

研究ノート

## ネガティブ・オプションで送付された商品の 所有権に関する法的素描

坂 東 俊 矢

### 1. ネガティブ・オプションと消費者被害の現実

送りつけ商法による被害が深刻である。とりわけ、2012年度から2013年度にかけて、依頼を受けていないにもかかわらず、高齢者に健康食品を強引に送りつけ、半ば脅迫的にその代金を請求する被害が急増した<sup>(1)</sup>。

送りつけ商法は、ネガティブ・オプションとも表現され、それが商取引に該当しない限り、特定商取引法の適用がある（特商法59条）。また、実際の被害事案では、電話で契約済みであると偽って申込みを受けていない商品を送付することから、特定商取引法の電話勧誘販売に該当することが多い（特商法2条3項<sup>(2)</sup>）。高齢者に対して脅迫的に健康食品を送り付けていた事業者に対して、2013年以降現在までに4件の業務停止命令が出されている（特商法23条<sup>(3)</sup>）が、それはすべて電話勧誘販売取引に該当する事案に対する処分である。もっとも、送りつけ商法そのものについては、特定商取引法では雑則として、送付された商品を事業者が返還請求できなくなる期間についてのみ規定されているだけであって、その他の基本的な考え方は民法に委ねられている。本稿は、改めて、送りつけ商法に関する民法および特定商取引法の適用を再整理することによって、送りつけ商法に関する法的な考え方と適切な法規制のあり方、とりわけ一方的に送付された商品の所有権の考え方について検討することを目的としている。

## 註

- (1) 健康食品の送りつけ商法に関する消費生活相談件数は、2004年度から2011年度にかけて、1500件から2800件前後で推移していたが、2012年度には15,599件、2013年度には30,312件と急増した。2013年度では、相談者が65歳以上である件数が26,535件(87.5%)を占め、被害が高齢者に集中していることが分かる(消費者庁『平成26年度版消費者白書』173頁、図4-3-10)。また、国民生活センター「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」平成25年9月30日報道発表。
- (2) 注文していない商品の送付後に、電話で勧誘をすすめられて代金を支払ったり、契約を締結したりした場合には、電話勧誘販売に該当する。なお、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5版』日本評論社(2014年2月)656頁参照。
- (3) 4件の行政処分は次の通りである。(株)かなめ堂に対する6ヶ月間の業務停止命令(2013年2月26日)、(株)健洋堂に対する6ヶ月間の業務停止命令と業務改善指示(2013年7月4日)、(株)健美食品に対する6ヶ月間の業務停止命令、(株)ケア食品・(株)日本ヘルスケアに対する3ヶ月間の業務停止命令(2013年8月27日)、(株)メディカルライフに対する6ヶ月間の業務停止命令。いずれも、消費者が注文していない健康食品について注文を受けているとして送付したことを、消費者の判断に影響を及ぼす重要なものについての不実告知(特商法21条1項7号)と認定している。

## 2. 送付された商品に関する民法の考え方と特定商取引法

送りつけ商法には、大きく分けて民事的には二つの法的な検討課題がある。

第一は、一方的に送り付けられた商品ではあるが、それに関する売買契約が成立する場合がありますかという契約(債権)の問題である。第二は、仮に売買契約が成立しないとして、その商品の所有権の帰属とその保管義務をどのように構成するのかという物権にかかわる問題である。

### (1) 売買契約の成否

売買契約は諾成契約の典型であり、売主の申込みの意思表示に対して買

主が承諾の意思表示をすることによって契約が成立する（民法 555 条）。注文をしていない商品等の送りつけは、その商品等の購入を申し込む行為に過ぎず、それだけで契約が成立することはあり得ない。また、申込みを受けたからといって、承諾するか否かを返答する義務はない。

但し、隔地者間の契約について申込者の意思表示又は承諾の通知を必要としない取引上の慣習がある場合には、承諾の意思表示と認めるべき事実があった時に、契約が成立する（民法 526 条 2 項）。もっとも、いわゆる送りつけ商法に承諾の通知を必要としない取引上の慣習があることは想定し難いので、この適用によって契約の成立が認められることはない。<sup>(4)</sup>一方で、申込者による表示に基づき、商品の送付を受けた者の対応が承諾の意思表示に該当すると客観的に評価することができる場合には、その者には契約を締結する意思があったとして、売買契約の成立が認められることはあり得る。例えば、個別の注文を受けずに追加された置き薬が使用された場合には、売買契約が成立していると考えられる。一方的に送り付けられた商品であっても、送付を受けた者がその商品の用法に従った使用をしたり、送付をした者に対して商品代金を支払ったりした場合には、その事実を承諾の意思表示と評価して、契約が成立したとされる可能性がある。逆に言えば、商品を使用したり、商品の代金と明確に認識して金銭を支払ったりしない限り、一方的に送り付けられた商品に関して契約が成立することはない。<sup>(6)</sup>

