

ヨハネス・ハーガー

ドイツ消費者保護の基礎

出口 雅 久* (共訳)
本 間 学**

目 次

- I 序
- II 消費者保護の方策
- III 起点の相違
- IV 基本 概念
- V 撤回権および返還権ならびに情報提供義務
- VI 清算の特殊性
- VII 結 合 取 引
- VIII 強制的契約形成による消費者保護
- IX ま と め

I 序

消費者保護は——ここ最近——重要な進歩を遂げている。いやそれどころかめざましい成功を収めつつある。たとえば、判例は普通取引約款(AGB)の規制に永らく厳格な態度をとってきたが、これに最初の一撃を加えたのは、1977年4月1日の普通取引約款規制法の公布であった。その後、決定的な革新を齎したのは決まってヨーロッパ法であった。とくに訪問取引——すなわち、玄関先で結んだものであろうが、突然話しかけられて結んだものであろうが、不意打ちの状況下で結んだ契約——に関する指令があげられよう。また、通信取引に関する指令、消費者信用に関する指令、電子取引に関する指令も出された。さらに普通取引約款にも別に指令

* でぐち・まさひさ 立命館大学法学部教授

** ほんま・まなぶ 帝塚山大学法学部准教授

が用意された。これらは当初特別法で規定されていたが、立法者は債務法改正法で民法典に統合した。たとえば通信教育法のように、現在もいくつかのものは民法典の外に定められている。

II 消費者保護の方策

消費者保護とは、一体的に創出された規定を指すものではない。むしろ当初は様々な概念が生み出された。ただし、時の経過の中でこれらの概念は近接化しつつあるが、しかし今なお違いは存在する。

1. 契約締結の段階について、立法者は相互に関連する二つの方途を用いている。まず、消費者に撤回権が認められている。契約が個人の住居で締結された場合には、たとえば、ドイツ民法 (BGB. 以下、単に民法と呼ぶ) 312条 1 項 1 文により消費者は撤回権を行使できる。同様のことは、通信取引の場合には民法312 d 条 1 項に基づいて、また消費者消費貸借契約の場合には民法495条 1 項に基づいて認められる。さらに、契約締結に際しては消費者には関連する情報が提供されなければならない。教示に関する出発点は民法360条 1 項、2 項である。詳細については、民法施行法 (EGBGB) 246条に定めがある。これには、民法施行法246条 2 項 3 号 1 文に関する付表が存在する。

2. 契約締結後も、消費者は、とりわけ、いわゆる融資取引の場合には、特別の規定によって保護される。供給者に対する消費者の抗弁権は、融資を行った銀行に対しても行使できる¹⁾。

3. 契約はさまざまな観点から内容規制を受ける。このような規制は、障

1) この点については、後述Ⅶの4を参照。

壁としてまとめることができる。すなわち、消費者動産売買については民法475条1項2文に基づき、民法433条ないし435条、437条、439条ないし445条の瑕疵担保責任規定に反してはならない。同様のことは民法309条の条項カタログについても当てはまる。これに対して民法308条および307条の場合には、評価が介在する。

Ⅲ 起点の相違

1. 立法者は、まず契約が成立した状況に着目した。これには主に二つの場合がある。

a) 消費者は、玄関先、職場での説明により、また事業者主催のレジャー——いわゆるお茶のためのドライブ——の場合²⁾、あるいは交通手段の中や公共の道路上で不意打ちを食わされ、その結果、自由な判断ができない可能性がある³⁾。このことは労働契約の場合にも当てはまる⁴⁾。しかし、労働契約の解消には、BGB 312条の適用はない⁵⁾。この種の不意打ち状態は、消費者が事業者の住居に私的に招かれた際に契約を締結した場合にも認められる⁶⁾。

b) あるいは遠隔通信手段の利用を前提とした事業システムを事業者が用いることが考えられる。これには、民法312b条1項2文に基づく、E-Mailやファックスがあげられるが、通常の手紙もまたそうである。新たな規範が

2) MünchKomm/Masuch, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl. 2007, § 312 Rn. 44.

3) BGHZ 165, 363, 367=BGH NJW 2006, 845, 846; BGH NJW 2004, 362 f.; 2004, 1376, 1378.

4) BVerfG NJW 2007, 286, 287; BAGE 115, 19, 28=BAG NJW 2005, 3305, 3308.

5) BAGE 109, 22, 30=BAG NJW 2004, 2401, 2404; BAGE 115, 340, 352 Rn. 45=BAG NJW 2006, 938, 942.

6) BGH NJW-RR 2006, 1715 f. Rn. 13 ff.

設けられたのは、消費者は契約締結前に製品を目にすることはできず、また提供される役務の特徴を詳細に知ることもできないことによる⁷⁾。消費者は、より詳細な情報を得るために、自然人と相談することもできない⁸⁾。

2. 他方、具体的な取引の特質と結びついた規定がある。これには、民法481条以下に基づく一時的住居権に関する契約がある。この契約の危険性は使用権が不明確である点、価格が比較的高額である点にある。この場合も、性急な契約締結を予防する必要がある⁹⁾。同様のことは、消費者消費貸借、その他の融資、消費者動産売買契約についても当てはまる。

3. 普通取引約款法の規律に関する民法305条以下の規定は、具体的な契約類型とは結びつけられていない。この場合は、消費者を不当に不利にする形成を——契約類型に左右されることなく——予防することが重要である。

IV 基本概念

補完的な概念として事業者と消費者は対置している¹⁰⁾。

1. 事業者は営業に従事する点で特徴付けられる。これは、計画に基づいた、外部に向けられた独立した活動と理解される。それには有償性で足りる。すなわち、営利目的を必要としない¹¹⁾。したがって、馬の飼育者は、その馬を趣味で飼育しているか否かにかかわらず、事業者である¹²⁾。具

7) EuGH Slg. 2009, I-7315 Rn. 20=NJW 2009, 3015.

