

ゲルハルト・ヴァーグナー
「憲法およびヨーロッパ法の影響下での債務法の実質化
—— 私的自治には何が残っているのか？ ——」(1)

河野 憲一郎 訳

【訳者前注】

本稿は, *Gerhard Wagner, Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?*, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, 2010, S. 13 – 84の全訳である。

本論文は, 2008年10月24日にエルンスト・フォン・ケメラー財団 (Ernst von Caemmerer-Stiftung) の主催でフライブルク大学にて開催されたケメラー誕生100周年記念シンポジウムの講演のうちの1つをなすものである。シンポジウムの冒頭においてブラウロック教授 (フライブルク大学) は, 「21世紀における債務法——実質化, 憲法化およびヨーロッパ化——」という演題の下, 今日における2つの展開を採り上げて, 問題提起をしている (*Blaurock, Obligationenrecht im 21. Jahrhundert – Materialisierung, Konstitutionalisierung und Europäisierung*, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, 2010, S. 9 – 11)。1つは, 現在のヨーロッパの法政策においては, 消費者の地位の強化が, ますます重要な位置を占めていることである。かくて, そこでは, 一方で, いわゆる契約自由の原則に対して, いかなる範囲でヨーロッパ法の影響にもとづいた制限が命じられうるのか, 他方で, 個々のEU加盟国家が踏み越えてはならない境界がどこにあるのか, が問題となっている。もう1つは, 前述した消費者法に限らず, 一般的な公法もまた, 契約にとっての枠づけを設定していることである。ドイツにおいては, この関連で, 特に憲法裁判所の判例の展開の私法への影響関係が問題となる, という。

ここに紹介するヴァーグナー論文は、以上のような問題提起を受けて、「私的自治に何が残されているか」という問題について論じたものである。その際、ヴァーグナーは、私的自治に何が残されているかという問題の検討に先立って、私的自治とは何かを明らかにする必要があるとして、「私的自治とは、個人がその意思によって法律関係を自ら形成する原理である」とするヴェルナー・フルーメの定式を採り上げ、ここから出発する。また、法と経済学および比較法的な観点をも取り入れて問題の考察を進めており、これらが本論文の一大特色をなしている。

言うまでもなく、こうしたドイツにおける問題を規定している状況それ自体は、わが国において必ずしもそのままの形で妥当するものではない。しかし、そもそも私的自治の原則とは何かを改めて振り返ってみること、消費者法の領域において私的自治の本質からアプローチをすること、さらには民法と憲法との連関についての検討を深めることは、当然のことながらわが国においても必須の事柄であろう。本論文の説くところに対しての賛否はさまざまであるかもしれないが、いわゆる時流に流された検討とは一線を画すものであり、わが国の理論的な議論の展開にとってもきわめて有益なものと考ええる。ここにその全文を紹介する次第である。

* * *

- I. 法原理としての私的自治
 1. 内容：法秩序の枠内における自己決定
 2. 締結の自由と内容の自由
- II. 契約自由の経済学的基礎づけ
- III. 私的自治の現代的な挑戦
- IV. 私法の実質化
 1. 形式的私法と実質的私法
 2. 弱者の保護と消費者保護
 3. 法律行為による決断の自由の保障
 - a) 規範的な前提
 - b) 伝統的な保護

- c) 情報提供義務と撤回権
- d) 保証事例の私法的に「正しい」解決
- 4. 内容規制
 - a) 内容規制と私的自治
 - b) 消費者保護と市場の失敗の修正の間の内容規制
 - c) 商取引の(不)顧慮
 - d) BGB305条以下外の内容規制：夫婦財産契約
- 5. 契約正義の保障
 - a) 法律違反および良俗違反
 - b) 強行的な契約法——消費財売買指令 (以上本号)
- 6. 反差別法による締結自由の制限
- V. 私法の憲法化
- VI. 民主的な立憲国家における私法
- VII. 私的自治には何が残されているのか？

I. 法原理としての私的自治

1. 内容：法秩序の枠内における自己決定

私的自治には何が残されているのかという問題の前には、私的自治とは何かという問題がある。ドイツでは、正当にも、ヴェルナー・フルーメ (Werner Flume) が、私的自治の旗手と一般に認められている。彼によると、私的自治は「個人がその意思によって法律関係を自ら形成する原理」である¹⁾。それに続いてフルーメは、自らの意思によって法律関係を自ら形成する原理は、既に概念上、法秩序を必要とし、ついでに言うとな当然に法秩序の枠内においてのみ妥当する、と付け加えている。

私的自治が法秩序を必要とするという命題によって考えられているのは、私的自治という活動が表現されるためには法的な範疇、すなわち法秩序によって

1) Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979, § 1 1, S. 1. [フルーメの法律行為論については、高橋三知雄「Flumeの法律行為論」関西大学法学論集16巻4・5・6合併号(1962年)433頁以下の紹介がある。]

許され、あるいは承認された「法形成的な行為類型」が必要であるということである²⁾。個々の市民は、「彼に行為類型として法秩序によって処分を許された行為においてのみ法形成的に行為することができ、したがって彼はそのような法律関係のみを、それが法秩序によって承認されたような態様においてのみ形成することができる」³⁾。この意味において、法秩序は私的自治にとっての授権機能 (Ermöglichungsfunktion) を持つ。

法秩序の授権機能と並んで、法秩序の限定化機能 (Begrenzungsfunktion) がある。フルーメは、私的自治が、法律と良俗秩序という限界内においてのみ働きうるということを自明のこととみなした⁴⁾。ドイツ民法 (以下「BGB」とする。) 134条、同138条の枠内において、基本法もまた役割を演じるが、いずれにせよ間接的第三者効説の意味においてではなく、単純に、基本法が法秩序にとって基本的である価値を保護し、法原則を含んでいるがゆえにであるにすぎない⁵⁾。基本法によって保護された諸利益を私法上の一般条項の適用に際して顧慮することは、それゆえ私法の自律的判断にとどまっておき、憲法の適用ではない⁶⁾。さらに私的自治は、例えば労働法および賃貸借法の領域のごとき特別の法律の規律によって、しかしまた普通取引約款の内容規制の形態においても、狭い限界を引かれる⁷⁾。フルーメは、自己決定の領域を制約するこの種の規律は、20世紀において増大したかもしれないが、同時に「私的自治の効力」にとってのこれらの制約が過大に評価されていることを警告する⁸⁾。

今やBGB134条、同138条が私的自治に場を与え、また特別の制約を及ぼしていない限りにおいて、個人は、法律関係の形成において、いずれにせよ現実的に「自由」である。自由は、ただちに「ある物への自由」または「責任を負っ

2) *Flume* (Fn. 1), § 1 2, S. 2.

3) *Flume* (Fn. 1), § 1 2, S. 2.

4) *Flume* (Fn. 1), § 1 4, S. 6.

5) *Flume* (Fn. 1), § 1 10, S. 22.

6) *Flume* (Fn. 1), § 1 10, S. 22.

7) *Flume* (Fn. 1), § 1 9, S. 16.

8) *Flume* (Fn. 1), § 1 9, S. 16.

た自由」または理性に適った行態に対する自由へと再度押し戻されることはない。フルーメの自由の概念は、他者を顧慮しなければならないという命令の形態における独自の制限を含んでいるのであって、新たに創られたものまたはその他これに類するものを既にその中に含んでいるものではない。むしろフルーメの場合には自由は制約のない、その限りで事実上「意思という根拠にもとづくものである (stat pro ratione voluntas)」という意味における意思の自由である⁹⁾。法秩序および道徳秩序の限界が侵されない限りにおいて、個人は自ら主体的に決断をし、自らの利益を追求することができる。フルーメによれば、ギールケの「共同体という考え方が生きて活動している」¹⁰⁾のは、たしかに法秩序の中においてであるが、しかし、私的自治の原則が支配する領域においてではない。私的自治を行使して締結された契約の「正しさ」という問題は、全く提起されないか、ないしは単に有効な自己決定という要件が考慮されなくてはならないという意味に限って提起されるにすぎない¹¹⁾。ある行為が有効な自己決定を有していれば、これはおのずから「正当」である。なぜなら、法秩序が法律行為の内容を決定することはないからである¹²⁾。この意味において、自己決定は法的評価に「優先」させられている¹³⁾。

フルーメによれば、基本法もまたこの法状況を何一つ変更することはない。有効な自己決定の場合には、基本権の侵害は問題とはなりえないからであるという¹⁴⁾。私的自治によって保護された自由な領域の内部では、私的な権利主体

9) *Flume* (Fn. 1), § 1 5, S. 6; また, *Picker*, JZ 2003, 540, 543も参照; *Lobinger*, in: *Isensee* (Hrsg.), *Vertragsfreiheit und Diskriminierung*, 2007, S. 103 ff.; *M. Wolf*, *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*, 1970, S. 20; *Isensee*, in: ders. (Hrsg.), *Vertragsfreiheit und Diskriminierung*, 2007, S. 239, 249: 「正当な自由意思」としての私的自治。

10) *O. von Gierke*, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, 1889, Neudruck 1943, S. 10.

11) *Flume* (Fn. 1), § 1 6 a, S. 7 f.

12) *Flume* (Fn. 1), § 1 6 a, S. 8.

13) *Flume* (Fn. 1), § 1 4 e, S. 5.

14) *Flume* (Fn. 1), § 1 10 b, S. 20.

が基本法に拘束されることはない¹⁵⁾。フルーメにとって、基本法（以下「GG」とする。）3条の平等原則にかかる基本法の第三者効の理論の不当性は、明らかである。すなわち、「もし私的な法律行為に関する平等原則をまじめに受け取るのであれば、基本法の第三者効の理論は、明らかに矛盾を証明することになるか、私的自治の原則が否定されるかのいずれかであろう」¹⁶⁾。

2. 締結の自由と内容の自由

法律行為による自己決定の自由の内部で、2つの次元が区別されなくてはならない。すなわち、締結の自由と内容の自由である¹⁷⁾。締結の自由は、積極的な側面と消極的な側面を持つ。積極的な側面は、全ての市民は、その選んだ人物と契約を締結するのは自由である、ということの意味している。消極的な締結の自由は、何人も、この者が契約を締結する意思のない人物と契約を締結することを強いられてはならない、ということを保証している。内容の自由は、契約内容の決定に際しての自律を保障している。当事者は、契約上の権利と義務のプログラムを決定する点において、原則として自由である。さらに、給付と反対給付の均衡を保つことは両当事者の問題であり、したがって、彼らはその際に、ある特定の「正当価格」を突き止めることができるという、客観的価値論 (objektive Wertlehre) に拘束されることはない。

II. 契約自由の経済学的基礎づけ

私的自治の現代的な挑戦を扱うに先立って、契約自由が経済的な機能をも有するということが強調されているという¹⁸⁾。市場経済においては、生産と消費

15) *Flume* (Fn. 1), § 1 10 b, S. 21 f.

16) *Flume* (Fn. 1), § 1 10 b, S. 22.

17) *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 34 Rdnr. 24 ff.

18) これにつき詳細は, *Hermalin/Katz/Craswell*, Contract Law, in: *Polinsky/Schavell*, Handbook of Law and Economics, Bd. I, 2007, S. 21 ff.

