

契約法における「消費者保護」の意義 (4・完)

適用範囲限定に着目して

谷 本 圭 子

目 次

序	章	
第一章	ドイツにおける適用範囲限定 (以上259号)	
第二章	立法理由	
第三章	従来 of 契約法との関係	(以上260号)
第四章	検 討	(以上267号)
第五章	学 説	
	序 論	
	消費者保護に賛同する見解	
	消費者保護に疑いをもつ見解	
	検 討	
	小 括	
終	章	
	総 括	
	結 び	(以上本号)

第五章 学 説

序 論

従来からドイツでは、「消費者保護」をめくり多くの学者により様々な観点から論じられてきた¹⁾。ドイツでの消費者保護に全面的に賛同する見解については、ドイツでも我が国でも消費者保護立法の生成期とでもいうべき時期において、我が国において詳細な紹介が翻訳等によって行われている。

しかし、他方において、ドイツでは「消費者保護」法が次々と立法化さ

れている近年にあってもなお消費者保護に疑いを差しはさむ学説が少なからず現れている点を見過ごしてはならない。その際には、消費者保護を当然の前提とした上で保護の方法につき論じられるのではなく、そもそも保護の根拠につき根本的な考察が加えられてきたのである。また、消費者保護は法の適用範囲を限定する性格をもつことが明確に意識されてきた点にも着目する必要がある。これは、本稿において考察の着眼点として引用してきた点である。さらには、適用範囲の限定及び保護の根拠と関わって、憲法（Verfassungsrecht）と消費者保護との関係についてまで、論じられてさえいる点にも注意を向ける必要があろう。

そこで以下では、消費者保護につき論じる近年の学説を中心として、消費者保護に全面的に賛同する見解と疑いを差しはさむ見解とを比較しながら、特に後者に力点を置いて考察をなしていきたい。なぜなら、既に何度も述べているように、消費者保護に賛同する見解については我が国においても同様のことが主張されてきたが、疑いをもつ見解というのは我が国においては従来ほとんど主張されてこなかっただけに、いかなる観点から疑問が提起されているかを検討することは、今後の「正当な法（richtiges Recht）」²⁾を考察する上で、議論を深めることに寄与するものと考えためである。

その上で、まず第一に、各学説が消費者保護に対して基本的にどのような態度をとっているかを「消費者」概念に対する考え方と共に見ていきたい。第二に、消費者法と民法（BGB）又は一般私法・一般民事法・一般市民法（allgemeines Privatrecht；allgemeines Zivilrecht；allgemeines Bürgerliches Recht）^{2a)}との関係をどのように捉えているかを見ていきたい。さらに、第三に、消費者法と憲法との関係をめぐる考えについても見ていく。第四に、今後どのような方策を立てるべきかと考えているかについて見ていきたい。もっとも、以上の計四つの視点については、相互に関連しているため重複する部分もあるが可能な限りでの分類を行う。また、各学説により論じている視点と論じていない視点とがあるため、論じている限りにお

いて見ていくことになる。

なお、学説の紹介順序は、各学説の主たる論考が発表された時期に従う。

消費者保護に賛同する見解³⁾

１．ペーター・ギルレス（Peter Gilles）

消費者法と民法との関係

公法から明白に区別される「純粹に市民的な」民法の財産法は、自由主義的・個人主義的な基本傾向をもち、次のような法体系を有する。つまり、自由・平等な有産階級から成る社会的モデル、経済的に対等な者同士の間における自由かつ自立的な財貨及び給付の交換という市場モデル、及び個人の私的自治的な自己形成という觀念に負っているところの法体系である。これに対して、「社会的」要求に担われた消費者保護立法の中には、今日の清算関係、配分関係、及び消費関係において存在するところの、売主・消費者間の「典型的不平等状況」を考慮する規定が見いだされる。経済的側面から言えば、民法の財産法の本質が、自由な市場経済に関わる諸力の単なる組織化と補充であるとすれば、消費者法の狙いは、まず第一にその規制と監督である⁴⁾。

今後の方策

消費者保護思想を一般私法へ導入することが、我々の民法の財産法を、次第に目立つようになってきた現実からの隔たり、大幅な「機能喪失」涸渇及び「化石化」から守る唯一の道である。これからの法の分裂を避けるため、消費者法の規定に基づいて一般的契約原則や債務法の原則を発展させることがぜひ必要である。これは、私法モデルの完全な再構成に役立つ⁵⁾。

２．アイク・フォン・ヒッペル（Eike von Hippel）

消費者保護に対する基本的態度 「消費者」概念について

消費者は、市場経済秩序の中で需要者として、供給者（製造および販売業者）と本来対等な関係にあるべきなのに、今日、現実には供給者よりも

多くははるかに弱い立場に置かれている。このような弱い立場については様々な原因がある。つまり、一方では、供給者の市場における力が、企業集中の増加や競争を制限する合意ないし営業方法により強くなっている。他方、消費者が自ら商品の選択をすることは困難となっている。新しい素材と製造方法の導入のため、消費者の知識では商品について判断することができなくなっている。非常に問題のある新手の販売方法や宣伝方法も発達している。

以上の状況から、消費者保護の強化が要請され、このことは国際的に次第に理解され、注目されてきたのである⁶⁾。

消費者保護の究極の普遍的目的は、消費者の利益をすべての分野で適切に配慮し、消費者の需要を最も適切な状態で満足させることでなければならぬ⁷⁾。

消費者保護の考察に際しては、市場経済という信頼すべきモデルから出発するが、この市場経済は今日では、労働者(労働権)、消費者(消費者権)、環境(環境権)および社会的弱者(社会権)の適切な保護をはかる「枠秩序(Rahmenordnung)」を必要とすることが一般に承認されている。これにより自由な市場経済は「社会的市場経済」となるのである。この社会的な保護思想は、憲法上、その社会国家の原則に根拠を有しているのであり、消費者保護においても同様である⁸⁾。

消費者法と一般私法との関係

ドイツ法においては、既に今日、非商人を保護する、又は、非商人には保護を厚くする規範が存在している(割賦取引法・裁判管轄条項の規制・約款規制法)。また、判例も非商人と商人とで区別することは稀ではない。また、外国でも消費者を保護する規制が増えてきているし、これは適切である。特に、1979年のオーストリア消費者保護法である。同法は、私法の構造として一つの転回点を示しており、商法、労働法、賃貸借法および住居法を区別することから始められた、ないしは継続された発展の終結点にある。つまり、もはや市民という抽象的なものではなく、各人がそこで行

動するその時々⁸の社会的・経済的役割をふまえて創設される一つの法律への発展の終結点にある。

以上より、消費者保護は平等思想の放棄であり、消費者保護規範は全市民法体系を危うくするとの危惧は根拠がない⁹。

もっとも、製造物責任の場合のように一般的な規制の問題が存するときには、消費者だけを保護するにとどまらない規制をなす必要があるというのは正当である。しかし、さしあたり消費者保護規範を導入する法が全く改革をしないよりも良く、その後消費者に限られる保護規制を拡大することは可能なのである¹⁰。

今後の方策

消費者保護の分野での改革についての主張は、伝統的な社会的市場経済という体制を疑問視するものではない。市場経済が経済生活の最も効率的で最も自由な制度であることは明白である。改革は、この市場経済の機能的な能力を維持し、改善することに寄与すべきものである。したがって、これは消費者の利益にだけでなく、最終的には事業者の合理的な利益にもかなうのである¹¹。

消費者保護は全く堅固な基礎に基づいており、今日では、消費者保護における真の問題は、もはやその理論的基礎付けにあるのではなく、最も適切な解決を探求することである¹²。

