The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	＜翻訳＞当選通知の責任 ： ドイツ民法六六一a条の国内法上と国際法上の諸側面
Author(s)	デルナー, ハインリッヒ; 平田, 健治
Citation	阪大法学. 2004, 53(5), p. 199-222
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55104
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

当選通知の責任

――ドイツ民法六六一 a条の国内法上と国際法上の諸側面(1)――

ハインリッヒ・デルナー
平田健治／訳

目次

Ⅰ 詐欺的当選約束
Ⅱ ドイツ民法六六一 a条施行前の法状態
1 競争法上の背景
2 民法上の背景
Ⅲ 六六一 a条の新規律（要件と効果）
1 法政策的基礎
2 当選約束の法的性格
3 事業者と消費者
4 通知の送付
5 表示受領者の視点からの当選約束
6 当選約束の履行

（阪大法学）53（5-199）1273〔2004.1〕

Ⅳ　ドイツ国際私法における当選約束の責任
1　外国からの当選約束
2　当選約束の法的性質決定―学説の立場
3　私の解決提案
Ⅴ　約束された賞の給付を求める訴えの国際管轄
1　法的基礎
2　ヨーロッパ司法裁判所判決ガブリエル事件
3　ヨーロッパ規則による法状態
Ⅵ　まとめ
訳者のあとがき

Ⅰ　詐欺的当選約束

あるドイツの消費者が通信販売会社から以下のような郵便を受け取る。カタログと並んで、「当選証」と会社の支配人の親展の手紙が同封されているのに気づく。(2)

「心からおめでとうございます。あなたには一万ユーロが当たりました！　私は来る三月一〇日金曜に賞金である現金を引き渡す準備をすべてすませました。ご存じのように、大きな賞は常に個別に当選者の住所で我々の抽選管理者U博士から引き渡されます。さらに我々の助手B婦人と当選者掲示写真撮影のためのカメラマンが同道します。もし適時に返事がいただければ、このチームが三月二〇日一二時頃、現金一万ユーロを携えて、あなたの家の前に立つことができます。ご理解いただけますように、この高額賞金は、我々の商品がよく売れる場合にのみ引渡ができるものです。したがって、この同封された提供品一覧を慎重に検討し、お得な提供品のどれかをお試しくだ

さい。」

受取人が賢いならば、この手紙をゴミ箱に投げ捨てるだろう。しかし、運が今回はあなたに好意を抱いたという非合理な希望をもつかもしれない。すなわち引き渡しの日を合意し、たぶん感謝の気持ちからカタログから「お得な買い物」の一つを注文するかもしれない。彼が―注文をしたか否かに関係なく―この当選から一ユーロたりとも得られないことはいうまでもない。

このような販売方法は、最近数年間でますます流布している。このような当選約束の発信者は、非常に発明の才に富んでいる。約束されるものは、金額のみならず、旅行、自動車、カラーテレビもある。受領者は、「当選証」ないし「証明書」を受け取るが、それを素直に読むと、既に当選を手中に収めたかのような印象を受ける。すべての場合に受領者は当然の事ながら注文を促されているが、ときには、当選金の支払いがはっきりと注文に条件付けられている場合がある（「残念ながらお試し注文の場合のみ有効」）。もちろん受領者は、裏面に小文字で、これは「義務的でないくじ」であること、または約束された一等賞はこのキャンペーンの参加者全員に分配されると書いてあることを読み取ることができるだろう。結局 BMW Cabrio ではなく「残念賞として」のとてもすてきな缶切りとなる。

ところで詐欺的方法は不断に変化している。最近のドイツの新聞で以下のような「手口」が報道されていた。携帯所持者が見知らぬ発信者から親展のように見える短信（SMS）を受け取る。

「親愛なるペーター、あなたはベニスへの二人での旅行を当てました！　すぐに折り返し電話して！」。

喜んだ受領者が記載された番号にかけると、親切な録音の声は、ただいま回線がふさがっていることをお詫びし、数分間待たせる。最後に、その声は、「問い合わせや提案は」ヨーロッパ内の外国のある郵便アドレスにしてもら

うよう要求する。この場合、注文はなされる必要がない。どこに詐欺があるのか？　記載された番号は利用料金支払義務ある接続（ドイツでは○　一九○または○　九○○）であり、かけた者には毎分ごと高額の利用料金がかさみ、これは、テレコムの手数料を控除の後、当選通知の発信者によって集金される。

このようないかがわしい販売法に対処するために、ドイツの立法者は二○○○年六月三○日に施行された「遠隔販売と消費者法のその他の問題についての法」[3]において、新たに六六一ａ条を導入した。この規定は以下のようである。

六六一ａ条　当選約束

当選約束又は同種の通知を消費者に送付し、この送付の形態を通じて、当該消費者に当選したという印象を引き起こした場合には、その事業者は、当該消費者にこの賞を給付せねばならない。

この規定を詳しく分析する前に（Ⅲ）、簡単に当該規定施行前の法状態に言及する（Ⅱ）。ドイツの法状態を扱ったのちに、さらに、それと関連する国際私法上の問題（Ⅳ）と国際民事訴訟法上の問題（Ⅴ）に目を向けたい。

Ⅱ　ドイツ民法六六一ａ条施行前の法状態

六六一ａ条の新規律をしばらく脇に置くと、いつわりの当選約束の問題に二つの面から近づくことができる。すなわち第一に、競争法的観点からと、第二に、民法的観点からとである。[4]

