

〔翻 訳〕

契約準備段階と民法

——契約締結前の行為に対する民法的規律の諸傾向——

【原題】 Vertragsanbahnung und Zivilrecht — Tendenzen zivilrechtlicher Verrechtlichung¹⁾ vorvertraglichen Verhalten

Peter Gilles

山本隆司 訳

【訳者緒言】

【講演本文】

1. 民法典における契約準備過程に関する明文規定の欠如
2. 競争法及び営業法における契約準備過程に関する伝統的な規定の仕方
3. 判例・学説及び立法における契約準備過程に関する民法的規律の諸傾向
4. 契約準備過程の民法的規律に関する若干の事例
 - 4-1. 契約締結上の過失を理由とする準契約的請求権
——契約関係解消請求権と損害賠償請求権
 - 4-2.パンフレット、カタログないし広告の宣伝文言に関する責任、並びに、顧客を誤解させるような宣伝があった場合の新たな契約解除権
 - 4-3. 競争法上ないし営業法上の禁止法規違反がある場合の法律違反を理由とする契約無効
 - 4-4. 競争法上ないし営業法上の保護法規違反があった場合の不法行為上の免責と損害賠償に関する請求権
 - 4-5. 一定の契約類型及び所謂訪問販売に際しての撤回権、及び、不意打的契約勧誘に際しての一般的撤回権
5. 結 び

【訳者緒言】

フランクフルト大学のペーター・ギレス教授は、これまでも度々来日され、日本

各地で講演や研究会に招かれておられるドイツの民法・民事訴訟法学者である。教授は、1986年に来日された際、同年12月に立命館大学で国際学术交流研究会の一環として開催された研究会で、本稿標題の講演をされた。当日、講演と質疑応答はすべてドイツ語で行われ、講演内容の翻訳は私（山本）が、質疑応答の通訳は吉野正三郎教授（当時立命館大学法学部・現在は東海大学法学部）が担当した。本稿は、その時の講演の翻訳である。

1986年12月からかなりの年月を経ってしまったことは、様々な事情があったとはいえ、偏に翻訳者たる私の怠慢の致すところである。講演者のギレス教授をはじめ、研究会当日に参集され、活発な論議に参加された出席者の諸先生方に対して、ここで御詫び致したい。

しかし、本稿の内容は、講演後数年を経た今でもなお、日本の民法学ないし民事実務に対しては、かなりのインパクトを持つものであると思われる故、私の所属する岐阜経済大学学会の協力を得て、ここに翻訳全文を掲載する次第である。またギレス教授は1989年にも来日され、その際の立命館大学での講演も私が翻訳と内容の整理を担当した。その時の講演翻訳は立命館法学208号56頁以下に掲載されているが、ギレス教授の紹介並びにこれまでの業績やそれらの日本での紹介の場所等については、立命館法学同号の参照を賜りたい。

なお、ギレス教授の文章はなかなか難解である。特に、原文中では意味が解るが日本語に直訳することが困難な用語法がしばしば見られる。そこで、こうした翻訳上の工夫を要した箇所では、〔訳注〕を付して正確を期した。また、原文中でアンダーラインが引かれている箇所は、訳文でも同様にしておいた。

〔訳注〕

- 1) 本稿題名にある *Verrechtlichung* という語は、今日ではしばしば「法化」と訳される。ある対象を明文規定・判例・学説において補足し、法的規律の対象とすることを意味するドイツ語である。本稿では *Verrechtlichung* を「法的規律」と訳しておく。また、教授はこの講演で *Vernormung* という語も用いておられる。これは、ある対象に関する法的規律を制定法で明文で規定することを意味する。従って、*Vernormung* は「明文規定」ないし「明文による規定」という訳語をあてた。

【講演本文】

1. 民法典における契約準備過程に関する 明文規定の欠如

1896年に編纂が完了したドイツ民法典もまた、それより少し昔の他の多くの大規模編纂民法典と同様、今日に至るまで、契約締結の前の段階ないし契約関係成立前の段階を包括的に規定する何等かの一般的規定もこれらに関するまとまった規定群も知らない。これらに関して民法典の中に見出されるのは、ただ、部分的かつ諸所に分散された個別規定だけである。確かにこれらの個別規定は、多かれ少なかれ直接的に、契約前段階における何等かの事実・事柄・行為を取扱い、あるいは「意思表示がなされる前」または「意思表示のなされる際」に存在する事態・事情・行態、もしくはそうした法律行為が締結されるための「条件」となる事態・事情・行態を取扱ってはいるが、これらは決して包括的な一般的規定ではないのである。

民法典は、各方面で承認されている契約締結上の過失という制度に関する包括的規定を全く行っていない。また、たとえ規定があっても、それらはただ場あたりのかつわりあい恣意的である。即ち、民法典に規定されていることは、契約当事者の一方が思い違いをしたり（錯誤）、誤った情報を与えたり（詐欺）すること、あるいは一定の取引事情に関する認識可能性（§ 164 II BGB）²⁾ やそうした事情に関する知・不知・知るべかりしこと（§§ 119, 123, 166, 179, 307, 309, 539, 694 BGB）についてであり、一定の事情における一方の契約当事者の信頼（§ 122 BGB）についてであり、契約当事者の一方が「事態の適切な評価」を欠いた場合（§ 119 BGB）についてであり、契約の重要事項の一部または全体に関する契約両当事者の合意や理解が不充分であった場合（§§ 154, 155 BGB）についてであり、詐欺（§ 123 I BGB）や取引上重要な事情に関する黙秘（§§ 463, 523 I, 524 I, 540, 600, 637 BGB）といった欺罔の行態についてであり、取引目的物の性状に関する保証約束（§§ 459 II, 463, 537 II, 633 I, 651 c BGB）についてであり、または強迫（§ 123 BGB）や「相手方の窮迫・無経験・判断能力の不十分ないし強度の意思薄弱に乗じてこれを食いものにすること」といった、「欺罔的」行為方法と並ぶような契約準備過程での非難されるべき行為についてである³⁾。

では、なぜ、民法典が契約準備過程の領域における様々な現象を広範かつ集中的に把握していないのか。このことの説明は、民法典が出発点においている社会モデル・市場モデル・契約モデルを考えてみれば、容易である。即ち；