## (2) 送付された商品の所有権の帰属とその保管義務

送りつけ商法に関するもうひとつの重要な法的な論点が、送付された商品の所有権の帰属とその管理責任に関するものである。

一方的に送付された商品とは言え、その所有権は依然として商品を送付した者に帰属している。判例、通説は、物権変動について意思主義を採用しており、<sup>(7)</sup>売買契約が成立しない限り、所有権が移転することはない（民法 176 条）。その結果、送付された商品を受け取った者は、その商品を所有者の意思に反して勝手に処分することはできない。少なくとも所有者の

意思確認ができるまでは、他人の物を保管する責任が法的には生ずることになる。

もっとも、送付を受けた者が、費用を負担して、その返還をする義務はない。他人の所有物が自らの生活領域に同意なく送られてきたのであるから、その妨害の排除を請求することができるからである（物権的妨害排除請求権）。一方で、商品を送付した者にも返還請求権があるが（物権的返還請求権）、その請求権を行使する状況は、同意を得ることなく商品を送付した者の行為に起因している。商品の送付を受けた者には何らの帰責性はない。こうした場合、商品の返還にかかる費用については、送付をした者が負担することに疑問はない<sup>(8)</sup>。

ここでさらに問題となるのは、商品が返還されるまでの保管義務の法的性質にある。注意義務の程度として民法は、契約の目的物である特定物の引渡し債務に関しては「善管注意義務」（民法 400 条）を、無償で財産を預かった場合の寄託物の保管に関しては「自己のためにすると同一の注意義務」（民法 659 条）を規定している。もっとも、これらの注意義務の程度は、基本的には有効な契約関係に基づく義務として物の管理をすることが想定されたものである。事前に締結された基本契約に基づいて、見計らいの商品が送付された場合などには、自己のためにすると同一の注意義務に基づく保管が義務づけられていると解することが妥当であろう。しかし、そうした取引関係を前提としないで、一方的に商品が送付された場合にまで、自己のためにすると同一の注意義務を課すことは適切ではない<sup>(9)</sup>。民法は、他人の財産等への急迫の危害を免れさせるためである緊急事務管理については、悪意又は重過失の場合のみに損害賠償責任が生ずるとして、その注意義務の程度を軽減している（民法 698 条）。送付された物をやむを得ず管理せざるを得ないという観点からすれば、この規定に準じた注意義務の程度が想定されることが合理的である<sup>(10)</sup>。

### (3) 特定商取引法 59 条と「返還請求できない」の意味

商品が一方的に送付された場合、送付を受けた者はその返還をする義務

を負わないが、送付した者がその引き取りをするまでは、その程度は軽微であるにせよ、他人の所有物を保管する義務を負うことになる。送りつけ商法による消費生活相談が継続的に寄せられていて、減少していない現実を踏まえると、この民法による法律的帰結は必ずしも適切だとは言えない。消費者を困惑させるような取引形態であるにもかかわらず、商品の保管が法的に義務づけられ、保管義務を課せられる期間も明確ではないからである。

特定商取引法は、その59条で、売買契約の申込みをした者又は売買契約を締結した者以外に対し商品を送付した場合、消費者が商品を受領した日から14日を経過する日まで、または消費者が商品の引取りを請求したときは請求日<sup>(11)</sup>から7日を経過する日までに、消費者が商品の購入をせず、かつ送付した事業者が商品を引き取らないときは、事業者はその商品の返還を請求できないと規定する（特商法59条1項）。なお、この規定は、商品の送付を受けた者にとって商行為となる売買契約には適用されない（特商法59条2項）。

その趣旨は、商品受領日から14日間、引取り請求から7日間のいずれか（以下、保管期間と記載する）が経過した日以降の商品の返還請求を否定することで、消費者に対していずれかの期間が経過した以降の商品に関する保管義務を実質的に免除することにある。消費者は保管期間経過後であれば、商品を処分することができる<sup>(12)</sup>と解されている。

