

## 書面によらないクーリング・オフ

三間地 光 宏

### 目 次

- I 問題の所在
- II 裁判例の状況
- III 学説の状況
- IV 検討
- V 結語

### I 問題の所在

我が国でいわゆるクーリング・オフ制度が導入されたのは、昭和47年の割賦販売法の改正が最初であった。クーリング・オフ制度はその後多くの法律の中で規定されるに至り、今日では、いわゆる消費者保護<sup>1)</sup>のため極

---

1) 割賦販売法1条も訪問販売法1条も「購入者等」の利益を保護することを目的とする、としており、「消費者」の利益を保護することを目的とする、とはしていない。しかしながら、これらの法律は、一般に、消費者の保護を目的とするものであると理解されている。それゆえ、本稿では、便宜上、「購入者等」という用語の代わりに「消費者」という用語を用いることにする。もっとも、私は、あくまで便宜上「消費者」という用語を用いているのであって、「消費者保護」あるいは「消費者（保護）法」という場合の消費者という概念自体について一度つっこんだ検討が必要であると考えている。以上の認識は、一部の論者によって自明のように語られている「消費者法」について理論的に「消費者法」というものを想定することが可能か、あるいは適切か、という問題についてあらためて検討する必要があるのではないかという問題関心に由来するものである。

めて重要な役割を担っている。

ところで、クーリング・オフを規定する条文は、クーリング・オフ権の行使について書面によるべきことを要求している。すなわち、クーリング・オフを規定する条文は、「書面により」申込の撤回または契約の解除を行うことができる、と規定しているのである（割賦販売法4条の3，訪問販売法6条等参照）。

それでは、書面によらないで口頭で「クーリング・オフしたい」との意思表示がなされた場合、クーリング・オフの効果は生じないのであるか。この間に答えることには現実の必要性がある。というのも、クーリング・オフは書面でしなければならないとされていることを知らない者も多く、電話等でクーリング・オフの意思表示がなされることも少なくないからである。

以上の問題については、クーリング・オフ制度が導入されてからそれなりの年数が経っていることもあり、裁判例もいくつか存在するようになったし、学説上も決して多くはないがいくつかの興味深い見解がみられるようになった。そこで、本稿では、裁判例と学説を紹介したうえで、若干の検討を試みたい。

## Ⅱ 裁判例の状況

まず最初に、これまでに公刊された裁判例をごく簡単に紹介しておく。

### ① 大阪地判昭和62年5月8日判タ665号217頁

<事実> A社の従業員がYの住居において調理教習会を開き調理器具類の宣伝販売をした際に、Yは調理鍋一式を買い受けることを承諾し、同時に信販会社Xとの間で立替払契約を締結した。Xが立替払金等の支払いを求めて提訴したのに対して、Yは法定期間内にA社に対する電話によって

売買契約を解除したとして争った。

＜判旨＞ 裁判所は、以下のように述べてXの請求を棄却した原判決を取消してXの請求を認容した。

「訪問販売法6条1項は、クーリングオフは、『書面により』行うことができる」と規定しているのであり、その趣旨は、そもそもクーリングオフ制度は、契約当事者の一方の単独行為により合意による拘束を免れることを認めるものであるから、その行使の方式を厳格にし、かつ、その効果の発生について後日紛争が生じないようにするにあるものと解される。それ故クーリングオフの行使に関する同条の規定は、これを厳格に解することが必要であり、Yの主張する右電話による本件売買契約の解除は、かりにその事実があるとしても、右売買契約を失効させるものでなかったといわなければならない」。

② 古川簡判昭和62年6月15日NBL431号49頁

＜事実＞ 学習用教材の販売業者Xは、昭和61年8月18日、Yに対して学習用教材一式を売り渡し、内金の支払を受けた。残代金は同月22日に支払う約束であったが、Yがこれを支払わなかったので、Xは残代金と遅延損害金の支払いを求めて提訴した。これに対してYは、昭和61年8月22日Xに対し、売買契約を解除する旨の意思表示をした、と抗弁した。

＜判旨＞ 裁判所は、Xの従業員Aは、22日に残代金の集金のためY宅を訪ねたところ、Yから「子供（Yの子である中学生のBの意）がやる気がないからやめたい、本件教材を持ち帰ってほしい」旨告げられ、それに対し、「いいから（子供と）相談しておいて下さい、考えなおしてほしい」旨述べて、教材をY宅に置いたまま帰ったことを認定したうえで、「前記認定のYのAに対する『商品を持ち帰ってほしい』旨の告知は、契約締結後の四日後に本件売買契約を担当したXの従業員に直接口頭でなされたものであって、契約解除の意思表示として十分であるから、右告知はクーリングオフの行使と解するのが相当である（書面による解除は必ずしも要式

行為を規定しているものとは解されない)」としてYの抗弁を容れてXの請求を棄却した。

③ 大阪簡判昭和63年3月18日判時1294号130頁

<事実> 学習用教材販売会社Aの社員の訪問を受けたYは、購入の申込を同時に信販会社Xに対する立替払契約の申込をしたが、5、6日後、A社の社員が申込の教材を持参したところ「受取ることはできん。もって帰ってくれ」と云って受領を拒絶した。A社の社員は集金予定の頭金(申込金)の請求をしないで持参した教材を持ち帰ったが、後日A社から教材が送付された。教材代金を立替払したXがYに対して立替金の支払を求めて訴えたのに対して、Yは受取拒絶をもってクーリング・オフ権の行使があったとして争った。

