

# ドイツ債務法現代化の経験（1）

——日本民法改正への示唆を得るために——

中田邦博 = 寺川 永（監修）  
カライスコス・アントニオス  
寺 川 永  
右 近 潤 一

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 インタビュー
  - 1 ユルゲン・シュミット = レンチュ判事
  - 2 ユルゲン・バーゼドー教授
  - 3 ラインハルト・ツインマーマン教授 （以上，本号）
  - 4 ノルベルト・ライヒ教授
  - 5 ドイツ消費者センター総連盟
  - 6 ドイツ商工会議所連合会
- 三 インタビューの質問票

## 一 はじめに

2002年1月1日に施行されたドイツ債務法現代化法（以下「現代化法」と略する。）は、すでに10年の歳月を経たが施行後の法状況について包括的な研究が行われているわけではない。そこで、私たちは、経済産業省からの委託を受けて、現代化法が制定された当時の見方、そして現在の状況についての調査およびその検討作業を行うために、2012年3月に現地での調査とインタビューを計画し、実施した<sup>1)</sup>。本稿はその記録を元

1) 本稿は、そうした調査結果をまとめた次の報告書の収録内容を基礎としている。  
中田邦博 = 寺川 永「1 ドイツ債務法の改正経緯——ドイツ債務法現代化法・ヨーロッパ共通売買法規則提案——」平成23年度経済産業省委託調査『平成23年度 諸外国の債権法及び我が国の取引実務に関する調査報告書』1頁-135頁（商事法務，2012年）。上記報告書は時間的制約により、検討が不十分なところもある。本稿は、本文で述べたとおり各自の研究活動の中でさらに内容的に検討を重ねたもので

にしたものであるが、さらにその後の検討作業も加えたものとなっている<sup>2)</sup>。

実際の現地調査は、中田邦博（龍谷大学大学院法務研究科教授）と寺川永（本学法学部教授）が共同して行った（インタビューは時間の制約からまづ中田が行ったが、内容については両者で事前に打合せをした）。インタビューに際しては、相手方の許可を得て録音を行い、メモを作成し、これらの資料をもとに右近潤一（京都学園大学法学部准教授）、カライスコス・アントニオス（本学法学部准教授）、寺川がインタビュー記録として原稿を作成した。そのうえで監修者である中田と寺川がこれに必要な修正と補充を行なった（二）。なお、本資料の公表にあたって記録作成者のお二人にも内容の確認を再度お願いした。

インタビューは事前に送付した質問票に基づきながらも、訪問先での時間的制約、相手方の質問項目への関心、また、相手方の関心に依りて質問の重点も変えたことから、質問票の内容通りに各インタビューが進行したわけではない。

インタビューの相手方としては、まず、ユルゲン・シュミット＝レンチュ判事（現ドイツ連邦通常裁判所裁判官）を訪問した。シュミット＝レンチュ判事は、現代化法の制定当時、連邦司法省（2013年12月に連邦司法・消費者保護省に再編された。）の実務担当官であり、もっとも現代化法に通じている実務家である。次に、学者の見解を得るために、ユルゲン・バーゼドー教授、ラインハルト・ツィンマーマン教授（以上本号）、さらに消費者法の立場から、ノルベルト・ライヒ教授を訪問した。彼らはいずれも世界的に著名な民事法学者であり、EU法や民事法・消費者法の立法作業に大きな影響を与えている。さらに、利害関係を有する団体の意見として、消費者および市民の意見をドイツ消費者センター総連盟において、事業者を代表する意見をドイツ商工会議所連合会において、それぞれインタビューを実施した。このような各界を代表する人物との面談は、短期間の調査であったこともあり、大きな緊張を強いられる場面の連続であったが、インタビューアーにとって学問的関心を大いにかき立てられた。私たちとしては、それが読者に伝わることを願っている。なお、現地調査インタビューの訪問先に送付した質

↘ある。このような形でドイツ債務法現代化法の経験を公表するにあたって、経済産業省および商事法務の関係者からご高配を賜った。この場を借りてお礼申し上げたい。

2) 中田＝寺川・前掲1)「Ⅶ 各インタビューの記録」に収録された内容のうち、ハンプルク大学名誉教授であるマグヌス教授のコメント（「7 ウルリッヒ・マグヌス教授（Prof. Dr. Ulrich Magnus）の見解」（中田邦博（訳））は、インタビューではなく、メールを通じてのやり取りを通じての回答であるため、割愛した。

## ドイツ債務法現代化の経験(1)

問票の邦訳についても、参考資料としてあわせて掲載を予定している(三)。

いずれの訪問先でも、われわれの調査依頼を快諾し、貴重な時間を割いて十分な準備をしていただき、我々の質問に真摯に回答していただいたことに大変感謝している。また、インタビューという形式であることから、やむを得ないこととはいえ、訪問先での回答の内容をわれわれの責任で整理し、公表することについて了解をいただいたことも記しておきたい。関係者の皆様のご厚情に対してお礼申し上げたい。

なお、下記の原稿における表記について、本文中の【 】は発言者(敬省略)を示し、〔 〕は執筆者による補注を示すものとする。

〔中田邦博・寺川 永〕

## 二 インタビュー

### 1 ユルゲン・シュミット＝レンチュ判事

Prof. Dr. Jürgen Schmidt-Räntsch

ドイツ連邦通常裁判所判事(ドイツ債務法改正当時の事務局長)

日時：2012年3月7日 11時30分～14時30分

場所：ベルリン

【中田】現在、日本では、法務省による民法(債権法)の改正作業が進んでいますが、民法を管轄する法務省とその他の監督官庁との間の管轄の問題のほか、学界、実務家など各方面からの異論もあります。そこで、ドイツにおける債務法改正の中心的存在であったシュミット＝レンチュ先生には、主に、債務法の現代化の意義についてお伺いし、また、改正に対する異論に対してどのような対応をしたのか、どのようにして各方面からの同意を得ることができたのか、その方法などについて質問させていただきたいと思えます。

#### (1) 2002年の債務法改正について

【中田】まず一つ目の質問ですが、ドイツ民法典(以下「BGB」と略する。)の債務法改正にあたって、当時、担当大臣および立法担当者は、どのようなスタンスで、またはどのような観点から、国民に対して、債務法改正を受け入れるように働きかけられたのでしょうか。また、とくに、ドイツの産業界および消費者団体等に対しては、どのような働きかけをされたのでしょうか。

【レンチュ】ドイツにおける2001年の債務法改正は、短期間で実現されたものではありません。

ません。事前に債務法改正委員会 (Schuldrechtskommission) が設立されており、この委員会は、1980年代末頃から専門家の意見を聴取し始め、1990年には一定の結論を持つに至りました。しかも、その結論は単なる意見ではなく、法律案として仕上げられた体裁をもつものでした。連邦司法省 (Justizministerium) は、この法律案を消費者団体や産業界等の利害関係者のすべてに送付し、早急に債務法改正を進めようと試みましたが、これは失敗しました。失敗の主な理由は、第一に、その間に西ドイツと東ドイツが統一されたということ、第二に、法律案に反対する者がいなかった反面、これを強く支持する者もいなかったことが挙げられます。要するに、法律案に対する関心が非常に薄かったのです。

債務法改正について進展がみられたのは、1999年末に採択された EU の消費動産売買指令によってです。この指令は、とくにドイツについては、重大な問題を生じさせるものでした。第一に、ドイツ売買法の主要な部分を変更する必要が生じたからです。物に瑕疵がある場合についても履行請求権を付与する必要が生じました。それまで、このような場合には履行請求権は規定されておらず、瑕疵担保責任しかありませんでした。それは債務法総則の不履行に基づくものではなく、特別規定に基づくものでした。この特別規定は、債務法総則の規定よりも範囲の狭いものです。これは、両者の主な違いとなっていますが、原則として損害賠償請求権を含まないものであるという点を挙げることができます。その例外は、保証された性状および瑕疵について悪意であったにもかかわらず黙秘していた場合だけで、それ以外の場合には損害賠償請求権は認められませんでした。したがって、過失によって生じた瑕疵は損害賠償請求権を生じさせることはありませんでした。消費動産売買指令は、このことについては定めていませんでしたが、履行請求権を導入することを求めています。

第二の重要な問題は、時効に関するものです。それまでは、時効期間は、原則として引渡し時から6か月であり、特殊な売買では、たとえば動物の売買については6週間となっていました。これはまた動物の種類に応じて異なる形で定められていました。ただし、この規定は、すべての動物ではなく家畜にのみ適用されるものでした。たとえば、馬の売買はそうした時効に服するのですが、犬の場合にはその適用がありませんでした。つまり犬の場合には、民法上の通常の時効期間である6か月が適用され、馬の場合にはどんなに高額であっても6週間の時効期間が適用されるのです。消費動産売買指令の規定に従えば、こうした状況を維持することは許されず、すべての物について2年の時効期間を導入する必要がありました。そもそも消費動産売買指令がこのような時効期

## ドイツ債務法現代化の経験(1)

間を定めていたのは、ドイツに対する一種の譲歩でした。EUは、ドイツによるこの指令の国内法化が困難であることについて、すでに認識していました。そのため、ドイツの特別規定を容認しました。この指令の当初案の内容は異なるものでした。引渡し時から2年の時効期間ではなく、瑕疵を知った時から2年の除斥期間を設けるというものでした。これは明らかに、より先の時点まで引き延ばされたものです。したがって、ドイツでは、2年の時効期間を導入せざるを得ませんでした。

EU指令の国内法化をきっかけとして、ドイツでは債務法改正の動きが再燃しました。その理由は、履行請求権と、従来よりも長い時効期間という2つの問題が、債務法改正委員会が議論した中核的な部分に関するものだったからです。債務法改正委員会は、ドイツの時効法の規定を維持することはもはやできず、完全に改正する必要があると述べました。より長い時効期間を導入するためには、時効法の全体を改正する方が容易であることが明らかになりました。

先の第一の点についてですが、瑕疵ある物の引渡しがあった場合には、義務違反(Pflichtverletzung)があるとするのが求められ、債務法改正委員会も、これを中心的な争点にしていました。これを立法で規律することが必要であれば債務法の改正もできると考えられたのです。ご想像の通り、BGBの債務法を改正するという提案は各方面からの反発を引き起こしました。これらの反発は、改正の内容云々ではなく、BGBの債務法、とくにその総則部分が100年もの間ほぼ一切の改正を経験していないことを理由とするものでした。そのため、激しい反対が向けられるであろうと思っていたのですが、そうはなりません。利害関係者は意外にも改正の動きについて反感を示すことはありませんでした。そうなったのは、彼らに、改正のすべてが適切であると判断してもらえたからではなく、その改正の内容を把握してもらえたからです。改正内容のうち、時効法に関して最も重要だったのは、消費動産売買指令で要求された2年の時効期間を導入することであり、それ以外のことに関心を寄せることはありませんでした。また、履行請求権については、産業界がすでに約款により適切な規律を行っており、もはやBGBのあり方に依拠していなかったため、その観点からは実質的には変更がないのと同じでした。損害賠償については問題がありましたが、改正委員会は、産業界に対して、損害賠償請求権が成立するためにはドイツ法では過失が必要となるが、売主には、新品の製品についてそれを検査する義務はないので、通常であれば過失がないことになることを説明しました。産業界はこの説明を聞いて安心したのです。

これに対して、反対の動きを見せたのは民法学者たちでした。彼らは、2000年の終わ

りころだったかと思いますが、レーゲンスブルクでシンポジウムを行い、私たちの法律案に対する強い反対意見を示しました。彼らは、文字通り、法律案のどの条文についても同意しませんでした。しかしながら、彼らは、改正のすべてが間違っていると言っていたにもかかわらず、その後、債務法改正の個々のテーマを対象とする論文や本の執筆を始めました。そして、それをどのように活かすことができるのかが課題となりました。

その時、当時の司法大臣であったヘルタ・ドイブラー＝グメリン女史 (Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin) は、その法律案については、従来のものとは異なる採択の方法を採るという素晴らしい考えに至りました。従来は、連邦司法省は連邦政府の他の省に法律案を送付してその意見を聴取したうえで、州司法部 (Landesjustizverwaltung) に意見聴取し、さらに、すべての団体に意見聴取を行っていました。ここで注目すべきは、消費者団体は1つか2つですが、商業団体は98団体もあったことです。ドイツでは、商業団体は非常に細かく分かれています。ドイツ産業連合 (Bundesverband der Deutschen Industrie) およびドイツ経営者連合 (Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände) の二つの大規模の団体があり、ドイツ商工会議所連合会 (Deutscher Industrie- und Handelskammertag) もあり、同時に、ほとんどの職業について独立した職能団体が存在します。たとえば、機械工学、電機機械産業、手工業のそれぞれについて団体があります。売買法はこれらのすべての団体に関連していることから、すべてが招かれました。

大学教員に対して連邦司法省が採った方法は、従前の債務法改正委員会の構成メンバーを維持して作業を任せるのではなく、その構成員の何人かと、それまで債務法改正委員会に参加していなかった大学教員を参加させるというものでした。その中には、改正に真っ向から反対する大学教員も含まれていました。

これは斬新な方法でした。改正に賛成する者と反対する者が混在していたため、成功するとは考えていなかったのですが、最終的には見事に成功を取めました。このように、意見を異にする学者が席を同じくして検討し始めたことにより、改正自体に関心が集まったのです。法律案の全体ではなく、中核的な部分である債務法総則にどのような改正が必要なのかに焦点を当てて活発な議論が行われました。それまでに経験したことのなかった最高水準の議論であり、かつ、大きな成果をあげたものでもありました。反対していた者が突如として賛成に回るといったことではありません。彼らはその立場を維持しました。私たちは、解決策を求めて苦心し、見つけた解決策を改善していきました。

## ドイツ債務法現代化の経験(1)

最終的な法律案の中には、反対した論者の提案に基づく条文も存在します。

委員会での議論の成果は団体に提示され、最終的には反対意見がまったくありませんでした。ここで重要だったのは、団体を参加させたことでした。具体的には、団体に法律案を送付して、これに対する意見を最後まで待ちました。上記の作業においては、書面での作業に加えて、団体との口頭での話し合いの機会をもつようにしました。

できあがった法律案は、500頁にもほる長いものであったのみならず、内容的にも非常に重要なものでした。それを個々の部分に分けて、さらに協議を行いました。時効法、債務法総則、売買法および消費者保護法の4つの分野について、さらに団体と協議を行いました。これらの話し合いの場には大学教員も招き、理論と実務のそれぞれがどのように考えているのかを把握してもらえるようにしました。このような形で、各条についての協議を行いました。重要だったのは、協議を行って最終的な法律案についての同意を得るという形ではなく、何か提案があった場合にはそれをメールその他の方法で知らせてもらえれば、可能な限りでそのすべてを反映させるように検討する形を採ったことです。単純にすべての提案を反映させて法律案を修正するというのではなく、提案を評価した上で反映するやり方です。協議はこれで終わりとなって変更する余地がないという方法は採りませんでした。こうして、すべての提案を精査し、最後の最後まで適切であると思われる提案をすべて反映させていきました。このようなやり方は、法律案が広く受け入れられるのに貢献しました。協議が終わったその日の夜に、立法理由に対するものを除き、法律案の内容に対する修正を集約し、すべての関係者に送付して、どのような議論がなされたのか、およびその時点での法律案の内容がいかなるものであるのかを把握してもらえるようにしました。その後、再度、中間段階の法律案(Zwischenfassung)を送付し、追加的な変更の提案が届くのを待ちました。もう一度中間段階の法律案を送付し、団体等に対して、もし追加的に何か提案があった場合には、立法者が準備を整えるまでは、そのすべてを検討し取り込んでいくという姿勢を伝えたのです。

このようなやり方を採っていなければ、改正を実現することができなかつたであろうと思います。皆が、改正の対象となる事項の量が多すぎ、たとえその中に何か適切な内容のものがあったとしても、短期間でそれを処理することはできないといていたからです。委員会のすべての委員に対して、このような作業をしてもらうことには非常な労力が必要であることを理解してもらい、法律案ができあがった後でも、それを検討してもらうことに価値があるのだ、と伝えることによって、慎重な検討をしていることを示し、潜

在的な反対論者を抑えることができました。このことは、改正作業にとってまさに決定的でした。改正に成功したのは、EU 指令があったおかげですし、先に述べた草案をすでに有していたからでもあります。また、手続的には、可能な限りすべての利害関係者が意見を表明する実質的な機会を保障したことが大きかったと思います。これらの3つが改正を成功へと導いた主要な要素であって、とくに何らかの大々的な宣伝活動を行ったわけではありません。

(2) 産業界との協議方法について

**【中田】** とても有意義なご示唆をいただきました。日本での経験についてお話しすると、同じく改正委員会が設立されていますが、改正に反対する者は、改正委員会の委員とはなっていないようです。法律案も今のところまだできあがっていません。その前に、公式の改正委員会ではありませんが、私的な改正委員会が学問的な観点から草案を作成しました。少なくとも初めの段階では、実務家も交えて学問的な作業を行うのは容易ではないため、この委員会は、大学教員のみから構成され、およそ2年間作業を続けました。そして、数年以内には日本でも法律案ができあがる見込みです。現段階では法律案ではなく、草案的なものが存在し、これを基に議論することが可能です。ドイツと同じく、日本にも消費者団体や商業団体があります。日本では、産業界では、より高い水準の消費者保護が望まれていないようです。これは問題として、消費者保護を強化しようと試みると、産業界が反対します。その産業界をいかに説得するのが問題となりますが、先ほど先生がおっしゃったように、産業界との協議を行うことが重要であると思います。その協議についてですが、個別的な協議だったのでしょうか、それとも全体として行われたのでしょうか。

**【レンチュ】** その事項に関連するすべての団体の代表を招きました。

**【中田】** 人数としては、何人ぐらいでしたか。

**【レンチュ】** 一つの事項について30人から50人ぐらいの人数でした。さらに、商業団体のみでなく、法曹界の団体、たとえば、弁護士や公証人の会の代表にも参加を求めました。弁護士は日常的に実務的な観点から条文と向き合っていますので、そうした人たちの参加があることは重要でした。改正を行う際には、学問的な観点からのみ考察を行うのか、実務的な考察も加えるのが大切になります。弁護士や公証人の場合に特徴的なのは、結果を得ることを望むということです。彼らは、特定の経済的目的の達成を目指しておらず、実務上いかなる問題が存在するのかを指摘し、徹底的に法的考察を加える

## ドイツ債務法現代化の経験（1）

ことをするので、比較的中立的な立場からの発言ができます。たとえば、売買契約において誰に責任を負わせるのかについては、弁護士は冷静に判断できます。弁護士は販売をしないからです。弁護士は売主または買主に助言をするだけです。実務的な観点から、正しいと思うことを自由に言える立場にあります。理論的な話かもしれませんが、彼らが見解を述べたり、文章で示したりしたものは、他の参加者のそれとは実際にも異なります。そのため、常に彼らに参加してもらっていました。

### （3）実務界を説得させるための戦略的なコンセプトについて

**【中田】** 日本でも、弁護士会は発言力を有しており、利害関係者となっています。日本にはパラリーガルという職業もあり、パラリーガルの数は弁護士のそれを上回っています。パラリーガルの団体も発言力を有していますが、弁護士の発言力はより強いものであると思います。そして、彼らの中には、改正がされなくてもとくに問題はないという観点から改正に反対している者もいるようです。日本はもちろんEUのような連合に加盟していないので、該当する指令のようなものもなく、改正に当たっては自由に内容を定めることができます。もちろん、自由にとはいっても、日本法を国際化し、さらなる発展の基盤を作ることが重要です。この点では、ドイツ法にとってEU法が有する重要性とは次元の異なるものではあります。日本法においても、契約法を発展させる必要性があると思います。そこで、ドイツ債務法改正の立法担当者として、説得のための戦略的なコンセプトを有していたのであれば、その内容について教えていただきたいと思います。

**【レンチュ】** 先ほども申し上げたように、ドイツでは、短期間で、つまり2001年内にEU指令を国内法化する必要がありました。ドイツは、同時に、二つの異なる方向性に進んでいるように感じます。一方では、EUを支持する考え方がありますが、他方では、EUが指令などのような特定の動きをとった場合には、それに強く反対する傾向があります。とくに民法では、少なくとも今までのところ、いつも反対しているといっても言い過ぎではないでしょう。ドイツでは、EUは、りんごの大きさとか、キュウリの形等といった事項のみを取り扱い、民法とは全く関係がないというイメージがあったからです。ドイツでは長い間そう信じられてきました。ドイツは、EUレベルでの多数決による支配に服しており、EUがこれに基づいて機能しているのだということに、長い間気付いていませんでした。そのため、ドイツが反対すれば、他の加盟国が恐れをなし、行動を起こせないと考えてきましたが、実際にはそうではないということがわかりまし

