

特商法の改正とネガティブ・オプションの 犯罪化の可能性について

大 下 英 希*

目 次

1. はじめに
2. 特商法2021年改正
3. ネガティブ・オプションの解釈上の問題
4. ネガティブ・オプションを犯罪化できるか
5. おわりに

1. はじめに

特定商取引に関する消費者保護を目的とする特定商取引に関する法律（以下、本稿では特商法と称する）の改正及び特定商品等の預託等取引契約に関する法律（以下、本稿では預託法と称する）の改正を中心とする「消費者被害の防止及びその回復の促進を図る為の特定商取引に関する法律等の一部を改正する法律」案が2021年6月衆参両院で可決成立し、同16日に公布された。今般の改正は「消費者の脆弱性に付け込む悪質商法に対する抜本的な対策強化、新たな日常における社会経済情勢等の変化への対応のため、特定商取引法・預託法等の改正による制度改革によって、消費者被害の防止・取引の公正を図る」ことを目的としている。

改正の内容は多岐にわたるが、大きく分けると特商法の改正と預託法の改正に分けられる。特商法については、1 通販の「詐欺的な定期購入商

* おおした・ひでき 立命館大学大学院法務研究科教授

法対策], 2 送り付け商法対策, 3 消費者利益の擁護増進のための規定の整備がふくまれ, 預託法については, 1 販売預託の原則禁止, 2 預託法の対象範囲の拡大, 3 消費者利益の擁護増進のための規定の整備が含まれており, また, 消費者裁判手続特例法も合わせて改正されている。

これらの改正理由の中心にあったのは, 健康商品の販売預託商法によって延べ1万人, 2100億円の被害を出したとされ, 2017年末に倒産した「ジャパンライフ」問題がある¹⁾。それらの問題に対応するために2020年, 当時の衛藤晟一内閣府特命担当大臣は消費者庁に対し, 時代に即応した実効的な法制度を検討するように指示を出し²⁾, 「特定商取引法及び預託法の制度の在り方に関する検討委員会(以下, 本稿では単に検討委員会と表記する)」が消費者庁内に設置され問題に対応するための法整備について議論することとなった³⁾。

結論として, 販売預託商法は原則禁止とされ罰則も設けられた。この預託法の改正については改めて論じることとしたいが, 本稿はその議論の過程の中で出てきた特商法改正中の送り付け商法(ネガティブ・オプションともいう)の改正について論じるものである。

ネガティブ・オプションの改正は, 預託商法に対する対応の議論がいったん落ち着いた第4回検討委員会の議論の中の「『新しい生活様式』の中でのトラブルへの対応」という項目の中で提案, 議論されたものである。

1) なお同社のオーナーらは2020年に詐欺罪で逮捕・起訴されている。販売預託商法については2019年には消費者委員会から「いわゆる『販売預託商法』に関する消費者問題についての調査報告」(https://www.cao.go.jp/consumer/iinkaikouhyou/2019/doc/20190830_houkoku1.pdf [2021年12月28日閲覧])が出され, また「いわゆる『販売預託商法』に関する消費者問題についての建議」(<https://www.cao.go.jp/consumer/content/000016764.pdf> [2021年12月28日閲覧])が出されるなどその取り締まりが大きな問題として取り上げられていた。

2) 2020年1月31日衛藤内閣府特命担当大臣記者会見要旨 (<https://www.caa.go.jp/notice/statement/eto/018830.html> [2021年12月28日閲覧])。

3) そのほかに経済のデジタル化・国際化に対応したルール整備として, デジタル・プラットフォーム企業が介在する消費者取引についても議論されている。

この背景には2020年初頭から国民生活センターに相談として寄せられていた、マスクなどの送り付けの事案があったと思われる⁴⁾。

このような送り付け商法は悪質商法の中でも古典的なものに分類され、1976年の訪問販売法制定当時から規定がある。その後も時代に応じて増減はあるものの、ここ10年の相談件数で見れば約2,000件から約7,000件の間で推移している。相談としては、健康食品、海産物の送り付けについて国民生活センターから注意喚起がされている⁵⁾。2020年度は2013年度に次いで多い6,663件となっており、主な商品としては①他の保健衛生用品（35.2%）、②商品一般（18.2%）、③他の身の回り品（3.2%）となっている⁶⁾。

ネガティブ・オプションについては、特商法59条に規定があり、改正以前は販売業者が売買契約に基づかずに、売買契約の申込みをし、かつその申込みに係る商品を送付した場合には、その商品の送付があった日から起算して14日を経過する日（商品の送付を受けた者がその商品の引き取りを請求した場合における請求の日から7日を経過する日）までに、送付を受けた者が

4) 国民生活センター「PIO-NETにみる2020年度の消費生活相談の概要」(https://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20210805_1.pdf [2021年12月28日閲覧]) 4頁。もっとも、問題とされていたマスクの送り付けについては、代引きを悪用した詐欺まがいのものから、請求書なども入っておらずその後代金の請求もなかったとされる事案も含まれている。消費者庁の作成したチラシ (https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_policy/pdf/200415_1100_representation_cms214_01.pdf [2021年12月28日閲覧]) も、「封筒に入った使い捨てマスク30枚が宅急便で届いた。家族も全く心当たりがない。請求書は入っていないが、今後どうすればいいか。」とする相談とされており、どのような実害があったかはっきりしない。このように国民生活センターへの相談は相談者に財産的な損害が生じていないものも含まれている。その中にはどこかの誰かがマスクがない状況に対して無作為に（送料を払ってまで）マスクを届けた、という純粋に善意であった可能性が絶対になかったとまではいえないようにも思われる。

5) 国民生活センター2013年9月30日発表「健康食品の送りつけ商法に新たな手口 現金書留封筒を同封して送りつけ、脅迫めいた口調で支払いを迫る！」(https://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20121101_1.pdf [2021年12月28日閲覧])、同2021年12月26日公表「カニの送りつけ商法に注意！」(<https://www.kokusen.go.jp/mimamori/pdf/shinsen152.pdf> [2021年12月28日閲覧])。このカニの送りつけ商法については全国的に問題となっており、各地の自治体も注意喚起の発表を行っている。

6) 国民生活センター・前掲注(4) 10頁。

その申込みについて承諾せず、かつ、販売業者がその商品の引き取りをしないときは、その送付した商品の返還を請求することができないと定めていた。

その規定が検討委員会での議論、国会での審議を経て

特定商取引法第59条

販売業者は、売買契約の申込みを受けた場合におけるその申込みをした者及び売買契約を締結した場合におけるその購入者（以下この項において「申込者等」という。）以外の者に対して売買契約の申込みをし、かつ、その申込みに係る商品を送付した場合又は申込者等に対してその売買契約に係る商品以外の商品につき売買契約の申込みをし、かつ、その申込みに係る商品を送付した場合には、その送付した商品の返還を請求することができない。

2 前項の規定は、その商品の送付を受けた者が営業のために又は営業として締結することとなる売買契約の申込みについては、適用しない。

第59条の2

販売業者は、売買契約の成立を偽つてその売買契約に係る商品を送付した場合には、その送付した商品の返還を請求することができない。

と改正され、売買契約に基づかずに商品を送付した場合には、販売業者は即座にその返還を請求できないこととなった。

検討委員会においては、ネガティブ・オプションについてその悪質性に疑いはなく、より強い規制をするべきであるという見解でまとまっていたことからこのような改正に至ったものと思われる。また、ネガティブ・オプションに関する論考においては、ネガティブ・オプションを犯罪化する提言も行われている⁷⁾。

7) 尾島茂樹「ネガティブ・オプションに関する一考察——その理論的問題点と法改正の方向——」クレジット研究32号(2004年)282頁(以下、尾島(2004年)という)、特に286頁。同「ネガティブ・オプションに関する一考察・改正に向けた再論」消費者法ニュース126号(2021年)18頁、特に20頁(以下、尾島(2021年)という)。

筆者はかつて、特商法59条をめぐる、特に刑事法からの関心に基づく解釈論について論じたことがある⁸⁾。拙稿は特商法59条をめぐる最大の問題点は売買契約に基づかずに送付された物の所有権の帰趨であり、その所在がどこにあるかによって刑法的な問題が生じるのではないかというものであったが、今般の改正を受けて特商法59条の解釈はどのようなものとなるのかについて改めて論じようと思った次第である。

また拙稿発表当時から犯罪化をすすめる論者の主張があったが、それに対して拙稿では犯罪化することには消極的な結論をとった。今般の改正を受けて、その結論の妥当性についても今一度検証することとしたい。

そこで本稿ではまず、今般の改正の背景及び検討委員会での議論を概観し、そこで検討・議論された内容を踏まえた上で、ネガティブ・オプションの持つ法解釈上の問題を再度検討し、最後に犯罪化論に対して検討を加えたいと思う。

2. 特商法2021年改正

(1) 検討委員会報告

上述のように大臣からの指示により2020年1月に消費者庁内に検討委員会が設置された。第1回の検討委員会は2020年2月18日に開催された。その後2020年8月19日まで6回開催⁹⁾され最終的に報告書¹⁰⁾としてまとめら

