

## ドイツ法における通信販売への撤回権導入の議論

—わが国における事業者・消費者間の電子商取引へのクーリング・オフ導入検討の素材として—

鶴藤 倫道

## 一 はじめに

1 総務省が発表した『平成一三年版 情報通信白書』によれば、二〇〇〇（平成二二）年末におけるわが国の一五歳以上七九歳以下の個人によるインターネット利用者数は、四七〇八万人と推計され、これは、一九九九（平成一一）年末から七四%増であり、二〇〇五（平成一七）年におけるインターネット利用者数は、八七二〇万人まで増加するものと見込まれている。<sup>(1)</sup>そして、これと連動するように、インターネット関連の苦情件数は、一九九六（平成八）年から一一年の間に一〇倍以上も増加しており、近年の傾向としてインターネット消費者取引に関する苦情が大幅に増加していることが指摘されている。<sup>(2)</sup>このような状況にあつて、IT（情報通信技術）革命の推進を戦略課題として位置づける政府は、その「e-japan 重点計画」において、「インターネット上の取引・事業を制約する各種規制の改革、『行政機関による法令適用事前確認手続』の導入、情報化社会の基本ルールの整備、知的財産権の適正な保護及び利用促進、個人情報保護に関する基本法制の整備、国際的整合性を持ったルール整備等の施策を推進することとしている」<sup>(4)</sup>。

これに対し、これまでのところ、事業者・消費者間の取引を規律するルールにつき、いくつかのものが相次いで成立し、<sup>(5)</sup> 電子商取引の特質を意識した立法も見られるが、<sup>(6)</sup> 比較的早くから、コンピューターを利用したホームショッピングに、クーリング・オフを導入することが提案されることはあっても、<sup>(7)</sup> これまでのところ、電子商取引一般にクーリング・オフを導入した立法は見受けられない。

2 それでは、わが国において、事業者・消費者間の電子商取引にクーリング・オフを導入する契機は存在するのであるか。このことに関するわが国における議論状況は、次のように整理することができるであろう。<sup>(8)</sup>

すなわち、まず、特定商取引上の「通信販売」には、クーリング・オフが認められていないのだが、その理由は、既存の法制度と比較するとき、「不意打ち性（事業者側の一方的な意思により、消費者の自由意思に反して勧誘に引き込まれやすく、消費者は事前の情報収集の機会がない）」の要素に欠けるということであつた。なるほど、通信販売においては、「不意打ち性」、あるいは、これと関連する「取引の場の密室性」、「セールスマンによる高圧的勧誘・巧みな心理操作」といったことは、直接には関係がない。しかしながら、これに対して、学説上は、「通信販売」における「非現物性」の問題性が指摘され、この場合にも、クーリング・オフが導入されるべきであるとの見解も多い。というのは、「取引の場の密接性」ゆえに生じる「比較購買が不可能となる」という問題は、「通信販売」における「取引の非現物性」からも生じるからである。

それでは、事業者・消費者間の電子商取引については、どうであろうか。電子商取引は、一般に、特定商取引法上の「通信販売」に該当する<sup>(9)</sup>ため（特定商取引法二条二項・同法施行規則二条二号）、クーリング・オフが認められておらず、したがって、「通信販売」におけるのと同様、クーリング・オフ制度導入に否定的な立場は、「電子商取引」にも「不意打ち的勧

誘]がないことをその根拠とする。これに対して、クーリング・オフ制度導入に好意的な立場は、「取引の非現物性」に加え、「電子商取引」における消費者の「考慮時間の不十分さ」、「情報の不十分さ」を問題視する。「電子商取引」を「通信販売」と比較するときには、「取引の非現物性」という点では、共通する問題を孕んでいるが、「通信販売」に比して、「考慮時間の不十分さ」、「情報の不十分さ」という問題を伴っているというのである(ただし、「考慮時間の不十分さ」、「情報の不十分さ」は、制度面・技術面の改善により、問題点としては解消の方向に向かう可能性はある)。

「電子商取引」の場合、「通信販売」の場合と同様、営業所等外での取引ではないから、「不意打ち性」、「取引の場の密室性」、「セールスマンによる高圧的勧誘・巧みな心理操作」といったことは、直接には関係がない。しかし、「考慮時間の不十分さ」は、「心理的切迫感を伴う即決性」を誘引するものといえ、「情報の不十分さ」も、画面構成によっては、消費者の心理を巧みに操作することにつながる。そして、「考慮時間の不十分さ」、「情報の不十分さ」は、比較購買を不可能とする「取引の非現物性」と相俟って、消費者の意思形成の不十分さを促進することになる。したがって、「電子商取引」にあつては、「通信販売」の場合と共通する「商品の非現物性」という問題に加え、解消しつつあるとはいえ、「考慮時間の不十分さ」、「情報の不十分さ」という問題を伴うため、少なくとも、「通信販売」よりは、一層クーリング・オフを導入する必要性は高いであろう。

3 以上のわが国における議論状況に対し、ドイツにおいては、すでに、EC通信販売指令を受けて、民法典(以下、BGB)を改正し、事業者・消費者間の電子商取引を含む通信販売に、撤回権(クーリング・オフに相当する)<sup>(10)</sup>を導入するに至っている。そこで、本稿においては、ドイツにおける撤回権導入の過程を検討することとする。このドイツにおける撤回権導入の過程を検討することで、わが国の国際的整合性をもったルール整備という観点からは、一定の示唆が得られるもの

と考えるからである。具体的には、ドイツにおける通信販売への撤回権導入の過程を、特に撤回権導入の目的・根拠が何に求められているのか、という観点から整理することに重点が置かれる。すでに述べてきたように、わが国においても、事業者・消費者間の取引を規律するルールが相次いで成立し、電子商取引の特質を意識した立法がなされているものの、電子商取引一般にクーリング・オフを導入したものは見受けられない。したがって、わが国においても、クーリング・オフを導入するとすれば、その根拠を何に求めるのが、まずもって重要になり、これまでの学説上の議論も、そのことに集中してきたからである。

なお、ドイツにおける通信販売への撤回権導入の過程を、ここで概略化しておこう。まず、一九九七年の EC 通信販売指令が、古典的な通信販売に加え、事業者・消費者間の電子商取引を含む通信販売一般に、撤回権を導入しており、<sup>(11)</sup>これを受け、ドイツにおいて、この指令の国内法への転換作業が行われることになる。具体的には、EC 通信販売指令を受け、一九九九年五月三十一日に公表されたいわゆる「通信販売法」の参事官草案に始まる国内法への転換作業は、二〇〇〇年二月九日に公表された政府草案<sup>(13)</sup>を経て、二〇〇一年六月二七日に法律として成立するに至っている。<sup>(14)</sup>ところが、続いて、ドイツでは再び民法典改正の気運が高まる。<sup>(15)</sup>まず、二〇〇〇年八月四日に債務法現代化法の討議草案が連邦司法省から公表されると、二〇〇一年三月六日・二二日の二度にわたる整理案を経て、同年五月に政府草案が公表されている。<sup>(16)</sup>そして、その後、本法案は成立し、二〇〇二年一月一日に施行されている。<sup>(17)</sup>

本稿では、以上の立法過程に沿って、撤回権導入の根拠を中心に検討する。その際、撤回権の法的構成と、撤回期間の開始時期についても触れることとする。撤回権の法的構成と撤回期間の開始時期は、撤回権導入の根拠と密接な関わりを持つからである。具体的には、まず、ドイツ消費者保護法規において認められる撤回権導入の趣旨について見ておくことにする(二)。これは、その後の撤回権導入の過程を検討する上での前提作業となる。次いで、事業者・消費者間の電子商取引を含



む通信販売一般に、撤回権を導入することになっている一九九七年のEC通信販売指令の内容を確認し(三三)、この指令を国内法化することを直接の目的とした、通信販売法の制定過程とドイツ民法典の一部改正の過程を検討する。ドイツにおいて、通信販売一般に撤回権を導入するための議論は、ほぼこの段階に集中しているといってもよい(四一)。そして、EC電子商取引指令などを国内法化することも目的としている債務法現代化法の制定過程で、通信取引一般にすでに導入されている撤回権が、どのように扱われることになったのかを見ておく(四二)。最後に、ドイツ法の検討を通じ、日本法にどのような示唆が得られるかをまとめ(五一)、ドイツ法における撤回権導入に関連して、原状回復(返送費用・価値の賠償)とソフトウェアの給付の取扱いにつき、わが国の議論状況と比較しながら、若干の検討をしておくこととする(五二)。

(1) 総務省編『平成一三年版情報通信白書』(ぎょうせい、二〇〇一年)四頁。なお、インターネット利用者の数値については、調査機関によって異なっており、これは、利用者の定義や調査方法、対象とする年齢などの違いから生じるものである(インターネットビジネス研究会『インターネットビジネス白書二〇〇二』(ソフトバンクパブリッシング、二〇〇一年)一二八―一二九頁)。

(2) 総務省編・前掲注(1)一一三頁。

(3) 政府は、IT革命の推進を戦略課題として位置づけたことから、二〇〇〇(平成一二)年七月、内閣に「情報通信技術(IT)戦略本部」を設置するとともに、「IT戦略会議」を設置している。そして、同年一月、IT戦略会議において「IT基本戦略」が策定され、二〇〇一(平成一三)年一月には、「高度情報通信ネットワーク社会形成基本法(IT基本法)」に基づき、「高度情報通信ネットワーク社会推進戦略本部(IT戦略本部)」を設置、その第一回戦略本部会合において、「IT基本戦略」に基づき、IT革命を遂行する国家戦略として、市場原理に基づき民間が最大限に活力を発揮できる環境を整備し、わが国が五年以内に世界最先端のIT国家となることを目指す「e-japan 戦略」が策定された。さらに、二〇〇一(平成一三)年三月末の第三回戦略本部会合において、「e-japan 戦略」を具体化し、高度情報通信ネットワーク社会の形成のために政府が迅速かつ重点的に実施すべき施策を示した「e-japan 重点計画」を決定している(総務省編・前掲注(1)一三八頁)。

(4) 総務省編・前掲注(1)一五二頁。

- (5) 例えば、事業者・消費者間の取引を規律するルールとして、消費者契約法（平成十二年法律第六一号）、金融商品の販売等に関する法律（平成十二年法律第一〇一号）が、また、IT関連では、電子署名及び認証業務に関する法律（平成十二年法律第一〇二号）、特定商取引に関する法律（平成十二年法律第二二〇号）訪問販売等に関する法律の改正）、書面の交付等に関する情報通信の技術の利用のための関係法律の整備に関する法律（平成十二年法律第二二六号）いわゆるIT書面一括法）、電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律（平成十三年法律第九五号）などの成立を挙げることができる。
- (6) 例えば、「特定商取引に関する法律（以下、特定商取引法）」が、二〇〇〇年の法改正で、インターネット通信販売につき、有料申込みのわかりやすい画面表示と申込み内容の確認画面を義務づけている（同法二三条二項）。また、「電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律」は、消費者が、勘違いや操作ミスによって誤ったデータを電子的手法により送信し、意思表示をした場合であっても、事業者が、契約の意思表示の内容などについて消費者が確認・訂正できる措置をとっていない場合には、民法九五条但書の重過失の主張を認めないこととしている（電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律三条但書）。
- (7) 淡路剛久「ニューメディアの利用と消費者保護—ホーム・ショッピング等を中心として」『ジュリスト増刊 高度情報社会の法律問題—ニューメディアの挑戦』（有斐閣、一九八四年）二二六頁「二三〇—二三二頁」、長尾治助「クーリング・オフ権の法理」立命館法学一八三二—一八四号（一九八五年）九七四頁以下「九七七頁注（3）、九八六頁」。
- (8) わが国における議論状況については、拙稿「事業者・消費者間の電子商取引へのクーリング・オフ導入の可否」神奈川法学三五巻三号（二〇〇二年）一頁以下を参照。
- (9) 松本恒男「コンピュータ・ネットワークと取引上の課題—消費者取引を中心として」『ジュリー—一七号（一九九七年）五四頁以下「四五頁」、野村豊弘「電子取引と消費者」『ジュリー—一三九号（一九九八年）八三頁以下「八三—八四頁」、大野幸夫「インターネットモジュールをめぐる法律問題」法学教室二二〇号（一九九九年）三五頁以下「三八頁注（1）」、齋藤雅弘「電子商取引と消費者」鹿野菜穂子（編）『国境を越える消費者法（立命館大学人文科学研究所研究叢書第二二輯）』（日本評論社、二〇〇〇年）三頁以下「一一頁、三二頁注（14）」、中田邦博「特定商取引」長尾治助（編）『レクチャー消費者法【第二版】』（法律文化社、二〇〇一年）九三頁以下「一〇一頁」、板東俊矢「電子商取引」長尾治助（編）『前掲書一六一頁以下「一六七頁」』。
- (10) 河上正一「クーリング・オフ」についての一考察—『時間』という名の後見人—』法学六〇巻六号（一九九七年）一一七八頁以下「一二〇五頁、一二二三頁注（33）」。

- (11) 本指令の紹介として、岡林伸幸「通信販売における契約締結の際の消費者保護に関する指針」名城法学四八巻三号（一九九八年）一七五頁以下、谷本圭子「EU通信取引指令とドイツでの対応」鹿野菜穂子・谷本圭子編・前掲注（9）九七頁以下「九七頁―一〇三頁」がある。
- (12) 参事官草案を紹介するものとして、谷本圭子・前掲注（11）一〇七―一一頁、右近潤一「撤回概念明確化のための覚書―EU通信販売指令のドイツ国内法化を参考に―」同志社法学二七七号（二〇〇一年）二六五頁以下「二七四―二八一頁」がある。
- (13) 政府草案を紹介するものとして、右近潤一・前掲注（12）二八一―二八五頁がある。
- (14) 本法を紹介するものとして、今西康人「ドイツ民法典の一部改正と消費者法―消費者、撤回権等の基本概念に関する民法規定の新設について―」関西大学法学論集五〇巻五号（二〇〇〇年）二二〇頁以下がある。
- (15) 二〇〇〇年八月以来のドイツ民法典における債務法部分改正の経緯については、例えば、潮見佳男「ドイツ債務法の現代化と日本債権法学の課題（一）」民商二二四巻二号（二〇〇一年）三〇九頁以下「三一〇頁以下」、渡辺達徳「解説 債務法現代化法制定の経緯」岡孝編『契約法における現代化の課題（法政大学現代法研究所叢書二二）』（法政大学出版局、二〇〇二年）一五一―一八頁を参照。
- (16) 政府草案の試訳として、岡孝・青野博之・渡辺達徳・錢偉榮（訳）「ドイツ債務法現代化法案（民法改正部分）試訳」学習院大学法学会雑誌二七巻一号（二〇〇一年）二一九頁以下がある。
- (17) 本法の翻訳として、半田吉信「ドイツ債務法現代化法（邦訳）」千葉大学法学論集一七巻一号（二〇〇二年）四二頁以下がある。

