

タイトル	消費者保護法規による意思表示法の実質化(1)：クーリング・オフを素材として
著者	内山，敏和
引用	北海学園大学法学研究，45(1)：29-50
発行日	2009-06-30

消費者保護法規による意思表示法の実質化(1)

——クーリング・オフを素材として——

内 山 敏 和

消費者保護法規による意思表示法の実質化(1)

目次	
第一章 日本法におけるクーリング・オフ制度の現状——本稿の問題関心	第二節 私的自治からみた撤回権
一 クーリング・オフの課題	第三節 撤回権と私的自治との緊張関係をめぐる議論
二 クーリング・オフ「論」の現状	第四節 撤回権の法体系上の位置づけ
三 消費者保護法規の民法典への統合	第五節 議論の分析
四 クーリング・オフによる意思表示法の実質化	第三章 撤回権と「契約法の実質化」
第二章 ドイツにおける撤回権と民法の体系	第一節 撤回権と「契約法の実質化」
第一節 ドイツにおける撤回権の概要	第二節 撤回権と意思表示法の実質化
撤回権規定の展開	第四章 日本法への示唆
撤回権の類型	第一節 クーリング・オフ論への示唆
	第二節 意思表示法への示唆
	第三節 結びに代えて
	(以上、本号掲載)

第一章 日本法におけるクーリング・オフ制度の現状——本稿の問題関心

一 クーリング・オフの課題

消費者契約法において消費者契約についての包括的な民事立法がなされ、その中において各種の取消事由、無効事由が規定された。もちろん、これらの規制が消費者契約の適正化に役立っていることは確かである。しかし、そこに幾許かの不十分さが残されていることも否定できない。これに対し既存の民法上の制度（詐欺・強迫など）の解釈によってその不備を補うことは重要である¹。ただ、日常的に生起する消費者契約に関わる問題において、実際にその解決に資するのは、むしろ各種の特別法に規定されているクーリング・オフであることは誰の目にも明らかであろう。

これは、一方では、詐欺・強迫（そして錯誤）が消費者の意思形成の瑕疵の証明を具体的に要求するのに対して、クーリング・オフでは（より限られた期間ではあるが）極めて容易に契約を解消することが出来るからである。ただ、クーリング・オフにも問題がある。それは、クーリング・オフが認められる契約が限られており、しかも後追いの立法によってそれが拡充されているに過ぎないという点である²。これへの対処としては、解釈によるクーリング・オフの拡大あるいは幾分か包括的な立法によるクーリング・オフの導入いう方向がある。しかし、そのためには、いずれにしてもクーリング・オフの法体系上の位置づけ、その法的性格や民法との関係などを明らかにするクーリング・オフ「論」が必要である。というのも、まず、クーリング・オフを解釈によって拡大しようとするとき、その趣旨が明らかでなければ、拡張・類推適用するための理論的な基礎を与えることはできない。さらに、そもそもクーリング・オフが法体系上特殊な制度であるならば、類推はおろか、公序良俗などの既存の民法上の制度の拡張によって実質的にその不備を補うことすら、「評価矛盾」である、または立法者の専権を侵犯している³、ということになりかねない⁴。また、

包括的立法についても、いかなる範囲でいかなる制度を構想することが望ましいのかについての原理的な指針が与えられなければ、消費者保護や産業育成といった政策目標が直にぶつかり合い妥協的な立法となって、結局「火消し立法」的性格を脱することができなくなるのである。⁵⁾

二 クーリング・オフ「論」の現状

では、従来どのようなクーリング・オフ「論」が展開されてきたのだろうか。

(1) 法体系上の位置づけ

まず、クーリング・オフが法体系上どのような位置づけが与えられるのかについては、従来から議論がある。大別して、市民法説と現代法説が主張されている。

まず、市民法説であるが、これは、クーリング・オフを含む立法を「巧妙な宣伝のもとに展開される商品販売の波に消費者大衆が翻弄されて商品交換当事者としての正常な意思形成（それは市民社会の法の基礎的要求である）」を確保しにくくなっている状態の是正のために介入する⁶⁾「制度として捉える⁷⁾。市民法説の特徴は、クーリング・オフを従来の市民法上の制度の体系の中に位置づけることが可能であると考え、あるいは、市民法上の制度の延長線上に位置づけることが出来ると考える点にある。

次に、クーリング・オフを、消費者契約という市民法の限界を超えた現代的問題に対処するための特殊な制度として位置づける現代法説がある。この見解には、クーリング・オフを「弱者」である消費者のための特別な「保護立法」の権利であると理解する程度の素朴な見方⁸⁾、さらには、伝統的契約法が消費者問題に対して十分な解答を見出してい

ないことから、『消費者』契約関係の法規制は実態の率直な把握の上に立って、新しい法原理に基づいてなされなければならない」として、クーリング・オフの法理を探索する見解⁹、あるいはクーリング・オフが契約自由の実質的な回復に資する制度であることを肯定しつつも、近代市民法の範疇を超えるものであり、『社会法の法思想が入った制度』であるとする見解¹⁰などが挙げられる¹¹。

もっとも、両説の対立については、契約成立過程における意思不全に対する自由な意思形成の回復に重点を置くか、あるいはこの点を踏まえるものの、さらに消費者被害の構造的問題に重点を置くかという相対的な差異に過ぎない、という指摘がある¹²。確かにその通りであるが、両説の対立の裏には、消費社会の本格的進展によって深刻になってきた消費者契約問題という現代的問題に市民法が対応能力を有していると考ええるのか、あるいは、もはや市民法は現実の問題に対応しえず、何らかの形で現代法の構築が必要であると考ええるのかという対立が潜んでいる点も見逃しえない¹³。

