

クリスティアン・フェルスター

# 「ドイツ法における撤回権の現在 ——EU 消費者権利指令の国内法化」

寺 川 永 (訳)

## 目 次

- I. はじめに
- II. 消費者契約の撤回
  - 1. 撤 回 権 (BGB 312 g 条)
  - 2. 消費者契約法の適用範囲
  - 3. 一般的な義務および原則 (BGB 312 a 条)
  - 4. 営業所外契約 (BGB 312 b 条)
  - 5. 通信取引契約 (BGB 312 c 条)
- III. 営業所外契約および通信取引契約における撤回権の行使
  - 1. 一 般 規 定 (BGB 355 条)
  - 2. 特 別 規 定 (BGB 356 条, 同357 条)
  - 3. 結合契約および関連契約 (BGB 358 条ないし同360 条)
  - 4. その他の請求権, 異なる合意および立証責任 (BGB 361 条)
- IV. ま と め

## I. はじめに

ドイツ民法典 (以下「BGB」と略する。) は, その歴史の中でもきわめて大きな改正の一つを2014年6月に経験することとなった。この時に, いわゆる「消費者権利指令」(2011/83/EU) がドイツで国内法化されたからである。この指令は, 経済的な観点からみれば, 特に EU 加盟国間の通信取引の促進を目指している。法学方法論的に言えば, この指令をもって単なる下限の平準化という従来のやり方から離れ, 代わりに, ヨーロッパ全体に及ぶ完全平準化が採用されたのである。従来の訪問販売取引 (改正前 BGB 312 条 1 項 1 文) ——現在では「営業所外契約」と呼ばれている——の準則を, 通信取引契約に関する規定に準じたものとするのがその主たる内容となっている。法実務的にきわめて重要なのは, 消費者契約を撤回するための要件 (II.) および当該要件

を充足する撤回権の行使（Ⅲ.）である。

## Ⅱ. 消費者契約の撤回

### 1. 撤回権（BGB 312g 条）

#### a) 基本原則（1項）

消費者は、原則として、BGB 355条に定める営業所外契約および通信取引契約を撤回することができる（BGB 312g 条1項<sup>1)</sup>）。

#### b) 特別な制限（2項および3項）

BGB 312g 条2項1文は、膨大な数ではあるが、限定列举としての取引の一覧を定めている。それらの取引では、撤回権を認めることがまったく理に合わないことではなかったとしても、たとえば、BGB 312g 条2項2号、3号または6号に定める衛生用品や劣化する物品、密封された物品のように、何らかの理由によって少なくとも合目的ではないので、撤回権は消費者に認められていない。消費者の要望にあわせて、その者のために作られた物品の供給の場合には、原則として撤回権は認められない（1号<sup>2)</sup>）。その具体例として、寸法に合わせて裁断されたスーツやカーテンを想定することができる<sup>3)</sup>。

また、その性質によれば、その他の物品と分離できずに混合された物品に関する契約についても、撤回することはできない（4号<sup>4)</sup>）。たとえば、消費者のタンクにまだ残っている石油と既に混ざり合ってしまった暖房用石油を考えることができる<sup>5)</sup>。さらに、必ずしも常にというわけではないが（ひょっとしたら、まさに経済的に重要なものとみることのできる）価値が消費者に残されていないという意味において、「一つ残らず」返還することができない物品も考えることができる。これに該当するのは、特にCDやDVD、インターネット上の保存場所に含まれるデジタル・コンテンツである。

---

1) 消費者権利指令9条1項を参照。

2) 消費者権利指令2条4号と関連する同16条c)。改正前 BGB 312d 条4項1号選択1文および選択2文を参照。

3) 消費者権利指令の制定理由（49）を参照。

4) 消費者権利指令16条f)。改正前 BGB 312d 条4項1号選択3文を参照。

5) 消費者権利指令の制定理由（49）を参照。たとえタンクから暖房用石油を抜き出すことができたとしても、事業者はもはやその石油を何の損失もなしに再利用することはできなかつたであろう。その石油が既に汚れてしまっているからである。

消費者は、こうしたコンテンツを、撤回権を行使して物品を返還する前に（BGB 357条1項参照）、既に持続的に保存できたか、少なくとも保存できたはずであったからである<sup>6)</sup>。

同様に、特に余暇の催しのために特定の期日または期間を定めてなされた予約については、通常、撤回することができない（9号<sup>7)</sup>）。このような場合には、事業者は既に予約の段階で〔その予約に〕拘束される。事業者が、予約が〔特定の期日または期間まで〕保証される限りにおいて、代替措置を講じることができない劇場の座席や別荘、レンタカーについて、一定の能力を提供しているからである<sup>8)</sup>。

公開の競り売りの場合にも、撤回権は認められていない（BGB 312g条2項1文10号<sup>9)</sup>）。それが競売人の競落で終了することになるからである（BGB 156条参照）。もっとも、たとえば eBay〔イー・ベイ〕のようなインターネット・オークションの場合には、撤回権の排除がそのままあてはまることはない<sup>10)</sup>。すなわち、インターネット・オークションでは、BGB 156条に定める競売は問題とならない。売主は、自己の物品を出品し、競売が開始することで、競売実施期間の最後に現れた最高価格申出人に対して、既に拘束力を伴う売買の申込みをしていることになる。そして、最高価格申出人は、そのような申込みに対して、自己の提示する最終的な付け値で承諾するとされるからである<sup>11)</sup>。

これらの他にも、例外となるケースは、以下のように細分化されている。消費者自身が、緊急の修理または保守を行うために、事業者に対して自宅への訪問を求めたときは、こうした緊急の作業については消費者に撤回権は認められていない<sup>12)</sup>。そうでなければ

6) MüKoBGB/*Wendehorst*, 6. Aufl. 2012, § 312d [BGB a.F.] Rn. 34 f. およびそこに掲げる文献のみを参照。

7) 消費者権利指令16条1)。改正前 BGB 312b条3項6号を参照。

8) 政府草案の理由書（amtliche Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 17/12637）57頁を参照。

9) 消費者権利指令2条13号と関連する同16条k)。

10) 消費者権利指令の制定理由（24）を参照。無論、撤回権が認められるのは、インターネット・オークションが事業者・消費者間で行われる（「b2c」）場合に限られるのであって、それが消費者間同士でのみ行われる（「c2c」）ような純粋に「私的に」行われる場合には、撤回権は認められない。