<判旨> 裁判所は、受取拒絶を申込の撤回の意思表示であるとしたうえで「『書面により』としたのは、期間内にクーリング・オフをしたのかどうか、後日紛争が生じないように明確にしておく趣旨である」から、「本件のようにクーリングオフの期間内(七日)<sup>2)</sup>にその行使をしたことが明らかかな場合には、書面によらなくてもクーリング・オフの効力を認めるのが相当である」としてXの請求を棄却した。

④ 福岡高判平成6年8月31日判時1530号64頁

<事実> YはAから袋帯等を購入し、代金の支払いのため信販会社Xとの間で立替払契約を締結した。Xが立替払金等の支払を求めて提訴したのに対してYは法定期間内にAに対して口頭で売買契約を解消する意思を伝えたとして争った。

<判旨> 裁判所は、以下のように述べてXの請求を認容した控訴審判決を破棄して、Xの請求を棄却した第一審判決に対するXの控訴を棄却した。

2) 現在では8日間に延長されている。

割賦販売法30条の6, 4条の3第1項が「申込みの撤回等を行う場合には『書面により』行うことを要するとしているのは, 申込みの撤回等について後日紛争が生じないように明確にしておく趣旨であって, 書面によらない場合の申込みの撤回等の効力については, 同条項はその申込みの撤回等は書面によらなければその効力がない旨を明文で定めているわけではなく, その結論は, 同条項の立法の趣旨を踏まえての解釈の問題に帰着するというべきである。」「同条項は, 訪問販売等においては購入意思が不安定なまま契約してしまい後日紛争が生じる場合が多いので, その弊害を除去するため, 一定の要件のもとで申込みの撤回等を行うことができることにしたものであって」「いわゆる消費者保護に重点を置いた規定であること, 書面を要する理由が申込みの撤回等について後日紛争が生じないように明確にしておく趣旨であるとすれば, それと同等の明確な証拠がある場合には保護を与えるのが相当である(……)こと, から考えると, 同条項が, 書面によらない権利行使を否定したものと解釈するのは問題があるというべきである」。

⑤ 鳥取地裁米子支判平成7年9月5日消費者法ニュース29号57頁

<事実> YはAから大鉢を購入し, 信販会社Xが代金を立替払した。Xが立替払金と遅延損害金を訴求したのに対して, Yは, Aに対して法定期間中に電話により売買契約の解除し商品を返還した, などとして割賦販売法30条の4による抗弁の対抗を主張して争った。

<判旨> 裁判所は, 以下のように述べて口頭によるクーリング・オフも有効であるとした。「訪問販売法6条1項が, クーリングオフは『書面により』行うものと規定していることから, 書面によらない解除には一切クーリングオフとしての効力は認められないと解釈する立場もありうる。しかしながら, 同条は, 訪問販売等においては購入意志が不安定なまま契約してしまうことが少なくないため, 購入者を保護すべく, 一定の要件のもとで申込みの撤回や契約の解除(以下『申込みの撤回等』という。)ができ

ることとし、申込みの撤回等は書面を発信したときに効力を生じ、申込者等に不利な特約は無効とするなどして消費者保護を図っているものであるところ、申込みの撤回等を『書面により』行うとする趣旨は、後日紛争が生じないように明確にしておくためであり、解除が口頭でなされても、書面に代わる明確な証拠がある場合にまで、これを無効とする趣旨ではないと解すべきである」。そのうえで、本件は、YがAに対して本件売買契約を解消したい旨述べたこと等を証人Aが明確に認めその状況を詳細に供述していることから書面に代わる明確な証拠がある場合であるとして、電話による解除の意思表示は訪問販売法6条1項の解除として有効であり、Yの抗弁は理由があるとしてXの請求を棄却した。

⑥ 広島高裁松江支判平成8年4月24日消費者法ニュース29号60頁

<事実> 本件は⑤事件の控訴審である。

<判旨> 控訴棄却。裁判所は、口頭によるクーリング・オフは有効かという点については、原判決理由説示の末尾を「申込みの撤回等が口頭でなされた場合でも、そのことにつき書面に代わる明確な証拠があるときには、同条同項により、もしくはその類推適用により、口頭でなされた右申込みの撤回等も有効であると解するのが相当である。」と改めたほかは同一であるからこれを引用するとして原判決を支持した。

以上のように、書面によらないクーリング・オフの効力について扱った裁判例のうち公刊されているものは少数であり、その傾向を語るには必ずしも十分ではないかもしれないが、あえてその傾向を語るとすれば、有効とするのが多数である、といえようか<sup>3)</sup>

3) なお、東京都消費者被害救済委員会のあっせんでも口頭によるクーリング・オフが認められている。参照、東京都消費者被害救済委員会あっせん部会報告書（「訪問販売購入契約の解除に関する紛争事件」）生活行政情報211号（1980年）89頁以下。

