含めて概観する。その上で、右論考の主張を紹介し、検討してみることとする。なお、EUの資料に関しては複数の言語で表記されるが、本稿では原則としてドイツ語版を参照する。

二 消費者の権利指令成立過程における方式要件と返品

(1) 二〇〇八年一〇月八日付消費者の権利指令の提案¹⁶⁾

指令提案は、一四条一項で撤回権行使について次のように規定している。

消費者は、事業者に対し、契約を撤回することを持続的データ記録媒体で、すなわち自らの言葉で作成した事業者に対する表示か、又は消費者が付表I-Bの標準撤回書式を用いることで通知するものとする。

このように指令提案では、撤回に際しては、撤回書式を利用してもしなくても良いこと及び表示には持続的データ記録媒体を用いるべきことが表されているのみで、表示に関する詳細な要件は立てられていない。まさに骨格のみが示されているという印象である。ここでの持続的データ記録媒体とは、特に紙の資料、電子メールやPDFファイルが保存されているUSBメモリ、CD-ROM、DVD、メモリカード及びコンピュータのハードディスクを指すものとされていた。¹⁷⁾

(2) 欧州議会域内市場・消費者保護委員会の二〇一〇年六月二五日付の報告書草案

前述の指令提案一四条一項は、欧州議会域内市場・消費者保護委員会（以下、IMCOと表記する）の二〇一〇年六月二五日付の報告書草案においては次のように変更することが提案されている。¹⁸⁾

消費者は、事業者に対し撤回期間の満了前に、契約を撤回する旨のその決断について持続的データ記録媒体によって通知するものとする。消費者は、この目的のために、付表I-Bによる標準撤回書式かその他の一義的な表示を用いることができるものとする。

この時点で、撤回期間の要件が明示され、またひな型を用いない場合の表示の「一義性」要件が挿入された。

(3) IMCO委員による変更提案

それに引き続き同年一〇月二五日付の文書では、IMCOの各委員からの指令提案に対する変更提案が複数案列挙されている。⁽¹⁹⁾そこでの指令提案一四条一項に関する提案は、持続的データ記録媒体要件を維持するものと削除するものと大きく分けることができる。前者には、「一義的」な表示を求めるもの（提案八七六、八八二）、「誤解のおそれのない」表示を求めるもの（提案八七七、八八〇）の他に、「一義的」な表示を求めつつも、事業者へ返品によっても撤回できるとするもの（提案八八一、八八八）⁽²⁰⁾がある。後者には、契約目的物の返送を撤回とみなすもの（提案八七八、八七九）がある。

議論の詳細は不明であるが、提案されている文案からは、持続的データ記録媒体要件の要否、表示の明確性の問題、返品を撤回と認めるかが問題となっていることがわかる。この時点においては、返品に明確性を求めている提案はなかったが、返品を撤回と「みなす」というのは、返品が様々な理解しうることを前提とした提案であることは間違いない。表示の一義性とデータ記録媒体要件を維持しながら返品を認めることの意味はどこにあるのだろうか。その提案には、撤回権の行使は、杓子定規でなく、消費者にとって可能な限り簡単な方が良い（提案八八一）との理由が付されていることからすれば、後の証明の点からデータ記録媒体要件ははずしにくいのが、撤回権行使の容易さを追求するならば返品も認めようという趣旨であろうか。返品を撤回と認める別の提案には、撤回権行使に関する厳格な方式要件は、この権利を骨抜きにしてしまう（提案八七九）との理由が付され、撤回権の使いやすさが意識されている。また、明確性を求める提案には、標準撤回書式を用いない場合には、契約を撤回する旨の決断を誤解なく事業者に伝えなければならない

ことを強調すべし(提案八八〇)との理由が付されているが、それが返品を念頭に置いたものかどうかは判然としない。

(4) 二〇一一年一月二四日の第三〇六三回理事会での検討

理事会においても草案が検討されており、二〇一一年一月二四日には、次の条文案が示されている。⁽²¹⁾

消費者は、事業者が撤回期間の満了前に、契約を撤回する旨のその決断について、事業者によって付表I—Aに従って示された住所に通知するものとする。消費者は、そのために付表I—Bによる標準撤回書式を用いることができ、又はその他の任意の方式で一義的な相当の表示を事業者の住所に送付することができるものとする。そして、考慮事由二八においては、次の文章が加えられた。