3. クラウス・トンナー（Klaus Tonner）

消費者保護に対する基本的態度 - 「消費者」概念について

立法者が特別な消費者法を創設しているように、我々は独自の消費者法を必要としている。なぜなら、憲法裁判所による判例にも言われているように（後述も参照）、消費者は構造的に不平等な価値状態にあり、消費者が現れる市場は対照的なものではない。消費者は、事業者が集中することに対して抵抗しておらず、労働者のように対抗のために合同することはなく、常に個人であるにすぎないし、市場モデルの前提条件である購買決

定を放棄する自由は、基本的需要については限界がある。また、市場の透明性がないことにより、消費者に不利な効果が生じる¹³⁾。

消費者法と一般私法との関係

両者の関係については、消費者法を民事法から分離した独立の法領域と見る立場と、消費者法は弱者保護という観点の下、民事法の規範の形を整えたものであり、消費者法という概念に構造上の意味を持たせない立場という、二つの両極端な立場が形成されているが、真実はその中間にある。消費者法は民事法の構成部分であり、かつ民事法の内部構造にとって重要である¹⁴⁾。

民事法規定が消費者法と見られるべきか、一般私法に属するかの画定は、それらがB G Bの中に位置するかそれともその外に位置するかにはよらず、適用範囲による¹⁵⁾。そして、B G B 242条及び138条、A G B G 9条は疑いなく一般民事法に含まれるが、他方では、これらの規定に依拠して判例により、消費者保護が達成されてきている。すなわち、一般民事法と消費者法の境界は、透過性があるといえる¹⁶⁾。

消費者法と憲法との関係

連邦憲法裁判所の判例¹⁷⁾によれば、私的自治の機能を維持するために、立法者は、構造的に不平等な価値状態がある場合には、介入する権限を与えられているだけでなく、介入する義務さえ負っている。消費者は、まさに構造的に不平等な価値状態にある。これに対して、小売商人や下請け業者は原則的に弱い立場にはおらず(例えば、食品業界における小売商人と製造業者の関係においては小売商人が強い)、不平等があったとしても、それは状況的に不平等な価値状態にすぎず、一般法により個別に解決されるべき問題にすぎない¹⁸⁾。

消費者保護に疑いをもつ見解

1. バーバラ・ダウナー＝リーブ(Barbara Dauner-Lieb)

消費者法と一般私法との関係¹⁹⁾

（１）一般私法は、法主体の形式的・抽象的な平等の原則、分散的な危険分配の原則及び契約自由の原則から、成り立っている。これらの原則の基礎となっているのは、「自由主義的な社会モデル」である。これは、全ての個人は同様に自己の経済的事物を自由にかつ理性的に形成することができその準備があり（経済的人物という Leitbild）、他方で、機能している競争及び自由な企業家が最適な資源供給及び資源分配を担保している（市場パラダイム）という考えに基づいている。

したがって、特別法による消費者保護は、自由主義的な社会モデルの適用力及び射程範囲の問題である。

（２）消費者保護の内容を見てみると、一つには、「情報モデル」として特徴づけられる法形成が見られる。これは、消費者保護は機能的な競争によって担保されると見ており、効果的な競争政策を強調する。さらに、十分な情報と市場の透明性を、契約自由と市場メカニズムが作用するための本質的前提として、見ているのである。消費者の劣位は、経済的及び法的知識の欠如、つまり、市場での相手方に対して情報量が典型的に不足していることから導かれる。保護の必要性は、法的かつ取引上の未経験という点で、認められている。

その保護手段としては、消費者への説明及びその違反に基づく取消権や撤回権の認容、並びに A G B の内容コントロールが、挙げられよう。これに対して、個別合意のコントロール、並びにいわゆる抗弁貫徹（Einwendungsdurchgriff）は、これには含まれない。また、十分明白に説明がなされた場合には、要保護性はなくなることから、強行法の設定は、情報モデルとは相容れないものである。

「情報モデル」は、体系や市場経済に一致している。しかし、情報提供という問題は、消費者にのみ関係するのではなく、職業上の特別な知識を有しないで法律行為をなすすべての権利主体に関係するものである。したがって、消費者のために特別私法を形成することは、正当化されないことになる。

(3) 他方、「社会的な消費者保護モデル」として示される別の方向が見られる。これは、市場メカニズムと契約自由とが原則的に作用する条件である、消費者側と市場側との間の力の均衡の存在を、否定する。つまり、限定的な収入しか利用することができない消費者は、生産資本の圧倒的な優勢に直面した場合には、契約の内容形成になんの影響も与えることはできない。消費者は自己の一身上の生活需要を保証する必要に迫られているため、提供者側の条件に服する以外の道は残されていない。消費者主権は、フィクションと見られる。消費者は消費への依存から経済的に服従していることが前提とされる。

その保護手段としては、宣伝のコントロールや禁止、新たな不正競争防止法が挙げられる。さらには、現行の形式的な私法を、社会的効果を考慮した独立の消費者法によって解消すること、つまり、一方で契約自由の効力範囲を広く制限し、他方で裁判官によるコントロール権限を拡大することが挙げられる。具体的には、「合意は拘束される」という原則を撤回権や解除権の認容により相対化すること、好ましくない契約類型を禁止すること、さらに、B G B 138条による暴利行為への裁判官の介入権限の拡張が挙げられる。つまり、ここでは、半強制的な規範の配置、及び個別合意への裁判官による内容コントロールの拡張により、任意法を撃退することが必要となる。また、分散的な危険分配は、危険の社会化を可能にする制度によって取って代わられるべきとする。この典型例として、抗弁貫徹が挙げられる。

このモデルは、消費者のための特別私法を形成することにより、形式的・抽象的平等を打破することを、矛盾なく理由づけている。しかし、このモデルは統制装置を必要とする。つまり、主権者たる消費者に代わって、国家機関が契約の適切性について判断しなければならないのである。私的資本の退却があった場合には、契約強制の設定、投資のコントロール、及び一定物品の国家による製造によって、「消費への依存」が考慮されることになる。したがって、消費者のための特別私法の展開が、根本的なシ

システム改変へと向かうという危険が存在する²⁰⁾。

今後の方策

以上から、一般的な特別法の形成は、市場経済に一致した形では正当化されない。体系に一致した民法のさらなる発展及び実現は、一方では各の契約類型や問題群の物的特殊性を問題とするものでなければならず、他方では形式的・抽象的平等を維持して全ての法主体を改正処置の効力範囲に取り込むものでなければならない。例えば、A G B Gにおいてのみ従来見られた特定条項の一般的・強制的な禁止が、洗練された取引モラルの形成という観点で、システムに一致する形で正当化されることになる。また、客観的・事物関連的な前提が存在する場合に抗弁貫徹を認めることが、個別的な帰責性及び支配可能性という思想から導かれることも考えられる。

しかし、自由主義的社会モデルに依拠した場合でも、例えば、信用仲介や借換の領域での特定の事情によって、社会的消費者保護の見解による介入が必要となる。これは、例外的規律として示されるべきであり、特別法としてB G Bの外に規定されるべきである。

もっとも、自由主義的社会モデルに賛成するか反対するか、したがって、私的自治原則を根拠とする自由な私法秩序に賛成するか反対するかという原則的な判断は、法の外での評価である²¹⁾。

2. ハーム・ペーター・ヴェスターマン（Harm Peter Westermann）

消費者法と一般私法との関係

消費者保護思想については、事業者の利益を犠牲にして市場の反対側に位置する消費者の保護を図ることと説明される。つまり、一定の人的グループを保護するという思想に基づき、当事者の一方に不利と思われる特別な状況を規制するという形で規定がなされる。これに対して、B G Bの法秩序は、権利主体をその目的に応じて抽象化し形式的に平等に取り扱おうとする原理に基づいている²²⁾。