た。

EU 指令等は、時として違和感の伴う内容を含むことがあります。そのような場合でも、ドイツは、その EU 指令の内容を国内法化しなければなりません。しかし、間違ったものであると思っているため、古き良き BGB ではなく、小さな特別法に目立たないように挿入する形で国内法化するというやり方を探ってきました。このようなやり方は、明らかに、賢いものではありません。EU 指令が秘めている可能性を利用できていないからです。すべての EU 指令がそうだというわけではありませんが、ほとんどの場合、それを適切に国内法化することによって、国内法をよりよく、より利用しやすいものにすることができます。1997年の通信取引指令の際に初めて、そのような適切な国内法化がされました。この指令には撤回権についての定めがあり、当初考えられていたのは、特別法の中に撤回権についての定めをおいて国内法化するということでした。しかし、産業界に対してですが、訪問販売、タイムシェアリング、消費貸借契約および通信販売のそれぞれについて撤回権の規定が置かれており、互いに異なるものであるという状況が指摘されていました。そして、たとえば、消費者信用法については、訪問販売における撤回権の規定を準用するというような状況も一部では存在していました。そのような状況の下では、これらの規定は同じように解釈されてはいませんでした。多くの場合、直接適用の場合と準用の場合とでは、その解釈が異なりました。そのような状況をなくすためにも、特別法を設けるものの、全種類の撤回権についての規定を一つの特別法にまとめるという方法を取り、撤回権の期間、体系および要件を統一させました。これについては、いくつかの撤回権の期間が他のものよりも長かったため、反対意見もありました。しかし、事業者が、約款を通じて自発的に撤回権を消費者に付与する場合もありました。それは顧客にとって有益であり、顧客を引き寄せるものであったからです。反対論者は、そのことを認めたくて、2週間以上の撤回期間は設けてほしくないと述べたのです。この経験を通じて、EU 指令の国内法化の機会に、国内法に良い変化をもたらすことが可能だということが示されました。

債務法改正の際にも、いっそう強くこのことを目標としました。売買法のみを改正することも可能でしたが、そうであれば、どうしてついでに請負契約法もまた全体的に改正しないのかという疑問は誰もが思うところでした。そこで、EU 指令の対象となっていた売買契約のみならず、請負契約や、BGB 全体をより良くしてはどうかという課題が現れました。その際、連邦司法省にとっては、次の考え方が決定的な役割を果たしたようです。売買法を対象とした小規模の改正をすれば、新たな問題を生じさせるという

## ドイツ債務法現代化の経験(1)

ものです。新规定と既存の規定との関係がどのようなものになるのかという問題や、どうして売買法のみを改正し、他のところを改正しないのかという問題です。とくに、請負契約法の場合には、このような問題が際立ちます。請負契約のうち、製作物供給契約という特定の類型については、BGB 651条の規定により、売買契約の規定が準用されているからです。

このような事柄を司法大臣に伝えた結果、司法大臣は、EU 指令を成果のない形で国内法化するのではなく、国内法にとって役立つように、より広範囲の法改正を行うことを決断しました。司法大臣はやり遂げたわけですが、司法大臣であればだれにでも、それをやり通すだけの政治力があるわけではありません。反対を押しつけるだけの政治力が必要でした。この点においては、幸運であったといわざるをえません。同じ司法大臣の下で、並行して民事訴訟法の改正も行われました。民事訴訟法の改正では、激しい議論が行われたようなので、運が良かったのかもしれませんが。申し上げたように、債務法改正も、議論なくして行われたのではないのです。

### (4) 産業界に対して行われた説得の具体的な内容について

**【中田】** 他の政治家と協議をして説得するのは比較的容易なことかもしれませんが、一般市民、とくに弁護士および産業界に対しては、どのような内容を伝えることによって説得をしたのでしょうか。

**【レンチュ】** 主に二つの点を強調しました。一つ目は、改正をするかしないかを評価する余地はなく、EU 指令の下において改正せざるを得ないのだということです。二つ目は、産業界にとってより重要な要素になったかと思いますが、産業界がすでにさほど BGB に依拠していなかったのだということです。BGB の大部分は任意規定からなっています。つまり、約款等によって、異なる定めをすることが可能です。強行規定もある程度は含まれていますから、その限りでそれと異なる定めをおくことはできませんが、規定の大部分は任意規定です。実際に、企業はそうした規律を定めてきたのです。たとえば、自動車の売買の場合、BGB の厳しい規定に従って行われる新車の売買契約は、ドイツではまったくといっていいほどありません。たとえば、500,000ユーロもの代金を支払い、高級車を購入したにもかかわらず、6か月の期間制限に服することを受け入れる者はいないからです。産業界自体も、自己の利益を考慮して、そのような状況を望んでいませんでした。車のヘッドライトが壊れている場合に、買主が売買契約を解除できるといった内容は規定されておらず、約款には、売主は、まずライトを修理する機会

を与えられる旨が規定されていました。債務法改正の際の重要課題の一つは、このような二次的な提供への権利でした。これは、約款によって定められているものです。改正の内容が、企業によってすでに定められている約款内容と実質的に変わらないことを強調しました。企業がそうしていたということは、改正前の BGB の質がさほど良くなかったことを示すものでもありました。

要するに、EU 法の下では改正を行う必要があるということと、すでに取引において定められていた内容とさほど異なる内容の改正になるというこれらの二つのことが、決定的な論拠となりました。

**【中田】** 企業がすでにその契約書面において定めていたことを、つまり現実の実務を BGB に反映させることを強調したのですね。

**【レンチュ】** はい。少し誇張しすぎかもしれませんが、原則として、約款によって定められていた内容が BGB に取り込まれたのです。

(5) ドイツにおける CISG の適用状況について

**【中田】** 日本では、改正に際し、国際物品売買条約（以下「CISG」と略する。）などの国際法の規定などもモデルにされています<sup>3)</sup>。こうした方向の民法改正に反対する学者が主張するのは、すでに、従来の規定に関する実務、つまり判例があり、安定しているのだということです。これらの判例等によって適切な規律がされてきたのであるから、他の概念、たとえば、義務違反の概念等を取り込んだ場合、債務者は過失なくして責任を負うことになり、これは従来の日本法と本質的に異なるということです。CISG の考え方の民法への導入に対しては、このような反対意見があります。もっとも、3年前に日本は CISG に加入しているのですが、このことの意味が無視されているように思われます。

**【レンチュ】** ドイツでは、CISG は批准されていますが、その適用を排除することも可能で、商業団体は、今のところ、その適用を排除することを常に推奨しています。このことは、債務法改正の際には、二つの観点から考慮要素となりました。

第一に、債務法改正は、内在的な根拠としては、CISG と同じ方向性のものでした。義務違反の概念は、CISG から来たものです。ただし、無過失責任という要素は、意図

---

3) CISG に関する解説として、とくに甲斐道太郎ほか編『註釈 国際統一売買法 I』（法律文化社、2000年）および『註釈 国際統一売買法 II』（法律文化社、2003年）が有益な情報を提供している。

## ドイツ債務法現代化の経験(1)

的に取り込まれませんでした。ドイツは、異なる体系を有するからです。ドイツでは、責任は、過失の要件が充足されることを求めることによって制限されますが、過失がある場合には、制限なく責任を負うこととなります。CISGでは、これとは異なり、無過失責任を負いますが、その責任は、予見可能性のある損害に限られます。ドイツでは、責任は、予見可能性ではなく、相当因果関係によって画され、その範囲が広がります。これについては、改正をする必要がないと判断しました。債務法改正委員会は、過剰な内容を取り込むことによって、改正による負担をかけすぎることのないよう配慮したからです。

そのため、細心の注意を払って改正を行い、義務違反を取り込みましたが、この概念自体は、契約責任の基礎となっていた、いわゆる積極的契約侵害と異ならないものであって、ドイツ法にとって異質のものではありません。従来から存在していたが、他の名称で呼ばれていたものにすぎなかったのです。しかし、だからといって、CISGに規定されている無過失責任のように、ドイツ法にとって全く新しいものは取り込みませんでした。もしこれを取り込んでいたら、損害の範囲の制限も取り込む必要が生じ、判例がそれを基にどのような判断をするのかがわからず、どのような影響を及ぼすことになるのかが把握できなかったからです。意図的にそれを取り込まなかったわけですが、このことは、非常に重要だと思います。このような、より大きな進展をもたらそうとしていたら、成功していなかったかもしれません。そのような場合には、将来的に必ず機能するような内容になるのだということを、確信をもっていえないからです。契約侵害は、数十年前の、1902年から使われてきた概念だったので、これには問題はありませんでした。

問題は二つあります。第一は、どの範囲までこれを取り込むのかということに関するものでした。第二は、異論が出て、結果として変更したのですが、当時、EUが売買法を準備していたことに関するものでした。売買法は、すぐには出来上らず、現在新たに議論がされているところです。EUがどうするのかを気に留めていました。消費動産売買指令の考慮事由にも述べられているように、同指令は、CISG寄りの方向性を採っています。CISGをモデルとし、多少の変更は加えていますが、原則としてCISGのままなので、同じようにすべきだと考えました。そして、先ほど申し上げた例外を除き、その方向性に従った形で改正を行うという選択肢を採りました。日本はCISGに加入しているとのことですが、日本の産業界がこれについてどう考えているのかが重要になってくると思います。ドイツの産業界は、10年ほど前までは、常にCISGを避けてきました。契約内容を見ると、常に、ドイツ法を適用するが、CISGは排除するとさ

れていました。そのため、CISGが発効していたにもかかわらず、それに関係する実務上の経験は少なかったです。そのうち、CISGを避ける傾向は弱まり、ここ数年間でさらに弱まっています。そうこうするうちに、CISGの適用を回避しているのはドイツ産業連合のような大規模の団体のみであり、より小規模の団体はそうしていないという状況となっています。CISGが、ヨーロッパにおける事業者間取引にとって良いものであることが認識されてきているからです。統一法を使えば、加盟各国の国内法を扱う必要がなくなることになるので、CISGの適用を排除しないという動きもみられます。たしかに、シーメンス社に代表されるような大企業は、CISGの適用に反対しています。大企業の場合には、法務部が独自の内容で契約書を作成していますので、大企業はすべてを自前で処理することを好んで、国家的な規制を一切受け入れようとしません。ドイツ法のうち、そのような大企業が批判する唯一のものとして、債務法改正の際にも変更されなかったBGB 310条1項があります。内容としては、同じ形で従来から存在し続けているものです。すなわち、事業者間契約の条項が、どの程度まで約款規制法に服するのか、ということに関する問題です。これが、シーメンス社の抱える問題です。ドイツでは、従業員の大多数は、シーメンス社のような大企業ではなく、中小企業によって雇用されており、そのような中小企業がまさに重要なのです。中小企業は、もはやCISGの適用を排除することをしていません。日本では、どのような状況なのかわかりませんが、ドイツでは、国内法の内容がCISGのそれと異ならないということは取引にとって良いことであるとされています。改正後のドイツの債務法は、ここでは詳細には語りませんが、ある程度までCISGとほぼ同じです。それが、とても良いことであると考えています。このことは、企業がためらいなくCISGを使用できることを意味し、企業がそうしない場合であっても、結局は、同じ規定が適用されることになるからです。

(6) ドイツにおける売買法について

**【中田】** 個人的には、売買法は、消費者売買とつながるものですから、これをわかりやすく改正することが重要ではないかと考えています。それ以外の部分は、一般人にとってはさほど重要ではないかもしれませんが、この点についてはどうでしょうか。

**【レンチュ】** ドイツの売買法は、もはや維持することのできないものでした。私は、ドイツの代表としてEU指令の審議に参加した際に、それを経験しました。過去に、ブラッセルで消費用動産売買指令の作業に関わりましたが、加盟各国の代表者が議会で採決を行う時に、ドイツを代表するという立場上、反対意見を述べざるをえませんでした。

## ドイツ債務法現代化の経験(1)

何かと、「しかし、ドイツでは、私たちは……」と発言し、他の加盟国の代表者は同情のまなざしで私を見つめていました。それでも、そう述べるほかありませんでした。オーストリアは、ドイツと同じ規定内容であるにもかかわらず、反対していませんでした。その規定内容を維持することが不可能であることが分かっていたからです。しかし、私は、高価な馬の場合であっても時効期間が6週間であることは素晴らしいと主張する必要が常にありました。皆、加盟国の代表としての立場上、自己の見解とは異なる見解を代表しなければならないことは分かっていたましたが、そのような発言をしていたのは私だけでした。それを考えると、時効期間の改正が達成できたのは奇跡的なことです。

**【中田】** 売買で、一般的に考えてみると、2年間の長期の保証期間を設けるのは難しいですよ。たとえば、ヨーロッパでシャープやパナソニックの製品を買った場合、必ず2年間の保証がついてくることになっていて、そうしなければ事業者は製品を売ることができないわけですね。これは事業者にとって大変な負担になると思います。日本では、それとは異なり、一般的なメーカー保証の期間は1年ほどです。そして、それを延長したい場合には、高額ではありませんが、追加料金を支払わなければなりません。消費者保護を考えた場合、日本でも、ヨーロッパと同じように保証期間を延長するのは、合理的なように思われます。ただし、そうした場合、産業界に負担をかけることになります。現在、日本では、これらの事項は約款によって定められていますが、強行規定によってそのような長い保証期間を定めようとした場合には、産業界からの強い反対がありそうです。ドイツでは、そのような事業者の反対があったのでしょうか。

**【レンチュ】** 法律上とくにそのように要請されていないのに、製品を購入した時から2週間の撤回権を付与する店舗もあります。そのような場合には、買主は単に物を返却すれば足り、瑕疵を主張する必要はないのです。しかし、この期間より後に瑕疵が生じた場合には、買主は製造者による保証があるのかを確認することになります。

製造者による保証がある場合には、顧客の立場からは、製造物責任を問うことになります。売主の立場から見ると、製品を駄目にしたのは購入者自身か製造者であり、売主自身は一切それにかかわっていません。製造者による保証がある場合には、すべてが解決しやすくなります。買主は、売主に返品をし、売主は、製造者または輸入者に対して関連する請求を行えば、ことは片付きます。製造者による保証の期間を経過した後が問題です。それについての規定はないのです。瑕疵が存在する場合であっても、そこで終わりです。売主は、そのことに全く関心がないのです。もちろん、2年間の保証期間を

もってしてもこの問題を完全に解決できるものではありません。

この点に関する効率的な制度としては、フランスの直接訴権 (action directe) があります。フランスでは、破産院が、30年か40年前からその判例によって売買法を発展させており、その判決において、物に瑕疵がある場合には、買主は、売主に対する請求権のみでなく、製造者に対しても請求権を有すると判示しました。売主から購入した物について、製造者に修理を求めることが可能です。売主が、自己が責任を負わないという立場を採る場合には、そのような解決になります。個人的にはドイツでもこのような制度について検討する必要があると思っていますが、ドイツでは、そのような議論はされていません。

ドイツでは、どの売主も、いかなる場合においても、責任を負うのは自分ではないという立場を採っています。そして、顧客たちに、法律上どうなっているのかについて不正確なことを伝えています。そのため、ドイツでは、売主が、法律上どうなっているのかについて説明してきた場合には、それが本当かどうか注意をする必要があります。本当であることもあるかもしれませんが、ほとんどの場合はそうではありません。法律上何らかの規定があるのだと主張されますが、それは本当ではありません。このような状況については、私たちはそれほど考えてきませんでした。そのような請求権を導入した場合には、結果として、取引を駄目にしてしまうと考えていました。このような状況では、売主という存在がはたして必要なのでしょうか。本来ならば、まったく必要になりません。この考え方が正しいのかは、私には分かりません。しかし、いずれにせよ、売主が、自分たちは全く責任を負わないと主張することにより、結果として、瑕疵担保と保証が取り違えられることになります。BGB 477条によると、売主は、顧客に対して、法律上の瑕疵担保に基づく請求権はいかなるものなのか、そして、売主がそれに追加して任意に提供する保証がいかなるものであるのかについて説明しなければなりません [BGB 477条1項]。そうすれば、買主は、2年の期間は法律上絶対的なものであり、排除することができず、その期間を確保するために金銭を支払わなくて良いのだということが分かります。しかし、このことについて、すべての顧客に対してそのように説明していると思われますか。いつも、保証についてしか説明せず、誰もその意味が理解できていないのです。問い合わせがあった場合には、彼らは、法律上の保護を意味していたのだと言い逃れをしますが、その場合でも、保証の延長について説明します。非常におかしなことです。これは、実際に、不正競争防止法上の問題です。規定は明確なので、解釈の余地はさほどありません。にもかかわらず、この規定は、まったく顧慮されてい

## ドイツ債務法現代化の経験（1）

ません。製造者の保証という解決が採られるからです。売主たちは、製造者との間で、製造者が特定の給付を行うことを約束します。そのようなことができるのは、大規模の売主、たとえば、大規模のチェーン店の場合であり、そのような売主は、不快感を露にして製品を製造者に送り返すだけなのです。現在はそのように運用がされています。そのためにも、直接訴権について検討する必要があると考えています。当時、私はこの問題に気付いていなかったので直接訴権を導入しませんでした。今であればより明確に状況が理解できているので、直接訴権の導入を提案していたであろうと思います。

【中田】 ご指摘の提案は、とても興味深いものだと思います。

【レンチュ】 債務法改正の時には、取引を煩雑にしないために、強くこれに反対しましたが、今では、それは間違いだったと思っています。この点について、真剣に議論する必要があると思います。

【中田】 事業者が、CISGを使用する意図があるのかも問題となりますね。責任を回避しようと思うなら、事業者にとっては、CISGの方が好ましいことになるのでしょうか。

【レンチュ】 BGB 478条により、求償権を認める規定を設けました。物に瑕疵がある場合には、たとえそれが製造者による瑕疵であっても、売主は、自己も責任を負わなければならないというその役目を果たすことを避けたいときは、どうして買主が、瑕疵を生じさせたと思われる製造者に直接請求しないのかと疑問に感じるのではないのでしょうか。

【中田】 私もそう思います。もっとも、日本の消費者契約法によると、売主は、瑕疵担保の責任を負いたくない場合には、製造者が保証に基づき修補などの責任を負担しているときであれば、約款により自己の責任を排除することができます。そうすると、売主は自己の責任を拒み、買主は、製造者に請求をする他ありません。

【レンチュ】 問題なのは、そのような保証についての約款を誰も読まないことです。それは、製品と共に梱包の中に入っているので、読むことができません。たとえば、パソコンを購入した場合、保証について説明する書類は製品と共に梱包されています。つまり、購入者が、事前に保証についての約款を読むことはないのです。

そして、製造者が、売主が法律上負う責任と同内容の責任を負う形を採っているのか否か購入者には分からないのです。ほとんどの場合には、違いがあります。そして、そのような場合には、買主にとって、製造者と売主のうちのいずれに請求を行うことができるのかがどうでもよいことではなくなります。それが今存在している問題です。

(7) ドイツにおける約款規制について

【中田】 次に、約款についてのご質問が三つあります。一つ目は、債務法改正の際に、約款規制法（Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen：以下、当該法律を指すときは「AGBG」と略する。）を取り込むという提案についてとくに問題となったことはあるかということです。二つ目は、事業者と消費者間のみならず、事業者間でも約款規制を行うことに抵抗はないのかということです。そして、三つ目は、ドイツの産業界が国際取引で、約款規制を回避するためにドイツ法を準拠法として用いない傾向があると指摘されることがありますが、立法担当者としては、この点についてはどのように考えていたのかということです。

【レンチュ】 まず、どうしてBGBにAGBGを取り込んだのかについてですが、その理由は次の通りです。先ほども少しお話したように、ドイツでは、消費者保護に関するEU法の規定内容に満足していなかったため、最も好ましい形でそれを国内法化することができていませんでした。ドイツは、ほとんどいつもEUの立法に反対してきており、あまり好ましくない方法で、これらの規定を特別法に取り込んできました。このやり方には、主に二つの欠点がありました。一つ目は、これらの特別法の間における内容の調整ができていなかったということです。訪問販売についての撤回権を定める特別法を設け、タイムシェアリングについて定める特別法も設けられましたが、他の特別法の内容がどうなっているのか、もしかしたら類似する事項についての定めが置かれているのではないのかということについて確認をすることはありませんでした。二つ目の欠点は、これらの特別法が存在し効力を有していたにもかかわらず、特定の専門家を除き、一般的にあまり知られていなかったということです。たとえば、ミクリッツ先生（Prof. Dr. Hans-W. Micklitz）やライヒ先生（Prof. Dr. Norbert Reich）などは、これらの特別法について研究し、知っていたわけですが、一般の民法の先生がこれらの法律を扱うことは、まずありませんでした。