11) 詳細は BGH NJW 2005, 63 (64 ff.)。

12) その法的根拠は、通常、営業所外契約として分類されることになるだろう。政府草案の理由書（脚注8）57頁を参照。いずれにせよ単に期日を定めたにすぎない合意が通信取引契約であるとされないのであれば（本稿Ⅱ.5.b）を参照されたい。、

ば、消費者は、矛盾行為であると批判されることになるはずだからである（BGB 312 g 条 2 項 11 号 前段）<sup>13)</sup>。もっとも、消費者は、緊急の修理または保守以外の役務または物品に関する契約については撤回することができる。消費者は、ただ単に本来行われるべき仕事を機縁として、かつ緊急の修理または保守とは直接的な関係がなく（たとえば、修理に必要とされる交換部品とは別に）、そうした契約を締結した場合がこれにあたる（BGB 312 g 条 2 項 11 号 後段）。——その限りにおいては、「古典的な」不意打ちの状況が再びみられることになるからである<sup>14)</sup>。

最後に、BGB 312 g 条 3 項によれば、たとえば、消費者信用（BGB 495 条）または有償の融資援助（BGB 506 条以下）の場合のように、BGB 312 g 条に優先する特別規定において既に消費者に撤回権が認められているときには、BGB 355 条と関連する同 312 g 条 1 項に定める撤回権は、消費者に認められないことになる<sup>15)</sup>。

## 2. 消費者契約法の適用範囲

### a) 適用範囲（BGB 312 条 1 項）

BGB 312 a 条ないし同 312 h 条に定められた準則は、BGB 310 条 3 項に定める消費者契約に、すなわち「事業者の有償の給付を目的とする」消費者（BGB 13 条）と事業者（BGB 14 条）の間の契約にのみ適用される。消費者が支払うべき「対価」は広く解されており、金銭である必要もなく、すべて滅失しているわけではない限りにおいて、事業者の反対給付と客観的に同価値である必要もない<sup>16)</sup>。たとえば、[消費者の] 情報を自由に使用できるということであってもかまわない。

### b) 特別な制限（BGB 312 条 2 項ないし 6 項）

BGB 312 a 条以下の規定は、BGB 312 条 2 項ないし 6 項により、多数の、それぞれまったく異なる状況に対して、ごく限定的にしか適用されない。その結果、通常、電話

---

事業者は、通常の場合、その者が「問題があること」についての見通しを「現場で」得たときになってようやくその種の契約を締結するだろう。

13) 消費者権利指令 16 h) 条。

14) BGH NJW 2010, 2868, Rn. 16. を参照。

15) 改正前 BGB 312 a 条および改正前 BGB 312 d 条 5 項を参照。

16) 法務委員会の決議勧告及び報告書（Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 17/13951）72 頁。Brönneke/Schmidt, VuR 2014, 3. を参照。改正前 BGB 312 条以下の規定に関する数多くの裁判例については、Palandt/Grüneberg, 73. Aufl. 2014, § 312 nF Rn. 4.

をかける際の情報開示義務が事業者に課され、特定の追加的な対価に関する合意は制限されているが（BGB 312 a 条 1 項， 3 項， 4 項および 6 項），撤回権は消費者にいっさい認められていないのである。

まず，公証人を通じて記録された契約（BGB 312 条 2 項 1 号）は適用除外とされている。こうした契約においては，消費者は，既に公証人から全体的な説明を受けており，したがって，契約の締結にはどのような危険が伴うのかを知っているとみることができるからである<sup>17)</sup>。同様に，不動産所有権および不動産に関するその他の権利の設定，取得または譲渡に関する契約（BGB 312 条 2 項 2 号）や，新たな建造物の建築または現存する建造物の重大な改築に関する契約（BGB 312 条 2 項 3 号）も適用除外となる<sup>18)</sup>。

BGB 651 a 条に定める旅行給付（パック旅行）<sup>19)</sup>のあっせんについては，通信取引であれば，消費者法一般の干渉をいっさい受けることはなく，なおも旅行会社のために行うことは可能である（BGB 312 条 2 項 4 号 a）。しかし，営業所外契約では，通常，消費者自身が率先してそうしたあっせんを行うものではなかった場合には，消費者法が適用される（BGB 312 条 2 項 4 号 b）<sup>20)</sup>。

BGB 630 a 条に定める診療契約もごく最近になって BGB に取り込まれたものではあるが，きわめて限定的な形でしか捉えられていない（BGB 312 条 2 項 7 号）。この点が正当化されるのは，BGB それ自体が，既に包括的な医療従事者による情報提供義務および書類作成義務を定めており（BGB 630 c 条以下参照），たとえ営業所外契約または通信取引契約が締結されたとしても，通常，それは消費者自身の指示によるものであることが多いからである<sup>21)</sup>。

これまでと同様に，無駄な出費を避けるために，営業所外で締結された少額取引（Bagatellgeschäfte）は適用範囲から除外されている（BGB 312 条 2 項 12 号）。少額取引とは，契約締結後，双方の契約当事者によって即時に履行され，また，その際に消費者が合計最大 40 ユーロを現金で支払うというものである<sup>22)</sup>。

17) この点について，消費者権利指令 3 条 3 項 i) の明確な文言を参照。あわせて，*Brönneke/Schmidt*, VuR 2014, 3 (5). も参照。

18) 消費者権利指令 3 条 3 項 f)。

19) 消費者権利指令 3 条 3 項 g) は，パック旅行指令（90/314/EWG）が優先されることを示している。

20) この点については，法務委員会の決議勧告（脚注 16）62 頁を参照。

21) 政府草案の理由書（脚注 8）47 頁を参照。

22) 消費者権利指令 3 条 4 項は，いわゆる「開放条項 Öffnungsklausel」を用いて，↗

最後に、新たな消費者法の大部分は、ソーシャル・サービス (BGB 312条3項)、住居賃貸借契約 (4項) ならびに金融サービスおよび保険契約 (5項および6項) にも、ほとんど適用されることがない。

