

ローン提携取引の実際と民法上の諸問題： 西ドイツにおける消費者保護の一側面

安達, 三季生[訳] / GILLES, Peter / ギルレス, ペーター /
ADACHI, Mikio [ed.]

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

法学志林 / Review of law and political sciences

(巻 / Volume)

73

(号 / Number)

1

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

28

(発行年 / Year)

1975-12

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00010808>

ローン提携取引の実際と民法上の諸問題

——西ドイツにおける消費者保護の一側面——

ペーター・ギルレス

安達 三季生 訳

一 西ドイツにおける消費者保護の問題

市場経済組織をもっているすべての工業国においてそうであるように、西ドイツにおいてもまた、消費者保護問題は、民法理論上および法律政策上の極めて現実的な、かつ社会的に顕著な問題の一つに数えられる。

今日の消費者問題の中心になっている問題領域として、過大広告の禁止、販売者の側の過大な力の規制、消費者の組織化、消費者への情報提供、製造者責任、普通契約約款および定型契約書による契約に対する効果的な規制などがあるが、かかる消費者問題の領域において顕著な現象は、非常に多くの、立法計画、特別法の制定および法規の改正である。このほか、右の問題領域およびその他の問題領域で、多様な改革の提案や改革の準備があり、また非常に沢山の文献や判決がある。⁽¹⁾ これら、広い範囲に散在している特別法、個々の法規、また多様な学問的・政治的・立法的・および司法的な見解や計画や論文を、一つの幾らかでも完結的な、いわば消費者保護法の体系にまとめるとい

ローン提携取引の実際と民法上の諸問題（ペーター・ギルレス）

ことは、まだ実現に程遠い。

しかし、おそらく次のごとき判断については、広く見解の一致が見られるといつてよいであろう。すなわち、売主の経済的集中とその市場支配力、企業の一方的な情報の支配、広告および心理的な消費の強制を通しての顧客の操縦、見せかけの品質競争や価格形成、予め作成された取引条件や定型的契約書の条項その他が、今日次のごとき多くの問題——すなわち同等な力をもった当事者によって成り立っている初期自由主義的な社会および市場にあわせて作られた現行のドイツ民法によつては、もはや充分には処理しえない問題——をもたらしめているという判断についてである。たしかに、私的自治による契約形成の理想にのっとり、また自律的な自由な市場経済の力の作用を予想して作られている財産法は、今日の商品生産と財貨流通および役務交換の状況に直面して、いろいろな点で不充分であり、効果的で包括的な消費者保護をもちやほとんど為しえないのである。

またわれわれは、次のごとき消費者保護の目標の点でも一致している。すなわち、消費者の市場における地位を強め、そして経済的および知的に優位にある売主によつて消費者が瞞着されることを阻止し、またその補償を消費者に与える、という理想である。しかしながら、そのような保護の範囲や、保護を実現すべき手段や方法については、まだ意見の一致は見られない。

しかしこのことは、次の事情を考えるなら、決して不思議ではない。すなわち、個々のケースを超えた、もしくは特定の部分的な問題領域を超えた、保護政策上の全体的な理念や全体的な方策は、直ちに我々の私法の基盤に触れ、また社会学理論および経済理論上の根本的な命題にも触れるという事情を、である。ルドヴィッヒ・ライザー教授が指摘したような、民法の全面的な改訂と新たな再構成は、まだ実現には程遠い。同じように、労働法や貸借借法にも

比すべき独立した消費者法——それは、今日の市場や経済の実態に適合し、且つわが憲法の諸原則にその根柢をもつべきであるが——という独立した範疇の形成も、また実現に程遠いのである。⁽³⁾

現代における立法上・判例上および法律学上の論議や業績は、その代りに、無数の個々の問題および特定の範囲の問題群についての、互に調和することの不十分な断片的な処理に集中しており、消費者政策上の全体的な理念や、あるいは新しい民法の構成原理を認識させるといふことは、なされていないのである。立法の欠けている問題について、売主と消費者との間の力の落差を考慮に入れ、消費者保護の基準をケースごとにうち立てて、これを実現すること(もしくは事情によっては、それをしないこと)は、従来もそうであったように今後とも依然として、もっぱら判例の果すべき責任である。

右に述べた消費者保護の諸問題の中で、特別に典型的で鋭い問題領域は、今もなお激しく争われている、ローン提携割賦取引における顧客保護の問題である。以下これについて、より詳しく論及しよう。

二 西ドイツにおけるローン提携販売および同サービスク供与取引の意味と範囲およびその取引慣行

ローン提携割賦取引、すなわち与信者として第三者を関与せしめることによつてなされる、商品販売やサービスク供与取引の清算は、西ドイツにおいても、他の、高度に開発され、経済生長性をもち、大量販売と大量的なサービスク供与の行なわれているすべての国々⁽⁴⁾におけると同様に、一つの顕著な役割を果している。その際、とくにローン提携販売は近時資金不足が増々多くなる傾向にあることから、消費と販売を促進する極めて重要な手段となつた。金融機関、

ローン提携取引の実際と民法上の諸問題（ベーター・ギルレス）

四

とりわけ、元来この種の取引の清算のために設定された割賦支払銀行（Teilzahlungsbanken・割賦金融会社という訳語が用いられることもある——訳者——それは屢々継続的な取引銀行（Hausbank）として、夫々の販業企業と密接に連結しているが——によって、今日、あらゆる種類の高価な財貨、——例えば家具、自動車、住宅、店舗の施設、生産設備の全体など——の売買が融資を得ている。

ローン提携割賦取引は、融資費用のかなりな高騰のため、および顧客の心理状態の変化のため、またとりわけ顧客の法律上の地位が不安定なため、現在のところわずかながら減少してきているが、しかしそれは、その巨大な経済的社会的ならびに法律的な意義をほとんど失っていない。かくして一九七一年から七二年にかけて、西ドイツでは、依然として六一五の支店をもった一七七もの上述のごとき割賦融資を専門とする金融機関があった。その融資残高は一九七三年末で約一四四億マルクに達し、それは全国の総融資残高の二・五パーセントを占めている。もし割賦融資の平均額が約二千マルクと仮定するなら、我々の法的ならびに経済的生活におけるこの種の取引の重要性の程度が明らかとなる⁽⁵⁾。

金融機関が割賦取引に関与する際の形式とその契約内容は種々様々であるが、そのうちここでは、通常行われている、いわゆる「B取引」の消費貸借方式による契約内容と清算についてのみ取りあげることしよう。それは大略次の通りである。⁽⁶⁾

まず金融機関（銀行）と販売業者（売主）との間には、基本契約（Rahmenvertrag）が締結される。その中で銀行は、販売業者に対し、銀行が顧客（買主）に一定の額の融資を行うことを約束する。またその契約の中で、銀行は買主の側の将来起るかも知れない割賦金の不払にそなえて、買主に供給されるべき商品の所有者を担保のために取得するか、