【中田】 それは、契約自由を害するよくないものとみるような考え方ですか。

【レンチュ】 背景にあった考え方は、それは、民法ではないというものでした。その考え方は正しくないのですが、民法には取り込むのに値しないものであるかのように扱ってきました。そう考えられていました。その結果、法律家の大半はこれらの法律について知りませんでした。債務法改正前に大学を訪れて、学生に、訪問販売における撤回権についてどのようなことを知っているのかを聞いてみても、何も知りませんでした。このような状況こそを変えたいと思っていました。基本的な命題は、BGBにないものは、

## ドイツ債務法現代化の経験(1)

一般人には知られていないのだということです。「一般人」とは、何かを購入する一般人のことではありません。そのような一般人は、BGBの内容もよく知りません。ここでいう「一般人」とは、法律家全般のことです。彼らは、実際には、そのような取引が重要であるにもかかわらず、特別法の内容はそれほど重要ではないとの考え方から、結局のところ、特別法の内容をも知らないままだったのです。

これらの特別法をBGBに取り込むことによって達成したかったのは、特別法の内容を調整することのみでなく、BGBと特別法を調整することでもありました。EU法自体の調整ができていないため、この目的を達成するのは困難ですが、考えていた以上の調整が可能となりました。たとえば、期間を統一することは可能です。ドイツでのそのような動きの結果として、EU自体が消費者権利指令にドイツ法の時効期間を取り入れました。このことは、ドイツに還元することができます。撤回権の説明も、ドイツ法の展開を追う形でEU法に取り込まれました。これらについては、BGBと特別法の調整が予想以上にうまくいったと評価しても過言ではないと思います。

商業団体は、こうした動きにさほど関心を示しませんでした。その理由は明らかで、企業に関心をもっていたのは、内容的な部分です。とくに14日間への撤回期間の延長だけだったということです。そして、それは、通信取引指令の国内法化の際に達成できしており、債務法改正の際にはとくに変更を加えることなく、それを移行して統一する形を採りました。それは、いわば取引の土台であったので、これに変更を加えることはしませんでした。このことは、AGBGについてもいえます。AGBGについては、債務法改正前は、AGBGを見なければ、BGBがどこまで適用されるのかが分かりませんでした。BGBだけを見たならば、若干の強行規定を除き、残りのすべての規定と異なる定めを置くことが可能であるかのように見えました。内容規制は、AGBG 9条2項2号に基づいていました。この論拠に対して反論できる内容はあまりなかったと思います。たとえば、ウルマー教授(Prof. Dr. Peter Ulmer)のように、BGBにAGBGを取り込むことに反対していた者たちは、AGBGの価値が下がるということではなく、AGBGについてのそのコンメンタールがどうなるのかということと、a, b, cなどの段数がたくさんある条文を取り込むことにより、引用がしにくくなることを恐れていました。AGBGを取り込むのに最適のBGBの場所を探しだし、a, b, cなどの段数をなるべく少なくするように心がけました。結果として、良い解決策を見つけることができたと思っています。ウルマー先生もそのような評価をされ、コンメンタールをもちろん書き続けています。現在でも、各条文を一つにまとめた形での注釈書が存在しているのです。

AGBG の条文だけを注釈したい場合には、BGB 全体についてのコンメンタールを書く必要はありません。彼も、そのようにしてこの問題を解決しました。そして、この問題は次第に消え去り、今日では、もはや誰もこれについて語りません。AGBG に対しては、内容的な、損害賠償請求権の排除その他の事項について細かい修正を加え、国内法化をする際に補足をしました。これについてのキーワードは、欧州司法裁判所のオツェアノ・グルポ判決です<sup>4)</sup>。こうして、立法手続においては、約款法の権威であるウルマー先生やその他何人かの同じ見解の先生との議論を除き、実際にはもはやまったく議論がされませんでした。消費者保護法を専門とする先生方は、BGB への消費者法の編入を良いものとして評価していました。編入をするための理由を認めることができたからです。ウルマー先生は、結局、この理由に対して何らかの適切な反論をすることはできませんでした。ウルマー先生が、このような動きを、法律内容に対する攻撃として見ていたというわけではありません。彼は、それを不要な動きとして評価していましたが、本質的な反論ができるというわけでもなく、それを認めました。今日では、このことはまったく問題とはされていません。

(8) BGB への AGBG の取込みと消費者保護について

**【中田】** とても興味深い説明です。日本でも、民法に消費者契約法を取り込んだ方が良いのかについての議論があります。その議論の内容は、ドイツでの議論の内容と似ています。消費者契約法を民法に取り込まない方が良いとする見解は、主に、消費者法が民法化されて、そうすることによって消費者保護の水準が低くなるのではないかということとを理由として挙げています。ドイツでは、AGBG を BGB に取り込むことについてそのような批判はなかったのでしょうか。

**【レンチュ】** ドイツでは、ある条文を巡って活発に議論がされています。その条文とは、BGB 310条1項です。これによると、約款規制に関する同法の規定は、EU 指令とは異なり、消費者との契約、つまり事業者・消費者間契約のみでなく、事業者間契約についても適用されます。もっとも、事業者間契約の場合には、特定の約款の禁止は、文言に忠実に適用されるのではなく、規定全般の解釈が考慮されます。さらに、取引慣行も考慮されます。この条文自体は、議論の対象にはなっていません。議論の対象となっているのは、ドイツ連邦通常裁判所（以下「BGH」と略する。）の判例です。具体的には、民事第8部の判例です。この部は、動産売買法を管轄しており、問題の多くは、この分

4) Joined cases C-240/98 to C-244/98 *Oceano* [2000] ECR I-04941.

## ドイツ債務法現代化の経験（1）

野に見られます。

簡単に申し上げますと、BGHは、BGB 310条1項は、約款規制の条文が事業者間契約にも適用される旨を規定するものであると単純に理解しました。この理解では、禁止されている契約条項が事業者間契約に含まれている場合は、その条項は、事業者がそれを遵守しなければならないか否かを問わず、BGB 307条2項に従い無効となります。しかし、立法者は、元々はそのように考えていませんでした。「元々は」というのは、AGBGが制定された1976年には、という意味です。このことは、産業界を刺激しました。シーメンス社の法務部担当者は、この議論を先導しています。シーメンス社であるのは単なる偶然で、他の会社であってもおかしくありませんでした。その担当者によれば、シーメンス社はドイツ法の代わりにスイス法を適用しており、スイスでは、約款規制を、ドイツのように広範囲に使っていないとのこと。しかし、彼は、それについての証拠を示すことができません。彼は、国内裁判所の手続を使用したことがまったくなく、常に、仲裁裁判所の手続を使用しているからです。その契約には、いつも、仲裁条項が含まれています。そのため、スイス連邦最高裁判所の判例に基づいて、スイス法が実際により厳格ではないことを証明することはできません。

たとえば、シーメンス社が、取引相手である日本の会社と契約を締結した場合において、ドイツの裁判官が、消費者契約の場合と同じ基準でBGBの規定に従ってその契約条項の不公正性を審査できるのかが問題となります。この点については、もちろん、シーメンス社と日本の取引相手が自由にその契約内容を決めることができることについては争いがありません。問題となるのは、中小企業の場合です。中小企業との契約においては、市場力が強い企業が、より市場力の弱い企業に、契約条項を一方的に押し付ける可能性があります。この点がドイツでは重視されています。AGBGの規定は、BGHの判例を1976年に法典化したものでした。そして、BGHの判例の多くは、消費者ではなく、中小企業に関するものでした。そのため、約款規制法が事業者間契約を対象とすべきでない主張するのは、的外れです。事業者間契約こそがその原点です。BGB 310条1項が目指したのは、企業の自己責任を重視した、より柔軟な約款規制です。その間、これを緩和することについては具体的な提案も出ており、それを実行したならば、この議論も終わると思います。私の考えでは、BGHが実際に事業者対事業者の関係について比較的過度に厳格であるのには、相当の理由があります。BGHがその判例を変更することは可能です。ただ、私自身がBGHに所属している経験からいえば、BGHの判例を変更するよりも、新たに法律を制定した方が容易であると思っています。

(9) 事業者間契約の規制と CESL について

【中田】 事業者間契約の規制について関連するものとしては、ヨーロッパ共通売買法規則提案（以下「CESL」と略する。）があります<sup>5)</sup>。日本法でも同様の問題があります。今のところ、日本には、事業者と消費者との契約を対象とした消費者契約法しかありません。しかし、実際には、情報の格差といった観点からも、消費者と同視すべき中小企業がたくさんあります。この問題についてどのような方向性を採るべきなのかは、一概にはいえないと思います。そのような契約にも同法の適用を拡大することに対しては、企業からの強い反対があります。

【レンチュ】 それはやや浅はかな対応ではないでしょうか。すべての企業を視野に置く必要があります。数年前、ドイツでは、失業者に対して、自らの事業を開始することを奨励する動きがありました。モットーは「Ich AG（＝自分自身で企業を立ち上げる）」というものでした。そのような者が立ち上げた企業は、消費者と同視できます。しかし、外見上は、企業として存在します。このような企業は、力の観点からも、見識の観点からも、平均的な企業と同等であるということではできません。CESL はまさに、中小企業を消費者と同様に扱うものですが、ここで困難なのは、その定義です。定義が定式化されれば、その理解は可能ですが、それでは不十分です。「500人の職員」がいるということは、市場力について何を物語っているのでしょうか。あるいは、会社の知的な遂行力について物語っているのでしょうか。この問題は難しいものであり、より良い解決策を持っているというわけではありません。これを成し遂げることができるのは判例だけです。BGH が、その判例を新たに形成し、消費者保護法からすべてのものをそのまま借用すべきではないのだという方向性を採るための根拠を、規定の中に置く必要があるでしょう。これは、おそらく、柔軟な表現と判例をもってのみ達成できるものだと思います。EU がしたような過度の定式化は、奇妙な結果をもたらします。CESL ではそれなりのつじつまは合っていますが、その施行に成功するかはきわめて疑わしいと思います。

【中田】 そのため、日本のある学説は、消費者契約法の類推適用を考えています。しかし、その場合には、「消費者」の概念を定義することが同様に重要になります。これはかなり難しいことで、特定の方法論が必要になり、検討が必要です。

【レンチュ】 実務上の例として、第8民事部で取り扱われた、女性弁護士の事例があります。ある女性がパソコンを購入した後で、その売買契約を解除しました。解除権を行

---

5) CESL の翻訳として、内田貴（監訳）『共通欧州売買法（草案）』（商業法務、2012年）がある。

## ドイツ債務法現代化の経験(1)

使するためには、彼女は、条文に規定する「消費者」でなければなりません。彼女は弁護士です。BGHによると彼女は、売買契約を解除することができるかとされました。人は、自営業主や被雇用者としてその事業の領域において活動する場合を除き、常に消費者です。この分類は明確にできるものでなければならず、明確に分類できない場合には、人は消費者であり、たとえ、本来ならばより多くの情報を持っていたであろうとされるときでも、契約を解除することができます。個人的には、これはさほど間違っているものではないと思います。もちろん、人が商人、自営業者または自由業者である場合には、情報を得ていなければならないということはできます。しかし、あらゆる自由業者、たとえば、開業医を念頭に置いた場合には、医療機器の売買においては取引経験を有しているかもしれませんが、はたして、パソコンには精通しているのでしょうか。このことについては、おそらく、他の者と同じく素人なのです。このことに鑑みると、どの属性で行為しているのかを考慮するドイツの主観的な消費者概念は、さほど悪いものではありません。その事業のために何かを購入するといった場合には消費者の権利を機能させるべきではないという考え方では、原則的な解決方法として、税金対策としての領収書をもっているかどうかによるものもあります。何のための領収書であると書いてあるのかをみるのです。この消費者概念を通じて、私たちは良い経験を蓄積してきました。必ずしも論理に適ったものではありませんが、さほど悪くありません。EUの影響を受けてはいますが、EUのものよりも範囲が狭く、根本的にはさほど悪いものではありません<sup>6)</sup>。

債務法改正の際に検討した他の問題としては、消費者契約法があります。ドイツでは、過去においても、現在でも、どのようにして消費者契約法を設けることが可能なのかについて議論がされています。たとえば、消費者法典を設けるべきなのかということです。

**【中田】** フランスと同じようにということですね。

**【レンチュ】** はい。フランスやオーストリアと同じようにということです。消費者保護法という形です。このような法律の利点は、消費者保護に関するすべての規定を一つにまとめることができるということです。しかし、そのような法律には欠点もあります。一般市民の法の知識に対する悪影響です。この議論には、いくつかの次元があります。一つ目の次元は消費者間契約で、これらの契約はBGBによって規律されます。二つ目の次元は消費者と事業者との契約で、いわゆる消費者保護法によって規律されることに

---

6) 主観的消費者概念については2013年の消費者権利指令の国内法化で明文化された。

なります。最後に、事業者間契約の次元があり、BGBによると、ドイツ商法典（以下「HGB」と略する。）によって規律されることとなります。これをさらに拡大するなら、契約法規定を含む事業者法（Unternehmensgesetz）というものも考えられ、HGBは、部分的にそうなっています。こうなると、法の内容について正確に知ることが困難になり、また、二重規律の問題も生じてきます。ドイツ民主共和国（DDR）には、そのような状況が存在しました。市民法典（ZGB）と契約法（Vertragsgesetz）、国際契約法（Internationales Vertragsgesetz）が存在していましたが、そのような状態については評価されていませんでした。それでは人々は法の内容を把握することができないからです。

これに関連する一つの逸話があります。ボンにある連邦司法省に、何かを修理するために職人が来て、到着次第すぐに「一つ伺いたいことがあります。車を買ったのですが、妻は、買うべきではなかったと思っています。そこで、車を返却したいのですが、可能ですか。」と聞きました。どこで車を買ったのか、インターネットで購入したのかと聞くと、彼は、「いえ、商人から直接それを買ったのですが、それでも撤回することができますよね。」と答えました。彼は、ドイツでは、単に消費者であれば、すべての契約を撤回することができると思っていたのです。しかし実際にはそうではありません。そして、様々な法領域があればあるほど、そのように間違っと思われがちです。消費者は、消費者保護法の下で受ける保護を、事業者とのすべての契約において受けることができるとしてしまいます。このことは、結果として、法秩序の細分化をもたらします。これを考慮すると、原則として統一的な規律を設け、必要に応じて、これに対する例外を定めた方がよいです。その方が、複数の規律を置いたり、他の法律を準用する形を採ったりしなくてすむため、いわば経済的でもあると思います。熱心ではないものの、そのような議論もされてきています。すぐに消費者保護法が絶対に必要なのだという大きなロビー活動があったわけではありません。消費者団体は、それが悪いことであるとは思っていませんが、その内容がより重要になると考えています。

#### 10 意思表示法の拡張について

【中田】 日本での状況について少しお話しますと、消費者契約法は、消費者保護全般にわたる法律で、主に意思表示の瑕疵、いわゆる約款規制や団体訴訟の三つの領域について定めており、10年ほど前に施行された新しい法律です。現在、私は消費者契約法の改正について検討するワーキンググループに所属して、この改正を検討しています。もちろん、現在の形でも、消費者契約法はかなりの程度の消費者保護を達成していますが、

## ドイツ債務法現代化の経験(1)

これを民法に取り込んだ場合には、消費者保護の水準が低下するとの議論があります。私人間では民法の規定が適用されるのに対し、消費者契約法は事業者と消費者との契約に適用されますが、消費者契約法の中に一般原則がみられるので、これを民法に取り込むことができます。そして、そのような一般原則を通じて、民法の規定、たとえば、意思表示の規定の適用範囲を拡大することが可能です。たとえば、消費者契約法には、イギリス法の不実表示 (misrepresentation) に相当する規定や、適用範囲の拡大された強迫や詐欺の規定等があります。しかし、そのような規定を民法に取り込んで一般化する場合には、その適用範囲を狭める必要があるとされてしまい、消費者の保護水準を低下させるおそれが生じます。こうした観点から消費者保護の水準が低下するとの批判があるのです。

【レンチュ】 保護水準を低下させるおそれがあるのはどうしてでしょうか。

【中田】 私人間の関係においてもこれらを適用する必要性が生じるとしても、一般化されることに伴って、これまでのような強い保護を与えるべきでないとの議論が生まれるからです。実際に、一般化することがどの程度まで可能なのかは別問題ですが……。

【レンチュ】 消費者契約法のそのような規定を通じて、意思表示に関する新たな経験が蓄積され、その経験がプラスのものであれば、それに関する法的課題を統一的に規律してもよいのではないのでしょうか。通常、契約の相手方による強迫や詐欺があった場合には、それに関する規定を適用するのは容易ではないからです。ドイツの場合であれば、おそらく、そのような規定を何らかの方法で BGB に統合する選択肢をとり、統合に際しては、通常、保護水準を低める方向性ではなく、高める方向でこれを行います。偶然にも悪い経験が蓄積されたというような場合でなければ、特定の法分野において到達された水準を下げるのに賛成する者はいないからです。反対に、うまくいった場合には、ドイツでは、すべてをこれと同じように規律しようといえます。消費者契約法の一定の部分が事業者との契約の締結とはまったく関係がないとしても、それがよいものであれば消費者契約法以外の契約についても同様に定めることは可能です。

【中田】 そうですね。関連する問題としては、「消費者」と「事業者」の概念を民法の中におかなければならないか、というものがあります。「消費者」の概念についてはとくに問題はなさそうですが、「事業者」の概念はいわば商法に属するものです。民法に、商法の規定を取り込むことができるのかが問題になります。いわゆる、「私法の商法化」という問題です。ドイツでは、当時そのような問題についても考慮されたのでしょうか。

【レンチュ】 この問題については、分類について検討した際に、簡単に議論しました。

HGBは、厳格に、商人＝事業者にしか適用されないものではありません。最も重要な例外となるのは、私人の引っ越しの場合です。誰かがその私的な、家の引っ越しのために引っ越し業者に依頼をした場合についての規定はBGBではなく、HGB 451条以下にあります。そして、それは、その者が消費者である場合においても変わりません。これは、もちろん、誰にも想像できなかったことです。そのため、ご質問の件については、ドイツでは適切に議論をすることができません。HGBは、BGBを基礎として構築されています。私たちは、BGBを中核的な法典として見えています。そして、平等な扱いのような個々の課題等のために特別法が現れた場合でも、誰も、異なる契約締結または錯誤による取消しの規定を、個々の領域について設けようという考えを持ち出すとは思えません。

【中田】 フランスやオーストリアは消費者保護についての特別法を設けており、ドイツのみが民法典に消費者保護法を取り込む選択肢を採りましたね。

【レンチュ】 そうですね。相反する方向性ですね。

【中田】 統合モデルを採用したのは、ヨーロッパでは、ドイツだけなのでは……。

【レンチュ】 ヨーロッパについていえば、その性格からして、あまり参考とはならない部分があります。EUは、個別権限付与の原則に従って機能しており、これによると、EUには、民法を規律する権限がないからです。EUは特定の問題を解決することについてのみ権限があり、もちろん、それが民法に関するものである場合もあります。ただし、そのような場合の流れは、問題を出発点とするものであり、法典化を出発点とするものではありません。ですから、消費者保護については権限を有するが、民法については権限を有しないということになると、消費者保護法において何が必要になるのかを熟慮する必要があります。EUが民法をその視野に入れることができないことは、権限に由来しています。

#### (11) 「消費者」概念の民法への導入について

【中田】 先ほど申し上げたように、たとえば、消費者契約法の改正に関するワーキンググループでは、並行して進められている債権法改正を消費者契約法の観点から支援したいと考えています<sup>7)</sup>。とくに議論がされているのは、「消費者」概念を民法に取り込むことができるか否かです。訪問販売や割賦販売は、それぞれ特別法で扱われています。このようなやり方は、まさにドイツ法をモデルとしたもので、法が細分されています。