### Ⅲ 学説の状況

学説上は、書面によらないクーリング・オフの効力について、これを否定する見解もあるが<sup>4)</sup>、有効とするのが多数である。有効とする学説の中には、特に理由を挙げないものもあるが、法文上「書面により」とされていることから、書面によらないクーリング・オフに効力を付与するに際して種々の説明が試みられている。そこで以下ではそれらのうちの主なものを紹介しておくことにする。

#### (1) 浜上則雄教授の見解<sup>5)</sup>

浜上教授は、書面によらないクーリング・オフも有効であるとされるが、その根拠は以下のとおりである。すなわち、浜上教授は、訪問販売法は、契約締結に書面の交付を要求しているが、それは訪問販売を要式行為とするものではない。そうであるならば、クーリング・オフの場合にも訪問販売法は要式性を要求しているものではないと解釈しないと、均衡を失する、と述べられる。そして、クーリング・オフの行使に書面が要求されているのは、もっぱら証拠法上の目的のためと考えるべきである、とされる。

しかしながら、契約の締結が要式行為でないならクーリング・オフ権の

4) 学説上、否定説は竹内昭夫教授の見解と後述の清水巖教授の見解くらいである。ただし、竹内昭夫教授の見解は、業者が書面でないから権利行使を認めないという主張をした場合でも、裁判上、クーリング・オフの権利を行使したと認めてもらえるか、確実な見通しは立たないので、電話でも大丈夫という結論を現行法の解釈として主張することはできない、というものであるが(竹内昭夫編著『改正割賦販売法』(1985年)136頁)、裁判例が存在しない時期に実務の指針として述べられたものであり、書面によらないクーリング・オフを有効とする裁判例を批判するものではないことに注意する必要がある。また、清水巖教授の見解は、後述のように、結論的には口頭によるクーリング・オフが認められる場合があることを認めるものであるから、否定説として位置付けるのは適切でないかもしれない。

5) 浜上則雄「訪問販売法における基本問題」『現代契約法体系第4巻』(1985年)293頁以下、310頁。

行使も要式行為ではないと解釈しなければ均衡を失する、という理由付けは疑問である。契約の締結をどのような方式にするかという問題とクーリング・オフ権の行使をどのような方式にするかという問題は別の問題である。たとえば、先に紹介した裁判例①のように、クーリング・オフ制度は、契約当事者の一方の単独行為により合意による拘束を免れることを認めるものであるから、その行使の方式には厳格さが要求される、という考え方もありうるし（私はそのような考え方は支持しないが）、契約の締結を要式行為としながら、クーリング・オフ権の行使は要式行為とはしないという立法例があってもなんら不自然ではない。したがって、クーリング・オフ権の行使にいかなる方式を要求するかという問題を考えるには、契約の締結にいかなる方式が要求されているかということとは無関係に独自の考察がなされるべきである。<sup>6)</sup>

## (2) 長尾治助教授の見解<sup>7)</sup>

長尾教授は、書面によらないクーリング・オフの場合であっても、期間内に意思表示がなされたことの証明があれば、クーリング・オフ権の行使は有効に効力を生ずると主張される。そして、その理由付けとして、以下の三点をあげられる。①「書面により」とされている書面は、立法上参照された外国法の規定からいっても、顧客に事業者が提供したクーリング・オフ用のはがき等の書面を意味するものと解され、その書式が顧客に交付されていないときは、クーリング・オフ制度についての記載ある書面が交付されていたときでも、書面によらない権利行使があるときはその効果が生ずると解釈する余地がある。クーリング・オフ制度の活用が予定されている取引状況からすると、事業者は説明書あるいは申込書を顧客に交付する場合、クーリング・オフ用の書面を顧客に提供することが取引に附随する義

6) 同旨、尾島茂樹「書面によらないクーリング・オフ」クレジット研究3号(1990年)87頁以下、91頁。

7) 長尾治助『消費者私法の原理』(1992年)296頁以下。



務として負わされている，といえる。不公正，不本意な申込，契約から容易に消費者を解放するという立法目的は，クーリング・オフ権行使をも容易な方法で行わせることを要請するものだからである。②クーリング・オフの効力の発生を発信の時としていることは，その意思表示の不到達の場合でも，事業者側にそのことから生ずる不利益を負担すべきであるということの意味する<sup>8)</sup>このことは，意思表示の存在が証明されれば足りることを意味する。③公平の観点から考察しても，書面を使用することが意思表示の存在を容易に証明しうるところから法文は「書面による」と定めたにすぎず，他の方法によったときまで効力の発生を認めないという趣旨ではないとの解釈が妥当である。そうでなければ不公正な勧誘に法律が手を貸す結果になる。

長尾教授のあげておられる理由のうち，①は疑問である。立法に際して，事業者が消費者に対してクーリング・オフ用のハガキを交付することを定めた外国法が参照されたとしても，我が国の立法者はあえてハガキの交付義務を定めなかったのである。それゆえ，事業者にクーリング・オフ用のハガキを交付する義務があると解することは無理である。

