

消費者法の体系的独立性

大久保 邦彦

I 序 説

1997年に公刊された著書の中で、鎌田薫は「そもそも消費者法は、少なくとも現段階においては、民法・商法・行政法等の伝統的な法分野と並立するような自己完結性をもった法領域を形成しているわけではな⁽¹⁾いと述べていたが、1998年に大村敦志によって『消費者法』⁽²⁾が著され、同書は潮見佳男によって「わが国において最初に現れた『消費者法の体系書』⁽³⁾」という評価を受けた。また、2000年には消費者契約法が成立し、同法は2001年4月1日より施行されている。このようにわが国では、消費者法という法分野の確立に向けての動きが急ピッチで進んでいるかのように見える。しかし他方では、皮肉なことに、消費者契約法の立法に関与した論者の中からも、消費者法の体系的独立性に対して批判的な意

(1) 鎌田薫『『消費者法』の意義と課題』『岩波講座 現代の法13 消費生活と法』(岩波書店・1997) 11頁。

(2) 大村敦志『消費者法』(有斐閣・1998)。

(3) 潮見佳男「民法学のあゆみ」法時72巻4号94頁(2000)。もっとも、大村は別の論文において、民法の中に一体となって含まれていた2つの局面が、今日では商取引の基礎となる規範群(取引民法)と日常生活を規律する規範群(日常民法・生活民法)とに分化しており、消費者契約法は後者に含まれるという考え方の可能性も提示している(大村敦志「消費者・消費者契約の特性」(初出1991)『生活民法研究II 消費者・家族と法』(東京大学出版会・1999) 49頁, 52頁注(121))。

見が出されている。ある座談会で、潮見佳男が「現代社会に対応した契約法体系という観点から捉えるならば、消費者契約法の民事ルールは、体系的には民法の民事ルールの枠内に取り込まれるべきものであると思います。このような見方をすれば、消費者契約法の民事ルールは、民法の民事ルールの一部であるという理解になります。目の前にある『消費者契約法』に現れたものは、『消費者契約法』という形式を借りた『民法の継続形成』だと言ってもよいでしょう。他方、旧来の民法学者が考える民法の民事ルールというものは、これとは違った共通認識の下に枠付けられていますから、民法が一般法で、片や商法が特別法として存在し、もう片一方に消費者契約法という消費者取引の特別法があるといった状況認識⁽⁴⁾が出来上がっているのではないのでしょうか」との認識を示したところ、同じく立法に関与した河上正二も直ちにそれに賛意を表した⁽⁵⁾。

ところで、この問題に関しては、オーストリアの偉大な体系主義者である Franz Bydliniski が消費者法の体系的独立性に対して徹底的な批判を加えている⁽⁷⁾。F. Bydliniski がかような立場を採ることは、わが国でもホセ・ヨンパルトによって簡単に触れられている⁽⁸⁾が、その本格的な紹

(4) Franz Bydliniski は、後述のように、このような思考方法に「法体系における分裂傾向 (Aufspaltungstendenzen)」というレッテルを貼って批判を加えている。全く別個の法分野とされることによって、相互的内容的調整が十分になされず、評価矛盾が生じやすくなるからである。

(5) 潮見佳男発言「<座談会>消費者契約法の役割と展望」ジュリスト1200号4頁(2001)。

(6) 河上正二発言・ジュリスト1200号4頁。

(7) Franz Bydliniski, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, SS. 708-768 (以下では System として引用する)のほか、ders., Das bewegliche System und die Notwendigkeit einer Makrodogmatik, JBl 1996, SS. 693-698 (以下では JBl 1996として引用する)；ders., Eine Skizze über bewegliches Systemdenken im Vertragsrecht, in: Pacte, convention, contrat, Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin, 1998, SS. 199-205 (以下では Skizze として引用する)を参照。

(8) ホセ・ヨンパルト「<書評>私法の体系とその諸原理」上智法学論集

消費者法の体系的独立性

介はまだなされていないようである。そこで本稿では、F. Bydlinski の批判を紹介することによって、法体系における消費者法の位置を探るための材料を提供したいと思う。⁽⁹⁾

II 消費者アプローチの可否

1 序

契約に対して規制を行う際の規制対象を確定するためのメルクマールに関し、わが国では「約款アプローチ」、⁽¹⁰⁾「消費者アプローチ」、⁽¹¹⁾「交渉力アプローチ」が議論になっている。「消費者法」の構想は、このうち「消費者アプローチ」を採用のものである。⁽¹¹⁾山本豊は「消費者アプローチ」は「交渉力アプローチ」を立法論のレベルで部分的に具体化・定型化したものと理解することが可能で、⁽¹²⁾両者は共通の発想に立つと評価するが、「交渉力アプローチ」を採用する F. Bydlinski は「消費者アプローチ」に激烈な批判を加えている。

40巻3号177頁以下(1996)。

- (9) F. Bydlinski の文章およびドイツ語はかなり難解であるため、その紹介に際しては、彼の叙述を筆者が独自に整理し直した部分や、わかりやすく言い換えた部分がある。F. Bydlinski の趣旨には反しないよう気を配っているが、正確な叙述については、原典の参照を乞いたい。
- (10) 「約款アプローチ」、⁽¹⁰⁾「交渉力アプローチ」という分析視角を導入したのは、山本豊『不当条項規制と自己責任・契約正義』(有斐閣・1997)である(同書の第1部第1章(初出1980)の41-45頁および【補遺】(2)(イ)(83-86頁)を参照。山本自身は「交渉力アプローチ」を支持する(75頁))。それに加えて「消費者アプローチ」という考え方のあることを、大村「消費者・消費者契約の特性」『消費者・家族と法』5頁が指摘した。なお、廣瀬久和「内容規制の諸問題——比較法的考察を中心に——」私法54号32頁以下(1992)は、諸外国の規制立法を、(a)約款規制型、(b)消費者契約規制型、(c)不当条項規制型の3つに分けて分析している。
- (11) 大村『消費者法』、同「消費者・消費者契約の特性」『消費者・家族と法』49頁(但し、「約款アプローチ」を排除するものではない)。
- (12) 山本豊『不当条項規制と自己責任・契約正義』83頁。

2 大村敦志の見解

大村敦志は、プロトタイプとしての「消費者」に着目し、消費者の特性分析を行なった。そして、消費者は事業者に対し、情報・交渉力において劣位に立ち、また、精神・身体を備えるがゆえの脆弱性をもった存在だが、消費者と事業者の間に見られるこのような格差は、消費社会の発展に伴う構造的なものだとの結論に達した（もともと、プロトタイプから外れた消費者が少なからず存在することも同時に認めている⁽¹³⁾）。その上で、大村は、この特性に応じた取引ルールとしての消費者法を構想する。

しかし、大村は、その一方で、実定法のレベルでは外国法も含め統一的な消費者概念が存在しないこと、法律の適用範囲を画する規準として現実に機能している適用除外の規定も、その文言を見る限りでは完全には一致していないこと、消費者取引に関する裁判例は普通「消費者」とは何かを説示せず、それぞれの取引において考慮されるべき具体的事情を直ちに提示していることを認めている（それにもかかわらず「消費者」概念による適用範囲の統一を目指すのである⁽¹⁴⁾）。さらに、消費者の概念は、その者の属性によって一義的に定まるわけではなく、その者が行う行為の属性によって定まること、行為の属性は「営業」との関連性によって評価され、しかもその関連性は場合によって異なること（消費者概念の相対性・可変性）も認めている。その際、個人事業者がコンピュータを購入する行為を例として持ち出し、その行為が消費者としての行為にあたるか否かは、目的物の性質、業務内容との関連性の強弱、販売方法・契約条件・安全性のいずれが問題となっているかによって結論は異なりうるとしつつも、「営業」と何らかの関連があるという理由で典型的に「消費者」性が失われることにはならないと主張する一方で、等しく

(13) 大村「消費者・消費者契約の特性」『消費者・家族と法』3頁以下。簡単には、同『消費者法』18-24頁。

(14) 大村『消費者法』21-22頁。

営業のためにコンピュータを購入したとしても、銀行が購入した場合と個人事業者が購入した場合とを同一に扱う必要はないとも言う。そして、消費者概念の相対性・可変性を強調すると、「消費者」という概念を介在させずに各行為に関するルールの要件を問題とすればよいということになり⁽¹⁵⁾うるとも述べている。

