

資料

契約法理論とドイツ民法典

ミヒャエル・マルチネツク
水 津 太 郎／訳

- I 法の中核領域としての契約法
- II 自由の倫理から平等の倫理へ
- III 形式的な契約自由と社会的配慮の抑制
- IV 契約法の実質的危機と脱民営化
- V 消費者保護と契約法
- VI 契約法と基本権
- VII 契約法の経済分析
- VIII 契約法のヨーロッパ化
- IX 基準と限界の喪失と奪還

I 法の中核領域としての契約法

契約よりも魅力的な制度を考えることができるだろうか？ 百年前ライヒの団体的・国家的な自由主義から、今日の統合ヨーロッパ的、社会市場経済的、ポストモタンのなサービ社会にいたるまで、生活なしい経済関係はどれもみな変化してきた。しかし、そのなかにあっても契約は、変わることなく、個人の自己決定に関するもつとも重要な私法上の制度である⁽¹⁾と主張されてきた。しばしば力なき「消費者 (Verbraucher)」を匿名の形で大量に処理するためのたんなる免罪符と化していた面があったとしても、その重要性は揺らがな。契約は、平等かつ自由な自然人・法人が私的に法を形成し、定立するための手段として、——所有権とまったく同様に——われわれ市民の法秩序、経済秩序および社会秩序にとって他には替えがたい意味を依然として有している。合致した二つの意思表示に基づく当事者のあるべき秩序としての契約は、法生活の出発点 (Keimzelle) である。諸々の契約は、私法上の主体がその生活なしい経済関係を短・中・長期にわたって計画どおりにきちんと整えるところの行為を決定するものであるが、

しかしそれと同時に、私法上の主体の自己責任と結び付けられた行為のあらわれでもある。諸々の契約はその相手方を拘束し、かれを支配する力を創設するけれども、他方でそれは、自己拘束・自己服従をもたらすのである。契約は、ヤヌスの頭のようなものである。アンビヴァレンスが双務契約の本質を特徴づけている。すなわちそれは、個々のケースでは自己支配の表現、個人と企業の自己決定を言い換えたものであるが、それと同時に、損失と犠牲、消費と負担、つまり自律的にはあるが自己決定の部分的放棄をもまったく同様に意味しているのである。do ut des, quid pro quo (汝が与えんがために予が与える、——代償)。契約は契約をする相互の法主体を相並んで契約当事者として拘束し、かれらの各人に権利と義務を同時に付与する。そして契約は、かれら自身が契約締結によって自己を拘束する法として定立したところの規律と規範を創設する。つまり、自由の利得と自由の損失が、自由意思による自由の交換のうちに存するのである (Freiheitsgewinn und Freiheitsverlust im freiwilligen Freistausch)。この「自由な契約 (freier Vertrag)」のオーラは、現代の消費者契約の際には間違いなく大幅に消え去ってしまった。事業者には契約締結前に市場参加者に対する強制的な説明義

務が課せられ、消費者は契約を誤りなく締結した後ですら、場合によってはなんらの理由づけもなく、一定期間内であればなおみずから契約から解放することができるのである。この種の契約に際しては、消費者は強行法を通して保護されるべきであるように思われる。「構造上優位にある (strukturell überlegen)」契約相手方は適切な保護を与えるのに相応しくない。消費者 (保護) 契約を社会国家により生み出された法的身障者 (Rechtskrüppel) ではなく、契約法における実質的な責任倫理が徹底されたこととしるしとみなす者もまた、契約法の質的量的な多様性とその重要性にかんがみて、契約法が法の中核領域であると語り、そしてこう叫ぶであろう。契約よりも魅力的な制度を考えることができるだろうか？

実際のところ契約は、とりわけそのアンヒウアレンスさのゆえに、これを美化し、芸術作品の高みに取り入れたいという気持ちを起こさせる。リヒャルト・ヴァーグナー (Richard Wagner) は、巨人ファアゾルトをして、——ヴァルハル城建築の対価である請負報酬債権の履行を請求する場面において——給付する意思のないウォータンに対し、表現ゆたかにこう語らせている。「契約はしっかり守るべし！ 旦那のお立場はひとえに契約あったこととす

ぜ (Verträgen halte Treu! Was du bist, bist du nur durch Verträge)」。主神ヴォータンと巨人ファアゾルト・ファーフナーは互いに対等な立場で対峙している。ウォータンは両巨人を神の権力により強制するのではなく、契約それ自体により——自己の義務である対価と引き換えに——拘束しようとしたのである。さて、ドイツ民法典 (BGB) はオペラの台本ではない。その契約法規律のプログラムはドイツ民法典の最初の二編において、オペラと比べれば味気なく進行する。けれども、われわれは今日、契約の魅力 (Faszination) を描き出すことによって、学理上・教理上問題となる契約法ドクマーティクの些細な事柄、弁護上・裁判上問題となる包摂技術上の瑣末な事柄を飛び越えて、ドイツ民法典の契約法理論の過去、現在そして未来を、メタ・ドグマーティッシュな考察のなかで照らし出すこととしたい。

II 自由の倫理から平等の倫理へ

ドイツ民法典によって刻印されたわれわれの現代契約法の確固たる根源は、普通法とカノン法学、そして自然法時代の契約体系と注釈学派の契約体系を超えて、古典期以前

のローマ法にまで延びている。⁽¹⁾だがそれは、たとえば均一的に進化するように発展し、あるいは「つねに同じ」(*semper idem*)という刻文とともに時間を超越した高次の価値の一漂石として法世界から突出するであろうところの理論的・政策的基礎には立っていない。契約法はまさしく過去百年、危険な高度と不気味な深度を通り抜けてきたのである (*durchschritt*) —— ときには苦しみ、過ごしてきた (*durchlitt*) というほうが好まれるであろう——。

二〇世紀における契約法の総括的評価に焦点を合わせるために、自由を敵視し、これを激しく破壊したナチズムの法的倒錯 (*Rechtsperversionen*) を、思想的には顧慮されない先祖返り (*Atavismus*) としつつ一旦視界の外に置くなれば、契約法は、リベラルかつ形式的な自由の倫理の頂点から (*stat pro ratione voluntas* [意: 思は、理性の前に立つ])、社会的正義の理念によりインスパイアされ、社会国家により動機づけられ、訴訟上の内容規制を志向する実質的な自己を発見することへと潜り込んでいったものということができる。この「発見 (*Fund*)」は、もちろんこれまでの酔いを醒ますものである。実質的な責任の倫理を貫徹するために、ほとんど見渡されないほどの調整がなされ、おびただしい強行規定が設けられている今日にあつ

て、契約法はいったいどこにあるのだろうか？ それは、たとえば図式的な消費者概念やEU指令を置換するために現在審議されている反差別法 (*Antidiskriminierungsgezet*)⁽²⁾ による民事法上の差別的禁止が示すように、社会的な平等の倫理という門の前に立っているのである。

形式的な自由の倫理 (*formale Freiheitsethik*) から実質的な責任の倫理 (*materiale Verantwortungsethik*)⁽⁵⁾ へ、さらには社会的な平等の倫理 (*soziale Gleichmachungsethik*)⁽³⁾ へと到達するかもしれないこの種の運動は、⁽³⁾ にも二〇世紀においてはじめて契約法の発展の理論的・政策的準拠枠を形成したわけではけつしてない。すなわち、ここでは数百年以上比較的コンスタントに紹介されてきた、契約法理論上ないし経済・社会政策上の両極端の対立軸が継続しているだけである。ひとは契約法について自由政策的見地からの要求・受容・形成と社会政策的見地からのそれらが不断に入れ替わってきたことを、終局的には、個人の交換型契約の拘束に関するアンビヴァレンスの、社会サイバネティクス、私法理論および法政策上のあらわれとして把握することができる。なぜなら、*quid pro quo* と *ut des* は、⁽⁴⁾ いうまでもなく国家が「私的 (*privat*)」なものとして喜んで放置しておくものではなく、国家による加

担と矯正を引き起こすものだからである。たとえば、過去数世紀にわたる契約における方式の自由 (*ex nudo pacto oritur actio et obligatio* 「たんなる合意から権利義務が生じる」) の形成の際には、その当初から、方式の強制の正当化をめぐる、われわれが今日行うような、実質的な契約正義についての社会政策上の議論が現れていた。そして、等価性の理解を基礎とする「正当価格 (*gerechter Preis*)」(*iustum pretium*) 理論はすでに、古典期ローマ法における契約当事者の代金決定の自由から遠ざかり、給付と反対給付の対比のなかで実質的な正義を要求していたのである。⁽⁶⁾ 二〇世紀の初頭には、このような「社会的問題 (*soziale Frage*)」は、法の定立、適用、形成そして説明にあつて法律家共同体の意識へとますます深く突き刺さった。だが実際、私的自治の理解についての様々な法ドグマティックが出現したのは戦時中、それも労働法と普通取引約款の問題性に関する議論の領域においてであり、何度も訴えかけられた契約法の「危機 (*Krise*)」や「実質化 (*Materialisierung*)」が看過できないものとされたのは、七〇年代以降のことである。⁽⁷⁾

III 形式的な契約自由と社会的配慮の抑制

この危機は足音を忍ばせてやってきた。百年前にはなお契約による調整を通じた社会的調和というリベラルな契約思想に対する信頼が支配していた。*Qui dit contractuel, dit juste* (契約を語る者は正義を語る者である)。——経済成長の時代に制定された——ドイツ民法典は、その契約の理解もろともこの思想運動の一子として誕生した。⁽⁸⁾ その際には、自己責任を負担でき、判断能力を有する、形式的平等のもとにある法成員 (*Rechtsgenossen*) からなる社会、というリベラルな理想像が手を貸した。その社会に生きる者にとっては、みずからの私法上の利益をその都度自己の支配する意思決定に基づき実現することが、みな同じ程度に可能なのである。このように契約法が、契約主体は形式的平等に立つ、という前提において構想されたことから、契約当事者の討議 (*Diskurs*) が知性上の障害なくして行われることだけが、その唯一のルール (*einzige Spielregel*) となるわけである。ここから B G B 第一〇四条以下に規定された、意思が不完全な場合に関する体系の意味が説明される。リベラルな契約思想は、まず第一に手

続、あるいはシステム理論の用語によれば「手続的合理性 (prozedurale Rationalität)」⁽¹⁰⁾を通して正当化される。そのような契約モデルは、結果の内容の正当性に対する評価と規制を放棄することができ⁽¹¹⁾る。手続が内容の正当性を十分に担保するのである。形式的な契約自由の保障を超える社会的調整の任務なるものは、私法には原理的に適合しない⁽¹²⁾。Ius vigilantibus scriptum est (市民法は注意深い者に書かれたものである) (Dig. 42, 8, 24) ⁽¹³⁾これに相応してドイツ民法典の起草者たちは、実質的な契約倫理の規制基準を規定に取り入れることを放棄した。すなわちかれらは、実質的な等価性原理 (materielles Äquivalenzprinzip) (莫大損害 [laesio enormis]) を取らず、事情変更の原則 (事情不変更条項 [clausula rebus sic stantibus]) を拒否し、反対に、無因の債務負担契約を認めたのである (BGB 第七八〇条、第七八一⁽⁵⁾条)。今日であればそれに「社会的 (sozial)」という形容詞を冠するであろうところの私法上の要素は、ドイツ民法典施行当時の一九〇〇年一月一日の時点では、ただ弱々しく打ち出されていただけであった。私的自治に対する社会的規制については若干の手掛かりしかなく (BGB 第二三四条、第一三八条、第二四二条、第三一五⁽⁶⁾条)、それらの規定は倫理