### (3) 清水巖教授の見解<sup>9)</sup>

清水巖教授の見解は，結論的に一定の場合に限り口頭によるクーリング・オフを認めるものである。すなわち，まず，教授は，法文上「書面により」とされていることを重視され，口頭によりクーリング・オフをすることは原則として認められない，とされる。そして，その上で，クーリング・オフに関する規定は消費者の有利に変更することは認められるから，消費者が口頭でクーリング・オフを申し出て販売業者がこれを承諾した場

8) もっとも，発信時に契約が成立するということは到達を必要としないということの意味するものではない，との見解もある。参照，池田真朗「書面によらないクーリング・オフの有効性」判タ885号（1995年）48頁以下，52頁注(1)。

9) 北川善太郎編『消費者のための契約ガイド』（1981年）105頁以下（清水巖執筆）。

合には、クーリング・オフ権の行使方法について法律と異なった特約がされたと解し、結論的に書面によらない場合についてもクーリング・オフの効力を認められるのである。この見解のポイントは、消費者が口頭によりクーリング・オフの申し出をしたのに対し販売業者等が承諾をしたという事実関係に対して、クーリング・オフ権の行使方法を変更する特約がなされた、との評価を加える点である。行使方法が変更されたとしてもクーリング・オフであることに変わりはなく、したがって単なる合意解約とは異なり、販売業者は、損害賠償・違約金を請求することはできず、また、商品の引取りに要する費用も負担しなくならなくなるわけである<sup>10)</sup>

しかしながら、教授の見解には問題点もある。すなわち、教授の見解によれば、口頭によるクーリング・オフに効力を付与するには、法律で定められたクーリング・オフ権の行使方法の変更をする特約がなされたと解される場合でなければならない。したがって、消費者からの口頭でのクーリング・オフの意思表示に対して事業者がこれを拒んだ場合には、特約の存在を認めることができず、したがって、クーリング・オフの効力は認められないことになる。しかしながら、消費者がクーリング・オフの意思表示をしたことが証明された場合には、事業者が解約申入れを拒絶した場合であってもクーリング・オフの効力を認めるべきある<sup>11)</sup>

#### (4) 青野博之教授の見解<sup>12)</sup>

青野教授は、後日の紛争を防止するためには、クーリング・オフは書面であることが望ましいが、規定の趣旨などから、少なくとも、すでになさ

10) なお、通商産業省産業政策局消費経済課編『新訂訪問販売等に関する法律の解説』(1993年)118頁も、「書面でなく口頭で申込者等がクーリング・オフを申し出て業者が承諾した場合は、書面によらないことから訪問販売法上のクーリング・オフには当たらないものの、口頭によるクーリング・オフと同趣旨の合意解除が成立したものとみなされる場合が多いと考えられる」としている。

11) このほか、清水教授の見解に対しては、技巧的である、との批判もみられる。参照、長尾・前掲296頁。

12) 青野博之「判批」判例評論442号(1995年)26頁以下。

れた口頭によるクーリング・オフにどのような効力を与えるかという点に関しては、クーリング・オフを規定する条項を類推解釈することができる」と主張される。そして、類推解釈のためには、書面によるのと同様の、後日の紛争を防止するだけの明確さが必要であるとされる。青野教授は、意思表示がなされたことが証明されさえすればよいという考え方は否定され、後日の紛争を防止するだけの明確さがなければ、解釈論上、法文から離れているとの疑義が生じるとされるのである。そして、消費者が口頭によるクーリング・オフをして商品の受取を拒絶したとき（裁判例③——商品の受取を拒絶した、という事実を当事者が争っていないケースである）が代表例であろうが、証拠法上、書面と同様の明確さがあれば足りるというべきである、とされる。

教授の見解には疑問がある。教授の見解は二通りに読めるようにも思えるので、念の為、それぞれの場合について疑問を提起したい。

まず第一に、教授の見解が、クーリング・オフ権の行使に用いられた書面の現物が提出されている場合と同程度の証拠が提出されている場合には（そしてそのような場合に限って）類推解釈することができる、という趣旨ならば（おそらく、教授の見解はこの趣旨であると思われる。というのは、既に紹介したように、教授は明確さがある場合の代表例として、消費者が商品の受取を拒絶したことを当事者が争わなかった事例をあげられるし、また、「証拠法上」という用語を用いておられるからである）、そのような考え方は、クーリング・オフ権を行使するためにはどのような方式が必要かという問題とクーリング・オフしたことを証明するにはどのような証拠が必要かという問題とを混同するものであり、疑問である。すなわち、クーリング・オフを定める規定は書面により解除等ができる」と定め

13) 安彦和子「訪問販売法の解説と応用(3)クーリング・オフ制度」国民生活1994年3月号60頁以下、64頁には、裁判になったケースで、消費者が出したはがきを受けとったことがないと業者が主張したため、消費者が記憶をたどって再現したはがきを証拠として提出した、という記述がある。

ているのであって、クーリング・オフ権を行使する際に用いた書面が証拠として提出されなければならないと定めているわけではない<sup>13)14)</sup>したがって、書面と同程度の明確な証拠があれば類推解釈できるという考え方は、「書面により」と定める規定が証拠として書面を要求していると解する点で、そもそも前提が誤っているように思われる。