3 F. Bydlinski の批判

(1) 序

F. Bydlinski も、契約当事者間の情報・交渉力の格差に鑑み、契約に対して規制を行うこと自体は肯定する（後述IV 2）。しかしその際、「消費者」であることをメルクマールとして規制を行うことには反対する。つまり、F. Bydlinski は、「消費者アプローチ」を否定し、「交渉力アプローチ」を採用するのである。

そもそも法体系は法素材（実定法規定、立法趣旨、法原理およびそれらから導かれる具体的なルール（先例を含む））の通観性を確保するために必要なものである。正義・法的安全・合目的性という法理念がすでに⁽¹⁶⁾法素材の通観性を要求している。法律学では、法素材の概念的整序・分類に関する外的体系（das äußere System）と、法素材における規範的・目的論的・価値的連関を描出する内的体系（das innere System）とが問題となる。⁽¹⁷⁾このうち外的体系については、①概念が規制対象たる事実関

(15) 大村『消費者法』23-24頁。

(16) F. Bydlinski は、法理念 (Rechtsidee) として、正義 (Gerechtigkeit)・法的安全 (Rechtssicherheit)・合目的性 (Zweckmäßigkeit) の3つを挙げる (Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991, S. 81, SS. 325-369 (以下では Methodenlehre として引用する))。このうち、法的安全は、①法的平和 (Rechtsfrieden), ②法的明確性 (Rechtsklarheit), ③法の貫徹 (Rechtsdurchsetzung), ④法的安定性 (Rechtsstabilität), ⑤法への接近可能性 (Rechtszugänglichkeit) の5つの部分要請からなる (SS. 325-328)。

(17) F. Bydlinski, System, SS. 1-9. 但し、内的体系のこの説明は S. 32 に

係を精密に画定しうること（以下では「画定可能性」と呼ぶ）、②概念によって画定された事実関係に関わる法素材が規範的特殊性（normative Spezifität）を示すことの双方と、補充的に③一般的な合目的性が要求される⁽¹⁸⁾。しかし、F. Bydlinski によれば、消費者法の核をなす「消費者」概念は、この点でまず問題を孕んでいる。

(2) 経済学上の消費者概念

経済学上の消費者概念によると、「消費者」は「企業の営業に属しない取引に関与するすべての者」である。この概念は「画定可能性」の点では問題はない⁽¹⁹⁾。しかし――

- (a) 人は誰でも消費をするので、その役割においてはすべての人が経済学上の意味における「消費者」である。したがって、「消費者」の

よる。F. Bydlinski は体系化の際に原理の層（Prinzienschicht）を観念しており、最も一般的な法理念（注(16)）・根本的法原則（注(45)）の下に、一般性において異なるさまざまな抽象度の下位原理（Unterprinzipien）の存在を認めている。それらの原理の層の下に、立法趣旨（ratio legis）が、ついで法制度や法準則（Rechtsregel）が、さらにその下に個別的法律関係の層が存在するという理解である（Franz Bydlinski, *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, 1988, SS. 123-124）。外的体系・内的体系に関する邦語文献としては、青井秀夫「法における類型の問題への一試論（二）——法律学的思考とパターン——」法学49巻5号25-57頁（1985）が最も詳細である。

- (18) F. Bydlinski, *System*, SS. 17-21. ②については、大村も、ある法領域の体系的独立性は、当該法領域を指導する独自の基本原理の存在にかかっている、と言う（大村敦志『『脱法行為』と強行規定の適用』『生活民法研究 I 契約法から消費者法へ』（東京大学出版会・1999）160頁、同『消費者法』15-18頁）。鈴木竹雄が「海ないし船舶の航行に関する一切の法規を集め、これを海法と総称する者もある。しかし、このような意味における海法は統一的理念を欠き、単に海に関する種々雑多な法規をよせ集めたものにすぎないから、独立の法部門をなすものとはみとめがたい」とするものも参考になる（鈴木竹雄『新版 商行為法・保険法・海商法（全訂第一版）』（弘文堂・1978）108頁注(1)）。

- (19) F. Bydlinski, *System*, S. 725.

消費者法の体系的独立性

必要と利益に中心的な注意を払う法的規律は、すべての人に対して適用される一般的な民事法でなければならない。また、「消費者」の中には、取引経験・法的経験・情報量・資力・合理的衡量能力等において、さまざまな人が存在することになる。大資本家や抜け目のない実業家・法律家も、企業の外では「消費者」なのである。他方、破産の危機にある弱小な手工業者は事業者である。消費者概念は、⁽²⁰⁾消費者の構造的な劣位および保護の必要性を含意していない。

- (b) 消費者保護を、事業者＝消費者間においてのみ及ぼすとしても、問題は残る。取引経験や資力の点で、消費者が事業者に一般的に劣位にあるとは言えないし、逆にそれ以外の場面でも情報・交渉力の格差は存在しうるからである。たとえば、技術的にも法的にも十分な助言を受けた億万長者が彼の別荘を修繕させるときに、屋根葺き職人に対して構造的に劣位にあるということはない。また、十分な情報提供を受けた経験豊富な法律家や実業家が熟慮の上締結した訪問販売契約を消費者として任意に解除できるとすれば、それは何事によっても正当化されない単なる食言 (Wortbruch) である。逆に、弱小な手工業者・商人・農民は多くの取引について、取引相手に対して情報量・資力等の点で極端に劣位にある。また、専門的な格差は、専門外の消費者に対してだけでなく専門外の事業者に対しても存在する。事業者が取引の目的のために行為するが、通常取引行為の枠内で行為するのではないときには、たいていの場合、事業者も消費者と同じく専門知識に欠ける。弁護士や食料品店兼雑貨商や繊維業者が部屋を塗装させたりガラスを入れさせる場合、私的にそうするか営業上そうするかにかかわらず、専門家に対しては同じく劣位にある。ペンキ屋やガラス屋が税理士や家具屋を利用するときも同様のことが妥当する。逆に、自動車整備工が私的に自動車を売

(20) F. Bydlinski, System, SS. 725-726; ders., JBl 1996, S. 694; ders., Skizze, S. 202.

る場合のように、消費者が事業者よりも専門知識の点でまさっていることもある。つまり、情報・交渉力の格差は、事業者＝消費者間だけでなく消費者相互間、事業者相互間にも生じうるし、逆に事業者＝消費者間において存在しない場合もある。⁽²¹⁾

(3) 法律上の消費者概念

そこで、「不平等な状況」や「社会的に劣位にあること」によって「消費者」を定義する「法律上の消費者概念」によることが考えられる。しかし、特別な保護の必要性によって規定される消費者概念は、事業者をも含むるのであり、「画定可能性」の点で問題がある。⁽²²⁾

(4) オーストリア消費者保護法 (Konsumentenschutzgesetz)

オーストリア消費者保護法の経験も、⁽²³⁾ 経済学上の消費者概念が情報・交渉力の点で劣位にある者を記述しきれないことを示している。同法はその文言によると「消費者契約」のための特別法として構想されているが、一般化されるべき多くのルールおよび伝統的な私法の枠内で消費者概念とは無関係に学説・判例によりすでに確立されたルールをも含んでいる。⁽²⁴⁾ そのようなルールは一般的な方法論の原則 (ABGB 7条) により

(21) F. Bydlinski, System, SS. 725-726, S. 746; ders., JBl 1996, S. 694; ders., Skizze, SS. 199-202.