今後の方策

(1) 先に述べた消費者法とBGBとの関係からは、消費者法をBGBの特別法として設けることは比較的容易である。しかし、BGBの中に採り入れようとするときには、特性を互いに弱めてしまうという点で不都合が生じる。したがって、消費者保護規定をBGBに採り入れるためには、「契約当事者を保護する必要から特定人の社会的地位(Volksschicht)や経済的役割によって特定される様相(Bild)」を要件とすべきではなく、「状況的に特殊な様相」が要件とされるべきである²³⁾。統一的な消費者概念を形成することはできないし、現在の法体系が根底から破壊されてはならないことを理由に、人的適用範囲を統一的に制限することはできない²⁴⁾。

(2) BGBに消費者保護規定を導入する方法としては、二つが考えられる。一つは、事業者と消費者との間の取引を取り出し、消費者を一般的に保護するための特別な規定をBGBの特別な箇所に制定し、取引をこの規定に服せしめるという方法である。もう一つは、契約当事者の一方を特別に保護するための規定を設けるというのではなく、契約上の取り決めの正義保障を洗練または改善するための規定を設けるという方法であり、この場合には民法総則や債権総論の諸制度が補充・一新されることになる²⁵⁾。

消費者の概念と事業者の観念自体、従来の立法において統一的ではなく、その制定時における具体的な政策判断に基づいて規定されてきた点からすれば、統一的な消費者概念を用いることは不可能である。したがって、後者の方法を採用すべきである。この方法によるときは、規定が「住む」「働く」「旅行する」という特殊な社会的行為に結びつくと思われるため、契約正義を保障する規定を人のおかれている「状況」に結びつけて制定する必要がある²⁶⁾。

(3) 具体的には、1. 契約の準備及び締結に関する規定、2. 撤回権及び解約告知権に関する規定、3. 契約の内容に関する法的確定とそのコントロールの規定をあげることができる。

まず、契約の準備及び締結における書式化の要請に関して、割賦取引法1条aを信用取引全般に適用し、通信教育保護法3条2項を直接教育に拡

張すべきである²⁷⁾。また、撤回権に関する規定は、「不意打ちにあったこと」に結びつける必要があるとして、これと関係なく規定されている割賦販売法１条bをそのモデルとすることは妥当ではない²⁸⁾。

３．ギュンター・ホン（Günther Hönn）

消費者保護に対する基本的態度 「消費者」概念について

(1) 「消費者」は「商品やサービスを私的使用のために調達する人」として定義されている。他方、消費者保護の目的としては、「欠陥および危険な製造物からの保護・不当広告からの保護・不当取引約款からの保護・法外に高い価格からの保護……」が挙げられる。このような保護目的と先の定義は一致するものではない²⁹⁾。

(2) 解明の必要があるのは、「なぜ消費者はより強化された保護を必要とするのか」、である。

まず第一に、「消費が放棄不可能であること」を保護の根拠とするという考えがある。しかし、商人にとって売り上げおよびその取引の存続は、消費者にとって多くは無用な物品よりもたいへん重要である。

第二に、「競争が機能していない」のが問題であり、機能させるためには、カルテル法（GWB）³⁰⁾の規定および情報提供義務の付加が必要となると言われる。しかし、これによれば、消費者保護領域において重要な内容上の強行法は正当ではないという結論にいたる。消費者利益は競争によっては常に十分には保護されないが、情報提供が十分になされても同じである。

第三に、実用的な手がかりが問題とされる。つまり、物品およびサービスの取得と関連して多くの危険が迫っており、そして、危険の可能性が私人と企業とでは異なって作用する、あるいは、異なって評価される、ということが言われる。しかし、危険を他者に生み出すのは企業集中に基づく経済力のみではなく、現代経済のその他多くの現象も、生み出す要因となっているのである。このことは、特別の利用目的がある現代的製造物

(食料品)について妥当する。また、商取引における大量現象について妥当し、一定の取引類型について妥当する。経済取引に職業上関与する者は私的行為者よりも典型的に情報において優位に立っており、そのような優位の不当な利用を阻止することが重要である。従来から、商事法は一定の営業活動の場合に、より厳格な義務づけをなしてきた。しかし、それをもって逆に消費者の地位が一般的に特権化されることはなかったのである³¹⁾。

(3) 以上より、消費者という役割で行為をなす場合の一般的保護必要性という方向ではなく、個人の状況に関連した危険化という方向を目指すべきである。よって、消費者概念は内容上定義不可能である。特別の保護必要性和結びつけるにあたっては、多くの異なった消費者概念が存在するし、またこの概念は、状況に特殊な危険化を考慮して個別の消費者保護の規律および法のその都度の保護対象を特徴づける。「消費者」という概念は、ほとんど中身がなくなってしまうのである。統一的な消費者概念を探すことは無益であり、統一的な消費者概念を使用すべきとの立法者への提言は非現実的である³²⁾。

(4) もっとも、消費者および消費者保護の概念は、社会学的および法政策的意味においては意義を持ち続ける。消費者および消費者保護という概念は、法学的に旧式のものであるが、実際には無しでは済ますことができないものである³³⁾。

(5) 消費者信用において、消費者に特別な保護の必要性は存在しない。私的受信者を保護している個別規定は、むしろ、信用に特別な危険局面を克服するものであり、この危険局面が法規定の物的適用範囲を決定している³⁴⁾

消費者法と民法との関係

消費者保護は、一定の人物グループのための特別法でも、消費者という役割での行為のための特別法というものではない。消費者保護は状況に特殊な権利の危険化を克服するための法規定に関する略語(Kurzel)であ

る³⁵⁾。

今後の方策³⁶⁾

消費者という役割で行為をなす場合の一般的保護必要性という方向ではなく、個人の状況に関連した危険化という方向を目指すべきである。統一的な消費者概念を探すことは目的がなく、統一的な消費者概念を使用すべきとの立法者への提言は非現実的である。

４．ディーター・メディクス（Dieter Medicus）

消費者保護に対する基本的態度 「消費者」概念について

消費者保護において、消費者は誰なのか、ということは多様に規定されている。消費者の定義は、憲法ともかかわる重要問題であり、立法者がどの程度必要な類型化をなすことが許されるかという問題が生ずる（これについては後述 参照）。

ドイツ法及びＥＣ法における「消費者」の概念を見ると、非常に多様であり互いに矛盾している。現在の状態については、消費者概念を見つけようとする試みの結果であるがまだ達成されていない、つまり全ての関連問題につき適当な統一的な概念が存在するという考えも成り立ちうるが、統一性が存在する可能性があるまたは存在すべきであるというにとどめるべきである。つまり、「消費者」は法的にはまやかし（Mystifikation）にすぎず、本質的な意味は政策にしかなく、「消費者保護」というスローガン（Schlagwort）³⁷⁾の魅力を改良計画への信奉者を見つけるために利用することができる。これに対して、法的には同じ人物層の保護は問題とはならない。問題なのは、多様な問題群、例えば、性急さ・軽率さ・情報の欠如・不意打ちからの保護を適切に規律することである³⁸⁾。この根拠として、「消費者」の要保護性については何ら統一的な理由は存在しないことをあげることができる。つまり要保護性については３つの考えが示されるがそれぞれにつき反証すると、第一に、保護の理由として、「私的な」ものと「職業的又は営業的な」ものとの区別の中に、つまり、熟練性の中に見い