第二に、教授の見解が、クーリング・オフ権を行使した際に書面によったのと同様に後日の紛争を防止するだけの明確さを有する方法でなされていた場合には（そしてそのような場合に限って）類推解釈をすることができるという趣旨であるなら（おそらくこの趣旨ではなかろう）、そのような考え方は、そもそも書面によった場合一般について後日の紛争防止のための一定の明確さを想定している点で問題があるといわざるをえない。すなわち、一口に書面といっても、単なるハガキから内容証明郵便まであり、単なるハガキであれば事業者が受け取っていないと主張すればクーリング・オフ権の行使の有無をめぐって紛争が生じる可能性が極めて高いといわなければなるまい。したがって、書面一般について後日の紛争防止のための一定の明確さがあることを前提とした解釈は支持できない。

#### (5) 池田真朗教授の見解<sup>15)</sup>

池田教授は、①割賦販売法4条の3第1項等、現行クーリング・オフ規定の解釈としては、あくまでも書面が必要であること、②しかしそれは証

14) 権利行使に書面が要求されていることをもって、証拠法の原則に反し、提出できる証拠が書面に限定されている、と解することはできない。すなわち、提出できる証拠が制限されているとした場合、提出が許される書面とは、クーリング・オフ権を行使する際に用いられた書面の現物あるいは内容証明郵便を用いた場合の郵便局長作成の証明文書を指すことになろうが、クーリング・オフの場合、クーリング・オフに際して用いられた書面は表意者の手元に残らないのであるから、書面の現物を提出することは困難である。また、内容証明郵便を用いることが強制されているわけではないから、現物に代わるものとして郵便局長作成の証明文書を提出せよ、ということもできない。

15) 池田真朗「書面によらないクーリングオフの有効性」判タ885号（1995年）48頁以下、51頁。

扱の確保と紛争の予防を目的としたもので、書面によらないクーリング・オフを絶対に無効とする厳格な書面主義を採用したものではないこと、③クーリング・オフ規定の導入の趣旨からしてすれば、消費者の利益になるような解釈をすることに合理性があること、の三点から「書面と同様の証拠があれば、書面によらないクーリング・オフも有効」という解釈を採用したいとされる<sup>16)</sup>。そして、「書面と同等の明確な証拠がある場合」というのがどのような場合かについて、口頭でのクーリング・オフが言った言わないの水かけ論にならないためには、電話の録音があるとか、信憑性のある第三者の証言があるとか、たまたま販売会社に電話の受理の記録があったとかの状況がなければならぬと考えられるが、そのような状況が必要であるとすれば、実際には書面によらないクーリング・オフが有効と認められるケースは相当に限定されてこよう、とされる。

池田教授の見解に対しても、先に青野教授の見解に対して述べたことが当てはまる。すなわち、クーリング・オフを定める規定は書面により解除等ができると定めているのであって、クーリング・オフ権を行使する際に用いた書面が証拠として提出されなければならないと定めているわけではない。「書面により」という規定が求めているのは、将来紛争が生じないようにするために明確にしておくことであって、<sup>17)</sup>紛争になった場合に明確な証拠がなければならぬということではないのである。

#### (6) 尾島茂樹助教授の見解<sup>18)</sup>

尾島助教授は、クーリング・オフに書面を要求することは無意味である

16) なお、松本恒雄「教材販売とクーリングオフ権の口頭行使」『消費者取引判例百選』(1995年)4頁以下は、「書面の要求は、客観的な証拠の必要性を例示したものと解して、その他の方法によりクーリング・オフの事実を立証できるならば、その効力を認めるべきである」とされる。

17) 「書面により」と定める規定は、将来紛争が生じないために証拠を残すことを意図しているのであるが、私見は、クーリング・オフに際して書面その他後日証拠が残るような方法で意思表示がなされなかった場合についても、意思表示がなされたことが証明されさえすればクーリング・オフを認めてよいと考える。

との認識から、書面によらないクーリングオフも有効であるとの解釈論を展開される。すなわち、まず、尾島助教授は、クーリング・オフに書面が要求されているのが、単に後日権利の行使をめぐって紛争が生じないためであるとするなら、それは無意味なことといわざるをえない、とされる。というのは、法律上は「書面」とだけ規定されているから、クーリング・オフ権の行使はメモを手渡すことや普通のハガキを送付することによっても可能であるが、メモや普通のハガキによった場合には口頭で通知した場合と同様にクーリング・オフ権の行使の有無についての紛争が生じてしまう。したがって、単に書面を要求することはなんらの紛争予防にならないとされる。そして、そのうえで、クーリング・オフに書面が要求されたのが、単に立証の確実性によるものだとすれば、解釈論としても、「書面により」というのは立証の方法を例示したものとして、他の何等かの方法によって期間内に解除等の意思表示が発せられたことが立証されれば、クーリング・オフを認めるべきであると主張される<sup>19)</sup>

