HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	消費者保護法規による意思表示法の実質化（5）完 ：クーリング・オフを素材として
著者	内山，敏和; UCHIYAMA, Toshikazu
引用	北海学園大学法学研究，46(4)：761-807
発行日	2011-03-31

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論説

消費者保護法規による意思表示法の実質化(5)・完

――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、四五巻一号掲載）
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、四五巻三号掲載）
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」
（以上、三まで四六巻一号掲載）
第二節　撤回権と意思表示法の実質化
（以上、四六巻二号掲載）
第四章　日本法への示唆
第一節　前章までのまとめ
第二節　クーリング・オフ論への示唆
第三節　意思表示法への示唆
第四節　結びに代えて
（以上、本号掲載）

第四章　日本法への示唆

第一節　前章までのまとめ

前章までの議論をまとめて、本章の考察の前提を確認しておきたい。

a　まず、第一章では、クーリング・オフについての我が国の議論を簡単に振り返り、本稿の課題を提示した。クーリング・オフの法的性質は、法文上明確でないため、浮動的有効構成と浮動的無効構成の双方が主張されているが、本稿では、浮動的有効構成が妥当であることを前提とした。また、クーリング・オフの性格については、市民法説と社会法説の対立があったが、本稿では、前者に立ちつつ、従来の見解が、クーリング・オフという制度が持つ可能性と限界について十分に明らかにしていない点を指摘した。そして、クーリング・オフが意思表示法とどのような関係にあるのか（本稿の課題①）、また、クーリング・オフの存在が民法典の意思表示法にどのような影響を与え得るのか（本稿の課題②）が、明らかにされるべきであると述べた。

b　これを受けて、第二章では、ドイツにおける消費者保護撤回権と私的自治の原則、意思表示法との関係を幾つかの側面から検討していった。

第一節でドイツにおける撤回類型について概観したうえで、第二節において、撤回権が私的自治の原則に対する異質な例外なのか、それとも同原則から導かれる制度なのか、を見ていった。もちろん、ドイツにおいても消費者法を

民法原理から独立した異質なものとして理解する見解も存在した。しかし、立法者の理解および多くの学説は、〈自己決定の能力を持った当事者間の自由な契約交渉によって、当事者双方の利益が適切に調整され、それによって契約自由の正当化がされる〉という契約メカニズム論から出発し、そのような契約メカニズムの不全が認められる場合に契約への国家的介入を正当化する。撤回権も、そのような介入のひとつとして理解されることになり、その点で、BGBにある従来からの制度との連続性を有している。また、〈一方の契約自由が相手方に対する他者決定となる場合、実質的契約自由を確保するため形式的契約自由の制約を基本法上要請する〉という連邦憲法裁判所の立場も、ここで引き合いに出される。このように、理論的にも撤回権を私的自治の前提を回復する制度であると理解し、私的自治を実現するための制度と捉える見解が、ドイツでは一般的であるといえる。つまり、その点では、錯誤や詐欺・強迫等と相違がなく、むしろ私的自治の原則から導かれるものであるいえる。ただ、一定の状況にない者にとっては、そのような措置がなくとも、事実的な決定自由を確保することができるものといえる。そこで、そのような場合には、当該規定の適用が排除されるわけである。つまり、「消費者」保護法規といっても、その適用範囲確定の際のメルクマールのひとつに「消費者性」という役割ないし状況に着目した表現にすぎない。しかも、その適用範囲は、一方当事者の消費者性に直接に結びつけられているのではない。消費者が事業者と対峙して取引をしているという「状況」が決定的に重要なのである。そのうえで、撤回権が認められている具体的類型において消費者にどのような劣位が生じているのかが問題とされた。訪問販売取引については、消費者の心理的劣位が、通信販売取引および消費者信用契約のような契約類型については、消費者の情報的劣位が問題となっていた。これらも基本的には、伝統的に錯誤、詐欺・強迫といった制度が対処していた問題の延長に存在するものである。

このように撤回権が私的自治の原則から導かれるものであったとしても、それが同原則と一定の緊張関係を持って

いることも事実である。特に問題となるのは、撤回権の本質的特徴の一つである定型性が民法とは相容れないのではないか、という点である。第三節では、これを採り上げた。まずは撤回権に批判的な見解をみたが、彼らは、必ずしも、撤回権によって保護されている利益がおよそ現行私法秩序において保護に値しないものであるとか、現行の民法の体系からはみ出す問題であるとかと考えているわけではなかった。彼らが問題としているのは、撤回権の場合、具体的に要保護性のない者にも保護が付与される場合が（例外的に）生じることである。とはいえ、この問題について既存の制度を用いた場合には、要件を過大に設定することになり、たとえば具体的な瑕疵の証明を要することになって、保護の薄くなる面が生じかねない。かといって、要件を緩和しすぎると、これに比して、効果が過大になりすぎるおそれがある。これに比べて撤回権の方が、定型化と撤回権の教示という仕組みを通じて、本質的により良く両当事者の利益を考慮している。そもそも、定型化というテクニック自体は、従来の民法典の知らないところではない。その意味で、撤回権がその技術的な性格上民法の元来からの体系に馴染まない制度である、ということは出来ない。このようにCanarisは、反論する。そして、このような理解にしたがえば、撤回権に対しても、それによって初めて問題を適切に処理し得る独自の問題領域の存在が認められることになるだろう。

第四節では、撤回権の法体系上の位置づけ、具体的には取消権との関係を論じることにより、撤回権をどのような性質のものと捉えるのか、を検討している。この点、通説的見解は、撤回権を特殊な解除権として捉えているが、Reinerは、これを取消権類似のものとして理解する。Reinerによれば、撤回権は、契約の無理由解消を認めるものではなく、定型化によって把握された消費者の心理的脆弱性または情報的脆弱性の惹起に基づくものであり、その点で、取消権と変わるところはない。このような取消権との類似性を指摘して、彼は、撤回権の効果を遡及的無効であると解する。Reinerの見解自体は、ＢＧＢにおける撤回権の規定位置の問題もあって支持を集めているとはいいかねるが、撤回類

型と詐欺・強迫の構造的な類似性を示している点で貴重である。一方で、解除権として捉える通説は、条文以外にこれを実質的に基礎づけることは、困難なように思われる。第五節では、以上の検討を踏まえて、撤回権によって対処されるべき固有の問題領域について検討した。この点、本稿は、撤回権において問題となる意思形成の瑕疵を、詐欺・強迫によって対処されてきた「古典的な瑕疵」と対比される「現代的瑕疵」として理解する。この現代的瑕疵は、撤回権に特徴的な法技術である定型性・抽象性によってはじめて適切に把握し得るものというべきである。こ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といえるかが問題となるが、これが、第四節で議論した撤回権の法的性質に関わる。この点、撤回権を特殊な解除権として捉えるならば、そこでは、本来は契約の有効性に影響を及ぼさない瑣末な意思形成の脆弱性が問題となっているにすぎないのだから、その評価上のギャップを埋めるべく「消費者」概念が独自の機能を持つことになる。これに対して、撤回権を取消権に引きつけて考えるならば、撤回権が認められる場合にも、契約の拘束力の前提となる意思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。この見解に立つなら、撤回権が消費者のみを対象としているのは、意思形成に問題の生じる状況を人的側面から定型化するための技術的な意味しか持たない。つまり、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すぎないことになる。

以上のように、撤回類型において意思の瑕疵が存在していると考える場合、〈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った〉と評価することができる。そして、そのような事態に対して、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わけである。そこでは、いわば従来の基本的な価値判断の変更がなされ、伝統的な意思の瑕疵の体系に綻びが生じており、それに対応する必要を法秩序自身が認めていることを示している、と理解することができる。

c　本稿がドイツ法の検討から、撤回権において問題となっている消費者の意思形成過程の機能不全を次のように結論づけた。次節以下の検討のために幾からの補足を含みつつ、まとめておこう。

本稿では、ここでの意思形成過程の機能不全を定型化という技術的契機を含む撤回権によってはじめて把握可能なものと理解した。しかし、これは、錯誤、詐欺・強迫や威圧の推定と理解すべきものではない。仮にそうだとすると、二週間程度の契約離脱期間では不十分である。つまり、あくまで短期間の契約離脱という効果がふさわしい程度の機能不全が存在していると考えるべきである。では、それは具体的にどういうものなのか。個別的な内容についてはすでに論じたので[533]、これらに共通する特徴について若干敷衍したい。本稿の考える「現代的瑕疵」において問題となっているのは、意思形成過程の人間的な脆弱性が問題となっている。古典的なモデルにおいては、人間の認知能力や判断能力の限界は、自らの努力によって克服可能であり、それを前提としているが、消費者契約状況においては、消費者はそのような人間的な制約にさらされたまま、つまりそのような制約を克服する機会を奪われた状況で、意思形成をせざるを得ない。撤回権においては、このような意思形成の機能不全が問題となっているが、それ自体では、取消権を基礎づけ得るような性格のものではないから、意思形成過程において顧慮された認知や判断そのものに瑕疵があるわけではない。ここでの瑕疵は、むしろ認知・判断の前提あるいはその枠組みに対して影響が及ぼされている状態であるということができる。

このように考えた場合、Canarisが「たとえばWolfgang ZöllnerやFranz Bydlinskiのような者さえ、〔彼らが〕撤回権をそれと結びついている容易な約束違反への可能性ゆえに嫌悪しているにもかかわらず、その撤回権を享受すること」も、「必要な定型化の避けられない付随的効果として、」十分甘受されうる、と述べたのも[534]、あまり的確ではないということになろう。撤回権においては、BydlinskiやZöllnerの持っている知識や能力が重要なのではない。彼らで

あっても私的な領域に帰った時に完璧な経済人であり続けるというのは、無理なのである。そうであるから、一定の状況においては、BydlinskiやZöllnerであっても、適切な意思形成過程が歪められる危険性が存在している、といえるのである。そして、撤回権は、このような状況に対応するものといえる。この点からすると、特定の専門知識を持った消費者をはじめから撤回権の保護対象から外すことができるような理解は[535]、本稿の撤回権理解とは相容れない、ということができよう[536]。

d　第三章において議論したのは、撤回権が契約法の実質化という現象においてどのような役割を果たしているのか、である。第一節では、撤回権自体がどのような形で契約法の実質化を進めているのか、を見ていった。主に見ていったのは、労働関係の解消契約と保証契約であった。これら二つの問題領域においては、撤回権の承認、そしてそれによる契約法の実質化について、それぞれで異なる態度が示されていた。しかし、あくまで目的論的な見地からその可否が論じられていたのであり、撤回権規定の類推自体は、かなり抑制的ではあったが、全く否定されていたわけでもない。そして、そこでの検討が明らかにするのは、類推による撤回権の拡大は、撤回権が持っている定型性に由来するものであり、消費者保護に基づく政策的権利の限界を示すものではない、ということである。つまり、定型性というその本質上重要な制約を受けつつも、撤回権は、意思形成過程における表意者の決定自由の実質的保護を拡大していく際の利用可能な法形象を提供しているのである。この点で、解釈方法論上の限界に留意しつつも、必要かつ可能な場面においては、撤回権規定を類推することは不可能ではないという点を確認しておきたい。

