

特定商取引法五九条の刑法上の問題

大 下 英 希

目次

第一章 はじめに

一 問題設定

二 ネガティブ・オプションをめぐる問題状況

三 本稿の進め方

第二章 特定商取引法五九条の民法学における状況

第一節 特定商取引法の制定過程と法律効果

一 特定商取引法の制定過程と被害状況

二 特定商取引法五九条の法律効果

第二節 特定商取引法五九条の民法学における解釈

一 送付された物の保管義務について

二 所有権の帰趨について

- 1 所有権が移転するとする見解
- 2 所有権が移転しないとする見解

第三節 小括

第三章 英米及びドイツにおける立法

第一節 英米における立法

第二節 ドイツにおける立法とその解釈

- 一 ドイツ民法二四一条 a の制定
- 二 ドイツ民法学における民法二四一条 a の解釈
- 三 ドイツ刑法学における対応
 - 1 構成要件レベルでの修正
 - 2 違法性レベルでの修正

第三節 小括

第四章 検討

第一節 特定商取引法五九条の解釈

- 一 特定商取引法五九条の解釈の検討

二 小括

第二節 法分野間に生じた矛盾と刑法学における修正

- 一 矛盾の解消の方法
- 二 犯罪論体系内での修正
 - 1 構成要件レベルでの修正
 - 2 違法性レベルでの修正

第五章 おわりに

第一章 はじめに

一 問題設定

刑法は犯罪と刑罰に関する法であり、刑法学は現実社会における法益侵害行為について、その要件と限界を探求している。しかし、刑法学は自己完結的なものではない。とりわけ、財産犯の解釈においては他法域、特に民法との関係が重要である。すでに、財産犯の分野では、不法原因給付や二重譲渡、二重抵当の問題が長く議論されており、また近時では誤振込みにおける預金の引き出しに関する犯罪の成否について議論されている。また、刑法解釈において民法との関係のみが問題になるわけではない。民法を中心とする民法全体が問題となる。筆者はかつて、自救行為と財産犯の保護法益について検討した論文の中で、権利の所在を明らかにする民法にのみ従属するのではなく、権利の確認過程や、実現過程をも含めた民事法秩序全体に従属すべきだとする「民事法従属」の必要性について論じた。⁽¹⁾

このような民(事)法従属性は「法秩序の統一性」から求められる。法秩序の統一性とは「憲法、刑法、民法などの多様な法分野から構成されている法秩序に相互矛盾のないことを、より正確に言えば、これら個別の法分野が相互に矛盾・衝突を起さないように解釈されるべきこと⁽²⁾」を意味する。特に法秩序の統一性から要求されるのは、法分野間での矛盾を解消しなければならぬ、つまり、ある法分野が許容する行為を刑法で処罰することは許されない、ということである。刑法解釈学において、ある行為につき形式的に犯罪が成立するように見えたとしても、同じ行為を他法域が許容している場合には、その見解

を修正する必要がある。⁽³⁾ 刑法が他法域と矛盾する場合、その矛盾の解消は、刑法体系内の様々なレベルで行われ得る。その具体例を示すことが本稿の目的である。

本稿においてはその具体例として、ネガティブ・オプションを規制する特定商取引に関する法律（以下特定商取引法と略す）五九条を取り上げる。この問題を取り上げるのには二つの理由がある。

まず、後述のように、特定商取引法五九条はその解釈によっては、刑法と矛盾する結果を生じる。つまり、特定商取引法五九条によって許容される行為が刑法上禁止される行為に当たる可能性がある。そこで特定商取引法五九条の解釈を明らかにし、もし矛盾が生じるのであればそれを解消する必要がある。これが一点目の理由である。

次に、特定商取引法は消費者法に属する法律である。近時の消費者保護の要求の高まりと共に、消費者保護に関する法律が相次いで出されており、消費者法の解釈は民法の基本原則に修正を迫るほどの影響力を持っている。特定商取引法五九条の理解においては、民法解釈と共に、民法と消費者法の関係の理解が不可欠である。民法と特定商取引法がどのような関係にあり、それが民法解釈、特に所有権に関わる問題についてどのように影響しているかを理解することなしに刑法上の問題を解決することはできない。この点が刑法の民事法全体に対する従属性を検討するにあたって、きわめて有力な示唆を与える。これが二点目の理由である。

二 ネガティブ・オプションをめぐる問題状況

本稿では刑法と民事法の関係を理解するために、ネガティブ・オプションを取り上げるが、ここで、簡単にその問題状況を

示しておく。

国民生活センターなど、消費者問題について相談を受ける機関に次のような相談が寄せられることがある。

事例①

名前も聞いたことがない業者から、大きな書籍小包が送付されました。開封すると、中には書籍が五冊入っていました。価格は三万五千円と記載されております。しかし、家族の誰も申し込んでいませんし、書籍の名前や業者名も聞いたことがありません。これら書籍の出版の趣旨、代金の送金方法などが書かれた捺捺状と振込み用紙が同封されていました。購入するつもりは全くありませんが、そのことを業者に連絡したり、書籍を返送しなければならぬでしょうか。⁽⁴⁾

事例②

昨日、郵便配達員が夫宛の代金引換郵便小包を配達してきました。夫が注文したものと思い、請求されるまま二万四〇〇〇円支払って受け取りました。帰宅した夫は、購入の申込みをした覚えはないと言っていますが、何が入っているかわからないので、開封してみました。するとビデオ三巻が入っていましたが、送ってきた事業者についても全く知らないとのことでした。今朝、郵便局に電話したところ、代金はまだ郵便局にありましたが、「開封してしまつたものは引き取れない」と言われ、その後、事業者に振り込まれてしまいました。送付してきた事業者に電話しましたが、何度かけてもつながらないので、「申し込んだ覚えはないので、返金してほしい」と文書を送付したところ、「希望する人だけ買ってもら

えばよく、受け取りを拒否してもらえばよかった。しかし、開封したものは返品を受けない」と文書が送られてきました(5)が納得できません。

このように、「返品なき場合は購入したものとみなします」等の文書と振込み用紙を添付し、注文のない商品を送り付ける商法のことを、「送り付け商法」あるいは、「ネガティブ・オプション」と呼ぶ。また、代金引換郵便を利用して、注文していない物を送り付け、家族の誰かが注文したのかと誤信させ、代金を支払わせ、商品を開封したなどの理由をつけて返金をしないというようなものもネガティブ・オプションの一例である。

このような商法を規制するために、特定商取引法五九条は次のように規定している。

特定商取引法五九条（売買契約に基づかないで送付された商品）

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、その申込みにかか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かかる商品以外の商品につき売買契約の申込みをし、かつ、その申込みにかかる商品を送付した場合において、その商品の送付があった日から起算して十四日を経過する日（その日が、その商品の送付を受けた者が販売業者に対してその商品の引取りの請求をした場合におけるその請求の日から起算して七日を経過する日後であるときは、その七日を経過する日）までに、その商品の送付を受けた者がその申込みにつき承諾を

せず、かつ、販売業者がその商品の引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。

二 前項の規定は、その商品の送付を受けた者のために商行為となる売買契約の申込みについては、適用しない。

民法上、注文のない商品の送付は、契約の「申込み」に当たると解されている。そのような場合、受領者に契約締結の義務はないが、かといって、その商品は販売業者の所有物であり、勝手に処分することはできない。そこで、特定商取引法は商品の送付があった日から一四日が経過した後、あるいは、販売業者に商品の引取りを請求した場合には、短縮されて七日が経過した後は、販売業者は商品の返還請求をすることができない旨を規定する。後述のように、民法の通説によると期限が経過すると、消費者はその物を自由に取り扱うことができる⁽⁵⁾とされている。

この問題に関して、刑法上いかなる問題が生じうるであろうか。

まず、送付者である販売業者に関しては、刑事法上これを直接規制する規定は存在しない。しかし、事例②の場合は家族の中で注文した者がいると誤信させ、その誤信に乗じて代金を受け取ろうとするものであり、場合によっては、詐欺罪が成立する⁽⁶⁾。

次に、受領者である消費者については、期限が経過する前に、代金支払いの意思なくその物を使用、収益、処分した場合、あるいは、その物を損壊した場合、横領の罪または器物損壊罪が成立する。商品の送付は売買契約の「申込み」であって、当該物の所有権は販売業者に属する。よって、これが横領の罪⁽⁶⁾、器物損壊罪にいう「他人の物」であることは明らかである⁽⁷⁾。

問題となるのは、期限が経過した後に消費者が、当該物を損壊、使用、収益、処分した場合である。この場合、特定商取引

法五九条は、販売業者が「その物の返還を請求」できないことを規定し、消費者はその物を自由に取り扱うことができる。こゝまでは明らかである。しかし、同条は文言上「所有権が移転する」とは規定していないのである。そうすると期限が経過した後も、依然としてその物は販売業者の所有物であり、他人の物を損壊、使用、収益、処分した受領者に器物損壊罪、横領の罪が成立する。ここでは民法上、消費者はその物を自由に取り扱うことを許し、刑法上、同じ行為を刑罰によつて禁止するという法分野間の矛盾状態が生まれるのである。

たしかに特定商取引法五九条が「所有権の移転」を定めたものであるなら、矛盾は生じない。しかし、同条が「所有権の移転」を定めたものでないならば、その矛盾を解消するために刑法学は何らかの対応を迫られることになる。

この場合、素朴な法感情として消費者の行為は処罰するに値しない。問題は刑法学上それをどのように根拠付けるかなのである。

三 本稿の進め方

以上のような問題を前提とすると、その考察にあたっては、特定商取引法五九条の解釈が決定的である。よつて、まずこの点に関する我が国の民法学の状況を確認してみることにする。さらに本稿ではこの問題を外国法、特にドイツ法の解釈との比較を用いて検討する。ネガティブ・オプシオンについては、すでに諸外国でもこれを規制する法律ができてゐる。その中でもドイツは我が国と類似した規制方法をとつており、特定商取引法五九条の理解に資するからである。

最後にそこで得られた知見をもとに、我が国の法的状況とそれに対する刑法学の対応について検討することとしたい。

第二章 特定商取引法五九条の民法学における状況

前述のように、特定商取引法五九条について、刑法と民法の矛盾を生じさせるかは、その解釈にかかっている。そこで、まず我が国における民法学の状況を確認することが必要である。ネガティブ・オプションに関しては、一九七六年に制定された「訪問販売等に関する法律」（以下、訪問販売法と略す）が最初の規制である。その後、幾度かの改正を経て、現在の形になっているが、現在の特定商取引法五九条に至る制定過程と現在の被害状況、同条の法律効果を確認したあと、民法学の解釈をみることにする。

第一節 特定商取引法の制定過程とその法律効果

一 特定商取引法の制定過程と被害状況

経済制度の発展と共に、商品販売の多様化が進み、「店頭販売」以外にも、「訪問販売」、「通信販売」などの販売形態が登場し、それと共に消費者と事業者との間にトラブルが生じるようになってきた。また、マルチ商法等のいわゆる悪徳商法に対する被害も出始め、消費者運動の高まりと共に法規制の要求も高まってきた。そのような状況の中で、一九七四年、産業構造審議会流通部会がその中に特殊販売小委員会を設置し、訪問販売、通信販売、マルチ商法等いわゆる特殊販売についていかなる対策を講ずべきかにつき検討を開始した。⁽⁸⁾ 同部会は一九七四年に「特殊販売の適正化について」と題する中間答申を通産大臣

