〈指定研究〉
「ヨーロッパ私法の展望と日本民法典の現代化」

ドイツ民法典における契約各則の現代的意義

── 法概念と市場の失敗を架橋する契約各則 ──

ユルゲン・バーゼドー
（訳）中田　邦博・寺川　永

目次

Ⅰ．はじめに
Ⅱ．BGB の規定の構造
Ⅲ．予防実務
Ⅳ．制定法の展開
Ⅴ．BGB の規定の現代的意義
Ⅵ．契約各則の規律と市場の失敗

Ⅰ．はじめに

ドイツ民法典（BGB）は、契約各則をさらに分類することをしていない。むしろ BGB は、特別な債務関係という概念を用いて、つまり債務発生の原因が契約であるか契約以外のものであるかを曖昧にしているのである。BGB 第 2 編第 7 章には25の節があり、そこでは、体系的には同じ次元で、売買契約や請負契約といった各種の契約関係が、たとえば不当利得や不法行為責任のような契約外債務関係と同様に規律されているのである。BGB は、各種の契約関係と、いくつかの契約外債務関係を体系的に区別していない点で、フランス民法典[1]やイタリア民法典[2]、オランダ民法典[3]と相違している。その原因は、推測するところ、たとえば、事務管理、共有関係、宿泊時の物の持込みによってもたらされる特定の債務関係についての分類が難しいことにあったのであろう[4]。以下の叙述では、契約各則に限定し、これとは異なる法律上の体系化の方法を考慮することはしない。また契約外債務関係も取り上げない。検討の対象は、BGB のうちの約400の規定であって、私人間の経済的関係を規律する部分である。これらの規定は、第 7 章の異なる契約類型の共通項だからである。また、こうした契約類型は、給付の経済的な交換である市場現象の法的な衣となるものだからである。以下では、次のことを検討する。このような経済的視点が過去100年の間にこうした法領域でみられる発展の意義を明らかにすること、および、それには次のような特徴がみられること、である。

- 規定間の不整合さが徐々に拡大していること。
- 規定の秩序づけ機能（Ordnungsfunktion）の減少がみられること。
- 約款規制の領域ではこの秩序づけ機能の回復がみられること。

このような帰結を根拠づけるために、以下では、まず BGB の債務法各則の規定の構造を検討する（Ⅱ）。続いて、予防実務の領域での展開（Ⅲ）とドイツでの立法者の反応（Ⅳ）について概観した後、この領域で法典が有する現在の機能について要約し、上述の帰結を述べて終わることにしよう（Ⅵ）。

II. BGB の規定の構造

ドイツの学説での一般的な見解によれば、BGB 第 2 編第 7 章の構造が依拠するのは、経済生活からの要請であって、論理的な区別のための

指標ではないとされている。つまり、様々な契約類型を区分するための明確かつ統一的な基準はまさに存在しなかったというのである。一般的には、立法者は、実務できわめて頻繁にみられるであろう契約類型を定めたのであり、また、自己完結的かつ包括的な規律を置くのではなく、新たな契約類型を形成するための余地を残したと考えられている[5]。このような観点から、すでにヘック（Heck）は、類型による制度であるというのは的を射ていないのであって、立法者はむしろ類型を単に羅列したにすぎないと指摘していた[6]。

BGB は契約自由の原則に依拠しており、したがって新たな契約類型の発展に水を差すものではないことは明らかであるが、同時にまた民法典のこうした部分を体系化するための統一的な基準が設けられてないことも確認できる。これらの規定における区別の基礎は、一部は、契約の特徴的な給付、たとえば所有権の移転、物の占有または利用という目的にあり、また一部は、債務について無償または有償の原因（Rechtsgrund）にある。ちなみに、これらの区別は、他の国々の民法典にもみられるところである[7]。契約各則の法律上の規律についていえば、大陸法に由来する民法典の構造には、ローマ法の時代にすでに知られていた契約類型の有する伝統が広範囲にわたって反映されている[8]。

それにもかかわらず、ドイツの学説が、こうしたことを考慮せずに、BGB の規律が過去100年の間にみられた経済の現実と密接に関係しているとの結論をとるのであれば、そうした見方が支持を得ることはない。それとはまったく逆であって、立法者は、各種の契約関係に関する規定においては、経済の現実からできるだけ距離を置いていたように思われる。たとえば、売買契約における瑕疵担保給付義務については、新品であれ中古品であれ、動産であれ不動産であれ、売主がこの義務を等しく負うものとされている[9]。かなり以前から、この瑕疵担保給付義務は、もはや不動産市場の予防実務に適合しないものとされている[10]。また、中古品市場の存否は、買主が物の瑕疵に対する瑕疵担保給付を放棄するかどうかに依拠していることは、今日ではきわめてよく知られている[11]。割賦販売契約に関する特別な問題についても立法者はすでによく知っていたが、民法典の外に特別法を置くことでこの問題を解決した[12]。独占的な管理に基づく水やガス、電力の供給に関する特殊な売買法上の問題は、19世紀末の都市社会にも広く知れ渡っていたが、それでも BGB はこの問題をあっさり無視して、緊急時には公権力の介入にその解決を委ねたのである。つまり、BGB における売買契約の画一的な規律は、このような経済生活の多様な要請を考慮に入れていないのである。それどころか、このような規律は、社会の多様な問題状況についての法的な枠組みに関する政策的要望よりも、概念の純粋さ（Reinheit）への法律家の関心によって影響を受けているように思われるのである。