## 二 通信販売法成立前の法状況

### 1 ドイツ消費者保護法規において認められている撤回権<sup>(18)</sup>

まず、検討の前提として、ドイツにおける消費者保護を目的とする法律では、撤回権が、どのようなものとして規定されているのかを概観しておく。二〇〇〇年に成立した通信販売法の起草過程で参考にされた法律は、次の四つであった（ただ

し、後述するように、撤回権を規定する法律は、これらに限られるものではない。

まず挙げられるのは、① 通信教育受講者保護法 (Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht, vom 24. August 1976, BGBl. I, S.2525)<sup>(9)</sup> である。撤回権については、その四条一項が規定している。<sup>(20)</sup> 次に挙げられるのは、② 訪問取引およびこれに類似する取引の撤回に関する法律 (Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, vom 16. Januar 1986, BGBl. I, S.122) である。撤回権は、その一条一項で規定される。<sup>(21)</sup> 三〇目に挙げられるのは、③ 消費者信用法 (Gesetz über Verbraucherkredite, zur Änderung der Zivilprozessordnung und andere Gesetze, vom 17. Dezember 1990, BGBl. I, S.2840) である。撤回権は、その七条一項で規定される。<sup>(22)</sup> そして、最後に挙げられるのは、④ 一時的居住権法 (Gesetz über die Veräußerung von Teilzeitnutzungsrechten an Wohngebäuden (Teilzeit-Wohnrechtgesetz—TzWrG), vom 20. Dezember 1996, BGBl. I, S.2154)<sup>(23)</sup> である。撤回権は、その五条一項で規定される。<sup>(23)</sup>

## 2 規定の構造—浮動的有効か浮動的無効か

以上の四つの法律においては、撤回権につき、通信教育受講者保護法が、わずかに、「意思表示を……撤回したときは、その拘束から免れる」という形で規定するのみで、他の法律は、いずれも、「意思表示は、……撤回しないときに、はじめて有効になる」という形で規定している。

前者のような、撤回がなされるまでは、不確定的に有効な状態が発生している状態を、撤回権行使のための期間は、契約が「浮動的有効」である、といい、逆に、後者のような撤回がなされるまでの不確定的に無効な状態を、撤回期間がまだ進行している間は、契約が「浮動的無効」である、という。<sup>(24)</sup> 両者の際だった違いとしては、次のことが指摘される。<sup>(25)</sup> すなわち、「浮動的無効」の場合、各当事者の履行請求権を根拠づけることができないが、<sup>(26)</sup> 「浮動的有効」であれば、それを根拠づける

ことができる、というのである。

ところで、以上の四つの法律だけを見ると、最も古い、通信教育受講者保護法の採る「浮動的有効」構成が、その後、「浮動的無効」構成に取って代わられたかのようにある。そこで、これら以外に撤回権を規定する法律を見ておくことにしよう。例えば、通信教育受講者保護法成立前、すでに撤回権が導入されていた、一九六九年の海外投資持分販売法二一条一項一文<sup>(27)</sup>、翌年の投資会社法二三条一項一文<sup>(28)</sup>は、「撤回しないときにのみ、買主は当該意思表示に拘束される」とし、「浮動的有効」構成をとっているものと解される<sup>(29)</sup>。ところが、やはり、通信教育受講者保護法成立前、一九七四年に改正された割賦販売法一b条一項<sup>(30)</sup>は、「意思表示は、……撤回しないときに、はじめて有効になる」として、「浮動的無効」構成を採っている。

このように、通信教育受講者保護法成立前には、「浮動的有効」構成、「浮動的無効」構成のそれぞれをとる法律が、すでに併存していた、ということがいえる。そして、通信教育受講者保護法成立後については、すでに見たように、全ての法律が、「浮動的無効」構成をとっている（なお、通信教育受講者保護法より後、消費者信用法と同時期に改正された、一九九〇年の保険契約法八条四項<sup>(31)</sup>は、消費者信用法とは異なり、「保険契約が一年より長い期間で締結されるときには、…自己の契約締結に向けられた意思表示を書面により撤回することができる」としている。この表現は、にわかには「浮動的無効」<sup>(32)</sup>「浮動的有効」<sup>(33)</sup>のどちらの構成をとるものか判断しかねるものであるが、「浮動的無効」構成をとっていると解してよいだろう）。

したがって、近時の傾向として、「浮動的無効」構成をとる法律が多いとは言えても、通信教育受講者保護法成立前に、割賦販売法が「浮動的無効」構成をとっていたという事実は、この二つの撤回権の法律構成を選択するのに、何らかの理由が存在したことを窺わせる。



### 3 撤回権導入の趣旨と撤回権の構成との関係

以上のような、撤回権の法律構成につき、いわば二元的な状況にあって、学説上は、撤回期間が経過する間の契約を、浮動的無効と解するのが通説となっている<sup>(34)</sup>。さらには、撤回の法律構成いかなは本質的ではない、とする者もある<sup>(35)</sup>。しかしながら、こうした二元的な法律構成の間の差異を、結局は重要ではない、というためには、やはり、撤回権を、二元的に構成することが、合目的であり、必要であったのか、ということが、検討されるべきであろう<sup>(36)</sup>。

そこで、例えば、訪問販売撤回法一条と通信教育受講者保護法四条を取り上げるならば、撤回権が導入されている趣旨<sup>(37)</sup>と撤回権の法律構成との間には、相互に関連があると言つてよいであろう。すなわち、通信教育の場合、消費者は、契約締結前には、教材を手にとつてみるできない(非現物性)。そして、少なくとも、教材の最初の部分が入手できて、初めて消費者は契約締結の適切な判断ができるのであるから、事業者に給付させるようにする(履行請求権を根拠づける)ためには、契約がない状態(浮動的無効)ではなく、契約がある状態(浮動的有効)であることが必要であったのである。これに対して、訪問販売の場合、消費者は、事業者側の「不意打ち」的勧誘にあい、交渉の過程で予期せぬ影響力を受けることで、法律行為上の決定の自由が害されることから保護される必要がある。このような契約締結の特殊性を考慮すれば、いったん有効に成立した契約から消費者を解放するとの構成(浮動的有効構成)より、契約がない状態にしておいた方が(浮動的無効構成)、より説得力があったといえるのである<sup>(38)</sup>。

(18) ドイツにおける撤回権(クーリング・オフ)を中心とした文献につき、特に、今時の通信販売への撤回権導入以前の消費者保護法規に関連しては、例えば、次のものが挙げられる。飯島紀昭「西ドイツにおけるクーリング・オフについて―制度の紹介と若干の検討」成蹊法学二二号(一九七八年)三二七頁、岡孝山本豊「西ドイツ訪問販売法の批判的検討(二)」判タ六四八号(一九七九年)、ペーター・ギルレス(小島武司訳)「いわゆる訪問販売における購入者保護」比較法雑誌一三巻三号(一九七九年)、ペーター・ギルレス(小林



一俊訳)「営業所以外における契約の勧誘と締結」判タ六二四号三六頁(一九七八年)、ペーター・ギルレス(竹内俊雄編)『西ドイツにおける消費者法の展開』(一九八九年)一二五頁以下、河上正二・前掲注(10)一一七八頁以下。また、直接には、撤回権(クーリング・オフ)について扱ったものではないが、「EC通信販売指令」について扱う中で触れられるものに、次のものがある。谷本圭子・前掲注(11)九七頁以下。

(19) 通信受講者保護法については、ペーター・ギルレス(安達三季生訳)「通信教育制度における受講者(顧客)の保護」西ドイツにおける通信教育保護のための新立法とその消費者保護法の発展における意義について―ペーター・ギルレス(竹内俊雄編)・前掲注(18)九三頁以下、近藤充代「継続的な消費者契約における中途解約権について―ドイツ通信教育法五条を中心として」東京都立大学法学会雑誌三二巻一号(一九九一年)三三五頁以下を、特に撤回権については、近藤充代・前掲三三三頁を参照。

(20) 通信教育受講者保護法四条一項は、撤回権につき、次のように規定していた。

「通信教育受講者保護法四条

(一) 受講者は、文書による教材又は視聴覚教材の第一回目の供給が到着した後二週間以内に、主催者に対して、契約締結に向けられた意思表示を書面により撤回したときは、その拘束から免れる。期間を遵守するためには、撤回の適時の発信をもって足る。第一回目の供給が受講者に到達したか、また何時到達したかについて争いがあるときは、立証責任は主催者にある(本法律の翻訳については、安達三季生訳「西ドイツ通信教育受講者保護法」ペーター・ギルレス(竹内俊雄編)・前掲注(18)一一六頁以下「二一九―二二〇頁」を、また、四条一項については、岡孝山本豊・前掲注(18)六三頁注(64)「山本豊執筆」、近藤充代・前掲注(19)三五五頁注(11)、河上正二・前掲注(10)一二〇七頁、谷本圭子・前掲注(11)一〇六頁を参考にした)。

(21) 訪問販売撤回法一条一項は、撤回権につき、次のように規定していた。

「訪問販売撤回法一条

- (一) 有償の給付に関する契約の締結に向けられた意思表示は、表意者が、
- 1 その自己の職場もしくは自宅における口頭での交渉によって、または
  - 2 契約の相手方もしくは第三者により少なくとも契約の相手方のためにも行われた余暇行事の機会に、または
  - 3 交通機関もしくは公に通行することができる通路内で不意に話しかけられることに引き続いて、
- しようという気にさせられてしまう意思表示のだが、顧客がそのような意思表示を一週間の期間内に書面により撤回しないときに、

はじめて有効となる」(本法律の翻訳については、岡孝<sup>11</sup>山本豊・前掲注(18)六四―六五頁を、また、一条一項については、河上正二・前掲注(10)一一〇八頁、谷本圭子・前掲注(11)一〇六頁を参考にした)。

(22) 消費者信用法は、撤回権につき、次のように規定していた。

「消費者信用法七条

(一) 信用契約の締結に向けられた消費者の意思表示は、消費者がその意思表示を一週間の期間内に書面により撤回しないときに、はじめて有効となる」(本法律の翻訳については、河上正二・前掲注(10)一一〇九―一一二〇頁、谷本圭子・前掲注(11)一〇六頁を参考にした。なお、消費者信用法については、泉圭子「ドイツ消費者信用法(一九九〇年)について(一)」「(三・完)」民商一〇七巻四・五号(一九九三年)七二七頁以下、民商一〇八巻一号(一九九三年)二五頁以下、民商一〇八巻二号(一九九三年)二五二頁以下、特に撤回権については民商一〇八巻一号二六頁以下を参照)。

(23) 一時的居住権法五条一項は、撤回権につき、次のように規定していた。

「一時的居住権法五条

(一) 契約の締結に向けられた取得者の意思表示は、取得者がその意思表示を一〇日の期間内に書面により撤回しないときに、はじめて有効となる」(翻訳については、谷本圭子・前掲注(11)一〇六頁を参考にした)。

(24) DB-Drucksache 14/2658, S.41.

(25) 例え、Büllow, P., Unsingens im Fernabsatz, ZIP 31/1999, S.1293ff. [S.1294] が、このことを指摘する。

(26) なるほど、「浮動的無効」であれば、各当事者は、履行請求権がないのであるが、事業者側が、消費者に対して任意に履行をすることはない。例え、消費者信用法七条二項によれば、消費者が貸付金を受領したときに、その消費者が、撤回の意思表示後又は貸付金支払い後、一週間以内に貸付金を返還しない場合には、撤回は行われぬものとみなされる。この定めにより、信用供与者は、撤回期間の満了まで貸付金の支払いを拒むことなく、むしろ、契約締結後、直ちに支払うことが期待されているのである(Ulmer, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 3.Aufl.(1995), §7 Verbraucherkreditgesetz Rn.47(S.699) (以下 Ulmer/Münch Komm., Band 3, 3.Aufl.を引用する))。

(27) Gesetz über Vertrieb ausländischer Investmentanteile, vom 28. Juli 1969, BGBl I, S.986. 海外投資持分販売法二一条一項一文の翻訳には、岡孝<sup>11</sup>山本豊・前掲注(18)六三頁注(65)「山本豊執筆」、河上正二・前掲注(10)一一〇五―一一〇六頁がある。

- (28) Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, vom 14. Januar 1970, BGBl I, S.127. 投資会社法二三条一項一文の翻訳には、岡孝＝山本豊・前掲注(18)六四頁注(66)「山本豊執筆」がある。
- (29) Gernhuber, J., Verbraucherschutz durch Rechte zum Widerruf von Willenserklärungen, WM 36/1988, S.1797ff. [S.1798]; Billow, P., a.a.O., S.1295. なお、海外投資持分販売法、投資会社法における撤回権は、「浮動的無効」構成をとるものと解するものもある(岡孝＝山本豊・前掲注(18)六三頁「山本執筆」)。
- (30) Zweites Gesetz zur Änderung des Abzahlungsgesetzes, vom 15. Mai 1974, BGBl I, S.1169. 割賦販売法一〇条一項の翻訳には、飯島紀昭・前掲注(28)三三三頁、経済企画庁国民生活局消費行政第一課編『無店舗販売と消費者』(一九八四年)三三〇頁以下、岡孝＝山本豊・前掲注(18)六四頁注(67)「山本豊執筆」、河上正一・前掲注(10)一一〇六頁がある。
- (31) Gesetz zur Änderung versicherungsrechtlicher Vorschriften, vom 17. Dezember 1990, BGBl I, S.2864
- (32) Gernhuber, J., a.a.O., S.1798
- (33) Billow, P., a.a.O., S.1295, Fn.17. なお、保険契約法では、「浮動的有効」構成がとられていると解するものもある(河上正一・前掲注(9)一一一〇頁)
- (34) 通説(ドイツ)は、Ulmer/MünchKomm, Band 3, 3.Aufl., §7 Verbraucher kreditgesetz Rn.47(S.699), Rn. 12 (S.687f.) などの脚注(25)に挙げられる諸文献、Gernhuber, J., a.a.O., S.1799などの脚注(9)に挙げられる諸文献を参照。  
なお、通説とは逆に、撤回権行使の前にも有効な契約が存在している」と解するものに、Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 9.Aufl. (1999), vor § 145 Rn. 21 (S.96f.)がある。
- (35) Medicus, D., Verschulden bei Vertragsverhandlungen, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, 1981 S.534ff. [S.526] (メニックス自身は「浮動的無効構成に傾いているところ」)。効果の点では「いずれにせよ、契約関係は巻き戻し(清算)関係となるのだから、法律構成の区別にもあまり意味がなく」とは言えるであろう(Lütcke, J., Fernabsatzrecht, Kommentar zu den §§ 312d-312f BGB(2002), § 312d Rn.9 (S.130))。
- (36) Gernhuber, J., a.a.O., S.1805.
- (37) ドイツの消費者保護に関する各法律における撤回権導入の根拠については、すでに、先行業績が多数ある。それらによると、大きくは、  
① 不意打ち的勧誘を理由にする場合、② 消費者自身の軽率さを理由にする場合、③ 非現物性を理由にする場合とに分けることが可

能であろう。

① 不意打ち的勧誘を理由に撤回権を導入する法律としては、海外投資持分販売法（河上正一・前掲注（10）一二〇五頁参照）、訪問販売撤回法（飯島紀昭・前掲注（18）三三三―三三九頁、ペーター・ギルレス（小島武司訳）「いわゆる訪問販売における購入者保護」ペーター・ギルレス（竹内俊雄編）・前掲注（18）一二五頁以下「二七―二八頁」、河上正一・前掲注（10）一二〇八頁などを参照）、保険契約法（ペーター・ギルレス（青嶋敏訳）「保険制度における契約準備過程の法律問題」ペーター・ギルレス（竹内俊雄編）・前掲注（18）一七二頁以下「二七―二七三頁」を参照）が、② 消費者自身の軽率さ・無思慮を理由に撤回権を導入する法律としては、割賦販売法（飯島紀昭・前掲注（18）三三六頁、河上正一・前掲注（10）一二〇六頁を参照）、消費者信用法（泉圭子「ドイツ信用法（一九九〇年）について（二）」前掲注（22）一六―二七頁）が、③ 非現物性を理由に撤回権を導入する法律としては、通信教育受講者保護法（近藤充代・前掲注（19）三五三―三五四頁）が挙げられる。

(38) Gernhuber, J., a.a.O., S.1805.