民法典が出発点においている社会モデルは、平等かつ自由独立の、従って対等かつ自治的な市民であり、その市場モデルは、需要と供給とを自律的に調和し、しかもそれを上述の社会モデルに登場するような諸個人のもとの公平な契約的諸関係の内ではほとんど自治的な利害調整を通じて行うという市場モデルであり、そしてその契約モデルは、経済的に同じ力を持ち、社会的には対等で知的にも同じような水準にある当事者との合意というものであった。これらは思考モデルとして古典的な民法典の基礎に存在するものである。現行民法典の起草者がまず第一に関心を示していたのは、契約締結に関する法技術上の問題、従って申込の表示と承諾の表示との合致という事象の規律に関してであった。その際、民法典の起草者は——そしてまた今日でもなお全く支配的な民法学説も同様に——、契約の締結をあたかも「一個の点」として把握しているのであって、これを「一連の過程」ないし連続する「段階」としては全く把握していない。そして、この点に関しては、取消に関するたいていの近代的諸規定も同じような考え方に基づいて構成されている。さらにこれと並んで民法典の起草者がとりわけ関心を払っているのが契約の形式的要件に関してである。ところが、契約締結の法技術的問題とその形式的要件を一方とすると、その他方に、契約内容や契約目的及び契約準備過程の実在性といった問題がある。即ち、契約準備過程には、一方当事者が相手方に不意打や圧力をかけたり、相手方を欺罔したり強迫したりするという事態が包含されるが、従来と同様に今日でも、これらの事態が相手方にとっては契約締結の動機となり、あるいはこうした事態の下で契約の締結がそそのかされ、誘惑・強制され、あるいは実質上一方的に契約を締結するか否かが決定され、かつその内容もこのようにして決定されてしまう。ところが、民法典の起草者は、こうした契約内容やその目的及び契約準備過程の実在性といった事柄に関してほんの僅かの、しかも間接的にしか示されないような全く僅かの注意しか払っていないのである。

民法典の理由書でも、確かに立法者によって指摘されている事柄がある。即ち、何等かの有償給付に関する「取引慣行上日常的な申出」や「価格とサービスを連動させた宣伝（この価格ならここまでのことはやらせていただくといった趣旨の宣伝）」、また「何等かの表示が広告やビラによって行われたり、コンサート等の催物

を開催するという宣伝が送達の方法で行われたり、あるいは価格表や料金表などを提示する」といった表示方法に関してはそこで指摘されている。しかしながら、民法典の起草者は、結局、契約準備過程でなされるこれらの活動を、諾約者となるはずの当事者の側から行われる契約の申込に関する誘引 *invitatio ad offerendum* として問題としていただけであり、法律行為的な表示や既に拘束力を持っている契約の申込として問題にしていたのではなかった。従って、民法典の起草者は、自ら「こうした事柄を問題にするような法規定」を度外視していたのであった。

もちろん、これらのことすべてが、当時の立法が、契約による取引において今日と同様に当時も行われていた、顧客に契約を締結させるための、甘い言葉による宣伝や手練手管を完全に無視していた、ということの意味するものではない。ただ、その種の事態や状況は民法で取扱われるべき事柄ではなく、一般に経済法、特に競争法の領域、または行政法、特に営業法、営業監督法、警察法の領域、あるいは刑法の領域で取扱われるべきであると考えられてきたのである。そしてこのような考え方が、今日に至るまで多かれ少なかれ異論なく持続されている。

〔訳注〕

2) 民法 164 条 2 項の意。以下では、法律の規定についてはドイツ語の原文をそのまま用いた。§ の次のアラビア数字が条、その次のローマ数字が項、Nr. の次が号、最後にあるのが法律の略称である。代表的な略称のみを示すと、BGB=民法典、GewO=営業令、UWG=不正競争防止法、FernUSG=通信教育法、等である。その他の特別法は、原文でも法律名が判明するよう表記されている。

3) この段落では、ここまでの文章が原文では関係代名詞を駆使して一文で書かれている。しかし日本語に翻訳すると、文法構造の違いから非常に理解し難い文章となってしまうため、主語や述語が重複する煩雑さを甘受しつつ敢えて複数の文に分けた。以下でも、原文と翻訳文との関係では同種の問題がある。主語述語の重複があつて少々くどい表現となっている箇所は、そうした日本語としての意味理解の正確さを期するための産物である。

さらに、原文では、ドイツ語ならば一語の名詞で示される意味が、日本語では散文的に表現されざるをえなくなるという語が多用されている。一語ずつ訳注で補足することの煩雑さを回避するため、少々読み難いことを忍び、翻訳文中で散文的表現を用いた。以下の文章でも、日本語としては不自然な、散文的な名詞化表現がある箇所は同様の対処をした結果である。

2. 競争法及び営業法における契約準備過程に関する伝統的な規定の仕方

上で述べた契約準備過程での問題とされるべき事態について、特に競争法と営業法には、昔から、広い範囲にわたる多数の個別規定と一群の包括的規範群がある。これに加えて、とりわけ競争法には、多かれ少なかれ契約準備過程ないしは本来の契約締結の前の段階で行われる諸行為や諸事情を目的意識的に捉える豊富な判例法がある。ここで言う諸行為や諸事情とは、具体的に言えば、特定の給付に関する「宣伝 Werbung」、潜在的顧客からの質問に答えるという形で行われる「助言 Beratung」、相手方に契約締結の意思表示をさせるために行われる「説得 Bestimmen」、一定の給付を受領するように顧客に対して行われる「勧誘 Veranlassung」、商品や役務の「提供 Anbieten」や「フェアなどの開催によって大量陳列する方法の売り出し Feilbieten」「商品化して流通に置くこと Inverkehrbringen」「販売 Vertreiben」「顧客への積極的な注文集め Aufsuchen von Bestellungen」その他これらと類似のものである。

競争法の領域では、例えば多数の判例が、特定の販売措置や宣伝措置を禁止している。これらの措置を禁止する判例は、不正ないしは良俗違反の競争行為を認めない不正競争防止法の一般条項から引き出されてきたものである。だから例えば、様々な顧客への宣伝や取引締結方法のうち、セールスマンが顧客の家を特別にしつこく、圧力をかけるような仕方で訪問する方法や、電話による勧誘、あるいは路上での所謂キャッチセールス Anreissens von Passenten auf der Strasse などの方法が禁止されている。勧誘者が何等かの攻撃的な行為を通じて顧客をわずらわせたり、人を惑わすような申出をすることで顧客を欺罔したり (vgl. § 3 UWG)、割引や景品その他の利益を過剰に付けることによって顧客を勧誘したり、情緒的ないし心理的に強制されるような状態を惹起しまたは顧客のこうした状態を利用したりして取引を締結させるといったような顧客獲得方法も同様に禁止される。もっとも、ここに列挙されたものは、契約準備過程に対する競争法による規律の長いカタログに基づいて若干の例を挙げたにすぎない。蓋し、これらのことを取扱うのは、不正競争防止法及びその付属法規に限られるのではなく、この他にも新たな私法的特別規定 (vgl. z.B. §§ 16, 17 FernUSG) があるからである。

