

[REDACTED]

- 3 その他、本件の被害として、「みなと水道設備」名義での事例 No.11, 14, 15, 34, 35, 36, 47, 53, 57, 62, 66, 73, 79, 81 (甲5) が、「大和設備」名義での事例 No.7, 10, 17, 18, 19, 23 (甲6) が、それぞれ典型例である。
- 4 このように、被告が消費者宅に訪問した際、見積書も出さずに高額の契約を勧誘して締結させ、消費者がクーリング・オフを主張するとこれを妨害するという行為を含め、クーリング・オフや暴利行為に関するトラブル事例が多数報告されているのである。

第2 消費者の特性と消費者保護のための司法的介入の根拠

1 消費者の特性

消費者は、「他人の供給する物資・役務を消費生活のために購入・利用する者」であり「営業とは直接には関連しない目的のため行為する者」である。

消費者の特性は、消費者を取り巻く環境と、消費者の事情・能力からとらえることができる。

まず、消費者を取り巻く環境ないしは相手方事業者側の事情として、①商品

の大量化，②商品の高度化・複雑化，③販売技術の進歩，④企業自体の大規模化，⑤消費者信用の発達などが指摘される。

このような消費者を取り巻く環境を前提に，消費者側の事情・能力として，①消費者は日々生活を営む「生身の人間」である。②決定の際の判断能力，情報が不足する。③契約条件に関する交渉の余地も乏しい。④商品の比較選択の機会が失われる。⑤決定のために冷静に熟考することが難しい。⑥危険な商品，劣悪な商品，不要な商品，期待はずれな商品を購入したり，自己に不利益をもたらす不公正な契約条件に縛られたりすることも多くなる。⑦生身の人間であるがゆえに傷つきやすく被害の回復が困難である。⑧紛争解決が困難で泣き寝入りすることが多い。⑨負担転嫁も原則としてできない，といった消費者の特性を指摘しうる。

2 状況依存的概念としての「消費者」

「消費者」概念は，取引において経済的自己決定がおびやかされる状況におかれた契約当事者に対する呼称といってもよいのであり，民法典における「人」の下位概念として「消費者」という概念があるとは考えられず，あるいは一般的属性としての，「制限能力者・行為能力者」あるいは「法人・自然人」などと同じような区分として，「消費者・事業者」の区分がなされることはありえない。

「消費者」性は，取引場面において実質的な契約自由を回復するための司法的介入（たとえば契約条項の無効，情報提供義務違反による取消など）を正当化する概念であると考えられるが，現行法上は，消費者基本法1条及び消費者契約法1条は，「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力等の格差にかんがみ」等と規定し，消費者の取引における事実上の格差の存在を確認しているし，消費者基本法2条2項は，消費者の自立支援にあたっては「消費者の年齢その他の特性に配慮」と規定し，消費者の特性（特に判断能力）への配慮を要求している。したがって，情報力格差，交渉力格差，判断能力不足が，

取引における特別の司法的介入を実質的に正当化する要素であるとみてよい。

3 情報・交渉力の格差テーゼ

情報力・交渉力の不均衡によって自己決定権を奪われているという劣位当事者の置かれた「取引状況」こそが、法的支援を要求するのである。そうすると、「消費者」概念は、取引主体の属性として把握されるべきではなく、取引状況に応じた要支援状態として把握されるべきこととなる。

情報力とは、取引対象、取引の必要性、取引条件等に関する情報を収集し、分析する能力をいう。消費者法で「情報力」をいう場合、時間的な投下コストの問題や「判断能力」の問題も、射程内のこととして意識されていることがある。

交渉力とは、交渉を決裂させて契約を締結しないという選択肢を手中にしつつ、相手方に契約条件の譲歩を迫る可能性をいう。交渉の時期、場所を設定する能力、すなわち契約締結交渉をいつどのような場所で開始し、終了させるかを選択する能力も交渉力に含めてよいと思われる。

