

タイトル	消費者保護法規による意思表示法の実質化(2)：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(3)：521-588
発行日	2009-12-31

消費者保護法規による意思表示法の実質化(2)

——クーリング・オフを素材として——

内 山 敏 和

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	第四節	撤回権の法体系上の位置づけ
第二章	ドイツにおける撤回権と民法の体系	第五節	議論の分析
第一節	ドイツにおける撤回権の概要	第三章	撤回権と「契約法の実質化」
	(以上、四五卷一号掲載)	第一節	撤回権と「契約法の実質化」
第二節	私的自治からみた撤回権	第二節	撤回権と意思表示法の実質化
第三節	撤回権と私的自治との緊張関係をめぐる議論	第四章	日本法への示唆
	(以上、本号掲載)	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

第二章 ドイツにおける撤回権と民法の体系（承前）

第二節 私的自治からみた撤回権

民法と撤回権の関係を考える場合、問題をいくつかのレベルに分ける必要がある。まずは、民法あるいは民法典の全体的構想と撤回権が適合的なかという問題がある。この問題は、さらに、民法上の諸制度の目的あるいは民法典の理念・原理と撤回権の目的の関係いかんの問題と撤回権が採用している法技術が民法典において受容可能なものなのかの問題を区別する必要がある。その上で、民法・民法典における撤回権が、その既存の民法体系の中でどう位置づけられ、理解されるのかが問われることになる。本章ではこれらの問題を順次検討していくことになる。そこでまず、撤回権の目的について、ドイツにおける理解を見ておきたい。⁶³ここでは本稿の関心にしたがって、民法の基本原理のひとつである私的自治との関係について見ていくこととする。撤回権は、私的自治の原則に対する異質な例外なのか、それとも、私的自治の原則から導かれる制度のひとつなのか。この問題は、撤回権規定を含む消費者保護法規が、民法に対する特別私法 (Sonderprivatrecht)⁶⁴を形成するのか、という問いの一部をなすものであり、併せてこの問題についても若干の検討を加えることとする。

一 撤回権と私的自治の関係

(1) 撤回権を私的自治の異物として捉える見解

まず考えられる見解は、撤回権を従来の私法の論理とは異質な新しい論理によって正当化しようとするものである。

このような見解に拠れば、撤回権の付与は、消費者という特殊な社会的地位に基づく消費者への特別扱いだということになる(このような見解をここでは便宜上、消費者法説と呼んでおくことにしよう。⁶⁵)。後述のように、この見解では、消費者保護のための諸施策は、消費者法という民法から分離した法領域として理解される。これは、一九七〇年代を中心に唱えられたもので、現在ではこれを新たに主張する有力な論者はあまりいないといつてよいだろう。⁶⁶しかし、この見解は、その後の見解において批判的な検討対象とされており、現在の学説の性格を把握するうえで、格好の素材をなす。そこで、以下では、現在のドイツの通説的見解との異同を明らかにするため、消費者法説についてやや詳しく見ていくことにしたい。

a 消費者の位置づけ

消費者法説は、消費者の特殊な社会的地位に着目している。では、この理論は、消費者の置かれている社会的状況をどのように理解しているのだろうか。⁶⁷まず、通常の市場経済では、そこで取引される商品の価値は、いわゆる交換価値として把握される。しかし、このような経済プロセスの末端に位置する消費の段階においては、そのような使用価値の交換価値への転換が行われることはない。つまり、消費者にとって決定的に重要なのは、事業者とは異なり、その交換価値ではなく、むしろ商品それ自体の使用価値なのである。それゆえ、このような流通プロセスにおける経済的利益は、必然的に、それより前の段階の交換プロセスにおけるそれとは異なる。ここに事業者と消費者の利益は、必然的に衝突せざるを得ない。⁶⁸また、流通プロセスの末端において孤立して存在している消費者は、事業者とは異なり市場における力を行使したり、「対抗する力」を行使するために結集したりすることの出来る状態にはない。このような意味で、事業者と消費者の間には構造的な力の不平等が存在する。つまり、事業者と消費者は、利害の対

立する階級なのである。さらに、マーケティングのような企業戦略によって、消費者は、自己の選好について合理的な判断を下すことのできる状態ではなくなっている。このようにして、市場経済モデルの前提条件である「消費者主権」は、実は、フィクションに過ぎない、ということになる。⁶⁹

ここで、特に問題なのは、マーケティング戦略を通じた事業者側による消費者の選好の操作である。⁷⁰ そもそも、契約自由の原則からいえば、消費者側が実質的に契約締結を拒絶することさえできれば、契約内容に具体的に關わることなくともそれ程の問題はないはずである。しかし、衣食住に關わる契約の場合には、消費者と事業者全体との關係でいえば、消費者は、契約内容が気に入らないからといって契約を先延ばしにしたり、その需要を放棄したりすることはできない。その意味で、私的自治・市場メカニズムの前提が働かないのである。もちろん、衣食住に關わらない契約対象は、客觀的にはその需要を先延ばしにしたり放棄したりすることが出来る。しかし、これらについても、消費者は、資本主義的に組織された消費社会の経済的・心理的構造を考慮すると、実質上契約締結を強いられることになる。つまり、広告などのマーケティング戦略によって、価格・品質についての意識が押しのけられ、個人の需要選好の自律的發展が阻害されることになるのである。要するに、別になくてもよさそうな物が、あたかも不可欠な物のように暗示を与えられることになる。しかも、そのような需要を放棄する場合には、相応の社会的サンクションが与えられる。この集団圧力も広告によるところが大きい。このようにして、消費者はいずれにしても「消費に依存することになる」。⁷¹ ここでは消費者は、いわば労働者とパレレルに把握され、消費者はひとつの階級的存在として現れることになる。⁷²

b 消費者保護のための法規制

以上のような、現代資本主義社会において消費者が置かれている特殊な状況は、消費者への特別な保護を要請する。たとえば、Norbert Reich は、私法を、事業者間の法（事業者法〔Unternehmensrecht〕）、市民間の法（市民法〔Bürgerrecht〕）および消費者と事業者の間の法（消費者法）に区別する。事業者法および市民法においては、私的自治が原則として妥当するのに対して、消費者法では全く異なる。消費者法においては、事業者と消費者との間の力の格差を相対化させるために、私的自治の原則が制限されることになるのである。⁷⁴つまり、事業者と消費者との間の全面的かつ構造的な格差を背景に、主に私的自治の理念の枠外で消費者保護が行われる。その際に、市場メカニズムを前提としてその濫用を排除することを目的とする市場補完的な消費者保護が否定されるものではないが、より強調されるのは、市場メカニズムによらない市場補完的な消費者保護である。⁷⁵このような消費者法における規律は、憲法上の社会国家原理に基づくものとされる。⁷⁶Reich は、社会国家原理の参加権の性格を踏まえて、契約自由および私的自治の社会国家的な参加的側面を導く。これによって、原理的な力の格差が存在する場合には常に、民法の基本的構想は異なる価値を得ることになり、その相対化がもたらされることになる。そこでは、割賦販売法や住居賃貸借法こそが、この社会国家原理に基づく私法の導きの糸となる。この社会国家性は、「契約自由との対立において、およびその実質的完成において」実現される。⁷⁷

c 撤回権の理解

撤回権は、Reich の見解に拠れば、市場補完的な施策のうち、消費者の法益に対する直接の侵害に関わる個人保護に含まれる。撤回権は、締結した契約の内容について再考し、ほかの契約と比較することを可能にするもので、消費者

が契約を締結する際の決定自由を保護する。そのことによって、消費者の実質的な契約自由が確保されることになるのである。⁷⁸また、消費者法説が、七〇年代に主張していた撤回権の導入提案は、実は八〇年代にはほぼ実現されている。⁷⁹しかし、消費者法説における撤回権は、消費者法という民法とは区別された法領域における制度であり、従来の制度との関連で説明されることはない。ここでは、基本的に消費者取引の領域における市場メカニズムと私的自治の原則に対する懷疑が、前提として存在している。⁸⁰実質的契約自由といつても、それは社会国家原理の具体化であり、⁸¹私的自治を機能させ、表意者が自己責任の下で行為する基礎を形成する」というよりは、劣位にある消費者の侵害された利益を回復するための保護の側面が強調されることになる。⁸²さらに、この立場に立てば、保護が必要な限り、つまり消費者が構造的な劣位にある限り（そして、消費者法説に拠れば、消費者は常に事業者に対して劣位にあるのだから、実際上は消費者契約一般について）撤回権の導入を阻む理論的障害は低いといえよう。その意味では、消費者契約一般に撤回権を拡大することを可能とする理論であるといえる。⁸³また、ここで、消費者保護を基礎づけるのは、消費者が現代の経済社会において占めている特殊性に基づくものである。消費者法説は、このような意味で特別私法としての消費者法を観念し、形式的私的自治の原則に代わって新たな原理を原則とし、その中で撤回権を捉えるものといえる。

消費者法説の功績は、従来の私法理論がその形式性ゆえに軽視していた実質的な契約自由の重要性を浮き彫りにしたことであろう。とりわけ、〈消費者はたとえ十分に情報が提供されていても適切に判断を下せない場合がある〉ということを指摘し、いわゆる情報提供モデルを批判した点は、やや誇張が含まれている嫌いはあるが、鋭い指摘である。もちろん、この見解は、その前提がドイツの従来の法ドグマティックと適合的ではないため、多くの論者から批判されている。しかし、消費者契約において実質的契約自由が重視されねばならないという発想は、実質的には（批判的

にせよ) 現在の主流の学説にも受け継がれたといつてよいのではないだろうか。

(2) 立法者の見解——立法の場における修正された「契約メカニズム」論

では、立法者は、この点について、どのように考えていたのであろうか。

たとえば、訪問販売法の立法過程においては、「法定撤回権の導入は、訪問販売および類似の法律行為において、民法上の前提たる顧客の決定自由を事後的熟慮期間により回復させることができる。」⁸⁴として、撤回権の導入によって保護される法益が、消費者の決定自由であることが、明らかにされている。さらに、事業者の行為自由(ドイツ連邦共和国基本法〔G G〕二条一項)が制限される根拠として、立法理由書は次のように述べる。すなわち、「顧客の保護される利益および契約法を支配する信義誠実の要請によれば、訪問販売の場合において、顧客の契約相手の経済的行為自由を顧客の行為自由に資するように制限することは、「むしろ」求められていることであると思われる。なぜなら、顧客は、そのような取引を行う場合、通常、自らの決定について十分かつ影響を受けることなく熟慮する機会を有していないからである。」⁸⁵と。その意味で、ここでは実質的な契約自由の保護が念頭にあったことは、確かであり、その説明は、民法の原理との親和性を意識している。また、消費者信用法の立法時には、消費者に撤回権を与える趣旨は、次のように説明されている。すなわち、期間付与により消費者が契約条項を仔細に検討し、比較対象となる申込や助言を入手し、それによって自らの決定を徹底的に且つ落ち着いて再考することを可能にする点にある、と。⁸⁶これも、訪問販売法制定時における説明と同じ趣旨のものと理解できる。

問題は、立法者がその背景に有していた理論的基礎である。立法者自身は自らの態度を明確にはしていないが、これらとほぼ同じ時期の約款規制法(AGBG、一九七六年)の立法過程⁸⁷から推察すると、それは、次のようなもので

あつたろう・・

民法典の基本的考えによれば、契約自由を正当化するのは、当事者双方の利益の適切な調整である。なぜなら、その機能は、自由かつ自己決定の能力を持った当事者間の自由な契約交渉によって契約正義をもたらす点にあるからである。したがって、契約自由への一定の規制も、契約法の害された機能を回復することに他ならない。

このような見方は、Schmidt-Rimpler のいわゆる契約メカニズム論を受けたものである⁸⁸。ただ、Jutta Limbach の指摘するところに拠れば、この理論は、契約自由と契約正義の止揚というよりは、契約メカニズムに機能不全がある場合に、契約への国家的介入を正当化する機能が、もっぱら作用しているのである⁸⁹。ともあれ、各撤回類型においては、消費者にとって十分な自己決定を行うための機会が与えられておらず、その意味で、契約メカニズムに機能不全がみられるといえる。そこで、撤回権（及び、場合によっては、それに付随する情報提供）によって「消費者の自己責任に基づく決定」のための前提条件が形成されているのである⁹⁰。このような介入の正当化メカニズムは、撤回権や約款の内容規制のような（かつての）特別法上の介入領域に限られたものではない。民法の意思表示法上の制度である錯誤や詐欺、強迫も、このメカニズムによって説明されるべきものである⁹²。その意味で、撤回権は、従来の民法上の諸制度との理論的連続性が、当初から意識されていたといえる。

(3) 通説的理解

学説においても、撤回権は私的自治を十全に機能させるための制度として、民法上の他の制度と連続的に理解され

ている。⁹³ その際の最も一般的な説明は、次のようになるものと思われる。⁹⁴

確かに、撤回権は、一度なされた意思表示の解消を認める点で契約的拘束 („pacta sunt servanda“) あるいは契約自由の原則に反するよう見えるし、少なくともこれらとは一定の緊張関係にある。しかし、契約自由あるいは契約的拘束の原則は、無制限に妥当するものではない。つまり、憲法上保障される契約自由は、憲法適合的な秩序に服する。そして、この秩序は、ある者の自己決定が相手方にとつての無制限の他者決定 (Fremdbestimmung) とならないように社会的・経済的不均衡を取り除くよう命じている。また、契約自由のモデルの内在的前提は、両当事者の交渉力がおおよそ均衡していることである。そして、そこに、契約自由と契約正義の機能的関連が存在することになる。⁹⁵ それゆえ、私的自治の特徴としての契約自由が機能するためには、常に交渉力の均衡が、したがって契約正義が前提となる。契約均衡に重大かつ構造的な障害があるために、現実的に自由な自己決定の条件、つまり当事者間の実際の機会の平等が欠けている場合には、強者の権利のみが貫徹され、契約自由が経済的力によって他者決定のための道具に変質してしまう危険が存在する。そこで、立法および判例は、基本法の客観的価値秩序にしたがつて、契約均衡が害されている場合にも契約正義を十分に確保すべき義務を負うことになる。たとえば、連邦憲法裁判所 (BVerfG) は、一方に過度に負担となり、構造的に不平等な交渉力の結果である契約への内容規制を行なっているが、これは、右に述べたように、私的自治の実質的理解の現れである。⁹⁶ また、立法者は、特定の要件の下で契約の拘束力の解消を認めることができる。そのような制度、つまり私人によつて惹起された危険を真の契約自由の実現のために排除しようと試みる制度のひとつが、——AGBGとBGB一三八条、二四二条に基づく契約の内容規制と並ぶものとしての——撤回権である。⁹⁷ 撤回権は、事前的に害されていた契約均衡を調整し、契約自由を回復

する手段である。つまり、撤回権とは、実質的契約自由の意味における私的自治の機能能力を改善し、あるいはこれを一から確立することに貢献する制度なのである。⁹⁸このような契約自由の回復あるいは改善という法定撤回権の機能に鑑みて、契約均衡の障害によって契約自由が定型的に契約当事者の一方には保障されない場合、その場合における当事者の要保護性が特に正当化される限りで、撤回権が認められる。

またたとえば、後に採り上げる Reiner は、撤回権は消費者保護それ自体を目的とするのではなく、憲法上の要請である私的自治および契約自由(GG二条一項および一二条一項)の保護にその目的がある、とする。『撤回権の任務は、むしろ消費者を特定の、消費者にとつて不利な状況において自らの法的自由を事実上事業者に与えられていたのと同様の程度までに行使しうる状態にすることである(いわゆる『実質的』契約自由の保護)』。⁹⁹また、Caroline Meller-Hannich は、撤回権は、BGBに既に存在している規律や判例・学説によるその継続展開と同様の目的に奉仕するものであり、これらと本質を異にするものではない、と診断する。¹⁰⁰ Claus-Wilhelm Canaris も、撤回権を消費者に付与することは、決定自由の保護のために私的自治を制限することであつて原則的に問題はなく、「法倫理的に見て原理的にまったく正当なものであるように思われるし、そのほかの点でも、自由主義的な法思想にも完全に合致しうるものであると思われる。」と述べる。¹⁰¹さらに、民法総則の代表的な体系書において Karl Larenz/Manfred Wolf は、「撤回権が撤回期間の間に契約締結についてもう一度考え直し且つ契約を解消することを可能とすることによって、害された交渉不均衡は消費者に有利に回復されることになる」という。¹⁰²このように、理論的にも撤回権は私的自治の前提を回復する制度であると理解し、私的自治を実現するための制度と捉える見解が、ドイツでは一般的であるといえる。つまり、その点では、錯誤や詐欺・強迫等と相違がなく、私的自治の原則から導かれるものであるといえる。