(2) 法的構成

また、法的構成については¹⁴、大別して、クーリング・オフ期間中の契約の効力を浮動的無効(schwebende Unwirksamkeit)と見る見解と浮動的有効(schwebende Wirksamkeit)と見る見解とに分けることが可能である。まず、浮動的無効説に分類することのできる見解としては、期間満了時に完全な合意が成立すると見る見解(生成中の意思表示説)¹⁵、売買の一方の予約とする見解¹⁶がある。浮動的有効説にあたる見解には、法律の文言などから素朴に特殊な「解除」と捉える見解¹⁷から、法定解除条件を解する説¹⁸、取消しと同様に契約を遡及的に無効とする特殊な解約権と捉える見解¹⁹が存在する。浮動的有効説は、クーリング・オフの効果を遡及させるか否かによる区別が可能であるが、この観点から

の議論は従来からそれほど盛んではない。

(3) 筆者の見解——本稿の前提として

筆者は、クーリング・オフについて市民法的に理解し、その法的構成については、浮動的有效説を採用する。この点は、本稿の前提でもあるが同時に本稿が論証しようとする結論の一部をなす。ただ、現時点でいえる理由については、以下に若干述べることにしたい。

a 確かに、クーリング・オフがある種の政策的側面を有していることは否定できない。²⁰しかし、クーリング・オフは、事業者側に由来する事情によって消費者の意思形成が不完全なままに契約が締結されるという点で、実質的契約自由の保護に奉仕するものである。そして、それは、民法典における意思表示法の任務でもある。このことからすれば、市民法的な側面がクーリング・オフの本質を反映しているとすべきであろう。また、政策的側面といっても、その政策と原理の関係の仕方は、依然として問題となるはずである。

さらに、民法法の外にある存在としてクーリング・オフを位置づける場合、その位置する領域（たとえば社会法または消費者法）の内容が問題となるが、これらについては不明な点が多い。そのため、クーリング・オフを弱者保護としての消費者保護の文脈の中に位置づけることは、クーリング・オフがその時々の政策状況に左右されることにもつながりかねない。それよりは、クーリング・オフを我々の社会の基本的原理から導かれるもの（つまり、市民法的要請による制度）として、理解することによって、その正統性を確実なものとするほうが望ましい。²¹

以上のように解することが可能であること、そしてそれが何を帰結するのかは、次章以下の検討によって、より明確にされる。

b 次に、クーリング・オフについて、浮動的有效説を前提とする理由である。それは次のような点に求められる。

①クーリング・オフ期間中の法的状態についての説明に無理がないこと、②対象となるすべての契約において必ずしも常にクーリング・オフ権が行使されるわけではないのであるから、同権利が行使されるという例外的な場合に焦点を当てて、すべての契約の法的状態を説明する必要性もないこと、③特に立法上、クーリング・オフ期間は延長される傾向にあるが、それに伴って浮動的有效無効の状態を長引かせることは不都合であり、同期間の延長に適合的な法律構成の方がより望ましいこと、④さらに、一般の感覚からしても、契約が一旦成立したと見るのが自然であること、²³である。

もつとも、このような理由からも分かるように、浮動的に無効なクーリング・オフが立法的に不可能なわけではない、現行法規の解釈としては、浮動的有效説が妥当であるに過ぎない。さらに、あまりに性急な契約の成立を批判し、「契約の成立」にふさわしい意思の存在を重視する河上正二教授の指摘は、²⁴説得的であり、仮に浮動的有效説に立つとしても、無視できない。場合によっては、むしろ浮動的有效無効の構成を採用するクーリング・オフの類型が存在することは否定できない。²⁵

もつとも、このようなクーリング・オフ「論」がクーリング・オフの活用可能性とその限界を十分に明らかにしえたい状況にある。このことは、前述のようなクーリング・オフの現状が示すところである。そして、それは、従来の学説が、クーリング・オフ制度の体系的な位置づけや法的性格を論じるところとどまり、既存の法制度との関係でこれを説明しようという意識が、（なかつたわけではないにしても、）相対的に低かつたことに由来するようには思われる。とりわけ、従来から機能的類似性が指摘されていた意思表示の瑕疵に関する諸制度との関係については、ほぼ等閑視されてきたに等しい。これらの制度との関係は、とりわけ浮動的有效構成を採用する場合には十分に意識

されなければならないはずである。²⁷

ところで、クーリング・オフは、一九六〇年代に連合王国で始めて導入されて以来、すでに消費者保護のオーソドックスな手段として各国の法制に取り入れられている。²⁸これは、ドイツにおいても同様である。ただ、ドイツ法において特に注目すべき点は、一般の債務法改正によって、従来特別法に散在していたクーリング・オフ（ドイツでは消費者保護撤回権。以下「撤回権」という。²⁹）の規定が、民法典（BGB）に統合されたことである。さらに、そもそもドイツでは撤回権と（民法の基本原則である）私的自治との関係についての議論の蓄積がある。³⁰このようなドイツの議論は、我が国においても、参考となるところ大である。そこで、まず、ドイツにおける撤回権と意思表示法の関係について紹介・検討する（第二章）。このことによって、我が国のクーリング・オフ「論」への示唆を得ることが、本稿の第一の課題となる。とりわけ、クーリング・オフが民法の意思表示法の中でどのような位置付けられるのか、を明らかにしたい。

三 消費者保護法規の民法典への統合

ドイツ法の検討はさらに、クーリング・オフ制度の理解それ自体にとどまらない意義を有している。それはまず、民法と消費者法の関係如何という論点と関わる。³¹現在、我が国においても債権法改正の動きとの関連で、消費者保護法規の民法典への編入の是非が検討対象とされている。

まず、民法（債権法）改正検討委員会（委員長・鎌田薫教授）は、「消費者」・「事業者」概念を民法典に規定し、消費者契約法の規定の一部を民法典に取り込むことを検討している。³²具体的には、まず不実表示に基づく取消しが消費者契約法の規定を一般化する形で新設され、さらに、消費者契約の特則として断定的判断の提供および困惑に基づく

取消しが、意思表示に関する規律の中で規定されることが、提案されている。³³これに対して、各種の業法の中に規定されている私法規定、とりわけクーリング・オフ規定は統合の対象として検討されていない。

