

適法に告知が行われない場合におけるクーリング・
オフ権の行使制限：ドイツの議論を参考にして

| | |
|-------|---|
| メタデータ | 言語: Japanese 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 尾島, 茂樹 メールアドレス: 所属: |
| URL | http://hdl.handle.net/2297/17839 |

適法に告知が行われない場合におけるクーリング・オフ権の行使制限

——ドイツの議論を参考として——

尾 島 茂 樹

- 一 はじめに
- 二 わが国の状況
- 三 ドイツの議論の紹介
 - 1 割賦弁済法
 - 2 訪問取引撤回法
 - 3 消費者信用法
- 四 若干の検討
- 五 まとめ

一 はじめに

わが国では、いくつかの法律において、無条件撤回・解除権たる、いわゆるクーリング・オフの権利（以下、「クーリング・オフ権」という）が認められている。それらの具体的行使要件は、規定する法律により微妙に異なるが、通常は、共通の要件として、①当該法律が適用される取引につき、¹⁾②書面により、²⁾③一定の期間内に、行使されることが必要である。

これらの要件のうち、③の要件については、以下のような形で問題となり得る。すなわち、クーリング・オフ権行使の期間は、多くの場合、クーリング・オフ権の記載を含む、契約の内容を明らかにする書面等を、購入者が受領した日から起算されるから、それらの書面が受領されない場合、あるいは一定の書面は受領されたが、必要事項が記載されていない場合、クーリング・オフ権の行使期間が起算されない（あるいは、クーリング・オフ権の行使期間を起算するための起算日が存在しない）。そこで、そのような場合、購入者は、いつまでクーリング・オフ権を行使できるのが問題となる。私は、以前、必要事項不記載の事例で、一定の事項の不記載の場合には完全な書面が受領された場合と同様にクーリング・オフ権行使の期間が書面受領日に起算されてよい旨を主張したことがあるが（以下、「前稿」という）、その際、そもそもクーリング・オフ権行使の期間が起算されなるときに、クーリング・オフ権がいつまで行使できるのかについては、「長期にわたって（永久に?）」という形で疑問を呈しておいたに過ぎない。

そこで、本稿では、割賦販売法、訪問販売法を題材としながら、前稿で残された問題、すなわち、クーリング・オフ期間が起算されない場合に、購入者は、はたしていつまでクーリング・オフ権を行使できるのかを主題として検討する。割賦販売法、訪問販売法を検討対象としたのは、わが国でクーリング・オフが問題となるのは、（もちろん、その他の多数の法律においてクーリング・オフは規定されているが）おもに割賦販売法、訪問販売法についてであるからである。このために、本稿では、以下の理由で、ドイツの議論を参照することとする。第一に、ドイツにおいて、わが国の割賦販売法、訪問販売法のクーリング・オフ規定に相当する法規定が存在する。第二に、主題と密接にかかわる立法がなされており、いくつかの裁判例において、主題が争点とされている。

ここで本稿の記述の順序、および検討対象の限定を示しておく。まず、主題に関するわが国の状況を簡単に概観する（一 わが国の状況）。この際、検討対象は、上に述べた理由から、割賦販売法、訪問販売法とし、その他

の法律については、判決例に現れた事例との関係でみるとどめることとする。判決例に現れた事例は、ほとんどが訪問販売法に関するものであり、検討としてはさしあたりこれで足りると考えるからである。次に、主題に關するドイツの状況を紹介する(三二 ドイツの議論の紹介)。この際、先に述べたわが国での議論の限定から、割賦弁済法、訪問取引撤回法、消費者信用法を取り上げ、それぞれの議論を個別に紹介する。それを受け、一応の検討をした後(四 若干の検討)、最後に、まとめを行う(五 まとめ)。

二 わが国の状況

(1) 法規定

最初に、本稿の主題に関するわが国の法律の規定からみてみよう。

割賦販売法四条の三第一項は、「・・・申込みをした者又は・・・購入者(・・・以下この条において『申込者等』という。)は、次に掲げる場合を除き、・・・当該契約の申込みの撤回又は当該契約の解除(以下この条において『申込みの撤回等』という。)を行うことができる」と規定し、同一号は、「申込者等が、(所定の)引用者置き換え)書面を受領した日(・・・)以後において割賦販売業者から(クーリング・オフ権の存在、および方法)引用者置き換え)について・・・告げられた場合において、その告げられた日から起算して八日を経過したとき、同一号は、「申込者等が・・・当該賦払金の全部の支払の義務を履行したとき」を規定する。⁸⁾

また、訪問販売法六条は、「・・・申込みをした者又は・・・購入者若しくは・・・役務の提供を受ける者(・・・以下この条において『申込者等』という。)は、次に掲げる場合を除き、・・・その売買契約若しくは役務提供契約の申込みの撤回又はその売買契約若しくは役務提供契約の解除(以下この条において『申込みの撤回等』とい

う。)を行うことができる」と規定し、同一号は、「申込者等が(所定の―引用者置き換え)書面を受領した日(…)から起算して八日を経過したとき」を規定する。⁽⁹⁾

割賦販売法と訪問販売法では、使用される用語が少し異なるが、基本的には同様のことを規定している。すなわち、申込者等(本稿では、以下、引用を除き「購入者」という)が法律所定の書面を受領し、クーリング・オフ権の存在・行使方法について購入者が認識可能となった日からクーリング・オフ権の行使期間は起算される。

また、クーリング・オフ権の行使期間が起算されない場合については、訪問販売法にはそれに関連する直接の規定がないが、割賦販売法には、四条の三第一項二号がある。割賦販売法では、購入者が「二カ月以上の期間にわたり、かつ、三回以上に分割して」⁽¹⁰⁾ 賦払金を支払うことがその適用要件となっており、「申込者等が…賦払金の全部の支払の義務を履行したとき」は、申込みまたは契約締結から確実に八日間を経過している。したがって、この規定は、クーリング・オフ権について適法な告知が行われておらず、クーリング・オフ権の行使期間が起算されていない場合の処理を規定したものと考えられる。賦払金の全部を完済したときに、購入者がクーリング・オフ権を行使できなくなるのは、「契約当事者が義務をすべて履行したときは、もはやこの制度を適用する必要はないからである」と説明されている。⁽¹²⁾

以上から、わが国の規定を以下のようにまとめることができる。まず、訪問販売法では、適法な告知がなされない場合、形式上、クーリング・オフ権の行使期間を制限する規定はなく、また、割賦販売法では、同様の場合、形式上、賦払金の全部の履行によりクーリング・オフ権の行使は制限される。

ところで、本稿の主題に関連するものとして、訪問販売法に関する通商産業省(以下、「通産省」という)⁽¹³⁾ は、「販売業者又は役務提供事業者がこれらの書面(訪問販売法五条、同法四条の書面―引用者注)を交付しなかった場合は、クーリング・オフの起算日は進行しないことになる(すなわち、クーリング・オフをする権利が消費

者に留保されていることになる」と説明している。¹⁴ 通産省は、割賦販売法についても同様に解しているとしてよいだろう。これによれば、立法担当たる通産省は、本稿の主題につき、購入者は、少なくともクーリング・オフ権の行使の期間として定められた期間（現在、割賦販売法、訪問販売法とも八日間）とは無関係にクーリング・オフ権を行使し得ることが認められるとしているが、権利行使の終期、あるいは制限については、明確にしているといえる。

(2)判例

わが国の裁判例で本稿の主題に関するものは、当該事件の主たる争点有别にあるもの、判例集に掲載されず論文・著書の中に引用されるものも含めて、私がみた限り、一件ある。以下、判例集に掲載されたものを①～⑦として、判例集に掲載されていないものを⑧～⑪として、それぞれ判決年月日順に紹介するが、これらの詳細はすでに前稿で述べたので、¹⁵ここでは、クーリング・オフ権行使の時間的情況など行使制限に係わる事項に絞って事実を述べるにとどめる。なお、とくに注記しない限り、訪問販売法のクーリング・オフが問題とされている。

I 判例集に掲載されたもの

- ①大阪地判昭和六三年二月二四日判時二二九二号一一七頁、判タ六八〇号一九九頁¹⁶
 クーリング・オフ権についての口頭説明、書面受領がない事例で、契約締結日から約六カ月半後のクーリング・オフ権の行使を肯定した。¹⁷

- ②神戸簡判平成四年一月三〇日判時一四五五号一四〇頁、判タ七九二号二一八頁¹⁸

受領した書面にクーリング・オフについての記載がない事例で、契約締結日から約一五日後のクーリング・オフ権の行使を肯定した。

③東京地判平成五年八月三〇日判タ八四四号二五二頁⁽¹⁹⁾

「製造社名」「商品の販売価格」「役務の対価」の記載を欠く書面を受領した事例で、契約締結日から約二カ月後のクーリング・オフ権の行使を肯定した。

④東京地判平成六年六月一日判時一五二七号一二〇頁、判タ八七八号二二八頁

書面受領のないゴルフ会員権の売買の事例で、契約締結後、希望日とは異なるが二、三回プレーをした後、契約締結日から約一年三カ月後のクーリング・オフ権の行使を肯定した。なお、長期間が経過し、またすでに会員権の権利が行使されたので、クーリング・オフ権の行使は権利の濫用であるという販売業者の主張は退けられた。