営業法もまた、営業令（GewO）そのものあるいは営業法的な付属法規において、契約締結の前の段階を規律する非常に多くの規定を持っている。それらの諸規範の中には、まず、特定の商品ないし役務の「販売」または提供を規制するものがある。例えば、無資格者による販売は概して禁止されているし、一定の販売方法、特に特定の固定された営業場所でないところで外交員ないし企業の外部協力者が顧客を訪問するなどして行う販売方法は規制されている。ここで現実に実務的な意義を持つのは、営業令 56 条の規定である。この規定は、指定商品（例えば、植物保護剤、害虫駆除剤、美容整形装置、視力矯正装置、毒物、アクセサリー、飼料、証券、宝くじ、ポルノグラフィ、宝石、貴金属、高濃度アルコール飲料、蒸留酒など）を訪問行為によって「売り出し」または「注文を集める」ことを禁止し、同様に、訪問行為によって特定の役務（例えば、歯科診療、理髪美容行為、獣医業務、血統書付動物のタネツケなど）を給付することを禁止している。本条によれば、以上の他、訪問行為による金銭消費貸借取引の締結ないしその斡旋も、これが何等かの特定の商品の購入ないしは住宅貯蓄契約と直接結びつくものでない限り、禁止される（§ 56 I Nr. 6 GewO）。従って、教育や結婚の仲介、副収入や内職の斡旋、改装、修理その他の役務の給付と関連する信用供与契約が、セールスマンの訪問による場合を含めて、顧客の住居で締結され、もしくはそれが斡旋されることが禁止されるのである。さらに、特別法で禁じられているのが、例えば医薬品の「フェアなどでの大量陳列法による売り出し Feilbieten」や訪問による「注文集め」（§ 51 ArzneimittelG）、火薬や武器の販売（§ 22 SprengstoffG, § 38 WaffenG）、国家審査を経ておらずあるいは許可されていない通信教育コースの販売（§ 12 FernUSG）、あるいはまた、所謂もぐり業者による労務給付や仕事請負並びに顧客が仕事をもぐり業者に頼むこと（§§ 1, 2 SchwarzarbeitsG）である。これらの他、契約準備過程を明文で規定する例は、営業法にはなお多く見出されようであろう。

競争法ないし営業法における以上述べたものをはじめとする宣伝・販売の禁止規定に違反した場合には、それぞれの法領域が各々固有のサンクションを考えている。例えば、不正競争防止法は、特に差止請求権や損害賠償請求権を規定し、さらにこれらを同業者その他の団体によって行使するための訴訟について規定している（§ 13 UWG）し、営業法は、罰金を科したり一定の営業監督措置に服させたりする。しかし、これらの法領域では、伝統的に、相手方の違反行為によって顧客となった者自身の利益になる何等かの私法的効果や、各個人を直接的に法的に保護する

ことの可能性については、規定していない。これは、各法律を支える範疇や原理に基づき、各法規定を法効果の面でも相互に厳格に限界づけるという、従来から堅持されてきた思想の故である。このことは、長年にわたり、立法や判例並びに学説において、一の法領域における法律違反が原則として決して別の法領域にある法効果を引き出さない、という考え方に基づいてきたことに由来するのである。もちろん、こうした立場については、この間に多くの変化があるし、またこの間には、立法者自身も新たな競争法ないし営業法の諸規定（§ 13 a EWG, §§ 7, 12 FernUSG）において、これらの法律違反に際して私法上の諸効果を生じさせることを考えている。以下では、これらの点について述べることにする。

3. 判例・学説及び立法における契約準備過程に関する民法的規律の諸傾向

今述べたことであるが、契約準備過程に関する競争法的ないし営業法的な規制に対して「境界を越えて」私法上の諸効果を認めるということは、契約締結そのものの前にある取引段階を私法的な「法的規律」の対象とすることも含めて考えられていることを示す趨勢が益々強くなっているという厳然とした徴憑のひとつである。とりわけ無視できないのは、今日の判例・学説・立法が、契約の準備段階ないしその過程に今や民法的観点からも益々注意を払ってきているということである。「顧客募集宣伝 Kundenanwerbung」「契約前の取引上の接触」「契約準備交渉」などは、常に契約締結の前の段階を民法上で記述しようとするものであり、そのことによって、いよいよ民法上の重要性を獲得してきている。契約締結上の過失に関する v. Jhering の 1861 年の研究は、その後の方向性を示す契機となるものであったが、これは、とりわけ最近 20 年間のドイツ民法の発展の中で継承され、力強い潮流となってきた。ここで語られるこれらの新たな民法上の趨勢は、最近の非常に多数の研究書・論文・ディッセルタチオン（学位取得論文）、ハビリタチオン（教授資格取得論文）が、「宣伝による契約準備」（Lehmann）、「契約準備過程にあつての消費者保護」（Schuhmacher）、「契約なき自己拘束——取引関連の行為に基づく責任について——」（Köndigen）、「契約準備交渉にあつての過失」（Medicus）といったテーマを対象としていることで既に顕著に示されている。これらは、民法学が契約準備過程という対象に急激に強い関心を持ってきていることを示している。しか

も、契約準備過程という現象をわりあい包括的に研究するこれらの学説を別にしても、判例や学説あるいは立法の中に、契約締結前の諸関係を民法的に規律しようとする新たな趨勢に基づいていると思われるものを多く見出すことができる。ここで語られている法的規律の諸傾向に関する指標として、ここでは単に「契約締結上の過失」「宣伝文言 Werbeaussagen」「禁止法規」「保護法規」及び現代的「取消権」という五つの民法における展開の方向性を簡単に述べることにしておく。

4. 契約準備過程の民法的規律に関する若干の事例

4-1. 契約締結上の過失を理由とする準契約的請求権

—— 契約関係解消請求権と損害賠償請求権

本稿の問題意識との関連では、まず、契約締結上の過失 (culpa in contrahendo) の適用範囲の拡張が留意されるべきである。即ち、契約締結上の過失については、判例、なかんずく下級審判例によって、まさに爆発的と言ってよいほど、その適用範囲が拡張されてきた。判例は、この間に、顧客の保護のために、契約前段階において契約締結上の過失責任を発生させる多数の義務を定立してきた。その義務とは即ち、顧慮義務・注意義務・保護義務・配慮義務・社会生活上の義務などである。判例は、商品や役務の提供者がこれらの義務に有責に違反した場合に、顧客に、契約関係解消請求権⁴⁾と損害賠償請求権を認めてきたのである。判例はまず、指示義務・助言義務・教示義務・開示義務・照会義務・情報義務・告知義務・通知義務・説明義務といった諸義務、即ち、総じて情報提供義務 Informationspflichtenと要約される義務を多数作り出してきた。これらの義務は、契約当事者間にある情報に関する不平等を調整するものであり、以下のような事例において顧客を救済するものである。即ち、契約準備過程において、顧客が無経験・情報不足・無知であり、あるいは顧客が全くの素人であることが、商品・役務の提供者にとって認識可能であり、顧客の側がこれに乗じられたという事例や、顧客が、取引上の重要な事項につき不明確なままで放置されたために、顧客自身に、みずからは認識できなかった負担や不利益をもたらす契約を締結させられたという事例、あるいは、顧客が真実に反する不完全な説明を受けたために同様の事態となった事例である。こうした事例において、業者ないしその協力者がこれらの情報提供義務に有責に違反した場合、判例は、顧客に、契約関係解消請求権と損害賠償請求権とを認めてきた。契約