これに対し、第二節では、近時の意思表示法、特に意思形成過程の保護に着目する学説上の議論において、撤回権がどのような役割を果たしているのかについて、見ていった。近年の学説では、従来ＢＧＢが十分に対応しきれてい

なかった意思形成の瑕疵を問題とする際に、撤回権の存在を指摘して、いわゆる実質的契約自由の確保が必要であると論じる。ここでは、撤回権の存在が、間接的に、契約自由の実質化を促進しているといえる。

e　以上をまとめると、二つの点が指摘できる。

・**本稿の課題①について**――撤回権は、民法典が伝統的に帯していた価値を実現するために存在する制度であり、取消しとは基本的に連続性を有する制度として理解される。ただし、撤回権は、詐欺・強迫における意思形成の瑕疵までに至らない「現代的瑕疵」に対処すべく存在している。この「現代的瑕疵」は撤回権に特徴的な法技術である定型性・抽象性によってはじめて適切に把握し得るものである。撤回権の多くが「消費者」を対象としている点についても、当該表意者の意思形成に不当な影響が及ぼされる状況を定式化する際の概念として「消費者」概念が用いられているのであって、「消費者」という人的範疇に決定的な意味があるのではない。また、定型性自体も、固有の意思形成の瑕疵を把握するためのものであって、保護の過剰・過小は、制度の不可避的ではあるが、甘受可能な附随的効果である。

・**本稿の課題②について**――撤回権が〈従来等閑視されていた意思形成の瑕疵〉を問題としていることは、いわゆる「契約法の実質化」の一現象として捉えることができる。この観点から見た場合、撤回権が契約法の実質化にどう寄与しているのかが問われることになる。この点、撤回権自体を用いた実質化は、一概に否定することはできなかったが、定型性に由来する限界も存在した。これに対して、撤回権の存在が法秩序における意思形成過程の保護にかかる価値判断の変容を示しているものとみるならば、従来、法的に有意な意思形成の瑕疵と考えられなかったものについても、契約の有効性に影響を与えるものと考えられるようになってくる。とりわけ、訪問販売取引にお

ける撤回権が顧慮している不意打ちからの保護などがその例となる。

第二節　クーリング・オフ論への示唆

まず、以上の議論から我が国のクーリング・オフへの示唆を得ることにしたい。とりわけ第二章の検討から得られたのは、撤回権を法律行為法上の制度、特に（詐欺・強迫による）取消しに類似した制度として理解することの可能性である。本章では、前章までの検討結果を足場として日本法の議論を眺め、従来の議論とは異なる風景を素描することを試みたい。

一　制度論的示唆

(1)　各クーリング・オフ類型の理解

まず、本稿での考察から我が国のクーリング・オフ類型がどのように理解されるのかについて触れることにしたい。[537] これを踏まえて、それぞれの類型における要件等について批判的検討を加えることとする。

a　訪問販売取引（特定商取引法九条）[538]

「訪問販売」とは、同法二条一項によれば、①事業者の営業所等以外の場所において行われる取引（一号）、または②事業者が「営業所等において、営業所等以外の場所において呼び止めて営業所等に同行させた者」等との間で行う取引（二号）である。ここで対象となっているのは、売買契約と有償の役務提供契約である。ここでは八日間のクー

リング・オフ期間が認められる。

かつて存在していた指定商品・役務制は、本稿の立場からもやはり支持できない。この制度を善解すれば、Lorenzのいう保護の過剰を回避し、さらに法的安定性を確保するという正当な目的に出たもの、ということができるかもしれない。しかし、その反面で生じる保護の過少とのバランスが取れていない。保護の過剰を回避し、法的安定性を確保するというのであれば、同制度とは逆に、包括的な要件に対して個別的にその適用除外を列挙するという方法で十分である。[539] 指定権利制を別として、同制度は廃止されたが、[540] それは理論的にも当然のことであったといえる。とりわけ、クーリング・オフの活用領域を予め局限し、ひいては理論的検討の阻害要因となってきたことからすると、功罪のうち〈罪〉の部分のほうが大きいのではないだろうか。

b　過量販売取引（特定商取引法九条の二）

訪問販売取引に関しては、一般的なクーリング・オフのほかに過量販売取引における申込みの撤回または契約の解除が規定されている。[541] これは、同条一項の各号で定められている内容の取引であれば、それだけで契約からの離脱を認めている点で、クーリング・オフ類似の契約離脱権であるといえる。しかし、これは、厳密には、クーリング・オフとはいえない。解除等が可能な期間が一年間と極めて長い反面、その起算点は、契約締結時となっており、同法所定の書面を受領した時等を起算点とする他のクーリング・オフとは大きく異なっている。そもそも、この規定は、高齢者等、判断能力が低下した消費者が不必要に過大・過量な商品・役務を押し売りされるといういわゆる「次々販売」に対応しようとしたものである。そして、これを検討した産業構造審議会の部会では、暴利行為あるいは状況の濫用が認められる要件を定型化したものとして過量販売取引が定式化され、その効果も取消権とされていた。それが現在

のような規定になったのであり、同じく定型化という法技術が用いられているとはいえ、ここでは具体的な意思形成の瑕疵を反証不可能な形で推定するものであって、クーリング・オフのようにその前域に存在する抽象的な意思形成の瑕疵を問題とするものではない。したがって、過量販売取引による契約の解除等は、同法九条の三等の取消権との近似性が認められるべきものである。

c　通信販売取引（特定商取引法一五条の二）

従来、特定商取引法所定の取引類型の中で通信販売取引については、クーリング・オフが法定されていなかった。そのため、この通信販売取引に対してもクーリング・オフを導入しようという議論は、従来からなされてきた。特に、ヨーロッパ諸国では既にEU指令に基づいてこれを導入しており、その観点からの議論が盛んであった。[542] そのような中で、二〇〇八年改正は、通信販売取引においても八日間のクーリング・オフを導入している。[543] この改正をどのように評価すべきだろうか。

通信販売取引においてクーリング・オフを導入することは、まさに沈黙による詐欺では救済されないような消費者の購入商品または指定権利に対する「失望」を掬い上げる意味で、その要請が強いものということが出来よう。現に通信販売取引の大手業者のほとんどは、従来から約定のクーリング・オフ権を設定していた。それは、通信販売の領域におけるクーリング・オフの必要性を示すものであり、業者側も、そのような措置があってこそ、消費者が安心して通信販売を利用することができると（も）考えていたのであろう。[544] このような点で、通信販売取引についてクーリング・オフを認めることは、法政策的に妥当な判断であるといえる。

しかし、今般導入された規定は、本稿におけるクーリング・オフ論からは、評価できないし、従来のクーリング・

オフ規定からみても、異質である。まず、通信販売業者が「申込みの撤回等についての特約を当該広告に表示していた場合」、これが優先されることになる（同条一項但書）。クーリング・オフを詐欺・強迫といった取消原因とパラレルなものと捉えるならば、法定クーリング・オフに任意規定性を与えるべきではない。ただし、クーリング・オフ論に適合的にこの規定を解釈するならば、事業者が定める別の定めは、全体として同条一項の水準を下回るものであってはならない、と解釈されるべきだろう。[545] もちろん、商品等の性質によっては、クーリング・オフを認めることが不適当な場合もある。しかし、その場合には、ドイツ法のように個別的に例外を設ければよいのであり、あるいは、投資顧問契約におけるクーリング・オフのように、一定額の違約金を認めるようにすればよいのではないだろうか。[546]

次に、同条二項は、「売買契約に係る商品の引渡し又は指定権利の移転が既にされているときは、その引取り又は返還に要する費用は、購入者の負担とする。」と規定しているが、これは、たとえば、訪問販売取引に関する同法九条四項等と比べて全く逆の内容となっている。

いずれの定めも、基本的に従来の通信販売取引における約定のクーリング・オフにおける一般的な慣行を維持するものといえる。[547] それ自体は、立法における利害調整の仕方としては、妥当なものといえるだろう。保護の水準をとりあえず従来の一般的慣行のそれに合わせるというのは、通信販売取引においてクーリング・オフを認める第一歩として評価する限度では、適当であったといえる。今後の立法の進展が期待される。

d　電話勧誘販売取引（特定商取引法二四条）

電話勧誘販売取引においても、訪問販売取引と同様に、八日間のクーリング・オフが認められている。特定商取引法二条二項によれば、販売業者等が電話をかける等の行為によって売買契約等の締結についての勧誘を行い、その相

手方たる顧客が郵便等によってその契約の申込み等を行う取引をいう。販売業者等が電話勧誘行為を行なっているという点で、前記の通信販売取引と区別される。

電話勧誘販売取引は、ドイツでは、電話は自分から一方的に切ることができるから訪問販売取引とは同視できないとしていた。しかし、その不意打ち性自体には変わりはないし、電話が頻繁にかかってくることになれば、販売員に退去を命じえない状況と同じく心理的な圧迫を受けることになる。[548] その点で、電話勧誘販売取引は、攻撃的勧誘方法といての一面を有しているのである。このようなことからすると、日本法が、電話勧誘販売取引を訪問販売取引と同じように扱っていることは妥当である。[549] その一方で、電話勧誘販売取引は、通信販売取引としての性格も有している。特に音声だけのコミュニケーションである以上、取引対象の現物性がないうえに、正確な情報伝達が阻害される要因が多く存在している。このように、電話勧誘販売取引は、訪問販売取引と通信販売取引の二つの規制契機を強く帯びているものと理解することができる。

e　連鎖販売取引（特定商取引法四〇条）

いわゆる「マルチ商法」である。最近では「ネットワークビジネス」などの言い換えを用いつつ、多くの業者が参入しており、若者を中心に問題が生じていることは周知のとおりである。「これであなたもお金持ちになれる！」といった勧誘のほかに、一見もっともらしいビジネス・モデルに見えるような訓練された説明などによって、自分がその商品等を販売していくだけの適正があるのかどうか、さらには当該ビジネス・モデルの限界といった点について十分に考慮することなく契約意思を形成する危険が存在している。また、このような危険性のある取引に家族・友人を巻き込み、あるいは巻き込もうとすることによって生じる人間関係の崩壊・悪化といった側面についても、取引のシステ

ムが複雑であることから、あるいは取引の帰結として将来の不確定的な事項に関わっていることから、配慮の行き届かない状態が生じている。そして、この点で、事業者側が消費者の正常な意思形成を歪めていると評価できる。

この場合の消費者の意思形成の瑕疵は、取引の複雑性あるいは自己の適性等といった将来の事項に関する情報的脆弱性である。[550] つまり、取引の複雑性に由来する危険について定型化している。この場合、二〇日間の期間に服する。比較的長期の期間であるが、多くの場合、他の取引とは異なり、取引内容の性格上または巧みな勧誘によって、消費者が冷静さを欠く程度が著しい点を考えても、妥当であろう。[551]

f　特定継続的役務提供（特定商取引法四八条）

ここでいう「特定継続的役務提供」とは、特定商取引法四一条二項によると、「国民の日常生活に係る取引において有償で継続的に提供される役務」であって、「役務の提供を受ける者の身体の美化又は知識若しくは技能の向上その他のその者の心身又は身上に関する目的を実現させることをもって誘引が行なわれるもの」（一号）で、かつ「役務の性質上、前号に規定する目的が実現するかどうかが確実でないもの」（二号）に該当するものとして、政令に定められたものをいう。具体的には、エステ、外国語会話教室、学習塾、家庭教師、パソコン教室、結婚相手紹介サービスである。[552] 一定期間（一月あるいは二月）を超える期間にわたって一定金額（一万一千円から三万円）を超える対価を支払うことを内容とする。