的基礎を有する自由主義をこくわずかに制限するものに過ぎなかった。明確かつ理路整然とした社会国家的傾向なるものは、ドイツ民法典のなかには認められなかった。フランク・ヴィーアッカー (Franz Wieacker) の定式によれば、ドイツ民法典は「契約自由を通じた社会的な自由の危殆化という問題には立ち向かわなかった」⁽¹⁵⁾のである。たとえば使用貸借法は、今日でこそ社会的契約法のきわめて複雑なとりと (Bollwerk) であるけれども、一九〇〇年のドイツ民法典では使用貸借人の特別な社会的保護などは——BGB 旧第五七一条、第五八〇条⁽⁷⁾現第五六六条を一旦除外すれば——予定されていなかった。使用貸借人の比較的弱い立場には、担保権と自力救済権を付与された強い使用貸借人が対峙していた。かの世紀の変わり目の思想にとって特徴的なことは、経済的弱者の保護は諸々の特別法における若干の諸規定で片付け、これをドイツ民法典に取り入れることはしなかった、ということであるように思われる。そうした理由は、経済的弱者を保護する諸規定は——とりわけ一八九四年の割賦支払法 (Abzahlungs-gesetz) のように——、法政策的規律の要請が限定的なものと推測されたことにかんがみて、長期的構想に立脚する私法の中核的法令集の外部に位置づけたほうが、より良い

ように考えられたからであろう。⁽¹⁷⁾

もちろん、このようなドイツ民法典による社会的配慮の抑制に対しては、すでにその同時代においても反論が提起されていた。その最前線に立っていたのは周知の通り、一八八九年四月五日、ウィーンの法学協会で「私法の社会的任務 (Die soziale Aufgabe des Privatrechts)」について⁽¹⁸⁾の著名な講演を行った、オットー・フォン・ギールケ (Otto von Gierke) である。⁽¹⁸⁾かれは「強者に対する弱者の保護、小さな人間への配慮、硬直した法の論理的帰結から生じる厳しさの正当な調整」を欲した。一言でいうと、ドイツ民法典は私法の「社会的任務 (soziale Aufgabe)」に十分に答えていない。この議論は多くの分析が示すように、それ以降数十年を通して話題になっていた。とりわけウィーアッカーが後世にいい伝えたところであり、⁽²⁰⁾その核心はかれの著書『近世私法史 (Privatrechtsgeschichte der Neuzeit)』を通してひろく法律家一般に知られることとなった。⁽²¹⁾この議論の終焉は今日までみえていない。若手民法学者学会の二〇〇三年度のテーマは、「民法法の社会的デイメンション——自由主義と社会的責任の間の民法 (Die soziale Dimension des Zivilrechts — Zivilrecht zwischen Liberalismus und sozialer Verantwortung)」

であった。⁽²²⁾私法の社会的デイメンションについての議論に関心を持つならば、ギールケを通りすぎることはできない。ここ百年の間、内容的にみれば、かれの論証に新たなことが付け加えられたことはほとんどなかったのである。ただ用語が当今の習慣と時代精神に適応しただけに過ぎない。⁽²³⁾

IV 契約法の実質的危機と脱民営化

ギールケの著作を紐解けば、のちに問題となるいわゆる契約法の実質的危機 (materielle Krise des Vertragsrechts) が、すでにその大綱の形で描かれている。⁽²⁴⁾そこでは私法上の規律のプログラムに対する細かな批判ではなく、より大きなことが問題とされている。リベラルな契約理解の基礎、すなわち自発性と自己責任を強調する意思主義的ないし個人主義的な社会モデルそのものが、まったく根本から疑われているのである。すでに露見していることであるか、形式的に平等な人間の契約自由というのは、法の現実には照らせば果てしなく空想的な性格を有している。⁽²⁵⁾あるべき秩序 (Sollensordnung) の理念として思慮分別ある市民に対する信頼のもとで構想されたものは、マス化により大衆に埋没した、危険にさらされ頼るものも持たない

個人にかんがみれば、現にある秩序 (Seinsordnung) の冷たい現実を通して論駁されたようであった。そうであるとするれば、たんなる机上の空論にすぎない形式的な契約自由は契約法の中心的原理には遠く及ばず、個人が事実上も体験し、かつ行使することができる実質的な契約自由の志向へと置き換えられなければならない。⁽²⁶⁾このような批判をその中核において正当なものとせしめる適切な例には事欠かない。今日のいわゆる消費者契約 (Verbrauchervertrag) (BGB 第三二〇条第三項⁽¹⁾) の際には、形式的に契約自由が保障されていることと、この自由を実効的に行使する機会が実質的に保障されていることの間には不一致が存する、ということが確実に明らかになっている。たとえば形式的には、現在 BGB 第一三条⁽¹²⁾において「定義された (definiert)」消費者は、普通取引約款を利用した契約を締結するかどうかを決定する自由を有する。しかし事實上ほとんど、かれは「事業者 (Unternehmer)」(BGB 第一四条⁽¹³⁾) の約款から逃れることはできないであろう。だが、かれはまさしく生活配慮 (Daseinsvorsorge) の領域では、事業者から提供された商品とサービスにひろく頼らざるをえないのである。⁽²⁷⁾英米契約法学ではこの点について、*take it or leave it-contracts* という用語が定着している。

実際のところ、リベラルな契約理論の手続的合理性に依拠する「契約の正当性保障 (Richtigkeitsgewähr des Vertrages)」⁽²⁸⁾⁽¹⁴⁾の考え方は、多くの場合にもはや通用しないように思われる。⁽²⁹⁾正当な機会が契約当事者間の相対的な力の均衡の存在と結びつけられており、そこでは経済的等価性のみならず、知性面における武器対等までもが想定されているからである。⁽³⁰⁾

しかし悩みの種 (Cyra) は、この「危機 (Krise)」によって契約メカニズムの可能性の諸条件を担保するために導入されたものは、慎重な、体系に適合する諸々の調整に限られなかった、ということである。たとえば、相対的な力の均衡を保障するための適切な説明義務という形で、極端な諸ケースでは、「破壊された契約上の対等性の補正 (Kompensation gestörter Vertragsparität)」(クン⁽³¹⁾ [Hönn]) のための強行的な保護規定を通して導入された規律がそれである。それどころかむしろ、契約法上の理論と政策における革新、「パラダイム転換 (Paradigmenwechsel)」がまもなく生じることを予感させるものがあった。実際上存在しない契約自由は、契約正義 (Vertragsgerechtigkeit) (contractual justice - justice contractuelle) の体系に取って代えられる、というわけである。こ

の玉虫色の (schillernd) 概念の背後には、弱い契約当事者の保護を拡張し、強い契約当事者には契約相手方の利益を進んで顧慮すべき義務を課する、というねらいがある。

契約は全体として、共同、連帯そして公正 (Kooperation, Solidarität und Fairness) を目的とした法関係に変革されることになる。⁽³¹⁾ その目標は、公平でありかつ社会的な民法秩序の創造である。⁽³²⁾ これによって契約法が二〇世紀の初頭以来辿ってきた脱民営化 (Entprivatisierung) のプロセスに、法イデオロギー的・法政策的基礎が据えられる。⁽³³⁾ 私人が契約を通して法を定立できる領域はますます限定され、民主的正統性を有する公権力に委ねられていく。契約法における内容形成の自由、成立間近である反差別法による、締結の自由までもが、私法において社会的な評価の度合いが増大することに依じて姿を消す。契約自由のなかにはつきりと現れていた、思慮分別を有し、自己責任を負担できる人間に対する信頼は、こうして国家による法パートナーリズムに屈服しそうなようにみえる。今後行われるであろう後見の方針とその及ぶ範囲を予測することは困難である。高権的な法定立の基準となるのは、内容を好きなように決定できる概念 (「社会正義 [sozialen Gerechtigkeit]」) と空虚な公式 (「弱者保護 [Schutz des

Schwächeren]」)⁽³⁴⁾ であり、このことは展望を欠いた政策 (Tagespolitik) に、その時々正義理念を、私法の個々の部分、とりわけ契約法に移植することを可能とするからである。

契約法の脱民営化のプロセスは、けっしてメタ・ドクマリーティッシュなレベルのみで生じているわけではない。このプロセスの作用は前々から実際にはつきりと現れており、法適用者、すなわち法律上の正義理念を必要とあれば合致している当事者の利益に反しても貫徹することを天分と自覚する裁判官、事業者の自由の行使に対する法律上の諸制限を適法に回避しようと尽力する予防法学の関心をますます集めている。私的自治は溶解している (Die Privatautonomie schmilzt ab)。強行法 (ius cogens) は、相対的な力の均衡状況が典型的かつ経験上明白に欠けており、それゆえに個人の契約の正当な機会が剝奪されている、⁽³⁵⁾ といふかの生活状況の範囲をとうに超えて氾濫している。労働法、使用賃貸借法あるいは消費者信用法だけにとどまらず、すべての契約類型は——とりわけ BGB 第四八一条以下の⁽³⁶⁾ 一時的居住権契約 (タイムシェアリング) のように——「めちゃくちゃに規制 (kaputtregulieren)」されたのである。⁽³⁷⁾ 脱民営化は、社会的正義の番人からあまり疑念を

抱かれてはいなかったというべき諸領域にも、ますます急速かつ広範囲に進行している。すなわち、いまやヨーロッパ消費動産売買指令 (Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie) の影響により、売買法の中核ですら例外ではないのである (B G B 第四七五条、第四七八条第四項⁽¹⁷⁾)。中古車売買の際に消費者と事業者は、(消費者にとつて)費用上有利となる担保責任の排除を合意することを強行法によって妨げられる⁽¹⁸⁾。法律による強制は契約実務に迂回戦略をとらせる。強行的に仕立て上げられた担保責任法を有する消費動産売買の領域では、実務は性状の合意 (Be-schaffenheitsvereinbarungen) を経由した回避を試みて⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾いるのである。

さらに、この消費者 (保護) 法の増大と平行に、任意法の指導形象機能 (Leitbildfunktion des dispositiven Rechts)⁽²⁰⁾ という考え方が展開され、大きな力を持つに至った。このような動きは、法律により定められた個々の契約類型の規律を——ドイツ民法典の立法者はたんに提案したものにすぎず、合意により変更することを妨げるものではないと考えていたにもかかわらず——固定化する方向へと作用する。そして、契約自由をますます摘み取っていくというのは、「契約法の実質化 (Materialisierung des

