

タイトル	消費者保護法規による意思表示法の実質化(3)：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，46(1)：33-85
発行日	2010-06-30

消費者保護法規による意思表示法の実質化(3)

——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
第二章	ドイツにおける撤回権と民法の体系
第一節	ドイツにおける撤回権の概要 (以上、四五卷一号掲載)
第二節	私的自治からみた撤回権
第三節	撤回権と私的自治との緊張関係をめぐる議論 (以上、四五卷三号掲載)
第四節	撤回権の法体系上の位置づけ
第五節	議論の分析

第三章

撤回権と「契約法の実質化」

第一節	撤回権と「契約法の実質化」
一	撤回権による契約法の実質化の進展とその限界
二	労働関係の解消契約の撤回可能性
三	保証契約・並存的債務引受における撤回可能性 (以上、本号掲載)
四	法形成の射程と限界
第二節	撤回権と意思表示法の実質化
第四章	日本法への示唆
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）

第四節 撤回権の法体系上の位置づけ

一 問題の所在

前二節において示したように、撤回権は、私的自治の機能前提を確保する制度として位置づけられ、意思形成過程の機能不全を排除するものとされている。また、法技術的にも、民法典の諸制度から見ても異質なものとはいえない。その意味で、民法上の制度と連続性を持ったものだと思われる。そして、従来、契約締結過程において存在する意思形成の瑕疵に対処する機能を担ってきたのは、民法典の意思表示法上の制度、具体的にはB G B 一一九条以下の取消原因であった。では、これらの制度と撤回権との間には、どのような異同・関連が存在しているのだろうか。このことは、撤回権をどのような性質のものと捉えるのかに関係している。そこで、この点に関するドイツの議論を見ていく。

ところで前述のとおり、B G B 旧三六一条aの挿入以来、撤回権の法的構成としては、いわゆる「浮動的有効構成」が採用されている。そして、その場合の撤回権が、形成権であることには、現在ではほぼ争いはないといつてよい。²⁹²しかし、この浮動的有効構成を採用している撤回権が、従来からある形成権のうちどれにあたるのか、あるいはどれに近いのかについては、議論がある。具体的には、撤回権を特殊な解除権と捉える見解と取消しに類似した新たな形成権であるとする見解がある。²⁹⁴従来、取消権類似構成の立場からは、目立った議論は存在しなかったが、近年、Günter Reiner が、詳細な議論を展開している。その過程ではさらに、撤回権と意思表示法上の制度との関係が意識的に論じ

られている。そこで、ここでは、Reiner の見解を中心に撤回権の法的性質について検討することにした。

二 通説的理解——特殊な解除権構成・遡及効否定

学説の多くは、撤回権を特殊な、あるいは修正された解除権であると考え、撤回の効果は遡及しない、とする。その論拠は、条文である。つまり、①三五五条の「もはや拘束されない (nicht mehr gebunden)」という文言、②撤回権についての統一的規定である B G B 三五五条を含む款が、解除に関する款とともにひとつの節(第二編第三章第五節)をなしているという条文の位置、そして③撤回の法的効果についての解除規定が準用されていることが、特殊解除権説の有力な根拠となっている。したがって、撤回権の効果も、解除権同様に、履行義務を将来に向かって消滅させ、既になされた履行に関しては清算関係に転換させることとなる。そして、その限度で、契約それ自体は存続する。さらに、von Koppentals は、条文上の根拠のほかに、次のようにいう。確かに、撤回権も取消権ともに消費者の意思表示に向けられる点で共通する。さらに、撤回権は、その保護根拠からすると、取消権、とりわけ詐欺・強迫を理由とする取消権により近い。撤回権は、消費者を次のような危険から保護しようとするものである。すなわち、契約の交渉開始および締結における特別な定型的状況において自らの法律行為上の決定自由が侵害されて、不意打ちを受け、あるいはそのほかに許されない方法で無思慮に法律行為を行うことを強いられる危険である。消費者は、複雑に条件づけられて見通すことの出来ないリスク、職業的に活動しているセールスマンのやり方・知識から生じるリスクから保護されるべきである。しかも、事業者は、消費者の情報処理領域および決定領域に対して本質的影響力を行っている。このような契機は、意思形成過程に対する具体的危険を伴う詐欺および強迫の取消原因と近いものといえる。しかし、取消しは、契約成立時の瑕疵を前提としているのに対して、撤回権が付与される事例においては、そ

のような意味での古典的な瑕疵は存在しない。この点で、撤回権は、完全に有効な契約を解消するものであって、取消権とは本質的に異なるものである。²⁹⁷

このほかに、特殊解除権説を採る見解としては、Meller-Hannichの見解が注目値する。²⁹⁸ 彼女によれば、撤回権は特殊な解除権であるが、それは、従来の解除権とは異なり解除要件としての当事者の合意または義務違反が存在しない。ここにおいて、解除要件として機能するのが、当該取引が消費者取引であることと法律上の撤回権の指示である。ところで、従来の解除権のうち約定解除権は、契約に拘束されるつもりであるか否かを、契約締結の時点で最終的に決定することを留保するものである。撤回権が問題となる状況では、消費者は、このような自己配慮が不能である。つまり、撤回権においては、二つの観点からの実質的私的自治の不全が存在する。ひとつは、拡張された熟慮期間が必要であること、もうひとつは、そのような熟慮期間を設けるよう自己配慮することが消費者にとって不可能であるということである。そこで、法定の撤回権を設けることによって、そのような熟慮期間が消費者に与えられることになる。すなわち、Meller-Hannichによれば、「撤回権は、約定解除と法定解除の中間に存在しており、消費者法学的考慮に基づく解除権の論理一貫した継続発展である。」ということになる。このMeller-Hannich説は、撤回権を約定解除権の延長線上で捉えようとするところに従来の見解との違いがあるといえよう。

ところで、撤回権を特殊な解除権としてみるのではなく、法定解除条件として捉える見解も存在する。最近では、Peter Mankowskiがこれを主張する。³⁰⁰ 彼によれば、浮動的有效という概念は、解除条件の構成以来、昔から知られているものであり、撤回によって契約の有効性の基礎である二つの意思表示のうちのひとつが失われるため、契約は、無効となる。その点で、解除類似の清算関係に転化するものではない。さらに、この場合、効果を遡及させる理由はないので、撤回は、将来に向って効力を有することになるという。

三 取消権類似構成・遡及効肯定——Reinerの見解を中心として

(1) 実質的契約自由の保護のための段階的体系

上述のように撤回権は、実質的契約自由の保護のための制度である。もともと、このような実質的契約自由はすでにBGBの当初から存在する制度においても保護されている。まずReinerは、そのような保護制度を四つの段階に分けて考察する。³⁰¹ それによれば、第一段階は、意思表示の主観的要件と結びついたものである。そこでは、意思表示において自然的行為意思が要件とされ、あるいは表示意識が要求される。³⁰² 第二段階は、事実の上では存在している意思表示を法的に否認する諸規範である。たとえば、六歳以下の未成年者等の行為を無効とするBGB一〇四条および一〇五条、さらに一一八条の真意に欠ける意思表示がその例であり、また、相手方の能力の欠如を利用する等の行為によりなされた意思表示が法令または良俗に反しているとして無効となる場合もこれにあたる。³⁰³ 治癒可能性のない方式無効もこれに属するものがある。第三段階に属するのは、七歳以上の未成年者(BGB一〇六条以下) または無権代理人(BGB一七七条一項) による意思表示である。ここでは、意思瑕疵による意思表示は浮動的に表示者を拘束しない。治癒可能性のある方式無効もこの段階に配されるものがある。第四段階は、取消権の付与による保護である。法律は、そこでの意思瑕疵を、意思表示の有効性をはじめから拒絶する程のものとは見ていない。ただ、その意思瑕疵は、表意者による一方的で事後的かつ遡及的な意思表示の無効化を基礎づける。ここでは、自己決定・実質的契約自由の保護と取引あるいは信頼の保護との調和がきめ細かな形で行われることになる。BGB一一九条、一二〇条および一二三条は、その成果である。このほかに、契約締結上の過失に基づく損害賠償による契約解消も、この第四段階の制度に位置づけられる。

Reiner は、以上の検討を踏まえて、撤回権もそれぞれの作用様式にしたがって上記の四つの段階に位置づけられる

とする。浮動的無効と結びついた撤回権（無効モデル〔Unwirksamkeitsmodell〕）も、第三段階において実質的契約自由を保護するものであったことは、詳しく述べるまでもなからう。³⁰⁴以下では、いわゆる有効モデル（浮動的有効構成）による撤回権に絞ってみていくこととする。³⁰⁵

(2) 浮動的有効構成における撤回権の体系的位置づけ

まず、「BGB三五五条以下による撤回権は、上記の保護システムのうち第四段階に位置づけられる。」前述のように、この第四段階に属するのは、第一に、取消しであり、判例上展開された契約締結上の過失に基づく契約解消もここに位置づけられる。これに対して、解除は、この四段階モデルの一部をなすものではない。³⁰⁶Reinerは、さらに、撤回権の取消権との類似性を説く。

その際、Reinerは、「取消しは（意思瑕疵という）要件と結び付けられているが、一方で撤回は——権利濫用という一般的限界の範囲内で——その原因を示すことなく、すなわち任意に行使されうるのである」という反論が予想されるとして、次のように再反論を試みる・・

「取消しと撤回の間の上記の事実上の区別は、内容的なものではなく、純粹に法技術的に根拠付けられる。撤回および取消しにおいては、同じように、自由な意思形成、実質的契約自由が問題となっている。この点に撤回の取消しとの機能的近似性が存在する。撤回の可能性は必ずしも、撤回権を与えられる消費者に、要件なくして与えられるのではなく、定型化された要件の下で与えられるのである。（…）この定型化は、消費者に、自らの意思形成の瑕疵を具体的に示す義務を免除している。このことは、消費者が自らの事業者との契約締結に向けた意思表示を定型

的に意思瑕疵がもたらされる特定の事情の下でなした場合には、立法者によって反論の余地なく推定されているのである。³⁰⁷⁾

具体的には、まず心理的脆弱性が、詐欺・強迫、とりわけ強迫との類似性を示している。³⁰⁸⁾ 次に、情報の脆弱性は、詐欺と対応させられる。また、BGB 一九条二項において顧慮される動機の錯誤の拡張としても捉えられるかもしれない、としている。

さらに、特殊解除権説の主張には次のように反論する。まず、論拠①の三五五条の文言については、解除権であると解せば契約自体は存続するのであるから、「意思表示に拘束されない」とはいえない。意思表示が無効となり契約が解消されるため、撤回後は、契約上の請求権が「もはや」想起できないに過ぎない。さらに、「浮動的有効」というモデルは、取消しにこそ適合的である。つまり、解除権が留保されている契約は完全に有効であるが、取消し前の契約の有効性は、それ自体浮動性を有している。また、立法者は「撤回」と「解除」を明確に使い分けている。³⁰⁹⁾ 論拠②および③に関していうと、解除権の規定を準用することは、撤回の法的性質と契約への効力を明らかにしようとするものではない。そもそも、解除法は、BGB 八二条一項の適用を排除した特殊な不当利得法の一つだと理解される。従来の解除法は多くの面で不当利得法を準用し、それが今回の改正によって表面的には分かれたが、内容的体系的関連が残っている。³¹⁰⁾ 結局、撤回権は、解除権の既定の具体的な内容のみを準用するにとどまり、BGB 八二条以下の適用の余地は存在する。この見解に拠れば、撤回の効果としては、まず撤回権の特別規定が適用され、そのうえで不当利得の一般規定が適用となるのであるが、その際、三五五条は、撤回権固有の特別規定（三五七条二項以下）のほかに「撤回権の特別規定」として解除権の規定内容を借用しているのである。³¹¹⁾

四 学説の検討

以上、ここでは、Reiner の見解を中心に見てきた。では、この見解をどのように考えるべきであろうか。

この見解の核心は、撤回権を BGB の、とりわけ意思表示に関する規定との関係で捉え直すことにあるといえる。より具体的には、次の二点が重要である。すなわち、まず、撤回類型と取消原因の近似性である。つまり、撤回権において保護の対象となっているのは実質的契約自由であり、具体的には消費者の心理的脆弱性および情報の脆弱性に基づく自己決定の侵害が問題となる。そこで、有効モデルの撤回権においては、機能的にも、構造的にも、詐欺・強迫による取消しと近似するのである。³¹² 次に、撤回権自体の取消権との近似性である。具体的には、通説が撤回権を特殊な解除権として理解することに対する批判がこれにあたる。³¹³

もつとも、立法論としてならともかく、撤回権の規定が解除と同じ章に置かれている現状を考えると、解釈論としては苦しい面があるのも事実である。通説もこの点から特殊解除権説を採っており、Reiner の見解がドイツの解釈論において影響力を持つているとはいえない。しかし、裏を返せば、条文の問題さえなければ、Reiner の見解は、許容可能なものともいえるのではないだろうか。

また、Reiner が、撤回権の各類型を詐欺・強迫に対比させる様は、大変示唆深い。そして、このように位置づけることによって、撤回権が、いわゆる無理由解消などではないと言い切っている点が重要である。この点は、従来の撤回権の理解と大きく異なる点であろう。撤回権が無理由で契約を解消することができる、すなわち瑕疵のない完全な契約を解消するものであるという取消権類似構成の理論的障害のひとつであった認識が、ここで否定されたことになる。

これに対して、Meller-Hannich の見解には、次のような疑問が浮かぶ。すなわち、撤回権の付与が、約定解除権の

留保の補償として捉えられるべきものなのか、という疑問である。撤回権が問題としているのは、事業者が消費者の契約意思の形成に不当な影響力を行使しているという点なのであって、交渉力不均衡によって消費者が約定解除権を留保して、契約決定プロセスを契約成立後まで延長することができない点なのではない。この点で、Meller-Hannichの見解は、撤回権を特殊な解除権であるとした場合に、撤回権の要件をドグマーテイクにおいて解除要件のひとつとして理解することの困難さが、図らずも露呈したものであるということができないのではないだろうか。そもそも解除権構成は、取消権類似構成との対比で論じられたものというわけではなく、契約の成立を阻止する構成に対抗するものとして論じられたものである、と理解すべきであろう。³¹⁴つまり、浮動的有効構成と浮動的無効構成の対比で、解除権構成という表現が用いられたのである。その意味で、現在の解除権構成は、取消権類似構成との関係で積極的に基礎づけられたものとは言い難いように思われし、その基礎づけに成功しているようにも思われない。