についての個人の数々の決断が、有限な生産因子と財の配分と分配のコントロールを惹起する。市場の見えざる手は、財の生産と分配は、厚生がそれ以上にはならなくなるまで最大化される、という結果になる。法的な私的自治論に対する接続は、〈効率〉概念が個人の効用に向けられているという点にある¹⁹⁾。厚生を最大化するという基準は、客観的に与えられるのではなく、個人自らの実際上の選好に基礎づけられている。反対に、このことは個人がその選好を表示し、その選好にしたがって行動する自由を持つときにはじめて、市場には効率的な因子配分を惹起するという機能が認められるということの意味している。その限りにおいて、市場経済は私的自治を前提としている²⁰⁾。

Ⅲ. 私的自治の現代的な挑戦

以下で示されるように、私的自治はその両方の次元、すなわち締結の自由と内容の自由の次元において、新たな挑戦に直面している。たとえ当初の、19世紀パンデクテン法学によって基礎づけられた型におけるBGBが、もっぱら契約当事者の形式的な自由と平等を前提としていたであろうとのテーゼはこじつけであると判明したとしても、当事者の締結の自由と内容形成の自由が、今日、以前よりもずっと強く、法的に決められているということは依然として正しい。ブリュッセルとベルリンにおける立法者たち、連邦憲法裁判所(以下「BVerfG」とする。)とEC/EU裁判所(以下「EuGH」とする。)は、契約の自由の保障と、自由な、競争によって特徴づけられた市場とが、契約上の合意による内容の「正

19) Cooter/Ulen, Law and Economics, 5. Aufl. 2008, S. 21 ff. [本書の翻訳として、ロバート・D. クーター=トーマス・S. ユーレン(太田勝造訳)『法と経済学』(商事法務研究会, 新版, 1997年)がある。]; Posner, Economic Analysis of Law, 7. Aufl. 2007, S. 15.; Schavell, Foundations of Economic Analysis of Law, 2004, S. 595 ff. [本書の翻訳として、ステイブン・シャベル(田中亘=飯田高訳)『法と経済学』(日本経済新聞出版社, 2010年)がある。]

20) Hermlin/Katz/Craswell (Fn. 18), S. 7: 「自由市場経済のエッセンスは、彼らの間の経済的交換を規律する自発的な合意に入って行く私的当事者の能力である」。

当性」を保障する状態にあるということ²¹⁾へのわずかながらの信頼を、ますます少なくしているのは明らかである。その代わりに、当事者は、契約パートナーの選択と契約の内容的形成についての決断をするに際して、常に、ますます強力に法的に拘束されるようになってきている。このことが起きているので、自由な、法的に決定されていない判断という意味での「私的な自由意思」の働く余地は、ますます小さくなっている。

比較的最近では、消極的な締結の自由が、EUによって創り出された差別禁止法によって、とりわけ圧力を受けている。私人の関係へ平等原則を拡大することは、私的自治の否定に等しいという前述の引用句は、差別禁止政策が、いかに強烈に契約当事者の自由を制約しているかを現している²²⁾。

それはともかく、BGB134条、同138条の一般的な制約がますます色褪せさせられているところの内容の自由への侵害が、いずれにせよ忘れられてはならない。今日、BGB305条以下の基礎にもとづく裁判官による包括的な妥当性規制が前面に出ているが、それは、契約が対等に熟達した、法的助言を受けた当事者によって締結された事例の前でもいかんともしがたい²³⁾。さらに消費財売買についてのEU指令（以下「RL」とはEU指令を指す。）²⁴⁾によって、理論と実務においてもっとも重要な契約類型——売買契約——の形態にとっての中核的な規律が、消費者の有利にのみ逸脱を許容し、決して不利には許容しないという一方的な強行的効力を与えられる限りにおいて、ヨーロッパ私法の新たな1章が開かれた。ドイツにおいて少し前に、柔軟な、個別事例に関する処理を許容する普通取引約款の内容規制という手段が立法された後に、消費財売買指

21) この概念については、*Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 132; *ders.*, FS Raiser, 1974, S. 3 ff.; 批判的なのは、*Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 48 f.; また、*Wagner*, Prozessverträge - Privatautonomie im Verfahrensrecht, 1998, S. 125 ff. も参照。

22) これについては後記IV. 6。

23) 後記IV. 4. c)。

24) Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG Nr. L 171 v. 7.7.1999, S. 12.

令によって、強行的な契約法という範疇が、激しいルネサンスを祝っている。私的自治のみがこれについての代償を払っているのではなく、RLによって本来保護されるべき消費者自身が負担を負っている²⁵⁾。

しかし、私的自治はヨーロッパおよび国内の立法だけでなく、BVerfGおよびEuGHの判例によっても抑圧されている²⁶⁾。これらの裁判所は、それ自体としては国内の私法に全く管轄権を持たないのであるが、それらに委託をしている最上位の法源——GGおよびEC条約——は、それらが私法にも「照射する」ように解釈されている。個人による私的自治の行使は、他者の基本権と基本的自由と適合させられ、これらと法的に結び付けられている。私人の自由意思の働く余地は、それによってさらに縮小されている。

IV. 私法の実質化

1. 形式的私法と実質的私法

私法の実質化というのは玉虫色の概念であり、それは様々な意味づけのために開かれている²⁷⁾。実質化という話題は独自の起源をもつものではなく、形式的私法に対する反対概念として成立したものである。後者は、自由主義と古典経済学の契約モデルである。それによれば、自由で平等な個人によって獲得された合意は、法倫理的な観点の下でも、社会全体の厚生を最大化するという利益のためにも拘束力のあるものとして効果を認められ、争いが生じた場合に貫徹される²⁸⁾。法的観点においては、契約に対して当事者が法的に拘束されるということは、自由な自己決定においてなされた個人の処分に対応する。個人は自らの選好を契約という手段で追求することによって、市場という見えざる手を介

25) 後記IV. 5. b) bb)。

26) これについては後記V。

27) 実質化という概念についての詳細は、*Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 277 ff.; また、*E. A. Kramer*, Die „Krise“ des liberalen Vertragsdenkens, 1974, S. 20 f. も参照。

28) *Canaris*, FS Lerche, 1993, S. 873, 875 f. 参照。

して、同時にマクロ経済的な厚生という形での公益を促進する²⁹⁾。

債務法の実質化は、自由かつ平等な自己決定という条件が、古典的な自由主義——またはその誤解またはカリカチュアも——が、そう思い込もうとしていたよりも複雑であるという状況に对应している。この意味において実質化された債務法は、それゆえ契約当事者の「形式的な」自由と平等で満足するのではなく、真の自己決定という意味における「実質的な」私的自治を要求している³⁰⁾。自由で平等な関係主体の下での契約メカニズムの自由な活動は、それによって別な光の中に現れる。両当事者の事実としての合意が、形式的な私法にとって神聖不可侵であるのに対して、それは実質的私法には、疑わしいものでもないとしても、やはり検討を要するように思われる。すなわち、合意はそれが十分にインフォームドされた、合理的な決断という意味での真の自己決定の表現である場合にはじめて、その限りで法秩序の祝福を受ける。

しかし、形式的私法と実質的私法という二項対立は、より詳細な分析によれば、誇張であると判明する。法律行為による決断の自由を利用するに際しての真の自己決定を保障することは、われわれの時代の法政策的な流行ではなく、ずっと以前から私法の中心的な任務の1つである³¹⁾。契約自由と結び付いたパトスは、行為の選択肢の間で意識的に選択がなされたという意味での真の自由が語られる場合にはじめて正当化されるということは、法倫理的な観点からは自明である³²⁾。契約書式の裏面に薄く、小さい文字で印刷された法選択条項や土地管轄条項に対する同意の推定を、自らの法設定行為であると認めることが不可能なのは明らかである。自由と平等の下で意識的になされた契約合意のみが、関係した利益を適切に調整するということを保障している。合意の「正当性」を保障するのは、契約の表現形態ではなく、それが理性的な本質によって

29) 前記II. 参照。

30) 適切なのは、MünchKommBGB-Säcker, 5. Aufl. 2006, Einl. Rdnr. 32 ff.

31) *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 280 ff.; 19世紀における展開について詳細は、*Hofer*, Freiheit ohne Grenzen ?, 2001, S. 1 ff., 275 ff. und passim.

32) *M. Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit (Fn. 9), S. 60, 101 f.; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 277 f.

強制の不存在の下でなされたという事情である³³⁾。正しさの担保というテーゼが、契約内容は客観的基準を手がかりにして評価されるべきであるというように論じられるのであれば、私見によると誤解されている³⁴⁾。それは、むしろ反対に、自由かつ平等の下でのある契約の取決めのプロセスは契約の内容的な「正当性」の規制を不要にするということを意味している³⁵⁾。その際に、初めから競争のメカニズムが、すなわちさまざまな申込人から選択をし、かつ場合によっては契約締結を完全に断念しうる可能性が、契約内容の取決めの放棄と同じく、万一の場合の「力の均衡」を填補することができるということを認めている³⁶⁾。かくて契約は、私的な自由意思という意味での自由の手段であるだけではないし、もともとそうであるわけでもない。むしろ、国家的な規制に代えて私人間での利益調整を行なうところの、経済関係および社会関係の形成の一手段である。

このように規定された契約の規範的な機能は、功利主義を指向する経済学によって確認される。すなわち契約は、当事者が、契約による拘束に入るに際して、何をするのかを知っているという前提の下でのみ、有限な財の効率的な配分と分配という利益のための非集中的な決定手段としての役割を果たすことができる。すなわち、「熟慮の上での交換が価値の最大化であるという想定は、当事者たちが実際にその条項について合意しているときにのみ有効である」³⁷⁾。反対に、経済学的な観点からも、当事者の軽率、未経験または愚かさに乗じて成立したような取引は、尊重に値しない³⁸⁾。

33) 基本的なのは、*Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130, 132 ff.; *ders.*, FS Raiser, 1974, S. 3., 9 ff.; 傾向においてまた、*Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 284 f.

34) この方向において、*Isensee* (Fn. 9), S. 251.

35) シュミット-リムプラーの場合、契約内容の「正当性」はとりわけ「正義」を意味している; *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130, 132; *ders.*, FS Raiser (Fn. 21), S. 3, 8.

36) *Schmidt-Rimpler*, FS Raiser (Fn. 21), S. 3, 14 f.; *Canaris* (Fn. 21), S. 49の異議を先取りしている。また、*Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 284 f. も参照。

37) *Posner* (Fn. 19), S. 101; また、*Hermalin/Katz/Craswell* (Fn. 18), S. 40 ff.; *Cooter/Ulen*, Law and Economics, 5. Aufl. 2008, S. 279 ff. も参照。

38) *Hermalin/Katz/Craswell* (Fn. 18), S. 41: 「もし何らかの一攫千金のスバムメール

完全な自由と平等というものは、完全な自己決定と同様にわずかにしか、この世界には存在しないであろう。現実の人間は、日々数々の決断を、時間に追われ、不確実性の下でさせられなくてはならないので、必ずしも完全に合理的な態度をとるとは限らず、したがってそれを全くすることはできない³⁹⁾。しかし、このことだけでは契約自由が夢の城としてユートピアの領域へ押しやられなくてはならないということの理由にはならない⁴⁰⁾。むしろ契約自由は、理念としての高度な意味において維持されなくてはならないし、現行法はできるだけこの方向で整備されなくてはならない。不完全な世界においては、法律行為による自己決定が契約の両当事者にとってできる限り広い範囲で保障されることが重要である。経済学的な観点からは、このことは市場を通じた配分が、供給サイドと需要サイドのあらゆる決断の欠陥にもかかわらず、組織化された計画経済よりもずっとはるかによりよい結論を示すという事情を明記しているように思われる。このことは、既に計画経済において配分決定と分配決定の義務を負った個人が、自由市場での関係主体と同じ合理性の制約に服するがゆえにである。しかし、計画執行官吏の誤った決断のテコ作用は、多数の供給と需要の下での個人のそれよりも、比較にならないほどに大きい。

2. 弱者の保護と消費者保護

私法の実質化は、「社会的不平等が認められた場合には、弱者のために『修正を施し』、したがって形式法の隔たりからは離れ、実質的平等の意味におい

に應えるならば、おそらく金持ちになることを期待できようが、そのような期待は合理的ではない」；また、Cooter/Ulen, Law and Economics (Fn. 19), S. 280 ff. も参照。

39) *Hermalin/Katz/Craswell* (Fn. 18), S. 41; 法の行動経済学的分析につき詳細は、*Korobkin/Ulen*, 88 Cal. L. Rev. 1051, 1077 ff. (2000).

40) こう述べるのは、*Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd. II, 1984, S. 10の素晴らしい言説である。すなわち、「平等が存在する社会はどこにも(社会主義国にも)なく、おそらくそもそもユートピアなのであって、決して存在しないであろうから、契約の自由は、精密な観察によれば、夢の城、ユートピアかつ非現実なのである」。他方今や、*Kötz*, in der 3. Aufl., S. 323.

て活動の余地を限定する」ために、広く弱者保護のための法政策的傾向と一致させられている⁴¹⁾。BVerfGの保証裁判では、類型化可能な事例形成が「契約当事者の一方の構造的な劣位を認識させ」、契約の帰結がこの者にとって異常に負担となる場合には、民事法秩序は修正的に介入しなくてはならないと述べられている⁴²⁾。それゆえ構造的な劣位という事実は、私法秩序を修正するように義務づけるのだが、保証裁判においては、それは銀行が保証契約にもとづく権利を主張できないという点に存在する⁴³⁾。

その際に、どこに劣位の「構造的な」要素が存在するのかは、劣位それ自体の概念と同様に、未解決のままである⁴⁴⁾。時おり、契約当事者の劣位は、その(女性という)性別と結びつけられ⁴⁵⁾、あるいはまた親子関係から演繹されるとの印象が拭いきれない。それでもやはり、ラーレントツ＝ヴォルフは、無資力の家族構成員の保証のごとき事例を、心理的な劣位という理性的に検証可能な想定によって理由づける努力をしている⁴⁶⁾。家族的なつながりのほかに、多かれ少なかれ契約当事者間の経済的な格差に目が向けられており、そこでは、高収入および／またはより多くの財産を有する当事者が優位であり、他方がこれに対して劣位であるとして観念されている。しかし、部分的にはきわめて単純に、

41) E. Schmidt, JZ 1980, 153, 156; 網領的なのは, E. von Hippel, Der Schutz des Schwächeren, 1982.