### 3. 一般的な義務および原則 (BGB 312 a 条)

#### a) 電話勧誘の場合の情報開示義務 (1項)

事業者、または、その者の名においてもしくはその者の代理として行為する第三者が、電話をかけて消費者と契約をするときは、通話の最初に直ちに自らの識別情報、場合によっては、代理を依頼した者の識別情報、すなわち氏名 (事業者名) および法形態を明らかにしなければならない。また、一般に、ある商業目的を有し、たとえば、どのような商業目的で電話をかけているかを伝えなければならない (BGB 312 a 条1項)<sup>23)</sup>。

#### b) 固定された場所での取引における情報提供義務 (2項)

いわゆる「固定された場所での取引 stationärer Handel」における消費者契約の場合、つまり、営業所外契約でも通信取引契約でもないときには、事業者は、消費者に対して、その者が契約締結の意思表示をする前に、一括して、たとえば次の情報を提供しなければならない (ドイツ民法施行法 [以下「EGBGB」と略する。] 246条1項と関連する BGB 312 a 条2項1文)。すなわち、物品または役務の「主たる特徴」、——住所や電話番号を含む——自らの識別情報、代金総額および支払・引渡し・履行に関する取り決めといった情報を提供しなければならない<sup>24)</sup>。

事業者が情報提供をしないときには、場合によっては、保護義務違反を理由として [事業者] 損害賠償義務が課される可能性がある (BGB 280条1項, 同241条2項)。しかし、たとえば、食糧または化粧品を日々調達したり、公共の近距離旅客輸送で移動したりするように、契約締結後すぐに履行される「日常生活」にかかる取引の場合には、[事業者] 情報提供義務は課されない (EGBGB 246条2項)<sup>25)</sup>。

---

↘加盟国に対して、こうした可能性を50ユーロの範囲まで認めていた。消費者権利指令の制定理由 (28) も参照。

23) MüKoBGB/Wendehorst, 6. Aufl. 2012, § 312c [BGB a.F.] Rn. 15 f. を参照。

24) 消費者権利指令5条を参照。EGBGB 246条以下およびその他の規定の改正に関する詳細については、政府草案の理由書 (脚注8) 71頁以下を参照。

25) 消費者権利指令5条3項。BGB 105 a 条を参照。

c) 追加的な対価に関する合意に対する制約（3項ないし6項）

まず、消費者が主たる給付そのものについて定められたものを超える「対価」<sup>26)</sup>の支払義務を負う旨の合意は、すべて明示的に行われなければならない（BGB 312 a 条3項1文）<sup>27)</sup>。

こうした手法は、本来の意図とは異なる表示から消費者を守ることになる。消費者は、場合によっては、そうした表示を取消しという方法でしか取り除くことができなかつただろう。——もっとも、取消しでは、当然のことながら主たる給付を望んで締結した契約を破棄し（BGB 142条1項，同139条参照），もしかすると，損害賠償義務までも負わなければならない（BGB 122条）という，消費者にとって不利な結果を生じかねないのである<sup>28)</sup>。

次に，当該契約が電子商取引<sup>29)</sup>で締結されたときには，追加的な対価に関する合意は，これがウェブサイトのいわゆる「デフォルト Voreinstellung」となっていない場合にのみ契約の要素となる（BGB 312 a 条3項2文）<sup>30)</sup>。言い替えれば，消費者は，積極的に〔たとえば，チェックボックスに既にチェックがなされているように，デフォルトとなっているものを〕後で取り除かなければならないのではなく（いわゆる「オプト・アウト」），そのつど意識しながら選択をしなければならないのである（いわゆる「オプト・イン」）。

さらに，事業者は，消費者に対して，その消費者が支払方法を選択するに際して，任

26) このとき，指令の文言の選択も法律のそれも，あまりうまくいっていないように思われる。というのも，事実，通常の場合，単なる「価格上昇 Preiserhöhung」の意味で，主たる給付に対する「反対給付のない」追加的な対価が問題になっているわけではないからである。たしかに，特別な「処理費用または管理費用」を考えることはできる。法務委員会の決議勧告（脚注16）63頁を参照。しかし，実務上，意図していない物品等という意味での「付随的な給付」がより頻繁にみられる。政府草案の本来の文言およびその理由書（脚注8）53頁を参照。

27) 消費者権利指令22条1文。Wendehorst, NJW 2014, 577 (579). を参照。同論文によれば，「明示的」という概念については，さらに解釈を要するという。

28) 政府草案の理由書（脚注8）53頁を参照。

29) BGB 312 i 条1項に定義されている。

30) 消費者権利指令22条2文。結局のところ否定されたものの，概念的に異なり（「オプシオン」），かつ消費者に追認権限を与える連邦議会の提案（Normierungsvorschlag）に関する議論については，連邦議会の意見表明（脚注8）90頁および連邦政府の反対意見（脚注8）97頁を参照。

意にこれを制限してはならない。消費者には、たとえば、口座引落とし、口座振替またはクレジットカードといった、少なくとも「一般に行われている」支払方法が無償で提供されなければならない (BGB 312 a 条 4 項 1 号)。その他の支払方法についても、原則として、追加的な対価に関する合意を交わすことができるが、その代金額については、せいぜいのところ〔約定の支払方法を利用することで生じた〕費用を補填する程度で設定することが、事業者認められているにすぎない (BGB 312 a 条 4 項 2 号)<sup>31)</sup>。

事業者が、自らの物品または役務について直通電話を用意するときは、その電話番号にかけるために必要とされた電話料金の実費を〔物品または役務にかかる代金から〕差し引くことはできるが、それによって利益を得ることは認められていない (BGB 312 a 条 5 項 1 文)<sup>32)</sup>。その電話料金があまりにも高額であることを理由に〔消費者が電話料金の実費を支払う旨の〕合意が無効とされたときは、通信サービス提供者には、当該サービスの利用料金の請求が認められる。しかし、通信サービス提供者は、たとえば、消費者にその料金の支払を求めることはできず、事業者に対してこれを求めなければならない (BGB 312 a 条 5 項 2 文および 3 文)。

#### 4. 営業所外契約 (BGB 312 b 条)

新たな定義である営業所外契約は、従来の「訪問販売」とは異なり (改正前 BGB 312 条 1 項 1 文参照)、第一に、場所 (örtlichen Verhältnisse) に焦点を合わせて、例外的な場合にのみ前後関係の状況を考慮に入れている (BGB 312 b 条 1 項 1 文 4 号)。しかし、規定の根底にある考え方は同じである。消費者は、物理的な圧迫を受けている状態で、または、不意打ちを受けた時点で、つまり、必ずしも誰の干渉も受けずに判断することができたとはいえない状況において、消費者にとって不利な契約を締結した契約から保護されなければならないのである<sup>33)</sup>。