(22) F. Bydlinski, System, S. 726. なお、「法律上の消費者概念」は、星野英一ができるだけ避けるほうがよいとした「中間的な構成」を想起させる (星野英一「民法解釈論序説」『民法論集第1巻』(有斐閣・1970) 13-14頁)。特別な保護を必要とする事情に端的に着目するほうが望ましいとするならば、それは「交渉力アプローチ」に移行することを意味する。

(23) オーストリア消費者保護法については、加藤良三「オーストリア消費者保護法 (KSchG) とその法理」南山法学 6巻4号13頁以下、7巻1号13頁以下 (1983) を参照。

(24) わが国の消費者契約法と従来の民法の関係に関しては、山本敬三「消費者契約法の意義と民法の課題」民商123巻4・5号505頁以下 (2001)。

消費者法の体系的独立性

消費者契約以外の法律関係に類推適用が可能であるだけでなく、同法 2 条 1 項は同一の法律効果をもつその他の規律を妨げない旨を明示的に規定している。また逆に、保護が広く及びすぎる場合に目的論的制限が必要となることも、同法の立法資料自体が明示的に認めている。保護が一方では狭すぎることを、他方では広すぎることをはっきりと意識していたにもかかわらず、立法者は消費者概念を用いたのである。

同法 6 条 1 項 9 号によると、消費者の人身損害に対する事業者の責任を契約上免除・制限する条項は、良俗違反のゆえ無効である。このこと自体は歓迎すべきであるが、消費者の生命・健康が事業者やその従業員の生命・健康よりも価値が高く、より保護が必要だと考えられているのであれば、それは正義・平等に反する明白な差別であり、そのような差別は回避されるべきであろう。

同法 6 条 3 項は、消費者に対する約款における不明確条項および理解不能な条項を無効としているが、理解不能な条項についてはすでに ABGB 869 条が一般的に無効としており、不明確条項については ABGB 915 条がいわゆる不明確条項解釈準則を定めている。6 条 3 項が新たに規定されたことにより、事業者が不明確な保証約束をしたときは、ABGB 915 条により消費者に有利な解釈がなされる代わりに、当該条項は無効となってしまうが、これは消費者にとって望ましい解決ではない。したがって、同条項は、消費者の有利にだけ不明確条項を無効にする⁽²⁵⁾と解釈されるべきである。

4 Medicus のドイツ法分析⁽²⁶⁾

Dieter Medicus のドイツ法分析⁽²⁷⁾も、「消費者アプローチ」が妥当でない

(25) F. Bydliński, System, SS. 729-734; ders., JBl 1996, S. 695; ders., Skizze, SS. 200-201.

(26) F. Bydliński, System, SS. 727-729; ders., JBl 1996, S. 694; ders., Skizze, S. 200 も参照。

ことを示している。Medicus は、⁽²⁸⁾「消費者保護」が立法目的であるか、消費者概念が構成要件メルクマールとなっているドイツの制定法において、特別に保護される人が如何に異なった仕方⁽²⁹⁾で規定されているかを紹介している。多くの場合、⁽²⁹⁾「消費者」は適用除外の形で定義されている。

- (1) 民事訴訟法 (ZPO) 38条 (1974年改正) によると、裁判管轄の合意は両当事者が完全商人である場合にのみ有効である。それ以外の場合は「消費者保護」が問題となる。同条によると、完全商人のみ⁽³⁰⁾が保護の対象から除外されている。
- (2) 約款規制法 (AGBG) (1976) は、すべての約款使用に適用される規定と、(小商人を含む) 商人に対する約款使用の場合には適用されない規定 (2条, 10条, 11条) とをもっている。つまり、小商人を含む商人には特別の保護が与えられない。しかし、商人には不適用とされる規定のうち特に重要な10条と11条は、一般条項 (9条) を⁽³¹⁾経由して商人にも適用されうる (24条)。
- (3) 訪問販売法 (Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften

(27) Dieter Medicus, Wer ist ein Verbraucher?, in: Wege zum japanischen Recht, Festschrift für Zentaro Kitagawa, 1992, SS. 471ff.

(28) 下の(1)から(4)の立法に際しては、消費者保護の思想が意識的に立法目的にされている (Medicus, a. a. O., S. 472)。

(29) ドイツにおける近時の債務法改正により、以下本文で引用する制定法の規定の一部は BGB に移設され、一部の制定法は廃止された。また、それ以前に改正された条項もある。しかし、Medicus の行論には影響しないので、本稿では旧規定のままにしている。

(30) Medicus, a. a. O., SS. 475-476. なお、オーストリア消費者保護法 31b 条 2項 3号によると、商用旅行中の完全商人も保護される「消費者」である (F. Bydlinski, System, S. 728; ders., JBl 1996, S. 694; ders., Skizze, S. 200)。

(31) Medicus, a. a. O., S. 476. Medicus の念頭にある当時の約款規制法24条の翻訳は、河上正二『約款規制の法理』(有斐閣・1988) 477頁にある。なお、同条はその後文言が改正され、同法は2002年1月1日に BGB に統合された。

消費者法の体系的独立性

und ähnlichen Geschäften) (1986) は、顧客が「独立した職業活動の過程において」締結した契約には適用されない。商人に加えて医師や弁護士といった自由業者にも、同法による保護は与えられない。⁽³²⁾

- (4) 製造物責任法 (Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte) (1990) は、人的損害については被害者が消費者であるか否かにかかわらず適用されるが、物的損害の領域では「私」物についてしか適用されない (1条1項後段)。⁽³³⁾
- (5) 国際私法では、消費者契約については準拠法の選択の自由が制限されている。消費者契約となるのは、動産又は労務給付の購入者の目的が職業上又は営業上の活動に属しえない場合である (EGBGB 29条)。ドイツではこの法律の1986年の改正によって、消費者概念が初めて法律の規定に登場した。⁽³⁴⁾
- (6) 消費者信用法 (Verbraucherkreditgesetz) (1990) によって、消費者概念は法律の名前にも登場した。同法は信用供与者としての自然人に適用される。但し、契約内容によると信用がすでに稼働中の営業上又は独立した職業上の活動のためのものであるときは、この限りでない。⁽³⁵⁾
- (7) 民法典 (BGB) にも2000年に「消費者」の定義規定が新設された。⁽³⁶⁾

(32) Medicus, a. a. O., SS. 476-477. 同法の草案に関する邦語文献として、ペータ・ギレス (Peter Gilles) / 小島武司訳「いわゆる訪問販売における購入者保護」比較法雑誌13巻3号39頁以下 (1980)、栗田哲男「訪問販売法——西ドイツ・オーストリア」ジュリスト808号35頁以下 (1984) がある。同法も2002年1月1日に BGB に統合された。

(33) Medicus, a. a. O., SS. 477-478.

(34) Medicus, a. a. O., S. 478.

(35) Medicus, a. a. O., SS. 478-479. 同法も2002年1月1日に BGB に統合された。

(36) 1992年の Medicus の論文にはもちろん、2000年の改正についての記述はない。(7)は大久保による補足である。

同法13条によると、「消費者とは、その営業上又は独立した職業上の活動に属しえない目的で法律行為を締結するすべての自然人をい⁽³⁷⁾う。」

以上のように制定法上、統一的な消費者概念が存在しない理由を、Medicus は通説とともに、いわゆる消費者の保護の必要性に関しては統一的な理由が存在しないことに求める。つまり、問題となっているのは、性急さ・軽率さ・情報不足・不意討ちというようなさまざまな問題状況に対する相当な規律なのである。

事業者はルーチンワークについては他者に対して優位に立つという理由は、事業者も特定の活動領域においてのみそうであるにすぎない点で問題がある。たとえば、ブリキ職人は水道やその設置・修理に必要な材料のことはよく知っているが、その特別な専門知識は外国法の選択やクレジット設定には定型的には及ばない。それにもかかわらず、法選択やクレジットが営業に関連していれば、EGBGB 29 条や消費者信用法による保護は、たとえ取引の相手方が銀行であったとしても、ブリキ職人には与えられない。

保護の理由を消費者の財産上の不利益を避けることに見る試みには、正当な点があるが、事業者が損失を価格を通して転嫁できるかは明らかではないし、税法上の損金算入も利益のある事業者にのみ可能な手段である。また、一度の過ちが多く取引に影響しその存続を脅かすという危険は、消費者よりも事業者に起こりやすいといった問題がある。

消費者が消費に頼らざるをえないというのは、弱い理由でしかない。多くの消費は放棄可能であり、消費者保護法も保護を消費の必要性に結びつけていないし、事業者もその収入や売上に頼らざるをえず、損失の集積はその存在を脅かしうる（それに対して消費者の損害はしばしば、

(37) BGB のこの改正については、今西康人「ドイツ民法典の一部改正と消費者法——消費者、撤回権等の基本概念に関する民法規定の新設について——」関法50巻5号1104頁以下（2000）を参照。

消費者法の体系的独立性

はるかに小さい) からである。

規律を要する問題状況が多いことに鑑みるならば、大まかに「消費者」に照準を合わせるよりも、立法者の介入を正当化し要求する状況を可能な限り厳密に記述するほうがすぐれているというのが、Medicus の結論である。それゆえ「誰が消費者なのか？」という問いは法的には誤って立てられたものである。正しくは「誰が如何なる状況において特別の保護を必要とするか？」⁽³⁸⁾と問われなければならないだろう。

5 小 括

消費者概念によって、情報・交渉力の著しい格差の存在という法的保護を要する事態を記述し画定することはできない。ドイツ法の経験(4)は、保護を要する消費者を統一的に定義できないことを示しているし、保護の必要性に関して統一的な理由が存在しない以上、大村のように「消費者」概念による適用範囲の統一を目指すべきでない。また、オーストリア法の経験(3(4))は、統一的な消費者概念を採用すると、類推や目的論的制限の問題が生じることを示している。類推や目的論的制限をしなければ、消費者法は一般私法との間で評価矛盾を来し、法体系の統一性が失われるからである(法体系における分裂傾向)。結局、消費者概念は外的体系の基本概念としては適しておらず、消費者法という法分野を認めることには、まずこの点で問題がある。⁽³⁹⁾

III 伝統的な私法のイメージ

伝統的な私法は当事者間の対等性を前提とし消費者問題を想定していないと捉えるのが、わが国では一般的である。しかし、F. Bydlinski は、⁽⁴⁰⁾

(38) Medicus, a. a. O., SS. 484-486.