Vertragsrechts)」は、任意法の機能と理解の基本的な転換をもたらしただけである。任意法はもはや、その時々⁽²¹⁾の取引領域における典型的な合意を——もっぱら経験的な見地から——範とするところの、当事者の不完全な契約の予備秩序ではない。任意法には「秩序づけ機能 (Ordnungsfunktion)」⁽³⁷⁾ が相応しいというべきである。なぜなら、任意法は立法者の正義の判断を含むから。ひとはただそうする実質的な諸根拠が存する場合に限って、その判断を無視することができるのである。任意法からの逸脱は合理の原則 (rule of reason) を通して正当化されなければならず、内容上公正であり、かつ双方当事者の諸利益を適切に顧慮するものであることを要する⁽³⁸⁾。連邦通常裁判所 (B G H) はこの指令あるいは指導形象機能 (Richtlinien- oder Leitbildfunktion) という任意法理解の試みに、さしあたりはただ普通取引約款の内容規制についての⁽³⁹⁾みしたがった。このような理解は立法にも反映されている⁽⁴⁰⁾⁽²¹⁾。しかしそうこうするうちに、判例上増加しているとみられる傾向によると、個々の契約においてすら、もはや (B G B 第一三四条、第一三八条の限界内にあっても) 思うがままには任意法から逸脱しえないとされているのである⁽⁴¹⁾。このように任意法の正義内容による問題解決の手法は過剰

に用いられてきているが、つねに有効というわけではない。ますます増加し、重要性も大きくなってきている非典型型契約法の領域において、基準として参照すべき規定群が確定されない場合には、その限界に突き当たることになるのである。⁽⁴³⁾

V 消費者保護と契約法

ここ数十年における消費者保護運動の法政策上とどまるところを知らない進展は、契約法の脱民営化にとって、格別に重要な意味を有している。現在すでに、多数の契約類型を規律する債務法各則には、消費者を保護するために、個々の契約による合意（あるいは放棄）によってすら変更することができない諸規範が混入されている。これと平行して、従来の付属法がドイツ民法典に編入されたことから、とりわけ債務法総則において、消費者保護の諸規律がみいだされる。ただ、この種の規律には体系上卓越した地位が相応しいというべく、民法総則に規定するほうが自然であったように思われる。これらの全規定の背後には、消費者保護（Verbraucherschutz）という基本テーゼが存する。このテーゼによれば、現代の経済生活において、私人たる

消費者は大きな力を有する事業者側と対峙している。⁽⁴³⁾ 消費者（BGB第一三条）は事業者（BGB第一四条）と契約内容について事実上交渉することかできない。なぜなら、消費者は事業者に対して相応の交渉力を用いることができないからである。そして同時に、交渉力の喪失とともに、ペテンに対して自己を保護する可能性をも喪失する。消費者保護運動は以上のことから、消費者には放棄することができない諸々の保護権が付与されなければならない、という結論を引き出す。今日の理解における消費者保護とは、身分の保護（Statuschutz）である。ドイツ民法典は形式的に、すべての市民は自由かつ平等である、ということから出発したが、消費者保護はいまや、一定の社会グループ（消費者）の特別な保護の必要性を強調し、これによって自由を剝奪する無差別主義（freiheitsberaubende Gleichmacherei）に鞍替えしようと巧みに事を運んでいるのである。

ヨーロッパ、そしてドイツの立法者の高揚した態度とは反対に、消費者保護の構想に対しては徹底して懐疑的に立ち向かわなければならないであろう。大きな力を有する事業者に無力な劣位にある消費者が対峙している、という消費者保護の基本的な経験上の仮定か、その普遍性において

すでに疑わしいように思われる。冬に新聞と甘い菓子類を販売する売店を暖めるためにガストロップを購入する小さなスタンドの所有者は、「事業者 (Unternehmer)」である。ボーデンゼーの帆走のためにヨットを購入する株式会社の退職取締役は、「消費者 (Verbraucher)」である。

ここで後者は前者よりも担保の必要が低いという意味では明白に良好な立場にある。消費者という身分を基準とする法は、必死に懇願された社会的正義とは、ただ上っ面だけ関連するにすぎない。現代的な製造物である消費者保護法は、実際その根本においては、社会的劣位者の法としてよりも、消費する豊かな市民の法として現れるのである。市民の消費のポテンシャルが高まれば高まるほど、消費者保護の効用は市民にとってますます大きくなる。立法者の行動の重点を消費者保護という地平にたつて考察し——消費用動産売買と旅行契約のみを挙げておこう——、裁判所の判断対象とされる生活の実態を考慮に入れる場合には、次のような印象が確認される。すなわち、消費者保護では「小さな人間 (Kleiner Mann)」の利害関係は、消費する豊かな市民の利益よりも問題とされていない。このことは BGB 第四九一条⁽²²⁾以下の消費者信用法についてすら当てはまる。新たな乗用車または住居施設についての融資、不動

産投資信託や節税のための投資への参加は、社会的に恵まれている人々には、(物的) 担保なしにはいずれにせよ開かれていない。⁽⁴⁾ おそらくとも保証についての新しい連邦通常裁判所の判例が、近親者・知人の人的担保を信用担保の手段として事実上排斥して以降はそうである。厳密にみれば、この富裕な消費市民の身分の保護は、貧困な市民層にさえコストを負担させることにより実現される。すなわち、消費者の強制的な保護は、社会的弱者にもその対価を要求するのである。撤回権あるいは担保責任の拡張は、事業者にとっては付加的なコストを意味する。事業者はこのコストを、値上げという形ですべての消費者に転化するに相違ない。大局的にみれば、貧乏人はこの強制保険体系に「保険料 (Beitrag)」を支払うことを通して、金持ちの法上より良い身分へと出資しているのである。消費への門戸は広範な階層に大幅に妨げられている。——たとえばかれにとってほかでは工面できない消費用動産を獲得するために——担保責任の免除または限定を通してより好ましい価格を交渉することは、消費者保護の強行的性格のゆえにだれでもできないのである。⁽²³⁾

VI 契約法と基本権

われわれの基本法（GG）における社会国家原理はもとより、その基本権カタログもまた、契約法をますます実質化していく強い原動力となっている。⁽⁴⁵⁾ たしかに、大部分の基本権は伝統的には国家に対する防御権として生じた。⁽⁴⁶⁾ 憲法上保障された契約自由も、この古典的な基本権の性格を有している。なぜなら、GG 第二条第一項は、一方では、契約を締結しあるいは締結しない自由一般（契約終結の自由をも含んだ、積極的・消極的な契約締結の自由）を保護し、他方では、その内容形成の自由（契約形成の自由）を保護しているからである。この条項によれば、平等かつ自由な市民たちは、国家の後見と強制を受けずに、自己の判断により、対立利益を当事者にとって最良な形で調整する方法を決定する権利を有する。⁽⁴⁷⁾ こうして GG 第二条第一項の基本権は、法生活における個人の自己決定を保護し、同時に、基本権の担い手相互に私法上の各自の事柄を国家から自由にかつ自律的に規律しうる法体系を保障しているのである。

しかしながら、この契約自由の保護の実効性は、脱民営

化の進展傾向に坎がみると、危うくなってくる。たしかに、締約強制あるいは内容確定といった高権的な規律は、基本法により保障された契約自由への介入を意味するがゆえに、GG 第二条第一項との関係で正当化されなければならない。だが、「憲法的秩序（verfassungsmäßige Ordnung）」という概念の基礎にある公共の福祉への志向と、GG 第一四条第二項、第二〇条第一項⁽²⁵⁾において示されている社会国家原理は、国家が契約自由を社会国家的根拠から制限する余地を大幅に認めている。⁽⁴⁸⁾ だから、基本法のもとでは、契約自由の歴史は、その制限の歴史（Geschichte ihrer Beschränkung）だったのである。⁽⁴⁹⁾ 社会国家の視点からは、「契約自由（Vertragsfreiheit）」は、国家の規制のもとで執り行われる社会的作用を営む一つの催し物（eine Veranstaltung）にすぎない。そして、現在のところこのような理解は、なお色褪せていないように思われる。

基本権のドグマティクの展開は、周知のように、古典的な防御権の次元に留まっていなかった。判例と学説は客観的価値秩序・配分参加請求権へとさらに議論を展開し、契約法においても妥当要求（Geltungsanspruch）を掲げたのである。⁽⁵⁰⁾ 契約法学はこのような議論の展開を、民法上の一般条項（BGB 第一三八条、第二四二条）の、意識的

に政策上の秩序づけを志向した解釈を通して受け止めてい
る。その作用は、契約法の締結自由と内容自由に対する実
質的な規準を志向した規制である。⁽⁵¹⁾ここではただ、使用賃
借人が外国人である場合の例のみを想起されたい。情報の
自由が G G 第五条第一項第一文により保障されていること
から、かれは地元の放送局を受信できるようにするために、
借家の屋根にパラボラアンテナを付けることが許されるの
である。⁽⁵²⁾

私的自治も憲法上の保護義務の対象となる、という法理
の発見は、基本法のドグマティクに特別な対立をもたら
した。これによれば、私的自治が個人の法関係の規律につ
いてその自由な自己決定を保障する場合には、国家は個々
のケースで次のような義務を負担することになる。すなわ
ち、強者が弱者の法関係を決定するという事態が、契約当
事者間で結果として生じないよう配慮する義務である。⁽⁵³⁾自
己決定の (*von Selbstbestimmung*) 保護には、他者決定
に対する (*vor Fremdbestimmung*) 保護が付け加わる。
このような「私的自治の名における私的自治の諸作用に対
する保護 (*Schutz vor den Auswirkungen der*
Privatautonomie im Namen der Privatautonomie)」に
よって、私的自治はそれに内在する諸制限に服するように

思われる。裁判官は高権力の担い手として、實際上の結論
において強者の権利が無制限に認められないよう配慮しな
ければならない。たしかに、契約自由に対する敬意 (*Re-
spekt*) は、なおつねに次のことを要求する。すなわち、
「契約上の対等性の破壊 (*Störung der Vertragsparität*)」
がありさえすれば契約それ自体を疑問視してよい、という
ことはありえない。だが、連邦憲法裁判所 (*BVerfG*) の
解釈によれば、少なくとも契約当事者の一方が「構造上劣
位に (*strukturell unterlegen*)」あり、契約の諸効果がか
れにとつて特別な負担となっている場合には、憲法によつ
て諸々の調整が命じられるのである。連邦憲法裁判所は保
護義務の思想を、近親の家族による保証の諸ケースにおい
てくり返し援用する。⁽⁵⁴⁾連邦憲法裁判所は、契約自由の原則
を——かたくなに——守って、B G B 第一三八条、第二四
二条を通じた調整あるいは契約締結上の過失 (*culpa in
contrahendo*) の諸原則の適用を原則として拒絶していた
連邦通常裁判所のかつての硬直な判例を訂正し、憲法によ
り保障された公平を考慮しうる道を開いている。民事の裁
判は G G 第一条第三項⁽²⁷⁾により基本権に拘束されるから、
個々のケースにおいて契約上の対等性が破壊されているか
という問題が取り上げられず、あるいはこの問題が憲法上

