

タイトル	消費者保護法規による意思表示法の実質化 : 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(2): 419-449
発行日	2010-09-30

# 消費者保護法規による意思表示法の実質化(4)

——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	第三章	撤回権と「契約法の実質化」
第二章	ドイツにおける撤回権と民法の体系	第一節	撤回権と「契約法の実質化」
第一節	ドイツにおける撤回権の概要	一	撤回権による契約法の実質化の進展とその限界
	(以上、四五卷一号掲載)	二	労働関係の解消契約の撤回可能性
第二節	私的自治からみた撤回権	三	保証契約・並存的債務引受における撤回可能性
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、四六卷一号掲載)
	(以上、四五卷三号掲載)	四	法形成の射程と限界
第四節	撤回権の法体系上の位置づけ	第二節	撤回権と意思表示法の実質化
第五節	議論の分析	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

### 第三章 撤回権と「契約法の実質化」(承前)

#### 第一節 撤回権と「契約法の実質化」(承前)

##### 四 法形成の射程の限界

##### (1) 撤回権の類推可能性について

ここまでみてきたのは、(労働関係解消契約と保証契約といった撤回類型が当初念頭においていなかった事案形態にまで、撤回権の適用範囲の拡大が問題とされてきたことである。もつとも、ここで採り上げた二つの場面は、かなり異なる様相を呈していた、ということができる。一方では、直接適用されてもよさそうな事案について目的論的制限をすべきとする主張が強く、他方では、明らかに適用範囲ではない契約類型に類推適用も可能であるとする主張が有力に展開されていた。いずれの方向もその基礎をなすのは、個別の撤回類型の保護目的であるが、適用を拡大しようとする類推については、目的論的制限とは異なる要素の検討も必要のように思われる。そこで、ここでは、撤回権の類推という問題に焦点をあてて、この問題がどのように捉えられているのかを見ていくことにしたい。

##### a 判例の立場

まず、判例についてみると、保証について類推を肯定した前記判決のほかは、類推を否定した判決が近時相次いで出されている。そこで、これらの判決を見ることで、撤回権の類推の可否およびその条件についてみていきたい。

aa まず、継続的役務提供契約への類推を否定したものとして、連邦通常裁判所民事第一部二〇〇三年三月一三日

判決がある。本件は、消費者団体が、有料テレビ事業者に対して撤回権の教示なしに会員契約を締結することの差止めを求めた事案である。その前提として、そもそも有料テレビ放送の会員契約に撤回権が認められるか、が問題となった。原告は、分割供給契約についての消費者信用法二条二号（現BGB五〇五条一項一文二号）が本契約にも類推適用される、と主張していた。しかし、裁判所は大要次のように述べて、原告の訴えを退けた。すなわち、法律が役務提供契約について規律してないのは、（類推の前提となる）想定に反する規律の欠缺にはあたらないからであり、さらに同号の継続的契約一般への類推も、あるいは当該契約に限った類推も、立法者がなすであろう規律とはいえないから、類推適用の要件を満たしていない、と。詳しくは、次のように述べる…

まず、想定に反する規律の欠缺の有無に関して…同条は限定列举された要件を含んでいること、撤回権の付与は、契約自由の原則に対する例外であるだけでなく、消費者信用法においても異物であること、制定過程をみると、同法は動産購入者の保護を図ることを目的としていた割賦販売法を前提としており、その規定を別種の契約に拡大するのは、その社会政策的目的に反すること、購入希望者が訓練を受けたセールスマンの勧誘方法に曝され、長期間拘束される契約を性急に締結する気になるリスクは、取引生活一般に存在しており、そこから常に割賦販売法的規定の適用が導かれうるとはいえないこと、を指摘する。

また、同条の保護目的からすると類推適用を肯定する方向に傾くことを認めつつも、同時に、立法者が、この規定によって、継続的支払義務を伴う長期間契約において消費者に撤回権を付与するという一般的法原則を定立したわけではない、と指摘する。つまり、同条における保護は意識的に物の引渡しを目的とする契約に限られており、そのことは、この規定を役務提供契約に類推することに否定的に働く。類推によって、立法者によって例外であると意図された規律が一般原理に高められてはならぬ（vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. [1983],

S.181)。」というのである。さらに、有料テレビ放送会員契約に限って類推することも考えられない。というのも、このような個別の事態に関連付けられた類推は、そもそも法的安定性の観点から考えられないからである。また、この間の法改正において、この種の契約に撤回権の付与がなされていない以上、立法者は、この種の契約を分割供給契約へ取入れることを意味あるものとは捉えていないといえる、という。

連邦通常裁判所民事第七部二〇〇五年一月二二日判決<sup>50</sup>は、この民事第一部判決を支持する立場を採った。ここでは請負代金の分割払いを伴う請負契約にBGB五〇五条の直接適用または類推適用が問題となった。直接適用については、BGB五〇五条一項一文一号の文言および同条の制定史からこれを否定し、類推適用については、上記民事第一部判決を引用してこれを否定した。この判決により民事第一部の立場はある程度確率したものとなったといえる。

bb この判決から言えることは、<sup>51</sup>撤回権において認められる抽象的危険は、かなり多様な契約類型に認められることになるが、それらすべてにおいて撤回権の類推が認められるべきではなく、法律が特に保護が必要であると考えるものに限られるべきである<sup>52</sup>ということであろう。このような前提からすると、撤回権の類推が認められるのは、そのような法律が特に認めた類型における個別的な*ratio legis*の観点から同一性が認められる場合であり、「等しきものを等しく扱え」という正義の要請<sup>53</sup>からみて類推適用がなければ同質のものに対して耐え難い別扱いをすることになる場合であるといえよう。現時点では、そのようなものとして広く認められているのは、もっぱら並存的債務引受けの場合である。また、類推方法論の観点からいうと、とりわけ契約類型関連型は、想定に反する法の欠缺の存在が否定されることが多い。この類型では、立法段階において対象となる契約類型の明確化が意識されるのが当然であるから、その過程で保護の対象外とされた契約類型については、類推の対象とならないことになる。

b 撤回権の類推に積極的な見解

aa もちろん、撤回権の類推に積極的な見解も存在する。その中で、もつともスタンダードな法律構成は、たとえば訪問販売法五条一項の脱法禁止条項を介して、訪問販売取引と同等の不意打ち状況にある販売形態（直接販売）に撤回権を認める、というものである。<sup>63</sup> 同条五条一項は、現在の三二二条f第二項にあたる規定で、「この規定が他の形態によって回避される場合にも」、これを適用する、というものである。Peter Gillesは、「この規定に関して」、「法律上規定されている事態と同じような要保護性が顧客に認められるような状況が他の形態の契約勧誘によって作り出された場合」には、より広範に撤回権の付与を認める趣旨であるという。この見解によれば、電話による、同僚の職場での、従業員遠足、飲食店、集団小型菜園(Kleingartensiedlung)、老人ホーム、私的な運動施設における取引、または事業者の常設の営業所の外での取引に撤回権が認められることになる。<sup>64</sup> また、Ludwig Gramlich/Thomas Zeresは、類推と対比した場合における脱法禁止規定の独自の意義を強調して、同規定による包括的な保護の提供を主張する。すなわち、消費者保護立法の立法者は、直接販売といった個別の問題領域ごとに包括的で完結した規律を行うことを意図しており、そのために一条一項に重要な事例を明示的に規定しているが、それと同時にそれらの規定の文言にはあてはまらないが、立法目的からすれば、同法の保護を必要とする例外的事例が存在することも認識している。ここに文言と目的のジレンマが生じることになる。これを埋めるべく挿入されたのが、脱法禁止規定となる。つまり、同規定によって、同法の保護がそのような例外的事例にも及ぼされることになるのである。ただ、Gramlich/Zeresの場合、脱法禁止規定が適用されるのは立法当時存在した不意打ち的販売形態に限られ、電話勧誘取引には適用はない、と主張していた。<sup>65</sup>

bb 脱法禁止条項を介した適用範囲の拡大を目論む見解は、一応その根拠が法規それ自体にあるのに対して、Man-

Kowskiは、むしろ大胆に撤回権規定の類推適用を主張する。<sup>65</sup>彼の議論は、具体的問題領域における類推の可否とより一般的で包括的な撤回権規定の類推による契約の削除権の基礎づけの議論に分けることができる。後者については、撤回権の存在を契機とした意思表示法の実質化の問題として、次節で扱うことにする。ここでは、前者で扱われている三つの問題を探り上げることにする。<sup>66</sup>この議論を参照することで、撤回権規定そのものの類推の限界も見えてくるだろう。