8) BGH NJW 2004, 3699, 3700; Palandt/*Grüneberg*, BGB, 70. Aufl. 2011, § 312 b Rn. 3.

9) Bamberger/Roth/*Eckert*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. 2007, § 481 Rn. 3.

10) この点については、次の文献の説明が有益である。C. Wolf JA 2010, 843 ff.

11) BGHZ 167, 40, 45 Rn. 16 ff=BGH NJW 2006, 2250, 2251; Palandt/*Ellenberger* (Fn 8), § 14 Rn. 2.

12) BGHZ 167, 40, 45 Rn. 15=BGH NJW 2006, 2250, 2251.

体的な活動——たとえば貸付の供与——が事業者の主たる目的であることを要しない。すなわち、専ら私的な取引のみが除外される¹³⁾。信用供与者としての経歴ではなく、信用被供与者保護の必要性が重要である¹⁴⁾。したがって、事業者の活動には、たとえばインターネット販売会社であるイーベイ (ebay) のパワーセラー (Powerseller) のような副職の契約等も含まれる¹⁵⁾。営業の概念は伝統的には自由業を含まない¹⁶⁾。しかし立法者は事業者に自由業を含めた。単なる財産管理は民法14条の事業者には含まれない¹⁷⁾。

2. 他方で消費者の概念がある。営業活動あるいは独立した職業的活動に帰せられる目的で、契約を締結することはできない。営業活動には準備的な取引も含まれる¹⁸⁾。単に生活基盤を創設することを目的とする消費貸借 (Existenzgründerdarlehen) については、民法507条以下あるいは512条以下に基づいて、全体の貸与額が50,000ユーロあるいは75,000ユーロを超えない場合には、消費者信用の規定が適用される。また前段階の法律行為——たとえば相談 (Beratung)——が問題となる場合、消費者としての属性が肯定される可能性がある¹⁹⁾。営業行為は——消費者としての属性を取り除くためには——契約の相手方からみて明白でなければならない²⁰⁾。真実に反して事業者と見せかけた者は消費者保護を理由として持ち出すことはできない²¹⁾。

13) BGHZ 179, 126, 130 Rn. 16 ff. = BGH NZG 2009, 273, 274; Palandt/*Ellenberger* (Fn. 8), § 14 Rn. 2.

14) BGHZ 179, 126, 132 Rn. 19 = BGH NZG 2009, 273, 275.

15) OLG Frankfurt NJW 2005, 1438; Palandt/*Ellenberger* (Fn. 8), § 14 Rn. 2.

16) *Hopt*, in: Baumbach/*Hopt*, HGB, 33. Aufl. 2008, § 1 Rn. 19.

17) BGHZ 149, 80, 87 = BGH NJW 2002, 368, 369; Palandt/*Ellenberger* (Fn. 8), § 14 Rn. 2.

18) BGH NJW 2005, 1273, 1274.

19) BGH NJW 2008, 435, 436 Rn. 7.

20) BGH NJW 2009, 3780, 3781 Rn. 11.

21) BGH NJW 2005, 1045, 1046 f.

V 撤回権および返還権ならびに情報提供義務

消費者保護のための主要な方途は民法355条に基づく撤回権および民法356条に基づく返還権である。

1. 撤回権の要件は法律によって明文で定められている。そのメカニズムを民法312条1項1文に基づく訪問取引の場合の撤回権で説明してみよう。

a) 性急な判断を強いられた可能性がある場合、消費者は場合によっては、その得失を熟慮できる状況にはなかったかもしれない²²⁾。消費者がこのような熟慮を行えるようにするべきである。

b) 撤回権の行使は消費者の意思に完全に委ねられる。とりわけ消費者は理由を示す必要はない²³⁾。消費者は、熟慮期間を完全に自由にかつ強制されることなく利用する権利を有する²⁴⁾。撤回権の意思表示については通常法律行為の規定が適用される。この意思表示は、民法126b条1項の文面形式でなされるべきであるが、商品の返送によっても行うことができる。特殊性は適時性に関する規律にある。民法355条1項2文によれば、発信で十分である。これは、その有効性が到達によって左右される、受領を必要とする意思表示が依然として重要である点を何一つ変えることはない²⁵⁾。事業者を負わされるのは到達の遅れに関するリスクのみである。

22) Palandt/*Grüneberg* (Fn. 8), § 355 Rn. 3.

23) BGHZ 183, 235, 240 Rn. 17 = BGH NJW 2010, 610, 611.

24) EuGH Slg. 2009, I-7315 Rn. 23 = NJW 2009, 3015.

25) MünchKomm/*Kramer* (Fn. 2), 5. Aufl. 2006, § 121 Rn. 9; Staudinger/*Singer*, BGB, Bearb. 2004, § 121 Rn. 11.