---

31) 消費者権利指令 19 条は〔この点について〕2 文のみを定めており、1 文は、BGB 307 条に関する約款規制の流れから、「客観的な関連性」を理由として付け加えられているにすぎない。連邦政府の理由書 (脚注 8) 51 頁。個々の点については、BGH NJW 2010, 2719, Rn. 43 ff. を参照。特に決済サービス指令 (2007/64/EG) との関係で BGB 312 a 条 4 項の詳細については、Omlor, NJW 2014, 1703. を参照。

32) 消費者権利指令 21 条 1 文。

33) MüKoBGB/Masuch, 6. Aufl. 2012, § 312 [BGB a.F.] Rn. 1. 消費者権利指令の制定理由 (21) を参照。

a) 営業所 (2項)

営業所外契約の概念は、営業所の定義を通じて消極的に定められている。すなわち、営業所とは、事業者が、たとえば小売店舗のように、自らの商業活動を継続的に行うために固定された事業の場所のことをいう<sup>34)</sup>。このとき、——たとえば、アイスクリームパーラーは夏期に限定して営業可能であることが経済的に意味があるように——、事業者が、通例、そうした場所で商業活動を行う場合には<sup>35)</sup>、季節的に現れる店舗も対象となり得る。

この他に、営業所は、たとえば、移動式販売車、見本市のブース、市場の屋台のように、事業者が自らの商業活動を普段行うための移動式の事業の場所を指す<sup>36)</sup>。もっとも、ここでは、ある催しについて、その催し本来の「趣旨 *Motto*」とは無関係のものでなく、「典型的な物品」(たとえば、時計見本市における時計や魚市場における魚)がそれぞれ提供されている通常の売り場について考えられているにすぎない<sup>37)</sup>。

営業所として分類されないのは、道路、ショッピングセンター、浜辺または交通機関のような公共の場所のすべて、個人宅、職場、または、事業者が例外的に商業活動を行っているにすぎない第三者が提供する事業の場所である。これらの場所は、営業所外契約が締結される「典型的な舞台」となる。

b) 営業所外契約 (1項)

BGB 312 b 条 1 項 1 文には、営業所外契約が認められる四つの異なる状況が定められている<sup>38)</sup>。すなわち、まず、消費者と事業者が営業所外で出会い、そこで消費者契約を締結するか (BGB 312 b 条 1 項 1 文 1 号)、もしくは消費者がそこで少なくとも拘束力のある申込み (BGB 145 条参照) をする場合 (BGB 312 b 条 1 項 1 文 2 号) がある。他方、事業者の承諾がどこでなされたかについては、必ずしも決定的に重要なものになるとは限らない。

消費者が事前に決めていたことを後で表明する時ではなく、消費者の意思が形成されることになる不意打ちの時点がまずもって問題となる。したがって、消費者が、事業者

34) 営業法 4 条 3 項に定める「営業所 *Niederlassung*」を参照。

35) 消費者権利指令の制定理由 (22) を参照。

36) 営業法 64 条以下を参照。

37) 連邦政府の理由書 (脚注 8) 50 頁の合理性のある制限。

38) Palandt/*Grüneberg*, 73. Aufl. 2014, § 312b nF Rn. 4. にも数多くの事例が掲載されている。

の営業所で、または自ら電話をかけることなどで、たしかに「落ち着いて」契約を締結していたが、こうした行為が、その直前に、営業所外で事業者によって直接呼びかけられたものに起因する状況があるときも、その契約は営業所外契約に該当する (BGB 312 b 条 1 項 1 文 3 号)<sup>39)</sup>。

最後に、典型的には「コーヒーツアー」の間に契約交渉を受ける者の取引も、営業所外契約に該当する (BGB 312 b 条 1 項 1 文 4 号)。このとき、事業者は、当該旅行の主催者である必要はない ([BGB 312 b 条 1 項 1 文 4 号に定める]「事業者の支援を受けて」)。また、契約締結それ自体は、当該バスなどの進路先となっていた——これが偶然であることはほとんどないのだが——事業者の営業所で行うこともできる<sup>40)</sup>。

## 5. 通信取引契約 (BGB 312 c 条)

### a) 通信手段 (2 項)

通信手段は、同時に物理的に対面することなく、当事者に契約交渉または契約締結を認める情報伝達手段である。その具体例は、たとえば、郵便、カタログ、電話または E メールである (BGB 312 c 条 2 項)。

これらの場合には、消費者にとって特別な危険は、匿名性や相手方との距離、そしてそのことを原因として生じる、直接フィードバックさせることができずに、自らの行動について考え直すことができないという点にある。

### b) 通信取引契約 (1 項)

通信取引契約の特徴は、主に、事業者および消費者が、契約交渉および契約締結のために、必ず一つまたは幾つかの通信手段を用いるという点である (BGB 312 c 条 1 項前段)。このとき、通信手段を通じて全体の取引過程が進行するという点が重要となる<sup>41)</sup>。したがって、消費者が事前に事業者の営業所で情報提供を受け、その後で、たとえば電

39) 消費者権利指令の制定理由 (21) および Palandt/*Grüneberg*, 73. Aufl. 2014, § 312b nF Rn. 6. を参照。

40) 政府草案の理由書 (脚注 8) 49 頁。

41) 改正前 BGB 312 b 条 1 項 1 文によれば、「排他的な利用」でも足りるとされていたが、消費者権利指令および政府草案では「契約締結時に及びその時まで」としている。連邦議会は、「契約締結前及びその時」がより適切であると考えていた (連邦議会の意見表明 (脚注 8) 89 頁)。そうした経緯をふまえて、連邦政府は、最終版を確定した (連邦政府の反対意見 (脚注 8) 96 頁)。法務委員会 (脚注 16) はこれを支持した。詳細については、Palandt/*Grüneberg*, 73. Aufl. 2014, § 312c nF Rn. 4. も参照。