融資額の一部を特別勘定に保留させるとか、あるいは販売業者の側に保証の意思表示や重疊的債務引受をなさしめ、それによって銀行に対する買主の支払債務を担保せしめる。

次に販売業者（売主）と顧客（買主）との間の売買契約の締結に際して、売主は、銀行から売主に予め交付されている融資申込用紙を用いて、買主と銀行との間の消費貸借契約を仲介する。その消費貸借契約に基き、買主は銀行に対して借入金を分割して返済すべき義務を負う。他方、借入金自体は売買代金債務の支払のために直接に売主に支払われる。なお、顧客に呈示される消費貸借契約の申込用紙および普通取引約款には、今日、次の条項が常に含まれている。すなわち、売買契約と融資契約との厳格な法律上の独立性を多かれ少なかれ明白に指摘し、そして顧客は売主との間の契約関係に何等かの故障が生じた場合でも、それを顧慮することなく、銀行に対して借入金の完全な返済義務を負うべきことを強調する条項である。

しかし、ここで説明した融資の方法は、ずっと以前から、単に割賦払いの売買だけでなく、割賦払いの私的サービスの供与という広い領域にも利用されている。右に素描した契約内容と取引慣行によって、今日、種々様々な種類のサービス供与取引について、広い範囲にわたり融資がなされている。例えば、費用のかかる通信教育、休暇旅行、職人の仕事、事務器機操作の講習、さらには瘦身美容術や結婚媒介がそうであり、この種のローン提携取引は、今後一層広い範囲にわたって行われるであろうことが期待されている。

とりわけそれは、今日、私的な通信教育の分野で、すなわち、現在一三〇の通信教育者組織があつて三五〇の種々な教育課程が実施されており、約二五万人の受講生がそれを利用しているのだが、さような通信教育の分野で重要な役割を演じている。同様なことは、西ドイツにおいて近時急激な増加を見せている営利目的の結婚媒介業にも、かな

ローン提携取引の実際と民法上の諸問題（ペーター・ギルレス）

六

り前から当てはまる。それは現在約一七〇の組織とその多数の支部があり、それぞれ何千人もの会員を擁している。そして今日、約二億七千万マルクの年間売上高を有し、馬鹿に出来ない一個の経済部門にまで発展した。⁽⁷⁾この分野でローン提携が行われるということは、次の点にその特別な理由がある。すなわち、現行の——その当否は疑問であるけれども——ドイツ法（民法典六五六条）によると、結婚媒介人の報酬請求権は、それとしては裁判上請求しえないという点にある。したがって結婚媒介組織は、顧客から通常屢々数千マルクにも達する媒介謝礼と手数料を前払いさせ、あるいは割賦銀行に加わって貰って、その融資を得させる、という方法が行なわれる。

三 ローン提携取引における顧客保護の中心問題

このローン提携取引は、社会学的に経済学的にあるいは純粹に事実として見ると、機能的にも構造的にも、一つの単一体⁽⁸⁾として、すなわち、利益と危険の特殊な配置をその中に含んだ一個の独立した経済的機構として現われるのであるが、ここには幾多の様々な法律问题が生じる。その中心に位する問題はこうである。すなわち、顧客と売主（もしくはサービス供給業者）との間の契約関係あるいは給付関係が何等の理由で故障を生じた場合でも、顧客は割賦銀行に対する支払債務を全額について履行しなければならないか、の問題である。

より具体的にいえば、もし売買もしくはサービス供与契約が始めから無効であったり、取消もしくは告知や解除によつて解消したとき、あるいは売主ないしサービス供与者が給付を全く為さないとか、遅れてなしたとか、不完全に行なつたとき、以上のような場合に顧客は、あらかじめ売買代金支払のために直接に売主に（もしくはサービス供与の

対価として直接にサービス供与者に) 交付した借入金について、全額にわたり融資機関に返済しなくてはならないか、という問題である。もし仮りに顧客が一人の契約相手と関係を結んでいたならば、つまり割賦払契約を販売業者と締結していたならば、彼は、さような契約もしくは給付に欠陥のあった場合には、終局的に割賦払いを中止し、またはすでに支払った額を取り返し、あるいは一時的に支払を停止することによって、相手方の正常な給付を事実上強制することが出来たはずである。かような可能性は、今や単に第三者が融資者として加わったという理由で、また加うるに、予め作成されていた契約条項と普通取引約款のおかげで、顧客からこれが奪われることになるのか、という問題である。

この問題は法律上簡単には答えられない問題である。その困難さはまず次の事情から由来する。すなわちわが国の契約法——それは取引条件や取引形成の自由な折衝をめざしており、従って広い範囲にわたり任意規定の性質を有するのであるが——は、今日の、売主によって一方的にきめられる取引形成や契約内容——そこでは顧客はこれを受け入れるか否かの可能性しか与えられない——と適合することがむづかしいという事情である。

しかしとりわけその解答の困難さは次の理由にもとづく。すなわち、わが国の債権法および契約法は、通常、一人の債権者と一人の債務者との間の双互的な、かつ孤立した法律関係を念頭において作られており、ローン提携販売のごとき三角関係や多数当事者との相互的な取引については、なんら適当な解決のための見本となるべき規定を用意していないからである。

以上の諸点の中に、なぜ伝統的な法解釈の方法や法規の類推や法規の補完をもってしては、上述の問題を処理しえないのか、また伝統的な民法解釈学の道具が上述の問題の処理に役立たないか、の根拠がある。

ローン提携取引の実際と民法上の諸問題（ペーター・ギルレス）

八

かようにしてローン提携販売および提携サービス供与取引における顧客保護の問題についての法状況は、——またとくに立法者がこの問題について多年の間沈黙しているの——不安定であり、法学者の見解は互に争われ、また判例も明確な線を打ち出しておらず、統一的でなく、動揺している。以下、判例と学説について、基本的な特徴のみを説明しよう。

四 判例による解決の試み

ローン提携販売についての判例は、すでに五十年代以来、次のごとき見解をしりぞけて来た。この見解というのは、すぐれて法実証主義的な方法で、法典において売買と消費貸借とが夫々別々に取扱われていることに言及しつつ、両契約を厳格に分離して考察し、したがって売買契約の契約上もしくは給付上の何等かの欠陥が、消費貸借契約にとつて全然意味をもたないとする見解である。

連邦最高裁判所 (BGH) の判例⁽⁹⁾は、たしかにずっと以前から、両契約の法律上の独立性を強調してきた。しかし同時に両契約の経済的の一体性、あるいは内部的関連性を強調してきた。そして買主に対し、一定の条件のもとに、ますます多くのことを認めてきた。すなわち、瑕疵ある商品の給付を理由とする担保責任を、またその他売主に対して對抗しうる抗弁権を、銀行に対しても援用しうることを認めてきた（いわゆる「抗弁の對抗」Einwendungseingriff）。