また、右委員会とは独自に民法典改正を検討している民法改正研究会（代表・加藤雅信教授）の「日本民法改正試案・仮案（平成二十一年一月一日案）」では「消費者法」を民法の中に取り入れること自体に慎重である。その理由としては、「変動が激しい消費者法をとりこむことにより、民法典の安定性をそこない、民事の基本法としての性格を失わせることをおそれたためである」り、「将来的には、『消費者法典』を制定すべきである」とのことである。³⁴このように消費者法を民法典に取り込むことに否定的で、「消費者法典」の形で諸規定の統合を図るべきとの見解も多い。

このように、現在行われている議論は、主として消費者契約法の民法典への統合が念頭に置かれている。³⁵その際、やや性格の異なる二つのレヴェルの議論を区別すべきである。まずは消費者法を民法の中に取り込むことによつて民法に異質の原理（弱者保護、社会法的原理）が入り込むことになるのではないか、という問題である。しかし、問題の消費者契約法の規定は、そもそも民法典の中にあつてもそれほど違和感のない、つまりそこでは原理間の抵触はあまりない。^{36 37}したがつて、その取込みの問題とクーリング・オフの民法典への統合の問題は、かなり性格を異にする。つまり、消費者法の原理と民法の原理の異同や消費者法の民法へと取込みの可能性といった問題は、クーリング・オフのような典型的な消費者保護規定においてひとつの試金石を見出すことになる。

次に、「消費者」・「事業者」概念といった人的範疇によつて適用範囲が劃される規定を民法典の中に設けてもよいのかという問題がある。これは消費者契約法と民法典の統合においても問題となるが、要するに「消費者」・「事業者」概念の持つ機能をいかに解するのが問われることになる。この点も、撤回権規定と関連して「消費者」・「事業者」概念を民法典に規定したドイツの議論が有益な示唆を与えるものといえる。

つまり、取込みを行うのであれば、その対象確定と理論的根拠が必要となる。この点、撤回権規定をBGBに取り入れたドイツ法の理論は、そのための示唆を提供してくれるのである。

四 クーリング・オフによる意思表示法の実質化

ところで、前述のようにクーリング・オフを意思表示法の中に位置づけることによって、クーリング・オフの理解が進むのは当然であるが、そのことは、同時に意思表示法にも影響を及ぼさずにはおかない。この点、従来の市民法説は、クーリング・オフを市民法上の制度として理解することによって、既存の市民法的制度がどのような影響を受けるのかという点については、相対的に無関心であったといえる。³⁹しかし、伝統的な法律行為法の体系にクーリング・オフという新たな一滴を注ぎ込めば、必ずやその水面に波紋を広げることになる。クーリング・オフという新たな一滴が及ぼす法律行為法への影響も、近時ドイツにおいて盛んに論じられているところであり、本稿では、このような議論にも眼を向ける(第三章)。

以上の考察によって、現代的法律行為法のひとつの側面を示すことにしたい(第四章)。

第二章 ドイツにおける撤回権と民法の体系

第一節 ドイツにおける撤回権の概要

はじめに、本章および次章の検討の前提として、ドイツにおける撤回権の概要をごく簡単に見ておきたい。⁴⁰

一 撤回権規定の展開

ドイツにおける撤回権は、二〇〇〇年の通信販売法 (Fernabsatzgesetz: FernAbsG) まづ、専ら特別法の規定において展開してきた。その歴史は、まず一九六九年の海外投資株販売法 (Auslandinvestment-Gesetz: AusInvG) 制定からはじまり、投資会社法 (Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften: KAGG 一九七〇年) 、割賦販売法 (Abzahlungsgesetz: AbzG 一九七四年) 、通信教育受講者保護法 (Fernunterrichtsschutzgesetz: FernUSG 一九七六年) 、訪問販売法 (Haustuerwiderrufsgesetz: HaustWG 一九八五年) 、消費者信用法 (Verbraucherkreditgesetz: VerbrKrG 一九九〇年) 、保険契約法の改正 (Versicherungsvertragsgesetz: VVG 一九九〇年) 、一時的居住権法 (Teilzeit-Wohnrechtgesetz: TzWRG 一九九六年) において順次その適用領域を広げ、消費者保護の欠缺を埋めてきた。⁴²これらの特別法は、海外投資株販売法、投資会社法、保険契約法などを除いては、浮動的不効構成を採用してきたと解されている。⁴³

このような個別の特別法に規定されていた撤回権は、通信販賣法制定時に、通則規定 (BGB旧三六一条a) を、民法典中に持つようになった。この時点で、撤回権の効果は、浮動的不効を採るBGB旧三六一条aに委ねられた。これと同時に、通信販賣取引の領域についても、撤回権が導入された。⁴⁴

さらに、二〇〇二年の債務法現代化法⁴⁵によって、個別に規定されていた契約類型が民法典へ統合された。この改正での大きな変更点は、従来消費者信用法において採用されていた「消費者信用契約」という概念が採用されず、消費者消費貸借契約の規定が支払猶予その他の金融援助、ファイナンス・リース契約、分割払い契約に準用されるという形が採られている点である。また、消費者に不利な変更がなされた。⁴⁶この民法典においては、まず三五五条が、法律によって撤回権が認められている場合には、消費者が撤回期間内に撤回をすれば、「消費者は、契約締結に向けられた

自己の意思表示にはもはや拘束されない。」と規定し、BGB三一二条、三一二条d、四八五条一項および四九五条が、それぞれ訪問販売契約、通信販売契約、一時的居住権契約および消費者消費貸借契約について撤回権を認める旨規定している。さらに通信教育受講者保護法四条一項も通信教育契約について撤回権を認めている。⁴⁷

二 撤回権の種類⁴⁸

これらの撤回権は、我が国におけるのと同様に、個別の問題に対応するためにその領域を拡大してきたもので、種々の性格の取引がその対象となっている。これらの撤回権は、通常、撤回権がその規制に際して着目している契機に即して、①契約が締結された状況に着目した撤回権と②契約類型に着目した撤回権とに分類されている。^{49 50 51}