### 三 EC通信販売指令における撤回権

ドイツ法が以上のような状況にある中、一九九七年、欧州議会と欧州理事会により、いわゆる「EC通信販売指令」（「通信販売における契約締結の際の消費者保護に関する一九九七年五月二〇日の欧州議会及び欧州理事会指令」）<sup>(39)</sup>が公布されている。そして、この指令は、その一五条一項で、遅くとも、本指令の発効後三年以内での国内法化を加盟国に要求している。<sup>(40)</sup>そのため、ドイツでは、この指令に対応するべく、通信販売法が制定され、民法その他の消費者法が改正されることとなったのである。

そこで、ドイツにおけるその起草過程を見る前に、EC通信販売指令が、撤回権をどのように規定しているのかを見ておくことにしたい。

## 1 EC通信販売指令の目的と適用範囲<sup>(41)</sup>

まず、EC通信販売指令の、目的と適用範囲を確認しておこう。

### (1) 目的

本指令の考慮理由(三)によれば、域内市場の完成は、消費者にとっては、とりわけ国境を越える通信販売において明白に現れてくると考えられ、また、考慮理由(四)によれば、新たなテクノロジーの導入で、消費者は、共同体全体の中での供給に関するより良い見通しと注文をする多くの新しい可能性とを手に入れるものと考えられている。そして、同じく考慮理由(四)によれば、いくつかの加盟国では、すでに通信販売のための消費者保護の規程を公布しているが、それが結果として、域内市場における企業間競争に、ネガティブな影響を及ぼすものと理解されている。したがって、共同体レベルで、この域内に共通する最低限の諸規定を導入することが要求される、というのである。そこで、本指令の一条が、「この指令の目的は、消費者と給付者との間の通信販売における契約締結に関する加盟国の法規定と行政規則を統一することである」と定めている。

### (2) 適用範囲

この指令一条から、消費者・給付者間の通信販売における契約締結が、指令の対象であることがわかる。そこで、本指令の適用範囲を明確にするために、指令二条が、「通信販売における契約締結」<sup>(42)</sup>「消費者」<sup>(43)</sup>「給付者」<sup>(43)</sup>「通信伝達技術」<sup>(44)</sup>「伝達技術の経営者」<sup>(44)</sup>に関する定義規定となっている。

ここでの「通信販売における契約締結」(指令二条一号)とは、「給付者と消費者との間で締結され、かつ、商品または役

務の給付に関する契約であつて、その契約が、通信販売のために編成された給付者の販売システム又は役務給付システムの範囲内で締結され、その際、給付者が、契約のため、契約締結まで、その契約締結自体を含め、もっぱら一つ又は複数の通信伝達技術を使用する」場合をいい、指令二条一号にいう「通信伝達技術」(指令二条四号)とは、「契約当事者が同時に物理的に居合わせることをしない消費者・給付者間の契約締結のため、設置されうるあらゆる伝達手段」をいうこと(45)から、指令二条により本指令の適用がない契約はあるもの(46)、本指令の適用範囲に、消費者・事業者間の電子商取引が含まれることは明らかである。

## 2 撤回権<sup>(47)</sup>

ところで、本指令では、その六条が撤回権についてを定めている。そこで、以下では、まず指令六条を見た上で、どのような理由から、消費者・事業者間の電子商取引を含む通信販売に、撤回権が導入されたのかを確認しておくことにする。

### (1) 指令六条 (撤回権)

指令六条は、次のように定められている。すなわち、

#### 指令六条 (撤回権)

(一) 消費者は、通信販売におけるすべての契約締結を、少なくとも七労働日の期間内に、理由を述べることなく、かつ、違約金を支払うことなく、撤回することができる。撤回権行使の結果として、消費者に負わされ得る唯一の費用は、商品返送の直接費用である。



この権利主張のための期間は、

— 商品の場合、五条の意味での義務が履行されるときには、消費者のもとに商品が到達した日をもって、  
 — 役務の給付の場合、契約締結の日をもって、又は、五条の意味での義務が、契約締結後に、次に挙げられる三ヶ月の期間を越えない限りで、履行されるときには、その義務が履行される日をもって、開始する。

給付者が、五条の意味での諸条件を履行しなかった場合には、期間は三ヶ月となる。この期間は、

— 商品の場合、消費者のもとにそれが到達した日をもって、  
 — 役務の給付の場合、契約締結の日をもって、開始する。

この三ヶ月の期間内に、情報が、五条に従い伝えられるときには、七労働日の期間が、第一段に従い、この時点をもって開始する。

(二項以下省略)

## (2) 撤回権導入の目的

考慮理由(一四)によれば、指令六条に撤回権が定められている理由として、次のことが挙げられている。すなわち、「消費者は、実務においては、契約締結前に、製品を見たり、あるいは、役務給付の性質を詳細に知る、という可能性を有していない」ということから、撤回権がなければならぬ、というのである。

EC通信販売指令において撤回権が導入された理由が、考慮理由(二四)に述べられるような点にあるのだとすれば、消費者に対しては、製品を見たり、あるいは、役務給付の性質を詳細に知る、という機会が与えられねばならないことになる。そこで、改めて指令六条一項を見ると、「消費者は、通信販売におけるすべての契約締結を、少なくとも七労働日の期間

内に、理由を述べることなく、かつ、違約金を支払うことなく、撤回することができる」、との文言は、すでに有効に成立している契約を撤回する、という構成をとっており、消費者に、事業者に対する履行請求権を与える趣旨のものと解すべきことになる。

### (3) 撤回期間の開始時期

そして、撤回期間については（指令六条一項）、契約の締結を前提にして、次のように考えることができるであろう。

すなわち、まず、商品の場合は、情報提供義務を定める指令五条の意味での義務が履行されるときであり、指令五条の意味での条件が履行されないときであり（後者の場合、撤回期間が三ヶ月になるが）、撤回期間が、消費者のもとに商品の到達した日をもって開始する、ということになる。ここからは、考慮理由（一四）にあるように、消費者に、商品をよく見る機会を与えようとする意図を汲み取ることができる。

次に、役務給付の場合、指令五条の意味での義務が履行されるときには、契約締結の日又は五条の意味での義務が履行される日をもって、指令五条の意味での条件が履行されないときには、契約締結の日をもって（撤回期間は三ヶ月となる）、撤回期間が開始するとしている。ここからは、商品のように、消費者が手にとってよく見るといふことを考えることはできないが、消費者に、できるだけ役務給付の性質を知る機会を与えようとする意図を見ることができるといえる。

そして、指令五条の意味での条件が履行されない場合には、撤回期間が三ヶ月になるのであるが、この三ヶ月内に情報が指令五条に従い伝えられるときには、撤回期間は七労働日となり、情報が伝えられた日をもって開始することになる。ここから、消費者に、商品・役務給付についてを十分に理解する機会を与えようとする意図を汲み取ることができるといえる。

- (39) Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlamentes und des Rechts vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG, Nr. L144 vom 4.6.1997, S.19. なお、本指令については、例えば、Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 4. Aufl. (2001), S.2129ff.; Lütcke, J., a.a.O., S.250ff. に翻刻されている。
- (40) E C 通信販売指令は、官報に公示された日に発効するため (E C 通信販売指令一八条)、一九九七年六月四日から三年以内に国内法化が要求されていることになる。
- (41) E C 通信販売指令の目的と適用範囲については、岡林伸幸・前掲注(11)一七六一一八〇頁、谷本圭子・前掲注(11)九八一〇〇頁を参照。
- (42) 「消費者」(指令二条二号)とは、「この指令の意味での契約締結に際し、その営業上又は職業上の活動に分類されえない目的のために行為をするあらゆる自然人」をいう。
- (43) 「給付者」(指令二条三号)とは、「この指令の意味での契約締結に際し、その営業上又は職業上の活動の範囲内で行為をするあらゆる自然人又は法人」をいう。
- (44) 「伝達技術の経営者」(指令二条五号)とは、「その営業上又は職業上の活動が、一つ又は複数の通信伝達技術を給付者に自由に使用させるということにあるような、公法又は私法上のあらゆる自然人と法人」をいう。
- (45) 指令二条四号にいう、「通信伝達技術」については、補遺Iで、次のものが挙げられている。すなわち、「宛名のない印刷物」「宛名のある印刷物」「既製の定形郵便物」「注文票付きの新聞雑誌広告」「カタログ」「通話の相手である人との電話による伝達」「通話の相手である自動装置(機械)との電話による伝達(ヴォイスメール、オーディオテキスト)」「ラジオ放送」「テレビ電話」「キーボード又は接触画面付きのビデオテキスト(マイクロコンピュータ、テレビ画面)」「電子郵便」「遠隔コピー(テレファックス)」「テレビ(テレビショッピング)」である。
- (46) 指令三条一項では、以下のような契約が、適用されないものとして挙げられている。すなわち、「補遺IIでの網羅的というわけではないリストに挙げられた金融サービスに関する契約」「自動販売機又は自動化された営業所を利用して締結される契約」「公衆電話の使用により、通信伝達手段の経営者と締結される契約」「不動産の建設又は売却のために締結され、あるいは、使用賃貸借を除く不動産に関するその他の権利に関する契約」「競売の場合に締結される契約」である。
- (47) E C 通信販売指令の撤回権については、岡林伸幸・前掲注(11)一八一—一八三頁、谷本圭子・前掲注(11)一〇二—一〇三頁、右近

潤一・前掲注(12)二七一―二七三頁を参照。

#### 四 ドイツ法における通信販売への撤回権の導入

以上のように、EC通信販売指令においては、考慮理由(一四)に見られるように、消費者に対し、製品を見たり、あるいは、役務給付の性質を詳細に知る、という機会が与えられるべきである、との理由に基づく撤回権の導入が企図されている。そして、指令六条一項では、それに対応した構成が考えられ、撤回期間の開始時期が設定されていると言つてよい。

このような通信販売指令を受け、ドイツでは、これを国内法に転換する作業が行われることになる。一九九九年五月三十一日に公表された、いわゆる「通信販売法」の参事官草案<sup>(48)</sup>に始まる国内法への転換作業は、二〇〇〇年二月九日に公表された政府草案<sup>(49)</sup>を経て、二〇〇〇年六月二七日に法律として成立するに至っている<sup>(50)</sup>。

ここでは、通信販売指令の国内法化の過程で、通信販売に撤回権を導入する根拠がどのように理解されていたのかということを中心に、そして、それと関連づけられる撤回期間の開始時期についても検討しておくことにする。

# 1 通信販売法とドイツ民法典の一部改正（二〇〇〇年）

## （1）参事官草案

### （ア）目的と適用範囲

#### （a）目的

参事官草案によれば、EC通信販売指令の意図するところは、通信販売契約の場合に、消費者に一定の情報を得られるようにすることと、撤回権を与えることにあるのであるが、ドイツ法は、通信販売のためのこうした諸規定を予定しておらず、ゆえに、EC通信販売指令が、その指令一五条に従い、二〇〇〇年六月四日までにドイツ法に転換されねばならないとする。<sup>(53)</sup>そして、通信販売指令のドイツ法への転換は、通信販売法を公布し、現行の諸規定を改正することによるとされている。<sup>(54)</sup>

#### （b）適用範囲

それでは、通信販売法草案では、その適用範囲がどのように定められているのであろうか。本稿の目的との関係では、事業者・消費者間の電子商取引に適用があるのか否かを確認する必要がある。適用範囲については、通信販売法草案一条一項・二項が、次のように規定する。すなわち、

#### 通信販売法草案一条 適用範囲<sup>(55)</sup>

（一）この法律は、契約交渉及び契約締結のため、もっぱら通信伝達手段が用いられるように編成されている販売システムもしくは役務給付システムの範囲内で、事業者（§24 Satz 1 Nr.1 des AGB-Gesetzes）と消費者（§24a des AGB-

(Gesetzes)との間、締結される商品又は役務給付の給付に関する契約に妥当する(通信販売契約)。

(二) 通信伝達手段とは、契約当事者が同時に物理的に居合わせることをない、消費者と事業者との間の契約交渉又は契約締結のために設置され得る通信伝達技術であり、とりわけ、手紙、カタログ、電話、ファクシミリ、Eメール、並びに、情報通信サービスとメディアサービス<sup>(56)</sup>である。

このうち、事業者<sup>(57)</sup>と消費者<sup>(58)</sup>については約款規制法によることとされており、また、一項・二項は、EC通信販売指令二条・三条に対応するものとなっている(通信販売法の適用されない契約は一条三項に挙げられている)。したがって、通信販売法草案は、EC通信販売指令同様、事業者・消費者間の電子商取引を含む通信販売に適用のあるものと解される。