このことは、これ以外の領域にも同様にあてはまる。BGB の賃貸借契約についての当初の規定による区別は、基本的には賃貸借の目的物に従うものではない。たとえば、賃貸されているものが馬車か住居かによって区別されることはない[13]。不動産に関する市場が、馬車に関する市場とはまったく異なる経済法則に服するにもかかわらず、そうなのである。このことが意味するのは、同一の規定が、たとえば、契約の解約告知について適用されるにもかかわらず、これらの市場においては、契約当事者の利益についてまったく異なった評価がなされるということを意味する。さらに、労働契約の領域においてヴィルヘルム二世時代の立法者が社会経済的な洞察力を持たなかったことは特徴的である。BGB611 条以下の規定においては、当初の文言では、労働契約と、従属関係のない雇用契約（selbständige Dienste）にこれらを区別することなく適用できたし、また労働者が特にその生存がかかるほどに報酬に依存していることを反映する規定もほとんど存在しなかった[14]。労働契約と住居賃貸借契約は、社会的な視点から特に重要な法制度とされ、BGB の規律対象となっている。この規律は、概念的に明確であるが、実際には、BGB の制定時に、従属関係のない雇用契約や馬車の賃貸借契約を締結する国民層であるブルジョアジーの価値と利益を一般化するための手段であったのである。つまり、立法者は、ブ

ルジョアジーの社会的な現実や経済的な現実から生じた要求と利益を一般化したのであり、また、その一般化は、社会経済的に不平等な事態を平等に扱うことを命じる法概念を用いることで行われた。そして、1896年の立法者は、このような方法を通じて民法を悪用し、民法を当時の階級闘争において利用した。ナタリノ・イルティ（Natalino Irti）が、19世紀において普遍性が発見され、そこに特殊な価値判断が存在したことに言及したのは、まさにこのような一般化の政策的機能におそらくその理由を思い出したからであろう。

BGB の規律の概念的構造は、請負契約や委任の規定からも明らかになる。委任が無償契約として定義されたことからも[15]、立法者が経済的な側面に関心を払っていないことがすでに明確にみてとれるが、そうした関心が向けられなかった理由としては、BGB の制定時期に、代理商契約や取次委託契約、運送契約といった事務処理にとって最も重要な特殊の形式に関する規定が商法典にあったこともある。請負契約もまた、結果実現への義務という抽象的な法概念によって規律されているが、この概念には、建築または修理といった有形の成果や、催事の実行または鑑定の実施、物や人の輸送といった無形の成果も含まれる[16]。BGB631 条以下の請負契約の規律は、こうした異なる事実のすべてに満足をもたらす規定を含むものではない。これらの規定は、たとえば、輸送中に負傷した旅行者の権利に加えて、少なくとも BGB の請負契約の節に定められた個別問題よりもずっと重要な事項であって運送の領域で中核的な意味を持つところの、上記の問題について何も述べなかったのである。BGB における各種の契約関係の規律の全体的な評価をするにはこのような指摘をするだけで十分である。ゼッカー（Säcker）が、全 3 編のうちの第 1 編に関して行った次のような点に関する的確な評価がある。すなわち、彼の見解によれば、BGB の法体系は「社会生活に向けられて」おらず、「現実を、社会的事実に直接に対応しない抽象的一般概念と、血が通わない形式的カテゴリーによって捉えている」というのである[17]。

III. 予防実務

法律上の規律の抽象性は、事業者と市民に対して、その要求を彼らに付与されている手段によって満足させることを促した。つまり、彼らは、多様な事実関係に対して、より良く適合するルールを創り出すことで、実務の必要に契約を適合させたのである。このようにして、既に19世紀に現れていた実務が継続してきたのである[18]。それは、各事業者または経済上の利益団体による特定の取引類型のための標準契約の作成である。かくして、そうした利益状態や事実状態の多様性は、産業上の活動や商業上の活動の領域において、20世紀では特に約款の使用の際に、いっそう反映されている。こうした傾向は当然のことである。その傾向は、私的自治に基づく市場経済のモデルに対応するだけでなく、各種の取引類型に対する特別な規律の必要性については各々の経済主体の方がより良い情報を有しているという事情にも適合しているからである。こうした情報は、特定の内容または利益状況を規律するために不可欠であるが、一般的には、国の立法者は、新たな契約類型が生まれ、またまさに形成されたときにおいて、なおその情報を自由には利用できないのである[19]。