だされることがあるが、これが常に妥当するのは特定領域のみである。例えば、普通の水道屋にはこれは妥当せず、信用が営業と関連するときには消費者信用法 (VerbrKrG) によればこの者は保護されないままにおかれる。第二に、財産上の損失回避が、保護目的として挙げられ、取引として行為する者は損失を費用要因として計算に入れ価格に転嫁することができるのに対して、消費者にはその可能性はないと言われる。しかし、取引として行為する者には私的消費者とは異なり、生計を揺るがすリスクが堆積するという危険が高い。第三に、消費者は自己の消費に依存していると言われるがこれは妥当しない。現実の立法においてもこれを根拠としている規律は存在せず、また、職業又は営業として行為する者こそ自己の収入又は販売に依存しており、損失が堆積すれば生活に関わるのであり、これに対して消費者が失望しても困惑しないのである。

規律を要する問題状況の多くに面して、「消費者」を問題とすることは簡略化しすぎである。さらにこれは、憲法によるコントロールに耐え得ないほど雑である。優先すべきなのは、立法者の介入を正当化しかつ要求するような状況をできるだけ詳しく描写する試みだけである。よって、「誰が消費者か？」という問いは法的に誤った設定であるが、これは結局、千年来設定されてきた問い、正当な法 (richtiges Recht) への問いに「すぎない」のである³⁹⁾。

消費者法と一般私法との関係

民法法を、その保護の程度という観点から見ると、B G Bと比較して、商法は保護が弱体化されているものとして、他方、労働法・住居賃貸借法・A G B G・旅行契約法と並んで消費者法は、保護が強化されているものとして、位置づけることができる⁴⁰⁾。

消費者法と憲法との関係

消費者の定義は憲法と関わる重要問題であり、立法者がどの程度必要な類型化をなすことが許されるかという問題が生じる。つまり、立法者が消費者概念をあまりに狭く起草した場合には、その概念によりカバーされな

いが、にもかかわらず消費者と同様に保護を要する人物の基本権を立法者が侵害することになるかもしれない。他方、その概念をあまりに広く起草した場合には、基本権により保護されている契約相手の行為自由への、過度の禁止に違反する侵害となるかもしれない⁴¹⁾。消費者を問題とするというのは、簡略化しすぎであり、憲法によるコントロールに耐えられないほど雑である⁴²⁾。

今後の方策

消費者法典（Verbrauchergesetzbuch）という着想とは別れる必要がある。消費者法典を作ろうものなら、これは明白な対象・関連のない個別規定を単にごたませにしたものにすぎなくなる。むしろ、規律は、個別問題が生ずるところの意味関連の中にそれぞれおかれるべきである。例えば、暴利やＡＧＢは契約締結に関係してくるのである⁴³⁾。

また、「消費者」概念の不明確さは、ＢＧＢ債務法の改正に際して消費者についての特別な規律を予定することを、妨げるものである⁴⁴⁾。

以上により、特別な消費者保護規定を現在ある場所に残しておくべきである⁴⁵⁾⁴⁶⁾。

５．ルドルフ・ゲルトナー（Rudolf Gärtner）

消費者法と一般市民法との関係

特別私法は、それが「全ての者について」適用されるのではなく特別なある名宛人層に向けられているということによって、一般市民法とは明らかに対照的である。商法、労働法、さらには消費者保護についても同様に言われてきた⁴⁷⁾。

消費者保護法を見れば、それは私的消費を規律対象として予定しており、営業領域を除外している。つまり、立法は、営業領域に関する限りは、商人間取引についての特別私法を優先するという傾向にある。この領域に関係しないという点では、消費者保護は全ての者に対する法律となり、その場合には、民法と消費者保護法との間に法的な区別をなす可能性がなくな

る⁴⁸⁾。つまり、民事法上の消費者保護 (civilrechtliche Verbraucherschutz) が一般市民法 (allgemeines Bürgerliches Recht) の構成部分として現れるが、他方では営業領域における特別私法の展開が顕著となっている⁴⁹⁾。

全ての者に区別なく適用される市民法は、差別化及び特権化に対して、新たに勝ち取られた政治的な自由の表明であった⁵⁰⁾。後の裕福な社会にあっては、別の目的すなわち消費が前面に出てきたのであり、幅の広い安定して拡張的なより良い消費は、市民の一般的な要求となったのである。問題となるのは、消費者という衣装をかぶった市民の世話、消費者たる市民 (citoyen consommateur) という姿なのである⁵¹⁾。

ヨーロッパにおける消費者保護の展開も、一般市民法から生じており、かつ、一般市民法の改築を目的としており、民法の向こう側にしまうことを目的とするものではない⁵²⁾。消費者保護は弱者として平均的市民に対比される特権グループのためのものではないことは明白である。これはヨーロッパ市民の経済法であるというように、統合されてきた。消費者保護というスローガンの下には、結局、より高い生活の質というビジョンを背負った全く傲慢な目的が統合されているのである⁵³⁾。

今後の方策

特別私法は営業的な消費についてのみ存在し、他方民事法上の消費者保護は一般市民法に位置づけられるべきである。消費者保護法の間には構造上の類似はあまり存在せず、ここからは、債務法改正の領域において法典編纂によりまとめることが不可能であることが導かれる⁵⁴⁾。

6. マインラート・ドレエア (Meinrad Dreher)

消費者保護に対する基本的態度 「消費者」概念について

ヨーロッパ法もドイツ法も、統一的な消費者概念を有していない。基準となるのは、具体的な事実関連におけるその都度の保護目的であり、消費者もその中の概念として現れうる。その概念は、カバーされる法的な人格を

考慮して、その都度新たに定義される必要があり、これに対して、消費者という一般的な概念は基準として継続し得ないのである⁵⁵⁾。

他方、ヨーロッパあるいはドイツにおける立法者が保護価値ある法的人格としている典型（Leitbild）としては、ヨーロッパとドイツとは異なっている。つまり、ヨーロッパにおいては、賢い消費者、すなわち情報提供される、又は情報提供され得る消費者という典型が予定されている。これに対して、ドイツにおいては、不器用な未成熟の消費者、国家による包括的な後見を必要としている消費者、あるいは不注意で無批判な消費者という典型が予定されている。ヨーロッパ法の消費者に関する典型は、ドイツ法に未だ影響を与えていない⁵⁶⁾。

長年、見事な芸術作品には偽りのことが行われている。つまり、怪人（＝消費者）はオペラ（＝法）を大衆芝居となしている⁵⁷⁾。消費者は、法という作品に浸透しているが、それを捉えようとすると、雲散霧消してしまう⁵⁸⁾。

消費者法と私法との関係

消費者法は、私法の補完をなすものではなく、私法を徐々に破壊するもの（Erosion）である⁵⁹⁾。

すなわち、私法の出発点は法的人格であるが、消費者法は、私法の基礎である法的人格の同一性を排除する。規範的なカテゴリーとしての消費者は、詳細な定義なしにその都度の事物関連の中で利用されてはならないし、統一的な観念が統制することのない者は、法の対象として考えるのに適していないのである。よって、消費者法は、商法および一般市民法に加わる第三のカテゴリーとして存在し得ない⁶⁰⁾。

また、消費者法の完成は必然的に契約自由の排除を伴う⁶¹⁾。

消費者法と憲法との関係

私法および私的自治は、憲法の最高価値である「自由な人格」から出発し、強固な地盤を基礎にしてきた。しかし、今日憲法は、構造的な力の不均衡状態およびその除去というカテゴリーの中で、私法および消費者に

つき考えている。ドイツ消費者保護法は、基本法の人間像である自由かつ自己責任的な人間の人格、つまり、私法の基礎であり、その機能において経済取引への参加者として性格づけられる人格とは一致しない。よって、ドイツ法においては憲法と私法とが同調していないのである。これに対して、ヨーロッパでは「自由な競争を伴った開いた市場経済」および4つの基本的自由により、賢い消費者という典型は一致している⁶²⁾。

