

タイトル	撤回期間と履行請求権
著者	山本, 弘明
引用	北海学園大学法学研究, 41(2): 161-265
発行日	2005-09-30

論
説

撤回期間と履行請求権

山
本
弘
明

撤回期間と履行請求権

第一章	はじめに
第二章	ドイツ民法改正前の撤回権
第三章	ドイツ民法改正後の撤回権

第四章	フランス法の撤回権とオーストリア法の解除権
第五章	おわりに——わが国への示唆

第一章 はじめに

第一節 序

クーリング・オフ権は、消費者が一度契約締結に向けた意思表示を表明したとしても、一定期間の間に、契約に拘束される意思がないことを事業者に表示した場合、当該契約からの拘束力を免れさせることを目的とするものである。この制度は、消費者と事業者の間に締結される契約において存在する不当な取引に基づく不利益から消費者を保護するために重要な役割を果たしており、特定商取引法（訪問販売、電話勧誘販売、連鎖販売取引、継続的役務提供契約、業務提供誘引販売取引）、割賦販売法、宅地建物取引業法、海外商品先物取引受託法、特定商品預託取引法、有価証券投資顧問業法、商品投資事業規制法、ゴルフ等会員契約適正化法、不動産特定共同事業法、保険業法、特定債権事業規制法、冠婚葬祭互助会標準約款において認められている。たとえば、特定商取引法九条において、「申込者等は……書面によりその売買契約若しくは役務提供契約の申込みの撤回又はその売買契約若しくは役務提供契約の解除を行うことができる」と規定される。

クーリング・オフ権の導入は、不当な契約からの消費者保護を実現するために法政策的に認められたものであり、クーリング・オフ権と既存の契約法体系との関係、法的性質、クーリング・オフ期間の法状況、その効果など不明確な部分も多い。

その中で、クーリング・オフ権と既存の契約法体系との関係は、従来、いくつかの議論がなされており、それとの関連でクーリング・オフ権の法的性質につき、若干の提言がなされている。しかし、クーリング・オフ期間における

法状況についてはクーリング・オフ権の位置付けから直接的に推論可能なことを理由にあまり立ち入られてきておらず、¹そのため、クーリング・オフ権が適用される原因となる事情、特に消費者の自己決定の欠如との関連で、クーリング・オフ期間中の法状況が論じられることは少なかつた。そこで、これとの関連での法状況の再検討、特にクーリング・オフ期間における履行請求権を検討の対象とし、消費者の自己決定を実現するためには法状況をどのように理解するのが適しているのか、クーリング・オフ権が認められている状況で消費者の履行請求権は認められるのか、認められるとして、どのような意味を有するのかを明らかにしていく。

クーリング・オフ権の導入の根拠としては、一般的に、消費者が①事業者により消費生活上必要のない物を不意打ち的な取引により購入せざるをえないことからの保護、②事業者側からの一方的な情報に頼らざるをえず、他の事業者の商品などの比較が難しいことからの保護、③セールスマンの高圧的な販売の抑制、④不公正かつ詐欺的慣行に基づいて締結された契約から消費者を解放させる必要性が挙げられている。²そして、これらの状況に対応するクーリング・オフ権が果たす役割に関しては二つの考え方があり、一方はクーリング・オフ権は意思形成不安定による被害からの救済であるという考え方³、他方は判断力不足による被害からの保護であるという考え方である。⁴

つまり、前者の考えに従えば、消費者は当該契約が消費者にとって有益か否かを判断するためにクーリング・オフ期間を利用することは出来ないことになり、後者の考えに従えば、消費者はクーリング・オフ期間に当該契約の有益性を判断する機会が与えられることになる。この両者の考え方の違いは、熟慮期間であるクーリング・オフ期間における問題に対する立場の相違をもたらす。前者によれば、熟慮期間は消費者の意思形成の不安定に対応する期間であり、当該期間を消費者に認めさえすればクーリング・オフ権の役割は果される。その一方で、後者によれば消費者の判断力不足が原因となり生じた不利な契約を、もう一度、消費者にとって有益か否かを判断する可能性を与えるのが、

クーリング・オフ権の機能であると理解できるため、単なる熟慮期間の付与以上の保護が認められる可能性がある。

立法者の立場としては、前者の考えに近いように思える。なぜなら、特定商取引法において通信販売に関し、訪問販売や電話勧誘販売の場合と比べて、契約意思の形成や契約を締結するか否かの判断において、消費者が事業者から不当な圧力や影響を受ける可能性が少ないことを理由に、クーリング・オフ権が消費者に認められていないところからも、意思形成の不安定、特に契約締結状況に着目して判断をなしていることが推測できるからである。

しかし、後者の意味でのクーリング・オフ権の役割も重要であり、この点について、熟慮期間中の法状況や、消費者の履行請求権との関係で明らかにしていく。

注

- 1 この観点から論じるものとして、河上正二「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）一六六頁。
- 2 根岸哲「訪問販売における熟慮期間制度」神戸法学雑誌二二巻三・四号（一九七二年）一九三頁、長尾治助「クーリング・オフ権の法理」立命館法学一八三・一八四号（一九八五年）九七六頁、伊藤進「クーリング・オフ制度と契約理論」法律論叢六三巻四・五号（一九九一年）三五八頁、河上・前掲注一八八頁。
- 3 竹内昭夫編『新版 特殊販売規制法』（商事法務研究会、一九八六年）四八頁。
- 4 伊藤・前掲注二二六〇頁。

第二節 わが国の学説状況

学説の議論の中心は、クーリング・オフ権の法的性質に関してであり、これに対しては見解が分かれている。この点、概観してみると、クーリング・オフ権が認められる契約は、消費者の購入意思という随意条件によって失効させることを消費者に認めた法定の解除条件付売買であるとする解除条件付契約説⁵、クーリング・オフ期間における消費者の意思は生成過程にあり、その効力は不確定無効であり、クーリング・オフ権が行使されると不確定無効が確定的無効になるという生成中の意思表示説⁶、売買の一方の予約が当事者間に成立しているに過ぎないとする売買の一方の予約説⁷、クーリング・オフ権は判断力不足による消費者被害からの救済制度であることから、申込ないし契約の成立を前提として、それからの解放のための法理とする特殊解約権説⁸などが存在する。

理論的には、生成中の意思表示説、売買の一方の予約説に従えば、クーリング・オフ期間中は、未だ有効な契約が成立していないため、消費者の履行請求権は認められず、解除条件付契約説、特殊解約権説に従えば、有効な契約の成立を前提としているので、消費者の履行請求権が、クーリング・オフ期間中でも認められる。

クーリング・オフ期間における消費者の履行請求権に関する記述や、更に消費者の自己決定との関係での記述は、比較的少ない。事業者の給付は、クーリング・オフ権が認められる契約における債務の履行の一環をなす行為であり、消費者の解約権行使を決定することとつての一判断素材としての意義を有するとの指摘、クーリング・オフ権の根拠が消費者の判断力不足である点を強調した上で、事業者の履行後に消費者の適切な判断が期待されるので、事業者の先履行が制度趣旨に叶うとの指摘がある¹⁰。また、商品を手にとつて、内容を吟味した上で、契約関係継続を再考する機会を顧客に与えるべき場合もあり、商品の提供を事業者の契約準備段階における情報提供義務の一環として、位

置付ける可能性を指摘する見解もある。¹¹

注

- 5 加賀山茂「訪問販売のトラブルと法的问题点」法律のひろば三六卷六号（一九八三年）二六頁。
- 6 山田卓生「契約からの脱退」『現代契約法大系 第二卷』（有斐閣、一九八四年）一九八頁以下、浜上則雄「訪問販売における基本問題」『現代契約法大系 第四卷』（有斐閣、一九八五年）三〇六頁以下。
- 7 田村耀郎「フランス訪問販売法におけるクーリング・オフ」島大法学二八卷三号（一九八五年）五七頁。
- 8 長尾・前掲注2九八七頁。伊藤・前掲注2三七二頁。
- 9 長尾・前掲注2九八八頁。
- 10 伊藤・前掲注2三七九頁。
- 11 河上・前掲注1二二三頁。

第三節 本稿の進め方

従来の議論の重点は、クーリング・オフ権を民法上のどの制度に近づけて理解すべきかという点に置かれており、クーリング・オフ期間中の消費者の権利義務をクーリング・オフ権が認められる原因、特に消費者の自己決定の欠如との関連で、クーリング・オフ期間の法状況と結び付けた考察は少ない。クーリング・オフ権が認められる原因を再検討するとともに、その状況においてクーリング・オフ権、および熟慮期間がどのような役割を果すのか、この役割を実現させるためには熟慮期間の法律関係をどのように理解することが妥当な結論を導くのかを検討する。

この点、従来のドイツにおける議論¹²では、規定に従えば、撤回期間中、契約は浮動的無効と理解されていたにも関

わらず、当事者の権利関係をどの様に構成するかにつき争いがあった。撤回権の規定を規定通りに解釈する場合、撤回期間中、契約が浮動的とはいえ無効であることから、消費者保護にとって不都合な結果を伴っていた。これらの不都合を回避するために、学説において撤回期間の法状況が、わが国より詳細に検討されてきた。これらの検討を通じ、撤回状況における消費者保護の実質的な実現を図ることが追求された。更に、ドイツ民法の改正により多数の消費者保護特別法において散在していた撤回権が統一された。また、同時に、撤回期間の法状況についての従来の判例・通説の立場である浮動的無効が、浮動的有効に変更され¹³、日本における規定の仕方と類似した状態に近づいた。これらの点から、ドイツの議論を参考に従来のわが国での研究においてあまり議論がなされていなかったクーリング・オフ期間中の問題に関する示唆が得られるのではないかと考える。さらに、ドイツ法と同じくEU指令の影響を強く受けながらも、ドイツとは異なった形でクーリング・オフ権が規定されているフランス、オーストリアの法状況を確認する。これにより、クーリング・オフ権に関して、各国固有の問題にとらわれない、より一般的な示唆が得られるものと考えられる。

注

12 ドイツにおいて、クーリング・オフ権は撤回権 (Widerrufsrecht) と呼ばれている。

13 ドイツ民法改正後の、撤回期間の法状況は、従来の浮動的無効との対比で、浮動的有効と一般的に理解されているが、この点は争いもある。

第二章 ドイツ民法改正前の撤回権

第一節 ドイツにおける問題状況

第一款 概論

撤回期間における契約の有効性の問題に関連して、従来のドイツの通説は、契約の浮動的無効を前提とした。それゆえ、一般的に、消費者と事業者双方の契約上の給付義務は、撤回期間の間存在せず、消費者も事業者も契約に従った給付の提供をなす義務はないと理解されていた。

浮動的無効を採用した場合に消費者にとって有利な点としては、撤回期間の間、事業者の給付請求権が認められない点である。これにより、消費者は、撤回期間の間、事業者から代金支払いの請求をされることはない。消費者に有利な点が、事業者の履行請求権の欠如の点に限られる一方で、消費者にとって不利な点はいくつか存在した。撤回期間の間、消費者に履行請求権が認められないことであり、更に撤回権に関する教示がなされなかった場合、浮動的状態が長期間継続する点であった。¹⁴ また、商品が既に撤回期間の間に交付されていたとしても、消費者は有効な契約の欠如のため撤回期間の間、瑕疵担保請求権を有しておらず、リースされた乗用車などの場合に不都合が生じた。更に消費者は契約目的物の所有権も利用権も有せず、したがって事業者は提供された給付、例えば消費貸借の支払い、融資された購入物の引渡しなどを常に要求しえた。

第二款 裁判例

実際に撤回期間の法状況が問題になった事案を二つ紹介する。

(1) 一九九二年九月三〇日の連邦通常裁判所判決 (BGHZ 119, 283)

X (ビール醸造所) と Y (合資会社 A の有限責任社員) は一九八六年一月一日に補助金給付契約とビール給付契約を締結した(以下、本契約と言う)。本契約に基づき X は、Y に飲食店 B のために四〇〇〇〇マルクの補助金を支払う義務を負い、Y は B のためにビールを一九八七年一月一日から少なくとも二七五〇ヘクタリットの購入まで、最大でも一〇年の間 X から購入する義務を負った。契約書において「X は、Y が義務に反して X 以外のビールを購入する、あるいは X のビールの購入を停止するなどした場合には、違約金の支払いを請求する権利を有する。」との規定が含まれていた。また、撤回権に関する説明は、規定どおりになされていなかった。

その後、X が本契約の締結時に約束していた D とのビール引渡契約の締結を拒否したため、Y は本契約を一九八六年二月一日に解消し、支払われた補助金から約三〇〇〇〇マルクを X に返還した。

X はビール購入量の減少を理由として違約金、損害賠償を請求した。

連邦通常裁判所は、撤回期間が、規定通りの説明が欠けているため、まだ開始していないとして、「撤回の可能性が存在する限り、契約はドイツ民法一七七条¹⁵に規定されるように浮動的状态である。浮動的無効な契約からは履行も、不履行による損害賠償も請求されえない。」と判示した。

(2) 一九九五年一〇月一六日の連邦通常裁判所判決 (BGHZ 131, 82)

X は、既判力ある判決に基づく Y の強制執行に対して請求異議の訴えを提起した。この判決によると一九八八年一

月に締結され、Xによって、これまで部分的に履行された契約（以下本契約、と言う）が存在し、本契約によってXは、一二四ヶ月払いの九三六〇マルクの出資でもってYの事業に匿名組合員として参加した。

一九九三年五月二九日に書面により、Xはその私宅においてなされた本契約の意思表示を訪問販売法を援用して撤回し、Xは判決の基礎となる契約の意思表示が撤回されたので既判力ある判決に基づく強制執行は認容されないと主張した。¹⁶

争点は、撤回権の存在がドイツ民事訴訟法七六七条の「新たな事実」に当たるか否かであったが、その前提として以下のように判示した。

「顧客が個人の住居において口頭の交渉によって決定した有償の給付に関する契約の締結に向けられた意思表示は、訪問販売法一条一項¹⁷により、顧客が一週間の期間内に書面により撤回しない場合に、初めて有効となる」。「期間の経過は訪問販売法二条一項二文¹⁸により、契約の相手方が顧客に撤回権に関する説明をなした時に初めて開始する。通説によると意思表示の効力発生前、したがって契約の効力発生前には、顧客も契約の相手方も契約によって合意された給付の引渡義務はない。契約の締結と効力発生の間が存在する顧客の撤回によって終結する法状況は、判例・学説においてしばしば浮動的状况とされる。顧客の意思表示と顧客との契約はさしあたり、顧客の期間に従った撤回が終局的な無効を導く浮動的無効である。」

注

14 MünchKomm/Ulmer, BGB, 3. Aufl., 1995, VerbrKRG §7 Rdnr.12.

15 ドイツ民法一七七条【無権代理人による契約の締結】「①代理権を有しない者が他人の名において契約を締結した場合において、その

契約の効力が本人に対して生じるか否かは、本人の追認に係る。②相手方が本人に対して追認の意思表示について催告した時は、追認は、相手方に対してすることが出来る。この場合において、催告の前に代理人に対してした追認または追認の拒絶は、その効力を失う。追認は、催告を受けた時から二週間以内にしなければならぬ。この期間内に追認をしないときは、追認は、拒絶したものとみなす。」(訳は、川井健訳『ドイツ民法典——総則——(法務資料第四五五号)』(一九八五年)参照。以下、総則の規定についても同じ。)

16 ドイツ民事訴訟法七六七条二項【請求異議の訴え】「この異議は、この法律の規定に従い遅くとも異議を主張することを要した口頭弁論の終結後においてその原因を生じ、かつ、故障(Einspruch)をもって主張することがもはやできない限りにおいてのみ、許される。」(訳は、中野貞一郎訳『ドイツ強制執行法』(法曹会、一九七六年)を参照。)

17 訪問販売法一条一項一文【撤回権】「有償の給付に関する契約の締結に向けられた意思表示は、顧客が一週間以内に書面でもって意思表示を撤回しない場合に、初めて有効になる。」(訳は、岡孝・山本豊「西ドイツ訪問販売取引法の批判的検討(一)」——日本法への示唆をかねて——」判タ六四八号(一九八七年)五三頁参照。以下、訪問販売法の規定についても同じ。)

18 訪問販売法二条一項【撤回権の行使、教示】「期間を遵守するためには、適時の発信で足りる。この期間は、契約の相手方が顧客に対して、撤回権、撤回受領者の氏名、住所ならびに本項第一文の定めにつき印刷技術上明確な方法で教示する書面を交付したときにはじめて進行する。教示は他のいかなる表示も含んではならず、顧客によって署名されなければならない。この教示がなされるときは、顧客の撤回権は双方の給付が完全に履行されたあと一ヶ月を経過して初めて消滅する。」

第二節 消費者保護特別法における撤回権

次に、各消費者保護特別法における撤回権について紹介する。二〇〇〇年六月三〇日の「通信取引契約、消費者法その他の問題、並びにユーロ規定の国内法化のための法律(Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro)」により、今までそれぞれの特別法にお

いて異なつて規定されていた撤回権が、ドイツ民法三六一 a 条一項一文¹⁹において効果に関して統一的に規定された。²⁰撤回権の効果に関し、ドイツ民法三六一 a 条一項一文は、「消費者が期間の定めに従い撤回した場合には、消費者は事業者との契約の締結を内容とする意思表示に、もはや拘束されない。」と規定する。²¹これに関し、撤回権が認められる状況である訪問販売、消費者信用、一時的居住権契約などにおける撤回期間の法状況について、学説の間で様々な見解が主張されていた。結果的に、ドイツ民法において撤回権の効果が統一されたが、その正否に関し検討するためには、従来の学説を概観、検討することが必要である。以下、まずその前提として撤回権に関する規定を含んでいた消費者保護特別法を概観する。そして、次に学説について概観する。

第一款 海外投資株の販売および海外投資株に基づく配当への課税に関する法律(Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen……以下、海外投資株法と言う。)²²

(1)立法の背景

一九五九年、ドイツにおける海外投資株の売り上げは、全売り上げのおよそ一五パーセントであったが、一九六九年にはおよそ三五パーセントに達した。この原因は、履行の提供が改善されただけでなく、ドイツの投資立法が不完全な点にもあった。立法の欠如ゆえに、海外の会社は、国内の会社が禁止されている販売と競争手段を追求しえた。その結果、国内の会社の競争法上の差別と海外投資株の販売のさいの弊害をもたらした。²³海外の販売会社は、消費者に積極的に顧客の自宅を訪問し海外投資株を勧めた。²⁴この訪問販売の危険性から、海外の会社による投資株の販売に関する法律上の規定が要求されることとなった。²⁵

連邦経済省は、さしあたり、海外投資会社との任意の申し合わせによって、経済界と消費者の要求に従うことを試みた。しかし、この努力は成果を挙げなかったため、連邦議会に、一九六八年一月に、最初の立法草案が提出された。

海外投資株法一条に対する立法理由において、²⁶事前の注文なしに自宅に訪問された顧客は、セールスマンに比べ取引経験が浅く、自分の利益には合致しない売買契約を締結するように説得させられる場合が多い、ということが述べられた。また、そのさいに立法理由において、特に契約交渉地位の不平等と顧客の負担になる不意打ちの局面も強調された。

(2) 規定の内容

草案一条は、「海外投資株の販売と海外投資株からの配当への課税に関する新しい法律」を含み、二条は、一九五七年の投資会社に関する法律 (Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften……以下、投資会社法と言う。) を変更した。草案は、一九六九年六月二六日の連邦議会で可決され、一九六九年一月一日に発効した。

海外投資株法一条一項は、撤回権に関し、「買主は、売買に向けられた意思表示を、海外の投資会社またはその代表者に対して、二週間の期間内に書面をもって撤回しない場合に限り、当該意思表示に拘束される。」と規定する。この規定に基づく撤回権の効果に関しては考え方の対立がある。

一方の見解に従えば、撤回権はすでに法的に有効で、無条件に締結された契約の事後的な消却をもたらすとされる。²⁷これに対して、申込の受領は一日の撤回期間の経過後に初めて可能であり、その結果、契約は撤回期間経過まで有効には成立しえないとする見解²⁸、この領域においても契約の浮動的無効を採用すべきであるという見解もある。²⁹

また「撤回しない場合に限り……拘束される」という文言は、期間経過までの一四日の浮動的期間の結果として、一四日の期間が撤回権未行使のまま経過し、「その場合に初めて拘束される」ということを意味するとの見解もある。³⁰

海外投資株法と投資会社法の撤回権を正当化するものは、訪問販売において問題となる不意打ちの危険であり、少なくとも訪問販売法一条の撤回権も海外投資株法と同じような考慮に基づくものであり、それゆえ訪問販売法と海外投資株法が異なる扱いがなされることは正当化されない。更に、投資行為の締結と結びつく買主の財政的な危険は少なくとも訪問販売の締結と対比可能なので、財政的な観点を顧慮してもより高い保護必要性が存在すると考えられ、それゆえ訪問販売法と同様に、契約の有効性を期間経過まで猶予することが適切である可能性もあるとされる。³¹

しかしながら、海外投資株法と投資会社法により対象とされている契約の締結のさいには、広い意味において投機取引が問題になっており、この点、取得された持分証書の価格決定にとって、実際の契約締結の日付が重要であるとされる。³²なぜなら、海外投資株法一条四項、投資会社法二三条の捲き戻しに関する規定につき、持分証書の価値は、撤回の意思表示の日付の相場を基礎とするからである。持分価格の決定が相場に左右されるので、取得者が契約締結に向けられた意思表示の表明と契約書の交付の後であっても、有効な契約関係を発生させるためには撤回期間が経過しなければならぬとすると、撤回期間の間に相場の下落を事情によって負担することになり、取得者の投資行為は妨害される。したがって、投資行為の投機的性質は、二つの一致した意思表示の表明後に、撤回期間にも関わらず即座の契約の有効性を必然的に必要とし、契約締結時に契約は有効となる。³³

第二款 割賦販売法第二次変更法 (Zweites Gesetz zur Änderung des Abzahlungsgesetzes)³⁴

(1)立法の背景

割賦販売法の歴史は古く、一八九四年に制定されたが、撤回権に関する規定の導入は、一九七四年の割賦販売法第二次変更法による。すでにヨーロッパ諸国ではイギリス、オーストリア、スイス、フランスなどが撤回権の導入を行っており、ドイツにおける撤回権の導入は時期的には遅いものであった。ただ、そこで問題となっていたのは訪問販売の形態での契約締結に対する撤回権の導入であって、必ずしも割賦販売に対する撤回権の導入が問題になつていたわけではない。³⁵ 訪問販売のさい、買主は、事業者側の巧みなセールストークにより心理的に全く望ましくない状況に置かれ、経験豊富なセールスマンの販売技術によって不意打ちされることが問題となつていた。その中でドイツにおいては、割賦販売一般に対する撤回権といういわゆる「広い解決」が決定され、立法理由では常設の営業所において不利な状況は少ないとされた。しかしながら、取引に熟達していない買主に関し、あらゆる割賦販売につき、典型的な経済上の危険が存在し、これらの場合には売主は買主に比べて有利な地位にあり、それゆえ、買主は分別のある考慮をなさないことも、立法理由の中で述べられていた。

実際には、このような「広い解決」に関する路上営業の利益代表者側からの立法者への圧力が決定的であつたようである。路上営業者側は、販売取引のみへの一方的な撤回権の導入により不利に扱われることに対し、激しい反対活動を繰り広げた。³⁶ これに関しては学説からの多くの批判がなされた。³⁷ ただし撤回権導入に関する「広い解決」、「狭い解決」の問題はこの論文の対照とはずれるので、これ以上立ち入らない。³⁸