(EU域内に共通の撤回書式を導入するが)執筆者注)しかし、消費者には、事業者に向けられたその表示が誤解のおそれのない限り、依然として、契約を自らの言葉で撤回することは自由である。この要件は、返品、手紙又は電話によって満たすことができるが、指令に定められた期間内に撤回が行われたことの証明責任は、消費者にある。このことから、事業者に対する撤回の通知には持続的なデータ記録媒体を用いるのが消費者の為である。

ここでは、送付先に関する記述が加えられたほか、持続的データ記録媒体要件が削除されている。考慮事由では、I MCOでの議論に出ていた返品が考慮に入れられていることに加え、新たに電話による撤回が明示されている。データ記録媒体要件が削除されたのは、この点とのかかわりがあると考えられる。なぜ電話による撤回が認められることになったのかは、分からない。考慮事由において、返品が一義的な相当の表示の例としてあげられていることから、この時点ではまだ返品はそれ自体撤回として明確であると捉えられていた。

(5) I M C Oによる同年二月二日付の欧州議会への報告書

その後I M C Oから欧州議会に提案された二〇一一年二月二日付の報告書では、次のように書き改められる。⁽²²⁾

消費者は、事業者に対して撤回期間の満了前に、契約を撤回する旨のその決断について通知するものとする。消費者は、この目的のために次に掲げることをすることができるものとする。

a) 付表I-Bによる標準撤回書式若しくはその他の持続的データ記録媒体とする一義的な表示を用いること、又は

b) 契約を撤回する旨の決断を消費者が説明する、誤解のおそれのない表示とともに物品を事業者に返還すること。二号に分けられたことで、撤回手段が複数あることが条文の構造上も明確に示されたと言える。返品が明確に規定されるにいたったが、返品にも誤解のない撤回の表示を求めている点がこれまでとは異なっている。持続的データ記録媒体要件を維持しつつ、表示の一義性を求めている。理事会での検討は、条文案と考慮事由二八を見る限りにおいては、ここでは反映されていないようである。

この報告書には、二〇一一年一月二四日付の法務委員会の態度表明と二〇一〇年一月一日付の経済・金融委員会の態度表明とが添付されている。指令提案一四条については、前者のみが言及し、持続的データ記録媒体要件を維持しつつ一義的表示を求めている。⁽²³⁾

(6) 同年三月二四日に欧州議会で採択された条文案

この報告を受けて同年三月二三日に欧州議会で議論され翌日採択された条文案は、次のとおりである。⁽²⁴⁾

消費者は、事業者に対して撤回期間の満了前に、契約を撤回する旨のその決断について通知するものとする。消

費者は、この目的のために、次に掲げることをすることができるとする。

- a) 付表 I-B による標準撤回書式若しくはその他の一義的な表示を用いること、又は
 - b) 契約を撤回する旨の決断を消費者が説明する、誤解のおそれのない表示とともに物品を事業者に返還すること。
- そして考慮事由二八において、次の表現が追加された。

(EU域内に共通の撤回書式を導入するが―執筆者注) しかし、消費者には、事業者に向けられたその表示が誤解のおそれのないものであれば、依然として、契約を自らの言葉で撤回することは自由である。この要件は、返品、手紙又は電話によっても満たされるが、本指令に定められた期間内に撤回が行われたことの証明についての証明責任は、消費者にあるといえる。このことから、事業者に対する撤回の通知には持続的データ記録媒体を用いるのが消費者の為である。

条文については、前記報告書に対して持続的データ記録媒体という語が削除された以外の変更はない。この削除と、考慮事由の文章からして、ここで理事会の見解もともに考慮されたものと推察される。そして、電話による撤回が認められるのは、その具体的理由は不明ながらも中小事業者のためであるという説明がある²⁵⁾。持続的データ記録媒体要件がはずされたのは、IMCOでは、撤回の行使しやすさの問題として捉えられていたが、最終的にはそれとは異なる要素も含まれることになる。

理事会案とは異なり、物品の返還が条文に明記され、理事会案の考慮事由でも求められていなかったと考えられる明確な表示を伴った返品が求められることになった。これは前記報告書が採用していた要件である。議論はここでも明らかではない。

