

# 人としての消費者

佐藤 啓子

## 第一節 序

### 第二節 立法過程

第一項 「消費者」「事業者」概念の民法への導入について（通信販売法制定過程）

第二項 第一編第一章第一節の題名について（債務法現代化法制定における過程）

### 第三節 検討

第二項 消費者法が民法に入った点について

第二項 第一編第一章第一節に両概念が入った点について

第三項 消費者の定義そのものについて

### 第四項 分析

### 第四節 結びに代えて

## 第一節 序

日本では消費者契約法で、消費者は事業として又は事業のために契約の当事者となる場合以外の個人と定義され、事業者は法人その他の団体及び事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人と定義されている(消費契約第二条)。近時消費者法制における民事ルールが強調されてきてはいるが、少なくとも製造物責任法までは、消費者法の主役は行政法であったと考えられ、また消費者法の民事ルールが民法の中に規定される気配は、今のところないようである。

ドイツでは、二〇〇〇年に「通信販売契約、消費者法その他の問題および規定のユーロ切り替えに関する法律」<sup>(1)</sup>(以下通信販売法と称する)が制定され<sup>(2)</sup>、この法律に基づいて、消費者と事業者の定義規定が民法第一編第一章第一節「自然人」に導入された。二〇〇二年一月一日に施行された「債務法の現代化に関する法律」(以下債務法現代化法とする)では、従来存在した多くの個別法律が民法に組み込まれたが、通信販売法はその少し前の二〇〇〇年<sup>(4)</sup>に、消費者や事業者の定義を民法に組み入れ、撤回権や情報提供義務など多くの特別法により定められその結果要件が多様化していた規定を原則的に統一している<sup>(5)</sup>。通信販売法のあり方は、債務法現代化法で消費者法を統合するための布石であったと評価されている。本格的に消費者法規定がBGBに導入されるのはこのときが初めてであり(もちろん従来から旅行法の規定が民法内にあり、後には債務法現代化法で大規模に移入される)、消費者法の体系化が期待された<sup>(6)</sup>。しかしこの結果、通信販売法は大きな議論を巻き起こすこととなった。そしてその後、節の題名が「自然人」から「自然人、消費者、事業者」に改められた。

本論文では、両規定特に消費者定義規定に着目し、それらの立法過程とその体系的位置に関する議論を手がかり

に、消費者法が民法に組み込まれる意味を検討する。<sup>(7)</sup>

まず第二節では、通信販売法の制定過程を紹介し（第一項）、次に、債務法現代化法の制定過程でいかに第一編第一章第一節の題名が改められたかを紹介する（第二項）。第三節では、学説の反応を紹介する。論点は三点である。これらの定義が民法に入ったこと（第一項）、次に第一編第一章第一節に入ったこと（第二項）、最後に定義そのものについて（第三項）、である。この三点は、相互に関連し得るので、第四項でどう相互関係するかを分析する。

### 注

(1) この法律の名称を、「通信販売契約・消費者法」その他の問題及びEU指令の国内法化に関する法律」と訳したり（今西康人「ドイツ民法典の一部改正と消費者法―消費者、撤回権者等の基本概念に関する民法規定の新設について―」関法五〇巻五号（二〇〇〇年）二〇〇頁）、「通信販売契約、消費者法に関するその他の問題、ならびにEU指令の国内法化に関する法律」と訳したり（山本弘明「ドイツにおける消費者保護撤回権（クーリング・オフ権）の現状」際商三〇巻六号（二〇〇二年）七四三頁）している例も見られる。同法 Artikel 7 を参照されたい。

(2) 制定経過については既に、今西・前掲注(1)二〇〇頁以下に紹介されている。EU指令とそのドイツ国内法化については、谷本圭子「通信取引における消費者保護に関するEU指令」とドイツの対応」鹿野菜穂子ほか編「国境を越える消費者法」（日本評論社、二〇〇〇年）参照。消費者などの定義そのものについては半田吉信「ドイツ債務法現代化法概説」（信山社、二〇〇三年）二八九頁以下。撤回権については山本・前掲注(1)を参照。債務法現代化法へ連なるドイツ民法全体の流れについての業績は、もちろん枚挙に暇がない。消費者法の流れを特に指摘した論文に限定しても池田清治「消費者法とドイツ法」ジュリー二〇〇号（二〇〇一年）一二二頁以下、小野秀誠「ドイツの二〇〇一年債務法現代化法―給付障害法と消費者保護法―」際商二九巻

七号(二〇〇一年)八〇九頁以下、同八号(同)九二四頁以下、青野博之「消費者法の民法への統合―解除の効果と撤回の効果の比較を中心として―」岡孝編『契約法における現代化の課題』(法政大学出版局、二〇〇二年)一三二頁以下、潮見佳男「ドイツ債務法の現代化と日本債権法学の課題」民商二二四卷三号(二〇〇一年)三〇九頁以下、四二五号(同)六一三頁以下など参照。

(3) 両条文を以下に訳す。訳出にあたっては注(2)の諸論文を参照した。

民法一三条(消費者) 消費者は、自らの営業や自らの独立した職業活動に帰せられない目的で法律行為を締結するすべての自然人である。

民法一四条(事業者) 事業者は、法律行為を締結する際に自らの営業や自らの独立した職業活動の行使として行動する自然人、法人、権利能力ある人的会社である。

権利能力ある人的会社とは、権利を得義務を負う能力のある人的会社である。

(4) 通信販売法の規定の一部は債務法現代化法と同時に施行されたが、本稿の中心的課題である両定義規定を含め、その多くの規定は二〇〇〇年六月三〇日に施行されている。

(5) 潮見・前掲注(2)(二・完) 六一六頁。

(6) Tonner, Das neue Fernabsatzgesetz, BB 2000, 1414.