しかし、法典から直接導くことのできない、顧客に有利な、この法政策的な価値判断が、論証によって基礎づけられることは稀であり、真の判断基準は主観的な正義の感情の暗闇の中にすっかり留まっている場合が多いのである。

すなわち、ローン提携販売においては、前述のような経済的に一体的な取引過程の事実があることを単に述べるほかには、大抵はその判断の根拠として、単に漠然とした「公平の原則による衡量」(Billigkeitswägungen)を援用するか「信義則」(Treu und Glauben, 民法典二四二条)を簡潔に援用するか、「一般的な法の基本原則」(allgemeine Rechtsgrundsätze)を援用することがなされ、あるいは判断基準の方式として、次の命題、すなわち買主は両契約が単に法律上分離されることによって、もしそうでなければ置かれたであろう地位に比べて、より悪い地位あるいは無権利の地位に立たされてはならぬ、という命題が用いられる。

いわゆる「抗弁対抗」についての上述の解決の方途と並んで、判例はすでに前からもう一つの方途——それは売買と消費貸借の法律的独立性の觀念に対して、より肯定的な方途なのだが——をとってきた。

經驗的事実として、取引の經驗の少い、そして法律に通じていない顧客は、屢々、前述の取引の際に、単に一人の当事者と關係をもつと信じ、そして大抵は売買と消費貸借を法律上単一の取引と考え、したがって売主からの給付が欠け、またはそれに瑕疵があるときは、支払をなす必要のないことは自明のことだと考える、という事実がある。判例はこの事実から出発し、顧客が、いわば「誤った觀念」に陥ることのないようにするために、銀行が顧客に対して契約内容を明示すべき義務 (Aufklärungspflicht・開示義務という訳語が用いられることもある——訳者)を課した。融資機関はしたがって、信義則(独民法典二四二条)により次の義務を負うべきものとされた。すなわち定型契約書による契約条項と普通取引約款のうち、両契約が法律上分離されており、その結果顧客が危険を負担し、その他の不利を受けることを明確で見そこなうことのないような方法で知らせる、という義務を、である。もし銀行が彼に負わされたこの明示義務を責に帰すべき事由により適正に履行しなかったとき——そして従来の判例は、大抵かかる義務不履行を

認定しているのだが——顧客はその効果として、銀行の契約締結上の過失を理由として自ら直接に銀行に対し、借入金⁽¹⁾を返済すべき債務の免脱を求めうる損害賠償請求権を取得することになる（独民法典二四九条）。

判例は以上の二つの、互に非常に異った考えに基く解決の方途を、それに続く時期的段階において、次のようにして、非常に不明確な方法で混合させた。すなわち判例は、顧客の蒙るべき危険について顧客に適正な方法で明示することをもって、抗弁対抗の前提条件とした。その際、適正に明示された顧客には、すべての抗弁について対抗を拒もうとする趣旨なのかどうかは、今もなお未解決のままに残されている。

しかしともかく次のことは明確であった。すなわち判例は銀行の負う契約条項についての明示義務の要請を絶えず高めていき、したがって個々のケースにおいてなされた銀行の契約内容の明示は、不十分なものとみなされ、その結果、理論上は単に例外と考えられた抗弁対抗が、実際にはむしろ原則とされた。

さらに判例は、この発展の過程において、個々のケースの中から次第に一般的類型的な抗弁対抗の要件を抽象してきた。そこで七〇年代のはじめの段階で、ローン提携割賦販売の領域において、遂に、たとえ慣習法上のでないにしても、一つの制度的（institutional）な解決が示されるに至ったかのように見えてきた。つまり、至る所で承認された、顧客の有する一般的な抗弁対抗権という意味での制度的な解決が示されてきたように見えた。

しかしながら一九七三年のはじめ、連邦最高裁判所は、二つの判決で従来のような、顧客に友好的な態度をとりやめ、そして抗弁対抗を強く制限し、その条件を厳格にすることによって、全く予期されなかったような徹底的な法政策上の転回を行なった。そして純然たる衡平に基く裁判を、また個々のケースの具体的妥当性を目ざす裁判を、よしとすることをはっきり表明したのである。

第一の事件では、連邦最高裁判所⁽¹²⁾は、買主が銀行の借入金返済請求権に対抗して、代金支払請求権に適用される二年の短期消滅時効を援用することを、次の事情があるにも拘らず拒絶した。すなわち、借入金返済は、その経済的機能からは、代金の賦払いと同じ意味をもち、したがって代金請求権の短期時効という觀念は、ここでも役に立つはずであるに拘らず。

第二の事件では、連邦最高裁判所⁽¹³⁾は、次の事情——すなわち瑕疵ある商品を引渡した売主がその修補義務を履行しなかったという事情——にも拘らず、顧客が銀行の借入金返済請求権に対し、売主の瑕疵担保責任をもって対抗しえない、とした。その根拠とされたのはこうである。すなわち売買契約の法律上の独立性にかんがみて、買主に、売買目的物の瑕疵がある場合には、売主に事実上給付する能力がある限りは売主にかかっていくべきである。したがって売主が例えば破産とか、財産喪失、逃亡あるいは行方不明によって担保責任を（ここでは修補義務を）果しえないことが確定しない限り、買主は銀行に対する返済義務を免れえない、という。しかも、買主は、他に適当な方法がなければ、まず売主を相手とする訴訟によって、売主の担保責任を実現することを試みなければならない、という。しかしながら右のように言うことは次のことを意味するのである。すなわち買主は事情によっては、まず何年もの間売主に対し訴訟を継続しなくてはならない。そしてそのあとになってはじめて——しかも銀行へ割賦金額を全額支払ったあとになって——売主が事実上担保責任を果しえないことを知る、ということも起りうるということ。

ローン提携サービス供与取引の領域では、とくに連邦最高裁判所の指導的な判決はこれまで出されていないし、その他の上級裁判所の判決も稀であるから、判例ははるかに不確定的である。

ここでは、まず典型的な事例として一九七一年のアウグスブルク地方裁判所 (AG) の判決に言及しよう。⁽¹⁴⁾

ローン提携取引の実際と民法上の諸問題 (ベーター・ギルレス)

ローン提携取引の実際と民法上の諸問題（ベーター・ギルレス）

一一一

この事件では、ある女性の顧客が、おもに外国人によって経営されている企業“Scherry Lyon”と契約したが、その会社は国内および国外の諸々の大都市で、瘦身美容術(Schlankheitsprogramme)を実施しており、一定の方法でなされる高価なサウナ治療や体操の指導に対する報酬につき、割賦銀行を通して前払を得ていた。この企業はドイツ国内で一定期間営業を行い、そして銀行を通しての前払いによってかなりの金額を手に入れた後、その経営者は数百万マルクの金額を持って外国に逃亡し、行方をくらましてしまった。その後すぐに行なわれた破産手続は、破産財団の欠缺のために中止しなければならなかった。当時大きなセンセーションをまき起こしたこの事件において、裁判所はローン提携販売の判例に依拠しつつ、顧客はサービス供与契約の不履行の抗弁を割賦銀行に対しても対抗しうることを承認したのである。