(7) 同年六月二三日の欧州議会の立場

欧州議会として最終的に採択した六月二三日の立場では、指令提案一四条は、一一条として、次のように規定している。⁽²⁶⁾

消費者は、事業者に対して撤回期間の満了前に、契約を撤回する旨のその決断について通知するものとする。消費者は、この目的のために、次に掲げることをすることができるものとする。

a) 付表 I - B の標準撤回書式を用いること、又は

b) 契約の撤回に関するその決断が一義的に読み取れる相当の表示を他の任意の方式で発信すること。

ここでは一義的表示と返品とが任意の方式としてまとめて b 号に定められた結果、返品が条文から姿を消し、考慮事由四四のなかで「明確な表示を伴った返品」による要件の充足可能性が言及されるにいたった。

この日程を控えた六月六日に三者対話が行われているが、本条には影響がない。三月の採択から文案の変更があるのは、三月の可決文案を尊重した上での文章の調整が行われたものと推測できる。理事会も一〇月一〇日に正式に可決し、上記の条文が二〇一一年一〇月二五日の消費者の権利に関する欧州議会及び理事会指令2011/83/EUとなっている。

(8) 小括

以上見てきたところをまとめると、指令提案にあった「持続的データ記録媒体」という方式が削除され、撤回の行使方法として、指令制定過程で電話と返品とが議論され、また、任意の方式による意思表示の一義性が意識されるにいたった。

持続的データ記録媒体要件が削除されたのは、IMCOでの議論では、消費者の撤回権行使の容易さの問題として捉

えられていたところ、おそらくは理事会での議論を前提として欧州議会では、中小事業者のために電話による撤回権行使を認めたことと関連していた。

では、なぜ中小事業者のために電話による撤回権行使を認めるのか。この点については、明らかにならなかった。しかし、そもそもこの消費者の権利指令は、事業者のためにEU域内で消費者の権利を統一した側面が大きい。指令考慮事由五では、「域内市場の最も重要で明白な成果たるべき通信販売の国境を越える潜在能力を、消費者が完全に使い尽くしているわけではない。昨年、国内通信販売の分野で記録された著しい成長と比較すれば、国境を越える通信販売の分野では、ほんのわずかな成長しかなかった。この違いは、さらに成長する可能性の大きいインターネット取引において特に顕著である。」としていることに加え、同二九において「経験上多くの消費者と事業者は、事業者のウェブサイトを通じたコミュニケーションを好むために、事業者は、消費者にウェブ上の撤回書式を使わせる可能性を持つべきであらう。」としている。これらを考え合わせると、電話での撤回を認めたのは、おそらくは主として通信販売を行う中小事業者の為に、消費者がウェブサイトで撤回書式に入力するシステムを構築し、または消費者が返品するための書類や送り状等を送付する手間を省こうということだったのではないかと考えられる。わが国でクーリング・オフ権の行使しやすさの点から議論されているのとは対照的である。

それに対して返品は、IMCOでの議論を見る限り、撤回権行使の容易さの観点から主張されていた。

意思表示の一義性については、当初、標準撤回書式を用いずに任意の方式で表示する場合について意識されていた。それがおそらくは議論の中で、返品にも同じ問題があると意識されるにいたり、明示的な意思表示の添付を求めたところ、結局一義的な意思表示として任意の方式の中に包摂されてしまい、返品 of 文字が条文上の表舞台から姿を消してしまった。返品に関してどのような不明確さが実際に問題となっているのかは、ここまでの資料からは分からなかった。

さてこのように、当初黙示の意思表示としての返品が提案され、次に明示的意思表示を伴う返品が承認されたが、結局撤回意思の明確な表示に吸収された結果、再び黙示的意思表示としての返品が撤回として一義的かが問題となる状況が生まれてしまった。

三 ドイツの「返還権」の廃止と返品の一義性に関する論証

1 消費者の権利指令に基づく返還権の廃止

消費者の権利指令は、完全平準化を求めており（四条）、加盟国は指令をその内容とは異なる内容で国内法化するこ
とができない。これまでドイツでは、一定の場合に事業者は、消費者との契約によって撤回権を返還権に置換えること
ができた（ドイツ民法旧三五六条²⁸⁾。つまり、明示的な撤回の意思表示を要せず、返品することによって撤回とするこ
とができたわけである。しかし、これまで見てきたとおり、権利指令は、任意の方式による意思表示を認めており、そ
こに返品が含まれることも明らかであるが、その行為から消費者の撤回の意思が一義的に読み取れることを求めており、
ドイツ民法から返還権が削除されるにいたった。