二 「消費者法と民法・民法典」における撤回権

(1) 撤回権規定の民法典への統合

撤回権と民法原理との関係を考える上で重要なのは、二〇〇〇年と二〇〇二年になされた撤回権規定のBGBへの統合である。前述のように、撤回権の規定については、二〇〇〇年の通信販売法によって現在の三五五条に相当する旧三六一条aが創設され、消費者保護撤回権の概念が民法典に登場した。そして、それと同時に「消費者／事業者」の概念が民法典において定義されるに至った。さらに、二〇〇二年の債務法現代化法によって訪問販売法などの個別規定の殆どがBGBに統合された。これらの消費者保護法規を民法典の中に統合することには、当然のことながら賛否両論があった。ここでは、撤回権と民法上の原理との関係を明らかにするべく、この課題の限度で、そこでの議論を振り返ることにしたい。

a BGBへの消費者概念の導入

まず、二〇〇〇年になされた消費者概念のBGBへの導入を採り上げよう。ただ、この点については、文献も多く、その全貌をここで紹介することは出来ない反面、既に我が国でも多くの検討がなされている。そこで、ここでは、代表的なものを恣意的に採り上げるとどめたい。¹⁰⁴

aa まず、Werner Flume は、この改正に批判的な態度を表明している。¹⁰⁵ここでは、彼にとってどのような点が不満だったのかを、彼の論述に沿って、やや詳しく見よう。まず、Flumeが指摘するのは、規定の位置である。すなわち、BGBは、消費者と事業者の定義規定を「自然人」の章に置いているが、事業者に関しては法人も関係しているのであり、筋が通っていない。次に、BGB二三条は、「自らの」営業上または独立した職業上の活動とされているが、

そうであれば何らかの営業上または独立した職業上の活動を行う場合にも、その者は消費者となる場合があることになる。逆に、営業上または独立した職業上の活動目的を持たずに法律行為を行う人的会社(Personengesellschaft)も、BGB一三条の定義とは異なり、「消費者」となる場合があるはずである。また、一三条の定義は、その文言上、まったくナンセンスである。つまり、この定義によれば、上記の目的以外で行為する者は、みな消費者だということになり、事業者ではない売主(private Verkäufer)・贈与者・受贈者、事業者ではない賃貸人(private Vermieter)までも消費者となりうることになる。他方、一四条の「事業者」の用語については、まずBGB六三一条以下(＝請負の規定)に非事業者(Privaten)にも適用されるUnternehmer(請負人)という概念があることに注意すべきであった。次に、権利能力のある人的会社という概念も十分な定義がない、等。最後に、Flumeは、二〇〇〇年改正を総括して、次のように結論する。すなわち、通信販売法が扱っているのは、BGBであり、そのBGBはひとつの文化的記念碑である。したがって、それが改正される際にも、そのようなものとしての尊重が要求されている。しかし、通信販売法の改正に携わった者達には、そのような尊重が欠けている。このような問題が生じるのは、立法を指示したEU指令の起草者の責任ではなく、BGBに適合的な立法が出来ないドイツの連邦司法省の責任である。¹⁰⁶

bb Flumeの見解は、特に「消費者／事業者」概念の配置(そして、それに対応した理論上の位置づけ)について、我々に再考の機会を与えてくれるものとはいえず、その批判の中心は、右に見たとおり、立法技術の稚拙さとそこから透けて見えるBGBへの尊重の欠如に対する苛立ちである。これに対して、「消費者」概念の導入に消極的立場を示す見解も存在する。たとえば、Herbert Rothは、¹⁰⁷「そもそもここで提示されている『消費者』概念が消費者の要保護性の徴表として適しているか疑問であるとの立場から、¹⁰⁸BGBへの統合によってその弱点が覆い隠されることになった、と苦言を呈する。¹⁰⁹

Dieter Medicus もまた微妙である。¹¹⁰ まず、消費者法と民法の関係については、BGBの消費者／事業者概念は、人的特質を示すものではなく、法律行為をなす際の役割が問題となつてにすぎないのだから、消費者法は特別私法として特殊な位置を占めているものとはいえない。また、消費者法典を作つたとしても、民法典の適用も考えなければならぬため、消費者取引について断片的法典が二つ出来上がることに成り、妥当でない。さらに、これらの法が異物であるとしても、いまや我々の法秩序の一部となつてゐる。したがつて、私法を統一したものとしてみる以上、規定の位置の変更が、体系の変化を意味するものとはいえない。国内の立法者と並んでヨーロッパの立法者が存在する以上、BGBの「古典的」私法とは別の諸規範がこれと並んで存在することは、甘受されるといえる。¹¹¹ とはいへ、この統合以前には、次のようにも言つていた…そもそも従来消費者概念は、BGBの債権各則に消費者のための特別規定を設けることができるほどに、しっかりしたものではない上に、普通取引約款であるとか信用といった概念もBGBには本来存在しない。また、消費者保護法規にはBGBの中に入れるには適さない規定も存在する(AGBG一二条、二一条、訪問販売法七条—手続きに関する規定)。したがつて、少なくとも法技術的にはこれらは特別法のまゝにしておく方が良い、と。¹¹² もっとも、Medicus は、最終的には、「確かに、債務法現代化法によつて、BGBはそれほど美しいものではなくなつた。しかし、それは、もともとの法典の思想に再びよく適合し」てゐると評価している。¹¹³

ここで確認しておいてよいのは、いずれの見解も、保護を必要とする状況を記述する概念として「消費者」概念が適切なのかを問うていても、保護そのものに疑問を呈しているわけではない、ということである。しかも、消費者保護法規において行なわれていることは、基本的に民法学における営みの延長線上にあることが前提になつてゐる。¹¹⁴

cc これに対して、Hans-W. Micklitz は、この改正を、一種の革命であり、「立法者の署名ひとつで図書館全体が

紙くずになる」という言葉を実証している、と評する。つまり、この改正によって「ドイツの立法者はBGBを再びその支配的地位に据えたが、それは従来とは異なる構図（Vorzeichen）によっている。もはや、私的自治と形式的自由倫理（Freiheitethik）が唯り決定的なのではない。社会的正義（Soziale Gerechtigkeit）が、私的自治の觀念の中に統合されたのである。〔…〕消費者概念および消費者契約法のBGBへの受容は、民法全体についてのあり得る内容的な方向転換（Umorientierung）への第一歩となるかもしれない。」¹¹⁷」このMicklitzの評価に対して、Dieter Reuterは、「これは進化であつて、革命ではない。（Es ist Evolution, nicht Revolution.）」と反論する。すなわち、撤回権であるとか内容規制といったものは、その内容から見て、交渉状況や契約対象の性質の特殊性から生じる力の不均衡に対応するもので、それは、その核においてはBGB一三八条二項という旧来から存在する手本に基づいているのである。この消費者法の戦略は、BGB一三八条二項と比較すると、自由倫理に基づく法にとつてより相応しいといえる。消費者法は、状況あるいは契約対象に関連した過大な要求が存在する場合に介入し、且つその限りですべての者に適用される法なのである。その限りで、消費者法は、BGBの従来の価値体系に組み込まれているのだというわけである。¹¹⁸

b BGBへの撤回権規定の統合

aa ここでの問題の第一は、旧三六一条aという撤回権の効果についての通則的な規定をBGBに創設することの当否である。この点については、いかなる議論があつたのだろうか。

まず、これに好意的な論者として、Stephan Lorenzがいる。彼は、浮動的無効という「ナンセンスな」構成が放棄され、撤回による意思表示の無効化可能性（Vernichtbarkeit）への移行によって、問題の多くが処理された、とこれ

を歓迎する。¹²⁰これに対して、Peter Mankowskiは、全ての撤回権に統一的な効果を付与すること可否的である。すなわち、通信販売取引において浮動的有効構成が採用されたのは、その目的上、購入者に履行請求権を与え、商品現物を手に入れてから撤回期間を開始しなければならないからである。従来の訪問販売取引や消費者信用契約においてはそのような事情は存在しないのであるから、これらについては依然として浮動的無効構成が適切である、と。¹²¹

このように、撤回権の規定をBGBに置くことに關して主な論点となっていたのは、撤回権とBGBの体系的関連性ではなく、統一的効果の付与の有無であつたといえる。

bb もうひとつの問題は、個別規定の民法典への統合であり、これは債務法現代化において問題となつた。

まず、これに反対するHeinrich Honsellは、統合がBGBの体系性、様式および内容と適合的ではなく、単なる美学的問題として片づけることはできない、と述べる。¹²²

これに対して、オーストリアのように消費者保護法(Konsumentenschutzgesetz)を制定するという解決策が立法において退けられたのは、次の三つの理由があるとされる。すなわち、第一に、消費者法の全ての規定を消費者保護法にまとめることは出来ない。というのも、消費者動産売買指令の転換において、これを特別法に規定した場合、売買法がまったく見通しの利かないものとなり、もはや適用不能となる。そのため、BGBの中で転換しなければなら¹²⁴ない。第二の理由は、消費者保護法によつても結局のところ法状態が見通しの利く形にはならない、ということである。なぜなら、BGBの中にも消費者保護に關わる規定が含まれており、結局は消費者保護法規が、消費者保護法とBGBに別れて存在することになるからである。第三に、消費者保護法の制定はBGBを弱体化させてしまう。つまり、BGBと同じくあらゆる者に適用される消費者保護法が出来ることによって、BGBは、民法法の中心規範ではないということになってしまう。この点で、H. Rothは、BGBやHGBと並ぶ第三の法典は、「ドイツ私法の

統一性にとって禍いであり、身分思考への逆行である」と述べている。¹²⁵

この改正に賛成する他の見解としては、次のようなものがある。まず、Thomas M. J. Möllers は、賛成の理由として法典思想の復権と（すべての市民は事業活動の場面を除いて消費者でもあることから）消費者法が一般法（Allgemeines Recht）であることを挙げる。さらに、このほかに、特別法の BGB への統合によって体系化がもたらされ BGB のヨーロッパ化がなされたと指摘して、債務法現代化法を肯定的に評価する。¹²⁷撤回権に関しては、*„pacta sunt servanda“* 原則に完全に一致するものであって、その妥当を実質的に補助するものである、と述べる。¹²⁸このように彼は、ヨーロッパ由来の諸規定が従来の民法の諸原理の現代化をもたらすものであることを認めつつ、それらが従来の諸原理を破壊するものではない、と主張する。また、Thomas Pfeiffer は、一時的居住権法の統合には反対しているが、改正には概ね賛成している。¹³⁰Heinrich Dörner は、消費者保護法規の統合を基本的に支持したうえで、改正案のように「まとめて統合する」（Integration en bloc）というやり方に反対し、キーとなる規範については BGB に統合し、残りは消費者法典としてまとめるという折衷的方法を提案している（Ankerlösung）。¹³¹

c 小括

以上、網羅的たることを期すことはできないが、消費者概念または消費者保護法規が BGB へ統合された際に、「そのような改正は BGB の基本原理に抵触するものである」と主張して、統合に反対する議論は（目立った形では）行われていない、とまとめることができる。むしろ、統合の際の基本的な考え方は、消費者法も一般私法の一部である、というものである。撤回権と民法原理の関係も当然その一例をなしている。もちろん、制定当時の BGB（歴史的 BGB）の構想と消費者法の構想が厳密に一致するものではない。しかし、以上の状況から見ると、少なくとも現在の

B G B の構想と消費者法の構想は一致している、との所見が成り立つこととなる。¹³²
¹³³

(2) 消費者保護法規についての最近の見解

以上のように、消費者法の B G B への統合が比較的スムーズになされたのは、「民法の基本原則や価値レベルでのパラダイム転換」を必要としなかったからである。¹³⁴ そのような理論状況は、これまでの論述からも明らかなように、現在のドイツにおける消費者法理解によって創出されたものである。さしあたり、この点を確認すればよいように思われるかもしれない。ただ、撤回権の理解をより充実させるためにも、上述の B G B 改正前後における消費者法の理解について（その中での撤回権の扱いにも留意しつつ）確認することとする。¹³⁵ もちろん網羅的な検討は望むべくもないので、注目すべき見解の幾つかを採り上げるとどめたい。

a Josef Drexl

まずは、Josef Drexl の見解を見ることにしよう。¹³⁶ Drexl は、「経済的自己決定(wirtschaftliche Selbstbestimmung)の確保を目的とする状況関連的消費者法(situationsbezogenes Verbraucherschutzrecht)を構想し、統一的で一貫した消費者法のドグマティクを構築しようと試みる。¹³⁷ ここで問題とされている経済的自己決定は、すべての経済主体において問題となるものであり、消費者だけの特権ではない。そこで、その確保を目的とする消費者法においても、「消費者」かどうかは決定的ではないことになる。むしろ、問題なのは、経済的自己決定が脅かされる「状況」である。このような状況が存在する場合に、形式的私的自治からの逸脱が認められることになる。¹³⁸ この点からも明らかなように、消費者法は、消費者という特殊な人的カテゴリーに着目した特別私法ではなく、一般私法の一部なのである。Drexl

も、消費者法は「契約というものが抱えている一般の問題への対応」¹³⁹であると理解する。つまり、消費者法の中心概念としては、消費者という概念は無益なのである。このように「人」ではなく「状況」に着目した消費者法を語る場合、消費者と消費者法の結びつきは必然的ではないということになる。¹⁴⁰

このような前提から、Drexlは、消費者法について次のような全体像を提示する。まず、消費者法の目的が経済的自己決定にあるという以上、その自己決定のための前提を提供する必要がある。¹⁴¹そこで、法は、形式的自己決定（すなわち契約）を承認し、競争を保障する。¹⁴²Drexlは、このような諸規範を設権的消費者法（konstitutives Verbraucherschutzrecht）と呼ぶ。もちろん、これは、自己決定が問題となる以上、すべての経済主体に妥当するものである。原則として、これによって、経済的自己決定が実現することになるのだが、実際には、それでは足りない場合がある。つまり、形式的私的自治の承認や競争の確保によっても、経済主体の実質的契約自由が害されうる場合が存在するのである。この場合、設権的消費者法だけでは、経済的自己決定の確保という私法の目的を達成することはできない。そこで登場するのが、形式的私的自治の原則からの逸脱によって実質的自由の意味での消費者の自己決定を確保する諸規範である。これには、脅かされている実質的契約自由を補償する役割が与えられており、補償的消費者法（kompensatorisches Verbraucherschutzrecht）と名づけられる。¹⁴⁴狭い意味での消費者法は、こちらを指すわけだが、あくまで経済的自己決定の確保という一般私法上の課題に応えるためのものである。そして、経済的自己決定が実質的に脅かされる状況が存在しているかどうか、重要であることから、補償的消費者法には、必ずしも消費者概念を前提としない法律も含まれる。たとえば、消費者の経済的自己決定の保護に資する点では、BGBもこれに属するのである。¹⁴⁵では、いかなる場合に消費者の実質的契約自由の保証を必要とする状況が生じるのか。消費者の自己決定の前提としては、当事者間に契約上の力の不均衡（Vertragsungleichgewicht）が存在しないこと（契約均衡（Vertragsparität））

が必要であるが、Drexlは、その判断の際の視点として、市場の調整秩序 (Koordinationsordnung des Marktes) に着目する。このような市場の調整秩序を通じた自己決定ができない場合とは、言い換えると設権的消費者法が機能しない場合であり、彼はそれを契約・競争の失敗 (Vertrags- und Wettbewerbsversagen) と呼ぶ。このような契約・競争の失敗がある場合に、補償的消費者法が要請されることになる。そして、その判断は、契約締結の理念型との比較から導かれる。その際の具体的手法として、彼は、既存の法律の法政策的分析、法の経済分析および判例の法政策的検討を挙げるが、最終的に決め手となるのは、納得できるものであるかどうかの判断 (Plausibilitätsprüfung) であるという。¹⁴⁶

経済的自己決定という観点は、さらに、実質的契約自由の回復のために用いられる規制手段を体系化する上でも、重要な役割を果たす。まず、Drexlは、補償的消費者法に属する規制手段をその性格から次の三つに分類する：①契約締結の際の意思自由の確保のための規律 (特に情報提供義務)、②考慮期間の延長 (撤回権)、③内容規制。Drexlは、これら三つには、ひとつの原則が妥当すべきだとする。その原則とは、消費者法的比例原則 (verbraucherschutzrechtliches Verhältnismäßigkeitsprinzip) と彼が呼ぶものである。この原則によれば、ある消費者保護手段は、形式的私的自治の原則との関係でより負担の少ない手段がある場合、これを用いることはできない。具体的には三つの段階からなる。まず第一段階において問題となるのは、競争秩序の回復という設権的消費者保護に関わる施策、つまり競争政策的手段 (ordnungspolitische Mittel) とりわけカルテル法のそれが、形式的私的自治または競争の機能を回復させるのに、十分なのか、ということである。それで十分であるなら、個別的交換関係に補償的に介入する必要はない。第二段階では、意思自由確保のための規制が、考慮期間の延長および内容規制より優先する。これは契約締結および契約内容についての決定を契約当事者に委ねている点で、形式的私的自治への介入が最も少ない、といえるか

らである。第二段階においては、考慮期間の延長が内容規制に優先する。合意にまだ法的拘束力が生じていないので、考慮期間の延長は、*„pacta sunt servanda“* 原則に対する形式的な例外に過ぎない、と指摘する。このように、内容規制はいわば最終手段として位置づけられるのである。もともと、この原則は逆方向に妥当することはない。したがって、内容規制がなされているものに対して、撤回権を認めることも不可能ではない(例、消費者信用法七条、九条以下)¹⁴⁷。