ドイツでは、通信教育受講者保護法における撤回権がこれに対応する。つまり、この場合の消費者の意思形成の瑕疵は、自己の適性等の将来の事項に関する情報的脆弱性である。但し、対象役務は、ドイツの通信教育に比べて豊富である。もっとも、指定役務制を採用しているため、やはり包括的とはいえない。ドイツにおいても、Medicusが、給

付の質（や受講者の適性）を時間が経過しなければ判断できない点では、（通信教育ではない）直接教育、さらには老人ホーム契約や看護契約も同様である、と指摘しているのは示唆的である。[553] ここでも、政令による指定という要件を外し、対象役務を一般化した後に、適用除外を個別的に指定していく方法がより望ましいといえるが、他方でその場合には、民法理論として役務提供契約について一層の解明が前提となるだろう。

なお、ゴルフ会員権契約におけるクーリング・オフ（ゴルフ場等に係る会員契約の適正化に関する法律[554]一二条）も、この一類型ということができる。[555]

g　業務提供誘引販売取引（特定商取引法五八条）

業務提供誘引販売取引とは、ある物品を購入し、あるいは有償役務の提供を受ければ、それらの物品等を利用した仕事を紹介するなどと顧客を勧誘することによって行う物品販売等をいう。物品の売買や役務の提供自体には、この規制を導く要因は内在していない。しかし、ここでの売買等は、経済的に仕事の紹介と結び付いており、これを目的としたものといえる。したがって、消費者にとって自らの出捐は、その後になされる仕事の紹介とそれによる収益の獲得の成否にかかっている。この仕事の紹介の有無は、事業者側の意思と能力の問題であり、消費者にとっては将来の不確実な事項にあたるといえる。このような取引の内容をなす仕組みにおいて消費者の判断が歪められる危険性が存在すると説明できるだろう。

この類型は、その性格において、連鎖販売取引と共通した面がある。連鎖販売取引及び業務提供誘引販売取引はともに詐欺的ないわゆる悪徳商法として問題となったマルチ商法及び内職商法に対応を目的とするという特殊性が存在する。つまり、これらの取引類型は、他の規制手段と相俟って「実質的な禁止」を導くためのものであるともいえる

のである。[556] これらは、特定負担に対するリターンの不確実性が問題となっているが、そればかりでなく、事業者側がそのような不確実性に乗じて不当な利益を得る危険性が高い。とりわけ、それらの危険性がマルチ商法や内職商法などのいわゆる悪徳商法として社会的に発現することになる。そのことによって、取引の仕組み自体が消費者の適正な利害判断を阻害し、取引の問題点を隠ぺいする作用をもつに至る。このことで、このような意思形成が歪められる危険性が定型的なものとなるといえる。つまり、取引自体に内在している不確実性が、それを利用した悪質な勧誘（つまり悪徳商法）の方法的確立と相俟って、意思形成を定型的に歪める危険として現れることになる、と理解することができる。[557]

h　販売信用契約（割賦販売法[558]三五条の三の一〇）

割賦販売法は、割賦販売、ローン提携販売及び信用購入あっせん（以上、三つを総称して「販売信用契約」と呼ぶことにする。）ついて規制している。このうち、個別信用購入あっせんについてクーリング・オフが規定されている。これは、通信販売取引を除く特定商取引にかかる個別信用あっせんにおける与信契約についてクーリング・オフを創設したもので、与信契約についてのクーリング・オフによって販売契約についてもクーリング・オフされたものとする仕組みとなっている。

ドイツ法の検討から明らかなように、この種の取引類型において問題となるのは、取引それ自体に内在している危険性であり、それは、それ自体で既にクーリング・オフを基礎づけるに十分といえる。販売信用契約においては、とりわけその保護の必要性が認められるのであるから、ここでの規律は、保護の過少に陥っているといえる。なお、日弁連の統一消費者信用法要綱は、販売信用契約をした消費者については締結状況に関わりなく、クーリング・オフを

認めるべきであるとする。[559] 消費者信用全体におけるクーリング・オフの導入の当否については、後述する。

i　宅地建物取引（宅地建物取引業法[560]三七条の二）

宅建業者が売主となる宅地もしくは建物の売買契約について、当該宅建業者の事務所等以外の場所において買主が買受けの申込みをし、または売買契約を締結した場合、買主が当該宅地または建物の引渡を受け、かつその代金の全部を支払ったときを除いて、買主は、撤回または解除につき教示を受けた日から八日以内であれば、当該買受けの申込みの撤回または解除をなすことが出来る。[561] 不動産取引においてクーリング・オフが認められているのが特色である。[562]

j　投資商品販売等（金融商品取引法[563]三七条の六等）

投資商品販売に関連して、海外商品先物取引（海外商品市場における先物取引の受託等に関する法律[564]八条）、預託等取引契約（特定商品等の預託等取引契約に関する法律[565]八条）[566]、商品ファンド契約（商品投資に係る事業の規制に関する法律[567]一九条）、不動産特定共同事業契約（不動産特定共同事業法[568]二六条）および特定信託契約[569]（信託業法[570]二四条の二、金融商品取引法三七条の六）についてクーリング・オフが認められている。

一見する、ここでは非常に多様な投資商品についてクーリング・オフが認められていたように見える。しかしその実、包括的な規制ができていないだけのことであり、規制の網の目はかなり粗い。このような点からは、投資商品について包括的なクーリング・オフを導入して、その中に解消することが望まれることになるだろう。包括的な金融商品取引の規制を狙った金融商品取引法[571]は、その三七条の六においてクーリング・オフを規定しているものの、どのような金融商品がクーリング・オフの対象となるのかについては、施行令に委ねている。ところが、その施行令は、投

資顧問契約について一〇日間のクーリング・オフを認めているに止まる。[572] これは、かつての有価証券投資顧問業法[573]一七条[574]の規定を置き換えたにすぎない。つまり、問題となる金融商品ごとに個別的に対処していくという立場であり、これは基本的に従来の立場と変わらない。施行令を通じた対応が可能となることにより、以前の法律を通じたクーリング・オフの付与よりは柔軟な対応が可能となったとはいえ、現実には複雑且つ抜け穴の大きな規制であることには変わりなく、不徹底の謗りを免れることはできない。この分野の規制においては、ドイツの投資法が参考となるだろう。そこでは、同法の適用がある取引については、原則として撤回権が認められている。[575]

k　損害・生命保険契約（保険業法[576]三〇九条）

保険契約においても申込者にクーリング・オフが認められている。ただし、申込者が保険会社等の営業所、事務所その他の場所において保険契約の申込みをした場合などで、申込者等の保護に欠けるおそれがないと認められるものとして政令で定める場合には、クーリング・オフは認められない（一項六号[577]）。また、保険契約の申込みの撤回等の当時、既に保険金の支払いの事由が生じているときは、撤回者がそれを知っている場合を除き、当該申込みの撤回等は、その効力を生じない（九項）。

ここでのクーリング・オフは、一見すると契約対象の複雑性に着目したもののようにも理解することができる。しかし、適用除外について「申込者等の保護に欠けるおそれがないと認められるもの」がどのような原則に基づいているのかによって、異なる理解が必要となる。そして、法律上例示されている適用除外が上述のようなものである以上、基本的には、ここで考えられている「申込者等の保護」は、申込者に対する不意打ち性がその基本にあるということになるであろう。

1　小括

以上のように、ドイツ法の検討によって得られた成果が、概ね日本法の分析の際にも応用可能であった。これによって、我が国のクーリング・オフ類型の保護目的を知り、これに基づいて現行規定を批判的に検討する足がかりを得ることができるものと思われる。

また、注目すべき点は、我が国のクーリング・オフ類型の数は、ドイツのそれよりも遥かに豊富だということである。しかし、それは、我が国ではかなり細密にクーリング・オフを認めているせいであって、[578] 保護にムラがあるだけでなく、(特に投資商品販売において)全体の見通しが利きづらくなっている。つまり、一体どの取引がクーリング・オフの規制に服するのかについて、消費者からは分かりづらい状況になっているのである。クーリング・オフが認められる場合には、その旨教示があるはずだが、教示されない限り、クーリング・オフ権の存在にすら気付かない。そうであれば、その意味は半減する。立法論としては、もう少し見通りの利きやすい類型の立て方が求められる。現実の立法もそのような方向に向かっている。

(2)　法的構成

つぎに、我が国のクーリング・オフ権の法的構成について検討する。ドイツでは、撤回権の法的性質として、主として特殊解除権構成と取消権類似構成が主張されていた。通説は、主として条文上の根拠から前者を採用している。しかし、撤回権が認められる趣旨に鑑みれば、取消類似構成のほうが事物の有り様に即しているだろう。では、我が国ではどうであろうか。

我が国においても、クーリング・オフ権は、解除権の一種であるとする見解が優勢である。それは、クーリング・

オフ権についての個別の規定の多くが「契約の申込の撤回または契約の解除」という言葉を採用しているからであると思われる。しかし、クーリング・オフが詐欺・強迫と機能的類似性を有することは、すでに以前から説かれていることであった[579]。この点からすると、その法的構成自体も取消権類似のものとして考えることに、それなりの合理性はあるだろう。

もちろん、法文は、クーリング・オフ権の行使による契約解消のことを「契約の解除」や「申込みの撤回」といっている。しかし、そのような文言に拘泥した性質決定は、不要ではないだろうか。そもそも、クーリング・オフの導入に際して、その法的性質はいわば不問に付される形となっていた[580]。そのため、当時は(さらに現在も)、クーリング・オフ権の行使による契約解消を、適切に表現する術語が存在しなかったことになる。そのような状況において、ある程度事態を適合的に表現する術語として「撤回または解除」という用語が採用された、といえる。つまり、ここでの「解除」あるいは「撤回」という言葉は、クーリング・オフ権が一度有効に成立した契約あるいは申込みの効力を排除する形成権であること示しているに過ぎない、と考えることもできる。そうであるならば、その形成権の法的性質や具体的内容は、解釈によって決定されることになろう。

ただ、このように考えたからといって、クーリング・オフ権を取消権である、ということはできない。やはり、取消権とも異なる。とはいえ、上述の通り、機能面および体系面から考えると、取消権類似のものであると考えることが適切である。いわば「小さな取消権」として理解されるわけである。つまり、意思表示法における契約解消のための制度に、クーリング・オフ権が第三の手段として付加された、と考えることが適切だろう。無理に既存のものに当てはめる必要はなく、新しいものが登場したと考え、その実態に相応しい性格づけがなされればよい。その点で、クーリング・オフ規定による契約関係からの離脱を基礎づける形成権は、遡及効を有する特殊な解約権として理解するの

が妥当である。

二　解釈論的示唆

(1)　議論の実益？

もっとも、クーリング・オフ権を解除権に近づけて理解するのか、取消権に近づけて理解するのかというReiner的な枠組みでの議論は、「議論の実益」という点からすると、我が国でも、そうたいした問題にはならない。[581][582] ただ、それぞれのクーリング・オフ類型の保護目的を把握することは、個別規定の解釈に資するものといえる。[583]