指令成立の経過からも指令の考慮事由四四からも、返品についても意思表示の添付が求められていることが明らかで
あるが、条文上は、返品自体が事業者にとって一義的に撤回を意味すれば表示の添付は不要であるように読むことも可
能である。なお、この点については、指令のドイツ語版では *Erklärung* という語が用いられているところ、英語版では
statement であって物品の単なる返送が一一条の要件に該当しないことがより明らかであると指摘が存在する²⁹⁾。

ドイツ法の視点からは、指令における考慮事由の記述がどの程度立法に影響を及ぼすのか、という問題はありうるが、

今回はさらに完全平準化が求められている。指令の趣旨からすれば、例えばドイツ国外の事業者がドイツの顧客を対象に営業した場合に、ドイツの消費者が持つ権利が自国の消費者の持つ権利と同様であることが求められているのである。したがって、いずれにせよドイツにおいてだけ撤回権を返還権に置換えることができるという規定を置くわけには行かないであろう。

そこでドイツ民法五五五条（以下ドイツ民法をさす場合にはBGBと表記する）は、次のように規定するにいたる。

消費者が法律によつて本条に基づく撤回権を与えられる場合において、消費者が自己の意思表示を期間内に撤回したときは、消費者及び事業者は、契約締結に向けられた自己の意思表示に拘束されない。撤回は、事業者に対する意思表示によつてすることができる。当該意思表示からは、消費者の契約撤回の決断が明確に読み取れなければならない。撤回は、理由を含むことを要しない。期間の遵守については、撤回の適時の発信で足る。

本条に関する政府草案理由は、次のように述べる。⁽³⁰⁾すなわち、「将来的に撤回権行使のためには、説明なしの返品では十分ではない。しかし、事業者及び消費者は、契約上、撤回には返品で十分である、と合意することは可能である。指令も国内法化される規定も、法律上の規律を超えて消費者に有利な契約上の合意を排除していないからである。もつともこの場合において、消費者は、すべての事情を踏まえて、自己の意思表示を撤回したいのか、物の瑕疵を主張したいのかについてさらに検討しなければならない。指令の考慮事由四四が求めるのは、返送された物が明らかな表示を伴っていることである。しかし、いずれにしても一義的な表示はそれを満たす。この一義的な表示は、将来的にはテキストフォームで表示する必要はない。しかし、消費者には適時の撤回に関する証明責任が課されるといふことを考えれば、テキストフォームで撤回することは引き続き賢明である。」と。

ここから確認できることは、まず、撤回かどうか不明確な場合というのが、少なくともドイツでは物の瑕疵の場合が

想定されていること、指令は返品に意思表示の添付を求めているが、返品が一義的であれば、表示なしでも良いと起草者も考えているように読めること、そしてテキストフォームでの撤回が適時性の証明に資するとされていることである。学説においても返品の意味が不明確な場合として、物の瑕疵を想定した記述が見られる⁽³¹⁾。また一般に、指令の考慮事由及びドイツの政府草案理由書を示しながら、返品のみによる撤回は要件を充足しない旨の記述が見られる⁽³²⁾。一般的ルールによれば、消費者のものはや契約に拘束されないという意思が状況から十分に認識できる限り、黙示の意思表示でも足りるはずであるとも指摘される⁽³³⁾。

そうすると、返品が一義的に撤回を意味しうるのか、それとも瑕疵に基づく権利の主張なのかが不明なのか、が特に問題となりうる。この点について、検討する論考があるので、それを簡単に紹介してみたい。

2 返品は瑕疵の主張か撤回か

ドイツにおいては、売主は、BGB四三三二条二項一文で瑕疵のない物を買主に引き渡す義務を負うことになっており、物に瑕疵が存在する場合には、BGB四三七条一号がBGB四三九条に従った追完請求を買主に認める。そしてBGB四三九条一項によれば、買主は、瑕疵の除去（つまり修理）または瑕疵のない代替物の引渡しを売主に請求することができることとされている。買主がこの選択をした場合であっても、過分の費用を要する場合には、売主はその履行を拒絶することができる⁽³⁴⁾、買主の追完請求権は他の一方に制限されることになる（同条三項）。買主が選択した追完方法が不能である場合も同様に解されている⁽³⁴⁾。

