

サービスの押し付けに対する欧州司法裁判所の 判断と日本法の比較

上 杉 めぐみ

1. はじめに
2. 一般条項とブラック・リストの関係性
3. 事案の概要
 - (1) 先決判決までの流れ
 - (2) 法務官の意見書
 - (3) 裁判所による先決判決
4. 附則29に対する考察
 - (1) サービスの押し付けへの対応
 - (2) 押し付け販売をめぐる判断
5. 日本での規制状況
 - (1) 送り付け商法に対する規制導入の経緯
 - (2) 特定商取引法による規制の限界と消費者契約法での対応
6. 結語—日欧での対応の比較—

1. はじめに

「事業者による消費者に対する不公正な取引行為に関する指令」(2005/29/EC) (Unfair Commercial Practices Directive. 以下「UCPD」と表記する。)の附則29は、「押し付け販売(送り付け販売)」(inertia selling)

を禁止している。C-54/17, C-55/17⁽¹⁾(以下「本事例」と表記する。)は、附則29に該当すると欧州司法裁判所が初めて判示した事例であるが、本稿では、同事例に関して、次の2点について取り上げて、検討していく。

1点目は、本事例で問題となった行為が、商品の送り付けではなく、サービスの押し付けという点である。サービスの押し付けによるトラブルは日本でも少なくなく、本事例を検討することで、日本で生じている問題状況を打開するための糸口を得ることができるものと思われる。

2点目は、攻撃的取引行為の一類型として位置づけられている押し付け販売の判断枠組みについて欧州司法裁判所が示した点である。本事例の先決判決⁽²⁾に先立ち提示された法務官 (l'avocat général)⁽³⁾の意見書⁽⁴⁾では、事業者による取引行為は附則29に該当せず、またUCPD 8条規定の攻撃的取引行為にも当たらないと示している。もちろん、欧州司法裁判所は法務官の意見に拘束されるものではないが、法務官の意見書は、欧州司法裁判所に対して事実上の影響力を有することから、ほとんどの場合、欧州司

(1) Joined Cases C-54/17 and C-55/17 *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato v. Wind Tre SpA and Vodafone Italia SpA* [2019] 1 C.M.L.R.14.

(2) 庄司克宏『新EU法 基礎編』(岩波書店、2013年)138頁によると、加盟国の国内裁判所における訴訟においてEU法上の問題が提起され、その問題が判決の前に解決される必要がある場合、国内裁判所は欧州司法裁判所に照会を行い、欧州司法裁判所から先決判決という形式で回答を得ることができる。そして、国内裁判所は、この先決判決に係争中の事件に適用する。

(3) デイヴィッド・エドワード＝ロバート・レイン(庄司克宏 訳)『EU法の手引き』(国際書院、1998年)45頁は、法務官の役割について、まず、「法務官は法廷の構成員であり、序列において裁判官に伍する地位にある。」としたうえで、「法務官が司法裁判所の判決の前に提示する意見は、義務的かつ終審としての控訴の前に、第1審として単独の裁判官が行う判決に例えることができる。」と説明している。

(4) Joined Cases C-54/17 and C-55/17, Opinion of AG Campos Sánchez-Bordona.

法裁判所が法務官の意見書に従うものとされており⁽⁵⁾、結論が異なるのは珍しいといえる。このことから、法務官の意見書と欧州司法裁判所の先決判決を照らし合わせることで、附則29の構造について一層掘り下げる事が出来ると考えた。

以上の問題意識から、まず附則29を把握する前提作業としてUCPDの概要及び各条文の関係性を整理する。次に、本事例における争点を明らかにしておき、争点に対する法務官の意見書及び欧州司法裁判所の先決判決を見ていく。これらを踏まえ、本事例の論点を考察する。そして、日本でのサービスの押し付けへの対応状況について整理したうえで、本事例が日本でのサービスの押し付けに対する規制へ与える影響について述べていく。

2. 一般条項とブラック・リストの関係性

UCPDは、不公正性の判断について3つの枠組みを設けている。すなわち、第一に、不公正取引方法を禁止する一般条項を置いている（5条）。第二に、誤認惹起的取引行為（6条、7条）及び攻撃的取引行為（8条、9条）を禁止する一般条項を置いている。第三に、いかなる場合においても不公正とみなされる31の取引行為（23の誤認惹起的取引行為と8の攻撃的取引行為）がブラック・リストとして附則に列挙されている。欧州司法裁判所の判例によると、これらには優先順位がある。加盟国の国内裁判所は、まずは、当該取引行為がブラック・リストに列挙している行為に該

(5) ルードルフ・ティーネル（出口雅久＝木下雄一 訳）「欧州司法裁判所（欧州連合司法裁判所）の組織と機能——特に先決裁定（preliminary rulings）手続を中心に——」立命館法學2010年3巻1031頁（2010年）、庄司・前掲注(2)132頁。エドワードほか・前掲注(3)45頁は、法務官の意見について、「裁判所の論理を知るうえで最良の拠り所となることがある。」と述べている。

当するかを確認しないとイケない。ブラック・リストを適用する際には、5条の一般条項や6条から9条に関連する不公平性ということの証明を追加的要件として考慮する必要がなく、ブラック・リストに列挙されている取引行為を事業者が行ったという事実のみ証明すればよい⁽⁶⁾。そして、ブラック・リストに該当しない場合に、国内裁判所は、UCPD 6条から9条に規定する誤認惹起的取引行為または攻撃的取引行為に該当するかを判断することになる。さらに、誤認惹起的取引行為や攻撃的取引行為にも該当しない場合には、5条に規定された一般条項がセイフティーネットになる⁽⁷⁾。

本件で適用の是非が問題となっている附則29は、押し付け販売を禁止するものであり、攻撃的取引行為の一つとしてブラック・リストに列挙されている。条文は以下のとおり。

附則29「消費者からの要請がないにもかかわらず、事業者から商品を提供し、それに対して、即時もしくは後払いでの支払い、または、商品の返品もしくは保管を要求すること。ただし、その商品が指令97/7/EC 第7条第3項に従って供給された代物の場合は、この限りでない。」

欧州司法裁判所は、本事例において問題のある行為として提起された行為が附則29に該当すると結論づけたことから、事業者の取引行為がUCPD 8条、9条の攻撃的取引行為に該当するかは判断していないが、法務官の意見書では、附則29に該当しないとして、8条、9条規定の攻

(6) Geraint Howells and others, *Rethinking EU Consumer Law* (Routledge 2018) 53.