これに対して、クーリング・オフ論への示唆として考えられることのひとつとして、クーリング・オフ制度の拡張解釈またはそのほかの紛争事案への類推適用の可否がある。本項では、この点について簡単に論じる。

(2)　拡張解釈または類推適用の可能性

a　類推適用等の可能性と限界

この点についての支配的な理解は、クーリング・オフは、拡張解釈・（特に）類推適用には適さない、というものであろう。では、なぜそうなのだろうか。おそらく、それは、クーリング・オフが、消費者という弱者に与えられたある種の特権であり、従来の法体系から見たとき、それが異質のものと評価されたからであろう。しかし、本稿で見たように、私的自治との関連が明らかになれば、この点の疑念は消えることになる。ただ、これで問題解決ではない。

類推適用を肯定しようとする際の問題は、その他にさしあたり二点ある。まずは、「有効に成立した契約を解消するには、そのための法規定が必要である」という解釈方法論上のドグマである。[584] このドグマが正しいとすれば、問題は

立法論へ移行せざるを得ない。しかし、実際に問題が生じるのなら、（立法がなくとも）対処しないわけには行かないし、現に対処している。その結果、既存の制度（公序良俗〔九〇条〕や錯誤〔九五条〕）にその役割を担わせるというのなら、このようなドグマは、実質的には機能していないということになるだろう。しかも、Canarisが正当に指摘するように、「一方で、要件的には『不意打ち』が良俗違反であり、あるいは信義則に反しているものと評価されるのは、かなり重大なものであるとされ得るし、他方で、無効ないし取消しという法的効果は、不必要に広い」わけであるから、やはり事態に即応した法制度による手当てが必要である。そもそも、このドグマ自体、なぜそのような解釈命題が成り立ちうるのかについて、論理的または解釈方法論的な説明をしていない以上、[585] 俄かに左袒することはできない。

次に問題となる点は、クーリング・オフの法技術的特性から来る内在的な制約である。クーリング・オフは、その法技術的特性を、定型性に有している。つまり、「対象が一義的に確定していて、かつ一義的に確定された短期の期間内に」、契約を解消できるという点にその特徴を持つ。拡張解釈はともかく、類推適用の場合には、対象の一義性が損なわれることになる。[586] この点を考慮すると、司法的法欠缺補充よりは、立法的な手当てのほうが優れているということになろう。また、我が国のクーリング・オフは、ドイツの撤回権と比べて対象となる取引を限定し、あるいは政令や省令等の指定を前提とするものが多い。これは、クーリング・オフの対象となる取引を法定のそれに限定しようという意図の表れであるから、それらに該当しない取引にクーリング・オフが認められていないのは、想定に反した欠缺であるといえないだろう。[587] その点でも、類推適用の積極的活用は、困難だといえよう。これは、契約類型関連型のクーリング・オフに特に当てはまるといえる。

b　具体的可能性の検討

ただ、そうだとすると、状況関連型のクーリング・オフについては、ある程度検討の余地が残されているのではないだろうか。たとえば、（事業者対消費者のような、あるいはこれと同視し得る）一定の構造的格差が存在し、後者の意思形成が脆弱であるにもかかわらず[588]、前者が契約締結を迫り、それにより、契約が結ばれたとき、後者が速やかに（法定期間が適宜類推されるだろう）契約の拘束力に服すことを拒んだ事実が証明されれば、そのような後者の拒絶的態度に着目して、クーリング・オフの類推適用に基づいて、契約の存在を否定することは、考えられ得ることである。この場合には、裁判等の紛争処理過程において事後的にクーリング・オフを活用するため、定型性との関係は、それほど問題にはならないだろう。しかし、このような場合には、むしろ、後述する「状況の濫用」を理由として契約の拘束力を否定するほうが妥当なようにも思われる。

もっとも、このような（純粋な）欠缺補充としての類推適用よりは、脱法の排除こそが、クーリング・オフ類推適用の第一の機能となるだろう[589]。このような場合には、定型性の問題は、それほど問題にならないはずである。規定上の取引類型ないし販売手法とほぼ同質のものであると評価できる場合に、類推が認められるからである[590]。これに対して、従来認められていたものとは異なる意思の脆弱性とその利用が問題となる場合には、クーリング・オフでの救済は、さしあたり立法を俟つしかないのだろう。

三　立法論的示唆

では、本稿の検討結果は、立法論にどのような示唆を与えうるのだろうか。この点、立法論的示唆として指摘できるのは、どのような領域にクーリング・オフ権が拡大可能なのかについて指針が与えられるという点と、その裏面と

して、一般的クーリング・オフ権は認められないという点である。既存の個別類型に関わる示唆は、前述した。なお、ここでの論述は、詳細な立法論を展開することが目的ではなく、[591] 本稿の検討から示唆を得ることのできる程度のアウトラインを提示することに過ぎない。

(1) クーリング・オフ類型の拡大

a 保証契約

保証契約については、かつて、保証人にクーリング・オフ権を付与しようという提案がなされたことがある。[592] 本稿の考察からすると、その対象を適切に限定すれば、そのような提案にも充分な理論的合理性がある、ということになるだろう。[593][594] 具体的な立法提案は我が国における具体的な問題状況を踏まえたうえでなされなければならないが、ここでは、ドイツ法の検討から考えられる二つの内容を考えてみたい。

まず、契約状況に着目する形でのクーリング・オフの付与が考えられる。つまり、訪問販売状況のように保証人となるべき者の意思形成が歪められるおそれのある状況を特定し、そのような状況下で締結された保証契約について保証人のクーリング・オフを認めるのである。これに対して、そのような締結状況に関わりなく、消費者的立場にある者が主債務者などから保証料等の対価を受け取ることなる保証人となる場合に、クーリング・オフを認めることも考えられる。仮に訪問販売取引におけるクーリング・オフを現在よりも広範に、たとえばドイツ並みに認めるとすれば、保証契約固有のクーリング・オフは、後者についてのみ語りうることになる。保証契約は、保証人が一方的に責任を引き受ける性格のものであるにもかかわらず、他人である主債務者の将来の弁済能力という非常に見通しの困難な事項について判断を迫るものである。つまり、保証契約という契約類型それ自体が、非事業者保証人の正常な意思形成

を歪める因子を帯びているといえ、そのような危険性が社会定型的に認められるといえる。このように考えるならば、今まで縷々述べてきた我が国におけるクーリング・オフ規定の価値判断からしても、後者の提案は、基本的に、妥当なものといえる。

b　消費者消費貸借契約（消費者金融）

消費者信用一般、特にドイツでいうところの消費者消費貸借契約へのクーリング・オフの拡大は、どのように考えるべきだろうか。この点、返済可能性についての衡量の複雑性が存在するばかりでなく、我が国では特に、消費者に強く働く誘惑効果とそれに比して十分な検討時間がないままに契約が結ばれてしまうという状況が、ドイツよりも顕著である。さらに、近年ではこれら消費者金融のあり方が大きな社会問題となり、今般の貸金業法の改正に繋がっている。[595] このような状況に鑑みれば、消費者を借り手とする消費貸借についてもクーリング・オフを導入する合理性は、直ちには否定されないだろう。[596]

もっとも、この場合、抽象的な瑕疵に対する定型的な保護ではなく、具体的な瑕疵または義務違反を捉えた保護で足りるという考え方もありうる。[597] また、そもそも、この問題に対しては契約の締結規制とは別の方法を用いる方が、効果的であるとの考え方もありえよう。特に、平成一八年改正によって導入された借入額の総量規制は、そもそも借主にとって危険のある借入れ自体をさせないという形で、この問題に効果的に対処しているともいえる。[598] しかし、一定額を超え、あるいは一定期間に及ぶ契約で一定の利率を超えるものについては、抽象的瑕疵からの保護が必要であるといえるかもしれない。このような貸付について定型的弊害が生じており、それに対する対策として撤回権が有益であるといえるならば、その導入が検討されて良いだろう。[599][600]

c　労働契約の合意解約

学説において、すでに提唱されているクーリング・オフは、その内容があまり明らかではない。が、前述のドイツにおける立法提案は参考になるだろう。また、我が国において近時成立した労働契約法[601]においても、その制定に向けた具体的な動きの中で、「『今後の労働契約法制の在り方に関する研究会』中間取りまとめ」及び同「報告書」が、合意解約や辞職についてクーリング・オフを認めるべき、としていた。[602]この提案は最終的には労働契約法に結実しなかったが、労働契約の基本に自己決定を据えようする基本態度からすれば、その導入は、妥当なことであっただろう、と考えられる。

(2)　一般的クーリング・オフ権の否定

一般的クーリング・オフ権については、その政策上の問題点も指摘できる。[603]つまり、そのような権利は、（個人の意思を中心とした自由主義的な）私法の体系とは一致しない。なぜなら、一般的クーリング・オフ権の導入は、消費者契約の領域において大幅に〝pacta sunt servanda〟原則を相対化させることになるからである。それは、私法上の契約のかなりの部分が、そのような相対化の対象となることを意味する。Canarisが指摘するように、クーリング・オフのインフレは、契約信義や法的安定性にとって壊滅的結果をもたらしかねない。[604]そうすれば、契約の拘束力の理論それ自体が危機に瀕することになる。[605]また、理論的に見ても、消費者であるから当然に意思形成過程において何らかの瑕疵や脆弱性が定型的に存在するとはいえない。消費者が日常的に行っている取引は、クーリング・オフ論の観点から見ても、問題なく意思が形成されているというべきものがほとんどであり、[606]そのような日常の営みを切り捨てた法制度の構築は望ましいものとはいえない。

(3) クーリング・オフ規定の民法典への統合

次に、近時の債権法改正の議論と関連して、クーリング・オフ規定を民法典の中に取り込むべきかを検討したい。ここでは、我が国の法状況に即しつつ、本稿の今までの検討の成果が利用可能な限りにとどめたい。第一章で指摘した通り、この問題においては二つのレヴェルの議論を区別する必要がある。以下、順に検討していこう。

a まず、消費者法と民法の間で異なる原理が採用されているのか、という問題である。本稿の検討の結果から見ると、クーリング・オフは、従来の民法上の制度とは異なる規制手段を採っているものの、基本原理においては民法と異なるものではない。

もっとも、原理上、民法典の諸規定と矛盾しないからと言って当然に民法典に統合すべきものともいえない。原理の同一性は法典の構成を決定するものではない。[607] むしろ重要なのは、法典としての技術的な整合性である。また、法典をある程度社会的・政治的な宣言であると考え、そこに文化的な意義を見出すならば、美学的配慮をすることは、決して荒唐無稽な発想ではないだろう。むしろ、その目的を達成するために必要な手段とさえいえる。他方で、法を適用あるいは利用する側の視点も重要である。市民生活に密接に関連する法規範が、あまりに広範に散在しているという事態は、望ましいことではない。ただし、まとめるからといって民法典にまとめる必然性があるわけでもない。この点は、いわゆる「消費者法典」であっても、十分達成しうる。[608][609]

b また、「消費者」・「事業者」概念といった人的範疇によって適用範囲が劃される規定を民法典の中に設けてよいかであるが、BGBにおける消費者概念の持つ意味についての本稿の考察からは、肯定的な答えが引き出されること