これを前提にホフマン・シユナイダー（Hoffmann/Schneider）は、追完請求に必要な事柄を次のように論証する⁽³⁵⁾。
追完請求それ自体は、BGBにおいて明確には定められていない。すなわちBGB四三七条一号により参照指示され

るBGB四三九条は、追完の請求権を与えるだけで、その行使にいかなる表示が必要かを定めていない。有効な追完請求の法律効果というのは、追完請求権の弁済期であり、売主が何を追完として負担するかを認識した場合にしか到来しない。「追完請求が追完請求権の弁済期を到来させる効力を持つのは、(一) 買主が物の具体的な瑕疵を指摘し、かつ、(二) BGB四三九条一項にしたがい修繕か代替物給付かの選択権を行使する場合だけなのである。⁽³⁶⁾

このように条文上は明らかではない、「瑕疵の指摘」が追完請求の場合には必要であり、単なる返品は、理由を要しない撤回権と解することは容易である一方で、追完請求と解するためには、瑕疵の指摘に加え、修繕か代替物給付のいずれを請求するかの表示も別に必要となることを指摘している。

(1) 物の具体的瑕疵の指摘

ホフマン³⁷シユナイダーは、瑕疵の存在を示す兆候という程度の瑕疵の指摘は、事実上不可欠であり、「追完請求が完全に法律効果を導き出すためには、買主による瑕疵の具体的な通知が必要である、ということ」で学説は一致しているとする。⁽³⁷⁾ その理由として、次の三点が上げられている。修繕する場合には、売主は、必要な措置を講じるために何がとがめられているのかを知る必要があること、売主は、いかなる場合にも、主張された瑕疵の有無および危険移転時におけるその瑕疵の存在を確認するために、物を調査する可能性を持たなければならないこと、さらに売主は、買主の主張する追完方法をBGB四三九条三項に従い拒絶できるかどうかを評価できなければならないことである。

以上の前提に立てば、売主は瑕疵の通知なしに追完について遅滞に陥ることはあり得ず、かつ、追完請求に際してされた追完期間の設定も無効であろう、という。そして請求権の弁済期についても同様であるとされている。

なお、修補か代物給付のいずれかが求められれば、追完請求されていることは分かるけれども、選択権を有効に行使

するためには、瑕疵の指摘は必要であるとされている。

以上の原則に対して、個別事例において、売主が瑕疵の通知に全く興味を持たない場合があれば、意思表示を添付しない単なる返品を例外的に追完請求と解釈することは考えられるとし、それは瑕疵の明らかな事例のみだ、とする。つまり、返品後、売主が物を一目見てどの瑕疵が問題なのか分かれば、具体的通知要件は不要だというのである。

(2) BGB四三九条一項に基づく選択権の行使

BGB四三九条一項に基づく修補か代物給付の選択は追完請求権の弁済期の要件でもあって、選択権が行使されていなければ、追完請求権は、履行できないため、弁済期にはなり得ない。そこで、ホフマンIIシュナイダーは、返送された物品に意思表示が添付されていない場合には、①そもそも選択の余地がないのか、②黙示の選択や選択可能性の黙示の放棄を考えることになるとする。³⁸⁾ ①としては、特に、追完方法の一つだけが可能であり他方がBGB二七五条一項の意味において不能であることが認識できる場合を考えることができる。②の黙示の選択は、買主が追完方法の一方にだけ関心があることが明らかである場合に限って真剣に考慮することができる。その例として、大量生産製品にひどい瑕疵がある場合を上げ、この場合にはおそらく、買主は原則として修理されていない新品の代替給付にしか興味がないということ为前提とすることができるだろう、という。

(3) ホフマンIIシュナイダーの見解のまとめ

返品に際して、何らの表示も添付しなかった場合、追完請求の行使として理解するために必要な表示、すなわちどのような問題があるのかという瑕疵の兆候の指摘と、BGB四三九条に従い瑕疵の修補か代物給付の選択が明示的にはさ

れていないことになる。それでも例外的事例においては追完請求としての解釈が可能になるということである。それは、返送された物品の瑕疵が、売主が一瞥して認識可能であるほどに明らかであり、かつ、追完方法の一方しか選択できず、または個別事例の状況によれば選択権が默示的に行使されたといえる場合である。この例外事例以外では、単なる返品は撤回の意思表示である、という解釈結果だけを導き出すことができ、その限りで一義的である。