(2) 規定の内容

海外投資株法、投資会社法の撤回権に関する規定の仕方が、多くの解釈の可能性を提供することとなったため、海外投資株法、投資会社法の「撤回しない場合に限り……拘束される」という文言が変更され、割賦販売法では「買主が契約締結に向けられた意思表示を、売主に対して一週間以内に書面でもって撤回しない場合に、当該意思表示は初めて有効になる。」という文言が採用された。これにより、文言上、撤回期間後に契約が有効になり、撤回期間の間は契約が有効でないことが明らかにされた。しかし、立法過程において当然に当初からこの文言が採用されていたわけではない。撤回権を割賦販売法の中に採用するためには、いくつかの法律案が提出されていた。³⁹

一九六四年一月二四日のキリスト教民主・社会同盟、自由民主党の議員団の法律案六条によると、「買主として売主の営業所外で割賦販売を締結した者は、締結の後一週間以内にその取引を解除する権限を与えられる。」と規定され、解除権として撤回権が位置付けられていた。

一九六四年二月五日の社会民主党の法律案九条によると、「分割払い契約は、買主への契約書類の交付から一週間の経過後に、買主がその一週間の期間内に契約締結を撤回しない限り、効力を生じる。」と規定され、撤回期間経過後に、契約は有効になることが、想定されていた。

一九六九年一月一九日に連邦参議院で可決され、一九七〇年三月二五日に連邦議会に送付された割賦販売法第二次変更法案⁴⁰一b条では、「買主が売主の常設の営業所外における口頭の交渉によって割賦販売の締結を為すに至った場合、買主は売主に対して一週間の期間内に文書でもって撤回しない場合にのみ、その意思表示に拘束される」と規定された。

そして、最終的には連邦参議院によって提案され、一九七三年五月二二日に連邦議会に提出された草案に基づく一

九七四年の割賦販売法第二次変更法は、「買主が契約締結に向けられた意思表示を、売主に対して一週間以内に書面でもって撤回しない場合に、当該意思表示は初めて有効になる。」という規定の仕方を選択した。

しかしながら、割賦販売法一b条における撤回権の導入に対する委員会の審議の記録は、議論を行った委員自身も撤回期間経過の間の契約の有効性に対する性質付けに関して、決して一致していなかったことが指摘されている。⁴¹

多数意見は、撤回期間経過まで浮動的無効な契約の存在を出発点とし、法律上有効な契約はその時初めて成立すると、撤回権を位置付けるべきであるとした。他方で、両当事者が契約内容に同意、署名し、二つの一致した意思表示がなされた場合に、なぜ有効な契約が成立しないのかは未解決であり、割賦販売の買主に有利な撤回権を認容することは、特殊な法定解除権によっても実現しうるとの見解などもあった。⁴²

撤回期間の法状況は浮動的無効であるとの立場を採ると、撤回権が行使された場合、単に浮動的に無効であった状態が、終局的に無効になるだけなので、捲き戻しは全く必要ないとされた。⁴³立法理由においても、契約の浮動的無効に関する主たる根拠の一つとして、捲き戻しの実行の容易さが挙げられている。⁴⁴他方で、浮動的無効、あるいは有効としての撤回期間の法状況の確定は、直接的に買主に利益、あるいは不利益をもたらすものではなく、立法者によって適切な捲き戻しと責任が保障されれば足り、形式的な問題であるとの見解もあった。⁴⁵

結局のところ、委員は多数によって支持された契約の浮動的無効の効果に関して、十分な考慮を行っていなかった。しかし、割賦販売法への撤回権導入の議論を概観した結果として、浮動的無効の採用に対する根拠として推論できるのは、先ず積極的な理由としては捲き戻しの実行の容易さが挙げられる。しかし、浮動的無効の結果として両当事者とも履行請求権が認められないことになる。つまり、買主が撤回期間に商品の引渡しを請求することは出来ず、また事業者も代金の支払いを請求することは出来ないことになる。したがって、両当事者は一般的に相手方からの給付物

を受領していないため、たとえ撤回権が行使され、契約が終局的に無効になり、契約が捲き戻されたとしても、あまり問題が生じないことになる。また、消極的な理由としては、契約の拘束力との関係である。一部によって主張される撤回期間の法状況を有効と解すると、一度有効に成立した契約を一方的に消費者が解消することになり、ドイツ民法の契約法体系との整合性が問題になる点であったと考えられる。

第三款 通信教育受講者保護法 (Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht)⁴⁶

(1) 立法の背景

一九六〇年代初め以来ブームになった通信教育を対象とするのが一九七六年に立法された通信教育受講者保護法である。⁴⁷ 通信教育がブームになった理由は学校教育、一般教養、職業教育、職業上の資格を得ようとする国民の要求が増大し、それに加えて通信教育は空間的、時間的に制約されないことから学習意欲を持っている社会人が自分のペースで受講でき、その様な通信教育の数も多く、質も高かったこと、更に連邦、および州は予算の関係上、国によって教育施設を設立し地方在住者に多様な教育を提供できなかったところにある。⁴⁸

しかし、通信教育のブームとともに、国によるコントロールの欠如ゆえに、事業者による虚偽あるいは誤解を招きやすい情報の提供、訪問による強引な勧誘、報酬前払い条項あるいはローン提携約款、質の低い教材あるいは教師といった弊害が生じた。また、参加者が授業についていけない、あるいは気力がなくなった時などに契約を途中解約できないように解約権が制限されていた。⁴⁹

これらの弊害に対し、健全な通信教育施設は、悪質な通信教育が業界で行われ、通信教育自体の信用が低下することを防止するため、自己規律的に業界の正常な秩序をもたらす努力をしたが、結局十分な効力を発揮することが出来

なかった。その後、任意ではあるが、国による通信教育内容のコントロール、具体的には国による「優良認定印」の付与などがなされたが、悪質な通信教育を抑制することは出来なかった。⁵⁰そこで、悪質な通信教育から受講者を保護するための通信教育受講者保護法が一九七七年一月一日に制定され、受講者の保護を強化するために通信教育受講者保護法四条一項において、「受講者は文書による教材、あるいは視聴覚教材の第一回目の提供が到来した後二週間以内に主催者に対して、契約締結に向けられた意思表示を文書で撤回した場合、当該意思表示に拘束されない。」という規定の下、受講者に撤回権が認められた。

(2) 規定の内容

通信教育受講者保護法四条は、受講者に有利になるように、撤回は契約締結に向けられた意思表示を表明した後二週間以内ではなく、教材の第一回目の引渡しの後二週間以内に表示されなければならないと規定する。これにより主催者は、差し当たり受講者に教材の第一回目の引渡しをしなければならず、これに加え、当該義務は通信教育契約に基づくもので、契約締結に向けられた参加者の意思表示の効力発生が前提になり、解除条件の発生、つまり撤回でもって意思表示の効力が消滅することになる。⁵¹

通信教育の受講者の撤回権に対する根拠は、特別な契約締結の状況である。⁵²受講者は、一般的に申込の時点で、勧められた商品つまり通信教育の教材の内容を実際には確認しておらず、常設の営業所における買主の置かれた立場よりも、むしろ訪問販売のさいに、顧客が置かれた状況に合致する。受講者は、通信教材の全体的な内容と性質を一般的には自分自身では判断できない。それに加えて、受講者は、通学制の教育課程コースの受講者とは異なり、これまでの経験を別の参加者に尋ねることが不可能である孤立した状態に置かれている。それゆえ、通信教材の性質、価格、

受講者によって意図された目的に対する適正を、短期間で判断することは、受講者にはほとんど不可能である。したがって、受講者に、主催者によって送られた教材を手がかりに、当該コースが実際に受講者によって意図された目的の達成に適しているかにつき決定する熟慮期間が認められなければならないことになる。

その結果、通信教育受講者保護法四条は、二週間の間、締結された通信教育契約の撤回を認め、更にその期間は、割賦販売法の場合とは異なり、実際に通信教材が受講者の手元に到達してから開始する。そのうえ、二週間の撤回期間は契約書が教材の引渡時に、あるいは教材引渡時に交付されたか否かによっても影響を受ける。つまり、契約書は、双方の義務の記載と並んで、通信教育受講者保護法三条二項⁵³で列举された情報を含まなければならない。契約書のコピーの交付が欠けている、あるいは受講者に渡された必要書類が不完全である場合、期間経過は主催者側によるこれら契約上の義務の完全な履行まで延期される。ただし、遅くとも撤回権は契約締結後、半年で消滅⁵⁴、その場合、通信教育受講者保護法五条⁵⁵により契約の規定に従った解約告知が認められる。

立法者は、受講者が実際に教材に目を通すことにより、受講者自身が当該授業に参加することに適していない、あるいは授業の内容が期待に沿わない場合につき、簡潔な契約の解消可能性による受講者保護という観点は有しているが、早計で軽率な契約締結からの受講者保護の観点⁵⁶は、あまり考慮していない。

教材が受講者に完全な形で交付される場合のみ、受講者は教材の性質と適正の確認が撤回期間において可能になる。したがって、撤回期間における主催者の給付義務が肯定されなければならない。この点、投資会社法と海外投資株法の撤回権の規定と同様に、撤回期間における契約の有効性の必要性を立法者は認識していた。

第四款 訪問取引およびこれに類似する取引の撤回に関する法律 (Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften……以下、訪問販売法と言ふ。)⁵⁷

(1)立法の背景⁵⁸

撤回権は、海外投資株法、投資会社法、割賦販売法、通信教育受講者保護法において既に規定されていたが、これらの法律は特定の支払方法、特定の契約目的物を対象とする適用範囲の狭い法律であり、これらの法律の要件が存在しない場合、消費者は原則として家庭等で締結された契約に拘束される状況であった。したがって、これらの法律で規定された撤回権だけでは消費者保護につき全く不完全であり、家庭やそれに類似する状況での契約締結自体を保護する必要性が認識されていた。

また、割賦販売法が訪問販売による契約締結一般に撤回権を認めるのではなく、訪問販売による契約締結であっても支払方法が、割賦払いの場合のみ撤回権を規定するに留まったため、割賦販売法発効以来、事業者側としては契約が撤回されないように現金払いを勧めるという弊害も生じていた。

そもそも顧客自身は、家庭、路上、職場、招待ドライブの会などで契約締結を押し付けられ、その場で契約締結を強制されるため、一般的に契約締結に対する熟慮期間が欠けている。また、セールスマンは、顧客に心理的なプレッシャーをかけながら取引を進めるため、家庭などを訪れられた顧客は、逃れる方法をほとんど持たず、この種の取引を拒むための心構えもできていない。さらに、顧客は、提供された物の価格、質を他の商品と比べることが不可能な状態に置かれ、顧客にとって不利益な契約締結が強制されることになる。そのため、この点の是正が必要とされた。

そこで一九七五年一〇月以来、数回に渡って訪問販売法の法律案が連邦参議院から連邦議会に提出され、一九八五年二月の法律案が若干の修正を加えられ一九八五年一月一四日に連邦議会で締結された。⁵⁹

(2) 規定の内容

訪問販売法一条一項一文において、「有償の給付に関する契約の締結に向けられた意思表示は、顧客が当該意思表示を一週間以内に書面で撤回しない場合に、初めて有効になる。」と規定され、訪問販売によって締結された契約一般に撤回権が導入された。立法理由によると、撤回期間の法状況に関し、期間に従った撤回がなされた場合、契約は成立していないとされ、撤回がなされないままである場合には、契約は撤回期間の経過でもって初めて締結される、つまりそれまでは停止条件の成就前、追認が必要な法律行為の追認の付与前のような浮動的な状況が存在し、顧客は形成権である撤回権を自由に理由の表明無しに行使できるとされる。⁶⁰しかしながら、なぜ撤回期間経過によって契約が初めて有効になるのかについては、明確に述べられていない。

(3) 指令との関係

EC内においても消費者を営業所外での早計な契約締結から保護する必要性が認識されるようになり、既に一九七五年の消費者保護政策に関する計画において攻撃的な販売方法、特に訪問販売のさいの濫用的な交渉実務からの消費者の保護の重要性が、共同体の立法に関する消費者保護の領域において触れられていた。そのさい、消費者の特別の保護必要性は、事業者による契約開拓のさいの不意打ちから生じることが認識されていた。加盟国においては当該問題の規律に対する異なる規定が存在していたが、その差異が直接的に共同体市場の機能に影響を及ぼしうることに危惧されていた。⁶¹

そこで、一九八五年十二月二〇日に「営業所外で締結される契約における消費者保護に関する指令85/577/EWG」が出された。加盟国は、消費者に最低でも七日以内に契約を解消しうる権利を認めなければならず、五条一項におい

て指令は、最短でも七日以内に契約の相手方に解消の意思表示をなすことにより、契約を解消する権利を規定していた。これにより、不意打ちにより不利益を被る消費者に、契約に基づく義務を再考慮する可能性、特に価格と性質を対比する可能性が与えられた。

指令は、明確に解除権と債務の引受に関して述べる。しかし、浮動的無効、あるいは消費者によってなされた意思表示に関し、期間経過まで効力を制限する考え方は、指令からは読み取ることが出来ない。むしろ、指令の規定の仕方から判断して、指令は当該期間、締結された訪問販売の完全な有効性を前提とする。ただし、詳細は加盟国に委ねられており、指令は撤回権の行使に関して、単に期間遵守のためには、期間に従った通知の送付で十分であることを確認するだけであり(五条一項二文)、消費者が解消権を行使した場合、撤回の帰結は加盟国の法に委ねられており(七条)、訪問販売法の訪問販売指令への適合性は問題にならなかった。

第五款 消費者信用法(Verbraucherkreditgesetz)⁶²

(1)立法の背景

消費者信用法は二つの法に基礎を置き、一つは割賦販売に限定されて以前適用されていた割賦販売法であり、もう一つは消費者信用契約一般の消費者保護を目的とする消費者信用指令の準則である。⁶³

消費者信用に関する立法の契機は五〇年代から六〇年代におけるヨーロッパ全体における信用取引の急速な増加、特に巨大百貨店の増大、それと結びついた日用品の分割払い購入の増大である。⁶⁴ 消費者信用の急激な増加に伴い、消費者信用の商品をより有益なものに商品化するため、信用供与者は貸付可能性の新たな方法と形式を発展させていった。売主が信用供与者と協力し、消費者と信用供与者との間の人的な接触が稀にしか成立しない信用形態が、ますます

す重要性を有するようになり、頻繁に利用されるようになった。またそれと並んで、サービス給付と請負に關しても融資可能性が提案されるなど、様々な形で信用の供与が行われるようになった。しかし、それによって生じた多数の分割払い契約の形態の多様性は、消費者に無理解と混乱をもたらすこととなり、これらの状況に対応するため消費者信用の領域における包括的な立法が必要とされた。

従来、割賦販売による信用領域は、割賦販売法を通じて、消費者の保護が考慮されていた。しかし、割賦販売という信用領域に割賦販売法の適用は限られたため、多様化する信用取引に対応しえなかつた。更に、割賦販売法は一九六四年、一九七四年の二度の改正により不明確なものとなり、更なる変更は、より一層その内容を不明確にすることが危惧された。それゆえ、法的な明確性の確保と秩序立った規律をなすために割賦販売法は、消費者信用法に組み込まれ、消費者信用法の施行と同時に廃止されることとなった。⁶⁶

(2) 指令との関係

また、消費者信用法の立法において忘れてはならないのがEC指令である。消費者信用法は一九八六年一月二二日の「消費者信用に関する共同体加盟国の法規定と行政規則の統一に対するEC指令87/102/EWG」が、国内法化されたものであり、消費者信用法は従来の消費者保護法の成立の経緯とこの点大きく異なる。たしかに、信用取引の多様化による当該取引を通じた消費者の不利益を防止する要請は存在したが、消費者信用法の立法において最も影響を与えたのはEC指令であり、消費者信用法はEC指令に適合するように立法がなされた。⁶⁷

消費者信用指令の背景と内容を概観すると、⁶⁸消費者信用指令はEC内において信用取引が増加してきたため、全ての市場参加者の利益になるEC内の消費者信用市場を作り出すことを意図したものである。このさい、消費者には特

別な保護が与えられなければならないことが認識されていた。消費者信用の領域における各加盟国の規定は、非常に異なり、そのため、一方で共同体市場における信用供与者間での競争の歪みが発生し、他方で消費者に共同体内の信用受益が困難になり、自由な商品取引、サービス取引の妨害をもたらす危険が危惧された。

そのような状況から消費者を保護するため、消費者は信用条件、信用費用、義務に関して適切に教示されなければならない。信用契約は一方で書式を必要とし、他方で最低限の言明を含まなければならないことを規定した。また、消費者は信用総額の割引のため期限前に信用契約から生じる義務を履行する権限を有し、信用供与者による信用契約に基づく請求権の譲渡のさいには、消費者は抗弁権を有し、また第三者融資取引に関する抗弁貫徹を規定する。しかし、消費者信用指令においては契約解消権は規定されていない。

つまり、消費者信用法の立法において、EC指令は非常に大きな役割を果たしたが、撤回権に関してはEC指令の影響はなく、国内における要請で規定されたものである。

(3) 規定の内容

消費者信用法における撤回権は、割賦販売法、訪問販売法の規定の仕方に倣い、七条一項において、「信用供与契約の締結を目的とする消費者の意思表示は、当該消費者が、当該意思表示を一週間以内に書面により撤回しない場合に、初めて効力を生じる。」と規定された。⁶⁹ 消費者信用法における撤回権認容の必要性は、消費者に信用の調達、あるいは他の資金援助の使用についての決定、つまりは契約締結をもたらした意思表示をもう一度、消費者信用法四条により必要とされる情報を手がかかりに考慮し、場合によっては不利益を被ることなく捲き戻す可能性を認めることであった。訪問販売法一条による撤回権とは異なり消費者信用法七条一項⁷⁰による撤回権によって意図されているのは、契約締結

のさいの早計さ、あるいは全くの不意打ちからの保護ではなく、消費者信用を対象とする契約締結の経済的な結果の考慮と契約対象の複雑さからの保護である。

例えば予告なしのセールスマンによる訪問販売に関する事案とは異なり、契約目的物、つまり信用を不意打ち的に提供されることは稀であり、信用、あるいはその他の資金援助の利用の受け入れに関して消費者は原則として契約締結前に情報を受け取っており、それゆえ、競合する提供を手に入れる十分な機会を有しているのが普通である。

しかし、消費者は一般的に契約締結前に消費者にとって不利なあらゆる契約条件を知りえず、また信用供与者は、契約締結前に情報を出来るだけ消費者に有利な点と、競争相手と比べて優っている点に限定し、その結果、消費者は契約上の権利義務に関する完全な情報について、最終的な契約締結後に初めて獲得し、その時点で初めて適切な認識をなしうる。⁷¹

つまり、消費者信用法七条による撤回権は、契約締結のさいの不意打ちと早計からの消費者の保護よりも、複雑で理解困難な契約対象に基づく無思慮からの消費者の保護に基づく。契約の終局的な成立前の猶予期間の範囲で、消費者は消費者信用法四条によって規定された信用供与者側からの情報、とりわけ融資の点に関し、その結果を知る十分な機会を有することになる。

第六款 保険契約法 (Versicherungsvertragsgesetz)⁷²

(1) 立法の背景

従来、保険契約の開拓状況において、顧客は不意打ちの危険にあまり晒されないことを根拠に、訪問販売法六条二項以下により玄関先、あるいは職場での保険契約の締結のさいには撤回権が排除されていた。⁷³しかし、多くの事案に

においては、玄関先での一般的な売買の場合のように保険契約に起因する義務が保険契約者の大きな負担となり、特に一般的な売買と異なり保険契約の場合、契約期間が一般的に長期であるので長期間に渡る義務が問題となった。したがって、実際には訪問販売法によって考慮された消費者の保護は、同じく保険契約の締結に関しても当てはまり、訪問販売における売買契約の締結と保険契約の締結の間を区別することは正当化されず、訪問販売法の適用から保険契約を除外すべきでないことが主張されていた。⁷⁴

一九九〇年の終わりに規定され、一九九四年に再度、改正された保険契約法の規定でもって立法者はこの批判されていた状況を改善することを試みた。しかし、訪問販売法六条二項における排除要件の削除は容易には行われず、保険契約法五 a 条一項一文、八条四項一文、五項における新规定によって達成された保護は限定されたままであり、この点、保険業界の特権は存続することが推測されるとの指摘がされている。⁷⁵ 保険契約法は契約解消消権に関し保険契約法五 a 条一項一文に基づく異議権⁷⁶、保険契約法八条四項一文に基づく撤回権、保険契約法八条五項一文に基づく解除権が規定されており、撤回期間の契約の有効性の問題を特に顧慮して訪問販売法一条、消費者信用法七条の撤回権とは異なつて規定されている。

(2) 保険契約法八条四項一文に基づく撤回権⁷⁷

保険契約法八条四項一文に基づく撤回権は、訪問販売法の適用が訪問販売による保険契約の締結のさいに除外されたことから、保険契約者と訪問販売によって保険契約以外の契約を締結した消費者との間に存在する地位の不均衡を是正するため、一九九〇年の保険契約法の法改正によって初めて認められた。⁷⁸ 生命保険の場合を除き、一年以上の期間の保険契約が締結された場合、保険契約者は保険の申込に署名したときから一四日以内に、契約締結に向けられた

意思表示を撤回することが出来る。当該規定は、生命保険を除いて一年を越える期間の全ての保険契約の締結に適用される。当該期間は、保険契約法八条四項三文に従えば、保険者が保険監督法一〇a条一項一号gに基づく情報義務を履行し、保険契約者がこれを書面でもって確認した場合に初めて開始する。これに対して、教示が欠けている、あるいは不完全な教示のさい、撤回権は第一回目の保険料の支払い後一ヶ月で消滅する。撤回権は、保険契約法八条四項五文前段に従えば、保険契約者の希望により即座の保険による保護が与えられる限りにおいて存在しない。また、保険契約法八条四項による撤回権は、保険契約者に保険契約法五a条一項一文による異議権が認められる場合にも排除される。

このように、保険契約法八条四項一文の文言により、立法者が撤回期間における有効な契約の存在を出発点とすることは明らかである。⁷⁹ 訪問販売法や消費者信用法と異なり保険契約法が、撤回期間の法状況を有効なものとした理由は、撤回期間に保険事故が発生した場合、保険契約者は契約の締結でもって意図した保険による保護を實際に受けるために、そして遡及的な契約の効果を理由に損害事故の保障を要求するために、撤回期間を経過させる、あるいは撤回権を放棄する可能性を有するべきである点にある。⁸⁰

つまり、撤回期間における契約の有効性を前提とする場合、第一回目の保険料支払いを義務付けられた保険契約者は、撤回権の存在にも関わらず損害補償を請求しうる。保険契約者が、損害調整の過程で保険による保護の不十分さを確信した場合には、契約を解消しうる。保険契約者のこのような行動は、ドイツ民法二四二条⁸¹に抵触することなく、むしろ保険契約者は保険条件の広範囲の検討により、契約締結の決定を変更するという、撤回権と結びつく可能性を利用しているだけであると理解されている。⁸²

(3) 保険契約法八条五項一文に基づく解除権⁸³

生命保険契約の締結に関して保険契約法は、八条五項一文において一九九四年の改正により保険契約者の解除権を規定する。これに従えば、消費者は契約締結の後一四日以内に当該契約を解除する権利を有する。保険契約法八条四項による撤回権との差異は、解除権は全ての契約からの解放をもたらす意思表示の有効性だけに効果が及ぶのではない。したがって、生命保険に関しては、申込者は申込への拘束期間の間、撤回しえずに拘束され、表示受領者による承認の後、初めて、有効に成立した契約から解放されることになる。⁸⁴したがって、生命保険の領域において撤回期間における契約の有効性の問題は生じず、保険契約はその時点で有効に成立し、両当事者の権利義務が理由付けられることになる。