話をしている段階になってようやく契約の交渉に取りかかり、契約を締結することになってしまってもかまわない。これに対して、契約交渉または契約締結が、事業者の営業所で行われるといった状況は問題外としなければならない。したがって、立法者の見解によれば、たとえば電話またはインターネットを通じて「店で行われる」役務（理髪店、自動車修理工場、債務相談）について予約をするのは、通信取引契約ではないということになる<sup>42)</sup>。

さらに、契約締結が、「通信取引のために組織された販売システム又は役務提供システム」を用いて行わなければならない（BGB 312c 条1項後段）。この場合にきわめて重視されているのは、事業者が「典型的な隔地取引」のために定期的かつ組織的に通信手段を利用するものであることであって、予約を入れる場合のように、交渉を開始し、または、事業者の給付の提供についての単なる情報提供を得るためだけに通信手段を利用するものではない、という点である<sup>43)</sup>。もっとも、事業者がそうしたシステムを自ら運営する必要はなく、たとえば、「オンライン・プラットフォーム」といった第三者のシステムを利用することもできる<sup>44)</sup>。

### Ⅲ. 営業所外契約および通信取引契約における撤回権の行使

#### 1. 一般規定（BGB 355条）

##### a) 撤回権の要素および形式的要件（1項）

事業者も消費者も、消費者が有効に撤回をした契約にもはや拘束されることはない（BGB 355条1項1文<sup>45)</sup>）。この規定は、文言からも明らかなように、撤回権を単純に認めるのではなく、撤回権の存在を前提としているものである（「法律により、この規定に定める撤回権が消費者に認められるときは……（中略）」）。むしろ、撤回権の正当化根拠は、通常<sup>46)</sup>、BGB 312g 条1項から導くことができる。すなわち、営業所外契約または通信取引契約が認められるときには、[そうした契約には] 例外として撤回権の適用対象外とされているわけではない（BGB 312g 条2項）。さらに、消費者は自ら

42) 消費者権利指令の制定理由（20）。

43) MüKoBGB/Wendehorst, 6. Aufl. 2012, § 312b [BGB a.F.] Rn. 58. を参照。

44) さらに、消費者権利指令の制定理由（20）を参照。

45) 消費者権利指令12条を参照。撤回権の解釈論上の意味については、本稿では、Palandt/Grüneberg, 73. Aufl. 2014, § 355 nF Rn. 2 ff. のみを参照。

46) この他に、さらに BGB 355条3項に列挙されている BGB 495条および同506条以下を参照。

に認められた撤回権を行使する、すなわち、自らの意思表示を適切な期間内に撤回する必要がある（改正前 BGB 355条 1項 1文）。

形式上、撤回権の行使には、これまでと同様に、たとえば、郵便または電話による事業者に対する意思表示がなければならないが（BGB 355条 1項 2文）、その理由を示す必要はない（BGB 355条 1項 4文）。もっとも、消費者の意思表示から「契約を撤回する消費者の決定が明確に読み取れる」ものでなければならない（BGB 355条 1項 3文）。この点について、一方では、従来の法状況とは異なり、単なる「コメントのない」物品の返送だけでは不十分である。つまり、改正前 BGB 356条に基づく返品権は、代替の規定が置かれることもなく削除された。他方で、テキスト方式（BGB 126b条）は、もはや遵守する必要はない（改正前 BGB 355条 1項 2文前段参照<sup>47)</sup>。とはいえ、消費者が、争いとなる事件において適時の撤回を証明する必要があることから<sup>48)</sup>、慎重を期すために何かを書面で書き留め、たとえば、特に撤回権を行使するために定めた標準撤回書式を用いるべきだろう（EGBGB 246a条 § 1第2項第1文第1号に関する付表2）。

#### b) 撤回期間（2項）

撤回期間は14日に統一して定められており、通常、消費者契約の締結をもって開始する（BGB 355条 2項<sup>49)</sup>。消費者は自らの撤回の意思表示を当該期間の間に発信すれば足りるのであって（BGB 355条 1項 5文<sup>50)</sup>、改正前の規定のように、事業者への到達を必要としない。

#### c) 撤回権の行使による清算（3項）

消費者が自らの撤回権を行使し、事業者に対して、有効に撤回の意思表示をしたときは、これまでの取引は清算関係に移行し、両当事者は、相手方から取得した給付を再び返送しなければならない（BGB 355条 3項 1文<sup>51)</sup>。この規定では、BGB 346条を手本

47) 政府草案の理由書（脚注8）60頁を参照。

48) 消費者権利指令の制定理由（44）を参照。

49) 消費者権利指令9条1項を参照。

50) 消費者権利指令11条2項を参照。改正前 BGB においても、こうした規定は改正前 BGB 355条1項に存在していたが、制度的には、こうした規定は必ずしも一般的に撤回権の行使に欠かせないというわけではなく、むしろ同条2項の期間の維持に必要なものである。

51) この点の詳細については、Leier, VuR 2013, 457 (458 ff.).

とした「典型的な」請求権の根拠が重要である。一般的解除権を単に参照指示するだけではもはや十分なものとはいえない<sup>52)</sup>。

法律が返還に必要な「最長期間」を定めるときは (BGB 357条 1項, 同357 a 条 1項参照), この期間は, 消費者にとっては, 撤回の意思表示の発信をもって開始する。これに対して, 事業者にとっては, 消費者による撤回の意思表示の到達をもってようやくこの期間が開始することになる (BGB 355条 3項 2文)。事業者は, 撤回の意思表示が到達するまでは, 撤回についてまったく知ることができないからである。撤回期間を遵守するには, 「よくあるように」 (BGB 355条 1項 5文参照) 消費者による物品の適時の発送で足りる (BGB 355条 3項 3文)<sup>53)</sup>。

## 2. 特別規定 (BGB 356条, 同357条)

### a) 営業所外契約および通信取引契約における撤回期間 (BGB 356条)

#### aa) 標準撤回書式 (1項)

まず第一に, 撤回の実務上の負担を軽減するために<sup>54)</sup>, 事業者は, 自社のウェブサイトにおいて, 消費者が自由に用いることができるように標準撤回書式を消費者に提供することができる。標準撤回書式は, EGBGB 246 a 条 § 1 第 2 項 第 1 文 第 1 号に関する付表に基づく「公式の」撤回書式——簡単な撤回の定型句のみからなるものであって, そこに, 当事者の所在データ, 売買目的物および売買の期日のみを記入するにすぎないものではあるが——であっても, これに類するその他の明確な<sup>55)</sup> 書式 (BGB 356条 1項 1文) であってもかまわない。消費者がそうした書式を用いることで行使された撤回は, たとえば, Eメールに pdf ファイルを添付するように, 再び事業者の側で「[撤回の内容を] デジタル保存可能な形で」消費者に向けて確認されなければならない (BGB 356条 1項 2文)。