まず、訪問販売法(Hausingeschäftrecht)が訪問販売取引以外の現代的販売方法に類推可能か、である。この点、通信販売法の適用される事例に対する訪問販売法の類推に関しては、必要とされる規律の欠缺が存在しない。通信販売法によって十分な保護が提供されている。ただし、組織された通信販売システムの外で行われる通信販売取引やBGB三一二条d第四項により撤回権が認められない場合に保護の欠缺が生じ得る。しかし、この場合に訪問販売法の類推を認めることは、立法者による意識的な区別を無視することになるだろう。したがって、訪問販売法の類推が肯定されるのは、通信販売法制定前に締結された古い契約に限定される。

第二に、BGB五〇五条が動産売買契約以外の分割履行契約に類推適用できるか、を論じる。具体的には、有料テレビ放送の利用契約について、同条の類推適用を認める下級審裁判例を肯定的に紹介する。<sup>67</sup>すなわち、消費者信用法制定時の連邦議会法務委員会において、同法が特定の給付が繰り返しなされる契約にも拡張されるべきか、検討されていないかったが、その一方で、買主は、性急に長期間の義務を負うことから保護されるべきである。なぜなら、割賦によって金銭的負担が全期間に亘って分散され、それを即座に見通すことができないからである。有料テレビ契約も、この点で、雑誌の購読のような物の定期的引渡しについての契約と変わらないのである。<sup>68</sup>と。

最後に、通信販売取引に関するBGB三一二条dが無体的目的物の引渡しについての契約に類推することができる

か、が論じられている。オンラインで提供される情報の「売買」やオンライン・データベースでの検索は、商品の引渡しでもなければ役務の提供でもない。したがって、同条の要件を充てはけないが、その趣旨に鑑み、この場合に、同条の類推がされることになる、という。ただし、その際には同条四項（特に二号）の類推適用があることになり、引渡された無体的目的物を跡形なく返還することができない場合には、撤回権は認められない。

Mankowskiの見解の基調は、撤回権規定の射程を広く捉えるところにある。しかし、そのような彼をしても、撤回権規定の類推はそれほど容易に認められるものではない。そもそも、撤回権規定は、定型性の確保のために多くの適用除外規定を設けており、類推適用を考える際にも、そこでの立法者の評価を尊重せざるを得ないことが分かるだろう。

### c 撤回権の類推に消極的な見解

消極説に関しては、前述した判例がかなり詳しく理由を説明しているので、ここでは、学説の状況を概観するにとどめたい。

まず、脱法禁止を通じた適用領域の拡大については、批判的な見解が多い。法律が限定列挙になっており、一般的な要件となっていないことからすると、このような適用範囲の拡大はできないというのである。通信販売法制定以前には、テレビショッピングに訪問販売法が適用されるかが争われたが、判例・学説ともにこれを否定するのが大勢であった。

類推についても、否定的な立場がある。たとえば、BGB三二二条に規定される状況が限定列挙であり、法的安定性および規定の例外的性格を理由として、同条を他の締結場所について類推適用することはできない、といわれる。

限定列举であるということは、類推によって補充されるべき欠缺、すなわち想定に反する規律の欠缺が存在しないことを意味するというわけである。特に、定型化による予測可能性を重視する Lorenz が、類推を認めないのは当然である。「ここでは、顧客のための解消権は、立法者によってのみ導入される」のであり、そうでなければ、もたらされるものは、「あらゆる『消費者契約』についての自由で、要件及び状況を問わない契約撤回権への要求に他ならない」。

また、撤回権の帰責根拠に危殆化責任を挙げた Lorenz の立場からいえば、その点からも類推には消極的にならざるを得ない。ドイツでは、危殆化責任は、制限列举主義を採用しており、類推はごく抑制的に認められるに過ぎないとされているからである。

## (2) 撤回権の拡大の限界

我々は本節において、撤回権が当初考えられていた適用事例以外に適用され、あるいはその可能性が論じられている様子を具体的に見てきた。そして、そこから、撤回権が意思形成過程において生じる問題に対して、どのような潜在的有用性を持ちうるのか、その限界も含めて、明らかにできたものと思う。以下では、これをまとめる。

まず、撤回権を規定した法規を、当初のいわゆる「消費者保護」という目的からやや外れた問題に対しても適用する可能性がある。このことについて、一定程度のコンセンサスが存在しているといえるだろう。つまり、撤回権という法形象が、意思形成過程において生じる表意者への潜在的影響という問題において、民事法上一定の程度活用可能なものとして受け止められているのである。撤回権の保護目的が、「消費者」保護という具体的なものから「表意者」保護という抽象化された形で理解されている、と言い換えることも出来るだろう。もちろん、それに対しては、様々なレベルでの制約を課そうとする見解が多い。それでも、撤回権規定の *ratio legis* がある程度広がりのあるものと

して受け止められていることも、確かであろう。少なくとも、特別な保護規定であるから拡張や類推は形式的に排除されるという思考様式ではない。<sup>111</sup> このことは、その理論的位置づけの観点からも、特筆に価する。

その一方で、既存の撤回権の適用領域を拡大しようとする場合の問題点も見えてきた。

たとえば、労働関係の解消契約において撤回権の適用が否定的に解されている。もちろん、問題となる局面における労働者の意思決定の自由が十分に保障されているというのであれば、撤回権を付与するまでもないといえるが、果たしてそうなのかは議論の余地ありといえる。ただ、逆に、当該問題状況に撤回権という制度が適合的なのかという点も問題となる。撤回権の付与よりはむしろ、具体的事情に即して判断が可能な制度を用いるほうが、事態適合的だという主張もあるからである。この点は、問題状況をどのように捉えるのかにかかわってくるだろう。やはり、具体的事情を考慮するだけでは掬い上げられない意思形成の瑕疵が表意者に存在しており、そのような状況の形成に相手方が関わっているというのであれば、撤回権を付与する意味があるものと思われる。

このような制約だけでなく、撤回権が持つ技術的特徴、すなわちその定型性に由来する制度内在的な制約要因も存在する。定型性というものを撤回権の本質的要素と捉えるならば、その定型性の枠内に収まりうるものでない限り、解釈によってこれを付与することは難しいのかもしれない。特に、契約類型関連型の撤回権については、その適用範囲をできるだけ限界づけようとする作用が働くものといえる。その際、言及されるのが立法者の意思であり、その点で、それは、撤回権の活用範囲を限定するものとして作用している。とりわけ、判例は、法規の保護目的から見て類推を認めてもよい場合についても、撤回権の例外性に鑑みて、これに抑制的である。これは、契約類型関連型において容易に類推を認めると際限がなくなってしまうということも一因であろうが、さらに、撤回権が表意者の意思形成を歪める抽象的な危険に対処するものであるということも関係しているように思われる。撤回権は、抽象的な危険