## 註

- (4) 送りつけ商法で使われる一部の契約書には、承諾をしない旨の意思表示がない場合に承諾があったとする条項が規定されていることがある。これらの条項は一方的に規定されているもので、取引上の慣習と解する余地がないことは言うまでもない。例えば、対等当事者間の継続的な原材料供給契約や従来から取引関係がある業者による書籍の見計らい販売などで個別の承諾が省略されている場合などでは、取引上の慣習が認定できるであろう。もっとも、この条項であっても申込者による意思表示と解することはできよう。しかしながら、送りつけ商法での承諾の意思表示を不要とする条項は、市民法原理

- の根幹にかかわるものであり、消費者契約法 10 条に反するものとして無効と解される（同趣旨の解釈として、圓山茂夫『詳解 特定商取引法の理論と実務 第 3 版』民事法研究会（2014 年 3 月）781 頁）。
- (5) 送りつけ商法では、その送付方法として代金引換郵便が利用される場合がある。この場合に郵送業者に対して代金名目の金銭を支払ったとしても、それは商品の確認をしないままに請求された金銭を支払ったに過ぎず、契約が成立することはない（同趣旨、齋藤ほか・前掲（2）書 656 頁）。
  - (6) 最近では、高齢者に「注文を受けた」と電話などで脅迫的に言って、契約を締結させる被害事案も多い。これらの事案は、刑法の詐欺や脅迫が問題となるのであって、民事上も契約が成立する余地はもろくない。
  - (7) 最判昭和 33 年 6 月 20 日民集 12 卷 10 号 1585 頁。民法 176 条の理論的検討状況については、舟橋諄一＝徳本鎮編『新版注釈民法（6）』有斐閣（2009 年 9 月）225 頁以下。
  - (8) 物権的請求権の内容とその費用負担の問題として構成するまでもなく、一方的に商品を送りつけた場合には、それが購入されない場合の返還についても送付した側が費用を負担して行われることは、取引に関する当事者双方の通常の意味であると考えることができる。
  - (9) 同趣旨の記述として、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 24 年版 特定商取引に関する法律の解説』商事法務（2014 年 3 月）411 頁、圓山・前掲（4）書 780 頁、齋藤ほか・前掲（2）書 656 頁。
  - (10) 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と解すべきとする見解も同様の考え方にたつものと思われる（齋藤ほか・前掲（2）書 656 頁）。
  - (11) 商品の引き取りの請求日とは、引き取りの請求が事業者に到達した日であると解される。
  - (12) 圓山・前掲（4）書 782 頁、齋藤ほか・前掲（2）書 656 頁。

### 3. 送りつけ商法にかかる法的な論点

#### (1) 所有権の帰属の考え方 —— 物権的返還請求権の否定と所有権

保管期間経過後には、事業者は送付した商品の返還を請求することができない。もっとも、ここで否定されているのは物権的返還請求権であって、事業者がその商品に所有権を有していることは否定されていない。商品を送付した事業者は、保管期間経過後は、消費者のもとにある商品について、

返還請求権がない所有権を有していることになる。これは法的にどのような理解すべきなのであろうか。

この点に関して立法を担当した行政庁である経済産業省による解説書では以下のような記述がなされている。すなわち「所有権を取得する」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（占有による動物の取得）、第240条（遺失物の取得）等）、本件についてこのような要件にあてはまらないためである。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<sup>(13)</sup>」。反射効果により所有権の主張ができなくなるとの説明をどのように理解すればいいのであろうか。

#### ①所有権の機能という観点からの検討

所有権には「使用、収益、処分」という権能がある（民法206条）。

所有者は、たとえその商品を占有していなくても、それを第三者に売却するなどして処分することができる。対抗要件としての引渡しも、指図による占有移転（民法184条）により可能である。その意味では、送りつけ商法で送付された商品が消費者の手元にあったとしても、送付した事業者がその所有権を有する限りは、その商品を第三者に転売することは可能である。この場合の法律関係をどのように考えるべきなのだろうか。

第三者が取得する商品の所有権は、それが売買などを理由とする承継取得であることから、前所有者の所有権をそのまま引き継ぐことになる。前所有者が消費者に送付した商品の所有権は、保管期間経過後はその機能から物権的返還請求権を欠いたものである。だとすると、第三者も、返還請求権を消費者に対して行使することはできないと解される。