なぜ、立法者が生命保険契約の領域につき、保険契約法八条四項一文に基づく撤回権の解決の放棄をしたのかは、第三次EU生命保険指令⁸⁵三〇条における第二次EU生命保険指令⁸⁶一五条により明らかになる。それに従えば、加盟国の立法者は国内法化の規定において一四日から三〇日の間で決められた解除権を規定することが要求されていた。撤回権と解除権の重疊的適用は、両当事者を極度に不安定にし、その結果生命保険契約を保険契約法八条四項一文の適用範囲から除外する必要があった。立法者は訪問販売指令、タイムシェアリング指令の国内法化のさいよりも、契約の有効性に関して指令の文言に厳密にこだわった。訪問販売指令やタイムシェアリング指令において、指令が契約の解除を前提とするにも関わらず、ドイツの立法者は解除権を規定することを思い止まり、契約締結をもたらす意思表示の有効性への影響が不明確な撤回権を作り出した。⁸⁷しかし、生命保険指令の国内法化のさいには、生命保険契約において契約の締結日が重要になるために撤回期間の法状況を明確に示した。⁸⁸

第七款 住宅の一次的居住権の譲渡に関する法律 (Gesetz über die Veräußerung von Teilzeitungsrechten an Wohngebäuden……以下、一次的居住権法と言ふ。⁸⁹)

(1)立法の背景

タイムシェアリングの概念は、七〇年代にアメリカで発展し、物あるいは権利を予め決められた期間、年毎の順番で確定した期間、他の権利者を排除して利用しうる権限を指す。そして、アメリカでの株式市場の設立が販売促進的な効果をもたらし、アメリカを出発点としてタイムシェアリングは全世界に広がった。一九九〇年には既に二、三、五七の不動産と一、八〇〇、〇〇〇の持分証書が存在し、ヨーロッパにおいては二五九、〇〇〇の持分証書を伴う四九〇の不動産があった。ヨーロッパにおいて、たいていの不動産はスペイン、ポルトガル、グリーンランド、イタリアにあり、大多数の持分証書の所有者は、イギリス、アイルランド、フランス、イタリアに居住していた。⁹⁰

休暇不動産に制限された意味でのタイムシェアリング契約において、譲渡人は取得者に、一般的に外国の休暇不動産を一年以上の期間順番に一定の期間、あるいは一年のうちある一定の週という決められた期間、排他的に利用する権限を与え、そのさい取得者は利用権を通常、他の期間利用にする権限を有している他の取得者と共有する。⁹¹ 事業者側から与えられる契約の形態は多様である。それは、信託モデル、会社モデル、物権法上の利用権モデル、賃貸借モデル、資本持分方式などがある。⁹²

基本的にタイムシェアリング契約の普及は、伝統的な休暇形態に対する選択的な提供と休暇市場の充実として歓迎された。また、タイムシェアリングは多くの場合、魅力的な内容を有し、金銭的な面でも得であり、特に取得者が株式市場に参加し、世界中に及ぶ休暇不動産を比べる可能性を有する場合、取得者にとって更に有益なものとなった。しかし、タイムシェアリング契約の普及は、取得者にとって不利益な一連の弊害と、事業者側の濫用的な契約実務を

もたらすことになった。

タイムシェアリング契約の内容に関し、休暇不動産に対する一時的居住権の取得は、取得者にとって非常に高額なものであり、一年の間の数週間に制限された利用可能性は、金銭的に釣り合いが取れない場合もある。複雑な契約形態ゆえに契約締結時に、取得者が年毎に休暇不動産を予約して利用する場合よりも費用がかかることを認識しえない可能性もある。

タイムシェアリングによる休暇不動産の利用が発展したことにより、旅行者を対象にした市場が増加し、このため事業者側にとっても利益のあるタイムシェアリング契約においては、濫用的な契約実務を行う悪質な事業者が現れ、攻撃的で冷静な判断を不可能にする強制的な手段、並びに誤解を与える広告手段でもって休暇不動産に対して関心を持つている者を強制的に契約締結させ、給付と反対給付の極端な不均衡、休暇不動産の施設に多額の費用がかかること、一時的居住権を後になって譲渡することができない、あるいは譲渡するのに一定の損失を覚悟しなければならぬなどといった情報を取得者側に伝えない、といった弊害が生じた。⁹³

これらが原因となり、契約締結時には利益があるものと考えられた投資、あるいは有意義な休暇を過ごすために必要なものと考えられた一時的居住権は、取得者が契約締結の後に落ち着いて契約締結を判断するさい、取得者にとって大きな経済的負担になる可能性があった。

ドイツ法においては、タイムシェアリングに対する関連規定はなかったが、裁判所は旧約款規制法九条違反⁹⁴として解決する、あるいは良俗違反を理由に消費者にとって不利益をもたらす契約を無効と判断していた。⁹⁵ EUの法状況とEU内の国境を越える取引に関連した消費者保護の不十分さのため、欧州委員会はこの問題に取り組み、タイムシェアリング契約に関するヨーロッパの法状況統一のため、「不動産の一時利用権の取得に関する契約の一定の観点を顧慮

しての取得者保護に対する一九九四年一〇月二六日の指令「94/47/EG」、いわゆるタイムシェアリング指令を出した。

(2) 指令との関係

タイムシェアリング指令は、不動産の一時利用権に関する加盟国の規定の統一を目的とするものである。各加盟国内の規定の差異は、域内市場の機能に消極的な影響をもたらし、さらに競争の歪みをもたらすことになるため、タイムシェアリング指令により不動産の一时的居住権に関する加盟国の規定の統一をなし、この障害を排除するために出された。

タイムシェアリング指令五条一号に従い、消費者は、一〇日間の間、タイムシェアリング契約を解消することができ、その結果、締結された契約から生じる権利義務を熟慮して判断しうる可能性を有することになる。また、当該期間の間、事業者が消費者からの支払いを受領することは禁止されている（六条）。

(3) 規定の内容

一九九七年一月一日に発効した一时的居住権法は契約締結前、あるいは契約締結時の取得者の基本的な情報、ならびに契約解消権の国内法化に限定されている。⁹⁶ 契約締結前に、タイムシェアリング契約に関する十分な情報を取得者に与える義務と厳格な形式要求を事業者側に課すことにより、契約条件を取得者に明確にし交渉地位の不均衡を是正する（一时的居住権法三条、四条）。そして、指令五条一項で規定された契約解消権を一时的居住権法五条一項一文⁹⁷で規定する。撤回権の理由付けとしては、住宅の一时的居住権に関する契約は、通常、複雑で理解が困難な権利が対象であり、休暇不動産が海外にあり、容易には確認しえないことから、取得者は契約から生じる広範囲の権利義務を時

間的、心理的強制なしに考慮する、場合によっては契約に関する決定を解除する可能性を有する必要性が触れられているだけである。⁹⁸ この点、指令の純粹な国内法化である以上、指令の形式にしたがって撤回権を規定することも出来たはずであるが、規定の仕方は訪問販売法一条、消費者信用法七条に依拠する形を採用した。

立法理由においては、当該契約の結果として生じる義務の経済的効果と、多くの場合、海外にある休暇不動産が契約対象となり、契約内容を理解する困難性のみが挙げられているが、EU指令においては悪質な事業者によって利用された攻撃的な販売手段とそれによって惹起された不意打ち的状况も理由として挙げられている。つまり、一時的居住権法の撤回権の機能は訪問販売法と消費者信用法の領域で規定された撤回権の機能が結合した働きをなすものとも考えられる。したがって、撤回期間の間の法状況も訪問販売法、消費者信用法に倣い浮動的無効が採用されている。

注

19 さらに、ドイツ民法三六一a条一項一文は、債務法現代化法により改正されドイツ民法三五五a条一項一文となった。債務法現代化法に関する文献として、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社、二〇〇三年）がある。

20 この点を紹介するものとして、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）二〇〇頁、池田清治「消費者契約法とドイツ法」ジュリスト一二〇〇号（二〇〇一年）一二二頁、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——」同志社法学五三巻一号（二〇〇一年）二六五頁。右近論文は、通信取引指令の国内法化の過程を検討すると共に、撤回権の一般論につき非常に示唆を富む指摘をしている。

21 現行のドイツ民法三五五a条一項一文においては、旧ドイツ民法三六一a条一項一文の「契約の締結を内容とする意思表示」という文言が、「契約締結に向けられた意思表示」という文言に変更されている。

22 BGBl. 1969 I, S.986.

- 23 Baur, Investmentgesetze 2. Teilband, 2. Aufl., 1997, S.1405 f.
- 24 Holschbach, Das Widerrufsrecht nach §11 AuslandsInvestmG in seiner Anlegerschutzfunktion, 1972, S.8, 11 ff.
- 25 Baur, a.a.O. (Fn.23), S.1408.
- 26 BT-Drucks. V/3494, S.23.
- 27 Holschbach, a.a.O. (Fn.24), S.98.
- 28 Claussen, Bank- und Börsenrecht, 1996, §2 Rdnr. 44 f.
- 29 Gerlach, Änderungen des Abzahlungsgesetzes, NJW 1969, S.1942.
- 30 Bischoff, Das Widerrufsrecht nach §1b AbzG und seine Anwendungsprobleme beim finanzierten Abzahlungskauf, 1977, S.13.
- 31 Pudor, Die Wirkungsweise verbraucherschützender Widerrufsrechte, 2000, S.79 f.
- 32 Ib., S.80.
- 33 Ib., S.80 f.
- 34 BGBl. 1974 I, S.1169, じれに關して紹介する文献として、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」成蹊法學二二号（一九八二年）三二七頁。
- 35 事業者側からの不当な販売方法、消費者側の軽率な契約締結の可能性が高い訪問販売、割賦販売に対する撤回権の導入の立法の方法としては、以下のパターンが考えられる。①訪問販売の方法で行われた割賦販売②割賦販売一般③訪問販売一般である。日本においては①+③の方法が採られている。つまり昭和四三年の割賦販売法改正により①、昭和五年の訪問販売法により③に關して立法されている。一般的に従来、撤回権の導入が要請されていたのは①の状況であったが、ドイツが割賦販売法第二次変更法で対処したのは②である（飯島・前掲注34三二七頁参照）。
- 36 Löwe, Neuerungen im Abzahlungsrecht, NJW 1974, S.2257.
- 37 Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, 11Auf., S.110 ; Löwe, a.a.O. (Fn.36), 2257 ; Bischoff, a.a.O. (Fn.30), S.5.
- 38 この点については、飯島・前掲注34三二六頁以下が詳しい。
- 39 飯島・前掲注34三一九頁。
- 40 BT-Drucks. IV/578, S.1.
- 41 Pudor, a.a.O. (Fn.31), S.46.

- 42 Ib.
- 43 Gerlach, a.a.O. (Fn.29).
- 44 BT-Drucks. 7/1938, S.3.
- 45 Löwe, a.a.O. (Fn.36).
- 46 BGBI. 1976 I, S.2525.
- 47 通信教育受講者保護法を紹介する文献として、安達三季生訳 ペーター・ギルレス「通信教育制度における受講者（顧客）の保護——西ドイツにおける通信教育保護のための新立法とその消費者保護法の発展における意義について——」法学志林七七卷二号（一九七九年）五一頁。立法背景については、これを参照した。
- 48 安達・前掲注47五五頁。
- 49 BT-Drucks. 7/4245, S.12.
- 50 安達・前掲注47五八頁。
- 51 BT-Drucks. 7/4245, S.33.
- 52 Pudor, a.a.O. (Fn.31), S.81 ff.
- 53 通信教育受講者保護法三条二項【通信教育契約の形式と内容】「書面は次の事項を包含する必要がある。（以下、略。）」（訳は、安達・前掲注47による。以下の通信教育受講者保護法の規定についても同じ。）
- 54 通信教育受講者保護法四条三項【受講者の撤回権】「撤回権は、両方の当事者が通信教育契約を完全に履行した時点で消滅する。ただし最初の供給の後遅くとも最初の半年の経過とともに消滅する。」
- 55 通信教育受講者保護法五条一項【告知】「受講者は、通信教育契約を理由を述べることなしに六週間の予告期間を付して契約締結後最初の半年の経過とともに契約を一方的に終了させることが出来る。最初の半ヶ年の経過の後は、三ヶ月の予告期間を付していつでも一方的に終了させることが出来る。主催者および受講者が重大な理由によって一方的に終了させうる権利はこの規定によって影響されなす。」
- 56 BT-Drucks. 7/4245, S.13.
- 57 BGBI. 1986 I, S.122.
- 58 これに関する紹介として、岡・山本・前掲注17五三頁。

- 59 立法までの紹介は岡・山本・前掲注17五四頁。
- 60 BT-Drucks. 8/130, S.9.
- 61 Biber, Das Widerrufsrecht des Verbrauchers, 2001, S.37.
- 62 BGBI. 1990 I, S.2840.消費者信用法について解説するものとして、泉圭子「ドイツ消費者信用法（一九九〇年）について（一）〜（三）」民商法雑誌一〇七巻四・五号二二九頁、一〇八巻一号（一九九三年）二五頁、二号八〇頁。
- 63 BT-Drucks. 11/5462, S.12.
- 64 Pudor, a.a.O. (Fn.31), S.3.
- 65 Löwe, a.a.O. (Fn.36), S.1825.
- 66 泉・前掲注62一〇七巻四・五号二二〇頁。
- 67 訪問販売に関しても、EC指令は出されていたが、訪問販売法が立法されたのが一九八五年であり、EC指令が出されたのが一九八六年であるので、訪問販売法の場合は、消費者信用法とは異なりEC指令に適合するように立法がなされたわけではない。
- 68 Biber, a.a.O. (Fn.61), S.39 ff.
- 69 BT-Drucks. 11/5462, S.12.
- 70 訳は、渡辺達徳「ドイツ消費者信用法（試訳）」クレジット研究二三号（二〇〇〇年）一二七頁を参照。以下の消費者信用法の規定に「5」も同じ。
- 71 Ulmer, a.a.O. (Fn.14), §7 VerbrKrG Rdnr.2; Pudor, a.a.O. (Fn.31), S.11.
- 72 BGBI. 1994 I, S.1630.
- 73 BT-Drucks. 10/2876, S.10.
- 74 Staudinger/Werner, 13. Aufl, 1998, HWiG Vorbem, Rdnr.18.
- 75 Erman/Klingsporn-Rebman, Erster Band, 9. Aufl., 1993, Vorbem HWiG Rdnr.29.
- 76 保険契約法五a条一項一文【保険約款、消費者への通知と保険保護】「保険業者は保険契約者に申し込みのさいに保険約款を交付しない、あるいは保険監督法一〇a条による消費者への通知をなさなかった場合、保険契約者が必要書類の交付の後二週間以内に書面をもって異議を主張しないときに、契約は保険証書、保険約款、そして契約内容にとって重要なその他の情報に基づき締結されたものとして有効になる。」

- 77 保険契約法八条四項【暗黙の延長 (stillschweigende Verlängerung)】「生命保険契約を除き、保険関係が一年以上の期間でもって締結された場合、保険契約者は契約締結に向けられた意思表示を保険の申し込みの署名から一四日以内に書面でもって撤回しうる。期間保持のためには、撤回の適時の送達で十分である。当該期間は、保険業者が保険契約者に撤回権に関し教示し、保険契約者が当該教示を署名によって確認した場合に、開始する。教示がなされなかった場合、撤回権は第一回目の保険料支払いの後一ヶ月で消滅する。保険業者が保険契約者の希望により即座の保険保護を与える場合、あるいは保険が、申込の内容に従えば、保険契約者の既に行われた営業上、あるいは独立した職業上の活動のために決定される場合、撤回権は存在しない。」
- 78 BT-Drucks. 11/8321, S.6.
- 79 規定の文言は割賦販売法、消費者信用法、訪問販売法の規定と海外投資株法、投資会社法、通信教育受講者保護法の規定の中間的な規定の仕方であるとの見解もある (Gernhuber, Verbraucherschutz durch Rechte zum Widerruf von Willenserklärungen, WM 1998, S.1798)。
- 80 Krämer, Der Verzicht auf das Verbraucherschützende Widerrufsrecht und die Rückbeziehung der vertraglichen Pflichten, ZIP 1997, S.97.
- 81 ドイツ民法二四二条【信義誠実に適った給付】「債務者は、取引の慣習を顧慮し信義誠実に適うように、給付を行う義務がある。」
- 82 Pudor, a.a.O. (Fn.31), S.87.
- 83 保険契約法八条五項【暗黙の延長】「生命保険契約のさいには、保険契約者は当該契約の締結の後、二週間内に解除しうる。期間保持のためには、解除の意思表示の適時の送達で十分で足りる。当該期間は、保険業者が解除権に関し保険契約者に教示し、保険契約者が当該教示を署名によって確認した場合に開始する。教示がなされなかった場合には、解除権は第一回目の保険料支払いの後一ヶ月で消滅する。……」
- 84 Pudor, a.a.O. (Fn.31), S.88.
- 85 一九九〇年一月八日のEU指令92/96/EWG参照。
- 86 一九九二年一月一〇日のEU指令90/619/EWG参照。
- 87 Pudor, a.a.O. (Fn.31), S.89.
- 88 河上・前掲注一六〇頁にも、この点の指摘がある。
- 89 BGBI. 1997 I, S.2154 ff.

- 90 BT-Drucks. 13/4185, S.8.
- 91 Martinek, Das neue Teilzei-Wohnrechtsgesetz—miBratener Verbraucherschutz bei Time-Sharing-Verträgen, NJW 1997, S. 1393.
- 92 BT-Drucks. 13/4185, S.8.いわゆる信託モデルのさいには、取得者は譲渡人と不動産に関する休暇利用権に関する契約を締結し、同時に第三者、つまり不動産の所有者、あるいは不動産の継続的利用権の権利者と信託契約を締結し、当該権利を信託法上、譲渡人のために保持する。また、Club-trustee-System、と呼ばれている、いわゆる会社方式のさいには、取得者は社員になり、不動産の経済上の所有者になる。社員は一年の間の数週間、不動産を利用する権利を有する。物権法上の利用権モデルのさいには、取得者は不動産に対し利用権、あるいは一年の間の数週間、不動産を利用する権利と結びつく特別な物権法上の利用権を有する。賃貸借方式のさいには、取得者は一年の間の数週間、不動産に対して単に債務法上の請求権を有するだけである。資本持分方式のさいには、経済的、あるいは法的に不動産の所有者である取得者は合資会社に持分（例えば株式）を有している。配当金にあたるものが、一年の一定期間、不動産を利用する権利となる。
- 93 Pudor, a.a.O. (Fn.31), S.13 f.
- 94 旧約款規正法九条【一般条項】「①約款中の条項が信義誠実の命ずるところに反して約款使用者の契約相手方に不当に不利益を与える場合には、その条項は無効である。②約款中の条項が次の各号に該当する場合には、疑わしいときは、その条項は不当に不利益を与えるものと推定される。一 法規定と異なる条項が、その法規定の本質的基本理念と相容れないとき、または、二 条項が、契約の本質から生ずる本質的な権利または義務を、契約目的の達成が危殆化されるほどに制限するとき。」（訳は、石田喜久夫編『注釈ドイツ約款規制法』（一九九九年）を参照。）
- 95 BT-Drucks. 13/4185, S.9.
- 96 BT-Drucks. 13/4185, S.8.
- 97 一時的居住権法五条一項一文【撤回権】「取得者が契約の締結に向けられた意思表示を、一〇日の期間内に書面でもって撤回しない場合に、当該意思表示は初めて有効になる。」
- 98 BT-Drucks. 13/4185, S.8.

第三節 撤回権の類型化

第一款 類型化の意義

右で概観したように従来、海外投資株法、投資会社法、割賦販売法、通信教育受講者保護法、訪問販売法、消費者信用法、保険契約法、一時的居住権法において消費者に撤回権が認められていた。時系列的にもこの順番で撤回権が認められてきたが、新たに撤回権を認める場合でも、既に存在する撤回権の形態を必ずしも引き継いでいるわけではなく、各法律により撤回権の規定は多様であることが明らかになった。

撤回権の規定の差異が明らかになるように、従来の七つの消費者保護特別法を文言にしたがって分類してみる。海外投資株法一条、投資会社法二三条は、「買主は……売買に向けられた意思表示を……撤回しない場合に限り、当該意思表示に拘束される。」と規定する。割賦販売法一b条一項一文、訪問販売法一条一項一文、消費者信用法七条一項一文、一時的居住権法五条一項一文は、「買主〔顧客、消費者〕が、契約締結に向けられた意思表示を……撤回しない場合に、当該意思表示は初めて有効になる。」と規定する。通信教育受講者保護法四条一項一文は、「受講者は……契約締結に向けられた意思表示を撤回した場合、当該意思表示に拘束されない。」と規定する。保険契約法八条一項一文は、「保険契約者は……契約締結に向けられた意思表示を撤回することができる。」と規定する。

次に、これらの撤回権の規定の仕方と撤回期間の法状況の関係は、一般的にどのように考えられているのか整理する。まず海外投資株法、投資会社法においては、単に有効、あるいは浮動的有効、割賦販売法、訪問販売法、消費者信用法、一時的居住権法においては浮動的無効、通信教育受講者保護法においては浮動的有効、保険契約法においては有効と一般的に解されている。

一見すると、撤回権は、各法律によって他の法律とは関係なく、当該法律の目的に応じて規定され、全ての撤回権は、それぞれ固有の目的を追求するのみであると考えられる。そのように考えると統一的な撤回権の理解は難しい可能性がある。しかし、全ての撤回権に一般化を導きうる共通の本質が内在し、一定の立法上の意図を基礎に置いていると考えることも出来る。そこで、以下では、撤回権をいくつかのメルクマールによって分類し、その分類に従って、各特別法によって異なる撤回期間の法状況に対する何らかの示唆を得たいと考える。

第二款 撤回権の類型化

カルスールルガーが、オーストリアにおいて、いくつかの契約解消権の類型化を試みている⁹⁹ので、それを参考にす。カルスールルガーは、オーストリアの契約解消権に関する規定を全体として七つの範疇に分ける。すなわち締結状況対応型解除 (Situationsrücktritt)、目的物不存在型解除 (Abwesenheitsrücktritt)、情報欠如対応型解除 (Informationsrücktritt)、契約類型対応型解除 (Typenrücktritt)、錯誤型解除 (Irrtumsrücktritt)、契約変更型解除 (Vertragsänderungsrücktritt)、解約告知型解除 (Kindigungsrücktritt) に分けられるとする。様々な形態の契約解消権が、当該権利の認められる根拠を手がかりに分類されている。問題となる権利を分類するさい、当該権利の効果に注目して分類するのではなく、当該権利が認められる根拠に基づき分類をする点、ドイツの消費者保護撤回権の分類においても有用である。なぜなら、撤回権の効果の点に着目して撤回権の分類をなす場合、ドイツにおける撤回権の法律効果、すなわち撤回期間の法状況に関して立法段階で必ずしも詳細な検討がなされていたことは、立法資料からは読み取れないため、適切な分類をなすための基準としては役に立たないからである。したがって、撤回権の一般的な根拠を基準に、カルスールルガーの分類を下に、ドイツの撤回権の分類を行う¹⁰⁰。そのさい、以下の四つの基準が、ドイツの

撤回権の分類に役に立つ。

① 締結状況対応型 (Situationswiderruf)