⑤東京地判平成六年九月二日判時一五三五号九二頁⁽²⁰⁾

受領した書面にクーリング・オフについての記載がない事例で、契約締結日から約八カ月後のクーリング・オフ権の行使を肯定した。なお、このクーリング・オフ権の行使が別のトラブルを解消するためのものであり権利の濫用であるという販売業者の主張は退けられた。

⑥東京地判平成七年八月三一日判タ九一一号二一四頁

「販売価格」「役務の対価」「商品の販売価格及び役務の対価の支払時期」「商品の引渡及び役務の提供時期」「商

品の数量」等の記載を欠く書面を受領した事例で、契約締結日から一九日後のクーリング・オフ権の行使を肯定した。

⑦東京地判平成八年四月一八日判時一五九四号一一八頁

所定の書面の受領がないゴルフ会員権の売買の事例で、契約締結日から約二年五カ月後のクーリング・オフ権の行使を肯定した。なお、長期間が経過し、また購入者が債務不履行解除をあわせて主張しているので、クーリング・オフ権の行使は権利の濫用であるという販売業者の主張は退けられた。

II 判例集に掲載されていないもの

⑧大津簡判昭和昭和五七年三月二三日⁽²¹⁾

訪問販売法所定の書面の受領がない(クーリング・オフの告知がなされていないことが認定されたようである)事例で、契約締結日から約一年一ヶ月後のクーリング・オフ権の行使を肯定した。

⑨篠山簡判平成元年三月一五日⁽²²⁾

訪問販売法所定の書面の受領がない事例で、契約締結日から約一年後、商品受取日から四七日後のクーリング・オフ権の行使を肯定した。なお、販売業者の履行後、合理的期間が経過したので、クーリング・オフ権の行使は権利の濫用であるという販売業者の主張は退けられた。

⑩大阪簡判平成元年八月一六日⁽²³⁾

「商品の引渡時期」につき、口頭では説明したものの、書面に記載がなかった事例で、欠陥書面の受領の約二カ月後のクーリング・オフ権の行使を肯定した。²⁴⁾

①神戸地判平成元年一〇月四日⁽²⁵⁾

クーリング・オフ権の告知がなされていない事例で、契約申込後一年以上を経過した後のクーリング・オフ権の行使が肯定された。なお、長期間が経過し、販売業者の履行後の権利行使であるから、クーリング・オフ権の行使は信義則に違反するという販売業者の主張は退けられた。

以上のように、下級審ではあるが、従来の判決例は、適法な書面受領がない場合、いずれも、クーリング・オフ権の行使期間が起算されず、購入者はクーリング・オフ権を依然として行使できるとし、申込み・契約締結からクーリング・オフ権の行使までの経過期間は、短いもので二週間程度、長いものでは約二年五カ月に及んでいる。また、権利濫用、信義則違反の主張については、各事例における具体的事情が問題であり、一概に一般論としての結論を下すことはできないが、期間との関係でいえば、少なくとも二年超程度の「長期間」経過により権利濫用と評価されることはないといえる。⁽²⁶⁾

(3) 学説

学説では、まず、先に述べた通産省の通達・解説のとおり、「クーリング・オフの起算日(期間)は進行しない」⁽²⁷⁾というのとどめるもの、あるいは同じ趣旨で、「クーリング・オフの起算点は未到来であるから、たとえ申込み又は契約締結から八日間をすぎても消費者はクーリング・オフの権利を行使することができる」⁽²⁸⁾というのとどめ

るものがある。

また、これより一步踏み込んで、多少表現が異なるものの、クーリング・オフ権の行使期間が起算されないの
で、ようするに「いつまでも、あるいは無期限に」⁽²⁹⁾行使が可能である旨、明言するものがある。

さらに、おそらくは「いつまでも」を原則としながら、「クーリング・オフ権の行使に時間的制限は全くない
かどうかはなお検討に値する問題である。信義則上の制限などは考えられるだろう」と⁽³⁰⁾と、なんらかの行使制限を
示唆するものがある。

他方で、この場合のクーリング・オフ権が時効によって消滅することを明示されるものがある。⁽³¹⁾この主張は、
消滅時効としての条文が適用となるのかを明示されないものの、「五年（商事時効）」とされることから、商法
五二二条の適用を考えておられると思われる。

三 ドイツの議論の紹介

ドイツでは、クーリング・オフ権に相当する権利を形成権たる「撤回権 (Widerrufsrecht)」⁽³²⁾とよび、わが国の
法律とほぼ同様に、「適法な告知 (Behrning)」⁽³⁴⁾によって、撤回期間が起算される。撤回期間中、意思表示・契約
の効果は、「不確定無効 (Schwebend unwirksam)」とされる。以下では、撤回権に関するドイツの議論のうち、
本稿の主題に関する議論について、⁽³⁵⁾記述の便宜から、各法律に分けて記述を行う。

1 割賦弁済法⁽³⁶⁾

割賦弁済法は、後に取り上げる消費者信用法にとってかわられ、現行法ではないが、以下にみるように、本稿

の主題にかかわる判決例も多く、議論も行われているので、以下に紹介する。

(1) 法規定

割賦弁済法一b条一項「契約の締結に向けられた買主の意思表示は、買主がそれを売主に対し一週間の期間内に書面により撤回しないとき、有効となる」。

同二項二文「この期間の進行は、売主が、買主に（撤回権の告知を含む法所定の——引用者置き換え）書面を交付したとき、開始する」。

同五文「(法所定の書面が交付されないときは——引用者置き換え)、買主の撤回権は、売主が物を供給し、かつ買主が売買代金を完全に支払った時に、消滅する」。

これらの規定は、わが国の割賦販売法とほぼ同様の内容を有するものであり、撤回権の告知がなされない場合、撤回権が永久に存続する可能性が存在しているとされる⁽³⁶⁾（たとえば、両当事者の履行が完了するまでは、撤回権が存続するように読める）。

(2) 判例

判例では、撤回権について告知がない、あるいは法律にしたがった告知がない場合⁽³⁸⁾、撤回期間が進行せず、当事者の履行が完了するまで撤回権が存続することを前提に、主たる争点は、撤回権の行使が権利の濫用となるか否かにある。以下に、年月日順に紹介する。

(a) 連邦通常裁判所一九八三年一月一三日決定⁽⁴¹⁾

撤回権につき告知されなかった事例で、契約締結から約一年一〇カ月後、その間、売買の目的物を使用していた場合の撤回権の行使を認めた。単なる時の経過によっては、権利の濫用とならないとした。

(b) フランクフルト・アム・マイン上級地方裁判所一九八四年五月三日判決⁽⁴²⁾

撤回権についての告知に欠缺がある賃貸借、及びフランチャイズ契約の事例で、両当事者が七カ月にわたり履行してきた場合に、撤回権の主張に基づく控訴を権利の濫用とならした。

(c) カールスルーエ上級地方裁判所一九八五年二月一日判決⁽⁴³⁾

撤回権についての告知に欠缺がある売買契約の事例で、八年ないし六年程度にわたり契約関係が履行されてきた場合に、撤回権の主張に基づく控訴を、契約関係が長いという理由からは権利の濫用とならなした。

(d) 連邦通常裁判所一九八六年二月一九日判決⁽⁴⁵⁾

(c) の上級審である。同様に、時の経過のみによつては、権利の濫用とならなした。

(e) ハンブルク地方裁判所一九八六年九月二四日判決⁽⁴⁶⁾

撤回権についての告知に欠缺がある自動車売買契約の事例⁽⁴⁷⁾で、撤回の意思なく、一年三カ月程度にわたり購入した自動車を使用している場合に、撤回権の主張に基づく控訴は、権利の濫用とならした。

(f) コブレントツ上級地方裁判所一九八八年一〇月二五日判決⁽⁴⁸⁾

撤回権についての具体的な告知がない事例で、契約締結から約三年後の撤回権の行使を認め、数年後の撤回は原則として権利の濫用とならないとし、権利の濫用であるとの抗弁を排斥した。

(g) カールスルーエ上級地方裁判所一九九〇年二月二一日判決⁽⁴⁹⁾

適法な撤回権の告知がない事例で、契約から約八年五カ月後の撤回権の行使を認めた。撤回権の行使が権利の濫用となるとの主張は、妥当しないとされた。

(h) 連邦通常裁判所一九九二年一〇月二一日判決⁽⁵⁰⁾

適法な撤回権の告知がない事例で、契約から約四年後の撤回権の行使を認めた。撤回権の行使が権利の濫用であるとの主張に対しては、単なる時の経過では、権利の濫用とはならないとした。