(7) カライスコス・アントニオス『不公正な取引方法と私法理論 EU法との比較法的考察』（法律文化社、2020年）70-71頁。

撃的取引行為に当てはまるかを検討している。UCPD 8条は、次のように規定している。

8条「取引方法は、その事実関係において、その特徴及び事情を考慮して、商品に関する平均的消費者の選択または行動の自由を著しく歪め、または、歪めるおそれがある困惑行為、強制（有形力の行使を含む。）または、不当な影響によって、平均的消費者にこれがなければ行わなかったであろう取引上の決定を行わせ、または、行わせるおそれがあるときは、攻撃的であるとみなす。」

UCPD 8条に規定されている3つの判断要素（困惑行為（harassment）、強制（coercion）、不当な影響（undue influence））は、攻撃的取引行為と適切な事業活動を区別するために設けられているが⁽⁸⁾、そのうち、「不当な影響」のみ、UCPD 2条j項において次のように定義している。

2条j項「消費者に対する優越的地位を利用して、消費者が情報を得たうえで決定を行う能力を相当程度に制限する方法で圧力をかけることをいう。」

EU指令の覚書説明では、UCPD 2条j項の具体例として、消費者が事業者から金銭を借りているが、その支払いが既に滞っているときに、他の商品を購入する条件で返済期限を延ばすと事業者が持ちかけた場合が示されている⁽⁹⁾。なお、UCPD 8条が規定する「取引上の決定」の概念について

(8) No 70 of Explanatory Memorandum of the Proposal for the Unfair Commercial Practices Directive to COM (2003) 356.

(9) No 71 of Explanatory Memorandum (n 8).

てUCPD 2条k項によれば、委員会の公表しているガイダンスによれば、商品を購入するか否かに関する決定だけでなく、商品の購入に直接関連してくる店舗に入るか否かに関する決定も含まれるとする⁽¹⁰⁾。

UCPD 9条では、取引行為が不当な影響を用いるものであるか否かを判断する際に考慮する要素が規定されている。裁判所は、以下の要素をすべて考慮しなければならないとしている⁽¹¹⁾。

- 9条「(a) 取引方法の時期、場所、性質または執拗さ、
(b) 威嚇的または攻撃的な言葉または態度を用いたこと、
(c) 事業者が商品に関する消費者の決定に影響を与えるために、消費者の権利を歪めるほどに重大であり、かつ、事業者が認識している特別の不運または事情に付け込んだこと、
(d) 消費者が契約上の権利を行使する際に、事業者が、契約に基づかない過剰なまたは均衡を欠く負担で妨害をしたこと、
(e) 適法ではない行為をすとの脅し」

なお、法務官の意見書では、攻撃的取引行為と誤認惹起的取引行為の違いについても言及しているので、ここでは、本事例に関係してくるUCPD 7条1項を記す。同条文は、誤認惹起不作為について規定したものである。

7条1項「平均的消費者が情報を得たうえで取引上の決定を行うため

(10) Commission staff working document, *Guidance on the Implementation/ Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices*, SWD (2016) 163 final, 33 (hereinafter UCPD Guidance).

(11) Howells and others (n 6) 66.

にその状況に応じて必要となる重要な情報を提供しなかったこと
によって、平均的消費者にこれがなければ行わなかったであろう
取引上の決定を行わせ、または、行わせるおそれがあるときは、
誤認惹起的であるとみなす。」

3. 事案の概要

(1) 先決判決までの流れ

イタリアの通信会社 Wind Tre 株式会社と Vodafone Italia 株式会社が販売している SIM カードには、ボイスメールサービスとインターネット接続サービス（以下「本件サービス」と表記する。）というアプリケーションソフトウェア（以下「アプリ」と表記する。）があらかじめインストールされている。当該 SIM カードを携帯電話等の通信機器に挿入するだけで、アプリは自動的に起動することから、ユーザーによる特定の手続きを要することなくインターネットに接続でき、ユーザーがアプリの無効化（停止）を明示的に要求しなければ、サービスを利用した際に料金がかかる仕組みとなっていた。両通信会社は、SIM カードの販売時、ユーザーに対して本件サービスが存在すること、または、本件サービスを利用した場合の料金について説明していなかった（パラグラフ23）。

イタリア競争・市場保護委員会は、消費者からの許諾なく、SIM カードを挿入することで当該サービスが自動的に起動することは、消費者を自分に可能性のある義務を認識できない状態にさらすことになると考え、本件サービスがあらかじめインストール・起動されていること及び本件サービスを利用した際にかかる料金を告げずに SIM カードを販売する行為（以下「本件取引行為」と表記する。）は、攻撃的取引行為の範疇に入る違法な行為であるとして、消費者法（Consumer Code）に基づき、両通信会社にそれぞれ20万ユーロと25万ユーロの制裁金を科すことを決定した（パ