最近これとまったく同様な判決をシュトゥットガルト・上級地方裁判所⁽¹⁵⁾(OIG)は、通信教育企業の破産——これも非常に世間を騒がせた事件だったが——に関して行なった。この判決では、ある市電運転手とその息子である銅細工の見習職人が、ある国際的な通信教育機関と——申込者の約九〇パーセントが合格する能力テストを受けて合格した後——工業デザインとイラストおよびモデル画の通信教育について契約を行なった。そしてその報酬の金額は割賦銀行を通して前払いされた。間もなくその企業は財政的困難のためあらゆる活動を中止した。破産の申立は資力の欠缺のため拒けられた。この判決において裁判所は、ローン提携割賦販売における判例を援用することによって、二人の通信教育生徒は、銀行からの借入金返済請求権に対し、履行さるべきサービスの供与が不可能であることを理由に、権利行使は許されないと抗弁をもって対抗しうることを承認したのであった。

これに反し、ローン提携の結婚媒介契約について近時非常に沢山あらわれている判決では、見解が大いに争われて

いる。これらの判決の背景となっている事実は通常こうである。すなわち結婚媒介機関は、しばしば何千マルクもする手数料の支払とひきかえに、顧客に対して一定の時間的間隔において、適当な結婚候補者を紹介し、配偶者の選択に助力するという義務を負っている。ところが結婚媒介機関は銀行を通して手数料にあたる金額を受け取ったにも拘らず、顧客に対し何等結婚相手の候補者を紹介しないか、もしくは全然不適當な相手を紹介したのである。

これらのケースにおいて裁判所の判断は、いくつかに分かれている。

第一に、裁判所は結婚媒介機関の不履行又は不完全履行にも拘らず、顧客は銀行に借入金額の支払義務を負うことを肯定しつつ、結婚媒介契約と融資契約は厳格に法律上分離されているとの見解を固執した。⁽¹⁶⁾

第二に、裁判所は、両契約の経済的一体性を顧慮しつつ、結婚媒介人の報酬は請求しえないことを特に規定している民法六五六条を消費貸借契約に類推適用することを認めた。その結果、顧客は一般的に、何時でも、いかなる理由からでも（したがって結婚媒介人がその給付を完全に適当に行なった場合でも）銀行に対抗して、その支払請求権は訴求しえないことをもって対抗しうる、とした。⁽¹⁷⁾

第三の、そして結果から見て説得力のより大きな方途を最近シュレスヴィツヒ上級地方裁判所⁽¹⁸⁾は採用した。すなわち、ローン提携販売についての判例を参照しつつ、一旦給付した報酬の返還請求権の発生という効果を伴うところの、結婚媒介契約の告知の抗弁を消費貸借契約に対しても——したがって銀行に対しても——認めたのである。

これに反し、ハンブルグ上級地方裁判所⁽¹⁹⁾は、最近再び顧客に対して、両契約の法的独立性を理由にして、顧客は単に結婚媒介人に対してのみかかっていけるものとしている。

以上述べた判例の概観をまとめると、われわれは残念ながら次のことを確認せざるをえない。すなわち、裁判所は

三十年以上の努力をしたに拘らず、なお依然として、ローン提携取引の問題について、統一的で納得のいく解決に到達することに成功していないということを、である。判例は依然として、関係者に対し、その行動を指示する力ないし価値を有しておらず、顧客、銀行および企業は、不安定な地位におかれている。訴訟のリスクを計算し、判決を予測することは不可能であり、偶然が結果を支配することになる。かような状態は、この分野での法律紛争が大衆に關係し、また今後さらに紛争が増大するであろうことを考えると、ほとんど弁解の余地がないといわなければならない。

五 学説による解決の試み

かような悲しむべき状態が生じるについては、学説にも一端の責任がないとはいえない。学説は何十年前も前から無数の論文において——それは大抵はローン提携割賦販売に集中しているが——問題の解明に努力してきた。そして学説の目ざした目標、すなわち能う限り包括的に、また効果的に、顧客の保護を図ろうとする目標に関するかぎりで広い範囲での一致が見られた。しかしながらその努力は方法論的に見て、あまりにも屢々誤った方向でなされてきた。すなわち学説は、立法による解決が欠けていることにかんがみて、その主要な関心と主要な研究を、右に述べた目標を論証によって弁護することに向ける代りに——換言すれば、顧客をローン提携取引の危険から保護することが果たして必要かどうか、またどの程度まで必要か、それは何故なのか、という最も基本的な価値判断の問題を法政策的に解明することに向ける代りに——ごく最近に至るまで学説は、論者が先入見をもって予め作った結論を精密な解釈論的操作によって、既存の法体系に組み入れることに専念してきた。その際、論者のとる実質的な判断基準は——その

中には理性的なものも非理性的なものもあるが、いずれにしても——十分に明確に呈示されるということとはなかったのである。

かようにして裁判所は今日、いわゆる抗弁の對抗を根拠づけるための、もしくは他の解決の方途を根拠づけるための、すでに尨大な量の、しかも互に批判し合っている解釈学説にとりまかれていく。これら解釈学説には、屢々自然な構成、法律家的あげあしとり、解釈上の過度な技巧および曖昧な類推操作が見られ、そのためにそれは真に問題の究明や実際の裁判の實踐に役立つよりも、むしろ判例を不安定ならしめているといつてよい。

かようにしてわれわれは、次のような裁判所の判決に現在でもぶつかることになる。つまり、学説の行っている、あれこれの法解釈学的な解決の提案が論理的な首尾一貫性を保っていないという、ただそれだけの理由から、学説の提案をしりぞけ、価値判断の問題には全然触れることなしに、顧客に対して法的保護を拒絶するという判決に、である。

さらに学説は、鋭い方法論的自覚をもっているはずであるにかかわらず——多くの判例と異なることなく——依然として次のように考え、もしくは自称している。すなわちローン提携取引における顧客保護問題の解決が、演繹的な論理的操作によって法典から、もしくは何等かの一般的法原則から、もしくははあれこれの伝統的な、あるいは新たに発見された法概念に遡ることによって導き出されるのだと。だから次のことが公然と自白されることはないのである。すなわちまず法律外で、あるいは少くとも法解釈学の外で、発見された、もしくは発見されるべき解決の結論が、法解釈学の道具を用いて表現され、既存の法体系への組み入れが試みられ、そして実際の問題の処理に役立つように (operational) されるのだ(という)ことが⁽²¹⁾。