8) 拙稿「特定商取引法五九条の刑法上の問題」西南法学論集39巻4号（2007年）93頁以下。

9) 第1回は2020年2月18日に開催され、第2回が書面会議で4月に開催されたあとはおよそ月に1回開催され2020年8月19日に第6回が開催されている。検討委員会の資料及び議事録については、消費者庁のホームページで公開されている。（https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_transaction/meeting_materials/review_meeting_001/〔2021年12月28日閲覧〕）。

10) 特定商取引法及び預託法の制度の在り方に関する検討委員会報告書（令和2年8月19日）（https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_transaction/meeting_materials/assets/consumer_transaction_cms202_200819_03.pdf〔2021年12月28日閲覧〕）。

れた。

第1回の検討委員会で示された方針は、消費者の脆弱性に付け込む悪質商法への対策強化、経済のデジタル化・国際化に対応したルール整備の2点であり¹¹⁾、前者の論点として①悪質ないわゆる「販売預託商法に対する実効性のある対策」、②消費者の脆弱性を狙った悪質商法への法執行の強化・迅速化、③被害者救済の抜本的強化が挙げられ¹²⁾、①は預託商法¹³⁾を、②は過量販売、適合性原則違反¹⁴⁾を中心に、③は預託法の改正を中心に上げるもの¹⁵⁾とされており、後者の論点として、経済のデジタル化に対応したルールの整備、経済の国際化に対応したルールの整備が挙げられていた¹⁶⁾。

このようにネガティブ・オプション規制は当初の基本的な方向性の中には含まれてはなかったが、上述のように第4回以降の議論を受けて最終的に報告書の中でネガティブ・オプションの規制について触れられている。

報告書では「消費者の脆弱性につけ込む悪質商法の手口の巧妙化・複雑化には、断固とした対応をする必要がある。具体的には、法執行の強化はもちろん、消費者利益の擁護及び消費者取引の公正確保の推進のため、消費者被害を発生させる悪質事業者（「共通の敵」）にターゲットを絞った実効的な規制等を新たに措置する抜本的な制度改革を実行すべきである¹⁷⁾」

11) 第1回検討委員会資料4、消費者庁「消費者取引をめぐる現状と検討の観点」(https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_transaction/meeting_materials/assets/consumer_transaction_cms202_200219_05.pdf〔2021年12月28日閲覧〕)12頁。

12) 消費者庁・前掲注(11)13頁。

13) 消費者庁・前掲注(11)14頁以下。

14) 消費者庁・前掲注(11)21頁以下。

15) 消費者庁・前掲注(11)26頁以下。

16) 消費者庁・前掲注(11)12頁。その中ではデジタル・プラットフォームを経由した取引等に係るルール整備、詐欺的インターネット通販(アグレッシブ通販)や悪質お試し商法等に係るルール整備、やらせレビューに係る規制の在り方等、越境取引に対応するための方策等が挙げられている。

17) 検討委員会報告書・前掲注(10)3頁。

という基本的な方向性が示されたうえで、販売を伴う預託等取引契約の原則禁止や、詐欺的定期購入商法への対応、デジタル・プラットフォームを経由した取引等への対応、国際化への対応に対する提言がなされた。

そして報告書の中に「V 『新たな日常』における課題への機動的な対応」という章が設けられ、

近時の新型コロナウイルス感染症を巡る社会不安につけ込むように、自宅に留まっている消費者をターゲットとした、マスクの「送り付け商法」が問題化している。まずは、いわゆるネガティブ・オプションについては、消費者が送付された商品の代金支払義務を負っていないことの周知を強化すべきである。さらに、こうした「送り付け商法」は、何ら正常な事業活動とはみなされないものであることに鑑み、販売業者による消費者への一方的な商品の送り付けについては、諸外国の法制も参考に制度的な措置を講じる必要がある¹⁸⁾。

との提言がなされた。同章では「十分かつ確かな情報をしっかりと持った（well-informed）『賢い消費者』を育成する取組を強化していくこと」や、「暮らしのレスキューサービス」に関連して行われる詐欺的な手口による消費者トラブルへの厳正な対応を進めていくことが重要とされている。

このように、当初の検討方向にはなかった「『新たな日常』における課題への機動的な対応」という視点がどのように出てきたものであり、その中でネガティブ・オプションをめぐるどのような議論がなされたのかを確認してみよう。

(2) 検討委員会

(ア) 第1回から第3回まで

第1回の検討委員会では、委員長である河上正二から「今は我々の共通の敵であります、そうした犯罪的な組織的な詐欺行為をやっている事業者

18) 検討委員会報告書・前掲注(10)10頁。

というか、そういう人たちに対して、そういう組織的な詐欺行為というものに対して、消費者をどう守るか、消費者の被害が生じた場合に、どうやったら速やかにその被害が回復できるかということ、みんなで知恵を出し合って、ここで考えていく必要があります¹⁹⁾」との発言があったのちに、上述の資料4についての説明が行われた。各委員がその説明に基づいて意見を述べたところで終了し、特にネガティブ・オプションについては全く議論されていない。

第2回の検討委員会はコロナ禍のこともあり書面審議で行われ、消費者の脆弱性に付け込む悪質商法への対策強化、特に預託商法について各委員が書面を提出している。その中の有田芳子委員提出の書面の中に「新型コロナウイルス（COVID-19）対策に乗じた詐欺など」の項目で対策について触れられている²⁰⁾にとどまり、特にネガティブ・オプションに関する議論はない。第3回の検討委員会は「販売を伴う預託取引などの現状について」という資料に基づいて販売預託商法の規制について議論がされ、原則禁止の方向でまとめることが確認された。

(イ) 第4回検討委員会における説明

第4回の検討委員会は、2つめのテーマである経済のデジタル化・国際化に対応したルール整備について議論がされることとなった。冒頭、事務局が提示した「デジタル化に伴う課題等について」という資料に基づいて説明がされた。その中では1 詐欺的な定期購入商法への対応、2 デジタル・プラットフォームにおける消費者取引の増大を踏まえた対応、3 国際的な越境取引への対応という項目が設けられた。そして、最後に4 「新しい生活様式」の中でのトラブルへの対応という項目が設けられ、そ

19) 第1回検討委員会議事録 (https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_transaction/meeting_materials/assets/consumer_transaction_cms202_200311_01.pdf [2021年12月28日閲覧]) 3頁。

20) 第2回検討委員会有田委員提出資料 (https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_transaction/meeting_materials/assets/consumer_transaction_cms202_200422_05.pdf [2021年12月28日閲覧])。

ここで初めてネガティブ・オプションについての話が出されている²¹⁾。

この点に関する事務局の説明は「特商法にネガティブ・オプションに関する規定がありますけれども、その相談というのが毎年3,000から7,000の、多少波があるのですけれども相談があって、やはりこういったコロナの非常時と言いますか、そういう状況を見てですね、非常に攻撃的な商法を展開する人も出てきている。こういったものに対してどう考えるのか」というわずかな説明にとどまる²²⁾。

そこで問題とされていたネガティブ・オプションの例は事務局によれば

注文した覚えのないマスクが届いた。

荷物が届いたので開封してみると、マスクが50枚入っていたが、頼んだ覚えがない。請求書は入っていないが、中国語で書かれた製品合格証が入っていた。送り状には国内の事業者の名称と住所が書いてあるが、電話番号の記載はない。

というものである。またネガティブ・オプションについて「購入の申込みをしていない者に一方的に商品を送りつけ、相手方から商品の返送又は購入しない旨の通知がない場合は、勝手に購入の意思ありとみなしてその代金を請求する行為」と説明されている。なお、ここで気になるのは上記例においては代金を請求する行為がない、という点であるが、これについては「なお、請求書が同封されていない場合であっても、事前に何等の契約もない状態において勝手に商品を送付すれば、商品を送った行為が申込み行為にも該当する場合が多いであろう」と説明されている²³⁾。

21) 第4回検討委員会資料2 事務局「デジタル化に伴う課題等について」(https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_transaction/meeting_materials/assets/consumer_transaction_cms202_200422_05.pdf [2021年12月28日閲覧]) 9頁。

22) 第4回検討委員会議事録 (https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_transaction/meeting_materials/assets/consumer_transaction_cms202_200825_05.pdf [2021年12月28日閲覧]) 6頁。

23) 事務局・前掲注(21) 38頁。

また、国民生活センターが「『経済のデジタル化・国際化に対応したルール整備』について」という資料²⁴⁾を提出しており、その中でもネガティブ・オプションに関する規制の必要性が説かれている²⁵⁾。松本恒雄理事長の説明では、代引きを利用して消費者に払わせるタイプが紹介され、代引きや収納代行等による場合払ってしまうと救済が困難になる、と指摘されている²⁶⁾。

また国民生活センターが挙げている例は、上述の代引きを利用したもののほか、代引き商品を受け取り拒否できず代金を払ってしまった例、発送元の情報を教えてもらえない例が挙げられているほか「注文した覚えのないマスクやアルコール消毒液などが届いたという送り付け商法に関する相談が寄せられているが、代金の支払いを請求されないケースや請求書等が同封されていないケースが多い(傍点筆者)」という例が挙げられている。

ここで挙げられている代金の支払いを請求されないもの、請求書が同封されていないものについて送り付け“商法”と呼べるのかについて気になる場所である。

以上の説明に対して、一部の委員から規制に賛同する意見が相次いだ。その中では「まともでない商法²⁷⁾」「悪質商法そのもの²⁸⁾」「かなり悪質²⁹⁾」などの評価が相次いだ³⁰⁾。