契約自由の原則は、当事者の自己決定の自由に基礎を置くところ、当事者が取引の基礎となる情報を収集し、取引条件を理解し、取引の拒絶を最終手段とする相手方との交渉による契約条件の変更や別の相手方との取引成立の可能性といった他の選択肢を与えられた中で、適切な判断を下して任意に当該契約条件にかかる契約を締結した場合に、はじめて適正な自己決定がなされたといえるのだから、当事者間に存在する情報力や交渉力の構造的格差が濫用された場合には、契約の拘束力を認めてその責任を問うべき自己決定がなされているとは評価しがたい。

複雑多様化する市場経済において、事業者が自己の提供する商品・役務について質・量とも豊富な情報を持ち、同種の取引を大量反復継続して行なうため、取引経験の蓄積によりノウハウに通じるのに対し、取引経験に乏しく、ひとつの契約に投下できるコストが時間的にも労力的にも限られている消費者は、情

報・交渉力格差による自己決定環境の不備に陥りやすい。

このように、消費者は事業者に比べ、情報・交渉力において構造的に劣位する地位にあることから、特定商取引法は、民法の特則として、クーリング・オフの制度を設けている。

第3 訪問販売におけるクーリング・オフの趣旨

特定商取引法において、訪問販売に対し、厳しい法的規律がなされている趣旨は、以下のとおりと考えることができる。

契約の自由は、①契約締結の自由、②相手方選択の自由、③内容形成の自由、④方式の自由の4つの側面があるが、一般に消費者契約においては、事業者が商品を製造したり約款を用いたりすることにより、契約内容と契約方式を一方的に決めておいてから、消費者と取引をしようとするため、消費者にとっては、現代の取引社会では、③④の自由は形骸化しているが、訪問販売がなされた場合には、これに加えて、当該訪問販売を行って来た事業者との間で取引をするほかに他事業者の選択の余地がないという意味で、②の相手方選択の自由が狭められ、また、①の契約締結の自由、特に契約を締結しない自由の行使は、次のような理由から消費者にとって困難となっている。

すなわち、訪問販売のような不招請勧誘によって不意打ち的に契約締結の勧誘がなされた場合には、①事業者側が契約締結交渉の開始及び終了の時期と場所を選択することとなり、消費者は望んでもいないのに日常生活を中断して契約交渉に入らざるをえなくなり、また契約締結に至るまで執拗な勧誘を受けかねない立場におかれるものであって（交渉力格差）、しかも、②契約交渉中、消費者は事業者から契約締結の動機付けを意図した説得的勧誘と商品・役務の優良さや事業者の技術力、信用性等に関する片面的情報提供を受けるものの、事前の情報収集は不意打ちゆえに不可能であり、また通常は孤立状態におかれたまま勧誘を受けることとなり、家族・友人などの援助者からの助言も得られ

ず、契約締結に消極的となるべき情報を消費者がみずから入手することは著しく困難な状況に追い込まれ、かつ、誤認に陥りやすく（情報格差）、③心構えもなく時間的切迫の中で即決の契約締結を迫られる結果、心理的に混乱・困惑し、一時的な判断能力不全に陥りがちである（判断能力の一時的低下）といった事情が生じがちであり、契約締結過程で消費者の契約意思形成の不全がもたらされる蓋然性が典型的に高い状況が存する。そのため、訪問販売による契約は、消費者の契約締結の自由（特に契約を締結しない自由）が侵害された結果、締結された蓋然性が高い類型に属する。

以上のとおり、訪問販売による契約については、不招請勧誘によってもたらされる情報格差・交渉力格差・判断能力不全の結果、通常の消費者契約と比べて、「相手方選択の自由及び契約締結をしない自由」が、典型的に限定されている蓋然性があり、そのため、特定商取引法は、訪問販売による契約について、消費者にクーリング・オフを認め、8日間に限り、不招請勧誘を受けていない状態で「相手方選択の自由及び契約締結をしない自由」を行使する機会を再付与しているものである。

クーリング・オフの行使は、「相手方選択の自由及び契約締結をしない自由」の再行使にほかならず、それがゆえに、クーリング・オフには理由が不要とされ（「自由」に理由や根拠は不要である。）、クーリング・オフの行使の効果としては、契約がそもそも締結されなかった状態に復帰するという意味で、徹底した原状回復が志向されているものである。