ローン提携取引の実際と民法上の諸問題 (ペーター・ギルレス)

六 ローン提携取引における顧客保護問題の方法論と法政策的な価値判断

したがってここでまず、解釈論的に法体系との論理的整合性を論証するよりも前に議論すべきこと、および価値判断基準を公然とすることによって決定すべきことは、次のごとき、法解釈学的な問題に非ざる社会経済的もしくは法政策的な問題である。すなわち、取引の関与者の夫々の行動範囲はどうか、市場における夫々の地位はどうか、夫々の利害と危険はどうか、という問題であり、あるいは次のごとき具体的な価値判断上の問題である。すなわち誰が如何なる範囲で、また何故に、ローン提携取引に際して販売業者の側の契約上の事故および給付上の事故から生じる危険を負担すべきか。顧客かそれとも銀行か、の問題である。

この価値判断は、ローン提携取引の社会的経済的与件からのみ引き出さう。したがってこの問題はまさに「民法における解釈学的思考の限界」(Grenzen dogmatischen Denkens im Zivilrecht)⁽²²⁾ という問題にとつての、さらには、今日大いに議論されているところの、社会科学の法律学への統合という問題にとつての、一つの典型的な事例となる。⁽²³⁾

さて、この価値判断の問題に關していうと、もし顧客が高価な消費財を、もしくは費用のかかるサービス供与を何とかして——その支払を直ちにはなしえないけれども——手に入れようと欲している場合なら、彼はこの利益のためににはすべての危険を負担することを我慢しなければならぬ、といえそうである。しかしだからといって、この場合に単に道徳的な理由からして、顧客は売主もしくはサービス供与業者から、彼の支払った金銭に見合う反対給付を、全くもしくは不十分にしか得られないとか、適当な時期に得られないという危険を、顧客に負わせてよい、というこ

とはできない。というのは、このような考え方は、当事者がおかれている真実の利害状況というものを完全に見落としているからである。なぜならローン提携取引は決して顧客の利益にのみ奉仕しているのではなく、他の取引関係者の希望や必要にも奉仕しているからである。

たしかにそれは一方では、直ちに支払う能力のない、もしくは現金で支払いたくない顧客を助けて、彼の需要の早期の満足を可能ならしめる。というのは、顧客は自己の資金を直ちに投下することなしに、もしくは予め貯蓄期間を経ることなしに、商品を直ちに手に入れて利用し、あるいはサービスを請求しうるからである。

しかしながら、他面においてローン提携割賦取引により、何よりもまず、販売業者またはサービス供与業者は次のごとき地位、すなわち、大量生産商品あるいはサービス供与をより早く、より容易に人々にもたらすことができ、そして手に入れた金銭を直ちに営業資金として投入し、それによって販売を促進し、事業を拡張しうる地位、に立つことが可能となる。その際われわれは、今日一般に企業に資金的余裕がなく、多くの企業は——みずから甚しい資金難に陥ることなしには——自分自身の信用で商品を供給したり、サービスの供与をなしえない、ということから出発しなければならぬ。したがってローン提携割賦取引は、決して単に消費者信用ないし顧客信用の性格を有するのみでなく、同じ程度で販売信用の性格をも有しているのである。経済的な必要性という点から見ると、借入金額を直接に銀行から受領し、これを投資に回すことのできる販売業者は、——顧客がそうであると同様に——みずからも融資を得ている者である。加うるに販売業者は、かかる取引によりもう一つの利益を得る。つまり金融機関が介入してくれることによって、さもなければ自己の企業内部に設けなければならなかったはずの、割賦支払の処理のための機関を、設けずすませることができるのである。

そして銀行もまた、さような取引から大きな利益を得ている。銀行は利子所得を収め、また屢々過大な手数料その他の副次的な料金を手に入れる。これら金額を合計すると、年利に換算して三〇パーセントから四〇パーセントもの額に相当することは稀でない。さらに銀行は、販売業者やサービス供与業者を、融資申込についての大規模な媒介機関として用いることにより、融資を勧誘するための費用（広告費とか支店設置の費用など）を節約することになる。さらに銀行は、通常の融資の場合と比べて、より少い危険のもとに融資することになる。というのは銀行は、顧客が万一支払不能になるときは、前に述べた方法と手段でもって夫々の企業をして代って支払わせることができるからである。銀行と企業には、したがって上述のごときローン提携取引という形式をとることによって、——顧客よりも一層大きな、とはいえないにしても——少なくとも顧客よりも劣らない利害関係を有するのである。

しかしながら、他面においてわれわれは、顧客保護あるいは消費者保護を無雑作に自己目的とし、そして消費者を政治的先入見をもってとらえ、資本主義的な大企業とその仲間たる銀行によって常に搾取されている貧乏人であり、弱者であり、愚者であり、騙されやすい人達だと称することは正当でなく、さようなことを理由として單純に顧客を経済的な損失の危険から免れさせることはできない。それとは逆に顧客を、常に情報の充分に与えられた消費者として、また経済人 (*homo oeconomicus*) として——つまり彼が危険な取引に干与するときには自ら何をなしているかを知っていないければならぬ人として——とらえることは、同様に正当でない。

このような単純化や一般化は、今日のローン提携取引の顧客の層が多様であり、相互に異質なものがそこに含まれていることを考慮に入れていない。

しかし、ケースごとに非常に異っている個々の顧客の個人的特性——例えば資力とか、取引の経験とか、法律の知

識とか、意思伝達の能力とか、心理的な意思決定の自由とか、具体的に危険を予測する能力とかは、一般的な価値判断の基準としては全然不適當である。さような個人的特性を考慮に入れた処理の仕方は、あれこれの場合に衡平になつた個々の裁判を可能ならしめるかも知れない。しかし法的安全性のためにさし迫つて必要な、制度的な解決を可能ならしめるであらう。

しかしながら、個々の顧客に互に異つた個性があるからといって、社会的な一つのグループを形成する「消費者」の特性を排除し、顧客の側の特殊な社会的役割から来る共通的性格——まさにローン提携取引における消費者問題の価値判断に結びついている共通的性格——を抜き出さないと考えるのも正当でない。⁽²⁵⁾ 社会科学的研究が証明する⁽²⁶⁾ ように、企業と銀行は意思伝達の手段や情報収集の手段や取引形成の手段を支配し、予め作成され、法律的に巧妙に作られた定型的契約書の条項によつて、一方的に取引の形式や内容や支払方法を決定し、具体的な取引条件とその危険に関して充分に知悉しているのであるから、さような意味で、顧客は企業と銀行に対して、原則としてより弱い立場にあり、経済的にも知的にも劣つた立場にある。そのために顧客は多かれ少なかれ受働的な地位に追いやられ、その決定権は契約内容には及ばず、単に契約を締結するか否かの決定だけに限定されることになる。