42) BVerfGE 89, 214, 234; これにつき, Dieterich, RdA 1995, 129, 133の信すべき解釈を参照。〔本決定の紹介として, ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ』(信山社, 第2版, 2006年) 54頁以下(国分典子執筆)がある。〕

43) BGH NJW 1999, 2584 ff. mwN; NJW 2000, 1182, 1183 ff. mwN; NJW 2001, 2466, 2467 ff. mwN; WM 2002, 1350, 1351 f.; ZIP 2005, 607, 608 ff. 参照。

44) 集合的な, 部分的にはマルクス主義的に特徴づけられた1970年代の説明につき, 代表的なのは, K. Simits, Verbraucherschutz, 1976, S. 137 ff.; Reifner, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung, 1979, S. 74 ff.; Reich, ZRP 1984, 187 ff.; 批判的に要約しているのは, Dauner-Lieb, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, 1983, S. 108 ff. これらの学説の彼方に, 契約当事者の「劣位」にとっての原因を特定するLarenz/Wolf, Allgemeiner Teil (Fn. 17), § 42 Rdnr. 6 ff. の——稀少な——試みが見出される。

45) Dieterich, RdA 1995, 129, 133を参照: 「取引経験のない若い女性」。

46) Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil (Fn. 17), § 42 Rdnr. 10 f.: 保証事件における「心理的劣位」。

事業者または消費者としての社会的な役割に結び付けられてもいる⁴⁷⁾。

実際のところは消費者、保証人またはその他の契約当事者それ自体の劣位という観点は、真の自己決定および経済的効率性という利益における契約メカニズムの機能に疑問を立てるのに適切ではない⁴⁸⁾。そのパートナーから保証を依頼された配偶者は、前者に既にそれゆえに「心理的に劣位」しているのではなく、この状況が、個別の事例では証拠調べを通じて確定されなくてはならないかもしれない。しかし実際は、家族の力関係の確定のための証拠調べは必要ない。決定的なのは「心理的な劣位」ではなく、保証を依頼された家族構成員が困難な決断状況の下に置かれているという観点だからである。かくして次のことが明らかになる。すなわち、ある人に対するある人の「劣位」ではなく、その時々々の決断状況が問題なのである。

事業者と消費者の間関係においても、劣位という観点は重要ではない。たしかに平均的な消費者が、平均的な事業者に、人的強度と資源で圧倒されることは、全く争われてはならない。しかし、決定的なのは、競争条件の下では、契約当事者それ自体の個人の能力は、契約メカニズムの機能化を不確実にするわけではないということである⁴⁹⁾。消費者の「劣位」は、市場経済においては、消費者は、ある事業者のオファーが気に入らなければ、別な者に提供者を変更することができるということによって調整される。自動車を購入しようとする平均的な消費者は、フォルクスワーゲン株式会社にはるかに劣位しているが、このことは決してこの者に不利にはならない。もしフォルクスワーゲンの支店が魅力的なオファーをしないのであれば、フォード、トヨタあるいはその他の自動車製造業者のモデルを購入することができるからである。消費者の劣位は、消費者が特定の、この者に優位する契約パートナーと契約すること以外に他の選択をもたない場合にはじめて容易ならざることになる。しかしこのことは例

47) この方向へ向かうのは、*Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil (Fn. 17), § 42 Rdnr. 7 f.

48) 憲法上の観点から同様なのは、*Jestaedt*, VVDStRL 64 (2004), 298, 340 f.

49) *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz (Fn. 44), S. 110 ff.; *Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, 1975, S. 18 ff.

外的な状況であり、そのような当事者もまた各契約当事者が対等であるという困難を持ち込む。この事例の一つの重要な部分領域は、競争法によって規律がなされており、濫用的な競争行為は、各市場の相手方を弱い契約当事者と強い契約当事者とで区別することなく、サンクションを課されている⁵⁰⁾。競争法は、この保護が強い市場参加者に役立つのか、それとも弱い市場参加者に役立つのかにかかわりなく、競争メカニズムを保護している。要するに、弱者保護、および消費者保護という観点もまた、私法の規範的なガイドラインとしては不適切であると判明する⁵¹⁾。

この欠陥にもかかわらず、契約当事者の「劣位」は、法政策の繰り返しの、かつ実効性のあるトポスであり、すなわち国内だけでなく⁵²⁾、とりわけヨーロッパの局面でもそうである。EUの共通消費者政策は、消費者の特別な保護の必要性という前提と、正確に言えば事業者に対する関係における消費者の劣位を承認することに依拠している⁵³⁾。消費者契約における不当条項についての指令の検討理由がそうであり、商品の買主または役務提供を受ける者は、「売主または役務提供者の支配力の濫用、とりわけ売主によって一方的に定められた標準契約と契約上の権利の濫用的な排除」から保護されるべきであるという⁵⁴⁾。ある消費者の権利に関する指令のための提案は、同様に定式化されてお

50) *Weitnauer* (Fn. 49), S. 18.; また, *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 293 ff. も参照。

51) 指摘するのは, *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des verbrauchers, 1998, S. 283: 「消費者保護法の中心概念としての消費者の概念の使用不可能」。

52) *E. von Hippel*, Der Schutz des Schwächeren (Fn. 41), *ders.*, Verbraucherschutz, 3. Aufl. 1986, S. 3 f.; *Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, 1975の諸モノグラフィーを参照; 特に保険法については, *Dreher*, Versicherung als Rechtsprodukt, 1991, S. 193 ff.; しかしまた, *M. Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit (Fn. 9), S. 63 ff., 79 ff., 101 ff.; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil (Fn. 17), § 42.

53) *von Hippel*, Der Schutz des Schwächeren (Fn. 41), S. 3 f. 不均衡状態の修正のための手段としてのヨーロッパ消費者保護政策の展開について詳細は, *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 45 ff.

54) Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993, Abl. EG L 95 v. 21.4.1993, S. 29, Erwägungsgrund Nr. 9. [同指令の翻訳として, 松本恒雄=鈴木恵=角田美穂子「消費者契約における不正条項に関するEC指令と独英の対応」一橋論叢112巻1号(1994年)15頁がある。]

り、「当事者の交渉上の地位の間の力関係」が顧慮されなくてはならないという⁵⁵⁾。

消費者は事業者に劣位している，したがって後者は「強く」，これに対して前者は「弱い」という前提が維持できないと判明するならば，ヨーロッパの消費者保護政策の要が動揺する。契約法上重要な共同体の指令を事業者・消費者間に制限することは，したがってもはや自明のことではなく，正当化を必要としている。例えば，条項指令が消費者の劣位を埋め合わせるのに役立たないのであれば，一方的に事前に作成された契約条件の内容規制は，事業者間の法的取引を含む全ての契約について一般化されるか，あるいは補充されることなしに削除されなくてはならないかもしれないかのいずれかである。

こうした背景の下で，現存する消費者保護法の所見は，批判的検討を必要としている。弱者の保護という意味での消費者保護の考えとは無関係の説得力のある実際的理由が，それぞれ，様々な，現実に存在しているヨーロッパの消費者保護政策の制度の根拠となっているかどうか，ただただ誤った被保護者政策ないし自らの存在を正当化するというEC委員会の対応する総局の試みが問題になっているのかどうかを見つけ出す必要がある。

3. 法律行為による決断の自由の保障

a) 規範的な前提

「弱者の保護」が消費者保護法の現代的な所見を，しかしまた例えば無資力の家族構成員の保証についての判例のごとく憲法的に特徴づけられた債務法の要素をも正当化することができないという事情は，この旗印の下で獲得された制度が正当ではないとして退けられなくてはならないということをそれ自体厳密には述べてはいない。むしろ弱者保護という観点とは異なる別の観点にもとづいて正当化されうるかどうかの問題となる。以下で示されるように，このこ

55) Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, SEK(2008) v. 25.9.2008, Erwägungsgrund Nr. 48.

とは実際かなりの範囲で当てはまっている。

b) 伝統的な保護

伝統的な法律行為論の伝統的な諸制度——行為能力，意思の瑕疵の保護，要式性——，しかしまた契約締結上の過失の枠内における契約前の情報提供義務の展開のごとき現代的な形象も，全て個人の決断の自由の保護に奉仕する⁵⁶⁾。上に挙げた諸制度は，例外なく「形式的」自由で満足していない。そうでなければ表意者の年齢と認知的・心理的能力によることも（BGB104条以下），一定の方式の遵守によることも（BGB125条），意思形成と意思表示の誤りの自由によることも（BGB119条以下）必要ではないからである。事実，子供と未成年者は，制限行為能力に関する諸規定によって，これらの者にとって不利益な法律行為から保護されており，もはや自己決定能力のない成人は，法律行為上の業務をこの者のために代わって行なう世話人を指定される（BGB1896条以下，同1903条）。完全行為能力者は，この者によって生じさせられた拘束を，一定の要件の下で再び放棄することができるが，例えば表示が詐欺または強迫の影響の下に成立させられ（BGB123条），あるいはそうでなければ重要な錯誤が付着していた場合（BGB119条以下），あるいは相手方が情報提供義務を侵害して契約を締結した場合（契約締結上の過失）がそうである⁵⁷⁾。契約法の方式規定は証拠機能を有するだけではなく，さらには性急かつ浅慮にもとづく拘束からの保護をも目的としている⁵⁸⁾。方式の遵守は，真剣さの徴表であり，方式の強制はその限りで真の自己決定の保障に対して貢献をしている⁵⁹⁾。内容形成の自由に関しては，ずっと以前からその限界を法律違反および良俗違反（BGB134条，同138条）の構成要件に見ている。このようにして，契約当事

56) 詳細は，*M. Wolf*, *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit* (Fn. 9), S. 114 ff.; また，*Wagner*, *Prozessverträge* (Fn. 21), S. 126 f. も参照。

57) *St. Lorenz*, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, 1997, S. 392 ff.

58) *Larenz/Wolf* (Fn. 17), § 27 Rdnr. 6 ff.のみを参照。

59) *St. Lorenz* (Fn. 57), S. 106 ff.; *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, Bd. I, 1996, S. 84 ff.

者が第三者の正当な利益を巻き添えにすることが妨げられるばかりでなく、さらには一方が他方の緊急状況あるいは別な理由にもとづく特別の契約当事者の侵害の受けやすさを自己の利益に利用してはならないということが保障される (BGB138条2項)。

前述した諸制度は、古典的私法が、ずっと以前から、真の——そして単なる形式的な、ではない——自己決定を保障するために、完全な保護のカタログを含んでいるというテーゼにとっての証左である⁶⁰⁾。この意味において、1970年代以来確立された形式的私法と実質化された私法の対比は、誤りである——純粹形式における形式的私法は、実際上は決して存在したことはなかったし、したがって両概念の排他的対比という観念は、ミスリーディングである。実際は、真の決断の自由が危殆化され、または保障されない状況に、私法はいかなる範囲で、かついかなる手段によって答えるべきなのかだけが問題である。

制定当時のBGBは、それが保護のカタログを簡潔に維持し、あまつさえ普通法上確立された莫大損害 (*laesio enormis*) および事情変更の原則 (*clausula rebus sic stantibus*) のごとき実質的な契約正義を保障するための法制度を放棄した限りにおいて、形式的私法を信奉していた⁶¹⁾。BGBがモデルとしたのは、慎重かつ熟達した取引人であり、産業社会の平均的市民ではなかった (法は注意深き者のために書かれている [*ius est vigilantibus scriptum*])。現代の消費者保護法の一部ならびにBVerfGの保証裁判は、この伝統的法律行為論の確立された範疇の外の決断の自由の危殆化に対する反作用である⁶²⁾。

60) M. Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit (Fn. 9), S. 60 f., 101 f.; Wagner, Prozessverträge (Fn. 21), S. 73; 同様なのは, St. Lorenz (Fn. 57), S. 88.

61) Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 482. [本書初版につき、鈴木禄弥教授の翻訳がある。F. ヴィアッカー (鈴木禄弥訳) 『近世私法史—特にドイツにおける発展を顧慮して』 (創文社, 1961年)。]

62) Canaris, AcP 200 (2000), 273, 296 ff.; Drexl (Fn. 51), S. 266 ff., 282 ff.; St. Lorenz (Fn. 57), S. 487 ff.; 同様なのは, N. Jansen, in: Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, 125, 142 ff.

c) 情報提供義務と撤回権

私法の領域におけるヨーロッパの法政策のもっとも重要な制度は、契約法上の情報提供義務と撤回権であり、それらは一部にはお互いに孤立して、一部には相互に組み合わせて定められている。著名な例は、営業所外での契約締結に関する指令⁶³⁾、消費者信用に関する指令⁶⁴⁾および通信販売に関する指令である⁶⁵⁾。これらの指令は、当事者に契約内容についての有利な扱いを作ることを思いとどまり、その代わりに契約締結段階に集中し、撤回権とそれに結合した情報提供義務（訪問取引指令 5 条, BGB312条；消費者信用指令 4 条, BGB492, 同495条；通信販売指令 4 条, BGB312b条 – 同312d条参照）を定めている⁶⁶⁾。

これらの規律の目的は、合理的な、インフォームドされ、かつ熟慮された自己決定が不利になる状況において消費者を保護することである。典型的なのは営業所外での契約締結、したがって訪問取引指令の規律対象である。この法的行為の背後には、顧客を自己の住居または職場での契約締結から保護するという正当な関心事がある。なぜなら消費者は、そこでは法律行為をする準備ができておらず、様々な製品の比較をすることは通例は不可能であり、契約締結が、多くの人にとっては「代理人」を住居ないし自己の空間的領域から離れる気にさせる唯一の手段だからである⁶⁷⁾。これらの事例においては、自己決定に対する能力の欠如は、消費者がその間に契約の撤回について決断することができる

63) Richtlinie 85/577/EWG v. 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. 1985 Nr. L 372, S. 31 ff.

64) Richtlinie 2008/48/EG vom 23.04.2008 über den Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/ 102/EWG, ABl. 2008 Nr. L 133, S. 66 ff.

65) Richtlinie 97/7/EG v. 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. 1997 Nr. L 144, S. 19 ff.

66) Gozzo, in: Howells/Schulze/Janssen, Information Rights and Obligations, 2005, S. 17, 22 ff. による概観を参照。

67) 訪問取引での撤回権の正当化につき詳細は, Löwe, BB 1986, 821, 822, 831f.; Canaris, AcP 200 (2000), 273, 346; Drexel (Fn. 51), S. 312 ff.; MünchKommBGB-Masuch, 5. Aufl. 2007, § 312 Rdnr. 1.

ところの熟慮期間を事前に保障することによって、埋め合わせをされる（訪問取引指令5条）。この熟慮期間と撤回権の存在について、消費者は告知されていなければならない（訪問取引指令4条）。

他方、2010年6月11日まで依然妥当している1987年の消費者信用指令は、これまで撤回権を要求しておらず、完全に事前の消費者の情報にもとづいている。消費者信用指令4条によれば、事業者は契約顧客に効果的な年利を示し、ならびに金額、数量および支払われるべきレートの時的な違約金の明細書ならびに実質年利に流入するその他の費用の明細書を添えることを義務づけられる⁶⁸⁾。実質年利の計算に際しては、名目利息のほかに、全ての弁済レートと雑費が顧慮されなくてはならない（消費者信用指令1a条1項）。消費貸借利息における付随費用の換算と一時金払いにまとめることは、信用負担の現実の財産的結果についての消費者の情報だけではなく、さらには市場の透明と、加えて価格競争にも奉仕する⁶⁹⁾。かくして消費者信用指令の情報提供義務は、自己決定と価格競争の保障のための有意味かつ適切な手段であることが判明する。

このようにヨーロッパ消費者保護法の中心的な部分に手短かに目を通したことの結果として、以下のことがなお書き留められなくてはならない。すなわち、情報提供義務と撤回権は社会的意味におけるより弱い当事者の保護にではなく、契約締結についての合理的決断を可能にすることに奉仕する。この目標のために定められた手段が、事前の、すなわち契約締結前の可視的な情報の準備、および事後の、すなわち困難な決断状況における契約の発効後の撤回権の付与である。売主の代理人が自己の住居へ訪問する場合には、ある不特定のデパートを通る場合よりも弱い立場に置かれるために、特別の弱さは必要ではない。厳密に言えば、この種の構成要件は一般化されるのがふさわしい、すなわちそれは消費者保護から解放され、一般の法律行為論へ統合されなくてはならない

68) Richtlinie 87/102/EWG vom 22.12.1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl. EG Nr. L 42 v. 12.12.1987, S. 48 ff.

69) BGHZ 132, 119, 126; MünchKommBGB-Schürnbrand, 5. Aufl. 2008, § 492 Rdnr. 1.

のではないか⁷⁰⁾。消費者信用法でも、弱者の保護ではなく、よくインフォームドされた決断を可能にすること、ならびに消費者信用市場での公正な価格競争のために価格の透明性を保障することが問題である。たしかにドイツの立法者によって定められた撤回権は、劣位を埋め合わせるための制度として性格づけられている。しかし、BGB495条が調整すべき劣位は、信用供与者に対する関係における信用受取者の相対的な劣位ではなくて、信用受取者自身の自らに対する関係での劣位である⁷¹⁾。信用受取者は、自分自身の性急と自意識過剰から守られるべきであって、優位であると観念された信用供与者から守られるべきなのではない。その限りでまた「構造的劣位」は問題とはなりえない。この意味において、ヨーロッパ消費者保護法では効率的な資源の配分が問題となっているのであって、——社会政策が問題となっているのではない⁷²⁾。

このようにヨーロッパ消費者私法の規範的基礎を新たに調整することによって、決して全てのEUの法的行為が正当化されるわけではない。通信販売指令6条による撤回権は、契約締結時点における法律行為による決断の自由の危殆化に答えているのではない。訪問取引の場合とは異なって、自宅へ代理人が押しかけることによって惹き起こされる圧迫状況が欠けているからである。撤回権の付与にとって決定的なのはむしろ、顧客が通信販売での契約締結に際して、契約対象を実見するための機会をもたないということである⁷³⁾。この状況は、多くの消費者に通信販売での契約締結を思いとどまらせるかもしれないから、通信販売業にとってはいずれにせよ撤回権を付与するための自らの強い利益が

70) こう述べるのは既に、*Medicus*, *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*, in: *BMJ* (Hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. I, 1981, S. 479, 519 ff., 530 ff.; 同一の方向において、*St. Lorenz* (Fn. 57), S. 124 ff.; *Canaris*, *AcP* 200 (2000), 273, 359 ff.

71) *St. Lorenz* (Fn. 57), S. 171 ff.

72) 適切なものは、*W. H. Roth*, *Funktionen des privatrechtlichen Vertrags im Gemeinschaftsrecht*, in: *Schulte/Nölke/Schulze* (hrsg.), *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, 2002, S. 23, 35.

73) 適切なものは、*Erwägungsgrund Nr. 14 zur Richtlinie 97/7/EG* (Fn. 65); *Münch-KommBGB-Wendehorst*, 5. Aufl. 2007, § 312d Rdnr. 1.

存在し、もし指令によって規定されていないのであれば、自発的に与えられたかもしれない。それにもかかわらず通信販売指令が撤回権を強行的に定めたのであれば、このことはいずれにせよ標準化の観点とそれと結び付けられた通信販売の促進の下で正当化される。具体的な契約締結状況における消費者保護について、それは必要ではない。

消費者信用契約に際しての撤回権は、2010年までに国内法化されるべき改正指令の14条によって挿入されたが、それも保護策をほとんど講じていないように思われる⁷⁴⁾。本指令の検討理由では、撤回権を入れることは撤回権の濫用の態様の調整という利益において必要であると述べており、それは理由づけとして明らかにあまりにも不十分である⁷⁵⁾。説得力のある撤回権の正当化事由は、性急さの保護の観点のみであり、それはBGB495条の規律の基礎にもなっている⁷⁶⁾。

一時的居住権契約についての契約に際しての撤回権は、特に疑いをもって見られなくてはならないが、BGB485条は、それを関連指令5条1号箇条書き1の国内法化の中で理由づけた⁷⁷⁾。タイムシェアリング指令に対する検討理由の中では、取得者には締結された契約から生じる義務づけと、それと関連する権利をより良く評価する余地が与えられなくてはならない、と述べられている⁷⁸⁾。この理由づけは、あまりに過剰であることを示している。消費者には何ら撤回権の認められていない契約類型が、数多く妥当しているからである。ヨーロッパ消費者私法の改訂に取り組んでいる研究者グループは、一時的居住権契約の特殊性を、契約の複雑な規定が当事者間の構造的な不平等を生じている点

74) Richtlinie 2008/48/EG (Fn. 64), S. 133 ff.; ドイツの国内化法は既に2009年7月29日付になっているが、この法律の11条1項によれば2010年6月11日になってはじめて施行される。BGBl. 2009 I S. 2355を参照。

75) Richtlinie 2008/48/EG (Fn. 64), Erwägungsgrund Nr. 34.

76) MünchKommBGB-Schürnbrand (Fn. 69), § 495 Rdnr. 2.

77) Richtlinie 94/47/EG vom 26.10.1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien, ABl. EG Nr. L 280 v. 29.10.1994, S. 83 ff.

78) Erwägungsgrund Nr. 11 der Richtlinie 94/47/EG (Fn. 77), S. 83 ff.

に見ている⁷⁹⁾。實際上、一時的居住権についての契約が特に複雑であり、耐久消費財、すなわち新たな自動車のごときの取得に関する契約や不動産取引よりも複雑であるとは語りえない。それにもかかわらず消費者は、最後に挙げた場合には、解約権を行使することができない。前述した、困難な決断状況を解消すべきだという消費者法上の撤回権の規範的な正当化は、一時的居住権に関する契約についても同じく妥当しない。この契約が営業所の外で締結される限りにおいて、消費者は当然のことながらこれに関する規律の保護を享受するが、その他の点ではいかにして一時的居住権に関する契約の特別な地位が正当化されるのかは明白ではない。

またついでに言う、上で概略を述べた情報提供義務と撤回権にもとづくシステムが、その代償を有するということが忘れられてはならない⁸⁰⁾。たしかに情報の開示と普及の費用は第一次的には事業者が生じるが、製造費用およびその他の契約費用とともに製品価格へ取り込まれ、消費者に転嫁される。同様のことは、隔地者間の商品販売の場合には非常に大きな額になり得る撤回の費用について妥当する。BGB357条2項は、通信販売指令6条2項の過剰な国内法化において、40ユーロ以上の商品価値の場合にはこの費用を強制的に事業者に割り当てることによって、消費者に、注文を入念に熟考し、製品の返送についての決断に際してその費用をも考慮するためのインセンティブが用いられている⁸¹⁾。このことは「消費者の」優遇ではない。むしろ通信販売は、それに対応して付加された費用について全ての消費者によって負担されなくてはならないところの付加費用を被せられている。値引きのためには喜んで無料の返品を権利を放棄したであろう顧客でさえ、注意の欠けた隣人によって惹起された費用を共に負担しなくてはならない。この帰結は、通信販売における需要の弱まり

79) Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I, 2007, Art. 5:202 Rdnr. 2: 「タイムシェア契約に関しては、契約の複雑な規定ぶりが両当事者間での構造的な不均衡を創り出している」。

80) 詳細は、Schön, FS Canaris I, 2007, S. 1191, 1193 ff.

81) 詳細は、Wagner, ZEuP 2007, 180, 205 ff.

であり、それによって生じた販売サイドへの市場の歪みである。

中間的考察として、古典的な私法が、それに後続する実質化の話題が示しているほどには形式的ではないと判明するということが、情報義務および撤回権のごとき現代的な制度が——いずれにせよ中心領域において——法律行為論の有意義な補完として解釈されうるということが、依然として書き留められなくてはならない。現代ヨーロッパ消費者契約法においても、より弱い契約当事者を保護することではなく、理性的な自己決定にとって有害な決断状況において個人を保護することが問題であるということが正しく理解された。

d) 保証事例の私法的に「正しい」解決

このアプローチは、結局、ドイツ契約法の特に出発点とした事案群、すなわち家族構成員の保証を法的に克服するに際しても有益である。BVerfGは、保証裁判において正当にも、契約当事者が「契約の締結と内容について、事実上自由に決断することができたか」という問題をまず出発点とした⁸²⁾。しかし、BVerfGは引き続いて、保証人の「構造的劣位」と、さらに契約の内容規制を行うために負担の重さに照準を合わせた⁸³⁾。この内容規制をBGHは爾来BGB138条で根拠づけている⁸⁴⁾。

実際、現行民法は、銀行によって家族の連帯感情を利用して保証を引き受けるように誘導された保証人の保護を保障するために、徹底した手段を講じてきたのかもしれない⁸⁵⁾。学説上は正当にも、保証事例は契約締結上の過失の枠内で解決されえたのではないかということが強調されてきた⁸⁶⁾。その点には、

82) BVerfGE 89, 214, 231; 賛成するのは、*Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 296.

83) BVerfGE 89, 214, 232, 233.