(3) 学説

学説では、撤回権につき適法な告知がない場合、買主は契約に向けられた意思表示の時点で撤回権を取得し、不確定無効となることは、当然視していたものの⁽⁵¹⁾、本稿の主題は、明確に意識されていたとはいえず、不完全な文書の交付・告知の効果や、「両当事者の完全な履行」の意義⁽⁵²⁾、不確定無効の間の履行請求の可否が、議論の中心にあり、条文の内容の説明のみのもも多い。⁽⁵³⁾

ただし、中には、撤回権導入の改正当初から、両当事者の完全な履行により撤回権が消滅することに対し明確に反対するものもあった。⁽⁵⁶⁾ すなわち、適法な告知がなくても、両当事者が完全に履行すると撤回権が消滅するとすると、撤回権を行使できることにつき買主が知らない間に撤回権が消滅するからであるというのである。この

点については、買主が完全に履行することにより、撤回権の保護目的がなくなると説明するものがある。⁵⁷⁾

2 訪問取引撤回法⁵⁸⁾

(1) 法規定

訪問取引撤回法一条一項「…契約の締結に向けられた意思表示は、（訪問取引となるような仕方）で決定づけられたときは―引用者置き換え）顧客がそれを売主に対し一週間の期間内に書面により撤回しないとき、有効となる」。

同二条二文「この期間の進行は、売主が、買主に（撤回権の告知を含む法所定の―引用者置き換え）書面を交付したとき、開始する」。

同四文「この告知がなされないときは、顧客の撤回権は、両当事者の給付が完全に履行された後一カ月を経過した時に、消滅する」。

規定の内容は、上に説明した割賦弁済法とほぼ同様だが、四文に相違がある。すなわち、割賦弁済法では、両当事者が完全に履行した時、撤回権は消滅することとされていたが、訪問取引撤回法では、両当事者の完全な履行後一カ月を経過した時、撤回権は消滅すると規定された。これは、割賦弁済取引では現金取引が想定できないけれども、訪問取引では現金取引が存在し、両当事者の完全な履行がなされても保護の必要がなくなることによる。すなわち、訪問取引の現金取引では撤回権が無意味となってしまうことを回避したのである。「一カ月」という期間については、「この期間は、事後に熟考するための十分な機会を提供する。この期間は、撤回の行使に予定されている期間よりも長くなければならない。というのは、かりにそうでなければ、他方契約当事者は、同

様に撤回権の行使のために一週間を甘受する必要があるのみであり、かつ告知がないことにより撤回権の行使をほとんど考慮する必要がなくなるので、撤回権の告知をしないでおくよう促進されるからである」と説明される。⁶⁵⁾しかし、なぜ「一カ月」でなければならぬか、についての記述はない。

(2)判例

判例では、撤回権の告知方法⁶⁰⁾、完全な履行の内容と並んで、相当期間経過後の撤回権の行使が権利濫用となるか否かが、争われたことがある。

(i) ランダウ地方裁判所一九九〇年五月二十九日判決⁶²⁾

事実の詳細は不明だが、契約から二年四カ月後の撤回権の行使を認め、権利の濫用である旨の抗弁に対し、単なる時の経過によって撤回権の行使が権利の濫用となることはない」と判示した。

(3)学説

撤回権について適法な告知がなされない場合、撤回期間が進行しないことを当然の前提とし、記述では割賦弁済法(あるいは、次に述べる消費者信用法)の規定との違いが意識され、その相違を述べる、あるいは条文の内容を説明する、さらには議会資料による立法理由を述べるにほぼとどまるものが多く、⁶³⁾割賦弁済法との保護目的の違いを指摘するものもある。⁶⁴⁾

割賦弁済法と異なる「一カ月の期間」につき、「顧客に妥当な事後的考慮期間を与えられた」と肯定的に評価するものもあるが、このような規定がE.C指令⁶⁶⁾に従っているかは疑わしいので、立法時にSPD(社民党)が提出

した案の⁽⁶⁷⁾とおり、三〇年間存続すべきことを主張するものもある⁽⁶⁸⁾。また、同様にEC指令に違反する疑いを指摘しつつ、顧客が撤回権について知らない間に撤回権が消滅する場合があることなどを指摘し、顧客の保護にならない場合があることを指摘するものもある⁽⁶⁹⁾。

3 消費者信用法⁽⁷⁰⁾

(1) 法規定

消費者信用法七条一項「・・・信用契約の締結に向けられた消費者の意思表示は、消費者がそれを売主に対し一週間の期間内に書面により撤回しないとき、有効となる」。

同二項二文「この期間の進行は、消費者に（撤回権の告知を含む法所定の―引用者置き換え）書面が交付されたとき、開始する」。

同三文「消費者が（法所定の―引用者置き換え）告知をされなるときは、撤回権は、両当事者が完全に給付の履行をするか、遅くとも信用契約の締結に向けられた消費者の意思表示の後一年で消滅する⁽⁷¹⁾」。

割賦弁済法の「発展的改正」として消費者信用法が成立した。割賦弁済法と比較して、本稿の課題との関係では、「遅くとも信用契約の締結に向けられた消費者の意思表示の後一年で消滅する」（以下、「一年規定」と呼ぶ）という部分が追加された点が重要である。この追加の理由として、立法資料は、この規定により長期間に渡る信用契約の不確定無効が避けられると説明する⁽⁷²⁾。しかし、なぜ「一年」でなければならぬか、についての記述はない。

(2) 判例

判例では、告知方法に関するもの⁽⁷³⁾、期間の起算点に関するものが存在するが、私が調べた限り、相当期間経過後の撤回権の行使に関する判決例は、みいだせ得なかった⁽⁷⁵⁾。おそらく、消費者信用法において一年の期間制限が立法されたことにより、権利行使可能期間が明確になったことによるものと考えられる。

(3) 学説

撤回権について適法な告知がなされない場合、撤回期間が進行しないことを当然の前提とし、記述では割賦弁済法の規定との違いが意識され、その相違を述べる、あるいは条文の内容を説明する、あるいは議会議料による立法理由を述べる、さらには割賦弁済法、訪問取引撤回法に関する判例、先に述べた消費者信用法に関する判例を簡単に紹介するにとどまるものが多い⁽⁷⁶⁾。

ただし、「一年規定」についての議論も行われている。まず、ニュアンスの差こそあれ、「一年規定」に賛成するものがある。それらの理由とするところは、長期間経過後の濫用的撤回権の行使を避けるため⁽⁷⁷⁾、あるいは、この規定の欠点は認めるが（消費者の状態の悪化）、割賦弁済法の規定と比べて有用である（法律関係の早期決着・法的安定性）⁽⁷⁸⁾、あるいは、継続的供給契約を念頭に置きながら、長期間後の原状回復の困難性を理由として、法的安定性からこの規定を好意的に迎え入れるべき⁽⁷⁹⁾という点にある。

他方、「一年規定」に明確に反対するものがある。すなわち、両当事者の完全な履行により消滅する場合も含めて、撤回権について消費者が知らない間に撤回権が消滅してしまうのは、法政策的に憂慮すべきところがある、とするものがあり⁽⁸⁰⁾、さらに、消費者信用法の草案段階で、「一年規定」が導入されれば、「この恣意的な規定により、消費者保護に対してさらなる仕打ちが軽率、かつ不必要に課せられることになる。消費者の濫用的撤回に有

効、かつ柔軟に対抗するためには、現行法、すなわち権利喪失理論でまったく十分である」と反対するものがある。⁽⁸¹⁾

また、学説では、適法な告知がなされなるときに、長期間経過後、撤回権が行使されるという問題について、権利喪失、ないし権利の濫用に言及するものがあらわれた。ここでは、おもに割賦弁済法に関する判決例を参照しながら、単なる時の経過によって権利の濫用となると評価されることはなく、ただ、消費者が撤回権について知りながら供与された信用、ないし引き渡された物を使用し続けた場合に、消費者が撤回権について知っており、その他の点は告知されたという事情を信用供与者が証明したならば、権利濫用となるとよいと説明している。⁽⁸²⁾

四 若干の検討

わが国においては、クーリング・オフ権の理論的位置づけについて議論のあるところであるが、⁽⁸³⁾いかなる見解を採ろうとも、購入者の一定の作為により契約の効果が発生しないことに確定するという意味では、権利としてのクーリング・オフ権は形成権であると考えてよいと思われる。

ドイツでは、消滅時効 (Verjährung) にかかる権利 (Recht) は、「他人に対して作為または不作為を要求する権利」である請求権 (Anspruch) であるとされ (ドイツ民法一九四条一項)、請求権でない権利、たとえば形成権は、消滅時効にかからないとされている。先にみたように、撤回権は形成権であり、⁽⁸⁴⁾ドイツでは撤回権の消滅時効が問題とならない。形成権については除斥期間 (Ausschubfrist) が問題となるのみである。そこで、先にみたような議論がなされているのである。