締結状況対応型は、契約の開拓状況、あるいは締結状況において発生する不意打ち、あるいは早計の危険に対応するものである。事業者は、営業所外での取引締結場所の選択を通じて、消費者を他の消費者から隔離して、執拗な勧誘をすることによって、事業者からの強制なしに自己決定的な決定をなす可能性を低くさせる。この危険は、しばしば事業者が攻撃的な販売方法、あるいは一定の危険を生じさせる締結形式を利用することにより強められる。通常、締結状況対応型は、上で挙げられたような危険な状況が、契約締結のさいに発生する全ての契約に関して適用され、

③ の契約類型対応型とは異なり契約類型に基づくものではない。

事業者の不意の訪問により生じる消費者の交渉上の劣勢と関係し、典型的には訪問販売法における撤回権が当てはまる。契約締結が用語的に訪問販売、つまり消費者が契約の意思表示を事業者の営業所外等で行う取引としてまとめられる。

この場合、消費者が、不意に消費者の家庭などを訪れる事業者の巧みな話術に基づき早計な契約締結をなすために撤回権が認められる¹⁰¹。このことは、消費者自身が締結時点で、理性的に契約締結を現実に終局的なものとするのか否かを認識する状況にないという推論を含み、熟慮して理性的な行動をなすことができない消費者像を想起させる。消費者は、そのような状況において、画一的に保護される必要があり、それによって初めて実質的な契約自由の保護とその回復を図ることができる¹⁰²。

ここでは、締結時に存在する心理的に過大な要求と不意打ちの状況を克服することが問題になるので、撤回期間は

比較的早く締結時点で、開始し始めれば十分であると考えられている。消費者が契約締結の後、独りで、あるいは家族や友人の助言を参考に、もう一度落ちついて冷静な考慮のもとで、締結された契約と撤回可能性を認識した状況で、当該契約を考慮することができればその保護目的は達成される。

②目的物不存在型 (Abwesenheitswiderruf)

目的物不存在型は、契約の相手方が契約締結のさいに商品、あるいは給付を目にすることが出来ないことが原因で生じる危険に対応するものである。目的物不存在型自体は、不意打ちと並んで消費者保護の観点につき独自の問題として認識される。契約締結時に商品、あるいは給付を目にすることができないゆえに、契約目的物の確認は事業者による説明に頼らざるをえない。しかしながら、事業者は消費者に当該契約を締結させるため、消費者が当該契約に関心を持つように、契約目的物に関して説明するのが通常である。したがって、消費者は契約目的物の内容、性質、意図していた目的への適性などを自分で確認することはできない。

目的物不存在型の一つの事案である通信取引による締結の事案において、通信伝達手段を利用する場合には、消費者の契約締結に対する意思表示が事業者に即座に到達するため、消費者にとって不意打ち的な側面もある。しかし、通信伝達手段の利用により、一般的に、消費者には十分な熟慮期間が与えられ、不意打ちの危険は低くなる。このように考えると、目的物不存在型の事案において消費者にとって重要となる危険要素は、契約の意思表示のさいの商品、あるいは給付の不存在となる。

結局、消費者は契約目的物に関する情報が、不十分な状況で締結しなければならず、それゆえ事後的な熟慮期間を必要とする。締結状況対応型と目的物不存在型の双方とも、一定の情報に関しての危険を防止することを目的として

いるが、締結状況対応型のさいには事業者側からの一方的で、あるいは一面的な情報の危険が主に問題になる一方で、目的物不存在対応型のさいには商品、あるいは給付の情報を実際に目で見て確認する機会の欠如が問題になっている。契約締結時に通信教材が手元になく契約目的物を確認しえない通信教育受講者保護法の撤回権が目的物不存在型に当てはまる。

この場合、特別な事業者の契約締結の心理的な強制、あるいは消費者への契約締結に対する過大な要求ではなく、消費者の情報欠如の点が問題となる。消費者は、商品あるいは給付の不存在によりこれらの類型に存在する情報獲得の不完全性ゆえに、商品あるいは給付の事後的な確認によってのみ、常設の営業所におけるのと同じ情報獲得をなすことができるに過ぎない¹⁰⁰。したがって、撤回権は情報の必要性を事後的に満たす可能性を与え、このさい撤回期間は、商品の受領を伴った規定通りの情報の通知によって経過し始める。

③契約類型対応型 (Typenwiderruf)

契約類型対応型は、一定の締結状況による危険を前提とするのではなく、特定の契約類型の全ての締結に関連する。この類型の契約は、一般的に複雑であり、期間が長期にわたり、消費者にとって著しい財政的負担をもたらすため、契約類型対応型は特別な契約類型の締結に存在する危険に対応するものであり、そのような契約締結における早計からの保護を目的とする。契約内容の複雑さゆえに撤回権が認められている典型として、保険契約法、消費者信用法、一時的居住権法の撤回権が当てはまる。

積極的な販売技術による不意打ちのさいと同様に、消費者は、実際に全ての複雑、長期の契約にさいしても、撤回のための事後的な期間が、必要とされるかがまず問題になる。契約目的物に関連した撤回権の一般的な正当化は疑問

視されていた¹⁰⁴。消費者によって契約目的物、あるいは別の締結可能性に関する自主的な情報獲得を可能にするためには、撤回期間があまりに短すぎ、複雑で重大な義務を伴う知的、あるいは心理的過大な要求が関係してくる場合、消費者にそのような契約を、予めより慎重に考慮することが要求され、熟慮期間の認容はもはや必要ではないと主張されていた。

しかし、事業者が専門的な知識と取引経験につき、はるかに優位である複雑、長期の契約の締結においても、消費者の大部分は、十分な考慮時間を実際に有しておらず、しばしば無思慮でまさに非合理的に締結をなし、そのことは重い義務を負担させる契約のさいに消費者にとって著しく不利益な帰結となる¹⁰⁵。消費者は、軽率な契約締結後に、無条件で契約解消をなす可能性を与える撤回権が認められる場合に初めて、落ち着いて冷静に契約内容を理解することができる。したがって、このような契約内容の重大さ、複雑さなどを理由とした撤回権も必要となってくる。

④情報欠如型 (Informationswiderruf)

事業者の情報提供義務を課す結果として、情報欠如型が問題となる。情報欠如型は、契約締結前、契約締結時、あるいは遅くとも履行時において契約上重要な情報が付与されなかった場合に認められる。また、情報欠如を理由に撤回が認められているわけではない契約において、撤回権に関する情報の欠如、つまり撤回権に関する教示がなされなかった場合に、通常の撤回期間の経過を一定の期間、事後的な情報付与まで延長させることによって情報欠如型が認められる。

情報欠如型は訪問販売法二条一項四文、消費者信用法七条二項三文、一時的居住権法五条六文にしたがった事業者からの説明が欠けているために、通常の撤回期間の経過の後も認められている撤回権が当てはまる。

第三款 類型化と撤回期間の法状況

ドイツの消費者保護特別法の撤回権の根拠を基準に類型化した結果、以下のことが推論できる。

この分類と撤回期間の法状況の関係について検討してみると、①に分類された撤回権、つまり締結状況対応型は訪問販売法の撤回権、③に分類された撤回権、つまり契約類型対応型は割賦販売法、消費者信用法、一時的居住権法の撤回権である。ただし、一時的居住権法の撤回権は、契約締結上が問題になる場合もあり、締結状況対応型にも分類される場合もある。これら、二つの類型において、撤回期間の間の法状況は、一般的に浮動的無効と理解されている。②に分類された撤回権、つまり目的物不存在型は、通信教育受講者保護法の撤回権であり、撤回期間の法状況は一般的に浮動的有効と理解されている。④の分類、つまり情報欠如型は、①から③の撤回権が事業者側による撤回に関する教示の不存在によって期間が延長されて認められる撤回権を対象としており、撤回期間の法状況は本来の撤回権が①から③のどこに分類されているのかによって決定され、④の撤回権に関して撤回期間の法状況を独自に判断する意味は少ない。¹⁰⁶

各消費者保護特別法への撤回権導入の立法過程の審議から判断して、浮動的無効と理解される規定に関しては、根拠が不明確である。それに対して浮動的無効と解することもできる規定の仕方ではあるが浮動的有効、あるいは有効と解されている規定の仕方、あるいは規定の仕方から判断して浮動的有効、有効を採用する場合、その根拠が立法過程で明確にされている。このように考えると、従来ドイツの立法者は、撤回期間の法状況を原則として浮動的無効と考え、特別な状況が存在する場合に浮動的有効、あるいは有効を採用していたと考えることが出来る。

撤回権をその根拠に注目して分類し、それとの関連で選択の基準が曖昧であった撤回期間の法状況を結びつけ、法状況の選択に関する一定の方向性の推論を行った。しかし、各消費者保護特別法における撤回期間の法状況に対する

一般的な理解と、相違点が生じる部分が存在することが明らかになる。上で利用した基準による類型化に従うと、海外投資株法、投資会社法、保険契約法の撤回期間の法状況は浮動的無効になるはずである。

しかし、これらの場合、契約目的物の性質の特殊性があり、海外投資株法、投資会社法の契約目的物である投資株、保険契約法の契約目的物である保険は、すでにそれぞれの概観で示したように契約締結時が非常に重要になる。契約締結時、すなわち撤回期間経過前の契約の有効性を前提としなければ、一方当事者に多大な経済的な損害を与える。株価は、日々の相場変動により撤回期間中に変わり、法状況を浮動的無効状態と考えると、撤回権が消費者に認容されることにより、反対に消費者にとって不利益が生じる。また、保険契約のさいにも契約締結時の契約の有効な成立を前提としなければ、撤回期間の間の事故に対して保険による補償がなされないことになり、やはり消費者を不利益な状況に置くことになる。

その一方で、割賦販売法、訪問販売法、消費者信用法、一時的居住権法の場合には契約締結時の契約の有効性を前提としない場合、すなわち浮動的無効と解する場合、確かに消費者にとって不利な状況も存在するが、契約締結時の浮動的無効性ゆえに即座に経済的な損害が与えられるわけではない。

したがって、撤回権分類の基準として、まず撤回権の根拠が問題になり、例外を排除するものとして契約目的物の価値の特殊性が問題になるだけであると考えることが出来る。つまり、上で利用した撤回権分類の基準は、撤回権全般に関して適用されうるものと一応は考えることができる。

第四款 類型化の帰結

①③に分類された撤回権に関しては、撤回期間の法状況は浮動的無効であり、②に分類された撤回権の場合には浮

動的有効となるが、①③と②の分類の違いによって何を導くことが出来るのであろうか。一般的に撤回権に関して述べられる場合に前提となっているのは、訪問販売法と消費者信用法、つまり①と③の撤回権である。つまり、契約締結状況における原因、そして契約内容の複雑さに対応するものであり、撤回期間の法状況は浮動的無効と理解されていた。したがって、撤回権の共通の根拠は、消費者に落ち着いて、そして事業者側からの心理的な強制なしに契約文書に含まれる当該契約から生じる義務の内容に基づいて、当該契約締結の決定をもう一度考慮する事後的な熟慮期間を認めることであった。¹⁰⁾

そして、訪問販売法の場合には更に信用できない販売手段による不意打ちからの保護、消費者信用法の場合には思慮のない過大な融資上の負担からの保護、一時的居住権法の場合には通常の消費者にとっては、一見ただけでは契約内容を判断することの困難さからの保護など、その都度の契約対象に適用される根拠が付け加えられる。

つまり、従来の消費者保護特別法への撤回権導入の目的は不意打ち的な状況での契約締結の決定の再考慮、あるいは契約内容の複雑さゆえの早計で無思慮な決定の再考慮が基礎となっていた。したがって、これらの保護目的を達成するためには撤回期間の間、契約が浮動的無効であることを規定すれば十分であると判断されていたように思える。

しかし、その一方で、通信教育受講者保護法のような②の分類では、契約目的物の内容が不明確であり、契約目的物が手元にならないことからの保護が問題となり、単に消費者に熟慮期間が認められただけでは、契約目的物の実際の確認は保障されず、当該状況は是正されえない。ここでは、契約目的物の実際の確認が最も重要な要素となるのであり、そのためには消費者が、事業者に契約目的物の提供を請求しえなければならぬ。①③の分類のように撤回期間の法状況を浮動的無効と理解する場合、消費者は事業者に契約目的物の引渡しを請求することが出来ない。したがって、撤回権が認められたとしても熟慮期間の間、事業者から任意に契約目的物を提供されない限り、全く当該期間は意味

をなさない。

②の分類においては撤回期間に、消費者は事業者に契約目的物の引渡しを請求できなければならず、撤回期間の法状況を浮動的無効ではなく有効、あるいは少なくとも浮動的有効と考えなければならぬ。この点に基づき、②に分類される通信教育受講者保護法は撤回期間の法状況を浮動的有効と見なしている。

以上の検討から判断すると従来の撤回権の基礎は不意打ちや早計による無思慮な決定からの保護であり、それゆえ撤回期間の法状況は浮動的無効である。そして、契約締結状況、契約内容の複雑さに加え、契約目的物の不存在という特別な状況が加わる場合に、商品の実際の確認を保障するために浮動的有効が採用されたと考えられる。

注

- 99 Kalss-Lurjer, Zu einer Systematik der Rücktrittsrechte insbesondere im Verbraucherrech, JBl 1998, S.89 ff, 153 ff, 219 ff.
 この目的は、カールスルルガーの分類の、ドイツ法への適用が目的であるので用語の使い方として、Rücktritt(解除)をWiderruf(撤回)と読み代えて以下で考察を行っていく。
- 101 海外投資株法、投資会社法、訪問販売法の立法理由参照。
- 102 Kalss-Lurjer, a.a.O. (Fn.99), S.166.
- 103 Kalss-Lurjer, a.a.O. (Fn.99), S.170.
- 104 Medicus, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, BMJ (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, 1981, S.523 ff. (田谷峻「契約締結上の過失」に関するメディクスの鑑定意見』『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』(法政大学出版局、一九九八年)五五頁以下参照)。
- 105 Kalss-Lurjer, a.a.O. (Fn.99), S.169.
- 106 ただし、④の情報欠如型の撤回権は、撤回権の行使期間の起算点との関連で大きな意味を有すると考えるが、この点は後で触れる。
- 107 Pudor, a.a.O. (Fn.31), S.14.

第四節 撤回期間の法状況に対するドイツの学説

第一款 学説の概観

(1) 浮動的無効（通説）

従来、通説は撤回期間の間の消費者契約を浮動的無効¹⁰⁸と性質付け、撤回の意思表示でもって終局的に無効になると理解していた。この理解は、割賦販売法一b条による割賦売買の領域における浮動的期間の評価に基づくものである。この立法審議のさいに、割賦売買は、撤回期間経過までは浮動的無効として位置付けられ、契約の効力発生¹⁰⁹の先延ばしは停止条件の存在によりもたらされるとされた。この判断は、その後、訪問販売法、消費者信用法、一時的居住権法の立法のさいにも引き継がれた。

浮動的無効な契約を前提とする場合、契約の締結と契約の有効性は区別される。二つの一致した意思表示の存在と、撤回権に関する規定通りの教示を含む契約文書により契約が締結され、事業者は契約に基づき、撤回できずに拘束される。これに対して消費者の義務と双方の給付義務の発生は、消費者が撤回期間に契約締結の撤回をしないことに左右される¹¹⁰。撤回権不行使は、消費者契約に関する法定の停止条件とみなされる¹¹¹。

しかし、既に述べたように契約の浮動的無効を採用することにより消費者に生じる不利益が、通説の支持者によって認識されていた。特に、撤回権に関する教示がなされないまま撤回期間が経過している場合、撤回期間においても消費者が事業者¹¹²に契約上の義務の履行を求めることが可能でなければならぬことが、一致して主張されていた。なぜなら、撤回期間は、事業者が撤回権に関する教示など、当該契約上重要な事項を消費者に教示した場合に、経過し始めるとされており、教示がなされない場合、撤回期間は開始せず、その間、浮動的無効状態が継続し、消費者に不

利益を与えるからである。このように考えなければ、撤回期間において、事業者は一般的に自らに不利益な給付の提供を常に思い止まり、結果として事業者は契約に拘束されず、消費者保護の目的で認められた撤回権の目的が果たされないことにもなる。したがって、この目的を達成するためには、事業者が教示をなさなかった、あるいは消費者が契約締結前に事業者に教示を要求した場合、消費者が契約上の請求権を撤回期間に主張することを可能にしななければならない。

(2) 浮動的無効を修正する見解

そこで、この不都合を回避するために、いくつかの試みがなされた。たとえば、この不利益をドイツ民法一六二条一項を援用することにより回避することが試みられた。¹¹¹つまり、事業者は事業者によって信義に反してなされなかった撤回教示の結果として、消費者からの履行請求などを拒絶する利益を得るべきではないことになり、期間経過後に消費者は契約に基づく履行請求権が認められることになる。同様な認識の下、フックスは消費者がドイツ民法一四四条¹¹²の類推適用により、撤回期間に撤回権を放棄することにより、浮動的無効状態は確定的有効状態に変化し、それゆえ消費者に履行請求権が撤回期間でも認められることになると主張する。¹¹³この見解によれば、消費者の履行請求権の行使は契約内容を承認することであり、消費者は契約に拘束される。また、消費者が撤回権を認識して履行請求権を行使した場合、教示がなされていない撤回期間に浮動的状况が一方的に終結し、請求権は即座に貫徹されとの擬制を前提に、消費者の履行請求権によって開始する撤回期間の経過を待つて履行請求を認める見解¹¹⁴と、消費者の履行請求権を即座に認める見解¹¹⁵に分かれる。

(3) 浮動的無効を前提としない見解

更に、浮動的無効を前提としない見解もある。契約はさしあたり有効に成立し、事後的に撤回権の事実上の行使を解除条件として初めて効力が消滅するとの見解¹¹⁶、契約は契約締結の後、定められた撤回期間の経過まで浮動的無効であり、撤回期間経過後に契約は無条件に有効になるとの見解¹¹⁷、到達が受領必要な隔地者間でなされた意思表示の有効要件であるように、撤回の不行使は、消費者の意思表示が有効になるための有効要件であり、撤回の不行使まで法律効果の発生が妨げられ、この点、消費者の意思表示は不完全であるとの見解¹¹⁸、撤回権は法体系上、当事者の理解に従い、特別な法定解除権であるとの見解¹¹⁹、撤回権の不行使時まで浮動的有効であり、撤回権の不行使により拘束力の無い表示が終局的に有効になるとの見解¹²⁰などがある。

また、相対的浮動的の一部無効を主張する見解もある¹²¹。この見解によると、消費者と事業者の間の契約は成立していることから、消費者の意思表示は一応有効であるが、当該契約から全ての権利義務が導き出されるという意味での、意思表示の効力は完全ではなく、むしろ消費者の意思表示の効力は撤回権の存在により妨げられている。そして、意思表示と結びついた契約の効力は、完全に発生せず、消費者契約はその範囲で一部無効であり、一部無効はそれと結びついた法律効果の制限が単に一方的に事業者の負担になるので、一部無効は相対的であり、当事者とは無関係に期間経過によって有効になり消費者の意思表示の結果、終局的に無効になりうるので、浮動的であるとする。

第二款 学説の検討

次に、右で紹介した学説の検討を行う。この点、ここで考慮する必要があることは、ドイツにおける従来の撤回権に関する規定の仕方と、我が国におけるクーリング・オフ権の規定の仕方が大きく異なっていたことである。したがっ

て、ドイツの学説を検討するさいには、各学説の法の文言との整合性は問題にならず、重要となってくるのは撤回権の規範目的との関係であり、それぞれの学説の立場に従った場合、どのような法状況が消費者にもたらされるのかである。

消費者保護立法の第一の目的は不意打ちによる消費者の無思慮、消費者の契約内容に関する知識の欠如、目的物確認可能性の欠如、契約内容の理解の困難に基づく消費者の取引上の地位に関する劣勢の是正である。この点、各立法は契約内容に関する追加的な情報提供義務と説明義務を規定することにより、消費者が契約内容を十分に認識する可能性を保障する。そして、消費者に熟慮期間が与えられ、この熟慮期間内に付与された情報をもとに契約締結に対する決定の適正を判断し、当該決定が自己の利益に合致しないことを認識した場合、消費者は負担を負うことなく契約を解消しうる。

従来、想定されていた撤回権の主たる機能は契約締結の意思表示の表明のさいに、十分な考慮なしに、早計な決定をなす消費者の保護であった。消費者は契約状況を認識する十分な時間と機会を熟慮期間の付与によって初めて有するので、撤回権は実際取引経験に優れた事業者に対する消費者の契約上の地位を強化し、各消費者保護特別法によって要求された事業者の情報義務を実質的なものとする。

撤回権は、このような役割を撤回期間に果たすため、この期間の法状況の性質付けは撤回権によって意図された目的の達成と関連する。この点を考慮しながら、各見解が撤回権の目的達成に適切であるか否か、どのような影響を契約当事者の権利義務に対して有するか検討する必要がある。

浮動的無効を前提とすると、期間経過時点まで両当事者にいかなる種類の給付義務も存在しないことが一般的であるため、撤回権の目的達成のために両当事者間での給付交換の可能性の有無がどのような意味を持つのが問題にな

る。撤回期間にも関わらず事業者の給付義務が認められる場合、消費者は契約の確定的有効の前に給付を受領することになる。したがって、消費者は直接に契約締結後に契約目的物の性質を自分で確かめ不満足な場合には撤回しうる。しかし、従来の撤回権の基礎にあるのは、通信教育受講者保護法四条の場合のように消費者が撤回権により契約目的物の実際の確認可能性を与えることではなく、複雑な契約上の取り決めに目を通す機会を与える、あるいは不意打ちによる無思慮な契約締結の決定からの保護を与えることであつた。それゆえ、事業者の期限前の履行が必然的に要求されるわけではなかつた。

また、給付の提供を期限前に認めることにより、消費者側にも代金支払い義務が生じるとして、この義務の存在は消費者に大きな影響を与え、消費者は契約目的物の受領後は撤回権の行使を躊躇し、消費者に熟慮期間を認める法の目的に反するとの指摘¹²²もあり、その考えに従えば、撤回権でもって目的とされる無思慮の保護は、最終的な期間経過までに給付が提供されなかつた場合にのみ保障されることになる。ただし、一方的に消費者が期限前に給付の確認をなしうることは、当然消費者に利益をもたらすのであり、このような帰結をもたらす構成は、より消費者保護の目的を達成しうることになる。

さらに、撤回期間経過後に、契約が完全に有効になり、消費者も給付が義務付けられるとすると、確かに消費者は支払い義務に直面して契約内容に関し再度その時点で考慮することになり、この点では契約締結に対する決定の再考慮を促すという目的には合致するとの指摘もある¹²³。しかし、事業者の破産の危険、あるいは撤回権行使後の清算関係における負担などを考えると消費者の期限前の給付義務は消費者に撤回権の行使の抑止効果をもたらす¹²⁴。これは、タイムシェアリング指令六条や一時的居住権法七条においても考慮されており、期間経過前の消費者の支払いが禁止されている。

この抑止効果は、消費者が契約締結の決定を外的な影響なしに再考慮することを可能にする撤回権の目的と相容れない。この自由な再考慮が保障されてこそ撤回権でもって追求される消費者の契約上の地位の是正が可能となる。