今後の方策

競争の機能を、一般性の保護という意味において消費者保護の手段として明確にすることが重要である。つまり、競争およびカルテル法は、卓越した消費者行動のための前提条件を創るのであり、機能している市場は消費者保護規定を広く廃れさせるのである。競争は、法的人格の同一性および契約と同様、私法が依拠している土台であり、そこでは「賢い消費者」が前提とされているのである。

今後は、消費者保護法を私法にとっての危険として認識し、賢い消費者、情報提供される又は情報提供され得る消費者を典型と考え、透明性および情報提供による自己保護を可能にするという方向での消費者保護に向かわべきである⁶³⁾。

検 討

1. 学説の展開と消費者保護関連立法との相互関連

まずはじめに、ドイツでの消費者保護関連立法の成立時期と学説の展開との関連にも目を向けながら、学説の流れを大まかに把握しておきたい。

ドイツではやはり、消費者法生成期ともいべき時期である1980年代には、民法とは異なる消費者法の必要性が説かれてきた(ヒッペル, ギルレス)。しかし、それと平行して、債務法改正が検討されていた最中だけに、根本的かつ詳細な検討も行われた結果、他方では消費者保護に疑いをもつ見解も現れていた(ヴェスターマン, ダウナー=リープ)。

その後、1990年代には、E C / E Uにおける消費者保護政策の下、数々

の消費者保護指令が出される中で、それらの指令を国内法化した具体的な消費者保護法を前にして、より積極的に消費者保護に疑問を呈する見解が次々と主張されてきた（ホン、メディクス、ゲルトナー、ドレエア）。また同時に、消費者法を積極的に正当化する見解（トンナー）も、疑問を呈する見解（ダウナー＝リープ、ゲルトナー）に対する反論として主張されている。

２．各視点毎の検討

以下では、前述及びで検討のための視点として挙げた４点につきどのように考えるべきかを、消費者保護に賛同する見解（以下では賛同説と略称）と疑いをもつ見解（以下では疑問説と略称）とを対比させながら、検討していく。

消費者保護に対する基本的態度 「消費者」概念について

まず、賛同説は「消費者が供給者・事業者に対して弱い立場にあること」を基本認識とするが、それを裏づける論拠に対して、疑問説が真正面から反論を行っている。

第一に、新たな素材と製造方法によって「消費者の知識では商品について判断することができなくなっている」との論拠に対しては、それは消費者にのみ妥当することではなく事業者であっても普通の水道屋などについても妥当する問題であり、このような情報における優劣の問題に対しては優位の不当利用を阻止することこそが重要だと反論される。

第二に、「消費者は自己の消費に依存しており購買決定を放棄する自由はない」との論拠に対しては、むしろ事業者こそ自己の収入や販売に依存しており損失が堆積すれば生活に関わる、これに対して消費者は多くは無用な物品を購入しているにすぎず、生活への影響力も小さいと反論される。

第三に、現実に「非常に問題のある新手の販売方法など」が展開されているとの論拠に対しては、そのような危険を生み出すのは消費者の相手方となる事業者の経済力のみでなく、その他多くの現象（特別の利用目的が

ある現代的製造物，商取引における大量現象，一定の取引類型）も原因と
なっていると反論される。

また，疑問説は，「消費者」という概念を用いることについて，この概
念は統一的な内容をもつものではないため⁶⁴⁾法の対象として考えるのに適
さないとする。「消費者」は法的には「まやかし（Mystifikation）」にすぎ
ず，本質的な意味は政策にしかなく，「消費者保護」というスローガンの
魅力を改良計画への信奉者を見つけるために利用するのだ，と主張するが，
これは非常に印象的である。

さらに，問題となるのは，同じ人物層の保護ではなく，多様な問題群
（性急さ，軽率さ，情報の欠如，不意打ち）からの保護を適切に規律する
ことだ，との主張もなされている。

賛同説によれば，消費者は事業者が集中することに対して（労働者のよ
うに）対抗のために合同することもなく，常に個人であるという点も着目
されるが，この点が現実の消費者保護規定となぜ，また，どのような規定
と結びつくのかについては不明である。

消費者法と民法（一般私法・一般民事法・一般市民法）との関係

まず，賛同説及び疑問説双方において，民法（一般私法等）は従来，法
主体の平等性・抽象性を前提としてきたこと，つまり，全ての法主体を形
式的・抽象的に平等に扱ってきたことを，共通の認識としている。対する
消費者保護は，特別の名宛人に向けられていること，つまり，一定の人物
層を特別に保護するものであるということも，共通の認識としている。

以上の前提に立った上で，賛同説は，消費者保護は，売主・消費者間の
「典型的不平等状況」を考慮するものとされ，平等思想の放棄ではないと
する。これに対して，疑問説は，一方では，私法の基礎である法的人格の
同一性を排除し，契約自由を排除するとの否定的な見解を主張する。また
他方では，「社会的な消費者保護モデル」によって形式的・抽象的平等を
打ち破ることはできる（「自由主義的な社会モデル」によっては不可能）
が，このモデルは国家機関による契約の適切性判断を必要とするため，根

本的なシステム改変へと向かう危険がある，とする。この主張は，賛同説による，民法の本質は市場経済的諸力の単なる組織化と補充であり，消費者法の狙いはその「規制と監督」であるとの主張にも，一致する。もっとも，そもそも「社会的な消費者保護モデル」の前提となっている「消費者の消費への依存」自体が疑問説により否定されてはいる（前述 参照）。

また，消費者法と一般私法とをどのように区別するのかについて，賛同説から，この区別は法規定が民法典の中にあるか外にあるかによるのではなく適用範囲によるとの言及がなされている。

さらに，疑問説からは，そもそも「消費者保護自体の位置づけ」からして疑問視される点が印象的である。一つには，消費者保護は一定の人物層のための特別法ではなく，状況に特殊な権利の危険化を克服するための法規定を示すものにすぎないと主張される。また一つには，裕福な社会となったことにより従来とは異なる目的すなわち「消費」，「幅広い，安定した，拡張的な，かつより良い消費」が，市民の要求となった結果，消費者保護の展開により「一般市民法の改築」が目指されているにすぎない，消費者保護というスローガンの下に「より高い生活の質」というビジョンを背負った傲慢な目的がある，との主張がなされる。結果として，消費者保護は弱者として平均的市民に対比される特権グループのためのものではないと主張される。

もっとも賛同説も一般的な規制の必要性も存在しうることを認めて，さしあたり消費者保護に限定した改革をする方が何もしないよりはましだとして，将来的にはその改革を一般に拡大する可能性を指摘する。さらには，消費者法の存在により一般的契約原則自体が発展することを期待してさえる。

消費者法と憲法との関係

まず，疑問説は，消費者の定義を憲法と関わる重大問題と位置づける。その上で，立法者がこれをあまりに狭く定義すれば，消費者と同様に保護を必要とする人物の基本権を立法者が侵害することになり得るし，他方，

あまりに広く定義すれば、基本権により保護されている契約相手の行為自由に対する過度の禁止に違反する侵害となり得るとする。以上より、消費者を問題とすること自体、簡略化しすぎであり、憲法によるコントロールには耐えられない、とする。

また、ドイツ消費者保護法は、基本法の人間像である、自由かつ自己責任的な人間の人格とは一致しない、とする。

他方、賛同説は、憲法裁判所の判例を引用し、消費者は構造的に不平等な価値状態にあるとして、この場合には、立法者は介入する義務まで負うとする。これに対して、小売商人や下請け業者は状況的に不平等な価値状態にあるにすぎず、この場合には一般法により個別に解決されるべきとする。