必要とあれば意思表示はもう一度行わなければならない²⁶⁾。これは消費者に照会義務がある場合がそうである²⁷⁾。

c) 撤回権は形成権である²⁸⁾。契約が無効とされる場合にも、撤回権は存在する。このことは、撤回権の趣旨と、消費者の保護を不当利得法上の清算のみと結びつけるべきではない点を前提とする²⁹⁾。理論的にみれば、特別の解除権である³⁰⁾。このことから、契約は撤回されるまで有効であるという結果が齎される。浮動的な有効性と一方的な解消権は幾度となく議論の対象とされてきた³¹⁾。

2. 撤回期間は、民法355条2項1文によれば、一般的には14日である。この期間は、消費者に契約を撤回する権利があることが、遅くとも契約締結のときに明示的に示されたことを前提とする。民法312b条——したがって通信販売契約——の限りで、民法355条2項2文に基づき、契約締結後遅滞なく教示を追完することができる。教示が契約締結後になされた場合には、撤回期間は一月となる。ヨーロッパ司法裁判所の判例³²⁾との関係で、民法355条4項3文は特に厳格に解されている。僅かな——ここでは度外視してもかまわない——例外を無視すれば、撤回権は教示を欠く場合

26) Palandt/*Edenhofer* (Fn. 8), § 121 Rn. 4; Soergel/*Hefermehl*, BGB, 13. Aufl. 1999, § 121 Rn. 10.

27) *J. Hager* JR 1988, 287.

28) Palandt/*Grüneberg* (Fn. 8), § 355 Rn. 3; MünchKomm/*Masuch* (Fn. 2), § 355 Rn. 20 m.w.N.

29) BGHZ 183, 235, 240 Rn. 17 = BGH NJW 2010, 610, 611.

30) BGH NJW-RR 2004, 1058 f.; Palandt/*Grüneberg* (Fn. 8), § 355 Rn. 3; MünchKomm/*Masuch* (Fn. 2), § 355 Rn. 29.

31) MünchKomm/*Masuch* (Fn. 2), § 355 Rn. 29; 表示の必要がないので懐疑的なのは、Palandt/*Grüneberg* (Fn. 8), § 355 Rn. 3; a.A. Staudinger/*Kaiser*, BGB, Bearb. 2004, § 355 Rn. 18.

32) EuGH Slg. 2001, I-9945 Rn. 44 ff., 48 = NJW 2002, 281, 282.

には消滅しない³³⁾。教示は包括的なもので、誤解を生じさせず、かつ消費者にとって明確なものでなければならない。消費者は、自己の撤回権を行使できる状況になければならない³⁴⁾。これには、とくに期間の開始に関する明確な情報が欠かせない³⁵⁾。この点は、民法360条3項1文により、事業者が民法施行法の付表に定められた雛形を使用した場合に充足する。同様のことは、撤回の教示に関する雛形付表2を使用した場合にも当てはまる。民法360条3項2文がこのことを定める。

VI 清算の特殊性

清算は——まさしくその特別な場合であるから——解除の規定に従う。このことを民法357条1項は明文で定めている。給付は返還されねばならない。毀損している場合には、民法346条2項に基づき、価値賠償をしなければならない。この点で民法357条3項は、通常解除権に対して、——法政策的には大いに批判の余地がある——二つの価値低下をもたらしている。民法346条2項1文3号にかかわらず、民法357条3項1文に基づき、消費者は遅くとも契約締結時にその法的効果とこれを回避するための方法を知らされていた場合には、定められた通りに使用したことによって生じた価値低下についても価値賠償をしなければならない。これにより消費者保護は繊細な箇所て弱体化している。つまり事業者は、可能な限り素早く消費者に物を使用させようとする。新車登録をただだけで約20%の価値損失を賠償すること³⁶⁾を、多くの消費者は望まないであろうし、また

33) 考慮されるべきは、民法360条3項1文及び2文である。この点については、上述Ⅱ1を参照。

34) BGHZ 180, 123, 128 Rn. 14 = BGH NJW 2009, 3572, 3573; BGH NJW 2002, 3396, 3397 f.; 2009, 3020, 3021 Rn. 17; 2010, 989, 990 Rn. 14 f.; NJW-RR 2009, 709, 710 Rn. 14.

35) BGHZ 180, 123, 128 Rn. 14 = BGH NJW 2009, 3572, 3573; BGH NJW 2002, 3396, 3398; NJW-RR 2009, 709, 710 Rn. 14.

36) 政府草案理由書の指摘 (BT-Drucks 14/6040 S. 199.) を参照。

そうすることすら難しいであろう。したがって、撤回権は、その機能を失う危険がある³⁷⁾。ヨーロッパ司法裁判所は当然の帰結として、価値賠償が指令97/7/EG 6条1項2文および2項の文言および目的設定に違反すると判示した³⁸⁾。使用の可能性による価値賠償を設けることを構成国に委ねている点について、裁判所は限定を加えた。消費者は、信義則または不当利得の民事法上の諸原則と相容れない形式で（通信販売で購入した）商品を使用しなければならない³⁹⁾。ドイツ連邦通常裁判所は、現在、「試用」のメルクマールを広く捉えている。ウォーターベットは注水されなければならない。なぜなら、そうしてはじめて組み立てられるからである⁴⁰⁾。消費者が法に基づいて自己の撤回権について教示された場合に、民法357条3項3文に基づいて、民法346条3項1文3号の特権——すなわち、自己のためにするのと同じの注意を払ったにもかかわらず、解除権者のもとで毀損または滅失が生じた場合の価値賠償の排除——を否定することも、同様に問題である。

Ⅶ 結合取引

消費者が供給契約を事業者と締結するだけでなく、さらに別の者と消費貸借契約を締結した場合には特殊な問題が生じる。同様に、両方の契約が同一の相手方と締結されることも想定しうる。これにより経済的には一体である契約が分割される。すなわち、現金取引と消費貸借契約である。利益状況の中心には複数の問題が存在する。一つは悪意欺罔の問題であり、もう一つは撤回の可能性と方式、そしてその法的効果の問題である。

37) 民法357条3項3文の例外は、ここでは考慮の外におくことができる。政府草案は、車を個人の土地で許可なく試乗することを認めるべきとしている（BT-Drucks 14/6040 S. 200）。これは通常、非現実的である。

38) EuGH Slg. 2009, I-7315 Rn. 23, EuGH NJW 2009, 3015.