になろう。従来の議論は、ともすると消費者を一定の階級あるいは身分として捉えてきたように思われる。しかし、ここで出てくる「消費者」という概念は、「事業者」との取引という特定の状況においてのみ存在しうるのであり、「事業者」が立ち去るやたちまち抽象的な「人」に回帰する。つまり、あくまで「状況」が問題なのであり、状況記述のための概念のひとつに過ぎない。[610] そもそも、近代民法典が「白紙」の存在であるかのような無色透明の抽象的「人」を前提してしているというドグマ自体が、抽象的人格像の歴史的機能とともにより一層検討されてしかるべきなのではないだろうか。[611]

c　以上の検討の結論として、消費者契約法であれ、クーリング・オフ規定のような消費者保護規定であれ、それらを民法典に統合することに理論的な問題はない、ということが確認される。もちろん、そのことが直ちに、これらの規定の民法典への統合を是認することにはならない。ただ、両者の原理的な結びつきと相互発展の可能性を積極的に評価し、それを条文上に反映させようというのであれば、統合を肯定する立場を採ることになろう。[612]

第三節　意思表示法への示唆

クーリング・オフ権を意思表示法の中で位置づけた場合、逆に、意思表示法へはどのような影響があるのだろうか。第三章で論じたところに拠りつつ考えるなら、以下の点が指摘される。

一　救済手段の重層性と意思表示理論の実質化

(1)　救済手段の重層性――附：特定商取引法上の取消類型について

まず、法律行為法、とりわけ意思の瑕疵に関わる諸制度の一般理論への影響について考えたい。本稿の考察から得られる示唆は、クーリング・オフが問題となっている事例は、いわば「小さな意思表示の瑕疵」あるいは「抽象的な意思の瑕疵」が存在する場合である、ということであった。これは、意思表示法が、無効・取消しという従来の救済手段に、クーリング・オフによる契約からの離脱という新しい救済手段を加え、その救済の重層性を増すに至った、ということを意味する。たとえば、取消しは無効ほどではないにせよ、契約をかなり長期に亘って覆滅可能なものとする。この点で、取消しは、契約信義に対するかなり重大な制約となる。したがって、それが認められるためには、相応の根拠が必要とされてしかるべきである。しかし、クーリング・オフが認められるような抽象的な意思瑕疵は、取消しが認められるべきほどには重篤なものではない。そこで、法がこのような軽微な瑕疵に対処するために新たに創設した救済手段がクーリング・オフである、と考えるべきなのである。

この点で示唆的なのは、特定商取引法におけるクーリング・オフと取消権の規定上の関係である。同法九条の三、二四条の二、四〇条の三、四九条の二及び五八条の二は、クーリング・オフが認められている取引類型において、事業者の一定の行為態様に着目した契約の取消権を導入している。[613] これらは、消費者契約法四条の不実告知および不利益事実の不告知に準じる行為態様について取消しを認めるもので、厳密にいえば、ここでいう重層性を直接に示すものではない。しかし、従来の意思表示法の制度である取消しと特別法に散在しているクーリング・オフの間に一定の関連性が存在していることを示唆するものとして、注目に値する。[614] 特に、これらの規定は、クーリング・オフ規定のすぐ後ろに置かれており、規定の位置からしても、両制度が密接に関連して相互補完を行なっていることを示唆する。

(2) 意思表示理論の変容

このような救済の重層化を裏付けるのは、〈意思表示法においてより一層、意思形成過程における実質的意思の果たす役割が拡大している〉という傾向である。つまり、現実の法状況において重層性が増しているという事実は、伝統的な意思表示理論に変容が生じていることを示す。そのことが端的に顕れているのは、訪問販売取引におけるクーリング・オフである。そこで、これを例にとって、意思表示理論の変容[615]を見ることにしよう。従来の意思表示理論は、[616]意思表示の過程を表示行為、効果意思、そして動機に大きく分類し、それぞれの過程において生じた瑕疵について異なった扱いをする。ここでの分類は、基本的に錯誤の処理についての説明のためのものといえ、その意味で、意思表示過程は、情報処理過程として捉えられる。このような理論化は、内省的なドイツ起源の理論らしく契約交渉過程における当事者間の相互作用を軽視することになるが、それ以上に、情報処理において作用する感情の側面を切り捨てるという問題が生じる。[617]従来の制度で、この側面における瑕疵を規律するのは、強迫であり、例外的に暴利行為を理由として無効とされる余地があった。しかし、これらは、違法性の強い行為であることが前提とされており、しかもそこに生じる瑕疵についても当然重大かつ具体的なもののみが把握されていた。従来の意思表示理論は、与えられる情報については関心を払ってきたのであるが、[618]それが処理される環境については、これを適切に位置づけることをしなかったのである。[619]しかし、クーリング・オフは、情報が与えられ、それが処理される環境に着目して、その整備を行う。これは、従来いわば時間軸しかなかった意思表示理論に、空間軸を導入する。また、このことは、情報処理に傾斜していた理論モデルが、情動を視野に入れたモデルへと近づいているともいえる。このようなモデルは、既に大村敦志教授によっても示されているところである。この変化は、意思表示理論そのものの実質化として捉えることができる。

さらに、情報的脆弱性に着目するクーリング・オフは、従来の情報処理モデルそれ自体の変化ももたらす。従来の情報処理モデルにおける意思表示理論では、動機のレヴェルにおいても、問題となるのは具体的な情報の有無である。具体的な情報が、効果意思（の内容）との関係においてどのような役割を果たすのかのみが重要だったのである。しかし、意思形成という心理過程は、そのような効果内容と或る情報の一対一の関係に終始するものではない。むしろそのような関係には登らず、さらに具体的に捕捉すること自体が困難な情報、または情報的前提も存在する。その古典的な例が経験であり、さらには給付目的の不在性・不可視性といった知覚困難性もこれにあたる。これらを具体的な、あるいは（無効・取消しという法的効果を与えるほど）重大な瑕疵として捕捉することはできない。[620] これに対して、クーリング・オフは、このような情報的前提の瑕疵についても、捕捉している。この点でも、理論自体の実質化が図られている。この点と関連して、情報の複雑性が顧慮されるということは、投入された情報に基づき自らの利害を判断したうえで動機を形成し、これに基づいて効果意思を意図して、最終的に表示をするという過程において、「情報を理解する」という活動の実質化をも意味することになる。情報の理解は利害の判断の必須の前提であるが、与えられた情報を瞬時に理解することは、常に容易なわけではない。さらに、Canarisが指摘していた誘惑効果を意思表示の中で位置づけるとすれば、利害判断の段階において生じうる「歪み」をも考慮に入れることになる。このような経験や能力の限界などは表意者の領域にある問題であり、相手方には関わりのないものであると従来考えられていたのであるが、[621] ここでの主張は、これらの問題を意思表示理論の中に位置づけ、そのことによっていずれがそのリスクを負担すべきか、という問題の土俵を作ろうとするものであるといえる。[622] もっとも、これらの変容を受け止めたうえで、どのような再理論化を図るのかについては、なお残された課題は多い。

このことは、翻ると、従来の意思表示法上の制度の理解にも跳ね返ってくることになるだろう。[623]

二　意思表示の瑕疵の類型の拡張

(1)　序説

クーリング・オフが「小さな意思表示の瑕疵」と捉えられる場合、いわば「大きな意思表示の瑕疵」との関係において、前者の類型には含まれているが、後者の類型には対応するものが含まれないものがあることが分かる。ドイツでは、そのような類型について、取消権や契約締結上の過失による契約解消を認めることにより、撤回権を不要なものとしようと提案されていた。しかし、ここでも意思表示法上の保護の重層性が認められるべきなのではないだろうか。つまり、クーリング・オフによる保護を維持しつつ、それに対応する取消権類型を創設する余地が存在するのではないか。このような考え方は、先に検討したWeilerやMankowskiの見解に連なることになる。また、Lorenzが指摘するように、撤回権は、その定型性ゆえに、具体的な要保護性がある事例であっても、その保護が及ばない場合が生じうる。そこで、具体的な要保護性が認められる場合の受け皿が必要となる。

(2)　新たな取消類型の創設――とりわけ強迫類似の不当威圧について

具体的には、特定商取引法上の、たとえば訪問販売取引のような場合において、従来強迫などでは掬い上げられなかった行為態様について、意思形成に一定以上の影響を与えるものを違法であると評価して、それを理由とする取消権を付与することが考えられる。[624] すでに、その一部は、消費者契約法四条三項一号における「困惑」に基づく取消権によって実現されている。もっとも、同法による保護も部分的なものにとどまっている。また、暴利行為法理を活用する方策もあるが、これも「給付の不均衡」という要件を厳密に課せば、画龍点睛を欠くことになろう。[625] とりわけ、我が国における暴利行為法理を確立した大審院判決によれば、一方の当事者が当該取引によって「巨利ヲ博」する場

合が念頭に置かれている。この場合、「相手方が過大な利益を得るとはいえない一方で、表意者が不当、あるいは不本意な負担を負わせる内容を持つ契約」を、充分に捕捉できない面がある。

このように強迫にあたらない威圧行為による意思形成過程の侵害は、従来の法規定あるいは法理では十分に解決できない状況にある。不意打ち的な状況についてクーリング・オフを認める現行法の態度は、このような場合の表意者の意思形成の保護に関して、法の欠缺が存在することを示している。そして、そうだとすれば、そのような欠缺に解釈論的な手立てが必要となる。

この点で、注目に値するのが、オランダ法上の「状況の濫用」である。そこでは、表意者の意思の脆弱性が問題となる状況が濫用されたために締結された契約を、取消可能なものとしている。[626] これは、ドイツの暴利行為の法理に対応するものであるが、「給付の不均衡」にあたる表意者側の「財産的損害」が取消しのための要件ではなく、「濫用性」の判断における要素のひとつとして顧慮されるに過ぎない点で、これとは異なっている。[627] また、最近ではフランス債務法改正準備草案が、一一一四―三条において状況の濫用を強迫として扱う提案を行なっている。[628] もっとも、どのような制度設計が可能かについては、[629] オランダ法・フランス法[630]を含めた、より詳細な検討が必要である。[631]

(3) 従来の制度への影響

クーリング・オフが意思表示法の中に位置づけられることは、さらに従来の制度の理解にも影響を与えるようにも思われる。前述のように、クーリング・オフの意思表示法への組み入れは、意思表示法の理論に影響を及ぼす。そして、その影響を受け、変容を遂げた理論は、従来その理論に立脚していた制度の理解・運用にも影響を及ぼすことになる。この点は、すでに従来の法理の変容自体が生じているということからも、ある程度裏付け可能である。[632] たとえ

ば、契約対象の複雑性は、それが定型的に意志決定に影響を及ぼす場合には撤回権を基礎づけるが、それが、具体的に意思決定に影響を及ぼす場合には、情報提供義務を基礎づけ、その違反に基づいて詐欺取消しが認められることになる。[633] また、最近では、対象の複雑性が存在する場合、事業者による時間的圧迫が不当勧誘となりうるという見解も提出されている。[634] このようにして、契約交渉過程における当事者間の誠実義務が課せられる客観的範囲が拡大することになる。