もっとも、このような賛同説の見解に対しては、¹⁾で疑問説から出された「消費者の弱者性への疑向」に基づき、再び反論されることになる。

今後の方策

まず、賛同説及び疑問説共に、市場経済を維持すべきことについては一致している。

その上で、賛同説は、消費者保護を目指した改革により、市場経済の能力を維持・改善することになる、とする。これに対して疑問説は、「消費者」保護を（特に民法典の中で）問題とすることは、市場経済に一致した形では正当化できないとする。

また、消費者保護思想を民法典の中に導入することについても言及されている。賛同説によれば、これは、現実からの隔たり、大幅な機能喪失及び化石化から、民法を守る唯一の道とする。この点については疑問説も同じ見解のようであるが、「消費者」という特定人の社会的地位や経済的役割を問題とするのではなく、全ての法主体を改正の適用範囲に取り込むべきとした上で、契約類型や「状況」に関連した危険を問題とすべきである、とする（例えば、A G B Gの規定、抗弁貫徹・暴利に関わる問題など）。ただ、²⁾でまとめたように、賛同説も将来的には、消費者保護に限定した

規定が一般的原則へと発展することを期待してさえるのである。

さらに、疑問説によれば、効果的な競争政策により、十分な情報と市場の透明性が確保され、それにより自己保護が可能になるとされる。そこで予定される名宛人は消費者には限定されず、予定される法的手段として強行法規定は否定され、（ＥＣ／ＥＵの採る方向と同様に）説明と撤回権の認容が中心とされる。

小 括

本章においては、ドイツの学説が、消費者保護につきどのように考えているかを見てきた。その議論状況は、数々の消費者保護指令を出しているＥＣ／ＥＵ法の影響下にあり、国内でも消費者保護法が次々と成立しているにもかかわらず、消費者保護を所与の前提あるいは当然の進むべき方向として捉えるのではなく、むしろ、このような情勢下だからこそ、ますます根本的な議論を深めようという気概に満ちていると言えよう。

中でも特に注目すべきなのは、「消費者」に法の適用範囲を限定することに対する批判である。この視点は、第一に、「消費者は事業者に対して弱い」という評価自体に反証すること、第二に、憲法上の問題提起をなすこと、を根拠として提起される。第一の根拠は、まさに今までは見過ごされていた重要な視点のように思われる。第二の根拠も、実は法律を制定する際には立法者にとって避けては通れない問題であり、したがって、立法提言を行う法学者にとっても考察を要する問題である。その上で、実際の問題解決の方法としては、「消費者」のような特定人の社会的地位や経済的役割を問題とするのではなく、「契約類型」や「状況」に関連した危険を問題とすべきとされるのである。つまり、全ての法主体を法の適用範囲に含めるべきとされる。

そのような方向性は、基本的には賛同説によっても否定されるものではなく、むしろ将来的には期待までされていることが窺える点は興味深い。

学説の対立は、一方では消費者という人的適用範囲に着目するのか、そ

れとも状況等に注目するののかの対立となっているのは確かである。ただ、賛同説も、状況等に注目した場合には一般的規制を指向せざるを得なくなる。さらに、消費者保護立法も、物的適用範囲やその他の要件として、状況等を既に問題視していることは、既に前章までの考察で明らかになった通りである。とすれば、疑問説の言うように、「消費者保護」は魅力的なスローガンでしかない、本質的には「一般的な市民法の改築」が目指されている、との指摘も無視することはできないとも思われる。

終 章

総 括

以上、契約法において「消費者保護」がいかなる意味を持つかについていくつかの消費者保護契約法を対象に、検討してきた。その際には、消費者保護に関する法を「適用範囲を限定する法」として位置づけ、適用範囲の限定に着目した。つまり、「一定人物」間の契約に限って特別な規律を適用するのが、消費者保護法の本質とも言える。しかし、その場合には、「なぜ、この一定人物間の契約に限って特別な規律が必要となるのか」に答える必要が生じてくる。「一定人物」が「特別な規律」を理由づけているという関係が要求されるのである。したがって、本稿の考察も、「一定人物」が「特別な規律」を理由づけているか、を検討することとなった。換言すれば、「適用範囲(人的適用範囲—消費者・事業者など、物的適用範囲—信用契約、訪問販売、約款を用いた契約など)が具体的規律(撤回権の認容、不当条項の無効など)を理由づけているか」を検討することとなった。

まず第一章では、物的適用範囲及び人的適用範囲双方を限定する一連の消費者保護契約法を対象として、適用範囲限定の基準を検討した。それによれば、人的適用範囲の限定方法としては、多様なものが存在していることが明らかとなった。

次に第二章では、適用範囲を限定する規定及び具体的規律に関する規定について、その立法理由を政府草案理由などから検討した。その結果、適用範囲の限定と具体的な規律内容との関連性が常に意識されていること、複数の法律間で、適用範囲や立法理由が異なるが、同じ具体的規律が規定されたり、他方では適用範囲や具体的規律も異なるが、立法目的に共通点ある場合が存在することが明らかとなった。

さらに第三章では、従来の契約法規律との関係を検討した。その結果、まず具体的規律については、従来の契約法規律を法的安定性のために明文化したというものが多いこと、他方規律対象については、適用範囲限定の結果、従来の規律から変更されていること、が明らかとなった。

第一章ないし第三章の検討は、実質的な検討をなす前提としての事実の確認であった。

さらに第四章では、独自の検討方法を立て、実質的な検討作業を行った。すなわち、適用範囲を限定する規律、換言すれば「実際に規律対象として類型化された事実」から、あらゆる「特徴」を導きだし、その特徴から「危機に直面している価値」したがって「守られるべき価値」を明らかにした上で、「実現されるべき目的」を示し、その目的実現のために適切と考えられる「多様な方法」を抽出し、「実際に選択された具体的規律」との関係を明らかにするという検討方法である。この方法により、「規律対象と具体的規律」との関連、換言すれば、「適用範囲が具体的規律を理由づけているか」が実質的に明らかとなった。中でも重要ないくつかの点について繰り返しとなるがここでも述べておきたい。まず、適用範囲を限定する法には、画一化された規律対象について多様な法的効果を一律に認めるという性格がつきまとうのであるが、その性格のために、規律対象としての要件全てを満たさずとも、一部の法的効果は認められるべき場合が存在するということである。その結果、一定の法的効果が認められるべき場合であっても、規律対象が限定されすぎているため、法的効果を受容できない場合が生じる。また、具体的規律によっては、規律対象の特

殊性から導かれる可能性を理由とするのではなく、個別の状況を理由とする規定が見られ、その場合には規律対象を限定する実質的意味は存在しない。この場合にも、一定の法的効果が認められるべき場合であっても、規律対象が限定されすぎているため、法的効果を楽しむことが生じてしまう。さらに、適用範囲を限定する事実として、規律対象と適用除外とは同列に扱われがちであるが、それらが果たす機能を区別すべきである。規律対象は具体的規律の根拠として機能するが、適用除外の機能は別の点にある。つまり、規律対象が具体的規律の根拠として機能する場面を考えれば、そこでは一定の価値が危機的状況にある「可能性が高い」ことを示すにすぎないため、「可能性が高い」ことを否定する事実として、適用除外が機能するのである。

第五章では、ドイツの学説が「消費者保護」をめぐるどのような議論を行っているかを見た。そこでは、「消費者」概念に対する考え方、消費者法と民法（一般私法・一般民事法・一般市民法）との関係の捉え方、消費者法と憲法との関係の捉え方、今後向かうべき方向性、といった多様な視点から議論が行われていた。まず挙げるべきは、ドイツの有力な学説、しかも少なくない数の学説が、私見と同様、消費者保護に関する法を「適用範囲を限定する法」として位置づけ、これを考察の出発点としている点、及び、その上で、「消費者」に適用範囲を限定することに対する強力な疑問が提起されている点である。さらに、実際に生じている問題への対処方法としては、「消費者」のような特定人の社会的地位や経済的役割を問題とするのではなく、「契約類型」や「状況」に関連した危険を問題とすべきとされる。