39) EuGH Slg. 2009, I-7315 Rn. 26, EuGH NJW 2009, 3015.

40) BGH NJW 2011, 56, 58.

供給者に対する抗弁権は、事情によっては、貸金返還請求権に対しても主張できる。最後に、供給契約が無効である場合には、清算が問題となる。

1. ドイツ連邦通常裁判所は、その確立した判例において、仮に法律行為が経済的に結びついていても、法的には独立したままであることを前提としている⁴¹⁾。しかし、結合契約が存在する場合には、これには例外が存在する。民法358条3項1文は次の二つを要件としている。一つは消費貸借が現金取引に対し融資するためのものでなければならない。その際、目的が客観的に設定されることが重要である。すなわち、明示的な取り決めは必要ではない。信用は消費者により繰り返し利用されることも考えうる⁴²⁾。それらの契約が締結された時間的順序は問題ではない⁴³⁾。もう一つは、経済的に一体でなければならない。消費貸借の貸主のような事業者は、消費者から見れば、一人の契約当事者のように行動していなければならない⁴⁴⁾。民法358条3項2文は、事業者自身が反対給付に融資をしている場合、あるいは消費者消費貸借契約の準備または締結の際に、貸主が事業者の協力を利用する場合には、結合について反論の余地のない⁴⁵⁾推定規定を設けている⁴⁶⁾。このような協力は、被与信者の主導でなされたものではなく、事業者の受任者が、金融機関が事業者に対する融資に事前に同意している信用契約を、希望者に供給契約の書類でもって提示する場合に認められる⁴⁷⁾。さらに、消費者が貸付金を自由に使用できない場

41) BGHZ 133, 254, 259; 159, 294, 309; MünchKomm/Habersack (Fn. 2), § 358 Rn. 27.

42) EuGH EuZW 2008, 19, 20 Rn. 32 ff.

43) BGH NJW 2003, 2093; Palandt/Grüneberg (Fn. 8), § 358 Rn. 11.

44) BGH NJW 1992, 2560, 2562 m.w.N.; Palandt/Grüneberg (Fn. 8), § 358 Rn. 12.

45) BGH NJW-RR 2005, 1073, 1074.

46) BGHZ 156, 46, 51 = BGH NJW 2003, 2821, 2822; BGHZ 167, 252, 257 Rn. 14 = BGH NJW 2006, 1788, 1789 (zu § 9 VerbrKrG); BGHZ 184, 1, 2 Rn. 9 = BGH NJW 2010, 561; BGH NJW 2003, 3703, 3704; 2007, 3200, 3201 Rn. 19; NJW-RR 2008, 1436, 1437 Rn. 32.

47) BGHZ 156, 46, 51 = BGH NJW 2003, 2821, 2822; BGHZ 167, 252, 257 Rn. 14 = BGH NJW 2006, 1788, 1789; BGH NJW 2003, 3703, 3704; 2007, 3200, 3201 Rn. 19.

合⁴⁸⁾、用紙が一体として作成された場合⁴⁹⁾、契約が同時に締結された場合⁵⁰⁾、同一の販売機関が二つの契約についてかかわった場合⁵¹⁾、あるいは二つの契約——たとえば消費貸借契約と残債務保証——が相互に関連する場合⁵²⁾には——民法358条3項2文ではなく、民法358条3項1文に該当する——間接事実が存在する。

2. 事業者が悪意をもって債務者を欺罔した場合、供給取引の取消しが認められるだけでなく、消費貸借契約の取消しも認められる。事業者は後者の取引については、民法123条2項1文の意味での第三者ではない⁵³⁾。

3. 供給契約の撤回は信用契約にも拡張される。

a) 消費者は経済的に一体である契約を二つの法律行為に分割される危険から守られるべきである⁵⁴⁾。一方の契約のみを撤回するだけでは、消費者にとって十分ではない⁵⁵⁾。たとえば供給取引が撤回されたにもかかわらず消費貸借契約に消費者が拘束されるとすれば、このような貸付は消費者

48) BGHZ 184, 1, 10 Rn. 31 = BGH NJW 2010, 531, 533; BGH NJW 1983, 2250, 2251; 2003, 3703, 3704; NJW-RR 2008, 1436, 1437 Rn. 26; Palandt/*Grüneberg* (Fn. 8), § 358 Rn. 12;

49) BGH NJW 1987, 1698, 1700; NJW-RR 2008, 1436, 1437 Rn. 26; Palandt/*Grüneberg* (Fn. 8), § 358 Rn. 12.

50) BGH NJW 2003, 2093.

51) BGHZ 184, 1, 10 Rn. 31 = BGH NJW 2010, 531, 533; BGH NJW-RR 2005, 1073, 1074; 2008, 1436, 1437 Rn. 26.

52) BGHZ 184, 1, 10 Rn. 32 = BGH NJW 2010, 531, 533.

53) BGHZ 167, 239, 251 Rn. 29, 30 = BGH NJW 2006, 1955, 1957; BGHZ 183, 112, 120 Rn. 24 = BGH NJW 2010, 596, 598; BGH NJW 2007, 2407, 2408 Rn. 14; 2007, 3200, 3202 Rn. 25; 2008, 2912, 2913 Rn. 19; 2010, 602, 603 Rn. 19; Palandt/*Ellenberger* (Fn. 8), § 123 Rn. 14; i.E. auch BGH NJW-RR 2009, 1275, 1278 f. Rn. 38.