市場の力は、経済生活上の想像力や創造力を解放し、きわめて多くの新たな契約類型を創り出したのである。こうした契約は、すべての人々の日常生活に頻繁に影響を及ぼした。様々な保険類型や、振替口座、取立権限授与、振替、クレジットカードなどの銀行契約を考えれば足りるであろう。投資や振替混合寄託、またリース、ファクタリングのような信用供与に関する複雑な取引は言うまでもない。さらに、たとえばパック旅行契約のような旅行契約、休暇用の住居に関するタイムシェアリング契約、先に述べた水や電力、ガスの供給契約、保守管理契約（Wartungsverträge）、通信契約、教育契約、通信教育契約、助言契約、医療契約、フィットネスジム契約などもある[20]。

さらに、主に商取引に関わるものではあるが、多数の新しい契約類型が形成されてきた。たとえば、フランチャイズ、マーチャンダイジング、スワップ契約、様々な形態のジョイントベンチャー

などである。これらの契約の多くは、きわめて複雑であり、長期の、しばしば何年にも及ぶ契約期間が定められることに特徴がある。つまり、通例、事情の変化や条件の変更に対する対応を必要とする契約なのである。そのような長期契約または関係的契約は、重要な理論的問題を投げかけてはいるが、立法者に何らかの対処を求めるまでのものではない。一方では、それらの契約は、一般的には、個々の条項にまで及んでいる個別の契約交渉において扱われ、その結果となるものである。他方では、債務法は十分に柔軟であって、その解決を事情の変化に上述のように適合させることを許すからである[21]。

もっとも、このことは、先に述べた「市民間の」契約の多くに、すなわち産業分野や商業分野の他においても締結される契約には妥当しない。たしかに、新しい契約のほとんどの場合、しばしば、既に法典化された契約モデルを具体化・加工し、または法律上定められた異なった契約類型を組み合わせているだけなのである[22]。このようなことを別として、新たな契約は、以下で扱う領域では、新規かつ独自のものとみられている。それは、同時に、とりわけドイツ競争法の特殊性に理由を見出すことができる。競争制限禁止法は、契約条件の範囲において事業者間の協調を次の二つの形式で許容している。一つは、── 構成員に拘束力を有する ── 販売条件カルテルがある。これは、カルテル庁による禁止が可能であり、実務で広く普及しなかった[23]。もう一つは、販売条件の推奨である。この推奨は事業者にその条件の利用を義務づけるものではないが、これが業界団体から出された場合には、一定の契約類型について、統一的かつ全国に規律するための中立的な基盤を形成するものとなる[24]。今日では、200件以上のこのような販売条件推奨が監督官庁に登録されている。また、こうした推奨は、銀行、運送業者、さらには歯科医、自動車学校に至るあらゆる分野にみられる[25]。私的な法典化の有する統一的な効力は次のように要約できる。このように規律された契約は、利害関係者の意識において、多くの場合、独自の契約類型となるのである。

もっとも、この販売条件の推奨については、それがほとんど不可避の、一方的な性質を有していることを指摘できる[26]。そのような性質から、一般に、当該の利益状況を少ししか衡量できないのである。それゆえに、民法典の契約各則における法律上の規律の有する主な機能の一つとしても、こうした契約書式について司法または行政による内容規制を行うために利益の衡平な評価によって支えられる基準が用意されるべきであろう。しかしながら、必要な規制方法の法典化は、抽象的なレベル、すなわち一般的な概念レベルでは、必ずしも可能でなく、また役に立つものでもない。むしろ、法律上の基準は、残念なことに民法典にはこれが欠けているのだが、抽象度の低いレベルでの定着がなされなければならないだろう。

IV. 制定法の展開

予防実務の拡大や、新たな契約類型の漸次的形成は、すでに20世紀初頭にその端緒をみたが、これに対して、BGB の契約各則の規律は、第二次世界大戦後まで実質的にその内容や形式を保持し、過去数十年においてもさほど大きな変化をみせることもなかった。当時の連邦司法省大臣であるシュムーデ（Schmude）は、1980年代の社会自由主義政権末期に BGB の債務法改正を発表したときに、次のことを「非常な驚きである」と指摘した。「契約が締結される方式、契約の目的、製造方法や取引方法、大量労働契約の重要性、サービス業の増大、交通や機械、危険な材料を通じて安全を脅かされていること、新聞やラジオ放送、テレビ放送による侵害の可能性、これらはすべて……もはや BGB の起草者達が想定したのとは異なっている」にもかかわらず、総則と債務法がほぼ変わることなく維持されている、と[27]。