ラグラフ24)。両通信会社は、この決定に対して不服申立てを行った（パラグラフ25）。下級審裁判所は、本件は電気通信分野の取引であるため、電気通信法（Electronic Communication Code）に基づき通信規制庁が本件取引行為を規制すべきであり、競争・市場保護委員会には消費者法に基づき制裁金を科す権限がないと判示した（パラグラフ26）⁽¹²⁾。これを不服として、競争・市場保護委員会が国務院（Council of State, Italy）に抗告したところ、国務院は、電気通信分野に関する問題であったとしても、あらゆる状況において攻撃的取引行為と解される場合には、競争・市場保護委員会の制裁金を科す権限が認められるとした（パラグラフ29）。そのうえで、国内法とEU法の間で解釈が矛盾することのないように、本件取引行為がUCPD 8、9条規定の攻撃的取引行為、または、附則29に規定された押し付け販売に該当するかという判断について、欧州司法裁判所に照会を行った。

(12) 特定の分野に対応している指令とUCPDが競合した場合について、UCPD Guidance (n 10) 14は、基本的には、他の特定の分野に対応している指令がUCPDに優先して適用されるものの、だからと言って、UCPDの適用が排除される訳ではなく、UCPDは補足的なものとして一緒に適用することができると説明している。具体例として、イギリスにおいて、UCPDが電話通信政策を規律するユニバーサルサービス指令と競合した場合の事例が紹介されている。同事例の概要は、次のとおり。消費者が他の電話会社に変更しようとしたところ、現在契約している電話会社から書類に必要事項を記載するよう求められたが、書類にはオンラインではアクセスできず、また、電話会社は、消費者からのEメールや電話に折り返してくれなかった。こうした別の会社との契約締結を妨げる行為について、ユニバーサルサービス指令30条では禁止していないことから、同指令では対応できないが、当該電話会社の行為は、UCPD 8条及び9条d項に基づく攻撃的な取引行為に該当するものとして違法であるとした。

(2) 法務官の意見書

① 押し付け販売への該当性

UCPD では、高水準の消費者保護の実現を目指していることから、消費者からサービス等の提供について「要請がある」という概念を解釈するにあたり、消費者にとって有利になる解釈を行うことになる。そのため、例えば、消費者がサービスの利用料金の内容について知らないということは言うまでもなく、消費者がサービスの存在について知らないという場合にも、サービス等の提供について消費者から「要請がない」と解釈されることになる（パラグラフ48）。

事業者がサービス等の提供をするにあたり、UCPD 7条に規定しているとおり、消費者が取引上の決定ができる程度に適切な情報が提供されていなければならない。最も重要な情報が、事業者が提供するサービスに関するものであることは明白である（パラグラフ49）。

事業者が一方的に商品を消費者に押し付けたときに、消費者の黙示の受領が認められる場合があるが、UCPD では、消費者保護を強化するために、黙示の受領は例外的なものとして位置付けられている（パラグラフ50）。本件 SIM カードはスマートフォンに挿入することを想定して販売していることから、国内裁判所によれば、サービス内容について情報提供を受けた平均的な消費者であれば、本件サービスの存在について気づかないことはないとする。これを前提とすれば、消費者は本件サービスが既にインストールされていることを知っていた、または、知るべきであったといえる。そして、消費者が本件サービスの存在を知らなかったはずがないのであれば、本件サービスを利用することは、黙示の受領に相当するかもしれない（パラグラフ51）。

しかし、アプリのなかには、ユーザーを介在させることなくインターネット通信につながるものも存在する。もちろん、消費者がサービスの無効化を要求すること、いわゆるオプト・アウトをすれば、自分の希望しな

いサービスにつながらないようにできるが、オプト・アウトをするためには、一定の知識と技術が必要になる。そして、そうした消費者は、UCPDの想定する平均的な消費者像には当てはまらない（パラグラフ52）。国内裁判所は、消費者が自身の電子機器に事業者から知らされていないサービスが備わっているのかもしれないと疑うべきであり、また、本件サービスを無効化するのに必要な操作方法を自分は知らないのではないかと疑うべきであると判示したが、本件においては、消費者が本件サービスを利用する際にそのように疑うべき合理的な理由はないはずである（パラグラフ53）。それゆえ、原則的には、本件において要請のないサービスの提供があったと結論づけるのは、ありえないことではない（パラグラフ54）。しかし、このことをもって本件取引行為を附則29に該当する不公正な取引行為と分類するには十分ではない（パラグラフ55）。結局のところ、本件サービスの提供について消費者から要請がなかったというだけでは十分ではなく、事業者から本件サービスに対して支払いの要求があることも必要である（パラグラフ56）。私の意見では、本件サービスの提供が消費者から要請していないものだったとしても、それが相手の意に反して提供されたという程度であれば、事業者が支払いを要求することは不当なこととはなりえない（パラグラフ57）。

本事例における事業者からの支払い要求は、合意に基づいたものと思われる。その理由は、次のとおりである。国内裁判所は、実際に利用したサービスに関する技術上・操作上のプロセスやサービスの利用にかかった費用について消費者から苦情はなく、唯一寄せられた苦情はSIMカードにサービスがあらかじめインストールされていることについて情報提供を受けていないとするものだったと述べており（パラグラフ58）、国内裁判所の判示が、実際に起こったことと一致していたら、販売員は消費者に対して、既にインストールされているサービスにアクセスするための技術上・操作上のプロセスについてだけでなく、料金についても十分に情報を

提供していることになる。そうした状況では、平均的な消費者は、自身の購入したSIMカードを挿入することによって本件サービスが自動的に提供されるものと推測することができる（パラグラフ59）。このように、国内裁判所が購入時に示された情報により消費者はサービスに関する諸々の情報を正確に知っていた、または、知るべきだったということを認定していることを踏まえると、サービスの提供に対する代金の請求は、適切な情報が提供されてから行われたものであり、附則29に該当しない（パラグラフ60）。