1　競争法上の背景

競争法上は、ここで紹介した手口は、消費者の「過度のおびき寄せ」ならびに「心理的購買強制」という観点の下で、不正競争防止法一条と三条に反し、かつ良俗違反とみなされることに疑いはない。もっとも、このことは被害を受けた消費者にはあまり役に立たない。すなわち、消費者は、提供者の競争違反行為に対して何ら固有の訴権を有せず、むしろ競業者ないし団体ー例えば消費者保護協会ーが行動せねばならない。もっとも、いかがわしい提供者たちは警告に直ちに従い、彼らから要求された服従表示を発するだろう。提供者たちの、この際の費用リスクはわずかにとどまる。したがって、有効な競争法上のサンクションに欠けている。したがって消費者保護団体の警告と不作為請求訴訟は上記の手口を過去において阻止することができなかった。

2　民法上の背景

このような事情は、いかがわしい当選約束に対して少なくとも民事法上の方法で有効に対処できるかどうかという問いに導く。しかしこの領域においても長らく有効な道具が欠けていた。

六五七条によれば、「広告により、ある行為、とりわけある結果の惹起に対して報酬を」約束した（いわゆる「懸賞広告」）者は、この報酬を、当該行為をした者に支払わねばならない。この規定は、失われた者や家畜を回復するための報酬や、コンクール行事（六六一条参照）を念頭に置いている。この問題との関連では、かような懸賞広告は問題となっていない。「広告」を通じて当選が約束されたわけではないし（そうではなく親展の手紙においてである）、当選がいずれにせよ「ある行為の実行」と引換に約束されているわけでもない。「当選通知」は、むしろ、当選が受領者にあらかじめの努力なくして、即ち事実上無償で手に入るかのような印象を引き起こしている。

受領者が当選を反対給付なくして受け取るのであれば、せいぜい受領者により承諾されるような、主催者側の贈

与申込が問題となるにすぎない。ただ、贈与約束は民法五一八条一項により方式が必要であり、―有効であるためには―公証人による認証がなされねばならない。この場合にはそのようなことは当然問題とならない。

結局、当選についてだまされた消費者が不法行為の規定により損害賠償を請求できるかが問われるかもしれない。しかし、そのためには、一方で法益侵害（八二三条一項）が欠けている。例えば、消費者の所有権が侵害されたのではなく、単に財産増加の見込みが見せかけられたにすぎない。消費者が提供者の詐欺（八二三条二項）または良俗違反的行為（八二六条）に依拠しようとしても、賠償請求できる損害は、せいぜい消費者が余分な商品注文に決断したか、不要な注文ないし運送費を負担したことにあるにすぎないという点が障害となる。見せかけられた当選―約束された金額やBMW Cabrio―をこの法的基礎により請求することはできない。

Ⅲ　六六一　a条の新規律（要件と効果）

1　法政策的基礎

新たな六六一　a条は、先に述べた諸欠陥を除くものとされる。立法者は、いかがわしい提供者を提供者自身の武器で打ちたおすことを考えている。すなわち当選を約束する者は、その約束に拘束されるべきである。[5] 競争違反はしたがって民事法上サンクションされる。立法者はだまされた消費者を、競争における落ちぶれた倫理を再び矯正する代理人として用いる。

この新規律は、遠隔販売法と共に施行され、したがってヨーロッパ遠隔販売指令の国内法化と関連して、ドイツ法に至っている。それは、まさに遠隔通信手段（手紙、ファックス、電子メール）の投入により消費者を害する手口に対処しようとする。にもかかわらず六六一　a条は、遠隔販売指令により命じられていたものではない。すなわ

ち、この規定はヨーロッパ法的基礎をもたず、純粋に国内法的性格を有する。それは、その目的設定において、遠隔販売法によって新たに作られた二四一a条と緊密に結びついている。この規定は、事業者が、注文を受けない物やサービスの供給で何ら消費者に対する請求権を根拠づけえないとする。

2　当選約束の法的性格

六六一a条の請求権は、消費者が何ら自らの意思表示を発する必要がないので、契約にもとづくものではない。消費者はむしろ当選通知が単に到達したことで当該請求権を取得する。ドイツの学説で支配的な見解によれば、この当選通知の場合には、意思表示ではなく、単にいわゆる「準法律行為」が問題となるにすぎないとされる。すなわち意思表示は表示者が法律効果を欲するが故に、法律効果を惹起するところの目的的行為として定義されるが、ここでの事業者は約束したところの法律効果を欲していないと。ここから、六六一a条に規定される責任は、法律行為的性質を有さず、法に基づく法定権利外観責任の一例として存在すると推論される。(6)

別の見解は、当選約束の競争違反的・詐欺的性格を前面に押し出す。したがって、事業者の責任に不法行為的性質を与え、消費者の履行請求権を一種の「制裁的損害賠償」と分類する。(7)

連邦通常裁判所も六六一a条の性質について明確に語っておらず、この責任の法的性質を未決定のままとしている。(8)

私自身は、このような、通説によってなされる、法定債権関係という位置づけを妥当でないと考える。すなわち意思表示が存在するか否かは、表示者の意思にまず依存するのではなく、表示受領者の視点からの解釈で確定されねばならない（一三三条、一五七条）。連邦通常裁判所のもはや安定した判例によれば、意思表示は、表示受領者が、信義則に従い客観的に、表示者が一定の法律効果を惹起する意図であるという印象を受けざるをえない場合に