第五節 議論の分析

前節までの検討素材に基づいて、以下では、撤回権が意思表示法においてどのように位置づけられうるのか、を考えてみいた。³¹⁵

一 撤回権の法政策的妥当性

(1) 撤回権における「現代的瑕疵」

撤回権は、私的自治が機能するための前提を確保する制度であり、その意味で、私的自治の実現のために奉仕する

制度である。この点は、詐欺や強迫に基づく取消権と異なるところはない。その一方で、撤回権は、私的自治との間で固有の緊張関係をも併せ持つ。そのような緊張関係は、撤回権の定型性において最も明確に現れている。多くの学者は、この点を捉えて、撤回権の法政策的な妥当性に疑義を呈してきた。しかし、撤回権がその定型性を用いて、従来の制度や法理では処理しきれない問題を扱っていることは、これまでの検討から明らかである。つまり、撤回権によって対処されるべき（あるいは撤回権によってしか処理されえない）固有の問題領域が存在するのである。では、撤回権に固有の問題領域とはどのようなものであろうか。

この点で、von Köppenfels が、撤回権においては「古典的な瑕疵」が存在しないと述べているのは、興味深い。彼女の指摘は撤回権と取消権の相違を際立たせることが目的であるが、見方を変えたと、古典的瑕疵以外の、いわば現代的瑕疵が、撤回権では問題となつてみるとみることができないだろうか。このことは、従来浮動的不効構成のもとで論じられてきた撤回権の放棄可能性の議論からも伺えることである。³¹⁶ここでは、撤回権は一定の場合には放棄可能であるとされているが、その際の条件として、次のようなものが挙げられる。³¹⁷①消費者が自らの撤回権の存在につき積極的に認識していること、②放棄が契約締結後になされること、③放棄の意思表示は一方的に、かつ消費者の自由な決定に基づいてなされること（放棄が押し付けられてならないし、また放棄それ自体が訪問販売状況において若しくは約款によってなされてもならない）、④放棄の意思表示は書面にて明示的になされなければならない。³¹⁸まず、このような要件の設定は、取消権者による法律行為の追認とパラレルな関係にある。訪問販売取引に関しては、訪問販売状況それ自体が、放棄可能性に影響を与えるところから、その一定の意思瑕疵性を認めうるのは容易だろう。このように、放棄の可能性の議論を裏からみると、右の①ないし④のような条件が揃っていなければ、消費者は合理的に撤回権の放棄の適否を判断できないということができる。まさに右の場合を除いては、消費者にはその合理的

判断に影響を与える意思瑕疵が存在しているのである。しかし、それらの意思形成の瑕疵が取消権を基礎づけるような「古典的瑕疵」ではないことは明白である。したがって、ここで言う現代的瑕疵が、撤回権に固有の問題領域をなしている。とすれば、現代的瑕疵は、撤回権に特徴的な法技術である定型性・抽象性によって初めて適切に把握しうるようなものであるはずだと考えることができる。³¹⁹撤回権が、従来の法制度では適切に対応できない問題に対処するための制度であり、問題自体が消費者の自由な意思形成が歪められる点にある以上、それに相応しい位置づけが必要であるといえる。

(2) 個々の撤回類型における「現代的瑕疵」の態様

では、それぞれの撤回類型において、どのような「現代的瑕疵」が問題となっているのだろうか。それぞれの保護目的に関連させて論じてみよう。

a まず、訪問販売取引においては、消費者に対する不意打ちが問題となっている。ここでは、契約交渉の開始のイニシアティブが事業者側にあるため、消費者は価格および品質についての比較が出来ないという意味で、情報上の脆弱性も問題となる。³²⁰が、より本質的なのは、心理的な脆弱性である。³²¹つまり、事業者のイニシアティブの下で、契約交渉からの離脱が困難な状態に陥っており、その意味で心理的な圧迫が存在している。人と人が対面しており、その中で「相手に悪い」とか「帰ってくれ」と言い出しにくい³²²といった感情が生じ、これが意思形成に歪みを与えることになる。また、契約交渉に「閉じ込められた」ような状況が特殊な雰囲気を生み出して、合理的な決定を阻害することがある。ここでは、別に強迫に当たるような行為はなされておらず、消費者にもそれに対応する意思自由の侵害は存在しない。しかし、それでも消費者の正常な決定に歪みを与えるような影響力の行使が存在しているのであり、

この点が、訪問販売取引において撤回権を認める基礎をなしている。

b 次に、通信販売取引では、消費者の性急さが問題となっている。ここで問題となっている性急さというのは、前述のように契約対象の不存在に由来する情報格差である。古典的な情報提供理論において情報提供がどのような形でなされるのかはそれほど重要ではないのに対して、ここでの情報提供理論は、商品の特定の性質は現物を目の前にして実際に確かめない限り、必要な情報提供がなされたとはいえないと考えている点で、古典的なものとはいえない。ここでは、古典的瑕疵が前提とする情報処理とは異なる情報処理の像が念頭にある、といって差し支えないだろう。平面的な情報だけで見たこともない商品のイメージが十分に可能かという点、そうではないのが実際である。どうしても断片的でしかあり得ない情報を、バイアスがかかった形で補完していくのは、人間の認知過程としてそれほど不思議な事態ではない。もっとも、意思決定における情報提供の必要性を前提とする点では、伝統的理論の延長にあるものといえる。いわば情報提供の形に膨らみがもたらされたとみることができる。

c 消費者信用契約でも消費者の性急さが問われることになるが、それは通信販売取引におけるそれとはやや異なる。消費者が性急に契約を結ぶことになるのは、その契約対象が複雑であり、消費者がよく理解をしないうちに契約を結ぶことにある。しかも、この場合、消費者には、誘惑効果が働くから、合理的判断を素早く行うことが困難になっている。³²³この点に消費者の情報的脆弱性が存在するわけである。³²⁴つまり、消費者は、契約対象が複雑でその結果について十分な考慮をすることが出来ないという意味では、十分な意思決定をなすための前提事情を十分に認識・評価できていない。この点で、(動機)の錯誤には至らないまでも、意思決定の情報面に瑕疵があるといえるのである。³²⁵この点で「意思形成過程における具体的危険を伴っている詐欺および強迫の取消原因との近似性」が指摘されている。³²⁶また、誘惑効果をここで重視するならば、ここでは消費者の合理的な意思形成を阻害するような感情的因子が存在して

いる、ということが出来る。とりわけ、消費者の経済的自己決定においては、金銭的利益の獲得だけではなく、感情的欲求の充足が目的とされることが多いのであるから、意思決定に対してこれらの因子が決定的な仕方で作作用することがあると考えるのは、おかしいこととはいえない。

これらの現代的瑕疵は、いわゆる古典的瑕疵と比べた場合、一つの共通点がある。それは、これらの瑕疵が、いずれも意思形成過程の人間の脆弱性³²⁷に由来している、という点である。人間は主観的には合理的に、つまり自己の利益を実現するために最も適切な決定を下そうと努力するのが普通である。しかし、そのような試みが、常に上手くいっているとは限らない。人間の意思決定が様々な要因によって必ずしも合理的でない決定を行う場合があるということは、既にいわゆる行動経済学の諸研究などによって周知となっている。³²⁸これらの隣接諸科学による知見と撤回権の法政策的妥当性との関係があるのかないのか、については、ここではひとまず置いておくが、撤回権において問題となっている意思形成の歪みは、人間の認知能力や判断能力の限界に由来しているのである。この点は、撤回権が認められるべき領域を考える際に無視できないように思われる。撤回権が消費者について問題となるのは、前述のように、消費者がそのような人間的な制約に曝されたままで、意思形成をせざるを得ない存在だからである。

確かに、意思形成における人間的制約は、すでに未成年者の行為能力についての諸規定において顧慮されていたといえるにせよ、このような現代的瑕疵は、von Köpenfelsの指摘から分かるように、BGB制定時においては、意思形成過程における有意な瑕疵ではなかった。しかし、だからといって、これらの瑕疵が現在の法体系においても契約の有効性に影響を与えない瑣末なものだといってよいのだろうか。この点は、撤回権の法的性質に関わるものと思われる。

二 撤回権の法的性質

撤回権の法的性質をめぐる議論は、それ自体は大した実益のある話ではない。³²⁹しかし、いずれの立場をとるのかは、撤回権をどのようなものとして捉えるのか、そこで問題となっている意思形成の歪みをどのように位置づけるのかに、微妙な影響を及ぼすようにも思われる。両者の最大の相違は遡及効の有無であるが、より根本的には、撤回権が認められる場合に存在する諸事情を契約締結過程においてどう評価し、これをその結果として締結された契約の拘束力の理解にいかに関与させるのか、が問題となるのである。

まず、取消権に引き付けて考えるならば、撤回権の諸類型を意思瑕疵とパラレルに捉えることになる。つまり、撤回権が認められている諸類型においては、取消権が認められる程に具体的に重大な意思形成の瑕疵は生じていないにせよ、契約の拘束力となる意思の形成過程に否定的な評価が下されている、ということになる。だとすれば、その場合には、撤回権は、やや特殊であるにせよ私法上の他の制度と何ら異なることのないものと理解されることになる。³³¹その意味で、撤回権が消費者にのみ付与されているのは、撤回権を特徴づける法技術である定型化のための一概念として、意思形成に問題の生じる状況が、消費者という人的側面から定型化がされている結果である。つまり、いわば技術的な意味しか持たないといえるだろう。³³²

しかし、解除権構成に立った場合、事情はやや複雑になる。解除権構成に立つ者の多くも、基本的には、撤回権を私法上の他の制度とは異質の形象として見ているわけではない。³³³ところが、解除権構成に立つ場合には、クーリング・オフの対象となる契約は、原則として、当初から完全に有効だということになる。そこで、完全に有効な契約が特殊な解除権である撤回権によって清算関係に転化することになる理論的根拠が問題となる。というのも、撤回権が認められるのは、実質的な決定自由の制限があったからだが、その制限自体は、その前提上、契約の有効性そのものを劣

化させるものではないからである。では、何がそのような契約の解消を正当化するのか。通常の解除とは異なり、ここでは当事者の合意又は相手方の義務違反に依拠することはできない。残された選択肢は、「表意者が消費者である」ということなのではないだろうか。つまり、本来完全に有効なはずの契約の効力に影響を与えるのは、消費者を特別扱いする必要があるからだということになる。比喩的にいえば、決定自由への影響の瑣末さという要件上の性格と契約解消という効果との間の評価上のギャップが、消費者性によって水増しされることになる。ここでは、消費者性が、実質的な意味においても、非常に重要な役割を果たすことになる。

このように、撤回権の法的性質は、撤回権が認められるメカニズムにおいて消費者性が果たす役割の相違となって顕れると考えることができる。撤回権の民法の体系の中に引き入れて考える以上、この相違は大きい。消費者概念が重要な役割を果たす後者の考え方によれば、民法のもととの命題が、消費者概念によって変質ないし部分的な排除を被ることになるからである。つまり、民法の価値体系の中に「消費者」という新しい別の価値が、取り込まれることになる。³³⁴これに対して、前者の立場に立つ場合には、消費者概念は、民法の本来の構想を継続展開していく際の補助的概念として利用されるに過ぎないことになる。³³⁵

もちろん、多くの学説は、消費者概念の役割について取消類似構成と同じ立場に立ちつつ、解釈論としては、特殊解除権構成を採用しているものとみられる。その場合、撤回権は解除権とは趣旨を異にするが法的効果として解除権の効果を借用していることとなり、その意味で「特殊な」³³⁶解除権として理解される。もともと、この場合には、法的効果とそれを正当化する原理との間にズレが生じていることになるだろう。³³⁷

また、確かに、意思形成過程における瑕疵を理由としない契約解消に遡及効が付与され、逆に意思形成の瑕疵を理由とする契約解消に遡及効が付与されない場合が、従来の民法ドグマ³³⁸ティクの中にも存在する。その意味で、両者

のつながりは、必然的なものではない。³⁴⁰しかし、少なくとも、意思形成過程における瑕疵を理由とする契約解消は、遡及効を伴う構成のほうがより親和的であることは、以上の検討からいえるだろう。さらに、意思瑕疵に基づく契約解消が問題となっていながら、例外的に遡及効を伴わない場合というのは、継続的契約関係などのように、一定の理由により遡及効が制限されている場合である。そのような遡及効制限理論が、撤回権に一般的に妥当するとは言いがたい。また、それ以外の遡及効が制限されるべき実質的事情も示されていない。³⁴¹このように考えると遡及効否定説の論拠は案外薄弱なものである。そして、撤回権に遡及効を認めることになれば、それは取消権にかなり近似した形成権として理解されることになる。

三 撤回権の意思表示法における意義

以上の考察から、撤回権を意思表示法上の制度として位置づけることが可能であることの論拠が、示めせたと思う。本章のまとめを兼ねて、この点について論じておくこととする。

まず、撤回権は、古典的な取消原因と同じく、私的自治の機能前提を確保する制度として位置づけられ、意思形成過程における機能不全を排除するものである。そして、撤回権は、法技術的にも、民法典の諸制度から見ても異質であるとはいえない。つまり、既存の民法典の制度と連続性を持ったものということができる。もともと、撤回権は、それ自体固有の問題領域に対処すべく設けられたものとするべきであるから、そこで問題となっている意思形成過程の歪みと古典的制度における意思の瑕疵との関係が問題となる。この点で、撤回権が認められている類型は、既存の取消原因、とりわけ詐欺または強迫との構造的な類似性が指摘できる。つまり、表意者の意思形成の瑕疵が（相手方に帰責可能な形で）生じているという点で、類似の構造を採っている。もともと、ここで問題となっている（現代的）