② 攻撃的取引行為への該当性

サービスが事前に起動していることに関する情報が消費者に告げられていないことは、攻撃的取引行為として平均的な消費者の選択の自由を阻害することになるのか（パラグラフ61）。本件において販売員が本件サービスに関して情報を提供しなかったということは、消費者の取引上の決定に対して不当な影響を及ぼした可能性がある。ただし、UCPD 8条、9条で規定しているのは、7条の誤認惹起的取引行為のように単に消費者を誤解させる行為というものではなく、圧力をかけることにより、消費者の意思を強制する行為である（パラグラフ65）。イタリア政府は、事業者があらかじめ本件サービスがインストールされていることについて情報を提供せずに、消費者に支払義務を負わせたことは、事業者が優越的地位を利用したことに相当すると述べた（パラグラフ66）。しかし、情報の不提供と8条規定の不当な影響を混同すべきではない（パラグラフ67）。

攻撃的取引行為とは、事業者がハラスメント等の積極的に影響を及ぼす行為によって違法に消費者を弱い立場に置き、その状況を利用して消費者の自由な選択を侵害して、そうした状況になれば締結しなかったであろう契約を消費者に締結させることである（パラグラフ68）。事業者から情報提供が十分に行われ、消費者の選択の自由が確保されている状況で契約

を締結したときにおいて、消費者が代金の支払いをしないなどの法に違反した場合に消費者に代金の支払いを強制させることも、事業者が優越的地位を利用したと解されるが、その場合と、攻撃的取引行為として事業者が優越的地位を利用する場合とは区別される。それゆえ、UCPDは、消費者が契約関係に入ったことで生じた法的義務に対して保護を与えるものではなく、不公正な取引行為の結果としてそのような義務を負わされた場合に消費者に対して保護を与えることにある（パラグラフ69）。結果的に、本件サービスに関する情報を提供しなかったことが攻撃的取引行為に当たるかの基準は、情報の不提供によって、他の状況であれば、消費者が承諾しなかったであろう契約をしたかどうかということ、つまり、事業者が消費者の自由な選択を阻害したかどうかということである（パラグラフ70）。本件で議論されている行為は、UCPD 8条及び9条に基づく攻撃的取引行為の特徴を表していない（パラグラフ71）。

（3） 裁判所による先決判決

まず、本件取引において提供されたサービスがUCPD 2条c項に規定した「商品」に当てはまることについては争いが無い（パラグラフ39）。そして、UCPD 5条から9条までの規定に該当するかは事例ごとの判断を必要とすることから（パラグラフ40）、まずは、附則29に本件取引行為が該当するかを検討する（パラグラフ41）。

一般論として、事業者が消費者に対して支払いを求めた商品またはサービスについて、消費者からの要請がなく一方的に提供したもので、それに対して支払いを要求することは、押し付け販売を構成することになる（パラグラフ43）。本件では、サービスの提供、支払いの要求があったことについては認められることから、消費者からの要請の有無について証明する必要はある（パラグラフ44）。

8条が定義している攻撃的取引行為の概念について特筆すべきは、平均

的な消費者の選択の自由を著しく損ねる行為だということである。消費者から要請があってサービスが提供された場合には、消費者に自由な選択を行わせたことになる。そして、自由な選択があったというためには、事業者から消費者に対して提供される情報が明確かつ適切であるということが必要になる（類似するものとして、Purely Creative 判決を参照）（パラグラフ45）。ここで求められる情報とは、契約の条件及び契約を締結した結果であり、それらを事前に情報提供してもらうことが消費者にとって重要である（パラグラフ46）。また、価格は消費者にとって取引上の決定を行う際に契約締結を決定づけるものであることから、価格についても消費者が十分に契約上の決定ができるようにするのに必要な情報となる（パラグラフ47）。

本件について、SIMカードを挿入すると、あらかじめアプリがインストールされ、起動することと、サービスを利用したときにかかる利用料に関することについて、ユーザーは知らされていないと国内裁判所において認定されていることから、消費者は当該サービスを自由に選んだものとはいえない（パラグラフ48）。そして、利用料の発生するサービスについて、十分に情報が提供されていない状況では消費者が自由な意思で選択したと考えることはできず、消費者が本件サービスの存在を認識しながら利用したとする主張は不適當である（パラグラフ49）。同様に、消費者はサービスの無効化を選択することができたという主張も不適當である。なぜなら、SIMカードの購入前、または、少なくとも請求書を送る前にユーザーに対してサービスに関する分かりやすく十分な情報を提供しなければ、ユーザーは、無効化という選択肢を利用できないからである（パラグラフ50）。なお、SIMカードの平均的な購入者が、購入時にあらかじめアプリがインストールされ、起動しており、それらのサービスを利用すると利用料がかかるという事実を認識しているかは定かでない（パラグラフ52）。

以上のことを踏まえると、本件取引行為は、附則29の規定する押し付

け販売の概念に当てはまる（パラグラフ53）。これにより，8条，9条について検討する必要はない（パラグラフ55）。

4. 附則29に対する考察

(1) サービスの押し付けへの対応

欧州委員会が公表しているガイダンスによると，押し付け販売について，実際には注文していない商品について消費者が既に注文したという間違っただけの印象を作り出す請求書を添えて販売する行為が挙げられている⁽¹³⁾。また，UCPDを国内法化したイギリスのビジネス・企業・規制改革省及び公正取引省でも，押し付け販売の具体例として，「販売者が新しい油とトリクロスを2.99ポンドで販売することを記した手紙とともに当該クロスを同封し，同手紙に，消費者が7日以内に返品しない場合，2.99ポンドを回収するために訴訟手続きをとると記している場合」⁽¹⁴⁾としている。

これらのことから，附則29に該当するものとして，いわゆるネガティブ・オプションのように一方的に商品を送り付ける行為が主に想定されている。そうしたなかで，本事例では，サービスの押し付け行為が附則29に該当すると判示したのである。

特定商取引法59条1項が，規制対象を「物品」に限定しているのに対して，UCPD2条c項では，「『商品』とは，物品または役務（不動産，権利及び義務を含む。）をいう。」と規定していることから⁽¹⁵⁾，本件先決判決での判断は当然の結果といえる。ただ，改めて附則29は，商品の送り付

(13) UCPD Guidance (n 10) 18.