しかし、法典が何も変わっていないということから、立法者が誤っていたと結論づけてはならない。むしろ立法者は、特別法を公布することで先の要請に対応していた。割賦販売法は、すでに BGB が公布される以前に公布されたが[28]、同時に、商法典は BGB に対応させられていた。商法典は、様々な契約を定めており、それには、いわゆる片面的商行為として消費者も締結することが

できるものも定められている。たとえば、委託販売契約や運送取扱契約、倉庫業、貨物運送契約、そして鉄道や船舶による物や人の運送契約である。

その後、多数の特別法が施行されたが、そのうちのいくつか、たとえば、保険契約法のようなものは、もっぱら私法的な内容を有している[29]。もっとも、たとえば、航空法など、特別法の大半は一定の産業部門について公法の観点からも私法の観点からも規律するものである[30]。BGB の外に規定されている契約類型は、多様な目的を有しており、たとえば、通信教育[31]、住居あっせん[32]、投資持分（Investmentanteile）の売却[33]、仲介業者や施工業者による不動産の取得[34]、証券仲介業者や証券会社による取引[35]、そして証券の寄託[36]、出版契約[37]、休暇用の住居に関するタイムシェアリング契約[38]、消費者信用[39]、公共の旅客輸送における運送[40]、電気[41]やガス[42]、遠隔暖房[43]、水[44]の供給などがある。

1980年に、連邦司法省は、債務法に関する規定の現状調査を提示したが、これには、それに関連する内容をもつものとして200以上の法律、命令、国際条約が挙げられている[45]。シュヴァーク（Schwark）は、正当にも、これらの多様な規律を「債務法のかけら Schuldrechtssplitter」であると表現し、債務法の細分化状態を指摘した[46]。同様に、イルティ（Irti）がイタリア法について指摘した「脱法典化 Dekodifizierung」というキーワードは[47]、これらの契約各則の領域におけるドイツ法の状態を特徴づけることができる。

こうした特別法の数に比べて、BGB 第２編第７章の改正は、戦後数十年の間にごくまれにしか行われなかった。改正においては、主に次の三つの契約類型が問題とされていた。(1) 雇用契約の規律は、労働契約に関する特別規定によって補充され、明確化された。これらの特別規定は、とりわけ、二つの EC 指令の国内法化に寄与するものである。一つは、性別を理由とする差別の禁止に[48]、もう一つは、営業譲渡の場合における労働契約の継続に関係している[49]。さらに、労働契約における告知期間に関する特別な規定が設けられた（BGB622 条）。しかし、労働契約上の規定のほとんどがこれまで通り特別法に定められている。(2) BGB の賃貸借契約に関する規定には、住居賃貸借に関する新しい規定が挿入された。そこでは、異なる特別法の法典化が問題とされ、一方で、賃貸借契約類型の機能性が、他方で、契約の解約告知の場合における賃借人の保護が取り上げられた。これに対して、賃料増額手続は、BGB ではなく特別法に規定されている[50]。(3) 完全に新たに考案され、── 1979年の法律[51]によって ── BGB に新たに取り入れられた契約類型の唯一のものは、パック旅行契約である（BGB651a 条以下参照）。近年、EC 指令によって[52]、これらの規定の変更が必要とされたからである[53]。

V. BGB の規定の現代的意義

先述した契約の法律上の枠組みについて検討を加えることにしたい。第一に、BGB の規律について、形式的な不整合や内容的な不整合が増大していることを特に指摘することができる。規定間の形式上のつながりが弱まっている原因は、労働契約や賃貸借、旅行契約に関する新しい規定の冗長な様式にある。これは、本来の規律の抽象的かつ簡潔な規定様式からは明らかに浮いたものとなる。しかし、より重要であるのは内容的な不整合がみられることである。その原因は、次のことにある。法律上の明示の指示により、新たな規定は、ほとんどすべてが強行法規を有しているのに対して、債務法に関して BGB は、一般的にいえば、任意規定を一般的な概念に基づいて創り出していることである。この二つの立法モデルの対立は、用語法においても体系論においても同様にみることができる[54]。1900年当時の立法者は、すべての契約を、それがわずかの数の強行規定の一つに違反しない限り、尊重するのに対して、新たな規定は、それと異なる契約上の合意を一切認めず、あるいは約定によって規定と異なる規律を設ける当事者の自由を、明文で認められた一定数（*numerus clausus*）の取り決めに限定している[55]。あまり明確であるとはいえないが、同じような対立は、BGB の規定と、その大多数において同じく強行規定を含む特別法との間にも存在する。