(7) なお、このテーマにかかわる論文は非常に膨大であり、筆者の能力上限られたものしか引用できなかった。寛容を乞う。

## 第二節 立法過程<sup>(8)</sup>

### 第一項 「消費者」「事業者」概念の民法への導入について (通信販賣法制定過程)

政府草案では、従来の状態として特別法における概念性、情報提供義務の形成や撤回権が不統一であり、解釈もばらばらであること、さらに、出発点はよく似ていながら、他方で客観的には説明しにくい相違を含んでいることが指摘された。そして、これからの消費者法のあり方として、新たな特別法を制定するのではなく消費者保護法に關する基本概念(消費者、事業者)および撤回権を統一することにして、消費者法ごとに概念が異なるという事態を緩和し、裁判官の解釈作業の負担も軽減することとした。政府草案では、「二六」a 条一項には撤回権が定められ、消費者と事業者の定義は同条三項に定められていた。<sup>(9)</sup>「従来鍵となる概念は BGB が独自に定めている」というのが、民法に定義を入れた理由である。消費者概念の統一を目指しながら、この時点では三六一 a 条三項という位置にいたことが興味深い。連邦参議院の法務委員会、連邦参議院の第一回投票、連邦議会に送付された政府法案まで、兩定義規定は撤回権の要件を主に意味する三六一 a 条三項から動いていない。消費者の定義は現行法そのものであり、事業者の定義には人的会社が入っていないがそのほかに変わりはない。

連邦議会から付託された法務委員会ではじめて、鑑定人から定義は総則に入れるべきだという示唆を得たことから、消費者・事業者の定義は第一編第一章第一節「自然人」に移されることになった。以下、三月二二日に行われた公開公聴会を含めた法務委員会からの報告から当該部分を引用する。「鑑定人は法務委員会の聴聞のときに、『消費者』『事業者』という中心的概念を統一し民法典に統合することに賛成した。しかしながら彼らはその位置十三

六一 a 条三項―を批判した。民法典はこのような概念を総則に規定していると言う。委員会はこの示唆を適切なものとして取り上げた。したがってこれらの概念を総則の自然人の節で定義すべきである。結果的変更として、権利能力ある人的会社をこれまでの位置―一〇五九 a 条二項―から除き事業者の定義に統合した(民法一四條二項参照)。(12)ここからは、「総則に」入れよという鑑定人の意見が伺われるが、鑑定人の意見が第一章第一節に入れよというものであったかどうかはわからない。(13)またその後の連邦議会の議事速記録の中にも定義の位置についての叙述はなく、この議事速記録に添付されている法務委員の申述に代えた文書でも、両定義を民法に入れたことに鑑定人が賛成した旨の記述は出てくるが、鑑定人が定義の位置について問題提起したことには触れていない。(14)その後このままこの法案は成立している。

## 第二項 第一編第一章第一節の題名について(債務法現代化法制定における過程)

通信販売法制定までのドイツ民法第一編総則第一章第一節の題名は「自然人」であり、そこには本来権利能力、成年、住所及び氏名権についての規定があった。「自然人」という題名は、通信販売法においては変更されなかった。そこに消費者・事業者の定義が組み込まれたのである。周知のとおり、ドイツ民法第一編の第二章第二節は法人についての規定であり、第三章法律行為の第一節が行為能力に関する規定である。行為能力は人そのものよりむしろ法律行為に関する規定であることが体系的に示されている。

債務法現代化法の討議草案でも、そもそも第一編第一章第一節の題名を変更する予定はなかった。(15)連邦参議院の態度表明の中で、B G B 改正に対するコメントの最後に初めてこの節の名称変更が提案された。その理由は「一三

条、一四条にかんがみ見出しを補充しなければならない」とあるのみである。またあくまで付録である目次の変更という形式をとっている。連邦政府はその提案を受け入れていたが法案にこの件についての追加の条文はない。付録である目次で節の名称は変更されているが、変更について債務法現代化法の条文そのものになっていないし、ましてや特に取り上げて検討されているわけでもない。ほかの節の名称については議論の対象になりまた債務法現代化法の条文上にも規定されているが、この節名称の変更の提案は付録の中でのみ扱われ、議論されないまま可決・施行された。

注

- (8) ドイツにおける立法手続そのものについては村上淳一ほか『ドイツ法入門』（有斐閣、改訂第五版二〇〇二年）参照。なお、両過程において連邦参議院・連邦議会の法務委員会での審議が重要なターニングポイントになったと思われるが、非常に残念なことにはその議事速記録を入手できなかった。
- (9) Bundestag, Gesetzentwurf der Bundesregierung 14.01.2000 Drucksache 25/00 S.78ff.; Bundestag, Gesetzentwurf der Bundesregierung 09.02.2000 Drucksache 24/2658 S.29.
- (10) BR, Drucksache 25/00 S.9; BT, Drucksache 14/2658 S.6.
- (11) BR, Drucksache 25/00 S.128; BT, Drucksache 14/2658 S.47.
- (12) Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht Rechtsausschuss 12.04.2000 Drucksache 14/3195 S.32.
- (13) BT, Drucksache 14/3195 S.32.「これら」の「この」意見を書いた鑑定人は複数であるが、Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, § 13 Rn. 1 (Schmidt-Ranssch 執筆—以下これを Bamberger/Roth/Schmidt-Ranssch と引用する)によればこれは Heinrichs の提案である。