の基準を正当に評価しない方法で解決されるのなら、その判決はG G 第二条第一項に違反する。正義はきわめて多様な個々のケースで現れるという意味では、具体的なケースの諸事情が決定的である。他人の債務の人的担保（保証、重畳的債務引受）のケースにおいて、担保提供者の保護要求は、かれの未熟度およびかれが引き受けた責任のリスクとともに増大すべきである。反対に、保証人が信用の担保について自己の経済上の利益を強く有すれば有するほど、保護の必要は弱くなる。こうした保護の必要の強弱に応じて、優位にある契約当事者には、特別な説明義務・指示義務が課せられることになる。これらの義務が履行されない場合には、民事事件を担当する裁判所は、民法上の一般条項のレバートリーの枠内で、不履行の事実を顧慮した相応の補正をしなければならない。

連邦通常裁判所は、B G B 第一三八条、第二四二条の適用にあたって憲法上の基準にしたがうことにより、保証の判断について新たな諸原則を展開した。⁽⁵⁵⁾連邦憲法裁判所の判決は、学説上はげしい議論をもたらした。⁽⁵⁶⁾穏健な批判は、連邦憲法裁判所はその保護の任務を強調し、専門裁判所の仕事に強く介入しすぎている、という点に限定される一方で、厳しい批判は、この憲法裁判上の基準は、民法上の私

的自治を墮落させ、掘り崩し、最後には思慮分別ある市民の自己決定を否定することに繋がる⁽⁵⁷⁾とみる。もともと、明らかに、取り返しのつかない誤った展開に対して法学の暴動 (Aufstand der Rechtswissenschaft) が起こった、というわけではけつてなかった。むしろこれらの批判は、私法の脱民営化の増大に反対するという、すでに放棄されてしまった観もある闘争の退却戦 (Rückzugsgefecht) であるといわなければならないであろう。

VII 契約法の経済分析

法の経済分析によって契約法におけるリベラルな自由の倫理の価値を引き上げるといふ試みには、ほとんどなにも期待してはならないであろう。法の経済分析では、自由の行使よりは効率性、合理性、そして何度も強調された「取引費用の縮減 (Reduzierung der Transaktionskosten)」がまず第一に問題となるのである。自由の行使にもしばしば多少の「費用がかかる (kosten)」のであるが、アメリカに由来する法の経済分析 (economic analysis of law)⁽⁵⁸⁾は、法の経済的アプローチ (economic approach to law) そのものが専門雑誌と大学の講義において古くから

その確固たる地位を占めており、それどころかすでに現在の指導的な法理論に強化されている発祥国におけると同程度の意義を獲得することは(なお)できていないにせよ、ドイツの契約法においても古くから関心を集めてきた。

「法の経済理論は不完全であるにせよ、現存する法のものとも有望かつ積極的な理論であるように思われる」。(59) 契約法は、グイド・カラブレイジ (Guido Calabresi)⁽⁶⁰⁾、ロナルド・H・コース (Ronald H. Coase)⁽⁶¹⁾ のパイオニア的作品における精練された考察⁽⁶²⁾、ハロルド・デムセッツ (Harold Demsetz)⁽⁶²⁾ の Property Rights 構想⁽⁶³⁾、アルメン・アルチアン (Armen Alchian)⁽⁶³⁾ による後に述べる取引費用の厳密な規定にあって、不法行為法、競争制限法とならび、法の経済分析を実験的に適用する場合 (Spielweise) として好んで用いられた。ドイツの法学者の間では、一九七三年に公刊されたリチャード・A・ポズナー (Richard A. Posner)⁽²⁸⁾ の著作『法の経済分析 (Economic Analysis of Law)』の初版がとくに注目された。ところで非常に興味深いのは、古いドイツ語文献にも、揺籃期にある法と経済学の最初の試みが、すでに探し出されうることである。ここではオイゲン・フォン・ベームバウエルク (Eugen von Böhm-Bawerk) とエマニュエル

ル・ヘルマン (Emanuel Hermann) のみを挙げておこう。前者はその著作、『国民経済学的財理論の観点からみた権利と関係 (Rechte und Verhältnisse vom Standpunkt der volkswirtschaftlichen Güterlehre)』(一八八一年)により、今日の Property Rights 理論を完全に先取りしており、後者はその『保険の理論 (Theorie der Versicherung)』(第二版、一八八七年)により、『国民経済学の観点からみた損害賠償の権利 (Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie)』(一八八八年)という著作をものしたヴィクトール・マタイヤ (Victor Matija) とまったく同様に、コースの定理、すなわち法の経済分析の基本的支柱に非常に近づいていた。だが、これらの著者たちが広く名声をうることはなかった。

そうこうするうちに、コースの「社会的費用の問題 (The Problem of Social Costs)」という著名な論文が、画期的な影響を与えることになった。これは経済最適性の観点から社会的不利益の分配について論じたものである。コースの定理は、法と経済学の中心的な思考形象となった。単純化して示すと、一定の条件モデルが存する場合には、法は資源分配に対して肯定的に作用する、ということであ

ある。³⁰⁾ すなわち、もつとも効率的な資源配分はつねに交渉を通して実現される、この命題は資源上の所有権がどのよう³¹⁾に配分されているにかかわらないとされる。この条件モデルとは、完全な競争、私的経済単位の完全な情報、財貨秩序の一義的な原初的配分、そして取引費用がないことである。取引費用という中心のカテゴリーは、市場で交換がおこなわれる際の費用を意味する。法による利用権と排他的権利の配分基準は、取引費用が完全に欠如している場合に限っては、効率的な資源配分の作用とは無関係である。しかし、この前提が實際上充足されない場合には、結局のところ利用権と排他的権利についての法による割当てが問題となる。取引費用が存在すれば、法による一定の秩序づけが資源配分の失敗を引き起こし、これを長く固定化することになりかねない。したがって、経済上の至上命題は、取引費用を最小化することである。ここから、法の経済分析は、現行法を経済効率性という基準から測定し、——経済分析の妥当要求を強調する際に——経済上最適化することを自己の課題とするのである。法の経済分析の際には、その分析の中心において、最適な資源配分を実現するための取引費用の経済性か問題となる。その（明らかなあるいは隠された）意図は、制度上および取引条件上の行動制限

の解体である。経済分析の法理論の批判者たちは、この論旨をもちろんあまり好意的には受け止めていない。すなわち、コースがかれの原理の基礎に据えるモデルの仮定は非現実的であるから、この理論の現実性の欠乏を調整し、⁽⁶⁵⁾ 実際をモデルに適合させる役目が法に求められるとする。

批判の要点は、次の通りである。経済上の前提条件から法の現実を研究し、これにより経済上の諸現象を法規範のコンテクストのなかでより良く理解することに貢献する、ということのみならず、それよりもはるかに大きなことがその経済分析から導かれている、と論難される。解りやすい分析手法の背後には、新たな法秩序についての政策的な戦略が隠されている。つまり、経済的観点に基づく法世界の研究は、経済上効率性という意味での合理性の諸原則による法の変革を志向しているのである。たとえば、ボズナーは明示的にこう強調している。「経済学は法および法制度の研究において、規範的な役割と実証的な役割の双方を有している」。法の経済分析の規範的な妥当要求に関しては議論がありうる。経済分析の分析可能性は——たとえば現代的な契約類型の領域において——契約法の実際の諸問題をより良く理解するための研究の手掛かりとしては、少なくとも恵み多く実り豊かである。もつとも、一定の規

律が経済上有害であるとか、有用であるといった法事実上の認識からは、法が効率性の上昇のために優先的に奉仕しなければならない、という命題はなお導き出されない。ただ、見落とされてはならないことは、ヨーロッパ域内市場の完成と経済のグローバル化といった情勢は、法と経済学の規範的な妥当要求を後押ししていることである。というのは、法体系の競合にあつては、事業者は他と比較して効率的でない、したがって「費用かかさむ (teuren)」法により規律されることを回避するからである。事業者にとつて経済上の取引費用は、悪法によってだけでなく、たとえば短い合間に頻繁に規定が改正されたり、法領域の統合と整理を欠いた結果として生じるところの法的安定性の欠如によつても引き起こされる。

法の経済分析は、ドイツの法学では——経済学とは異なつて——さしあたり躊躇をとまなうほどほど懐疑な態度でのみ継受された。一般に、各々制定法を有するヨーロッパ大陸法諸国が、法の経済分析のパラダイムを取り入れることは、かのコモンの諸国がそうするよりも困難なように思われる。しかし、七〇年代の中期以降には、ドイツでも専門的な議論が開始され、この議論は今日まで継続して行われている。⁽⁶⁶⁾

VIII 契約法のヨーロッパ化

契約法の未来について考える場合には、ヨーロッパの遠景 (Perspektive) が自動的に眼に入ってくる。この未来はすでに現実のものとなっている。ヨーロッパの統一が契約法に対して有する意味は、もはや多数の指令に含まれた消費者保護の考え方を国家の民事法に転換することに尽きるものではない。なぜなら、ヨーロッパ契約法の理念は、すでにその全体像を明らかにしているからである。契約法のヨーロッパ化は、長い間、たいていは消費者保護に関連してブリュッセルから発せられる諸々の指令を加盟国のその時々⁽⁶⁷⁾の国内法に転換することに使い果たされた。EUは原則としてこのような諸指令によつて、契約法の個別の諸領域につき、つねに選択的かつ点描的な手当てを求めた。ゆえに、その国内法への転換はしばしば体系の破壊ともなわれないでは遂行することができなかった。それにもかかわらず、カール・リーゼンフーバー (Karl Riesenhuber) が二〇〇三年にかれの著書、『ヨーロッパ契約法の体系と諸原理 (System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts)⁽⁶⁸⁾』で示したように、諸々の指令を

手がありとした最初のヨーロッパ契約法原則かすてに浮き彫りにされている。看過してはならないのは、その際には、ドイツの契約法に歴然と現れている実質化の諸傾向が、けつして少なくない部分について、超国家的なヨーロッパ法の誘因となり、あるいはこれを通して強化されたことが明白になっていることである。

しかしそうこうしているうちに、ヨーロッパ議⁽⁶⁹⁾会と委員⁽⁷⁰⁾会の強い追い風によつて、統一民法典のプロジェクトが着手された。その劈頭に立つているのは、ヨーロッパ契約法 (European Contract Law) である。この点についてはたしかになお、とくにヨーロッパ法上の権限の基礎といつたような多数の問題を説明する必要がある。しかし、内容的にみれば、感銘深い学問的な下準備がすてになされている。もつとも知られているのは、いわゆるランドー委員⁽³²⁾会のヨーロッパ契約法原則 (Principles of European Contract Law) である。同委員会はすでに八〇年に設立され、デンマークのオーレ・ランドー (Ole Lando) 教授 (コペンハーゲン) とのちに加わつたイギリスのヒュー・ヒール (Hugh Beale) 教授 (ウォーリック) の指揮のもと、加盟国についての契約法の基本原則を——E G より財政上の援助を受けて——作成し、二〇〇三年には三部から