第二に、BGB の秩序づけ機能の喪失が進行し

ていることが確認される。今日では、特別法は、秩序づけという務めを果たすことがしだいに増えており、われわれの生活の一定の局面を的確に形成することを目的とすることが多い。そうしたものは、一般に強行規定となるものであるが、それがない場合には、約款が社会関係を秩序づけるのであり、しばしば法律に取って代わっている。また、もはや法律でなく、約款が判例と学説との対立の中心にあるという点においても、約款が法律に取って代わっているのである[56]。約款の領域では、BGB は、理論や学説にとって若干の意義しか有しないことがほとんどであり、また、法実務や、市民生活分野の法的形成について常に一定の基本的な情報を提供することを目的とする法典化の理念から遊離しているのである。

もっとも、BGB は、1976年に約款規制法〔以下「AGBG」〕が公布されたときに、実務上の一定の意義を取り戻していた[57]。周知の通り、この法律は、約款の組入れや解釈に関する規定を置くだけでなく、約款内容の司法的規制をも規定している。この目的のために、立法者は、具体的な条項の利用を禁止する二種類のリストを作成し（AGBG10条および同11条）、また一般条項として「約款が約款使用者の相手方に対し、信義誠実の原則に反して不当に不利益を与える場合、約款中の条項は……無効である」とする規定を設けた（AGBG9条）[58]。法律は、相手方の不利益となるかどうかを判断するために次の二つの基準を挙げている。契約の性質と「条項の趣旨とは異なる法規定の本質的基本理念」である。そして、このような約款の内容規制に際して、法律は、裁判官に対し、任意規定において本質的基本理念がどのようなものであるかを確認することを命じる。この本質的基本理念は、各種の契約類型の理想的モデルであって、その基底となるものである。このような規律に基づいて、裁判例は、たとえば、仲立人の顧客にその契約の成立とは関係なくても仲立手数料を支払わせるとする仲立契約の条項を無効であるとした。ドイツ連邦通常裁判所によれば、手数料支払請求権が、主たる契約が実際に締結されたことに依拠することは、BGB652 条の任意規定の本質的基本理念であり、同条は、約款によって排除することができないものである、とされた[59]。裁判例が、このような類の数多くの事例を明らかにしてきたものの[60]、BGB の規定の抽象性によって、多くの場合、実用的な規制基準になる「本質的基本理念」の成果が得られないことは否定できないのである。

VI. 契約各則の規律と市場の失敗

この検討では、ここまで、偶然で進路の定まらない展開が相互に関連をもつことなく示されてきた。特別法は、どのような理由によるのか、またどこにあるのかも分からないままに雨後の竹の子のごとく、出現している。これらの特別法の構造は、相互に一致することはほとんどないし、また多くの場合、BGB とは相容れないものとなる。そして、この BGB は、法理論的には優位性がみられるものの、実務上の重要性では特別法の後塵を拝している。特別法が不規則な展開をみせることが、その唯一の持続性のあるルールであるとみられている。しかし、このような見方は的を射ていない。このような見方は、契約の領域において、法典化後の立法において一貫してみられる特殊性、すなわちそれらの規定が強行法規性を有することをほとんど考慮していないからである。BGB の改正や特別立法の分野で立法者が介入する場合は、ほとんど常に強行法規が前面に出てきたのである。こうした強行法規による秩序づけという任務を説明することができる唯一の理由は、一定の産業分野または契約の一定の側面に関しての契約自由と市場関係が、適切かつ衡平な解決を常に保障するものではないことによるのである。

この文脈において、経済学者は市場の失敗または競争の失敗を語るのである。市場の失敗は構造的なものであって、特定の市場にはその性質上内在していることはよく知られている。この場合、市場の失敗は、様々な原因によって生じうる。自然的独占、過当競争、経済活動による外部的影響、またしたがって契約締結による外部的影響、当事者間の情報の不平等、機会主義的行動の危険などである。ここではこれらについて詳細に論じることはしないでおこう。いずれにせよ、このような