- る。
- (4) Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2001, Vor § 13, 14 Rn. 2 (Micklitz 執筆—以下 MüKo/Micklitz とする) にれば、公開發  
務委員会は定義の位置について取り上げられなかったと云う。
  - (5) Bundestag, Stenographischer Bericht, Plenarprotokoll 14/99 13.04.2002 S. 9341.
  - (6) BT, Plenarprotokoll 14/99 9353-9359/Anl. 5.
  - (7) Bundesministerium der Justiz, Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes 特の Anlage を参照。
  - (8) Bundesrat, Stellungnahme 13.7.01. Drucksache 338/01 S. 80.
  - (9) Bundestag, Gesetzentwurf der Bundesregierung 31.8.01. Drucksache 14/6857 S. 69.
  - (20) たゞそれは第一 篇第五章時効の中で第一節の題名は討議草案では「時効の中断と停止、時効にいつての合意」であったが  
(Diskussionsentwurf S. 8) ‘整理案では「時効の停止、進行停止、Ablaufhemmung と中断」となる (Schmidt-Ränsch u.a., Konsolidierte  
Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes 6.3.2001 S. 4) ‘政府草案なので「時効の停止と中断」を經  
つ (Bundesministerium der Justiz, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts 9.5.2001 S. 7 など) ‘「時効の停止、進行  
停止と中断」に名称変更をめぐり (Bundestag, Stellungnahme des Bundesrates 31.8.2001 Drucksache 14/6857 S. 7, SS. 44f.)’。



### 第三節 検討

#### 第二項 消費者法が民法に入った点について

本来ならばここで検討しなければならぬ問題がある。それは、消費者法は一般私法の構成部分なのかそれとも特別私法なのかについてである。ここでの特別私法とはいわゆる個別立法の形をとっている私法分野での特別法のことではなく、一般私法とは私法の中ですべての市民に適用されうる部分であり、特定の職業集団や対象領域に特有な規定を含む部分が特別私法である。このどちらであるかということは、民法典の中に規定されているかどうかということから直接的に導き出されるわけではない。Medicusの一九九六年に出された論文での言葉「法技術上、保護のための特別規定がBGB自体の中にあるか、ほかの箇所特にくつかの特別法の中にあるかを区別することができる。未成年についての規定…や、今は旅行者についての規定…も、BGB自体の中にある特別規定の例である。」<sup>264</sup>や、二〇〇〇年七月に出された論文でのBowの言葉「民法二〇四条から一一三条の規定(筆者注：行為能力規定)について考えてみると、特別私法は今もつすでにBGB自体の中にある。」<sup>265</sup>は、民法典の中にも「特別私法」が存在しうることを示している。

両定義規定が民法に入ったことは当然、消費者法は特別私法かという学問的ドグマ的な議論に影響を与えうる。<sup>266</sup>消費者法を一般私法とする見方もあり、<sup>267</sup>特別私法と見ている者もいる。<sup>268</sup>そして、今までは一般私法である消費者法を特別法で規定していたのであり、<sup>269</sup>反面消費者法を特別私法と見つつかつ民法の中に規定するという選択肢も残されている。<sup>270</sup>この点に解する見解とこれから述べる消費者法を民法の中に規定することへの賛否には、非常に強い関

連があるが、この点に関するこれ以上の論述は筆者の能力と分量の制限から割愛せざるを得ない。<sup>(33)</sup> 消費者法と民法との関係については、法的人格の平等と私的自治の捉え方の違いから、従来二つの見方がある。ひとつは民法の基本原理である私的自治と消費者法は原理的に対立しているという見解である。<sup>(34)</sup>

EU指令自体は消費者法を民法の中に入れることを要求していない。確かにそのような道を先に歩んだ国はあるが、特別法で統一的な消費者法典を作る選択肢もあった。<sup>(35)</sup> 議会では定義規定は民法にあるものだという認識が強かったかもしれないが、消費者法典を作るという方法で概念の統一を図るという方法もあった。現在も、消費者法典の方式を支持する見解もある。<sup>(36)</sup> そこまで踏み込まなくとも、たとえば Hattenauer は個々の属性を民法に持ち込むことに反対し、<sup>(37)</sup> Fume は文化財たる B G B に通信販売法を組み入れることに反対する。<sup>(38)</sup>

もうひとつの見解は、対立ではなく補充である。Dure の見解を、少し長めになるが引用する。すでに B G B 第一草案段階で、消費者法（この場合割賦行為法）が私的自治を制限しているとの問題意識があり、割賦行為法は民法に統合されなかったという経緯がある。当時、法典編纂を急いだこともさることながら、形式的な平等という前提を廃棄せずに弱者保護をドグマ的に変換する術を見出せなかったということが、一定の役割を果たした。認められているがまだ十分には解決できていない新しい問題は特別法へ入れるという立法者の姿勢が、当時の領域的統一を可能にしたが、反面そのために消費者法は民法典の中に入らなかった。<sup>(39)</sup> Dure は、一〇〇余年後の今について、消費者概念によりドグマ的な手がかりを得て、法典編纂という基本思想を追完したのだと表現している。<sup>(40)</sup> 消費者法と民法との関係として彼の見方をとるとすれば、この債務法改正の流れは「形式的平等と弱者保護の止揚」という難問をクリアできたことを意味する。

一九七八年に連邦司法大臣フオーゲルが債務法改正の計画を公表したとき、彼はこの計画が「すべての特別法規

を徐々に民法典の債務法の部分に連れ戻す」試みであると述べた。<sup>(40)</sup> もちろん債務法ではなく民法のほかのどこかが適切であれば、そこに「連れ戻す」ことも含意しているに違いない。結果的には今回の改正では当時の方向を維持したと言えよう。

もつとも、当時の鑑定人 Westermann の基本構想はむしろ、一方契約当事者の類型的な保護の必要性と結び付けることなく契約正義を保障する規定を法律の中に入れることであつた。<sup>(41)</sup> そしてその後消費者法の民法への統合の動きは止まつた。しかも、現行BGBは消費者・事業者の定義から出発しておりかつその両定義はEU指令の両定義をほぼそのまま受け継いでいる。現行BGBは、人の属性にかかわらず契約の公正をめざす彼の基本構想を直接受け継いでいるようには見えない。しかし、特に消費者法についての節を作つたわけではない点で彼の基本構想に近く、さらに、両規定は現在でも人の属性を規定しているとは必ずしも解されていない(第二項・第四項参照)。