#### bb) 開始 (2項および3項 1文)

14日間の撤回期間は, 早くても消費者契約の締結をもって開始する (BGB 355条 2項)。実際に撤回期間が個々のケースにおいていつ開始するかは, BGB 356条 2項および3項 1文に定める規定によって段階的に決定される。消費動産売買が存在するとき

52) 改正前 BGB 357条 1項 1文を参照。

53) 消費者権利指令14条 1項 2文。

54) 消費者権利指令の制定理由 (44) を参照。

55) BGB 355条 1項 3文。本稿Ⅲ.1.a) を参照されたい。

は (BGB 474条 1 項 1 文), 14日の撤回期間の開始は, 物品の引渡し方法によって変わる (BGB 356条 2 項 1 号)。すなわち, 一個の物品の場合には, 消費者がこれを取得した日となる (同号 a))。一回の注文によって, 複数の物品が別個に引き渡される場合 (同号 b)) または物品が複数の区分もしくは部分に分けて引き渡される (同号 c)) 場合, すなわち, 個々の引渡しの中に認識可能な関係が認められるときは<sup>56)</sup>, 最後の物品を取得した日が問題となる。これに対して, 定められた期間中に定期的に物品の引渡しを繰り返される場合には, 最初の物品の取得が重要となる (同号 d))<sup>57)</sup>。

消費者契約の目的が「流動的な」性質を有するもの, たとえば, エネルギーの供給または有体の記録媒体によらずに供給されるデジタル・コンテンツであるときは, BGB 355条 2 項 2 文に定めるように, 撤回期間は契約締結時をもって開始する (BGB 356条 2 項 2 号)。

契約の目的がどのようなものであれ, 撤回期間は, 事業者が消費者に対して, その者の撤回権 (条件, 期間, 手続) についても情報を提供していたときに, はじめて進行を開始する (EGBGB 246 a 条 § 1 第 2 項 第 1 号と関連する BGB 356条 3 項 1 文)<sup>58)</sup>。

cc) 終了 (3 項 2 文ないし 5 文)

BGB 356条 3 項 2 文により, 撤回権は, 金融サービスを除いた (BGB 356条 3 項 3 文) すべての取引において, 適切な説明がなされた否かに関係なく, いかなる場合においても, 当該規定から明らかとなっていた時点から12か月と14日で消滅する (BGB 355条 2 項 2 文または同356条 2 項)<sup>59)</sup>。したがって, 改正前の規定によれば, 撤回権に関する説明が行われず, または説明に瑕疵があった場合に認められたような<sup>60)</sup>, 「無期限の」撤回権はそもそも認められていないのである。1年以内に適切な説明が行われたのであれば, 撤回期間はその時から14日で消滅する<sup>61)</sup>。

56) 政府草案の理由書 (脚注 8) 61頁。

57) 消費者権利指令 9 条 2 b) 項を参照。同項は, 期間の「開始」ではなく, 期間の「終了」に基づいて条文化されており, 内容的には同一であるが, 「将来への見通しという点については」異なるものである。

58) 変更内容の詳細については, *Schmidt/Brönneke*, *VuR* 2013, 448 (451 ff.)。

59) この点を明らかにするために, BGB 草案356条 3 項に, あえて 2 文および 3 文が挿入された。法務委員会の決議勧告 (脚注16) 65頁を参照。消費者権利指令10条 1 項についてもこの点は明らかである。

60) 改正前 BGB 355条 4 項 3 文を参照。この点について, *Staudinger/Kaiser*, *Neubearbeitung* 2012, § 355 Rn. 86. を参照。

61) 消費者権利指令10条 2 項を参照。

消費者契約の目的が役務の提供であって、消費者が自らの撤回権を失うことについて明示的な同意を与えた後になって、事業者がはじめて役務の提供を開始していたときは、撤回権は、事業者がその役務を完全に提供した時に、消滅する（BGB 356条4項）。したがって、従来の法律とは異なり、事業者による一方的な履行で足りる。

b) 営業所外契約および通信取引契約における撤回権の行使による清算（BGB 357条）

aa) 給付の返還期間（1項）

撤回そのものに関する期間（通常の場合：BGB 355条2項1文）は、撤回権の行使に引き続いて生じる〔給付の〕返還のための期間と区別されている。返還のための期間は、通常、同様に14日間であり、消費者にとっては撤回の意思表示の発信で開始し、事業者にとっては、その意思表示の到達で開始する（BGB 355条3項2文と関連する同357条1項）。消費者も事業者も、相手方の給付を返還しなければならない。すなわち、事業者は、売買目的物または役務の提供と引換えに受領した代金を返還しなければならない。他方、消費者は、——可能な限り——物品を返還しなければならない<sup>62)</sup>。

bb) 事業者からの償還の範囲およびその手続（2項ないし4項）

売買代金などの他に、事業者は、消費者に対して、場合によっては〔目的物の〕引渡しにあたって〔消費者に〕生じた費用も補償しなければならない（BGB 357条2項1文）。もっとも、補償請求権は、「〔消費者にとって〕有利で、かつ標準的な引渡し」に限定される（BGB 357条2項2文）。その結果、たとえば、速達のような特別な費用は、事業者の補償対象とはならない<sup>63)</sup>。

消費動産売買が問題となっているときは、事業者は、「自らの」物品を取り戻すまで、または、少なくとも消費者がその物品を発送していたとの証明を受けるまで、代金の返還を拒絶することができる（BGB 357条4項1文<sup>64)</sup>）。もっとも、このことは、事業者が物品を自ら引き取ることを申し出ていたときには、適用されない（BGB 357条4項2文）。

cc) 消費者の返送義務（5項および6項）

最後に取り上げた、事業者が物品を引き取るという例外的な場合では、当然のことな

62) 消費者権利指令13条1項1文および同14条1項を参照。

63) 消費者権利指令13条2項を参照。

64) 消費者権利指令13条3項。その限りにおいて、消費者は、通常、やや「テンポを速める」ことになるだろう。消費者の返送義務のために設定された期間が、事業者のそれよりも早く開始するからである。