7) 河上正二編著『消費者契約法改正への論点整理』（商事法務、2013年）。

## ドイツ債務法現代化の経験(1)

訪問販売についての規定は、特定商取引法という法律におかれています。以前は、訪問販売法という法律がありました。電子商取引や通信販売についての規定も特定商取引法に含まれており、かなり複雑な内容になっています。

【レンチュ】 その様子は容易に想像できます。

【中田】 この状態が続いている中では、知識豊かな法律家が一読して、その内容を把握することはさほど容易ではありません。シュミット＝レンチュ先生がドイツでされたように、日本で現在の立法作業を調整されている内田貴先生は、その著書において、これらの法律、とくに特商法が「消費者法」とされるものの、消費者がその内容を読んで理解することは容易ではないと指摘されていました<sup>8)</sup>。

【レンチュ】 ドイツでも同じ状況です。ドイツにはもちろん消費者保護の法律がありますが、一人一人の消費者が実際にそれを読むことは期待できません。読んでも理解することは困難です。ドイツでも、消費者保護法の規定は比較的複雑です。規定をより理解しやすいものにするためには、裁判官に一定程度の裁量権を付与する必要がありますが、人々はそれを嫌がり、裁判官が広範囲な裁量権を有さず、規定の命じる内容通りに裁判を行うことを希望します。そのためにはより多くの規定が必要になり、規定が増えると理解が困難になります。

【中田】 特別法なので、一般法よりも厳格にするということですね。

【レンチュ】 そうですね。結局のところ、同じ用語を用いているが、まったく異なる解釈をするということです。これは、法の予見可能性を幾分損なうものであるため、法律家にとっても好ましいことではありません。しかし、何が正しいのかを一般化していうことはできません。これらの異なる規定の下、20、30年問題なくやってきました。そして現在でも、問題なくやっています。

【中田】 個人的な見解ですが、日本では、たとえ債権法改正の際に適切な売買法の改正を行わない場合でも、やはり、消費者契約法の改正が必要になるように思います。一つのやり方としては、パンデクテン体系に固執しない形で消費者契約法の適用範囲を広めて、そこに種々の個別の消費者契約を取り込むというものがあります。いわば、純粋な消費者契約法・売買法を作るということです。民法を改正するよりも、そのような方向性で消費者契約法を改正することの方が簡単かもしれません。

【レンチュ】 それを、いわゆる発展的な法 (Fortschrittsgesetz) として捉え、より発展

8) 内田貴『民法改正——契約のルールが百年ぶりに変わる』(筑摩書房, 2011年) 116頁。

させるためにはどうしたらよいかを検討することができます。そして、むしろその領域を対象としてこの法律を試してみても、その適用による数年間の経験を基に民法に取り込むことができます。

【中田】 私もそう思います。現在の債権法改正委員会には、声高に債権法改正に反対する学者は参加していません。もしかしたら、反対されている学者を参加させた場合には議論が困難になるとの懸念が背景にあるのかもしれませんが。

【レンチュ】 ドイツでも以前同じような状況がありました。債務法改正前は、主に二つの立場が採られていました。一方では、民法を専門とする古典的な大学教員の採る立場があり、彼らは、消費者保護法のうち AGBG には満足していましたが、その他の法令には全く関心がありませんでした。そして、大学の講義でも、彼らは、その他の規定にはさほど重要性がないと教えていました。しかし、現在ではそのような状況はありません。BGB に取り込まれてからは、消費者保護法はおろそかにすることができるものだという考え方を持っている民法学者はもはやいません。消費者法が教えられていない大学もありません。したがって以前はそのような二つの立場がありましたが、現在ではもはや存在していません。BGB に含まれていない規定は周知されにくいので、重要なことは BGB に取り込んだ方が良く考えました。そして、現在の学生たちは、消費者保護法の規定をすぐに思い浮かべることができます。

【中田】 私は、他の先生方と共に、民法入門的な教科書を執筆したことがあるのですが、そこでも、消費者法や消費者契約法についてできるだけ記述するようにしました。消費者事例を扱い、その際には、民法以外の規定についても解説しました。そうでないと、紛争を実際にどのように解決できるかが見えてこないからです。

【レンチュ】 私も、講義を行う際にはそのようにしています。学生のほとんどは弁護士になるわけですが、実務ではどうかといいますと、消費者保護法を知らない弁護士というのは、消費者にとっても、弁護士自身にとっても危険です。そのような知識は、持つべきものです。

【中田】 そうですね。日本では現在、消費者法を民法に取り込むべきか否かについて議論がなされています。私自身は比較的明確な立場を採っており、民法にも消費者法の規定があるべきだと考えています。当初は、先ほど申し上げた内田先生もそう提案されていきました。内田先生は、民法は消費者法なのだと言われていました。しかし、実際には、先ほどレンチュ先生がドイツについてご指摘されたように、企業は民法を用いないで契約を締結しており、民法が必要となるのは、消費者の側です。他方で、債権法改正

## ドイツ債務法現代化の経験(1)

委員会はまた、リース契約やファクタリング契約等も民法に取り込むべきだという提案をしています。

【レンチュ】 多くのものを取り込めば取り込むほど、難しくなってきます。意図的に何かを外に置くことも必要で、そうしなければ、計画が容易に巨大化しすぎることになります。より多くのものについても考えることができたはずですが、そうはしませんでした。当時抱えていた課題はたくさんあったので、それ以上のものを処理することは全できませんでした。

【中田】 日本の民法改正における約款規制の提案について述べますと、ドイツ法をモデルとしており、現在、これを民法に取り込むべきか否かも検討されています。事業者・消費者間契約についてはさほど問題はありませぬ。事業者間契約を民法に取り込むことには抵抗が強いのですが、必要性もあると思います。それは、中小企業が存在するからです。中小企業は、「消費者」であるとも考えられますが、このような観点から、消費者保護を拡大するのは必ずしも容易なことではありません。

### (12) 監督官庁間の管轄権の争いについて

【中田】 さて、次に伺いたいのは、ドイツでは、監督官庁間での管轄争いによって立法が困難となるというような事態が生じることはないのか、および、もしドイツでそうした事態がある場合には、立法担当者としてどのように対処するのか、またどのように対処したのか、ということです。

【レンチュ】 ドイツでは、管轄は比較的統一的に規定されており、紛争は明確に分類されています。連邦司法省は、民法のみでなく、競争法に関係するすべての法令およびEUが「経済的な消費者保護」と呼んでいる分野、たとえば、訪問販売、通信販売、消費者信用等の分野に関する法令について管轄があります。ドイツには、消費者保護に関わる省庁がありますが、いわゆる、公法上の消費者保護のみを管轄しています。ただし、公法のうち、金融に関するものは連邦食糧・農業・消費者保護省の管轄ではなく、連邦財務省の管轄にあります。連邦経済技術省にはこの領域に関する管轄はなく、いわゆる公法上の経済法を管轄しています。民法に関連する同省の唯一の管轄としては鉱業法があり、その他の分野については、産業界の意見を代表する形で参加するだけです。このように、管轄が明確に区切られているため、債務法改正に関する事項は、連邦教育・研究省が管轄していた通信教育を除き、連邦司法省の管轄でした。このように、監督官庁間の管轄についても問題はありませんでした。

そして、連邦政府の同意を得ることも、驚くほど容易にできました。私たちは、連邦経済技術省の同意を得ることが困難になるだろうと思っていました。消費動産売買指令の場合がまさにそうでした。簡潔に述べますと、連邦経済技術省は産業界の立場を、その背景に何があるのかに関わりなく採用する傾向にあります。連邦司法省は、これとは異なる立場を採っていました。連邦司法省は、産業界の利益だけでなく、他に存在する利益も見て、衡量するよう試みていました。このようなことは、経済問題の場合にはほとんど行われていません。消費動産売買指令の国内法化の場合には、私は特定の立場を持って取り組んだわけではないので、現行法を表現することに徹底しました。そして、それは効果を上げました。債務法改正の際には、上記のような管轄問題はまったく生じませんでした。もちろん、技術的な課題はありましたが、根本的な対立ではなかったのです。これは、司法大臣の努力のおかげでもあると思います。司法大臣が事前に他の大臣に明確な説明を行っていたため、私たちは、専門的な課題に集中して取り組むことができました。私自身、同僚がより良い考えを持っていたり、誤りを指摘してくれたりすることは大変ありがたく、そのような場合には、争うことなくそれを採用しました。いずれにせよ、根本的な方向性については全く問題がありませんでした。

### (13) ヨーロッパ私法の平準化について

【中田】 債務法改正時に、立法担当者として、すでに存在していたヨーロッパ私法の平準化の動きに対して、どのように受け止めていましたか。

【レンチュ】 CISG については、すでに申し上げた通りです。さらに、ヨーロッパ契約法原則（以下「PECL」と略する。）も考慮しました<sup>9)</sup>。こうした試みに対してなされた非難の中には、PECL に対するものがあり、当時は、間もなく完成するであろうと思われていたヨーロッパ契約法があるのだとするものもありました。たとえば、時効法においては、PECL ではどのように規律がされているのかを確認しました。ツインマン先生（Prof. Dr. Reinhard Zimmermann）も PECL との相違などを確認しましたが、当初の提案は、PECL からかなり離れているものであり、誤ったものでした。当初の提案では、時効期間は現行法と同様に3年でしたが、請求権の発生時から3年としていたのは誤りでした。そのような規律の下では、自己に請求権があることに気付く前に、

9) PECL については、オーレ・ランドー＝ヒュー・ビール編（潮見佳男ほか監訳）『ヨーロッパ契約法原則Ⅰ・Ⅱ』（法律文化社、2006年）およびオーレ・ランドー＝ヒュー・ビール編（潮見佳男ほか監訳）『ヨーロッパ契約法原則Ⅲ』（法律文化社、2008年）が有益な情報を提供している。

## ドイツ債務法現代化の経験(1)

当該請求権が時効によって消滅する可能性があるからです。すでに早いうちにこの問題に気づきましたし、もちろん、消費者団体を含めて、いろいろな指摘も受けました。結果として、不法行為に基づく請求権の消滅時効が原則的なものとなるように規定しました。つまり、BGB 852条に定めた通りの規定となったのです。当初、これは機能しないであろうと思っていました。時効期間の進行の開始が、請求権を基礎づける事情を知った時を基準としており、結局、発生の時ではなく、請求権が発生し、その発生基礎となった事情を知った時となっていたからです。それでうまく処理できるとは思っていませんでした。しかし、これは成功し、PECLとも完全に調和していました。このようにPECLと同じような内容を採用したものの、債務法の部分ではPECLからかなり離れており、CISGの場合と同様の問題が生じています。このことは不思議ではないのです。PECLはCISGに基づき、CISGの考え方をより発展させたもので、このことは悪いことではなく、これらが強く連結していることを明らかにしておく必要があります。

共通参照枠草案(以下「DCFR」と略する。)においても、状況は原則として同様です<sup>10)</sup>。この提案も、PECLを基礎にして改善を加えたもので、内容的に大きな違いはみられません。代理等においては相違がみられますが、債務法改正の際に扱った部分とは重なっていないので、抵触するものではないのです。ここでとくに述べなければならないのは、CESLが、従来のものとは若干異なるということです。CISGにより近いものとなっており、たとえば、損害賠償責任は無過失責任とされています。これは、ドイツにとって問題となり得るところですが、今のところこれに関する議論はみられません。ドイツでは、従来からの考え方が採られています。つまり、根本的かつ全面的に反対しています。今のところ、各々の規定をそれほど深く検討することはしていません。反対しているのはドイツだけではなく、多数の国がそうです。しかし、それらの国がいつまで反対し続けるのか分かりません。その内容がどのようなものになるのかによって変わってくるのかもしれませんが。

私自身は、こうした統一法を作ること自体は良い考えだと思っており、以前に、これとは内容は異なりますが、次のような提案をしたことがあります。ヨーロッパ全体にわたって、売買法と消費者保護法の双方を含む共通の売買法を設けるという提案です。ヨーロッパにおける契約法の平準化がどのように機能するのかについての良い実験にな

---

10) DCFRの翻訳については、クリスティアン・フォン・バールほか編(窪田充見ほか監訳)『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則共通参照枠草案(DCFR)』(法律文化社、2013年)がある。

ると思います。過去の良い経験として、CISG と EU 消費者保護法がありますので、これを統一する形を採ることができれば、各国がその国内法において苦心する必要がなくなります。この提案をした際には、私は、消費者法において実現可能な作業が、その最高水準で行われていることが想像できませんでした。それが、ここで明らかになりました。それでもなお、個人的には、これが良い提案なのか疑っています。消費者に有利な内容のCESLを望む事業者がどれほどいるのかが分からないからです。もしかしたら、企業側も、自分たちの製品は良いものであり、良い製品には欠陥がないのだから、同法の適用に対してとくに異議がないということになるかもしれません。そのような可能性もあると思います。「ランズエンド LANDS' END」というアメリカの会社は衣類を販売していますが、無制限に撤回権を付与しています。このようなことは、アメリカでは、ドイツより頻繁に行われています。製品に欠陥があった場合には、20年後でも、それを送り返して新たなものと交換してもらえる場合もあるようです<sup>11)</sup>。

#### (14) ドイツ契約法における過失責任について

**【中田】** ドイツ契約法の過失責任についてお尋ねしたいのですが、この点については、無過失責任を採用する CISG の立場が良いとも考えられます。日本法は、本来の条文の構造からすると、いわゆる過失を要件とする形ではありません。しかし、ドイツ法の学説継受の影響の下、契約法では、過失責任原則が採用されています。不法行為法の場合なら理解しやすいのですが、契約により規律をした場合には、過失のようなあいまいな概念を使用することは、リスクの分担において問題を生じさせることはないのでしょうか。

**【レンチュ】** 私見によれば、過失責任原則は、契約法上の損害賠償責任においても望ましいものであると考えます。リスクの分担について規律したにもかかわらず、すべての事項について予見することができないからです。過失責任に依拠したとしても、責任が生じる場合があります。ある者がより強い責任を引き受けた場合には、その責任は、故意や過失にかかるものではないとされるからです。そして、引き受けられたリスクの領

11) ランズエンド社ホームページによれば、返品対象の期限はない。ただし、顧客の自己都合による返品の場合、返送料は顧客が負担するとされている。また、交換についても期限はなく、購入後1か月以内の商品の交換の場合には、顧客が返送料を負担する必要はない（新しい商品の配送料も無料である）が、購入後1か月を経過した商品の交換の場合には、顧客が返送料を負担するとされている。[http://www.landsend.co.jp/return/cs-return,ja\\_JP.pg.html](http://www.landsend.co.jp/return/cs-return,ja_JP.pg.html)（2014年8月31日閲覧）

## ドイツ債務法現代化の経験（1）

域でみられる、保証責任（Garantiefhaftung）と呼ぶことができるであろうものがあります。しかし、これと異なる見解をお持ちである場合には、保証責任を意味のある内容で捉えるためには、帰責事由、故意または過失が必要になります。引き受けられたリスクと密接に結びついているものとしては、売買契約における瑕疵に基づく損害賠償責任があり、これについては議論の余地があると思います。この場合には、特定の性質を有するものを売却しているのだから、いったいなぜ、売主は、何らかの理由によりその特性がなく損害が生じた場合でも、責任を負わないのでしょうか。改正前のドイツ法では、物の瑕疵の場合を除き、権利の瑕疵についてはそのような内容の保証責任の規定になっていました。現在では過失責任で統一されており、権利の瑕疵の場合も過失責任が適用されます。そのため、権利の瑕疵の場合でも、物が何らかの特性を有するという約束以上のものがなければならず、リスクが引き受けられなければなりません。

黙示的保証（implied guarantee）も、一つの可能性であると考えています。つまり、性状の合意には、物が特定の性状を有しているという表明以上の何かが含まれていると理解するという事です。私としては、これを提案可能なものとして見えています。しかし、これが使えるのは、瑕疵損害、そして、もしかしたら限定的な瑕疵損害の場合のみかもしれません。本来の瑕疵損害から離れれば離れるほど、売主に過度の負担をかけないための制御が必要となります。これは、できるだけ帰責事由で処理することになります。つまり、ある事柄がリスクの範囲外にある場合には、そこからは、帰責事由であるかが再び問題となるということです。これを制御するためには、別の方法もあります。帰責事由がないにもかかわらず買主に請求権が付与される余地があるのは、物に瑕疵が認められるからであるが、売主が、離れたところにある（entfernt）瑕疵損害まで責任を負う必要はないという理由づけで、損害賠償を認めないというものです。立法する場合には、これらのいずれかの解決を採ることが可能です。その際に問題となるのは、どの範囲まで行くのか、解決策がまとまっているのか、売主に過度の負担を課すのを避けるべきなのか、という事柄です。

**【中田】** 一つの例として、次のようなものがあります。売主が器具を売った場合において、梱包された器具が買主に届き、買主が梱包を開けて器具を確認したら作動しないので、店舗に返送して別の新たな器具を受け取りたいときについてのものです。返送をするには費用がかかります。しかし、売主としては、自分は梱包済みの器具が作動するかどうかを確認することはできないのだから、過失がないといえます。この場合には、売主には過失がないと思いますが、誰が責任を負うのが望ましいのでしょうか。

【レンチュ】 ドイツでは、この問題は、かなり綿密に区別して扱われます。売主は、新品の物については、梱包を開けて中身を確認する義務を負わないのです。そのため、新品が機能しない場合には、損害賠償責任を負いません。

もっとも、これとは別の問題として、その製品を修理する場合に、修理にかかる費用をどちらが負担するのかということがあります。ここで採られている解決は、売主は、契約を解除されることなく、修理をする機会を与えられるのだから、その修理にかかる費用を全額負担するというものです。ここでさらに論点となるのは、修理をどこで行うのかということです。より具体的には、修理が行われる場所への、物の送付にかかる費用をどちらが負担するのかが問題となります。BGH 第8部民事部の判事たちは、注目に値する判決を言い渡しました。彼らは、物は、売主の下で修理されなければならないとしました。そうすると、買主は、物を梱包して売主に持参しなければなりません。たとえば、私がベルリンで何かを購入し、ラップランドに住んでいる場合には、物をラップランドからベルリンまで送付しなければなりません。送付代金が高額になります。しかし、BGH は、このことは費用負担の問題とは別問題であると判示しました。つまり、BGHによると、私は物をベルリンに送付しなければならないが、ラップランドからベルリンに物を送るのにかかる費用は、売主が負担すべきだということです。これは、BGH が、消費動産売買指令から取り込んだ、非常に勇気のある解決です。つまり、ドイツでは、損害賠償の問題として扱われる問題の一部がそう扱われていないのです。そのため、修理や送付の費用は損害賠償では問題にならず、瑕疵担保に基づく権利の問題として扱われています。なぜかという、売主は修理をする権利を有し、修理をしない場合には、買主は、売主に物を返還することができるからです。

【中田】 修理や交換をする際の費用は、買主が負担しなくてよいということですね。

【レンチュ】 その通りです。BGHの判例によると、修理にかかる送付の費用は、最終的には売主が負担します。買主は、その費用を立て替えるにすぎず、後で払戻しを受けます。

【中田】 過失の有無とは無関係にということですよ。

【レンチュ】 はい、そうです。このことは、過失の有無とは無関係です。修理の場合には、過失の有無は関係ありません。売主が保証責任に基づいて支払う場合と同様の結果になります。その根拠が異なるだけです。損害賠償ではなく、修理の費用だということであり、それを売主が負担します。

## ドイツ債務法現代化の経験(1)

### (15) 意思表示法の拡張について

【中田】 次にお尋ねしたいのは、意思表示法の拡張といったことは考えていたのか、そして、ドイツ法は、こうした要請があるとして、これに対してどのような方法で対応しているのかについてです。

【レンチュ】 債務法改正の際には、総則の規定には一切手を加えませんでした。これらの規定は対象外だったのです。対象とはなっていなかったものの、この点についての改正が必要だったのかというと、私見によれば、必要ではなかったと考えています。ドイツ法には、錯誤または詐欺による意思表示の場合の取消しについての規定があります。この規定の適用範囲は十分なものなのですが、問題が生じるのは、当事者の一方が、他方当事者から不公正な利益を得た場合です。このような状況については、瑕疵ある意思表示の問題として考えられていませんでした。これについては、良俗違反の場合における無効についての規定に基づいて解決がされているのです。

この規定には、二つの要件があります。一つ目は、暴利行為の要件です。この要件は、従たる役割を果たします。単に互いの給付に著しい不均衡があることだけでは充足されず、相手方の無思慮および無謀さを利用したことも必要になります。この主観的要件を証明することは非常に困難で、まれにしか成功しません。これに成功することができるのは、暴利行為の場合のみです。