瑕疵は、「定型化」という撤回権に固有の仕組みによってはじめて把握可能なものである。この点で、従来の取消して問題となつてゐる瑕疵とは性質を異にする面を有している。本節では、このような瑕疵が消費者の意思形成の人間的限界に由来するものであり、撤回権がその要件上、消費者性を要求しているのもその技術的表現である、という結論に達した。とりあえずの検討の対象は浮動的有効型の撤回権に限られるが、撤回権は、機能的に詐欺・強迫の取消権と類比し得るだけでなく、意思表示法上の制度としてもそれらに類比し得るものといふことができる。

このように考えることは、従来、無効・取消しという契約解消手段しか持たなかつた意思表示法に撤回権という手段が新たに加わつたことを意味する。いづれにせよ、撤回権を意思表示法の文脈において理解する場合、撤回権の導入が意思表示法の理論に一定の影響を与えることになる。とりわけ、各撤回類型の事例においても意思の瑕疵が存在していると考える場合には、法秩序が、従来は法的に有意な瑕疵とは認めていなかった事柄についても「意思の瑕疵」であると認めるに至る決定を行なつた」と評価することができる。³⁴³このように考えた場合、法秩序は、従来法的対応を拒絶してきたような性格の意思の瑕疵について、撤回権という新しい道具立てを用いて解決を図ろうとしている、といえる。そのことは、意思形成過程における法的規律についての従来の基本的な価値判断の変更を意味するものと理解することができる。つまり、伝統的な意思の瑕疵の体系に綻びが存在すること、それに対する対応の必要性を法秩序自身が認めていることを示しているのである。言い換えると、意思瑕疵の法に従来は存在しなかつた法の欠缺が生じているということになり、当然ながら、その欠缺を補充する必要が出てきたのである。このような補充の必要性は、撤回権が問題とする現代的瑕疵の領域にも見られる。しかし、古典的瑕疵の領域においても、従来問題とされていなかった瑕疵が意思表示の有効性に影響を与えるのではないか、という点が、問題となることとなる。そして、このような問題群は、「契約法の実質化」という言葉のもとで考察されることがある。³⁴⁴そこで次章では、撤回権が意思

表示法に与える影響につき、「契約法の実質化」という観点から、実際面・理論面の双方を検討する。

第三章 撤回権と「契約法の実質化」

第一節 撤回権と「契約法の実質化」

一 撤回権による契約法の実質化の進展とその限界

ドイツの撤回権規定と我が国のクーリング・オフ規定とを比較したとき、ドイツで撤回権について規定している条文の方が包括的で広範囲に適用可能であることが分かる。ただ、そうであっても、それらについて、制定時に念頭に置かれていた事例にのみ適用可能なものとして目的論的制限を施すことも、十分考えられる。³⁴⁵しかし、実際には、撤回権は、当初念頭においていた事例を超えて適用され、あるいは場合によっては、類推適用されるようになっていく。ここでは、その様子を見ていくことによって、撤回権が部分的な領域においてのみ作用するものではなく、意思表示の形成過程において広く作用し得る制度であるということを示したい。

ここで問題となっているのは、かつての訪問販売法及び消費者信用法における撤回権であり、とりわけ前者が問題となる。訪問販売法の法案の議会提出時になされた理由説明からすると、念頭に置かれていた契約類型は、売買契約には限られないにせよ、役務提供契約(Dienstvertrag)、請負契約あるいは結婚仲介契約などであった。これらは、表意者が「顧客」として物の引渡し又は役務の提供を受ける事例である。³⁴⁶つまり、訪問販売法の制定過程では、その適用事例として、表意者が消費のために契約を締結する場合、いわば事業者による宣伝・販売が、もっぱら念頭に置か

れていたのである。³⁴⁷

以上のような事例以外の領域で撤回権規定の適用が肯定されているものとしては、近親者との契約などがあるが、ここでは、特にその適用の可否が問題となっている二つの契約類型、すなわち労働関係の解消契約と保証契約における議論を見ることにする。そのうえで、撤回規定の類推適用の可否という観点から学説・判例の整理を試みたい。

二 労働関係の解消契約の撤回可能性

労働法の領域では、労働関係の解消契約において撤回権が問題となっている。もちろん、労働関係の解消は、労働者にとっては、収入を失い、かつ再就職の可能性も不透明であるなど、大きな影響を与える。³⁵⁰ただ、ドイツにおいてもこの方法に拠れば、解雇規制の制約を受けないという利点がある。そこで、このような合意が、労働者にとって十分な自己決定ができないような状況の下で、締結される場合が生じる。そのため、このような労働者の自己決定をどのように確保するのが問題となるのである。この中で撤回権の活用が着目され、以下のような議論が展開された。

(1) ハンブルク地方労働裁判所判決

議論のきっかけは、ハンブルク地方労働裁判所の一九九一年の判決である。本件において、原告は、飲食店業を営む被告のもとで専門販売員として勤めていた。両者は以前から関係が悪化していたところ、原告は、別件での話合いの際に、後日再び話合いを設けることを求められ、これに応じた。そして、その後日の話合いの席で、本件原告は、被告より本件労働関係の合意解約を提案され、その契約書に署名した。しかし、原告はその二日後に本件契約は取消しにより無効となったと主張してきた。控訴審であるハンブルク地方労働裁判所は、次のようにして、解消契約の効

力を拒絶した³⁵¹..

使用者が被用者を話合いに呼び出した際にその議題について告げず、そこで労働関係を解消するよう仕向け、且つ被用者に使用者のいないところでの相当な検討期間あるいはその代わりの解除権又は撤回権を許与しないという仕方で解消契約が成立した場合、使用者が労働関係の解消の合意について被用者が一定の猶予なく表示した意思に依拠することは、通常、権利濫用となる。そのような行動の目的は、通常は、被用者に不意打ちによって使用者に有利で、生存の基礎に広く関わる決定をさせることであり、その決定によって被用者は職場を失ってしまうことになってしまい、それは取り返しがつかない。そして、使用者が被用者に議題を適時に知らせることなく、そのため、被用者が自らの経済的生存に関わる話合いについて準備したり、法的あるいは事実的な助言を受けたりすることが出来なくなること、あるいはその代わりに、被用者の明示的な要望がなくとも、それなりの検討時間もしくは相当期間の撤回権を許与しないことには、合理的な理由がないのは明らかである。

このように、ハンブルク地方労働裁判所は、当該状況に存在する不意打ち性に着目し、権利濫用を介する形で事実上撤回権の付与を認めた。この構成の特徴は、権利濫用という一般条項を介しつつ、特定の場合には原則として、つまり定型化させた形で、解消契約の効力を否定した点にある。

(2) 連邦労働裁判所による否定

これに対して、連邦労働裁判所は、同種の事案においてこの立場を認めず、労働関係の終了を認めた。³⁵² 353 354 355 356 357 358 359 360 361 362 363 364 365 366 367 368 369 370 371 372 373 374 375 376 377 378 379 380 381 382 383 384 385 386 387 388 389 390 391 392 393 394 395 396 397 398 399 400 401 402 403 404 405 406 407 408 409 410 411 412 413 414 415 416 417 418 419 420 421 422 423 424 425 426 427 428 429 430 431 432 433 434 435 436 437 438 439 440 441 442 443 444 445 446 447 448 449 450 451 452 453 454 455 456 457 458 459 460 461 462 463 464 465 466 467 468 469 470 471 472 473 474 475 476 477 478 479 480 481 482 483 484 485 486 487 488 489 490 491 492 493 494 495 496 497 498 499 500 501 502 503 504 505 506 507 508 509 510 511 512 513 514 515 516 517 518 519 520 521 522 523 524 525 526 527 528 529 530 531 532 533 534 535 536 537 538 539 540 541 542 543 544 545 546 547 548 549 550 551 552 553 554 555 556 557 558 559 560 561 562 563 564 565 566 567 568 569 570 571 572 573 574 575 576 577 578 579 580 581 582 583 584 585 586 587 588 589 590 591 592 593 594 595 596 597 598 599 600 601 602 603 604 605 606 607 608 609 610 611 612 613 614 615 616 617 618 619 620 621 622 623 624 625 626 627 628 629 630 631 632 633 634 635 636 637 638 639 640 641 642 643 644 645 646 647 648 649 650 651 652 653 654 655 656 657 658 659 660 661 662 663 664 665 666 667 668 669 670 671 672 673 674 675 676 677 678 679 680 681 682 683 684 685 686 687 688 689 690 691 692 693 694 695 696 697 698 699 700 701 702 703 704 705 706 707 708 709 710 711 712 713 714 715 716 717 718 719 720 721 722 723 724 725 726 727 728 729 730 731 732 733 734 735 736 737 738 739 740 741 742 743 744 745 746 747 748 749 750 751 752 753 754 755 756 757 758 759 760 761 762 763 764 765 766 767 768 769 770 771 772 773 774 775 776 777 778 779 780 781 782 783 784 785 786 787 788 789 790 791 792 793 794 795 796 797 798 799 800 801 802 803 804 805 806 807 808 809 810 811 812 813 814 815 816 817 818 819 820 821 822 823 824 825 826 827 828 829 830 831 832 833 834 835 836 837 838 839 840 841 842 843 844 845 846 847 848 849 850 851 852 853 854 855 856 857 858 859 860 861 862 863 864 865 866 867 868 869 870 871 872 873 874 875 876 877 878 879 880 881 882 883 884 885 886 887 888 889 890 891 892 893 894 895 896 897 898 899 900 901 902 903 904 905 906 907 908 909 910 911 912 913 914 915 916 917 918 919 920 921 922 923 924 925 926 927 928 929 930 931 932 933 934 935 936 937 938 939 940 941 942 943 944 945 946 947 948 949 950 951 952 953 954 955 956 957 958 959 960 961 962 963 964 965 966 967 968 969 970 971 972 973 974 975 976 977 978 979 980 981 982 983 984 985 986 987 988 989 990 991 992 993 994 995 996 997 998 999 1000

邦労働裁判所は、(ハンブルク地方労働裁判所が行なったような形で)結果的に法律に規定されていない撤回権を許与することは、解釈論としては許されないと指摘した³⁵⁴。

「BGB二四二条に立ち返ることは、解消契約における法律上規定のない撤回権の付与というような私的自治への重大な介入を基礎付けるには適さない。一般私法上の一般条項は、自由な司法的法創造の源泉でも基礎でもない。そのような問題の規律は、そのような撤回権が労働法典委員会の草案に含まれ、それ以降労働法典の制定と関連して繰り返し論じられたからには、立法者の仕事である。〔…〕本件は、次のことを明らかに示している。すなわち、法治国家の観点からも、使用者をBGB二四二条から導かれ、法律上規範化されていない被用者の形成権に直面させることは、疑わしいことである。この形成権について使用者は現在の法律状況によれば考慮する必要がないものである。〔…〕これらの事情の下で解消契約の有効性を信義則に基づいて挫折させようとする場合、〔そして〕上告理由はどのように主張するのであるが、そのことは、Zöllnerによって見事に表現された„April-April-Syndrom“³⁵⁵についての確な例となろう。」

学説もこの連邦労働裁判所と同じ結論を採る³⁵⁶。また、その後の連邦労働裁判所の判決もこれを踏襲している。とりわけ、BAG NJW 1996, 2593は、〈被用者は解消契約の締結に際して一九九三年の連邦憲法裁判所決定の意味における交渉上の構造的劣位にある〉という見解³⁵⁸に対して、次のように述べる³⁵⁷。

「被用者は使用者の無理な要求に対しては必要とあらば単に『ノー』³⁵⁹と行って対抗すればよいのであり、そのよう

な被用者が『自らの正当な利益を貫徹するために必要な交渉力を有していないとは判断され』得ず、むしろ被用者は『契約終了の『有無』のみならず、その『態様』及び『時期』についても自らの完全な同意に掛からしめる可能性』を有しているのである。したがって、連邦憲法裁判所によって要求されている内容規制の前提としての交渉上の強さの構造的な不均衡は、そもそも存在しない。³⁵⁹

(3) 撤回規定の直接適用の可否

しかし、撤回権を認めないことについては、有力な反対説もある。この見解は、前述の Stephan Lorenz によって唱えられているもので、彼は、訪問販売法の類推適用ではなく、直接適用を肯定する。³⁶⁰ 目的論的解釈によれば、解消契約が有償であろうと無償であろうと、同法の適用が否定されるものではない、という。特に、Lorenz は、同法の適用に目的論的制限を施すことにも反対する。³⁶¹ もともと、Lorenz は、撤回権による保護は不十分であるとして、ここでもイングランド法の不当威圧の法理を参考にした（契約締結上の過失責任に基づく）救済の必要性を訴えている。³⁶²

これに対して通説は、判例を支持しており、債務法現代化以降の撤回規定（BGB 三一二条）の適用にも反対している。³⁶⁴ これらの学説の論拠は、まず労働者は消費者であるとはいえないこと、³⁶⁵ 解消契約は処分行為であり BGB 三一二条の意味における「有償契約」ではないことなどである。連邦労働裁判所も、労働関係の解消契約は、BGB 三一二条一項一号の訪問販売に当たらないと判示して、通説の立場に立つことを明らかにした。³⁶⁶ その際の論拠は、以下の三点である。³⁶⁷

- ① まず、BGB の体系上、BGB 三一二条は「特別な販売方法」のみを対象とする規定である。つまり、商品や

役務の提供についての契約がその念頭に³⁶⁸ある。その意味で、訪問販売取引における撤回権は、状況関連的なだけでなく、契約類型関連的でもある。そして、労働契約やその解消契約は、そのような販売取引には当たらないから、同条の適用はない。

② 次に、BGB三一二条の成立史に注目すると、BGB三一二条が制定された時点では、労働関係の解消契約に同条の適用があるとは明示されておらず、その適用は念頭におかれていなかった。すなわち、撤回権を認めていない上記一九九三年判決の存在を知りつつ、立法過程においては、解消契約に撤回権が認められるとは明示されていない。さらに、撤回権の教示方法を指示するBGB情報提供義務令は、解消契約における撤回に適格的でない。

③ さらに、法の目的の観点からすると、特に職場でのこの種の契約の締結は不意打ちの状況には当たらない。すなわち、「被用者は『自らの職場において』——それこそ人事課の部屋においては——、使用者（または上司）が自らの労働関係の問題について話し合い、場合によっては法律行為を締結してこれを規律しようとすることを、顧慮すべきであるし、そうするであろう。職場は、労働契約上の拘束力を成立させる空間であるだけでなく、これを解消させる場所でもある」。