尾島助教授の見解には疑問がある。すなわち、自由心証主義が採られており、提出可能な証拠について制限をしていない我が国において、立証の方法を例示する規定を想定するのは不自然であると言わざるをえない。尾島助教授自身、期間内に解除等の意思表示が発せられたことが証明されればよいと主張されるわけであるが、それならそもそも立証の方法を例示するような規定は不要である。

なお、仮に尾島助教授の見解と異なり、証拠法の原則に反し提出できる証拠に制限が加えられているとの前提に立ったとしても、書面は証拠としてもっとも一般的なものであるから、立証の方法の例として書面のみを示すことは無意味である、と言わざるをえない。いずれにせよ、「書面により」

18) 尾島茂樹「書面によらないクーリング・オフ」クレジット研究3号(1990年)87頁以下、90頁以下。

19) 尾島助教授は「書面により」と規定することは無意味なこととして無視するための解釈論を展開されるわけである。参照、尾島茂樹「書面によらないクーリング・オフ再論」クレジット研究15号(1996年)182頁以下、184頁。

という規定を証拠法上のものと解するのは無理があるのである。

#### Ⅳ 検討

(1) 私見によれば、書面によらないクーリング・オフの効力を論ずるには、まず、何故に「書面により」と規定されているかを確認しておくことが必要不可欠である。そこで、最初にこの点について検討しておく<sup>20)</sup>

書面が必要とされている理由として、先に紹介した裁判例のうち、①は、「そもそもクーリングオフ制度は、契約当事者の一方の単独行為により合意による拘束を免れることを認めるものであるから、その行使の方式を厳格にし、かつ、その効果の発生について後日紛争が生じないようにする」ためであるとしている。ここにおいては次の2点が根拠としてあげられている。すなわち、第一に、クーリング・オフは契約当事者の一方の単独行為により合意による拘束を免れることを認めるものであるからその行使の方式には厳格さが要求されること、第二に、期間内にクーリング・オフをしたのかどうか、後日紛争が生じないように明確にすること、である。これに対して、先に紹介した裁判例のうち、③④⑤⑥では、期間内にクーリング・オフをしたのかどうか後日紛争が生じないように明確にすることのみが立法趣旨として言及されている。書面によらないクーリング・オフが認められるか、という問題に対して裁判例①がそのほかの裁判例と異なった判断

20) この点につき、通商産業省産業政策局消費経済課編『最新割賦販売法の解説』(1986年)90頁は、「『書面により』は、クーリング・オフの権利行使について書面主義をとることによって、申込みの撤回又は契約の解除について、後日紛争が生ずることのないように明確にしておく趣旨である」とし、同『新訂訪問販売等に関する法律の解説』(1993年)118頁は、「書面により」とした理由として、「クーリング・オフが購入者等からの一方的な申込みの撤回又は契約の解除についての意思表示であるので、『口頭』ではなく、『書面』によってその意思を表示することにより、当事者間の権利関係を明確にするとともに、後日紛争が生ずることのないようにする趣旨である(仮に書面でなく、口頭でクーリング・オフを認めると証拠が残らないため、業者が『聞いていない』と抗弁すると紛争となるおそれがある)」としている。

を下しているのは、以上のような書面の必要性の根拠についての考え方の違いに基づくものといえることができる。それでは、裁判例①だけがあげている、クーリング・オフは契約当事者の一方の単独行為により合意による拘束を免れることを認めるものであるからその行使の方式には厳格さが要求される、という理由付けは、はたして支持されうるものなのであろうか。

確かに、一見すると、クーリング・オフという制度は、契約を無条件に、すなわち、なんらの負担を負うことなしに一方的に解除することを認めるものであるから、「契約は守らねばならない」という原則に対する例外であるように見え、それゆえ、クーリング・オフ権の行使方法については書面によるという厳格さが要求されてしかるべきである、とも考えられる。しかしながら、法律上クーリング・オフが認められている場合においては、そもそも契約の締結自体が、不意打ち的、攻撃的な勧誘によるものであり、熟慮による意思形成がなされているわけではないから、そのような契約について厳格な方式によってのみ契約の拘束力から解放されうると解するのは疑問である<sup>21)</sup>。それゆえ、裁判例①だけがあげている、クーリング・オフは契約当事者の一方の単独行為により合意による拘束を免れることを認めるものであるからその行使の方式には厳格さが要求される、という理由付けは支持することができないと考えられる。

それでは、書面の必要性の根拠については、裁判例③④⑤⑥を支持し、期間内にクーリング・オフをしたのかどうか後日紛争が生じないよう明確にするためである、と理解しても良いであろうか。私には、後日紛争が生じないよう明確にするため、という理由付けには、やや曖昧なところがあるように思われる。すなわち、後日紛争が生じないよう明確にしておく、ということが、一体誰に対する配慮なのか、という点についてはっきりさ

21) 同旨、青野・前掲28頁、尾島・前掲186頁、大澤康孝「判批」ジュリスト1017号(1993年)178頁以下、村千鶴子「判例に見るクーリング・オフ」国民生活1990年2月号24頁以下、30頁。



せておく必要があるように思われるのである。言い換えると、消費者の利益を守るためなのか、それとも事業者の利益を守るためなのか、それとも消費者と事業者の双方の利益を守るためなのか、について、はっきりさせておくことが必要である、ということである。