は、すでに肯定される。[9] 従って、この問題は正しくは以下のように設定されねばならない。「当選通知」が受領者の自宅に舞い込んだ際に、受領者はいかなる印象を受けたかと。

既に確定した個人的当選が呼び出しを待っているないしは商品注文ののちに直ちに送付されるという知らせは、受領者の視点からは、発信者が、この書面で当選品送付の義務を引き受けるという表示、あるいは少なくとも、何らかの「ゲームルール」に従い既に確定されていたが、今まで知られずにいた当選を発信者にとって義務的な形で、この通知により受領者に知らせるという表示を含んでいる。ここに、ある法律効果の惹起に目的的に向けられた意思がまさに表現されている。したがって、当選約束は、何も知らない受領者の視点からは、事実、意思表示なのである。そして事業者の視点からもそういえるのである。すなわち、事業者は、自己の表示が受領者のもとで当選支払義務という印象を引き起こすことをまさに知っている、かつまさにこのような方法でのみ、受領者が、感謝からあるいは賞金支払を妨げている障害を取り除くために商品注文をなし、あるいは利用料金の支払義務をともなう回線で発信者とコンタクトをとろうとするように差し向けられうるがゆえに、事業者自身もこのような印象惹起を欲するのである。

この約束は、なるほど―既に述べたように―契約的性質を有さず、一方的義務負担のみを示している。しかし、ドイツの教義学は、契約と並んで、「単独行為」（これには例えば、非常に類似した懸賞広告（六五八条）や遺言が属する）というカテゴリーをも知っている。当選約束の場合にもかような一方的に義務づける行為が問題となっている。六六一ａ条では、かような一方的義務づけが受領者の契約上の同意なくしても拘束力をもち、かつ何ら方式を必要としないことが規定されている。こう解することで、意思表示の諸規定（例えば、解釈、代理、取消、撤回などに関するそれ）が直ちに適用可能となる。

3　事業者と消費者

新六六一a条は、三つの構成要件を有している。第一に、当選通知は、事業者から消費者に送付されねばならない。これらの概念の下で理解されるべきものを、ドイツ民法は、周知のように、ヨーロッパ指令法の国内法化に際して、一三条、一四条において定義した。これによれば、消費者とは、法律行為を、個人的目的で、すなわち営業上ないし職業上の目的のために締結するのではない、あらゆる自然人（一三条）であり、事業者とは、法律行為締結をまさにこのような目的のためにする自然人ないし法人である。

4　通知の送付

第二に、事業者は消費者に通知を送付せねばならない。このためには、事業者が第三者をして送付をさせ、かつこの通知の内容を知っていることで十分である。法は「送付」について語っているので、有体化された通知でなければならない。[10] 口頭や電話での約束は従って十分ではない。他方では、送付の種類は問題とならず、当選約束は、手紙、ファックス、電子メールまたは携帯メール（SMS）でありうる。

通知は、「消費者」に送付されたものでなければならない。これによって、法は、通知がある個人の受領者に向けられたものであることを要することを、より正確に言えば、受領者が通知のレイアウトや形態から少なくとも、受領者自身に向けられた親展の通知であり、まさに自分が当選者として選ばれたという印象を得ねばならないことを、表現しようとする。実務上は、このことは、個人への手紙であるという印象を引き起こすために、大量の手紙が電子情報処理の助けを借りて、個人的呼びかけを付され、本文では、この呼びかけが幾度か繰り返される。これで十分である。これに対して、広告や全く不特定な人的範囲への伝達（例えば、新聞はさみこみ広告）は本条の要件を満たさない。

5　表示受領者の視点からの当選約束

第三の最も重要な要件として、事業者は、「送付の形態」により、消費者に、自分が当選したという「印象を惹起」させねばならない。ここで基準となるのは、―一般の解釈原則と一致して―客観的な受領者視界である。すなわち平均的消費者が、信義則と取引通念を考慮して、当該通知を当選約束と理解してよいものだったかが問題となる。[11]

なるほど、一方では、一般的な約束がなされたにすぎないか（例えば、「すばらしい商品があなたを待っている！」）、当選が不明確で、可能性としてのみ述べられているにすぎない場合（例えば、「親愛なるX氏、もしかするとあなたはすでにBMW Cabrioの幸運な当選者になっているかもしれません」）は、不十分である。他方では、事業者は、隠された箇所―判決からの例、封筒の内側（！）[12]―に、または裏面に「小文字で」あるいは本文に留保の多い表現で、この当選約束の制約が指摘されており、非常に注意深いか賢い消費者ならば、この制約を発見できたはずだということを主張することはできない。また、当選分配が事業者の裁量であることないし訴えることのできない請求権（「法的手段は排除されています！」）とされているという点の援用も不可能である。このような主張は、矛盾する行動として、信義則（二四二条）違反とみなされねばならないだろう。[13]

事業者は―当然だが―自分が一度も真剣に、当選約束を果たすことを考えたことがなかった旨を指示することもできない。かような「心裡留保」は、一一六条一文により、考慮に値しない。[14]もっとも、同条二文から問題が生ずるかもしれない。この箇所によれば、表示受領者が「心裡留保」を見抜いている場合には、その表示は無効である。そうすると、事業者が、ある具体的受領者は当選約束に真剣さが欠けていることを認識していたから、当選したものを要求することはできないと主張することはできるのか？　もっとも、この場合、事業者は、消費者が心裡留保