本判決は、文言上は労働関係の解消契約にBGB三一二条一項一号が適用されるかに見えることを肯定しつつも、以上の理由を挙げて、その適用を否定する。すなわち、Lorenzが否定していた目的論的制限を施すものである。その上で本判決は、通常とは異なる状況において契約の締結を迫られる場合もあるが、その場合には、情報提供義務や誠実な行為の要請によって解決可能である、とする。³⁶⁹

(4) 立法論における撤回権³⁷⁰

このように、労働関係の解消契約に撤回権を認めようとする見解は、判例・通説の認めるところとはならなかった。しかし、時を前後して一九九二年のドイツ法曹大会労働法部会で提案された労働契約法草案一二条二項は、解消契約において撤回権を認めている・「使用者が被用者に対して少なくとも三日の熟慮期間を与えなかった場合、被用者は、解消契約を一週間以内は撤回することができる。」³⁷¹

このような立法提案に対しては、契約信義を害すること甚だしいとして、反対の声も存在する。³⁷²現に当の法曹大会においては、本草案は否決されている。³⁷³しかし、多くの論者が、現在もこれを支持しているのも事実である。³⁷⁴また、BAGE 74, 281も、次のように述べて、一定の理解を示していた・「立法者が解消契約において被用者の撤回権を導入した方がよいという法政策的要求が近年極めて頻繁になされているおり、それには注目すべき論拠がある」。

(5) 小括

以上見たように、労働法の領域において撤回権を活用しようという動きは、主流をなしているとはいえない。しかし、一方当事者が不意打ち的狀況にあり、それがその当事者の決定に影響を及ぼしうる場合において、撤回権を活用することができ、それが望ましいという認識は、解釈論・立法論の双方において一定の範囲で看取しうる。この点は、撤回権による保護が、「消費者」あるいは「労働者」といった社会的役割ではなく、自己決定をなす主体が置かれている狀況が決定的であることを示している。³⁷⁵その一方で、撤回権を指示している規定は、その適用要件が比較的厳格であることから、当初想定されている事例を超えて適用しようとする際には、かなりの抵抗感を持つて捉えられること、ここでの議論から明らかになる。³⁷⁶とりわけ、債務法現代化法以降の連邦労働裁判所および一部の学説に見られる

考え方は、BGB三一二条が消費者による物品・役務購入の場合の特別私法をなしていると考えているかのように見える。³⁷⁷これは、撤回権が消費者保護のための特権的な救済手段であるという考え方に一脈通じるものがある。もつとも、全体としてみれば、(次に見る保証契約についても同様のことがいえるが)撤回権の活用可能性それ自体については、より広範な共通認識が存在するように思われる。

三 保証契約・並存的債務引受における撤回可能性

ここでは、特に大きく論じられた保証契約における撤回権の活用可能性についての議論を概観することにした。³⁷⁸まず、訪問販売法と消費者信用法の適用の双方に共通して規定の人的範囲に保証人が含まれるのが問題となる。この点についての議論を見た上で、それぞれの規定の物的範囲の問題についてみることにする。

(1) 人的範囲

まず、そもそも保証人は、法律上の「消費者」といえるのか、問題となる。なぜなら、一般的に考えると、保証を引き受けることは、いわゆる「消費」とは言いがたいからである。³⁷⁹しかし、法律上の「消費者」概念は、前述のように、事業性の有無によって決せられるのであるから(BGB二三条)、事業活動でない自然人の活動は、消費者のそれであるということができ、保証契約の締結もその例外ではない。³⁸⁰

これに対して、一部の事例では、企業経営者による個人保証も問題となる。この場合における保証人の消費者性を否定する見解もある。³⁸¹しかし、判例及び通説は、これを肯定する。³⁸²企業と経営者の分離が形式的に過ぎない場合を除いて、経営者は「独立して」事業を営む者ではないからである。これらの問題をいかに考えるのかは、消費者保護法

規の在り方を考える上で重要な問題であるが、ここではそれには深く立ち入らず、先に進みたい。

(2) 訪問販売法の物的範囲

まず、問題になったのは、訪問販売法の適用の可否である。保証契約への訪問販売法の適用の最大の問題は、同法一条一項主文が「有償の給付についての契約」をその適用対象としている点であった。保証は主債務者との関係においては無償であることがほとんどであるから、同条の対象とならないはずだというわけである。訪問販売法の適用の可否については、ヨーロッパ裁判所への先決判決手続きの付託決定とそれに対するヨーロッパ裁判所の判決、それに基づく一九九八年の連邦通常裁判所判決³⁸⁴まで、民事第九部と民事第一一部の間で同条の適用の可否自体について相違が生じていた。³⁸⁵

a 民事部間の見解の対立

まず、民事第九部は、一九九一年、二つの判決において、保証は有償の履行についての契約ではないとして、訪問販売法に基づく撤回権を否定した。³⁸⁶最初に出された一月二四日の判決は、次の点を指摘する…①訪問販売法一条は、その文言上、有償の給付についての契約の締結に適用されるところ、保証は、そのような契約には当たらない。なぜなら、保証は、主債務とは別個の、独自の、一方的に引き受けられた保証人の債務であり、保証債務の成立は、債権者と主債務者の間に与信がなされることに結び付けられてはいないからである…②さらに、脱法禁止規定である同法五条から考えても、保証に同法一条を適用すべきことにはならない。同法五条が同法につき規定目的に基づいた解釈を要請しているにせよ、それは、文言上法律の適用を受けず、法規定が着目している典型的状況が存在しない場合に

まで、同法の適用を求めるものではないところ、同法が念頭に置いていたのは、売買や労務提供契約といった法制度と玄関先での注文であった。また、担保としてなされる保証と有償の給付についての契約を経済的に同視することもできない、と。

その後の同部五月二八日判決は、①の理由に補足して、次のように述べる…³⁸⁸ 反対説は、主債務者の債務が保証人のそれと区別され、独立したものであって、保証人の債務に対する反対給付とならないことを見過ごしている。また、通常は保証人と主債務者の間の内部関係が存在しており、それが保証のきつかけとなっているという事情も、独立した保証約束を第三者のためにする契約にするものではなく、保証を対価としての主債務と結び付けるものではない。理由②に関連して、一月の判決を批判する学説に対して、有償性の要件を法文から取り除くことは許されないと指摘した。

これに対して、民事第一一部は、この法律の保護目的に方向付けられた解釈を採用し、撤回権を認めた。³⁸⁹ すなわち、民事第一一部一九九三年三月九日判決は、民事第九部の判決に対する批判を認めざるを得ない、という。その理由として、次の点を指摘する…訪問販売法はEC指令に基づいているが、その指令においては、撤回権を「有償の給付についての契約」には限定しておらず、この点に国内法と指令との間に齟齬が生じることになる。この齟齬を解消するためには訪問販売法の共同体法適合的解釈が必要となる。その結果、「有償の給付についての契約」という概念は拡大解釈され、訪問販売法の適用が否定されるのは、「顧客が給付を受けるが、これに対して対価を支払う必要のない契約」のみであると解されることになる。反対に、顧客の一方的な給付義務のみが規定され相手方が対価を支払うべきことが規定されていない契約においては、対価の約束がある契約よりも一層、顧客を不意打ちから保護する必要性が大きいといえる。そこで、相手方の反対給付が契約内容となっていないなくても、顧客が、自己または第三者に何らかの利益

が生じることを期待して、給付の約束をした場合には、EC指令および訪問販売法の保護目的に方向づけられた解釈が行なわれることになる、と。

学説にも適用否定説に立つ者もあるが、通説は、民事第一一部の結論を支持する。³⁹¹ 保証人にとって不意打ち状況が存在する点では、訪問販売法が適用されるその他の契約類型と違いはないと考えられるからであろう。

b ヨーロッパ裁判所への付託とこれを受けた民事第九部の判決

このような分裂状況を打破するきっかけとなったのは、民事第九部による一九九六年一月一日決定である。同決定は、以下の問いをヨーロッパ裁判所に送致するとした。³⁹³ すなわち、金融機関と事業活動の一環として行為するのではない自然人との間で締結され、第三者に対する当該金融機関の債権を担保する保証契約が、商品を購入し又は役務を提供する事業者と消費者との間で締結された契約（訪問販売撤回指令³⁹⁴ 一条）にあたるのか、と。同決定において、民事第九部は、本指令が消費者保護を目的としたものであることから、そこで前提としているのは商品または役務提供の「買主」であり、保証等を行う者はこれにあたらないこと、さらに、本指令における撤回権は、商品等の品質並びに価格および別の者による申込みと比較することを可能にするものであるが、保証等においてはそのような比較の機会にはそれほど意味がないことを挙げて、本指令が保証等に適用されることを否定する意見を付している。³⁹⁵

法務官 (Advocate General) Sir Francis Geoffrey Jacobs は、この問題について次のような意見を提出している。³⁹⁶ すなわち、独立した事業の一環として行為していない私人によって金融機関に対して引受けられ、第三者に対して当該金融機関が与えた信用を担保する保証は、当該指令の適用を受けない。その理由は、指令一条の文言全体からは、適用される契約は、それに基づいて事業者が消費者に対して商品を引き渡し、または役務を提供するものに限られる

こと、本指令は保証の撤回を予定した規定を置いていないこと、本指令が保護の必要があるとしているのは、事業者から消費者に対してなされる商品の引渡または役務の提供についての双務契約なのであり、保証契約はこれには当たらないこと³⁹⁹である。

この送致を受けたヨーロッパ裁判所は、へ自らの事業活動の一環として行為するのではない自然人によって締結された保証契約は、それが自らの事業活動の一環として行為する他人が負っている債務の支払を保証するものである場合には、本指令の射程には属さない³⁹⁷、と結論した(全体考慮説(Gesamtbetrachtung))。本件において、被告およびヨーロッパ共同体委員会は、保証契約への本指令の適用は認められると主張した。これに対して、ドイツ、ベルギー、フランスおよびフィンランドの政府は、保証契約が、本指令が射程とする消費者に対する物の引渡または役務の提供を目的とする契約には当たらないとして、適用を否定する。この中で、ヨーロッパ裁判所は上記の結論を採ったわけだが、それは次のような理屈に基づく。すなわち、保証契約が本指令の射程外にあるとはいえないとしつつ、指令一条の文言および保証契約の附随的性格に基づいて、本指令の適用がある保証は、消費者が事業者との訪問販売取引の中で商品または役務の対価として負う債務についての保証であるとする。また、本指令は消費者のみを保護するものであるから、保証は事業活動ではない目的でなされたものでなければならぬ⁴⁰⁰、と。回答部分の表現からは、本指令の保護の対象となる保証人が、自ら訪問販売状況において保証契約を締結した者なのか、それとも主債務者が訪問販売状況で締結した契約の債務につき保証した者なのか、やや判然としない。判決の理由づけからすると、後者であると考えられている。そしてその場合、保証人もさらに訪問販売状況にあったのでなければならぬ⁴⁰¹、とされている。

この判決を受け民事第九部は改めて自らの判断を下した(一九九八年五月一四日判決)⁴⁰²。それは、基本的にヨーロッパ裁判所の判断に沿ったものである。すなわち、ドイツの訪問販売法においては指令が用いていない「有償の給付」

という概念を用いており、文言が指令よりも狭いこと、立法史を考慮すると担保契約に同法の保護を及ぼすことは予定されていなかったことから、ドイツ法は指令を超える保護を予定するものではないとする。⁴⁰³つまり、従前の立場を前提として、ヨーロッパ裁判所から指令の適用ありとされた範囲でのみ訪問販売法の保証への適用を認める、という立場である。そして、本件では主債務が被告の父親の事業上の債務であることから、指令の適用は受けenないとして、被告の撤回権の主張を退けた。その上で、本件保証契約がB G B 一三八条一項の良俗違反にあたるかどうかを判断させるため、本件を原審に差戻した。

c 学説の反応と民事第一一部の判決

以上のようにして、いまや民事第九部も保証契約への訪問販売法の適用を肯定するに至ったのだが、これには批判が多い。すなわち、ヨーロッパ裁判所が示した基準は、消費者が保護されるべき最低基準を示しているに過ぎず、加盟各国においてそれを上回る救済を与えることは何ら否定されていない。⁴⁰⁴したがって、ヨーロッパ裁判所と同じ基準に立つて解釈することがドイツの裁判所に期待されているわけではない。つまり、指令適合的解釈の要請から見ても、民事第九部の判決が必然的なわけではなく、独自の判断が可能なのである。⁴⁰⁵そこで、確固たる通説は、保証契約において状況的要件及び人的要件が充足されていれば、主債務の性格について問題とすることなく、訪問販売取引に基づく撤回権を認める、という立場を依然として支持している(個別考慮説(Einzelbetrachtung))。⁴⁰⁶保証人が訪問販売状況で不意打ちされた場合には、その保証人の要保護性が認められるのであって、主債務者の状況は関係ないはずだからである。⁴⁰⁷

このような中で、保証に関する事件についても担当することとなった民事第一一部は、二〇〇六年一月一〇日判決^{408 409}

において、この学説の立場を採ることを明らかにした。本件は、自らの夫と息子が営んでいる事業に関して生じた債務について担保するために質入した手形の返還を求めたもので、結論的には原告による撤回権の主張を退けたが、民事第一一部は、次のように述べて、事業上の債務への保証について従前の立場を維持した…

「B G B 三一二条一項一文一号は、契約の交渉開始において通常とは異なる空間的状況において不意打ちを受け、よく考えずに取引を行なうよう仕向けられる危険から消費者を保護することに資するものである。保証人が右訪問販売状況に置かれている場合には、この危険は、常に彼を脅かしている。この危険の存在は、主債務が消費者信用であるのか事業用信用であるのか、そして主債務もまた訪問販売状況によって契約を締結するよう決定づけられたのかには関係しない。保証の附従性はこれと異なる判断を正当化するものではない。〔…〕保証契約は、〔保証人に〕固有の債務関係を基礎付けるものであり、B G B 三一二条の要件の下で保証人の固有の撤回権を基礎づけるのである。」