に提出し、そこにネガティブ・オプションに関する規制も盛り込まれていた。⁽⁹⁾ 中間答申の通信販売の規制に関する部分において、「なお、通常の通信販売とは異なる形態の類似販売方式として、販売業者から一方的に商品又はカタログ等を消費者に送り、それに対して、その受取人から購入意思がない旨の通知等が積極的になされない場合には、販売業者は、契約が成立したものとみなして、商品代金の請求又は商品の配達を行う販売方式（いわゆるネガティブ・オプション方式）が見受けられる。この販売方法については、実際のトラブルはそれほど生じてはいないものの、販売業者からの販売押付けという点で悪性もあり、規制を行う方向で検討することが必要であろう」との記述が見られる。⁽¹⁰⁾

この答申を受け、一九七六年に訪問販売法が成立し、一八条にネガティブ・オプションに関する規定が置かれた。⁽¹¹⁾ 立法段階で、ネガティブ・オプションに関する法規制について、消費者に保管義務があることを前提に「一定期間経過後は、商品の返還を請求することが出来ないこととする」ことにより、現行法では対処し得ない商品を送付された者の商品保管義務についてその軽減を図って⁽¹²⁾いると説明している。また、政府原案では返還請求ができなくなるまでの期間を六月としていたが、衆議院における議論の過程で、消費者の保護をいっそうはかるためという理由で三月に修正された。⁽¹³⁾ 政府原案について返還請求できなくなる期間を六月としていたのは、一つには民法二四〇条の遺失物の取得との関係であり、⁽¹⁴⁾もう一つには、後述するイギリス法を参照としたからだとされている。⁽¹⁵⁾

一九八八年に同法が改正され、ネガティブ・オプションに関して販売業者が返還を請求できなくなる日が三月から一四日へ、受取人が販売業者に通知した場合には一月から七日へと変更する修正が行われた。これは、ネガティブ・オプションに関するトラブルが法制定後も多発していたことから、引取りを請求した場合に、引取りに要する期間につき離島等の場合も踏まえ七

日間に短縮し、また、商品受領後、契約締結に関して消費者が熟慮する期間を一九八八年改正前のクーリングオフにならって七日間とし、それに送付者の引取りに要する日数を加えた一四日間とすることとした。⁽¹⁶⁾その後、訪問販売法は数次の改正を経たが、一八条に関して改正が行われることはなかった。

二〇〇〇年には、消費者をめぐる新たな諸問題へと対応するために、法改正が行われ、法律名も「訪問販売等に関する法律」から、「特定商取引に関する法律」へと変更された。訪問販売法一八条も法律改正に伴い移動され、特定商取引法五九条として規定されることになったが、内容に変更はなかった。⁽¹⁷⁾

このような制定過程を経て、すでに、三〇年近くにわたって、ネガティブ・オプションの法規制がなされてきたが、現状の被害状況はどうであろうか。国民生活センターの相談件数の統計によると二〇〇一年度が四三九七件、二〇〇二年度が五二九二件、二〇〇三年度が四七六七件、二〇〇四年度が五〇三六件、二〇〇五年度が四五九三件となっており、依然として、多くの事例が見られることがわかる。

二 特定商取引法五九条の法律効果

民法上、注文していない商品を一方的に送付する行為は売買契約の申込み行為だと解されている。申込み行為である以上、消費者には契約締結の義務はない。もちろん代金支払いの義務や、商品の返送義務も生じない。つまり、商品が送付されただけでは、消費者には何らの義務も生じないので、ネガティブ・オプションに関しては、法制定以前においても民法によって十分解決されていた。ただし、商品の所有権自体は販売業者の側にあるので、消費者は、その返還が請求された場合には返還せ

ねばならず、そのために商品を保管しておく必要があった。

ネガティブ・オプションの問題性は、突然「返品なき場合には購入したとみなし代金をお支払いいただきます」等の文書がついた商品が送られてきた場合に、消費者が契約締結や、代金支払いの義務があると誤解し、必要のない物を購入してしまうおそれがあることであつた。さらにそのような誤解がなかつたとしても、所有権者の返還請求には応えねばならず、使ひもしない商品を長期間にわたつて保管する義務が生じることも問題であつた。⁽¹⁹⁾

そこで、特定商取引法五九条は、販売業者が商品の引取りをせず、送付のあつた日から一四日が経過した日、あるいは販売業者に対して商品の引取りを請求した日から七日が経過した日のどちらか早い方が経過した場合、販売業者はその商品の返還を請求できないと規定している。また、その反射的効果として、上記期間経過後は消費者がその商品を損壊、利用、収益、処分したとしても、販売業者は損害賠償請求も代金請求もできない。⁽²⁰⁾したがつて、期間経過後は消費者はその商品を自由に処分することができる。さらに期間経過後の使用に対して、不当利得返還請求もできないと解されている。⁽²¹⁾ただし、期間内に商品が消費者が使用・消費したときは購入を承諾する行為（民法五二六条二項）として評価され、期間が経過したとしても、消費者に代金支払い義務が生じる。⁽²²⁾

特定商取引法五九条二項は「その商品の送付を受けた者のために商行為となる売買契約の申込みについては、適用しない」と規定している。立法論としては事業者間においても一項を適用するという見解もありうる⁽²³⁾とされるが、本法が消費者保護を目的としたものであることから、事業者間の商行為にはこれを適用しないことにしたものであると解されている。⁽²⁴⁾また、一般の商取引においては本条のような行為（納入業者が、新製品等を小売業者に先に送り、その後売買契約が締結されるというよ

うな商取引)が広く行われており、これについてまで対象とすることは、実態上問題があると考えられたためでもあるとされている。⁽²⁵⁾

第二節 特定商取引法五九条の民法学における解釈

以上のような過程を経て制定された特定商取引法五九条であるが、民法学上、本条に関して、二つの問題があるとされている。一つは、注文せずに送られてきた物に関して消費者に保管義務があるのか、あるとすればどの程度の保管義務なのかという問題であり、もう一つは、送付された物の所有権の所在である。

送付された物の保管義務に関しては、民法四〇〇条の善管注意義務が存しないことは当然とされているが、自己の財産に対するのと同一の注意をもって保管すべき義務があるかどうかが争われている。また、その所有権については、受領者に所有権が移転するという見解と、移転しないと二つの大きな立場の違いがある。さらに所有権が移転するという構成においても、その内部において同一の根拠には基づいていないようである。順次確認していくこととしよう。

一 送付された物の保管義務について

特定商取引法に関する経済産業省の解説書によると、特定商取引法五九条の規制対象に権利又は役務を加えなかったことについて、「ネガティブ・オプションを規制の対象とし、消費者保護を図る理由は一方的に送付された商品に関する消費者の保管義務をその保管すべき期間を限ることによって軽減することにある。しかしながら、権利又は役務については経済的価値を

有する有体物としての保管義務が想定し得ない」と述べ、立法者と同様、同条が物に関する保管義務に関する規定であるとしている。

学説には保管義務を認めない見解もあるが、⁽²⁷⁾程度の差こそあれ保管義務を認める見解が多数を占める。ただし、その理由を明確に述べているものは少ない。事務管理（民法六九七条）をもとに保管義務を認める見解⁽²⁸⁾や民法第六五九条（無償寄託の保管義務）の類推を挙げる見解⁽²⁹⁾もあるが、多くの場合、保管義務を積極的に認めるといっても、送付された物の所有権はいまだ販売業者の側にあり、消費者は販売業者の返還請求権に応じなければならないので、その裏返しとして消費者には保管義務があると述べているにとどまる。⁽³⁰⁾

次に、保管義務の程度が問題となる。前述のように、送付された物について善管注意義務を負うとするものは皆無である。問題は「自己の財産に対するのと同一の注意をもって」保管する義務を負うかどうかということにある。この点に関しては、「自己の財産に対するのと同一の注意をもって」⁽³²⁾保管する義務を認めるものから、「自己の財産と同一の注意義務を課せると解するかどうかは問題である」とするもの、「商品⁽³²⁾を預かること自体をそもそも承諾していない場合であるから、『自己の財産と同一の注意』を負うことにも疑問がある。消費者が故意に処分した場合でない限り、保管義務違反を問われないものと解すべき⁽³³⁾」とするものや「元々保管を引き受けたのではないから、自己の財産についてと同様の注意義務（民法六五九条）すらない」とするもの⁽³⁴⁾までその内容には差がある。⁽³⁵⁾

二 所有権の帰趨について

次に問題となるのが、注文せずに送付された物に関する所有権の所在についてである。立法者は本条を保管義務に関する期間の定めと解しており、法文上も所有権については触れられていない。本条が所有権の移転を意味しているかについては解釈にゆだねられているといえよう。ここでは所有権が移転するとする見解と、移転しないと見る見解が対立している。

1 所有権が移転するとする見解

所有権が移転するという見解には、様々な立場がある。まず、訪問販売法の制定にも深く関わった竹内昭夫は、手形の善意取得に関する手形法一六条二項が「手形ヲ返還スル義務ヲ負ウコトナシ」と規定しており、それは手形を即時取得することだと解釈されていることを理由に、商品送付時より三月が経過した後は（訪問販売法制定当時の見解であるので三月）所有権が即時取得として消費者に帰属することになると述べている。⁽³⁶⁾伊藤進は、「ネガティブ・オプション式通信販売では、消費者の購入意思の有無にかかわらず販売業者が勝手に商品を送付するものであることから、本来は全面的に禁止すべきである。このため、かりに商品が送付されてきた場合には、無償の贈与とみなして、直ちに処分できるものとするのが妥当と思われる」⁽³⁷⁾とし、受領者に所有権が移転することを認める。また、尾島茂樹もネガティブ・オプションを無償の贈与と規定するイギリス法、アメリカ法を参考としながら、現行法が不十分であると指摘し、わが国においても無償の贈与とする規定に改正すべきだ⁽³⁸⁾という。昭和六三年改正以前につき、政府提案が民法二四〇条の遺失物の取得と同様とみなして、六月としたとする見解もある。⁽³⁹⁾また、法律上正面から商品の所有権を与えたものではないが、販売業者の返還請求権を消滅させ、不当利得返還請求も

出来ないものであるから、消費者はその商品を自由に使用・消費できるわけで、結果的に商品の所有権を得ることになる、とする見解もある。⁽⁴⁰⁾

ネガティブ・オプションについて、その保管義務や所有権の所在を直接争った判例は筆者の調べた範囲ではないように思われるが、不法原因給付に関する判例がその参考となる。民法七〇八条は不法原因給付物に関して、ネガティブ・オプションに関する規定と同様に、その返還を請求することができないと規定する。最高裁はこの規定について、「同条『民法七〇八条』は自ら反社会的な行為をした者に対しては、その行為の結果の復旧を訴求することが許されないばかりでなく、目的物の所有権が自己にあることを理由として、給付した物の返還を請求することも許されない筋合であるというべきである。かように、贈与者において給付した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、目的物の所有権は贈与者の手を離れて受贈者に帰属するにいたったものと解するのが最も事柄の実質に適合し、かつ、法律関係を明確ならしめる所以と考えられるからである」と述べ、⁽⁴¹⁾所有権の移転を認めている。この判例が参考になるとする見解も存在する。⁽⁴²⁾

2 所有権が移転しないとする見解

内田貞夫は、所有権に関して「その期間がたった後は、返還請求権が相手になくなるわけですから、返還請求権がなくなるということとは所有権を取得することでは必ずしもないと思いますが、これは相手は返還請求できないので、それから後は勝手に処分してよろしいということになろうかと思えます」として、⁽⁴³⁾必ずしも所有権が移転するわけではないと述べている。同様に、立法当局者である経済産業省の解説においても、「『所有権を取得する』こととしなかったのは、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し不明と擬制し得る場合に限られており（民法第一九二条（即時取得）、第一九五条（占有による動物の取得）、第二四〇条（遺失物の取得）等）、本件についてこのような要件は当てはまらないためである⁽⁴⁴⁾と述べる。もつとも、その後で、「しかし、返還請求権が消滅すれば、その反射的效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」とする叙述は、上述の不法原因給付に関する最高裁判例を意識しているとも読める。