(1) 状況関連的撤回権

まず、状況に着目した撤回権が認められる代表例は、BGB三一二条に規定された訪問販売取引である。ここで問題となっている「状況」とは、消費者が「性急さ」、「無思慮」または「不意打ち」によって契約を締結したということができる状況である。法は、そのような状況として、次の三つの場合を定めている。すなわち、①契約交渉が職場もしくは私宅において行われる場合（いわゆる「訪問販売」）、②事業者側によって行われた余暇の催事（Freizeitgestaltung）に引き続いて契約締結がされる場合、または③交通機関もしくは一般に開放された街路において不意に呼び止められ、それに引き続いて契約が締結された場合である。この訪問販売取引における撤回権は、契約類型を限定しない比較的包括的なものである。⁵⁰ もっとも、本条の撤回権は、いくつかの適用除外に服する。まず、本条三項によれば、保険契約が適用除外となるほか、一項一号の場合において交渉が消費者による呼出しに基づいて行われたとき、

交渉後直ちに給付と代金支払いがなされ、かつその代金が四〇ユーロを超えないとき、および消費者の意思表示が公証人によって記載されたときにも、撤回権が存在しない。

さらに、個別の契約類型を対象とした撤回権も存在する。投資法 (Investmentgesetz: InvestmG) 一二六条⁵⁴に規定されている撤回権がそれである。ここで撤回権が付与されるのは、消費者ではなく、私人たる投資家である (同条三項一号)⁵⁵。また、広義の訪問販売のように対象となる締結状況が個別的に列挙されるのではなく、常設の営業所以外での契約締結という形で、比較的広く締結状況を設定している。

状況関連的な撤回権としては、ほかに、通信販売取引における撤回権 (BGB 三一二条 d) がある。通信販売とは、「もっぱら遠隔通信手段の利用のもとに事業者と消費者との間に締結される、商品の供給またはサービス給付の実現に関する契約」をいう。⁵⁶ここで法は、契約の勧誘・締結が、手紙、電話、テレビなどといった、物理的離隔者の間における意思疎通手段によって行われるという状況に着目している。通信販売に関する民法の規律の適用除外として、まず三一二条 b 第三項は以下のものを挙げている。すなわち、①通信教育契約、②一時的居住権契約 (四八一条)、③保険契約およびその仲介、④不動産の処分等に関する契約、⑤日用品等の供給に関する契約、⑥特定期間内に履行されるべき一定の役務の提供に関する契約、⑦その他である。さらに、三一二条 d 第四項では、第一項の規定に関わらず撤回権が認められない場合について規定している。⁵⁷

(2) 契約類型関連的撤回権

以上に対して、契約が締結された状況に係なく認められる撤回権がある。これらの撤回権は、契約類型に着目したものである。このような契約類型として、消費者消費貸借契約 (BGB 四九五条) に代表されるかつての消費者信

用契約が代表的なものとして挙げられる。現在では、消費者消費貸借の規定がその他の契約類型に準用される形になっているが、この消費者消費貸借とは、貸主たる事業者と借主たる消費者との間で締結される有償の消費貸借契約である。四九一条二項は、支払われるべき貸金が二〇〇ユーロを超えないもの、市場の一般的利率に従って使用者と労働者の間で締結されたものおよび市場の一般的利率に従って住宅の促進のため公法上の機関との間で締結されるものについては、消費者消費貸借に関する規定は適用されないとする。さらに、同条三項によれば、一定の記載を満たす場合において、裁判上の調書に採用され、または公証人によって記載された消費者消費貸借については、四九五条の適用がないとしている。消費者消費貸借の規定が準用される契約類型としては、支払猶予その他の金融援助(四九九条)、ファイナンス・リース契約(五〇〇条) および割賦払い取引(五〇一条) がある。

この契約類型関連型に入る撤回権は、そのほかに、B G B 四八五条が規定する一時的居住権契約⁵⁸、通信教育受講者保護法四条に規定されている通信教育契約^{59 60}および保険契約法八条一項における保険契約における撤回権^{61 62}がある。後二者においては、撤回権は消費者ではなく、受講者あるいは被保険者に付与される。

1 注

筆者自身、別稿(内山敏和「情報格差と詐欺の実相(1)」(7・完——ドイツにおける沈黙による詐欺の検討を通じて——)〔早稲田大学〕法研論集一一一号(二〇〇四年) 五五二頁以下、一一三号二七四頁以下、一一四号二七八頁以下、一一五号三四四頁以下、一一六号(以上、二〇〇五年) 三七〇頁以下、一一七号三四四頁以下、一一九号(以上、二〇〇六年) 一頁以下)において、沈黙による詐欺を素材として、詐欺の活用可能性とその限界について論じている。

2 まさに、質量ともに「火消し立法」である。我が国の消費者保護の「火消し立法」的性格については、北川善太郎「消費者保護の法理——逆説的試論——」ジュリスト増刊総合特集一二三号・消費者保護(一九七九年) 四一頁以下が指摘する。この点については、さら