を知っていたことを立証せねばならないであろう。合理的人間ならば事業者があっさりと数千ユーロを分配するとは想定しえないが故に、消費者はこの点を当然知っていたに違いないという点はこの立証のために十分ではない。[15] 事業者がかような立証を果たし得ることは実務上依然としてほとんどないだろう。その点を除き、民法上の通説は、一一六条二文を、それが、表示受領者が嘘を見抜いたときに、意識的に錯誤を惹起させた者を保護し、表示受領者をより劣位に置くものであるとして、法政策的に誤ったものと考える。[16] いずれにせよ、本規定は、表示の有効性が、「心裡留保」にもかかわらず公益にかかわる場合には適用さるべきではない。[17] 六六一 a 条の競争政策的目的設定を考慮すれば、今の問題がこのような場合といえる。すなわち、—発信者の「見え透いたペテン」を見破る—利口で物のわかった消費者がこの請求権を行使できないとするのならば、まさにこのようなカテゴリーの消費者から、彼らが当選通知の発信者を「つかまえる」試みをなすよう期待できるのだから、本条の有効性は甚だしく損なわれよう。

6　当選約束の履行

法律効果として、六六一 a 条は、事業者が消費者に約束した賞を給付せねばならないことを規定する。賞の性質（金銭、物、休暇宿泊施設の利用、旅行）は問題ではない。消費者の請求権は、消費者に当選通知が到達した時点で成立する。

事業者は当選約束を錯誤により取り消すことを考えるかもしれない。表示錯誤ないし内容錯誤（一一九条一項）にもとづく、事業者の当選通知の取消は、一応考えられるが、事業者は通常意識的にだまそうとしており、すなわち故意で行動しているのだから、実際上はほとんど考えられない。事業者は、いずれにせよ、六六一 a 条により当選通知に結びつけられた法律効果について錯誤をしたと主張することはできない。[18] その主張は、ドイツ法では考慮

されないとされている、表示の法律効果の錯誤であろう。

消費者は、約束されたとおりに、自己に賞が引き渡されるよう、要求できる。旅行の賞である場合には、その旅行を、車が賞の場合には、それに対応する車を請求できる。事業者が、賞の引渡を拒否するか、あまりに遅く給付する場合には、消費者には、給付障害法の一般ルールに従い、損害賠償請求権（二八〇条一項）が与えられる。

Ⅳ　ドイツ国際私法における当選約束に関する責任

1　外国からの当選約束

六六一ａ条に規定された規律は、確かに、当選約束に対する戦いにおいて鋭い剣であり、多くの提供者にこのようないかがわしい販売方法を使うことを思いとどまらせることができよう。しかし、既に述べたように、この規定は、ヨーロッパ起源のものではなく、ドイツ国内法の援護攻撃措置である。ヨーロッパレベルで比較すれば、オーストリア法にのみ類似の規定が存在する。[19] 他の加盟国の法秩序は、このような販売方法についてのサンクションを規定していない。すなわち、競争違反的に行動する提供者にとって、当選約束を近隣国の郵便アドレスから、例えばベネルクス三国のそれから、オーストリアやドイツに送ることを当然思いつくだろう。この場合には、国内の消費者にとって、距離と言葉の問題から、外国からの通知送付者を突き止めることがより困難となるだけではない。特に、以下の点も問題となる。

1　かような場合に、ドイツからみて、六六一ａ条を適用できるのか（以下の2参照）

2　約束された当選給付を求める訴訟を国内で提起できるのか（以下のⅤ参照）

2　当選約束の法的性質決定―学説の立場

（ドイツからみて）ドイツに居住する消費者が外国から当選通知を受けた場合に、事業者責任に関していかなる法が適用されるかは、ドイツ国際私法の判断である。この判断は、さらに、当選約束責任が、ドイツのいかなる衝突規定によって把握されるかに依存する。渉外法研究者はこの場合に「性質決定」について語る。当選約束が、契約的性質を有するならば、契約の抵触規定が適用される。これに対して、当選約束責任が不法行為的性質を有するならば、六六一ａ条の請求権は、「不法行為」という見出しの付いた引き出しに属し、この場合には、不法行為について基準となる法を確定する抵触規定が援用される。

簡単に言えば、当選約束にもとづく請求権の性質決定の問題は、ドイツ渉外法で激しく争われている。その際、当選約束についての教義学上の性質に関する、実体法において存する争い（上記Ⅲ／２参照）が、抵触法の次元で継続される。主として、以下の三つの見解が主張されている。

a)　ある見解によれば、当選約束の責任は不法行為の性質をもつとされる。この点は、本規定の競争法上の目的設定によって根拠づけられる。すなわち立法者は競争違反の行為を抑止しようとし、そのために私人のイニシアティブを利用する。消費者に、当選支払を求める請求権により競争阻害者に対して訴訟の方法で対処するための、経済的刺激が与えられる。当選支払請求権は、従って刑罰類似の性質を有し、一般予防的目的に資すると。[20]

この見解に従うと、本責任は、ドイツ国際私法の観点からは、まず加害者すなわち事業者が行為した場所の法に服する（ドイツ民法施行法四〇条一項一文）。これは、競争違反の場合には、市場阻害の地、競争者の競争的利害が衝突する場所である。この結合は、すなわち競争違反的に広告がなされた国家法に導き、それは消費者が当選通知を受領する国家法である。すなわち、このような不法行為としての性質決定は、消費者が国内に常居所を有して