さらに、ドイツ法の検討において採り上げた見解は、強迫類似行為への契約解消権の付与と並んで過失による詐欺に対する契約解消権の付与についても論じている。[635] ここでその詳細について論じる暇はないが、〈前述の意思表示理論の変容が契約解消（取消し）を基礎づける主観的要件の程度の低下をもたらすものでもある〉ということが指摘できるだろう。この点、既存の詐欺規定との関係をどう考えるかが重要である。そのほか、具体的に錯誤、詐欺及び強迫の理解にどのような変容が生じうるのかについて、個別的な検討を要する。ここでは、立法評価上、そのような可能性が切り開かれているという点を指摘にとどめたい。

第四節　結びに代えて

本稿では、クーリング・オフを意思表示法上の制度との関連で位置づけ、それを基にして同制度の活用可能性について論じた。さらにそのことを通じて意思表示法自体がどのような変容を被ることになるのかについて、若干の展望を試みた。

この二つの営みにおいて、特筆すべきは、古典的な意思表示法の前提であった形式性が、現代的な現象に対応する

ことを目的とした実質化の動きとせめぎ合っている姿である。本稿は、もっぱら実質化の立場からこの姿を眺めた。しかし、古典的な形式性が拠って立っていたものについて、その形式性の立場から内在的に、あるいは歴史的に理解する必要も否定できない。[636] 古典的な形式性を基礎づけていたのは、権利主体の法的平等、そしてそのような権利主体による自己決定と自己責任という近代社会の基本原則であり、この原則を維持しようとするなら、行過ぎた実質化はできないことになるからである。[637]

結局のところ、あるべき契約法の実質化とは、近代を逆走させたり、あるいはそれを打ち壊し近代と異なる「現代」を作り出したりするためのものではない。むしろ、近代を継続形成し、より豊かなものとするための企てなのである。[638]

注

533 第二章第五節一(2)a～c（本誌四六巻一号四三頁以下）参照。

534 第二章第三節三(1)a（本誌四五巻三号五六二頁）参照。

535 Bydlinski の見解がそのようなものであったことは、前述のとおりである。

536 ただし、撤回権において保護の過剰が存在すること自体を否定するものでもない。本稿の考える表意者の瑕疵が存在しないにもかかわらず、撤回権が認められる場合があるのは確かである。また、意思形成が歪められる危険性が存在するとしても、常にそれが具現化した結果、契約が締結されたといえるわけでもない。そのような意味での定型性の付随的効果は存在する。なお、このように考えることは、我が国における消費者契約法の適用範囲を限定する見解と相容れないわけではない。

537 以下では、ドイツ法上の規律と日本法上のそれを対比させる形をとっているが、特に別段の記述のない限り、両国のクーリング・オフ規定のみを平面において比較しているに過ぎない。立法政策論的には、行政的規制や業界団体による規制、その他の私法上の規制を含めた比較が不可欠であるが、それらはいわば各論的な作業であるとして、本稿では、本格的検討は見送ることとする。少なくとも、クーリング・オフによる規律が表意者の意思形成過程の保護制度として独自の意義を有していると考える場合には、他の規制手段が存在する場合でも、その規制されている取引事象が禁止されていない限りは、重ねてクーリング・オフによる規制をおこなうこ

とには十分な意義がある、と考えて差し支えないように思う。

538 かつての訪問販売法である。

539 現行法は、このようになっている。

540 平成二〇年（二〇〇八年）法律第七四号による。

541 以下の記述については、内山敏和「オランダ法における状況の濫用(1)――我が国における威圧型不当勧誘論のために――」本誌四五巻三号（二〇〇九年）四六九頁以下。

542 これらについては、鶴藤・前掲注（40）、川地・前掲注（40）、山本・前掲注（28）参照。

543 齋藤雅弘ほか『特定商取引法ハンドブック』（日本評論社、第四版、二〇一〇年）三二七頁以下［齋藤雅弘執筆］は、これを「法定返品権」として捉えており、クーリング・オフとは異なるものとして検討している。確かに、権利行使の方法や効果などに相違がみられるところから、両者を別に扱うのは、合理性がある。しかし、当該規定の法政策的妥当性を論じ、あるいは解釈によって同規定の実質化を図ることを実践的課題とする場合、クーリング・オフとの連続性を持たせた理解にも、有益性が認められる。

544 ただし、通信販売取引におけるクーリング・オフの導入には、負の副次的効果が一定程度存在することが考えられる。というのも、後で翻意できるからと気軽に注文したところ、それ程気に入らなかった場合でも、クーリング・オフによって商品を返品することを控える場合がありうるからである。たとえば、「返品そのものが面倒であり、そんなことをするくらいなら、そのままにしておいた方が楽」といった気分になったり、あるいは実際に手に入れた物につき保有効果が生じたりすることがありうる。

545 消費者の解除権等を全く排除することができないのはもちろん、全体的に観察して消費者の権利が不当に低減するような特約も認められない。もちろん、本条を任意規定的に理解するにしても消費者契約法一〇条により、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するといえる場合には、当該特約は、無効となる。

546 同法のクーリング・オフについては、後述j参照。また、このような規定になっているのは、契約と同時に投資助言が与えられることもあり、契約が解除されても原状回復が困難だからである。近藤光男ほか『金融商品取引法入門』（商事法務、二〇〇九年）四九〇頁。

547 齋藤ほか・前掲注（543）三二八頁。

548 消費者契約法制定時の議論においては、「例えば資格商法等のように、会社に電話がかかってくる、何度も勤務先に電話がかってきて、周りの視線も非常に気になって困ってしまって『はい』と言ってしまったというような場合」というのが紹介されている。「第一七次

549 国民生活審議会第七回消費者契約法検討委員会」（平成一一年〔一九九九年〕九月二七日）。
ただし、ドイツ法との対比では、次の点に注意が必要である。すなわち、ドイツでは、この種の勧誘方法は、UWG上原則として違法なものとされている、ということである（この点、長尾治助［編］『レクチャー消費者法』〔法律文化社、第四版、二〇〇八年〕一〇八頁［中田邦博執筆］）。UWG上の違法性が「個別の消費者」の救済にどのように跳ね返ってくるのかは、難しい問題であるが、いずれにせよ、このような形での規制よって「一般消費者」の保護が図られており、問題が、規制手法の選択という政策的な面もあることを示している。

550 大阪地判昭和五六年（一九八一年）四月二四日判時一〇〇九号三三頁は、マルチ商法において、その上位レヴェルへの昇格の勧誘に際して、その困難性及び困難性の拡大を告知せず、執拗な勧誘をし、困惑させることにより、昇格の意思表示をさせ、出資金を支払わせた場合について、被勧誘者からの損害賠償請求を認めた。

551 しかし、多くの場合、問題が顕在化するのは、この二〇日の期間が過ぎた後であるといえる。この場合には、クーリング・オフは使えないため、契約からの離脱を図るには、別の手段を考えなければいけない。

552 特定商取引に関する法律施行令（昭和五一年〔一九七六年〕政令第二九五号）一二条および別表第四の第一欄。

553 Medicus, a.a.O. (Fn. 196), S. 524; Lorenz, a.a.O. (Fn. 190), S. 205f.

554 平成四年（一九九二年）法律第五三号。

555 長尾［編］・前掲注（549）一二四頁〔増成牧執筆〕参照。

556 長尾［編］・前掲注（549）一〇九頁［中田邦博執筆］。

557 将来の不確実性のない契約などそもそも存在しないのだから、不確実性があるからといって直ちにクーリング・オフが認められるべきものではない。しかし、本文で述べたように、それが当該取引社会における具体的要因と結び付くことによって、法的に有意な意思形成過程への影響として把握されることになる。したがって、ある契約形態がクーリング・オフ的規定の対象となるかについては、それぞれの社会が抱える具体的な消費者問題に（理論的にも！）依存することになる。つまり、我が国に存在してもドイツには存在せず（たとえば、連鎖販売取引や業務提供誘因販売取引）、あるいはドイツに存在しても日本には存在しない（たとえば、一時的居住権契約）クーリング・オフ類型が存在しても、何ら不思議はない。また、問題が生じやすい取引について、規制の中で行なわれることを許容するのか、それとも取引自体を禁止してしまうのか、という規制方法の在り方も、各国で異なり得る。この点、電話勧誘取引について前掲注（549）参照。

558 昭和三六年（一九六一年）法律第一五九号。同法は、前掲注（540）の法律によって大幅な改正を被った。以前までは、「割賦購入あっせん」として分割払いを前提としていたものを、一括払いであっても二ヶ月以上の与信であれば、対象とすることとし、その名称も、「信用購入あっせん」と改めるなど、規制の充実が図られている。このほかに、割賦販売（割賦販売法四条の四）、ローン提携販売（同法二九条の三の三）および割賦購入あっせん（三〇条の二の三）におけるクーリング・オフが削除されて、これに替えて、本文にある通り、個別信用購入あっせんにつき、クーリング・オフが規定されている。旧規定におけるクーリング・オフのうち前二者は、販売契約を対象としており、営業所以外での取引を前提としていた従来の対象取引は割賦販売であると否とに関わらず、全面的に特定商取引法における訪問販売取引として規律されることとなった。そのため特定商取引法が優先的に適用される前二者のクーリング・オフは、固有の適用領域を失なうこととなった。割賦購入あっせんにおける販売契約も同様である。本改正については、たとえば、松田洋平ほか「『割賦販売法』改正の概要」NBL八八七号（二〇〇八年）一五頁以下、小山綾子「割賦販売法の改正の概要」銀法六九一号（二〇〇八年）五頁以下、現代消費者法二号（二〇〇九年）「特集・改正特商法・割販法」所収の諸論稿などを参照。

559 統一消費者信用法要綱案（二〇〇三年八月二一日）一一頁以下。

560 昭和二七年（一九五二年）法律第一七六号。

561 山本進一「不動産売買と消費者保護」『現代契約法大系　第3巻』（有斐閣、一九八三年）三五八頁以下、クーリング・オフについては特に三七一頁以下。

562 諸外国において、不動産取引にクーリング・オフが認められていないのは、それが一般に公正証書等によるべしとするなどの比較的厳しい方式要件が課せられているからであろう。また、不動産取引は、勧誘の開始から契約締結まで比較的長期に亘ることが通常である点にも、注意が必要である。

563 昭和二三年（一九四八年）法律第二五号。かつての証券取引法である。

564 昭和五七年（一九八二年）法律第六五号。

565 昭和六一年（一九八六年）法律第六二号。

566 いわゆる現物まがい商法がここでは問題になっている。したがって、他の類型とは若干性格が異なる。

567 平成三年（一九九一年）法律第六六号。

568 平成六年（一九九四年）法律第七七号。

569 投資性の高い信託取引であって内閣府令で定められたもの（信託業法施行規則〔平成一六年（二〇〇四年）内閣府令第一〇七号〕三

570 ○条の二第一項各号所定の信託契約以外の信託契約）をいう。これは、かつての小口債権販売契約におけるクーリング・オフの規定（特定債権等に係る事業の規制に関する法律〔平成四年（一九九二年）法律第七七号〕五九条。同法は信託業法によって廃止された〔信託業法附則第二条〕。）を受け継いだものである。