以上の Drex1 の見解は、消費者法を広義に捉え民法の規律の中で理解する。各種の消費者保護規定や制度を民法の体系の中に位置づけ、さらにはこれに基づいて従来の民法の再編成を行おうとするものであると理解することができよう。また、「比例原則」という考え方やその中で撤回権の位置づけを論じる点は、撤回権の意義と限界を考察するうえで有益な視点を提供してくれる。

b Canaris の見解

次に Canaris の見解を見ておくことにしよう。Canaris の見解を要約すると、次のようになる。

まず、立法上、要件面において消費者の概念から「消費」を切り離し、それに代わって例外規定という方法で事業者としての活動に結び付けるといふ傾向がある。このことから分かるのは、このように構想された消費者概念は、特定の人的圏域を保護するという積極的な機能を果たしているのではなく、むしろ特定の人的圏域を保護範囲から外すという消極的な機能を有している、ということである。¹⁴⁸これによって視点が著しく変わる。すなわち、もはや、*「消費者は特別な要保護性を有しているのか、そしてそれはなぜか」*という問いが立てられるべきのではなく、むしろ反対に、*「ある人は事業者としての活動の領域においてより少ない要保護性しかないのか、そしてそれはなぜか」*ということが、問われることになる。その際、次の点を前提とすることができる。すなわち、人は、私的な領域よりも職業

的領域において、より取引に機敏になり、意見を押し通す意欲があり、結果指向的に行動する、ということである。これは、職業関連の取引に際してはしばしば自らの特殊な経験を役立てることができるという(過度に強調されている)事情だけでなく、それ以外の要因、たとえば職業関連の取引に際しては経済的計算が行われるのは当然であること、頑強な利己主義が取引には必要であるということなどによっても、正当化することができる。¹⁴⁹

この点から、「消費者保護法は立法技術的だけでなく、それを超えて内容的にも特別私法であるか」という問いには、否定的に答えられる。というのも、消費者はあらゆる者をいうのであり、事業・職業関連の例外規定によつてのみに当たらない者が決められるからである。¹⁵⁰ もっとも、これらの規定は、第二の制限を含んでいる。すなわち、事業的または職業的活動の行使において行為する者に対してのみ適用される。すなわち、ここで形成されているものは、プロとノン・プロの間の取引において適用される規定の総体という意味で、ひとつの特別私法なのである。¹⁵¹

Canarisの見解に特徴な点は、消費者の要保護性を主題とするのではなく、その逆、つまりそのような保護を受けない場合の正当化を問題とするという、視点の逆転を明示していることであろう。このような理解は、消費者法と一般私法の異質性をかなり徹底して排除しようとするものであると理解できる。

c Meller-Hannich

次に、二〇〇二年の債務法現代化以降の研究から、Meller-Hannichの見解を採り上げよう。¹⁵² Meller-Hannichも、消費者(契約)法は、その本質的諸指標において、ドイツの一般私法によつて提示されている契約理論の構想と一致している、と述べる。¹⁵³ つまり、この種の消費者法において契約の拘束力の修正が問題となる場合も、一般契約法における構想と同様に、¹⁵⁴ 契約当事者の実質的な決定自由の障碍がその契機となるのである。さらに、彼女は、契約には、

自己決定の実現という私的自治の本質的機能のほかに、最適な財貨配分を保障するという秩序づけ機能も存在する、指摘し、その点で、契約法は、公的利益の保障をも目的としている、と主張する。¹⁵⁵そして、一般契約法と同一の構想に立つ消費者保護法も、そのような公的利益の保全にも奉仕しているという。¹⁵⁶この点でも、両者は、共通している。

ところで、(狭義の)消費者法においてその規範の適用は、「消費者」概念(BGB一三条)と結び付けられている。ここでいう消費者とは、自らの営業上又は独立の職業上の目的を有していない法律行為の参加者として理解される。

つまり、それは、役割関連的なものであり、商人のように身分(Status)をなしている(HGB三四三～三四五条)のではない。さらに、消費者は、彼が事業者との間で法律行為を行う限りにおいて、保護される。また、消費者概念は、彼に保護を与えている具体的な規定を超えて存在するものではない。¹⁵⁷つまり、BGB一三条の消費者という人的要素は、それ自体では、まだ法的効果をもたらすものではなく、「ある者がBGB一三条の意味における消費者であることは、彼に対して法律が当然に万人よりも高い保護水準を認めていることを意味するものではない。」のである。このように、消費者概念は、特定の社会的または経済的集団と結び付けられていないことから、権利主体の原則的平等という一般私法のイメージにも対応する。¹⁵⁸消費者概念自体が、人的・役割特殊の要素と状況的／契約類型関連の要素を含むものである。現実の消費者保護法においても、両要素の結び付きによつてはじめてその規範が適用される。つまり、消費者は、事業者と対峙し、且つ法律で定められた特定の状況や取引類型の中でのみ、消費者たり得るということになる。その点で、「專業消費者(Nur-Verbraucher)」は存在しないのである。¹⁵⁹

このような理解のもとでは、消費者保護を規定するそれぞれの要素の役割が問われることになる。まず、人的要素について。取引を行う際、自らの営業上又は独立の職業上の目的を有していない者は、純粹に道理に適った基準に基づいて自らの判断を行い得ないという特徴を定形的に有しており、その決定は、攻撃的広告などによって、感情的利

害に左右されやすい。これに対して、事業活動における決定は、事業に即した考量に基づいており、その目的に相応しい提案を選択することができる。¹⁶¹ もっとも、消費者の劣位は、非事業目的の消費者と事業目的を持つ当事者が会合することから生じる(目的設定の非対称)。¹⁶² ただし、これだけでは、具体的な要保護性は導かれない。そこで、これらに加えて状況的／契約類型関連的要素が要求される。これはそれぞれ、性急さや情報不足などから生じる決定自由の事実上の制限する事由に関わる。撤回権が認められている訪問販売取引や通信販売取引、消費者消費貸借契約や一時的居住権契約などの契約締結状況または契約類型が、これにあたる。¹⁶³ これらの要素が、実質的決定自由に対する危険となるのは、目的設定の非対称が存在する場合である。¹⁶⁴ このような消費者概念から、「特定の状況の下では形式的な自由の行使から契約の拘束力を導き出すことは望まれない」という法秩序の評価が示されている。¹⁶⁵ いずれにせよ、これらの諸指標が法律によって選ばれたのは、特定の状況において消費者の実質的決定自由が保障されない場合に形式的な自由および正当性からの修正を可能とするためである。従来の私法との相違は、実質的決定自由の障碍が目的設定の非対称性から生じることである。¹⁶⁶

撤回権は、実質的契約自由を確保するためのものであり、消費者が、延長された熟慮期間がなければ問題とされている契約締結の方法や契約類型に対処できない状態に置かれていることを前提としている。¹⁶⁷ それは、消費者であるというだけでは足りず、特定の契約類型あるいは特定契約状況での契約締結と結び付いており、それによって初めて当該消費者の要保護性が基礎づけられることになる。¹⁶⁸ したがって、「撤回権は、契約法の基本的な価値判断の体系適合的な継続展開であると理解されるべきである。」と結論づけられる。¹⁶⁹

この見解は、消費者の要保護性というものが、特定の状況または契約類型においてのみ語りうるものであり、その点では、消費者法の保護手段も一般民事法上のそれと変わらないことを主張するものである。ここで特に注目してお

きたいのは、消費者一般の要保護性というものは存在せず、むしろ或る権利主体が特定の状況の下で契約していることが、その者の要保護性を基礎づけているということである。この点は、Drexlにも見られる主張であるが、BGBが採用している消費者概念を前提として、その概念が持っている具体的機能を明らかにしている点が、興味深い。

d 小括

以上の紹介から分かるように、撤回権だけでなく消費者（私）法全体を一般民事法の中で理解すること自体は、現在のドイツ消費者法においてはかなりの範囲で受入れられている理解であるといえる。¹¹⁶そして、上述の一般的な見解を背景とすれば、次のようにいえるだろう。すなわち、いわゆる消費者保護法規は、契約の有効性を認めるために必要な事実的な決定自由の存在を確保するための道具立てであり、その限りでは、一般法としての契約法のメカニズムに組み込まれ得るものである。その意味で、その基本的な考え方は、一般的に妥当するものである。ただ、一定の状況にない者にとっては、そのような措置がなくとも、事実的な決定自由を確保することができるものといえるので、当該規定の適用が排除されるわけである。¹¹⁷つまり、「消費者」保護法規といっても、その適用除外の際のメルクマールのひとつに「消費者性」というひとつの役割ないし状況に着目した表現にすぎない。¹¹⁸極端な言い方をすれば、消費者保護法規にとって保護対象の「消費者性」は本質的なものではない。

このようにして、消費者保護法規を一般私法の体系に位置づけたとして、それが、全体の中でどのような形で理解されるべきなのが、問題となりうる。この点で、Drexlが提示している「消費者法上の比例原則」という考え方は、示唆的である。Drexlの見解は、一見すると消費者法上の政策選択の原則のようにも見える。しかし、その背後に、消費者保護法規の存在を前提とした民法の法律行為法の理論的再編成が読み取られねばならない。このように考えると、

立法・解釈の両面において撤回権がどのように活用できるのかについての一定の枠づけが可能となるように思われる。

三 個別の撤回類型の保護目的と私的自治

(1) 個別の撤回類型の保護目的の多様性

撤回権は、右に見たように、自己決定に基づいた私的自治・契約自由の機能前提の回復にその目的がある。もっとも、そこで問題となっている自己決定への影響の仕方にも様々な態様があり得る。それぞれの撤回類型は、その点で異なる保護目的を有している。ここでの課題は、私的自治との関係で、これらの撤回類型の保護目的がどのように理解されているのかを明らかにすることである。つまり、それぞれの撤回類型が自己決定に対するどのような影響から消費者を保護しているのか、問われる。この点を明らかにすることは、既存の撤回権の類型を立法ないしは解釈によって拡大しようとする場合、とりわけ類推によってこれを拡大しようとする場合に、重要な役割を果たすことになる。¹⁷³

ところで、そもそも、消費者の事業者に対する劣位(Unterlegenheit)には、経済的劣位、心理的劣位および情報的劣位の三つがあるといわれている。¹⁷⁴このうち、経済的劣位は、事業者が(消費者とは異なり)個別の契約の締結に依存していないことにより生じる(いわゆる“take it or leave it”)。この経済的劣位は、撤回権によって保護されるべきものではない。つまり、消費者は、自らの意思を不完全にしか形成できなかったのであれば(心理的劣位および情報的劣位)、撤回権によって保護されるが、自らの意思を事業者と比べて僅かしか契約に盛り込むことができなかったからといって(経済的劣位)、撤回権が認められることはない。¹⁷⁵経済的劣位の問題は、主として競争法に委ねられるべきだということになる。¹⁷⁶この見解を裏打ちするように、現実の撤回類型は、概ね消費者の心理的劣位あるいは情報的

劣位に基づいている。¹⁷⁷

以下では、個別の撤回類型に即して具体的な保護目的を見ていくことにしよう。

(2) 状況関連型（訪問販売型）における保護目的

訪問販売取引に基づく撤回権は、どのような事情によって基礎づけられるのか。立法者が撤回権の導入が必要であると考えたのが、訪問販売取引における消費者は契約締結について十分に熟慮する機会を有していないためであったことは、前述の通りである。では、なぜ訪問販売においてそのような事態が生じるのであろうか。立法段階では、次のように説明されている…

「短期間で利益を得ようとしている企業は、顧客の方に特に立ち入っていくという直接販売の機会を、玄関先で、通りで、勤務先であるいはいわゆる招待ドライブの際に顧客に迫りまたは不意打ちするために、濫用している。ここでは、店舗販売において定型的に存在する引き返し可能性及び熟慮期間が、直接販売においては欠けているということが、買主にとって不利に働いているのである。交渉相手は、この種の取引の交渉について大抵は心理学的に特別に訓練を受けているため、顧客は、この交渉相手を上手く追い返すことができないのである。このようにして、顧客は、しばしば実際には必要性のない商品や役務提供を受けることになり、その購入によって、顧客の自由に出来る資金が制約されることになる。¹⁷⁸ 申出を受けた商品若しくは役務提供の価格と品質とほかの申出を比較することは、通常は、不可能である。」

このように訪問販売取引における撤回権は、その「不意打ち」性に基礎づけられる。¹⁷⁹つまり、消費者がよく考えずに契約を締結する状況が、事業者によって積極的に作出されているという点に着目される。¹⁸⁰この点、Dieter Henrichによれば、消費者の心理的劣位が生じるのは、事業者が自らの販売員を心理学に基づいて訓練し、あるいは宣伝活動又は販売戦略において心理学に基づいた助言を受ける場合であり、玄関先又は職場で不意打ち的に呼び止められる場合にも、大抵の場合、消費者は、心理的に劣位にある、という。¹⁸¹このように、状況関連型の代表である訪問販売取引における撤回権は、消費者の心理的劣位に対応するものである。¹⁸²

もつとも、この場合、消費者に現実的に生じている決定自由への障害として、不意打ちによる他の商品または役務との比較可能性の欠如を挙げる考え方と不意打ちによって生じる心理的圧迫を主として顧慮する考え方との区別が可能である。後者の心理的圧迫とは、具体的には、私的領域等で販売員と直接接触することによって生じるものであり、これによって合理的な考量に影響が与えられることになる。¹⁸³いずれの立場を採るのかによって、訪問販売における撤回権の ratio legis の及ぶ範囲に相違が生じることになる。¹⁸⁵前者の考え方についても、これを一般化して、「その契約をもう一度冷静になって熟慮する」機会¹⁸⁶と考えれば、後者との差はほとんどなくなるといえるが、この類型の撤回権を考えるうえでは、留意を要する点である。

(3) 状況関連型（通信販売型）における保護目的

同じ状況関連型の撤回権であっても、通信販売取引に基づく撤回権は、訪問販売取引に基づく撤回権とは異なる保護契機に基づく。その保護契機とは、契約締結の際に消費者の手許に商品が存在しておらず、その品質等を消費者が実際に確かめることができないことである。¹⁸⁷ここでは、事業者と消費者の間に情報の不均衡が存在しており、それが

消費者の情報的劣位をもたらず、といえる。¹⁸⁸

(4) 契約類型関連型における保護目的

契約類型関連型の撤回権、代表的には消費者信用契約における撤回権においては、通信販売型のそれと同様に、事業者の具体的な行為が存在しない。ここでは、どのような契機を捉えて、消費者の自己決定への影響が存在するものと考えられているのだろうか。

消費者信用法の制定時の理由は、同法の撤回権が書面要件や告知義務と相俟って消費者(当時の用語では「顧客」)が自らの決定について再考する機会を与えるものであるとする。そして、それは、当該消費者信用契約の「経済的意義並びに波及範囲及び契約対象(Vertragsmaterie)の扱いにくさ」を契機としている。¹⁸⁹ 訪問販売取引における撤回権が「不意打ち」から保護を目的としているのに対して、ここでは、「性急さ」からの保護が問題となっている。¹⁹⁰ つまり、消費者は、消費者信用契約の締結時において即座に、その「経済的意義並びに波及範囲及び契約対象の扱いにくさ」を十分に評価することは困難であると考えられているわけである。ここでは、消費者の「情報的劣位」が問題となっているのである。¹⁹¹

では、なぜ消費者信用契約においては、消費者は契約の経済的意義等を即座且つ十分に評価することができないのだろうか。この点、一般的には、契約対象の複雑性が理由として挙げられている。¹⁹² 消費者信用契約においては、与信者側の情報提供義務が規定されているが、それによって与えられた情報を、冷静に、十分な余裕を持って評価し、判断することが必要である。その上、消費者の多くは、自らの経済的狀態を現実に即して評価し、今行おうとしている決定が将来もたらす事情について考慮に入れる能力に乏しいことがある。また、長期間の義務づけを伴う計画をする

際には、「上手くいくだろう」というメンタリティーが支配しているというのである。¹⁹³ こうした情報とその受け手の性格から、消費者の情報的劣位が生じることになる。Lurgerは、上記のような①契約の相対的な複雑性、②長期間にわたる拘束および③当該契約が保護される当事者にとって少なからぬ経済的重みを持っていることの三点が動的システムの要素として作用し、撤回権を基礎付けている、と述べている。¹⁹⁴

これに対して、通信教育受講者保護法の撤回権は、性急な契約締結や長期にわたる契約期間によって説明されるのではなく、自らの習得能力の過大評価からの保護に資するものとして説明される。この撤回期間中に、顧客は、給付対象である教材等が自分に適したものであるかを判断することが出来る。¹⁹⁵ その要保護性は、契約対象の広範な無体的性格及び契約の履行は受講のために必要な適正並びに受講者の協力がなければ経済的に無価値となるという点にある。¹⁹⁶ ここで撤回権の保護目的は、契約対象がいわゆる経験財である点にあり、¹⁹⁷ その意味では、一時的居住権契約も同様の趣旨に基づくものであるといえよう。^{198 199}