84) 基本的なのは、BGHZ 125, 206, 209 ff.; 128, 230, 232; 問題については、*MünchKommBGB-Habersack*, 5. Aufl. 2009, § 765 Rdnr. 18.

85) ウェツレイウス元老院議決 (Senatus Consultum Velleianum) の斡旋の禁止 (Interzessionsverbot) における保証判例の史的ルーツについては、*Ernst*, in: Zimmermann (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, 1999, S. 395 ff.

86) *St. Lorenz* (Fn. 57), S. 387 ff.; 445 ff.; *ders.*, NJW 1997, 2578, 2579; *St. Wagner*, NJW 2005, 2956, 2958 f.; 良俗違反の枠内における解決のほか、契約締結上の過失に

結論において正しく判断された裁判の理由づけを、単に変更すること以上のものである。すなわち、現在の実務は、これらは個人的に近しい関係の利用という問題を、家族外でも生じうるにもかかわらず、それを家族構成員の斡旋に限定したままである、という帰結に至っている。しかし、とりわけBGHがBVerfGによって促された保証法の修正を、保証人の保護を義務の範囲と給付能力の間の著しい不均衡に依存せしめるというやり方で変更してしまったということが批判されなくてはならない⁸⁷⁾。このことにもとづいて、判例は、明確に定められた差押禁止財産に鑑みればほとんど何も失うはずはない無資力の保証人のみを保護するが、感情的な強制状況によって、場合によっては占有する物全てを取り上げられるところの財産のある家族構成員を保護してはいない。例を挙げよう。信用受取者の妻は、その具体的な財産状況によれば、いずれにせよ発生した債務を以前支払う機会を持たなかった場合には、憲法によって保証人としての責任から解放される。これに対して、妻が財産を有している場合、例えば両親から不動産を相続した場合には、躊躇うことなく責任を負わされることとなり、不動産は、場合によっては銀行のために換価されることとなる。これに反して、私法上の観点からは無資力という観点は重要ではなく、配偶者が感情的な強制状態にあり、それゆえ義務を引き受けることについて、現実には自由に決断することができなかったという事情のみが重要である。すなわち、自身の婚姻パートナーの潜在的な信用供与者によって保証を依頼された者は、このことを通例は容易には、すなわち関係を危機にさらすという代償なしには、

関する規律の適用については、*Drexl* (Fn. 51), S. 523.

87) 基本的なのは、BGHZ 125, 206, 210 f.における第9民事部である；同様なのは、今や単独で管轄権を有するBGHZ 151, 34, 37における第11民事部。*Drexl* (Fn. 51), S. 534は、財産的な過大要求という規準が保証に際しての均衡関係の結果であるという論拠で、BGHに賛成している。これに対して、一方的義務づけ契約としての保証の場合には、均衡関係は（したがって、依然としてBGHZ 106, 269, 271も）存在せず、その結果、財産的な過大要求という規準は、「典型的な経済的理性」の略号でもない（*Drexl*, aaO, S. 534）。その全財産を主債務者と心理的に結び付けられているというだけの理由で保証のために危険にさらす構成員は、——まさに財産の利用が保証債務を弁済するのに十分である場合に——明確に非合理的に行動している。

拒絶することはできない。このように略述された法律行為による決断の自由の侵害が、保証の約束の無効化を正当化するには満足しがたいかどうかについては、争いがあるかもしれない。ここでの関心のコンテキストにおいては、この事実問題に対する態度決定ではなく、保証をした配偶者が無資力であるか否かによって、解答が区々バラバラな結果になってはならないという理解が問題なのである⁸⁸⁾。とにかく、財産を有する配偶者は、保証を引き受けることによって、場合によっては全財産を危険にさらすので、より強い保護の必要があるが、これに対して、無資力の配偶者は失うべきものはほとんど何もない。

かくて保証事例では「弱い」と観念された契約当事者の保護ではなく、まさに誤った決断に予め向けられたところの、契約締結状況における強い当事者および弱い当事者の保護が問題である⁸⁹⁾。今や唯一管轄権を有するBGHの第11民事部^(訳注1)の最近の判例は、保証人の保護という介入を、保証人と主債務者の間の感情的な親近関係が債権者によって利用されていることに依存させている限りにおいて、この基準線に沿っているが、これは家族の絆の枠内において推定されている⁹⁰⁾。保証人の保護が、依然として際立った財産的な過大要求に結び付けられているということは、法律行為による決断の自由の保護を指向することとは合致しない⁹¹⁾。そのような程度の過大要求というものは、保証人の差押禁止財産が、最低限主債務の利息を支払うのに十分でない場合にはじめて肯定されなくてはならない⁹²⁾。

88) 異説は、*Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 296 f.

89) BT-Drucks. 10/2876, S. 6; *St. Lorenz* (Fn. 57), S. 122 ff.; その限りでまた、*Drexl* (Fn. 51), S. 524; 他方の契約当事者による侵害に対しての自己決定の保護; *Dietrich*, RdA 1995, 129, 133も含意する。

(訳注1) 2002年1月1日以降、保証事件についての管轄は第11民事部に移っている。

90) BGHZ 151, 34, 37; 156, 302, 307; BGH ZIP 2003, 796, 797; ZIP 2003, 1596, 1598; NJW 2005, 971, 972; 判例の最近の状況につき詳細は、*MünchKommBGB-Habersack* (Fn. 84), § 765 Rdnr. 23 ff.

91) BGHZ 151, 34, 37; BGH ZIP 2003, 796, 797; ZIP 2003, 1596, 1598; NJW 2005, 971, 972.

92) BGHZ 146, 37, 42; 156, 302, 306; BGH ZIP 2003, 796, 797; NJW 2005, 971, 972; 詳細については、*MünchKommBGB-Habersack* (Fn. 84), § 765 Rdnr. 24.

そこで2002年の第11民事部の裁判においては、10万マルクを超える根保証契約にもとづく請求からの妻の保護が、彼女は手取りで月1,470マルクしか稼いでおらず、彼女が有している多世帯用家屋は30万マルクの範囲で価値を減少しているということを考慮して肯定された⁹³⁾。このことは反対解釈をすると、次のことを意味している。すなわち、もしこの不動産が取引価値の3分の2までしか負担を負っていなかったとするならば、BGHは明らかにそれからこの財産価値を銀行のために引き出すことを躊躇いはしなかったかもしれない。しかし——BGH自身が定式化したように——「保証または共同責任が主債務者との感情的な結びつきにのみもとづいて引受け〔られ〕、主債務者がこのことを道徳的に不当なやり方で利用した」場合には⁹⁴⁾、この結論はほとんど正当化されてはならない。さらにBGHは、保証人の財産状態が時の経過とともに変化し、したがって無資力の保証人も金銭を取得し、また当初は裕福であった保証人がその財産を失う余地があるという問題を生じる。前に示した事案では、保証は無効ではなく、無資力の期間については黙示の訴求されてはならない契約 (*pacutum de non petendo*) にもとづいて実行がなされるべきではないのである⁹⁵⁾。

BGHは、破滅的な保証義務という要件を放棄し、他人の債務のために保証をした婚姻パートナーを、信用供与者が無資力であるか否かにかかわらず保護した〔イギリスの〕貴族院 (*House of Lords*) の判例にならって打ち立てるべきではなかったか。したがって、イギリスの判例の中心点にあるのは無資力の保証人ではなく、財産的価値のある土地の所有者、とりわけ共同して有している家族の家に、夫の事業信用を守るために抵当権を設定することを同意してしまった妻である⁹⁶⁾。夫がその妻の感情的な結びつきを責任の説明のために利

93) BGHZ 151, 34, 38.

94) BGHZ 151, 34, 37.

95) これにつき詳細は、*Ernst* (Fn. 85), S. 409 f.

96) 基本的なのは、*Barklays Bank PLC. v. O'Brien*, (1993) W.L.R. 786 = ZEuP 1996, 314 (*Blaurock*の批評付き)。

用したということを知り、または顧慮すべき銀行は、これを「不当威圧」として顧慮され、それゆえ抵当権で担保された債権を妻に対して実行することを妨げられることになる⁹⁷⁾。不当威圧の抗弁は、独立した決定機関による契約締結前の共同責任負担者の忠告と斡旋に利害関係を有する主債務者が不在の場合にのみ排除される⁹⁸⁾。かくして法的安定性を気かけなくてはならない銀行にとっては、共同責任負担者のとらわれない意思形成を可能ならしめるという、より強力なインセンティブが存在する。

一方または他方の方向へ答えられるべき全ての実質的な細かい問題の先で、イギリスの判例は、それが属するところ、すなわち法律行為による決断の自由の保護のところで問題を検索するという偉大な長所を有している。この保護は、ある人が財産を持つか否かとは無関係に及び、したがって、それはまさに処分主体にとって財産価値の投げ売りにも相当する取引の無効化にも奉仕する。契約の一方当事者が、他方を契約締結についての合理的に動機づけられた決断に有害である状況に引き込んだ場合には、それが介入する。

もし保証の判例がこの意味において再解釈されるのであれば、問題なしに、若干の——全てではない——同じく法律行為による決断の自由の保障のための手段として理解され、正当化されているEUの消費者保護指令への関連が打ち立てられるかもしれない⁹⁹⁾。

97) 不当威圧 (undue influence) の法理とそれの法律行為による取引における決断の自由を保護する機能につき詳細は、*Jansen* (Fn. 62), S. 125, 149 ff., 153.

98) *Barklays Bank PLC. v. O'Brien*, 3 W.L.R. 786, 789 f. (1993), ブラウン-ウィルキンソン卿 (Lord Browne-Wilkinson) によれば、「私の判断するところでは、債権者は、〔不当威圧の〕積極的通知への拘束を回避するために、妻に保証人となることによって冒しているリスクを自覚させるための手段を講じ、かつ彼女に独立した助言を得るようにアドバイスをすることが合理的に期待されうる。……債権者が、妻は、債権者の代理人との私的なミーティングに（夫が同席することなく）立ち会っており、そこでは保証人としての彼女の責任の範囲が伝えられたこと、冒しているリスクについての注意が与えられたこと、および独立した法的助言を求めるように促されたということを主張している場合には、この者はこれらの要件を満たしているであろう」。また、*Royal Bank of Scotland plc. v. Estridge* (No. 2), (2001) 3 W.L.R. 1021, 1038 ff.; *Jansen* (Fn. 62), S. 157も参照。

99) 前記IV. 3. c) 参照。

4. 内容規制

a) 内容規制と私的自治

契約条項、とりわけ事前に作成された契約条項の内容規制は、比較的新しい手段であり、それは前述した私的自治の保障と後述されるであろう強行法による私的自治の制限の狭間に存在するものである。私的自治の保障は、当事者の能力（BGB104条以下）か、契約締結それ自体の過程のいずれかにもとづくものであり、この意味において手続的なものである。強行法は別な局面にある。それはいかなる当事者の間に、そしてどのようなやり方で契約が成立したのかを問わないからである。むしろ、それはたとえ契約当事者が依然として非常に能力を有しており、かつ交渉過程がなお非常に徹底的であったとしても、法的取引から包括的に一定の形成可能性を取り除くものである。

内容規制は全ての契約をカバーしてはならず、合意が一定の態様で——事前に作成された条件を承認することによって——成立させられた事案に限定されている。それ以上には、法秩序の干渉は特別な態様のものである。なぜなら、当事者によって締結された合意は、強行法に違背する場合ならびに私的自治の保障を侵害した場合にそうであるように、包括的に無効とされるわけではないからである（BGB104条, 同125条, 同142条1項）。むしろ両当事者の合意によって求められた意味においてはカバーされていない条項は、原則として個々の事案における内容規制に服する。このことがそれぞれの契約条項の無効という結果になることはあるが、必然的にそうなるというわけではない。

内容規制という手段は、契約内容の自由を一般に制約するのではなく、選択的に、すなわちまさに可罰条項についての特別の合意が欠けている場合にはじめて制約するという限りにおいて、独創的な発明である。普通取引約款規制は、それが当事者によって取り決められた個別合意を強行法という限界の中で承認する限りにおいて、真の決断の自由を保障するための手段である。契約内容の自由の制約は、その完全に展開された形式における自己決定を欠いており、同時に修正のためのメカニズムとしての競争が欠落しているであろう状況にのみ関係している。この要件の下でさえ、いずれにせよ強行法という手法のみが承