関係解消請求権にあっても重要なことは、損害賠償請求権における所謂原状回復（§ 249 BGB）の意味である。なぜなら、業者が契約前段階の義務に違反した結果として顧客が当該契約の締結に応じたという場合には、この当該契約の締結にこそ顧客の損害が存するのであり、この損害は、顧客が当該契約に基づく諸義務の負担から免れることによって（即ち当該契約関係が解消されることによって）填補されるからである。もちろん、誤解されてはならないことがある。即ち、顧客にとって特に危険の大きい一定の取引にあっては、判例は、提供者（業者）の契約前段階での情報提供義務の内容や範囲を拡張しているのであるが、判例のこうした義務の拡張と厳格化は、このように拡張された義務を業者が遵守すれば顧客にそうした契約的拘束関係をもたらすことが正当化されるということの意味しないという点である。即ち、ここで判例によって要請されている説明・情報提供を提供者（業者）が充足していると言えるのは、提供者（業者）が顧客に当該取引の危険性を細大漏さず提示し、顧客が当該取引の締結を思いとどまるにまで至らせる場合のみなのであり、提供者（業者）にとってはかくまで厳格に、契約締結前段階での間主体的な情報提供義務が課せられているのである。最近のこうした判例の趨勢は、契約締結上の過失に関する従来の枠を打ち壊すものであり、顧客保護という目的を度外視して考えるならば、この領域における契約締結上の過失の範囲につき、決定的に恣意的である。つまり判例は、顧客保護の目的の下に、予見可能性と法的安定性がなくなってしまふことも甘受しているのである。また、裁判所が契約前段階での保護義務を根拠づける場合にも、その根拠づけ方は——一見したところでは——しばしば非常に散漫で、全く様々な観点に基づくものとなっている。いわく、信義則・信頼・顧客の期待・社会的接触の増加・自己拘束・取引の危険性ないし取引の損害惹起傾向、等々。時にはまた、一般不特定多数の保護のために設定されている一般的社会生活上の義務や情報提供義務・不正競争禁止による命令ないし営業法上の命令が、判例によって簡単に、特定個別顧客のための契約前段階での保護義務に改鑄されている。これらが用いられるのは、裁判所が、これらの義務を具体的な訴訟において顧客の保護のために意味があり利用できると考えた場合である。判例は、その限りで、専ら効率的な顧客保護という目標に向かっている所以であり、従って、結果のみを指向しているのであって、ここでは、そのための根拠づけを厳格にすることにあまり重点が置かれていないのである。

しかし立法者もまた、この間に、特に新たな特別法において、特定の商品や役務

の提供者に対して、法律による明文規定によって契約前段階での情報提供を義務づけるという方向に移ってきた。例えば、仲介人及び施工主に関する法律（MuBV）11条の規定では、一定の営業者、特に仲介人に、多くの取引上の条件につき、既に「遅くとも契約準備交渉の開始に際して」、あるいは「委任のなされる前」、もしくは「遅くとも委任のなされるまでに」といった時点で通知義務を課している。また通信教育法（FernUSG）16条では、通信教育の主催者は、「通信教育コースへの参加勧誘に際しては情報提供素材を相手方（勧誘の対象とされた潜在的顧客＝訳注）に送達することにより、契約条件と参加資格に関する完全な概観を相手方に与えること」とされた。こうした関連において興味深いのは、価格呈示及び表示に関する規定 Preisangabe- und Kenzeichnungsvorschriften とは別に、販売パンフレットにより投資家に正しく完全な情報を提供するべしという法律上の命令があることである。こうした命令は、最近の投資家保護法において見られるものであるが、ここでは、取引に関する「実質的な意義を有する事項について」の呈示が販売パンフレットで不正確ないし不完全にしかなされていない場合に、投資家が当該契約の解除 Rückabwicklung を請求することができる、という効果が認められている（vgl. § 12 Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Verträge aus ausländischen Investmentanteilen-AusInvestmG; § 20 Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften-KAGG, auch § 7 des Entwurfs eines Gesetzes über den Vertrieb von Anteilen an Vermögensanlagen）。

学説の多数は、契約締結上の過失の適用領域がこのように拡張されていることに対して、一方では様々な躊躇を示しつつも、基本的には積極的に評価している。即ち、学説は、一方では、「同じ関係者のグループに属する者は平等に」法的取引における不利な実務から「警察法的に」保護されているということを歓迎しながら、他方で、ここに「信義則に基づくという方法で個別事例限りでの正当性が認められているという不安定性」が見られること、ないしは「完全に個別事例だけを指向しているが故」に生じる判例の「ある程度の混乱」が見られることに対して苦言を呈しているのである。時にはもちろん、「過度に不明瞭な理由抜き判決」というものに対する恐怖も唱えられる。即ち、こうした判例は「成文上の諸制度」からあたかも暴利をむさぼっているかのように「いいとこどり」を行っているのであり、「契約締結に際して、より弱者である契約当事者には配慮的な助力が得られるという権利」を創造することを通じて、「単なる公平の衡量によって民法典の自由な契約体

系をすべて没却させてしまう」恐れがある、というわけである。しかしながら、全体としての趨勢では、学説は一貫して、古い契約締結上の過失を判例法によって拡張していくことを支持している。従って学説は、この領域における法律実務の仕上げを新たに厳密に行うこと、並びに、契約前段階の責任に関する古い理論を新たに解釈論化しこれを体系化することのために、努力している。そしてこの努力には、立法者に対する新たな立法提案をすることも含まれている⁵⁾。この立法提案では、学説は、契約準備交渉に際しての責任について民法典の中に所謂「大きな一般条項」を設けることを拒絶し、カズイスティッシュな詳細規定を設けることとする、という方法を支持しているのである。さて以上の叙述を通じて、ここでは、契約準備過程の法的規律の趨勢を概観することで、暗黙の内になされてきた契約締結上の過失制度の構造と機能の変化が少しは描写されたといえるかもしれない。契約締結上の過失は、民法典に規定されてこそいないが、ほとんどすべての学説・判例によって承認され、さらにまた普通取引約款法 11 条 7 項によっても明文規定されている。契約締結上の過失の制度の構造と機能は、確かに、大きく変化してきた。その中には、負担・自己責任義務⁶⁾・自己のものと同等の注意義務ないしは「二次的給付義務（契約関係解消・損害賠償）」という意味での責任を発生させる、契約前段階の義務の有責な違反に対する特殊な準契約的責任構成要件といったものから、一方当事者に対する他方当事者の相応する権利ないしは「一次的給付義務（契約上の債務そのものの履行）」を伴った、一方当事者の他方当事者に対する真正の義務という意味での、契約準備過程に際しての義務の準法律的な一般的綱領に至るものまでがある。それらの幅広い展開の内では如何なる程度までが現実に行われてきた学説・判例の趨勢において示されているかは、ここでは解明されないままにしておく。何故なら、本稿の関心は、法的規律の趨勢それ自体に置かれているからである。

〔訳注〕

- 4) 契約関係から生じる当事者双方にとっての拘束関係を一方的に解消する請求権で、実際上の効果は、日本民法 541 条以下に規定された法定解除権が行使される場合と似るが、ドイツ法では、日本民法 541 条以下に相応する解除権 Rücktritt の他に、本文でも後述されるように、損害賠償責任が原状回復を原則としているところから、こうした請求権が損害賠償請求権の具体的内容として認められている。ドイツ法でもこの両者はその用語においても区別され、本文の権利は特に、Freistellungsanspruch と称されている。Freistellung という用語自体は、損害賠償責任を約定によって予め免除する際に、その旨を定める契約条項などについて用いられ