一九七九年に旅行契約(六五一a条以下)が民法の中で規定されたときに消費者保護の機能を持つ条文が民法の中に導入されたのであるが、消費者契約法分野の立法は原則的に特別法によりなされており、この分野におけるEU指令の国内法化も特別法により行われてきた。しかし数多くのEU指令を国内法化することで「つぎはぎだらけのじゅうたん」(Flückerjagd)<sup>(42)</sup> となつてしまつたことへの反省から、EU指令間では統一されている消費者概念を民法に導入することからは、見通しをよくするという大きな利益が得られるとされる。<sup>(43)</sup> また、民法である概念を定義しておけば特別法でその定義を使うときに参照する必要がないということも指摘される。<sup>(44)</sup> 一歩進んで、誰もが消費者になりうるのであり、典型的な状況に保護を保障するためには消費者法を民法に再統合することが必要であるという見方も示されている。<sup>(45)</sup>

ただし、これですべての問題が解決したとは考えられていない。Micklitzは、消費者保護がBGBの一部となつた

ことについて「もはや私的自治と形式的自由倫理だけでは決定的ではなく、社会的公正性が私的自治の概念に統合されなければならない」<sup>(47)</sup>「消費者保護はBGBの一部となった。その正当性の承認も正当性それ自体も不問にされている」と評価しているが、「法律学と法実務には、新しい(古い)概念性に命を吹き込みBGBを支配している形式的自由倫理を新しく採用された消費者法の責任倫理に調和させる課題がある」と述べる。また、Rohsは、「民法に入れたことそれ自体には賛成だがそれにより契約当事者の不平等状態という立法者のモデルイメージという弱点が隠蔽されてしまうと同時に警告している」<sup>(48)</sup>。

## 第二項 第一編第一章第一節に両概念が入った点について

Rohsのように民法総則に入れたことについて積極的に賛成する見解もあるし、特に民法総則に入れたこと自体に對する反対は見当たらない<sup>(49)</sup>。しかし、両定義が第一編第一章第一節に入るとは適切ではないという見解は多く存在する。

まずは、この節の題名が「自然人」であることから、題名と中身とが不一致となったことについてである。すなわち、消費者の定義がこの節に入ったと同時に、自然人とは限らない事業者(自然人、法人、権利能力を有する人的会社)も自然人の節に定義されることとなった。特に、権利能力を有する人的会社の定義が「〇五九a条二項からここに移された点に関する批判は当然強い」<sup>(50)</sup>。しかしそれだけなら、債務法現代化法で節の題名が変わった後は問題ないはずである。ここで引用する学説は、確かに節題名変更前のものが多いが、根本的には今にも通用すると思われる。

民法二二二・二二四条は、「人」について規定しているように見える。この論文でもとりあえずその外見に倣って、兩規定を定義とか定義規定と称している（以下では消費者定義が「人」についての規定をしていると解するときこのことを「人アプローチをとっている」と表現する<sup>65)</sup>）。しかし実際には兩条文が規定しようとしているものは当事者の交渉力の不均衡や契約目的であると見ることができると後者の見方にはいろいろな表現方法があるがここでは一括して「状況アプローチをとっている」と表現することに<sup>66)</sup>する。

人アプローチならば消費者定義を体系上現在の位置に据えるのが適切であろうが、事業者定義も現在の位置でよいかは別問題である。実質的には状況アプローチと解するとすれば、兩規定の入るべき場所は別のところになるはずである。ただし、第三項で第二の批判が指摘するように、法律行為を前提としない二四一a条や六六一a条などにも消費者概念が用いられていることに留意すべきである<sup>67)</sup>。

アプローチについて言及していない学説の中で反対論を紹介すると、Fume は少なくとも第一節に入れるべきではなかったと主張する<sup>68)</sup>。Hengen は、この節に入れたことについて、人は誕生して名前がついた後に、消費者か事業者になるのだし、事業者は生まれながらにして事業者の場合もあると痛烈な嫌味を浴びせる<sup>69)</sup>。

それではどこに入れればよかつたのか。Pfeiffer も、総則に入れたのは確かに説得力があるが、兩定義の評価の本質は締結された法律行為の経済的目的にかかわっていることから、法律行為についての規定の後に入れるべきであったと主張する<sup>65)</sup>。Dive は歴史的観点から、名、住所、権利能力はいろいろな規定との関連で発達してきたのであるが、自然人だけを対象としており、この二条のために新しい節をたてるだけの価値があつたと述べる<sup>66)</sup>。Hattenhauser は二四一条の後ろつまり第二編債務法を提案する<sup>66)</sup>。

ところが、兩定義規定は位置を変えられることなく、入った節の名称が変更された。この点は債務法の大改正の

陰に隠れてしまっているが、今まで見た議論から見れば、批判に応えたというより問題を複雑化したのではないかと思われる。

他方、Reim は、二四一 a 条や六六一 a 条のように、法律行為を前提としない規定にも用いられているのだから、法律行為の締結で消費者概念を限定するべきではなく、この規定はここから外すべきではないと主張し、一三条の文言から自然人であれば消費者であると推定されるとしている。<sup>(62)</sup> また BGB の最初に両定義規定を入れることによつて、立法者は消費者法を象徴的に認証したと、積極的な評価をする学説もないわけではない。<sup>(63)</sup> Heinrichs は、消費者はさまざまな規定により保護されるのであるから、民法のこの場所に定義を入れるのは当然と主張する。<sup>(64)</sup>