これらのことを考慮に入れると、ドイツ民法一六二条一項を援用する浮動的無効説、擬制説、不完全な消費者の意思表示説、並びに浮動的有効説、あるいは相対的浮動的無効説は撤回権によって追求された意図を考慮して正当化されうるものであり、更に、浮動的有効説、あるいは相対的浮動的無効説は従来の撤回権の基礎を越えて消費者保護を実現する可能性を与える。これに対して、撤回権の放棄説に従うと、追加的な熟慮期間としての撤回権の目的が全く実現されなくなってしまう。期間経過後無条件有効説、解除条件説、特別な法定解除権説、浮動的有効説は、撤回権の放棄説とは異なり、消費者が撤回期間に契約締結の決定を再考慮する可能性は残されている。しかしながら、これらの見解に従えば消費者は外的な影響なしに撤回権行使の決定をなしえず、撤回権行使後の捲き戻し関係に対する煩わしさや、そこで生じる事業者側の破産の危険の負担などにより抑止効果が働いたため、十分に撤回権によって意図された目的を達成しえない可能性も残されることになる。

第三款 問題状況のまとめ

従来の全ての撤回権の基礎にある目的は、契約締結状況に着目して考えるならば、事業者の突然の家庭への訪問による不意打ちの状況からの保護、あるいは巧みな話術、あるいは孤立した状況での攻撃的な販売手段などによる心理的強制からの保護である。また、契約そのものに着目して考える場合、契約内容、契約目的物の複雑さゆえの早計な決定からの保護である。これらの契約締結状況と契約内容から生じる消費者の契約上の地位の不均衡を是正するため撤回権が認められ、撤回権認容の結果として、契約が確定的になるまで一定の期間、契約締結の再考慮が可能になっ

た。この点、従来の撤回権の基礎にある目的と浮動的無効状態との関連性を考えてみると、不意打ちや早計の結果としての無思慮からの消費者の保護を目的とする場合、一般的に契約が締結される時期を猶予するだけで、消費者は不意打ちの状況、あるいは早計で無思慮な状況から脱することが出来る。したがって、従来認識されていた撤回権の目的との関係では撤回期間の法状況を浮動的無効と理解し、熟慮期間の短縮を認めなければ、十分であった。

その一方で、浮動的無効状態に対しては、その状態から発生する不都合を緩和するために様々な見解が述べられてきた。学説の流れとしては、まず立法当初における浮動的無効の一般的な肯定から、浮動的無効の欠点を是正するための様々な手段を使って修正された浮動的無効の採用、そして浮動的無効を離れて浮動的有効などの契約の一部有効の採用へと移っている。後になる程、実質的な消費者保護が図られており、相対的浮動的の一部無効の見解は、消費者にのみ履行請求権を認めるまでに至る。このことから判断して、学説において近時認識されている撤回権の基礎は、拡大してきていると考えられる。つまり、従来認識されていた、不意打ち、あるいは無思慮による早計な契約締結の保護のみではなく、外的な影響なしに撤回権行使を決定し、事業者からの反対給付を請求されることなく消費者が契約目的物を確認しうる点にも重点が置かれてきていると評価することも出来る。

従来、撤回権を導入し熟慮期間を消費者に認めることにより保護されてきたと見なされていた状況において、単なる熟慮期間の認容が、形式的に消費者の自由な契約締結の再考慮、つまり自己決定に結びつくと考えられるのではなく、契約目的物の確認を消費者に認めることにより、熟慮期間の認容によって目的とされた保護をより実質化する方向へと向かっていると考えられる。

- 108 浮動の無効の一般論については、拙稿「浮動の無効概念の有用性」一橋論叢一三一巻一号（二〇〇四年）四八頁参照。
- 109 Knittel, Widerruf und widerrufsbelehrung in §1b AbzG, AcP 185, S.312 ff.; Krämer, Der Verzicht auf das Verbraucherschutzende Widerrufsrecht und die Rückbeziehung der vertraglichen Pflichten, ZIP 1997, S.93 ff.
- 110 Ulmer, a.a.O. (Fn.14), §7 VerbrKrG Rdnr.11; Martinek, a.a.O. (Fn.91), S.1396.
- 111 Klingsporn-Rebman, a.a.O. (Fn.75), §7 VerbrKrG Rdnr.10.
- 112 マン民法一四四条【取の消すことな出来る法律行為の追認】「①取り消すことが出来る法律行為は、取消権者が追認をした時は、取の消すことが出来なす。②追認は法律行為のいつか定めた方法を必要としなす。」
- 113 Fuchs, Zur Disponibilität gesetzlicher Widerrufsrechte im Privatrecht, AcP 197, S.173.
- 114 Ulmer, a.a.O. (Fn.14), §7 VerbrKrG, Rdnr.26.
- 115 Knittel, a.a.O. (Fn.109), S.312 ff.; Boemke, Das Widerrufsrecht im allgemeinen Verbraucherschutzrecht und seine Ausübung in der Zwangsvollstreckung, AcP 197, S.161 ff.
- 116 Kiefer, Gewährleistungsrechte ohne Vertrag?, NJW 1989, S.3120.
- 117 Ollmann, Die schwebende Unwirksamkeit des Verbraucherkreditvertrages, WM 1992, S.2005.
- 118 Gernhuber, a.a.O. (Fn.79), S.1797.
- 119 Hadding, Zur Rückabwicklung nach einem Verbraucherschützenden Widerruf der Vertragserklärung, F.S. Brandner, 1996, S.207.
- 120 Pfeiffer, BGH LM, §1b AbzG Nr.31.
- 121 Larenz-Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1997, §44 Rdnr.52ff.; Wolf, BGH LM, §558BGB, §7 VerbrKrG Nr.153; Pudor, a.a.O. (Fn.31), S.36 f.
- 122 Pudor, a.a.O. (Fn.31), S.51.
- 123 Mäsch, Das deutsche Time-Sharing-Recht nach dem neuen Teilzei-Wohnrechte-Gesetz, DNotZ 1997, S.198.
- 124 Pudor, a.a.O. (Fn.31), S.55.

第三章 ドイツ民法改正後の撤回権

第一節 序

二〇〇〇年のドイツ民法改正により、従来、各消費者保護特別法において異なつて規定されていた撤回権が、統一的に規定された。撤回権の規定に関し、「買主が、契約締結に向けられた意思表示を……撤回しない場合に、当該意思表示は初めて有効になる。」という訪問販売法、消費者信用法、一時的居住権法において採用されていた浮動的無効ではなく、「受講者が……契約締結に向けられた意思表示を撤回した場合、受講者は当該意思表示に拘束されない。」という通信教育受講者保護法によつて採用されていたいわゆる浮動的有効と非常に類似した、「消費者が、事業者との契約の締結を内容とする意思表示を期間の定めに従い撤回した場合、消費者は当該意思表示に拘束されない。」という立場を採用した。これにより、争いがあつた撤回期間の法状況に関する問題は一応解決され、浮動的有効という状態どのように考えるべきかという問題が残されるのみとなつた。

そこで、以下ではドイツ民法改正の流れとその意義を分析していく。

第二節 通信取引指令の国内法化

第一款 通信取引指令の概要

撤回権のドイツ民法への組み入れは一九九七年五月二〇日の通信取引指令の国内法化を契機になされたものであ

り、規定の仕方でも通信取引指令の国内法化を念頭においているため、通信取引指令についてまず検討する。¹²⁵

通信取引指令は、送付販売やカタログによる伝統的な通信取引だけでなく、テレビ、FAX、インターネット、あるいはE-MAILのような新たな通信技術の普及により生じてきた消費者の被害に対応するために出された。事業者は、一般的な取引方法よりも費用を削減し、商品を安価に提供することができ、品物も多彩になる。その一方で、危険と不利益が消費者に存在する。¹²⁶ 一つ目は、注文の即時完了可能性、注文過程の簡略化、大量広告の影響などにより消費者が軽率に購入を決定し、場合によっては重い金銭的負担を引き受けることになる危険である。二つ目は、消費者は注文の前に品物を確認する可能性を有しておらず、売買の適切な情報を獲得することができない危険である。三つ目は、消費者は事業者に関する情報をほとんど有していない、あるいは不十分にしか有していないため、信用できない相手と契約を締結し、決められた期日に引渡しが行われない危険である。これらの危険は重大であるので、通信取引において締結された契約は、特別の消費者保護が正当化されることになる。

通信取引指令六条一項一文は消費者に通信取引契約を解消する権利を与える。契約解消権の行使に対する規定された期間は七就業日である(六条一項一文)。当該期間は、この期間までに既に必要な全ての情報が与えられている限りにおいて、商品の場合には消費者への到達の日から、サービス給付の場合には契約締結の日から開始する(五条)。

第二款 国内法化

二〇〇〇年六月三〇日に施行された、通信取引法(Gesetz über Fernabsatzverträge)は、通信取引指令の国内法化としての法律であり、近時の消費者保護特別法が指令の影響により立法されたのと同様である。撤回権に関する規定に着眼すると、訪問販売法は訪問販売指令よりも先に施行され、指令公布後に指令への適合性が問題になり、消費

者信用指令では撤回権が規定されていなかったため、消費者信用法の立法のさいには問題にはならず、タイムシェアリング指令では撤回期間において、契約を有効な状態であると規定していると一般的に理解できるにも関わらず一時的居住権法では浮動的無効と規定したことが問題になった。¹⁷⁾

たとえば、訪問販売指令五条に従うと、消費者は少なくとも七日以内に、契約から生じた義務全てから解放される権利を有する。指令に従うと契約は、撤回期間の間は浮動的無効ではなく、有効に成立することになる。それにも関わらず指令への適合性は、消費者の意思表示が撤回期間の間、さしあたり有効と見なすことを要求しない。指令の目的は、熟慮期間の間、自らの意思表示に消費者を拘束させないことであり、拘束力の排除が、消費者の意思表示の有効性を前提として解除権を選択するか、消費者の意思表示の浮動的無効を前提として撤回権を選択するかは、加盟国に委ねられていた。それゆえ、訪問販売法の規定は指令に適合したものであると理解されていた。

また、タイムシェアリング指令五条一項に従うと、消費者は一〇日間、契約から生じる全ての義務から解放される権利を与えられており、ここでも訪問販売指令の場合と同様に撤回期間の契約の有効性を前提としているように理解するのが自然である。しかし、消費者に撤回期間の間、自由に契約から脱退することを認めることが目的であったため、撤回期間の法状況は、国内法化の段階であまり問題にされず訪問販売法、消費者信用法に倣い浮動的無効が採用された。

その一方で、通信取引指令においては、消費者は規定された撤回期間の間に購入した商品の確認が可能でなければならぬ以上、撤回期間の間消費者が履行請求をなさない訪問販売法一条、消費者信用法七条、一時的居住権法五条の規定は通信取引指令に従った撤回権においては採用することは出来ない。

通信取引指令が、訪問販売指令やタイムシェアリング指令と大きく異なる点は、撤回期間が、撤回権の教示がなさ

れた時点からではなく、契約目的物が商品の場合には商品が消費者の手元に到達した時点から開始し始めるという点にある。これは、例えば、カタログ販売やインターネットなどによる通信取引のさいに、消費者は契約締結前、あるいは契約締結時においても実際に自分の目で商品を確認することができず、カタログやネット上での確認しかしえないことが原因である。そのため、注文の時点で消費者が想像していた商品の性質とは大きく隔たりがある商品が、消費者の手元に届く危険があり、また注文してから商品が到達するまで一定の時間がかかり、その間に撤回期間が経過してしまう恐れもあり、場合によっては事業者がそれを意図して引渡しを撤回期間経過後になす危険もある。これらの危険を回避するため、撤回期間の開始時を商品の到達時としなければならない。しかし、サービスの給付の場合には撤回権行使後の清算の場面での困難性を考慮してか、契約締結時に撤回期間が開始し始めると規定しており、この点では契約目的物がサービスの給付である場合には、消費者の保護が商品の場合よりも不十分になる¹²⁸。

このように考えると契約を浮動的無効と理解し、消費者に履行請求権を与えることを拒絶する規定と通信取引の撤回権が一致しないことは明らかである。消費者に契約の締結から履行請求権を与えない場合、消費者は注文した品を調べることができなくなるが、その根拠は差し当たり有効な契約である。

その一方で、事業者にも契約締結時から履行請求権を認めるのか、あるいは撤回期間の経過後に初めて認めるのか、という問題に対して指令は、はっきりとした態度を示していない。タイムシェアリング指令と異なり通信取引指令は、事業者には撤回期間の経過前に、消費者に支払いを請求し、受領することを禁じていない。指令は六条二項一文において引渡者は消費者によって給付された支払いを費用を減額することなく返還することを規定し、六条二項四文において費用の弁済は出来るだけ迅速に、全ての場合三〇日以内に行われなければならないことを規定する。それゆえ、事業者は通信取引における契約の締結のさいには浮動的な期間の間、合意された対価を受領する、あるいは請求する権

利が与えられている。また、指令は消費者の支払義務が契約の締結後、あるいは撤回期間の経過の後初めて存在するのは未解決のままである。この問題が規定されるべきかどうかの決定は各加盟国に委ねられた。しかしながら、通信取引法においてもこの点を明確にする規定は存在せず、規定の解釈に委ねられたままになっており検討する必要がある。

注

125 通信取引指令に関して紹介する論文として、岡林信幸「通信取引における契約締結の際の消費者保護に関する指令」名城法字四八巻(一九九八年)三号。

126 Köhler, Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping), NJW 1998, S.185.

127 Boenk, a.a.O. (Fn.115), S.173 ff. Jauernig-Jauernig, 8. Aufl., 1997, Vorbem. 21 vor §145 BGB.

128 この点は国内法化のさいにも変更されていない。二〇〇四年二月二日に交付された「金融サービスに関する通信取引契約に関する規定の変更のための法律」(BGBl I 2004, S.3102.)においても、変更されていない。この法律は、二〇〇二年九月二三日の「消費者への金融サービスの通信販売に関する指令(2002/65/EG)」を国内法化したものである。通信取引指令において、海外投資株法、投資者株法、保険契約法の規定対象である金融サービスや、消費者信用行為などに関する通信取引による契約締結は、適用対象外であった。そのため、ドイツ民法三二二b条に基づく通信取引に関する規定においても、これらの金融サービスは適用対象外であり、この領域に関して新たな立法が要求されていた。通信取引による金融サービスの契約締結が対象であり、海外投資株法一条、投資会社法二三条、保険契約法八条四項に基づく撤回権は、通信取引以外の状況では、従来通りである。二〇〇二年の指令とその国内法化につき、小野秀誠「通信販売と金融サービス給付」ドイツの新通信取引法」国際商事法務三二巻四号(二〇〇四年)四四八頁以下参照。

第三節 ドイツ民法への組み入れ

ドイツ民法三六一 a 条一項一文により、「……消費者が、事業者との契約締結に向けられた意思表示を期間の定めに従い撤回した場合、消費者は当該意思表示に拘束されない。」と規定され、ドイツ民法三六一 a 条（現行ドイツ民法三五五條）は、大部分の消費者保護撤回権に関し統一的に規定した。¹²⁹

ドイツ民法三六一 a 条一項一文の新たな要件に従えば、消費者が期間内に撤回をすれば、消費者は事業者との契約の締結に向けられた意思表示にもはや拘束されない。そして、契約は、一般的に撤回期間の間、浮動的有効であると理解されるようになった。ただ、この理論的な性質決定により具体的に何が述べられることになるかは不明確であるともされている。¹³⁰ 消費者保護撤回権のドイツ民法の契約法体系への理論的組み入れについての議論において、この用語が時々使用されていたとしても、このような浮動的有効の法的構成は、従来の理論には未知のものとしていた。

この点、消費者は撤回期間の間に、事業者に対して履行請求権を有することは明らかであり、撤回期間が撤回教示の欠如ゆえに開始しなかった場合、どのように消費者に履行請求権を認めるべきかという議論は不要になった。瑕疵担保請求権の点では、旧ドイツ民法四六〇条¹³¹による買主としての消費者の責任排除の認識が、契約締結の時期と関連してくる。法状況はこの点、取消可能な契約、あるいは約定または法定解除権の存在する契約状況と類似しているとされている。

そもそもEU指令が出されたのは通信取引契約のみであり、撤回権を統一的に規定する必要性は、EU指令から直接的には導き出しえない。しかし、ドイツの立法者は、通信取引指令の国内法化を機会に撤回権の統一をドイツ民法において達成しようと試み、実際に達成した。¹³² この点について一番大きな動機は、各特別法において異なっており、

非常に判りにくいものとなっていた撤回期間の統一である。訪問販売法一条一項一文、消費者信用法七条一項においては一週間、一時的居住権法五条一項においては一〇日間、通信教育受講者保護法四条一項においては二週間であった撤回期間がドイツ民法三六一a条一項二文において二週間に統一された。議論の中心は撤回期間の延長に関してであった。

通信取引指令の国内法化と関連して立法されたドイツ民法三六一a条に関し、撤回権に関する本質的な規定は二〇〇〇年二月九日の内閣草案において既に見つけられた。しかし、通信取引指令の国内法化期限が間近に迫っていたことにより、浮動的無効から浮動的有効への撤回権に関する規定の変更につき、詳細な議論がほとんどなされることなく二〇〇〇年六月二七日に公布された¹³³。そのため、立法過程からは、この改正が、訪問販売法、消費者信用法、一時的居住権法に関して、実質的な変更を念頭においていたかは読みとりえない。立法過程を検討してみると、通信取引法に対する参考草案は通信取引法参考草案三条一項一文において浮動的無効を狭義の通信取引の下での構造として予定していた。しかし、通信取引法における浮動的無効に関して参考草案は激しく批判され¹³⁴、立法者はこの批判に応じる形で浮動的無効から浮動的有効へと変更した。内閣草案に対する理由付けにおいて、通信教育受講者保護法による撤回権が、その他の撤回権と異なることを述べることなく、通信教育受講者保護法、訪問販売法、消費者信用法、一時的居住権法による撤回権を当然に同じものとして扱っている。

撤回権に関するドイツ民法三六一a条一条一項一文の立法理由の箇所において、通信取引法における撤回権の理由付けを参照するように指摘している点からも、立法者はドイツ民法三六一a条一項一文の作成時には関心は通信教育受講者保護法と通信取引法に置かれていたと考えられる。

消費者信用法七条一項の変更に対する内閣理由は、一項の解釈はドイツ民法三六一a条の規定に合わせられ、実質

的な変更は二週間の撤回期間の延長と通信教育受講者保護法のモデルへの変更にあるとするが、構造的な変更それ自体は実質的な変化を生じないとする。¹³⁶ 訪問販売法一条一項の場合には、撤回期間の延長と撤回に関する書式の欠落を除いては、変更は単に技術的な性質であり、一時的居住権法五条一項の場合には、この変更は結果として変更をもたらすわけではないとする。¹³⁷ したがって、契約の浮動的有効の場合における、撤回期間の間の履行請求権が、立法者には実質的な変更点としては認識されていなかったことになる。

つまり、浮動的無効から浮動的有効への変更は実質的な変更とは考えられておらず、基本的な言明が立法資料において記述されていなかったため、純粋な文言上の問題として見なされているように読み取りうる。

立法理由において、浮動的無効から浮動的有効への変更は単なる文言上の問題であり、技術的なことでしかなく、訪問販売法、消費者信用法、一時的居住権法の領域において実質的な変更はないとされているが、実際にはドイツ民法三六一 a 条一項一文の立法により撤回期間の法状況は浮動的無効から変更され、この変更は撤回期間における法状況に大きな影響を与えることは明らかである。そこで、この変更が実際にどのような変化を与えるのかを検討する。

注 129

二〇〇〇年のドイツ民法改正により、海外投資株法、投資会社法、保険契約法以外の撤回権、つまり訪問販売法、通信教育受講者保護法、消費者信用法、一時的居住権法、通信取引法の撤回権の規定が、ドイツ民法三六一 a 条一項一文によって、統一された。さらに、二〇〇二年の債務法現代化法による改正により、撤回権に関する規定は、効果に関して三五五条、撤回権行使後の捲き戻しに関して三五七条で規定されることとなった。この点につき、小野秀誠『私法の現代化と民法』（信山社、二〇〇四年）二〇九頁以下参照。

現行ドイツ民法三五五条の文言は、ドイツ民法三六一 a 条の文言を若干変更し「消費者が契約の締結に向けられた意思表示を期間内に撤回した場合には、消費者はもはや当該意思表示に拘束されない。」となっている。

また、訪問販売法、消費者信用法、一時的居住権法、通信取引法は、債務法現代化法によって廃止された。訪問販売に関しては、第二編（債務法）第三章（契約に基づく債務関係）第一節（成立・内容及び終了）第二款（特別の事業形態）の三一二条において訪問販売の要件、撤回権が規定され、通信取引に関しては、同条の三一二b条において要件が規定された。ただし、三一二b条三項一によって、通信教育に関しては、通信取引の規定は適用されないことになり、通信教育受講者保護法は効力を有したままである。また、通信取引における撤回権は三一二d条において規定された。一時的居住権契約に関しては、第八章（個々の債務関係）第一節（売買・交換）に続く、第二節四八一条〜四八七条において典型契約の一つとして規定された。消費者消費貸借に関しては、同じく典型契約の一つとして、第三節（消費貸借契約）…事業者と消費者間の融資援助および割賦供給契約）四八八条〜五〇七条において規定されている。

さらに、消費者契約全般における事業者の情報提供義務に関しては、二〇〇二年一月八日に公布された民法上の情報義務に関する政令（BGB-Informationspflichten-Verordnung）によって規定され、一四条において、撤回教示の形式に関して規定され、また、別表二において撤回教示の雛形も掲載されている。

130 Lorenz, Im BGB viel Neues: Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, JuS 2000, S.836 ; Fuchs, Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzrechts, ZIP 2000, S.1282.

131 旧ドイツ民法四六〇条【買主の悪意】「買主が売買締結の当時、売買の目的物の瑕疵を知っているときは、売主は、その瑕疵について責めに任じなければならない。買主が重大な瑕疵により、第四五九条一項に掲げる種類の瑕疵を知らない場合においては、売主は、その欠点を知りながら告げなかつたか、その責めに任ずる、但し、売主が欠点の不存在を保証したときは、この限りでない。」（訳は、右近建男『注釈ドイツ契約法』（一九九五年）を参照。）

132 この点、ロレンツは消費者保護法を通じての私法の部分的な法典的寸断は、少なくとも重要な範囲において食い止められ、同時に新たな形式により、実務的にも、理論的にも重要な撤回権の問題が解決されたと評価している（Lorenz, a.a.O. (Fn.130), S.835）。

133 MünchKomm/Ulmer, 4. Aufl., §361a Rdnr.5.

134 Bülow, Unsinniges im Fernabsatz. Das Widerrufsrecht im Referentenentwurf für ein Fernabsatzgesetz, ZIP 1999, S.1294 ; Micklitz-Reich, Umsetzung der EG-Fernabsatzrichtlinie. Im Blickpunkt: Referentenentwurf eines Fernabsatzgesetzes, BB 1999, S.2094.