(39) F. Bydlinski, System, SS. 734-735 も参照。

(40) 甲斐道太郎「市民法原理からみた消費者問題」北川善太郎＝及川昭伍編『消費者保護法の基礎』(青林書院新社・1977) 45頁以下、実方謙二「消

伝統的な私法を平等な形式的自由が排他的に支配する領域と捉えることにすでに反対している。F. Bydlinski が古典的な私法から析出した原理のうち、以下の諸原理は弱者保護を目指しうるものである。⁽⁴¹⁾⁽⁴²⁾

1 民法総則

- (1) 自力救済の禁止⁽⁴³⁾
 法的安全、特に法的平和の確保および根本的法原則としての既得権の⁽⁴⁴⁾⁽⁴⁵⁾

費者保護の論理と私法の論理」ジュリスト増刊総合特集 No. 13『消費者問題』(1979) 190頁以下、大村敦志「契約と消費者保護」『契約法から消費者法へ』4頁、同『消費者法』9頁など。なお、これらの見解も、民法典に消費者保護のために利用しうる規定(90条、95条、96条、415条、570条など)が存在することは認めている。

- (41) 以下に述べる諸原理は原理の層の中では下位に位置する下位原理であり、それより上位の法理念・根本的法原則が衡量された結果、それが狭い事態につき具体化されたものである(F. Bydlinski, *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, S. 302)。
- (42) F. Bydlinski, *System*, SS. 714-715. 会社法・知的財産法・競争法上の諸原理については省略する。
- (43) F. Bydlinski, *System*, S. 138.
- (44) 人は恣意的な権力行使に対して自らの存在を確保することを期待する。それに応えるのが、すべての権利の安全機能——制御・組織化された権力は法律違反に対してのみ許されとすること——による権力の最小化の目標である(F. Bydlinski, *Methodenlehre*, S. 325)。
- (45) 根本的法原則とは、すべての法準則、すべての事態に対して有効であり続ける法原理であり、すべての法準則の内容の統一性をもたらすものである(F. Bydlinski, *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, S. 301)。そのリストがSS. 291-295にまとめられている。それによると、以下の12の諸原理が根本的法原則である。①基本的な人格的利益の保護、②自由原理、③配分的正義、④最低限度の生活の保障(Existenzminimum-Prinzip)、⑤(修正版)格差原理、⑥調整的正義、⑦法的安全一般、⑧既得権の保護による法的安全、⑨国家機構による法的安全、⑩最も一般的な意味における適合性としての合目的性、⑪効用(Utilität)としての合目的性(功利主義)、⑫経済的効率性(稀少な資源の浪費の防止)としての合目的性。このうち、①～⑥の諸原則は正義に、⑦～⑨は法的安全に、⑩～⑫は合目的性に属する(S.

⁽⁴⁶⁾保護に基づき、権利は国家によって保護されるのが原則である。自力救済は緊急事態にのみ許容される。

(2) 権利能力の平等⁽⁴⁷⁾

(2)(3)(4)の3つの原理は、基本的な人格的利益の保護⁽⁴⁸⁾および平等な自由の最大化要請⁽⁴⁹⁾（自由原理）に還元できる。

(3) 人格権の均衡のとれた⁽⁵⁰⁾（gleichmäßig）保護

301)。なお、最低限度の生活の保障、格差原理の2つは、社会的正義原則としてまとめられている（S. 294）。なお、F. Bydlinski, System, SS. 87-88も参照。

(46) 無主物先占又は現存の規範的秩序に基づき獲得した外界の財貨に対する万人の請求権は尊重されるべきである（F. Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S. 293）。既得権の保護の眼目は、国家が、一旦確立し且つ規範的に正しい財貨の分配を、規範的秩序に含まれている基本評価によっては支持できない単なる攻撃および欲望から防禦することではなければならない（SS. 234-235）。既得権の存立を少なくとも原則的に保護する任務を国家が真剣に引き受ける場合にのみ、「法的安全」の著しい利得が与えられることになる（S. 222）。

(47) F. Bydlinski, System, S. 139.

(48) 基本的な（elementar）人格的利益（生命・健康・人間の尊厳）の保護については、F. Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, SS. 176-182を参照。人間の尊厳（Personen- oder Menschenwürde）は、権利能力平等の原則のほか、強姦の禁止、自白を得るための拷問の禁止、名誉の保護、過失責任の原則、契約信義等の基礎にある（S. 177）。

(49) 自由原理によると、何人もその都度の諸事情の下で他のすべての人の平等な自由とともに存在しうる最大限の程度（個人的および経済的）自由に対する請求権をもつ（F. Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S. 188, S. 291）。これは John Rawls の第一原理（平等な自由原理）に由来する。Rawls の正義論については、さしあたり、田中成明「ジョン・ロールズ——反功利主義的正義論の旗手」長尾龍一編著『現代の法哲学者たち』（日本評論社・1987）1頁以下を参照。

(50) F. Bydlinski, System, S. 140.

強く保護されるべき核的部分以外で、人格権の保護につき広い衡量の余地が存在するのは、関係者の同種又は同価値の人格的利益および自由の利益がその都度顧慮されるべきことにより理解可能となる。しかし保護のための線引きは、均衡性および法的安全性に基づき、初めから個別事例における衡量のみに頼るのではなく、一般的な規律によって行われるべきである。一般的な規律を行う際には、合目的性（法秩序の実際性）に基づき、もっぱら人の「内面」に属する事象や状況は、背後に退くか、おおまかに平均的・典型的なものに照準を合わせてのみ顧慮されるべきである。

(4) 行為能力・責任能力平等の原則およびその人的瑕疵を顧慮しての段階化⁽⁵¹⁾

自己の利益の十分な確保を妨げる人的属性を顧慮しての行為能力の剥奪・制限は、その者の人格および既得権の保護と、おそらくは経済取引のための効率性⁽⁵²⁾の考慮に基づく。責任無能力は、人的な過責非難を排除する知的もしくは精神的障害又は年齢で限定された未成熟⁽⁵³⁾に基づく。法的安全性および合目的性は、行為能力・責任能力に関し、年齢による限定のような容易に確定可能な定型的な規準を持ち出すことを要求する。しかし、最適化要請から目を背けないならば、その確定は困難だが、自己の利益確保のための現実の個人的能力という本来重要な事情を完全に無視することは許されない。

(5) 結社の自由⁽⁵⁴⁾

(51) F. Bydlinski, System, SS. 139-140.

(52) 経済的効率性とは、社会の規範的秩序は、必要な経済的財貨をできる限り包括的にそして費用面で有利に配置することを志向すべきだとする指導的観念である (F. Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S. 272)。

(53) 後出 2 (5) も参照。

(54) F. Bydlinski, System, S. 141.

消費者法の体系的独立性

結社の自由は、(6)で述べる法律行為的私的自治の具体化であり、私的自治は自由原理の特別な適用である。結社の自由は、法人法その他の法律行為的人的結合（権利能力なき社団）にとって中心的な意義がある。結社の自由の特殊な点は、それが効果として、数人ないし多数人に共通の利益追求のために、共同作業を目的とする法的結合と、相対的に長期間存続する組織とを成立させる点にある。それにより個人が単独では成功の見込みをもって取り組むことのできない目的の達成が可能になる。

(6) 意思の瑕疵（Willensmangel）の不存在⁽⁵⁵⁾

法律行為法は、法律行為的私的自治（自己決定）の原理に非常に高い程度において支配されている。私的自治原理によると、当事者自身が自己のために法的規律を自らの法的に自由な意思に従って行うことができる。私的自治原理は自由原理の具体化である。私的自治原理はその帰結（下位原理）として、意思の瑕疵（強迫・詐欺・錯誤）を理由とする無効の格率を含んでいるが、それぞれの精確化はもちろん、私的自治以外の法律行為法の諸原理との衡量に依存する。

(7) 等価性原理⁽⁵⁶⁾

相対立する給付および法的地位（瑕疵担保責任・危険負担・解除権・抗弁権など）に関する等価性原理は、調整的正義の契約法上の形相である。コントロールの道具として有用であるためには、等価性原理は「客観的に」理解されなければならない。特に相対立する給付の評価は、客観的な市場価格によって行われなければならない（暴利行為ないし暴利行為類似の良俗違反、莫大損害（laesio enormis）、行為基礎問題としての等価性障害を参照）。

私的自治原則・自由原理の基礎には拘束・強制がないという「形式的」

(55) F. Bydliński, System, SS. 147-148.