571 平成一六年（二〇〇四年）法律第一五四号。

572 近藤ほか・前掲注（546）一八頁以下が、この点を簡潔に説明する。

573 金融商品取引法施行令（昭和四〇年政令三二一号）一六条の三。

574 昭和六一年法律第七四号。金融商品取引法に統合されたため、廃止された。

575 同条の採用している法律構成については、前掲注（25）参照。

576 その意味は、前掲注（55）参照。

577 平成七年（一九九五年）法律第一〇五号。

578 保険業法施行令（平成七年〔一九九五年〕政令第四二五号）四五条。

我が国のクーリング・オフの特徴は、ある一定の悪徳商法が問題になるごとに、その取引形態に限定して対策が採られているという点である（「火消し立法」）。そのためか、クーリング・オフが認められるものには、そもそもかなりいかがわしい・詐欺的な取引形態が含まれている。

579 これに対して、制限行為能力制度との類似性を説くのが、河上・前掲注（7）（さらに、「クーリングオフによって熟慮の時間が与えられたことによって、顧客がやっと冷静で合理的判断が可能になるのだとすると、これは判断力の衰えた人間に後見人をつけて、その判断を支えてもらうのと同じように、時間が与えられたことによってその人の通常の判断力が回復すると考えていくべきではないか」とする加藤新太郎／加藤雅信／河上正二「約款論の意味と基礎」加藤雅信／加藤新太郎〔編著〕『現代民法学と実務（中）――気鋭の学者たちの研究のフロンティアを歩く――』〔判例タイムズ社、二〇〇八年（初出：二〇〇五年）〕二一五頁〔河上正二発言〕）である。

580 竹内昭夫〔編〕『改正割賦販売法』（商事法務研究会、一九八五年）九頁〔竹内昭夫執筆〕。

581 「解除権か、取消権か」という問題は、体系上の説明の論理一貫性を除けば、遡及効の有無が主な問題となるが、肝心のその点が、ドイツと我が国とではやや異なる様相を示している。つまり、解除の効果について、ドイツではいわゆる原契約変容説が確固たる地位を占めているが、我が国ではいわゆる直接効果説が通説であるといわれている点で、クーリング・オフを解除と解そうが取消しと解

そうが、遡及効が認められることでは変わりないからである。

もっとも、そのような我が国の通説にも当然、異論の余地はある。筆者としては、いわゆる折衷説（広中・前掲注（6）三五二頁等）あるいは原契約変容説（山中康雄「解除の効果」谷口知平／有泉亨［編］『総合判例研究叢書　民法（10）』〔有斐閣、一九五八年〕一五二頁以下、四宮和夫『請求権競合論』〔一粒社、一九七八年〔初出、一九七三～七七年〕〕二〇一頁以下、特に二〇七頁以下等）が妥当であると考えていることを付け加えておく。

582 ただし、具体的な解釈論上の相違が出そうなのは、撤回権の処分可能性の議論についてである（この論点については、山本・前掲注（28）参照）。本稿のようにクーリング・オフを法理論的にも詐欺・強迫に近いものと考え、その効果も類似のものとする場合、クーリング・オフ権の処分可能性が問題となる場面については、詐欺・強迫の場合における取消可能性とパラレルに考えてよく、その限りでは、特別な問題が存在しない（詐欺・強迫の場合と同じに考えてよい。）ことになるからである。

583 この点、東京地判平成二〇年（二〇〇八年）三月二八日判タ一二七六号三二三頁が興味深い。

584 たとえば、加藤ほか・前掲注（579）二五一頁［加藤新太郎発言］は、「解釈によるあらたな無効・取消原因の創設」に否定的な態度を示している。また、加賀山茂「錯誤における民法九三条但書、九六条二項の類推解釈――重過失による錯誤、動機の錯誤における相手方悪意の場合の表意者の保護の法理――」阪法三九巻三＝四号（一九九〇年）七一八頁は、解釈による新たな取消原因の創設はできないのではないかと「懸念」して、動機の錯誤について「無効」の法的効果を付与する。これに対して、広中俊雄「動機の錯誤について」『民事法の諸問題（広中俊雄著作集4）』（創文社、一九九四年〔初出、一九九一年〕）四六二頁以下は、取消しも無効も同様であり、加賀山教授の懸念は「杞憂」であるとして、動機の錯誤の法的効果を「取消し」だとする。本文からも分かるとおり、筆者は、広中教授の立場に立つ。

585 「類推によって例外規定が一般原理に高められてはならない」というのは、方法論上確立した原則であろう（この点については、第三章第一節四(1)ａａの判例参照。）。しかし、この原則によっても類推自体が禁止されているわけではない点に注意が必要である。

586 この指摘は、大村・前掲注（2）八六頁に見られる。

587 このような評価は前章までで検討したドイツ法の考察に基づいているが、その前提となっている方法論がそのまま日本法に妥当するかというと、疑問の余地なしとしない。前章までで見てきたように、ドイツでは類推の前提としての「想定に反する欠缺」の有無を判断する際には、立法者の意図を重視しているが、我が国では、立法内容が妥協的なものとなることが多く、その結果、立法者の意図を重視すれば、ほとんど類推の余地がなくなるからである。立法を要請する現実的問題が存在してそれに対応するために必要最小

限の立法のみがなされるという現状からすれば、そのような方法論的態度を採ると司法的継続形成による問題解決の道を途絶することになり、妥当でないと考えられる。

588 脆弱性の判断は、既存のクーリング・オフ類型との類比によることとなろう。

589 類推適用における脱法排除機能については、大村敦志「『脱法行為』と強行規定の適用」『生活民法研究Ⅰ　契約法から消費者法へ』（東京大学出版会、一九九九年〔初出：一九九一年〕）一五〇頁以下（大村教授が「変性行為」と呼ぶもの）参照。

590 この点、桑岡・前掲注（452）五五頁参照。

591 詳細な立法論を展開するには、他の保護制度との関係やクーリング・オフの規制手段としての効率性・実効性（この点については、Pamela Rekaiti/Roger van den Bergh, Cooling-Off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States. A Comparative Law and Economics Approach, 23［2000］Journal of Consumer Policy 371）などを検討する必要がある。特に、前者については後述の保証契約、後者については消費者消費貸借契約において問題となる。

592 かつて日本共産党の議員からなされたことがある（貸金業の規制等に関する法律等の一部を改正する法律案〔第一四六回（臨時会）衆法第一二号〕における一七条の二第二項。平野裕之「保証規定の改正について」法教二九四号〔二〇〇五年〕一七頁注（1）参照。）。その趣旨について提案者の佐々木憲昭議員は、次のように説明している：「これは、熟慮期間を設けるということでありまして、被害の実態を見ますと、それほど借りる必要はないのに無理やり押しつけられるといいますか、そういうケースが大変多いわけです。それで、私が当委員会で紹介しました日栄のセールストーク集もそのためのマニュアルでありまして、うっかり契約は結んでしまったんだけれども、どうもよく考えてみるとやめた方がよかったという事例も少なくないわけで、そういうことから、八日以内なら契約の取り消しを可能にするという規定が必要ではないか。」（第一四六回国会衆議院大蔵委員会議事録第八号〔平成一一年（一九九九年）一二月七日〕）、と。もっとも、保証人保護の拡充の観点からは、たとえば、通信教育受講者保護法のように撤回権と解除権を併せて用意することが、有益であるように思われる。とりわけ、経営者による保証に関しては、保証契約の締結の局面を問題にするよりは、その保証による負担が過度なものとならないようにする手当て（契約内容や履行の局面での手当て）が、より相応しいように思われる（この点、上記共産党案は、一三条二項等においてその手当てを行なっている。）。この点で注目されるのが、フランス法における比例原則である（同原則については、大沢慎太郎「フランスにおける保証人保護に関する法律の生成と展開（1）」比較法学四二巻二号八三頁以下、同「同（2・完）」比較法学四二巻三号〔二〇〇九年〕六四頁以下）。なお、この法案は、衆議院大蔵委員会にて否決され（上記大蔵委員会議事録）、一二月九日の衆議院本会議においても否決された（第一四六回国会衆議院本会議議事録第九号

〔平成一一年（一九九九年）一二月九日〕）。また、保証人保護の観点からみても主債務者が過大な負債を負わないことが重要であるところ、保証人保護と債務者保護をリンクさせて議論する必要がある旨を、大沢慎太郎「フランスにおける金融機関の融資取引に関する義務と責任（1）」早法八五巻四号（二〇一〇年）三〇頁以下が指摘する。

593 具体的には、保証契約において消費者信用法の適用または類推適用は可能かが問題となった議論が、参考になるだろう。

594 もっとも、私法上の手立てと並んで、中小企業への金融を支援する行政上の手段の一層の整備・改善が必要であろう。この点については、広中・前掲注（6）一〇四頁以下参照。

595 今般の貸金業法の改正への動きについては、野村修也「貸金業規制の行方」ジュリ一三一九号（二〇〇六年）二頁以下参照。

596 この点とも関連する統一消費者信用法制定の要求については、日弁連の「統一消費者信用法要綱案」参照。同要綱案は、販売信用（クレジット契約）におけるクーリング・オフの導入を要求しているにとどまる（一一頁以下）。

597 Lorenz のように状況関連型の撤回権には一定の理解は示しても、消費者信用における撤回権には疑問を呈する見解も存在することは、前述の通りである。また、前掲注（596）で指摘したように日弁連の統一消費者信用法要綱案におけるクーリング・オフもそこまでは及んでいない。ただし、丸山・前掲注（40）一一二頁は、「導入を否定する理由はないように思われる。」とする。

598 ただし、この規制の附随的効果を含めた全体的評価は、ここでは控えることにしたい。

599 つまり、この点については、一定の実態調査等が必要であり、その上で立法論的な導入の可否が論じられるべきである。当然、本稿では、そのような調査を踏まえた上での検討は能くなすところではない。

600 ここでも基本的に前掲注（592）で述べたことがあてはまるので、同注参照。

601 平成一九年（二〇〇七年）法律第一二八号。

602 『今後の労働契約法制の在り方に関する研究会』中間取りまとめ」（平成一七年四月一三日）四四頁以下、同「報告書」（平成一七年九月一五日）六五頁（厚生労働省ＨＰより）。連合も「連合・労働契約法案要綱骨子（案）」（二〇〇六年六月一五日）二三(2)において「労働者が使用者に対し労働契約の終了の申込を行い、使用者がこの申込に承諾の意思表示をした場合でも、労働者は使用者の承諾から一週間以内であれば理由の如何を問わずに申込の撤回ができること。」を提案する（連合ＨＰより）。

603 Zöllner, a.a.O. (Fn. 216), S. 116 いうところの〝April-April-Syndrom〟である。

604 Canaris, AcP 200 (2000), 273, 344.

605 契約信義や法的安定性が、契約の拘束力の基礎づけにおいて重要な役割を果たしていることについては、簡単には Lorenz, a.a.O. (Fn.