を法的に把握するために、そのような危険が意思決定を歪める社会的定型的な事情を定型化し、それによって、具体的な意思決定への妨害の形を採らないが、表意者の意思形成過程に影響を及ぼす構造的な形象を可視化している。如何にこれを定型化するのかは、一義的には立法者に委ねられざるを得ないのであるから、立法者の意図は、撤回権における表意者の抽象的瑕疵の把握においても尊重せざるを得ないといえるのである。しかし、そのような定型化によって同定された社会定型的な危険が認められるのならば、それに基づいて類推は可能であるというべきであり、それははじめから全く排除されるべきものではない。問題となる危険の同定の限度で、立法者の決定は完結したものと考えるべきであろう。

## 第二節 撤回権と意思表示法の実質化

### 一 序説

撤回権は、契約法の実質化の一つの顕れであり、意思表示法が従来顧慮していなかった事実的決定自由の侵害に基づいて、契約の拘束力を否定するものである。このように理解した場合、意思表示法の側ではどのような影響が及ぶのか。<sup>66</sup>これがここでの検討課題である。そこで、以下では、撤回権の存在をも視野に入れたうえで展開された基礎理論についてみていくことにしたい。

ところで、一九七〇年代に意思表示法の基礎理論を論じたものとして重要なのは、いうまでもなく Manfred Wolf の『法律行為上の決定自由と契約的利益調整』<sup>67</sup>である。本書の刊行は一九七〇年なのだから無い物ねだりだが、ここでは撤回権を重要な素材として取り扱う記述はない。これに対して、一九八〇年代以降、意思表示法の基礎理論を扱

うものには、撤回権に言及するものが少なくない。これは、撤回権の存在が意思表示法の基礎理論を考えるうえでも重要な役割を果たしうることを示しているといえる。ここでそれらの全体像を示すことは到底できない。しかし、その議論の中で撤回権がどのような役割を果たしているのかを確認しておくことは可能であり、かつ必要であろう。その作業の後に、撤回権の存在を受容した意思表示法の在り方にどのようなものがあり得るのかについて、簡単な検討を加えることにしたい。

## 二 近時の意思表示法の展開と撤回権

### (1) Stephan Lorenz

前述のように Lorenz は、撤回権による消費者の保護には謙抑的であった。撤回権によって解決されない「望まれぬ契約」からの解放は、その本来的な手段としての契約締結上の過失法理を用い、不意打ちからの保護を与えるべきとする。その際、彼が指摘するのは、従来ドイツ一般民法が、「法律行為上の決定自由への影響力の行使のうちでいかなる性質のものが、契約交渉という法律関係の枠内において許されないものとされなければならないのか」について基準を展開してこなかった、ということである。<sup>100</sup>

その Lorenz が具体的な解釈論を展開する際に注目するのが、イングランド法上の不当威圧の法理である。<sup>101</sup>そこから結論づけるのは、法秩序が法律行為上の決定自由の外的侵害に対して詐欺・強迫の枠を越えて高い感受性を持つことは、耐え難い法的不安定をもたらすものではない、ということである。<sup>102</sup>また、許される影響力の行使と許されざるそれとの区別に関しても、不当威圧の法理に示唆を得て、いかなる行為態様によって影響力が行使されたかが問題になるとする。たとえば、近親者保証の問題も BGB 一三八条一項による判例法理よりも不当威圧の法理による方が適切

な解決を与えることが出来る。つまり、内容規制の問題としてではなく、締結規制の問題として、契約締結時に於ける相手方の行為態様のみを問題にすべきだというわけである。<sup>472</sup>

この義務づけの対象及び責任の結節点は、特定の行為態様による影響力行使及び特定の状況の利用である。しかし、ドイツ法は、従来いかなる態様の影響力の行使が許されざるものとされるべきかについての基準を展開してこなかった。そのための抛り所を提供するのが、UWG 一条である。<sup>473</sup> 現在の競争法は、競争者の平等性ではなく、意思決定の自由に対する影響について個別の契約当事者に期待しうる程度が問題となっており、この点についての法秩序の原則的評価は、契約前の義務違反にとっても利用可能である。これは、競争法が機能的市場システムという公共的利益を問題としているといっても、変わりない。すなわち、競争法は契約法を補充するものといえる。しかし、その機能変容にもかかわらず存在する競争法と一般民事法の間の体系および価値づけにおける相違に鑑みると、競争法上の行為関連的な不作為義務の全てを並行的に個別の契約締結者の間の契約前の関係に移行するということにはならない。そこで、他の法制度の枠内における承認された基準への適合が問題となる。<sup>474</sup> このような保護目的に方向付けられた「フィルトリング」の具体化を行なっているのが、訪問販売取引における撤回権である、という。これによれば、契約交渉からの離脱が物理的または心理的に不可能な状況をもたらすことは、許されない。このうち、物理的な構成要素は、純粋な訪問販売（訪問販売法一条一項一号）および同項三号の事例、そして競争法上の迷惑行為<sup>475</sup>に存在する。また、心理的構成要素によって特徴づけられているのは、訪問販売法一条一項二号の事例と競争法における「心理的購入強制」<sup>476</sup>である。このように、競争法上の行為命令は、訪問販売取引における撤回権の *Ratio* と広範に一致する。<sup>477</sup>

以上の検討を経て、具体的に次のように述べる。まず、作為と不作為の区別がなされるべきであり、作為による不意打ちにおいては、さらに三つの類型が存在する。まず挙げられるのが、①狭義の不意打ちである。その奇襲効果に

よって表意者が不意に決定を強いられ、それによって性急でよく考えずに決定させる措置がこれにあたる。<sup>103</sup> 第二の類型は、②客引き (Anreiben) の形をとった迷惑行為 (Belästigendes Verhalten) である。契約締結がもつぱら交渉相手から逃れるためになされた場合、つまり心理的威圧が行使された場合である。この場合、威圧は、被害者にとって合理的な考慮および契約交渉からの離脱が不可能となるほどに達していなければならない。<sup>104</sup> 最後が、③強要 (Nötigung) の形をとった心理的圧迫である。たとえば、特別な権威の行使や積極的作為による従属関係を道具として利用すること (Instrumentierung)、さらに契約を締結するよう「道徳的に」義務づけられているような感覚を惹起させることが挙げられる。<sup>105</sup> ここでは、不本意ながら契約を結ぶことが特徴である。

次に、不作為の場合については、自らが惹起したのではない威圧状態を利用しない義務が存在しなければならない。そのような義務は、法律上もしくは契約上の配慮義務または援助義務だけでなく、特別な信頼関係によっても生じる。法律上の配慮義務の例としては、BGB一三三三条 (婚姻の効果) や一六一八条 a (親子の相互扶助義務) が挙げられており、契約上の義務としては、会社法上の忠実義務や雇用主の安全配慮義務が挙げられている。さらに、特別な信頼関係は、緊密な人的繋がり、信頼特徴を有している存在しまたは開始されるべき社会関係や機能引受けから生じる。義務の基準が非常に制限的であることから、「この種の事例は広く契約締結上の過失の領域から排除され、BGB一三八条の付加的な、とりわけ内容的な要件の下でのみ扱われる」。<sup>106</sup>