(56) F. Bydliński, System, SS. 158-160.

ないし「消極的」自由概念が置かれるべきであるが、現実の選択肢（情報・交渉力）が当事者間で明白かつ法的に把握可能な形で不平等に分配されているときは、諸原理の全体衡量における私的自治原理の重要度が著しく限定されうる。このような場合（例、約款による取引）には内容的不均衡の高められた危険が存在するので、等価性原理によるコントロールが必要となる。その基準として、任意法規や、危険が実現した場合に一方当事者の認識可能な契約目的が挫折しないかどうかという問いが、役立つだろう。

(8) 法律行為の適法性 (Erlaubtheit)

法律行為における明白に不平等な「積極的」自由は、⁽⁵⁷⁾私的自治原理の効力の相対化を、その効力が基本的な人格権の保護の原則によると疑わしいとき、すなわち、関係者の生命、身体又は人間の尊厳が脅かされるときに、要求する。基本的な人格権を直接的又は意図的に侵害する法律行為的規律は無効となる。それ以外の場合には、自己決定と人格保護との間での⁽⁵⁸⁾衡量が問題となる。

「形式的」ないし「消極的」自由の最大化の原理も、衡量における私的自治の重要度を強く相対化しうる。ある自由の行使が、対象的により包括的な又は基礎づけ連関においてより根本的な他の自由を制限するときは、消極的自由原理における最大化要請が、問題の自由の行使の通常の効果を除かないし縮限することを要求する。それが明確になるのは、特に、カルテル契約、桎梏契約 (Knebelungsverträge)、競争禁止特約等

(57) 両当事者に同程度の実現可能な選択肢が与えられているときに、「積極的」ないし「実質的」自由の平等を語ることができる。(7)で述べたように、私的自治の基礎には「形式的」ないし「消極的」自由概念が置かれるべきであるが、当事者間に情報・交渉力の格差があるときには、私的自治の正当化力は減少するのである (F. Bydlinski, System, SS. 158-159; ders., JBl 1996, SS. 697-698)。

(58) F. Bydlinski, System, SS. 160-161.

のように、ある特定の種類の契約を完全に承認することによって、将来の多数の契約に関する契約自由が排除ないし過度に制限されるときである。⁽⁵⁹⁾

2 債務法

(1) (特に) 自動車による大量損害のための補充的な強制責任保険の原理⁽⁶⁰⁾

責任保険は、損害賠償請求権の実現可能性を高めると同時に、潜在的な責任者を破滅的な責任から保護することによって、損害賠償責任ルールを補充する。このことは特に自動車事故損害の際の強制責任保険にとって意義がある。強制責任保険は、被害者側については、既得権の保護・基本的な人格的利益の保護が著しく高められることと、被害者が経済的に弱い立場にある場合には、最低限度の生活が保障されること⁽⁶¹⁾によって、加害者側については、経済的効率性の面で有益な効果が生ずる（危険の吸収）ことと、極端な場合には最低限度の生活が保障されることによって、正当化できる。但し、強制責任保険と不可避的に結びついている自由原理の制限は、最小限度にとどめられるべきであり、また、経済的効率性の下位原理である損害予防の必要性に強制責任保険が反することのないようにしなければならない。

(2) 人的責任⁽⁶²⁾

(59) F. Bydlinski, System, SS. 161-162.

(60) F. Bydlinski, System, SS. 113-115.

(61) Rawls においては格差原理に統合されていた最低限度の生活の保障原理を、F. Bydlinski は格差原理から独立させた (F. Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S. 188, Anm. 323, S. 213)。Rawls が人道主義的考慮と経済的平等主義を混同していることは、森村進も指摘している (森村進『財産権の理論』(弘文堂・1995) 95-96頁)。

(62) F. Bydlinski, System, S. 173.

債務者にはその全財産をもってする人的責任が課せられるのが原則であるが、債務者の最低限度の生活を保障するために、差押えが制限されることがある（差押え禁止財産・明渡し猶予期間）。

(63)
(3) 限定的な締約強制

締約義務者の私的自治の制限を正当化するには、締約権利者が、市場における通常の仕方では、期待可能な努力によっても、契約相手方を自由意思で獲得し、その必要を満足させることができないという例外的な状況が、その前提となる。配分的正義、自由原理、経済的効率性および事情によっては最低限度の生活の保障が、締約強制と締約義務者の私的自治の制限を基礎づける。

(64)
(4) 危殆化責任および侵害責任

危殆化責任 (Gefährdungshaftung) は、利益と危険が同一人に帰さないと調整的正義に反すること、実現した損害を費用として内部化せずに外部化すれば市場における需要者の選好決定を歪めるため、経済的効率性に反することによって基礎づけられる。

侵害責任 (Eingriffshaftung) ないし——被害者側から見ると——「犠牲請求権 (Aufopferungsanspruch)」が問題となるのは、確実に他者の法益を侵害する行為が、全体としての優越的な利益を根拠に法的には許容されるけれども、それに対する損害調整義務が結合している場合（例、収用・緊急避難など）である。これについては、危殆化責任について述べた規範的諸根拠が強められて当てはまる。侵害は危殆化の限界事例だからである。

契約関係の枠内における他人のためにする危険な活動の際の危険責任 (Risikohaftung) および製造物責任も、危殆化責任と同様の規範的基礎

(63) F. Bydlinski, System, SS. 180-181.

(64) F. Bydlinski, System, SS. 201-206.

をもつ。

(5) 責任無能力者の「⁽⁶⁵⁾衡平責任」

責任無能力者は原則として損害賠償責任を負わないが、損害が監督義務者の必要な注意の有責な不作為に帰責できるときは、無能力者の代わりに監督義務者が責任を負う（ABGB 1309 条）。しかし、被害者が、監督者が有責でないとか無資力であるという理由で監督者から損害賠償を得ないときは、例外的に無能力者自身に賠償責任が課せられる（ABGB 1310 条）。この責任のことを衡平責任（Billigkeitshaftung）⁽⁶⁶⁾と呼ぶ。

衡平責任の範囲は個別事例における裁判官の裁量に強く依存し、裁量の行使にあたっては加害者＝被害者間の財産衡量が行われ、いずれがより容易に損害を負担できるかが問題となる。しかし、衡平を指示するだけでは、はっきりとした責任根拠は示されない。

責任無能力者も違法に損害を惹起しているので、彼の行為の規範的に重要な瑕疵はともかく存在する。しかし、人的瑕疵としては、無能力を基礎づけ、損害がそれとしばしば関連している実際の属性も顧慮されるべきである。双方の人的瑕疵は、履行補助者責任（ABGB 1313a 条）の際の「人的」領域においても帰責上重要なものとされており、しかも、履行補助者責任についても、人的非難は要件とされていない。したがって、衡平責任は履行補助者責任に準ずるものとして正当化することができる。ただ、領域責任の場合には責任構成事実を間接的に責任者の意思に還元することがたいていの場合可能だが、責任無能力者についてはそうでないので、履行補助者責任の場合と比べて責任無能力者の場合には人的瑕疵の重要度は低く、具体的な財産衡量やその結果としての部分責任に目標が置かれる衡平責任という弱い形において、その効力を及ぼす

(65) F. Bydliński, System, SS. 218-219.

(66) Rudolf Welsch, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. 2., 11. Aufl., 2000, SS. 329-330.