ることが多く、その場合は「免責」と訳すればよい。ドイツ語の文脈的な意味では確かに一方当事者の契約上の負担を免れさせるという効果から考えれば「免責」でよいわけであるが、日本語として訳する場合にはその特質的な点を顕在化させるために、Freistellungsanspruch には敢えて「契約関係解消請求権」という語をあてておく。こうした訳語のあてかたや理解は、椿寿夫・右近健男『ドイツ債権法総論』（1988年）113頁以下（今西康人執筆部分＝以下今西・前掲）でも支持されるものと思う。なお、契約締結上の過失に関するドイツでの学説・判例の展開状況については、今西・前掲に適切に要約して概観されている。

なお、こうした契約関係解消請求権を日本法の解釈論の中で位置づける場合には、民法95条の「錯誤」に基づく無効の主張を認める場合の一環として考えた方が適切な面がある——拙稿・法律時報57巻6号124頁以下。ただし、私自身の解釈論的提言については、紙幅の制約もあることであるから、他日、別の機会に行いたい。

- 5) この立法提案とは、ドイツ連邦司法省からの要請に応じて提出され、1981年以降にまとめられて出版された「債権法改定に関する鑑定意見と立法提案 Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts」の第2巻に掲載されている、Medicus 教授による鑑定意見書「契約締結上の過失責任に関する鑑定意見と立法提案」のことを指している。これについては、今西・前掲118頁に詳細に紹介されている。
- 6) この語のものの言葉は Obliegenheit である。債務ないし義務として Obligation と対置して用いられる。この両者は、それが違反された場合の法効果において異なる。Obligation の方は、これを負う者がそれに違反した場合にその相手方に損害賠償請求権などを発生させる。Obliegenheit では、これを負う者がそれに違反した場合でも相手方に損害賠償請求権などを発生させることがないが、ただ、自らの方で後に自己に有利な法効果を相手方に主張することが許されなくなるという効果を持つ。日本法に見られる Obliegenheit の性質を有する義務の例としては、商法526条・同644条・同678条等に規定された「通知義務」「告知義務」などがある。しかし、Obliegenheit を一般的にどのように名づけるかは、実定法に規定された用語ではないので困難である。そこで本稿では、通常の Obligation と法効果において区別されることを示す意味で「自己責任義務」という語をあてた。

4-2. パンフレット、カタログないし広告の宣伝文言に関する責任、並びに、顧客を誤解させるような宣伝があった場合の新たな契約解除権 (§ 13 a UWG)

これまで上に述べてきた展開には、さらに別のものが強く結びつけられている。

特に宣伝をした提供者（業者）が、例えばパンフレットやカタログ・新聞広告その他の宣伝・情報伝達素材において、自らの宣伝上の表示をした場合に、その業者が増々広い範囲で個別顧客に対する責任を負わせるという傾向、即ち、宣伝文言に重要かつ厳格な私法上の効果を認めるという趨勢がそれである。こうした展開は、判例・学説・立法において同じような程度で追及されうるが、ここでもまた、判例の内でなされた展開が最も強烈であると言えよう。こうした展開においてもまた、その主要な原動力は消費者保護の思想である。

ここでまず留意されるべきことは、宣伝措置や市場開拓行為が、たとえ新聞広告でなされようと、カタログの郵送、ショウウィンドウや陳列棚での商品展示、パンフレットの配布、あるいは宣伝ビラの配布という方法であろうと、その手段の如何を問わず、これらはすべて、支配的な民法解釈理論によれば、ずっと以前から契約の申込の誘因という性格を与えられてきたのであって、こうした行為自体に既に法律行為的な意思表示とか法的拘束力のある契約の申込とかの位置づけを与えることはなされてこなかった、ということである。こうした伝統的な民法解釈理論の考え方の根拠は、宣伝者には法律行為上の表示意思ないし法律行為意思がなく、さらに宣伝措置は、通常、特定の契約名宛人ではなく一般公衆または不特定の人に対して向けられているのであって、こうしたことは、全体として、特定個人を対象となされるべき意思表示たる契約の申込の性質に反する、ということに求められてきた。しかし、この間に、伝統的な契約締結理論を意識的にか無意識的にか無視し、契約準備過程にある宣伝措置に既に契約の申込としての性格を与え、そして契約の申込があると認められた事例では、新聞広告やパンフレットないしカタログでの単なる宣伝のための誉め言葉に、今や、当該契約の内容ないし当該契約上の給付義務とする、という効果を結び付けるという判決が増加していることが見てとれる。もちろん、ここでもまず下級審判決例においてこうした傾向が見られるのである。ここでは、実際になされた給付が宣伝された給付約束の内容に沿わない場合、解除と損害賠償という法効果が給付侵害法を類推して導き出されている。こうしたことに伴い、カタログや宣伝パンフレットにおいてなされる製品の宣伝のための叙述や誉め言葉を、あるいは製品や給付に関する宣伝的な情報を、それが添付文書や広告にある場合でも、さらには製品のパッケージにあるものでさえ、特に売買・請負及び旅行契約法における意味での法律行為上の「保証約束」と看做し（vgl. §§ 459 II, 463, 633 I, 651 c I BGB）、その効果として、商品や仕事ないし旅行がそのように「保

証された性状」を欠いていた場合、宣伝をした当該商品提供業者の側に適切な担保責任が課せられ、宣伝の相手方となった顧客に解除権や代金減額請求権ないし損害賠償請求権の発生が認められる、という説明がなされている。我々のところで目下特別に話題となっているのは、主催旅行の領域に関するこうした問題である。ここでは、旅行に関してなされる給付につき旅行パンフレットでなされる記述が、わりあい広い意味において、一定の性状に関する保証約束となると理解されているのである。

以上のような給付義務の成立とその不履行という構成を採らない場合でも、学説・判例に広く普及している見解によれば、宣伝のために用いられる素材における不正確で不完全かつ誤解を招くような表示は、それがカタログであろうとパンフレットや新聞広告であろうと、いずれにせよ、まず承認されている契約締結上の過失の観点に基づき、顧客の契約関係解消請求権ないし損害賠償請求権を発生させることになる。同じことが、また、狭い意味でのパンフレット責任、即ち、何等かの投資に関するパンフレットによる宣伝の正確性及び完全性についての責任についても妥当する。このパンフレット責任には、契約締結上の過失に関する問題と同じような格づけがなされている。さて、ここで問題とされる投資については、部分的に、暴利禁止法（BorsenG）45条と、そして既に本稿でも論及された新投資家保護法（§ 12 AusInvestmG, § 20 KAGG）においては明文規定で定められている。そして、これらとは別の特別法においてさらに別の規定がなされるはずである（vgl. § 7 des Entwurfs eines VermögensanlageG）。

こうした関連において、最後に、1986年6月27日に公布され翌1987年1月1日に施行される不正競争防止法追加条項 UWG-Novelle が特別に言及されるに値するものを持っている。即ち、この法律の中に新たに創設された13a条が以下のように規定しているのである。