第三節 小括

刑法上、「他人の物」に関する犯罪の成否にとつて民法上の所有権の所在が決定的である。この点に関して特定商取引法五条は明示していない。同条成立に関する立法者意思を考えると、所有権に基づく返還請求に応えるために、注文していない物を保管していなければならないという問題を解消するために、その保管義務の期間について定めたとするのが素直であろう。また、そのように主張する見解もあるが、学説上この点に関して所有権が移転するという見解が通説だと思われる。しかし、その根拠は示しているものは少ないし、その理由付けも様々である。民法二四〇条の類推、手形法一六条二項の善意取得の類推、無償の贈与とみなすことにより、あるいは返還請求権が否定されることの反射的效果として、所有権が移転するというのがそこで挙げられている理由である。

所有権が移転しているのだとすれば、刑法上重大な問題は生じない。しかし、憲法において保障される所有権が、所有権者の意思なく移転するという見解をとるには、各説の根拠付けはいささか弱いようにも思われる。

また、本条が、消費者の保管義務の期間について定めたのみであつて、所有権が移転しないのだとすると、期間経過後について、法が一方では、商品の自由な処分を許し、他方でそれを刑罰威嚇によつて禁止するという法分野間の矛盾が生じる。もしそうであるなら、刑法学としてはその矛盾を解消するために、なんらかの対応をする必要がある。

特定商取引法五九条をめぐる解釈、及び刑法学における対応を論じる前に、さらにネガティブ・オプションに関する英米及びドイツの規定をみることにする。より詳細に特定商取引法五九条を論じるためには、その制定にあつて参考とされたイギリス法や、異なつた規定を持つカリフォルニア民法、そして、近年我が国とほぼ同様の規定を設け、同様の問題状況が生じているドイツ法を見ることが有益だからである。特にドイツにおいては、民法学者、刑法学者によつてこの問題が盛んに議論されている。

第三章 英米及びドイツにおける立法

前章では、我が国におけるネガティブ・オプションに関する立法と、それをめぐる法解釈について紹介した。本章では、英米及びドイツにおけるネガティブ・オプションに関する法規制を見ることがしたい。まず、特定商取引法五九条（旧訪問販売法一八条）が参考としたイギリス法、及びカリフォルニア州民法における立法を見ることがする。

第一節 英米における立法

イギリスにおいては、一九七二年及び一九七五年に「注文しない物品及び役務に関する法律」(Unsolicited Goods and Services Act 1971 and 1975) が制定され、ネガティブ・オプションが法的に規制されることになった。同法一条は、送り主が六ヶ月以内に商品の返還を求めなかった場合、あるいは、受領者が送付者に返還を通知してから一ヶ月が経過しても取りに来なかった場合は、そのいずれか早い時期から受領者はその商品を自由に処分する権利を取得すると定め、法二条において、注文がないのに送付した物品について、代金支払いを請求した者は罰金に処すると規定していた。⁽⁴⁵⁾ 我が国におけるネガティブ・オプションに関する規定はこの法律を参考に作られ、立法提案時にはその期間を六月としていたことは前述のとおりである。

同法は一九九七年に後述の「通信販売契約の締結における消費者保護に関する一九九七年五月二〇日の欧州議会・理事会指令」(以下、通信販売指令と略す) に基づいて削除され、代わりに「消費者保護(隔地販売)規則」(Consumer Protection (Distance Selling) Regulations) が制定された。同規則によれば、受領者の申し込みなく送付された商品は、受領者が商品の購入、及び返送のいずれにも合意していなかった場合には、受領者への無条件の贈与物であるとみなされ、受領者はその商品を使用、収益、処分することが出来ると定められ、その商品に対する送付者の権利は消滅すると定められている。⁽⁴⁶⁾

注文されていない物の送付を無償の贈与とみなす規定は、カリフォルニア州民法にも見ることが出来る。その一五八四条、一五八五条によれば、注文しない物品が送られてきた場合には、常に無条件の贈与とみなし、したがって、受領者は、その物品を勝手に処分して差し支えなく、もちろん代金支払いの必要はないとされている。⁽⁴⁷⁾

次に、以上のような英米の規定とは異なった規定を持つドイツにおける規制を見てみることにする。

第二節 ドイツにおける立法とその解釈

一 ドイツ民法二四一条 a の制定

ドイツにおいてもネガティブ・オプション（ドイツでは「過剰広告」(reißerische Werbung) と呼ばれる）を規制する規定がある。ドイツ民法二四一条 a であるが、まずその制定過程を確認しておくことにしよう。

ドイツでは、二〇〇〇年以前においては非注文物の送付を直接取り上げた法律はなかったが、全く放置されていたわけではなく、非注文物の送付は不正競争防止法 (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) 旧一条 (現三条) によって不正競争行為とみなされていた。⁽⁴⁸⁾ また、一般契約法上も非注文物の送付は民法一四五条の売買契約の「申込み」と解されていた。したがって、注文していない商品の送付を受けた者は、契約締結の義務もないし、代金支払いの義務も当然なかった。しかし商品の所有権は、売買契約の申込者である事業者の側にあり、物権に基づく請求には応じる義務があった。

一九九七年、EU理事会によって通信販売指令⁽⁴⁹⁾が出され、その第九条に注文していない商品あるいは役務給付について規制することが加盟国に求められた。

EU通信販売指令第九条「注文していない商品あるいは役務給付」⁽⁵⁰⁾

加盟国は次のことのために、必要な措置を執り行う。

―商品の提供あるいは役務給付の調達と支払いの要請が結びついている場合、消費者に予め注文していないのに商品が提

供されあるいは役務給付が調達されることを禁じるために。

―注文していない商品が提供されあるいは役務給付が調達された場合に対して、消費者をそれぞれの反対給付から救い出すために、その際何らかの反応を示さないことは同意とみなされない。

そこで、ドイツではこの指令を国内法に置換するため、二〇〇〇年六月に「通信販売契約・消費者法のその他の問題及びE U指令の国内法化に関する法律」⁽⁵¹⁾を制定した。⁽⁵²⁾それと共に、民法典も一部改正され、民法一三条、一四条において、「消費者」、「事業者」の定義が行われ、二四一条aが挿入されることになった。⁽⁵³⁾その規定は次のようなものである。

ドイツ民法二四一条a⁽⁵⁴⁾

- 一、消費者への事業者による注文されない物の給付または、注文されていないその他の給付の実現により、消費者に対する請求権は、基礎付けられない。
- 二、給付が受領者のために定められておらず、または注文の誤った観念のもとになされた場合において受領者がこのことを知り、または取引上必要な注意を用いればこれを知り得たであろうときは、法律上の請求権は、排除されない。
- 三、消費者に注文された給付の代わりに、性質及び価格が同じ給付が提供され、かつ彼に受領を義務付けられずかつ返送費用を負担するに及ばないことが示されたときは、注文されない給付は存しない。

これによって、ドイツにおいても非注文物の送付を明文で規制する規定が出来たこととなる。この規定により、注文されていない物を消費者に送付した事業者はあらゆる請求権が否定される。契約上の請求権だけでなく、民法九八五条の所有者の返還請求権や、民法八一二条の不当利得返還請求権も否定される。もつとも、二四一条 a 二項の場合のように、注文の錯誤があったことを受領者が知っていたか、知りえた場合には請求権は否定されない。また、三項のように、ある意味で誠実な事業者を保護するために、一定の場合には非注文の商品であっても注文されていない給付とはみない、すなわち注文したものととして扱われる（とはいえ、受領の義務や返送費用は負担する必要はない）⁽⁵⁵⁾。

このようにドイツにおいては、非注文の商品の送付に関して、我が国のネガティブ・オプションに関する規制と同様に、事業者の一切の請求権を否定することによって、消費者を保護しようとしている。事業者は一切の請求権が否定されるので、消費者は非注文の商品が送付された場合、送付を受けた時からその物を自由に損壊、使用、収益、処分することができる。では、ドイツではこの規定に関して、どのような点が問題となっているのであろうか。

二 ドイツ民法学における民法二四一条 a の解釈

以上のような過程を経て成立した民法二四一条 a であるが、制定当初から学説の激しい批判にさらされた。それは、「民法における異物 (Fremdkörper)」⁽⁵⁶⁾と呼ばれたり、この規定は「立法者の無能の現れ (Ausdruck gesetzgeberischer Unfähigkeit)」であり、この規定の存在を無視するように⁽⁵⁷⁾、と述べられるほどであった。

民法二四一条 a がこのような激しい批判にさらされたのは、三つの理由があると考えられる。

一つ目の理由は、民法二四一条 a 制定の必要があったのかという点である。EU 指令は加盟国を名宛人として発せられ、指令そのものは直接的な効力を有さない。指令はその目的に関し、加盟国を拘束するが、どのように国内法に置き換えるかは加盟国の判断に委ねられている。また、指令の内容に合致する国内法規や法制度がすでに存在する場合は、新たに規定する必要がないとされている。⁽⁵⁸⁾ 非注文物の送付は前述のようにすでに不正競争防止法によって規制され、また一般契約法上も売買契約の申込みとみなされ、消費者に反対給付の義務がないと解されていたことから、すでに十分法的に解決されており、国内法への置換の必要がなかったとされる。さらに、通信販売指令九条は、非注文物の送付に関して、消費者に何らの反対給付義務、申込みに対応する義務がないことを明らかにするように求めているが、民法二四一条 a はこの範囲を明らかに超えているのである。⁽⁵⁹⁾

二つ目の理由は、この規定によって、民法上重大な問題が生じることである。それは、注文なしに送付された物について、所有と占有が永続的に分離するということである。⁽⁶⁰⁾ なぜなら、民法二四一条 a の文言上、所有権の移転は生じず、ただ事業者の請求権が包括的に排除されるだけだからである。

民法二四一条 a の制定以前は、事業者による非注文物の送付は、売買契約の締結と代金支払いを目的にした売買契約の「申込み」であった。もちろん消費者は、それに対して何らかの行為を行う必要はない。ただし、消費者がその申込みに対して、受諾する意思を示した場合、あるいはその物を使用するなどの受諾行為と見られるような行為を行った場合には、事業者と消費者との間で売買契約が成立し所有権の移転と代金支払い債務が生じる。

ところが、民法二四一条 a によれば事業者が注文されていない商品を消費者側に送付するだけで（二四一条 a 二項、三項の

ような場合を除いて)、消費者はその物を事業者からの請求権にさらされることなく、自由に損壊、使用、収益、処分することができる。消費者がその物を使用、収益、処分するのに売買契約の締結の必要がないのである。したがって、たいいていの場合、売買契約は成立せず、所有権の移転も起こらない。結果として、所有は事業者に、占有は消費者にとりうように、所有と占有の永続的な分離が起こる。⁽⁶¹⁾これは、民法上整合性の取れない結果となる。

三つ目の理由は、民法二四一条 a による包括的な請求権の阻却が憲法上の問題を生ずる点にある。⁽⁶²⁾ドイツにおいても所有権は基本法に規定されている。民法二四一条 a は直接所有権の移転を定めたものではなく、単に事業者のあらゆる請求権を排除しているだけである。その結果、形式的には事業者に残る所有権は残るので、憲法上の問題は回避されている。⁽⁶³⁾問題は、形式的には所有権を事業者に残すことで憲法上の問題を回避したとしても、何らの請求権も行使できない所有権にどれほどの意味があるかということにある。事業者はもはや、その所有権を行使、利用できず、所有権に基づく保護も得られない。民法二四一条 a は結果的に事業者から所有権を奪うのに等しいのである。それにもかかわらず、形式的には所有権者である事業者は、所有権に伴う責任を負うのである。⁽⁶⁴⁾