いる場合には、ドイツ法の適用に導く。

b)　第二の見解では、当選約束責任は、契約の性質を有するとされる。[21] このことはいずれにせよ、消費者がみかけの当選品を得るために、注文に強いられるか自発的に注文する場合に当てはまるとされる。[22] この見解は明らかに、すぐあとで詳しく扱う、同種の事案における国際管轄に関するヨーロッパ司法裁判所の判決に影響を受けている。かような契約の性質決定において、当事者は基準となる法をまず自ら決定できる（施行法二七条）。法選択がなされない場合には、当該契約が最も緊密な関係をもつ法が確定される（同二八条一項）。消費者契約に関しては、一定の要件の下で、消費者の常居所がある国家法が援用される（同二九条二項）。すなわち当選約束が消費者契約と結びつく場合には、この見解は、―国内の消費者が問題となる限りで―同様にドイツ法の適用に導く。

c)　第三の見解は特別な道を行く。その出発点は、当選通知の責任では、法律行為ではなく、権利外観要件が問題となっているという考慮である。すなわち、事業者は何かを約束した（契約）が故に責任を負うのではない。事業者は、また、他人の財貨を侵害した（不法行為）が故に責任を負うのでもない。むしろ事業者は、当選という外観を引き起こし、自ら作り出したこの信頼構成要件に自己を拘束させねばならないが故に、責任を負う。帰責可能な形で設定された権利外観責任は、当該信頼が惹起された場所の法に従わねばならない。これも消費者が外国からの当選通知を規則通り受け取った常居所の法である。[23]

d)　さしあたり以下のようにまとめられる。当選約束責任の性質決定の問題―不法行為、契約、権利外観責任―に関して、たしかに、ドイツ渉外法において激しい争いがある。しかし、実際の結論では、すべての見解は一致している。すなわち、外国からの当選約束について、国内の消費者にはドイツ法が妥当する。すなわち消費者は六六一a条を援用できる。

3　私の解決提案

この結論には、私見によれば、なにも文句をつけるところはない。しかし、そこで提示された理由づけにはそうではない。私の解決提案において、先に提示した当選約束の教義学上の性質に関する考察を渉外法の次元に移行させようと思う。

a)　まず、当選約束責任は不法行為的性質ではない。立法者は消費者に損害賠償請求権を与えたのではなく、履行請求権を与えている。このような法律効果と、この請求権が債権法に体系上位置づけられていることは、法律行為上の責任が問題となっていることを示唆する。

立法者がここで消費者を競争法秩序を維持するために利用し、不法行為法に根ざす義務に特殊なサンクションを与えただけだという論拠は、私を納得させない。多かれ少なかれ明白な立法者の目的設定―その理由はしばしば非常に多面的なことが多いだろう―が問題となっているのではなく、ある規定が法の中で見いだす形態が問題となっている。立法者は他の関連でも私人のイニシアティブを競争法上の目的貫徹のために用いている。例えば、既に言及した民法二四一ａ条では、頼んでいない物の送付につき契約上の請求権が排除されている。この規定においても、競争法上の諸考慮がかかわっている。にもかかわらず、誰も、（ドイツ法が当該契約を支配する場合に適用されることとなるような）契約法上の規定が問題となっていることを疑わないだろう。

b)　他方では、当選約束責任は、権利外観構成要件に依拠しているのでもない。事業者の責任は、消費者に―いずれにせよ消費者の視点から―賞を約束したという点に依拠していることを見た。この責任は、そうでなければ消費者の当選通知に対する信頼が裏切られてしまうという理由で介入するのではなく、人は一旦与えた約束を守らねばならないという理由からそうなのである。衝突法の次元では、ここから、権利外観構成要件のための特別連結規

則を展開することが必要なのではなく、国際債権法の一般理論に立ち戻ることができることが明らかとなる。

c) もっとも、当選約束責任は、契約責任とみることはできない。既に私は、六六一 a 条の責任は、何ら契約締結を前提とせず、消費者が当選通知を受領しさえすれば成立すると述べた。このことは衝突法の次元では、明らかに深く及ぶ帰結をもたらす。というのは、契約にもとづく債権関係にのみ妥当する衝突規則（施行法二七条以下ないしローマ債権契約条約三条以下）は直ちに適用するわけにはいかないからである。すなわち、法適用者は何らの書かれた衝突規則に依拠することができない。その代わりに、当選約束のような、一方的義務づけの法律行為が、理にかなった形で、ドイツ渉外法の一般的―不文の―原則により如何に処理されるべきかを問わねばならない。

d) 法律関係の連結は、一般的には常に、当該法律関係が最も緊密な結びつきを有する法に導くべきだろう。一方的当選約束の場合には、これは（施行法二八条一、二項に依拠して）原則として、約束をする事業者が住所ないし常居所を有する法秩序である。このことは、事業者のみが給付に義務づけられ、彼のみが当選約束による負担を受けるという事情から出てくる。他方では、ドイツやヨーロッパの国際債権法の規定（施行法二九、二九 a 条）は、消費者がかかわる場合には異なる規則が妥当することを認識させる。渉外法上の消費者保護は消費者の常居所地に妥当する法を適用させることをめざしている。というのは、この法を消費者はもっとも容易に知ることができるからであり、消費者は国境を越える法律行為において、居所地法の保護水準を失わないという点を信頼できるべきだからである。当選約束責任は明示に消費者保護をめざしているのだから、渉外法上の視点交替は予告されている。連結においては、事業者の利害ではなく、消費者のそれが中心たるべきであると。このことは（施行法二九条二項に依拠して）当選約束責任は消費者の居所地法に従うことを意味する。この連結は強行法的であり、事業者により一方的に変更はできない（施行法二九条一項類推）[24]。すなわち事業者が、当選約束において、自己の責任は、自己