54) BGHZ 180, 123, 132 Rn. 26 = BGH NJW 2009, 3572, 3574; Palandt/*Grüneberg* (Fn. 8), § 358 Rn. 1; Staudinger/*Kessal-Wulf*, BGB, 2004, § 358 Rn. 67.

55) MünchKomm/*Habersack* (Fn. 2), § 358 Rn. 1.

にとって有益でないだけではなく、消費者はその不利益のために供給契約を撤回することを事実上阻害されることもありうる。このことは逆の場合にも当てはまる。供給契約が——たとえば公序良俗に反することを理由に——無効である場合も、撤回権は存在する⁵⁶⁾。

b) 撤回の法的効果は民法358条 4 項に定められている。消費貸借契約の清算を理由とする利息や費用を消費者に対して請求する権利は認められない。売主が(全)信用額を未だ入手していない場合は、売主と消費者との間の有効でなくなった契約の清算がなされる⁵⁷⁾。貸付金がすでに事業者に渡った場合には、通常の規定により、貸主と消費者との間、消費者と売主との間の斜交いで清算されるであろう。民法358条 4 項 3 文は、かかる契約の分割から消費者を保護しようとしている⁵⁸⁾。それ故に、貸主は、民法358条 4 項 3 文によれば、消費者に対して事業者の権利と義務を負い⁵⁹⁾、清算関係にも入る⁶⁰⁾。とりわけ、これは、貸主はいずれ売買代金を払い戻さなければならぬ事業者の地位に就くので、貸付金は貸主に対して返済されないことを意味する。両方の請求権は相殺される⁶¹⁾。もちろん、逆に、消費者がすでに担保所有権者ではない場合には⁶²⁾、消費者は貸主に対して担保対象物の所有権の移転ならびに引渡をしなければならない⁶³⁾。これは、消費者が自らの資金で支払った内金の返還に対しても

56) BGHZ 183, 235, 240 Rn. 17 ff.; BGH NJW 2010, 610, 611 f.

57) BGHZ 131, 66, 72 f. = BGH NJW 1995, 3386, 3388.

58) BGHZ 131, 66, 72 f. = BGH NJW 1995, 3386, 3388; BGHZ 180, 123, 133 Rn. 27 = BGH NJW 2009, 3572, 3574.

59) BGH Beck RS 2010, 21675.

60) BGHZ 180, 123, 132 Rn. 26 = BGH NJW 2009, 3572, 3574.

61) BGHZ 131, 66, 73 = BGH NJW 1995, 3386, 3388; a.A. BGH BeckRS 2010 21673

62) MünchKomm/*Habersack* (Fn. 2), § 358 Rn. 84.

63) BGHZ 159, 280, 287 f. = BGH NJW 2004, 2731, 2733; BGHZ 167, 252, 260 Rn. 19 = BGH NJW 2006, 1788, 1789 f.

妥当する。すなわち、内金は貸主に払い戻されなければならない⁶⁴⁾。貸主と供給者との関係では、契約上の取り決めが優先する。これを欠く場合、判例は不当利得の返還請求権を認めている。消費者に対しては法律の保護目的を理由に請求権は存在しない⁶⁵⁾。

4. 事業者によって供給された物に瑕疵があることが明らかになった場合にも、結合取引を分割すると、消費者に不利益をもたらす可能性がある。二つの契約を区別して考えるならば、供給契約で定められたように物を使用することができないにもかかわらず、消費者は貸金についての利息と元本を支払わなければならないという危険が存在する。民法359条は、結合契約から生じる抗弁権を消費貸借契約にまで拡張することで、このことを予防している。

5. 通常的不当利得の規定によれば、二つの取引が無効である場合、斜交いに清算されるはずである。すなわち、消費者は、供給者に対しては売買代金の返還請求をしなければならず、逆に、貸主に対しては取得した対価を返還しなければならない。これにより、しばしば消費者側にリスクが負わされることになる。通説は、消費者を保護するために、返還請求権に関する不当利得法上の清算が返還請求権を生み出さなければならないということを出発点とする⁶⁶⁾。その利点は、供給者の倒産リスクを消費者に負担させることなく、このリスクを貸主に転嫁できる点にある。他の学説は民法813条1項1文による解決策を支持している。売買契約が無効であることを理由にその履行を拒絶することができるとする。これは民法359条

64) BGHZ 159, 280, 287 f. = BGH NJW 2004, 2731, 2733; BGHZ 167, 252, 260 Rn. 19 = BGH NJW 2006, 1788, 1789 f.

65) BGHZ 133, 254, 263 f. = BGH NJW 1996, 3414, 3415.

66) BGHZ 133, 254, 263 f. = BGH NJW 1996, 3414, 3416; MünchKomm/Habersack (Fn. 2), § 359 Rn. 56 m.w.N.; Staudinger/Kessal-Wulf (Fn. 53), § 359 Rn. 26.