さらに、民事第一二部も、従業員が職場で使用者の主債務についての保証契約を締結した事案について二〇〇七年五月二日判決¹¹¹において、民事第一一部の立場に与し保証契約の撤回を認めている。このようにして判例も、個別的考慮説に立つに至ったといえる。

d 個別考慮説における法律構成
とはいえ、問題は、これをどのように法律構成するかである。

通説的な理解は、保証も實際上「有償性」を有している、とする。すなわち、この見解の謂いによると、保証契約における双務性の不存在から、保証契約の有償性の不存在が帰結されるわけではない。というのも、保証契約においても、保証人と債権者の間では、主債務者への信用の供与にその対価性・有償性を見出すことが出来るからである。そのほかにも、以下のような構成がある。⁴¹³

まず、保証契約にはその原因 (Causa) として双務的な保全契約 (Sicherungsvertrag) が黙示的に約定されているとして、この保全契約に訪問販売法一条が適用される、とする見解がある。⁴¹⁴ この見解に対しては、不必要に複雑であるとする批判があるが、当然であろう。⁴¹⁵

脱法禁止に基づいて訪問販売法一条の準用を主張する見解もある。⁴¹⁶ このほかに、訪問販売法一条の直接適用ではなく、類推適用によって撤回権を認める解決も考えられる。⁴¹⁷ この見解によれば、訪問販売法の保護目的である消費者の不意打ち状況からの保護を訪問販売法の適用範囲外にも拡大することになる。また、「大から小へ」の論拠 (Argument „a maiore ad minus“) をもって保証契約への適用を肯定する見解も、これに類するものといえる。たとえば、次のように論じられる・立法者が「有償の給付についての契約」という文言において念頭に置いていたのは、顧客側が反対給付を義務づけられていない場合であって、顧客が商品または役務の提供者である場合も排除されていない。保証は、後者のカテゴリーに属するから、立法者が要保護性を認めていない場合には当たらない。しかも、顧客が契約によって何らかの給付を受ける場合に撤回権が認められ、保証のように対価を受け取らない場合には撤回権が認められないというのは、訪問販売法の意味目的からして容易に理解しがたい。なぜなら、財産的損失という点からは、後者の方が前者より要保護性が一層高いのであるから、と。⁴¹⁸

また、これら肯定説はかつて、指令適合的解釈として訪問販売法一条を保証契約に適用することを認めるべきとい

う考え方を背景としていた、といえる。⁴¹⁹ もつとも、この考え方は、上記ヨーロッパ裁判所判決以降は、有効な解釈とはいえないだろう。したがって、現在では、保証契約にBGB三一二条を適用する際には、指令適合的解釈に拠るのではなく、当該条文そのものの目的にもつばら着目されるべきことになる。

これに対して、Dieter Reuterは、有償契約であることを要件とする同条の文言からしてこれを直接適用することは適切でないとしたうえで、さらに類推適用もできないと主張し、⁴²⁰ 問題の解決は民法上の一般条項によつてなされるべきだとする。⁴²¹ また、肯定説を採る場合でも、撤回権が果たす役割はそれほど大きくない。というのも、この場合でも、訪問販売法の撤回権の状況的要件を充たす必要であり、さらに、通常は撤回期間内に大きな問題は生じないからである。⁴²² そうすると、問題の本質的解決は、Reuterのいう通り、民法の一般条項による救済の可否であり、仮に撤回権の付与を認めるにせよそれだけでは問題の解決とはならないことになるだろう。しかし、だからといって、撤回権による保護を否定すべきことにはならない。重要なのは、前章においても述べたように、撤回権のような抽象的保護と取消費範や一般条項などによる具体的保護の特性を見極めたうえで、適切に両者の分担を図ることである。

(3) 消費者信用法の物的範囲

この点に関しては、保証契約が問題となる場合と並存的債務引受が問題となる場合が区別されている。

a 並存的債務引受

まず、並存的債務引受については、判例・学説ともに態度ははっきりしている。連邦通常裁判所民事第八部一九九六年六月五日判決は、次のような態度を示しており、⁴²³ それが確立した判例となっている。⁴²⁴ それによれば、債務引受は

消費者信用法における「信用契約」にはあたらない。「しかしながら、その引受がなされる契約が信用契約である場合には、並存的債務引受は、消費者信用法一条二項の意味における信用契約と同視されうる。〔…〕ある信用契約に対する並存的債務引受の事例において、引受者の要保護性はその借り手の要保護性よりも低いことはなく、むしろ高い。なぜなら、引受者は完全な共同責任を負うにもかかわらず与信者に対して何の権利も有しておらず、とりわけ貸金の支払い請求権を有していないからである。さらにまた、与信者の視点からも、消費者信用法の準用が正当化される。なぜなら、与信者は並存的債務引受によって当該信用契約についても一人別の債務者を得るからである。〕⁴²⁵そして、同法の類推において引受者だけでなく、当該信用契約の借り手も消費者でなければならぬかという問題については、債務引受は、当該信用契約とは独立の債務関係を基礎づけるものであり、その債務引受の目的こそが規定的であることから、引受者が消費者であれば消費者信用法の準用が認められる、と判示した（個別考慮説）⁴²⁶。

b 保証契約

aa 連邦通常裁判所民事第九部は、一九九八年四月二一日の判決において、保証について、〈消費者たる保証人が消費者信用たる主債務を保証する場合にのみ撤回権を認める〉という全体考慮説の立場を採用したもののようにも見える⁴²⁷。「消費者信用法の諸規定は、いずれにせよ、被担保債権が同法の意味における消費者信用にあたらない場合には、保証には適用されるべきでない。」

もつとも、同判決が指摘するのは、次の点である…①消費者信用法はEC指令を国内法化したものところ、同指令には、保証契約をした消費者を包括的にその保護に引き入れたと解するための端緒は存在しない。②保証は信用契約の概念に入らない。③立法者は、消費者信用法を用いて保証人のための新しい保護規定を設けることを意識的に見合

わせたのであり、信用債務の引受けおよび清算と定型的に結び付いている危険に対する消費者の保護に限定したものである。つまり、この点について同法には想定に反する (planwidrig) 法の欠缺はない。^④このような一義的な規律に鑑みると、消費者による保証を一般的に消費者信用法の規定に服せしめるのは、裁判官による正当な法形成であると認められない。¹²⁸ また、保証は B G B 七六六条一文によれば要式契約である。さらに、消費者信用法四条一項四文一号における告知は、債務者に支払うべき額を自覚させ、ほかの提案との比較を可能にするものであるから、それは保証人にとっては本質的な情報価値はない。したがって、同条に基づいて提供される情報について熟考する機会を提供するものである撤回権を、保証人に対して与える必要性はないだろう、と。この事案では、主債務が事業用貸付けであったため、被担保債権が消費者信用にあたる場合に保証契約の撤回権を認める趣旨かは不明である。¹²⁹ 理由づけからみてもわかるように、この判決自体は、同法の制定過程や保護目的に基づいて、消費者による保証一般に同法の保護を認めるものではないという点に、その重点にある。

その数日後、Potsdam 地方裁判所一九九八年四月二七日決定は、保証が消費者信用指令の適用対象になるかどうかについて、ヨーロッパ裁判所に対して先決判決手続きを行なった。¹³⁰ 同地方裁判所がヨーロッパ裁判所の判断が必要であると考えるのは、次のような理由からである。すなわち、同法制定過程において保証に適用があるか議論されたが、理由書にはこの点の言及がない。他方で、同法は同指令の転換を目的としたものである。したがって、保証に消費者信用法の適用があるかについては、同指令の適用範囲がいかに関与するかにか専ら掛かっている、というのである。ヨーロッパ裁判所二〇〇〇年三月二三日判決は、これを受けて、次のように判示した…保証契約は、保証人も借主も自らの営業活動の範囲内で行為していない場合であっても、消費者信用指令の適用領域に入ることではない。その根拠は、簡潔に言えば、保証契約は指令の文言上信用契約に含まれないように、指令の体系および目的からしてもこれを含め

る理由はない、ということである。⁴³¹

このように、民事第八部は、消費者信用法の保証への適用に否定的であるが、全体考慮説を採用しているかについては未決定である。これに対して、ヨーロッパ裁判所は、消費者信用指令に關してであるが、全面的な適用否定説を採用した。このような状況の中、訪問販売法において撤回権を認めた民事第二一部がいかなる立場を採用するのが、興味深いところであるが、現時点では、この点を明らかにする判決は出されていないようである。

bb これに対し、保証契約への適用の有無及び態様については、大別して、三つの学説が存在する。⁴³²

まずは、適用否定説である。⁴³³この見解は、保証が信用の供与を受ける行為ではなく、与信を可能に、または容易にする行為に過ぎないため、同条の直接適用は受けない、と指摘する。消費者信用指令の趣旨からも、ドイツの立法者の意図からも、同法の保護は保証には適用されない上に、消費者信用法の保護目的として、他の金融の申し出を得てこれと比較することを可能とする点を重視する場合、そのような比較は、保証人については問題とならない。このことからすると、この見解は、よく理解できよう。⁴³⁴さらに、この見解は、保証人は、B G B 七六五条以下、とりわけ書面方式要件（B G B 七六六条）によって十分に保護されていることから、それを超える保護は必要ない、とも指摘する。⁴³⁵また、消費者信用法の制定の際に、保証を同法に適用するかどうかが議論され、これが否定された経緯からすると、裁判官がこのような立法者の態度決定を否定して法形成を行なうことはできない、という。⁴³⁶

確かに、保証は、信用の供与を受ける行為ではないことから、消費者信用法の直接適用を受けるものではない。他の見解も、この点については同調する。⁴³⁷そのうえで、それらは、同法の類推適用を主張する。もちろん、いかなる場合に類推適用が認められるかについては、消費者信用法によって追及されている保護目的に掛かっている。⁴³⁸この保護目的の理解の相違にしたがって、二つの見解が提出されることになる。

その第一の見解は、保証人が消費者たる性格を有していれば、主債務者の性質を問うことなく、撤回権を認める(個別考慮説)⁴³⁹。この見解は、消費者信用法の保護目的を、契約の複雑性に鑑みて、自らが負担することになる債務の構成や額について明らかにすることであると考えている。保証人は最終的には主債務者と同一の債務を負うのだから、主債務者よりも保護の必要性が低いというのは容易には理解できない、というわけである。そして、主債務が事業信用によるのか消費者信用によるのかによって、保証人の要保護性には違いは生じないと考える。

これとは反対に、主債務が消費者信用に当たる場合に、消費者たる保証人に撤回権を認める、という見解が主張されている(全体考慮説)⁴⁴⁰。この見解では、保証契約そのものを消費者信用契約に準ずるものとは見ずに、消費者信用契約である主債務に連動させる形で、保証人に撤回権を与えている。

全体考慮説の多くは、並存的債務引受の場合にのみこの結論を採用し、保証については撤回権を認めないが、保証と並存的債務引受けを区別することなく、全体考慮説から撤回権を認める立場も有力に主張されている。⁴⁴² この見解に与するCanarisは、次のようにいう…まず、ここでの撤回権の保護目的は、実際の出捐を延期することができるとともに消費者に対して働く誘惑効果からの保護、そして消費による価値の費消にある。⁴⁴³ 営業上又は職業上の目的での信用にはこれは当てはまらない。したがって、上記BGH判決に反対して、並存的債務引受においても消費者信用法の類推は認められない。⁴⁴⁴ しかし、主債務に消費者信用法が適用される場合は別であり、その場合には、保証人にも消費者信用法七条の類推によって撤回権が認められる。というのも、この場合において、保証人は、たいてい信用供与に対して利益を有しており、とりわけこの信用供与は通常は事実上保証の引受けに左右されるため、保証人は、その限りで、共同決定の可能性を有している。それゆえ、保証人も主債務者と同程度の誘惑効果にさらされ、且つ信用供与によって取得された物の価値の減少をも共に受けることになるのである。また、保証契約にはBGB七六六条による保

護が認められるにせよ、それは保証契約一般に認められるリスクに対応したものであり、消費者信用に関わる特殊な危険については消費者信用法による保護が必要だとする。⁴⁴⁵

(4) 小括

保証における撤回権の活用可能性は、一面においては、「まずは保証人保護ありき」といった出発点があると考えられることもできそうである。しかし、注意が必要なのは、保証人保護に関連してもっとも問題となったBGB一三八条一項の適用に否定的な見解も、撤回権の活用をバランスがとれたものであるとして、肯定していることである。⁴⁴⁶単に「保証人保護のために使えそうな制度が総動員された結果、本来は使えないものまでも使えることにした」というわけではない。まさに事態に適合的であると考えられたからこそ、撤回権の活用が説かれていたのである。そして、判例も学説も、その限りにおいて撤回権の活用を認めているにすぎない。

全体的にまとめれば、判例・学説ともに、訪問販売法が保証に適用されることについては肯定的であるが、消費者信用法の適用については抑制的である。訪問販売法は、状況的要件があるため保証一般に対して撤回権を付与することにはならず、そこに同法による救済の限界があるのだが、消費者信用法を消費者による保証一般を適用する場合、かなり広範に撤回権が付与されることになる。これは、立法者が撤回権を付与する意思のなかった契約類型に、司法が一般的に撤回権を付与することになる。立法者の価値判断の尊重という観点からすれば、これに抑制的にならざるを得ないのは、頷ける。⁴⁴⁷

また、この観点から注目すべきことだが、撤回権を規定している法規の目的が何かということが、それぞれの問題においては問われており、多くの見解は、「問題となっている規定が消費者保護という政策的理由に基づいていること

を理由に、それらが念頭においている事例を超えた適用を排除する」という思考を採っているものではない。このような扱いからも、ドイツにおいて撤回権が消費者保護のための私法原理を曲げて行われた政策的な特別扱いではない、という点も明らかになるだろう。

292 注

かつての議論については、山本・前掲注(28)一六八頁以下参照。この議論においても形成権説が通説であったわけが、二〇〇〇年の改正はこの点を立法的に確認したものである(Dazu z. B. Thomas Riehm, Das Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts, Jura 2000, 505, 506, 507.)°