以上の考察によれば、私見による検討結果と、ドイツ学説のうち疑問説による見解とは、一致する点が多いのが分かる。すなわち、私見による検討結果として、規律対象としての要件全てを満たさずとも一部の法的効果は認められるべき場合が存在するが、このことはつまり、常に「消費者」に適用範囲を限定することに対する疑問に通じるし、「契約類型」と

いう別の規律対象を問題とすべき場合もあることに通じる。また、個別の状況を理由とする規定が見られ、その場合には規律対象を限定する実質の意味は存在しないと思われるが、このことはつまり、「状況」に関連した危険を問題とすべき場合もあるということに通じる。

結 び

本稿が最初に問題意識として挙げていた「消費者は特別な規定を正当化するか？」という問いに対しては、以上の検討の結果、全面的に賛同することはできない。なぜなら、まず第一に、問題発生の本根理由は「消費者」性のみではなく、「契約類型」や「状況」に関連した危険にもあると思われるからである。第二に、画一的な「消費者」性を問題としすぎるあまり、それ以外の人物が置かれた具体的な状況への目配りが怠られ、結果として、同様の法的効果を受すべき人物には利益は行き渡らないという弊害が発生するおそれがあるからである。さらに第三に、「契約類型」や「状況」に関連した危険を問題としながら、二重に正当化理由として「消費者」性を問題とする理由が明らかでないからである。もちろん、特別な規定を認めるためには、消費者に適用範囲を限定すればそれが実現しやすくなるとの利点はある。ただ、そのために「消費者だから」という点が強調されすぎて、それ以外の問題発生原因が見過ごされることが起こりやすくなってしまわないか⁵⁷⁾。

以上のような結論もさることながら、本稿において最も強調しておきたいことは、ドイツでは常に、いわゆる消費者への「適用範囲限定」がどのような意味を持つのかについて、否定的な見解も含めて、活発な議論が行われているという点である。撤回権を認容する、不当な契約条項を無効にする、といった具体的規律内容のみでなく、「適用範囲限定」の問題も同様に、重要な法的効果をもたらすという点が明確に意識されているという点である。この問題は、「消費者は特別な規定を正当化するか？」という問いに姿を変えて現れることとなる。

もちろん、本稿での考察はあくまでドイツ法を対象としたものにすぎない。我が国については状況はまた異なるかもしれない。ただ、「適用範囲限定」という問題の重要性については異なる所はないであろう。本稿が少しでも我が国での消費者保護をめぐる議論の参考となれば幸いである。

- 1) 学説については枚挙に違がないが、本稿の本文及び脚注で挙げた学説が代表的なものといえよう。
- 2) この「正当な法 (richtiges Recht)」という言葉は、後述 4 で引用するディーター・メディクス (Dieter Medicus) から借用している。
- 2a) 学説により用語に違いはあるが、一般法との関係を論じている点では共通している。
- 3) 前述したように、消費者保護に全面的に賛同する見解については、我が国において、ベーター・ギルレス (竹内俊雄編)『西ドイツにおける消費者法の展開』(法学書院, 1989年)や、アイク・フォン・ヒッペル/好美清光・円谷峻訳『消費者の保護 各国の事例にみる現状と対策』(東洋経済新報社, 1986年)により、詳細に翻訳され紹介されている。また後者は、Eike von Hippel, Verbraucherschutz, 3. Aufl. (1986) の訳出であり、同書はドイツでの議論においても消費者保護への賛同を著す代表的文献として引用されるものである。そのため、本稿においてもこれら先達の研究成果に負いつつ検討を進めていく。
- 4) ギルレス・前掲書24頁。
- 5) ギルレス・前掲書28頁以下。
- 6) フォン・ヒッペル・前掲書3頁以下。
- 7) フォン・ヒッペル・前掲書19頁。
- 8) フォン・ヒッペル・前掲書259頁。
- 9) フォン・ヒッペル・前掲書261頁以下。特にマンフレート・リープ (Manfred Lieb) の考え (1983年の民法法学者学会のシュトゥットガルトでの特別大会でなした「債務法改正の基本問題」と題する講演。この講演は改訂・補充の上公刊されている。Vgl. M. Lieb, Grundfragen einer Schuldrechtsreform, AcP 183 (1983), S. 327ff.) に対する反論という形で私見が述べられている。リープによれば、「消費者保護法の実現は、伝統的な民法上の基本原則からの少なくとも部分的な乖離を生じ、その社会化の方向での改革を意味し、そしてそれによって価値判断の相違と矛盾を現行私法体系の中に持ち込むであろうという、あのいわば古典的なおそれが明らかに確認され」、「現行民法はすべての者の法の前の平等という原則の上に成り立って」いるため、「一方で(保護に値する)消費者と他方で(保護に値しない)事業者を差別することは、根本的な、そしてそれゆえほとんどもうセンセーショナルな方法で、現行民法から離れることになる」、「ドイツ民法典」が十分だと考えたことを上回る規制を必要とする限り.....それは、むしろ徹頭徹尾客観的 (sachlich) な保護の必要性が問題であり、この必要性は、一定の法事実上の現象 (約款の利用, 分業による製造と販売, 第三者による融資など) の特性から生じるのであり、それゆえ、原則として、当該の事柄に契約当事者として関与するすべての者のために保護の必要性が基礎づけられ、保護規範の人的適用範囲の制限は、正当化を必要とし、今後とも例外に留ま

るべきとされるのである(フォン・ヒッペル・前掲書260頁以下)。このようなリープの考えは、後述で紹介する「消費者保護に疑いを持つ見解」と基本的に同じである。

- 10) フォン・ヒッペル・前掲書261頁以下。
- 11) フォン・ヒッペル・前掲書257頁。
- 12) フォン・ヒッペル・前掲書259頁。このような見解は、クリスチャン・ヨルゲス(Christian Joerges)がその著書(Verbraucherschutz als Rechtsproblem-Eine Untersuchung zum Stand der Theorie und zu den Entwicklungsperspektiven des Verbraucherrechts(1981))ヒッペルにあてた「もしフォン・ヒッペルがこの課題に長期的に取り組むつもりならば、彼は、その検討方法を変更し、彼によって検討されたいろいろなアイデアの構想上の基礎付けに取り組まなければならないであろう」との指摘に反論したものである。
- 13) Klaus Tonner, Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines europäischen Zivilrechts, JZ1996, S. 532, 534f.
- 14) K. Tonner, JZ1996, S. 532, 534.
- 15) K. Tonner, JZ1996, S. 532, 536によれば、B G Bにおける賃貸借法及び旅行法において形式的には適用範囲が限定されていないが、賃貸借契約は消費者によってしか締結される可能性はなく、また、旅行についてはB G B 651条 aにより観光でのバック旅行のみが含まれ、出張は含まれないため、実質的には消費者法に属するとする。
- 16) K. Tonner, JZ1996, S. 532, 536f.
- 17) BVerfGE81, 242, 255; 89, 214, 232。これらの判決では、債務者の近親者と債権者の間の保証契約につき問題とされた。
- 18) K. Tonner, JZ1996, S. 532, 535。ここでは、後述するバーバラ・ダウナー＝リープ(Barbara Dauner-Lieb)やルドルフ・ゲルトナー(Rudolf Gärtner)らの見解(問題なのはタイプに特別な消費者保護ではなく、社会的弱者の状況的な保護であり、消費者がこれにあたることもあるが、必然的にあたるとは限らない、小売商人が力の強い製造者に、あるいは、下請け業者が製造者に対峙する場合には、事業者であっても保護に値するとの見解)に対する反論が行われている。ただ、K. Tonner, JZ1996, S. 532, 540は、今まで消費者保護は憲法により動機づけられてきたが、今後はヨーロッパ法により動機づけられることとなっているとする。
- 19) ここでは、「消費者保護に対する基本的態度 『消費者』概念について」も述べられているが一体として叙述されているため分類することはせず、「消費者法と一般私法との関係」の項目の中に入れておく。ただ、後述する検討()においては、この項目の中から消費者保護に対する基本的態度に関して述べられている部分を抽出して検討対象とする。
- 20) Barbara Dauner-Lieb, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, Diss. (1983), S. 146ff.
- 21) B. Dauner-Lieb, a. a. O., S. 150f.
- 22) Harm Peter Westermann, Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht, AcP178 (1978), S. 155.
- 23) H. P. Westermann, Verbraucherschutz in: Bundesminister der Justiz (hrsg), Gutachten