#### (イ) 撤回権—通信販売法草案三条

そこで、次には、EC通信販売指令六条に従い撤回の要件を定める通信販売法草案三条を見た上で、どのような理由から、消費者・事業者間の電子商取引を含む通信販売に、撤回権が導入されたのかを確認しておくことにする。

通信販売法草案三条は、次のように定められている。すなわち、

#### 通信販売法草案三条 撤回権<sup>(60)</sup>

(一) 通信販売契約の締結に向けられた消費者の意思表示は、消費者が、意思表示を、七労働日の期間内に撤回しないときに、はじめて有効となる。労働日とは、日曜日、土曜日又は消費者の住所での法律上の祝日ではない暦日である。期間を遵守するためには、撤回の適時の発信をもって足りる。

(二) 期間は、一条三項と四項による情報提供義務の履行で開始し、商品の場合には、受領者による商品受領の日の前に



は開始せず、同種の商品の反復的給付の場合には、最初の給付の一部の受領の日の前には開始せず、そして、役務給付の場合には、契約締結の日の前には開始しない。撤回権が消滅するのは、

1. 商品の場合、受領者による商品の受領後、遅くとも三ヶ月で、そして、
2. 役務給付の場合、

a) 契約締結後遅くとも三ヶ月で、又は、

b) 消費者の同意を得ての役務提供の履行が、七労働日の期間の終了前に開始されたときである。

(以下、省略)

#### (ウ) 撤回権導入の根拠

それでは、このような撤回権は、どのような理由から導入されることとなったのであろうか。

まず、本法律の目的に関して述べられた、次の部分が注目される。すなわち、本法律における主たる目的は、消費者の選択自由の権利を保護することであり、この選択自由の権利の重要な視点は、消費者が、注文前とそれが実行されている間に入手する情報の質に関わるものであるから、新たな技術を利用することが消費者に提供される情報を制限することになつてはならない、とする<sup>(61)</sup>。

そして、古典的な通信販売の成立以来、この領域の提供者は、消費者に、注文された商品受領後の売買契約解除権を認めているのだが、それは、消費者が、注文された商品をその注文前には吟味することができず、また、販売員が欠けていてその性質について質問をすることができないためであるとする<sup>(62)</sup>。

以上の、本法律の目的との関係で述べられたこの部分は、EC通信販売指令六条に、撤回権が定められている理由として

挙げられていたところと、共通する認識を窺うことができる。

#### (エ) 撤回期間の開始時期

以上のような、撤回権導入の根拠は、撤回期間の開始時期についての定め方に、最もよく反映している。すなわち、草案三条二項によれば、撤回期間が、情報提供義務の履行で開始することとされており、このことは、消費者に商品や役務給付の性質を知る機会を与えようとするものと解され、特に、商品の場合、受領者による商品受領の日の前には、撤回期間が開始しないとされているのは、商品を手にとって、充分吟味する機会を与えようとするものと解される。

このことは、次のような、同種の商品の反復的給付の場合についての記述からも確認することができる。すなわち、草案三条二項一文で、「期間は、……同種の商品の反復的給付の場合には、最初の給付の一部の受領の日の前には開始」しないとされるのは、「同種の給付が問題となっている限りでは、消費者は、最初の一部の給付の後すでに商品を吟味することができ、契約から離脱しないつもりであるのか否かを定めることができる」ためである、<sup>(63)</sup> といっているのである。

#### (オ) 撤回権の法律構成に対する批判

以上のように、撤回期間の開始時期については、撤回権導入の根拠と関連づけて理解することができる。

ところが、撤回権の法律構成については、必ずしも撤回権導入の根拠とうまく結びついているとは言えず、批判を受けることとなる。それはこうである。すなわち、草案三条二項一文は、「通信販売契約の締結に向けられた消費者の意思表示は、消費者が、意思表示を、七労働日の期間内に撤回しないときに、はじめて有効となる」と表現しているが、これは、撤回権の法律構成として、「浮動的無効」構成をとることを意味する。<sup>(64)</sup> しかしながら、「浮動的無効」構成を採るときには、契約

はまだ効力がなく、消費者には、提供者に対する履行請求権がないことになる。そうなれば、商品などを吟味・審査することができないことになるのであるから、前述の撤回権導入の目的を達することができなくなる、というのである。<sup>(65)</sup>そこで、撤回権導入の目的を達するためには、契約の有効性、すなわち、履行請求権の存在を前提とする法律構成をとるべきであるから、撤回権は、解除権として形成されるべきだともされる。<sup>(66)</sup>

## (2) 政府草案

以上の参事官草案が公表された後、二〇〇〇年二月九日には、政府草案が公表されている。

### (ア) 目的と適用範囲

#### (a) 目的

政府草案における目的は、参事官草案で述べられたことと、ほぼ同じである。<sup>(67)</sup>そして、EC通信販売指令のドイツ法への転換が、通信販売法を公布し、現行の諸規定の改正とよることとされるのも、参事官草案と同様である。<sup>(68)</sup>

ただし、今回の通信販売指令の国内法化に際し、可能な限り広範囲にわたり、消費者保護法の統一化を図ることも立法目的とされたため、いくつかの消費者法上の概念が<sup>(69)</sup>民法典の中に定められることになり、その結果、政府草案は、参事官草案とは異なるものとなっている。

#### (b) 適用範囲

まず、政府草案において、適用範囲を定める通信販売法草案一条一項・二項は、<sup>(70)</sup>参事官草案におけるそれから、どのよう

に修正されたのであろうか。

まず、「事業者」「消費者」概念につき、参事官草案では、約款規制法による、とされていたところ、政府草案では、前述のように、消費者保護法規における概念の統一という目的から、BGB草案二六一 a 条三項<sup>(72)</sup>で規定されることになったが、その内容は、従前の約款規制法におけるのと、ほぼ同じである。

通信販売法草案一条一項についても、参事官草案の内容が、本文と但書に書き分けられたにすぎない。また、同条一項については、そこで挙げられる、通信伝達手段の例示に無線放送の追加が見られるほかは、何ら修正を受けていない（さらに、同条三項<sup>(73)</sup>に挙げられる、通信販売法が適用されない契約にも、参事官草案からの大きな変更は見られない）。

したがって、通信販売法は、事業者・消費者間の電子商取引に適用のあることに変わりはない。

#### (イ) 撤回権—通信販売法草案三条と民法草案二六一 a 条

ところが、参事官草案において、通信販売法草案三条が規定していた撤回権については、大幅な修正を受けることとなった。

その修正点として、一つは、従来のように、新たな撤回期間を備えた特別法を生み出すことは、消費者法の見通しの悪さにつながってしまうから、消費者保護法規における概念の統一、とりわけ、撤回権の統一<sup>(74)</sup>を図るため、撤回権そのものが、民法典の中（BGB 三六一 a 条一項・二項）に規定されることになったことが挙げられる。そして、第二には、撤回権の法律構成に変更の見られることが挙げられる。

そこで、以下では、規定の内容について、どのような修正を受けているのか確認することにして、撤回権導入の目的・根拠に変更があったのか否か、そして、撤回権導入の根拠と撤回期間の開始時期・撤回権の構成との関係を見ておくことにし

よう。

BGB草案三六一 a 条一項・二項は、次のように規定されている。

BGB草案三六一 a 条<sup>(75)</sup>

(一) 法律により、消費者にこの規定に従い撤回権が認められる場合で、消費者がその意思表示を期限どおりに撤回したときには、消費者は、事業者との契約締結に向けられた自己の意思表示に、もはや拘束されない。撤回は、理由を含む必要はなく、かつ、永続的なデータ記憶媒体で又は物の返送により、二週間以内に行われねばならない。期間の遵守のためには、適時の送付で足りる。期間は、撤回受領者の名前と住所、そして、二文の規定への指示をも含み、かつ、公証人により証明された契約以外の場合には消費者により別個に署名されるべき、明白に形成された消費者の撤回権に関する教示が、消費者に交付された時点をもって、開始する。契約が書面により締結されねばならないときには、契約書又はその写しも、消費者に交付されねばならない。期間の開始に争いがあるときには、証明責任は、事業者に帰せられる。

(二) 別段の定めがない限り、撤回権には本節の規定が準用される。事業者は、その賠償義務につき、消費者の意思表示の到達後遅くとも三〇日で、三四九条に従い、遅滞となる。消費者が、毀損、滅失、又はその他の不能の責任を負わねばならないときには、消費者は、事業者に、価値の減少又は価格を賠償せねばならない。三五一条ないし三五三条は、適用されない。第三文の場合には、消費者が、その撤回権につき、きちんと教示されず、かつ、このことにつき他の方法で知らされてもいなかったときには、消費者は、故意と重過失についてのみ責任を負う。撤回行使の時点までの物の使用の移転又は物の利用、並びにその他の給付につき、その価値は、償還されねばならない。定めに従った物の使用、又は、その他の給付の利用によって生じた価値の減少は、顧慮されない。それ以外の請求権は、存在しない。

また、これに伴い、通信販売法草案二条は、次のように改められている。

通信販売法草案二条<sup>(76)</sup>

(一) 消費者には、BGB三六一 a 条に従い、撤回権が帰属する。撤回の期間は、BGB三六一 a 条一項三文と異なり、二条三項と四項とによる情報提供義務の履行前には開始せず、商品の場合、受領者による商品受領の前には開始せず、同種の商品の反復的給付の場合、最初の給付の一部の受領の前には開始せず、役務給付の場合、契約締結の前には開始しない。撤回の教示は、消費者による署名を必要とせず、永続的なデータ記憶媒体によっても消費者に自由に利用され得る。撤回権が消滅するのは、

1. 商品の場合、受領者による商品の受領後、遅くとも三ヶ月で、そして、
2. 役務給付の場合

a 契約締結後遅くとも三ヶ月で、又は、

b 事業者が、消費者の同意を得て、撤回の期間終了前に役務給付の履行を開始したとき、又は、消費者が、自らこれを指示したときである。

(以下、省略)

(ウ) 撤回権導入の根拠

以上のように、原則的には、BGB草案三六一 a 条が撤回権について定め、通信販売法草案二条は、これを準用するといふ形をとっている。このような変更があったとはいえ、事業者・消費者間の電子商取引を含む通信販売の領域に撤回権が導



入されている点で、参事官草案と何ら変わりがあるわけではない。

そして、この領域への撤回権導入の根拠として、参事官草案で述べられていたことが、政府草案でも繰り返して述べられている。すなわち、この領域では、従来、消費者が、注文された商品をその注文前には吟味することができず、また、販売員が欠けていてその性質について質問をすることができないことが問題であるから、消費者には、商品を吟味し、熟考する機会の与えられることが重要である、というのである。<sup>(77)</sup>

#### (エ) 撤回期間の開始時期

このように、消費者には、商品を吟味し、熟考する機会の与えられることが重要だと認識は、やはり、通信販売法草案三条一項での撤回期間の開始時期の定め方に反映している。つまり、本条項は、消費者に商品や取引条件に関する情報が十分提供され、商品を十分吟味する機会が与えられるよう、参事官草案における通信販売法草案三条二項と同様に定められるのである。<sup>(78)</sup>

#### (オ) 参事官草案に対する批判の受け入れ

以上のように、古典的な通信販売が成立して以来、消費者は、契約締結前に商品を見たり、あるいは役務給付の性質を詳細に知る、という可能性がないため、消費者に、そのような機会と熟考する機会を与えようとするのが、撤回権導入の目的・根拠であった(このことは、参事官草案でも同様である)。

ところが、参事官草案での通信販売法草案三条一項一文は、「浮動的無効」構成をとるため、消費者に、商品を見たり、あるいは役務給付の性質を詳細に知るといふ機会が、必ずしも充分には与えられないことになる、との批判を受けることに

なる。そこで、政府草案では、撤回権の法律構成が改められることになった。つまり、BGB三六一a条一項において、「法律により消費者にこの規定に従い撤回権が認められる場合で、消費者がその意思表示を期限どおりに撤回したときには、消費者は、事業者との契約締結に向けられた自己の意思表示に、もはや拘束されない」、と定められ、「浮動的有効」構成がとられることになったのである。

この撤回権の構成の問題については、もう少し丁寧に、政府草案の内容を確認しておこう。

まず、政府草案の草案理由は、一読すると、参事官草案に従うかのような記述が続く。すなわち、なるほど、消費者保護法規における撤回という概念は、統一されたものではなく、「浮動的無効」と構成されるものと「浮動的有効」と構成されるものの二つがあるが、だからといって、「浮動的無効」と「浮動的有効」という撤回権の法律構成の相違からは、撤回の法律効果そのものに相違は生じない、と述べられているのである。というのは、全ての消費者保護法は、本質的には、訪問販売撤回法三条と四条のモデルに従った、清算が予定されているからだ<sup>(79)</sup>である。

また、参事官草案に対する批判の中で、契約の有効な成立を前提として法律構成されるべきであるから、解除権的な構成を採るべきであるとの提案がなされていたのだが、これに対しても、法律効果は、訪問販売撤回法三条と四条に対応して規定されねばならないのだから、解除権と構成する論拠には、説得力がない<sup>(80)</sup>、というのである。さらに、解除権そのものにより、両当事者の事前の給付義務を根拠づけることができるわけではない<sup>(81)</sup>、ともされる。

しかしながら、結局は、前記のBGB草案三六一a条を見ればわかるように、通信教育受講者保護法のモデルに従い、撤回権は、統一して「浮動的有効」構成がとられることになっている<sup>(82)</sup>。また、その規定の位置から、統一された撤回権に関する規定は、BGBの解除権に関する規定に挿入される、ということになっている<sup>(83)</sup>。

もつとも、「浮動的有効」構成をとる通信教育受講者保護法が、統一的な撤回権のモデルとされた理由については、必ず

しも明らかではない。少なくとも、再び新たな撤回期間を備えた特別法を生み出すことは、消費者法の法状況をさらに見通しのかかないものとしてしまうため、規定の統一を図るべきだとの配慮があつたことは確かである。<sup>(84)</sup>

### (3) 二〇〇〇年改正法—政府草案以後の改正点

#### (ア) 適用範囲

その後も、二〇〇〇年改正法が成立するまでの間に、若干の修正等が行われているが、最も大きな変更点は、適用範囲をめぐり規定の位置の変更である。<sup>(85)</sup>

適用範囲について、通信販売法一条は、その三項四号で、若干の語句の修正・削除が行われているが、本質的な内容に関わるものではない。しかしながら、政府草案の段階で、BGB草案三六一 a 条三項に置かれた消費者・事業者概念に関する規定は、連邦議会の法務委員会により、消費者概念をBGB一三条に、事業者概念をBGB一四条に分けて規定されることになる(事業者概念につき、「人的会社」を含むことができるような構成に改められている)が、その基本的な概念に修正が加えられているわけではない。<sup>(86)</sup>