第4 請求訪販の適用除外（特商法26条6項1号）の解釈

請求訪販の適用除外（特商法26条6項1号）が該当する場合には、訪問販売であったとしても、クーリング・オフ（特商法9条）をはじめとする訪問販売規制が適用されない。

その実質的根拠は、次のとおりであると考えられる。

訪問販売による契約については、「不招請勧誘によってもたらされる情報格差・交渉力格差・判断能力不全」の結果、通常の消費者契約と比べて、「相手方選択の自由及び契約締結をしない自由」が、典型的に限定されている蓋然性があり、この「相手方選択の自由及び契約締結をしない自由」の再行使の機会を付与し、「不招請勧誘によってもたらされる情報格差・交渉力格差・判断能力不全」から解放された状態での自己決定を確保する趣旨で、クーリング・オフが認められているものである。

これに対し、請求訪販の適用除外（特商法26条6項1号）が該当する場合には、形式的には住居での契約であったとしても、①「相手方選択の自由」については、消費者が、あらかじめ、事業者からの勧誘を受けない状態で、みずから相手方たる事業者を選択していることから、侵害の危険性がなく、②「契約を締結しない自由」については、消費者が、あらかじめ、事業者からの勧誘を受けない状態で、締結されるべき契約を想定し、事業者から提供される契約上の給付（商品・役務）とその対価を一定範囲のものと予定し、その給付と対価の想定範囲内で実際の契約が締結される限りは、侵害の危険性なしに既に行使されたものと考えられ、③「不招請勧誘によってもたらされる情報格差・交渉力格差・判断能力不全」についても、消費者が、あらかじめ事業者からの勧誘を受けない状態で締結されるべき契約を想定し、事業者から提供される契約上の給付（商品・役務）とその対価を一定範囲のものと予定しており、住居において事業者から当初想定した契約と異なる給付と対価を有する意外な契約について一切新たな勧誘を受けることなく、当初想定したとおりの給付と対価の範囲内で実際の契約が締結された場合には、生じる余地がない。

以上が、請求訪販の適用除外（特商法26条6項1号）の場合に、クーリング・オフが認められていない実質的理由であると考えられる。

通達によれば、「購入者側に訪問販売の方法によって商品を購入する意思があらかじめある」こと、「購入者と販売業者との間に取引関係があることが通

例である」ために、請求訪販は適用除外とされたと説明されている。このうち、「購入者側に訪問販売の方法によって商品を購入する意思があらかじめある」という点は、不招請勧誘を受けない状態で自己決定を済ませており、契約を締結しない自由の侵害のおそれがないこと、「購入者と販売業者との間に取引関係があることが通例である」という点は、旧知の事業者との取引であって相手方選択の自由の侵害のおそれがなく、かつ、反復的継続的取引により、事業者から提供される契約上の給付（商品・役務）とその対価が一定範囲のものに限定されていることを、それぞれ指摘しているものと理解することができる。

以上のとおり、請求訪販の適用除外（特商法26条6項1号）に該当するための要件としては、①消費者が、あらかじめ、事業者からの勧誘を受けない状態で、締結されるべき契約を想定し、事業者から提供される契約上の給付（商品・役務）とその対価を一定範囲のものと予定し、その給付と対価の想定範囲内で実際の契約が締結されていること（この要件によって、「相手方選択の自由及び契約締結をしない自由」が既に行使済みで、侵害の危険性がないことになる。）、②住居において、事業者から、当初想定した契約と異なる給付と対価を有する意外な契約について、一切新たな勧誘を受けることなく、当初想定したとおりの給付と対価の範囲内で実際の契約が締結されていること（この要件によって、「不招請勧誘によってもたらされる情報格差・交渉力格差・判断能力不全」が生じるおそれがないことになる。）、が必須である。

第5 被告が不実告知をしていること

1 工事請負契約書について

被告作成の工事請負契約書（甲3、4）には、

「お客様が、弊社にお電話等で住居での作業を要請された場合で、弊社により行った作業が、お客様がお電話等で要請された作業の範囲を超えない場合、原則として、契約の申込みの撤回または解除（以下、「クーリ

ング・オフ」といいます。)の対象となりません。」(1項)