また、第三者への転売に対抗要件を備える場合には、所有者から以降、

第三者のために占有することを代理占有者である消費者に命ずる必要がある。商品を占有する消費者からすれば、誰が商品の所有者であるかが不明となることはない。なるほど、この点では法的な意味での不都合は生じないように思われる。

## ②所有権侵害を理由とする損害賠償請求の可否

保管期間経過後に消費者が送付された商品を処分した場合、それが所有権侵害を理由とする損害賠償請求の対象とはならないだろうか。

所有権侵害は、それだけで違法となる。近代法においては、所有権は絶対権として保護されている。他人の所有物を処分することは、それだけで不法行為となり、損害賠償の対象となる。

もっとも、所有権侵害に関する保護法益は、その財貨帰属秩序の維持にあると解されている。帰属という観点からすれば、物を所有者のもとに置くあるいはその意思に従って利用できる状態にすることが求められており、そうした状態への侵害が不法行為となる。それ故に、所有権には物権的請求権が認められている。

送りつけ商法に関する、保管期間経過後は、商品を送付した者は、商品の所有者であってもその返還請求権が法によって否定されている。商品を消費者に送付したのは所有者自身の判断によるものであり、また、一定の保管期間にその返還を請求することは可能であった。そう考えると、商品の帰属が侵害されていることを理由とする不法行為に基づく損害賠償は、保管期間経過後にはできないと解することになろう。だとすると、不法行為に基づく損害賠償に関しても、不都合は生じないように思われる。

## (2) 不法原因給付の考え方との近似性

給付した物の返還請求が法によって否定されるという効果に着目すれば、特定商取引法 59 条の規定は、民法の不法原因給付（民法 708 条）の考え方にきわめて似ている。不法原因給付に関して蓄積された法理論は、特定商取引法 59 条の解釈や理解に何らかの示唆を与えることはないだろうか。

民法は、不法な原因に基づいて給付されたものの返還を認めない（民法

708条)。この規定は、自ら不法な原因による契約に基づいて給付をしておきながら、その契約が公序良俗に反するとして無効とされたとしても、給付したものを不当利得として返還請求することは認められないとの考え方にある。いわゆる「クリーンハンド」原則の一形態であるとも理解されている。

不法原因給付として返還が認められないのは、公序良俗違反を典型とする無効な契約に基づいてなされた給付であり、請求が否定されている権利は一義的には不当利得の返還請求権である。一方的に商品が送付されるとはいえ、そのこと自体が公序良俗に反するほどの販売手段とまでは言えない。また、送付された商品の物権的な返還請求権を否定する特定商取引法の規定とは、契約に関する前提も返還請求権の法的な根拠も異なっていることには留意が必要である。しかし、少なくとも「返還請求ができない」とする効果に関する限りは、その法的な意味を共通に論ずることができそうである。<sup>(14)</sup>

#### ①不法原因給付における不当利得返還請求の否定と物権的請求権の関係

仮に不法原因給付によって否定されているのが、不当利得の返還請求権だけだとすると、給付されたものが金銭ではなく、物である場合には、それとは別に所有権に基づく物権的返還請求権を行使することができるのが問題になる。もっとも、これを可能とすれば、民法708条は事実上、無意味な規定になってしまう。そこで、民法708条の趣旨は反社会的な行為をした者からの行為の結果の復旧を訴求し得ないとするものであって、物権的な返還請求も当然に否定されると解されている。<sup>(15)</sup>最高裁も、昭和45年大法廷判決において、「給付者は、不当利得に基づく返還請求を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」と同様の判断を示している。<sup>(16)</sup>

#### ②708条による返還請求権の否定と給付目的物の所有権の考え方

もっとも、最高裁昭和45年代法廷判決は、妾関係の維持を目的として建物を新築し、その建物を未登記のまま贈与して、そこで理髪業の営業を<sup>(17)</sup>

させてきたが、その後、不仲となったために贈与者が受贈者に対して、所有権に基づいて建物の返還を求めたのに対して、受贈者からは贈与者に移転登記を求めた事案<sup>(18)</sup>であった。最高裁は、結論的には、贈与者の返還請求を否定するとともに、受贈者からの移転登記請求を認めた。その法的な根拠は以下の通りである。「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、もっと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」。この判断には、所有権と占有権の帰属が永久に分離する事態を回避するためには、占有者に所有権を帰属させる以外に妥当な解決方法はないとの判断があると考えられる。そして、所有権が移転する原因としては、返還請求が否定される反射的效果として、給付者の所有権が否定される結果であるとする<sup>(20)</sup>。この考え方に対する学説の対応は、確定しているとは評価できない。その詳細な検討は省略するが、「返還請求ができないことの反射的效果としての所有権の帰属」という考え方そのものは、当事者の権利関係の明確化という観点からは、送りつけ商法に関する商品の所有権を考える場合にも、十分に検討に値する。