民法二四一条 a の憲法上の問題については立法段階ですでに議論されたようである。しかし、立法者は消費者保護という観点から、非注文物を送付し受領を強制するという状況は是認することができず、包括的な請求権の排除という一義的な定式化が消費者を助け、そのような行為を行う事業者を「ひるませる (abschrecken)」ことができる⁽⁶⁵⁾と主張した。

もちろん、これらの批判に対しては、民法学上反論もある。⁽⁶⁶⁾しかし注文せずに送付された物を消費者が自由に使用、収益、処分できるといふことから結果的には無償の贈与と同じことだと⁽⁶⁷⁾しても、事業者と消費者の間で所有と占有が永続的に分離す

る、という点に関して通説は一致して認めている。

このような所有と占有の分離に関連して、民法学においても刑法上の問題が取り上げられている。消費者は、民法二四一条 a によって、注文せずに送付された物を、何らの請求権にさらされることなく自由に使用、収益、処分することができる。ところが、形式的にせよ所有権が事業者に残っていることによって、刑法上の犯罪成立の危険にさらされるのである。刑法二四六条（横領罪）、三〇三条（器物損壊罪）は、「他人の物」に対する犯罪であり、消費者は「他人の物」を使用したり、損壊したりしているからである。⁽⁶⁸⁾このような規範矛盾の問題が生じることも批判の対象になっている。

三 ドイツ刑法学における対応

前述のように、通説的な見解に従えば、民法二四一条 a によって、所有権は移転せず、事業者と消費者の間で所有と占有が分離する。では、注文せずに送られてきた物を処分した消費者は、本当に器物損壊の為に可罰的なのであろうか。また、注文せずに送られてきた物の使用や消費は、横領の構成要件を充たすのであろうか。この点に関して刑法学上問題とされており、すでにいくつかの研究が発表されている。⁽⁶⁹⁾

これらの研究の中心的な課題は、法秩序の統一性の要請のもとで、一方で民法が非注文物の損壊、使用、収益、処分を許しており、他方で刑法がそれを刑罰威嚇によって禁止しているという矛盾をどのように解消するかという点にある。Matzkyは、この矛盾の解消は、そのような行為を社会的に妥当な「生き方 (Lebensweise)」として、構成要件に該当しないとするか、全法秩序から正当化されるとするか、免責されるとするかのみならず、刑法上行われるべきだと主張するので

ある。⁽⁷⁰⁾

1 構成要件レベルでの修正

法秩序間の矛盾を解消するために、器物損壊罪、横領罪の構成要件レベルにおいて「他人の物」、あるいは「損壊」、「領得」概念の修正 (Korrektur) が考えられる。しかし、「損壊」概念は記述的要素であって、これを変更することはできない。また、「領得」概念については、確かに領得行為に「注文せずに送付されてきた物が問題とならない限り」という要件を付加することによって、構成要件に該当しないとすることができる。しかし、この条件の付加は行為ではなくまさに行為客体の性質を問題にしているのであって、結局行為客体である物の「他人性 (Fremdlichkeit)」についての修正ということになる。したがって、構成要件レベルにおける修正は、器物損壊罪、横領罪に共通の「他人性」をめぐって行われることになる。

通説的見解によると、器物損壊罪、横領罪における物の「他人性」は民法に従うとされている。したがって、その物が無主物ではない、あるいは行為者の単独所有にない場合には、「他人の物」ということになる。⁽⁷¹⁾

しかし、物の「他人性」を民法に対する厳密な従属から離すことを考えることができる。OEGは物の他人性を「経済的観察方法 (wirtschaftliche Betrachtungsweise)」によって決定すべきだと主張する。⁽⁷²⁾ また、民法二四一条 a は送付物の他人性を一義的に明らかにしており、通説的見解に従えば、この問題を解決できないという。経済的観察方法に従うと、他人がその物に対して行為者よりも強い財産権 (Vermögensrecht) を持つ、つまり強い財産的地位 (Vermögensposition) にいる場合、それは「他人の物」ということになる。この経済的観点を考慮することによって、民法上、誰かの所有物ではないが、無主物では

ないような場合（例えば身体から取り出された臓器など）を窃盗や横領の保護範囲に入れることができるとする。⁽⁷³⁾ 民法二四一条 a について考えた場合、立法者は事業者から全ての請求権を除外している。このため、所有者は占有者に対してどのような支配力も持たない。したがって、占有者がその物を損壊、使用、収益、処分したとしても、その物に対して占有者より強い財産権を持つ人間がいないのであるから、占有者に器物損壊罪、横領罪は成立しないことになる。

このOttoの見解はMatzkyによって批判されている。Matzkyによると、民法二四一条 a と同じように占有と所有が持続的に分離する譲渡担保契約において、Ottoは譲渡担保物は債務者にとって他人の物であり、その際には民法の所有権が決定的だと主張しているという。⁽⁷⁴⁾ そのことからすると、民法二四一条 a においても消費者が常に事業者よりも優位にあるかは疑わしい。Otto説からは犯罪の成否において物の他人性を経済的観点によってのみ決定することがより徹底したものということになる。しかしそのように考えると、今度は譲渡担保において妥当な解決が得られない。通説によれば、譲渡担保契約において債務者が自己の占有する担保物を領得すれば横領罪が成立する。純粹な経済的觀察方法からこの結論は導き出せない。譲渡担保契約における債務者は明らかに譲渡担保物に関して譲渡担保権者より強い財産的地位にいるからである。⁽⁷⁵⁾

2 違法性レベルでの修正

次に、違法レベルでの修正としては、緊急行為、（推定的）同意、法秩序の統一性の要求による修正が主張されている。

正当防衛、あるいは緊急避難による違法阻却は、刑法三二条、三四条、民法二二七条、二二八条によって行われる。Matzkyは非注文物の送付によって、消費者の法益に対する侵害や危険が存在することが疑わしいとする。⁽⁷⁶⁾ また、物の使用や

消費はその侵害を避けるためにふさわしい行為ではないので正当化されず、損壊行為についても、他により穏当な手段がありうるとする⁽⁷⁷⁾。Taschauも正当防衛によって、受領者の行為がすべて、正当化されることは否定する。たしかに、正当防衛における侵害には、送付者の不作為も含まれるが、消費者の純粋な利益目的で行われた行為は防衛の意思を欠き、刑法三二条によって正当化されない⁽⁷⁸⁾。ただし、問題とされる行為の一部は正当防衛によって正当化され得る。送付者の不作為の侵害行為に対する防衛としての損壊行為や、妨害排除の目的で行われた譲渡行為は正当化されうる⁽⁷⁹⁾。また、事業者による物の送付を「不法の私力」とみることができ、これを排除する行為は民法八五九条一項（占有防衛）により、正当化される⁽⁸⁰⁾。

次に同意による正当化が考えられる。Mazkyによれば、同意があるとされるには、事業者が消費者に対して、何らかの方法で、売買や制限付き譲渡契約の申し込みではないということを説明することが要求される。事業者の明示的同意が決定的である。しかし、通常そのようなものは存在しないので、ここでは推定的同意が問題になる。しかし、通説によれば推定的同意は、その者の利益のために認められる。ところが、事業者は、物の送付によって、売買契約の締結と代金の支払いを目指しているのであって、事業者の経済的利益は、当該物を利益になるようにすることである。消費者が代金を支払うことなく、その物を損壊、使用、収益、処分することは事業者にとって利益にならない。よって、通常、非注文物の送付に関して、推定的同意が存在するとはいえない⁽⁸¹⁾。

Taschauは同意の問題について、やや異なった観点から説明している。当該物に関する消費者の行為は「消費者」の「同意権 (Erlaubnisbefugnis)」によって正当化されるとするのである。これは、民法上の処分権の移転により、民法上も刑法上も同意権が消費者に移ることから生じる。消費者は、その物の第三者による損壊等について同意することができる。同

様に、その同意権の行使として、自らの損壊、使用、収益、処分行為も正当化できるとするのである。確かに、同意を与える権限は基本的に法益所持者のものである。ただ、法益の所持と同意権限が分離することはありうるという。つまり、民法においては同意権限を、法益を有する者の代わりに、その地位を法益を有する者の利益に基づいて代理の場合のようにではなく、その利益の実現、すなわち第三者の利益のために、得ることが出来る。例えば破産法八〇条の場合、破産管財人は破産者に属する物の管理権や処分権が与えられる。しかし、当該物は依然として破産者の所有物である。破産管財人は、所有者である破産者の意思にかかわらず、その物を処分することができる。⁽⁸²⁾

Faschauは民法二四一条aもこれと同様の規定であるとするのである。すなわち、民法二四一条aによって事業者から消費者へ同意権限が移るとするのである。⁽⁸³⁾確かにこれが従来の刑法上の同意に関する見解と一致しないことはFaschau自身も認めている。⁽⁸⁴⁾刑法では一般的に法益を有することが同意権を有することだとされているからである。しかし、この見解について、同意という民法上、刑法上認められた概念で解決することができること、この見解が民法二四一条aの所有と経済上の処分の分離という立法者のイメージ (Vorstellung) にも合致すること、憲法上の修正によって、刑法二四二条、二四六条、三〇三条の従来用いられてきた解釈を修正する必要がないこと、消費者の意思に合致した第三者の行為を正当化できること、といった利点を挙げている。⁽⁸⁵⁾

最後に法秩序の統一性という観点から、この問題が解決できるかが論じられている。民法学者の中には、民法二四一条aを正当化事由と解して、直接刑法上の問題を解決すべきであると論じる者がいるが、⁽⁸⁶⁾少なくとも文言上、民法二四一条aは正当化事由ではない。⁽⁸⁷⁾この規定は、事業者から一切の請求権を「否定」するということだけを規定しており、「積極的」に侵害す

る権限を定めたものではない。⁽⁸⁸⁾

Matzkyの民法二四一条aの正当化作用が文言上は明らかではないことを認めたくえで、さらに立法者意思や立法目的を考えて初めて、正当化事由の一般原理との関連で説明することができると述べる。⁽⁸⁹⁾そこでまず、ネガティブ・オプション（過剰広告）の性質を、「消費者への注文していない物の送付は事業者の経済的な動機にならなっている。それは、消費者に直接呼びかけ、消費者の社会的・個人的領域に対して製品の宣伝を行い、申し込まれた契約の締結を勧めるということである。それに対して、消費者の利益は、過剰広告によって誘致に追いやられるという被害を免れるということである。物の送付の受け取りを拒むことはできない。なぜなら、消費者はそこにあるものが何か知らないからであり、そうして、その物に対する権利にしたがってそれを送り返すか、保管しておくか、代金を支払うか、いずれかをしなければならぬ。物を発送した事業者は、ここで、消費者の怠惰と不安さを当てにする。消費者は通常、物を返送するのが面倒なために代金を支払うのである」、と理解する。しかし、不正競争防止法では、この事態を適切に解決できなかったのである。そこで立法者は、事業者が、自発的に—消費者に注文されていないものを送らないという—規範に従わせるために、民法二四一条aを制定したと理解する。