「購入者が、本法4条の意味における宣伝記載事項により購入の意思決定をさせられた場合で、当該宣伝が真実でなくかつ誤解せしめるようなものであり、その宣伝の対象となっている人々にとってその宣伝が当該契約締結に対する実質的な意味を有していた場合には、購入者は当該契約を解除することができる。ただし、記載事項を伴った宣伝が第三者によってなされた場合に購入者に解除権が認められるのは、相手方当事者が、記載内容が真実でないこと及びこれが誤解をさせるに足るものであることを知りもしくは知るべかりし場合、または、このよう

な記載を伴った宣伝を相手方当事者自身の措置によって自ら行っていた場合に限られる……」

この規定によって初めて、不正競争防止法の中で、不真実ないし誤解せしめるような宣伝によって実際に契約関係に引き込まれてしまった顧客に対して解除権を認めるという意味での、特定個人のために作用する法的な具体的保護措置が創設された。そこでは、解除権が、基本的に「契約締結上の」情報提供義務違反を理由とする、相手方の過失の有無に関係のない契約関係解消請求権に他ならないものとして認められている。不正競争防止法は、長年にわたり、競争者保護法規としてのみ理解されてきたが、その中に、こうした競争の相手方ならざる顧客の側から行使できる解除権が導入されたことにより、不正競争防止法の消費者保護目的が、消費者団体訴訟の導入（vgl. § 13 UWG）によるよりもなお明確に規定されているのである。こうしたことは、あるいは、不正競争防止法1条及び3条が、遂には、また判例によっても民法823条2項の意味における保護法規として承認されることにつながるかもしれない。であるとすれば、このことは、本稿のテーマにとっても特別な意義を有することになるであろう。この点についてはなお後述されるはずである。

4-3. 競争法上ないし営業法上の禁止法規違反がある場合の 法律違反を理由とする契約無効（§ 134 BGB）

次のような判例・学説の趨勢もまた、契約前段階の民法的規律の増加を示すものである。即ち、まずは競争法及び営業法にある諸規定の違反に、さらには例えば民法上の諸規定の違反にも、これらの規定が契約準備過程に関するものである場合に、民法134条に基づき、その法律違反によって締結された契約ないし当該法律違反の下で成立した契約を無効にする効果をサンクションとして伴わせる、という判例・学説の趨勢である。このことは、方法論的に見ても学説史的に見ても、既に以下理由から、非常に大きな一歩であり、あるいはことによるとまた進歩でもある。即ち、立法や判例及び学説が長年にわたって努力してきたことが、個別の法領域をその範疇に応じて非常に厳密に区別することであり、とりわけ「私法」と「公法」との境界を画することに努めてきたのであった。しかもこの二つの大きな領域の中でも「民法」「経済法」「行政法」という範疇に応じた区別がなされ、さらに例えば「行政法」ならこれを「競争法」「営業法」「警察法」へと厳格に細分類されてきた。そして個々の如何なる法領域もそれぞれに固有の内容と価値判断や目的

設定及び法効果を持っている、という基本的な観念に基づき、ある法領域に基づく規定の違反に別の法領域に基づく法効果を結び付けるということが、長年にわたって、頭から拒絶されてきた。例えば、不正競争防止法あるいは営業令にある何等かの規定に違反された場合、これに契約を無効とするなどといった民法上の何等かの効果を結び付けることが拒絶されてきたのである。それが、今日では、個々の法領域が部分的あるいは全般的に常に緊密に関連し、絡みあっており、そのことに伴って伝統的な相互の境界関係が曖昧になり、また民法の境界の壁も打ち抜かれてきた。その際、私法以外の法の、狭義の私法への「侵入箇所」ないしは、例えば競争法や営業法ないし刑法における価値判断の民法への持ち込みのための「変形の手段」として働いたのが、まず民法 134 条であり、しかもなお後に論及されるべき民法 823 条 2 項であり、そして既に本稿で取扱われてきた契約締結上の過失なのである。

特に争われているのは、競争法ないし営業法に属する法律規定に違反する方法で準備されて「最終的に締結されるに至ってしまった契約（Folgeberträge=ある事情の結果として締結された契約）」が民法 134 条によって無効となるか否かという問題である。これについては、まず、民法 134 条に次のような規定文言があることが注意されるべきである。即ち、

「法律上の禁止に違反する法律行為は、当該法律に別段の定めがない場合、無効である」

この規定文言からは、「法律行為」そのものないし「契約」自体が、その内容や作用あるいは少なくともその目的につき民法以外の法律と矛盾する関係にあること、さらには、当該禁止法規が、いずれにせよまた当該契約に無効という私法上の効果をも生じさせること、そして、競争法・営業法・刑法などの法律が民法上当該契約を無効とするという目標以外の目標を何等持っていないこと、の以上三つが認識されなければならない、ということが帰結される。

確かにこの原則に関してはなお諸見解が一致しているが、しかし個々具体的な問題になるとかなり異なった考え方に分かれてくる。少なくとも支配的な学説は、当該契約が——例えば不正競争防止法 1 条ないし 3 条に違反して——不正ないし良俗違反の方法で準備されかつ締結されたという場合でも、このような契約前段階にある法律違反は、一定の競争行為ないし宣伝措置そのものが問題なのであって、その結果として締結されるに至った当該契約 Folgeberträge それ自体が問題となるの

ではない、としている。これは適切な立場である。そうした事情の結果として締結されるに至った契約 Folgeverträge ということであるならば、そのようにして準備されて締結された法律行為の有効性に影響しないのである。しかし学説の中にはまた極稀にこれと反対の見解もあり、判例の中にも上述の見解と異なるものが多数見出される。かくして裁判所は、例えば不正競争防止法1条や景品法 ZygabeVOあるいは医療制度領域での宣伝に関する法律に違反した行為が行われた場合、その結果として締結された売買契約を民法134条に基づいて無効とすることを認めるという対処をしてきた。

この間、学説・判例が契約の無効を認めることで非常に迅速に対処してきたのは、営業法上の諸規定の違反があった場合についてである。これらの諸規定は、一定の営業の営みや商品・役務の販売・提供を本来的に制限ないし禁止するものであるが、こうした諸規定に抵触することは、同様に契約準備過程にも関係してくるし、少なくともこれに影響するものではある。確かにここでも、以前には、そうした営業法上の諸規定に対する違反が、「当然に」「自ら」「自動的に」当該契約を民法上も無効とするに至るというわけではなく、民法上の無効は極例外的にのみ稀に認められるにすぎない、という原則が妥当していた。しかしながら、ここで、見解の明らかな変化が生じ、契約の無効を多数の事例で肯定するという方法に進んできた。若干の例だけを挙げると、例えば、所謂闇労働や不法な法律相談、健康に有害な素材の商品化、あるいは許可を得る義務がある営業を無許可で営むということがあった場合には、簡単に、根拠づけにさほどの大きな困難を伴うこともなく、当該契約が無効となると解釈されるようになってきた。現在、我々のところでの特別な争点は、営業令56条1項6号に違反して訪問販売の方法で締結されまたは斡旋された金銭消費貸借契約が民法上も無効となるか否か、そして、闇労働禁止法1条ないし2条に違反して生じた雇用契約や請負契約が民法上も無効となるか否か、という問題である。教育課程に関する国家による許可なしに締結された通信教育契約 (§§ 7, 12 FernUSG) や、給与支払ないし信用供与に関する営業法上の諸規定に違反して締結された一定の労働契約に関しては、立法者は、法律の「境界を越えて」当該契約を民法上でも無効とするよう命令することさえ行った。それにもかかわらず、疑問があり、そして疑問があることにふさわしく論争されていることがある。即ち、これらの場合に、現実には「法律行為」それ自体が上述の諸規定に違反しており、これらの諸規定が実際に契約関係の効力を妨げようとしているのか、それとも