(14) Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 Guidance Interim, OFT n 931, 26.

(15) 法務官は，意見書の注19において，「商品という用語の下位範疇として，あらゆる物品・サービスが位置づけられている」と説明している。

けという枠にとどまらず、サービスの押し付けという問題行為にも対処することができることを明らかにした先決判決には大きな意義があるといえる⁽¹⁶⁾。

(2) 押し付け販売をめぐる判断

① 附則29規定の「消費者からの要請がない」という判断の構造

UCPD 附則29規定の「消費者からの要請がない」ということについて、欧州司法裁判所によれば、事業者が消費者に対して事前に契約内容がわかるよう十分に情報を提供しなかったことで消費者の選択の自由を損ねたか否かが判断基準になると示しており、法務官の意見書も同じである。すなわち、情報提供の有無という点が問題となっている。そうすると、附則29が誤認惹起的取引行為ではなく、攻撃的取引行為の一類型として分類されていることをどのように理解すればよいかという疑問が生じる。

この点について、2つの考え方が見られる。第一に、ブラック・リストにおいて列挙されている取引行為が誤認惹起的取引行為または攻撃的取引行為として分類されていることについて、必ずしも説得力のあるものではないという見解である⁽¹⁷⁾。これに対するものとして、欧州司法裁判所の判

(16) 本事例後、2019年にはポローニャ裁判所で、ガス会社の社員が契約書に虚偽の署名をして、ガスを一方的に供給し、8カ月分の代金の支払いを請求したことは、消費者法規定の押し付け販売であるとして不公正な取引行為と認めた裁判例 (n. 3042/2018) が出ている。従前、大企業がこのような販売方法を黙認しており、料金の支払いをしなければ、水、ガスまたは電気が遮断されると懸念して、結果的に消費者に強制的に料金を支払わさせていたが、同裁判例は、こうした状況から消費者を解放させることになったとして画期的な判断であると報道されている (Forniture non richieste: il consumatore non deve pagare le bollette. Importante sentenza del Tribunale di Bologna—Federconsumatori Emilia-Romagna (federconsumatorier.it))。

(17) Howells and others (n 6) 53-54.

決（Purely Creative 判決（C-428/11））をもとに、いずれの取引行為として分類されているのかに特別な意味があるという見解がある⁽¹⁸⁾。

本件については、攻撃的取引行為に該当するか否かについて、「消費者による自由な選択」という基準を採用するにあたり Purely Creative 判決を参照していることから、後者の立場を採用していると理解することになるだろう。もっとも、本件先決判決では、取引行為のどの部分が攻撃的取引行為としての特徴を有するのかを説明する部分はない。それどころか、消費者から本件サービスに関して要請があったか否かという点について、事業者によるサービス内容に関する情報提供の有無で判断していることから、消費者は本件サービスについて何らかの情報が提供されていれば当該アプリをアンインストールすることができ、事業者からのサービス提供を回避することができるかと解する余地もある。そのため、附則29が攻撃的取引行為の一類型として分類されていることを説明するのが難しいようにも思われる。

しかし、本件取引行為については、消費者を誤認させたか否かを問題とすることなく不公正な取引行為として解するのが妥当であると考え。そのように考える理由の一つとして、何らの手続きもせずにアプリがインストールされて、サービスが起動していること自体が問題であるという点が挙げられる。法務官の意見書において、アプリが勝手にインストールされていることの問題例として、ユーザーの知らないうちに位置情報をトラッキングするアプリが目立たないように起動している場合には、プライバシー権の侵害というリスクをはらんでいるということが指摘されてい

(18) カライスコス・前掲注(7)91-93頁は、Purely Creative 判決において、事業者は消費者に対して誤った印象を与える販売促進活動を行っていたものの、攻撃的取引行為に分類されている附則31に該当することから、「誤った印象」という文言は追加的な要件を設けるものではないと判示しているとして、ブラック・リストにおける分類は、単に形式的なものではなく、実質的なものであると指摘する。

る⁽¹⁹⁾。この例のように、自分の選択していないアプリがSIMカードを挿入するだけで自動的にインストールされて、起動していることは、消費者を自分がどのような状況に置かれているのか把握できない状態にしているのであって、誤認性とは関係ないところで問題が生じているといえる。

また、そもそもSIMカードとは「電話番号と結びつけて電子通信ができるようになる道具」であり、SIMカードの挿入によりアプリが自動的にインストールされるのは、平均的なユーザーであれば想定外の事態に直面することになる⁽²⁰⁾。そして、アプリの利用を希望しないのでアンインストールをしたい場合には、当該ユーザーに商品のパッケージ等に記載されているアプリのオプト・アウト方法を確認させ、手続きを求めることになるが、このような一連の行動は押し付け以外のなものではない。

さらに、直接の適用はないが、本件取引行為の攻撃性を検討するにあたり、UCPD 9条の規定が参考になる。まず、9条c項は、事業者が消費者の商品に関する決定に影響を与える状況を認識しつつ利用するような行為を禁止している⁽²¹⁾。本事例においては、初めからアプリがインストールされて、サービスが起動していれば、消費者が「とりあえず」当該サービスを利用する可能性は高く、こうした行為は、事業者が消費者の取引上の決定に不当に働きかけるものといえる。また、9条d項の適用例として、欧州委員会のガイダンスでは、ブルガリアの裁判例で消費者が他社のサービス契約に切り替えたいが、現在の契約者から契約を終了するにあたり過

(19) Opinion of AG (n 4) footnote n 24.