1 文を超えて消費貸借契約にも波及する⁶⁷⁾。この出発点は全く問題がないわけではない。契約が無効である場合には、民法812条は優先する⁶⁸⁾。そして、融資行為も同様に通常無効であり、(永続的) 抗弁に晒されるだけではない。もっとも、ドイツ連邦通常裁判所が採用した方法は、評価の正当性を変更するわけではない。不当利得法による清算の場合は、消費者の売主に対する売買代金返還請求権の譲渡を求める請求権は、貸主に直ちに認められるべきではない⁶⁹⁾。これは、通説がこの種の請求権を認めている⁷⁰⁾、撤回についての類似の利益状況に鑑みれば、説得力に欠けている。

VIII 強制的契約形成による消費者保護

契約の内容的形成を事前に定めれば、消費者保護は最も実効的なものとなる。この点につき、立法者は様々な方法を用いているが、これらは結果的にはかなり収斂しつつある。

1. まず立法者は、本来任意法であるものを強行法と宣言している。たとえば、買主の請求権、とりわけ消費者動産売買に関する民法433条ないし435条、437条、439条ないし443条の瑕疵担保責任は強行法的なものである。これにより、瑕疵担保責任の契約による排除を無意味なものとするために、詳細に理由を述べることや正当化をする必要はない。同様のことは、民法309条の評価の余地のない条項禁止についても当てはまる。この規定は売買契約に制限されない。

67) BGHZ 174, 334, 342 Rn. 31 = BGH NJW 2008, 845, 846 f.; im Ansatz auch BGHZ 183, 112, 128 Rn. 49 = BGH NJW 2010, 596, 600. もっとも具体的な事例においては行為の瑕疵を理由に否定される。

68) Palandt/*Sprau* (Fn. 8), § 813 Rn. 1.

69) BGHZ 174, 334, 344 Rn. 35 ff. = BGH NJW 2008, 845, 847.

70) 上述 VII 3b を参照。

2. 普通取引約款の規律は一般的には、普通取引約款利用者が契約形成の自由のみを当然のものとし、任意法を契約で排除することにより、相手方に不当な損害を与えることを阻止しようとしている⁷¹⁾。

a) 法は、民法305条1項1文において普通取引約款を大量の契約のために事前に定式化し、契約当事者——約款使用者——が契約の相手方に対して契約締結の際に示す契約条件であるとしている。

(1) 契約条件は契約内容を形成するために定められる。単なる告知はこれに当たらない⁷²⁾。仮に文脈から顧客の権利義務が基礎付けられるような印象を抱かせる場合であってもそうである⁷³⁾。たとえば、民法308条1号、309条11号aのような契約締結そのものにかかわる規律も、この概念に含まれる⁷⁴⁾。同様に——SMSでの広告を受領することの承諾のような——顧客の一方的な意思表示も普通取引約款の概念を充足する⁷⁵⁾。

(2) 契約条件は、書面またはその他の方法で定められた場合に、事前に定式化されたといえる。もっとも、契約条件が約款利用者またはその契約締結補助者に記憶されているか⁷⁶⁾、もしくは条件が口頭で示され、受け入れられる⁷⁷⁾ことで十分である。顧客が空欄——たとえば契約の有効期間——を自らの判断で埋めることができる場合、条件が事前に定式化された

71) BGHZ 126, 326, 332 = BGH NJW 1994, 2825, 2826; BGHZ 130, 50, 57 = BGH NJW 1995, 2034, 2035; BGHZ 183, 220, 224 Rn. 13 = BGH NJW 2001, 1277, 1278; Palandt/*Grüneberg* (Fn. 8), Überblick vor § 305 Rn. 8 m.w.N.

72) BGHZ 179, 319, 324 Rn. 13 = BGH NJW 2009, 1337, 1338.

73) BGHZ 133, 184, 187 f. = BGH NJW 1996, 2574, 2575.

74) BGHZ 104, 95, 98 f. = BGH NJW 1988, 1908, 1909.

75) BGHZ 141, 124, 126 = BGH NJW 1999, 1864; BGHZ 177, 253, 259 Rn. 18 = BGH NJW 2008, 3055, 3057; BGH NJW 2006, 2677.

76) BGHZ 141, 108, 109 = BGH NJW 1999, 2180, 2181; BGH NJW 2005, 2543, 2544.

77) BGHZ 148, 74, 77 = BGH NJW 2001, 2635, 2636; BGH NJW 1988, 410.

とは言えない。これに対して、ルールの内容に影響を与えない非独立的な補充が問題となる場合には、事情は異なる⁷⁸⁾。

(3) 通常の場合、少なくとも 3 回の使用があれば、大量の契約に対する計画された利用のメルクマールを充足する⁷⁹⁾。もっとも最初の利用事例でも充足する。というのも使用の意図が定まっているからである⁸⁰⁾。〔既製の約款の使用を〕推奨する場合には、当事者自身が複数回の使用を計画している必要はない⁸¹⁾。消費者に対して利用する場合には、民法310条3項2号に基づいて、民法395c条2項、306条、307条ないし309条が、最初の利用の場合にも適用される。

(4) 民法305条1項3文によれば、個別の交渉による合意がなされた限りで、普通取引約款は問題とならない。個別の交渉による合意は、民法305条1項1文の意味における場合とは逆である。約款使用者が、法と適合しない中核となる約款の内容を撤回したならば、交渉があったと言える。顧客は契約条件の内容に実質的な影響を与えることができなければならない⁸²⁾。このことは多くの場合、もともとの契約草案の変更をもたらさざろう。もっとも交渉は、基礎となる話合いの後に書面が作成された場合にも認められる⁸³⁾。

78) BGH NJW 1998, 1066, 1067.

79) BGH NJW 2002, 138, 139; 2004, 1454; BAGE 117, 155, 159 Rn. 20=BAG NZA 2006, 746, 747.

80) Palandt/*Grüneberg* (Fn. 8), § 305 Rn. 9.

81) BGHZ 184, 259, 263 Rn. 10=BGH NJW 2010, 1131; BGH NJW 2000, 2988, 2989.

82) BGHZ 143, 103, 111=BGH NJW 2000, 1110, 1111 f.; BGHZ 150, 299, 302 f.=BGH NJW 2002, 2388, 2389; BGH NJW 1988, 410; 1992, 1107 f.; 2005, 2543, 2544; 2010, 1131, 1132 f. Rn. 18.