(5) 小括

以上のようにそれぞれの撤回権は、消費者の心理的劣位および情報的劣位に基づく意思形成の不完全さに対応するものである。すなわち、訪問販売取引においては消費者の心理的劣位が、通信販売取引においては消費者の情報的劣位が、そして消費者信用契約においては消費者の情報的劣位が、それぞれ問題となっている。もちろん、それぞれの類型において問題となる消費者の劣位は、ひとつだけではない。たとえば、訪問販売取引においても心理的劣位だけでなく情報的劣位が生じている。しかし、本質的に重要なのは、それぞれの撤回類型を特徴づけている消費者の劣位は何か、どのような契機によって消費者の劣位が生じているのかである。だとすると、上記のようにある程度図式化

した形で理解するのが相当であると思われる。

いずれにせよ、撤回権は消費者の決定自由という伝統的な民法法理が保護の対象としていたものを保護しようとするものである。ただ、そこで特殊なのは、その対象としている事象が、従来の意思表示法が対象としていた意思瑕疵とはやや性質の異なるものだということである。この特殊性をどう把握するのが、次節以降の課題である。

第三節 撤回権と私的自治との緊張関係をめぐる議論

前述のように撤回権は私的自治の原則から導かれるものであるが、それが、私的自治の原理と一定の緊張関係を持っていることもまた事実である。契約の有効性を否定する点では、撤回権も、取消権などと変わらないが、撤回権は、取消権などよりもはるかに容易に契約からの離脱を認めている。この点では、取消権とは異なる側面も有している。そのため、撤回権に関しては、近時に至るまでなお法政策的な疑問が呈されている。ここでは、撤回権が採用している法技術が民法にとって受容可能なものなのか、問われている、といえる。つまり、撤回権の本質的特徴の一つである定型性が、民法とは相容れないものではないか（したがって、法政策的に妥当ではないのではないか）²⁰⁰が問題となっているのである。

ここでは、そのような立場から撤回権に否定的な有力な論者の見解として、Barbara Dauner-Lieb、Wolfgang Zöllner、Franz Bydinski、Stephan Lorenz の見解を採り上げ、これに対するCanarisの反論を見ようとする。

一 撤回権に否定的な見解

まず撤回権に否定的な見解のうち、ここではDauner-Lieb、Zöhlner、Bydinskiの見解を見る。Lorenzの見解は、別に項を設けて詳しく検討することにした。

(1) Dauner-Lieb

Dauner-Liebは、前述のReichの分析を踏まえつつも、それとは異なる見解を提出する。²⁰¹ Dauner-Liebの想定する法理解は、Reichらのそれとは大きく異なり、自由主義的・市場経済的なものである。Dauner-Liebは、消費者保護のための法形成には、情報提供モデルに基づくものと社会的消費者モデルに基づくものの二つがあるとする。後者は、いうまでもなくReichのような消費者法観である。つまり、市場メカニズム、そして契約自由の基本的な機能条件としての消費者と事業者との間の力の均衡の存在を、一般的に否定し、消費者の要保護性を消費者の消費への依存から導く考え方である。²⁰² これに対して、情報提供モデルは、市場メカニズムと契約自由が有効に機能することを前提とし、例外的にその前提が充たされない場合に、その不均衡が補償されることになる、と考える。そして、消費者の劣位を、経済的および法的知識の欠如から並びにそこから生じる事業者に対する定型的な情報不足から導き出す。つまり、要保護性は、その法的小説および社会的経験不足を考慮して、承認される。²⁰³

Dauner-Liebは、このような二つの消費者法モデルについて、自らの自由主義的・市場経済的な法理解に基づいて、次のような評価をする。社会的消費者モデルは、„pacta sunt servanda“原則の相対化を要請するものであり、自由主義的社会モデルにもつばら方向づけられた私法秩序とは相容れない。これに対して、情報提供モデルにおいては、問題となる規律は消費者のみに特に妥当すべきものではないから、消費者のための特別私法の形成は正当化されないと

撤回権については、次のように論じる。まず、(当時の)割賦販売法一条b及び一条c並びに通信教育受講者保護法四条のような撤回権は、情報提供モデルに基づいた場合、情報を有している消費者にも保護を与えることになる。²⁰⁵そこで、このような撤回権に代わって、説明義務違反を理由とする一般的契約解消権を法律行為理論に取り入れることが、適当だということになる。²⁰⁶この提案は、Dieter Medicusのそれとは異なつて、BGB一二三条aとして、意思表示の瑕疵の類型の補完という形で提唱されている点が、興味深い。²⁰⁷このように、割賦販売法一条bないし同条dの撤回権は、市場経済に基づく自由主義的社会モデルの前提とは当然には一致し得るものではない。消費者信用についての一般的で、事態に関連づけられた要件(訪問販売取引によって契約が締結されたこと)に結び付けられていない撤回権は、いずれにせよ社会的消費者保護モデルにおいてのみ認められうる、という。²⁰⁸撤回権についての彼女の立場をまとめると次のようにいうことができる。すなわち、情報提供モデルに適合した撤回権は、訪問販売取引におけるそのような事態に関連付けられたものに限られるが、それとても、BGB一二三条と結びつけた形で具体的義務違反を前提とした取消権を付与することのほうが望ましい、と。ここでは、撤回権が問題とし得る領域が限定され、且つ(それほど明確には述べられていないが)撤回権の持つ保護の定型性にも否定的な態度が示されている。

Dauner-Liebの見解は、情報提供モデルに基づく消費者法理論として重要である。²⁰⁹この見解に拠れば、消費者保護も特別私法として民法から独立した体系を形成するものではない。さらに、そのような消費者の保護に資する契約自由への介入は、情報提供モデルに依拠する限りにおいて認められる。しかしその一方で、当事者間の交渉力の格差に基づく介入は認められない。もちろん、これに対しては、情報的劣位の補償によって契約自由を擁護することだけでは、社会的あるいは経済的な不均衡(Ungleichheit)が存在する場合には、役に立たない、という批判がなされている。²¹⁰特に、

へ情報的劣位には還元できないような当事者間の不均衡が、劣位にある当事者の保護を要請する²¹¹ということが、憲法上（法体系上の価値判断として）是認されている現在の法状況において、補償されるべき不均衡を情報上のものに限定することは、狭きに失する理解といえる。

(2) Zöllner

a Zöllner の見解

Zöllner も²¹²、いわゆる「消費者保護」には批判的である。そもそも「消費者」には、「十分に知識があり、十分に富裕な市民」も含まれており、消費者が定型的に保護を必要としているわけではない。そうである以上、法政策的に筋の通った消費者保護は無理である。平均的な市民においても、問題のある取引形態に関してはメディアを通じて事情を十分に知っているのであるから、特別な保護の必要性はない。また、住居賃貸借や労働契約の場合とは異なり、消費者契約は、取引への依存および当事者の生活並びに人格性の中核に関わるといったことも通常は存在せず、かつ大抵は継続的債務関係でもない。そのため、消費者契約とこれらの契約を同一線上に並べることはできない。訪問販売法についても、「成人の、自己責任を負い、自己決定の下で行為する市民という像に対する奇妙な矛盾」である。²¹³「訪問販売における詐欺的利得、老人や援助を必要とする人々への甘い勧誘」に対しては、BGB 一三八条二項の大胆な運用とこれを補充する法律によって十分に対処されてきたと評価する。²¹⁴ Zöllner は、国家から自由に自らの法的な関係を形成することを市民に許すという私法の政治的役割の実現を担保する私的自治が、²¹⁵撤回権によって広範囲にわたって著しく制限されてしまうことを、危惧しているのである。

そもそも、Zöllner は、前述のような「害された契約均衡」を契機として一度締結された契約に介入することには批

判的である。²¹⁶ Zöllnerによれば、そもそも、力の対等性が欠けているということができるのは、ある者が他者に特別な事情に基づいて依存している場合である（たとえば、労働関係）。また、市場支配力という観点から見ると、供給者が独占者であり、需給者が大勢の中の一人である場合には、当事者の力の不对等が存在するといえることができる。法が契約自由に介入できるのは、たとえば労働法の領域においては少なからず存在するような、「特定の契約の種類において契約自由の定型的な機能不全が弊害をもたらす場合」である。²¹⁷

以上は、一九八八年段階のZöllnerの見解の要約である。しかし、一九九九年一月二九日の第三回銀行学シンポジウムにおける彼の報告は、以上のような態度の軟化を窺わせる。Zöllnerは、依然として訪問販売法を「確かに私にとってこの法律は共感できない」しつつ、事態適格的かつ平等原則に基づく解釈の下で保証にも同法が適用されることを肯定し、さらに、撤回権の類推適用が判例・学説の心を痛めることになるであろうと予測しながら、²¹⁸ 消費者信用法の保証への類推を認めている。²¹⁹ そして、次のように述べる。

「我々の問題領域に絞って言えば、私は消費者保証への消費者信用法の適用に不利益があるとは思えない。なぜなら、充実した情報提供義務・説明義務は私的自治の本質的な機能前提だからである。すなわち、その点では、この消費者保護法は多大な功績がある。正しく理解されたドクマティックの使命は、これらの義務を折衷主義的な立法者の偶然に結び付けて制限することではなく、これらの義務を首尾一貫し安定して展開させこの法律の中に組み入れることである。」²²⁰

この報告の中で旧説を改めたと評価することは軽率であろうが、態度の変化は読み取れる。このような態度の変化は、消費者法と民法の関係について九〇年代から現在まで展開されている理解と無関係ではないだろう。

b 既存の法理の活用

ところで、一九八八年のZöllnerは、撤回権の扱う問題が既存の法理の柔軟な活用によって十分に対処されてきた、と述べている。そこで、Zöllnerの見解を補充するために、ここでそのような対処のいくつかについて簡単にしておくことにしよう。このような対処は、大きく分けて二つのものがある。

第一は、何らかの法律の存在を契機とするものである。たとえば、これらの法律を、BGB一三四条を介して契約の効果に及ぼすのである。ここで問題となった法規は、営業法(GewO)五六条一項六号である。そこでは、路上営業における貸付取引の締結及びその仲介が禁止されていた。判例は、これをBGB一三四条の意味における禁止法規と理解して、契約の無効を導いた。²²³ 学説も概ねこのような解釈を肯定していた。²²⁴ もっとも、訪問販売法の制定によって、これが適用される限りで、この法律の禁止法規としての性格は失われたといわれている。²²⁵

第二のものは、上記のような法律の存在を前提としないものである。これは、BGBの一般条項や契約締結上の過失法理を用いたものである。一般条項を用いたものとしては、BGB一三八条の良俗違反が比較的多い。²²⁶ その中で判例は、訪問販売法一条における不意打ち状況が契約全体の良俗違反性の徴表である、と述べている。²²⁷ もっとも、これに対して、Lorenzは、この当時の良俗違反についての判決は、特殊な事情に関連するもので、内容的基準にも拠っている、と指摘する。²²⁸

契約締結上の過失法理を用いた救済については、たとえばPeter Gottwaldが次のようにいう。すなわち、取引当事者は、自らの利益のみならず、一定の範囲で相手の状況に配慮し、顧客に情報を与えるよう義務付けられており、十分な熟慮期間を与えることなく相手方に経済的にかなり負担となる取引を押し付けた者は、そのような配慮義務に違反したことになる、と。したがって、法定撤回権が存在しない場合には、不意打ちを受けた者は、契約締結上の過失

に基づいて、契約上の請求権からの解放を請求することが出来る。²²⁹ いずれにせよ、広範に撤回権が認められた現在、契約締結上の過失責任の補充性に鑑みて、その適用領域はほとんど残されていないと考えられている。²³⁰ もっとも、契約締結上の過失法理を用いた対処については、後に Lorenz が着目し、その活用を積極的に主張するようになっていくことは、後述の通りである。

(3) Bydlinski²³¹

オーストリア民法学の重鎮のひとり Franz Bydlinski は、Dauner-Lieb によりつつ「取引的接触において、強度の（具体的または定型的な）情報格差が存在する場合、より多く情報を有する当事者には、相手方に、とりわけ消費者に、要求可能な程度にその者にとって本質的に重要な事情について情報提供すべき義務を負う」とする（第一三〇原理）。さらに、Dauner-Lieb よりも一步踏み込んで、「自らに有利に、有意な情報あるいは期待可能な代替案との間の選択の自由について明確な格差、とりわけ構造的な格差が存在する取引的接触の当事者には、契約内容を相手方に不利となるよう著しく不均衡に形成することが禁止される。」として、形式的・一般的な原理を補充することを認める。²³² しかしながら、「消費者」の概念はいかなる内容を探るにせよ、このような法的保護を必要とする重大な力の格差または情報格差があるという事態を十分に記述し、限界付けするものではない、と結論づける。²³⁴

撤回権²³⁵に対しても、経験もあり情報も十分に持っている法律家またはビジネスマンが、「消費者」であるからといって、熟慮のうえで締結した（訪問販売）契約を随意に破棄するというのは、約束違反を犯すものに過ぎず全く正当化できない、と疑問を呈する。²³⁶ そこで、そのような問題を回避するために、経営者や経済関係の法律家、民事法の教授などに対する撤回権の目的論的制限を提案する。²³⁷

Bydlinski は、撤回権のような特別規定が、その形式的かつ定型的な規定の仕方のために、その保護にとって本来関連のある事情や原理を極端に逸脱することを批判する。そこで、消費者保護規定の類推適用や目的論的制限が喚起される。²³⁸ その意味で、消費者保護法 (KSchG) は、自立した別個の体系の一部ではなく、一般民事法における「特別法 (Sondergesetz)」にすぎない。²³⁹ Bydlinski の指摘は、消費者保護のために制定された法規をいわゆる「特別私法 (Sonderprivatrecht)」の形成として捉えるのではなく、一般民事法の中で受け止めようとする試みである、といえる。このような理解は、それ自体としては、消費者保護のための特別法である我が国の消費者契約法のあり方を考えるうえでも、示唆的である。²⁴⁰

二 Lorenz の撤回権論

Stephan Lorenz は、その教授資格論文において、「望まれぬ契約」からの解放手段の一つとして、撤回権を論じ、その法政策的妥当性に疑問を投げかけている。その要点はやはり保護の定型性をもつ過剰性と過少性である。²⁴¹ もっとも、この点の指摘を超えて、Lorenz が展開する撤回権論は、従来の個別の議論を集大成した上で考察されており、本稿における考察に益するところが大きい。そこで、やや詳しく見ていくことにしたい。

(1) 訪問販売取引

Lorenz の撤回権論において興味深いのは、撤回権の帰責モデルを問うていることである。Lorenz は、契約の拘束力の承認においては契約信義の原則が優先することから、契約の解消可能性の方が正当化を必要とする、という。²⁴² つまり、BGB は形式的自己決定を前提としているところ、実質的自己決定が害されている場合に契約の解消権を認め

ることが契約信義の原則に反しないといえるのは、意思形成またはその伝達の瑕疵が相手方に帰責可能な場合に限られる、と主張する。すなわち、相手方の帰責の度合いが強ければ、表意者の契約解消の利益がより顧慮され、その度合いが弱ければ、“*pacta sunt servanda*” 原則からの逸脱は、表意者の抜き出した利益によって正当化され、あるいは相手方の利益が軽視されることについて調整がなされなければならない。²⁴⁴ その際、問題となる帰責原理が、誘因原理 (*Veranlassungsprinzip*)、有責性原理 (*Verschuldensprinzip*) 及びリスク原理 (*Risikoprinzip*) である。²⁴⁵ ただ、純粋な誘因原理は帰責性要件の放棄に他ならないとして、実際には、後二者のみを問題とする。Lorenz は、このような前提に基づいて撤回権を論ずる。

まず、訪問販売取引自体は、違法ではない。²⁴⁷ このように、撤回権が実際の不意打ちではなく不意打ち可能性に結び付けられる以上、(行為の違法を前提とする) 有責性原理は排除される。ここで、決定的なのは、表意者の決定自由の危殆化が事業者由来し、事業者支配されている点である。そこで、ここでは、リスク原理あるいは危殆化責任の考え方が妥当することになる。²⁴⁸ そして、そのことから、この撤回権には限定列举主義が妥当することになる。²⁴⁹

訪問販売取引においては、このように、保護の必要性と正当性は認められるものの、その保護が過剰になる場合がある。それはやはり、撤回権が、実際に不意打ちが生じたことを問題とせず、さらに、定型的に不意打ちが生じない特定の契約類型について目的論的制限がなされないからである。²⁵⁰ もっとも、事業者側にとって、撤回権の法的効果は、前提となる状況の定型化によって、「認識可能で、計算可能でありかつ——とりわけ、具体的な撤回についての教示を実施することができることによって——操縦可能」なのであり、このような定型化された保護における過剰は、十分甘受可能なものである。²⁵¹ その帰結として、この定型性から撤回根拠の抑制及び裁判所による法継続形成の限定的態度が求められる。²⁵²