- 3 到大村敦志『消費者法』（有斐閣、第三版、二〇〇七年）三七頁以下参照。
- 4 要するに、特別に認められた場合にのみしか救済は与えないという態度が法律の前提的評価なのであり、これと矛盾する法形成は、「実質上その規律に反する結果を導くような」反制定法的法形成であり、原則として禁止されるものと思われる。反制定法的法形成について、Jörg Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl., München 2005⁷ 我が国においては、広中俊雄『新版民法綱要 第一巻 総論』（創文社、二〇〇六年）七五頁以下参照。
- 5 ただし、後述するように（第二章第二節（1）ドイツでかつて提唱されたように消費者法という独自の法原理を持つ法体系が存在しているという見解を採れば、この限りでない。後掲の長尾教授の見解もこれに近いものといえるだろう。
- 6 結局は、消費者契約法もそのような一例となっているのではないだろうか。松本恒雄「規制緩和時代と消費者契約法」法セ五四九号（二〇〇〇年）七頁参照。
- 7 広中俊雄『債権各論講義』（有斐閣、第六版、一九九四年）三六三頁以下。
- 8 この立場に立つ見解として、石田喜久夫「契約の拘束力」『現代契約法大系 第一巻』（有斐閣、一九八三年）一〇〇頁以下、原島重義「法と権利に関するひとつの試論——民法学から——」『法哲学年報一九八四年四三頁、浜上則雄「訪問販売法における基本問題」『現代契約法大系 第四巻』（有斐閣、一九八五年）二九四頁、沢野直紀「消費者保護法と市民法——特殊販売と消費者信用を中心に——」『西南学院大学法学論集二〇〇三—四号（一九八八年）一三二頁以下、近藤充代「クーリング・オフ権の根拠をめぐる学説の検討」『都法三五巻一号（一九九四年）四〇三頁以下、田中教雄「日本民法九六条（詐欺・強迫）の立法過程——不当な勧誘に対処する手がかかりとして——』香法一三巻四号（一九九四年）五七一頁以下、河上正一「クーリング・オフ」についての一考察——『時間』という名の後見人——』法学六〇巻六号（一九九六年）一三六頁など多数である。
- 9 内田貴教授自身の見解ではないが、同『契約の時代——日本社会と契約法』（岩波書店、二〇〇〇年〔初出：一九九三年〕）六頁以下参照。なお、内田教授自身の見解も、ある種の現代法説といつてよいが、その点については、同書三一頁以下。
- 10 長尾治助「クーリング・オフ権の法理」立命館法学一九八五年五・六号九七五頁。
- 11 清水巖「消費者契約とクーリング・オフ制度」『阪法一九九一五〇号（一九八九年）三七五頁以下。
- 12 このほかに関係的契約理論に基づいてクーリング・オフを位置付ける内田教授の見解があるが、これは、市民法（近代契約法）の外側に存在する法体系のあり方について、ほかの現代法説とはかなり異なる色彩を有する（前掲注（8）参照）。

近藤・前掲注（7）四〇七頁。

- 13 内田・前掲注(8) 一頁以下参照。
- 14 この点についての学説の詳細は、伊藤進「クーリング・オフ制度と契約理論」同『消費者私法論(私法研究著作集第一〇巻)』(信山社、一九九八年〔初出・一九九一年〕一三二頁〜一三五頁、近藤・前掲注(7) 四〇八頁以下参照。
- 15 浜上・前掲注(7) 三〇七頁、近藤・前掲注(7) 四一三頁、河上・前掲注(7) 一二八頁、一二二四頁以下など。
- 16 田村耀郎「フランス訪問販売法におけるクーリング・オフ」島法二八巻三号(一九八五年) 五七頁以下。
- 17 特定の論者が存在するわけではないが、一般的にはこのように考えられているのではないかと思われる(伊藤・前掲注(14) 一三四頁以下参照)。
- 18 加賀山茂「訪問販売等のトラブルと法的问题点」法律のひろば三六巻六号(一九八三年) 二六頁注(11)。
- 19 長尾・前掲注(9) 九八七頁、伊藤・前掲注(14) 一三五〜一三八頁。
- 20 したがって、その限りにおいて、危険負担等の政策的考慮を容れる余地のある問題は、民法上の原則的な取り扱いがそのまま妥当するわけではないだろう(長尾・前掲注(9) 九八七頁以下、伊藤・前掲注(14) 一四三〜一四六頁参照)。
- 21 この点について、山野目章夫『人の法』の観点の再整理「民法研究四号(二〇〇四年) 一三頁および二二頁注(35) における指摘から示唆を受けた(特に、この注の最後の段落(二六頁) 参照)。また、原島重義「いまなぜ、サヴィニーなのか」同『編』『近代私法学の形成と現代法理論』(九州大学出版会、一九八八年) 四七頁以下。
- 22 特定商取引法(昭和五一年(一九七六年) 法律第五七号) 四〇条の連鎖販売取引および同五八条の業務提供誘引販売取引においては、この傾向が著しく、二〇日間のクーリング・オフ期間が認められている。これらの取引類型は詐欺的なものが多く、且つその取引方法自体がその危険性を高めている点で、たぶん特殊性の強いものである。しかし、これら以外に一日間または一〇日間のクーリング・オフ期間が認められているものも存在しており、標準的な(且つ最短の) 期間である八日間も、当初の四日間が延長されたものである。
- 23 消費者保護立法においては、これを個々の消費者が理解し、利用することができるということが重要であるから、あまり一般の理解から離れた技巧的な法律構成はできるだけ避けるべきであろう。また、多くの法文が「申込みの撤回」と「契約の解除」を觀念的に区別しているものと見られるところからも、一端成立した契約の解消を視野に入れていることは、確かだろう。
- 24 このような河上教授の見解は、教授の契約の成立に関する研究からクーリング・オフ論へと展開したこと由来するといえる。河上正二「『契約の成立』をめぐる(二)——現代契約論への一考察——」判タ六五五号(一九八八年) 一六頁、同「契約の成立段階——

『意思』の取り扱いを中心に——私法五四号（一九九二年）三一頁、同・前掲注（7）一二三三頁参照。

25 有価証券投資顧問業法（昭和五七年（一九八二年）法律第六五号）一七条によれば、業者は、「海外先物契約を締結した日から十四日を経過した日以後でなければ、当該海外先物契約に基づく顧客の売買指示を受けてはならない。」とされているが、これはその亜種と考えてよいだろう。

26 大村・前掲注（2）八五頁。

27 浮動の無効構成を採る場合には、方式要件との関係を意識しなければならないが（河上・前掲注（7）一二一八頁参照）、現時点では、方式要件が我が国の民法の議論の対象として十分に意識されているのか、がそもそも問題である（ただし、最近では田中教雄「方式の自由と契約の成立」新井誠／山本敬三〔編〕『ドイツ法の継受と現代日本法——ゲルハルト・リース教授退官記念論文集』（日本評論社、二〇〇九年）三四七頁以下がある）。この点を含めての検討は、ここでは留保したい。