営業法上の規定は典型的な営業法的サンクションをもってただ公的な保護目的を追究しているだけなのか、という問題に関する論争である。また以上の他に、営業法において威嚇されている罰金や営業監督措置ないし刑事訴追の他になお当該契約を民法上も無効とすることが、訪問販売による信用供与や闇労働などの一定の取引領域を防止するために現実に必要なものであるのか、という議論もある。なかでも、契約を民法上も無効とすることにはなお多くの民法上の派生的問題が生じるのである。

4-4. 競争法上ないし営業法上の保護法規違反があった場合の 不法行為上の免責と損害賠償に関する請求権 (§ 823 II BGB)

まず学説が、そして極稀には裁判所も、競争法上の一定の規定、特に不正競争防止法1条及び3条を、さらには営業法その他の法律の規定をも、民法823条2項の規定文言の意味での保護法規として承認するという方向に移行してきた。民法823条2項では；

「他人の保護を目的とする法規に違反した者」は損害賠償の義務がある……
と規定されている。

だから、この間、支配的な学説は、不正競争防止法1条ないし3条といった規定に違反するような不法な措置により契約締結に誘導された顧客に対して、不法行為法上の契約関係解消請求権及び損害賠償請求権を認めてきた。そのために、不正競争防止法1条や3条によって保護されている者には、競争者——従来はそう考えられてきた——他に一般公衆が入るのみならず、個々の消費者や顧客もそれに入る、という理由づけがなされている。こうした解釈論は、不正競争防止法が、その歴史的展開過程において、純粹の経済法ないし競争保護法から個人を保護する法規 Individualschutzgesetz へという法政策上の「機能変化」を体験してきたことから生じるとされている。このことは特に、消費者保護団体そのものに訴権を認めることを不正競争防止法に導入したこと (§ 13 UWG) において示されている。この不正競争防止法の規定の任務は、たとえ完全にまともな形にまで至ってはいないとしても、個々の消費者に消費者としての利益ないし消費者としての権利があることを認めるといふことにある、とされている。これに加えて、不正競争防止法全体、あるいは少なくとも同法の1条と3条には消費者保護の機能があることは、競争違反により何年にもわたって顧客に惹起されてきた損害がある場合に、この損害に対処するために行われる行政作用があるということによっても根拠づけられる。こう

した損害は、よくある惑わしや不意打あるいは執拗な説得がなされる場合に常に生じるものであるが、不正競争防止法による以外には、特別にその業者の行為がきわ立っている場合にしか填補されえないし、また填補されるとしてもそのために非常な困難を伴うものなのである。しかしながら、判例は、従来と同様に、上述の競争法規定に保護法規としての性質を認めることを否定し、不法行為法上の保護を与えるという処理を僅かな例外をも許さずに拒絶してきた。欺罔された顧客に個別的な解除権を認めるという処理は、つい最近になってなされた。これは行政法規違反に民法上の効果を接続するものである。そしてこのことは、疑問の余地なく、不正競争防止法の消費者保護法としての性格を決定的に強化した。このことが、判例における伝統的な考え方をどの程度変えるものであるのか、それは今後の展開を見なければわからない。ただし、民法 823 条 2 項は別の法領域に属する法規定が保護法規として民法上の不法行為法に持ち込まれてくるための受け皿となるものであるが、競争法が民法 823 条 2 項を介してもまた、契約前の段階に民法的な対処をするものとして増々重要な役割を演じるようになってきている、ということは確かである。

4-5. 一定の契約類型及び所謂訪問販売に際しての撤回権、及び、
不意打的契約勧誘に際しての一般的撤回権 (§ 1 b AbzG, § 11
AuslInvestmG, § 23 KAGG, § 4 FernUSG, § 1 HausturWiG)

契約準備過程が民法において法的に規律されていることを示す明白な現象として、最後に、1970 年代末までに立法者によって創設された、特定の契約類型（割賦取引、通信教育契約、投資取引）に関する顧客の契約申込撤回権ないし申込取消権が考慮に入れられるべきである。それは、1969 年の海外投資配当法（Ausl-InvestmG）、1970 年の投資会社法（KAGG）、割賦販売法（AbzG）に 1974 年に追加された条項、及び 1976 年の通信教育法（FernUSG）といった私法特別法的な消費者保護法規において見出されるものである (§ 11 AuslInvestmG, § 23 KAGG, § 1 b AbzG, § 4 FernUSG)。

これらの法規定は、それぞれ個別に特定の契約類型を問題とし、その特定の契約類型に関して締約申込撤回権（契約類型関連的撤回権）を認めるというものである。しかし、これらの諸規定に加えて 1985 年に新たに制定された「訪問販売及びこれに類似の取引に関する取消権に関する法律（訪問販売法 HusturWiG）」は、まさに初めて、従来とは異なった性質の申込撤回権を創設した。この法律は 1985 年

11月14日に公布され、翌年5月1日から施行されたが、この法律によって創設されたのは、顧客が締約当時に置かれていた状況を問題とする申込撤回権（締約状況関連的撤回権）なのである。まさに訪問販売法1条によれば、

- 「有償の給付に関する契約の締結に向けられた意思表示であって、表意者（顧客）がこの契約締結につき、
1. 顧客の職場ないし顧客の住居以外の住宅の領域内での口頭の準備交渉により、または、
 2. 契約当事者ないし第三者により少なくとも顧客の利益においても開催されている催しに際して、もしくは、
 3. 交通機関の中あるいは公的に用いられている通路の領域内で不意打的に話かけられたことに接続して、
- 意思表示させられた……」

という場合に、契約類型の如何を問わず、締約申込撤回権が認められる。

ただ、最近になって創設されたこの締約申込撤回権は、この法律の別の規定によりかなりの制限を受けている。

通信教育法4条の申込取消権を例外として、その他の申込撤回権は、全体として、次のように構成されている。即ち、契約締結に向けられた顧客の意思表示が「有効」となり、あるいは顧客がこの意思表示に「拘束される」のは、顧客が自己の意思表示を1週間または2週間という所定の期間内に取消しなかった「場合のみ」である、という構成である。従って、民法典そのものは全く知らないこの新しい撤回権については、法的拘束力を、顧客の意思表示ないし契約締結の時点で即座に発生させるのではなく、その発生を取消期間経過後にまで延期させるということが重要である。民法典に規定された一般的な契約解消権（取消、解除、解約告知）では、意思表示ないし締結された契約によって既にして認められている法的拘束力を後に除去することを問題としているのであるが、これらの撤回権はこれと異なるものである。即ち、民法典に認められている一般的な契約解消権は、「合意には従うべし」という民法典の原則により、例外的にのみ、そして非常に特別の要件がある場合にだけ認められうるしまた認められて然るべきものである。これと異なる撤回権では、契約締結それ自体がもはや申込と承諾との合致の定点としては捉えられておらず、契約の締結とその拘束力の発生が時間的に一定の広がりのある事象ないしは一連の過程として考えられ、その過程が個々の段階（契約準備段階ないし不意