24) 第4回検討委員会資料3 国民生活センター「『経済のデジタル化・国際化に対応したルール整備』について」(https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_transaction/meeting_materials/assets/consumer_transaction_cms202_200629_03.pdf [2021年12月28日閲覧])。

25) 国民生活センター・前掲注(24)15頁以下。

26) 第4回議事録・前掲注(22)9頁以下。

27) 第4回議事録・前掲注(22)20頁(沢田登志子委員発言)。

28) 第4回議事録・前掲注(22)23頁(池本誠司委員発言)。なお、池本委員からの提案のほか海外の事情が紹介されている。第4回検討委員会池本委員提出資料(https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_transaction/meeting_materials/assets/consumer_transaction_cms202_200629_07.pdf [2021年12月28日閲覧])6頁以下。

29) 第4回議事録・前掲注(22)26頁(鹿野菜穂子委員発言)。

30) そのほかにも規制に賛同する意見として、樋口一清委員、正木義久委員、増田悦子委員

これらの委員の賛同を得て最後に河上委員長から『『送り付け商法』に関しては、私が今日皆様の御意見を伺っている限りでは、これは『通常のビジネスモデルとしてはあり得ない行為である』との認識を皆様お持ちであると受け止めました。その意味では、場合によっては原則禁止という方向で問題を捉えていくことが必要ではないかと考える次第です。これは行政的規制という場面でもそうですし、私法上の規制というところでも考えていくべきではないかと思えます³¹⁾』といった形でまとめられ、改正の方向がこの時点で決まったといえる。

（ウ）第5回検討委員会

第5回では、「特定商取引法及び預託法の制度の在り方に関する検討委員会報告書骨子（案）³²⁾」が事務局から示され、それをめぐって委員が意見を述べるという形で進められた。

同案においては、

新型コロナウイルスを巡る社会不安の中、自宅にとどまっている消費者をターゲットに、マスク等の「送り付け商法」が問題化。こうしたいわゆるネガティブ・オプションについては、消費者が送付された商品の代金支払義務を負わないことの周知を強化。さらに、こうした「送り付け商法」は何ら正常な事業活動とはみなされないものであることに鑑み、販売業者による消費者への一方的な商品の送り付けについては、諸外国の法制も参考に必要な制度的な措置を検討。

と示されている³³⁾ものの、事務局からは特に説明はなかった。

この案に対し、吉村幸子委員から「送り付け商法の規制につきまして

員、松岡萬里野委員の意見があった。

31) 第4回議事録・前掲注(22)42頁(河上委員長発言)。

32) 第5回検討会資料2「特定商取引法及び預託法の制度の在り方に関する検討委員会報告書骨子(案)」(https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_transaction/meeting_materials/assets/consumer_transaction_cms202_200728_02.pdf〔2021年12月28日閲覧〕)。

33) 検討委員会・前掲注(32)5頁以下。

は、消費者の保管期間を現在の14日間から短縮するなど、消費者の負担を減らす方向で進めていきたい³⁴⁾」、松岡委員から「ネガティブ・オプションについては、期間を問わず販売者の権利は失われることという風にしていただきたい³⁵⁾」、増田委員から「ネガティブ・オプションの禁止、あるいは一切の支払い義務を負わないことの明確化をお願いします。この度のマスクの送り付けや、数年前に多かったカニの送り付けなど、社会に応じた勧誘が繰り返されています。ネガティブ・オプションが禁止されていることを周知することで、これまで仕方なく払ってしまっていたり、不安になって混乱していた消費者にとっては有益かと思えます³⁶⁾」、永沢裕美子委員から「送り付け商法というのはとんでもない、あり得ない商売です。消費者が何かアクションをとらなければ救済されないというのはとんでもなくあり得ないことでございます。外国の法規制を参考にさせていただき、実効性のある救済の方法をお願いしたいと思います。ここは法律で用意していただきたいと思っております³⁷⁾」といった意見が述べられた。

なお、池本委員は提出資料の中で「法規制の方策としては、現行特商法59条の『14日経過後は返還請求権を失う』との規定から、経過日数を問わず代金請求権・損害賠償請求権を失うとする民事規定を設けることと、指示対象行為として行政規制を加えることと併用することが、諸外国の趨勢であり実効性確保の点でも必要である³⁸⁾」との意見を出している。

(エ) 第6回検討委員会(最終回)

第6回検討会においては事務局から「報告書(案)」が提示され、上述

34) 第5回検討委員会議事録(https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_transaction/meeting_materials/assets/consumer_transaction_cms202_200825_06.pdf〔2021年12月28日閲覧〕) 8頁(松岡委員発言)。

35) 第5回議事録・前掲注(34) 10頁(松岡委員発言)。

36) 第5回議事録・前掲注(34) 12頁(増田委員発言)。

37) 第5回議事録・前掲注(34) 17頁(永沢委員発言)。

38) 第5回検討委員会池本委員提出資料1「報告書骨子案に対する意見」(https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_transaction/meeting_materials/assets/consumer_transaction_cms202_200728_05.pdf〔2021年12月28日閲覧〕) 4頁。

の報告書と同じ文言案が提案された³⁹⁾。これに対して、増田委員から「ネガティブ・オプションの禁止、あるいは一切の支払義務を負わないということについての明確化は是非お願いします。支払請求はなくても送り付けられると不安に思うことから、コロナウイルス感染症拡大に便乗したマスクの送り付けについて、相談が激増しました。PRのために消費者に送る場合は、PRであることや規約等、費用負担が無いこと、廃棄してよいこと、個人情報はどこから取得したかなどについて表示する義務を課していただきたいと思います⁴⁰⁾」という意見が述べられて、ネガティブ・オプションについては特に修正なく報告書（案）が採択された。

（オ）小 括

以上の次第で、検討委員会はネガティブ・オプションに関する上述の方向性を示すこととなった。検討委員会では、ネガティブ・オプションの問題が増えているということを前提に、その悪質性が所与のものとされていた。その上で海外の規制例を参考に特商法59条の規制を強化する方向で意見がまとまっていったという経緯であったといえる。

この報告書では具体的な改正については示されておらず、報告書を受けて消費者庁において法案がまとめられて、2021年第204回国会に提出されて国会で議論されることになった。次に国会での議論を概括しよう。

39) 第6回検討会資料2「報告書（案）」(https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_transaction/meeting_materials/assets/consumer_transaction_cms202_200819_02.pdf〔2021年12月28日閲覧〕)10頁。前掲注（28）で池本委員が紹介した諸外国の制度、EUの制度の紹介にふれられている。なお、諸外国の立法例を紹介したものとして、葉袋真司ほか「諸外国における送り付け商法等の規制と日本法への示唆——ネガティブ・オプション規制の見直しの議論に向けて」現代消費者法48号88頁以下及び各注に掲載の文献を参照のこと。

40) 第6回議事録 (https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_transaction/meeting_materials/assets/consumer_transaction_cms202_200902_01.pdf〔2021年12月28日閲覧〕)5頁。

(3) 2021年改正

(ア) 衆参両院での議論

第204回国会に法律案が提出され、本会議での趣旨説明の後、衆議院消費者問題に関する特別委員会に付託された。なお同委員会は、ネガティブ・オプションに関する改正を含む同法律案のみならず、「取引デジタルプラットフォームを利用する消費者の利益の保護に関する法律案」及び消費者の利益の擁護及び増進に関する総合的な対策に関する件について調査するものでありその取り扱う内容は多岐にわたることから、特にネガティブ・オプションにかかわる部分についてみていくこととする。なおネガティブ・オプションに係る法律案は提案通り可決され、現行法文と同じであるから再掲しない。

同法律案は同委員会及び衆議院本会議で可決された⁴¹⁾あと、参議院に送付された。参議院では地方創生及び消費者問題に関する特別委員会に付託された。同委員会において可決されたあと参議院本会議でも可決され⁴²⁾6月16日公布された。なお、ネガティブ・オプションに係る特商法の改正については2021年7月6日に施行されることとなった。

(イ) 両特別委員会での議論

衆参の両特別委員会においては、ネガティブ・オプションの改正について多岐にわたって議論がされた。その中でも特に、①なぜ今般の改正によってネガティブ・オプションが禁止されなかったのか、②ネガティブ・オプションに係る所有権の帰趨について、③特商法59条の適用範囲、特に誤送付・誤配達について、④ネガティブ・オプションと詐欺罪の関係について、という点に関する議論が、今後の解釈に当たっての基本的な視座を提供していることから、以下で委員と立法担当者とのやり取りを確認しておこう。

41) 2021年5月18日第204回国会衆議院本会議第27号3頁。

42) 2021年6月9日第204回国会参議院本会議29号9頁。

① なぜ今般の改正によってネガティブ・オプションが禁止されなかったのか

この点については複数の委員からネガティブ・オプションを禁止しないのか、との質問が行われたが、消費者庁の担当官は「悪質事業者の方は、送りつけた商品の代金や送料に相当する額を損することになるため、送りつけるインセンティブを失うことになろうかと考えております。したがいまして、送りつけ商法による消費者被害の未然防止等に資する制度となっている」と答弁している⁴³⁾。この後複数の委員から同様の質問が出されるが担当者は基本的に同じ答弁を繰り返している。