83) BGHZ 143, 103, 112=BGH NJW 2000, 1110, 1111 f.; BGH NJW 1988, 410.

b) 法は市場の部分的な機能不全を考慮に入れている。顧客からすれば、交渉による変更を実現するために、時間と金を投入するのは割が合わない。契約の別の相手方を探し出すことも往々にして合理的ではない。これには多くの費用を要する⁸⁴⁾。〔普通取引約款が〕事業者に対して利用される場合にもこの規定が適用されるとは言え、その重点は消費者と合意をする場合にある。この場合には、消費者に有利な保護レベルが民法310条3項で再び高められる。詳細には、消費者保護の処置の様々な類型に類型化される。

c) 普通取引約款は、明確な要件のもとでのみ契約内容となる。民法305条2項によれば、条項ないし条件を顧客に明示的に示し、顧客がこれを知ることができ、かつその適用に同意することが条件である。したがって、仮に相手方が自らの普通取引約款を基礎とすることを消費者に示した場合であっても、消費者による暗黙の了解は認められない⁸⁵⁾。

d) 条項の修正には、幾つかの解釈ルールが用いられる。

(1) たとえば民法305 b条によれば、個別的な取り決めが普通取引約款に優先する。このことは特に書面形式条項にも当てはまる。書面形式条項が事後的になされた個別的な取り決めを失効させることはない。したがって、たとえば店舗の賃料を減額する口頭の取り決めが定型で取り決められた書面形式条項により失効することはない。約款使用者の利害が存在するにもかかわらず、口頭の事後的取り決めではなく、書面形式により長期の契約をしたとしても、口頭の取り決めが優先する⁸⁶⁾。

84) MünchKomm/*Basedow* (Fn. 2), Vor § 305 Rn. 5.

85) Palandt/*Grüneberg* (Fn. 8), § 305 Rn. 25.

86) BGH NJW 2006, 138, 139.

(2) 民法305 c 条 1 項によれば、不意打ち条項は契約の構成要素とはならない。たとえば契約締結前の時点で売買代金に利息が生じる場合がそうである⁸⁷⁾。

(3) 最後に、〔約款解釈の〕疑義については約款使用者の責任となる。これは民法305 c 条 2 項によって定められている。瑕疵の除去を専門業者に行わせ、売主にこれを報告するという条項は修補後の情報も対象としうる⁸⁸⁾。条項をこのように解釈することにより取り決めが無効なものとして排斥される場合には、民法305 c 条 2 項により顧客に有利な解釈を行うことができる。たとえば、高度な業務が問題となるにもかかわらず、共同経営仲介契約における契約の有効期間延長が、民法627条に基づく契約からの解放を認めないというような印象を与える場合、これはその限りで無効である⁸⁹⁾。銀行の報酬条項も、銀行が無償での調達を義務付けられている給付の調達についても〔報酬を〕請求できるような印象を顧客に与える場合には無効である⁹⁰⁾。

e) 普通取引約款に対抗する最も重要な消費者保護の領域は、やはり内容規制である。上述した民法309条とともに、民法308条は評価の余地を伴う条項を禁止する。その特徴は、たとえば民法308条 1 号に定められた不当な長期間のような、不明確な法的概念を使用する点にある。つまり、無効であると確定するには法的評価を必要とする⁹¹⁾。内容規制の中心的手段が民法307条である。この規定は、一方では任意法の基準を内容とする。任意法の本質的な基本思想から逸脱することは許されない。その一例を挙

87) BGH NJW 1986, 1805, 1806.

88) BGH NJW 2007, 504, 505 f. Rn. 21 ff.

89) BGH NJW 1999, 276, 277 f.

90) BGH NJW 2009, 2051, 2052 f. Rn. 13 f.

91) Palandt/*Grüneberg* (Fn. 8), § 308 Rn. 1.

げると、損害賠償請求権は、通常、過失を前提としなければならないという原則がそうである⁹²⁾。〔他方で〕民法307条2項2文によれば、契約の本性から生じる本質的な権利および義務、いわゆる根本義務は効力を失わない。したがって、取り決めにしたがって研究実験機関が助言をする義務は普通取引約款によって排除されない⁹³⁾。約款使用者に対して存在するすべての請求権を免責するものは有効ではない。というのも、これにはその不履行により契約の目的の実現が妨げられる主たる義務も含まれるからである⁹⁴⁾。カジノは遊戯停止の遵守を監視する根本義務を弱めることはできない⁹⁵⁾。最後に民法307条1項2文は、いわゆる透明性の原則を規定する。改修のため空室となった期間について、その責任の一部を賃借人が負うという条項は、消費者にとっては十分に明確ではなく、それゆえ無効である⁹⁶⁾。

f) 判例および通説によれば、条項の一部が民法307条以下に抵触する場合、条項全体が無効となる。その限りで、効力維持的縮小解釈（geltungserhaltende Reduktion）の禁止が問題となる⁹⁷⁾。反対説はその種の禁止を否定する⁹⁸⁾。

92) BGHZ 164, 196, 210 f.

93) BGH NJW 1993, 335.

94) BGH NJW-RR 2001, 342, 343.

95) BGHZ 174, 255, 258 Rn. 12 = BGH NJW 2008, 840, 841.

96) BGH NJW 2007, 1438 f. Rn. 17 f.