市場の特殊性は、新自由主義の理論によっても、国家による規制的介入を正当化するのである。国家は、この場合、価格が市場関係者に対して、市場の失敗において歪められ誤解を惹起することになる指標、すなわち、一定の行動による実際の社会的価値を必ずしも正確に反映するものではない指標を伝えることを防ぐために介入できるのである[61]。市場の失敗の理論は、各種の契約の領域において立法者による介入の大半を、場合によっては、そのすべてについて正当化できるのである。このことは、たとえば、ガスや水の供給の領域での管理ネットワークにあてはまる。ガスや水は、自然的独占の性質を有し、同時に、顧客の契約の自由を根本的に奪うものであることから、強行規定が必要となる。多くの領域において、たとえば、保険やパック旅行では、情報の不平等は次のような状況をもたらしている。消費者は、契約締結時に、契約の一定の責任負担部分をまったく考慮しないのに、相手方となる給付提供者は、類似の何千もの事案を考慮して、場合によっては発生する可能性のある特殊な事例に対しても自己に有利な規定を事前に作成する十分なインセンティブを有しているのである。こうした理由から、それに関係する法律は、通常、最終消費者の保護の下限を、つまり、消費者にとって有利となるように変更できるとの旨を定めるのである。この場合、一般に問題とされているのは、契約の付随的な要素であって、主たる義務、つまり価格や主たる給付ではないのである。価格や主たる給付は、その確定が市場の力に委ねられているからである。このようにみることで、立法者が、競争市場にも足を踏み入れて、各種の契約の側面を強行法規によって規制したことが説明されるのである。

市場の失敗という考え方は、こうしたものとは異なる問題、すなわち体系化することの難しさという問題を明らかにすることもできる。たびたび指摘されてきたように、立法者がこの100年の間に行ってきた介入は、常に、独自の体系的な広がりを有していた。その適用範囲は、いつも決まって、BGB の基本概念によって決められていたものとは異なっていた。たとえば、立法者の介入は、雇用契約一般ではなく労働契約に、賃貸借契約一般ではなく住居を含む場所の使用賃貸借に、売買契約一般ではなく割賦販売に、仲立契約一般ではなく住居を含む場所のあっせんなどにみられた。立法者の措置がこうした限定をしている原因は、経済上の要請、すなわち市場の失敗にある。これは、常に特殊な各々の市場に関わるものであって、抽象的な法概念とは関係がない。したがって、BGB の法律上の概念と、立法者がこの100年の間に意図してきた秩序づけとの対立は、避けることのできない争いであったのである。

最後に、打開策というよりは妥協的な解決策となる、ささやかな提案をもって本稿を閉じることにしたい。BGB は、次のような場合においてのみ、教育的機能や体系的機能、そして秩序づけの機能を果たすことができるのである。すなわち、BGB が、たとえば売買契約、賃貸借契約、雇用契約、委任などのように、ローマ法の時代から用いられてきた抽象的なカテゴリーが、体系的にそれよりも下位の段階において、より制限的な適用範囲を有するものであって、かつ各々の市場の特殊性に直接的に関係づけられた規定によって補完される場合である[62]。そうした法典化の方法は、われわれが今日見いだす二つのモデルを混合したものよりも優先されるべきものであり、また強行法規性を有する特別法の大部分を BGB に組み込むことを許容するものとなろう。

付記

本論文を翻訳するに至った経緯を説明しておきたい。2012年３月に、日本の民法改正作業のための基礎的な比較法調査の一環で、ドイツ契約法の現代化のプロセスをテーマとした現地調査を行った。その訪問先の一つとして、中田は寺川永准教授（関西大学）とともにマックス・プランク研究所のユルゲン・バーゼドー教授の研究室（Prof. Dr. Jürgen Basedow）を訪れ、バーゼドー教授と、法典化問題、とくに典型契約の将来像、また消費者法など特別法の民法典への組み込み問題について意見を交換した。その際、我々の質問内容に関係するものとして、バーゼドー教授からドイツ民法典の契約各則の現代的な機能に関する論文（Jürgen Basedow, Die besonderen Vertragsverhältnisse zwischen juristischer Begrifflichkeit und Marktversagen, in: I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana -atti del Convegno di Ferrara 26-28 settembre 1996, Cedam, 2002, S. 1005-1021. なお、同

論文は1996年のイタリアでの講演原稿用に作成されたものが基礎になっている。したがって、2002年のドイツ民法の現代化それ自体（たとえば、約款規制法の民法への統合など）は本稿では考慮されていないことに注意されたい。）を頂戴した。一読して、同論文が現在民法典の改正作業を行っているわが国の議論状況にとってきわめて示唆的なものとなると思い、上記の調査に同行された寺川氏と相談し、本論文を訳出することにした。なお、原著者であるユルゲン・バーゼドー教授の略歴については、川角由和、中田邦博、潮見佳男、松岡久和編『ヨーロッパ私法の展開と課題』日本評論社 2008年 43頁以下を参照していただければ幸いである。また、同書にはバーゼドー教授のいくつかの論攷が収録されているので、あわせてご参照されたい。

今回の翻訳作業では、Ⅰ及びⅡを中田が、Ⅲ～Ⅵを寺川氏が担当した。もっとも、翻訳原稿については共同して検討を行い、共通の理解を得ながら作業を進行させた。なお、本訳出作業は、龍谷大学社会科学研究所指定研究・ヨーロッパ私法の展望と日本民法典の現代化（代表＝川角由和教授）の研究作業の一部であることを記しておく。　（中田邦博）