② ネガティブ・オプションに係る所有権の帰趨について

ネガティブ・オプションに係る議論の中でかねてより1つの焦点となっていた所有権の帰趨についても議論されている。ここは今後の議論の根幹にかかわる重要なやり取りであるから、やや長くなるが委員と政府参考人のやり取りの部分を摘示する。

○ 申田委員 日本維新の会の申田誠一です。

予定した質問の前に一問だけお願いしたいんですが、先ほど牧原委員が質問された送りつけというのは大変大事な質問だったんだなと思ひまして、少しちょっと追加で質問させていただきたいんですが、五十九条に、返還を請求することができないというふうに書かれていると思うんですけども、この所有権というのはどういう状況になっていると理解したいんでしょうか。

要するに、処分の中には使用も入るというのが答弁にありまして、ここはもう本当に大事なことで、周知徹底していただかないと、もったいない

43) 2021年4月27日第204回国会衆議院消費者問題に関する特別委員会議録第7号3頁以下（片桐一幸政府参考人発言）。なお参議院の特別委員会においては意見を述べた政府参考人から「私も、いや、どうしてその禁止しないのかというところはちょっと分からない状態です。あとは、今回、二週間という曖昧な部分がなくなりますから、効果はあるのではないかと。送っても、もう効果は出ると思いますけど、でも禁止はしませんから、ちょっとまだ被害的なものは残る可能性はあるとは思ひます。」といった内容の発言も見られる（2021年5月26日第204回国会参議院地方創生及び消費者問題に関する特別委員会議録第11号12頁〔釜井英法参考人発言〕）。

から使った、だから代金を払わなきゃいけないと勘違いをする人も多いと思うので、ここは、使っても代金は払わなくていいんだということだという答弁をされていて、これは本当に周知徹底していただきたいんですが、この商品の所有権というのはどういうふうになんて法律上はなっていると考えていいんですか。

○片桐政府参考人 お答えいたします。

諸外国の法制によっては、送りつけ商法によって送付された商品を贈与として扱い、所有権を移転させる制度もあるというふうに承知しております。

しかしながら、我が国における法制全体も踏まえた送りつけ商法に係る規定の在り方を検討した結果、当事者間の合意なく、ある者の所有権を剥奪し、他者に与えるという法的論理構成については、財産権との関係の整理など、極めて慎重な検討が必要であると判断するに至ったところでございます。

このため、消費者が送りつけられた商品をどう扱っていか分からないという不安定な状況や、もしかすると送りつけた者から返還請求をされるのではないかと心配を払拭するため、より実用的な規定として、消費者が頼んでもいないものを一方的に販売業者が送りつけた場合は、その販売業者は商品の返還を請求することができないと規定することとしたものでございます。

○串田委員 今聞いていてはっきりしなかったと思うんですけども、結局、所有権というのは誰が持っているというふうに最終的には我が方(原文ママ)は決めたんですか。要するに、使ってもいいということであれば、所有権は消費者に移ったと考えるんですか。どういうふうになんて法律上は構成するんですか。

○片桐政府参考人 所有権の御指摘でございますけれども、今般の法改正によりまして、消費者から見ると、送りつけられた商品は直ちに処分等ができることになるということでございます。事業者の側はその返還の請求をすることができないということで、消費者保護は図られるということでございます。

○串田委員 だから、返還請求できないというのは分かったんですけども

ども、債権的に。物権的な所有権というのはどうなっているのか答えられないんですか、この法律は。

○片桐政府参考人 所有権につきましては、憲法上の所有権の規定との関係がございまして、この送りつけ商法についての今回の法改正は、所有権との関係については申し述べることは控えたいと思いますけれども、返還の請求をすることが事業者はできなくなるということで消費者保護を図るという趣旨のものでございます。

○串田委員 今、憲法二十九条のことだと思うんですけども、そうすると、消費者が使用することができるというのは、所有権はその瞬間、使用者に移るんですか。二十九条で保護しなきゃいけないからそれは述べないと言っただけけれども、使用者は消費していいわけでしょう。その所有権というのは、その瞬間、消費者に移ると考えるんですか。その瞬間、送り主は所有権を放棄したと構成するんですか。

○片桐政府参考人 お答えいたします。

憲法の所有権の問題に立ち入るということではなくて、不当利得の、利得の返還請求ですとか、そういった民事上の手当てをするという趣旨で今回の法改正を提案しているということでございます。

○串田委員 不当利得でいいんですか。そういうふうにははっきりと断言されていいんですね。

そうすると、その不当利得した後に、これはいいなと自分が判断して契約をしてしまったという場合のその契約は、無効ということになっていいですね。消費者が所有権を持ったわけだから。

○片桐政府参考人 お答え申し上げます。

一方的に商品を送りつけるということでございますので、契約は成立をしていないということでございますので、代金を支払う義務というのは発生しないということでございます。

○串田委員 所有権という基本的なことの説明ができないという、ひどい法律ですよ、そうなっちゃうと。所有権はちゃんと説明できないと、どうなっているのか。

最終的にできないでいいですか、説明が。

○片桐政府参考人 お答えいたします。

財産権を移転するという事は、憲法上保障された財産権の不可侵というものを侵すということになってしまいますので、財産権との関係については慎重な検討を要するものというふうに考えてございます。

○串田委員 だったら使用できないじゃない、消費者が。所有権は送り主にあるままなんでしょう。返還できないという債権的な規定は書いてあるけれども、所有権はまだ送り主にあるんだったら、どうして消費者は使用したり処分できるんですか。二十九条で所有権は大事だといって答えながら、消費者はそれは使用していいというのは、所有権の説明ができていないじゃないですか。

○片桐政府参考人 お答え申し上げます。

所有権の問題については、先ほどの憲法上の問題がございますので、慎重な検討が必要だということでございます。

特商法におきましては、一方的に送りつけられた商品につきまして、消費者が今回の法改正で直ちに処分等を行うことができるということで、事業者の側から見ますと、返還請求権がなくなる、そういう法改正の手当てをするという趣旨のものでございます。

○串田委員 堂々巡りになってしまいますけれども、返還請求することができないというのは債権的なことでしょうか。そして、消費者の方が、それでもいいという契約自体はしちゃいけないんですか。この契約は、返還請求することはできないけれども、自分が使ってみて、いいものだと思って、代金も払おうと思う消費者自体の契約は否定するんですか。

○片桐政府参考人 お答え申し上げます。

商品の一方的な送りつけというのは、商品が送りつけられるということ、それから、事業者の側から契約の申込みがあるということでございます。

一方で、そういう申込みがなされていて、それに対して、消費者が自主的な判断でなされる、契約をするということはあるかと思えますけれども、一方的な送りつけというものについては、そもそも契約が成立していないということでございますので、今回の五十九条の二の規制の対象になるということでございます。

○串田委員 今、質問は、その契約自体は有効なんですかと聞いたわけでしょう。それに対して、有効かどうか答えてくれないと、分からない

じゃない。

○高田政府参考人 御質問が、受け取って、消費者が、これは自分が払わなきゃいけないんだというふうな誤解をしないで、完全にこれは送りつけ商法である、本来は払わなくていいんだけど、これは気に入ったからお金を払いたいというふうに考えて払うという御趣旨だとすれば、それは、送りつけではなくて、新たに消費者の方から契約の意思をすることによってございまして、その場合は有効になると思います。

ただし、それがあくまでも、事業者が送りつけたことによって誤認している、払わなきゃいけないと思っているのであれば、それは有効ではありません。

○串田委員 またちょっと重大な発言をしましたけれども、そうすると、消費者の方から新たな申込みをしたということになるんですか。

返還することができないと言って不当利得と言ったんですから、所有権はその瞬間に消費者に移るという前提で不当利得と言われたんでしょう。その後、今度、気に入ったら契約をすることができるというのは、物権的な所有権で説明できるんですか。矛盾するじゃないですか。

○高田政府参考人 まず、本件の法律は、所有権がどうなるというものではございません。

そういった上で、委員がおっしゃられているのは恐らく、全く、送りつけられたものを払わなきゃいけないとかそういう誤解、誤認ではなくて、法律の趣旨も分かった上で、いや、これはお金を払いたいんだということになれば、新たな申込みということになりますが、ただ、単に、送りつけられてきたから払わなきゃいけないと思って新たにそれを払ってしまうというのは、これは契約が成立していないので、払う必要はございません。

○串田委員 払う、払わないと言っているんじゃないで、所有権はどこにあるんですかと聞いているんですよ。債権と物権というのは民法に書いてあるでしょう。ちゃんと個別にそれを説明できないと、法律じゃないじゃないですか⁴⁴⁾。

やや長く引用したが、ここでのやり取りで立法者は今回の立法においても

44) 委員会議録第7号・前掲注(43)25頁以下。

従来と同じように所有権は移転せず、不当利得の返還請求権の否定、すなわち不法原因給付と同じような法律関係で考えていることがわかる。

立法者の理解によれば所有権をはく奪したり他者に与えたりという法律構成をとらずして、返還請求をすることができないこととすればよいと考えたということであろう。なお、消費者庁の違う担当官の発言によれば、旧法の14日を経過すると返還請求できないという期間が縮められただけであり「我々の理解としては、そのときの整理では、所有権が移るか移らないか、そういうふうな整理はせずに、しかし、返還請求ができないということなので処分できるというふうに整理され、長年運用されてきたものでございます⁴⁵⁾」との答弁があるが、立法当時もそれ以降も所有権の所在については議論の対象となっていたことについての配慮が不十分であるようにも思われる。