この契約締結上の過失に基づく保護においては、事案ごとの特殊な状況における個別の人格の能力が注目されることになる。ここでは、相手方の影響力の行使に対して自己責任で防衛するという推定が働くことになる。取引上あるいは知識的に劣位にある者は、通常かなりの程度で保護されることになるが、それは、「弱者に対する特殊な保護」ではなく、「ほかの者も含むが」とりわけ弱者に対する保護」である。<sup>107</sup>

Lorenz は、損害賠償を用いた契約解消を撤回権の基本的価値判断と接合しようとしているのであり、厳密な意味で言えば、意思表示法の問題ではないように見える。しかし、Lorenz 説において契約締結上の過失は、契約の効力の否定を（取消しのような従来の制度と比べて）より柔軟に導くための制度である。<sup>481</sup>であるから、それは、損害賠償という手段によっているとしても、意思表示法上の制度であるということができる。つまり、遡及効のない原状回復関係を損害賠償という法形象によつて基礎づけるものである。Lorenz の見解は、従来の BGB において顧慮されていなかった意思の瑕疵を BGB の想定にない法形象を通じて救済し、意思表示法の体系の中に採り入れる可能性を示すものである。しかし、このような問題も BGB の伝統的な思考様式から完全に逸脱するものでない以上、取消しなどの意思表示法の中の制度枠組みで解決することが望ましいようにも思われる。<sup>485</sup>そして、現に多くの見解がその方向で検討を始めつつある。以下、そのような例を見ることがにしよう。

## (2) Hans Christoph Grigoleit

Grigoleit は、歴史的 BGB が前提としていた情報提供責任における「故意ドグマ」（契約相手方が自らの情報提供について責任を負うのは、その者に故意がある場合に限られるとするドグマ）の拘束力を否定し、過失による誤導のために締結された契約の解消を法解釈論上基礎づけようとしている。<sup>486</sup>すなわち、故意ドグマという立法者の利益評価がその拘束力を失うような事態が次第に進行し、これに対応するために制定法訂正的な性格を有する法展開が要請されるようになる（法秩序の機能変容）。こうして、BGB 一二三条の故意要件は現在ではそれを超えた法形成の障害とはならないということを方法論的観点から論証し、その上で、BGB 一二三条の類推という形で、過失による詐欺について表意者に取消権を付与しようとする。<sup>487</sup>

Grigoleitは、現在における「故意ドグマ」の拘束力を否定するにあたって、三つの根拠を示している…①近時の法展開において「故意ドグマ」の拘束力は弱まってきていること、②今日では契約当事者による過失での財産侵害に対しても一般的に保護が与えられており、それとの対比で決定自由も同等の保護が与えられてしかるべきであること(契約締結前の保護原理あるいは信頼原理〔Schutz- bzw. Vertrauensprinzip〕)、③現代社会における情報の重要性の増大のような社会的変化からすると、BGBの故意ドグマが合目的ではないこと、である。このうち、ここで注目したいのは、①である。この点については、さらに次の近時の法展開を指摘する…(i)契約締結上の過失責任を好意的に認容する態度が立法者に見られるようになったこと、(ii)潜在的契約当事者に情報提供義務を課す一連の特別法が存在していること、(iii)判例・立法の両面で私法の一般的傾向としてBGBの形式的な私的自治理解からの乖離がみられ、「法律行為における自己責任の実質化」がもたらされていること、である。ここで注目に値するのが、(iii)において、法秩序における評価の変化の徴表として、撤回権が取り上げられていることである。

「むしろ、BGB一二三条、一三八条を超えて、私的自治に基づく形成の法的妥当要求を実質的に問疑する障害、とりわけ圧迫的状况及び不均衡狀況並びに意思形成過程の障害が考慮されねばならない…〔中略〕：契約締結前の意思形成過程の障害は、とりわけ消費者信用法および訪問販売法において法的な考慮を見出ししてきた。上記の私法上の規律は、そこにおいて他人の意思形成についての情報的答責性が確立されているが、それは、いずれにせよ、私的自治に基づく自己形成の拘束力に対する実質的要請の強化の現れである。」

Grigoleitの見解は、BGBの故意ドグマを対象を絞ったものであったので、撤回権に対する言及は、以上のように

僅かである。しかし、その背景にある考え方は、次のように要約することができる…社会の変化に伴って形式的な古典的意思表示法の前提が部分的に維持できなくなっており、撤回権のような新しい制度が新しい問題に対処してとこる、これらの制度は、法秩序における評価の変化を徴表している。そして、我々は、このような法秩序の機能変容に基づいて、制定法訂正的な法形成をも要請されることになるのである。<sup>84</sup>このように、社会の変化と意思表示法の変動を方法論的に結び付けている様子は、本稿の考察にとっても有益な示唆を与えてくれるうえに、撤回権が意思表示法にどのような影響を与えているのかを具体的な問題において示しているものといえる。

### (3) Frank Weiler

Weiler は、Grigoleit とは異なつて、「故意ドグマ」のような解釈上の制限を BGB 一三条に見出していないので、<sup>85</sup>「歴史的 BGB における評価の変容」といった問題は意識されない。ただ、Weiler も Grigoleit と同じく、意思表示法をめぐる現代的問題を BGB 一三条をキーにして解明しようとする。その際の視点が、「影響を受けた意思表示」である。<sup>86</sup>

Weiler によれば、「影響を受けた意思表示」は三つの段階に分かれるという。第一段階は、自己決定が排除されている場合である。<sup>87</sup>典型的なのは *vis absoluta* の事例であり、催眠状態における契約締結も挙げられている。もつとも、この中で興味深いのは、いわゆる洗脳によって意思表示が行なわれた場合について検討されていることである。ドイツにおいても新興宗教や精神グループ (Psychogruppen) の活動が問題となっているが、そのような現代的問題と意思表示法の関係が問われている。もちろん、意思自由に影響を与えているのは、個別事例による。彼は、個別の事例において、それらのグループによって意思に影響を与えるシステムが行なわれており、それによって、この種の影

響に著しく弱い心理的傾向を有する者が、その影響力を排除することが困難または不可能となることがあるのは、否定できない、という。そして、個別事例においてそのような影響方法の行使とその効果が確定される場合、意思自由が完全に排除されているといえる。<sup>308</sup> 第二段階では、選択可能性の減少が問題となる。具体的には、意思表示をなす以外の決定をする可能性が事実上存在しないような圧迫状態 (Zwangslagen) が存在する場合である。BGB一三八条二項の暴利行為や同条一項に基づく保証に関する判例法理、旧UWG一条に基づく良俗違反の競争行為としての圧迫についての判例法理などが、その例である。これに対して、最も重要で問題となるのは、第三段階であり、そこでは他者による表意者の決定妨害 (Entscheidungsschwerung) が問題となる。ここでは選択可能性の前の段階、すなわち意思形成の段階における影響が問題となる。その中で、契約の効力を否定すべき影響の種類とその要件の探求という観点から、それぞれの撤回類型について以下のように位置づける。