これに対して、撤回権による保護は、法律上規定された定型的な場面のみを規律するのであるから、不意打ちあるいは威圧によって契約が締結された場合であっても、保護の対象とはならない事例が生じる。むしろ、定型化が撤回権の抑制を要請する以上、そのような抑制は必然的に保護の欠缺を作り出す。この場合、撤回権による保護のみで対処するならば、これらの事例では、「望まれぬ契約」からの救済は認められないことになる。したがって、具体的事例における実際の不意打ちの有無に着目する救済手段が求められることになるのである。²⁵⁴ あるいは、撤回権に代わって契約締結上の過失法理を用いた解決を提唱する。²⁵⁵

ここで特筆に価するのは、右のような批判に関わらず、訪問販売取引における撤回権を意思瑕疵の法の重要な付随的法制度である、としていることである。²⁵⁶ Lorenz が問題にするのは、契約締結上の過失法理を用いた解決こそが正道の解決であるにもかかわらず、撤回権による保護が却って契約締結上の過失法理を用いた解決の発展の途を阻害しているというという法事実的な影響である。²⁵⁷ その意味で、Lorenz による撤回権批判は、状況関連型に関する限りでは、契約締結上の過失法理を用いた解決を正当化するためのものであるといえる。²⁵⁸

(2) 消費者信用契約

これに対して、Lorenz は、消費者信用契約のような契約類型関連型の撤回権では、相手方への帰責の要件が放棄されており、正当化できないという。というのも、特定の契約類型についての事業者の市場参加自体は、撤回権を正当化するに値する他者に対する特別な危殆化には当たらないからである。もっとも、割賦販売においては、すぐに支出することなく、あるいはそのような支出が軽減されたうえで、商品をすぐに利用することができる。このことによって生じる消費者の自制心の喪失 (Entnehmung) に着目し、事業者が支払いの猶予を与えることによってそのような

自制心の喪失を帰責可能な形で惹起することに、帰責の契機を見ることが出来るかもしれない。しかし、これも単なる市場参加の問題なのであって、特別な危殆化が存在するといえるものではない。このようにして、消費者信用契約においては、事業者の帰責可能性が否定されるのである。³⁵⁹

このように帰責性の観点から契約解消を基礎付けることができないのに加えて、消費者信用契約における撤回権に關しては、消費者の抜きん出た要保護性も認められない。そのような要保護性は、義務づけに伴う、現実に重大で生存を脅かすような結果によって、認められる場合もある。しかし、そのような利益の優越は個別事例に密接に関連しているため、定型的に把握することはできない。³⁶⁰したがって、撤回権の帰責性は、抜きん出た要保護性という観点から基礎付けることも出来ない。

ただ、売主に対する関係では依然として正当化が困難ではあるが、その保護の必要性自体は認められる、とする。たとえば、割賦販売では、支払いの負担をへ些細なものに見せる効果〈(Vermiedlichungseffekt)〉を伴っており、自らの需要について誤った判断をする危険が存在する。ところが、消費者信用法は、割賦販売法とは異なり、支払猶予の場合にも有償性要件を課している。このため、無償、すなわち利息等の付かない割賦販売においては、撤回権が認められないことになる。その限りにおいて、今度は逆に、保護が制限的になってしまっている。³⁶¹

もっとも、過剰負債の状態は大抵撤回期間を過ぎてはじめて気付くことができるものから、消費者信用法における撤回権は、その点で保護手段としては用をなさない。さらに、契約類型関連的撤回権は、同様の危険性を持つ法律行為のすべてを対象とするわけにはいかない。そのため、立法者は経済の進展に伴い新たな契約類型に新たな撤回権を導入する必要があるということになる。しかし、それは、あらゆる消費者契約を対象とした一般的撤回権への道を開くことになってしまう。³⁶²また、当然ながら、保護の過剰という問題も生じる。訪問販売取引における撤回権におい

ては、不意打ち状況と契約締結との間の因果関係が要求されているが、消費者信用においては、特定の契約類型による契約締結が撤回権という効果にそのまま直結している。そのため、消費者が実際には熟慮のうえで契約したとしても、撤回権を行使することが可能なのである。²⁶³

以上の点から、Lorenzは、²⁶⁴消費者信用契約における撤回権は「現代における債務拘留」の問題の解決に大きな寄与をなすものではないと結論づける。²⁶⁵

三 Canarisの反論

右に見たように多くの有力な論者が、撤回権の法技術的問題性を指摘し、別の法制度、とりわけ取消しや無効、契約締結上の過失に基づく損害賠償を用いた解決を提唱している。そのような中で、Canarisは、これとは異なった態度をとる。

(1) 撤回権についてのCanarisの見解

a 撤回権一般および訪問販売取引における撤回権について

Canarisに拠れば、撤回権は、事実的な決定自由の保護の制度を豊かにするもので歓迎すべきものである。²⁶⁶撤回権が一定期間契約の有効性を否定することが正当といえるのは、決定自由の保護のために方式規定を定立し、それによって私的自治を制限することが原則的に問題ないのと同様である。²⁶⁷つまり、定型化された手段によって決定自由を保護することは、従来の民法の体系から逸脱したものではなく、自由主義的な情報提供モデルに拠って立っているのである。²⁶⁸また、撤回権は、他の救済手段と比べて、より穏やかでより効率的な手段である。つまり、撤回権は、それが

撤回権者への教示の義務と結び付けられ、撤回権者が自らの法的可能性について知られるという点において、B G B 一三八条や契約締結上の過失法理よりも本質的により効率的な保護制度なのである。²⁶⁹ もちろん、訪問販売取引において、その不意打ちの状況に対処するために、B G B 一三四条又は一三八条に基づく無効若しくは契約締結上の過失に基づく契約解消を認めることは可能である。しかし、それよりは、撤回権の付与の方が、本質的により良く両当事者の利益を考慮している。というのも、一方で、要件的には、「不意打ち」が良俗あるいは信義則に反しているものと評価されるのは、かなり重大なものに限られるし、他方で、無効あるいは取消という法律効果は、不必要に広範に及ぶものである。つまり、これらの制度は、要件・効果ともに大掛かりなものだということである。²⁷⁰

そして、撤回権が、具体的に要保護性のない事例において適用され、要保護性のある事例について適用されない点については、要件の側面に関しては法定安定性を、法律効果の側面に関してはその相当性を得ることからすれば、それ程高くつく代償ではないとする。第一に、定型化は、不意打ちをされた者に対する撤回権についての教示の基礎を作り出している。それは、曖昧な一般条項の枠組みにおいては、不可能である。なぜなら、あるのかないのかはつきりしない撤回権について、いわば用心のために、教示することはできないからである。この教示には、二つの利点がある。すなわち、不意打ちを受けた者に法状況を知らせるという点と相手方のために撤回期間の明確な始期を確定することができる点である。このような点からも、両方の側の利益の相当な調整がなされている。²⁷¹ また、要保護性の無い者についてまで保護が及んでしまうという法技術的な問題、「たとえば Wolfgang Zölner や Franz Bydinski のような者さえ、〔彼らが〕撤回権をそれと結びついている容易な約束違反への可能性ゆえに嫌悪しているにもかかわらず、その撤回権を享受すること」も、「必要な定型化の避けられない付随的効果として、」十分甘受されうるものである。²⁷² 訪問販売法における撤回権が、独立した事業の従事として契約を締結する顧客について適用されない点については、

「これらの者は、自らの事業の範囲において、訪問販売取引の場合の特殊な状態も十分に耐える能力があり、かつ必要な場合には望まない契約締結から自ら防衛することができること」、並びにそのような者は、「通常、そのような取引を行うことも頻繁であり、その際経験を待っており、それ故保護が必要であるとは見られない」という立法者の見解を引きつつ、この点にも強い類型化の原因があるとする。すなわち、多くの人間は、自らの職業領域においては、私的領域におけるのよりも頑丈に身を守り、私的領域におけるのよりもそう簡単には言葉巧みに売りつけられることはないのが常である。ここでは、プロに対するノンプロの保護が問題なのである。²⁷⁴

(2) 消費者信用契約における撤回権について

Canaris は、Lorenz が激しく批判する消費者信用契約における撤回権について、以下のように擁護する。

まず、このような契約類型あるいは契約対象に結びついていない撤回権においては、決定自由への特殊な危険がその契約対象に由来しているのが問題となる。割賦販売取引においては、「この唆しは、心理学的に説明がつく。なぜなら、将来になって初めて履行しなければならぬ負債は、現在の楽しみの見返りとして大抵は過小評価されるし、また価額の割賦による分割はこの債務の範囲を覆い隠すからある。」Canaris は、この Heck の言葉を引きつつ、²⁷⁵ 割賦であることから生じるリスクの軽視と実際の支払額の隠匿という効果を重視する。さらに、同じことは、割賦以外の消費貸借や支払猶予にも妥当する。すなわち、借主は、目下の欲求のために浪費することができ一方で、返済義務が将来に残っている。たとえば代金の半分は一年経つまで支払う必要がないというのは、大きな誘惑効果(Verlockungseffekt)を有しているのである。²⁷⁶

ところで、ここでの要保護性は、学説が重視しているところの契約の複雑性のみでは説明が付かない。というのも、

一方では、そのような複雑性は、情報提供義務などによって緩和されているからであり、他方で、消費者信用法の適用外にある事業者も、自営業者や中小の商人においては、複雑な金融関係の事柄について十分な経験を有しているとはいえないからである。そこで、消費者信用法においては、同時に前述の誘惑効果が大きな役割を果たしている。つまり、職業的領域においては、信用を受けることは、通常の経済の当然の措置に属しており、その結果、惹き付けの危険を問題とすることは全く不合理であろうし、その上、この領域では、信用を受けることは原則として（その与信に基づいた事業の遂行によって）更なる価値の創造を可能とすることに役立つものである。それにひきかえ消費は、経済的に見れば、必然的に、消費者にとって価値の費消をもたらすのである。すなわち、消費者信用には、その対象からすでに、法的な保護措置を正当化する特殊な危険が内在しているのである。支払いを後にして今すぐ消費できることは、特に誘惑的に作用しており、これと結びついたリスクは、信用を受けることが文字通り購入した物の「消費」を容易にするのであればいっそう、深刻なものとなる。²⁷⁷ このように、ここでは、契約の複雑性と誘惑効果が協働して規制を基礎づけているわけである。²⁷⁸

次に、Canarisは、リスクが現実化するのが撤回期間の徒過の後であるのが普通であるということを、十分納得のいく反論とは認めない。すなわち、借主が、ともかく少なくとも一定期間、自らに生じた負担とリスクを考量する機会を受けることは、それによって借主が、たとえば自らの現在の財政的支出を合計し、それを推定される収入と照らし合わせ、配偶者と相談をすることなどを可能にする。²⁷⁹ さらに同じ批判は、BGB七六六条、七八〇条以下のような多くの方式要件にも当てはまるが、そうだからといって、これらの規定が、役に立たないものであるとされたり、（形式的）契約自由への不相当な制限であるとして批判されたりはしないだろうとも付加える。²⁸⁰

このようにして、消費者信用契約における撤回権が、当該契約形態の特殊なリスクへの妥当な対応であり、その要

件的定型化は、目指される保護目的の実現からそれ程遠ざかっていないとして、そこにおける「pacta sunt servanda 原則の突破は、事態に即し十分に基礎づけられたものである」と結論づける。²⁸¹

四 小括

往々にして EC (EU) 指令に基づく消費者保護規定の導入は、ドイツの学者たちにとって受け入れ難いもののようである。²⁸²撤回権の導入・拡大もその一例たり得ることは、右の検討で分かったと思う。しかし、ここで、批判者たちが擁護しようとしているのが、単なる事業者側の利益であつたり、産業政策上の配慮そのものであつたりするわけではないことは、重要である。²⁸³むしろそこで着目されていたのは、私的自治の理念の維持である。Zöllner によれば、私法が市民に自己責任を課し続けるべきなのは、福利の増大という功利主義的な根拠だけからではない。すなわち、ある政治的秩序における自由が保障されるのは、独立して事業を営むことが出来るということが法的制限によつて阻害されない場合だからである。²⁸⁴つまり、経済的な独立の可能性が開かれていなければ、政治的な自律は可能とならないのである。確かに、ここからは、撤回権を積極的に評価するにせよ、時として私的自治を過剰に制限することになるという撤回権のもつ諸刃の刃の性格を十分考慮する必要があることが示される。その点でも、撤回権を従来の体系の中にいかに適合的に位置づけるのが、問題となろう。

批判者側も必ずしも、撤回権によつて保護されている消費者の利益がおよそ現行私法秩序において保護に値しない瑣末なものであるとか、現行の民法の体系からはみ出す問題であるとかと考えているわけではない。²⁸⁵それは、撤回権に代わつて、別の制度による解決を主張することからも分かる。彼らが問題としているのは、むしろその法技術的な性格、すなわち具体的に要保護性のない者にも保護が付与される場合が(例外的に)生じることなのである。さらに、

多くの見解は、撤回権によっても保護されない場合が存在し、この点に保護の欠缺が生じることも問題視している。このような批判者たちの主張からは、撤回権が取り組んでいる問題性は、既存の民法上の制度において扱うことができるし、そうすべきであるとの示唆が得られる。つまり、ここでの問題性は、いわゆる「特別私法」の枠内でのみ把握される性質のものではなく、一般民事法において解決が必要とされるものである。

とすると、法政策的には、我々は撤回権から手を引いて、既存の制度での救済の拡大のみを考えればよいのだろうか。撤回権への批判に対して、Canarisの反論は、その法技術的有用性の確認と欠点に対する擁護を、説得的に行なっている。つまり、既存の制度を用いた場合には、要件を過大に設定することになり、あるいは具体的な瑕疵の証明を要することになり、保護のハードルが高くなる面が生じかねない。かといって、要件を緩和しすぎると、これに比して、効果が過大になりすぎるおそれがある。撤回権は、定型化された要件と短かい契約解消期間によって、この問題に巧みに対応しているのである。そもそも、定型化というテクニク自体は、従来の民法典の知らないところではない。Canarisは、その例として方式の強制を挙げている。我が国の民法典について考えても、有効な契約締結に方式の踐成を求めることは、その体系と合致しないものではない。また、制限行為能力制度は、意思無能力の立証を緩和する目的で定型的な保護が与えられていると説明されることが多いし、²⁸⁷さらには意思無能力の前域で機能している側面も有している。²⁸⁸²⁸⁹時効制度も、その存在理由においてこれを実際の権利状態についての証明困難を救済する制度であると解する場合、²⁹⁰制度趣旨に比して適用範囲が広くなっており、その意味で定型化のテクニクが用いられているといえる。これらの制度が定型化というテクニクを用いているからといって、民法に外在的なものだとか、異質なものだとかいわれることはない。²⁹¹その意味で、撤回権がその技術的性格上民法の元来からの体系に馴染まない制度である、ということとは出来ないだろう。

そして、このような理解にしたがえば、撤回権もその独自の領域が認められることになる。もっとも、Lorenz の議論からも分かるように、撤回権において採用され、その本質をなしている定型化という手法は、とりわけ継続形成の局面において、固有の限界も示している。この点については、第三章第一節において具体例とともに検討することにした。次節では、この定型化というテクニックがその法体系上の位置付けにおいてどう考慮され、どのような意味を持つのかを検討する。

63 注

撤回権がいかなる法政策的事情を顧慮して導入されているのかについては、山本・前掲注(28)一七二頁以下、我が国のクーリング・オフに関しては近藤充代「消費者取引類型とクーリング・オフ権」日本福祉大学経済論集八号(一九九四年)二二頁以下。

64

Sonderprivatrecht という概念については、Franz Bydinski, System und Prinzipien des Privatrecht, Wien 1996, S. 415ff. 参照。Karl Larenz/Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, § 1, Fn. 51 は「特別私法の概念を『限定された適用領域についての特別な法律』と Medicus, a.a.O. (Fn. 30), Rn. 13, S. 8 は「個別の職業集団または生活領域にのみ適用されるものの私法の部分」と説明している。Ulrich Preis, Der persönliche Anwendungsbereich der Sonderprivatrechte, ZHR 158 (1994), 567, 569, Fn. 1 によれば「Sonderprivatrecht という概念は、既に Konrad Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 8. Aufl., 1920 § 1 I, S. 1 が用いている(『固有の意味の商法は商または商人の特別私法である』などの定義)。

もっとも、実はこの議論において、肝心の「特別私法」という概念の中身が、不明確である(Dazu z.B. Peter Bülow/Markus Artz, Verbraucherprivatrecht, Heidelberg 2003, S. 12)。以下の叙述では、さしあたり、①適用領域の人的限定と②民法とは異なる固有の原理による正当化を、その本質的要素として考えておく。但し、各論者の紹介においては、必ずしも、この理解に従っていない場合もある。

65

この見解に属するのは、後掲の Reich の見解のほか、Konstantin Simitis, Verbraucherschutz, Baden-Baden 1976; Udo Reifner, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherschuldung, Neuwied/Darmstadt 1979 など多数ある。ただし、こ