なる最終稿を提出した。この作業は、一九九八年にクリステイアン・フォン・パール (Christian v. Bar) がオスナブリュックにおいて創設した、ヨーロッパ民法典研究グループ (Study Group on a European Civil Code)⁽³³⁾によつて継続されている。契約法のヨーロッパ化への動きは一般的な風潮である。けれども、契約法に対する国家の介入を規律する、契約法理論上の基準と限界についての再考の契機を、そこに期待しても良いのだろうか？

IX 基準と限界の喪失と奪還^[34]

結局總体的にみるならば、契約法の社会化の進展は、一般的に容認されているといえる。国家による契約法に対する介入の基準と限界は、いまにも失われていきそうである。たらいの水と一緒に赤子まで流されてしまつてゐる。ただ、おずおずとはあるが、最初の反動のきざしが芽生えてきている。調整のプロセスを慎重にしたり、民事法上の規制を緩和し、これを撤廃しようとする主張がこれである。⁽⁷¹⁾⁽³⁵⁾ひよつとした将来、平等の倫理の進撃に対する抵抗がますます増加し、国家による介入の基準と限界という視座から形式的な自由の倫理と実質的な責任の倫理のバランスを取

り、自由を剝奪する無差別主義に行き着くことを阻止するべく、契約法における形式的な自由の倫理のレジスタンスが編成されるかもしれない。リベラルな反論のはけいというねりはたしかなお生じていないけれども、われわれおよびたいいのヨーロッパの隣接諸国に差し挟まれた道が、不自然な無差別主義、無益な後見、経済と社会の実りなき硬直化、いやもしかしたらすでにこころ、二〇年のうちに安寧と幸福の手痛い喪失にも到達しうるものである、という印象が抗し難くなるときには、現在の社会化の風潮が、各国の私法秩序間にも広がるはげしくかつグローバル化された競争のなかで、ふたたび「転倒する (kippen)」ことがありうるかもしれない。長らく経ってはじめて、おそらく期待しても良いであろう。経済上のやむをえない事情——それは人間にとってもやむをえない事情ではないのか?——が、強化された自由な契約法理論の新たな出発をうながし、今度は反対に、契約法の社会化を自由化によって修正していく、ということを。

原注

- (一) これについては、法的視点に基づくものとして、*Mayer-Maly, Der liberale Gedanke und das Recht, Festschrift für Merkl, 1970, S. 247 ff.*, 社会哲学的・社会

学的視点に基づくものとして *Habermas, Faktizität und Geltung, 1. Auflage, 1991, S. 484 ff.* 参照。

- (二) *Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Auflage, 1960, S. 285* は、契約締結を「まぎれもなく民主的な法創造の方法」と呼んでいる。

(三) *Richard Wagner, Das Rheingold, Zweite Szene, 1911* についてはリネスマン (*Rühmann*) の寄稿論文参照。

Wotans Verräge im Lichte des deutschen Zivilrechts, in: Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Jürgen Bröhmer, Roland Bieber, Christian Callies, Christine Langefeld, Stefan Weber und Joachim Wolf, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München, 2005, S. 1543 ff.

(四) *von Bar, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, 1985* 参照。

(五) *von Bar, Die ethischen Grundlagen des Privatrechts - formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik?, AcP Bd. 189 (1989), 199 ff.* 参照。

(六) 現代契約法は「正当価格理論」を以て展開している。

- 代金決定を当事者の合意に委ねていた古典期ローマ法から離れ、ローマ法の継受後には、給付と反対給付は実質的正義の観点から均衡が保たれていなければならない(いわゆる等価性原理[Äquivalenzprinzip])。この実質的な契約正義のルールが守られなかった場合には、不利益を被った売主は、買主が正当価格を追加的に支払い、これにより客観的な等価性が回復したという事情がない限り、契約の解消を訴えることができた。注釈学派はこの理論のために莫大損害(*laesio enormis*)という法概念を展開し、これを全種類の契約に適用した。もっとも、ドイツ民法典制定時には自由主義の精神のもと、この実質的な等価性原理の受容は放棄された。BGB第一三八条〔後掲注〔6〕〕の規律で十分とみなされたのである。これについては、*Luig*, Vertragsfreiheit und Äquivalenzprinzip im gemeinen Recht und im BGB, Festschrift für Cöing, 1982, S. 171 ff. 参照。
- (7) これについては、*Kramer*, Die Krise des liberalen Vertragsdenkens, 1974 参照。
- (8) これについては、*Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner Materialisierung, AcP Bd. 200 (2000), S. 273 ff., 273 参照。
- (9) *Wiewacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953, S. 22.
- (10) *Luhmann*, Rechtssoziologie, 2. Auflage, 1983, S. 327.
- (11) 自由に交渉して取り決められた契約の「正当性保障(Rightickeitsgewähr)」の理論については、*Schmidt-Rumppler*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP Bd. 147 (1941), S. 130 ff., 156 f. 参照。
- (12) ドイツ民法典制定時の契約モデルについては、*Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 5 f. 参照。
- (13) 実体法における私権の形成自由には、進歩的でありつつして非人間的というわけではないが、厳格な手続を定めた執行法と倒産法が対応していた。これについては、*Wiewacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Auflage, 1967, S. 482 f. 参照。
- (14) *Luig*, Vertragsfreiheit und Äquivalenzprinzip im gemeinen Recht und im BGB, Festschrift für Cöing, 1982, S. 171 ff.
- (15) *Wiewacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Auflage, 1967, S. 482.
- (16) これは「古い(alte)」ドイツ民法典のなかでも、特定の人的グループについて社会福祉的要素を探し出すこ

とができる。たとえば、保守層の求めにに応じて用益貸借法に農地の特別法が制度化されたことである。また、公務員とその長の利益にも、契約法において特別な顧慮が払われていた。すなわち、BGB 旧第五七〇条はこう述べていたのである。「軍人、公務員、聖職者および公の教育機関の教員は、他地へ転任する場合、自己または家族のために従来の兵営地または居所地において賃借した場所の使用賃貸借関係を、法定期間の定めに従い告知することができる。告知は、法律の定める最初の期限に向けてのみ行うことができる」。

(17) *Schwarz*, Grundsätzliche Fragen einer Überarbeitung des Schuldrechts, JZ 1980, S. 741 ff., 742 参照。

(8) *Otto v. Gierke*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 2 Auflage, 1889, S. 184 ff. は「社会法的なつながりが欠けていることを訴えたものである。ギールケはこの闘争論文 (Kampfschrift) によって、ドイツの法思考に歴史的に育まれてきた社会的立法を要求するための共闘者をえようと努めた。これによれば、個人主義的な基本傾向はまさしく債務法に現れている。」「債務関係の法は例外なく、あたかも自己を支配できる諸個人のみが対峙しているかのように規律されている。義務は、そのような個人の自由な責任をとまなう行為から生じるのである。経済的優位者に対する弱者の保

護は、他のいかなる法典に比しても少なく感じられるをえなう」(S. 192)。「無産の代弁者 (Anwalt der Enterbten)」として *Anton Menger*, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Brauns Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik, 2. Jahrgang (1889), S. 1 ff. も参照。

(19) *v. Gierke* (vorige Fn.), S. 23 f. については *Staudinger/J. Schmidt* (1995), Einl. zu §§ 241 ff., Rn. 506 参照。

(20) *Wiewacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung in der modernen Gesellschaft, 1953; Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, 1960; Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution, 1966. これらのすべては論文集 *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, 1974 に再録されている。

(21) なお、マイケ・シムツミル (*Eike Schmidt*) によるヨーゼフ・エッサー (*Josef Esser*) の債務法総論の体系書の改訂に関する *J. Schmidt*, Ein "soziales Obligationsmodell" im Schuldrecht? Gedanken zur Neuauflage des Esserschen Lehrbuchs, AcP Bd. 176 (1976), S. 381 ff. も参照。

(22) これについては、二〇〇三年九月一〇日から一三日に

- かけてサルツブルクで開かれた学会の寄稿論文を収録した Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2003 参照。
- (23) *Staudinger/J. Schmidt* (1995), Einl. zu §§ 241 ff., Rn. 499, 507 の註釋を同様に参照。
- (24) 日本における基本法 24 条の危機, *Kramer*, Die Krise des liberalen Vertragsdenkens, 1974.
- (25) *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung Bd. II, 2. Auflage, 1984, S. 10.
- (26) 日本における危機, *Kramer*, Die Krise des liberalen Vertragsdenkens, 1974, S. 20 ff., 20 条 2 項の危機, *Tosch*, Entwicklung und Auflösung der Lehre vom Vertrag, 1980, S. 208 ff.; *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 298 ff. 参照。
- (27) *Pfing*, Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1986; *Dumm*, Privatautonomie und Verbraucherschutz, VersR 1999, S. 129 ff. 参照。
- (28) *Schmidt-Rimpler*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP Bd. 147 (1941), S. 130 ff., 156 f.
- (29) 日本における危機, *Schmidt-Rimpler* の著, *L. Raiser*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Band 1, 1960, S. 101 ff., 118 f. 以下を参照。20 条 2 項の *Pfing*, Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1986, S. 132 ff. 参照。
- (30) 交渉力の不均衡 (*inequality of bargaining power*) における *Manfred Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 63 ff., 74 参照。これに反対する *Tosch*, Entwicklung und Auflösung der Lehre vom Vertrag, 1980, S. 172 f. 及び *v. Mehren*, A General View on Contract, International Encyclopedia of Comparative Law, VII/1, 1982, S. 64 ff. 2 条 4 項 相対的な均衡とは経済的等価性のものならず、知性面における意識的等価性の點に照るべきものである。
- (31) 日本における危機, *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung Bd. II, 2. Auflage, 1984, S. 10; *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht Bd. I, 1996, S. 15 ff.; *Kramer*, Die Krise des liberalen Vertragsdenkens, 1974, S. 33 ff.; *L. Raiser*, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S. 1 ff. 参照。
- (32) *Weinauer*, Der Schutz des Schwächeren 1975; *Manfred Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970.