まず、消費者信用契約については、第三者による影響力行使から消費者を保護するものとして事実上機能しているとはいえ、立法者にとつては、適切な決定の形成という意味での意思形成の保護が問題だったと指摘する。つまり、そこで考えられているのは、軽率な判断をしてしまう消費者自身からの保護なのである。<sup>309</sup> 通信販売取引も、確かに意思形成の保護を目的としている。しかし、その保護の方向は、十分な情報の提供と商品または役務についての検査の機会を与えることによって十分な意思形成の基礎を形成することにある。<sup>310</sup> その意味で、意思形成への不当な介入についての基準を提供するものではない。<sup>311</sup> これに対して、訪問販売取引では、消費者保護という政策的な考え方が背景にあるのは確かだが、BGB三一二条一項一文において不意打ち状況が明確に規定されていることは、法的に有意な、意思形成に影響を及ぼす行為の確定にとつて有益であるという。<sup>312</sup> とはいえ、そこで規定されている状況は、不意打ちの危険を示すに過ぎず、具体的な不意打ちの存在は問題としない。したがって、この基準を一般化することはできない。<sup>313</sup>

つまり、たとえ不意打ちの危険に基づいた規制であったとしても、何らかの仕方では表意者の意思形成に影響が与えられたどうかに着目していかないものは、ここでの有意な要件を提出するものではないのである。<sup>506</sup>しかし、BGB三二二条は、次の点を示す。すなわち、強迫と並んで、もうひとつの、法的に有意な影響を及ぼす行為があり、それによって不意打ちを受けた者が自ら望まない意思表示をなす状況に置かれ得るのだということである。<sup>507</sup>

Weilerは、結論的には、影響を受けた意思表示の解消可能性を認めることによって意思形成の包括的保護を図る際に、BGB一二三条の類推適用によるべきことを主張する。<sup>508</sup>BGBは、確かに、詐欺・強迫のみを一二三条に基づく取消しが認められる類型として挙げている。しかし、現代の立法者は、既に様々な局面においてそのような限定を越えて影響を受けた意思表示に対する救済を与えており、歴史的に見ても、詐欺・強迫の二つが挙げられているのは、ローマ法以来の伝統に随ったに過ぎない。つまり、立法者が取消しが認められるものをこれらに限定する趣旨であつたわけではない。<sup>509</sup>このようにして導入される新たな取消類型は、BGB一二三条が既に有している区別にしたがって、詐欺類似の過失による誤導<sup>510</sup>と強迫類似の諸類型に分けられることになる。<sup>511</sup>後者の諸類型には、①時間的圧迫<sup>512</sup>、②(狭義の)不意打ち<sup>514</sup>、③精神的威圧<sup>515</sup>が含まれる。この三つの類型の中には、消費者信用契約や通信販売取引に直接に対応する類型は含まれない。もともと、消費者信用契約における情報的脆弱性の顧慮は、時間的圧迫に基づく取消しという枠組みの中で生かされているといえる。

Weilerの見解も、ある面においては、撤回権を認めている法秩序の基本的な価値判断を意思表示法に積極的に反映させる試みである、といえる。この場合に、詐欺・強迫に関するBGB一二三条が利用されているのは、興味深い。しかし、Weilerは、それらの法形成において、消費者信用契約や通信販売取引などにおける撤回権の基準を反映させることには消極的である。取消しという効果が付与されるに値する意思表示への影響を限界づけるといふ観点からは、

それ自体は、もっともなことである。Weilerの見解からも、それぞれの効果に対応した要件の設定が必要であり、現行法秩序もそのように出来ていることがわかるだろう。もっとも、消費者信用契約や通信販売取引においても、それ自体で取消しに値するほどではないにせよ、意思の正当性に提疑する状況が存在している点については、すでに論じたとおりである。このような場面において特に意思形成の保護のための介入は、積極的に考えられてもよいようにも思われる。

この点で、近年では、より一層積極的に撤回権の存在を意思表示法に反映させようとする見解が提唱されている。それが、次にみるMankowskiの研究である。

(4) Peter Mankowski

Mankowskiは、撤回権規定における価値判断をより一層大胆に一般化する。まず、彼は、連邦憲法裁判所の判例<sup>516</sup>を引きつつ、一般的な保護契機の基礎として表意者の構造的劣位をあげる。これは、当事者間の交渉力がほぼ等しい場合にその合意の正当性を推定するといういわゆる契約メカニズム論によっても、正当化されることになる。<sup>518</sup>交渉力が強ければ強いほど、相手方の対立する利益を犠牲にして自らの利益を貫徹する立場も強くなる。そして、そのことが相手方の構造的劣位となる。この構造的劣位は、「構造的に、すなわち抽象的であると同時に具体的に (abstrakt wie konkret) 交渉力が対等でないこと、あるいは一方的にある当事者に有利に且つ相手方当事者に不利に契約均衡が害されること」として現れる。しかし、構造的劣位という概念は、それ自体では不明確である。そこで、さらに二つの観点が付加されることになる。

まず、法的安定性の観点からは、劣位当事者の保護のための介入が行われる状況について定型化と抽象化が要請さ

れる。<sup>519</sup> さもなければ、すべての契約が検討の俎上に乗ることになり、介入が潜在的に無制限となってしまう。また、定型化することによって予測可能性を確保することができ、規制コストを抑えることができる。もちろん、定型化には過剰保護の問題が生じるが、それは撤回権に限った問題ではない。法的安定性への寄与が過剰保護の代償よりも高いといえる。

また、どのような劣位が考慮されるのかについては、既に構造的劣位に基づいて立法上認められている保護契機が、注目される。彼によれば、そのような保護契機として三つのもものが挙げられる。第一の契機は、訪問販売取引などにおける撤回権に現れている状況的契機である。第二の契機は、消費者信用契約などにおける撤回権に現れている契約関連的契機である。第三の契機は、旧UWG一三条aにおける解除権に現れている契機である。

このような観点から、Mankowskiは、一方当事者が構造的に劣位にある場合、撤回権規定の類推適用を主張する。<sup>520</sup> 前述したのとは異なる観点からまとめると、次のようになる。第一に、不意打ち状況における訪問販売法の類推が主張される。その際の法的効果は浮動的無効であるという。<sup>521</sup> 第二の事例は、いわゆる経験財(Erfahrungsgut)が取引される場合におけるBGB三一二条d第一項等の類推である。<sup>522</sup> 第三に、複雑な権利商品が取引される場合には、保険契約法八条四項および五条a等が類推される。この場合、契約の複雑性は商品の形態に由来するものであり、その商品の形態を決定するのはこれを販売しようとする者である。しかも、彼はその際に専門家の助けを借りることが出来るが、購入者にはそのような可能性はない。このような点から、撤回権の類推が主張される。<sup>523</sup> さらに第四の事例においては、当事者間の権威の格差の利用<sup>524</sup> における訪問販売法一条および二条の類推が提案される。この場合の効果は、浮動的無効であるという。<sup>525</sup> 最後に、Mankowskiは、旧UWG一三条aを感情的(emotionale)広告による契約締結に類推する。この場合、同条が類推されるのは、広告というマスコミュニケーションを用いている点で、撤回権の教示と

いう仕組みが機能しないので、撤回権という効果は妥当ではなく、旧UWG一三条aの短期の期間のほうがBGB一四二条における期間よりも適切だからだという。<sup>528</sup>

以上のようなMankowskiの見解についてどのように受け止めるべきか。まず、彼の研究はなぜ問題の場合において彼の言う削除権が認められるのかについて法政策的な論証が不十分なように思われる。また、定型的な削除権である撤回権が広範に類推されるというのは、やや行き過ぎの感もなくはない。また、主張する見解の多くはもはや類推の域を超えているものもある。撤回権というのは、取消権の前域で作用するものであるという考え方からは、撤回権に過度の負荷をかけることは妥当ではない。やはり、表意者における具体的な意思瑕疵について相手方の具体的な行為態様を問うというBGB一三三条の基本枠組みが原則であって、撤回権は、それによっては掬い上げることの出来ない抽象的瑕疵のみを問題とすべきであろう。そして、どのような抽象的瑕疵に法的救済を与えるのかについては、一般的な基準を与えることは困難であるから、基本的には立法上の基準にある程度忠実に継続形成を考えることが必要なのである。Mankowskiもこの点を否定するものではないが、立法上の保護契機を一般化しすぎているくらいがある。