の常居所地法のみに従うと指示していても役に立たない。

V　約束された賞の給付を求める訴訟の国際管轄

1　法的基礎

なるほど、ドイツに居住する消費者が、外国からの当選通知につき、六六一 a条に依拠できることは以上で確定している。しかし、消費者が国際管轄の規則に従い、当選支払を求める訴訟を提起しうる国内の裁判所を見いだすかどうかがなお明らかにされねばならない。ドイツの裁判官にとって基準となるのは、まず、二〇〇〇年一二月二二日の民事・商事における裁判管轄と判決の承認・執行に関するヨーロッパ規則（EuGVO）が含む諸規定である。[25] このヨーロッパ理事会規則は二〇〇二年三月一日に（デンマークを除いた）すべての欧州連合加盟国で発効し、この日から、一九八六年のヨーロッパ裁判管轄及び執行協定の国家間協定（EuGVÜ）[26]を解消した。

2　ヨーロッパ司法裁判所判決ガブリエル事件

当選約束の履行を求める訴訟の国際裁判管轄につき、ヨーロッパ司法裁判所（EuGH）は、オーストリア最高裁の提示にもとづき、すでに二〇〇二年七月一一日のガブリエル事件の判決において立場を表明している。[27]

ウイーンに居住するオーストリア国籍を有する者―まさにあのガブリエル氏―が、ドイツに所在地を有する販売会社「シュランク・ウント・シック（すらりとしていて、趣味がよい）」から、親展の数通の手紙を受け取り、それにより、もう請求しさえすればよいような、五万オーストリア・シリング（換算すると約三五〇〇ユーロ）の現金をくじで当てたかのような印象を受けた。唯一の条件は、商品価値二〇〇シリング（約一四ユーロ）の注文とされていた。ガブリエル氏は注文をしたが、当然のように現金を得ることはなかった。というのは、シュランク・ウ

ント・シックからの手紙の裏面に「小文字印字」で、以下のような留保の指示があったからである。すなわち、現金賞はすべての送付者の間で分配され、三五シリングに満たない額は支払われず、ジャックポットに落ちることとされていた。ガブリエル氏は、そこでこの通信販売会社を訴えることを決意し、最高裁に管轄の判断を申し立てた。この判断は先の国家間規律（EuGVÜ）の解釈に依存していたので、オーストリアの裁判所は手続を中断し、ヨーロッパ司法裁判所の判断を求めた。

ヨーロッパ司法裁判所は、行使された請求権が、消費者契約にもとづくものか、この要件の下で、国家間協定一三条、一四条が適用可能かという問いから出発した。これらの規定は、一定の要件の下で、消費者に、相手方を、相手方の住所がある国家において、または、消費者が住所を有する国家において提訴することを認めている。

ヨーロッパ司法裁判所は、まずガブリエル氏が通信販売会社から個人的利用のために商品を注文し、さらに、商品注文と賞の支払請求権とが「分離しがたい結合」関係にあることを念頭に置いていたが故に、契約の存在を認めた。したがって、当選支払を求める訴訟は、売買契約にもとづく訴訟と同一の裁判所に提起しうるのでなくてはならないとする。結果として、消費者の裁判籍はガブリエル氏の住所地に認められねばならないと。

この判断に対しては、裁判所は消費者裁判籍の存在を消費者による商品注文に依存させていると、批判的に異議を唱えることができる。従って、ヨーロッパ司法裁判所は、当選約束固有の性質を認識していない。裁判所の論証は、消費者が当選約束との関連で（注文するつもりがないか、事業者から何らそういう誘いがないため）何ら商品注文をしないが、約束された当選を要求する場合に、役に立たないだろう。[28] その結果、このような場合には、消費者の住所地裁判籍が、五条一号（履行地裁判籍）にもとづいて、または、―本責任の不法行為としての性質決定を擁護する者の観点から―、五条三号（不法行為における行為地または結果発生地の裁判籍）にもとづいて、生じな

いかどうかが考慮されねばならないだろう。

3　ヨーロッパ規則による法状態

私は、あまり長く、ヨーロッパ司法裁判所の批判にとどまるつもりはない。それは以前の法状態に関係し、また判決の複雑な理由づけはおそらく国家間協定一三条がその適用範囲に関しかなり狭い表現をとっているという事情のせいであろうから。ヨーロッパ規則の支配下では、将来の法状態はあきらかにより単純化されよう。ヨーロッパ規則一五条一項はすなわち、消費者裁判籍を以下の要件の下で根拠づける。

ヨーロッパ規則一五条

（一）消費者が職業上もしくは営業上の活動に帰せられないような目的で締結した、契約ないしその契約にもとづく請求権が、手続の対象である場合、その裁判管轄は……この節により……定められる。

c)　……相手方が、消費者の住所がその高権領域にある加盟国において、職業上ないし営業上の活動をなすか、かような活動が、何らかの方法で、この加盟国またはこの加盟国を含む若干の加盟国に向けられ、当該契約がこの活動の領域に含まれる場合。