なおこの点について、特別委員会に政府参考人として出席し意見を述べた有識者からは、不法原因給付に関する返還請求ができないことの反射的効果として所有権が移転するという説明⁴⁶⁾や、送り付けを贈与の申し込みとみる見解⁴⁷⁾、贈与とみなすことができるとする見解⁴⁸⁾が述べられているものの、結局のところ所有権の帰趨については今回の改正では明確にされていない。

③ 特商法59条の適用範囲、特に誤送付・誤配達について

この点は上述の所有権の帰趨とも関連する問題であるが、販売業者を問

45) 委員会議録第7号・前掲注(43)27頁以下(高田潔政府参考人発言)。

46) 2021年5月11日消費者問題に関する特別委員会議録第8号16頁(河上参考人発言)。なお、Aという人に渡そうと思ったのをBという人のところへ送ってしまったときにその物の所有権はなお送付主にあるということを前提としているようである。後にこの誤送付・誤配達の点が問題となる。

47) 委員会議録第8号・前掲注(46)16頁(石戸谷豊参考人発言)。

48) 委員会議録第8号・前掲注(46)16頁以下(池本政府参考人発言)。なお、なぜ贈与とみなすことができる、と理解するかについて、有害な商品で廃棄するのに逆に費用が掛かるようなものを送りつけられた場合に、所有権が当然に消費者に移るとすると、それも困るという点が考慮されているようである。

わず、売買契約にかかわらず、いかなる契約にも基づかないで送付された物品については、すべからく返還請求できないと解してよいかという質問に対し、消費者庁の担当者は、「送りつけ商法として規定の適用を受けるのは、契約がないにもかかわらず商品を送付し、かつ売買契約を申し込む行為であります。なお、その際、売買契約の申し込みはないと販売業者が主張したとしても、売買契約の申し込みがあったかどうかは客観的に判断されることとな⁴⁹⁾」ると答弁している。さらに、誤送付された場合について受領者にどのような義務があるかという質問に対しては、民法の一般原則が適用され、勝手な処分ができず、また送付を受けた者が利益を受けていれば、その返還義務が生じうるということになる答弁している⁵⁰⁾。

さらに宛名の者以外の者が使ってしまった、消費してしまった場合に条文上の適用はどうか、という質問に対して、宛名の者と同居する家族が当該宛名の者の指示や依頼によって処分をすることは可能であるが、（Aという家に送る予定だったのがBという家に送られたという）誤って送付された商品については、送りつけ商法の規定は適用されず、送付を受けた者は当該商品を自由に処分することはできないということになると説明している⁵¹⁾。その説明を受けて委員から、「そもそもが犯罪行為なんですよ。やっちゃいけない行為なんですよ。返還を請求できないというんですから、送りつけている人は返還を期待していないんですね、犯罪行為を行っているわけですから。そうすると、誤配送というもののリスクをどちらが負うかという話の中で、送りつけている人間の返還を保護するのか、誤配送ということで過って消費した消費者を保護するのかということの、この

49) 2021年5月13日第204回国会衆議院消費者問題に関する特別委員会議録第9号5頁（片桐政府参考人発言）。

50) 委員会議録第9号・前掲注（49）5頁（片桐政府参考人発言）。立法者は施行後もこの点は堅持している。消費者庁のチラシによれば、「注文していないのにあなた宛てに届いた商品」（下線部ママ）としていることからわかる。もっとも後に検討するように、業者の悪質性に着目するのであれば誰に送付したかは関わりないようにも思える。

51) 委員会議録第9号・前掲注（49）15頁（片桐政府参考人発言）。

利益衡量をどうするのかと聞いているんですよ。誤配送を間違っただけで処分したことについての過ちというのは、確かに大臣の御指摘のとおり、あります。しかし、送りつけること自体が詐欺的行為だ、詐欺行為だ、詐欺罪に該当するんだと昨日もおっしゃられていましたが、犯罪行為なんですよ。誤配送したことに対して、それを返還することを配送した側が主張することを認める方がいいのか、それとも、誤配送で過って処分した消費者を保護する方がいいのかということを消費者庁としてお答えいただきたいんです⁵²⁾」と質問したが、それに対しては「誤配送と送りつけの関係ということでございますけれども、五十九条に規定される送りつけ、すなわち、商品を一方的に送付し売買の申込みをするその行為は、先ほど来申し上げているとおり、何ら正当性のない詐欺行為に当たるものでございます。これについて、消費者がそれに対して何ら、契約が成立していないので代金を支払う必要もございませんし、何ら消費者が不利益を被ることがないように、今回の法改正の手当てをしたものでございます⁵³⁾」と答弁したにとどまり、この問題の処理については不透明さが残ったように思われる。

④ ネガティブ・オプションと詐欺罪の関係について

委員から、ネガティブ・オプションは、何ら正常な事業活動とみなされず、一切正当性のない行為であり、一方的に送り付けた商品について代金を支払わなければならないと誤認させて代金を請求する行為は、詐欺行為であるという認識であるとする、送りつけたことで実行の着手になるのか、購入の契約をしようがしまいが、送り付けをしたことによって詐欺罪の未遂罪が成立するので犯罪が成立するのではないかと、という質問⁵⁴⁾に対し、「この新しい制度については、コロナ禍での消費者の置かれた特殊な状況に乗じて詐欺的な行為を行おうとする悪質業者も見られることから、消費者庁としては、積極的に周知広報、普及啓発を行っていく方針でござ

52) 委員会議録第9号・前掲注(49)16頁(申田委員発言)。

53) 委員会議録第9号・前掲注(49)16頁(片桐政府参考人発言)。

54) 委員会議録第9号・前掲注(49)14頁以下(申田委員発言)参照。

います」と述べるにとどまっている⁵⁵⁾。

この今般の改正に関する啓発についても衆参各委員会において議論され、その議論は参議院付帯決議の「8 送り付け商法により注文がないのに一方的に送り付けられた商品は、消費者が直ちに処分しても代金支払義務や損害賠償責任を負わないことを分かりやすく消費者に周知すること」という形で結実した⁵⁶⁾。

(4) 小 括

従来からネガティブ・オプションの規制については、消費者の保管義務の問題と所有権の帰趨が論点となってきた。今般の改正の目的は前者の問題を解決することにあると思われる。というのも、今般の改正においては、立法者のいったように、旧法の14日を縮めて、業者が所定の商品を送付した場合にはその時点から返還を請求できないのであるから、受領者に保管義務が生じる余地はないと思われるからである。

もっとも所有権の問題をたなざらしとしたままの今回の改正にはやはり問題があるように思う。特別委員会における、旧法でも所有権の問題には触れておらずその点は変わらないという立法担当者からの説明に対する「その当ても曖昧だったわけですよ。曖昧なものを、曖昧だったので、これでそのままいかせてくださいではなくて、今度は、本当に困っている方を、被害者を救うということですよ。被害者を救うには、被害者が分かりやすく、理解できないといけないわけですよ。だから、あらゆる処分ができますよ、これは所有権があなたに移ったんですよと言えば、所有者の人も、これはもう自分のものなんだと思うわけですよ。だから、何をやってもいい。だから、自分のものなんだから、あえてお金を払う必要もない

55) 委員会議録第9号・前掲注(49)15頁(片桐政府参考人発言)。なお、2021年5月28日第204回国会参議院地方創生及び消費者問題に関する特別委員会議録第12号21頁(柳ヶ瀬裕文委員発言)も参照。

56) 2021年6月4日第204回国会参議院地方創生及び消費者問題に関する特別委員会議録13号19頁。

わけですよ。もう一度、政府部内でしっかり認識の統一をした方がいいと思うんですけども、どうですか⁵⁷⁾」という指摘は、重要であるように思われる。

さらに、この所有権問題をたなざらししたまま14日の保管期間を撤廃したことによって、異なる問題が生じているように思われる。上に紹介したように、誤送付・誤配達の問題が生じるからである。この誤送付・誤配達の問題は、結局受領者を保管義務から解放することができなくなるおそれがある。

以上の確認を踏まえたうえで、ネガティブ・オプションの従来の論点を確認するとともに、今般の改正がどのような影響をもたらしたのかについて論じていこう。

3. ネガティブ・オプションの解釈上の問題

ネガティブ・オプションについては、特商法の前身である訪問販売法が制定された当時からすでに規定があった⁵⁸⁾。旧法ではネガティブ・オプションにおいては注文していない物品がいきなり送りつけられてくるものの、所有権は依然として送付者の側にあることから、受領者には一定期間の保管義務があるとされ、他方で一定期間経過後においては返還請求ができなくなることの効果として当該物を処分することが可能であるとされるものの、所有権が移転しない中で“他人の物”を処分することについては法律上の問題が皆無であるとはいえないといった点で問題が生じていた。それらの点について、従来の議論を確認しながら、今般の改正がその議論にどういう影響があるかについて論じてみる。

57) 委員会議録第7号・前掲注(43)28頁(井上一徳委員発言)。

58) ネガティブ・オプション規制の歴史については尾島(2004年)・前掲注(7)290頁以下、同稿の注(5)に記載された各文献および拙稿・前掲注(8)57頁以下参照。