したがって、適用範囲に大きな変更はなく、事業者・消費者間の電子商取引に適用があることに、変わりはない。

#### (イ) 撤回権

通信販売法が、電子商取引を含む通信販売の場合に撤回権を導入した目的・根拠については、政府草案以降、特に検討されてはいない。したがって、参事官草案・政府草案で述べられていたことと変わりはないものと解される。<sup>(87)</sup> このことは、撤回権導入の目的・根拠と結びつき、政府草案で「浮動的有効」構成をとることとなったBGB三六一 a 条一項一文に修正の

ないことから窺われる<sup>(88)</sup>。また、一項二文以降では、若干の変更が見られるものの、撤回期間の開始時期につき、消費者に不利益な変更がなされたものではなく、消費者に対する教示の方法に修正が加えられたものであるから、むしろ、電子商取引を意識した修正と考えられる<sup>(89)</sup>。そして、通信販売法三条については、撤回権消滅の場合を、三ヶ月から四ヶ月に延長しているが、他は、ごくわずかな語句の修正にすぎない<sup>(90)</sup>。

- (48) Referententwurf, Fernabsatzgesetz (FernAG), Bundesministerium der Justiz Referat I B 2 3420/12-4 (以下、Referententwurf, BMJ Referat I B 2 3420/12-4 と引用する)。下の三頁以下に、「通信販売契約その他の消費者法の問題に関する法律」の諸規定を適合させるための法律の草案 (Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro) が公表されている。
- (49) Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, Deutscher Bundestag Drucksache 14/2658 (以下、Gesetzentwurf der Bundesregierung, DB-Drucksache 14/2658 と引用)。
- (50) Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, Vom 27. Juni 2000, BGBl. 2000 Teil I, Nr. 28, S. 897ff. (BGBl. 2000 Teil I, S. 1139) で補足されている。
- (51) Referententwurf, BMJ Referat I B 2 3420/12-4, S. 1, S. 34
- (52) Referententwurf, BMJ Referat I B 2 3420/12-4, S. 1, S. 35
- (53) Referententwurf, BMJ Referat I B 2 3420/12-4, S. 1
- (54) Referententwurf, BMJ Referat I B 2 3420/12-4, S. 1
- (55) Referententwurf, BMJ Referat I B 2 3420/12-4, S. 3f.
- (56) 以下の「情報通信サービスとメディアサービス(Tele- und Mediendienste)」という概念は、後に「二〇〇二年の債務法現代化法において、電子商取引における契約を定義づける際にも重要なものとなる(BGB三二二条参照)。「情報通信サービス」と「メディアサービス」という概念は、それぞれ、情報通信サービス法(Telemediengesetz)二二条とメディアサービス条約(Mediendienste-Staatsvertrag)二

条で使用されているものである。これらの概念については、後掲注(102)を参照。

- (57) 約款規制法二四一条一文一号によれば、「事業者」とは「自己の営業上または職業上の活動の実施において行為する人」である(翻訳には、石田喜久夫編『注釈ドイツ約款規制法「改訂普及版」(同文館出版、一九九九年)三二五頁「谷本圭子」を参考にした)。
- (58) 約款規制法二四 a 条によれば、「消費者」とは「営業上の活動にも独立した職業上の活動にも分類され得ない目的で契約を締結する自然人」である(翻訳には、石田喜久夫編・前注三二五頁「谷本圭子」を参考にした)。
- (59) 同じくEC通信販売指令六条で定められている撤回の効果と融資取引に関する規定は、四条(Referententwurf, BMJ Referat I B 2 3420/12-4, S.99)°  
3420/12-4, S.8f.) の対象となる(Referententwurf, BMJ Referat I B 2 3420/12-4, S.99)°
- (60) Referententwurf, BMJ Referat I B 2 3420/12-4, S.7f.
- (61) Referententwurf, BMJ Referat I B 2 3420/12-4, S.30.
- (62) Referententwurf, BMJ Referat I B 2 3420/12-4, S.30.
- (63) Referententwurf, BMJ Referat I B 2 3420/12-4, S.101.
- (64) 草案三条一項一文で、「浮動的無効」構成をとることとした理由は、次のように述べられている。すなわち、ドイツ法においては、契約の有効性をはじめに生ぜしめない権利と理解されており、そうした種々の指令を国内法化した、訪問販売撤回法一条一項、消費者信用法七条一項、一時的居住権法五条一項、通信教育受講者保護法四条一項で定評のある表現に範をとっている、というのである(Referententwurf, BMJ Referat I B 2 3420/12-4, S.99)°。なお、(11)で挙げられる各法律と指令との関係については、谷本圭子・前掲注(11)一〇六頁を参照。
- (65) Billow, P., a.a.O., S. 1293ff. なお、学説による批判については、谷本圭子・前掲注(11)一〇九一一〇頁、右近潤一・前掲注(12)二七七一―二八一頁による紹介がある。
- (66) Billow, P., a.a.O., S.1295.
- (67) 参事官草案と同様、EC通信販売指令の意図するところは、通信販売契約の場合に、消費者に一定の情報を得られるようにすることと、撤回権を与えることにあるのであるが、ドイツ法は、通信販売のためのこうした諸規定を予定しておらず、ゆえに、通信販売指令を、ドイツ法に転換することが目的となる、と(11) (Gesetzentwurf der Bundesregierung, DB-Drucksache 14/2658, S.1 (A, Zielsetzung))°。
- なお、EU通信販売指令のドイツ国内法への転換に伴い、「消費者利益の保護のための不作為訴訟に関する一九九八年五月一九日の欧

州議会と欧州理事会の指令 (Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. EG Nr. L 166 S. 51)) と「瑕疵ある製造物の責任に関する加盟国の法規と行政規定の統一のための欧州理事会の指令を改正するための一九九九年六月四日の欧州議会と欧州理事会の指令 (Richtlinie 99/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juni 1999 zur Änderung der Richtlinie 85/374/EWG des Rates zur Angleichung der Rechts und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (ABl. EG Nr. L 141 S. 20))」をドイツ国内法に転換する「目的」が、目的とされた (Gesetzentwurf der Bundesregierung, DB-Drucksache 14/2658, S. 1 (A. Zielsetzung)).

(38) Gesetzentwurf der Bundesregierung, DB-Drucksache 14/2658, S. 1 (B. Lösung).

(39) Gesetzentwurf der Bundesregierung, DB-Drucksache 14/2658, S. 1 (A. Zielsetzung), S. 29 (Begründung, A. Allgemeines, IV. Vereinheitlichung des Verbraucherrechts)

(70) 政府草案における通信販売法案一条は、次のようなものであった (Gesetzentwurf der Bundesregierung, DB-Drucksache 14/2658, S. 4.)。

「通信販売法 (草案) 一条

(一) この法律は、もっぱら通信伝達手段を利用して事業者と消費者との間で締結される商品の給付に関する契約又は役務給付の提供に関する契約に妥当する、ただし、契約締結が、通信販売のために編成されている販売システムもしくは役務給付システムの範囲内で、行われないときを除く (通信販売契約)。

(二) 通信伝達手段とは、契約当事者が同時に物理的に居合わせることをしない、消費者と事業者との間の契約交渉又は契約締結のために設置され得る伝達技術であり、とりわけ、手紙、カタログ、電話、ファクシミリ、Eメール、並びに、無線放送、情報通信サービスとメディアサービスである。

(三) この法律は、以下の契約には適用されない、

1. 通信教育に関する契約 (§1 Fernunterrichtsschutzgesetz)
2. 住宅の一時利用に関する契約 (§1 Teilzeit-Wohnrechtgesetz)
3. 金融取引に関する契約、とりわけ、銀行取引、金融サービス、有価証券サービス、保険に関する契約、並びにそれらの仲介に関する



- る契約、
4. 土地及び土地所有権類似の権利の販売に関する契約、土地の物的権利及び土地所有権類似の権利の設定、移転、廃止、並びに、建物の建築に関する契約、
  5. 消費者の住所、居所、又は職場で、事業者により、頻繁かつ定期的に走行する範囲内で供給される食料品、飲み物、又はその他の日用家庭用品の供給に関する契約、
  6. 事業者が、契約締結に際して、役務給付を一定の時点で又は正確に告げられた時間内に提供する義務を負うときの、食べ物や飲み物の格納、運送、配達、並びに余暇利用の範囲での役務給付の提供に関する契約、
  7. 以下のようにして締結される契約、
    - a 自動販売機又は自動化された店舗を利用して締結される契約、
    - b 公衆電話の利用が目的のための利用である限りでは、公衆電話の利用に基づくテレコミュニケーション手段の経営者と締結される契約、又は、
    - c 競売の方法で締結された契約」
- (71) Gesetzentwurf der Bundesregierung, DB-Drucksache 14/2658, S.1, S.29, S.47f.
- (72) 政府草案におけるBGB二六一 a条三項は、次のようなものであった (Gesetzentwurf der Bundesregierung, DB-Drucksache 14/2658, S.6.)。
- 「(3) 消費者とは、営業上の活動にも独立した職業上の活動にも分類されえない目的で法律行為を締結するすべての自然人をいう。事業者とは、法律行為の締結の際に、その営業上の又は独立した職業上の活動の実施において行為をする人をいう。」
- (73) 政府草案における通信販売法草案一条三項は、次のようなものであった (Gesetzentwurf der Bundesregierung, DB-Drucksache 14/2658, S.4.)。
- 「(3) この法律は、以下の契約には適用されない、
1. 通信教育に関する契約 (§1 Fernunterrichtsschutzgesetz)
  2. 住宅の一時利用に関する契約 (§1 Teilzeit-Wohnrechtgesetz)
  3. 金融取引に関する契約、とりわけ、銀行取引、金融サービス、有価証券サービス、保険に関する契約、並びにそれらの仲介に関する

- る契約、
4. 土地及び土地所有権類似の権利の販売に関する契約、土地の物的権利及び土地所有権類似の権利の設定、移転、廃止、並びに、建物の建築に関する契約、
  5. 消費者の住所、居所、又は職場で、事業者により、頻繁かつ定期的に走行する範囲内で供給される食料品、飲み物、又はその他の日用家庭用品の供給に関する契約、
  6. 事業者が、契約締結に際して、役務給付を一定の時点で又は正確に告げられた時間内に提供する義務を負うときの、食べ物や飲み物の格納、運送、配達、並びに余暇利用の範囲での役務給付の提供に関する契約、
  7. 以下のようにして締結される契約、
    - a 自動販売機又は自動化された店舗を利用して締結される契約、
    - b 公衆電話の利用が目的のための利用である限りでは、公衆電話の利用に基づくテレコミュニケーション手段の経営者と締結される契約、又は、
    - c 競売の方法で締結された契約」
- (74) Gesetzentwurf der Bundesregierung, DB-Drucksache 14/2658, S.1, S.29, S.41ff., S.46f.
- (75) Gesetzentwurf der Bundesregierung, DB-Drucksache 14/2658, S.6.
- (76) Gesetzentwurf der Bundesregierung, DB-Drucksache 14/2658, S.5.
- (77) Gesetzentwurf der Bundesregierung, DB-Drucksache 14/2658, S.15f.
- (78) Gesetzentwurf der Bundesregierung, DB-Drucksache 14/2658, S.43.
- (79) Gesetzentwurf der Bundesregierung, DB-Drucksache 14/2658, S.41f.
- (80) Gesetzentwurf der Bundesregierung, DB-Drucksache 14/2658, S.42.
- (81) Gesetzentwurf der Bundesregierung, DB-Drucksache 14/2658, S.42.
- (82) Gesetzentwurf der Bundesregierung, DB-Drucksache 14/2658, S.47, S.60.
- (83) Gesetzentwurf der Bundesregierung, DB-Drucksache 14/2658, S.42.
- (84) Gesetzentwurf der Bundesregierung, DB-Drucksache 14/2658, S.42, S.46.

- (85) 政府草案以降の改正動向については、以下を参照。 Unterrichtung durch die Bundesregierung, Deutscher Bundestag Drucksache 14/2920; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung- Drucksachen 14/2658, 14/2920-, Deutscher Bundestag Drucksache 14/3195; Unterrichtung durch den Bundesrat, Deutscher Bundestag Drucksache 14/3452; Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses zu dem Gesetz über Fernabsatzverträge und anderer Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro - Drucksachen 14/2658, 14/2920, 14/3195, 14/3452-, Deutscher Bundestag Drucksache 14/3527
- (86) BT-Drucksache 14/3195, S.8
- (87) 通信販売契約における目的物の「非現物性」を指摘するもの、Wendehorst/MünchKomm, Band 2, 4.Aufl. (2001), Vor §1 FernAbsG Rn.1f. (S.2118), §3 FernAbsG Rn.1 (S.2204)
- (88) 撤回権につき「浮動的有効」構成がとられていることにつき Ulmer/MünchKomm, Band 2, 4.Aufl. (2001), §361a BGB Rn.30 (S.1667), Rn.32 (S.1668); Wendehorst/Münch Komm, Band 2, 4.Aufl., Vor §1 FernAbsG Rn.9 (S.2120)
- (89) BGB三六一 a 条一項は、次のように規定されていた。  
 「三六一 a 条 消費者契約の場合の撤回権  
 (一) 法律により、消費者にこの規定に従い撤回権が認められる場合で、消費者がその意思表示を期限どおりに撤回したときには、消費者は、事業者との契約締結に向けられた意思表示に、もはや拘束されない。撤回は、理由を含む必要はなく、かつ、書面、その他の永続的なデータ記憶媒体で又は物の返送により、二週間以内に行われねばならない。期間の遵守のためには、適時の送付で足りる。期間は、組み入れられた情報伝達手段の要求するところに従い消費者にその権利を明らかにするところの、明確に形成された消費者の撤回権に関する教示が、撤回受領者の名前と住所、そして、期間開始と二文の規定への指示をも含む永続的なデータ記憶媒体で、自由に利用されるようになった時点をもって開始する。教示は、公証人により証明された契約以外の場合には、消費者により、別個に署名され、または、認証された電子署名が具備されねばならない。契約が書面により締結されねばならないときには、契約書、消費者の書面による申込み、または、契約書もしくは申込みの写しも、消費者に交付されねばならない。期間の開始に争いがあるときには、証明責任は、事業者に帰せられる。」
- (二) 別に定められない限り、撤回権には本節の規定が準用される。二八四条三項一文で定められる期間は、三四九条による消費者の