すなわち、まず契約にもとづく請求権が問題となる。この要件は、一般に広く定義され、一方当事者が他方当事者に対して任意で義務を負担する場合には常に肯定される。[29] これにより、片面的法律行為も無理なくこの規定の適用領域に含まれる。

他方、消費者の「契約相手方」は、その営業活動を消費者の住所がある加盟国に向けていなければならない。こ

の要件も事業者が外国から当選約束を送付し、国内の消費者に注文をさせようとする場合には、容易に肯定される。以上で、将来、ドイツに住所を有する消費者に、当選約束の訴訟提起のための裁判籍が与えられることにはもはや疑いはない。

Ⅵ　まとめ

以上のことは以下のようにまとめられる。

1　六六一ａ条の意味での当選約束では、一方的に義務を負担する法律行為が問題となる。事業者の責任は、法定債権関係の指示に由来するのではなく、意思表示にもとづく。

2　外国からの当選通知の場合には、この責任は、施行法二八条、二九条に従い、消費者が常居所を有する国の法に服する。ドイツに居住する消費者はすなわち六六一ａ条を援用できる。

3　ヨーロッパ規則一五条、一六条によれば、ドイツの裁判所の国際裁判管轄も存在する。

訳者のあとがき

本論文は、消費者保護に関する問題で講演[30]をという訳者の求めに応じて、ドイツ・ミュンスター大学法学部教授のハインリッヒ・デルナー（Heinrich Dörner）氏[31]が大阪大学法学会講演として二〇〇三年二月二一日になされたものの翻訳である。当日の講演のもととなった原稿には、注が付されておらず、今回の翻訳としての公表に際し、注が付けられ、その後の経過に応じた、本文の若干の加筆（連邦裁判所判決への言及など）がなされている。

本講演のテーマである、ドイツ民法六六一ａ条で新設された当選通知責任規定は、内容から明らかなように、民

法、競争法、国際私法などの領域に関わり、様々な観点からの検討に値するものである。とりわけ、民法の懸賞広告の節の末尾に本規定が挿入されたことの意味が重要である。同時に、ネガティブオプション排除規定（二四一ａ条）が債権法の冒頭近くに挿入された（こちらは、日本法では、特定商取引法五九条に同種の規定がある）。講演で紹介されている当選通知の手口は様々である。親展の手紙で当選通知をなし、商品注文を当選品等の入手の条件とする、あるいはその点をややあいまいにして商品を勧めるという場合が一般的なのであろうが、このような手口にだまされる消費者が多いのか、このような手口を用いる業者が多いのか、比較文化上も興味深いところである。日本では、消費者の法知識の不十分さや心理を巧妙に操作する商法、ないしは暴力的な商法が目立つのであり、当選商法は（有料回線にかけさせる手口は除き）日本の消費者をだます手口としてはあまりにもプリミティブな手段という印象が訳者にはあるが、そうではないのかもしれない。ドイツの立法者のかような当選商法根絶に向けての毅然とした態度決定が新規定から読み取れるが、欺瞞的商法禁圧という目的との対比で、いかなる当選「約束」を業者がしようと、それが法的効果としてそのまま履行義務を生じさせるという点に、手段として何か釣り合いの取れないものを感じてしまう。いや、このような規定を民法に置かざるをえないほど、当選商法がヨーロッパでは蔓延していると推測すべきなのだろうか。ともかく、消費者が本規定を根拠に当選約束履行を迫る訴訟は本規定新設後多くあり（インターネット上で、判決一覧を提供しているサイトもある）、ドイツでの問題の深刻さを示している。本規定新設で当選通知業者は強力な威嚇手段を突きつけられたといえるが、他方では、訴訟費用の問題があり、その点で不安がある消費者はむやみに提訴すべきではないという消費者団体のアドバイスが出されている。

デルナー教授は、本規定の法的性質を、不法行為や権利外観責任ではなく、連邦通常裁判所の確定判例である、意思表示解釈に関する表示受領者視点[32]を活用して、一方的義務負担行為と解釈する。このような法的構成の是非は、

準拠法決定という点とも絡み単純ではないが、ドイツ法の文脈でも異色の立場といえよう。仮に日本法で同種の規定が民法に設けられた場合、どのような解釈がなされるであろうか。おそらく、法定責任という性質決定以上の議論はなかなかなされないのではなかろうか。しかしともかく表示受領者の客観的視点から意思表示を解釈すべしとするドイツ法解釈論ないし法的文脈の独自性を生かした法的構成といえよう。

末尾ではあるが、当日の講演後の研究会において、渡邊惺之教授、武田邦宣助教授より、それぞれ主として国際私法、経済法の観点からのご意見をいただいたが、本稿に反映する余裕がなかった。ここに感謝の意とおわびを表したい。

最後に、原注に関しては、読者の検索の便宜も考慮して、訳出をせず、ドイツ語のままであることをお断りする。

（1）Bei dem nachfolgenden Text handelt es sich um einen mit Anmerkungen versehenen Vortrag, den der Verfasser am 21. Februar 2003 an der Juristischen Fakultät der Universität Osaka gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten. Meinem Kollegen Kenji Hirata danke ich herzlich für die Übersetzung.

（2）Beispiel nach OLG Nürnberg, IPRax 2003, 54.

（3）BGBl. 2000 I 897.

（4）Vgl. zum Folgenden ausführlich *Leible*, IPRax 2003, 28 f.; ferner *S. Lorenz*, NJW 2000, 3305 (3306). Illustrativ aus der Praxis: OLG Düsseldorf NJW 1997, 2122.