### 三 小括

(1) 以上採り上げた論者の見解において撤回権の存在が果たす役割は、様々である。ある者は撤回権に消極的ながらそこでの法的評価を法形成に生かそうとし、また或る者は、これを積極的に評価して法形成に生かそうとしている。しかし、いずれも現行の法状況から(いわば)逆算する形で規制を必要とする「契約不均衡」を導き、そこからさらに演繹的に結論を導こうとしている。近年の論稿では、撤回権という法制度の投入によって意思表示法上の価値判断

に変更が生じ、それが一般理論に影響を与える、という理論的傾向がみられ、その具体的な展開が示されている。

ただ、そこで提唱されている見解は相当に異なる。たとえば、その影響をどのような形で受け止めるのか（撤回権規定の類推適用を認めるのか——Mankowski、新たな取消類型の創設によるのか——Weiler、契約締結上の過失法理を通じた契約解消を用いるのか——Lorenz）、<sup>530</sup>その中でどの撤回類型を反映可能なものとするのか（主として訪問販売取引に限るのか——Lorenz、すべての撤回類型を顧慮するのか——Mankowski）などの点に相違は存在する。が、次の点では共通している。すなわち、ある一定の事情の存在に基づいて撤回権が付与されるという法秩序の態度決定を、意思形成過程が合理的に機能することを目的とした意思表示法の中で、法形成の基礎として利用可能なものとして捉え、位置づけようとすることである。これは、現行のBGBの法律行為法の規定が不十分であり、既に存在している立法的契機に沿いつつ現行法律行為法の再編成が要請されていることを示している（Grigolein）。形式的な契約自由の支配する古典的な契約法から実質的契約自由が要請される契約法への変化が生じているのである。ここで重要なのは、これらの学説は、あくまで「表意者の自由な意思形成を他者からの不当な影響力の行使から如何にして守るのか」という課題に取り組んでいるということである。その点では、歴史的BGBが前提としてきたところとの連続面が存在している。<sup>530</sup>つまり、BGBの基本的な価値判断を尊重しつつ、現在の社会においてその価値判断を十分に生かすための法理論の更新が、ここでは模索されているのである。撤回権もそのような意思表示法の動態の中で捉えられる。

(2) では、そのような変化が個別の問題領域にどのように影響しているのだろうか。諸論稿が採り上げていた具体的問題に関して、いくつかの点を確認しておきたい。

まず、強迫に該当しない不当な威圧については、どのようなことがいえるのだろうか。この点、撤回権の主要な類型の一つである訪問販売取引において問題となっているのは、消費者に対する不意打ち、とりわけ勧誘者と不意打ち

的に対面して勧誘を受けることによる圧迫である。表意者に意思表示をなすよう圧力がかけられる場合について、従来の意思表示法は、強迫に基づく取消しと暴利行為に基づく無効のみを用意しているにとどまる。多くの論者は、現代的文脈においてこれらだけでは表意者の自由な意思形成を確保することが十分にはできない、という認識に立つ。そこで、強迫に至らない威圧型の勧誘行為について論じられている。これは、撤回権において問題となっている抽象的な危険が具体的に発現し、意思形成に具体的な瑕疵が生じた場面であるということが出来る。ここでは、まず、表意者の望まない形で契約交渉が開始し、契約について十分な検討機会を得ることなく契約を強いられるという不意打ちの状況が問題となる。いわゆる迷惑勧誘などがその典型であろう。ただ、この他にも、近親者保証などで問題となったような人的信頼関係に基づく威圧も、意思形成過程における不当な干渉として認識されつつある。<sup>331</sup> いずれにせよ、害悪の告知という或る程度目に見える形で威圧にとどまらず、表意者の意思形成過程の適正を確保する態度が見取れる。

次に、多くの論者は、過失による詐欺における表意者保護を採り上げ、その保護を拡大しようとしている。Grigoleitが示すように、契約法の実質化という現象は、歴史的 BGB が依拠していた形式的契約自由の觀念の相対化をもたらしている。そして、そのことによつて、詐欺における故意ドグマが排除されていると考えることができる。撤回権の導入によつて、従来は意思瑕疵とされていなかった意思形成に対する影響が法的に有意なものと捉えられるようになったにもかかわらず、それよりも重大な意思形成への侵害が、契約の有効性に何らの影響も与えないと考えるのは一貫しないといえる。意思形成過程における諸利益の対立をいかに調和させるのか、についての BGB の基本的な価値判断が、撤回権の導入を含めた法展開によつて変容した以上、BGB 一二三条の故意要件が持っている意味も根本的に変化したとみるべきであろう。<sup>332</sup> 特に、撤回権がこの「形式的契約自由から実質的契約自由へ」という法展開の

立法的な表れであることを考えると、その存在からBGBの意味内容の立法的变化を読み取ることが可能なのであり、その点で、重要なのである。

このように、意思表示法の実質化という観点から撤回権を見た場合、それは、一部の領域だけに見られる特殊な現象ととらえられているのではなく、意思表示法の変容という全体的な過程の表れとして理解されるべきことになる。方法論的にいえば、このような法展開が、BGBの規律に事後的な欠缺を生ぜしめ、その補充のための法形成を要請するにいたっているのである。このように理解すれば、撤回権の存在は、意思表示法の展開にとってまさに原動力というべき役割を果たしていると見ることができる。ただ、もちろん、撤回権は新しい意思表示法の導きの糸としては完全ではない。撤回権の存在は、へどのような問題領域が存在するのか、その際の基本的な価値判断はどのようなものかといった点に示唆するところは大きいが、具体的な基準の提供となると、各論的問題として色々検討しなければならない点が多い。特に、多くの学説が、採り上げるように、ドイツにおいては、競争法上の法展開における価値判断が重要な役割を果たすことが期待されている。これらの点を踏まえて、我が国における意思表示法の在り方を検討するのが、次章での課題のひとつをなす。

注

48 BGH NJW 2003, 1932.

49 以上のように類推適用が認められるためには、補充を必要とする法規の欠缺が存在すること（広中・前掲注③七〇頁以下）とそれを類似の事態を規律する規定に準じて規律することが妥当であること（広中・同七三頁）が必要であると解している。

450 BGHZ 165, 325 || NJW 2006, 904; Xは、Yとの間で、九九・九九〇ユーロで住宅の建築請負契約を締結したところ、Yが、その直後に契約を解除あるいは契約にかかる意思表示を撤回したため、これにより無駄となった費用一二、九二九・七九ユーロの支払いを求め