二つ目の要件は、善良の風俗に反する取引は無効であるとするものです。この要件には、その文言からは窺えない意味が判例によって付与されました。つまり、取引が善良の風俗に反するのは、給付の著しい不均衡があつて、かつ、より良い方の給付を受ける者に非難に値する行為事情がある場合だとされています。これは、一見すると、二つ目の要件が証明できないという、暴利行為の場合とまったく異なる結果へと導くかのように聞こえます。私が所属するBGHの判決では、一方の給付が他方の給付の2倍以上である場合には、著しい不均衡があるとしました。これは単なる指針で、事案の97%か96%の場合にはそうであるかもしれませんが、これをそれほど厳密に述べたわけではありません。たとえば、住居の価格が、その住居の本来の価値よりも2倍のものである場合には、非難に値する行為事情の存在が推定されます。この推定は、覆すことができます。そして、推定が覆されなかった場合には、契約が無効となります。これにより、相手方による搾取のほぼすべての事例に対応することができます。これによって対応できないのは2倍という数値より明らかに下の事案で、非難に値する行為事情の存在が証明できる場合は比較的まれです。

【中田】 しかし、それは、一種の対価規制となるのではないのでしょうか。

【レンチュ】 必ずしもそうだとはいえないと思います。価格が適切なのかを検討するのではなく、物の価格が、その本来の価値よりも2倍以上のものであるような場合に介入しますので、その場合に限り対価規制だといえます。しかし、たとえば、価格が本来の価値よりも2倍以上ではなく、60%高いものであるということなどを確認するだけの場合には、対価規制ではありません。後者の場合には、契約は無効とはならず、単に当事者の一方について有利ではないだけです。このような場合に使えるのは、錯誤や詐欺による取消しについての規定であり、これらの要件も満たされない場合には、それで終わりです。

【中田】 日本の消費者法には、不実表示についての規定があります。たとえば、スイカの場合を例にとると、甘さというものの感覚は人によって異なりますが、現在では、甘さを測ることができる機械もあります。そして、甘いスイカだといわれて買った者が、家に戻って実際にスイカを食べてみたら甘くなかったという場合には、それだけでは、契約を取り消すことはできません。しかし、たとえば、糖度が10の場合にはスイカが甘く、7の場合にはあまり甘くないとして、売主が、売る際に、そのスイカの糖度が10だから甘いと言って、買主が、それを信じて買って、家に戻って測ってみたところ7しかなかったとしますと、消費者は、この売買契約を消費者契約法の不実告知であるとして取り消すことができます。この場合は、ドイツ法では、錯誤として容易に処理することができるのでしょうか。

【レンチュ】 ドイツの場合だと、まったく異なる解決方法が採られます。二つの可能性があります。一つ目は、売主が、そのスイカの糖度が10であることについての保証を引き受けた場合です。その場合には、その約束を履行していないわけですので、買主は、契約を取り消すことができます。もちろん、解除をすることも可能です。または、損害賠償を請求して、その枠組みにおいて、契約の清算（Rückabwicklung）を求めることもできます。

二つ目の可能性は、悪意の欺罔（Arglist）です。悪意の欺罔により特定の性質が存在すると信じさせ、または存在しないことを秘匿した場合、たとえば、糖度10だと言っていたのに、実際の糖度は7であったり、何も言わないが、10であるという印象を与えたりした場合には、悪意の欺罔が存在し、悪意の場合には、二次的な提供の機会はありません。悪意により欺罔された者は、直ちに契約を解除することができます。先ほどと同じ結果とはなりますが、この場合、その結果は、売買契約法的な瑕疵担保の観

## ドイツ債務法現代化の経験（1）

点から導き出されます。

**【中田】** ドイツでは常に、瑕疵担保に基づく権利が錯誤に基づく権利に優先するのでしょうか。

**【レンチュ】** はい。そうしなければ、錯誤法（Irrtumsrecht）が、瑕疵担保法の要件の効力を失わせることとなります。そのため、BGB 119条2項の規定〔物についての錯誤による取消し〕は、使うことができません。主張できるのは、まったく買う意思がなかったということか、欺罔されたということのいずれかです。これらの二つの取消要件は両立しますが、物の性質についての錯誤の要件は両立しません。その場合は瑕疵担保法が優先し、解決策を提供することになります。

**【中田】** 食品表示として「糖度 10」と表示されている場合には、保証が存在するといえることになるのでしょうか。

**【レンチュ】** そうですね。それは解釈の問題です。しかし、そのような表示が不実のものであり、売主が事前に測量をしている場合には、悪意の欺罔の問題となり、やはり、契約を取り消すことができます。

**【中田】** 日本の場合には、消費者契約法の中にそのような規定があります。その規定を民法の中に取り込むべきかについては議論がなされていますが、そうした場合には、その規定は、おそらく事業者間の契約にも適用されるかもしれません。

**【レンチュ】** ドイツの場合には、先ほども申し上げた通りで、さらに、錯誤による取消しは、すべての契約に適用されます。瑕疵担保責任も、すべての契約に適用されます。とくに消費者に限って適用されるということにはならないのです。非難に値する行為事情のある場合に限り、もしかしたら、事業者間に関しては状況が異なる可能性があります。推定規定がその場合にも効力を有することになります。

**【中田】** この場合には、誤った情報の提供を受けたとして、情報提供義務違反を主張して、これに基づいて損害賠償を請求することも可能なのでしょうか。

**【レンチュ】** ドイツでは、根拠が異なります。義務違反があるとされるのは、スイカがその糖度を有していないということについてです。このことはスイカの瑕疵であり、そのことについて保証を引き受け、または過失がある場合には、損害賠償請求をすることができます。売主が、糖度を測った上で嘘をついていた場合には、故意があります。その場合には、損害賠償責任が生じます。修補をすることはできません。そして、契約を解除することが可能です。結論は同じなので、そのような規定は必要になりませんが、この問題はもちろんドイツでも存在し、ただ異なる形で解決されます。

不実表示がドイツでどのように扱われているのかについては、すでにお話した通りです。契約締結上の過失は、そう簡単には使われません。もっとも、それによって解決する場合があります。つまり、不実表示については特定の規定がありませんので、使えるものを色々使うわけですが、場合によっては、契約締結上の過失責任を用いることもありえます。しかし、例として挙げられたスイカの事例では必要ありません。それを使わなくて済みます。

10 ドイツ約款規制における透明性原則の機能について

【中田】 次に、ドイツの約款規制において、透明性の原則がどの程度機能しているのかについての質問に入りたいと思います。

【レンチュ】 ドイツの約款規制に関する法には、二種類の規制があります、一つ目によると、すべての約款は、抽象的な規制の対象となります。ここでは、条項は、可能な限り不利に解釈されます。そして、この不利な解釈による場合でも条項が不明確である場合には、無効となります。このことは、通常は約款規制の対象とならない、価格について定める約款の場合も同様です。BGB 307条1項2段によると、透明性を有していないので無効であるということになります。価格条項は透明性を有していなければならず、もちろん、価格条項の内容は自由に決めることができますが、明確でなければなりません。そして、明確でない場合には、価格条項の全部が無効になります。比較的厳格な規定内容です。

【中田】 透明性の原則は、判例によって形成されたのでしょうか。それとも、EU 指令によるものなのでしょうか。

【レンチュ】 ドイツ法では、EU 指令よりも前に、1976年のAGBGにおいてすでに透明性の原則が存在していました。EU 指令は1993年のものです。それまで存在しておらず、債務法改正によってはじめて導入されたのは、価格に関する定めの場合の透明性原則についての規定です。従来のAGBG 8条には、価格条項は規制の対象とならない旨が定められていました。しかし、EU 指令は、その適用対象となる消費者契約に限ってはありますが、透明性の原則が適用されるべき旨を要求していたので、債務法改正により、BGB 307条1項2段の規定を設けました。この規定によると、価格に関する定めも透明性を有するものでなければならず、透明性を有しない場合には無効となります。それは、原則として、物の価格ではなく、実際に物の対価としてどのような給付がなされるのかに依ります。

## ドイツ債務法現代化の経験（1）

【中田】 日本でもこの点についての新しい判例がありますが、時間との関係もあるので説明を省略します。EU 規制型の消費者契約アプローチと、ドイツ型の約款規制型のアプローチとで、何か具体的な違いが生じていますか。

【レンチュ】 EU 約款規制と、ドイツ約款規制の内容は異なります。EU は、消費者契約であることを基礎としています。EU が権限を有しているのは消費者保護についてなので、当事者の一方が事業者、他方が消費者でなければならず、EU 指令もそのように構成されています。ドイツでは、これとは異なり、約款規制は判例により従来から事業者間契約を中心に構成されてきました。そして、同じく判例により、そのような約款規制の中に消費者保護が含まれるようになりました。消費者契約の場合の約款規制も、ここにその起源を有しています。1976年には、これらの判例の内容が法典化されました。そして、EU 指令の国内法化の際にも、それは変わりませんでした。ドイツはより強い保護を提供しているわけですが、それが可能なのは、下限の平準化を求める指令だったからです。必要だったのは、適用する際の障害を取り除くことでした。ドイツの従来のAGBGでは、約款が存在していなければならず、約款とは、当事者の一方により、複数の契約において使用するために事前に作成されたものをいうとされていました。この点についても、EU 指令の内容は異なります。EU 指令では、決定的となるのは、複数の契約において使用する意図のある標準契約なのか否かではなく、約款であることと、消費者との契約であることです。つまり、理論的には、消費者との契約において一度しか使用されない標準契約であっても、問題がありません。そして、BGB 310条3項には、事業者による最初の使用があった時点で複数の契約において使用するものであると認められる旨が定められています。こうして、体系を維持しつつも、EU 指令の要求に応えています。EU 指令は、約款といえるためには、複数の契約において使用されるものだという考え方に基づいてはいません。この違いは、根本的な考え方の違いからくるものです。ドイツ法は、事業者が複数の契約においてその約款を使用する場合には、力関係に不均衡があることに注目しています。これとは異なり、EU法の考え方では、事業者は常に消費者より優位に立っており、約款が特定の消費者に対してのみ使用されるのか、複数の消費者に対して使用されるのかは無関係です。そのため、ドイツでは、これを調整する必要がありました。ドイツでは、体系を保つようにしつつ、幾分か統一された体系をもつようにしました。その結果、事業者間で締結された個別の契約は、何ら規制を受けないのです。これについては、もしかしたら、他の解決方法もありうるのかもしれませんが、しかし、今のところ、これを順調に適用してきました。

(17) 役務提供（サービス）契約について

【中田】 BGBにおいて、役務提供契約といった新たな典型契約についての議論はあるのでしょうか。

【レンチュ】 BGBにおいては、そのような議論は一切ありません。役務提供契約とみることができるほとんどの種類の契約について、規定がおかれています。たとえば、BGB 611条以下の雇用契約は、労働契約とは分離されていますが、役務提供契約にも適用されます。これらの規定は、有償事務処理契約についての規定である BGB 675条によって補完的に適用されます。これには、委任法を準用する旨が記されており、他にも、雇用契約法にはないが、役務提供契約において必要となる規定が含まれています。

ドイツでは、これらの規定で十分であるとされています。EU 法では、役務提供契約というものはより広く捉えられています。EU 法では、ドイツ法でいう雇用契約だけでなく、すべての請負契約およびリース契約を含む賃貸借契約も含まれています。リース契約については、ドイツ法には特別の規定はなく、賃貸借契約の規定を適用します。こうして、一連の、まったく異なる規定があります。結局のところ、役務提供契約は、ドイツでは単一の契約類型としては規律されてはいないが、規律自体はあるということができます。ドイツでは、今のところ、このように細分された規定が置かれており、このやり方を変える必要は生じていません。このような広い適用範囲の役務提供契約が新たに導入されたならば、ドイツ人の多くは混乱していたことでしょう。これらの三つの類型、つまり、役務提供契約を、有償事務処理契約、請負契約および賃貸借契約に区別することに慣れてるからです。こうして、そのうちのどれかに規定がない場合でも、適用される規定が全くない状態にはなりません。

【中田】 役務提供契約については、日本では、しばしば、消費者関連の深刻な問題が生じており、日本では、新たに規定を作ることも考慮されていますので、先ほどの質問をさせていただいた次第です。

【レンチュ】 ドイツでももちろん、消費者保護との関係で規定内容を改善する余地はあると思います。考えなければならないのは、実際に、消費者にとって、何において不足が生じているのかということです。すぐに思い浮かぶのは、種々の修理契約ですが、これらについては、実際には、厳格な規定が置かれており、その規定は、同じく厳格に適用されています。それは請負契約法です。価格条項の必要があるのかもしれませんが、ドイツでは、これは、約款規制の枠組みにおいて、透明性の原則を通じてなされています。このような状況は、部外者にとってはもしかしたら物事を複雑にしているのかもし

## ドイツ債務法現代化の経験(1)

れませんが、今のところ何か根本的なものが間違っているという意見が述べられているわけではありません。

**【中田】** 日本でよく起きているのは、たとえば、ある学習塾に入学したが、先生や授業内容がよくないので退学したいと思ったときに、なかなかできないという問題です。具体的には、たとえば、解約告知の期間が長かったり、退学の際にお金を返還してもらいたいと思っても、断られたりすることがあります。

**【レンチュ】** 今ご指摘の点は、まさに動機の範囲を越えるものですね。これについても、何かした方が良いのではないかと考えましたが、今のところ何もしていません。ここで問題となるのは、どのようにして契約条項が作成されるのかということです。ほとんどの契約は、書面によって締結される必要がありません。約款がその効力を有するためには、消費者は、事前にその内容を知る機会を与えられたことが必要となります。しかし、契約条項が交付される必要はありません。今のところ、約款を交付すべきであるという一般的な請求権はありません。そのような請求権があるのは、通信金融サービスについてです。個人的な見解としては、これが、この契約類型にのみ制限されているということは誤りであると思います。つまり、消費者が、実際に契約の内容がどうなっているのかを知るために、事業者が契約条項の提示を求める請求権を、すべての契約において認めるべきであると考えています。そうすると、濫用についての議論が出てくるわけですが、それに対応することはできます。通信教育契約については、通信教育契約法に広範囲の規定が置かれています。規律されていないのは、通常教育契約です。そのような契約は、雇用契約法の適用を受けます。具体的な給付の結果についての義務を負っているわけではないからです。規定によって提供されている保護は、基本的には以上のようなものです。約款に記されるような、どの先生が来るとか、契約がいつ解約可能なのかなどといった事項については、BGBでは規律していません。

### (18) ドイツにおけるファクタリングについて

**【中田】** 日本の状況について申し上げますと、内田先生からの情報によると、資金を確保するためのファクタリング契約についての強い必要があるとのことでした。

**【レンチュ】** 国際ファクタリングに関するユニドロワ条約 (Factoring-Übereinkommen) の際に議論がありました。そのような議論の契機となったのは BGB 399条の規定で、そこには、債務関係に基づく債権について、譲渡することができないものである旨を約束することができる定められています。そして、そのような合意が

された場合には、債権を譲渡することができません。この規定は、もちろん、そのような禁止を合意した場合において、債権譲渡が必要となったときは、邪魔になります。そのため、ドイツでは他の解決が求められ、HGB 356条にそれを見つけることができました。ここでは、商取引については、この禁止がかなり制限されています。今のところ、債権については、これ以外には何もあります。債務法改正の際には、このことについてはこれ以上検討しませんでした。これについては、ファクタリング条約によってすでに解決がされていたからです。そのため、当時は、この問題は取り扱われませんでした。

【中田】 ドイツでは、たとえば、ファクタリング以外の、類似の方法で企業が資金を得ることは可能なのでしょうか。

【レンチュ】 それについては、今は何も思い浮かびません。ドイツは、ファクタリング条約を批准しています。ファクタリングについての国内法の規定としては、譲渡法に関する数少ない規定があります。そして、HGBの規定もあり、それにより、譲渡禁止が明らかに制限されています。今は、これを代替できる他の制度は思い浮かびません。他の担保があれば別ですが……。債権質もあり得ますが、譲渡の禁止が債権質の設定の禁止を導くため、これも役に立ちません。

#### 19 日本の債権法改正にあたって留意すべき点について

【中田】 最後に、日本での債務法改正について、どのようなことに最も注意すべきであるのか、もしお気づきの点があれば、ドイツでのご経験を踏まえてご助言やご感想をいただければと思います。

【レンチュ】 ドイツ法の改正のうち、実にすばらしかったのは、時効法に関するものでした。現在、ドイツ法において、実際に原則として適用される規定があるのは非常に便利です。私がこのことを最も評価しているのは、数々あった時効法の特別規定をほぼすべてなくして、一つにまとめることができたからです。債務法改正の後、二つの法律を通じてこれらの時効法の特別規定をほぼすべて削除しました。個人的には、このことによって、相当な安心を得ることができたと思います。また、義務違反の考え方も適切な形で取り入れられました。現在、学生にこれについて教える際には、講義が順調に進みます。もちろん、彼らは勉強をしなければならないわけですが、ただ、義務違反が中核的なものとなりますから、以前のようにどのような義務に対する違反がなされたのかに焦点を当てなくてもよいこととなります。これは説明しやすく、決定的なものであると

## ドイツ債務法現代化の経験(1)

思っています。同時に、売買における物の瑕疵担保についての特別規定を削除したことは、非常に幸運な判断だったことが判明しました。権利の瑕疵についても、同じく削除しましたが、このことについては、効果はさほど明確ではありませんでした。これについては、旧債務法総則に基づく保証責任があったからです。しかし、私たちが、動物売買その他のものにおける異なる扱いから離れたということは、本当に重要でした。総則規定が単純に適用できるという状況は、有益であったことが判明しました。それにより、境界をどのように区切るかという数々の困難を回避できたからです。

この点については、ヴェスターマン先生 (Prof. Dr. Harm Peter Westermann) がよく語られている適切な事例があります。お嬢様のためにペット店からハムスターを購入されたとしましょう。そして、家に戻られた後、お嬢様が、これは雌のハムスターではなくて、雄のハムスターだと言ったのですが、はたして、雌のハムスターは、瑕疵ある雄のハムスターだということになるのでしょうか。従来のドイツ法では、これは重要でした。つまり、雌のハムスターが瑕疵ある雄のハムスターだとした場合には、瑕疵担保権および損害賠償を有するのは、詐欺および保証の場合のみだということになっていました。しかし、雌のハムスターが雄のハムスターとは全く別のものであるとした場合には、債務法総則の過失責任その他の規定が適用されることになっていました。現在ではもはやそのような議論は必要ありません。それは成功であると思っています。先ほどの例は多少滑稽なものではありますが、どこが境界線なのかという問題があり、これに関するライヒ裁判所 (Reichsgericht) の判決が多数あります。これについては、使用可能な明確な境界線を見つけることはできません。

これらの三つの事柄と、後は、四つ目として、BGB に消費者法を取り込んだことが大きかったと思います。これも大きな成功であったと思っています。今日ではもはや、すべての者が消費者保護法について知っているからです。もちろん、詳細が分かっているというわけではありません。しかし、今日では、弁護士が消費者保護法全体を見過ごして、結局、顧客の力になれない、といったようなことはもはやありません。

これらの四つの事項については、とくに満足しています。

**【中田】** 先生には、長時間のインタビューにお付き合いいただき、またどのような質問にも明快なお答えを頂戴することができて、感謝とともに感動しております。本当にありがとうございました。

[カライスコス アントニオス]

## 2 ユルゲン・バーゼド教授

Prof. Dr. Jürgen Basedow

マックス・プランク外国私法及び国際私法研究所所長

日時：2012年3月5日 9時00分～10時30分

場所：ハンブルク（マックス・プランク外国私法及び国際私法研究所）

### (1) 監督官庁間の所掌をめぐる争い

【バーゼド】 質問票によれば、日本では監督官庁間で複雑な、政治的な争いがあるようです。ドイツでは、商法や民法、消費者法について一つの監督官庁、つまり連邦司法省にのみ管轄権があります。連邦司法省が唯一、法案を作成することになります。もっとも、連邦政府で法案の採決が行われ、連邦司法省による法案はいずれも他の監督官庁に送付されることになります。ドイツには連邦食糧・農業・消費者保護省や連邦経済技術省がありますが、これらの監督官庁には立法についての管轄権はなく、法案作成のイニシアティブは連邦司法省にあります。他の監督官庁は連邦司法省の法案に署名することになります。たしかに、他の監督官庁から独自の要望がなされることもありますが、一般的には、明確に管轄の割振りが行われていますので、管轄権のある監督官庁にその権限があるということです。