293

Z. B. Andreas Fuchs, Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzrechts, ZIP 2000, 1273, 1281ff.; von Koppenfels, WM 2001, 1360, 1363ff.; Lorenz, JuS 2000, 833, 835f., 838; Riehm, Jura 2000, 505, 506; Hans-W. Micklitz/Klaus Tonner, Vertriebsrecht: Haustür, Fernabsatzgeschäfte und elektronischer Geschäftsverkehr: Handkommentar, Baden-Baden 2002, § 355 Rn. 25; MünchKommUImr, § 355, Rn. 30; Bamberger/Roth/Grothe, § 355 Rn. 3; Staudinger/Dagmar Kaiser, § 355 (2004) Rn. 18; Bülow/Artz, a.a.O. (Fn. 64), S. 28f.; Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin 2006, Rn. 563; Frank Weiler, Die beeinflusste Willenserklärung: Eine Untersuchung der rechtlichen Auswirkungen fremder Einflüsse auf die rechtsgeschäftliche Willenserklärung, WM 2000, 2361f. は、撤回権は解除権と本質的相違が存在しなると述べているが、その際、解除に関する通説的理解に修正を加えている。また、法定解除の場合も解除が可能となつてからは契約は「浮動的無効」の状態になるとするが、やや無理があるだろうし、仮にそういえるとしても、撤回権の場合とは本質的に異なるものである。反対に、Meller-Hannich, Jura 2003, 369, 373f. は、撤回権を解除権であるとした上で、撤回期間における法的状態を「浮動的有効」という概念で説明するべきと拒絶する(s. a.a.O. Fn. 48)°

294

Niko Häring, Fernabsatzgesetz, Kurzkommentar, Köln 2000, Ahn, § 3, Rn. 11f. Joachim Gernhuber は、一九九八年の段階で、当時浮動的有効構成を採っていた撤回権類型について、取消類似構成を提唱している(WM 1998, 1797, 1804)°

295 比較法的には、スコットランド法では撤回 (Cancellation) の通知の効果として「契約がなされたかかったものと扱われる」が、イング
 ランド法ではこの点がやや不明確であること (Helwege, 63 *CLJ* 725)。ただし、Helwege 自身は撤回の効果として不当利得が問
 題となると考えている (id. 712)。
 296 ドイツにおける解除の法的効果に関しては、北村実「ドイツにおける契約解除効果論の展開——BGB制定の前後から——」龍法九卷
 一号(一九七六年)五七頁以下参照。さらにその後の基本文献として、Hans Georg Leser, *Der Rücktritt vom Vertrag: Abwicklungs-*
verhältnis und Gestaltungsbezugnisse bei Leistungsstörungen, Tübingen 1975がある。解除の法的効果に関する現在の通説的解釈
 論については、S. 150ff.、以下157ff.を参照。
 297 Von Koppfels, *WM* 2001, 1360, 1365.
 298 Meller-Hannich, a.a.O. (Fn. 152), S. 155ff.
 299 Meller-Hannich, *Jura* 2003, 369, 373以下指摘していったように、彼女は「撤回前の契約は完全に有効であるとする。Meller-Hannich,
 a.a.O. (Fn. 152), S. 159f.
 300 Mankowski, a.a.O. (Fn. 29), S. 52ff.
 301 Reiner, *AcP* 203 (2003), 1, 15ff., ähnlich Hans Brox, *Allgemeiner Teil des BGB*, 26. Aufl., Köln 2002, Rn. 375ff.
 302 ただし、表示意識については、BGHZ 91, 324参照。これについては、佐久間毅「意思表示の存在と表示意識」岡法四六卷三―四号
 (一九九七年) 八七九頁。
 303 判例については例えば前節(2) b (本誌四五卷三―五五五頁以下)。
 304 Reiner, *AcP* 203 (2003), 1, 19ff.
 305 以下で「撤回権」という場合には、特に断らない限り、浮動的有效構成を採る撤回権を指すこととする。
 306 特殊解除権構成に立つ Lorenz, a.a.O. (Fn. 82), S. 330も「撤回権は『望まれぬ契約』の解消手段であるが、給付障害に基づく解除
 権はそうではない点で、異なるグループに位置づけられている」。
 307 Meller-Hannich, *Jura* 2003, 369, 375は「法が規定している要素の存在自体が、『BGBにおいてその制定当時すでに存在していた解
 消権 (Lösungsrechten) の要件の代わりになっている』と述べる」。
 308 Lorenz, *Jus* 2000, 833, 838は「訪問販売と通信販売については意思瑕疵の法に位置づけられるべきものであるという。もっとも、消
 費者信用契約および一時的住居権契約のような契約類型関連類型については、特定の契約対象の特殊な危険から消費者を保護するも

317 のであり、債務法に属するものであるという。

316 Reiner が挙げる例は、BGB 五〇三条の金融支援（一項においては消費者の撤回権が、二項においては事業者の解除権を規定している。）及び VVG 八条（被保険者は、非生命保険の場合に署名から一五日以内に「契約締結に向けられた意思表示を書面にて撤回する」ことができる一方で「四項」、被保険者は、生命保険の場合に「契約締結から」一五日以内に「契約を解除する」ことができる「五項」）である。また、撤回に類似するものであった旧 UWG 三条 a も、その性質上、自己決定の保護のための制度ではなく、特殊な給付障害法であると指摘する（すなわち、不実の広告が契約内容に取り込まれ、それが契約違反を構成する）。

310 そもそも双務契約についての不当利得法上の清算関係についても、広範に解除における清算規定を準用しようとする見解も有力である（この点については、Frank Bockholt, Die Übertragbarkeit rücktrittsrechtlicher Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, AcP 206 (2006), 769; Timo Fest, Der Einfluss der rücktrittsrechtlichen Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge, München 2006 参照）。その点からも不当利得返還請求権を発生させる撤回権の効果について解除権を準用しているのも、あながちおかしいことではないといえよう。

312 この点については、Mankowski, a.a.O. (Fn. 29), S. 53f. も同旨を述べる。

311 機能的近似性は従来からよく言われていることであり、構造的近似性についてもすでに Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 57 が「意思瑕疵に関する法のメカニズムとパラレル」であると述べている。

313 Peter Krebs, Die große Schuldrechtsreform, DB 2000 Beilage Nr. 14, 1, 26 は「当時の BGB 三六一条 a について、契約的意思表示の拘束力の問題であり、用語法的にも体系的にも再検討する必要がある」と述べる。

314 Vgl., nur Drexl, a.a.O. (Fn. 65), S. 469ff.

315 クーリング・オフを意思表示法の中で位置づけようとする方向性は、我が国でもすでに、原島・前掲注（21）四九頁及び田中教雄「日本民法九六条（詐欺・強迫）の立法過程——不当な勧誘に対処する手がかかりとして——」香法一三巻四号（一九九四年）並びに山本・前掲注（28）が示しているところである。さらに、大村・前掲注（2）八五頁参照。

316 この議論については、山本・前掲注（28）。そもそも、ドイツにおいて撤回権の放棄可能性が自覚的に論じられていたのは、旧来の浮動的不効構成においては、撤回期間終了まで契約が成立せず、したがって消費者には商品の引渡請求権等が生じなかったことに由来している。すなわち、消費者が商品の引渡しを求めるならば、撤回権を放棄して、契約を成立させなければならなかったのである。

317 Gerd Krämer, Der Verzicht auf das Verbraucherschützende Widerrufsrecht und die Rückbeziehung der vertraglichen Pflichten,

ZIP 1997, 93, 98. Fuchs, AcP 196 (1996), 313, 352ff. もほぼ同意。

318 Krämer, ZIP 1997, 93, 97. 取消権者による追認は、取消権の放棄であるところ、そのような放棄は、意思瑕疵なく行われなければならない。

319 その意味で、撤回権を単純な意思瑕疵の定型的推定と見たり（vgl. Meller-Hannich, Jura 2003, 369, 374）、撤回権がカヴァーしている問題が意思瑕疵の推定規定の設置によって解決することたりするのは（Heinz Hübner, Rechtsgeschäftslehre und Verbraucher-schutz, in: Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht, Festschr. f. Bodo Bömer zum 70. Geburtstag, Köln 1992, S. 726）、適正でない。Meller-Hannich も、撤回権は「今になってはじめて有意なものと認識された、私法主体の事実上の決定自由の危殆化に結び付いている。」と述べる。

320 Vgl. Neumann, a.a.O. (Fn. 49), S. 97f.

321 勧誘する人間が目の前に存在していることがこのような状況を作り出すといつてよいだろう。したがって、電話やインターネット取引の場合には、電話を切り、あるいはパソコンの電源を切れば（一）足りるのであるから、この点での要保護性はないというのが一般的な見解であったが（Vgl. Bamberger/Roth/Ann. 2003, § 312 Rn. 10）、通信販売法により別の観点から撤回権が導入されていゝ（MünchKomm/Peter Ulmer, § 312 Rn. 58）。

322 もともと Neumann, a.a.O. (Fn. 49), S. 98 は、確かに、技術的情報をリストアップすることが、実際に見ることもよりも雄弁であるか疑わしい製品が存在するが、大抵の製品においては、（実際に見ることは）付加的な情報であり、場合によっては不合理なものですらある、という。ただ、通信販売取引においては、実際に現物を見なければ、自らのニーズに合う商品であるのか判断が困難な場合が多く、さらには、誇大なあるいは誤導的な情報が広告として一方的に提供されることが多い。このことを考えれば、そこに定型的な意思形成の瑕疵の存在を見て取ることは容易であろう。

323 いわば処理速度が落ちている状態だといえる。

324 Reiner, AcP 203 (2003), 1, 10.

325 このように解したからといって、当然に消費者の動機の錯誤をすべて顧慮すべきであるという結論には至らない。どのような瑕疵をどのような制度で、かつどのような要件のもとに顧慮すべきかは、法秩序が顧慮すべき瑕疵の態様の問題の次に出てくるものであって、必ずしも両者が直結しているわけではない。

326 Mankowski, a.a.O. (Fn. 29), S. 239f.

327 大村・前掲注(2)一〇〇頁参照。

328 もとより筆者にそれらの研究成果をここで概観する能力はない。また、撤回権において問題となる人間の意思決定の脆弱性が、これらの諸研究の対象と完全に一致しているわけでもない。ここでは、人間の意思決定についての諸理論を概観している奥田秀宇『意思決定心理学への招待』(サイエンス社、二〇〇八年)一頁以下、特に一四頁以下のみを挙げておく。

329 Reiner 自身は、解釈論上の帰結をいくつか示している。Reiner, AcP 203 (2003), 1, 35ff.

330 詳細については、前述本章第二節三(本誌四五巻三号五四五頁以下)参照。

331 反対に、特殊解除権説を採る von Koppentfels, WM 2001, 1360, 1364 は、「BGB の体系にとって従来なじみのない構成物」であるとする。

332 消費者概念についての Canaris, AcP 200 (2000), 273, 348 の評価も、基本的にはこのような認識に立つものである。

333 これに対して、通信販売法制定時の立法理由においては、撤回期間中の法的状態を「浮動的有效」という言葉で説明している。Begr. RegE, BT-Drs. 14/2658, S. 47.

334 この点、我が国の学説に関して、近藤・前掲注(7)四一頁が、解除権構成における「契約の成立じたいには問題のないこと」という前提とクーリング・オフの根拠である「契約成立過程における消費者の意思不全等」には「大きな矛盾が存在している」と批判するのも、同じ趣旨である。

解除が完全に有効な契約関係の解消を目的としたものであるのに対して、無効や取消しが契約成立時の事情に起因し、主として意思表示論との関連で導かれる効果であるとの対比につき、河上正二「契約の無効・取消と解除」磯村保ほか[著]『トライアル民法教室』(有斐閣、一九九九年)五〇頁以下ほか並びに同「契約関係解消に伴う清算」同書三五〇頁参照。

335 このように考えるならば、依然として、二〇〇二年以降の BGB 債務法に対して、「社会法的原理と市民法的原理の混在」した印象(『民法典の現代語化をめぐって』ヘインタビュー)星野英一先生に聞く「法教二九四号(二〇〇五年)一五頁(星野英一発言)」は払拭出来ないことになろう。

「人間」というこれまでの民法および民法典の中心にいた存在の「意思形成過程の瑕疵」というこれもそれ自体は古典的な問題領域について新しい方法で対処しているに過ぎない。新しい方法での対処が必要になったのは、民法のもとでの理念を実現するうえで、社会の変動とそれに伴う意思形成過程を取り巻く環境変化に対応することが求められるようになったからであると、理解することになる。

336 ただし、Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 524ff. は「撤回権を法律行為論の文脈から切り離して理解すべきだと考え、法的効果を解除権として理解するから、その位置づけはそれなりに筋の通ったものとなる。」

337 そのようなズレがある程度可視的になっているのが、Lorenz の見解であるといえよう。ただし、Lorenz, JUS 2000, 833, 843 は「事の性質上、『新しい』撤回権は特別に形成された法定解除権であり、それゆえ法典上の位置づけも正しく選択されている。」と述べる。たとえば、遡及の合意がある場合の解除条件（民法一二七条三項）や（いわゆる直接効力説に立つ場合の）解除である。

338 たとえば、継続的契約における取消しの効果は遡及しないと考える学説が（たとえば、星野英一『民法概論Ⅰ（序論・総則）』（良書普及会、一九七一年）二二七頁、川井健『民法概論Ⅰ（民法総則）』（有斐閣、第四版、二〇〇八年）二八二頁以下など通説）、これにあたる。

340 我妻・前掲注（287）三九七頁は、遡及効が「取消の本質上必然なものかどうかは疑問」と指摘する。

341 契約締結上の過失法理を用いた契約解消は、損害賠償に基づく原状回復関係の設定という点においては、遡及効を持たない契約解消といえる（これを「意思表示法上の制度としての損害賠償」として理解する可能性がある点については、内山敏和「意思形成過程における損害賠償法の役割についての一考察——損害賠償法と法律行為法・そのⅠ——」早法八四卷三号（二〇〇九年）二九三頁）。これは、契約解消を行なうための道具である損害賠償の性質に基づくものであり、いわば遡及効を阻害する外在的な制約が存在していると考えることができる。BGB 三五五条の解釈を考える場合、条文的根拠がそのような障害をなしていると考ええることも出来るが、それはあまりに形式的な根拠に過ぎる。