(1) 保管義務

上述のように、旧法では一定期間は手元に保管しておく義務があったといえる。というのも一定期間経過後においては返還を請求できないということは、少なくとも一定期間は送付者に所有権が残り、受領者はその返還請求に応えるという意味での保管義務があると解されていたからである。もっとも、その保管義務の根拠と内容について民法400条の善管注意義務がないことについては共通していると思われるが、自己の財産に対するのと同一の注意を持って保管すべき義務があるかどうかについては争いがあった⁵⁹⁾。

今般の改正で販売業者が商品を送付した時点で送付した商品の返還が請求できなくなったことによってこの保管義務の問題は解消され、商品の受領者は即座に処分することが可能となった。したがって、典型的なネガティブ・オプションにおける保管義務の有無、程度という論点は今般の改正によって消滅したといえる。

立法者はこの改正により送り付け商法の被害は漸次減少していく方向へ進むと考えているようであるが、旧法においても14日間（業者に引き取りを請求すれば7日間）保管しておけば任意に処分することが可能だったにもかかわらず、上述のように送り付け商法の相談件数が一定数存在していたのであるから、単に保管期間をなくす改正をしたからといって「送り付け事業者は送り付けた商品の代金や送料に相当する額を損することとなり、送り付けるインセンティブを完全に失うこととなるため、送り付け行為による消費者被害の防止に向けた対策を抜本的に強化することとな⁶⁰⁾」るわけではないことは当然のことといえよう。その意味で、参議院が付帯決議として消費者に周知することが求められていることについてきちんと対応していくことが必要である。

他方、保管義務の期間がなくなったことによって新たな問題が生じる可

59) 拙稿・前掲注(8) 61頁以下参照。

60) 委員会議録13号前掲注(56) 17頁（高田政府参考人発言）。

能性がある。旧法では、受領者を錯誤に陥れて代金を支払わせようとする悪質な業者であれ、善意であれ、サンプル送付であれ少なくとも一定期間は送付者に所有権があり、所有権に基づく返還請求が可能であった。したがって、仮に誤送付・誤配達が発生したとしても一定期間内に返還を請求すれば少なくとも民法上の権利関係ははっきりしており、大きな問題は生じなかったように思われる⁶¹⁾。しかし、改正によって商品送付時点から返還を請求できない、受領者は商品を受け取った時点から商品を処分することが可能となったと解する場合には、純粋な誤送付・誤配達の場合、受領者はどのようにふるまうべきか(ことが可能か)が問題となるであろう。

もっとも、この点は送付時点で送付者が所有権を失い受領者に所有権が移転すると解するのか、送付者は送付したとしても所有権自体は失わずただ返還を請求することができないと解すべきなのかによって、結論が変わり得るように思われるから、まずネガティブ・オプションにおける所有権の帰趨という問題を取り上げてみよう。

(2) 所有権の帰趨

民法上の問題としては、保管期間もなく、返還請求ができずに即時に処分可能であれば一応の問題解決が図られているといえよう。もっとも刑法学の観点からいえば、この所有権の帰趨の問題は重要である。なぜなら、受領者が受け取った商品を処分した場合、送付者に所有権が残っているのであれば、なお「他人の物」の損壊として、刑法261条が成立する余地があるようにも思われるからである⁶²⁾。

61) 誤送付誤配達の問題は、旧法であっても14日経過後に受領者が処分した場合に、旧法59条が適用され何らの義務も負わないのかという点が問題であったと思われるが、通常誤送付誤配達の場合はすぐに(遅くとも14日以内には)連絡が来ることが多かっただろうし、その間であれば返還請求に応じる必要があったから大きな問題として理解する必要はなかったといえる。

62) なお、誤送付された物を使用した場合、業者から委託されたとはいえないから委託物横領罪は成立しないであろうが、誤送付により業者の占有を離れたものを横領したとして

旧法も現行法も、定める法効果は返還請求権の否定のみであり所有権については述べるところがない。この法の趣旨については様々な説明がされてきた。大別すると、①送付と一定期間の経過によって所有権が移転するという見解⁶³⁾、②無償の贈与と解する見解⁶⁴⁾、③返還請求ができないことの反射的效果として所有権が移転するという見解⁶⁵⁾、④所有権は移転しないという見解⁶⁶⁾などが主張されていると思われる。

①の見解は、手形の即時取得、遺失物の取得と同様とみなすというものである。②の見解は、ネガティブ・オプションの悪性から商品の送付を無償の贈与とみなす、あるいは事業者は送り付け時点において商品を自由に処分されてもやむを得ないと認識しておりその場合は贈与となることを黙示的に含んでいるとする。③の見解は、不法原因給付に関する最高裁判例⁶⁷⁾を参考に、物の返還を請求できなくなったときは、その反射的效果として、目的物の所有権が受領者に移転するとするものである。④の見解としては、「所有権を有する者が明確であるにもかかわらず、所有権が移転することとするのは、民法の所有権原則に照らしてあまりにも唐突に過ぎ、法制度上の問題があるためである。すなわち、民法上、ある動産又は不動産の所有権の移転なり取得なりは、当事者間の合意がある場合以外においては、当該動産等の所有者が不明の場合ないし不明と擬制し得る場合に限られており（民法第192条（即時取得）、第195条（動物の占有による権利の

、占有離脱物横領罪が成立する余地はあるようにも思われる。

63) 竹内昭夫ほか「座談会 特殊販売の実態と法規制」ジュリスト645号（1977年）27頁（竹内発言）。伊藤進『消費者司法論』（信山社出版 1998年）83頁は無償の贈与とみなしている。尾島（2004年）・前掲注（7）287頁も参照。

64) 坂東俊矢「消費者に対する送り付け商法の法律構成を考える視点」消費者法ニュース126号（2021年）23頁。齊藤雅弘ほか編『条解消費者三法（第2版）』（弘文堂 2021年）1297頁（齊藤雅弘執筆分）。

65) 今村ほか編『注解経済法下巻』（青林書院 1985年）919頁（飯田泰雄執筆分）。

66) 消費者庁『特定商取引に関する法律・解説（平成28年版）』（商事法務、2018年）435頁以下。

67) 最判昭和45年10月21日民集24巻11号1560頁。

取得)、第240条(遺失物の拾得)等)、本件についてこのような要件はあてはまらないため」であるとするものである。今改正における国会での消費者庁の説明はこれに沿うものであり、これに従えば特商法59条の規定は所有権の移転について定めた規定ではなく、所有権は依然として送付者の側にあるということになる⁶⁸⁾。

刑法学的な観点から見ると、商品の受領者による使用・処分を刑罰威嚇から解放するためには、特商法59条の返還を請求することはできないという文言を手掛かりに、所有権が移転するとして「他人の物」ではないと解するか、所有権が移転しなかったとしても送付者はその物を自由に利用・処分されてもよいという黙示の同意があるとして構成要件該当性あるいは違法性を阻却するという方法がふさわしいように思われる。消費者庁のいう私的財産に係る憲法29条の規定に配慮するのであれば、返還請求できないということから自由に処分されることへの同意を見出すという解釈をとるべきであろう⁶⁹⁾。

他方、憲法上の問題に加えて、所有権が送付者に残るという見解の背後には、送付によって所有権が移転してしまうとすると送付された商品が危険な物品あるいは処分に一定の費用と手間がかかるような場合に、受領者に費用負担等が必要となることは不合理であるとの考慮が働いているともいえる⁷⁰⁾。送付の時点で所有権の移転を認めればよいとする論者の見解も理解できるが、受領者としてはいらぬものの所有権が手元にあったとしても迷惑なだけであるし、所有権が移転してしまうと、業者に対して着払いで返還しようとした場合に受け取りを拒絶される場合も想定される。これではかえってその処分や管理について費用を供出する負担を受領者に課

68) もっともその後続く「しかし、返還請求権が消滅すれば、その反射効果として所有権も主張できなくなるので、法律効果として差異は生じないものと考えられる」という部分は③の主張に沿うものとも考えられるが「所有権が主張できない」の趣旨ははっきりとしない。

69) 拙稿・前掲注(8)88頁以下。

70) 注(48)参照。

してしまうこととなろう。

業者にそのような処分費用の負担や返送を受領させるためにも、受領者が処分をしたとしてもそれに対して何らの請求もできないが、所有権は業者に残っておりその処分等の負担を負わせるという解釈をとった方が受領者の保護に厚いといえるかもしれない。

(3) 誤送付・誤配達問題

さて、以上のように今回の改正においても所有権の帰趨については明確化されていないが、受領者は受け取った時点から自由に処分することができるかと規定されていると解した場合、国会で議論されていた商品の誤送付・誤配達の際に大きな問題が生じるように思われる。次のいくつかの例を検討してみよう。

- ① 業者甲が、A宛に売買契約に基づかずに代金請求書を同封して商品を送付したところ、Aの家族がその物を開封・処分した。
- ② 業者甲が、A宛に売買契約に基づかずに代金請求書を同封して商品を送付しようとしたところ、誤ってBの家に送付され、BはA宛の品物と知りながらその物を処分した。
- ③ 業者甲が、A宛に売買契約に基づいて代金請求書を同封して商品を送付しようとしたが、内容物を取り違えて注文していない商品を送付してしまい、Aがその物を処分した。
- ④ 業者甲が、A宛に売買契約に基づいて代金請求書を同封して商品を送付しようとしたところ、誤ってBの家に送付され、BはA宛の品物と知りながらその物を処分した。