意思表示で開始する。消費者は、異なる規定を留保して、事業者の費用と危険で返送を義務づけられ、四〇ユーロの額までの注文の場合、通常の返送のための費用は、契約上消費者の負担とすることができる。但し、供給された商品が、注文された商品と一致しないときには、この限りでない。消費者が、毀損、滅失、その他の不能の責めに帰すべきときには、消費者は、価値の減少又は価値を賠償しなければならない。三五一一条ないし三五三条は、適用されない。四文の場合に、消費者が、自己の撤回権について定めて従って教示されず、かつ、これについて他の方法で知らなかったときには、消費者は、故意と重大な過失についてのみ責任を負う。撤回の行使の時点までの物の使用の供与又は利用に対し、及びその他の給付に対し、その価値を償還しなければならず、用途に従った物の使用又はその他の給付の利用によって生じた価値の減少は、顧慮されない。それ以上の請求権は存在しない。

〔三項は、省略〕

(90) 通信取引法三条は、次のように規定されていた。

〔通信取引法三条

(一) 消費者には、BGB三六一 a 条に従い、撤回権が帰属する。撤回の期間は、BGB三六一 a 条一項三文と異なり、二条三項と四項により、情報提供義務の履行前には開始せず、商品の供給の場合、受領者による商品受領の前には開始せず、同種の商品の反復的給付の場合、最初の給付の一部の受領の前には開始せず、役務給付の場合、契約締結日の前には開始しない。撤回の教示は、消費者による署名を必要とせず、永続的なデータ記憶媒体によっても消費者に自由に利用され得る。撤回権が消滅するのは、

1. 商品の供給の場合、受領者による商品の到着後、遅くとも四ヶ月で、そして、
2. 役務給付の場合、

a 契約締結後遅くとも四ヶ月で、又は、

b 事業者が、消費者の同意を得て、撤回の期間終了前に役務給付の履行を開始したとき、又は、消費者が、自らこれを指示したときである。

〔以下、省略〕

## 2 債務法の現代化

その後、ドイツでは再び改正の気運が高まる<sup>(91)</sup>。まず、二〇〇〇年八月四日には、債務法現代化法の討議草案<sup>(92)</sup>が連邦司法省から公表され、続いて二〇〇一年三月六日・二二日の二度にわたる整理案を経て、同年五月に、政府草案が公表されている<sup>(94)</sup>。そして、その後、本法案は成立し、二〇〇二年一月一日に施行されている<sup>(95)</sup>。

以下では、この改正の目的について確認した上で、事業者・消費者間の電子商取引を含む通信販売の場合に、二〇〇〇年改正法により導入された撤回権が、何らかの修正を受けたのか否かを、特に撤回権導入の根拠と、これに関わる撤回権の法律構成、撤回期間の開始時期を中心に確認することにする。

### (1) 債務法現代化法の目的

二〇〇〇年六月に民法典の改正をみたドイツでは、その直後に、再び民法典の改正に及んでいる。その目的は次のことにある。すなわち、まず改正の直接の目的は、いわゆる「消費用動産売買指令」<sup>(96)</sup>「支払遅滞指令」<sup>(97)</sup>「電子商取引指令」<sup>(98)</sup>のドイツ国内法への転換であった<sup>(99)</sup>。他方、一〇〇年の歴史を超えるドイツ民法典には、重大な欠陥があるとの認識のもと、前記の諸指令が転換されるときには、とりわけ債務法の欠陥を先鋭化させることになるから、すでに一九七八年以来準備作業のなされてきた債務法改正も併せて行い、その債務法改正を通じて、前記の諸指令を転換することとされている<sup>(100)</sup>。そしてさらに、同時に、民法典の外に消費者保護法のあることが、見通しを著しく困難にしているため、消費者保護法を民法典に統合することも企図<sup>(102)</sup>されている。

(2) 撤回権に関わる改正点―撤回権導入の根拠を中心に<sup>(103)</sup>

それでは、債務法現代化により、撤回権に関する規定はどのように変容したのであるか。

すでに述べたように、債務法現代化法の討議草案・政府草案では、より見通しのよい私法体系を作り上げるため、消費者保護法を民法典へ統合すること<sup>(104)</sup>にしている。その一環として、通信販売法旧三条を含む旧一条から旧四条までが、最終的には、売買の節の後に統合されている。

#### (ア) 通信販売の概念

通信販売法旧一条一項・二項は、同法の適用範囲を定めるものであったが、討議草案の段階で民法典に統合され、そのBGB草案四八〇条一項・二項が、通信販売の概念を定めるものとなっている(それぞれ三項が、適用の除外される場合を規定するが、省略)。若干の語句の修正は見られるが、それは、編纂上の理由、つまり、通信販売法の適用範囲を定める規定が、民法典に統合され、通信販売の概念規定とされたことによるものにすぎない。<sup>(105)</sup>

この通信販売の定義規定は、その後の政府草案で規定の位置が変わり、内容に関して、本質的な修正がなされることなく、BGB三二二b条一項・二項として成立している。<sup>(106)</sup>したがって、旧通信販売法におけるのと同様、事業者・消費者間の電子商取引における契約は、なお通信販売契約に含まれるものと解される。

なお、「電子商取引指令」の国内法への転換の必要から、BGB三二二e条が新設されているが、このことにより、通信販売の概念から、電子商取引の場合が、除外されてしまうわけではない。このことについて、以下で簡単に触れておくことにしよう。

BGB三二二e条は、「事業者が、商品の給付または役務給付の提供に関する契約締結を目的として、情報通信サービス



またはメディアサービスを利用するとき（電子商取引における契約）」に適用されるものである（一項）。それでは、本条にいう「電子商取引における契約」とBGB三二二b条からBGB三二二d条までが対象とする「通信販売契約」との間には、どのような関係があるのであろうか。まず、一方、多くの通信販売契約は情報通信サービスまたはメディアサービスを通じて締結されるが、それに限られるものではなく（BGB三二二b条一項・二項）、他方、電子商取引の場合、もっぱら情報通信サービスまたはメディアサービスが利用される（BGB三二二e条一項）。そして、通信販売契約に関するBGB三二二b条以下は、事業者・消費者間のみ適用されるものであるが、電子商取引に関するBGB三二二e条は、これに限るものではなく、事業者間の契約にも適用される。したがって、電子的な情報伝達手段を利用した電子商取引が、事業者・消費者間で行われる限りは、BGB三二二b条以下、BGB三二二e条の双方ともに適用があることになる（具体的には、撤回期間の開始時期について定めるBGB三二二e条三項二文により、双方が結びつけられる—このことについては後述する<sup>(11)</sup>）。つまり、通信販売契約の概念から、電子商取引における契約が、除外されてしまうわけではないのである。

#### （イ）通信販売の場合の撤回権導入の根拠

次に、事業者・消費者間の電子商取引を含む通信販売の場合への撤回権導入の根拠についてはどうかであろうか。

二〇〇〇年の通信販売法により、通信販売契約の場合に撤回権が導入されることになったが、そのことを定める通信販売法旧三条は、やはり、討議草案の段階で民法典に統合され、そのBGB草案四八一条が、通信販売法旧三条に相当する。規定の内容の点で、本質的な修正はなされていない<sup>(12)</sup>。

これに対し、政府草案では、規定の位置がBGB草案三二二d条に置き換えられ、これがそのまま成立することとなる。規定の仕方については、通信販売法旧三条・討議草案におけるBGB草案四八一条から、置換え・組替えが行われている。

具体的には、BGB三二二d条一項一文と二文は、それぞれ、通信販売法旧三条一項一文と三項に対応し、二項は通信販売法旧三条一項二文に対応している。そして、二項の最後の部分で、消費者契約の場合の撤回権を定めるBGB三五五条二項二文が適用されないと定めている<sup>(14)</sup>。

いずれにせよ、討議草案と政府草案は、規定の位置、規定の仕方の変更がなされた旨を説明するのみで、ほかに何ら説明を加えていない。したがって、通信販売契約の場合への撤回権導入の目的・根拠の点で、変更を受けるものではない<sup>(15)</sup>。

#### (ウ) 撤回期間の開始時期

ただし、撤回期間の開始時期については、前述のように、「電子商取引指令」の国内法化に伴いBGB三二二e条が新設されたことで、若干わかりにくいものとなっている。

まず、撤回期間の開始時期についても、BGB三二二d条は、通信販売法旧三条を受け継ぐものであるから、これまでと変わらず、消費者に、商品や役務給付の性質を知る機会を与え、商品を調査し、熟考する機会が与えられるような規定の仕方となっている<sup>(16)</sup>。これに対し、BGB三二二e条は、電子商取引の事業者に、情報提供義務に関わる広い範囲での義務を課している。そして、その三項二文が、一項一文に規定された義務の履行前には、撤回期間が開始されないものとしているのである<sup>(17)</sup>。

したがって、この両者の関係は、一言でいえば、通信販売契約の場合に消費者に認められる撤回権のための期間が(BGB三二二d条)、事業者・消費者間の電子商取引の場合、BGB三二二e条で事業者に課される義務の履行前には開始しない、ということの意味する<sup>(18)</sup>。

## (エ) 撤回権の法律構成

それでは、撤回権の法的な構成（浮動的有効構成）の点で、何らかの修正を受けているのであろうか。

消費者契約の場合の撤回権を統一して定めていたBGB旧三六一a条一項は、より見通しをよくするために、討議草案・政府草案の段階で、二つの項に分けて置き換えられ、最終的にBGB三五五a条一項・二項として成立している。<sup>(119)</sup> この変更は、形式的なことに過ぎず、撤回権の法律構成に関する部分は、何ら変わっていないといえる。<sup>(120)</sup> また、BGB三五五a条が、撤回権の法律構成として「浮動的有効」構成をとり、解除と同じ「節」で解除に続く「款」に置かれたことにより、撤回権は、解除権類似の形成権と解されることになる。<sup>(121)</sup> 撤回権導入の目的・根拠に対応した撤回権の法律構成は、維持されているのである。

- (91) 二〇〇〇年八月以来のドイツ民法典における債務法部分改正の経緯については、注(15)に掲げた各文献を参照。
- (92) Bundesministerium der Justiz, Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (2000) (以下、Diskussionsentwurf 以下引用)。
- (93) Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (2000) (なお、二〇〇一年三月二二日の整理案は、消滅時効法に関するものである)。
- (94) Entwurf eines Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucksache 14/6040 (以下、Regierungsentwurf, BT-Drucksache 14/6040と引用。なお、このテキストは、連立与党議員団から連邦議会に提出された、同じ内容のものである)。
- (95) Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts Vom 26. November 2001, BGBl. 2001 Teil I, S.3138ff.
- (96) Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG Nr.L 171 S.12)
- (97) Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (ABl. EG Nr.L 200 S.35)

- (88) Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr", ABl. EG Nr.L 178 S.1)
- (89) Diskussionsentwurf, a.a.O., S.1.; Regierungsentwurf, BT-Drucksache 14/6040, S.1.
- (90) Regierungsentwurf, BT-Drucksache 14/6040, S.1f.
- (91) Diskussionsentwurf, a.a.O., S.2.; Regierungsentwurf, BT-Drucksache 14/6040, S.2.
- (92) Diskussionsentwurf, a.a.O., S.2, S.198f., S.213f.; Regierungsentwurf, BT-Drucksache 14/6040, S.2, S.200f., S.213f.
- (93) 今回の改正動向につき、撤回権の法律構成を中心に紹介するものに、山本弘明「ドイツにおける消費者保護撤回権（クーリング・オフ権）の現状」国際商事法務三〇巻六号（二〇〇二年）七四三頁以下が、また、撤回権の効果論じるものに、青野博之「消費者法の民法への統合」解除の効果と撤回の効果の比較を中心にして」岡孝編・前掲注（15）二二二頁以下がある。
- (94) Diskussionsentwurf, a.a.O., S.539f.
- (95) Diskussionsentwurf, a.a.O., S.542
- (96) Regierungsentwurf, BT-Drucksache 14/6040, S.168
- (97) BGB三二二b条は、次のように定められている。  
「BGB三二二b条 通信販売契約  
（一）通信販売契約とは、事業者と消費者との間で、もっぱら通信伝達手段を用いて締結される、商品の給付または役務給付に関する契約である。但し、通信販売のために編成されている販売システムまたは役務給付システムの範囲内でなされない場合は、この限りではない。」
- （二）通信伝達手段とは、契約当事者が同時に物理的に居合わせるものない、消費者と事業者との間の契約交渉または契約締結のために設置され得る伝達技術であり、とりわけ、手紙、カタログ、電話、ファクシミリ、Eメール、並びに無線放送、情報通信サービスとメディアサービスである。
- （三）（省略）」
- (108) BGB三二二e条一項によれば、電子商取引における契約であるための特徴は、契約締結のため、情報通信サービスまたはメディアサ

ービスを利用することとなる。この中の「情報通信サービス (Teledienst)」と「メディアサービス (Mediendienst)」という概念は、それぞれ、ドイツにおける、情報通信サービス法 (Teledienstgesetz) 二条とメディアサービス条約 (Mediendienste-Staatsvertrag) 二条で使用されているものである。これら二つのサービス概念は、共通して、情報サービスと通信サービスとに関わるものであるが、一方、「情報通信サービス」は、個人的な利用のために予定されているサービスであり(情報通信サービス法二条一項)、他方、「メディアサービス」は、公共に向けられたサービスである(メディアサービス条約二条一項一文)、という点で区別することができる (Lütcke, a.a.O., §312e BGB Rn.6ff.(S.169f.))。なお、情報通信サービス法については、石井五郎「ドイツマルチメディア法」外国の立法二〇四号(一九九九年)一三三頁以下、調査及び立法参考局ドイツ法研究会訳「ドイツ情報・コミュニケーションサービスのための大綱条件を定めるための法律」外国の立法二〇四号(一九九九年)二四四頁以下に、紹介と法律の翻訳がある。

- (109) Lütcke, a.a.O., §312e BGB Rn.1 (S.167).  
 (110) Lütcke, a.a.O., §312e BGB Rn.1 (S.167).  
 (111) Lütcke, a.a.O., §312e BGB Rn.69 (S.191). したがって、電子的な通信伝達手段を利用した事業者間の取引には、BGB三二二e条だけが適用され、電子的な通信伝達手段を利用しない事業者・消費者間の通信販売には、BGB三二二b条以下だけが適用されることになる (Lütcke, a.a.O., §312e BGB Rn.70(S.191)).