- (33) *Staudinger/J. Schmidt* (1995), Einl. zu §§ 241 ff., Rn. 532 参照。
- (34) この点については、Enderlein, Rechts-paternalismus und Vertragsrecht, 1996, Zöllner, Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, AcP Bd. 176 (1976), 221 ff. を参照。
- (35) *Weinauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, 1975, S. 38 ff. 参照。
- (36) この点については、*Staudinger/Matusche-Beckmann* (2004), § 475 Rn. 51 ff. 参照。
- (37) *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT, Halbband 1, 15. Auflage, 1959, § 49 III, S. 301.
- (38) *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT, Halbband 1, 15. Auflage, 1959, § 49 III, S. 301.
- (39) 基本法上の観点から、BGHZ 22, 90.
- (40) *L. Raiser*, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935, S. 239 ff. の研究が、*Fastrich*, Richtertliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992 を参照。
- (41) BGHZ 101, 350 m.w.N. のとおり、*Staudinger/J. Schmidt* (1995), Einl. zu §§ 241 ff., Rn. 535 を参照。
- (42) この点については、*Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 376 ff.
- (43) 消費者保護の諸基礎については、*Görtner*, Zum Standort des Verbraucherschutzes, JZ 1992, S. 72 ff., 73, 76 f.; *v. Hippel*, Verbraucherschutz, 3. Auflage, 1986; *Simitis*, Verbraucherschutz, 1976 参照。
- (44) この点については、*Görtner* (vorige Fn.), S. 77. 次の指摘がなされている。私人の家計をその純所得により複数のグループに分類すると、もともと所得の小さいグループは、同時に信用借受率のもっとも僅少なグループである。そして所得の増大とともに、消費者信用を受け取る家計のパーセンテージが増大する。このパーセンテージは、高所得の段階にいたってはじめてふたたび軽く減退する。特徴的なのは借受けの消費目的である（一九九一年）。消費者信用の三〇％は新品の家用車の購入に当てられており、その次に多いのは家具取得のための出費である。
- (45) *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 280 ff. は、契約における正義の触媒 (Katalysator) としての憲法に言及している。
- (46) この点については、*Di Fabio* in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Art. 2 Abs. 1 Rn. 102.
- (47) BVerfGE 81, 242, 254 参照。
- (48) *Roscher*, Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem, 1974; *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, 1999,

- S. 219 ff.
- (67) *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht. 1960, S. 323.
- (50) ただし、民法法の一部の文献は、私法秩序における基本権の妥当要求に対して批判的なスタンスをとっている。たとえば *Zöllner*, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichts-lagen, AcP Bd. 196 (1996), 1 ff. 参照。
- (15) これによって *Canaris*, Grundrechte und Verfassungsrecht, 1998 参照。
- (22) BVerfG, NJW 1997, 1147; BVerfG, NJW 1997, 2143.
- (23) BVerfGE 89, 214, 232.
- (15) これによって基本的には、BVerfGE 89, 214; BVerfG, NJW 1994, 2794; BVerfG, NJW 1996, 2021.
- (55) これによれば、保証契約の義務範囲が保証人の資金給付能力を著しく超過しており、かつ、以下の事情が付け加わる場合には、保証契約は例外的に無効となる。すなわち、債権者の正当な利益を顧慮しても、保証人の義務をもはや是認したままにはしておけない契約当事者間の耐え難い力の不均衡が、それによって引き起されるというのその他事情である。
- (95) *Zöllner*, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichts-lagen, AcP Bd. 196 (1996), S. 1 ff.; *Adomeit*, Die gestörte Vertragsparität - ein Trugbild, NJW 1994, S. 2467 ff.
- (15) *Zöllner* (vorige Fn.), S. 36. 連邦憲法裁判所の保証の判決は、「その一般的な諸原則に基づいて誤っており、訂正されなければならない」といふ。
- (85) その成立基については *Pearson*, Origins of Law and Economics, New York/Melbourne, 1997 参照。
- (95) *Richard A. Posner*, Economic Analysis of Law, 2. Auflage, 1977, S. 21. 一九七三年に公開された初版に対する批判者たちの回答のなかに述べている。
- (99) *Guido Calabresi*, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, Yale Law Journal Vol. 70 (1961), S. 499 ff.
- (19) *Ronald H. Coase*, The Problem of Social Costs, Journal of Law and Economics Vol. 3 (1960), S. 1 ff.
- (22) *Harold Demsetz*, Towards a Theory of Property Rights, American Economic Review Vol. 57 (1967), S. 347 ff.

- (32) *Armen Alchian*, Some Implications of Recognition of Property Right Transaction Costs, in: Brunner (ed.), *Economics and Social Institutions*, Boston 1979, S. 233 ff.
- (33) *Ronald H. Coase*, The Problem of Social Costs, *Journal of Law and Economics* Vol. 3 (1960), S. 1 ff.
- (34) *Fezer*, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property right approach, JZ 1986, S. 817 ff., 820 以下 5 頁以下を参照。
- (35) *Fezer*, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property right approach, JZ 1986, S. 817 ff., 以下に反論するの註' *Oh/Schäfer*, Die ökonomische Analyse des Rechts - Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?, JZ 1988, S. 213 ff., 以下に反論するヘンリナー (*Fezer*) の世に鑑みれば' *Fezer*, Nochmals: Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts, JZ 1988, S. 223 ff., 以下に反論する (*Gothold*) の「経済学上の『Eigentum』の世に鑑みれば' (Zur ökonomischen „Theorie des Eigentums“)」見解を表す (ZHR Bd. 144 (1980), S. 345 ff.)。キルヒナー (*Kirchner*) は法の経済分析と競争制限法 (アンチトラスト法と経済学 (antitrust law and economics)) を取り上げ (dasselbst S. 563 ff.)。ヘンリナー (*Köhler*) の契約法と Property Rights 理論との間を経済理論から私法への統合という観点から論じる (S. 589 ff.)。d. ベーレンス (*P. Behrens*) の『法の経済学的諸基礎 (Die ökonomischen Grundlagen des Rechts)』(一九八六年) を見て現在第四版の前で少し留まっている (予告は二〇〇五年) シェーンフーアー (*Schäfer*) のキルヒナー (*Oh*) の『民事法の経済分析の体系書 (Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts)』(第一版'一九八六年) を参照。その下に註' *Adams*, Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte, 1980; *Adams*, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, 1985; *Lehmann*, Das Privileg der beschränkten Haftung und der Durchgriff im Gesellschafts- und Konzernrecht. Eine juristische und ökonomische Analyse, ZGR Bd. 15 (1986), S. 345 ff., 以下' *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/1, 8. Auflage, 1995, § 2 IV, S. 38 ff.; *Oechsler*, Vertragsrecht, 2003, Rn. 36.; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1998 を参照。
- (36) この評述は、トインの経済法の約八〇%が EU の法行為 (規則と指令) の影響を受けていることに由来。*Staudinger/Sturm/Sturm* (2003), Einl. zum IPR, Rn. 338 参照。
- (37) *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, 2003.

- (65) Entscheidung A2-157/89 - ABl. EG 1989 Nr. C 158, S. 400 → Entscheidung A3-0329/94 - ABl. EG 1994 Nr. C 205, S. 518 参照。
- (70) Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht vom 11.07.2001, KOM (2001) 398.
- (71) *Reuter*, Die ethischen Grundlagen des Privatrechts - formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik?, AcP Bd. 189 (1989), S. 199 ff.; *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie im Privatrecht?, 1994, S. 11 ff.

訳注

〔1〕「団体的・国家的な自由主義 (korporativer nationaler Liberalismus)」とは、「当時の政治的・経済的システム」を意味している。『自由主義』とは、「イマヌエル・カント (Immanuel Kant) の哲学・アダム・スミス (Adam Smith) の経済学を祖とする自由志向」のそれであり、「団体的」とは「社会と経済における強度の共同体 (Gruppenstaat)」志向、「国家的」とは「ドイツに愛国心を抱き、世界強国ドイツを追い求め、イギリスおよびフランスとは一線を画する態度のことである」。

〔2〕反差別法 (Antidiskriminierungsgesetz (A D G)) の背景および内容については、山口和入『「反差別法案」をめぐる論争』ジュリー二九四号九九頁(二〇〇五年)、山川和義「差別禁止へのあらたな取り組み―差別禁止法案の紹介―」労働一六〇八号一二一五頁(二〇〇五年)、網谷竜介「社会規範の『ヨーロッパ化』の政治過程―ドイツとオーストリアにおける反差別指令の国内法制化―」東社五七巻二号六七一九頁(二〇〇六年)。同法案は、二〇〇五年六月一七日、連邦議会により可決されたが、同年七月八日、連邦参議院は可決を拒否し、両院協議会の開催を求める議決を行ったところ、同年九月五日に開催された両院協議会が同法案の審議を延期したため、同法案は第一五立法期間中には成立しなかった(以上の経緯につき前掲論文、とくに網谷論文参照)。その後、同法案は第一六立法期間においてあらためて提出され(BT-Drs. 16/297)基本的には同一の内容のまま、一般平等取扱法 (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (A G G)) (BT-Drs. 16/1780; BT-Drs. 16/1852) として二〇〇六年六月二九日、連邦議会で可決され(BT-Drs. 16/2022; BR-Drs. 466/06)同年七月七日、連邦参議院を通過した(BR-Drs. 466/1/06; BR-Drs. 466/06(B))。施行日は公布の日とされている(BR-Drs. 466/06)。なお、反差別法に対する批判的講演として、ダクマー・ケスターハウア

ルチェン／釜谷真史／角松生史訳「平等取扱と契約自由」
法政七二巻四号一一二一一一三九頁(二〇〇六年)、デ
イター・ライポルト／吉永一行訳「ドイツ民法とヨーロ
ッパ民法―現在と未来―」民商一三四巻二号一五九一六
三頁(二〇〇六年)がある。

[3] 「実質的な責任の倫理 (materiale Verantwortungs-
ethik)」とは、「契約当事者が、当該契約が社会的な正義
の要求にも適合していることにつき責任を負うこと」をい
い、ここでは「法適用者(裁判官)が契約内容を規制す
る」。他方、「形式的な自由の倫理 (formale Freiheits-
ethik)」の際には、「法適用者(裁判官)による規制は、
契約当事者が妨害を受けることなくみずからの自由を行使
することができたかどうか、という点に限定される。すな
わち、法適用者は契約内容を規制するのではなく、契約の
帰結を契約当事者の正義の観念として正当なものと認める
のである」。では、「社会的な平等の倫理 (soziale Gleich-
machungsethik)」とはなにか。これは、「国家の政策お
よび法秩序が、人間をその相違を無視して平等に取り扱
うだけでなく、事実上も平等ならしめることを目的とすこ
と」をいい、その際には、「所得や生活スタイル、形成さ
れた人格の相違は一つの傾向にしたがって統一され、その
結果、『社会主義的な人間の単一 (sozialistischer Ein-
heitsmensch)』に至るおそれがある」。「社会的な平等の

倫理」は、「実質的な責任の倫理」とは、その本質を異に
する。というのは、「実質的な責任の倫理は、機会を平等
にし、人間が自己を発展させるための諸条件を均一にする
ことだけを目的としている」からである。

[4] 「行為能力 (Titel 1. Geschäftsfähigkeit)」と「意思
表示 (Titel 2. Willenserklärung)」における諸条文 (B
GB 第一〇四条から第一四四条まで) のことである。

[5] BGB 第七八〇条 (債務約束) 約束により義務を独
自に発生させるものとして給付を約束する契約 (債務約束)
が有効であるためには、他の方式の定めがない限り、約束
を書面で示すことを要する、債務約束を電子データの方式
によって示すことは認められない。

BGB 第七八一条 (債務承認) 債務関係の存在を承
認する契約 (債務承認) が有効であるためには、承認の意
思表示を書面で示すことを要する。債務承認の意思表示を
電子データの方式によって示すことは認められない。その
存在を承認する債務関係の発生のために他の方式の定めが
ある場合には、承認契約は、この方式を要する。