そのためには、事業者にその行為の経済的刺戟を奪う、すなわち、その動機を消すようにすることで、十分である。民法二四一条aはこの方法を示している。Matzkyは「期待された収益の見込みが、現実的な被害へ、すなわち事業者から契約上の請求に対する期待のみならず、その物自体の請求権も立法によって奪うという転換がある⁽⁹⁰⁾」、と述べる。そして、このような目的で制定された民法二四一条aは消費者を、事業者と当該物との関係から解放するという。それゆえ、「法秩序が個々の場合においてその否定を取り消すならば、それは「守られた法益を侵害した人にとって不法阻却された事柄」を意味する。民法

二四一条 a は消費者がその意思に従って物を取り扱うことを許し、それゆえ、刑法二四六条、三〇三条によって守られた事業者の法益に対する侵害を正当化する」と述べ、法秩序の統一性、規範の無矛盾性から、消費者の法益侵害行為が正当化されると主張する。

このように、民法二四一条 a を正当化事由に類似するものとして、法秩序の統一性から刑法上の正当化を導く見解については、Taschau による批判がある。本論の中心的課題に触れる部分でもあるので、やや詳しく紹介する。

Taschau は、法秩序の統一性や、比例原則、法秩序の無矛盾性の要求から、民法上の正当化事由を直接刑法に転用することを批判する。

まず法秩序の統一性概念のもとで、正当化事由は、おのおのの法領域においてその目的設定に従って、異なった姿を持つという。例えば、民法二二七条は不作為による侵害を認めないが、刑法三二条はそれを認める。また主観的正当化要素の必要性についても刑法と民法では、異なったものであることを指摘する⁽⁹²⁾。

次に、比例原則については、もちろん、民法上行為が積極的に正当化されるのであれば、それを刑法で処罰することは比例原則に反するとする。しかし、違法性のレベルではなく、構成要件該当性が阻却されることよって犯罪の成立が否定された場合でも、比例原則は満たされる。したがって、比例原則は、民法上の正当化事由の刑法における転用、あるいは直接の使用ではなく、民法上の正当化事由の「効果」の転用を求めているという。つまり、比例原則からは、民法上の正当化事由の効果⁽⁹³⁾が、構成要件解釈と違法法において考慮されるのだという。そして、そのような考慮による限界についての解釈が失敗する限りにおいて、民法上の正当化事由の刑法における転用が起きるのだという。

また、法秩序の無矛盾性の要求からも同様のことがいえるとする。この原理は、自身と他の法秩序における命令や禁止が無矛盾な行為規範を導くことを意味しているに過ぎない。よって、構成要件該当性が阻却されることよってか、あるいは、違法性が阻却されることよって矛盾する行為規範が存在しなくなるのであれば、そのいずれかということは無矛盾性の要求に⁽⁹⁴⁾として些細 (unerheblich) なことであるところ。

さらにTaschauerは具体的に民法二四一条 a を正当化事由とし、その刑法に対する転用を認める説に対して、問題点を指摘する。これらの学説は民法二四一条 a が正当化事由かという問題を看過しているというのである。刑法上正当化事由として働く⁽⁹⁵⁾どの規定も民法上は正当化事由である。ところが、通説的見解によれば民法二四一条 a は正当化事由ではない。民法二四一条 a は事業者の請求に対する抗弁事由として問題になるのである。したがって、法秩序の統一性からこの規定を正当化事由として刑法内で考慮することはできず、民法上の効果は他の方法によって、刑法内で考慮されなければならないのだという。そして、仮に民法二四一条 a を正当化事由とみたとしても、同意や正当防衛によって、すでに刑法内部で解決されており、その直接の転用は必要ないと指摘している。

第三節 小括

以上のように、ネガティブ・オプションに関する英米及びドイツの立法と解釈をみてきた。英米における規制とドイツにおける規制は全く異っている。英米においてはネガティブ・オプションによる商品の送付を無償の贈与とみなし、受領者がその物を自由に使用、収益、処分できるように明示的に規定されている。無償の贈与とすることで、受領者に所有権が移転し、使

用、収益、処分はもちろん、その物を損壊しても刑法上の問題は生じないということになる。

ドイツにおける民法二四一条 a による法規制は、これとは違うものである。ドイツにおいては、事業者の請求権を包括的に排除することによって消費者は守られている。しかし、既に述べたように、このような規定の仕方には批判も多い。この規定によつて、所有と占有の永続的な分離が起きるからである。民法上、消費者は送付された物を自由に損壊、使用、収益、処分することができるとは。しかし、刑法上その行為は、「他人の物」に対する行為であり、器物損壊罪、横領罪が成立する可能性がある。この矛盾をどのように解決するかが求められるのである。

その解決は、刑法内部において行われるが、その解決法は論者により様々である。構成要件のレベルにおいては、物の「他人性」概念の変更ということが主張され、違法性のレベルにおいては、民法上の所有権と同意権の分離ということが主張される。また、法秩序の統一性、規範の無矛盾性の要請という概念そのものからの民法二四一条 a の直接適用という解決も主張されている。

いずれにせよ、所有と占有が分離しているという状況の中で、刑法体系内においてその解決が図られていることには違いない。

以上のような見解、特に我が国と同様な問題状況が起きているドイツにおける見解を踏まえて、我が国におけるネガティブ・オプシオンの規制についていかに考えるべきかについて検討してみることにならう。

第四章 検討

第一節 特定商取引法五九条の解釈

我が国においてネガティブ・オプションは特定商取引法五九条によって規制されている。その法的効果は、期限経過後の販売業者の商品の返還請求権の排除である。さらにその効果は商品の返還請求権にだけ及ぶのではない。契約上の反対給付に關する請求権はもちろんのこと、不当利得返還請求権も排除される。この規定により、期限が経過した後、消費者はその物を、販売業者の請求権にさらされることなく、自由に、損壊、使用、収益、処分することが許される。

もし特定商取引法五九条が所有権の移転を定めているのであれば、刑法上問題は生じない。消費者は自分の物を損壊、使用、収益、処分しているに過ぎないからである。しかし、この規定によっては所有権が移転しないのであれば、刑法上、その行為に犯罪が成立する可能性がある。ここでは、特定商取引法五九条の解釈が決定的である。

特定商取引法五九条によって所有権が移転するという見解を取る論者は、憲法二九条に定められた財産権の保護との対決が迫られる。消費者保護という立法目的と所有権保護という民法の重要な原則との相克が問題となるのである。

そこで、ドイツ民法における見解を参考にしながら、この問題について、まず考えてみる。結論を先取りするなら、筆者は、民法法学における見解とは異なり、特定商取引法五九条によって所有権の移転が生じると解するのは難しいのではないかと考えている。

一 特定商取引法五九条の解釈の検討

ここでは、まず、条文の文言が問題となる。特定商取引法五九条は、「販売業者は……、その送付した商品の返還を請求することができない。」と定める。商品の返還を請求出来ないということは、本来ならば返還請求が出来る、という意味である。その返還請求はもちろん所有権に基づいている。立法者意思においても、消費者に保管義務がある、すなわち販売業者に所有権があることを前提に、消費者の保管義務の期間と、期間経過後の販売業者の請求権の包括的な排除を定めたというのがその趣旨であるように思われる。同じく請求権を排除するドイツにおいても、保管期間の定めはないが、この規定は文言上、所有権の移転を定めたものではないと解されている。また、その法律効果としても、事業者の請求権の包括的な排除にとどまるというのが、通説的な見解である。

所有権が移転するという見解の中で、もつとも早くに出されたのが、特定商取引法五九条が手形法一六条二項と同じだとする見解である。手形法一六条二項は「事由ノ何タルヲ問ハズ為替手形ノ占有ヲ失ヒタル者アル場合ニ於テ所持人ガ前項ノ規定ニ依リ其ノ権利ヲ証明スルトキハ手形ヲ返還スル義務ヲ負フコトナシ但シ所持人ガ悪意又ハ重大ナル過失ニ因リ之ヲ取得シタルトキハ此ノ限ニ在ラズ」と定めている。この規定は、裏書の連続する手形を善意・無重過失で取得した者は手形上の権利を善意取得するという規定だと解されている。手形という極めて流通性の高い物の取引の安全を図るために、手形の裏書が連続している場合（手形法一六条一項）に限って、取得者の善意・無重過失（民法の善意取得は善意・無過失）、原権利者からの占有移転の事由を問わない（民法では一九三条による制限がある）などとすることによって、民法の善意取得（一九二条）をさらに緩和した特則だと考えられている。⁽⁹⁶⁾ところで、本条を特定商取引法五九条と比較すると、消費者から譲り受けた第三者

と販売業者の關係にあたる。しかし、特定商取引法五九条においては消費者と販売業者の關係が問題となるのである。手形取引という極めて流通性の保護が要求される取引において、占有する事実を信頼した第三者が保護されるという規定と比べると、少なくとも消費者は所有権が販売業者にあることを知っている。確かにこの二つの条文は法文上同じような規定であるが、この二つが同じ効果をもたらすとするには、後述の不法原因給付と同様に、内容面におけるさらなる比較が不可欠なように思われるが、論者はその点について詳しく論じてはいない。

次に、我が国においても、特定商取引法五九条を無償の贈与とみなす見解がある。論者の主張を見ると、その根拠はネガティブ・オプションの悪性の高さにあるように思われる。しかも、論者は期間の経過を待たなくてもよいとし、商品が送付された場合には直ちに処分できる旨主張する⁽⁹⁷⁾。このような見解はあまりに法文から離れており、また、同様の見解を主張する論者も、この規定の不十分さを指摘して法改正が必要だととなえるのである⁽⁹⁸⁾。立法論としては格別、法解釈論としてはいささか不十分であるように思われる。

最後に、請求権が否定されることの反射的效果として所有権が移転するという見解がある⁽⁹⁹⁾。ここでは、不法原因給付との類似性が問題になる。たしかに、民法七〇八条は給付に対する請求権を排除している。そして、民法七〇八条の解釈に関する最高裁判例は、反射的效果として所有権の移転を認める。では、特定商取引法五九条は民法七〇八条と同様に解されるべきであろうか。これは、民法七〇八条がなぜ請求権を排除しているかという理由から考える必要がある。通説的な見解によれば、民法七〇八条はクリーン・ハンズの原則からくるとされている⁽¹⁰⁰⁾。裁判所は不法の原因による請求権の実現には手を貸さない。これは、給付者が給付した物の返還請求ができないのと共に、受益者も終局的な給付をする旨の請求もできないという点にも現

れている。それゆえ、最高裁判決においては、「自ら反社会的行為を行った者に対しては、その行為の結果の復旧を請求することは許されなければならず、目的物の所有権が自己にあることを理由として、給付した物の返還を請求することも許されない」と判示したのである。そして当該事例においては、無効な贈与契約に基づく贈与行為によって所有権は移転しないが、民法七〇八条の「反射的效果」として所有権の移転を認めたのである。特定商取引法五九条の規定として、「反射的效果」を認める場合には、ネガティブ・オプションにおける販売業者の行為の不法性についての検討が不可欠であるように思われる。たしかに、非注文物の送付は正当な商法であるように思われぬ。それゆえ、消費者保護の必要性、逆にいえば販売業者の悪性を強調するのであれば、民法七〇八条との類似についても説得力が増す。本条の立法趣旨⁽¹⁰⁾や、立法段階におけるネガティブ・オプションによる売買契約を公序良俗違反として無効にすることについての議論⁽¹⁰⁾からすると、本条は販売業者にそのような行為を許すためのものではないことはあきらかである。しかし、残念ながらその点にまで踏み込んだ論考を見ることはできない。

二 小括

本来、所有権絶対の原則からすれば、所有権の移転は、所有権者の意思によつてのみ生ずる。所有権が、所有権者の意思を超えて法的に移転するとみなすためには、所有権者の側にそれだけの反社会性が認められることが必要であろう。ここでは、消費者保護の必要性と民法の基本原則についての厳しい対立があるのである。