### 第三項 消費者の定義そのものについて

ドイツ法は従来から EU 指令における消費者と事業者の定義から大きな影響を受けており、通信販売法においても EU 指令において反復的に使用されている定義をそのまま踏襲しているとされる。<sup>(65)</sup>

このことから、定義はさほど問題ではないとの見方もある。<sup>(67)</sup> しかし実際に消費者の定義そのものを批判する者もいる。「一三条制定前に唱えられた「消費者をそのものとして把握するのは不可能である」とする見解は別として、<sup>(68)</sup> ここでは、一三条の一般的な消費者概念に対する批判を見ていくことにする。重要なのは第三点までである。本来は事業者概念も非常に重要だが、最低限しか触れることができない。

議論をされている点はまず、消費者を自然人に限ることについてである。現在の文言で民法上の組合も含むと解するのが通説とされるがさらに法人等についても含むべきとする主張が強い。<sup>(71)</sup>

第二に、この規定が人としての区別、すなわち身分制国家の復活につながるのではないかという懸念がある。<sup>(72)</sup>

第三に、要件の中に法律行為が入ってしまった点への批判がある。二四一a条(注文していない商品の納入)や六六一a条(懸賞当選の約束)は法律行為がなされていないかそれ以前にある段階の問題を規定対象としている。この批判は、むしろ自然人が法律上重要な経過の際に(たとえば意思表示や注文していない商品の受領の際)営業上のまたは自営の目的で行動したかそうでなかったかを検討すべきであるとする。<sup>(73)</sup>

第四に、「自分の」営業・職業活動を目的とする法律行為の際には消費者とはされない民法一三条と営業・職業活動全般を目的とする消費者から除外するその他ドイツ国内の消費者法(当時)とが矛盾するとされる。<sup>(74)</sup> 職業活動に関する目的による行為すべてを排除しているEU法との違いも指摘される。<sup>(75)</sup>

第五として、私的な賃貸人や贈与者など消費者という概念とはあわない場合も消費者定義に含まれている。<sup>(76)</sup> ただし、規定ではたいいてい消費者は事業者と対峙して出てくるのであって、大事なことは力の対等およびそれと結びついた契約対等の障害が問題になっていることが総合的連関からわかるのであり、決定的なのは事業者が自然人と対峙している点であるとも指摘される。<sup>(77)</sup>

第六に、規定の仕方からは、消費者は原則的に営業活動を行う存在であり一つ一つの契約がそれに寄与しない場合があることを前提にしているように見えるが、正しくはまったく営業活動をしていない者も消費者とみなすべきである。<sup>(78)</sup> もっとも、今の消極的な規定の仕方により消費者であることに有利な推定がなされるとの解釈もなされている。<sup>(79)</sup>

なお事業者については、第一編第一章第一節に入っている点への批判<sup>(80)</sup>、請負契約の請負人と事業者は同じ「Fremdernehmer」という語である点への批判<sup>(81)</sup>、権利能力ある人的会社というのはトートロジーであるという指摘<sup>(82)</sup>、消費者―

事業者の区分と並んで消費者―事業者と伝統的な自然人―法人という二分割との区分も困難であるとの分析がなされている。<sup>63)</sup>

#### 第四項 分析

ドイツ消費者法が第二項でいう人アプローチをとっていると解するか状況アプローチをとっていると解するかという点から、もう一度第一項と第三項の内容を再分析する。ただし、両定義の根本的な捕らえ方ははっきりとはしていない。

もし両定義は人アプローチの外見をまといつつ実質的には状況アプローチを採用していると解すれば、<sup>64)</sup> 法人も消費者に含まれるべきとの主張に結びつきやすい(第三項第一の批判)。法人にも消費者と同様の立場で契約締結する場合が存在するからである。また、両定義規定が本来自然人の規定を含むべき民法第一編第一章第一節にある点<sup>65)</sup>は不自然と考えられる(第二項)。人アプローチでないと見れば、特別私法と見る立場ではなく一般私法と見たとしても両定義規定が人の不平等につながると警戒する必要はない。<sup>66)</sup> 形式的に特別法とすべきかについては、消費者法を特別私法と見るかにもよるが、特別私法と見つつ民法への統合を目指すのも不可能ではないし、一般私法と見る者も民法への組み入れは必ずしも諸手をあげて賛成というわけではない。<sup>67)</sup>

人アプローチをとった場合であっても、よりよい定義に改善すべきという考え方はありうる(第三項第一の批判)。体系的問題としては、二つの反応がありうる。一つは人に不平等をもたらすものとして反対する場合である(第三項第二の批判)。人に着目したモデルと解しつつ前憲法的状況への不安を回避しようとするならば、消費者



法は特別法にとどめる方が無難かもしれない（第一項）<sup>67)</sup>。もう一つは、積極的に評価しつつ、二四一a条など実際に法律行為をしていない事態に関する規定の要件としてもふさわしいと解する立場である。この立場からは、一三条の要件に法律行為の存在を入れるべきではないとする批判がなされる（第三項第三の批判）。この立場では第二項で論じられている第一編第一章第一節への編入に抵抗がない。

従来第一編第一章「人」の下では、自然人と法人との二分論の下に人そのものに関する規定が集められていた。先に両定義規定が入り、後には第一節の題名が変更されてしまっていることよって、民法の体系性は崩れてしまっていると評価できる。自然人がすべて消費者ではない。そして自然人はいずれにもなれる。自然人は常に消費者というわけではないし、常に事業者である人も存在しない。そして、事業者は必ずしも自然人ではない。やはり法人はここに入るべきではない。そしてなにより、両定義規定は人の定義の形をとっているがやはり人そのものよりもその行為に着目したものである。節の名称を変更することによって不自然ではないように見えるようにしたとしても、それはかえって全体を混乱させるものと考ええる。学説の議論を受けて非常に単純に第一節の題名が変更された経緯は、このような民法の体系に関する議論内容を立法者側が消化できなかったことを示すと思われる。