28 連合王国におけるクーリング・オフについては、モロニー委員会の報告を中心として浜上・前掲注（7）三〇三頁および根岸哲「訪問販売における熟慮期間制度——割賦販売における消費者保護の側面——」神法二二巻三〇四号（一九七二年）一八八頁以下、一九七四年消費者信用法の内容を中心とする坂東俊矢「英国における契約法定終了権の研究——消費者からする消費者信用契約の中途解約——」龍法一八巻二号（一九八五年）二七七頁以下、現在の状況については、さしあたりPhilip Helwegge, Consumer protection in Britain in need of reform, 63 [2004] Cambridge Law Journal (CLJ) 712 and Iain Ramsay, Consumer Law and Policy: Text and Materials on Regulating Consumer Markets, Hart Publishing, Oxford etc., 2007, pp. 330-346 参照。フランスにおけるクーリング・オフについては、浜上・前掲注（7）三〇三頁以下、田村・前掲注（16）五七頁以下、山本弘明「撤回期間と履行請求権」本誌四一卷二号（二〇〇五年）二二六頁以下参照。なお、GHESTIN (J), Traité de droit civil, La formation du contrat, 3^e éd., LGDJ 1993, n° 476.によれば、フランスでも最近の立法では、消費者に熟慮期間(délai de réflexion)ではなく撤回期間(délai de rétractation)があたえられているという。このGHESTINの記述において興味深いのは、熟慮期間の許与によって「家族全員による契約の検査」が許されている、と理解する点である。

29 ドイツにおける撤回(Widerruf)という語は、以前からBGBに散在していた概念であるから、「撤回権＝消費者保護撤回権」というわけではないが、本稿ではこの点に注意を払いつつ、便宜上以下では消費者保護撤回権を単に「撤回権」と呼ぶことにする。撤回権一般やBGB一三〇条に規定される撤回権に言及する場合には、その旨の断りを入れる。これら撤回一般に関する古典的な研究として、Rudolf Düll, Der Lehre vom Widerruf, München 1933がある（当然、消費者保護撤回権はその検討対象となっていない）。最

- 35 近づく Andreas Fuchs, Zur Disponibilität gesetzlicher Widerrufsrechte im Privatrecht - unter besonderer Berücksichtigung der Widerrufsrechte nach § 7 VerbrKRG, 168 S. 2 und 130 Abs. 1 S. 2 BGB -, AcP 196 (1996), 313 の分析が示唆に富む。一部は本稿でも参考にした。なお、本稿でも頻繁に引用する Peter Mankowski, Beseitigungsrechte, Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute, Tübingen 2003, § 5, 6, 8, 9 und 10 においても各種の撤回権について詳細な検討がなされている。なお、我が国における撤回概念については、右近潤一「撤回概念明確化のための覚書——EU通信販売指令のドイツ国内法化を参考に——」同法五三巻一号(二〇〇一年)二九二頁以下参照。
- 30 これに対してクーリング・オフ制度の母国である連合王国(特にイングランド)においてはこの点の議論は不活発で、未だコン・ローとの関係はおろかそれぞれの特別法の間関係もはっきりしていないという(Helwege, 63 CLJ 712-714)。フランス法に関しては小粥太郎「説明義務違反による損害賠償」に関する二、三の覚書」自正四七巻一〇号(一九九六年)四三頁の指摘が興味深い。以下の検討では、「消費者法」といった場合には、「広義の消費者契約法」を指すこととし、製造物責任法などその他の消費者私法や消費者行政法は、視野の外に置くこととする。分けて論じた方が議論を複雑にせず済む上、まずは(広義の)消費者契約法から論じた上でその議論の射程を確定していくことによって、より正確な検討ができると考えている。より広い視野に立った消費者法論としては、大村・前掲注(2)のほか吉田克己「市場秩序と民法・消費者」現代消費者法一号(二〇〇八年)六七頁以下、瀬川信久「消費者法と民法」経法一九号(二〇〇八年)九二頁以下。
- 31 民法(債権法)改正委員会「編」『債権法改正の基本方針』(別冊NBL二二六号、二〇〇九年、以下、「基本方針」として引用する。)二三頁以下参照。民法(債権法)改正検討委員会の資料については、同委員会のウェブ・サイト「議事録と資料」: <http://www.shoji-homu.or.jp/saikenhou/shingiroku/index.html> も参照。
- 32 不実表示については前掲注(32)「基本方針」三〇頁以下、断定的判断の提供に関しては三四頁以下、困惑については三五頁以下。加藤雅信「日本民法改正試案 仮案(平成二十一年一月一日案)」の提示「判タ二二八号(二〇〇九年)一〇頁(同「日本民法改正試案」の基本枠組)ジュリ一三六二二(二〇〇八年)一五頁も同じ。村千鶴子「民法と消費者法の関係をどう考えるか」椿寿夫ほか「編」『民法改正を考える』(法律時報増刊、二〇〇八年)二二頁以下も同旨である。東京弁護士会法友全期会債権法改正プロジェクトチーム「編」『民法改正を知っていますか?』全容・諸論点早わかりQ&A』(民事法研究会、二〇〇九年)三九頁(五島丈裕執筆)も問題があるとする。
- 33 これに対して、山本豊「消費者契約私法のアイデンティティー——一般契約法と消費者契約法——」現代消費者法一号(二〇〇八年)

36

六三頁以下は、消費者契約法、特定商取引法および割賦販売法について個別的な検討を行なっているが、その結論としては、一般契約法に接合可能なものと考えられるのは、おおむね消費者契約法に限定されている。

この点は、消費者契約法制定当時の議論も参照。たとえば、消費者契約法の「名のもとでなされたのは『民法の現代化』の作業そのもの」と指摘する潮見佳男「消費者契約法と民法理論」法セ五四九号（二〇〇〇年）一〇頁。さらに、制定に関わった研究者による落合誠一ほか「座談会」消費者契約法の役割と展望」ジュリ二二〇〇号（二〇〇一年）二頁以下。