認められるのではなく、普通取引約款に該当する規律が適切であるとして承認されうるのか、あるいは顧客を不適切に不利益化し、それゆえ退けられなくてはならないかどうか、個々の事案において審査される。

b) 消費者保護と市場の失敗の修正の間の内容規制

要するに、普通取引約款の内容規制というドイツ法では、弱者の保護または非対称に分配された交渉力が問題となっているのではなく、交渉過程の合理性の保障と競争メカニズムの効率性の保障の同時的な欠落を填補することが問題となっているのである¹⁰⁰⁾。すなわち、契約パートナーは不均衡に高い取引コストに直面して、賢明にも相手方によって提示された取引約款を分析し、場合によっては追加交渉をすることを断念し（合理的無関心）、——例えば製品の品質および安全性の領域におけるとは異なり——「より良い」条件の提供者がそれに対応したより高い価格という報いを受けるといふ、最善の契約条件をめぐる競争は行われぬ。価格競争は、費用のかかる契約条件の領域においては「底辺への競争（Race to the bottom）」という結果になる。すなわち、提供者は誰も顧客に適切な条件を提示するという経済的インセンティブを有しないが、なぜなら提供者はそれと結びついた高額化した費用をその顧客の合理的無関心のゆえに製品価格を通じて回収することができないからである。

前述した内容規制の機能と正当性は、消費者契約における濫用条項についての指令とともにはっきりと出てきた¹⁰¹⁾。指令の3条1項は、各条項が個別に取り決められたのではない限りにおいて、事業者と消費者の間の契約を内容規

100) 底辺への競争と「レモン市場」の成立のための条件について基本的には、*Akerlof*, 84 *Quart. J. Econ.* 488 (1970); 同様なのは、*Adams*, in: M. Neumann (Hrsg.) *Ansprüche, Eigentums-, und Verfügungsrechte*, 1984, S. 655, 660 ff.; *Kötz*, *JuS* 2003, 209, 211 ff.; *Schäfer/Ött*, *Ökonomische Analyse des Zivilrechts*, 4. Aufl. 2005, S. 513 ff.; *Wagner*, *Prozessverträge* (Fn. 21), S. 126 ff. *Begründung zum Regierungsentwurf zum AGBG, BT-Drucks. 7/3919*, S. 13も同様:「法律の草案はそれゆえにAGBの領域における抑えられない展開によって妨げられた私的契約法の機能を回復すること以外に意図していない。」

101) *Richtlinie 93/13/EWG* (Fn. 54), S. 29.

制に服させている。当該条項が濫用的であると判明するならば、それは消費者に対する関係において拘束力をもたないとみなされなくてはならない (RL 6 条 1 項)。RL 4 条 1 項によれば、濫用性の判断に際しては、契約の対象となった財貨または役務提供、契約締結にともなう全ての事情ならびにその他の契約条項が顧慮されなくてはならない。RL 4 条 2 項によれば、価格の規制は行われない。RL 3 条 3 項に対する付表は、濫用的な契約条項の典型的な 1 つの規律の例のカタログを提供しているが、それが全てではない。

理論的な出発点において、条項指令と伝統的なドイツの普通取引約款法の間には、根本的な相違が存在する。ドイツ法が、明確に定義された契約締結状況における合理的無関心の填補に努めているのに対して、EU委員会にとっては「弱者」を保護することが問題であり、そこでは消費者は常に弱者として現れてくる¹⁰²⁾。したがって条項指令は、事業者または消費者としての地位に結び付けており、これに対して伝統的に規定されたドイツの普通取引約款法は、契約パートナーの社会的な役割を顧慮することなく、それとともに商人ないし事業者の保護のためにも適用される。この対比は、条項指令の最終的に可決された規定では、単に、委員会が、事業者と消費者の間のあらゆる契約は、契約条項が一方向的に事前に示されたのか、十分に取り決められたのかを顧慮することなく、内容規制を実施されなければならないという本来のアプローチを貫徹しえなかったもので、明らかには現れてはいない¹⁰³⁾。RLの最終的に可決された規定によれば、RLの3条1項によって、このことがドイツの法的伝統に対応しているように、個別的に取り決められなかったような契約条項のみが濫用審査を受ける。ブリュッセルにおいて達成された法政策的な妥協は、いずれにせよ、RLのコンテキストにおいて——BGB305条1項によるのとは異なり——多用す

102) Erwägungsgründe 4 und 6 der Richtlinie 93/13/EWG (Fn. 54), S. 29 ff. 参照：肯定的なのは、Reich/Miklitz, Europäisches Verbraucherrecht, 4. Aufl. 2003, Rdnr. 13.5; 正当にも退けるのは、Kötz, JuS 2003, 209, 210.

103) 前史については、Ranieri, Europäisches Obligationenrecht, 3. Aufl. 2009, S. 420 ff.; また、Reich/Miklitz (Fn. 102), Rdnr. 13.2 ff.; Canaris (Fn. 28), 1993, S. 873, 887 ff. も参照。

る意図も、事業者がこの条項を「設定する」ことも問題とはならないという点にある。かくして条項指令は、消費者保護法と真正の普通取引約款法からなる独特な混合構成物 (*compositum mixtum*) であると判明する。RLは消費者のみを保護しているが、このことは自己決定が特に危殆化されていないような、例えば公証人の前での契約締結の場合のごとき、契約締結状況においてでさえであてはまる¹⁰⁴⁾。反対に、事業者は、それにそれぞれの相手方によって起草され、決まった時間を越してさらに自己に有利な最適な契約に「向け」られる場合ですら、RLによっては保護されない。

かくしてRLは、ブリュッセルにおける利益団体の抵抗によって成立した妥協を表している。それは一貫した法政策的な考え方にはもとづいていない。もしより弱い契約当事者を優遇するという意味での消費者保護が、その本来の関心事であるとするならば、内容規制は、事前に作成された契約条項に限定されてはならないのではないか。一方的に事前に作成された、相手方によって分析されない契約条項にもとづいた契約締結での市場の失敗についての填補をすることが問題なのだとするのであれば、事業者の保護にも資したに違いない。

c) 商取引の(不)顧慮

条項指令と比較して、ドイツの普通取引約款法は、一貫した規範的基礎の上立つことを当然のものとして要求している。しかしただ、それはBGB305条以下が、私的自治がそれに当然の機会を与える一つのやり方で解釈され、適用されるということを、依然として保障しているわけではない。実際、事業者間の法的取引での普通取引約款の規制についてのBGHの判例は、ますます批判にさらされている¹⁰⁵⁾。批判は、中心において、BGHが、その妥当が契約当事者

104) 公証人契約の内容規制につき詳細は、MünchKommBGB-*Basedow*, 5. Aufl. 2007, § 310 Rdnr. 58.

105) K. P. Berger, ZIP 2006, 2149; Lischek/Mahnkern, ZIP 2007, 158; K. P. Berger/Kleine, BB 2007, 2137; 異なるのは、von Westphalen, ZGS 2006, 81; ders., ZIP 2007, 149; Palandt-Grüneberg, BGB 68. Aufl. 2010, § 307 Rdnr. 39.

によって意識され、完全に承知の上でそれに合意がなされている契約条項の内容規制を誇張しすぎているということを述べている。裁判所は、契約のドラフトの全ての個別条項が処分の対象となるということに固執しており¹⁰⁶⁾、したがって、それは多かれ少なかれBGB308条、同309条の特別条項の禁止を、無思慮に事業者取引に拡張するであろうことによって、BGB305条1項3文の意味における「取決め」という要求を誇張している¹⁰⁷⁾。内容規制の規範的基礎に立返ることと、商取引の契約実務への裁判所の介入を制限することが必要である、というのである¹⁰⁸⁾。

事業者間での法的取引における普通取引約款規制の目下の状況への批判は、もっともである¹⁰⁹⁾。たしかに事業者取引においても普通取引約款について典型的な合理的無関心の問題が出て来うということは正しいが、このことは事業者取引をはじめから顧慮しなくてよいわけではないということのみにプラスの材料を提供している。BGB305条のコンテキストにおいては、消費者と事業者は等しく取扱われなくてはならないというより広範囲にわたるテーゼは、そこから決して、とりわけ立法者が、BGB308条、同309条が事業者の有利には決して適用されないということと、BGB307条1項・2項が商取引において妥当する慣習と慣行を適切に顧慮した上で適用されなくてはならないということとを、BGB310条1項の中で明示的に命じたということを経結しない。事業者は消費者よりも自己防衛のためのより十分な可能性を利用できることを理由に、商取引における契約規制の制限は正当化される。消費者とは異なり、事業者は自己の取引約款を利用することによって、その時々相手方の条項から防御をすることができる。さらに、事業者はしばしば高価な対象についての契約を締結するが、その際に相手方によって提示された契約書式の詳細な分析を徹底し

106) BGHZ 93, 252, 254f.; BGHZ 97, 212, 215; 異なるのはおそらく今やPalandt-Grüneberg (Fn. 105), § 305 Rdnr. 22.

107) BGHZ 90, 273, 278; Palandt-Grüneberg (Fn. 105), § 307 Rdnr. 41.

108) K. P. Berger, ZIP 2006, 2149, 2151; Lischek/Mahnkern, ZIP 2007, 158.

109) 異説は、von Westphalen, ZIP 2007, 149.

て行う。もしそれに関連した契約交渉が、それにもかかわらず個々の条項に限定されたままであるならば、このことは思慮深い交渉戦略上の理由にもとづいているように——そして契約内容に対する合理的無関心にはもとづいていないように——思われる。それゆえBGHは正当にも批判されているのだが¹¹⁰⁾、それはBGHが、商取引の領域においても、個々の契約条項についての交渉は、契約全体について免責することはなく、交渉によってカバーされなかった条項の規制能力は依然として残されているという原則に固執していることについてである¹¹¹⁾。他の事業者によってモデル・テキストから編集された契約に、そこでなされた規律を完全に承知した上で自由意思で同意をした事業者は、契約の妥当性を関連紛争が生じた場合に問題視することを許されてはならない。

d) BGB305条以下外の内容規制：夫婦財産契約

普通取引約款の内容規制という装置は、契約正義という問題を完全には論じ尽くしてはいない。むしろBGB138条1項は、同305条以下から除外される領域においては、依然として放棄されずに残されている。このことは、個別的な合意と並んで、BGB310条4項の、したがって家族法、相続法、会社法の領域にもとづく契約に関係している。この枠組条件に鑑みるならば、内容自由の制限に対してのBVerfGの中心的な裁判が、上述された例外の交点に関わっていることは驚きではない。すなわち夫婦財産契約である。

基礎になっている事案において、ある妊婦が、離婚の場合には自らの扶養請求権を放棄し、さらに未来の夫に、子供の扶養の負担を月に150マルクの金額を超えた分については免除する義務を負った¹¹²⁾。BVerfGは、GG2条1項、同

110) K. P. Berger, ZIP 2006, 2149; J. Lischek/V. Mahnkern, ZIP 2007, 158; K. P. Berger/L. Kleine, BB 2007, 2137; 異なるのは, v. Westphalen, ZGS 2006, 81; ders., ZIP 2007, 149; アンビヴァレントなのは, Palandt-Grüneberg (Fn. 105), § 305 Rdnr. 22, § 307 Rdnr. 39.

111) BGHZ 93, 252, 254 f.; BGHZ 97, 212, 215; 異なるのはおそらく今やPalandt-Grüneberg (Fn. 105), § 305 Rdnr. 22.

112) BVerfGE 103, 89, 94. [本判決については、松久和彦「ドイツにおける夫婦財産契約の自由とその制限」立命館法学320号(2008年)989頁以下に詳しい解説がある。]

6条4項にもとづいてこの契約形成に対して断固立ち向かい、契約の自由は、契約が「不平等な交渉状況にもとづいた一方配偶者の一方的な優位を反映している」ところでは妥当しないと明示した¹¹³⁾。「そのような、契約の対等性が侵害されている場合においては、民法上的一般条項を通じて、夫婦財産契約の当事者の侵害された基本法上の地位を保護するために、契約内容を規制に服させ、場合によっては修正する」ことが民事裁判所の任務である、という¹¹⁴⁾。「未婚の妊婦が、将来単独で、生まれてくる子どもに対する責任と配慮を引受けるか、それとも、事実、子供の父親と締結した彼女に著しく重い負担を課すことになる夫婦財産契約と引き換えにであるとしても、婚姻を締結して子供の父親を責任へ引き入れるか、という二者択一に迫られているのであれば」、通例、「従属的状况」が認められなくてはならない。「この者の交渉上の地位は、ここでは、この者が見出される事実上の状況、その未婚の母としての法的地位および、とりわけ自己および生まれてくる子供の生存の確保のための努力によって、弱められている」¹¹⁵⁾。

婚姻を前にして締結された合意を、BGB1408条、同1585c条による夫婦財産契約の自由の保障にもかかわらず無効とするBVerfGの裁判は、学説上、異なった反響を呼び起こしている¹¹⁶⁾。この事案における議論の対立は、ここではさらなる論評を加えられるべきではなく、その代わりに、厳密に調べるとここでも憲法上の弱者たる契約当事者——妻かつ将来の母親——の保護と、ますますもってGG3条2項は問題ではないということが指摘されなくてはならない。むしろ決定的なのは、その子供に完全な家族を提供することに努め、子供の父に対する関係の将来的な展開を無視することができなかつた妊婦が、合理的判

113) BVerfGE 103, 89, 101.