他方、わが国では、法律に明文の規定のない形成権の期間制限に議論のあるところである。⁽⁸⁵⁾ 民法の条文を極めて素直に形式的に適用するとすれば、形成権についても民法一六七条二項が適用され、二〇年の消滅時効に服することになりそうだが、これでは、極めて不都合が大きく、⁽⁸⁶⁾ 判例は、売買委託契約解除権、⁽⁸⁷⁾ 再売買の予約完結権、⁽⁸⁸⁾ 白地小切手補充権（ただし、商事五年の消滅時効）、⁽⁸⁹⁾ 建物買取請求権、⁽⁹⁰⁾ 賃貸借契約の解除権につき、⁽⁹¹⁾ いずれも債権の消滅時効に準じて一〇年または五年（商事）の期間制限を課している。

さらに、期間内に形成権が行使された場合に、その結果生ずる請求権の期間制限も問題となり得る。判例は、形成権行使の時から請求権の消滅時効が進行するとする。⁽⁹²⁾

以上に鑑み、かりに想定される判例により本稿の主題を処理するとすれば、クーリング・オフ権が発生する取引として通常想定される取引は商法四条、五〇一条以下により商行為となるので、クーリング・オフ権は、商法五二二条により、権利を行使し得る時、すなわち契約申込みまたは契約締結の時から五年の消滅時効に服することになる。⁽⁹³⁾

他方、有力な反対説によれば、形成権の時効とは、形成権行使の結果生ずる請求権の消滅時効である。⁽⁹⁴⁾ たとえば、取消には、取消を理由とする請求権もしくは拒絶権があるにすぎず、拒絶権については、抗弁権の永久性の法理に従い、時効を問題とする余地がないこととなる。⁽⁹⁵⁾ わが国のクーリング・オフは撤回権・解除権であるから、この限りにおいて取消権と同様に扱われるものと思われる。

以上を前提に、クーリング・オフ権の行使期間をいかに解すべきだろうか。私は、この問題は、販売業者等が適法な告知をしなかったこと（販売業者の非）による反射的效果としてどの程度の権利を購入者に与えるのが妥当かという問題と、どの程度の法的関係の早期安定が必要かという問題のバランス（実質的考慮）と、存続期間をどの程度事前に明確にするのが望ましいか（形式的考慮）により検討されるべきだと考える。

たとえば、販売業者の非を考慮したうえ、購入者に五年程度の権利が与えられ、五年程度の法的不安定の継続はやむを得ないと考え、他方で、権利の存続期間が明確にされているのが望ましいと考えれば、理論的な問題点に残るものの、結論的処理としては、形成権についての消滅時効を認めるわが国の判例を肯定し、通常想定される五年の商事消滅時効を肯定的に評価するという判断もありえよう。しかし、割賦販売では、五年以上の支払期間が設定されることも考えられ、そのような場合には、賦払金の支払中であるにもかかわらず、購入者はクーリング・オフ権を行使できなくなる。このことは、割賦販売法四条の三第一項二号の趣旨に合致しない可能性があるのではないだろうか（ただし、賦払金の支払中に絶対的にクーリング・オフ権が必要だともいえない。また、先にみたドイツ消費者信用法七条二項三文の「一年規定」は、賦払金の支払中の撤回権の消滅を認める）。そうかといって、より購入者保護重視に傾き、(起算点はいつであるにせよ)一律一〇年、二〇年の権利行使期間を定めるのは、極めて強力な権利たるクーリング・オフ権の性質に鑑み、法的不安定の長期継続という観点から望ましくないと思う。

さらに、たとえば、両当事者の履行により契約関係が終了したとき、あるいはその後一定期間の経過により、かつそのときに限り購入者保護の必要がなくなると考えれば、ドイツ割賦弁済法、訪問取引撤回法のような期間制限が考えられ、想定されるわが国の判例のような、権利成立時を基準時とするクーリング・オフ権の時効消滅という考え方は妥当でなくなる。割賦弁済法の規制については、わが国の割賦販売法にはほぼ同様の結果をもたらす規定がある（割賦販売法四条の三第一項二号）が、訪問取引撤回法の規制とわが国の訪問販売法の規定は異なる。わが国の訪問販売法によれば、一定の現金取引にもクーリング・オフの適用があるが、適法な書面交付がない場合の期間制限については、規定がない。この方法をとるとすれば、現行法の解釈では限界があり、立法が必要となる。もちろん、この場合にも、訪問取引撤回法の一カ月が妥当か否かは問題となり得る。

さらに、たとえば、法律関係の早期安定が重要だと考えれば、かなり短期の期間制限が考えられる。ドイツ消費者信用法は、消費者の意思表示から一年という期間制限を設けた。これをわが国に導入するには、立法が必要である。ドイツの議論では、先にみたとおり、法律関係の早期決着・法的安定性に肯定的な評価もあるが、購入者が撤回権を知らない間に撤回権が消滅する可能性があるとして、この規定を疑問視する見解もある。クーリング・オフ権の告知がない場合を想定した場合、日独の判決例に一年を超えてクーリング・オフ権行使を認めた事例が存在することを考え合わせると、短きに失する観は否めない。

さらに、たとえば、一定の期間制限を設けることをせず、あるいは一定の期間制限を想定せず、権利の濫用・信義則違反による行使制限のみを考えるという方法もあり得る。⁹⁷⁾これを一般化するのは困難だが、ドイツの議論にあるように、クーリング・オフ権の告知はなかったものの、購入者がその存在を知りつつ、引き渡された物を使用しつづけ、長期間経過後にクーリング・オフ権を行使した場合が考えられる。また、ゴルフ会員権など少なからず投機的性格を合わせ持つ商品購入で、事実上、投機に失敗したという理由から、購入者が長期間経過後、クーリング・オフ権を行使することがあるかもしれない。⁹⁸⁾権利の濫用・信義則違反により行使が制限されるとすると、裁判所による判断を受けるまでクーリング・オフ権の行使が有効か否か正確には不明である点、すなわち事前に権利の存続（行使制限の有無）が明確にならない点が難点ではあるが、実質的に妥当な解決を導くことができるといえよう。ただし、ドイツの判決例に繰り返されるように、単に「長期間」経過したということのみをもって、権利の濫用・信義則違反とされるべきではない。あくまで、他の要素が重要だと考える。⁹⁹⁾

五 まとめ

以上、いくつかの可能性を示した。私は、本稿の課題は、形式的考慮から、法制度の明確性という観点で最終的には行使制限についての立法により解決されるのが望ましいと考える。現在の法制度では、わが国の議論で「いつまでも」権利を行使し得るといふ見解が解釈論としてかなり主張されていることからわかるように、「永久的権利」と解されないでもないからである。法制度上は、適法な告知がなされない場合にも、クローリング・オフ権は、契約の申込時または締結時に権利として発生するという構造になっており（それだからこそ、不告知の場合にも、購入者はクローリング・オフ権を行使できる）、権利の発生がクローリング・オフ期間の起算まで留保されているのではないのである。

もちろん、わが国の判例は、解釈論として先にみたようにクローリング・オフ権は五年の消滅時効にかかるとするだろう。しかし、この考え方によると、最長で両当事者の履行後五年間（訪問販売による三〇〇〇円以上の現金取引の場合）、現状を覆す権利としてのクローリング・オフ権を行使し得ることになり、法的安定性に鑑み、妥当性を欠くのではないだろうか。さらに、不告知の場合、購入者が「永久に」クローリング・オフ権を行使し得るといふのが望ましいという考え方に対しては、実質的考慮から、販売業者の非を考慮するとしても、現状を覆すことを内容とする権利を「永久に」認めるのはいかなものか、という批判ができるだろう。^(四)

そこで、現状を覆す権利としては、何らかの時間的制限が必要だといってよいのではないだろうか。さらに、明確な規定を設けず、権利の濫用・信義則違反で処理する見解は、もちろん、事後的な事案としての処理の妥当性は導けようが、事前の明確性が欠けているといえるのではないだろうか。^(五)

かりに適法に告知がなされない場合におけるクローリング・オフ権の行使制限（存続期間）を立法するとすると、

そのための基準時としては、①権利発生時(除斥期間による処理)、②両当事者の履行終了時(ドイツ割賦弁済法・訪問取引撤回法、割賦販売法)、③それらの併用(ドイツ消費者信用法)が考えられる(基準時の問題)。また、基準時から権利消滅までの期間については、種々の考慮があり得る(期間の問題)。私は、クーリング・オフ権を認めた個別の法律が、クーリング・オフ権を認めた趣旨に鑑み、基準時の問題、期間の問題が検討されるべきであり、クーリング・オフ権一般としては検討できないと考えるので、ここでクーリング・オフ権についての一般論として結論を述べることはできない。ただ、本稿でもな検討対象とした割賦販売法、訪問販売法については次のように考える。