「お客様が、最初のお電話等での要請に加えて、追加または変更の要請をお電話等で行った場合で、弊社により行った作業が、お客様がお電話等で要請された作業の範囲を超えないときは、原則として、クーリング・オフの対象となりません。」(2項)

と記載されている。

これらは、上記場合には、特商法26条6項1号が適用され、クーリング・オフをはじめとする訪問販売事業者に対する規制は適用されないとの見解を契約書に記載したものと史料される。

以下、上記契約書の各記載が、上記第4「請求訪販の適用除外(特商法26条6項1号)の解釈」に照らせば、クーリング・オフに関する不実告知になることにつき詳述する。

2 不実告知の事実

被告自身が作成したホームページによれば、被告は、消費者から被告への架電を端緒として、消費者宅の訪問、作業見積り、修理の順に役務を提供している(甲2・2頁)。

すなわち、被告は、来訪依頼後、消費者宅を訪問し、トラブルが生じている上下水道を確認した段階で初めて、作業内容(洗面所の排水口の詰まりの場合、作業が排水管の洗浄にとどまるのか、交換が必要か等)やその金額を決定している。

そして、上記ホームページ(甲2)には、「基本料金 1080円～」としか記載されておらず、上記ホームページの記載から、具体的に消費者に提供される役務の内容はもちろん、基本料金の金額、基本料金以外の費用発生の有無及びその金額を把握することはできない。

さらに、被告は、インターネットやマグネット広告により集客しており(甲5)、消費者は、これらを見て、被告へ訪問を依頼している。そのため、消費

者と被告との間には、少なくとも、役務内容まで全く同じの反復継続した取引関係はなく、消費者は、架電前に、あらかじめ被告との取引関係から被告が提供する役務の内容等を想定することもできない。

このように、消費者としては、被告が来訪した後、初めて被告から提供される役務やその対価を認識できるのである。

そのため、被告への架電段階において、消費者は被告から提供される役務内容もその対価も想定していない以上、消費者は、架電段階で被告との契約意思を固めていたところの想定範囲内で実際の契約が締結されたとは到底いえない。

すなわち、上記第4の要件①（消費者が、あらかじめ、事業者からの勧誘を受けない状態で、締結されるべき契約を想定し、事業者から提供される契約上の給付（商品・役務）とその対価を一定範囲のものと予定し、その給付と対価の想定範囲内で実際の契約が締結されていること）及び要件②（住居において、事業者から、当初想定した契約と異なる給付と対価を有する意外な契約について、一切新たな勧誘を受けることなく、当初想定したとおりの給付と対価の範囲内で実際の契約が締結されていること）を充足しない。

3 結論

したがって、消費者と被告との契約は、被告の広告内容に照らせば、およそ請求訪販に該当する余地はないはずのものであるから（特商法26条6項1号が不適用）、クーリング・オフをはじめとする訪問販売業者に対する規制が原則どおり適用される。

にもかかわらず、被告は、本件について「原則として、クーリング・オフの対象となりません。」などと事実と異なる表現を契約書面に記載しており、上記各記載はクーリング・オフについて不実を告知していることが明らかであるから、原告はこれらの使用を停止するよう求めるものである。

第6 求釈明

答弁書2頁「1 同第1項」の認否につき、釈明を求める。

- 1 「時期が特定されていないが、平成30年2月頃までという意味であれば、認める」と認否しているが、これは、平成30年2月頃までは、被告は不実告知やクーリング・オフ妨害をしていたが、それ以降（同年3月頃以降）は、被告は不実告知やクーリング・オフ妨害をしていないという趣旨の主張と理解してよいか。
- 2 「被告は、平成30年2月頃から『みなと水道設備』という名称では、事業をしていない」と認否しているが、これは「みなと水道設備」という屋号で今後一切事業活動をすることはないという趣旨か。
- 3 被告が「みなと水道設備」の屋号での事業を停止した理由は何か。
- 4 被告は、「みなと水道設備」や「大和設備」の他に屋号を使用していることがないか。「サンライズ設備」、「水全設備」、「神港設備」、「森上設備」等の屋号を使用していないか。

以 上