【中田】 実際には、場合によって、監督官庁固有の管轄権そのものについての争いがあるのではないのですか。

【バーゼド】 たしかに、日本のような状況において、すべての契約法の統一を望むのであれば、固有の管轄権を有する三つの監督官庁の存在を考慮しなければなりません。特定商取引法には経済産業省が、民法には法務省が、消費者契約法には消費者庁といった具合になるのでしょうか。どの監督官庁にも、もちろん、管轄権を主張しようというインセンティブがあるでしょう。この点は、ドイツよりも日本の方がより際立っているのかもしれませんが。ドイツでは、民法（広義の私法）は、すべて連邦司法省に管轄権があります。連邦食糧・農業・消費者保護省は、正確な情報提供や公共の利益、消費者保護、食糧、健康分野などの領域を扱っています。もっとも、連邦食糧・農業・消費者保護省は、連邦司法省の私法に関する主要な管轄権を尊重します。消費者保護は広範な領域を扱う事柄です。たしかに、形式的には連邦経済技術省に EU 関係についての管轄権があります。ただ、以前に、連邦経済技術省の担当者から受け取った電子メールによれば、連邦経済技術省に EU 関係については管轄権があるものの、連邦司法省が事実

## ドイツ債務法現代化の経験(1)

上管轄している、ということのようです。かつて、〔連邦司法省にのみ管轄権がある〕そうした状況を変えようと、政治的な試みがなされたこともあって、いくつかの細かい点の修正が試みられたのですが、連立政権においてこれを実現するには至っていません。連邦司法省によれば、消費者保護関連法規を BGB に統合することを望むのであれば、連邦司法省に管轄権があるとしておくべきである、ということのようです。

**【中田】** 連邦司法省にあるのですか。

**【バーゼドー】** そうです。このような状況は100年以上にわたって培われてきたものです。ビスマルク (Otto von Bismarck) の時代に成立した連邦司法省には、当時ほとんど管轄権がありませんでしたが、帝国宰相の法律顧問がしだいに力を得るようになってきました。国民はそのような背景があることを知らないとは思いますが……。

### (2) 債務法現代化に対する評価

**【バーゼドー】** 私自身は債務法を現代化することに賛成でした。そもそも、法律が、徐々に BGB から外へ出て行くようになってしまった、というのが重要なポイントです。といいますのも、民法典は、市民である私人間の法律関係にとって重要なものでなければなりません。現実には、BGB の「外」にある事柄がより一層重要になっており、BGB が次第に空洞化しつつあるからです。たしかに、市民が BGB を読むとは思いませんが、法文化的な主張として、民法典には実際的な意義もあり、民法典は学生が学ぶ必要のある規定だけを取りまとめたものではない、ということができます。この点が、私が賛成する第一の理由です。第二の理由は、すでに2000年の時点で私法のヨーロッパ化を目指すという機運が高まっていたから、という点にあります。当時、私は、司法大臣に対する書簡の中で、ドイツは現代的な債務法を有するべきであり、こうすることで、ドイツが、とくにヨーロッパの議論の中に一つの要素を加えることができる、と指摘しました。さらに、他の国における現代的な規律にも目を配ることになるでしょう。民法典の歴史を紐解いてみれば、日本では、1898年当時、最も新しい民法典が BGB で、それ以前にはフランス民法典がありました。このように、新しい民法典に着目するのは、最も新しい法が現代の経済や社会の要請を最もよく反映していると思うからであって、このように考えるのはごく当然のことであるといえるでしょう。

**【中田】** その書簡は今もお持ちでしょうか。あるいは電子的な方法で保存されていますか。

**【バーゼドー】** 10年以上も前の話です。当時、パソコンを使わずに働いていましたの

で存在しません（笑）。それに、非常に短い書簡でした。当時、ドイツの民法学者の間では改正に反対する署名活動がありましたが、私はそれに署名しませんでした。その代わりに、連邦司法省とパッサウの同僚に向けて、今お話しした内容の書簡を送りました。これについては、その同僚が非常に怒り、司法大臣が非常に感動した、というわけです。

### (3) 債務法現代化に対する学界の反応

**【バーゼドー】** 学者間では、当時、伝統的な考え方が圧倒的に主流を占めていたように思います。債務法は、物権法と同じくほぼ100年の歳月を経ていました。学者は、教科書や注釈書の中で、その内容を教えてきました。このことは、経済的にみても、より重要な要因であるといえます。彼らは従来立場に依拠していました。これまでに蓄積されてきた理念という、一定の財産があったからです。法律家は新しいものを好まないといわざるをえません。まったくの誤解かもしれませんが、個人的な印象としてはそのように見えています。

### (4) 債務法現代化に対する消費者団体および経済界の反応

**【バーゼドー】** 消費者団体では、改正に対する反対意見はなかったように思います。逆に、消費者団体は、消費者団体の法律家が法制度全体を見渡すのを維持することが難しいと感じるほどに、個々の法律が分散されすぎてしまっているとも考えていました。さらに、そうした個々の法律が民法典の一つにまとめられると、BGBの注釈者がこれらの〔個々の法律の〕規定について、あわせて注釈をしてくれるだろうとも言っていました。この点については、様々な考え方があるかとは思いますが、ただ、実際には、消費者団体は改正に賛成だったのではないかと思います。

経済界も同様の考え方でした。ドイツでは、アメリカの場合とは違って、利益団体が大きな法律担当の部門を有するというのではなく、個別的な対応がなされてきました。ですから、複数の法律の統合（Konsolidierung）が重要であったというのが、当時の私の記憶として残っています。

### (5) 債務法現代化に対する決定的かつ政治的な動機

**【中田】** ドイツでは、広範囲にわたって消費者保護関連法規がBGBに統合されましたが、日本の現在の状況は、そうした統合が可能であったとしても、いわゆる消費者契約法の一部を統合することしかできないのではないかと考えられています。この法律には、意思表示法の拡張、約款規制、差止請求権といったものしか規定されていません。質問

## ドイツ債務法現代化の経験(1)

票にも記載されていますが、仮に日本でも、消費者保護関連法規の統合を行うとすれば、どのようなものを統合すべきであるとお考えでしょうか。

【バーゼドー】 2002年以前のドイツには、基本的には、消費者契約に関連する個別の法律しかありませんでした。また、すでに7つか8つの EC 指令がありました。約款、訪問販売、通信販売、パック旅行、その他にも、あと二、三の指令がありました。他方、製造物責任指令については、特別法として、製造物責任法 (Produkthaftungsgesetz) が不法行為法の「外」に置かれていました。

連邦政府は、1999年の消費動産売買指令を国内法化しなければなりません。BGB の「外」にも「中」にも置くことができたわけですが、仮に、消費動産売買指令の規定が BGB の「外」で国内法化されたとすれば、一般契約法の規定の大部分が、再び BGB から取り出されることになってしまったことでしょう。これが、BGB の「中」で国内法化した第一の理由です。

第二の理由は次の通りです。当時、BGB の総則の規定では、物の瑕疵がある場合には、瑕疵のない物の引渡請求権の消滅時効は、引渡しから6か月で満了するとされてきました。消費動産売買指令では、この請求権の消滅時効は、引渡しから2年で満了するとされてきました。18か月が経過した後に、消費者が売主に対して動産の瑕疵の存在を主張するときには、売主はいかなる場合でもこれを保証しなければならないのかという点について、連邦司法省の立法担当者間で議論がありました。売主自身は生産者ではありませんから、売主は生産者に対して求償することでしょう。売主と生産者との間の取引は商取引です。そうしますと、消費動産売買指令は適用されませんので、民法総則の規定が適用されることになり、消滅時効の期間は6か月です。結局、商人が、最終段階で、いわば〔消費動産売買指令と民法総則の規定という〕石臼 (Mühlestein) の間に挟まれる、ということの意味します。当時、消滅時効の期間についての議論は百花繚乱の様相を呈していましたから、再三にわたって論拠が変わりました。もちろん、経済界に対しては、債務法改正の討議草案作成の必要性について理解が得られるようにされてきました。

### (6) 債務法現代化でとられた戦略

【バーゼドー】 実際には、内容的にも事業者の責任を重くするといったことがなかったですし、また、そのようなことも予定されていなかったという点を考慮に入れなければなりません。重要なのは、BGB の「外」に置かれていた複数の法律を BGB に統合す

ることでした。その限りにおいて、消費者団体は満足していましたし、経済界も「OK」ということでした。これ以上、経済界にコストがかからないのであれば、ということですが（笑）。

【中田】 日本は、少し状況が異なりますね。経済界すなわち事業者には、債権法改正に対する反対意見が非常に多いです。彼らは、改正によって、より消費者保護に厚い消費者保護関連法規が作られ、それが民法典に統合されることをおそれているのです。

【バーゼドー】 統合を政治的に実現することを望むのであれば、「内容的には現行規定からまったく離れていません。変更もされていません。いわば法文化的な予防医学（Hygiene）にしかすぎません」と言わなければなりません。ドイツでは、消費者法の重要なものをすべて取りまとめることで、従来と比べてより全体を見渡すことができるようになりました。

【中田】 日本には、消費者保護関連法規を民法典に統合するモデル（以下「統合モデル」と略する。）を提案する考え方があります。たしかに、現在では、消費者契約法が施行されて10年になり、ある程度は機能していますが、消費者契約法を民法典に統合できれば、消費者にとってもいくらか魅力的なものになるかもしれません。他方で、現在、消費者契約法には手続規定も含まれているので、統合しないで、そのままにした方が、消費者の権利をより目に見える形で実現するものとなるとの見方もあります。

この他にも、フランス法に由来する考え方があります。たしかに、民法は民法であって、消費者法ではありません。その限りで、二つの次元、つまり民法の次元と消費者法の次元があって、これらを区別しなければならないとの見方もあります。

【バーゼドー】 フランスでは、消費者法の特定の問題だけが消費法典によって規定されるということになりました。しかし、消費者契約はまさしく一般的な契約の一つです。たとえば、消費者が代金を支払わないときは、一般的には、民法上の一般規定が適用されます。事業者は契約を解除し、代金支払も請求し、場合によって、目的物の返還をするときには、発生した損害の賠償またはそれ以上の賠償を求めることができます。消費法典は包括的に消費者の法律関係を定めているというものではなく、消費者の法律関係から生じる融合物であるといえます。このような解決方法は、さまざまな消費者保護関連法規が存在した2002年以前のドイツの解決方法よりも優れていますが、統合モデルによる解決方法と比べると劣るものだと考えています。

【中田】 EU に由来する消費者法に関連する質問として、時代の流れの中で、消費者保護に関連する新たな指令が現れるなど、状況が非常に変わっています。その限りにおい

## ドイツ債務法現代化の経験（1）

て、ドイツでも法律を変えようということはないのですか。

【バーゼドー】 その点については、次の質問に対する回答でお話ししましょう。

### （7）AGBG の BGB への統合

【バーゼドー】 債務法改正では、AGBG の実体法部分が BGB に統合され、AGBG の手続法部分が分離し、差止訴訟法（Unterlassungsklagegesetz）が成立しました。ただ、この法律は、AGBG に関連する事案での団体訴訟（Verbandsklage）についてのみ規定するものではなくて、たとえば不正競争分野での団体訴訟についても規定を置いています。つまり、このような形で、統合は BGB 以外の別の場所でも行われてきたのです。しかも、これは単純に、たとえば癌に侵された場合に〔人間の手では〕コントロールできずに拡大していくといったような転移型の拡張ではありません。言い換えれば、あらゆる領域のための一般的な訴訟類型を法律に定めようとするものです。消費者団体からの反対はありませんでした。もう一度ここで述べなければなりませんが、中身は何も変わってなくて、手続法のみが、民法のすべてに適用されるように実体法から分離したということです。ドイツでは、こうした実体法と手続法の分離は、BGB と民事訴訟法のように、これまでもみられたやり方です。

【中田】 一つの法律の中に、実体法部分も手続法部分もあれば、より理解しやすくなるのではないのでしょうか。

【バーゼドー】 それぞれの法律があるという場合でも、それぞれが整理されている限り、理解しやすくなりませんか。実際、ヨーロッパでは実体法が訴訟法と異なる法律に規定されています。また、コモン・ローでさえ分かれていますのですから。多くの場合、いくつかの訴訟法上の特別なものは実体法とあわせて規定するが、必ずしもどの特別法についても独自の訴訟法を規定しなければならないというわけではない、と考えることもできると思います。

### （8）事業者間取引に対する約款規制のあり方

【バーゼドー】 ある法律の中に事業者間取引（以下「BtoB 取引」と略する。）から事業者・消費者間取引（以下「BtoC取引」と略する。）まで適用される共通の規律は、たしかに2002年以前にもありました。すでに1976年の AGBG があり、この法律は、ドイツの、消費者関係の事案ではなく、とくに商法関係の事案における約款に関する独立の法律の展開が開始したことに由来します。第二次世界大戦の終戦後、ようやく消費者契約にも拡大適用されてきた裁判例が徐々に現れてきました。ドイツからすれば、実際の

ところ、BtoB取引からBtoC取引まで適用されるごく普通の共通性が存在したわけですから。

【中田】 EUの場合、そこが違って、常にBtoC取引を念頭に置いています。

【パーゼドー】 そうですね。EUはそうですが、個々の加盟国では異なります。たとえば、イタリア民法は、すでに1942年に約款について独立した規定を設けていました。そこには、内容規制に関する規定はなく、契約への組入れと約款の解釈に関する規定のみがあったにすぎません。そして、これらの規定に相反する約款条項について、顧客は、契約の他に当該条項について独立して署名しなければ、追加的な効力を有しないとされてきました。いずれにせよ、一定の約款条項には相反するものがあると考えられてきました。もっとも、ヨーロッパレベルで、こうした背景と切り離して考えるというのは、その通りだと思います。

すでに債務法改正の時点で、AGBGの規定をBtoB取引にも適用可能とすることに対して経済界から反対がなかったのかという質問に対してですが、私はそういった反対については知りません。ここ最近の10年間でそうした反対が徐々に強くなってきており、ドイツの事業者がAGBGの適用を回避するためにスイス法を適用すると多くの学者が論じているようですが、そのようなことが頻繁に起こっているのかどうか正確にはわかりません。そうしたAGBGの適用の回避を目論むドイツの事業者が、ドイツ法が劣後することを強く期待されることになる国際取引契約を、仲裁条項を含めて締結するかどうかははっきりと言えないだろうと思います。その背後には仲裁裁判官による職務上の利益があるのではないかと思います。適用回避について積極的に論じる学者がおられますが、その人は仲裁裁判官としても精力的に活動しています。仮に、国際取引契約によって仲裁に適用される法をドイツ法とすることができる場合には、彼は、たとえ仲裁場所がドイツではなくチューリッヒであるとしても、仲裁裁判官として任命される機会が増えることとなります。したがって、おそらく、量的にはさほど大きな問題にはなっていないと思います。

ただし、現在では、そのようなイニシアティブが経済界から再三にわたって生じていることは争いの余地がありません。AGBGの内容規制だけが経済取引に限定されるべきではありませんし、その他が除外されると主張する者はいないでしょう。BtoB取引の約款規制をしないという方向性は、ドイツの伝統にまったく相反することになります。すべての事案は商事契約から生じると言われてきたからです。

たとえば、個別合意と約款の線引きが難しいとの見解がありますが、それは問題にな

## ドイツ債務法現代化の経験（1）

らないと思います。私自身が、仲裁裁判官として責任制限に関する条項が定められていた事案に携わったときに、当事者が、この条項に関する電話の会話内容のメモの写しを提出してきました。その場合は、いうまでもなく、もはや約款ではないと言わざるをえません。いずれにせよ、仲裁裁判所は、交渉内容からドイツやオランダで非常に影響力のある事業者であったとは判断しましたが、約款に関する問題はどこかへ行ってしまったのです。

もっとも、BGBにある約款規制の規定に対する評価を単純にBtoB取引に転用することには、おそらく注意が必要です。約款は、当然のことながら、合理化の効果もありますが、契約交渉を容易にするためのものであると思います。いかなる契約交渉の場合にも新しく細部にわたるまですべて話し合う必要はありません。

経済生活というのは常に非常に複雑なものです。たとえば、泥棒の侵入や火災発生を知らせる警報装置を考えてみましょう。そして、泥棒の侵入を知らせる装置が作動しなかった場合を考えてください。泥棒が侵入し、何らかの方法で火災が発生し、家具がすべて焼失してしまったとします。これは状況が連鎖したものであるといえますが、警報装置の生産者が1億ユーロの責任を負うのではなく、警報装置の代金相当額である1000ユーロの費用の責任を負うと主張するのはもっともなことです。そこで、とくに警報装置の生産者のために約款を定めます。民法はこのような責任制限をしていません。約款がないときは、生産者は、二つの事情の間の十分な因果関係が立証可能な限りにおいて、民法に基づいて全範囲の責任を負うこととなります。しかし、先ほどお話ししたように、1億ユーロの責任が生じるのであれば装置代金も高くなります。したがって、顧客と交渉して個別合意を結ぶというのは難しいです。時間もかかります。非常に事情に精通した法律家がいなければなりません。

以上のことから、このような場合に、約款規制の方法を用いることは適切であると思います。このことは契約交渉の合理化にもつながるからです。もっとも、生産者に故意、さらには重過失がある場合についてまで約款に定めてしまうと、生産者が責任を負わないこととなります。この場合には問題があります。つまり、非常に慎重な線引きが行われなければならないのです。損害リスクがどの程度であるか、あるいは、この損害の発生がどの程度の蓋然性を有するのかといったことにも関連します。これは、立法者が事前に確定することができるものではなくて、事業者自身が約款規制を通じて後で行われるリスク配分を考慮して決めることとなります。

**【中田】** EU加盟国を見る限りでは、事業者間において、そのような約款規制を行う法

制度はないように思うのですが、いかがでしょうか。

【バーゼドー】 フランスにはコースという方法があります。これに関して1990年代に破産院の判決がありました。責任がない場合に、当該契約にはコースがない、との判断です。さらに、別の方法でも同様の結果になったはずですが、これは、非常に多くのテーマに分類されますが、フランスでは、当該条項が契約の要素ではないとか、当該条項で補充することができないとして、約款使用者のために解釈されるといった形で存在しています。したがって、多くの方法があるのです。「すべての道はローマに通じる」ということです。

【中田】 先生が「すべての道はローマに通じる」と指摘されるように、フランスではコースによって事業者間契約の内容規制がなされるなど、内容規制の方法がドイツにのみ存在するのではなくて、ヨーロッパの国々に存在するという事です。日本では、ヨーロッパのモデルを参考に、BtoC取引とBtoB取引を明確に分離しているようすが。

【バーゼドー】 オーストリアを見ていただくと、BtoB契約にも適用される一般条項があるようです。どの程度の頻度でこの規定が利用されているのかはわかりませんが、ドイツだけでこのような規制が行われているというわけではないといえるでしょう。

【中田】 日本では、ある領域で、逆にBtoC取引の規制をBtoB取引、つまり大規模事業者と中小事業者の間の関係にも適用できないかを考えています。

【バーゼドー】 ヨーロッパレベルでの議論として、ヒッペル教授 (Prof. Dr. Eike von Hippel) が、ヨーロッパ国家における約款に対する保護について、欧州委員会のために鑑定意見を書きました。その鑑定意見は *Rabels Zeitschrift* で公表されています<sup>12)</sup>。そこで、多くの加盟国がこの問題について克服してきたことが明らかとなりました。様々な方法を用いて、約款規制と同じような規制を行ってきたわけですが、そして、多くのEU加盟国の裁判所はこの問題への対処をしなければならないことは明白でした。彼らは様々な手段を用いました。ドイツは、もっとも明確な方法で、内容規制という方向へ向かいました。その他にも、当該条項が不意打ちのものであって、契約の構成要素となるときにはまったく別個に合意しなければならないとするイタリアの方法もあります。あるいは、解釈という方法を採用のものもありました。物事を機能的な流れでみなければ

---

12) *Eike von Hippel, Der Schutz der Verbrauchers vor unlauteren Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der EG-Staaten: Bestandsaufnahme und Überlegungen zur Rechtsangleichung, RabelsZ 41 (1977), S. 237 ff.*