- て提訴した事案である。なお、原審のコンレンツ上級地方裁判所は、Yによる撤回を認めなかった。
- 452 451 Larenz, a.a.O. (Fn. 173), S. 381 によれば、類推の背後にはそのような要請が存在している。
- Peter Gilles, Das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften: Anmerkungen zum jüngsten Verbraucherschutzsondergesetz im Zivilrecht unter Berücksichtigung seines rechtspolitischen Gesamtkontextes, NJW 1986, 1131, 1144f.; Erman/Saenger, § 5 HaustG, Rn. 3a; Fischer/Machunsky, § 5 HaustG, Rn. 20; Ludwig Granlich/Thomas Zertes, Umgehungsverbote im Verbraucherschutz — zur Auslegung des § 5 Abs. 1 HWiG, ZIP 1998, 1299, 1304f.; MünchKomm/Ulmer, § 5 HaustG, Rn. 3, 9; Thomas Zertes, Die situativen Voraussetzungen des Haustürwiderrufgesetzes — Eine marketingorientierte rechtswissenschaftliche Untersuchung, Mering 1997, S. 179ff.; Granlich/Zertes の見解については、桑岡和久「消費者保護法規の脱法行為への法的対応(その完)——コンレンツにおける回避禁止規定をめぐる議論を手がかりとして——」民商二二三巻一号一号(二〇〇〇年)三八頁以下を詳しく、本稿でも参照した。
- 453 Gilles, NJW 1986, 1131, 1144f.
- 454 Granlich/Zertes, ZIP 1998, 1299, 1303ff. 桑岡・前掲注(四)四二頁以下。なお、Zertes, a.a.O. (Fn. 452) のように同様の見解もある。
- 455 Mankowski, a.a.O. (Fn. 29), S. 274ff., 1150ff.
- 456 このほかにも、人的担保の提供における撤回権の問題を詳しく論じているが、それは前述したので繰り返さない。
- 457 Mankowski, a.a.O. (Fn. 29), S. 277, Fn. 428 所掲の(コンレンツ)地方裁判所(コンレンツ)地方裁判所(の)判決もある。
- 458 Ebanow Bdlow/Artz, a.a.O. (Fn. 64), S. 111; Erman/Saenger, 12. Aufl., 2008, § 505 Rn. 6.
- 459 なお、この場合、事業者の正当な利益が著しく無視されることとなる場合、Mankowski, a.a.O. (Fn. 29), S. 281. ただし、この場合に解する場合は、撤回権が認められる余地は著しく限定されることになる。
- 460 Walter Löwe, Schutz gegen Überumpelung beim Vertragsabschluß — Zum Gesetz über den Widerruf, BB 1986, 821, 828; Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 154ff.; Soergel/Wolf, § 5 HaustG, Rn. 5; Staudinger/Werner, § 5 HaustG, Rn. 10; Peter Wassermann, Grundfälle zum Recht der Haustürgeschäfte, JuS 1990, 723, 724.
- 461 Staudinger/Thüsing, 2005, § 312, Rn. 73.
- 462 Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 160f.
- 463 Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 163f. 危殆化責任における制限列挙主義については、Larenz/Canaris, a.a.O. (Fn. 248), § 39 I, S. 601 参

464

465

照。もつとも、以上の検討からは、撤回権の基礎となっているのは商品または役務提供についての消費者保護であるとして、その適用または類推適用の範囲を限定する」という考え方も根強いことが分かる。

本稿でいう意思表示とは、意思表示の法的効果の承認に関する法準則および法原理の体系的総体をいう。したがって、ここでは、主に、①いかなる要素が意思表示の拘束力を基礎付けているのかという問題と②いかなる要素あるいは要件の下で(意思形成過程における何らかの瑕疵の存在によって)意思表示の効力が否定されるのかという問題が、扱われることになる。このようにして有効に成立した意思表示も、外在的要因に基づいてその効力が否定される場合がある典型的には、公序良俗違反など。②の問題は、①の問題と密接な関係を有しており、コインの裏表をなす側面もあるが、その反面、①の問題だけでは解消できない側面も有していると考えられ、区別して論じられるべき問題でもあると思われる。本稿では、①の問題について将来の課題として、②の問題の一部を取り扱うものである。

466

Manfred Wolf, *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*, Tübingen 1970. 同書については、高橋三知雄「ウォルフ『法律行為における決定の自由と契約による利益調整』(一)」、(2・5)「関法二一巻三号一五四頁以下二一巻四号(以上、一九七二年)一〇四頁以下による詳細な紹介を参照。Wolfが、主に念頭においていたのは、労働契約や普通取引約款などによる決定自由の侵害であり、決定自由の侵害が存在する場合には契約は無効(unwirksam)である」としている。なお、Wolf自身も「Soergel/Wolf, 12. Aufl., 1988, Einl. HWiG, Rn. 2 において、訪問販売法の保護目的に對する注釈を施しているが、自らの理論との関係には触れていない。撤回権論について考え方は、前掲注(94)に對應する本文において示されている。

467

以下で取り上げるもののほかに、とりわけ九〇年代以降の意思表示法の基礎理論を検討した研究は、Singer a.o. (Fn. 88)「問題を法律行為に基づく給付義務に限定した上で意思主義の再評価を提唱する」Thomas Lobinger, *Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung: zu den Entstehungsgründen vermögensaufstockender Leistungspflicht im Bürgerlichen Recht*, Tübingen 1999; Jan Busche, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, Tübingen 1999 (谷江陽介「締約強制論の現代的展開」(5)——契約締結自由の原則の意義と限界を求めて」名法二二〇号(二〇〇七年)一一〇頁以下にて部分的に紹介されている。)や電子的手段を用いた意思表示を素材として法律行為論における帰責原理としてはリスト原理がより妥当することを主張するWiebe, a.o. (Fn. 246)「Christoph Heinrich, *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit — die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts*, Tübingen 2000 など」前掲注(45)における①

- 484 483 482 481 480 479 478 477 476 475 474
- 473 472 471 470 469 468
- の問題を主に検討しているため、撤回権は主要な検討の対象とはなっていない。  
 もちろん、ここで紹介するものは一線を画している研究も存在する。たとえば、前述のように Barnett, a.O. (Fn.37f) は、(当時  
 の) 特別法における評価を民法へと持ち込むことを拒否している。  
 誤導による不当勧誘についても論じられているが、ここではそれは扱わない。藤田・前掲注(24)、宮下修一『消費者保護と私法理論  
 —商品先物取引とフランチャイズ契約を素材として—』(信山社、二〇〇六年) 一五三頁以下参照。
- Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 488.  
 Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 453ff.  
 Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 520.  
 Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 483ff.  
 新しいUWGにおける規制については、内山敏和「消費者取引における時間的圧迫からの不法行為法的救済」(早稲田大学)法研論集  
 一三三号(二〇〇七年)五六頁以下において筆者自身による概要を示している。Lorenz が本稿を執筆した当時のUWG一条について  
 の判例法上の事例群については、角田美穂子「消費者取引における不法行為の法理——ドイツの不正競争防止法と民法における違法  
 性概念の交錯」一橋論叢一一五巻一号(一九九六年)二七七頁以下。  
 Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 488ff.  
 角田・前掲注(42)二七九頁以下。  
 角田・前掲注(42)二八〇頁以下。  
 Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 493ff.  
 Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 496ff.  
 Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 498f.  
 Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 499.  
 Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 500ff.  
 Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 508f.  
 Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 522.  
 Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 387ff. このように考える前提には、①損害賠償の効果の一部として原状回復を認めるというBGBの制度