この点について、私は、書面を必要とすることによって後日紛争が生じないよう明確にする、というのは基本的に消費者の利益を守るための配慮である、と考える。確かに、クーリング・オフの意思表示の有無をめぐって紛争が生じること自体が契約の当事者双方にとって好ましくないことであり、それゆえ、後日紛争が生じないよう明確にしておくのは消費者・事業者双方の利益を守るためであるようにも思われる。しかしながら、クーリング・オフ権の行使があったことについては消費者の側で証明しなければならない、ということ想起するならば、権利行使の有無が明らかでない、ということは圧倒的に消費者側の利益を危うくするものであるということが容易に理解できるであろう。それゆえ、書面を必要とすることによって後日紛争が生じないよう明確にする、というのは基本的に消費者の利益を守るための配慮であるということができよう。

以上の検討をまとめると、クーリング・オフ権の行使に際して書面によることが必要とされているのは、口頭でクーリング・オフの意思表示をしたのでは、法律が定めた期間内にクーリング・オフの意思表示があったかどうかについて後日紛争が生じるおそれがあるため、消費者がそのような紛争に巻き込まれることのないよう明確にしておくためである、ということになる。

(2) 以上のように、私見によれば、クーリング・オフ権の行使に際して書面によることが必要とされているのは、口頭でクーリング・オフの意思表示をしたのでは、法律が定めた期間内にクーリング・オフの意思表示があったかどうかについて後日紛争が生じるおそれがあるため、消費者がそのような紛争に巻き込まれることのないよう明確にしておくためである。

そこで、次に、そのような規定の趣旨についての理解を前提としたうえで、書面によらないクーリング・オフは条文の反対解釈により効力を否定されるものなのかどうかを検討する。

ところで、書面によらずにクーリング・オフの意思表示がなされた、ということが争われている場合には、法律が予防しようとした事態（＝クーリング・オフの意思表示の有無をめぐる紛争）が、法律の配慮にもかかわらず、結局発生してしまっている、ということが決定的に重要であるように思われる。というのは、一見すると、既に書面を求めた規定の目的が挫折してしまっているように思われるからである。そこで、この場合になお「書面により」と定める条文を反対解釈するのであれば、反対解釈するのが条文の素直な読み方であるという形式的な理由のほかに、そのような解釈に何らかの実質的な意義があるかを検討する必要がある。

反対解釈の実質的な意義として、まず最初に考えられることとしては、書面によらずにクーリング・オフをした者の救済を拒絶する、ということを通して、将来的に書面によることを消費者一般や当該消費者に動機付けるということが挙げられよう。しかし、将来の紛争の予防のために個別の消費者の救済を断念する、という考え方は支持できない。というのは、個別の消費者に対する救済が拒絶されたとしてもそのような情報が広く消費者一般に伝播するとは考えられないから、消費者一般に対する紛争予防効果は期待できないし、書面によらないクーリング・オフをしたためにトラブルに巻き込まれた消費者は既に書面によらないことが孕む危険性について学習済であるから、救済を拒絶するという形での教育をする必要はないし、そもそも当該消費者が将来紛争に巻き込まれないよう教育するため現時点での救済を拒絶する、というのは、余計なお世話である、というほかないからである。

反対解釈の実質的な意義として、次に考えられることとしては、書面によらなかった場合にはクーリング・オフは認められない、とすることにより、口頭でクーリング・オフの意思表示をしたか否かという紛争をそもそ

も訴訟に持ち込ませない，ということが挙げられる。この場合，クーリング・オフに書面を要求したことは，訴訟にならないという意味での紛争予防効果を持つことになる。しかしながら，クーリング・オフに書面を要求したのが，消費者がクーリング・オフの意思表示の有無をめぐって紛争に巻き込まれるのを防止するためであったことを想起するなら，このような形での紛争予防はクーリング・オフの行使方法を定める規定が本来意図したものとは異なるものであることは明らかである。また，そもそもクーリング・オフ制度は不本意な意思表示をさせられたことによる紛争を処理するための制度なのであるから，クーリング・オフを制限することによって紛争を処理するということは本末転倒であるといわざるをえない。

以上のように，「書面により」と定めている規定を反対解釈することは無意味である。しかも反対解釈は，書面によらずにクーリング・オフの意思表示がなされたことが，裁判所によって認定されうる場合であっても消費者の救済を拒絶するものであるから，無意味であるにとどまらず，かえって，消費者の救済を目指した規定の趣旨に反する。結局，私見は書面によらないクーリング・オフも有効であると解する。

それでは，「書面により」と定められていることはどのように説明すべきであろうか。私は，次のように考えれば良いと思う。すなわち，先に確認したように，クーリング・オフ権の行使に際しては書面によるものとされているが，その趣旨は後日クーリング・オフの意思表示が期間内になされたか否かをめぐって消費者が紛争に巻き込まれるのを防止するためである。それゆえ，「書面により」と定めている規定は，紛争予防に向けた行為規範として位置付けるべきである。したがって，これからクーリング・オフをするという場合に，どのようにしてクーリング・オフをしたらよいか，という問いに対しては，書面によらねばならない，と答えねばならない<sup>22)</sup>。