四 終わりに

消費者の権利指令は、持続的データ記録媒体要件を撤廃したが、これは消費者の為ではなく、中小事業者のために電話による撤回を認めるためで、消費者に対しては、適時に撤回したことの証明が必要となるために、引続き持続的データ記録媒体（ドイツではテキストフォーム）の利用が推奨されている。⁽³⁹⁾したがって、消費者の為だけを考えるなら、方式は存続したということでもある。方式要件が撤回権行使の妨げになるとか、行使したつもりが無効となるといった消費者側からの要望に基づく方式の撤廃ではないために、方式の無用性の議論は見つけられなかった。

わが国においては、通信販売にクーリング・オフ制度がなく、返品の可否を広告等に明示しなかった場合に適用される解消権（返品権）が定められるに留まる点がEUとは大きく異なる。それ以外の取引でクーリング・オフが認められる場合には、書面で行使用することが求められている。キャッチ・セールス等を含む訪問販売で購入してしまった商品を送品したり、受取り拒否をすることによりクーリング・オフする方法があっても良いと考える。しかし、それを認めるためには、クーリング・オフの書面性を排除しなければならぬ。

欧州でも日本でも、方式は消費者が期間遵守の証明に必要なという認識がある。したがって、ここで問題となるのは、

方式要件を取り去ることが本来に消費者の為になるか、という点であろう。良心的な事業者が相手の場合には、書面でなくてもクーリング・オフとして認めてくれる可能性が高い。それに対して、相手方事業者がクーリング・オフを認めたくないときには、期間の徒過や表示の不到達を主張するであろうから、後に証明可能な方法でクーリング・オフをしておくべきだと言える。しかし、指令のようにクーリング・オフのひな型があれば格別、特商法は、「書面」とのみ規定しており、当該書面の内容は、国民生活センター等が情報提供しているのであって、法律が書面を求めることの意味は、実はあまりないのではないだろうか（あるいは、その役割を終えた）。書面が意思表示の効力発生要件でないと解せなければ、法定の方式の不遵守は、通常、その法律行為の無効を導く。つまり、消費者の為には書面があった方が良く、というのと、書面でなければならぬというのと異なる。

理由は上記のとおり事業者のためであっても、EU域内で撤回権に方式が要らなくなったことの意味は大きい。消費者にとっても権利行使が容易となるためである。返品の意味解釈の問題をひとまず措けば、小包や宅急便を用いて、返送する場合には、消印や送り状とその伝票番号から返品時期の証明はある程度可能であると思われる。

消費者の権利指令では、撤回の意思表示に一義性が求められている。したがって、指令の考慮事由によれば、電話による撤回も可能であるし、明確な意思表示を伴えば返品でもよいとされている。この要件は、持続的データ記録媒体要件が撤廃されたために、その有する機能が前面に出てきたものと考えられる。

指令一条自体は、意思表示としての明確性を求めるのみであるから、明確な表示を伴わない返品をも意思表示として解釈する余地がある。

そこで、黙示の意思表示たる返品の解釈として一番あり得る撤回以外の意思表示が物の瑕疵の主張であることから、いかなる場合に瑕疵の主張として解されるのかに関する論考を紹介した。ドイツ法上、物品の瑕疵に基づき追完請求を

行うときには、原則として、どのような問題があるのかという瑕疵の兆候の指摘と、BGB四三九条に従い瑕疵の修補か代物給付の選択が明示的にされなければならないと解されている。しかしホフマン¹¹シユナイダーによれば、例外的事例においては、上記二つの表示がない場合にも、返品を追完請求として解釈することが可能になるという。それは、返送された物品を売主が一瞥すれば認識可能であるほどに瑕疵が明らかであり、かつ、追完方法である修繕か代物給付のいずれか一方しか選択できず、または個別事例の状況によれば選択権が黙示的に行使されたといえる場合である。この非常に限られた場合においてのみ、表示を伴わない返品解釈として、追完請求と撤回とが並立しうるが、それ以外では、撤回の意思表示である、という解釈だけを導き出すことができ、その限りで一義的である。