- 上の特徴、および②契約締結上の過失責任における保護法益が表意者の決定自由そのものであると考へ、財産的損害の有無を考慮し  
 なら Lorenz の立場 (a.a.O., S. 386ff. — 判例 [BGH, NJW 1998, 302]) はこれに対して「財産的損害の存在を必要とする」が存在す  
 る。これらの点については、潮見佳男「ドイツにおける情報提供義務論の展開」同『契約法理の現代化』(有斐閣、二〇〇四年)初出・  
 一九九九年) 及び前掲・BGH を踏まえた円谷峻『新・契約の成立と責任』(成文堂、二〇〇四年)二八四頁以下、特に二八六頁以  
 下及び同頁注46、古谷貴之「ドイツ情報提供義務論の展開——制度間競合論の視点から」同法五九巻三号(二〇〇八年)一四八四頁  
 以下参照。また、内山・前掲注(組)三〇四頁以下。
- 485 Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 330ff. は「BGB 一一三條は他の救済を排除する性格を持つものではないにせよ、一般化可能なものでは  
 ない」といふ。
- 486 Grigolet の見解については、内山・前掲注(組)三〇五頁以下および同稿注61所引の文献参照。
- 487 Grigolet, a.a.O. (Fn. 486), S. 137ff.
- 488 Grigolet, a.a.O. (Fn. 486), S. 66ff.
- 489 Grigolet, a.a.O. (Fn. 486), S. 71ff.
- 490 Grigolet, a.a.O. (Fn. 486), S. 50ff. ならんが、契約締結上の過失法理については、現在ではBGB 三一一條二項、二四一條二項。
- 491 Grigolet, a.a.O. (Fn. 486), S. 52ff.
- 492 Grigolet, a.a.O. (Fn. 486), S. 64ff.
- 493 Grigolet, a.a.O. (Fn. 486), S. 64f.
- 494 Holger Fleischer, Konkurrenzprobleme um die culpa in contrahendo: Fahrlässige Irreführung versus arglistige Täuschung —  
 zugleich eine Besprechung von BGH, Urteil vom 26. 9. 1997 — V ZR 29/96, NJW 1998, 302, ACP 200 (2000), 91, 120 等、特別法  
 を通じて行われた諸価値の変容、ならんは比較法的趨勢や経済学の成果を根拠に「BGB 一一三條一項の故意要件は既に障害たり得  
 ない」と指摘する。
- 495 Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 620ff.
- 496 Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 5.
- 497 Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 159ff.
- 498 Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 168ff.

- 我が国でも新興宗教などに関連して類似の問題が起こりうる（ヤマギシ会に関する最（二）判平成一六年（二〇〇四年）一月五日民集五八巻八号一九九七頁参照）。洗脳下では、一見すると完全に自由な自己決定が行われているように見えるので、これを自由な意思の存否の問題として捉えることは従来は少なかったように思われる（この点につき、吉田邦彦「判批」平成一六年度重要判例解説（シュリ二九一号）（二〇〇五年）七七頁は、「ヤマギシ会の『特講』『研鑽学校』による解離ないし離人症という自我喪失現象（…）に対して、『自己決定』という個人主義的タームで対処できるのかという前提問題（いわばポスト近代的現象に対する意思理論の限界）」があることを指摘する。また、藤原正則「判批」民商一三三巻三号（二〇〇五年）四九四頁は、マインドコントロールによる不法行為の主張は、従来の裁判例において考慮された諸事情（脅迫的勧誘言動の存在、勧誘から寄付・購入までの期間の短さという事情）から見ると、それらとは違った観点からの立証が必要であろう、と指摘する。その他の不当利得法上の問題点については、藤原・前掲判批参照。
- 511 Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 190ff.  
 510 Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 227ff.  
 509 Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 235ff.  
 508 Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 240ff.  
 507 Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 250.  
 506 Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 239, 250.  
 505 Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 286ff., insb. S. 290. Weiler が訪問販売取引における撤回権を特別私法的に理解するのは、前掲注(336)から見て、一貫してそう。  
 504 Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 318.  
 503 Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 318.  
 502 Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 318.  
 501 Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 318.  
 500 Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 318.  
 499 Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 318.  
 511 Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 617, Fn. 294 und Fn. 295 所掲の論文参照。  
 510 Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 620ff.  
 509 Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 641ff.  
 508 Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 641ff.

- 512 Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 393f. この区別は、詐欺類似類型においては主観的要件（＝過失）の充足が要求されるのに対して、強迫類似類型においてはそのような要請は存在しないという相違をもたらすという。すなわち、後者においては誘因原理（前記第二章第三節二（1）〔本誌四五卷三号五五七頁以下〕参照）が妥当していることになる。
- 513 Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 632ff. 丸れについては、内山・前掲注(43)五四頁以下が、雑駁ながら紹介を行なっている。
- 514 Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 637ff.
- 515 Weiler, a.a.O. (Fn. 293), S. 639f. 厳密な意味での強迫には当たらないような威圧的言辞の使用などがここで念頭に置かれている事例である。また、人的に近い関係から意思表示をなすことが期待されることが、表意者にとって明らかな場合には、不利益が生じることがよみて脅なれていなくても、精神的威圧の存在を考慮することができる。いわゆる近親者保証の例である。
- 516 BVerfGE 81, 242 = JZ 1990, 691.
- 517 Mankowski, a.a.O. (Fn. 29), S. 1131ff.
- 518 Mankowski, a.a.O. (Fn. 29), S. 1138f.
- 519 Mankowski, a.a.O. (Fn. 29), S. 1132ff.
- 520 Mankowski, a.a.O. (Fn. 29), S. 1133, 1150ff.
- 521 こういふ問題となっている解釈方法は、いわゆる法類推である（Mankowski, a.a.O. [Fn. 29], S. 1150）。
- 522 本文の総頁数は一七四頁に及ぶのにもかかわらず、以下で提唱をされている類推の具体例や射程はそれほどはつきりしていない。そのため、こういふの紹介も甚だ抽象的なレヴェルに留まっている。
- 523 Mankowski, a.a.O. (Fn. 29), S. 1165f.
- 524 Mankowski, a.a.O. (Fn. 29), S. 1166.
- 525 Mankowski, a.a.O. (Fn. 29), S. 1167.
- 526 Mankowski, a.a.O. (Fn. 29), S. 1161 によれば、その例は、労働関係の解消契約の締結を使用者側が提案する場合である。
- 527 Mankowski, a.a.O. (Fn. 29), S. 1167.
- 528 Mankowski, a.a.O. (Fn. 29), S. 1167f.
- 529 もっとも、Mankowski は、新たな取消類型の創設も主張している。すなわち、Mankowski, a.a.O. (Fn. 29), S. 342ff. は、過失による欺罔行為に対しても取消権を付与することを肯定する。

- 530 「法秩序は、法律行為の領域における自由な自己決定が違法な方法で影響を受けることを許すことは出来なむ。」 Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (zit.: Motive), Bd. 1., Berlin, 1888, S. 104 = Benno Mugdan [Herg], Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (zit.: Mugdan), Bd. 1., Berlin, 1899 S. 465.
- 531 判例は、これを BGB 一三八条一項の問題として解決するが、これを伝統的な意思表示法の枠組みの中に位置づけなおさうとする試みであると評価できる。
- 532 筆者自身の考え方については、内山・前掲注(1)法研論集一一九号一一頁。

**Die Materialisierung des Rechts von Willenserklärung  
durch die Verbraucherschutzgesetze (IV)**  
— insbesondere den verbraucherschützenden Widerruf —

Toshikazu UCHIYAMA

1. Kapitel — Die verbraucherschützende Widerrufsrechte im Japan —  
eine Problemstellung
2. Kapitel — Die Widerrufsrechte und das System des Bürgerlichen  
Rechts in Deutschland
  - I. Die Widerrufsrechte in Deutschland (Band XLV, Heft 1)
  - II. Die Widerrufsrechte aus Sicht von Privatautonomie
  - III. Die Spannung zwischen den Widerrufsrechte und Privatautonomie  
(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  
(Bis 3, Band XLVI, Heft 1)
  - II. Die Widerrufsrechte und die Materialisierung des Rechts von  
Willenserklärung
4. Kapitel — Japanisches Recht (Fortsetzung folgt.)