## 註

- (13) 消費者庁=経済産業省・前掲(8)書413頁
- (14) 以下の記述は、山田幸二「不法原因給付」『民法講座6 事務管理・不当利得・不法行為』有斐閣(1985年9月)を参考している。
- (15) 山田幸二・前掲(14)論文110頁以下。また、その主要な提唱者として、我妻栄『債権各論(下)一(1)』岩波書店1757頁。
- (16) 最大判昭和45年10月21日民集24巻11号1560頁
- (17) 妾など不倫関係を維持する目的で不動産を譲渡する場合、その引渡しまたは登記の移転のいずれが708条にいう給付に該当するのかについては問題が残る。最高裁は、未登記建物が対象となった本件昭和45年判決では「贈与の目的建物は未登記であり、その引渡しにより債務の履行を完了したものと解されるから、引渡しに708条の給付にあたる」とする一方で、最判昭和46年10月28日(民集25巻7号1069頁)では、「既登記の建物については

占有の移転では足りず、所有権移転登記手続が履践されていることをも要するものと解するのが相当」としている。

- (18) 訴訟提起後に贈与者が本件建物について所有権保存登記を経由したため、所有権移転登記請求が受贈者から反訴として提起されるに至っている。
- (19) 田山輝明「所有物返還請求権と民法 708 条」別冊ジュリスト 196 号（有斐閣）155 頁
- (20) 山田幸二・前掲（14）論文 106 頁以下

#### 4. とりあえずのまとめ

送りつけ商法の対象となる商品のほぼすべてが動産であることを考えれば、所有と占有とが分離しているとしても、それが法的な混乱を招くことはなさそうである。返還請求が否定されていることで、送付を受けた消費者が保管期間経過後に処分をしても、不法行為責任を負わないことが明らかであるとすれば、現行規定の解釈で、実際には問題は生じないようにも思われる。また、不動産の帰属が問題となった不法原因給付にかかる最高裁昭和 45 年の判断が、送りつけ商法にそのまま適用できるものではないことも明らかであろう。学説の中には、不法原因給付の事案にあっても、所有権の帰属を問題とする実質的な利益はないとして、それを論ずる意味に疑問を呈する見解もある<sup>(21)</sup>。

ただ、特定商取引法 59 条が適用される取引では、商取引が除外される結果、契約当事者の一方は実質的には必ず消費者である。保管期間経過後に消費者が実質的に処分をしても法的な責任を問われることはないとの説明が、消費者にとって分かりやすいものであるかは疑問がある<sup>(22)</sup>。また、その法的な構成は技巧的に過ぎるようにも思われる。

それを回避するためには、やはり、返還請求ができないとの効果と所有権の帰属とを一義的に整理することが重要であると考えられる。法的に返還請求が可能である期間が明示されている取引方法で商品を送付した場合、送付した者の合理的な意思として、その期間が経過後には所有権に基づく主張ができなくなる結果、所有権そのものを失うと考えることはできないで

あろうか。不法原因給付にかかわる物の所有権帰属に関するこれまでの検討は、その考え方に可能性があることを示している。どのような条件がある場合に、そうした構成をとることができるのかを明らかにすることが必要であろう。踏み込んだ検討は今後の課題としたい。

#### 註

- (21) 好美清光「不当利得法の新しい動向について（上）」判例タイムズ 386 号 24 頁
- (22) 立法論としてはあるが、送りつけ商法を業とする事業者に対して、「注文をうけることなく商品を送り付けたものであり、買い取り義務も返送義務も負わないこと」及び「購入を承諾せず、商品の引き取りをもなく 14 日を経過した後は、返還請求権を喪失すること」を記載した書面の交付義務を定めるとの提案もなされている（齋藤ほか・前掲（2）書 657 頁）。特定商取引法の規制取引の一類型として、送りつけ商法を規律するとの視点は重要であると私も考えている。