顧客がおかれている、かかる弱い取引上の地位は、ローン提携取引の場合、金融機関の介入によつて更に決定的に悪化することになる。というのは、顧客は今や二つの契約の相手とかかわりを持つのであるが、その相手達は、利潤獲得のために共同決定をすることにより、また、計画的な協力をするることによつて、顧客に対する関係で、組織的にも機能的にも一個の組合關係、つまり一個の分業的な機能共同体を形作るからである。これに対抗する手段としての、顧客に対する契約内容の明示も、以上の事柄を変えるものではありえない。

上述のごとき、顧客が定型的契約書による契約を通しておしつけられる、二重の契約相手とか、二つの契約の結合とか、取引清算の技術というものは、もし顧客が単に一人の相手方と割賦取引契約を結んでいたならば蒙らなかつたであろう危険に、顧客を曝すことになる。つまり顧客は、売買契約やサービス供与契約の無効や取消の場合、あるいは相手方の不履行や不完全履行や履行遅滞の場合、もし販売業者が自ら信用を与えていたのなら、その販売業者に対して彼の借入金金の返済を終局的に中止したり、既に支払った賦払金額を取り返したり、あるいは一時的に支払を停止することによって、相手側に圧力をかけることができたはずであるのに、ここでは顧客は銀行に対してさような手段をとりえず、銀行からの借入金金の金額について、返済請求に曝されることになる。この場合顧客が、もし大凡であれ、取引上対等な地位にあるのであれば、そのような取引条件を受け入れることはないであろう。のみならず、そもそも顧客は実際問題として通常、自己に不利な前述の条項——彼が何等の反対給付をも（もしくは不完全な反対給付しか）手に入れることができなくても、銀行に対して全額の返済をしなくてはならぬという条項——の理解を全く欠いているのである。

さような危険の分配は、企業および銀行が組織的にもまた機能的にも優越していることを考慮すると、正当ではない。むしろ当事者の利害関係を正当に考慮した危険分配の要請は、したがってまた契約における正義の要請は、顧客が次のごとき権利と可能性をもって——すなわち、契約ないし給付に事故のあった場合に、もし販売業者もしくはサービス給与業者が自ら信用を与えたのであれば、顧客が彼等に対して取得したであろうと同じ権利と可能性をもって——銀行に対抗しうることを要求するといわなければならない。⁽²⁷⁾ それゆえに契約書の条項の通りに、危険を一方的に顧客に転嫁しようとする試みは、契約自由の原則の限界を超えることになる。⁽²⁸⁾

もつとも、たとえ顧客が銀行への割賦支払いを終局的にもしくは一時的に停止してよいとか、もしくは既に支払った賦払金の返還請求をなしうるということを認めた場合でも、銀行はそれによって予期せざる方法で不利益を負わされるということにはならない。というのは、第一に銀行は、顧客の支払不能の場合には、前に述べた保証の手段によつて、彼の仲間すなわち売主に請求することができる。もちろんこの請求が、売主自身の支払不能のために事実上行使しえなくなれば、銀行はその限りで損害を蒙る。銀行はしかし、この危険を次の方法で小さくすることができる。すなわち銀行は顧客と異なり、彼の仲間たる販売業者の資力状態や営業状態を審査し、その営業が適正になされるよう影響を及ぼすことができる。また必要とあれば、疑惑を抱かせるような仲間つまり販売業者と手を切ることも可能である。最後に銀行は、販売業者の支払不能という危険が何時か実際に現実のものとなりうるといふ限りで、その損失を融資の料金の計算という方法でもつて、再び顧客に転嫁することになる。そしてさような方法での危険の社会化(Sozialisierung)と云ふことは、割賦取引に対する一般的な顧客の利害から考えると、損失の危険に偶然遭遇する個々の顧客にその危険を負担させるのと比べて、より多く適切であると思われるのである。⁽²⁹⁾

七 法解釈学上の根拠——明示義務違反を理由とする免脱請求か、もしくは一般的な抗弁対抗か。

われわれがここで弁護されたごとき、顧客に有利な価値判断を、よしとするならば、最後に次の問題が生じる。すなわち、この消費者政策上の、そしてローン提携取引の社会的経済的状况から導き出された決断を、いかにして法解釈学的に基礎づけるか。換言すれば、いかにして法律学的な道具を用いて、既存の法体系の中に組み込み、これとの

論理的整合性を論証するか、という問題が、である。

ここでさしあたってまず、次のことを明らかにしておくことが必要である。すなわち、とくに判例⁽³⁰⁾によって採用された一つの方途——つまり提携銀行に対し、信義則の見地からして、取引から生ずべき危険を顧客に明示すべき嚴重な義務を負わせるという方途——は、せいぜい単に一つの附加的な法解釈学上の助けを与えるにすぎない。顧客保護のための独自の手段としては、決して充分とはいえない。その理由は次のとおりである。

第一に、この解決、すなわち銀行が責に帰すべき事由によってこの義務に違反した場合には、契約締結上の過失を理由として、顧客に対し消費貸借上の返済義務からの免脱を認める、という解決は、構造的な欠陥の疑いを懐かせる。というのは、顧客にとって危険の多い契約が締結されたということは、その前提条件として、顧客に対する契約内容の明示が不充分だったということを示すからである。そしてこのことは結果的に次のことを意味する。すなわち銀行は、それによって顧客が契約締結をすっかり思い止まるような、顧客に強い印象を与える方法で、取引上の危険について彼に警告しなければならぬことになる、ということの意味するのである。⁽³¹⁾

第二に、われわれはさような定型的契約書の呈示を通してなされる顧客への明示がもつ事実上の効能について、幻想をもってはならない。どんなに明示義務を強めたところで、顧客が定型的契約書の条項をそもそも読むかどうか疑問である。もし読んだ場合でも理解したかどうか疑問である。もし理解しえたとしても、広い範囲にわたって法的な責任を負うべき結果を、誤らずに予測することができるかどうか疑問である。

第三には、この解決の方策の背後には前期自由主義的な次のような観念がひそんでいる。すなわち、単に情報獲得の点で同等ならば、消費者は真に企業と対等な独立した地位を獲得し、そして顧客に銀行によって契約内容を適切に

明示されるおかげで、市場において平等な地位にある者として、自由に交渉しうるようになる、という観念が、である。しかしながら、十分な明示を受けた顧客でも、今日では、契約締結を放棄せずしては、契約によって決められる危険分配を彼の有利なように変更する可能性を、もはや有しないのである。⁽³²⁾