## ドイツ債務法現代化の経験(1)

なりません、事業者が自らの条項を通用させるために、それがどの程度確実なものであるかという点が決定的なものとなります。このような確実性は、必ずしも約款規制のある国よりも約款規制のない国の方が大きいということにはなりません。イギリスでは、一般民事法がうまく機能し続けており、裁判例では「重大な契約違反 fundamental breach of contract」であると考えられています。

【中田】 それは興味深いお話です。たしかに、法の不安定さというものは避けることでできませんが、立法者は、そのような事案についても法の安定性、明晰性を常に求めています。それは、ある程度は容認せざるをえないように思います。

【バーゼドー】 立法草案あるいは法律は、あらゆる場合の処理について注意を払っています。最高裁判所のある判決があっても、他の事業者はいずれも「それは特別な判決でしたね。私の競争相手とはまったく異なるものです」と答えるでしょう。彼らは、自分たちにも関わりがあることに気づいていないのです。または、彼らは「私のところとは違いますね」と答えるでしょう。そのため、判例法の方法で実現するような改正は、より簡単であるといえますが、そのような方法では、一般的な準則を設けることができるほど数多くの判決が生まれることになるでしょう。

### (9) 国際取引における約款規制法の適用を回避する方策

【バーゼドー】 すでに述べましたが、ドイツ産業界がそのような方策を採っていることが本当かどうかは知りません。むしろ、外国企業がドイツ企業との契約において「スイスで契約をしませんか。スイスは中立ですから」と言うことはあるかもしれません。スイスに複数の言語があるからです。したがって、ドイツには存在しないところの、スイスの別の利点というものがあります。このことは、とくに「個別合意と約款との線引き」という問題ではないかとみています。

### (10) 債務法改正と商法上の規定

【バーゼドー】 商法上の規定の BGB への取込みに関する議論は実際にはありませんでした。HGB には契約についてわずかな規定しか存在しません。そして、今日でもそのままとなっています。債務法現代化では、約款規制については実際には何も変わりませんでした。

AGBG は、BtoB 契約について、限定的な内容規制を予定しています。しかしながら、まさに商法上の領域で適用される他の規律、解釈や組入れ、不意打ち条項の有効性などについては消費者の場合にも適用されます。この点について大きな議論はありませんで

した。解釈規定，すなわち，約款使用者に対する解釈規定は，すでに現実化されてきました。また変わりなく，集中的にこれらの規定が利用されています。これは，裁判官独自の専門領域ではないかと思えます。契約書 (Exposé) を読んで，後から，一方の当事者がこれをどのような場合に援用するかを知れば，突然契約条項がまったく異なる意味をもつことがあります。事前には (ex ante)，こうした条項の典型的な使われ方しか念頭に置いていません。したがって，解釈規定はすべての契約に容易に適用されるものでなければならないのです。そこで，ドイツでは民法典に約款に関する規定を取り込んでいます。これは，比較的大まかなものです。なぜなら，商慣習またはこれに類するもので足りるからです。また，不意打ち条項の禁止に関する条項もあります。実務では，独立した規定としてはさほど役には立っておらず，せいぜいのところ，条項の内容がきわめて異例のものであると判断するときに役立つだけです。

【中田】 日本では，民法上の規定ではない商法上の規定を，民法典に取り込むかどうかという議論があります。そのため，商人は通常「事業者」ですから，問題は事業者をどのように正しく整理できるかということになります。

【バーゼドー】 その点についてはドイツでも非常に多くの時間をかけて争われてきました。割と偶然のことでもありました。考えてみてください。私が消費者として何か購入したときは，私は AGBG の注釈書を執筆した者であるにもかかわらず，保護されます。問題は，それでよいからです。弁護士も，消費者として保護されます。それから，教団や財団，小規模の財団，あるいはスポーツ協会のような団体があります。これらの団体は，出国のためにバスを借りたり，慣例による条項を契約に定めたりすることがあります。彼らは保護されません。その理由は，彼らが法人であるからです。商人や自営業者は，当該取引について常に専門家であるというわけではありません。それは，まったくの偶然なのです。診療を行う医者が，まさにこの診療のために何か必要なもの，包帯用の材料とか医療器具等を購入することもあります。この場合の自営業者としての取引について彼らは保護されません。したがって，このような線引きは任意的なものであって，これはヨーロッパのイニシアティブに起因するものです。ヨーロッパでは，加盟国が消費者法以外の領域でも，予防的な保護手段を採ることができることで，このような線引きはいくらか緩和されています。たとえば，スペインでは，商業目的で活動するものではない法人も保護されています。これには，たとえば，スポーツ協会や教団も含まれます。ドイツでは，そのような保護は必要ありません。一般的な内容規制があるからです。一般条項の枠組みでは，たしかに法人ではあるが，BGB307条によって，そのよ

## ドイツ債務法現代化の経験（1）

うな法人も保護されるということはできます。

【中田】 そのような事業者のための保護のあり方がそれぞれの理由で多様に存在しているとのことご指摘は非常に興味深いです。私を見る限りでは、ヨーロッパにおいてもなお、そのような保護が広がっているように思います。

【バーゼドー】 そうです。

【中田】 事業者概念は BGB にもありますが、2002年の債務法現代化法以前に、このような概念がすでに存在したのでしょうか。

【バーゼドー】 本来はありませんでした。ただ、2002年にそのような概念がはじめて取り込まれたということではありません。たしか1990年代に、約款に関する指令の国内法化と関連して取り込まれたように思います。その時に、ヨーロッパのひな形に従って、消費者と事業者の概念に関する規定〔現在はBGB 13条および同14条〕が取り込まれました。

【中田】 その当時〔1990年代に〕、すでにドイツでは、消費者関連指令を BGB に取り込もうとしていたのですか。

【バーゼドー】 いえ、それはまだです。1993年の約款に関する指令は、まずは AGBG に国内法化されましたが、非常に複雑なものでした。そして、2002年に BGB に統合されることになりました。

【中田】 債務法の現代化では、消費者関連指令を全体として BGB に統合するかどうかが新たな判断として行われたわけですね。

【バーゼドー】 そうです。ただ、すでにお話ししましたように、長い目で見れば BGB は次第に空洞化するだろうと思います。したがって、消費者と事業者の概念を BGB に定義づけることになったのです。

【中田】 ドイツでは、こうしたことを予想してかなり以前にそれらの概念を取り込んでいたのでしょうか。

【バーゼドー】 ドイツでは、いずれにせよそうした作業は連邦司法省で行われます。シュレーダー政権以前では、消費者法の BGB への統合はありませんでした。SPD（ドイツ社会民主党）と CDU（ドイツキリスト教民主同盟）の連立政権が、これを拒んでいたからです。しかし、BGB に定義規定を置くことについて反対する者はいませんでした。BGB は、いわば法制度の中間点にいるからです。どこかに一般的な概念を置く必要があるからです。また、〔質問票にあるように〕産業界から商法上の規定を BGB に取り込むことに対する反対もありませんでした。

【中田】 残りの時間が少なくなってきましたので、恐縮ですが、これからは基本的に質問票の項目に直接答えるという形で進めさせていただきたいのですが、よろしいでしょうか。

【バーゼドー】 わかりました。

(11) EUの消費者法関連規定をBGBに統合する決定的な理由

【バーゼドー】 最初に述べたように、多くの個別法がBGBの「外」に置かれていました。EU指令が頻繁に変わることを認めるのは適切ではありません。逆に、1980年代にハイン・ケッツ教授 (Prof. Dr. Hein Kotz) の論文がありました<sup>13)</sup>。これは、ヨーロッパの平準化による法の石化 (Petrification, Versteinerung) について論じたものです。そうした指令を国内法に変えるのは非常に難しいことだったからです。政治的に考えれば、これは当を得ていると思います。しかし、当然のことながら、ときには変化することがあります。

(12) 消費者法のBGBへの統合のメリット・デメリット

【バーゼドー】 消費者を保護する者としてではなく、一人の法学者として申し上げることができるのは、長所としては、法の素材の大部分を法典にまとめて、すべてではなく特別なもののみを別の法律として定めるというのは、法制度にとって非常にシンプルであると思います。次世代の法律家はみな、このような法秩序の体系化を学ばなければなりません。その時々で処理するというのでは、いっそう難しくなることでしょう。カールステン・シュミット教授 (Prof. Dr. Karsten Schmidt) は、かつて、法典編纂に関する論文の中で、その時々で様々な事象を複合体にまとめるのが、法典編纂の主要な任務であると主張していました<sup>14)</sup>。

よく言われるように、そして、多くの学者において今日でもなお主張されているのかもしれないが、債務法は自由主義的な精神によって受け入れられてきたということです。今日では、その他にも、非常に強力な介入主義的な精神があります。これは正しいことですが、そこから何が生じるのでしょうか。BGBの別の側面でも、たとえば物権法の様々

13) *Hein Kötz, Rechtsvereinheitlichung — Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, RabelsZ* 50 (1986), S.1 ff.

14) *Karsten Schmidt, Die Zukunft der Kodifikationsidee — Rechtsprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung vor den Gesetzeswerken des geltenden Rechts, Vortrag Februar von Karsten Schmidt 1984, C. F. Müller, Heidelberg, 1985.*

## ドイツ債務法現代化の経験(1)

な事象との間の緊張がありますし、一方では、公示という考え方を有し、他方では、ドイツ法は100年にわたっていわゆる譲渡担保を認めてきました。譲渡担保は、公示されるものではなくて、信用保証として、貸付金を返還することを約束するものについて認めるものです。さらに、譲渡担保権設定者は、譲渡担保権者の所有物であるにもかかわらず、その物を占有します。つまり、実際には物権法の基本思想である公示性には矛盾が生じているのです。公示性は、ドイツでは、占有者が実際にその物について物権的に権原を有することに基因するものではありません。家族法を見ましても、非常に多くの対立する原則がありますし、債務法にもそれはあります。そのことが何か特別新しいこととは思いません。その点について明らかにする必要があるにすぎません。法には様々な原則や様々な利益があって、これを明らかにしなければならない、ということです。

### (13) 法改正の手續について

【バーゼドー】 基本的に、立法手續と同じです。憲法に立法手續の記述があるにすぎません。それにもかかわらず、実務は、まったく異なるようにみえます。比較的大きな法律が改正され、大規模な改正がなされると、一般的には、事前に、当該テーマについて比較法ではどう取り扱われているか、といったことについて鑑定意見が求められ、あるいは、専門家あるいは裁判官、弁護士、産業界からの代表者、消費者や学者が参加する委員会が設立されます。いずれにせよ、これらは、連邦司法省では普通に行われていることです。ドイツでは、すでに述べたように、日本での管轄権の争いといったことは生じません。すべて連邦司法省が担当するからです。

### (14) ヨーロッパ私法の統一化の動きに対する対応

【バーゼドー】 むしろ、債務法改正は、私法のヨーロッパ化の必要不可欠なものであったということです。まさしく、ドイツでは、ヨーロッパの議論にとって良い手本となるような何かを生み出すことが問題となっていました。一般給付障害法のすべての範囲が、主に CISG を手本としています。私自身、1986年と1987年に「ドイツ売買法の改正」というタイトルで、連邦司法省のために鑑定意見を書きました<sup>15)</sup>。連邦司法省の問題は契約法、とくに売買法が内容の面でも CISG と調和するようにすべきかという点に

---

15) *Jürgen Basedow, Die Reform des deutschen Kaufrechts, Rechtsvergleichendes Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht für den Bundesminister der Justiz, im Institut bearbeitet von Jürgen Basedow. Köln: Bundesanzeiger, 1988.*

方向づけられていたのははっきりとしていました。これとの関連で、その他のヨーロッパの国ではどのような立場にあるのか、ということも問われました。実際には、多くの国では、CISG に調和する方向で展開していました。そこで、私は「給付障害」という統一的概念が必要であると主張しました。

PECL がとくに重要な役割を果たしたのは、新たな時効に関する規律です。ツインマーマン教授 (Prof. Dr. Reinhard Zimmerman) も、当時、1980年代の連邦司法省の鑑定人でした<sup>16)</sup>。彼はまた、PECL と呼ばれるヨーロッパの研究グループの一人で、PECL への大きな影響力を有していました。PECL もまた基本的には CISG に方向づけられたものです。その意味では、CISG は母体となる制度であったわけですから、PECL は、さらなる一般化を試みたものですから、売買契約にだけ適用されるものではありません。

(15) 特定の外国の法制度に焦点を合わせた部分はあるか

【バーゼドー】 いいえ、ありません。マックス・プランク研究所のかつての鑑定意見は、同時に、複数の法制度を取り扱っていたからです。この鑑定意見は、分冊として1986年と1987年に公表されました。私の記憶によれば、当時、連邦司法省はおよそ10か国の法制度の状況に関する諮問を求めたと思います。アメリカ、スイス、ドイツ民主共和国(東ドイツ)、フランス、イタリア、オーストリア、オランダ、スカンジナビア諸国などです。私は、あらゆる法制度の問題のために解決策を用意するために、非常にたくさんの資料を用意しました。10か国の法制度の比較を行うことは簡単ではありませんでした。

(16) CESL について

【バーゼドー】 経済的な見地から、CESL に対する要請はさほど大きくないと思います。すでに CISG があるからです。また、消費者契約については、1999年の消費動産売買指令があるからです。しかし、政治的な見地からは、ヨーロッパ契約法への第一歩といえます。消費動産売買指令はあらゆる国内で締結される契約に適用されるにもかかわらず、国境を越える売買契約にのみ適用されるのかとの指摘がありますが、その点は矛盾しません。

16) *Frank Peters / Reinhard Zimmermann, Verjährungsfristen*, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Band I, 1981, S. 77 ff.

## ドイツ債務法現代化の経験(1)

### (17) DCFR について

【バーゼドー】 DCFR についてはむしろ少し不利になったかなと思います。DCFR は非常に広範な内容を含むものでしたから。その提案は、経済生活においてとくに重要なものに制限されるべきです。後からでも、いつでも他の領域に広げることができます。しかし、たとえば、入院契約や救急医療契約 (medical quickment contracts) などは、非常に多くの強行法で規制されています。DCFR が国内立法の手本として有用であるということは否定しません。しかし、今ここで必要でないものについては後回してもよいでしょう。

### (18) 約款の透明性について

【バーゼドー】 透明性の原則にはさまざまな機能があります。一つには、組入れの規律で、これは法律にあります。しかし、非常に曖昧な文言であると、裁判官は、まったくその内容を理解していないと判断するでしょう。とくに、約款使用者に解釈の規律として認められているときには、内容規制の原則として、不透明な規律は無効であると考えられています。これらの二つのことは、EU 指令にもあります。ただ、互いにどのような関係にあるかはわかりにくいです。私の印象では、裁判所は、総じて約款使用者に対してそのような条項を、これが一般的に無効であるというときに、そもそも解釈をしようとしません。しかし、もちろん透明性の程度にもよります。法律家にとって不透明であることと、想定された人にとっての不透明さとは異なりますし、ほとんど約款を読まない、書くこともできない人にとっての不透明さとも異なります。結局のところ、この取扱いに対して納得できる基準というものはありません。ヨーロッパレベルで導入したことは、理性的なことであると思います。裁判官は、後になって、それは不透明なものであると言うことが多いと思います。

【中田】 恣意的に裁判官が判断するという危険があるのではないのですか。

【バーゼドー】 たしかに、そういった危険はあります。しかし、私たちは長い時間をかけて裁判官を養成します。もっとも良い成績を収めた法律家のみを裁判官として任用しています。裁判官もまた自らのキャリア形成の中で成長します。裁判官の仕事は、そのような規範的な判断をすることなしには、うまくいかないと思います。そのような規範的な判断をしないということになれば、裁判官、とくに最上級裁判所の裁判官が、当該条項が頻繁にみられるものであるのかを知っているか否かにも左右されることになるでしょう。ですから、裁判官の仕事は規範的な判断をすることなしにはうまくいかない、

というわけです。

内容規制については、そのような危険は存在しません。ドイツには BGB 308条と同309条が、拘束力のある規律として存在するからです。BtoB の問題は、BtoC の約款の問題に反映されます。消費者契約について拘束力のある BGB 308条、同309条によって、逆に、裁判所が、同条に定める禁止を BtoB 取引にも適用する傾向が強いのです。つまり、事業者法から消費者法への方向に向かっています。すでにお話ししました傾向は、まさにこの点を克服するものです。私は、BGB 308条、同309条で、これらの規定が事業者間取引においても意味があることを注釈書の中で指摘しました。

#### (19) 役務提供（サービス）契約について

【バーゼドー】 もちろん、役務提供契約は今後も問題となるでしょう。BGB には、現在のところ新たに契約類型を追加するといった動きはありません。他方、特別な役務提供契約については規定があります。すなわち、むしろ、BGB の「外」で展開されています。たとえば、物品運送契約です。私が住居を引っ越し、物をどこかに送るときには、当該運送契約は消費者契約です。HGB には、消費者に関連する固有の規定があります〔HGB 451a条、同 451b条など〕。

個人を対象とする運送契約は、もちろん常に消費者契約です。EU は非常に積極的な姿勢を示しており、海上輸送、航空輸送、バス輸送さらには鉄道輸送に関する規則があります。これはヨーロッパにおいて成長が著しい領域です。ドイツでは、いわゆる老人ホーム契約があります。主に役務提供契約は強行法となっています。実際には、連邦レベルではなく、州レベルであとから形成されています。連邦法として適用されている老人ホーム法（Heimgesetz）には、以前から問題があると指摘されています。また、仲介業者及び施工者規則（Makler- und Bauträgerverordnungen）があります。

#### (20) 債権譲渡について

【バーゼドー】 一般的には、ファクタリングが行われています。HGB には、ファクタリングを容易に行うための規定がありますが、おそらくあなた方が考えているような規制は BGB にある約款規制の規定を通じて行われます。BGB に約款規制に関する一般条項が含まれているのは、まさしく利点であるといえます。突然ファクタリングが譲渡されるときに、消費者は、突然、新しい債権者と相対峙することになり、たとえば、自宅に抵当権が設定されるといった責任を負わなければなりません。このような場合には、そうした規定によって規制されることになります。

## ドイツ債務法現代化の経験(1)

【中田】 長時間にわたって私たちの質問にお答えいただき、本当にありがとうございました。先生の貴重なお答えの内容は私たちの議論を深めてくれるものと思います。先生の回答を同僚に伝え、日本の債権法の改正作業に役立ててもらいたいと思います。

〔寺川 永〕

### 3 ラインハルト・ツィンマーマン教授

Prof. Dr. Reinhard Zimmermann

マックス・プランク外国私法及び国際私法研究所所長

日時：2012年3月8日 16時00分～17時00分

場所：ハンブルク（マックス・プランク外国私法及び国際私法研究所）

#### (1) 2002年の債務法改正について

【ツィンマーマン】 当時、BGBの債務法改正について、賛成の立場であったのか、それとも反対の立場であったのかということですが、私は賛成の立場でした。もっとも、2002年の債務法改正の討議草案に対してではなく、1992年に債務法改正委員会で公表された最終報告書<sup>17)</sup>にある消滅時効法および給付障害法に関するBGBの改正案に私自身も関わりましたので、その意味で、これに賛成の立場であったのです。また、かなり以前になりますが、1981年および1983年には、債務法改正のための鑑定意見が出されました<sup>18)</sup>。私は、ペータース教授（Prof. Dr. Frank Peters）とともに消滅時効法に関する鑑定意見を書きました<sup>19)</sup>。

その後、ケッツ教授（Prof. Dr. Hein Kötz）が所属した債務法改正委員会でも草案が提案されましたが、あまり十分には議論されませんでした。この草案が十分に議論され、国内法化されればよいと思いましたが、実際にはそうはならず、2000年8月に債務法現代化法討議草案（以下「討議草案」と略する。）<sup>20)</sup>が公表されました。この討議草案

17) *Bundesminister der Justiz* (Hrsg.), *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, 1992, *Bundesanzeiger*.

18) *Bundesminister der Justiz* (Hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Band I und II, 1981, Band III, 1983, *Bundesanzeiger*.

19) *Peters/Zimmermann*, *Verjährungsfristen*, in: a.a.O. (Fn. 18), Band I, S. 77-373.

20) *Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, in: Claus-Wilhelm Canaris, *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, S. 3 ff., C. H. Beck.