特定商取引法五九条において、期限が経過するまでは、販売業者の送付行為は、法律上、契約の申込みとして理解可能な行

為である。さらに、五九条二項が問題となる。事業者間において、ネガティブ・オプションにあたる行為はその対象外である。このような行為が事業者間においては慣例的に存在するからである。たしかに、本条は販売業者に不利益を課すことによつて、ネガティブ・オプションを禁圧することが目的である。また、所有権絶対の原則についても、憲法二九条二項、民法二〇六条によつて、近代的な絶対的私的所有権から社会的私的所有権へと転換していることは民法でも認められている。⁽¹⁰²⁾しかしそうであつてもなお、本条を所有権の法的な移転の定めだとするには慎重であるべきではなからうか。その当否はともかくとして、法改正によつて、本行為を全面的に禁止し、所有権の移転を明文で明らかにすることが行われるならば格別、現在の規定を解釈によつて、所有権の法的な移転を定めたものだとするには、更なる検討と根拠付けが必要であるように思われる。

さらにこの問題は、単に民法内部の問題だけにとどまらない。法秩序の統一性の下で、刑法学に対しても重大な問題を生じる可能性がある。この点で、ドイツは民法学者も刑法学者も互いの法分野に一定の配慮をしているように見える。我が国においても、その点を含めた検討と考察が行われるのが望まれる。

これまでの検討から、特定商取引法五九条によつて、(その可能性は留保しつつも)消費者に所有権は移転されないと考えられる。本条は、ただ消費者の側の保管義務の期間について定めているだけである。そのように解したとしても、民事法上それほど重大な問題が生じるわけではない。⁽¹⁰³⁾消費者が販売業者の請求にさらされることなく、その物を自由に取り扱うことが出来るということは、法文からもその解釈からも明らかであるからだ。

しかし、刑法上重要な問題が生じる。我が国においてもドイツにおいてと同様、販売業者と消費者の間で所有と占有が永続的に分離する可能性がある。このことから、一方で民事法が消費者にその物の自由な損壊、使用、収益、処分を認めるにもか

かわらず、他方で刑法が同じ行為を器物損壊罪、(遺失物)横領罪によって禁止するという法分野間での矛盾が生じる。この点に関して、刑法学の側で何らかの対応を準備しておく必要がある。

第二節 法分野間に生じた矛盾と刑法学における修正

一 矛盾の解消の方法

特定商取引法五九条から生じる法分野間の矛盾は、刑法学内部で解消される必要がある。では、この問題は民事法がその行為を許容していることを根拠に、法秩序の統一性から直接解決されるべきものであろうか。そうではない。ここでは先に見たように「Aschrau」の見解が参考になる。法秩序の統一性や、比例原則、規範の無矛盾性の要求は民法の正当化事由を直接刑法に導入することを求めているのではないのである。刑法学は、まずその民法上の「効果」を、刑法学内部に取り込むことが求められる。民法上の「効果」を刑法体系と矛盾することなく導入することができるのであれば、それが構成要件該当性や違法性のレベルで解決されようと、何の問題も生じないのである。これは、違法の相対性や法概念の相対性を認める見解とは異なる。法分野間の矛盾を解消するための方法論の問題なのである。よって、刑法内部において、この矛盾が解消されないのであれば、最終的には民法学上の正当化事由を直接刑法に導入することが求められる。⁽¹⁰⁵⁾

これに対して、ドイツと我が国の法規定の違いとして刑法三五条の存在を挙げる反論が考えられる。我が国では正当行為に関する明文規定を持つのでその直接的な導入が可能であるという見解である。まず、ドイツにおいては、たしかに我が国の刑法三五条のような規定は存在しない。では、ドイツでは法秩序の統一性は考えられないのかというと、そうではない。むしろ

事態は逆なのであって、法秩序の統一性と、それに基づく全法秩序からの違法阻却規定の援用可能性が当然のことと考えられているからである。⁽¹⁰⁶⁾さらに、刑法三五条は法秩序の統一性の観点から重要な意義を持つわけではない。この規定は同一の行為について、ある法域では「やってよい」とされながら、刑法で処罰されるのでは、法秩序として矛盾であり、妥当でないと思われる考え方を確認した規定に過ぎないのである。⁽¹⁰⁷⁾よって、他法域との矛盾を解消するために、他法域における許容があることだけを前提に刑法の違法性阻却を検討する方法論は取れない。

矛盾の解消のためには、まず、他法域における「効果」を刑法体系に適合する形で、導入できるかが確認されなければならないのである。

二 犯罪論体系内での修正

では、消費者を刑罰威嚇から解放するために、どのような修正を行う必要があるのだろうか。これを構成要件、違法性のレベルで個別的にみることにする。

1 構成要件レベルでの修正

まず、構成要件レベルで、これを解決しようとするれば、条文上の「他人性」に関する解釈の変更が考えられる。しかし、通説的見解に従えば、器物損壊罪・（遺失物）横領罪は所有権に関する犯罪である。これは、窃盗罪に関して、財産秩序をその保護法益とする所持説に立ったとしても変わらない。⁽¹⁰⁸⁾そして、この所有権の所在は民法（解釈）によるのである。少なくとも

(遺失物) 横領罪、器物損壊罪において、刑法上の「所有権」概念や、Ottoが主張するような刑法上の「他人性」概念というものは認められない。よって、この問題を物の「他人性」概念を変更することによって解決することは出来ない。

2 違法性レベルでの修正

次に、違法性のレベルでの解決が考えられる。違法性のレベルでは、緊急行為、刑法三五条の正当行為、(推定的) 同意、といったものが考えられる。

まず、緊急行為であるが、注文していない物の送付に対する正当防衛が考えられる。少なくとも、非注文物の送付は、消費者の法的領域に対する持続的な侵害であることは明らかである。しかし、緊急行為によって違法阻却される行為を考えた場合、特定商取引法五九条によつて容認される行為の全てが含まれているように思われぬ。せいぜい、送付された物を放置することによる器物損壊罪の違法性が阻却されるに過ぎない。さらに、緊急行為において要求される、侵害の急迫性、危難の現存性、という要件から見た場合も、ネガティブ・オブションの場合は認めがたいように思われる。送付行為その物は、不正な行為ではない。⁽¹⁰⁹⁾しかし、それが期間経過後に不正な行為になると、それは販売業者の不作为によるものである。通説に従うと、正当防衛における急迫不正な侵害に不作为も含まれる。しかし、状態そのものによる不正な侵害が、急迫なものといえるのかについては、議論がある。⁽¹¹⁰⁾特にドイツ民法八五九条のような占有自救に関する規定を持たない我が国においては、緊急行為による正当化はなおのこと認めがたい。⁽¹¹¹⁾

次に、特定商取引法五九条を正当化事由であるとして刑法三五条を通して構成要件該当行為の違法性を阻却するという見解

が考えられる。この方法論には問題があることは前述のとおりである。さらに問題となるのは、そもそも、特定商取引法五九条は正当化事情ではないということである。特定商取引法五九条は直接消費者の行為を正当化しない。たしかに、特定商取引法五九条の法律効果として、消費者はその物を、自由に損壊、使用、収益、処分することができる。但し、同条がその行為そのものを積極的に正当化しているわけではないことに注意が必要である。同条は、販売業者の請求権を否定することによって、「消極的に」その行為を許容しているに過ぎないのである。よって、特定商取引法五九条を正当化事由として、刑法三五条にいう正当行為とする見解は取ることができない。

次に、販売業者の同意による正当化が考えられる。

まず、販売業者は消費者の行為に対して明示的にせよ、黙示的にせよ同意することは明らかである。そこで、推定的同意が考えられるが、販売業者は非注文物の送付によって、経済的利益を上げることが目的としている。つまり、売買契約の締結を申込み、消費者側の受諾をもって売買契約が成立し、代金支払いを受け、利益を上げることがネガティブ・オプションの目的である。よって、基本的に、販売業者が当該物に関して、消費者の損壊、使用、収益、処分行為に同意することはない。また、販売業者は消費者がその物を損壊、使用、収益、処分することで、何らの利益も得ない。販売業者は消費者と売買契約を結び、代金が支払われることで利益を得るのである。よって、この点に関して推定的同意を認めることもできない。

ここで検討されるべきは、Taschanの所有権と同意権の分離という見解である。この見解でもっとも問題だと思われるのは、自由に処分できない法益を所持することはできるが、法益を持たずに自由に処分できないという点にあるように思われる。所有権が事業者の側に残るとする見解を取る以上、その法益に関する同意権限は基本的に所有権者にしかない。たしかにドイ

ツにおいて、破産法八〇条に従えば、破産管財人は、破産者の意思に反して破産者の所有物を処分できる。しかしこのことが、必ずしも所有権と同意権の分離を示しているわけではないように思われる。後にFaschau自身が認めているが、破産管財人がドイツ破産法八〇条の想定する権限を逸脱して破産者の所有物を処分した場合、その処分行為について、破産管財人は同意できない。破産目的を逸脱する処分は許されないのである。なのだとすれば、破産法八〇条の法的状況とは、むしろ破産法の目的からくる、「債務者の」同意権の制限、すなわち、破産管財人が破産目的で行う所有物の処分に關しては、債務者は同意したものと見る方がより理解しやすいに思われる。

Faschauの主張するような、所有権と同意権の分離という主張は、参考になる部分が多いが、行きすぎであるように思われる。

この点に關し、我が国において考えてみると、特定商取引法五九条は、少なくとも送付から一四日間、事業者に通告してから七日間は、事業者は「正当な」所有権者として、商品の返還を請求できることを認めている。この規定を逆から見れば、送付者は一四日（七日）以内に、返還を請求しなければならぬと解することができる。確かに特定商取引法五九条は所有権の移転を認めていない、しかし、販売業者は期間満了時までには所有権者として、その返還請求をしないか、という態度決定をすることが求められる。そして、その期間が経過すれば、もはや返還を請求することができないのである。つまり、特定商取引法五九条が制定されたことによって、明示的な意思表示がなかったとしても、販売業者は態度決定をしないこと、つまり期間内に返還請求をしないこと、もしくは引取りを通告された場合には引取りをしないこと、によって、消費者がその物を自由に取扱うことに「同意」している（とみなすことができる）のである。

販売業者の不作為を同意と解する見解からは、さらにすすんで、所有権の移転について同意している、つまり無償の贈与とみなすことができるかということが再び問題になるように思われる。しかし、それは純粹に民法学上の問題である。

民法上これを無償の贈与とみなすことができ、それによって所有権の移転が行われるのだとすれば、刑法学上何らの問題も生じない。しかし、仮に民法学上、この送付者の不作為を無償の贈与と見ることができない、すなわち所有権の移転が行われないとしても、刑法学上、これを同意と見ることができない。結論的に、たとえ民法学上、特定商取引法五九条について所有権の所在がどのように解釈されたとしても、刑法上も消費者はその物を自由に取り扱うことができ、このように解することによって、法分野間の矛盾が解決されるのである。

この点に関して、最後にもう一度注意的に述べておく。この見解は、所有権概念の相対性や違法の相対性を認め、刑法の独自の目的から不処罰を導く見解ではない。このような見解にいたったのは、ネガティブ・オプションにおいて消費者による所有権侵害が行われた場合に、特定商取引法五九条が消費者の行為を許容するという法律効果をもとに、その効果を刑法体系内で適格的に解釈したに過ぎないのである。したがって、この見解は、刑法が民事法に従属するという前提のもとで主張されていることに注意が必要である。