114) BVerfGE 103, 89, 101.

115) BVerfGE 103, 89, 102.

116) 批判的なのは、*Röthel*, NJW 2004, 1334, 1335; 断固として退けるのは、*Rauscher*, FuR 2001, 155; *ders.*, DNotZ 2002, 751; 支持するのは、*Hohmann-Dennhardt*, KritV 2005, 197; 熟慮するのは、*Dauner-Lieb*, AcP 201 (2001), 297.

断に対する能力を制約された決断状況にあったことである¹¹⁷⁾。その際に、夫婦財産契約は、立法者の適切な評価によれば、常に困難であるということが顧慮されなくてはならない。なぜならば、当事者は通例、感情的に追い込まれた雰囲気の中で行動するからであるが、そこでは当事者は自らの将来のチャンス、当事者双方の展開および成立すべき婚姻の安定性に関する過度に楽観的な予測にとりわけ染まりやすい。このことが、夫婦財産契約が一般に公証人による方式に服し（BGB1410条）、かつ扶養の放棄が公証人による証明さえ必要とされていることの根拠である（BGB1585c条2文）。この方式に関する諸規定は、疑いの余地なく、性急で、無思慮な決断への有益な保護を与えてはいるが、これらはそのことにとって十分ではない。むしろ実務は、一方の利益を踏みにじり、かつ、もしその合理的な人物の判断によって二者択一が求められたとすれば締結されないような契約が締結されるということを示している。

BGHはBVerfGの裁判を、そのかつての判例を修正し、夫婦財産契約を内容規制に服させるための契機とした。それによれば、裁判所は「法定の離婚効果法とは異なる合意にもとづいて、それを甘受することが負担を課された配偶者にとって期待不可能と思われる、明白な一方的負担分配が生じているかどうかを」審査しなくてはならない、という¹¹⁸⁾。その際に、内容規制のための中心的な審査基準は、BGHにとっては夫婦財産契約の締結の時点での妻の妊娠であった¹¹⁹⁾。かくして第12民事部は、BGB307条において定義された普通取引約款の内容規制の基準を夫婦財産契約に転用した。すなわち、任意的な離婚効果法の「モデル」から逸脱した合意（BGB307条2項a）号）は、それが一方の契約当事者にとって不当に不利益である場合には、無効である（BGB307条1項）。内容規制を家族法上の合意に拡張することは、たしかにBGB310条4項

117) *Dauner-Lieb*, AcP 201 (2001), 297, 319 ff., 322 f.

118) BGH FamRZ 2004, 601, 606. [本判決については、松久・前掲注112) 論文に詳しい解説がある。]

119) 基本的なのは、BGH FamRZ 2005, 1444, 1447; 同様なのは、BGH FamRZ 2006, 1359, 1361; FamRZ 2007, 1310, 1311; FamRZ 2008, 2011, 2014; FamRZ 2009, 1041, 1042.

に矛盾するが、そこに含まれた例外の範囲が、ただちに維持できないと判明した。したがって労働契約は、かつて普通取引約款規制法（以下「AGBG」とする。）25条1項に含まれていた留保にもかかわらず、BGB242条にもとづき内容規制に服するが、このことはBGB310条4項2文に今や明示的に承認されている¹²⁰⁾。社団法人法および会社法の領域においてもまた、一定の要件の下での内容規制が行なわれているが、それはすなわち、一方で、適切な利益調整が期待されえないような関係人たちの法律行為による決断の自由が制約され、他方で、強行的な会社法の密な網目が、必要な保護についての配慮をしていない場合に限られる¹²¹⁾。それゆえ会社法の領域における内容規制の主たる領域は、社団法人法と¹²²⁾、公衆合資会社法である¹²³⁾。

立法者は、この発展にもかかわらず、2002年の債務法改正に際して、BGB310条4項（旧AGBG23条1項）の例外のカatalogをやめる決心をすることができなかった¹²⁴⁾。BGB310条4項という素材における内容規制の細部には多くの争いがあるにもかかわらず、原則的な観点からは、依然として一つに固執している。すなわち、法律行為による決断の自由の欠陥を補うために、契約による規律の内容規制が一定の要件の下で命じられるのであれば、このことは当該法分野にかかわらず妥当する。その限りにおいて、かつてのAGBGと今日のBGB305条以下の成文化された規律の外で、契約内容の規制の手段が展開し、ないしは旧AGBG23条1項、BGB新310条4項にもかかわらず維持しているという事情は、手段の実質的妥当性のための印象深い例証を含んでいる。

120) この展開につき、MünchKommBGB-*Basedow* (Fn. 104), § 310 Rdnr. 88; 債務法改正前の法状況につき、詳細は、*Wagner*, *Prozessverträge* (Fn. 21), S. 165 ff.; モノグラフィーは、*Fastrich*, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, 1992; *Preis*, *Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht*, 1993.

121) MünchKommBGB-*Basedow* (Fn. 104), § 310 Rdnr. 80 f.; 詳細は、*Wagner*, *Prozessverträge* (Fn. 21), S. 470 ff.

122) 基本的なのは、BGHZ 63, 282, 285 f.; さらにBGHZ 105, 306, 316 ff参照; MünchKommBGB-*Reuter*, 5. Aufl. 2006, Vor § 21 Rdnr. 115 ff.

123) 基本的なのは、BGHZ 64, 238, 241 f.; さらにBGHZ 84, 11, 13 f.; 104, 50, 53参照。

124) BT-Drucks. 14/6040, S. 160.

5. 契約正義の保障

a) 法律違反および良俗違反

19世紀の古典的な私法は、契約自由を法律 (BGB134条) および良俗 (BGB138条) という基準にしたがって制約していた。給付と反対給付の著しい不均衡は、BGB138条2項によって、同様に契約の無効という結果になりえた。暴利行為の構成要件は、BGB134条、同138条では契約外の第三者の保護と公益の保護ばかりではなく、徹底して他方の契約当事者による一方の契約当事者のぼったくりからの保護も問題であるということを、印象深く示している。過度に長期にわたる締め付け契約 (Knebelungsverträge) または供給契約は、優越的な市場の地位を利用した結果としての一方契約当事者の搾取の阻止と同様に、BGB138条1項の一般に認められた領分に含まれる¹²⁵⁾。

債務法総則と各則の数々の規定によって、これらの総則規定が迂回されるならば、強行法の諸規定を、そしてそれによって同様に内容の自由を制約する。取り上げられなくてはならないのは、特にBGB旧276条2項、同旧476条、同旧637条の構成要件であり、それらは今日実際上は変更なしに、BGB276条3項、同444条、同639条の中に見出される。それによれば、契約当事者が故意の契約違反ならびに悪意で秘匿した瑕疵についての責任を免れることは不可能である。

b) 強行的な契約法——消費財売買指令

aa) RLの内容

1999年5月25日の消費財売買および消費財^(訳注2)についての保証の特定の側面についての欧州議会と理事会の指令によって、共同体の消費者保護政策は、新たな性質を獲得するに至った¹²⁶⁾。消費財売買についての法的行為は、かつて

125) 個別的には、MünchKommBGB-*Armbrüster*, 5. Aufl. 2006, § 138 Rdnr. 34 f. 参照。

(訳注2) 原文ではGebrauchsgüterとなっているが、Verbrauchsgüterの誤りと思われる。

の消費者保護指令からは距離を置いている。なぜなら、それは情報モデルに従うことも、個別事件における契約条項の内容規制を命じることもせず、売買法の本質的部分を一方的な強行法として形成し、かくして私的自治をほぼ完全に排除しているからである。RL 7条1項によれば、RLによる消費者の権利を直接的または間接的に排除し、または制限する契約条項、ならびに瑕疵に関する売主の通知の前に一方によってなされた合意は、消費者を拘束しない。RL 7条1項2文^(訳注3)によれば、中古品の売買で、かつそこで瑕疵請求権についての消滅時効期間が短縮されてよい限りにおいて、例外が妥当するが、最低期間が1年を下回することは許されない。ついでに言う、契約当事者にとっての余地は、消費者の法的地位をRLによって保障された水準からさらに強化する点にのみ存在する。

bb) 批判

ドイツの学説においては、消費財売買指令による売買法の化石化が、正当にも批判されている¹²⁷⁾。ヨーロッパの立法者は、「消費者に高度の保護水準を保障」することを確定し¹²⁸⁾、高度な保護水準の費用が、自由な価格形成をとまなう市場経済においては、当然に財を求める者によって、したがって消費者自身によって担われなくてはならない、ということを見落としていた。この誤った判断は、消費者保護は「より弱い」契約当事者の保護のために必要であり、したがって当事者の合意を許容することが、より弱い当事者のための保護規範を「切り崩し」てしまうのではないかという誤った信仰にもとづいてい

126) Richtlinie 1999/44/EG (Fn. 24), S. 12. [翻訳として、岡林伸幸「(資料) 消費商品売買及び消費商品のための保証の特定の側面に関するEU指令」名城法学50巻3 = 4号(2001年) 247頁がある。]

(訳注3) 原文ではRL7条2項となっているが、7条1項2文の誤りと思われる。

127) *Medicus*, ZIP 1996, 1925, 1926, 1929 f.; *Canaris*, AcP 200 (2000), 274, 362 ff.; *Martinek*, in: Grundmann (Hrsg.), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts*, 2000, S. 511, 537 ff.

128) Richtlinie 1999/44/EG (Fn. 24), S. 12, Erwägungsgrund Nr. 23.

る¹²⁹⁾。問題は、消費者が高度な、あるいは低い保護水準を望んでいるのか、または「受けるのが当然である」かではなくて、保護に関してどれだけ多く消費者自身がそれをやってのけようとするかにかかっている。消費者保護の費用が最終的には消費者に課されるべきだという見解は、いずれにせよ、消費者保護の措置を一般に呪詛する短絡に導いてはならない。ある動産の平均的な買主は、売主が、そのために物の瑕疵についての責任を一定の範囲で引き受ける場合には、すなわち既に売主を完全に免責する場合には、〔この者は〕契約に適った商品を提供するインセンティブを全く持たないであろうから、一定の価格の上積みを支払う準備が全くできているであろう。売主の瑕疵担保責任の要件と範囲を詳細において定めることは、きわめて重たい任務であり、それは過去2000年の法史的な経験を顧慮するだけでなく、近代経済学の知見を十分に考えなくてはならないかもしれないが、それはもし合理的で、利己的で、等しい資格を有する当事者双方が、売買に際しての瑕疵担保責任を詳細において取り決める場合には、何を相互に合意するであろうかという問題を追及することである。

ここで追求された認識関心のために、売買法が最初から新たに展開される必要はない。消費財売買についての指令が、売主の瑕疵担保責任をアプローチにおいて適切に形成していることが認められ、とりわけその規律がその基礎を国連動産売買法ならびに加盟諸国の共通した法的伝統に有している限りにおいて、ただちに認められうる¹³⁰⁾。詳細においては、多くのことについて——例えばRL 3条3項の消費者に対する修補と代用品提供の間の選択権の配分について¹³¹⁾——争われているが、この種の立法の欠缺は、一定の範囲において、私的自治の観点の下においては批判はない。いずれにせよ強く批判されるのは、立法者が、自らの認識可能性の生来与えられた制約と自らの評価の誤謬性を回避しえないことを自覚しておらず、真実を認識し、正しいことを行うという単

129) Richtlinie 1999/44/EG (Fn. 24), S. 12, Erwägungsgrund Nr. 22.

130) 債務法現代化法の成立史については、Schlechtriem/Schmidt/Kessel, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2005, Rdnr. 9 ff.

131) Wagner, ZEuP 2007, 180, 201 ff.