まず、基準時としては、購入者が履行を完全に行う前にクーリング・オフ権が消滅するのは望ましくないと思う。この意味で、権利発生時を基準時に採用し、そのような可能性を残す前記①③は採用できないと考える。したがって、消費者信用法の「一年規定」は妥当でないように思う。同じ理由から「形成権の消滅時効」に関する有力説も採用できない。この有力説によれば、クーリング・オフ権の消滅時効については、クーリング・オフ権の行使に伴う請求権の消滅時効を考へることになるが、その起算点は権利発生時であるからである。そこで、基準時は②にならざるを得ないのではないだろうか。②でも、購入者がクーリング・オフ権について知らない間に消滅する可能性があるが、両当事者の履行終了後であれば、購入者の保護の可能性がまったくないとはいえないにしても、かなり薄いといえるのではないだろうか。逆に、両当事者が履行を完了した後現状を覆す権利を行使できるのは、法的安定性に鑑み、限定されるべきではないだろうか。⁽¹⁰⁾

次に、期間としては、両当事者の履行終了時を基準とすることを前提に、割賦販売では、賦払金支払期間が必ず二カ月以上存在することから両当事者の履行終了時を消滅時とし、訪問販売では、現金取引の可能性を考慮して、割賦販売との対比上、両当事者の履行終了時から二カ月程度経過後を消滅時とするのが妥当だろうか。⁽¹⁰⁾この

期間は、結局、クーリング・オフの告知を受けなかった購入者が、告知を受けたのと同等の評価を与えられるのに、どの程度の期間が必要か、という問題に帰着する。もちろん、現実には告知を受けていないのだから、何年経過しようとも告知を受けたのと同等の状況にはならないという評価も可能だろう。しかし購入者が「本当に困った。できることなら契約をとりやめたい」と真に考えたのであれば、現在の社会状況に鑑みれば、上記の期間に何らかの形でクーリング・オフについての情報が得られ、告知を受けたのと同等の状況に置かれると考えてよいのではないだろうか。なお、これらの前提となる履行完了時の立証責任は、権利の消滅を主張する販売業者が負うべきである。⁽¹⁶⁾

先に紹介した日独の判例では、問題とされている法律がどの法律であれ、また訴訟で事実が明確に認定されていなくとも、販売業者から訴訟が起こされているものについては、購入者の履行は完了していないことを前提にしており（販売業者が購入者に履行を請求しているから）、購入者から起こされた訴訟でも、販売業者の何らかの請求に対応した訴訟の提起であると考えられるので（購入者はクーリング・オフ権を拒絶的に行使しているから）、購入者の履行は完全にはなされておらず、この点に関する限りでは、購入者はクーリング・オフ権を行使し得るとされてよい事例であると考ええる。もちろん、この上位に一般条項が存在するのであり、権利の濫用・信義則違反による行使制限は、さらに検討の余地があることはいままでもないが、この限りでの権利存続の不明確性はやむを得ない。⁽¹⁷⁾

以上の処理によるとすれば、わが国においては、一般条項によるものは別として、割賦販売法については、新たな立法をなさず、かつ法律に規定されたもの以外の行使制限を設けないことになる。また、訪問販売法については、新たな立法を行い、両当事者の履行後一定期間の経過によりクーリング・オフ権を行使できなくなる旨を規定することになる。

いずれにしても、本稿が提起した問題につき、明確に意識され、問題解決の必要が生じた際、本稿におけるドイツの議論の紹介、および一応の検討がその一助となればと思ふ。

注

- (1) 尾島茂樹「書面の交付が適法に行われない場合とクーリング・オフ権行使の期間制限」クレジット研究一九号一〇〇頁注(3)
- (4) (平成一〇年)参照。
- (2) 尾島・前掲注(1)一〇〇頁注(5)に掲げた私の論文、およびそこで引用した文献参照。その後のものとして、杉田雅彦、「いわゆるクーリング・オフについて口頭による解除権の行使を認めた事例」判タ九一三号(平成七年度主要民事判例解説 八四頁以下(平成八年))、三間地光宏「書面によらないクーリング・オフ」山口経済学雑誌四五巻五号一〇一三頁以下(平成九年)参照。
- (3) たとえば、割賦販売法四条の三第一項一号、訪問販売法六条一項一號参照。
- (4) あわせて「適法な書面の受領がない場合」といい得るけれども、一定の書面は受領されたが必要事項のすべてが記載されていない場合では、あらゆる不記載についてクーリング・オフ権の行使のための期間が起算されないか否かは、一つの問題である。本稿は、クーリング・オフ権の行使のための期間が起算されない場合を前提とすることとし、この問題については扱わない。これに関するわが国における議論として、尾島・前掲注(1)八八頁以下参照。
- (5) このことを示すために、文献等ではさまざまな表現が用いられており、中には文法的に日本語として少々稚拙な表現ではないかと思われるものも存在するが、引用部分は、原文のとおり引用する。
- (6) 尾島・前掲注(1)八八頁以下。
- (7) 尾島・前掲注(1)一〇〇頁。
- (8) 割賦販売法四条の三第一項三号の規定する消耗品使用の場合は、規定の趣旨が本稿の主題とは別の考慮によると考えるので、扱わない。
- (9) 訪問販売法六条二号の規定する消耗品使用の場合、同三号の規定するいわゆる現金取引の際の対価制限は、規定の趣旨が本稿の主題とは別の考慮によると考えるので、扱わない。
- (10) 念のために付け加えれば、三〇〇〇円未満のいわゆる現金取引(訪問販売法五条一項、六条一項三号、施行令六条)では、両当事者の履行でクーリング・オフ権が行使できなくなるが、「三〇〇〇円未満」という条件がついており、また適法な告知がなされた

場合にも同様に該当するから、別の考慮によるものと考ええる。

- (11) 割賦販売法二条一項一号、二項一号、三項一号。
- (12) 東海林一郎「クーリング・オフ制度」梶村太市・深澤利一・石田賢一編『改正割賦販売法』（平成二年・青林書院）四七頁。
- (13) 「訪問販売等に関する法律の一部を改正する法律等の施行について」一六（一）（イ）。
- (14) 通産省発行の解説書でも同様に説明されている。通産省消費経済課編『平成九年版訪問販売等に関する法律の解説』（平成九年・通産省調査会出版部）二二〇頁参照。
- (15) 尾島・前掲注（一）八九頁以下、および一〇二頁注（12）参照。
- (16) この判決の解説として、松岡誠之助・ジュリ一〇〇三号一〇九頁以下（平成四年）、花谷薫・別ジュリ一三五号（森島昭夫・伊藤進編『消費者取引判例百選』六六頁以下（平成七年））がある。
- (17) この事例では、宅建業法のクーリング・オフが問題となっており、これによると申込者等が宅地・建物の引渡を受け、かつ、その代金を全額支払ったときは、クーリング・オフ権を行使できないが、本件では、振り出した手形の一部が未決済であり、この限りでは、権利が行使可能であった。
- (18) この判決の研究として、大村敦志・ジュリ一〇九四号一六七頁以下（平成八年）がある。
- (19) この判決の解説として、清水巖・別ジュリ一三五号（森島昭夫・伊藤進編『消費者取引判例百選』六頁以下（平成七年））がある。
- (20) この判決の評釈として、吉川栄一・ジュリ一二二六号三三七頁以下（平成一〇年）がある。
- (21) 島川勝・金子武嗣「立替払契約と抗弁権の切断（上）」NB L二七一号一六頁以下（昭和五七年）、佐藤一雄「新講・現代消費者法」（平成八年・商事法務研究会）二六九頁。
- (22) 木村晋介・本田純一・千葉肇「消費者取引判例ガイド」（平成六年・有斐閣）二二二頁以下（木村晋介執筆）、佐藤・前掲注（21）三五四頁。
- (23) 消費者法ニュース一号一三頁、木村ほか・前掲注（22）二二〇頁以下（木村執筆）、佐藤・前掲注（21）三五四頁。
- (24) この事例では、割賦販売法のクーリング・オフが問題となっており、これによると申込者等が代金を全額支払ったときは、クーリング・オフ権を行使できないが、本件では、購入者は、代金支払拒絶を主張しており、代金を全額支払っていない。
- (25) 上谷愛子「契約申込後一年以上を経過した後になされたクーリング・オフの権利行使が認められた事例」NB L四七七号三五頁（平成三年）。

(26) 多くの販売業者は、あわせて自己の債務の「履行後」(両当事者の履行後)ではない、を主張するが、そもそもクーリング・オフ権は、販売業者が債務の履行をしたこと、そのことのみにより行使できなくなるものではなく、裁判例がこの主張を重視しないのは、当然ともいえる。

(27) 西山昇一「クーリング・オフ制度」梶村太市・深澤利一・石田賢一編「訪問販売法」(平成四年・青林書院)六〇頁、山口康夫「クレジット販売関係法の解説」(平成二年・一橋出版)二二頁、同「訪問販売関係法の解説」(平成二年・一橋出版)三五頁、甲斐道太郎・島川勝・木村清志「ローン・クレジットの法律紛争(新版)」(平成一〇年・有斐閣)一四二頁(島川勝執筆)。

(28) 三上雅通「訪問販売におけるクーリング・オフ制度」森泉章・池田真朗編「消費者保護の法律問題」(平成六年・勁草書房)二二五頁以下。同旨、全国消費生活相談員協会「クーリング・オフ・ガイドブック」(平成一〇年・全国消費生活相談員協会)九頁。