第五章 おわりに

ここまで検討したように、特定商取引法五九条によって、注文なしに送付された物に関して所有と占有が分離していると解

し、法秩序間に矛盾が生じるように見えたとしても、それを刑法解釈上解決することは十分可能である。販売業者は、その期限内に態度決定しないことによつて、消費者の損壊、使用、収益、処分など一切の行為について、同意していると考えることが出来るからである。

もつとも、たしかにネガティブ・オプションは、公正な取引方法ではないように思われる。販売業者は、「返品なき場合は代金をお支払いいただきます」といった内容の請求書をつけて、注文のない商品を消費者に送り付ける。消費者は、たとえば金支払いの義務がないとしても、少なくともその商品を販売業者の返還請求に応じて返還するために保管するといった無用のトラブルに巻き込まれることになる。国民生活センターに寄せられたネガティブ・オプションに関する問い合わせの回答においても、販売業者に着払いで送り返すか、少なくとも内容証明によつて、返還するように求めるべきだとしている。一般的に民法解釈や、特定商取引法五九条の存在によつて、本来はその必要すらないのにもかかわらずである。

しかし、特定商取引法五九条がこの状況を適切に解決しているように思われぬ。その所有と占有の分離という法的結果は、民法学上、刑法学上、看過しえない問題を生じさせている。少なくとも特定商取引法五九条はこの問題を明文によつて適切に解決できるように改正される必要があるように思われる。たしかに、裁判例においてこの問題を取り上げたものはない。しかし、だからといって、法解釈上疑義のある規定を存続させておく理由はない。

では、ネガティブ・オプションを前述のイギリス法のように刑事罰によつて規制するという方向の改正が必要であろうか。そのように主張する論者もいるが、その必要はないと思われる。⁽¹¹³⁾それは、刑罰発動のためのいくつかの条件を欠くからである。かつて藤木英雄は、その著書において刑法の発動の条件を挙げている。それは、法益の貴重性、刑罰による保護の必要性、刑

罰による保護の適応性である。⁽¹⁴⁾

ネガティブ・オプションにおいて侵害される法益は、直接的には平穩な生活ということとなる。具体的にはその支配領域に対する不正な侵害である。また、間接的には、その財産ということになる。これは法益の貴重性という点では条件を満たしている。

刑罰による保護の必要性とは、他の手段によって規制することが出来ないということの意味している。この条件に関しては、すでに他国での規制手段を見る限り、刑罰発動の条件として満たしていないように思われる。改正されたイギリス法や、カリフォルニア民法に規定のあるように、期間の定めを削除し、ネガティブ・オプションを無償の贈与とする余地はないのであるか。ネガティブ・オプションを規制するには、送付者が持つ経済的動機をひるませることで足りるはずである。まず、このような方向の法改正が目指されるべきではないだろうか。

最後に、刑罰による保護の適応性であるが、これも、ネガティブ・オプションの刑法による規制にそぐわない。この点で、刑罰による保護の方法がその社会的害悪の防止に適應することが必要であり、かつ、刑罰権の行使による副作用的弊害を少なくすることが重要な観点である。たしかに、ネガティブ・オプションを刑事的に規制する方法として、注文のない商品を送付した者を処罰することは出来る。しかし、注文のない商品の送付は民法上も売買契約の「申込み」行為として解釈可能なのである。特定商取引法五九条二項にみるように、事業者間ではこの規定の適用は除外される。これは、事業者間では商品を先に送付するという商法が慣例的に見られることに起因しているが、同様の行為であつても状況次第では、民法上通常の取引行為としてみる余地があるのである。このような状況にあるネガティブ・オプションを刑事的に規制することは、無用な混乱を招

くだけてあろう。

一般の消費者を無用な問題から解放し、法的に困難な状況を回避するためには、法によって所有権の移転を明示することが必要であるように思われる。加えて、この分野における消費者に対する啓蒙をさらに広く進めることで、この問題を解決することが必要である。

最後に、本稿では、特定商取引法五九条について、民法法学の解釈に踏み込んだ形で検討した。もとより刑法を専門とする筆者に十分検討できたかは疑問の残るところであるし、筆者の誤解についてのご批判も多いことと思う。それにもかかわらず、本稿のようなスタイルをとったのは、従来、刑法学者と民法学者があまりに没交渉ではなかったかという点が問題であるように思われるからである。本来、財産犯の分野は、民法学者が規律する市民の権利に関する問題を、刑罰威嚇によって裏面から保護するという関係にある。市民を規律する財産秩序とは、民法と刑事法が一体となって形成されているのである。本稿で取り上げた問題以外にも刑法と民法の交錯が正面から問われる問題は多い。従来から刑法学において議論されてきたようなものに加えて、特に近時は、刑事立法の活性化が叫ばれ、また、世間で耳目を集める事案に対するやや拙速とも思える立法も多く見られる。このような中では、刑事法学者と民法学者がそれぞれの独自の法解釈を追及するのみならず、他法域にも配慮した解釈論を展開する必要がある。そのためには解釈論や立法論の分野において両者の交流が不可欠であり、より充実した解釈論の発展のために、互いの領域に踏み込んだ形での共同作業が必要とされているように思われる。

- (1) 拙稿「自救行為について」(二)一〇三・完」法学雑誌五二卷一―三号(二〇〇五年)、特に「自救行為について」(三・完)五一―頁以下、近
 時同じ方向性を示す見解として、山口厚Ⅱ井田良Ⅱ佐伯仁志「理論刑法学の最前線Ⅱ」(岩波書店 二〇〇六年)六三頁以下(井田良執筆分)
 がある。井田説に対しては、山口、佐伯のコメントも含めて後日別稿にて検討したい。
- (2) 松宮孝明「刑法総論講義(第三版)」(成文堂 二〇〇四年)一〇二頁。
- (3) いわゆる、「違法の相対性説」をとった場合、法秩序間の矛盾は許容されるといわれる。しかし、違法の相対性説には問題がある。その財産
 犯の保護法益論における問題性については、拙稿「自救行為について」(三・完)五一―頁以下。なお、我が国における違法の相対性説の代表
 的論者である前田雅英も、完全に民法から独立した見解を取っているわけではなく、解釈にあたっては民法の見解を参照している。前田雅英
 『刑法各論講義』(東京大学出版会 二〇〇七年)三〇六頁以下など。
- (4) 山本豊Ⅱ村千鶴子Ⅱ角田真理子Ⅱ圓山茂夫『消費者契約紛争ハンドブック(第二版)』(弘文堂 二〇〇五年)一八頁。
- (5) 山本他・前掲書二〇頁。
- (6) 後述するように、民法上、送付された物に関して無償寄託の類似と見る見解があることから委託物横領罪の可能性も考えられないわけではな
 いが、委託物横領罪の保護法益である現実の委託信頼関係は存在しないであろう。よって、横領の罪の中でも遺失物横領罪が特に問題となる。
- (7) これに対してネガティブ・オプションの理解によつては正当防衛等による正当化が考えられる。
- (8) 竹内昭夫「新版 特殊販売規制法」(商事法務研究会 一九八六年)七頁。
- (9) 本答申及び、関連諸法の整備において主眼とされたのは訪問販売に関する規制、とりわけクーリングオフ制度ならびにマルチ商法に関する規
 制であるが、本稿には直接関連しないので、その点については触れないこととする。
- (10) 竹内・前掲(注8)二六〇頁。
- (11) (旧)訪問販売等に関する法律一八条
 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、その申込みにかかる商品を送付した場合又は申込者等に対して
 その売買契約にかかる商品以外の商品につき売買契約の申込みをし、かつ、その申込みにかかる商品を送付した場合において、その商品の送付
 があつた日から起算して三月を経過する日(その日が、その商品の送付を受けた者が販売業者に対してその商品の引取りの請求をした場合にお

けるその請求の日から起算して一月を経過する日)までにその商品の送付を受けた者がその申込みにつき承諾をせず、且つ、販売業者がその商品の引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。

二 前項の規定は、その商品の送付を受けたものために商行為となる売買契約の申込みについては、適用しない。

(12) 「一九七六年五月二〇日 第七七回国会参議院商工委員議事録」第六号三一頁(天谷直弘発言)

(13) 「一九七六年五月一九日 第七七回国会衆議院商工委員會議録」第一三号一頁(佐野進発言)、審議内容については「一九七六年五月一八日 第七七回国会衆議院商工委員會議録」第一二二号三〇頁以下(佐野進、竹内直一、竹内昭夫発言)。

(14) 経済産業省商務情報政策局消費経済部消費政策課編「平成一六年版 特定商取引に関する法律の解説」(経済産業調査会 二〇〇四年)二九五頁。

(15) 「一九七六年五月一八日 第七七回国会衆議院商工委員會議録」第一二二号二八頁(天谷直弘発言)。法制定に関わった竹内昭夫は、イギリス法のほかにカリフォルニア民法も参照している。竹内・前掲(注8)七七頁、九三頁。外国法については後述三参照。

(16) 経済産業省・前掲(注14)二九五頁以下。

(17) その他の改正等については、経済産業省・前掲(注14)三頁以下参照。

(18) 国民生活センター消費生活相談データベース<http://datafile.kokusen.go.jp/>による。

(19) 竹内・前掲(注8)九三頁。

(20) 齋藤雅弘「池本誠司」石戸谷豊『特定商取引法ハンドブック(第三版)』(日本評論社 二〇〇五年)四八六頁(池本執筆分)。

(21) 竹内・前掲(注8)九七頁。

(22) 齋藤ほか・前掲(注20)四八七頁、その場合の立証責任は事業者が負う。

(23) 竹内・前掲(注8)九七頁。

(24) 今村成和「丹宗昭信」実方謙二「厚谷襄児編」『注解経済法 下巻』(青林書院 一九八五年)九一九頁(飯田泰雄執筆分)。

(25) 経済産業省・前掲(注14)二九七頁。

(26) 経済産業省・前掲(注14)二九七頁。

(27) 伊藤進「消費者私法論」(信山社出版 一九九八年)八三頁、尾島茂樹「ネガティブ・オプションに関する一考察」『クレジット研究』三二号(二〇〇四年)二八六頁以下。

- (28) 中野正俊『増補・改訂 割賦・訪問・通信販売の法律知識』(三一書房 一九八六年) 一八三頁。なお同書一八六頁は、本来ならば一方的に送付された物の保管義務は生じないとする。
- (29) 経済産業省・前掲(注14) 二九四頁。
- (30) 竹内・前掲(注8) 九二頁、今村ほか・前掲(注24) 九一八頁、齋藤ほか・前掲(注14) 四八六頁、山本ほか・前掲(注4) 一一九頁、若原紀代子『民法と消費者法の交錯』(成文堂 一九九九年) 一九〇頁、山口康夫・澁谷絢子『消費者トラブル相談ハンドブック』(新日本法規出版 二〇〇五年) 二七七頁。ただし、尾島・前掲(注27) 二八四頁が指摘するように特定商取引法五九条が保管義務を根拠付けるかのような見解は取りがたい。消費者を保護するための本条が、消費者に民法にも規定されない不利益な保管義務を負わせているとは解しがたいからである。保管義務については民法によるべきである。
- (31) 山本ほか・前掲(注4) 一九頁、梶村太市・石田賢一編『特定商取引法』(青林書院 二〇〇六年) 五七九頁(西川政治執筆分)。
- (32) 経済産業省・前掲(注14) 二九四頁。
- (33) 齋藤ほか・前掲(注14) 四八六頁。
- (34) 竹内・前掲(注8) 九三頁。
- (35) なお、竹内昭夫・内田貞夫・小島武司・野々内隆・柳館栄・吉岡博之「座談会 特殊販売の実態と法規制」ジュリスト六四五号(一九七七年) 二六頁(内田発言部分)に保管義務に関する発言がある。
- (36) 竹内ほか・前掲 二七頁(竹内発言部分)。
- (37) 伊藤・前掲(注27) 八三頁。
- (38) 尾島・前掲(注27) 二八七頁。
- (39) 経済産業省・前掲(注14) 二九五頁。
- (40) 今村ほか・前掲(注24) 九一八頁、中野・前掲(注23) 一八四頁も同様である。
- (41) 最高裁昭和四五年一〇月二二日判決(民集二四卷一一号一五六〇頁以下)。
- (42) 尾島・前掲(注27) 二八九頁。
- (43) 竹内ほか・前掲(注35) 二七頁(内田発言)。
- (44) 経済産業省・前掲(注14) 二九六頁。同旨、梶村太市・深澤利一・石田賢一編『訪問販売法』(青林書院 一九九二年) 三三三頁(宮崎富士