und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. III (1983), S. 11ff. この論文は、連邦司法省の依頼を受けた鑑定意見として、債務法改正に際して個々の消費者保護法をBGBの中に取り込むことの是非を論じたものである。邦語文献として、関武志「西ドイツにおける消費者保護 ヴェスターマン鑑定意見の紹介を中心に」法政大学現代法研究所叢書9『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』(日本評論社、1988年)617頁以下がある。

- 24) H. P. Westermann, a. a. O., S. 23, 68, 70 und 118.
- 25) H. P. Westermann, a. a. O., S. 67f.
- 26) H. P. Westermann, a. a. O., S. 72.
- 27) H. P. Westermann, a. a. O., S. 81f.
- 28) H. P. Westermann, a. a. O., S. 94ff.
- 29) Günther Hönn, *Privatrechtlicher Verbraucherschutz und Sonderprivatrecht Überlegungen zum Verbraucherbegriff am Beispiel des Rechts der Verbraucherkredite der Bundesrepublik Deutschland*, Keio Law Review 1990, Nr. 6, S. 201, 219f.
- 30) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen idF d. Bek. v. 20. 2. 1990 (BGBl. I S. 235).
- 31) G. Hönn, a. a. O., S. 201, 220ff.
- 32) G. Hönn, a. a. O., S. 201, 223f.
- 33) G. Hönn, a. a. O., S. 225.
- 34) G. Hönn, a. a. O., S. 225.
- 35) G. Hönn, a. a. O., S. 223.
- 36) 以下の叙述は、の叙述と重複しており、引用箇所についてはの脚注を参照。
- 37) 消費者保護のスローガンとしての性格については以前から論じられていた。Vgl. Konstantin Simitis, *Verbraucherschutz-Schlagwort oder Rechtsprinzip?* (1976).
- 38) D. Medicus, *Wer ist Verbraucher?*, Festschrift für Zentaro Kitagawa (1992), S. 471, 484; ders., *Schutzbedürfnisse (insbesondere der Verbraucherschutz) und das Privatrecht*, Jura 1996, S. 761, 766f.
- 39) D. Medicus, FS, S. 471, 484ff.
- 40) D. Medicus, Jura 1996, S. 761ff.
- 41) D. Medicus, FS, S. 471f.
- 42) D. Medicus, FS, S. 484.
- 43) D. Medicus, FS, 471, 484.
- 44) D. Medicus, Jura 1996, S. 761, 767.
- 45) D. Medicus, Jura 1996, S. 761, 767.
- 46) またメディクスは、債務法改正に関する鑑定意見の一つとして、撤回権についての立法提案を行っている。それによれば、「不意打ち」を主たる要件として撤回権が認められており、その名宛人として「消費者」には限定されていない(D. Medicus, *Verschulden bei Vertragverhandlungen in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I* (1981), S. 479ff. わが国への紹介として、円谷峻『契約締結上の過失』に関するメディクスの鑑定意見」法学志林85巻2号(1987年)49頁以下がある。

- 47) Rudolf Gärtner, Zivilrechtlicher Verbraucherschutz und Handelsrecht Die andere Seite eines Sonderprivatrechts, BB1995, S. 1753f.
- 48) R. Gärtner, BB1995, S. 1754f.
- 49) R. Gärtner, BB1995, S. 1756.
- 50) R. Gärtner, BB1995, S. 1756; Vgl. Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. (1967), S. 462.
- 51) R. Gärtner, BB1995, S. 1756.
- 52) H. P. Westermann, a. a. o., S. 118 も同意見である。
- 53) R. Gärtner, BB1995, S. 1756.
- 54) R. Gärtner, BB1995, S. 1757. ゲルトナーは、この判断が前述したヴェスターマンと同じ傾向にあることを脚注で明言する。Vgl. H. P. Westermann, a. a. O., S. 58 und 118.
- 55) Meinrad Dreher, Der Verbraucher - Das Pfantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts?, JZ1997, S. 167, 170.
- 56) M. Dreher, JZ1997, S. 167, 171ff.
- 57) M. Dreher, JZ1997, S. 167.
- 58) M. Dreher, JZ1997, S. 167, 178.
- 59) これに対して、ドレエア論文に対する論評として著された, Norbert Reich, Einige Bemerkungen zu Dreher, Der Verbraucher-Das Pfantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts? JZ1997, S. 167, JZ 1997, 609f. は、「消費者法を私法を破壊するものとしてではなく、私法の進化のための刺激として捉えるべき」とする。
- 60) M. Dreher, JZ1997, S. 167, 176f. は、この点に関して、本稿で紹介したリーブ、ダウナー=リーブ、ゲルトナーらと同じ見解であること及びトンナーらと異なる見解であることを脚注で明言している。
- 61) M. Dreher, JZ1997, S. 167, 176f.
- 62) M. Dreher, JZ1997, S. 167, 177f.
- 63) M. Dreher, JZ1997, S. 167, 177f.
- 64) 本稿第一章を参照。
- 65) 大村敦志教授はこの点を明確に意識されており、「さしあたり消費者という定型的な概念で置き換えるということで、第一次的な適用範囲を画する」が、「実質に即した類推のようなものはありうべし」とされるし、さらには「消費者という概念でまず第一次的に立法の対象を画したとして、そのうえにプラス・アルファとして約款というのをかぶせることが必要かどうかというのは、別途問題となりうる」とされる(落合誠一・鎌田薫・松本恒雄・大村敦志「座談会・消費者契約適正化のための検討課題(1)」N B L 621号(1997年)15頁[大村発言])。

【付記】本稿の掲載開始から既に多くの年月を費やしてしまった。その間にドイツでは数々の法改正が実行された。2000年には民法典改正により、B G B 13条及び14条に「消費者」と「事業者」の定義規定が置かれることによって、個別消

消費者保護法の人的適用範囲が統一され、B G B 361条 a (現行355条)に撤回権の効果及び期間についての統一規定が設けられ、また、E C / E U指令を受けて「通信販売法」が新設された(Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro v. 27. 6. 2000 (BGBl. I S. 897))。さらに、2001年には債務法現代化法により、「通信販売法」「消費者信用法」「約款規制法」「訪問取引撤回法」などの消費者取引法がB G Bの中に統合されるに至っている(Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 29. 11. 2001 (BGBl. I S. 3138))。我が国でも消費者契約法の成立や訪問販売法の特定商取引法への改称を見るなど、状況に大きな変化があった。本稿は、このようなドイツ及び我が国での立法を前提としておらず、それ以前の法状況を検討対象としているにすぎない。このような事態に至ったのはただひとえに私自身の不徳の致すところである。ドイツでの法改正後の状況及び我が国との比較については別に検討の機会を得たいと思う。