ここでは、Reichの見解を中心に見ていくことにする（Reichの見解については、上野達也「特別私法論の展開と民法の再編（一）」——一九七〇年代・八〇年代のドイツにおける消費者法論争を手がかりとして——」論叢一九九卷三三号（二〇〇六年）五九頁以下がある。）。また、このように消費者法説を批判的に検討する Barbara Dauner-Lieb, Verbraucherschutz durch Ausbidung eines Soder-priatrechts für Verbraucher: Systemkonforme Weiterentwicklung oder Schrittmacher der Systemveränderung?, Berlin 1983, S. 108ff. などの消費者法説を Alternativmodelle として Josef Drexl, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers: Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge, Tübingen 1998, S. 29ff. を参考につづける。その他の見解については、たとえば谷本圭子「契約法における『消費者保護』の意義——適用範囲限定に着目して——」立命二八七号（二〇〇四年）二二九頁以下参照。

なお、ここで紹介する消費者法説は、マルクス主義の影響を受けた理論であることがしばしば指摘される（Drexl, a.a.O., S. 25.）。これらの学説の多くは、現在では、ヨーロッパ法の視角からドイツの伝統的な法ドグマティクとの決別を模索している。この点は、Klaus Tonner, Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines europäischen Zivilrechts, JZ 1996, 533 などで表れているが、従前の見解との連続性も一定程度見られる。

以下は、主に Norbert Reich, Markt und Recht, Baden-Baden 1977, S. 179ff. による。

このような使用価値と交換価値の対比という構図は、Karl Marx の資本論「しかもその冒頭に見られる議論（つまり彼の商品論（カー・マルクス）[著] 今村仁司ほか [訳]『資本論第一巻（上）』[筑摩書房、二〇〇五年] 五五頁以下）を容易に想起させるだろう。

この点については、Eike Schmidt, Von der Privat- zur Sozialautonomie: Vorläufige Gedanken zur abnehmenden Gestaltungsstärke konventioneller juristischer Dogmatik im Privatrechtssystem Josef Esser zum 70. Geburtstag am 12. 3. 1980, JZ 1980, 153, 154ff. なども参照。

以下は、特に Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn. 65), S. 109ff. による。

この点は「ジャン・ボードリヤール」[著] 今村仁司／塚原史 [訳]『消費社会の神話と構造』（紀伊国屋書店、一九九五年〔原著、一九七〇年〕）が、生々しいほどの鮮やかさをもって示すところでもある。

この場合の「社会的未経験」とは、上記のような操作によって、十分な情報に基づいても合理的に振舞う能力が存在しない状態を指している（Dauner-Lieb, a.a.O. [Fn. 65], S. 113.）。このように、その限りでは、現在一九九三年一〇月一九日の連邦憲法裁判所決定（BVerfGE 89, 214, 232ff., C II 2 b）を先頭に学説が用いている「構造的劣位」という概念とここで用いられている「構造的劣位」と

- この概念は、内容に相違が認められる（この点については Dieter Reuter, Die Integration des Verbraucherschutzrechts in das BGB, in: Eckart/Delbrück (Hrsg.), Reform des deutschen Schuldrechts, Baden-Baden 2003, S. 99, 104f. 参照。ただし Tonner, JZ 1996, 533, 535 以下に検討する必要がある。）。
- 74 73 Vgl. Reuter, a.a.O. (Fn. 72), S. 101ff.
- Norbert Reich, Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz, ZRP 1974, 187, 188; Norbert Reich/Klaus Tonner/Hartmut Wegener, Verbraucher und Recht: Überholte Konzeptionen, Lücken und Mängel in wichtigen Verbrauchergesetzen und die Praxis der Rechtsprechung, Göttingen 1976, S. 18. Reich の見解は様々な批判が Bydinski, a.a.O. (Fn. 64), S. 723ff. 参照。
- 75 以上のように Reich の見解に拠れば、消費者法は、市場補完的施策と市場補償的施策に分かれ、その中で個別の規律が展開されることになるが、これら相互の関係などについては、よく分からないところが多い。問題となるトピックとして、あるいは用いられる規制手段として論じられるため、全体の体系が提示されているわけではない。
- 76 Vgl. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Fn. 74), S. 23f.
- 77 Reich, ZRP 1974, 187, 189.
- 78 以下については Norbert Reich, Abzahlungsrecht und Verbraucherschutz: Die Neuerungen der 2. Novelle zum Abzahlungsgesetz und ihre Auswirkungen auf die Struktur des Abzahlungsgeschäfts, JZ 1975, 550, 552; Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Fn. 74), S. 175ff.; Reich, a.a.O. (Fn. 67), S. 198ff., 210.
- 79 たゞせば、訪問販売取引における撤回権 (Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. [Fn. 74], S.242) と消費者信用一般における撤回権 (Reich/Tonner/Wegener, a.a.O.) を区別する。
- 80 この点については Wolfgang Zöllner, Die politische Rolle des Privatrechts, JuS 1988, 329, 334 参照。Zöllner の整理 (a.a.O. 333ff.) に拠れば、私的自治の広範な制限を基礎づける理論としては次に次の諸見解が挙げられる (現時点ではやや時代遅れの観があるが、一九九〇年代以前の議論状況を提示する意味で、簡単に紹介する)。その第一の見解は Franz Wieacker のそれ、BGB 制定時とは異なる「社会モデル」における私法の根本の意味変容に基づいて、私法上の権利行使をすべての権利主体による仲間的共同体の目的に収斂せざることを要する。Franz Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1953. 第二は、契約義務を社会的義務として理解して、契約の各場面に波

及ませようとする Peter Derleider の主張である。Gert Brüggemeier/Dieter Hart (Hrsg.), *Soziales Schuldrecht*, Bremen 1987, S. 194ff. における見解で、興味ある提言だが、残念ながら筆者は未見。これに関連して注目すべき見解は、契約関係(それだけでなく近代法上の諸制度)を個人の自由ではなく法秩序に結び付け、その意味で意思に「理性」的な制限を課せようとする Rolf Knieper の議論である (たがえは³⁵ ders., *Dichotomien im Schuldrecht*, in: *Zivilrecht im Sozialstaat* - Festschr. für Professor Dr. Peter Derleider, Baden-Baden 2005, S. 109, 111ff.)。第三の見解が、本文で紹介した Reich の理論である。第四の見解は、とりわけ Hans-Martin Pawlowski の民法総則の体系書にて展開されている。この見解は、変化を被り易い領域を私法から切り離し、社会法のカテゴリーへと割当てようとするものである。そして、そのような領域では、権利行使は、関係する集団の法観念および道徳観念に拘束される(もつと³⁶ Zöllner が、これは伝統的私法にとつてもとりわけ一般条項の領域において、無縁なものとはいえないこと³⁷)。Pawlowski の見解について、Allgemeiner Teil des BGB: Grundlehren des bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., Heidelberg 2003, § 1 I 2 b, Rn. 19, Ludwig Raiser は、第五の見解を主張しつつも、それに拠れば、法秩序は「社会の定型的生活領域の公共性の程度に応じた機能領域に基いて区別される (Die Zukunft des Privatrecht, Karlsruhe 1971, insbesondere S. 24ff.)。第六の見解として挙げられるのが、力の不均衡を理由とする特別私法の理論である。この理論については、上野達也「特別私法論の展開と民法の再編(二)・完——一九七〇年代・八〇年代のドイツにおける消費者法論争を手がかりとして——」論叢一五九巻五号(二〇〇六年)四四頁以下参照。その典型例は、労働法であると考えられる。Zöllner 自身は、これらいずれの見解も退けるのであるが、この点については、後述する。

81

Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Fn. 74), S. 176f.

82

Fuchs は、このように考えた場合、消費者は自己の有する撤回権を放棄することはできないという結論に至ることになる (AcP 196

83

[1996], 313, 335³⁸ らが³⁹一般民事法の原理によつて正当化されない撤回権も、この見解に拠れば正当化可能であると主張している (Ygl. Stephan Lorenz, *Die Lösung vom Vertrag, insbesondere Rücktritt und Widerruf*, in: *Reiner Schulze/Hans Schulze-Nölke* (Hrsg.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen 2001, S. 329, 348)。

84

Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Fn. 74), S. 244 が約款を利用した契約について撤回権を認めようを提唱するの⁴⁰、その現れは⁴¹その理解は⁴²その⁴³Reich の見解に拠れば、約款の問題も消費者問題である。この点について a.a.O. S. 178ff. のほか、Norbert Reich/Klaus Tonner, *Neue Tendenzen im Verbraucherschutz gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (AGB) (I): dargestellt am finanzierten Abzahlungskauf, am Maklerrecht und am Reiseveranstaltungsvertrag, DB 1974, 1146f. Begr. RegE, BT-Drs. 10/2876, S. 7.

- 96 保証や債務引受に関する一連の事件などがその例である。これについては、『憲法学の観点から、小山剛「基本権保護の法理」(成文堂一九九八年)二八七頁以下参照。
- 97 その他の最近の経済法・消費者法・労働法上の諸規範もそのような制度として理解されることになる (Fuchs, AcP 196 [1996], 313, 329)。
- 98 以上の議論の射程は、消費者保護撤回権以外の法定撤回権にも及ぶ。この点につき、Fuchs, AcP 196 (1996), 313, 330 参照。
- 99 Reiner, AcP 203 (2003), 1, 8.
- 100 Caroline Meller-Hannich, Vertragslösungsrechte des Verbrauchers aus dem BGB: Geschichte und Gegenwart, Jura 2003, 369, 375:「そのようなわけで、撤回権の目的は、消費者の私的自治の制限なのではなく、その保障なのである。」
- 101 Canaris, AcP 200 (2000), 273, 344.
- 102 Larenz/Wolf, aa.O. (Fn. 94), § 39 Rn. 20, S. 718.
- 103 近年では、契約的連帯という立場から撤回権(但し、そこで扱われているのは、オーストリア法上の解除権である。実質的には撤回権と同視してよい。)をはじめとする消費者保護制度を説明するものとして、Lutger, aa.O. (Fn. 40), S. 58ff, 128ff. がある。
- 104 議論の全体像については、池田・前掲注(28)における注、今西・前掲注(28)、潮見佳男「ドイツ債務法の現代化と日本債権法学の課題」同『契約法理の現代化』(有斐閣、二〇〇四年〔初出、二〇〇一年〕)三三九頁以下、佐藤啓子「人としての消費者」名法二〇一号(二〇〇四年)四五九頁参照。以下の記述も、これらに負うところが大きい。
- 105 Werner Flume, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung: Die Änderungen des BGB durch das Fernabsatzgesetz, ZIP 2000, 1427f. 佐藤・前掲注(104)四六七頁以下。
- 106 Flume, ZIP 2000, 1427, 1431f. ただし、「三条および一四条が「自然人」の節に挿入されたのは、連邦議会の法務委員会の段階であった。この点については、佐藤・前掲注(104)二六三頁以下、債務法現代化の際にこの説の題名が改められた点については、同四六四頁以下。
- 107 Pawlowski, aa.O. (Fn. 80), § 2 II 3 d, Rn. 222a は、「三条、一四条によつてこれらの概念を詳しく規定しようとする試みを歓迎し、かつする者も、これらの規定が、人の法あるいは身分法 (Personen- oder Statusrecht) ではなく、債務法に関連付けられたものであることを確認する点で、Flume に賛成しなければならぬ」といふ。
- 108 Herbert Roth, EG-Richtlinien und Bürgerliches Recht, JZ 1999, 529, 531.

- 109 Herbert Roth, Das Fernabsatzgesetz, JZ 2000, 1013, 1014.
 110 Medicus の見解については、川角由和「消費者保護における『消費者』概念と自己決定——わが国の学説・判例をてがかりに——」松
 本博之／西谷敏『編』『現代社会と自己決定——日独シンポジウム』（信山社、一九九七年）三三六頁以下参照。
 111 Dieter Medicus, Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz - behutsame Weiterentwicklung oder Systemwechsel?, in: Barbara
 Dauner-Lieb, usw. (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis : Akzente - Brennpunkte - Ausblick, Köln, u.a. 2003, S. 61, 69f.
 112 この点については、特に Dieter Medicus, Was ist ein Verbraucher?, in: Hans-Georg Leser/Tamotsu Isonura (Hrsg.), Wege zum
 japanischen Recht - Festschrift für Zentaro Kitagawa zum 60. Geburtstag, Berlin 1992, S. 471「同篇については、川角・前掲注
 (11) に詳し」。
 113 Dieter Medicus, Schutzbedürfnisse (insbesondere der Verbraucherschutz) und das Privatrecht, JuS 1996, 761, 766f.
 114 Medicus, a.a.O. (Fn. 111), S. 70.
 115 Medicus, a.a.O. (Fn. 112), S. 486 は「消費者とは誰のことなのか?」ではなく「誰がいかなる状況において特別な保護を必要とす
 るのか?」が問われるべきであり、「そのことは、結局は、既に数千年来なされてきた正しい法 (richtiges Recht)」つまり正義につ
 いての問いであるに『過ぎない』のである。」と述べる。
 116 ただし、Medicus の二〇〇三年時点での評価は、両者の異質性も認めている。この点は、Medicus, a.a.O. (Fn. 111), S. 68f. も参照。
 MünchKomm/Micklitz, 5. Aufl. 2006, Vor §§ 13, 14 Rn. 1, 15, 16 はかに、この改正による実質的変化を指摘するものとして、
 Klaus Tonner, Das neue Fernabsatzgesetz - oder: System statt „Flickenteppich“, BB 2000, 1413, 1414 があり、その中で「消費
 者法は、これによって立法者による象徴的承認を経たのである：消費者法を BGB という『軸足』に並ぶ『遊びの足』と捉え (Stüner)」、
 あるいは単なる『怪人』と捉えることは (Dreher)「これによっておそらく時代遅れであるといってしまうだろう。」と喜びの弁が語ら
 れている。
 118 したがって、労働法をモデルとした構造的な力の不均衡状態に対応するものではない。この考え方によれば、確かに、消費者法の B
 GB への統合で、すべての市民に同じように包括的に適用される BGB というイメージが覆され、特別法が民法的思考にとってのモ
 デルとなり、民法の視座転換がもたらされることになる。そして、消費者／事業者概念が民法総則の権利主体の節に置かれているこ
 とは、そのようなイメージを与える。Reuter, a.a.O. (Fn. 72), S. 103.
 119 Reuter, a.a.O. (Fn. 72), S. 104f. 108

- 120 Lorenz, Jus 2000, 833, 843.
- 121 Peter Mankowski, Schwebende Wirksamkeit unter § 361a BGB - Problem, Reaktionsmöglichkeiten, Kritik und Korrektur - (I), WM 2001, 793, 796ff.
- 122 Heinrich Honsell, Einige Bemerkungen zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, JZ 2001, 18, 19.
- 123 Jürgen Schmidt-Räntsch, Reintegration der Verbraucherschutzgesetze durch den Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: Reiner Schulze/Hans Schulte-Nölke [Hrsg.], Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001, S. 169, 172f.
- 124 オーストリアでは消費者動産売買指令が主にA B G Bにおいて転換されており、消費者保護法は品質保証などについて規律している点に、また、ヨーロッパ消費者法とオーストリア消費者法の関係については、Brigitta Lurger/Susanne Augenhofer, Österreichisches und europäisches Konsumentenschutzrecht, 2. Aufl., Wien [u.a.] 2005 参照。
- 125 H. Roth, JZ 1999, 529, 533.
- 126 本文に挙げるものは、Lorenz, a.a.O. (Fn. 82), S. 353が「基本的に歓迎する」とする。
- 127 Möllers, JZ 2002, 121, 134 und 129.
- 128 Möllers, JZ 2002, 121, 130f.
- 129 Thomas Pfeiffer, Die Integration von „Nebengesetzen“ in das BGB, in: Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform: Zum Diskussionsentwurf einer Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz, Tübingen 2001, S. 481, 521f.
- 130 Pfeiffer, a.a.O. (Fn. 129), S. 489ff. 原理的抵触の有無については、後述するCanaris, AcP 200 (2000), 273, 360ff. の見解に近いの、根拠については、省略する。その他の論拠についても、興味深い指摘があるが、本稿の主題からはやや逸れるので、こゝに紹介することはない。関連箇所でも部分的に採り上げるにとどめる。
- 131 Heinrich Dörner, Die Integration des Verbraucherrechts in das BGB, in: Reiner Schulze/Hans Schulte-Nölke [Hrsg.], Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001, S. 177ff.
- 132 この点については、潮見・前掲注(104)三九六頁以下。潮見教授は、これを「近代の上に構築された現代」と評している。
- 133 であるとする、むしろ歴史的B G Bと現在のB G Bの構想の異同が問題となるわけであるが、この点は、別途検討することにした。

150 149 148 147 146 145 144 143 142 141 140 139 138 137 136 135 134
い。
潮見・前掲注(104)三九七頁。
ここで採り上げるのは、消費者法と一般民事法の関係を主題とする最近の学位論文などに限る。これら以外にも多くの論稿がこの点
を検討しており、本稿でもすでにその一部を採り上げている。
Drexl, aa.O. (Fn. 65). この論文については別途詳細に紹介・検討する機会を持ちたいと考えているので、ここでは本稿の考察に必
要な範囲で概観するにとどめる。Drexlの見解については、この中に ders., JZ 1998, 1046; ders., Verbraucherschutz - Allgemeines
Privatrecht - Handelsrecht, in: Peter Schlechtriem (Hrsg.), Wandlungen des Schuldrechts, Baden-Baden 2002, S. 97. (翻訳
して、半田吉信「訳」『消費者法一般私法商法』ペーター・シュレヒトリウム【編著】『ヨーロッパ債務法の変遷』(信山社、二〇〇七
年)一〇九頁以下)を参照。
Drexl, aa.O. (Fn. 65), S. 7ff.
Drexl, aa.O. (Fn. 65), S. 283.
Drexl, JZ 1998, 1046, 1051.
Drexl, aa.O. (Fn. 65), S. 282f.
Drexl, aa.O. (Fn. 65), S. 288f.
Drexl, aa.O. (Fn. 65), S. 293ff.
Drexl, aa.O. (Fn. 65), S. 296ff.
Drexl, aa.O. (Fn. 65), S. 289, 303ff.
Drexl, aa.O. (Fn. 65), S. 283.
Drexl, aa.O. (Fn. 65), S. 289ff.
Drexl, aa.O. (Fn. 65), S. 449ff.
München 2000, § 1 Rdn. 35f.
Canaris, AcP 200 (2000), 273, 360.
あらゆる者は消費者であり、消費者法の大部分は、現代的な大量取引の状況への BGB の契約法の基礎への適応でもある(消費者法

の大部分が特別法として存在していた頃に既にLarenz/Wolf, a.a.O. (Fn. 64), § 1 Rn. 63, S. 61ff. は「消費者法を一般私法の一部である」と見ていた。

Canaris, AcP 200 (2000), 273, 360f.