注

1）1370条ないし1386条、すなわち「合意なしに成立する約務」に関する第３編第４章および各種の契約関係に関する第３編第６章ないし同第16章を参照。

2）各種の契約関係については第４編第３章（1470条ないし1986条）を、契約外債務関係については第４編第６章ないし同第９章を参照。

3）第７編および第7a編、第８編（運送）では、各種の契約関係に関する規定がみられる。他方、第6編第3章および同第４章（6：162条ないし6：212条）では、不法行為およびその他の契約外債務関係について規定されている。

4）Medicus, *Schuldrecht* II – *Besonderer Teil*, 7.Aufl., 1995, § 71 II.

5）Fikentscher, *Schuldrecht*, 8. Aufl., 1992, Rdnr. 646; Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts* II – *Besonderer Teil*, 1. *Halbband*, 13. Aufl., 1986, § 38, S. 1 ff.; Klaus Müller, *Schuldrecht, Besonderer Teil*, 1990, Rdnr. 2; Emmerich, *BGB Schuldrecht, Besonderer Teil*, 8. Aufl., 1996, Rdnr. 2 ff.

6）Heck, *Grundriß des Schuldrechts*, 2. Neudruck der Aufl. Tübingen, 1929, 1974, § 80, 2 S. 244.

7）Zonderland, *Indeling, uitelegging en regeling van overeenkomsten*, 1976, S. 86.

8）Medicus（前掲・注４）, § 71 IV. ローマ法における契約類型の体系について Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, 32, 508.

9）BGB459 条以下。消滅時効期間については区別されている（BGB477 条）。

10）Von Hoffmann, *Das Recht des Grundstückskaufs*, 1982, S. 241.

11）特に中古車販売業が念頭に置かれている。瑕疵担保給付を認めないことを望むのであれば、そのような要求は約款規制法（AGBG）11条10号で認められている。Basedow in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* 1, 3. Aufl., 1993, § 11 Nr. 10 AGBG Rdnr. 131.を参照。

12）Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte v. 16.5. 1894, RGBl. 1894, S. 450.

13）BGB535 条以下。土地の使用賃貸借に関する若干の規定は、一般的な形で、住居賃貸借（Wohnungsmiete）にも適用できる特別の規律を設けている（BGB559 条、同560条、同565条、同566条、同571 条を参照）が、住居を含む場所の賃貸借（Wohnraummiete）に関する特別規定は２か条しかない。一つは、住居の利用によって健康を害するおそれがある場合における賃借人の解約告知権の規定（BGB544 条）であり、もう一つは、軍人や公務員、聖職者、教員が配置転換される場合に解約告知権を認める規定（BGB570 条）である。

14）BGB616 条から同618条までの当初の規定だけが、最小限の被用者保護を定めていた。これは、Otto von Gierke によって「社会主義的な油のしずく」と呼ばれた。Dütz, *Arbeitsrecht*, 2. Aufl., 1994, Rdnr. 9. を参照。Dütz は、BGB の起草者が労働契約を規定しなかったことは不可解であると批判している。

15）BGB662 条および── 有償事務処理について ── 無償委任に関する規定の準用を指示する BGB675 条を参照。

16）Esser / Weyers, *Schuldrecht* II: *Besonderer Teil*, 7. Aufl., 1991, § 31 および § 27, 1; Fikentscher （前掲・注５）, Rdnr. 887. を参照。

17）Säcker in *Münchener Kommentar BGB*（前掲・注11）, Einleitung Rdnr. 19.

18）Pohlhausen, *Zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen im 19. Jahrhundert*, 1978. を参照。

19）詳細な検討については Basedow, *Il controllo delle condizioni generali di contratto nella Repubblica federale tedesca: Contratto e impresa*, 1985, 435 ff.

20）Kramer, *Funktion, rechtliche Problematik und Zukunftsperspecktiven der Innominatverträge, Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising*, hrsg. von Kramer, 2. Aufl., 1992,. S. 23 f. を参照。より詳細な点については、Martinek, *Moderne Vertragstypen*, Bd. I-III, 1991-1993. を参照。

21）Martinek（前掲・注20）, Bd. III, S. 365 ff., 380 ff. での学説の新たな傾向に対する評価とそこに掲げる文献を参照。

22）Medicus（前掲・注４）, § 71 IV 2.