135 BT-Drucks. 14/2658, S.46.

第四節 ドイツ民法改正の意義

第一款 履行請求権

契約を期間経過まで浮動的無効と判断する場合、消費者も事業者も、履行請求権は認められない。教示がなされていない撤回期間の場合、事情によつては一年、あるいはそれ以上の期間、消費者は契約の履行を請求することができず、浮動的な状態が継続し消費者に不利益をもたらす。それに対して、浮動的有効と考えることにより、その有効性の程度は不明であるが、契約は有効に成立している以上、消費者に履行請求権が認められる。

この点、多くの見解は消費者の履行請求権に積極的な意義を見出している。しかし、即座の履行は当事者の自由であり、消費者が履行を請求することは可能であり、事業者は浮動的無効の抗弁を主張することを放棄することも出来るとし、事業者は撤回期間の間、浮動的無効にも関わらず商売方法として履行をなし、即座の売上を追及する事業者の販売戦術は、経済的に消費者の欲求が即座に充足されることを導きうる、あるいは事業者は、割増価格と交換に即座の引渡しを約束してもかまわない、として浮動的無効の状況でも十分に消費者に履行請求の可能性は残されているとの見解もある。¹³⁸

しかし、この見解に従うと、消費者の給付の受領可能性は事業者側の任意の提供に依拠することになり、事業者が給付の提供を拒絶した場合、消費者はやはり撤回期間経過後まで履行請求を待たなければならない。したがって、状

況は変わりえないため、この見解は正当化されず履行請求権の意義は失われない。

第二款 瑕疵担保請求権

浮動的無効と解すると、消費者は撤回期間の経過前に瑕疵担保請求権を有しない。したがって、消費者が契約目的物の代金減額請求、あるいは修補請求をなす場合、期間経過を待つて請求しなければならず、完全な履行がなされた後には撤回をすることはもはや出来ず、消費者に不利益をもたらすことになる。瑕疵ある物の引渡しは履行として見なされていなかったため、双方の完全な給付提供による期間経過を主張するために、消費者が撤回期間を給付を提供することによっても短縮することはできない¹³⁹。これに対して、浮動的有効と理解するならば消費者は、契約から生じる全ての権利を有し、瑕疵担保請求権を有する。

撤回期間経過後の瑕疵担保請求権に関しては、消費者が瑕疵担保請求をなす場合、浮動的無効とすると撤回期間の経過を待たなければならぬ。しかし、撤回期間の経過を待ったとしても、当該請求が認められるかは不明確である。消費者が目的物の瑕疵を契約締結時点までに知っていた場合、旧ドイツ民法四六〇条により瑕疵担保請求権は排除されていた。つまり、浮動的無効を前提とする場合、撤回期間の間、目的物の瑕疵を認識している消費者は、撤回期間経過後の契約の有効化のさいに瑕疵担保請求権を有しないという状況になる。

また、物の瑕疵を知っている事業者によってこの状況が悪用されうる。すなわち、事業者が規定通りの教示をなさないことにより撤回期間を延長させ、目的物の瑕疵を顧客が認識する蓋然性を高め、旧ドイツ民法四六〇条を理由に瑕疵担保請求権を免れる可能性がある。

目的物の瑕疵の認識時を契約が完全に有効になる時点ではなく、例外的に消費者契約の締結の時点と考えるべきで

あるとの指摘もある¹⁴⁰。しかし、そのように考えたとしても、消費者は権利行使につき契約の完全な有効まで待たなければならぬ点では異ならず、瑕疵担保請求権の一面しか考慮しておらず、必ずしも適切なものであるとはいえない。このような状況は、契約が浮動的有効となったことにより改善され、契約締結時に契約は有効であるため、消費者は、その時点から瑕疵担保請求権を有する。

第三款 撤回権の新たな基礎

従来の消費者保護特別法への撤回権導入の一般的な目的は、第二章における検討によって明らかになったように不意打ち的な状況での決定の再考慮、あるいは契約内容の複雑さゆえの早計で無思慮な決定の再考慮からの消費者の保護であった。それゆえ、撤回期間の法状況は浮動的無効で十分であると理解されていた。しかし、通信取引指令の国内法化を契機とする二〇〇〇年のドイツ民法改正により通信教育受講者保護法四条一項の規定に倣い、ドイツ民法三六一 a 条一項一文、そしてそれを引き継いだドイツ民法三五五条一項一文において浮動的有効が採用され、撤回権が認められる消費者契約一般において、消費者に履行請求権等が与えられることになった。この点から推論できることは、従来の消費者保護のための撤回権の基礎になつていた不意打ち、あるいは早計による無思慮な決定からの保護に加え、消費者に履行請求権を認めることによつて可能となる実際の商品の確認も消費者保護のための撤回権の一般的な根拠となるということである。消費者に形式的に熟慮期間を与えることにより消費者保護は十分であるという認識を超え、実質的な消費者保護にとつて消費者の情報欠如を是正するための商品の実際の確認も一般的に保護に値するという法的考慮を、浮動的有効への改正は可能にしたことになる。このことから、契約当事者間の地位の不均衡をもたらす消費者の契約に関する情報欠如に関する再検討が必要とされ、消費者にとつて契約締結に関して重要な情報は

何であるのか、そしてその情報の消費者による獲得が、撤回権との関連でどのように保障されているのかが問題として残される。

第四款 撤回権の一般理論への影響

訪問販売法一条一項一文の「消費者が契約締結に向けられた意思表示を撤回しない場合に、当該意思表示は初めて有効になる。」という構成から、ドイツ民法三五五条一項一文の「消費者が契約締結に向けられた意思表示を撤回した場合、もはや当該意思表示に拘束されない。」という構成への変更は、撤回権の理論的な理解を大幅に変更したことになる。

従来、学説において、撤回期間の間、契約は浮動的無効であると理解されていた。そして、一般的に、撤回権の行使により浮動的無効な契約は遡及的に消却されるため、消費者保護撤回権は形成権であると理解されていた。しかしながら、連邦通常裁判所は、撤回は存在する法状況の変更をもたらさず、単に可能性のある法状況の変更を阻却するだけであり、権利阻却的抗弁が問題になるとの見解を取っていた。¹⁴¹

この点、ドイツ民法の改正により、契約締結に向けられた消費者の意思表示は、当該期間まで有効であるが、撤回により消却しうることから、一般的に撤回期間の間、契約は浮動的有効であり、形成権であると理解されるにいたった。しかし、従来から契約の浮動的有効の理解に対しては、消費者には、すでに撤回期間経過前に、履行請求権が認められ、法状況は、この点、取り消しうる契約、あるいは（法定あるいは約定）解除権、あるいは瑕疵担保解除権を負担する契約と異ならず、浮動的有効概念は必要ないとの批判があった。¹⁴² これら全ての事案において、契約は、それぞれの形成権の行使前に、単に浮動的に有効であるのではなく完全に有効であり、契約の法律効果の排除のさいにの

み、形成権の行使により、遡及効と将来に向った効果が区別されるとの見解もあつた¹⁴³。また、解除を留保するそれぞれの契約において、この点、契約上合意された給付義務は解除の意思表示により消滅するため、当該給付義務に関して、単に浮動的有効な拘束が生じ、解除は契約を排除するのではなく、契約を新たな内容でもって、すなわち捲き戻し関係のもとで存続させ、その一方で、撤回により契約への拘束は消滅する点で、解除と浮動的有効を区別する見解もある¹⁴⁴。

しかしながら、そもそもドイツ民法三五五条一項一文の「契約締結に向けられた意思表示が撤回され場合、もはや当該意思表示に拘束されない。」という文言が、契約の浮動的有効を意味し、撤回権を解除権類似のものとしての分類につき、フィッシャーは、疑問を投げかける¹⁴⁵。つまり、従来の議論において前提となっている撤回を契約に関連させて理解する考え方を批判し、撤回を意思表示に関連させて理解する考え方を提案する。そして、ここで問題となるのは、撤回権が、消費者の意思表示自体を消却するのか、あるいはその拘束力のみを、撤回が排除するのかが問題であり、これに関連して、消費者の意思表示への欠けている拘束が、成立した契約同様に意思表示の有効性に影響を与えないのか、あるいは契約上の法律効果を結果的に破棄するのかが重要であるとする¹⁴⁶。

ドイツ民法三五五条一項一文に従う限り、撤回の対象は、消費者の意思表示であり、また撤回に結果、解放される拘束は、契約への拘束ではなく、意思表示への拘束であり、素直な文言解釈からすれば、この指摘は的を得たものである。また、消費者は、撤回後に自らの意思表示に拘束されないわけだが、ここでは消費者の申込の拘束力が関係してくるのか、それとも契約の拘束力が関係してくるのかは、必ずしも明確でない。従来、十分な検討がなされることなく、撤回権は解除権類似のものとして理解されていたが、その理由として、撤回の効果につき解除権の規定が準用されていることが挙げられている。たしかに、双務契約の清算が問題になる以上、解除権の規定の準用は適切である

が、そのことから直接的に撤回権の法的性質論が導かれるわけではない。撤回の対象が意思表示であり、効果も意思表示への拘束からの解放である以上、むしろ取消権類似のものとして理解すべきではないかとの見解もある。¹⁴⁷この点、撤回権の一般理論とも関連し、重要な問題であるが、詳細は今後の課題としたい。

注

- 138 Mankowski, Schwebende Wirksamkeit unter §361a BGB. Probleme, Reaktionsmöglichkeiten, Kritik und Korrektur. Teil I, WM 2001, S.800.
- 139 教示がなされない場合、訪問販売法二条一項四文により双方の給付が完全に履行された後一ヶ月を経過して初めて撤回権は消滅すると規定され、消費者信用法七条二項三文により双方の給付が完全になされた後に撤回権が消滅すると規定されている。
- 140 Kiefer, a.a.O. (Fn.116), S.3121.
- 141 BGHZ 131, 82 ff.
- 142 Fuchs, a.a.O. (Fn.130), S.1282.
- 143 Pudor, a.a.O. (Fn.31), S.36 f.
- 144 Bilow-Artz, Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB, NJW 2000, S.2052.
- 145 Fischer, Das allgemeine Verbraucherschützende Widerrufsrecht gemäß §355 BGB, 2003, S.92.
- 146 *Ib.*, S.93.
- 147 Reiner, Der Verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen, AcP 203, 2003, S.27 f.

第五節 ドイツ法のまとめ

第一款 消費者の自己決定と情報

従来ドイツにおいては、契約締結状況における不意打ちによる早計な契約締結、契約内容の複雑さから生じる無思慮な契約締結、あるいは通信取引や通信教育における契約目的物が手元にならない状態での契約締結、といったそれぞれ異なった保護目的に注目して契約の撤回の基礎が考慮されていた。そのため、通信教育受講者保護法、訪問販売法、消費者信用法、一時的居住権法など、各消費者保護特別法において撤回権の規定が異なっていた。しかし、撤回権の規定が、ドイツ民法三六一a条一項一文（現行ドイツ民法三五五条一項一文）により統一されたことから、その様な観点から撤回権の基礎について考慮することが必ずしも適切な結果をもたらすわけではない¹⁴⁸。むしろ、撤回権の規定の統一により、個別の保護目的に注目するのではなく、消費者と事業者の間に存在する不均衡状況に存在する一般的な特徴に注目することが妥当である。そして、消費者と事業者の間に典型的に存在する契約上の地位不均衡を是正し、自己決定的な契約締結を保障し、消費者の契約自由を確立するために、撤回権がどのような役割を果たすのかが問題になる。

消費者と事業者の間の契約上の地位不均衡をもたらす第一の原因は、消費者の契約に関する情報の欠如であり、一般的に消費者契約において、消費者は契約内容や契約の相手方に対する十分な情報を有していないのが通常である。それゆえ、既に従来からそれぞれの消費者保護特別法は、事業者の消費者に対する情報提供の義務を規定している。例えば、訪問販売法二条一項二文、消費者信用法七条二項二文、一時的居住権法五条二項二文などが、事業者が消費者に対して撤回権、撤回受領者の氏名、住所について教示しない場合、その制裁措置として撤回期間の延長を規定す

る点から読み取りうるように、事業者に撤回権に関する教示義務を課していた。さらに、消費者信用法七条二項二文は、三項において規定されていた撤回権喪失に関する教示も要求している。その他、各消費者保護特別法において契約内容に関し事業者が情報提供義務が課せられている。

しかし、事業者にこれらの情報提供義務を課すだけでは契約当事者間の契約上の地位の不均衡は十分には是正されない。確かに、消費者が契約締結を自己決定的になすためには、契約内容に関する情報が与えられることがまづ前提となる。実際、事業者は通常契約内容の詳細な記述を含む契約文書を消費者に交付している。この意味では消費者は契約に関する情報を与えられているため、情報が欠如している状態ではない。しかしながら、消費者が、契約締結時の短時間にこれらの抽象的で、一般人にとって内容的にも理解し難い情報を完全に整理し、それに基づいて契約締結をなすか否かを判断することは困難である。消費者の自己決定にとって重要となるのは形式的、抽象的な情報付与ではなく、与えられた情報を現実的に把握し整理しうることである。¹⁴⁹つまり抽象的な情報自体が消費者の自己決定を保障するのではなく、情報が付与された結果として消費者が獲得する契約についての認識が自己決定を保障することになる。

第二款 情報整理の前提としての情報獲得

自己決定的な契約締結を理由付ける情報に関しては、二つの段階に分けて考えられる。¹⁵⁰一つ目の段階は情報獲得の段階であり、消費者に情報を獲得させるため事業者が情報提供義務が課せられ、それにより消費者は契約締結に必要な情報を有することになる。二つ目の段階は情報整理の段階である。消費者はこの段階で目的物が実際に必要なものであり、代金に見合ったものかを判断することになる。それゆえ、消費者には獲得した情報を契約締結後に再度考慮

する期間が与えられ、更にその情報の再考慮の結果、当該契約の維持を望まない場合に、契約の撤回が認められることになる。つまり、消費者は、熟慮期間により情報の整理をすることができ、その結果、契約の解消を望む場合に、それを可能にするのが撤回権であると理解することができる。

そして、消費者は、情報整理の段階で、当該契約が意図された目的に合致するか否かの判断を十分な情報に基づきなしえなければならず、具体的な情報の獲得が、その前提となる。二〇〇〇年のドイツ民法改正は、具体的な情報獲得のために必要となってくる実際の契約目的物の確認を、契約類型に関係なく一般的に可能にした。

消費者は一般的に契約締結前には契約目的物の具体的な性質についての知識を有していない。ただし、事業者の営業所などにおいて契約の締結がなされる場合、一般的に商品を直接目にすることができ、提供された商品を手がかりに契約締結の決定をなすことができる。実際に、商品の性状を確認し、その結果としての消費者自身の商品に対する判断と、その判断を基にして考慮された商品の必要性の可否が、契約締結に関して決定的な情報となる。¹⁵¹ 訪問販売のさいには、事業者と消費者が対面する直接販売の形式で行われ、事業者が商品、あるいは見本を契約締結時に消費者に示し、契約の締結後に商品を消費者に即座に引き渡すことが通常である。つまり、訪問販売において、消費者は、一般的に契約締結時に商品を確認する機会が与えられている。

それゆえ、従来は契約類型において契約締結時に実際に商品を確認することができない事案においてのみ、つまり、契約目的物不存在型においてのみ撤回権との関連で商品の確認可能性を考慮に入れていた。すなわち、通信教育受講者保護法、通信取引法の立法根拠は消費者が契約締結前に教材、商品を実際に確認する可能性を有しないことについて述べる。そして、撤回権行使のための期間を通信教育受講者保護法、並びに通信取引法は、教材、商品の引渡時点で初めて開始させる。この点では、立法者は契約目的物との消費者の接触の重要性を特に考慮に入れている。

しかし、訪問販売のさいに商品の確認が必ず可能とは限らず、例えば見本を事業者が消費者に示し、契約を締結させた場合において、見本と実際の商品の性状が異なる場合も考えられる。また、契約締結のさいに商品も見本も提示せず、カタログなどを提示しながら巧みな話術で契約交渉が行われる場合も考えられる。したがって、一般的に商品確認の可能性を契約タイプから判断して、商品確認の可能性がない場合の確認可能性を排除することは適切ではなかった。しかし、消費者に履行請求権を認めることによって、契約類型とは関係なく、一般的に商品の確認可能性が認められることになったため、消費者の自己決定が実質的に保障されることとなった。

ただし、消費者の契約目的物の確認可能性は、履行請求権の認容によって図られるに止まる。つまり、通信教育契約や通信取引契約のように、商品の到達後に撤回期間が開始し始めるのではなく、規定に従った撤回教示がなされれば開始し、消費者による商品の確認可能性を更に確実にする選択肢は採用されなかった。

注

148 メデイクスは、債務法改正の鑑定意見(前掲注104)の中で民法上の撤回権の立法提案をなしているが、撤回の要件として、契約締結の際の不意打ちと不正競争防止法に反する場合を想定しており、不意打ちの内容も訪問販売において発生する不意打ち状態を念頭に置いている。したがって消費者の自己決定的な決定の欠如を惹起させる消費者と事業者の間に存在する契約上の地位の不均衡に着目していないようである。

149 Bülow, Einseitig Verzicht des Verbrauchers auf sein Widerrufsrecht?, ZIP 1998, S.948.

150 BüBer, a.a.O. (Fn.61), S.127.

151 Ib., S.136.

152 ドイツ民法三二二d条二項一文「撤回期間は、ドイツ民法三五五条二項一文とは異なり、……商品の引渡しの場合には受領者への到達日前には開始せず、同種の商品を定期的に引き渡す場合には初回引渡の到達日前には開始せず、ならびに役務を提供する場合には

契約締結日前には開始しない。」

153 ドイツ民法三五五条二項一文「(撤回) 期間は、……消費者の撤回権に関する明確な教示が書面でなされた時に開始する。」

154 この点、一般論として、撤回権行使の起算点を書面交付時ではなく、商品の受領時等にも可能である。撤回権が認められる原因を類型化するさいには、締結状況対応型、目的物不存在型、契約類型対応型を補充する意味しか有していなかった情報欠如型が、撤回権の行使期間の起算点に関する問題においては、大きな役割を果たしうる。つまり、この類型では、規定に従った撤回教示がなされない場合に撤回権の行使が認められる。言い換えれば、規定に従った撤回教示まで撤回権行使期間の起算点は、後にずれることになる。そして、ここでの情報欠如を契約目的物の不存在と理解すれば、典型的な目的物不存在型以外の撤回事案においても、撤回権行使期間の起算点を後にずらすことは、理論的に可能であると思われる。この点は、日本法への示唆のところで、再度触れる。

第四章 フランス法の撤回権とオーストリア法の解除権¹⁵⁵

第一節 フランス法¹⁵⁶

第一款 導入

フランスは、消費者保護法の領域において、長い期間、ドイツ法よりも進んでいた。この点、EUにおける立法においてイニシアチブをとり、強度な影響を与え、ヨーロッパの消費者保護法においてモデル的役割を果たしていた。

フランスにおける消費者保護法の重要さは、特に一九九三年に消費者保護のための独自の法典、消費法典(Code de la consommation)が制定された点で明確になる。消費法典は、それまで個別法において存在していた多数の消費者保護規定をまとめた。しかし、法典編纂と、消費者保護法の重要な内容的改正とは結びつかなかった。この法典と並

んで、個別の消費者保護特別法も存在する。

すでに一九六〇年代に、フランスの立法者は、消費者保護の必要性に取り組んでいた。立法者は、その改正のために、一九七〇年代の初め以降、二つの異なる保護制度を異なる契約領域に関して導入した。撤回権(droit de rétracter)と契約前の熟慮期間(délai de réflexion)である。

(1) 撤回権 (droit de rétracter)

一九七二年二月の訪問金融サービス取引(démarchage financier)に関する法律と一九七二年二月の一般訪問販売(démarchage et vente à domicile)により、初めて、消費者は合意(consentment)の成立後に自らの意思表示を解消しうることとなった。¹⁵⁷ この撤回権は、異なる法律上の規定において規定され、合意の確定性を、明確に法律上、留保する。消費法典は、消費者保護的な撤回権に関して、droit de repenir, droit de rétracter, droit de dénoncer, droit de renoncerといった多数の概念を用いる。¹⁵⁸

消費者には、撤回権の結果として熟慮期間が与えられ、この期間は契約締結後に経過し始める。この期間、消費者は、すでに表明した表示を理由を述べる必要なく一方的な意思表示によって、撤回するか否か熟慮することができ、その結果契約を解消しうることになる。¹⁵⁹

(2) 契約前の熟慮期間 (délai de réflexion)

撤回権とならんで、消費者に契約成立のさいに熟慮期間を与えるためのもう一つの制度が、契約前の熟慮期間である。たとえば、消費者信用契約の申込は、受領者への到達の後、一五日の熟慮期間の経過後に初めて法的に有効にな

る（消費法典L. 三一一―八条）。つまり、考慮期間が、契約締結前に存在することになる。¹⁶⁰ 事業者が、消費者に申込を表明した場合、事業者は申込に拘束され、申込をはや自由撤回しえない。¹⁶¹ 申込の撤回が許されないにもかかわらず、事業者が申込を撤回した場合、消費者は、申込の拘束力ゆえに、契約を成立させうる。¹⁶² また、契約は、考慮期間経過後、消費者の承諾表示でもって成立する。¹⁶³

さらに、不動産信用のさいには、考慮期間の経過後、更に二〇日の期間が認められ、その期間内に、申込は承諾されうる。つまり表示後三〇日間、与信者は申込に拘束力される（消費法典L. 三一二―一〇条一項）。消費者は、結果的に契約締結前に少なくとも一〇日、そして最大で三〇日、申込あるいは契約締結を熟慮する時間を有する。¹⁶⁴

(3) 撤回権、熟慮期間に対する学説の考え方

撤回権、熟慮期間に関しては、従来のドイツと同じように様々な見解が述べられており、契約を無効と見なす見解と有効と見なす見解に分けられる。¹⁶⁵ 契約の無効を前提とする立場においては、撤回権が認められる契約は、事業者の意思表示が特定の要件の下で契約目的物を譲渡する一方的予約であるとの見解や、¹⁶⁶ 契約の形成を段階的に理解する見解がある。¹⁶⁷

その一方で、契約の有効を前提とする立場においては、撤回権の行使、不行使を条件と見なし、不行使を停止条件と、他方で行使を解除条件とする見解、¹⁶⁸ 契約解消に対する可能性をフランス民法一五九〇条における手付金の機能と対比する見解、¹⁶⁹ 契約の有効性と貫徹可能性の分離を提言する見解などがある。¹⁷⁰

(4) 二重の消費者保護

消費者に撤回権と契約前の熟慮期間の二つの消費者保護制度が同時に、場合によっては時間的に相前後して与えられる契約類型も存在する。消費者信用契約において、消費者である借主に契約成立前の熟慮期間が一五日認められ(消費法典L. 三二一条八条)、契約成立後に、七日間、撤回権が認められる(消費法典L. 三二一―二五条)。つまり、消費者には、二重の保護が与えられる。このような消費者の二重の保護は、財政的な負担が長期間に及ぶ契約において与えられ、タイムシェアリング契約においても与えられている。

第二款 各EU指令の国内法化

(1) 訪問販売指令の国内法化

訪問販売に関しては、すでに一九七二年の訪問販売(démarchageまたはvente à domicile)における消費者保護に関する法律が存在しており、フランスは、訪問販売の領域において先駆者的役割を果たしていた。¹⁷¹

フランス法は、訪問販売指令の最初の草案と、その後の修正に著しく影響を与えたが、全面的に指令モデルとして採用されたわけではなかった。それゆえ、フランス法は、いくつかの点で指令への適合性を欠き、その結果一九八九年の改正法によって現代化され、指令準則に適合することとなった。一九七二年の法律においては、営業所外の契約締結地として、さしあたり住居と職場が挙げられていたが、一九八九年の改正でもって、営業所外のあらゆる場所へ拡大された。その上、消費者がセールスマンに訪問を要請する場合も、適用されることとなった。¹⁷²

一九九三年に、訪問販売法は廃止され、消費法典に統合され、訪問販売に関する規定は、第二章販売方法の中で、L. 一二一―一二二条とL. 一二二―一二三条として挿入された。訪問販売に関する規定の適用領域は、一九九五年に、対