37

たとえば、消費者契約法一〇条までの諸規定は、オランダ法においては民法典において消費者に限られない妥当範囲を有する規定として存在している。消費者契約法四条一項および二項に対応するのは、六編二八条の錯誤および三編四四四条四項の状況の濫用であり（これについては内山敏和「オランダ民法典における法律行為法の現代化」早誌五八巻二号（二〇〇八年）一一二頁以下参照）、八条ないし一〇条の規定に対応するのは、六編二二一条ないし二四七条の約款規制（これについては廣瀬久和「不当条項規制とその根拠——ルクセンブルクとオランダにおける最近の立法を比較して」民研四〇一号（一九九〇年）九頁以下参照。）である。

38

ということとは、少なくとも統合対象の異なる諸外国の議論は、このレビューではそれほど有用ではないことになるのではないだろうか。

39

同様のことは、現代法説にも当てはまる。というのも、クーリング・オフを市民法体系とは区別されたところに位置づけることによって、結局は、従来からの民法法体系に対するクーリング・オフのインパクトを黙殺することになるからである。

40

ドイツにおける撤回権については、すでに様々な観点から検討がなされており、本節の概観も以下の文献を参考に行っている。飯島紀昭「西ドイツにおけるクーリング・オフについて——制度の紹介と若干の考察——」成蹊法学一二号（一九七八年）三一七頁以下、岡孝／山本豊「西ドイツ訪問取引法の批判的検討（二）——日本法への示唆を兼ねて——」判タ六四八号（一九八七年）五三頁以下、河上・前掲注（七）一二〇五頁以下、今西康人「ドイツ民法典の一部改正と消費者法——消費者、撤回権等の基本概念に関する民法規定の新設について——」関西大学法学論集五〇巻五号（二〇〇〇年）一一〇四頁以下、池田清治「消費者契約法とドイツ法」ジュリ二二〇〇号（二〇〇一年）一二二頁以下、右近・前掲注（二九）二六五頁以下、山本弘明「ドイツにおける消費者保護撤回権（クーリング・オフ権）の現状」際商三〇巻六号（二〇〇二年）七四三頁以下（以下、「現状」として引用する）、青野博之「消費者法の民法の統合——解除の効果と撤回の効果の比較を中心として——」岡孝「編」『契約法における現代化の課題』（法政大学現代法研究所、二〇〇二年）一三一頁以下、丸山絵美子「ドイツ消費者信用契約における撤回・返品制度」クレジット研究三〇号（二〇〇三年）七六頁以下、鶴藤倫道「ドイツ法における通信販売への撤回権導入の議論——わが国における事業者・消費者間の電子商取引へのクーリ

- 47 以上は、丸山・前掲注(40)七七頁。
- 42 このほかに二〇〇四年以前の不正競争防止法(UWG)が、契約解除権(Rücktrittsrecht)を規定しており、その法的効果について、訪問販売法を準用していたが、§ 13a UWG(河上・前掲注(7)一二二頁)「新不正競争防止法では、この規定は承継されず廃止された。現行のUWGについては、中田邦博「ドイツ不正競争防止法の新たな展開——新UWGについて」立命二九八号(二〇〇四年)二五〇頁以下参照。この規定については、Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., Heidelberg 2006, § 812a, S. 319. Medicusによれば、この規定は従来からそれほど大きな意義を有するものではなかったが、債務法現代化以降の四三四条一項三文によって第三者による広告を理由とする責任が強化されたために、広い範囲で意義を失ったこととなった。撤回権の民法統合前の展開およびそれぞれの条文の邦訳については、河上・前掲注(7)一二〇五頁以下。ところで、このように民法典の外側に特別法の形で消費者保護のための特別私法が展開されてきたというのは、撤回権の場合に限られない近時に至るまでのドイツの特徴であった。
- 43 撤回期間の間の法的構成については、河上・前掲注(7)一二二〇頁以下のほか、山本・前掲注(28)一九八頁以下が詳細である。ただし、前二者の法律については異見も存在する。Günter Reiner, Der Verbraucherschutz Widerruf im Recht der Willenserklärungen, AcP 203 (2003) 1, 5f.
- 44 この間の経緯については、鶴藤・前掲注(40)七三頁以下。
- 45 同法に関しては、半田吉信「ドイツ債務法現代化法概説」(信山社、二〇〇三年)参照。
- 46 これらの点については、青野・前掲注(40)、丸山・前掲注(40)八二頁、特に、二〇〇〇年改正については、今西・前掲注(40)、右近・前掲注(29)二七〇頁以下、山本・前掲注(28)二二七頁以下。その後、欧州裁判所の判決を受けた上級地方裁判所代理法による改正を経て、現在の形に至っている(丸山・同八三頁。この間の経緯については、右近潤一「消費者保護のあり方に関する一考察——クーリング・オフにより保護すべき消費者の利益と経済的構造の危殆化——」同法五五巻四号(二〇〇三年)一一四九頁以下参照)。
- 41 シング・オフ導入検討の素材として——「神奈川法学三六巻二号(二〇〇三年)四二二頁以下、川地宏行「通信販売における情報提供義務とクーリング・オフ」専修大学法学論集八九号(二〇〇三年)五七頁以下、山本・前掲注(28)一六一頁以下、同「消費者保護撤回権に関する一考察」『変容する世界と法律・政治・文化』北海学園大学法学部四〇周年記念論文集(上巻)(きょうせい、二〇〇七年)以下、「一考察」として引用する。)一四九頁以下。

48

撤回権が認められる事例の類型を以下、「撤回類型」と呼ぶこととする。

49

これに対応する二分法を撰るものとしては、たとえば Wolfgang Jakob Hau, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag, Tübingen 2003, S. 192ff.; Mankowski, a.a.O. (Fn. 29), S. 222ff.; Nils Neumann, Bedenkzeit vor und nach Vertragsabschluss: Verbraucherschutz durch widerrufliche und verwandte Instrumente im deutschen und im französischen Recht, Tübingen 2005, S. 114ff. などがある。 Claus-Wilhelm Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), 273, 346ff. も「このような二分法を採用するかは不明であるが、撤回権の検討において、状況関連型の代表である訪問販売取引と契約類型関連型の代表である消費者信用契約をそれぞれ取り上げて検討している。