注

- (21) BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Bd.2a, § 13 Rn.17 (Preiffer 執筆、以下 Soergel/Preiffer とし引用する)。
- (22) 上記のような用例もあろう。例として MüKo/Micklitz, a.a.O.(Fn.14), Vor § 13,14 Rn.21。
- (23) Palandt, BGB, 62.Aufl., 2003, Eml.Rn.1 (Heinrichs 執筆—以下 Palandt/Heinrichs と引用) の定義によった。
- (24) Medicus, Schutzbedürfnisse (insbesondere der Verbraucherschutz) und das Privatrecht, Jus 1996, 761。

- (35) Bülow/Arzt, Fernabsatzverträge und Struktur eines Verbraucherprivatrechts im BGB, NJW 2000, 2049.
- (36) Lorenz, Im BGB viel Neues, Jus 2000, 833, 835.
- (37) Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2001, Rn. 16 は「誰でも消費者となり得る」点を一般私法と見る根拠とする。  
その他 Palandt/Heinrichs, a.a.O. (Fn. 23), Einl.Rn. 1; Soergel/Feifer, a.a.O. (Fn. 21), § 13 Rn. 19.
- (38) 人の平等からの独立性 Rott, Das Fernabsatzgesetz, JZ 2000, 1014; Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts AcP 2000 273, 360f; 平野のへ Bülow/Arzt, a.a.O. (Fn. 25), NJW 2000, 2049 平野のへによる。私的自治・契約自由の観点からの独立性 Kocher, Was ist ein Verbrauchergeschäft?, VuR 2000, 83, 53 平野のへによらずに不明だが「消費者法の総則」ができたと評価する者 Riehm, Das Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts, Jura 2000, 505; Berger, Die Neuregelung des verbraucherrrechtlichen Widerrufsrechts in § 361 a BGB, Jura 2001, 293. Medicus 平野のへ注の箇所は旅行者の規定を特別私法と位置づけつつも「消費者法全体を特別私法と見てくるのではある」と推測される。
- (39) 消費者法を特別私法とあることながら民法への統合に賛成する例 Riehm, a.a.O. (Fn. 28), Jura 2000, 505; 特別私法と見て民法への統合に反対する例 Berger, a.a.O. (Fn. 28), Jura 2001, 293.
- (30) この点については、谷本圭十「契約法における『消費者保護』の意義（４・完）」立命二八七号（二〇〇三年）二二七頁以下に詳しい紹介がある。
- (31) 平野のへ, Tomer, Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines europäischen Zivilrechts, JZ 1996, 535f. は消費者法の特別私法性を認めつつ一般私法と消費者法の限界は可変とする。Dörner, Die Integration des Verbraucherrechts in das BGB, in: Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 177f. 平野のへ, 消費者法は一般私法と特別私法の結合双生児であるから消費者法は民法典に入れるべきだとどう見解もある。彼は S. 181 以下では、二つの統合モデルを検討する。
- (32) Dreher, Der Verbraucher, JZ 1997, 176f. Medicus 平野のへ 割賦行為法（一八九四年制定）以降の従来の消費者立法を検討した上で、

まったくBGBに合わない規定があることから、特別消費者保護規定は特別法のままの方がよいとする。Medicus, aa.O.(Fn.24), JUS 1996,767.

(33) Tonner, aa.O.(Fn.6), BB 2000,1414によれば、オランダ新民法典 *Nieuwe Burgerlijk Wetboek* には消費者法が組み入れられているが、フランスでは消費者法典 *Code de la Consommation* が作られている。

ドイツではパンデクテン体系の完成の過程で「自然人」概念が抽象化され身分に関する規定を後置することで「自然人」に関する規定が総則と家族法とに分離したが、消費者・事業者の定義規定が旧「自然人」の節に入ったことで、自然人の規定と家族法の規定との間の意識上の距離がさらに広がる。ただし、両定義規定をもし実質的にも人に関する規定と見るのならは（第二項でいうところの「人アプローチ」）、ここではさらなる抽象化ではなく具体化に向かっていくことになる。そして、「自然人」の節に入れたことによる批判は、両概念を人に関する概念とする見解からも非常に強い。第二項参照。

(34) Berger, aa.O.(Fn.28), Jura 2001,293. 彼によれば、特別法にしておいたほうが指令と一致した解釈をしやすい。また、多方面で生じる要請に従い、消費者法典で共通の納得を得られる用語法を探す努力をすることも可能である。逆に消費者法典方式に明確に反対する例として、Roth, EG-Richtlinien und Bürgerliches Recht, IZ 1999,533.

(35) Hattenhauer, Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, 2.Aufl., 2000, S.23.

(36) Plume, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung, ZIP 2000,1429f.

(37) 債務法現代化法立法チームの主張は続いた。Honsell, Einige Bemerkungen zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, IZ 2001,19 参照。

(38) Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, 2003, § 1-14 Rn.69f., 85. (Düve 執筆、以下HKK/Düveとして引用する)

(39) 彼によれば、体系問題は形式的技術の問題に過ぎない。消費者保護は、一般私法との関係では特別なものではない。なぜならば、統合は私法秩序において自己決定とその保護を發展させるといふ要請を受け入れられているものだからである。HKK/Düve, aa.