Caroline Meller-Hannich, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht: private Freiheit und staatliche Ordnung, Tübingen 2005.

Meller-Hannich, a.a.O. (Fn. 152), S. 145ff., 319.

Zusammenfassend, vgl. Meller-Hannich, a.a.O. (Fn. 152), S. 46ff.

Meller-Hannich, a.a.O. (Fn. 152), S. 13ff.

この点がより鮮明に現れるのは「団体訴訟の場合である」。この点については「Meller-Hannich, a.a.O. (Fn. 152), S. 276ff. ドイツの団体訴訟については、たとえば、高田昌宏「ドイツの消費者団体訴訟制度——消費者団体訴訟制度の原点」ジュリー三三〇号（二〇〇六年）一二頁以下参照。

したがって「上述のFlumeの批判のうち消費者概念が事業者ではない売主等にも及んでしまうという指摘は、当を得たものではない」ということになるだろう。

Meller-Hannich, a.a.O. (Fn. 152), S. 120ff.

Meller-Hannich, a.a.O. (Fn. 152), S. 140ff.

Meller-Hannich, a.a.O. (Fn. 152), S. 123.

Meller-Hannich, a.a.O. (Fn. 152), S. 130.

Meller-Hannich, a.a.O. (Fn. 152), S. 132f.

Meller-Hannich, a.a.O. (Fn. 152), S. 134ff.

Meller-Hannich, a.a.O. (Fn. 152), S. 145.

Meller-Hannich, a.a.O. (Fn. 152), S. 320.

Meller-Hannich, a.a.O. (Fn. 152), S. 150.

Meller-Hannich, a.a.O. (Fn. 152), S. 151f.

Meller-Hannich, a.a.O. (Fn. 152), S. 154, 161f. この場合に消費者に与えられる撤回権が、どのような性格のものとして理解されているのかについては、第四節において採り上げる。

- 176 Meller-Hannich, a.a.O. (Fn. 152), S. 178f.
 このような消費者法理解とは異なる見解を主張する学説については、ここでは検討できなかった。少なくともドイツ消費者法の現状を理解するためにはそのような見解も見ておく必要があるのだが、本稿は、ドイツでの撤回権の理解についての学説等から示唆を得ることが目的であり、その目的に資する見解について見ておくことでさしたりは十分であると考えている（また、筆者の能力等の関係上、それが限界でもある）。多少恣意的な面もあるが、ご海容願いたい。
- 171 発想の源は異なるが、伊藤滋夫教授が消費者契約法における消費者性の要件事実に関して、消費者は原則として個人であることを主張立証すればたり、事業者はこれに対して相手方の事業目的を抗弁として提出しなければならないとの見解の可能性を提示している点（「消費者契約法要件事実研究会・議事要旨」法科大学院要件事実教育研究所報六号（二〇〇八年）三二頁以下、大変興味深い。この点についてはさらに、「各パネリストの報告テーマ・提案趣旨・報告骨子——平成一九年二月一日開催・消費者法要件事実研究会——」法科大学院要件事実研究所報六号（二〇〇八年）六九頁以下およびそれに関連する質疑参照。
- 172 この点についての理解が不明瞭になるのは、消費者と事業者の定義がBGBの人格についての部分でなされていることにも起因するだろう。両定義は単に「消費者契約」という一締結状況に着目した契約範疇を定義するためのものに過ぎない。したがって、BGBの態度がありうる唯一の態度ではない。この点につき、オランダ民法典七・五条一項は、「消費者売買契約」の定義を売買の章で行なっており、その定義は消費者・事業者という概念を用いていないのは、興味深い立法例である。
- 173 Larenz/Wolf, a.a.O. (Fn. 64), § 39 Rn. 9, S. 323. 類推一般における法規定の原理あるいは ratio legis の重要性については、広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』（有斐閣、一九九七年）Franz Bydinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien [u.a.] 1982, S. 475f. また Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin [u. a.] 1991, S. 386 を参照。
- 174 Larenz/Wolf, a.a.O. (Fn. 64), § 42 Rn. 6ff., S. 755f.; Dieter Heinrich, Verbraucherschutz: Vertragsrecht im Wandel, in: Festschrift für Medicus, S. 199ff. Neumann, a.a.O. (Fn. 49), S. 74, 98ff. における三つを並べ、知的劣位 (intellektuelle Unterlegenheit) を挙げる。これは「意思決定のための経済的基礎（価格と品質の関係）や法的问题、自らの経済状況についての判断能力に関わる。Reiner, AcP 203 (2003), 1, 8; Larenz/Wolf, a.a.O. (Fn. 64), § 39 Rn. 23, S. 718. に対して von Köpff, WM 2001, 1360, 1367 は「これを認めるようにも見えぬ：すなわち、撤回権は、経済的に又は知性的に弱い立場に立つ契約当事者に「不正な」契約を解消する可能性を与えるものである」と。
- 175 Reiner, a.a.O. 民法上は、約款規制等によってその劣位が濫用されないよう配慮すべきこととなる。Vgl. Larenz/Wolf, a.a.O. (Fn.

- 64), § 42, Rn. 7, S. 755f.; Henrich, a.a.O.(Fn. 174), S. 201.
- Larenz/Wolf, a.a.O. (Fn. 64), § 42 Rn. 46, S. 767.
- Begr. RegE, BT-Drs. 10/2876, S. 6.
- その異論のなご見解であるが、代表的な体系書および注釈書のほか幾つもの論文を挙げる。次のようなものがある: Larenz/Wolf, a.O. (Fn. 64), § 39 Rn. 11, S. 715f.; Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin 2006, Rn. 548, S. 279; Staudinger/Gregor Thising, 2005, Vor. §§ 312, 312a, Rn. 12; MünchKomm/Andreas Masuch, 5. Aufl., 2007, § 312 Rn. 1; Soerger/Wolf, 12. Aufl., HWiG Einl. Rn. 2; Bamberger/Roth/Ann, 2003, § 312 Rn. 1; Ermann/Ingo Saenger, 11. Aufl., 2004, § 312 Rn. 2; Drexel, a.a.O. (Fn. 65), S. 312ff.; Meller-Hannich, a.a.O. (Fn. 152), S. 136; Mankowski, a.a.O. (Fn. 27), S. 224.
- Larenz/Wolf, a.a.O. (Fn. 64), § 39 Rn. 15, S. 716f.
- Vgl. Larenz/Wolf, a.a.O. (Fn. 64), § 39 Rn. 17, 21, S. 717, 718.
- Larenz/Wolf, a.a.O. (Fn. 64), § 39 Rn. 11, S. 716.
- BGH NJW 1996, 930; Hans-Werner Eckert/Jan Maifeld/Michael Matthiessen, Handbuch des Kaufrechts: Der Kaufvertrag nach Bürgerlichem Recht, Handelsrecht und UN-Kaufrecht, München 2007, Rn. 142, S. 66. 補注に Begr. RegE, BT-Drs. 10/2876 の註明のなごあるのがある。
- Drexel, JZ 1998, 1046, 1052; Meller-Hannich, a.a.O. (Fn. 152), S. 136.
- その典型な、保証契約への訪問販売法一条の適用の可否を巡る問題である。
- Drexel, JZ 1998, 1046, 1052.
- Begr. RegE, BT-Drs. 14/2658, S. 15f.; Fikentscher/Heinemann, a.a.O. (Fn. 179), Rn. 551, S. 281; MünchKomm/Christiane Wendehorst, 5. Aufl. 2008, § 312d, Rn. 1; Mankowski, a.a.O. (Fn. 27), S. 235f.
- Henrich, a.a.O.(Fn. 174), S. 188
- Begr. RegE, BT-Drs. 11/5462, S. 21.
- その異論のなご見解であるが、代表的な体系書、代表的な注釈書および論文を挙げる。次のようなものがある。Larenz/Wolf, a.a.O. (Fn. 64), § 39 Rn. 18, S. 717; MünchKomm/Jan Schünbrand, 5. Aufl. 2008, § 495 Rn. 2; Fuchs, AcP 196 (1996), 313, 350f.; Stephan Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag: eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschluss-

- kontrolle im geltenden Recht, München 1997, S. 174.
- 191 Larenz/Wolf, aa.O. (Fn. 64)
- 192 Drexler, aa.O. (Fn. 65), S. 324f.; Mankowski, aa.O. (Fn. 29), S. 239.; Meller-Hannich, aa.O. (Fn. 152), S. 139.
- 193 Neumann, aa.O. (Fn. 49), S. 100f.
- 194 Lurget, aa.O. (Fn. 51), S. 37f.
- 195 Mankowski, aa.O. (Fn. 29), S. 238. 山本・前掲注 (28) 一七八頁以下。
- 196 Medicus, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, in: Bundesminister der Justiz [Hrsg.], Gutachten und Vorschläge zur
Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, Köln 1981, S. 523f.; Larenz/Wolf, aa.O. (Fn. 64), § 39 Rn. 17, S. 717 (Vgl. Karl Larenz/
Mantfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., München 1997, § 39 Rn. 17, S. 726); Lorenz, aa.O. (Fn. 190),
S. 204f.
- 197 Mankowski, aa.O. (Fn. 29), S. 238f., 1168.
- 198 Larenz/Wolf, aa.O. (Fn. 64), § 39 Rn. 17, S. 717.
- 199 多くの学説は、一時的居住権契約において撤回権が認められる理由について、契約対象の複雑性のほかに、契約締結時における不意
打ちからの保護を挙げる (たとえば、MünchKomm/Martin Franzen, 5. Aufl., 2008, § 485 Rn. 1. Meller-Hannich, aa.O. [Fn. 152],
S. 138.)。しかし、それは、この規制が導入される契機となった事象であっても、それを正当化するための要素とはいえない。なぜな
ら、一時的居住権契約における撤回権は、どのようにして契約が締結されたのかを要件とはしていないからである。
- 200 ドイツでは、法技術の異質性が撤回権の妥当性そのものに疑問を突き付ける形になっているが、我が国では、法技術の異質性が原理
の異質性を帰結し、民法典と撤回権をあたかも互いに異なる惑星の問題であるかの如く扱うことをもたらしている。
- 201 Dauner-Lieb, aa.O. (Fn. 65). Dauner-Liebの見解の概要に関しては、谷本・前掲注 (65) 二四二頁以下、上野・前掲注 (80) 三三
頁以下で紹介されている。本稿に関連する限りで要点のみを採り上げる。
- 202 Dauner-Lieb, aa.O. (Fn. 65), S. 108ff.
- 203 Dauner-Lieb, aa.O. (Fn. 65), S. 63ff.
- 204 Dauner-Lieb, aa.O. (Fn. 65), S. 106f.
- 205 Dauner-Lieb, aa.O. (Fn. 65), S. 78.

207 206

Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn. 65), S. 80f., 118 Fn.47.

Medicus の提案については、a.a.O. (Fn. 196), S. 522ff. 規定の位置については、S. 533f. 田谷峻『契約交渉上の過失』に関するメディクス の鑑定意見』下森定ほか〔編著〕『ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』（法政大学現代法研究所、一九八八年）二二頁以下が、これを紹介している。骨子は次の通りである：改正提案三〇五条 a が撤回権の要件を定めており、その一項は、契約締結の際に不意打ちされた当事者が撤回権を有することと不意打ちが推定される場合を列挙し、二項が UWG 一条および三条に違反する宣伝手段によって契約が締結された場合に撤回権が生じる旨を規定する。三〇五条 b は撤回権の行使について規定しており、これによれば撤回期間は、撤回権者が自らの撤回権について知った時から一週間である。三〇五条 c は撤回権の効果についての規定である。三〇五条 d によれば、撤回権者の不利となる合意は無効である。

208

Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn. 65), S. 119.

209

Staudinger/Günter Weick, 2004, § 13 Rn. 4;

210

Vgl. Singer, a.a.O. (Fn. 88), S. 28ff.; Christoph Heinrich, Formal Freiheit und material Gerichtigkeit, Tübingen 2000, S. 195ff.

211

この点については、むしろあたり前掲注 (96) とその本文参照。

212

Zöhlner の立場の深くに根拠しているものは、Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert, ACP 188 (1986), 85 ff. 次のように自らを描写している点から伺える：「戦争と戦争直後の窮乏を経験し、それに劣らず、ユダヤ人が通りで星（のワッペン）を携行しなければならなかった様子を、自ら羞恥心を持って見ていたナチ時代の恐怖を経験し、アメリカの進駐とその後に訪れた戦争の終結を重大な解放、しかも戦争の危険からの解放だけでなく、とりわけ政治的抑圧からの解放であると感じた」市民（Bürger, Zivilisten）も。

213

同じように訪問販売取引における撤回権が、「成人たる市民」という像と一致しないことを意見として、Karl Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Recht, 7. Aufl., München 1989, §3 II b, S. 58; Gernhuber, WM 1998, 1797 以下 1800。

214

Zöhlner, JuS 1988, 329, 332f.

215

Zöhlner, JuS 1988, 329f., 336. それにより、いわば私法の権力分立的機能が存在することになるが、この点については、Bydlinski, a.a.

216

O. (Fn. 64), S. 53ff. や契約自由の民主主義的機能を語る Claus-Wilhelm Canaris, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, 993, 994f. 参照。Zöhlner へ Canaris は、

217

表面的な見解の相違にもかかわらず、その考え方の基礎に Franz Böhm の Privatrechtsgesellschaft (Privatrechtsgesellschaft und

- 216 Marktwirtschaft, ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft 17 [1966], 75) がある。並びに共通している。
 216 については「Zöllner の一貫した態度である。ただし、この一九八八年論文のほかに、Zöllner, Privatautonomie und Arbeitsverhältnis: Bemerkungen zu Parität und Richtigkeitseigenschaft beim Arbeitsvertrag, AcP 176 (1976), 221, 237ff., ders., Inhaltsfreiheit bei Gesellschaftsverträgen, in: Festschr. 100 Jahre GmbH-Gesetz, Köln 1992, S. 85, 113ff.; ders., Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht: Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen, AcP 196 (1996), 1, 15ff. などがある。ただし、念頭に置いている議論の相違に応じて、その論拠の力点も微妙に異なっているように見える。」
 217 Zöllner, JuS 1988, 329, 335. しかし、労働法や住居賃貸借法においてもそのような場合を超えた規制が存在する場合には「これを批判している。」
 218 Wolfgang Zöllner, Die Bürgschaft des Nichtunternehmers, WM 2000, 1. については採り上げられている議論の全体像については、後述する。
 218 Zöllner, WM 2000, 1, 3.
 220 Zöllner, WM 2000, 1, 3f. において、撤回権がたどる傾向性を予測している点が、興味深く本稿にとっても示唆的であるので、この点についておもう：「このような新しい形象に基づく法展開は、常に次のように進んでいく。すなわち、まずは比較的狭く解釈され、類推の代わりに反対解釈 (argumentum e contrario) が主張される。次第に解釈が拡大され、ついには類推が行われる。そうでなくとも、反対解釈は方法論的形象として衰退していく。」
 221 Zöllner, WM 2000, 1, 4.
 222 Zöllner, a.a.O.
 223 BGHZ 71, 358; 93, 264.
 224 MünchKomm/Ulmer, Vor § 1 Rn. 24; 註については、Walter Hadding/Franz Häuser, Die zivilrechtliche Reichweite des Verbots der Vermittlung und des Abschlusses von Darlehensverträgen im Reisegewerbe, WM 1984, 1413; Klaus J. Hopt, Die Nichtigkeit von Darlehensverträgen bei Abschluß oder Vermittlung, NJW 1985, 1665. 以下は三田孝の解説書の中での議論を註する。
 Claus-Wilhelm Canaris, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, Heidelberg 1983, S. 36ff. を参照。
 Staudinger/Olaf Werner, Vorbem. zum HWiG, Rn. 37.
 225 Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 123, Fn. 191 は、そのようなものとして次の判決を挙げる：稼資調達契約 (Aussteueranschaffungsver-

trag) に関するBGH, NJW 1982, 1455及びBGH, NJW 1982, 1457¹¹⁰○○○の家具の注文に関するBGH, ZIP 1988, 582並びに老年の心身に障害を負う者に不要不急の資力にも見合わない家屋塗装契約を性急に決心させた事例であるOLG Frankfurt, NJW-RR 1988, 501¹¹¹。また¹¹² MünchKomm/Christian Armbruster, 5. Aufl., 2006, § 138, Rn. 13は¹¹³ 訪問販売状況それ自体では良俗違反を基礎づけるものではないが、良俗違反の判断において必要とされる総合衡量の範囲内(Rn. 30) 他の事情とともに良俗違反を導くことがあるとしたうえで¹¹⁴ Rn. 123において、訪問販売状況における締結された家具売買契約を良俗違反としたBGH NJW 1988, 1373を適切なものとして引用し、訪問販売状況を、必要とされる総合衡量の範囲内で良俗違反性についての徴表として引き合ふに出すことができる旨指摘する(この記述は、本条の前任の執筆者であるTheo Mayer-Malyのものと同旨である¹¹⁵)。

BGH, NJW 1988, 1373, 1378.