606 もちろん、そのような場合でも、事業者側の何らかのマーケティング戦略に乗せられており、その限度では〝影響を受けていない＝自由な〟意思の形成ではないということはできよう。Reich がこのような立場に立っていたことは、前述した。しかし、このようなものまで規制の対象とすることはその背後に「客観的に正しい内容を持つ契約」という観念が存在することになるが、何が正しい契約なのかは個人が決めるべきことであり、我々の社会の基本的原理に抵触することになる（河上正二「契約の成否と同意の範囲についての序論的考察（2）」ＮＢＬ四七〇号〔一九九一年〕四九頁、山本敬三「民法における『合意の瑕疵』論の展開とその検討」棚瀬孝雄［編］『契約法理と契約慣行』〔弘文堂、一九九九年〕一八二頁参照）。

607 ところで、このような観点からの決定自由の侵害を語る見解のほかに、最近では別の観点から市場メカニズムを通じた決定自由の侵害が存在することが提示されている。この見解は、いわゆる数量制限カルテルが市場メカニズムを通じてどのような損害を消費者にもたらすのかを経済学的に検討する中で、カルテルによる或る財の価格の上昇によって消費者の「選択の自由」が制約されている点を、伝統的意思表示理論では捉えきれない消費者の決定自由の侵害と捉えている（山本顕治「競争秩序と契約法――『厚生　対　権利』の一局面――」神戸法学雑誌五六巻三号〔二〇〇六年〕一五一頁以下）。決定自由に対する法的に有意な侵害を多角的に捉えようとする点において本稿にとっても示唆的な見解であるが、このような消費者の決定自由の侵害を法律行為法レヴェルで捉えるべきなのか、競争法レヴェルで捉えるにとどめるべきなのかは、俄かには判断しがたい。

608 さらに、民法典がひとつの原理に貫かれている必然性もない。この点については、池田清治「コメント――消費者法の独自性と実効性」新世代法政策学研究二号（二〇〇九年）一〇六頁以下が、そもそも民法自体にそれほど統一的な原理があるのか、あるいはあるべきなのか疑問がある、と指摘している。

609 この場合、「ひとつの原理、ふたつの法典」という形が取られることになる。

610 とはいえ、消費者法典を制定し、そこに消費者法を集約するというのもありうる手段であり、現に有力に主張されているが、その法典は、具体的にはどのような体系になるのであろうか。この点が明らかでなければ、民法統合論に対する代替選択肢としては、説得力に欠けるのではないだろうか。

611 この点は、既に河上正二「民法における『消費者』の位置」現代消費者法四号（二〇〇九年）四七頁以下などがある。この点は、既に、古典的な私的自治が前提としていたのが自権者たる家長であったことを示す村上淳一『ドイツ市民法史』（東京大学出版会、一九八五年）八頁以下、吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、一九九九年）一二六頁以下など。

190), S. 32ff. 参照。

では、クーリング・オフが意思表示法上の制度であると理解し、さらにクーリング・オフについて（ＢＧＢ三五五条のような）何らかの原則的規定を設ける場合、どのような方法が考えられるだろうか。まず、ドイツのように、民法典の中に統合することも考えられる。その場合には、民法一二〇条ないし一二六条の取消しに関する諸規定の後ろに、一二六条の二以下の形で規定することになるだろう（もちろん、契約総則に置くことも考えられるが、取消類似の契約解消権であることを意識させるには、取消しの規定の近くに規定を設けるほうが適切だろう。）。もっとも、クーリング・オフが主として消費者契約における制度であることに鑑み、消費者契約法に規定を置くことが考えられる。実現可能性を考えると、こちらの方が有望であると思われる。

平成一六年法律第四四号による改正である。上記改正に関しては、野村豊弘「特定商取引法の意義と課題」国民生活三四巻七号（二〇〇四年）六頁以下。上記取消権については、齋藤雅弘「悪質な勧誘行為に対する規制・民事ルールの強化――販売目的秘匿勧誘の規制と取消権の導入など――」国民生活三四巻七号（二〇〇四年）一〇頁以下、大村・前掲注（2）九八頁参照。

ただ、同法は、それぞれの類型の保護目的に関わらず、一律に、不実告知と不利益事実の不告知を個別的・具体的違法を基礎付ける行為態様としているが、心理的脆弱性が問題となっている類型について不当威圧型の行為態様に基づく取消権を認めるべきであり、ここで主張する救済手段の重要性という観点からは、それが望ましいことになる。

ここでの意思表示理論の分析は、大村・前掲注（2）七四頁以下による。

さし当たって我が国の伝統的意思表示理論とは、我妻・前掲注（287）二三九頁以下におけるそれと理解しておくこととする。我妻博士の意思表示理論は、ドイツのそれと比べた場合、標準的とは言いがたいほど表示主義に傾斜しているのも確かだが、我が国では、このような我妻理論に基づいた説明がもっと普及していること、ここでの論述との関係からいえば、ドイツの標準的説明ともさほど相違もないことから、我妻理論を伝統的意思表示理論として扱うことにする。

大村教授は、比喩的にいえば、「情報処理モデルは人間を能力的に制約のあるコンピュータにたとえるモデルである」と述べ、「人間の肉体や感情を捨象している。」と指摘する（前掲注（2）一〇〇頁）。

この点は、伝統的意思表示理論の枠組みを受け継ぎつつ登場する動機の錯誤を原則として顧慮する見解やその後に現れる情報提供義務論にもいえることである。但し、夙に大村・前掲注（2）七三頁、九八頁以下。

この点については、着想の域を出ていないが、内山・前掲注（473）六四頁参照。

経験に関しては、暴利行為による無効（九〇条）がそれをカヴァーしており、従来の法律行為法にとって受け入れ不能なほど異質なものではないことは明らかであるが、他方で、これによる保護は、全く不十分であることも事実である。なぜなら、暴利行為で捕捉

621 される未経験は、かなり一般的な取引経験の不足を要求しているからである（この点につき、大村敦志『公序良俗と契約正義』〔有斐閣、一九九五年（初出：一九八七年）〕二一六頁以下のほかLarenz/Wolf, a.a.O.［Fn. 64］, § 41 Rn. 62, S. 750; MünchKom/Armbrüster, 5.Aufl., 2006, § 138 Rn. 150; Erman/Heinz Palm, 12. Aufl., 2008, § 138 Rn. 22）。もっとも、このこと自体は、公序良俗に基づく無効という効果の大きさからすれば（Reiner, AcP 203 (2003), 1, 15ff. における四段階モデルで行けば、第二段階というかなり前の段階に位置する。）、当然のことである（ただ、暴利行為法理を法律行為法において意味あるものとして位置づけること自体、従来の法律行為法の変容を示す自体であるといえる。この点につき、大村・前掲注（2）一一三頁以下）。

622 そうであるから、伝統的な意思表示理論では顧慮されていなかったといえる。このように伝統的意思表示理論は、意思表示の過程を出来るだけシンプルに切り詰めて理解しようとする試みであるといえる。それ自体は、複雑性の縮減という意味で合理的であったかもしれないが、現代においては、それが、切り詰めすぎになっており、却ってシステム外に存在する複雑性を増大させる結果になっているといえる。

それゆえ、これらの事情を意思形成過程において考慮し理論化するといっても、当然にこれらの事情が意思表示あるいは法律行為の無効・取消しを導くものではない。その意味で、「評価の錯誤」を当然に顧慮しようという主張ではない。この種の錯誤は、特別な場合にはすでに日本法においても顧慮されているし（評価についての欺罔や消費者契約法四条一項二号の断定的判断の提供。前者については、我妻・前掲注（287）三〇九頁参照）、その基本的枠組み自体は正当なものである（この点については、内山敏和「オランダ法律行為法の現代化」早稲田法学会誌五八巻二号〔二〇〇八年〕一二七頁以下参照）。つまり、それを理論的に位置づけようとするに過ぎない。

623 もっとも、この点は、強いてクーリング・オフを意思表示法上の制度として位置づけなくとも、ある程度は導出されうる結論である。なぜなら、クーリング・オフが我々の法秩序の中に一定の価値判断を伴いつつ取り入れられることは、従来の法秩序全体に影響を及ぼすからである（とりわけ、クーリング・オフを一般私法上の制度として位置づける場合には、むしろそれが原則として当然にそうなる。）。この点については、たとえば、広中・前掲注（3）七〇頁及び実例を挙げて示している同・前掲注（173）二七頁以下、特に三二頁以下参照。

624 四宮／能見・前掲注（287）二一三頁は、「状況の濫用」や経済的威迫などの諸外国の制度を引き合いに出しつつ、問題の行為が「独禁法や下請代金支払遅延防止法に違反することがあり、その場合の私法的な救済法理として、強迫法理を拡張することが考えられる。」と指摘する。

625 暴利行為の法理については、大村・前掲注（620）、とりわけ日本法の解釈については二七三頁以下参照。
626 概略については、不十分ながら内山・前掲注（622）一二三頁以下参照。また、内山・前掲注（541）四四五頁以下は、同法理について詳しい検討を予定している。
627 森田宏樹「『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論（3・完）」NBL四八四号（一九九一年）五六頁以下は、強迫およびその拡張においては、契約内容の不当性が満たされるべきであると主張するが、それが不可欠なものであると見るのは行き過ぎのように思われる。内容の不当性は、相手方の行為態様の違法性を判断する一資料と考えても差し支えないのではなかろうか。
628 同条は次のように規定している：
「一方当事者が必要性又は従属性に突き動かされて義務を引受ける場合、他方当事者がこの脆弱な状況（situation de faiblesse）につけ込み、その約定から明らかに過大な利益を得るとき、同じく強迫が存在する。
脆弱な状況は、とりわけそれを被る当事者の脆弱性、当事者の従前の関係または経済的不均衡を考慮して、諸事情の全体に基づいて推定される。」（p. 73）
ただし、条文から分かるように、その実質は暴利行為であるといえる。ドイツでは MünchKomm/Kramer, 4. Aufl., § 123 Rn. 52, Fn. 315 において、このフランス債務法改正草案が紹介されている。
629 選択肢如何では、問題が欠缺補充としての解釈論から立法論へと移行してしまう場合もありうる。
630 フランス法に関連して問題となるのは、ここの問題が暴利行為法理によって解決可能なのか、または暴利行為法理と（とりわけオランダの）状況の濫用の異同はどの点に求められるのか、である。
631 不法行為法的救済を説くものであるが、内山・前掲注（473）は、時間的圧迫という観点から契約交渉過程における当事者の交渉環境の整備を問題とする。
632 具体的には、たとえば、内山・前掲注（1）法研論集一一九号一一頁が、詐欺の客観面に関してのみであるが、同様の指摘を行っている。
633 我が国の判例でもそのような傾向がある点につき、さしあたり内山・前掲注（1）法研論集一一九号四頁及び一九頁注（394）参照。ドイツではそれほど契約対象の複雑性と情報提供義務の関係は指摘されないが、日本にもドイツにも影響を与えているフランスでは、そのような指摘も見られる。たとえば、Ghestin, surpra note 28, n° 648, p. 625 など。
634 内山・前掲注（473）がこのように主張する。ただし、ここでは大まかな構想が示されているに過ぎず、（実用に耐えうる）具体的な要

件論が示されているわけではない。

635 前述第3章第2節2(3)乃至(5)参照。

636 この作業は、前掲注（467）で予告した考察を通じてなされる予定である。

637 この点をはっきりと打ち出していたのが、すでに見たZöllnerの見解であった。彼のいうApril-April Sydromという言葉が、この文脈でしばしば用いられることは印象的である。

638 もちろん、そのための糧を近代が振り払ったものから得ようとすることは、否定されるべきものではない（大村敦志「九〇年代日本の契約法学」同『法典・教育・民法学――民法総論研究』（有斐閣、一九九九年〔初出、一九九四年〕）二〇九頁参照）。