これらの例の内①、②については上述のように、立法担当者は①の場合、宛名の者の依頼があれば処分可能であるが、②の場合は任意の処分はできず保管する義務があるとしている。もっとも、委員からの質問にあったように送付時点で既に所有権を失い受領者に所有権が移転すると構成するのであれば、宛名の者ではなかったとしてもその処分は可能となるよう

に思われる。条文上要件とされているのは、行為者が販売業者であること、申込者等以外の者に対して、売買契約の申し込みをすること、その申込みに係る商品を送ること、であるから、これを単純に適用するのであれば、処分者は受領者であればよく宛名の人物である必要はないようにも読める。

問題は③である。これも、販売業者が申込者等に対して、売買契約に係る商品以外の商品につき売買契約をし、かつその申込みに係る商品を送付しているのであるから、この場合も自由に商品を処分できることとなるように思われる。しかし、この場合Aは当該業者が誤配送した可能性について認識しうる可能性があると思われるが、それでも自由な処分に任せてよいかについてはさらに議論する必要があるだろう。

この点、ドイツ民法242条aは注文なき給付について事業者の請求権を否定しているが、2項において「給付が受領者に向けたものとして定められず、又は誤った発注の観念で行われ、かつ、受領者がこのことを認識していたか、又は取引において必要な注意を払えば認識することができたであろうときは、法律上の請求権は、排除されない⁷¹⁾」と規定しており、このような規定を備えていれば②または③の場合に、受領者が自分あてではないこと、または内容物が誤っていることを認識しえた場合には、返還請求権は失われないということが明確になる。しかし、このような規定を欠く改正法においては、②、③のような事態に適切に対処できないように思

71) ドイツ民法241条a1項は「強制執行措置若しくはその他の裁判所の措置に基づかずに売却される動産(商品)の提供又は事業者による消費者に対するその他の給付は、消費者がその商品又はその他の給付を発注しなかったときは、消費者に対する請求権の根拠とはならない」と定めている。ドイツ民法の訳は、山口和人『基本情報シリーズ②ドイツ民法Ⅱ(債務関係法)』(国立国会図書館調査及び立法考査局, 2015年)3頁によった。なおドイツ民法241条aはEUの通信取引指令(97/7/EC)をドイツ国内法化する際に2000年に追加されたものであり(この経緯については拙稿・前掲注(8)68頁以下参照)、その後消費者権利指令(2011/83/EU)の国内法化として改正された。そこでは1項に物品の定義が加えられたこと及び3項が改正された(以上につき、寺川永「ドイツにおける送り付け商法等の規制について」消費者法ニュース125号(2020年)74頁以下参照)。

われる。

立法者は適用がないとするものの、仮に②の場合でも返還は請求できないと解する場合、④はどうなるであろうか。④の場合は甲は売買契約に基づいて商品を送付しているからその意味では59条の対象外である。他方で、Bからしてみれば売買契約に基づかない商品を受領しているから59条の対象ともいえる。

④の場合には59条の適用を受けないから何らかの支払い義務が生じるとすると、②と④でBの認識に差はないから、結局のところ売買契約に基づかずに商品が送付されてきた受領者であっても保管義務を負うか又は当該物を処分した場合に何らかの支払い義務が生じる可能性がある。したがって、結局Bは当該物を長期間にわたり保管するか、業者への連絡、業者への返送といった対応をせざるをえなくなる。

これを回避するためには、論者が主張するように⁷²⁾、特商法59条から“売買の申し込み”という要件を削除又は無視して、注文していない商品を受領した場合は、送付者の故意であれ過失であれ、悪意であれ善意であれ、全て処分可能とする解釈が考えられる。しかしながらそうすることによって今度はネガティブ・オプション規制が対象としようとした悪質な業者のみならず、誤って送付してしまったまっとうな業者、あるいは正当な購入者に送付したにもかかわらず配達業者のミスで誤配達されてしまった場合に、販売業者あるいは配達業者に受領者がした処分の負担を強いることになるが、特商法がそのような民法の基本ルールにかかわることまで規律できるわけではないようにも思われるし、今般の改正がそこまで思い切ったものではないことは、上述の立法者の説明からも明らかである。

結局のところ、注文していない商品が手元に来たからといって受領者に処分できない可能性が残されたことで、立法者がいうほど簡単に受領者の不安が解消されるわけではないと思われるし、消費者に分かりやすい形で

72) 葉袋ほか・前掲注(39)96頁。

広報することもできなくなっているように思われる。以上の点を考えると、注文していない商品を受領した者は、結局のところ業者からのアクションがあるまで当該物を保管することにならざるを得ず、今般の改正は事態を複雑化させただけの結果に終わったとも言い得る。

(4) 小 括

以上、従来特商法59条をめぐる争われてきた、保管義務及び所有権の帰趨について改正時の立法段階での議論を基に若干の検討を加えてきた。今回の改正は、従来最大14日間あった保管期間をなくすことによって、悪質な業者のインセンティブを失わせることを目的としていた。他方で、所有権の帰趨については不明確なままである。この組み合わせは、従来はあまり問題とならなかった、誤送付や誤配達といった、悪質ではないかもしれない業者についてもこの規制の中に取り込むこととなり、かえって正当な業者の利益を不当に侵害する可能性が考えられる⁷³⁾。その可能性が残る以上、受領者としても当該物を受領しただけでは任意に処分できない可能性があり、結果的に保管義務が残ることになるように思われる。

これに関連して、上で若干触れたが、特商法59条が「売買契約の申込み」を条文上の要件としているにも関わらず、改正時の議論では必ずしもそれが前提とされていないという点がやや気になるころではある。改正の契機とされたマスクの送り付け商法では、マスクのみが送られてきて請求書等がなかったとしても、「事前に何等の契約もない状態において勝手

73) 旧法であれば少なくとも14日間は返還に係る費用を負担することで商品を取り戻すことは可能であった。なお、郵便物が宛名以外の家に届けられることを誤配達といい郵便法42条は「郵便物の誤配達を受けた者は、その郵便物にその旨を表示して郵便差出箱に差し入れ、又はその旨を会社に通知しなければならない。② 前項の場合において誤ってその郵便物を開いた者は、これを修補し、かつ、その旨並びに氏名及び住所又は居所を郵便物に表示しなければならない」と規定しているから、上記②の事例においてその物を処分することは郵便法42条と抵触するおそれがある。

に商品を送付すれば、商品を送った行為が申し込み行為にも該当する場合が多いであろうから」返還請求はできない、すなわち59条の適用を受ける、としている。

これを送り付け「商法」と呼んでよいのであろうか。もし送付しただけで59条の適用を受けるとすれば、例えば、エコバックを送付しその中に寄付のお願いを入れたもの⁷⁴⁾や、純粹に厚意からマスクの送付を行ったものも「まともでない商法」「悪質商法そのもの」「かなり悪質」との評価を受けることになってしまうように思われる。

もっともそのような場合は、そもそも無償の贈与にあたるから問題は生じないとの反論が考えられるが、それは特商法59条があくまでも代金を請求する＝売買契約の申込みがあることを前提としているからである。本改正で保管義務の問題がなくなった以上、ネガティブ・オプションの悪質性の本質は売買契約の申し込みにあるのではないかと、という点が問題となるのである。

逆に無償の贈与だから問題が生じないともいえない。なぜなら、望まないものを押し付けられることそのものが迷惑な行為であり⁷⁵⁾、その処分に一定の行為が要求されることが悪質性の本質ともいえるからである。

以上のように考えてみると、今回の改正においてネガティブ・オプションは悪質そのものであるという前提から始められた議論が不十分であったのではないかという疑念が払しょくできない。想定されるさまざまな類型を考慮しながら、ネガティブ・オプションの悪質性の本質はどこにあり、どのような規制がふさわしいのかについて諸外国の例を参考としながら

74) 筆者が実際に経験したものである。突然、某国際機関からエコバックが送られてきて、その中に寄付のお願いが同封されていた。なお、寄付のお願いの上には「感謝のしるしとしてささやかな品物を同封させていただきました」と記載があった。

75) このように商品の送り付けによる所有権の押し付けを認めるべきではないので、単に所有権が移転するような規定とすべきではないとする見解として、浅野永希ほか「特定商取引法59条の解釈と問題点——ネガティブ・オプションにおける保管義務と所有権の帰趨——」消費者法ニュース125号（2020年）69頁参照。

も、消費者問題に詳しい実務家や財産法の専門家などを交えた詳細な議論が必要ではなかつたらうか。

さらに、ネガティブ・オプションについては詐欺的商法として法律で禁止すべき、犯罪化すべきとの主張がみられるところである。最後にその点について検討してみよう。

4. ネガティブ・オプションを犯罪化できるか

(1) 犯罪化の内容

ネガティブ・オプションについては、注文のない商品の送付を罰則付きで禁止する立法を求める見解がある⁷⁶⁾。ただ具体的なあり方ははっきりとしない。現行法を前提とする限りでは、次のような規定となるであろうか。

59条1項(案)

販売業者は、売買契約の申込みを受けた場合におけるその申込みをした者及び売買契約を締結した場合におけるその購入者(以下この項において「申込者等」という。)以外の者に対して売買契約の申込みをし、かつ、その申込みに係る商品を送付した場合又は申込者等に対してその売買契約に係る商品以外の商品につき売買契約の申込みをし、かつ、その申込みに係る商品を送付してはならない。