342 この点については、撤回権の法的性質についてどのような立場を採るにせよ、実際上は意見の一致を見ているといつてよいだろう。Lorenz の表現を借りるならば、「法秩序の感受性」が高まったといえる。

343 Canaris, AcP 200 (2000), 273. Canaris による「契約法の実質化」についての整理は、内山・前掲注（37）二二八頁以下。

344 Vgl. Karl Lorenz, a.a.O. (Fn. 173), S. 391f. によって前提となっている解釈方法論について我が国における議論では、たとえば広中・前掲注（3）七三頁以下が対応する。

346 Begr. RegE, BT-Drs. 10/2876, S. 6ff., insbesondere 9f.

347 後述の労働関係解消契約の問題における連邦労働裁判所の理解に最もよく現れている。

348 Bamberger/Roth/Ann., § 312, Rn. 12.

349 労働契約の合意解約のことである。我が国における問題状況については、森戸英幸「辞職と合意解約——いわゆる『みなし解雇』に

350

関する考察とでもい——」日本労働法学会『編』『講座21世紀の労働法第4巻(労働契約)』(有斐閣 二〇〇〇年)二二三頁参照。

Vgl. Stephan Lorenz, Arbeitsrechtlicher Aufhebungsvertrag, Haustutwiderrufsgesetz und „undue influence“, JZ 1997, 277. 我が国でも、この点は問題となっており、道幸哲也ほか『リストラ時代・雇用をめぐる法律問題』(旬報社 一九九八年)一〇九頁(島田陽一執筆)、森戸・前掲注(38)、西谷敏「規制が支える自己決定——労働法的規制システムの再構築」(法律文化社、二〇〇四年)が、立法論としてクーリング・オフの導入を提唱する。また、昨今の労働契約法の提案・提言にも、このようなクーリング・オフの導入が盛り込まれていた。この立法論については、後で再び採り上げる。ここでのドイツの議論は、根本到「合意解約の有効性判断と情報提供義務・威迫等不作為義務——労働法における『合意の瑕疵』論を考える素材として——」『労働保護法の再生——水野勝先生古稀記念論文集』(信山社、二〇〇五年)六九頁以下、丸山絵美子「労働者は消費者か?——消費者契約規制と労働契約との関係に関する一考察——」青柳幸一「編」『融合する法律学(上)——筑波大学法科大学院創設記念・企業法専攻創設記念——』(信山社、二〇〇六年)二五八頁以下が紹介している。それ以降の状況については、例えば、Wolfgang Däubler Das Arbeitsrecht, Bd. 2, 12. Aufl., Hamburg 2009, Rn. 1227ff, S. 682ff. 参照。

351

Hamburg LAG, NAZ 1992, 309.

販売員として被告の小売店に勤めていた原告が、採用後二週間経った日(試用期間中だった。)の終業前に呼び出されて、本件労働関係の合意解約を提案され、これに応じたが、その翌日に、本件契約は取消され無効となったと主張してきた事案である。

353

BAGE 74, 281 = NJW 1994, 1021.

354

BAGE 74, 281, 288 = NJW 1994, 1021, 1022.

355

BAGE 74, 281, 290f = NJW 1994, 1021, 1023.

たゞそれ、Falk Ernst, Aufhebungsverträge zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Köln [u.a.] 1993, S. 113f.; Burkhard Boenke, Privatautonomie im Arbeitsrecht, NZA 1993, 532, 537; Jobst-Hubertus Bauer, Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, 4. Aufl., München 1995, Rn. 91; ders., Wirksame Aufhebungsverträge, NJW 1994, 980f.; Peter Bengelsdorf, Ann. LAGE § 611 BGB Aufhebungsvertrag, Nr. 6; ders., Der arbeitsrechtliche Aufhebungsvertrag, ZfA 1995, 229, 250ff.; Christian Ehrlich, Unwirksamkeit eines Aufhebungsvertrages wegen „Übertummelung“ durch den Arbeitgeber, NZA 1994, 438, 440; Robert Haller, Widerruf von arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträgen, BB 1994, 787, 789; Holger Pauly, Widerrufrecht bei arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträgen, MDR 1995, 1081, 1084f. などなるものが、要するに、

- 357 これについては、前掲注(96)参照。
- 358 Bertram Zwanziger, Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge und Vertragsfreiheit——Zugleich Anmerkung zum BAG-Urteil vom 30. 9. 1993 - 2 AZR 268/93, DB 1994 S. 279 —, DB 1994, 982; Thomas Dieterich, Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht, RdA 1995, 129, 135f.
- 359 この点については、Ernst, a.a.O. (Fn. 356), S. 133 & Bauer, a.a.O. (Fn. 356), Rn. 121; Bengelsdorf, ZfA 1995, 299, 250ff. なお、連邦労働裁判所もこれを参照している。
- 360 Lorenz, JZ 1997, 277ff.
- 361 Lorenz, JZ 1997, 277, 279.
- 362 Lorenz, JZ 1997, 277, 281f.
- 363 前掲注(36)参照。より詳しくは、一九九五年以前のものについては Bengelsdorf, ZfA 1995, 229, 251, Fn. 100 und 101, 参照。
- 364 学説の状況については、丸山・前掲注(36)二五八頁以下参照。Erman/Saenger, 11. Aufl., § 312 Rn. 31 及び「職場で締結された解消契約が具体的な不意打ち状態で成立した場合には、その適用を考へる必要はない」という点については丸山・前掲注(36)二五五頁のドイツ法の紹介を参照。
- 365 BAGE 109, 22 = NJW 2004, 2401. 本判決についても、丸山・前掲注(36)二六〇頁以下参照。ドイツ赤十字の施設の清掃作業員として被告に雇われていた原告が、窃盗の嫌疑を掛けられ、赤十字から受け入れを拒否されたところ、被告の事務所にて通常解約告知に応じる旨の合意をしたが、BGB三二二条に基づく撤回権の行使等により、本件契約が無効となったと主張する事案である。
- 366 BAGE 109, 22, 31ff. = NJW 2004, 2401, 2404f.
- 367 この点については、Ulrich Preis, Arbeitsrecht, Verbraucherschutz und Inhaltskontrolle, Sonderbeilage zu NZA Haft 16/2003, 19, 24 に基づいている。
- 368 この点については、判決及び Wolfgang Däubler, Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf das Arbeitsrecht, NZA 2002, 1329, 1334; Martin Henssler, Arbeitsrecht und Schuldrechtsreform, RdA 2002, 129, 135 参考。Däubler, a.a.O. (Fn. 360). Rn. 1232ff., S. 688ff. 及びその後の判例など裁判例を概観している。この点については、ドイツ法の解説論については、Wolfgang Portmann, Der Aufhebungsvertrag im Individualarbeitsrecht - Eine kritische Analyse der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Besonderes Vertragsrecht, aktuelle Probleme: Festschr. für Heinrich Honsel, Zürich 2002, S. 355, 362ff. 及び

370 解消費契約が例外的に許されないものとされる場合の基準とその効果について論じている。

371 Ernst, a.a.O. (Fn. 65), S. 360f.

372 in: Verhandlungen des neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages, München 1992, D. 63. S. auch Wolfgang Hromadka, Ein Arbeitsvertragsgesetz - Der Diskussionsentwurf des Arbeitskreises „Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht“, NJW 1992, 1985, 1992f.

373 Reuter, a.a.O. (Fn. 72), S. 110. Bauer, NJW 1994, 980, 981 は、被用者は解約告知からの保護を受けており、そのための救済も用意されていると主張している。

374 59. Deutscher Juristentag: Die Beschlüsse, NJW 1992, 3016, 3024; Beschlüsse des 59. Deutschen Juristentages Hannover 1992 - Abteilung Arbeitsrecht, NZA 1992, 1070, 1071.

375 も「この後」の後も解消費契約にこの撤回権は導入されていると主張する (Vgl. Gerhard Reinecke, Zur Kontrolle von Aufhebungsverträgen nach der Schuldrechtsreform, in: Festschr. f. Wolf Dieter Kittner, München 2006, S. 327)。

376 少なくとも「BAGE 109, 22」のこのような立場を採るものと評価される。もちろん、そのような理解に立たない見解も存在する。

377 住居賃貸借法において、消費者保護規定を適用する場合には、それらの保護機構との関係も考慮要素として作用することになるが、消費者保護規定の保護機構がそれらと協調して作用することには一定の意義がある。この点については、丸山・前掲注 (350) 及びそこに引用されている文献を参照。

378 Vgl. auch Thomas Barnert, Die formelle Vertragsethik des BGB im Spannungsverhältnis zum Soderprivatrecht zur judikativen Kompensation der Vertragsdisparität - zugleich ein Befund judikativer Entwicklungsphasen materieller Vertragsethik im Interzessionsrecht, Heidelberg 1999, S. 179ff.

379 保証人保護をめぐる法的問題は、一九九〇年代のドイツ契約法の一つの試金石となる問題であった。その問題点の全体像について、Dieter Medicus, Entwicklungen im Bürgschaftsrecht: Gefahren für die Bürgschaft als Mittel der Kreditversicherung?, Jus 1999, 833; Zöllner, WM 2000, 1; Thomas Riehm, Aktuelle Fälle zum Bürgschaftsrecht, Jus 2000, 138; 2000, 240; 2000, 343 の概観を参照。邦語文献としては、児玉寛「無資力近親者による共同責任をめぐる判例の展開——現代ドイツ的私的自治論の諸相・第一」法雑四一巻四号 (一九九五年) 六七三頁以下、原田昌和「巨額な共同責任の反良俗性」(2)・完——ドイツ良俗則の最近の展開」論

叢一四七卷一号（一九九九年）二四頁以下、一四八卷一号（二〇〇〇年）八五頁以下、同「極端に巨額な保証債務の反良俗性」⁽¹⁾、完——ドイツ良俗則の最近の展開その②」論叢一四八巻二号（二〇〇〇年）一八頁以下、一四九巻五号（二〇〇一年）四六頁以下、齋藤由起「近親者保証の実質的機能と保証人の保護」⁽¹⁾（完）ドイツ法の分析を中心に」北法五五巻一号一—三頁以下、五五巻二号六五七頁以下、五五巻三号（二〇〇四年）一—一九頁以下、ゲルハルト・リース「著」芦野訓和「訳」良俗違反を理由とする債務者の家族による保障の無効」比較法文化一三号（二〇〇四年）五九頁以下、佐藤啓子「近親者による人的担保負担とドイツの良俗判例」桃山法学七号（二〇〇六年）一五五頁以下など、この問題において主戦場となったBGB一三八条一項の適用をめぐる判例・学説を紹介・検討している。

Vgl. Medicus, Jus 1999, 833, 836.

Medicus, a.a.O.

Christoph Codefroid, Leasing und Verbraucherkreditgesetz - Eine Zwischenbilanz, BB 1994, Beil. 6, S. 14, 16; Stephan Kurz, Ist der Mehrheitseigenschaftler und Alleingeschäft der Mehrheitseigenschaftler und Alleingeschäftsführer einer GmbH „Verbraucher“?, NJW 1997, 1828; Kai Hasselbach, Anwendbarkeit des Verbraucherkredit- und Haustürgeschäftewiderrufgesetzes auf Bürgschaften - EuGH, NJW 1998, 1295; BGH, DB 1998, 1179, Jus 1999, 329, 330.

BGHZ 133, 71, 77f.; Friedrich Graf von Westphalen, Leasing und Verbraucherkreditgesetz: Mihaftende GmbH-Geschäftsführer/Gesellschafter, BB 1993, Beil. 8, S. 19, 20; Klaus Kabisch, Zur Unanwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes auf Bürgschaften, WM 1998, 535, 546; Riem, Jus 2000, 138.

ヨーロッパ共同体を設立する条約（EU条約）一七七条（当時：現二三四条）。同手続については、岡村充『ヨーロッパ法』（三省堂、二〇〇一年）三三三頁以下参照。

BGHZ 139, 21 = NJW 1998, 2356.

Stephan Lorenz, Richtlinienkonforme Auslegung, Mindestharmonisierung und der „Krieg der Senate“: Zur Anwendung des Haustürgeschäftewiderrufgesetzes auf Bürgschaften, NJW 1998, 2937 は「この事態を『BÜH対BÜH』と表現し、BÜH一三八条一項の適用の可否に関連して Johannes Köndgen, NJW 1991, 2905 が用いた『Uポート戦』という表現を紹介している。

BGHZ 113, 287 = NJW 1991, 975; NJW 1991, 2905 = WM 1991, 1210.