最後に第四に、顧客が取引の危険について十分な情報を得ても、それが直ちに本来の問題を解決することにはならない。というのは、顧客が二つの契約の間の、契約書の記載の上ではそうなっている法律上の独立性について、適切に説明されたおかげで、その結果として生じるはずの不利益を知っていた、という事情は、必らずしも彼がこの不利益を負担しなくてはならないということ⁽³⁴⁾を意味しないのである。⁽³³⁾この問題の処理は、顧客の主観的な観念もしくは主観的な誤った観念によって決せられるのでなく、客観的な、ローン提携取引についての夫々の当事者の利益と危険とが、どう配置されているかという、客観的な事情によって決せられるのである。

そしてもしわれわれが、顧客に対して契約上の正義を根拠として、彼が契約上および給付上の事故の場合に、販売業者に対して取得しうるのと同じ権利および可能性を、銀行に対抗する関係においても取得させようと欲するならば、顧客には、彼が銀行によって知らされねばならぬはずの危険は発生しないことになるのである。⁽³⁵⁾

以上述べたところからして、もしわれわれが、ローン提携取引から生じる危険から顧客を包括的にかつ効果的に保護することを欲するならば、一般取引条件および定型的契約書に記載された条項によっては何等拘束を受けることのない、一般的抗弁対抗という方途のみが残されていることになる。

さて、このいわゆる抗弁対抗の根拠づけに関して、さらに次のことを予め確定しておかなければならない。すなわちわが国の法律には、抗弁対抗が、それに依拠しうるような適当な規定というものはまったく無く、大凡それに近い

ローン提携取引の実際と民法上の諸問題（ベーター・ギルレス）

二四

規定といえども用意されていない。したがって学説⁽³⁶⁾によって試みられているあらゆる意欲的な、また大胆な、解釈技術や理論構成の技術、また無理矢理な類推だとかその他の次のような試み、つまり抗弁対抗を根拠づけようとして、元来これとはまったく異った他の法律関係にあわせて作られている法規範や法概念を用いていこうとする試みは、いろいろな疑問ないし疑念にぶつかることになる。

とりわけ、消費者保護という本来的に価値判断の問題に関して、またその法政策的な根拠に関して、まだ判例上の見解の一致が得られていない現状が存する限り、右に述べたような法解釈学的な根拠づけの試み、すなわち既存の法体系への組み込みの試みは、単に一層の不安定性を招来するにすぎないものであり、むしろ放棄したほうがよい。というのは、さような試みは、議論に首尾一貫性をもたせ、そして一致した見解の形成を促すよりも、むしろ逆にこれを阻害するからである。その代りに、われわれは事実的なもの（*das Faktische*）の規範的な効力を承認し、そして法の新たな形成を積極的に意識しつつ、ローン提携取引において当事者の利害関係が現実はどう組み立てられているか、ということをもっぱら根拠としながら、顧客の側の抗弁対抗の権利を承認すべきだと思うのである⁽³⁷⁾。そのためにもし必要とあれば、われわれは判例と同じように、民法典二四二条すなわち信義則の一般条項を援用してよいであろう。もっとも、同条に関していえば、いうまでもなく、われわれが予め価値判断によって同条にとり込んだと同じだけのものを、同条からひき出すに過ぎないのであるけれども。

立法者がここで扱われている問題を自らひきうけ、そして法的安全性のために明確性を与えるということはまだ為していない間は、右に述べた⁽³⁸⁾とき問題の扱い方は、ローン提携取引という今日でもまた将来でも重要な領域において、最終的には一つの制度的（*institutional*）な解決にまで——英米法⁽³⁸⁾がすでに前からそこに到達しているような制度的な

解決にまで——問題を推し進めていくための、唯一の、有効性を約束された方途だと思われるのである。(完)

Anmerkungen

- (1) Zum Ganzen: E. v. Hippel, Verbraucherschutz, 1974; Rebe, "Verbraucherschutz" in Kritik 5, Recht im sozialen Rechtsstaat, 1973, S. 69 f.; Reich, ZRP 1974, 187 ff.; Reich/Tonner, DB 1974, 1146 ff und 1212 ff.,
- (2) L. Kaiser, Die Zukunft des Privatrechts, 1971.
- (3) Rebe, aaO, S. 69 ff. f.; Reich, ZRP 1974, 187 ff.
- (4) Zur internationalen, insbesondere anglo-amerikanischen Rechtslage vgl. Marschall von Bieberstein, Das Abzahlungsgeschäft und seine Finanzierung, 1959; E. König, Konsumentenkredit. Neuordnung in den USA und deutsche Reformprobleme, 1971; Th. Kaiser, Rabels 33 (1969), 457 ff.; W. Reiss, Die Rechtsstellung des Kreditgebers gegenüber dem Abzahlungskäufer bei der Finanzierung von Abzahlungs geschäften, 1970.
- (5) Dazu die Nachweise bei Gilles, JZ 1975, 305 ff.
- (6) Hierzu eingehend: Esser, Festschrift für Kern, 1968, S. 87 ff.; Larenz, Festschrift für Michaels, 1972, S. 193 ff.
- (7) Näheres bei Gilles, JZ 1972, 377 ff.
- (8) Zu dieser (wirtschaftlichen) Einheitsbetrachtung vgl. insbesondere BGHZ 3, 257 ff.; BGHZ 37, 94 ff.; BGHZ 47, 233 ff.; BGH JZ 1972, 51 f.; BGH NJW 1973, 452 f.; OLG Schleswig NJW 1974, 648 ff. und die inter Fußnote 20 zitierten Lehrmeinungen.
- (9) Vgl. insbesondere BGHZ 22, 90 ff.; 37, 94 ff.; 233 ff.; BGH JZ 1972, 51 f..
- (10) Vgl. vor allem BGHZ 33, 293 ff.; BGHZ 33, 302 ff.; BGHZ 47, 207 ff.; BGHZ 47, 217 ff..
- (11) Vgl. BGHZ 47, 233 ff.; BGH NJW 1971, 2303 ff.; BGH JZ 1972, 51 f..
- (12) BGH NJW 1973, 611 ff..
- (13) BGH NJW 1973, 452 ff..
- (14) LG Augsburg NJW 1972, 637 ff..