[6] BGB 第一三四条 (法律上の禁止) 法律上の禁止に
違反する法律行為は、無効とする、ただし、法律によって
別段の効果が生ずるときは、この限りでない。

BGB 第一三八条 (良俗違反の法律行為、暴利行為)
(1) 良俗に反する法律行為は、無効とする。

(2) とくに、相手方の強制状態、無経験、判断力の欠如または著しい意思薄弱に乗じて、ある給付と引換えに自己または第三者のために財産的利益を約束または提供させる法律行為は、その財産的利益が給付に対して著しい不均衡にあるときには、無効とする。

BGB第二四二条（信義誠実に適った給付） 債務者は、取引の慣習を顧慮して信義誠実に適うように、給付を実現する義務を負う。

BGB第三一五条（当事者の一方による給付の確定）
 (1) 契約当事者の一方が給付を確定すべき場合において、疑わしいときは、公平な裁量によって確定を行うべきものとする。

(2) 確定は、相手方に対する意思表示によって行う。

(3) 公平な裁量によって確定を行うべき場合、確定が公平であるときに限り、相手方を拘束する。確定が公平でないときは、判決によって確定を行う。確定が遅延するときも、同様とする。

[7] BGB現第五六六条（売買は賃貸借を破らない）

(1) 使用賃貸人が賃貸住宅を使用賃借人に委ねた後、第三者に譲渡したときは、譲受人は、その所有権の存続する間、使用賃貸人に代わって使用賃貸借関係から生ずる権利を有し、義務を負う。

(2) 譲受人が義務を履行しないときは、使用賃貸人は、

譲受人が賠償すべき損害について、先訴の抗弁を放棄した保証人と同様の責めに任ずる。使用賃借人が使用賃貸人の通知により所有権の移転を知った場合において、告知の許される最初の期限に向けて使用賃貸借関係を告知しないときは、使用賃貸人はその責を免れる。

[8] 森田三男訳「私法の社会的任務」創法四卷三号一三七—一六五頁（一九七五年）。

[9] 鈴木祿弥訳『近世私法史—特にドイツにおける発展を顧慮して—』〔第二刷〕（創文社、一九七四年）「初版の翻訳であるが、第二版についても七四一頁以下に解説がある」。

[10] 「若手民法学者学会（Gesellschaft junger Zivilrechtswissenschaftler）」（<http://www.junge-zivilrechtswissenschaftler.de/>）は、約一五年前に創設されたものであり、その会員には、とくに大学の助手（Assistent）と教授資格取得志願者（Habilitand）が属している。

[11] BGB第三二〇条（適用範囲） (3) 事業者と消費者間の契約（消費者契約）においては、この章の規定は、次の各号を基準として適用する。

① 普通取引約款は、事業者により作成されたものとみなす、ただし、当該普通取引約款が消費者により契約の中へと組み入れられたときは、この限りでない、

② 第三〇五 c 条第二項、第三〇六条および第三〇七条から第三〇九条までの規定ならびに民法施行法第二九 a 条は、あらかじめ作成された契約条項が一回限りの使用を予定している場合であっても、消費者があらかじめ作成された契約条項の内容に影響を及ぼすことができなかった限りにおいて、当該契約条項に対しても適用する、

③ 第三〇七条第一項および第二項に定める不相当な不利益を評価する場合には、当該契約締結にともなう事情も考慮する。

[12] B G B 第一三条 (消費者) 消費者とは、営業活動にも独立の職業活動にも帰せられない目的で法律行為を締結するすべての自然人をいう。

[13] B G B 第一四条 (事業者) (1) 事業者とは、法律行為の締結の際に営業活動または独立の職業活動を行うために行動する自然人、法人または権利能力を有する人的ケゼルシャフトをいう。

(2) 権利能力を有する人的ケゼルシャフトとは、権利を有し、義務を負う能力を付与された人的ケゼルシャフトをいう。

[14] この、いわゆる契約メカニズムによる正当性保障論を紹介するものは多いが、近時では、簡にして要をえたものとして、潮見佳男「ドイツにおける情報提供義務論の展開」『契約法理の現代化』一八四—一八五頁 (有斐閣、二

〇〇四年)「初出、一九九九年」、包括的なものとして、熊谷芝青「契約の法政策的存在意義」伊藤進古稀記念『現代私法学の課題』七七一八九頁 (第一法規、二〇〇六年)がある。

[15] Hön, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982. この論文の紹介については、山下末人『法律行為論の現代的展開 (関西学院大学研究叢書五三編)』二三四—二三五頁、二五三—二五四頁注七 (法律文化社、一九八七年)「初出、一九八四年」、潮見佳男「ドイツにおける情報提供義務論の展開」『契約法理の現代化』二〇三—二〇四頁注四七 (有斐閣、二〇〇四年)「初出、一九九九年」。なお、ギュンター・ヘン／三上威彦訳「ドイツ契約法の発展」法研六二巻六号六六—九九頁 (一九八九年)も参照されたい。

[16] B G B 第四八一条 (一時的居住権契約の概念)

(1) 一時的居住権契約とは、事業者が消費者に対して対価全額の支払いと引換えに、最短でも三年間の継続期間に及ぶ特定の期間または特定すべき期間にわたり、建物を保養目的または居住目的で使用させる権利を与え、またはこうした権利を与えることを約束するすべての契約をいう。この権利は、物権その他の権利、とくに社団の構成員または組合の持分により認められた権利であってもよい。

(2) この権利は、建物の使用が複数の建物の中から選択

することであってもよい。

(3) 建物の一部も建物と同じ取扱いを受ける。

[17] B G B 第四七五条（異なる合意） (1) 第四三三条から第四三五条まで、第四三七条、第四三九条から第四四三条までおよびこの款に定める規定に反する、事業者への瑕疵の通知より前になされた消費者に不利益な合意については、事業者は、これを援用することができない。第一文に掲げる規定は、その規定を他の形式によって回避するときにも、適用する。

B G B 第四七八条（事業者の求償） (4) 第四三三条から第四三五条まで、第四三七条、第四三九条から第四四三条まで、前三項および次条に反する、供給者への瑕疵の通知より前になされた事業者に不利益な合意については、求償債権者に同等の補償が認められていない場合には、供給者は、これを援用することができない。第一文は、第三〇七条の規定にかかわらず、損害賠償請求権の排除または制限については適用しない。第一文に掲げる規定は、その規定を他の形式によって回避するときにも、適用する。

[18] B G B 第四七五条第一項第一文は、「消費者に不利益な」合意のみを排除する片面的強行規定であるから、一見すると、「（消費者にとって！）費用上有利となる」担保責任を排除する合意は許容されるようにも思われる。しかし、同条項の「不利益 (Nachteil)」とは、「消費者の法的地位

の直接的または間接的な悪化」をいい、その有無の判断の際には、「異なる合意が個々のケースであるいは強行規定が適用された場合と同一の経済上の結果をもたらすかもしれない」ということは問題とならない」(Staudinger/Matuschke-Beckmann (2004), § 475 Rn. 18)。つまり、「B G B 第四七五条第一項第一文において問題となるのは、法的（！）不利益（担保責任に基づく請求権の不存在）のみであり、経済上の（！）地位（価値な自動車）ではないのである」。

[19] 前掲注(36)で参照を指示されている、Staudinger/Matuschke-Beckmann (2004), § 475 Rn. 51 ff. によれば、「こういうことである。B G B 第四七五条第一項第一文には物の瑕疵の定義を規定する第四三四条も挙げられているから、物の瑕疵の「定義」それ自体を変更する合意は原則として認められない。しかし、同条文は、瑕疵の存否は物が危険移転時に「合意された性状 (vereinbarte Beschaffenheit)」を有するかどうかで判断するとしている（主観的瑕疵概念）。だから、「性状の合意」によって事業者の担保責任を排除することか認められる余地があるのである。もっとも、第四七五条第一項第二文は第一文の潜脱を禁止しているから、「瑕疵の存在をあらかじめ排斥する性状の合意かなおいつ許容されるのか、反対からいえば、性状の合意はいつ第四七五条第一項第二文によって禁止された強

行規定の回避とみなされうるのか」が問題となっている。

〔20〕 以下本文に出てくる、「指導形象機能 (Leitbildfunktion)」「指令機能 (Richtlinienfunktion)」「秩序づけ機能 (Ordnungsfunktion)」という三種の概念は近似しており、わが国でも同一のものとして用いられることが多いが、まったく同義というわけではない。すなわち、前二者は、「とくに普通取引約款による当事者の合意を法に基づき規制する際に、任意法は立法者の正義の観念を含み、『指導形象』または『指令』として作用すること」を意味するのに対して、後者は、「——より抽象的かつ一般的に——立法者が規範によって事態の一定の秩序づけを達成しようとする」と意味する。

〔21〕 旧ドイツ約款規制法 (A G B G) (債務法現代化法により B G B 第二編第二章「普通取引約款による法律行為上の債務関係の形成 (Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen)」に組入れ)である。A G B G 第九条第二項第一号 (現 B G B 第三〇七条第二項第一号)を参照されたい。B G B 第三〇七条 (内容規制) (1) 約款中の条項が信義誠実の命ずるところに反して、約款使用者の契約相手方に不当に不利益を与える場合には、その条項は無効である。

(2) 約款中の条項が次の各号に該当する場合には、疑わしいときは、不当に不利益を与えるものと推定される。

① 法規定と異なる条項が、その法規定の本質的な基本思想と相容れないとき

〔22〕 B G B 第四九一条 (消費者消費貸借契約) (1) 事業者である借主と消費者である借主との間における有償消費貸借契約 (消費者消費貸借契約) については、第二項および第三項を留保して、以下の規定を補充的に適用する。

〔23〕 B G B 第四七五条第一項第一文は片面的強行規定であるが、担保責任の免除または限定の合意はたとえ経済上消費者にとって有利なものであっても認められないことについては、前掲注〔18〕参照。

〔24〕 G G 第二条 (人格の自由、生命および身体を害されない権利) (1) 各人は、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序または道徳律に違反しない限りにおいて、自己の人格を自由に発展させる権利を有する。

〔25〕 G G 第一四一条 (所有権、相続権、公用収容) (2) 所有権には義務がともなう。その行使は、同時に公共の福祉に役立つものでなければならない。

G G 第二〇条 (連邦国家、権力分立、社会的連邦国家、抵抗権) (1) ドイツ連邦共和国は、民主的かつ社会的な連邦国家である。

〔26〕 G G 第五条 (意見表明の自由、知る権利、学問の自由) (1) 各人は、言語、文書および図画によって自己の意見を自由に表明し、流布する権利、ならびに、一般に近

つくことのできる情報源から妨げられることなく知る権利を有する。出版の自由ならびに放送および放映による報道の自由は、これを保障する。検閲は、これを行わない。

[27] G G 第一条（人間の尊厳、人権、基本権の拘束力）

(3) 以下の基本権は、直接に適用される法として、立法、執行権および裁判を拘束する。

[28] 当該書を含む、ボズナーの法理論の全体については、林田清明「法は経済である―ボズナーの『法の経済分析』入門―」北法四二巻五号一四・二一・三六九頁（一九九二年）「二部所収、同『法と経済学』の法理論（北海道大学法学部研究選書二）」（北海道大学図書刊行会、一九九六年）。