- O.(Fn.38), § 1-14 Rn.85f.
- (40) Bundestag, Plenarprotokoll 8/68 25.1.1978 S.5390.
- (41) Westermann, Verbraucherschutz, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. III 1983, S.68f.; 関武志「西メーンにおける消費者保護」『西メーン債務法改正鑑定意見の研究』(日本評論社、一九八八年)六一七頁以下を参照。
- (42) Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses 04.12.1978 Drucksache 8/2343 S.6ff.; Brox, Das Reisevertragsgesetz, JA 1979/493; Tempel, Entwicklungen im Reisevertragsrecht, Jus 1984,82.
- (43) Tomner, a.a.O.(Fn.6), BB 2000,1413 の副題は「又は、ごきはあたけのごゆうたんの代わりに体系を」である。
- (44) Tomner, a.a.O.(Fn.6), BB 2000,1414; MüKo/Micklitz, a.a.O.(Fn.14), Vor § 13,14 Rn.4; Rühners/Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 12.Aufl. 2002, § 1 Rn.3.
- (45) Fuchs, Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzrechts, ZIP 2000,1282; MüKo/Micklitz, a.a.O.(Fn.14), Rn.2.
- (46) Rühners/Stadler, a.a.O.(Fn.44), § 1 Rn.3.
- (47) MüKo/Micklitz, a.a.O.(Fn.14), Vor § 13,14 Rn.14.
- (48) MüKo/Micklitz, a.a.O.(Fn.14), Vor § 13,14 Rn.1.
- (49) Rohn, a.a.O.(Fn.28), JZ 2000,1014
- (50) 私的自治の補充と見たとしてもそれはあくまで補充であるから特別私法という見解もあり得、他方一般原則の補充なのであるから一般私法だという見解もあり得る。
- (51) 「民法総則に入れたことを人は賞賛できるし、それにより消費者保護法から特別私法という『恥』がすすがれる。」Rohn, a.a.O.(Fn.28), JZ 2000, 1014.
- (52) おそらく、物権法への適用を見越してのことであろう。

- (53) Flume, a.a.O.(Fn.36), ZIP 2000,1427; Bork, a.a.O.(Fn.27), Rn.167; Soergel/Pfeiffer, a.a.O.(Fn.21), § 14 Rn.2など。
- (54) Riehm, a.a.O.(Fn.28), Jura 2000,505; Roth, a.a.O.(Fn.28), JZ 2000,1014は、人に関する定義だからこの規定がその背後にある不平等を隠すことになるのではないかと懸念する。
- (55) たとえば Berger, a.a.O.(Fn.28), Jura 2001,290は、両定義は人についての絶対的な身分を定めるものではなく、消費者又は事業者になるか否かは行為のためにする。Pawlowskiは両定義規定を身分(Stans)ではなく「機能的地位(Funktionsstellung)」と表現する。Pawlowski, Allgemeiner Teil des BGB, 7.Aufl. 2003 Rn.222a. HKK/Duve, a.a.O.(Fn.38), § 1-14 Rn.79f.は、人に関する規定モデルと状況に関する規定モデルに大別し、行為目的モデルは後者に含まれる。一定の継続性ある「身分」に結びついた商行為や労働法とは対照的に、消費者法の適用のためには、永続的な、人に基づく属性は必要ない。人に関連する出発点と行為目的に関連する出発点は別物であり、消費者としての属性は後者に基づき後者に尽きるというのが Duveの見解である。重要なのは人の属性ではなくて契約目的のために、判断自由の侵害ではなく、不平等状態でもなく契約目的のため Soergel/Pfeiffer, a.a.O.(Fn.21), § 13 Rn.27から導入。
- (56) Soergel/Pfeiffer, a.a.O.(Fn.21), § 13 Rn.2,26; Pawlowski, a.a.O.(Fn.55), Rn.222a Fn.243; Palandt/Heinrichs, a.a.O.(Fn.23), § 13 Rn.5.
- (57) Flume, a.a.O.(Fn.36), ZIP 2000,1428.
- (58) 法人などの場合でもさう。Hensen, Das Fernabsatzgesetz oder: Man könnte heulen, ZIP 2000,1151.
- (59) Soergel/Pfeiffer, a.a.O.(Fn.21), § 13 Rn.2.
- (60) Duve, a.a.O.(Fn.38), § 1-14 Rn.89.
- (61) Hattenhauer, a.a.O.(Fn.35), S.22.
- (62) Riehm, a.a.O.(Fn.28), Jura 2000,505ff.
- (63) Tonner, a.a.O.(Fn.6), 1414.

- (94) Palandt/Heinrichs, a.a.O.(Fn.23), § 13 Rn.1.
- (95) この点については谷本圭子「契約法における人的適用範囲確定」立命二四九号(一九九六年)一〇二一頁以下に詳しい。
- (96) BT Drucksache 14/2658 S.47.
- (97) Tonner, a.a.O.(Fn.6), BB 2000,1414.
- (98) Medicus, a.a.O.(Fn.24), Jus 1996,766f.; Dreher, a.a.O.(Fn.32), JZ 1997,170.
- (99) 判例上権利能力を認めざる。Urt.vom 29.1.2001 BGHZ 146,341.
- (100) BGH Urt.vom 23.10.2001 NJW 2002,368.例として Bamberger/Roth/Schmidt-Rantsch(Fn.13), § 13 Rn.3. BGH NJW 2002,368(消費者信用法に関する事例)は消費者とは民法上の組合も含まれると解した。
- (101) Bork, a.a.O.(Fn.27), Rn.167; Soergel/Pfeffer, a.a.O.(Fn.21), § 13 Rn.27,46; HKK/Duwe, a.a.O.(Fn.38), Rn.82. Roth, a.a.O.(Fn.28), JZ 2000,1014はEU通信販売法指令一四章の類推適用が許されることを認める。Flume, a.a.O.(Fn.36), ZIP 2000,1428 及び Soergel/Pfeffer, a.a.O.(Fn.21), § 13 Rn.46はIdealvereinも消費者にすべき主張する。MüKo/Micklitz, a.a.O.(Fn.14), § 13 Rn.14も部分的な拡張をすべきと結論付ける。もちろん少数ながら文言どおり解釈する説もあり、ヨーロッパ裁判所は明らかに与する(Lütcke, Fernabsatzrecht, 2002, § 312b Rn.10f.; Krebs, Verbraucher, Unternehmer oder Zivilperson, DB 2002,517f.; Palandt/Heinrichs, a.a.O.(Fn.23), § 13 Rn.2. EUGH Urt.vom 22.11.2001 NJW 2002,205(不正条項指令の事例))。
- (102) Hattenhauer, a.a.O.(Fn.35), S.23.数世紀にわたる努力の未定義された統一的な概念を壊し、特別法への新たな道を開くことになつてしまつた批判する。Rothも「消費者・事業者定義をBGBに導入することで職業的な契約当事者と非職業的な契約当事者(消費者事業者)の間の不平等状態から出発した立法者のモデルイメージの弱点が隠蔽されることになり、このイメージの意味するものの範囲を明らかに考へるチャンスが当分の間空費されることになると懸念する。Roth, a.a.O.(Fn.28), JZ 2000,1014.
- (103) Riehm, a.a.O.(Fn.28), Jura 2000,505f.二三条を「契約を締結する」ではなく「法律行為を締結」と定式化するとして契約の