2項(案)

前項の場合において、販売業者は商品の返還を請求することはできない。

3項(案)

第1項、第2項の規定はその商品の送付を受けた者が営業のために又は営業として締結することとなる売買契約の申し込みについては適用しない。

76) なお、尾島(2021年)・前掲注(7)19頁は規制の中に役務の提供を含める趣旨であると思われるがその点はひとまずおいておく。

70条⁷⁷⁾（案）

次の各号のいずれかに該当する者は、三年以下の懲役又は三百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

- 一 第六条，第二十一条，第三十四条，第四十四条，第五十二条，第五十八條の十又は第五十九条第1項の規定に違反した者
- 二 （略）。

なお，現行法59条の2⁷⁸⁾における送付行為は，詐欺罪における実行の着手行為であり特商法に特別の禁止規定がなくても刑法上すでに禁止されていると解されるから⁷⁹⁾，この規定はそのような場合にも販売業者は返還を請求できないとしている規定であると考えられる。

(2) ネガティブ・オプションの悪質性

ネガティブ・オプションの悪質性はどこにあるか。典型的なネガティブ・オプションは，売買契約のない商品を送付し，その中に「気に入った場合は購入をお願いします」「返送なき場合は購入したものとみなします」などの文言を書いた紙とともに請求書を入れるというものである⁸⁰⁾。

改正前のネガティブ・オプションは，このようなものを送りつけられた受領者は，商品が気に入らず売買契約を締結しない場合にはその所有権を

77) 70条1号は，不実告知，事実不告知，契約申込みの撤回又は解除を妨げるための威迫困惑行為，公衆の出入りする場所以外での勧誘といった特定商取引の規制の根幹といえる罰則規定であるから，詐欺的行為の前段階ともいえる送り付け行為の処罰としてはこの位置がふさわしいように思われる。

78) 販売業者が，売買契約の成立を偽ってその売買契約に係る商品を送付した場合である。判例によれば，商品到着時点で着手が認められるものと思われる。

79) もっともそのような場合を詐欺未遂罪よりも軽く処罰する趣旨なのであれば，特別の規定を設けて詐欺未遂罪の適用を排除することが必要となるが，既に売買契約が成立していると偽って代金の交付を求める行為は詐欺罪における欺罔行為にほかならないと思われる。さらに言えば，そのような行為が詐欺罪になるのは“販売業者”に限られないのであるから，59条の2を“販売業者”に限定する必要もないと思われる。

80) 商品の送付とは別に電話やメールによって代金を請求するというケースもある。齊藤ほか・前掲注（64）1290頁以下参照。

取得することはないから、送付者からの返還請求に応えるために商品を保管する必要がある。このように無用な保管義務を課すところにネガティブ・オプションの悪質性があると説明されていたと思われる。

今改正において送付時点で返還請求ができなくなったことによりこの保管義務が課されることはなくなった。そうするとネガティブ・オプションはただの贈与と同じでありそこにインセンティブはなくなるから、ネガティブ・オプションを犯罪化するまでもなく姿を消していくことになる。ただし、そのためには国民に広く特商法59条の規定が知られていることが前提となる。

このほかにネガティブ・オプションの悪質性を基礎づけるものは何であろうか。ネガティブ・オプションには、上記以外にさまざまなバリエーションが考えられるが、受領者の誤信に乗じて代金を支払わせるタイプのもは基本的に詐欺罪によって摘発すべきものである。例えば、代引で商品を買ったと誤信させて代金を支払わせるものは、1項詐欺罪に該当する。

また、開封した場合には購入したものとみなしますという紙が、開封後にしか見えないように同封されている場合も同様である。購入意思なく開封したとしてもそれが購入意思を示すことはあり得ないにもかかわらず、そのような意思を表示したものと誤信させて代金を請求、支払わせる点は、代引きを利用したものと変わりがない⁸¹⁾。

したがって、今回の改正によって売買契約に係る商品以外の送付をしたことによって返還請求権が否定されることとなり、原則的に送り付け商法において売買契約が成立することはないのであるから、受領者の誤信を利用して経済的な損失を生じさせることを意図しているものは詐欺罪としてネガティブ・オプションとは区別して摘発しなければならない⁸²⁾。

81) もっともこの場合は商品の状態がどのようなものであったかということが焦点となると
思われ実際上の摘発には困難が伴うとは思われる。

82) 特定商取引法の罰則の法定刑は最長で3年以下であるから、10年以下の懲役を定める

ネガティブ・オプションの例として、商品を送りつけるのみで特に請求書が入っていないもの、後ほど請求されることがないものが挙げられることがある。このような場合でも悪質といえるであろうか。この場合、実質的に見ても「売買契約の申込み」がないのであるから、特商法59条の適用を受けないのではないかと思われる。そのような場合特商法の適用を受けないと考え、送付者の側に所有権のみならず返還請求権も残ることとなるから、受領者には保管義務が課されることになる。このような保管義務が課されることが悪質であるとするならば、特商法59条から「売買契約の申込みをし、かつ、その申込みに係る」という文言を削除しなければならない。

もっともその削除は、上で問題にした誤送付・誤配達のかかなり広い場合が特商法59条の範囲に含まれることになり、却って混乱が大きくなり、特商法59条の規定に含まれる行為の中には要罰性の高くないものが含まれることとなるように思われる。

(3) ネガティブ・オプションを犯罪化することはできるか

上述のような詐欺的要素を含む要素を除いた場合⁸³⁾のネガティブ・オプションの悪質性が、どこにあるのかという問題ははっきりとしない。少なくとも今般の改正は典型例においては受領者を保管義務から解放するものであり、消費者に特商法59条の規定が周知されれば重ねて刑罰化する必要性が高いようには思われぬ。

むしろ送付時点から返還請求することができないと定めることによって、売買契約に基づかない商品の送付は正当な売買契約の申込みとはいえないことが前提とされることになった。このことによって、商品の送付に

↘詐欺罪によって摘発すべきである。

83) そのような詐欺的要素がある場合を含めて特商法で規制すべきとする見解はあり得ると思われるが、詐欺罪が成立する場合は刑法246条1項により10年以下の懲役となるのであるから、特商法59条が当該場合を軽く処罰する特別法として機能するとも解されることになり、詐欺罪と特商法の住み分け論という議論が必要になる。

対して受領者を誤信に陥らせて財産的損害を生じさせるもの⁸⁴⁾を詐欺罪として摘発する道を開いたといえるから、逆にネガティブ・オプションを犯罪化する必要はなくなったともいえると思われる。

今後のネガティブ・オプションに係る被害の状況を見たうえで何が必要な規制なのかについて考えていくことが必要であろう。

5. おわりに

以上、2021年に行われた特商法の改正の内、ネガティブ・オプションの改正について検討してきた。

訪問販売法立法時点のネガティブ・オプションの規制は注文していない商品を送付し、受領者に商品の保管という無用な負担を負わせる、あるいは損害生じさせる点が問題であることから、一定期間の経過後業者の返還請求を否定することによって、受領者を負担から解放するという目的で定められたものであった。

旧規定においては、商品受領後において受領者の側においてなお契約をする余地が残されていた。つまり、まずお試しで利用してみて、気になったならば契約に応じるという可能性を留保していたといえる。つまり、そのように商品を送りつける業者にも悪質ではないものも含まれている可能性があった。しかし、その商法が成立しうるには気に入らなければ契約に応じる必要はないし最長14日以内に業者が引き取らなければ自由に処分できるという特商法の規定が周知徹底されていることが必要であった。にもかかわらず国民生活センターに寄せられる相談件数が一定数に上っていたということは、この点の周知が完全にははかられていなかったことを意味し

84) なおお金を支払われたとしても商品を受け取っているものであるから財産上の損害はなく詐欺罪は成立しないとの反論も考えられるが、刑法学上、いわゆる相当対価の支払いがあったとしても、財産交付の基礎となる重要な事項を偽って被害者を錯誤に陥らせて財物を交付させた場合には詐欺罪が成立するとの理解が一般的である。最決平成22年7月29日刑集64巻5号829頁参照。

ている。

今回の改正において、上記のような業者の商法はほぼ完全に成立しなくなった。売買契約に基づかない商品送付は原則として取り返すことができないし、もしその時点で商品の所有権が移転することを前提とするならば、受領後に売買契約を締結することもできないからである。

しかし、結局のところ新しい規定が有効に機能するかは、消費者の側でこの規定の存在が広く知られているかどうかにかかっているのではないかと思われる。また、一定の業者の商行為を規制するのであるから、悪質とされるネガティブ・オプションがなくなっていくような努力が今後とも継続して行われることが期待される⁸⁵⁾。

本稿で検討してきたように、今回の改正は受領者の誤信に乗じて代引きを利用して代金を支払わせたり、契約義務があるように思わせて契約を迫るような悪質なものについて詐欺罪として立件することを可能にするものである。ネガティブ・オプションを減らしていくためには、市民に対して本規定を周知していくような消費者教育とともに、悪質な業者を確実に摘発・立件していくという捜査当局の努力が必要なのであり、単に法令を作っただけに終わらせてはならないことを重ねて要望して本稿を閉じようと思う。

85) 代引きを利用した詐欺商法を行う者から代金を返還させるために代引きを依頼した業者の情報が適切に開示されるような制度も必要である。