97) BGHZ 84, 109, 115 f. = BGH NJW 1982, 2309, 2310; BGHZ 96, 18, 25 f. = BGH NJW 1986, 1610, 1612 f.; BGHZ 143, 103, 118 = BGH NJW 2000, 1110, 1113; BGHZ 146, 377, 385 = BGH NJW 2001, 1419, 1421; BGHZ 161, 189, 196 = BGH NJW 2005, 1275, 1277; BGHZ 183, 220, 225 Rn. 16 = BGH NJW 2010, 1277, 1278; BGH NJW 2011, 139, 141 Rn. 27; BGH NJW 2005, 1574, 1576.

98) MünchKomm/Basedow (Fn. 2), § 306 Rn. 12 ff.; J. Hager, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung von Rechtsgeschäften, 1983, S. 89 f.; ders. JuS 1985, 264 ff.; ders. JZ 1996, 175 ff.; ders. JR 1998, 419 ff.; Uffmann, Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, 2010, 254 ff.

(1) この見解は、主として二つの論拠によって支えられる。まず顧客は、文言を踏まえて自らの権利を主張しない危険を負担する。そうすると、約款使用者は訴訟において条項がなお適法なものに縮小される点にリスクを負担するに過ぎないとすれば、このような普通取引約款を作成しようとするだろう⁹⁹⁾。他方で、約款使用者は裁判所が濫用的に法に適合した内容を見出すことを許さないだろう¹⁰⁰⁾。

(2) しかし通説自身、厳格なルールの例外を認めている。この例外は、このルールを最終的には切り崩し、結果を予測できないものにしてしまう。非典型的な例外についてこの禁止を適用すべきでないこと¹⁰¹⁾は、それ自体当然である。しかしドイツ連邦通常裁判所は、条項について違法な部分を削除することができ、妥当な部分がそれ自体から理解しうるルールを導出する場合には、さらに例外を認めている。つまりこの場合には、違法な部分のみが無効となる¹⁰²⁾。たとえば賃借人が敷金を負担しなければならぬという取り決めは、敷金額全体の弁済期が即時に到来することが民法 551 条 2 項に抵触する場合にも、その他の点については取り消すことができるにとどまる¹⁰³⁾。もっとも通説によっても、無効な条項によって生じる欠缺を埋めるために補充解釈が認められている。たとえば包括保証の場合に、解放 (Freigabe) 条項は、この解放が保証会社の裁量のもとにおか

99) BGHZ 143, 103, 119 = BGH NJW 2000, 1110, 1113; Palandt/*Grüneberg* (Fn. 8), § 306 Rn. 6.

100) BGHZ 84, 109, 116 = BGH NJW 1982, 2309, 2310; BGHZ 143, 103, 119 = BGH NJW 2000, 1110, 1113 f.

101) BGH NJW 1993, 1133, 1135 (Ausschluss der ordentlichen Kündigung betrifft nicht die außerordentliche); 1994, 1798, 1799 (Keine Verzinsung nicht mehr bestehender Ansprüche).

102) BGHZ 107, 185, 190 f. = BGH NJW 1989, 3215, 3216; BGHZ 136, 314, 322 = BGH NJW 1997, 3437, 3439; BGHZ 145, 203, 211 f. = BGH NJW 2001, 292, 294; BGH NJW 1999, 1108, 1109; 2006, 1059, 1060.

103) BGH NJW 2003, 2899 f. zu § 515 b Abs. 1 S. 1 a.F. BGB, 同条項は内容的には新条項と符合する。

れる場合には有効ではない。同様に所有権の譲渡は有効ではない。無効な条項に代わって、ドイツ連邦通常裁判所は、補充解釈により裁量に依存しない解放請求権を見出している¹⁰⁴⁾。

IX ま と め

1. ドイツ民法の消費者保護は依然として体系的とは言えず、局部的に、しかも場当たりに定められている。ただしドイツ民法における趨勢は、情報によって補正することはできない強行規定へと向かっている。
2. 総じて言えば、撤回の可能性と内容規制は方策として適切であることが明らかとなる。
3. 普通取引約款に関する法も長年行なわれてきた裁判官によるツールである。これは多くの弱点が存在するが、細部において適切であると明らかとなった。

[訳者後記]

本稿は、2010年3月31日に立命館大学朱雀キャンパスにおいて立命館大学法学会主催「立命館大学・ミュンヘン大学・ドイツ学術交流会・ヨーロッパ法セミナー」として開催されたミュンヘン大学法学部ヨハネス・ハーガー教授による「ドイツ消費者保護の基礎」と題するセミナーの翻訳原稿である。本学会誌への掲載についてご快諾をいただいたハーガー教授に心より感謝申し上げる次第である。本稿のドイツ語原稿である“Grundlagen des Deutschen Verbraucherschutzes”は Ritsumeikan Law Review No. 28 (2011) p. 233-246 にすでに掲載されている。立命館大学法

104) BGHZ 137, 212, 221 f. = BGH NJW 1998, 671, 673.

学部は、ドイツ学術交流会の協定大学促進のための基金を利用してミュンヘン大学法学部（ソウル国立大学法学部もパートナー）と若手研究者を中心に学術交流を展開してきている（詳細は、Ritsumeikan University, LMU Munich, DAAD Joint Seminar on European Law 2010 with Seoul National University, Nanjing University, National Chengchi University, Chung Ang University organized by Ritsumeikan Law Association, Rtsumeikan Law Review No. 28 (2011) p. 221 以下を参照）。この間、本学からも多数の若手教員・院生がミュンヘン大学法学部に留学し、学問的な成果を上げてきている。ミュンヘン大学法学部のスタッフの皆様方およびドイツ学術交流会に心より感謝申し上げる次第である。なお、本稿の平成 23 年度科学研究費（基盤研究 B）課題番号：22402013「民事訴訟原則におけるシビルローとコモンローの収斂」の研究成果の一部である。

[出口雅久記]