(20) 少し話は外れるが、藤井保文＝尾原和啓『アフターデジタル』（日経BP、2019年）115頁では、アプリについて、スマートフォンにダウンロードしたアプリはキャリアに依存せず、別のキャリアに移っても同じように使え、アプリに入っているデータもアプリごとに移動できるとして、SIMカードはアプリに連動していないことを示しており、これが平均的な消費者のSIMカードに対する認識といえるだろう。

(21) UCPD Guidance (n 10) 78.

剰な負荷をかけられ、事実上自動更新という状況に置かれてしまう場合を紹介している⁽²²⁾。先述したように、法務官の意見書において、オプト・アウトが当然にできる者はUCPDでの保護対象として想定している消費者には当てはまらないことが示されており、このことから、当該アプリのアンインストールを求めることは、消費者が契約上の権利を行使する際に、事業者が、契約に基づかない均衡を欠く負担で妨害をしたものと捉えることができるだろう。なお、そうした厄介な手続きを事業者が求めることは、9条e項にも当てはまるとガイダンスでは述べている。

以上より、本件取引行為については、攻撃的な取引行為としての性質を備えているといえ、消費者が当該取引行為によりサービスの内容を誤認しているか否かを問わず、当該行為を不公正性なものと判断することができる。

② 法務官の意見書と先決判決の相違点

繰り返しになるが、法務官の意見書及び先決判決では、ともに附則29規定の「消費者からの要請がない」という点について、事業者から十分な情報提供があったか否かということを経準にすべきである旨を示している。そして、本件サービスの操作上のプロセスやサービスの費用に関して、消費者からの苦情がないと国内裁判所が判示しているという前提に立って当該取引行為の違法性について判断したところも両者は共通している。法務官の意見書と先決判決の結論が分かれたのは、本件サービスの存在及び価格に関して事業者が情報提供を十分に行ったか否かという点に対する判断の違いである。

両判断について検討したところ、次に示すように、消費者からの苦情がなかったことから十分な情報提供があったと結論づけた法務官の意見書の判断には問題があり、欧州司法裁判所の判断が妥当であったと考えられ

⁽²²⁾ Ibid., 78.

る。第一に、例えば、高齢者が初めてスマートフォンとSIMカードを購入したとき、購入者はスマートフォンやSIMカードの仕組みをほとんど知らないことから、SIMカードを挿入すると自動でアプリがインストールされて、起動している場合にも、それがSIMカード全般における標準仕様であって、特段問題のある行為だと認識することがなく、そのため、消費者からは苦情の申し出がないということが考えられる。第二に、法務官の意見書では、Wind Tre 株式会社の調査報告において、購入者や販売店に提供されるSIMカードに付属の印刷物（リーフレット）や、商品のパッケージに価格や詳細な料金が記述されていたことをもって情報提供があったとしていたが⁽²³⁾、この判断は現実的ではないと思われる。何故なら、リーフレットや商品パッケージで記載できる情報は限られるものであり、SIMカードの仕組みを熟知していない消費者がその記載を見たとしても、当該サービスの提供を受けなくて済むという選択肢があるということに気づく可能性は高くないと思われるからである。第三に、法務官の意見書において、一定の知識と技術が必要になるオプト・アウトをすることができる消費者は、UCPDの想定する平均的な消費者像には当てはまらないとしている。すなわち、UCPDの想定する平均的な消費者は、容易にアンインストールすることができるわけではないということになる。そうであれば、情報提供を十分にすればアンインストールできるという理屈は、そもそもUCPDの目指す方向と相対することになるのではないだろうか。

以上の理由から、消費者から苦情がなかったということで、事業者は十分な情報提供を行った、すなわち、サービスについて消費者から要請があったものとする法務官の意見書は妥当ではなく、欧州司法裁判所の示したように、当該取引行為は要請がないサービスの押し付けであると理解するのが現実に即したものであるといえるだろう。

(23) Opinion of AG (n 4) footnote n 26.

5. 日本での規制状況

(1) 送り付け商法に対する規制導入の経緯

日本でも、例えば、覚えのない管理業者から別荘地の管理費がいきなり請求される事例⁽²⁴⁾や無償の見積もりを依頼したところ作業費を請求される事例⁽²⁵⁾など、一方的にサービス(役務)を提供する事業者に関する相談が全国の消費生活相談センターなどに寄せられており、サービスの押し付けをめぐるトラブルが発生しているといえる。しかし、ネガティブ・オプションについては特定商取引法59条1項で規制しているが、規制対象を「物品」に限定して、権利や役務は規制対象から外していることから、上記のトラブルに対応することができないのが現状である。権利や役務が規制の対象外となっていることについて、立法担当者は、「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定す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。」と説明している⁽²⁶⁾。

もともと、訪問販売法の立法過程では、ネガティブ・オプションでの問題点について、商品の送り付けに限定していたわけではない。訪問販売

⁽²⁴⁾ 国民生活センター「より深刻に！『原野商法の二次被害』トラブルー原野や山林などの買い取り話には耳を貸さない！ 契約しない！」(平成30年1月25日公表) 5頁<http://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20180125_1.pdf>(最終閲覧日2021年7月8日)。

⁽²⁵⁾ 国民生活センター「水漏れ修理、解錠など『暮らしのレスキューサービス』でのトラブルにご注意」(2018年12月20日公表) 1頁以下。北村拓也「悪質水道工事業者問題」消費者法ニュース123号121-122頁(2020年)。

⁽²⁶⁾ 消費者庁取引対策課＝経済産業省商務・サービスグループ消費経済企画室編『特定商取引に関する法律の解説(平成28年版)』(商事法務、2018年)436頁。

法の立案では、イギリス法やアメリカ法を参考にしていたところ⁽²⁷⁾、例えば、イギリスの送り付け商法防止法（Unsolicited Goods and Service Act 1971）3条では、立法当時から紳士録への登録といったサービスの押し付けを規制対象に含んでおり、商品の送り付けだけでなく、サービスの押し付けについても規制対象とする余地はあった。また、産業構造審議会流通部会が1974年に取りまとめた中間答申（産業構造審議会流通部会「特殊販売の適正化について〔第11回中間答申〕」（1974年12月16日））において、送り付け商法は「販売押付」という点において悪性があるとの評価を基礎として規制を行う方向で検討する必要性が唱えられていた⁽²⁸⁾。