Yは、その後離婚した夫が経営する会社の債務を保証した事案である。契約自体は、その夫の要請で自宅に訪問したXの代理人との

388 間で締結された。契約締結後、一年ほどで夫の会社は破綻し、XがYに対して保証債務の履行を求めたのが本件である。第一審および原審も、Xの主張を認容した。

389 事案はおおよそ次の通り：Yは、一九八八年六月六日、夫Aの債務について保証契約を締結した。AはYとの婚姻前にXから与信を受けており、これはAによる遅滞を理由に一九八八年三月一日解約告知された。Yは、この返済の債務について保証したのだが、Aが再び返済を怠ったので、XがYに対して保証債務の履行を求めたのが本件である。

390 BGH NJW 1993, 1594 = WM 1993, 683. Yは、一九八六年十一月七日、ライプサイゼン銀行であるXと消費貸借契約を締結し、一九八七年五月二日、夫とともに、Xが彼らの息子Hに対して有するすべての請求権を二〇、〇〇〇DMに満るまで連帯して保証する旨の契約書に署名した（この契約書は、夫の指示により自宅で署名され、Xの従業員が取りに来たものであった）。XがYに対して貸金返還を請求して訴えた本訴に対し、Yらが本件保証契約に基づく請求権の不存在の確證を求めて反訴を提起したのが、本件である。

391 Peter Gottwald, Die Bürgschaft als Anwendungsfall von § 1 Abs. 1 HaustürgG?, BB 1992, 1296ff; Franz Wenzel, Keine Anwendbarkeit des Haustürgeschäftswiderrufgesetzes auf Bürgschaften, NJW 1993, 2781ff; Barnert, a.a.O. (Fn. 86), S. 170ff. また、通説の論拠と共通しているが、Olaf Klein, Zur Anwendbarkeit des Haustürgeschäftswiderrufgesetzes auf Bürgschaften, DZWir 1996, 230, 231ff. は、通説よりも限定された範囲で適用を認める立場だと考えられる。

392 Larenz/Canaris, a.a.O. (Fn. 248), § 60 II 3 a. S. 8f.; Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 139; Drexler, a.a.O. (Fn. 65), S. 531. 通常は事件を民事連合部に回付して判例の統一を図るという方法が考えられるが、それはなされていない。

393 BGH NJW 1996, 930. 事案は、建築業を営む父親が原告銀行に対して負っている債務をその子である被告が保証する契約を、一九九二年九月一日に父親宅にて締結したところ（当然、被告には訪問販売法に基づく撤回権についての教示はなされていない）。翌年五月に主債務の貸付契約が解約され、保証人である被告に保証債務の履行が求められたというものである。原審であるミュンヘン上級地方裁判所は、被告の主張を容れ、本件保証の意思表示は訪問販売法一条に基づいて撤回されたと判断した。

394 Richtlinie 85/577/EWG v. 20. 12. 1985. いうまでもなく、訪問販売法は、この指令を国内法化したものである（この点については、飯島・前掲注（40）及び山本・前掲注（28）参照）。

395 BGH NJW 1996, 930, 932.

396 Schlusbantrag vom 18. 3. 1997, ZIP 1997, 627.

397 Jacobs, ZIP 1997, 627, 629 (Tz. 19).

- 398 Jacobs, ZIP 1997, 627, 630 (Tz. 26).
- 399 Jacobs, ZIP 1997, 627, 632 (Tz. 41).
- 400 EuGH NJW 1998, 1295 = EuZW 1998, 252. - Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG/Edgar Dietzinger (Dietzinger 事件).
- 401 後援 BGHZ 139, 21, 24f. = NJW 1998, 2356, I 3 才' のための解たぬ。
- 402 BGHZ 139, 21 = NJW 1998, 2356.
- 403 BGHZ 139, 21, 25f. = NJW 1998, 2356, I 4.
- 404 Jacobs, ZIP 1997, 627, 632 (Tz. 43) ぬぬのための指摘たぬ。
- 405 Stephan Lorenz, Innenverhältnis und Leistungsbeziehungen bei der Bürgschaft, Jus 1999, 1145, 1147 才' 「民事第九部は『ローン裁判所の解釈論上の失敗を必要となすのことが受けた』と表現している。これはたつて『Barbara Mayen, Anwendbarkeit des Haustürrufgesetzes (HWiG) und des Verbraucherkreditgesetzes (VerbKrtG) auf Bürgschaften, in: Festschr. f. Herbert Schimansky, Köln 1999, S. 415, 424 才' 第九部の立場を支持たぬ。
- 406 Drexl, JZ 1998, 1046, 1055f; Reinicke/Tiedtle, ZIP 1998, 893ff.; Lorenz, NJW 1998, 2937, 2939f.; ders., Jus 1999, 1145, 1147; Medicus, Jus 1999, 833, 837; Bülow, ZIP 1999, 1613; Hasselbach, Jus 1999, 329ff.; Riehm, Jus 2000, 138, 141ff; Zöllner, WM 2000, 1, 3.
- 407 個別考慮説は『このような保証人独自の撤回権のほかに『保証の附随的性格から BGB 七七〇条の類推で主債務者の撤回権に依拠すぬ』とも認ぬぬ。 MünchKomm/Habersack, BGB 4. Aufl. § 770 Rdn. 6; Riehm, Jus 2000, 138, 143; BGHZ 165, 363, 368, II 1 a).
- 408 BGHZ 165, 363.
- 409 いわゆる「諸部間の争い」が行われていた時点では『保証に関する事件は『民事第九部の管轄であつたが (Drexl, JZ 1998, 1046, 1048 参照) 二〇〇一年一月一日以降『民事第一一部の管轄となつてゐぬ。二〇一〇年の諸民事部の管轄分担については』 http://www.bundesgerichtshof.de/cjn_134/DE/BGH/Geschaftsverteilung/Geschaftsverteilung2010/Zivilsenate2010/zivilsenate2010_node.html (二〇一〇年四月一日閲覧) を参照。
- 410 原告による本件質入れが原告自身の自宅または職場で締結されたものと認められなかったためである。ただし『Ulrich Kulke, Widerrufrechte beim Sicherungsgeschäft, NJW 2006, 2223f. は『脱法禁止規定 (BGB 三二二条 f 第二文) に基づく』の判断に疑問を呈すぬ。

- 411 BGH NJW 2007, 2110, 2111 (Tz. 27).
 412 Larenz/Canaris, a.a.O. (Fn. 248), S. 9; Peter Bydlinski, Die aktuelle höchstgerichtliche Judikatur zum Bürgschaftsrecht in der
 413 Kritik - Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung?, WM 1992, 1301, 1302; P. Bydlinski, a.a.O. 248-257. ^{ホーネンブー}証は無償行為に於ては認めらるべきである。^{修正}
 414 学説の分類は、主として、Barnert, a.a.O. (Fn. 377), S. 172ff. 212ff. 213ff. 修正。
 415 Thomas Pfeiffer, Haustürgewinnrecht und Bürgschaft - ein Beitrag zur causa „kausal“ Sicherungsgeschäfte und zum
 416 europäischen Zivilrecht, ZBB 1992, 1, 3, ders., Ein zweiter Anlauf des deutschen Bürgschaftsrechts zum EuGH, NJW 1996, 3297,
 417 3299.
 418 P. Bydlinski, WM 1992, 1301, 1302, Fn. 11.
 419 学説については、次回検討予定の後述4(1)のaaを参照。
 420 Dietmar Schanbacher, Zur Frage der Anwendbarkeit des Haustürgewinnrechts auf Bürgschaften, NJW 1991, 3263f. Vgl.
 auch P. Bydlinski, WM 1992, 1301, 1302; ders., ZBB, 1991, 265; Baldus, Jus 1995, 1102, 1106. Mankowski, a.a.O. (Fn. 29), S. 287ff.
 418 Peter Gilles, BGH EWIR § 1 HWiG 1/91, 483, 484; Dieter Medicus, BGH EWIR § 1 HWiG 3/91, 693f. BGH WM 1991, 1210. ^{原審も同旨。}
 419 前掲BGH NJW 1993, 1594; Hermann-Josef Bunte, Bürgschaften und Haustürgewinnrecht - Anmerkungen zum Beschluß des
 420 LG Kleeve vom 30. Dezember 1992 = WM 1993, 600, WM 1993, 877, 879ff. 883.
 419 まず、Reuterは、消費者のみが給付を行う無償契約の方が有償契約よりも要保護性が高いという論拠が妥当しないと述べる。とい
 うのも、「交換的契約を締結する者は、訪問販売状況において自らの需要または取引の有利性について適切に判断できないといつてよ
 い」が、「一方的に義務を負う場合には、それが自らに利益をもたらしえない以上、有利性を考慮する時間はないからである。また、
 寄付募集者などによる心理的圧迫からの保護は必要であるが、募集者の背後にある団体はBGB 14条の事業者でない場合には、B
 GB 138条一項に基づく無効が主張されることになる。さらに、BGB 311条2条は条文中「特別な販売方法」に位置づけられてお
 り、BGB 311条3項2号が撤回権の最低条件として代金四〇ユーロ以上であることを定めている点なども指摘する。また、売買
 契約においては、購入の場合とは異なり、訪問販売状況は売却については消費者の事象者に対する劣位がもたらされる定型的状況と
 はいえないというのも、十分な理由になるとする。

- Reuter, a.a.O. (Fn. 72), S. 108f.
- Zöllner, WM 2000, 1, 3. Drexl, a.a.O. (Fn. 65), S. 531 も「家族による保証における状況は、自己決定の制限が主債務者への感情的、多くの場合には財政的従属によって比較的長期間継続することがあるという点で、訪問販売取引におけるそれとは区別される。この場合〔訪問販売法の〕撤回権は助けにならない。」とも指摘する。
- BGHZ 133, 71. 有限会社である Y₁ が、X から自動車「のファイナンス・リースを受ける際に Y₁ の経営者である Y₂ が、リース契約から生じる債務について並存的債務引受を行なったところ、Y₁ がリース料を支払えなくなり、X が契約を解約告知し、Y₂ に対しても債務引受に基づき損害賠償の支払いを求めた事案である。
- 後掲の BGHZ 138, 321, 325, II 2 a もこの点には賛成している。本判決と同一の他の判例は「Staudinger/Kessal-Wulf (2004), § 491 Rn. 21, S. 59 を参照。
- BGHZ 133, 71, 74f, II 1 a.
- BGHZ 133, 71, 76f, II 1 c aa; a.A., Peter Ulmer/Henrik Timmann, Zur Anwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes auf die Mitverpflichtung Dritter, in: Festschr. für Rowedder, S. 503, 511.
- BGHZ 138, 321 = NJW 1998, 1939, 事案は「建設用クレーンのリース契約について経営者が保証したというものである。判決文では「立法者が一義的な決定をした場合」裁判官は「自らの考えに基づいて」議会ではそのように到達し得なかった解決によってこれを置き換えることは出来ない」として BVerfGE 82, 6, 12 を引用している。
- LG Potsdam ZIP 1998, 1147, 1148, III 2 c.
- LG Potsdam ZIP 1998, 1147, I が「主債務者が飲食店の営業を始めるために X 醸造所に対して負っている債務を好意で（つまり、自らの職業上または営業上の活動のためではなく）保証する旨の契約を X と締結したところ、主債務者が履行を怠ったため、X が Y に対して保証契約の履行を求めた事案である。
- EUGH, 23. 3. 2000, Rs. C-208/98 - Berliner Kindl, Slg. 2000, I-1741 = NJW 2000, 1323.
- Zöllner, WM 2000, 1, 3f. の整理を基本としたものによる。
- Staudinger/Horn (1997), Vor § 765ff. Rn. 77; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB 1998, § 1 VerbrKrG, Rn. 23; MünchKomm/Ulmer, BGB, 3. Aufl., 1995, § 1 VerbrKrG, Rn. 37; Herbert Zahn, Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf Bürgschaft?, DB 1998, 1129, Zöllner, WM 2000, 1, 3 以下「これは通説である」とも。前掲 BGHZ 138, 71 以下の立場にないものも可能である。

434 Vgl. Zöllner, WM 2000, 1, 4. たゞ、Zöllner は同法の保護目的をこのように狭く解することに反対である。

435 この論拠に対しては、Canaris, AcP 200 (2000), 273, 358 が、「そこで問題となっているのは、保証の一般的リスク、とりわけ主債務者の資力の欠如および資力の喪失といったものからの保護に過ぎないものであり、これに対して、ここでは、まさしく消費者信用というまったく別種の特殊な危険からの保護が扱われている」と批判する。

436 Edelman, DB 1998, 1017, 1018.

437 Riehm, Jus 2000, 138, 139; Mankowski, a.a.O. (Fn. 29), S. 293f.

438 Zöllner, WM 2000, 1, 4.

439 Friedrich Graf von Westphalen/Volker Emmerich/Franz von Rottenburg, Verbraucherkreditgesetz: Kommentar, 2. Aufl., Köln 1996, § 1, Rn. 81 (Graf von Westphalen); ders., DB 1998, 295, 297; Drexl, JZ 1998, 1046, 1055f.; ders., a.a.O. (Fn. 65), S. 532f.; Amete Sölter, Kein Bürgenschutz durch das Verbraucherkreditgesetz?, NJW 1998, 2192, 2193f. Drexl, JZ 1998, 1046, 1055 が、主債務者の性質は問わないにせよ、主債務者は消費者信用法一条二項の意味における信用契約を締結したものでなければならぬとす。

440 Hasselbach, Jus 1999, 329, 333; Canaris, AcP 200 (2000), 273, 356ff. Zöllner, WM 2000, 1, 4 は、「結論において Canaris と一致するとしながら、事業用信用について消費者が保証した場合にも類推が求められると示唆する(ただし、結論部分では「その他の信用への適用は未解決のままである」(S. 10)と述べている)。

441 たゞ、Lorenz, Jus 1999, 1145, 1147, 1148。

442 Kurz, NJW 1997, 1828, 1829; Scherer/Mayer, DB 1998, 1217, 1218; Hasselbach, Jus 1999, 329, 332.

443 この点については、前述第二章第三節三(2) (本誌四五卷三号五六三頁以下) 参照。

444 Canaris, AcP 200 (2000), 273, 355. 「それゆえ、BGH の解決は、消費者保護思想のまったく撞着した過剰であり、それは——たとえば一人会社において——濫用を野放しにするものである。」と指摘する。

445 Canaris, AcP 200 (2000), 273, 356ff.

446 Lorenz & Medicus がそのような論者に当たる。

447 もっとも、Graf von Westphalen & Drexl のような有力な実務家や学者が保証契約について消費者信用法の個別考慮説による類推を認めている点は、注目に値する。

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

Toshikazu UCHIYAMA

1. Kapitel — Die verbraucherschützende Widerrufsrechte im Japan —
eine Problemstellung
2. Kapitel — Die Widerrufsrechte und die 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
(Band XLV, Heft 3)
 - IV. Die dogmatische Stellung der Widerrufsrechte
 - V. Analyse
3. Kapitel — Die Widerrufsrechte und die „Materialisierung“ des Vertrags-
rechts
 - I. Die Widerrufsrechte und die „Materialisierung“ des Vertragsrechts
 - 1 Die Entwicklung und die Grenzen der Materialisierung des Ver-
tragsrechts mit den Widerrufsrechte
 - 2 Die Widerrufbarkeit des Aufhebungsvertrags von Arbeitsverhält-
nis
 - 3 Die Widerrufbarkeit der Bürgschaften und Schuldbeitritt
(Fortsetzung folgt.)
 - 4 Die Reichweite und die Grenzen der Rechtsfortbildung
 - II. Die Widerrufsrechte und die Materialisierung des Rechts von
Willenserklärung
4. Kapitel — Japanisches Recht