(29) 竹内昭夫「特殊販売規制法」(昭和五年・商事法務研究会)五四頁以下(解釈上の「合理的な期間の経過」による制限も議論としてはあり得るとした上で、原則を述べる)、北川善太郎編「消費者のための契約ガイド」(昭和五六年・日本消費者協会)一〇三頁(清水巖執筆)、中野正俊「増補新版割賦・訪問・通信販売の法律知識」(昭和五八年・三二書房)一三二頁、加賀山茂「訪問販売等のトラブルと法的問題点」ひろば三六巻六号二六頁(昭和五八年)、今村成和・丹宗昭信・実方謙二・厚谷襄児編「注釈経済法(下)」(昭和六〇年・青林書院)九五三頁(高瀬雅男執筆)、木元錦哉・佐藤圭吾監修「消費者問題の法律相談」(昭和六二年・自由国民社)一〇八頁(村千鶴子執筆)、木村ほか・前掲注(22)三二頁(木村執筆)、竹内昭夫「消費者信用法の理論総論・各論」(平成七年・有斐閣)一七頁、高岡信男「クーリング・オフ」山岸憲司・高芝利仁編「リース・クレジットの法律相談」(平成七年・青林書院)三〇六頁(ただし、「原則として」という留保つき)、野辺博「クーリング・オフ」木宮高彦編「消費者保護の法律相談」(平成八年・学陽書房)八〇頁、佐藤・前掲注(21)三五四頁、石戸谷豊・齋藤雅弘・池本誠司「訪問販売法ハンドブック」(平成九年・日本評論社)四八頁、五六頁(池本誠司執筆)、佐藤浩史「訪問販売における業者の義務」今村憲治編「消費者救済の法律相談」(平成九年・青林書院)一二六頁以下、同「クーリング・オフ制度」今村編・前掲本注一三一頁、大村敦志「消費者法」(平成一〇年・有斐閣)二四八頁。なお、吉川・前掲注(20)三三八頁の記述は、「いつまでも」を前提としている。

(30) 大村・前掲注(18)一六九頁。

(31) 清水・前掲注(19)七頁。

(32) たゞね、Münchener Kommentar zum BGB 3.Band 3.Aufl.(1995) VerKG §7 Rdnr.11 (Umer); Umer/Habersack, VerbraucherKreditgesetz 2.Aufl.(1995) §7 Rdnr.11 (Umer); Staudingers Kommentar zum BGB 13.Aufl.(1998) VerKG §7 Rdnr. 3 (Kessal-Wulf).

- (33) この訳語については、尾島茂樹「ドイツにおける『書面によらない撤回権(クーリング・オフ)』」クレジット研究一二三頁注(8)(平成九年)参照。
- (34) 文献では、*Belehrung* を「教示」と訳しているようである(岡孝二山本豊「西ドイツ訪問取引法の批判的検討(一)」判タ六四八号六五頁(昭和六二年)、栗田哲男「現代民法研究(二)(不動産法・消費者法)」(平成九年信山社)二三八頁、二七九頁、二八二頁、河上正二「クーリング・オフ」についての一考察」法学六〇巻六号二一〇八頁、二二〇九頁(平成九年)。ただし、「通告」(飯島紀昭「西ドイツにおけるクーリング・オフについて」成蹊二二号三二二頁(昭和五三年))、「知らせ」(植木哲「消費者信用法の新たな展開」石田・西原・高木三先生選暦記念論文集刊行委員会編「金融法の課題と展望」(平成二年・日本評論社)三〇九頁、坂東俊矢・植木哲「EC」中坊公平ほか編「クレジット法の理論と実際」(平成二年・信山社)二二〇頁)とするもの、あるいはとくに訳出しないもの(泉圭子「ドイツ第三者融資取引に関する一考察(四)」同法四五巻六号二〇二五頁(平成六年)もある。
- (35) 撤回権に関するドイツのその他の議論については、たとえば、泉圭子「ドイツ消費者信用法(一九九〇年)について(二)」民商二〇八巻二号二七頁以下(平成五年)参照。
- (36) *Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894*, *RGBl. S.450*. ただし、撤回権を規定する条文は、一九七四年の改正によって追加された。Zweites Gesetz zur Änderung des Abzahlungsgesetzes vom 15. Mai 1974, *BGBI. I S.1169*. この法律の名称の訳語については、尾島・前掲注(33)二二二頁注(5)参照。この法律については、さしあたり、飯島・前掲注(34)二二七頁以下、栗田・前掲注(34)二二三頁以下参照。
- (37) 先に述べた点以外に、わが国の割賦販売法では申込者等が履行したことでクーリング・オフ権が消滅するが、ドイツ割賦弁済法では両当事者の履行で消滅する点が異なる。
- (38) 泉・前掲注(35)三〇頁が指摘する。Vgl. *Bulow, P. Verbraucherkreditgesetz 3*, *Aufl.* (1998), § 7 Rdnr. 104. 割賦弁済法に関するドイツのコメントータルでは、問題点が明確に自覚されようなかっただけである。RGRK BGB 2 Band 12 *Aufl.* (1978) *AbzG 1 b Rdnr. 7* (Kessler); *A-K Kommentar zum BGB 3. Band 1. Aufl.* (1979) *AbzG 1 b Rdnr. 6* (Reich); *Münchener Kommentar zum BGB 3. Band 1. Aufl.* (1980) *AbzG 1 b Rdnr. 11* (Westermann); *Münchener Kommentar zum BGB 3. Band 2. Aufl.* (1986) *AbzG 1 b Rdnr. 18* (Ulmer); *Erman BGB 1. Band 8. Aufl.* (1989) *AbzG 1 b Rdnr. 12* (Weinauer-Klingsporn); *Palandt BGB 49. Aufl.* (1990) *AbzG 1 b 2420*; *Soergel BGB 3. Band 12. Aufl.* (1991) *AbzG 1 b Rz 15, 19* (Hörn).
- (39) 告知方法を問題とする判決例として、LG Berlin 1976.2.6. *HJW 1977, 254*; *OLG Köln 1978.6.20. NJW 1979, 726*; *BGH 1984, 714. BGHZ 91, 338 = NJW 1984, 2291 = JA 1985, 41*; *BGH 1986.5.7. WM 1986, 1062*; *BGH 1987.11.5. NJW 1987, 1698*; *OLG*

- Düsseldorf 1989.2.28. WM 1989, 1805; BGH 1989.12.20. WM 1990, 315; LG Zweibrücken 1990.3.13. WM 1991, 191 - NJW-RR 1990, 1336; OLG Frankfurt a.M. 1992.9.22. WM 1993, 941; BGH 1992.9.30. BGHZ 119, 283 - NJW 1993, 64 = WM 1992, 2104 = ZIP 1992, 1573; BGH 1994.4.27. ZIP 1994, 884.
- (40) 完全な履行があつたか否かを問題とする判決例として、BGH 1984.3.29. BGHZ 91, 9 = NJW 1984, 1755 = JZ 1984, 748; BGH 1987.11.16. NJW 1988, 1021; BGH 1989.12.6. BGHZ 109, 314 = NJW 1990, 567 =EWiR 1990, 209 mit Anm. von Sternel.
- (41) BGH 1983.1.13. WM 1983, 317.
- (42) OLG Frankfurt a.M. 1984.5.3. WM 1984, 1009 = BB 1984, 1124 - NJW 1985, 2722.
- (43) OLG Karlsruhe 1985.2.1. NJW 1985, 2722.
- (44) 掲載誌からは具体的期間は不明であるが、詳細は、上級審に関する JZ 1986, 761 による。
- (45) BGH 1986.2.19. BGHZ 97, 127 = NJW 1986, 1679 = WM 1986, 555 = JZ 1986, 761 mit Anm.von Weitnauer.
- (46) LG Hamburg 1986.9.24. WM 1986, 1504.
- (47) 自動車の売買契約であり、割賦弁済法の適用自体に疑問が呈せられているが、扱わない。一九八六年五月一日に訪問取引撤回法が施行されたことも、判決文では考慮されている。
- (48) OLG Koblenz 1988.10.25. NJW-RR 1989, 112.
- (49) OLG Karlsruhe 1990.2.21. NJW 1990, 2474 = NJW RR 1990, 1336.
- (50) BGH 1992.10.21. NJW 1993, 128 = WM 1993, 416.
- (51) 大塚と大塚、Kiefer, Gewährleistungsrechte ohne Vertrag? NJW 1989, 3120, 3121.
- (52) 大塚と大塚、Löwe, Neuerungen im Abzahlungsrecht, NJW 1974, 2257, 2259 f; Klauss/Ose, Verbraucher kreditgeschäfte, 2. Aufl. (1988) Rdnr.346 f.
- (53) Medicus, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1 (1981), 522.
- (54) 大塚と大塚、Münchener Kommentar zum BGB 3.Band 3.Aufl.(1988) AbzG 1 b Rdnr.18 (Ulmer).
- (55) Reich, Abzahlungsrecht und Verbraucherschutz, JZ 1975, 550, 552; Bischoff, H.-J., Das Widerrufsrecht nach § 1 b AbzG und seine Anwendungsprobleme beim finanzierten Abzahlungskauf, 22 (1977); Knütel, Widerruf und Widerrufsbelehrung in § 1 b AbzG, AcP 1985, 308, 311, 313, 316; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 296 (1985). 注(55)の参考文献も参照。