これが一転したのは、国会での審議であると推測される。議事録において、当時、レコードや書籍の送り付けが社会問題化していたことが議事録において確認できることから⁽²⁹⁾、第一に、消費者が所定期間内に返送し

⁽²⁷⁾ 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285-286頁（2004年）。

⁽²⁸⁾ 竹内昭夫『特殊販売規制法』（商事法務研究会，1977年）256頁。

⁽²⁹⁾ 第77回国会 衆議院商工委員会第12号（昭和51年5月18日）では、「これはレコードだとか本だとか、そういうことでよく学生生徒がひっかかるケースがございましたけれども、これについて法律的に民法上いろいろ問題があるようですけれども、そういうことは抜きにして、いまお話がありましたように、とにかく一方的に商品を押し込んできて、黙っていればそれで契約だということは、大体公序良俗に反する商法だという意味で無効だというように私どもは考えたいわけです。」（竹内直一（207））という発言や「私も竹内参考人と全く同様な見解に立っておるわけでございますけれども、しかし、この法律によりますと、この行為を行った人が権利があるという形になるわけです。私どものところにも、何の意思表示もしないのに書籍がどんどん送られてくるわけですね。来たらつい封を切ってしまうて読む。何か月かたったら、この法律によると6カ月以内に請求をされる。もう読んでしまったわけだから、結局代金を払わなければならぬ。そういうようなことがこの18条によると認められる。これはどうもおかしいじゃないか。」（佐野進（208））という発言が見られる（下線部は、筆者によるものである。）。佐野進（206）が、「だれも売ってもらいたいとか欲しいとか

なかったとか、包装を破ったなどの理由で代金支払い義務が生じたと誤解して、心ならずも商品を購入してしまうおそれがあること、第二に、誤解しないにしても、使わない商品を長期間保管しておかなければならないというのは迷惑であるという形で問題点が集約されることとなった⁽³⁰⁾。

(2) 特定商取引法による規制の限界と消費者契約法での対応

サービスの押し付けが特定商取引法の適用対象に含まれないということは既述のとおりだが、雑誌や書籍等の継続的購読契約など、従前から契約関係にある場合についても、事業者が契約の更新を押し付けるような場合には、特定商取引法の適用はない。もちろん、期間満了後の購読の継続について事前に当事者間に合意がないままに期間満了後に雑誌や書籍等を送付する行為は、ネガティブ・オプションに当たるが、当初の契約締結時または契約継続中に、「期間満了時に購読を継続しないときはその旨を通知すること。その通知がないときは継続するものと扱う。」という不承諾の意思表示をしない限り承諾をしたものとみなす旨の合意がある場合には、その合意の効力により購読契約が継続されることとなり、期間経過後に改めて申込みを受けることなく雑誌・書籍等が送付されても、ネガティブ・オプションには当たらない⁽³¹⁾。ただし、このような事例に対しては、消費

言わないのに、突然品物が送り込まれてくる。その送り込まれたものを6カ月間保存しなければならない義務が送り込まれた人に発生する。その場合、それが不服だ、困るというなら、その送り込んできた人に対して引き取ってくれという手紙を書いて切手を張ってポストに入れてという、そういうようなことをした場合においても、1カ月間保管する義務がある、こういう考え方はどだいおかしいのじゃないかと私ども審議をしながら思うのでございます。」と発言している。

(30) 竹内・前掲注2889頁。

(31) 消費者庁取引対策課・前掲注26434-435頁、石戸谷豊ほか『ハンドブック特定商取引法〔第6版〕』（日本評論社、2019年）630頁。

者契約法10条で対応できる可能性が出てきている。

2016年に行われた消費者契約法の改正により、10条の第一要件に該当する例として「消費者の不作为をもって当該消費者が新たな消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたものとみなす条項」が追加された⁽³²⁾。これを受け、消費者庁の公表する逐条解説において、「通信販売で掃除機1台を購入したところ、当該掃除機が届けられた際に健康食品のサンプルが同封されていた。当該掃除機の購入契約には、継続購入が不要である旨の電話を消費者がしない限り、今後、当該健康食品を1か月に1回の頻度で継続的に購入する契約を締結したものとみなす旨の条項が含まれていた。」⁽³³⁾という場合が例示に該当する条項であるとしている。また、内閣府消費者委員会の設置した消費者契約法専門調査会での議論でも、「ウォーターサーバーレンタル・水宅配の契約に関する無料お試しキャンペーン規約に『無料お試し期間中に所定のキャンペーン終了手続きが行われず、貸出を受けた全てのレンタル商品がA社指定の配送センターに返却されなかった場合は、本サービスを継続して利用する意思があるものとみなし、有料サービスへ自動移行するとともに月額料金の課金が発生します』という条項があった。」⁽³⁴⁾という場合が該当するものとして示されている。消費者契約法では、特定商取引法のように契約の対象が物品であるか権利や役務であるかは問題としないことから、これまで特定商取引法で対応できなかったサービスの押し付け販売に対して対処する余地があるということが指摘できる。