Lorenz, a.a.O.

229 228 227
Peter Gottwald, Die Haftung für culpa in contrahendo, Jus 1982, 877, 882. LG Landau, MDR 1974, 41. この見解は、訪問販売法の制定以前のものと異なる¹¹⁶。

231 230
Staudinger/Olaf Werner, Vorbem. zum HWiG, 2001, Rn. 40.

Bydlinski, a.a.O. (Fn. 64), S. 708. Bydlinskiの見解にもとづいて、大久保邦彦「消費者法の体系的独立性」神戸学院法学三一巻四号(二〇〇二年)二二頁以下が、消費者法の体系的独立性に疑問を呈する。Bydlinskiの見解の全体像については、同稿およびホセ・ヨンペルト「私法の体系と諸原理——Franz BydlinskiのSystem und Prinzipien des Privatrechtsを読んで——」上智法学論集四〇巻三号(一九九六年)一七七頁を参照。本稿では、これを前提に撤回権に関わる部分のみを見ることにする。

Bydlinski, a.a.O. (Fn. 64), S. 741ff, insb. 749. 「情報提供原理」である。大久保・前掲注(231)五三頁。

233 232
Bydlinski, a.a.O. (Fn. 64), S. 750ff, insb. 767. 「規制原理 (Kontrollprinzip)」(第一三二原理)である。大久保・前掲注(231)五三頁以下。

Bydlinski, a.a.O. (Fn. 64), S. 718ff, 734, 766. 詳細については、大久保・前掲注(231)二五頁以下を参照。

235 234
この問題とされているのは、厳密にはオーストリア消費者保護法(KSchG)上の解除権(三条一項)であるが、これは機能的には撤回権と同じものである。消費者保護法三条の解除権については、増成牧「オーストリア消費者保護法におけるクーリング・オフ」六甲台論集三四巻三号(一九八七年)一四七頁以下、オーストリアの撤回権については、山本・前掲注(28)二四七頁以下参照。
Vgl. Bydlinski, a.a.O. (Fn. 64), S. 726. 大久保・前掲注(231)二七頁。

- 238 237 Bydlinski, a.a.O. (Fn. 64), S. 733f., und Fn. 838.
 Bydlinski, a.a.O. (Fn. 64), S. 730. 我が国では、伊藤滋夫教授が、要件事実論的分析に基づいて、事業者側には情報格差・交渉力格差があるとはいえない特段の事情があることを抗弁として、主張立証することが出来る」とするものが、これと接合可能な見解である（伊藤滋夫『要件事実の基礎——裁判官による法的判断の構造』（有斐閣、二〇〇〇年）四二頁以下）。もっとも、伊藤教授は、消費者概念を否定しているわけではなく、むしろこれを前提とした議論である点で大きく異なる。この点についての伊藤教授の見解については、さらに前掲注（171）七二頁以下（執行秀幸報告）およびこれに対応する質疑における伊藤教授の発言（同三九頁から四一頁）も参照。
- 240 239 Bydlinski, a.a.O. (Fn. 64), S. 734f.
 大久保・前掲注（231）は、Bydlinskiの見解を我が国の「交渉力アプローチ」に当たる見解として紹介している。また、大村・前掲注（2）一八頁以下およびこれと併せて同「民法と民法典を考える」『法典・教育・民法学』（有斐閣、一九九九年〔初出、一九九六年〕八八頁以下が、異なる視点だが重要な指摘を行なっている。
- 241 Lorenz, a.a.O. (Fn. 190). 同書に関しては、契約締結上の過失責任について論じる部分が藤田寿夫「取引交渉過程上の法的責任」伊藤進ほか『編』『現代取引法の基礎的課題——椿寿夫教授古稀記念』（有斐閣、一九九九年）五三三頁以下などにおいて紹介されているが、興味深い議論にもかかわらず未紹介である部分も多い。撤回権に関する部分もその一例である。
- 242 ただし、ここで問題となっているのは、基本権保護の過剰と過少ではない。その意味で、これらの制度の基本法適合性あるいは立法者がこのような制度を創設することができるといった基本法上の問題が問われているのではなく、あくまで法政策上の問題があるに過ぎない。Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 211.
- 243 Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 32ff. 基本的な立場は、Franz Bydlinski, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes*, Wien/New York 1967, S. 66ff., 131ff., 1348⁸⁰. この点に関する Bydlinski の見解の全体については、山下末人『法律行為論の現代的展開』（法律文化社）七四頁、大久保・前掲注（231）四八頁以下参照。
- 244 Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 38ff.
 これら三つについては、Claus-Wilhelm Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München 1971, S. 468ff. 以上についての詳細な検討はここでは断念し、ここでは、撤回権には帰責性が必要であるという点に関連する最小限の事柄に言及するにとどめる。これらの帰責原理については、多田利隆『信頼保護における帰責の理論』（信山社、一九九六年）、とりわけ二四七頁

以下が包括的な検討を行っており、最近では Andreas Wiebe, Die elektronische Willenserklärung: Kommunikationstheoretische und rechtsdogmatische Grundlagen des elektronischen Geschäftsverkehrs, München 2002, S. 140ff. が電子取引を素材として興味深い再検討を加えている。

この点は、Begr. RegE, BT-Drs. 10/2876, S. 8 において明確にされている。

Lorenz, aa.O. (Fn. 190), S. 164f. Lorenz の危殆化責任論は、(その注から推察するに)基本的に Karl Larenz/Claus Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, II/2, 13. Aufl., München 1994, § 84 I, S. 599ff. に拠っているようである。ドイツにおける危殆化責任論に関する我が国の文献としては、不法行為について、五十嵐清「ドイツにおける不法行為法の発展——危険責任を中心に」鈴木禄弥ほか『編』『概観ドイツ法』(東京大学出版会、一九七一年)一九五頁以下、浦川道太郎「ドイツにおける危険責任の発展(一)〜(三)・完」民商七〇巻三号四四八頁以下、四号六〇一頁以下、五号(一九七四年)七七三頁以下、同「ドイツ危険責任法の基礎——ドイツ民法典の成立と危険責任の展開——比較法字一一巻二号(一九七六年)八一頁以下、増田栄作「ドイツにおける民事責任体系論の展開(一)〜(三)・完——危険責任論の検討を中心として」立命一九九四年五号一〇七〇頁以下、一九九五年一号九七頁以下、一九九五年二号四〇五頁以下、同「ドイツ危険責任法理の現状」『中川淳先生古希記念論文集・民事責任の規範構造』(世界思想社、二〇〇一年)一九三頁以下、橋本佳幸「責任法の多元的構造」(有斐閣、二〇〇六年〔初出、二〇〇二年〕一六六頁以下など参照、さらに契約法の領域においては、多田・前掲注(246)一四九頁以下および二七二頁以下参照。

Lorenz, aa.O. (Fn. 190), S. 165. Lorenz が撤回権を限定列挙的に理解する根拠の一端はここにある。

Lorenz, aa.O. (Fn. 190), S. 167. 目的論的制限については、aa.O., S. 153, Fn. 330 にて言及している。Tim Drygala, Wohnungsmietverträge als Haustürgeschäft, NJW 1994, 3260, 3262ff. は、住居賃貸借契約の変更・解消に関する訪問販売法の適用の目的論的制限を主張している。もともと、保護が不十分な場合には、BGB 一三八条、二四二条あるいは契約締結上の過失法理を用いて救済を図られるとする(a.a.O. 3266)。

Lorenz, aa.O. (Fn. 190), S. 167.

さらに、Lorenz, aa.O. (Fn. 190), S. 168f. が指摘する問題(適切な教示がなされなかった場合に、教示のなかったことと期間内に撤回がなかったことに因果関係がないときでも、無制限に撤回が許されること)は、制度全体の合理性を疑わせる問題であるとは思えないし、必要であるならば、目的論的制限ないし権利濫用に基づく制限を考えれば足りることである。この問題については我が国における問題も含めて、尾島茂樹「適法に告知が行われない場合におけるクーリング・オフ権の行使制限——ドイツの議論を参考とし

- て——」金沢法学四二巻二号（一九九九年）一八一頁以下参照。
- この点に関連して、一般条項を用いた解決を提唱するMedicus, a.a.O. (Fn. 196), S. 533は、教示義務を大幅に後退させて、撤回期間を撤回権者が自らの撤回権について知った時から開始させている。
- Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 169ff.
- Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 445ff. この点については、藤田・前掲注（24）五四八頁以下。
- Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 212.
- Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 171, 212.
- つまり、契約締結上の過失法理における補充性のドグマを打破することである。
- Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 198.
- Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 199. 「しかし、少なくとも、純粹に任意の、相手方に帰責可能でない撤回可能性においては、BGB一二三条に比較可能な方法で補償として相手方の信頼利益が考慮されなければならないだろう。」
- Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 201. また、消費者信用法においては、一回払いの支払猶予についても撤回権によって保護されるが、これは過大な保護であるとする。
- Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 200. さらに、契約解消権が具体的な構成要件に結び付けられたものでない場合、たとえば、「抽象的危险に着目した『消費者保護』撤回権が個別事例の状況と関係なく『恣意的で』一方的な契約の解消を可能とする場合」、「自己決定と分かちがたく結びついている自己責任の原則を私法から追放し、それによって最後には無思慮な行動を促進することになると、撤回権に強い警戒感を示している（S. 41f.）。Lorenzは、このことから契約解消においては相手方に一定の帰責原理が働く必要があることを主張している点については、前述の通りである。
- Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 195ff., 200. この場合、個別の事例において撤回権の適用範囲に目的論的制限を施すことも考えられるが、それは立法者が採用する定型化という手法と相容れず、判例・学説も、個別の事例における消費者の具体的要保護性や教育の程度若しくは取引経験を考慮することには否定的であるとする。また、撤回権を行使する動機も、顧慮されない。Vgl. Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 196, Fn. 564, 565 und 566.
- Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 200f. 同く消費者信用についてその正当性に疑問を呈するものとして、このほか、Medicus, a.a.O. (Fn. 196), S. 524ff. 及び Harm Peter Westermann, Verbraucherschutz, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des

- Schuldrechts, Bd. 3, Köln 1983, S. 95ff. Lorenz/Wolf, a.a.O. (Fn. 64), § 39 Rn. 19, S. 717f. ながが代表的である。Westermann の鑑定意見については、関武志「西ドイツにおける消費者保護——ヴェスターマン鑑定意見の紹介を中心に——」下森定ほか「編著」『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』（法政大学現代法研究所、一九八八年）六一七頁以下、特に六三九頁以下参照。
- 但し、同じ契約類型関連型の撤回権である通信教育受講者保護法における撤回権については、肯定的に評価する。同法で認められている二週間は、教材の質並びに自己の習得能力および学習の必要性について再検討するのに十分であるという。通信教育受講者保護法五条は契約の解除権について規定しているが、この解除権は、四条の撤回権による再検討が可能となった後に役割を果たすことになる。 Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 205f.
- Canaris, AcP 200 (2000), 273, 345. Canaris は、すでに一九九一年に Philipp Heck が、割賦購入者の法定後悔権の導入を提案しており、その際、今日もなお重要な論拠が提出されているとして、多くの「変化」がこの時代にすでに必要となっていたと指摘する(vgl. Heck, Verhandlungen des Einundzwanzigsten Deutschen Juristentags, 2. Bd., Berlin 1991, § 40f., S. 181ff.)。
- Canaris の Canaris の記述は、浮動的不効構成を採用していた訪問販売法一条及び消費者信用法七条を念頭においていることを留意された。
- Canaris, AcP 200 (2000), 273, 344f.
- Canaris, AcP 200 (2000), 273, 345.
- Canaris, AcP 200 (2000), 273, 346.
- Canaris, AcP 200 (2000), 273, 346f.
- Canaris, AcP 200 (2000), 273, 348.
- BT-Drucks. 10/2876, S. 10 und 14.
- Canaris, AcP 200 (2000), 273, 347f.
- Heck, a.a.O. (Fn. 266), S. 148.
- Canaris, AcP 200 (2000), 273, 348f. したがって、Canaris は、無利息の割賦販売について「撤回権が存在しないように見えるのは、筋が通らない」と、編纂誤謬 (Redaktionsverschen) に基づいているといっている(「a.a.O., Fn. 269」)。「編纂誤謬」の概念については、青井秀夫『法理字概説』(有斐閣、二〇〇七年)五六九頁以下。
- 但し、厳密な意味での「消費」目的でなければならぬわけではない。この点については、Canaris, AcP, 200 (2000), 273, 350f. 参

照。
 279 278 Canaris, AcP 200 (2000), 273, 349ff.
 家族などが当該契約締結について意見を述べることによって、合理的な意思形成を担保するという実際上の機能については、GHESTIN, supra note 28, n° 476 が「熟慮期間の供与によって「家族全員による契約の検査」が許されていると理解するのと類似の発想である」と述べている。
 282 281 280 Canaris, AcP 200 (2000), 273, 351.
 Canaris, AcP 200 (2000), 273, 352.
 現在ではBGB三一〇条三項となっている旧AGBG二四条aも、そのような一例であろう。これについては、たとえばCanaris, AcP 200 (2000), 273, 362ff. 同条については、石原全「ドイツにおける約款規制法の改正」(二橋大学) 法学研究三〇号(一九九七年)三頁以下。
 283 もちろん、これらの観点が全く無視されているというわけではないだろうが、我が国ではこの観点が過剰に強調されている嫌いがあるように思われる。
 284 Zöfner, Jus 1988, 329, 336. かつZöfnerは「歴史的にはフランス革命以前の重商主義的な経済状況を念頭においている(a.a.O. 329f.)」。
 285 但し、Lorenzの消費者信用における撤回権に関する議論参照。
 286 行為能力のような他の制度も含めて、Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 88ff. が詳しく検討している。
 287 我妻栄『新訂民法総則(民法講義Ⅰ)』六一頁、四宮和夫『民法総則』(弘文堂、第四版、一九八六年)四六頁、四宮和夫／能見善久『民法総則』(弘文堂、第七版)三一頁。
 288 四宮・前掲注(287)、四宮／能見・前掲注(287)三一頁以下、山本敬三『民法講義Ⅰ(総則)』(有斐閣、第二版)三八頁以下参照。
 制限行為能力制度における上記の二つの側面については、熊谷士郎「意思無能力法理の再検討」(有信堂高文社、二〇〇三年)一〇二頁以下参照。
 290 289 このような点からは、クーリング・オフが制限行為能力制度に近い制度だという説明(河上・前掲注(7))にも頷ける。
 星野英一「時効に関する覚書——その存在理由と中心として——」同『民法論集 第四巻』(有斐閣、一九七八年(初出、一九六九〜七四年))一四七頁以下、特に三〇三頁。

もちろん、そのために理解が困難になることはある。さらには、保護されるべきでない者が保護されるという事態に対して、批判が向けられることは生じうる。時効制度については、たとえば星野・前掲注（290）。

**Die Materialisierung des Rechts von Willenserklärung
durch den Verbraucherschutzgesetz (II)**
— insbesondere dem verbraucherschützenden Widerruf —

Toshikazu UCHIYAMA

1. Kapitel — Die verbraucherschützende Widerrufsrechte im Japan —
eine Problemstellung
2. Kapitel — Die Widerrufsrechte und das System des Bürgerlichen
Rechts in Deutschland
 - I. Die Widerrufsrechte in Deutschland (Band XLV, Heft 1)
 - II. Die Widerrufsrechte aus Sicht von Privatautonomie
 - III. Die Spannung zwischen den Widerrufsrechte und Privatautonomie
(Fortsetzung folgt.)
 - IV. Die dogmatische Stellung der Widerrufsrechte
 - V. Analyse
3. Kapitel — Die Widerrufsrechte und die „Materialisierung“ des Vertrags-
rechts
4. Kapitel — Japanisches Recht