- 権益者の保護に於ける消費者保護の意義 Bamberger/Roth/Schmidt-Ränsch(Fn.13), § 13 Rn.11.
- (74) Flume, a.a.O.(Fn.36), ZIP 2000,1428.
- (75) Bülow/Arzt, a.a.O.(Fn.25), NJW 2000,2050f.; Roth, a.a.O.(Fn.28), JZ 2000,1014. 相違は指條によるが批判はしない。例 Bamberger/Roth/Schmidt-Ränsch(Fn.13), § 13 Rn.2.
- (76) Flume, a.a.O.(Fn.36), ZIP 2000,1428; Soergel/Pfeiffer, a.a.O.(Fn.21), § 13 Rn.2; Bork, a.a.O.(Fn.27), Rn.169; HKK/Duve, a.a.O.(Fn.38), § 1-14 Rr.81.
- (77) Bork, a.a.O.(Fn.27), Rn.169.
- (78) Soergel/Pfeiffer, a.a.O.(Fn.21), § 13 Rn.2
- (79) HKK/Duve, a.a.O.(Fn.38), § 1-14 Rn.81.
- (80) Flume, a.a.O.(Fn.36), ZIP 2000,1427.
- (81) Flume, a.a.O.(Fn.36), ZIP 2000,1428.
- (82) Hensen, a.a.O.(Fn.58), ZIP 2000,1151; Flume, a.a.O.(Fn.36), ZIP 2000,1428; Soergel/Pfeiffer, a.a.O.(Fn.21), § 14 Rn.17.
- (83) Micko/Micklitz, a.a.O.(Fn.14), Rn.5.
- (84) 註⑤参照。
- (85) Soergel/Pfeiffer, a.a.O.(Fn.21), § 13 Rn.19. 註論同前。HKK/Duve, a.a.O.(Fn.38), § 1-14, Rn.81.
- (86) Pfeiffer はこれからの課題を挙げる。
- (87) Roth はこの点から民法への組み入れに賛否両論を述べる。
- (88) Riehm の立場である。

## 第四節 結びに代えて

ドイツで消費者法が民法に統合されたのは、割賦行為法以来の論争の結果ではあるが(第三節第一項)、両定義規定とその後節の題名の変更は、必ずしも従来の積み重ねを反映しているとは限らないと思われる(第二節)。そのため批判は強い(第三節)。

ドイツ法についての私見をもし述べるとすれば、消費者法は、私的自治を補完・実質化するものである。この両定義は人アプローチの外見をまとった状況アプローチを前提としていると解される。このことは、同一の自然人が事業者にも消費者にもなりうることから明らかである。ただし法律行為がなされていない二四一a条や事業者に契約締結前の情報提供を求める三一二c条などの規定の要件としては、状況アプローチとしても人アプローチとしても消費者・事業者両定義は失敗していると思えるを得ない。そして、定義規定の形を維持するのであれ状況アプローチを表に出した形に変えるのであれ、少なくとも現在の位置はふさわしくない。

日本に立ち返って考えると、消費者契約法が民事ルール上の契約解消手段として採用しているのは取消であり(消費契約四条)、業法的性格が濃いといわれている割賦販売法・特定商取引法が契約解消手段として採用しているのは撤回又は解除である(割賦四条の四・特定商取引九条など)。また、消費者契約法は一人人アプローチを採っているように見えるが(消費契約二条)、割賦販売法・特定商取引法は状況アプローチと思われる(割賦二条・特定商取引二条)。これからも消費者法は発展していくであろうし、さらにさまざまな契約解消手段が整備されるかもしれない。もちろんおのおの論理に基づいて法形式を選択しているのだが、その結果「見通しの悪い」「つきはぎだらけ」の状態になったときには、どの程度のどのような形で統一化をはかるかが問題となってくる。



今は消費者法として使われている条文の性格がまだ完全に民事ルール化されていないが、もし民事ルールとしての統一を図るとするならば、消費者法典にせよ民法典への統合にせよ、それらは一般私法としての性格を持つのか、特別私法なのか。後者とすれば、法主体上の限定かそれとも私的自治の制限（又は補完・実質化）なのか。また状態アプローチをとるかそれとも人アプローチなのか。学問的にはこれらの点が問われるものと思われる。私見によれば、そして、私的自治の実質化としての特質を深めていくことが必要であろう。それは適正な市場の前提でもあるはずである。