- (5) OLG Stuttgart, Urt. v. 7. 6. 1973 (Az.: : 10 0 33/73); vgl. auch LG Augsburg NJW 1973, 1704 ff.
- (9) Vgl. etwa AG Dortmund NJW 1970, 201; LG Kempten JR 1972, 247; LG Konstanz NJW 1972, 1992; LG Bonn NJW 1974, 1566; LG Darmstadt MDR 1974, 932; OLG Hamburg, Beschl. v. 6. 4. 1973 (Az.: : 5 W 12/73).
- (11) AG Böttingen MDR 1970, 589; LG Bremen NJW 1971, 101; LG Fulda NJW 1971, 2229; LG Schweinfurt NJW 1971, 2176; AG Spandau JZ 1972, 403; LG München I NJW 1972, 2129; LG München I NJW 1973, 1285; LG Düsseldorf NJW 1974, 1562.
- (21) OLG Schleswig NJW 1974, 648 ff.
- (21) OLG Hamburg, Beschl. v. 6. 4. 1973 (Az.: : 5 W 12/73).
- (22) Als Lösungsvorschläge werden insbesondere angeboten: Analogie zu § 404 BGB (Marschall v. Bieberstein, aaO, S. 133 ff.); Anwendung der Lehre vom Zweckortfall und der Zweckerföhlung mit komplizierten bereicherungsrechtlichen Folgen (Esser, Festschrift für Kern, S. 87 ff.); Heranziehung der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage (vgl. die Nachweise bei Strätz JR 1972, 95 ff.); Analogie zu § 273 BGB (Larenz, Festschrift für Michaels, S. 193 ff.); Heranziehung der §§ 705 ff. BGB (Emmerich Jus 1971, 273 ff.); Theorie vom multilateralen normativen Verbund (Gernhuber, Festschrift für Larenz, S. 455 ff.); Lehre vom dreiseitigen Vertragsgebilde sui generis (Vollkommer, Festschrift für Larenz, S. 703 ff.).
- (23) Zu diesem rechtstheoretisch-methodischen Problem im allgemeinen: Esser AcP 172 (1972), 97 ff. (103 ff., 113). und im besonderen: Th. Raiser, Rabelsz 33 (1969), 457 ff. (473).
- (23) Hierzu im allgemeinen: Esser AcP 172 (1972), 97 ff. sowie Sinitis AcP 172 (1972), 131 ff. und im besonderen: Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 110 Fußnote 10 sowie Sinitis AcP 172 (1972), 131 ff. (134 ff.).
- (23) Dazu Reich/Tonner, DB 1974, 1146 ff. (1149 f.); auch Gilles, JZ 1975, 305 ff. (310 f.).
- (23) Fbenso Th. Raiser, Rabelsz 33 (1969), 457 ff. (469); Esser, Festschrift für Kern, S. 87 ff. (89); Larenz, Festschrift

- für Michaelis, S. 193 ff. (201).
- (59) Vgl. hierzu L. Raiser, Die Zukunft des Privatrechts, 1971, S. 29 f.; Reich/Tonner, DB 1974, 1146; einschränkend Rebe, aao S. 70.
- (60) Vgl. hierzu allgemein; Scherhorn, Soziologie des Konsums, in: Handbuch der empirischen Sozialforschung, Bd. II, 1969, S. 834 ff.; derselbe, Der müdige Verbraucher, 1973; derselbe, Probleme der Verbraucherpolitik, MS 1973, S. 83 f.; Hunziker, Erziehung zum Überfluß, 1972, S. 26 ff., 48 ff.; Meyer-Dolm, Sozialökonomische Aspekte der Konsumfreiheit, 1965, 192 ff.; Luckenbach, Zur Konsum- und wohnfahrtsrechtserischen Relevanz der Kundensouveränität, Wirtschaftswissenschaftliches Studium, 1973, S. 399; Dörge/Schmidt, Konsumfreiheit in der Marktwirtschaft, in: Ortlieb/Dörge, Wirtschaftsordnung und Strukturpolitik. Modellanalysen II, 1963, 223.
- (61) Im Ergebnis ebenso die ganz herrschende Lehre. Vgl. hierzu die Nachweise unter Fußnote 20.
- (62) Ebenso insbesondere Strätz JR 1972, 95 ff.; König JZ 1972, 56 ff.; Emmerich Jus 1971, 273 ff.; Vollkommer, Festschrift für Larenz S. 703 ff.; Reich/Tonner DB 1974, 1146 ff.
- (63) Wie hier besonders auch Th. Raiser Rabelsz 33 (1969), 457 ff. (470); König, JZ 1972, 54 ff.; derselbe, Konsum-entekredit, aao, S. 57.
- (64) Vgl. hierzu die Nachweise unter Fußnoten 10 und 11.
- (65) Löwe NJW 1971, 2303 ff.; Gernhuber, Festschrift für Larenz, S. 455 ff. (461).
- (66) Vgl. dazu Weick, JZ 1974, 13 ff. und die Nachweise unter Fußnote 26.
- (67) Vgl. Gilles, JZ 1975, 305 ff. (308 Fußnote 37).
- (68) So aber letzten Endes BGH JZ 1972, 51 ff. (53); auch schon BGHZ 33, 302 ff. (313).
- (69) Ähnlich auch Gernhuber, Festschrift für Larenz, S. 455 ff. (478).
- (70) Vgl. die Nachweise unter Fußnote 20.
- (71) So Th. Raiser, Rabelsz 33 (1969), 457 ff. (473); Gilles, JZ 1975, 305 f. (312).
- (72) Dazu insbesondere König, Konsumentenkredit aao, 1971, S. 9 ff.; Reiss, aao, 1970, S. 17 ff. und die weiteren Nachweise.

ローン提携取引の実際と民法上の諸問題（ペーター・ギルレス）

二八

chweise unter Fußnote 1.

〔訳者あとがき〕 本稿は西ドイツ・ハノーバー大学教授ペーター・ギルレス博士 Prof. Dr. Peter Gilles が、法学志林のために寄稿された論文 *Rechtstatsachen und aktuelle Zivilrechtsprobleme finanzieller Umsatz- und Dienstleistungsgeschäfte—Zu einem Teilaspekt des Verbraucherschutzes in der Bundesrepublik Deutschland—* の全訳である。

筆者ギルレス教授は、本年九月法政大学の招聘教授として来日され、約一ヶ月間東京に滞在された。その間、九月二十六日に法政大学において「西ドイツにおけるローン提携取引の諸問題」と題する講演をされたが、その内容は本論文の趣旨を要約したものであった。講演のあと質疑応答があり、さらに右の問題についての日独両法の比較をめぐって活発な討論がなされた。

ギルレス教授は一九三八年、フランクフルト市の生まれで、フランクフルト大学の助手、講師を経て一九七二年に同大学の教授に就任、本年四月から、ハノーバー大学の教授として、民事訴訟法と民法を担当されている。主要な論文としては博士論文 (Dissertation) の “Der Umfang von Aufhebung und Neuverhandlung im zivilprozessualen Wieder-*aufnahmeverfahren*” Frankfurt am Main, 1965, 110 S. および教授資格論文 (Habilitationsschrift) の “Rechtsmittel im *Zivilprozess*, Athenäus Verlag, Frankfurt” am Main, 1972, 297 S. があり、その他、民事訴訟法および民法の領域での多数の論文がある。現在準備されている論文のテーマは “Materielles Privatrecht und Verfahrensrecht. Kategoriale *Grenzverschiebung und aktuelle Entwicklungstendenzen*” および “Recht und Vertragspraxis des privaten Fernunterrichts” だとのことである。なお、訳出にあたり、原文の意味の不明なところは、直接、来日中のギルレス教授に会って質問し、遺漏なきを期したつもりである。