がら、消費者はその物品を発送する必要はない (BGB 357条 5 項)。しかし、——通常の場合そうであるように——、消費者が物品の返送義務を負っているところ、そのことについて事業者から適切に説明を受けていた場合には、消費者自身が返送にかかる費用も負担しなければならない (EGBGB 246 a 条 § 1 第 2 項第 1 文第 2 号と関連する BGB 357条 6 項 1 文)<sup>65)</sup>。

dd) 消費者の価値の減少に対する賠償義務 (7 項ないし 9 項)

事業者には、物品の返還と並んで、価値の減少に対する賠償請求権が認められる。これは、事業者が消費者に対して適切に撤回権について説明をしていたことから、場合によっては、物品を継続して保持することはないだろうということを消費者が知っていなければならなかったにもかかわらず、撤回期間中に、その物品を必ずしも十分に注意して取り扱わなかったために、その物品に価値の減少が生じていたときに認められるものである (EGBGB 246 a 条 § 1 第 2 項第 1 文第 1 号と関連する BGB 357条 7 項)<sup>66)</sup>。あらかじめ法律に挙げられているのは<sup>67)</sup>、物品がその性質に即して機能していたかどうかを検査するために必要とされていたと思われる程度を越えて、消費者がその物品を酷使している場合である<sup>68)</sup>。しかし、物品によっては、消費者が、物品を酷使した後で撤回権を行使することを欲するときには、既に「本来の用途に即した使用開始」が許容されるものではないのかもしれない<sup>69)</sup>。

これに対して、事業者にはもともと価値の減少に対する請求権が単独で認められる (この場合にも、典型的な請求権の根拠 [が必要とされる。]<sup>70)</sup>)。これは、——それ自体としてみれば、まったく「自然のままに」返還することができないものであって——<sup>71)</sup>、かつ、まだ撤回期間が進行中に、事業者が、適切に説明を受けた消費者の了解のもとで、自らの給付を用いて開始していた役務を提供し、またはエネルギーを供給していたときに認められる。撤回までに提供された給付は、賠償されなければならない (EGBGB 246 a 条 § 1 第 2 項第 1 文第 1 号および第 3 号と関連する BGB 357条 8 項 1 文

65) 消費者権利指令14条 1 項 2 (Unterabs. 2)。

66) 消費者権利指令14条 2 項。

67) 改正前 BGB 357条 3 項 1 文。

68) この点について、Palandt/*Grüneberg*, 73. Aufl. 2014, § 357 nF Rn. 9. を参照。

ウォーターベッドに試験的に水を入れた事案について、BGH NJW 2011, 56.

69) 政府草案の理由書 (脚注 8) 63頁を参照。

70) 法務委員会の決議勧告 (脚注16) 65頁を参照。

71) BGB 346条 2 項 1 号を参照。

および3文)<sup>72)</sup>。価値の賠償は、約定の反対給付を考慮することによって、ときには給付の市場価値を参考にしながら、割合的に算定されなければならない (BGB 357条8項4文および5文)<sup>73)</sup>。

### 3. 結合契約および関連契約 (BGB 358条ないし同360条)

消費者は、金銭を借り入れて自らの取引の代金を支払うことは稀ではない。たしかに、消費者消費貸借契約は、それ自体としては、原則として、この契約によって資金提供を受けた取引と同じく撤回することができるが (BGB 491条, 同495条1項), 消費者は、たとえば、物に瑕疵がある場合や支払困難な状況にある場合には、「二つの戦線に赴いて戦わ」なければならないという問題に直面する。他方の取引が、そのつど消費者のあらゆる義務とともに、撤回に服することなく進行するからである。こうした状況では、消費者には、いわゆる「結合」契約もしくは「関連」契約に関する特別規定が役立つことになるだろう (BGB 358条以下)。

#### a) 結合契約 (BGB 358条, 同359条)

##### aa) 概念 (BGB 358条3項)

物品の引渡し、またはそれとは異なる給付の提供に関する契約と消費者消費貸借契約が結合しているのは、消費貸借の全部または一部が、他方の契約の融資に寄与するものであり、双方の契約が経済的な一体性を形成するときである (BGB 358条3項1文)。

経済的な一体性が特に認められるのは、事業者自身が消費者の反対給付について融資をするとき、または、第三者による融資の場合には、与信者が消費者消費貸借契約の準備または締結に際して事業者の協力を得るときである (BGB 358条3項2文)。

これに対して、おそらくきわめて稀な場合にしか融資を受けることがないであろう、不動産購入の場合に結合契約が存在するのは、与信者自身が土地その他を調達し、または、土地その他の調達する過程において、与信者が少なくとも深く関与しているときにすぎない。融資を受けて金融商品を取得する場合には、ほぼ結合契約に関する規律の適用除外とされている (BGB 358条5項)。

72) 消費者権利指令14条4項a)。

73) 消費者権利指令14条3項。BGH NJW-RR 2013, 885. を参照 (「客観的に適切な」価値であって、「具体的・個別的な」価値ではない)。

bb) 撤回の貫徹 (BGB 358条 1項および2項)

結合契約の主たる利点は、消費者のためにまず第一に撤回の貫徹が認められている点である。すなわち、消費者が双方の契約のうち、一方の契約（消費貸借または融資を受けた取引）の締結に対する意思表示を撤回したときは、消費者は、その時に他方の意思表示にも、もはや拘束されることがない (BGB 358条 1項および同2項)。このとき、清算は BGB 355条 3項、同357条以下の規定に従って行われる (BGB 358条 4項 1文)。

cc) 抗弁の貫徹 (BGB 359条)

次に、抗弁の貫徹が消費者にとって有用となる。結合契約に基づく抗弁が、結合契約を締結した相手方である事業者に対して自らの給付を拒絶する権限を消費者に与えるときには、消費者が借入金の返済を拒絶することができるからである (BGB 359条 1項 1文)。このうち、適用除外とされているのは、200ユーロ以下の融資援助 (BGB 359条 2項)、後発的に生じた抗弁 (BGB 359条 1項 2文) または一回目の追完請求 (BGB 359条 1項 3文) である。