象商品に関して再び拡大された。

消費法典L. 一二二―二五一条一項は、「注文または売買契約から休日を含めた七日、顧客は、受領通知付書留により、当該注文、または当該売買契約を撤回する権利を有している。」と規定され、顧客には、注文あるいは契約締結を撤回しうることにより、期間内に契約を解消しうる撤回権が認められる。

そして、消費法典L. 一二二―二六条は、熟慮期間の間、両契約当事者の給付提供を禁ずることによって、消費者を事業者に給付した支払いの返還に関する危険から保護する。¹⁷³

(2) タイムシェアリング指令の国内法化

フランスにおいては、タイムシェアリング指令の公布前にすでに、特別領域を規定した法律である一九八六年の不動産使用収益期間割当会社 (*sociétés d'attribution d'immeuble en jouissance en temps partagé*) に関する法律があった。¹⁷⁴ しかし、これによって、消費者がタイムシェアリング会社の共同出資者として債務法上の利用権 (*droit de jouissance*) を会社財産につき有する会社法上構成されたタイムシェアリングのみが把握されていた。タイムシェアリングの名称に関し、フランスにおいては、*multipropriété*、*propriété spacio temporelle*、*propriété saisonnière*、*copropriété dans le temps*、*time-propriété* といった用語が使われる。所有 (*propriété*) という概念が利用されるが、タイムシェアリングの取得者は、所有権を取得するのではなく、単に目的物の利用権を取得するだけであった。¹⁷⁵ また、一九八六年の時点では、消費者の撤回権は、まだ規定されていなかった。

タイムシェアリングを会社法的に構成した一九八六年の法律のタイムシェアリング指令への適合は、非常に難しく、それゆえ、一九八六年の法律とは別に、消費法典に独自の款が設けられ、一九九八年に国内法化された。一九八六年

の法律は、引き続き会社法的なタイムシェアリングに関して適用され、消費法典L. 一二一―六〇条〜L. 一二一―七六条における規定は、タイムシェアリングの債務法上または物権法上の形態に関して適用される。¹⁷⁶

タイムシェアリングの領域において、消費者は、契約前の考慮期間と撤回権が認められることによって二重に保護される。この理由は、タイムシェアリングにおける特別な危険にあり、この契約類型は、長期間の金銭的な負担を課す義務を生じさせるからである。

消費者は、契約締結前に七日の熟慮期間を有し、この期間内に消費者は申込自体について考慮することになるが、まだ承諾しえない。¹⁷⁷ その一方で、消費法典L. 一二一―六三条二項一文により、「申込は、消費者による受領から七日間、撤回されない。」と規定され、申込者、つまり事業者はこの時点で、申込に拘束される（消費法典L. 一二一―六三条二項一文）。タイムシェアリング契約は、この熟慮期間の経過後に、消費者による申込の承諾でもって有効に締結される。¹⁷⁸

契約が締結された場合、消費者は、消費法典L. 一二一―六四条二項に基づき、一〇日の更なる熟慮期間を有し、その期間内に消費者は、申込の承諾を撤回、つまり契約を解消しうる。¹⁷⁹

タイムシェアリング契約において、申込は消費者に送達された後七日間、事業者から撤回されえない。ついで、申込が署名され、配達証明を伴う書留によって事業者に送達される。その時点から、消費者は、一〇日間、自由に申込を解消しうる。この期間の間、事業者は、どのような形式であれ、消費者からの支払を請求、あるいは消費者からの支払を受領してはならない（消費法典L. 一二一―六六条）。

(3) 通信取引指令の国内法化

フランスにおいては、電話回線を通じて文字や静止画を送受信し、電話番号検索、列車の切符の予約、ホテルの予約、生活情報など多数のサービスを利用することができる「ミニテル」によるテレショッピングが普及していた。一九八三年の時点において、主導的な立場にある通信取引事業者は、消費者の信頼が、通信取引の経済的發展に関して重要であることを認識していたため、消費者のための返還権を定める任意規定を作成したが、悪徳業者がこれに従わなかったため、国が法律上規制することとなった。¹⁸⁾

消費法典は、第二章「売買の方法」第一節において、通信取引に関する規定を有する。これらの規定は、一九八八年の隔地売買と電気通信取引 (les opérations de vente à distance et le téléachat) に関する法律、さらに一九八九年、一九九二年の法律に由来する。¹⁸⁾ これらの規定は、一九九三年に消費法典L. 一二一―一六条とL. 一二一―二〇条に統合され、消費法典L. 一二一―一六条において、商品の受領後七日内の通信取引の返還権が規定された。通信取引契約において、給付の提供は禁止されていなかった。

その後、一九九七年の通信取引指令の公布によって、指令準則への適合が必要となった。この変更は、二〇〇〇年六月五日の国内法化期限から一年経過した二〇〇一年八月二三日の法律によって国内法化された。

消費法典L. 一二一―二〇条一項は、「消費者は、自らの撤回権を行使するために、七日の期間が与えられ、理由の表明も、損害の賠償も必要ない、ただし、返送費用は除く。」と規定され、消費者が、理由なしに、そして返送費用を除いて費用を負担することなしに撤回権を行使することを可能にした。七日の撤回期間は、商品の到達、あるいはサービスの提供の承諾から開始する(二項)。

第三款 フランス法に対するまとめ

フランス法は、消費者法の領域において指令に重大な影響を与え、その結果、指令は、非常に高い消費者保護基準を維持している現行のフランスのモデルに基づき作成された。したがって、消費者保護法の大部分が、EU指令の国内法化により初めて導入されたドイツとは異なり、指令の内容は、フランスの消費者保護法に関しては、新しいものではない。¹⁸²

たとえば、フランスのモデルに従った通信取引による金融サービスに関する指令に対する最初の提言は、契約締結前には熟慮期間、契約締結後には契約の解消権を消費者に認める。この二重の保護は、長期間の金銭的負担となる取引につき、消費者に両制度を同時に認めるフランス法に基づくものである。しかし、契約締結前の熟慮期間は、最終的には規定されなかった。ドイツ法には、消費者保護制度としての契約前の熟慮期間は存在しないが、ドイツ民法一四五条に基づく申込の拘束力の原則により、同様の保護が与えられる。契約前の熟慮期間は、単に申込の撤回自由というフランスの原則に基づくものであり、申込の拘束力の結果、消費者は契約の相手方の申込を信頼しうることに由り、契約締結前に保護されることになる。

消費者の熟慮期間と撤回権というフランスの二つの消費者保護制度を念頭に置くと、ドイツの立法者は、「意思表示が撤回されない場合に、意思表示が初めて有効になる」という撤回権のいわゆる浮動的無効構成において、二つの制度を融合させていたとも考えられる。つまり、浮動的無効構成によると、消費者と事業者の間で、既に合意が存在するにもかかわらず、まだ効力は生じず、熟慮期間が認められる場合と類似した状況にあった。しかし、ドイツの立法者は、浮動的無効型での撤回権に、契約締結後の撤回権を推認させる契約解消権の性質を与えており、この点でフランスの二つの制度が融合したものであったと考えられる。¹⁸³ その一方で、現在のいわゆる浮動的有効構成は、フランス

の撤回権に対応するものと言ってよい。

熟慮期間は、契約締結前に与えられるものであるため、消費者に履行請求権は認められない。その一方で、契約締結後に与えられる撤回期間の間、契約が有効であるか無効であるか争いがあるが、いずれにしても訪問販売とタイムシェアリング契約に関しては、事業者が、消費者の給付を請求する、あるいは消費者からの給付を受領することが禁じられている。その一方で、契約が有効に成立していることを前提とする見解に従えば、撤回期間の間でも、消費者に履行請求権が認められる。通信取引に関しては、撤回期間は、商品の売買のさいには、商品の受領後に開始するため、撤回期間経過前に消費者は商品の確認を実際に行うことが出来る。ただし、サービスの提供に関する契約のさいには、撤回期間が契約締結時から開始するため、消費者がサービス内容を確認する期間は制限される。この点は、ドイツと同じである。

注

155 ここでは、訪問販売、タイムシェアリング契約、通信取引に関するフランス、オーストリアの状況を扱う。フランス法、オーストリア法は、消費者保護のための契約解消権を多数有しており、検討の対象を限定する必要がある。これらの、法領域では、EU指令において消費者のための契約解消権が規定されている。これらの契約解消権を、ドイツと比べて、フランス、オーストリアがどのように国内法化していったかという視点で、以下議論を進める。また、これらの契約解消権は、第二章第三節で述べた撤回権の分類の①②③と、それぞれ対応している。

156 フランスの消費者保護法を扱う近時のものとして、後藤巻則『消費者契約の法理論』（弘文堂、二〇〇二年）がある。

157 Thole, Das europäische verbraucherschützende Widerrufsrecht in §§355, 357BGB, 2004, S.123.

158 Ferid/Sonnenberger, Das Französische Zivilrecht, Band 1/1, Erster Teil, 2. Aufl., 1994, Rdnr. 1 F 236, S.443, Fn.108.

159 Calais-Auloy/Steinmetz, Droit de la consommation, 6 éd., 2003, n° 169.

- 160 Ib.
- 161 フランス法においては、申込の撤回自由が原則である (principe de libre révocation)。ただし、この原則は、一九八一年の破棄院の判決により、申込者は申込を承諾表示の送達までのみ撤回しうると修正された (Sonnenberger/Autexier, Einführung in das französische Recht, 3. Aufl., 2000, S.123.)。
- 162 Ib., S.123.
- 163 Baumann, GRUR Int. 1977, S.270.
- 164 Calais-Auloy/Steinmetz, supra note 159, n° 169.
- 165 契約の有効を前提としたとしても、訪問販売、タイムシェアリング契約、消費者信用契約においては、契約前の熟慮期間の間、両当事者の給付提供を禁止するため、当該期間の間、給付が交換されてはならないことになる。
- 166 Christianos, Délai de réflexion: théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs, R. D. 1993, chronique p.29.
- 167 Calais-Auloy, La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs, R. D. 1973, chronique pp.266. の見解に従うと、訪問販売において、消費者は自らの同意を練り上げる必要があるため、契約は即座に締結されるのではなく、段階的に生成され、最初の交渉後七日で完全になる。撤回権は、それゆえ、契約の拘束力を侵害するものではなく、契約がまだ生成段階にあるときに認められるものと位置付けられる。さらに、契約書への署名は、確定的な意思の証拠ではなく、単に契約の生成過程の間の一つの段階を構成するに過ぎないとし、消費者が、契約を落ち着いて熟考し、助言を求めることを可能にするために、最終的な段階に達するのは、署名の後七日であるとする (Calais-Auloy/Steintz, supra note 156, n° 114. また、Bihl, Le droit de la vente, 1986, no77. の同じ趣旨のコメントを述べる)。
- さらに、消費者信用に関して、消費法典 L. 311-1-5 条一項が、契約が承諾の時から完全 (parfait) なものになることを規定するが、同条二項は、借主が自らの同意を、承諾後に撤回しうることを規定し、その一方で、消費法典 L. 311-1-7 条は、売買が最終的に確定しない限りにおいて、全ての支払を禁じていることに関連して、ゲスタンは、完全な契約が、最終的に確定していないと考える必要があるか、という点に疑問を呈し、財産の移転に重点を置く (Ghestin, Les obligations, 2 éd., 1986, pp.146.)。そして、消費者が、契約の履行によって危険にさらされることを避けるため、契約の全ての履行が、撤回期間の終了前に禁止されている点を考慮して、意思の単純な合致に尽きない契約の性質が重要であるとみる。つまり、契約は同意とは別に、財貨の移転によっても特徴付けられ、意思要素は、付随的なものでしかなく、貸借 (prêt) や寄託 (dépot) のような要物契約のカテゴリーが、財貨の移転の重

要性を適切に示していると主張する。そして、この観点から、契約は、契約が履行されるときから、実際に義務を発生させるだけであると考へ、意思の合致による契約締結のみでは、契約は義務を発生させず、不完全な状況であり、撤回期間は、この状況を延長させるものとする。

消費者契約の生成を段階的に理解する見解は、消費者の自己決定的な意思の表明の欠如の点からすると、消費者契約における消費者の自己決定が保障される過程を適切に説明するものであり、さらに、財貨の移転の重要性を要物契約以外においても拡張して認める考へ方は、消費者契約の要物性とも関連してくとおわれ、消費者保護撤回権の理論的分析の一つの手がかりを提供するものであるが、詳細は今後の課題としたい。

- 168 Cas-Ferrier, *Traité de droit de la consommation*, 1986, n° 474.
- 169 Gavalda, *L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit*, R. D. 1978, *chronique* p.196 note 42.
- 170 Christianos, *supra* note 166, p.30.
- 171 Starck-Roland-Boyer, *Obligations*, Titre 2: Contrat, 5 éd., 1995, n° 353, p.151.
- 172 *Ib.*, p.147.
- 173 Calais-Auloy/Steinmetz, *supra* note 159, n° 114.
- 174 Brenner, *Die Verbraucherschützenden EG-Richtlinien im Bereich des Schuldrechts und ihre Umsetzung in Deutschland und Frankreich*, 2000, S.314.ズトのタイトルメンション指令の国内法化に関連する記述は、ハれたよ。
- 175 Sousa, *Das Timesharing an Ferienimmobilien in der EU: eine rechtsvergleichende Studie unter Berücksichtigung der Timesharing-Richtlinie (94/47/EG)*, 1998, S.107.
- 176 Brenner, a.a.O. (Fn.174), S.315 f.
- 177 *Ib.*, S.315 f.
- 178 *Ib.*, S.319.
- 179 消費法典「二二二六四条二項「……消費者は、申込の承諾の事業者への送達から一〇日間の間……申込の承諾を撤回しうる」。
- 180 Calais-Auloy/Steinmetz, *supra* note 159, n°s 95.
- 181 *Ib.*, n° 96.

182 Brenner, a.a.O. (Fn.174), S.330f.
183 Thole, a.a.O. (Fn.157), S.136.

第二節 オーストリア法¹⁸⁴

第一款 導入

オーストリアもヨーロッパにおける消費者保護において、大きな意味を持つようになってきている。一九九五年にEUに加盟し、各消費者保護指令に関しては、それ以降の指令適合義務があるに過ぎないにもかかわらず、この法領域において、オーストリアは、ヨーロッパにおける先駆者であった。すでに一九六一年に、ヨーロッパで初めて、消費者保護解消権が認められた。この解消権は、割賦買主に与えられ、一定の期間内に理由の表明なしに行使され、それによって契約義務から割賦買主を解放するものであった。この解消権は、割賦販売法の最初の草案につきドイツの立法者にも影響を与えた。

すでに、一八九六年の割賦販売法の公布のさいに、特別なReinrechtが議論されたが、最終的には、政府草案において採用されなかった。¹⁸⁵一九二九年、一九三〇年の割賦販売法の改正のさいにも議論されたが最終的には、一九六一年に初めて、訪問販売における買主の解除権が、割賦販売法四条において導入された。¹⁸⁶

そして、一九七九年に、オーストリア一般民法と並ぶ独自の消費者保護法 (Konsumentenschutzgesetz) が公布された。この法律は、一九六〇年代以降、先進工業国において発展した現代的消費者保護運動の部分的な成果とされる。¹⁸⁷消費者保護法は、とくに消費者契約に関する保護規定を明確に規定し、事業者の情報提供義務と消費者の自由な解消

権を用いて消費者保護の予防体系を作り出す¹⁸⁸。しかし、この独自の法律が存在するにもかかわらず、消費者保護法は全ての消費者保護規定の総体としては理解されていない。つまり、単に、消費者保護のいくつかの民事法上及び手続法上の規定を有するだけであり、一時的利用権法のような多数の他の特別法も、消費者保護に関する規定を有する。

第二款 各EU指令の国内法化

(1) 訪問販売指令の国内法化

訪問販売に関しては、すでに訪問販売指令の公布前に、一九七九年の消費者保護法によって規定されていた。その規定は、広範囲にわたり指令準則に合致しており、消費者保護法の訪問販売指令への適合は、一九九三年に、EUへの加盟における一般的なEU法への適合の過程でなされた¹⁸⁹。一九九六年の消費者保護法の改正でもって、消費者保護法における訪問販売に関する規定が、再度変更された。

消費者保護法は、三条において、「消費者は、事業者によって販売目的のために継続して使用される場所において、あるいは事業者によって販売目的のために見本市 (Messe) または市場 (Markt) で使用される売店において、自らの契約表示を表明しなかった場合、消費者は、契約の申込または契約を解除する (Zurücktreten) ことが出来る。この解除権は、契約の成立まで、または契約成立後一週間、表示されうる「……。」と規定し、消費者に訪問販売に関して法定解除権を認める。訪問販売での割賦取引に限定されていた一九六一年以前の割賦販売法四条を受け継ぎ、適用範囲を訪問販売一般に拡大したものである¹⁹⁰。解除は、消費者によって、消費者契約の締結のさいに、理由の言明および、更なる事情の発生なしに行使されうる。

消費者は、訪問販売のさいに、契約の申込をした場合、契約の成立まで申込を解除 (zurücktreten) しようことにな

る。しかし、Rücktrittとしての契約申込の解消という名称は、オーストリア一般民法の用語と一致しない。つまり、意思表示の表明後、契約成立前の解消においては、Widerrufが問題になり、契約成立後の解消においてはのみRücktrittが問題になる。¹⁹¹

解除が契約締結前に表示された場合、解除は有効な意思表示を破棄し、その場合、契約は成立していない。この解除をもって、立法者は、消費者を申込への拘束から解放する。つまり、訪問販売のさいの消費者の意思表示は、初めから拘束力がなく、契約締結まで排除されうる。¹⁹² 成立した契約の解除は、消費者を当該契約への拘束から解放する。しかし、契約は、期間経過の間、拘束力が欠如しているにもかかわらず、有効であり、単に浮動的である。なぜなら、契約は、解除権の行使により、破棄されうるからである。¹⁹³ 消費者が解除を契約締結後に表示した場合、解除は、必然的に契約申込の破棄、場合によっては遡及的に契約の破棄も生じさせる。¹⁹⁴

結局、消費者は、消費者保護法三条により、法律行為上の意思表示を契約締結前、あるいは契約締結後に、任意に解除する権限を有し、契約申込の解除のさいには、申込の拘束力の排除が問題になり、契約の解除のさいには、一般的なオーストリア一般民法の解除権についてと同様の形成権が問題になる。また、フランス法とは異なり、期間経過の間に給付の提供は禁止されていない。

訪問販売に関するオーストリアの解消権は、ドイツの撤回権といくつかの違いが見られる。ドイツ民法三五五条一項一文に基づく撤回権が、消費者の意思表示を対象とする一方で、オーストリアの消費者保護法三条に基づく解除権は、消費者の意思表示とらんで契約をも対象とする。また、ドイツの撤回権と異なり、契約解除の効果は、遡及的に効力が生じる点でも異なる。そして、大きな体系的相違は、オーストリアの立法者が、増大する消費者保護の重要性を考慮して、オーストリア一般民法と並んで、独自の消費者保護法を制定した点にある。

(2) タイムシェアリング指令の国内法化

タイムシェアリング指令に対する国内法化のために、消費者保護法への指令準則の導入ではなく、独自の法律の立法が選択された。その理由として、規定領域が広範囲に渡り、消費者保護法の中に体系上位置づけることは不適切であることが挙げられた。¹⁵⁵ その結果、タイムシェアリング指令は、一九九七年四月一日に発効した一時的利用権法 (Teilzeitnutzungsgesetz) でもって国内法化された。¹⁵⁶

一時的利用権法六条一項は、「取得者は、一四日以内に利用権契約、または利用権契約に向けられた予約を解除 (zurücktreten) する。」と規定し、消費者に事業者との一時的利用権契約の予約の締結、あるいは一時的利用権契約の締結のさいに、解除権を認める。消費者保護法三条に基づく解除権と異なり、消費者は、一時的利用権契約においては、解除の対象は契約であり、契約締結前に意思表示は解除の対象になっていない。この点、立法者は、当該規定を消費者保護法三条の解除権には適合させなかった。ただし、権利行使のために特別な解除理由を必要としない点では、消費者保護法三条と同じである。

一時的利用権契約も、解除権を行使しないことを条件に、解除期間の経過まで浮動的有効である。¹⁵⁷ 解除は、訪問販売のさいの解除と同じ効力を有する。また、一時的利用権法七条一項によって、事業者は、解除期間経過前に、消費者に対する支払の請求、消費者による支払の受領も禁止される。

(3) 通信取引指令の国内法化

通信取引指令の国内法化のために、消費者保護法五 a i 条が挿入され、これらの規定は、二〇〇〇年六月一日に発効した。¹⁵⁸

消費者保護法五e条は、通信取引における消費者の解除権を、「消費者は、通信取引において締結された契約または通信取引に向けられた意思表示を、二項及び三項において規定された期間の経過までに解除しうる。解除表示が、当該期間内に送達されれば足りる。」と規定し、消費者保護法三条の解除権モデルに、ほぼ全面的に従った。消費者は、表示された契約に向けられた表示と同様に、締結された契約を理由なしに解除しうる。¹⁹⁹つまり、解除は、理論的には承諾表示に関しても可能である。²⁰⁰

通信取引のさいの解除は、消費者保護法三条に基づく訪問販売に関する解除のモデルに従い構成されるので、通信取引の解除の法的な帰結は、訪問販売の解除のそれと一致する。

ドイツ民法三五五条一項一文に基づく撤回権との差異は、訪問販売のさいと同じく、解除権の対象が意思表示と契約の両方である点である。しかし、オーストリアも、ドイツと同じように指令を国内法化し、商品の提供に関する契約の場合には、消費者への商品の到達によって、サービスの提供に関する契約の場合には、契約締結の時点で、解除期間は開始する（消費者保護法五e条二項）。

オーストリアの立法者は、通信取引のさいの解消権の国内法化のために、すでに消費者保護法三条において存在する消費者保護解除権ではなく、消費者保護法三条に非常に類似した新たな解除権を採用した。

第三款 オーストリア法に対するまとめ

オーストリアは、オーストリア一般民法と並んで、消費者保護法を有しているが、この消費者保護法が、全ての消費者保護領域に適用されるわけではない。消費者保護法は、訪問販売、通信取引に関する規定を有するが、一時的利用権契約、さらには、消費者に対する金融サービスの通信取引²⁰¹に関して、それぞれ別個の特別法において対処してい

る。契約解消権に関する規定について目を向けてみると、同じ消費者保護法において規定されている訪問販売と通信取引においても、規定の仕方が異なっており、一時的利用権契約、消費者に対する金融サービスの通信取引についても、それと並んで存在する特別法に散在し、フランス法と同じである。

ドイツ民法三五五条一項一文と対比しうるような消費者契約一般に通用する撤回権の条文は、オーストリアにおいては存在しない。消費者保護法三条が、体系的には消費者保護に関する一般規定に分類されるが、あらゆる消費者取引に関してではなく、訪問販売に関してのみ適用される。消費者保護撤回権は、オーストリアにおいては、消費者保護法を含めた全ての消費者法において、解除権と構成されている。そして、解除の対象は、一般的な解除に対する理解とは異なり、契約に限らず、契約締結に向けられた意思表示をも解除の対象にしている。

しかしながら、契約締結に向けられた意思表示の解除という用語が使用されていたとしても、実際には、意思表示の撤回と理解されている。つまり、契約締結前には、有効な意思表示の撤回が問題になり、これによって申込の拘束力が排除され、契約締結後には、有効に締結された契約からの解放が原則的な問題になる。契約が締結された場合には、契約は浮動的ではあるが有効となる。つまり、ドイツ法においては、契約締結の前後に関わらず、消費者の意思表示が撤回の対象となっているが、オーストリア法においては、契約締結前には消費者の意思表示が、契約締結後は契約が解除の対象となる。

契約締結前には、オーストリア法においても、申込の解除が問題になるため、消費者の履行請求権は一般的には存在しない。契約締結後は、契約の解除が問題とされており、解除期間の間は契約が有効に成立していることが前提となっていると考えられる。したがって、訪問販売、一時的利用権契約、通信取引一般において、解除期間の間、消費者は履行請求権を有することになる。また、契約が有効である以上、訪問販売に関して、消費者は、事業者からの履

行請求を覚悟しなければならぬ。その一方で、一時的利用権契約に関して、事業者は消費者に対する支払の請求、あるいは消費者による支払の受領を禁じられている。また、通信取引において、解除期間は、商品の売買のさいには商品の受領によって開始するため、解除期間前に消費者は商品の確認を実際に行うことができる。ただし、サービスの提供に関する契約のさいには、撤回期間が契約締結時から開始するため、消費者がサービス内容を確認する期間は制限される。

注

- 184 オーストリアの消費者保護法を扱ったものとして、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）一四七頁があり、この論文は消費者保護法三条の解除権について紹介する。
- 185 Thole, a.a.O. (Fn.157), S.137.
- 186 Bartsch, *Privatrechtlicher Schutz des Verbrauchers bei Haustürgeschäften — Vergleichende Betrachtung neuer Schutzbestimmungen*, ZRP 1973, S.219.
- 187 Krejci, *Konsumentenschutzgesetz, Kommentar*, 1986, Vorbem., Rdnr.1.
- 188 Bydinski, *Bürgerliches Recht I, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 2000, 1/12, 1/17.
- 189 Tangl, *Die Rückabwicklung nichtiger (Haustür-) Geschäfte in Frankreich — ein Rechtsvergleich mit §4 KSchG*, ZFRV 1997, S.100.
- 190 Runnel/Krejci, 2. band, 3. Aufl., 2002, §3 KSchG Rdnr.3.
- 191 Koziol-Welser, *Allgemeiner Teil und Schuldrecht*, 10. Aufl., 1995, S.515.
- 192 *Ib.*, S.515. *フランス法と異なる一般的な申込に拘束力が認められる* (Bydinski, a.a.O. (Fn.188), 6/10)°.
- 193 *Koziol-Welser, a.a.O.* (Fn.191), S.515.
- 194 *Krejci, a.a.O.* (Fn.187), §3 KSchG, Rdnr.36.