- (99) Petermann, Das Zweite Gesetz zur Änderung des Abzahlungsgesetzes, Rpfleger 1974, 281, 282.
- (100) Schwenger, Neue Formen der Abstandnahme vom Vertrag, JA 1989, 505, 506.
- (101) Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften vom 16. Januar 1986, BGBl. I S.122. 雑註には、「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」である。この法律の名称の誤謬については、尾島・前掲注(83)一二三頁注(6)参照。この法律については、佐々木・前掲注(83)一三三頁以下(昭和三十二年)・岡・山本・前掲注(83)五三頁以下、本田純一「各国のクーリング・オフ制度」国民生活二〇巻二号一六頁以下(平成二年)参照。
- (102) BT-Drucks. 10/2876, S.13.
- (103) BGH 1992.12.17. WM 1993, 589; BGH 1993.7.8. NJW 1993, 2868.
- (104) OLG Köln 1992.12.3. BB 1993, 324; LG Kassel 1988.7.29. WM 1990, 430 = NJW-RKR 1989, 105.
- (105) LG Landau 1990.5.29. VuR 1990, 262.
- (106) Gilles, Das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, NJW 1986, 1131, 1143; Knauth, Das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, WM 1986, 509, 510; Magoulas/Schwartz, Das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften: Eine rechtliche und ökonomische Analyse, JA 1986, 225, 233; Teske, Das neue Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, ZIP 1986, 624, 631; Soergel BGB 1. Band 12. Aufl. (1987) HWG § 2 Rz. 6 (Wolf); Münchener Kommentar zum BGB 2. Aufl. (1988) HWG § 2 Rdnr. 4, 9 (Ulmer); Schwenger, aO. [Fn.57] 506; Erman BGB 1. Band 8. Aufl. (1989) HWG § 2 Rdnr. 4, 5 (Weinauer/Klingsporn); Palandt BGB 51. Aufl. (1992) HWG § 2 Rdnr. 4 f.; Münchener Kommentar zum BGB 3. Aufl. (1995) HWG § 2 Rdnr. 9 (Ulmer); Palandt BGB 55. Aufl. (1996) HWG § 2 Rdnr. 4 (Putzo); Staudingers Kommentar zum BGB (1998) HWG § 2 Rdnr. 20 f. (Werner).
- (107) Löwe, Schutz gegen Überumpelung beim Vertragsabschluss, BB 1986, 821, 828.
- (108) Wassermann, Grundfälle zum Recht der Haustürgeschäfte, Jus 1990, 723, 725.
- (109) 一九八五年(二月二〇日)の指令。五条で「撤回権につき告知がなされた後、少なくとも七日間の考慮期間を消費者に与えらるることを定めておる。」
- (110) なぜ三〇年でなければならぬか、は調べる事ができなかったが、おそらくドイツにおける通常の消滅時効期間によるとした

- のだろうか (BGB 一九五条)。なお、この案は「取引上の必要性に鑑み、不必要に良い」とされ、採用されなかった (BT-Drucks. 10/2876 S.9)。
- (68) Erman BGB 1.Band 9.Aufl. (1993) HWG § 2 Rdnr. 7 (Klingsporn).
- (69) Fischer/Machunsky, Haustürwiderrufgesetz, 2.Aufl. § 2 Rdnr. 54 (1995).
- (70) Verkündet als Art.1 Gesetz über Verbrauchercredite, zur Änderung der Zivilprozeßordnung und anderer Gesetze vom 17. Dezember 1990 (BGBl. I S.2840)。この法律の立法前の議論については、山本隆司「消費者信用に関するドイツでの立法論の動向 (一) (二・完)」岐阜経済大学論集二〇巻三号二頁以下、四号三二頁以下 (昭和六二年)、ベーター・ギレス (山本隆司訳)「欧州共同体 (EC) 及びドイツ連邦共和国における消費者信用法」立命二〇八号七五〇頁以下 (平成元年)、植木哲山本隆司「第三章 欧州の消費者信用法 第五節 ドイツ」中坊ほか編・前掲注(34) 一一五頁以下、植木・前掲注(34) 二七九頁以下参照。この法律の連邦政府草案の邦訳として、中坊ほか・前掲(34)注二二六頁以下参照。この草案では、撤回権は六条に規定されている。この法律については、泉圭子「ドイツ消費者信用法 (一九九〇年) について (一) (三・完)」民商一〇七巻四二五号七二七頁以下、一〇八巻二号二五頁以下、二号二五二頁以下 (平成五年)、同「ドイツ第三者融資取引に関する一考察 (四) (五)」同法四五巻六号一〇一九頁以下、四六巻二号一六九頁以下 (平成六年) 参照。
- (71) この条文の草案 (原文は同じ) の後半部分の邦訳につき、中坊ほか・前掲注(34) 二二〇頁、植木・前掲注(34) 二〇九頁は、「取消権は、双方において給付が完全に提供された後において (傍点、引用者)、少なくとも信用契約の締結に向けられた消費者の意思が表示されて一年を経過すれば消滅する」とするが、「両当事者の完全な履行」と「消費者の意思表示後一年」は、択一的であり、撤回権が消費者の意思表示後一年で消滅するために、両当事者の完全な履行が条件となるわけではない。ドイツの文献もこのことを前提としている (たとえば、Staudingers Kommentar zum BGB, aaO. [Fn.32] VerKG § 7 Rdnr. 44 は、両当事者の完全履行による消滅を「相対的・時間的制限」と呼び、消費者の意思表示後一年による消滅を「絶対的・時間的制限」と呼ぶ。泉・前掲注(35) 二〇頁、同・前掲注(34) 一〇二五頁も参照。
- (72) BT-Drucks. 11/5462 S.22; BR-Drucks. 427/89 S.53.
- (73) OLG Stuttgart 1992.8.31. NJW 1992, 3245; OLG Schleswig 1997.8.21. WM 1997, 1986.
- (74) 撤回期間に関し、BGH 1996.7.10. WM 1996, 1781 = ZIP 1996, 1657、一年の期間に関し、BGH 1995.5.10. WM 1995, 1231 参照。
- (75) ただし、撤回権が「悪用」されたという特殊な事例 (八カ月間、新車を使用した)、別に新たに撤回権を取得し、行使した事例)

- ではあるが、撤回権の行使に關し権利の濫用が問題とされた事例として、LG Trier 1993.4.22. NJW 1993, 2121.
- (76) Bülow, Das neue Verbraucher kreditgesetz, NJW 1991, 129, 131 f.; Reinking/Nießen, Das Verbraucher kreditgesetz, ZfP 1991, 79, 82 f.; Seibert, Verbraucher kreditgesetz und Kreditkarte, DB 1991, 429, 431; Scholz, Das Verbraucher kreditgesetz, DB 1991, 215, 217; von Heymann, Zum neuen Verbraucher kreditgesetz, WM 1991, 1285, 1292; Emmerich, Das Verbraucher kreditgesetz, JuS 1991, 705, 707 f.; Teske, Neue Widerrufsrechte beim Abschluß von Versicherungs- und Verbraucher kreditverträgen, NJW 1991, 2793, 2798; Reifner, U., Handbuch des Kreditrecht (1991), § 9 Rdnr. 49; von Westphalen/Emmerich/Kessler, Verbraucher kreditgesetz (1991), § 7 Rdnr. 34, 40 (von Westphalen); Münstermann/Hannes, Verbraucher kreditgesetz (1991), § 7 Rdnr. 361; Palandt BGB 51.Aufl. (1992) VerKG § 7 Rdnr. 6 f.; Ollmann, Die schwebende Unwirksamkeit des Verbraucher kreditvertrages, WM 1992, 2005, 2006; Karollus, Grundfälle zum Verbraucher kreditgesetz, JuS 1993, 651, 654; Erman BGB 1. Band 9.Aufl. (1993) VerKG § 7 Rdnr. 41 (Klingsporn/Rebmann); Lwowski/Peters/Gößmann, Verbraucher kreditgesetz 2. Aufl. (1994), 167 (Peters); Drescher, J., Verbraucher kreditgesetz und Bankenpraxis (1994), Rdnr. 224; Brox, H., Besonderes Schuldrecht, 20.Aufl. (1995) 154; Ma, W., Einwendungsdurchgriff und Widerrufsrecht als Instrumente des Verbraucherschutz im Kreditkartenverfahren (1996) 128; Hadding, Zur Rückabwicklung nach einem verbraucherschützenden Widerruf der Vertragserklärung, Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag (1996) 212; Palandt BGB 55.Aufl. (1996) VerKG § 7 Rdnr. 7 f. (Putzo); Steppeler, W., Verbraucher kreditgesetz 2.Aufl. (1997) 173. 議論の状況や対し説明や対応のあり方
- Pickert, S., Das Widerrufsrecht nach dem Verbraucher kreditgesetz (1995), 64 Fn.225.
- (77) Zahn, Neues Recht des Leasingvertrages durch das Verbraucher kreditgesetz, DB 1991, 81, 82 f.
- (78) Bender, Das Verbraucher kreditgesetz, VuR 1991, 197, 200; Grimm, A., Das neue Verbraucher kreditgesetz (1993), 290. Vgl. Vortmann, J., Verbraucher kreditgesetz (1991) § 7 Rdnr. 21; Emmerich/Münstermann/Wagner-Wieduwilt, Praktische Umsetzung des Verbraucher kreditgesetzes (1991), 61 (Münstermann); Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, Verbraucher kreditgesetz 1.Aufl. (1992) § 7 Rdnr. 38 (Bruchner); Bülow, P., Verbraucher kreditgesetz 3.Aufl. (1998), § 7 Rdnr. 104.
- (79) Reiter, Die Neuregelung des Widerrufsrechts bei Sukzessivlieferungsverträgen unter besonderer Berücksichtigung des Bierlieferungsvertrages, BB 1991, 2322, 2323 f.
- (80) Medicus, Das Verbraucher kreditgesetz, Jura 1991, 561, 563 f.
- (81) Reinking/Bexen, Der finanzierte Autokauf heute und in Zukunft, DAR 1990, 289, 292.