だけである。衡量に際して、経済的弱者が関与する場合には、最低限度の生活の保障原則も重要となり、また一般的に経済的合目的性に由来するより容易な「危険の吸収」原理も重要となる。

(6) 財産衡量⁽⁶⁷⁾

特別に困難な帰責状況のための補助的格率として、損害賠償法上のより容易な損害負担（財産衡量）の原理が認められる。オーストリアにおいては、今述べた衡平責任のほか、緊急避難についての責任（ABGB 1313a 条）に、財産衡量の原理が表れている。

(7) 限定的な非財産的損害賠償⁽⁶⁸⁾

非財産的損害は、特別規定に基づいてのみ（BGB 253 条）、原則として重大な人格侵害の場合にのみ（OR 旧49条）、特別な過責の場合にのみ（ABGB 1323 条、1331条）というように、控え目にしか賠償されない。これは非財産的利益の地位が低いからではなく、非財産的利益は金銭によって埋め合わせることができないという考慮のほか、非財産的不利益の原因・範囲を客観的に確定するのが困難であること、特定の非財産的現実の損害（例、身体侵害およびそれと結合した苦痛）と特定の金額との間の関係がかなり恣意的に確定されなければならないことによる。そのような不可避的な恣意は正義の点で問題であり、現実の非財産的損害の確定およびその金銭的評価の際の不確実性は法的安全の面で疑わしい。しかし、中心的な人格的利益の侵害が侵害行為に強く帰責可能である核的領域においては、基本的な人格的利益の保護および功利主義に基づく予防思想が、非財産的損害に対する賠償義務を原理的に要請する。結論として、重要な人格的利益の重大で客観的に確定可能な侵害の場合、少なくとも身体侵害の場合には、金銭による「相当な (angemessen)」非

(67) F. Bydlinski, System, S. 219.

(68) F. Bydlinski, System, SS. 221-225.

財産的損害賠償を認める原理が、現行損害賠償法からは認識できる。非財産的損害に対するわずかな賠償は、裕福な者にとってはしばしば象徴的な性格しかもたないのに対して、無資産者にとっては実質的にも意義があるので、非財産的損害賠償の付与は、格差原理⁽⁶⁹⁾の意味における制度的な予防措置と見ることもできる。

3 物権法

(1) 占有保護による私的な暴力の最小化（平和維持）⁽⁷⁰⁾

占有保護は、私的な暴力がたとえ真の権利を貫徹するために行使されるとしても、それに対抗し第一次的に平和を維持する機能を有する。その規範的正当化が公益目的に支配されている、私法では珍しい制度である。現実の平穏な物支配の存続に対する占有者の個人的利益を援用するだけでは、この利益は正統でないことがありうるから、不十分であろう。占有法の中心的格率として、物支配に関する私的な暴力の最小化・平和維持の原理を挙げることができる。占有者に債権しか帰属しないときは、占有保護は相応の強さの権利保護機能をもつ。

(2) 一般的利益のための所有権の制限⁽⁷¹⁾

所有権の自由も無制限ではなく、一般的利益のために置かれた制定法の諸規定による制限が常に、所有権の定義と一緒に含まれている

(69) より不利なグループの経済的財貨の分配が再分配によって改善されるべきなのは、より不利な者の長期的な見通しが再分配によって悪化せず、且つ、再分配による受益者が社会における財貨の平均的な分配を超えて受益することなく、再分配が可能な限りにおいてである (F. Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S. 188, S. 255, S. 292)。この(修正版)格差原理は、Rawlsの第二原理の前半部分(いわゆる格差原理)を修正したものである(詳細はSS. 236-266を参照)。

(70) F. Bydlinski, System, SS. 322-323.

(71) F. Bydlinski, System, SS. 327-330.

(ABGB 364条と結合した354条, BGB 903条, ZGB 641条)。所有権の内容的な制限は、一部は私法に属しているが(例, 相隣関係の規定), 大多数は行政法のさまざまな領域に属する。生命・健康・人間の尊厳の保護, 最低限度の生活の保障, 格差原理, 法的安全の特別な諸要求, 経済的効率性等々, おそらくすべての法倫理的な原則が所有権の自由の制限を正当化しうる。一般的利益のための一般的規範による所有権の制限原理, 簡単には, 所有権の社会的義務負担 (Sozialpflichtigkeit) の原理を, 物権法の原理のリストに加える必要がある。

(3) 不動産法上の所有権の分散⁽⁷²⁾

「物連関 (Sachzusammenhang)」によって基礎づけられた経済的価値を不必要な破壊から守るという構成部分および従物に関するルールに表現されている物権法上の努力は, 不動産法においても「地上物は土地に属する」というルールにおいて頂点に達していた。しかし, 最近の法発展は共有の可能性にとどまらず, 区分所有権 (Wohnungseigentum) や他人の土地上での建築権 (Baurecht) 等によって, 単一の物複合体 (土地と地上建物) を複数の権利者の独立の処分客体とする種々の可能性を作り出した。この傾向は, 不動産法上の所有権の分散原理と定式化することができる。それにより資金の豊かでない者も, 不動産所有権を手に入れやすくなった。格差原理の現実の適用例である。

4 家族法 (Familienrecht)

(1) 国家によって選任された法定代理人による家族の監護の代行⁽⁷³⁾

(72) F. Bydlinski, System, SS. 333-334.

(73) F. Bydlinski, System, SS. 354-355. なお, オーストリアでは2001年の親子法の改正により, 後見法も改正を受けている。F. Bydlinski の記述は旧法を前提とするものである。改正法についてはさしあたり, Helmut Koziol, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. 1., 12. Aufl., 2002, SS. 508-515 を参照。

消費者法の体系的独立性

後見法 (Vormundschaftsrecht) においては、孤児や障害者など監護を必要とする人に家族の監護が欠けている場合に、それを国家の権限を投入して代行することが試みられる。その際、特に後見人その他の「法定代理人」の選任・監督が問題となる。後見人らは、本来の理念からすると、監護されるべき者の広い意味での家族の出であるべきだが、今日では関心をもつ適当な家族構成員が広範囲で欠けているために、それは限定的にのみ可能であり、単に親族のある種の優先権にとどまっている。その限りにおいてまた、しばしば「官庁による後見 (Amtsvormundschaft)」のような官庁の活動が介入せざるをえない。後見法の家族法への緩やかな帰属は、通常の場合本来の最も狭い家族関係の内部に存在する監護機能が、必要な場合に補充的に後見法の枠内で果されることに由来する。後見法はもはや語れなくなるだろうから、この家族法の領域は、「内的」体系については、国家によって選任された法定代理人による家族の監護の代行原理によって有効に働かされるべきである。この原理は、最低限度の生活の保障、被監護者の既得権の保護、国家機関の予備的な介入を可能にする国家機構による法的安全といった根本的法原則に支持されている。

(2) 強行法の広範囲の投入による制度的 (超個人的) な家族目的 (家族の監護) の貫徹⁽⁷⁴⁾

この原理は、特に扶養・養育・教育・代理に対する子の請求権を非常に広範囲において支配し、夫婦間の諸関係をおおまかに強行的に確定している。この原理はまた、家族法上の諸権利が広範囲に放棄できないこと、権利と義務との強行的な結びつき (「義務権 (Pflichtrechte)」) にも効果を与えている。この原理は、家族法に、私法の他の分野では観察できない超個人的—強行的性格を与えている。家族法では長期的に監護が

(74) F. Bydliniski, System, SS. 360-362.

必要な子という、弱者ゆえ監護が必要な人のグループに保護が与えられるから、家族法は最古で今日でも最も重要な「社会法」である。結局、最低限度の生活の保障、そして監護が最低限度の生活を超える限りで格差原理と基本的な人格保護が、家族法の強行的性格を支えている。

(3) 男女同権⁽⁷⁵⁾

現在の家族法の有意義で特徴的な基礎として、男女同権原理が挙げられる。この原理は一般的な正義の要請から導かれる。

(4) 性の相違⁽⁷⁶⁾

婚姻法の「制度的」原理として、性の相違の原則が問題となる。「婚姻」制度の「事物の本性」に即した超個人的な目的ないし機能は、子の監護のための安定した基礎を確立することと、人の性生活をはるかに包括的な人的共同体に組み込むことにある。この指導的目標を前提にすれば、性の相違という原則は、合目的性という根本的原理から直ちに導かれる。

(5) 血族原理⁽⁷⁷⁾

親子法の原理としてはまず、血族原理が問題となる。中心的法原理としての血族の意識がなければ、家族法はその中核において理解できない。血族原理の広範な効果は、血族を構成要件メルクマールとして含んでいたり、血族間の相互の権利・義務の発生がそれに依存するすべての多くの規律に表れている。法原理としての血族が根本的法原則によって基礎づけられるか否か、如何に基礎づけられるかは困難な問題で、統一的な解答は存在しないようである。親がその子に対して広範囲に片面的で重要な負担を課せられる規範的理由は、最低限度の生活の保障に基づき子

(75) F. Bydlinski, System, SS. 372-374.