は、債務法改正委員会の構想と大きく異なるものでした。また、色々不十分なところがあり、国内法化できるようなものではありませんでした。そこで、レーゲンスブルクでミニ・シンポジウムを開催し、この討議草案について徹底的に議論し、大いに批判を行いました。その後、新たな委員会が結成され、カナーリス教授（Prof. Dr. Claus-Wilhelm Canaris）やエルンスト教授（Prof. Dr. Wolfgang Ernst）といった先生方が所属し、給付障害法や売買法、消滅時効法を扱いました。私は消滅時効法に関わりました。この討議草案はもう一度改訂され、シンポジウムも開催されました。すべてはかなり早く進行しました。

討議草案の公表から法律になるまでの間は、短すぎました。たしかにこの討議草案は、いくつか改正されましたが、もっと改善できたと思いますし、改善すべきであったでしょう。たとえば、消費者のための特別な契約法を BGB の中に統合しようとしたのですが、完全ではありませんでした。まだ BGB の外に消費者のための特別法がいくつか存在しています。

特別法のいくつかは BGB に統合されることになりました。AGBG の規定は BGB 305条以下にただ単に取り込まれただけであり、それは正しい取り込み方ではないと考えています。約款は、どのようにして契約が成立するのか、どのように解釈するのか、無効の原因は何かなど、まったく異なる側面を持つものです。一カ所に押し込めるのは最善の方法であるとはいえず、民法体系の根底にある法典編纂の考え方（Kodifikationsgedanke）と矛盾しています。以上のとおり、個人的には、基本的に債務法改正に賛成でしたが、そこで採用された方法には批判的です<sup>21)</sup>。

【中田】 約款規制法も今回の調査項目の一つなのですが、わが国でもドイツ法によく似た制度枠組みで、約款に関する規定を民法の中に取り込む提案がされています。もし取り込むとすれば、契約の成立や解釈、内容規制などについては、それぞれ分けて規定すべきでしょうか。

【ツィンマーマン】 契約締結規制については、ドイツでは特別な規定を必要としていません。民法総則や契約総則の規定は、約款にも適用されるのです。結局は、内容規制に関することなので、本質的には事業者間取引や事業者・消費者間取引でも適用できます。もっとも、体系的にもうまく取り込もうとするなら、かなり骨の折れることになるでしょう。

21) ラインハルト・ツィンマーマン（鹿野菜穂子（訳））「契約法の改正」川角由和ほか編『ヨーロッパ私法の現在と日本法の課題』81頁（日本評論社、2011年）。

## ドイツ債務法現代化の経験(1)

### (2) 統合モデルについて

【中田】先ほど統合モデルについて言及されました。BGBの中にも、消費者法に関わる規定があります。債務法改正前において、先生は、統合モデルについてどのようにお考えになっておられたのですか。また、改正から10年経過したわけですが、現在この統合モデルについて、どのように評価されていますか。

【ツィンマーマン】消費者法の扱い方には、次の三つの可能性があります。すなわち、①個別法として置いておく方法があり、これは、かつて指令を国内法化した際に用いた方法です。そして、②消費者法典を作成する、つまり個別法を統一して一つの法典にする方法があります。さらに、③一般民法典の中に入れる方法があります。

私自身は③の民法典に組み入れる方法に賛成しています。それは、消費者法は、一般民法が持っているものとは異なる評価によって支えられているわけではなく、または、支えられるべきではないと考えるからです。一般民法は契約自由と結びついており、そこには弱者保護はありません。消費者法が目的とするのは弱者保護です。ある意味それは事実ですが、消費者保護という目的は、ドイツの約款規制法にぴったりと当てはまるものではありません。消費者保護のための法律ではなくて、事業者にも適用されるものだからです。契約自由は今日、純粹に形式的な概念としてではなく、実質的な概念と捉えられています。したがって契約自由は目的そのものではなく、目的のための手段となります。自己決定という目的のための手段です。契約は自己決定によって締結されるものです。両当事者は自己決定を実現する機会を有していなければなりません。多くの不平等の状況では、一方の当事者は自己の自己決定を実現する機会を有していないのです。そういったところでは、特定のメカニズムを導入するために法が介入して行くことが許されるし、そうする必要もあります。特定のメカニズムとしては、撤回権や情報提供義務、内容規制があり、失われた自己決定の機会を埋め合わせるためのものなのです。自らの置かれている状況で自己決定を行い、もしそれが不可能なときには、そういった保護メカニズムを稼働することがもっとも適切なのです。

この保護メカニズムは、契約自由のモデルから完全に逸脱しているものではありません。そうではなくて、実質的な意味での契約自由モデルを支えているのです。まさに、契約が正当かつ有効なものとして承認されることになるのは、当事者によって契約が対等の立場で交渉される場合、あるいはそれができていないときには、それを行わせるメカニズムが存在している場合です。

したがって、消費者法もこういった一般的な観点の下で、不平等な状況の是正とし

て、BGBに取り込むべきだと考えています。そのような不平等な状況は消費者にだけ起こるわけではなく、それ以外のものにも起こりえます。詐欺や強迫、それから BGBにはありませんが、場合によっては英米法にある不当威圧というような制度となるかもしれません。これらを条文にすべきだと思います。これも契約自由に不可欠のもので、そのように概念化する必要がありますが、今までのところうまく実現していません。そこで、同僚たちと EU 消費者法の総体の見直し (acquis Revision) に関する研究書を執筆し<sup>22)</sup>、批判的に検討することを試みました。この実質化された契約自由モデルによって構想された消費者保護が、どのようにすれば適切なものとなるのかを検討したのです。

こういった消費者保護は、民法の中に組み入れることができるし、むしろそうすべきでしょう。そうでなければ、民法は契約自由を定め、それ以外の法律は社会的保護メカニズムを定めているということになります。これらは、いずれも互いに緊密な関係にあるものなのです。そして、この緊密な関係を失わせてはならないのです。

【中田】 統合モデルは、現在、ドイツ民法において存在しているわけですが、それをどのように評価されていますか。

【ツィンマーマン】 統合モデルはありますが、非常に問題のあるものです。EU 消費者法の総体 (アキ・コムユノテール *acquis communautaire*) の見直しが十分に行われた上でのものではありません。消費者保護法に関する規定で、うまく機能していないものがたくさんあります。たとえば情報提供義務がそうですが、情報を与えられすぎた消費者は、全く情報を与えられていないのと同じです。先の研究書では、消費者保護が消費者にとってどの程度有意義なものであるのかを検討しました。BGB と EU 法、すなわち先頃採択された消費者権利指令<sup>23)</sup> や EU の法行為 (Rechtsakten) のすべてにおいて、そういった検討は今まで行われてきていませんでした。こうした方法によって消費者保護を BGB に取り込むのはなかなか困難なことで、成功しているとは思えません。これまで多くの著者による研究や解説書が検討したことですが、理想的といえる状況には

22) *H. Eidenmüller/F. Faust/H. C. Grigoleit/N. Jansen/G. Wagner/R. Zimmermann, Revision des Verbraucher-acquis, 2011, Mohr Siebeck.*

23) Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, OJ L 304, 22/11/2011 P. 64-88.

## ドイツ債務法現代化の経験(1)

至っていないのです。もっとも、私は現在、民法の講義を担当していませんので、他の同僚が消費者法をどのように扱っているは知りませんが、民法の講義の中で、とくに契約法の中で消費者法も扱うべきであると考えています。EU法で行われていることにも、そのような講義の機会において焦点をあてるべきでしょう。

### (3) 意思表示法の拡張について

**【中田】** 先ほど興味深い点をご指摘になりました。日本では、債務法改正の中で、意思表示法を拡張する提案がなされています。日本の消費者契約法には、いわゆる不実表示の規定があります。また、状況の濫用についても考慮しようという動きがあります。ドイツの債務法改正当時は、こういったことが考慮されていないように思いますが、そういった規定は、ドイツでは必要ないのでしょうか。

**【ツインマーマン】** 錯誤法の問題ですが、ドイツは、依然としてパンデクテンの影響をかなり強く受けた錯誤法のモデルを有していますが、それは、たしかにヨーロッパ的な傾向に合致するものではありません。ヨーロッパ的な方向性は、モデルルールに、たとえば、PECLやDCFRなどにもありますが、それは、結局不実表示の考えに基づくモデルなのです。PECLやDCFR等のモデルルールの中には不実表示責任の規定があります。これは合理的だと思います。もし私が錯誤に陥って、取消しをすると、BGB 122条に損害賠償義務が規定されています。しかし、これは信頼損害に対する賠償で、履行利益に対する損害ではありません。

意味があると思われるのは、*error nocet erranti* (錯誤は錯誤者を害する)に基づく自然法的モデルです。自然法学者はこの考え方から次のように構成します。私は自らの錯誤が相手方によって引き起こされたものでない限りにおいて、自らの錯誤を引き受けなければならない。これが「不実表示」ですね。あなたが、詐欺とまでは言わなくても、過失による詐欺などで私を錯誤に陥れた場合には、公平性という根拠から錯誤の結果を転嫁することができます。こうしたシステムは、イギリス法とオーストリア法に見られます。

両当事者が共通錯誤に陥っているときも同様です。基本モデルは、いずれにしても誘発された錯誤の責任です。これは適切なものです。しかし、この制度は当時BGBに取り込まれませんでした。給付障害法や時効法の改正、そして特別法に取り込みに集中したからです。当時、大規模な改正は試みられていなかったのです。これは、1981年に一度計画されたことでしたが、そのままになってしまいました。

(4) 状況の濫用について

【ツィンマーマン】 状況の濫用は不当威圧の一種で、ドイツではそれを良俗違反について定める BGB 138条で考慮します。状況の濫用のときには、良俗違反とは別の法律要件が必要です。それをどう構成するのかはまた別の問題ですが、ヨーロッパのモデルルールには、たくさんのそういった規定があります。

【中田】 状況の濫用を消費者保護のための手段として使えないかとの考え方があります。とくに、高齢者の保護です。彼らの中には、行為能力のある者もいますが、そうでない者もいます。

【ツィンマーマン】 もちろん、消費者にはとくに注意しなければならないですが、なぜ消費者に限るのでしょうか。もっと一般的な法律要件として構成することができるでしょう。消費者は特定の状況や取引関係を経験したことがなく、非常に容易にその状況を濫用されてしまいます。しかし、ご指摘のように、高齢者についてよく起こります。われわれは目下、遺言法について議論しています。老人ホーム法14条にすでに具体化された規定があります。そこでは、老人ホームで死亡した者は、その従業員に財産を残すことが禁じられています。これは明らかに、不当な影響に対する類型化されたバリエーションであり、看護をする者が財産を遺す者との間に親密な関係を築くことを妨げようとするものです。こういった状況はしばしば起こります。ここでも実質化された遺言自由の問題があるのです。自己決定された独立の意思表示がされているのではないのです。そういった人には保護が必要で、このような保護は不当な影響という要件の下で与えられます。

【中田】 そのような規定を民法の中に入れることは可能でしょうか。われわれが現在議論しているのは、そういった規定を錯誤の周辺に置くことができるか否か、ということです。民法と消費者契約法とは、適用対象が異なりますので、その意味ではそれぞれが独立したものということになります。

【ツィンマーマン】 PECLを見てください。あそこでは隣り合って規定されています。おそらく、BGB の中でもできなくはないでしょう。ですが、錯誤の横に置くよりも、不実表示の側に置くのが簡単でしょう。

(5) 現代化法が成功した要因

【中田】 債務法の改正はかなり困難なものですが、ドイツでは債務法改正を成功させましたが、何が決定的な要因だったのですか。

## ドイツ債務法現代化の経験（1）

【ツィンマーマン】 それは簡単です。ドイツの債務法改正は、欧州の立法者によって引き起こされたものです。消費動産売買指令を2002年までに国内法化する必要がありました。これがきっかけでした。

【中田】 その際、小さい解決方法と大きな解決方法と二つの可能性があったと思います。その時の司法大臣は大きな解決方法を採用したわけですが、それはどういう理由からだったのでしょうか。

【ツィンマーマン】 まず一つには、1992年に大きな解決方法を目指す草案がありました。法律にはならなかったのですが、草案としてはあったのです。二つ目には、この大臣自身がこの改正プロジェクトを実現したいと強く思っていましたし、その同僚であるシュミット＝レンチュ判事（Prof. Dr. Jürgen Schmidt-Räntsch）もそうでした。こうした意図が実現されたのです。

【中田】 その際、人々を説得するよい方法が何かあったのでしょうか。

【ツィンマーマン】 司法大臣は討議草案を公表しました。そして、新たに委員会を招集しました。そこに大学教員も参加させ、彼らを自らの考える方向へ引っ張りこむことを試みました。給付障害法の委員会ではありませんでしたが、ある委員会には、ある利益団体の代表者が所属していたと思います。消費者団体や経済界の見解がそこでどのように扱われたのかはよく知りません。他方で、学者の意見は大きく割れました。ドイツの民法学者の多くが、債務法改正に猛反対しました。インターネット上で反対の署名活動が行われたくらいです。

### （6）約款規制について

【ツィンマーマン】 ドイツの理解で、なおかつ正当であると考えていることは、約款規制法は弱者保護のための法律ではないという理解です。それは、合理的な無関心（rationale Apathie）を補完するためのメカニズムなのです。こうした無関心はもちろんビジネスでも起こります。通常、契約相手方の約款は読まれません。いちいち読んでいては大変時間がかかります。それは事業者間取引でもまったく同様で、約款に対する保護が事業者間取引にもあっても良いわけです。しかし、ヨーロッパの立法者は異なった見方をされていて、事業者・消費者間取引の問題だと見えています。

【中田】 それが消費者契約アプローチと約款アプローチの違いであるわけですね。

【ツィンマーマン】 そうです。

(7) PECL などヨーロッパ私法について

【ツィンマーマン】 PECL とユニドロワ国際商事契約原則（以下「PICC」と略する。）は、考え方のモデルとして分析すべきでしょう。

【中田】 CISG は、国際的な潮流と英米法とが混ざり合って生まれたものですが、日本では、このような CISG に依拠するよりも、われわれがドイツから輸入した法概念の方が優れており、このような潮流を拒絶しようとする見方も示されています。それによれば、日本には、十分な実務経験や判例が蓄積されていますので、そういった新しい規律は不要であるというのです。

【ツィンマーマン】 旧給付障害法は、給付障害の類型によって、積極的債権侵害、不能や遅滞といったように規律されていました。新しい給付障害法は、救済手段（契約の解消、損害賠償など）に基づいて規律されています。これは現代的なものであって、この考え方は CISG から来ています。

【中田】 いかに民法を現代化するか、というのが問題で、日本では国内法に関する限り、国際化というのは不要であるという考え方がみられます。ドイツでは、国際化の要請が、国内法の改正の際に意識されていたのでしょうか。

【ツィンマーマン】 もちろんそうでしょう。契約法の国際化というのが強く意識されていました。それは1991年の委員会提案では救済アプローチが強く意識されていたことから分かります。

【中田】 国際化が必要だという考え方の根拠は何だったのでしょうか。

【ツィンマーマン】 それは簡単なことです。4人の教授が債務法改正委員会に所属していました。そこには比較法学者もいました。そこから、改正を「国際的に接続可能な (international anschlussfähig)」ものとするという、国際化を意識した考え方が導入されたのです。

【中田】 興味深い説明です。債務法改正後、実務上、何か大きな変化はあったのでしょうか。

【ツィンマーマン】 実務では大きな変化はありませんでした。新旧の法律で異なった結果となる事案があるということはないと思います。むしろ、解釈の問題だと思います。

【中田】 それでも新たな規律コンセプトとして救済アプローチを採用する方がよいということでしょうか。

【ツィンマーマン】 そうです。しかし、そのアプローチが模範的であるというわけではなくて、ヨーロッパのモデル法が救済アプローチを採用しているので、それに合わせる

## ドイツ債務法現代化の経験（1）

方が合理的だからです。学生にとっても実務家にとっても、モデル法と大差ない知識を、国内法を理解することで得ることができ、より容易にモデル法の理解が可能となるからです。

### （8）役務提供（サービス）契約について

【中田・寺川】 役務提供契約が民法の中にありますね。実務上は多くの役務提供契約がありますが、債務法改正当時、それらの規定も改正すべきだと考えていたのでしょうか。

また、日本には、語学コースや美容など役務提供契約に該当する契約がたくさんあります。ドイツにも旅行契約などがありますね。そこで、BGB もそういった契約に関する一般ルールを持つべきではないか、という見方についてはどのように思われますか。

【ツインマーマン】 BGB には旅行契約の規定が設けられており、消費者の保護に役だっています。2002年の債務法改正は、役務提供契約とは全く無関係に行われました。最新の動きとして、連邦司法省の強力なイニシアティブによって、患者権利法草案<sup>24)</sup>が提示されています。不正確で誤解を生じさせる名前ですが、要は、医療契約を民法に導入することを目的としているのです。この契約は特殊な役務提供契約です。ヴァーグナー教授（Prof. Dr. Gerhard Wagner）が、先週、批判的な見解を表明したところです<sup>25)</sup>。彼も私も、この法律がとくに有意義なものとは考えていません。この法律草案は、これまでの判例を確認するものにすぎないもので、新しい規律があまり置かれていないように思われます。むしろ政策的な理由による法制定であるとみてよいでしょう。

### （9）CESL について

【中田】 EU 私法の現状をどのようにみておられるのでしょうか。また、この提案をど

---

24) Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten. 参事官草案 (Referentenentwurf) は、[https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/dateien/Downloads/Gesetze\\_und\\_Verordnungen/Laufende\\_Verfahren/P/Patientenrechte/120524\\_Gesetzentwurf\\_BR\\_Patientenrechtgesetz\\_Zuleitungsexemplar\\_1707076.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/dateien/Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/Laufende_Verfahren/P/Patientenrechte/120524_Gesetzentwurf_BR_Patientenrechtgesetz_Zuleitungsexemplar_1707076.pdf) (2014年9月7日閲覧) で、政府草案 (Regierungsentwurf) は BT-Drucks. 17/10488でそれぞれ公表されている。この患者権利法は、すでに法律として成立し、2013年2月26日より施行されている。

25) *Gerhard Wagner*, Kodifikation des Arzthaftungsrechts? — zum Entwurf eines Patientenrechtgesetzes, *VersR* 2012, 789. 当初の Wagner 教授の意見表明は、参事官草案に対して行われたが、上記引用の文献は、当該意見表明をベースにその後公表された政府草案の内容を踏まえたものである。

う評価されているのでしょうか。

【ツィンマーマン】 これについて、私は二つの論文を執筆しました。一つは単独で<sup>26)</sup>、もう一つは4人と<sup>27)</sup>執筆しています。われわれは批判的にこれを論じています。CESLは準備が足りないものですし、多くの穴や不明確な部分がありますし、EU消費者法の総体の見直しも反映されていません。このようなものが制定されてしまうと、ヨーロッパ契約法という考え方は良いものではないという誤解を与えてしまうのではないかとこの点を危惧しています。

【中田】 なぜこの提案がされたのかという点についてはいかがですか。

【ツィンマーマン】 その根拠となるのは、共通市場 (eine gemeinsame Markt) です。機能的な共通市場のためには、共通の私法が必要であるということです。この点については、委員会にはルール of 制定権限があるという理解に基づいているのです。

【中田】 この計画自体はどうでしょう。

【ツィンマーマン】 賛成する意見もありますし、反対する見解もあります。統計上の調査では、これは信頼できるものだと思いますが、様々な法律の存在は商人にとって基本的に大きな障害ではないということが示されています。それにもかかわらず、私は、ヨーロッパ契約法の制定について賛成です。良く準備されて、内容的に良いものであれば、シンボルとして良いと思うのです。

【中田】 「シンボルとして」とはどういうことでしょうか。

【ツィンマーマン】 つまり、いずれの国の法律家もそれに基づいて作業しなければならない一つの共通する法文を有し、それが各国で通用し、適用されなければならないとすることで、ヨーロッパという理念は強いものとなるわけです。そのことによって、各国法典に依拠して作業する場合よりも、ヨーロッパの法律家共同体がより緊密なものとなります。

共通の法文を持たなければ、各国の立法を通じて指針として国内法に定着させることにはなりますが、そこでもまた国内法が問題となります。統一的適用の文化や解釈の文化がヨーロッパで展開されるためには、共通の法制定行為が存在する方が有益です。

---

26) *Reinhard Zimmermann*, Perspektiven des künftigen österreichischen und europäischen Zivilrechts, *Juristische Blätter* 134, 2-22 (2012), Austria.

27) *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht: Defizite der neuesten Textstufe des europäischen Vertragsrechts, *JZ* 2012, 269.

ドイツ債務法現代化の経験(1)

【中田】 質問に対して長時間にわたり、かつ詳細にお答えいただき、心から感謝致します。

〔右近 潤一〕