（5）Vgl. BT-Drucks. 14/2658, S. 49.

（6）*S. Lorenz* (Fn. 3) 3307; *ders.*, IPRax 2002, 192 (193); Handkommentar/*Schulze*, BGB, 2. Aufl. (2002) § 661 a Rn.1; *Palandt/Sprau*, BGB, 62. Aufl. (2003) § 661 a Rn. 1; *Timme*, JuS 2003, 638 (640); *Pfeiffer*, LMK 2003, 79; vgl. aus der Rechtsprechung OLG Düsseldorf NJW-RR 2002, 1632 (1633); LG Braunschweig IPRax 2002, 213(214).

(7) Vgl. *Rauscher/Schülke*, The European Legal Forum (EuLF) 2000/01, 334 (337); *Schneider*, BB 2002, 1653 (1656); *Staudinger*, JZ 2003, 852 (856 ff.); dazu aus der Rechtsprechung auch OLG Düsseldorf NJW-RR 2002, 1632 (1633).

(8) Vgl. BGH NJW 2003, 426 ff.: Einerseits "einseitiges Rechtsgeschäft oder geschäftsähnliche Handlung", andererseits Haftung wegen "unerlaubter Handlung".

(9) BGHZ 91, 324 (330); 109, 171 (177); 149, 129 (136).

(10) Vgl. *Palandt/Sprau* (Fn. 6) § 661 a Rn. 2.

(11) Vgl. *S. Lorenz* (Fn. 4) 3306; *Palandt/Sprau* (Fn. 6) § 661 a Rn. 2.

(12) So im Fall des LG Braunschweig IPRax 2002, 213 (215).

(13) Vgl. zum Vorstehenden auch Handkommentar/*Schulze* (Fn. 6) § 661 a Rn. 3.

(14) Zur Anwendbarkeit des § 116 BGB auf einseitige Willenserklärungen vgl. MünchKomm/*Kramer*, BGB, Bd. 1: 4. Aufl. (2001) § 116 Rn. 4.

(15) Vgl. MünchKomm/*Kramer* (Fn. 14) § 116 Rn. 17.

(16) Vgl. z.B. *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des BGB, 8. Aufl. (1997) § 35 Rn. 11; MünchKomm/*Kramer* (Fn. 14) § 116 Rn. 9; anders *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 8. Aufl. (2002) Rn. 593.

(17) *Soergel/Hefermehl*, BGB, 13. Aufl. (1999), § 116 Rn.11; MünchKomm/*Kramer* (Fn. 14) § 116 Rn. 11.

(18) Handkommentar/*Schulze* (Fn. ***) § 661 a Rn. 4.

(19) Nur das österreichische Recht enthält eine Parallelbestimmung in § 5 j des Konsumentenschutzgesetzes, vgl. dazu öst. OGH, The European Legal Forum (EuLF) 2000/01, 334.

(20) Vgl. nur *Leible*, IPRax 2003, 28 (33 für isolierte Gewinnzusagen); *Fetsch*, RIW 2002, 936(938); *Staudinger* (Fn. 7) 856 ff.

(21) Vgl. *S. Lorenz*, IPRax 2002, 192(195); OLG Nürnberg NJW 2002, 3637 (3639).

(22) Vgl. *Leible* (Fn. 4) 33.

(23) *S. Lorenz* (Fn. 4) 3308 (in IPRax 2002, 192 (195 Fn. 42 aufgegeben) ; OLG Hamm RIW 2003, 305 (306 f.).

(24) Im Ergebnis ebenso (unter Berufung auf Art. 34 EGBGB) *S. Lorenz* (Fn. 4) 195 f. ; *Palandt/Heldrich* (Fn. 6) Art. 34 Rn. 3 a.

(25) ABl. EG 2001, Nr. L 12, S. 1 ff.

(26) Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 27.9.1968, BGBl. 1972 II 774 ff.

(27) EuGH NJW 2002, 2697 (2798 unter Nr. 53 ff.) ; vgl. auch OLG Hamm RIW 2003, 305 (306).

(28) Vgl. *Leible*, NJW 2003, 407 ; verneinend auch der BGH (Fn. 8) 427, der aber zur Bejahung der Zuständigkeit auf die "Vertragsanbahnung" abstellen will ; anders *Feuchtmeyer*, NJW 2002, 3598 (3599) und aus der Rechtsprechung : OLG Dresden IPRax 2002, 421(423) ; OLG Nürnberg NJW 2002, 3637 ff. ; LG Braunschweig IPRax 2002, 213(215), die auch bei einer Gewinneinforderung ohne Warenbestellung die Voraussetzungen der Art. 13, 14 EuGVÜ bejahen.

(29) Vgl. EuGH NJW 2002, 3159 (Rn. 24-Tacconi/Wagner).

(30) 「市民生活基盤の法および行政に関する日米欧間の比較検証」(平成14―17年度科学研究費補助金・基盤研究（A））（通称、EU科研）の第二ユニット研究会を兼ねる。

(31) 邦訳された論文集として、ハインリッヒ・デルナー著、野沢・山内編訳『ドイツ民法・国際私法論集』（日本比較法研究所翻訳叢書50）（二〇〇三年、中央大学出版会）がある。

(32) この点については、前掲書『ドイツ民法・国際私法論集』一〇九頁にも、電子的意思表示の帰責に関して触れられている。