(76) F. Bydlinski, System, SS. 374-382.

(77) F. Bydlinski, System, SS. 382-388.

消費者法の体系的独立性

が必要な監護に対する請求権をもつことと、生物学的・情緒的・社会的関係により援助を必要とする子の世話についての手間と費用を負担としてではなく特権として感じる人にそれを課することを、効用および効率性としての合目的性が要求することに求められる。一方で、義務者固有の典型的な利益がそれに一致していることによって、法貫徹の手間と費用が最小化し、他方で、義務の帰属はしばしば効用増大の手段となるからである。しかし、この理由づけだけでは給付の意思のない親に義務を課すのには不十分なので、これは補充的な論拠としてのみ使うことができる。結局、論拠となるのは、自己責任原理の特別な適用である。子の存在および子の扶養・教育の必要性は、少なくとも親の行為（性交渉・人工生殖への関与）の予測可能な結果だからである。それゆえ、国家でも社会でもなく親が子の必要を充足する責任を負う。しかし、この理由づけも母が強姦されたような場合には妥当しないが、このような子はごく少数なことで、人にとっての家族の法的・社会的な基本的意義に鑑みて、この子を例外扱い（親に義務を負担させない）するのはその子にとって耐え難い著しい差別であるから、それを避ける要請と先述の補充的な論拠があいまって、子を最終的に引き受けるか養子に出すかを親がなお決定できるという意味において親の義務負担が暫定的なものであるときは、例外的に自己責任原理に反するとしても、親の義務負担を正当化してよいだろう。逆に、子の親に対する義務は、著しく弱められた調整的正義によって正当化できる。

(6) 子の福祉⁽⁷⁸⁾

親子法においては、「子の福祉」原理も有効な形成因子として強調されるべきである。この原理は、最低限度の生活の保障原理および格差原理に従い、子（実子に限らない）という弱者グループの保護に仕える。こ

(78) F. Bydliniski, System, S. 388.

の原理は、相続や、裁判所による親のコントロール、離婚・別居後の親権者の決定の際などに効果を及ぼす。

5 小 括

以上の F. Bydlinski の分析は主としてオーストリア法とドイツ法を念頭に置くものなので、それをそのまま日本法にもってこることはできない。しかし、分析の対象とされた法制度・法準則のほとんどが日本法にも存在することも、また確かである。したがって、わが国においても、伝統的な私法は当事者間の対等性を前提とし消費者問題を想定していないという捉え方は、見直す必要がある。

IV 「消費者法」の再構成

1 法律行為法・契約法の「結合的」理論 (die “kombinatorische” Theorie)

F. Bydlinski は法律行為法・契約法の諸ルールを、当初は以下⁽⁷⁹⁾の(1)~(4)の4つの原理の、後には⁽⁸⁰⁾(5)基本的な人格権の保護、⁽⁸¹⁾(6)平等な自由の最大化(自由原理)、⁽⁸¹⁾(7)法律行為法における合目的性としての経済的効率性という3つの原理を追加して、合計7つの原理の協働作用の結果として説明する法律行為法・契約法の「結合的」理論⁽⁸²⁾を提唱した。動的体系論を

(79) Franz Bydlinski, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes*, 1967, SS. 122ff (以下では *Privatautonomie* として引用する)。その紹介として、山下末人『法律行為論の現代的展開』(法律文化社・1987) 74-107頁がある。山本敬三「民法における動的システム論の検討——法的評価の構造と方法に関する序章的考察——」*法学論叢* 138巻 1・2・3号 246-249頁 (1995) にも簡単な紹介がある。

(80) F. Bydlinski, *System*, SS. 148ff. 3つの原理の追加については、SS. 162-164 を参照。

(81) (5)基本的な人格権の保護、(6)平等な自由の最大化(自由原理)については、III 1(8)を参照。

(82) わが国で類似の考え方を説くものとして、執行秀幸「いわゆる事業者

法律行為法・契約法に適用したものである。⁽⁸³⁾

(1) (法律行為的) 私的自治, 自己決定原理

(法律行為的) 私的自治は, 自らの意思表示によって, その意思表示が向けられた特定の拘束的な法律効果を妥当させうる万人にとっての可能性を表す。通常の場合, 当事者間の「合意 (Konsens)」が必要である。合意 (Einigung) は対立する諸利益の調整についてのみなされるから, その限りでいわゆる契約メカニズムによる正当性保障が働く。⁽⁸⁴⁾

F. Bydlinski は, 私的自治を意思的自己決定 (willentliche Selbstbestimmung) とも言い換えているが, 法律効果に対する意思的自己決定の影響力の強さは——以下の(a)~(e)でも見るように——さまざまでありうる⁽⁸⁵⁾ので, 私的自治原理もさまざまな強度で効力を生じうる。したがって, 私的自治概念も多義的である。私的自治は, 狭義では, 特定の法律効果の意識された意思による設定と定義されうる。他方, 広義では, 相手方の瑕疵のない見方において特定の法律効果が法律行為的に意図されたものとして現れ, これが (外見上の) 表示者の自由な活動および自らの真実の意思に関する相手方への説明が可能だったのに表示者がそれをしなかったことに帰責可能な場合に, 私的自治を語ることができる。つまり, 広義の私的自治は, 意思表示により法律効果を惹起し又は法律効果を阻

間契約では, 契約自由の原則が無制限に妥当するか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望 第四巻』(日本評論社・1994) 235頁以下がある。また, 合意の瑕疵に関するいわゆる「合わせて一本」論も類似の発想を含む(河上正二「契約の成否と同意の範囲についての序論的考察(4・完)」NBL 472号41-42頁(1991))。

(83) F. Bydlinski, Privatautonomie, SS. 124-125; ders., Skizze, S. 196. 動的体系論については, 山本敬三「民法における動的システム論の検討」法学論叢138巻1・2・3号208頁以下および拙稿「動的体系論と原理理論の関係に関する一考察」神戸学院法学31巻2号541頁以下(2001)を参照。

(84) F. Bydlinski, System, S. 149; ders., Skizze, S. 196.

(85) F. Bydlinski, Privatautonomie, S. 123.

止する可能性の法的承認と定義され⁽⁸⁶⁾う。そして、反対の意思の表白によって法律効果の発生を阻止できない場合（例、事實的契約関係⁽⁸⁷⁾）には、私的自治原理の限界を超え、法律行為という問題領域を超え⁽⁸⁸⁾出る。法律行為法は非常に高い程度において私的自治原理に支配されており、私的自治は法律行為法の諸原理の中で優位を占めるのである⁽⁸⁹⁾。

私的自治原理については、以下のような段階化が可能である。私的自治の正当化力が弱いときは、法律行為の妥当は(2)以下で述べる諸原理との⁽⁹⁰⁾衡量の結果に依存する。

- (a) 期待可能なありうる選択肢の間での決定が、知りうるすべての重要な事実につき十分に情報を与えられた上で意識的に行われ、その決定が正しく表示されたという理想的な場合、法律効果を基礎づける効力は最も強い。
- (b) 誤った事実観念つまり錯誤に基づいた意識的な意思行為（Wilensakte）の場合には、「本来の」錯誤のない意思が、現実に形成された意思と対立する。それにより、現実に形成された意思が特定の法律効果を基礎づける効力は弱くなる。
- (c) 同じことは、現実の意思内容との関係において、誤って表示された⁽⁹¹⁾意思にも妥当する。
- (d) 私的自治の基礎には、法的拘束・他人による強制なくして形成され表示された意思、すなわち「形式的」ないし「消極的」自由概念

(86) F. Bydlinski, Privatautonomie, SS. 126-127; ders., System, S. 157.

(87) F. Bydlinski, Privatautonomie, SS. 85-102.

(88) F. Bydlinski, Privatautonomie, S. 123; ders., System, SS. 157-158.

(89) F. Bydlinski, System, SS. 147-148.