- 195 Heiss-Rudisch, Anmerkungen zum neuen Teilzeitnutzungsgesetz, *ecolex* 1997, S.238.
- 196 タイムシェアリング指令に関する規定が、既存の消費者保護法に組み入れられることなしに、特別法としての一時的利用権法として公布されたことは、消費者保護法典の簡素化、および明確化の目的と矛盾すると非難された(HeissRudisch, a.a.O. (Fn.195), S.238.)。
- 197 Pötter, Vergleichende Verbraucherschutzrichtlinienumsetzung in europäischen Mitgliedstaaten, 2001, S.120.
- 198 Koziol-Welser, a.a.O. (Fn.191), S.369 f.
- 199 Mohr, KSchG-Novelle 1999 — Verbraucherschutz im Fernabsatz, *Ecolex* 1999, 756.
- 200 この点「契約締結に向けられた意思表示に拘束されない」という構成をとるドイツ民法三五五条一項一文との類似性が見つけられる。金融サービスの通信取引に関する指令の国内法化のため、消費者保護法へ金融サービスの通信取引に関する規定を追加するのではなく、新しい独自の法律を立法することが選択された。ドイツにおいては、金融サービスの通信取引に関する指令の国内法化につき、新たな特別法の立法を選択しなかった。ドイツ民法の一般通信取引に関する規定の中に、金融サービスの通信取引を組み入れ、民法上の情報義務に関する命令政令における、通信取引契約のさいの情報義務に関する規定(民法上の情報義務に関する政令一条)を改正するなどして、国内法化に対処した。
- 通信金融サービス法(Fern-Finanzdienstleistungs-Gesetz)が、二〇〇四年一〇月一日発効し、通信金融サービス法八条一項は、「消費者は、契約または契約表示を、二項に挙げられた期間の経過まで解除しうる。」と規定し、金融サービスの通信取引において、消費者に一般通信取引のさいの解除権(消費者保護法五e条)と、非常に類似した形式で、解除権を認める。

第五章 おわりに——わが国への示唆

第一節 消費者の自己決定と情報欠如

消費者と事業者の構造的格差、言い換えると消費者と事業者の契約上の地位不均衡をもたらす大きな原因の一つは、

消費者の契約に関する情報の欠如である。一般的に、消費者は契約内容や契約の相手方に対する十分な情報を有しておらず、このような情報不足を原因とする地位不均衡を是正するためには、事業者が情報提供義務を課すだけでは不十分である。なぜなら、消費者が契約締結時の短時間に、抽象的で内容的にも理解し難い情報を完全に整理し、それに基づいて契約締結をするか否かを判断することは難しいからである。この点、消費者の自己決定にとって重要な情報は形式的、抽象的な情報付与ではなく、与えられた具体的情報を現実的に把握し整理しうることであり、具体的な情報の獲得と整理のためには、クーリング・オフ期間において、消費者が実際に契約の目的物を自分の目で確認しうる必要があるとってくる。

第二節 消費者の履行請求権

当初から、オーストリア法においては、それぞれの解除期間の間、契約は有効に成立しており、消費者の履行請求権が原則的に存在する²⁰²。その一方で、従来のドイツにおいては、契約は原則として浮動的無効であり、例外を除いて撤回期間において消費者に履行請求権は認められていなかった。しかしながら、二〇〇〇年のドイツ民法改正により、撤回期間の間、契約が有効になり、その結果、消費者に履行請求権が認められた。通信取引指令の国内法化の過程で、通信取引契約のみを有効にするのではなく、消費者にとって不利益な浮動的無効であった他の消費者契約全ても有効にしたドイツの選択は適切なものであった。しかし、従来のドイツにおいては、撤回期間の間、消費者に履行請求権が認められておらず、不利な状況に置かれていたことから、消費者に履行請求権を認める方向が模索され、消費者の自己決定を実質的に保障する手段の一つとして、目的物の実際の確認の意味が認識されるようになった。

この点、わが国ではクーリング・オフ期間の間も一般的に履行請求権が認められるものと認識されているため、履

行請求権の意義は、あまり意識されていない。しかし、消費者にクーリング・オフ権を認め、これにより欠けている消費者の自己決定を実質的に実現するという目的は共通であろうし、履行請求権がわが国でも同様な機能を果たすと考えられる。契約の有効性を前提としているため、消費者の履行請求権の意義を取り立てて強調する必要性は必ずしも高くないが、消費者の自己決定を保障するための目的物確認請求権として履行請求権を、理論的に位置付けることには意義があると考ええる。

つまり、本来履行請求権は債務の本旨に従った履行を請求する権利であり、その前提として締結された契約の貫徹の意図が存在すると考えられる。したがって、履行請求をなす意思と契約を解消する意思は矛盾する。つまり、消費者が履行請求権を行使したからには契約に拘束されるのが一般的な結論である。しかしながら、消費者契約において、履行請求権は、消費者の自己決定的な決定を実現するための情報を獲得する手段である。

一般的には、商品の引渡が契約の内容である場合、履行請求の結果商品を自分の手元に置き、自己の物として保持し、それを利用することにより、契約によって意図された目的を実現することが履行請求の内容である。しかしながら、撤回期間の間に行使される履行請求権は、本来の履行請求権が有する内容の一部分的な性質のもの、すなわち商品の実際の確認という意味しかもたないと考えるべきであり、実質的には目的物確認請求権という限定的な性質であると考えられる。

注

202 フランス法においては、撤回期間における契約の有効性を前提とすれば、消費者に履行請求権が認められる。

第三節 事業者の履行請求権の制限

フランス法の訪問販売、ドイツ法、フランス法、オーストリア法のタイムシェアリング契約において規定されている撤回期間中の事業者の給付受領の禁止は、自己決定の実現のために、消費者の履行請求と同様に重要になってくるが、わが国においては、この点、あまり意識されておらず、消費者は事業者の履行請求を覚悟しなければならぬことが前提とされている。しかしながら、クーリング・オフ期間に事業者から履行請求がなされることによつて、消費者にクーリング・オフ権行使後の清算関係における事業者の破産、あるいは事業者の所在の不明などの危険を負担させるべきではない。事業者からの履行請求はクーリング・オフ権行使に対して抑止的效果を生じさせる可能性があり、これにより消費者は不十分な状態で自己決定をなさざるをえず、クーリング・オフ権の目的は貫徹されないことになる。

消費者の契約目的物の確認可能性と事業者の履行請求権の制限を、理論的にどのように導き出すかが問題になる。²⁰³ 一つの方向としては、フランスにおける契約の形成を段階的に理解する見解のように、撤回期間の間、契約は形成過程にあると考えれば、事業者の履行請求権の禁止を理由付けることは容易である。しかし、契約の生成を段階的に理解する見解に従う場合には、撤回期間の間、契約は未だ生成段階である以上、撤回期間の間、契約は浮動的無効であると理解されていた従来ドイツと同様に、消費者の履行請求権を理由付けることが難しくなってしまう。ただし、商品の提供を事業者の契約準備段階における情報提供義務の一環として位置付け、事業者は信義則上、本来の給付内容に相当する物を提供することが求められると考えれば、結果的に事業者の履行請求を制限しながら消費者に契約目的物確認の可能性を与えることが可能になる。²⁰⁴

また、契約の生成を段階的に理解しながら、財貨の移転に重点を置き、クーリング・オフ権が認められる契約で、契約目的物の確認が重要となってくる契約を要物契約と理解することも可能である。²⁰⁵ 消費者に契約目的物確認の可能性を認め、その一方で事業者の履行請求を制限するためにクーリング・オフ権が認められる契約を要物契約と位置付けることは、消費者の自己決定実現のためには可能である。要物契約として考えれば、消費者はクーリング・オフ期間に契約目的物を事業者から反対給付を請求されることなく確認することが可能になると思われる。²⁰⁶

さらに、消費者に履行請求権を認めながらも事業者の履行請求を制限する構成として、事業者側の自己決定は十分である一方で、消費者の自己決定は不十分である点に着目して契約の拘束力を段階的に理解し、事業者は完全に契約に拘束されるにも関わらず、消費者は契約に限定的にのみ拘束されるという考え方も可能である。つまり、消費者がクーリング・オフ期間に目的物を確認するために履行請求権を有する一方で、事業者は消費者からの給付の受領を禁止され、結果的に先履行義務が課せられ、その一方で消費者が事後的に契約から無条件で脱退することが出来ることになる。

注

203 この点、契約の有効性を認め、事業者の履行請求権を制限するか、契約の有効性を否定しながらも、消費者に履行請求権を与えるか、という二つの選択肢があるが、この問題は、撤回権の一般理論の理解と密接に関連してくると思われる。

204 河上・前掲注1二二三頁。

205 池田教授は、契約の拘束力との関連で、契約の拘束力の根拠としての「意思（による拘束の）理論」の射程ないし限界に対する再検討において要物ないし要式契約論が問題になってくるのではないかと、との指摘をなされる（池田清治「消費者契約法とドイツ法」ジュリスト二〇〇〇号（二〇〇一年）一二五頁）。

206 要物性という観点に着目すると、撤回権、クーリング・オフ権は、ゲルマン法における *Reuecht* との類似性も問題になってくるが、ここでは一応、この点を指摘するに止め、今後の課題としたい。

第四節 目的物確認と価値賠償

また、理論的に目的物確認の意味での消費者の履行請求権が認められるとしても、そのさいに使用利益の返還なしに商品、あるいは役務の試用が可能であるかは検討の余地がある。ドイツにおいては、債務法現代化法によって、旧ドイツ民法三六一 a 条二項において規定されていた撤回による捲き戻しの効果に関し、ドイツ民法三五七条において撤回権の効果が独立して規定された。従来、旧ドイツ民法三六一 a 条二項六文において、「撤回の行使の時点までの物の使用の供与又は物の利用につき、およびその他の給付につき、その価値を賠償しなければならない。」と規定されながらも、七文において、「使用方法に従った物の使用又はその他の給付の利用によって生じた価値減少は、考慮しない。」と規定され、消費者の価値償還義務が軽減されていた。しかしながら、ドイツ民法三五七条三項一文において、「消費者が……その法律効果及びそれを回避する可能性をあらかじめ指摘されていたときは、物の通常の使用により生じた価値の減少を賠償しなければならない。」と規定され、消費者の償還義務を重くした一方で、二文において、「価値の減少がもつばら物の検査によるときは、この限りではない。」と規定された。

つまり、一般的に撤回権行使後の消費者の価値賠償義務が重くなったにも関わらず、物の検査の場合には例外が認められていることから、消費者契約における目的物確認の重要性を認識していることを読み取ることが可能であり、契約目的物確認の範囲において使用利益の返還なしに商品、役務の試用が可能であることになる。

その一方で、わが国のクーリング・オフ制度においては商品、あるいは役務の試用を認めるものにはなっていない。つまり、規定上は既履行債務に対する不当利得返還請求を否定する一方で、使用利益の返還に関しては否定していない。しかしながら、この点、学説は役務、使用利益ともに事業者からの不当利得返還請求権を否定する見解が大部分である。根拠としてクーリング・オフ権の趣旨の徹底、クーリング・オフ権の実質的空洞化の回避が挙げられる他に、事業者はクーリング・オフ権が行使されることを覚悟しつつ、商品の引渡しを行っているのだから、そのさいには自己の物と同様の形態での利用について事業者の利用許諾があると主張されたり、使用を覚悟して商品を引き渡す、あるいは役務を提供しているので、事業者側に損失がないので不当利得返還請求は成り立たないと主張される。²⁰⁸

結局のところ、クーリング・オフ期間中に履行された給付の対価を不当利得返還請求により事業者側から請求されることを認めると、事業者はこれを目的に利得の押し付けを行う可能性が十分に考えうる。²⁰⁹ 事業者による利得の押し付けは、消費者のクーリング・オフ権行使に対して抑止的な効果を生じさせ、クーリング・オフ制度により意図された消費者の自己決定の実現が制限されてしまう以上、利得の押し付けを防止する意味で目的物確認に対する対価に関する事業者の不当利得返還請求は、原則的には、認められないべきである。²¹⁰ これにより、消費者は契約目的物の確認を、なんら金銭的負担を課せられることなく行うことができ、使用利益の返還なしに商品、役務の試用が可能となる。

注

207 浜上・前掲注6三〇九頁、河上・前掲注1二一四頁。

208 伊藤・前掲注2三八二頁。

209 同様の指摘を、丸山絵美子「クーリング・オフの要件・効果と正当化根拠」専修法学論集七九号（二〇〇〇年）一頁はする。

210 通信販売におけるクーリング・オフ権が問題になる場合には、必ずしも、この一般論が適用されるわけではないが、この点は後で触

れる。

第五節 通信販売へのクーリング・オフ権導入について

最後に、これまでの検討を参考に、わが国の通信販売へのクーリング・オフ権導入の可能性について若干触れる。わが国においては、通信販売に関して消費者にクーリング・オフ権が認められていないことから、契約目的物の実際の確認可能性は、あまり重要視されていないものと思われる。つまり、通信販売においては、消費者に商品等の広告や表示などにより、適切な情報が示されている場合、それから先の契約判断は消費者の自己決定に委ねられている、と考えられているようである。²¹¹ しかしながら、積極的広告規制（特定商取引法（以下、法という。）¹¹¹条）や誇大広告等の禁止（法¹¹²二条）に対する違反行為の効果は、主務大臣による指示（法¹¹³四條）、業務停止命令（法¹¹⁴五條）、あるいは刑事罰（法¹¹⁵七〇条二号、七二条二号）であり、消費者個人の保護は規定されていないため、必ずしも消費者の自己決定が保障されているわけではない。

クーリング・オフ権が認められている状況は、契約締結状況における不意打ち、あるいは契約内容の複雑さによる無思慮から生じる早計な契約締結の決定の保護にクーリング・オフ権の基礎が限定されており、ドイツ民法改正前と同様の状況にある。しかしながら、消費者と事業者の構造的格差、言い換えると消費者と事業者の契約上の地位不均衡をもたらす大きな原因は、消費者の契約に関する情報の欠如であり、この点の是正が必要となる。そのためには、一定の書面の交付という形式的、抽象的な情報の付与だけでは不十分であり、具体的情報を現実的に把握し整理しうる必要がある。そして、具体的な情報の獲得と整理のためには、クーリング・オフ期間において、消費者が実

際に契約目的物を自分の目で確認しうる必要がある。このように、契約目的物の実際の確認は、消費者の自己決定の実質的な実現のためには必要不可欠な要素であり、クーリング・オフ権の基礎の一つである。

訪問販売や割賦販売などにおいては、一般的に消費者にクーリング・オフ期間でも、履行請求権が認められているため、履行請求権の結果としての契約目的物の実際の確認による実質的な自己決定の実現は、現行法上、その意義が認識されていたか否かは別としても可能である。しかし、通信販売に関しては、消費者にクーリング・オフ権が認められておらず、消費者が契約目的物の実際の確認後、契約を解消することは許されない。したがって、実質的な自己決定が必ずしも保障されていない状況であることから、わが国においても、クーリング・オフ権の基礎を、契約目的物の実際の確認に関しても認め、通信販売に関してもクーリング・オフを認め、契約を解消する可能性を与えることが望ましいと思われる。

契約目的物の確認可能性の欠如という消費者と事業者の間の契約上の構造的格差の原因に着目すると、通信販売へのクーリング・オフ権の導入については、消費者の履行請求権を言うだけでは問題の解決にはならない。撤回期間がいつから開始するかという、権利行使期間の起算点という点も重要になってくる。ここでは、クーリング・オフ期間の開始時、つまり権利行使期間の起算点は、契約締結時あるいは規定の書面の交付時ではなく、消費者による商品の受領時とならなければならない。なぜなら、目的物不存在型では、目的物を実際に確認する可能性が欠けている点に基礎が求められ、クーリング・オフ権と履行請求権を導入するだけでは不十分であり、権利行使期間の起算点を消費者の受領時にすることによって、目的物の実際の確認を保障しなければならないからである。そして、ここではクーリング・オフ権が認められている契約において、クーリング・オフ権に関する情報の欠如がある場合に、通常のクーリング・オフ期間の経過を事後的な情報付与まで延長させる情報欠如型の類型が、重要な役割を果たす。ただし、本

来の情報欠如型は、クリーニング・オフ権に関する説明という情報欠如を問題にするが、目的物不存在型においては、クリーニング・オフ権を基礎付ける契約締結時の目的物不存在を考慮して、抽象的な情報欠如にとどまらず、具体的な情報欠如すなわち契約目的物の不存在にまで情報欠如の意味が拡大されることが妥当である。このように考えることによって、権利行使期間の起算点を消費者の目的物受領時まで遅らせることが可能になると思われる。²¹²

最後に、通信販売契約においてクリーニング・オフ権を認めるとしても、契約締結のさいの不意打ちからの保護が主たる目的である訪問販売とは異なり、消費者は自主的に契約締結をしており、保護目的は契約目的物の実際の確認であり、クリーニング・オフ権行使後における契約目的物の返還につき、この点が考慮される必要がある。²¹³ 訪問販売とは異なり、いわば強制的な事業者からの契約目的物の押し付けが存在するわけではなく、したがって、契約目的物の返還のさいの事業者からの利得の押し付けが問題になるわけではない。クリーニング・オフ権により追求される目的は、消費者による契約目的物の実際の確認である以上、価値賠償に関しては、契約目的物の確認の目的を明らかに超えて商品が使用され、これにより価値減少が生じた場合には、当該価値減少は事業者ではなく、消費者に負担させるべきではないかと考える。

注

211 齋藤雅弘 池本誠司 石戸谷豊 『特定商取引法ハンドブック〔第二版〕』（日本評論社、二〇〇三年）九九頁。

212 消費者の自己決定のためには、一定の書面の交付という形式的、抽象的な情報の付与だけでは不十分であり、具体的情報を現実的に把握し整理しうる必要があるとの観点からすると、情報欠如型における情報欠如の意味を、クリーニング・オフ権の存在といった契約上重要な情報という抽象的な情報に限る必要はない。つまり、情報欠如の意味を、目的物不存在型以外においても、拡大して考えることは可能であり、他の類型においても、契約締結時に、消費者が目的物を受領していない場合には、情報欠如型のクリーン

213 グ・オフ権が顕在化し、権利行使期間の起算点が目的物受領時にまでずれることになる。
ただし、注文の即時完了可能性、注文過程の簡略化などによる不意打ち的な側面は存在する。

第六節 まとめ

従来、契約締結状況における不意打ちからの保護、あるいは契約内容の複雑さによる無思慮さからの保護に対しては十分な考慮がなされてきたが、消費者の契約内容に関する情報不足に関しては、必ずしも十分な考慮がなされてきたとは言えない。たしかに、契約締結時に消費者がクリーニング・オフ権の存在の認識が不十分であったり、契約内容の認識が不十分であった場合には、裁判例においても厳密に事業者からの適式な書面が要求されクリーニング・オフ期間の延長が認められており、²¹⁴ 学説においてもこの傾向は妥当なものとして理解されている。²¹⁵ しかしながら、契約文書も確かに重要な情報ではあるが、契約文書の情報のみでは実際に消費者は契約目的物の正確な情報を獲得しえず、実際の契約目的物の確認が契約内容の把握に関して重要な要素となってくる。

結局、契約目的物の確認可能性を消費者契約一般に認めることが消費者の自己決定を実質的に実現することになるのであり、消費者と事業者の間の契約上の地位不均衡から生じる消費者の不利益を解消するため、消費者の契約に関する情報不足の重大性が看過されてはならない。このような情報不足が、消費者と事業者の間に典型的に存在する構造格差であり、このような構造的格差を是正して消費者の自己決定を保障するものが²¹⁶ クリーニング・オフ権であると理解することによって、法政策上特別に創設されたものとしてクリーニング・オフを位置付ける必要はなくなり、意思表示一般の問題として捉えることが出来ることになると思われる。²¹⁷

214 注

大津簡判昭和五七年三月二三日（法時五四卷八号一五九頁、NB L二七二号一九頁）、大阪地判昭和六三年二月二四日（判時一二九二号一一七頁、判夕六八〇号一九九頁）、神戸地判平成元年一〇月四日（NB L四七七号三五頁）、神戸簡判平成四年一月三〇日（判時一四五五号一四〇頁、判夕七九二号二一八頁）、東京地判平成五年八月三〇日（判夕八四四号二五二頁）、東京地判平成六年九月二日（判時一五三五号九二頁）。

215

河上・前掲注1二二三頁。

216

消費者契約法との関連で、池田真朗編『新しい民法 現代語化の経緯と解説』（沖野眞己）（有斐閣、二〇〇五年）も、同様の指摘をする。

217

この点、小野・前掲注128も以下のように述べる。「わがくにのクーリング・オフの伝統的な理解によれば、撤回権は、消費者保護法規により特別に創設されたものであり、いわば契約や意思表示の拘束力の例外をなす。期間の徒過や書面の不備は消費者の不利に働くと位置づけられる。しかし、解除と同様に、撤回による救済方法をより一般的なものとみれば、前提としての情報の提供の不備は、広く期間の進行を阻止するものとなりうる。拘束力の前提が欠けるからである。情報提供の不備の場合の撤回期間の伸長は、これを反映する。これにより、撤回権をたんなる創設的・例外的な救済手段ではなく、より一般的救済手段として位置づけることが出来る。」