- (87) 大判大正六年十一月四日民録三三輯一九六五頁。
- (88) 大判大正一〇年三月五日民録二七輯四九三頁。
- (89) 最判昭和三十六年一月二四日民集一五卷一〇号二五三六頁。
- (90) 最判昭和四二年七月二〇日民集二一巻六号一六〇一頁。
- (91) 最判昭和五六年六月一六日民集三五巻四号七六三頁。
- (92) 契約解除に基づく現状回復請求権につき、大判大正七年四月一三日民録二四輯六六九頁、最判昭和三五年一月一日民集一四巻一三三二七八一頁。
- (93) 清水・前掲注(19)頁。
- (94) 川島・前掲注(85)七三一頁以下。
- (95) 抗弁権の永久性については、川島武宜「民法総則」(昭和四〇年・有斐閣)五四二頁、山崎敏彦「抗弁権の永久性」(昭和六一年・一粒社)参照。
- (96) たとえば、川島・前掲注(95)五七八頁。
- (97) 大村・前掲注(18)頁。
- (98) 尾島・前掲注(1)九八頁以下。
- (99) この意味で、尾島・前掲注(1)九七頁の、「このような場合(「クーリング・オフに関する事項」の記載がない場合―引用者補充)には、その欠落の重大性ゆえに、クーリング・オフ権の行使は、いかなる場合にも(たとえば、長期間経過後、消費・使用後)、信義則違反や権利濫用とはならないと考える」という記述のうち「いかなる場合にも」という部分は削除するよう訂正したい。前稿でも念頭に置いていたのは、そこに「括弧書きしたとおり」「長期間経過後、消費・使用後」であったが、ドイツの判例にみたところ告知の不存在を奇貨とした濫用的クーリング・オフ権行使も想定され、その場合には、「販売業者の非」を考慮しても、クーリング・オフ権の行使に何らかの制限が必要だと考え直したからである。念のために付け加えれば、名古屋地判昭和五五年一月二二日判時一〇一四号九二頁(評釈として、長尾治助・判評二七八号(判時一〇三〇号)一六五頁以下(昭和五七年))のような事例、すなわち販売業者が、同一商品の他業者がすでに締結している売買契約をクーリング・オフを利用して解約させ、自己と契約させたような事例は、販売業者のクーリング・オフの利用が「違法」なのであって、この判決がいうとおり販売業者の不法行為の問題となることは格別、購入者のクーリング・オフ権の行使としては適法である(高岡信男「販売業者とクーリング・オフ制度」山岸一高芝編・前掲注(29)三二二頁参照)。

(100) 注(29)に掲げた文献のほかにも、訪問販売法改正前に現金売買にクーリング・オフの適用があるかが争われた大阪高判昭和五年九月三〇日判時一〇二五号六八頁、判タ四五六号一〇七頁は、傍論ではあるが、クーリング・オフ期間の適用のない場合には、クーリング・オフ権を「無期限にいつまでも解除できる」権利となると理解しているようである(ただし、この結論を否定し、当時の訪問販売法のもとでは、現金売買にクーリング・オフの適用がないとした)。

(101) 詐欺・強迫による取消権は、一定の期間制限に服する(民法一二六条)。

(102) 椿寿夫「権利消滅期間をめぐって」法論六九卷三〇四―五合併号一三九頁(平成九年)は、「権利消滅期間を法定しないことも、規定されている権利消滅期間が長すぎることも、ともに法的評価のうえで良くないと理解するならば、その修正が検討されるべきであろう。さらに、短かすぎる権利消滅期間も、やはり強い批判があるので、同様にすべきであろう。そうだとすれば、長すぎる数字と短かすぎる数字とは、どうしてそうなったのが第一次の検討対象とされてよいし、必要な数字がない場面では、なぜという理由の探求と並びどういう対策を採用すべきかが検討対象とされてよい」とする。本稿は、この問題意識に、「権利消滅期間の法定が必要」という限りで答えられたか、と思うが、「何年、あるいは何カ月の期間が妥当か(数字)」にまでは、踏み込めなかった点で不十分であると思う。しかし、数字の問題については、ドイツの議論からもわかるように、「何年、あるいは何カ月でなければならぬ」とは、極めて主張しづらく、せいぜい「どの程度が妥当か」にとどまらざるを得ないのではないだろうか。そこで、結局、後に、本文で述べるような主張になった次第である。

(103) 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二二頁(平成六年)参照。

(104) 原島重義「なぜ、いまサウイニーク」同編「近代私法形成と現代法理論」(昭和六三年九州大学出版会)四八頁以下は、「クーリング・オフ規範は、売主が一方的に、相手方に考える余裕を与えない攻撃的な取引方法により、契約締結過程で買主の自由な決定を阻害したがゆえに、買主が頭を冷やして申込を撤回するかもしれないぬリスクは、ひとえに売主の側が負う、という趣旨であろう。そうだとすると、自由な意思決定は法律行為の要件事実であり、この点に瑕疵ある法律行為は拘束力をもたない、ということでクーリング・オフは詐欺や強迫などの規範と内的関連をもつことになろう。このようにして正規の法(傍点、原文)に立ち帰るならば、割賦金の支払(現金売買)があったときは、契約が消滅し、クーリング・オフの余地なし、という法律や判例の構成がクーリング・オフ制度の本質からまったく外れたものであることも明かとなるであろう」とする(さらに、原島重義「法と権利に関するひとつの試論」法哲学年報一九八四年度四二頁以下(昭和六〇年)参照)。たしかに、詐欺・強迫の場合、両当事者の履行完了の如何を問わず、一定期間(民法二六条)取消が認められ、この意味では、詐欺・強迫による取消は、現状を覆す権利として強力な権利である。しかし、クーリング・オフ権は、これに至らない状況で、一方当事者に無条件撤回・解除を認める権利であることに鑑みると、

たしかに権利の本質としてはクーリング・オフに詐欺・強迫との「内的関連」がみいだされるにせよ、詐欺・強迫にはない一定の制限に服することがあってもよいように思う。これに関連した示唆的な検討として、田中教雄「日本民法九六条（詐欺・強迫）の立法過程―不当な勧誘に対処する手がかりとして―」香川一三巻四号一三三頁以下（平成六年）。なお、両当事者が履行を完全に行った後にまで、購入者がクーリング・オフ権を行使し得るべきでないとする判決として、前掲注(100)大阪高判参照。ただし、訪問販売法の改正により、一定の価格制限のもとで現金取引にもクーリング・オフが適用されることは、前述した。もちろん、本文の記述から明らかなどおり、本稿は、両当事者の履行終了後には、一律にクーリング・オフ権を行使し得るとすべきでない、と主張するものではない。

(88) この主張は、訪問取引撤回法の規定と異なるが、この点については、注(82)参照。

(89) 割賦弁済法一〇条二項五文、訪問取引撤回法二条四文、消費者信用法七条一項三文、割賦販売法四条の三第一項二号は、いずれも、履行（後、一定期間の経過）により、または意思表示後、一定期間の経過によりクーリング・オフ権が消滅するとする規定であるが、すべての法律で「履行」、「意思表示」の時期につき販売業者に立証責任を負わせていると考えられる。

(107) 注(99)参照。

（平成二〇年二月脱稿）

（付記）本稿は、平成九年度・一〇年度科学研究費補助金（奨励研究（A））の交付を受けた研究の一貫をなす研究につき、その研究成果の一部を公表するものである。