見執筆分)。

- (45) 竹内・前掲(注8)七七頁を参考にした。
- (46) 尾島・前掲(注27)二九四頁の和訳を参考にした。
- (47) カリフォルニア民法の規定は実際にはもっと長い。内容については、竹内・前掲(注8)七七頁を参考にした。
- (48) ドイツ不正競争防止法旧一条は、商行為として、公序良俗違反の目的で不正競争行為を行った者に対して差止めと損害賠償を求めることができるという規定であった。vgl. Stephan Lorenz, Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, Jus 2000, Heft 9, S. 841, Benjamin Tachau, Ist das Strafrecht strenger als das Zivilrecht?, 2005, S.19ff.
- (49) Richtlinie 97/7 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 20. 5. 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsschlüssen im Fernabsatz, NJW 1998, S. 212, Lorenz, a.a.O., S. 833ff., Tachau, a.a.O., S. 80f. なお、岡林信幸「通信販売における契約締結の際の消費者保護に関する指針」名城法学四八巻三三三号(一九九九年)一八九頁以下にその和訳がある。
- (50) 岡林・前掲 一九四頁。
- (51) Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BGBl. 2000 Teil 1 Nr. 28, S. 897ff.
- (52) EU指令とドイツ国内法の関係についてはAngja Schwabe「通信販売契約の締結—EU指令に基づくドイツ消費者保護法の改正—」入稲福智訳平成法政研究七巻二二二号(二〇〇三年)二七八頁以下参照。
- (53) Lorenz, a.a.O., S. 833ff., Dork Olzen, Staudingers Kommentar zum BGB, Bd. 2, 14 AfFG, §241a Rn. 2, その他のEU指令や通信販売に関する法律の民法典の統合については、右近潤「撤回概念明確化のための覚書」同志社法学五三巻一三〇号(二〇〇一年)二六五頁以下、谷本圭子「EU通信取引指令とドイツでの対応」立命館大学人文科学研究所研究叢書第二二二輯(二〇〇〇年)九七頁以下、入稲・前掲(注52)二八〇頁以下参照。
- (54) 訳は半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』(信山社 二〇〇三年)四四二頁を参考にした。
- (55) Lorenz, a.a.O., S. 840f., Olzen, a.a.O., S. 23ff., Tachau, a.a.O., S. 96ff., Günter Christian Schwarz, §241a BGB als Störfall für die Zivilrechtsdogmatik, NJW 2001, Heft 20, S. 1449ff.
- (56) Schwarz, a.a.O., S. 1454.

- (55) Werner Plume, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung, Die Änderungen des BGB durch das Fernabsatzgesetz, ZIP 2000, S. 1427, 1428.
- (58) 入桶・前掲(注52) 一八〇頁。
- (56) Lorenz, a.a.O., S. 841, Olzen, a.a.O., Rn. 11.
- (60) Lorenz, a.a.O., S. 841.
- (59) Olzen, a.a.O., Rn. 14, 35ff., Schwarz, a.a.O., S. 1450f.
- (62) Schwarz, a.a.O., S. 1454, 1456, Olzen, a.a.O., Rn. 14, 18.
- (63) BT-Drucksache 14/2920, S. 14, Olzen, a.a.O., Rn. 16ff.
- (57) Schwarz, a.a.O., S. 1450f., 1454.
- (58) BT-Drucksache 14/3195, S. 32.
- (66) Olzen, a.a.O., Rn. 13.
- (65) BT-Drucksache 14/2658, S. 193, vgl. Stephan Lorenz, §241a BGB und das Breicherrungsrecht, Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag, S. 193.
- (68) Schwarz, a.a.O., S. 1449, 1453f., Thomas Rieni, Das Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts, JURA 2000, S. 505.
- (69) Ralph Matzky, §241a BGB ein neuer Rechtfertigungsgrund im Strafrecht?, NSTZ 2002, Heft 9, S. 458ff., Harro Otto, Konsequenz aus §241a BGB für das Strafrecht, JURA 2004, Heft 6, S. 389ff., Wolfgang Misch, Einziehung und §241a BGB, NSTZ 2005, Heft 10, S. 534ff., Tachau, a.a.O.
- (70) Matzky, a.a.O., S. 460, vgl. Tashcau, a.a.O., S. 141ff.
- (71) Matzky, a.a.O., S. 460.
- (72) Otto, a.a.O., S. 389, vgl. Otto, Grundkurs Strafrecht, B.T., 7. Aufl., 2005, §40Rn. 14.
- (73) Otto, a.a.O., S. 389, vgl. Matzky, a.a.O., S. 460.
- (74) Matzky, a.a.O., S. 461.
- (75) Matzky, a.a.O., S. 461, vgl. Tashcau, a.a.O., S. 163ff.
- (76) Matzky, a.a.O., S. 462.

- (77) Matzky, a.a.O., S. 462.
- (78) Taschau, a.a.O., S. 187.
- (79) Taschau, a.a.O., S. 186.
- (80) Taschau, a.a.O., S. 59ff.
- (81) Matzky, a.a.O., S. 462.
- (82) Taschau, a.a.O., S. 187ff. vgl. S. 121ff.
- (83) Taschau, a.a.O., S. 193ff.
- (84) Taschau, a.a.O., S. 190f.
- (85) Taschau, a.a.O., S. 198.
- (86) S. Lorenz, FSf. W. Lorenz, S. 193
- (87) Olzen, a.a.O., Rn. 62.
- (88) Taschau, a.a.O., S. 123ff.
- (89) Matzky, a.a.O., S. 462.
- (90) Matzky, a.a.O., S. 462f.
- (91) Matzky, a.a.O., S. 463.
- (92) Taschau, a.a.O., S. 184.
- (93) Taschau, a.a.O., S. 185.
- (94) Taschau, a.a.O., S. 185f.
- (95) Taschau, a.a.O., S. 201f.
- (96) 関俊彦「金融手形小切手法（新版）」（商事法務 二〇〇三年）九四頁以下、田邊光「最新手形小切手法（四訂版）」（中央経済社 二〇〇〇年）一三三頁以下、田邊宏康「手形小切手法講義」（成文堂 二〇〇五年）一四七頁以下など多数。なお、手形法一六条二項については、無権利者からの取得に限られるのか、権利者ではあるが権利移転行為上の瑕疵がある場合にも適用されるのかについて争いがある。しかし、後者の説を採ったとしても、販売業者が制限能力者であるわけでもなく、代理権の問題や意思表示の問題があるわけでもないのであって、本条と特定商取

引法五九条で内容面における類似性を認めるには困難がある。

(97) 伊藤・前掲(注27) 八三頁。

(98) 尾島・前掲(注27) 二八七頁。

(99) 請求権が否定されるので反射的效果として所有権を取得するだけ述べる論者もいるが、不法原因給付に関する判例を参考としているのだと思われる。

(100) 谷口知平『不法原因給付の研究(第三版)』(有斐閣 一九七九年)、加藤雅信『新民法体系V 事務管理・不当利得・不法行為』(有斐閣 二〇〇二年) 一〇六頁、近江幸治『民法講義IV 事務管理・不当利得・不法行為』(成文堂 二〇〇四年) 八二頁。

(101) 前掲(注13)・衆議院商工會議録第一二号三〇頁以下(佐野進、竹内直一、堺次男発言)、また、二定期間経過後はその返還請求もできなくなるという不利益を覚悟させることによって、このような一方的条件付の商品送付をやめさせようというのが、本条の目的である」とも述べる。竹内・前掲(注8) 九三頁。

(102) 加藤雅信『新民法体系II 物権法』(有斐閣 二〇〇三年) 二六九頁以下、近江幸治『民法講義II 物権法(第二版)』(成文堂 二〇〇三年) 二〇五頁以下。

(103) 梶村ほか・前掲(注44)も、「販売業者が商品の返還を請求できなくなることを消費者の所有権取得原因とすることは現行法制上疑問があったからであって、消費者が自由な処分権を取得することは所有権を取得するのと実質的な差異がない」と述べる。確かに、処分権を有するのであれば、民法上、「形式的な」所有権の所在はそれほど問題とならないのかもしれない。しかし、再三にわたって述べているとおり、刑法上は、まさに「形式的な」所有権の所在が重要なのである。ここで、刑法上は、形式的な所有権ではなく、実質的な所有権を保護すればよいとする説が出てくることが考えられる。しかし、その思考そのものが「刑法上の」所有権概念を作り出す見解へと連なるのである。もちろん所有権保護の実質はその使用・収益・処分権限である。しかし、だからといって形式的所有権が保護されないということにはならないのである。ここで、より重要なことは、刑法学が独自に保護に値する(実質的)所有権概念を作り出すことではなく、民法解釈においてもまた刑法解釈に留意した所有権理解を求めていくことなのである。

(104) 浅田和茂『刑法総論』(成文堂 二〇〇五年) 一八八頁も、「他の法令で許容されている行為が、実質的違法性の観点から、真に刑法上も違法性を阻却するものに値するものであるか否かは、個別的に検討を要する」とし、「法令に規定がある限り『罰しない』という結論は同じであって、刑法上の解釈としては、違法性阻却事由ではなく、可罰的違法性阻却事由あるいは、(可罰的)責任阻却事由と解すべき場合もあるからで

ある」とする。なお、大塚仁『刑法概説（総論）』（第三版）（有斐閣 一九九七年）三九〇頁は、刑法三五条に構成要件該当性阻却事由も含まれるとするが、これは、他法域における許容が、刑法三五条を通して、刑法体系内の各レベルで検討されるということを意味している場合に限り（そう考える必要があるかという点はおいておくとしても）理解できる。

(105) もっとも、前述のように、各法をその目的に従って解釈した場合に矛盾する結果を排除するものではない。そうであっても、民法その他の法が許容する行為について、刑法が処罰するということはほとんど起こりえない。

(106) 松宮・前掲（注2）一〇六頁。

(107) 松宮・前掲（注2）一〇三頁、山口厚『刑法総論（補訂版）』（有斐閣 二〇〇五年）九八頁。

(108) 山口厚『刑法各論（補訂版）』（有斐閣 二〇〇五年）二八三頁。

(109) 送付行為その物を不正な行為とみる余地もあるが、そう考えるのであれば、期間経過以前に販売業者がその所有権に基づき請求を行うことについて何らかの制限が考えられるべきであろう。この点についても指摘されることは少ない。

(110) この点に関する議論として拙稿「自救行為について」（二）一七二頁以下。

(111) ドイツ民法八五九条の占有自救に関しては拙稿「自救行為について」（二）五一頁以下、「自救行為について」（二）二八六頁以下を参照。

(112) Taschan, a.a.O., S. 191.

(113) 尾島・前掲（注27）二八七頁。

(114) 藤木英雄『刑法講義各論』（弘文堂 一九七六年）二頁以下。