(90) F. Bydlinski, Skizze, SS. 196-197. Ders., Privatautonomie, SS. 126-131, S. 173 も参照。

(91) わが国での区分によると、(b)は動機錯誤に、(c)は表示錯誤に当たる。オーストリア錯誤法については、磯村哲「現代オーストリア錯誤論の論理構造覚書」『錯誤論考——歴史と論理——』（有斐閣・1997）241頁以下を参照。

消費者法の体系的独立性

が置かれるべきである。「積極的」ないし「実質的」自由概念を私的自治の基礎に置くことはできない。なぜなら、契約締結に際して実質的な平等を確定することはできないし、契約制度は緊急の必要を満足させるためにも利用できなければならないからである。たとえば、瀕死の状態にある者には、(診療)契約を締結しないという選択肢はないが、それにもかかわらず診療契約を有効に締結できる必要がある。しかし、当事者間に情報・期待可能な選択肢(交渉力)につき格差があるときは、「形式的に」自由な意思の正当化力は減少し⁽⁹²⁾うる。

- (e) 同じことは、広義の私的自治の場合にも妥当する。この場合には意識された法律行為的意思形成がそもそも欠けているが、他方当事者の目にはそれが法律行為的意思表示として現れるのである。客観的な表示者は意思が欠けていることあるいは意思が異なることを相手方に説明することによって、この事態を回避することができたであろう。つまり、無意識の表示者の意思との関連は、広く消極的なものであり、(客観的にのみ存在する)意思表示を(少なくとも)明確⁽⁹³⁾な反対の表白によって意思的に回避する可能性にある。

(2) 取引安全、特に正当な信頼保護⁽⁹⁴⁾

取引保護・信頼保護は法的安全および合目的性に還元できる⁽⁹⁵⁾。私的自治の効力が小さくなればなるほど、取引安全・信頼保護の意義が大き

(92) F. Bydlinski, System, SS. 158-159; ders., JBl 1996, SS. 697-698.

(93) つまり F. Bydlinski は、意思表示の成立に表示意識を不要とする説を採用するのである。これについては、F. Bydlinski, Privatautonomie, S. 128, SS. 162-164; ders., System, S. 158, Anm. 166; 佐久間毅「意思表示の存在と表示意識」岡法46巻3・4号920-927頁(1997)を参照。

(94) F. Bydlinski, Skizze, S. 197. Ders., Privatautonomie, SS. 131-151, S. 173 も参照。

(95) F. Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S. 126.

なる。信頼者の注意に対する具体的・法的な要求に従って、信頼原理も段階化された正当化力を示しうる。特別に強い取引利益がある場合又は具体的な信頼状況の調査が特別に合目的でない場合には、詳細な審査がなくとも信頼保護を一般的に肯定することができ、信頼保護は抽象的な「取引保護」となりうる。

(3) 明白な不等価性の不存在⁽⁹⁶⁾

契約給付および契約上の危険分配に基準的な法的地位の十分な内容的等価性、つまり最小限の契約正義、より厳密には明白な不等価性の不存在が、第3の原理である。これは、私的自治の正当化力が小さい場合、特に錯誤の場合、強制状態の場合、事情変更の場合に、修正的に顧慮されるべきである。

(4) 自己責任の原理⁽⁹⁷⁾

自己責任の原理は、約束は遵守されるべきこと（契約信義（Vertrags-treue, pacta sunt servanda））と、無意識にだが帰責可能に惹起された意思表示構成事実に責任を負わなければならないことを要求する。

2 法律行為法・契約法の原理的拡張

1で紹介した法律行為法・契約法の「結合的」理論は、「消費者保護」をめぐる議論の貴重な成果を、法体系の分裂傾向や法における評価矛盾を免れつつ、体系適合的に受け容れることができる。その際、近時の法⁽⁹⁸⁾発展を反映して、私法原理の層において、情報提供原理と内容コントロ

(96) F. Bydlinski, Skizze, S. 197. Ders., Privatautonomie, SS. 151-155, S. 173; ders., JBl 1996, SS. 697-698 のほか、上述のIII 1(7)も参照。

(97) F. Bydlinski, Skizze, SS. 197-198. Ders., Privatautonomie, SS. 109-113, SS. 155-166, S. 174; ders., System, SS. 164-167 も参照。

(98) F. Bydlinski, Skizze, S. 199.

ール原理という従来の法体系に接続可能な2つの原理を補充する必要がある。⁽⁹⁹⁾

(1) 情報提供原理 (Informationsprinzip)⁽¹⁰⁰⁾

法律行為的接触において、著しい(具体的又は類型的な)情報格差が存在するときは、より多くの情報をもつ当事者又はより少ない手間で情報を獲得できる当事者は、期待可能な(情報提供によって自身が法律行為的取引から排除されず、不相当な費用も要らない)程度において、他方当事者に対して、後者にとって重要な諸事情につき情報を提供する義務を負担する。情報提供義務では十分でないときは、格差の効果を減少させるその他の法的措置が必要となる。

情報提供原理は、一般の民事法(契約解釈・契約締結上の過失)に基づいて以前から承認されてきた包括的な契約前・契約上の説明義務・教示義務・情報提供義務および近時の「消費者保護法」による情報提供義務に基づき、今日の法律行為法・債務法にとっての独自の原理として基礎づけられていると見ることができる。また、情報獲得には費用がかかるから、情報提供原理は格差原理の帰結とも理解しうる。逆に、情報提供原理により、私的自治が促進されるだけでなく、不必要に費用のかかる調査や利益に反する取引が減少するので、経済的効率性も高められる。

情報提供原理の適用領域は、上述の説明義務・教示義務・情報提供義務が認められてきた場面だけでなく、詐欺や錯誤に関する古くからの規律や、不法行為の領域にも及ぶ。

(2) 内容コントロール原理⁽¹⁰¹⁾

(99) F. Bydliniski, Skizze, S. 202. Ders., JBl 1996, S. 694 も同旨。

(100) F. Bydliniski, System, SS. 749-750; ders., JBl 1996, S. 696; ders., Skizze, SS. 202-203.

(101) F. Bydliniski, System, SS. 767-768; ders., JBl 1996, SS. 697-698; ders.,

重要な情報又は期待可能な選択肢間での選択の自由（交渉力）につき明白で特に構造的な格差が存在する場合に、そのことで優位に立つ法律行為的接触の当事者には、弱者たる相手方の不利に、内容的に明白に不平等であるか、基本的な人格的利益を侵害するか、自由の最大化を妨げる契約規律を行うことが禁止される。

内容コントロール原理は、形式的自由では十分でない場面において、等価性原理（III 1(7), IV 1(3)）、法律行為の適法性原理（III 1(8)）を部分的に具体化し、その内容を豊かにしたものである。内容コントロール原理および情報提供原理の中にある実質的自由の志向は、格差原理によっても支持される。

内容コントロール原理は、暴利行為の禁止・莫大損害・行為基礎・強迫といった古くからの法制度に接続する。約款の内容コントロールはこの原理の一適用事例である。

V 結 語

最後に本稿の結論を簡単にまとめておこう。

消費者法が民法から体系的に独立した法分野であるという理解には問題がある。情報・交渉力において劣位にある者を保護する必要は確かにあるが、消費者概念によって法的保護を必要とする弱者を画定することは困難である。それに、いわゆる消費者法は民法に対して規範的特殊性を示すという理解にも問題がある。伝統的な民法にも、弱者保護のための多くの制度が用意されているからである。消費者法を民法の一部と捉えることによって、両者の評価矛盾を回避しなければならない。その際に民法の継続形成の必要が生じうることは言うまでもない。

本稿はまた、民法の内的体系を消費者法という窓から覗き見る試みでもある。内的体系の最上部には法理念が位置し、ついで少数の根本的法

消費者法の体系的独立性

原則が並立し、その下に多数の下位原理が法理念と根本的法原則に支えられて存在するさまを、少しは描くことができたのではないかと思う⁽¹⁰²⁾。もちろん F. Bydlinski の捉え方が唯一絶対のものではない。すでに法理念として法的安全や合目的性を挙げることに⁽¹⁰³⁾対して反対があるし、根本的法原則についても追加や削除や内容修正の可能性⁽¹⁰⁴⁾があるだろう。しかし、法原理としていかなる原理が認められるべきだとしても、ごく少数の法理念・根本的法原則が比較的多数の下位原理を支え、それがさらに数多の法準則を支えているさまは、F. Bydlinski が描いた像とそんなには異ならないはずである。日本法についても法分野全体について、同様の作業が待ち望まれるところである。と同時に、F. Bydlinski が広範な法分野に及んで描いた壮大な内的体系の全体像を明らかにする作業も有益であろう。

(102) さらにその下部では、複数の法原理の衡量結果が(立法趣旨を介して)法準則に結実している。そのさまは、拙稿「動的体系論と原理理論の關係に關する一考察」神戸学院法学31巻2号541頁以下(特に566頁以下)で描いた。

(103) F. Bydlinski, Methodenlehre, S. 296.

(104) F. Bydlinski, System, S. 88 自体が、このことを認めている。