もっとも、消費者には、BGB 359条に定める規律に基づいて返還請求〔求償〕の貫徹は認められていない。すなわち、消費者が、融資を受けた取引について撤回をする前に借入金を既に返済していたときは、与信者に対して、消費者に売買代金の償還を求めることはできない。そうではなく、消費者は、売買代金の償還を求めるためには売主に求めざるを得ない。この点は、結合のない契約の場合では普通であるとされていることと何ら変わらない。

b) 関連契約 (BGB 360条)

いわゆる「関連契約」に関する BGB 360条は、一見したところでは、新たな規定のように思われるが、しかし、実際には、これまでばらばらに存在していた個別規定をまとめたものにすぎない<sup>74)</sup>。概念上、その種の契約は、「経済的な一体性」を形成する必要がなく、随伴するのが消費貸借契約だけであるとは必ずしもされていないことから、結合契約より広く捉えられている (BGB 358条 3項 1文)<sup>75)</sup>。

むしろ、一方の契約は、撤回する契約との「関連性」を有し、撤回する契約に關与す

74) 消費者権利指令15条。改正前 BGB 312 f 条、同359 a 条 1項および2項ならびに同485条 3項を参照。

75) 無論、消費者消費貸借契約は、結合契約にとって必要不可欠な「経済的な一体性」を欠いているときにも、関連契約としても理解されるのは明らかである (BGB 360条 2項 1文を参照。)

る事業者自ら、または、その事業者に代わる第三者が、合意内容に即して提供する給付に係ることで足りる (BGB 360条2項1文)<sup>76)</sup>。このような場合に該当するときは、結果的に、結合契約とほぼ同じ清算規定が適用される (BGB 358条4項1文ないし3文と関連する同360条1項2文)。

#### 4. その他の請求権、異なる合意および立証責任 (BGB 361条)

消費者が撤回権を行使するときは、事業者には、原則として、BGB 357条以下に定めらる賠償請求権、特に BGB 357条7項および8項に基づく価値の減少に対する賠償請求権が認められているにすぎない (BGB 361条1項)。

消費者に不利となるように、BGB 355条以下と異なる合意をすることは認められない。そうした合意をすれば、脱法行為の禁止をあわせて生じさせることになるからである (BGB 361条2項)。

撤回期間の開始について当事者間に争いがあるときは、改正前の規定<sup>77)</sup>と同様に、常に事業者立証責任がある (BGB 361条3項)。

## IV. ま と め

従来の法状況と比べれば、法体系や法構造が大きく変更され、細々とした部分が数多く変更された点を除いて、以下のような変更点を指摘することができる。

- 営業所外契約 (かつての「訪問販売」) の規定について、その多くは、通信取引契約の規定に合わせられることになった。もっとも、金融サービスについては、数多くの例外事項を取り入れる必要があった。
- 営業所外契約の規定の適用範囲は、これまでの訪問販売と比べて、より拡大されることになった (BGB 312b条1項参照)。
- 事業者の情報提供義務は、固定された場所での取引においても、営業所外契約および通信取引契約においても、強化されることになった (EGBGB 246条と関連する BGB 312a条2項1文, EGBGB 246a条と関連する BGB 312d条1項1文)。
- 今後、撤回権に代わる方法としての返品権 (改正前 BGB 356条参照) は、消費者に認められない。

76) 消費者権利指令2条15号を参照。「付随契約 *akzessorischer Vertrag*」について詳細は、政府草案の理由書 (脚注8) 66頁以下。

77) 改正前 BGB 355条3項3文を参照。

- 撤回期間の進行の開始を目的としてなされる事業者からの通知は、金融サービスの場合を除いて、以前より簡潔に行うことができる（EGBGB 246 a 条 § 1 第 2 項第 1 号もしくは改正前 EGBGB 246 条 § 1 第 1 項および第 2 項と関連する同 246 条 § 2 参照）。
- 適切な説明がなかったとしても、通常、今後は撤回権が「無期限に」存在することはない（BGB 356 条 3 項 2 文）。
- 今後は、物品の返送費用を負担する消費者の義務を金額に応じて封じることはできない（BGB 357 条 6 項および改正前 BGB 357 条 2 項 2 文参照）。
- 事業者は、場合によっては起こり得る価値の減少に対する賠償（BGB 357 条 7 項）を超えて、原則として、使用利益の賠償を請求することはできない（BGB 346 条 2 項 1 号と関連する改正前民法 357 条 1 項参照）。

全体を通じてみれば、事業者の負担による消費者サイドのさらなる強化につながるという、——このとき、逆方向への傾きが生じることはないものの——ある種の（予想された）傾向を読み取ることができる。しかし、特に消費者権利指令の国内法化は、BGB および EGBGB を、いくつかの点において再び膨張させていた。というのも、消費者法関連規定の数がほぼ倍増することになったからである。そうしたことが生じた原因は、先に述べた BGB や EGBGB の新たな内容よりも、「現代の」規律アプローチに負うところが大きい。これは、抽象的な規範からかなり離れて、その代わりに、個々の場合、具体的な例や技術的な細目を法律の文言にはるかに多く取り込む方法である。こうした点は、消費者保護にとって有益なものとなるかもしれないが、法実務にとっては、とにかくまずは、まさしくその文言を読むことにより多くの時間を割かなければならないことを意味するのである。

#### 【付記】

本稿は、2015年4月19日に龍谷大学ともいき荘で開催されたクリスティアン・フェルスター教授（Prof. Dr. Christian Förster——ハイデルベルク大学）の講演会（主催：龍谷大学法学会、後援：ヨーロッパ消費者法研究会、ヨーロッパ契約法研究会）において用いられ、後日、フェルスター教授により加筆修正がなされた原稿を、同教授の承諾を得て翻訳したものである。なお、講演会当日の司会と議論の通訳は中田邦博教授（龍谷大学）が務められた。フェルスター教授には、翻訳の快諾とともに、度重なる質問にも常に懇切丁寧にお答えいただいたことに深くお礼申し上げる。〔 〕

は、フェルスター教授への質疑応答を踏まえた上での訳者の補注を示している。なお、フェルスター教授の了承のもとで、日本の読者にとって本原稿の内容をより分かりやすく伝えるために、原題 (Reform des deutschen (europäischen) Verbraucherrechts im Juni 2014) と異なるものを邦文タイトルとした。

\* 本研究は独立行政法人日本学術振興会の科研費 (15K03232) の助成を得た。