23）競争制限禁止法２条（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.7.1957, BGBl. I,

1081, neu bekanntgemacht 20.2.1990, BGBl. I, 235）。1998年の第6次改正競争制限禁止法（BR-Drks. 418/98 von 8.5.1998）2条2項を参照。

24）競争制限禁止法38条2条2項（前掲・注23）。実務において販売条件カルテルや販売条件推奨が拡大していることについては、Immenga in Immenga / Mestmäcker（Hrsg.）, *GWB-Kommentar*, 2. Aufl., 1992, § 2 Rdnr. 12-13. を参照。

25）Harry Schmidt in Ulmer / Brandner / Hensen / Schmidt, *AGB-Gesetz*, 7. Aufl., 1993, Anh. § 9-11, Rdnr. 1000. を参照。

26）すべての利害関係者のグループによる交渉を経て作成された約款は、ごくわずかしか存在しない。もっとも、たとえば運送取扱業者や船積業者によって提案された運送取扱約款（ADSp = Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen）を参照。最終消費者グループが関与する下で、そうした集団的合意が成立することはないように思われる。第6次改正競争制限禁止法（前掲・注23）22条3項2号を参照。

27）Schmude, *Schuldrechtsüberarbeitung - eine Herausforderung an der Gesetzgeber*, NJW, 1982, 2017（2018）.

28）脚注12を参照。

29）Gesetz vom 30.5.1908, Reichsgesetzblatt（RGBl.）1908, S. 263.

30）Gesetz vom 1.8.1922, RGBl. I, S. 681.

31）Gesetz vom 24.8.1976, Bundesgesetzblatt（BGBl.）1976 I, S. 2525.

32）Gesetz vom 4.11.1971, BGBl. 1971 I, S. 1745.

33）Gesetz vom 1957, Neufassung vom 14.1.1970, BGBl. I, S. 127.

34）Verordnung vom 11.6.1975, BGBl. 1975 I, S. 1351.

35）Gesetz vom 26.7.1994, BGBl. 1994 I, S. 1749.

36）Gesetz vom 4.2.1937, RGBl. 1937 I, S. 171.

37）Gesetz vom 16.9.1901, RGBl. 1901, S. 217.

38）Gesetz vom 20.12.1996, BGBl. 1996 I, S. 2154.

39）Gesetz vom 17.12.1990, BGBl. 1990 I, S. 2840.

40）Verordnung vom 27.2.1970, BGBl. 1970 I, S. 230.

41）Verordnung vom 21.6.1979, BGBl. 1979 I, S. 676.

42）Verordnung vom 21.6.1979, BGBl. 1979 I, S. 684.

43）Verordnung vom 20.6.1980, BGBl. 1980 I, S. 742.

44）Verordnung vom 20.6.1980, BGBl. 1980 I, S. 750.

45）Schwark, *Grundsätzliche Fragen einer Überarbeitung des Schuldrechts des BGB*, JZ, 1980, 741, 742.を参照。

46）Schwark, a.a.O.

47）Irti, *Leggi speciali (Dal Mono-Sistema al poli-sistema)*, Riv. Dir. Civ., 25, 1979, 141 ff.

48）男女均等待遇指令（76/207/EWG）に関するBGB611a条以下。

49）営業譲渡指令（77/187/EWG）に関するBGB613a条。

50）Gesetz vom 30.12.1974, BGBl. 1974 I, S. 3603.

51）Gesetz vom 4.5.1979, BGBl. 1979 I, S. 509.

52）パック旅行指令（Richtlinie 90/314/EWG）。

53）Gesetz vom 24.6.1994, BGBl. 1994 I, S. 1322.

54）v. Teichmann, *Die Struktur der Leistungsstörungen im Reisevertrag*, JZ, 1979, 737.

55）このような規範類型について、BGB622条4項および同5項ならびにBGB651h条を参照。

56）約款は、学術的研究調査や詳細な注釈書の対象となることが多い。建設工事請負規程（VOB = Verdinungsordnung für Bauleistungen）については、Nicklisch / Weick, *VOB Kommentar*, 2. Aufl., 1991.また、ドイツ普通運送約款（前掲・注26）については、Helm, *Speditionsrecht*, 2. Aufl., 1986, S. 179 ff.（同書の半分以上が、ドイツ普通運送約款の解説に頁が割かれている）のみを参照。

57）Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9.12.1976, BGBl. I, S. 3317.

58）Basedow（前掲・注19）, S. 455 f.を参照。

59）BGH 28.1.1987 NJW, 1987, 1634, 1635 unter III, 1.

60）Kötz in *Münchener Kommentar/BGB* I（前掲・注11）, § 9 AGBG Rdnr. 14a. に詳細な紹介がある。

61）代表的なものとして *Deregulierungskommission*, Marktöffnung und Wettbewerb, 1991, Tz. 9-13. を参照。

62）同じことを意味するものとして、Zonderland（前掲・注7）, S. 86, 220.