(112) Diskussionsentwurf, a.a.O., S.542

(113) Regierungsentwurf, BT-Drucksache 14/6040, S.169

(114) BGB三二二d条は、次のように定められている。

「三二二d条 通信販売契約の場合の撤回権と返還権

(一) 消費者には、通信販売契約の場合、三三五条に従い撤回権が帰属する。消費者には、撤回権に代えて、商品の給付に関する契約の場合、三五六条に従い返還権が認められ得る。

(二) 撤回期間は、三三五条二項一文と異なり、三二二c条二項による情報提供義務の履行前には開始せず、商品の給付の場合、受領者による商品受領の日の前には開始せず、同種の商品の反復的給付の場合、最初の給付の一部の受領の前には開始せず、そして役務給付の場合、契約締結日の前には開始しない。三三五条二項二文は適用されない。

(三) 撤回権は、役務給付の場合、事業者が、消費者の明示的な同意を得て、撤回の期間終了前に役務給付の履行を開始したとき、ま

たは、消費者がこれを自ら指示したときにも、消滅する。

(四) (省略)

(115) 現行の BGB 三二二 d 条における撤回権導入の根拠につき、BGB 旧三六一 a 条と同様のことを述べるのは、Lütcke, a.a.O., §312d BGB Rn.6 (S.129)

(116) 例えは Palandt, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, 61. Aufl. (2002), §312d BGB Rn.4 (S.193) は、撤回期間の開始時期につき、BGB 旧三六一 a 条の政府草案理由書を引用している。

(117) BGB 三二二 e 条一項と三項は、次のように定めている。すなわち、

「BGB 三二二 e 条 電子商取引における義務

(一) 事業者が、商品の供給または役務給付の提供に関する契約を締結する目的で、情報通信サービスまたはメディアサービスを利用するときには (電子商取引における)、事業者は、顧客に対し、

1. 顧客がその注文の送信前に入力 of 誤りを知り、かつ訂正することができるような、適切、有効かつ利用可能な技術的手段を利用できるようにせねばならず、

2. 民法施行法二四一条に従い法規命令において定められた情報を、その注文の送信前の適時に、明確かつ理解できるように通知せねばならず、

3. その注文の到達を、遅滞なく、電子的な方法で通知せねばならず、かつ、

4. 組み入れられた普通契約約款を含む契約条件を、契約締結に際し呼び出し、かつ、再生能力のある形式で記憶させることを可能にせねばならない。一項三号の意味での注文と受領確認は、自分たちのためにそれらが定められている当事者が、それらを通常の事情のもとで呼び出すことができるときに、到達したものとみなされる。

(二) (省略)

(三) 他の規定に基づくその他の情報提供義務は、変更がないものとする。三五五条に基づく撤回権が顧客に帰属するときには、撤回期間は、三五五条二項一文とは異なり、一項一文に規定された義務の履行前には開始しない。」

(118) Lütcke, a.a.O., §312e BGB Rn.69 (S.191)

(119) Diskussionsentwurf, a.a.O., S.433; Regierungsentwurf, BT-Drucksache 14/6040, S.461.



(120) BGB三五五条一項・二項は、次のように規定されている。

「三五五条 消費者契約における撤回権

(一) 法律により、消費者にこの規定に従い撤回権が認められる場合で、消費者がその意思表示を期限どおりに撤回したときには、消費者は、契約の締結に向けられた自己の意思表示に、もはや拘束されない。撤回は、理由を含む必要はなく、かつ、文書の形でまたは物の返送により、二週間以内に事業者に対して表示されなければならない。期間の遵守のためには、適時の送付で足りる。

(二) 期間は、組み入れられた情報伝達手段の要求するところに従い消費者にその権利を明らかにするところの、明確に形成された消費者の撤回権に関する教示が、撤回が表示される者の名前と住所、そして、期間開始と一項二文の規定への指示をも含む文書で、通知された時点をもって、開始する。教示は、公証人により証明された契約以外の場合には、消費者により、別個に署名され、または、認証された電子署名が具備されねばならない。契約が書面により締結されねばならないときには、期間は、契約書、消費者の書面による申込みまたは、契約書もしくは申込みの写しも、消費者に自由に利用されるようになる前には、進行し始めない。期間の開始に争いがあるときには、証明責任は、事業者に帰せられる。

(三) 撤回権は、契約締結後、遅くとも6ヶ月で消滅する。商品の供給の場合には、期間は、受領者のもとへの受領の前には開始しなす。」

(121) 撤回期間の満了まで、契約は、浮動的に有効であることは疑いなく (Palandt, a.a.O., §355 BGB Rn.4 (S.227); Lütcke, a.a.O., §312d BGB Rn.11 (S.131))。

(122) Wendehorst/MünchKomm, Band 2, 4.Aufl., §3 FernAbsG RdNr. 6 (S. 2205)

## 五 ドイツ法検討のまとめ—日本法への示唆と撤回権導入に関わるいくつかの問題

### 1 日本法への示唆

#### (1) 撤回権導入の根拠と撤回期間の開始時期

(ア) 本稿では、主としてドイツの立法過程、とりわけ、撤回権導入の根拠とそれと関わる撤回期間の開始時期を中心に見てきたわけだが、日本法に何らかの示唆が与えられるとするならば、撤回権の構成につき「浮動的無効」であるか、「浮動的有効」であるか、という議論そのものに、さほど重きを置く必要はないであろう。

むしろ、その背後にあるところの、カタログ販売のような古典的な通信販売以来、消費者は、商品の現物をみることができず、役務給付に関しては、その性質を十分に理解する機会が与えられてこなかった、という問題意識が重要だと思われる。つまり、消費者保護法領域における、従来の撤回権導入の根拠は、主として、事業者側の「不意打ち的勧誘」に対し、事後的に、消費者が熟慮する可能性を保障するためであったわけだが、「不意打ち的勧誘」がなくとも、いわば、商品の非現物性・役務の内容の不透明さでもいうものに問題性を見いだし、通信販売一般に撤回権を導入する方向で、一步を踏み出した、という点で、ドイツ法の改正に注目すべきだと思われる。

翻って、わが国におけるこれまでの議論は、すでに述べたように、特定商取引上クーリング・オフの認められていない「通信販売」では、その「非現物性」の問題性が指摘され、クーリング・オフが導入されるべきだとの見解が多い。さらに、事業者・消費者間の「電子商取引」に対しては、消費者の「考慮時間の不十分さ」、「情報の不十分さ」、そして、「取引の非現物性」が問題点として指摘され、しかし、「考慮時間の不十分さ」、「情報の不十分さ」は、制度面・技術面の改善により、

問題点としては解消の方向に向かう可能性もあるため、今後は、「通信販売」と同じく、「非現物性」がクーリング・オフ導入の根拠となりうるのか、という観点を中心に検討すべきことが指摘され得る。

以上のわが国の学説状況は、ドイツ法と問題意識を同じくしている。そうであるならば、ドイツの立法動向を参考に、わが国でもクーリング・オフ導入の可否について、検討を深めていくことが許されるであろう。また、従来からのカタログ等による通信販売に限らず、インターネットを利用して、国境を越えた事業者・消費者間の電子商取引が活発化していることから、EU諸国との法的整合性を保つという意味でも、EC指令に基づくドイツの立法は、注目されてよいと思われる。ドイツ法の改正内容が、わが国の進むべき方向の一つを示しているということができるのではないだろうか。

(イ)ところで、ドイツでは、事業者・消費者間の電子商取引を含む通信販売に撤回権が導入された理由が、消費者に、購入された商品を現実に見て、その機能、性質などを調査する機会を与えるべきである、という点にあることから、そのことを可能にするような、撤回期間の開始時期が定められている。同趣旨のことは、すでにわが国においても、述べられていたところである。<sup>(123)</sup>

しかしながら、ドイツ法にあっても、役務の給付の場合の撤回期間の開始時期については、撤回権導入の目的が、必ずしも十分に達成されているとは言いがたい。というのは、通常、消費者は、役務給付の性質や特徴を、その履行の過程で、あるいはその後で、はじめて評価することができるのであるが、役務給付の場合、撤回期間は、契約締結日が期間の開始日となり(BGB三二二d条二項)、撤回期間の終了前に、消費者の明示的な同意により役務給付の実行が開始され、又は、消費者がそれをし向ける場合、撤回権が消滅してしまうからである(同条三項)。その意味では、消費者をその無思慮・軽率さから保護するため、撤回期間を多少長く設定し、熟慮期間を与えることが必要であろう。<sup>(124)</sup>

このような観点から見ると、EC通信販売指令六条一項が、撤回期間として七労働日を要求していたところ、BGB二五五一条二文が、これより長く、統一的にこれを二週間と定めていることは、評価されてよいように思われる。<sup>(125)</sup>

(ウ) もっとも、物品の取引に関して言えば、消費者が商品を実際に手にとって、品質等を確かめるための期間が、撤回権(クーリング・オフ)の期間ということになると、ドイツ法のように、二週間という期間は、少々長すぎるのではないかと懸念がある。わが国では、具体的に、事業者・消費者間の電子商取引に、「一日撤回権」の導入を提案するものもある。<sup>(126)</sup> そうすると、問題は、取引の対象に応じて、その期間を統一して定め得るのかどうかである。というのは、消費者が商品の品質等を確かめるための期間は、取引の対象により異なる可能性があるからである。<sup>(127)</sup> 他方、取引の対象ごとにクーリング・オフの期間が異なるとした場合、制度としては見通しの悪いものとならざるを得ず、消費者にとっては、使いにくい制度となってしまう可能性もある。

ドイツ法においては、この後者の観点から、消費者に不利益とならないよう、比較的長く、二週間という統一的な撤回期間を設けたものと解される。

(エ) なお、ドイツにおける撤回権の構成に関する議論は、商品の現物を見、役務給付の性質を十分理解する機会を与えるようにするためには、どうすべきか、という観点から捉えられるべきであろう。

わが国においては、撤回権の法的性質につき、クーリング・オフの期間中、事業者・消費者間の契約がすでに成立しているという立場<sup>(128)</sup>に対し、近時、クーリング・オフの期間中、契約は成立しておらず、クーリング・オフ権が行使されず期間が満了すれば、契約が成立する、との見解も有力に主張されている。<sup>(129)</sup>

商品の現物を見、役務給付の性質を十分理解する機会を与えるようにするためには、後者の立場から、契約締結過程における事業者の情報開示義務の拡張により、見本品等の提供義務を事業者に義務づけることが提案されているが、撤回期間の開始時期の問題とも併せ、前者の立場がなじみやすいであろう。<sup>(130)</sup>

## 2 事業者・消費者間の電子商取引への撤回権導入に関わるいくつかの問題

最後に、事業者・消費者間の電子商取引に撤回権（クーリング・オフ）を導入した場合に、問題となりうることから、ドイツ法を参考に指摘しておくことにしたい。ただし、ここでの個々の問題は、それぞれが、十分に検討を要するものであり、詳細な検討は、別の機会に譲らざるをえない。

### (1) 原状回復

#### (ア) 返送費用

わが国においては、原状回復の場面では、一般に、クーリング・オフに係る費用・危険は、事業者負担とされているが、事業者・消費者間の電子商取引につき、「商品の引取費用や役務の対価に関して一方的に事業者負担とするのではなく、顧客にも一定の負担を負わせる清算の仕方を許容する制度を採用することも検討する必要がある」と述べるものがある。<sup>(131)</sup>

この問題につき、ドイツの立法状況はどのようなものであるだろうか。

EC通信販売指令六条一項二文、二項一文では、消費者には、撤回権行使の結果、商品返送の直接的費用は負担させられ得るものとされていた。この指令を受け、二〇〇〇年改正法の改正過程では、多少の紆余曲折はあったものの、最終的には、BGB三五七条二項で、撤回と返還の場合、返送の費用と危険は、原則として事業者が負担するが、四〇ユーロの額までの

注文の場合、契約により、通常の返送費用を消費者に負わせることが許されることとなった（ただし、供給された物品が、注文されたそれと合致しない場合は除かれている<sup>(133)</sup>）。

BGB三五七条二項は、撤回権を定める取引類型に一般的に適用されるものであるから、その規定の当否については、なお検討すべき余地はあるが、事業者・消費者間の電子商取引の場面に限れば、前述のように、わが国の議論の方向性と同一であるといえることができる。

なるほど、事業者・消費者間の電子商取引の場合、「考慮時間の不十分さ」、「情報の不十分さ」を伴う「取引の非現物性」を理由に、クーリング・オフを導入するとしても、通常、消費者が自らパソコンなどを起動させ、インターネットに接続し、目的のウェブサイトにアクセスする結果、購入意思を形成しているものであり、訪問販売型の取引に見られるような不意打ち的な勧誘を受けるものではない。セールスマンによる不当な勧誘が、直接的には存在しないことを考えれば、原状回復の場面で、クーリング・オフに係る費用・危険を全て事業者の負担とすることは、酷に過ぎるとも言える。その意味では、クーリング・オフに係る費用・危険を消費者側にも一定程度負担させる制度内容は、検討に値するだろう。

### (イ) 価値の賠償

ドイツ法においては、撤回（と返還）の効果を定めるBGB旧三六一 a 条二項六文が、撤回に際し、消費者は、撤回権行使までの物品の使用又は利用の供与並びにその他の給付に対する価値を返還しなければならないとはしていても、用途に従った物品の使用により生じた毀損に対する価値の賠償まではする必要がなかった。ところが、この規定に対応するBGB三五七条三項一文は、用途に従った物品の使用により生じた毀損<sup>(134)</sup>であつても、これに対する価値の賠償をしなければならないものとしている。



その理由は、撤回権の法律構成とも関わるものであった。それはこうである。浮動的無効構成がとられるときには、事業者は、撤回期間の経過後、はじめて履行すればよかったが、浮動的有効構成がとられた結果、撤回期間を開始させるためには、事業者は物品の供給をする必要がある。しかし、その結果、BGB旧三六一a条二項に従う限り、消費者の用途に従った物品の使用により生じた価値の減少を、事業者が負担しなければならなくなり、これを回避する可能性が事業者に与えられていないのは、公平ではない、というのである<sup>(135)</sup>。

もつとも、このことを理由として、消費者に用途に従った物品の使用により生じた毀損に対する価値の賠償をさせることには、次のような疑問が示されている<sup>(136)</sup>。つまり、用途に従った使用により生じた毀損については、一方、解除の効果を定めるBGB三四六条二項二号では、解除権者は、解除権の行使による返還に代えて、価値の賠償をする必要がないのに対し、他方、消費者は、撤回権を行使するのに、価値の賠償をする必要が生じ、消費者により不利益な内容となっており、消費者の保護という観点からは後退を意味する、というのである<sup>(137)</sup>。

しかし、立法者は、BGB三五七条三項の定めるこのような効果については、同条同項で、事業者から消費者に、契約締結時までには、文書の形で、そのような効果を回避する可能性と併せて示されることとされているので、それで足りると考えているようである<sup>(138)</sup>。また、消費者の撤回権は、事業者の契約違反に依拠するものではなく、法律に基づくものであることも、BGB三五七条三項を正当化する根拠として挙げられている<sup>(139)</sup>。