純な信念において行動している点である。ヨーロッパの立法者は、消費財売買指令を消費者に有利な強行法として形成し、かくして当事者の私的自治を広範囲に取り除いたときに、まさにこの危険に陥った。割り引いて見て (*cum grano salis*), 説得力のある規律計画を持つことをRLに認めるならば、そこにある傲慢さは、多くの批判に値する。決定的な点は、法的救済の制度が誤っているかもしれないということではなく、このシステムによって事業者から消費者への動産売買のあらゆる事例のための正しい結論が見つけ出されたということとをブリュッセルにおいて信じたということである。

もしこの点について交渉することができたとすれば、合理的な、よくインフォームドされ、かつ対等な契約当事者によっては合意されなかったかもしれないという意味において、RLの瑕疵担保責任が適合しない全ての事例を数え上げるということは、不可能である。むしろそれは売買契約が一枚岩の契約ではなく、取引される財と取引の状況に応じて様々な規律を必要としていることを証明するのに十分である。このことはまさに土地と不動産についての売買契約で明らかになる。たしかに不動産売買契約はRLの外にあり、RL 1条2項a)号によれば、動産売買にのみRLは適用されるのだが、そこでは今日まで「買主をして注意せしめよ (*caveat emptor*)」の原則が妥当しており、売主の瑕疵担保責任は、すなわち完全な範囲において、全く保証が与えられないか、瑕疵が悪意で黙秘されない限り、排除されるということが、それにもかかわらず特徴的であり、啓発的である¹³²⁾。土地売買契約の例は、明示的に、「売買法(というもの)」が存在するのではなく、取引されるべき財の態様に依りて異なった売買契約のタイプが、それに属する瑕疵担保責任の規律を含めて、並列して存在しているということを示している。

132) Soergel-Huber, BGB, 12. Aufl. 1991, § 459 Rdnr. 221; Huber, AcP 209 (2009), 143, 162.

cc) 中古車市場の事例における実際的帰結

消費財売買に関する指令は、動産についてのみ適用されるが、ここでもまた厳格な責任の規律が適合しない事例が存在する。それに関する最良の事例が、中古車売買である¹³³⁾。中古自動車の売買契約の当事者には、たしかにあらゆる疑念なしに、売主の瑕疵担保責任を合意するという可能性が残されていなくてはならないが、それをあらゆる中古車売買契約の当事者に押し付けるということは正当化されない。RLの国内法化以前に、ドイツには3つに分けられた中古車市場が存在した。個人からの担保責任のない売買のほか、買主は瑕疵担保責任を排除したフリーのディーラーでの（いわゆる「Fähnchenhändler」の支店における）売買と瑕疵担保責任を伴った契約ディーラーでの売買の間で選択をすることができた¹³⁴⁾。ディーラーは、通例、自動車を事前に詳細に点検し、場合によっては修理をした場合にはじめて、保証を引き受けていた。この給付とそれによって生じた隠れた瑕疵についての危険の引受けは、当然のことながら顧客によって支払いがなされなくてはならず、すなわち売買代金の引上げという形においてである。この付加的な給付は、明らかに全ての顧客にとってその価値に値するというものではなかった。とりわけ古い中古車や走行距離の長い中古車の場合には、点検費用および修理費用ならびに期待される瑕疵担保責任の費用が著しく甚大になり、容易にその他の点では売買代金と釣り合いになりえた。しかし、とりわけ古い中古車の場合には、保証引受けの後1か月以内に顕れた瑕疵が、既に引渡しの際に存在していたのか、それとも買主による自動車の使用の結果として生じたのかを判断することが困難である。それゆえ保証を中古車売買契約の場合には排除するのが、BGBが確立した判例の中で適切に定式化したように、事実上「理性の要請」であった¹³⁵⁾。したがって、古

133) これにつき、Martinek (Fn. 127), S. 511, 537 ff.; Medicus, ZIP 1996, 1925, 1926, 1929 f.

134) BGHZ 103, 275, 280 f. = JZ 1988, 923 (U. Huberの評釈付き); BGH NJW 1977, 1914, 1915; Soergel-Huber (Fn. 132), § 459 Rdnr. 306, 313, 315. 参照。

135) BGH NJW 1966, 1970, 1971; 1970, 29, 31; 1978, 261; 批判的なのは、Peters, JZ 1991, 385, 386; Soergel-Huber (Fn. 132), § 459 Rdnr. 306. BGHは新たな売買法の

いドイツの債務法の下では、中古車売買の場合の瑕疵担保責任の排除は、旧AGBG9条には違反しないということが承認されていた¹³⁶⁾。

消費財売買指令は、前述された態様において区別された中古車市場の契約申込みを排除した。個人から個人への売買を一たび除くと、RLは完全な瑕疵担保責任を伴った契約ディーラーからの売買というタイプを絶対的に制定した。消費者からは、瑕疵担保責任を放棄することによって低価格で手に入れるという可能性が奪われた。これに対して向けられた議論は、古い特性における中古車市場は「自由意思による保証の多様な形態を造り出していた」というものであり¹³⁷⁾、それは全く適切なものであるが、当然のことながら自由意思による保証を禁止することが問題なのではなく、追加料金に値しないので保証を望まない消費者にそれを放棄することを妨げていることが問題であるので、批判は決して重要ではない。厚生を獲得は、そのような成年市民の禁治産化によっては達成されない。反対に、消費財売買指令の国内法化は、フリーの中古車ディーラーの市場を事実上破壊し、したがってわずかな残った供給者は、売上税法(UStG) 25a条の施行前に突然広まった代理形式の契約という構成に回避している¹³⁸⁾。その際に、ディーラーはいずれにせよ、BGB475条1項2文を介して、それにもかかわらず売主と性質決定をされ、買主の法律上の瑕疵担保請求権についての責任主体とされる危険を冒している¹³⁹⁾。

また、契約ディーラーでは中古車の供給が豊富ではあるが、新車の在庫のごとくに見える。なぜならば、通例は、3年以上古い車は供給されないからである。中古車取引についての消費財売買指令のこうした帰結は、旧法の規律によっ

条件の下でも「経済的理性」を計算に入れようと試みている; BGH NJW 2008, 1517, 1518 Rdnr. 13参照。

136) BGHZ 74, 383, 386 = NJW 1979, 1886; 前注における論証も参照。

137) *Micklitz*, EuZW 1997, 229, 235.

138) *Martinek* (Fn. 127), S. 539 f.; *Medicus*, Schuldrecht II, 14. Aufl. 2007, Rdnr. 89.

139) BGH NJW 2005, 1039, 1040; 2007, 759, 760 Rdnr. 15 f.; Palandt-*Weidenkaff* (Fn. 105), § 474 Rdnr. 5a, § 475 Rdnr. 8. [本件BGH判決については、田中宏治『ドイツ新債務法における脱法行為論——ドイツ民法475条1項後段——』千葉大学法学論集24巻2号(2009年)1頁以下に詳しい解説がある。]

て機能していた中古車市場が、買主がフリーのディーラーで保証なしで、あるいは契約ディーラーで保証付きでかのいずれかで購入をしていたという場合に、それに応じることを買主が全く知らなかったことから拒絶されたのであれば、甘受されなくてはならないかもしれない。しかし、そのようなことはそもそも問題になりえなかったのであり、このことを望むならば、正当な価格を上積みして「保証付き」の中古車を契約ディーラーから取得し得るということは、一般によく知られていた。RLはこのタイプを絶対化し、価格を熟知しており、したがって比較的风险を受け入れる中古車購入者のための市場を破壊した。このことは消費者の幸福に奉仕しない¹⁴⁰⁾。

dd) 売買網への求償

さらなるよく論じられた消費財売買法の批判点は、BGB478条以下による流通網に沿った求償権の形態である。躰きの石は、求償関係が当事者の契約形成の自由を広範囲に取り去っているBGB478条4項の規定である。事前の、瑕疵の通知前には、各需要者の不利益になる供給者の等価の給付によっては埋め合わせられない、あらゆる求償権の制限は無効である。流通網の関係主体の場合には、もっぱら事業者が問題になっているので、強行法という方法が、ここでは商取引に対してさえ拡張される。事業者が、販売取引の中でリスク分配を自由に規律することは禁止されている。

取引の重要な段階における契約自由の排除もまたこのように批判に値するが、ヨーロッパの立法者にはこれに関して非難はなされていない。消費財売買指令は、たしかに4条1文の中にこれに対応した規律の委任を含んでいるが、RL4条2文では明示的に、責任の主体と態様を決定することを加盟諸国に委ねている。検討理由は、特徴的なやり方で、明示的に次のように付け加えている。すなわち、「本指令は売主、製造者、元売主またはその他の中間的人物の間の契約自由の原則とは関係はない」。これによって認められている余地は、

140) *Martinek* (Fn. 127), S. 541.

BGB478条, 同479条によって法律になったのとは異なる解決を許容しているかもしれない¹⁴¹⁾。しかし連邦政府は, 私的自治は「大部分のより弱い取引業者の保護のために」制限されなくてはならないとの見解であった¹⁴²⁾。

實際上, 誠にもっともなことに, 最終販売段階に強制的に置かれた売買法の規律においては, 最終売主が消費者と供給者の間で「挟み撃ち」にされる恐れがあるということが, 指摘されていた¹⁴³⁾。契約自由が, 最終売主と供給者の間の関係において依然として維持されているのであれば, 最終売主は自らの消費者である買主に対する責任を同じようなやり方では制限しえないにもかかわらず, この者の求償権の契約による排除はかかってくることになる, と言うのである。そのような求償事例が成立することは, BGB478条, 同479条によってたしかに阻止される。この基本的な考えが批判に値するのではなく, 前述の問題に一つの解決を許容するということ, すなわちBGB478条, 同479条の求償規定をも化石化することを知っていると言った立法者の新たな傲慢さが批判に値するのである。その限りで, 求償債権者が等価値の調整を認められる場合には, 少なくともBGB478条4項1文, 2文前段を逸脱する合意を許容するという見解を表現するものとして評価することができる。BGB478条4項2文によれば, BGB307条の範囲で排除され, かつ制限されうる損害賠償請求権についての合意が, さらに許容される。この留保は, 求償権の排除または制限に対する利益が, 正当なものとして承認されなくてはならない状況が存在し得るということ自認しているに等しい¹⁴⁴⁾。取り上げられるべきは, 例えば, 消費者の側で前供給者との売買契約を取消すことに代えて, 消費者の修補請求を広く承

141) *Ernst/Gsell*, ZIP 2001, 1389, 1401; *Tonner*, BB 1999, 1769, 1774; *St. Lorenz*, FS Jayme, 2004, S. 533, 536.

142) Begründung zum Gesetzentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BT-Drucks. 14/6040, S. 249.

143) *K. Schmidt*, in: Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt (Hrsg.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis*, 2003, S. 427, 429 ff.; *St. Lorenz* (Fn. 141), S. 533, 537 ff.; *Tonner*, BB 1999, 1769, 1773; *Tröger*, AcP 204 (2004), 115, 117; *Richter*, AcP 206 (2006), 3, 13 f.

144) 詳細は, *K. Schmidt* (Fn. 143), S. 431 ff.

認することを個々の取引業者に義務付ける契約条項である¹⁴⁵⁾。しかし、かくして、厳密に言えば私的自治はその他の点では排除されるということのための根拠がなくなる。何と云っても、旧法についての判例は、旧AGBG 9条に組み入れられた最終売主のための求償事例の成立を、たしかに阻止することを知っていた¹⁴⁶⁾。BGB310条1項によって可能にされた商取引における内容規制の中心的な機能は、まさに事業者が、その供給者と需要者から挟み撃ちにされるといふことを阻止することであった¹⁴⁷⁾。

ee) 強行法の不必要性

かくして今日的な条件の下で強行法に対して提起されるべき問題が形作られる。すなわち、普通取引約款の内容規制によって、私的自治を一括りに排除することなく、契約正義を保障するという手段が取りうるのであれば、なぜ本来、強行法 (*jus cogens*) という妥当手段が必要なのか。強行法との比較において、内容規制は柔軟性という評価できないぐらいの長所を有しているが、なぜならそれは利益状況における差異を考慮し、経済的な枠組条件の変更に対応し、そして認識の進歩に適合することができるからである。さらに、そして同様に重要なのは、内容規制は、事前に作成された契約条件の評価が、排他的な、新たな交渉を含めた高額にすぎる取引費用のために行なわれないままであり、かつ契約の質の最適を保障するものとしての競争メカニズムも同じく働かないことから、当事者の自己決定にとっては典型的に都合が悪い事例形態に限定されるという事情である。もしこのように概要を示された内容規制の限界が考慮されるのであれば、それはドイツにおける今日の実務では全く当てはまらないのだが¹⁴⁸⁾、2人の対等な、最低限潜在的に十分インフォームドされた当事者が、自

145) *Ernst/Gsell*, ZIP 2001, 1389, 1401 f.

146) BGHZ 93, 29, 47 f.; BGH NJW 1981, 1501 f.; NJW 1993, 2436, 2438; NJW 1994, 1004, 1005.

147) *MünchKommBGB-Basedow* (Fn. 104), § 310 Rdnr. 8.

148) 前記IV. 4。

由意思にもとづいて締結した契約による合意は、依然として規制が及ばず、ただちに拘束力を有している。それは自由な経済秩序においても、まさにそのようにあるべきである。

〔未完〕

【付記】本稿は、平成23-25年度科学研究費補助金若手研究(B)(研究代表者・河野憲一郎)「実効的債権回収システムの再構築」(課題番号:23730080)による研究成果の一部である。