もっとも，行為規範として位置付ける私見に対しては「書面により」という規定は抽象的であり，行為規範としてはあまり意味がないという批判

があるかもしれない<sup>23)</sup>。

確かに、法律上は、「書面により」とだけ規定されているのであり、内容証明郵便や書留郵便を利用するように定められているわけではない。その意味では行為規範としては消費者に命じている内容が曖昧で不十分であるともいえる。しかしながら、クーリング・オフの対象となる契約には金額の点等でさまざまなものが含まれるから、常に内容証明郵便によらねばならない、と法律で定めるのは行き過ぎである。それゆえ、クーリング・オフを定める規定は、紛争予防のため、さしあたり書面によることのみを命じるにとどめ、具体的にどのような書面によるかは消費者の主体的な判断に委ねたのだ、と説明すべきである<sup>24)25)26)</sup>。

## V 結語

本稿では、書面によらないクーリング・オフの効力について検討した。本稿の結論は、法文上クーリング・オフの行使の方法について「書面により」と規定されているにもかかわらず、書面によらないクーリング・オフ

22) したがって、消費者からクーリング・オフの仕方について助言を求められた消費生活センターの相談員は消費者に対して書面によるべきことを助言しなければならないし、「電話で解約の意思を伝えたが大丈夫だろうか」という相談を受けた場合には、クーリング・オフ期間内であれば、再度書面によってクーリング・オフすることを助言すべきことになる。

23) 尾島助教授は、クーリング・オフに書面を要求することは、紛争予防という観点からは無意味であり（書面として普通のハガキ等を用いた場合には証拠が残らない）、立法論としては、条文の解釈上反対解釈の可能性を残すので削除すべきである、とされる。参照、尾島・前掲91頁。これに対して、竹内教授は、立法論として電話によるクーリング・オフを認めると、証拠が残らないため水かけ論になる恐れが大きいから、問題の余地があるとされる。参照、竹内・前掲130頁。また、清水巖教授も、消費者は複雑な手続きを踏むことになれていないのが通常であり、手続きはできるだけ簡易な方法がよい、とされつつも、口頭によるクーリング・オフでは権利行使の証拠が残らないので、立法論としては権利行使の方法として書面によることを維持すべきとされる。参照、清水巖「消費者契約とクーリング・オフ制度」阪大法学149・150号（1989年）375頁以下、395頁。

も有効であるとするものである。「書面により」と定める規定はクーリング・オフの意思表示の有無をめぐって消費者が紛争に巻き込まれることを予防することを意図した規定なのであるから、書面によらずにクーリング・オフをした場合であっても、意思表示の存在を消費者が証明することができるのであれば、クーリング・オフを有効と認めて一向に差し支えないのである。

---

24) 通産省の解説書には「書面を直接手渡すこともあろうが、郵便による行われることが多いと予想される(内容証明郵便が望ましい)」とあり、内容証明郵便が望ましいが他の方法が用いられることも想定している。通商産業省産業政策局消費経済課編『新訂訪問販売等に関する法律の解説』(1993年)118頁。

25) もっとも、「書面により」と定めるだけでは十分な紛争予防効果を期待できず、現在の制度には改良の余地があろう。尾島助教授は、業者に交付を義務づける書面にクーリング・オフに関して「立証の関係でクーリング・オフを行う場合には書面で行ってください。内容証明郵便によるのが確実です」という文言を挿入することを提案される。参照、尾島・前掲95頁。私もこの提案に賛成したい。以上のような文言を挿入するだけなら法律を改正せずに施行規則を改正するだけで済もう。なお、その他の案として、事業者がクーリング・オフ権の告知をする書面にクーリング・オフ権を行使するための切り取り式のハガキを添付することを義務づけたうえで、ハガキの宛先を消費者センター等の公の機関にし、そこから販売業者等にクーリング・オフの通知をし、その旨を、消費者に通知するというものがある。クーリング・オフ権の行使を容易にしつつ公の機関を介在させることにより証明も容易にしようとするのである。参照、手塚宣夫「割賦購入あっせん契約」森泉＝池田編『消費者保護の法律問題』(1994年)191頁以下、204頁以下。もっとも、公の機関を介在させることは、行政のスリム化が求められている今日の状況からすると、非現実的な提案であろう。

26) なお、以上の検討の結論は、行為規範と評価規範の分離を意味している。すなわち、クーリング・オフ期間中はあくまで書面によってクーリング・オフすることが命じられているが、書面によらずにクーリング・オフの意思表示がされ、そのままクーリング・オフ期間が過ぎてしまった場合には、書面によらないクーリング・オフの意思表示も、なされたことが証明されるのであれば有効として扱われる、としているからである。一般的には行為規範と評価規範とは一致するものであるが、例外的に一致しない場合があることも認められている。参照、内田貴「民事訴訟における行為規範と評価規範」法学教室75号(1986年)69頁以下。クーリング・オフ権の行使方法の問題は、行為規範と評価規範とが分離する例外的な場合のひとつということになる。