50

このような分類は、我が国でも、丸山絵美子「クーリング・オフの要件・効果と正当化根拠」専修大学法学論集七九号（二〇〇〇年）一頁以下において提唱されている。

51

山本・前掲注（28）二〇〇頁以下は「オーストリアの Susanne Kalss/Brigitta Lurger, Zu einer Systematik der Rücktrittsrechte: insbesondere im Verbraucherrecht, JBl 1998, 153ff. の見解に基づいて」①締結状況対応型②目的物不存在型③契約類型対応型④情報欠如型の類型を提唱する。本稿では「これらの四つの類型も締結状況と契約内容に基づく分類に解消することが十分可能であることに鑑みて、本文のような立場に立つ。もちろん、いずれにしても、これらの類型に当てはまらなければ撤回権の対象となるべきではないというわけではない。Lurger の類型については、さらに Brigitta Lurger, Vertragliche Solidarität: Entwicklungschance für das allgemeine Vertragsrecht in Österreich und in der Europäischen Union, Baden-Baden 1998, S. 33ff. も参照。そして、第五の類型として錯誤型を提示しているが、これは、KSchG 三条の a が規定する解除権で、我が国の消費者契約法四条一項一号における不実告知に基づく取消権に対応するものである（ただし、解除期間は一週間に限られている）。

52

ただし、消費者の意思表示は、有償の履行についての契約の締結に向けられたものでなければならぬ。保証契約への撤回権の適用をめぐる議論において、この有償性要件が問題となったことについては、後述の通りである。

53

投資法は、投資現代化法（Investmentmodernisierungsgesetz）によって、かつての海外投資株販売法および投資会社法に取って代わった法律である。

54

同条一項は、次のように規定する・「持分の購入者が、持分を販売し、又は販売を仲介する者の常設の営業所以外の場所において、口頭の交渉を通じて、当該売買に向けられた意思表示をなすよう決定付けられた場合において、購入者が当該意思表示を、投資会社、海外投資会社又は一三八条の基準に基づく代理人に対して二週間の期間内に書面をもって撤回しない場合に限り、購入者は、当該意

意思表示に拘束される。持分を販売し、又は販売を仲介する者が常設の営業所を有しない場合も、同様とする。」(本条の訳は、筆者による。)

正確には、販売者(業者)が、購入者が事業の一環として取引を行なったことを証明した場合には、撤回権は存在しないと規定している。

55 B G B 三二二条 b。条文訳は、半田・前掲注(45) 四六二頁に拠る。

56 57 なお、現在、不招請勧誘規制の一環として、三号および四号の契約類型において「消費者が契約の意思表示を電話にて行なった場合に撤回権を付与すべき法改正が行われている(不当な電話広告の防止及び特別販売方式における消費者保護の改善のための法律一条二項)。渡邊斉志「ドイツ・不招請勧誘の規制(海外法律情報)」ジュリ一三七四号(二〇〇九年)五九頁。ドイツ連邦議会に提出された政府草案(Begr. RegE, BT-Drs. 16/1073d)については、同議会ウェブ・サイト(<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/107/161073d.pdf>) 所掲のものを参照した。また、法案は、二〇〇九年三月二六日に連邦議会を通過した。

58 一時的居住権契約(Teilzeit-Wohnrechtvertrag)とは、「事業者が、消費者に対して全体価格(Gesamtpreis)の支払いと引換えに、少なくとも三年にわたり居住建物をその都度一年の特定の、若しくは特定されるべき期間につき保養若しくは居住目的で利用する権利を設定し、又は設定することを約する契約」(B G B 四八一条)である。たとえば別荘などを複数の者(AないしC)の間で利用時期(α期ないしγ期)を分割したうえで、α期にはAが、β期にはBが、γ期にはCが利用するといった権利を設定する契約である。我が国でも最近ではこの種の不動産販売形態が増加しているという。ドイツ法については、立法の背景を紹介する山本・前掲注(28) 一九〇頁以下のほか、小野秀誠「ドイツの時間割の居住権契約・タイムシェア法——所有権概念の変容と私権の体系——」際商三三巻四号(二〇〇五年) 四七九頁以下を、ドイツにおける問題発現の一例については、西岡祐子「ドイツ国際消費者契約法上の諸問題——強行法規の特別連結」に関する一考察——「法学六三巻五号(一九九九年) 四頁以下及び二二頁参照。

59 通信教育契約をこの類型にあてるか、それとも通信販売の特別類型として捉えるかは、見解の相違がある。後者の見解としては、Mankowski, a.a.O. (Fn. 29), S. 238f. があるが、ここでは、契約締結前に教材を検査することができないことからの保護が問題となっ

60 ているとする点に通信販売との同質性をみている。
通信教育契約には撤回権のほかに中途解約権が別途認められている(通信教育受講者保護法五条)。この点については、近藤充代「継続的な消費者契約における中途解約権について——ドイツ通信教育法五条を中心として——」都法三三巻一号(一九九一年) 三三五頁以下、丸山絵美子「継続的役務提供契約の解消に関する一考察(1)〜(3・完)——ドイツにおける教育契約とパートナー紹介契約

61

を中心として」法字六〇巻四号六七頁以下、六〇巻五号（以上、一九九六年）八九二頁以下、六一巻五号（一九九七年）九九九頁以下参照。

生命保険契約は契約成立から三〇日以内であれば撤回することができ（二五二条一項）、その他の保険契約は八日以内であれば撤回することができ（八条一項一文）。

62

保険契約法は、二〇〇七年の改正によって全面的に改正された。以前の状況については、ハンス・レオ・ヴァイヤース／マンフレート・ヴァント「著」藤岡康宏「監訳」藤原正則／金岡京子「訳」『ヴァイヤースⅡヴァント保険契約法』（成文堂、二〇〇七年）八四頁以下のほか、山本・前掲注（28）一八六頁以下参照。