撤回権を定める取引類型に一般的に適用されることを考えれば、その当否は、なお十分な検討を要するが、取引における非現物性が撤回権導入の根拠となる通信販売に限れば、BGB三五七条三項一文で、毀損の原因がもつばら物品の検査に帰せられる場合には、消費者は価値の賠償をする必要がない、とされている（つまり、事業者の負担となる）<sup>(140)</sup>ことを考えると、それなりに当事者間の利害関係は調整されているということができ、一考に値する規定のしかたとも思われる。

## (2) 撤回権の排除—ソフトウェアの給付について

わが国では、すでに、「電子商取引」に特有の問題として、デジタルコンテンツは、クーリング・オフの対象から除外されるべきか否かが、しばしば議論されてきた。特定商取引法の施行により、「プログラムを電子計算機に備えられたファイルに記録し、又は記録させること」が「指定役務」に追加されることとなり（同法施行令三条三項・同別表第三）、また、「映画、演劇、音楽、スポーツ、写真又は絵画、彫刻その他の美術工芸品を鑑賞させ、又は観覧させること」も「指定役務」に追加されている（同法施行令三条三項・同別表第三）。したがって、各種のアプリケーションソフトであるとか、映画・音楽などのデータが、インターネット上で販売されれば、「通信販売」にあたることになる。

ここでのデジタルコンテンツがクーリング・オフの対象から除外されるべきか否か、という議論は、クーリング・オフが行われた場合、どのように、原状回復を行うのか、という点が問題となっている。すなわち、デジタルコンテンツについては、コピーすることが容易であるため、そのコピーが購入者である消費者のもとに残っていては、返還されても、意味がないわけである。<sup>(43)</sup>このことから、デジタルコンテンツを、クーリングオフの対象から除外する、という見解が出てくることになる。<sup>(44)</sup>

そこで、ドイツでの立法動向について見てみることにしよう。まず、ドイツでは、記憶媒体に記録されたデータとしてのソフトウェアの販売とソフトウェアをオンライン上でダウンロードする方法での販売とは、区別して論じている。

まず、記憶媒体に記録されたデータとしてのソフトウェアの販売は、BGB三二二d条四項二号で、消費者により開封されること、もはや撤回権は存しないものとされている。<sup>(45)</sup>これに対して、ソフトウェアをオンライン上でダウンロードする方法での販売は、文言上、必ずしも明らかではないが、立法者は、少なくとも、これを役務の給付と解し、ソフトウェアをダウンロードすることは、消費者が自ら役務の給付を開始させていることになり、BGB三二二d条三項により、撤回権は消滅

することになると解している。<sup>(144)</sup>

どちらの場合も、ソフトウェアが、返送前にコピーされ、残っているファイルが消去されないおそれがあるため、撤回権が排除されているのである。<sup>(145)</sup> わが国における、デジタルコンテンツをクーリング・オフの対象から除外するとの見解の主たる理由が、コピーの容易さから、返還に適していない、ということにあるとすれば、ドイツ法の規定の仕方は、わが国でも参考にはなるであろう。

しかしながら、わが国では、近時はむしろ、デジタルコンテンツをクーリング・オフの対象から除外しない、という見解が増えつつあるようである。このような立場では、例えば、クーリング・オフ期間中は「Time Bomb」を組み込んで送信したり、完全版ではない試用版を送信しておいて、クーリング・オフ期間経過後に、これらの制限を解除するパスワードや実行ファイルを送信する等の方法で、対応することが可能であるから、クーリング・オフの対象から除外するのは、適当ではない、<sup>(146)</sup> というのである。<sup>(147)</sup> (このような技術的対応を事業者に義務づけることに、疑問を呈するものもないではない)。<sup>(147)</sup> 翻ってドイツでは、ソフトウェアがダウンロードされた場合につき、撤回権の対象から除外するものが多数であるが、<sup>(148)</sup> 少数とはいえ、撤回期間中は、消費者にデモ・バージョンまたはテスト・バージョンを使用できるようにすることが顧慮されるべきだとの主張や、<sup>(149)</sup> 技術的には返送が可能だとの主張もある。<sup>(150)</sup>

事業者・消費者間の電子商取引を含む通信販売において、撤回権（クーリング・オフ）導入の根拠が、目的物の非現物性や情報の不十分さにあることを鑑みれば、消費者に商品を検査し、その内容を知るための機会是与えられるべきである。今後ますます、インターネットなどを利用した事業者・消費者間の電子商取引が増加するであろうことを顧慮すれば、可能な限りの対処をした上で、撤回権（クーリング・オフ）の対象から除外しない方向が望ましいであろう。

最後に、本稿は、直接には、ドイツ法における通信販売への撤回権導入の議論を検討するものであるが、それは、わが国における事業者・消費者間の電子商取引へのクーリング・オフ導入の可否を検討するための素材とすることが目的であった。そのため、ドイツ法については、そこでの撤回権導入の根拠を検討することに力点が置かれ、具体的な制度内容にまで踏み込んだ検討を、十分にはなしえなかった。特に、情報提供義務については、それだけで一つのテーマとして重要なものであるにも関わらず、ほとんど触れられていない。具体的な制度内容の検討が、当面の課題としては残されている。さらに、既述のように、ドイツ法が比較法の対象としてふさわしいにせよ、国際的整合性をもったルール整備という観点からは、他の諸国の法状況の調査も必要であろう。この点も今後の課題としたい。

- (123) 丸山絵美子「クーリング・オフの要件・効果と正当化根拠」専修法学論集七九号(二〇〇〇年)一頁以下「三三頁」。なお、通信販売を念頭に置いて、同様の観点から、クーリング・オフ期間の起算点を商品等の到着後とすべきであるとするものに、近藤充代「消費者取引類型とクーリング・オフ権」日本福祉大学経済論集八号(一九九四年)二二頁以下「三七頁」がある。
- (124) Wendehorst/MünchKomm, Band 2, 4. Aufl., § 3 FernAbsG Rn. 2 (S. 2204f.)
- (125) 無論、当該規定は消費者契約一般に妥当するものであるから、直接の理由は別にある。すなわち、祝祭日が各州によって異なるドイツにあつては、「労働日」により算定することがかえって期間の算定を困難にすることと、七労働日は、九乃至一四暦日という期間に相当すると考えられたことによる (Gesetzentwurf der Bundesregierung, DB-Drucksache 14/2658, S. 42)。
- (126) 内田貴「電子商取引と民法」別冊NBL五二号(一九九八年)二六九頁以下「三三三頁」
- (127) 丸山絵美子・前掲注(123)三三―三三頁。
- (128) 例えば、制定法が消費者保護・消費者救済のための特殊な解約権である(長尾治助・前掲注(7)九七七頁以下、九八七頁、伊藤進「クーリング・オフ制度と契約理論」法律論叢六三巻四二五号(一九九一年)三五七頁以下「三七二頁」)とか、クーリング・オフの認められる契約を法定の解除条件付契約であると解し、消費者に無条件解約権を与えたもの(加賀山茂「訪問販売等のトラブルと法的问题点」法律のひろば三六巻六号(一九八三年)二〇頁以下「二六頁注(12)」)と説明される。

- (129) クーリング・オフ期間は契約が成立しておらず、期間満了により完全な合意が完成し、契約が成立すると説明される（浜上則雄「訪問販売法における基本問題」『現代契約法大系 第四巻』（一九八五年、有斐閣）二九三頁以下「三〇七頁」、三上雅通「訪問販売におけるクーリング・オフ制度」森泉章・池田真朗『消費者保護の法律問題』（勁草書房、一九九四年）二二七頁以下「二二二頁」、近藤充代「クーリング・オフ権の根拠をめぐる学説の検討」東京都立大学法学会雑誌三五巻一号（一九九四年）四〇三頁以下「四一三頁」、河上正二・前掲注（10）一一一八頁）
- (130) 近藤充代・前掲注（129）四〇九―四一〇頁、河上正二・前掲注（10）一一三五頁。
- (131) 丸山絵美子・前掲注（123）三三三頁（さらに進んで、各取引に応じて適切な負担の分配方法も異なる可能性がある、とする）。
- (132) 二〇〇〇年改正法の政府草案では、返送費用につき、その通信販売法草案三条一項が、「消費者は、契約で予定されていたときには返送の費用を負担しなければならない」としていたところ（Gesetzentwurf der Bundesregierung, DB-Drucksache 14/2658, S.5）、連邦参議院から、「消費者は事業者の費用と危険で返送を義務づけられる」と修正すべきことが提案され（DB-Drucksache 14/2920, S.3f）、これに対し連邦政府は賛成するものの、BGB三六一条a条に統合すべきことを提案し（DB-Drucksache 14/2920, S.13）、法務委員会では、この案が受け入れられ、BGB三六一条a条二項で「消費者は事業者の費用と危険で返送を義務づけられる」としている（DB-Drucksache 14/3195, S.9）。その後、連邦参議院が、これに「書籍の場合、消費者は、返送の費用を当該契約上の合意によってのみ負担する」と付加されるべきであるとして、両院協議会が召集されることを求めたが（DB-Drucksache 14/3452, S.1）、両院協議会は、「連邦議会において、「消費者は、異なる規定を留保して、事業者の費用と危険で返送を義務づけられる。四〇ユーロの額までの注文の場合、通常の返送のための費用は、契約上消費者の負担とすることができ。ただし、供給された商品が、注文された商品と一致しないときは、この限りでない」との変更を、共同で採決することを決定し（DB-Drucksache 14/3527, S.1f）、最終的に、このような内容で、BGB三五七条二項に規定され、公布されている（BGBl. 2000 Teil I, S.897ff.）。
- (133) BGB三五七条は、以下のように定める。
- 「三五七条 撤回及び返還の法的効果
- （一）撤回権と返還権には、別に定められない限り、法定解除に関する規定が準用される。二八六条三項に定められる期間は、消費者の撤回の意思表示又は返還の意思表示をもって開始する。
- （二）消費者は、物が小包により送付されるときには、撤回権の行使の場合、返送を義務づけられる。返送の費用と危険は、撤回及



び返還の場合、事業者が負担する。撤回権があるときには、四〇ユーロの額までの注文の場合、通常の返送のための費用は、契約上消費者の負担とすることができる。但し、供給された商品が、注文された商品と一致しないときは、この限りではない。

(三) 消費者は、三四六条二項一文三号と異なり、遅くとも契約締結に際して、文書の形で、この法的効果とそれを回避する可能性が指示されるときには、用途に従った物の使用により生じた毀損に対する価格賠償を給付せねばならない。このことは、毀損が、もっぱら物の検査に帰せられ得るときには、妥当しない。三四六条三項一文三号は、消費者が、自己の撤回権に関して規定に従って教示され、または、他の方法で知りたるときには、適用されない。

(四) それ以上の請求権は存在しない。」

(134) BGB三五七条三項については、前注を参照。

(135) Diskussionsentwurf, a.a.O., S.433f.; Regierungsentwurf, BT-Drucksache. 14/6040, S.199

(136) 本文に述べた疑問のほか、EC通信販売指令六条一項一文、二項一文に抵触する疑いもある。つまり、指令では、消費者は、商品返還の直接的費用を除き、何らの費用負担も必要とせず、撤回権を行使できるものとされているからである。しかし、指令は、撤回権の行使の結果として消費者が負担させらるるものは、直接的な返送費用であると言っているのであって、用途に従った使用により生じた価値の減少についての価額の賠償は、撤回権の行使の結果として生じるものではなく、清算が問題となっているのであるから、指令に反するものではないと考えられている。(Regierungsentwurf, BT-Drucksache 14/6040, S.199; Palandt, a.a.O., §357 BGB Rn.8 (S.230); Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendland, Das neue Schuldrecht, 2002, Rn.106 [Rolland]).この点については、青野博之・前掲注(103)一四七―一四八頁を参照。

(137) このような疑問と検討については、青野博之・前掲注(103)一四五―一四七頁を参照。

(138) Diskussionsentwurf, a.a.O., S.435; Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/6040, S.199

(139) Regierungsentwurf, BT-Drucks, 14/6040, S.199

(140) もっとも、何が消費者にとっての物品の検査と言いつるのかは、微妙な問題であろう。例えば、物品の包装を開け、目的物を短時間使用することも、物品の検査ということになりそうである。そこで、これを回避するために、事業者側が見本を添付しておき、それにより消費者に十分な検査の可能性を与え、その代わり、本来の購入物の包装を開け、使用させないようにすることが考えられてよいだろう(香水の場合を例に、このことを主張するものに、Lütcke, a.a.O., §357 BGB Rn.27 (S.206f.)がある)。



- (141) 野村豊弘・前掲注(9)八四頁。
- (142) 内田貴・前掲注(126)三三四頁、三三三頁、野村豊弘・前掲注(9)八四頁(立法論としては、対象とすることも考えられるが、原状回復をどのように考えるか、検討すべきとする)。
- (143) 旧法の草案理由であるが、Gesetzentwurf der Bundesregierung, DB-Drucksache 14/2658, S.121.
- (144) Gesetzentwurf der Bundesregierung, DB-Drucksache 14/2658, S.43; Palandt/Heinrichs, §312 d BGB, RdNr.7 (S.193). これに対して、BGB三二二条の第四項第一号で、その性質から返還に適していない商品と解され、もはや撤回権が存しないことになると解するものもある (Börner/Rath/Sengpiel, Fernabsatzrech(2001)S.64; Lütcke, a.a.O., §312d BGB Rn.73 (S.151))。
- (145) Lütcke, a.a.O., §312d BGB Rn.73(S.151), Rn.80 (S.153)
- (146) 松本恒雄「ネット取引をめぐる法的問題点―消費者保護を中心にして」法律のひろば五二巻二号(一九九九年)一七頁以下「二二頁」、齋藤雅弘「電子商取引と消費者」鹿野菜穂子・谷本圭子(編)・前掲注(9)二二頁。
- (147) 内田貴・前掲注(126)三三三頁。
- (148) Wendeorst/MünchKomm, Band 2, 4.Aufl., §3 FernAbsG Rn.27 (S.2210) (但し、撤回期間中は、デモ・バージョン、テスト・バージョンを消費者に使用できるようにすることが顧慮されるべきであるとも主張している)に注意 [Rn.29 (S.2210)]; Börner/Rath/Sengpiel, Fernabsatzrecht (2001), S. 65; Palandt, a.a.O., §312d BGB Rn.7 (S.193)
- (149) Wendeorst/MünchKomm, Band 2, 4.Aufl., §3 FernAbsG Rn.29 (S.2210)
- (150) Lütcke, a.a.O., §312d BGB Rn.73 (S.151)

〔後記〕 本稿は、科学研究費補助金の交付を受けた研究の成果の一部である。