また、ドイツにおいては、ウェブサイトを通じて物品を提供する企業のおよそ九〇%が規格化された撤回手続（返品用書類が同封されていたり、返品伝票を取り寄せたりする）を用い、消費者も通常それを使用していること、全体的に平均的返送率は約一〇%であるところ、小事業者の下では、返品の一〇%は説明なしに返送されるが、販売された物品全体の約一%に過ぎないことが明らかにされている。¹⁰

以上二点を考慮すれば、明らかな表示を伴わない返品解釈が問題となる事例はドイツではごくわずかである。

黙示の意思表示としての返品は、当然意思解釈の問題が発生する。現行民法においては、目的物の瑕疵に基づき返品する場合には、買主の善意と契約目的の不達成の証明が必要である（五七〇条及び五六六条）。予定されている債権法改正法案では、ドイツのような選択権が買主に認められているが、表示を伴わない返品が瑕疵の主張と認められる場合は限られるように思われる。この点の詳細な検討は、今後の課題としたい。

(1) 特定商取引法九条、二四條、四〇條、四八條、五八條、五八條の一四、割賦販売法三五條の三の一〇及び三五條の三の一、宅建業法三七條の二、

特定商品預託取引法八条、金融商品取引法三七条の六、ゴルフ場等会員権契約適正化法二二条、不動産特定共同事業法二六条、保険業法三〇九条、特定債権等事業規制法二二条。老人福祉法にもクーリング・オフが定められていると言われているが、同法一四条の四第三項及び二九条八項で事業者は三ヶ月間の契約解除を認める契約を締結すべき旨が規定され、クーリング・オフだとしても他の法律とは規定の仕方が異なり、書面による行使は法律上義務づけられていない。

(2) 日本ではじめてクーリング・オフが定められた割賦販売法に関する起草担当者の解説、通商産業省企業局消費経済課編『新割賦販売法の解説』（通商産業調査会、一九七二）七五頁以下。

(3) 上柳敏郎・島蘭佐紀『実務解説 特定商取引法』一〇五頁（商事法務、二〇一〇）。尾島茂樹「ドイツにおける「書面」によらない撤回権（クーリング・オフ）」クレ研一七号一九頁（一九九七）では、証明性機能、明確性機能とされている。

(4) http://www.kokusen.go.jp/soudan_now/data/coolingoff.html（二〇一五／二／〇六アクセス）。また、日本訪問販売協会のウェブサイト（<http://jfsa.or.jp/cooling-off/>）でも、郵便葉書による書式が掲載されている（二〇一五／二／〇六アクセス）。

(5) 通商産業省企業局消費経済課前掲注（2）七五頁によれば、こういった工夫の必要性は起草担当者も認識していたようである。

(6) 上柳・島蘭前掲注（3）一〇五頁。

(7) このことはすでに尾島茂樹「書面によらないクーリング・オフ」クレ研二五号八七頁（一九九〇年）にて指摘されていた。

(8) 尾島前掲注（7）八七頁。

(9) 福岡高判平六・八・三三判時二五三〇号六四頁。

(10) 後藤巻則・村千鶴子・齋藤雅弘『アクセス消費者法』五九頁（村千鶴子）（日本評論社、二〇〇五）、日本弁護士連合会編『消費者法講義』三二九頁以下（村千鶴子）（日本評論社、第四版、二〇一三）。特に、後藤巻則・齋藤雅弘・池本誠司『条解消費者三法』一三七〇頁以下（弘文堂、二〇一五）は、この解釈を「通説といふべきである」と説く。

(11) 大村敦志『消費者法』八八頁（有斐閣、第四版、二〇一〇）。同旨、中田邦博・鹿野菜穂子編『基本講義消費者法』一〇九頁以下（大澤彩）（日本評論社、第二版、二〇一六）。

(12) 消費者庁取引対策課・経済産業省商務流通保安グループ消費経済企画室編『平成二四年版特定商取引に関する法律の解説』八六頁（商事法務、二〇一四）。

(13) ABL. EG Nr. L 304 vom 22.11.2011. 本指令の翻訳として、寺川水・馬場圭太・原田昌和訳「二〇一一年一〇月二五日の消費者の権利に関する欧州