[29] 藤垣芳文訳「社会的費用の問題」宮沢健一（後藤晃）藤垣芳文訳『企業・市場・法』一一一―一七八頁（東洋経済新報社、一九九二年）、新澤秀則訳「社会的費用の問題」松浦好治編訳『法と経済学』の原点（「法と経済学」叢書一）一―七三頁（木鐸社、一九九四年）。

[30] 「肯定的に (positive)」とは、ここでは「有利に (vorteilhaft)」あるいは「都合よく (günstig)」という意味である。なお、コースの定理によれば、契約自由の保障と所有権の確定が行われていれば、それ以外の法制度は無用になるから、その意味においては positive, vorteilhaft, günstig とはいえないのではないかと質問したところ、

「その通りですね」という回答があったことを付言しておく。

[31] 紹介として、半田吉信「ヨーロッパ統一契約法に向けたそれ以外のおよびそれ以後の動きと日本の研究」ユルゲン・バセドウ編『ヨーロッパ統一契約法への道』二九九―三〇〇頁（法律文化社、二〇〇四年）参照。

[32] ヨーロッパ契約法原則 (Principles of European Contract Law (PECL)) については、藤井徳展（益澤彩訳）「第一部と第二部、第三部の一部」川角由和（中田邦博）（潮見佳男）松岡久和『ヨーロッパ私法の動向と課題』（龍谷大学社会科学研究所叢書五四号）四八三―五二三頁（日本評論社、二〇〇三年）、角田光隆訳「第一部と第二部」・半田吉信訳「第三部」ユルゲン・バセドウ編『ヨーロッパ統一契約法への道』三二一―三五六頁（法律文化社、二〇〇四年）、同志社大学ヨーロッパ契約法研究会訳「第三部」同法三〇七号一―二四頁、三〇八号一―一九頁、三〇九号一―二五頁、三二二号一―二五頁、三一三号一―一八頁（二〇〇五―二〇〇六年）参照。

[33] ヨーロッパ民法典研究グループ (Study Group on a European Civil Code) については、大久保泰甫「ヨーロッパ共通民法典をめぐる大論議―フランスを中心として―その一―」南山大学ヨーロッパ研究センター報二一五―一六頁（二〇〇五年）か詳しい。

[34] 「基準と限界 (Maß und Ziel)」(前章末尾、本章二文目・六文目も参照)とは、別の言葉で表現すると、「節度と理性 (Mäßigung und Vernunft)」、「抑制と客観性 (Zurückhaltung und Objektivität)」、「慎重な用心深き (Bescheidenheit und Vorsicht)」と云うことである。^[35] 要するに、それとともに「思考の転回が生じ、ふたたび新たに形式的な自由の倫理を志向する傾向が起り、社会国家の私法への行き過ぎた流入という誤りが将来修正される」ような主張である。

訳者あとがき

本稿は、シビヤエル・マルチネック教授 (Prof. Dr. iur. Dr. rer. publ. Dr. h.c. (Wuhan) Michael Martinek, M.C.J. (New York)) の報告「“Vertragsrechtstheorie und Bürgerliches Gesetzbuch” (契約法理論とドイツ民法典) の全訳である。」の報告は、二〇〇五年の二月一七日から一九日にわたって開催された、ザールラント大学と慶應義塾大学の学術交流「ザール・ターゲ (Saar-Tage)」の一環として、慶應義塾大学三田キャンパス南館にて二月一八日に行われたものである。

マルチネック教授は、現在、ザールラント大学の民法・商法・経済法・国際私法および比較法の講座の担当者であるとともに、同大学付属のヨーロッパ法研究所の所長を務める。

教授の研究業績は、教授資格論文である「Franchising - Grundlagen der zivil- und wettbewerbsrechtlichen Behandlung der vertikalen Gruppenkooperation beim Absatz von Waren und Dienstleistungen, 1987 をはじめとして、文字通り膨大な量に及んでいるが、教授みずからの選択によれば、重要な著作としては、たとえば次のものが挙げられる (全研究業績については <http://martinek.jura.uni-sb.de/> 参照)。

Ungerechtfertigte Bereicherung (gemeinsam mit Dieter Reuter), 1983.
Moderne Vertragstypen. Bd. I: Leasing und Factoring. Bd. II: Franchising, Know-how-Verträge, Management- und Consultingverträge. Bd. III: Computerverträge, Kreditkartenverträge sowie sonstige moderne Vertragstypen, 1991-1993.

Handbuch des Vertriebsrechts (herausgegeben gemeinsam mit Stephan Habermeyer und Franz Jörg

Semler), 2. Aufl., 2003.

J. vom Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Eckfelder des Zivilrechts, 2005.

教授の報告および論文は、すでにわが国においても数多く、翻訳（入稻福智訳「欧州統合と法学教育―『National lawyer』から『european lawyer』へ―」平成法政研究四巻二号一九一一二〇七頁（二〇〇〇年）、同「EUの消費者保護法に関する一考察」法研七三巻七号五一七六頁（二〇〇〇年）、高橋直人「出口雅久訳『弁護士のための現代的な提携形式―弁護士業におけるフランチャイズ・システムの投入―（要約）』立命二〇〇三年五号一五〇九―一五二二頁（二〇〇三年）、宗田貴之訳「EUにおける書籍拘束価格をめぐる攻防―果てしなき物語？―」法研七七巻三号四五―七三頁（二〇〇四年）、および紹介（小塚莊一郎『フランチャイズ契約論（上智大学法学叢書二八）』（有斐閣、二〇〇六年）「初出、一九九五―二〇〇五年」のほか、石田喜久夫「再交渉義務論についての覚書―マルティネックの諸説に即して―」『現代の契約法（増補版）』（民法研究一〇巻）二一一―二五二頁（成文堂、二〇〇一年）「初出、二〇〇〇年」のみを挙げるにとどめる）がなされ

ている。

本報告は、ドイツ民法典における契約法理論の思想的基礎の変遷を、ドイツ国内外の動向に幅広く目を配りつつ、大局的に分析・検討したものである。この意味においては、フランス民法典二〇〇周年記念として近時行われた、ドゥニ・マゾー（Denis Mazeaud）教授による講演、*“L'évolution contemporaine du droit des contrats en France”*（金山直樹・幡野弘樹訳「現代フランスにおける契約法の発展」ジュリ一三〇三三三号七四―八九頁（二〇〇五年））と、いわば対をなすものということが許されよう。本報告の内容を簡単に敷衍すると、次の通りである。

本報告の目的は、ドイツ民法典における契約法理論の過去・現在・未来を、メタ・ドグマティックな視点から考察することにある（Ⅰ法の中核領域としての契約法）。まず、二〇世紀における契約法理論が自由の倫理から平等の倫理へと進んできたことを一般的に指摘し（Ⅱ自由の倫理から平等の倫理へ）、ついで、一九〇〇年に施行されたドイツ民法典が「契約自由を通じた社会的な自由の危殆化という問題には：立ち向かわなかった」（ウィーアッカー）こと、これに対してはその当時から、ドイツ民法典は私法の「社会的任務」（ギールケ）に十分に答えていない

という批判があったこと(Ⅲ 形式的な契約自由と社会的配慮の抑制)、その後、いわゆる契約法の実質的危機が起こり、契約自由から契約正義へとというパラダイムの転換が主張され、法曹実務に対しても大きな影響を及ぼしていることを具体的に明らかにする(Ⅳ 契約法の実質的危機と脱民営化)。そのうえで、このようなドイツ民法学の議論状況が各法領域の動向とどのような関係にたっているのかを考察し、消費者保護ルールは現実の社会的弱者の保護につながるものではないこと(Ⅴ 消費者保護と契約法)、基本権をめぐる法状況は契約法の脱民営化の方向性を指示していること(Ⅵ 契約法と基本権)、法と経済学は形式的な契約自由の擁護に直結するものではないこと(Ⅶ 契約法の経済分析)、契約法のヨーロッパ化においては契約法の実質化の傾向が顕著であること(Ⅷ 契約法のヨーロッパ化)を指摘する。最後に、以上を踏まえて、自由の倫理から平等の倫理へと展開してきた契約法理論の現状を直視しつつも、国家の契約法への介入に歯止めがないという点を憂慮して(たらいの水と一緒に赤子まで流す)、将来にはこれまでとは反対に、契約法の社会化が自由化によって修正されることが予想されるとする(Ⅸ 基準と限界の喪失と奪還)。

以上の概観からすでに明白なように、本報告は、わが国の現在の契約法学にとって興味深い内容を非常に多く含んでいる。ここに訳出して紹介する所以である。

翻訳に際しては、マルチネック教授が報告原稿に当日の議論を踏まえて改訂を加えた「完成稿」に、訳者が翻訳をしていて気がついた誤植などにつき教授の確認・了承をえたうえで修正を加えたものを底本とした。このオリジナルテキストはいまだ公開されておらず、今後公開するかどうかも未定ということなので、翻訳に際しては適宜原語を入れることにした。

本稿においては、原注は(1)(2)……、訳注は〔1〕〔2〕……で示した。訳注の内容は、次の三点である。(1)本文の説明の補充。「フ」が付されており、かつ、引用文献の指示がないものは、訳者がマルチネック教授に行った質問に対する回答からの引用である。なお、訳注を付するのが煩雑な場合には、回答の趣旨を本文の訳文に組み込むことにした。

(2)引用条文の翻訳。翻訳の際には、次の文献を参照し、一部手を加えた。(a)ドイツ民法典について、柚木馨(高木多喜男・上村明廣補遺)『独逸民法(Ⅰ) 民法総則、(Ⅱ) 債務法(現代外国法典叢書)〔復刊版〕』(有斐閣、一九五五年)、椿寿夫・石近健男編『ドイツ債権法総論』(日本評論

社、一九八八年）、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂、一九九五年）、(b)貸貸借改正法について、関西借地借家法研究会「ドイツ貸貸借改正法新旧対称仮訳（一）」（五）」龍法三四卷四号、三五卷一号三三一五一頁、二号一

Herrn Prof. Michael Martinek danke ich ganz herzlich für seine große Unterstützung bei dieser Übersetzungsarbeit.

一四五頁、三号一—一二二頁、四号三八—五七頁、五号三〇—四七頁（二〇〇二—二〇〇三年）、(c)旧約款規制法について、石田喜久夫編『注釈ドイツ約款規制法（京都学園大学ビジネスサイエンス研究所叢書七）（改定普及版）』（同文館、一九九九年）、(d)債務法現代化法について、岡孝編『契約法における現代化の課題（法政大学現代法研究所叢書二一）』（法政大学出版局、二〇〇二年）、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社、二〇〇三年）、(e)基本法について、高田敏二初宿正典『ドイツ憲法集（第四版）』（信山社、二〇〇五年）。(3)翻訳・紹介の引用。煩雑さを避けるため、原則として、本文において著者名および論題名が引用されているもの、ならびに、重要とみられる法律および私案に関連するものに限っている。

本稿の取り扱うテーマが広大であるのに相応して、関連邦語文献も膨大な数に及んでいる。ここでは包括的な分析・検討を含む、潮見佳男『契約法理の現代化』（有斐閣、二〇〇四年）の一書のみを挙げるにとどめたい。