打段階、意思表示段階ないし契約締結段階、熟慮段階ないし後悔段階）にまで細分化されるものとして考えられているのである。

ここで挙げられたこれらの申込撤回権は、全体として、顧客の判断の自由を制限するものである。しかしこれは、逆に見れば、顧客の判断自由を実質的に制限するような事象が事実存在する、あるいは存在すると推定もしくは仮定される場合を念頭において、顧客の判断自由を実質的に保障するためになされる、立法的反作用としての判断自由の制限なのである。顧客の判断自由を実質的に制限するという事態は、民法上の取引の特殊な領域あるいは一定の契約締結準備状況の下に生じるものである。ここで問題となる事態・状況とは、一般的にいて典型的に、顧客を不意打することになるという効果や、顧客を焦らせれば軽率に判断させることになるという効果を伴っているような事態・状況、何等かの宣伝手段や業者側の手練手管が駆使されている結果として不当性の要素を伴っているような事態・状況である。この場合、顧客の側は情報不足という状態に置かれている。これらから帰結されるところは、顧客が取引内容や取引事情に関して無邪気にも知らないという状況に陥るということであり、また顧客が複雑な取引条件を見通すことが困難になるということであり、そして顧客が業者から提示された取引条件などに関する解釈能力を欠き、顧客から、他の取引条件と目の前に提示された取引条件とを十分に比較して熟慮するという機会を業者の側が奪ってしまうということになろう。

宣伝活動に曝されたり不意打されたりした顧客は、契約締結準備に関する主導権を業者に握られてしまうことに対する準備ができていない。このような状態にある顧客は、取引の危険を十分に熟慮することもなく、またおそらくは給付内容を詳細に検討することもなく、そして同旨の他の競争関係にある契約条件と目の前に提示されている契約とを予め比較することもなしに、当該契約の締結へと誘導されている。従って、こうした顧客には、上述した申込撤回権により、いわば事後的に、即ち申込の意思表示を与えた後に、再度熟慮するための一定の期間が与えられ、そしてその期間内に顧客が当該契約の締結を後悔するに至った場合、その申込の意思表示を撤回することができるのである。

このような立法的措置については、一部の学説が先駆的な役割を演じ、長年にわたって一般の解除権・撤回権ないし特殊の解除権・撤回権を要求してきた。この要求は特に訪問販売に関して強行われた。そして、先駆的学説のみならず、裁判所も、個々には、既に数年の以前からこうした立法プランを先取りして特にひどい契

約準備過程の事例について民法 242 条（信義則規定）に基づく一般的解除権ないし一般的撤回権を展開させてきた。既に 1969 年に、ある地方裁判所があるセンセーショナルな判決において、訪問販売で強力で説得されたためにタイプライターを買われ、さらにタイプライターの講習まで受けさせられることになった顧客に、こうした解除権ないし撤回権を認めた。また同じ年に別の地方裁判所も、コンピューターによる情報処理に関する通信教育に参加させられた顧客に同様の権利を認めている。しかしながら、裁判官による新たな法の創造というこのような勇氣ある行動には、特に学説の側から辛らつな批判が加えられてきた。即ち、学説は、こうした事例において裁判官は独裁的に立法者をきどっており、裁判官が法と法律に拘束されるという原則に違反し、また同様に権力分立原理にも反している、との理由で批判してきたのである。また、裁判官が当該時点で存在しかつその適用領域において制限された取消権を拡張的に展開させ、法律に規定されているものとは別の広範囲な取消権を認め、このことで法を法律によって定められた範囲の外にまで広げている、という見解も同様の趣旨の批判と見るべきである。

もちろん、この間には学説もこうした問題に対して非常に多くの成果を公表してきた。その成果の一部は、連邦司法省によって 1979 年から開始され 1983 年に中止された、「債権法改定のための鑑定意見と立法提案」の作業中にある若干の鑑定意見書にも見出される。例えば Medicus が「契約準備交渉に際しての過失」に関する彼の鑑定意見書で、以下の規定を 305a 条として民法典の中に導入することを勧告している：

「契約の締結に際して不意打を受けた者は、当該契約を取消すことができる。以下の各号に掲げる場合には、不意打を受けたことが推定される：

1. 契約の一方当事者が、求められもしないのに、相手方をその住居ないし職場に契約準備交渉のために訪問した場合、
2. 契約締結がある催しに際して準備されまたはそこで契約が締結され、この催しが契約両当事者により、そうした種類の販売のために行われたと一致して考えられていなかった場合、

……」

ただし、こうしたことに対しては多くの躊躇が示されるべきである。なぜなら、「不意打 *Überrumpelung*」という構成要件メルクマールは、不意打をしたと主張されている商品・役務の提供者が、そこでなされる法律上の推定に対して如何にし

て反駁できるのかが明確でないが故に、ほとんど包摂不可能であるし、またこの取消権が適用されるべき状況の範囲があまりにも狭すぎるからである。

しかし、ここでも、学説もまた撤回権・取消権に関して検討すべき問題があることを増々認めてきている、ということが示されている。

5. 結 び

今や民法の側にも、契約準備過程に勢力的に取組むという現実的な動きがある。私の講演は、その具体的展開の中でも最も重要なものを一瞥するというところで終わる。ドイツ法におけるこうした展開を概観するというこの講演は、ドイツ民法及びその新たな展開に少なからず不信を持つ人々にとって、あるいは何かを明らかにしたというよりは、むしろ混乱をもたらしたということになるかもしれない。しかし、この講演により、契約準備過程の多面的な諸問題に日本の法律学の関心を向けさせることに成功したとすれば、私見では、この講演はその課題を達成したものと言える。何が法律学の課題であるのか、と問われれば、それは今や、ここである意味で一覧してきた契約前の個々の現象を比較しながら、契約準備過程の領域に関する統一的な概念の構成を試み、これらの諸現象を全体として一つの体系を構成する構成要素と考え、そして徐々にこうした問題に答えること自体を目的とした「契約準備過程に関する民法解釈理論」を展開することである、と答えるべきであろう。その時、この民法解釈理論が、望むらくは、この問題領域に関する複雑かつ対立的な従来の判例の内部において、より一層の明確さと安定性をもたらすことができるように。契約準備過程に関するこのような新たな解釈理論の構築のために、私はここで、もはや若干の素材を提供することしかできなかった。最終的に待望されるべきは、長い時間を経ても、契約準備過程そのものを対象とする法律上の規定がなされ、それが何時の日にか民法典の中に導入されることである。