(32) 消費者庁消費者制度課編『逐条解説 消費者契約法〔第4版〕』（商事法務、2019年）67頁。

(33) 消費者庁消費者制度課編・前掲注32294頁。

(34) 内閣府消費者委員会「第23回消費者契約法専門調査会 資料1」（平成27年12月11日）41頁。

6. 結語—日欧での対応の比較—

本稿では、サービスの押し付けについてUCPD 附則29、法務官の意見書、そして、欧州司法裁判所の先決判決を概観したうえで、日本でのサービスの押し付けに対する規制状況を概観した。これらを通して、次のことが指摘できる。すなわち、日本では、サービスの押し付けについて一部対応できる部分もあるが、それは特定商取引法によるものではなく、消費者契約法によるものになる。同じ取引行為であるにもかかわらず、送り付けが物品なのかサービスなのかと対象が違うだけで、対応する法律が異なるのでは、法律の適用により直接影響のある消費者だけでなく、専門家にとってもわかりにくい状況にある⁽³⁵⁾。これに対して、UCPDでは、押し付けたものが、物品であろうとサービスであろうと対象に含まれ、さらに、契約締結前だけでなく、契約締結後の取引行為も適用対象としていることから、望まない契約の更新を行わせるような場合にも、附則29の適用が認められることになる。

それでは、仮に、欧州司法裁判所の判断が日本でも取り入れられた場合、どのようなインパクトを与えることになるだろうか。

第一に、ネガティブ・オプションの適用対象が拡大されることになれば、物品だけでなく、サービスの押し付けも違法な取引行為として特定商取引法で対処することが可能になる。大阪弁護士会が公表した意見書で

⁽³⁵⁾ なお、消費者庁は「消費者教育の推進に関する基本的な方針」（平成25年6月28日閣議決定（平成30年3月20日変更））12頁において「消費者市民社会の形成に参画することの意義などについての理解を促し、社会において消費者として主体的に判断し、責任を持って行動できるような能力を育むよう、実践的な消費者教育を行う必要がある。」と述べているが、法律が複雑な構造をしている現状では、問題解決を自分自身で行うのは難しい状況にあるといえるだろう。

は、欧州、アメリカ、カナダ、ブラジルで、物品の送付と役務の提供を区別することなく禁止規定を置いている点⁽³⁶⁾、そして、近年、役務提供者による一方的な役務の提供による契約の押し付けが問題になっていることに鑑みれば、物品の一方的な送り付けと同様にサービスに対する押し付けも規制対象に含むべきであると指摘している⁽³⁷⁾。

第二に、日本では「ダイヤル Q2 利用に係る通話料の請求事例」（最高裁平成13年3月27日第三小法廷判決民集55巻2号434頁）が社会問題となったが、こうした事例に対しても、サービスの押し付けとして規制する可能性が出てくることになる。

ダイヤル Q2 と本稿で取り上げた欧州司法裁判所の先決判決に類似する問題の特徴は、①事前申込み制でなく全ての加入電話から利用できる点⁽³⁸⁾、②条項の開示が不十分であり、加入者にも認識可能性が認められない⁽³⁹⁾、③加入者が情報料の支払いを拒絶すると電話の利用停止措置等がと

⁽³⁶⁾ なお、各国の規制状況については、葉袋真司＝浅野永希＝カライスコス・アントニオス「カナダにおける送りつけ商法等の規制：ネガティブ・オプション規制の見直しに向けての三つの示唆」消費者法ニュース124号167-172頁（2020年）、葉袋真司＝浅野永希＝カライスコス・アントニオス「諸外国における送りつ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88-97頁（2020年）、カライスコス・アントニオス「イギリスにおける送り付け販売の規制の沿革」消費者法ニュース125号71-73頁（2020年）、寺川永「ドイツにおける送りつけ商法等の規制について：BGB241a 条を中心に」消費者法ニュース125号74-76頁（2020年）などを参照。

⁽³⁷⁾ 大阪弁護士会「送りつけ商法等に関する制度的措置の拡充を求める意見書」（2021年2月22日公表）7頁。

⁽³⁸⁾ 清水巖＝圓山茂夫「ダイヤル Q2 取引の実態と消費者保護—電話による情報提供契約論—4 完一」法時64巻9号57頁（1992年）。

⁽³⁹⁾ 室田則之「平成5年度主要民事判例解説」判タ852号19頁（1994年）。なお、そうした条項の不開示については、河上正二「下級審 時の判例」ジュリ1036号103頁

られるという問題点⁽⁴⁰⁾が認められる。

最高裁は、「Q2情報サービスは当時における新しい簡便な情報伝達手段であって、その内容や料金徴収手続等において改善すべき問題があったとしても、それ自体としてはすべてが否定的評価を受けるべきものではない。しかし、同サービスは、日常生活上の意思伝達手段という従来の通話とは異なり、その利用に係る通話料の高額化に容易に結び付く危険を内包していたものであった」としたうえで、「上記危険性等の周知及びこれに対する対策の実施がまだ十分とはいえない状況にあった平成3年当時、加入電話契約者であるY（被告・被控訴人・被上告人：電話加入者）が同サービスの内容及びその危険性等につき具体的な認識を有しない状態の下で、Yの未成年の子による同サービス多数回・長時間に及ぶ無断利用がされたために本件通話料が高額化したというのであって、この事態は、X（原告・控訴人・上告：NTT）が上記責務を果たさなかったことによって生じたものといえることができる。」と判示して、信義則を拠り所にして問題を解決している。仮に、UCPD 附則29の適用が認められると、こうした事案に対してもサービスの押し付けとして対処することが可能になる。

情報技術の発展により、情報提供などのサービスも増加している現状では、高齢者や若年層に限らず、多くの消費者がトラブルに巻き込まれる可能性が拡大している。欧州司法裁判所の判断は、日本での問題状況に一石を投じることになると思われる。同事例を契機に、日本でも特定商取引法の改正を視野に入れ、押し付け販売について議論を深めていくべきである。

付記：本研究は、科研費（18K01397）の助成を受けた研究成果の一部である。

（1993年）など、契約の拘束力に疑問を呈する見解が多数である。

(40) 清水巖 = 圓山茂夫「ダイヤル Q2取引の実態と消費者保護—電話による情報提供契約論- 1—」法時64巻5号12頁（1992年）。