議会及び理事会発指令」関大法字六二巻三号四三三六頁(二〇一〇)が、また指令の条文訳が和久井理子教授により公表されている(<http://study.law.web.fc2.com/2011/83EU%20.htm>(二〇一〇年一月五日現在))。本稿の執筆に当り適宜参照させていただいた。本指令に関する論考として廣瀬孝壽「EU消費者権利指令における撤回権の範囲規定」北九州工業高等専門学校研究報告四六号六七頁(二〇一三)、同「EU消費者権利指令における撤回権の範囲」九州法学会会報二〇一二年号二九頁(二〇一三)及び同「ドイツにおけるEU消費者権利指令の分析」北九州工業高等専門学校研究報告四七号八一頁(二〇一四)がある。

- (14) BGBI 2013 I S. 3642. 同改正に関しては、寺川永「ドイツにおけるEU消費者権利指令の国内法化」関大法字六四巻五号二三六七頁(二〇一五)、廣瀬孝壽「EU消費者権利指令のドイツ国内法における論点―撤回権行使の効果規定における消費者保護を中心として―」北九州工業高等専門学校研究報告四八号一〇一頁(二〇一五)および拙稿「消費者の権利指令に基づくドイツ民法改正後の営業所外契約と隔地販売契約の撤回要件」京都学園法学七四号四三頁(二〇一四)がある。

- (15) Hoffmann/Schneider, NJW 2015, 2529.

- (16) KOM (2008) 614 endg. 指令提案成立に至るまでの経過及び指令提案の内容は、角田光隆「EU消費者法―契約法に関する消費者保護指令を巡って(三)―」信州大学法学論集一六巻九五頁(二二七頁以下)で詳細に紹介されている。また、同指令提案の内容とそれへの反応については、拙稿「ヨーロッパ私法の新たな動向―消費者の権利に関する指令提案について―」京都学園法学五九号五七頁(二〇〇九)及び同指令試訳は拙稿「消費者の権利に関する欧州議会及び理事会の指令に関する提案(試訳)」京都学園法学六〇号六一号A号併号七一頁(二〇一〇)。

- (17) 指令提案の考慮事由一六。

- (18) PE442.789. 以下で扱う、指令制定過程における基本的な資料は、原則として、次のURLで閲覧可能である。
[http://www.europarl.europa.eu/cell/popups/ficheprocedure.do?reference=2008/0196\(COD\)&EN\(二〇一五/二一〇六アクセス\)](http://www.europarl.europa.eu/cell/popups/ficheprocedure.do?reference=2008/0196(COD)&EN(二〇一五/二一〇六アクセス))。

- (19) PE452.514.

- (20) この提案では、「一義的な表示又は返品」とされており、表示の一義性は返品には求められていないように読める。

- (21) ST 16933 2010 INTF.

- (22) A7-0038/2011.

- (23) PE445.885.

- (24) P7_TA (2011) 0116.

- (25) CRE 23/03/2011 - 20. 冒頭シムハープ氏 (Andreas Schwab) による説明参照。
- (26) P7_TA (2011) 0293.
- (27) P7_TA (2011) 0293に開催された旨の記述がある。
- (28) 訪問販売契約 (旧三三二条一項二文)、通信販売契約 (旧三三二条一項二文)、割賦販売契約 (旧五〇八条一項一文) で返還権が認められていた。
- (29) Unger, ZEuP 2012, 270, 279.
- (30) BT-Drs. 17/12637, 60 Sp. 1.
- (31) 筆者が関与した Unger, ZEuP 2012, 270, 279が、国内法上、実際上は Schmidt, VuR 2013 448, 454及び Hohlweger/Ehmann, GWR 2014, 211, 213が指摘している。
- (32) MünchKommBZ, 7. Aufl. zu § 355, Rn. 41.
- (33) Schmidt, VuR 2013 448, 454; Janak, WM 2012, 2314, 2320.
- (34) ドイツの瑕疵担保責任に関する近時の議論を紹介するものとして古谷貴之「ドイツ売買法における売主の瑕疵担保責任に関する一考察」産大法学四七巻二号一頁 (二〇一三年) がある。
- (35) Hoffmann/Schneider, NJW 2015, 2529.
- (36) Hoffmann/Schneider, NJW 2015, 2529, 2532.
- (37) Hoffmann/Schneider, NJW 2015, 2529, 2533.
- (38) Hoffmann/Schneider, NJW 2015, 2529, 2533.
- (39) 考慮事由四四及び BT-Drs. 17/12637, 60 Sp. 1.
- (40) BT-Drs. 17/12637, 36 Sp. 1.